

ESTETİK CERRAHİDE HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞU



CANSU ÇAKIR

ARALIK 2018

İZMİR EKONOMİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ESTETİK CERRAHİDE HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Cansu ÇAKIR

DANIŞMAN
Dr. Öğr. Üyesi Cem Özcan

Sosyal Bilimler Enstitüsü Onayı


Doç. Dr. Mehmet Efe Biresselioğlu

(Enstitü Müdürü)

Bu tezin Yüksek Lisans derecesi için gerekli şartları sağladığımı onaylarım.



Prof. Dr. Huriye Kubilay

(Anabilim Dalı Başkanı)

Tez tarafımızdan okunmuş, Yüksek lisans derecesi için kapsam ve kalite yönünden uygun olduğu kabul edilmiştir.



Dr. Öğretim Üyesi Cem Özcan

(Tez Yöneticisi)

Yüksel Lisans Sınavı Jüri Üyeleri

Prof. Dr. Huriye Kubilay



Dr. Öğretim Üyesi Cem Özcan



Dr. Öğretim Üyesi Ebru Ay Chelli



ÖZET

Yüksek Lisans Tezi

Estetik Cerrahide Hekimin

Hukuki Sorumluluğu

Cansu Çakır

İzmir Ekonomi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Özel Hukuk Yüksek Lisans Program

İnsanlık tarihi kadar eski olan tıp bilimi ileri teknolojik gelişmeler ve yükselen hayat standartları ile beraber gelişmektedir. Tıbbi tedavi sözleşmesinin tarafları hekim ve hastadan oluşmaktadır. Tedavi ile üstlenilen amaç hastanın sağlığına kavuşturulmasıdır. Hekim bu ilişkide uygun tanıyı koyarak tedavi yöntemini belirleyecektir. Konusu insan hayatı olan bu önemli hukuk alanında insan sağlığına hizmet eden hekimlerin mesleki, idari, hukuki ve cezai sorumlulukları bulunmaktadır. Hukuk sistemimizde hekimin sorumluluğuna ve özel olarak estetik cerrahın sorumluluğuna ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Yargıtay kararlarına göre hekim ve hasta arasında kurulan hukuki ilişki vekâlet sözleşmesinin konusunu oluşturmaktadır. Ancak Yargıtay, estetik ameliyatlarda bir ayrıma gitmiştir. Estetik ameliyatlarda hekim estetik ameliyatın sonucunu taahhüt etmekte ise, bu ilişkinin bir eser sözleşmesi niteliği taşıdığına kanaat getirmiştir.

Başlarken, anlatmak istediklerime temel Türk Tıp Hukukuna ilişkin bazı genel bilgilere değinme gereğini duydum. Çalışmamda Borçlar Hukukunun sözleşmelere ilişkin hükümlerini temel alarak, diğer özel düzenlemeler de ele alınmıştır. Bu çalışmanın temel amacı estetik cerrahın eser sözleşmesine ilişkin yükümlülüklerinin ve sorumluluğunun araştırılmasıdır.

İki bölümden oluşan çalışmamın ilk bölümünde “Temel Kavramlar” ve “Hekimin Genel Hukuki Sorumluluğu” incelenmiştir. Başta hekim, hasta, tıbbi

müdahale, estetik müdahale, malpraktis, endikasyon olmak üzere teknik terimler üzerinde durulmuştur. Ayrıca hekimin genel anlamdaki hukuki sorumluluğu, estetik amaçlı tıbbi müdahaleleri de içermesi dolayısıyla genel olarak sorumluluk hukukunun temel kavramları da incelenmiş bulunmaktadır.

İkinci bölümde ise “Estetik Cerrah İle Hasta Arasında Kurulan Sözleşmenin Hukuki Niteliği” ve “Estetik Amaçlı Tedavi Sözleşmesinin Hükümleri” başlıkları üzerinde durulmuştur. Yargıtay kararlarına olabildiğince değinilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Eser, Vekâlet, Estetik, Hukuk

ABSTRACT

Liability of the surgeon in Aesthetic Surgery

Cansu akır

İzmir University of Economics

Institute of Social Sciences

Private Law Graduate Program

Medical science, which is as old as human history, develops with advanced technological developments and increasing life standards. The parties to the medical treatment contract are doctors and patients. The aim of the treatment is to restore the health of the patient. In this relationship, the doctor will determine the treatment method by appropriate diagnosis. In this important field of law, doctors working in human health have professional, administrative, legal and criminal responsibilities. In our legal system, there is no arrangement related to the responsibility of the doctor, and especially to the responsibility of the aesthetic surgeon. According to Supreme Court decisions, the legal relationship established between the doctor and the patient constitutes the subject of contract at mandate. However, the Supreme Court has been to a distinction on the subject of aesthetic operations. In aesthetic surgery operations, if the doctor is committed to the end of aesthetic surgery operation, Supreme Court convinced that this relationship is considered to have the quality of a labor contract.

In the beginning, I want to mention some general information about fundamental Turkish Medical Law. In my study, other special arrangements based on the provisions of the Law of Obligations are also taken into account. The main aim of this study is to research the responsibility and liabilities on the labor contract of the aesthetic surgeon.

In the first part of the two-part-study, basic concepts and general liability of the doctor is investigated. At first, technical terms such as doctor, patient, medical intervention, malpractice and indication are emphasized. Furthermore, basic concepts of responsibility law are generally examined since the liability of the doctor in general mean includes also aesthetic aimed medical interventions.

In the second part, ‘quality of agreement of work between the aesthetic surgeon and the patient’ and ‘provisions of the aesthetic aimed treatment agreement’ are emphasized. The decisions of the Supreme Court have been addressed as much as possible.

Keywords: Work, Contract at mandate, Aesthetic, Law

İÇİNDEKİLER

	Sayfa No
ÖZET	i
ABSTRACT	iii
İÇİNDEKİLER	v
KISALTMALAR	ix

BİRİNCİ BÖLÜM

TEMEL KAVRAMLAR VE HEKİMİN GENEL HUKUKİ SORUMLULUĞU

	1
1.1. GİRİŞ	1
1.2. TEMEL KAVRAMLAR	4
1.2.1 HASTA	4
1.2.2 TIBBİ MÜDAHALE	5
1.2.3 TIBBİ MÜDAHALENİN UNSURLARI	6
1.2.3.1 Müdahalenin Kanunen Yetkili Kişiler Tarafından Gerçekleştirilmesi	6
1.2.3.2 Tıbbi Zorunluluk (Endikasyon) Şartı	9
1.2.3.3 Hastanın Aydınlatılmış Rızasının Alınması	10
1.2.3.4 Tıbbın Geçerli Kurallarına Göre Müdahalenin Yapılması	12
1.2.4 ESTETİK MÜDAHALE KAVRAMI	13
1.2.5 HATALI TIBBİ UYGULAMA (MALPRAKTİS)	19
1.2.6 KOMPLİKASYON	22

1.3 HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞU İLE İLGİLİ TEMEL KAVRAMLAR	24
1.3.1 SORUMLULUK HUKUKU İLE İLGİLİ TEMEL KAVRAMLAR	24
1.3.2 SORUMLULUĞUN UNSURLARI	25
1.3.2.1 Kusur	25
1.3.2.2 Zarar	27
1.3.2.3 İliyet Bağı	29
1.4 HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞU KAVRAMI	30
1.4.1 Hekimin Culpa İn Contrahendo Sorumluluğu	33
1.4.2 Hekimin Vekâletsiz İş Görme Nedeniyle Sorumluluğu	33
1.4.3 Hekimin Haksız Fiil Sorumluluğu	35

İKİNCİ BÖLÜM

ESTETİK CERRAH İLE HASTA ARASINDA KURULAN SÖZLEŞMENİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE ESTETİK AMAÇLI TEDAVİ SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMLERİNİN SORUMLULUK AÇISINDAN İNCELENMESİ	38
2.1 ESTETİK CERRAH İLE HASTA ARASINDA KURULAN İLİŞKİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ	38
2.1.1 VEKÂLET SÖZLEŞMESİ GÖRÜŞÜ	39
2.1.2 ESER (İSTİSNA)SÖZLEŞMESİ GÖRÜŞÜ	44
2.1.3 6502 SAYILI KANUN İLE ESER SÖZLEŞMESİNİN TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN KAPSAMINA	

ALINMASININ ESTETİK AMAÇLI TIBBİ MÜDAHALELER BAKIMINDAN HUKUKİ SONUCU' NA İLİŞKİN GÖRÜŞLER	50
2.1.4 KENDİNE ÖZGÜ SÖZLEŞME GÖRÜŞÜ	56
2.1.5 HİZMET SÖZLEŞMESİ GÖRÜŞÜ	57
2.1.6 GÖRÜŞLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ	58
2.2 ESTETİK AMAÇLI TEDAVİ SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMLERİNİN SORUMLULUK AÇISINDAN İNCELENMESİ	60
2.2.1 HEKİMİN KUSUR SORUMLULUĞUNUN İNCELENMESİ	61
2.2.1.1 TEŞHİS KOYMA VE EN UYGUN TEDAVİYİ SEÇME	61
2.2.1.2 ESER MEYDANA GETİRME BORCU VE ESERİ BİZZAT YAPMA BORCU	63
2.2.1.3 HEKİMİN SADAKAT VE ÖZEN BORCU	66
2.2.1.4 AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ	70
2.2.1.5 HASTANIN RIZASININ BULUNMASI	78
2.2.1.6 SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ	83
2.2.1.7 TIBBİ BİLGİLERİ BELGELEME VE ARŞİVLEME	85
2.2.1.8 İHBAR YÜKÜMLÜLÜĞÜ	86
2.2.2 HEKİMİN YARDIMCI ŞAHISLARIN FİİLERİNDEN DOLAYI SORUMLULULUĞU	87
2.3 SORUMLULUĞUN SONUCU OLARAK TAZMİNAT	89
2.3.1 MADDİ TAZMİNAT	90
2.3.1.1 CİSMANİ (BEDENİ) ZARAR	91
2.3.1.1.1 Tedavi Giderleri	92
2.3.1.1.2 İş Gücü Kaybı	92
2.3.1.1.3 Ekonomik Geleceğin Sarılması	93

2.3.1.2 ÖLÜMDEN DOĞAN ZARARLAR	93
2.3.1.2.1 Destekten Yoksun Kalma	93
2.3.1.2.2 Ölüm Nedeniyle Tazminat	94
2.3.2 MANEVİ TAZMİNAT	94
2.4 SORUMLULUĞUN SINIRLANMASI/SORUMSUZLUK ANLAŞMASI	97
2.5 ZAMANAŞIMI	98
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	
3.1 SONUÇ	100
KAYNAKÇA	104

KISALTMALAR

AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BK	: Borçlar Kanunu
bkz	: Bakınız
c	: Cilt
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E	: Esas
ERÜHFD	: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
md.	: Madde
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurul Kararı
HHY	: Hasta Hakları Yönetmeliği
K	: Karar
TMK	: Türk Medeni Kanunu
RG	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
t.	: Tarih
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TKHK	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun

TŞSTİK : Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun

İHEB : İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi

vb : ve benzeri

vd : ve devamı

vs : ve saire

Yarg : Yargıtay

yy : Yüzyıl



BİRİNCİ BÖLÜM

TEMEL KAVRAMLAR VE HEKİMİN GENEL HUKUKİ SORUMLULUĞU

1.1 GİRİŞ

Tıp hukuku Sağlık hukukunun bir parçası olarak, tıbbi uygulamalardan doğan sağlık mesleği mensuplarının hak ve yükümlülüklerini, kanuni sorumlulukları, hasta hakları, ilaç hukuku, medikal hukuku gibi konuları ele alan hukuk disiplini¹. Hukuk kavramı Türkçe'ye Arapça'dan geçen hak sözcüğünün çoğulu olup haklar düzeni olarak tanımlanabilmektedir². Özgürlükler ise var olan bir anlaşma ile toplum hayatına aktarılarak devletçe korunacak ilkelerdir. Haklar, yasalarla veya yazılı hukuk belgeleri ile bu özgürlüklerin kullanılmasını sağlayan, imkânlardır³.

Birinci kuşak hakların anayasalarda korunduğu 18. ve 19. yy' da Avrupa'da bireylerin büyük bir kısmı, fakir olmaları nedeniyle bir takım haklardan faydalanamamaktaydı. Ancak insan hakları alanında özellikle 19. yüzyıldan itibaren ciddi gelişmeler yaşanmaya başlanmıştır. Bu gelişmelere binaen insan hakları, hürriyet sağlama görevine ek olarak bireyin devlet tüzel kişiliğinden hizmet talep edebilmesini içeren haklar olarak da algılanmıştır. Örneğin; hayat hakkı – hekime verebilecek ücreti bulunmayan bireyler için hayat hakkının bir manası yoktur. Keza bireylerin zor çalışma şartları altında düşünce özgürlüğüne sahip olması bu şekildedir. Eğer bireye düşünme imkânı verilmez ise bu hakkı sahip olmasının

¹TUNÇER, Polat, Sağlık Hukuku Temel Bilgiler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s.28

²DURAL Mustafa/ SARI Suat, Türk Özel Hukuk Cilt 1, Filiz Kitabevi, İstanbul, Ekim 2009, s.121

³DEMİR, Fevzi, Hukukun Temel Kavramları, İzmir: Birleşik Matbaa, 2007, s.103

faydası yoktur. Çok önemli bir gelişme olan İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinde İnsan Hakları ile ilgili kavram ilk kez ele alınmış bulunmaktadır⁴.

Çok eski bir tarihe sahip tıp bilimi 20. yy'dan sonra “İnsan Hakları” kapsamında değerlendirilmeye başlanmıştır⁵. İnsan Hakları kavramını, tüm insanlara sadece insan olmaları sebebiyle tanınan haklar bütünü olduğunu düşündüğümüzde, hasta hakları da insan hakları ve özellikle yaşama hakkına dayanmaktadır. İHEB’ nin 25. maddesi ile her bireyin kendisinin ve ailesinin sağlık ve refahı sağlık hakkına sahip olduğunu düzenlemiştir.

Yaşama hakkı, bireylere sağlık hakkının sağlanmasıyla ilişkilidir. Çünkü beden ve ruh sağlığı yerinde olan birey varlığını sürdürebilmektedir. Anayasa’nın 17. maddesi, herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğunu ve bu hakkın vazgeçilemez olduğunu kabul etmiştir. Birey sağlıklı ve onurlu bir şekilde yaşama hakkına sahiptir. Zira bu, Anayasal bir haktır ve yaşama hakkının var olmadığı yerde sağlık hakkından bahsetmek mümkün olmayacaktır. Sağlıklı bir çevrede yaşamak ve bireylerin sağlığı için gerekli imkânların sağlanması devletin görevidir. Sosyal devlet anlayışının en temel hizmetlerinden biri olan sağlık hakkı da herkese tanınmış bir hak olup Anayasa’nın 56. maddesinde çevre hakkı ile birlikte düzenlenmiş bulunmaktadır.

Sağlık kanunlarının sayısı, geçmiş dönemlerde, yürürlükteki kanunların konularıyla ilgili çeşitli konularda değişiklik yapılması istendiğinde, mevcut düzenlemelerin yenilenmesi veya geliştirilmesi yerine ayrı birer kanun çıkarılması sonucu, çok artmış bulunmaktadır⁶. 224 Sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanunun⁷ 2. maddesindeki tanımına göre; sağlık, sadece hastalık ve maluliyetin yokluğu olmayıp fiziken, ruhen ve sosyal bakımdan tam bir iyilik halidir.

⁴SARP, Nilgün, “İnsan Hakkı Olarak Sağlık Hakkı”, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Girne-Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu, Girne- KKTC, 2-3 Mart 2009, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s.37

⁵KÖK, Ahmet Nezih, “Hekimlik Uygulamalarıyla İlgili Maddelerin Değerlendirilmesi” Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erzincan, 15-16 Mayıs 2006, Yetkin Yayınevi, Ankara 2007, s.54

⁶ÜÇİŞİK, Fehim, Sağlık Hukuku Sorunları ve Çözüm Önerileri, Ankara, Ötüken, Eylül 2013, s.11

⁷ R.G.12.01.1961, Sayı:10705

Tezimizde esas olarak estetik cerrahi müdahaleden kaynaklanan hekimin hukuki sorumluluğu incelenecektir. Estetik cerrahi işlemler bedenini daha iyi ve güzel olması için yapılan operasyonlardır. Her geçen gün insan bedeninin güzelleştirilmesine yönelik bu tür estetik cerrahi müdahalelerin sayısı ise artmaktadır. Bu müdahalelerde estetik amaç kaygısı ön plandadır. Esasen inceleme konumuzu, tedavi amaçlı yapılan tıbbi müdahalelerden çok güzelleştirme amaçlı hekimin sonucu taahhüt ettiği operasyonlardan doğan hukuki durumlar oluşturmaktadır.

Güzelleştirme amaçlı tıbbi müdahaleler, eski dönemlerden itibaren uygulanmaktadır. Ancak birinci ve ikinci dünya savaşlarında yaralanan kişilerin vücut bozukluklarını düzeltmek, doku organ kayıplarını onarmak amacı ile yapılan operasyonlar neticesinde ciddi oranda gelişmiştir. Tıptaki gelişmeler ve teknolojik ilerlemeler ile birlikte estetik cerrahi müdahaleler yaygınlaşmaktadır⁸.

Tıp biliminin muhatabı olan hastanın sağlığı ile ilgili düzgün bir hizmet alabilmesi için devlet tarafından sağlanan haklar hukuk devleti olmanın bir sonucudur. Devlet, bireylerin sağlığına kavuşması için gerekli şartları sağlamakla yükümlüdür. Kural olarak yaşam ve sağlık hakkına ve beden bütünlüğüne yönelik olan haklara ilişkin müdahaleler hukuka aykırıdır. Ancak bazı şartlara uyulması halinde yapılan müdahale hukuka uygun hale gelecektir. Bu sebeple estetik amaçlı müdahale kavramını izah etmeden önce tıbbi müdahale kavramını ve unsurlarını açıklanması gerekmektedir.

Taraflar arasındaki hukuki ilişki çoğunlukla bir sözleşme ilişkisine dayanmaktadır. Hekim ve hasta arasında kurulan tedavi amaçlı bu ilişki hekime sorumluluklar yükleyerek hastaya bir takım haklar belirlemiştir. Esasen bu ilişkide tarafların birbirlerine karşı borçları olduğu gibi hakları da vardır. Bu sözleşmenin hukuki niteliği ile ilgili farklı görüşler mevcuttur. Hekimlik sözleşmesi ya da diğer adıyla tedavi sözleşmesi, kanunda düzenlenmemiş olan bir sözleşme tipidir. Bu sebeple ortaya çıkan hukuki durumlarda, Türk Borçlar Kanunu hükümlerine gidilmektedir. Yargıtay ve öğretide ve yaygın olarak savunulan görüş aşağıda daha

⁸ARINCI, Atilla/USTA, Sevgi, Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumlulukları ve Eser Sözleşmesi, Erişim adresi :<<http://www.turkplastsurg.org/index.php/tprecd/article/view/2152>> [6.10.2017], s. 84

ayrıntılı izah edeceğimiz üzere, hekim ile hasta arasında kurulan hukuki ilişkinin özel bazı ayırık durumlar hariç vekâlet sözleşmesi olarak kabul edilmiştir. Öğretide nitelik itibariyle vekâlet sözleşmesi dışında, bazı tıbbi durumlarda eser sözleşmesi ile de benzerlikleri bulunduğu düşünülmektedir. Hekimin mesleki borç yükümlükleri olan teşhis ve tedaviyi koyma, en uygun tedaviyi uygulama, hastayı aydınlatma, sır saklama, sadakat ve özen yükümlülüğü estetik hekiminde sorumluluğunu içermektedir. Estetik cerrah işinin niteliği sebebiyle ciddi dikkat ve özen yükümlülüğü altındadır. Dolayısıyla estetik cerrahın diğer hekimler bakımından sorumluluğunun daha ağırdır.

Çalışmamızda konunun hukuki temellerine binaen hasta, tıbbi müdahale, estetik müdahale, malpraktis, komplikasyon kavramlarına değineceğiz.

1.2 TEMEL KAVRAMLAR

1.2.1 HASTA

Hasta kavramı öğretide genellikle, fiziksel ya da akıl rahatsızlığı bulunan, normal olmayan bir durumdan kaynaklı sebepler ile tedavi olmak için müdahale talep eden, bazen de kontrol amaçlı olarak doktor ile tıbbi olarak ilişki kurabilen kişi olarak tanımlanmaktadır⁹. Hasta, organizmasında biyolojik ve psikolojik seviyede hayatını etkileyecek problemleri olan kişidir¹⁰.

Bedensel ve/veya ruhsal sağlığı kötü durumda olan bireylere hasta denilmekle beraber, bazen sağlık durumu iyi olduğu halde kişiler tıbbi müdahale talebinde bulunabilmektedir. Bu tıbbi müdahale talebi toplumsal, dini faktörler ya da estetik kaygılardan dolayı doğabilmektedir. Örnek olarak tıbbi bir zorunluluk olmadığı halde bireyler sünnet, kürtaj gibi talepler ile hekime başvurabilmektedir. Neticede verilen örneklerde olduğu gibi hekime başvuran kişi sağlık durumuna bağlı

⁹ REYHANİ YÜKSEL, Sera, “Hekimin Uyguladığı İlaç Tedavisinden Doğan Zararlardan Hastanın Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Korunması”, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları, 2015-2016, Bilge Yayınevi, Ankara, s.364

¹⁰ ÖZDEMİR, Hayrunnisa, Sağlık Hukuku Alanında Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s.69

olmaksızın sağlık hizmeti talebinde bulunmaktadır¹¹. Tezimin konusunu oluşturan estetik cerrahi bilimi de hastalara hem tıbbi zorunluluk gereği bedensel rahatsızlığı giderme amaçlı hem de güzelleştirme amaçlı tıbbi müdahalelerde bulunmaktadır.

1.2.2 TIBBİ MÜDAHALE

Tıbbi müdahale kavramı Hasta Hakları Yönetmeliğinin¹² 4. maddesi g bendine göre, yasal olarak tıp mesleğini yapma yetkisine sahip hekimler tarafından hastanın fiziksel ve ruhsal bütünlüğüne yönelik olarak gerçekleştirilen faaliyetlerdir. Bu faaliyet tıp biliminin standartlarına uygun bir şekilde hastanın sağlığını korumak ve hastalığın teşhisini koyarak tedavi etmek amacı ile yapılmaktadır.

Doktorun hastasına yönelik olarak tanı, tedavi gibi gayeler ile uyguladığı fiziksel ve düşünsel faaliyetlere tıbbi müdahale adı verilir. Hukukumuzda yapılacak faaliyetin “tıbbi” nitelikte olabilmesi için doktor, doğrudan veya dolaylı olarak tedavi etme maksadı ile hareket etmelidir¹³.

Öğretide ki daha geniş bir tanıma göre; tıbbi müdahaleler bireylerin fiziki ve fikri rahatsızlıklarının tanısını bulup tedavi olmasını sağlamak amacıyla tıp mesleğini uygulamaya yetkili kişilerce gerçekleştirilen faaliyetlerdir. Hastanın tedavi olup sağlığına tamamen kavuşması sağlanamıyorsa ağrıların azaltılması veya başka bir hastalıktan korumaya çalışılması, nüfus planlanması tıbbi müdahale faaliyeti kapsamında değerlendirilmektedir. Tıbbi müdahale kavramı en kolay tanı ve tedavi uygulamaları ile çok ağır cerrahi operasyonları içinde barındırmaktadır¹⁴.

¹¹ÖZÇETİN, Selvi/BALABAN, Murat Sağlık Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2015 s.14; PETEK, Hasan, “Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’un Uygulanması”, DEÜHFD Cilt: 15, Özel S. 2013, s. 977; DOĞAN Cahid, “Hukuksal Açıdan Hastanın Yükümlülükleri”, ERÜHFD, Cilt: XI. S.2, 2016, s.51

¹² R.G 01.08.1988, S:23420

¹³ÖZAY, Merter, Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 20

¹⁴YENERER ÇAKMUT, Özlem, “Sağlık Hukukunun Temel Esasları ve Özellikle Aydınlatılmış Onam”, Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu 16-17 Ocak 2009 Mersin, Ankara; Mersin Barosu, 2009, s.78; KILIÇARSLAN KARA, Seda, Kişilik Hakkına Saldırıda Üstün Nitelikteki Özel ve Kamusal Yarar, İstanbul, Aralık 2015, s.55; KAYA Mine, “Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu”, TBB Dergisi, Temmuz 2012, s.47; PETEK, Hasan, “Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki

1.2.3 TIBBİ MÜDAHALENİN UNSURLARI

Uygulanan müdahalenin tıbbi nitelikte olması için dört şart bir arada bulunmalıdır. Müdahalenin gerçekleşmesi için tıbben zorunlu olması gerekir. Tıbbi bir zorunluluk hali olan bu müdahale kanunlara uygun olarak gerçekleştirilmelidir. Tıbbi müdahale kanunen tıbbi icraya yetkili hekimlerce yapılmalı ve uygulanacak müdahaleye hasta onay göstermelidir. Bu şartları taşımayan tıbbi müdahale hukuku aykırılık teşkil eder¹⁵.

Yargıtay 4. HD' nin 07.03.1977 tarihli 1976/6297E 1977/2541K sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir: “*Doktrinde Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu için bazı şartların gerçekleşmesi öngörülmüştür.*

Bunlar sırasıyla;

- 1. Hekimin tıp mesleğini icraya kanunen yetkili olması,*
- 2. Hastanın rızası bulunması,*
- 3. Eylemin tıp biliminin objektif ve sübjektif sınırları içinde kalmasıdır”¹⁶.*

1.2.3.1 Müdahalenin Kanunen Yetkili Kişiler Tarafından Gerçekleştirilmesi

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun¹⁷ gereği tıbbi girişimlerin hukuka uygunluğunun ilk şartı tıbbi müdahalede bulunmaya yetkili kişiler tarafından gerçekleştirilmesidir.

Tıbbi müdahaleyi uygulayan kişinin bu müdahaleyi uygulama yetkisi olması gerekir. Bu durum hukuka uygunluk şartıdır. Gerekli yetkisi olmadan gerçekleşen tıbbi müdahaleler, yetkisini aşması dolayısıyla hukuka uygun değildir. Yetki alanına

Sorumluluk” DEÜHFD Cilt: 8, Sayı: 1, 2006 s. 180; ÇİLİNGİROĞLU, Cüneyt Tıbbi Müdahaleye Rıza, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s.15; ŞATIR, Nejd, Emsal Kararlar Işığında Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s.15

¹⁵ARINCI/USTA, s.87

¹⁶ Erişim adresi :<http: <https://www.sinerjimevzuat.com.tr> > [12.05.2018]

¹⁷ R.G. 14.4.1928, Sayı:863

girmeyen bir tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren kişinin taksiri oranında kusuruna gidilebilmektedir. Bu bağlamda, tıbbi faaliyeti yetkisi olmadan gerçekleştiren kimse, ceza hukukuna göre taksir ya da kastına göre işlediği eylemden dolayı yargılanabilir¹⁸. Bu sözleşmesinin esas ögesi öncelikle taraflara ilişkindir. Sözleşmenin bir tarafı tıbbi tanı ve tedavi etme yükümü altına giren bağımsız çalışan veya klinik ve özel sağlık işletmeleri aracılığı ile hizmet sağlayan hekimdir¹⁹. Bu sözleşme ilişkisinde hekim uzmanlık dalıyla ilgili olarak tıbbi faaliyette bulunmaktadır. Sözleşmenin diğer tarafında ise hastalığı sebebiyle bu sağlık hizmetine muhtaç hasta bulunmaktadır.

1219 sayılı kanunun 1. maddesine göre: “*Türkiye Cumhuriyeti dâhilinde tababet icra ve her hangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesinden diploma sahibi olmak şarttır.*” Bu madde nedeniyle kanun tıp fakültesinden mezun olma şartı aramaktadır. Anılan kanunun 3. maddesini 1. fıkrasında bazı alanlar için lisans diplomasına ek olarak uzmanlık yetkisi aramaktadır. Şöyle ki; “*.....tabip diplomasını ve fenni, cerrahi veya şuabatında ihtisas sahibi olduğuna dair işbu kanunun tarifleri dairesinde vesaikı lazimeyi haiz olmayan hiç bir kimse hiç bir ameliyei cerrahiye icra edemez. Cerrahii sağıreye ait ameliyat ile sünneti her tabip yapabilir.*” Aynı kanunun 23. maddesin de özel veya büyük cerrahi müdahaleler bakımından uzmanlık yetkisi aranmaktadır. Fakat kanun gereği zorunlu uzmanın bulunmaması halinde diğer hekim hastaya müdahale edebilmektedirler. Estetik amaçlı tıbbi müdahaleler ise Plastik ve Rekonstrüktif cerrahi alanında uzman kişiler tarafından gerçekleştirilmektedir.

663 Sayılı KHK ile doktor olmak için gereken Türk olma koşulunu düzenleyen Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun birinci maddesi değiştirilmiştir. Yeni KHK düzenlemesi ile bu şarta bakılmayacak yabancı vatandaşlığı bulunan doktorlar ülkemizde doktorluk görevini icra edebileceklerdir²⁰.

Hekim, hastanın yararına olacak şekilde kendi görevi ve yetkisi dâhilindeki tıbbi faaliyeti yerine getirmekle yükümlüdür. Hekim bu tıbbi hizmeti sağlamayı

¹⁸ERMAN, Barış, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Seçkin Yayınevi, Ankara, Nisan 2003, s.96

¹⁹ÖZÇETİN/BALABAN, s.191

²⁰ÖZDEMİR, (Teşhis ve Tedavi), s.41

borçlanmaktadır. Hekimin bu şekilde sözleşmenin tarafı sayılabilmesi için uygulanan tıbbi müdahale alanının görev ve yetkisine ilişkin bulunması şartı vardır²¹.

TŞSTİDK sayılı kanunun 25. maddesinde diploması olmadığı hâlde, bir çıkar elde etmek maksadı taşıyorsa bile hasta tedavi eden ya da doktor sanını kullanan kişi hakkında iki yıldan beş yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacağı açıkça belirtilmiştir.

Tıbbi müdahalede bulunma yetkisi esas olarak hekimlere ait olup diğer sağlık personelleri ise hekimin gözetimi altında çalışmaktadırlar. Bu sebeple diğer personellerin yapacakları iş sınırlı sayıdadır. İstisnai olarak bazı hallerde sağlık mesleği mensubu olmayan 3. bir kişinin yaptığı müdahale hukuken uygun sayılabilmektedir. Örnek olarak boğazına düğme kaçan ve bu nedenle nefes alamayan bir kimsenin boğazını bıçakla kesen ve bu yolla soluk borusuna bir delik açan kişinin eylemi verilebilir. Bu durumda olduğu gibi zorunluluk hali mevcut olup hukuka uygundur²².

TŞSTİDK madde 28’de bazı şartlarda hekimlerin sürekli olarak meslekten çıkarılabileceği hükmünü getirmektedir. Bu hüküm gereği hekimlik mesleğinin icrasına sürekli veya geçici bir engel hali bulunmamalıdır. Hekimlik mesleğinin icrası için; kanunda sayılan suçlardan ceza mahkûmiyeti bulunmaması gerekmektedir. Marazi bir akıl hastalığı bulunması halinde Sağlık Bakanlığının teklifi ve Sağlık Bakanlığı Yüksek Disiplin Kurulu kararıyla hekim mesleğini icra etmekten men edilerek diploması geri alınır

Türk Tabipler Birliği tarafından mesleki yükümlülüklerine uygun hareket etmeyenler hakkında 23.01.1953 tarih ve 6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanununun²³ 38 ve 39. maddelerine göre Haysiyet Divanı tarafından uygulanacak yaptırımlar düzenlenmiş bulunmaktadır. Kanunun kendisine yüklediği görevleri yerine getirmeyen doktorlar hakkında yazılı ihtar, para cezası, 15 günden 6 aya kadar geçici olarak mesleğini icra etmekten men edebilmektedir.

²¹ÖZDEMİR, Hayrunnisa, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, ERÜHFD, Cilt: 11, Sayı: 1, Haziran 2016, Sayfa: 33-81

²² GENCER, Zafer Âdem, Ceza Hukuku Kapsamında Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Bilge Yayınevi, Mayıs 2014, s. 26

²³ R.G:31.01.1953, Sayı:8323

1982 Anayasası'na kadar kamu- serbest ayrımı yapılmaksızın mesleki faaliyetlerini sürdüren tüm hekimler için tabip odasına üye olma mecburiyeti söz konusuydu. Anayasanın 135. maddesi ile “*Kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde asli ve sürekli görevlerde çalışanların meslek kuruluşlarına girme mecburiyeti aranmaz.*” hükmü getirilmiş, 6023 sayılı TTB Kanununun 7. maddesi ise 1985’ de Anayasaya uygun olarak düzenlenmiştir ve “odaya kayıt olmadan mesleğin uygulanamayacağı” hükmü sabit kalmakla birlikte “çalışan tabiplerin odaya kayıtlarını isteğe bağlı” olduğu düzenlenmiş bulunmaktadır²⁴.

1.2.3.2 Tıbbi Zorunluluk (Endikasyon) Şartı

Kural olarak endikasyon uygulanacak müdahalenin hukuka uygunluk şartıdır. Uygulanan tıbbi işlem zaruri ve elzem olmalıdır²⁵. Tıbbi müdahalenin hukuken kabul görmüş bir amaca yönelik olması gerekmektedir. Tıbbi Deontoloji Tüzüğü²⁶, nün 13. maddesin 3. fıkrasında uygulanan tıbbi müdahalenin teşhis, tedavi ve korunma amacı taşıması gerektiğini kabul etmiş olup hekimin bu amaçlar dışında başkaca bir müdahalede bulunamayacağını düzenlemiştir. Ancak günümüzde modern cerrahi bilimlerin gelişmesiyle birlikte tıbbi endikasyon dışında psikolojik ve sosyal durumların getirdiği hallerde endikasyon kavramı geniş yorumlanabilmektedir.

Müdahale şartı olarak “tıbbi endikasyon” aranmamaktadır. Sosyal ya da psikolojik sebeplerde bulunmaktadır. Estetik ameliyatlar ve erkek çocukların sünnet edilmesi durumunda sosyal ve psikolojik endikasyon söz konusudur. Öğretide bu tür tıbbi girişimlerde “dolaylı tedavi amacı”nın varlığı kabul edilmektedir. Bu bağlamda direk bir tedavi amacı hedeflememekle birlikte, başkaca durumlarda tıbbi müdahale olarak kabul edilebilmektedir. Tıbbi müdahaleye ilişkin kıstaslar yukarıda bahsedilen durumlar içinde uygulanabilmektedir. Özünde, gerek tıbbi, gerek sosyal ve psikolojik olsun, endikasyon olmaksızın yapılan tıbbi girişimler hukuka uygun değildir²⁷.

²⁴ ÇUHACI, Mustafa, Hekimin Hakları ve Yükümlülükleri: Ankara, Güneş Tıp Kitabevleri, 2014 s.23

²⁵ HAKERİ, Hakan, “Tıbbi Müdahalelerde Endikasyon”, Tıp Hukuku Atölyesi-1, Seçkin Yayınları, Ekim 2013, Ankara, s.62

²⁶ R.G:19.02.1960 Sayı:10436

²⁷ HAKERİ, (Tıp Hukuku Atölyesi-1), s.67

Şenocak'a göre, her ne kadar tıbbi müdahalenin tedavi amacını kapsadığı söylene de günümüz tıbbındaki hızlı ve yenilikçi gelişmeler ile artık salt tedavi amacı barındıran tıbbi müdahalelerin gerçekleşmediği görülecektir. Örneğin yapay dölleme, sterilizasyon, tıbben zorunluluğu bulunmayan kürtaj gibi tedavi maksadı taşımayan müdahale türleri de bulunmaktadır. Ayrıca estetik ve cinsiyet değişikliğini ilişkin operasyonlar da söz konusu olduğu gibi dolaylı bir tedavi maksadı taşıyan müdahalelerde söz konusudur. Bu müdahalelerde ruhsal sağlığın iyileştirilmesi ve korunması amaçlanmaktadır²⁸.

Çağımızda klasik bakış açısından uzaklaşarak tıbbi müdahalenin tanı, tedavi ve koruma maksadından başka dolaylı tedavi amacına yönelen başka tıbbi müdahalelerinde olduğu düşünülmektedir. Örneğin estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde olduğu gibi hastanın sağlığına erişmesi öncül amaç değildir²⁹. Hastanın vücut bütünlüğüne yönelik olan tıbbi müdahale kavramı hem tıbbi hem de hukuki nitelikleri içinde barındırmaktadır. Tıbbi müdahale türleri beden bütünlüğüne yönelik olabileceği gibi ruhsal sağlığa ilişkinde olabilmektedir. Bizde tıbbi müdahale kavramının sadece tedavi amacı barındırmadığı ve daha geniş yorumlanması gerektiği kanısındayız.

Soyaslan'a göre de, güzelleştirme amaçlı tıbbi girişimlerde ruhsal rahatsızlığı yok etmek amacı ile gerçekleştirilmektedir. Hastalıklarda ki bulgular somut bir şekilde görülebileceği gibi ruhsal mahiyette de olabilmektedir. Bu sebeple ruhsal rahatsızlıklar sebebi ile gerçekleştirilen müdahaleler hakka uygundur³⁰.

1.2.3.3 Hastanın Aydınlatılmış Rızasının Alınması

Tıbbi müdahaleler, ilke olarak, hastanın bedensel dokunulmazlığına bir saldırıdır. Bu nedenle öncelikle Beden Bütünlüğü/ Vücut Dokunulmazlığı Hakkını açıklamalıyız. İstisnai haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulması hukuka

²⁸ŞENOCAK, Zarife “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”, AÜHFD, C. L, S. 4, Y. 2001, s. 66; ÖZALP, Faruk/ ÖZALP Tuba, Hekimin Cezai Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara, Mart 2014, s.21-22

²⁹ÖZER, Çağlar, “Türk Hukukunda Estetik Cerrah İle Hasta Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği”, II. Sağlık Hukuku Kurultayı,7-8 Kasım 2008, Ankara Barosu, Ankara, 2009, s.242

³⁰SOYASLAN, Doğan, “Estetik Cerrahi Müdahaleler Nedeniyle Doktorların Sorumluluğu”, II. Sağlık Hukuku Kurultayı,7-8 Kasım 2008, Ankara Barosu, Ankara, 2009, s.264

aykırıdır. Anayasa 17. Maddesinin 2. Fıkrasında ve HHY madde 22’ de tıbben zorunlu, hukuken gerekli haller dışında bireylerin rızası olmadan vücut bütünlüklerine dokunulmayacağı düzenlenmiş bulunmaktadır. Güzelleştirme amaçlı yapılan tıbbi müdahalelerde hukuksal olarak kişilerin beden bütünlüğüne yapılan fiillerdir.

Uygulanan müdahalede hekimin aydınlatma yükümlülüğü ve hastanın aydınlatılmış onamının alınması hukuken beden bütünlüğü ve hastanın kendi geleceğini belirleme hakları ile ilişkilidir³¹. Beden bütünlüğü/ vücut dokunulmazlığı hakkı, kişisel bir değer olmakla beraber, toplumsal bir değerdir. Söz konusu bu hak sebebiyle, kişiler, vücut bütünlüklerini koruma maksadıyla uğrayacakları fiziki saldırılardan korunma hakkı talep edebilir. Beden bütünlüğü/ vücut dokunulmazlığı hakkı devlet tarafınca korunmaktadır. Devlet, kişilerin güvenli bir şekilde herhangi bir saldırıya maruz kalmadan yaşamalarını sağlamakla yükümlüdür. Beden bütünlüğü/ vücut dokunulmazlığı hakkı ile kişilerin beden, akıl ve ruh sağlığı korunmak istenmektedir. Bu sebeple bu hak, tüm hukuk kurallarıyla koruma altına alınmış bulunmaktadır. Beden bütünlüğü/ Vücut dokunulmazlığı hakkına karşı yapılan ihlaller karşılığında ceza yasalarında yaptırımlar mevcuttur³².

İnsan hakları toplumun tarihsel gelişimine paralel olarak üç bölümde tasnif edilebilir. Birinci kuşak insan hakları kişinin doğumu ile birlikte kazandığı haklardır. Örneğin; yaşam hakkı bu kapsamdadır. İkinci kuşak insan hakları ise bireylerin devletle ilişkisi dolayısıyla doğan haklardır. Örneğin; eğitim hakkı, sağlıklı yaşama hakkı, çalışma hakkı ikinci kuşak insan hakları arasındadır. Üçüncü kuşak insan hakları toplumda her bir kişiyi etkileyebilecek nitelikte olan dayanışma haklarıdır. Örneğin; çevre hakkı, tüketici hakları, hasta hakları bu kapsamdadır. Hasta hakları 3. kuşak insan hakları olup tıbbi deontolojinin konusunu içermektedir. Bu sebeple

³¹ OZANOĞLU, Hasan Seçkin, “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, AÜHFD, 2003, C.52, S.3, s.59

³² YENERER ÇAKMUT, Özlem “Hastanın Tedaviyi Reddetme veya Durdurma Hakkı” Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Girne- Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu, Girne- KKTC, 2-3 Mart 2009, Ankara,2010, s. 49

hastanın hastalığı hakkında bilgilendirilmesi hakkı, aydınlatıcı onam hakkı bulunmaktadır³³.

Tıbbi müdahalede bulunulmadan önce, hastanın rızasına başvurulmasına “Hastanın Onamı” denmektedir. Burada hastanın rızasının başvurulmasının sebebi, yapılacak tıbbi girişimin hukuka uygun sayılması içindir³⁴.

Hastanın karar sürecinde bir takım yönlendirme ya da baskı altında olmaması lazımdır. Bu konuya ilişkin olarak Alman Federal Mahkemesinin bir kararı söz konusudur. Nazi dönemindeki toplama kamplarında ahlak suçlarından hüküm giymiş mahkûmların, cezalarının hafifleyeceği veya artacağı düşüncesiyle hadım edilmeyi kabul etmeleri durumunda mahkeme mahkûmların iradelerini geçerli görmemiştir. Mahkeme bu kararın baskı altında alınması sebebiyle, kasten müessir fiil suçunu hukuka uygun hale getirmeyeceğini kabul etmiştir³⁵.

Estetik amaç taşıyan tıbbi müdahalelerde aydınlatma yükümlülüğünün içeriği başka tıbbi müdahalelere oranla daha geniştir. Estetik cerrah tıbbi müdahale hakkında hastasını anlayacağı şekilde her açıdan detaylı bir şekilde bilgilendirmelidir³⁶.

1.2.3.4 Tıbbın Geçerli Kurallarına Göre Müdahalenin Yapılması

Hasta Hakları ile ilgili en kapsamlı düzenleme 19.02.1960 tarihli Resmi gazetede yayımlanarak kabul edilen Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi (Tüzüğü) hükümlerinde bulunmaktadır³⁷. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi madde 13/2 gereği de tıp biliminin ilke ve kurallarına aykırı teşhis ve tedaviler yasaktır.

³³ÇOBANOĞLU, Nesrin. “Tıp Etiğinden Tıp Hukukuna Hasta Hakları Olarak Aydınlatılmış Onam” Sağlık Hukuku Digestası, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2009, s.72,73

³⁴METİN, Hale, “Estetik Ameliyatlarda Rıza ve Sonucu” Uluslararası Türk- Amerikan Tıp Hukuku ve Etiği Sempozyumu (2-5 Mayıs 2013 Ankara), Seçkin Yayınevi, Ankara, Eylül 2013, s.71, YILMAZ IŞIK Berfin, “Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, TBB Dergisi,2012, s392

³⁵ERMAN, s.98;

³⁶PETEK, (Estetik), s.205-206; TANERİ, Gökhan, Hasta ve Hekim Hakları İle Uygulamadan Örnek Hükümlerle Hekim Ceza Sorumluluğu, Bilge Yayınevi, Ankara, 2015, s.359; AKYILDIZ Sunay, Aydınlatma ve Rıza, Tıp Hukuku Atölyesi-1, Seçkin Yayınları, Ankara, Ekim 2013, s.39-40

³⁷GÖKCAN, Hasan Tahsin, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Seçkin Yayınları Ankara, Nisan 2017,s.145.

Hasta Hakları Yönetmeliği ile resmi ya da özel bütün sağlık hizmeti sağlayan kurumların hastalara sağlanması gereken hak ve imkânlar düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu yönetmelik ile sağlık mesleği çalışanlarına, sağlık kurumu yöneticilerine ilgili tıbbi standartları sağlama sorumluluğu getirilmiştir. Anılan yönetmelik sağlık hizmetleri standartlarını yükseltmiştir³⁸.

Çilingiroğlu'na göre, tıbbın geçerli kurallarına göre müdahalenin yapılması için temel alınan ölçü gerçekleştiren müdahalenin somut özellikleri nazara alınarak tıbbın ülke de o günkü eriştiği bilimsel ve teknik seviyeye göre belirlenecektir³⁹. Tıbbi müdahaleler etik ilkelere (yararlılık, zarar vermeme, özerkliğe saygı, adalet ilkeleri) uygun olmalıdır⁴⁰.

Doktor tıbbi faaliyetini tıbbın kurallarına uygun olarak gerçekleştirmelidir. Tıbbi faaliyet tıbbın normlarına ve tekniğine göre uygulanmalıdır. Hekimlik yapmaya yetkili kişilerce uygulanan tıbbi faaliyetler, tıp ilminin normlarına ve tekniğine uygun olarak gerçekleştirmemişse tıbbi uygulama hataları meydana gelmektedir. Ek olarak beden bütünlüğüne yönelik haksız bir saldırı söz konusu olduğundan eylem haksız fiil, borca aykırılık meydana gelecektir. Tıbbi faaliyetin kurallara uygun gerçekleşip gerçekleşmediği vakanın özelliğine göre değişmektedir. Uygulanacak tıbbi standart ise ülkede zamanın getirdiği şartlara göre tıbbın ulaşabildiği en iyi seviyeye göre belirlenebilmektedir⁴¹.

1.2.4 ESTETİK MÜDAHALE KAVRAMI

Bouteille' e göre, “insan vücudu artık içi bilinmez kara bir şişe, hastalar da özenli ifa bekleyen pasif kişiler değildir. Bugün tıbbın ilerlemesiyle insan vücuduna

³⁸ GÖKCAN, (Tıbbi Müdahale) s.145

³⁹ ÇİLİNGİROĞLU, s.34; ÖZDEMİR, (Teşhis ve Tedavi), s. 37

⁴⁰ KICALIOĞLU, Mustafa “Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluklar”, Ankara, Adalet Yayınevi, Temmuz, 2014, s.44

⁴¹ AKSOY, Ayşe/ÖZDEMİR, Oktay Saibe, “İnsan Vücudunun Korunmasına Dair Biyotıp İlkeleri”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 1, Ocak 2016, s. 379; AŞÇIOĞLU, Çetin, Doktorların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Ankara, 1982, s.50-51

müdahale kolaylaşmış, hastalar da iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmenin tedavi alacaklısı haline gelmiştir. Dolayısıyla, müdahale türleri artmıştır”⁴².

Tıptaki ilerlemeler neticesinde farklı müdahale çeşitleri meydana gelmiştir. Bu müdahale türlerinden bir tanesi de estetik amaçlı gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerden oluşmaktadır. Bireylerin estetik bir görüntü edinmek istemesi veyahut vücutlarındaki biçim bozukluklarını gidermek maksadı ile gerçekleştirilmektedir⁴³. Bireylerin dış görünümünü güzelleştirmeye yönelik tıbbi faaliyetler, doğuştan olan veyahut daha sonraları meydana gelen görüntü bozukluğunu gidermek amaçlı uygulanmaktadır. Bazı durumlarda ise bir görünüme ilişkin bir sorun olmamakla beraber birey kendini daha iyi hissetmek ve hoş görünmek için tıbbi girişim talep edebilmektedir⁴⁴.

Estetik amaçlı tıbbi müdahaleler cerrahi operasyonlar alanında Plastik ve Rekonstrüktif cerrahinin bir dalını oluşturmaktadır. Birçok estetik amaçlı tıbbi müdahale bulunmaktadır⁴⁵. Örneğin, burun güzelleştirme ameliyatları, saç ekimi, göğüs büyütme amacı ile silikon takılması, dış görünümü bozan benlerin alınması, vücuttaki kıllara lazer uygulanması, karın bölgesindeki fazla yağların alınması gibi uygulamalar ile vücuttaki hoş olmayan görüntünün giderilerek güzelleştirilmesi amaçlanmaktadır.

⁴²BOUTEÏLLE’ dan aktaran, ÖZAY, s.20-21

⁴³ARINCI/USTA, s. 85-86

⁴⁴PETEK,(Estetik) s.188; ÇİLİNGİROĞLU, s.19-20; YENERER ÇAKMUT, Özlem, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, Ocak, 2003, s.180; ⁴⁴ERLÜLE, Fulya, Türk Borçlar Kanunu’ na Göre, Bedensel Bütünlüğün İhlalinden Manevi Tazminat, Seçkin Yayınevi, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara, Eylül 2015, s.205-206

⁴⁵“Estetik cerrahinin ilgi alanları burnun tüm estetik ve işlevsel bozukluklarının düzeltilmesi, yüz yenilenmesi, yüz gençleştirme, yüz germe, göz kapağı, göz çevresi estetiği, ağız çevresi estetiğini içeriyor. Endoskopik olarak yapılan alın germe, kaş kaldırma, göz kapağı bölgesinin tüm estetik işlemleri, kepçe kulak, kulak kepçesindeki ve diğer bölgelerdeki problemlerin düzeltilmesi, çene büyütme ve küçültme operasyonları, derideki tüm izler ve bu izlerin giderilmesi, lazer uygulamaları ki burada en sık yaptığımız yüz soyma ama onun dışındaki bölgelerde lekelerin giderilmesi, estetik meme operasyonları, memenin büyütülmesi, küçültülmesi, dikleştirilmesi, aşırı deri ve deri altı yağ dokularının azaltılması, karın germe ve karın estetiği, bacak şekil düzeltilmesi, bacadan yağ alınması, bacağın yağ ile kalınlaştırılması, implantlarla yani protezlerle yumuşak doku ile uygulanan şekil düzeltme ameliyatları, kalça ve uyluk implantları, erkekte göğüs bölgesinde kullanılan implantlar ve cilt bakımı ve buna uygun olan gelişimler.” Erişim Adresi: <<http://plastikcerrahi.org.tr/video-galeri/226/estetik-cerrahinin-ilgi-alanlari-nelerdir>>.[30.05.2018]

“Rinoplasti (estetik burun ameliyatı) birçok açıdan estetik cerrahi için örnek teşkil eder⁴⁶”. Yargıtay burun ameliyatından kaynaklanan uyuşmazlığa ilişkin kararında uyuşmazlığın Borçlar Kanunu kapsamında eser sözleşmesi hükümlerine göre çözümlenmesine hükmedilmiştir⁴⁷.

Estetik müdahaleler doğrudan tedavi amacı taşımasa da dolaylı tedavi amacı barındırmaktadır. Estetik müdahaleler bedensel şekil bozukları ve bu bozukların yarattığı psikolojik durumları kapsamaktadır. Uygulanan müdahale neticesinde mevcut şekil bozukluğunun giderilmesinden çok kişinin psikolojisi onarılmaktadır. Kişinin burada psikolojik çöküntüsü düzeltilmeye çalışılmaktadır. Sağlıklı olmak yalnızca bedenin sağlıklı olması değildir. Ayrıca beden sağlığının yanında kişinin ruh sağlığında iyi olmalıdır. Bu sebeple estetik bir amaç taşıyan müdahalenin tedavi vasfı taşıdığı kabul edilmelidir⁴⁸.

Öğretide estetik amaçlı cerrahi işlemlerin tıbbi faaliyet olup olmadığı hususuna, çeşitli görüşler mevcuttur. Bir bölümü bu tür müdahalelerin bireyin bedeni üzerinde doğduğu andan itibaren olan ya da daha sonra oluşan bozuklukları giderme amacı taşıyan tıbbi müdahaleler olduğu görüşündedir. Diğerleri ise yapılan operasyonun gayesinin tedavi etmek olduğunu savunmaktadır. Dolayısıyla tedavi etme niteliği taşımayan sırf hoş ve güzel görüntü yaratmak için uygulanan estetik amaçlı girişimleri tıbbi faaliyet olarak sayılamayacağı görüşündedir⁴⁹.

Gürelli'ye göre, estetik tıbbi müdahaleleri salt güzelleştirme amaçlı gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler olarak tanımladığımızda hukuk sistemimize aykırı kabul edilecektir. Estetik amaçlı gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerde tedavi, koruma ve ruhsal iyileştirme gayesi bulunmamaktadır⁵⁰.

⁴⁶SEREL, Savaş, “Estetik Cerrahide Hasta Seçimi”, Adli Psikiyatri Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 3, Temmuz 2017, s.36

⁴⁷Yargıtay 15. HD 09.02.2011 tarih 2010/2958 Esas 2011/676 Kararı; “*Davalı doktor tarafından davacının burun ameliyatının estetik amaçlı olarak yapıldığı tarafların ve mahkemenin kabulündedir. Bu durumda uyuşmazlığın BK'nın 355 vd. maddelerinde yer alan eser sözleşmesi hükümlerine göre çözümlenmesi gerekir.*” Erişim adresi :<[http: https://www.sinerjimevzuat.com.tr](https://www.sinerjimevzuat.com.tr) > [02.03.2018]

⁴⁸YARDIM, İsa, Tüketici Olarak Hasta Hakları, Ankara 2016, s.14

⁴⁹SUNAY, Özgür./ KIZILKAYA, Ali/ MOLA, Fahri/ GÜNDÜZ, İlknur vd. “Estetik Cerrahinin Hukuki Sorumluluğu”, s.36, Erişim Adresi :<<http://turkjplastsurg.org/sayilar/55/buyuk/081.pdf>> [15.10.2017]

⁵⁰GÜRELLİ, Nevzat, "Hukuk Açısından Cerrahi Müdahalenin Sınırları", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 45, 2011, s. 267-275

Tıbbi müdahale hukuken kabul edilebilen amaç dâhilinde uygulanabilmektedir. Modern tıbbın gelişmesi ve teknolojik gelişmelere bağlı olarak tıbbi müdahalelerin salt iyileştirme amacı taşımayacağı ve iyileştirme amacı bulunmasa da estetik amaçlı tıbbi müdahalelerin hukuka uygun olduğunun kabulü mümkündür. Ayrıca kişinin bir rahatsızlığı olmasa da koruma maksadı taşıyan tıbbi faaliyetlerde bulunmaktadır⁵¹. *Günel'e* göre, bir rahatsızlıktan doğmasa da fiziksel bir acıya sebep olmasa da ve tıbben müdahalenin yapılması zorunluluk teşkil etmese de güzelleştirme amaçlı tıbbi müdahalelerde olduğu gibi psikolojik olarak insan bedeninde ki rahatsız eden duruma yönelik gerçekleştirilen müdahaleler tıbbi müdahale kapsamındadır. Beden bütünlüğünün sağlanması ve korunmasına ek olarak kişinin ruhsal sağlığının korunması da tıbbi müdahalenin konusu olarak nitelendirilmektedir⁵².

Arpacı'ya göre, güzelleştirme amaçlı tedavi amacı ile uygulanan tıbbi müdahalelerdir. Bu müdahale bireyin ruhsal sağlığı açısından önem teşkil etmektedir.⁵³ *Aşçıoğlu'na* göre, tıp açısından gerçekleştirilen müdahaleler kişinin sağlığını kazanması, acısının dinmesi ve azaltılmasıdır. Kişinin sağlığını elde etmesine yönelik müdahaleler sadece tedavi unsuru ile sınırlandırılmamalıdır. Hastalığı engellemeye yönelik eylemlere ek olarak hasta olmasını önlemek, sağlığını daha iyi hale getirme amaçlı eylemleri de kapsamalıdır. Bu sebeple güzelleştirme amaçlı tıbbi müdahaleler bireyin sağlığının kazanılmasına yöneliktir⁵⁴. Doktor güzelleştirme amaçlı tıbbi müdahaleleri fiziki olarak iyileştirmek amacı ile kişinin rızası ile gerçekleştirilmektedir. Kişiler fiziki açıdan görünüşlerini sorgulayarak günümüz estetik anlayışı doğrultusunda düzgün görünmeyen burnunu düzeltmek isteyebilir. Keza saçları erken yaşta dökülen genç bir birey bunu kendi hayatında sıkıntı yapabilmektedir. Bireylerin bu görünüşleri çözülmez problem sanarak psikolojilerini ve sosyal yaşamlarını olumsuz etkileyebilmektedir. Bu sebeple güzelleştirme amaçlı tıbbi müdahalelerin fiziksel iyileştirme dışında tedavi maksadı

⁵¹ÖZPINAR, Berna, Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamanın Sonuçları, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, s.39

⁵²GÜLEL, İlhan, Tıbbi Müdahale Sözleşmesinde Uygulanacak Hükümler, TAAD, Cilt:1,Yıl 2, Sayı:5, Nisan 2011, s.586

⁵³ARPACI, Abdülkadir “Özel Hukuk Açısından Tıbbi Müdahaleye Rıza Beyanı, Buna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Yolları”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 2, Aralık 2009, s.8; TÜRKMEN Ali, Hasta ve Hekim Hukuku, Ekim 2009, s.39

⁵⁴AŞÇIOĞLU, s.42

taşıdığı kabul edilmelidir⁵⁵. Öğretide ki bu görüşler ışığında güzelleştirme amaçlı gerçekleştirilen müdahalelerin tıbbi müdahale olarak kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Estetik tıbbi müdahaleler tedavi ve güzelleştirme amaçlı olarak iki sınıf olarak gruplandırılabilceği gibi bazı durumlarda bu iki amaç bir arada da bulunabilmektedir. Özünde güzelleşme amaçlı yapılan tıbbi müdahalelerde estetik amaçlı işlem uygulanmasını isteyen hasta ile hekim arasında kurulan sözleşmenin hukuki niteliğinin eser sözleşmesi olduğunun kabulü mümkündür. Yargıtay'ında görüşü bu yöndedir⁵⁶.

Bu anlamda karşımıza ilk çıkan, kozmetik müdahaleler, estetik amaçlı yapılan tıbbi müdahalelerdir. Bu cerrahi müdahaleler bireyin doğduğu anda oluşan ya da daha sonra ortaya çıkan dış görünümünü bozan uzuvların düzeltilmesi amacıyla yürütülen faaliyetlerdir. Estetik amaçlı tıbbi müdahalelerin tedavi amacına yönelik olmadığı durumlar mevcuttur. Doğuştan meydana gelmiş görünüm bozukluklarının veya sonradan ortaya çıkan yaraların izlerinin ortadan kaldırılması gerektiği durumlar olabilmektedir. Bu tür tıbbi müdahalelerde bulunulurken en azından psikolojik bir sebebin olduğunun varlığı kabul edilir⁵⁷.

Özay, estetik amaçlı tıbbi müdahaleleri, bedensel rahatsızlığı giderme amaçlı tıbbi müdahaleler, bedensel olmaktan ziyade ruhsal nitelikli rahatsızlıkları gidermeye yönelik estetik müdahaleler, salt güzelleştirme amaçlı tıbbi müdahaleler olarak üç ana başlık altında toplamış bulunmaktadır. Bedensel rahatsızlığı giderme amaçlı estetik müdahaleler (örneğin tavşan dudağın, yanık suratın, yara izinin düzeltilmesi) öğreti ve Yargıtay tarafından hukuka uygun kabul edilmiştir. Tavşan dudağın, yüzdeki yanığın, yara izinin düzeltilmesi amaçlı müdahalelerde söz konusu olduğu gibi fiziksel görüntüdeki normal olmayan durum giderilmeye çalışılmaktadır⁵⁸.

⁵⁵KÖK Ahmet Nezihi/ ÇANKAYA Hasan, Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Tıbbi, Etik ve Hukuki Sorunlar, Tıp Etiği Hukuku Tarihi, 2003, s.200

⁵⁶Yargıtay 3. HD T.03.03.2014 2013/19068 E2014/3165K;“Dava; estetik amaçlı lazer uygulamasından meydana geldiği iddia olunan zararın tazmini için açılan manevi tazminat istemine ilişkindir. Tarafların açıklamaları ile dosyadaki bilgi ve belgeler birlikte değerlendirildiğinde; taraflar arasındaki akdi ilişkinin, TBK'nın 470 (BK. m. 355) ve devamı maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesinden kaynaklandığı açıktır.” Erişim adresi:<www.sinerjimevzuat.com.tr >[05.02.2018]

⁵⁷ HAKERİ, (Tıp Hukuku Atölyesi-1,) s.70

⁵⁸ ÖZAY, s.25-26

Bazı estetik amaçlı tıbbi müdahaleler sadece güzel bir görüntü elde edilerek psikolojik olarak iyi hissetmesinin sağlanmaktan ziyade hastanın acısını dindirme amaçlı uygulanmaktadır. Doğduğu anda ya da daha sonra bir kaza neticesinde burnunda görüntü bozukluğu olup nefes almakta zorlanan hastaya yapılan tıbbi müdahale örneğinde olduğu gibi hastanın bu durumda hem iyi bir burun görüntüsü elde etmesi sağlanacak hem de nefes alırken yaşadığı sıkıntılar giderilecektir. Keza memesinin olağandan büyük olması dolayısı ile meme küçültme operasyonu gerçekleştirilen hasta da iyi bir görünüm elde etmesindenense yaşadığı sırt ağrılarının ve ortaya çıkacak duruş bozuklarının giderilmesi ön plandadır⁵⁹.

Çakmut'a göre de, bireylerin fiziksel ve ruhsal sağlıkları bir bütündür. Bedeninde ki hoş olmayan görüntüden rahatsız olup kendi açısından bunu psikolojik bir sorun haline getiren kişiye uygulanacak tıbbi müdahale, kişinin psikolojisine iyi gelerek sağlığında iyileşme yaratacaktır. Bu sebeple bu tip cerrahi girişimler tedavi maksadı taşımaktadır⁶⁰.

Estetik amaçlı cerrahi müdahale talep eden kişi ne vücudundaki şekil bozukluğunu gidermek ne de psikolojik açıdan iyi hissetmek amacı değil de sadece bu müdahale neticesinde gelir sağlamak ve şöhret edinme amacı taşıyorsa hukuka uygun sayılmamaktadır. Burada kişi uygulanan müdahale de sadece çıkarını düşünmektedir. Bu nedenle hukuk sistemi hukuka aykırılık oluşmaması için kişinin yaşamı, sağlığını ve vücut bütünlüğünün vazgeçilmez kabul etmektedir⁶¹. Örneğin kişinin ün kazanmak için dilinin ortadan kesilerek çatal şeklinde yapılmasını talep etmesi halinde gerçekleştirilen bu müdahalenin estetik amaçlı tıbbi müdahale olduğu kabul edilmemelidir⁶².

Güzelleştirme amaçlı tıbbi müdahaleler bireyin rızasına bağlı olarak gerçekleştirildiği sürece hukuka uygun kabul edilirler. Ancak yapılan bazı estetik

⁵⁹ PETEK,(Estetik) s.182

⁶⁰ YENERER ÇAKMUT, (Tıbbi Müdahale Rıza), s.181

⁶¹ KARA KILIÇARSLAN, s.68; ÖZER, s.245

⁶² ARINCI/USTA, s. 86; YENERER ÇAKMUT, (Tıbbi Müdahale Rıza), s.182

amaçlı tıbbi girişimler kişinin sağlığı için tehlike yaratabilir. Sırf güzelleştirme kaygısı ile gerçekleştirilen bu müdahalelerin yapılmaması gerekmektedir⁶³.

Bu nedenler ile öğretilerde sırf güzelleştirme amaçlı tıbbi müdahalelerin hukuka uygun olmadığı kanaatine varan görüşlerde mevcut bulunmaktadır.

1.2.5 HATALI TIBBİ UYGULAMA (MALPRAKTİS)

Malpraktis, hekim ve hasta arasında kurulan sözleşme dolayısı ile hekimin hastalığı iyileştirmek için uyguladığı tedavi ve tıbbi standartların ihlali ile hastaya verilen zarar neticesinde ortaya çıkan sorumluluktur⁶⁴. TTB Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 13. maddesinde "*Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeni ile bir hastanın zarar görmesi hekimliğin kötü uygulanması*" malpraktis olarak tanımlanmıştır.

Hastalığın teşhisi ve hastanın tedavisi sırasında oluşan uygulanabilir tıbbi ölçütlerin yerine getirilmemesi, hekimin bilmemesi ve deneyim sahibi olmaması, hastaya gerekli tedavinin sağlanmaması durumlarında malpraktis oluşur. Malpraktis neticesinde ortaya çıkan sorumluluk kusur sorumluluğudur. Hekimin hukuki sorumluluğunda kıstas, deneyimli bir uzman doktor ölçütüdür⁶⁵.

Yargıtay 4. HD'nin 1976/6297 E. 1977/2541 K. 07.03.1977 tarihli kararında şu şekilde ifade edilmiştir; "*Bu faaliyetler hastalığın teşhisi, gerekli ilaçların verilmesi, cerrahi müdahalelerin yapılması, hastalığın devamlı olarak gözetilmesi, gerektiğinde yan etkili tedavi yollarına, yeni usullere başvurulması gibi çeşitli konuları kapsamaktadır. İşte hekim bu faaliyetlerde bulunurken bazı mesleki şartları yerine getirmek hastanın durumuna değer vermek ve geniş bir deyimle tıp biliminin*

⁶³ ZEVLİLİLER, Aydın, "Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları" (1982 - 1983 Öğretim Yılı Açılış Dersi Metni)". Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1 (1983): 1-37

⁶⁴KICALIOĞLU, M., s.47; TUNÇER, Polat, s. 49; HIZAL, Abdullah, "Hatalı Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Tam Yargı Davaları", İzmir Üniversitesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2015, s.8; ÇETİN, Gürsel, "Tıbbi Malpraktis", Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi Sempozyum Dizisi No:48, 2006, s.31-42; REYHANİ, YÜKSEL,(İlaç Tedavisi), s.361; ERSOY, Yüksel "Tıbbi Hatanın Hukuki ve Cezai Sonuçları" TBB Dergisi, Sayı 53, 2004, s.161-189

⁶⁵YENİPİNAR BERBEROĞLU, Filiz Tıbbi Sorumluluk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Ocak 2017, s.142

kurallarını gözetip uygulamak zorundadır. Aksi halde hekim tıp biliminin verilerini yanlış ya da eksik uygulamışsa, mesleğine gerektirdiği özel görevlere gereği ve yeteri kadar uymamışsa mesleki kusuru var emektir ki, bu eylem ve davranışı da hukuka aykırılık nedeniyle sorumluluğunu gerektirecektir⁶⁶”.

Uygulama hatası iddiasında dayanılarak ortaya çıkan hukuki ihtilaflarda sağlık personeli çalışanlarının cezalandırdığı olayların istatistiksel olarak yaklaşık %20’si ölümlerle sonuçlanmaktadır. Bir hayli rastlanan doktor hataları ise cerrahi müdahalelerde, anestezi uygulamaları, ilaç tepkileri, ameliyattan sonra oluşan problemlerden oluşmaktadır. Ayrıca kan transfüzyonu ve laboratuvar tetkikler aşamasında oluşan hatalı durumlarında ciddi bir rakamda olduğu bilinmektedir⁶⁷.

Hasta vücudunda yabancı bir cisim unutulması doktrinde “tedaviye eşlik eden hata” olarak isimlendirilmektedir⁶⁸. Özen borcunu ihlal olarak uygulamada yaşananlara örnek olarak, hastanın vücudunda gazlı bez unutulması⁶⁹, erken dünyaya gelen bebeklerin hastalık tehlikesine rağmen periyodik göz muayenelerinin yapılmaması⁷⁰, bebeğin oksijen yetersizliğine dayalı beyin ölümü teşhisi ile doğmasında idarenin kadın doğum bölümünün hizmet kusurunun olması⁷¹ verilebilir.

Tıp gibi kompleks bir alanda hekimin karşılaştığı vakada tıbbi müdahale konusunda uzlaşmaları her zaman mümkün değildir. Ayrıca hekimin, her yeni yöntemi derhal uygulayabilmesi söz konusu olamayabilir. Hekim yerleşmiş ve standartlaşmış kuralları uygulamakla yükümlüdür. Hatta mukayeseli hukukta, mahkemelerin “saygın azınlık” (respectable minority) şeklinde kriterler geliştirdiği de aktarılmaktadır. Bu kavram zaman zaman azınlıkta kalan görüşlerin, tıbbi uygulama yöntemlerinin de kabul görebilmesidir. Zira personel ve teknik bakımdan

⁶⁶ Erişim adresi :< <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>>[01.02.2018]

⁶⁷ HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, Mart 2016, s.367

⁶⁸ HAKERİ,(Tıp Hukuku)s. 376

⁶⁹ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 1982/7237 Esas 1983/1783 14.03.1983 tarihli kararında ameliyat olan davacının vücudunda gazlı bez unutulması olayı şu şekilde değerlendirilmiştir. Erişim adresi: <<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>> [01.02.2018]

⁷⁰ Danıştay 1.Daire Karar Tarihi: 16.09.2008 2008/617Esas 2008/878 Karar Erişim adresi: <<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>> [01.02.2018]

⁷¹ Danıştay 10.Daire Karar Tarihi:19.09.2007 2004/6540Esas 2007/4237Karar Erişim adresi: <<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>> [02.02.2018]

geçerli olacak tıbbi standart tek bir ölçüt olmamakla beraber söz konusu husus, ulaşılabilir standarttır⁷².

Hekim, tedavi yöntemini belirlemeden önce doğru teşhisi bulmakla mükelleftir. Hekim özenli davranarak doğru teşhisi bulmaya çalışır. Uygulamada mahkemelerin yerleşmiş içtihadı, teşhis hatalarının başka bir şart aranmasına gerek olmaksızın uygulama hatası olduğu yönündedir. Ek olarak teşhisin eksik olması da uygulama hatası olarak görülmektedir⁷³. Ülkemizde her yıl 1000 kadar hatalı tıbbi uygulamadan kaynaklanan uyuşmazlıklar yargıya intikal etmektedir. Fransa’ da ise 2006 verilerine göre tıbbi uygulama hatası dolayısıyla 15000 kişi mahkemeye başvurmuştur⁷⁴.

Danıştay 15. Dairesi’nin 10.03.2016 tarihli ve 2015/8936 E. 2016/1604 K. sayılı kararına konu olan olayda estetik cerrahi müdahaleden kaynaklanan malpraktis olduğu kanaatine varılmıştır. Şöyle ki; davacı hastaya 17.05.2012 tarihinde Dokuz Eylül Üniversitesi Hastanesi Plastik Cerrahi bölümünde pitozis düzeltme ameliyatı gerçekleştirilmiştir. Ancak gerçekleştirilen bu ameliyattan sonra hasta da göz kapaklarında kapanmama ve görme kaybı sorunu oluşmuştur. Hasta bu şikâyetleri ve görme yetisindeki kısmi kaybı dolayısı ile idarenin hizmet kusuruna dayalı maddi ve manevi tazminat talepli dava açmıştır. İzmir 2. İdare Mahkemesi plastik cerrahi tarafınca gerçekleştirilen müdahalesini izin verilen risk kapsamında olduğuna kanaat getirmiştir. Adli Tıp Kurumunun raporunda, gerçekleştirilen ameliyat neticesinde hastanın davaya konu şikâyetlerinin pitozis düzeltme ameliyatlarının niteliği dolayısı ile ortaya çıkabilen ek bir operasyon ile giderilebilecek durumda olduğu söylenmiştir. İzmir 2. İdare Mahkemesi gerçekleştirilen cerrahi müdahalenin izin

⁷²HAKERİ,(Tıp Hukuku) s.359

⁷³HAKERİ,(Tıp Hukuku) s.296; Fransa’ da Nicolas Perruche davasında 26 yaşında bebeği Nicolas’ a hamile olan annenin gebelik döneminde kızamıkçık hastalığı geçirmesinin teşhis edilememesi sebebiyle bebek ağır engelli olarak dünyaya gelmiştir. Hâlbuki teşhise yönelik test ve tahliller eksiksiz yapılmak zorundadır. 1989’ da Perruche ailesi bu olay nedeniyle, doktora, gerekli testleri yapmakla yükümlü laboratuvara ve sigortacılarına karşı uğradıkları zararın tazmini dolayısıyla dava açar. Dava konusu, doktorun yanlış teşhisi sebebiyle engelli doğan çocuğunun ve kendilerinin uğradıkları zararın giderilmesine ilişkindir. Somut olayda 2000 tarihinde Yargıtay HGK, bu durumun hamileliği sonlandırma hakkını kullandırmayarak engelli bir bebeğin dünyaya gelmesine sebep olduğu gerekçesi ile ortaya çıkan zararın tazmin edilmesine karar vermiştir. (Özcan, Cem “Perruche Davası Ve Doğum Öncesi Teşhis Hatası Nedeniyle Tazminat”, TAAD Yıl:6, Sayı:21, Nisan 2015, s.105 vd.)

⁷⁴İNAL, Tamer. “Tıbbi ve Cerrahi Uygulamada Malpraktis ve Komplikasyondan Doğan Sorumluluk”, Terazi Hukuk Dergisi, sayı 100, Aralık 2014, s.762

verilen risk kapsamında sayılması gerektiği, davalı idarenin işlemlerinin tıbbın ilkelerine uygun olduğu gerekçeleriyle davayı reddetmiştir. Davacı hasta bu kararı temyiz etmiştir⁷⁵.

Danıştay idare mahkemesinin kararını yerinde bulmayarak somut olayı malpraktis kapsamında değerlendirmiştir. Danıştay'ın gerekçesine göre; “*Pitozis düzeltme operasyonunu icra edecek bir uzmanın göz kapağını ne kadar yukarı kaldırması gerektiğini öngörmesi uzmanlığının bir gereği olmalıdır. Operasyon sonrası göz kapağının kapanamayacak bir şekilde yukarı kalkması öngörülemez ve öngörüle bile önlenemeyecek olan bir sonuç değildir.*

Öte yandan, yapılan operasyonun birden fazla aşamalı olmayıp tek süreçte sonlandırılabilen bir operasyon olması nedeniyle adli tıp kurumunca ikinci bir müdahale ile giderilebilecek olunmasının, durumu bir komplikasyon olmaktan çıkardığı da tartışmasızdır. Bu durumda operasyonda göz kapaklarına yapılan müdahalenin tıbbi standart dışına çıkılarak cerrahi müdahalenin kusurlu yapılması nedeniyle oluştuğu açık olup anılan tıbbi olumsuzlukların hizmet kusuru kavramının niteliği dikkate alındığında komplikasyondan öte, gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesi ve meslekte acemilikten doğduğu sonucuna varılmıştır⁷⁶”.

1.2.6 KOMPLİKASYON

Tıpta çokça karşımıza çıkan komplikasyon kelimesi izin verilen risk olarak da adlandırılmaktadır. Her tıbbi faaliyetin kabul edilebilir bir takım sapmaları olup riskleri bulunmaktadır. Doktor mesleğini icra ederken meydana gelebilecek riskler kapsamında hareket ederek gereken itina gösterdiği halde oluşan engellenmesi mümkün olmayan olumsuz durumlara komplikasyon denilmektedir⁷⁷.

Sağlık hakkı, özünde temel bir insan hakkı olarak devletin ve toplumun karşılamaları gereken yükümlülüklerdir. Hekimler hasta ve hasta yakınlarına sık

⁷⁵Erişim adresi: <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/danistay/e-2015-8936-k-2016-1604-t-10-3-2016#>> [01.10.2018]

⁷⁶Erişim adresi :<<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/danistay/e-2015-8936-k-2016-1604-t-10-3-2016#>> [01.10.2018]

⁷⁷ÖZÇETİN/BALABAN s.32, ÇELİK, Faik, “ Komplikasyon”,” Tıp Hukuku Atölyesi-1”, Seçkin Yayınları, Ankara, Ekim 2013, s.78; AŞÇIOĞLU, s.72; ÇETİN, s. 33

rastlanan komplikasyonlar hakkında gerekli açıklamaları yaparlar. Hekimler hastalara karşı kusursuz tıbbi müdahalelerde uygulamış olsalar da tüm riskleri bildirmekle mükelleftirler. Aksi takdirde hekimin sorumluluktan kurtulması söz konusu olamaz. Hukuk kuralı; norm, sosyal olgu ve etik ilkelerden meydana gelmektedir. Eğer bir alan hukuk kuralları ile düzenlenmemişse etik değerlere başvurulur. Hukuk kurallarında hastaya bildirilmesi gereken riskler konusunda alenilik yoksa bu yükümlülüğün kapsamının belirlenmesinde tıbbi etikçiler görüşlerini bildirirler⁷⁸.

Uygulanan tıbbi müdahalelerin farklı riskleri bulunmaktadır. Pratikte bu risklere dikkat edilerek fayda zarar ilişkisine bakılır. Kati surette oluşacağı veyahut oluşma ihtimali yüksek olarak görülen öngörülebilir riskler, net olarak hastanın yararına olduğunda tıbbi müdahalenin yapılmasına engel teşkil etmez⁷⁹.

“Bazen yapılan tıbbi müdahalelerdeki işlemler “komplikasyon riskini” artırmaktadır. Örneğin estetik cerrahi açısından liposuction operasyonunda ya da abdomineplasti’ de yağ rezeksiyonun gereğinden fazla yapılması, ya da kanüllerle bölgede fazla oynanması emboli riskini arttıran faktörlerdir. Kanaatimce bu örnekleri de komplikasyon olarak değerlendirmemek gerekir; zira riski arttırmayı gerektirecek herhangi bir zorunluluk söz konusu değildir, komplikasyonun gelişeceğinin bile bile bir de onu arttıracak riske girmenin sorumluluk açısından izahı mümkün değildir.”⁸⁰

Yargıtay 13. HD. 2008/4519E 2008/10750 K. 18.09.2008 tarihli kararında hasta yüzündeki mevcut gülümseme çizgilerinin giderilmesi için bir kliniğe başvurmuştur. Hastaya yapılan müdahaleler sonucunda hastanın yüzünde enjekte edilen sıvılardan kaynaklı olduğu iddia edilen çöküntü ve morluklar oluşmuştur. Yargıtay’a göre hastanın tedavisini üstlenen hastane ve doktorlar, meslek alanı kapsamındaki bütün kusurlarından hafif de olsa, sorumludurlar. Yapılan tedavinin, nadirde olsa, olası komplikasyonlarından hastaya bilgi verilmesi, risklerin anlatılması, komplikasyon

⁷⁸DOĞAN, Cahid, “Hastanın Aydınlatılması ve Rızasının Alınması”, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Girne- Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu, 2-3 Mart Girne/ KKT, Ankara; Adalet Yayınevi, 2010 s.118

⁷⁹HIZAL ARSLAN, Sevinç. “Tıbbi Müdahalelerde Olası Kast ve Bilinçli Taksirin Ayrımı”, Ceza Hukuku Dergisi, Nisan 2012, s.230

⁸⁰SOMER, Pervin “ Komplikasyon Yönetimi”, “Tıp Hukuku Atölyesi-I” , s.122

oluşması durumu sebebiyle aydınlatılmış onamının alınması gerektiğine karar vermiştir⁸¹

1.3 HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞU İLE İLGİLİ TEMEL KAVRAMLAR

1.3.1 SORUMLULUK HUKUKU İLE İLGİLİ TEMEL KAVRAMLAR

Genel olarak sorumluluk, ortaya çıkan zarardan kimin sorumlu olduğunu bulmamızı sağlar. Ayrıca sorumluluk zararın giderilmesini isteme hakkını düzenler⁸². Her birey hukuken korunan varlıklarında, özellikle mal ve şahıs varlığında meydana gelen zarara, ilke olarak, bizzat katlanmak zorundadır. (Casum sentit dominus)⁸³. Kural borçlunun tüm malvarlığı ile sorumlu olmasıdır. Bu durumda sınırsız şahsi sorumluluk doğar⁸⁴. Borçlu, borcunu yerine getirmez ise alacaklı cebri icra yolunu kullanarak devlet vasıtası ile borçlunun mal varlığına el koyup alacağına kavuşabilmektedir⁸⁵.

Sorumluluk, borçlunun sırf malvarlığından oluşmaktadır. Borçluyla bağlantısı olsa dahi, başkasının malvarlığından oluşmaz. Başka bir şekilde ifade etmek gerekirse borç ilişkisi açısından üçüncü kişiler bir borçlunun borçlarından sorumlu değildir. Örnek olarak, evli bir kadın, eşinin kişisel borçlarından kendi malvarlığı değerleri ile sorumlu tutulamaz. Veliler de ergin çocukların borçlarından sorumlu olmazlar. Ancak, eğer bu sayılanlara ek olarak kişisel sorumluluk altına girmeleri söz konusu ise (özel olarak teminat verilmesi) bu defa yine kendi borçları sebebiyle

⁸¹Karar için bkz. Erişim adresi :<www.sinerjimevzuat.com.tr> [01.09.2018]

⁸²KILIÇOĞLU, Mustafa, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Uyarlı Tazminat Hukuku”, Bilge Yayınevi, Ankara, Ekim 2014, s.3

⁸³EREN, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s.509

⁸⁴OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut, “ Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1”, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Eylül 2014, s.16; ANTALYA, Gökhan O. “ Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1”, Legal Yayıncılık, İstanbul,2015 s.65-71

⁸⁵KARAKILIÇ, Hasan “Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Notları” , On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Şubat 2016,s16; AYAN, Mehmet. “Borçlar, Hukuku Genel Hükümler”, Seçkin Yayınları, Ankara, Ekim 2016, s.95-96, BİLGİLİ Fatih/ DEMİRKAPI Ertan/ DEMİR Süleyman, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, Dora Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2010, s.18

sorumlu olabileceklerdir⁸⁶. Sorumluluk hukukunun iki temel işlevi vardır. Bunlardan ilki mağdurda meydana gelen zararın sorumluluk şartlarının gerçekleşmesi halinde üçüncü kişinin omzuna yıkarak zararı denkleştirmesidir. İkinci derecede işlevi ise zararı giderme amacıdır.⁸⁷

Hukukumuzda geçerli olan “kusursuz sorumluluk olmaz” ilkesi uyarınca sorumlulukta en temel öge kusurdur. Sorumluluğun gerçekleşmesi zarar, nedensellik bağı ve borçlunun kusurlu olmasına bağlıdır⁸⁸.

Hukukumuzda borcun kaynağı sözleşme, haksız fiil, vekâletsiz iş görmeden oluşmaktadır. Borçlar Hukuku açısından hekimin hukuki sorumluluğunu inceleyeceğim için bağımsız çalışan hekim ve özel hastanelerde çalışan hekimin sorumluluğuna değinilecektir. Hekimin sözleşmeye dayalı sorumluluğu doğabilmesi için ilk olarak sözleşmenin tarafları arasında kurulmuş tedavi sözleşmesinin varlığı gerekir. Borca aykırılık ise hekimin tıbbi meslek bilgisinden kaynaklıdır. Her ne kadar hekimin tıbbi faaliyetlerine ilişkin hukukumuzda çok sayıda kanun, tüzük ve yönetmelik olsa da hekimin sorumluluğuna ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır.

1.3.2 SORUMLULUĞUN UNSURLARI

1.3.2.1 Kusur

Kusur kavramı öğreti ve uygulama çerçevesinde tanımlanmaktadır. Öğreti ve uygulamaya göre ağırlıklı görüş hukuk sisteminin uygunsuz bulduğu kötü karşıladığı harekettir. Kusurlu eylem hukuk sistemince uygun bulunmayan fiildir⁸⁹.

Yargıtay bir kararında kusur kavramını şöyle tarif etmiştir; “*Kusurun kanunlarımızda tanımı yapılmamıştır. Uygulama ve öğretilerde kabul görmüş tanıma göre; kusur, hukuk düzenince kınanabilen davranıştır. Kınamanın nedeni, başka*

⁸⁶TERCIER Pierre/PICHONNAZ Pascal/ DEVELİOĞLU Murat, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, On İki Levha yayıncılık, İstanbul 2016, s.362

⁸⁷KILIÇOĞLU, M., s.6

⁸⁸EREN, s.512

⁸⁹EREN, s.591

*türlü davranma olanağı varken ve zorunlu iken, bu şekilde davranılmayarak, bu tarzdan sapılmış olmasıdır.*⁹⁰”.

Doktorun sorumluluğu kusur sorumluluğundan kaynaklanmaktadır. Genel olarak kusur sorumluluğu, bireyin hareketinin hukuksal ve ahlaksal olarak kınanabiliyor olmasıdır.⁹¹ Hukukumuzda, hekimin kusurluluğuna ilişkin ayrı bir düzenleme mevcut değildir. Doktorlar da başka meslek grupları gibi kusurlu hareketi ile başkalarına uğrattıkları zarardan dolayı genel sorumluluk kuralları uyarınca sorumluluklarına gidilebilmektedir. Hastalığa tanı konulması, ilaçların yazılması, cerrahi müdahalede bulunulması ve hastanın sürekli kontrol edilmesi gibi hastaya yönelik her türlü tıbbi faaliyetlerinden doğan kusurlarından dolayı sorumluluğu doğmaktadır. Hekim ağır kusur kastı yanında ek olarak ihmali dolayısıyla, savsama, özensizlik, tedbirsizlik, meslek ve sanatta tecrübesizlik ile tıbbi konulardaki bilgisizliği sebebiyle sorumlu olmaktadır⁹².

Kusur hukukumuzda kast ve ihmali olmak üzere ikiye ayrılır. Kast hukuken kabul edilmeyen durumun bilerek istenmesidir. Bu duruma doktorun daha çok para kazanmak maksadı ile hastalığın tedavisini kasıtlı olarak uzun sürdürmesi, gerekli olmadığı halde operasyon yapması örnek verilebilir. İhmalde ortaya çıkan sonucu istememekle beraber mevcut durumun ortaya çıkmaması için gereken özen gösterilmemektedir. Hastanın kalbinde bez unutulması ihmali davranışa örnektir. İhmalde temel alınan kıstas doktorun durum ve şartların gerektirdiği ölçüde orta halli bir bireyden beklenen özenli harekettir. Aile hekiminin davranışı için ortalama seviyede bir aile hekiminin davranışı ölçüt alınır⁹³.

Haksız fiil sorumluluğunda zararın tazmini talebinde bulunan kişi kusuru ispat ile yükümlüdür. Ancak sözleşme yükümlüğünün ihlali durumunda davacı

⁹⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Karar Tarihi: 30.01.2013 2012/4-729E, 2013/163K Erişim adresi: <<https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=193&t=37618> > [15.02.2018]

⁹¹ AKİPEK ÖCAL, Şebnem, “Hasta ve Hekim Arasında Kurulan Sözleşmeler Bakımından Tüketicinin Korunması” Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 4. Tüketici Hukuku Kongresi (Editörler: Av. Hakan Topbaş/Prof. Dr. Fehim Üçışık), Ankara 2015, s.292

⁹² KICALIOĞLU, M., s.420

⁹³ İPEKYÜZ YAVUZ, Filiz. “Hekimin Tazminat Sorumluluğu”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 20, Sayı: 33,2015, s.31; BERBEROĞLU YENİPİNAR, s.34

edimini ifa etmeyen davalının kusurunu ispatlamak zorunda değildir. Davalı kusurunun bulunmadığının ispatlarsa sorumluluktan kurtulabilmektedir⁹⁴.

Borçlar hukukunda sorumluluğun kurucu unsurlarından biri olan kusur objektif ve sübjektif kusur şeklinde ikiye ayrılır. Objektif kusur, borçlunun hareketinin eşit şartlar altında bulunan bireylerden beklenen ortalama hareketi yapmamasıdır. Yani doğacak zararı görerek zararın gerçekleşmemesi için gerekli itinayı göstermeme hali. Sübjektif kusur ise borçlunun sorumluluğuna ilişkin olup zarara neden olan hareketin borçluya yansıtılması durumudur Çünkü kusurun oluşabilmesi örnek modelin ortalama hareketlerinden sapmayla birlikte, kişinin ayırt etme gücüne sahip olmasına bağlıdır. Sözleşme sorumluluğunda zarar verenin kusuru esastır. Hekimin sözleşmeye dayalı sorumluluğunun oluşabilmesi sözleşmeye aykırı davranılmasına ek olarak doktorun kusurlu hareketi aranır. Dolayısı ile kusur sorumluluğu ilkesi söz konusudur⁹⁵.

Estetik amaçlı gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerde hekimin kusurlu davranışı çoğunlukla ihmalden kaynaklanmaktadır. Gereken hijyen koşullarını ihlal ederek gerçekleştirilen estetik amaçlı tıbbi girişimlerde hekimin ihmali bulunmaktadır. Bu ihmalin belirlenmesinde ki ölçüt ise objektif nitelikte olup benzer durum ve koşullarda diğer bir estetik hekimin gösterdiği davranış şeklidir⁹⁶.

1.3.2.2 Zarar

Zarar, hekimin hukuki sorumluluğu dolayısıyla tazminat borcunun diğer şartıdır. Zararın oluşmaması takdirinde tazminat yükümlülüğünden bahsedilemez. Hekim kusurlu davranışıyla meydana gelen zarardan sorumludur. TBK madde 49' da düzenlendiği üzere: *“Kusurlu ve hukuka aykırı bir fülle başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.”*

Borçlar hukukumuzda sorumluluk, kişinin hukuka aykırı davranış ile diğer kişide meydana getirdiği zararı tazmin etme borcudur. Hekiminde hukuken

⁹⁴ TANDOĞAN Haluk, Türk Mes'uliyet Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s.62

⁹⁵ İPEKYÜZ YAVUZ, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul, Vedat Kitapçılık, Ocak 2006, s. 131

⁹⁶ PETEK(Estetik), s.216

yükümlülüğü mesleki faaliyetini icra ederken, hastada hukuka uygun olmayarak meydana getirdiği zararı tazmin etme borcu bulunmaktadır⁹⁷.

Ayan’ a göre, dar anlamda zarar malvarlığında iradesi dışında meydana gelen azalmaz. Geniş yorumlandığında ise, maddi zarar yanında manevi zararı da kapsamaktadır⁹⁸. Tıbben sorumluluk açısından maddi zarar, gerekli tedavi gerçekleşseydi hastada oluşan sıhhat hali ve meydana gelen hata barındıran mevcut tedavi arasındaki parasal miktar farkıdır. Manevi açıdan zarar kavramı ise hatalı uygulanan tedavi sonucu hastadaki bedensel ve ruhsal ızdırap, yaşamdan aldığı keyiften azalma olarak tanımlanabilir. Ayrıca manevi zarar bakımından kişinin beden bütünlüğüne ilişkin bir zarar oluşması şart değildir. Doktor hastasının iznine başvurmadan sır oluşturan hasta bilgilerini paylaşması durumunda manevi zarar oluşacaktır⁹⁹. Hekimin kusuruyla neden olduğu zararlarda tıbbi müdahalenin hastanın vücut bütünlüğüne karşı olması sebebiyle ilk olarak bedensel zararlar akla gelmektedir. 6098 sayılı TBK m.53 ve m.54’ te sayılan bu maddi zararları zarar gören hasta talep edebilecektir.

Tüm riskli mesleki faaliyetlere uygulanan özel hükümler hekimlerin tıbbi müdahalelerinde kusurunun tespit edilmesi durumlarında da uygulanmaktadır. Tanı ve tedavi kusurlarının belirlenmesinde komplikasyon önemli bir kavramdır. Doktor iş görme edimini yerine getirirken gereken dikkat ve itina göstermişse uyguladığı tıbbi faaliyetin olağan sapmasından meydana gelen zarardan hukuki açıdan sorumlu olmayıp mevcut durum komplikasyon olarak değerlendirilecektir. Doktorun tanı ve tedaviden kaynaklanan kusuru bakımından öncelikle zararın komplikasyondan oluşup oluşmadığının tespiti gerekmektedir. Zarar komplikasyonda kaynaklanmışsa doktorun kusurundan bahsedilmeyecektir Doktorun tıbbi müdahaleden kaynaklanan sorumluluğuna gidebilmek için doktorun tıbbin normlarını uygularken dikkatsiz, tedbirsiz ve acemi olmasına bakılmaktadır¹⁰⁰.

⁹⁷ SEÇER, Öz. “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 1, Haziran 2013, s. 112

⁹⁸ AYAN, s.275; EREN, s.543; TANDOĞAN, s.63

⁹⁹ SEÇER, s.108

¹⁰⁰ SİNDEL, Ece. “Hekimin Haksız Fiil Sorumluluğu”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 119, Temmuz 2016, s.253

Hekim ile hasta arasındaki ilişki bir sözleşme ilişkisinden doğmuş ise zarar gören hasta hekimin sorumluluğunu ispatlamakla yükümlü tutulmamıştır. TBK m. 112: *“Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.”*

Hastaya uygulana tıbbi müdahale sonucunda meydana gelen zararın bu müdahalenin kusurlu bir şekilde icra edilmesinden dolayı oluşup oluşmadığına ilişkin gerekli inceleme yetkisi tıp bilirkişilerine aittir. Tıbbi müdahalelerden dolayı meydana gelen zararlara iyatrojenik zarar denir. Meydana gelen zarar, müdahalenin tıbbın günümüzde ulaştığı ilmi ve teknik seviyeyi, müdahalenin gerçekleştirdiği şartları, müdahaleyi gerçekleştiren kişinin eğitim seviyesini, müdahalenin gerçekleştiği şartlarda benzer yetkinlik seviyesinde doktorun göstermesi gereken itinanın yapılmasına rağmen öngörülmeyerek beklenilmeyen bir sonucun oluşmasıdır ve doktorun bu durumda sorumluluğu söz konusu değildir¹⁰¹.

1.3.2.3 İlliyet Bağı

İlliyet bağı sorumluluğun kurucu unsurudur. Ortaya çıkan zarar ile davranış arasında uygun illiyet bağı kurulmuş olmalıdır. Hukuk sistemi zarar ile davranış arasında mantık kurallarına uygun illiyet bağını aramaktadır¹⁰². Hekimin sözleşmeden doğan sorumluluğuna gidebilmek için hekimin sözleşmeden doğan yükümlülüğünün ihlal eden kusuru ile hastanın uğradığı zarar arasında uygun illiyet bağı kurulmuş olması gerekir.

Doktora yöneltilen davalarda, tıbbi müdahaleden kaynaklanan zararın tazmini için hastanın akde aykırı olan kusurlu davranış ve meydana gelen zarar arasındaki illiyet bağı ilişkisini kanıtlaması gerekmektedir. Akde aykırı olan durumun ispatı bakımından hastadan mutlak ve mecburi bir ispat yükümlülüğü beklenmemektedir. Uyuşmazlık konusu olayın hususi durumuna ilişkin şartlar bakımından doktorun kusurlu davranışına benzeyen olayların sayısal verileri ve genel tecrübeler

¹⁰¹DERYAL, Yahya, “Sağlık Hukuku Uyuşmazlıklarında Bilirkişi Görüşüne/Deliline Başvurulması Zorunlu Haller”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 93, Mayıs 2014, s.87

¹⁰² KILIÇOĞLU, M. s.88

doğrultusunda bir kaniya varılabilmektedir. Bu noktada hastanın ortaya çıkan zararda görünürdeki durumu yansıtabilen belirtilere dayanan ispat olanağı tanınarak ispat sorumluluğu daha hafif tutulmuştur. Bu bağlamda hasta ciddi bir tıbbi uygulama hatasının mevcut olduğunu ispat edebilirse illiyet bağı kurulmuş olmaktadır¹⁰³.

Somut olayda hastanın burnuna cerrahi müdahale yapılmış olup hasta tespit alçısını erken çıkarmış bulunmaktadır. Bu sebeple estetik cerrah ortaya çıkan zararda hastanın kusurlu davranışından doğduğunu iddia etmiştir. Yargıtay hastanın muayenesi yapılarak benzer şekilde gerçekleştirilen estetik operasyonlarda uygulanan tespit alçısının vaktinden daha önce çıkartılmasının, dosyada bulunun iddia ve savunmalar ile deliller kapsamında değerlendirilip olayda tespit alçısının erken çıkarılmasının zararın ortaya çıkmasında tek faktör kabul edilip edilmeyeceğine ilişkin gerekçeli görüşe başvurarak oluşan sonuç dâhilinde karar verilmesine hükmetmiştir. İnceleme sonucunda Borçlar Kanunu m. 44, Türk Borçlar Kanunu m. 52 kapsamında hastanın bu davranışının tazminattan indirim sebebi sayılıp sayılmayacağına ilişkin karar verilmiş bulunmaktadır¹⁰⁴.

1.4 HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞU KAVRAMI

Hekimlerin ağır sorumlulukları bulunmaktadır. Çünkü mesleki faaliyetini insan bedeni üzerinde icra etmektedir. Temelde sağlık personeli(hekim) herhangi bir hata sonucu hastaya zarar verirse kusurludur. Bu nedenle sorumluluğu doğmaktadır. Eğer tıbbi hatalı uygulama söz konusuysa, tıbbi faaliyeti uygulayan kişi kusurlu bulunmuşsa, hastaya verilen zarar ile uygulayıcının eylemi arasında illiyet bağı söz konusuysa hekimin hukuki sorumluluğu söz konusudur¹⁰⁵. Bu alanda sorumluluğun sınırları etik değerler çerçevesinde çizildiği söylenebilir. En temel kurallardan biri ise “önce zarar verme” ilkesidir.

¹⁰³ ÖZDEMİR, s. 38

¹⁰⁴ HAKERİ,(Tıp Hukuku), s.400- 411

¹⁰⁵ ÇELİK, s.89

Hekim ve hasta arasında kurulan borç ilişkisi birincil olarak sözleşmeden kaynaklanmaktadır. Tedavi sözleşmesi birinci sıradadır¹⁰⁶. Özel hukuk bakımından hekimin hukuki sorumluluğu culpa in contrehendodan, vekâletsiz iş görmeden, haksız fiilden ve sözleşmeden doğmaktadır.

Kurulan hukuki ilişkinin gerek eser sözleşmesi gerek vekâlet sözleşmesi olsun hekimin sözleşmeden doğan sorumluluğuna başvurabilmek için;

- Taraflar arasında geçerli şekilde kurulmuş sözleşmenin olması,
- Bu sözleşmenin ihlal edilmesi,
- Kusur,
- Zarar,
- Uygun illiyet bağının mevcut olması gerekmektedir¹⁰⁷.

Tıbbi müdahale faaliyetleri hastaya çoğunlukla hastane ortamında uygulanmaktadır. Hekim hastaya tıbbi müdahalede bulunmakta ve bu sağlık hizmetini özel ve kamu hastaneleri aracılığıyla bireylere sunulmaktadır. Hastanenin özel ya da kamu olması ise önem taşımaktadır. Son dönemlerde sağlık hizmeti özel hastaneler aracılığıyla da verilmeye başlanmıştır. Haksız fiil ve vekâletsiz iş görme ilişkisinin doğduğu durumlarda mevcut olmakla birlikte hasta ile özel hastane arasında öncelikle bir sözleşme ilişkisi bulunmaktadır. 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu¹⁰⁸ ile özel hastanelere ilişkin düzenleme yapılmıştır. Özel hastaneler 10.01.1983 tarih 5474 sayılı Özel Hastaneler Tüzüğü ve Özel Hastaneler Yönetmeliğine¹⁰⁹ göre hizmet verirler.

Hastanın özel bir sağlık kuruluşuna başvurması durumunda, sözleşmenin tarafları bakımından bir sözleşmenin oluşmayacağı, hasta ile hastane bakımından “*kabul sözleşmesi*” olarak adlandırılan karma yapıda sözleşme bulunmaktadır¹¹⁰.

¹⁰⁶ REYHANİ YÜKSEL, Sera “Hekimin Vekâletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluğu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 21 (2), 793-804. S.796

¹⁰⁷ TOPUZ, Gökçen “Hekimin Hukuki Sorumluluğunun Yargıtay Kararları Bağlamında İspata İlişkin Güncel Sorunlar”, Uluslararası Türk- Amerikan Tıp Hukuku ve Etiği Sempozyumu 2-5 Mayıs 2013 Ankara, Seçkin Yayınevi, Ankara, Eylül 2014, s.295

¹⁰⁸ R.G: 05.06.1993, Sayı:2419

¹⁰⁹ R.G:27.03.2002, Sayı:24708

¹¹⁰ GİYİK, Abdülbaki. “Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü ile Suçu Bildirme Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüklerin Çatışması”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 2, Aralık 2014, s.176

Hastaneye kabul sözleşmesi vasfı dolayısıyla tek bir sözleşme çeşidiyle tanımlanmamaktadır. Hasta sağlığına kavuşmak amacı ile özel hastaneye gelmişse de sadece tedavi hizmeti almamaktadır. Buna ek olarak hastaya barınma, beslenme gibi hizmetlerinde verilmesi söz konusu olmaktadır. Bu sebeple “*vekâlet*”, “*hizmet*”, “*kira*”, “*otelcilik*”, “*satım*” sözleşme çeşitlerinden de bahsedilecektir¹¹¹.

Özel hastane işleteni, öncelikle tacir sıfatı taşıdığı için, basiretli bir tacir gibi davranma yükümü altındadır. Basiretli bir tacir gibi davranma yükümü, yapılan işin sağlık hizmeti olması dolayısıyla hastanın ve bazı özel durumların varlığı halinde gerekli sadakatin ve özenin gösterilmesi anlamını taşımaktadır. Hastaneler açısından gerekli özen, özellikle gerekli hijyen koşullarının ve yeni tedavi yöntemlerinin uygulanabilirliğinin sağlanmasının yanında başta doktor ve diğer yardımcı personelin seçimi hususunda da gerekli özenin gösterilmesi anlamına gelecektir. Bu sebeple adam kullanan ve işleten sıfatından doğan zararlar özel hastanenin müteselsil sorumluluğu bulunmaktadır¹¹².

Sonuç olarak özel hastanelerin hastaya karşı hukuki sorumluluğunun temel kaynağı hekimlik sözleşmesidir. Özellikle özel hastanelerin yardımcı şahısların eylemlerinden doğan sorumluluk ve adam çalıştırmanın sorumluluğu sebebiyle, yeni düzenlemeler sonucunda sorumluluk alanını genişlediği açıktır¹¹³.

Tıbbi faaliyet kamu kurumuna ait kurumda gerçekleşmekte ise hastaya bir “*kamu hizmeti*” sunulmuş olur. Bu bağlamda başvuru mercii kamu hastanesi olması durumunda hasta ile hastane arasında sözleşme ilişkisi doğmamaktadır. Bu durum tıbbi müdahalenin idare hukuku ile olan ilişkisidir. Doktora karşı direkt dava açılmamaktadır. Fakat Yargıtay, doktorun kişisel kusurundan kaynaklanan tıbbi girişiminde doğan zararların, direkt doktorun sorumluluğunu başvurulabileceği görüşündedir. Bu hallerde taraflar arasında bir vekâlet ilişkisi doğmaktadır¹¹⁴. Kamu kurumları tarafından sunulan tıbbi faaliyetlerin kamuda çalışan doktorlar tarafınca

¹¹¹ KARAN GÖZPINAR, Gülşah. “Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu”, Terazi Hukuk Dergisi, sayı:119, Temmuz 2016, s.142

¹¹² SERT CANPOLAT, Selin “Özel Hastanelerde Çalışan Doktorların ve Sağlık Personelinin Sorumluluklarının Değerlendirilmesi Bakımından Bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararının İncelenmesi”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 25, Eylül 2008, s. 46

¹¹³ DOĞAN, C.,(Aydınlatma), s.185

¹¹⁴ DOĞAN, Murat, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyum, 16-17 Ocak 2009 Mersin Bildiriler, Ankara; Mersin Barosu, s.42

sağlandığından bireyin meydana gelmiş zararından idarenin idari hizmet kusuru vardır. Doktorun ise somut olayın özelliğine göre görev ya da kişisel kusuru sebebiyle zararı tazmin sorumluluğu doğmaktadır¹¹⁵.

1.4.1 Hekimin Culpa İn Contrahendo Sorumluluğu

Culpa in contrehendo sözleşme görüşmeleri sırasında işlenen kusur demektir. Bu aşamada henüz sözleşme kurulmadığı için, dar anlamda bir haksız fiil sorumluluğundan söz edilebilir¹¹⁶. Kanun koyucu sözleşme görüşmeleri sırasında bazı kusurlu davranışlardan kaynaklı durumlarda sorumluluk doğacağını belirtmiştir. Ancak bazı kusurlu davranışlardan kaynaklanan sonuçlar düzenlenmemiştir. Bu sebeple dürüstlük kuralı ve kanunun ruhu gereği zarar görenin tazminat isteğini karşılamak için *Culpa in Contrahendo* sorumluluğundan bahsedilmektedir¹¹⁷.

Estetik amaçlı gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerde culpa in contrahendo sorumluluğuna ender rastlanılmaktadır. Bu sebeple çalışmamızda kısaca tanımlanmıştır.

1.4.2 Hekimin Vekâletsiz İş Görme Nedeniyle Sorumluluğu

Hekimin hukuki sorumluluğunda; hekimle hasta arasında sözleşmeden kaynaklanan sorumluluk dışında vekâletsiz iş görmeden dolayı da ortaya çıkabilmektedir. Burada hekim hastasının iradesi dışında ancak menfaati için müdahaleyi gerçekleştirir. İşte hastanın iyileşmesini sağlamak amacıyla yapılan müdahaleler Türk Borçlar Kanunu gereği vekâletsiz iş görme ilişkisine dayanır. 6098 sayılı TBK'nın 526. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir: “*Vekâleti olmaksızın başkasının hesabına iş gören, o işi sahibinin menfaatine ve varsayılan iradesine uygun olarak görmekte yükümlüdür.*”

¹¹⁵ ÖZÇETİN/BALABAN, s.188; **Hizmet kusuru**: Kamu hizmetinin yürütülmesinden kaynaklanan aksaklık veya bozukluklardır. Hizmet kusuru; “hizmetin kötü işlemesi”, “geç işlemesi” ya da hiç işlememesidir. (Bu konu için bkz: Oğuz Sancaktar İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, s.598)

¹¹⁶ OĞUZMAN/ÖZ, s.489

¹¹⁷ SUBAŞI, İlhan, Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü Aydınlatılmış Onam Tazminat Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ekim 2016, s.126

Bu durumda, iş gören iş sahibinin faydasına olacak şekilde işinin görmek maksadı ile iş sahibinin varsayılan maksadına uygun bir şekilde davranmaktadır¹¹⁸. Vekâletsiz iş görmeden kaynaklanan sorumlulukta doktor ile hastası arasında bir sözleşme bağı kurulmadan ve hastanın açıkça onayı bulunmadan doktor tedavisini uygulamaktadır. Vekâletsiz iş görmede doktor ve hasta arasında serbestçe kurulan bir sözleşme bulunmamakta olup ivedi bir hal söz konusudur. Ancak hastanın velisi ve vasisinden alınan izin ile vekâletsiz iş görme durumu sözleşme ilişkisi kapsamına taşınabilmektedir¹¹⁹. Acil durumdan kasıt kişinin ölüm riski altında bulunması ve ağır zararının meydana gelmesi ihtimalinin olmasıdır. Bu sebeple doktor hastanın varsayılan onayına binaen mecburi önlemleri almaktadır¹²⁰.

Vekâletsiz sözleşme hükümlerinin uygulanacağı bir durum ise hasta ile hekim arasında önceden tedavi amacı ile kurulmuş bir vekâlet sözleşmesi söz konusu olduğu halde ameliyatın genişletilmesi mecburiyetinin olduğu hallerdir. Doktor operasyon sırasında önceden planlanmayan ve hastaya aydınlatılması olanağı olmayan yeni bir durum sebebiyle gerçekleşmesi gereken tıbbi faaliyetin üzerine çıkmak zorunda olabilir. Bu durumda hasta yönünden bir yaşam tehlikesi olmalıdır. Müdahalenin genişletilmesi tehlikesinin hastanın onayının alınmasının beklenmesi halinde meydana gelecek tehlikelerden daha az olduğu kanısına varılmış olmalıdır¹²¹.

Vekâletsiz iş görmeden kaynaklanan sorumluluk özellikle operasyon aşamasında oluşan tıbbi müdahalenin genişletilmesi mecburiyetinin olduğu durumlarda doğmaktadır. Estetik amaçlı yapılan tıbbi müdahalelerde operasyon öncesi tüm araştırmalar yapılarak gerekli ihtimaller değerlendirilmesine rağmen operasyon gerçekleştirilirken beklenmeyen haller oluşabilmektedir. Bu durumda estetik amaçlı tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren hekim vekâletsiz iş görmektedir¹²².

Hastası için yetkisine dayanarak görevi dâhilinde tıbbi müdahalede bulunan doktorun kanun koyucunun tanıdığı yetki dolayısı ile hareket etmesi neticesinde

¹¹⁸YAVUZ, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümleri)", İstanbul 2012 s. 640, AYAN, s.270-271, BAŞPINAR, Veysel, Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu", Yetkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2014, s.220, REYHANİ YÜKSEL, (Vekâletsiz İş Görme) s.797

¹¹⁹ İPEKYÜZ YAVUZ,(Hekimlik Sözleşmesi) s.127,

¹²⁰ REYHANİ YÜKSEL, (Vekâletsiz İş Görme) s. 799

¹²¹ SEÇER, s. 120

¹²² PETEK,(Estetik), s.225

sorumluluğu doğmayacaktır. Somut olay hastanın daha da fenalaşmaması adına veya acil durum gereği doktorun hastaya faydası olacak şekilde iş görme edimi caiz olan vekâletsiz iş görmedir¹²³.

1.4.3 Hekimin Haksız Fiil Sorumluluğu

Bilindiği üzere haksız fiil kavramı, TBK m. 49'da düzenlenmiş olup, doğrudan kanundan doğan borç ilişkilerinin temelini oluşturmaktadır. Bu nedenle de kusuru ile hukuka aykırı davranışı sonucu bir başkasını zarara uğratan kişi bundan sorumludur. Hekim ile hasta arasında sözleşme dışı bir ilişki mevcut ise ve vekâletsiz iş görme koşulları da oluşmamışsa haksız fiil ilişkisine başvurulabilecektir.

TBK 49 hükmü bakımından haksız fiil; hukuka aykırı fiil, zarar, kusur ve illiyet bağı olmak üzere 4 öğeden oluşur¹²⁴.

Bu borcun esasında, zarara yol açanın (haksız fiil sorumlusunun) bu zarardan dolayı sorumlu olması durumu söz konusudur. Bu zarar, sözleşmeden doğan borcun ifasından farklı olarak, öncesinde herhangi bir hukuki ilişki içermemektedir. Zarar görenin hukuk alanını ihlal eden bağımsız bir saldırıdan doğar¹²⁵. “Subjektif hukuka aykırılık görüşü, özel bir hakka dayanmaksızın gerçekleştirilen her zarar verici fiil hukuka aykırı olarak nitelendirilir. Hukuka uygunluk sebeplerinden biri olmadıkça kişinin kendi hukuk alanını aşması her zaman sorumluluk doğurur”¹²⁶.

Ayan'a göre, “*haksız fiil*” hukuka aykırı olarak başkasının şahıs varlığı veya malvarlığı değerlerine zarar verilmesidir. Haksız fiil sorumluluğu da, “sadece belli bir alacaklıya karşı değil, herkese karşı uyulması zorunlu bir hukuki görevin ihlali yüzünden doğan zararı tazmin yükümü ’nü ifade eder”¹²⁷.

Tıbbi yardım ve müdahale, insanın sağlığına ve yaşamına yönelik riskli bir davranış olduğundan, doktor daha özenli ve dikkatli davranmak zorundadır.

¹²³ TANERİ, Gökhan, Hasta Hakları, Bilge Yayınevi. Ankara, 2014, s.93

¹²⁴ KARAKILIÇ, s.115

¹²⁵ TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s.59-60, Ayan, s.247

¹²⁶ ATAMER Yeşim, “Haksız Fillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması”, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş, İstanbul, Şubat 1996, s.25

¹²⁷ AYAN, Mehmet/AYAN, Nurşen. Medeni Hukuka Giriş, Seçkin Yayın, Ankara, Ekim 2016, s.57; GÖKCAN, (Tıbbi Müdahale) s.1001; REİSOĞLU, Safa. “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, Beta Yayınları, İstanbul 2011, s.162

Hastalığa tanı konulması, ilaçların yazılması, cerrahi müdahalede bulunulması ve hastanın sürekli kontrol edilmesi gibi, hastaya yönelik her türlü tıbbi faaliyetinden doğan kusurlarından dolayı hekimler sorumludur. Doktorun haksız eylemlerinden dolayı kusur durumu belirlenirken de; hekimin hastaya verdiği önem ve gösterdiği imtina, mesleki yükümlülüklerini taşıyıp taşımadığı, tıp bilimi kurallarını gözetmedeki ve uygulamadaki tutumu, tıbbi müdahalelerden önce, alınması gereken bütün tedbirleri alıp almadığı, en küçük aksamaya yer açan durumlarda; gerekli araştırmaları yapma, tedbirleri alma ve hastanın özelliklerine en uygun tedavi yöntemlerin belirleme becerileri göz önünde tutulur¹²⁸.

Müdahalenin doğası gereği çoğu zaman olaylarda haksız fiil ve sözleşmeye aykırılık bir arada bulunabilmektedir. Sorumluluğunun birden çok nedene bağlanması durumuna sebeplerin yarışması denir. BK'da yer almayan ve TBK m. 60'ta getirilen hükme göre hâkim taraflar ve kanun aksini öngörmedikçe zarar görenin daha yararına olan sebebe dayanabilir. Hasta sözleşmeye aykırılık sebebiyle dava açtığında hekimin borcunu yerine getirmediğini ispat etmelidir. Hastanın sözleşmede kararlaştırılan borcun ifa edilmediğini ispat etmesi yeterli görülmektedir. Bu noktadan sonra ise sözleşmeye aykırı davranmadığın da kusurlu olmadığını ispat hekimin yükümlülüğündedir.¹²⁹ Ancak haksız fiil sebebine dayanıldığında, hastanın zarar ile hekimin hukuka aykırı davranışı arasında illiyet bağına oluşturması gerekmekte olup bu durum hastanın aleyhine yorumlanmaktadır. Çünkü yapılan tıbbi müdahale çoğu zaman mesleki beceri ve bilgi gerektiğinden hastanın kusuru ispatlaması zordur. Bu sebeple sözleşmeye aykırılık haksız fiile göre daha sık tercih edilen yoldur¹³⁰.

Hasta serbest iradesi ile doktora veya özel hastaneye başvurduğu takdirde taraflar arasında kurulan sözleşme ilişkisi vekâlet ya da istisna akdidir. Meydana gelen neticenin taahhüt edilmesi halinde istisna akdinin konusu oluşmaktadır. Doktorun tıbbi hatasından kaynaklanan bir durum söz konusu olduğunda sözleşmeye aykırılık ya da haksız fiil sorumluluğuna gidilebilecektir. Dolayısı ile talepler yarışmakta olup hasta istediği sorumluluktan yararlanabilecektir. Hasta açısından

¹²⁸ SİNDEL, s.250

¹²⁹ AYDIN, Öztürk "Hekimin Sorumluluğunu Azaltan ve Kaldıran Nedenler", Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 1, Ocak 2013, Sayfa: 37

¹³⁰ AYDIN, s. 37

sözleşme sorumluluğuna başvurması lehine olmaktadır. Aksi halde haksız fiil sorumluluğunda hasta doktorun tıbbi uygulamadaki kusurunu ispatı ile yükümlü olmaktadır. Haksız fiilde zamanaşımı süresi de azdır¹³¹.



¹³¹ TANERİ,(Hasta), s.160-161

İKİNCİ BÖLÜM

ESTETİK CERRAH İLE HASTA ARASINDA KURULAN SÖZLEŞMENİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE ESTETİK AMAÇLI TEDAVİ SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMLERİNİN SORUMLULUK AÇISINDAN İNCELENMESİ

2.1 ESTETİK CERRAH İLE HASTA ARASINDA KURULAN SÖZLEŞMENİN HUKUKİ NİTELİĞİ

İvazlı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulan çok taraflı hukuki işleme sözleşme denir. Sözleşmeler irade özerkliği sistemine dayanmaktadır¹³². Tıbbi faaliyetlerde taraflar arasında meydana gelen hukuki ilişki sözleşme ilişkisi olup bu ilişkide tarafların karşılıklı hak ve yükümlülükleri bulunmaktadır. Sağlık hizmetine ilişkin bu sözleşme çeşitli isimlerle şu şekilde adlandırılmaktadır; “*hekimlik sözleşmesi*”, “*tedavi sözleşmesi*”, “*sağaltım sözleşmesi*”, “*sağlık hizmeti sözleşmesi*”¹³³ Doktor ve hasta arasındaki mevcut sözleşmeye “*tedavi sözleşmesi*” veya “*hekimlik sözleşmesi*” denilmektedir. Anılan sözleşme ilişkisinde doktor tıbbi faaliyetini uygulamaktadır. Hasta ise bu tıbbi faaliyete karşılık olarak ücret ödemek borcunu ifa ile yükümlüdür¹³⁴.

Tedavi sözleşmelerinde şekil serbestisi söz konusudur¹³⁵. Bu sözleşme, hasta ve doktor arasında, açık ya da zımni irade beyanı ile doğan, tam iki tarafa borç yükleyen, ani ifalı sözleşme çeşididir¹³⁶.

Güzelleştirme amaçlı tıbbi müdahalelerin dayanağı olan estetik cerrah ve hasta arasında kurulan hekimlik sözleşmesi hukuken doktorun sorumluluğunu da

¹³²SEROZAN, Rona, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, On İki Levha Yayıncılık, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. Bası, İstanbul, Nisan 2018, s.7

¹³³ ARINCI/USTA, s.87

¹³⁴ HAKERİ, (Tıp Hukuku),s. 338

¹³⁵ ÖZDEMİR, (Teşhis ve Tedavi), s.81

¹³⁶ YARDIM, s.22

belirlemekte olup bu sözleşme ve doktorun sorumluluğu TBK’ da özel bir düzenleme kapsamında değerlendirilmemiştir. Öğreti ve uygulama ise hekimlik sözleşmesinin çoğunlukla eser ve vekâlet sözleşmesi olduğu kabul edilmiştir¹³⁷.

Bu sözleşme, mesleğini bağımsız icra eden hekim ve hasta arasında kurulmaktadır. Hekim hastalığın tanısını bularak tedavisini uygulamak ile sorumlu olup tıbbi faaliyetini belli bir ücret karşılığında ifa etmek ile yükümlüdür. Hekimlik sözleşmesinin kendine has özelliklerini belirten kanuni bir tanımlama yoktur. Bu sözleşmenin kapsamını belirleyen özel bir düzenlemede mevcut değildir¹³⁸.

“*Tedavi sözleşmesi (Behandlungsvertrag)*” diğer adıyla “*hekimlik sözleşmesi (Artzvertrag)*”, borçlar hukukunun konusunu oluşturmaktadır. Fakat bu sözleşmenin hukuki niteliğine dair farklı görüşler savunulmaktadır. Çünkü anılan sözleşme Türk Borçlar Kanununda düzenlenmemiştir. Bu sebeple sözleşmenin tarafları arasında doğacak uyuşmazlıklara uygulanacak hukuki normların belirlenmesi gerekmektedir¹³⁹.

Bu sözleşmede taraflar arasındaki hukuki ilişkinin niteliği sorumluluk hukuku bakımından önem taşımaktadır. Çalışmanın kapsamı dolayısıyla hekim ile hasta arasındaki sözleşme ilişkisinin niteliği incelenecektir. Estetik cerrahın sorumluluğu esas olarak sözleşmeden kaynaklanmaktadır. Bu sebeple hekim ile hasta arasında kurulan sözleşmenin hukuki niteliğine ilişkin görüşleri inceleyeceğiz.

2.1.1 VEKÂLET SÖZLEŞMESİ GÖRÜŞÜ

Hukukumuzda doktor ve hasta arasında kurulan sözleşme ilişkisinin hukuki vasfı, öğretilerde vekâlet sözleşmesi olarak değerlendirilmiştir¹⁴⁰. Yargıtay da bahse

¹³⁷ BORAN, Bedia, Estetik Cerrahi Hekimin Hukuki Sorumluluğu, II. Sağlık Hukuku Kurultayı,7-8 Kasım Ankara, Ankara 2009, s.254 ; ARINCI/ USTA, s.85

¹³⁸ ÖZÇETİN/BALABAN, s.190

¹³⁹ AKARTEPE, Alpaslan “Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliği”, Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erzincan, 15-16 Mayıs 2006,(Yrd. Doç. Dr. A. Akartepe) Ankara,2007, s.13

¹⁴⁰ PETEK,(Estetik), s.188; AKİPEK ÖCAL, s.285; ÖZDEMİR, Teşhis ve Tedavi, s.93; ÇINARLI, Serkan/ AYKIN, Cemil Aykut, Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu, Seçkin Yayınları, Ankara, Mayıs 2016, s.241

konu bu ilişkinin vekâlet sözleşmesi olduğunu kabul etmiştir¹⁴¹. Vekâlet sözleşmesi 818 sayılı Borçlar Kanununun 386 vd. maddelerinde düzenlenmişti. 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, 818 sayılı Kanunu yürürlükten kaldırmıştır. Vekâlet sözleşmesi 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 502 vd. maddelerinde özel hükümler arasında düzenlenmiştir. TBK’ da 502. maddenin “A. Tanımı” başlığı altında “*Vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir.*” olarak tanımlanmıştır.

Vekâlet akdi, vekilin sözleşmede belirtilen işi görme ve işlemi yapma borcunu üstlendiği ayrıca vekilin üstlendiği bu edimin yasada düzenlenen sözleşme türlerinden hiç birisinin konusunu oluşturmadığı fakat sözleşme ya da teamül gereği vekilin ücret hak ettiği bir akittir¹⁴². Vekâlet sözleşmesi ile vekil, diğer tarafın arzusu ve faydasına olacak şekilde iş görme edimini bir zaman kaybına bağlı olmadan ifa ile yükümlüdür. Nihayetinde bir sonuca varmaya çalışan vekilin bu ilişkide sonucun başarıya ulaşmaması hali ise kendisine yüklenememektedir¹⁴³.

Vekâlet sözleşmesinin zorunlu olmayan unsurları doktrinde; “*ücret*”, “*vekilin müvekkile karşı nisbi bağımsızlığı*” ile tarafların “*vekâlet ilişkisini her zaman sona erdirmeye hakkı*” olarak kabul edilmektedir¹⁴⁴. Öğreti vekilin diğer tarafa karşı “*nispi bağımsız*” olduğundan bahsetmektedir. Burada vekil diğer tarafın çıkarlarına uygun hareket ederek bir sonuç elde etmeye çalışmaktadır. Bu sonuca ulaşmak için bir karar verebilme mekanizmasının olması gerekir. Bazı hususi ihtisas bulunan durumlarda ise bağımsızlık unsuru geniş yorumlanacaktır. Ancak burada vekilin “*sadaka ve özen borcu*” bulunacaktır¹⁴⁵.

Hekimin hastayla arasındaki tedavi sözleşmesinin hukuki niteliği vekâlet sözleşmesi olarak kabul edilmektedir. Tedavi sözleşmesinin bu niteliği TBK m. 502’deki vekâlet sözleşmesi hükümlerine dayanır. Belirtelim ki vekâlette; vekil müvekkilin menfaatine ve isteğine göre iş görme edimi borçlanmaktadır. Vekâlet

¹⁴¹ Yargıtay 13. HD, E:1994/8557, K:1994/2138, T:04.03.1994 “...*dava, davalı doktorların vekillik sözleşmesinden kaynaklanan özen borcuna aykırılık olgusuna dayanmaktadır.(BK. m. 386, 390)...*” Erişim adresi : <<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>>Erişim Tarihi: [09.02.2018]

¹⁴² YAVUZ, s.522

¹⁴³ BATTAL, Yılmaz, “Açıklamalı- İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, Ankara, Adalet Yayınevi, Ekim 2010, s. 20; BAŞPINAR,(Vekilin Sorumluluğu), s. 69

¹⁴⁴ BAŞPINAR,(Vekilin Sorumluluğu), s.78.

¹⁴⁵ YAVUZ, s.531

sözleşmesi, bir vakte tabi olmaksızın özgür şekilde yapma yükleyen bir sözleşmedir. Bu sebeple tedavi sözleşmesi de vekâlet sözleşmesine benzemektedir. Bu ilişkide hekimin hastasını muayene ve tedavi etmesi nedeni ile hekimin tıbbi hizmeti sağlaması hastanın menfaatine ve onun iradesine uygundur. Bazı istisnai durumlar dışında; işin zamana bağlı olmaması, hekimin tıbbi kurallara uygun olarak teşhis ve gereken tedaviyi yapması gerekirken, sonucun mutlaka olumlu sonuçlanmasının gerekmemesi ile de tedavi sözleşmesinin bir vekâlet sözleşmesi olarak nitelenmektedir¹⁴⁶.

Vekâlet ilişkisine konu olay maddi fiilden kaynaklanabilir. Yasada sayılmayan her türlü eylem vekâlet akdine konu olabilmektedir. Doktorun hastasını muayene etmesi, tıbbi müdahalede bulunması, tedavisini sağlaması, bankanın bireyin ekonomik durumuna ilişkin açıklama yapması, mimarların yapı denetim faaliyetleri, hukukçuların görüş bildirmesi durumlarında vekâlet sözleşmesi doğabilir. Gerekli husus ise maddi fiilin yasada belirtilen sözleşme türlerinin kapsamına girmiyor olmasıdır. Eylemin yasada belirtilen sözleşme türlerinden birine dâhil olması halinde vekâlet akdinden değil kanunun belirttiği sözleşmenin varlığı doğacaktır¹⁴⁷.

Vekil, tıp faaliyetinin öngördüğü edimleri icra etme sorumluluğundadır. Tedavi sözleşmesinin tarafı olan doktor diğer taraf olan hastaya vasıflı sağlık hizmetinde bulunma borcu ile yükümlüdür. Bu sözleşme gereği gerekli tanıyı bularak uygun tedaviyi uygulama ile yükümlü olan doktorun “*vekil*” sayılması doğru kabul edilmektedir¹⁴⁸.

Bu sözleşme ilişkisinin iş ya da hizmet sözleşmesi olarak değerlendirilmeyip vekâlet sözleşmesi sayılmasında temel sebep, vekil bu ilişkide diğer sözleşme türlerine oranla daha geniş bir hareket alanına sahiptir. Doktor ve hasta arasında kurulan tedavi ilişkisinde işçi-işveren durumundaki gibi bir alt-üst ilişkisi, bir bağımlılık ilişkisi söz konusu değildir. Doktor ve hasta arasında oluşan bu ilişki vekâlet akdi niteliği taşıdığı için, doktor hastasına karşı sorumluluklarını yerine getirirken nisbi bağımsızdır. Vekâlet sözleşmesini hizmet akdinden ayırdığı düşünülen nisbi bağımsızlık ögesi, hekimin hastasının çıkarı için bir sonuca ulaşmak

¹⁴⁶ SİNDEL, s. 245

¹⁴⁷ YAVUZ, s.523

¹⁴⁸ ÖZÇETİN/ BALABAN, s.193

adına tıbbi hizmet işini ifa ederken, amacına ulaşmak için belli bir oranda karar verme zorunluluğunun bulunması sonucudur¹⁴⁹.

Vekilin vekâlet veren adına iş görme edimi ile yükümlü olması durumu mevcuttur. TBK'nın 502. maddesinin birinci fıkrasında, vekâlet sözleşmesinin iş görme borcu doğuran bir sözleşme olduğu ifade edilmektedir. Bu sebeple hekimin iş görme borcundan kastedilen hastasının hastalığını teşhis ve tedavidir. Hekimin sözleşmeden doğan en elzem borcu hastanın hastalığını teşhis etmek ve tedavisini sağlamaktır. Ek olarak hastasını aydınlatma borcu, sadakat ve özenli hareket etme borcu, tıbbi verileri kayda geçirme ve sır saklama gibi sorumlulukları da bulunmaktadır.

Doktor ve hastası arasında kurulan sözleşme ilişkisinin hususları, vekâlet sözleşmesinin konusunu oluşturmaktadır. Doktor hastasına aralarında bulunan sözleşmeden dolayı bir tıbbi müdahalede, maddi eylemde bulunmaktadır. Bu da Borçlar hukukuna uygun olup doktorun iş görme borcudur. Doktor hastasının tedavi ederken bir süre ile bağlı bulunmamaktadır. Tedavi sürecinin süresini belirleyebilmek pek olası değildir. Hastanın mevcut hali, hastalığın niteliğine göre tedavi süresi değişebilmektedir. Bu ilişkide doktorun hastayı iyileştirmeyi garanti etme borcu yoktur. Dolayısı ile tıbbi müdahalenin doktorun kusuruna bağlı olmaksızın başarı ile sonuçlanmaması halinde doktorun sorumluluğu doğmamaktadır¹⁵⁰.

Kişinin dış görünümüne yönelik estetik müdahalelerden doğan sözleşmenin vekâlet akdi niteliği taşımasına ilişkin fikirler mevcuttur. Buna göre taraflar arasında kurulan akdin tedavi unsuru barındırması durumunda vekâlet akdi olduğu kabul edilmektedir. Tedavi unsuru barındırmakta bu sözleşme ile doktor hastasının iyi olmasını taahhüt etse dahi sonuç daima başarılı olmayabilmektedir. Çoğunluk hekimlik sözleşmesinde tıbbi faaliyetin sonucunun daima başarılı olmasının mümkün olamayacağı görüşündedir. Ancak istisna akdi halinde doktor bulunacağı tıbbi müdahalenin sonucunu garanti etmektedir¹⁵¹.

¹⁴⁹HAKERİ, (Tıp Hukuku) s.338

¹⁵⁰ŞATIR, s.21; ÖZTÜRKLER, Cemal, Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003, s.56

¹⁵¹ ARINCI, / USTA, s.88

Vekâlet verenin, vekile verdiği yetkinin sınırları ve kapsamı sözleşmede açıkça belirtilmediği takdirde, sözleşme yapılacak (görülecek) işin kendine has nitelikleri değerlendirilmektedir. Hastanın (vekil edenin), mesleki bir işi gören doktordan (vekilenden), söz konusu tedavinin tüm aşamalarında ilgi, özen ve dikkati göstermesini isteme hakkı olup gereken dikkat ve özeni göstermeyen doktor (vekil), vekâlet görevini gereği gibi ifa etmemiş sayılmaktadır.(BK m. 394/1) Doktorun bağımsız ya da kamu hastanelerinde çalışmakta olması bu durumu değiştirmemektedir¹⁵².

Hukukumuzda vekâlet akdi, “*tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir*”. Burada, vekil sözleşmenin diğer tarafına karşı “*iş görme borcu*” altındadır. Ücret ödeme borcu, bu sözleşmenin esaslı unsuru olarak kabul edilmemektedir. Fakat sözleşme veya teamül gereği açık bir şekilde belirtildiğinde vekâlet veren bakımından ücret ödeme borcu doğar¹⁵³. Doktor tıbbın kurallarına uygun olarak tedaviyi uygulamasına rağmen hasta sağlığına kavuşamamışsa yükümlülüğü doğmamaktadır. Doktorun yükümlülüğü iş görme borcuna ilişkindir. Sonuç sorumluluğu yoktur¹⁵⁴. Hekimlik sözleşmesinin diğer tarafı olan hasta sunulan tıbbi hizmete karşılık önceden belirlenmiş ücreti ödemeyi taahhüt etmektedir. TDT madde 33’ de uygulanan tıbbi müdahalelerde hastalardan maktu bir ücret istenebileceği düzenlenmiştir.

Arıncı’ya göre, estetik amaçlı tıbbi müdahaleler iyi ve hoş görünüm elde etme amacı taşımaktadır. İyi bir görünümü olmayan hastaya gerçekleştirilen tıbbi müdahale güzelleştirme amacına ek olarak sağlıklı olmayan psikolojik halden çıkarmaktadır. Müdahale sonucunda hasta da meydana gelen psikolojik iyileşme bakımından estetik amaçlı tıbbi müdahaleler tedavi maksadı da taşımakta olup istisna akdi değil vekâlet akdi niteliğindedir¹⁵⁵.

Yüksel, öğretide ki çoğunluk görüş ve Yargıtay’ın aksine estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde yada diş protezi yapımında hasta ve hekim arasında kurulan

¹⁵² KICALIOĞLU, M., s.174

¹⁵³ YAVUZ, s.532; AKİPEK ÖCAL, s.287

¹⁵⁴ ÖZDEMİR, (Teşhis ve Tedavi), s.86

¹⁵⁵ ARINCI, Atilla, “Estetik Cerrahide Hekimin Hukuki Sorumlulukları ve Bu Sorumlulukların Eser Sözleşmesi Kapsamında Değerlendirilmesi”, Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Yüksek Lisans Tezi, İzmir,2015, s.109

sözleşmenin eser sözleşmesi olduğu görüşünü benimsememektedir. Estetik operasyonun başarılı olması, hastanın ruhsal ve fizyolojik durumu başta olmak üzere hekimin etki alanında olmayan birçok dış etkene bağlı olmaktadır. Estetik cerrah canlı organizmanın üzerinde ameliyat uygulamaktadır. Bu organizmanın tedavi ve operasyon aşamasında nasıl bir değişime uğrayacağı tahmin edilemez niteliktedir. İşin özelliği gereği başarılı sonuç garantisi objektif açıdan mümkün değildir¹⁵⁶.

2.1.2 ESER (İSTİSNA)SÖZLEŞMESİ GÖRÜŞÜ

Eser sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu madde 470 “A. Tanımı” başlığı altında “*Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, işsahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.*” şeklinde düzenlenmiştir.

Estetik ameliyatlara hukuka aykırı sayılmamakta olup Yargıtay sadece güzelleştirme kaygısıyla gerçekleştirilen ve tedavi gayesi bulunmayan bu ameliyatlara eser sözleşmesi niteliği taşıdığını benimsemiş bulunmaktadır¹⁵⁷. Hekim ile estetik operasyon yaptırmak isteyen hasta arasında meydana gelen ilişkinin istisna akdi olarak kabul edilmesi sebebi ile eser sözleşmesinin hükümlerine değineceğiz. Eser sözleşmesi 6098 sayılı TBK 470 ile 486. maddeleri arasında düzenlenmiştir. 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu m.355’ de: “*İstisna, bir akittir ki onunla bir taraf (müteahhit), diğer tarafın (iş sahibi) vermeği taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder.*” olarak düzenlenmiştir. Bu sözleşmenin tarafları yüklenici ve iş sahibinden oluşmaktadır.

Bu sözleşme, karşılıklı, bir şekle tabi olmayan, rızai, ani edimli, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğindedir. Ayrıca eser sözleşmesinde yüklenici sonuç sorumluluğu taşımaktadır. Bu sözleşme ilişkisinde yüklenici iş sahibine göre bağımsızdır¹⁵⁸. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden biri olan eser

¹⁵⁶ YÜKSEL REYHANİ, Sera, “Hekimlik Sözleşmelerinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi”, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Cilt:10, Sayı:23, 2018, s.73

¹⁵⁷ BATTAL, s.61; TANERİ, (Hasta Hakları), s. 59

¹⁵⁸ YAVUZ, s.438

sözleşmesi edimlerin karşılıklı mübadelesi amacındadır. Taraflardan her biri diğerini kendisine karşı borçlandırmaktadır¹⁵⁹.

Bu sözleşmesinin unsurları; eser, ücret, anlaşmadır. Vekâlet sözleşmelerinde hekimin tedavi sonucunda sonuç sorumluluğu yoktur. Eser sözleşmesini vekâlet sözleşmesinde belli bir sonucu taahhüt etmiş olan hekim istenen sonuç meydana gelmez ise sorumlu olacaktır. Bu durum istisna akdi ve vekâlet akdi arasında temel farklılık olarak sayılmaktadır¹⁶⁰. Hekim, mesleğini yaparken ücret isteme hakkına da sahip olur. Hekimlerin bu ücret isteme hakkı, onların yaptıkları işe ticari bir vasıf kazandırmamaktadır. Ücret isteme hakkı, verilen sağlık hizmetinin karşılığı olarak görülmektedir.¹⁶¹ Böylece hekim hastasına ayırdığı emek ve mesai karşılığında ücret talep etme hakkına sahip olmaktadır.

Eser sözleşmenin konusu bir eserin meydana getirilmesidir. Çoğunluk görüşü, ortaya çıkan neticenin maddi olmasının gerekmediğini düşünmektedir. Objektif olarak maddi ya da maddi kabul edilmeyen bir neticenin oluşturulması eser sözleşmesinin konusunu oluşturmaktadır¹⁶². Güzelleştirme amaçlı tıbbi müdahalelerde güzel bir netice taahhüt edilmesi durumu olduğu için sözleşmenin hukuki niteliği istisna sözleşmesidir¹⁶³.

Hekimin belli bir sonucu taahhüt ettiği ayırık bazı hallerde, tedavi sözleşmesinin istisna(eser) sözleşmesi niteliği taşıdığı kabul edilebilmektedir. Örneğin; örneği diş protezi, köprü ya da kron yapımı, takma göz, kol, bacak gibi yapay organların takılması, burun vb. güzelleştirici estetik ameliyatlar. Bu tür durumlarda hekim belli bir sonucu garanti etmeyi ifa ile yükümlü olduğu için eser sözleşmesi niteliğinde bir sözleşme ilişkisi doğduğu kabul edilmektedir¹⁶⁴.

Burnu kemikli olduğu için rahatsız olan kişi estetik cerrahtan görüntünün düzeltilmesini talep ederek bir sözleşme ilişkisi kurmuştur. Cerrahta bu ilişkide

¹⁵⁹KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt, Filiz Kitabevi, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4 üncü Bası' dan 7 inci Tıpkı Bası, İstanbul,2017, s.98-99

¹⁶⁰GÖKCAN, (Tıbbi Müdahale), s.993

¹⁶¹KÜLAHÇI, Şölen. "KKTC Sağlık Hukuku", On İki Levha Yayıncılık, Mart 2016,s.69

¹⁶²HATIRNAZ EROL, Gültezer, Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları, Seçkin Yayınları, Nisan 2015, s 56

¹⁶³TANERİ, (Hasta), s.121

¹⁶⁴KICALIOĞLU M., s.78; KAYA Mine, "Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü Ve Kişilik Hakkı İle İlişkisi", TAAD, Cilt:1,Yıl:3, Sayı:8, s.49-50

burundaki kemikli yapıyı düzeltmeyi borçlanmaktadır. Böylece konusu estetik amaçlı tıbbi müdahale olan bir eser sözleşmesi ilişkisi kurulur¹⁶⁵. Kişinin dış görünümünü güzelleştirmek amacıyla yapılan tıbbi müdahaleler estetik cerrahinin ilgi alanı olup eser sözleşmesinin konusunu oluşturmaktadır. Çünkü belli bir estetik sonucun (hastanın görünümünde değişiklik) ortaya çıkarılması garanti edilmektedir. Burun güzelleştirme ameliyatları ile daha iyi bir görünüm sağlanması, diş protezleri, rahatsız edici benlerin alınması örnek olarak verilebilir. İstenen sonuç meydana gelmez ise doktorun sorumluluğu doğacaktır¹⁶⁶.

Taraflar arasında kurulan hekimlik sözleşmesinin vekâlet akdi olduğu yönünde fikir birliği söz konusudur. Güzelleştirme amaçlı gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerde, diş protez uygulamalarında ise istisna akdi hükümlerinin uygulanması gerektiği benimsenmiştir¹⁶⁷.

Vekâlet sözleşmesinde vekil, aksine bir anlaşma olmadıkça, sonucun elde edilmemesinden sorumlu değildir. Gerçekten vekâlette asıl olan vekilin üstlendiği işi yerine getirilirken özen göstermesidir. Bu sonuç vekâlet sözleşmesini istisna (eser) sözleşmesinden ayıran en önemli farktır. Çünkü eser sözleşmesinde müteahhit, eser sahibine bir sonuç vadetmektedir. Hatta sonuç, bu tür sözleşmelerde, elde edilmeden çok önce garanti edilmektedir¹⁶⁸.

Yargıtay hasta ve hekim arasında kurulmuş olan sözleşme ilişkisini Türk Borçlar Kanunu kapsamında değerlendirmektedir. Estetik amaçlı yapılan tıbbi girişimleri eser sözleşmesi kapsamında kabul etmektedir¹⁶⁹. Yargıtay 13 HD. 5.4.1993 karar tarihli E.131, K.2471 sayılı kararında hekimin estetik bir görüntü kazandırma amaçlı ikna ve taahhüt ederek yaptığı burun ameliyatını eser sözleşmesi kabul etmiştir¹⁷⁰.

Yargıtay'ın, güncel tarihli kararında estetik amaçlı cerrahi müdahalelerin eser sözleşmesi niteliği taşıdığına hükmetmiştir. Yargıtay 3. HD' nin 13.03.2017 tarihli 2015/17955E 2017/2959K sayılı ilamına göre; “*Davaya dayanak yapılan maddi*

¹⁶⁵ÖZPINAR, s.29

¹⁶⁶DOĞAN, M. (Hekim), s.42

¹⁶⁷GENCER, s. 29

¹⁶⁸BAŞPINAR,(Vekilin Sorumluluğu), s.137

¹⁶⁹PETEK,(Estetik), s.190; YARDIM, s.30-31

¹⁷⁰Erişim adresi :<<https://www.sinetjimevzuat.com.tr>>[19.08.2018]

olgu, karın bölgesinin estetik ameliyat yapılmak suretiyle istenilen ve kararlaştırılan biçime uygun güzel bir görünüm kazandırılmasıdır. Varılmak istenilen sonucun ve buna dayalı olguların hukuki nitelendirilmesi yapıldığında ise, yanlar arasında BK'nın 355 ve devamı (TBK' nın 470 ve devamı) maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesi ilişkisinin bulunduğu, dolayısıyla uyuşmazlığın eser sözleşmesi hükümlerine göre çözümlenmesi gerektiği açıktır.”

Yargıtay' ın bu konudaki uyuşmazlıklar ile ilgili vermiş olduğu kararlar şu şekildedir: *“Dava; estetik amaçlı lazer uygulamasından meydana geldiği iddia olunan zararın tazmini için açılan manevi tazminat istemine ilişkindir. Tarafların açıklamaları ile dosyadaki bilgi ve belgeler birlikte değerlendirildiğinde; taraflar arasındaki akdi ilişkinin, TBK'nın 470 (BK. m. 355) ve devamı maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesinden kaynaklandığı açıktır. Somut olayda davacı iş-eser sahibi; davalı ise yüklenicidir.¹⁷¹”*

“Bir hasta ile onu tedavi eden doktor ve bir avukat ile onun müvekkili arasındaki ilişki, vekâlet sözleşmesinin konusunu oluşturur. Doktor, hastasına tıbbi yardımda ve avukat da hukuki yardımda bulunmayı taahhüt ederler; ancak, hastayı iyileştirme ve davayı kazanma gibi bir sonucun taahhüdü, vekâlet sözleşmelerinde söz konusu olamaz. Hasta ölse veya dava kaybedilse dahi, tıbbi yardımda bulunan doktor ile hukuki yardımda bulunan avukat, yaptıkları yardımın karşılığı olan ücrete hak kazanırlar ve kusurları dışında sorumlu olamazlar. Eser (istisna) sözleşmelerinde ise sadece bir hizmette bulunmak değil, aynı zamanda "eser" denilen olumlu-olumsuz bir sonucun taahhüdü söz konusudur. Sonuç gerçekleşmezse, meydana gelen zarardan yüklenici sorumlu olur. Bir diş doktorunun, kanal tedavisi değil de takma diş yapması (protez) işi ve bir cerrahın tedavi değil de güzellik amacıyla insan vücudu üzerindeki tıbbi müdahalesi (olayımızda olduğu gibi) işi, BK 'nın 355 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş bulunan istisna (eser) sözleşmesinin konusunu oluşturur... Davacının kolundaki dövme estetik amaçla silmek için

¹⁷¹Yargıtay 3.HD Karar Tarihi 26.4.2016 E.2015/10634 K.2016/6585K Erişim adresi: <<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>>[08.09.2018]

*müdahalede bulunan doktor, aynı zamanda, izi tamamen yok etmeyi de eser sözleşmesinin niteliği itibarıyla taahhüt etmiş sayılır*¹⁷².

Kararlardan da anlaşılacağı üzere estetik cerrah ve hasta arasında kurulan sözleşmenin hukuki niteliğini Yargıtay tarafından eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilmiştir.

Bu ilişkide hekim yüklenici yani eseri ortaya çıkaracak taraf, estetik cerrahide bulunulmasını talep eden hasta ise, iş sahibi konumunda bulunmaktadır. Estetik ameliyatlarda, dayanılan temel amaç, estetik ameliyat yapılarak, o organa arzu edilen ve istenen biçime uygun güzel bir görünüm kazandırılması amaçlanmaktadır. Bu sebeple taraflar arasında kurulan bu hukuki ilişki ise, 6098 sayılı TBK' nun 470. vd uyarınca eser sözleşmesi vasfında olduğu nettir. Yüklenici, iş (eser) sahibi ile kurulan bu sözleşme ilişkisinde, yüklenici bir sonuç (eser) meydana getirmeyi borçlanmaktadır¹⁷³. TBK madde 471/1 gereği, *"Yüklenici, üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır."*

Güzelleştirme amaçlı tıbbi müdahalelerde hekim ve hasta arasında kurulan sözleşme ilişkisinin vekâlet sözleşmesi yerine eser sözleşmesi vasfı taşımaktadır. Eser sözleşmesi sonucun taahhüt edilmesi niteliği içermektedir. Hastanın burnunda gerçekleştirilen tıbbi müdahalede makul bir hekimden istenen sonuç performansı değil bu ilişkide hekimden istenen taahhüt ettiği eseri meydana getirebilmektir. Burnundaki beklenen sonuç gerçekleşmediği takdirde hatalı tıbbi uygulama söz konusu olmaktadır¹⁷⁴.

İstisna sözleşmesinde, temel amaç, bir eserin ortaya çıkarılması olup ana unsuru ücrettir. Vekâlet sözleşmesinde ise bir eserin ortaya çıkarılması değil belli bir kullanım doğrultusunda çalışma ifası borçlanılmaktadır. Hekimlik mesleği özünde bir eserin yapılmasından çok, hastaya sağlığını kazandırmaya yönelik özenli ve

¹⁷²Yargıtay 15.HD Karar Tarihi: 03.11.1999 1999/4007Esas 1999/3868Karar; Yine Yargıtay 3.HD Karar Tarihi: 07.12.2015 2015/12079 Esas 2015/19759 Karar numaralı bir başka kararında yüz gerdirme estetik ameliyatı eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilmiştir. Erişim adresi: <<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>>[Erişim Tarihi: 15.03.2018]

¹⁷³ HALE, s.68

¹⁷⁴ ÇETİN, s.32

dikkatli çalışılma faaliyetidir. Hekimin hastasına sağlık kazandırıcı bu faaliyetinde kusuru bulunmadıkça başarı ile sonuçlanmamasından sorumlu tutulmamaktadır¹⁷⁵.

Her ne kadar öğretilerde hekim ile hasta arasındaki estetik müdahale amacıyla kurulan hukuksal ilişkiyi eser sözleşmesi görüşünü benimseyen yazarlar olsa da bu ilişkiyi eser sözleşmesi olarak benimsemenin doğru olmadığını düşünen görüşlerde mevcuttur. Bu görüşe göre, tedavi kavramı çerçevesi içinde söz konusu ilişki vekâlet ilişkisi sayılmaktadır. Bu sebeple estetik amaçlı müdahalede bulunan hekimde canlı bir organizma üzerinde çalışmakta olup bu organizmada müdahale sırasında veya sonrasında uğrayacağı değişimin nasıl olacağını göremez. Hekimin estetik amaçlı müdahalelerde sonucu garanti borcu çoğunlukla söz konusu olamaz¹⁷⁶. İnsanlar, sağlığını kazanmak konusunda garanti bir sonuç içerisinde değillerse, estetik müdahalelerde de bu beklenti içinde olmalıdırlar. Estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde, cerrahi müdahalenin spesifik olması ve taraflar arasında karşılıklı net güven ilişkisi sebebiyle hukuki nitelik olarak vekâlet sözleşmesi hükümleri söz konusu olmaktadır. Ancak, hasta ile hekim aralarında kurulan ilişkinin eser sözleşmesi niteliğinde olmasını özel olarak hükme de bağlayabilirler. Zira estetik müdahalede bulunan hekim, estetik bir sonuca ulaşacağını, hastasına taahhüt etmişse, aradaki ilişkinin eser sözleşmesi olarak kabulü mümkün olmaktadır¹⁷⁷.

Arıncı ve Usta'ya göre, estetik cerrah ve hekim arasında kurulan sözleşme ilişkisinin içeriği bireyin psikolojik durumunun iyileştirilmesi amacı ile vücuduna tıbbi müdahale uygulanmasıdır. Güzelleştirme amaçlı tıbbi müdahaleden doğan bu sözleşme ilişkisi sırf eser sözleşmesi olarak kabul edilmemekte olup bu yazarlar Yargıtay'ın güncel kararlarında inşaat akdinde kullanılmakta olan kavramları insan bedeninde kullanılmasını aşırıya kaçmak olduğunu düşünerek eleştirmektedir. İnsanın vücudunun eşya olmadığını, uygulanan tıbbi girişime önceden nasıl bir tepki vereceğini bilmenin mümkün olmadığını bu sebeplerle eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilemeyeceğini savunmaktadırlar¹⁷⁸.

¹⁷⁵ BATTAL, s.26

¹⁷⁶ HAKERİ (Tıp Hukuku), s.133

¹⁷⁷ HAKERİ(Tıp Hukuku),s.133

¹⁷⁸ ARINCI/ USTA s.91

Çınarlı'ya göre, güzelleştirme amaçlı tıbbi müdahalelerin insanlar üzerinde uygulandığı için kişilerin özel durumlarına bağılı olarak birçok etken müdahalenin neticesini değıştirebilecektir. Bu sebeple gerçekleştirilen müdahalelerde sonuç taahhüdünde bulunulamaz. Mevcut durum inşaat ve ahşabın şekillendirilmesi gibi durumlar ile karşılaştırılmamalıdır. Güzelleştirme amaçlı tıbbi müdahalelerde eser sözleşmesi değıl vekâlet sözleşmesi düşünölmelidir¹⁷⁹.

2.1.3 6502 SAYILI KANUN İLE ESER SÖZLEŞMESİNİN TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN KAPSAMINA ALINMASININ ESTETİK AMAÇLI TIBBİ MÜDAHALELER BAKIMINDAN HUKUKİ SONUCUNA İLİŞKİN GÖRÜŞLER

Kural olarak doktorun gerek kamu sektöründe gerek özel kurumlarda ya da serbest bir şekilde hastasının sağığına kavuşması için mesleğini icra etmesi durumunda borçlar hukukumuzun vekâlet akdi kuralları uygulanmaktadır. İstisnai hallerde ise istisna akdi hükümlerine gidilen durumlar da mevcuttur. Uyuşmazlık nedeni ile doktorlara açılan davanın görev yeri Asliye Hukuk Mahkemeleridir. Ancak mahkemelerin dosya yoğunluğu dolayısıyla 1995' de hukukumuza TKHK girmiş bulunmaktadır. Anılan kanun ile birlikte hukukumuzda hususi bir alan meydana gelmiştir¹⁸⁰.

4077 Sayılı TKHK'da tüketici işlemi tanımlanmamış bulunmaktadır. 6502 sayılı TKHK m. 3/1'ye göre; “*Mal veya hizmet piyasalarında 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, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi*” tüketici işlemi olarak eser sözleşmesi ve vekâlet sözleşmesi de belirtilmiş bulunmaktadır

¹⁷⁹ ÇINARLI/AYKIN, s238-239

¹⁸⁰ KÖK, Ahmet Nezih. “Hekim- Hasta İlişkisi Tüketici Hukuku Anlayışı ili Bağdaşır mı?”, Erişim adresi :<<http://dergipark.ulakbim.gov.tr/mdergi/article/view/5000145769/5000133097>> [15.09.2017] s.611

07.11.2013 tarihinde kabul edilen 28.5.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 sayılı TKHK 3/k'da tüketici ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmıştır. Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun uygulanabilmesi için öncelikle taraflardan birinin kanunda tanımlandığı şekilde tüketici olması gerekir. Mülga 4077 sayılı TKHK'nın 2003 yılında 4822 sayılı kanunun değişik 3/e maddesinde ise tüketici bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişi şeklinde tanımlanmıştı. 6502 sayılı kanun 3/1 gereği bu tüketici işlemini bir de sağlayan bulunmalıdır. Hasta ve hekim arasında kurulan bu ilişkide hizmeti sunan hekim olmaktadır. Tıbbi müdahalede tüketici ise hasta olarak isimlendirilmektedir.

Doktor ile hastası arasında kurulan sözleşmenin hukuki niteliği vekâlet akdi olarak değerlendirildiğinde 6502 sayılı kanunun yeni düzenlemesi ile hasta tüketici olarak kabul edilmekte olup doktor ve hastası arasındaki bu ilişki tüketici işlemi sayılmaktadır. Anılan kanunun kapsamının çok fazla genişletilmesi doğru bulunmamaktadır. Ancak tüketici işlemini açıkça düzenleyen yeni yasa karşısında doktor ve hastası arasında kurulan ilişkiyi tüketici hukukuna uymayacağı sebebiyle hastanın tüketici olmadığını savunabilmek zor durmaktır¹⁸¹.

Akipek'e göre, hasta ticari ya da mesleki bir amaç olmadan hareket etmekte ise tüketici olarak değerlendirilebilir. Hasta vasfını taşıyan birey mutlak suretle gerçek kişidir. Ayrıca hastanın ticari ya da mesleki bir amaç ile davranması olağan değildir. Bu sebepler ile hastanın tüketici sıfatı taşıdığı kabul edilmektedir. Kaldı ki Hastanın tüketici sıfatı taşıması özel olarak doktor ve hastası arasında kurulan sözleşme ilişkisinde hastanın korunmasını sağlayan bir vasıf taşıyacaktır. Böylece hukuk düzenimiz açısından ise tüketici kabul edilen hastanın daha kuvvetli olmasını sağlayacaktır. Bu durum anlaşmazlık söz konusu olduğunda hastanın dava açarak sonuçlandırması daha kolay bir hale getirecektir¹⁸².

¹⁸¹REYHANI YÜKSEL, (İlaç Tedavisi), s.365

¹⁸²AKİPEK ÖCAL, s.295-296

Özdemir'e göre de, ticari ya da mesleki bir kaygısı olmadan salt acı çektiği hastalığından kurtulabilmek maksadı ile doktor ya da özel bir hastane ile tedavi akdi kuran hasta tüketici kabul edilmelidir¹⁸³.

Tıbbi müdahaleler bakımından tüketici sözleşmesi şu şekilde değerlendirilmektedir:

- Tüketici sözleşmesinin amacı karşılıklı bir hizmet talebine dayanmaktadır. Tıbbi müdahalede hasta ücret karşılığı tedavi hizmetini sağlayıcıdan talep etmektedir. Eğer ücret unsuru olmadan tedavi gerçekleşirse tüketici sözleşmesi kurulmamaktadır.
- Güzelleştirme amaçlı tıbbi müdahalelerde hekimin sonucu taahhüt ettiği eser sözleşmesi ya da tüm dikkat ve özeni göstererek tedaviyi üstlenen hekimin vekâlet sözleşmesine dayanan hukuki ilişkinin niteliği fark etmeksizin tüketici sözleşmesi kabul edilmektedir.
- Tıbbi müdahalede hasta tüketicidir. Sözleşmenin diğer tarafı konumundaki sağlayıcı ise tedavinin icrasını üstlenen serbest çalışan doktor, özel ya da kamu hastanelerinden oluşmaktadır.
- Hasta şifa bulmak amacı ile ticari ya da mesleki bir kaygısı bulunmadan tedaviden faydalanmalıdır.
- Sözleşme THKK kapsamında bir hizmete ilişkin olmalıdır. Tıbbi müdahale tedavi amacı barındıran hizmetin sağlayıcı tarafından sunulmasıdır¹⁸⁴.

4077 Sayılı TKHK döneminde istisna akdi Yargıtay'ca yasanın dışında tutulmaktaydı. Temelde istisna akdinin TKHK kapsamında “tüketici işlemi” sayılabileceği haller mevcut olup Yargıtay tarafından bu kanunun dışında tutulmuştur. Çünkü Yargıtay anılan kanunun satış akitlerinden doğan uyumsuzluklarda tüketici yararına hükümler getirdiği düşünmekteydi. 6502 sayılı TKHK'nın 3. maddesinin 1. fıkrası ile tüketici işlemi vasfı taşıyan sözleşmelere eser

¹⁸³ÖZDEMİR, Teşhis ve Tedavi, s.72

¹⁸⁴PETEK,(Tıbbi), s.983-984 Tüketici Sözleşmesi ile ilgili ayrıntılı açıklama için bkz. OZANOĞLU Hasan Seçkin, Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un Maddi Anlamda Uygulama Alanı), C. 50, S.1, AÜHFD, 2001

sözleşmesi de örnek gösterilmiştir. Bu sebeple Yargıtay bu konu hakkında görüşünü değiştirmiştir¹⁸⁵.

Yargıtay kararında (6502 sayılı TKHK'dan önce) sözleşmenin tarafları bakımından istisna sözleşmesi bulunması durumunda 4077 sayılı kanun bakımından uyuşmazlık olmadığı kanaatine varmıştır. Şöyle ki; *“4077 sayılı yasa, bir uyuşmazlığa tüketici mahkemesince bakılmasının tek koşulu olarak, uyuşmazlığın kendisinin uygulanmasıyla ilgili olarak çıkmış olmasını aramıştır. Oysa eser sözleşmesinden kaynaklanan eldeki davada 4077 sayılı yasanın uygulanması söz konusu olmadığından, olayın çözümünün genel hükümler çerçevesinde yapılması gerekir”*¹⁸⁶.

Doktor ve hastası arasında kurulan sözleşme bazen vekâlet bazen de eser sözleşmesi vasfı taşımaktadır. Doktor gereken tedaviyi uygulayarak ücrete hak kazanır. Anılan bu sözleşmede hasta tüketici, doktor da mesleki ve ekonomik bir gaye ile görevini icra eden gerçek ya da tüzel kişidir. Kurulan sözleşme (vekâlet sözleşmesi) tüketici işlemidir¹⁸⁷.

Şatır'a göre, estetik amaçlı uygulanan işlemler bazı durumlarda tıbbi müdahale vasfından olmamaktadır. Güzelleşme amacı ile uygulanan epilasyon, saç boyama işlemleri güzellik merkezlerinde yapılmaktadır. Bu müdahaleler bir hastanede uygulanmadığı ve tıbbi müdahale vasfında olmadığı için 4077 sayılı Tüketici Kanuna göre hizmet akdi sayılarak söz konusu uyuşmazlık Tüketici Mahkemesinin görev kapsamındadır. Yeni TKHK'nın 13. maddesine göre de hizmet akdi olup Yargıtay 13.HD'nin bu konu ile ilgili birçok örnek kararı bulunmaktadır¹⁸⁸. Yargıtay 13. HD 2013/27491 Esas 2013/27018 Karar sayılı kararında *“..Dava, epilasyon hizmeti verilmesine ilişkin sözleşmeden kaynaklanan*

¹⁸⁵ ACAR, Hakan, “6502 Sayılı Kanun ile Eser Sözleşmesinin Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamına Alınmasının Hukuki Sonuçları”, Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 2, Haziran 2014, s.32

¹⁸⁶ HGK 24.09.2003T., 2003/15-498E 2003/493K Erişim adresi :<<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>>[07.12.2018]

¹⁸⁷ ÖZDEMİR, (Teşhis ve Tedavi), s.76

¹⁸⁸ ŞATIR, s.34

tazminat isteğine ilişkin olup, uyuşmazlığın 4077 sayılı yasa kapsamında kaldığı” na hükmedilmiştir¹⁸⁹.

Yargıtay’ın istisna akdinin Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun içeriğinde olmadığı görüşü değişmiş bulunmaktadır. Çünkü istisna akdi artık yeni tarihli TKHK’ nın 3/1 içeriğinde sayılmaktadır. Bu sebeple istisna akdinin tüketici işlemi vasfı kazanıp kazanmadığı hususu yeni kanuna göre değerlendirilecektir¹⁹⁰.

Çınarlı/ Aykın’a göre, 6502 sayılı TKHK’ nın 3/1 maddesinde ki düzenleme ile anılan madde de sayılan sözleşmeler ve hukuki işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tüketici mahkemesinin görevi kapsamındadır. Doktor ve hasta arasında kurulan sözleşmenin hukuki niteliğinin istisna ve vekâlet akdi olduğu düşünüldüğünde bu durumdan kaynaklanan uyuşmazlıklar tüketici mahkemesinde görülecektir¹⁹¹.

6502 sayılı TKHK’na göre güzelleştirme amaçlı tıbbi müdahalelerde müdahalenin uygulandığı taraf olan hasta (tüketici) ile serbest çalışan estetik cerrah ya da bu tıbbi müdahale hizmetini sunan tüzel kişi arasında doğan uyuşmazlıklarda tüketici mahkemeleri görevli sayılacaktır. Görev kamu düzenine ilişkin olduğu için güzelleştirme amaçlı tıbbi müdahaleden kaynaklanan uyuşmazlık tüketici mahkemesi haricinde diğer mahkemelerden birinde açıldığı takdirde itiraza binaen ya da kendiliğinden mahkeme görevsizlik kararı verecektir¹⁹². Tüketici mahkemesinin görevini belirleyen 6502 sayılı kanun madde 73/1 hükmü şöyledir: “*Tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davalarda tüketici mahkemeleri görevlidir.*” Bu açıdan bakıldığında güzelleştirme amaçlı estetik müdahalelerde hekim ve estetik tıbbi müdahale uygulanacak hasta arasındaki ilişkiden doğan uyuşmazlıklarda görevli mahkeme tüketici mahkemesi olacaktır.

Görevli mahkemenin belirlenmesinde 6502 sayılı kanunun geçiş maddelerine başvurulacaktır. Anılan kanun geçici madde 1’ de: “*Bu Kanunun yürürlüğe girdiği*

¹⁸⁹ŞATIR, s.34

¹⁹⁰ACAR, s.48

¹⁹¹ÇINARLI/AYKIN, s.265

¹⁹²MEMİŞ, Yusuf “(Yargıtay Kararları Işığında) Estetik Ameliyatlardan Doğan Hukuki Sorumluluk”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 119, Temmuz 2016,s.174-222

tarihten önce açılmış olan davalar açıldıkları mahkemelerde görülmeye devam eder.” şeklindedir. Bu kanun kapsamında 6502 sayılı kanun yürürlüğe girmeden önce açılan davalar mahkemelerinde görülmeye devam edecektir. Bu durumda aksiyle yorum ilkesi gereği 28.05.2014 tarihli 6502 sayılı TKHK’nın yürürlüğe geçmesinden sonra hukuki uyumsuzluğa ilişkin dava açılmışsa görevli mahkeme tüketici mahkemesi olacaktır. Hukukumuzda görev kamu düzenine ilişkin olduğu için tüketici mahkemesi dışında başkaca bir mahkemede açılması durumunda itiraz üzerine veyahut mahkemece re’sen görevsizlik kararı verilecektir.

6502 sayılı TKHK m.68/1’ de düzenlendiği üzere tüketici işlemi ile tüketici arasında doğan uyumsuzluklarda belli bir para miktarına kadar tüketici hakem heyetleri incelemek üzere görevlidir. Hal böyleyken kanunda tüketici hakem heyetinin görev alanı içinde bulunan uyumsuzluk için doğrudan tüketici mahkemesine başvurulamaz.

Yargıtay bir kararında, davacının tüketici sorunları hakem heyetine başvurmadan direkt tüketici mahkemesinde itirazın iptali davası açtığı anlaşıldığından mahkemece dava açabilme şartı gerçekleşmediği için davanın reddine karar verilmesine hükmetmiştir¹⁹³.

Yargıtay’ında belirttiği üzere gereği tüketici hakem heyetinin kararlarına karşı itiraz başvurusu tüketici mahkemelerine yapılmaktadır¹⁹⁴. 6502 sayılı TKHK kanun 68/3’ de yer alan düzenlemeye gereği tüketici hakem heyetinin kararlarına karşı tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde tüketici hakem heyetinin bulunduğu yerdeki tüketici mahkemesine itiraz edebilir.

TKHK 83/1’ de, bu kanunda hüküm bulunmayan durumlarda genel hükümlerin uygulanacağına ilişkin düzenleme söz konusudur. Anılan düzenleme gereği tedavi sözleşmesinin vekâlet sözleşmesi olması TKHK kapsamında somut

¹⁹³Yargıtay 3 HD. 2013/4376 Esas 2013/7753 Karar 09.05.2013 tarihli kararı Erişim adresi: <<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>>[12.08.208]

¹⁹⁴ Yargıtay 3. HD K.T: 12.01.2015 2014/11599 Esas 2015/599 Kararı “*İl veya İlçe Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerinin kararlarına karşı itiraz merci Tüketici Mahkemeleridir (TKHK mad. 22/5)*” Erişim adresi: <<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>>[12.08.208]

olaya uygulanabilecek bir düzenlemenin olmaması durumunda TBK vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması mümkündür¹⁹⁵.

Yüksel, TKHK'nın içeriğinin genişletilmesinin tartışılabilir nitelikte olduğunu ancak mevcut düzenleme karşısında hasta ve hekim arasında kurulan ilişkinin Tüketici Hukuku mantığına uymayacağı sebebinin göstererek hastanın tüketici olarak kabul edilmeyeceği savunmasının güç olduğu görüşündedir. Dayanağı ne olursa olsun beden ya da ruh sağlığı iyi olmadığı için ya da estetik kaygılar ile sağlık hizmeti talebinde bulunan kişinin tüketici olarak değerlendirmesini gerektiğini ileri sürmektedir¹⁹⁶.

2.1.4 KENDİNE ÖZGÜ SÖZLEŞME GÖRÜŞÜ

Bu görüşü benimseyenler hasta ile hekim arasında kurulan sözleşme ilişkisinin Borçlar Kanununda düzenlenmiş sözleşme türlerinden hiçbirine girmediği kendine özgü yapısı olan sözleşme niteliğinde olduğunu ileri sürmektedir. Yukarıda da değinildiği gibi genel kanun vasfı taşıyan TBK' da düzenlenen vekâlet akdi Yargıtay içtihatları doğrultusunda doktor ve hasta ilişkisine uygulanmaktadır. Ancak tıbbi faaliyetlerin kendine özgü nitelikleri bulunmaktadır. Bu nedenle sözleşmenin hukuki niteliğinin kendine özgü yapısı olduğunu benimseyen yazarlar bulunmaktadır.

Sui generis yapıdaki sözleşmelerin öğeleri kısmen veyahut tümüyle yasada belirtilen sözleşme türlerinden bulunmamaktadır. Bu sözleşmelere TBK' nın genel kuralları ve vasıfları benzeyen sözleşme türlerine dair yasa maddeleri uygulanmaktadır. Sözleşmeler, iyiniyet kurallarına ve teamüllere göre yorumlanarak tamamlanmaktadır¹⁹⁷.

Yaşama hakkı ve bu hakkın uzantısı konumundaki sağlık hakkının önemli bir hak olması sebebiyle tıp ilmi ile doktorun mesleki faaliyetini icra ederken uygulanacak kuralların Borçlar hukukumuz çerçevesinde değerlendirilmesi problemlere yol açmaktadır. Hipokrat'tan bu yana süre gelen tıbbi faaliyetlerin deontolojik ilkeleri göz ardı edilerek sadece genel yapıdaki kurallara bırakmanın

¹⁹⁵ REYHANİ YÜKSEL(Tüketici Sözleşmesi), s.74

¹⁹⁶ REYHANİ YÜKSEL(Tüketici Sözleşmesi), s.65

¹⁹⁷ YARDIM, s.34

doğru olmadığı düşünölmektedir. Bu bağlamda hekimlik sözleşmesinin hukuki mahiyeti, tıp mesleğinin değerler esas alınarak kendine özgü bir şekilde düzenlenmelidir¹⁹⁸.

Doktor ve hasta arasında meydana gelen sözleşme ilişkisinin vekâlet akdi olarak uygulanmasında vekâlet akdinin bir kısım maddelerinin sağlık mesleği mensupları yararına olacak şekilde uygulanamadığı düşünölmektedir. Bu bağlamda hekimlik sözleşmesi sui generis yapıdadır. Bu alana ilişkin ortaya çıkan husumetler için başvurulacak mercii ise “*Tıp İhtisas Mahkemesi*” olmalıdır¹⁹⁹.

2.1.5 HİZMET SÖZLEŞMESİ GÖRÜŞÜ

Hizmet sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu’nun 393. maddesinde düzenlenmiştir. Aile hekimliğinin hizmet sözleşmesi sayıldığı konusunda doktrinde bir takım görüşler bulunmaktadır.

Doktor ve hasta arasında meydana gelen bu sözleşme hizmet akdi olarak kabul edilmemektedir. Çünkü hizmet akdinde işçi ve işveren arasında alt- üst ilişkisi söz konusu olup işçinin işvereni yönlendirmesi durumu vardır. Doktorun hastasından emir alması ise mümkün olamaz. Doktor mesleki faaliyetini yerine getirirken sadece mesleki yükümlölükleri altındadır. Doktor ve hasta arasında meydana gelen bu sözleşme ilişkisinde süre ve bağımlılık unsurları bulunmamaktadır. Hizmet akdini diğer sözleşmelerden ayıran en önemli unsur bağımlılık unsurudur. Hâlbuki bu ilişkide hasta doktora bağımlıdır. Doktorun hastaya bağımlı olması gibi bir durum söz konusu değildir. Tedavi ilişkisi hastanın sağlığına kavuşması amaçlıdır. Burada geçen süre değil hastanın tedavisinin yapılması önemlidir²⁰⁰.

Aile hekimlerinin özel konumu, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin hukuksal vasfı hususunda çelişkilere sebep olmaktadır. Temelde ise aile hekimleri bakımından da sözleşme değil, kamu hukuku ilişkisi düşünölebilir²⁰¹. Aile hekiminin anlaşmasını

¹⁹⁸ KÖK, Ahmet Nezih. “Şiddetin Kısılcacında Hekim Hakları ve Vekâlet Sözleşmesinin Farklı Yorumu”, Terazi Hukuk Dergisi, sayı 100 Aralık 2014 s.788

¹⁹⁹ KÖK, (Tüketici), s.615

²⁰⁰ BATTAL, s.28

²⁰¹ HAKERİ (Tıp Hukuku), s.340

hizmet sözleşmesi olarak kabul eden görüşe göre, hekimin hastasına karşı fikri ve ilmi bir hizmet görmekte olup tıbbın kurallarını uygulayarak hastasının imtina ile sağlığına kavuşmasını sağlar. Hasta da bu ilişkide ücret ödeme borcu altındadır. Bu ücret karşılığı sağlık hizmeti veren hekim eğer belirli veya belirsiz bir vakte bağlı olarak bu hizmeti veriyorsa, hizmet sözleşmesinin varlığının kabulü gerekir. Buna paralel olarak belirli vakitlerde, bir ücrete binaen hastasını tedavi eden hekimin sözleşmesi de bir hizmet sözleşmesidir²⁰². Öğretide, aile hekimin sağlık hizmeti sağladığında hasta ve hekim ile kurulan ilişkisini hizmet akdi olduğunu savunan yazarlar mevcut olsa da aile ile doktor arasındaki mevcut ilişkinin hizmet akdi olduğu düşünülmesi söz konusu olamaz. Çünkü aile hekimi belirli veya belirsiz bir vakte dayalı olarak meydana gelen hastalıklara sağlık hizmeti vermektedir. Taraflar arasındaki bu ilişki bağımlılık unsuru olmaması dolayısıyla hizmet akdi olarak kabul edilemez. Ayrıca burada aile hekimi, hastanın talimatı altında değildir. Mesleki faaliyetini kendi koşulları altında yürütmekte olup taraflar arasında güven ilişkisi söz konusudur²⁰³.

2.1.6 GÖRÜŞLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Hekim ile hasta arasında kurulan sözleşmenin hukuki niteliğini açıklamak üzere başlıca beş görüş ileri sürülmüştür. Hekimlik sözleşmesi diğer ismi ile tıbbi tedavi sözleşmesinin hukuki niteliğine, Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olan vekâlet sözleşmesi, eser sözleşmesi, hizmet sözleşmesi hükümlerinden birinin uygulanması gerektiğini ya da kendine özgü yapıda bir sözleşme olduğunu ve son dönemde 6502 sayılı kanunda yapılan değişiklik ile Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Hekimlik sözleşmesine uygulanacağına ilişkin görüşler söz konusudur.

“Teşhis ve tedavi sözleşmesi” diğer adı ile “hekimlik sözleşmesinin” hukuki vasfı esasen vekâlet sözleşmesi kabul edilmiş bulunmaktadır. Ancak kuralın iki istisnası ise, estetik amaçlı ameliyatlara ve diş protezi olarak görülmektedir. Ayrıca “aile hekimliği sözleşmesinin (Hausarztvertrag)” hizmet sözleşmesi olduğu öğretide

²⁰² AKARTEPE, s.14

²⁰³ SEÇER, s. 112

benimseyenler olmuştur. Hekim, tıbbi faaliyette bulunurken belirli veya belirsiz bir süre bulunmaktadır. Bu ilişkide hekim, sadece hastanın sağlığına kavuşması için gerekli tıbbi müdahalede bulunmayı ifa ile yükümlüdür. Buna karşılık, hekim vekil olarak, hastanın iyileşmesini taahhüt edemez. Hekim burada gereken tıbbi müdahaleyi uygularken özenle ifa ile yükümlü olup sonucun başarıya ulaşmamasından ise sorumlu tutulamaz. Bu nedenle hekim ile hasta arasındaki sözleşme ilişkisi, belirli bir süreye tabi olamaz. Çünkü tedavinin ne kadar süreceğini önceden bilmek mümkün değildir. Gerçekten de, tanı ve tedavi süresi, hastalığın niteliği ve hastanın sağlık durumu gibi pek çok iç ve dış faktörlere bağlıdır²⁰⁴.

Uygulamada vekâlet ve eser sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda genel mahkemeler görevli tutulmaktaydı. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun 3. maddesindeki düzenleme ile hastalar ile serbest çalışan hekimler ve özel hastane işleticileri arasında kurulan ilişkiler anılan kanun kapsamında değerlendirilerek Tüketici Hakem Heyetlerine ve Tüketici Mahkemelerinin görev alanına girmesi durumu meydana gelmiş bulunmaktadır. Her ne kadar doktrinde ve yüksek mahkeme kararlarında vekâlet sözleşmesi hükümleri uygulanacağı konusunda görüş birliği sağlanmış olsa da farklı görüşlerde mevcuttur.

4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır. İstikrarlı Yargıtay içtihatlarıyla hekim tarafından güzelleştirme amacıyla yapılan tıbbi müdahalelerin hukuki niteliğinin eser sözleşmesi olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla 28.05.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 sayılı TKHK ile bir tarafı tüketici olan eser sözleşmeleri tüketici işlemi olarak kabul edilmekle doğacak uyuşmazlıklarda görevli mahkeme ve mülga TKHK dönemindeki Yargıtay içtihatları değişmiş bulunmaktadır.

Yargıtay'ında kararları doğrultusunda taraflar arasında meydana gelen sözleşmenin hukuki niteliği “vekâlet sözleşmesi” olarak kabul edilebilir. Uygulamada ve öğretide estetik amaçlı yapılan bir takım tıbbi müdahalelerin hukuki niteliğini Yargıtay eser sözleşmesi kapsamında değerlendirmektedir. Buna göre,

²⁰⁴BAŞPINAR, Veysel “Hekimin Özen Borcu” Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erzincan, 15-16 Mayıs 2006, Ankara,2007, s.23-24 (Özen Borcu)

güzelleştirme amacı taşıyan cerrahi müdahalelerde taraflar arasındaki hukuki uyumsuzluklar TBK m. 470 vd. hükümlerine göre çözümlenecektir. Hekim ile hasta arasında kurulan tedavi sözleşmesinin vekâlet sözleşmesi niteliği taşıdığı kabul edilse de aksi görüşler olmakla birlikte estetik amaçlı cerrahi müdahalelerde bu ilişkinin bir eserin meydana getirilmesi unsuru sebebi ile eser sözleşmesi niteliğinde olduğu da öne sürülmektedir.

2.2 ESTETİK AMAÇLI TEDAVİ SÖZLEŞMESİ HÜKÜMLERİNİN SORUMLULUK AÇISINDAN İNCELENMESİ

Doktorun estetik amaçlı tıbbi müdahalesi sebebiyle sorumluluğunu yerine getirebilmesi için, hastada bir zararın meydana gelmemesi gerekir. Doktor tıp mesleğinin gereken tüm koşullarını ifa ile yükümlüdür. Tıbbi faaliyetlerinde tüm imtinaı göstererek en doğru tedavi yöntemini seçip hastasını aydınlatmalı ve müdahaleyi eksiksiz bir şekilde gerçekleştirmelidir. Uygulanacak müdahaleye ilişkin hastasına gereken açıklamaları yaparak onayını almalıdır. Müdahale hastanın menfaatine ve isteklerine göre gerçekleştirilerek eser teslim edilir. Bu sayılanlar doktorun istisna akdi gereği sözleşmesel yükümlülükleridir²⁰⁵.

Vekâlet akdi gereği doktorun asli edim yükümlülüğü tanı ve tedavidir. İstisna akdinde ise estetik müdahaleyi gerçekleştirecek olan doktor eseri meydana getirerek teslim etmektir. Estetik cerrahın gerek istisna akdinden gerekse estetik amaçlı tıbbi müdahalelerden doğan borçları;

- Eseri meydana getirme borcu,
- Eseri bizzat yapma borcu,
- Teşhis koyma en uygun tedaviyi seçme,
- Sadakat ve özen gösterme borcu,
- Hastayı aydınlatma borcudur²⁰⁶.

²⁰⁵ KAYA, (Aydınlatma), s.48

²⁰⁶ SUNAY/KIZILKAYA/MOLA, vd. s.39

2.2.1 HEKİMİN KUSUR SORUMLULUĞUNUN İNCELENMESİ

2.2.1.1 TEŞHİS KOYMA VE EN UYGUN TEDAVİYİ SEÇME

Hukukumuzda estetik amaçlı tıbbi müdahaleler söz konusu olduğunda doktorun sorumluluklarının daha fazla olduğu düşünülmektedir. Çünkü söz konusu tıbbi faaliyetler doğası gereği zorunlu olmayıp hastanın iradesine bağlıdır. Ayrıca hekim müdahalede bulunmamayı tercihte edebilmektedir. Riskin çok olması ya da müdahale sonucunun ciddi sonuçlar barındırması durumunda hastanın onayı olsa dahi doktorun müdahaleyi gerçekleştirme hukuken uygun bulunmamaktadır²⁰⁷. Bu sözleşme akdinin en temelinde hastalığın teşhisini yapmak ve uygun tedavi yöntemini belirlemek gerekmektedir. Yargıtay da hekimin “*hastanın durumunu, tıbbi açıdan zamanında gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedavi yöntemini de gecikmeden belirleyip uygulamak zorunda*” olduğu görüşündedir²⁰⁸.

Teşhis ve tedavi sorumluluğu hekimin asıl borcu olup diğer sorumlulukları yan edimdir²⁰⁹. Hekim, hastalığın teşhisi sırasında özenli davranmalıdır. Çünkü doğru tanıyı bulabilmek en doğru tedavi yönteminin belirlenebilmesinin ön koşuludur. Somut olayın gerektirdiği bütün olasılıkları gözettiği halde, yalnızca yanlış bir teşhis koyduğu için hekim sorumluluğuna başvurulamaz. Zira hekimin yükümlülüğü, mutlaka en doğru tanıyı bulmak değildir. Hekim tanıyı koymaya yönelik olarak özenli davranmakla yükümlüdür. Hekim, somut olayın gereken bütün tedbirlerini almış, hastayı muayene etmiş, anamnez (hastalık öyküsü) almış, gerekli laboratuvar ve röntgen tetkiklerini yaptırmış ise, özenli davrandığı düşünülür ve yanlış teşhis halinde sorumluluğuna gidilemez²¹⁰.

²⁰⁷ÖZAY, s.53

²⁰⁸Yargıtay 13 HD. Karar Tarihi: 19.10.2006 E:2006/10057, K:2006/13842, Erişim adresi: <<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>>[12.09.208]

²⁰⁹ŞATIR, s.49

²¹⁰İPEKYÜZ YAVUZ,(Hekimlik Sözleşmesi) s.108; DEMİR, Mehmet, Hekimin Sözleşmesel Yükümlülüğü, AÜHFD, Cilt:57, Yıl 2008, s.239; ÖZDEMİR Hayrunnisa “Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü” EÜHFD, C. XII, S. 3–4 (2008), s.348; TANERİ, (Hasta),s.290-292

Hekimin objektif ve sübjektif olarak özenli olarak davranma yükümlülüğü söz konusudur. Bu sebeple hekimin tanı ve tedaviyi koyma yükümlülüğü ile tedavi etme yükümlükleri bulunmaktadır. Hekim tedaviye başladıktan sonra hastanın şikâyetlerini dinlemeli, hastalık hakkında teşhis amacına yönelik sorular sorarak doğru teşhisi koymaya çalışmalıdır. Teşhisin başarılı olması için öncelikle hekimin hastadan ya da hastanın bir yakınından hastalık öyküsünün alması gerekir. Hastalık öyküsünün alınmaması ya da eksik alınması nedeniyle teşhis hatası yapılması, hekim için kusur teşkil eder²¹¹.

Hekimin teşhiste başarılı olma sorumluluğu yoktur. Hekimin borcu, uzmanlık bilisini, hastalığın gerektirdiği şekilde uygulayabilmesidir. Uygulamada birçok teşhis hatasının hekime yüklenebilecek bir hatanın sonucu olmamaktadır. Belirtilerin her zaman açık olmaması ve değişik nedenlere işaret edebilmesi mümkündür. Bu sebeple her teşhis hatasının, mutlaka bir tedavi kusuru olduğu sonucuna varılamaz²¹². Hekim başka bir hekimden konsültasyon isteyebilir. Hekimlerin hastanın tedavisine yönelik birbirleriyle görüşte bulunmaları olağandır²¹³.

Estetik amaçlı cerrahi müdahalelerde teşhis, hastanın güzel olmasını arzu ettiği bölgeye ait problemin tespitinin yapılarak hasta şikâyetlerinin belirlenmesidir. Gereken teşhisin konulması doğru tedavinin uygulanmasının ilk koşuludur. Hatalı teşhis sonucu uygulanan yanlış tedavi yöntemi kötüleşen hasta durumlarına, uzayan tedaviye ve bazı durumlarda ölüme kadar varan istenmeyen sonuçlara sebep olmaktadır. Estetik amaçlı tıbbi müdahaleyi uygulayan hekim gereken tanıyı koyabilmek için tıp ilkelerini bilmeli, gerekli ve beklenen en üst seviyedeki özeni göstermelidir²¹⁴. Tıbbi tedavi sözleşmesinde doktorun ödevi hastasının sağlığına kavuşması için tanıyı bularak tedavi olmasını sağlamaktır. Bu eylemin ve sağlık hizmetinin sağlanması için doktor iş görme edimini ifa ile yükümlüdür²¹⁵.

²¹¹GENCER, s.87

²¹²HAKERİ(Tıp Hukuku), s. 370

²¹³Konsültan Hekim: Sorumlu hekim tarafından istenen konsültasyonu yanıtlamakla ve alanında bilimsel ve teknik bilgiye sahip olan hekimi ifade eder. Hasta veya ailesinin hatta yakınlarının isteği veyahut ta müdavi (sorumlu) veya klinik doktorun isteyeceği lüzuma göre iki veya daha fazla doktorun o hasta üzerinde fikirlerini beyan etmelerine konsültasyon denir. (Doğan, Cahid. "Konsültasyon İşleminde Konsültan Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", s.120)

²¹⁴PETEK,(Estetik),s.196, ÖZPINAR, s.37

²¹⁵ÖZÇETİN/ BALABAN, s.194

Tanı konulmasında olduğu gibi tedavi sürecinde de tıbbi nitelikli faaliyetler uygulanması gerekmektedir. Tedavi hastanın vücut ve psikolojik olarak rahatsızlıklarının tanınması, iyileştirilmesi ve sağlığının korunması amacı ile bilimsel yöntemlerin uygulandığı çalışmalardır. Hukukumuz rızası olsa bile kişinin yaşamını kötü etkileyecek nitelikteki tıbbi faaliyetleri yasaklamış bulunmaktadır.²¹⁶

2.2.1.2 ESER MEYDANA GETİRME VE ESERİ BİZZAT YAPMA BORCU

İş gören hekim, istenen eseri yaparak sözleşmeye uygun biçimde teslim etmekle yükümlüdür. Estetik ameliyatlarda olduğu gibi hekim ile hasta arasında kurulan bazı sözleşme ilişkilerinde eserin yapımı ve teslimi aynı anda gerçekleşmektedir²¹⁷.

İstisna akdini diğer iş görme akitlerinden ayıran mühim özelliklerden biri de sonuç sorumluluğu olup iş gören tarafından bir sonucun ortaya çıkarılması taahhüdü bulunmaktadır. Burada bir iş görme taahhüdü değil bir eserin meydana getirilerek teslim etme yükümlülüğü söz konusudur²¹⁸.

6098 sayılı Borçlar Kanunu m.471/3 “*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.*” Kanun gereği eserin yapımı kural olarak yükleniciye ait olmakla beraber eserin yapılmasında kişisel niteliklerinin önem taşımadığını iddia ederse iddiasını ispatla mükelleftir.

Yargıtay’a konu olan olayda dava konusu olayda göğüsteki simetri bozukluğunu giderme amacı ile estetik amaçlı cerrahi müdahalede bulunmaktadır. Bu kararda da eser meydana getirme teslim etme borcuna değinildiği üzere; “..yanlar arasında TBK’nın 470 ve devamı maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesi ilişkisinin bulunduğu açıklıkla ortadadır. Eser sözleşmelerini diğer iş görme sözleşmelerinden ayıran önemli hususlardan birisi de sonuç sorumluluğu, yani

²¹⁶ ÖZPINAR, s.39

²¹⁷GÖKCAN, (Tıbbi Müdahale) , s.995

²¹⁸ARINCI/ USTA s.88

tarafların iradeleri doğrultusunda yüklenici tarafından bir sonucun meydana getirilmesi taahhüdüdür. Burada vekâlet akdindeki gibi sonuç taahhüt edilmeksizin sadece bir işin görülmesi taahhüdü bulunmamakta, bir eserin-sonucun yaratılıp teslim edilmesi borcu altına girilmektedir”²¹⁹.

Husumet halinde, estetik amaçlı tıbbi müdahaleyi uygulayan hekim yarattığı eserde meydana gelen sonucu somut bir şekilde kanıtlayamadığı durumda objektif değerlendirme kriterine göre eseri meydana getirme borcunu yerine getirip getirmediğine bakılır. Meydana gelmesi beklenen sonuç sözleşmede açıkça belirtilebilir. Örneğin hasta burnunun sözleşmede meşhur bir kişinin burnu gibi yapılmasını belirtebilir. Ancak sözleşme ile bu durum düzenlenmemiş ve meydana gelen sonuç hastanın isteğini karşılamamışsa objektif değerlendirme kriterine göre değerlendirme yapılır. Cerrahi müdahale yapılmadan önceki burun daha hoş ve iyi bir görünüme kavuşmuşsa hekimin eseri meydana getirme borcunu yerine getirdiği kabul edilir²²⁰.

Müdahale sonucunda yeni bir eser meydana getirilebileceği gibi yapma borcu onarma, düzeltme şeklinde de olabilmektedir. Ama ortaya çıkan sonuç başkalaşması anlaşılır olmalıdır. İstisna akdi ve vekâlet akdi sonuç bakımından birbirinden ayrılmaktadır. Vekâlet akdinde, vekil edimini ifa ederken sonuca ulaşması elzem değildir. Ama işin mahiyetinden kaynaklanan bir sonucun olduğu durumlarda söz konusudur. İstisna akdinde, bir sonuç meydana gelmekte olup estetik amaçlı cerrahi müdahalelerde doktor hastanın isteğine göre bir eser yapma borcu altındadır²²¹.

Tıp alanında yardımcı kişiler yaygın olarak kullanılmaktadır. Hukuk düzeninin öngörmesi ve işin vasfı gereği yardımcı kişiler uygulamada karşımıza çıkmaktadır²²².

Güzelleştirme amaçlı tıbbi müdahaleyi uygulayan doktor eseri bizzat yapmak ile sorumludur. Bu tür tıbbi müdahalelerde doktorun özel kabiliyetleri önemlidir.

²¹⁹Yargıtay 3. HD 201/7809 Esas 2014/17157 Karar 24.12.2014 tarihli kararı Erişim adresi: <<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>>[12.09.2018]

²²⁰PETEK,(Estetik), s.195

²²¹PETEK, (Estetik), s.192

²²²EKİCİ, İlkay, “Tıbbi Müdahalelerde İfa Yardımcısının Fiillerinden Sorumluluk”, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2016, s.54

Doktor ve hastası arasında kurulan güven unsuru sebebiyle de tıbbi müdahaleyi bizzat doktor gerçekleştirmelidir²²³.

Tıbbi müdahalede hemşire, ebe, fizyoterapist, laborant gibi çalışanlar tipim ifa yardımcılardır. Hastada meydana gelen zarar yardımcı kişilerin fiilli nedeni ile meydana gelmesi halinde uygulanan tıbbi müdahalenin asli sorumlusu olan kişi, yardımcı kişinin fiilinden bizzat sorumlu tutulmaktadır. Hastada meydana gelen zararı tazmin ile yükümlüdür²²⁴.

Estetik müdahaleler sorumluluk hukuku bakımından diğer müdahalelerden ayrılmaktadır. Eser sözleşmesi hükümlerine tabi tutulmaktadır. Bu sebeple müteahhidin (hekimin) ayıba karşı tekeffül borcunun doğması söz konusudur. Hekim özen borcuna ek olarak taahhüt edilen sonucun meydana gelmemesinden de sorumludur²²⁵.

Özdemir'e göre, istisna akdinde yüklenicinin ortaya çıkardığı eseri teslim etme borcuna ek ayıba karşı tekeffül sorumluluğu bulunmak ile beraber tedavi sözleşmelerinde ayıba karşı tekeffül maddeleri uygulanamaz. Çünkü uygulanabilme elverişliliği bulunmamaktadır. Hastanın mevcut haline ve hastalığın niteliğine gibi doktorun dışındaki faktörlere bağlı olduğu için sonucun taahhüt edilmesine uygun olmadığı düşünülmektedir. Bu sebeple cerrahi girişimlerin uygulandığı tedavi sözleşmeleri eser sözleşmesi olarak kabul edilemez²²⁶.

Somut olayda göğüs küçültme, karın ve basen bölgelerindeki yağlarının aldırma isteyen davacının birinci, ikinci ve üçüncü ameliyatlarında tam başarılı olunamamıştır. Yargıtay'ın bu olaydan kaynaklı kararında bahsedildiği üzere eserin ayıplı ortaya çıkması nedeniyle yüklenicinin ayıba karşı tekeffül borcundan bahsetmektedir. Eser sözleşmesi kapsamında kişinin dış görünümüne güzellik amacıyla tıbbi müdahalede bulunulmaktadır. Tedavi etmekten çok ortaya çıkacak estetik bir sonuç ön plandadır. Gerçekleştirilen müdahale sonucunda ortaya çıkacak estetik görünüm konusunda hekim tarafından teminat verilmesi durumunda eser sözleşmesi hükümleri uygulanmaktadır. Hekim ile hasta arasında kurulan ilişkide

²²³PETEK, (Estetik), s.199

²²⁴EKİCİ, s.140

²²⁵ÖZAY, s.96

²²⁶ÖZDEMİR, Teşhis ve Tedavi, s.92

eser sözleşmesini vekâlet sözleşmesinden ayıran sonucun hekim tarafından temin edilmesi hususudur. Nitekim söz konusu taahhüt edilen eser ile ortaya çıkan eser arasında aleyhe farkların olması durumunda eser sözleşmesindeki ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurulacaktır²²⁷.

Estetik ameliyat sonucu burnun düşmesi ya da diş protezinin ağza oturmaması sebebiyle iş sahibinin seçimlik hakları: 1.Hekimden ayıbın giderilmesini talep edebilir. Hekim herhangi bir ücret talep etmeksizin burnu tekrar düzeltir. 2. Sözleşmeyi feshedip hekimden ayıplı eserin bedelinin iadesi talep edilebilir. 3. Söz konusu eser ayıplı halde kullanılabilir durumda ise ayıp oranında bedelden indirim talep edilebilir. 4. Burun ameliyatı sonucu ayıp sebebiyle ortaya maddi ve manevi zararın tazminini talep edebilir²²⁸.

2.2.1.3 HEKİMİN SADAKAT VE ÖZEN BORCU

Hekim tanı ve tedavi ilişkisi kapsamında ciddi bir özen borcu yükümlülüğü altındadır. TBK 471/1 gereği tıbbi özen borcu tam olarak yerine getirilmelidir. TDT m.2’ de belirtildiği üzere “*Tabip ve dış tabibinin başta gelen vazifesi, insan sağlığına, hayatına ve şahsiyetine ihtimam ve hürmet göstermektir. Tabip ve dış tabibi; hastanın cinsiyeti, ırkı, milliyeti, dini ve mezhebi, ahlâki düşünceleri, karakter ve şahsiyeti, içtimai seviyesi, mevkii ve siyasi kanaati ne olursa olsun, muayene ve tedavi hususunda âzami dikkat ve ihtimamı göstermekle mükelleftir.*”

²²⁷Yargıtay 3. HD K.T: 11.02.2016 2015/1871E 201/1669K; “*Davacı vekili dilekçesinde; “Müvekkilinin göğüs küçültme, karın ve basen bölgelerindeki yağlarının aldırma üzere davalı hastanede görev yapan diğer davalı doktor ile anlaştığını. .Bu bakımdan eserin fen ve sanat kurallarına uygun, iş sahibinin beklentilerini karşılar özellikleri taşıması aranır. Aksi halde, eserin ayıplı olduğu kabul edilir. Ayıplı eseri meydana getiren yüklenici ise, ortaya çıkan ayıp ve eksikliklerden ayıba karşı tekeffül borcu nedeniyle sorumludur. Eserdeki ayıp nedeniyle yüklenicinin sorumlu olduğu hallerde iş sahibi seçimlik haklardan birini kullanabilir... Akdin gereği gibi veya zamanında ifasını tehlikeye koyan tüm hallerinden zamanında iş sahibine haber vermek zorundadır. Yüklenicinin genel ihbar yükümlülüğünden doğan çeşitli özel açıklama ve yol gösterme yükümlülükleri vardır. Yüklenici ihbar mükellefiyetini zamanında yerine getirmezse bundan doğacak tüm zarardan da sorumludur (BK. md. 96). (TBK. md. 112)...Anılan belgede önerilen tedavi yönteminin başarı şansı ve süresi, bu yöntemin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, tıbbi sonuçları ve olası komplikasyonları konularında bir açıklama bulunmamaktadır. Somut olayda, genel soyut ibarelerle düzenlenmiş bir muvafakatname vardır.” Erişim adresi: <<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>>[02.09.2018]*

²²⁸ GÖKCAN, (Tıbbi Müdahale), s.998

Hukuken kabul edilen güzelleştirme amaçlı tıbbi müdahalelerde tedavi etme maksadı bulunmuyorsa sözleşme eser sözleşmesi olarak kabul edilmekte olup tedavi amacı barındıran tıbbi müdahalenin aksi olarak sonucunun garanti edilmesi bakımından farklı olduğu düşünülmektedir. Bu sebeple doktor güzelleştirme amaçlı tıbbi müdahalelerde olağandan çok daha fazla özenli davranmak ile yükümlüdür²²⁹.

Özen unsurunun esasında, borçlunun yapmayı üstlendiği eylemin sonuca ulaşabilmek için belli oranda çaba göstermesidir. Yasa, bazı durumlarda kişinin bir zarar meydana getirmemesi için, özel bir çaba göstermesini aramaktadır²³⁰.

Hekim eser sözleşmesi hükümleri gereği özenli bir şekilde işini yapmak ile yükümlüdür. Burada hekim özen borcuna binaen eserin hastanın isteğine uygun bir şekilde ortaya gelmesi için gereken itina ve dikkati göstermek zorundadır. Sadakat borcu ise hastanın menfaatlerinin gözetilmesi ve hastaya verilecek zararlı davranışlardan kaçınmayı içermektedir²³¹. İsviçre-Türk hukukuna göre özen bir yan yükümlülük olarak kabul edilmektedir. Özen, asıl edime ek olarak bir yan yükümlülüktür²³².

Sadakat yükümlülüğü gereği hastaların faydasına olan eylemlerde bulunularak zararına olan hareketlerden uzak durulur. Hekim mesleğini icra ederken hastanın yaşamına, sağlık ve kişilik hakkına saygılı olmalıdır. Sadakat borcu tedavinin tamamlanmasından sonrada sürmektedir. Bu da hekimin sır saklama yükümlülüğünün sebebidir. Hekim hastasının şifa bulması amacı ile tıbbi müdahalede bulunmaktadır. Özen borcunda hekim istenin sonucun gerçekleşmesi adına gereken itinayı göstermeli ve çabalamalıdır²³³.

Hatalı tıbbi uygulamadan kaynaklanan davalar çoğunlukla özen borcuna aykırılıktan kaynaklanmaktadır. Tıbbın ulaştığı seviyeye uygun olarak orta düzeyde bilgiye, beceriye, dikkate ve özene sahip bir hekimden göstermesi istenen davranışın gerçekleşmemesi sonucu özen borcuna aykırılık doğar²³⁴.

²²⁹ ARINCI/ USTA s.88; MEMİŞ, s.175

²³⁰ BAŞPINAR, (Vekilin Sorumluluğu), s..123

²³¹ GÖKCAN, (Tıbbi Müdahale), s.994

²³² FİLİZ YAVUZ, s106

²³³ AŞÇIOĞLU, s.49-50; ÖZAY, s.66-67

²³⁴ ÇETİN, s.34

Doktorun hastanın karın bölgesi estetiğini değerlendirdiği kararında Yargıtay taraflar arasında kurulan sözleşmenin hukuki niteliğini eser sözleşmesi olarak kabul ederek sadakat ve özen yükümlülüğüne şu şekilde değinmiştir; “*Sadakat borcu, yüklenicinin iş sahibinin yararına olacak şeyleri yapma ve ona zarar verecek her türlü eylemden kaçınması anlamını taşır. Eser yüklenicinin sanat ve beceriyi gerektiren, bir emek sarfı ile gerçekleştirilen sonuçtur. Yüklenicinin eseri iş sahibinin yararına olacak şekilde ve ona hiçbir zarar vermeden meydana getirmesi, davalı yüklenicinin hem sadakat hem de özen borcunu kapsar.*”²³⁵.

Hekimin tedavi nedeniyle yöneldiği sonuca ulaşılmaması sorumluluğu yoksa da bu sonuca varmak için sarf ettiği emeğin, gerçekleştirdiği işlem ve fiillerin özenli olmamasından sorumludur. Bu sebeple bilirkişi incelemeleri önem kazanmaktadır. Bilirkişi incelemeleri, taraf, mahkeme ve Yargıtay kontrolüne elverişlidir²³⁶. Özen yükümlülüğü aykırılık teşkil eden durumlarda Yüksek Sağlık Şurası, Adli Tıp Kurumu ya da üniversitelerden bilirkişi raporu düzenlenebilir²³⁷. Özen borcunun yerine getirilmemesi halinde meydana gelen uyuşmazlıklarda somut olay öncelikle “Yüksek Sağlık Şurası” tarafınca değerlendirilir. Bu ilk değerlendirilmeye itiraz edilmesi durumunda “Adli Tıp Kurumu İhtisas Dairesi ”nin, incelemesine gidilir. Buna da itiraz edilmesi söz konusu olursa “Adli Tıp Kurumu Genel Kurulu” hazırlanan rapor kesindir²³⁸.

Tıp bilimi ve uygulamasında temel alınmış genel bir normu ihlal eden hekim, özen yükümüne aykırı davranmış kabul edilmektedir. Bu sebeple, hekimin tıp eğitimini bitirdikten sonra ortaya çıkan yeni tıbbî gelişmeleri benimsemeyerek adapte olamamış ve öğrenememiş olması veyahut gereken mesleki bir takım normları bilmiyor olması halinde sorumluluğu doğmaktadır. Estetik cerrah, söz konusu vakada

²³⁵ Yargıtay 3. HD’ nin K.T: 13.3.2017 2015/17955 Esas 2017/2959; Yine Yargıtay 3. HD’ nin 2013/16671E 2014/815K sayılı b kararında;; “*Yüklenici, sadakat ve özen borcu gereğince eseri iş sahibinin yararına olacak şekilde meydana getirmek zorundadır.*” şeklinde özen ve sadakat borcu belirtilmiştir. Erişim adresi: <<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>>[12.7.208]

²³⁶BERBEROĞLU YENİPİNAR, s. 28; PETEK, (Estetik),s.212

²³⁷ Yargıtay 13. HD’ nin 2002/1376 E 2002/3840 K 9.4.2002 tarihli kararında; “*Yüksek Sağlık Şurası raporları ceza mahkemeleri yönünden bağlayıcı olup, hukuk hâkimini bağlayıcı olacağına ilişkin bir yasal düzenleme de yoktur. Öyleyse mahkemece, davacının rapora itirazları da göz önünde bulundurularak dosyanın yeniden konusunda uzman bilirkişi kuruluna veya Adli Tıp Kurumuna gönderilerek taraf ve Yargıtay denetimine elverişli gerekçeli rapor alınmalı sonucuna göre karar verilmelidir.*” Erişim adresi: <<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>>[15.06.208]

²³⁸ ÇUHACI, s.31

bulunması gereken tıbbi faaliyetin kendi becerisinden daha üstün bir müdahale gerektiğine karar vermesi halinde, hastasını o alanda uzman bir estetik cerraha yönlendirmesi de özen borcunun bir diğer bölümüdür. Bu tür estetik amaçlı müdahalelerde bulunacak olan hekimin özen yükümlülüğü söz konusu operasyonun tehlike oranıyla paraleldir. Yani tehlikesi arttıkça hekimin özen yükümlülüğü de artmaktadır. Buna bağlı olarak hekimin müdahalede bulunurken daha dikkatli ve özenli davranma yükümlülüğü doğmaktadır. Cerrahî müdahaleler, hastanın sağlığı için önem teşkil etmektedir. Ciddi anlamda tehlike barındırmaktadır, hekimden diğer cerrahî olmayan tıbbi müdahalelere göre daha fazla özenli davranmaları beklenmektedir. Estetik amaçlı cerrahi müdahalelerde de gereken özen yükümlülüğü artmaktadır²³⁹.

Özay'a göre de, güzelleştirme amaçlı tıbbi müdahalelerin uygulanması genellikle zorunlu bir unsurdan kaynaklanmamakta olup bazı müdahaleler ciddi sonuçlara sebep olmaktadır. Bu sebeple özen borcu ağır bir yükümlülüktür. Riskin artması ile özen borcunun ağırlaşması doğru orantılıdır. Risk ne kadar fazla olursa özen yükümlülüğü de o kadar fazladır²⁴⁰.

Doktrinde uzman hekimden beklenen özenin pratisyen hekime göre daha fazla olduğu düşünülmektedir. Hekimin uzmanlığının artmasına paralel olarak beklenen özenin de artacağı görüşü savunulmaktadır.

Hakeri'ye göre, gösterilmesi gereken özen hem uzman hekim hem de pratisyen hekim açısından aynı olup her ikisi de kendilerinden beklenen özeni göstermekle yükümlüdür. Uzman hekimlerin pratisyen hekime oranla daha bilgilerinin ve tecrübelerinin daha çok olması beklenir. Bu durumdan uzman hekimden istenen daha fazla bilgiye sahip olmasıdır, yoksa daha fazla özen göstermesi değil. Bu nedenle de pratisyen hekimin göstereceği özen de uzman hekimin göstereceği özenden daha az olacağı düşünülmemelidir. Özen yükümlülüğünün subjektif olarak belirlenmesi, hekimin somut durumunun göz önünde bulundurulması, hekimin uzman olup olmamasına göre daha az veya daha fazla özen göstermesi sonucunu ortaya çıkarmaz. Esasen tıbbi standarda uyma ve

²³⁹PETEK,(Estetik), s. 211; ARI, Elçin, “Estetik Cerrahin Hukuki Sorumluluğu”, İzmir Barosu Dergisi, 2002/1, s.31;

²⁴⁰ÖZAY, s.69-70

bilgi noktasında daha fazla bir beklenti oluşmaktadır. Temelde doktorun hukuki sorumluluğuna kıstas olarak deneyimli bir uzman doktorun standardı ölçüt alınır²⁴¹.

Hekim söz konusu hareketinin benzer bir durumda eşit koşullar altında göstereceği davranıştan farklı olmadığını ispat etmesi gerekmektedir. Kusurlu olmadığını ve özen borcu yükümlülüğünü yerine getirdiğinin ispatı hekime aittir²⁴².

“1936 yılında, Fransız Yüksek Mahkemesi “Mercier” kararıyla hekim ile hasta arasında gerçek bir sözleşme olduğunu ve sözleşme gereği olarak, hastaya iyileştirmek taahhüdü değilse de en azından bilinçli, dikkatli ve özenli bir tedavi uygulamak ve istisnai durumlar dışında bilimin kazanılmış en son gelişmelerinin uyguladığı bir özenli tedavi taahhüdünün verilmiş olduğu varsayımına ulaşılmakta olduğunu; bu taahhüdün hekimin iradesi dışında bile olsa ihlal edilmesinin yine sözleşmeden doğan sorumluluğu meydana getireceğini içtihat etmiştir.”²⁴³

2.2.1.4 AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Hekimin tıbbi faaliyetinin tedavi amacı taşımaması aydınlatma yükümlülüğünün değerlendirilmesinde bir diğer faktördür. Bazı tıbbi müdahaleler tedavi amacı taşımamaktadır. Örneğin; Kısırlaştırma ameliyatları, cinsiyet değişikliği operasyonları, estetik ameliyatlar. Aydınlatma yükümlülüğünün kapsamında tıbbi müdahalede bulunulacak hastaya gerekli her türlü bilgi anlatılmalıdır. Uygulanacak tıbbi müdahale sonucunda ortaya ciddi değişiklikler meydana geleceği için hekim, hastasına müdahale ve sonrasına ilişkin aydınlatma yükümlülüğünü geniş yorumlamalı detaylı olarak aydınlatmalıdır. Müdahale sonrası telafisi olmayan durumlar ortaya çıkabileceği için doğru karar verebilmesi adına hastaya süre tanınmalıdır²⁴⁴.

Hekimlik sözleşmesinin yükümlülüğü olan aydınlatma borcu, doktorun hastasına verdiği bilgiler ışığında hastanın uygulanacak tıbbi müdahale hakkında özgürce karar alabilme yetisidir. Doktor tanıyı bularak olası gelişmelere binaen

²⁴¹ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 354

²⁴² ÖZAY, s.69, PETEK,(Estetik), s.212

²⁴³ İNAL, s. 765

²⁴⁴ İPEKYÜZ YAVUZ,(Hekimlik Sözleşmesi) s.82

tedaviyi en uygun şekilde ifa etmektedir²⁴⁵. Doktor ve hastası arasında kurulan sözleşme ilişkisinin temeli güvene dayanmaktadır. Hasta kendisini teslim ettiği doktora güvenmekte olup sözleşmenin diğer tarafı olan doktorda doğru tanıyı bulup gereken tedaviyi uygulamak ile yükümlüdür. Hastanın bilgilendirilmesi, doktorun aydınlatma yükümlülüğünün temeli taraflar arasında güven ilişkisinin bulunmasından dolaydır²⁴⁶.

Hasta Hakları Yönetmeliği m. 18’ de hastanın bilgilendirilmesinin esas olduğu ve bilginin hastaya olabildiğince sade bir anlatımla net bir şekilde verilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Bu maddeye göre bilgilendirme hekim tarafından hastanın sosyal ve kültürel seviyesine uygun bir şekilde yapılmalıdır. Ayrıca hastanın kendisi dışına başka birinin bilgilendirilmesini talep etmesi durumunda bu talebi kişinin imzası ile yazılı olarak kayıt altına alınması şartıyla sadece bilgilendirilmesi istenilen kişilere bilgi verilir. Anılan madde uyarınca genel olarak hastanın tıbbi müdahaleyi gerçekleştirilen sağlık personelinin gerçekleştirilen müdahaleye ilişkin sözlü olarak bilgilendirebileceği düzenlenmiş bulunmaktadır. Kaldı ki Hasta Hakları Yönetmeliğinin 20. Maddesine göre; *“İlgili mevzuat hükümleri ve/veya yetkili mercilerce alınacak tedbirlerin gerektirdiği haller dışında; kişi, sağlık durumu hakkında kendisinin, yakınlarının ya da hiç kimsenin bilgilendirilmemesini talep edebilir. Bu durumda kişinin kararı yazılı olarak alınır. Hasta, bilgi verilmemesi talebini istediği zaman değiştirebilir ve bilgi verilmesini talep edebilir.”* şeklinde hastanın isteği halinde üçüncü bir kişiye bilgi verilmesini talep edebileceği de düzenlenmiştir.

Hasta Hakları Yönetmeliği “Bilgilendirme Kapsamı” başlığını taşıyan 15. maddesinde aydınlatmanın kapsamı şöyle düzenlenmiştir:

“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*

²⁴⁵ TUNÇER, s.243

²⁴⁶ AKİPEK ÖCAL, s.291

- 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 tıbbi yardıma nasıl ulaşabileceği, hususlarında bilgi verilir.”*

Artık sadece olabileceği düşünölen netice ve tehlikeler değil, kavranabilen ve seçimi etkileyebilecek her türlü faktörün bilgilendirilerek hastanın aydınlatılması gerektiği düşünölmektedir²⁴⁷. Müdahaleler, kişinin tamamıyla aydınlatılması sonrası aydınlatılmış rızanın alınması neticesinde gerçekleştirilmektedir. Doktor hastayı yeterli seviyede aydınlatmaz ise tıbbi müdahale hukuka aykırı sayılır. Bu sebeple doktorun kusuru bulunmasa bile söz konusu müdahalenin olumlu olmayan kısmından dolayı sorumluluğu doğacaktır. Hastanın korkutulmaması adına cerrahi işlemin içeriğinin saklanması durumu örnek olarak verilebilir²⁴⁸. Tıbben ve hukuken yapılması gereken aydınlatma tıbbi girişimden en az bir gün önce yapılmalıdır. Tehlikesi fazla ve içeriği geniş olan tıbbi girişimlerde aydınlatma süresi daha da fazla olmaktadır. Hasta ergin değilse ya da hukuki olarak kısıtlıysa veli/vasisi aydınlatılmalıdır²⁴⁹. Çocukların aydınlatılmasına ilişkin olarak Hasta Hakları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik m.24/2’ de 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 sağlanacağı düzenlenmiştir.

Somut olayda Yargıtay şeker hastası olan hastanın göğüs küçöltme ve karın gerdirme ameliyatı gerçekleştirdiğini ameliyat sonrasında yaraları kapanmayan hastanın tekrar ameliyat olması durumunda kaldığı, taraflar arasındaki sözleşmenin eser sözleşmesi niteliğinde olup aydınlatmanın hastanın olası risk ve komplikasyonlar konusunda somut ve yeterli bir şekilde aydınlatıldığına mevcut

²⁴⁷ ERMAN, s.112

²⁴⁸ TUNÇER, s.244

²⁴⁹ ÖZÇETİN/ BALABAN, s.46

belgelerle hekim tarafından ispatlanamadığına hükmetmiştir. Alınan muvafakatnamenin genel soyut ibarelerle düzenlenmiş olduğu kanısına varılmıştır. Ayrıca Yargıtay kararda aydınlatma yükümlülüğünde ispat yükünü hekime bırakmıştır. Şöyle ki; *“Aydınlatılmış onamda ise ispat külfeti hekim ya da hastanededir. Davacı tarafından 16.05.2009 günlü Aydınlatılmış Onam Formu içeriğinde "Dr. Ebru Durmuş tarafından şu andaki hastalığının tedavisinde uygulanabilecek yöntemler anlatıldı bunların içinde doktorumun önerdiği tedavi yönteminin olası riskli durumlarını ve tedaviyi kabul etmezsem hastalığının seyrinin kötü yönde etkileneceğini anladım. Bu bilgiler ışığında kendi serbest irademle abdominoplasti meme küçültme tedavisinin bana uygulanmasını onaylıyorum "ifadelerinin yer aldığı işlemin tıbbi sonuçlarının ve olası komplikasyonlarının anlatıldığı ve davacının bu işleme rıza gösterdiği yazılı ise de, bu rızanın az yukarıda vurgulandığı üzere aydınlatılmış rıza olması gerekir. Anılan belgede önerilen tedavi yönteminin başarı şansı ve süresi, bu yöntemin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, tıbbi sonuçları ve olası komplikasyonları konularında bir açıklama bulunmamaktadır. Somut olayda genel soyut ibarelerle düzenlenmiş bir muvafakatname vardır.”*²⁵⁰ Sonuç olarak hasta ve hasta yakınlarına söz konusu tıbbi müdahaleye ilişkin yapılan müdahalenin ne olduğu, nelerin yapılması gerektiği, niçin yapıldığı açık ve net bir şekilde anlatılmalıdır.

Hastanın geleceğini serbestçe belirleyebilmek adına gerçekleştirilecek müdahaleye ilişkin doğrudan bilgilendirilmesi gerekmektedir. Dolayısı ile aydınlatılması gereken hastanın kendisidir. Önemli bir rahatsızlığın söz konusu olması durumunda hastanın değil de yakının aydınlatılması yanlıştır. Doktor hastanın ruh haline göre aydınlatma kapsamını belirlemektedir. Hastanın yakınının

²⁵⁰ Yargıtay 3. HD’ nin 2013/16671 Esas 2014/815 Karar 23.01.2014 karar tarihli kararı Erişim adresi: <<https://www.sinerjimevzuat.com.tr> >[05.09.2018]; Yargıtay 3. HD K.T:15.03.2012 2012/177E 2012/6939K kararında da belirtildiği gibi, *“Davalı doktor ile görüşen davacının ameliyatın türü hakkında bilgilendirildiği ve ikinci bir ameliyat olmamak adına ilk ameliyatta meme küçültme yanında estetik açıdan meme başının da taşınmasına karar verildiği anlaşılmaktadır. Ancak operasyon için davacının kızının oluru alınmış ise de, davacıya ameliyatın risklerinin anlatıldığı ve kabul ettiğine dair bir bilgi ve belge sunulmamış, dinlenen davalı tanıkları kendilerine benzer ameliyatlarda davalı Doktorun bilgi verdiğini beyan etmişler ise de bu beyanlar davacının da bilgilendirildiğini kabule yeterli görülmemiştir. Kaldı ki bu ameliyat sonrası davacının meme uçlarının nakledildiği yere yapışmaması nedeniyle zaten eser ayıplı hale gelmiştir.”* Erişim adresi: <<https://www.sinerjimevzuat.com.tr> >[25.10.2017]

aydınlatılması durumu hasta temyiz kudretine sahip değilse, küçük ya da kısıtlıysa söz konusu olmaktadır²⁵¹.

Yargıtay başka bir kararında hekimin hastada meydana gelecek komplikasyonlar hakkında bilgilendirilmesine değinilmiş olup yargıya yansıyan hekim hatalarına ait dosyalarda bilirkişiler tarafından öncelikle tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu değerlendirilmekte, bunun için öncelikli şart olan aydınlatılmış onam belgesinin varlığı aranmaktadır. Şöyle ki; “*Nitekim dosya kapsamındaki hasta muayene belgelerinden 09.07.2001, 26.03.2003, 27.08.2003 tarihli olanlarda açıklandığı üzere; davalı tarafça davacıya ilave müdahaleler yapılmış ve yapılacak yeni müdahaleler de davacıya bildirilmiştir. Bu nedenlerle, davacının, sağlık durumunu, yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile sonuçlarını bütün ayrıntılarıyla bildiğinin, bu konuda yeteri kadar aydınlatıldığı ve ameliyata onay vermesinin hukuka uygun şekilde yapılan irade bildirimini olduğunun kabulü gerekmektedir*” demiştir²⁵².

Aydınlatılmış onam belgesi dosyada mevcut olsa dahi anılan belgenin istenen standartları taşıyıp taşınamaması durumu değerlendirilmelidir. Hastalardan, yapılan aydınlatılmanın kendileri bakımından yeterli olup olmadığı hususu araştırılarak geri bildirim alınmalıdır. Günümüzde hasta ile hekim arasında kurulan ilişkiden doğan uyuşmazlıkların sayısı giderek fazlaşmaktadır. Bu sayının artmasının ciddi sebeplerinden biri hasta ile yeterli ve kaliteli iletişimi sağlamama ve aydınlatma prosedürünün doğru uygulanamamasıdır²⁵³.

Türk hukukunda aydınlatma şeklinin yazılı olarak yapılması zorunluluğu bulunmamakta olup şekil serbestisi söz konusudur. Doktor yükümlülüğüne binaen yapılan aydınlatılmanın şekil şartını belirleyebilmektedir ama aydınlatma yapıldığının ispatı açısından doktorun sözlü aydınlatma yapmasına ek olarak yazılı onamın alınması doktora önerilmektedir²⁵⁴.

²⁵¹ YILMAZ IŞIK, s.402-403; OZANOĞLU, (Aydınlatma Yükümlülüğü), s. 72

²⁵² Yargıtay 15.HD. Karar Tarihi:25.02.2011, 2010/589Esas 2011/263Karar, Erişim adresi: <<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>>[25.10.2017]

²⁵³ TEVİN, Aslıhan/BİLGİN, Erdar/AKTAŞ, Özgür Ekin/KOÇAK, Aytaç” Aydınlatılmış Onam Konusunda Hekimlerin Uygulamalarının Değerlendirilmesi”, Uluslararası Türk- Amerikan Tıp Hukuku ve Etiği Sempozyumu2-5 Mayıs 2013 Ankara, Seçkin Yayınları, Ankara, Eylül 2014,s.344

²⁵⁴ SUBAŞI, s.58; ÇİLİNGİROĞLU; s.71;PETEK,(Estetik), s.207

Aydınlatma yükümlülüğü bazı durumlarda daha dar ya da geniş yorumlanmaktadır. Ancak bu yükümlülüğün hiç uygulanmadığı durumlarda mevcuttur. Sırf tanı koymanın söz konusu olduğu veya güzelleştirme amaçlı cerrahi müdahalelerde uygulanacak işlem fazla zaruri olmadığı için aydınlatma borcu geniş tutulmaktadır. Hastada ruhbilimsel bir zarar meydana gelme durumu olması halinde veya doktora tedavi imtiyazları tanınmışsa aydınlatmanın içeriğini doktor belirleyebilecektir. Fakat hasta doktordan mutlak surette aydınlatılmayı talep edebilir. Bu durumda doktorun meydana gelecek tüm zararları açıklaması gerektiği öğretide savunulmaktadır²⁵⁵.

Uygulanacak tıbbi müdahalede “tehlikenin büyüklüğü” arttıkça hekimin aydınlatma yükümlülüğü konusunda sorumluluğu da genişleyecektir. Tıbbi müdahalenin riski ve tehlike oranına göre hekimin aydınlatma yükümlülüğü genişlemektedir. Uygulanacak tıbbi müdahalede, geçici bir zarar ortaya çıkacak ise aydınlatmanın kapsamı daha dar yorumlanabilmektedir. Daimi bir tehlikenin söz konusu olması durumunda hastaya gereken aydınlatmanın yapılması mecburidir. Olası riskin hasta tarafından sübjektif önem taşıdığı durumlarda doğabilmektedir. Örneğin, müdahale sonrası futbolcuya bacağına kaybedebilme riski, piyona hocasının parmaklarını kaybedebilme olasılığı genel müdür sekreterinin veya politikacının konuşma yeteneğini kaybedebileceği, bir fotomodelin yüzünde sabit yara izi kalabileceği mutlaka kesin ve açık bir şekilde bildirilmelidir²⁵⁶. *Çilingiroğlu*'na göre doktorun hastaya uygulanan tıbbi müdahalede karşılaşılabilmek olasılığı çok az olan risklerin ve yan etkilerin açıklanması sorunluluğunun bulunmaması gerekir. Doktor uygulanan tıbbi müdahalenin ülkenin eriştiği bilimsel ve teknik seviyeye göre gerçekleştirilmelidir. Ancak operasyonun genel tehlikelerini ve hastada kalıcı zarar bırakabilecek durumları bildirmek ile yükümlüdür²⁵⁷.

Uygulanan tıbbi girişimin ivedi olmaması durumunda aydınlatma içeriği geniş kapsamlı tutulmaktadır. Estetik amaçlı cerrahi müdahalelerde olduğu gibi hastanın uygulanacak müdahale hakkında serbest bir şekilde düşünerek önemli bir karara varması gerekir. Bu sebeple zorunluluk taşımayan, müdahalenin uygulanması

²⁵⁵ ÖZÇETİN/BALABAN, s.198

²⁵⁶ İPEKYÜZ YAVUZ,(Hekimlik Sözleşmesi) s.82, ÇİLİNGİROĞLU, s.66

²⁵⁷ ÇİLİNGİROĞLU, s.63

önerilen, tanının bulunması adına yapılan tıbbi girişimler aydınlatmanın kapsamının genişlediği durumlardır. Kürtaj, cinsiyet değişikliği, organ ve doku nakli ve estetik amaçlı cerrahi müdahalelerde hastanın bedeni üzerinde meydana gelen fiziksel değişikliğin sonucu geri dönülemez vasıfta olup aydınlatma kapsamı geniş yorumlanmaktadır²⁵⁸.

Estetik amaçlı tıbbi faaliyetlerde aydınlatma borcu Yargıtay'ca eser sözleşmesine binaen iş görenin genel ihbar borcu kapsamında tutulmuştur. Sözleşmeye uygun ifayı riske düşürebilecek durumların hastaya bildirilmesi gerekir. Gerekli bildirimleri, özel açıklamaları yapmak doktorun genel ihbar borcudur. Estetik operasyonlardan doğan sonuçlar ve komplikasyonlar hakkında hastayı aydınlatmak genel ihbar borcu sebebiyle zorunludur. Güzelleştirme amaçlı karın bölgesi yağlarının aldirılmasına dair operasyondan sonra, karın örtüsünde apse meydana gelen hastanın tekrar ameliyat olması nedeniyle açtığı tazminat davasında Yargıtay, davalı doktorun olası tüm ihtimalleri ve karşılaşılabilecek komplikasyonlar hakkında hastanın aydınlatmasının elzem olduğundan bahsetmiştir. Bu durumun eser sözleşmesinden kaynaklanan doktorun genel ihbar borcuna ilişkin olduğuna karar vermiştir²⁵⁹.

Müdahale aydınlatması, Alman hukukunda kendi geleceğini belirleme aydınlatması olarak nitelendirilmektedir. Hasta kendi geleceğini belirleyebilecek ölçüde aydınlatılmalıdır. Doktor hastasının kararını etkileyecek tüm bilgiyi verme

²⁵⁸ÇİLİNGİROĞLU, s.65-66; PETEK,(Estetik),s.205; ÇAVDAR, Pelin, Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 22 (3),2016, s. 735-764, s.748; ÖZTÜRKLER, s.72

²⁵⁹ KAYA, Mine. “Estetik Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğünün Kapsamı”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 117, Mayıs 2016, s. 26; Yargıtay 3. HD K.T: 17.06.2013 2013/6034 Esas 2013/10207K sayılı kararında da değinildiği üzere hekimin aydınlatma yükümlülüğünü eser sözleşmesi gereği yüklenicinin genel ihbar yükümlülüğü kapsamında değerlendirmektedir.; “*Taraflar arasında estetik ameliyat yapılmak suretiyle davacının karın yağlarının alınması ve göğüs küçültme işleminin yapılması hususunda anlaşma yapıldığı, ameliyat sonrasında davacının göğüslerindeki asimetric değişiklik olduğu ayrıcı meme uçlarının yukarıya doğru kalkık olduğu ve karın bölgesindeki ameliyat izlerinin kaybolmadığı iddia edilmiştir. Somut olayda; dava dilekçesinde iddia edilen hususlar... raporunda açıklanan gerekçeler dikkate alındığında yüklenicinin genel ihbar zorunluluğu kapsamında olan hususlardır.. Bu nedenle; davalının, davacıyı bu konuda bilgilendirdiği ve gerçekçi açıklamaları yaparak uyardığı hususu ve davacının yeterli derecede aydınlatıldığı davalı tarafça kanıtlandığı takdirde davanın reddine karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru görülmemiştir.*” gerekçeyle bozulmuştur.. Somut olayda ise, ameliyatın gerçekleştiği hastaneye düzenlenen belgeden, ameliyat sonrası ortaya çıkabilecek komplikasyonlar konusunda bir bilgilendirme yapılmadan davacının rızasının alınması ile yetinildiği anlaşılmaktadır.” Erişim adresi: <<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>>[25.12.2017]

sorumluluğu altındadır. Doktor hastasına tanı, olası tedavi yöntemleri, tedavinin riski, ihtimal dâhilinde karşılaşılabilecek neticeler ile ilgili olarak detaylı bilgi verir. Hasta bilgilendirme sonucunda rahatsızlığının neye ilişkin olduğu ve çözüm olarak neler yapılması gerektiği bilgilerine tam anlamıyla ulaşmalıdır. Müdahale aydınlatması değişik açılardan ele alınarak teşhis, süreç ve riziko aydınlatması olarak alt başlıklara ayrılmıştır²⁶⁰.

Aydınlatma türleri tedavi (güvenlik) aydınlatması, karar (teşhis, süreç, riziko) aydınlatmaları olarak karşımıza çıkmaktadır. Güvenlik aydınlatması hastanın onamını almaya yöneliktir. Hasta sağlık durumu, tedavi süreci ve kullanacak ilaçlara yönelik yapılan aydınlatmadır. Teşhis aydınlatmasında hastalığın özellikleri, sebepleri, etkileri ve gelişimi açıklanır. Hasta kendi geleceğine yönelik en uygun kararı verir. Tedavi (süreç) aydınlatmasında tıbbi müdahale öncesi ve müdahale sonrasına ilişkin hastaya bilgi verilmelidir. Özellikle ameliyat durumu söz konusu olduğunda hekimin tedavi aydınlatması daha ayrıntılı olarak yapması gerekmektedir. Riziko aydınlatması hekimin, mesleki normlar, tıp ilmindeki mevcut gelişmeler esas alınarak müdahalenin olası yan etkileri hakkında bilgi vermesidir²⁶¹.

Sadece dış görünüşte değişiklik yaratmak amacıyla müdahalede bulunurken sırf güzelleştirme vasfı taşıyan durumlarda söz konusu olabilmektedir. Bu tür durumlarda tıbbi müdahalede bulunurken bir tedavi etme amacı söz konusu olmaz. Bu nedenle, bu tür müdahalelerin hukuka uygun olması için “ hastanın rızasına” başvurulur. Özellikle risk aydınlatması açısından sıkı şartlar gözetilir²⁶².

Riziko aydınlatmasında belirleyici kıstas gerçekleştirilecek tıbbi müdahalenin riski ile doğru orantılıdır. Risk arttıkça aydınlatma içeriği de fazlalaşmaktadır. Güzelleştirme amaçlı tıbbi müdahalelerin uygulanması kişinin sağlığı açısından bir gereklilik teşkil etmeyebilmektedir. Bu tür müdahalelerde muhtemel neticeler yan etki ve başarısız olma tehlikesine dair tıbbi müdahale uygulanacak kişiye görsel açıdan netleştirmek adına resimler gösterilerek bilgilendirilmelidir. Güzelleştirme amaçlı tıbbi müdahalelerde en ufak riskler bile hastaya açıklanmalıdır²⁶³. Nitekim

²⁶⁰ OZANOĞLU, (Aydınlatma Yükümlülüğü), s.65-66; ÇİLİNGİROĞLU, s.60; ÇAVDAR, s.744-745

²⁶¹ SUBAŞI, s.42-48

²⁶² HAKERİ, (Tıp Hukuku Atölyesi-1,) s.70

²⁶³ ÖZDEMİR, Hastayı Aydınlatma, s.356

Yargıtay somut olayda hastaya meme protezi operasyonu ve karın bölgesinde liposuction işlemi uygulanan kararında *“tanık olarak beyanları alının hemşire.. ve sekreter.. ifadelerinde katılanın ayrıntılı olarak çizim yapılmak suretiyle bilgilendirildiği ve onam alındığını söyledikleri, ayrıca dosya içerisindeki hasta dosyası incelendiğinde katılanın imzası bulunan bir Onam Belgesinin alındığı görülmekle..”* denilmek suretiyle bu durum gözetilmiş bulunmaktadır.²⁶⁴

2.2.1.5 HASTANIN RIZASININ BULUNMASI

Tıbbi müdahalenin şartlarından biri de hekimin hastasının rızasını almasıdır. Tıbbi müdahalede rıza aranması temelde anayasada yer alan vücut dokunulmazlığı hakkının tıp hukuku alanına ilişkin bir yansımasıdır. Anayasanın 17. maddesinin 2. fıkrasında değinildiği üzere tıbbi zorunluluklar ve yasada yazılı durumlar dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz. Kişinin rızası olmadığı takdirde bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.

Ayrıca Türk hukukunda temel düzenleme olan Tababet ve Şuabatı Sanatları Tarzı İcrasına Dair Kanunun 70. Maddesinde tıbbi müdahaleler için rıza zorunluluğu getirilmiş olup düzenlemeye göre; *“Tabipler, diş tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatini alırlar.”* Hasta hakları Yönetmeliğinin 24.maddesi uyarınca da tıbbi müdahaleden önce hastanın rızasının alınması şarttır. Bu maddenin birinci fıkrasına göre; *“Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gerekir. Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır. Hastanın, velisinin veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunamadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde, bu şart aranmaz.”*

II. Dünya Savaşında Nazi toplama kamplarındaki tutsaklar üzerindeki rızaları dışında yapılan deneyler mahkemede yargılama yapılırken ortaya çıkmıştır. Bu sebeple Birleşmiş Milletler Savaş Suçları Komitesi'ne 10 maddelik “Nuremberg

²⁶⁴ Yargıtay 12. CD.2014/19168 Esas, 2015/11291K, 19,062015 T., ERDEM, Ümit, Yargıtay 12.Ceza Dairesi Kararlarında(2014-2016) Hekimin Sorumluluğu, Legal Yayıncılık, Eylül 2016, s.2016 s.88-90

Kodları” olarak bilinen memorandum sunulmuş bulunmaktadır²⁶⁵. Biyotıp Sözleşmesi, biyoloji ve tıp alanındaki gelişmelere göre, insan onurunu dikkate alarak, biyoloji ve tıbbın insanların yararına kullanılması amacıyla kabul edilmiştir. 5013 sayılı kanunda iç hukukun bir bölümü durumuna getirilmiştir²⁶⁶. Biyotıp sözleşmesinin 5. Maddesi uyarınca da uygulanacak tıbbi müdahale hastanın özgür bir şekilde aydınlatılmış onamının alınmasından sonra gerçekleştirilebilecektir. Bireylere müdahalenin taşıdığı amaç, risk ve neticeleri anlatılmalıdır.

Hipokrat’tan gelen zihniyette doktorun görevinin hastanın her koşulda faydasına göre hareket etme ve zarar vermemesi olup hasta bilgilendirilip tedavi yöntemi hasta iradesine bırakıldığı takdirde doğru olmayan yöntemi seçtiği düşünülmektedir. Doktorun hastadan bazı şeyleri saklamasının doğru bulunmaktadı. Fakat tıp hukukunda 20. yüzyıldan itibaren bu paternalist yaklaşım bırakılmıştır²⁶⁷.

“Tıp hukuk tarihinde, Batı dünyasına tıbbi müdahale için hastanın aydınlatılmış rızasını alma fikri, Amerika Birleşik Devletleri’nde Slater v. Baker ve Stapleton vak’asında (1767) “yetkisiz dokunmanın yasaklandığı bir karara varılmıştır. Bu karara göre, şahıs vücudunda ne yapılması gerektiğini bilme hakkına sahiptir; fakat karar verme sürecine katılım gerekmemektedir. 1905 tarihli Mobe v. New York Hastanesi Cemiyet Vak’asına, hastanın tedavi edilmesi ve edilmemesi ile ilgili riskleri ya da alternatif tedavilerin varlığı hakkında aydınlatılması hakkı çeşitli hükümleri ile belirtilmiştir. Almanya’ da aydınlatılmış rıza ise, ilk kez 1842 yılında alınmıştır.”²⁶⁸

Hastanın rızasının alınması tıbbi faaliyetin, hukuken uygun olması içindir. Hekim aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmeden hastanın rızasını isteyemez²⁶⁹. Bilindiği üzere hasta, vücut bütünlüğü değeri üzerinde mutlak bir hakka sahiptir. Bedeni üzerinde uğrayacağı saldırıyı engelleme hakkı vardır. Kişinin özgürce karar verebileceği kişisel değerlerine binaen hastanın rızası, bu değerler doğrultusunda

²⁶⁵ AYKIN, Cemil Aykut “Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluk Şartları ve Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Zararlarda Tıbbi Uygulama Hatası - Komplikasyon Ayrımı”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 119, Temmuz 2016, s.68

²⁶⁶ TANERİ,(Hasta), s.207

²⁶⁷ AYKIN, s.62

²⁶⁸ DOĞAN, C. (Konsültan hekim),s.124

²⁶⁹ SUBAŞI, s.97; ÖZDEMİR, Hastayı Aydınlatma, s.348; ŞATIR, s.15

müdahaleleri hukuken geçerli hale getirme amacı taşımaktadır. Hastanın rızasının alınması hukuken bu açıdan önemlidir²⁷⁰.

Kişiliğe bağlı tüm bu değerlerin korunmasında, kişinin menfaati olup hukuk, kişilik hakkı ile kişiliğe bağlı bu değerlere ilişkin menfaatlerin korunmasını amaçlamaktadır. Mutlak bir haktır. Bireyler kişilik haklarını ihlal etmemelerini herkesten isteyebilir²⁷¹. TMK m. 24/2' ye göre: “*Kişilik hakkı zedelenen kimseni rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.*”

Hastanın kendi geleceğini belirleyebilmesi için hukuk sistemimiz bazı haklar tanımıştır. Hastanın sahip olduğu haklar özünde kendisi ile ilgili durumlarda ona yetki vermektedir. Mevcut durumu ile ilgili olarak hasta karar veremiyor ise hastanın aydınlatılmasında bir anlam bulunmayacaktır²⁷². Alman/İsviçre Hukukunda bireye geleceği hakkında karar verme hakkı tanınmış olup, operasyon uygulanacak hastaların rızasının alınmasının özünde bu hakka dayandığı düşünülmektedir. Bireyin rıza göstermeksizin kişilik haklarına, yaşamına, beden bütünlüğüne yapılan tüm tıbbi işlemler hukuku uygun değildir²⁷³.

Yargıtay kararında da Hasta Hakları Yönetmeliği madde 24 gereği tıbbi müdahaleden önce hastanın rızasının alınması gerektiğine hükmetmiş olup hekimin hastayı meydana gelecek komplikasyonlar hakkında bilgilendirmesi yükümlülüğüne değinilmiştir.²⁷⁴

Hekim ile hasta arasında kurulan bu ilişkide alınmış olmak için yapılan onam yeterli sayılmamaktadır. Hastadan alınan onamın tam olabilmesi için “aydınlatılmış

²⁷⁰ÖZALP, s.28; KAHRAMAN, Zafer, Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, 7(1), s.484; AŞÇIOĞLU, s.38; TANERİ, (Hasta), s.318

²⁷¹DURAL/ SARI 134

²⁷²TACİR, Hamide, “Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı”, III. Ulusal Sağlık Hukuku “ Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Ötenazi” Sempozyumu, Seçkin Yayınları, 2017, s.45

²⁷³SEÇER, s. 135

²⁷⁴Yargıtay 3. HD K.T: 17.06.2013 2013/6034 Esas 2013/10207K ; “*Davaya konu eser sözleşmesinin ifa edildiği sırada yürürlükte bulunan Hasta hakları Yönetmeliğinin 24.maddesi uyarınca tıbbi müdahaleden önce hastanın rızasının alınması şarttır. Bu rızanın, hastanın tıbbi müdahale ve sonuçları hakkında bilgilendirilmesinden sonra alınacağı ise izahtan varestedir.*” Erişim Adresi: <<http://www.sinetjimevzuat.com.tr>> [12.05.2018]

onam” olması aranır. Tam teşekküllü bir aydınlatma yapılmadan, alınan “aydınlatılmış onam” evrakları geçerli sayılmamaktadır. Hasta uygulanacak tıbbi müdahale ve sonrasına ilişkin detaylı olarak bilgilendirilmiş olmalıdır. Bu bilgilendirme açık, anlaşılır ve doğru bilgiler içermelidir. Eksik bilgilere dayalı olarak uygulanacak tıbbi müdahale hukuka aykırı sayılır²⁷⁵. Rıza beyanı en geç tıbbi müdahalenin uygulandığı esnada yapılmalıdır. Bu beyan doktora yöneltilmelidir²⁷⁶.

Yeterince aydınlatılmayan hastanın rıza beyanı geçerli kabul edilmemektedir. Beyanın alınmasının usulü doğru olsa bile gerçekleştirilen müdahale aydınlatma unsurunun gereken ölçüde yapılmamasından kaynaklı olarak hukuki açıdan aykırılık teşkil eder. Güzelleştirme amaçlı tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren doktorun müdahalede kusuru olmasa dahi aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemesi sorumlu tutulmasına sebep olmaktadır²⁷⁷.

“Hastanın etkili rızası, yalnızca iyileştirme sanatının (“de lege artis”) bilinen kurallarına göre gerçekleştirilen tedavi hareketlerine ilişkindir. “San’at hatası”, ayrıca gereksiz, doktor tarafından belirtilmeyen önlemler, bir rıza ile kapatılamaz; artık “de lege artis” tedavi olarak tanımlanmayacak bu hususlar, özen yükümlülüklerine aykırıdır. “Lex artis”, ilgili disiplin tarafından müdahale anındaki doktor uygulamalarındaki kabul edilen ilkeler ve metotların uzmanlık bilgisi ve standardıdır”²⁷⁸.

Hukuki açıdan rıza hukuki işlem benzeri bir fiildir. Çünkü rıza beyanı ile hukukta bir sonuç meydana gelmemekte bütünü ile fiili bir sonuç doğmakta tıbbi müdahale tanı, tedavi, koruma veya nüfus planlaması amacı barındırmaktadır. Bu sonuç rıza beyanından bulunan bireyin istemesinden dolayı değil hukuk sistemimizin bu şekilde öngörmesinden kaynaklanmaktadır²⁷⁹.

Müdahale konusunun hukuka ahlaka adaba aykırı olmamasına ilişkin HHY’ nin 28. maddesine göre kural olarak rıza bir şekilde bağlı değildir. İstisnası ise 1219

²⁷⁵ KICALIOĞLU, s.117, AŞÇIOĞLU, s.40; ÖZAY, s.58

²⁷⁶ SUBAŞI, s.77

²⁷⁷ PETEK, (Estetik), s.201

²⁷⁸ BRİNKMANN, Oliver. “Tıp/Sağlık Hukuku, Doktorun San’ at Hatasının Ceza Hukuku Açısından Yaptırıma Tabi Tutulması” Tıp/ Sağlık Hukuku Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Seçkin Yayınları, Ankara, Mart 2014,s.201

²⁷⁹ ÇİLİNGİROĞLU s.44, KAHRAMAN s.485

sayılı kanunu 70. maddesinde de büyük ameliyatlar için yazılı olması koşulu getirilmiştir. Bu maddeye göre veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir.

Müdahalenin acil olduğu durumlarda hastanın üstün yararı gözetilerek varsayılan rızanın kabulüne gidilebilmektedir. Meydana gelen kazadan sonra yüzünde yanık olan hastanın hastanede bilincinin açık olmaması nedeniyle tıbbi müdahale gerçekleştirilmesi halinde hastanın bu müdahaleye rıza gösterdiği düşünülür. Hastanın rızasını almak maksadıyla bilincinin yerine gelmesinin beklenilmesi halinde geç müdahale yapılırsa geri dönülmesi mümkün olmayan zararlar doğabilir.²⁸⁰ Bu sebeple istisnai durumlarda yasal temsilcinin olmadığı ya da müdahalenin acil olduğu durumlarda onay almaksızın işlem yapılabilmektedir.

Kamu sağlığını ilgilendiren hallerde de hastanın rızasına gerek duyulmamaktadır. Bu tür bir durum söz konusu olduğunda Anayasanın 17. maddesinin 2. fıkrası ve sağlık hukukuna ilişkin mevzuatlar gereği özel bir düzenleme söz konusu olup bireyin rızası söz konusu olmasa da tıbbi girişim gerçekleştirilebilmektedir.²⁸¹

Kabul edilebilir bir rıza için, hastanın rıza ehliyetine sahip olması gerekir. Rıza ehliyetine sahip olabilmesi için hastanın hukuki işlem yapabilme ehliyeti²⁸² bulunmalıdır. Hastanın rızası alınırken ayırt etme gücüne sahip olmasını ve reşit olmasını aramaktadır. Medeni kanunda sayılan ayırt etme gücünü ortadan kaldıran durumlardan birinin varlığı halinde mantığa uygun bir şekilde davranabilme yetisine sahip olmadığı için kanuna göre rıza geçerli değildir²⁸³.

²⁸⁰ METİN, s.70

²⁸¹ ÇİLİNGİROĞLU, s.45, HIZAL A. s.23-24; SUBAŞI. s. 83

²⁸² Rızanın hukuken geçerli olabilmesi için, hastanın MK m.9 gereği, hukuki işlem yapma ehliyetine sahip olması gerekir. MK. m.10' a göre: "Ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyeti vardır."

²⁸³ AŞÇIOĞLU, s.39

Rızası alınan hasta tam ehliyetli olmalıdır. Rıza ehliyeti bulunmayan hasta adına kanuni temsilcisi rıza göstermelidir. Tam ehliyetsiz hasta bakımından da tıbbi girişime rıza kanunu temsilcisince verilmelidir²⁸⁴.

Tıbbi müdahale gerçekleştirilmeden önce rıza beyanı alınmalıdır. Müdahale gerçekleştirilmesinden sonra verilen rıza beyanı eylemi hukuka uygun hale getirmez. Daha sonra verilen rıza beyanında doktor ceza hukunda sorumluluğu devam etmekte olup borçlar hukuku bakımından tazminat sorumluluğu ortadan kalkmaktadır²⁸⁵. Aydınlatılmadan alınmış bir onam, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkını aykırıdır²⁸⁶.

2.2.1.6 SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Hekim ile hasta arasında sağlıklı bir ilişkinin kurulabilmesi için hastanın sağlık personeline olan güveninin sağlanmış olması gerekir. Bu sebeple kanun koyucu hekimlere sır saklama yükümlülüğü getirmiş bulunmaktadır. TDT m.4, HHY m.23 ve Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m.9 gereği, hekimler, sağlık meslek mensupları görevleri sebebiyle öğrenmiş oldukları bilgileri kural olarak hiçbir şekilde açıklamazlar. TDT md 4'e göre *"Tabip ve dış tabibi, meslek ve sanatının icrası vesilesiyle muttali olduğu sırları, kanuni mecburiyet olmadıkça, ifşa edemez. Tıbbi toplantılarda takdim edilen veya yayınlarda bahis konusu olan vakalarda, hastanın hüviyeti açıklanamaz."*

Hekimler ve sağlık mesleği çalışanları, hastanın mahremiyet hakkına dikkat etmelidir. Ayrıca tıbbi faaliyetleri sebebiyle öğrendikleri kişisel verileri açığı çıkarmayarak saklamakla yükümlüdürler. Bu yükümlülüğün ihlali durumunda hukuki ve cezai sorumlulukları doğmaktadır.

Örneğin;

²⁸⁴ DEMİR, Bahadır, Hekimin Tıbbi Aydınlatma Yükümlülüğünün Sınırları, I. Uluslararası Katılımlı Ulusal Tıp Hukuku Kongresi(Vaka Tartışmalı), İstanbul, Temmuz 2016, .s.40

²⁸⁵ AŞÇIOLU, s.45; SUBAŞI, s77-78

²⁸⁶ TACİR, s.57

1. Karın yağlarını aldırarak hastanın müdahalede bulunmadan önce ve sonrasında fotoğraflarının başkalarına ya da basına gösterilmesi eylemi özel hayatın gizliliğini ihlali (TCK m. 134/2, m.137) suçunun oluşumuna

2. Hastanın yapılan kan tahlili sonuçlarının bir başkasına verilmesi eylemi, kişisel verileri ifşa suçunun (TCK m.136, m.137) oluşumuna sebep olur²⁸⁷.

Mahremiyet hakkı ihlalleri genel olarak kasten değil, ihmalden kaynaklanmaktadır. Tıbbi hizmet sağlanırken hastanın mahremiyeti ile ilgili alınacak tedbirler göz ardı edilebilmektedir. Örneğin; acil müdahale gerektiğinde yaşam kurtarma çabası içerisinde mahremiyet önem verilmemesi, yoğun bakım ve ameliyat örneklerinde olduğu gibi hastaların bilincinin kapalı olduğu durumlarda mahremiyet konusu önemsenmeyebilmektedir. Ayrıca sağlık hizmetlerinin sunulduğu mekânların yeterli seviyede olmaması ve hizmete gösterilen talebin karşılanabilecek düzeyden çok daha fazla olması mahremiyetin ihlaline temel hazırlayabilmektedir.²⁸⁸

Doktorun bildiği sırları ortaya çıkarması ceza yaptırımına tabi olup ciddi bir kusur sorumluluğu doğurmaktadır. Doktorun ceza sorumluluğuna ek olarak, sırrı ortaya dökülen kişinin bu sebeple meydana gelen zararının tazminini talep etme hakkı da doğmaktadır. Bu sırrın açığa çıkmasından dolayı hasta manen de etkilenmişse doktora kusuru oranına göre manevi bir tazminatta hâkim tarafından hükmedilir.²⁸⁹ Buna ilişkin cezai düzenleme TCK madde 136’ da “Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme” başlığı altında şu şekilde düzenlenmiştir: *“Kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”*

Bazı istisnalar olsa da kural olarak hasta ile hekim arasında kurulan ilişkinin hukuki niteliği vekâlet ilişkisine dayandığı kabul edilmektedir. Hekim bu sözleşme ilişkisinde hastalığın tanısını bularak tedavisini üstlenmektedir. Ancak hekim burada sonucu taahhüt etmemektedir. Hasta ile hekim arasında kurulan bu ilişki bu yönüyle

²⁸⁷GÖKCAN, Hasan Tahsin. “Etik ve Hukuk İlişkisi Bağlamında Estetik Tıbbi Müdahaleler ve Cezai Sorumluluk”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 93, Mayıs 2014, Sayfa: 119-126

²⁸⁸PALANDÜZ, Ayşe. “Hasta Haklarının Özelinde Mahremiyet Haklarının Değerlendirilmesi Uluslararası Türk- Amerikan Tıp Hukuku ve Etiği Sempozyumu2-5 Mayıs 2013 Ankara”, Seçkin Yayınları, Ankara, Eylül 2014, s.225

²⁸⁹ İPEKYÜZ YAVUZ, (Hekimlik Sözleşmesi), s.113

eser sözleşmesinde ayrılmakta olup estetik cerrahi ve diş hekimliğinin bazı müdahalelerinde farklılaşmaktadır. Bu tarz tıbbi müdahalelerde (örneğin burun estetiği ve diş protez uygulamaları) hekim belli bir sonucu taahhüt etmektedir. Hasta ile hekim arasında kurulan ilişkinin temeli güvenden oluşmaktadır. Sır saklama yükümlülüğü de güven ilişkisinin yan edim yükümlülüğüdür²⁹⁰.

Ceza Muhakemesi Kanunu madde 46'da hekimin sır saklama yükümlülüğüne binaen tanıklıktan çekinebileceği düzenlenmiştir. Hekimlerin meslek sırrının mevcut olduğu durumlarda tanıklıktan çekilme hakkı bulunmaktadır.

2.2.1.7 TIBBİ BİLGİLERİ BELGELEME VE ARŞİVLEME

Doktorun, sözleşmeden doğan yükümlülüklerinden biri de hastaya ait tıbbi kayıtları tutarak bu belgeleri korumaktır. Bu belgelerde, hasta tarafından yapılan açıklamalar, hastaya konulan teşhise ait bilgiler, doktor tarafından alınan hastalığın öyküsü, tanıya varmak adına yapılan tahlil ve tahlillerin sonuçları, hastaya ait özellikle, sağlığına kavuşması adına yapılan müdahaleler, hastaya ait mevcut durum gibi kayıtlar bulunmaktadır.²⁹¹ TŞTİDK'nin 72. maddesinde hekimin kayıt tutma zorunluluğu düzenlenmiştir:

Hasta mevcut sağlık durumuna ilişkin olarak tam olarak bilgilendirilme hakkına sahiptir. Kendisi hakkında tutulan tıbbi kayıtlara erişebilme hakkına sahiptir. Ayrıca hastanın kayıtlarında bulunan üçüncü bir kişiyi ilgilendiren bilgiler ilgili üçüncü kişinin onayı olmaksızın hastaya verilmemelidir. Bazen hastaya verilecek bilginin onun yaşamı ve sağlığı üzerinde ciddi zararları oluşturabileceği düşünülebilir. Bu gibi istisnai durumlarda ise hasta bilgilendirilmeyebilmektedir²⁹².

Önlemi elden bırakmamak adına hekim, tarafına yöneltilecek iddiaları bertaraf edebilmek adına hastasına ait tıbbi bilgileri kaydederek arşivlemelidir. Hekim hastasından aydınlatılmış onam aldığını resmen kayıt altına almalıdır. "Kayıt

²⁹⁰ AMIKLIOĞLU, Hüseyin, "Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü", Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 1, Ocak 2015, s. 99

²⁹¹ İPEKYÜZ YAVUZ, (Hekimlik Sözleşmesi), s.108-109

²⁹² TUNÇER, s.223

dosyası” hekimin hastası hakkındaki bütün bilgileri içermektedir. Anılan dosya anında tutulan bir belge olduğu için hekime yöneltilen husumetlerde hekim bakımında önemli bir delil teşkil etmektedir. Bu dosya dolayısıyla dava konusu davacı tarafından kanıtlanamayabilecektir. Bu bağlamda hekimin uygulayacağı tıbbi müdahaleye ilişkin hastayı aydınlatma ve rızasını alma yükümlülüklerine ait belgeler yazılı şekilde kayıt altına alınması hekime yöneltilecek husumetlerde ispat bakımından ciddi delillerdir.²⁹³

2.2.1.8 İHBAR YÜKÜMLÜLÜĞÜ

5237 sayılı TCK’ nın 280’inci maddesi yasalasmadan önce sıkça tartışılmıştır. TBMM’ de kanunun görüşülmesi aşamasında da fazla eleştirilmiştir. Anılan maddeyle, hekim ve sağlık mesleği mensuplarının “muhbir” konumuna getirileceği düşünülmüştür. Bu nedenle suçun faili konumundaki kişinin bir soruşturma geçireceği endişesiyle hekime gitmekten vazgeçip tedavi olmamayı isteyebileceği düşünülmektedir. Meslek sırlarının ortaya dökülmesi sebebiyle bu mesleği icra eden kişilere duyulan güvenin azalacağı tahmin edilmektedir. Ayrıca bu durum kişilerin yaşam ve sağlık hakkıyla örtüşmemektedir.²⁹⁴

TCK m. 280 “Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi” başlıklı hükmüne göre, “(1)Görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmeyen veya bu hususta gecikme gösteren sağlık mesleği mensubu, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Sağlık mesleği mensubu deyiminden tabip, dış tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler anlaşılır.”

Kanunda düzenlenen sağlık mensuplarının suçu bildirmemesi maddesi esasında güven temeli üzerine kurulan hasta ve hekim ilişkisinin ruhuna aykırıdır. Ancak hekimin ihbar yükümlülüğünde kamunun menfaati de göz önüne alınmalıdır.

²⁹³ METİN, s.75

²⁹⁴ GÜLTEKİN, Özkan, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 119, Temmuz 2016, s. 112 vd.

2.2.2 HEKİMİN YARDIMCI ŞAHISLARIN FİİLERİNDEN DOLAYI SORUMLULUĞU

Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunda tıbbi müdahalede bulunma yetkisi olan meslek mensupları belirtilmektedir²⁹⁵.

Borçlunun edimini bizzat yerine getirmemesine “ifanın gayri şahsiliği” ilkesi denir. Bu ilkeye göre üçüncü kişi edimi ifa edebilecektir. Borçlunun edimi bizzat yerine getirme mecburiyetinin olmadığı durumlar misli edim olup edim yerine getirilirken borçlunun kişisel vasfı önem taşımamaktadır. Örnek olarak bir kısım paranın ödenmesi, şekerin teslimi verilebilir²⁹⁶. Borçlunun edimini şahsen yerine getirmesinde alacaklı kişinin faydasının bulunması ve borçlunun şahsi beceri ve vasıflarının önem taşıdığı borç ilişkisinde kural borcun şahsen yerine getirilmesidir. Çoğunlukla yapma borcu doğuran iş sözleşmeleri bu şekildedir²⁹⁷.

Tıbbi müdahale şahsa sıkı sıkıya bağlı bir edimdir. Ders verme, resim çizme gibi şahsen ifa edilmelidir. Hasta, doktorunu özel olarak, doktorun hususi özelliklerine güvenip seçmektedir²⁹⁸. Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk Türk Borçlar Kanununun 116. maddesinde şöyle düzenlenmiştir: “*Borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılarına kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür.*”

²⁹⁵ TŞSTİDK’ da belirtilen meslekler şu şekildedir; Hekimler, küçük sıhhiye memurları, diş hekimleri, ebeler, hastabakıcı hemşireler, diş protez teknikerleri, klinik psikologlar, fizyoterapistler, odyologlar, diyetisyenler, pedologlar, sağlık fizikçileri anestezi teknisyeni/teknikerleri, tıbbi laboratuvar ve patoloji teknikerleri, tıbbi görüntüleme teknisyenleri/teknikerleri, ağız ve diş sağlığı teknikerleri, diş protez teknikerleri, tıbbi protez ve ortez teknisyenleri/teknikerleri, ameliyathane teknikerleri, adli tıp teknikerleri, odyometri teknikerleri, diyaliz teknikerleri, fizyoterapi teknikerleri, perfüzyonistler, radyoterapi teknikerleri, eczane terapistleri, iş ve uğraşı terapistleri, ergoterapistler, iş ve sağlığı terapistleri, elektronörofleyoloji teknikerleri, mamografi teknikerleri, hemşire yardımcıları, ebe yardımcıları, sağlık bakım teknisyenleri.

²⁹⁶ TAY, Serhat, Vekâlet Sözleşmesinde Vekilin Şahsen İfa Borcu, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2017, s.39

²⁹⁷ UYGUR, Atiye, Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2009, Doktora Tezi, s.138

²⁹⁸ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, Borçlar Hukuku Genel Bölüm Üçüncü Cilt, Filiz Kitabevi, Gözden Geçirilmiş 7. Bası, İstanbul 2016, s.400

Borçlunun yardımcı şahısların fiillerinden sorumluluğundaki esas faktör, alacaklı ile borçlu arasında kurulan borç ilişkisinin nitelikleridir. Borç ilişkisi alacaklı ile borçlu taraf arasında var olan hak ve yükümlülüklerdir. Gerek kanun gerek sözleşme gereği ortaya çıkan borç ilişkisinde tarafların kazandığı hak ve yükümlülükleri tanımlayan sözleşmesel ve yasal kurallar geçerlidir²⁹⁹.

Doktorların ağır sorumlulukları bulunmaktadır. Doktorun talimatı doğrultusunda sağlık görevlisinin uyguladığı işlem sebebiyle doktorun denetleme ve gözleme sorumluluğu olduğu kabul edilmektedir. Kanunda sağlık görevlilerinin sorumlulukları belirtilmektedir. Ancak uygulamada sağlık görevlisinin kusuru sebebiyle de doktorun sorumluluğu doğabilmektedir³⁰⁰.

Doktor hastasına tedavi ederken gereken tüm önlemleri alarak özen ve dikkat yükümlülüğü ve tıbbi standartlara uygun bir şekilde görevini ifa eder. Tedavi sözleşmesinin konusunun insan bedeni olması ve güven unsuruna dayanılarak kurulan bir sözleşme olması nedeniyle doktorun tedaviyi kendisinin uygulaması esastır. Fakat doktor tıbbi müdahaleyi uygularken yardımcı şahıslardan yardım alabilmektedir³⁰¹.

Doktor, yardımcı şahsın fiilinden dolayı sorumluluktan kurtulabilmek için görevli seçerken, talimat verip denetlerken gerekli tüm özeni gösterdiğini kanıtlamalıdır. Sorumluluktan kurtuluş kanıtı pratikte dar yorumlanmakta olup Yargıtay sorumluluktan kurtuluş getirme amacının, iş sahiplerinin zararı engelleyici tedbirleri almaya teşvik edilmesidir³⁰². Öğretide hâkim görüşe göre, borçlunun sorumluluktan kurtulabilmesi için yardımcı şahsın eylemini kendisi gerçekleştirseydi bu eylemin kendisi için kusur teşkil etmemesi gerekir³⁰³.

Sağlık hizmetin özel hastaneler tarafından doktorlar ve yardımcı personel aracılığıyla sağlanmaktadır. Özel hastaneler bakımından doktor TBK m.116 gereği sözleşmeden kaynaklanan edimi yerine getirirken ifa yardımcısı konumundadır. Yardımcı şahısların fiilinden sorumluluğun doğabilmesi için borcu ifa etme

²⁹⁹ŞENOCAK, Zarife, Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Dayınları Hukuk Yayınları, Ankara, 1995, s.39

³⁰⁰TANERİ,(Hasta Hakları), s.259

³⁰¹UYGUR, s. 137

³⁰²ÖZAY, s.56

³⁰³TANDOĞAN, s.444

yükümlülüğü ya da hakkın kullanılması yardımcı şahsa ait olup borca aykırı eylemle alacaklı kişiyi zarara uğratmış olmalıdır³⁰⁴.

Eser sözleşmesinde yüklenicinin bir eseri meydana getirmesi söz konusudur. Fakat yüklenici eseri oluştururken bir kısım ifa eylemlerinde yardımcı şahsa gereksinim duyabilmektedir. Ressamın boyaları karıştırması için bir kişiye gereksinim duyması, doktorun operasyon sırasında anestezi yapacak bir görevliden yardıma alması takdirinde şahsen ifa borcuna aykırılık oluşturmayacaktır. Bazı durumlarda edimin içeriği nedeniyle yardımcı şahıs kullanımı mecburda olabilmektedir. Şahsen ifa borcuna aykırılık oluşmaması için önemli olan husus yardımcı kişinin edimi borçlu yönetimi altında gerçekleştirmesidir³⁰⁵.

2.3 SORUMLULUĞUN SONUCU OLARAK TAZMİNAT

Konunun devamını oluşturan hukuki sorumluluğun sonucu hekimin tazminat sorumluluğunu içermektedir. Tazminat sorumluluğu bir özel hukuk yaptırımıdır. Hastaların ve hasta yakınlarının katlanmak durumunda kaldıkları maddi ve manevi zararların karşılanmasıdır.

Bireylerin beden ve ruh sağlıklarına yönelik olarak yapılan tıbbi müdahaleler hukuka aykırı olarak gerçekleştirildiği takdirde geniş yorumlandığında beden bütünlüğünün ihlal etmektedir. Bu müdahaleler klasik olarak gerçekleştirilen beyin, kalp operasyonlarından oluşacağı gibi tıbbın gelişimi doğrultusunda ortaya çıkan estetik amaçlı operasyonlar ve organ nakli gibi tıbbi müdahalelerden oluşmaktadır³⁰⁶. Özen borcu yükümlülüğünü gereği gibi ifa etmeyen doktor, vekâlet görevini usulüne uygun olarak yerine getirmemiş olacağından, hekimin ifa borcu tazminat borcuna dönüşecektir.³⁰⁷

Borçlu sorumluluk koşulları oluşmuş ise, borcun hiç veya gerektiği gibi yerine getirilmemesinden dolayı alacaklının uğradığı zararı karşılar. Tarafların

³⁰⁴NARTER, Sami, Kusursuz Sorumluluk Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku, Adalet Yayınevi, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, 2016s.157; EROL, s.131

³⁰⁵TAY, s.42-43

³⁰⁶ERLÜLE, s.181

³⁰⁷KICALIOĞLU, s.63; KARAHASAN, Reşit Mustafa, Sorumluluk Hukuku, Beta Basım, Genişletilmiş 6. Baskı, İstanbul, 2003, s.80

anlaşması söz konusu değil ise tazminatın şeklini ve miktarını hâkim belirleyecektir.³⁰⁸

2.3.1 MADDİ TAZMİNAT

Zarar ve tazminat arasında güçlü bir ilişki bulunmaktadır. Dolayısı ile maddi tazminat, zarara uğrayanın malvarlığında oluşan azalmaya karşılık olan miktardır. Zarar tümüyle giderilmiş olmalıdır. “Tam Tazmin=Totalreparation” isimli bu ilke ilkeye Alman hukukunda “Ya hep, ya hiç ilkesi= Alles oder Nichts- Prinzip” denilmektedir³⁰⁹. Hukukumuzda sözleşmeyi ihlalden ya da haksız fesihten kaynaklanan maddi zarara dair özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Yargı kararları ve öğretisi ile tanımlanmaktadır. Fakat sözleşme sorumluluğundan doğan maddi zarar ve tazminata ilişkin Türk Borçlar Kanununun bazı hükümlerinde yer verilmiştir³¹⁰. Hukukumuzda TBK’ nın 49 ve 52. maddeleri arasında maddi tazminata ilişkin genel esaslar düzenlenmiş bulunmaktadır.

Estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde müdahaleden doğan maddi zararlar; operasyon gideri, hekimin kusurundan doğması sebebiyle hastada ortaya çıkan kazanç kayıpları (hastanın müdahale nedeniyle çalışmaması) ve ileride doğacak ekonomik kayıptan doğan zararlar hekim ve kamu/özel sağlık kuruluşları tarafından karşılanmaktadır. Tazminat bedeli zarara uğrayana verilmektedir. Ancak hastanın ölmesi durumunda yakınlarına “destekten yoksun kalma tazminat” verilebilmektedir³¹¹.

Davacının dava dilekçesinde talep ettiği miktar hâkimin tazminat miktardan az olması durumunda hâkim talep miktarından fazlasını hükmedemez. HMK m.107 gereği belirsiz alacak davası söz konusu ise dava dilekçesinde belirtilen asgari tutar hâkimi bağlamayacaktır. Hasta zararına binaen kısmi davada açabilir³¹².

³⁰⁸ OĞUZMAN, s.439

³⁰⁹ EREN, s.84-785

³¹⁰ UYANIK, Namık Kemal, Ticari Anlaşmazlık Davalarında Maddi Zararın Hesaplanması, Seçkin Yayınları, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Seçkin, Ankara, Kasım 2017, s. 153

³¹¹ PETEK,(Estetik), s.231

³¹² SUBAŞI, s.158

Yargıtay 3. HD 2013/11743 Esas 2013/13688 Karar 01.10.2013 tarihli kararında estetik müdahaleye maruz kalan hastanın maddi ve manevi tazminat isteminin kabulüne hükmetmiştir. Hekim sözleşmesine yükümlülerine aykırı davranıp borcunu yerine getirmez ise Borçlar Kanunu kapsamında tazminat sorumluluğu doğacaktır. Kararda bahsedilen: “*Davacı ile davalı doktor arasındaki ilişki BK’ nın 355 (6098 sayılı yasa 455) ve devamı maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesi ilişkisidir. Taraflar arasındaki uyuşmazlığın eser sözleşmesi hükümlerine göre çözümlenmesi gerekir. Davacı, iş sahibi, davalı doktor yüklenici konumundadır. Davalı doktor davacının göğüs ameliyatını yapmayı üstlenmiştir. Bu ameliyat tamamen estetik amaçlıdır...Davacı iş sahibi tarafından ayıbın giderilmesi için yapılan giderlerin tahsilinin istenmesi durumunda iş bedelinin ve giderlerin kendisi tarafından karşılanması zorunlu olduğundan iş bedeli ve giderlerin tahsili istenemez. Bu konuda davacı vekiline tercihi sorularak sonucuna göre değerlendirme yapılması gerekir. Davacı, manevi tazminat isteminde de bulunmuştur. Yukarıda açıklandığı şekilde davalı doktor estetik ameliyatlarda kusurlu görüldüğünden, davacının da tam olarak başarıya ulaşmayan estetik ameliyatlara nedeniyle acı çekmesi ve üzüntü duyması doğal olduğundan, mahkemece uygun görülecek manevi tazminatın davacı yararına karar altına alınması gerekir*”.³¹³

2.3.1.1 CİSMANİ (BEDENİ) ZARAR

Zarara uğrayanın beden ve ruh sağlığının maddi, manevi bozularak beden bütünlüğünün ihlal edilmesidir. TBK m.54’ te bedensel zararlar tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar ve ekonomik geleceğin sarsılmasından kaynaklanan zararlar olarak sayılmıştır.

Bireyin iradesi haricinde zarar veren eylem sonucunda malvarlığının aktif kısmında eksilme veya pasif kısmında artma olarak doğan zarardır. Zarar veren eylem neticesinde bireyin malvarlığı mevcudun da ki değer kaybıdır³¹⁴. Hastanın aylık geliri, olası iş hayatı ve hayatta kalma süresinin tespiti gerekir. Yargıtay

³¹³ Erişim adresi :<<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>>[05.10.2018]

³¹⁴ GÖKCAN, Hastan Tahsin, Hukukumuzda Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Seçkin Yayınevi, Şubat 2003, s.31

tarafından kabul edilen hesap ilkesi gereği ölüm ve bedensel zararlara ilişkin olarak PMF-1931 yaşam tablosuna göre yaşam süresi hesaplanmaktadır³¹⁵.

2.3.1.1.1 Tedavi Giderleri

Tıbbi müdahaleden sonraki kusurlu fiilin sebep olduğu bu sebeple tekrar yapılması gereken teşhis ve tedavi için harcanan giderler tedavi giderleridir. Ameliyat, ilaç, ulaşım, yardımcı giderleri örnek olarak verilebilir. Yapılan giderler belgelendirilmelidir. Belgelendirilemeyen durumlarda ise bilirkişiden rapor alınarak zarar tutarı tespit edilmektedir³¹⁶. Hastanın, hastane enfeksiyonundan kaynaklı mikrop kapması dolayısı ile biraz daha hastanede kalarak tedavi edilmesi, yanlış tedavi edilerek zarara uğraması, ameliyatta doktorun kusuru nedeniyle hastanın zarara uğraması durumlarından kaynaklı olarak tazminat talep edilebilir³¹⁷.

2.3.1.1.2 İş Gücü Kaybı

Somut olayın özelliklerine göre çalışma gücünün sürekli veya geçici olarak azalması ya da yitirilmesi neticesinde gelir kaybını oluşturan zararlardır. Bu zararın tespiti çalışan ve emekli olan kişiler bakımından farklıdır. Çalışan kişiler bakımından gelir durumuna ilişkin olarak kişinin zarara uğradığı zamandaki ücreti ve gelirine göre oluşan eksilmedir. Kişi bir işte çalışmamakta ise ileride yapacağı işi etkileyebileceği sebebiyle mevcut kaybı hesaplanmaktadır³¹⁸.

Tazminat sorumluluğunun maksadı zarara uğrayan alacaklının katlandığı zararı ya da yoksun kaldığı karı gidermek olmalıdır. Borçluyu cezalandırma, alacaklıyı sebepsiz zenginleştirme maksadı taşımamalıdır. Bu nedenle alacaklıya ödenen tazminat miktar zarar miktarının aşmamalıdır³¹⁹.

³¹⁵ UYANIK, s.1317

³¹⁶ ŞATIR, s.136; EROL, s.124

³¹⁷ NARTER, s.160-161

³¹⁸ UYANIK, s.1327

³¹⁹ UYANIK, s.159

2.3.1.1.3 Ekonomik Geleceğin Sarsılması

Hastanın özellikle dış görünüşünde meydana gelen durum sebebiyle önceki işine devam edememe ya da etse bile kazancında eksilmeye sebep olması dolayısı ile ekonomik geleceği sarsılarak maddi bir zarara uğramasıdır. Günümüzde bireyin vücudu, görseelliği, sesi mankenlik ya da oyunculuk gibi meslekleri yapabilmesi veya daha iyi bir eş bulabilmesine sebep olabilmektedir. Bireyler sahip oldukları beden özellikleri ile kazanç sağlayabilmektedirler. Kozmetik, reklam sektörü gibi alanlarda ise kişinin yüzü, saç mesleğini yerine getirirken kazancının kaynağı olabilmektedir. Hatta bireyler bu uzuvlarını sigortalayarak bir sebeple bozulmasına sebep olacak tehlikeleri bertaraf edebilmektedirler. Tıbbi kötü uygulama neticesinde yüzünde, bacağında bozulma meydana gelen manken, oyuncu çalışma gücünde bir kayba uğramasına da iş bulabilmesi zorlaşmaktadır. Bu da hastanın ekonomik geleceğinin sarsılmasına neden olur³²⁰.

2.3.1.2 ÖLÜMDEN DOĞAN ZARARLAR

Zarar hastanın ölümüne sebep olmuşsa, hastanın yardımından hasta yakınlarının yoksun kalması sonucu doğan zarar tazmin edilmektedir.

TBK' nın 53. maddesinde ölüm durumunda ortaya çıkan zararlar; cenaze giderleri, ölüm hemen gerçekleşmemiş ise tedavi giderleri ve çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar ile ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar olarak düzenlenmiştir.

2.3.1.2.1 Destekten Yoksun Kalma Tazminatı

Hastaya tedavi esnasında uygulanan tıbbi müdahalede operasyonun tıbbi hata sonucunda başarılı bir şekilde sonuçlanamaması veya tedavi şeklinin doğru uygulanmaması durumunda hasta hayatını kaybederse hak sahipleri kusuru bulunan ve zarar veren doktordan veya sağlık hizmeti sunan diğerlerinden destekten yoksun

³²⁰ UYANIK, s.1328

kalma zararlarını talep edebileceklerdir³²¹. Hasta yakınlarına desteği bulunan hastanın ölmesi nedeniyle hasta yaşasaydı yakınlarına da faydası olacak kazancından yakınlarının yoksun kalma durumudur³²².

Destekten yoksun kalma tazminatı belirlenirken ilk olarak hastanın ölmeden önceki gelir durumu tespit edilmelidir. Meslek odakları ve vergi dairelerinde yapılan araştırma ile bu durumun tespiti mümkündür. Hastanın geliri bulunmuyorsa geliri asgari ücretten hesaplanacaktır³²³.

2.3.1.2.2 Ölüm Nedeniyle Diğer Maddi Zararlar

Tıbbi müdahale neticesinde hasta hemen hayatını kaybetmişse, doktor, özel sağlık kurumları ölümden kaynaklanan giderleri karşılamakla yükümlüdür³²⁴. Ölüm neticesinde cenaze masrafları, defn ve taşıma işleri yapılan diğer giderlerdir. Cenaze masrafları konusunda ek olarak ikinci bir hüküm bulunmamaktadır³²⁵.

2.3.2 MANEVİ TAZMİNAT

TBK'nın 56. maddesinde, bir kişinin beden bütünlüğünün zedelenmesi halinde somut olayın özelliklerine göre hâkimin zarara uğrayan kişiye uygun bir miktarda paranın manevi tazminat olarak ödenmesine hükmedebileceği düzenlenmiştir.

“Manevi zarar da üç unsurdan oluşur. Bunlar şahıs varlığının (kişilik değerlerinin) zarar görenin iradesi dışında gerçekleşmiş olmasıdır. Kişi varlığı bir kişinin kişi olarak haiz olduğu hukukça korunan kişilik değerlerinin tümünü ifade eder. Hayat, vücut bütünlüğü, sağlık, özgürlük, isim, resim, şeref haysiyet, ticari itibar gibi değerler, kişilik değerlerini dolayısıyla kişilik hakkını oluşturur. Bu

³²¹ ÖZTÜRKLER, s.102; Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇELİK, Ahmet Çelik, Ölüm Nedeniyle Destekten Yoksunluk, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Hukuk, Ankara, Ağustos 2019

³²² ÖZTÜRKLER, s.102

³²³ ŞATIR, s.141

³²⁴ ÖZDEMİR, Teşhis ve Tedavi, s.189

³²⁵ UYANIK, s.1318

değerlere saldırır, objektif olarak bir eksilmeye (zararı) ifade eder.”³²⁶ Kişilik hakkı; kişinin hayatı, sağlığı, beden bütünlüğü, özgürlükleri, namus, şeref, onuru, adı, resmi ve görüntüsü, özel hayatı, sırları, bilimsel ve mesleki kimliği, gibi kişiliğine bağlı, değerlerin ve varlıkların tümü üzerindeki hak ile bu değerlerin korunmasına ilişkin yetkileri ifade etmektedir³²⁷.

Güzelleştirme amaçlı tıbbi müdahalelerde operasyon talebinde bulunan hasta cerrahi işlem sırasında meydana gelecek tehlikelere ilişkin ve işlem sonrasında oluşabilecek istenmeyen durumlar hakkında aydınlatılmaktadır. Bu aydınlatma cerrahi işlem sonrasında hastanın uğrayacağı acıları da kapsamaktadır. Daha güzel olmak adına bu tıbbi müdahaleyi talep eden hastalar, çoğunluk ile işlemden sonra çekecekleri ızdırapları düşünmeyerek daha az ağrıları olacağını tahmin ederler³²⁸. Kuşkusuz ki vücut bütünlüğü ihlalinin en ağır şekli ölümdür. Ancak her daim vücut bütünlüğü ihlalleri ölümle neticelenmemektedir. Bu sebeple bireyin vücut bütünlüğünün ihlaline karşın müdahale sonucunun ölüm ile neticelenmemesi halinde bireyin hayattan beklentisinin ve hayat sevincinin azalarak zarara uğrayan kişinin psikolojisinin bozularak manevi tazminata hak kazanacağı düşünülmektedir³²⁹.

Çoğu estetik amaçlı müdahaleler fazla acı içermemektedir. Düşük seviyede ağrılar bir iki gün sürerek ağrı kesicilerle dindirilmektedir. Ancak kas dokusuna uygulanan cerrahi müdahalelerde çekilen ağrılar daha fazladır. Meme protez ameliyatları bu şekildedir. Hastanın özgürce seçim yapabilmesi adına, çekeceği acılar hakkında detaylı ve gerçeği yansıtan bilgilendirmeler yapılmalıdır. Hastanın, müdahaleden sonra doğacak acıları bilse idi işlemin gerçekleşmesine izin vermeyeceğini iddia etmesi halinde manevi tazminat talebi olacaktır³³⁰.

Manevi zarar bakımından estetik kayıptan doğan acılar bireyin çirkin bir görüntüye sahip olmasının kederi ve küçük düşmesinin yol açtığı zararlardır. Manevi

³²⁶ EREN, s.553-554; ÜNAL, Mehmet “ Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü” AÜHFD, 1978, s.397-437; REİSOĞLU, s.168; KARAHASAN, s.90; Ayrıntılı bilgi için bkz. ANTALYA, Gökhan, Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması, Legal Yayıncılık, Mart 2017

³²⁷ DURAL/ SARI, s.134

³²⁸ PETEK,(Estetik) s.205

³²⁹ ERLÜLE, s.211

³³⁰ PETEK,(Estetik)s.205

zararın tazmininde zararın oranı zarar görenin cinsiyeti, yaşı, mesleği, medeni hali ve sosyal hayat düzeyine bağlı olarak belirlenmektedir³³¹.

Yargıtay bir kararında eğlence sektöründe çalışan hasta fiziki görünümüne ilişkin hoşnutsuzluğu sebebiyle kalçalarına silikon takılmasını talep etmiştir. Somut olayda davacı “*eğlence sektöründe çalıştığını, fiziki görünümüne dair bir kısım hoşnutsuzluk ve kaygılarından dolayı kalçalarına davalı hastanede diğer davalı doktor H. Ö. tarafından silikon protez takıldığını, işlemten sonra enfeksiyon sebebiyle rahatsızlanan müvekkilinin davalı hastanede yatarak tedavi gördüğünü, bu sırada protezlerin çıkarılmak zorunda kalındığını, yapılan işlem sebebiyle müvekkilinin vücudunda sabit iz kaldığını*” ileri sürmüştür. Bu tıbbi müdahaleden dolayı ortaya çıkan uyuşmazlıkta davacıya takdir edilen manevi tazminat miktarını az bulmuştur³³².

Hastanın yüzünde veya bedeninde sabit sayılabilecek kadar derin ancak işlev kaybına sebep olmayan haksız fiillerde söz konusudur. Bu halde zarara uğrayan kişinin mesleği manevi tazminat takdirini etkilemektedir. Bir ses sanatçısı ya da oyuncunun yüz, el ya da bedenini görülebilen kısmında kalıcı iz bırakan haksız fiil neticesinde birey beden gücü kaybına uğramamakta ise de mesleği sebebiyle müşterisini kaybetmek, sözleşmesini feshetmek ya da işini kaybetmek durumunda kalabilmektedir³³³.

³³¹ ÖZTÜRKLER, s.342

³³² Yargıtay 3. HD. 2014/17468 E 2015/3875 K 10.03.2015 tarihli kararı; “818 Sayılı B.K. nun 47. maddesi gereğince yargıcın, özel durumları göz önünde tutarak manevi zarar adı ile hak sahibine verilmesine karar vereceği para tutarı adalete uygun olmalıdır. Takdir edilecek bu tutar, zarara uğrayanda manevi huzuru doğurmayı gerçekleştirecek tazminata benzer bir işlevi (fonksiyonu) olan özgün bir nitelik taşır. Bir ceza olmadığı gibi malvarlığı hukukuna dair bir zararın karşılanmasını da amaç edinmemiştir. O halde bu tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmelidir. Takdir edilecek tutar, var olan durumda elde edilmek istenilen doyum (tatmin) duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır.” Erişim adresi :<www.sinerjimevzuat.com.tr> [01.09.2017]

³³³ ÖZTÜRKLER, s.116-117

2.4 SORUMLULUĞUN SINIRLANMASI /SORUMSUZLUK ANLAŞMASI

“Taraflar aralarında yapacakları sözleşme ile de, borçlunun sorumluluğunun sınırını kanuni olandan daha geniş veya daha dar bir biçimde saptayabilirler. Örneğin; taraflar borçlunun kazadan da sorumlu olacağını kararlaştırabilirler. İradeyi bozan bir neden olmadıkça bu yoldaki sözleşmelerde geçerlidir”³³⁴.

“Borçlu tarafından, borç ilişkisini doğuran sözleşmeye konacak bir şart ile ve en geç sorumluluğun ortaya çıkmasından önce taraflar arasında yapılacak bağımsız veya ek bir sözleşme ile borcun hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesinden doğacak sorumluluğun ortadan kaldırılmasını sağlayan kayıt ve şartlara sorumsuzluk şartları denilir.”³³⁵ Bu anlaşmanın amacı akdin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi halinde borçluya karşı olarak doğacak bir takım neticelerin önlenmesidir. Sorumsuzluk anlaşması akdin kusurlu olarak ihlali durumunda, tazminat ödenmesine ilişkindir. Ayrıca bu anlaşma borçlunun akitten kaynaklanan asli edim yükümlülüğüne etki etmemektedir³³⁶.

TBK md. 115/1 e göre, “*Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür*”.

Kural olarak doktor, akdin hiç veya gerektiği gibi yerine getirilmemesi sebebiyle hastanın uğradığı zararı karşılamak ile yükümlü tutulmaktadır. Ancak borçtan kurtulma anlaşması söz konusu ise hekimin tıbbi faaliyeti kusurlu dahi olsa oluşan zararı tazmin etme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Kanun koyucu hekime borçtan kurtulma anlaşması imkânı vermiştir³³⁷.

Aşçıoğlu'na göre, hekimiler ve yardımcılarının hastalarda uğrattığı zararlar sebebi ile kusur ayırımına gidilmeksizin sorumsuzluk anlaşması yapabilmektedir. Ancak meydana gelen zararda özellikle özen yükümlülüğünü ihlalden doğan bir kusur mevcut ise sorumsuzluk koşulu geçerlilik taşımamalıdır³³⁸.

³³⁴ ERTEN Ali, Sorumsuzluk Şartları, Olgaç Matbaası, 1997, Yayınlanmış doktora tezi, s.36

³³⁵ ERTEN, s.39

³³⁶ BAŞPINAR, (Vekilin Sorumluluğu), s.265

³³⁷ GÖKCAN, (Tıbbi Müdahale), s.1002

³³⁸ AŞÇIOĞLU, s.111

Başpınar'a göre, hekim, avukat, diş doktoru gibi meslek mensuplarına diplomalarının onlara tanıdığı yetki sebebiyle toplum tarafından güvenilmekte ve yasalara aykırılık teşkil eden bir hallerinin olmayacağı düşünülmektedir. Bu meslek mensupları sözleşme yapmak için gelen kişilere uzmanlık alanlarından faydalanarak istedikleri sorumsuzluk koşullarını kabul ettirebilmektedirler. Bu nedenle özen konusu bakımından subjektif ölçüyü öne sürerek sorumluluktan kurtulması söz konusu olmamaktadır³³⁹.

Özay'a göre, doktora eser meydana getirme borcu yükleyen güzelleştirme amaçlı tıbbi müdahaleler niteliğinin bir sonuç taahhüt etmesi ve yerleşik doktor hasta ilişkisinin bu alanda bulunmaması sebebiyle hafif ihmâl halinde sorumsuzluk anlaşması söz konusu olmaktadır³⁴⁰.

“Uygulamada, borçlunun kast veya ağır ihmalden sorumlu olmayacağı şeklinde sorumsuzluk anlaşmaları genellikle yapılmamakta; bunun yerine, sözleşmede **borçlunun hiçbir kusurundan/ her türlü kusurundan sorumlu olmayacağı şeklinde kayıtlara** yer verilmektedir. Böyle bir halde, sözleşme esas itibarıyla geçerli olup, söz konusu kayıt, ancak vekilin hafif kusurundan sorumluluğu için geçerlidir.”³⁴¹

Doğan'a göre, doktorun kastına ve ağır ihmeline ilişkin sorumlu bulunmayacağına dair kayıtlar geçersizdir. Doktorun daha etkin tedavi uygulayabilmesi adına hafif kusura ilişkin sorumsuzluk anlaşmaları re' sen geçersiz sayılmayarak hâkim kararı ile geçersiz kabul edilebilecektir³⁴².

2.5 ZAMANAŞIMI

Zamanaşımı ile alacağın dava ve takip edilmesi hakkı kalmamaktadır.³⁴³ Zamanaşımı ile alacak hakkının talep edilmesi bir süre ile sınırlandırılmıştır.

³³⁹ BAŞPINAR,(Vekilin Sorumluluğu) s.272

³⁴⁰ ÖZAY, s.139

³⁴¹ BAŞPINAR,(Vekilin Sorumluluğu), s.267

³⁴² DOĞAN, Murat, Hukuki Sorumluluk Bakımından Hekimin Kusuru ve İspatı, Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erzincan 15-16 Mayıs 2006, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s.53

³⁴³ KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Turhan Kitabevi, Eylül 2016 s.894

Zamanaşımı bir def' i olup tarafların ileri sürmesi gerekmektedir³⁴⁴. Türk Borçlar Kanunu madde 147 gereği, sözleşmeden doğan hak ve borçlar beş yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Bu sebeple vekâlet sözleşmeleri kanuna göre beş yıllık zamanaşımına tabidir.

818 sayılı Borçlar Kanununda istisna akdinde zamanaşımı süreleri inşaat gibi taşınmazlar bakımından beş yıl taşınırlarda ise bir yıldır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 470 ve devamı maddelerinde düzenlenen istisna akdin de ise dava zamanaşımı taşınmazlar bakımından beş yıl olup estetik amaçlı tıbbi müdahaleler gibi taşınırlar için süre iki yıldır. Kanuna göre yüklenici ağır kusuru ile akdi hiç ya da gereği gibi yerine getirmez ise uzamış dava zamanaşımı süresi 20 yıl olmaktadır³⁴⁵. Dolayısı ile estetik amaçlı tıbbi müdahaleler eser sözleşmesi kapsamında nitelendirildiği için bu müdahaleler bakımından eski Borçlar Kanununda 1 yıllık zamanaşımı süresi söz konusuysen 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 478. maddesindeki düzenlemesine göre 2 yıllık süreye tabi olacaktır.

Doktor ve hastası arasındaki sorumluluk haksız fiilden kaynaklanmakta ise Türk Borçlar Kanununun 72. maddesindeki zamanaşımı süreleri geçerli olacaktır.

Haksız fiil sebebi ile oluşan maddi ve manevi tazminat alacağı,

- zarara uğrayanın zararı öğrenmesinden itibaren 2 yıl
- her halde hukuka aykırı fiilin vukuundan itibaren 10 geçmekle zamanaşımına uğramaktadır³⁴⁶.

³⁴⁴KILIÇOĞLU, M. s.745; Ayrıntılı bilgi için bkz. ERDEM, Mehmet, Özel Hukukta Zamanaşımı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010

³⁴⁵ARINCI, Atilla, "Estetik Cerrahide Hukuki Sorumluluklar ve Eser Sözleşmesi", I. Uluslararası Katılımlı Ulusal Tıp Hukuku Kongresi(Vaka Tartışmalı), İstanbul, Temmuz 2016, s.787

³⁴⁶NOMER, Haluk, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş On dördüncü Baskı, Ekim 2015, s.241

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3.1 SONUÇ

Çalışmamız hekimin sözleşme yükümlülüğü çerçevesinde öğretide yer alan görüşler, Yargıtay içtihatları ve Türk Borçlar Hukuku maddelerine ek olarak Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, İnsan Hakları Biyotıp Sözleşmesi, Tıbbi Deontoloji Nizannamesi, Hasta Hakları Yönetmeliği gibi ikincil yapıda düzenlemeler temelinde incelenmiştir.

Hukuka uygun bir tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesi için öncelik ile hekimin 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun birinci maddesinde de açıkça belirtildiği üzere tıp fakültesi mezunu olarak mesleği icra edecek hak ve yetkilere sahip olması gerekmektedir. Ayrıca ihtisas gereken alanlarda uzmanlığını tamamlamış olması gerekmekte olup estetik amaçlı tıbbi müdahaleler Plastik ve Rekonstrüktif Cerrahi biliminin uzmanlık konusunu oluşturmaktadır.

Hukukumuzda hekimin hukuki sorumluluğuna ilişkin özel bir düzenleme mevcut değildir. Dolayısıyla hekimin ve estetik cerrahın sorumluluğu Türk borçlar hukuku hükümleri doğrultusunda belirlenecektir. Yasal düzenlemelerin yeterli amaca ulaşmaması ve özel bir hukuki düzenlemenin de bulunmaması sebebiyle somut olayların özellikleri bakımından Yargıtay kararlarıyla şekillenen bir durum söz konusudur.

Hekim ve hasta arasında kurulan sözleşme ilişkisi konusunda farklı görüşler bulunduğu ancak Yargıtay kararları doğrultusunda vekâlet sözleşmesi görüşünün Türk hukukunda yaygın olarak benimsinmiş olduğundan bahsetmiştik. Yargıtay içtihatları ile güzelleştirme amaçlı estetik ameliyatlar eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilmiştir. Bu tür güzelleştirme amacını taşıyan tıbbi müdahalelerde temel borç eseri yapma borcudur. Hekim ortaya çıkacak eserin sonucunu taahhüt

etmektedir. Hasta ile hekim arasında kurulan sözleşmenin eser sözleşmesi olarak değerlendirilmesinde en önemli etken belli bir sonucun meydana getirilmesi hususudur. Kanaatimce, her ne kadar estetik cerrah ve hasta arasında kurulan sözleşme ilişkisi başta güzelleştirme maksadı taşıması ve hekimin tıbbi müdahale sonrası sonucu taahhüt etmesi sebebiyle eser sözleşmesi niteliği taşıdığı öne sürülse de hekimin insan bedeni üzerinde çalıştığı unsur göz ardı edilmemelidir. Tıbbi müdahale uygulandığı anda veya daha sonra insan bedenin yapısında ki değişimin nasıl olacağı önceden görülemez niteliktedir. Hekim tıp bilgisini kullanarak işini özenle yapmak ile yükümlüdür. Estetik cerrahi operasyon, işin niteliği gereği diğer operasyonlardan daha fazla dikkat ve özen göstermek gerektiği düşünülmektedir. Bu durum estetik cerrahın hukuki sorumluluğunu diğer tıp dallarından daha geniş yorumlanmasına neden olmuştur. Çünkü estetik amaçlı yapılan tıbbi müdahalelerde diğer müdahalelerden ayıran en önemli özellik, bu müdahalenin hastanın doğrudan dış görünüşünde değişiklik yaratıyor olmasıdır. Hekimin yükümlülükleri kapsamında tanıyı koyma, en uygun tedaviyi uygulama, hastayı aydınlatma, sır saklama, sadakat ve özen yükümlülüğü estetik hekiminde uyması gereken ilkeleridir. Hekimin sır saklama yükümlülüğü özünde sadakat borcudur. Hekim sayılan yükümlülükleri yerine getirdiği halde insan bedenindeki değişimin öngörülemez olması dolayısı ile arzu edilmeyen sonuçtan yükümlü olmayacaktır. Ancak bazı ayırık durumlarda belli bir sonucun meydana gelebileceğinin kabulü mümkün olan estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde hekim hastasına estetik bir sonuç elde etmeye yani eser meydana getirmeye yönelik taahhütte bulunmuşsa bu sözleşme eser sözleşmesi niteliği taşıyacaktır. Bu durumda hekim el beceresi ve tıbbi bilgisini kullanarak bir eser yaratmaktadır. Bu ilişkide iş sahibi hastayı yüklenici ise hekimi ifade etmektedir.

Uygun tedaviyi seçmenin ön koşulu, doğru teşhisin konulması ile başlamaktadır. Asıl olan teşhis konulduğu sırada hekimin gerekli özeni göstermesidir. Zira hekimin yetenekleri sınırsız olmayıp özenli bir araştırmaya rağmen gerekli teşhis konulamamış ise sorumluluğuna gidilemeyecektir. Hekimin temel amacı hastalığın teşhisi ve hastanın sağlığına kavuşmasıdır. Özen yükümlülüğü hekim ve hastanın ilk iletişime geçtiği andan başlayarak ameliyat sonrası süreci de kapsamaktadır. Özen borcu, eserin iş sahibinin arzularına ve faydasına olacak şekilde meydana getirilirken gerekli özen ve dikkatin gösterilmesi zorunluluğudur. Eseri

meydana getirirken gerekli özeni göstermeyen hekimin meydana gelen zararlardan dolayı sorumluluğu doğmaktadır.

Aydınlatma, güzelleştirme amaçlı yapılan cerrahi müdahalelerde hekimin sorumluluğu bakımından önemli bir faktördür. Bu tür operasyonlarda aydınlatma yükümlülüğü hekimin ortaya çıkacak eserin sonucunu taahhüt etmesi bakımından önemlidir. Estetik operasyonlarda aydınlatılmış onamın alınması elzemdir. Hastanın iradesinin en üstün yasa olduğu kabul edilmektedir. Gerekli düzeyde hastaya bilgi vermeden onamının alınması hukuka aykırıdır. Geçerli bir aydınlatmanın yapıldığının ispatı hekime bırakılmıştır. Hekim hastasını tıbbi müdahaleden kaynaklanacak sonuçlar ve komplikasyonlar konusunda aydınlatmakla mükelleftir. Tedaviye dair hastasını bilgilendirmeli, yol göstermelidir. Hekimin mesleğini icra ederken içerdiği bir takım riskleri yasa koyucu göz önünde bulundurmuştur. Özetle tıbbi müdahalede bulunan hekimin sorumluluğu kusur sorumluluğu olup komplikasyondan kaynaklanan sebeplerden dolayı sorumluluğu doğmamaktadır. Esasında malpraktis ve komplikasyonu birbirinden ayıran temelde kusurun varlığıdır. Tanı ve tedavi aşamasında oluşan istenmeyen durum komplikasyon iken tedavide ki eksiklik ve ihmal sonucu oluşan durumlar malpraktis olarak tanımlanmaktadır

Rıza(Onay) Hakkında hastalar kendi sağlığına ilişkin yapılacak müdahalelere iştirak edebilme hakkına sahiptir. Hastanın rızasının alınması yapılan tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirmektedir. Hastadan geçerli bir rızanın alınması kanuna göre bazı koşulların gerçekleşmesine bağlı bulunmaktadır. Hasta ayırt etme gücüne sahip olmalı ve alınan rıza hukuka ve ahlaka uygun olmalıdır.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunla, bir tarafı tüketici olan eser sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar tüketici işlemi kapsamına alınmıştır. Yargıtay'ın güzelleştirme amaçlı estetik operasyonlara ilişkin eser sözleşmesi görüşü gereği, 6502 sayılı kanunun yürürlüğe girdiği 28.05.2014 tarihinden itibaren açılacak davaların Tüketici Mahkemesinde görülmesi sonucu ortaya çıkmaktadır. Kanun koyucu tüketici açısından ticari ve mesleki bir gaye ile hareket etmiyor olmasını aramıştır.

Sorumluluk, kusur sorumluluğu ve kusursuz sorumluluk olarak ikiye ayrılır. Hekimin sorumluluğu kusur sorumluluğuna dayanmakta olup hukukumuzda hekimin

sorumluluklarını düzenleyen özel hükümler mevcut değildir. Sağlık mesleği mensuplarının sağlık hizmeti verirken kusurlu davranışları ile ortaya çıkan zararlar hukuki, cezai ve disiplin sorumluluğunu doğurmaktadır. Hekim ile estetik tıbbi müdahaleyi talep eden hasta arasındaki ilişki de hekimin sorumluluğuna gidebilmek için hekimin kusurlu bir davranışı söz konusu olmalı, bu kusurlu davranış sonucunda hasta maddi ya da manevi zarara uğramalıdır.

Hekim ile hasta arasında oluşan hukuki uyuşmazlıklarda, şartlar oluşmuşsa hasta estetik amaçlı tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren hekime karşı maddi ve manevi tazminat talebinde bulunabilecektir. Hasta hatalı tıbbi müdahale sebebiyle ortaya çıkan maddi zararlara ilişkin olarak kanun gereği tedavi giderleri, yaralanma nedeniyle oluşan zararları talep edebilecektir. Bunun yanında somut olay sebebiyle duyduğu acı ve üzüntüye ilişkin manevi zararın tazminini de talep edebilir. Zararın miktarı alanında uzman bilirkişi aracılığıyla hesaplanmaktadır. Adli tıp, üniversiteler bilirkişi mercii kabul edilmektedir.

KAYNAKÇA

ACAR, H. : “6502 Sayılı Kanun ile Eser Sözleşmesinin Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamına Alınmasının Hukuki Sonuçları”, Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 2, Haziran 2014

AKARTEPE, A.: “Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliği” Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erzincan 15-16 Mayıs 2006, Ankara; Yetkin Yayınları, 2007

AKİPEK ÖCAL, Ş. : “Hasta ve Hekim Arasında Kurulan Sözleşmeler Bakımından Tüketicinin Korunması”, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları (4. Tüketici Hukuku Kongresi), Ankara, 2015

AKSOY, A./ OKTAY ÖZDEMİR, S. : İnsan Vücudunun Korunmasına Dair Biyotıp İlkeleri, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 1, Ocak 2016

AKYILDIZ S./HAKERİ H./ ÇELİK F./ SOMER P. : Tıp Hukuku Atölyesi-1, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Ekim 2013 (Metinde: “Tıp Hukuku Atölyesi-1”)

AMİKLİOĞLU, H. : Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 1, Ocak 2015

ANTALYA, G.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, İstanbul, Legal Yayıncılık, Ekim 2015

ARI, E. :“ Estetik Cerrahin Hukuki Sorumluluğu”, İzmir Barosu Dergisi, 2002/1

ARINCI, A./USTA,S. : Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumlulukları ve Eser Sözleşmesi, Erişim adresi : <<http://www.turkplastsurg.org/index.php/tprecd/article/view/2152>> [6.10.2017]

ARINCI, A. “ Estetik Cerrahide Hukuki Sorumluluklar ve Eser Sözleşmesi”, I. Uluslararası Katılımlı Ulusal Tıp Hukuku Kongresi(Vaka Tartışmalı), İstanbul, Temmuz 2016

ARINCI, A., “Estetik Cerrahide Hekimin Hukuki Sorumlulukları ve Bu Sorumlulukların Eser Sözleşmesi Kapsamında Değerlendirilmesi”, Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir,2015 (Metinde: “ Estetik Cerrahi”)

ARPACI, A. : “Özel Hukuk Açısından Tıbbi Müdahaleye Rıza Beyanı, Buna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Yolları”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 2, Aralık 2009, Sayfa: 5-14

ARSLAN HIZAL, S. Arslan. : “Tıbbi Müdahalelerde Olası Kast ve Bilinçli Taksirin Ayrımı”, Ceza Hukuku Dergisi, Nisan 2012

AŞÇIOĞLU, Ç. : Doktorların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Ankara, 1982

AYAN, M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Ekim 2016

AYAN, M./ AYAN, N.: Medeni Hukuka Giriş, Seçkin Yayın, Ankara, Ekim 2016

AYDIN, Ö. : “Hekimin Sorumluluğunu Azaltan ve ^[L]_[SEP]Kaldıran Nedenler”, Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 1, Ocak 2013

AYKIN, A.: “Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluk Şartları ve Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Zararlarda Tıbbi Uygulama Hatası - Komplikasyon Ayrımı”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 119, Temmuz

BAŞPINAR, V. : “ Hekimin Özen Borcu” Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erzincan, 15-16 Mayıs 2006, Ankara,2007 (Metinde: “Özen Borcu”)

BAŞPINAR, V. : Vekilin(Avukatın, Hekimin Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Ankara, Yetkin Yayınarı, 2004 (Metinde: “Vekilin Sorumluluğu”)

BATTAL, Y. : Açıklamalı İctihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara, Adalet Yayınevi, Ekim 2010

BERBEROĞLU YENİPINAR, F.: Tıbbi Sorumluluk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017

BİLGİLİ F./ DEMİRKAPI E./ DEMİR S.: “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, Bursa Dora Basım Yayın Dağıtım,2010

BORAN, B. : Estetik Cerrahi Hekimin Hukuki Sorumluluğu, II. Sağlık Hukuku Kurultayı,7-8 Kasım Ankara, Ankara 2009

BRINKMANN, O. : Tıp/Sağlık Hukuku Doktorun San’at Hatasının Ceza Hukuku Açısından Yaptırıma Tabi Tutulması, Tıp/ Sağlık Hukuku Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Seçkin Yayınları, Ankara, Mart 2014

ÇAVDAR, P: “Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 22 (3), 2016, s.735-764.

ÇELİK, Ahmet Çelik, Ölüm Nedeniyle Destekten Yoksunluk, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Hukuk, Ankara, Ağustos 2019

ÇETİN, G.: “Tıbbi Malpraktis”, Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi Sempozyum Dizisi No:48, 2006

ÇINARLI, S./AYKIN C.A.: Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu, Seçkin Yayınları, Ankara, Mayıs 2016

ÇİLİNGİROĞLU, C.: Tıbbi Müdahaleye Rıza, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993

ÇOBANOĞLU, Nesrin. : “Tıp Etiğinden Tıp Hukukuna Hasta Hakları Olarak Aydınlatılmış Onam” Sağlık Hukuku Digestası, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2009

ÇUHACI, M. : Hekimin Hakları ve Yükümlülükleri: Ankara, Güneş Tıp Kitabevleri, 2014

DEMİR, F. : Hukukun Temel Kavramları, İzmir: Birleşik Matbaa, 2007

DEMİR, M.: Hekimin Sözleşmesel Yükümlülüğü, AÜHFD, Cilt:57, Yıl 2008

DEMİR, B. : Hekimin Tıbbi Aydınlatma Yükümlülüğünün Sınırları, I. Uluslararası Katılımlı Ulusal Tıp Hukuku Kongresi(Vaka Tartışmalı), İstanbul, Temmuz 2016

DERYAL, Y.: “Sağlık Hukuku Uyuşmazlıklarında Bilirkişi Görüşüne/Deliline Başvurulması Zorunlu Haller”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 93, Mayıs 2014

DOĞAN C. : “Hukuksal Açıdan Hastanın Yükümlülükleri”, ERÜHFD, Cilt: XI. S.2, 2016

DOĞAN, C. : “Hastanın Aydınlatılması ve Rızasının Alınması”, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Girne- Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu, 2-3 Mart Girne/ KKT, Ankara; Adalet Yayınevi, 2010 (Metinde: “Aydınlatma”)

DOĞAN, C.: “Konsültasyon İşleminde Konsültan Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, Uluslararası Türk- Amerikan Tıp Hukuku ve Etiği Sempozyumu (2-

5 Mayıs 2013 Ankara), Seçkin Yayınevi, Ankara, Eylül 2014 (Metinde: “Konsültan Hekim”)

DOĞAN, M. :“Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyum, 16-17 Ocak 2009 Mersin Bildiriler, Ankara; Mersin Barosu,2009 (Metinde: “Hekim”)

DOĞAN, M., “Hukuki Sorumluluk Bakımından Hekimin Kusuru ve İspatı”, Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erzincan 15-16 Mayıs 2006, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007

DURAL, /SARI,: Türk Özel Hukuk Cilt1, İstanbul: Filiz Kitabevi, Ekim 2009

EKİCİ, İ. :“Tıbbi Müdahalelerde İfa Yardımcısının Fiillerinden Sorumluluk”, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2016

ERDEM, M., Özel Hukukta Zamanaşımı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010

ERDEM, Ü., Yargıtay 12.Ceza Dairesi Kararlarında (2014-2016) Hekimin Sorumluluğu, Legal Yayıncılık, Eylül 2016

EREN, F. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara 2017

ERLÜLE, Fulya, Türk Borçlar Kanunu’na Göre, Bedensel Bütünlüğün İhlalinden Manevi Tazminat, Seçkin Yayınevi, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara, Eylül 2015

ERMAN, B. :Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara; Seçkin, Nisan, 2003

ERTEN A.: Sorumsuzluk Şartları, Olgaç Matbaası, Yayınlanmış Doktora Tezi, 1997

ERSOY, Y. : “Tıbbi Hatanın Hukuki ve Cezai Sonuçları” TBB Dergisi, Sayı 53, 2004, s.161-189

GENCER, Z. A.: Ceza Hukuku Kapsamında Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara, Bilge Yayınevi, Mayıs 2014

GİYİK, A. : “Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü ile Suçu Bildirme Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüklerin Çatışması”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 2, Aralık 2014,

GÖKCAN, H. T.: “Etik ve Hukuk İlişkisi Bağlamında Estetik Tıbbi Müdahaleler ve Cezai Sorumluluk”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 93, Mayıs 2014, Sayfa: 119-126

GÖKCAN, H. T. : Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Seçkin Yayınları Ankara, Nisan 2017 (Metinde: “Tıbbi Müdahale”)

GÖKCAN, H. T., Hukukumuzda Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Seçkin Yayınevi, Şubat 2003

GÜLEL, İ. : “Tıbbi Müdahale Sözleşmesinde Uygulanacak Hükümler”, TAAD, Cilt:1,Yıl 2, Sayı:5, Nisan 2011

GÜLTEKİN, Ö. : “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 119, Temmuz 2016

HAKERİ, H. : Tıp Hukuku, Ankara: Seçkin Yayınevi, Mart 2016 (Metinde: “ Tıp Hukuku”)

HATIRNAZ EROL, G.: Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları, Nisan 2015

HATUN, Ş. :Hasta Hakları, İstanbul; İletişim Yayınları, 1999

HIZAL, A. : “Hatalı Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Tam Yargı Davaları”, İzmir Üniversitesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2015

İNAL, T. H.: “Tıbbî ve Cerrahî Uygulamada Malpraktis ve Komplikasyondan Doğan Sorumluluk”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 100, Aralık 2014

İPEKYÜZ YAVUZ, F. :Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul: Vedat Kitapçılık, Ocak 2006. (Metinde: “Hekimlik Sözleşmesi”)

İPEKYÜZ YAVUZ, Filiz. :“Hekimin Tazminat Sorumluluğu”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 20, Sayı: 33,2015

KAHRAMAN, Z. : “Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası” İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7 (1), 2016, s.479-510

KARAN GÖZPINAR, G. : “Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu”, Terazi Hukuk Dergisi, sayı 119, Temmuz 2016

KARAKILIÇ, H. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Notları, İstanbul, Onikilevha Yayıncılık, Şubat 2016

KARAHASAN, R. M.,: Sorumluluk Hukuku, Beta Basım, Genişletilmiş 6. Bası, İstanbul, 2003

KAYA, M. : “Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Doğan Tazminat Sorumluluğu”, TBB Dergisi, sayı:100, 2012 (Metinde: “Aydınlatma”)

KAYA, M. : “Estetik Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğünün Kapsamı”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 117, Mayıs 2016

KAYA M. “Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü Ve Kişilik Hakkı İle İlişkisi”,
TAAD, Cilt:1,Yıl:3, Sayı:8

KICALIOĞLU, M.: Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan
Hukuki Sorumlulukları, Ankara, Adalet Yayınevi, Temmuz ,2014

KILIÇARSLAN KARA, S.: Kişilik Hakkına Saldırıda Üstün Nitelikteki Özel ve
Kamusal Yarar, Aralık 2015

KILIÇOĞLU, A. M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Turhan Kitabevi,
Eylül 2016

KILIÇOĞLU, M. : 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’ na Uyarlı Tazminat Hukuku,
Bilge Yayınevi, Ankara 2014

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, Borçlar Hukuku Genel
Bölüm Birinci Cilt, Filiz Kitabevi, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4 üncü
Bası’ dan 7 inci Tıpkı Bası, İstanbul,2017

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, Borçlar Hukuku Genel
Bölüm Üçüncü Cilt, Filiz Kitabevi, Gözden Geçirilmiş 7. Bası, İstanbul 2016

KÖK, N.A. “Şiddetin Kısılcacında Hekim Hakları ve Vekâlet Sözleşmesinin Farklı
Yorumu”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 100, Aralık 2014

KÖK, N.A. “Hekim- Hasta İlişkisi Tüketici Hukuku Anlayışı ili Bağdaşır mı?”
Erişim:<<http://dergipark.ulakbim.gov.tr/mdergi/article/view/5000145769/500013309>
7> [15.09.2017] (Metinde: “Tüketici”)

KÖK, N. A :“ Hekimlik Uygulamalarıyla İlgili Maddelerin Değerlendirilmesi”
Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erzincan, 15-16 Mayıs 2006,Yetkin Yayınevi, Ankara
2007

KÖK A.N/ ÇANKAYA H., :“Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Tıbbi, Etik ve Hukuki Sorunlar”, Tıp Etiği Hukuku Tarihi, 2003

KÜLAHÇI, Ş.: “KKTC Sağlık Hukuku, On İki Levha Yayıncılık”, Mart 2016

MEMİŞ, Y. : “(Yargıtay Kararları Işığında) Estetik Ameliyatlardan Doğan Hukukî Sorumluluk”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 119, Temmuz 2016,s.174-222

METİN, H. : “Estetik Ameliyatlarda Rıza ve Sonucu”, Uluslararası Türk- Amerikan Tıp Hukuku ve Etiği Sempozyumu (2-5 Mayıs 2013 Ankara), Seçkin Yayınevi, Ankara, Eylül 2014

NARTER, S., Kusursuz Sorumluluk Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku,Adalet Yayınevi, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, 2016

NOMER, H. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş Ondördüncü Baskı, Ekim 2015

OĞUZMAN, K. / ÖZ, T. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, İstanbul, Vedat Kitapçılık, Eylül 2014

OZANOĞLU, H. S., : “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, AÜHFD, 2003, C.52, S.3, (Metinde: “Aydınlatma Yükümlülüğü”)

OZANOĞLU H. S., :“Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’un Maddi Anlamda Uygulama Alanı)”, C. 50, S.1, AÜHFD, 2001

ÖZALP, T./ÖZALP, F. :Hekimin Cezai Sorumluluğu, Ankara; Adalet Yayınevi, Mart 2014

ÖZAY, M.: Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006

ÖZCAN, C. : “Perruche Davası Ve Doğum Öncesi Teşhis Hatası Nedeniyle Tazminat”, TAAD Yıl:6, Sayı:21, Nisan 2015, s.105 vd

ÖZÇETİN, S./ BALABAN, M.: Sağlık Hukuku, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2015

ÖZDEMİR, H.: “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, ERÜHFD, Cilt: 11, Sayı: 1, Haziran 2016,

ÖZDEMİR, H., : Sağlık Hukuku Alanında Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017 (Metinde: “Teşhis ve Tedavi”)

ÖZDEMİR H. : “Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü” ERÜHFD, C. XII, S. 3–4 (2008) (Metinde: “Hastayı Aydınlatma”)

ÖZER, Ç. : “Türk Hukukunda Estetik Cerrah İle Hasta Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği”, II. Sağlık Hukuku Kurultayı,7-8 Kasım 2008, Ankara Barosu, Ankara,2009

ÖZPINAR, B.,: Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamanın Sonuçları, Ankara Barosu Yayınları, Ankara

ÖZTÜRKLER, C.,: “Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları”, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003

PALANDÜZ, A. “Hasta Haklarının Özelinde Mahremiyet Haklarının Değerlendirilmesi”, Uluslararası Türk- Amerikan Tıp Hukuku ve Etiği Sempozyumu (2-5 Mayıs 2013 Ankara), Seçkin Yayınevi, Ankara, Eylül 2014

PETEK, H.: “Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk” Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 8, Sayı: 1, 2006 (Metinde: “Estetik”)

PETEK, H : “Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’un Uygulanması”, DEÜHF Dergisi Cilt: 15, Özel S. 2013, s.969-1017, Basım Yılı: 2014 (Metinde: “Tıbbi”)

REİSOĞLU, S. :Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011

REYHANİ YÜKSEL S . : “Hekimin Vekâletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluğu”. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 21 (2), 793-804 (Metinde: “Vekâletsiz İş Görme”)

REYHANİ, YÜKSEL, S: “Hekimin Uyguladığı İlaç Tedavisinden Doğan Zararlardan Hastanın Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Korunması”, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları (Editörler: Av. Hakan Topbaş/Prof. Dr. Fehim Üçışık), 2015-2016, Bilge Yayınevi, Ankara,2015 (Metinde: “İlaç Tedavisi”)

REYHANİ YÜKSEL, Sera, “Hekimlik Sözleşmelerinin Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi”, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Cilt:10, Sayı:23, 2018 (Metinde: “ Tüketici Hukuku”)

SANCAKTAR, O.: İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2011

SARP, N. : “İnsan Hakkı Olarak Sağlık Hakkı”, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Girne- Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu, Girne- KKTC, 2-3 Mart 2009, Adalet Yayınevi, Ankara,2010

SEÇER, Ö.: “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 1, Haziran 2013

SERT CANPOLAT S. :“Özel Hastahanelerde Çalışan Doktorların ve Sağlık Personelinin Sorumluluklarının Değerlendirilmesi Bakımından Bir Yargıtay Hukuk

Genel Kurulu Kararının İncelenmesi”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 25, Eylül 2008

SEREL, S. :Estetik Cerrahide Hasta Seçimi, Adli Psikiyatri Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 3, Temmuz 2007,

SEROZAN, R. :Borçlar Hukuku Özel Bölüm, On İki Levha Yayıncılık, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. Bası, İstanbul, Nisan 2018

SİNDEL, E: “Hekimin Haksız Fiil Sorumluluğu”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 119, Temmuz 2016,

SUBAŞI, İ.: Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü Aydınlatılmış Onam Tazminat Sorumluluğu, Ankara, Seçkin Yayınları, Ekim 2016

SUNAY, Ö./ KIZILKAYA, A./ MOLA, F. vd.: “Estetik Cerrahin Hukuki Sorumluluğu” Erişim adresi:<<http://turkjplastsurg.org/sayilar/55/buyuk/081.pdf>> [15.10.2017]

SOYASLAN, D.: “Estetik Cerrahi Müdahaleler Nedeniyle Doktorların Sorumluluğu”, II. Sağlık Hukuku Kurultayı,7-8 Kasım 2008, Ankara Barosu, Ankara, 2009

ŞATIR, N., :Emsal Kararlar Işığında Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015

ŞENOCAK, Z.: “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”, AÜHFD, C. L, S. 4, Y. 2001

ŞENOCAK, Z, Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Dayınları Hukuk Yayınları, Ankara, 1995

TACİR, H., :“Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı”, III. Ulusal Sağlık Hukuku “ Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Ötenazi” Sempozyumu, Seçkin Yayınları

TANERİ, G., :Hasta ve Hekim Hakları ile Uygulamadan Örnek Hükümlerle Türk Hukukunda Hekim Ceza Sorumluluğu, Ankara; Bilge Yayınevi, Temmuz 2015, (Metinde: “Hasta”)

TANERİ, G., : Hasta Hakları, Bilge Yayınevi. Ankara, 2014 (Metinde: “Hasta Hakları”)

TANDOĞAN H., Türk Mes’uliyet Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010

TAY, S. : Vekâlet Sözleşmesinde Vekilin Şahsen İfa Borcu, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2017

TERCIER P./ PICHONNAZ P./ DEVELİOĞLU M, : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Onikilevha yayıncılık, İstanbul 2016

TEVİN, A, BİLGİN, E. AKTAŞ, E. KOÇAK, A. : “Aydınlatılmış Onam Konusunda Hekimlerin Uygulamalarının Değerlendirilmesi”, Uluslararası Türk- Amerikan Tıp Hukuku ve Etiği Sempozyumu 2-5 Mayıs 2013 Ankara, Seçkin Yayınları, Ankara, Eylül 2014

TOPUZ, G. : “Hekimin Hukuki Sorumluluğunun Yargıtay Kararları Bağlamında İspata İlişkin Güncel Sorunlar”, Uluslararası Türk- Amerikan Tıp Hukuku ve Etiği Sempozyumu (2-5 Mayıs 2013 Ankara), Seçkin Yayınevi, Ankara, Eylül 2014

TUNÇER, P. :Sağlık Hukuku Temel Bilgileri, Ankara: Adalet Yayınevi, Mart 2017

TÜRKMEN A., : Hasta ve Hekim Hukuku, Ekim 2009

UYANIK, Namık Kemal, Ticari Anlaşmazlık Davalarında Maddi Zararın Hesaplanması, Seçkin Yayınları, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Seçkin, Ankara, Kasım 2017

UYGUR, Atiye, Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara,2009, Doktora Tezi

ÜÇİŞİK, F. :Sağlık Hukuku Sorunları ve Çözüm Önerileri, Ankara; Ötüken, Eylül 2013

ÜNAL, M. :“ Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü” AÜHFD, 1978, s.397-437

YARDIM, İ. : Tüketici Olarak Hasta Hakları, Ankara, Adalet Yayınevi, Mart 2016

YAVUZ, C. : Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul, Beta Yayınevi, 2012

YENERER ÇAKMUT, Ö. : “Hastanın Tedaviyi Reddetme veya Durdurma Hakkı” Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Girne- Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu, Girne- KKTC, 2-3 Mart 2009, Ankara,2010

YENERER ÇAKMUT, Ö.: “Sağlık Hukukunun Temel Esasları ve Özellikle Aydınlatılmış Onam”, Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyum 16-17 Ocak 2009 Mersin, Ankara; Mersin Barosu, 2009

YENERER ÇAKMUT, Ö. : Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, Ocak, 2003 (Metinde: “Tıbbi Müdahaleye Rıza”)

YILMAZ IŞIK B. :Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, TBB Dergisi, 2012

ZEVKLİLER, A.: "Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları" (1982 - 1983 Öğretim Yılı Açılış Dersi Metni)". Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1 (1983)

Elektronik Kaynaklar:

<http://www.turkplastsurg.org/index.php/tprecd/article/view/2152>

<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>

<http://plastikcerrahi.org.tr/video-galeri/226/estetik-cerrahinin-ilgi-alanlari-nelerdir>

<http://turkjplastsurg.org/sayilar/55/buyuk/081.pdf>

<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/danistay/e-2015-8936-k-2016-1604-t-10-3-2016#>

<http://dergipark.ulakbim.gov.tr/mdergi/article/view/5000145769/5000133097>

<https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=193&t=37618>