



T.C.
İSTANBUL MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
YÜKSEK LİSANS TEZİ

ESTETİK DİŞ HEKİMLİĞİ VE ESTETİK, PLASTİK VE
REKONSTRÜKTİF CERRAHİDE HEKİMİN HUKUKİ
SORUMLULUĞU

FULYA ÇANKAYA

SAĞLIK HUKUKU YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

DANIŞMAN
Prof. Dr. Cevdet YAVUZ

İSTANBUL-2019

T.C.
İSTANBUL MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
YÜKSEK LİSANS TEZİ

ESTETİK DİŞ HEKİMLİĞİ VE ESTETİK, PLASTİK VE
REKONSTRÜKTİF CERRAHİDE HEKİMİN HUKUKİ
SORUMLULUĞU

FULYA ÇANKAYA

SAĞLIK HUKUKU YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

DANIŞMAN
Prof. Dr. Cevdet YAVUZ

İSTANBUL-2019

ÖZET

Geçmişten günümüze gelişen tıp bilimi ve teknoloji, beraberinde toplum yapısında estetik algıyı da geliştirmiş, beklentileri artırmıştır. Günümüzde diş hekimleri tarafından “gülüş tasarımı” olarak ifade edilen ve bu kapsamda yapılan estetik diş hekimliği müdahaleleri popülerlik kazanmıştır. Bununla birlikte; estetik, plastik ve rekonstrüktif cerrahi alanında yapılan tıbbî müdahalelere talep ve bununla bağlantılı olarak hekimin olası bir malpraktis iddiasına karşı kendisine açılan davalar ve basına yansıyan haberlerde de artış gözlemlenmektedir. Hekim/diş hekiminin yapmış olduğu tıbbî müdahalenin hukuka uygun olması için tıbbî müdahalenin tıp mesleğini icraya yetkili kişi tarafından yapılması, endikasyonun bulunması, hastanın aydınlatılmış rızasının alınması ve tıbbî müdahalenin tıbbî standartlara uygun olarak, özenle yapılması gerekmektedir. Hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin niteliği konusunda öğretisi ve uygulamada farklı görüşler bulunmaktadır. Sözleşmenin niteliği, yapılan tıbbî müdahalenin içeriğine, baskın amacına göre belirlenmektedir. Hekim ile hastanın vekâlet sözleşmesinden doğan, genel nitelik taşıyan birtakım borçları bulunmakla birlikte, sözleşmenin eser sözleşmesi olarak nitelendirildiği hâllerde yalnızca bu sözleşmeye özgü borçları da bulunmaktadır. Malpraktisin gerçekleşmesi hâlinde hekimin hukukî sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Komplikasyon her ne kadar sorumluluk doğurmasa da bu aşamada komplikasyon yönetiminin başarıyla gerçekleştirilememesi, komplikasyonu malpraktise çevirmekte, hekimin hukukî sorumluluğunu doğurmaktadır. Şartları gerçekleştiği takdirde, hukukî sorumluluğun sonucu olarak hekimin, hastanın maddî-manevî zararını tazmin etmesi gerekmektedir.

Anahtar Sözcükler: Estetik Diş Hekimliği, Estetik, Plastik ve Rekonstrüktif Cerrahi, Gülüş Tasarımı, Malpraktis, Tıbbî Müdahale

ABSTRACT

The medical science and technology which has developed from the past to the present, also developed aesthetic perception of society and has increased the expectations. Nowadays, aesthetic dentistry interventions which are expressed as “smile design” by the dentists are very popular. However, medical interventions in the branch of aesthetic, plastic and reconstructive surgery and the lawsuits against the doctors about malpractice claim also the news on the press has increased. There must be an authorized person who can act about medical interventions, indication, informed consent from the patient and medical intervention in the medical standard and it must be done carefully by doctor/dentist to have been accepted legal. There are different opinions in doctrine and practice about the type of the contract between doctor and patient. The type of the contract is determined according to content of the medical intervention and its dominant aim. The legal character of contract between doctor and the patient is contract of mandate which its own obligations and duties but if this contract is accepted as contract of construction than this contract has some distinctive consequences. If malpractice has been realized, there will be legal responsibility of the doctor. Despite the fact that the complication does not realize legal responsibility of the doctor, if complication can not be managed successfully, complication turns into malpractice and brings out the legal responsibility of the doctor. As a result of the legal responsibility, if the conditions realize, doctor must indemnify material-immaterial damages of the patient.

KeyWords: Aesthetic dentistry, Aesthetic, Plastic and Reconstructive Surgery, Malpractice, Medical Intervention, Smile Design

İÇİNDEKİLER

ÖZET	ii
ABSTRACT	iii
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM	3
ESTETİK AMAÇLI TIBBÎ MÜDAHALE KAVRAMI VE ÖZELLİKLERİ	3
I. GENEL OLARAK	3
A. Tıbbî Müdahale Kavramı.....	3
B. Estetik Amaçlı Tıbbî Müdahale Kavramı.....	5
II. ESTETİK AMAÇLI TIBBÎ MÜDAHALE TÜRLERİ	9
A. Bedensel Rahatsızlığı İyileştirme Amaçlı Estetik Müdahaleler	9
B. Ruhsal Rahatsızlığı İyileştirme Amaçlı Estetik Müdahaleler	10
C. Salt Güzelleştirme Amaçlı Estetik Müdahaleler	10
III. ESTETİK AMAÇLI TIBBÎ MÜDAHALELERİN HUKUKA UYGUNLUK ŞARTLARI.....	11
A. Hekim/ Diş Hekimi Olma	12
1. Genel Olarak	12
2. Uzmanlık Şartı	14
a. Estetik, Plastik ve Rekonstrüktif Cerrahide Uzmanlık Şartı.....	14
b. Diş Hekimliğinde Uzmanlık Şartı.....	15
B. Endikasyon.....	18
1. Genel Olarak	18
2. Amacına Göre Estetik Müdahaleler Açısından Endikasyon.....	21
a. Bedensel Rahatsızlığı İyileştirme Amaçlı Estetik Müdahaleler Açısından	21
b. Ruhsal Rahatsızlığı İyileştirme Amaçlı Estetik Müdahaleler Açısından.....	22
c. Salt Güzelleştirme Amaçlı Estetik Müdahaleler Açısından	23
3. Kanaatimiz.....	25
C. Aydınlatma ve Rıza	27
1. Genel Olarak	27
2. Aydınlatma	31
a. Aydınlatma Çeşitleri.....	32
(1). Otonomi Aydınlatması	32

(a). Teşhis Aydınlatması	32
(b). Süreç Aydınlatması	34
(c). Risk Aydınlatması	36
(2). Tedavi Aydınlatması	40
b. Aydınlatılacak Kişi	43
c. Aydınlatma Yükümlüsü	46
d. Aydınlatmanın Zamanı	47
e. Aydınlatmanın Kapsamı	49
f. Aydınlatmanın Şekli	52
g. Aydınlatmada İspat	55
3. Rıza	57
a. Genel Olarak	57
b. Rıza Açıklaması	59
c. Rızanın Şekli	59
d. Rıza Ehliyeti	61
(1). Genel Olarak	61
(2). Küçükler Bakımından Rıza Ehliyeti	62
e. Rızanın Kapsamı	66
D. Özenli Tıbbî Müdahale	68
IV. ESTETİK AMAÇLI TIBBÎ MÜDAHALELERDE HEKİM İLE HASTA İLİŞKİSİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ	77
A. Genel Olarak	77
B. Hizmet Sözleşmesi Görüşü	79
C. Vekâlet Sözleşmesi Görüşü	84
D. Eser Sözleşmesi Görüşü	91
E. SuiGeneris Sözleşme Görüşü	104
F. Kanaatimiz	105
V. ESTETİK DIŞ HEKİMLİĞİ VE ESTETİK, PLASTİK VE REKONSTRÜKTİF CERRAHİ ALANINDAKİ TIBBÎ MÜDAHALELERİN DİĞER TIBBÎ MÜDAHALELERE NAZARAN ÖZELLİKLERİ	107
İKİNCİ BÖLÜM	108
ESTETİK AMAÇLI TIBBÎ MÜDAHALELERDE HEKİMİN VE HASTANIN BORÇLARI	108
I. HEKİMİN VE HASTANIN HEKİMLİK SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN BORÇLARI	108
A. Hekimin Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Borçları	108

1. Sadakat ve Özen Borcu.....	108
2. Kişisel Edim Borcu	113
3. Anamnez (Hasta Öyküsü) Alma Borcu.....	118
4. Muayene Etme Borcu	119
a. Teşhis Muayenesi	120
b. Önleyici Nitelikli ve Erken Tanı Amaçlı Muayene	120
c. Kontrol Muayenesi.....	120
5. Teşhis Koyma Borcu.....	121
6. Tedavi Borcu	123
7. Reçete Yazma Borcu.....	124
8. Tıbbî Teknik Kullanma Borcu.....	125
9. Kayıt Tutma Borcu	127
10. Sır Saklama Borcu	131
11. Kullanılan Ürün ve İlaçlarla İlgili Borcu.....	137
12. Mesleki Bilgilerini Geliştirme Borcu	138
B. Hastanın Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Borçları.....	138
1. Kişisel Bilgi ve Belgeleri Doğru Verme Borcu.....	138
2. İşbirliği ve Hekimin Tavsiyelerine Uyma Borcu.....	139
3. Teşhise Yönelik İncelemelere Uyma ve Katlanma Borcu.....	142
4. İhbar (Bildirme) Borcu.....	142
5. Hizmet Veren Kurumların Kurallarına Uyma Borcu	143
6. Ücret Ödeme Borcu	143
II. HEKİMİN VE HASTANIN ESER SÖZLEŞMESİNE TABİ MÜDAHALELER	
BAKIMINDAN BORÇLARI.....	145
A. Hekimin Eser Sözleşmesine Tabi Müdahaleler Bakımından Borçları.....	145
1. Eseri Yaratma ve Teslim Etme Borcu.....	145
a. Genel Olarak	145
b. Teslim Borcunun İfa Zamanı.....	148
c. Teslim Borcunu İfada Temerrüt.....	149
2. Kişisel Edim Borcu	152
3. Araç, Gereç ve Malzemeyi Sağlama Borcu.....	155
4. Genel İhbar (Bildirim) Borcu	161
5. Ayıba Karşı Tekeffül Borcu	164
B. Hastanın Eser Sözleşmesine Tabi Müdahaleler Bakımından Borçları	180
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM.....	182

HATALI TIBBÎ UYGULAMA (MALPRAKTİS) VE HUKUKÎ SORUMLULUK	182
I. HATALI TIBBÎ UYGULAMA (MALPRAKTİS)	182
A. Kavram	182
B. Tıbbî Uygulama Hatası (Malpraktis) Örnekleri	186
1. Teşhis Hatası.....	187
2. Tedavi Hatası.....	189
3. Komplikasyon Yönetimi	195
4. Tedavi Sonrası Yükümlülüklerin İhlâli	197
5. Üstlenme Kusuru	198
6. Hekimin Uygulama Hatasını Hastaya Bildirme Yükümlülüğü	201
II. ESTETİK AMAÇLI TIBBÎ MÜDAHALELER DOLAYISIYLA HEKİMİN HUKUKÎ SORUMLULUĞU	201
A. Genel Olarak Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu	201
1. Sözleşmeden Doğan Sorumluluğun Unsurları.....	202
a. Sözleşmenin İhlâli	202
b. Kusur	203
c. Zarar.....	204
d. İlliyet Bağı.....	206
2. Vekâlet Sözleşmesine Tabi Estetik Amaçlı Tıbbî Müdahaleler Bakımından ...	208
3. Eser Sözleşmesine Tabi Estetik Amaçlı Tıbbî Müdahaleler Bakımından	209
B. Hekimin Haksız Fiil Dolayısıyla Sorumluluğu	210
1. Genel Olarak	210
2. Haksız Fiilden Doğan Hukukî Sorumluluğun Unsurları	212
a. Hukuka Aykırı Fiil.....	212
b. Kusur	214
c. Zarar.....	216
d. İlliyet Bağı.....	220
3. Estetik Amaçlı Tıbbî Müdahalelerde Haksız Fiilden Doğan Hukukî Sorumluluk	221
C. Hekimin Vekâletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluğu	222
1. Genel Olarak	222
2. Sorumluluğun Kapsamı.....	225
3. Estetik Amaçlı Tıbbî Müdahalelerde Vekâletsiz İş Görmeden Doğan Hukukî Sorumluluk	227
III. SORUMLULUĞUN SONUÇLARI	229

A. Maddî Tazminat.....	229
B. Manevî Tazminat.....	231
C. Tazminat Davasında Yargı Yolu, Görevli ve Yetkili Mahkeme	235
1. Görevli Mahkeme.....	235
2. Yetkili Mahkeme.....	236
IV. SORUMLULUĞUN SINIRLANMASI VE SONA ERMESİ.....	237
A. Sorumsuzluk Anlaşması	237
B. Hastanın Rızası.....	239
C. Zaruret Hâli.....	239
V. ZAMANAŞIMI.....	240
A. Hekimin Sözleşmeden Doğan Hukukî Sorumluluğunda Zamanaşımı.....	240
B. Hekimin Haksız Fiilden Doğan Hukukî Sorumluluğunda Zamanaşımı	241
C. Hekimin Vekâletsiz İş Görmeden Doğan Hukukî Sorumluluğunda Zamanaşımı	242
SONUÇ	243

GİRİŞ

Tıbbî müdahaleler günümüzde yalnızca tedavi amaçlı yapılmamaktadır. Daha güzel görünme amacıyla yapılan gerek estetik, plastik ve rekonstrüktif cerrahi alanında gerekse diş hekimlerinin yapmış olduğu estetik amaçlı tıbbî müdahalelere olan talep de git gide artmaktadır. Artan taleple birlikte doğru orantılı olarak, yapılan tıbbî müdahalelerin hatalı olduğu iddiası ile açılan davalar ve basına yansıyan haberler de artış göstermektedir.

Her ne kadar bu gibi müdahalelerde güzelleştirme amacı ön planda olsa dahi, estetik diş hekimliği müdahaleleri bakımından sınırlı kalmakla birlikte; özellikle estetik, plastik ve rekonstrüktif cerrahi alanında yapılan tıbbî müdahalelerde güzelleştirme amacı dışında, tedavi amacıyla yapılan müdahaleler de azımsanmayacak derecede fazladır. Tezimizde kapsamlı olarak ele alındığı üzere, güzelleştirme ve tedavi amacının iç içe geçtiği her iki alana ait kimi tıbbî müdahalelerde tedavi amacının kuşkuyla yer olmayacak ölçüde sabit olduğu, buna bağlı olarak sözleşme türünden sorumluluklara kadar birçok faktörün ayrı ayrı değerlendirileceği gözlemlenmektedir. Tedavi amacının müdahalenin temelini oluşturduğu vak'alara; tükürük saçarak konuşan, konuşmada fonksiyonel bozukluk yaşayan diastemavak'asını ve iyileştirme amaçlı yapılan tıbbî müdahaleleri; ileri derecede obezite problemi dolayısıyla hayati tehlikesi bulunan hastaya fayda-zarar dengesi gözetilerek yapılan liposuction ve benzeri müdahaleleri, büyük meme şikayetiyle omurga yapısı bozulan, bel fıtığı şikayeti yaşayan hastanın iyileştirme amaçlı yapılan meme küçültme ameliyatını, meme kanseri dolayısıyla memesi alınan hastaya cerrahi işlemle eş zamanlı ya da tedavi sonrası gerçekleşen operasyon ile implant/kendi dokusundan yapılan meme cerrahisi işlemlerini örnek olarak göstermek mümkündür.

Tezimizde estetik diş hekimliği müdahaleleri bakımından diş hekimlerinin yapmış olduğu tıbbî müdahaleler ve estetik, plastik ve rekonstrüktif cerrahi alanında hekimlerin yapmış olduğu tıbbî müdahaleler ayrı ayrı değerlendirilmiştir. Konu, Türk Borçlar Kanunu başta olmak üzere, Sağlık ve Tıp Hukuku Mevzuatı ve Yargıtay kararları kapsamında da detaylı olarak incelenmiş, bu düzenlemeler diş hekimi/hekim ile hasta arasındaki ilişkiye niteliğine uygun düştüğü ölçüde

uyarlanmıştır. Karşılaştırmalı Hukuk'ta da Alman Hukuku ve İsviçre Hukuku öğreti ve uygulaması başta olmak üzere çeşitli ülkelerin konu hakkındaki düzenlemelerine yeri geldikçe değinilmiştir.

Üç bölümden oluşan tezimizin birinci bölümünde; tıbbî müdahale, estetik amaçlı tıbbî müdahale tanımlarına, estetik amaçlı tıbbî müdahalelerin çeşitlerine, tıbbî müdahalelerin hukuka uygunluk şartlarına yer verilmiş; endikasyon konusu amacına göre her sınıf estetik amaçlı tıbbî müdahale türleri bakımından ayrı ayrı değerlendirilmiş; diş hekimi/hekim ile hasta arasındaki ilişkinin hukukî niteliği, doktrindeki görüşler ve Yargıtay kararları çerçevesinde sınıflara ayrılmış, her bir sözleşme genel kurallar ve hekim ile hasta ilişkisine uyarlanmış hâliyle ayrı ayrı değerlendirilmiştir. Diş hekimi/hekim ile hasta arasındaki hukukî ilişkiden doğan borçların yer aldığı ikinci bölümde genel olarak, hekimlik sözleşmesi dolayısıyla hekimin ve hastanın borçlarına değinilmiş, hekim ile hasta arasındaki ilişkinin eser sözleşmesine tabi olduğu hâllerde, eser sözleşmesinden kaynaklanan borçları ayrıca düzenlenmiştir. Üçüncü bölümde ise diş hekiminin/hekimin yapmış olduğu tıbbî müdahalenin hatalı olması durumunda malpraktis olarak adlandırılan hatalı tıbbî müdahale kavramına ve çeşitlerine yer verilmiş; aynı bölümde, estetik amaçlı tıbbî müdahale nedeniyle hekimin sözleşmeye aykırılık, haksız fiil ve vekâletsiz iş görme dolayısıyla sorumluluğu tüm unsurlarıyla değerlendirilerek, bu sorumluluğun sonuçları, sınırlanması, sona ermesi ve son olarak zamanaşımı konularına değinilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

ESTETİK AMAÇLI TIBBÎ MÜDAHALE KAVRAMI VE ÖZELLİKLERİ

I. GENEL OLARAK

A. Tıbbî Müdahale Kavramı

Hukukî dayanağı Anayasa'nın 17. maddesinin 2. fıkrasında¹ belirtilen tıbbî müdahale; tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, tıp biliminin genel olarak kabul edilmiş kurallarına uygun surette, doğrudan ya da dolaylı olarak tedavi amacıyla, en basit teşhis ve tedavi yönteminden en ağır cerrahi müdahalelere kadar geniş kapsamda uygulama alanı bulunan, kişilerin bedensel, fiziksel veya psikolojik bir hastalığını, noksanlığını teşhis ve tedavi etmek, bu mümkün olmadığı takdirde mevcut hastalığı hafifletmek ya da acılarını gidermek veya onları böyle bir hastalıktan koruma amaçlı, bilimsel ve teknik fiilleri kapsayan, içeriği zamana göre değişken, her tür faaliyet olarak tanımlanmaktadır².

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 4. maddesinin 1. fıkrasının g bendinde de tıbbî müdahale; tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbin sınırları içinde gerçekleştirilen fizikî ve ruhî girişim olarak ifade edilmektedir.

Günümüzde, teşhis, tedavi ve koruma amaçlı müdahaleler dışında, geleneksel anlayıştan farklı şekilde, kişiye sağlık kazandırmanın birincil amacı oluşturmadığı,

¹ Anayasa'nın 17. maddesinin 2. fıkrası uyarınca; "Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz."

² ÇİLİNGİROĞLU, Cüneyt, Tıbbî Müdahaleye Rıza, İstanbul 1993, s. 15; AYAN, Mehmet, Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hukukî Sorumluluk, Ankara 1991, s. 5; İPEKYÜZ, Yavuz Filiz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul 2006, s. 22; ÇAKMUT, Yenerer Özlem, Tıbbî Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003, s. 24; BAYRAKTAR, Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Ceza Sorumluluğu, İstanbul 1972, s. 24; YILMAZ, Battal, Hekimin Hukukî Sorumluluğu, Ankara 2017, s. 1; GÜRELLİ, Nevzat, "Hukuk Açısından Cerrahi Müdahalelerin Sınırları", Doğumunun 100. Yılında Atatürk'e Armağan (1981- 1982), İÜHF., C. XLV-XLVII, S. 1-4, 1979-1980-1981, s. 270-271.

estetik amaçlı müdahaleler, kürtaj, sterilizasyon, sünnet, yaşayan organ vericisinden organ alınması gibi örneklendireceğimiz, farklı amaçlarla yapılan tıbbi müdahaleler de bulunmaktadır³. Teşhis, tedavi ve önleme amacına yönelik olarak, yapılan tanımlarla birlikte; kendisine tıbbî müdahale uygulanan kişinin hasta olmadığı ve yapılan müdahaledeki temel amacın tedavi olmadığı tıbbî müdahalelerden de söz edilebilmektedir⁴. Hakeri bu tanımların eksikliklerine ve tıp hukukunda yol açtığı sorunlara işaret ederek, tıbbî müdahaleyi, “insan üzerinde tıp biliminin uygulanması ile bağlantılı olarak yapılan her türlü müdahale” olarak tanımlamaktadır⁵. Yargıtay da çocuk aşılarında tedbir kararı öncesi ailenin dinlenmesi gerektiği hususunda vermiş olduğu bir kararında tıbbî müdahaleyi “tıp biliminin kuralları uygulanmak suretiyle yapılan her türlü müdahale” olarak ifade ederek, Hakeri’nin tanımını benimsemiştir⁶. Tıbbî müdahale, doktrinde ileri sürülen düşünceleri kapsar nitelikte; uygulamanın tıp mesleğini icraya yetkili kişilerce yapıldığı, teşhis, tedavi veya hukuka uygun amaç çerçevesinde, kişinin yapılacak müdahaleden beklediği menfaatine uygun olarak, tıbbin sınırları içerisinde bulunan fiziki ve ruhî girişim olarak da tanımlanabilmektedir⁷.

Çeşitli şekilde sınıflandırılması mümkün olan tıbbî müdahale kapsamını Savaş; “Eğitim amaçlı tıbbî araştırma ve denemeler, önleme amaçlı tıbbî müdahaleler, teşhis etme amaçlı tıbbî müdahaleler, tedavi etme amaçlı tıbbî müdahaleler, estetik tıbbî müdahaleler ve cinsiyet değişikliği müdahaleleri, iyilik halini devam ettirme, toplumsal yaşama alıştırmaya amaçlı tıbbî müdahaleler” olarak ayırma tabi tutmuştur⁸. Gökcan da basit teşhis işleminden ilaçla tedaviye, fiziksel tedavi alanlarına ve her türlü psikiyatrik tedavilerle ameliyatlara, estetik ameliyatlara, diş çekimi ve protez yapımına ve hastanın acısının azaltılmasına, hastalığın önlenmesine kadar tüm tıbbî

³ÖZER, Çağlar, “Türk Hukukunda Estetik Cerrah İle Hasta Arasındaki Hukukî İlişkinin Niteliği”, II. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Kasım 2008, Ankara 2009, s. 242; BADUR, Emel, Tıbbî Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller, Ankara 2017, s. 27; ÖZÇETİN, Selvi/BALABAN, Murat, Sağlık Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2015, s. 43.

⁴ ÖZPINAR, Berna, “Tıbbî Müdahalede Kötü Uygulamadan Doğan Hukukî Sorumluluğun Sebepleri ve Sonuçları”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 3, 2008, s. 90.

⁵ HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2015, s. 43.

⁶ Yargıtay 2. HD, 14.04.2014, 149/8841, HAKERİ, Tıp Hukuku CD ekinde.

⁷ ÖZPINAR, Berna, Tıbbî Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukukî Sonuçları, Ankara 2007, s. 17

⁸ SAVAŞ, Halide, “Yargıya Yansıyan Tıbbî Müdahale Hataları”, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s. 27-28.

amaçlı işlemleri tıbbî müdahale kapsamında değerlendirmektedir”⁹. Salt kozmetik girişimler kural olarak tıbbî müdahale kabul edilmemekle birlikte; yapılan müdahalenin insan sağlığını etkilemesinin söz konusu olduğu durumlarda bu müdahaleler tıbbî müdahale kapsamında değerlendirilmektedir¹⁰.

B. Estetik Amaçlı Tıbbî Müdahale Kavramı

Kişinin bedeni üzerinde doğuştan sahip olduğu veya doğuştan var olmamakla birlikte; sonradan bir etken; kaza, yaralanma, hastalık sonucu ya da kendiliğinden meydana gelerek, kişinin dış görünümünde bozulmaya neden olan deformasyonların giderilmesi amacıyla veyahut deformasyon olmaksızın, kişinin salt daha güzel bir görünüme kavuşturulması, ruhen daha iyi, mutlu olması amacıyla gerçekleştirilen müdahaleler, estetik amaçlı tıbbî müdahale olarak adlandırılmaktadır¹¹. Başka bir ifadeyle estetik amaçlı tıbbî müdahale, “fiziki görünümün tıbbî el atma ile güzelleştirilmesi işlemidir”¹². Temel ise estetik müdahaleleri; “hekimler tarafından güzellik amacıyla bedene uygulanan ve şekil değişikliği sonucunu doğuran tıbbî müdahaleler” olarak tanımlamıştır¹³.

⁹ GÖKCAN, Hasan Tahsin, Tıbbî Müdahaleden Doğan Hukukî ve Cezai Sorumluluk, 3. Baskı, Ankara 2017, s. 45.

¹⁰ GÖKCAN (Etik ve Hukuk), s. 121.

¹¹ AYAN, s. 34; ÇİLİNGİROĞLU, s. 19-20; AŞÇIOĞLU, Çetin, Tıbbî Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Ankara 1993, s. 51; SARIAL, Enis, Sağlık Bakanlığı Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler, İstanbul 1986, s. 77; BELGESAY, Mustafa Reşit, Tıbbî Mesuliyet, İstanbul 1954, s. 75; ÇAKMUT, s. 180; ÖZAY, Merter, Estetik Amaçlı Tıbbî Müdahalelerde Hekimin Hukukî Sorumluluğu, Ankara 2006, s. 23; BAYRAKTAR, s. 165; PETEK, Hasan, “Güzelleşme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 8, Sayı 1, 2006, s. 180; MEMİŞ, Yusuf, “(Yargıtay Kararları Işığında) Estetik Ameliyatlardan Doğan Hukukî Sorumluluk”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 11, Sayı 119, Temmuz 2016, s. 175; BORAN, Bedia, “Estetik Cerrahi Hekimin Hukukî Sorumluluğu”, II. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Kasım 2008, Ankara 2009, s. 253; AKYILDIZ, Sunay, “Estetik Amaçlı Tıbbî Müdahalelerde Hukukî Sorumluluk”, IV. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu 7-8 Mayıs 2012, Ankara 2013, s. 65; KAYA, Mine, “Estetik Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğünün Kapsamı”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 11, Sayı 117, Mayıs 2016, s. 24; ŞATIR, Nejdet, Emsal Kararlar Işığında Kamu ve Özel Hastanelerde Çalışan Hekimlerin Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu Yargıtay-Danıştay İçtihatları, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 33; YILMAZ, s. 93; ÇINARLI, Serkan/AVCIOĞLU, Ezgi/KIZILKAYA, Seyit Ali, “Plastik ve Rekonstrüktif Cerrahinin İçerisinde Yer Alan Estetik Operasyonların Hukukî Olarak Nitelendirilmesi ve İdari Yargı Sürecine Etkileri”, Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 1, Sayı 1, 2013, s. 236.

¹² GÖKCAN, Hasan Tahsin: “Etik ve Hukuk İlişkisi Bağlamında Estetik Tıbbî Müdahaleler ve Cezaî Sorumluluk”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 9, Sayı 93, Mayıs 2014, s. 120.

¹³ TEMEL (Estetik), s. 228

Günümüzde gelişen tıp bilimi ve ilerleyen teknoloji; beraberinde hastaların estetik beklentilerini de artırmış, diş hekimleri tarafından “gülüş tasarımı” olarak da ifade edilen, estetik analiz ile hastanın yüzünün ve gülümsemesi&dişlerinin değerlendirilerek ve beklentilerine uyumlu olarak kişiye özgü gülüşün tasarlandığı, estetik bir görünüm ile doğal bir gülüşün elde edildiği estetik diş hekimliği müdahaleleri özellikle gülüş hattına giren dişlerde popülerlik kazanmıştır. Temelinde diş çapraşıklığı, renkleşme, gummysmile olarak ifade edilen, gülüş esnasında diş etlerinin aşırı derecede görünmesi, diş aralığı (diastema), çürük/travma neticesinde madde kaybına uğrama, şekil bozukluğu gibi, kişinin dış görünümünü olumsuz etkileyen çeşitli diş/diş eti bozukluklarının giderilmesi ya da daha iyi bir hâle getirilmesini amaçlayan bu müdahalelere örnek olarak; “lamine” ya da “yaprak porselen” olarak da adlandırılan porselen laminate veneer, “bonding” adıyla da tabir edilen kompozit lamina, emax porselen lamina, metal alt yapısı olmayan zirkonyum kuronlar veya köprüler, dişin rengiyle uyumlu porselen dolgular (inley-onley), beyazlatma (bleaching), kuron boyu uzatma, gummysmile tedavisine yönelik cerrahi işlem olarak diş etini kesme (gingivektomi), diş eti şekillendirme (gingivoplasti), diş etlerinin aşırı derecede görüldüğü gummysmile vakalarında yapılan cerrahi işlemlerin arkasından gerekli olması hâlinde yapılan botox uygulamaları, dudak pozisyonlandırma verilebilir. Bu uygulamalarla ulaşılmak istenen amaç çoğunlukla pembe (diş eti) &beyaz (diş) estetiği sağlamaktır.

Uygulanışı eski çağa kadar uzanmakla birlikte, XX. yüzyılın ilk yarısında özellikle geniş bir uygulama alanı bulan estetik cerrahi ise; birinci ve ikinci dünya savaşlarından hemen sonra savaş yaralılarının vücut deformasyonlarını düzeltme amaçlı yapılan ameliyatlara epey gelişme kaydetmiştir¹⁴. Plastik ve rekonstrüktif cerrahinin alt dallarından olan¹⁵ ve günümüzde, tıbbî zorunluluğun bulunmadığı hâllerde de; modern hayat, gelişen tıbbî cerrahi, estetik algıdaki değişiklik ve kişilerin kendilerine duyduğu özgüveni artırma amacıyla da yapılan estetik müdahalelerde, güzelleştirmenin ön plânda bulunduğu estetik cerrahinin¹⁶

¹⁴ BAYRAKTAR, s. 165; ÇİLİNGİROĞLU, s. 20.

¹⁵ ARINCI/USTA, s. 84.

¹⁶ AKYILDIZ, s. 65.

kapsamına, vücudu daha güzel ve mükemmel hâle getirme amacıyla yapılan tıbbî müdahaleler girmektedir¹⁷.

Estetik cerrahi alanına giren müdahalelere örnek olarak; botoks enjeksiyonları, yüz gençleştirme cerrahisi, endoskopik alın cerrahisi; mekanik soyma, kimyasal soyma, lazer cerrahisi gibi cilt yenileme müdahaleleri; yağ, silikon, teflon, fasya gibi dolgu maddeleri uygulama, göz çevresi cerrahisi, burun estetiği; meme büyütme, meme küçültme veya dikleştirme, yeni meme yapılması gibi göğüs estetiğine ilişkin müdahaleler, vücut şekillendirme cerrahisi ve karın germe; liposuction, liposhaping, lipofilling gibi yağ dokuları aspirasyonu müdahaleleri, jinekomasti, cinsel organ estetiğine ilişkin müdahaleler ve saç restorasyonu cerrahisi verilebilmektedir¹⁸.

Neşter kullanılmaksızın, dudaklara silikon enjekte edilmesinde, alındaki kırışıklıkları yok etmeye dair müdahalelerde olduğu gibi¹⁹ bazı estetik müdahaleler cerrahi nitelikli değilken, estetik amaçlı tıbbî girişimlerin çoğu cerrahi branşlardan plastik ve rekonstrüktif cerrahi ve bu alanın alt dalı olan estetik cerrahi alanında gerçekleştirilmektedir²⁰.

Kişinin doğuştan sahip olduğu veyahut sonradan edindiği anomali, şekil ve fonksiyon bozukluğunun giderilmesi ve vücut görünümünün düzeltilmesi ile uğraşan cerrahi dalını oluşturan plastik ve rekonstrüktif cerrahide; plastik; Yunanca “plasticos” dan gelen bir sözcük olup, “bir kalıba uydurmak”, “şekillendirmek” olarak tanımlanırken²¹; Latin kökenli, rekonstrüktif kelimesi ise “yeniden yapmak” anlamına gelmektedir²².

Plastik cerrahi branşına giren tıbbî müdahalelere örnek olarak; “1- yüz cerrahisi (maksillofasial cerrahi) yüz yaralanmaları; yüz kırıkları; 2- yüz felci cerrahisi (yüz bölgesi kaza ve tümör ameliyatı sonrası onarımları), 3-el cerrahisi (doğuştan el anomalileri; el yaralanmalarında acil cerrahi veya sekellerin düzeltilmesi), 4- okuloplastik cerrahi (göz kapağı tümörleri; göz kapağı estetikleri; göz kapağı

¹⁷ EFE, Gözde, “Plastik Cerrahide Malpraktis ve Uluslararası Hukuktaki Yeri”, III. Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi, 23-25 Nisan 2016, Ankara 2016, s. 195,196.

¹⁸ PETEK (Estetik), s. 183; GÖKCAN (Etik ve Hukuk), s. 120; ARINCI/USTA, s. 86.

¹⁹ TEMEL (Estetik), s. 228; ÖZER, s. 244.

²⁰ GÖKCAN (Tıbbî Müdahale), s. 471; ARINCI/USTA, s. 84.

²¹ GÖKCAN (Etik ve Hukuk), s. 120, dn. 6.

²² EFE, s. 196.

düşüklükleri ve darlıkları; göz çevresi travma ve deformiteleri), 5- pediatrik plastik cerrahi, anomalileri, yoklukları, asimetrileri; doğmalık dudak, damak ve yüz yarıkları(tavşan dudak, kurt ağzı); doğumdan kulak yokluğu, 6- çene cerrahisi, alt ve üst çene küçüklüğu, büyüklüğu, geri veya ileri olması; çene eklemi hastalıkları; çene kemikleri tümörleri), 7- onkolojik cerrahi, baş ve boyun bölgesi tümörleri; yumuşak doku sarkomları, derinin cerrahi hastalıkları (selim deri hastalıkları; habis deri hastalıkları; malin melanom; izler, nedbeler, keloidler), yanıklar (acil ve erken dönem yanıklar; geç dönem şekil bozukluklarının ve sekellerin onarımı), 8- urogenital cerrahi (hipospadias, epispadias; penis onarımı veya oluşturulması; vajina oluşturulması veya onarımı; cinsiyet değiştirme ameliyatları; cinsel organ estetikleri), 9- kraniofasial cerrahi (doğuştan kafatası şekil bozuklukları; kafatası ve çevresi tümörleri ve kaza sonucu onarımları), yara tedavisi (şeker hastalarında oluşan yaralar; yatalak hastaların yaraları; varis ülserleri; radyasyon yaraları), 10- mikrocerrahi ve transplantasyon kopan organların yerine dikilmesi (parmak, el, saçlı doku, penis, kulak gibi); doku nakilleri ile geniş yaraların kapatılması”²³ gibi uygulamaları saymamız mümkündür.

Tedavi amacının çoğunlukla ikinci plânda kaldığı estetik amaçlı tıbbî müdahalelerin, zaman zaman tıbbî zorunluluğu beraberinde getirdiği müdahaleler; rekonstrüktif cerrahi alanına girmektedir²⁴. Örneğin; “kazalar sonucu oluşan doku ve organ kayıplarının onarımı; yanık sonucu oluşan doku ve organ kayıplarının onarımı; doğuştan eksik veya kusurlu olan organların onarımı; tümör ameliyatları sonrası eksilen veya bozulan organların onarımı gibi müdahaleler”²⁵, rekonstrüktif cerrahi kapsamındadır.

Uluslararası Estetik Plastik Cerrahlar Birliği’nin (ISAPS), “ISAPS Biental Küresel Anket” adıyla yapmış olduğu araştırmada, Türkiye’nin, estetik amaçlı tıbbî müdahalelerin en çok yapıldığı ülkeler arasında Avrupa genelinde ikinci sırada, dünya genelinde ise dokuzuncu sırada yer aldığı görülmektedir. Anket uyarınca, şu anda mesleğini icra eden lisanslı estetik cerrahların sayısı 30 bin 817 civarlarında iken; estetik cerrah olmayan kişilerin yapmış olduğu işlemler hariç olmak üzere,

²³ PETEK (Estetik), s. 183; GÖKCAN (Tıbbî Müdahale), s. 471-472; GÖKCAN (Etik ve Hukuk), s. 120.

²⁴ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 427; şATIR, s. 33.

²⁵ GÖKCAN (Tıbbî Müdahale), s. 472; GÖKCAN (Etik ve Hukuk), s. 121.

yapılan cerrahi işlemlerin 8 milyon 536 bin 379, bıçaksız estetik işlemlerin ise 8 milyon 759 bin 187; toplamda da lisanslı estetik cerrahların cerrahi ve bıçaksız estetik işlemlerinin 17 milyon 295 bin 557 civarlarında olduğu tahmin edilmektedir. Estetik cerrahlar tarafından yapılan bu tıbbî müdahalelerin oranlarına bakıldığında ise; yağ alma (liposuction) %18, göğüs büyütme %17, göz kapağı estetiği %13.5, rinoplasti %9.4, abdominoplasti %7.3 oranında bu tıbbî müdahalelerin yapıldığı gözlemlenmekte; ameliyatsız estetik tıbbî müdahaleler arasında ise en çok tercih edilenlerin botulinum toksin enjeksiyonları %32.7, hyalüronik asit enjeksiyonları %20.1, lazer epilasyon %13.1, otolog yağ transferi %5.9, lazer tedavisi %4.4 gibi müdahaleler olduğu görülmektedir²⁶.

II. ESTETİK AMAÇLI TIBBÎ MÜDAHALE TÜRLERİ

Estetik amaçlı tıbbî müdahale türlerini gerek estetik diş hekimliği müdahaleleri bakımından, gerekse estetik, plastik ve rekonstrüktif cerrahi kapsamına giren müdahaleler bakımından amacına göre; bedensel iyileştirme, ruhsal iyileştirme ve salt estetik amaçlı tıbbî müdahaleler olarak sınıflandırmamız mümkündür²⁷.

A. Bedensel Rahatsızlığı İyileştirme Amaçlı Estetik Müdahaleler

Tavşan dudak, damak yarıkları, doğuştan kulak yokluğu/kafatası şekil bozuklukları gibi, kişinin doğuştan sahip olduğu anomalilerin onarımı veya sonradan kaza ya da başkaca bir etken sonucu veyahut kendiliğinden oluşan doku ve organ kayıplarının onarımı, yanık sonrası meydana gelen doku ve organ kayıplarının onarımı, yara izi onarımı, düşük kaşın veya göz kapağının kaldırılması işlemleri gibi örneklendirebileceğimiz müdahaleler, bedensel rahatsızlığı iyileştirme amaçlı estetik müdahaleler kapsamında ele alınmaktadır²⁸.

²⁶ ARINCI/USTA, s. 84'ten.

²⁷ ÖZAY, s. 25; BULUT (Sözleşme), s. 63; ARINCI/USTA, s. 86.

²⁸ ÖZAY, s. 25; GÖKCAN (Etik ve Hukuk), s. 121-122.

B. Ruhsal Rahatsızlığı İyileştirme Amaçlı Estetik Müdahaleler

Saç ekimi, yüz gerdirme, burun yapısında değişiklik yapılması, küçültülmesi, göğsün küçültülmesi ya da büyütülmesi, liposuction ve benzeri tekniklerle vücuttan yağ alınması gibi örneklendireceğimiz müdahalelerin temelinde kişinin patolojik bir rahatsızlığı bulunmamakta, yaş ilerlemesi, beslenme bozukluğu, kaza geçirilmesi, doğum yapılması ya da başkaca etkenler sonucu veya doğuştan dış görünümünde var olduğunu düşündüğü bozukluğun ruhsal yapıda meydana getirdiği rahatsızlığın tedavisi amaçlanmaktadır²⁹.

Estetik diş hekimliği müdahaleleri bakımından da; kişinin doğuştan sahip olduğu, diastema olarak ifade edilen, dişler arasındaki aralık, gummysmile ifadesinin kullanıldığı, diş etinin aşırı derecede görünmesi durumu, kaza sonucu kırılan dişin hastanın ağız yapısındaki işlevi ve estetik görünümünü bozduğu hâller olarak örneklendirebileceğimiz durumlarda, mevcut ya da sonradan oluşan anomalilerin hastanın ruhsal yapısında yaratabileceği bozukluk dolayısıyla, dolaylı da olsa tedavi amacını içeren bu tür müdahaleler ruhsal rahatsızlığı iyileştirme amaçlı estetik müdahaleler kapsamında değerlendirilebilmektedir.

C. Salt Güzelleştirme Amaçlı Estetik Müdahaleler

Sağlık problemi olmaksızın; diş protezi, kuron, köprü yaptırma, burun yapısını değiştirme, yüz gerdirme, saç ektirme, göğüs büyütme, küçültme, liposuction, karın gerdirme gibi, ruhsal rahatsızlığı iyileştirme amaçlı estetik müdahalelerde örneklendirmiş olduğumuz müdahaleler salt güzelleştirme amacıyla yapılan estetik müdahalelere de örnek teşkil etmekte; ancak buradaki fark, dolaylı da olsa bir tedavi amacının bulunmamasıdır.

Salt güzelleştirme amaçlı estetik müdahalelerde kişinin fiziki görünümünde bir bozukluk veya dış görünümünde var olduğunu düşündüğü bozukluğun ruhsal

²⁹ ÖZAY, s. 25-26; GÖKCAN (Etik ve Hukuk), s. 122.

yapısında yarattığı rahatsızlık söz konusu olmayıp; kişi daha güzel görünme, maddi kazancını artırma, şöhret kazanma gibi gayelerle tıbbî müdahale talep etmektedir³⁰.

III. ESTETİK AMAÇLI TIBBÎ MÜDAHALELERİN HUKUKA UYGUNLUK ŞARTLARI

Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı başlığı ile düzenlenmiş olan, Anayasa'nın 17. maddesi; herkesin yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğunu hükme bağlamış, aynı maddenin ikinci fıkrasında tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı hâller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı, rızası olmaksızın bilimsel ve tıbbî deneylere tabi tutulamayacağı ifade edilmiştir.

Hekimin/dış hekiminin, mesleğinin icrasına konu olan edim, kişilik hakkının da bir parçası olan, herkese karşı ileri sürülebilen ve herkes tarafından ihlâli mümkün mutlak haklardan, kişinin ruh ve beden bütünlüğüne ilişkindir. İyileştirme amaçlı olsa dahi beden ve ruh bütünlüğünün ihlâline yönelik her eylem, hukuka uygunluk nedeninin yokluğu halinde, hukuka aykırılık dolayısıyla sorumluluk doğurmaktadır³¹.

Dış hekimlerinin ve estetik cerrahların uygulamış oldukları tıbbî müdahalenin hastanın vücut bütünlüğüne doğrudan bir müdahale niteliği taşıması dolayısıyla, hukuka uygun kabul edilebilmesi bazı şartların bir arada varlığını gerektirmektedir. Bu şartlar, hastaya tıbbî müdahalede bulunacak kişinin hekim³²/dış hekimi olması, başka bir ifade ile tıp mesleğini uygulamaya kanunen yetkili olan kimseler tarafından tıp/dış hekimliği mesleğinin icrası, yapılacak müdahalede endikasyonun varlığı³³,

³⁰ GÖKCAN (Etik ve Hukuk), s. 122; ÖZAY, s. 26.

³¹ BAŞBUĞ, Aydın, "Dış Hekiminin Hukukî Sorumluluğu", I. Dış Hekimliği Hukuku Sempozyumu, 22-23 Mart 2013, Ankara 2014, s. 141.

³² Estetik, plastik ve rekonstrüktif cerrahi alanında cerrahi nitelikteki tıbbî müdahaleler bakımından uzmanlık şartı aranmakla birlikte, bu şart, cerrahi nitelikte olmayan estetik tıbbî müdahaleler bakımından aranmamakta, bu tür müdahaleler uzmanlığı olmayan hekim tarafından da yapılabilmektedir. GÖKCAN (Etik ve Hukuk), s. 123, dn. 24.

³³ Bedensel rahatsızlığı giderme amaçlı tıbbî müdahalelerde, tedavi amacı dolayısıyla, yapılan müdahalede tıbbî endikasyonun varlığı; ruhsal rahatsızlığı giderme amaçlı tıbbî müdahalelerde de dolaylı da olsa müdahalenin tedavi amacını taşıması dolayısıyla psikolojik endikasyonun varlığı kabul edilmekte ve müdahale hukuka uygun bulunmaktadır. Salt güzelleştirme amaçlı müdahalelerde ise, fiziki veya psikolojik bir endikasyona gerek olmadığını savunan yazarlara göre, endikasyonun bulunmadığı bu müdahaleler ancak hastanın sağlığı bakımından gereksiz bir risk barındırmaması ve

hastanın aydınlatılarak rızasının alınmış olması ve tıbbî müdahalenin tıbbî standartlara uygun, özenli biçimde yapılması olarak ifade edilebilir³⁴.

A. Hekim/ Diş Hekimi Olma

1. Genel Olarak

Gerek estetik diş hekimliği, gerekse estetik cerrahi müdahalelerde yapılan uygulamanın hukuka uygun sayılabilmesi, kanunen yetkili olan³⁵ diş hekimi/ hekim müdahalesi ile mümkündür. Tıbbî müdahalelerde tıp mesleğinin ve sanatının kullanılmasıyla, hakkın icrası gerçekleşir³⁶. Bu yetkiyi kullanabilecek kişiler hakkında gerekli düzenlemeler; 11.4.1928 tarih ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, 23.01.1953 tarih ve 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu, 3224 sayılı Türk Diş Hekimleri Birliği Kanunu'nda yer almaktadır³⁷.

1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un, 663 sayılı KHK ile değişik 1. maddesi uyarınca Türkiye'de hekimlik mesleğini icra edebilmek için, tıp fakültesinden mezun olmak ve tıp fakültesi diplomasına sahip olmak zorunludur. Aynı kanununun 30. maddesi de, Türk üniversitelerinin diş hekimliği fakültelerinden alınmış bir diplomayı, diş hekimliğinde mesleğin ifası için zorunlu kılmıştır. Ancak 1219 sayılı Kanun'un 3. ve 23. maddelerinde açıkça düzenlendiği üzere; “umumi veya mevzii iptali his ile yapılan büyük ameliyeler...” olarak ifade edilen, büyük ve önemli cerrahi müdahaleler bakımından tıp fakültesi

hukuka ve ahlâka aykırı olmaması halinde hukuka uygun kabul edilecektir. GÖKCAN (Etik ve Hukuk), s. 123, dn. 25.

³⁴ÜZÜLMEZ, İlhan, “Diş Hekimlerinin Cezaî Sorumluluğu”, IV. Sağlık Hukuku Kurultayı, 23-23 Eylül 2011, Ankara 2012, s. 266-267. BULUT, Gamze, “Diş Hekiminin Etik ve Hukuk Bağlamında Sorumluluğu”, IV. Sağlık Hukuku Kurultayı, 23-24 Eylül 2011, Ankara 2012, s. 179-180; SÜTÇÜ, Serdar, “Dişhekimlerinin Yaptıkları Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu”, I. Dişhekimliği Hukuku Sempozyumu, 22-23 Mart 2013, Ankara 2014, s. 376; KOCAGÖZ, Çelebi Dilara, “Tıbbî Müdahalede Bulunma Hakkının Sınırları”, I. Dişhekimliği Hukuku Sempozyumu, 22-23 Mart 2013, Ankara 2014, s. 470-471; ŞATIR, s. 15; DEMİRKAYA, Serkan, “Tıbbî Uygulama Hatası, İdarenin Tazminat Sorumluluğu ve Kusurlu Personele Rücu”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 11, Sayı 119, Temmuz 2016, s. 78-79; EROL, Hatırnaz Gültezer, Diş Hekimlerinin Hukukî Sorumluluğu ve Hasta Hakları, Ankara 2017, s. 30; GÖKCAN (Etik ve Hukuk), s. 123; ARINCI/USTA, s. 87.

³⁵ 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'da sayılan sağlık mesleği mensubu olup, tıbbî müdahalede bulunabilecek kişiler; hekimler, diş hekimleri, ebeler, sağlık memurları, sünnetçiler, hastabakıcı hemşireler, diş protez teknisyenleri olarak belirtilmiştir.

³⁶ ÇAKMUT, s. 27.

³⁷ YILMAZ, s. 3.

diplomasının tek başına yeterliliği bulunmamakta, bu gibi müdahalelerin yapılması cerrahi dalında hekimin uzmanlık belgesini almış olmasını, uzmanlık diplomasına sahip olmasını ve uzman hekim ile birlikte başka bir hekimin de varlığını gerektirmektedir. Küçük cerrahi müdahaleler bakımından ise, Türkiye’de tıp icrası için gerekli belgelere sahip olunması hekimin bu alanda faaliyeti için yeterli bulunmaktadır³⁸.

1219 sayılı Kanun’un 1. maddesinde tıp mesleğinin icrası için Türk olmayı şart olarak öngören düzenleme, 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 58. maddesi ile kaldırılmıştır. Kanun’un 4. maddesi uyarınca, yerli veya yabancı bir tıp fakültesi mezunu olan kişiler tıp bilimini icra ve hasta tedavi etme yetkisini haizdirler. Yabancı ülkelerden alınan diplomalarda ise tıp mesleğini icra yetkisi Sağlık Bakanlığı tarafından onaylanma suretiyle gerçekleşecektir³⁹.

6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu’nun 7. maddesine göre, tıp mesleğinin icrası için hekimlerin tabipler birliğine kayıtlı olması serbest hekimler yönünden zorunlu olduğu gibi, TBMM’nin 27.01.1956 tarihli yorum kararıyla bu zorunluluğun kamu kurumlarında çalışan hekimler için de geçerli olduğu belirtilmiştir. 3224 sayılı Dış Hekimleri Birliği Kanunu’nun 17. maddesi uyarınca dış hekimliği mesleğinin icrası için de dış hekimleri odasına kayıtlı olmak gerekmektedir⁴⁰.

Dış hekimliği/ hekimlik mesleğinin icrası için geçici ya da sürekli engel bir halin bulunmaması gerekliliği mesleğin icrasına kanunen yetkili olma şartlarından bir diğeridir⁴¹. 6023 sayılı Kanun’un 39 ve 49. maddelerinde geçici men cezaları düzenlenmiş bulunup, Kanun’un kendisine yüklediği görevleri yerine getirmeyen hekime, 15 günden 6 aya kadar mesleğini icra yetkisinden geçici olarak men edilebileceği, bir bölgede mesleğini icradan 3 defa men edilmiş hekimin aynı bölgede çalışmasının yasaklanabileceği belirtilmiştir. Bu hüküm, memur olan doktorlara da uygulanmaktadır. 1219 sayılı Kanun’un 28. maddesinde yer alan

³⁸ ÇAKMUT, s. 29; YILMAZ, s. 4; GÖKCAN (Tıbbî Müdahale), s. 190-191.

³⁹ GÖKCAN (Tıbbî Müdahale), s. 189.

⁴⁰ GÖKCAN (Tıbbî Müdahale), s. 193.

⁴¹ AĞIR, Müge, “Dış Hekimlerinin Tazminat Yükümlülüğü”, Adli Bilimciler Derneği III. Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi, 23-25 Nisan 2016, Ankara 2016, s. 378; ER, Ünal, Sağlık Hukuku, Ankara 2008, s. 54; DEMİRCAN, Yusuf Tunç, Dış Hekimlerinin Hukukî Sorumluluğu, İstanbul 2006, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), s. 5.

sürekli engel halinde ise, “ağır hapis, beş seneden fazla hapis, sürekli kamu hizmetlerinden yasaklılık veya meslek ve sanatı kötüye kullanma suretiyle işlenen bir fiilden dolayı iki kez mahkemece meslek ve sanatın tatili cezasıyla mahkum olan ya da sanat icra etmesine engel ve iyileşmesi imkânsız bir akıl hastalığı ile özürlü olduğu muayene sonucu tespit edilen doktorlar, Sağlık Bakanlığının teklifi ve Yüksek Haysiyet Divanı kararı ile doktorluk yapmaktan alıkonurlar⁴².”

2. Uzmanlık Şartı

a. Estetik, Plastik ve Rekonstrüktif Cerrahide Uzmanlık Şartı

Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’un 23. maddesinde genel ve lokal anestezi ile yapılan büyük ameliyatlar , 28.4.1937 tarih ve 3591 sayılı Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanun’un 6. maddesinde kanunda ifade edilen alanlar; 7. maddenin 3. fıkrasında da, hekim ve diş hekimlerinin, muayenehanelerinde bulunduracakları ve kendilerinin kullanacakları cihaz ve aletleri iyi kullanmaya muktedir olduklarını bir vesika ile ispata veya bir uzman yanında en az 3 aylık bir kurs veya staj yapma mecburiyetlerinin bulunması ifadesine açıkça yer verildiği üzere; röntgen, radyum veya elektrikli tedavi cihazları ile yapılan tedavilerde ilgili alanda uzmanlaşma şartının bulunduğu durum ve 1927 tarihli ve 992 sayılı SeririTaharriyat ve Tahlilat Yapılan ve Masli Teamüller Aranılan Umuma Mahsus Bakteriyoloji ve Kimya Laboratuvarları Kanunu’nun 1. maddesinde öngörülen düzenlemeler, Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük’ün 3. maddesinde, rahim tahliyesinin kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarınca yapılmasına ilişkin düzenleme, uzmanlık şartı gerektirmesi yönüyle sınırlı sayıda ve istisna olmakla birlikte, kural olarak tıbbî müdahalede bulunmak için kanunen uzman olma zorunluluğu getirilmemiştir. Cerrahi nitelikte olmayan estetik amaçlı tıbbî müdahalelerin veya basit cerrahi girişimlerin diğer hekimler tarafından

⁴² GÖKCAN (Tıbbî Müdahale), s. 193.

yapılması mümkündür⁴³. Hekimlik mesleğini icra edebilmek için mecburi hizmetin yerine getirilmesinin zorunlu olduğu ifade edilse de, doktrinde bu koşul mesleğin icrası yönüyle kurucu olmayıp, bildirici niteliktedir⁴⁴.

Mevzuatta genel uzmanlık çalışma alanının sınırlandırılmaması dolayısıyla, genel uzmanlığı bulunan bir hekimin özel uzmanlık gerektiren bir alanda yapmış olduğu müdahale hukuka aykırılık teşkil etmeyecektir. Genel uzmanlığı bulunan hekimin, özel uzmanlık dalının gerektirdiği tıbbî standardı sağlayarak tıbbî müdahalede bulunmuş olması, bu alanın gerektirmiş olduğu tüm olanakların ve tekniğin kullanılmış olması şartıyla, operasyon yapması imkân dahilindedir⁴⁵.

Estetik cerrahi, plastik ve rekonstrüktif cerrahinin alt dalı olmakla birlikte, bir genel cerrahin estetik operasyon yapması halinde gerçekleştirmiş olduğu tıbbî müdahale hukuka aykırı olmayacak, sorumluluğu kusurunun varlığı sebebiyle bir zararın meydana geldiği durumda devam edecektir⁴⁶. Hekimin üstlenme kusuru olarak nitelendirilen, kendi bilgi ve beceri düzeyinin üzerindeki bir operasyonu üstlenmiş olması ya da gerekli olan tıbbî şartların hazır olmaması durumunda ameliyatın olumsuz neticelenmesi halinde hekimin, sadakat ve özen borcunun ihlâli sebebiyle sorumluluğu doğacaktır⁴⁷.

b. Dış Hekimliğinde Uzmanlık Şartı

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 29. maddesinin ilk fıkrasında, dış hekiminin, insan sağlığına ilişkin olarak, dişlerin, diş etlerinin ve bunlarla doğrudan bağlantılı olan ağız ve çene dokularının sağlığının korunması, hastalıklarının ve düzensizliklerinin teşhisi ve tedavisi ve rehabilite edilmesi ile ilgili her çeşit meslekî faaliyeti icra etme yetkisinin bulunduğu düzenlenmiştir. Aynı maddenin 2. fıkrası uyarınca, dış hekimliğinin herhangi bir dalında münhasıran uzman olmak ve o unvanı ilân edebilmek; dış hekimliği

⁴³ GÖKCAN (Etik ve Hukuk), s. 124.

⁴⁴ BAYRAKTAR, s. 114; GÖKCAN (Tıbbî Müdahale), s. 189.

⁴⁵ GÖKCAN (Tıbbî Müdahale), s. 191.

⁴⁶ EFE, s. 195; GÖKCAN (Etik ve Hukuk), s. 124.

⁴⁷ GÖKCAN (Tıbbî Müdahale), s. 191.

fakültelerinden veya Sağlık Bakanlığına bağlı eğitim kurumlarından alınmış bir uzmanlık belgesine sahip olma şartına tabi tutulmuştur⁴⁸.

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'a 6225 sayılı Kanun ile eklenen Ek 14. madde ile diş hekimliği mesleğinin uzmanlık alanları ve bunların süreleri düzenlenmiştir. Kanun düzenlemesi uyarınca, diş hekimliği mesleğinde; Protetik Diş Tedavisi, Restoratif Diş Tedavisi, Ortodonti, Periodontoloji, Ağız, Diş ve Çene Cerrahisi, Ağız, Diş ve Çene Radyolojisi, Çocuk Diş Hekimliği ve Endodonti olmak üzere 8 uzmanlık alanı bulunmaktadır. Aynı Kanun'a göre, Ağız, Diş ve Çene Cerrahisi ile Ortodonti alanlarında uzmanlık süresi 4 yıl, diğer alanlarda 3 yıl olarak düzenlenmiştir. Diş hekimliği alanında uzmanlık için, merkezi olarak yapılan Diş Hekimliğinde Uzmanlık Sınavına girilmesi gerekmektedir⁴⁹.

Tıpta ve Diş Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliğinin 3-(1)/r maddesinde yapılan "çizelgelerde yer alan dallardan birinde uzmanlık eğitimini tamamlayarak o dalda sanatını uygulama hakkı ve uzmanlık unvanını kullanma yetkisini kazanmış olanları" ifadesiyle yapılmış olan uzmanlık tanımıyla, diş hekimlerine uzmanlık dallarında unvan kullanma yetkisini kazanmış oldukları belirtilmekte ve ilgili dalda sanatlarını uygulama hakkı düzenlenmektedir. Aynı yönetmeliğin 27. maddesinde de, bu yönetmelikten önceki mevzuata göre kazanılmış bulunan uzmanlık yetkisi ile ilgili haklar saklı tutulmakla birlikte; söz konusu yönetmelik hükmü uyarınca, uzmanlık belgesi almayanların hiçbir yerde ve şekilde uzmanlık unvan ve yetkilerini kullanamayacakları hükme bağlanmıştır. Ancak bu alanda uzmanların tek yetkili olarak ifade edilmesi mümkün bulunmamaktadır. Anılan hüküm, uzmanlık unvan ve yetkisinin kullanılmasını yasaklamakla birlikte; kanunla getirilmeyen bir kısıtlamanın yönetmelikle kabul edilmesi düşünülemeyeceğinden, bu hükmün diş hekiminin o uzmanlık alanıyla ilgili hiçbir müdahalede bulunamayacağı anlamını taşımayacağı şeklinde yorumlanması gerekmektedir. Ancak burada da yapılan tıbbî müdahalede uzmanlık standardının sağlanması gerekmektedir.

⁴⁸ AYKIN, Aykut Cemil/ÇINARLI, Serkan, Sağlık Personelinin Hukukî Sorumluluğu, Ankara 2016, s. 44.

⁴⁹ AYKIN/ÇINARLI, s. 45-46.

Kanunda belli bir alanda tıbbî müdahalenin uzman tarafından yapılması gerektiğinin düzenlendiği hâllerde, bu müdahalenin uzman tarafından gerçekleştirilmesi gerekmektedir; bunun dışındaki diğer müdahaleler bakımından uzmanlık standardının sağlanması koşuluyla hekimin tıbbî müdahalede bulunmasına bir engel bulunmamaktadır. Ancak, uzmanlık gerektiren özel bir durumun varlığında, acil bir durum olmadıkça, dış hekiminin hastayı uzmana göndermesi ya da en azından ilgili branştaki uzmandan görüş alması gerekmektedir⁵⁰. Uzmanlığı gerektiren özel hâllerde, acil hâller dışında, hekimin kendi uzmanlık alanına dahil olmayan bir müdahaleye gereksinim duyulduğunda hekimin hastayı uzmana göndermemesi veyahut görüş almayarak, kendi bilgi ve becerisi seviyesinin üzerinde bulunan tıbbî müdahalede bulunarak, uygulamanın olumsuz sonuçlanması hâlinde, bu eylem hekimin özen borcunun ihlâli niteliğinde olduğundan⁵¹ hukuka aykırılık teşkil edecek, hekimin üstlenme kusuruna yol açacaktır⁵².

Böylece; Tıpta ve Dış Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliği çerçevesinde dış hekimliğinde uzmanlığın, gerçekleştirilen müdahaleler bakımından ne kadar belirleyici olduğu hususu genel olarak değerlendirildiğinde, dış hekimliği fakültesinden mezun olup, dış hekimi sıfatı kazanan herkesin kural olarak dış hekimliği mesleğinin tüm alanlarında, eğitimini almış oldukları tedavi yöntemlerini uygulayabilecekleri ve mesleğin tüm alanlarında tıbbî müdahalede bulunma yetkisine sahip oldukları söylenebilecek; müdahalede bulunmanın sınırını, uzmanlığı gerektirip, dış hekiminin üstlenmemesi gereken bir müdahalede bulunarak, tıbbî müdahalenin hukuka uygunluk şartlarından özen borcunu ihlâl etmek suretiyle dış hekiminin kusurlu davranışı oluşturacaktır⁵³.

⁵⁰ GÖKCAN (Tıbbî Müdahale), s. 190.

⁵¹ AYAN, s. 6-7.

⁵² HAKERİ, s. 261.

⁵³ BULUT, Gamze, “Dış Hekimliğinde Tıbbî Müdahale”, I. Uluslararası Katılımlı Ulusal Tıp Hukuku Kongresi, İstanbul 2016, s. 377-378.

B. Endikasyon

1. Genel Olarak

Tıbbî müdahalenin gerekliliği/zorunluluğu anlamına gelen endikasyon⁵⁴; hekim, diş hekimi ya da ilgili müdahale bakımından mevzuatça yetkili kılınmış sağlık personelinin yapacağı müdahalelerin hukuka uygunluğu yönünden zorunlu bulunmaktadır. Hastaya belli bir tedavinin uygulanması veyahut müdahalede bulunulması için gereklilik arz eden durum ya da belirti olarak da tanımlanabilen endikasyon, her çeşit tıbbî müdahale ve tedavi bakımından olması gereken ve hekimin/diş hekiminin tıbbî müdahalesini hukuka uygun hale getiren en önemli unsurlardan birini oluşturmakta olup, uygulanan müdahaleyi gerekli kılan bir belirti, zorunluluk anlamına gelmekte⁵⁵, hastalıkta takip edilecek tedavi yöntemi ve uygulanacak müdahalenin belirlenmesi olarak da⁵⁶ ifade edilebilmektedir. Uygulanacak tıbbî müdahalede endikasyonun var olup olmadığı araştırılırken, müdahalede bulunulacak tarih itibariyle tıp biliminin ulaştığı seviye ölçüt olmalıdır⁵⁷.

Mevzuatımızda da tıbbî müdahalede endikasyon bulunma şartının varlığı ifade edilmektedir. Anayasa'nın 17. maddesinin 2. fıkrası “ Tıbbî zorunluluklar ... dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz.” hükmüyle; Türk Ceza Kanunu'nun 99. maddesinin 2. fıkrası “tıbbî zorunluluk” tabiriyle, Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi'nin 13. maddesinin 3. fıkrası “Tabip ve diş tabibi; teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın, hastanın arzusuna uyararak veya diğer sebeplerle, aklî veya bedenî mukavemetini azaltacak herhangi bir şey yapamaz.” hükmüyle ve Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 12. maddesinde Tıbbî Gereklilikler Dışında Müdahale Yasağı başlığı ile ele alınan “Teşhis, tedavi veya korunma maksadı olmaksızın, ölüme veya hayafî tehlikeye yol açabilecek veya vücut bütünlüğünü ihlâl edebilecek veya aklî veya bedenî mukavemeti azaltabilecek hiçbir şey yapılamaz ve talep de edilemez.” hükmüyle, her tür tıbbî müdahale ve tedavinin kural olarak endikasyona dayanması

⁵⁴ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 355

⁵⁵ BULUT (Tıbbî Müdahale), s. 378.

⁵⁶ BAŞBUĞ, s. 143.

⁵⁷ ÖZGENÇ, İzzet; Tıbbî Müdahale Dolayısıyla Cezaî Sorumluluk, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, C. II, İstanbul 2007, s. 2186.

gerektiğini ifade etmektedir⁵⁸. Endikasyon, hekimin tıbbî müdahalesinin hukuka uygun olmasını sağlayan şartlardan birini oluşturmaktadır⁵⁹.

Endikasyonun mutlaka tıbbî endikasyon olması gerekmemekte, estetik müdahaleler ve sünnet gibi müdahaleler ile örneklendireceğimiz uygulamalarda çoğu kez tıbbî bir endikasyon bulunmamakla birlikte, bu tür müdahaleler, sünnet haricinde, dolaylı da olsa tedavi amacı taşıdığından, psikolojik endikasyonun varlığı kabul edilmektedir. Verici bakımından herhangi bir tedavi amacının bulunmadığı organ nakli, cinsiyet değişikliği ameliyatları, tedavi amacını hedefleyen araştırma faaliyetleri, suni döllenme örnekleriyle de genişletebileceğimiz müdahalelerde doğrudan bir tedavi hedeflenmemekle birlikte, bu tür müdahaleler dolaylı da olsa tedavi amacına hizmet etmektedir. Bu sebeple bu tür müdahaleler de tıbbî müdahale sayılarak, tıbbî müdahalelere ilişkin esaslar bu müdahalelere de uygulanmaktadır⁶⁰.

Günümüzde doğrudan ya da dolaylı olarak tedavi amacının bulunmadığı; kişiye sağlığının kazandırılması hususunun birincil amacı oluşturmadığı teşhis, tedavi ve koruma gayesi dışında gerçekleştirilen tıbbî müdahalelerin de var olması dolayısıyla, endikasyonun yalnızca tıbbî değil, sosyal ve psikolojik türünün de kabul gördüğü, diş hekimliği müdahalelerinde de; bu tanıma uygun olarak, örneğin, tıbben çene yapısından bir şikayeti bulunmamakla birlikte, estetik görünümünde vermiş olduğu rahatsızlık dolayısıyla kendisine müdahalede bulunulmasını isteyen hastada olduğu gibi, uygulamada psikolojik endikasyonun da bulunduğu ve oldukça önem arz ettiği görülmektedir⁶¹.

Tıbbî müdahalelerin hukuka uygunluğu açısından endikasyon şartı yalnız tedaviye yönelik tedbirler yönüyle değil; narkoz, ameliyat, ilaç tedavisi gibi örneklendireceğimiz müdahalelerde, kan alma, röntgen çekimi gibi teşhise yönelik

⁵⁸ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 356

⁵⁹ AYAN, s. 9; GÜRELLİ, s. 268; ÇİLİNGİROĞLU, s. 21.

⁶⁰ AYAN, s. 9; HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 360; AYDINTUĞ, Yavuz Sinan, “Dişhekimliğinde Etik Değerler ve Malpraktis”, I. Dişhekimliği Hukuku Sempozyumu, 22-23 Mart 2013, Ankara 2014, s. 322; DEMİRKAYA, s. 79.

⁶¹ BULUT (Tıbbî Müdahale), s. 378; ÖZDEMİR, Hayrünisa, “Diş Hekimlerinin Hukukî Sorumluluğu”, IV. Sağlık Hukuku Kurultayı, 23-24 Eylül 2011, Ankara 2012, s. 245; BAŞBUĞ, s. 144; SÜTÇÜ, s. 376; HAKERİ, Hakan, “Diş Hekimlerinin Yasal Sorumlulukları”, Sağlık Hukuku Digestası, Sayı 1, Yıl 1, Ankara 2009, s. 20; EROL (Yasal Sorumluluk), s. 31.

müdahalelerde, hekim müdahalesi olarak kabul edilen aşı uygulamaları gibi müdahaleler bakımından da geniş yelpazede ele alınmalıdır⁶².

Mevzuatta ilgili hükümlerde yer alarak düzenlenmiş bulunan, kan bağışında bulunulması, rahim tahliyesi, sterilizasyon da çoğu kez tıbbî endikasyon olmaksızın yapılan müdahalelere örnek olarak verilebilir⁶³.

Özay, bedensel ve ruhsal tedavinin bütünlük teşkil ederek, çoğu kez kişinin iç dünyasına girilerek ruhsal yönden rahatsız olup olmadığının kanıtlanmasının zor olduğundan bahisle, gerek bedensel ya da ruhsal rahatsızlığı iyileştirme, gerekse salt güzelleştirme amaçlı estetik müdahalelerde, her üç sınıfın da hukuka uygun tıbbî müdahale olarak kabul edilebileceğini ifade etmiştir⁶⁴.

Hakeri ise tıbbî müdahalelerde endikasyonun var olmadığı durumlarda, müdahalenin adaba uygun olsa dahi hastanın rızasının tek başına, yapılan tıbbî müdahaleyi hukuka uygun hale getirmeyeceğini savunmaktadır. Hekimin, endikasyon var olmaksızın yapmış olduğu ameliyatta hem haksız fiil sorumluluğu, hem sözleşmeye aykırılık dolayısıyla sorumluluğu, hem de kasten yaralama; hastanın ölmüş olması durumunda kasten öldürme suçu dolayısıyla sorumluluğu söz konusu olacaktır⁶⁵.

Ancak, tüm tıbbî müdahalelerde olduğu gibi, estetik amaçlı uygulamalar yönüyle de hastanın yapılacak müdahaleye rızasının alınması zorunluluğu yanında, kişinin dış görünümünde kendisini rahatsız ederek, bir nevi ruhsal yönden tedavisini sağlayan, bozuklukların giderilmesi müdahalelerinde hastaya verilme ihtimali bulunan zararın, sağlayacağı faydadan fazla olmaması gerekmektedir⁶⁶. Estetik amaçla uygulanan tıbbî müdahalelerde bir zorunluluk bulunmaması sebebiyle, uygulanacak tıbbî müdahaleye hasta rıza vermiş olsa dahi, tehlikenin yüksek olduğu, büyük zararların meydana gelme ihtimalinin bulunduğu hâllerde hekimin müdahaleden kaçınması gerekmekte, aksi yönde bir eylem hekimin fiilini hukuka aykırı duruma getirmektedir. Bu sebeple, operasyonun taşıdığı tehlike ile operasyon

⁶² HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 358; BULUT (Tıbbî Müdahale), s. 378.

⁶³ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 360.

⁶⁴ ÖZAY, s. 27.

⁶⁵ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 359

⁶⁶ BAYRAKTAR; s. 168; OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ ÖZDEMİR, Oktay Saibe, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 8. Bası, İstanbul 2005, s. 128; AYAN, s. 34; ÇAKMUT, s. 182.

sonucu ulaşılmak istenen amacın aynı değerde olması; hastanın tam anlamıyla muayenesinin yapılarak, sağlık durumunun, yapılacak m¼dahaleyi kaldırıp kaldıramayacağının belirlenmesi, aynı zamanda, hekimin tıp biliminin izin vermiş olduğu yöntemler dahilinde hastaya tıbbi m¼dahalede bulunması gerekmektedir⁶⁷.

2. Amacına G¼re Estetik M¼dahaleler Açışından Endikasyon

a. Bedensel Rahatsızlığı İyileştirme Amaçlı Estetik M¼dahaleler Açışından

Doğuştan ya da sonradan kendiliğinden ya da bir kaza sonucu meydana gelen mevcut anomalinin tamamıyla ya da b¼y¼k oranda giderilerek, kişinin estetik bir dış g¼r¼n¼me kavuşturulmasında asıl amaç tedavi olduğundan; tıbbi endikasyonun varlığı ve yapılan m¼dahalenin hukuka uygunluğu hususunda gerek Doktrin⁶⁸ gerekse Yargıtay⁶⁹, aynı g¼r¼ř¼ benimseyerek, hukuka uygunluğa ilişkin genel Şartların varlığı h¼linde, bu t¼r tıbbi m¼dahaleleri hukuka uygun olarak değerlendirmektedir. Yargıtay kararlarında da, değişik sebeplerle meydana gelen kazalar sonrası kişilerde oluşan yara izlerinin g¼zelleřtirme ameliyatlarıyla giderilerek, bu ameliyat giderlerinin zarar olarak kabul edilip tazminine h¼kmedilmesi, bu amaçla yapılan tıbbi m¼dahalelerin hukuka uygun olduğu hususuna dayanak teşkil etmektedir⁷⁰.

⁶⁷ ÇAKMUT, s. 182; YILMAZ, s. 97.

⁶⁸ G¼RELLİ, s. 271; AŐCIOęLU, s. 51; ÇAKMUT, s. 181; ÇİLİNGİROğLU, s. 20; G¼KCAN (Tıbbi M¼dahale), s. 473; ERMAN, Barış, Ceza Hukukunda Tıbbi M¼dahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003, s. 204; G¼KCAN (Etik ve Hukuk), s. 122.

⁶⁹ YILMAZ, s. 93.

⁷⁰ AŐCIOęLU, s. 52.

b. Ruhsal Rahatsızlığı İyileştirme Amaçlı Estetik Müdahaleler Açısından

Ruhsal rahatsızlığı iyileştirme amaçlı estetik müdahaleler de dolaylı da olsa tedavi amacı içerdiğinden; tıbbî endikasyon olmasa dahi psikolojik ya da sosyal endikasyon, bu gibi müdahalelerin hukuka uygun sayılması için yeterli bulunmaktadır⁷¹. Gerek tıbbî müdahalenin hukuka uygunluk şartlarından endikasyonun; günümüzün gelişen tıp ilmi ve teknolojisinin beraberinde yalnızca tıbbî değil, sosyal ve psikolojik olarak da kabul edilmesi⁷², gerek sünnet, sterilizasyon, kürtaj gibi müdahalelerin de tedavi amacı içermemesine rağmen açık bir yasal düzenleme içerisinde yer alarak benimsenmiş olması⁷³; bu tür tıbbî müdahalelerin hukuka aykırı olduğu görüşünü çürütmektedir. Doktrindeki hâkim görüş⁷⁴, gerçekleştirilen girişimin hukuka uygunluğunu, bedensel rahatsızlığı iyileştirme amaçlı müdahalelerde patolojik yönden olduğu gibi bu müdahalelerde de ruhsal yönden, dolaylı olsa dahi tedavi amacı bulunduğundan kabul etmektedir⁷⁵.

Sarial, bedensel ve ruhsal yönden kişiliği bir bütün olarak tanımlayıp, bedensel veya ruhsal bütünlüğün korunması kapsamında, estetik müdahale ile kişinin kendi vücudunda dış görünümünde gençleşme/güzelleşme gibi, lehine değişiklik yaratmasının kişilik haklarına uygun bir müdahale olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir⁷⁶.

Psikolojide doğrulandığı üzere, patolojik hastalıklardan daha hafif olmayan psişik hastalıkların kökenini, kişinin beden bütünlüğündeki herhangi bir kusur oluşturmaktadır. Kişinin toplumsal, meslekî hayatında olumsuz etki yaratan, özgüven eksikliğine sebebiyet veren, dış görünümündeki bozukluğun cerrahi müdahale ile tedavisi; kişiyi toplumsal hayata yeniden kazandıracak, psişik hayatının yeniden

⁷¹ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 363.

⁷² ÜZÜLMEZ, s. 267; HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 363

⁷³ ERMAN, s. 201; ÖZAY, s. 21.

⁷⁴ GÜRELLİ ise (s. 272) bu gibi müdahalelerin tedavi, koruma ya da acı dindirme amaçlarından hiçbirini taşımadığından bahisle tıbbî müdahale olarak kabul edilemeyeceğini, bu sebeple, söz konusu müdahalelere gösterilecek rızanın geçersiz olduğunu ve iyileştirme amacı dışındaki bu müdahalelerin hukuka aykırı kabul edileceklerini ileri sürmüştür.

⁷⁵ ÇİLİNGİROĞLU, s. 21; ÇAKMUT, s. 181; AYAN, s. 34; AŞÇIOĞLU, s. 52; ER, s. 118; KAYA, s. 34.

⁷⁶ SARIAL, s. 77.

düzenlenmesine, psikolojik rahatsızlıklarından kurtularak, beden ve ruh bütünlüğü içerisinde sağlığına kavuşmasına katkıda bulunacaktır⁷⁷.

Belgesay'a göre, hastanın ruhsal durumuyla, sahip olduğu fiziksel kusurlarını haddinden fazla büyütüp, yapılmasını istediği estetik müdahalenin reddedilmesi kendi sağlığı üzerinde vahim tesir yaratacaksa, hastanın rızası doğrultusunda fiziksel kusurunun giderilmesi için tehlikesi nispeten az bir müdahalede bulunulması hukuka aykırılık teşkil etmeyecektir⁷⁸.

Estetik diş hekimliği müdahaleleri bakımından da; sağlık kavramının, fiziksel ve ruhsal yönden tam bir iyilik hali olarak tanımlanmasından yola çıkılarak, bu müdahalelerin de hastanın fiziksel olmasa dahi, ruhsal yönden şifa bulmasında etkili olduğunun günümüzde kabul edildiği ifade edilmektedir. Bulut, eser sözleşmesine tabi diş hekimliği uygulamaları bakımından; edimin sözleşmeye uygun olarak hastaya uygulanması ve teslim edilmesinin, bu müdahaleler kapsamında, şifa sağlanmasının da garanti edilmesi olarak yorumlanabileceği görüşünü savunmaktadır⁷⁹.

Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi'nin 13. maddesindeki "...Tabip ve diş tabibi; teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın hastanın arzusuna uyarak veya diğer sebeplerle, aklî veya bedenî mukavemetini azaltacak herhangi bir şey yapamaz..." hükmüne göre tedavi amacı içermeyen müdahalenin hukuka uygunluğu, kişinin bedensel ya da ruhsal sağlığı üzerinde önemli sayılacak derecede bozulmaya yol açmadığı takdirde mümkün olacaktır⁸⁰.

c. Salt Güzelleştirme Amaçlı Estetik Müdahaleler Açısından

Salt güzelleştirme amaçlı estetik müdahaleler, doğrudan ya da dolaylı olarak tedavi niteliği taşımadığından, hastanın rızası olsa dahi, doktrinde çoğunluk görüşü itibariyle hukuka aykırı nitelik taşımaktadır⁸¹.

⁷⁷ BAYRAKTAR, s. 167.

⁷⁸ BELGESAY, s. 75

⁷⁹ BULUT (Sözleşme), s. 63.

⁸⁰ ERMAN, s. 203.

⁸¹ ÇAKMUT, s. 182; SARIAL, s. 77; GÜRELLİ, s. 271; AYAN, s. 35; ÇİLİNGİROĞLU, s. 21; HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 364-365; ÖZER, s. 245; BORAN, s. 253.

Hakeri, doğrudan ya da dolaylı olarak tedavi amacı taşımaksızın, örneğin Kore dilini öğrenen bir kimsenin bazı harfleri daha iyi telaffuz edebilmek adına dilini uzattırması ya da vücuduyla ilgili kendisini rahatsız eden hiçbir bozukluğu, sorunu olmayan bir mankenin sutyen firması reklamı için göğüslerini büyütmesi veya küçültmesi gibi sırf maddi gelir artırma, ünlü olma gibi gayelerle yapılan estetik müdahalelerin hiçbir surette hukuka uygun olamayacağı, hukuka aykırı olduğu görüşünü savunmaktadır. Endikasyonun bulunmadığı müdahaleler bakımından; yasal düzenlemelerle, yapılmasına olanak tanınarak, kanun hükmünü icra niteliği taşımadıkça yapılan bu müdahaleler hukuka aykırılık teşkil edecektir⁸².

Aşçıoğlu ise, tedavi amacı olmasa, sırf güzelleşme, şöhret kazanma amaçlı olsa dahi yapılacak müdahalenin yasaklanma olanağının bulunmadığını ifade etmekte, kişinin iç dünyasına girmenin mümkün olmadığı, dolayısıyla bireyin istemediği dış görünümüne kendisini kabul etmeye zorlayarak, onun psikolojik durumunda meydana gelecek rahatsızlığın kanıtlanması ve ortaya çıkarılmasının çok zor olmasından bahisle, genel olarak güzelleştirme amacıyla yapılan müdahalelerde tedavi amacının kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır⁸³.

Dönmezer/Erman'ın deyiimiyle “tıp bilimi içerisinde vatandaşlık hakkı kazanmış” estetik müdahalelerin diğer tıbbî müdahalelerden bir farkı bulunmamakta, hekim hastanın rızasına dayalı olarak mesleğini icra etmektedir⁸⁴.

Salt değişim amaçlı, dolaylı da olsa tedavi amacı içermeyen estetik müdahalelerin hukuka aykırı sayılması gerektiği görüşü bazı yazarlarca⁸⁵ savunulmakla beraber, Türk hukuk uygulamasında fiilen paylaşılan görüş⁸⁶, bu müdahalelerin kişinin bedensel veya ruhsal sağlığı üzerinde önemsiz sayılmayacak derecede etkide bulunmadığı, toplum için kabul edilemez sonuçlara neden olacak şekilde uygulanmadığı, hastanın hayatı ve sağlığı bakımından tıbben sakıncalı bir durumun bulunmadığı, müdahalenin konusunun hukuka, ahlâka aykırı olmadığı ve müdahalede bulunulacak kişinin rızası alınması koşullarının varlığında hukuka

⁸² HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 364.

⁸³ AŞÇIOĞLU, s. 52.

⁸⁴ DÖNMEZER, Sulhi/ ERMAN, Sahir; Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku-Genel Kısım, C. II, 11. Bası, İstanbul 1997, s. 53; GÖKCAN (Etik ve Hukuk), s. 122.

⁸⁵ SARIAL, s. 75; ÇAKMUT, s. 182; ÇİLİNGİROĞLU, s. 21.

⁸⁶ GÖKCAN (Tıbbi Müdahale), s. 475.

uygun kabul edileceğidir⁸⁷. Yargıtay da, salt güzelleştirme amaçlı dahi olsa, bu tür, tedavi amacı bulunmayan estetik müdahaleleri hukuka uygun kabul etmektedir⁸⁸.

3. Kanaatimiz

Kanaatimizce, “hastalık yoktur, hasta vardır” ilkesinden hareketle⁸⁹, yapılacak müdahale ister estetik diş hekimliği müdahalesi olsun, ister estetik cerrahi bir müdahale; ölçüt, müdahalenin süjesi olan hasta olarak ele alınmalı, somut vak’a, diş hekimi/ hekimin teşhis ve değerlendirmesi, hastanın talep ve beklentileri birlikte değerlendirildiğinde endikasyon türlerinden tıbbî/psikolojik/sosyal anlamda hangisinin var olduğu, bu değerlendirme sonrası tespit edilmelidir. Her geçen gün hızla gelişme kaydeden tıp bilimi ve teknoloji ile beraber hastaların estetik talep ve beklentileri de aynı oranda artmakta, kişilerin dış görünümünde sahip olduklarını düşündükleri bozukluklara tıbben müdahalede bulunulmaması hâlinde, bu durumun kendilerinin sosyal, meslekî yaşantılarını da olumsuz yönde etkileyeceği şeklinde kanı oluşmaktadır. Dünya Sağlık Örgütü tarafından da tanımlandığı ve aynı tanımın 224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun tarafından da benimsendiği ve Kanun’un ikinci maddesinde düzenlendiği üzere⁹⁰; yalnızca hastalık ya da sakatlığın bulunmaması hâliyle nitelendirilmeyerek, kişinin fiziksel, ruhsal ve sosyal yönden tam bir iyilik hâli olarak ifade edilen sağlık ve sağlıklı olma hâlinde, sağlık üzerinde kişinin kendi geleceğini belirleme, vücut bütünlüğü üzerinde karar verme hakkı bulunmaktadır. Aynı husus, Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 5. maddesinin a bendinde de düzenlenerek, sağlık hizmetlerinin sunulmasında uyulacak ilkeler kapsamında, bedenî, ruhî ve sosyal yönden tam bir iyilik hâli içinde yaşama hakkının en temel insan hakkı olduğu, bu hakkın hizmetin her aşamasında göz önünde bulundurulacağı ifade edilmektedir. Ancak her hâlükârda, yapılacak

⁸⁷ ERMAN, s. 203; SOYASLAN, Doğan, “Estetik Cerrahi Müdahaleler Nedeniyle Doktorların Sorumluluğu”, II. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Kasım 2008, Ankara 2009, s. 264; GÖKCAN (Tıbbi Müdahale), s. 475; GÖKCAN (Etik ve Hukuk), s. 122-123.

⁸⁸ YILMAZ, s. 93.

⁸⁹ ATEŞ, Gül, “Diş Hekimliğinde Malpraktis”, IV. Sağlık Hukuku Kurultayı, 23-24 Eylül 2011, Ankara 2012, s. 200.

⁹⁰ Sağlıkın Teşviki ve Geliştirilmesine Yönelik Ottawa Sözleşmesi. Dünya Sağlık Örgütü, Cenevre 1986, TEYİN, Aslıhan/ÇINARLI, Serkan/ÇELİK, Selçuk Sinan, “Estetik Amaçlı Plastik Cerrahi Uygulamalarında Endikasyon Sorunu”, Adli Bilimciler Derneği III. Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi, 23-25 Nisan 2016, Ankara 2016, s. 327; ATEŞ (Malpraktis), s. 199; ARINCI, Atilla/USTA, Sevgi, “Estetik Amaçlı Tıbbî Müdahalelerde Hekimin Hukukî Sorumlulukları ve Eser Sözleşmesi”, Turkish Journal of Plastic Surgery, 2017, 25(2), s.84, 85.

müdahale ahlâka, adaba, etik ilkelere aykırı düşmediği ve hastanın da aydınlatılmış rızası alındığı takdirde bu müdahaleler hukuka uygun kabul edilmelidir.

Konuyla ilgili yapılan psikososyal araştırmaların çoğunda varılan netice, kişinin sahip olduğu fiziki görünümün yalnızca yaşam kalitesinde bulunmayarak, bireyler arasındaki ilişki, istihdam, beden algısı ve benlik saygısı gibi hayatın her alanında etkili olduğuna ilişkin olduğu noktasında toplanmaktadır. Öğretide bir görüşte ifade edildiği ve bizim de, her somut olaya göre değişmekle birlikte katıldığımız görüş; estetik cerrahi müdahalenin hastanın aydınlatılmış rızasının alınarak yapıldığı durumda ve kendisindeki varlığı sebebiyle hastayı rahatsız eden bir sıkıntıdan hekimin müdahalesi vasıtasıyla kurtarılması hâlinde; hastanın ruhsal bozukluk içinde olduğu hâller endikasyonun varlığının kabulünü ve bu müdahalenin hasta açısından tedavi amaçlı bir müdahale olarak nitelendirilmesini mümkün kılacaktır. Kamu hastaneleri genel sekreterliğine bağlı hastaneler, devlet ve vakıf üniversite hastanelerinde yapılan salt estetik amaçlı müdahalelerin de hizmet kusuru kavramı içerisinde değerlendirilerek, sonuç garantili müdahale olarak kabul edilmemesi de bu görüşü destekler niteliktedir⁹¹.

Salt estetik amaçlı tıbbî uygulamalardan doğan tam yargı davalarına ilişkin bir kararda da; hizmet kusurunun olup olmadığını inceleyen ve Yargıtay'ın aksine, sonuç garantili bir hukukî ilişkinin varlığını kabul etmeyen Danıştay, ilgili kararda⁹², davacıya yapılmış olan silikon protez ameliyatı sonrasında, memenin şeklini bozan, kapsül reaksiyonu adı verilen reaksiyona yüzde 30 ila 50 arası rastlandığı, silikon sızmasının ise cerrahi bir hata olmayıp görülme ihtimalinin yüzde 30 ila 40 arasında olduğu, gelişen komplikasyonlar neticesinde hastaya uygun tedavi yapıldığı, ayrıca hekim hakkında yapılmış olan ceza soruşturması neticesinde hakkında, men-i muhakeme kararı verildiği, bu karara itirazın Danıştay'ın ilgili dairesince reddedildiği, bu durumda davacıya yapılan ameliyat ile ilgili idareye yüklenebilecek bir hizmet kusurunun bulunmadığı belirtilerek, davanın reddi yönünde verilen karar onanmıştır.

⁹¹TEYİN/ÇINARLI/ÇELİK, s. 327, 328, 330.

⁹² Danıştay 10. Dairesi, 2005/6 E, 2007/5070 K, TEYİN/ÇINARLI/ÇELİK, s. 330'dan.

C. Aydınlatma ve Rıza

1. Genel Olarak

Hekim/diş hekim ve hasta arasındaki ilişkide hastanın zayıf olan tarafı oluşturması dolayısıyla, güven unsuru hizmetin sunumunda özellikle önem arz etmektedir. Aydınlatma borcunun temeli, hastanın kendi bedeni üzerinde yapılacak olan her çeşit tıbbî müdahaleyi bilme, bu müdahaleleri belirleme ve bedensel ve ruhsal bütünlüğünü ilgilendiren tüm konularda serbest bir şekilde karar verme hakkının bulunduğu görüşüne dayanmaktadır. Hastanın vücudunda invaziv ve/veya non-invaziv; fiziksel ya da psikolojik rahatsızlıklarının, acı ya da ağrılarının, hastalık niteliği taşımasa dahi, mevcut psikolojik ya da fiziksel bozukluklarının, hastalık düzeyinde olmayan şikayetlerinin önlenmesi, teşhis veyahut tedavisi ya da bu rahatsızlıkların etkisini azaltma maksatlı yapılan her çeşit müdahale olarak tanımlanan tıbbî müdahale, hukukî bakımdan da belirli şartları taşımadığı takdirde kişinin vücut bütünlüğünün ihlâli niteliği taşımaktadır. Bu bakımdan değerlendirildiğinde, hukuken sonuç doğuran bir rızanın alındığı veya kanunen yetkinin verilmiş olduğu zorunlu tıbbî müdahaleler gibi durumlar ayrıık olmak şartıyla, hastanın bedeninde gerçekteştirilen her tür tıbbî müdahale hukuka aykırı nitelikte deđerlendirilmektedir⁹³.

Karşılıklı güven esasına dayanan hasta-hekim ilişkisinde yapılacak müdahale tıbbi/psikolojik/sosyal endikasyonlardan hangisini yapısında taşırsa taşırsın; temelde hastanın vücut bütünlüğünü ihlâl ettiğinden, böyle bir müdahalenin hukuka aykırılık teşkil etmemesi için aranan şartlardan birini hastanın yapılacak müdahaleye rızasının alınması oluşurmaktadır. Ancak bu rızanın geçerli sayılabilmesi, müdahalede bulunacak hekimin hastayı, yapılacak müdahale hakkında kapsamlı olarak aydınlatması, hastanın neye rıza gösterdiğinin bilincinde olması ile mümkündür⁹⁴.

⁹³ SEREL, Ahmet, “Cerrahi Branşlarda Aydınlatılmış Onamın Genişletilmesi”, III. Sağlık Hukuku Kongresi, 23-25 Nisan 2016, Ankara 2016, s. 185-186.

⁹⁴ ÖZSUNAY, Ergun, Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları, Türk Hukukunda Hekimin Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, 12-13 Mart 1982, İstanbul 1983, s. 34; ÇAKMUT, s. 224; HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 201.

Hasta ile hekim arasındaki ilişkinin diğeri bir unsuru ise hastanın kendi geleceğini belirleme hakkıdır⁹⁵. Bu hak, hekimin aydınlatma yükümlülüğünün dayanağını oluşturmaktadır⁹⁶. Yapılacak müdahalenin amacı, kapsamı, türü, özellikle estetik diş hekimliği ve somut olaya göre değişmekle birlikte, estetik cerrahi müdahalelerin birçoğunda olduğu gibi sonuç taahhüdünde bulunulabilen uygulamalarda, yapılması ile birlikte ulaşılabilecek netice, yapılmadığı takdirde meydana gelebilecek riskler, alternatif yöntemler gibi örneklendirebileceğimiz bilgilendirme kapsamı hakkında yeterli aydınlatma yapılmaması, hastanın kendisi ile ilgili olumlu ya da olumsuz karar verme hakkını kullanamamasına neden olacağından, müdahale hukuka aykırı olacağı gibi, hekimin de sorumluluğuna yol açacaktır⁹⁷.

Bilgilendirilmiş rıza olarak da adlandırılan aydınlatılmış onam; günümüzde çok sayıda tıp etiği ilkesi var olmakla birlikte, evrensel nitelikte benimsenmiş olan zarar vermeme, yararlı olma, adalet ve özerkliğe saygı gibi dört temel tıbbî etik ilkenin; dolaylı olarak uygulamaya taşınmasını sağlayan omurga niteliğinde bir ilke özelliği taşımaktadır⁹⁸.

Uluslararası mevzuatta, Nuremberg Kodları, aydınlatma ve hasta haklarının ele alındığı ilk belgelerdendir. 1973 yılında Amerikan Hastaneler Birliği tarafından yayınlanan “Hasta Hakları Beyannamesi⁹⁹”, Dünya Tabipler Birliğinin 1981 Lizbon Bildirgesi¹⁰⁰ ve 1995 Bali Bildirgesi¹⁰¹, 1994 yılında Dünya Sağlık Örgütü Avrupa

⁹⁵ÖZSUNAY, s. 34-35; AYAN, s. 73; Anayasa'nın 17. maddesinin 1.fıkrası “Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.” hükmüyle hastanın özerkliğinin temel dayanağını oluşturmaktadır.

⁹⁶ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 202.

⁹⁷ ÇAKMUT, s. 225.

⁹⁸ KÖK, Ahmet Nezi, “İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine Göre Aydınlatma ve Rıza”, KHUKA, 2 (2005), 1. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Sayısı, s. 117; HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 201; BULUT, Gamze, Diş Hekiminin Yasal Sorumluluğu, Ankara 2013, s. 150.

⁹⁹ 1973 yılında Amerikan Hastaneler Birliği tarafından yayınlanan Hasta Hakları Beyannamesi uyarınca; hastanın, hastalığı ile ilgili tanı, tedavi ve hastalığının aşamaları ile ilgili bilgileri güncel haliyle hekiminden alma, herhangi bir tedavi ve/veya yöntem başlamadan önce gerekli olan bilgileri hekimden aldıktan sonra aydınlatılmış onamını verme hakkı bulunmaktadır.

¹⁰⁰ 1981 yılında Dünya Tabipler Birliği tarafından yayınlanan, Dünya Tabipler Birliği Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi'ne göre; hasta “yeterli ölçüde bilgilendirildikten sonra” önerilen tedaviyi kabul veya reddetme hakkına sahiptir.

¹⁰¹ Dünya Tabipler Birliği'nin Eylül 1995, Bali, Endonezya'da yapılan toplantısında kabul edilen Dünya Tabipler Birliği Bali Bildirgesi uyarınca; hasta kendi kaderini belirleme ve kendisi ile ilgili özgürce karar verebilme hakkına sahiptir. Hekim hastayı verdiği kararların sonuçları hakkında bilgilendirmekle yükümlüdür.

Bürosu tarafından yayınlanan “Avrupa Hasta Haklarının Geliştirilmesi (Amsterdam) Bildirgesi¹⁰²” gibi birçok bildirge aydınlatma, rıza ve hasta hakları konularına özellikle değinmiştir¹⁰³.

Hukumumuzda hastanın aydınlatılmış rızasını alma yükümlülüğünün kaynağı öncelikle, Anayasa'nın 17. maddesinin 2. fıkrasında yer almaktadır. Söz konusu hükme göre “Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı hâller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tabi tutulamaz.” Ülkemizin de tarafı olduğu Biyotıp Sözleşmesi'nin 5. maddesinde de sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili kişinin bu müdahaleye karşı bilgilendirilmiş ve özgürce vermiş olduğu rıza ile mümkün olduğu ifade edilmiştir. 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatların Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesinde de rızanın gerekliliği “Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatini alırlar.” hükmüyle vurgulanmıştır. Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi'nin 14. maddesinin 2. fıkrası¹⁰⁴, Medeni Kanun'un 23. maddesinin 3. fıkrası¹⁰⁵ ile aynı Kanun'un 24. maddesinin 2.fıkrası¹⁰⁶ da hastanın aydınlatılması ve rızasının alınması gerekliliğini ifade etmiştir.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 15. maddesinde; hastaya, hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği, tıbbî müdahalenin kim tarafından, nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ve tahmini süresi, diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel

¹⁰² 1994 tarihli Dünya Tabipler Birliği Amsterdam Bildirgesi'nin 2. maddesi uyarınca; hastanın bilgilendirilmiş onayı, herhangi bir tıbbî girişimin ön koşulu olarak tanımlanmakta; bilgilendirme kapsamında hastanın durumu ile ilgili tıbbî gerçekler, önerilen tıbbî girişimler, her bir girişimin potansiyel risk ve faydaları, önerilen girişimin alternatifleri, tedavinin gerçekleşmemesi durumunda ortaya çıkabilecek sonuçlar, tanı, prognoz ve tedavi gidişatı gibi sağlık durumları konusunda tam olarak bilgilendirilme hakkı bulunmaktadır.

¹⁰³ AYKIN, Aykut Cemil, “Tıbbî Müdahalelerin Hukuka Uygunluk Şartları ve Tıbbî Müdahalelerden Kaynaklanan Zararlarda Tıbbî Uygulama Hatası – Komplikasyon Ayrımı”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 11, Sayı 119, Temmuz 2016, s. 62.

¹⁰⁴ Söz konusu maddenin ikinci fıkrasına göre hekim ve dış hekiminin, hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artma ihtimalinin bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirleri hastaya açıkça söylemesi gerekmektedir.

¹⁰⁵ İnsan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli bu madde hükmü uyarınca yazılı rıza ile mümkündür.

¹⁰⁶ Bu hüküm ile de rızaya değinilmiş ve kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırının hukuka aykırı olduğu ifade edilmiştir.

etkileri, muhtemel komplikasyonları, reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri, kullanılacak ilaçların önemli özellikleri, sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri, gerektiğinde aynı konuda tıbbî yardıma nasıl ulaşabileceği hususlarında bilgi verileceği hükmü ile hastanın bilgilendirilme hakkı ve bu hakkın kapsamı belirtilmiştir. Yine Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 26. maddesinde¹⁰⁷ de aydınlatma kapsamında nelerin bulunması gerektiği hükme bağlanmış, baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yolu gibi iradeyi sakatlayan hâl söz konusu olduğunda alınan onamın geçersiz olacağı ifade edilmiştir. Aynı hükme göre, yapılacak aydınlatma hastanın anlayabileceği dilde, tıbbi terminolojiyi mümkün olduğunca anlaşılabilir şekilde yalın hâle getirerek, hastanın kültürel, toplumsal, ruhsal durumuna özen gösterilmek suretiyle gerçekleştirilmelidir.

Yargıtay'a göre de rızanın hukuken geçerliliği, kişinin sağlık durumu, yapılacak müdahale ve etkileri ve bunların sonucunu bilmesi, yeteri kadar aydınlanması ile mümkündür¹⁰⁸. Başka bir kararında da Yargıtay, davalı doktorun, davacıyı aydınlatma borcunu yerine getirip getirmediği hususunda, hükme esas alınan bilirkişi raporunda bu hususun tartışılmaması dolayısıyla eksik inceleme ve araştırma sonucu hüküm kurulamayacağından bahisle, aydınlatma konusunu tartışmayan bilirkişi raporunu geçersiz saymıştır¹⁰⁹. Davacı hastanın, davalı sağlık ve estetik merkezinde, estetik amaçlı lazer uygulaması ile yüzündeki tüyler için lazerli iğneli operasyon yaptırdığı, yargıya intikal eden bir başka olayda da, hasta, yaptırmış olduğu epilasyona ilişkin, son seans sonrasında üst dudak bölgesinde lekeler ve çukurluklar oluştuğunu, bu durumun davalının mesleki kusurundan kaynaklandığını ve bu durum dolayısıyla manevî sıkıntılar da yaşadığını iddia ederek maddî ve manevî tazminat talebinde bulunmuş; mahkemenin davanın reddine dair vermiş olduğu kararı Yargıtay aynı zamanda eser sözleşmesi kapsamında değerlendirerek; davacı hastaya uygulanan işlemde davacının zarar görmemesi için davalı tarafın tüm şartları yerine getirip getirmediği, somut durumun gerektirdiği tedbirleri eksiksiz

¹⁰⁷ “Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır”.

¹⁰⁸ Yargıtay 4. HD, 7.3.1977, 6297/2541, Hakeri CD Ekinde.

¹⁰⁹ Yargıtay 13. HD, 18.09.2008, 4519/10750, Hakeri CD Ekinde.

olarak alıp almadığı, uygun olan işlem şeklini belirleyip belirlemediği, hastayı aydınlatma yükümlülüğünü tam olarak yerine getirip getirmediği, davacı hastanın beklediği amaca uygun surette işi teslim edip etmediği, taahhüt etmiş olduğu neticeyi gerçekleştirip gerçekleştirmediği konularında mahkemenin Adli Tıp Kurumundan somut olay ve uygulamayı yansıtan, Yargıtay denetimine elverişli rapor alınıp, bunun neticesine göre hüküm tesis etmesi gerekirken, yanılılı değerlendirme ve eksik incelemeyle yetersiz raporlar doğrultusunda vermiş olduğu kararı doğru bulmayarak, bozma kararı vermiştir¹¹⁰.

Aşçıoğlu'na göre, tedavi amacı olsa dahi, hasta rızası alınmaksızın yapılan tıbbî müdahalelerde kişinin ameliyata katlanmış olması veya doğal olumsuz sonuçlarının da varlığı ve tezimizin konusunu oluşturan estetik diş hekimliği ve estetik cerrahi müdahaleler yönüyle de, diğer tıbbî müdahalelerden farklı olarak, bu tür uygulamalar, her somut olaya göre değişmekle birlikte çoğunlukla sonuç taahhüdü içerdiğinden; olumlu sonuç alınamadığı takdirde kişinin estetik müdahale ya da ameliyata katlanmış olması maddî ve manevî zarar oluşturmaktadır¹¹¹.

Tedavi edilmesinde tıbbî olanakların yetersiz kaldığı, hastalığın seyir ve sonucunun vahim görülmesi ve hastanın bilgilendirmesi ile maneviyatı üzerinde fena tesir yaratarak hastalığının artma ihtimalinin bulunması durumunda; teşhisin saklanması mümkün olduğu, hasta ya da yakınlarına bilgi verilip verilmemesi hususunda takdir hakkının hekimde olduğu Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 14. maddesinin 2 ve 3. fıkralarında ve Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 19. maddesinde ifade edilmiştir.

2. Aydınlatma

Aydınlatma çeşitleri, aydınlatma yükümlülüğünün işlevlerine göre belirlenmiştir. Bunlardan tedavi (güvenlik) aydınlatması olarak isimlendirilen

¹¹⁰ Yargıtay 3. HD, 26.04.2016, 2015/10634 E, 2016/6585 K, GÖKCAN (Tıbbi Müdahale), s. 1250-1252'den.

¹¹¹ AŞÇIOĞLU, s. 100

aydınlatma, hastanın, teşhis ve tedavinin gereği gibi yerine getirilmesine ilişkin bilgilendirilmesini içermektedir. Otonomi (karar) aydınlatması ya da müdahale aydınlatması olarak adlandırılan bir diğer aydınlatmanın ise amacı; hastanın, rıza gösterme hususunda karar vermesini sağlama, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında, kendisine uygulanacak tıbbî müdahaleye rıza göstermesi suretiyle tıbbî müdahalenin hukuka uygunluk şartının sağlanmasıdır¹¹².

a. Aydınlatma Çeşitleri

(1). Otonomi Aydınlatması

Otonomi aydınlatması; teşhis, süreç ve risk aydınlatmasını da kapsayan, hastanın serbest iradesiyle kendi durumu hakkında karar vermesini sağlayan aydınlatma çeşitlerindedir¹¹³. Hastanın yapılacak tıbbî müdahaleye rızasının geçerli olabilmesi, hastanın neye rıza gösterdiğinin bilincinde olması ile mümkündür¹¹⁴. Bu şart, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında, geçerli bir otonomi aydınlatması ile gerçekleşecektir¹¹⁵.

Uygulamada da Yargıtay bir kararında, yapılan müdahalenin tıp kurallarına uygun olması, hekimin hiçbir hatasının bulunmamasına rağmen, başlı başına aydınlatma yapılmamasını, hastayı aydınlatma yükümlülüğünün ihlâli kapsamında kusur olarak kabul etmiş, davalıların maddî ve manevî tazminat sorumluluğuna hükmetmiştir¹¹⁶.

(a). Teşhis Aydınlatması

“Muayene sonucu elde edilen bulguların hastaya açıklanması”¹¹⁷ olarak adlandırılan teşhis aydınlatmasında¹¹⁸ hekim; hastayı korkuya sevk etmeyecek

¹¹² ŞENOCAK, Zarife, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara 1998, s. 47; HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 207; KAYA (Terazi Hukuk Dergisi), s. 26-27; AYKIN/ÇINARLI, s. 317.

¹¹³ KAYA (Terazi Hukuk Dergisi), s. 26-27; HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 210.

¹¹⁴ AYAN, s. 72.

¹¹⁵ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 208.

¹¹⁶ Yargıtay 13. HD, 29.04.2013, 1948/10659, bkz. HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 208.

¹¹⁷ AYAN, s. 71.

şekilde hastalığın hangi hastalık olduğu hususunda bulguları paylaşmaktadır. Tedavi veya yapılacak operasyona rıza yönüyle ön koşul, hastanın teşhis hakkında bilgi sahibi olmasıdır. Hastanın tedaviyi kabulü ancak aydınlatılması ile mümkün olduğu durumda teşhisin kendisine tam olarak bildirilmesi gerekmele birlikte, ölümcül, tedavisi mümkün olmayan hastalıklar, kanser gibi; çok özel hallerde, teşhisin bildirilmesi hastanın yaşamı ve sağlığı üzerinde risk faktörü oluşturabilecek, hastayı psikolojik yönden baskı altına alabilecek olması durumunda, tedavi amacı kapsamında teşhis aydınlatması sınırlanabilecek ya da tamamıyla bu aydınlatmadan vazgeçilebilecektir¹¹⁹. Hekimin bu gibi durumlarda aydınlatma borcunun kapsamını belirlemede takdir yetkisini kullanması, hekimin tedavi ayrıcalığı kavramıyla ifade edilmektedir¹²⁰. Ancak bu durumda dahi hekimin, hastalığın ehemmiyeti bakımından hastayı bilgilendirmesi gerekmektedir¹²¹.

Estetik amaçlı tıbbî müdahaleler bakımından da, müdahale aydınlatmasının ilk aşamasını oluşturan teşhis aydınlatmasının, uygulanacak tıbbî müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesinde hastanın aydınlatılmış rızasının alınmasının şart olduğu gözetilerek; bu amaçla yapılan müdahalelerde hekim/diş hekimi tarafından, hastanın fiziksel ve ruhsal durumu da gözetilerek, estetik müdahalede bulunulacak bölgedeki problem ve uygulanacak işlemlerin tespiti, problemin nedenleri, etki ve ciddiyet derecesinin belirlenmesi ve bu hususta hasta tarafından rıza verilmesi için gerektiği ölçüde aydınlatma yapılması gerekmektedir¹²².

Kaya, estetik amaçlı tıbbî müdahaleleri eser sözleşmesi kapsamında değerlendirerek, bu tür müdahalelerde sözleşmenin taraflarının belli bir eserin ortaya çıkması hususunda anlaşıklarını ifade etmiş ve bu sebeple teşhis aydınlatmasının önemine dikkat çekmiştir. Estetik müdahalede bulunan hekimin teşhis koyması ve gerekli olan aydınlatmanın yapılması sonrasında, uygulanacak tıbbî müdahalenin hasta tarafından kabulü suretiyle eser sözleşmesinin hüküm ifade edeceği ve yapılan

¹¹⁸ İPEKYÜZ, s. 77; ÖZDEMİR, s. 242; KAYA (Terazi Hukuk Dergisi), s. 27; KARAN, Gözpinar Gülşah, Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2015, s. 61; AYKIN/ÇINARLI, s. 319.

¹¹⁹KAYA (Terazi Hukuk Dergisi), s. 27. Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi'nin 14. maddesinin 2. fıkrasına göre de; "hastanın maneviyatı üzerine fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır. Ancak, hastalığın, vahim görülen akıbet ve seyrinin saklanması uygundur".

¹²⁰ İPEKYÜZ, s. 83; AYAN, s. 78.

¹²¹ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 211.

¹²² KAYA (Terazi Hukuk Dergisi), s. 27.

bu aydınlatma sonrasında, meydana gelecek eserin nitelikleri konusunda belirleme yapılacağı ifade edilmiştir. Estetik amaçlı tıbbî müdahalede bulunacak hekim ile hastanın, istenilen netice hususunda karar birliğine varmaları, eserin sözleşmeye uygun surette meydana getirilip getirilmediği ve eserin kabul edilebilir seviyesini belirlemede önemli bir ölçüt olarak kabul edilmektedir. Bu sözleşme kapsamında hekimin, hastaya uygulamış olduğu estetik müdahale neticesinde borcundan kurtulması ancak hasta ile sözleşmede kararlaştırdıkları ve eserin hastanın arzu ettiği şekilde meydana getirilmesi ile mümkün olduğundan, müdahale aydınlatmasının hastaya ayrıntılı olarak yapılması gerektiği belirtilmekte ve müdahale aydınlatmasının ispatlanmasının, hastanın hekime, eserin ayıplı olduğu iddiası ile ileride açabileceği bir davaya karşı önemli bir delil olma niteliği taşıyacağı ve hekimin hukukî sorumluluğunun, ispat ile ortadan kalkmış olacağı ifade edilmektedir¹²³.

Yargıtay da, hastaya uygulanan saç ekimi müdahalesinde simetrinin yamuk olması sebebiyle estetik müdahale uygulaması öncesinde vaat edilmiş olan hususların yerine getirilmediği iddiası ile hastanın açmış olduğu maddî ve manevî tazminat davasının konusunu oluşturan saç ekimine ilişkin olayda, müdahale öncesinde alınan rızayı esas alarak, konulan teşhis, uygulama ve neticeleri hususunda hastanın aydınlatıldığı ve yapılan bu müdahaleye rızasının alındığını gerekçe göstererek açılan davanın reddi gerektiği hususunda karar vermiştir¹²⁴.

(b). Süreç Aydınlatması

Süreç aydınlatması, içeriğinde tedavinin türü, kapsamı gibi nitelikleri barındıran; hastaya hastalığının süreci, kendisine uygulanacak tıbbî müdahalenin çeşidi, içeriği ve etkileri, uygulamadaki süreci, müdahalenin kendisince kabul edilmediği takdirde hastalığın gidişatının muhtemelen ne olacağı veyahut ameliyat sonrası ameliyat bölgesinde neşter izinin kalması, dışın çekilmesi sonrası ısırmada zorluk yaşanması gibi örneklendirebileceğimiz uygulamalarda, müdahale olduğu

¹²³KAYA (Terazi Hukuk Dergisi), s. 27.

¹²⁴Yargıtay 3. HD, 05.03.2014, 18772/3360, KAYA (Terazi Hukuk Dergisi), s. 27-28'den.

takdirde bu uygulamanın kesin sonuçları hakkında bilgilendirmeyi kapsamaktadır¹²⁵. Tıbbî müdahalede başarı şansı, başarısızlık ihtimalinin varlığı da göz önünde bulundurularak hastanın bu konu hakkında bilgilendirilmesi, süreç aydınlatması kapsamındadır¹²⁶.

Hastanın rızasının geçerli kabul edilebilmesi için, sadece belli, tek bir tedavi yöntemi değil, alternatif tedavi yöntemlerinin, müdahalelerin bulunduğu durumlarda bu hususun da hastaya aktarılması¹²⁷; örneğin, klasik tedavi ya da operasyonun gerekliliği ya da ilaç veya ışın tedavisiyle müdahalenin mümkün olabileceği gibi alternatifler kendisine bildirilerek hastanın yeterince aydınlatılması gerekmektedir. Ancak hekimin alternatif aydınlatma kapsamında yükümlülüğü yalnız tıbbî standart içerisindeki uygulamalar veyahut, geniş ölçüde uygulanan müdahaleler yönüyle geçerli bulunmakta, standardın dışında kalan yöntemler bakımından hekimin alternatif aydınlatma yükümlülüğü bulunmamaktadır¹²⁸.

Estetik müdahaleler bakımından da, bu müdahalelerin kişilerin dış görünümünde değişiklik yaratması, meydana gelen neticenin geri dönülemez nitelikte olması ve diğer tıbbî müdahalelere nazaran zorunluluk ve aciliyetin bulunmaması nedeniyle süreç aydınlatması oldukça önem arz etmektedir. Hastanın, estetik müdahalelere ilişkin olarak, estetik amaçlı tıbbî uygulamada bulunacak hekim/diş hekimi tarafından müdahalenin çeşidi, etkileri, uygulama sürecinin nasıl işleyeceğine dair bilgi, bu sürecin sonunda hastanın karşılaşma ihtimali olan olumlu ya da olumsuz durumlar, değişik müdahale çeşitleri, uygulanacak olan müdahalenin neden seçildiği gibi konularda aydınlatılması, rızasının alınması bakımından gerekli bulunmaktadır¹²⁹.

Süreç aydınlatmasına ilişkin olarak; doğuştan dudak-damak yarığı bulunan hastaya dair, Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararda, hasta, estetik amaçlı dudak yarığı burnuna bağlı olarak sekonder nazal deformite ve bu rahatsızlığa ilişkin operasyon sırasında hekim tarafından kendisinin müdahalenin nasıl yapılacağı ve ek ve değişik uygulamaların yapılacağı hususunda aydınlatılmadığını iddia etmiş;

¹²⁵ AYAN, s. 72; HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 212-213; KARAN, s. 61; AYKIN/ÇINARLI, s. 320.

¹²⁶ KAYA (Terazi Hukuk Dergisi), s. 28; HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 213-214.

¹²⁷ KAYA (Terazi Hukuk Dergisi), s. 28.

¹²⁸ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 215.

¹²⁹ PETEK (Estetik), s. 202; KAYA (Terazi Hukuk Dergisi), s. 28.

Yargıtay ise hastanın daha öncesinde aynı türden birkaç operasyon geçirmesi ve bu müdahalelere dair vermiş olduğu yazılı rıza belgesi içeriği uyarınca, hastanın ilk ve ona bağlı ek uygulamaların çeşidi, etki ve neticeleri hususunda ayrıntılı olarak yeterli süreç aydınlatmasının yapıldığı, estetik müdahalenin hukuka uygun olduğu ve hastanın müdahaleye dair vermiş olduğu yazılı rıza belgesi içeriği uyarınca, rızanın da iradî olduğu neticesine varmıştır¹³⁰.

(c). Risk Aydınlatması

Estetik müdahaleler bakımından da hususiyetle önem arz eden bir diğer aydınlatma türü, risk aydınlatmasıdır. Tıp bilimi ve meslekî kurallara uygun surette gerçekleştirilen bir müdahale sonrası meydana gelebilecek tehlikeler hususunda aydınlatma, risk aydınlatması olarak ifade edilmektedir. Risk aydınlatması, tıbbî müdahalenin özenle, hatasız olarak uygulanmasına rağmen müdahale sonucu ortaya çıkabilecek, oluşması muhtemel geçici ya da daimi yan neticeler, tıp bilimince önlenmesi konusunda garanti verilemeyecek sonuçlar, müdahale sonrası nadiren ya da sıklıkla oluşabilecek tipik riskler, tipik tehlikeler, komplikasyon oluşumu hakkında hastanın bilgilendirilmesini amaçlamaktadır¹³¹.

Risk aydınlatmasında dikkate alınması gereken temel ölçütler bulunmaktadır. Bunlar, tıbbî müdahaleye yönelik ve genel risklerine ilişkin aydınlatmanın yapılması, tıbbî müdahalenin amacı ve gerekliliğine ilişkin aydınlatmanın ve müdahalenin ağırlığına ilişkin aydınlatmanın yapılması ve son olarak, aydınlatma kapsamı belirlenirken, hastanın bünyesi, kişiliği ve davranışlarının bu belirlemede esas etken olduğunun kabulüne ilişkindir¹³².

Alman Yüksek Mahkemesi, çocuk felci aşısının bizzat felç nedeni olması ile ilgili vermiş olduğu bir kararında, 1/5.000.000 oranında rastlanan bu ihtimale karşı

¹³⁰ Yargıtay 15. HD, 25.01.2011, 589/263, KAYA (Terazi Hukuk Dergisi), s. 28'den.

¹³¹ KAYA (Terazi Hukuk Dergisi), s. 28; HAKERİ (Tıp Hukuku), s.216-217; EROL, Hatırnaz Gültezer, "Özel Hastane ve Hekimlerin, Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve 02.07.2014 Tarihli Yargıtay Hukuk Dairesi Kararı İncelemesi", I. Uluslararası Katılımlı Ulusal Tıp Hukuku Kongresi, 3-4 Eylül 2015, İstanbul 2016, s. 131-132; POLAT, Oğuz, Tıbbi Uygulama Hataları, 2. Baskı, Ankara 2015, s. 48; KARAN, s. 62.

¹³² AYKIN/ÇINARLI, s. 321.

ebeveynin aydınlatılması gerektiğine karar vermiş¹³³; Avusturya Yüksek Mahkemesi ise 1982 yılında riskin hangi yüzdeden itibaren belirtilerek hastanın aydınlatılması hususunda zorunluluğu %1 ile %3 aralığında kabul etmiş, bu oranın gitgide düştüğü, %0.5 oranında bir riskte dahi hastanın aydınlatması gerektiğine karar vermiştir¹³⁴. Hakeri ise aydınlatma yükümlülüğü kapsamının bu ölçüde genişletilmesinin gerek olmadığı görüşünü savunmaktadır¹³⁵. Hasta, uygulanacak müdahaleye bağlı olarak meydana gelebilecek ve tıp deneyimine göre gerçekleşmesi olası riskler hakkında aydınlatılacakken; hekimin/diğer hekiminin uzak ihtimal ve nadiren ortaya çıkabilecek riskler bakımından, bu risklerin anlatılmasının hastanın vereceği kararda olumsuz neticelere sebebiyet vereceğinden bahisle, uzak ve nadir riskler konusunda aydınlatma yönüyle böyle bir mecburiyeti bulunmamaktadır¹³⁶. Hekimin aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı standart, yerleşik, bilinen yöntemlerde dar ele alınacak; standarttan uzaklaşılması, yeni yöntemlerin tercih edilmesi durumunda geniş ölçüde olacaktır¹³⁷.

Risk aydınlatmasının kapsamı; estetik ameliyatlar ve tıbbî zorunluluğun bulunmadığı tehlikesi yüksek ameliyatlar, bir hastalığı önleme amacıyla uygulanan, aciliyeti bulunmayan ancak yüksek ölçüde risk barındıran müdahaleler yönüyle geniş olarak ele alınacak, müdahalede meydana gelebilecek tüm riskler hastaya ayrıntılarıyla açıklanarak, hasta aydınlatılacaktır¹³⁸. Estetik müdahaleler yönüyle, hekimin yapılacak müdahale öncesinde hastayı bu müdahalenin tehlikesi, hasta üzerindeki etkileri, neticelerini tüm ayrıntıları ile anlatması hastanın tamamıyla aydınlanarak rıza göstermesini mümkün kılacaktır¹³⁹.

Yargıtay, risk aydınlatması yapılmamasını hekimin, sadakat ve özen borcunu gereğince yerine getirmemesi kapsamında değerlendirmekte ve bu sebeple meydana gelecek zarardan hekimin sorumlu tutulması gerektiğini ifade etmektedir. Göğüs küçültme ve karın yağlarının alınmasının müdahalenin konusunu oluşturduğu olayda, Yargıtay, her ne kadar hastanın yazılı olarak aydınlatılmış rızasının alındığına dair

¹³³ BGH VersR 2000, 726, HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 218, dn. 152'den.

¹³⁴ BERNAT, 60, 61, HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 218, dn. 153'ten.

¹³⁵ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 218; AYKIN/ÇINARLI, s. 321-322.

¹³⁶ BAŞBUĞ, s. 149.

¹³⁷ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 219.

¹³⁸ BAYRAKTAR, s. 127.

¹³⁹ BAYRAKTAR, s. 168.

form bulunsa da, formdaki, “Dr ...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” ifadesini genel ve soyut bularak, hastaya ortaya çıkabilecek tehlikeler ve komplikasyonlar hususunda yeterli ölçüde aydınlatma yapılmış olduğunu hekimin ispatlayamadığı neticesine varmıştır¹⁴⁰.

Doğum sonrası karındaki yağların alındığı; şeker, kalp ve yüksek tansiyon hastası olan hastada, gerçekleşen operasyonun var olan kalp rahatsızlığını akut hale getirmesi neticesinde hastanın ölümüyle sonuçlanan ve dava konusu olan olayda, Yargıtay, ölen hastanın mevcut hastalıkları nedeniyle karşılaşılabileceği tehlikeler konusunda aydınlatılmamış olmasını hukuka aykırı olarak değerlendirmiştir¹⁴¹.

Hastanın, yüzündeki kırışıklıkların giderilmesi amacıyla hekime başvurduğu ve hastanın yüzüne enjekte edilen dolgu malzemesi neticesinde hastanın yüzünde kalıcı hasarın meydana geldiği, dava konusu olayda, hastaya bu müdahalede bulunmadan önce uygulamada oluşabilecek komplikasyonlar hakkında bilginin verilip verilmediği, tehlikelerin anlatılıp anlatılmadığı konusunda inceleme yapılmamış olması, hekimin de bu hususta aydınlatma yaptığını ispatlayamamış olması, hükme esas alınan bilirkişi raporunda da hekimin aydınlatma borcunu yerine getirip getirmediği hususunun tartışılmaması nedeniyle, eksik inceleme ve araştırma sonucu hüküm kurulamayacağı ifade edilmiş; kararda risk aydınlatmasının önemine değinilmiştir¹⁴².

Büyük ve sarkık göğüs şikayetiyle meme küçültme ameliyatının yapıldığı ve ikinci bir ameliyat olmamak için estetik açıdan göğüs başının taşınmasına ilişkin olarak da yapılan operasyon neticesinde göğüs uçlarının taşındığı bölgeye yapışmaması ile neticelenen ve dava konusu olan ve hastanın, kendisine hekim tarafından risk aydınlatmasının yapılmadığı iddiasında bulunduğu; hekimin ise

¹⁴⁰ Yargıtay 3. HD, 23.01.2014, 2013/16671 E, 2014/815 K, KAYA (Terazi Hukuk Dergisi), s. 29’dan ve YILMAZ, s.113-116’dan.

¹⁴¹ Yargıtay 3. HD, 08.02.2016, 17764/1256, KAYA (Terazi Hukuk Dergisi), s. 29’dan.

¹⁴² Yargıtay 13. HD, 18.09.2008, 4519/10750, KAYA (Terazi Hukuk Dergisi), s. 29’dan.

hastanın kızının estetik müdahaleye ilişkin rıza verdiğiine dair belge sunduğu olayda, Yargıtay, müdahalenin risklerinin hastaya anlatıldığı hususunda ve hastanın bu riskleri de kabul ederek, uygulanacak estetik müdahaleye rıza verdiğiine ilişkin bir ispatın bulunmadığı neticesine varmıştır¹⁴³.

Hastanın karın yağlarının alınması ve göğüs küçültme operasyonuna ilişkin bir başka olayda, operasyon sonrasında hastanın göğüslerinde asimetrik değişiklik meydana gelmiş, göğüs uçları yukarıya doğru kalkık duruma gelmiş, karın bölgesindeki ameliyat izleri de kaybolmamıştır. Bu sebeplerle dava konusu olan olayda Yargıtay, hasta ile hekim arasında düzenlenmiş olan rıza belgesi içeriği değerlendirmesi neticesinde, hastanın operasyon sonrasında oluşabilecek komplikasyonlar bakımından aydınlatılması gerçekleşmeden rızasının alınmasını, hekimin sadakat ve özen borcuna aykırı olduğu değerlendirmesinde bulunarak, olayda tazminata hükmetmiştir¹⁴⁴.

Bir başka kararda, hastanın, silikon göğüslerinde bulunan kapsüllerin temizlenmesine ilişkin, yeni silikon takılması ve batın bölgesinden de yağ aldırma müdahalesine ilişkin hekim ile aralarında sözleşme yapıldığını ifade ettiği, ancak, ameliyat izlerinin kaybolmadığı, göğüsteki kapsüllerin yeniden meydana geldiği, silikon göğüste küçülme ve sertleşme oluştuğu, eskisinden daha kötü bir görünümün meydana geldiğini iddia ettiği ve yargıya intikal eden olayda, Yargıtay, hastaya uygulanacak müdahale öncesinde hastanın olası neticeler, tehlike ve komplikasyonlar bakımından hekim tarafından bilgilendirilmediğini, hastanın rızasının, tıbbî müdahale ve neticeleri hakkında bilgilendirilmesinden sonra alınması gerektiğini belirtmiş, olayda dosya içerisinde bulunan rıza formundaki imzayı hastanın inkâr etmiş olması dolayısıyla, uygulama ve oluşacak riskler hususunda aydınlatma yapıp yapılmadığının belirlenmesinin yapılacak imza incelemesi neticesinde mümkün olacağı ifade edilmiştir¹⁴⁵.

Hastanın, göğsündeki simetri bozukluğu şikayetiyle yapılmış olan estetik müdahale neticesinde, hastanın yeniden operasyona alınmak zorunda kalması, yaralarının iyileşmemesi, dikişlerinin açılması, göğsünde his kaybının meydana

¹⁴³ Yargıtay 3. HD, 15.03.2012, 177/6939, KAYA (Terazi Hukuk Dergisi), s. 29'dan.

¹⁴⁴ Yargıtay 3. HD, 17.06.2013, 6034/10207, KAYA (Terazi Hukuk Dergisi), s. 29'dan.

¹⁴⁵ Yargıtay 3. HD, 23.10.2013, 11731/14646, KAYA (Terazi Hukuk Dergisi), s. 30'dan.

gelmesi ve iz oluşması sebebiyle yargıya intikal eden olayda Yargıtay, hekimin, yapılan ilk operasyonun arkasından göğüste yara ayrışmasının olabileceği, ikinci bir ameliyat yapılmasının mümkün olabileceği, göğüste his kaybı, ameliyat izlerinin tamamıyla yok olmayacağı ve bir miktar asimetri kalmasının da ihtimal dahilinde bulunacağı konusunda hastaya aydınlatma yapmamış olması nedeniyle, hekimin risk aydınlatması borcunu yerine getirmediği neticesine varmıştır¹⁴⁶.

Diş hekimliği müdahalelerinde de, diş hekiminin, yapacağı tıbbî müdahale neticesinde hastanın ağız boşluğunda ya da dışın kendisinde meydana gelecek sinir rahatsızlıklarını, uygulanacak müdahalenin sinüsleri etkileyip etkilemeyeceği noktasında hastasını açıkça bilgilendirmesi gerekmektedir. Tüm müdahaleler bakımından önemli olmakla birlikte, aydınlatmada en önemli kısmı hastaya yapılan implant tedaviler oluşturmaktadır. Damakta dişin bulunmadığı bölgeye suni diş yerleştirilmesi işlemiyle gerçekleşen bu müdahalede, sinüslerin ve diğer, çenede bulunan sinirlerin zarar görme ihtimali göz önünde bulundurularak, aydınlatmanın bu alanda daha kapsamlı, ayrıntılı olarak yapılması gerekmektedir. Işınlı dolgu müdahalesini içeren uygulamada da, bu müdahale nedeniyle hastanın yüzünde ışına karşı oluşabilme ihtimali bulunan alerji veya deri hastalıklarına karşı diş hekiminin, bu müdahale hakkında olumlu ve olumsuz tüm yönleriyle hastayı aydınlatması gerekmektedir. İçinde civa gibi tehlikeli bir madde barındırması nedeniyle, zararına ilişkin kesin tıbbi veriler bulunmamakla birlikte, amalgamın olası riskleri hakkında da amalgam dolgu uygulamasında hastanın daha ayrıntılı olarak bilgilendirilmesi, risk aydınlatması kapsamındadır¹⁴⁷.

(2). Tedavi Aydınlatması

Güvenlik veya koruma aydınlatması olarak da ifade edilen tedavi aydınlatması ile amaçlanan, hastanın tedavi sürecine katılımını sağlamak; hekimin hastaya öneriler ile yol göstererek, mümkün olan en iyi tedavi yöntemini belirlemek ve komplikasyon oluşumunu önlemektir¹⁴⁸. Bu kapsamda hekim, hastasını operasyon gerçekleşmesi halinde sonrasında ne gibi komplikasyonların gelişebileceği, müdahale sonrası

¹⁴⁶ Yargıtay 3. HD, 24.12.2014, 7809/17157, KAYA (Terazi Hukuk Dergisi), s. 30'dan.

¹⁴⁷ BAŞBUĞ, s. 149, 150.

¹⁴⁸ AYKIN/ÇINARLI, s. 317; KAYA (Terazi Hukuk Dergisi), s. 30

yapılacaklar; operasyonun olmadığı hâllerde hastaya verilecek ilacın dozu, olası yan etkileri gibi konularda bilgilendirecektir¹⁴⁹. Gerek vekâlet sözleşmesine tabi gerekse eser sözleşmesine tabi estetik amaçlı tıbbî müdahaleler bakımından, hekimin aydınlatma yapmamış olması, hekimin üstlendiği görevin ve özen borcunun ihlâli olarak değerlendirilerek, hekimin sorumluluğunu gerektirmektedir¹⁵⁰.

Günümüzde uygulamada hekim tarafından yapılan tıbbî müdahalenin ekonomik boyutları yönüyle de, müdahaleye karar sürecinde maliyetin de önemli rolü bulunması sebebiyle hastanın çok geniş ölçüde olmamakla beraber aydınlatılması gerektiği savunulmaktadır¹⁵¹. Estetik müdahalelerde de masrafların sigorta tarafından karşılanıp karşılanmayacağı hususunda hastaya bilgi verilmesi gerekmektedir¹⁵². Eser sözleşmesine tabi estetik amaçlı tıbbî müdahaleler bakımından, hastanın asli edimini eser için harcanmış olan emeğin karşılığı olarak ücret ödenmesi oluşturduğundan, müdahalenin ekonomik yönü bakımından yapılan aydınlatma, bu tür müdahalelerde önem arz etmektedir¹⁵³.

Eser sözleşmesi niteliğindeki tıbbî müdahaleler bakımından, yapılan müdahale sonuç taahhüdü içerdiğinden ve hekimin elinde olmayan nedenlerle olsa dahi kararlaştırılan sonuca ulaşılamaması halinde hekimin aydınlatma hususunda sorumluluğunun doğmaması ancak ayrıntılı derecede aydınlatma ile mümkündür¹⁵⁴.

Yargıtay, estetik amaçlı tıbbî müdahaleleri Türk Borçlar Kanunu'nun 470 ve devamı maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesi olarak nitelendirmekte olup, hekimin aydınlatma borcunu, yüklenicinin sadakat ve özen borcu ile genel ihbar yükümlülüğü çerçevesinde değerlendirmekte; genel ihbar yükümlülüğü uyarınca da yapılacak müdahale öncesinde meydana gelebilecek netice ve komplikasyonlar hususunda hastanın aydınlatılmasının bir zorunluluk olduğunu belirtmektedir¹⁵⁵.

¹⁴⁹ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 221; ŞATIR, s. 70.

¹⁵⁰ KAYA (Terazi Hukuk Dergisi), s. 30.

¹⁵¹ KAYA (Terazi Hukuk Dergisi), s. 30.

¹⁵² HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 233.

¹⁵³ KAYA (Terazi Hukuk Dergisi), s. 30-31.

¹⁵⁴ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 234.

¹⁵⁵ Yargıtay 3. HD, 17.06.2013, 6034/10207, KAYA (Terazi Hukuk Dergisi), s. 31.

Hastanın yüzündeki tüylerin lazer yöntemi ile giderilmesine ilişkin, uygulanan işlem neticesinde hastanın yüzünün yanmış olduğu, arkasından lekelerin oluştuğu, yanık ve lekeler sebebiyle acı duyulması ve tedaviden beklenen neticenin elde edilmemesi sebebiyle tazminata konu olan ve yargıya intikal eden bir olayda da Yargıtay, estetik amaçlı tıbbî müdahalenin hastanın arzuladığı gibi gerçekleşmesinin mümkün olmaması durumunda da, hekimin hastayı uyarma yükümlülüğü olup, müdahalede bulunacak hekimin bu yükümlülüğünü, hastayı aydınlatma borcunu yerine getirdiğini ispat etmesi gerektiğini belirtmiş¹⁵⁶, aynı yükümlülüğe başka bir kararında da değinerek, hekimin, birden çok estetik burun operasyonu geçirmiş olan hastasına, birden çok operasyon geçirenlerin, ilk defa bu operasyonu geçiren kişilerdeki kadar iyi bir sonuç alınamayabileceği hususunda gerekli aydınlatmayı yapması gerektiğini ifade etmiştir¹⁵⁷.

Hastanın estetik amaçla karın yağlarının alınmasının, müdahalenin konusunu oluşturduğu bir olayda, operasyon sonrası karın örtüsünde meydana gelen apse nedeniyle yeniden operasyon geçiren hastanın tazminat davası açmasıyla yargıya intikal eden olayda Yargıtay, eser sözleşmesi bakımından, hekimin genel ihbar yükümlülüğü kapsamında, hastasını operasyon öncesinde olası neticeler ve komplikasyonlar konusunda aydınlatma zorunluluğunun olduğunu belirtmiştir¹⁵⁸.

Estetik müdahaleler ile hastanın yapılmasını istediği müdahale öncesinde mevcut durumu ile müdahalenin yapılması sonrası ortaya çıkacak durumun fotoğraf ve şekillerle belirlenerek hasta ile hekimin anlaşması gerektiği hususuna Yargıtay şu şekilde değinmiştir: *“Uyuşmazlığın esasını oluşturan estetik ameliyat yapılmadan önce değişik cephelerden davacının yüzünün fotoğrafları çekilmiş, aynı şekilde davacının burnunun ameliyat sonrası alması tasarlanan şekil de kararlaştırılmış bulunmaktadır. Davalılar bu fotoğrafa karşı çıkmamışlar, özellikle davalı doktor, ameliyat öncesi bir fikir verilmesi açısından fotoğrafların çekildiğini ve buna göre bir planlama yapıldığını, ancak bunun bir taahhüt veya garanti anlamına gelmediğini bildirmiş, bu suretle davacıya estetik ameliyat sonucu oluşması tasarlanan burun şeklinin gösterildiği ve bunun üzerinde mutabık kalındığı olgusunu kabul etmiştir.*

¹⁵⁶ Yargıtay 3. HD, 03.03.2014, 2013/19068 E, 2014/3165 K, KAYA (Terazi Hukuk Dergisi), s. 31 ve YILMAZ, s. 116-118'den.

¹⁵⁷ Yargıtay 15. HD, 09.02.2011, 2958/676, KAYA (Terazi Hukuk Dergisi), s. 31'den.

¹⁵⁸ Yargıtay 13. HD, 21.05.2012, 11359/12808, KAYA (Terazi Hukuk Dergisi), s. 26.

Anılan fotoğraflar incelendiğinde ise davacının burnunun ameliyat öncesi ve sonrası şeklinin fahiş şekilde değiştiği, ameliyat sonrası oluşan şeklin fotoğraflarda tasarlanan şekil dışında yüz biçimi ile uyumlu olmayan tamamen başka bir görünüme kavuştuğu ve daha önce mevcut bulunmayan çöküntülerin oluştuğu görülmektedir... Ne var ki, somut olay yönünden muhtemelen hasıl olabilecek sonuç ve komplikasyonlar hakkında davacının yeterli derecede aydınlatıldığı ve ona rağmen davacının tüm bunları bilerek ameliyata rıza gösterdiği hususları kanıtlanabilmiş değildir”¹⁵⁹.

Hastanın daha önceden geçirmiş olduğu operasyonlar ya da yapısı itibariyle, yapılmasını istediği estetik müdahalenin kararlaştırıldığı gibi gerçekleşmesinin mümkün olmadığı durumlarda hekim hastasını yüklenicinin genel ihbar zorunluluğu kapsamında geniş bir şekilde aydınlatmalıdır. Örneğin; diş eti rahatsızlığı bulunan bir hastanın, kendisi istese dahi diş eti hastalığı iyileştirilmeden protez yapılması ve diş eti proteze uygun hale getirilmeden, protez yapılamayacağı bilgisinin hastaya verilmemesi hekimin sorumluluğuna neden olacaktır. Yargıtay da aynı yönde vermiş olduğu bir kararda bu hususa işaret etmektedir: “Protez işinin yapımı sırasında, hastadan kaynaklanan bir durum, özellikle diş eti hastalığının varlığı anlaşılırsa ve bu hastalık proteze engel ise öncelikle doktorun bu durumu hastasına bildirmesi ve hastanın kabulü halinde de önce diş eti tedavisi yapılması gerekirdi. Bu bildirim doktor tarafından yapıp yapılmadığı ve hastadaki mevcut hastalığın o hali ile proteze uygun olup olmadığı anlaşılacaktır. Doktor, ancak bu bildirimden sonra sorumluluktan kurtulabilir”¹⁶⁰.

b. Aydınlatılacak Kişi

Aydınlatmanın bizzat, kendisine tıbbî müdahalede bulunulacak hastaya yapılması gerekmektedir. Hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında, geçerli bir rıza vererek bu hakkını kullanabilmesi, müdahaleyi gerçekleştirecek

¹⁵⁹ Yargıtay 15. HD, 25.10.2010, 4538/5692, HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 234-235'ten.

¹⁶⁰ Yargıtay 15. HD, 03.10.2007, 4800/5945, HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 235, dipnot 267, naklen.

hekim tarafından, ayırtım gücüne sahip olan hastanın bizzat bilgilendirilmesi ile mümkündür¹⁶¹.

Ülkemizde de hukuka aykırı olarak uygulanan, müdahalenin muhatabı olan hastanın bilinci açık, aydınlatılmasına herhangi bir engel olmamasına rağmen; hastanın hastalığının ciddi, ağır olması ya da psikolojik durumuna istinaden veyahut başkaca bir sebeple, hasta yerine yakınlarının aydınlatması kural olarak doğru bulunmamaktadır¹⁶².

Aydınlatılması gereken kişinin bizzat hasta olduğu, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 18. maddesinin 3. fıkrasında açıkça belirtilmiştir¹⁶³. 1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesinin 1. fıkrasına göre de, hekimlerin, diş hekimlerinin, yapacakları her çeşit müdahale için "hastanın", hastanın küçük ya da kısıtlı olması halinde veli ya da vasinin rızasının alınması gerekmektedir.

Uygulamada da Yargıtay; hastanın, büyük ve sarkık meme şikayeti ile özel hastanede, estetik, plastik ve rekonstrüktif cerrahi alanında uzman doktor tarafından ameliyat edildiği ve enfeksiyon ve yanlış müdahale sonucu hastanın meme uçlarını tamamen kaybederek, görünümünün estetikten yoksun bir hâl aldığı hastanın tarafından belirtildiği olayda; rıza formunun müdahalenin muhatabı hasta yerine hastanın kızının imzalaması, davacı hastaya operasyonun risklerine dair bilgi verilip hastanın kabul ettiğine dair bir belgenin bulunmaması dolayısıyla aydınlatmanın yapılmadığını kabul etmiştir¹⁶⁴. Yargıtay'ın vermiş olduğu başka bir kararda da, yüz dolgusu yapılan operasyon esnasında, hastada alerjik reaksiyona bağlı olarak şişmenin olduğu ve iltihaplı yaraların meydana geldiği, yargıya intikal eden olayda, hekimin yapmış olduğu savunmada, hastanın kız kardeşine de hastaya yapılan estetik operasyonunun aynısının yapıldığı ve bu durumun, hastaya yapılacak müdahalede

¹⁶¹ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 235; BULUT (Tıbbi Müdahale), s. 379; EROL (Aydınlatma), s. 135; BAŞBUĞ, s. 152.

¹⁶² HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 236.

¹⁶³ Yönetmeliğin söz konusu hükmüne göre; "Hastanın kendisinin bilgilendirilmesi esastır. Hastanın kendisi yerine bir başkasının bilgilendirilmesini talep etmesi halinde, bu talep kişinin imzası ile yazılı olarak kayıt altına alınmak kaydıyla sadece bilgilendirilmesi istenen kişilere bilgi verilir".

¹⁶⁴ Yargıtay 3. HD, 15.03.2012, 177/6939, HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 236, dipnot 268.

oluşacak tehlikeler ve gelişecek komplikasyonlar bakımından hastanın aydınlatılmış olduğu anlamına geldiği ifadesine Yargıtay tarafından itibar edilmemiştir¹⁶⁵.

Avusturya Yüksek Mahkemesi de 16 yaşındaki gencin aydınlatılmadığı ve yalnızca ebeveyninden rıza alındığı müdahalede hekimin kusurlu olduğu kararını vermiştir¹⁶⁶. Bayraktar'a göre, hastanın çocuk, akıl hastası olması ya da hacir altına alınmış olduğu durumlarda bu durumunun veli veya vasiye geniş çerçevede anlatılması gerekmektedir beraber, öncelikle bu durumdaki hastalara, hastalığı ve hastalığın gidişatı basitçe açıklanmalıdır¹⁶⁷.

Küçüklerin aydınlatma sürecine katılması hususu, Hasta Hakları Yönetmeliğinin 24. maddesinin 2. fıkrası ile Biyotıp Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 2. bendinde de düzenlenmiştir. Söz konusu yönetmelik hükmü uyarınca; küçüğün kanuni temsilcisinin rızasının yeterli olduğu durumda dahi, anlatılanları anlayabilecekleri ölçüde, küçüğün veya kısıtlı olan hastanın dinlenmesi suretiyle mümkün olduğunca bilgilendirilme sürecine ve kendisi ile ilgili yapılacak olan tedavi ile ilgili alınacak kararlara katılımının sağlanması gerektiği düzenlenmiş, Biyotıp Sözleşmesi'nde de aynı doğrultuda, "küçüğün iradesinin de göz önünde bulundurulması gerektiği ve bunun yaş ve olgunluk durumuyla orantılı bir şekilde gittikçe daha belirleyici bir etken olarak göz önüne alınacağı" hüküm altına alınmıştır¹⁶⁸.

Aydınlatılacak kişinin rıza yeteneğinin bulunmaması veya bilincinin kapalı olduğu durumlarda hastanın yakınlarının bilgilendirilebileceği kabul edilmekle beraber, hasta yakınlarından kimlerin bu bilgilendirmenin muhatabı olacağı hususunda Organ ve Doku Nakli Kanunu'nun 14. maddesi hükmü kıyasen uygulanarak, eş, reşit çocuklar, anne veya baba ve kardeşlerden birisi şeklinde bir sıralama uygun olabilecektir¹⁶⁹.

¹⁶⁵ Yargıtay, 3. HD, 26.11.2013, 16398/16634, KAYA (Terazi Hukuk Dergisi), s. 35'ten.

¹⁶⁶ OGH JBI. 1985, 548, HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 237, dn. 271'den.

¹⁶⁷ BAYRAKTAR, s. 129; aynı görüşte, AŞÇIOĞLU, s. 29.

¹⁶⁸ EROL (Aydınlatma), s. 135.

¹⁶⁹ HAKERİ (Tıp Hukuku), s.237.

c. Aydınlatma Yükümlüsü

Anayasa ile teminat altına alınmış bulunan kişilik hakkının bir sonucu olan aydınlatma borcu, aynı zamanda tedavi sözleşmesinin de sonucu olduğundan, bu borç tedavi sözleşmesinin tarafı olan, müdahalede bulunacak olan ya da müdahalenin yürütülmesi konusunda sorumluluğu üstlenmiş bulunan hekim/diğ hekimini üzerindedir. Tedavi sözleşmesinin tarafı olan hekim, hastayı aydınlatarak, sözleşmeden doğan yükümlülüğünü yerine getirecektir¹⁷⁰.

Önemli cerrahi müdahalelerde olduğu gibi, tıbbî müdahalede bulunacak hekim ile tedavi sözleşmesinin tarafı olan hekimin farklı hekimler olması halinde Ayan, her iki hekimin de hastayı aydınlatma yükümlülüğünün bulunduğunu ifade etmiştir¹⁷¹. Ağır ameliyatlara gibi, hastanın karar vermesinin güç olduğu durumlarda aydınlatmayı yapacak hekim, operasyonu yürütecek hekimin bizzat kendisidir¹⁷².

Hekimin, aydınlatma borcunu bizzat yerine getirmesi, hemşire ya da başkaca sağlık personeline bırakmaması gerekmektedir¹⁷³. Hekim dışında, hemşire, hastabakıcı gibi diğer sağlık çalışanlarının aydınlatma yükümlülüğü yalnızca kendi sorumluluk alanlarındaki tıbbî müdahaleler için söz konusudur¹⁷⁴. Tedavi sözleşmesinin tarafı olan hekim, aydınlatma borcunu ancak meslektaşının bu borcu gerektiği gibi yerine getirebileceğinden emin olması durumunda diğer bir hekime bırakabilir¹⁷⁵. Tıbbî müdahalenin birden fazla hekim tarafından ekip halinde uygulanması durumunda aydınlatma borcu, müdahalede bulunacak hekimlerden her birinin kendi uzmanlık alanıyla ilgili hastayı bilgilendirmesi şeklinde gerçekleştirilebileceği gibi, bu borç tek başına ekibin yöneticisi durumundaki hekimin

¹⁷⁰ AYAN, s. 81; ERMAN, s. 103; SEREL, s. 188; BULUT (Tıbbî Müdahale), s. 379; EROL (Aydınlatma), s. 134; ÖZDEMİR, s. 240; BAŞBUĞ, s. 152, 173; SÜTÇÜ, s. 386; ÖZTÜRKLER, Cemal, Hukuk Uygulamasında Tıbbî Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbî Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, 2. Baskı, Ankara 2006, s. 72; POLAT, s. 49; YILMAZ, s. 70; ŞATIR, s. 70.

¹⁷¹ AYAN, s. 82.

¹⁷² HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 238.

¹⁷³ AYAN, s. 82; HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 238.

¹⁷⁴ IŞIK YILMAZ, Ş. Berfin: "Tıbbî Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", TBB Dergisi, Sayı: 98, 2012, s. 402; SEREL, s. 188.

¹⁷⁵ AYAN, s. 82; HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 238; ERMAN, s. 103.

hastayı bilgilendirmesiyle yeterli sayılabilecek, bu haliyle aydınlatma borcu yerine getirilmiş olacaktır¹⁷⁶.

Birden fazla hekimin aynı konuda birlikte çalışmasının söz konusu olduğu durumlarda, asıl hekimin, hiyerarşik olarak daha altta olan bir hekime aydınlatma borcunun yerine getirilmesini bırakması da mümkün olmakla birlikte, bu borcun ifasının bırakılması, ancak hiyerarşik bakımdan altta olan hekimin, aydınlatma borcunun hakkıyla yerine getirilmesi hususunda yeterli kapasiteye sahip olduğuna güvenilebilmesi ile mümkün olacaktır¹⁷⁷.

Aydınlatma yükümlüsünün tıbbi müdahalede bulunacak olan hekimin olduğuna, mevzuatımızda, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'un "Bilgi verme ve araştırma yükümlülüğü" başlıklı 7. maddesinde¹⁷⁸ değinilmiş, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 18. maddesinin 2. fıkrasında da "*Hasta, tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından tıbbi müdahale konusunda sözlü olarak bilgilendirilir. Bilgilendirme ve tıbbi müdahaleyi yapacak sağlık meslek mensubunun farklı olmasını zorunlu kılan durumlarda, bu duruma ilişkin hastaya açıklama yapılmak suretiyle bilgilendirme yeterliliğine sahip başka bir sağlık meslek mensubu tarafından bilgilendirme yapılabilir*" hükmüyle, bu borcun müdahalede bulunan sağlık meslek mensubu üzerinde olduğu ifade edilmiştir.

d. Aydınlatmanın Zamanı

Aydınlatma zamanını belirlemede her hâl ve şart için genel bir kural bulunmamakla birlikte, somut olayın özelliklerine göre, hastaya yapılacak müdahale hakkında yeterince düşünme zamanı tanınarak, yakınlarının da görüşünü alarak

¹⁷⁶ AYAN, s. 82; BULUT (Tıbbî Müdahale), s. 379; EROL (Aydınlatma), s. 134; BAŞBUĞ, s. 152; POLAT, s. 50.

¹⁷⁷ ERMAN, s. 103; SEREL, s. 188.

¹⁷⁸ İlgili Kanun'un 7. maddesinin a bendi uyarınca; Organ ve doku alacak hekimler, vericiye, uygun bir biçimde ve ayrıntıda organ ve doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler ile, bunun tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında bilgi vermek; b bendi uyarınca; organ ve doku verenin, alıcıya sağlayacağı yararlar hakkında vericiyi aydınlatmak ile yükümlüdürler.

serbest iradesiyle, önerilen tedaviyi ya da operasyonu kabul ya da red yönünde karar vermesini sağlayabilecek yeterli zaman tanınmalıdır¹⁷⁹.

Hastanın hayatını kurtarma ya da ağır bir zarara uğrası ihtimal dahilinde olan acil durumlarda, ameliyatın hemen öncesinde, ameliyat masasında dahi aydınlatmanın geçerli olabileceği kabul edilirken, böyle bir aciliyetin bulunmadığı operasyonlarda, hastaya müdahaleyi düşünüp değerlendirebileceği imkân tanınmaması sebebiyle bu durumda müdahalenin hemen öncesinde yapılan aydınlatmanın geçerliliği söz konusu olmayacaktır¹⁸⁰. Estetik cerrahi veya estetik diş hekimliği müdahalelerinde genel olarak aciliyet söz konusu olmadığından, hastaya düşünmesi için geniş zaman tanınmalıdır.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 18. maddesinin 5. fıkrasında da bu husus düzenlenmiş olup; acil durumlar dışında, aydınlatmanın hastaya makul süre tanınmak suretiyle yapılması gerektiği ifade edilmiştir.

Karşılaştırmalı Hukuk'ta, Alman Medeni Kanunu aydınlatmanın zamanı yönüyle belirleme yapmamakla birlikte, hastanın iyice düşünerek rıza vermesine olanak sağlayacak şekilde, müdahalenin öncesinde yapılması gerektiği belirtilmiştir. Aydınlatma, hastaya karar verme baskısı yapılmaksızın, müdahalenin ne çok öncesinde ne de artık karar verilmesine imkân tanınmayacak ölçüde geç; zamanında yapılmalıdır¹⁸¹. Kural olarak aydınlatmanın en geç, operasyonun bir gün öncesinde yapılması gerektiği ifade edilmekle birlikte¹⁸²; özellikle önem arz eden operasyonlar bakımından aydınlatmanın müdahalenin olacağı gün ya da bir gece öncesinde yapılmasının geç olacağı kabul edilerek, tazminat sorumluluğuna neden olabileceği belirtilmektedir¹⁸³.

¹⁷⁹ AYAN, s. 83; BULUT (Tıbbî Müdahale), s. 380; EROL (Aydınlatma), s. 136; BAŞBUĞ, s. 150; POLAT, s. 50.

¹⁸⁰ AYAN, s. 83; EROL (Aydınlatma), s. 137.

¹⁸¹ DEUTSCH/SPICKHOFF, kn. 238, HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 239, dn. 284'ten.

¹⁸² OLG Köln, VersR 1992, 754, HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 240, dn. 286'dan.

¹⁸³ ZEYTİN, Zafer, "Hasta-Hekim İlişkisinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", VIII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Ankara 2012, s. 18.

e. Aydınlatmanın Kapsamı

Hukukumuzda aydınlatma borcunun kapsamını belirlemede genel bir esas bulunmamakla birlikte¹⁸⁴; mevzuat bu kapsamda nelerin olabileceğine işaret etmektedir¹⁸⁵. Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi'nin 14. maddesinin 2. fıkrasına göre, "... teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır". Nizamnamenin bu hükmü, her türlü tıbbî müdahaleyi kapsayacak nitelikteki tek kuraldır¹⁸⁶. 2238 sayılı Kanunda da¹⁸⁷ hekimin aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı belirtilmiştir. Kapsam ile ilgili daha detaylı bir düzenleme Hasta Hakları Yönetmeliği ve Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nda bulunmaktadır. Yönetmeliğin 31. maddesinin 1. fıkrası uyarınca; "*Rıza alınırken hastanın veya kanuni temsilcisinin tıbbi müdahalenin konusu ve sonuçları hakkında bilgilendirilip aydınlatılması esastır*". Yönetmeliğin 15. maddesi ise aydınlatma kapsamını daha geniş ele alarak; hastanın, hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği, tıbbî müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi, diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri, muhtemel komplikasyonları, reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri, kullanılacak ilaçların önemli özellikleri, sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri, gerektiğinde aynı konuda tıbbî yardıma nasıl ulaşabileceği hususlarında aydınlatılması gerektiğine işaret etmiştir. Benzer bir düzenleme ile Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 26. maddesi de hekimin hastayı, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri hususlarında bilgilendirmesi gerektiğini ifade etmektedir.

¹⁸⁴ YILMAZ, s. 61.

¹⁸⁵ AYAN, s. 75; HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 241; ÖZDEMİR, s. 244.

¹⁸⁶ AYAN, s. 75.

¹⁸⁷ 2238 sayılı Kanun'un 17. maddesinin a ve b bentleri, hekimin, vericiye uygun bir biçim ve ayrıntıda organ ve doku alınmasının yaratabileceği riskler ile, bunun tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında bilgi vermesi gerektiğini; organ ve doku vermenin alıcıya sağladığı yararlar hakkında vericinin aydınlatılması zorunluluğunu belirtmiştir.

Öğretide aydınlatma borcunun kapsamının belirlenmesinde somut olayın özelliklerinin ölçü olarak alınması; uygulanacak somut müdahalenin niteliği, aydınlatmanın çeşidi, hastanın bünyesine göre somut her olayda kapsamın buna göre belirlenmesi gerektiği ifade edilmiştir¹⁸⁸. Genel olarak öğretilerde kabul edilen görüş, yapılacak cerrahi operasyonun komplikasyon ve taşıyacağı risk ihtimalinin arttığı oranda, hastaya yapılacak aydınlatma kapsamının da geniş tutulacağı yönündedir¹⁸⁹. Esasen hastanın yapılacak tıbbî müdahaleye rızasının alınmasında bu kararını etkileyebilecek mahiyetteki tüm etkenlerin hastaya detaylı bir şekilde anlatılması gerekirken, bu kapsam somut olaya göre genişleyebilecek, kısıtlanabilecek veyahut tamamıyla ortadan kalkabilecektir¹⁹⁰.

Aydınlatmada genel olarak “ortalama hasta”¹⁹¹ kriteri benimsenmekle beraber, hastanın subjektif özellikleri, kültürel, psikişik durumu ve toplumsal faktörler de dikkate alınarak, onun anlayabileceği, kavrayabileceği bir şekil ve seviyede, mümkün olduğunca tıbbî terimlerden uzak, tereddüte yer bırakmayacak şekilde, kendisine makul bir düşünme süresi tanınmak suretiyle bilgilendirilmede bulunulması ve estetik müdahaleler bakımından oldukça önemli olduğu üzere, hasta mahremiyetinin de korunarak aydınlatmanın yapılması gerektiği savunulmaktadır¹⁹².

Estetik amaçlı tıbbî müdahalelerin dolaylı da olsa tedavi amacı taşıması, hastanın fiziksel görüntüsü ya da psikolojik durumunun müdahaleye dayanak teşkil etmesi dolayısıyla, hastanın isteği doğrultusunda yapılan bu müdahalelerde aydınlatmanın hastanın söz konusu fiziksel ve psikolojik durumu göz önünde bulundurularak, hastanın şahsî özellikleri, eğitim düzeyi, anlama kabiliyeti, kültürel seviyesine uygun surette yapılması gerekmektedir. Estetik müdahalelerin maddî olgusunu, istenilen ve kararlaştırılan amaca uygun güzel bir görüntü oluşturduğundan, bu görünümün hastanın arzu ettiği şekilde gerçekleşmesinin

¹⁸⁸ KAYA (Terazi Hukuk Dergisi), s. 32; AYAN, s. 75; ÖZDEMİR, s. 244.

¹⁸⁹ SEREL, s. 189; ÖZDEMİR, s. 245; ER, s. 89; KAYA (Terazi Hukuk Dergisi), s. 34; İPEKYÜZ, s. 82.

¹⁹⁰ AYAN, s. 75-76.

¹⁹¹ AYAN, s. 76; HAKERİ ise makul bir kişinin ne kadar bilgi almak isteyip istemeyeceği hususunda bir ölçüt belirlenemeyeceğini, aydınlatma kapsamının somut hastaya göre belirlenmesi gerektiğini savunmuştur. HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 242.

¹⁹² BAYRAKTAR, s. 128; AYAN, s. 76; HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 242; BULUT (Tıbbî Müdahale), s. 379; POLAT, s. 46, 50; BADUR, s. 70; KARAN, s. 66.

mümkün olmaması hâlinde, hastanın bu konuda mutlaka aydınlatılmış olması gerektiği ifade edilmektedir¹⁹³.

Alman Hukuku öğreti ve uygulamasında, aydınlatma kapsamını belirlemede müdahalenin aciliyetine, tehlikenin büyüklüğüne, hastaya uygulanacak tıbbî müdahalenin tedavi amacı barındırıp barındırmaması ve hastanın aydınlatmanın genişletilmesi hususunda açıkça bir talebinin var olup olmadığına bakılmaktadır¹⁹⁴. Yapılacak müdahalenin aciliyeti arttığı ölçüde, aydınlatmanın kapsamı daralmakta; salt teşhis amacına yönelik müdahaleler, yapılmasında mutlaka zorunluluğun bulunmadığı müdahaleler ve estetik amaçlı tıbbî müdahaleler gibi örneklendirebileceğimiz uygulamalarda ise aciliyet olmaması sebebiyle aydınlatma borcunun kapsamı genişleyecektir¹⁹⁵.

Tıbbî müdahalenin getireceği risk, tehlike arttıkça, uygulanacak işlem tıbbî standart ölçüsünü sağlasa dahi aydınlatma kapsamı geniş tutulacaktır. Ancak, aydınlatmanın ne kadar detaylı olur, ne kadar geniş kapsamlı yapılırsa o kadar iyi olacağı görüşü, müdahalenin süjesi olan hastaya ve somut vakaya göre değişiklik gösterdiğinden, hastaya psikolojik durumunun kaldıramayacağı miktarda bilgi verilmemesi gerekmektedir. Aksi takdirde hastanın tedaviyi reddetmesi ve reddetme ile birlikte daha kötü sonuçların ortaya çıkması söz konusu olabilir. Dolayısıyla bu konuda aydınlatmanın sınırını belirleme, hekimin tecrübelerine dayanarak kendisine düşmektedir¹⁹⁶. Ancak bu belirleme yalnızca aydınlatmanın sınırlanması konusunda söz konusu olacaktır. Erman, hangi riskin önemli hangisinin önemsiz olduğuna dair görüşün hekime bırakılmasının, hastanın iradesini tek taraflı olarak sınırlandıracağını belirterek bu görüşün kabul edilmemesi gerektiğini ifade etmiştir¹⁹⁷.

Hukukumuzda da gerek doktrin gerekse Yargıtay tarafından estetik dış hekimliği ve estetik cerrahi müdahalelerde tedavi amacının ikinci planda olduğu, psikolojik ya da sosyal endikasyonun varlığı kabul edilse dahi asıl amacın güzelleştirme olduğu ifade edilmektedir. Bu sebeple, aciliyetin ve zorunluluğun

¹⁹³ KAYA (Terazi Hukuk Dergisi), s. 33.

¹⁹⁴ AYAN, s. 76-77; AYKIN, s. 64.

¹⁹⁵ AYAN, s. 76.

¹⁹⁶ ORAL, Tuğçe, "Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümü", Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 2, 2011, s. 192-193; KAYA, Mine, "Türk ve Amerikan Hukukunda Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğünün Kapsamı", Tıp Hukuku Dergisi, Yıl. 1, Sayı 1, s. 152-153.

¹⁹⁷ ERMAN, s. 113; HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 243.

olmadığı kozmetik uygulamalarda aydınlatma kapsamının diğer tıbbî müdahalelere göre daha geniş kapsamlı ele alınarak hastanın bilgilendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir¹⁹⁸.

Kural olarak hastanın yapılacak müdahale hakkında hekim tarafından bilgilendirilme isteğinin hekime aktarılmasına gerek bulunmamaktadır. Aydınlatma, açıkça istenmese dahi hekim tarafından yerine getirilmesi zorunluluk arz eden bir borçtur. Somut olayın özelliklerine göre daralıp genişleyebilen veya tamamen ortadan kalkabilen bu kapsam, hastanın açıkça istemesi halinde genişleyecektir¹⁹⁹.

Müdahalede bulunacak hekimin, aydınlatma kapsamında hastayı müdahale ile birlikte oluşabilecek komplikasyonlar, yan etkiler ve oluşabilme sıklığı hakkında gerekli standardı da sağlayarak bilgilendirmesi gerekmektedir. Aksi takdirde, bilgilendirmeme ya da eksik bilgilendirme sebebiyle hekimin tazminat sorumluluğu doğabilecektir²⁰⁰.

f. Aydınlatmanın Şekli

Mevzuatta özel olarak düzenlenen durumlar haricinde, aydınlatma borcunun yerine getirilmesinde şekil serbestisi esas alınmakta, aydınlatmanın şekline dair genel bir hüküm bulunmamaktadır²⁰¹.

Aydınlatılmış onamı şekle bağlayan ve yazılı olarak alınması gerektiğini belirten düzenlemeler, Biyotıp Sözleşmesinin 16/v maddesinde²⁰², Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesinde²⁰³, 26.09.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "İnsan üzerinde deney" başlıklı 90.

¹⁹⁸ İPEKYÜZ, s. 81; ÖZSUNAY, s. 39; AYAN, s. 77; BULUT (Tıbbi Müdahale), s. 380-381; BAŞBUĞ, s. 151; ER, s. 89; ÖZTÜRKLER, s. 74; KAYA (Terazi Hukuk Dergisi), s. 33.

¹⁹⁹ AYAN, s. 77.

²⁰⁰ ERDOĞAN, Nuri/ KARA, Mithat/ HIZAL, Abdullah/ ARSLAN, Hızal Sevinç, "Aydınlatılmış Onam: Uygulama ve Tıp Hukuku Açısından Sorunlar", Erciyes Tıp Dergisi, Cilt: 33, Sayı: 2, 2011, s. 167.

²⁰¹ AYAN, s. 84; HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 244; EROL (Aydınlatma), s. 136; BAŞBUĞ, s. 151.

²⁰² Biyotıp Sözleşmesi'nin, üzerinde araştırma yapılan kişilerin korunmasıyla ilgili düzenlemesinde "muvafakatin, açıkça, özel olarak ve belgelendirilerek verilmiş olması" gerekir denilmektedir (md. 16/v).

²⁰³ 1219 sayılı Kanun'un 70. maddesi, büyük cerrahi işlemlerde rızada yazılılık şartı aramaktadır.

maddesinin 2. fıkrasının (g) bendinde²⁰⁴, 24.05.1983 tarihli ve 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 5. maddesinde²⁰⁵, 29.05.1979 tarihli ve 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun'un 6. maddesinde²⁰⁶, 18.12.1983 tarihli Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'ün 15. maddesinde²⁰⁷, Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi'nin 22. maddesinde²⁰⁸ ve Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 41. maddesinde²⁰⁹ yer almaktadır. Ancak söz konusu hükümlerin rızanın yazılı olma şartını araması, aydınlatmanın da yazılı olması gerektiği şeklinde yorumlanmamalıdır²¹⁰.

Aydınlatılmış onamın hastadan yazılı olarak alınması, hasta hakları yönüyle hasta bakımından hak, müdahale dolayısıyla sonradan doğabilecek bir sorun olduğu durumda hekim yönünden ispat teşkil etmede yardımcı olacak belge niteliğindedir. Başka bir ifadeyle, aydınlatma yapılarak sözlü olarak rıza alınması yasal ve etik yönden, aydınlatılmış onamın hastadan yazılı olarak alınması ise özellikle hekim yönüyle baktığımızda hastanın bilgilendirildiğinin belgelenmesi bakımından önem arz etmektedir²¹¹.

²⁰⁴ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 90. maddesinin 2. fıkrasının (g) bendi, rızaya dayalı olarak insan üzerinde yapılan bilimsel deneyin ceza sorumluluğu gerektirmemesini, deneyin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak açıklanan rızanın yazılı olma şartına bağlamıştır.

²⁰⁵ Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 5. maddesinin 4. fıkrası "... sterilizasyon ve rahim tahliyesini kabul edenlerden istenilecek izin belgesinin şekli ve doldurulma esasları ... ile ilgili hususlar çıkarılacak tüzükte belirtilir" ifadesiyle konunun düzenlendiği yerin tüzük olduğunu belirtmiştir.

²⁰⁶ İlgili hüküm, 18 yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olan bir kişiden organ ve dokunun alınabilmesini, vericinin en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanması suretiyle mümkün kılmaktadır.

²⁰⁷ İzin belgesinin alınma yöntemini düzenleyen 15. madde hükmüne göre rahim tahliyesi ya da sterilizasyona izin verilmesi hususunda yazılı ve imzalı belge aranmaktadır.

²⁰⁸ Söz konusu maddenin 4. fıkrası, avortmanlarda, hastanın ve varsa veli veya vasisinin yazılı rızasının alınmasını şart koşmaktadır.

²⁰⁹ Maddenin birinci fıkrasında, deneğin bilgilenebilmesi ve aydınlatılmış onamı başlıklı düzenlemede, aydınlatmanın içeriğinde neler olacağı ve usulünü; "... araştırmanın amacı, yöntemleri, beklenen yarar ve olası yan etkileri hakkında, deneğin anlayabileceği dilde ve biçimde yeterli bilgi verilmesi..." ifadesiyle belirtilmiş; ikinci fıkrada ise rızanın, deneğin özgür iradesine dayanan, yazılı rıza olması gerektiği ifade edilmiştir.

²¹⁰ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 244.

²¹¹ ÇOBANOĞLU, Nesrin, Kuramsal ve Uygulamalı Tıp Etiği, Ankara 2009, s. 69.

Uygulamada, aydınlatmanın şeklini belirleme hususu, somut olaya göre hekimin takdirindedir. Hekimin aydınlatma şeklini dilediği biçimde belgelendirmesine hukuken engel bulunmamaktadır²¹².

Hekim-hasta ilişkisinde özellikle önem arz eden güven unsuruna dayalı olarak, hekimin hastayı sözlü şekilde aydınlatması; hastanın yapılacak tıbbî müdahaleye ikna edilmesi, hekimin somut olaya göre hastaya aktaracağı bilgilerin kapsamını belirleyebilmesi yönüyle yazılı aydınlatma ile kıyaslandığında daha elverişli bulunmakta; broşür veya kitapçık gibi somut olaydan çok, genel bir düzenlemenin yer aldığı, hekimin takdir yetkisinden, bilgilerin olması gerekenden bazen az bazen gereksiz ölçüde fazla olması dolayısıyla uzak, yazılı aydınlatmanın da; sözlü aydınlatmayı hazırlayıcı nitelik taşıdığı takdirde yapılmasına bir engel bulunmamaktadır²¹³.

Aydınlatmanın, kişiselleştirilerek hastanın taleplerini, korkularını anlamaya yönelik olarak hekimin hastasıyla konuşması suretiyle gerçekleştirilmesi, matbu aydınlatmadan kaçınılması gerekmektedir²¹⁴. Hakeri, “Yukarıdaki bilgilerin hepsini okudum ve bu bilgilerden başka birçok sözlü bilgi verildi. Tarafıma yapılan sözlü ve yazılı açıklamalardan tatmin olduğumu belirttim. Uygulanacak olan tedavi ve daha sonra çıkabilecek durumlarda yapılacak tüm tedavilere, yukarıda listelenen maddelere ve aynı zamanda bana yapılan sözlü ve yazılı açıklamalara kendimde olarak ve kendi irademle onay veriyorum” gibi bir formun yalnızca rıza içerdiğini, kesinlikle aydınlatma olarak kabul edilemeyeceğini ifade etmektedir²¹⁵.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 18. maddesinin 1. fıkrası; aydınlatmanın mümkün olduğunca sade, hastanın sosyal ve kültürel seviyesine uygun, tereddüt ve şüpheye yer verilmeyecek şekilde yapılması gerektiğine işaret etmiştir. Aynı maddenin 6. fıkrasında da bu bilgilendirmenin hastanın mahremiyeti korunarak, uygun ortamda yapılması gerektiği düzenlenmiştir.

²¹² HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 245.

²¹³ AYAN, s. 85.

²¹⁴ ÖZASLAN, Abdi, “Aydınlatılmış Onam”, Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi, (Editörler: Çetin/Yorulmaz), İstanbul 2006, s. 49; HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 245; GÖKCAN (Tıbbi Müdahale), s. 200.

²¹⁵ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 245.

Danıştay ve yabancı ülke yüksek mahkemelerinin²¹⁶ de uyguladığı üzere, reçete edilen ilaçların önem arz eden yan etkilerinin hastaya aktarılarak kayıt altına alınma zorunluluğu bulunmaktadır. Karşılaştırmalı hukukta ayakta tedavi hâllerinde dahi hekimin tazminat sorumluluğu, aydınlatma eksikliği sebebiyle kabul edilmekteyken, Hakeri, ayakta tedavilerde özellikle poliklinik şartlarında oldukça zor olması dolayısıyla yazılı bir aydınlatmanın gereksiz olduğu görüşünü savunarak, çok önemli hususlarda, hekimin protokol defteri, bilgisayara almış olduğu notlar ile hastanın bilgilendirilmesinin yeterli olduğunu ifade etmektedir²¹⁷.

g. Aydınlatmada İspat

Hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının somutlaşması neticesini doğuran ve temelini hem kanundan hem hasta ile hekim arasındaki tedavi sözleşmesinden alan aydınlatma; hekimin hastaya uygulamış olduğu tıbbî müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesinde hastadan alınacak rızanın geçerli olabilmesinin ön koşulu olduğundan; ispat külfeti, tıbbî müdahalenin hukuka uygunluk halinden istifade edecek hekimin üzerindedir²¹⁸.

Kendisine yapılacak tıbbî müdahale ile ilgili yeterince aydınlatma yapılmadığı iddiasında bulunacak hastaya karşı, hekim, usulüne uygun ve yeterli aydınlatma yaparak hastanın kendisine yapılacak müdahaleye, yapmış olduğu aydınlatma neticesinde razı olduğunu ispat edecektir²¹⁹.

Yargıtay “... Davacının rızasının bulunduğu kabul edilse dahi, az yukarıda açıklanan şekilde muayenenin muhtemel sonuçları davacıya bildirilmemiştir. Bu yönün ispatı davalı doktora aittir. (...) Olayımızda davalı doktorun, aydınlatma görevini yerine getirdiğini, bütün veri ve sonuçları tıp bilimine uygun olarak

²¹⁶ Avusturya Yüksek Mahkemesi, hekimin aydınlatma yükümlülüğünün, insan organizmasını yoğun derecede etkileyen veyahut içeriğinde hasta sağlığı yönünden gerçek zarar tehlikesi barındıran ilaçlarla ilgili olarak, var olduğunu kabul etmiştir. OGH JBI 1991, 316, BERNAT, 54, HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 250, dn. 343’ten.

²¹⁷ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 250

²¹⁸ AYAN, s. 86; EROL (Aydınlatma), s. 137; ER, s. 90; YILMAZ, s. 71.

²¹⁹ AYAN, s. 86.

davacının anlayacağı biçimde bildirdiği iddia ve ispat edilemediğine göre ...”²²⁰
ispat yükünün hekimde olduğuna işaret etmektedir.

Yargıtay bir başka kararında ise hastanın yüzündeki kırışıklıklarının estetik amaçlı olarak, yüze fill-new adlı dolgu malzemesi enjekte edilmek suretiyle giderilmesi işleminde, hekim tarafından bu müdahalenin içerdiği risklerin hastaya anlatılarak, aydınlatmanın kanıtlanması gerektiği hususu belirtilip, bilirkişi raporunun bu konuyu tartışmaması nedeniyle yerel mahkeme kararının bozulmasına karar vermiştir:

*“Davalı, davacıyı müdahalenin komplikasyonları konusunda aydınlattığını yazılı belge ile ispat edemediği gibi beyanında geçen komplikasyon olduğu halde tedavisinin de mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. Hükme esas alınan bilirkişi raporlarında davalı doktorun, davacıyı aydınlatma borcunu yerine getirip getirmediği tartışılmamıştır. Eksik inceleme ve araştırma sonucu hüküm kurulamaz”*²²¹”.

Maddî olguyu, estetik ameliyat yapılmak suretiyle istenilen ve kararlaştırılmış olan amaca uygun olarak güzel bir görünüm sağlanmasının oluşturduğu, operasyon sonrasında burun kanatlarında çökmenin ve nefes alma güçlüğünün meydana gelmesi dolayısıyla maddî ve manevî tazminata konu olan bir başka kararda da Yargıtay, rızanın aydınlatılmış olarak alınması gerektiğine değinmiş, somut olaydaki *“Dr. ... beni ameliyatın/müdahalenin şekli ve sonuçları ile daha sonra ortaya çıkacak komplikasyonları hakkında yeteri kadar bilgilendirdi ve ben de söz konusu müdahale ile ilgili tüm bilgileri tamamen anladım”* şeklindeki muvafakatnamenin genel soyut ibarelerle düzenlenmiş olduğunu; önerilen tedavi yönteminin başarı şansı ve süresi, bu metodun hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, tıbbî neticeleri ve olası komplikasyonları konularında bir açıklamanın bulunmadığını ve hastanın olası risk ve komplikasyonlar hakkında **somut ve yeterli bir şekilde aydınlatıldığının mevcut belgelerle ispatlanamadığı hususunun sabit olduğunu belirterek**, mahkemenin

²²⁰ Yargıtay 4. HD, 07.03.1977, 6297/2541, AYKIN, s. 65’ten naklen.

²²¹ Yargıtay 13. HD, 18.09.2008, 4519/10750, HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 263’ten naklen; POLAT, s. 327-329.

yanılgılı değerlendirme ile vermiş olduğu istemin tümden reddi kararını doğru bulmayarak bozma kararı vermiřtir²²².

Buğun kabul gören yaklaşım aydınlatmanın hastaya ayrıntılı olarak hem sözlü hem de yazılı olarak yapılması gerektiğinin yanında, hastaya yapılacak tıbbi müdahale konusu ile ilgili broşürler verilmesi, yapılan sözlü ve yazılı aydınlatmanın tanıklar tarafından da imzalanarak belgelenmesinin uygun olacağı ynndedir²²³. Alman uygulamasında şahit ile ispat mümkün iken²²⁴; Hakeri, şahit ile ispatın ancak çok olağanüstü hâllerde mümkün kılınması gerektiğini, aksi durumda her hekimin birlikte çalıştığı iki hemşire ile hastayı aydınlatmış olduğunun ispat yolunun aılabileceğini savunmuřtur²²⁵.

Hekimin aydınlatma borcunun ispatında hasta dosyası öncelikli olarak önem teşkil etmekle birlikte, hekimler tarafından yaygın şekilde kullanılan formların da her hastanın özel durumuna, yapılacak müdahaleye göre özelleştirip, kişisel ek bilgiler ile matbu formdan mümkün olduğunca uzaklaşılması ve hastanın doldurabileceği boş yerlerin formda bulunması ispat kuvvetinin artması yönüyle nerilmektedir²²⁶.

3. Rıza

a. Genel Olarak

Alman Hukuku ve İsviçre Hukuku'nda kabul edildiği üzere, kişinin, kendi geleceğini bizzat belirleme hakkı bulunmakta ve hastanın tıbbi müdahaleye rıza göstermesinin sınırlamasının da bu haktan doğduğu belirtilmektedir²²⁷.

²²² Yargıtay 3. HD, 21.01.2016, 2015/1851 E., 2016/489 K., GÖKCAN (Tıbbi Müdahale), s. 1255-1257'den.

²²³ AYKIN, Aykut Cemil/ ÇINARLI, Serkan, Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu, 2016, s. 312.

²²⁴ OLG München, VersR 1991, 189, 190, HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 248, dn. 337'den.

²²⁵ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 248.

²²⁶ BAŞBUğ, s. 152; HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 248; SÜTÇÜ, s. 380, 381.

²²⁷ Bonn Anayasası'nın 2. maddesinin 2. fıkrası, herkesin yaşama ve vücut bütünlüğü hakkını düzenlemekte olup, Alman Hukukundaki, kişinin kendi geleceğini bizzat belirleme hakkı bu maddeden tretilmekle birlikte, hastanın tıbbi müdahaleye rıza göstererek tıbbi müdahalenin hukuka

Hekim ile hasta arasında karşılıklı ve birbirine uygun surette irade beyanlarıyla kurulan sözleşme ilişkisinde²²⁸, bu sözleşmenin varlığı; hekimlik sözleşmesinde hastanın irade beyanı açık ya da örtülü rıza verme şeklinde gerçekleştiğinden, ancak hastanın rızasının bulunması hâlinde kabul edilebilecektir²²⁹. Anayasa'nın 17. maddesi uyarınca, “tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı hâller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tabi tutulamaz”. Rızaya ilişkin paralel bir düzenleme 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesinde, “tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatini alırlar” hükmüyle yer almaktadır. Medeni Kanun'un 23. maddesinin 3. fıkrası²³⁰ ve 24. maddesi²³¹, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 4. maddesinin 1. fıkrasının (h) bendinde²³² de rıza konusuna açıkça değinilmiştir.

Uluslararası mevzuatta da yapılacak müdahaleye rıza alınması gerektiği hususu düzenlenmiş bulunmaktadır. 1981 yılında Dünya Tabipler Birliği tarafından yayınlanan Lizbon Bildirgesi'nin 3. maddesi uyarınca, “hasta yeterli ölçüde bilgilendirildikten sonra önerilen tedaviyi kabul veya reddetme hakkına sahiptir”. 1994 tarihli Amsterdam Bildirgesi'nin 3.2 maddesi uyarınca, “hasta tıbbî girişimi reddetme veya durdurma hakkına sahiptir”. Avrupa Birliği Temel Hakları Şartı'nın 3. maddesinde de ilgili kişinin özgürce ve bilgilendirilmiş olarak rızasının alınması gerektiği hususu yer almaktadır.

uygun olmasında, kişinin kendi geleceğini bizzat belirleme hakkı, aydınlatılmış rızanın da esasını oluşturmaktadır. ŞENOCAK (Sorumluluk), s. 36, dn. 10'dan.

²²⁸ Türk Borçlar Kanunu'nun 1. maddesi hükmüne göre tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklaması ile sözleşme kurulmuş olmaktadır.

²²⁹ AŞÇIOĞLU, s. 25; AĞIR, s. 382.

²³⁰ Medeni Kanun'un 23. maddesinin 3. fıkrası uyarınca; “yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür”.

²³¹ Medeni Kanun'un 24. maddesine göre, “kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası... ile haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır”.

²³² Söz konusu bentte rıza, “kişinin tıbbî müdahaleyi serbest iradesiyle ve bilgilendirilmiş olarak kabul etmesi” olarak tanımlanmıştır.

b. Rıza Açıklaması

Tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlayan rıza açık olabileceği gibi, hâl ve durumdan anlaşılabilmesi ölçüde, örneğin, ameliyat olması önerilen hastanın yapılacak müdahaleye ses çıkarmayarak, aksi yönde bir kanaat belirtmeyerek hastaneye yatmış olması²³³, ameliyat salonuna gitmiş olması, röntgen, kan tahlili gibi işlemler için kolunu uzatması gibi; örtülü de kabul edilebilmektedir²³⁴. Ancak örtülü rızanın kabul edilmesi hususunda hastanın yalnızca hastaneye gitmiş olması, başlı başına yapılacak müdahaleye zımnî de olsa kabul anlamına gelmemektedir²³⁵.

c. Rızanın Şekli

Rızanın alınması, mevzuatta öngörülen istisnalar haricinde, kural olarak herhangi bir şekle tabi bulunmamakta²³⁶, sözlü olarak alınabilmektedir. Rızanın yazılı olarak alınması gereken haller, Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesinde belirtilen büyük cerrahi operasyonlarda; Medeni Kanun'un 23. maddesinin 3. fıkrasında, insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılantması ve nakli hususunda bulunmaktadır. Organ ve Doku Nakli Kanunu ve Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un ilgili hükümlerinde de rızada yazılılık şartı düzenlenmiştir. Mevzuatta rızanın yazılı olması gerektiğinin açıkça düzenlenmediği hâllerde, yapılacak tıbbî müdahaleye sözlü olarak rıza gösterilmesi, şekil bakımından müdahalenin hukuka uygunluğunda yeterli sayılacaktır²³⁷. Hasta Hakları Yönetmeliğinin 28. maddesi de mevzuatın öngördüğü istisnalar dışında, rızanın herhangi bir şekle bağlı olmadığını ifade etmektedir. Rızanın yazılı olması, hekim-hasta arasında oluşabilecek olası bir ihtilaf durumunda, tazminat hukuku yönüyle,

²³³ DÖNMEZER/ERMAN, s. 72; BAYRAKTAR, s. 140; ÇAKMUT, s. 210; HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 271.

²³⁴ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 271; BADUR, s. 61.

²³⁵ ÜNVER, Yener, "Türk Tıp Hukukunda Rıza", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Sayısı, C. III, Sayı 2, Yıl 2006, s. 237.

²³⁶ YILMAZ, s. 50.

²³⁷ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 272; BAŞBUĞ, s. 153-154.

rızanın var olduğunun ispatı yükümlülüğü hekim üzerinde olduğundan, ispat bakımından yararlı olacaktır²³⁸.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 26. maddesi “mevzuatta öngörülen durumlar ile uyuşmazlığa mahal vermesi tibben muhtemel görülen tıbbî müdahaleler için sağlık kurum ve kuruluşunca 15. maddedeki bilgileri içeren rıza formu hazırlanır. Rıza formunda yer alan bilgiler; sözlü olarak hastaya aktarılarak rıza formu hastaya veya kanunî temsilcisine imzalatılır. Rıza formu iki nüsha olarak imza altına alınır ve bir nüshası hastanın dosyasına konulur, diğeri ise hastaya veya kanunî temsilcisine verilir. Acil durumlarda tıbbî müdahalenin hasta tarafından kabul edilmemesi durumunda, bu beyan imzalı olarak alınır, imzadan imtina etmesi halinde durum tutanak altına alınır. Rıza formu bilgilendirmeyi yapan ve tıbbî müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından imzalanır. Verilen bilgilerin doğruluğundan ilgili sağlık meslek mensubu sorumludur. Rıza formları arşiv mevzuatına uygun olarak muhafaza edilir” hükmüyle rıza formunu açıkça düzenlemiştir.

Yapılacak tıbbî müdahalenin öncesinde veya en geç müdahale sırasında yapılacak rıza açıklaması, müdahalenin hukuka uygunluğu yönünden gerekli bulunmaktadır²³⁹. Tıbbî müdahalenin sonrasında verilen rıza, özel hukuk bakımından, müdahale sonrası meydana gelen zararın yapılan tedavinin doğal bir sonucu olarak meydana gelip, zararlı sonuçta hekimin kusurlu eyleminin söz konusu olmadığı durumlarda tazminat sorumluluğunu kaldırmakla birlikte²⁴⁰, ceza hukuku yönüyle hukuka aykırılık, “devletin cezalandırma hakkının kullanılması” ile sonuçlandırıldığından²⁴¹, müdahaleyi hukuka uygun hale getirmeyecek, hekimin sorumluluğu doğacaktır²⁴².

²³⁸ ZEYTİN, Zafer, “Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumlulukta İspat Yükü Kuralının Ters Çevrildiği ve Kolaylaştırıldığı Haller”, Uluslararası Katılımlı I. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyumu, İstanbul 2005, s. 144.

²³⁹ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 271.

²⁴⁰ AŞÇIOĞLU, s. 39.

²⁴¹ AŞÇIOĞLU, s. 39.

²⁴² ÇAKMUT, s. 209; DÖNMEZER/ERMAN, s. 73; ÜNVER (Rıza), s. 246; İÇEL, Kayıhan, Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk, İstanbul 1967, s. 184-185.

d. Rıza Ehliyeti

(1). Genel Olarak

Kişinin tıbbî müdahaleye rıza gösterebilmesi, rıza ehliyetine sahip olması ile mümkündür²⁴³. Yapılacak tıbbî müdahaleye rıza verme yetkisi, kendi vücut bütünlüğü, sağlığını etkileyecek nitelikte müdahalede bulunulacak hastanın kendisine aittir²⁴⁴. Rıza konusunda dikkate alınacak husus, kişinin kavrama, anlama kabiliyetidir. Hasta, yapılacak müdahalenin ne olduğunu, aciliyetini, ana hatlarıyla meydana getireceği etkileri bilebilecek durumda olabilmeli, oluşma ihtimali bulunan riskleri ölçebilecek duruma sahip olmalıdır. Rıza yeteneğini belirlemede ölçüt; müdahalenin ağırlığı veyahut alternatifleri arttıkça sıkı olarak ele alınacak, müdahale türünde alternatif bulunmadığı ya da müdahalenin basit tıbbî müdahale olarak değerlendirildiği uygulamalarda kıstas belirlemede diğerine nazaran daha gevşek davranılabilecektir²⁴⁵.

Kural olarak, ayırtım gücüne sahip, ergin ve kısıtlı olmayan, kendisine tıbbî müdahalede bulunulacak hasta, yapılacak bu müdahaleye kendi iradesiyle serbestçe karar verebilecektir²⁴⁶. Hastanın rıza yeteneğinin var olup olmadığını müdahalede bulunacak olan hekim/dış hekim belirleyecektir²⁴⁷. Bu tespitin yapılması ancak aciliyetin bulunmadığı tıbbî müdahaleler bakımından mümkündür. Aciliyet halinde hekimin yapmış olduğu tıbbî müdahale, koşullarına göre varsayılan rıza ya da zorunluluk hâli olarak değerlendirilerek hukuka uygun tıbbî müdahale kapsamında nitelendirilecektir²⁴⁸.

²⁴³ BADUR, s. 62.

²⁴⁴ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 267-268; BULUT (Tıbbî Müdahale), s. 381.

²⁴⁵ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 275; BADUR, s. 65.

²⁴⁶ POLAT, s. 47.

²⁴⁷ BULUT (Tıbbî Müdahale), s. 381; BADUR, s. 66.

²⁴⁸ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 276.

Uygulanacak tıbbî müdahaleye rıza gösterme konusunda tam ve sınırlı ehliyetlilerin rıza ehliyetinin var olduğu kabul edilmekle birlikte, tam ehliyetsizlerin ayırtım gücüne sahip olmamaları, dolayısıyla, kendilerine uygulanacak tıbbî müdahaleye rıza ehliyetine de sahip olmadıkları hususu ifade edilmektedir²⁴⁹.

Yetişkin olmakla birlikte, akıl hastalığı, bilincin kapalı olması gibi sebepler dolayısıyla rıza yeteneğine sahip olmayan kişiler bakımından rızanın kimden alınacağı hususunda Organ ve Doku Nakli Kanunu'nun 14. maddesi kıyasen uygulanarak; hastanın öncelikle eşi, sonra öncelik sırasıyla reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisi, bu kişilerin olmaması hâlinde hastanın yanında bulunan herhangi birinin rızası alınacaktır²⁵⁰.

(2). Küçükler Bakımından Rıza Ehliyeti

Küçükler bakımından mutlak surette küçüğün veli ya da vasisinin rızasının alınması gerekliliği mevzuatta ifade edilmektedir. Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesi, hekimin, hastanın küçük ya da kısıtlı olması durumunda öncelikle veli ya da vasisinden rızasının alınacağını ifade etmektedir. Aynı hüküm, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24. maddesinde yer alarak, hastanın küçük ya da kısıtlı olması halinde tıbbî müdahalede bulunulması veli ya da vasisinin iznine bağlanmıştır. Medeni Kanun'un 16. maddesi uyarınca; “ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler. Karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir”.

Şenocak, 1219 sayılı Kanun ve Hasta Hakları Yönetmeliği'nin söz konusu hükümlerinin, Medeni Kanun'un 16. maddesinde sözü edilen ve rıza gibi kişiye sıkı sıkıya bağlı hakkın kullanılmasının göz ardı edilerek küçüğün görüşünün bağlayıcı olmamakla birlikte yalnızca alınacağı, esas olanın veli ya da vasisinin görüşünün alınması şeklindeki yorumları²⁵¹ eleştirerek; sözü edilen mevzuat hükümlerinin

²⁴⁹ BADUR, s. 63.

²⁵⁰ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 276.

²⁵¹ DURAL, Mustafa, “Regulation of Civil Law to Safeguard the Autonomy of Patients at the End of Their Life”, Landesbericht Türkei, Berlin, Heidelberg, New York, Barcelona, London, Paris, Singapur, Tokio 2000, s.955, HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 277'den.

sadece ayırt etme gücü bulunmayan küçüklere yapılacak tıbbî müdahalelerde uygulanması gerektiğini, ayırt etme gücü bulunan küçükler bakımından kendilerinin rızasının, vücut ve yaşamlarını ilgilendirmesi dolayısıyla alınması gerektiğini savunmaktadır²⁵².

Sarial da aynı doğrultuda görüşle; hastanın küçük olması hâlinde, rıza hukukî bir işlem olmadığından ve kullanılması münhasıran kişiye bağlı bir hak teşkil ettiğinden, hastanın ayırtım gücünün bulunması, anlayabilme ve kavrayabilme yetisinin bulunması hâlinde rıza açıklamasının kanunî temsilciye gerek olmaksızın kendisi tarafından yapılmasının mümkün olduğunu belirtmektedir²⁵³. Ayırtım gücünün küçükte var olup olmadığına dair değerlendirmeyi en iyi şekilde yapabilecek kişinin, küçüğe bizzat tıbbî müdahalede bulunacak hekim olduğu ifade edilmektedir²⁵⁴.

Küçüğün rızasının alınmasında, tıbbî müdahaleye rıza verme yeteneğinin var olup olmadığının belirlenmesi hususunda öğretide bugün kabul edilen görüş, genel ve kesin bir yaş sınırlaması olmaksızın²⁵⁵, somut olayın bütünüyle değerlendirilmek suretiyle, karar anında çocuğun yaşı, yetenekleri, eğitimi, olgunluk derecesi, karar anı itibariyle olayları değerlendirebilme kabiliyetinin bulunup bulunmadığı, tutum ve davranışları noktasında toplanmaktadır²⁵⁶. Ancak 15 yaş altı küçükler bakımından rıza yeteneğinin hiçbir surette kabul edilmeyerek, tıbbî müdahalenin ancak yasal temsilcinin rızası ile yapılabilmesi, 18 yaşın doldurulmasına kısa bir sürenin kaldığı durumlarda ise tıbbî müdahaleye rıza açıklamasının küçükte var olduğunun kabulü gerekir²⁵⁷. Yeniseyde, çocuklarda rıza ehliyetine sahip olma yaşının genel kabul gören yaklaşımla, 16 ile 18 yaş arasında olduğunu ifade etmektedir²⁵⁸.

²⁵² ŞENOCAK, Zarife, “Küçüğün Tıbbî Müdahaleye Rızası”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 50, Sayı 4, 2001, s. 74-75, 80

²⁵³ SARIAL, s.66.

²⁵⁴ BADUR, s. 108.

²⁵⁵ SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2005, s.366; ÖZBEK, Veli Özer, TCK İzmir Şerhi, Cilt 1, Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2006, s. 368; ÖNDER, Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, İstanbul 1989, s. 235-236; İÇEL, s. 182; BADUR, s. 107.

²⁵⁶ ERMAN, s. 84

²⁵⁷ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 278.

²⁵⁸ YENİSEY, Feridun, “Tedavi Açısından İlgilinin Rızası”, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, Ankara 2008, s. 879.

Müdahalenin aciliyetinin bulunması durumunda küçüğün rızası yeterli olarak değerlendirilebilecekken; aciliyetin olmadığı, tıbbî müdahalenin ağır, risk ve sonuçları itibariyle belirsiz olduğu durumlarda, küçük yerine ebeveynin rızasının alınması doğru olacaktır²⁵⁹. Bununla birlikte, hekim, veli ya da vasi tıp kurallarının onaylamadığı, küçüğün hayatına, sağlığına ciddi anlamda zarar verecek ya da ortadan kaldıracak bir müdahalede bulunmadıkça; Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesinde de değinildiği üzere, hekim tarafından tıbbî müdahalenin yapılmasının doğru bulunduğu ve veli ya da vasinin de rızası bulunan hâllerde, küçüğün rızasının olmamasının önemi olmayacaktır²⁶⁰.

Çilingiroğlu ise, Medeni Kanun'un 16. maddesinin 2. fıkrasında ifade edildiği üzere rızayı da kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olarak değerlendirip, temyiz kudretine sahip küçük ve kısıtlıların, tıbbî müdahaleye rızalarının tek başlarına alınmasının geçerli olduğunu savunmuş; hastanın küçük ya da kısıtlı olması durumunda ayırtım gücünün var olup olmadığından söz etmeksizin, rızanın veli ya da vasiden alınması gerektiğinin ifade edildiği Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. madde hükmünün isabetli olmadığını ifade etmiş, ancak özellikle genel veya lokal anestezi altında yapılan tıbbî müdahaleler bakımından, sınırlı ehliyetsizleri koruma amacıyla, küçüğün kendisinin tek başına da açıklayabileceği rızaya kanunî temsilcisinin katılmasında yarar bulunduğunu savunmuştur²⁶¹. Ayan da, rıza açıklamasının kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan bahisle sınırlı ehliyetsizlerin tek başına rıza vermesinin mümkün olacağını savunmakla birlikte, önemli müdahaleler bakımından kanuni temsilcinin rızasının da alınması gerektiğini ifade etmiştir²⁶².

Bugün mevzuatımızda ilgili hükümlerle küçüğün rızasının da yapılacak tıbbî müdahalelerde mutlaka göz önünde bulundurulması gerektiğini ifade edilmektedir. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24. maddesinin 2. fıkrası, "kanunî 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 sağlar" hükmüyle; Biyotıp

²⁵⁹ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 278-279.

²⁶⁰ BAYRAKTAR, s. 134-135.

²⁶¹ ÇİLİNGİROĞLU, s. 56

²⁶² AYAN, s. 11.

Sözleşmesinin 6. maddesinin 2. bendinde, paralel bir düzenlemeyle “küçüğün iradesinin de göz önünde bulundurulması gerektiği ve bunun yaş ve olgunluk durumuyla orantılı bir şekilde gittikçe daha belirleyici bir etken olarak göz önüne alınacağı” hükmü yer almaktadır. Biyotıp Sözleşmesi’nin söz konusu maddesinin ne şekilde anlaşılması gerektiği, Biyotıp Sözleşmesi’nin Açıklayıcı Raporu’nun 45. paragrafında düzenlenmiştir. Bahsi geçen paragraf uyarınca, hekimin uygulayacağı tıbbî müdahalenin içeriği ve ciddiyeti, tıbbî müdahalede bulunulacak küçüğün yaşı ve anlama kabiliyeti dikkate alınmak suretiyle, nihai karar verilmesinde küçüğün vereceği rızanın artan ölçüde ağırlık taşıyacağı ve birtakım, uygulanacak tıbbî müdahalelerde bu rızanın gerekli olduğu, hatta yeterli olduğu neticesine varılabileceği; küçüklerin tıbbî müdahaleye rıza göstermesi konusundaki yeteneklerinin belirlenmesinin üye devletlerin iç hukuk meselesi olmakla birlikte, tıbbî müdahale için ayırtım gücüne sahip olan küçüklerin rızasının gerekli, hatta yeterli olabileceği hususunda bir çıkarıma varılabilmektedir²⁶³. Benzer bir hüküm, Medeni Kanun’un 339. maddesinin 3. fıkrasında “ana ve baba, olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanır; önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutarlar” ifadesiyle bulunmaktadır. Rıza açıklama yeteneğine sahip küçüğün rızasının da alınması gerektiği hususu, insan üzerinde deney suçunun yer aldığı Türk Ceza Kanunu’nun 90. maddesinin 3. fıkrasının b bendinde, Nüfus Plânlaması Hakkında Kanunun 6. maddesinin 1. fıkrasında; gebeliğin sonra erdirilmesinde de ifade edilmiştir.

Karşılaştırmalı Hukuk’ta kendisine yapılacak tıbbî müdahaleye karşı küçüğün rıza açıklamasının gerekli olup olmadığı hususu incelendiğinde; İngiltere’de ebeveyn rızası alınmaksızın, 16 yaş üzeri çocuklara tıbbî müdahalenin yapılabildiği görülmektedir. Kanada’nın Quebec eyaletinde küçüğün rızasının alınmasında sınır 14 yaş olarak belirlenmiş, sadece uzun süreli, hastanede yatmayı gerektiren müdahaleler için veli ya da vasiye haber verilmesi gerektiği düzenlenmiştir²⁶⁴. Avustralya’da genel olarak 18 yaşından küçükler bakımından ebeveynin rızasının alınması gerekirken, South Australia eyaletinde, yapılacak tıbbî müdahalenin çocuğun yararına olduğu ve müdahalenin vasfı, neticeleri, tehlikeleri konusunda çocuğun

²⁶³ BADUR, s. 110.

²⁶⁴ DEUTSCH/SPICKHOFF, kn. 564, HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 284, dn. 517’den.

anlama yetisi olduğu takdirde, 16 yaşından büyüklerin de rızasının alınabileceği düzenlenmiřtir²⁶⁵. Avusturya’da ise basit tıbbî müdahaleler bakımından rıza ehliyetinin 14 yaşın tamamlanmasıyla var olduğu, ancak, ağır müdahaleler bakımından çocuğun yasal temsilcilerinin onayının da alınması gerektiği kabul edilmiřtir²⁶⁶. Almanya’da da, 18 yaşın altındaki küçükler bakımından, uygulanacak estetik müdahalelere karşı sözleşmenin tarafının kim olacağına ilişkin bir ayrıma gidilmiştir. Küçüğün ebeveynlerinin, küçükle birlikte estetik cerraha başvurduğu hallerde, ebeveyn, küçük lehine yapılan sözleşmenin tarafı sayılmakta; buna karşın, küçüğün tek başına hekime başvurması sözleşmenin küçükle hekim arasında kurulmasını mümkün kılmakla birlikte, sözleşmenin hüküm doğurması ancak yasal temsilci sıfatıyla anne ve babanın rızasının alınması ile mümkün bulunmaktadır²⁶⁷.

Küçüğe tıbbî müdahale yapılmasının tıbben gerekli olduğu durumda, kanunî temsilcinin rızasının bulunmaması halinde Hasta Hakları Yönetmeliğinin 24. maddesinin 4. fıkrasında bulunan düzenleme ile, küçüğe tıbbî müdahalede bulunulması ancak Türk Medeni Kanunu’nun 346 ve 487. maddeleri gereği mahkeme kararı ile mümkün olacaktır.

e. Rızanın Kapsamı

Rıza, kural olarak yalnızca aydınlatmanın yapıldığı tıbbî müdahaleye ilişkin olarak verilebilir. Bunun dışında; hekim tarafından yapılacak tüm müdahaleleri kapsayıcı, genel ve soyut nitelikte verilecek bir rızanın, uygulanacak müdahaleler hakkında hastanın bilgi sahibi olmaması dolayısıyla, hukuken geçerliliği bulunmayacaktır²⁶⁸. Özek ise, hastalıkların bilinen ve bilinmeyen birçok sebebin sonucunu içermesi, karmaşık ve kendine has özellik taşıyan insan vücudu üzerinde rızanın teşhis, tedavi ve cerrahi müdahalelere ilişkin olarak genel ve soyut olarak verilmesinin yeterli olacağını ifade etmiřtir²⁶⁹.

²⁶⁵ WHITE/McDONALD/WILLMOTT, 153, HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 285, dn. 526’dan.

²⁶⁶ BERNAT, 69, HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 284, dn. 518’dan.

²⁶⁷ TEMEL (Estetik), s. 237.

²⁶⁸ AYAN, s. 12; HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 294.

²⁶⁹ ÖZEK, Çetin, “Hekim ve Hukuk, Tıbbî Müdahalede Bulunmak Hakkının Sınırları”, İstanbul Tıp Fakültesi Mecmuası, 1965, C.XXVIII, Sayfa 4, s. 453.

Öğretide tıbbî müdahale türlerine ilişkin olarak hastanın rızasının her bir müdahale için ayrı ayrı alınmasının gerekli olup olmadığı konusunda farklı görüşler savunulmuştur. Hancı, operasyonun çeşitli türleri ve tedaviye ilişkin karar verme hakkının hekimde olduğunu, hastanın rızasına bu müdahaleler bakımından gerek bulunmadığını ifade etmiştir²⁷⁰. Bayraktar, belirli bir operasyonun yürütülmesi, tedavinin yapılması hususunda hastanın rızasının alınması gerekliliğine işaret etmekle birlikte²⁷¹, öğretilerde bu rızanın teşhis, tedavi, öngörülen yöntem, tedavi şekli, operasyon ve yapıma şekline dair ayrı ayrı alınmasının gerekli olmadığı, genel nitelikte bir rızanın varlığının yeterli olduğu belirtilmekte²⁷²; Hakeri ise, hiçbir istisna olmaksızın, tıbbî müdahalelerin tümü bakımından hastanın rızasının alınması gerektiği görüşünü savunmaktadır²⁷³.

Risk taşımadığı ölçüde, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 31. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen, tıbbî müdahalenin gerektirdiği sürecin devamı olan ve zorunlu sayılabilecek rutin işlemler de hastanın vermiş olduğu rıza kapsamı içerisinde yer alacak, tıbbî müdahalenin kendisi hakkında bilgilendirilmiş olan hastanın, bu tür rutin işlemler için ayrıca rızasının alınmasına gerek olmayacaktır. Ayrıca bir aydınlatma yapılarak rızanın alınması, işlemin asıl tıbbî müdahalenin beraberinde getirdiği rutin işlem olmaması ya da risk içerdiği durumlarda söz konusu olacaktır²⁷⁴.

Estetik amaçlı tıbbî müdahaleler bakımından da özellikle önem arz eden husus, tıbbî müdahalede bulunacak hekime rıza verildiği hâlde, müdahalenin hasta tarafından rıza verilmeyen başka bir hekim tarafından, hastanın bilgisi dışında gerçekleştirilmesi halidir. Bu durumda hastanın kanunen, tıbbî müdahaleyi yapacak hekimini bilme ve hekim seçme hakkı var olduğundan, rıza geçerli olmayacaktır²⁷⁵. Rıza hangi hekime verilmiş ise, hastaya uygulanacak tıbbî müdahale de bizzat kendisine rıza verilen hekim tarafından gerçekleştirilmelidir²⁷⁶.

²⁷⁰ HANCI, Hamit, Malpraktis, Tıbbî Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, 2. Baskı, Ankara 2005, s. 74.

²⁷¹ BAYRAKTAR, s. 143.

²⁷² ÖZEK, s. 452-453; ÇAKMUT, s. 221.

²⁷³ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 294.

²⁷⁴ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 295.

²⁷⁵ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 295.

²⁷⁶ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 347.

Hastanın tıbbî müdahaleye vermiş olduğu rıza her zaman geri alınabilir²⁷⁷. Ayan ise hastanın rızasını geri almasını ancak, bu durumun hayatını sona erdirebilecek seviyede tehlikeye yol açmaması koşuluna bağlamıştır²⁷⁸. Hasta Hakları Yönetmeliğinin 25. maddesinin 1. fıkrası bu hususu düzenlemiş, hastanın, kendisine uygulanması planlanan veyahut uygulanmakta olan tedavinin reddedilmesi ve durdurulmasını isteme hakkının, doğabilecek olumsuz sonuçlar konusunda sorumluluğun kendisine ait olmak üzere, bulunduğunu; ancak bu hakları kullanabilmesi için kanunen zorunlu bir hâlin mevcut olmaması gerektiği ifade edilmektedir. Kendi geleceğini belirleme hakkı bulunan hasta, yapılan müdahale ister tıbbî müdahale olarak ister yalnızca tedavi olarak nitelendirilsin; vermiş olduğu rızayı, eylemin eski hale getirilmesinin mümkün olmayacağı bir aşamaya gelmesi haricinde, hiçbir zaman kısıtlama veyahut koşula tabi olmaksızın geri alabilecektir²⁷⁹.

Rızanın geri alınması hâlinde, geri alınma zamanına kadar gerçekleştirilen tüm müdahaleler hukuka uygun kabul edilecek, rızanın geri alınması anından itibaren yapılacak tüm müdahaleler, hastanın artık mevcut bir rızasının varlığı bulunmadığından, hukuka aykırılık teşkil edecektir²⁸⁰.

D. Özenli Tıbbî Müdahale

Tıbbî müdahalenin hukuka uygunluk şartlarından tıbbî, psikolojik ya da sosyal endikasyonun bulunması, hastanın aydınlatılmak suretiyle geçerli bir rızasının alınması ve müdahalenin de hekim/dış hekimi tarafından gerçekleşmesine rağmen müdahalenin tıp biliminin gereklerine aykırı surette, özensiz yapılması hekimin tıbbî müdahalesini hukuka aykırı hale getirecek, hekimin özel hukukta tazminat, ceza hukukunda ise taksir dolayısıyla sorumluluğuna neden olacaktır. Bu sebeple hekimin

²⁷⁷ ÇAKMUT, s. 210.

²⁷⁸ AYAN, s. 12.

²⁷⁹ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 349.

²⁸⁰ ERMAN, s. 123; ÇAKMUT, s. 210; YILMAZ, s. 69.

tıbbî müdahalede bulunurken tıp bilimi ve uygulamasının gerektirdiği şekilde ve özenli davranması gerekmektedir²⁸¹.

Salt hekimliğin teknik kuralları ile sınırlı olmayıp, tıp sanatını hukuka uygun hale getiren tüm hukuk ve deontoloji kurallarının uygulanmasında da aranan özen borcu²⁸², hekimin vekâlet sözleşmesinden doğan diğer tüm borçları bakımından da genel nitelik taşımaktadır²⁸³.

Hekimin tıbbî müdahalesinde hastanın menfaatine uygun olarak, dikkat ve özenle hareket etmesi, belli faaliyetlerde bulunan herkes bakımından da hukuk düzeninin aradığı özen borcunu oluşturmakta; hekimin tıbbî standart sağlayacak şekilde müdahalede bulunması ise özen borcunun diğer bir boyutunu ifade etmektedir²⁸⁴. Sübjektif ve objektif özen kavramlarıyla da doktrinde, özen borcunun bu iki yönüne işaret edilmektedir²⁸⁵.

Hekim, anamnez, aydınlatma, teşhis, tedavi, tedavi sonrası tavsiyeler ve daha geniş kapsamıyla ele alabileceğimiz; gerek vekâlet sözleşmesine, gerekse eser sözleşmesine tabi tüm tıbbî müdahale aşamalarında kendisinden beklenen özeni göstermekle yükümlüdür²⁸⁶.

Kural olarak, hekimin özen borcunda sübjektif kıstasa dayanılmayacağı; hekimlik mesleği icrasının uzun süreli eğitim ve sınavlar sonucunda alınan ve verilmesi amacıyla aranan şartlar yönüyle özel hukuk bakımından garanti niteliği taşıyan diploma ile devlet tarafından verilen ruhsatnameye dayalı olmasından bahisle kabul edilmektedir²⁸⁷. Bu sebeple, hasta tarafından bilinen ya da bilinmesi gereken bilgi ve yeteneklerindeki eksiklik durumuna dayanarak hekimin sorumluluğu ortadan kalkmayacak, devam edecektir²⁸⁸.

²⁸¹ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 365.

²⁸² AŞÇIOĞLU, s. 49; ÖZAY, s. 67.

²⁸³ AYAN, s. 88; BAŞPINAR, Veysel, Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. Baskı, Ankara 2004, s. 75.

²⁸⁴ GÖKCAN (Tıbbî Müdahale), s. 152.

²⁸⁵ ÜNVER, Yener, Tıbbî Standart, VIII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 7-8 Ekim 2011, Diyarbakır, Ankara 2012, s. 48.

²⁸⁶ GÖKCAN (Tıbbî Müdahale), s. 152; SÜTÇÜ, s. 377.

²⁸⁷ AYAN, s. 89.

²⁸⁸ AYAN, s. 89, 90.

Hekim, özen borcunun gereği, tıbbî müdahalesinde tıbbî standardı sağlamak zorundadır. Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi'nin 13. maddesi; “tabip ve dış tabibi, ilmi icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder”, “tababet prensip ve kaidelerine aykırı ... tedavi yasaktır” hükmüyle; Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 11. maddesi de “hasta, modern tıbbi bilgi ve teknolojinin gereklerine uygun olarak teşhisinin konulmasını, tedavisinin yapılmasını ve bakımını isteme hakkına sahiptir” hükmüyle, hekimin yapılacak tıbbî müdahalede bu standardı sağlama yükümlülüğüne işaret etmektedir.

Öğretide de;Hakeri, tıbbî standart kavramını, hekimin tedavi amacına ulaşması bakımından gereklilik arz eden ve denenerek ispatlanmış olan, hekim deneyimi ve doğa bilimlerinin o an için ulaşılmış olduğu seviye; hekimlerin çoğunluğu tarafından aynı veya benzer vakalarda sürekli uygulanmakta olan kurallar olarak tanımlamaktadır²⁸⁹. Ünver de; bilim ve tekniğin halihazırdaki durumunun, somut olayın, sahip olunan mevcut kaynakların da göz önünde bulundurularak değerlendirilen tıbbî standartta, bu standarttan sapma halinde hekimin müdahale hatasının oluşacağını ifade etmekle birlikte; her hekimin aynı müdahaleler bakımından aynı şekilde hareket etme zorunluluğunun bulunmaması dolayısıyla, hekimin standart yöntemi seçme; hastanın muayenesi, teşhis koyma ve mevcut hastaya özgü tedavi yöntemini belirleme konusunda özgürlüğünün olduğunu ve bu özgürlüğün tıbbî standardı sağlama yükümlülüğü ile çelişmediğini belirtmektedir²⁹⁰.

Özen borcu dolayısıyla hekim, tıbbın genellikle kabul görmüş ilkelerini bilerek, tıp bilimi kurallarına uygun surette teşhis koyarak, bu teşhise uygun bir tedavi tavsiye etmek ve tedavinin yürütülmesinde gerekli her tür tedbiri almak mecburiyetindedir²⁹¹. Teşhisin doğru olarak konulmasında, hekimin özel yetenekleri bulgu değerlendirmesinde belli bir ölçüde bir etken olmakla birlikte; dış hekiminin hastanın kuronlarını değiştirme müdahalesi öncesinde röntgen çekerek, gereken tedaviyi uygulaması örneğinde olduğu gibi, değerlendirme yaparken mutlaka teşhisin zorunlu kıldığı tüm inceleme ve muayeneleri asgari düzeyde yapması

²⁸⁹ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 620.

²⁹⁰ ÜNVER (Tıbbî Standart), s. 41-44.

²⁹¹ TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt II, Dördüncü Tıpkı Basımdan Beşinci Tıpkı Basım, İstanbul 2010, s. 416

gerekmektedir²⁹². Röntgen alınmaksızın, dış görünüm itibarıyla sağlam dişin çekilmesi örneğinde olduğu gibi, diş hekiminin/hekimin somut olayın gerekli kıldığı özeni göstermemesi dolayısıyla hastanın zarara uğradığı durumlar, hekimin özen borcuna aykırılık dolayısıyla sorumluluğunu gerektirmektedir²⁹³.

Birden fazla tedavi yöntemi bulunan tıbbî müdahalelerde hekim, hastanın özelliklerini göz önünde bulundurarak ve gereksiz risklerden kaçınarak, riski en az, başarı şansı en yüksek, en emin yolu seçmeli; iyileşme şansını önemli ölçüde artırmakla birlikte henüz yeterince denenmemiş müdahalelerde veyahut yapılacak bir cerrahi müdahalede hekimin hastayı uyararak rızasını alması gerekmektedir²⁹⁴. Ancak, tıbbî müdahale konusunda uzman olmayan hastanın irade ve arzusuna uymak adına, hekimin yanlış bir tedavi uygulaması kendisinin sorumluluğuna yol açacaktır²⁹⁵.

Ameliyat bölgesinde sargı bezi, makas, neşter gibi yabancı cisimlerin unutulması, diş çekiminde diş kökünün bir parçasının çene kemiğinde bırakılması, yeterince dezenfekte edilmemiş enjektör kullanımı, somut olay gerekli kılmadığı hâlde hastaya ilacın yüksek dozda uygulanması, gerekli dozun üzerine çıkılması dolayısıyla röntgen yanığına sebebiyet verme, yanlış burun ameliyatı neticesinde damağın delinmesine sebebiyet verme gibi eylemler, özen borcuna aykırılığa örnek olarak verilebilir²⁹⁶.

Hekimin özen borcu, hastanın tedavisinin icrasında da aranmakla beraber; tedavinin yürütülmesi, hastanın sağlığı, hayatı, beden bütünlüğü gibi en üstün kişilik değerleri üzerinde hekime tasarruf imkânı tanıdığından, hekimden beklenen özenin ölçüsü son derece yüksek olacaktır. Cerrahi müdahaleler bakımından da, ameliyat odası ve ameliyatta kullanılacak aletlerin sterilizasyonu bizzat hekimin görevi olmasa dahi, bu konuda gerekli denetimi yapma zorunluluğu kendisine düşmektedir.

²⁹² TANDOĞAN, s. 416.

²⁹³ AYAN, s. 91.

²⁹⁴ TANDOĞAN, s. 417; AYAN, s. 91; ÖZÇETİN/BALABAN, s. 47.

²⁹⁵ TANDOĞAN, s. 417.

²⁹⁶ AYAN, s. 93; ÖZAY, s. 69.

Bununla birlikte, uygulanacak tedavide yardımcı personelin seçiminde, talimat verme ve denetlemede de hekimin özen borcu bulunmaktadır²⁹⁷.

Hekim/diş hekiminin hastaya yapılan tıbbî müdahale sonrasında da özen borcu gereği, hastayı düzenli olarak kontrol etmesi ve gerekli olan talimatları vermesi gerekmektedir²⁹⁸. Kontrol yükümlülüğüne aykırılık neticesinde hastanın zarar görmesi durumunda hekim/diş hekiminin özen borcunun ihlâli dolayısıyla hastanın uğramış olduğu zararı tazmin borcu doğacaktır.

Bilimsel, meslekî verilere uygun; uygun, iyi, yerinde girişim olarak ifade edilen tıbbi standardın belirlenmesinde tıbbî müdahalenin yapıldığı tarih esas alınmalı, hekimin/diş hekiminin standarda ulaşabilme imkânına, bu tarih itibariyle hekimin tıp bilimi ve mesleğince kendisinden beklenen bilgi ve beceri seviyesine bakılmalıdır²⁹⁹. Tıbbî standardın belirlenmesinde, hekimin bulunduğu yer, çevre, imkânlar hekimin yöntemi uygulama olanağı bakımından standardı etkileyeceğinden; tıbbî standardın hekimin, bulunulan şartlar bağlamında tasarrufuna bırakılarak belirlenmesi yerinde olacaktır³⁰⁰.

Hekimin tıbbî müdahalede aşikâr surette yapmış olduğu hata, tedavinin uygun olmadığının açık olduğu, tıp bilimi sanatının uygulanmasında açık bir ihlâlinin varlığı veyahut genellikle bilinen tıp bilimi verilerinden haberdar olmaması halinde sorumluluğu söz konusu olacaktır³⁰¹.

Vekâlet sözleşmesine tabi tıbbî müdahaleler bakımından; başarılı sonuca ulaşılmasa dahi, müdahalenin, tüm aşamalarını da kapsar nitelikte tıbbî standarda uygun ve özenle yapılması halinde hekimin/diş hekiminin sorumluluğu doğmayacaktır³⁰².

Diş hekiminin hastasına, çene yapısını düzeltme amacıyla ortodontik tedavi uygulamasında bulunduğu ve davanın temelinin tedaviyi üstlenen hastane ile çalıştırdığı diş hekiminin tedavi sırasındaki kusurları sebebiyle oluşan zararın

²⁹⁷ AYAN, s. 92.

²⁹⁸ AYAN, s. 93-94; EROL, Hatırnaz Gültezer, Diş Hekimlerinin Hukukî Sorumluluğu ve Hasta Hakları, Ankara 2017, s. 33.

²⁹⁹ GÖKCAN (Tıbbî Müdahale), s. 154-155; HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 622.

³⁰⁰ ÜNVER (Tıbbî Standart), s. 41.

³⁰¹ TANDOĞAN, s. 418-419.

³⁰² GÖKCAN (Tıbbî Müdahale), s. 156-157; BULUT (Tıbbî Müdahale), s. 383.

giderilmesine dayandığı olayda Yargıtay, diş hekimi ile hasta arasındaki ilişkiyi temelde vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirmiş; olayda özetle, davacı hasta, kendisine ortodontik tedavi uygulandığını ve bu tedavinin 2 yıl süreceği bildirilmesine ve aradan süre geçmesine rağmen tedavinin bir türlü tamamlanmadığını, tedavi sürecine katılan diş hekimlerinin çelişkili beyanda bulduklarını iddia etmiş, ... Diş Hekimleri Odasına yapmış olduğu başvuru neticesinde, diş hekimi tarafından hazırlanan raporda hastaya yanlış tedavi ve uygulama yapıldığının belirtildiğini, bu süreç dolayısıyla maddî ve manevî yıkıma uğradığını iddia ederek, maddî ve manevî zararının tazminini talep etmiştir. Kararda da vekil olan diş hekiminin her ne kadar üstlenmiş olduğu tedavide neticenin elde edilmemesinden sorumluluğu bulunmasa dahi, bu neticeye ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı müdahalelerin, davranışlarının özenli olmaması dolayısıyla sorumlu olduğu belirtilmiş, sağlık memuru ve hastanenin meslek alanı içerisindeki tüm kusurlarından, en hafif kusurları olsa dahi sorumlu olduklarına değinilmiş ve gerekli özeni göstermeyen vekilin Borçlar Kanunu m. 394/Türk Borçlar Kanunu'nun 510. maddesi uyarınca, vekâleti gereği gibi ifa etmemiş sayılacakları bildirilmiştir. Somut olayda, gerek ... İstanbul Üniversitesi Diş Hekimliği Fakültesi Ortodonti Anabilim Dalından alınan raporda, gerekse Adli Tıp Kurumu Başkanlığı 2. İhtisas Kurulundan alınan raporda, ortodontik kamufraj tedavisi yürütülen davacı hastada, daha öncesinde iskeletsel sınıf III deformitenin bulunduğu tespit edilmiş, ancak Yargıtay tarafından, hükme esas alınan heyet halindeki bilirkişi raporu uyarınca; bu rahatsızlığın diş hekiminin yapmış olduğu tedaviden kaynaklanmadığı belirtilerek, mahkemenin, hastanın tedavi giderine ilişkin talebinin reddedilmesi gerekirken kabulüne karar vermesi doğru görülmemiş, hüküm bozulmuştur³⁰³. Bu husus, Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi'nin 13. maddesinde "bu faaliyetlerin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muaheze edilemez" hükmüyle ifade edilmiştir.

Hekim, tıp bilimi kurallarına uygun surette, zamanını gerektiği gibi kullanıp, dikkat ve ihtimamla hastasını muayene edip teşhis koyarak, genellikle kabul gören tedavi metodunu uygulaması hâlinde; salt teşhis hatası veyahut tedavi sonucunun

³⁰³ Yargıtay 3. HD, 2.5.2016, 2015/12789 E, 2016/6905 K, GÖKCAN (Tıbbî Müdahale), s. 1245-1247'den.

elde edilmemesi nedeniyle sorumlu tutulmayacak, sorumluluktan kurtulacaktır³⁰⁴. Ancak tedavi yönteminin uygulanmasından sonra da hastayı düzenli olarak kontrol etme ve gerekli talimatları verme hususunda hekimin özen borcu devam etmektedir³⁰⁵.

Yargıtay da salt başarısız sonucun hekimin sorumluluğuna yol açmayacağını, aranan ölçünün, zararı meydana getirenin sübjektif özelliklerine bakılmaksızın, tedbirli bir hekimin aynı hâl ve şartlar altında göstereceği ihtimam olduğunu; tıp bilimi kurallarının gözetilip uygulandığı bir tıbbî müdahalede hekimin sorumluluğunun bulunmayacağını ifade etmektedir³⁰⁶.

Cerrahi müdahalelerde ihmal, diğer tıbbî müdahalelere göre çok daha ağır sonuçları meydana getirebileceğinden; bu tür müdahalelerde hekimden özel bir dikkat gösterilmesinin beklenmesi yerinde olacaktır³⁰⁷. Müdahalenin tehlikelilik oranı arttıkça, hekimden beklenen özen ölçüsü de artacaktır³⁰⁸. Hekimin cerrahi müdahale sırasında, imkânlar dahilinde, tehlikeyi azaltmak adına operasyon tekniğine ve hâlin icaplarına göre gerekli bulunan tüm tedbirleri alması gerekmektedir³⁰⁹.

Eser sözleşmesi kapsamında değerlendirildiğinde; dış hekiminin/hekimin yeteneklerinin hastanın istediği neticeye ulaşabilme bakımından yeterli olduğu ve hastanın tedavi neticesinin dış hekiminin/hekimin faaliyetleri dışındaki faktörlere de bağlı olmadığı hâllerde; estetik dış hekimliği, estetik, plastik ve rekonstrüktif cerrahi alanına giren müdahalelerde dış hekiminin/hekimin sonuç taahhüdünde bulunduğu duraksamaya yer olmayacak şekilde anlaşıldığı hâllerde, hekimin uygulamış olduğu müdahale özenle ve tıbbî standartlara uygun ifa edilmiş olsa dahi, müdahale öncesinde hekim ile hasta arasında kararlaştırılmış olan sonuca ulaşamaması hekimin özen borcunun ihlâli olarak değerlendirilerek sorumluluğuna

³⁰⁴ TANDOĞAN, s. 419; AYAN, s. 93; ÖZAY, s. 68.

³⁰⁵ AYAN, s. 93-94.

³⁰⁶ Yargıtay 13. HD. 14.10.1974, E, 2637/K. 2492, YKD. c. 2 (1976), S. 1, s. 79-80, bkz. TANDOĞAN, s. 420.

³⁰⁷ TANDOĞAN, s. 419.

³⁰⁸ AYAN, s. 92; ÖZAY, s. 70.

³⁰⁹ TANDOĞAN, s. 419.

yol açacaktır. Bu durumda, hekim sözleşmeden doğan ifa borcunu gereği gibi yerine getirmemiş sayılarak, hekimin/diğ hekiminin tazminat sorumluluğu doğacaktır³¹⁰.

Hekimin tıp bilimi ve uygulamasında genel kabul görmüş ilkeleri bilme ve bunlara uygun olarak mesleğinin icrası dahilinde, kendini geliştirme yükümlülüğü bulunmaktadır³¹¹. Özellikle uzman hekimler olmak üzere, tüm hekimler mesleki dergileri, yeni yayınları okuyarak tıp bilimindeki gelişmeleri takip etmelidir³¹². Lisans veya uzmanlık eğitimi tamamlandıktan sonra hekimlik mesleğindeki hiçbir gelişmenin takip edilmemesi, hekimin kendisini geliştirmeyi bırakması dolayısıyla yeni tedavi yöntemlerini bilmemesi ve bilgisizliği sebebiyle tıp biliminde artık uygulanmayan bir yöntemin uygulanarak hastaya zarar verilmesi durumunda hekimin sorumluluğu söz konusu olacaktır³¹³.

Acil bir durumun mevcut olmadığı durumlarda, müdahale özel uzmanlığı gerektiren bir tıbbî müdahale ise, hekimin hastayı uzman bir meslektaşına göndermesi ya da hiç olmazsa konunun bir uzmanıyla konsültasyon yapması gerekmektedir³¹⁴. Aksi takdirde, cerrahide yeterli hazırlığı olmayan hekimin acil durum olmamasına rağmen, yapmış olduğu cerrahi müdahale neticesinde ağır komplikasyon oluşması ve derhal uzmana başvurmaması örneğinde olduğu gibi³¹⁵, hekimin bile bile ehil olmadığı, tecrübesinin bulunmadığı tedavi yöntemini hastaya uygulaması, cerrahi müdahalede bulunması hâlinde özen borcuna aykırılık dolayısıyla sorumluluğu doğacaktır³¹⁶.

Konuya ilişkin Yargıtay'ın da vermiş olduğu bir kararda özetle; davacı hasta, burnunun estetik olarak düzeltilmesi talebiyle doktora başvurmuş; geçirmiş olduğu operasyon sonrası burnunda bir düzelme olmadığı gibi, burnunun üzerinde yanık izi ve şişlikler oluşmuştur. Bunun üzerine davalı doktor, hastayı tekrar ameliyat etmiş, bu operasyon sonrasında da burunda düzelme olmamış, arkasından üçüncü bir

³¹⁰ BÜYÜKSAGIŞ, Erdem, "Yaşama Şansının Yitirilmesi Sonucu Uğranılan Kayıplar Açısından Hekimin Tazminat Sorumluluğunun Kapsamı- Uygun İliyet Bağı Teorisine Değişik Bir Yaklaşım", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 54, Sayı 4, 2005, s. 126-127; GÖKCAN (Tıbbi Müdahale), s. 157.

³¹¹ AYAN, s. 90.

³¹² TANDOĞAN, s. 421; AYAN, s. 90.

³¹³ AYAN, s. 90.

³¹⁴ TANDOĞAN, s. 421; AYAN, s. 90; ÖZAY, s. 67.

³¹⁵ TANDOĞAN, s. 421, dñn. 63

³¹⁶ AYAN, s. 91,92.

operasyon geçiren hastada yara izleri yine geçmemekle birlikte operasyon sonrası bu sefer göz kapakları da düşmüş; davacı hasta, hekim ve hastaneye, uğramış olduğu bedensel ve ruhsal çöküntü ve yapmış olduğu masraflar nedeniyle maddî ve manevî tazminat davası açmıştır. Olaya ilişkin, Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Kurulu, raporunda, ameliyat sonrası ortaya çıkan düzensizliklerin komplikasyon olduğunu, komplikasyon yönetiminin uygun olduğunu ve hekime atfı kabil bir kusurun bulunmadığını belirtmiş; mahkemenin bu raporu esas alarak hüküm verdiği karar, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Aynı olaya ilişkin olarak, Üniversite Tıp Fakültesi Plastik, Rekonstrüktif ve Estetik Cerrahi uzmanlarınca hazırlanan üçlü bilirkişi raporunda ise, burun ameliyatında yapılan lateralosteotomilerin yetersiz olduğunu gösteren bulguların var olduğu, **plastik cerrah olmadığı halde estetik amaçlı rinoplasti yapan hekimin bu müdahalesinin sorgulanması gerektiği** belirtilmiştir. Sonuç olarak, Adli Tıp Kurumu İhtisas Kurulu raporu ile Adli Tıp Kurumu dışındaki sağlık kuruluşlarının vermiş olduğu rapor ve görüşler arasında çelişkinin olması halinde Adli Tıp Genel Kurulundan rapor alınması ve çelişkinin giderilmesi gerekirken, İhtisas Kurulunun raporu esas alınarak, eksik incelemeyle hüküm tesisi isabetsiz bulunmuş, davacı hasta lehine bozma kararı verilmiştir³¹⁷.

Hekim, sübjektif durumdan bağımsız olarak, pratisyen hekimden ortalama bir pratisyen hekimin, uzman hekimden kendi uzmanlık alanında ortalama düzeyde bir hekimin aynı hâl ve şartlar altında göstermesi gereken özeni somut vakada göstermek mecburiyetindedir³¹⁸. Daha uzun süreli eğitim görmüş olması dolayısıyla hekimin daha bilgili olması ve hastanın da bu sebeple kendisini tercih etmiş olması dolayısıyla, hekimin uzmanlaşmış olması kendisinden beklenen özeni de ağırlaştıracak, hekimin mevcut müdahalede uzmanlık standartlarını sağlaması beklenecektir³¹⁹. Ancak, bu durumda gösterilmesi gereken özen beklentisi artmakla birlikte, uzman/pratisyen tüm hekimler ve dış hekimleri tıbbî müdahalede bulunacakları hastaya karşı aynı yüksek özen yükümlülüğü altındadır³²⁰.

³¹⁷ Yargıtay 3. HD, 03.11.2015, 2015/11056 E, 2015/19534 K, GÖKCAN (Tıbbî Müdahale), s. 1231-1232'den.

³¹⁸ AYAN, s. 89.

³¹⁹ AYAN, s. 90; GÖKCAN (Tıbbî Müdahale), s. 153; ÖZAY, s. 67; SARIAL, s. 87.

³²⁰ GÖKCAN (Tıbbî Müdahale), s. 153-154; BULUT (Tıbbî Müdahale), s. 382-283.

Özen borcunun ihlâlinde ispat külfeti, tıbbî müdahaleden zarar gören hasta üzerindedir. Hekimin tedavi icrasında tıp bilimince genel olarak kabul görmüş kurallara aykırı hareket ettiğinin ispatlanması gerekmektedir birlikte, hastanın tıbbî müdahaleler bakımından tamamıyla bilgisiz olması dolayısıyla somut olay bakımından yalnızca, hayat tecrübelerine göre normal şartlar altında bulunmaması gereken olumsuz bir sonucun varlığını ispatlaması hâlinde, hekimin özen borcunun ihlâlini de ispatlamış olduğu kabul edilmelidir³²¹.

Kusuru olmadığına ilişkin ispat külfeti ise hekim/dış hekimi üzerindedir. Hekim, uzmanlık alanına dahil ortalama bir hekimin aynı hâl ve şartlarda göstermesi gereken davranış tarzından somut olayda sapmadığını ispatlamak mecburiyetindedir³²².

IV. ESTETİK AMAÇLI TIBBÎ MÜDAHALELERDE HEKİM İLE HASTA İLİŞKİSİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Genel Olarak

Borçlar Kanunu'nda özel olarak düzenlenmiş bulunmamakla birlikte, hekimlik sözleşmesi olarak tanımlayabileceğimiz hekim ile hasta arasındaki ilişkide sözleşme, Türk Borçlar Kanunu'nun sözleşmenin kurulmasını düzenleyen 1. maddesinde açıklandığı üzere, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun, açık veya örtülü irade beyanlarıyla³²³ kurulmaktadır. Hekimin hastayı kabul etmesi, muayene etmesi, dış hekiminin hastasını tedavi koltuğuna oturtması, tedavi tedbirlerinden bir kısmına başlamış olması gibi örneklendirebileceğimiz eylemler, hekim ile hasta arasındaki sözleşme ilişkisinin mevcudiyeti bakımından yeterli bulunmaktadır³²⁴.

Hekimlik sözleşmesinin taraflarını oluşturan hekim/dış hekimi ile hasta arasındaki karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı; sözleşmenin geçerliliği

³²¹ AYAN, s. 94; GÖKCAN (Tıbbî Müdahale), s. 153.

³²² AYAN, s. 94; ÖZAY, s.70.

³²³ KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2017, s. 79-81; SARIAL, s. 44; ÖZDEMİR, s. 229.

³²⁴ AYAN, s. 56; AYKIN/ÇINARLI, s. 227.

bakımından yalnızca görünüşte bir irade beyanı ile sağlanamamakta, irade oluşması ya da sağlıklı oluşan bir iradenin beyanı aşamasında da, irade bozukluğu ya da sakatlığı gibi uyumsuzluk yaratan hâlin olmaması, oluşan irade ile beyan arasında uyum olması gerekmektedir³²⁵.

Tam iki tarafa borç yükleyen, rızaya dayalı, şekle tabi olmayan³²⁶ ve ani edimli olan bu sözleşmede hekim; teşhis, tedavi ya da estetik diş hekimliği ve somut vaka ve hastaya göre değişmekle birlikte estetik cerrahinin birçok alanında tedavi amacı olmasa dahi, psikolojik ya da sosyal endikasyona dayanarak tıbbî müdahalede bulunma edimini borçlanmakta, hastanın da bu edim karşılığında ücret ödeme borcu³²⁷ bulunmaktadır.

Hastanın sözleşme serbestisi çerçevesinde hekimini seçme, hekimin de hastasını reddetme hakkı³²⁸, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 5. ve 18. maddelerinde³²⁹; hastanın sağlık kuruluşunu seçme ve değiştirme hakkı ise Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 8. maddesinde³³⁰ yer almaktadır.

Hekim/diş hekimi ile hasta arasındaki ilişkinin hukukî niteliği, hekim ya da diş hekiminin hastasına uygulayacağı tıbbî müdahalenin türüne göre değişiklik göstermektedir³³¹. Hekimlik sözleşmesinin hukukî niteliği konusunda öğretilerde farklı görüşler yer almaktadır. Bu görüşlerin bir kısmı bu sözleşmeyi Türk Borçlar Kanunu'nda özel olarak düzenlenen iş görme sözleşmelerinden biri kapsamında

³²⁵ KILIÇOĞLU, s. 231.

³²⁶ Türk Borçlar Kanunu'nun 12. maddesinde de düzenlendiği üzere, kanunda aksi öngörülmedikçe, sözleşmenin geçerliliği için herhangi bir şekil şartı aranmamaktadır. Türk-İsviçre Hukuk sistemlerinde, tarafların sözleşmeleri hiçbir şekle bağlı olmaksızın, diledikleri gibi yapabileme özgürlüğü bulunmaktadır. KILIÇOĞLU, s. 149-150; SARIAL, s. 45.

³²⁷ AYAN, s. 58.

³²⁸ AYAN, s. 57.

³²⁹ Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi'nin hastanın hekim seçme hakkını düzenleyen 5. maddesi uyarınca "Sağlık müesseselerinde tatbik olunan usul ve kaideler mahfuz olmak üzere, hasta; tabibini ve diş tabibini serbestçe seçer." Nizamnamenin, hekimin hastasını reddetme hakkını düzenleyen 18. madde hükmüne göre ise "Tabip ve diş tabibi, acil yardım, resmî veya insanî vazifenin ifası halleri hariç olmak üzere, meslekî veya şahsî sebeplerle hastaya bakmayı reddedebilir."

³³⁰ Sağlık Kuruluşunu Seçme ve Değiştirme başlıklı, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 8. maddesi uyarınca, "Hasta; tabi olduğu mevzuatın öngördüğü usul ve şartlara uyulmak kaydı ile, sağlık kurum ve kuruluşunu seçme ve seçtiği sağlık kuruluşunda verilen sağlık hizmetinden faydalanma hakkına sahiptir." Aynı maddenin 2. fıkrası, hastanın, sağlık kuruluşunu değiştirebilmesini mevzuat ile belirlenmiş sevk sistemine uygun olma şartına bağlamıştır. Sağlık kuruluşunun değiştirilmesi ancak hastanın hekim tarafından, kuruluş değiştirmenin hayati tehlikeye yol açıp açmayacağı ve hastanın hastalığının ağırlaşp ağırlaşmayacağı hususunda aydınlatılması ve sağlık kuruluşu değiştirmenin hastanın hayati tehlikesi yönünden tıbben sakıncalı olmaması halinde mümkündür.

³³¹ ÖZDEMİR, s. 229.

değerlendirmektedirken, bir kısmı da bu sözleşmeleri kendine özgü yapısı olan, suijeneris nitelikte olduğunu belirtmektedir³³².

B. Hizmet Sözleşmesi Görüşü

Türk Borçlar Kanunu'nun 393. maddesinde düzenlenen hizmet sözleşmesi; "Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir" şeklinde tanımlanmıştır.

Reisoğlu da, "hizmet akdi öyle bir akittir ki, işçi bir ivaz mukabilinde muayyen veya gayri muayyen bir zaman için iş gücünü işverenin emrine tahsis ve onun direktifi altında işi ifa etmeyi taahhüt eder" ifadesiyle hizmet sözleşmesinin tanımını yapmıştır³³³.

Bir sözleşmenin hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi için, sürenin kesin olarak belirlenme zorunluluğu bulunmamakla birlikte, belirli, belirlenebilir veya belirli olmayan bir süre için işçi tarafından işverene karşı hizmet görülmesi veyahut hizmet ediminin vaad olunması gerekmektedir³³⁴. Hizmet sözleşmesinde işgörmenin süreklilik taşıması önem arz etmektedir³³⁵. Aynı zamanda işçi tarafından hizmet ediminin, işverene bağımlı şekilde, işverenin talimatı altında ifa edilmesi gerekmektedir³³⁶. Türk Borçlar Kanunu'nda açıkça yer alan bağımlılık unsuru, hizmet sözleşmesinde hukukî nitelik taşımaktadır. Bağımlılık unsuru esasınca, işçi diğer iş görme borcu doğuran sözleşmelerden farklı olarak, işini bir hiyerarşi içerisinde, işverenin emir ve talimatına göre, emeğini işverenin emrine tahsis ederek ve denetim ve otoritesi altında, belirli ya da belirsiz bir süre içinde yapmaktadır³³⁷.

³³² ÖZAY, s. 30.

³³³ REİSOĞLU, Seza, Hizmet Akdi, Mahiyeti-Unsurları-Hükümleri, Ankara 1968, s. 36.

³³⁴ YAVUZ, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul 2014, s. 873.

³³⁵ ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 16. Bası, Ankara 2016, s. 454.

³³⁶ YAVUZ, s. 874; YILMAZ, s. 43.

³³⁷ YAVUZ, s. 885; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 457; YILMAZ, s. 33.

Bağımlılık ilişkisi gereğince hizmet sözleşmesi içerisinde, işçinin nasıl, ne zaman ve nerede çalışacağını işveren kendi iş amacı ve ihtiyacına göre tayin edecektir³³⁸.

Günümüzde hekim ile hasta arasındaki hukukî ilişkinin niteliğini Roma hukukundaki vekâlet sözleşmesinin etkisi devam ettiğinden ve vekâlet sözleşmesinin kesinlikle ivazsız olması dolayısıyla, hizmet sözleşmesi olarak değerlendiren Alman Hukuku'nda³³⁹, hekimin ödevinin tüm insanlığa hizmet olduğu, kamusal bir amaca hizmet edildiği bu anlamda hekimin faaliyeti gibi ihtisas gerektiren serbest mesleklerin icrası için yapılan sözleşmelerin serbest veya bağımsız hizmet sözleşmesi olarak nitelendirileceği ifade edilmektedir³⁴⁰.

Hekim ile hasta arasında teşhis ve/veya tedavi amaçlı tıbbî müdahaleleri içeren hekimlik sözleşmesinin hukukî niteliğine dair yasada bir düzenleme bulunmamasıyla birlikte, ilişkinin hukukî niteliği yüksek yargı kararları ve öğretideki hâkim görüşe göre belirlenmiştir³⁴¹. Hukukî niteliğin hizmet sözleşmesi olduğuna dair hemen hemen fikir birliği olmakla birlikte, gerek öğreti gerekse yargı kararlarında, hasta ile yapılan sözleşmenin karşı tarafını estetik cerrahın oluşturduğu hâllerde, ilişkinin hukukî niteliğine dair iki farklı görüş savunulmaktadır. Alman hukukçularından bir kısmı, bu ilişkiyi eser sözleşmesi olarak nitelendirmekteyken, bir diğer kısım, sözleşmeyi hizmet sözleşmesi olarak kabul etmektedir³⁴². Avusturya'da da estetik amaçlı tıbbî müdahalelerde estetik cerrah ile hasta arasındaki hukukî ilişkinin niteliği; serbest, kanunla tipik şekilde düzenlenmemiş, hekimin meslekî kurallara, nesnel standartlara uygun surette müdahalede bulunmayı üstlenmiş olduğu ama belirli bir sonucu borçlanmadığı, hizmet sözleşmesi olarak belirlenmiştir³⁴³.

Estetik cerrahi alanına giren müdahalelerde, Alman Hukuku'nda, müdahalenin tedavi amaçlı yapılması ve salt estetik amaçlı yapılması arasında ayrıma gidilmiştir. Örneğin, yapılan müdahale neticesinde burna estetik bir görüntü kazandırılmış olsa dahi, kişinin nefes almasını kolaylaştırmanın asıl amacı oluşturduğu, burun eğriliğinin düzeltilmesine ilişkin operasyonda olduğu gibi, fiziksel fonksiyon

³³⁸ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 457.

³³⁹ AYAN, s. 52; AŞÇIOĞLU, s. 19; İPEKYÜZ, s. 58.

³⁴⁰ TANDOĞAN, s. 365; SARIAL, s. 39.

³⁴¹ TEMEL (Estetik), s. 230-231.

³⁴² TEMEL (Estetik), s. 232.

³⁴³ ÖZER, s. 245, dn. 17.

bozukluklarının giderilmesinin esas amacı teşkil ettiği tıbbî müdahalelerde, beraberinde estetik bir görünüm kazanılsa dahi bu tür müdahaleler estetik müdahale olarak görülmemekte, tedavi amaçlı müdahaleler olarak kabul edilmekte ve ameliyat masrafları sigorta kurumu tarafından karşılanmakta olup; bu tür müdahalelerde sorumluluk estetik cerrahın sorumluluğuna göre değerlendirilmemekte, bu tür müdahaleler hekimin genel sorumluluk esaslarına tabi tutulmaktadır. Kişinin doğuştan sahip olduğu ya da bir kaza neticesinde meydana gelen dış görünümündeki bozuklukların giderilmesi amacıyla yapılan müdahaleler ancak, kişinin normal görüntüsünü düzeltme amacına yönelmediği, doğuştan ya da kaza sonucu, mevcut şekil bozukluğunu gidermeye yönelik olduğu takdirde tedavi amaçlı müdahale olarak kabul edilmekte ve ameliyat masrafı yasal sigorta kurumu tarafından karşılanmaktadır. Salt estetik amaçlı, kişinin normal görüntüsünü daha da güzel hale getirmeye yönelik yapılan tıbbî müdahaleler ise, psikolojik amaçlı yapılsa, müdahalenin yan sonucu olarak hastanın psikolojik rahatsızlığı giderilmiş olsa dahi estetik müdahale olarak nitelendirilmekte, bu operasyon dolayısıyla meydana gelen masrafları yasal sigorta kurumu karşılamamaktadır³⁴⁴.

Alman Hukuku'nda kabul edilen hizmet sözleşmesinin, hukukumuzda hekim ile hasta arasındaki ilişkinin özelliklerine uygun düşmediği öğretiden tarafından savunulmaktadır³⁴⁵. Bu görüşe göre, hizmet sözleşmesinin unsurlarından işçinin işverene karşı belirli süre hizmet etmesi, hekimlik sözleşmesinde hekimin çalışma süresi üstlendiği işin mahiyeti ile sınırlı olduğundan mümkün bulunmamaktadır³⁴⁶. Hekimin, hastanın tedavi edimini ifa ederken, onun talimatına sıkı sıkıya bağlı olması düşünülemeyeceğinden, hizmet sözleşmesini diğer işgörmeye sözleşmelerinden ayıran bağımlılık unsuru da hasta ile hekim arasındaki ilişkinin mahiyetine uygun düşmemektedir³⁴⁷. Hekim, mesleğinin icrasında hasta ile ilişkisinin başında belirleyemeyeceği bir zaman dilimine bağlı olmaksızın, hastanın talimatına tabi olmaksızın, serbest olarak tedavi edimini icra edecektir³⁴⁸. Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi'nin 6. maddesinde de hekimin mesleğinin icrasında hastanın emir ve

³⁴⁴ TEMEL (Estetik), s. 229-230.

³⁴⁵ BELGESAY, s. 76; AYAN, s. 54; AŞÇIOĞLU, s. 19; İPEKYÜZ, s. 57; ÖZAY, s. 33; ÖZER, s. 248.

³⁴⁶ AYAN, s. 54.

³⁴⁷ AYAN, s. 54; ÖZAY, s. 32.

³⁴⁸ İPEKYÜZ, s. 57.

talimatıyla bağılı olmayacağı “...Tabip ve diş tabibi, sanat ve mesleğini icra ederken, hiçbir tesir ve nüfuza kapılmaksızın, vicdanî ve meslekî kanaatine göre hareket eder...” hükmüyle ifade edilmiştir. Alman Hukuku’nda vekâlet sözleşmesinin ivazsız olmasının aksine, Türk hukukunda hekimin ücret karşılığı faaliyette bulunması kural iken, ücret almaması istisnaî bir durumdur³⁴⁹.

Temel; doktrindeki baskın görüşün aksine, tüm diş hekimliği sözleşmelerine, diş hekiminin edim türüne bakılmaksızın, ister tedavi ister estetik amaçlı olsun, protez, kanal, köprü tedavisi, koruyucu hekimlik kapsamında yapılan genel diş muayenesi veya cerrahi müdahaleler bakımından nitelikli hizmet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiğini, protetik diş tedavilerinde protez üretimindeki olumsuz özellikler dolayısıyla diş hekiminin eser sözleşmesinin ayıba karşı tekeffül hükümleri uyarınca sorumlu tutulması gerektiğini; buna karşılık, diş hekiminin hastaya örnek fotoğraflar göstermek suretiyle estetik amaçlı diş protezini açıkça taahhüt ettiği durumlarda ise eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunmuştur³⁵⁰.

Estetik cerrah ile hasta arasındaki ilişkinin de hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilmesinin hasta ve estetik cerrahın menfaatlerinin çatışması halinde, adil ve hakkaniyete uygun olarak bu çıkarların dengelenmesi bakımından en elverişli çözüm yolu olduğunu ifade eden Temel, taraflar arasındaki ilişkinin eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesi halinde adil olmayan neticelerin meydana geleceğini çeşitli gerekçelerle belirtmektedir.

Alman yargı kararlarında sıkça ifade edildiği üzere, estetik cerrah, canlı organizma üzerinde müdahalede bulunmaktadır. Hekimin hastanın tedavisini üstlendiği ya da hastaya estetik müdahalelerin uygulandığı durumda, müdahalenin başarıyla neticelenmesi, hastanın fiziksel ve psikolojik durumu başta olmak üzere hekimin etki edebileceği durumlar dışında pek çok faktöre bağılı olarak değişkenlik göstermektedir. Canlı organizmanın tedavi ve operasyon anında ve sonrasında ne şekilde bir değişim göstereceğinin tahmin edilememesi dolayısıyla, hekimin işin mahiyeti gereği başarılı sonuç taahhüdü objektif olarak mümkün bulunmamaktadır.

³⁴⁹ AYAN, s. 54-55

³⁵⁰ TEMEL, Erhan, “Alman Hukukunda Dişhekimlerinin Tazminat Sorumluluğu”, I. Dişhekimliği Hukuku Sempozyumu, 22-23 Mart 2013, Ankara 2014, s. 197.

Estetik cerrahın üstün yetenekli olması ve tıbben en gelişmiş metod ve yüksek teknolojiden faydalanmasına rağmen estetik neticeye ulaşılma ihtimalinin yüzde yüz olmadığı ifade edilmektedir. Hastanın da aynı gerekçelere bağlı olarak, insan organizmasının nasıl bir tepki vereceğinin önceden öngörülebilmesinin mümkün olmaması dolayısıyla, müdahale ile amaçlanan estetik görüntünün kesin olarak taahhüdünün mümkün olmadığını bileceği, en azından bilmesi gerektiği; hastanın haklı beklentisinin, estetik cerrahın özenli ve tıbbî standartlara uygun olarak müdahalede bulunmasına ilişkin olması gerektiği savunulmaktadır. Hekim ile hasta arasındaki hukukî ilişkinin hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi halinde, hekimin tıbbî standartlara uygun olarak ve özenle tıbbî müdahalede bulunmasına rağmen, amaçlanan estetik görüntü konusunda neticeye ulaşamama dolayısıyla hekimin sorumluluğu doğmayacak, ücret almaya hak kazanacaktır. Hekimin sorumluluğu bu durumda ancak, istenilen neticeye ulaşamamasının hekimin tedavi hatası ya da kural ihlâline bağlı olduğu durumda söz konusu olacaktır. Hukukî ilişkinin eser sözleşmesi olarak nitelendirildiği durumda ise, hasta yapılan işi kabul etmediği müddetçe, hekim ücret almaya hak kazanamayacak; şartların oluşması halinde maddî ve manevî tazminat sorumluluğu doğacaktır³⁵¹.

Estetik cerrahın, estetik neticeye ulaşılma konusunda hastaya açıkça taahhütte bulunduğu durumlarda ise sözleşmenin eser sözleşmesi olduğu kabul edilmektedir. Ancak bu taahhüdün, başarısızlık riskinin oldukça düşük olduğu; yüz gerdirme müdahaleleri, göğüslere silikon taktırma, kepçe kulak operasyonu, burun düzeltme ameliyatları gibi klâsik estetik operasyonlar bakımından mümkün olabileceği savunulurken, başarısızlık riskinin daha yüksek olduğu müdahaleler bakımından, genel nitelikte bir başarı sözü verilmesinin estetik cerrah ile hasta arasındaki hukukî ilişkinin eser sözleşmesi olarak yorumlanması bakımından yeterli olmaması gerektiği ifade edilmektedir³⁵².

³⁵¹ TEMEL (Estetik), s. 233-234-235.

³⁵² TEMEL (Estetik), s. 235.

C. Vekâlet Sözleşmesi Görüşü

Vekâlet sözleşmesi, Türk Borçlar Kanununun 502. maddesinin 1. fıkrasında; “Vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemi yapmayı üstlendiği sözleşmedir” şeklinde tanımlanmıştır.

Tandoğan ise vekâlet sözleşmesini şu şekilde ifade etmektedir: “Vekâlet öyle bir akittir ki vekile müvekkilin menfaatine ve iradesine uygun bir sonuca yönelen bir iş görmeyi bir zaman kaydına tabi olmaksızın ve nispeten bağımsız olarak yapma borcunu, sonucun elde edilememesi rizikosunu ona ait olmamak üzere yükler”³⁵³.

Türk Borçlar Kanunu’nun 502. maddesinin 2. fıkrasında vekâlete ilişkin hükümlerin, niteliklerine uygun düştüğü ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan işgörmeye sözleşmelerine de uygulanacağı ifade edilmektedir. Kanun hükmü uyarınca, işgörmeye ediminin olduğu bir sözleşme, nitelendirilemediği takdirde, bu sözleşmede niteliğine uygun düştüğü ölçüde, vekâlete ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır³⁵⁴.

İsviçre Hukuku’nda, hasta ile hekim arasındaki ilişkinin vekâlet sözleşmesi hükümlerine tabi olacağı görüşü hâkim görüş olmakla birlikte; diş hekiminin hastayı tedavi amacı olmaksızın yalnızca, kırılmış bir köprünün tamiri örneğinde olduğu gibi protez yapımını üstlendiği sözleşmeler eser sözleşmesi hükümlerine tabi olacaktır³⁵⁵. İsviçre Doktrini tarafından ileri sürülen görüş, diş hekiminin hastaya her ne kadar iyi bir şekilde protez veya implant tedavisi uygularsa uygulansın, hastanın tedaviye vereceği biyolojik cevabın öngörülemeyeceği, hasta organizmasının uygulanan tedaviyi kabul etmeme ihtimalinin de bulunduğu, diş hekimliği mesleğinin mahiyetinin, hastaya uygulanacak tedavi sonucunda garanti verme imkânının bulunmadığı ve hastanın iyileşmesinde yalnızca teknik uygulamaların yetmediği; dolayısıyla diş hekiminin hastaya belli bir sonuç vaadinde bulursa dahi sözleşmenin

³⁵³ TANDOĞAN, s. 356; BAŞPINAR, s. 70; ER, s. 45-46; AYKIN/ÇINARLI, s. 225.

³⁵⁴ AYDOĞDU, Murat/KAHVECİ, Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Sözleşmeler Hukuku, 3. Bası, Ankara 2017, s. 790; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2017, s. 706; AYKIN/ÇINARLI, s. 226.

³⁵⁵ AYAN, s. 53.

eser sözleşmesi olarak nitelendirilemeyeceği, vekâlet sözleşmesi olarak kalmakta devam edeceği yönündedir³⁵⁶.

İsviçre uygulaması tarafından, dış hekiminin belli bir sonucu üstlendiği müdahaleler daha önceleri eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilirken, daha sonradan verilen kararda; meydana getirilen eserin, tedavinin başarılı olmasının bir sonucu olması, eser sözleşmesi kapsamında bir sonuç teşkil etmeyip, sonuca götüren araç niteliğinde olması; dış hekiminin protez, köprü, kron kaplama yapımlarını üstlendiği müdahalelerde hastanın çığneme fonksiyonunun iyileştirilmesinin öne çıkan edim olduğu gerekçesiyle, yapılan tüm müdahaleler vekâlet sözleşmesi olarak kabul edilmiştir³⁵⁷. Alman Hukukunda da, dış hekimlerinin yalnızca dış protezi yapımını üstlendiği sözleşmelerde hasta ile dış hekimi arasındaki ilişkiye eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmektedir³⁵⁸.

Hukumumuzda da, İsviçre Hukuku'nda olduğu gibi, uygulama³⁵⁹ ve öğretide baskın görüş, hasta ile hekim/dış hekimi arasındaki ilişkiye genelde vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağı yönündedir³⁶⁰. Protez dışında gerçekleştirilen, dış hekiminin koruyucu dış tedavilerine yönelik, tıbbî standarda uygun olarak hastanın tedavisini üstlendiği ve sonuç taahhüdünde bulunmadığı, tıbbî başarının üstlenilmediği bu ilişki, vekâlet sözleşmesi kapsamında değerlendirilmektedir³⁶¹.

Ayan, dış hekiminin tedavi ve protez yapımını bir arada borçlandığı sözleşmelerde asıl edimin hastalığın tedavisi olduğunu, protezin tedavi amacına ulaşılması bakımından bir araç niteliği taşıdığını ifade ederek, asıl edime vekâlet sözleşmesi hükümlerinin, protez yapımına ilişkin edime de asıl edimin tabi olduğu hükümlerin uygulanması gerektiğini ifade etmiştir³⁶².

³⁵⁶ ÖZDEMİR, s. 231; Aynı görüşte, AĞIR, s. 380.

³⁵⁷ ÖZDEMİR, s. 231; AĞIR, s. 380.

³⁵⁸ ÖZDEMİR, s. 230-231.

³⁵⁹ YILMAZ, s. 43; ŞATIR, s. 20, 22.

³⁶⁰ AYAN, s. 53,54; SARIAL, s. 41; BELGESAY, s. 76; TANDOĞAN, s. 360; AŞÇIOĞLU, s. 15; ŞENOC AK (Sorumluluk), s. 33; İPEKYÜZ, s. 68; ÖZDEMİR, s. 230; BAŞBUĞ, s. 139; AĞIR, s. 378; ÖZER, s. 246; ER, s. 326; POLAT, s. 280; ŞATIR, s. 20-21; SİNDEL, Ece, “Hekimin Haksız Fiil Sorumluluğu”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 11, Sayı 119, Temmuz 2016, s. 244-245; İNAL, Hamdi Tamer, “Sağlık Hukukunda Vekaletin Gereği Gibi İfası”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 11, Sayı 119, Temmuz 2016, s. 124; AYKIN/ÇINARLI, s. 226; ÇINARLI/AVCIOĞLU/KIZILKAYA, s. 248-258; BULUT (Sözleşme), s. 63; ARINCI/USTA, s. 88.

³⁶¹ ÖZDEMİR, s. 230.

³⁶² AYAN, s. 55.

Özdemir de, aynı doğrultuda görüşle, protez veya dolgu yapımında bir eser imali bulunmakla birlikte, protez yapımında hedeflenen asıl amacın dışın tedavisi olduğu, teşhis ve tedavi ediminin, amaca ulaşmada asıl edimi oluşturması dolayısıyla, tedavi ve protez yapımının bir arada üstlenildiği sözleşmelere vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiğini ifade etmiştir³⁶³.

Diş hekiminin hastaya ait eski protezi kendi laboratuvarında tamir etmesi, protezde renk uyumu sağlaması gibi, diş hekiminin somut neticenin meydana getirilmesine yönelik yalnızca teknik ediminin bulunduğu protetik diş hekimliği sözleşmelerinde³⁶⁴; bir başka ifadeyle, doğrudan tedavi amacını barındırmayan, salt protez yapımının üstlenildiği sözleşmelerde ise eser sözleşmesi hükümleri uygulanacaktır³⁶⁵.

Alman Hukuku'nda ise, tedavi ve protez yapımının bir arada üstlenildiği müdahalelerde, problemin hangi edimde gerçekleştiğine bakılarak karar verilmiş, örneğin, diş protezi yapımının üstlenildiği sözleşmede problemin protez imalinde bulunan bir hatadan kaynaklanması durumunda, diş hekiminin eser sözleşmesi hükümleri uyarınca sorumluluğu doğmuştur³⁶⁶. Protezin hammaddesi olan porselen ve zirkon maddesindeki kaliteden kaynaklanan ayıplar, protezin imalatındaki teknik hatalar, hasta ile birlikte kararlaştırılan diş rengi ile sonradan imal edilen protez renginin birbirinden farklı olması gibi örneklendirebileceğimiz protezin üretimiyle ilgili maddî ayıplarda eser sözleşmesi hükümleri uygulanarak, kusuru olmasa dahi diş hekiminin sorumluluğu doğacaktır³⁶⁷.

Federal Mahkemenin 1975 tarihli içtihadından³⁶⁸ beri, Alman Hukuku'nda yüksek yargı kararları ve öğretide baskın görüş, protetik diş tedavi sözleşmesinin protezin meydana getirilmesi gibi teknik edim ile ilgili olan kısmına eser sözleşmesinin ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanması³⁶⁹, ancak sözleşme bir bütün olarak değerlendirildiğinde, protezin ağız ve çene yapısına uygun olarak

³⁶³ ÖZDEMİR, s. 232.

³⁶⁴ TEMEL (Diş Hekimleri), s. 195.

³⁶⁵ AYAN, s. 53; BAŞBUĞ, s. 139.

³⁶⁶ BGH NJW 1975, 305(306 ff); Roesh, 12, ÖZDEMİR, s. 232, dn. 27'den; AĞIR, s. 380.

³⁶⁷ TEMEL (Diş Hekimleri), s. 196.

³⁶⁸ BGH, Urt. V. 9.12.1974-VII YR 182/73, NJW 1975, 305, TEMEL (Diş Hekimleri), s. 195, dn. 245'ten.

³⁶⁹ TEMEL (Diş Hekimleri), s. 196.

yerleştirilmesi, bunun öncesinde diş hekiminin tanı koyma, tedavi planı hazırlama, diş eti tedavisi yapma, gerekmesi halinde diş çekimi, çene kemik yapısını güçlendirme gibi müdahalelerinde teknik edimin ikinci planda kalması dolayısıyla, bu sözleşmenin hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerektiği yönünde olmuştur³⁷⁰.

Türk Borçlar Kanunu'nun 470. maddesinde karşılık bulan, eski Borçlar Kanunu'nun 355. maddesi anlamında, Ayan, estetik ameliyatların eser olarak nitelendirilemeyeceği görüşünü savunarak, bu müdahalelerin de vekâlet sözleşmesine tabi olması gerektiğini ifade etmiştir³⁷¹.

Taraflarını vekil ile vekâlet verenin oluşturduğu vekâlet sözleşmesinde³⁷² vekil, iş görme borcunun borçlusunu, vekâlet veren de iş görme borcunun alacaklısı konumundadır³⁷³. Sözleşmenin geçerliliği, konusunun mümkün, hukuka ve ahlâka uygun olmasına bağlıdır³⁷⁴. Kural olarak, vekâlet sözleşmesinin kurulmasında şekil şartı aranmamaktadır³⁷⁵. Sözleşmelerin kurulması hakkında genel hüküm teşkil eden Türk Borçlar Kanunu'nun 1. madde hükmü, vekâlet sözleşmesinin kurulmasında da geçerli bulunmakta, vekâlet veren (hasta) ile vekilin (hekim/diş hekimi) karşılıklı ve birbirine uygun, açık ya da örtülü irade beyanlarıyla; sözleşme kurulmuş olacaktır³⁷⁶. Ancak, örtülü kabulü düzenleyen Türk Borçlar Kanunu'nun 6. maddesine nazaran, vekâlet sözleşmesi bakımından özel hüküm teşkil eden, kanunun 503. maddesi, vekil ile vekâlet veren arasındaki sözleşmenin örtülü irade açıklamasıyla kurulması hâlinde uygulama alanı bulacaktır. Sözü geçen, Kanun'un 503. maddesi uyarınca; "Kendisine bir işin görülmesi önerilen kişi, bu işi görme konusunda resmî sığata sahipse veya işin yapılması mesleğinin gereği ise ya da bu gibi işleri kabul edeceğini duyurmuşsa, bu öneri onun tarafından hemen reddedilmedikçe, vekâlet sözleşmesi

³⁷⁰ TEMEL (Diş Hekimleri), s. 195.

³⁷¹ AYAN, s. 56.

³⁷² ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 642.

³⁷³ YAVUZ, s. 1164.

³⁷⁴ YAVUZ s. 1164.

³⁷⁵ TANDOĞAN, s. 364, 390; YAVUZ, s. 1170; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 644; ÖZAY, s. 37; ÖZDEMİR, s. 233; BAŞPINAR, s. 76; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 791; EREN, s. 713.

³⁷⁶ EREN, s. 711; ÖZER, s. 249; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 642; ÖZDEMİR, s. 233; BAŞPINAR, s. 75; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 790, 795; İNAL, s. 124.

kurulmuş sayılır³⁷⁷. Devletten aldıkları ruhsata dayanarak mesleklerini icra etmeleri dolayısıyla ve yapmış oldukları tıbbî müdahaleler mesleklerinin gereği olduğundan³⁷⁸ hekimlerin, 503. maddeye tabi olmaları gerekmektedir³⁷⁹.

Vekâlet sözleşmesi iş görme borcu doğuran bir sözleşme olup, bu kapsama hukukî işlemler ve hukukî işlem benzeri fiiller ile birlikte; sözleşmenin konusunun maddî fiillerden oluştuğu hâllerde “maddî fiillere ilişkin vekâlet” kavramı ile ifade edilen, kanunda yer alan başka sözleşme tiplerinin konusunu oluşturmayan, hekimin hastasını muayene etmesi, tedavi etmesi, cerrahi bir müdahale yapması gibi her çeşit maddî fiiller girebilmektedir³⁸⁰.

Türk Borçlar Kanunu’nun 502. maddesinin 2. fıkrası; bu Kanunda düzenlenmemiş olan işgörme sözleşmelerine, niteliklerine uygun düştüğü ölçüde vekâlete ilişkin hükümlerin uygulanacağını düzenlemiştir³⁸¹. Yavuz, bu hükümle birlikte, Kanunda düzenlenen iş görme sözleşmelerinin, kanunda düzenlenmeyen hususlarına dair de vekâlete ilişkin hükümlerin uygulanabileceğini savunmaktadır³⁸².

Vekâlete konu olacak bir işgörmeden bahsedilebilmesi ancak bu işin başkasına ait olması ve onun menfaatine yapılması ile mümkündür³⁸³. Ancak işi görülen kimse yanında, hekimin yapmış olduğu iş görmede ücret alması örneğinde olduğu gibi; Roma hukukundan farklı olarak, Türk Hukuku’nda vekâlet sözleşmesinde işgörme edimi karşılığı ücret ödenmesi mümkün olduğundan, vekilin de vekâlet verenin yanında menfaatinin bulunması, vekâlet sözleşmesinin oluşmasına engel teşkil etmeyecektir³⁸⁴.

Vekâlet verenin ücret ödeme borcu, vekâlet sözleşmesinin kanunî ve zorunlu unsuru olmamakla birlikte, vekilin ücret alacağını sözleşmeden, dış

³⁷⁷ YAVUZ, s. 1174; BAŞPINAR, s. 76; ER, s. 45; ÖZTÜRKLER, s. 61; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 790, 795; EREN, s. 712.

³⁷⁸ ÖZAY, s. 37.

³⁷⁹ TANDOĞAN, s. 389; YAVUZ, s. 1175; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 642; YILMAZ, s. 47.

³⁸⁰ TANDOĞAN, s. 356, 359-360; YAVUZ, s. 1155; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 639; ÖZAY, s. 35; AYAN, s. 56; ÖZER, s. 249; BAŞPINAR, s. 73-74; ÖZTÜRKLER, s. 58; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 792; ŞATIR, s. 21.

³⁸¹ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 636.

³⁸² YAVUZ, s. 1156.

³⁸³ TANDOĞAN, s. 360; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 639; BAŞPINAR, s. 72; EREN, s. 711; ŞATIR, s. 26.

³⁸⁴ TANDOĞAN, s. 361; YAVUZ, s. 1162; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 633; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 793; EREN, s. 710.

hekimlerinin/hekimlerin işgörme edimleri karşılığında ücret alması örneğinde olduğu gibi teamülden ya da özel bir kanun hükmünden doğması mümkündür³⁸⁵. Hekimlik, avukatlık, mimarlık gibi, ücretin teamülden olduğu ve profesyonel hizmet edimine dair bu gibi mesleklerde vekâlet, para kazanma amacı taşıdığından, örneğin hekim/dış hekimi ile hasta arasında vekâlet sözleşmesi yapılmasıyla ücret ödenmesi konusunda da zımnî olarak anlaşmış oldukları, ücret ödenmesini kararlaştırdıkları kabul edilmektedir³⁸⁶. Vekâlet verenin ücret ödeme borcu altında olduğu hallerde vekâlet sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak nitelendirilecektir³⁸⁷. Bununla birlikte, işgörmenin gerektirdiği masraflar, vekâlet sözleşmesinde vekâlet verene aittir³⁸⁸.

Türk Borçlar Kanunu'nun 502. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiş bulunmamakla birlikte, maddenin 2. fıkrasının karşıt kavramından çıkarılabileceği üzere; vekâlet sözleşmesinden doğan iş görme borcunda zaman kaydına bağlılık bulunmamaktadır³⁸⁹. Aynı madde fıkrasının karşıt kavramından varılabilecek diğer bir sonuç, vekilin işgörme borcunda başarılı sonuca ulaşamama tehlikesinin kendi üzerinde olmamasıdır³⁹⁰. Vekâlet ve eser sözleşmesinin ayırt edilmesini sağlayan bu ölçüte göre, vekâlet sözleşmesinde vekilin bir sonuca ulaşma amacıyla gerekli özeni göstererek iş görmesine rağmen sonucun gerçekleşmemesi halinde vekil bu rizikoyu taşımayacak, riziko vekâlet verene ait olacaktır³⁹¹. Dolayısıyla, hasta ile hekim/dış hekimi arasındaki ilişkinin vekâlet sözleşmesine tabi olduğu durumda, hekim/dış hekimi yalnızca tıp bilimi ve uygulamasının öngördüğü esaslar çerçevesinde ve özenli olarak hastanın hastalığının tedavisi için müdahalede bulunacak³⁹², eser sözleşmesinin aksine, örneğin protez veya diş dolgusu müdahalelerinde tedaviden

³⁸⁵ TANDOĞAN, s. 366; YAVUZ, s. 1166,1169; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 640; ÖZAY, s. 37; BAŞPINAR, s. 83; EREN, s. 717; İNAL, s. 124; BULUT, Gamze, "Dışhekimliği Uygulamalarının Tabi Olduğu Sözleşmeler", Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 9, Sayı 93, Mayıs 2014, s. 59.

³⁸⁶ BAŞPINAR, s. 85; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 794.

³⁸⁷ YAVUZ, s. 1169; BAŞPINAR, s. 79; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 790.

³⁸⁸ TANDOĞAN, s. 40; BAŞBUĞ, s. 139.

³⁸⁹ TANDOĞAN, s. 363; YAVUZ, s. 1163; ÖZAY, s. 38; AĞIR, s. 379; ÖZER, s. 249; ŞATIR, s. 26.

³⁹⁰ ÖZTÜRKLER, s. 57; YILMAZ, s. 34; İNAL, s. 124.

³⁹¹ TANDOĞAN, s. 364; YAVUZ, s. 1164, 1193; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 635, 639; ÖZAY, s. 38; AĞIR, s. 379; ÖZER, s. 249; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 792; EREN, s. 710; ŞATIR, s. 21.

³⁹² BELGESAY, s. 76; AYAN, s. 55.

sonuç alınamamasında olduğu gibi³⁹³, edim sonucunun elde edilememesi dolayısıyla sorumluluğu doğmayacaktır³⁹⁴.

Özel uzmanlığı gerektiren işlerde daha geniş olmak üzere, vekilin vekâlet verenin menfaatine belli bir sonuca varma amacıyla işgörme edimini ifa ederken nisbî bir bağımsızlığı bulunmakla birlikte³⁹⁵ bu bağımsızlığın sınırı, vekilin vermiş olduğu kararda vekâlet verene karşı sadakat ve özen borcuyla bağlı olmasıdır³⁹⁶.

Vekâlet sözleşmesinde; vekilin genellikle sözleşme konusu görülecek iş konusunda uzman olması, hastanın, kendisini iyileştirmesi amacıyla hekime başvurması örneğinde olduğu gibi, hastanın hekimin faaliyetlerini denetleme olanağının bulunmadığı durumlarda, belirli bir süre devam eden işgörme edimi eylemlerinin üstlenildiği diğer sözleşmelerde de bulunmakla beraber, özellikle vekâlet sözleşmesinde, sözleşmenin tarafları arasında; özellikle vekilin kişiliği, mesleki bilgisi ve yeteneğine ilişkin yoğun bir güven ilişkisi kurulmaktadır³⁹⁷. Bununla birlikte, vekâlet verenin de, güven ilişkisinin gereği olarak, iş görme ediminin ifasında harcanan emeğin boşa gitmemesi, vekilin vekâlet veren tarafından yeterli olmayan ölçüde bilgilendirilmesi dolayısıyla zor durumda kalmaması bakımından vekile doğru, eksiksiz, yeterli bilgiyi vermesi gerekmektedir³⁹⁸.

Taraflar arasındaki yoğun güven ilişkisinin neticesi olarak; Zevkliler/Gökyayla'nın da ifade ettiği üzere, güven ilişkisi zedelendiğinde ya da tamamıyla ortadan kalktığında tarafların sözleşme ile bağlı kalmalarını beklemek doğru bulunmadığından³⁹⁹, Türk Borçlar Kanunu'nun 512. maddesinde ifade edildiği üzere, vekâlet veren ve vekilin sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilmesi her zaman mümkündür⁴⁰⁰. Dolayısıyla, hekim/dış hekimi ile hasta ilişkisi de güvene dayandığından, vekâlet sözleşmesine tabi bir ilişkinin olduğu durumda, tarafların istedikleri zaman aralarındaki sözleşme ilişkisini ortadan kaldırma hakları, Tıbbî

³⁹³ BAŞBUĞ, s. 137.

³⁹⁴ AYAN, s. 55; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 793.

³⁹⁵ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 634; AĞIR, s. 379.

³⁹⁶ TANDOĞAN, s. 375; YAVUZ, s. 1168; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 648; ÖZAY, s. 38; ER, s. 43; ÖZTÜRKLER, s. 58-59.

³⁹⁷ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 633-634; BAŞPINAR, s. 78.

³⁹⁸ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 634.

³⁹⁹ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 634.

⁴⁰⁰ ÖZTÜRKLER, s. 59; EREN, s. 715.

Deontoloji Nizamnamesi'nin 19. maddesi⁴⁰¹ ile getirilen sınırlama çerçevesinde bulunmaktadır⁴⁰².

İşgörenin kendisinin belirlediği muayenehane gibi, yer ve zamanda, sayıca belli olmayan kişilerin menfaatine, sosyal edimleri onlar tarafından sağlanmaksızın, nispeten bağımsız olarak edimini icra etmesi ve taraflarca süre verilmesine gerek olmadan sözleşmenin sona erdirilmesinin mümkün olduğu durumlarda, taraflar arasında vekâlet sözleşmesinin bulunduğunu kabul etmek yerinde olacaktır⁴⁰³.

Hekim/dış hekimi ile hasta arasındaki ilişkinin vekâlet sözleşmesi olarak kabul edildiği durumlarda, dış hekiminin kendisinden beklenen sadakat ve özen borcuna uygun surette müdahalede bulunmasına rağmen, protez veya implant uygulamasından beklenen sonuç gerçekleşmediği takdirde dış hekiminin, gerçekleşmeyen sonuç dolayısıyla sorumluluğu doğmayacak, borcunu ifa etmiş sayılacaktır⁴⁰⁴.

D. Eser Sözleşmesi Görüşü

Eser sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu'nun 470. maddesinde; “Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir” şeklinde tanımlanmıştır.

Taraflarını eser meydana getirme borcu altına giren yüklenici ve eser karşılığı ücret ödeme borcu altına giren iş sahibinin oluşturduğu⁴⁰⁵, ivazlı⁴⁰⁶, rızalı⁴⁰⁷, tam iki

⁴⁰¹ Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi'nin 19. maddesinin ilk fıkrasında, hekim ve dış hekiminin meslekî veya şahsî sebeplerle, tedaviyi bitirmeden hastalarını bırakabilecekleri düzenlenmiş; ancak, ikinci fıkrada belirtildiği üzere, bu gibi hallerde diğer bir meslektaşın tedavi veya müdahalesine imkân verecek zamanın evvelden hesaplanarak hastayı haberdar etme şartı aranmıştır. Aynı fıkrada, hastanın bırakılması halinde hayatının tehlikeye düşmesi veya sağlığının zarara uğramasının ihtimal dahilinde olması halinde, diğer bir meslektaşın temin edilmedikçe hastanın terk edilemeyeceği hüküm altına alınmıştır.

⁴⁰² BULUT (Sözleşme), s. 59.

⁴⁰³ TANDOĞAN, s. 377.

⁴⁰⁴ BAŞBUĞ, s. 139.

⁴⁰⁵ ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 503; EREN, s. 584.

⁴⁰⁶ TANDOĞAN, s. 24; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 497; BORAN, s. 254; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 762.

⁴⁰⁷ EREN, s. 587.

tarafa borç yükleyen⁴⁰⁸, ani edimli⁴⁰⁹, işgörme borcu doğuran eser sözleşmesinde⁴¹⁰, vekâlet sözleşmesinden farklı olarak, bu sözleşmede önem arz eden husus, işgörme faaliyetinin kendisinden ziyade, çalışma ile ortaya çıkan ve objektif olarak gözlenmesi kabil sonuç olmaktadır⁴¹¹. Eser sözleşmesinde yüklenicinin temel edimini eserin meydana getirilmesi oluşturmakla beraber, borcun ifası meydana getirilmiş eserin iş sahibine teslim edilmesi suretiyle gerçekleşmiş olacaktır⁴¹². Eser sözleşmesi, mahiyeti itibari ile sonuç taahhüdü içerdiğinden, yüklenicinin borcu olan sonuç borcu ancak taahhüt edilen sonucun yerine getirilmesi ve iş sahibinin ifaya olan menfaatinin tazmini suretiyle ifa edilmiş olacaktır⁴¹³. Bununla birlikte, sözleşmede tarafların üzerinde anlaştığı; o esere özgü biçim, ölçü gibi genel vasıflar ya da eseri daha yakından tanımlayan özel vasıflardan birinin eksikliği eseri ayıplı kılarak, ayıplı eserin meydana getirilmesi ve teslimi sözleşmenin gereği gibi ifa edilmediği anlamına geldiğinden hekimin/diş hekiminin sorumluluğuna yol açacaktır⁴¹⁴.

Eser sözleşmesi de kural olarak şekle tabi olmamakla birlikte⁴¹⁵, sözleşme, Türk Borçlar Kanunu'nun genel hüküm niteliğinde olan 1. maddesine göre, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun, açık ya da örtülü irade açıklamalarıyla kurulmuş olacaktır⁴¹⁶. Sözleşmenin meydana gelmesi, tarafların meydana getirilecek eser ve karşılığında ödenecek ücret konusunda anlaşmış olmalarına bağlıdır⁴¹⁷. Tarafların ücret konusunda da açık olabileceği gibi, özellikle karşılığında ücret ödenmesi alışlagelmiş eserlerde olduğu gibi, ücret ödenmesi hususunda örtülü şekilde anlaşıldığının karine olarak kabul edildiği hallerde, anlaşmanın zımnen yapılması da

⁴⁰⁸ ÖZER, s. 248; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 505; EREN, s. 585.

⁴⁰⁹ Sözleşmenin sürekli borç doğuran sözleşme olarak nitelendirilebilmesinde, yüklenicinin ediminin belli bir zaman içerisinde icra edilmesi, sözleşmenin kurulması ile eserin teslimi arasında belirli bir zamanın geçmesinin tek başına yeterli bulunmadığı savunulmuştur. ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 506-507; EREN, s. 587.

⁴¹⁰ EREN, s. 584; ÖZAY, s. 39.

⁴¹¹ TANDOĞAN, s. 1; YAVUZ, s. 986,992,994; BAŞBUĞ, s. 137; AĞIR, s. 380; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 760; ŞATIR, s. 30.

⁴¹² EREN, s. 585; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 490, 496, 505; YILMAZ, s. 40.

⁴¹³ ÖZAY, s. 41.

⁴¹⁴ BAŞBUĞ, s. 139,140.

⁴¹⁵ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 499; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 763; EREN, s. 596.

⁴¹⁶ TANDOĞAN, s. 28-29; YAVUZ, s. 993; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 508; AĞIR, s. 381-382; EREN, s. 595.

⁴¹⁷ TANDOĞAN, s. 28; YAVUZ, s. 992; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 499-500; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 763.

mümkündür⁴¹⁸. Eser sözleşmesinde, harcanan emek karşılığı bedel ödenmesinin, sözleşmenin zorunlu unsuru olması sebebiyle, sözleşmede bu husus belirtilmiş olmasa dahi işsahibinin mutlaka bir bedel ödemesi gerekmektedir⁴¹⁹. Eser sözleşmesi niteliğinde olan işgörme edimlerinde masraflar; vekâlet sözleşmesinden farklı olarak, yükleniciye ait bulunmakta, işin görülmesi sırasında yapılmış olan masraflar yüklenicinin almış olduğu ücret ile karşılanmaktadır⁴²⁰.

Eser kavramı kapsamına nelerin dahil edileceği konusunda öğretide ve uygulamada farklı görüşler bulunmaktadır. Öğretide savunulan bir görüşe göre eser kavramına yalnızca, maddî varlığa sahip olan sonuç taahhütleri alınmakta⁴²¹; Yavuz'un ve Eren'in de savunduğu diğer bir görüşe göre ise eser sözleşmesinin konusunu, objektif olarak tespit edilmesi mümkün, belirli bir maddî ya da maddî olmayan sonucun meydana getirilmesi oluşturabilecektir⁴²². Ancak, hekimin hastanın tedavisini üstlenmesi, hastanın beynindeki tümörün alınması örneklerinde olduğu gibi, bağımsız bir hukukî varlık olarak geçici ve maddî olmayarak da olsa belli bir şekilde ortaya çıkmayan ve bir bütün teşkil etmeyen insan emeği sonuçlarının eser olarak kabul edilmesi mümkün bulunmamaktadır⁴²³. İsviçre Federal Mahkemesi de, maddî ve maddî olmayan edim sonuçlarının eser niteliği taşıyabileceğini günümüzde kabul etmektedir⁴²⁴. Ancak sonuç taahhüdüne elverişli olmayacak mahiyette işlerin eser sözleşmesi kapsamına alınmaması gerekmektedir⁴²⁵.

Madde hükmünde bahsedilen ve geniş yorumlanarak; yeni bir eserin ortaya konması, var olan eserin şeklinin değiştirilmesi veya onarımının da dahil edilebileceği “meydana getirme”⁴²⁶ eyleminde önem arz eden husus, ortaya çıkarılan eserin tarafların anlaşması çerçevesinde öncekinden farklı olmasıdır⁴²⁷. Belli bir

⁴¹⁸ TANDOĞAN, s. 24; YAVUZ, s. 992; ÖZAY, s. 40.

⁴¹⁹ AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 762; EREN, s. 586.

⁴²⁰ TANDOĞAN, s. 40; BAŞBUĞ, s. 139.

⁴²¹ Bkz. YAVUZ, s. 987, dn. 17; EREN, s. 588, dn. 14.

⁴²² YAVUZ, s. 987-988; EREN, s. 589, 592; ŞATIR, s. 30.

⁴²³ YAVUZ, s. 988; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 496; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 762.

⁴²⁴ BGE 127 III 328 ff., ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 492, dn. 8'den.

⁴²⁵ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 494.

⁴²⁶ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 495; ÖZAY, s. 40; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 761; EREN, s. 594.

⁴²⁷ TANDOĞAN, s. 23; YAVUZ, s. 991.

sonucun taahhüt edilmesiyle yapılan estetik ameliyatlar, saç ekimi, diş protezi hazırlanması da meydana getirme niteliğini taşımaktadır⁴²⁸.

Yargıtay, tüm estetik ameliyatlar yönünden genelleme yapılmasını uygun bulmamakla birlikte, yapılacak estetik ameliyatın niteliği ve hastanın durumuna göre bazı estetik ameliyatlarda, özellikle, tedaviden çok, güzelleştirme amacıyla hastaya tıbbî müdahalede bulunulan hâllerde, sonuç taahhüdünün mümkün olduğunu ifade etmiş⁴²⁹, bir kararında karın yağlarının alınması sureti ile vücudun şekillendirilmesini konu alan bir estetik ameliyat bakımından, bu ameliyatta belirli bir sonucun bulunmasından bahisle, müdahaleyi eser sözleşmesi kapsamında değerlendirmiştir⁴³⁰.

Doğum sonrası oluşan deformasyonun giderilmesi amacıyla hastanın hekime başvurduğu, 6 ay içerisinde kendisine iyileşeceğinin bildirildiği, düzelmenin gerçekleşmemesi üzerine hastanın ikinci bir operasyon daha geçirmesi ve yine düzelmemekle birlikte, eskisinden daha kötü bir duruma geldiği, tamiri imkânsız hasarların ortaya çıktığı iddiası ile tazminat davasına konu olan ve yargıya intikal eden benzer bir olayda da Yargıtay, hasta ile hekim arasındaki ilişkiyi, belli bir sonucun taahhüt edildiği, eser sözleşmesi olarak nitelendirmiştir⁴³¹.

Hastanın kolundaki dövmenin estetik amaçla silinmesi müdahalesinin bulunduğu başka bir kararında da Yargıtay bu edimi eser sözleşmesi kapsamında değerlendirerek; hekimin, uygulamış olduğu müdahalede yöntemi ne olursa olsun, işin ayıpsız olarak meydana getirilmesi gerektiğini, dövme izi silinmesi müdahalesinin de eser sözleşmesinin niteliği uyarınca taahhüt edilmiş sayıldığını ifade ederek, yapılan müdahalede hastanın eski hâlini aratacak derecede sağlıklı ve çirkin şekilde cerrahi müdahale izinin kaldığı olayda hekimin yapmış olduğu müdahalenin neticesini, eski Borçlar Kanunu'nun 360., Türk Borçlar Kanunu'nun

⁴²⁸ ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 495; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 762.

⁴²⁹ YILMAZ, s. 94.

⁴³⁰ Yargıtay 13. HD., 21.05.2012, E. 2011/11359, K. 2012/12808(İBD., 2012/6, s. 401), ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 494, dn. 32 ve ŞATIR, s. 31'den. Hastanın doğumdan sonra karnında oluşan deformasyonun giderilmesine yönelik, hekime başvurduğu ve yargıya intikal eden bir başka olayda da söz konusu edim, eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilmiştir. Yargıtay 15. HD, 2005/7988 E, 2006/3417 K, ŞATIR, s. 34-35'ten.

⁴³¹ Yargıtay 15. HD, 08.06.2006, 2005/7988 E, 2006/3417 K, YILMAZ, s. 95'ten.

475. maddesi uyarınca kabule zorlanamayacak derecede ayıplı bir iş olarak yorumlamıştır⁴³².

Hekimin hastasına estetik bir görünüm kazandıracığı konusunda taahhütte bulunarak yapmış olduğu ve hastanın açmış olduğu tazminat davasının konusunu oluşturan burun ameliyatında hasta tarafından hekimin meslek hatası ve kusurunun olduğu, bu hata ve kusur neticesinde hastanın burnunda çökme yaşanarak, yüzünün tamamen değişerek çirkinleştiği iddia edilmiş, hekim ise burnun çökmesinin, konan alçının hasta tarafından çıkarılması neticesinde meydana geldiğini, bu sebeple ikinci bir operasyon yaparak hastanın burnuna kemik koyduğunu, hastanın bu müdahale neticesinden de memnun kalmaması üzerine operasyon giderlerini hekimin kendisinin yüklenerek başka uzmana hastanın operasyonunu yaptırıp burnuna kıkırdak konulduğunu ifade etmiştir. Yargıtay hekimin yapmış olduğu bu müdahaleyi de, neticenin ortaya çıkması bakımından teminat verildiği, kuşku ve duraksamaya yer olmayacak kadar açık bir şekilde taraflarca belli bir neticenin elde edilmesinin kararlaştırıldığını, belli bir sonucun mutlaka elde edilmesinin amaçlandığı bir müdahale olarak değerlendirerek, dava konusu maddi olgu olan, burnun estetik ameliyat yapılarak taraflarca kararlaştırılan ve istenilen şekilde görünüm kazandırılmasını amaçlayan müdahaleyi eser sözleşmesi olarak nitelendirmiştir⁴³³.

Belgesay⁴³⁴ ve Sarial⁴³⁵da, estetik ameliyatlarda bakımından hekimin müdahalesinin sonuç taahhüdü içerdiğini kabul ederek, bu müdahalelerde hasta ile hekim arasındaki ilişkiye eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunmuşlardır.

Diş hekiminin belli bir neticeyi üstlenmiş, gerçekleştirmeyi borçlanmış olduğu, yalnızca protez, kron, köprü yapımı gibi protetik restorasyonları içeren uygulamalar, estetik müdahaleleri üstlendiği sözleşmeler; diğer bir ifadeyle estetik restorasyonlar

⁴³² Yargıtay 15. HD., 03.11.1999, E. 1999/3868, K. 1999/4007, YILMAZ, s. 41-42; KICALIOĞLU, Mustafa; Doktorların ve Hastanelerin Tıbbî Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları, Ankara 2011, s. 181-182.

⁴³³ Yargıtay 13. HD., 05.04.1993, E. 1993/131, K. 1993/2741, YILMAZ, s. 42-43 ve ŞATIR, s. 31 ve 32'den.

⁴³⁴ BELGESAY, s. 77.

⁴³⁵ SARIAL, s. 43.

ve hekimin uygulamış olduğu güzelleştirici estetik operasyonlar uygulama⁴³⁶ ve öğretide eser sözleşmesine tabi kabul edilmekle birlikte⁴³⁷, yukarıda, vekâlet sözleşmesi başlığında da ele aldığımız, diş hekimi tarafından tedavi ve protez yapımının beraber borçlanıldığı sözleşmenin hukukî niteliği konusunda üç değişik görüş bulunmaktadır. Birinci görüş, sözleşmenin konusunu oluşturan asıl edimin hastanın tedavisi olduğu, eserin yapılması olmadığı; protezin tedavi sonucunun elde edilmesine hizmet eden bir araç olduğu, başlı başına bir amaç olmadığını ifade ederek; hasta ile hekim arasındaki ilişkiye tamamıyla vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunmuştur⁴³⁸. İkinci görüş, protez yapımının teknik bileşimlerinin, salt tedavi amacını taşıyan vekâlet sözleşmesinin sınırlarını oldukça aşacağından bahisle, bu ilişkinin eser sözleşmesine tabi olması gerektiğini ifade etmiştir⁴³⁹. İsviçre Federal Mahkemesi tarafından savunulan üçüncü görüş, hekim ile hasta arasındaki ilişkinin hukukî niteliğinin karma bir sözleşme olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtilerek, diş hekiminin tedavi ile birlikte protez veya köprü yapımını üstlendiği sözleşmenin, biri vekâlet biri eser olarak iki parçaya ayrılması gerektiği yönünde olmuştur⁴⁴⁰. Ancak Federal Mahkeme sonraki tarihli bir kararında, teknik yön bakımından da diş hekiminin tarafı olduğu bir tedavi sözleşmesine bütünüyle vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiğini kabul etmiştir⁴⁴¹.

Sarial da, diş hekimi ile hasta arasında tedavi amacını barındıran protez yapımının üstlenildiği ilişkide, protezin teknik olarak imal edilmesi eser sözleşmesine, hastaya protezin uydurulması tedavinin bir bölümünü teşkil ettiğinden vekâlet sözleşmesine tabi olmakla birlikte⁴⁴², protez imalinin söz konusu tedavinin bir bölümünü oluşturması, hastanın asıl amacının tedavi olması ve protez imalinin

⁴³⁶ Yargıtay 15. HD, 3.10.2007, 2006/4800 E, 2007/5945 K sayılı kararında Yargıtay, diş tedavisinde hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişkinin vekâlet sözleşmesi olmakla birlikte, diş protezinin eser sözleşmesinin konusu oluşturduğunu ifade etmiştir. ŞATIR, s. 30'dan; YILMAZ, s. 94; EROL (Yasal Sorumluluk), s. 44, 47; AYKIN/ÇINARLI, s. 239; BULUT (Sözleşme), s. 62.

⁴³⁷ AYAN, s. 52; AĞIR, s. 380; BAŞBUĞ, s. 145; KICALIOĞLU (Tıbbî Müdahale), s. 172; HAKERİ (Yasal Sorumluluk), s. 22; DEMİR, Mehmet, Hekimin Hukuksal Sorumluluğunun Kaynakları ve Özel Hastane-Kamu Hastanesi Ayrımı, Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, Ankara 2009, s. 267; SİNDEL, s. 245; AYKIN/ÇINARLI, s. 241.

⁴³⁸ SCHROEDER, 23, AYAN, s. 52, dn. 22'den.

⁴³⁹ SCHROEDER, 23, AYAN, s. 52, dn. 23'ten.

⁴⁴⁰ BGE 61 II 111, AYAN, s. 53, dn. 24'ten.

⁴⁴¹ BGE 110 II 375, AYAN, s. 53, dn. 25'ten.

⁴⁴² BGE 61 II 111-112, SARIAL, s. 43, dn. 31'den.

asıl amaç olan tedavi içerisinde erimiş olması dolayısıyla, bu ilişkide ağırlıklı olarak vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağı karma bir sözleşme olarak nitelendirilecek sözleşme hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunmuştur⁴⁴³.

Petek de diş hekimi tarafından tedavi ve protez yapımının bir arada borçlanıldığı, müdahalenin kısmen vekâlet, kısmen eser sözleşmesi unsurlarını barındırması hâlinde, sözleşmenin asıl ediminin tedavi olduğunu, protezin, tedavi hedefine ulaşmada araç niteliğinde olduğunu belirterek, sözleşmeye vekâlet sözleşmesi hükümlerinin, protez yapımına ilişkin edime de asıl edimin tabi olduğu hükümlerin, dolayısıyla o edime de vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirtmektedir⁴⁴⁴.

Estetik ameliyatlardan bakımından ise, bu tür tedavilerde çoğunlukla sonucun borçlanıldığından bahisle, Sarial, estetik operasyonların eser sözleşmesine tabi tutulması gerektiğini ifade etmektedir⁴⁴⁵. Belgesayda, hekimin/diş hekiminin, örneğin diş yapımında, estetik müdahalelerde belirli bir sonuç ve tedavi taahhüdünde bulunarak eser sözleşmesi yapmasının mümkün olduğunu, estetik müdahalelerde de sonucun taahhüt edilmiş sayılacağını belirtmektedir⁴⁴⁶.

Sert ve Görkey, diş hekiminin yalnızca protez veya kron, köprü yapımını üstlenmiş olduğu müdahaleleri eser sözleşmesi kapsamında değerlendirmekle birlikte, bu nitelendirmenin söz konusu olduğu durumda diş hekimi bakımından sonucu garanti etme yükümlülüğünün doğacağını; garanti edilebilecek ve eser sözleşmesine dahil edilebilecek kısmın da yalnızca, sözleşmeye uygun olarak ve mesleğin gerektirdiği özen, beceri gösterilerek, protez, kron, köprü yapımına ilişkin olabileceğini belirtmiş; protezin hastaya tesliminden sonraki aşamanın eser sözleşmesi olarak nitelendirilemeyeceği görüşünü, protezin tesliminden sonra

⁴⁴³ SARIAL, s. 43.

⁴⁴⁴ PETEK, Hasan, "Amalgam Diş Dolgusu Nedeniyle Diş Hekiminin Hukuki Sorumluluğu", İstanbul Barosu Dergisi, Sayı 1, 2008, s. 86; Aynı görüşte, EROL (Yasal Sorumluluk), s. 49.

⁴⁴⁵ SARIAL, s. 43.

⁴⁴⁶ BELGESAY, s. 76-77.

hastaya ağız ve diş sağlığı ile ilgili bir probleminin kalmayacağı, daha iyi olacağını garantisinin verilemeyeceği gerekçesiyle savunmaktadır⁴⁴⁷.

Demircan ise diş hekimi ile hasta arasındaki hukukî ilişkide, diş ve diş eti hastalıklarının tedavisinde olduğu gibi, hastalığı tedavi amacının bulunduğu durumda vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulama alanı bulması gerektiği yönünde görüş belirtmekte; hastalığın tedavisi amacıyla, protez gibi, eser vasfında bir ürünün meydana getirilmesi halinde karma bir sözleşmenin bulunduğunu, hiçbir şekilde tedavi amacı barındırmayan, estetik bir görünümü hedefleyen müdahalelerde ise eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiğini ifade etmektedir⁴⁴⁸.

Bulut da, dişhekimliği müdahalelerinde yapılan protetik restorasyonların büyük çoğunluğunu protez, köprü, implant ve implant üstü protezlerin oluşturduğunu ve bu uygulamaların, dolgu ile telafisi mümkün olamayacak dişlerdeki doku kayıplarını, çekimi zorunlu dişler sonrasında meydana gelen ve çiğnemedeki fonksiyon eksikliğine neden olan boşlukların giderilmesinin amaçlandığını ifade ederek; salt estetik amaçlı diş hekimliği uygulamalarının eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerektiğini; buna karşılık, diş eksikliğinin, kron harabiyetinin bulunduğu vakalarda ve fonksiyon bozukluğuna bağlı olarak yapılacak müdahalelerde asıl amacın tedavi olması dolayısıyla, bu müdahalelerin konusunu oluşturduğu hukukî ilişkinin vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerektiğini savunmuştur⁴⁴⁹.

Yargıtay ise tedavi amacı barındırsa dahi, estetik görünüm kazandırmanın müdahalenin temel, baskın amacını oluşturduğu, diş hekimlerinin yapmış olduğu estetik tüm tıbbî müdahaleleri eser sözleşmesi olarak nitelendirmekte, bu tür müdahalelere ilişkin kararlarında eser sözleşmesi hükümlerini esas almaktadır⁴⁵⁰.

⁴⁴⁷ SERT G., GÖRKEY, Ş., Diş Hekiminin Hukukî Sorumluluğu, 18-20 Ekim 2001 tarihli, Kapadokya'da gerçekleştirilen II. Ulusal Tıbbi Etik Kongresinde sunulan sözlü bildiri, Marmara Üniversitesi Tıp Fakültesi Deontoloji ABD, EROL (Yasal Sorumluluk), s. 42-43'ten naklen.

⁴⁴⁸ DEMİRCAN, s. 13.

⁴⁴⁹ BULUT (Sözleşme), s. 63.

⁴⁵⁰ Yargıtay 15. HD, 16.11.2009, 2009/5712 E, 2009/6219 sayılı kararında da Yargıtay, diş hekiminin hastasına yapmış olduğu diş tedavisi, protez, implant, seramik kron gibi müdahalelerin bedelinin tahsiline ilişkin dava konusu olayda, tedavi dışındaki, protez, implant, seramik kron uygulamalarını eser sözleşmesi kapsamına giren imalatlar olarak değerlendirmiştir. Protez diş yapımının eser sözleşmesi olarak nitelendirildiği başka bir karar için bkz. Yargıtay 15. HD, 25.06.2009, 2009/3764 E, 2009/3877 K, GÖKCAN (Tıbbi Müdahale), s. 1253'ten.

Yargıya intikal eden bir olayda; davacının kızı olan küçüğün, ortodontik tedaviye ihtiyacı olması sebebiyle, küçüğün babası olan, davacının eski eşi tarafından davalı hastaneye dokuz ay düzenli olarak götürüldüğü, dokuzuncu ayın sonunda küçüğün babasının işinin çıkması üzerine hastaneye annesi tarafından götürülmesiyle o zamana kadar yapılmış olan tedavi giderlerinin babası tarafından ödenmediğinin anlaşıldığı, ödenmediği takdirde tedaviye devam edilmeyeceğinin söylenmesi üzerine tedavinin yarım kaldığı olayda, tedavinin devam etmesi amacıyla davacının birkaç ortodontiste başvurduğu ancak tedavinin çok kötü olduğu ve bu şekilde yarım kalmış hastayı kabul edemeyeceklerini söyledikleri iddia edilmiştir. Mevcut durumun tespiti amacıyla Diş Hekimleri Odasına müracaat üzerine hazırlanan raporda, davalı hastane tarafından, küçüğe tedavide bulunan kişi olarak başka bir isim verildiği, verilen ismin ilgili hastane ya da başkaca bir kurum ve kuruluşta isminin bulunmadığı, hastanenin ehliyetsiz kişiler aracılığıyla tedavi yaptığı, tedavi öncesi yapılması gerekli olan tetkiklerin yapılmadığı, tedaviye başlandığı söylenen tarih ile gerçekte tedaviye başlanan zaman arasında bir yıl süre bulunduğu ve bu sebeple, tedaviye başlanmadığını öğrenen ve ağzındaki telden bir an önce kurtulmak isteyen küçüğün psikolojisinin bozulduğu belirtilmiştir. Sonrasında tedaviyi üstlenen doktorun davalı hastanede önceden yapılan tedavinin uygun tedavi olmadığını, bu sebeple yapılacak tedavi sürecinin uzun olacağını, koşulların hiçbir sağlık kuralı, yasa ve yönetmeliklere uymadığı bir durumda ve uzmanı olmayan kişiler tarafından önceden yapılmış işlemler nedeniyle tedavi sürecinin ikiye katlanacağını belirttiği iddiasında bulunarak, maddî ve manevî tazminat talep edilmiştir. Yargıtay taraflar arasındaki bu ilişkiyi, Türk Borçlar Kanunu'nun 470. maddesi kapsamında, **eser sözleşmesi** olarak nitelendirmiş ve yüklenicinin belli bir sonucu taahhüt etmesi dolayısıyla, ancak sonucun gerçekleşmesi halinde yüklenicinin borcunu ifa etmiş sayılacağı ve ücrete hak kazanacağı belirtilmiştir. Somut olayda, diş hekimlerinden oluşan üçlü bilirkişi kurulundan alınan raporda, davalı kurumda, hastanın tedavisinin yetersiz tedavi planlaması sonrası yalnızca %20'sinin tamamlanıp, sonrasında tamamının başka bir diş hekiminin tedavisi ile sonlandırıldığı belirtilmiş; çelişki yaratan; mahkeme tarafından alınan, Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Kurumu raporunda ise, söz konusu tedavinin tıp kuralları dahilinde yapıldığı, yapılan işlemler neticesinde hastada orta hat kaymasının giderilemediğinin anlaşıldığı, bunun

herhangi bir tıbbî kusur ya da ihmali izafe edilemeyen komplikasyon olarak nitelendirildiği, ayrıca mevcut tıbbî belgelere göre orta hat kayması ile yapılan tedavi planı arasında direkt bir nedensellik bağı tespit edilmediği, ilgili diş hekimine atfi kabil bir kusurun izafe edilemeyeceği yönünde görüş bildirilmiştir. Yargıtay, davacının maddî ve manevî tazminat talebi bulunmakla birlikte, Türk Borçlar Kanunu'nun 475. maddesinde düzenlenen ayıptan doğan seçimlik hakları ile birlikte tazminat talebinde de bulunabileceğini belirterek, talebinin maddede belirtilen sözleşmeden dönme, bedelden indirim ve ücretsiz onarım seçimlik haklarından hangisine ilişkin olduğunun anlaşılabilmesi dolayısıyla, davacıya talebine ilişkin açıklama yaptırılmasına hükmetmiş, dosyanın Diş Hekimliği fakültelerinden seçilecek ortodonti uzmanı bilirkişi kuruluna sevk edilerek, davalı diş hekimi tarafından meydana getirilen eserin ayıplı olup olmadığına ilişkin, taraf ve Yargıtay denetimine açık, hüküm vermeye elverişli bilirkişi raporu aldırılarak neticeye göre, mevcut ise maddî tazminatın kapsamı da belirlenerek bir karar verilmesi gerekirken, mahkemece eksik inceleme ve yetersiz bilirkişi raporu esas alınarak hüküm tesisinde bulunulmasının usul ve yasaya aykırı olduğunu belirterek, bozma kararı vermiştir⁴⁵¹.

Türk Hukuku'nda Tandoğan⁴⁵² ve Yavuz'a⁴⁵³ göre bir işgörmenin maddî olmayan sonucunun istisna sözleşmesine konu olabilmesi ancak sonucun yapısının yüklenicinin vaad etmesine elverişli olması ve eser sözleşmesine konu olan maddî olmayan sonucun süreklilik gösteren belirli bir maddî boyut veya vücut kazanması ile mümkündür⁴⁵⁴. Bu görüşe göre, hekim/diş hekimi ile hasta arasındaki tedavi amaçlı sözleşme, tedavi amaçlı cerrahi müdahaleye dönük anlaşmalar, salt estetik amaçlı cerrahi müdahalede dahi; bu müdahalelerdeki sonucun doğumu yüklenicinin gücü dışında, mahiyeti gereği baştan tartılamayan, yükümlülük altına girenin gücü dışındaki etkenlere bağlı durumda olması, tedavide sonuç taahhüdünün eser sözleşmesine özgü sonuç taahhüdüne elverişli olmaması, özellikle estetik cerrahi müdahalelerde hekimin yeteneğinin kişisel edim bazında önem arz etmesi ve hekim ile hasta arasında güven ilişkisi bulunması; diş protezi yapma ve takma, dişe köprü

⁴⁵¹ Yargıtay 3. HD, 6.10.2016, 2015/18337 E, 2016/11525 K, GÖKCAN (Tıbbî Müdahale), s. 1243-1245'ten.

⁴⁵² TANDOĞAN, s. 21.

⁴⁵³ YAVUZ, s. 989.

⁴⁵⁴ İsviçre Hukukunda aynı görüşte bkz. GAUCH, 3. Bası, Nr. 39-42, TANDOĞAN, s. 21, dn. 61c'den.

takma gibi müdahalelerde de teknik olarak meydana getirme eylemi olsa dahi tedavi amacının ön plânda olduğu gerekçesiyle, bu tür ilişkilerde vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanmasının isabetli olacağı savunulmuştur⁴⁵⁵.

Aşçıoğlu da her türlü protez, takma diş yapımı ve güzelleştirme ameliyatlarında da müdahalenin asıl amacının kişiye sağlık kazandırma olduğunu, tedavi amacının ağır bastığını ifade ederek, bu müdahalenin söz konusu olduğu hasta ile hekim ilişkisine eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanmasının kabul edilemeyeceğini belirtmiştir⁴⁵⁶.

Şenocak'a göre, hekim ile hasta arasında cerrahi müdahalelerin yapılmasına ilişkin sözleşmeler, hekimin hastayı tedavisinin veya cerrahi müdahalelerin başarıyla sonuçlanmasının; hastanın durumu, hastalığın mahiyeti gibi hekimin elinde olmayan faktörler dolayısıyla objektif olarak taahhüt edilmeye elverişli olmaması ve eser sözleşmesinden doğan, teslim ve muayeneye ilişkin ayıba karşı tekeffül hükümlerinin bu müdahaleler bakımından uygulanmasına elverişli olmaması dolayısıyla hasta ile hekim arasında ilişki eser sözleşmesi olarak nitelendirilemez⁴⁵⁷.

Öğretide bir başka görüş, daha değişik bir yaklaşımla, insan üzerinde gerçekleştirilen estetik ameliyatların bir ahşap yontu, inşaat ile karşılaştırılmayacağını, gerçekleştirilen müdahalelerin insan üzerinde uygulanması dolayısıyla neticeyi değiştirebilecek kişiye has birçok etkenin bulunduğunu, bu müdahalelerin sonuç taahhüdüne elverişli olmadığını ve bu sebeple vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerektiğini, eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanamayacağını ifade etmiştir⁴⁵⁸.

Arıncı ve Usta da benzer bir yaklaşımla, canlı bir organizma olması sebebiyle insan bedeninin, uygulanacak tıbbî müdahaleye karşı nasıl bir cevap vereceğinin kesin olarak önceden bilinmesinin mümkün olmayacağı, insanın, eşya ile aynı kategoride tutularak eser sözleşmesinin konusunu oluşturamayacağını ifade

⁴⁵⁵ TANDOĞAN, s. 21; YAVUZ, s. 989; ÖZAY, s. 43-44; ÖZER, s. 248; İPEKYÜZ, s. 62-63.

⁴⁵⁶ AŞÇIOĞLU, s. 20; Atabek/Sezen de aynı görüşü savunarak, diş hekiminin imal ettiği protez ve estetik ameliyatlarda dahi eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmayacağını; hekimin hiçbir zaman iyileştirme vaadinde bulunmayacağı ve sonuç elde edilmese dahi hastanın ücret ödeme yükümlülüğünün devam etmesinden bahisle kabul etmektedir. ATABEK, Reşat/SEZEN, Merih, "Hekimin Mes'uliyeti", İstanbul Barosu Dergisi, C. XXVIII, İstanbul 1954, s. 142.

⁴⁵⁷ ŞENOCAK (Sorumluluk), s. 24.

⁴⁵⁸ ÇINARLI/AVCIOĞLU/KIZILKAYA, s. 248-258; AYKIN/ÇINARLI, s. 238-239.

etmektedir. Usta, bu sözleşmelerin vekâlet sözleşmesi unsurları ağır basan karma sözleşme ya da suigeneris sözleşme olarak nitelendirilmesi gerektiğini savunmuştur. Arıncı ise estetik cerrahi müdahale çeşitlerinin tümünde vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiğini, diğer tıbbî müdahalelerde olduğu gibi güzelleştirme amaçlı müdahalelerin de tıbbî müdahale olarak değerlendirildiğini ve komplikasyon risklerinin bu tür müdahalelerde de olduğunu belirterek, hekimin canlı dokular üzerinde tıbbî müdahalede bulunmasının yanında, hastanın kusuru ve başkaca sağlık sorunları gibi birçok etkenin tıbbî müdahaleden beklenen yarara ulaşamamasına sebebiyet verebileceğini savunmaktadır⁴⁵⁹.

Cantürk ise kabul edilen görüşün; diş hekiminin/hekimin belli bir sonuca yönelmiş olan, protez, köprü, diş dolgusu gibi ya da estetik amaçlı operasyonlar gibi müdahalelerde eser sözleşmesi olduğunu, ancak yalnızca protezin hastaya teslimine kadar olan süreçte, diş hekiminin hastası ile arasında bulunan sözleşmeye uygun surette ve mesleğin gerektirdiği dikkat ve beceri ile protez, kron, köprü yapımının yerine getirilmesi yönüyle sonuç taahhüdünde bulunabileceğini ve eser sözleşmesi olarak kabul edileceğini, buna karşın, protezin hastaya tesliminden sonra, hastanın ağız ve diş sağlığına ilişkin rahatsızlığının kalmayacağına dair sonucun garanti edilemeyeceğinden bahisle, uygulanan müdahalenin bu kısmının eser sözleşmesine tabi tutulamayacağını ifade etmiştir⁴⁶⁰. Buna karşılık, hekimin ücret karşılığında tıbbî rapor hazırlaması, laboratuvar tetkiki yapılması gibi eylemleri Gauch, istisna akdi kapsamında değerlendirmiştir⁴⁶¹.

İspanya’da hastaya estetik amaçla uygulanan tıbbî edim çoğunlukla sonuç borcu olarak kabul edilmekte; Yunanistan’da da aynı yaklaşımla, estetik cerrah ile hasta arasındaki ilişkinin hukukî niteliği, neticenin gerçekleşmemesi hâlinde hekimin sorumluluğunun doğduğu, eser sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir⁴⁶². ABD’de de hekimin yapmış olduğu estetik ameliyat neticesinde zarara uğradığını iddia eden hastanın yargıya taşıdığı bir olayda, özetle; estetik cerrah, yapacağı estetik ameliyat ile hastanın düz, ancak uzun olan burnunu küçülteceğini, görüntüsünü

⁴⁵⁹ ARINCI/USTA, s. 91, 92.

⁴⁶⁰ CANTÜRK, Gürol, “Dişhekimlerinin Yasal Sorumlulukları”, I. Dişhekimliği Hukuku Sempozyumu, 22-23 Mart 2013, Ankara 2014, s. 253, 273, 274.

⁴⁶¹ GAUCH, Nr. 41, TANDOĞAN, s. 21, dn. 61f’den.

⁴⁶² ÖZER, s. 245, dn. 17.

yumuşatacağını ve kendisine daha güzel bir görünüm kazandıracağını hastaya taahhüt etmiş, ancak taahhüt edilen netice gerçekleşmediği gibi, hastanın estetik görünümü eskisinden daha da kötü hale gelmiştir. Hekimin yapmış olduğu iki cerrahi operasyonda da, burun hastanın istediği gibi yapılmamış, üstelik sağ ve sol taraf simetrisi de yapılan müdahale ile kaybedilmiştir. Jürinin, tıbbi hizmetler dolayısıyla kesin sonucun taahhüt edilemeyeceği ve hastanın fiziksel ve psikolojik durumunun da bu duruma etki edeceği görüşünde ve ortalama bir hekimin bu derece büyük bir taahhütte bulunmayacağı düşüncesinde olduğu somut olayda; sözleşmeye aykırı hareket etmesi halinde, hastanın duymuş olduğu elem, ıstırap sebebiyle doğan zararların, hastanın estetik görüntüsünün de daha kötüye gitmiş olması halinde tüm masrafların, hastanın iş kaybı sebebiyle de uğramış olduğu zararların hekim tarafından tazminine karar verilmiş; bu olaydan çıkarılacak bir netice olarak, ABD’de de sonuç taahhüdünde bulunulan estetik operasyonlarda sonucun gerçekleşmemesi halinde hekim sorumlu tutulmuştur⁴⁶³.

Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin eser sözleşmesi olarak nitelendirildiği durumlarda, sözleşmenin mahiyeti gereği; önceden belirlenerek, bir bütün teşkil edecek emek sonucunun ortaya çıkmasının amaçlandığı bu sözleşmede sonuç taahhüdünün yerine getirilmemesi yüklenicinin borcunu ifa etmemesi anlamına gelerek, sorumluluğuna neden olacaktır⁴⁶⁴. Hekim ile hasta arasındaki ilişkide hekimin yapmış olduğu tıbbî müdahaleler bakımından şifa garantisi vermemesi ve sonucun gerçekleşmemesi hâlinde hekimin sorumluluğunun bulunmadığı kuralının istisnaî hâlini oluşturan bu durumda⁴⁶⁵, eser sözleşmesi niteliğindeki müdahaleler bakımından işgörenin davranışından çok, dış tedavisinden sonuç alınması önem arz ettiğinden; örneğin, protezin dişe oturmaması, vücuda uyum sağlamaması gibi dış hekime isnad edilemeyecek etkenler sebebiyle meydana gelen bir rahatsızlık dolayısıyla, dış hekimi sadakat ve özen borcunu yerine getirmiş, objektif kriterlere göre bir diş hekiminden beklenen tüm yöntemleri uygulamış olmasına rağmen, salt sonucun elde edilememesi dolayısıyla sorumluluğu söz konusu olacaktır⁴⁶⁶.

⁴⁶³ Supreme Judicial Court of Massachusetts, 1973, Promis and Damages, Sullivan ve O’Conner Olayı, Age s. 255-259, ÖZTÜRKLER, s. 44’ten.

⁴⁶⁴ TANDOĞAN, s. 36.

⁴⁶⁵ HAKERİ (Yasal Sorumluluk), s. 22; BAŞBUĞ, s. 145.

⁴⁶⁶ BAŞBUĞ, s. 137.

E. SuiGeneris Sözleşme Görüşü

Kendisine özgü yapısı olan sözleşme olarak ifade edilen suigeneris sözleşmede, bu sözleşmenin unsurları kısmen veya tamamen, kanunun öngördüğü sözleşme tiplerinden hiçbirinde bulunmamaktadır. Bu sözleşmeye uygulanacak hükümlerin belirlenmesinde; dürüstlük, iyiniyet ve görülecek işteki yaygın olan teamüllere göre bir yorumlama yapılarak, sözleşme tamamlanmaktadır. Suigeneris sözleşmelere, niteliklerine uygun düştüğü derecede, benzer sözleşme tiplerine ilişkin kanun hükümleri uygulanmaktadır. Gerekli olduğu takdirde, bu sözleşmelere özgü sorunların çözümünde, Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine de başvurulmaktadır⁴⁶⁷.

Hekim/dış hekim ile hasta arasındaki hekimlik sözleşmesinin suigeneris sözleşme olduğunu savunan yazarlara göre, bu sözleşmede her iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde olduğu gibi iki bireysel menfaat sahibinin anlaşmasına dayalı karşılıklı bir edim mübadelesinin varlığının aksine; güven, yardım, anlayış, özen ve şefkat, sözleşmenin içeriğini oluşturmaktadır⁴⁶⁸. Bu görüşü savunanlara göre diğer bir hususu, sözleşmenin her iki tarafının da insan olmasına rağmen, tarafların eşit imkânlarla donatılmamış olması oluşturmakta; uzmanlığın, gücün ve otoritenin hekimde olduğu, hastanın ise sözleşmede zayıf ve bilgisiz tarafı temsil ettiği belirtilmektedir⁴⁶⁹. Hekimlik sözleşmesinin suigeneris sözleşme niteliğinde olduğunu savunan yazarların bir kısmı tarafından ise, hekimlik sözleşmesinin genellikle insanın en derin, en gizli alanına etki etmiş olduğu, kendine özgü, insanlara yönelik özelliklerinin bulunduğu; hastanın karakteri, hekime duyulan güvenin bu ilişkide önemli rol oynadığı ifade edilerek, hekim ile hasta arasındaki bu sözleşme türünün, kanunda özel olarak düzenlenmiş olan hiçbir sözleşmeye dahil etmenin ve o sözleşme hükümlerinin uygulanmasının doğru olmayacağı savunulmaktadır⁴⁷⁰.

⁴⁶⁷ YAVUZ, s. 29.

⁴⁶⁸ WIETHOLTER, s. 104, AYAN, s. 51, dn. 12'den.

⁴⁶⁹ WIETHOLTER, s. 105, AYAN, s. 51, dn. 13'ten.

⁴⁷⁰ WEISE, s. 37, AYAN, s. 51, dn. 14'ten; ATABEK/SEZEN, s. 144; Sunay da estetik cerrahin olduğu kadar, hastanın da hukukî yönden mağdur edilmemesi adına, estetik ameliyatlara herhangi bir

Ayan ise hekimlik sözleşmesinin suigeneris sözleşme olarak nitelendirilemeyeceği görüşünü çeşitli gerekçelerle ifade etmektedir. Yazara göre hekimlik sözleşmesinde de, suigeneris sözleşme olduğunu savunan yazarların ifade ettiğinin aksine; hekimin tıp bilimi ve esaslarının öngördüğü çerçevede hastaya gerekli teşhisi koyarak, teşhise en uygun tedaviyi uygulama ve bu şekilde, hastayı iyileştirme amacıyla bir iş görmeyi borçlandığı, hastanın da hekimin iş görme borcuna karşılık ücret ödeme taahhüdünde bulunduğu karşılıklı bir edim mübadelesinin var olduğunu savunmaktadır. Yardım, güven, şefkat, özen, anlayış gibi hususların ise sözleşmenin içeriğini oluşturmanın aksine, hekimin, sorumluluk bilincine bağlı olarak borcunu ifa ederken riayet etmesi gereken davranışlar olarak tanımlanması gerektiğini belirtmiştir. Tarafların eşit imkânlarla sahip olmamalarının, sözleşmenin suigeneris olarak nitelendirilemeyeceği, tarafların eşit güce sahip olmadığı kira ve hizmet sözleşmesi örnekleri, taksitle satış, sermaye yatırımı gibi alanlar da örnek gösterilerek ifade edilmiştir. Sözleşmenin hukukî niteliği ve tespiti bakımından, hekimlik sözleşmelerinde sözleşmenin konusunu hastanın beden bütünlüğünün ve sağlığının oluşturmasının da önem arz etmediği savunulmakta olup, son olarak, bu sözleşmelerin suigeneris olarak nitelendirilmesinin pratik ihtiyaçlara da uygun düşmeyeceği ifade edilmiştir⁴⁷¹.

F. Kanaatimiz

Hasta ile hekim/dış hekimi arasında bulunan sözleşme, yapılan tıbbî müdahalenin içeriğine, baskın amaca göre nitelendirilecektir.

Roma Hukuku'nun etkisi altında kalması ve vekâlet sözleşmesinin kesinlikle ivazsız olması dolayısıyla ve çeşitli gerekçelerle hasta ile hekim arasındaki sözleşmeyi bağımsız hizmet sözleşmesi olarak kabul eden Alman Hukuku'nun aksine Türk Hukuku'nda hekim/dış hekiminin hekimlik mesleğinin icrası dolayısıyla ücret alması teamüldendir. Sadakat ve özen borcuna uymak kaydıyla; Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nde ve Tıp ve Sağlık Mevzuatı'nda çeşitli hükümlerle belirtildiği üzere hekimin tedavi özerkliği bulunmaktadır. Hekimlik mesleğinin

sözleşme kapsamında değerlendirilmeye çalışılmadan, estetik ameliyatlara özgü yeni yasal düzenlemelerin yapılması gerektiğini savunmaktadır. SUNAY, Özgür; "Estetik Cerrahin Hukukî Sorumluluğu", Türk Plastik Rekonstrüktif Estetik Cerrahi Dergisi, Cilt 13, Sayı 1, 2005, s. 37.

⁴⁷¹ AYAN, s. 54.

icrası, mahiyet itibariyle hizmet sözleşmesinin temelinde bulunan emir-talimat, hiyerarşi, bağımlılık unsurlarına elverişli bulunmamaktadır. Bu sebeple hasta ile hekim arasındaki ilişkinin hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerektiği görüşüne katılmamaktayız.

Hekim/dış hekimi, Alman yargı kararları ve İsviçre öğretisi ve uygulamasında da kabul edilen yaklaşım üzerine; hekimlik mesleğinin icrasını canlı organizma üzerinde gerçekleştirmekte, canlı dokular üzerinde tıbbî müdahalede bulunmaktadır. Hekim her ne kadar tıbbî standardı takip etmek ve becerilerini geliştirmek amacıyla hekimlik sözleşmesinden doğan, kendini meslekî yönden geliştirme borcunu ifa etmiş olsa ve beraberinde en modern aletler ve teknoloji vasıtasıyla tıbbî müdahalede bulunsa dahi mesleğin icrası kapsamında birtakım edimler nitelik itibariyle sonuç taahhüdüne elverişli bulunmamaktadır. Canlı dokular üzerinde gerçekleştirilen tıbbî müdahale anı ve sonrasında organizmanın bu müdahaleye ne şekilde cevap vereceği yüzde yüz taahhüt edilememekle birlikte, hastanın bünyesi, vücut yapısı, daha önceden geçirilmiş olan operasyonlar, hastanın tedavi ve sonrasındaki tutum ve davranışları, psikolojik yapısı gibi neticeyi etkileyecek pek çok faktör bulunmaktadır.

Estetik diş hekimliği müdahaleleri bakımından, özellikle protez ve tedavi ediminin bir arada bulunduğu sözleşmeye, tedavi amacının baskın olması, asıl amacı çiğneme bozukluğunun ya da konuşmadaki fonksiyonel bozukluğun giderilmesinin oluşturduğudurumda, Türk öğretisinde de baskın görüş olduğu üzere, vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

Tedavi amacını içermeyen, protezin hastaya tesliminden önceki aşamada; diş renginin seçimi, protez yapımı gibi yalnızca teknik edimlerin bulunması hâlinde ise sözleşmenin eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerektiğini ve söz gelimi, malzeme seçiminden kaynaklanan bir ayıplı eser meydana getirilmesi hâlinde eser sözleşmesinden doğan ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunmaktayız.

Estetik, plastik ve rekonstrüktif cerrahi alanında ise; cerrahi nitelikte olmayan basit tıbbî müdahaleler ve sonuç taahhüdüne elverişli müdahaleler bakımından eser sözleşmesi hükümlerinin, yüzde yüz taahhüde elverişli olmayan, büyük cerrahi müdahaleler bakımından ise hasta ile hekim arasındaki ilişkiye vekâlet sözleşmesi

hükümlerinin uygulanması gerektiği ve bu müdahaleler bakımından hekimin yalnızca, sonuç taahhüdü taşımamakla birlikte, başarılı neticeye ulaşabilme amacıyla tıbbî müdahaleyi tıbbî standardı koruyarak, özenle gerçekleştirme borcu olduğu görüşünü savunmaktayız.

V. ESTETİK DİŞ HEKİMLİĞİ VE ESTETİK, PLASTİK VE REKONSTRÜKTİF CERRAHİ ALANINDAKİ TIBBÎ MÜDAHALELERİN DİĞER TIBBÎ MÜDAHALELERE NAZARAN ÖZELLİKLERİ

Gerek estetik diş hekimliği müdahaleleri, gerekse estetik cerrahi müdahaleler bakımından ön planda olan unsurun kişide bulunan birtakım görünüm bozukluklarının giderilmesi ve kişinin dışarıya karşı görünümünün güzelleştirilmesi olduğu görülmekte; güdülen amaç bu tür tıbbî müdahaleleri, diğer tıbbî müdahalelerden ayırmaktadır⁴⁷². Estetik amaçlı tıbbî müdahaleler genel olarak değerlendirildiğinde, bu gibi müdahalelere başvurunun fizikî bozukluk, ağrı ya da acının giderilmesi amacından çok, ruhsal nedenlerle ya da başkaca nedenlerle gerçekleştiği görülmektedir⁴⁷³. Estetik amaçlı tıbbî müdahalelerde, güzellik olarak tabir edilen, hedeflenen estetik neticenin göreceli bir kavram olması ve kişiden kişiye, toplumdan topluma, hatta içinde bulunulan döneme göre dahi değişken olması dolayısıyla, diğer tıbbî müdahalelere nazaran yapısında farklı etkenler barındırmaktadır⁴⁷⁴. Tıbbî müdahalenin zorunlu olma unsuru ile aciliyet, estetik amaçlı tıbbî müdahalelerde bulunmadığından, hekimin/diş hekiminin aydınlatma borcunun kapsamının belirlenmesinde diğer tıbbî müdahalelere nazaran farklılıklar bulunmakta; aydınlatma borcunun kapsamı bu gibi müdahalelerde daha geniş tutulmaktadır⁴⁷⁵.

⁴⁷² ÖZER, s. 244.

⁴⁷³ KAYA (Terazi Hukuk Dergisi), s. 24.

⁴⁷⁴ ARINCI/USTA, s. 85.

⁴⁷⁵ ÖZAY, s. 38; KAYA (Terazi Hukuk Dergisi), s. 24.

İKİNCİ BÖLÜM

ESTETİK AMAÇLI TIBBÎ MÜDAHALELERDE HEKİMİN VE HASTANIN BORÇLARI

I. HEKİMİN VE HASTANIN HEKİMLİK SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN BORÇLARI

A. Hekimin Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Borçları

1. Sadakat ve Özen Borcu

Türk Borçlar Kanunu'nun vekilin şahsen ifa, sadakat ve özen gösterme borcunu düzenleyen 506. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür. Aynı maddenin 3. fıkrasında, özen borcundan doğan sorumluluk konusunda, vekilin sorumluluk ölçütü, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenmiş olan basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış olarak belirlenmiştir. Aynı husus, eser sözleşmesine tabi edimler bakımından da Türk Borçlar Kanunu'nun 471. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında düzenlenmiştir. Söz konusu hükümler uyarınca, yüklenicinin, üstlenmiş olduğu edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etme zorunluluğu bulunmakta; yüklenicinin özen borcunun belirlenmesinde de ölçüt, vekâlet sözleşmesine tabi edimlerde olduğu gibi burada da yüklenici bakımından, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin

göstermesi gereken meslekî ve teknik kurallara uygun davranış şeklinde ifade edilmiştir.

Hekimin, hastasının zarar görmemesi adına, hastanın özelliklerini göz önünde bulundurup, durumuna değer vererek, tedavi yöntemlerinin seçiminde hasta için en emin yolu seçmesi, hastayı risk altına sokmaması, tedavisinde her tür tedbiri alması, ufak dahi olsa tereddütün olduğu durumlarda bu tereddüdü ortadan kaldıracak araştırmaları yapması ve koruyucu tedbirleri alması, tıp bilimi kurallarını gözetip uygulaması, tıbbî çalışmalarında meslekî şartları yerine getirmesi, gerek meslekî gerekse genel hayat tecrübelerine göre hekimin herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermesi; hekim olan vekilden beklenen sadakat ve özen borcunun gereğini oluşturmaktadır⁴⁷⁶.

Sadakat borcu gereği, hekimin/dış hekiminin hastanın sağlığını korumak adına gerekli olan tüm davranışları sergilemesi, hastaya zarar verecek, güvenini sarsacak eylemlerden kaçınması, dürüst davranması, kendi menfaati ile hastanın menfaatinin çatışması durumunda, kendi menfaatinden belirli ölçüde fedakârlıkta bulunup, hastanın menfaatini üstün tutması gerekmekte; somut bir örnekle ifade edilebileceği üzere, dış hekiminin/hekimin gerekli olmadığı hâlde, yalnızca alınacak ücreti arttırmak amacıyla tedaviyi uzatması veyahut, sırf ücret almak adına amaca elverişli olmayan bir tedavi uygulaması gibi davranışlardan kaçınması gerekmektedir⁴⁷⁷. Sadakat borcu, sözleşmenin sona ermesiyle birlikte sonlanmamakta; hükümlerini, sözleşme öncesi ve sözleşme ilişkisinin var olduğu sürece olduğu gibi, sözleşmenin sona ermesinden sonra da devam ettirmektedir⁴⁷⁸.

Devletin diploma ve ruhsat vermek için aramış olduğu şartların, özel hukuka yansıyan bir garanti niteliği taşıması ve hekimlik mesleğinin topluma karşı özel bir güven oluşturması dolayısıyla, bu meslek grubunda özen borcunun daha fazla olduğu öğretisi tarafından kabul edilmektedir⁴⁷⁹. Hekimin özen borcu diğer tüm yükümlülüklerin de temelini oluşturmakta, mesleğin yalnız teknik kuralları değil, tıp

⁴⁷⁶ İPEKYÜZ, s. 108; HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 501; ÖZDEMİR (Teşhis ve Tedavi), s.140-141.

⁴⁷⁷ YILMAZ, s. 72-73; ÖZDEMİR, s. 246; BORAN, s. 256; BAŞPINAR, s. 75, 146; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 767, 798; EREN, s. 733; BULUT (Sözleşme), s. 63; ÖZÇETİN/BALABAN, s. 199.

⁴⁷⁸ YAVUZ, s. 1205; BULUT (Sözleşme), s. 60.

⁴⁷⁹ DOĞAN, Murat, "Hukukî Sorumluluk Bakımından Hekimin Kusuru ve İspatı", Sağlık Hukuku Sempozyumu, Ankara 2007, s. 42, 43; HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 502.

sanatının hukuka uygunluğunu sağlayan hukuk ve deontoloji kurallarının uygulama alanının bütününde de özen borcunun yerine getirilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla hekim/diş hekiminin hastanın aydınlatılarak rızasının alınmasında da olduğu gibi, vekâlet ve özellikle eser sözleşmesinden doğan diğer tüm borçlarının ifasında da, genel nitelik taşıyan, özen borcu bulunmaktadır⁴⁸⁰. Bu çerçevede, özen borcunun gereği olarak, hekimin/diş hekiminin, kendi alanında iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir hekimin göstermesi gereken davranış ile tıbbî müdahalede bulunması gerekmektedir.

Özen borcunun belirlenmesinde hekimin yapmış olduğu tıbbî müdahalelerde objektif kıstas uygulanmaktadır⁴⁸¹. Vekâlet sözleşmesinde bulunan güven unsuru gereği; ayrıca hekimlik mesleği bakımından, resmî sınav neticesinde alınan belgeye dayanılarak icra edilen ve görülen faaliyet yönüyle uzmanlık gerektiren bir iş gören hekimin, bulunduğu tıbbî müdahaleler bakımından sübjektif kıstasın uygulanması mümkün bulunmamaktadır. Sübjektif kıstas, vekil olan hekimin, vekâlet veren sıfatını taşıyan hasta tarafından bilinen veya bilinmesi gerekli olan bilgi düzeyi, hekimin kabiliyeti ve diğer niteliklerin de göz önünde tutulmasını gerektirmektedir. Hekimlik mesleğinde hekim/diş hekimlerinin, vekâlet veren sıfatını taşıyan hasta tarafından farkına varılması gerekli olan bu gibi niteliklerdeki eksiklikleri öne sürerek sorumluluktan kurtulmaları olanak dahilinde bulunmadığından⁴⁸²; Türk Borçlar Kanunu'nda da 506. maddenin 3. fıkrasında düzenlendiği üzere, benzer alanda iş ve hizmetleri yürüten basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış ifadesiyle, yalnızca objektif kıstasın aranacağı hükme bağlanmıştır. Objektif kıstas gereği, sözleşmeye uygun surette görülecek işin; hekimlik sözleşmesinde uygulanacak tıbbî müdahalede, bulunulacak müdahalenin türü, zorluk derecesi, gerektirdiği öğrenim ve hekim/diş hekiminin meslekî olarak sahip olması gereken bilgi seviyesi dikkate alınacaktır⁴⁸³.

Hekimin mensup olduğu ihtisas alanındaki ortalama seviyedeki bir hekimin aynı hâl ve şartlar altında göstermesi gereken özeni gösterme borcu bulunmakta⁴⁸⁴,

⁴⁸⁰ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 502; YILMAZ, s. 80; ÖZAY, s. 86.

⁴⁸¹ YAVUZ, s. 1195; ŞATIR, s. 83; ÖZDEMİR (Teşhis ve Tedavi), s. 135-136.

⁴⁸² YAVUZ, s. 1194; İPEKYÜZ, s. 104.

⁴⁸³ YAVUZ, s. 1195; İPEKYÜZ, s. 104; YILMAZ, s. 78.

⁴⁸⁴ ÖZÇETİN/BALABAN, s. 199; ÖZDEMİR (Teşhis ve Tedavi), s. 136; YILMAZ, s. 78.

özen borcunun sınırlarını statüsü çizmektedir. Pratisyen hekimden, tıbbî yeterlilik konusunda uzman hekim yeterliliği beklenmemekle birlikte, uzmanlık arttıkça kendisinden beklenen özen de artış göstermekte, aynı zamanda özen borcu gereği, kendi yetenek sınırlarını aşan bir olgu ile karşılaşması halinde hastayı bir uzman ya da hastaneye göndermesi gerekmektedir. Tıp biliminde ve uygulamada da genel olarak tanınan ve kabul görmüş kuralın çiğnenmesi, özen borcuna aykırılık olarak kabul edildiğinden; hekimin tamamlamış olduğu eğitim süreci sonrasında tıbbî gelişmelere ayak uyduramadığı, kendini geliştiremediği, mesleği gereği bilmesi gereken hususları bilmediği durumlar da hekimin sorumluluğunun bulunmamasına mazeret teşkil etmemekte, sorumluluğu devam etmektedir⁴⁸⁵.

Çoğunlukla zorunluluk unsurunun bulunmadığı estetik amaçlı operasyonların yapıldığı müdahaleler olarak örneklendirilebilecek, küçük bir ihmal ya da özensizliğin varlığının ağır neticelere neden olabileceği, hekimin yapmış olduğu cerrahi müdahalelerde, tehlike arttıkça, gösterilmesi gereken özen de artmakta, söz konusu müdahaleler, cerrahi nitelikte olmayan müdahalelere göre daha fazla özen gerektirmektedir⁴⁸⁶.

Diş hekimliği müdahalelerinde de, diş hekiminin yapmış olduğu protezin kötü olması, hastanın ağzına uymamış olması gibi örneklerde diş hekimi, özensizlik nedeniyle sorumlu tutulmuştur⁴⁸⁷.

Özen borcunun yerine getirilmediği hususunda ispat yükü vekâlet veren üzerindedir. Vekâlet verenin, yalnızca başarılı neticenin elde edilemediğini ispatlaması yeterli görülmemekte, benzer alandaki iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranıştan vekilin uzaklaştığını ve bu uzaklaşmanın da, işlerin olağan akışı dikkate alındığında, ulaşılamayan netice bakımından etkili olduğunu ispatlaması gerekmektedir. İspat üzerine vekil, vekâlet verene karşı ancak kusursuzluğunu ispatlayarak sorumluluktan kurtulacaktır⁴⁸⁸.

Hekim/diş hekiminin yapmış olduğu tıbbî müdahalede özen borcuna aykırı davrandığının, davranışının tıp biliminde ve uygulamada genel anlamda kabul

⁴⁸⁵ YILMAZ, s. 78-79; ÖZÇETİN/BALABAN, s. 200; ÖZDEMİR (Teşhis ve Tedavi), s. 139.

⁴⁸⁶ YILMAZ, s. 79; ÖZDEMİR (Teşhis ve Tedavi), s. 141; ÖZAY, s. 69-70.

⁴⁸⁷ ÖZDEMİR, s. 247-248.

⁴⁸⁸ YAVUZ, s. 1195-1196.

görmüş kurallara aykırılık teşkil ettiğinin ispat yükü hasta üzerindedir. Hastanın, mevcut somut olayda, normal hayat deneyimlerine göre olmaması gereken bir olumsuz neticenin var olduğunu kanıtlamış olması durumunda, hekimin özen borcuna aykırı davranışı ispatlanmış olacaktır. Kusuru olmadığı konusunda ispat yükü ise hekim/diş hekimini üzerindedir. Hekimin kusursuzluğunun ispatı bakımından, kendi ihtisas alanındaki ortalama bir hekimin aynı hâl ve şartlarda göstermesi gereken davranış tarzından, kendi eyleminin sapma göstermediğini kanıtlaması gerekmektedir⁴⁸⁹.

Eser sözleşmesine tabi tıbbî müdahaleler bakımından, yüklenicinin özen borcuna aykırı surette hareket etmesinin, eserin ayıpsız olarak teslimine engel teşkil etmemesi durumunda dahi, iş sahibinin başka zararına yol açması halinde yüklenicinin Türk Borçlar Kanunu'nun 112. maddesi uyarınca, iş sahibinin zararını tazmin borcu doğacaktır⁴⁹⁰.

Vekâlet sözleşmesine tabi tıbbî müdahaleler bakımından, eser sözleşmesindeki yüklenicinin özen borcundan farklı olarak, vekil olan hekimin sonuç sorumluluğu bulunmamakta, sonuca ulaşma amacıyla gerçekleştirilen faaliyetlerin özenli olmaması halinde sorumluluğu doğmaktadır⁴⁹¹. Özen borcu gereği, vekil olan hekim/diş hekiminin iş görme ile hedeflenen neticenin başarılı olması için yaşam tecrübeleri ve tıbbî faaliyetlerinin olağan akışına göre gerekli olan müdahalelerde bulunmaları ve başarılı neticeyi önleyecek hareketlerden kaçınmaları gerekmektedir⁴⁹². Vekilin iş görme borcu, hukukî nitelik bakımından yapma borcu olması nedeniyle, vekil olan hekim/diş hekiminin iş görme borcunu gereği gibi yerine getirmemesi, örneğin özen borcuna aykırı hareket etmesi, sözleşmeden doğan yapma borcunun gereği gibi ifa edilmediği anlamını taşımaktadır. Özen borcuna aykırılığın bulunduğu söz konusu durumda vekil olan hekim/diş hekiminin, Türk Borçlar Kanunu'nun 114. maddesinin 2. fıkrası uyarınca sorumluluğu doğacak;

⁴⁸⁹ YILMAZ, s. 79; ÖZDEMİR (Teşhis ve Tedavi), s. 143, 144.

⁴⁹⁰ AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 769.

⁴⁹¹ YAVUZ, s. 1193; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 799.

⁴⁹² YAVUZ, s. 1193.

madde hükmü gereği, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerinde de uygulama alanı bulacaktır⁴⁹³.

2. Kişisel Edim Borcu

Hekimlik sözleşmesinden doğan bir borç olarak, hekimin/dış hekiminin hastasının tedavisini bizzat yapma zorunluluğu bulunmaktadır⁴⁹⁴. Aynı kural hekimin teşhis koyması bakımından da geçerli olup⁴⁹⁵, hekimin hastasının durumu hakkında üçüncü kişilerin vereceği bilgileri de denetlemek suretiyle dikkate almakla birlikte, önemli bulguları bizzat kendisinin tespit ederek fikir oluşturması gerekmektedir⁴⁹⁶.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 16. maddesinde “Tabip ve dış tabibi bir kimsenin sıhhi durumu hakkında, ilmî metotları tatbik suretiyle bizzat yaptığı muayene neticesinde edindiği vicdanî ve fennî kanaate ve şahsi müşahedesine göre rapor verir” hükmüyle ve muayenesiz tedavi yasağını düzenleyen Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının 23. maddesinde de, “Hekim, acil vakalar gibi zorunlu durumlar dışında, hastasını bizzat muayene etmeden tedavisine başlayamaz” hükmüyle hekimin kişisel edim yükümlülüğü mevzuatımızda düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanunu'nun 506. maddesinin 1. fıkrası da vekilin, vekâlet borcunu bizzat ifa etmekle yükümlü olduğunu hükme bağlamış, işin başkasına yaptırılmasının ancak vekile yetki verildiği veya durumun zorunlu ya da teamülün mümkün kıldığı hâllerde söz konusu olabileceği belirtilmiştir⁴⁹⁷.

Kişisel edim borcu, hastanın tedavisi için gerekli olan tüm tedbirlerin bizzat alınması anlamına gelmemekte, hekim tarafından görevlendirilerek, hekime karşı sorumluluğu bulunan kimselerin faaliyetleri, çok sınırlı bir çerçevede izin verilmekle birlikte; hekim faaliyetleri dahilinde değerlendirilmektedir. Örneğin, teşhisin,

⁴⁹³ YAVUZ, s. 1189.

⁴⁹⁴ AYAN, s. 67; SARIAL, s. 50; İPEKYÜZ, s. 95; HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 502; AŞÇIOĞLU, s. 49; ÖZDEMİR, s. 235; BAŞBUĞ, s. 146.

⁴⁹⁵ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 502.

⁴⁹⁶ AYAN, s. 65.

⁴⁹⁷ YAVUZ, s. 1196; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 801.

endikasyonun, tedavinin ve ameliyat planının hazırlanmasının hekim dışındaki kimseler tarafından yapılması mümkün bulunmamaktadır⁴⁹⁸.

Uzman hekimin müdahalesinin bizzat gerekli olduğu durumlarda asistan hekimin müdahalesi ancak uzman hekimin gözetimi altında müdahalede bulunulması ve asistan hekimin bu müdahale konusunda yeterliliğinin bulunması suretiyle mümkün olacaktır⁴⁹⁹. Ancak, müdahalede bulunan asistan hekimlerin hukukî sorumluluğu, uzman oluncaya kadar asistan hekimlerin tabi olduğu sorumluluk kıstasına göre değerlendirilecektir⁵⁰⁰.

Hekimin bizzat tedavi borcunun iki istisnasını; hastaya uygulanacak tedavi ve müdahale sürecinin tamamını kendisinin tek başına üstlenmesi düşünülemeyeceğinden, hekimin yardımcı şahıs kullandığı durumlar ile bazı edimlerin yerine getirilmesinin üçüncü şahıslara bırakılması gibi, alt vekâlet ve ikame vekâlet olmak üzere, kendisi yerine başkasını koyduğu durumlar oluşturmaktadır⁵⁰¹. Hekim/dış hekim hasta ile aralarında bulunan vekâlet sözleşmesine ilişkin iş görme edimini; yardımcı kişi kullanma, ikame vekâlet veya alt vekâlet şeklinde başkasına gördürmektedir⁵⁰². Bu istisnaî hâllerin hukuka uygunluğu, Türk Borçlar Kanunu'nun 83. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddede; borcun, bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlunun, borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü olmadığı hüküm altına alınmıştır.

Dış hekiminin/hekimin, vekâlet sözleşmesi kapsamındaki bazı edimlerin ifasını yardımcı şahıslara bırakması mümkündür. Hastaya iğne yapılması, operasyona hazırlanması, röntgen filmlerinin çekilmesi, sterilizasyona dair işlemler gibi eylemler bakımından hekim/dış hekiminin şahsen edim borcu bulunmadığından, bu gibi eylemler, Türk Borçlar Kanunu'nun 83. madde hükmüyle de uyumlu olarak, yardımcı kişilere bırakılmaya uygun fiillerdendir. Hekim/dış hekim ile birlikte,

⁴⁹⁸ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 502-503.

⁴⁹⁹ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 503.

⁵⁰⁰ ÇETİN, Gürsel, "Tıbbî Malpraktis", Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu, Tıbbî Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi, İstanbul 2006, s. 37.

⁵⁰¹ AYAN, s. 67; ÖZDEMİR, s. 235; ÖZAY, s. 54; İPEKYÜZ, s. 95.

⁵⁰² BULUT (Sözleşme), s. 60.

hastaya uygulanacak tıbbî müdahaleye katılan hemşire, röntgen asistanı, laborant gibi kişiler yardımcı şahıs sayılmaktadır⁵⁰³.

Yardımcı kişinin hekim/dış hekiminin emri ve itaati altında olduğu hâllerde, Türk Borçlar Kanunu'nun 66. maddesinde düzenlenen adam çalıştırmanın sorumluluğu söz konusu olacaktır⁵⁰⁴. Hekim ile hasta arasında kurulmuş olan sözleşmeden doğan bir borcun ifasının bir kişiye tevdi edildiği durumda ise, hekim/dış hekimi ile yardımcı şahıs arasında ifa yardımcısı ilişkisinin kurulmuş olması dolayısıyla, hemşire, laborant gibi yardımcı kişilerin eylemi sebebiyle bir zararın meydana gelmesi hâlinde, hekim/dış hekimi, Türk Borçlar Kanunu'nun 116. maddesinde düzenlenen yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk uyarınca sorumlu tutulacaktır⁵⁰⁵. Bu sorumluluk için yardımcı şahsın kusurlu olması şartı mutlaka aranmamakla birlikte, sorumluluk ancak, hastanın uğradığı zarar ile yardımcı kişinin eylemi arasında illiyet bağının bulunması şartı ile gerçekleşecektir⁵⁰⁶.

Yardımcı kişilerin fiillerinden doğan sorumluluk uyarınca, hekim/dış hekiminin, işi yardımcı şahsa bırakmada, onu seçmede, ona nezaret etme ve talimat verme hususunda kusurlu olmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulması söz konusu olmayacaktır. Yardımcı şahsın zarar verici eylemi bizzat borçlu tarafından yapılmış olsa idi, bu eylem onun için kusurlu sayılacak ise, borçlunun, yani hekim/dış hekiminin farazi kusuru, başka bir ifadeyle hekim/dış hekiminin sorumluluğunun temeli gerçekleşmiş olacaktır. Farazi kusur tespitinde dikkate alınacak hususu borç ilişkisinin gerektirdiği dikkat ve özenin gösterilip gösterilmediği oluşturmaktadır. Bununla birlikte, borçlu olan hekim/dış hekimi yardımcı kişinin eyleminde bulunmuş olsaydı, bu durum onun için de kusurlu bir eylem sayılmaz idi denilebiliyorsa, borçlu hekim/dış hekiminin bu durumu ispat etmesi hâlinde sorumluluktan kurtulması mümkün olacak⁵⁰⁷; yardımcı şahsın ise

⁵⁰³ İPEKYÜZ, s. 95; ÖZDEMİR (Teşhis ve Tedavi), s. 104.

⁵⁰⁴ İPEKYÜZ, s. 96.

⁵⁰⁵ ÖZAY, s. 54-55; YILMAZ, s. 187.

⁵⁰⁶ İPEKYÜZ, s. 95.

⁵⁰⁷ ÖZDEMİR (Teşhis ve Tedavi), s. 104; YÜCEL, Mehtap, "İfa Yardımcısının Davranışından Dolayı Dış Hekiminin Hukukî Sorumluluğu", I. Dış Hekimliği Hukuku Sempozyumu, Ankara 2014, s. 181.

haksız fiilden doğan sorumluluk hükümleri uyarınca sorumlu tutulması söz konusu olacaktır⁵⁰⁸.

Hekim/dış hekiminin kendisi yerine bir başkasını koyması alt vekâlet ya da ikame vekâlet şeklinde gerçekleşmektedir. Alt vekâlet, hekim/dış hekiminin hekimlik sözleşmesinden doğan borcunun ifasını kendi adına yapmış olduğu sözleşme ile başka bir hekime, diğer bir ifadeyle alt vekile bıraktığı durumda söz konusu olmaktadır. Alt vekâlette hasta ile ilk hekim/dış hekimi arasındaki vekâlet sözleşmesi ilişkisi devam etmekte; aralarındaki sözleşmeden doğan edimin bırakıldığı diğer hekim/alt vekil ile hasta arasında ise herhangi bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır. Bu durumda vekâlet sözleşmesi yalnızca birinci hekim/dış hekimi ile onun tevkil ettiği hekim arasında bulunmaktadır. Alt vekâlette, tarafları farklı olmak üzere iki vekâlet sözleşmesi bulunmaktadır⁵⁰⁹. İkame vekâlette ise, hekim/dış hekiminin hastası adına yapmış olduğu sözleşme ile sözleşmeden doğan borcunun ifasını diğer hekime bırakması söz konusu olmakta ve bu durumda, hekim/dış hekimi ile ikame vekil arasında vekâlet ilişkisi doğmamakta, hasta ile yeni hekim/dış hekimi arasında sözleşme ilişkisi kurulmaktadır. İkame vekâlette, aksi kararlaştırılmadıkça, ilk hekimin/dış hekiminin sorumluluğu devam etmektedir⁵¹⁰.

Güven unsurunun taşıdığı önem nedeniyle, vekil olan hekim/dış hekiminin edimleri; tedavi metodu uygulama ve bu tedavinin yürütülmesine ilişkin edimi bizzat kendisinin yapma borcu kural olmakla birlikte⁵¹¹, bu kuralın istisnaları bulunmaktadır. Kendisi yerine başkasını koyan hekim/dış hekiminin, bu durumun caiz olup olmamasına göre sorumluluk hâli değişiklik gösterecektir. İlk durumda, vekâlet veren hastanın, iş görme edimini vekil olan hekim/dış hekiminin bir başkasına yaptırmasına açık veya örtülü olarak rıza göstermiş olma durumu söz konusudur⁵¹². İkinci durumu, vekilin teamülün olduğu durumlarda iş görme edimini başkasına yaptırması, başka bir ifadeyle, örfün hekim/dış hekimini yetkili kılması oluşturmaktadır. İç hastalıkları uzmanının cerrahi müdahale gerektiği halde operatöre

⁵⁰⁸ İPEKYÜZ, s. 96; BULUT (Sözleşme), s. 60.

⁵⁰⁹ YAVUZ, s. 1197-1198; ÖZDEMİR (Teşhis ve Tedavi), s. 105; İPEKYÜZ, s. 97.

⁵¹⁰ YAVUZ, s. 1197; SARIAL, s. 51; İPEKYÜZ, s. 97; ÖZDEMİR (Teşhis ve Tedavi), s. 105; BULUT (Sözleşme), s. 60.

⁵¹¹ ÖZDEMİR, Hayrünisa, Sağlık Hukuku Alanında Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Ankara 2017, s. 103.

⁵¹² YAVUZ, s. 1196; ÖZDEMİR (Teşhis ve Tedavi), s. 105.

başvurduğu; tatile giden diş hekimi/hekimin yerine başka bir hekimi bıraktığı durumlar örfün hekimi yetkili kıldığı hâle örnek olarak gösterilebilecektir⁵¹³. Üçüncü ve son durumu ise, vekilin zorunlu durumlarda işi başkasına yaptırabilmesi⁵¹⁴, başka bir ifadeyle şartların hekimi zorladığı hâller oluşturmaktadır. Söz konusu durumda, hekim/diş hekiminin şahsen ifa ediminin icrası haklı bir sebebin varlığı dolayısıyla mümkün olmamakta ve tedavinin ertelenmesi de hasta bakımından önemli derecede bir zarar tehlikesi barındırdığından, ikame zorunlu hâle gelmektedir. Aniden rahatsızlanan hekimin yerine bir başka meslektaşının geçerek ameliyatı sürdürmesi hâlinde olduğu gibi, söz konusu son durumda hekimin kendisi yerine bir başkasına koymasında bir zaruret hâlinin varlığından söz edilecektir⁵¹⁵.

İkamenin caiz olduğu durumlarda, hekim/diş hekiminin sorumluluğu, Türk Borçlar Kanunu'nun 507. maddesinin 2. fıkrasında düzenlendiği üzere, yerine geçecek kişiyi seçme ve ona talimat vermede özenli hareket etme konusunda bulunmakta⁵¹⁶; yerini alan hekimi gözetim altında bulundurma ve denetleme hususunda ise bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu durumlar dışındaki, caiz olmayan ikame hâlinde, diğer bir ifadeyle, yetkisi olmadığı hâlde edimi başkasına yaptırması durumunda ise, aynı maddenin ilk fıkrası uyarınca, hekimin, yerine geçen kişinin eylemleri dolayısıyla, kendisi yapmış gibi sorumluluğu doğacaktır⁵¹⁷. Vekâlet verenin, caiz olan ve caiz olmayan alt vekâlet bakımından, her iki durumda da vekilin kendi yerine koyduğu kişiye karşı sahip olduğu hakları, doğrudan doğruya o kişiye karşı ileri sürebileceği ise, 3. fıkra hüküm altına alınmıştır. Bu hüküm uyarınca, vekâlet veren, vekile karşı ileri sürebileceği hakları alt vekile karşı da ileri sürebilecek, ancak bu hakkın kapsamını yalnızca vekilin alt vekilden isteyebileceği hususlar oluşturacaktır⁵¹⁸. İkame vekâlette ise tevkil edilen hekim/diş hekimi ile hasta arasında vekâlet sözleşmesi zaten kurulmuş olacağından, 3. fıkranın ikame vekâlete uygulanması gerekmekte olup, hasta, aralarında bulunan hekimlik sözleşmesine dayanarak tevkil edilen hekimi sorumlu tutabilecektir⁵¹⁹.

⁵¹³ YAVUZ, s. 1197; ÖZDEMİR (Teşhis ve Tedavi), s. 105.

⁵¹⁴ YAVUZ, s. 1197.

⁵¹⁵ İPEKYÜZ, s. 97-98; ÖZDEMİR (Teşhis ve Tedavi), s. 106.

⁵¹⁶ YAVUZ, s. 1200; İPEKYÜZ, s. 98.

⁵¹⁷ YAVUZ, s. 1199; ÖZDEMİR (Teşhis ve Tedavi), s. 105-106; İPEKYÜZ, s. 98.

⁵¹⁸ YAVUZ, s. 1198; BULUT (Sözleşme), s. 60.

⁵¹⁹ İPEKYÜZ, s. 98.

3. Anamnez (Hasta Öyküsü) Alma Borcu

Hekimin hastaya teşhis koyması ve bu teşhise göre hastaya uygulanacak tedavi planının belirlenmesinde; tıbbî adıyla anamnez olarak ifade edilen hasta öyküsü, önem teşkil eden ilk adım olmaktadır⁵²⁰. Hekimin teşhis koyma ediminde bulunurken hastalığın tam bir geçmişini elde etmesi her şeyden öncelikli olarak önem arz etmektedir⁵²¹. Teşhis koymadan önce hekim, anamnezi tam olarak almalı, hastaya sorular sorarak ve bizzat, doğrudan hastayı izleyerek hastalığın nedenleri hakkında araştırma yapmalıdır⁵²².

Sübjektif olarak hatırlanabilen, hastalığa dair hasta ya da bir yakını tarafından aktarılan öykü⁵²³ olarak isimlendirilen hasta öyküsünün alınması, iyi bir tedavinin gerçekleşmesi, bu tedavi için de öncelikle iyi bir teşhisin konulması bakımından gereklilik arz etmektedir⁵²⁴. Hekimin hastaya ya da hasta yakınına hastanın kimlik bilgileri, sosyal ve ekonomik durumu, daha önceden geçirilmiş, var olan ya da aileden gelen genetik bir hastalığının bulunup bulunmadığı, şikayetleri, hastalık ile ilgili, hastanın, kendisinden önce gitmiş olduğu hekimlerden elde edilen veriler, hasta tarafından bilinen bir besin ya da ilaç alerjisinin var olup olmadığı, düzenli kullanılan ilaçlar gibi hususlarda yönelmiş olduğu sorular neticesinde elde edilen bilgiler anamnez (hasta öyküsü) olarak ifade edilmektedir⁵²⁵.

Acil durumlarda hasta öyküsünün alınması başlangıçta mümkün olmasa dahi, bu durumda da mümkün olduğu takdirde hasta yakınlarından bilgi alınması gerektiği savunulmaktadır⁵²⁶.

Anamnezin hiç alınmaması ya da eksik alınması tıbbi uygulama hatası olarak kabul edilmektedir⁵²⁷. Hekimin/diş hekiminin hasta öyküsünü alırken, hastayı dikkatle dinlemesi, özenli davranması önem arz etmekle birlikte, hastanın eksik bilgi vermiş olması da konulacak teşhisin yanlış olması, dolayısıyla tedavi planının da

⁵²⁰ ER, s. 74; BULUT (Yasal Sorumluluk), s. 44.

⁵²¹ AYAN, s. 65; ÖZDEMİR, s. 235.

⁵²² ŞENOCAK (Sorumluluk), s. 61.

⁵²³ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 507.

⁵²⁴ AYAN, s. 65; HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 507; ATEŞ (Malpraktis), s. 218.

⁵²⁵ BULUT (Yasal Sorumluluk), s. 44; ATEŞ (Malpraktis), s. 218.

⁵²⁶ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 508.

⁵²⁷ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 508.

yanlış belirlenmesine yol açacağından malpraktis söz konusu olabilecektir⁵²⁸. Hekimin/diş hekiminin de hastasıyla hastalık öyküsü hakkında konuşmaması teşhise yönelik esaslı imkânların kullanılamaması ve dolayısıyla tedaviye başlanmama veya zamanında başlanmaması neticesini doğurması durumunda, hekimin ihmâl dolayısıyla tazminat sorumluluğu doğacaktır⁵²⁹.

4. Muayene Etme Borcu

Teşhisin bir parçasını oluşturan ve hekimin/diş hekiminin temel borçlarından olan muayene etme borcunda hekimin ya da diş hekiminin tedavi sözleşmesinin gereği olarak bulguları belirleme ve doğru teşhisi koyabilme amacıyla hastasını modern teşhis araçları ve modern imkânlar dahilinde muayene etmesi gerekmektedir⁵³⁰.

Hekimin teşhise yönelik muayenesinde, yapılacak muayenenin türleri konusunda genel bir kural bulunmamakla birlikte⁵³¹, hekim hastasının muayenesini bizzat yapacak, hastasını kendisinden önce muayene etmiş olan hekim bulgularının varlığı hâlinde bu bulgulardan faydalanabilmekle birlikte, yalnız bu bulgulara dayanarak teşhis koyma yoluna gitmesi isabetli olmayacaktır⁵³².

Genel nitelikte muayene dışında; hekimin teşhis muayenesi, önleyici nitelikli ve erken tanı amaçlı muayenesi ve kontrol muayenesi gibi özel nitelikli muayene türleri bulunmaktadır⁵³³. Aşağıda özel nitelikli muayene türlerinden teşhis muayenesi ve önleyici nitelikli ve erken tanı amaçlı muayene türlerine kısaca değinilerek; estetik diş hekimliği, estetik, plastik ve rekonstrüktif cerrahi alanında konumuz itibarıyla özellikle önem arz eden kontrol muayenesi ele alınacaktır.

⁵²⁸ ATEŞ (Malpraktis), s. 218.

⁵²⁹ HAKERİ (Tıp Hukuku) s. 508; BULUT (Yasal Sorumluluk), s. 44.

⁵³⁰ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 509.

⁵³¹ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 510.

⁵³² AYAN, s. 65.

⁵³³ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 510.

a. Teşhis Muayenesi

Hekimin/diş hekiminin gerekli tedavi yöntemini belirlemesi bakımından öncelikle teşhis koyması gerekmekte, teşhisin konulabilmesi de hastanın muayenesi; hekimin/diş hekiminin doğru teşhis koyabilmesi ve endikasyona karar verebilmesi bakımından da, hastanın röntgen filmlerinin çekilmesi, laboratuvar tetkiklerinin istenilerek araştırılması gibi birtakım araştırmalar, yeterli klinik ve radyolojik muayenelerin yapılması ile mümkündür. Bu gibi faaliyetler bakımından hekim ve diş hekiminin tıbbî sorumluluğa ilişkin genel esaslar uyarınca sorumluluğu bulunmaktadır⁵³⁴.

b. Önleyici Nitelikli ve Erken Tanı Amaçlı Muayene

Önleyici nitelikli muayenede amaç, hekimin, hastasında varlığından şüphe duyduğu hastalıklara karşı önlem amaçlı ya da mevcut hastalıkların daha kötü bir hâl almaması, büyümesini önleme maksadıyla zamanında tedbir almasıdır. Erken tanı muayenesinde ise hastada var olan veya belirtilerini gösteren hastalığın mümkün olduğunca çabuk teşhis edilmesi amacı güdülmektedir. Örneğin, kanser şüphesinin var olduğu bir hastada hekimin yapacağı muayene ve yapılması gereken tetkiklerin daha geniş ele alınması gerekmektedir⁵³⁵.

c. Kontrol Muayenesi

Hastanın kontrol ve gözetim altında tutulması, sonraki muayeneler, rehabilitasyon ve hekimin tedavi sonrası koruma yükümlülüğünü kapsayan bu muayene türünde⁵³⁶, hekimin, hastası ile arasında doğrudan doğruya kurulmuş olan tedavi ilişkisi dolayısıyla, ameliyat ettiği hastasını kontrol etme, ameliyat sonrası yapılması gereken bakım hizmetlerinden kendisinin ifa kapsamında olanlarını

⁵³⁴ AYAN, s. 35; HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 510; ATEŞ (Malpraktis), s. 218.

⁵³⁵ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 510-511.

⁵³⁶ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 511.

gerçekleştirme, başkalarının ifa kapsamında gerçekleştirmiş oldukları edimin gereği gibi yerine getirilip getirilmediğini denetleme zorunluluğu bulunmaktadır⁵³⁷.

Kontrol muayenesi, hekimin yapmış olduğu müdahalenin seyri ve neticelerini kontrol etme amaçlı olabileceği gibi, olası hataların tespiti ve ameliyat sonrası bakımın garanti altına alınması amaçlı da yapılabilmekle birlikte, bu kontrol yükümlülüğü yalnız tedavinin sonlanması sonrasında koruma amaçlı olmamakta, tespit edilmiş bulunan başlangıçtaki teşhis hatalarında da söz konusu olmaktadır. Hasta ile ilgili olarak, tedavi sonrası özel bir tıbbî ya da klinik bakımın, kontrolün gerekip gerekmediği konusunda takdir yetkisi hekimde bulunmakta; özellikle geleneksel olmayan, tıp bilimine henüz kesinliği saptanmamış, yeni tedavi yöntemlerinde hekimin kontrol yükümlülüğü, sonucun gelişiminin takip edilmesi ve olası riskleri önleme bakımından daha yüksek derecede bulunmaktadır⁵³⁸.

Hekimin kontrol muayeneleri konusunda hastasını bilgilendirme zorunluluğu bulunmakta, bilgilendirmenin ihmali, uygulama hatası kabul edilmektedir. Hastanın kontrol muayenesinin, bizzat ameliyatını yapan hekim yerine o gün poliklinik yapan başka bir hekim tarafından yapılması, tıbbî sakınca olmayan hâllerde mümkün olmakta, engel bulunmamaktadır⁵³⁹.

Hekimin ameliyat sonrası hastasını kontrol yükümlülüğünü hiç yerine getirmemesi ya da gereği gibi ifa etmemesi halinde, bu sebeple ortaya çıkabilecek zararları tazmin etme zorunluluğu doğacaktır⁵⁴⁰.

5. Teşhis Koyma Borcu

Hekimin/dış hekiminin hastayı görsel ve fiziksel olarak muayene etmesi neticesinde bir karara varması, hastalığın tanınması olarak tanımlanabilecek teşhis borcu; teşhisin doğru konulması suretiyle tedavi planlamasının yapılması, hastaya uygulanacak tedaviye karar verilmesi ve bu tedavinin doğru tedavi olması

⁵³⁷ AYAN, s. 35.

⁵³⁸ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 511.

⁵³⁹ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 512.

⁵⁴⁰ AYAN, s. 35.

bakımından önem arz etmektedir⁵⁴¹. Hekimlik sözleşmesinden doğan teşhis koyma borcu⁵⁴², hastaya en uygun tedavi yönteminin seçilip uygulanabilmesinin ön şartını teşkil etmekte⁵⁴³, teşhis konulmaksızın tedavi yönteminin belirlenmesi mümkün bulunmamaktadır⁵⁴⁴.

Teşhisin konulmasında kural olarak, aletlerdeki ve teknikteki gelişmelere bağlı olarak belli bir standarda uyulması gerekmektedir⁵⁴⁵.

Birçok teşhis olanağının mevcut olduğu durumlarda hekim, hasta için en az zararlı, en iyi sonuç verebilecek yöntemi seçmek mecburiyetindedir. Teşhis konulmasının, riskin olmadığı ya da daha az olduğu yöntemlerle mümkün olduğu hallerde hekimin, risk barındıran yöntemlerden kaçınma zorunluluğu bulunmaktadır⁵⁴⁶. Ağır uygulama hatası olarak kabul edilen, geleneksel tıbbın öngördüğü teşhis yöntemlerine bağlı kalınmaması durumu haricinde; teşhis bakımından hekimden uzmanlığının gerektirdiği şekilde hareket etmesi, gösterilmesi gereken özenin gösterilmesi suretiyle gerekli olan tüm işlemlerin yapılmış olması yeterli bulunmakta, bu durumda konulan teşhisin yanlış olması hekimin sorumluluğunu doğurmamakta, mutlaka başarılı sonuç elde etmesi beklenmemektedir⁵⁴⁷.

Klinik bulguların teşhisi desteklemesi ve semptomların da belirli bir hastalığa işaret etmesi hâlinde hekimin başka bir işlem yapmasına gerek bulunmamakta; teşhisin konulamaması halinde hekim tarafından, röntgen, laboratuvar tetkikleri, mikroskopik tetkikler gibi tüm kaynakların tüketilmesi gerekmektedir. Gerekli olan tüm tetkiklerin yapılmış olmasına, hastanın muayenesinin yapıp, elde edilen bulguların özenle takdir edilmiş olmasına rağmen, hekimin koymuş olduğu teşhisin hatalı olması halinde sorumluluğu söz konusu olmayacak, sorumluluk ancak, teşhisin tamamıyla savunulamayacak hatalı bir edim olması, esaslı tetkiklerin

⁵⁴¹ATEŞ (Malpraktis), s. 218; BAŞBUĞ, s. 142; ÖZPINAR (Tıbbî Müdahale), s. 37.

⁵⁴² HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 513.

⁵⁴³ ÖZDEMİR, s. 235; EFE, s. 202.

⁵⁴⁴ AYAN, s. 65.

⁵⁴⁵ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 514.

⁵⁴⁶ BAŞBUĞ, s. 143.

⁵⁴⁷ YILMAZ, s. 92; HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 514.

değerlendirilmemesinin bir sonucu olarak teşhis hatasının meydana gelmesi ya da ilk teşhisin tedavi sürecinde kusurlu olarak ihmal edilmesi durumunda doğacaktır⁵⁴⁸.

6. Tedavi Borcu

Hekimin, hastanın anamnezinin alınması, fiziki muayenesinin ve tetkiklerinin yapılmasının arkasından, mesleki bilgisine ve tecrübesine dayanarak bir teşhis koyması ve bunun sonrasında da hastanın durumu için en elverişli, teknolojik yönden en ileri şartlara sahip, ekonomik yönden en makul ve hastaya en az derecede acı çektirecek tedavi metodunu belirlemesi, bu metodun seçiminde de hastasını aydınlatarak rızasını almış olması gerekmektedir⁵⁴⁹.

Hastanın patolojik, fiziksel ya da psikolojik nitelikli hastalıklarını, acılarını, mutlaka hastalıktan kaynaklanmamakla birlikte, vücuttaki şikayetleri kapsayan durumları ile ruhsal bozuklukların tespiti, önlenmesi, iyileştirilmesi ya da azaltılmasına yönelik müdahaleler gibi edimler geleneksel olarak hekimin tedavi borcu kapsamında değerlendirilmekte; günümüzde tıptaki modern gelişmeler ışığında, estetik ameliyatlara, annenin sağlığını koruma amacına hizmet etmeyen rahim tahliyesi gibi müdahaleler ile organ nakli, cinsiyet değişimi gibi müdahalelerin ise iyileştirme amacı bulunmaması ve endikasyon içermemesi dolayısıyla geleneksel anlamda tedavi kavramını aşmış hususunun tartışılması gerektiği savunulmaktadır⁵⁵⁰.

Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi'nin 13. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, “tabip... teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın hastanın arzusuna uyarak veya diğer sebeplerle aklî veya bedenî mukavemetini azaltacak herhangi bir şey yapamaz”.

Hekimin, Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi'nin 18. maddesinde belirtilmiş olan durumlar haricinde, tedaviyi üstlenip üstlenmeme konusunda serbestçe karar verme hakkı bulunmakla birlikte, tedaviyi üstlenmiş olması halinde tedavi borcunun

⁵⁴⁸ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 514-515.

⁵⁴⁹ ÖZÇETİN/BALABAN, s. 219.

⁵⁵⁰ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 517.

gereğini yerine getirmekle yükümlülüğü bulunmaktadır⁵⁵¹. Söz konusu madde uyarınca, “tabip ve dış tabibi, acil yardım, resmî veya insanî vazifenin ifası halleri hariç olmak üzere, meslekî veya şahsî sebeplerle hastaya bakmayı reddedebilir”.

Estetik cerrahi alanında da Hakeri, genel kurallardan ayrılmayarak, bu alanda da örneğin, kamuda çalışan hekimin, özellikle belirli bir aktrisin burnunu isteyen hastasını, bunun mümkün olmaması gerekçesiyle red hakkının bulunduğunu, kamu görevlisi hekimin tıbbî müdahaleye zorlanamayacağını, hastanın başka bir hekime gitme alternatifinin bulunduğunu savunmakta, hekimin bu müdahalede bulunma zorunluluğunu kapsayan yasal bir düzenlemenin olmadığını ifade etmektedir⁵⁵².

Hastanın durumunun acil kapsamında değerlendirildiği hâllerde ise hekimin ya da hastanenin hastayı red hakkı bulunmamaktadır⁵⁵³. Bu durumda hastanın tedavi yükümlülüğü, acil durumu ortadan kalkıncaya kadar devam edecek, fiziksel imkânlar bulunduğu müddetçe hasta, ilk gitmiş olduğu hekim ya da hastane tarafından geri çevrilmeyerek, tıbbî müdahale yapılacaktır.⁵⁵⁴

7. Reçete Yazma Borcu

Hekim/dış hekimi tarafından eczacıya hitaben, hastaya bir ilacın verilmesi isteğini içeren ve ceza kanunu anlamında evrak niteliği taşıyan reçete, hekimin hekimlik sözleşmesinden doğan borçlarından bir diğeridir⁵⁵⁵. Hekim/dış hekimi, hekimlik sözleşmesinden kaynaklanan bu borca bağlı olarak, hastasının tedavisinde en iyi neticeyi verebilecek ilacı yazmakla yükümlüdür. Reçete düzenleme konusunda temel kural tedavi özgürlüğü olmakla birlikte, hukuken hastaya ilaç yazılması ve verilmesi hastanın vücut bütünlüğüne bir müdahale teşkil ettiğinden, ilacın etkileri ve yan etkileri de göz önünde bulundurulduğunda hekimin bu borcun ifasında özel bir

⁵⁵¹ BAŞBUĞ, s. 146; HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 518.

⁵⁵² HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 519-520.

⁵⁵³ AĞIR, s. 379.

⁵⁵⁴ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 520

⁵⁵⁵ UÇAR, Handan, “Dışhekiminin Reçete Yazma Yükümlülüğü”, I. Dışhekimliği Hukuku Sempozyumu, 22-23 Mart 2013, Ankara 2014, s. 453; HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 540.

özen yükümlülüğü bulunmaktadır. Yazılacak olan ilacın tehlike oranı arttıkça, denenmişliği az ve tartışmaya açık bir niteliği buldukça hekimin göstermesi gereken özen bu oranda artacaktır. Hekimin hastasına da ilacın avantaj ve dezavantajlarını açıklaması gerekmektedir⁵⁵⁶. Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi'nin 16. maddesi uyarınca hekim, reçeteyi bizzat yapmış olduğu muayene sonucu düzenlemelidir.

8. Tıbbî Teknik Kullanma Borcu

Günümüzde tıpta teknik aletlerin kullanımının gitgide artan ölçüde yaygınlaşmasına paralel olarak, hekim ve yardımcı tıbbî personelin bu aletlerin kullanılmasını bilme zorunluluğu doğmaktadır. Hekimden tüm modern aletleri en ince detayına kadar bilmesi beklenemeyecek olsa dahi, hasta için büyük önem arz eden ve hekimin uzmanlık alanında kullanılan aletlerin kullanımının hekim tarafından öğrenilmiş olması gerekmektedir. Üretici firma, işletme ve kullanıcının koordineli çalışması, teknik aletlerin kullanılması dolayısıyla ortaya çıkma ihtimali bulunan tehlike ve zararları önlemek bakımından kaçınılmazdır⁵⁵⁷.

Alman Hukuku'nda, uygulamada, muayenehane ve hastanede kullanılan tüm teknik aletlerin hekim tarafından tüm ayrıntısıyla tanınması mümkün olmadığından, bu aletlerin eksikliği ya da alınması gerekli tedbirler konusunda, teknik aletlerin işletme ve bakımından sorumlu olan kişiler tarafından hekimin uyarılması gerektiğine karar verilmiş; hekimin de bu aletlerin kullanılışı ile ilgili olarak temel koşullara ilgi duyarak, öğrenmesi gerektiği üzerinde durulmuştur⁵⁵⁸.

Teknik araçların kullanılmasında hasta, tedavi sözleşmesine dayanarak, mevcut en modern aletlerin kullanılmasını isteyebilmekle beraber, burada önem arz eden husus, amaçlanan tedavinin eski araçlarla da mümkün olup olmadığı konusundadır. Ekonomik nedenler dolayısıyla muayenehane ya da hastanede piyasaya çıkan her yeni aletin bulundurulma zorunluluğu bulunmamakta, ancak hastanın başka

⁵⁵⁶ UÇAR, s. 454; HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 541.

⁵⁵⁷ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 543.

⁵⁵⁸ OLG Frankfurt, ArztiR 1981, 66, 67, HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 544, dn. 231'den.

hastanelerde bu araçların bulunması hâlinde hekim tarafından bu duruma işaret edilerek aydınlatılması ve seçimin hastaya bırakılması gerekmektedir⁵⁵⁹.

Tıbbî müdahale sırasında kullanılması gereken bir aletin kullanılmaması hekimin sorumluluğuna yol açabilecektir. Aynı doğrultuda, Alman Hukuku'nda da, var olan modern araçların tedavide kullanılmaması ağır tedavi hatası olarak kabul edilmektedir⁵⁶⁰. Ancak standart bakımından, bir üniversite hastanesi ile sağlık ocağının teknik imkânlarının birbirinden farklı olacağı açık olduğundan, bu durumun bilincinde olması beklenen hastanın, sağlık ocağından, üniversite hastanesindeki gibi modern araçlar vasıtasıyla tıbbî müdahale beklentisi içerisinde olması mümkün bulunmamaktadır⁵⁶¹.

Her ameliyat öncesinde kontrol edilmesi gereken cihazlar örneğinde olduğu gibi, hekimin ve hastanenin modern ve çalışır durumdaki teknik araçları kullanma mecburiyeti yanında, kontrol yükümlülükleri de bulunmaktadır. Tıbbî araç ve gereçleri, hekimin/diğer hekiminin kontrol ettirme ve bakımını yaptırma zorunluluğu bulunmaktadır. Bu görevin ihmâli halinde hekim, doğacak zararları tazmin etmek mecburiyetindedir⁵⁶².

Ambulanslar ve Acil Sağlık Araçları ile Ambulans Hizmetleri Yönetmeliği'nin 14. maddesinin 2. fıkrasında da belirtildiği üzere, tıbbi malzemenin sterilizasyonu ve steril halde tutulması da bu kapsamdaki borçlar kapsamında sayılabilir. Söz konusu madde hükmü uyarınca, “Hekimler, ambulans servisinde hastaya uygulanan tıbbî işlemlerden ve kayıtların düzenli tutulmasından ve dosyaya işlenmesinden ve kullanılan aletlerin sterilizasyonu ve dezenfeksiyonundan sorumludur”.

Enfeksiyon bakımından risk barındırıp barındırmaması ve ekonomik ömürlerini doldurup doldurmadıkları konusunda ikinci el cihazların da, bu borç kapsamında kontrol edilmesi gerekmektedir⁵⁶³.

⁵⁵⁹ HAKERİ, (Tıp Hukuku), s. 544.

⁵⁶⁰ BGH NJW 1989, 2321 vd., HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 544, dn. 236'dan.

⁵⁶¹ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 544.

⁵⁶² HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 544-545.

⁵⁶³ KESKİNBORA, Kadircan, “Oftalmolojide Yüksek Teknoloji ve Beraberinde Gelen Etik Sorunlar”, Yüksek Teknoloji Tıbbi ve Hekim-Hasta İlişkisi, İstanbul 2006, s. 425.

9. Kayıt Tutma Borcu

Hekimin/diş hekiminin, yapmış olduğu ameliyat ya da tedavi hakkında, bakım hizmetlerini de içerecek şekilde; özenli, detaylı olacak surette kayıt tutma borcu, hekimlik sözleşmesinden doğan yan yükümlülüklerden bir diğeri oluşturmakta⁵⁶⁴, hekimin, tedavisini üstlenmiş olduğu, tıbbî müdahalede bulunacağı hastaya dair bilgileri düzenli şekilde kayda geçirme, bu kayıtları ve diğeri belgeleri muhafaza etme borcu bulunmaktadır⁵⁶⁵. Hekimin özenli tedavi borcunun da bir parçası olarak kabul edilen kayıt tutma borcunda, tedavinin kayıt altına alınması, yapılacak sonraki tedavinin de sağlıklı yapılabilmesi bakımından önem arz etmektedir⁵⁶⁶.

Tedavinin emniyet içerisinde yapılıp, delillerin de güvence altına alınmasını amaçlayan kayıt tutma borcu, aynı zamanda Türk Borçlar Kanunu'nun 508. maddesinde düzenlenen, vekil olan hekimin, hastasına veya kanuni temsilcisine, yapmış olduğu tıbbî müdahaleler hakkında açıklamada bulunması olarak da ifade edilebilmekte, hesap verme yükümlülüğünün de bir sonucunu oluşturmaktadır⁵⁶⁷.

Hastanın öyküsü, şikayetleri, teşhis ve tedaviye ilişkin olan kayıt tutma borcunda; hastanın bireysel özellikleri, hekimin teşhise ilişkin çabaları, teşhise yönelik tetkikler ve bu tetkiklerin neticeleri, hastaya verilen ilaçların türü ve dozu, hekimin vermiş olduğu talimatlar, seçilen tedavi ve bu tedavinin icrası, standart tedaviden sapma durumunda buna ilişkin kayıtlar, hastanın aydınlatılması, ameliyat raporu, başlangıç kontrolleri, taburcu olurken yapılmış olan tavsiyeler; özetle, tıbbî standarda göre gerekli olan, hekimin bu ölçüte göre belirleyeceği tüm hususların kayıt altına alınması gerekmektedir⁵⁶⁸.

Alman Hasta Hakları Kanunu olarak da ifade edilen Medeni Kanun'da da konu açık bir şekilde düzenlenmiş, Kanun'un 630f/2 maddesinde, sağlık çalışanı tarafından tıbbî açıdan önem arz eden müdahaleler ve sonuçlarının, yürütülmekte olan ya da gelecekte yapılacak müdahaleler bakımından kayıt altına alınması

⁵⁶⁴ AYAN, s. 94; HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 550; ÖZDEMİR, s. 248.

⁵⁶⁵ İPEKYÜZ, s. 108; YILMAZ, s. 90.

⁵⁶⁶ ÖZTÜRKLER, s. 95; İPEKYÜZ, s. 109; AYAN, s. 95; HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 550

⁵⁶⁷ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 550-551; ÖZDEMİR, s. 248.

⁵⁶⁸ İPEKYÜZ, s. 108-109; HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 552-553; AYAN, s. 95.

zorunluluğu ifade edilmiş, bu kapsamda, hususiyetle, hastanın öyküsü, konulan teşhis, yapılan muayene ve muayene sonuçları, tetkikler, tedaviler ve neticeleri, yapılan müdahaleler ve etkileri, hastanın aydınlatılması, alınan rızası, epikrizin hasta dosyasına kaydedilmesi gerektiği belirtilmiştir⁵⁶⁹.

Mevzuatımızda da kayıt tutma konusunda, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 72. maddesi⁵⁷⁰, 28.04.1937 tarih ve 3153 sayılı Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanun'un 5. ve 6. maddeleri⁵⁷¹, Aile Hekimliği Kanunu'nun 5. maddesinin 3. fıkrası⁵⁷², Özel Hastaneler Tüzüğü'nün 29. maddesi⁵⁷³, Aile Hekimliği Uygulama Yönetmeliği'nin 4. maddesinin 3. fıkrasının 1 bendi⁵⁷⁴, Özel Hastaneler Yönetmeliği'nin 48 ve 49. maddeleri⁵⁷⁵, Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel

⁵⁶⁹ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 553'ten.

⁵⁷⁰ 1219 sayılı Kanun'un 72. maddesi uyarınca, "İcrayı sanat eden tabipler, diş tabipleri, dişçiler ve ebeler numunesi veçhile Sıhhiye ve Muaveneti İçtimaiye Vekaleti tarafından tertip ve mahalli sıhhiye memurlarınca musaddak, hastaların isim ve hüviyetlerin kayda mahsus bir protokol defteri tutmağa mecburdurlar. Bu defterlerin kuyudu ücretten mütevellit davalarda sahibi lehine delil itihaz olunabilir. Şu kadar ki müstenidi iddia olan kaydın hilafı vesaik veya delaili muteberei saire ile ispat edilebilir".

⁵⁷¹ 3153 sayılı Kanununun 5. maddesi uyarınca, "Röntgen ve radyom ve elektrikle tedavi müesseselerinde buraya kabul edilen hastaları kayda mahsus ve Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekaletince hazırlanan örneklere uygun protokol defterleri tutulması mecburidir". Aynı Kanununun 6. maddesine göre de, "Röntgen ve radyom ve her nevi elektrik aletleri ile tedavi ancak müessese mes'ul mütehassısı tarafından veya nezareti altında yapılır ve her tedavi seansının bitmesinden sonra her hasta için ayrı olarak tutulacak bir müşahede varakasına yapılan tedavinin nevi ve devam müddeti ve cereyanın kuvveti veya tatbik edilen radyomun miktar ve şekli ve tedavi yapılan nahiyenin genişliği ve sair tafsilat kaydedilerek mütehassıs tarafından imza edilir. Bu müşahede kayıtları, en az üç sene muhafaza edilir".

⁵⁷² Aile Hekimliği Kanunu'nun 5. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, "Aile hekimlerinin şahsi kayıtları ilgili il ve ilçe sağlık idare birimlerinde tutulur. Aile hekimlerinin kullandığı basılı ve elektronik ortamda tutulan kayıtlar, kişilerin sağlık dosyaları ile raporlar, sevk belgesi ve reçete gibi belgeler resmi kayıt ve evrak niteliğindedir. Bu kayıt ve belgeler, hekimin ayrılması veya kişinin hekim değiştirmesi halinde eksiksiz olarak devredilir. İlgili mevzuatta birinci basamak sağlık kuruluşları ve resmi tabiplerce düzenlenmesi öngörülen her türlü rapor, sevk evrakı, reçete ve sair belgeler, aile hekimliği uygulamasına geçilen yerlerde aile hekimleri tarafından düzenlenir".

⁵⁷³ Özel Hastaneler Tüzüğü'nün 29. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, "Özel hastanelerde yatan hastaların kimliğini, doğum yerini, adresini, yattığı ve çıktığı tarihi, hastalığının tanısını ve çıkıştaki durumunu yazmak için bir protokol defteri ile derece kağıdı, tabelası, filmleri, laboratuvar raporları vb. hastanın izlenmesi ile ilgili belgeleri içeren bir dosya tutulur". Aynı maddenin 2. fıkrasına göre de, "Protokol defterinin ilgili yerleri ile dosyadaki belgeler, giriş ve çıkışta geciktirilmeden doldurulur".

⁵⁷⁴ Aile hekiminin Kurumca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde görev, yetki ve sorumluluklarından kayıt tutmaya ilişkin düzenleme 1 bendinde yer almaktadır. 4. maddenin 3. fıkrasının 1 bendi şu şekilde bir düzenleme içermektedir: "Verdiği hizmetlerle ilgili olarak sağlık kayıtlarını tutmak ve gerekli bildirimleri yapmak". Kayıt tutma ile ilgili daha ayrıntılı hükümler, aynı yönetmeliğin 30, 31 ve 32. maddelerinde düzenlenmiştir.

⁵⁷⁵ Özel Hastaneler Yönetmeliği'nin 48. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, "Özel hastanelerin acil servis, poliklinik, klinik, röntgen, laboratuvar ve ameliyathane gibi tıbbi hizmet ünitelerinde, sayfa ve sıra numarası verilmiş ve her sayfası müdürlükçe mühürlenmiş protokol defterlerinin tutulması

Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik'in 27. maddesi⁵⁷⁶, Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin 12. maddesinin son fıkrasında⁵⁷⁷ da belirtildiği üzere pek çok düzenleme bulunmaktadır. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin, Hastanın Rızası ve İzin başlığı altında düzenlenen 24. maddesinde, 8. fıkrada da “Sağlık kurum ve kuruluşlarında yatarak tedavisi tamamlanan hastaya, genel sağlık durumu, ilaçları, kontrol tarihleri, diyet ve sonrasında neler yapması gerektiği gibi bilgileri içeren taburcu sonrası tedavi plânı sağlık meslek mensubu tarafından sözel olarak anlatılır. Daha sonra bu tedavi plânının yer aldığı epikrizin bir nüshası hastaya verilir” ifadesiyle bu konu düzenlenmiştir.

Tutulacak kayıtların şekline ilişkin genel bir yasal düzenleme bulunmama ile birlikte⁵⁷⁸, hastanın kurallara uygun surette aydınlatılarak tedavisinin yapıldığının güvence altına alınması, diğer muhtemel tedavi sürecine katılan ya da katılacak hekimlerin bilgi verebilmesini sağlama gibi; kayıt tutma borcunun koruma amacına hizmet edebileceği surette şekle ilişkin belirleme yapılacaktır⁵⁷⁹. Bu borcun yerine getirilmemesi durumunda hekimin/diğer hekiminin oluşacak her türlü zararı tazmin etme zorunluluğu bulunmakta olup; hastanın, usulüne uygun olarak tutulmamış olan kayıtların düzeltilmesini talep hakkı da bulunmaktadır⁵⁸⁰.

Kaydın tutulma zamanına ilişkin önceden bir zaman belirlemek mümkün olmama ile birlikte, her bir somut olayın durumu bu konuda belirleyici

zorunludur”. Aynı yönetmeliğin 49. maddesinin 1. fıkrasına göre, “Özel hastanelerde, muayene, teşhis ve tedavi amacıyla başvuran hasta, yaralı, acil ve adli vakalar ile ilgili olarak yapılan tıbbi ve idari işlemlere ilişkin kayıtların, düzenlenen ve kullanılan belgelerin toplanması ve bunların müteakip başvurular ile denetim ve adli mercilerce her istenildiğinde hazır bulundurulması amacıyla tasnif ve muhafazaya uygun bir merkezi tıbbi arşiv kurulması zorunludur”. 49. maddenin 2. fıkrası ise kayıtların muhafaza edilme süresini düzenlemiştir: “İlgili diğer mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla, özel hastanede tutulan hasta dosyaları, en az yirmi yıl süre ile saklanır”.

⁵⁷⁶ Kayıt ve defterler başlıklı 27. maddenin 1. fıkrası uyarınca, “Sağlık kuruluşuna başvuran hasta, protokol defterine kaydedilir. Sağlık kuruluşunda, Müdürlük tarafından tasdik edilmiş protokol kayıt defteri, adli rapor kayıt defteri, cerrahi müdahale kayıt defteri, laboratuvar kayıt defteri, pansuman ve enjeksiyon kayıt defteri (Mülga ibare: RG-3/7/2014-29049) (...) bulunur. Her tabip, çalıştığı sağlık kuruluşunun ismini taşıyan reçeteyi kullanır, bu reçeteyi kendi imzalar ve kaşesini basar”. Aynı maddenin 2. fıkrasına göre de, “Sağlık kuruluşuna başvuran hastaların teşhis ve tedavi bilgileri ile varsa yapılan cerrahi müdahale, gözlem altındaki tıbbi işlemler, hastalar adına açılmış dosyalara ve ilgili defter/defterlere işlenir. Bu belgeler, arşiv ile ilgili mevzuat hükümlerine uygun şekilde sağlık kuruluşu tarafından muhafaza edilir”.

⁵⁷⁷ Söz konusu düzenleme uyarınca, “Poliklinikte muayene edilen bütün hastalar kaydedilir. Ağır, acil ve adli vak'aların kuruma müracaat saatleri de mutlaka kaydedilir”.

⁵⁷⁸ ÖZDEMİR, s. 248.

⁵⁷⁹ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 554.

⁵⁸⁰ İPEKYÜZ, s. 109-110; AYAN, s. 95.

olabilecektir⁵⁸¹. Ancak, kayıt altına alma işleminin, Alman Hasta Hakları Kanunu'nda da belirtildiği üzere, hekimin yapmış olduğu tedavi ya da müdahale ile direkt zamansal yakınlığının bulunması gerekmektedir⁵⁸². Kaydın haftalar ya da aylar sonra tutulmuş olması, açılacak bir tazminat davasında, kaydın hiç yapılmamış olması ya da eksik tutulmuş olmasında olduğu gibi, ispat yükünü tersine çevirebilecektir. Hukukumuzda uygulamada da Yargıtay, vermiş olduğu bir kararda ameliyat sırasında tutulması gerekli olan kayıtların, zamanında tutulmayarak, 7-8 ay sonrasına bırakıldığı olayda hekimin ve hastanenin davranışının kusurlu olduğunu ifade etmiştir⁵⁸³.

Kayıtların muhafaza edilme süresiyle ilgili genel bir hüküm bulunmamaktadır. Alman Medeni Kanunu'nun md. 630f/3 maddesinde, aksine bir hüküm olmadıkça kayıtların 10 yıl süreyle saklanması gerektiği düzenlemesi yer almaktadır⁵⁸⁴. Bu bakımdan, hasta dosyalarının en azından ceza ve tazminat zamanaşımı süreleri doluncaya kadar saklanması gerektiği savunulmaktadır⁵⁸⁵.

Mevzuatımızda da; Yataklı Tedavi Kurumları Tıbbî Kayıt ve Arşiv Hizmetleri Yönergesinin 15. maddesi, “adlî vak’alara ilişkin tüm tahlil, tetkik sonuçları ile her türlü kayıt, dökümanlar ve hasta dosyalarının en az yirmi yıl süreyle yataklı tedavi kurumunun arşivinde muhafazası zorunludur” hükmüyle, Özel Hastaneler Yönetmeliğinin 49. maddesinin 2. fıkrası, “ilgili diğer mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla, özel hastanede tutulan hasta dosyaları, en az yirmi yıl süre ile saklanır” hükmüyle, kayıtların 20 yıl süreyle saklanması gerektiği üzerinde durulmuş, İnsan Doku ve Hücreleri ile Bunlarla İlgili Merkezlerin Kalite ve Güvenliği Hakkında Yönetmeliğin 11. maddesinin 1. fıkrasının f bendi ile Türkiye Kök Hücre Koordinasyon Merkezi Çalışma Esasları Yönergesinin 14. maddesinin 3. fıkrasında ise muhafaza süresi 30 yıl olarak düzenlenmiştir.

Kayıtların tam tutulmayarak, eksik bırakılması tek başına, tıbbî uygulama hatası olarak kabul edilmemekle birlikte, hasta dosyasındaki kayıtlar hastaya

⁵⁸¹ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 555.

⁵⁸² Alman Hasta Hakları Kanununun 630f/1 maddesinde, kayıtların tıbbî müdahale ile doğrudan zamansal bir yakınlık içinde tutulması gerektiği ifade edilmiştir. HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 555, dn. 304'ten.

⁵⁸³ Yargıtay 13. HD, 07.02.2005, 12088/1728, HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 555'ten.

⁵⁸⁴ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 556, dn. 314'ten.

⁵⁸⁵ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 556.

uygulanan tedavi yöntemi ve kullanılan ilaçların zamanının ve ölçüsünün ispat vasıtası olarak değerlendirildiğinden, hastane yönetiminin hastaya ilişkin bu belgeleri saklama zorunluluğu bulunmaktadır⁵⁸⁶. Kayıtların hiç tutulması ya da gereği gibi tutulmaması dolayısıyla hasta aleyhine bir durumun meydana gelmesi halinde, ispat yükümlülüğü taraf değiştirerek, bu yükümlülüğün hekime geçmesi söz konusu olabilecektir⁵⁸⁷. Yüksek Sağlık Şurasının konuya ilişkin vermiş olduğu bir kararda da “*doktorun tıbbi tedavinin yetersizliği nedeni ile verdiği operasyon kararı doğrudur. Ancak, dosyada bu yargısına dayanak teşkil edecek ileri inceleme (BT, MR gibi) bulunamamıştır. Karar doğru olmakla birlikte hastanın eksik hazırlanması söz konusudur*” ifadesiyle, dosyada tetkiklere dair kaydın olmamasının bu tetkiklerin yapılmadığı anlamını taşıdığı sonucuna varılmıştır⁵⁸⁸.

Hukukî bir zorunluluk olan kayıt tutma borcunun, eksiksiz olarak yerine getirilmesi, kayıtların düzgün tutulması, olası bir hatalı tıbbî uygulama iddiasına karşı hekim/diğ hekiminin kendini savunmasında, ispat yönüyle önem arz etmekte olup, hekim/diğ hekimi savunmasını tutulan bu kayıtlara dayanarak yapabilecektir⁵⁸⁹.

10. Sır Saklama Borcu

Hekim/diğ hekiminin uygulamış olduğu tıbbî müdahale ya da hastanın tedavisi esnasında hastaya dair öğrenmiş olduğu sırları gizli tutma ve üçüncü kişilere açıklamama borcu bulunmaktadır⁵⁹⁰. Sır kavramının; açıklanması durumunda sahibinin menfaatine aykırılık teşkil edecek, başka kişilere açıklamada bulunulmamış, açıklanması hâlinde, sahibinin toplum içerisinde rahatsız olmasına

⁵⁸⁶ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 557.

⁵⁸⁷ ZEYTİN (İspat Yükü), s. 150; HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 558.

⁵⁸⁸ HANCI, Malpraktis, s. 58; HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 558.

⁵⁸⁹ İPEKYÜZ, s. 109; AYAN, s. 95; İLBAŞ, Kenzi Özge, “Diğ Hekimliğinde Tıbbî Uygulama Hataları”, I. Uluslararası Katılımlı Ulusal Tıp Hukuku Kongresi, 3-4 Eylül 2015, İstanbul 2016, s. 386.

⁵⁹⁰ YILMAZ, s. 73; ŞATIR, s. 56; İNAL, s. 134.

neden olacak ve onun yaşamını güçleştirecek nitelikteki hususlar olarak ifade edilmesi mümkündür⁵⁹¹.

Başka kişiler tarafından bilinmesi istenilmeyen, içeriğinde gizlilik barındıran bilgiler sır olarak değerlendirilmekte; hastanın kendine ait, başkalarıyla paylaşmayacağı maddî ve manevî gizli bilgilerin sağlık hizmetlerinde, sağlık personeli tarafından öğrenilmesi mümkün bulunmaktadır. Hastanın mahremiyetinin sağlanmasının günümüzde gelişen yeni tıbbî teknoloji ve hastanede sunulan sağlık hizmetleri sebebiyle zorlaştığı görülmekte, hasta mahremiyetinin sağlanmasındaki zorlaşma, etik sorunları da beraberinde getirmektedir. Kültürel, sosyo-ekonomik ve toplumsal yönden farklılık arz eden durumlar bireyin mahremiyet sınırlılıklarını etkilemekle birlikte, her bireyin mahremiyet hakkı bulunmaktadır. Çoğunlukla tıbbî bir zorunluluğun ve aciliyetin bulunmadığı estetik amaçlı müdahaleler bakımından da oldukça önem arz eden, kişisel bilgi ya da verilerin mahremiyeti; bireyin başka kişilerce bilinmesini istemediği, ancak teşhis ve tedavi esnasında elde edilmiş olan, bireye ait bilgilerin gizliliğinin korunmasına ilişkin bir mahremiyet türünü oluşturmaktadır. Estetik diş hekimliği ve estetik, plastik ve rekonstrüktif cerrahiye de önemli ölçüde yansıdığı üzere, teknolojinin tıp uygulamalarına daha fazla girmesi, beraberinde bireyin mahremiyet hakkına ilişkin olarak etik sorunları artırmakta ve hasta mahremiyetinin sağlanmasını daha da zorlaştırmaktadır. Bu noktada, sağlık profesyonellerinin hastanın sahip olduğu mahremiyet hakkına duyarlı olması ve etik değerleri benimsemesi önem arz etmektedir⁵⁹².

Diş hekimlerinin/estetik cerrahların, mesleklerinin icrası esnasında hastalarına dair öğrenmiş buldukları tıbbî olduğu kadar, tıbbî olmayan hususlar, hastanın kendisinden veyahut hısımlarından doğrudan ya da dolaylı olarak öğrendikleri; sır sahibinin, açıklanmamasında yarar gördüğü ve başkalarının daha önceden bilgisi

⁵⁹¹ DONAY, Süheyl, Meslek Sırrının Açıklanması Suçu, İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1978, s. 4; YILMAZ, Sabire Sanem, Tıp Alanında Kişisel Verilerin Açıklanması Suçu, 2. Baskı, Ankara 2017, s. 32.

⁵⁹² ÇOBANOĞLU, Nesrin; “Tıp Etiği Açısından Hasta Mahremiyeti”, Adli Bilimciler Derneği III. Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi, 23-25 Nisan 2016, Ankara 2016, s. 41-46.

dahilinde olmayan hususlar olarak da genel olarak tanımlanan, “sır” kapsamının içerisinde kabul edilmektedir⁵⁹³.

Sır saklama borcunun kapsamı, görülen işin niteliğine, hastanın kişilik yapısına, onun bilinebilen çıkarlarına göre değişiklik gösterebilecektir. Hekime/dış hekimine başvurulmuş olmasının dahi başkaları tarafından bilinmesi, hasta açısından istenilmeyen neticeler doğuracak ise, hekim tarafından bu başvurunun yapıldığının bile gizli tutulması gerektiği savunulmaktadır⁵⁹⁴.

Hekimin/dış hekiminin hastaya ait bilgileri, mahremiyet kapsamında bulunan durumlarını öğrenmesi sebebiyle, sır saklama borcu, hastanın mahremiyetinin sağlanmasına ilişkin en önemli kısmı oluşturmaktadır. Sağlıklı bir hekim-hasta ilişkisinin kurulabilmesinin temelini hekimin sır saklama borcu oluşturmakta, hekimin hasta ile ilişkisi dolayısıyla edindiği bilgileri; aralarındaki ilişkinin sözleşmeye dayandığı hâllerde de, sözleşme ilişkisinin var olmadığı hâlde de hastanın kişilik haklarına saygılı davranmanın bir sonucunu oluşturması ve bir başka yönüyle de sadakat borcundan kaynaklanan bir alt borcu oluşturması sebebiyle⁵⁹⁵ hekimin/dış hekiminin edinilen bu bilgileri sır saklama borcu kapsamında saklaması gerekmektedir⁵⁹⁶. Bununla birlikte, hastanın da kendisine tıbbî müdahalede bulunan hekim ve diğer sağlık personelinden, kendisi veya ailesine dair, müdahale dolayısıyla öğrenmiş oldukları ve kişilik hakları kapsamında bulunan sırların, hastanın mahremiyetini ilgilendiren, gizli tuttuğu bilgilerin saklı tutulmasını isteme hakkı bulunmaktadır⁵⁹⁷.

Uygulamada gizliliğin korunmasını gerektiren bir diğer nedeni, hastanın tıbbî tedaviye başvurma konusunda cesaretlendirilmesi oluşturmaktadır. Hastanın hekime ya da sağlık kuruluşuna gittiğinde kendini kişisel değerlerine dair güvende hissetmemesi hastayı sağlık hizmeti almaktan uzaklaştıracağından, hekim ile hasta

⁵⁹³ ÖZDEMİR, s. 249; ATEŞ, Gül, “Dış Hekiminin Sır Saklama Yükümlülüğü”, I. Dış Hekimliği Hukuku Sempozyumu, 22-23 Mart 2013, Ankara 2014, s. 419.

⁵⁹⁴ GAUTSCHI, Kommentar, Art. 398 N. 14b, YAVUZ, s. 1206, dn. 244’ten.

⁵⁹⁵ YAVUZ, s. 1205; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 800.

⁵⁹⁶ AYDIN, Murat, “Tıbbî Müdahalelerde Mahremiyet ve Ceza Sorumluluğu”, I. Uluslararası Katılımlı Ulusal Tıp Hukuku Kongresi, 3-4 Eylül 2015, İstanbul 2016, s. 111.

⁵⁹⁷ İNAL, s. 134.

arasındaki ilişkide güvenin güçlendirilmesi gerekmekte, bu da hastaya ait bilgilerin, mahremiyetinin korunması ile mümkün olmaktadır⁵⁹⁸.

Hukukumuzda mevzuatta sır saklama borcu çeşitli hükümlerle düzenlenmiştir. Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi'nin 4. maddesinin 1. fıkrasında, “Tabip ve dış tabibi, meslek ve sanatının icrası vesilesiyle muttali olduğu sırları, kanunî mecburiyet olmadıkça, ifşa edemez” hükmüyle ve aynı maddenin 2. fıkrasında da, “Tıbbî toplantılarda takdim edilen veya yayınlarda bahis konusu olan vakalarda, hastanın hüviyeti açıklanamaz” hükmüyle hekimlik mesleğinin icrası dolayısıyla öğrenilen hasta bilgilerinin sır kapsamında olduğu ve kanunî bir mecburiyet bulunmadıkça bu bilgilerin paylaşılması gerektiği üzerinde durulmuştur.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin, Mahremiyete Saygı Gösterilmesi başlıklı 21. maddesinde de sır saklama borcuna işaret edilmektedir:

“Hastanın, mahremiyetine saygı gösterilmesi esastır. Hasta mahremiyetinin korunmasını açıkça talep de edebilir. Her türlü tıbbî müdahale, hastanın mahremiyetine saygı gösterilmek suretiyle icra edilir.

Mahremiyete saygı gösterilmesi ve bunu istemek hakkı;

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

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

c) Tıbben sakınca olmayan hâllerde yanında bir yakınının bulunmasına izin verilmesini,

d) Tedavisi ile doğrudan ilgili olmayan kimselerin, tıbbî müdahale sırasında bulunmamasını,

e) Hastalığın mahiyeti gerektirmedikçe hastanın şahsî ve ailevî hayatına müdahale edilmemesini,

f) Sağlık harcamalarının kaynağının gizli tutulmasını, kapsar.

⁵⁹⁸ ATEŞ (Sır), s. 427-428.

Ölüm olayı, mahremiyetin bozulması hakkını vermez.

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

Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın sır saklama yükümlülüğü başlığıyla düzenlenen 9. maddesinin ilk fıkrasında, hekimin mesleğini icra ederken hastasından öğrenmiş olduğu sırları açıklayamayacağı ve hastanın ölmesi ya da hekimle ilişkisinin sonlandığı hâlde de hekimin bu borcunun sona ermeyeceği belirtilmiş, 31. maddesinde de; “... Hekim, hastasının kimlik bilgilerini saklı tutmak koşuluyla, bu bilgileri dosya üzerinden yapacağı araştırmalarda kullanabilir” hükmüyle sır saklama borcuna değinilmiştir.

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın, Kişisel Verilerin Korunması başlıklı 8. maddesi uyarınca da, “Herkes, kendisini ilgilendiren kişisel verilerin korunması hakkına sahiptir”.

Sır saklama borcu yalnızca hekimler/dış hekimleri için bulunmamakta, bu borç hastane personeli ve hastane işletici bakımından da geçerli bulunmaktadır⁵⁹⁹.

Hastanın hekime aktarmış olduğu bilgilerin sır ve sır saklama borcu kapsamında değerlendirilebilmesi için hekimin bu bilgileri hekimlik faaliyeti dolayısıyla öğrenmiş olması gerekmekte, özel bir kişi olarak kendisine aktarılan bilgiler bakımından hekimin sır saklama borcu bulunmamaktadır⁶⁰⁰. Meslek sırrı kavramıyla açıklaması yapılan; belirli meslek mensuplarının öğrenmiş olduğu ve sahibinin rızası bulunmaksızın açıklanmasının mümkün olmadığı, objektif ve sübjektif olarak hiç kimse tarafından bilinmeyeceği veyahut bilinmemesi gerektiğinin farz edildiği, sır sahibi için özel ve hassas nitelikte bulunan, kendisine ait tüm bilgiler, kayıtlar, hafıza ve olaylar⁶⁰¹ hekimin sır saklama borcu kapsamında yer almaktadır.

Sır saklama borcu kapsamı, hekimin/dış hekiminin hastaya dair öğrenmiş olduğu tıbbî konular ile sınırlı kalmamakta, hastaya ait kişisel bilgilerin, ailevi

⁵⁹⁹ AYAN, s. 162.

⁶⁰⁰ HAKERİ (Tıp Hukuku), s.569; AYDIN, s. 113.

⁶⁰¹ YILMAZ, Sabire Sanem, s. 34.

durumunun, meslekî bilgilerinin, ekonomik durumuna ilişkin bilgilerin, hatta hekime/diş hekimine ifade etmiş olduğu siyasi görüşlerinin dahi sır saklama borcu dahilinde değerlendirileceği ifade edilmektedir⁶⁰².

Sır saklama borcu hekimlik faaliyetinin sona ermesiyle sonlanmayan, hekim ve hekimin yanında çalışanlar bakımından ölene dek uyulması gereken bir borç nitelięindedir⁶⁰³.

Sır saklama borcunun bir neticesi olarak, hastaya ait kayıt ve belgelerin başkalarına devri, hastanın rızası bulunmadıkça mümkün olmayacaktır⁶⁰⁴.

Hekimin sır saklama borcu; hastanın rızasının olduğu durumlarda, zorunluluk hâlinde, yetkili mercii emri veya kanun hükmünün yerine getirildiği hâllerde ortadan kalkmaktadır⁶⁰⁵. Hâkim ve savcı tarafından belge istenmesi durumunda bu belgelerin gönderilme zorunluluğu bulunmakta, hekimin hâkim ve savcıya karşı sır saklama borcu bulunmamaktadır⁶⁰⁶. Hekim aleyhine hastanın açmış olduğu bir davanın mevcudiyeti hâlinde de hekimin kendini savunmaya yönelik açıklama yapma gereği doğacağından, hastaya ait sırları saklama konusunda yükümlülüğü bulunmayacak, sır saklama borcunun istisnaî hali oluřacaktır⁶⁰⁷. Hekimin dava konusu bir olay ile ilgili olarak tanık ya da bilirkişi sıfatıyla mahkemeye çağırılması hâlinde ise, edinilen sırların meslek sırrı olduğunu ifade ederek bu görevlerden çekinme hakkı bulunmaktadır⁶⁰⁸.

⁶⁰² AYDIN, Murat, s. 112-113.

⁶⁰³ YAVUZ, s. 1205; BAşPINAR, s. 145; HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 569.

⁶⁰⁴ AYAN, s. 163.

⁶⁰⁵ YAVUZ, s. 1207; DOğAN, Cahid, “Sağlık Haklarından Hekimlerin Sır (Kişiisel Veri) Saklama Mükellefiyeti”, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2008, s. 128; AYDIN, s. 113; YILMAZ, s. 77.

⁶⁰⁶ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 570.

⁶⁰⁷ YILMAZ, s. 74.

⁶⁰⁸ YILMAZ, s. 77.

11. Kullanılan Ürün ve İlaçlarla İlgili Borcu

Hekim ve hastane, ilacın kullanılmasına dair hastaya açıklama yapmak, kullanılan tıbbî ürün ve ilaçların doğru olarak kullanılmasını sağlamak ve hastayı bu ürün ve ilaçların olası riskleri, yan etkileri konusunda uyarmak mecburiyetindedir⁶⁰⁹.

Hekimin kullanmış olduğu tıbbî ürünün bozuk olması sebebiyle hastanın zarar görmesi durumunda, hekim bu zarar dolayısıyla sorumlu tutulabilecektir. Sorumluluk, bu gibi hâllerde genellikle ürünün hasta üzerinde kullanımında özensizlik sebebiyle ya da bozuk ürünün reçete edilmesinden kaynaklanmaktadır⁶¹⁰.

Karşılaştırmalı Hukuk'ta, uygulamada, doğası itibarıyla güvenilir olmayan bir maddenin, ürünün bu durumunun bilinmesine rağmen hastaya enjekte edilerek hastanın ölümüne sebebiyet verildiği olayda mahkeme tarafından, hastanenin bu ürünü düzenli olarak hastalarına temin etmesi hâlinde, hekimin ve hastanenin bu ürünün kullanımı dolayısıyla sorumlu tutulabileceğine karar verilmiştir⁶¹¹. Tehlikeli ürünlerin hastada kullanımı öncesinde; mahkemeler, hekimin hastayı riskler ve yan etkiler konusunda, her ne kadar sorumluluğun üreticide olduğu düşünülebilirse de, hasta ile doğrudan muhatap olanın üretici değil, hekim olması dolayısıyla ve üreticinin hastaya doğrudan ulaşmasının söz konusu olmaması ve sorumluluğunun yalnızca hekimi uarmaktan ibaret olması dolayısıyla, bu sorumluluğun hekimde olduğuna karar vermektedir⁶¹².

Sorumluluk, uygun malzemenin kullanılmaması durumunda da söz konusu olabilecektir⁶¹³.

⁶⁰⁹ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 571; BAŞBUĞ, s. 145.

⁶¹⁰ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 571.

⁶¹¹ Karibjanian v. Thomas Jefferson University Hospital, 1989, HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 571, dn. 393'ten.

⁶¹² Tresemer v. Bark, 1978, HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 571, dn. 394'ten.

⁶¹³ Yargıtay 13. HD, 17.01.2012, 9575/320; Yargıtay 13. HD, 15.05.2007, 2942/6736, Bkz. HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 572, dn. 395, 396.

12. Mesleki Bilgilerini Geliştirme Borcu

Tıp bilimi ve uygulaması tarafından genel olarak kabul görmüş kuralların bilinerek, bu kurallara uygun surette hareket edilmesi, hekim/diş hekiminin bu alandaki gelişmeleri, yenilikleri takip etmesi ile mümkündür⁶¹⁴. Hekimin/diş hekiminin kendini geliştirmesi, yenilemesi; yapılan tıbbi müdahalenin insan sağlığını ilgilendirmesi, vücut bütünlüğüne müdahale niteliğinde olması dolayısıyla, diğer meslek mensuplarına nazaran daha büyük önem taşımaktadır. Hekimlik sözleşmesinden doğan bir borç olan, mesleki bilgileri geliştirme borcu, meslek içi eğitimler ile sağlanmaktadır. Bu borcun gereği gibi yerine getirilmesi suretiyle hekim, mesleki bilgisini güncelleyerek, standart uygulamayı garanti altına alacaktır⁶¹⁵. Ancak burada da, hekim/diş hekiminin yerleşmiş kuralları bilip bilmediği hususunda; sözgelimi, köyde yaşayan bir hekimden şehirde yaşayan bir hekim gibi tıbbî yenilikleri, gelişmeleri takip etmesi beklenemeyeceğinden, yaşadığı yer ve bulunduğu ülkenin ulaşmış olduğu tıbbın genel seviyesi ve hekim/diş hekiminin uzmanlığının olup olmadığına göre değerlendirme yapılacaktır⁶¹⁶.

B. Hastanın Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Borçları

1. Kişisel Bilgi ve Belgeleri Doğru Verme Borcu

Hekim/diş hekimi ile hasta arasında bulunan hekimlik sözleşmesine bağlı olarak hastanın önceden geçirilmiş ya da hâlen mevcut olan hastalıklarını, bu hastalıkla ilgili olarak daha önceden gitmiş olduğu hekim/diş hekimi var ise onların elde etmiş oldukları verileri; düzenli olarak kullandığı ilaçları, herhangi bir gıda ya da belli bir maddeye karşı alerjisinin olduğunu bildiği durumlarda bu alerjik reaksiyonları, sosyal ve ekonomik durumu hakkında hekimlik sözleşmesinin tarafını

⁶¹⁴ AYAN, s. 90; BAYRAKTAR, s. 148; EROL (Yasal Sorumluluk), s. 31.

⁶¹⁵ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 577.

⁶¹⁶ BAYRAKTAR, s. 148.

oluşturan hekim/diş hekimine bilgi vermesi hastanın bu sözleşmeden doğan borçlarından birini oluşturmaktadır⁶¹⁷.

Bu borca aykırılık hâlinde, hastanın bir zarara uğramasının söz konusu olduğu estetik amaçlı tıbbî müdahalenin edimin konusunu oluşturduğu hâllerde, Kanun'un 52. maddesinde düzenlendiği üzere, zararın doğumu ya da artmasında etkili olan zarar gören/hasta, somut olayda hâkimin tazminatı indirme veya tamamıyla ortadan kaldırmaya yönelik kararıyla karşı karşıya kalacak; zararın doğmasında birlikte kusur esasları uygulama alanı bulacaktır⁶¹⁸.

2. İşbirliği ve Hekimin Tavsiyelerine Uyma Borcu

Hastanın öyküsünün alınması sürecinden itibaren başlayan işbirliği borcunda hastanın hukukî bir yükümlülüğü ve işbirliğine zorlanması söz konusu olmamakla birlikte; tedavinin etkin, başarılı olabilmesi hastanın işbirliği ile mümkün olduğundan, işbirliğinden kaçınma durumunda hasta, hukukî sonuca katlanmak mecburiyetindedir. İşbirliği borcu, hekimin tavsiyelerine uymaktan çok, hastanın kendi yararına, kendisinin de çabasıyla tedavinin başarılı olabilmesi amacıyla, hekim ile düzenli konsültasyonu, tedaviyi başarısız kılacak davranışlardan kaçınması, verilen diyete uyması, ilaçlarını düzenli kullanması, spor yapması, sigara kullanma yasağına uyması ve bunun gibi tedbirleri kapsamaktadır⁶¹⁹.

Hastanın hekimle işbirliği borcunun; nedenlerin başında hastanın kişiliği gelmekle birlikte, hastalık baskısının ağır olmama durumu, hastanın ilaçların yan etkisinden çekinmesi, kullanılması gerekli olan ilaç sayısının fazlalığı ya da hekimin hastaya yeterli bilgi vermemesi ya da ilgisizliği gibi sebeplerle, hastanın hekim tavsiyelerine uymaması durumunda daha büyük önem arz ettiği görülmektedir⁶²⁰.

Türk Borçlar Kanunu'nun 52. maddesi uyarınca, hastanın hekime karşı işbirliği borcunu yerine getirmemesi durumunda meydana gelen zararda hastanın kendisinin

⁶¹⁷ BULUT (Yasal Sorumluluk), s. 59-60; ER, s. 97.

⁶¹⁸ İPEKYÜZ, s. 153.

⁶¹⁹ ER, s. 97; HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 581-582

⁶²⁰ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 582.

de kusuru olduğu kabul edilmektedir. Hastanın işbirliğini reddinin, hekimin görevini ifasını olanaksız kılması hâlinde bu durum, sözleşme ihlâli sayılarak, hastanın tazmin zorunluluğunu doğuracaktır. Bu durumun istisnasını, hastanın risk içeren bir teşhis ya da tedavi tedbirine rıza göstermemesi, işbirliğinde olmaması oluşturmaktadır. Söz konusu hâlide, sözleşmenin sınırlarını hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı oluşturduğundan, teşhis ya da tedavi tedbirinin risk içermesi hâlinde hastanın işbirliği borcunun ihlâli dolayısıyla sözleşmeyi ihlâl ettiğinden bahsedilmesi mümkün olmayacak, bu gibi hâllerde hekimin mümkün olduğunca başka bir teşhis ya da tedavi yöntemini önermesi gerekecektir. Sözleşmenin konusunun ameliyat olduğu durumlarda, hastanın aydınlatma sonrasında operasyona rıza göstermemesi hâlinde hekimin ve hastanenin, hastaya karşı mali bir talepte bulunmama rizikosu bulunmakla birlikte, ameliyat günü belirlendiği hâlide hastanın ameliyata gelmemesi, hastanın tazminat sorumluluğunu dođurmaktadır⁶²¹.

Hekimin, hastayı işbirliği konusunda teşvik etme, hastanın örneğin baş ağrısı, kusma gibi yan etkiler sebebiyle kendiliğinden ilacı bırakmasında olduğu gibi, işbirliği borcuna uymaması durumunda bu duruma neden olabilecek etkenleri araştırma yükümlülüğü bulunmakla birlikte, hastanın, diyete uyma, spor yapma, sigara yasağına uyma ve bunun gibi işbirliği borcu gerekliliklerini yerine getirmemesi halinde hekimin hastayı, gereklilikleri yerine getirmesi konusunda zorlama yetkisi bulunmadığından, bu sebeple tedavinin başarısız olması hâlinde sorumlusu hasta olacaktır. İşbirliği borcunun bir parçasını oluşturan, hastanın hekimin tavsiyelerine uyma borcunda hekim, her ne kadar hastasının kendi tavsiyelerine uyduğunu kabul etse dahi, hastanın olgunlaşmaması ya da ruhsal yönden problemlerinin bulunması örneklerinde olduğu gibi bu etkenler dolayısıyla tavsiyelere uymaması hâlinde, hekimin, hastasının bu tavsiyelere uymasını sağlama amaçlı gerekli tedbirleri alması gerekmektedir⁶²².

Hekimin hastasını, konulan teşhisin doğruluğu ve yazmış olduğu ilaçların söz konusu hastalığın tedavisinde en etkili ilaçlar olduğu konusunda ikna etmesi gerekmektedir. Yapılan araştırmalar doğrultusunda, hekimin tavsiyelerine uyma oranı, tavsiyelerin hastanın günlük yaşamını ne kadar az değiştirdiği ve tavsiyenin ne

⁶²¹ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 582-583.

⁶²² HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 583.

kadar basit olduğu ile doğru orantılıdır. Hekim tavsiyesi karışık oldukça hasta istese dahi, bu tavsiyeler zamanla unutulduğundan, yerine getirilememektedir⁶²³.

Hastanın hekimin tavsiyelerine uymaması hâlinde, tedavinin başarısızlıkla sonuçlanması sebebiyle hekimin tazminat sorumluluğu doğmayacak, aksine hekim, ücretini talep edebilecektir. Bu durumda ispat yükü hasta üzerindedir. Hasta tavsiyelere uymamakla birlikte, kendisine yanlış bir tedavi önerildiğini ispat etmekle yükümlüdür⁶²⁴.

Burun ameliyatı sonrası tespit alçısının hasta tarafından zamanından önce çıkarılarak zararın meydana geldiği ve Yargıtay hukuk dairesine konu olan olayda, hekim, meydana gelen zararın hastanın kusurlu eyleminin sonucu olduğunu iddia etmiş, mahkeme ise davacının muayene ettirilerek bu tür ameliyatlarda konulan tespit alçısının zamanından önce alınma eyleminin, dosyadaki iddia, savunma ve tüm delillerin ve olayın gelişiminin verdiği kanaat ile değerlendirmesinin yapılarak, zararın oluşumunda mutlak ve tek etken olup olmadığı veya bunun Borçlar Kanunu'nun 44. maddesinin (Türk Borçlar Kanunu'nun 52. maddesi) uygulamasını gerekli kılan bir olgu olarak kabul edilip edilmeyeceği yönünden gerekçeli ve dayanakları yazılmış görüş istenmesi ve hasıl olacak uygun sonuç çerçevesinde karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir⁶²⁵.

Hatalı saç ekimine ilişkin olarak manevî tazminat talebinde bulunulan bir başka kararda da, Adli Tıp Kurumu, raporunda, olayda saç ekimi ile ilgili cerrahi uygulamanın tıp kurallarına uygun olduğunu, ancak ön saç çizgisinin doğal saç çizgisine uygun olmadığını, saç ekiminin birkaç seans sürmesinin genel bir tercih olacağını belirtmiş; Yargıtay da, hasta çıkış özetine ilişkin belge ve dinlenen tanık anlatımlarından anlaşıldığı üzere, tedavinin operasyon sonrası en az iki seans devam etmesinin davacı hastaya bildirildiği halde pansumandan sonraki seanslara gelmediğinin açıklandığı, dolayısıyla, tedaviye devam edilmeyerek doğal saç çizgisinin estetik kritere uygun olarak tamamlanıp işin amacına uygun gerçekleşmesinin mümkün olup olmadığının araştırılması, Adli Tıp Kurumundan ek rapor alınarak, tedaviye devam edilmesi hâlinde saç ekimine devam edilmesi

⁶²³ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 584.

⁶²⁴ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 584.

⁶²⁵ Yargıtay 13. HD, 05.04.1993, 131/2741, HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 584, dn. 437'den.

durumunda sözleşmeye uygun ifanın gerçekleşme olasılığının sorulması ve neticeye göre hükme varılması gerektiğini belirterek, mahkemenin bu hususlar üzerinde durulmaksızın eksik inceleme ve araştırma ile karar vermesini doğru bulmayarak, hükmü bozmuştur⁶²⁶.

3. Teşhise Yönelik İncelemelere Uyuma ve Katlanma Borcu

Katlanma borcu, hastanın pasif işbirliği borcunu oluşturmakta, hekimin/dış hekiminin tedavide başarılı olabilmesi için hastanın da muayeneye ve hekimin müdahalesine katlanması gerekmekte, muayene ya da müdahaleye katlanmama, sözleşme ihlali teşkil etmektedir. Bu borcun istisnasını, hukuk düzeninin tanıdığı hâller oluşturmaktadır. Tıbbî müdahalenin büyük acılara neden olması, vücut bütünlüğüne esaslı bir saldırı niteliği taşıması, kişinin hayatı ya da sağlığına yönelik yüksek olasılıklı zarar niteliği taşıması örneklerinde olduğu gibi durumlarda hastanın muayene ya da tedaviye katlanma borcu bulunmamakta, tıbbî müdahaleye katlanmama hastanın kusuru olarak değerlendirilmemektedir. Hastanın katlanma sınırlarını, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı oluşturduğundan, bu gibi durumlarda hekimin başka teşhis ve tedavi yollarını hastasına önerme yükümlülüğü bulunmakta, hastanın, istemediği bir tıbbî müdahaleye katlanma yükümlülüğü bulunmamaktadır⁶²⁷.

4. İhbar (Bildirme) Borcu

Hasta ile hekim arasında olan hekimlik sözleşmesi dolayısıyla hastanın, hekime karşı ihbar borcu bulunmaktadır. Kural olarak, hasta öyküsünün alınması, muayene edimi ve teşhis sırasında hekimin/dış hekiminin hastasına önceki hastalıklarını sorma yükümlülüğü bulunmakla birlikte, örneğin kalp hastası olan bir hastanın, tedavi öncesi dış hekimine bu rahatsızlığını bildirmesi ya da belirli ilaçlara karşı hassasiyeti bulunan hastanın da hekim kendisine henüz bu durumu sormuş olmasa dahi hekimini bu konuda bilgilendirmesi, ihbar borcunu kapsamındadır. Hastanın, hekimine,

⁶²⁶ Yargıtay 15. HD, 28.01.2008, 2007/1116 E, 2008/441 K, GÖKCAN (Tıbbî Müdahale), s. 1243'ten.

⁶²⁷ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 584-585.

hekimlik sözleşmesinden doğan bildirim borcu kapsamında, daha önceden geçirmiş olduğu hastalıkları, olduğu operasyonları, kendi bilgisi dahilinde nelere karşı alerjisinin bulunduğu vb. durumları bildirmesi gerekmektedir. Hastanın bilinçli olarak ya da ihmali neticesinde hekime, önceden geçirmiş olduğu hastalıkları ya da hassasiyetlerini bildirmemesi hastanın hekimlik sözleşmesini ihlâli niteliği taşımakta, bu durumda hekimlik sözleşmesinin hasta tarafından ihlâl edilmiş olması sebebiyle, hekimin sözleşmeden doğan sorumluluğu kısıtlanabileceği gibi, tamamıyla da ortadan kalkabilmektedir.⁶²⁸.

5. Hizmet Veren Kurumların Kurallarına Uyuma Borcu

Hastanın, hizmet veren kurumların kurallarına uyma borcu bulunmakla birlikte⁶²⁹, bu kurallara uyulmaması hâlinde hastanın kurumdan çıkarılıp çıkarılmayacağı hususu gündeme gelmektedir. Bu gibi durumlarda, hastanın tedavisinin henüz tamamlanmış olmaması hâlinde, tedavisi tamamlanmayan hastanın kurumdan çıkarılmasının mümkün olmadığı, kurumdan çıkarılmanın ancak hastanın durumunun acil olmaması ve kurumun özel hastane olması durumunda söz konusu olabileceği ifade edilmektedir.⁶³⁰.

6. Ücret Ödeme Borcu

Hekim/dış hekimi ve özel hastaneler/kamu hastaneleri; mevzuatta belirlenmiş istisnaî durumlar hariç olmak üzere, hastanın bakım ve tedavisi karşılığı ücret alma hakkına sahiptirler⁶³¹. Türk Borçlar Kanunu'nda hekim ile hasta arasındaki, vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilen ilişkide, hekimin alacağı ücret miktarına ilişkin bir hüküm bulunmamakla birlikte, üstlenilen edim karşılığında alınacak ücret konusunda, hekimlik faaliyetleri bakımından Türk Tabipleri Birliği⁶³², dış hekimleri bakımından da Türk Dış Hekimleri Birliği⁶³³ asgari miktarı belirlemeye yetkili

⁶²⁸ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 586.

⁶²⁹ ER, s. 97.

⁶³⁰ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 585.

⁶³¹ ER, s. 97; ÖZDEMİR (Teşhis ve Tedavi), s. 157; HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 588.

⁶³² 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu, m. 28/II' de bu husus düzenlenmiştir.

⁶³³ 3224 sayılı Türk Dış Hekimleri Birliği Kanununun 40. maddesinde bu husus, hüküm altına alınmıştır.

kılınmış, hekimlik ve diş hekimliğinde alınacak ücretin asgari ve azami miktarları ilgili meslek birliklerince belirlenmiştir⁶³⁴. Hastanın ücret ödeme borcunun istisnasını, doğruluk, dürüstlük kurallarıyla bağdaşmayan giderler oluşturmakta; hastanın bu gibi giderleri ödeme zorunluluğu bulunmamaktadır⁶³⁵.

Hekimlik faaliyetlerinde olduğu gibi, maddî fiillere ilişkin vekâlette, örneğin estetik cerrah/diş hekimi ile hasta arasında ücret miktarının önceden kararlaştırılmamış olması hâlinde, estetik cerrahın ya da diş hekiminin, yapmış oldukları tıbbî müdahale ya da operasyon sonrasında hastaya gönderdikleri faturalar icap niteliği taşımakta, hastanın faturada belirtilen miktarı ödemesi, zımnen kabul anlamına gelmektedir. Hastanın fatura bedeline itiraz ettiği ve taraflar arasındaki ihtilafın yargıya intikal ettiği durumda, hâkimin teamül ya da bu alandaki asgari ücret tarifesini dikkate alarak vekâlet ücreti konusunda tespitte bulunması gerekmektedir⁶³⁶.

Hastanın veya kanunî temsilcisinin ücret ödeme borcunun doğması, ancak taraflar arasındaki geçerli bir sözleşmenin varlığı ve diş hekiminin/hekimin bu sözleşmeden doğan borcun ifasını gereği gibi yerine getirmiş olması hâlinde mümkün olmaktadır. Bu şartların varlığı hâlinde, ücret konusunda olası bir uyuşmazlık durumunda, ücrete dair talep hakkının Türk Borçlar Kanunu'nun 147. maddesi uyarınca 5 yıllık zamanaşımı süresine tabi olacağı düzenlenmiştir.

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 71. maddesi de ücret konusuna değinmiş; tabipler, diş tabipleri, dişçiler ve ebelerle hastalar arasında ücret sebebiyle ortaya çıkan uyuşmazlık hâllerinde zamanaşımını süresinin 2 yıl olduğu belirlenmiştir.

Ücret uyuşmazlığına ilişkin genel kural ve özel kural niteliğinde olan söz konusu düzenlemeler değerlendirildiğinde, 1219 sayılı Kanun, ücrete dair uyuşmazlık hâlinde zamanaşımı süresi bakımından uygulama alanı bulacaktır⁶³⁷.

⁶³⁴ BAŞPINAR, s. 87; ER, s. 59.

⁶³⁵ AŞÇIOĞLU, s. 126.

⁶³⁶ BAŞPINAR, s. 86.

⁶³⁷ EROL (Yasal Sorumluluk), s. 86.

II. HEKİMİN VE HASTANIN ESER SÖZLEŞMESİNE TABİ MÜDAHALELER BAKIMINDAN BORÇLARI

Hekimin ve hastanın hekimlik sözleşmesinden doğan borçları, eser sözleşmesine tabi müdahaleler bakımından da geçerli bulunmakla birlikte; bu bölümde, eser sözleşmesine özgü diğer borçlardan bahsedilecektir.

A. Hekimin Eser Sözleşmesine Tabi Müdahaleler Bakımından Borçları

1. Eseri Yaratma ve Teslim Etme Borcu

a. Genel Olarak

Eser sözleşmesinde; yüklenicinin, sonuçtan sorumlu olmasının neticesi olarak, ısmarlanan eseri sözleşmeye uygun surette meydana getirerek iş sahibine teslim etme borcu bulunmaktadır⁶³⁸.

Türk Borçlar Kanunu'nun 470. maddesinde eser meydana getirme borcu, eser sözleşmesinin esaslı unsuru olarak açıkça düzenlenmiştir⁶³⁹. Ancak, borcun ifası bakımından yalnızca eserin meydana getirilmesinin yeterli olmadığı, iş sahibinin sözleşmeye olan menfaatinin tamamlanmış olan eserin teslimiyle gerçekleşmesi mümkün olacağından, meydana getirilen eserin iş sahibine tesliminin de yüklenicinin asli borcu olduğu ifade edilmektedir⁶⁴⁰.

Yüklenicinin meydana getirmiş olduğu eseri teslim etme borcu, Türk Borçlar Kanunu'nda eser sözleşmesinin düzenlenmiş olduğu hükümlerde açıkça ve ayrıca düzenlenmiş bulunmamakla birlikte, kanunun 473 ve 474. maddelerinin ilk fıkraları, 478. maddesi, 479. maddenin ilk fıkrası gibi yerlerde teslimden bahsedilmesi

⁶³⁸ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 512; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 766.

⁶³⁹ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 512.

⁶⁴⁰ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 512, 513.

dolayısıyla böyle bir borcun Yasakoyucu tarafından zımnem kabul edildiğinden bahsedilebilecektir⁶⁴¹.

Meydana getirilmiş ve sözleşme ile amaçlanan tarza uygun surette işsahibinin istifade edebileceği eser olarak ifade edilen tamamlanmış eserin, ifa düşüncesiyle, yüklenici tarafından işsahibine sunulması, işsahibinin fiili egemenliğine geçirilmesi suretiyle eserin teslimi gerçekleşmiş olacaktır⁶⁴². Estetik diş hekimliği müdahaleleri bakımından da, sözleşmeye uygun surette protetik restorasyonu hazırlama ve hastaya uygulama borcu bulunan diş hekiminin, protetik restorasyonu bütünüyle tamamlayarak, hastanın kullanım alanına geçirmesi ile teslim gerçekleşmiş sayılacaktır⁶⁴³.

Eser sözleşmesine tabi estetik amaçlı tıbbî müdahaleler bakımından, borcun ifası ancak taahhüt edilen neticenin meydana gelmesiyle gerçekleşeceğinden; diş hekimliği müdahalelerinde, örneğin sabit köprü protezi uygulanacak dişlere gerektiği durumda kanal tedavisinin yapılması, çürük ve madde kayıplarının restore edildiği müdahaleler, diş kesimlerinin yapıldığı uygulamalar gibi sadece protetik restorasyonu gerçekleştirmeye yönelik müdahalelerde, neticenin henüz gerçekleşmiş olmaması dolayısıyla, diş hekimi borcunu yerine getirmiş sayılamayacağından, tedavinin bir bütün olarak değerlendirilerek, taraflarca işin başında kararlaştırılmış olan zaman içerisinde tamamlanması gerekmektedir. Aksi hâlde, taahhüt edilen neticenin meydana gelmemesi ifa etmeme, gerektiği gibi ifa edilmemesi ise kötü ifa olarak değerlendirilecektir⁶⁴⁴.

Ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak eserin meydana getirileceğinin açıkça öngörülmesi hâlinde işsahibinin haklarını düzenleyen, Türk Borçlar Kanunu'nun 473. maddesinin 2. fıkrası, ayıbın varlığı hâlinde yükleniciye bildirim zorunluluğunu düzenleyen 474. madde, ayıp sebebiyle işsahibinin seçimlik haklarını düzenleyen 475. madde ve devamındaki madde hükümlerinden anlaşılacağı üzere; diş hekiminin, eseri meydana getirme ve teslim etme borcu kapsamında, tarafların sözleşmeyle

⁶⁴¹ YAVUZ, s. 1020; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 512.

⁶⁴² YAVUZ, s. 1021; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 513.

⁶⁴³ BULUT (Sözleşme), s. 63.

⁶⁴⁴ BULUT (Sözleşme), s. 63-64.

üzerinde anlaştığı şekilde, kullanım amacına yönelik olarak gerekli bulunan nitelik ve özelliklere sahip, ayıpsız olarak restorasyonu sağlama borcu bulunmaktadır⁶⁴⁵.

Eserin tamamlanması kavramı ile ayıpsız olma kavramını birbirinden ayırt etmek gerekmektedir⁶⁴⁶. Eserdeki ayıp, bu eserin tamamlanmadığı anlamına gelmemekle birlikte, eserin iş sahibine teslimi bakımından da herhangi bir engel oluşturmamaktadır⁶⁴⁷. Eserin, tamamlanmış olmasa dahi iş sahibi tarafından ifa olarak kabul edilmesi hâlinde, eserin bu durumda da teslim edildiği kabul edilecektir⁶⁴⁸. Diş hekimliği uygulamaları bakımından da; restorasyonun ayıplı olması teslim edilmesine engel teşkil etmemekte, bu durumda da ayıplı restorasyonun hasta tarafından kabulü, edimin sözleşmeye uygun surette ifa edildiğine dair irade açıklaması olarak kabul edilmektedir⁶⁴⁹.

Eserin bütünüyle tamamlanarak, iş sahibine teslimine uygun hâle getirilmesi ve tamamlanmamış eserin teslim ve kabule konu olmaması kural teşkil ettiğinden; eserin bütünüyle tamamlanmış olmamasına rağmen yüklenicinin teslim önerisinde bulunduğu durumlarda, iş sahibinin bu eseri kabul etme mecburiyeti bulunmamaktadır⁶⁵⁰. Ancak bazı hâllerde, özellikle ufak tefek eksikliklerin mevcut bulunmasına rağmen, eserin kullanıma elverişli olduğu durumlarda, tamamlanmamış olmakla birlikte iş sahibinin bu eseri teslim alması gerekirken, kabulden kaçınmasının, dürüstlük kuralı ile çatıştığı görülmektedir⁶⁵¹. Örneğin, diş hekiminin, üstlenmiş olduğu tüm edimleri tamamlamış olması, teslim borcunun ifası yönünden gerekli olmakla birlikte; kalan cüzî müdahaleler bakımından, hastanın, ağzında yapılacak diğer dolgu gibi tedaviye yönelik müdahaleleri, proteze alışabilme sorununu bahane ederek teslimden kaçındığı durumlar Medeni Kanunun 2. maddesinde düzenlenmiş olan dürüstlük kuralına aykırı nitelik taşıyacağından, bu durumda gerçekleştirilen restorasyonun diş hekimince hastaya teslim edilmiş sayılması gerektiği belirtilmektedir⁶⁵². Buna rağmen iş sahibinin eksik iş bedelini

⁶⁴⁵ BULUT (Sözleşme), s. 64.

⁶⁴⁶ YAVUZ, s. 1021.

⁶⁴⁷ YAVUZ, s. 1021; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 514; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 772.

⁶⁴⁸ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 514.

⁶⁴⁹ BULUT (Sözleşme), s. 64.

⁶⁵⁰ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 513, 515.

⁶⁵¹ YAVUZ, s. 1022.

⁶⁵² BULUT (Sözleşme), s. 64.

talep etmesi de mümkün bulunmaktadır⁶⁵³. Ancak eserin, kabule engel olacak derecede ayıbının olması durumunda, işsahibi, Türk Borçlar Kanunu'nun 475. maddesi uyarınca sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecektir⁶⁵⁴.

b. Teslim Borcunun İfa Zamanı

Meydana getirilen eserin teslim borcunun ifa zamanının, taraflarca sözleşmede istedikleri gibi belirlenmesi mümkün olmakla birlikte, zamanın sözleşmede kararlaştırılmadığı durumda, Türk Borçlar Kanunu'nun 90. madde hükmü uygulama alanı bulacaktır⁶⁵⁵. Söz konusu madde hükmünce, teslim zamanı öncelikle sözleşmede tayin edilecek, taraflar arasında böyle bir anlaşmanın bulunmaması hâlinde ise, sözleşmedeki bu boşluk; somut olay bazında değerlendirilerek, o somut olayda eserin meydana getirilmesi için tecrübeli, o olanda uzman olan kişinin, işe zamanında başlayıp, devamlı çalışma suretiyle, mutad araç, gereçlerini ve işgücünü kullanması hâlinde ne kadar zamana ihtiyacının olduğu göz önünde bulundurulacak; işin niteliği ve sözleşmenin taraflarının varsayılan iradelerine göre doldurulacaktır⁶⁵⁶.

Söz konusu madde hükmünü dış hekimliği müdahalelerine uyarladığımızda, örneğin protetik restorasyon uygulamasının tarafların sözleşmede kararlaştırdığı edimin konusunu oluşturduğu durumda, dış hekimine hastaya uygulanacak bu restorasyonun yaratılması ve hastaya uygulanması bakımından gerekli olan sürenin verilmiş olması gerekmektedir⁶⁵⁷. Kanun'un 90. maddesinde ifade edilen, ifa zamanının taraflarca kararlaştırılmamış olması hâlinde borcun, doğumu anında muaccel olması hükmünün uygulanması; ancak işin niteliği gereği eserin yapımında çok az zamana ihtiyaç bulunan, istisnaî hâllerde mümkün olacaktır⁶⁵⁸. Türk Borçlar Kanunu'nun 90. maddesi gereği teslim borcu, sözleşmenin taraflarının varsayılan iradesi ve işin niteliği de göz önünde tutularak, eserin tamamlanmasıyla birlikte muaccel olacaktır⁶⁵⁹. Yükleniciye eserin meydana getirilmesi ve teslimi suretiyle iş

⁶⁵³ YAVUZ, s. 1022.

⁶⁵⁴ AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 772.

⁶⁵⁵ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 519.

⁶⁵⁶ YAVUZ, s. 1022-1023; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 519; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 773.

⁶⁵⁷ BULUT (Sözleşme), s. 67.

⁶⁵⁸ YAVUZ, s. 1023.

⁶⁵⁹ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 519.

görme borcunun ifasına yönelik uygun bir zamanın bırakılması gerektiğinden⁶⁶⁰; teslim borcunun, sözleşmenin kurulduğu anda muaccel olacağı fikri kabul edilmemektedir⁶⁶¹.

c. Teslim Borcunu İfada Temerrüt

Türk Borçlar Kanunu'nun borçlunun temerrüdünün hükme bağlandığı 117. maddesi; eser sözleşmesinde teslim borcunun ifasının temerrüdü hâlinde de; teslimine ilişkin özel bir hüküm bulunmaması dolayısıyla uygulama alanı bulacak; söz konusu madde uyarınca, muaccel olan borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşeceğinden; teslim zamanının gelmiş olmasına rağmen, yüklenicinin, borcuna objektif olarak aykırı surette eseri henüz tamamlamadığı ya da tamamlamış olsa dahi iş sahibine teslim etmediği hâllerde, iş sahibinin yükleniciye teslim borcunun ifası için ihtarda bulunması, yükleniciyi temerrüde düşürecek⁶⁶². Aynı maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen hâllerde ise yüklenicinin temerrüde düşmesi için ihtara gerek bulunmamaktadır. Söz konusu madde hükmü uygulandığında; yüklenici tarafından tamamlanmış eserin teslim edileceği gün, sözleşmenin her iki tarafınca kararlaştırıldığı hâlde, belirlenen günün gelmesiyle yüklenici temerrüde düşecek, bunun için ayrıca bir ihtarın varlığına gerek duyulmayacaktır⁶⁶³.

Teslim borcunun ifasında temerrüde düşen yüklenicinin, Türk Borçlar Kanunu'nun 118. maddesi uyarınca, temerrüde düşmede kusuru bulunmadığını ispatlamadıkça, borcun ifasındaki gecikme dolayısıyla iş sahibinin uğradığı zararı giderme mecburiyeti olduğu gibi, 119. maddede düzenlenen beklenmedik hâl sebebiyle doğacak zarardan da sorumluluğu bulunmaktadır⁶⁶⁴. Yüklenicinin temerrüde düştüğünün kabulünde kusur, bir şart olarak aranmamaktadır⁶⁶⁵.

Yüklenicinin temerrüdü dolayısıyla iş sahibinin Türk Borçlar Kanunu'nun 123. maddesinde düzenlenen, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdüne ilişkin sonuçlardan faydalanabilmesi, yükleniciye uygun süre vermesi veya uygun

⁶⁶⁰ YAVUZ, s. 1023; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 519.

⁶⁶¹ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 519.

⁶⁶² YAVUZ, s. 1023; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 520, 523.

⁶⁶³ YAVUZ, s. 1023.

⁶⁶⁴ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 521.

⁶⁶⁵ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 520.

süre verilmesinin hâkimden istenilmesi ile mümkün olacaktır. Bu süre içerisinde yüklenicinin teslim borcunu ifa etmemesi hâlinde, işsahibinin, Türk Borçlar Kanunu'nun 125. maddesinde düzenlenmiş bulunan seçimlik hakları yükleniciye karşı kullanma hakkı doğacaktır⁶⁶⁶. Türk Borçlar Kanununun 124. maddesinde belirtilen hallerde ise süre verilmesine gerek bulunmamaktadır. 125. maddede tanımlanan seçimlik haklar kapsamında; işsahibi, gecikmiş ifa ile birlikte gecikme tazminatı ve varsa ceza koşulu olarak belirlenmiş paranın ödenmesini talep edebileceği gibi, borcun ifası ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirmek suretiyle, müspet zarar olarak da ifade edebileceğimiz, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın tazminini veya sözleşmeden dönme ve menfi zararın tazmini olarak da ifade edebileceğimiz, dönmenin sonuçlarından faydalanmayı talep ederek, seçimlik hakkını kullanabilecektir⁶⁶⁷. İşsahibinin, yüklenicinin temerrüdü dolayısıyla tazminat isteyebilmesi ancak yüklenicinin kusurunun bulunduğu durumda söz konusu olacaktır. Dolayısıyla, yüklenicinin, kusurunun bulunmadığını ispatlaması hâlinde bu borçtan kurtulması mümkün bulunmaktadır⁶⁶⁸.

Türk Borçlar Kanunu'nun 473. maddesinin ilk fıkrası uyarınca, yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceğinin açık bir şekilde anlaşılması hâlinde, işsahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilecektir. Ancak, aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca; meydana getirilmesi sırasında, eserin yüklenicinin kusuru yüzünden ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirileceğinin açıkça anlaşılması hâlinde, işsahibi bunu önlemek üzere vereceği veya verdireceği uygun bir süre içinde yükleniciye, aybın veya aykırılığın giderilmesi; aksi takdirde hasar ve masrafları kendisine ait olmak üzere, onarımın veya işe devamın bir üçüncü kişiye verileceği konusunda ihtarda bulunabilecektir. Aydoğdu/Kahveci, hükümde açıkça belirtilmiş olmasa dahi, ihtarın sonuçsuz kalması halinde işsahibinin işi başkasına yaptırabileceğini ifade etmektedir. Yüklenicinin verilen sürede gerekli olan

⁶⁶⁶ YAVUZ, s. 1023.

⁶⁶⁷ YAVUZ, s. 1023; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 521.

⁶⁶⁸ YAVUZ, s. 1024.

düzeltilmeyi yapmaması veya sözleşmeye uygun surette meydana getirme edimine başlamaması durumunda iş sahibinin işi başkasına yaptırmak yerine sözleşmeden dönme hakkı da bulunmaktadır. İş sahibi bu durumda Türk Borçlar Kanunu'nun 125. maddesinde düzenlenen seçimlik haklardan, sözleşmeden dönme hakkını kullanarak, menfi zararının tazminini isteyebilecektir⁶⁶⁹.

Hekim/dış hekim ile hasta arasındaki ilişkinin eser sözleşmesine tabi olduğu durumda, yüklenici olan hekimin, hasta ile aralarındaki sözleşme gereği iş zamanında başlama ve bitirme borcu bulunmakta; bu borç, hekimin iş zamanında başlamasına rağmen sözleşme şartlarına göre ifanın gecikmiş olduğu hâller ile işin görülmesi esnasında meydana gelen gecikme dolayısıyla, söz konusu gecikmenin işin bitimini olanaksız kıldığı hâlleri de kapsamaktadır⁶⁷⁰.

Kanun'un 473. maddesi dış hekimliği müdahalelerine uyarlandığında; dış hekiminin, hasta ile aralarında bulunan sözleşmeye aykırı surette, iş zamanında başlamaması veya ifada gecikme olarak da ifade edilen; iş zamanında başlamakla birlikte ilerleme hızının işin mahiyeti gereği olması gerekenden oldukça yavaş olduğu ve başlanan işin kesintiye uğradığı durumlarda, iş zamanında bitirememesi, teslimde gecikmesi hâlinde, restorasyonun yapımı aşamasında da gecikmenin varlığı durumunda, hasta, sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecek, söz konusu hâlde, Kanun'un 125. maddesi uyarınca, işin geç tesliminden kaynaklanan zararını da dış hekiminden talep edebilecektir⁶⁷¹.

Hastanın, sözleşmeden dönme hakkını kullanması ancak hekimin/dış hekiminin sözleşmeden doğan borcunun ifasındaki temerrüdünün haklı bir nedene dayanmadığı hâlde söz konusu olacaktır. İşin ifasında meydana gelen gecikmenin, hekim/dış hekiminin irade ve arzusu dışındaki nedenlerden kaynaklandığı, özellikle, birbirini takip eden tıbbi müdahaleler bakımından, bir sonraki müdahalenin yapılmasının bir önceki müdahalenin tamamlanmasını gerektirdiği ve bu sebeple takip eden müdahalenin henüz yapılmadığı müdahalelerde; öngörülmesi mümkün olmayan bir sebep dolayısıyla gecikmenin yaşandığı uygulamalarda veyahut gecikmenin hastadan

⁶⁶⁹ AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 769.

⁶⁷⁰ BULUT (Sözleşme), s. 66.

⁶⁷¹ BULUT (Sözleşme), s. 67.

kaynaklanması gibi hallerde hasta, sözleşmeden dönme hakkını kullanamayacaktır⁶⁷².

2. Kişisel Edim Borcu

Türk Borçlar Kanunu'nun 83. maddesinde düzenlenen, borcun bizzat borçlu tarafından ifasında alacaklının menfaatinin bulunmaması hâlinde, borçlunun şahsen ifa yükümlülüğünün olmaması kuralı, yüklenicinin eser sözleşmesinden doğan borcunun ifasında geçerli bulunmamakta; eser sözleşmesinde şahsen ifa kuralının olması dolayısıyla, yüklenicinin işi bizzat yapma ya da yönetimi altında yaptırma zorunluluğu bulunmaktadır⁶⁷³. Bu husus Türk Borçlar Kanunu'nun 471. maddesinin 3. fıkrasının ilk cümlesinde düzenlenmiş bulunmakta olup, bu borcun dayanağını eser sözleşmesinde eseri meydana getiren yüklenicinin karakterinin, kabiliyet ve becerilerinin önem arz etmesi oluşturmaktadır⁶⁷⁴. Şahsen ifa borcunu gerektiren bir durum olmasına rağmen yüklenicinin işi bizzat yapmaması veyahut kendi yönetimi altında yaptırmaması iş sahibine karşı sorumluluğunu doğuracak, iş sahibinin Türk Borçlar Kanunu'nun 112. maddesi uyarınca zararını tazmin hakkı ve aynı kanunun 125. maddesinde düzenlenen seçimlik haklarından yararlanabilmesi söz konusu olacaktır⁶⁷⁵.

Yüklenicinin meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisinin yapması veya kendi yönetimi altında yaptırmaması kural olmakla birlikte, Türk Borçlar Kanunu'nun 471. maddesinin 3. fıkrasının 2. cümlesinde, bu kuralın istisnaî hâli düzenlenmiş, söz konusu hüküm uyarınca, eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özelliklerinin önem arz etmediği durumda, işin başkasına yaptırılmasının da mümkün olduğu belirtilmiştir. Sözleşmede eserin meydana getirilmesi borcunun başkası tarafından yerine getirileceği hususunda bir yasağın bulunmaması ve işin bizzat ifasında yüklenicinin şahsî becerisinin de meydana

⁶⁷² BULUT (Sözleşme), s. 67.

⁶⁷³ AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 766.

⁶⁷⁴ EREN, s. 608.

⁶⁷⁵ EREN, s. 609; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 766.

getirilecek eser bakımından önemli olmaması hâlinde, yüklenici bu edimi başkasına yaptırabilecektir⁶⁷⁶.

Diş hekimliği müdahaleleri bakımından da; taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin diş hekiminin özel yetenekleri ve becerilerinin dikkate alınarak kurulmuş olduğu, diş hekiminin şahsî yetenek ve becerilerinin müdahale yönüyle önem arz ettiği durumlarda; başkalarının, diş hekiminin idaresi altında müdahalede bulunsalar dahi işi aynı şekilde yapmalarının mümkün olamayacağı hâllerde, diş hekiminin bu müdahaleyi bizzat kendisinin yapması gerekmektedir. Bununla birlikte, diş hekiminin kişiliğine sıkı sıkıya bağlı olmayan müdahaleler bakımından, edimin kişisel niteliği bulursa dahi, müdahalenin diş hekiminin kendi idaresi altında bir başkasına yaptırılması mümkündür⁶⁷⁷.

Yüklenici olan diş hekiminin kişisel edim borcunu yerine getirirken yardımcı kişilere başvurmasına, günümüzdeki teknik ve ekonomik şartların da işbölümünü zorunlu duruma getirmesi dolayısıyla herhangi bir engel bulunmamaktadır. Ancak bu durumda da yardımcı kişinin meydana getireceği eserin, diş hekiminin meydana getireceği eserden daha düşük niteliğe sahip olmaması gerekmektedir⁶⁷⁸.

Eserin niteliği bakımından yüklenici olan diş hekiminin şahsî özelliklerinin aranmadığı, kişisel edim borcunun zorunlu olmadığı tıbbî müdahaleler bakımından yüklenici olan diş hekiminin kendi adına ve hesabına yaptığı sözleşme ile işin tamamı ya da bir kısmını alt yükleniciye yaptırması hâlinde, diş hekimi ile alt yüklenici arasında bulunan alt eser sözleşmesinden bahsedilecektir. Meydana gelen alt eser sözleşmesinde alt yüklenici ile hasta arasında herhangi bir sözleşme bulunmamakta olup, alt yüklenici asıl yüklenicinin idaresine bağlı olmaksızın edimini icra eden, bağımsız bir ifa yardımcısı statüsündedir. Diş hekiminin alt yükleniciyi seçme ve ona talimat vermede özen borcu bulunmakta olup, bu borcun yerine getirilmemesi ve ifa yardımcısının zararlı bir neticeye neden olması hâlinde yüklenici olan diş hekimi, Türk Borçlar Kanunu'nun 116. maddesinde düzenlenen yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükmü uyarınca sorumlu tutulacaktır⁶⁷⁹.

⁶⁷⁶ AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 766, 767.

⁶⁷⁷ BULUT (Sözleşme), s. 64.

⁶⁷⁸ EROL (Yasal Sorumluluk), s. 56, 57.

⁶⁷⁹ EROL (Yasal Sorumluluk), s. 56, 57.

Eser sözleşmesine konu olan edimin protez imali olduğu durumda, protez için gerekli ölçüyü alan ve son aşamada da hastaya protezi bizzat uygulamakla yükümlü olan diş hekiminin, bu süreçte protez imalini yanında çalışan, ifa yardımcısı olan diş teknisyenine bırakması durumunda, diş teknisyeninin kusurunun varlığı hâlinde Türk Borçlar Kanunu'nun 116. maddesi uyarınca sorumluluğu doğacaktır. Söz konusu kusur sebebiyle eser sözleşmesinin gereği gibi ifa edilmemesi suretiyle borca aykırılık da meydana gelmiş olduğundan, diş hekimi ayrıca, gereği gibi ifa edilemeyen borç sebebiyle de Türk Borçlar Kanunu'nun 112. maddesi uyarınca sorumlu tutulacaktır⁶⁸⁰.

Uygulamada proteze ilişkin işlemler diş hekimi tarafından, kendi muayenehaneleri dışında çalışan diş teknisyenleri ya da diş protez laboratuvarlarına yaptırılmakta, başka bir ifadeyle hizmet satın alınmaktadır. Alt yüklenici statüsünde bulunan diş protez teknisyenleri ve diş protez laboratuvarı ile hasta arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi bulunmadığından; alt yüklenicinin kusuru dolayısıyla, diş hekiminin sözleşmeden doğan edim borcunu tamamen ya da kısmen yerine getirememesi hâlinde iş sahibi sıfatındaki hastaya karşı sorumluluğu doğacak ve alt yükleniciyi seçme ve ona talimat vermede kusurunun olmadığı ispat ederek sorumluluktan kurtulması söz konusu olmayacaktır⁶⁸¹. Ölçünün diş hekimi tarafından alınmasından sonra, protezi yapmakla sorumlu olan teknisyenin bu protezi teslim etmede gecikmesi, yapımında makul sürenin aşılması hâlinde, hasta ile diş teknisyeni arasında sözleşme ilişkisinin bulunmaması dolayısıyla hasta, diş hekimine karşı Türk Borçlar Kanunu'nun 123. ve 125. maddelerinde düzenlendiği üzere, süre vermek suretiyle tazminat hakkı saklı olarak; borcun ifasını ve gecikme sebebiyle tazminatı isteyebilecek ya da ifadan vazgeçerek borcun ifa edilmemesinden doğan zararını talep edebilecek veyahut sözleşmeden dönebilecektir⁶⁸².

Diş hekiminin, yapılacak işin niteliğini değerlendirdiğinde, bu müdahalenin kendi idaresi altında başka bir diş hekimi tarafından yapılmasını daha uygun bulması hâlinde dahi, müdahalenin bu şekilde gerçekleştirilmesinde, sözleşmenin kurulmasından sonra hastanın rızasının alınması şartı aranmaktadır. Müdahalenin

⁶⁸⁰ DEMİRCAN, s. 49.

⁶⁸¹ DEMİRCAN, s. 50.

⁶⁸² DEMİRCAN, s. 51.

başka bir diş hekimine yaptırılması ancak sözleşmede bulunması hâlinde veyahut işin niteliğinin, başka bir hekimin müdahalesine izin vermesi hâlinde söz konusu olmakta; hekimin kişiliğinin önem arz ettiği müdahaleler ya da hastanın rızasının olmadığı hâllerde ise bir başka hekimin müdahalede bulunması mümkün bulunmamaktadır⁶⁸³.

3. Araç, Gereç ve Malzemeyi Sağlama Borcu

Türk Borçlar Kanunu'nun, genel olarak yüklenicinin borçlarının düzenlenmiş olduğu 471. maddesinin 4. fıkrası uyarınca; yüklenicinin, eserin meydana getirilmesi için kullanılacak araç ve gereçleri sağlama yükümlülüğü, aksine adet ya da anlaşma olmadıkça kendisi üzerinde bulunmaktadır⁶⁸⁴.

Sözleşmede aksine hüküm bulunmadıkça, işin gereği gibi ifası amacıyla hangi ölçüde el emeği ve araca başvurulacağını, yüklenici belirleyecektir⁶⁸⁵.

Malzemeden farklı olarak, çalışma araçlarını, tamamlanmış bulunan eserin teslim edilmesi sonrası ondan ayrılabilen ya da kendi mülkiyetinde olması dolayısıyla yüklenici tarafından geri alınabilen, eserin bünyesine dahil olmayan şeyler oluşturmaktadır⁶⁸⁶.

Çalışma araçlarının temin edilmesi ile birlikte, masraflarından da yüklenici sorumludur⁶⁸⁷. Ancak, yüklenici, çalışma araçlarının temin edilmesine ilişkin masrafları, kısmen ya da tamamıyla, ayrı maliyet kalemleri olarak belirterek ya da toplam maliyet içerisinde iş sahibine yansıtacaktır⁶⁸⁸.

Kendisinden eser imal edilerek, bu eser içinde kalan maddeler malzemeyi oluşturmaktadır⁶⁸⁹. Ancak, malzeme, eser sözleşmesinden doğan, eserin meydana

⁶⁸³ BULUT (Sözleşme), s. 65.

⁶⁸⁴ YAVUZ, s. 1015; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 542; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 767-768; EREN, s. 615.

⁶⁸⁵ TANDOĞAN, s. 102; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 542.

⁶⁸⁶ TANDOĞAN, s. 102; YAVUZ, s. 1015; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 542.

⁶⁸⁷ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 542, 543; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 768.

⁶⁸⁸ TANDOĞAN, s. 102; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 543.

⁶⁸⁹ TANDOĞAN, s. 104; YAVUZ, s. 1015; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 543.

getirilmesi borcunda kullanılmakla birlikte, bu borcun konusunu oluşturmamakta; yüklenicinin malzemeyi kullanma ve teslim etme yükümlülüğü olsa dahi, malzemeyi imal yönüyle bir yükümlülüğü bulunmamaktadır⁶⁹⁰.

Sözleşmede bir hüküm veya bu konuda bir âdet bulunmadığı takdirde, malzemeyi yüklenici ya da iş sahibinden hangisinin temin etmesi gerektiği hususunda, kanunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır⁶⁹¹.

Sözleşmenin konusunu oluşturan, taahhüt edilmiş olan eserin yapısının iş sahibinin malzemeyi sağlamasına elverişli olmaması ve iş sahibinin eserin meydana getirilmesi yöntemine dair hâkimiyetinin ve bilgisinin bulunmaması dolayısıyla esere uygun olan malzeme türünü belirlemesi konusunda güçlük yaşanacağı görüldüğünden, çoğunlukla bu tür sözleşmelerin, malzemenin iş sahibi tarafından temin edilmesine uygun olmadığı görülmektedir⁶⁹². Ancak Türk Borçlar Kanunu'nun 472. madde hükmünün emredici bir düzenleme olmaması dolayısıyla, malzemenin yüklenici yerine iş sahibi tarafından temin edilmesine de bir engel bulunmamaktadır⁶⁹³.

Tandoğan, Türk Borçlar Kanunu'nun 472. maddesi 1. fıkra lafzı itibariyle, yüklenicinin malzemenin ayıplı olması halinde iş sahibine karşı satıcı gibi sorumlu olması ve malzemenin iş sahibi tarafından sağlandığı ikinci fıkradan önce yüklenicinin temin edeceği birinci fıkranın düzenlenmiş bulunması dolayısıyla; kural olarak malzemenin yüklenici tarafından temini gerektiği yorumunun daha elverişli olduğunu savunmuştur⁶⁹⁴. Zevkliler/Gökyayla ise, sözleşmede aksine bir düzenleme bulunmadığı takdirde, kural olarak, malzemenin iş sahibi tarafından sağlanmasının gerekli olduğu görüşündedir⁶⁹⁵.

Gerek diş hekiminin üstlenmiş olduğu estetik diş hekimliği müdahaleleri, gerekse estetik cerrahın uygulamış olduğu tıbbî müdahaleler bakımından; uygulanacak tıbbî müdahale hakkında bilgi ve ihtisas sahibi olmayan hastanın, kullanılacak malzeme ve araçları tedarik etmesi ya da araç ve malzemelere ilişkin,

⁶⁹⁰ TANDOĞAN, s. 104; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 543.

⁶⁹¹ TANDOĞAN, s. 104; YAVUZ, s. 1015; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 543; EREN, s. 616.

⁶⁹² YAVUZ, s. 1015-1016.

⁶⁹³ YAVUZ, s. 1016.

⁶⁹⁴ TANDOĞAN, s. 105; aynı görüşte YAVUZ, s. 1015.

⁶⁹⁵ ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 544.

talimat niteliğinde dahi olsa bir seçim yapması mümkün bulunmamaktadır⁶⁹⁶. Bu sebeple Kanunda hüküm altına alınmış, malzemenin iş sahibi tarafından sağlanması hâline ilişkin düzenlemeler, hekim ve diş hekimlerinin yapmış oldukları tıbbî müdahalelere uygulanamayacaktır. Aksine bir sözleşmenin olmaması hâlinde, diş hekiminin; kullanacağı araç, gereç ve malzemeyi sağlaması teamülden olduğu gibi, bu sebeple oluşacak giderleri de ödeme zorunluluğu bulunmaktadır⁶⁹⁷. Diş hekiminin kullanmış olduğu malzemenin seçimi ve bu malzemelerin kalitesi bakımından da hastaya karşı sorumlu olduğu, Türk Borçlar Kanunu'nun yüklenicinin borçlarının düzenlendiği 471. maddesinin son fıkrasından ve malzeme bakımından sorumluluğun düzenlendiği 472. maddenin ilk fıkrasından anlaşılmaktadır⁶⁹⁸.

Malzemenin yüklenici tarafından sağlandığı hâllerde, bu malzemenin en üst kalitede olması şart bulunmamakla birlikte, en azından, eserin sözleşmede kararlaştırılan tarz ve niteliğe uygun surette meydana getirilmesine elverişli olması gerekmekte, aksi takdirde yüklenicinin iş sahibine karşı Türk Borçlar Kanunu'nun 472. maddesi gereği sorumluluğu doğmaktadır⁶⁹⁹. Diş hekimliği müdahalelerinde de, restorasyonun yapısını oluşturan malzemelerin, sözleşmede yüklenici olan diş hekimi tarafından sağlanması hâlinde; bu malzemenin ayıpsız olması, taraflar arasındaki sözleşmede açıkça kararlaştırıldığı şekilde, kullanım amacına elverişli nitelikte olması ve bu şekilde kullanılma zorunluluğu bulunmakta, bu borca aykırılık diş hekiminin sorumluluğunu doğurmaktadır⁷⁰⁰.

Yüklenicinin temin etmiş olduğu malzemenin, sözleşmede aranılan nitelikleri barındıracak nitelikte eserin meydana getirilmesinde elverişli olması, aksine bir anlaşma bulunmadığı takdirde, Türk Borçlar Kanunu'nun 86. maddesinde de ifade edildiği üzere, bu malzemenin ortalama nitelikten düşük olmaması gerekmektedir. Bu sınırlar çerçevesinde yüklenicinin malzemenin çeşidi, imalatçısı ya da satıcısını seçme özgürlüğü bulunmaktadır⁷⁰¹. Kural olarak, orta kalitedeki malzeme, ayıpsız malzeme sayılmakta; ayıpsız malzeme de tarafların sözleşme ile kararlaştırmış oldukları eserin sözleşmeye uygun olarak meydana getirilmesinde elverişliliği olan

⁶⁹⁶ ÖZAY, s. 93.

⁶⁹⁷ BULUT (Sözleşme), s. 63.

⁶⁹⁸ BULUT (Sözleşme), s. 66.

⁶⁹⁹ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 544.

⁷⁰⁰ BULUT (Sözleşme), s. 66.

⁷⁰¹ TANDOĞAN, s. 106.

malzeme anlamına gelmektedir. Elverişliliğin gerçekleşmesi de, sözleşmenin taraflarının kararlaştırdığı eserin, kararlaştırdıkları tarz ve niteliğe uygun surette meydana gelmesi ile söz konusu olacaktır⁷⁰².

Malzemenin yüklenici tarafından sağlandığı eser sözleşmesinde, malzemenin ayıplı olması halinde, yüklenicinin iş sahibine karşı satıcı gibi sorumlu olduğu Türk Borçlar Kanunu'nun 472. maddesinde hükme bağlanmıştır⁷⁰³.

Öğretide baskın olan görüş⁷⁰⁴, Türk Borçlar Kanunu'nun 472. maddesi uyarınca, yüklenici tarafından sağlanan malzemedeki ayıp dolayısıyla, yüklenicinin, satış sözleşmesindeki satıcının ayıptan doğan sorumluluğu hükümlerinden sorumlu tutulması gerektiği yönündedir⁷⁰⁵. Dolayısıyla, malzemeyi sağlayan dış hekiminin, malzemedeki ayıp sebebiyle satıcı gibi sorumluluğunun olması sebebiyle, kullanılacak malzemenin seçimi ve restorasyon yapımında kendi kusurunun varlığından söz edilemese dahi bu ayıp sebebiyle sorumluluğu söz konusu olacaktır. Aynı zamanda, malzemeye gelen hasara da onu sağlayan, dış hekimi katlanacaktır⁷⁰⁶. 472. madde hükmünde yer alan ayıba karşı tekeffül, yüklenicinin sağladığı malzemedeki ayıplara ilişkin olmakla birlikte, iş sahibinin seçimlik haklarını düzenleyen 475. madde hükmü, meydana getirilen eserdeki ayıp dolayısıyla yüklenicinin sorumluluğunu düzenlemektedir. Türk Borçlar Kanunu'nun 475. maddesi dolayısıyla sorumluluk, malzemenin yüklenici tarafından temin edilmediği durumda dahi ortaya çıkan, daha çok, işin iyi icra edilmemesi ya da kullanılan malzemedeki ayıp olmasa dahi, bu malzemenin görülen iş için uygun olmaması dolayısıyla meydana gelen ayıpların varlığı hâlinde söz konusu olacaktır. Malzemenin yüklenici tarafından temin edildiği ve malzemedeki ayıp dolayısıyla eserin de ayıplı olarak meydana getirilmesi durumunda yine Türk Borçlar Kanunu'nun, iş sahibinin seçimlik haklarını düzenleyen 475. maddesine de dayanılması mümkündür⁷⁰⁷.

⁷⁰² EREN, s. 617.

⁷⁰³ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 544; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 768.

⁷⁰⁴ Bkz. TANDOĞAN, s. 107, dn. 108a

⁷⁰⁵ YAVUZ, s. 1016.

⁷⁰⁶ BULUT (Sözleşme), s. 66.

⁷⁰⁷ TANDOĞAN, S. 107.

Gauch ise, Türk Borçlar Kanununun 472. maddesinin tarihsel gelişimini ve malzemedeki ayıp ile eserdeki ayıbın değişik hükümlere tabi tutulmasının, hukukî açıklık ve güvenlik yönünden karışıklığına yol açacağını gerekçe göstererek, ayıba karşı tekeffül konusunda Türk Borçlar Kanunu'nun 475. maddesinin uygulanması gerektiğini savunmuştur⁷⁰⁸.

Tunçomağ ve vonTuhr – Siegwart, yüklenicinin, malzemeyi bizzat imâl borcunun bulunmaması dolayısıyla, yüklenicinin kendi temin ettiği malzemenin ayıbı sebebiyle meydana gelen zarardan, ancak malzemeyi seçmede kusurunun varlığı hâlinde sorumlu olacağı görüşündedir⁷⁰⁹.

Tandoğan ise, Türk Borçlar Kanunu'nun 472. maddesinin; malzemenin yüklenici tarafından sağlandığı hâllerde, bu malzemedeki ayıp dolayısıyla yüklenicinin satıcı gibi sorumluluğunu öngörmesi dolayısıyla, yüklenicinin, malzemeyi kendisinin imâl etmemesi ya da malzemeyi seçmede kusuru bulunmasa dahi, malzemedeki ayıp sebebiyle doğrudan doğruya doğan zararda, Türk Borçlar Kanunu'nun 229. maddesinin kıyasen uygulanarak, sorumlu tutulması gerektiğini savunmuştur⁷¹⁰.

Gauch'un savunduğu görüşün benimsendiği, malzemedeki ayıp dolayısıyla meydana gelen zararda Türk Borçlar Kanunu'nun 475. maddesinin uygulandığı durumda dahi, yüklenicinin kusuru olmasa bile, doğrudan doğruya zararın meydana geldiği durumda yine yüklenicinin sorumluluğu söz konusu olacaktır⁷¹¹.

Türk Borçlar Kanunu'nun işsahibinin sorumluluğunu düzenleyen 476. maddesi uyarınca, yüklenicinin ihtarına rağmen, iş sahibinin eser için uygun olmayan bir malzeme türünün kullanılması yönünde ısrarının bulunması halinde, yüklenicinin sorumluluğu ortadan kalkacak ve Türk Borçlar Kanununun 483. maddesinde hükmedildiği üzere, eserin iş sahibi tarafından verilen malzemenin ayıbı veya işsahibinin vermiş olduğu talimata uygun yapılması yüzünden yok olması durumunda, yüklenicinin doğabilecek olumsuz sonuçları zamanında bildirmiş olması

⁷⁰⁸ Nr. 1004-1011, TANDOĞAN, s. 107, dn. 110a'dan.

⁷⁰⁹ TANDOĞAN, s. 108, dn. 111-112'den.

⁷¹⁰ TANDOĞAN, s. 108.

⁷¹¹ TANDOĞAN, s. 108, dn. 112a'dan.

hâlinde, gördüğü işin değeri ve bu değere girmeyen giderlerin ödenmesini iş sahibinden talep hakkı bulunacaktır⁷¹².

Malzemenin iş sahibi tarafından sağlandığı hâllerde, yüklenicinin işe başlamadan önce malzemeyi muayene etmek suretiyle, sözleşmede öngörülen işin ifası için uygun olup olmadığının tespitini yaparak, malzemenin ayıplı olması hâlinde bunu iş sahibine bildirmesi gerekmektedir⁷¹³. İşin devamı esnasında malzemedeki ayıbın ortaya çıktığı hâllerde de yüklenicinin derhâl iş sahibini haberdar etme ve onun talimatını bekleme mecburiyeti bulunmaktadır. Söz konusu yükümlülüğün yerine getirilmemesi, bundan doğan zararın yüklenici tarafından Türk Borçlar Kanunu'nun 472. maddesinin 2. fıkrası uyarınca ve bu düzenlemedeki atıfla, Türk Borçlar Kanunu'nun 112. maddesi uyarınca tazminini gerektirir⁷¹⁴.

Türk Borçlar Kanununun 472. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, malzemenin iş sahibi tarafından sağlandığı hâllerde, yüklenicinin bu malzemeyi gereken özeni göstererek kullanma yükümlülüğü bulunmaktadır⁷¹⁵. Malzemenin telef olması, zarara uğraması ya da kaybolmasının, bu yükümlülüğe aykırılık dolayısıyla meydana gelmesi hâlinde, yüklenicinin Türk Borçlar Kanunu'nun 112. maddesi uyarınca zararı tazmin yükümlülüğü bulunmaktadır⁷¹⁶.

Yüklenicinin diğer bir yükümlülüğünü, Türk Borçlar Kanunu'nun 472. maddesinin 2. fıkrası gereği, iş sahibi tarafından sağlanan malzemeyi gereken özeni göstererek kullanmakla birlikte, bundan dolayı hesap verme ve artan kısmı geri verme oluşturmaktadır⁷¹⁷. Sözleşmenin, eser tamamlanmadan sona ermesi hâlinde dahi devam eden hesap verme yükümlülüğü hakkında Türk Borçlar Kanunu'nun 508. maddesinde düzenlenen, vekâlet sözleşmesine ilişkin hesap verme yükümlülüğüne dair düzenleme kıyasen uygulanacaktır⁷¹⁸.

⁷¹² TANDOĞAN, s. 108.

⁷¹³ TANDOĞAN, s. 109; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 768.

⁷¹⁴ TANDOĞAN, s. 109; YAVUZ, s. 1016; AYDOĞDU/KAHVECİ, Nalan, s. 768.

⁷¹⁵ AYDOĞDU/KAHVECİ, Nalan, s. 768; EREN, s. 618.

⁷¹⁶ TANDOĞAN, s. 109; YAVUZ, s. 1016.

⁷¹⁷ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 545; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 768.

⁷¹⁸ TANDOĞAN, s. 111; YAVUZ, s. 1016.

4. Genel İhbar (Bildirim) Borcu

Yüklenicinin, eser sözleşmesinden doğan bir borç olarak, var olan olumsuz ve önemli hususları zamanında iş sahibine bildirim borcu bulunmaktadır⁷¹⁹.

Yüklenicinin sadakat ve özen borcunun bir uzantısını, özel bir görünüm şeklini oluşturan genel ihbar (bildirim) borcu, Türk Borçlar Kanunu'nun 472. maddesinin son fıkrasında düzenlenmiştir⁷²⁰. Söz konusu madde hükmü gereği; eserin meydana getirilmesi sırasında, iş sahibinin sağlamış olduğu malzemede bir ayıbın olduğunun anlaşılması veya eserin gerektiği gibi ya da zamanında meydana getirilmesini tehlikeye düşürecek başka bir durumun ortaya çıkması hâlinde yüklenicinin bu durumu derhâl iş sahibine bildirim borcu bulunmaktadır. Bildirmediği takdirde bundan doğacak sonuçlardan sorumluluk yüklenici üzerinde olacaktır⁷²¹. Yüklenicinin bildirim borcu yalnızca işin devamı sırasında malzemede ortaya çıkan ayıplarla sınırlı bulunmamakta, sözleşmenin gereği gibi ve zamanında ifasını tehlikeye düşürecek diğer durumları, başkaca önemli nitelikte olumsuzlukları da kapsamaktadır⁷²².

Söz konusu madde hükmü dış hekimliği müdahalelerine uyarlandığında; dış hekiminin de hastasına, meydana gelebilecek önemli hususlar hakkında bildirim borcu bulunduğundan söz edilebilecektir. Eser sözleşmesinden doğan edimin ifası sırasında, ifanın gerektiği gibi ve düzenli bir şekilde icrasını engelleyecek nitelikte bir durumun ortaya çıkması hâlinde, dış hekiminin, ortaya çıkan bu durumu hastasına bildirme borcu bulunmakta; bu borca uymayan veya zamanında yerine getirmeyen

⁷¹⁹ YAVUZ, s. 1017.

⁷²⁰ YAVUZ, s. 1017; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 545-546; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 768.

⁷²¹ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 545; AYDOĞDU/KAHVECİ, Nalan, s. 768.

⁷²² YAVUZ, s. 1018; TANDOĞAN, s. 111; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 545; EREN, s. 620.

diş hekiminin Türk Borçlar Kanunu'nun 112. maddesi uyarınca, doğacak zararı tazmin etmesi gerekmektedir⁷²³.

Türk Borçlar Kanunu'nun 482. maddesinin ilk fıkrası gereği, meydana getirilecek eser için başlangıçta yaklaşık olarak belirlenen bedelin aşırı ölçüde aşılacağına anlaşılması durumunda da yüklenicinin iş sahibine derhâl bildirimde bulunması gerekmektedir⁷²⁴. Örneğin, diş hekimliği uygulamaları bakımından, maliyetin tahminin çok üzerinde olacağına öngörülmesi hâlinde diş hekiminin bu hüküm gereğince hastasına bildirimde bulunma borcu bulunmakta, başka bir örnekle, eski bir protezin tamiri edimini içeren tıbbî müdahalede de diş hekiminin hastaya bildirimde bulunması gerekliliği ihbar borcu kapsamında değerlendirilmektedir⁷²⁵. Bu hususa dair bildirim, yüklenicinin genel ihbar borcu dolayısıyla meydana gelen çeşitli açıklama ve yol gösterme borçlarından birini oluşturmaktadır⁷²⁶.

Bildirim konusunda herhangi bir şekil şartı bulunmamaktadır; bu bildirim yüklenici ya da temsilcisi vasıtasıyla gerçekleşmesi mümkündür⁷²⁷.

Yüklenicinin işin görüldüğü her aşamada tehlikenin var olup olmadığı hususunu göz önünde bulundurması ve bu borcun ifası gereği, durumu iş sahibine bildirmesi gerekmektedir⁷²⁸.

Bildirim ile geniş anlamda amaçlananın, iş sahibinin sözleşme sebebiyle zarar görmesini önlemek olması dolayısıyla; bu bildirim aydınlatmayı da kapsar nitelikte olması, önemli durumun, doğacak zarar ve sonuçların, ısrar hâlinde yüklenicinin sorumluluğunun olmayacağı hususunun da belirtilerek, iş sahibinin anlayabileceği şekilde açıklama yapılması gerekmektedir⁷²⁹.

İş sahibinin vermiş olduğu malzemenin, eserin istenilen nitelikte meydana getirilmesi için elverişli olmaması durumunda veyahut yüklenicinin şahsından kaynaklanmayan bir gecikme hâlinin olacağına anlaşılması hâli gibi

⁷²³ BULUT (Sözleşme), s. 66.

⁷²⁴ YAVUZ, s. 1018; TANDOĞAN, s. 112.

⁷²⁵ BULUT (Sözleşme), s. 66.

⁷²⁶ TANDOĞAN, s. 112.

⁷²⁷ YAVUZ, s. 1018; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 546.

⁷²⁸ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 546.

⁷²⁹ YAVUZ, s. 1017; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 546.

örneklendirilecek durumlarda, yüklenicinin iş sahibine vakit geçirmeksizin bildirimde bulunması gerekmektedir⁷³⁰.

Halen var olması ya da kesinlik taşınması şartı bulunmamakla birlikte, karşılaşıma ihtimali bulunan, işin icrasını olumsuz bakımdan etkileyen bir tehlikenin varlığının bilinmesi ya da bilinebilecek durumda olması, yüklenicinin ihbar borcunun doğması bakımından gerekli bulunmaktadır⁷³¹. Tehlikenin varlığından, konudan iş sahibinin haberdar olması örneğinde olduğu gibi, bildirimde bulunulmasının iş sahibi bakımından bir yararının olmadığı belirlendiği takdirde, söz gelimi varlığından haberdar olunan konuya bağlı tehlikenin iş sahibince göze alınmış olduğunun ispat edilmesi kaydıyla, yüklenicinin bildirim borcunun bulunmadığını kabul etmek gerekecektir⁷³².

Bildirim borcunun hiç yapılmaması ya da zamanında yerine getirilmemesi dolayısıyla yüklenici, doğacak zarardan iş sahibine karşı, Türk Borçlar Kanunu'nun 112. maddesi ve devamı hükümleri uyarınca sorumlu olacaktır⁷³³.

Yüklenicinin ihbar borcunu zamanında ifa etmesi halinde, iş sahibi, yüklenicinin zararını ödeyerek sözleşmeyi feshedebileceği gibi, yükleniciden işe devam etmesini de isteyebilir. Yüklenicinin bildirimde bulunmasına rağmen, iş sahibinin, yükleniciye işe devam etmesi yönünde ısrarının devam ettiği hâllerde, yapılan şeyin telef olmasına katlanacak taraf iş sahibi olacaktır. Türk Borçlar Kanunu'nun 483. maddesi uyarınca bu durumda, yüklenici yaptığı işin değeri ve bu değere girmeyen giderlerinin ödenmesini isteyebileceği gibi; iş sahibinin kusurunun da varlığı hâlinde yüklenici aynı zamanda zararının giderilmesini de isteyebilecektir⁷³⁴.

Diş hekimliği uygulamaları bakımından; diş hekiminin, bildirim borcunu zamanında yerine getirmesi hâlinde, hastanın iki seçimlik hakkı bulunmaktadır. Hasta, diş hekiminin zararını ödeyerek, aralarındaki sözleşmeyi feshedebilecek veyahut diş hekiminin tıbbî müdahaleye devam etmesini isteyebilecektir. Diş

⁷³⁰ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 546.

⁷³¹ YAVUZ, s. 1017; TANDOĞAN, s. 111; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 547.

⁷³² YAVUZ, s. 1018; TANDOĞAN, s. 111-112; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 547.

⁷³³ YAVUZ, s. 1018; TANDOĞAN, s. 112; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 547.

⁷³⁴ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 547; TANDOĞAN, s. 112.

hekiminin tıbbî müdahaleye devam etmesinin istenilmesi hâlinde oluşabilecek zarara katlanacak tarafı hasta oluşturacak; diş hekimi, işin değeri ve bu değere dahil olmayan giderleri de talep edebilecektir. Bu durumda hastanın da kusurunun varlığı hâlinde, diş hekiminin zararını da karşılama zorunluluğu hasta üzerinde olacaktır⁷³⁵.

Estetik diş hekimliği müdahaleleri bakımından diş hekiminin, estetik müdahaleler/operasyonlar bakımından ise estetik cerrahın; uygulanacak müdahale öncesi veya müdahale sırasında hastanın vücut yapısının, amaçlanan tıbbî müdahale için uygun olup olmadığının tespitini yaparak; vücut yapısının elverişli olmaması dolayısıyla müdahalenin yapılması mümkün olmayacaksa, hastaya bu hususu bildirim borcu bulunmaktadır. Bu borcu yerine getiren hekim/diş hekiminin, hedeflenen neticenin meydana gelmemesi dolayısıyla ayıptan doğan sorumluluk hükümleri uyarınca sorumluluğu bulunmayacaktır. Bununla birlikte; yapılacak müdahalenin, içeriğinde tehlike veya risk barındırması, meydana gelecek neticenin hastaya fiziksel ya da ruhsal yönden zarar verme ihtimalinin bulunması durumunda, hekimin/diş hekiminin hastaya yapılacak tıbbî müdahaleden kaçınması gerekmekte, aksi hâlde, her ne kadar ayıptan doğan sorumluluk hükümleri uygulanmayacaksa da, hekim/diş hekimi özen borcunun gereği gibi ifa edilmemesi veya hiç ifa edilmemesi sebebiyle meydana gelen zararı tazmin etmekle yükümlü olacaktır⁷³⁶.

5. Ayıba Karşı Tekeffül Borcu

Eserin yüklenici tarafından meydana getirilip iş sahibine teslim edilmesi borcu ile birlikte, bu eserin ayıpsız olarak meydana getirilmesi de yüklenicinin aslî borcunu oluşturmaktadır⁷³⁷. Sözleşmenin konusunun ayıpsız şekilde teslim edilmesi gerekliliği; satım sözleşmesi, kira sözleşmesinde olduğu gibi; eser sözleşmesinde de bulunmaktadır⁷³⁸.

⁷³⁵ BULUT (Sözleşme), s. 66.

⁷³⁶ ÖZAY, s. 94; ÇAKMUT, s. 182.

⁷³⁷ EREN, s. 633; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 551.

⁷³⁸ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 551.

Ayıp sebebiyle sorumluluk, Türk Borçlar Kanunu'nda, 474 ila 478. maddeler arasında düzenlenmiştir. Yüklenicinin ayıba karşı tekeffül borcunun oluşabilmesi bazı koşulların varlığını gerektirmektedir. Bu koşullar; eserin tamamlanarak teslim edilmiş olması, eserin ayıplı olması, iş sahibinin muayene ve ihbar borcunu yerine getirmiş olması ve ayıbın iş sahibinden kaynaklanmaması gerektiği olarak sayılabilmektedir⁷³⁹.

Diş hekimliği uygulamaları bakımından da; diş hekiminin ayıptan doğan sorumluluğunun doğması ancak; Türk Borçlar Kanununun 474. maddesinin ilk fıkrasında da ayıbın belirlenmesi başlığıyla belirtildiği üzere; protetik restorasyonun yapılarak hastaya uygulanmış olması, yapılan protetik restorasyonun ayıplı olması, restorasyonun ağız içine uygulanmasının arkasından hastanın muayene borcunu yerine getirmiş olması ve bulmuş olduğu ayıpları diş hekimine ihbar borcu kapsamında bildirmiş olması ile mümkündür⁷⁴⁰.

Hekim/diş hekimi ile hasta arasındaki ilişkinin eser sözleşmesi olarak nitelendirildiği durumda ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanması, hastaya yapılmış olan estetik amaçlı tıbbî müdahaleden önceki durumu ile müdahale sonrası durum karşılaştırılmak suretiyle mümkün olacaktır⁷⁴¹.

Yüklenicinin, meydana getirdiği eserin ayıplı olması dolayısıyla sorumlu tutulabilmesinin ilk koşulu, eserin tamamlanmış olarak, Türk Borçlar Kanunu'nun 474. maddesinde açıkça ifade edildiği üzere, iş sahibine teslim edilmesi ile mümkün olacaktır⁷⁴². Eserden beklenen nitelikleri taşımasa dahi, eserin tamamlanmamış hâli, teslim edilmiş kabul edilemeyeceğinden; böyle bir durumda yüklenicinin ayıp dolayısıyla sorumluluk hükümlerine tabi tutulması söz konusu olmayacaktır⁷⁴³.

Diğer koşul, tamamlanmış ve teslim edilmiş olan eserin ayıplı olmasıdır. Taraflar arasında sözleşmede kararlaştırılmış olan niteliklerin bulunmaması veya bulunması gerekli olan, lüzumlu niteliklerdeki eksikliğin mevcudiyeti, ayıp olarak

⁷³⁹ YAVUZ, s. 1025-1031; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 773; EREN, s. 634.

⁷⁴⁰ BULUT (Sözleşme), s. 67.

⁷⁴¹ PETEK (Estetik), s. 190; ARINCI/USTA, s. 88; HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 431.

⁷⁴² YAVUZ, s. 1025; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 773.

⁷⁴³ ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 552; EREN, s. 634.

nitelendirilmektedir⁷⁴⁴. Sözleşmede taraflarca belirlenmiş olan veya dürüstlük kuralına göre bulunması gerektiği hâlde bu nitelikleri eserin taşımaması hâli de ayıp olarak kabul edilmektedir⁷⁴⁵. Ayıplı olan her eserde, taraflar arasında bulunan sözleşmeye göre bulunması gerekli olan bir niteliğin eksikliği söz konusu olup, ayıplı eserin meydana getirilmesi ve teslimi, taraflar arasındaki sözleşmenin gereği gibi ifa edilmediği anlamını taşımaktadır. Ayıbın belirlenmesinde, iş sahibinin sözleşme içeriği ve dürüstlük kuralına göre nasıl bir eser beklediği hususunda haklı sayılabileceği esas alınarak, taraflar arasındaki sözleşmede aranılan nitelikler ile eserin fiilen taşımış olduğu niteliklerin karşılaştırılması gerekmektedir⁷⁴⁶.

Ayıp; fiilî veya hukukî, aslî veya ikincil, tam önemli veya daha az önemli, açık veya gizli şekilde olabilmektedir⁷⁴⁷. Teslim esnasında ilk bakışta fark edilebilen ya da özenli bir inceleme yapılmasıyla anlaşılabilen ayıplar açık ayıp olarak tanımlanmakta; gizli ayıp ise teslim anında fark edilmeyip, sonradan, kullanım sonrası ortaya çıkmaktadır⁷⁴⁸. Ayıbı, eksik iş ya da eksik ifadan ayırt etmek gerekmektedir. Genel ifadeyle bu ayırım yapıldığında; ayıbın, niteliklerdeki eksiklik olarak; eksik ifanın ise daha ziyade miktarın, kısımların tam olmaması olarak ifade edilmesi mümkündür⁷⁴⁹.

Türk Borçlar Kanunu'nun 476. maddesi uyarınca, eserdeki ayıbın, yüklenicinin açıkça yapmış olduğu ihtarla rağmen, iş sahibinin vermiş olduğu talimat dolayısıyla doğmuş olması veya bu ayıbın, sebebi her ne olursa olsun, iş sahibine yüklenebilen bir sebep olması halinde, iş sahibi eserin ayıplı olmasından doğan haklarını kullanamayacaktır. Dolayısıyla, yüklenicinin ayıp sebebiyle sorumluluğu, eserdeki ayıbın iş sahibine yüklenemediği durumlarda söz konusu olacaktır⁷⁵⁰. Eserdeki ayıbın iş sahibinden kaynaklandığı; örneğin, yüklenicinin iş sahibinden emir ve talimat aldığı hâllerde veyahut yüklenicinin meydana getireceği esere ilişkin araç, gereç, malzemenin iş sahibince kendisine teslim edildiği hâllerde yüklenici ancak

⁷⁴⁴ YAVUZ, s. 1025; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 552.

⁷⁴⁵ YAVUZ, s. 1025; EREN, s. 635; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 552; BAŞBUĞ, s. 139; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 774

⁷⁴⁶ YAVUZ, s. 1026.

⁷⁴⁷ YAVUZ, s. 1026; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 635.

⁷⁴⁸ BULUT (Sözleşme), s. 67.

⁷⁴⁹ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 553.

⁷⁵⁰ YAVUZ, s. 1031; EREN, s. 635; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 553; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 774.

iş sahibinin kendisine vermiş olduğu emir ve talimatın ya da kendisine teslim edilen araç, gereç, malzemenin işin niteliğine elverişli bulunmadığını, beklenen neticenin elde edilmesine uygun olmadığını iş sahibine bildirerek sorumluluktan kurtulabilecektir. Alanında uzman olan yüklenicinin bu konuya ilişkin olarak, iş sahibini uyarması ve onu aydınlatması gerekmektedir⁷⁵¹.

Kanunun, iş sahibinin sorumluluğunu düzenleyen 476. maddesi; estetik diş hekimliği ve estetik, plastik ve rekonstrüktif cerrahi alanındaki tıbbî müdahaleler bakımından değerlendirildiğinde; eserdeki aybın, diş hekimi/hekimin açıkça yapmış olduğu ihtar karşın, hastanın vermiş olduğu talimattan doğmuş olması veya herhangi bir sebeple hastaya yüklenebilecek olması halinde, hastanın, eserin ayıplı olması dolayısıyla haklarını kullanması söz konusu olmayacaktır.

Diş hekimi/hekimin, meslekî bilgisinin bulunması ve konumu dolayısıyla edimin ifası için gerekli olan malzemeyi bizzat temin etme borcu bulunduğu; ayrıca, hastanın da diş hekimi/hekim olduğu ya da protez gibi tıbbî malzemelerin depo, imâl veya ithal edilmesi gibi faaliyetlerde bulunduğu durumlar hariç olmak üzere; hekimin kendisine uygulamış olduğu tıbbî müdahale konusunda uzmanlık bilgisinin bulunmaması dolayısıyla Özay'ın savunduğu ve bizim de katıldığımız görüş uyarınca söz konusu madde hükmünün hekimlik sözleşmesine uygulanması ancak bahsi geçen sınırlı hâllerde söz konusu olacaktır⁷⁵².

Türk Borçlar Kanunu'nun 472. maddesinin 3. fıkrası, hekim ile hasta arasındaki eser sözleşmesine uyarlandığında; hastanın hekim/diş hekiminden talep etmiş olduğu estetik amaçlı tıbbî müdahaleye vücut yapısının elverişli olmaması durumunda; örneğin, saç ekimine ilişkin estetik operasyonda, hastanın deri yapısı dolayısıyla operasyondan kısa bir süre sonra ekilen saçın tekrar dökülebileceği durumlarda, hastada tavşan dudak rahatsızlığının bulunduğu ve izin derin olması dolayısıyla operasyon neticesinde tamamen kaybolmayacağı hâllerde ya da başka bir örnekle, göğüslere silikon takılması edimini içeren operasyonda, hastanın göğüs yapısı veya yaşı itibarıyla bu operasyonun gerçekleşmesiyle hastanın göğüslerindeki sarkmanın meydana gelebileceği durumlarda, hekimin bu durumu hastaya bildirmesi,

⁷⁵¹ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 554.

⁷⁵² ÖZAY, s. 102.

gerekli olan uyarıda bulunması hâlinde sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Ancak, estetik amaçlı tıbbî müdahalenin amacı ne olursa olsun, hastanın sağlığı bakımından, yapılmasında riskin bulunduğu hâllerde hekimin bu tıbbî müdahaleden kaçınma zorunluluğu bulunmaktadır⁷⁵³.

İş sahibi tarafından eserin kabul edilmemiş olması, yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluk hükümlerine tabi tutulması için bir diğer koşulu oluşturmaktadır⁷⁵⁴. Türk Borçlar Kanunu'nun 477. maddesinin ilk fıkrası uyarınca; eserin açık ya da zımnî olarak iş sahibi tarafından kabulü hâlinde yüklenicinin sorumluluğu ortadan kalkacaktır. Aynı maddenin ikinci fıkrası, iş sahibinin, gözden geçirme ve bildirimde bulunmayı ihmâl etmesinin de, eserin kabulü anlamını taşıdığını ifade etmektedir. Dolayısıyla bu gibi hâllerde kabul dolayısıyla yüklenici ayıptan dolayı sorumluluktan kurtulacaktır. Bununla birlikte, ilk fıkrada ifade edildiği üzere; eserin iş sahibince kabul edilmesine rağmen, yüklenici tarafından kasten gizlenen ve usulüne göre gözden geçirme esnasında fark edilmesi mümkün olmayan ayıbın varlığı hâlinde yüklenicinin sorumluluğu devam edecektir⁷⁵⁵. Borcunu ancak borçlandığı vasıftaki eseri meydana getirip teslim ettiği zaman ifa etmiş sayılacak olan diş hekimi de, bilerek gizlemiş olduğu ayıplar veya gereği gibi yapılmayan, muayenede fark edilemeyen ayıplar dolayısıyla sorumluluktan kurtulamayacak, ayıp sebebiyle sorumluluğu devam edecektir⁷⁵⁶.

İş sahibinin kabulü ile yüklenicinin ayıp dolayısıyla sorumluluğunun ortadan kalkması, teslim anında açıkça göze çarpan ayıplar ve gizli olmayan ayıplara ilişkindir. Sonradan ortaya çıkan bir gizli ayıbın varlığı hâlinde, iş sahibi bu eseri kabul etse dahi yüklenicinin sorumluluğu ortadan kalkmayacak, devam edecektir. Bununla birlikte, gizli ayıplar ve kasten saklanan, bilinebilir ayıplar dolayısıyla yüklenicinin sorumluluğu da, iş sahibinin bu ayıbı öğrenir öğrenmez yükleniciye bildirilmesine bağlı tutulmuş; zamanında yerine getirilmeyen bildirim külfetinin,

⁷⁵³ ÖZAY, s. 102.

⁷⁵⁴ EREN, s. 640.

⁷⁵⁵ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 554-555; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 774.

⁷⁵⁶ BULUT (Sözleşme), s. 63.

eserin kabulü anlamını taşıdığı Kanun'un 477. maddesinin son fıkrasında düzenlenmiştir⁷⁵⁷.

Eserin ayıplı olması dolayısıyla iş sahibinin, haklarını kullanabilmesi aynı zamanda gözden geçirme ve bildirimde bulunma edimlerini yerine getirmiş olmasına bağlıdır⁷⁵⁸.

Türk Borçlar Kanunu'nun ayıbın belirlenmesi başlıklı 474. maddesinde de açıkça ifade edildiği üzere; eserin tamamlanıp, yüklenici tarafından iş sahibine ifa amaçlı teslim edilmesinin arkasından, iş sahibinin, işlerin olağan akışına göre fırsat bulur bulmaz eseri gözden geçirmesi ve uygun süre içerisinde, varsa, belirlemiş olduğu ayıpları yükleniciye bildirme mecburiyeti bulunmaktadır⁷⁵⁹.

Kanunda, gözden geçirme ve bildirimde bulunmaya dair kesin bir süre tayin edilmemekle birlikte; bu sürenin belirlenmesinde sözleşme taraflarının sıfatı, sözleşmenin konusunu oluşturan eserin niteliği ve o iş kolundaki teamüller dikkate alınarak, makul ve özenli bir iş sahibi kıstasıyla, bu esasa göre iş sahibi için gerekli olan sürenin tanınması gerekmektedir⁷⁶⁰. Gözden geçirme süresi bakımından bir teamülün ya da yaygın bir uygulamanın olmadığı durumda esas alınacak kıstas "olanak bulur bulmaz" kıstasıdır⁷⁶¹. Türk Borçlar Kanunu'nun 477. maddesinin 3. fıkrası gereği, eserdeki ayıbın sonradan ortaya çıkması hâlinde iş sahibinin durumu gecikmeksizin yükleniciye bildirme mecburiyeti bulunmaktadır; aksi takdirde eseri kabul etmiş sayılacaktır.

Diş hekimliği uygulamaları bakımından da, yapılan protetik restorasyonun hastanın ağız içine uygulanmasının ardından hastanın bu restorasyonun, diş hekimi ile sözleşmede kararlaştırdıkları vasıfları bulundurup bulundurmadığı ve kullanım amacına uygun olup olmadığı hususunda muayene yaparak, belirlediği ayıpları diş hekimine bildirmiş olması gerekmektedir⁷⁶². Hasta, muayene ve ihbar borcunu hiç

⁷⁵⁷ YAVUZ, s. 1032.

⁷⁵⁸ YAVUZ, s. 1029, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 555.

⁷⁵⁹ YAVUZ, s. 1029; EREN, s. 641; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 555; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 774.

⁷⁶⁰ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 555-556.

⁷⁶¹ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 556.

⁷⁶² BULUT (Sözleşme), s. 67.

yerine getirmez veyahut zamanında yerine getirmez ise kendisine yapılan protetik restorasyonu zımnen kabul etmiş sayılacaktır⁷⁶³.

Restorasyonda önceki ayıplardan bağımsız olarak, sonradan meydana gelen bir problemin varlığı veya birtakım özelliklerin yitilmesi halinde diş hekimi, ayıba karşı tekeffül hükümleri uyarınca sorumlu tutulmayacaktır⁷⁶⁴. Ancak, yapılan protetik restorasyondaki var olan ayıbın büyüyerek, hastanın başka rahatsızlıklarına sebebiyet vermesi hâlinde, diş hekiminin bu ayıptaki büyüme ve yayılma ve bu duruma bağlı olarak gelişen diğer ayıplar sebebiyle sorumluluğu devam edecektir⁷⁶⁵.

Estetik, plastik ve rekonstrüktif cerrahi alanındaki estetik amaçlı tıbbî müdahaleler bakımından da, meydana getirilmiş eserin teslimi sırasında var olan bir ayıbın büyümüş olması nedeniyle başka rahatsızlıklara sebebiyet vermesi hâlinde veya ikinci bir ayıba yol açtığı durumda hekimin büyüme ve yayılma gösteren ayıp dolayısıyla ve önceki ayıpla bağlantısı bulunan ikinci ayıplar sebebiyle Türk Borçlar Kanunu'nun ayıbın belirlenmesi başlıklı 474. maddesi ve devamındaki madde hükümleri uyarınca sorumluluğu bulunmaktadır⁷⁶⁶.

Türk Borçlar Kanunu'nun 474. maddesinin ikinci fıkrasında belirtildiği üzere, taraflardan her birinin, giderini karşılamak suretiyle, eserin bilirkişi tarafından gözden geçirilmesini ve neticenin bir raporla belirlenmesini isteme hakkı bulunmaktadır. Dolayısıyla işsahibinin, gözden geçirme işlemini bizzat yapması mümkün olduğu gibi, zorunlu olmamakla birlikte, bu işi bir uzman ya da bilirkişiye yaptırmasına da, örneğin hastanın, masraflar kendisine ait olmak üzere muayenenin bilirkişi tarafından yapılmasını talep etmesine, bahsi geçen madde hükmü ile olanak sağlanmıştır⁷⁶⁷.

Ayıp bildirimiminin herhangi bir şekilde tabi olmaması dolayısıyla, sözlü olarak ya da örtülü irade beyanıyla yapılması mümkündür.⁷⁶⁸ Ancak, yapılan bildirimde yalnızca, eserin sözleşmeye uygun olmadığı ifadesi yeterli olmadığından, bu

⁷⁶³ BULUT (Yasal Sorumluluk), s. 94.

⁷⁶⁴ BULUT (Sözleşme), s. 68; BULUT (Yasal Sorumluluk), s. 94.

⁷⁶⁵ BULUT (Sözleşme), s. 68; BULUT (Yasal Sorumluluk), s. 95.

⁷⁶⁶ ÖZAY, s. 101.

⁷⁶⁷ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 556; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 774; BULUT (Sözleşme), s. 67; BULUT (Yasal Sorumluluk), s. 92.

⁷⁶⁸ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 556.

bildirim ayıbın cinsi ve niteliğini de içerecek şekilde yapılması gerekmektedir⁷⁶⁹. Bildirim hiç yapılmaması veya zamanında yapılmaması halinde iş sahibi eserin ayıplı olması dolayısıyla kendisine tanınan seçimlik haklarını kullanma hakkını kaybedecektir⁷⁷⁰.

Türk Borçlar Kanunu'nun, iş sahibinin seçimlik haklarının düzenlendiği 475. maddesi uyarınca; eserdeki ayıp sebebiyle yüklenicinin sorumlu olduğu hâllerde; örneğin, diş hekiminin eser sözleşmesi kapsamında, hastaya uygulamış olduğu, eser olarak tanımlanan tıbbî müdahalenin neticesinin ayıplı olması hâlinde; iş sahibi olan hasta sözleşmeden dönebilecek ya da bedelden indirim isteyebilecek veyahut eserin ücretsiz onarılmasını talep edebilecektir. Seçimlik hakların her biri, kullanılmakla tükenen, geri alınması mümkün olmayan haklar olup; bu hakların kullanılabilmesi yüklenicinin kusurunun olup olmamasına bağlı değilken, sayılan seçimlik haklardan biriyle birlikte iş sahibinin, zararın tazmini için de talepte bulunabilmesi, yüklenicinin kusurunun olmasına bağlıdır⁷⁷¹.

İş sahibinin sözleşmeden dönme hakkı; meydana getirilen eserin iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı derecede ayıplı olması ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olması hâlinde söz konusu olacaktır (TBK 475/I, b. 1). Sözleşmeden dönme seçimlik hakkının kullanılmasında, bu hakkın kullanılmasıyla beraber yüklenicinin uğrayacağı zarar ile bu hakkın kullanılmasında iş sahibinin yararı bir arada değerlendirilip gözetilerek; somut olayın özellikleri, hakkaniyet ve menfaat çerçevesinde eserdeki ayıbın, iş sahibince kabul edilip edilmeyecek derecede olup olmadığı belirlenecek⁷⁷²; tüm bunların değerlendirilmesi sonucunda, bedelden indirim ve onarım gibi seçimlik hakların kullanılmasının da iş sahibi bakımından faydasız olduğu hâllerde sözleşmeden dönme yoluna gidilebilecektir⁷⁷³. Hekimin/diş hekimin uygulamış olduğu tıbbî müdahaleler

⁷⁶⁹ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 557.

⁷⁷⁰ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 558.

⁷⁷¹ YAVUZ, s. 1035-1041; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 558-559; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 775; BULUT (Yasal Sorumluluk), s. 93; ÖZAY, s. 97, 100

⁷⁷² YAVUZ, s. 1037.

⁷⁷³ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 560.

bakımından, hastanın kabulden kaçınma hakkını kullanması, sözleşmeden dönme olarak yorumlanmaktadır⁷⁷⁴.

Türk Borçlar Kanunu'nun 475. maddesinin son fıkrasında; eserin, iş sahibinin taşınmazı üzerinde yapılmış olup, sökülüp kaldırılmasının aşırı zarar doğuracak olması hâlinde, iş sahibinin, sözleşmeden dönme hakkını kullanamayacağı düzenlenmiştir. Hekim ile hasta arasındaki eser sözleşmesi bakımından, hastanın vücudu üzerinde meydana getirilmiş olan eserin kaldırılmasının hastanın sağlığı bakımından da estetik görünümü bakımından da geri dönülemez noktalara varabileceği durumlarda, hekimin bu seçimlik hakkın hasta tarafından kullanılmasına karşı çıkması gerektiği, hastanın zarar görmesinin engellenmesi amacıyla savunulmaktadır. Özay'ın savunduğu bu görüş uyarınca, dış hekiminin hastaya uygulamış olduğu örneğin, köprü, implant gibi tıbbî müdahalelerin hasta tarafından kabul edilemeyecek derecede ayıplı olması ve sökülmesi ve ilk başa dönülmesinin de olanak dahilinde olduğu durumlarda hastanın bu seçimlik hakkını kullanmasına bir engel bulunmamakta, ancak bu gibi hâllerde hastanın seçimlik hakkını kullanabilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁷⁷⁵.

Maddi olgunun; göğüslere silikon takılması ve istenilen ve kararlaştırılan biçime uygun olarak güzel bir görünümün kazandırılması olduğu ve davanın dayanağının Borçlar Kanunu m. 360/ Türk Borçlar Kanununun 475. maddesinde düzenlenen iş sahibinin/hastanın ayıp sebebiyle seçimlik haklarının olduğu, yargıya intikal eden olayda; özetle, davacı hasta, davalı Estetik Merkezinde, davalı doktorun yapmış olduğu ameliyat sonrası doğabilecek komplikasyonlar bakımından davalı Estetik Merkezi tarafından kendisine hiçbir bilgi verilmediği, operasyon sonrasında korkunç bir ağrı ve nefes alma problemi çektiği, ülkesine döndükten sonrasında da ağrılarının devam ettiği, müdahalenin ardından geçen 10. günün sonunda sargılarını açtığında sağ göğsünden kan sızdığını fark etmesi üzerine yurtdışında yaşadığı yerde başka bir hastaneye gittiğini, sağ göğsündeki kan sızıntısının hekim hatası dolayısıyla gerçekleştiğinin söylendiği ve ikinci bir ameliyat olduğu iddiası ve yapmış olduğu masraflar ve ailevi, sosyal, iş hayatında bu sebeple yaşamış olduğu sıkıntılar nedeniyle maddi ve manevi tazminat talebinde bulunmuştur. Adli Tıp Kurumu

⁷⁷⁴ BULUT (Sözleşme), s. 68; BULUT (Yasal Sorumluluk), s. 93.

⁷⁷⁵ ÖZAY, s. 98.

Başkanlığı 2. İhtisas Kurulu, raporunda, komplikasyon olduğunu, operasyonu yapan hekimin hastayı muayene etme şansının kalmadığını, hekime atfı kabil bir kusurun tespit edilmediğini belirtmiş, İhtisas Kurulu raporunun esas alınarak, mahkemenin reddettiği dava davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Yargıtay, estetik amaçlı operasyonun tıbbın gereklerine uygun şekilde yapılıp yapılmadığı, amacına ulaşip ulaşmadığı, davacının geçirdiği operasyonun sonucuna ulaşip ulaşmadığı, beklenen sonucun meydana gelmemesinde davalılara yüklenebilecek herhangi bir kusur bulunup bulunmadığı, **yapılan işin kabule icbar edilemeyecek derecede ayıplı olup olmadığının tespiti yönünden rapor düzenlenmesi gerektiğini**; dosyanın Adli Tıp Genel Kuruluna gerektiğinde davacı ile birlikte sevkiyle yeni bir rapor alınması ve oluşacak sonuç dairesinde hüküm tesisi gerekirken, mahkemenin Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Kurulu raporu doğrultusunda, eksik inceleme ve yanılığlı değerlendirme ile karar vermiş olmasını doğru bulmayarak, kararı hasta lehine bozmuştur⁷⁷⁶.

Burun ve göğüs estetiğine ilişkin, yargıya intikal eden bir başka olayda da; davacı hasta göğüs ve burun estetiği operasyonlarının yapılması ile vaad edilen görünümünden çok daha kötü bir neticenin meydana geldiği, manken ajansına bağlı olarak çalıştığı ve bu yeni görünüm nedeniyle iş kaybına uğradığı iddiası ile maddi ve manevi tazminat talebinde bulunmuştur. Mahkemenin, davacının, iş kaybına uğradığını ispat edemediği ve bedeli ödenmiş olan ameliyatın tarafların anlaşmasıyla gerçekleşmiş olduğu gerekçesiyle maddi tazminatı reddettiği ve belli bir miktar manevi tazminata hükmettiği karar her iki tarafça temyiz edilmiştir. Davanın konusunu oluşturan uyumsuzluk, estetik amaçlı yapılan operasyon neticesinde, yüklenici olan hekimin hatasına dayalı olarak işin sözleşmeye uygun yapılmaması nedeniyle verilenlerin iadesi ve maddî ve manevî tazminata ilişkin bulunmaktadır. Adli Tıp Kurumu, burun ameliyatı yönünden ortaya çıkan, burundaki eğrilik sonucunu beklenen sonuç olarak değerlendirmiş, göğüs ameliyatı yönüyle de beklenen neticenin alınamadığı ve beklenen durum, silikon protez etrafında kapsül oluşumu iken, kapsül oluşumu olmadığı durumda hekim kusuru olarak değerlendirilmesi gerektiği olayda kapsül olduğunu gösteren bir belgenin de

⁷⁷⁶ Yargıtay 3. HD, 26.11.2015, 2015/11701 E, 2015/19001 K, GÖKCAN (Tıbbî Müdahale), s. 1232-1234'ten.

bulunmaması dolayısıyla, davalı hekimin davranışının tıp kurallarına uygun olmadığı, ortaya çıkan neticenin büyük oranda düzeltilmesinin mümkün olduğu yönünde değerlendirmede bulunmuştur. Yargıtay, Adli Tıp Kurumu raporunda da belirtildiği üzere, davacı hastanın estetik amaçlı yapılan burun ve göğüs operasyonunda davalı hekimin kusurlu ve yapılan operasyonun da ayıplı olduğu konusunda uyuşmazlığın bulunmadığını belirtmiş; yapılan işe, işin ayıplı olmasına, davalının kusuruna ve yapılan ödemelere göre değerlendirme yapıp, **davacının operasyon ücreti olarak ödemiş olduğu bedelin iadesine** ilişkin tespit yapıp, bunun neticesine göre karar verilmesi gerekirken operasyon bedeline ilişkin talebin tümüyle reddine gidilmesini doğru bulmamış, hasta lehine bozma kararı vermiştir⁷⁷⁷.

Saç ekimine ilişkin, Tüketici Mahkemesine gelen bir başka kararda da; davacı/tüketici hasta, saç ekilmesi ihtiyacı olması sebebiyle hastane bünyesinde davalı hekimle görüşmüş ve hekimin bu müdahale ile hastanın saçlarının çıkacağı ve bir sıkıntı yaşamayacağını beyan ettiği iddiasında bulunarak operasyon geçirmeye karar verdiğini belirtmiş, hekimin 1 yıl içerisinde hastanın saçlarının çıkacağı vaadinde bulunduğunu, ancak 2 yıl geçmesine rağmen bir netice alamadığını, müdahaleyi iki hemşirenin yaptığı, doktorun müdahale sırasında bulunmadığı, müdahale sonrasında da kendisine hekim tarafından hiçbir bilgi verilmediği, yapılacak ameliyatın gerçekleşmesi halinde kendisine %100 saçlarının çıkacağı yönünde garanti verilmiş olduğu ve müdahale öncesinde kendisine imzalatılan evrakın, saçların çıkmaması halinde parayı geri talep edemeyeceğine ilişkin olduğunu yeni öğrendiği iddiası ile, ödemiş olduğu paranın faiziyle birlikte tarafına iadesini talep ve dava etmiştir. Mahkeme, uyuşmazlık konusunun yapılan işlemin ayıplı olup olmadığı ve bedel iadesi şartlarının mevcut olup olmadığına ilişkin olduğunu belirtmiş, konuda uzman bilirkişinin raporu ve ek raporunda belirtildiği üzere, saç ekimi işleminin konuda uzman cerrah tarafından yapılması gerektiği, davacı tüketiciye yapılan saç ekimi işlemi neticesinde, saç köklerinin yeterli sayıda çıkmadığı, yapılan işlemin ayıplı olduğu, işlem neticesinde ortaya çıkan mevcut durumun davacı tüketicinin sözleşmeyi yaparken elde etmek istediği amaca uygun olmadığı, bu durumda **bedel iadesine ilişkin olarak talep hakkının mevcut**

⁷⁷⁷ Yargıtay 3. HD, 2.4.2015, 2015/1917 E, 2015/5441 K, GÖKCAN (Tıbbî Müdahale), s. 1236-1237'den.

olduğunun anlaşılması dolayısıyla davayı kabul ederek, ödenmiş bedelin yasal faiziyle davalıdan alınmasına hükmetmiş, Yargıtay da mahkeme hükmünü onamıştır⁷⁷⁸.

Eserin yok olması, biçimindeki değişiklik gibi hâllerin işsahibinin sorumlu olduğu bir nedenden doğması veyahut, eserdeki ayıbı bilmesine rağmen bu eseri kullandığı durumda kural olarak işsahibinin sözleşmeden dönme seçimlik hakkını kullanamayacağı kabul edilmektedir⁷⁷⁹.

İşsahibince bulunulacak dönme beyanının açık veya zımnî şekilde yapılması mümkündür⁷⁸⁰.

Baskın görüşe göre dönmenin, tek taraflı bozucu yenilik doğuran bir beyan olduğu kabul edilerek, hüküm ve neticelerini geçmişe etkili şekilde doğurduğu ifade edilmektedir⁷⁸¹. Eren ise dönmenin, geleceğe etki eden değiştirici yenilik doğuran bir hak olduğunu savunarak, geçmişe etkili sonuçlar doğurduğu yönündeki görüşlere katılmamaktadır⁷⁸². İşsahibinin seçimlik haklarından dönme hakkını kullanmasında tartışmalı olan husus, bu hakkın kullanılmasının sözleşmeden doğan borçlara olan etkisi üzerinde toplanmaktadır. Yavuz bu hususta, henüz yerine getirilmemiş sözleşme yükümlülükleri bakımından, hakkın sona ermiş olduğu itirazı ile birlikte bu yükümlülüklerin kendiliğinden sona ermiş sayılacağını, yerine getirilmiş, sözleşmeden doğan edimler bakımından ise, dayanağını sözleşmenin oluşturduğu geri verme talebiyle edimlerin taraflara geri verilmesinin sağlanabileceği görüşünü savunmaktadır⁷⁸³.

İşsahibinin, seçimlik haklarından birini de; eseri alıkoyarak ayıp oranında bedelden indirim isteme hakkı oluşturmaktadır (TBK 475/I, b. 2). Bedelden indirim isteme hakkını işsahibi, meydana getirilen eserin ağır ayıplı veya sözleşmeye ağır derecede aykırı olmadığı hâllerde, bir başka ifadeyle, hafif ayıbın olduğu hâllerde

⁷⁷⁸ Yargıtay 3. HD, 8.12.2016, 2015/16392 E, 2016/14350 K, GÖKCAN (Tıbbî Müdahale), s. 1240-1242'den.

⁷⁷⁹ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 560.

⁷⁸⁰ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 559.

⁷⁸¹ YAVUZ, s. 1036, 1037; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 560.

⁷⁸² EREN, s. 649.

⁷⁸³ YAVUZ, s. 1038.

kullanacaktır⁷⁸⁴. Bu seçimlik hakkın kullanılması; eserdeki ayıbın sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasını anlamsız kılacak derecede var olması hâlinde söz konusu olabilecektir⁷⁸⁵. Eserdeki ayıbın ya da sözleşmeye aykırılık hâlinin, sözleşmeden dönme seçimlik hakkının kullanılmasını haklı gösterecek derecede bir ağırlık teşkil etmediği durumda iş sahibi; bozucu yenilik doğuran hakkın kullanılması niteliğinde olan, bedelden ayıp oranında indirim talep etme seçimlik hakkını kullanabilecektir⁷⁸⁶. Bu hakkın kullanılmasının da, sözleşmeden dönme beyanında olduğu gibi herhangi bir şekil şartı bulunmamaktadır; açık veya zımnî irade beyanı ile kullanılması mümkündür⁷⁸⁷.

Bedelden indirim hakkını kullanabilmenin ikinci şartını, ayıbın meydana getirilmiş eserin değerini düşürmüş olması oluşturmaktadır. Teslim edilen ayıplı eser ile sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde meydana getirilmesi gereken eser arasındaki değer farkı, eserin değerindeki düşmeye işaret etmektedir⁷⁸⁸. İş sahibi bu seçimlik hakkını kullanarak, ayıp sebebiyle eserdeki değer eksikliği oranında, başka bir ifadeyle; eserin ayıplı olarak teslim edilmiş hâli ile ayıpsız olarak teslim edildiğinde taşınması gereken değer arasındaki farkın karşılığı oranında bedelden indirim yapılmasını yükleniciden isteyebilecektir⁷⁸⁹.

Ayıplı eserin; değer farkı belirlemede eserin piyasadaki objektif satış bedeli kıstası göz önünde bulundurularak, objektif olarak hiçbir değerinin bulunmadığı hâllerde; iş sahibinin satış sözleşmesi hükümlerine kıyasen, kendisine tanınan seçimlik haklardan yalnızca sözleşmeden dönme hakkını kullanabileceği ifade edilmektedir⁷⁹⁰.

Bedel indirimi seçimlik hakkının kullanılması, dış hekimi/hekim ile hasta arasındaki eser sözleşmesi bakımından değerlendirildiğinde; ayıbın derecesi ve hastada yaratmış olduğu zarar yönüyle inşaatlarda olduğu gibi tespit yapılamayacağı ve hastanın hekimlik sözleşmesinden doğan edimi her ne kadar para olsa dahi, dış hekimi/hekimin ediminin para ile ölçülebilen, ayıp oranı ile

⁷⁸⁴ EREN, s. 650.

⁷⁸⁵ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 561.

⁷⁸⁶ YAVUZ, s. 1039.

⁷⁸⁷ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 561.

⁷⁸⁸ EREN, s. 650.

⁷⁸⁹ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 561.

⁷⁹⁰ YAVUZ, s. 1039; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 561.

değerlendirme yapılarak maddi değer tespitinin yapılmasına elverişli bir edim olmadığı görüşü savunularak, bu maddenin hekimlik sözleşmesine uygulanma ihtimalinin oldukça az olduğu ifade edilmektedir⁷⁹¹.

Aşırı bir masraf gerektirmediği takdirde, bütün masraflarını yüklenicinin karşılaması suretiyle, iş sahibinin eserin ücretsiz olarak onarımını isteme hakkı da kendisine tanınan seçimlik haklardan birini oluşturmaktadır (TBK 475/I, b. 3). Onarımın aşırı masrafı gerektirmemesi gerektiği tabiriyle kast edilen husus, sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasını imkânsız kılacak bir derecede, eserin ayıplı olmasıdır. Söz konusu durumun varlığı hâlinde iş sahibi, bedelden indirim talebinde bulunmak yerine, ayıbın giderilmesini isteyerek, eserin, tarafların sözleşmede kararlaştırdığı hale gelmesi için gerekli olan tüm masraflar yükleniciye ait olmak üzere onarımını talep edebilecektir⁷⁹².

Ayıbın giderilmesi, hekim/dış hekim ile hasta arasındaki ilişkide, eserin sözleşmeye uygun surette, ayıpsız duruma getirilmesi amacıyla, hekim/dış hekiminin masraflar kendi üzerinde olmak üzere, yeni bir çalışma yapması olarak ifade edilmektedir. Bu seçimlik hakkın kullanılması bakımından, hekim/dış hekim kendiliğinden ayıbın giderilmesi amacıyla ifada bulunamayacağından, onarım ancak hastanın beyanı ile gerçekleştirilecektir⁷⁹³.

İş sahibinin ayıbın giderilmesi seçimlik hakkını kullanabilmesi ancak eserdeki onarımın aşırı bir masraf gerektirmemesi ve objektif olarak ayıbın giderilmeye elverişli niteliğe sahip olması halinde mümkün olacaktır⁷⁹⁴. Ayıbı giderme masraflarının yüklenici üzerinde olmasının doğal neticesi olarak; yüklenicinin ayıbı gidermeyi reddetmesi veyahut bu ayıbı giderebilecek durumda bulunmaması hâlinde yine masrafları yüklenicinin kendisinin üstlenmesi suretiyle, iş sahibinin ayıbın üçüncü bir kişi tarafından giderilmesini talep hakkı bulunmaktadır⁷⁹⁵.

Yüklenici tarafından ifa edilecek, ayıbın giderilmesi borcu, yapma borcunu oluşturmaktadır. Dolayısıyla, hekim/dış hekiminin bu borcun ifasından kaçınması

⁷⁹¹ ÖZAY, s. 99.

⁷⁹² ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 562.

⁷⁹³ ÖZAY, s. 100.

⁷⁹⁴ YAVUZ, s. 1040; EREN, s. 651; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 562; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 776-777; ÖZAY, s. 100.

⁷⁹⁵ EREN, s. 651; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 562.

durumunda, Türk Borçlar Kanunu'nun 113. maddesinin ilk fıkrası⁷⁹⁶ uygulama alanı bulacaktır⁷⁹⁷. İş sahibinin, seçimlik hakkı çerçevesinde onarım isteğinde bulunduğu hâlde, yüklenicinin bu edimin ifası amacıyla girişimde bulunmada geciktiği ve objektif olarak makul bir yüklenicinin kullanması gereken süre içerisinde bu ayıbın giderilmemesi hâlinde, iş sahibini yükleniciye karşı borçlunun temerrüdü hükümlerinin uygulanmasını talep edebilecektir⁷⁹⁸.

Yüklenici tarafından ayıbın giderilmesi neticesinde tekrar ayıplı bir eserin meydana getirildiği durumda, iş sahibi eserin ayıplı olması dolayısıyla sahip olduğu seçimlik hakları yeniden kullanabilecektir⁷⁹⁹.

Estetik diş hekimliği müdahaleleri ve estetik, plastik ve rekonstrüktif cerrahi alanında diş hekimi/hekim ile hasta arasındaki ilişkinin eser sözleşmesine tabi olduğu durumda, hastanın, seçimlik haklardan en çok onarım hakkını tercih ettiği görülmektedir. Örneğin, dişindeki dolgusu kısa bir sürede düşen, estetik amaçlı olarak yapılan burun operasyonu neticesinde burnun hastanın istediği şekilde yapılmamış olduğu, liposuction ameliyatı ile taahhüt edilen miktarda yağın alınmamış olduğu ya da başka bir örnekle dövme izinin tamamıyla silineceği taahhüt edilen operasyonda bu izin taahhüt edildiği gibi tamamıyla yok edilmediği hâllerde hasta yeniden bir ücret ödemeksizin, masrafları da kendisi üzerinde olmamak üzere aynı hekim/diş hekimi tarafından ayıbın giderilmesini talep edebilecek; ilk hekim/diş hekimine karşı güvenini yitirmiş olması ve bu güvensizliği de ispatlamak koşuluyla, hâkime başvurarak ayıbın bir başka hekim/diş hekimi tarafından giderilmesini talep edebilecek; bu durumda da yapmış olduğu ya da yapacağı masrafları ilk hekim/diş hekiminden isteyebilecektir⁸⁰⁰.

Türk Borçlar Kanunu'nun 475. maddesinin 2. fıkrası uyarınca; iş sahibinin genel hükümlere göre tazminat talebinde bulunma hakkının saklı olduğu ifade edilmektedir. İş sahibi kendisine tanınan seçimlik haklardan; sözleşmeden dönme,

⁷⁹⁶ Türk Borçlar Kanunu'nun 113. maddesinin ilk fıkrası uyarınca; yapma borcunun, borçlu tarafından ifa edilmemesi hâlinde, alacaklının, masrafı borçluya ait olmak üzere edimin kendisi veya başkası tarafından ifasına izin verilmesini isteyebileceği düzenlenmiştir; her türlü giderim isteme hakkının da saklı olduğu ifade edilmiştir.

⁷⁹⁷ ÖZAY, s. 100.

⁷⁹⁸ YAVUZ, s. 1040; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 562.

⁷⁹⁹ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 562.

⁸⁰⁰ ÖZAY, s. 100.

bedelden indirim ya da onarım talebi ile birlikte zararının tazminini isteyebileceği gibi, yükleniciden yalnızca tazminat talebinde de bulunabilecektir⁸⁰¹. Seçimlik haklardan biriyle birlikte tazminat talebinde bulunulması halinde, iş sahibi ancak eserdeki ayıbın neticesi olarak meydana gelen zararı, başka bir ifadeyle, ayıbın sonraki neticesi olan ve ayıbın neden olduğu değer düşüklüğünün dışında bulunan ve takip eden zarar olarak nitelendirilen zararı talep edebilecektir⁸⁰². Eserin ayıplı olması dolayısıyla doğan zarar, genellikle seçimlik haklardan bedelden indirim ya da eserin onarımı suretiyle karşılanabileceğinden, bu tür zararlar tazminat kapsamında değerlendirilmemektedir⁸⁰³. Yavuz, taraflar arasında satış sözleşmesinin olduğu hâllerde satıcının ayıptan doğan bir sorumluluğunun söz konusu olması hâlinde alıcının müspet zararının tazminini talep etme hakkının da seçimlik haklar arasında düzenlenmiş olduğu gibi; eser sözleşmesinde de bu hakkın iş sahibine tanınması gerektiğini, eser sözleşmesinde yüklenicinin ayıplı bir eseri iş sahibine teslim etmesi hâlinde, borcun gereği gibi ifasında temerrüde düşen yükleniciye karşı, iş sahibinin de diğer seçimlik haklardan ayrı olarak, Türk Borçlar Kanunu'nun 125. maddesinde düzenlenmiş olan seçimlik haklardan ifadan vazgeçerek ifa menfaatinin tazminini talep hakkına sahip olması gerektiğini savunmaktadır⁸⁰⁴.

Ayıplı eser dolayısıyla meydana gelen zararın yükleniciden tazmininde, kural olarak kusur sorumluluğu esasına dayanılacaktır⁸⁰⁵.

Yükleniciden tazminat talebinde bulunulması genel hükümlere dayandığından, iş sahibinin gözden geçirme ve bildirimde bulunma külfetini yerine getirme mecburiyeti bulunmamaktadır⁸⁰⁶.

⁸⁰¹ YAVUZ, s. 1040; EREN, s. 652; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 563.

⁸⁰² ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 563.

⁸⁰³ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 563.

⁸⁰⁴ YAVUZ, s. 1041.

⁸⁰⁵ YAVUZ, s. 1041; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 563.

⁸⁰⁶ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 563.

B. Hastanın Eser Sözleşmesine Tabi Müdahaleler Bakımından Borçları

Eser sözleşmesinin zorunlu unsurlarından olması sebebiyle, hastanın asıl borcunu ücret ödeme oluşturmaktadır. İş sahibinin borçlarını düzenleyen, Türk Borçlar Kanunu'nun 479. maddesinin ilk fıkrası uyarınca, iş sahibinin bedel ödeme borcu eserin teslimi anında muaccel olacaktır. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, sözleşmenin taraflarının, eserin parça parça teslimini, örneğin diş hekimliği müdahaleleri bakımından, yapılan restorasyonların parça parça teslimini kararlaştırmış olmaları⁸⁰⁷ ve bedelin de parçalara göre belirlenmiş olması hâlinde, her parçanın bedeli, o parçanın teslimi anında muaccel olacaktır.

Kanunun 483. maddesinin ilk fıkrası uyarınca, eserin, örneğin yapılan protetik restorasyonun teslimden önce beklenmedik olay sonucu yok olması hâlinde, hastanın eseri teslim almada temerrüdü bulunmadıkça, yüklenici sıfatıyla hekim/diş hekimi yaptığı işin ücreti ve giderlerinin ödenmesini talep hakkı bulunmayacaktır. Bu durumda malzemeye gelen hasara onu sağlayan diş hekimi/estetik operasyonlarda hekim katlanacaktır.

İş sahibi yüzünden ifanın imkânsızlaşması hâlini düzenleyen Kanunun 485. maddesi uyarınca, eserin tamamlanmasının, örneğin plânlanan müdahalede bulunmanın, iş sahibi sıfatıyla hasta ile ilgili beklenmedik olay dolayısıyla imkânsızlaşması durumunda yüklenici olan hekim/diş hekimi yaptığı işin değeri ile bu değere girmeyen giderlerini isteyebileceği gibi; ifa imkânsızlığının ortaya çıkmasında hastanın kusurunun da varlığı hâlinde hekim ayrıca tazminat da talep edebilecektir.

Kanun'un 480. maddesine göre, bedelin götürü bedel olarak belirlendiği durumlarda, yüklenici olan hekim, eserin öngörülenden fazla emek ve masrafı gerektirmiş olması durumunda dahi belirlenen bu bedelin artırılmasını isteyemeyeceği gibi; tam tersi hâlde de, eserin öngörülenden az emek ve masrafı

⁸⁰⁷ BULUT (Yasal Sorumluluk), s. 96.

gerektirdiği durumda da hastanın belirlenen ücretin tamamını ödeme borcu bulunmaktadır.

Hastanın, ücret ödeme borcunun ifasında temerrüde düşmesi halinde, Kanun'un 123. maddesinde, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde süre verilmesini düzenleyen hüküm uyarınca, hekim, borcun ifa edilmesi için hastaya uygun bir süre verebileceği gibi, bu sürenin verilmesini hâkimden de talep edebilme hakkına sahiptir.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HATALI TIBBÎ UYGULAMA (MALPRAKTİS) VE HUKUKÎ SORUMLULUK

I. HATALI TIBBÎ UYGULAMA (MALPRAKTİS)

A. Kavram

Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın, hekimliğin kötü uygulanması başlığıyla düzenlenmiş bulunan 13. maddesi uyarınca hatalı tıbbî uygulama (malpraktis), bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesi "hekimliğin kötü uygulanması" anlamına gelmektedir⁸⁰⁸.

Latince "Mala Praxis" sözcüklerinin kökenini oluşturduğu malpraktis, Türkçe'de, tıp alanında, tıbbî uygulama hatası olarak isimlendirilmektedir⁸⁰⁹.

Dünya Tabipleri Birliği'nin 44. Genel Kurulu'nda kabul edilen sonuç bildirgesinde, tıbbî kötü uygulama, hekimin tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi uygulamaması ile oluşan zarar olarak tanımlanmış⁸¹⁰; tıbbî uygulama sırasında öngörülemez bilgi ya da beceri noksanlığı sonucu oluşan, önlenemeyen, her türlü önlem alınmasına rağmen gerçekleşen, hekimin/diğer hekiminin ya da hastanın elinde olmadan gelişen durum ise komplikasyon, istenmeyen netice olarak ifade edilerek, bu durum dolayısıyla hekimin sorumluluğunun bulunmadığı belirtilmiştir⁸¹¹. Ancak, öngörülmesi imkân dahilinde iken, istenmeyen sonucun öngörülmemesi ya da tıbbî standartlar dahilinde diğer hekiminin/hekimin önlem almadığı hâllerde, neticenin hekim tarafından istenmemiş olması, bu durumun izin verilen risk kapsamında değerlendirilmesine

⁸⁰⁸ ÖZÇETİN/BALABAN, s. 31; AYKIN/ÇINARLI, s. 348.

⁸⁰⁹ POLAT, s. 21; AYKIN/ÇINARLI, s. 347.

⁸¹⁰ POLAT, s. 21; KARAN, s. 146; DEMİRKAYA, s. 80; AYKIN/ÇINARLI, s. 348.

⁸¹¹ Bkz. ÖZTÜRKLER, s. 337; HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 632; ATEŞ (Malpraktis), s. 212, 214; KARAN, s. 146; AYKIN/ÇINARLI, s. 511-512.

imkân tanımayacak, söz konusu durumda hekimin eylemi özensiz tıbbî müdahale olarak değerlendirilerek, sorumluluğuna neden olacaktır⁸¹².

İzin verilen risk, istenmeyen yan etki gibi kelimelerle de ifade edilen komplikasyonda, öngörülememe ve/veya bilgi dahilinde olan yöntemler ile önlenememe durumu söz konusu iken, malpraktis kavramında öngörülebildiği ve önlem alınmak suretiyle meydana gelmesinin engellenmesinin mümkün olduğu hâlde öngörülme ve/veya önlem alma aşamasında bir kusurun varlığı sebebiyle meydana gelen durum söz konusudur⁸¹³.

Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı'nın 3. maddesinde de malpraktis; sağlık personelinin kast, kusur ve ihmali ile standart uygulamayı yapmaması, bilgi ve beceri eksikliği ile yanlış ya da eksik teşhiste bulunması ya da hastaya tedavi vermemesi ile oluşan ve zarar meydana getiren fiil ve durum olarak tanımlanmıştır⁸¹⁴.

Hekimin uygulayacağı tıbbî müdahale öncesi, müdahale anı ve müdahale sonrası gibi, müdahalenin tüm aşamalarının esas alındığı uygulama hatasında kast edilen, tıbbî standart ve tecrübelerle göre gösterilmesi gereken özenin gösterilmemesi ve bu sebeple olaya uygun görünmeyen her türlü hekim müdahalesidir⁸¹⁵.

Hortoğlu, malpraktis yerine tedavi hatası kavramını esas alarak, tedavi hatasını; yanlış teşhis, tedavi ve ameliyat sırasında veya sonrasında gereken özenin gösterilmemesi, yanlış iğne, hatalı tahlil, araç-gereç ve personel yetersizliği, hasta haklarının gerektirdiği özen ve dikkatin gösterilmemesi ve benzer durumlar nedeniyle ortaya çıkan bedensel ve manevî zararlar olarak tanımlamıştır⁸¹⁶.

Çetin, tıbbî uygulama hatası kavramını daha geniş yorumlayarak; hizmetleri sunan hekim, hemşire ve ilgili yasaya göre hastaya müdahale yetkisi bulunan fizyoterapist, psikolog veya diyetisyen gibi sağlık personelinin, öneri ve/veya uygulamaları sonucu, hastalığın normal seyri dışına çıkarak iyileşmesinin

⁸¹² ATEŞ (Malpraktis), s. 214.

⁸¹³ CİVANER, Murat, "Malpraktis Yerine Hizmet Kaynaklı Zarar", I. Diş Hekimliği Hukuku Sempozyumu, 22-23 Mart 2013, Ankara 2014, s. 123.

⁸¹⁴ AYKIN/ÇINARLI, s. 348.

⁸¹⁵ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 632.

⁸¹⁶ HORTOĞLU, Cengiz, "Tedavi Hataları", Güncel Hukuk, Mart 2006, s. 12.

gecikmesinden, hastanın ölümüne kadar geniş bir yelpazedeki şartların tamamı olarak ifade etmiştir⁸¹⁷.

Kıcalıoğlu ise kavramı, doktor ile hastası arasındaki vekâlet sözleşmesi uyarınca doktorun, uygulanabilir bir bakım ya da tedavi standardını ihlâl ederek, hastasına zarar vermesi olarak ifade etmiştir⁸¹⁸.

Yapılan tanımların ışığında; bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle standart müdahalede bulunmayan hekimin/diş hekiminin, yapılmış olan hata ve hata neticesinde meydana gelecek zarar nedeniyle sorumluluğu bulunmaktadır⁸¹⁹. Sorumluluk bakımından, hasta ile hekim arasındaki ilişkinin sözleşme olarak nitelendirilmesi ya da haksız fiile dayanması bakımından kusur yönünden bir fark bulunmamakta, özel hukuk ile ceza hukukunda kusur prensibi esas olduğundan, hekimin sorumluluğu ancak kusurlu uygulama hatasında söz konusu olacaktır⁸²⁰.

Tıbbî müdahaleler izin verilen risk kapsamında değerlendirilmektedir⁸²¹. Hemen hemen her çeşit müdahale, içeriğinde birtakım riskler barındırmakta olup, bu müdahaleler hastanın göreceği yarar ve uğrayacağı zarar dengesi göz önünde bulundurularak yapılmakta, öngörülebilir riskler bakımından, müdahalenin belirgin ölçüde hastanın yararına olduğu durumlarda öngörülen bu riskler müdahalenin yapılmasına engel teşkil etmemektedir. Hastanın aydınlatılarak rızasının alınması hâlinde, izin verilen risk, tıbben karşılığı komplikasyon olarak adlandırılan bu hâlde meydana gelen zarar nedeniyle hekimin sorumluluğu bulunmamaktadır⁸²².

Hekimin tıp kuralları ve gereklerine uygun davranmasına rağmen sonucun değişmemesi hâlinde, hekimin uygulamış olduğu tıbbî müdahale sebebiyle sorumluluğu doğmayacaktır⁸²³. Bir başka ifadeyle; iyatrojenik zarar olarak tanımlanan, tıbbî uygulama neticesinde meydana gelen zarar, bugün itibariyle tıp biliminin ulaştığı bilimsel ve teknik düzey, müdahalede bulunanın eğitim seviyesi,

⁸¹⁷ ÇETİN, s. 31.

⁸¹⁸ KICALIOĞLU, Mustafa, “Yargı Kararları Işığında Doktorun(Hekimin) Tıbbî Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluğu”, Terazi, Yıl: 1, S:4, Aralık 2006, s. 17,18.

⁸¹⁹ CİVANER, Murat, “Malpraktis Yerine Hizmet Kaynaklı Zarar”, I. Diş Hekimliği Hukuku Sempozyumu, Ankara 2014, s. 124.

⁸²⁰ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 633.

⁸²¹ ÜNVER, Yener, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, İstanbul 1998, s. 195 vd.

⁸²² POLAT, s. 22.

⁸²³ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 633.

müdahalenin yapıldığı ortamın koşullarının göz önünde bulundurulduğu durumda, ortam koşullarının aynı, yetkinlik seviyesi bakımından da aynı seviyede hekimin göstermesi gereken özeni gösterdiği hâlde, başka ifadeyle, bakım standardının sağlanmasına rağmen, meydana gelen zarar bu müdahalenin öngörülemez bir neticesi ise bu durum istenmeyen neticeyi oluşturacak, hekimin bu netice dolayısıyla sorumluluğu bulunmayacaktır⁸²⁴.

Öğretide, özellikle cerrahlar bakımından, kusur konusunda fazla sıkı davranılmamasının gerektiği, cerrahlığın belli tehlikeleri zaten göze alınmasını gerektirdiği sebebiyle savunulmaktadır⁸²⁵.

Karşılaştırmalı hukukta da, hekimlerin kusursuz sorumluluğu kabul edilmemekte; hekimin görevi, hastayı iyileştirmek değil, özenli tıbbî müdahalede bulunmak, tıp biliminin geldiği nokta itibariyle hastasına uygun bir tedavi sağlamak olduğundan, hastanın iyileşmemiş olması ya da zarar görmüş olması hâlinde bu durum, hekimin sorumluluğu bakımından yeterli bulunmamaktadır⁸²⁶.

Standardın altında kalınması ya da üstüne çıkılması ile meydana gelen tıbbî uygulama hatasında nitelik yönüyle, hareketin icraî ya da ihmâlî olması bakımından bir fark bulunmamakta, hekimin özen borcunun ihlâlî, müdahalenin gerektiği gibi yapılmaması şeklinde olabileceği gibi, gereken müdahalenin hiç yapılmaması hâlinde de söz konusu olabilecektir⁸²⁷.

Kastın söz konusu olmadığı tıbbî müdahalelerde, tıbbî uygulama hatası ancak ihmal suretiyle meydana gelebilecektir. Diş hekimliği uygulamaları bakımından konu ele alındığında ihmale sebebiyet veren hususlara örnek olarak; diş hekimlerinin gerektiği ölçüde, yeterli pratik ve teorik eğitimi almadan mezun olması, mezuniyet sonrasında da bilgi ve deneyim eksikliklerini gidermemeleri, eğitimdeki eksiklik ve yetersizlik dolayısıyla yapmış oldukları hatalar, hastanın muayenesi ve uygulanacak tedavi bakımından gerekli alt yapıdaki, donanımdaki eksiklik dolayısıyla yapılan hatalar, iyi bir protez yapımı için ölçünün iyi alınması örneğinde olduğu gibi iyi bir

⁸²⁴ POLAT, s. 21-22.

⁸²⁵ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 634-635.

⁸²⁶ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 635.

⁸²⁷ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 635.

el becerisinin, tecrübenin gerektiği hâlde bu tecrübedeki eksiklik dolayısıyla yapılan hatalar, etik duyarlılıktaki eksiklik gösterilebilecektir⁸²⁸.

Diş hekimleri ve hekimlerin hastaları ile güvene dayalı ilişki kurmalarının, aralarındaki iletişime dikkat etmelerinin, bilgi vermenin ötesinde hastalarının anlamasını sağlayarak, kurallara uygun surette aydınlatma ile hastalarının rızasını almalarının, hastanın tedaviyi reddetmesi hâlinde bu durumu belgelemelerinin, kayıtları düzenli tutmalarının; hastanın kendisi hakkındaki tıbben verilmiş olan kararlara katılımını sağlayacağından bahisle, oluşabilecek malpraktise karşı hekimlerin ve diş hekimlerinin bireysel olarak sınırlı dahi olsa bu gibi önlemleri alabileceği belirtilmiş; bilimsel kaynağından emin olunan müdahalelerde bulunulması, uygulama kılavuzları ve uzmanlık derneklerinin yapmış olduğu tavsiyelerin de dikkate alınmasının diş hekimleri/hekimlere dava açılması tehlikesini düşürdüğü ifade edilmiştir⁸²⁹.

B. Tıbbî Uygulama Hatası (Malpraktis) Örnekleri

Tıbbî uygulama hatalarına, genel olarak ele alındığında; başlıca, iletişim eksiklikleri, kayıt almada yapılan hatalar, yetki sınırlarının aşılması ve konsültasyonda hata yapılması, aydınlatma ve rıza almada yapılan hatalar, tanı hataları, tedavi hataları, hatalı karar verilmesi, üstlenme kusuru, müdahale sonrası gerçekleştirilmesi gereken yükümlülüklerin yerine getirilmemesi, girişim hataları ve teknik hatalar, terk etme ve gösterilmesi gereken özende eksiklik gibi alanlarda rastlandığı görülmekte⁸³⁰; diş hekimliği müdahalelerinde de tıbbî uygulama hataları; enfeksiyonların teşhisi ve tedavisinde, periodontal hastalıkların teşhisi ve tedavisindeki gecikmelerde, işlemin yanlış diş üzerinde gerçekleştirilmesinde, protetik tedavideki uyumsuzluk gibi bir çok alanda kendini göstermektedir⁸³¹.

⁸²⁸ ATEŞ (Malpraktis), s. 221.

⁸²⁹ CİVANER, s. 128-129.

⁸³⁰ POLAT, s. 24; DEMİRKAYA, s. 80; AYKIN/ÇINARLI, s. 354-355.

⁸³¹ İLBAŞ, s. 385-386.

1. Teşhis Hatası

Hekimin teşhis borcunun ne şekilde ifa edileceği, nasıl yerine getirileceğine dair hukukî bir düzenleme bulunmamaktadır⁸³². Ancak hekimin, bu borcun ifası gereği; teşhis koyabilme amacıyla gerekli tüm tıbbî müdahale ve tetkikleri yaparak, elde ettiği sonuçları tıp bilimi kuralları ışığında doğru olarak değerlendirmesi gerekmektedir. Aksi takdirde, bu alanda yapılan hatalar teşhis hatası olarak kabul edilmektedir⁸³³.

Semptomların her daim açık olmaması ve farklı sebeplere işaret etmesi mümkün olduğundan, yapılan her teşhis hatasının mutlaka tedavi kusuru olarak nitelendirilmemesi gerekmektedir⁸³⁴. Hekimin teşhiste başarılı olma yükümlülüğü bulunmamakla birlikte, kendisinden beklenen, uzmanlığının, mevcut hastalığın gerektirdiği şekilde müdahalede bulunma, muayene ve tetkikleri yapma ve teşhise ulaşma borcudur⁸³⁵.

Temel bir hatanın yapılmış olması, hastalık belirtisinin çok açık olmasına rağmen tanınmaması ya da temel nitelikli kontrol tetkiklerinin yapılmaması sebebiyle yanlış teşhisin konulması durumlarında, bulguların yanlış değerlendirilmesi özen yükümlülüğünün ağır bir ihlâli olarak kabul edilmektedir⁸³⁶.

Teşhis koymak için gerekli olan donanım ve özel bilgiye sahip olmamasına rağmen, hekimin yalnızca standart olarak yapılması gereken muayene ve tetkikleri yapıp, donanım veya uzmanlık gerektiren bir tetkikin varlığı hâlinde bu tetkiklerin tamamlanmasını hastadan isteme mecburiyetinin bulunmasına rağmen; gerekli olan araştırmaların yapılmaksızın, hastayı muayene etmeksizin donanım ve özel bilgi yönüyle eksik olan hekimin teşhis koyması ve bu teşhisin hatalı olması hâlinde hekimin sorumluluğundan bahsedilecektir⁸³⁷.

⁸³² ŞENOCAK (Sorumluluk), s. 61.

⁸³³ AYKIN/ÇINARLI, s. 361-362; HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 640.

⁸³⁴ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 640.

⁸³⁵ BAŞBUĞ, s. 143; HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 640.

⁸³⁶ BGH MedR 1995, 70, 71; OLG Köln, VersR 2000, 102; HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 642'den; ER, s. 74; ÖZTÜRKLER, s. 90; YILMAZ, s. 193.

⁸³⁷ BAŞBUĞ, s. 142-143.

Teşhis hatalarının nelerden ibaret olduğunun önceden tablo ile belirlenmesi mümkün bulunmadığından, somut olayın özelliğine göre değerlendirme yapılarak karar verilecektir⁸³⁸. Diş hekimliği uygulamalarında örneğin, diş hekiminin radyografik filmi doğru okuyamayarak, değerlendirmeyi doğru yapamaması neticesinde hastanın sağlıklı dişine zarar verilen müdahalede, bir başka örnekle, kalp, şeker, tansiyon gibi sistemik rahatsızlığı bulunan hastalarda gerektiği ölçüde, yeterli ağız muayenesinin yapılmaması dolayısıyla, enfeksiyon oluşturabilecek bölgenin gözden kaçırıldığı durumda teşhis aşamasında tıbbî uygulama hatasının bulunduğu söylenebilecektir⁸³⁹.

Teşhis hatası olarak nitelendirilen durumlardan bir diğerini de, hekimin/diş hekiminin koyacağı teşhisin yanlış olması ve dolayısıyla sorumluluğunun doğacağı kaygısı ile, gerekmediği hâlde hastadan, fazladan tetkik yapılmasını isteme hâli oluşturmaktadır. Bu amaçla hastadan istenilen fazladan tetkik sebebiyle hastanın zarara uğraması hâlinde, hekimin bu eylemi de teşhis hatası olarak ifade edilecektir⁸⁴⁰.

Karşılaşılan ya da üzerinde şüphe duyulan durumların gerektirdiği tüm teşhis olanaklarının kullanılarak, hekim tarafından hastaya dair, gereken bulguların temin edilmesi ve bu bulguların gerektiği gibi değerlendirilmesi mecburiyeti bulunmaktadır⁸⁴¹. Hekimin tıbben gerekli tüm tetkikleri temin ederek, teşhis koyma edimi için gerekli tedbirlere başvurması veya bu alanda daha uzman bir meslektaşına danışması hâlinde, hastalığın teşhisi savunulabilir bir teşhis olduğu takdirde artık hekimin teşhis hatasından bahsedilemeyecektir⁸⁴².

Hekimin yapmış olduğu teşhis hatası; teşhise yönelik tüm olanakları kullanmasına rağmen, bulguları yanlış değerlendirmesi şeklinde olabileceği gibi, yetersiz ya da geç teşhis konulması ya da teşhisin hiç konulmaması; hekimin hastasına röntgen çektirmemesi, laboratuvar tahlili yaptırmaması örneklerinde olduğu gibi, hastası için önemli ve gerekli olan bulgulara ulaşma amaçlı hiçbir

⁸³⁸ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 642.

⁸³⁹ ATEŞ (Malpraktis), s. 218-219.

⁸⁴⁰ BAŞBUĞ, s. 143.

⁸⁴¹ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 643.

⁸⁴² HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 642.

girişimde bulunulmaması, teşhis koymak için zorunluluk arz eden araştırmaların hiç yapılmaması ya da eksik hâliyle yapılması şeklinde de gerçekleşebilmektedir⁸⁴³.

Hasta öyküsünün alınarak, teşhise yönelik muayene yapılması büyük önem arz ettiğinden, bu edimlerin yerine getirilmemesi ya da edimin yerine getirilmesindeki özen eksikliği de doğrudan tıbbî uygulama hatası olarak değerlendirilmektedir⁸⁴⁴.

Hastanın şikayetleri göz önünde bulundurularak, bu şikayetlere göre hekimin istemesi gereken tetkikleri istememesi de tıbbî uygulama hatası olarak kabul edilmekte, bu tetkiklerin istenmemesi dolayısıyla hastada var olan hastalıkların tespit edilememesi hâlinde bu hastalıklar dolayısıyla hastanın çekmiş olduğu acı ve rahatsızlıklar sebebiyle hekim sorumlu tutulabilmektedir⁸⁴⁵.

2. Tedavi Hatası

Tıp bilimi verilerine göre gerekli olan özenin gösterilmediği, uzman hekim standardına aykırı olan her tür tıbbî müdahale; hekimin tıbbî müdahale anı ya da sonrası verdiği hatalı kararlar tedavi hatası olarak kabul edilmektedir⁸⁴⁶. Tedavi hatasının oluşması bakımından hekimin eyleminin icraî ya da ihmalî nitelikte olmasının bir önemi bulunmamakta, tıbben gerekli olan eylemin hekim tarafından yapılmaması tedavi hatasını meydana getirebilecekken, aynı hata, tıbben gerekli olmayan bir eylemin yapılması suretiyle de gerçekleşebilecektir⁸⁴⁷.

Teşhis ve tedavide eskimiş, aşılımış olan ve riski bulunan yöntemlerin kullanılması uygulama hatası olarak kabul edilmekte ve hekimin sorumluluğuna neden olmaktadır⁸⁴⁸.

Operasyon sonrası kontrollerin yetersizliği de çoğunlukla zararlara sebebiyet verdiği için, hekimin, yapmış olduğu operasyon sonrasında hastasını kontrol etme, gözetim altında bulundurma, müdahale bitmiş olsa dahi gidişatı takip etme

⁸⁴³ YILMAZ, s. 192; HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 643.

⁸⁴⁴ ER, s. 74; HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 646; AYKIN/ÇINARLI, s. 361.

⁸⁴⁵ BGH NJW 1987, 1482, HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 646'dan; ER, s. 74.

⁸⁴⁶ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 648; KARAN, s. 151.

⁸⁴⁷ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 648; KARAN, s. 151.

⁸⁴⁸ OLG Düsseldorf, VersR 1985, 645, HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 649'dan.

yükümlülüğü bulunduğu hâlde, bu yükümlülüklerin gereği gibi yerine getirilmemesi, hekimin sorumlu tutulmasını gerektirmektedir⁸⁴⁹.

Endikasyonun gerektirdiği durumlarda hekimin teknik aletleri kullanması gerekmektedir. Tedavi için gerekli olduğu hâlde mevcut olan teknik aletlerin kullanılmaması ağır uygulama hatası olarak kabul edilmektedir⁸⁵⁰. Operasyon esnasında kullanılan teknik aletlerin doğru kullanılmaması neticesinde hastanın vücut fonksiyonlarının bozulduğu hâlde de, hekimin sorumluluğu doğmaktadır⁸⁵¹. Hekimin aletleri ve işleyişini daima kontrol ederek, dikkatli surette teknik aletleri kullanması gerekmektedir. Salt teknik aletteki hata, onun sahibinin ya da kullanan kişinin sorumluluğunu gerektirmemekle birlikte, teknik aletteki hatayı önleme amacıyla gerekli tedbirlerin alınması icap etmektedir⁸⁵². Tıbbî aletin hatalı işleminin kişinin kusuruna dayandırıldığı hâllerde, gerekli tedbirlerin alınmaması sebebiyle, olaya göre hekim, teknisyen ve/veya hastanenin sorumluluğu doğacaktır⁸⁵³.

Hekimin özen borcunu ilaca ilişkin alanda da ihlâl etmesi; yapmış olduğu cerrahi operasyon sonrası hastaya yanlış ilaç vermesi ve bunun neticesinde hastanın zarara uğraması, uygulama hatası olarak kabul edilmektedir⁸⁵⁴.

Bizzat tıbbî müdahalenin gerekli olmasına rağmen yapılmaması, hukukî açıdan ihmali hareket olarak nitelendirilen ve tedavi hatası kapsamında karşılaşılan en temel hatayı oluşturmakta, müdahalenin geç yapılması eylemi de bu kapsamında değerlendirilebilmektedir⁸⁵⁵.

Öğretide, hasta vücudunda yabancı madde unutulması, tedaviye eşlik eden hata olarak isimlendirilmekte olup; tampon, kompres gibi maddeler hasta vücudunda sıklıkla unutilan maddelere örnek olarak gösterilebilmekte, bu maddelerden bazıları hastanın sağlığında ciddi zararlara, ölüme dahi sebebiyet verebilmektedir⁸⁵⁶. Hekimin tedavi kusuru yalnızca norm hâline gelmiş, belli davranış kalıplarını içeren tıp kuralları ile sınırlı bulunmamakta, hekimin tedaviden kaynaklanan, hastanın zarar

⁸⁴⁹ SOYASLAN (Estetik), s. 265; HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 649.

⁸⁵⁰ BGH NJW 1989, 2321, HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 649'dan.

⁸⁵¹ SOYASLAN (Estetik), s. 266.

⁸⁵² HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 649.

⁸⁵³ BGH NJW 1978, 584, 585, HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 650.

⁸⁵⁴ SOYASLAN (Estetik), s. 265-266; HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 650.

⁸⁵⁵ SOYASLAN (Estetik), s. 265; HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 650.

⁸⁵⁶ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 652; SOYASLAN (Estetik), s. 265.

görmemesi adına hâl ve şartların gerektirdiği ölçüde özen gösterme borcu bulunmaktadır⁸⁵⁷. Yargıtay kararlarında da, bu nitelikteki kusurların, hastanın tedavi nedeniyle açılmış olan karın ve beden boşluklarında araç ve gereçlerin unutulması şeklinde meydana geldiği belirtilmektedir⁸⁵⁸.

Hasta vücudunda yabancı madde unutulmasının değerlendirilmesi noktasında hekimlerin bir kısmı, bu durumun şanssızlık olduğunu ve çok tecrübeli, özenli davranan hekimlerin bile başına gelebileceğini savunurken, bir kısmı da, yabancı madde unutulmasının hekimin özensizliği sebebiyle gerçekleştiğini savunmaktadır⁸⁵⁹.

Alman uygulaması yerleşik içtihatlarına göre, yabancı madde unutulması otomatik olarak tedavi hatası niteliğinde kabul edilmemektedir⁸⁶⁰. Yabancı madde unutulmasının tedavi hatası olarak kabul edilip edilmemesi hususunda somut olayın özellikleri belirleyici olacak; operasyonun hangi şartlar içerisinde yapıldığı, ameliyat anında gerçekleşen hususlar, hekimin alması gereken tüm tedbirleri alıp almadığı gibi kriterler değerlendirilerek sonuca varılacaktır⁸⁶¹. Cerrahın, operasyon sonrası gerekli olan tüm kontrolleri yapıp, hemşireden her şeyin sayısının tam olduğu noktasında emin olduktan sonra ameliyatı bitirmesi gerekmektedir. Hekimin bu tedbirleri almaması, tedavi hatası kapsamında değerlendirilecektir⁸⁶².

Ekip çalışması içerisinde yapılan operasyonlarda, hasta karnında unutulmuş malzemelerle ilgili olarak sorumluluğun kimde olacağı hususunda, Yüksek Sağlık Şurasının 9668 sayılı tavsiye kararında, bu tür olumsuzlukların önlenmesi bakımından; spanç, kompres gibi malzemelerin yeşil bohçalarda belli sayıda steril edilerek kullanıma sunulması gerektiği, operasyon sırasında bohçalardan kaç adet spanç veya kompresin kullanıldığına ameliyat hemşiresi tarafından tespitinin ve eş zamanlı olarak, ameliyat bölgesinin kapatılması öncesinde ameliyathane teknisyenince, kullanılmış olan malzemelerin sayımı yapılarak, ameliyat hemşiresinin tespit ettiği sayıyla eşleştirilmesi gerektiği, bu malzemelerin lüzum

⁸⁵⁷ AŞÇIOĞLU, s. 83 vd.

⁸⁵⁸ YILMAZ, s. 202.

⁸⁵⁹ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 652.

⁸⁶⁰ BGH VersR 1964, 392; OLG Koblenz, VersR 1999, 1420 vd.; HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 652'den.

⁸⁶¹ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 652.

⁸⁶² OLG Köln, VersR 1990, 1244; HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 652'den; BAYRAKTAR, s. 213.

görüldüğü takdirde radyolojik inceleme ile görülebilir hale getirilmesi bakımından radyoopakt iplik gibi materyalle işaretlenmesi gerektiği ve bu işlemlerin yapılmasında ekip bilinci içinde sağlık personelinin seri bir şekilde azami dikkat ve özeni göstermesinin gerektiği ifade edilmiştir. Hakeri, bu durumda somut olaya bakılarak, sayma ve kontrol işlemini yapan kimselerin sorumlu tutulmasının daha adil olacağı görüşünü savunarak; hemşire veya teknisyenin yanı sıra, hekimin de sorumluluğunun, sayma işleminin yapılıp yapılmadığı yönünde gerekli denetim ve gözetimi yapmadığı takdirde mümkün olacağını ifade etmiştir⁸⁶³.

Seçilen tedavi yöntemi yanlış olabileceği gibi, bu yöntemin uygulanışı da hatalı olabilmektedir⁸⁶⁴. Doğru kişi tarafından, doğru yer ve zamanda tedavinin yapılması şartları gerçekleşmediği durumda, hekimin kusurlu olduğundan söz edilebilecektir⁸⁶⁵. Hekimin/dış hekiminin beceri kusurlarının varlığı, sorumluluklarını gerektirebilecektir⁸⁶⁶.

Hekim/dış hekiminin hastaya uygulayacağı tedavi yönteminin seçilmesi konusunda temel prensip; hekimin, hastası bakımından tehlikesi ve vereceği acının en az, başarı şansının en fazla olduğu yöntemin seçilmesidir⁸⁶⁷. Daha tehlikeli veya daha fazla acıya sebebiyet verecek yöntemin seçilmesi de durumun özelliklerine göre mümkün olmakla birlikte, somut olay gerektirmediği hâlde bu yönetime başvuran hekimin tedavi hatasının bulunduğundan söz edilecektir⁸⁶⁸.

Hekim/dış hekiminin hastanın özelliklerini göz önünde bulundurarak, buna göre tıp bilimi ve tekniğince kabul edilen çeşitli teşhis ve tedavi araçları ve metodları arasında seçim yapması gerekmektedir. Hekimin tehlike oranı daha yüksek bir metod ile daha güvenilir bir metod arasında seçim yapmak zorunda kaldığı hâllerde, haklı bir nedenin bulunmaksızın, gerekli olmadığı hâlde riski daha yüksek olan metodu seçmiş olması ya da teşhis ve tedavi yönteminin kesin olduğu hâllerde bu yönetime

⁸⁶³ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 654.

⁸⁶⁴ ÇETİN, “Tıbbî Malpraktis”, s. 39; HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 654; KARAN, s. 152.

⁸⁶⁵ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 654; KARAN, s. 152.

⁸⁶⁶ YILMAZ, s. 213.

⁸⁶⁷ BAŞBUĞ, s. 144; AYKIN/ÇINARLI, s. 373.

⁸⁶⁸ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 655.

uyulmaması hekimin doğan zarar sebebiyle kusurlu olduğunun kabulünü ve sorumluluğunu gerektirecektir⁸⁶⁹.

Tıbbî uygulama hataları arasında önemli yer tutan bir grubu da, preoperatif dönemdeki hatalar olarak nitelendirilebilecek, gerekli test ve tetkiklerin yapılmaması oluşturmaktadır⁸⁷⁰. Hekimin operasyon öncesi yapılması gereken tetkikleri eksik yapması dolayısıyla hastanın durumunun iyi değerlendirilmediği durumda ve bu sebeple cerrahi müdahalenin olumsuz sonuçlanması hâlinde, hekimin kusurunun varlığı kabul edilmektedir⁸⁷¹.

Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararda da, davacı hastaya davalı diş hekimi tarafından protez uygulanması şeklindeki tedavi edimine başlanmadan önce davacının dişlerinin röntgeninin çekilmesi ve dişlerde çürük varsa öncelikle bunların tedavi edilip, sonrasında protezin uygulanması gerekirken; olayda davacıya röntgenin hiç çekilmeyerek işe başlanmasının dosya kapsamında sabit olması dolayısıyla, bilirkişinin, röntgen çekilse dahi bazen çürük olup olmadığı anlayamayabilir görüşü yerinde bulunmamıştır⁸⁷².

Diş hekimliği uygulamalarında, tedavi aşamasında yapılan tıbbî uygulama hatalarında her alana özgü hataları; diş hekimi tarafından hastadan aydınlatılmış rızasının alınmaması, muayene aşamasında veya tedavi esnasında diş hekiminin sterilizasyon-dezenfeksiyon hususuna dikkat etmemesi, konsültasyonun gerektiği hâllerde konsültasyona başvurmama, kullanılacak alet ve malzemelerdeki yanlış seçim ya da kullanım, hastanın postoperatif bakım konusunda aydınlatılmaması gibi örneklerle ifade etmemiz mümkündür. Cerrahi branşlar bakımından tıbbî uygulama hatalarına örnek olarak, yanlış diş çekimi, çekim sırasında yapılan hatalar; endodonti branşı bakımından, endodontide kullanılan kanal aletlerinin diş içinde kırılması veya hastanın yutmasına sebebiyet verilmesi, kanal tedavisinin eksik ya da taşkın yapılma hâli, steril şartlarda yapılmasına rağmen de normal şartlarda enfeksiyon ya da apsenin gelişebileceği, illiyet bağı kurulmasının oldukça güç olduğu bir örnek olmakla birlikte, kanal içi temizliğin steril olmayan aletlerle yapılması neticesinde

⁸⁶⁹ YILMAZ, s. 196.

⁸⁷⁰ SOMER, Pervin, Komplikasyon Yönetimi, Tıp Hukuku Atölyesi, Akyıldız/Hakeri/Çelik/Somer, Ankara 2013, s. 108.

⁸⁷¹ GÖKCAN (Etik ve Hukuk), s. 123.

⁸⁷² 15. HD, 29.11.2010, 6201/6498, HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 657.

apsenin meydana geldiği durumlar; ortodonti branşında, kayıtların eksik alınması örneğinin de verilebileceği tanı hataları, tedavi planlamasının hatalı olması, yanlış aparey kullanımı, hastanın bilgilendirilmesindeki eksiklik ve son olarak; tezimizin konusunu da oluşturan protez branşı bakımından sıklıkla yapılan tıbbî uygulama hatalarına örnek olarak, hatalı ölçü alma, ölçünün dökülmesindeki gecikme hâli, dikey boyut, sentrik ilişki ve sentrikokluzyon tespitindeki hata, boyut ve renk bakımından uygunluk göstermeyen dişlerin seçimi, dişin az ya da çok kesilmesi gibi, sabit protezlerde preparasyon hataları, laboratuvardan gelen protezin hatalı olduğu durumda bu hata düzeltilmeden hastaya takıldığı durumlar, yenilenmesi gerektiği hâlde protezin yenilenmemesi, protez kullanımı hususunda hastaya gerekli bilginin aktarılmaması, eğitim verilmemesi gibi örnekleri sayabilmemiz mümkün bulunmaktadır⁸⁷³.

Hekimin, ilacın kullanımına ilişkin hatalar dolayısıyla sorumluluğu doğabileceği gibi, tedaviye uygun ilacın seçilmemesi ya da hastaya etkisiz ilacın verilmesi endikasyon hatası anlamına geleceğinden, hekimin hastaya endikasyona uygun ilaç vermesi gerekmektedir. Aynı şekilde, hastaya doğru ilacın verilmesine rağmen, ilacın yanlış uygulanması, piyasadan çekilme kararı alınmış ilacın hastaya verebileceği zararın dikkate alınmadığı durumlar, çoğul ilaç uygulamasında ilaç etkileşiminin dikkate alınmaması, ilaç dozunun yanlış ayarlandığı hâller de tıbbî uygulama hatası olarak adlandırılmaktadır⁸⁷⁴.

Tıbbî müdahalede bulunulan zaman dilimindeki tıp biliminin durumu göz önünde bulundurularak, hekimin hastaya koyduğu teşhis ve uygulayacağı tedavi edimlerinde ölçülülük esas alınmalıdır. Vücuda dışarıdan verilen maddeler, ışınlar ve yapılan müdahalelerde kontrolün esas alınmadığı, yanlış dozda ilacın yazılması örneklerinde olduğu gibi ölçünün aşıldığı hâller tedavi hatası olarak kabul edilmektedir⁸⁷⁵.

Yüksek oranda kan kaybının yaşandığı bir komplikasyonun fark edilmediği durumlar, verilen ilacın sebep olabileceği komplikasyonların dikkate alınmaması⁸⁷⁶,

⁸⁷³ ATEŞ (Malpraktis), s. 219-220.

⁸⁷⁴ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 657-658.

⁸⁷⁵ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 660.

⁸⁷⁶ BAYRAKTAR, s. 212.

bir organa yapılacak operasyon esnasında bir başka organa zarar verilmesi örneğinde olduğu gibi, uygulanan hatalı ameliyat tekniği de tedavi hatası kabul edilmektedir⁸⁷⁷.

Hekimin branş itibarı ile yapılması gereken tıbbî müdahaleyi yapacak durumda olmaması hâlinde, hastayı derhal sevk etmesi gerekmektedir. Hastanın sevk edildiği yerde de gerekli müdahalenin yapılamayacak olması hâlinde, gecikmeden doğan zarardan sorumluluk hekim üzerindedir. Hastanın sevkini geç ya da hatalı gerçekleşmesi, uzman hekime danışılmaması ya da danışmada gecikme hâli, hastanın geçirmiş olduğu operasyon sonrası uyanma odasından normal odaya alınmasında çok erken davranılması örnekleri de tedavi hatasının bulunduğuna işaret etmektedir⁸⁷⁸.

Hastanın vücudunda yabancı madde unutulmasında olduğu gibi; enfeksiyona neden olunması ya da enfeksiyonun önlenmediği hâller de tedaviye eşlik eden hata olarak kabul edilmektedir. Hastanelerde meydana gelebilecek enfeksiyonun her zaman önlenmesi mümkün olamamakla birlikte, oluşabilecek enfeksiyona karşı hekimin standart müdahale içerisinde tedbir amaçlı önlemler alması gerekmektedir. Aynı şekilde, önerilmemiş ya da daha önceden denenmemiş bir maddenin dezenfeksiyon amaçlı kullanımı hâlinde de tedavi hatasının varlığından bahsedilecektir⁸⁷⁹.

Tıp biliminin her geçen gün geliştiği günümüzde, uzmanlık alanlarının da artması dolayısıyla, hekimlerin alanında uzman meslektaşlarına danışma yükümlülüğü bulunmaktadır. Konsültasyon sisteminin işletilmemesi durumunda da uygulama hatası söz konusu olabilecektir⁸⁸⁰.

3. Komplikasyon Yönetimi

Oluşabilecek bir komplikasyon dolayısıyla hekimin sorumluluğu bulunmamakla birlikte⁸⁸¹, sorumluluk, komplikasyonun iyi yönetilmediği bir

⁸⁷⁷ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 660.

⁸⁷⁸ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 661.

⁸⁷⁹ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 662.

⁸⁸⁰ KÖK, Ahmet Nezih, "Tıbbî Kötü Uygulama ve Yüksek Sağlık Şurası", Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara 2008, s. 391.

⁸⁸¹ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 664.

durumun mevcudiyeti hâlinde söz konusu olabilecektir⁸⁸². Bilimsel ve meslekî standarda uygun surette gerçekleştirilen estetik amaçlı tıbbî müdahalede, bu tür müdahalelerin riski olan istenmeyen neticenin meydana gelmesi hâlinde, istenmeyen neticenin tıbben komplikasyon olduğunun kabul edildiği durumda hekim/diş hekimi bu netice dolayısıyla sorumlu tutulmayacak; sorumluluk komplikasyonun neden olabileceği zararlı neticelerin önlenmesi veya sınırlandırılması amacıyla gerekli olan tedbirlerin alınmasında kusurun olduğu, başka bir ifadeyle, komplikasyon yönetiminde hekimin/diş hekiminin kusurunun varlığı hâlinde söz konusu olacaktır⁸⁸³.

Hasta bakımından komplikasyonların öngörülebilir nitelikte olduğu hâllerde tedbirin alındığı ve bu yönden hekime kusurun yüklenemediği durumda komplikasyon yönetiminin iyi yapıldığı kabul edilmekte⁸⁸⁴; tedbirin alınmadığı ya da gecikme yaşanan durumlarda ise bu durum, komplikasyon yönetimine özen gösterilmediğini ifade ettiğinden, komplikasyonun malpraktise dönüşmesinden bahsedilmekte, hekimin sorumlu tutulması söz konusu olmaktadır⁸⁸⁵. Daha genel bir ifadeyle; diş hekiminin/hekimin oluşan komplikasyonu zamanında fark etmemesi, zamanında fark etmesine rağmen gerekli olan önlemleri almaması veyahut zamanında fark edilip gerekli olan önlemlerin alınmasına rağmen, uygulamış olduğu tıbbî müdahalenin güncel tıbbî standardın altında kalmış olması hâlinde komplikasyon malpraktise dönüşecek, hekimin hukukî sorumluluğu doğacaktır⁸⁸⁶.

Koldaki dövme izinin silinmesi olarak örnek verebileceğimiz estetik amaçlı tıbbî müdahalede, hekimin hastanın kolundaki dövmeyle ilgili, ancak cerrahi müdahale izinin kolda çirkin şekilde görüldüğü durumda; koldaki izin tıbbî müdahalenin komplikasyonu olduğunun kabul edildiği, hekimin bu risk konusunda hastasını bilgilendirerek rızasını almış olduğu ve komplikasyon yönetiminde kusurunun bulunmadığı hâlde sorumluluğu doğmayacak, sorumluluk ancak koldaki izin oluşumunda hekimin kusurunun varlığı hâlinde ya da hastaya komplikasyon konusunda bilgilendirme yapmaksızın hastanın rızasını aldığı ve bu şekilde tıbbî

⁸⁸² SOMER, Komplikasyon, s. 112.

⁸⁸³ GÖKCAN (Etik ve Hukuk), s. 123.

⁸⁸⁴ HAKERİ, Hakan, “Tıp Hukukunda Malpraktis ve Komplikasyon Ayrımı”, Toraks Cerrahisi Bülteni, Tıp Etiği-Tıp Hukuku, Cilt 5, Sayı 1, Mart 2014, s.24.

⁸⁸⁵ SOMER, Komplikasyon, s. 116.

⁸⁸⁶ AYDINTUĞ, s. 324.

müdahalede bulunduğu hâlde söz konusu olacaktır. Estetik amaçlı yapılan burun operasyonu örneğinde de, operasyon neticesinde burunda çökmenin meydana geldiği durumda, oluşan neticenin tıbbî müdahalenin komplikasyonu olduğunun kabul edilmesi, hekimin komplikasyon yönetiminde kusurunun bulunmaması ve bu konuya ilişkin olarak hastasını gerektiği gibi bilgilendirmesi hâlinde hekim sorumlu tutulmayacak; hekimin ancak, burunda çökme olarak meydana gelen neticede kusurunun varlığı hâlinde sorumluluğu doğacaktır⁸⁸⁷.

Komplikasyon yönetimi eksikliğine, dava dosyalarında “takipte yetersizlik”, “yetersiz takip”, “tedavide takip hatası” gibi ifadelerle dikkat çekildiği görülmektedir⁸⁸⁸.

4. Tedavi Sonrası Yükümlülüklerin İhlâli

Tıbbî müdahalelerde özen borcu yalnızca tedavi sırasında gösterilmesi gereken özenle sınırlı kalmayıp, bu borç tedavi sonrası için de geçerliliğini korumaktadır⁸⁸⁹.

Hekimin, tedavi sonrasına dair hastasına tavsiye ve uyarılarda bulunması, hastasını bilgilendirmesi ya da gerekli olduğu takdirde hastasına diyeteye girmesi ya da sigara içmemesi hususlarını belirtme gibi, tedavi sonrası bazı yükümlülükleri, hasta ile arasında bulunan ilişkinin sonlanmasına rağmen varlığını sürdürmektedir. Bu yükümlülüğün ihlâli de tıbbî uygulama hatası olarak kabul edilmektedir⁸⁹⁰.

Tıbbî müdahalenin sonlanmasına rağmen, hekimin hastasını uyarma yükümlülüğü devam ettiği için, müdahale sonrası ortaya çıkan, tespit edilen bir tehlikenin varlığı hâlinde hastanın bu durumdan haberdar edilerek, uyarılması gerekmektedir. Tıbbî müdahalenin başarısız olması durumunda yapılacak karşı müdahale ya da onarıcı müdahale, tedavi amaçlı müstakil bir müdahale olarak nitelendirildiğinden, diğer müdahalelerin tabi olduğu kurallar bu müdahaleler için de

⁸⁸⁷ GÖKCAN (Etik ve Hukuk), s. 123-124.

⁸⁸⁸ SOMER, Komplikasyon, s. 119.

⁸⁸⁹ AŞÇIOĞLU, s. 90; DURDU, Hüseyin, Sağlık Mesleğinde Hukukî Sorumluluk, Cilt 1, İzmir 1986, s. 83; HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 665; AYKIN/ÇINARLI, s. 447.

⁸⁹⁰ SOYASLAN (Estetik), s. 265; HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 665.

geçerliliğini koruyacaktır. Hekimin hastaya uygulanan tedavinin süreci ve başarısını sürekli gözetim altında bulundurması gerekmektedir. Ameliyat sonrası yapılması gereken gözlemde yetersizlik, koruma tedbirlerinin alınmaması gibi örneklendirilebilecek kontrol ve gözetim hatası, tıbbî uygulama hatası olarak kabul edilmektedir⁸⁹¹.

Terk etme ve özen eksikliği olarak ifade edilen hâllerde de; örneğin tıbbî özenin müdahale sonrasında da gerektiği durumda, hekimin geçerli bir bildirimde bulunmaksızın ya da hastanın durumu gerektirdiği hâlde başka bir hekime emanet etmeksizin hasta-hekim ilişkisini sonlandırdığı, hemşirenin çağırmasına rağmen hastayı görmeyi reddettiği hâller de sık rastlanılan hatalar arasında görülmektedir⁸⁹².

Diş hekiminin, tıbbî müdahalede bulunduğu hastasında komplikasyon çıkması üzerine, hastasını aile hekimine sevk ettiği ve aile hekiminin de oluşan enfeksiyonun tedavisinde başarılı olmadığı; uygun sevkte bulunmama ve müdahale sonrası gerekli özenin gösterilmediği gerekçesiyle açılan dava konusu olan olayda, mahkeme, diş hekiminin hastayı sevk ile sorumluluktan kurtulamayacağını, sevk etmiş olduğu hekimin, hastanın ihtiyaçlarını karşılayacak durumda olup olmadığını gözetmesi gerektiğini ifade ederek hekimin, bu eylem dolayısıyla sorumlu olduğuna karar vermiştir⁸⁹³.

5. Üstlenme Kusuru

Hekimin, hastanın tedavisini üstlenirken, tıbbî standardı sağlama hususunda kendisinde yeterli bilgi, donanım ve tecrübenin olup olmadığı konusunda bir değerlendirmede bulunması; standardı sağlayamayacağı konusunda kanaate vardığı takdirde, başka hekimlere danışması veyahut hastanın bir uzmana ya da hastaneye sevki gerekmektedir. Hekimin uzmanlık yetkisinin aşılması hâlinde, üstlenme kusuru meydana gelecektir⁸⁹⁴.

⁸⁹¹ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 666.

⁸⁹² POLAT, s. 26.

⁸⁹³ Longman v. Jasiak, 1980, HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 668'den.

⁸⁹⁴ AYKIN/ÇINARLI, s. 461; HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 684.

Hekimin ilgili konuda yeterli derecede uzman olmaması ya da araç ve gerecin yetersizliği sebebiyle güvenilir bir teşhis koymasının mümkün olmadığı görülmesine rağmen, hastalığın teşhisi aşamasında da, hastanın başka bir hekim ya da hastaneye havalesinin yapılmaması, hekimin uygulama hatası dolayısıyla sorumluluğuna neden olacaktır. Herhangi bir aciliyetin söz konusu olmamasına rağmen, yeterli uzmanlığı olmayan veya yeterli uzmanlığı olsa dahi, uzmanlığını gerektiği gibi ifa edemeyeceği hastalık, yorgunluk, sarhoşluk gibi sebeplerin varlığı dolayısıyla sabit olan ve bu durumda hekimin kişisel yeteneklerinin bulunmadığı ya da uzmanlığı kapsamında olmayan bir alanda müdahaleyi üstlenme eylemi hâlinde, özen borcunun ihlâl edildiğinden bahsedilebilecektir.⁸⁹⁵

Hekimin kişisel olarak ya da uzmanlığın gerektirdiği yeteneğe sahip olmadığı hâllerde, uzman kişinin yardımını alması, kendi faaliyetini, kendi uzmanlık alanı ya da müdahale kabiliyetinin sınırlarına geldiği durumda sınırlama gereği bulunmaktadır. Hekimin bu sınırlara gelmesi hâlinde, hastasını o konuda uzman olan bir meslektaşına ya da o konuda bilgi ve tecrübe bakımından daha donanımlı hekime havale etmesi, şartlar gerektirdiği takdirde konsültasyon yapması gerekmektedir.⁸⁹⁶ Kendi uzmanlık alanının dışında olan konularda da hekimin yetki sınırlarını aşması tıbbî uygulama hatası olarak nitelendirilmektedir. Konsültan hekimin branşına giren alanda ve yorumlarından kaynaklanan bir sorunun varlığı hâlinde, konsültan hekim ile birlikte kendisine başvuran hekim de sorumlu tutulmaktadır.⁸⁹⁷

Gerek hekimler gerekse tıbbî teşhizat bakımından, bir hastaya uygulanacak uygun tıbbî müdahale için sağlanması gereken tıbbî standardın sağlanamayacağı, gerekli şartların bulunmadığı anlaşıldığı takdirde, bu hastanın daha baştan başka bir hastaneye sevkini sağlanması gerekmektedir. Aksi durum üstlenme kusuru sebebiyle sorumluluğa yol açacaktır.⁸⁹⁸

Hastanenin maddi imkânları ve aletlerin ne ölçüde kullanılacağı göz önünde bulundurulmak suretiyle, hastanelerin kural olarak, en iyi teknik tıbbî standarda sahip olması ve mevcut aletlerin de en modern hâlde bulundurulması gerekmektedir.

⁸⁹⁵ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 684-685.

⁸⁹⁶ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 685.

⁸⁹⁷ POLAT, s. 24; KARAN, s. 152; AYKIN/ÇINARLI, s. 461.

⁸⁹⁸ BGH MedR 1989, 323, HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 686, dn. 530'dan.

Hastanenin bu standartları sağlayamaması hâlinde, hastaya bu durumun belirtilerek, söz konusu teknik standarda sahip hastanelere işaret edilmesi gerekmektedir⁸⁹⁹.

Asistan hekimler bakımından sorumluluk değerlendirmesi yapıldığında, asistanlara ancak altından kalkabilecekleri yükümlülüklerin yüklenmesi gerektiği, gözetimle yükümlü hekimlerin gözetim yükümlülüğünün, asistan hekimlerin meslekî tecrübeleri arttıkça azalacağı ifade edilmektedir⁹⁰⁰. Asistan hekimler, üstlendikleri müdahale bakımından uzman hekim standardını sağlamakla yükümlü bulunduğundan, belli bir tekniği henüz beceremeyen asistan hekimin bu standardı sağlayamaması dolayısıyla müdahaleyi üstlenmemesi gerekmektedir⁹⁰¹. Henüz uzmanlık eğitimi almakta olan asistan hekimin, tecrübeli bir cerrahın yönlendirme ve gözetimi olmaksızın, daha önce hiç yapmadığı bir operasyonu yapmış olması Alman uygulamasında, ağır uygulama hatası olarak değerlendirilmiştir⁹⁰².

Intörn hekimler, öğrenci olmaları ve yasal olarak henüz hekim sıfatını kazanmamaları dolayısıyla tıbbî müdahalenin bizzat kendilerine yaptırılmaması ve uzman hekimin gözetimi altında olarak, uzman hekimin vereceği görevleri ifa etmeleri gerekmekte; aksi durum böyle bir müdahalede tek başına bulunan öğrencinin sorumluluğunu doğuracağı gibi, bu konuda emir veren veyahut göz yuman hekimin de sorumlu tutulmasını gerektirebilecektir⁹⁰³.

Alman uygulamasında da⁹⁰⁴, hekimin daha önce hiç yapmadığı ve benzer ameliyatları da ancak bir ya da iki kez yapmış olduğu operasyonda, bu tarz bir ameliyatın tecrübeli bir hekimin gözetimi altında yapılmaması eylemi, uygulama hatası olarak kabul edilmiştir. Gözetim altında ameliyat ile kast edilen husus, uzman hekim tarafından mevcut operasyona her an müdahalede bulunulabilmesi ve gerektiği durumda ameliyatı bizzat üstlenebilecek durumda olmasının sağlanmasıdır. Bu konuda sorumluluk, tecrübesi bulunmayan cerrahın yanı sıra, tecrübesi olmayan

⁸⁹⁹ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 687.

⁹⁰⁰ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 687.

⁹⁰¹ BGH MedR 1994, 491, HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 688, dn. 537'den.

⁹⁰² BGH NJW 1984, 657, HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 691, dn. 560'tan.

⁹⁰³ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 687.

⁹⁰⁴ BGH NJW 1984, 656, 657, HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 690, dn. 551'den.

cerraha ameliyat yaptıran şef hekim üzerinde olacak, gerekli tedbirlerin alınmaması hâlinde hastanenin de organizasyon kusuru sebebiyle sorumluluğu doğacaktır⁹⁰⁵.

6. Hekimin Uygulama Hatasını Hastaya Bildirme Yükümlülüğü

Hasta için ek bazı tedbirlerin alınmasının lüzumlu bulunduğu örneğinde olduğu gibi, ancak hastanın sağlık durumunun bu bildirim gerekliliğini gerektirmesi hâlinde, hekimin yapmış olduğu uygulamada hatası bulunduğu konusunda haklı şüphesinin varlığı ya da kesinlikle emin olduğu hâllerde bu durumu hastasına bildirme zorunluluğu bulunmaktadır. Bu zorunluluğun bulunmasına rağmen, hekimin hastasına bildirimde bulunmaması da uygulama hatası olarak kabul edilmektedir⁹⁰⁶.

II. ESTETİK AMAÇLI TIBBÎ MÜDAHALELER DOLAYISIYLA HEKİMİN HUKUKÎ SORUMLULUĞU

A. Genel Olarak Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu

Diş hekimi/hekim ile hasta arasında bulunan sözleşme dolayısıyla diş hekimi/hekimin sorumluluğunun doğması ancak diş hekimi ya da hekimin sözleşmeye aykırı kusurlu bir davranışının bulunması, bu davranış neticesinde hastanın zarara uğraması ve sözleşmeye aykırı, kusurlu davranış ile hastanın uğramış olduğu zarar arasında uygun illiyet bağının olması şartlarının bir arada bulunması ile mümkün olacaktır⁹⁰⁷.

⁹⁰⁵ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 690.

⁹⁰⁶ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 693.

⁹⁰⁷ ER, s. 321; ÖZDEMİR, s. 232; EFE, s. 201; BULUT, Gamze, “Diş Hekiminin Etik ve Hukuk Bağlamında Sorumluluğu”, IV. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara 2012, s. 180; POLAT, s. 281; ÖZÇETİN/BALABAN, s. 51; SINDEL, s. 244; AYKIN/ÇINARLI, s. 232.

1. Sözleşmeden Doğan Sorumluluğun Unsurları

a. Sözleşmenin İhlâli

Hekim ile hasta arasındaki ilişki ister vekâlet sözleşmesi ister eser sözleşmesi olarak adlandırılabilir; bu sözleşmenin icraî veya ihmâlî bir hareketle dış hekimi ya da estetik cerrah tarafından ihlâl edilmesi, sözleşmeye aykırılık dolayısıyla sorumluluğun doğması bakımından gerçekleşmiş olmalıdır. Sorumluluk bakımından asıl borç ile yan yükümlülükler arasında bir fark bulunmadığından, hekimin bu borç ve yan yükümlülükler uyması gerekmekte, aksi takdirde sorumluluğu doğmaktadır⁹⁰⁸.

Sözleşmenin ihlâlinden; ifanın hiç gerçekleşmemesi, eksik ifa, yerinde ve zamanında ifada bulunmama veya ifanın gerektiği gibi gerçekleşmemesi hâllerinde bahsedilecektir⁹⁰⁹. Sözleşme dolayısıyla hekimin/dış hekiminin objektif özen yükümlülüğü bulunduğundan, bu yükümlülüğe aykırılık, hekimin/dış hekiminin hem sözleşmeye aykırılık hem de hukuka aykırılık dolayısıyla sorumluluğunu doğuracaktır. Örneğin, dış hekiminin/hekimin aydınlatma borcuna aykırı davranması; sırların açıklanabileceği durumlar ayırık olmak üzere, hastanın tedavisi sırasında öğrenmiş olduğu hastaya dair sır niteliğinde olan bilgiler hakkında üçüncü kişilere açıklamada bulunması, kendisinden beklenen özeni göstermemesi hâllerinde dış hekiminin hem sözleşmeye aykırılık hem de hukuka aykırılık dolayısıyla sorumluluğu bulunmaktadır⁹¹⁰.

⁹⁰⁸ EFE, s. 201; ER, s. 321.

⁹⁰⁹ KILIÇOĞLU, s. 811.

⁹¹⁰ ÖZDEMİR, s. 255-256; ER, s. 322.

b. Kusur

Hukuk düzeni tarafından kınanan, hoş görülmeven davranış biçimi olarak genel anlamda tanımlanan kusur, sözleşmeden doğan sorumluluğa uyarlandığında, aynı sosyal ve meslekî çevreden, normal bir borçlu tipinin davranışından sapma hâli, hukuk düzenince onaylanmayan, kınanan davranış biçimi olarak ifade edilebilmektedir⁹¹¹.

Diş hekimi ya da hekimin sözleşmeden doğan sorumluluğunun bir diğer şartını oluşturan kusur; hukuka aykırı neticeyi bilerek ve isteyerek yerine getirme olarak ifade edilen, kast veya hukuka aykırı, öngörülebilir ve önlenabilir neticenin istenmemekle birlikte, böyle bir neticenin önlenmesi amacıyla gerekli tedbirin alınmaması, özen gösterilmemesi olarak tanımlanabilecek, ihmal şeklinde meydana gelmekte olup, estetik cerrahın ya da diş hekiminin sorumluluğunda bu unsur genellikle ihmal suretiyle gerçekleşmekte, bu ihmalin belirlenmesinde de ortalama bir diş hekiminin/estetik cerrahın aynı hâl ve şartlarda yerine getireceği davranış şekli, göstermesi gereken özen, almakla yükümlü olduğu tedbirleri alıp almadığı ölçüt alınmaktadır. İhmal, ağır ihmal ve hafif ihmal olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Ağır ihmalde ölçüt, aynı şartlar altında bulunan makul her insan tarafından alınması gereken en basit önlemlerin alınıp alınmadığı iken; hafif ihmalde, ancak dikkatli olan kişilerin göstermesi gereken dikkat ve özeninin gösterilip gösterilmediğine ilişkindir⁹¹².

Gerek öğreti gerekse Yargıtay, hekimin hafif kusurundan dahi sorumlu olduğunu kabul etmektedir⁹¹³. İhmalin, ağır ihmal ya da hafif ihmal olmasının hekim ya da diş hekiminin sorumluluğu bakımından bir farkı olmamakla birlikte, ihmal derecesi tazminat miktarının belirlenmesinde önem arz etmektedir⁹¹⁴. Hekim/diş hekimlerinin hastalığın teşhisi, hasta için gerekli olan ilaçların verilmesi, cerrahi müdahalede bulunma, hastanın takibinin yapılması gibi her alanda her çeşit kusurları ile hastaya verdikleri zarar sebebiyle sorumlulukları bulunmakta, en ağır kusur

⁹¹¹ YILMAZ, s. 153.

⁹¹² YILMAZ, s. 170.

⁹¹³ YILMAZ, s. 171.

⁹¹⁴ EFE, s. 205; AĞIR, s. 383; ATEŞ (Malpraktis), s. 216; ER, s. 324-326; ÖZTÜRKLER, s. 146.

derecesini oluşturan kastın yanında, ihmal derecesindeki kusur, tedbirsizlik hâli, meslek ve sanatta acemilik, tıp alanındaki bilgisizlik gibi durumlarda da hekimin kusurlu olduğu kabul edilmekte ve sorumluluğu doğmaktadır⁹¹⁵. Sorumluluk derecelerinden kast, hekimin uygulamış olduğu tıbbî müdahalelerde nadiren görülmekle birlikte, bu duruma örnek olarak, hekim tarafından fazla ücret alabilmek adına hastanın tedavi süresinin kasten uzatılmış olması gösterilebilecektir⁹¹⁶.

Haksız fiilden doğan sorumluluktan farklı olarak, sözleşmeye aykırılık dolayısıyla sorumlulukta ispat yükü ters çevrilmiştir. Türk Borçlar Kanunu'nun 112. maddesinde de düzenlendiği üzere, borçlunun kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmesi gerekmekte, ispat edemediği takdirde alacaklının bundan doğan zararını giderme yükümlülüğü bulunmaktadır. Sözleşmeden doğan sorumlulukta haksız fiil dolayısıyla sorumluluğun aksine, alacaklı, borçlunun kusurunu ispatlamayacak, borçlu, hekimlik sözleşmesinde hekim/diş hekimi kendi kusursuzluğunu, yapmış olduğu her müdahalenin tıbbî ve hukuka uygun olduğunu ispatlayacaktır⁹¹⁷.

c. Zarar

Estetik cerrah ya da diş hekiminin sözleşmeye aykırılık dolayısıyla sorumluluğu, kusurunun varlığı ile birlikte zararın da meydana gelmiş olmasına bağlıdır⁹¹⁸. Zararın oluşmaması hâlinde, hekimin/diş hekiminin tazminat sorumluluğu doğmayacaktır⁹¹⁹.

Zarar, geniş anlamda maddî ve manevî zararı kapsamakta, dar anlamda ise maddî zarardan ibaret olmaktadır. Tıbbî müdahaleler bakımından maddî zarar, hekimin/diş hekiminin yükümlülüğüne uygun bir tıbbî müdahalede bulunsa idi hastanın içinde bulunacağı durum ile tıbbî müdahalenin hatalı olması durumunda meydana gelen, parayla ölçülebilen aradaki fark olarak tanımlanabilirken, manevî

⁹¹⁵ YILMAZ, s. 156.

⁹¹⁶ YILMAZ, s. 167.

⁹¹⁷ KILIÇOĞLU, s. 815; AYKIN/ÇINARLI, s. 232-233.

⁹¹⁸ ER, s. 322; KILIÇOĞLU, s. 811.

⁹¹⁹ ÖZTÜRKLER, s. 43; ÖZÇETİN/BALABAN, s. 52.

zarar ise hastanın hatalı tıbbî müdahale neticesinde duymuş olduğu bedensel ve her çeşit acı, yaşam zevkinde oluşan azalma olarak ifade edilebilmektedir⁹²⁰.

Hastanın uğrayacağı maddî zarar, örneğin, yapılan operasyonun hatalı olması neticesinde hastanın ikinci bir operasyon geçirmesini gerektirmesi ve beraberinde getirdiği maddî kayıplar gibi, fiilî zarar olarak nitelendirilen, hastanın malvarlığının fiilen azalması şeklinde gerçekleşebileceği gibi; kârdan yoksun kalma ya da kazanç kaybı olarak da nitelendirilen, kişinin malvarlığının artması gerektiği hâlde artmadığı hâllerde, örneğin, hekimin hatalı tıbbî müdahalesi neticesinde yüzünde sabit yara izi kalan sinema sanatçısı olan hastanın yeni film sözleşmesi yapma şansını kaybetmesi olayında olduğu gibi, bu sebeple uğranılan zarar şeklinde de kendini gösterebilmektedir. Tedavi giderleri, çalışma gücü kaybı, destekten yoksun kalma zararı, ölüm sebebiyle oluşan diğer maddî zararlar maddî zarar kapsamında değerlendirilirken; hatalı tıbbî müdahale neticesinde sağlığı zarar görmüş olan hastanın, tamamen ve kısmen çalışmama dolayısıyla ve ileride ekonomik olarak uğrayacağı yoksulluktan doğacak zararı ve bu sebeple yapmış olduğu tüm giderleri de talep etmesi mümkün bulunmaktadır⁹²¹.

Hekimin hatalı tıbbî müdahalesi neticesinde meydana gelen zarar nedeniyle hastanın yapmış olduğu, teşhis, tedavi, operasyon, ilaç masrafları gibi giderler tedavi giderlerini; kişinin bedensel, ruhsal ve zihinsel kabiliyetlerine bağlı ekonomik verimliliği olarak ifade edilen çalışma gücünün⁹²² hatalı tıbbî müdahale neticesinde geçici veya devamlı olarak yitirilmesi sebebiyle meydana gelen kayıplar, çalışma gücü kaybı zararlarını; zarara uğrayan kişinin ölmesi durumunda yalnızca akrabaların değil, ispat etmek koşuluyla, ölenin yardımından yoksun kalan, ölen hayatta iken onun bakımından yararlanan kişilerin istediği tazminat, destekten yoksun kalma zararını ve son olarak, ölüm nedeniyle yapılan giderler ve hastanın ölümünün hemen gerçekleşmediği hâllerde bu süreçte yapılmış olan giderler⁹²³ de ölüm nedeniyle istenilen diğer maddî zararları oluşturmaktadır⁹²⁴.

⁹²⁰ YILMAZ, s. 19, 125; ÖZÇETİN/BALABAN, s. 52; SİNDEL, s. 244.

⁹²¹ YILMAZ, s. 126.

⁹²² AŞÇIOĞLU, s. 100-101.

⁹²³ AŞÇIOĞLU, s. 101.

⁹²⁴ YILMAZ, s. 126-127.

Hastanın uğramış olduğu zarar maddî veya manevî olabilmekle birlikte, zararı ispatla yükümlü tarafı hasta oluşturmaktadır⁹²⁵. Diş hekimliği müdahaleleri bakımından hastanın zarar görmesi; alet ve ekipman yetersizliği nedeninden kaynaklanabileceği gibi, diş hekiminin vermiş olduğu kararın hatalı olması ve hastaya uygulamış olduğu hatalı müdahale dolayısıyla da gerçekleşebilmektedir⁹²⁶.

Hatalı tıbbî müdahale nedeniyle hastanın ölümü hâlinde Türk Borçlar Kanunu'nun, ölüm halinde uğranılan başlıca zararların düzenlendiği 53. maddesi, beden gücünün azalması durumunda da Kanun'un, bedensel zararların belirtildiği 54. maddesi uygulama alanı bulacak ve 51. madde uyarınca hâkim, durumun gereği ve kusurun ağırlığını göz önünde bulundurarak ödenecek tazminatın kapsamı ve ödenme biçimini tayin edecek; 52. madde uyarınca da hakkaniyet çerçevesinde neticeyi belirleyecektir⁹²⁷.

Hekimin hatalı tıbbî müdahalesi neticesinde manevî zararın oluşması hâlinde ise, kural olarak, zarar gören hasta, Türk Borçlar Kanunu'nun 56. maddesi uyarınca manevî tazminat isteyebilecektir. Hastanın ağır bedensel zarara uğraması ya da ölümü hâlinde ise, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevî tazminat verilmesine karar verilebileceği düzenlenmiştir. Kişinin yakınlarına verilmiş bir hak olan, hastanın ölümü hâlinde istenebilecek manevî tazminat; ailenin dışında kalan kişiler tarafından da, ölen hasta ile olan aile ve sevgi bağlarını kanıtladıkları takdirde talep edilebilecektir⁹²⁸.

d. İlliyet Bağı

Son olarak, illiyet bağı olarak ifade edilen; meydana gelen zarar ile hekimin/diş hekiminin sorumlu tutulmasına neden olan olay ya da davranış arasındaki sebep-sonuç ilişkisi olarak tanımlanan unsur, estetik cerrah ya da diş hekiminin sözleşmeye

⁹²⁵ EFE, s. 205; ER, s. 324.

⁹²⁶ BULUT, Gamze, "Diş Hekiminin Etik ve Hukuk Bağlamında Sorumluluğu", IV. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara 2012, s. 180.

⁹²⁷ YILMAZ, s. 126.

⁹²⁸ AŞÇIOĞLU, s. 101-102; YILMAZ, s. 129.

aykırılık dolayısıyla sorumluluğunun doğması için gerekli şartlardan bir diğerini oluşturmaktadır⁹²⁹.

Gerek Türk- İsviçre Hukuku gerekse Alman Hukuku'nda, uygun illiyet bağı teorisi, genellikle kabul edilen görüşü oluşturmaktır. Bu görüş uyarınca, illiyet bağının varlığı ancak hekim/diş hekiminin yapmış olduğu tıbbî müdahaledeki kusurlu davranışının, hayattaki genel davranışlar ve olayların tabii akışına göre hastadaki zararı meydana getirmeye elverişli olduğu takdirde kabul edilecektir⁹³⁰.

Sözleşmenin hekim tarafından ihlâli, normal hayat tecrübeleri uyarınca zararın meydana gelişinde elverişlilik arz etmiyorsa, bu durumda hekimin sorumluluğundan bahsedilemeyecektir⁹³¹. Estetik cerrahın ya da diş hekiminin böyle bir durumda sorumlu tutulmaması ancak illiyet bağının; üçüncü kişinin ağır kusuru; örneğin diş hekiminin, hastasındaki diş ağrısı sebebiyle kendisine almasını önermiş olduğu ve reçetede yazılmış olan ilaç yerine daha kuvvetli etki içeren, reçetede yazılı olmayan başka bir ilacın eczacı tarafından hastaya verilmesi ve bunun sonucunda, ilerleyen günlerde vücudunda ağır zararların meydana geldiği, eczacının hareketinin illiyet bağı kestirdiği durumda; hasta tarafından aktarılan bilgideki eksiklik veyahut yanlışlık ya da operasyon sonrasındaki davranışları, örneğin, hastanın kendisine bağlanan serumu çıkarmış olması dolayısıyla komaya girmesi veyahut yarasının enfeksiyon kapması⁹³² şekliyle kendini gösteren, hastanın ağır kusuru veya mücbir sebep dolayısıyla kesilmesi, örneğin diş hekiminin hastaya uygulamış olduğu protez tedavisi esnasında depresyon olması, muayenehanenin çökmesi ve bunun sonucunda hastanın ölmesi gibi diş hekiminin/hekimin elinde olmayan dış etkenlerin varlığı hâlinde mümkün olacaktır. Hastanın kusurunun illiyet bağı kesmeyecek derecede olduğu hâllerde, Türk Borçlar Kanunu uyarınca hekimin/diş hekiminin sorumluluğu tamamen ortadan kalkmayacak, tazminatta indirim gerçekleşecektir⁹³³.

⁹²⁹ ER, s. 329; YILMAZ, s. 131; KILIÇOĞLU, s. 812.

⁹³⁰ YILMAZ, s. 131.

⁹³¹ AYAN, s. 111.

⁹³² KILIÇOĞLU, s. 814.

⁹³³ ÖZDEMİR, s. 257; EFE, s. 205; AĞIR, s. 384; ER, s. 330.

Sözleşmenin ihlâli ile meydana gelen zarar arasındaki uygun illiyet bağıını ispat yükü hasta üzerinde olmakla birlikte⁹³⁴, ispat yönünden kesinlik aranmamakta, emarelere dayalı kuvvetli bir ihtimalin ispatlanmış olması yeterli bulunmaktadır⁹³⁵.

2. Vekâlet Sözleşmesine Tabi Estetik Amaçlı Tıbbî Müdahaleler Bakımından

Vekâlet sözleşmesine tabi estetik amaçlı tıbbî müdahalelerde, hekim/diş hekimini ile hasta arasındaki ilişki iş görme ilişkisi olarak tanımlanmakla birlikte, vekâlet sözleşmesi gereği hekim/diş hekiminin tıbbî müdahalesi hastayı tedavi etmeye, iyileştirmeye yönelik bir müdahale olup, eser sözleşmesinden farklı olarak, yönelmiş olduğu sonucun gerçekteşmemesi dolayısıyla bir sorumluluğu bulunmamakta, sonuca ulaşmada göstermiş olduğu uğraşın özenli olmaması dolayısıyla sorumluluğu doğmaktadır⁹³⁶. Örneğin protez yapımının veya diş dolgusunun üstlenildiği bir tıbbî müdahalede sözleşmenin vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirildiği durumda, diş hekimini kendisinden beklenen özeni gösterdiği takdirde, tedaviden sonuç alınmaması durumunda sorumluluğu söz konusu olmayacaktır⁹³⁷.

Vekâlet sözleşmesi kapsamında değerlendirilen tıbbî müdahaleler bakımından Yargıtay'ın yaklaşımı da hekimin borcunun "vekilin borcu" kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde olup, verilmiş olan kararlarda, vekil olan hekimin vekâlet görevine konu olan işi görürken sonuç sorumluluğu bulunmasa dahi, sonuca ulaşma amacıyla göstermiş olduğu çabanın, davranışlarının özenli olmaması sebebiyle doğan zararlardan sorumlu olduğu ifade edilmiş, hastanın hekimden tedavinin tüm aşamalarında özen gösterilmesini bekleme hakkının olduğu belirtilerek, gerekli özeni göstermeyen hekimin vekâleti gereği gibi ifa etmemiş sayılacağı değerlendirmesinde bulunmuřtur⁹³⁸.

⁹³⁴ ÖZÇETİN/BALABAN, s. 52.

⁹³⁵ ÖZDEMİR, s. 258; ÖZTÜRKLER, s. 43; YILMAZ, s. 133.

⁹³⁶ BAŞPINAR, s. 138; BULUT, Gamze, "Diş Hekiminin Etik ve Hukuk Bağlamında Sorumluluğu", IV. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara 2012, s. 181; ÖZER, s. 250.

⁹³⁷ BAŞBUĞ, s. 137.

⁹³⁸ Yargıtay 13. HD, 29.04.2010, 14575/5860, KAYA (Terazi Hukuk Dergisi), s. 24'ten.

3. Eser Sözleşmesine Tabi Estetik Amaçlı Tıbbî Müdahaleler Bakımından

Eser sözleşmesine tabi tıbbî müdahalelerde iş gören hekim/diş hekiminin davranışından ziyade, neticenin önem arz etmesi dolayısıyla; bu müdahalelerde diş hekimi/hekimin sadakat ve özen borcuna elinden geldiğince riayet ettiği, hekimin uygulaması gereken tüm yöntemleri objektif ölçüye uygun ve makul düzeyde uyguladığı, ancak buna rağmen örneğin protezin dişe oturmaması, hastanın vücuduna uyum sağlamaması gibi diş hekiminden kaynaklanmayan bir sebeple hastanın rahatsızlığı hâlinde, gerçekleşmeyen estetik netice yönüyle diş hekiminin/hekimin sorumluluğu doğacaktır⁹³⁹.

Eser sözleşmesine tabi estetik amaçlı tıbbî müdahalelerde sözleşmeye hâkim olan amacın bir şeyin meydana getirilmiş olması dolayısıyla, yüklenicinin eseri meydana getirme ve bu eseri teslim etme borcunun varlığı yanında, kullanmış olduğu, örneğin dolgu malzemesi, silikon, protez malzemesi gibi malzemelerin seçimi ve kalitesi yönüyle de sorumluluğu bulunmaktadır⁹⁴⁰.

Diş hekiminin hastasına uygulamış olduğu protetik, estetik restorasyonlar Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olan eser sözleşmesi kapsamında nitelendirilmekte olup; diş hekiminin sonuç taahhüdünde bulunduğu veya hastanın estetik anlamda nasıl bir görünüm istediğini önceden belirttiği hâllerde, istenilen sonucun gerçekleşmemesi diş hekiminin tazminat sorumluluğunu meydana getirebilecektir⁹⁴¹.

Yargıtay da eser sözleşmesine tabi estetik amaçlı tıbbî müdahalelerde hekimin borcunu “yüklenicinin borcu” kapsamında değerlendirmekte olup; diğer iş görme sözleşmelerinden farklı olarak eser sözleşmesinde hekimin sonuç sorumluluğunun bulunduğu, sonucun gerçekleşmesi hâlinde yüklenicinin borcunu ifa etmiş sayılacağı ifade edilmiştir⁹⁴².

⁹³⁹ BAŞBUĞ, s. 137; ÖZER, s. 250; BAŞPINAR, s. 137.

⁹⁴⁰ BORAN, s. 255; EROL (Yasal Sorumluluk), s. 61; BULUT (Yasal Sorumluluk), s. 88.

⁹⁴¹ BULUT, s. 181.

⁹⁴² Yargıtay 3. HD, 17.02.2014, 18568/2337, KAYA (Terazi Hukuk Dergisi), s. 24-25'ten.

Eser sözleşmesine tabi estetik amaçlı tıbbî müdahaleler bakımından bir diğer sonuç, hekim/diş hekiminin hastaya karşı ayıba karşı tekeffül borcunun bulunması; hastanın tazminat talep etme hakkı dışında, onarım isteme, sözleşmeden dönme ve bedelden indirim isteme gibi seçimlik haklara sahip olmasıdır⁹⁴³.

B. Hekimin Haksız Fiil Dolayısıyla Sorumluluğu

1. Genel Olarak

Haksız sözcüğü hukuka aykırılık anlamına gelmekte ve kişinin hukuk düzenince reddedilen eylemleri, haksız ya da hukuka aykırı olarak tabir edilen fiil kapsamında değerlendirilmektedir. Dolayısıyla, haksız fiilden kaynaklanan bir borcun doğması, gerekli tüm koşulların varlığı yanında, kişinin davranışının hukuka aykırı nitelikte olmasına bağlı bulunmaktadır⁹⁴⁴.

Genel olarak hasta ile hekim arasındaki ilişki sözleşmeye dayanmakla birlikte, bazı hâllerde; seyahat eden hekimin karayolunda kaza yapmış bilinci kapalı bir hastaya veyahut kalp krizi geçiren bir kişiye yapmış olduğu ilk müdahale gibi örneklendirebileceğimiz durumlarda hasta ile hekim arasında sözleşmesi olmaksızın kurulan bir hukukî ilişki söz konusu olmaktadır. Yine benzer şekilde, hastane ile hasta arasında bulunan, hekimlik sözleşmesini içinde barındırmayan tam hastaneye kabul sözleşmesinde de hasta ile hekim arasında sözleşme bulunmaması, hekimin Türk Borçlar Kanunu'nun 116. maddesi uyarınca ifa yardımcı kabul edilmesi dolayısıyla olası bir ihtilafta hekimin sorumluluğu ancak haksız fiil hükümlerine başvurularak söz konusu olabilecektir⁹⁴⁵.

Hekim ile hasta arasında ilişkinin sözleşmeye dayanmadığı, vekâletsiz iş görme şartlarının da bulunmadığı durumda ya da sözleşme ilişkisi var olmakla birlikte, sözleşmeden doğan sorumluluğa başvurulmadığı hâllerde, sorumluluk, haksız fiilden sorumluluğu düzenleyen Türk Borçlar Kanunu'nun 49. maddesi ve devamındaki

⁹⁴³ BORAN, s. 255.

⁹⁴⁴ KILIÇOĞLU, s. 359.

⁹⁴⁵ ÖZAY, s. 111.

madde hükümlerine göre belirlenecektir⁹⁴⁶. Kanunun söz konusu maddesi uyarınca, kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar verenin, bu zararı giderme yükümlülüğü bulunmaktadır.

Kusura dayanan ve kusura dayanmayan sorumluluk olarak ikiye ayrılan haksız fiillerde, kusura dayanmayan sorumluluk hâlleri yasaların özel olarak düzenlediği türü oluşturmakla birlikte, kural, her haksız fiilin kusura dayanan sorumluluk olarak çıkması durumudur⁹⁴⁷.

Hekimin de gerçekleştirmiş olduğu tıbbî müdahale nedeniyle tabi tutulabileceği haksız fiil sorumluluğu, kusura dayanan sorumluluk türü olarak nitelendirilmektedir. Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin sözleşme ilişkisi olarak nitelendirildiği durumda da, sözleşmeye dayanmayan ilişkide de, hastanın bedensel veya aklî bütünlüğüne hekim tarafından zarar verilen her tür müdahale, Türk Borçlar Kanununun 49. maddesi uyarınca haksız fiil kabul edilmektedir⁹⁴⁸.

Bir sözleşmenin kurulabilmesi için taraflar arasında eşitlik hâlinin olması gerektiği, hekim ile hasta arasındaki ilişkide de hasta ne ölçüde aydınlatılırsa aydınlatılsın yapılacak müdahaleleri tamamıyla bilmesi mümkün bulunmadığından, sözleşmenin eşit şartlarla sahip olarak kurulamayacağı Bayraktar tarafından ileri sürülmüş, bu doğrultuda, hekim ile hasta arasındaki ilişkinin sözleşme olarak kabul edilemeyeceğinden bahisle, hekimin eyleminin hastaya zarar vermesi hâlinde, hekimin yalnızca haksız fiil nedeniyle sorumlu tutulacağı ifade edilmiştir⁹⁴⁹.

Özay'ın da aynı görüşte olduğu Belgesay'a göre ise, tıpkı avukat ile müvekkil, mühendis ile müşteri arasında sözleşmenin bulunmasına, teknik konuların müvekkil ya da müşteri tarafından bilinmemesi engel teşkil etmiyorsa, hekim ile hasta arasında da sözleşmenin kurulduğunun kabul edilmesi gerekmektedir⁹⁵⁰.

Hekimin hastasının vücut bütünlüğüne yönelik yapmış olduğu müdahaleler sebebiyle, sözleşmeye aykırılık ve zarar teşkil eden her eylem aynı zamanda haksız fiil sorumluluğunu doğuracağından, sözleşmeden doğan ve sözleşme dışı sorumluluk

⁹⁴⁶ ER, s. 332; ÖZAY, s. 111; YILMAZ, s. 179; KICALIOĞLU (Tıbbi Müdahale), s. 417.

⁹⁴⁷ ÖZAY, s. 112.

⁹⁴⁸ ÖZAY, s. 112.

⁹⁴⁹ BAYRAKTAR, s. 30; ÖZAY, s. 113.

⁹⁵⁰ BELGESAY, s. 80; ÖZAY, s. 113.

hâllerinin yarışması söz konusu olacak; bu durumda zarar gören, tazminat davasını, sözleşme ya da haksız fiil hükümlerinden birini tercih edip, söz konusu ilişkiyi düzenleyen hükümlere dayanarak açabilecek, zararını bu surette tazmin edebilecektir⁹⁵¹. Sözleşmeden doğan sorumluluk ile sözleşme dışı sorumluluğun yarıştığı bu durumda, zarar görenin sözleşme ya da haksız fiil hükümlerinden birini seçerek, zararını tazmin etmesi durumunda, kullanmamış olduğu diğer seçimlik hakkı ortadan kalkacaktır. Türk Borçlar Kanunu'nun 114. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanacağından, tazminatın hesaplanması bakımından sözleşme ya da haksız fiil hükümlerinden hangisine dayanılarak dava açılırsa açılış, önemli bir fark bulunmayacak; ancak gerek zamanaşımı yönünden, gerekse ispat külfetinin kusursuzluk konusunda hekimde olması dolayısıyla, sözleşmeye aykırılığa dayanılarak zarar tazmininin istenmesi hastanın lehine olacaktır⁹⁵².

Hekimin/dış hekiminin sözleşme dışı sorumluluğunun bulunması; hukuka aykırılığın mevcudiyeti, zararın bulunması, kusurun varlığı ve haksız fiil ile zarar arasında illiyet bağının bulunması ile mümkün olmakta, niteliğine uygun düştüğü ölçüde haksız fiil sorumluluğuna ilişkin yapılan açıklamalar sözleşmeden doğan sorumluluğun unsurları için de geçerli bulunmaktadır⁹⁵³. Ancak, sözleşmeden doğan sorumluluk şartlarından farklı olarak, haksız fiil sorumluluğunda ispat ile yükümlü olan tarafı hasta oluşturmaktadır⁹⁵⁴.

2. Haksız Fiilden Doğan Hukukî Sorumluluğun Unsurları

a. Hukuka Aykırı Fiil

Hukuka aykırılık hâlinde; kişinin mal varlığını ve şahıs varlığını doğrudan ya da dolaylı olarak koruma amacını barındıran, yazılı veya yazılı olmayan emredici

⁹⁵¹ YILMAZ, s. 179; AYKIN/ÇINARLI, s. 185-186.

⁹⁵² ÖZAY, s. 113-114; ÖZTÜRKLER, s. 49.

⁹⁵³ ÖZAY, s. 114; AĞIR, s. 385; BULUT, Gamze, "Dış Hekiminin Etik ve Hukuk Bağlamında Sorumluluğu", IV. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara 2012, s. 180; ÖZDEMİR, s. 260; ER, s. 333; POLAT, s. 283.

⁹⁵⁴ YILMAZ, s. 179; AYKIN/ÇINARLI, s. 186.

nitelikte davranış kurallarının ihlâl edilmesi söz konusu olmakta; sözleşmeden doğan sorumluluk şartlarından “sözleşmeye aykırılık” unsuru, haksız fiil sorumluluğunda “hukuka aykırılık” olarak ifade edilmektedir⁹⁵⁵.

Kusura dayalı haksız fiil dolayısıyla kişinin sorumlu tutulmasının temel şartını, sorumlu tutulacak kişinin olumlu ya da olumsuz hukuka aykırı bir davranışının varlığı oluşturmaktadır⁹⁵⁶. Haksız fiil; yapma şeklinde gerçekleşebileceği gibi, yapılması gerekenin yapılmaması şekliyle de gerçekleşebilir. Ancak, yapmama eylemi dolayısıyla kişinin bu eyleminin haksız sayılması, yapma yükümlülüğünün bulunması hâlinde mümkündür⁹⁵⁷.

Türk Ceza Kanunu’ndaki, “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” ilkesi, haksız fiil sorumluluğunda da geçerliliğini korumakta, fiilin hukuka aykırı sayılması bakımından, hukuka aykırı davranışta bulunan kişi tarafından bu kuralın bilinme zorunluluğu bulunmamaktadır⁹⁵⁸.

Tıbbî müdahalede gereklilik olması ve bu müdahalenin gereklere uygun surette icra edilmesi şartıyla; hastanın rızası, hastanın vücut bütünlüğüne yönelik yapılan tıbbî müdahalelerin hukuka aykırılığını ortadan kaldırarak, hukuka uygun müdahale hâline getirecek başlıca sebep olarak nitelendirilmektedir⁹⁵⁹. Bununla birlikte, kamu gücünün hukuka uygun surette kullanılması gibi örneklendirilebilecek, diğer hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı hâlinde de hekimin haksız fiil sorumluluğu ortadan kalkacaktır⁹⁶⁰.

Hukuka uygunluk şartları, Türk Borçlar Kanunu’nun 63. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, eylemin, kanunun verdiği yetkiye dayanması ve bu yetki sınırlarının içerisinde kalması hâlinde, fiil zarara yol açmış olsa dahi hukuka aykırı sayılmayacaktır. Aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca; zarar görenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar, zarar verenin davranışının haklı savunma niteliği taşıması, yetkili kamu makamlarının müdahalesinin zamanında

⁹⁵⁵ KILIÇOĞLU, s. 364; YILMAZ, s. 179.

⁹⁵⁶ ÖZAY, s. 115; KILIÇOĞLU, s. 362; AYKIN/ÇINARLI, s. 187.

⁹⁵⁷ KILIÇOĞLU, s. 362-363.

⁹⁵⁸ KILIÇOĞLU, s. 367; AYKIN/ÇINARLI, s. 188.

⁹⁵⁹ ÖZAY, s. 115.

⁹⁶⁰ YILMAZ, s. 179.

sağlanamayacak olması durumunda kişinin hakkını kendi gücüyle koruması veya zorunluluk hâllerinde de fiil hukuka aykırı sayılmayacaktır.

b. Kusur

Kusur, hekimin sözleşme dışı sorumlu tutulabilmesinin diğer bir unsurunu oluşturmaktadır⁹⁶¹. Öğreti ve uygulamadaki hâkim görüş, kusuru, hukuk düzeninin kınadığı, hoş görmediği, uygun görülmeyen davranış şekli olarak tanımlamaktadır⁹⁶².

Hekimin kusurundan bahsedilebilmesi, kastın ya da ihmalinin bulunması ile mümkündür. Sonucun hukuka aykırı olduğunun bilinmesine rağmen bu sonucun istenerek hareket edilmesi hâlinde kusur türlerinden kast oluşacak, hukuka aykırı sonucu istememekle birlikte, bu sonucun meydana gelmemesi için aynı hâl ve şartlarda ortalama bir hekimin göstermesi gereken özenin gösterilmemesi, tedbirsiz olunması, mesleki özenin gösterilmemiş olması hâlinde ise hekimin ihmali sebebiyle sorumluluğu söz konusu olacaktır. İhmal de ağır ihmal ve hafif ihmal olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Kişi tarafından aynı olayda gösterilmesi gereken en basit dikkat ve özenin gösterilmediği hâl ağır ihmali oluşturmakta, ihmalin ağır olup olmadığının tayininde, objektif ölçü esas alınarak, benzer hâl ve şartlar altındaki özenli kişilerin göstermesi gereken davranışa göre bir tespitle bulunulması gerekmektedir. Hafif ihmalde ise çok dikkatli ve özenli kişilerin aynı olayda göstermiş olduğu dikkat ve özenin mevcut olayda gösterilmeme hâli söz konusu olmakta, bu ihmal türüne örnek olarak, tehlikesi çok büyük bir operasyonu başarıyla gerçekleştiren bir hekimin, operasyon dikişlerinin bir kısmının eksik atılması dolayısıyla hastada kanamanın meydana gelmesi ve o kısma yeniden dikiş atılması verilebilmektedir. Kusur unsuru kastı da içermekle birlikte, Türk Borçlar Kanunu'nda ihmal yerine kusurun kullanıldığı ve Kanunun örneğin 115. maddesinin ilk ve son fıkralarında bahsedildiği üzere, ağır ve hafif kusur deyimlerine işaret edildiği görülmektedir. Kast ve ağır

⁹⁶¹ ÖZAY, s. 116.

⁹⁶² KILIÇOĞLU, s. 404; ÖZAY, s. 116; AYKIN/ÇINARLI, s. 192.

ihmal, kusur derecelerinden ağır kusuru; hafif ihmal ise hafif kusuru oluşturmaktadır⁹⁶³.

Nitelik bakımından, hasta ile hekim arasında bulunan sözleşmeden kaynaklanan sorumluluktaki kusur ile sözleşme dışı sorumluluktaki kusur arasında bir fark bulunmamakla birlikte, bu fark ispat yükü konusunda ortaya çıkmakta; hastanın haksız fiil hükümlerine dayanarak hekimin sorumlu tutulmasını istediği takdirde hastanın, hekimin kusurunu ispat etmesi gerekmektedir⁹⁶⁴. Ancak gerek tıbbî müdahalenin teknik yönü bakımından gerekse tıp bilimine hâkim olmama bakımından hastanın sözleşme dışı sorumluluğa dayanarak tazminat talep etmesi kendisi bakımından oldukça zorlu bir seçenek olacağından, koşulları mevcut olduğu takdirde hastanın sözleşmeden doğan sorumluluk hükümlerine dayanarak zararının tazminini istemesi hastanın menfaatine bir sonuç doğuracaktır⁹⁶⁵.

Meslek kusuru ise, hukukumuzda yasal bir tanımlama bulunmamakla birlikte, objektif bir değerlendirme yapıldığında özen borcunun ihlâlini teşkil eden ve özellikle öğretilde çoğunluk tarafından ve uygulamada da benimsendiği üzere, hekimin göstermesi gereken dikkat ve özende ki eksiklik sebebiyle, tıp biliminde ve uygulamada genel anlamda tanınarak kabul edilmiş olan kuralları dikkate almaması olarak ifade edilmektedir⁹⁶⁶.

Tıp biliminde ve uygulamada genel anlamda tanınarak kabul edilmiş olan kurallardan bahsedilebilmesi için, hekimlerin/dış hekimlerinin büyük çoğunluğu tarafından aynı ya da benzer uygulamalarda devamlı bu kuralların uygulanıyor olması gerekmektedir. Ancak somut durum değerlendirildiğinde daha yüksek bir başarı elde edilmesi ihtimalinin bulunduğu durumlarda, tıp biliminde bilinmekle beraber, henüz yaygınlaşmamış ve içeriğinde çeşitli zorluklar barındıran yöntemin hekim tarafından uygulanmasına da, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 6. maddesinde de düzenlendiği üzere, hekimlerin ve dış hekimlerinin hastaya uygulayacakları tedaviyi kendilerinin serbestçe belirleme hakları bulunduğundan,

⁹⁶³ KILIÇOĞLU, s. 406-408; ÖZAY, s. 116; AYKIN/ÇINARLI, s. 193-194.

⁹⁶⁴ YILMAZ, s. 179; AYKIN/ÇINARLI, s. 199.

⁹⁶⁵ ÖZAY, s. 117.

⁹⁶⁶ ÖZAY, s. 117.

ilgili tedaviyi uygulamalarına engel bir durum bulunmamaktadır⁹⁶⁷. Burada sınırı, tıp biliminde henüz tanınmamış ve hekimlerce kullanılamaz nitelikte olan yöntemler oluşturmakta, bu yöntemler meslek kusuru bakımından da tanınmamış sayılmaktadır⁹⁶⁸.

Hekimin meslek kusurundan bahsedilebilmesi ancak; en azından hastaya uygulayacağı tedavinin seçiminde ihmalinin bulunması, tıbbî özen borcuna aykırılık teşkil edecek şekilde, tıp biliminde genel olarak tanınıp kabul edilmiş bir kurala aykırı surette hareket etmesi ile mümkün olacaktır⁹⁶⁹.

c. Zarar

Genel olarak, kişinin iradesi dışında, malvarlığı veya kişilik haklarındaki, başka bir kişinin eylemi sebebiyle meydana gelen eksilmeyi ifade eden zarar unsurunda⁹⁷⁰, haksız fiilde bulunan kişinin, bu eylem ile meydana getirmiş olduğu eksilmeyi tazmin borcu bulunmakta, haksız fiil dolayısıyla zarara uğrayan kişinin eylemden önceki durumuna getirilmesi gerekmektedir. Zarar gören kişinin malvarlığına yönelen haksız fiilin varlığı hâlinde malvarlığı zararı, şahıs varlığına yönelen haksız fiil durumunda ise şahıs varlığı zararı söz konusu olmaktadır⁹⁷¹.

Kişinin maddî niteliği olan ya da olmayan kişisel varlıklarına ilişkin haksız fiil neticesinde meydana gelen zarar, şahıs varlığı zararı olarak adlandırılmaktadır. Bu zararlardan maddî varlığa ilişkin haksız fiil kapsamına yaralama ya da ölüm neticesini doğuran eylemler girmekte; özel yaşam, şeref, haysiyet, isim, resim gibi maddî niteliği bulunmayan kişisel varlığa ilişkin haksız fiiller de, şahıs varlığı zararını meydana getiren eylemler olarak ifade edilmektedir⁹⁷².

Türk Borçlar Kanunu'nun 53. maddesi, haksız fiilin şahıs varlığına yönelik olduğu durumda ölüm neticesini doğuran haksız fiilin gerçekleşmesi hâlinde

⁹⁶⁷ ÖZAY, s. 118.

⁹⁶⁸ AYAN, s. 106; ÖZAY, s. 118.

⁹⁶⁹ ÖZAY, s. 118.

⁹⁷⁰ AYKIN/ÇINARLI, s. 199.

⁹⁷¹ KILIÇOĞLU, s. 386-387.

⁹⁷² KILIÇOĞLU, s. 387; AYKIN/ÇINARLI, s. 201.

doğabilecek zarar kalemlerini; aynı kanunun 54. maddesi ise, şahıs varlığına yönelik haksız fiilin, yaralanma, sağlığın bozulması gibi bedensel zararı meydana getirdiği durumda meydana gelebilecek maddî zarar kalemlerini düzenleme altına almıştır⁹⁷³.

Kanun'un 54. maddesinde düzenlenen bedensel zararlardan; tedavi giderleri, hastanın sağlık kurumuna taşınması amacıyla yapılan taşıma giderlerini, sağlık kurumlarına yapılan ödemeleri, ilaç giderlerini, hastanın sakat kaldığı durumda hayatını devam ettirebilme amacıyla kullandığı protez gibi araçların giderlerini, genel olarak sağlığına kavuşma amacıyla yapmış olduğu tüm giderleri kapsamaktadır. Çalışma gücünün azalması ya da yitilmesi dolayısıyla meydana gelen zarar, haksız fiil dolayısıyla yaralanan kişinin çalışmadığı günler sebebiyle uğramış olduğu zararı ve tüm müdahalelere rağmen sakatlanması ile neticelenen eylemde, çalışma gücünü kısmen ya da tamamen kaybetmiş olması dolayısıyla uğramış olduğu zararı kapsamakta, haksız fiile uğrayan kişi, bu zararın tazminini isteyebilmektedir. Haksız fiil neticesinde ekonomik geleceği sarsılan, örneğin geçimini resim yaparak sağlayan kişinin haksız fiil neticesinde parmaklarını kaybetmesi olayında kişinin çalışma gücü tamamıyla kaybolmamış olsa dahi ekonomik geleceğinin sarsılması dolayısıyla bu zararının da tazmin edilmesi gerekmektedir. Son olarak, haksız fiil gerçekleşmesiydi kişinin elde etmesi muhtemel kayıpları olarak ifade edilen kazanç kaybının da haksız fiil dolayısıyla meydana geldiği durumda, bu zararın da tazmin edilmesi gerekmektedir.

Kanun'un 53. maddesinde düzenlenen, kişinin ölümü hâlinde uğranılan zararlar ise cenaze giderleri başlığıyla düzenlenmiş olan, haksız fiil neticesinde ölmüş olan kişinin gömülme giderleri, ölümün hemen gerçekleşmemesi hâlinde, ölenin ölünceye kadarki süreçte yapılan tedavi giderleri, olay tarihinden ölüm tarihine kadar, çalışma gücünün kısmen veya tamamen kaybı sebebiyle uğranılan zararlar ve ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğramış olduğu zararlar olarak belirlenmiştir⁹⁷⁴.

Haksız fiil neticesinde kişinin malvarlığındaki eksilme maddî zarar olarak ifade edilmekte; malvarlığı ya da şahıs varlığı değerlerinden hangisine yönelik olursa

⁹⁷³ KILIÇOĞLU, s. 388.

⁹⁷⁴ KILIÇOĞLU, s. 527-531; AYKIN/ÇINARLI, s. 200-201.

olsun, malvarlığı kaybı ile sonuçlanan haksız fiil neticesinde meydana gelen zararlar maddî zararı oluşturmakta; bununla birlikte, kişinin yaralanması ile neticelenen haksız eylemde, bu sebeple yapılan tedavi giderleri, çalışma gücünün azalması ya da kaybolması sebebiyle gelir kaybının meydana geldiği durumlar da, şahıs varlığına ilişkin haksız fiil neticesinde doğan maddî zarar olarak ifade edilmektedir⁹⁷⁵.

Haksız fiil neticesinde örneğin kişinin yaralanması hâlinde katlanmak zorunda kaldığı operasyonlar sebebiyle uğramış olduğu zarar ise manevî zarar kapsamında değerlendirilmektedir⁹⁷⁶. Manevî zararda kişinin haksız fiil neticesinde yaşadığı acı, ıstırap, elem söz konusu olmakta, haksız fiilde bulunan kişinin bu zararı giderme borcu doğmaktadır. Genellikle, kişinin maddî nitelikte olan ve maddî niteliği bulunmayan kişisel değerlerinden oluşan şahıs varlığına yönelik bir haksız eylemde bulunulması şeklinde meydana gelen manevî zararda; kişinin bedensel bütünlüğü maddî nitelikteki kişisel değerler kapsamında; şeref, haysiyet, isim, resim, özel hayat gibi değerler ise maddî niteliği olmayan kişisel değerler kapsamında ele alınmaktadır. Maddî nitelikteki kişisel değerlere ilişkin haksız eylem neticesinde meydana gelen manevî zarar ve tazmini, Türk Borçlar Kanunu'nun 56. maddesinde, onur, sır, saygınlık gibi maddî niteliği bulunmayan kişisel değerlere yönelik haksız fiil sonucu meydana gelen manevî zarar ile bu zararın giderilmesi ise aynı kanunun 58. maddesinde düzenlenmiştir⁹⁷⁷.

Hukuka aykırı ve kusurlu bir eylem ile kişinin rızası dışında, malvarlığı veya manevî varlığında meydana gelen eksilme olarak tanımlanan zararda; malvarlığı bakımından, zarar verici eylem olmasa idi malvarlığının bulunacağı durum ile zarar verici eylem neticesinde ortaya çıkan durum arasındaki fark, uğranılan zararı göstermektedir⁹⁷⁸.

Hukuka aykırı bir fiil bulunmakla birlikte, ortada bir zararın olmadığı hâllerde hekimin tazminat sorumluluğuna gidilemeyecektir⁹⁷⁹. Tazminat sorumluluğu ancak, hekimin işlemiş olduğu hukuka aykırı bir fiil sonucu bir zararın meydana gelmesi ile mümkün olacaktır. Kural, hekimin hastaya vermiş olduğu tüm zararı tazmin

⁹⁷⁵ KILIÇOĞLU, s. 387, 389-390.

⁹⁷⁶ KILIÇOĞLU, s. 390.

⁹⁷⁷ KILIÇOĞLU, s. 389; AYKIN/ÇINARLI, s. 201.

⁹⁷⁸ ÖZAY, s. 118-119; YILMAZ, s. 180.

⁹⁷⁹ YILMAZ, s. 180.

etmesidir. Bu zarar, maddî zarar olabileceği gibi manevî zarar da olabilmektedir. Hastanın, hekim hatası sebebiyle, zararı giderme amacıyla ek tedavi masrafı yapmak zorunda kaldığı hâlleri örnek olarak verebileceğimiz durumda, malvarlığının aktifinde meydana gelen zarar; malvarlığının fiilen azalması ya da artması gerektiği hâlde artmaması şeklinde ortaya çıkan, fiilî zarar olarak tanımlanırken, yüzünde sabit iz kalan manken örneğinde olduğu gibi, mankenin elde edilecek kazançtan yoksun kalma durumunda, hekim/diş hekiminin kusurlu davranışı neticesinde hastanın yeni başlayacağı bir işe girememesi halinde ise kâr mahrumiyeti olarak ifade edilen maddî zarardan bahsedilecektir⁹⁸⁰.

Fiilî zarar, haksız eylem sonucunda fiilen var olan ve gerçekleşmiş olan zararı; fiilen gerçekleşmeyen, elde edilmesinin olanak dahilinde olduğu, kazanç kaybına neden olan zararlar ise kazanç kaybı zararı olarak adlandırılan, haksız fiil neticesinde zarar gören kişinin uğramış olduğu kayıpları ifade etmektedir⁹⁸¹. Benzer şekilde, bir ses sanatçısının dişlerindeki çapraşıklık sebebiyle diş hekiminin tedavisine girdiği müdahalede, diş hekiminin dikkatsizliği neticesinde hastanın dilinin kesilmesiyle sonuçlanan müdahalede, sanatçının belli bir süre çalışmama durumu fiilî zararı oluştururken, bu süreçte kendisine teklif edilecek programlardan mahrum kalması hâli de kâr mahrumiyetini meydana getirecektir⁹⁸².

Hukuka aykırı bir eyleme maruz kalan, hukuka aykırı şekilde, şahsiyet haklarına tecavüzde bulunulan kişinin, bu eylem sebebiyle duymuş olduğu bedensel ve manevî acı, elem, yaşama sevincindeki azalma gibi durumlar ise manevî zarar olarak adlandırılmaktadır⁹⁸³. Hekimin uygulamış olduğu tıbbî müdahale de mahiyeti itibariyle hastanın beden bütünlüğüne ve sağlık değerlerine yönelik bir müdahale olduğundan, hastanın maddî zarar ile birlikte manevî bir zarara uğraması da söz konusu olabilmektedir⁹⁸⁴.

Hekim kusuruyla meydana gelen bir zararın söz konusu olduğu durumda; ölüm hâlinde uğranılan zararı, Türk Borçlar Kanunu'nun 53. maddesinde belirtildiği üzere; cenaze giderleri, ölümün hemen gerçekleşmediği hâlde, tedavi giderleri ile çalışma

⁹⁸⁰ YILMAZ, s. 125-126.

⁹⁸¹ KILIÇOĞLU, s. 394-395.

⁹⁸² AĞIR, s. 383; ÖZDEMİR, s. 256.

⁹⁸³ ÖZTÜRKLER, s. 117; ÖZDEMİR, s. 256.

⁹⁸⁴ ÖZAY, s. 119-120.

gücünün azalması ya da yitirilmesinden doğan kayıplar ve ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar oluşturmakta; ölümle neticelenmeyen, bedensel zararın bulunması hâlinde ise bu zararların kapsamına Türk Borçlar Kanunu'nun 54. maddesinde düzenlenen, tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalması ya da yitirilmesinden doğan kayıplar ve ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar olarak nitelendirilen zararlar ve son olarak, Kanun'un 56. maddesinde manevî tazminat başlığıyla düzenlenen, ruhsal bütünlüğün zarara uğraması sebebiyle meydana gelen zarar girmektedir⁹⁸⁵.

Hasta ile hekim arasındaki ilişkinin sözleşmeye dayanması hâlinde olduğu gibi, sözleşmenin bulunmadığı hâllerde de, sözleşme dışı sorumlulukta zararı ispatlamakla yükümlü tarafı zarar gören hasta teşkil etmektedir⁹⁸⁶.

d. İlliyet Bağı

Sebe-sonuç bağı olarak ifade edilen illiyet bağında; neticenin, o neticeye sebep olan eylem dolayısıyla meydana gelmiş olması gerekmektedir. Meydana gelen zararın, gerçekleştirilen haksız fiil ile bağlantısının bulunmadığı, başka nedenlerden kaynaklandığı hâllerde sorumluluk doğmayacaktır. İlliyet bağına ilişkin iki teori bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, şart teorisi. Şart teorisi, meydana gelen her zararın, bu zararın doğumunda zorunlu bulunan tüm eylemler ile sebep-sonuç bağı içerisinde bulunduğunu kabul etmekte, illiyet bağına kurulmasında belirsizliklere sebep olabilecek nitelik teşkil etmektedir. Uygun illiyet teorisi olarak adlandırılmakta olan ikinci teori ise, Türk Hukuku'nda öğretisi ve yargı kararlarında baskın görüş tarafından savunulan teoriyi oluşturmaktadır. Uygun illiyet teorisine göre, yaşam tecrübeleri ve olayların olağan akışı göz önünde bulundurularak, sebebi meydana getiren eylemin, gerçekleşen türden bir zararı doğurma ya da doğma ihtimalini artırma konusunda elverişliliğinin bulunması, zarar denilen neticeden en uygun nedenin sorumluluğunun kabul edilmesi; birden fazla fiilin bir zararı meydana

⁹⁸⁵ ÖZAY, s. 120.

⁹⁸⁶ KILIÇOĞLU, s. 522; ÖZAY, s. 119; BORAN, s. 258.

getirdiği hâllerde, en uygun sebep ile illiyet bağının kurulması ve sorumluluğun tespiti gerekmektedir⁹⁸⁷.

Sözleşmeden doğan sorumluluk şartlarında olduğu gibi hukuka aykırı fiil neticesinde de hekim ya da dış hekiminin sorumluluğu ancak hukuka aykırı eylem ile netice arasında sebep-sonuç ilişkisinin varlığı hâlinde, başka bir ifadeyle meydana gelen neticenin hukuka aykırı eylem sebebiyle oluştuğu hâlde sorumluluğu doğacaktır. Hekim/dış hekiminin, davranışı ile uygun illiyet bağı olmayan neticeler bakımından sorumluluğu bulunmamaktadır⁹⁸⁸. Bununla birlikte; mücbir sebep, zarar görenin kast ya da ağır ihmal derecesindeki ağır kusuru ya da üçüncü kişinin ağır kusuru gibi illiyet bağı kesen hâllerde de meydana gelen netice dolayısıyla hekim/dış hekiminin sorumlu tutulması söz konusu olmayacaktır⁹⁸⁹.

Haksız fiil sorumluluğunda ispat yükü hasta üzerinde bulunmakta, ancak bu sorumlulukta da, sözleşmeden doğan sorumlulukta olduğu gibi, ilk görünüş ispatı olarak tanımlanan, kuvvetli bir ihtimalin ispatlanmış olması, hekim/dış hekiminin haksız fiil dolayısıyla sorumlu tutulması bakımından, ispat yönüyle yeterli sayılmaktadır⁹⁹⁰.

3. Estetik Amaçlı Tıbbî Müdahalelerde Haksız Fiilden Doğan Hukukî Sorumluluk

Hekim yapmış olduğu tıbbî müdahalelerde, müdahalenin estetik amaçlı olup olmaması yönüyle haksız fiil sorumluluğu bakımından bir fark bulunmamaktadır. Hekimin estetik amaçlı yapmış olduğu müdahale sonucu hastanın zarar görmüş olması hâlinde, sorumluluk bakımından diğer şartların da bulunması şartıyla hasta, haksız fiil hükümlerine dayanarak hekimden zararının tazminini isteyebilecektir⁹⁹¹.

Gerek estetik cerrahın gerekse dış hekiminin, hastanın beden bütünlüğüne yönelik müdahalede bulunması dolayısıyla, sözleşmeye aykırılık teşkil eden, zarar verici her tür eylemi aynı zamanda haksız fiil oluşturduğundan; bu durumda

⁹⁸⁷ KILIÇOĞLU, s. 397-398; AYKIN/ÇINARLI, s. 211.

⁹⁸⁸ ÖZTÜRKLER, s. 47; YILMAZ, s. 21.

⁹⁸⁹ KILIÇOĞLU, s. 403-404; AYKIN/ÇINARLI, s. 212.

⁹⁹⁰ YILMAZ, s. 180.

⁹⁹¹ ÖZAY, s. 124.

sözleşmeden doğan sorumluluk hâli ile sözleşme dışı sorumluluğun yarışması söz konusu olmaktadır. Hasta ile dış hekimi/hekim arasında sözleşmenin bulunmadığı hâllerde, haksız fiil hükümlerine dayanılarak hekimin sorumluluğuna gidilebilecek; dış hekimi/estetik cerrah ile hasta arasında sözleşmenin olmadığı veya sözleşme mevcut olsa dahi, hastanın haksız fiil hükümlerine dayanması hâlinde, yardımcı personelin zarar verici eyleminin haksız fiil oluşturması durumunda da estetik cerrah ya da dış hekiminin hastaya karşı, yardımcı personelin eyleminden, Türk Borçlar Kanunu uyarınca adam çalıştıran sıfatıyla sorumlu tutulması mümkün olacaktır⁹⁹².

C. Hekimin Vekâletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluğu

1. Genel Olarak

Vekâletsiz iş görme, Türk Borçlar Kanunu'nun 526 ile 531. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Kural olarak, bir kişinin başka bir kişinin işini görebilmesi, kendisine verilmiş olan vekâlet ile mümkündür. Vekâlet olmaksızın bir başkası hesabına iş görülmesi halinde vekâletsiz iş görme söz konusu olacak⁹⁹³; iş görme eyleminin bulunduğu, görülen işin başkasına ait olduğu, iş görenin vekâletinin bulunmadığı ve iş görme konusunda iradenin varlığı hâlinde vekâletsiz iş görmeden bahsedilecektir⁹⁹⁴.

İlişkinin konusunu iş görme oluşturduğundan, vekâletsiz iş görme, Türk Borçlar Kanunu'nda iş görme sözleşmeleri arasında düzenlenmiştir. Vekâletsiz iş görme, genellikle vekâlet ile verilen yetkinin aşılması şeklinde meydana geldiğinden, bu ilişkiye ilişkin düzenleme, Türk Borçlar Kanunu'nda vekâlet sözleşmesi hükümlerinden sonra yer almaktadır. Hukukî muameleler olduğu gibi, maddî fiil ya da hareketler de vekâletsiz iş görme ilişkisinin konusunu oluşturabilecektir⁹⁹⁵.

Vekâletsiz iş görme çeşitlerinden; gerçek olan vekâletsiz iş görmenin bir hukukî muamele benzeri fiil ya da maddî fiil olduğuna ilişkin husus tartışmalı olmakla birlikte, Yavuz, gerçek olan vekâletsiz iş görmenin hukukî muamele benzeri fiil olduğu yönündeki görüşü savunmaktadır⁹⁹⁶.

⁹⁹² EFE, s. 206.

⁹⁹³ AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 805; AYKIN/ÇINARLI, s. 242.

⁹⁹⁴ YAVUZ, s. 1359-1371; ÖZTÜRKLER, s. 191.

⁹⁹⁵ ÖZAY, s. 104.

⁹⁹⁶ YAVUZ, s. 1362.

Vekâletsiz iş görme, gerçek olan ve gerçek olmayan vekâletsiz iş görme olarak ikiye ayrılmaktadır. İş görenin iş sahibine ait bir işin görülmesi iradesi ile, yetkisi olmaksızın, iş sahibinin hukuk alanına müdahale ettiği, iş sahibinin menfaatine ve gerçek ya da varsayılan iradesine uygun davrandığı ve iş sahibinin açıkça ya da durumlardan anlaşılacağı üzere yasaklamasının bulunmadığı durum, gerçek olan vekâletsiz iş görme olarak adlandırılmaktadır⁹⁹⁷. Gerçek olan vekâletsiz iş görmede, iş görenin işi yapma konusunda yetkisi bulunmakla birlikte, bu yetki bir hukukî ilişki ya da duruma dayanmamakta, ancak işin görülmesi suretiyle taraflar arasında bir ilişki doğmakta ve iş gören vekâletsiz iş gören sıfatını kazanmaktadır⁹⁹⁸.

Türk Borçlar Kanunu'nun 526. maddesinde düzenlendiği üzere, vekâleti olmaksızın başkasının hesabına iş görülse dahi, görülen işin iş sahibinin menfaati ve varsayılan iradesine uygun surette gerçekleştiği, iş sahibinin geçerli bir yasaklamasına aykırılığın bulunmadığı hâllerde gerçek olan vekâletsiz iş görmeden bahsedilecek; tam tersi durumda, vekâletsiz iş gören, iş sahibinin menfaatinin olduğunu zannetse dahi, gerçekte menfaatinin bulunmadığı veya iş sahibinin açıkça yasağının bulunmasına rağmen aykırı surette işin görüldüğü ya da iş sahibi tarafından kendisine yetki verilmediği hâlde, yetki verildiğini ileri sürerek iş görenin iş sahibinin işini kendi menfaatine görmesi hâllerinde gerçek olmayan vekâletsiz iş görme söz konusu olacaktır⁹⁹⁹.

Hekimin yapmış olduğu tıbbî müdahaleler bakımından konu değerlendirildiğinde, çoğunlukla karşılaşılan türün, gerçek olan vekâletsiz iş görme olduğu görülmektedir. Vekâletsiz iş görme ilişkisinde iş görenin iş sahibinin menfaatine ve varsayılan iradesine uygun olarak iş görme borcu bulunduğu, hekimin yapmış olduğu tıbbî müdahaleler yönüyle de hastanın muhtemel iyileşme menfaatine öncelik tanınması dolayısıyla, hekimin vekâletsiz iş gören sıfatıyla uyguladığı tıbbî müdahaleler haklı görülmektedir¹⁰⁰⁰.

Hekimin, zaruret hâli içerisinde bulunan bir hastaya hayatını kurtarma amacıyla veyahut ağır bir zarar görmesini engelleme maksadıyla tıbbî müdahalede

⁹⁹⁷ YAVUZ, s. 1360-1362; AYKIN/ÇINARLI, s. 243.

⁹⁹⁸ YAVUZ, s. 1363.

⁹⁹⁹ YAVUZ, s. 1367-1369; ÖZAY, s. 105.

¹⁰⁰⁰ ÖZAY, s. 105; ÖZÇETİN/BALABAN, s. 53.

bulunması hâlinde hekim ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisinin varlığından bahsedilemeyecektir. Başka bir örnekle, hekim ile hasta arasında kararlaştırılmış olan bir operasyonun varlığı hâlinde, müdahale esnasında karşılaşılan ve operasyonu genişletme zaruretinin hasıl olduğu durumda da, genişletilen kısım bakımından, hekim ile hasta arasında bir sözleşme bulunmamaktadır. Bu ve benzeri hâllerde hekim, vekâletsiz iş gören sıfatıyla, hastanın iradesine dayanmaksızın, tıbbî müdahaleyi hastanın iyileşmesi amacıyla yapmaktadır. Bu gibi hâllerde, taraflar arasındaki ilişkiye, Türk Borçlar Kanunu'nun 526 ve devamındaki madde hükümleriyle düzenlenen vekâletsiz iş görme hükümleri uygulanacaktır¹⁰⁰¹.

Geçirilen bir trafik kazası nedeniyle hastanın bilincinin kapalı olduğu durumda ameliyatının yapılması¹⁰⁰², ameliyat esnasında daha önce hesaba katılması ve hastaya anlatılmasının mümkün olmadığı yeni bir bulguyla karşılaşılması sebebiyle, önceden planlanmış olan müdahalenin dışına çıkıldığı durumlar gibi örneklendirilebilecek bazı hâllerde, hastanın hekim ile arasında sözleşme yapma iradesinin bulunmadığı veyahut hekim ile aralarında sözleşme olsa dahi hekimin sözleşmenin konusunu hastanın iradesi dışında aşarak, ancak hastanın menfaatine uygun surette tıbbî müdahalede bulunduğu bazı durumlarda vekâletsiz iş görme hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmektedir¹⁰⁰³.

Sarial, ilk hekimin hasta adına yapmış olduğu sözleşme ile yerine başka bir hekimi, yetkisi olmadığı hâlde belirlemesi ve hastanın da böyle bir sözleşmeye onay vermemesi hâlinde, hasta ile belirlenen yeni hekim arasında sözleşme kurulmayacağından bahisle, belirlenen yeni hekimin hastanın tedavisini üzerine almakla, vekâletsiz iş gören olarak nitelendirileceğini ifade etmiştir¹⁰⁰⁴.

Türk Borçlar Kanunu'nun 527. maddesi uyarınca, vekâletsiz iş görenin/hekimin her türlü ihmalden sorumluluğu bulunmaktadır. Hekimin hastaya daha ağır bir zarar görmesinden koruma amaçlı müdahalede bulunduğu durumda dahi, hâlin özellikleri dikkate alındığında, ortalama durumda bir hekimin aynı hâl ve şartlar içerisinde göstermesi gerekli olan özeni gösterme yükümlülüğü

¹⁰⁰¹ YILMAZ, s. 187-188; AYKIN/ÇINARLI, s. 243.

¹⁰⁰² EREN, s. 898.

¹⁰⁰³ ÖZAY, s. 106.

¹⁰⁰⁴ SARIAL, s. 51; ÖZAY, s. 106.

bulunmaktadır. Vekâletsiz iş görmede de, vekâletsiz iş gören sıfatıyla tıbbî müdahalede bulunan hekimin, sözleşmeye dayalı olarak yapmış olduğu tıbbî müdahalede olduğu gibi, aynı derecede özen gösterme borcu bulunmaktadır¹⁰⁰⁵. Aynı maddenin ikinci fıkrasındaki düzenleme, hekimin uygulamış olduğu tıbbî müdahalelere uyarlandığında; hekimin, hastasının tedaviyi reddettiğini bilmesine ya da somut olayda bilmesinin beklenmesine rağmen müdahalede bulunduğu durumda, meydana gelen tüm zarardan ve kazadan dahi sorumluluğu doğmaktadır¹⁰⁰⁶. Türk Borçlar Kanunu'nun 531. maddesi uyarınca, vekâletsiz iş görme ilişkisi, gerçek olan ve gerçek olmayan her iki çeşit vekâletsiz iş görme hâlinde de, iş sahibi yapılan işi uygun bulduğu takdirde vekâlet sözleşmesine dönüşecek, hasta ile hekim arasındaki ilişkiye, vekâletsiz iş görmenin niteliği ile bağdaştığı oranda vekâlet sözleşmesi hükümleri kıyas yoluyla uygulama alanı bulacaktır¹⁰⁰⁷.

2. Sorumluluğun Kapsamı

Özen bakımından, vekâletsiz iş gören sıfatıyla hastaya tıbbî müdahalede bulunan hekim ile hasta ile arasındaki hekimlik sözleşmesine dayanarak hastaya tıbbî müdahalede bulunan hekimin göstermesi gereken özen arasında bir fark bulunmamakta, her iki durumdaki hekimin de işi görürken, makul bir insandan beklenen şekilde işin gerektirdiği dikkat ve özeni göstermesi gerekmektedir. Aksi takdirde verilen zarar dolayısıyla hekimin hastaya karşı sorumluluğu bulunmaktadır¹⁰⁰⁸.

Türk Borçlar Kanunu'nun vekâletsiz iş görme dolayısıyla sorumluluğu düzenleyen 527. maddesi uyarınca sorumluluk üç farklı şekilde ortaya çıkmaktadır. 527. maddenin ilk fıkrasının ilk cümlesi uyarınca kural, vekâletsiz iş görenin her türlü ihmalden sorumluluğunun bulunduğu ilişkindir¹⁰⁰⁹.

¹⁰⁰⁵ YILMAZ, s. 189; AYKIN/ÇINARLI, s. 244.

¹⁰⁰⁶ YILMAZ, s. 189.

¹⁰⁰⁷ YAVUZ, s. 1370-1371; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 805; ÖZAY, s. 106.

¹⁰⁰⁸ ÖZAY, s. 107.

¹⁰⁰⁹ YAVUZ, s. 1364.

Gerek hasta ile arasında sözleşme ilişkisi bulunan hâllerde gerekse sözleşme ilişkisinin bulunmadığı, vekâletsiz iş gören sıfatıyla müdahalede bulunulan hâllerde hekimin tedaviye ilişkin göstermiş olduğu fedakârlık ve verdiği emek bakımından özenin her iki durumda da eşit olarak gösterilmesi gerekmekte, vekâletsiz iş gören sıfatı, hekimin hastasına karşı daha az derecede özen göstermesi hakkını vermemektedir¹⁰¹⁰. Aynı maddenin ilk fıkrasının ikinci cümlesinde ise, iş görenin bu işi iş sahibinin karşılaştığı zararı ya da zarar tehlikesini giderme amaçlı yaptığı durumda, sorumluluğunun daha hafif olarak değerlendirileceği hükme bağlanmıştır. Bir görüş, ameliyatın genişletildiği hâllerde, hasta ile hekim arasında kurulmuş olan hekimlik sözleşmesine nazaran hekimin özen borcunun daha az olduğunun kabul edilmesi, aralarındaki güven ilişkisi ve ahlâka aykırı olacağından bu gibi genişletme hâlinde sorumluluğun hafifletilmesine ilişkin bu fıkranın uygulanmaması gerektiğini savunmaktadır¹⁰¹¹.

Öğretide de hâkim olan görüş, hekimin ifa ettiği görev dikkate alındığında, salt olayın aciliyeti, hekimin aynı tür olaylarda göstermesi gereken özenin hafifletilmesi için haklı bir sebebi teşkil etmediği gerekçesiyle bu fıkranın uygulanmaması gerektiği yönünde toplanmaktadır¹⁰¹².

Özay da aynı doğrultuda, hekimin özen borcunun yalnızca akdî değil, meslekî bir borç da olduğu düşüncesiyle, meslek ve faaliyetin de hassasiyeti dikkate alındığında, söz konusu fıkranın tıbbî müdahaleler bakımından uygulanamayacağını ifade etmektedir¹⁰¹³.

Türk Borçlar Kanunu'nun 112 ile 116. maddeleri arasında yer alan genel akdî sorumluluk düzenlemesi, vekâletsiz iş gören hakkında da uygulanacak; bu durumda sorumluluk; akit benzeri bir borcun ihlâl edilmiş olması, kusurun varlığı, bir zararın meydana gelmiş olması ve uygun illiyet bağının mevcut olması hâlinde söz konusu olacaktır¹⁰¹⁴.

¹⁰¹⁰ ÖZAY, s. 107.

¹⁰¹¹ AYAN, s. 114.

¹⁰¹² AYAN, s. 114; ÖZAY, s. 108.

¹⁰¹³ ÖZAY, s. 108.

¹⁰¹⁴ YAVUZ, s. 1364.

Sorumluluğu ağırlaştıran, aynı maddenin ikinci fıkrası; işgörenin, iş sahibinin açıkça veya örtülü olarak yasaklamış olmasına rağmen bu işi yapmış olması hâlinde ve iş sahibinin yasaklamasının da hukuka veya ahlâka aykırı olmadığı durumda, beklenmedik hâlden de sorumlu tutulacağını düzenlemiştir¹⁰¹⁵. Söz konusu hüküm, hekimlik sözleşmesine uyarlandığında, hekimin hastasının o tıbbî müdahaleyi daha önceden reddettiğini bildiği veya bilmesi gerektiği hâlde, tıbbî müdahalede bulunması veya müdahaleyi genişletmesi durumunda, meydana gelen tüm zararlar birlikte, beklenmedik hâlden dahi sorumluluğu doğacaktır. Ancak aynı madde, işgörenin o işi yapmamış olsaydı dahi bu zararın beklenmedik hâl neticesinde gerçekleşeceğini ispat ettiği takdirde sorumluluktan kurtulacağını hükme bağlamıştır.

Gerek Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un, hekimlerin, diğ hekimlerinin yapacağı her nevi müdahale için öncelikle hastalarının rızasının alınması gerektiğini düzenleyen 70. maddesi, gerekse tıp ve sağlık mevzuatının çeşitli diğ hükümleri hastanın rızası bulunmaksızın hekimin tıbbî müdahalede bulunamayacağını açık bir şekilde hükme bağladığından, Özay'ın da görüşü, sorumluluğun ağırlaştırıldığı ikinci fıkra hükmünün hasta ile hekim arasındaki ilişkide de sıkı sıkıya uygulanması gerektiği yönündedir¹⁰¹⁶.

3. Estetik Amaçlı Tıbbî Müdahalelerde Vekâletsiz İş Görmeden Doğan Hukukî Sorumluluk

Estetik amaçlı tıbbî müdahalelerde hekimin vekâletsiz iş görme dolayısıyla sorumluluğu üç şekilde meydana gelebilecektir¹⁰¹⁷:

Geçirmiş olduğu kaza sebebiyle hastanın vücudunda ağır kanamalı bir yaranın bulunması hâlinde, bu yaranın kapatılır kapatılmaz, yara izinin kalmaması amacıyla derhâl estetik müdahalenin yapıldığı hâlin örnek olarak verilebileceği durumda, hekimin vekâletsiz iş gören sıfatıyla, uygulamış olduğu normal bir tıbbî müdahale sırasında, hastanın izninin alınmasının mümkün olmadığı hâlde estetik müdahalede

¹⁰¹⁵ YAVUZ, s. 1365.

¹⁰¹⁶ ÖZAY, s. 108, 109.

¹⁰¹⁷ ÖZAY, s. 109.

bulunması söz konusudur. Bu ilk durumda hekim, vekaletsiz iş gören sıfatıyla sorumlu tutulacaktır.

İkinci hâl olarak; hastaya göğüs büyütme operasyonu yapıldığı esnada, hastanın sonradan göğüslerinde sarkmanın meydana geleceğini öngörerek, hekimin göğüsleri dikleştirmeye yönelik bir estetik müdahale daha yapması olarak örneklendirebileceğimiz durumda da, hekimin estetik müdahalede bulunurken, hastanın rızasını almaksızın bir başka estetik müdahale daha yapması hâli gösterilebilecektir.

Üçüncü duruma da örnek olarak, hekimin hastasına göğüs küçültme operasyonu yaptığı esnada göğüs içerisinde tehlikeli bulunduğu bir ulla karşılaşması ve tıbbî müdahale ile bu tehlikeli uru alması veyahut iltihaplanmayı görerek tedavi amacıyla müdahalede bulunduğu durumda, hekimin yapmış olduğu estetik müdahale esnasında hastanın sağlığı bakımından tehlikeli gördüğü bir durumu bertaraf etme, tedavi maksatlı başkaca bir tıbbî müdahalede bulunması söz konusudur. Diğer iki durumdan farklı olarak, tedavi amacıyla müdahalede bulunan bu hâlde ve sorumluluğun şartlarının gerçekleşmesi hâlinde her üç durumda da hekimin, vekâletsiz iş gören sıfatıyla sorumluluğu doğacaktır.

Diş hekimliği alanında ise vekâletsiz iş görme dolayısıyla sorumluluk örneğin, hastanın, diş hekimine sadece ilgili diş için müdahalede bulunmasına rıza gösterdiği ancak diş hekiminin başka bir dişe de müdahalede bulunması örneğinde olduğu gibi, diş hekiminin gerçekleştirmekte olduğu müdahaleyi genişletmesi veyahut acil durumların söz konusu olduğu hâllerde uygulama alanı bulacaktır. İlk örnekte bahsettiğimiz durumda, müdahale alanını genişleten diş hekiminin, hastasına ait işi onun rızası olmaksızın gerçekleştirmesi dolayısıyla, beklenmedik durumlardan da sorumluluğu söz konusu olacaktır¹⁰¹⁸. Söz konusu müdahalede hasta lehine bulunması, örneğin hastanın diş çekimine rıza göstermiş olduğu bir müdahale esnasında, diş hekiminin başka bir dişte belli bir alanda çürüğe rastlaması ve bu dişe de hasta lehine müdahalede bulunarak dişi kurtarması durumunda ise gerçek vekâletsiz iş görme hükümleri uygulama alanı bulacaktır¹⁰¹⁹.

¹⁰¹⁸ AĞIR, s. 384.

¹⁰¹⁹ ÖZDEMİR, s. 238.

III. SORUMLULUĞUN SONUÇLARI

Hekimin/diş hekiminin hatalı tıbbî müdahalesi dolayısıyla tazminat sorumluluğunun söz konusu olduğu hâllerde, tazminat miktarının belirlenmesi bakımından, hekimin hasta ile arasındaki ilişki ister sözleşme olarak nitelendirilsin, ister haksız fiil; Türk Borçlar Kanunu'nun 114. maddesi uyarınca, haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen hükümler kıyasen sözleşmeden doğan sorumluluk hâline de uygulanacağından, sorumluluğun kaynağının sözleşme ya da haksız fiile dayanmasının bir önemi olmayacak, hekimin tazminat ödeme borcu doğacaktır¹⁰²⁰.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, tıbbî uygulama hatalarında ödenmesi gereken tazminat miktarının uygun miktarda olması gerektiğine hükmetmiştir¹⁰²¹.

Hukukumuz bakımından da, ödenecek tazminat miktarında, zararı karşılamaya yönelik ve hastayı tatmin edecek nitelikte asgari miktar belirlenmeli, zarar görenin zarara sevinmesini sağlayacak miktara hükmedilmesinden kaçınılması gerekmektedir¹⁰²².

Maddî tazminat ve manevî tazminat olmak üzere, hekimin/diş hekiminin kusurlu bulunması hâlinde ödemesi gereken iki çeşit tazminat söz konusu olabilecektir¹⁰²³.

A. Maddî Tazminat

Hastanın hatalı tıbbî müdahale sebebiyle uğramış olduğu zararların karşılanması amacıyla ödenen, bu hatalı müdahale nedeniyle, hasta tarafından yapılmak zorunda kalınmış harcamalara karşılık hükmedilen tazminat türü, maddî

¹⁰²⁰ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 708-709; ÖZDEMİR, s. 262; EFE, s. 206; AĞIR, s. 386.

¹⁰²¹ Oyal/Türkiye Kararı. Kan nakli nedeniyle HIV olayı, HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 709, dn. 643'ten.

¹⁰²² HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 709.

¹⁰²³ BORAN, Bedia, "Estetik Cerrahi Hekimin Hukukî Sorumluluğu", II. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara 2009, s. 259; HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 709; ER, s. 334.

tazminattır. Tedavi masrafları, yeni bir ameliyat masrafı, ilaç masrafları, yapılan tetkiklerin ücretleri, yol masrafları gibi masraflar maddî tazminat kapsamında değerlendirilmektedir¹⁰²⁴.

Estetik cerrah/diş hekimi tarafından, güzelleştirme amacıyla hastaya uygulamış oldukları operasyon/tıbbî müdahale sebebiyle meydana gelen maddî zararda öncelikli olarak, ek tedavi ve ameliyat masraflarının, müdahalenin kusurlu olması sebebiyle hastanın uğramış olduğu kazanç kaybı ve iktisadi geleceğinin sarsılması dolayısıyla meydana gelen zararın tazmin edilmesi gerekmektedir¹⁰²⁵.

Tazminatın doğrudan zarar gören kişiye ödenmesi kural olmakla birlikte, hatalı tıbbî uygulama dolayısıyla hastanın ölümü hâlinde, ölenin yardımından yoksun kalanların zararının tazmin edilmesi, Türk Borçlar Kanunu'nun 53. maddesinin 3. bendi uyarınca, destekten yoksun kalma tazminatının talep edilmesi ile mümkündür¹⁰²⁶. Bir kimsenin fiilen sürekli ve düzenli olarak bakımını üstlenen ve ileride de olayların olağan akışına göre o kişiye bakması kuvvetle muhtemel olan kimse, o kişinin desteği sayılmaktadır¹⁰²⁷. Başka bir ifadeyle, gerçekleşmiş ya da gerçekleşmesi umulan bakım ilişkisi olarak ifade edilen destek kavramında, bir kimsenin geçiminin bir bölümünü veya tümünü sağlayacak şekilde, eylemli ve düzenli surette kişiye yardım eden ve eylemli destek olarak da tanımlanan veya olayların olağan akışına göre ölüm olayı meydana gelmese idi az çok yakın bir gelecekte de bu yardımı icra edecek, farazî destek kavramıyla da ifade edilen kişi, destek sayılmaktadır. Bu tazminatı hastanın çocukları, eşi, annesi ve babasının talep hakkı bulunmakla birlikte, yetişkin çocukların böyle bir hakkı bulunmamaktadır¹⁰²⁸. Ev hanımının ölmesi örneğinde olduğu gibi, desteğin hizmet şeklinde de olabilmesi dolayısıyla, ölenin yakınları da destekten yoksun kalma tazminatını talep edebilecektir¹⁰²⁹.

Hastanın, kendisine uygulanacak tedavi nedeniyle ödemiş olduğu giderleri hekimden tazminat kapsamında talep hakkı, bu giderler tedavi için zorunlu olup,

¹⁰²⁴ EREN, s. 770, 778; HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 709.

¹⁰²⁵ ÖZDEMİR, s. 262; EFE, s. 206; AĞIR, s. 386; EREN, s. 770.

¹⁰²⁶ EREN, s. 778; ÖZDEMİR, s. 262; EFE, s. 206; AĞIR, s. 386.

¹⁰²⁷ OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2, İstanbul 2017, s. 103.

¹⁰²⁸ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 709.

¹⁰²⁹ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 710.

hastanın başka bir sağlık kuruluşuna gitmiş olması hâlinde dahi yapılması gerekli olan giderler olduğundan, bulunmamaktadır. Kalıcı veya geçici olan, hastanın uğramış olduğu bedeni zararlar için de hasta tarafından tazminat talep edilmesi mümkündür. Kalıcı bir sakatlığın meydana geldiği durumlarda güç kaybı tazminatını talep edilebilecektir¹⁰³⁰.

Haksız fiillerden doğan borç ilişkilerinde, zararın ve kusurun ispatı konusunu düzenleyen, Türk Borçlar Kanunu'nun 50. maddesi uyarınca; zarar gören, zararını ispat yükü altındadır. Uğranılan zararın miktarı tam olarak tespit edilemediği takdirde hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirleyecektir¹⁰³¹.

Hastanın estetik cerrah ya da diş hekimine vermiş olduğu bilginin yanlış olması, hekimin verdiği talimata uymama, müdahalenin tehlikesini bilmesine rağmen hastanın bu müdahaleye rıza göstermesi gibi olgular tazminat miktarının indirilmesinde değerlendirmeye tabi tutulabilecektir¹⁰³².

Kanun'un 114. maddesinin 2. fıkrası gereği, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanacağından, hekim ile hasta arasındaki ilişkinin sözleşme olarak nitelendirildiği durumlarda da zarar miktarını ispat yükü hasta üzerindedir.

B. Manevî Tazminat

Türk Borçlar Kanunu'nun 56. maddesinde düzenlenmiş olan manevî tazminat, hekimin uygulamış olduğu hatalı tıbbî müdahale nedeniyle meydana gelen manevî zararın tazminine yönelik, hâkimin hükmedeceği tazminatı oluşturmaktadır. Söz konusu kanun hükmü uyarınca, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi halinde, hâkim, zarar görene, manevî tazminat kapsamında uygun bir miktar paranın verilmesine, olayın özelliklerini göz önünde bulundurmamak suretiyle karar verebilecektir. Aynı maddenin ikinci fıkrası, zarar görenin veya ölenin yakınlarına

¹⁰³⁰ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 710.

¹⁰³¹ ER, s. 334.

¹⁰³² EFE, s. 206.

da, hastanın ağır bedensel zararı veya ölümü hâlinde manevî tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebileceğini düzenlemiştir.

Dayanağını, Medeni Kanun'un 24. maddesinde düzenlenmiş olan, kişilik haklarının korunmasını sağlayan, Türk Borçlar Kanunu'nun 56 ve 58. maddelerinin oluşturduğu manevî tazminat, kişinin hatalı tıbbî müdahale sebebiyle çekmiş olduğu acılar, hastanın yaşama istek ve sevincinde azalma gibi, ruhsal durumunda olumsuz etki bırakan ve kişilik değerlerinde eksilme meydana getiren manevî zararın tazminini içermektedir¹⁰³³. Kanun'un 56. maddesinde yaşama hakkı ile beden bütünlüğü olarak da ifade edilen maddi kişilik değerlerinin ihlâlinden doğan manevî tazminat davası, 58. maddesinde ise duygusal ve sosyal kişilik değerleri başta olmak üzere kişinin diğer kişilik değerlerinin ihlâlinden doğan manevî tazminat davası düzenlenmiştir¹⁰³⁴.

Hâkimin takdirine bırakılan manevî tazminat miktarını tayin etmede, hükmedilecek miktarın uğranılan zarar ile orantılı, duyulacak acıyı hafifletecek, zarara uğrayanda huzur duygusu uyandıracak, hakkaniyete uygun bir miktar olması gerekmektedir birlikte; aynı zamanda bu miktarın tayininde, her somut olaya göre değişen özel hâl ve şartlar gözetilmeli, tarafların sosyal ve ekonomik durumları dikkate alınarak, tayin edilen miktar bir taraf için zenginleşme diğer taraf için yıkım teşkil etmemeli, öte yandan zarar veren tarafı caydırıcı oranda olma niteliğini de korumalıdır¹⁰³⁵.

Söz konusu ilkeler estetik amaçlı tıbbî müdahaleler bakımından değerlendirildiğinde; tıbbî müdahalenin bedensel bütünlüğü ihlâl ederek estetik zararlara sebep olması hâlinde zarar gören hastanın bu zararlarla birlikte psikolojisinin de olumsuz yönde etkilendiği görülmektedir¹⁰³⁶. Bu doğrultuda, İsviçre Hukuku ve Türk Hukuku'nda da zarar görenin bedeninde veyahut yüzünde sabit bir iz kalması

¹⁰³³ İPEKYÜZ, s. 146; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2017, s. 805; HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 712.

¹⁰³⁴ EREN, s. 814.

¹⁰³⁵ Öğretide, manevi tazminatın niteliği ve işlevi konusu tartışmalıdır. Telâfi, tatmin ya da ceza fonksiyonu olduğu yönünde çeşitli görüşler bulunmakla birlikte Eren, manevi tazminatın tatmin ya da ceza fonksiyonunun olduğu yönündeki görüşlere katılmamakta; manevi tazminatta nitelik itibariyle telafi amacının güdüldüğünü savunmaktadır. EREN, s. 809-812; HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 713.

¹⁰³⁶ BREHM, Berner Komm., Art. 47, N. 176, ERLÜLE, Fulya, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlâlinde Manevi Tazminat, Ankara 2015, s. 409, dn. 292'den.

hâlinde, bu durumun manevî tazminat miktarının belirlenmesi bakımından göz önünde bulundurulması gereken bir husus olduğu kabul edilmektedir¹⁰³⁷.

Manevî tazminat miktarının belirlenmesinde dikkate alınacak kriterlerde, estetik zararlar bakımından; sabit izin derinliğine, bedenin ya da yüzün hangi bölgesinde yer aldığına bakılacak, estetik operasyon ile düzeltmenin mümkün olup olmadığı hususu gibi tüm unsurlar birlikte değerlendirilecektir¹⁰³⁸. İsviçre Hukuk öğretisine göre bu hâlde kişinin yüzünde ancak çok dikkatle bakılması hâlinde fark edilebilen bir izin olduğu ya da başka bir uygulama gerektirmeksizin makyajla kapatılabilen bir izin varlığı durumunda manevî tazminata hükmedilemeyecektir¹⁰³⁹. Bu gibi hâllerde manevî tazminata hükmedilmesinin ancak zarar gören hastanın dış görünümünde, örneğin evlenme şansını yok edecek düzeyde bozulmaya yol açtığı takdirde mümkün olduğu ifade edilmektedir¹⁰⁴⁰.

Konuya ilişkin yargıya intikal eden bir olayda; davacı hasta tüylerinin tamamen bitmesi amacıyla lazer tedavisinin uygulanacağı Özel Tıp Merkezi ve davalı doktorlar ile anlaşmış, ayda 1 defa olmak üzere 6 ay lazer tedavisi devam etmiş, 7. seansta vücudunun çeşitli yerlerinde yanıklar meydana gelmiş, müdahalede bulunan doktor kendilerinin hatasının bulunmadığını, lekelerin geçeceği yönünde görüş bildirmekle birlikte; hasta, gittiği başka doktorların, hastada oluşan lekenin kalıcı olduğu ve müdahalede bulunan hekimin uygulama hatasının olduğunu ifade ettiği iddiası ile maddî ve manevî tazminat talebinde bulunmuştur. Adli Tıp Kurulunun, komplikasyon oluştuğu ve davalılara atfı kabil bir kusurun bulunmadığı yönündeki raporu mahkemece esas alınarak, bu rapora göre karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Dava konusu eylem nedeniyle başlatılan ceza yargılamasında da, İl Sağlık Müdürlüğü Adli Tıp Biriminin hazırladığı geçici raporda davacı hastada lazer epilasyonuna bağlı olarak vücudunda yaygın derecede yanıkların mevcut olduğu, Adli Tıp Şube Müdürlüğü raporunda ise bu yanıkların yaşamsal tehlike oluşturmadığı, basit tıbbî müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif nitelikte olduğu belirtilmiştir. Tanık beyanları da tedavi sonrasında hastanın

¹⁰³⁷ BREHM, Berner Komm., Art. 47, N. 177; SIDLER, Genugtuung und Ihre Bemessung, N. 10.58 vd.; HÜTTE, SJZ 1974, s. 276, ERLÜLE, s. 409, dn. 293'ten.

¹⁰³⁸ ERLÜLE, s. 409, dn. 294.

¹⁰³⁹ HÜTTE, SJZ 1974, s. 276, ERLÜLE, s. 409, dn. 295'ten.

¹⁰⁴⁰ HÜTTE, SJZ 1974, s. 276, ERLÜLE, s. 409, dn. 296'dan.

vücudunda yanıkların meydana geldiği ve geçmediği yönünde olmuştur. Yargıtay, hastaya davalıların uyguladığı hatalı lazer epilasyonu sonucu, davacı iş sahibinin istediği sonuca ulaşamadığı, vücudunda yanıklar meydana geldiği, çektiği sıkıntı ve ısıtırap da dikkate alındığında, **davacı lehine uygun oranda manevî tazminata hükmedilmesi gerekirken**; mahkemenin yanılığılı değerlendirme ile bu talebi reddetmesini doğru bulmamış, hasta lehine bozma kararı vermiştir¹⁰⁴¹.

Saç ekimine ilişkin başka bir kararda ise, davacı hakkında iki kez rapor alınan ve davalı tarafın delil sunmadığı olayda Adli Tıp Kurumu raporunda, davacı hastaya uygulanan işlemde davalının uygulama hatasının olmadığı, davacı hastada da olduğu üzere bünyesel nedenlerden kaynaklanan androjenik tip olarak adlandırılan saç dökülmesinin mevcut olduğu durumda, her türlü özene rağmen, herhangi bir ihmal ve kusurdan kaynaklanmayan sebeplerle, tatmin edici neticelerin alınamayabileceği, saç dökülmesinin devam etmesinin önlenemeyebileceği yönünde tespitite bulunulmuş, mahkeme de bu yönde, davalı hekime atfedilebilecek herhangi bir kusurun var olmadığına dayanarak, maddî tazminata yönelik davayı reddettiği gibi, aynı gerekçeyle davacı hastanın kişilik haklarının da hukuka aykırı bir şekilde, ağır ve haksız bir tecavüze uğradığının kabul edilemeyeceğini belirterek, kanıtlanamayan manevî tazminat talebine yönelik davanın da reddine karar vermiş, hüküm Yargıtay tarafından onanmıştır¹⁰⁴².

Hekimin/diş hekiminin hastaya uygulamış olduğu tıbbî müdahalede duyulan acının, müdahale kapsamında normal bir acı olarak değerlendirilmesi durumunda hastanın manevî tazminat talep etmesi mümkün olmayacaktır¹⁰⁴³. Diş hekimi tarafından hastanın mevcut dişlerinin sökülerek, yerine protezin uygulandığı ve dava konusu olan müdahalede Yargıtay, bu müdahalenin, tedavi gereği olarak hastaya rahatsızlık veren olağan bir durum olduğuna, tedavi gereği duyulan bu acının manevî zarar oluşturduğundan bahsedilemeyeceğine hükmetmiştir¹⁰⁴⁴.

¹⁰⁴¹ Yargıtay 3. HD, 14.10.2015, 2014/19682 E, 2015/15750 K, GÖKCAN (Tıbbî Müdahale), s. 1234-1236'dan.

¹⁰⁴² Yargıtay 3. HD, 4.11.2014, 2014/4995 E, 2014/14418 K, GÖKCAN (Tıbbî Müdahale), s. 1242'den.

¹⁰⁴³ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 713.

¹⁰⁴⁴ 15. HD, 16.04.2007, 1659/2459, HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 713, dn. 669'dan.

Benzer bir tıbbî müdahalenin olduğu başka bir kararda da, yine hastanın dişlerinin sökülerek protezin uygulandığı müdahalede duyulan acının tedavinin gereği olarak hastaya rahatsızlık ve acı verici bir durum olduğu, duyulan acı ve huzursuzluğun tedavinin doğal sonucu olduğu ifade edilmiş, manevî tazminatın niteliği gereği bir ceza ya da zenginleşme aracı olamayacağına ilişkin ilkeler birlikte değerlendirilerek, mahkemece belirlenen manevî tazminat miktarının fahiş olduğu Yargıtay tarafından karara bağlanmıştır¹⁰⁴⁵.

Diş protezi müdahalesinin yapıldığı ve dava konusu olan bir başka kararda da, işin gereği duyulması gereken acı dışında, manevî tazminata hükmedilmesini gerektirecek nitelikte bir acı ve üzüntünün yaşanmış olduğunun davacı tarafından ispatlanamamış olması gerekçesiyle, Yargıtay, davacının temyiz itirazlarının reddine karar vermiştir¹⁰⁴⁶.

C. Tazminat Davasında Yargı Yolu, Görevli ve Yetkili Mahkeme

Kendi muayenehanesi/kliniğinde veyahut özel hastanede mesleğini icra eden hekim ya da diş hekimine karşı hatalı tıbbî uygulama (malpraktis) sebebiyle açılacak tazminat davası adli yargıda görülecektir¹⁰⁴⁷. Kamu görevlisi statüsünde olmayan hekim/diş hekimine karşı açılmış olan malpraktis davasında adli yargı kararlarına karşı temyiz mercii ise Yargıtay'dır.

1. Görevli Mahkeme

Malpraktis sebebiyle açılacak tazminat davasında görevli mahkemenin belirlenmesi hususunda öncelikle, 28.05.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun öncesi mevcut düzenlemeye değinilmesinde yarar vardır. 6502 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihe kadar, hekim ya da diş hekimlerine karşı hatalı tıbbî uygulama sebebiyle açılan tazminat davaları, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 2. maddesinde de şartları belirtildiği üzere, asliye hukuk mahkemesinde görülmekte idi.

¹⁰⁴⁵ 15. HD, 07.06.2010, 3129/3245, HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 713, dn. 669'dan.

¹⁰⁴⁶ 15. HD, 13.10.2008, 5571/5961, HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 713.

¹⁰⁴⁷HAKERİ(Tıp Hukuku), s. 602.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un tüketici işlemi tanımının yer aldığı 3. maddesinin 1. fıkrasının (1) bendinde önceki düzenlemeye göre tüketici işleminin kapsamı genişletilmiş, eser ve vekâlet sözleşmeleri de bu kapsama alınmıştır. Dolayısıyla hasta ile hekim/dış hekimi arasındaki sözleşmenin eser sözleşmesi ya da vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirildiği durumda hatalı tıbbî uygulama sebebiyle açılacak tazminat davası, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un yürürlüğe girdiği 28.05.2014 tarihinden itibaren Kanun'un 73. maddesi uyarınca, tüketici mahkemesinde görülecektir. Ancak geçici madde 1'de de belirtildiği üzere bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önceki dönemde açılmış olan davalar, söz gelimi hasta ile hekim arasındaki ilişkinin vekâlet ya da eser sözleşmesi olarak nitelendirildiği hâllerde hatalı tıbbî müdahale sebebiyle açılmış olan dava, söz konusu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önceki dönemde bu uyuşmazlığa dair davanın görüleceği mahkeme asliye hukuk olduğundan, dava asliye hukuk mahkemesinde görülmeye devam edecektir.

2. Yetkili Mahkeme

Hasta ile hekim/dış hekimi arasındaki ilişkinin vekâlet ya da eser sözleşmesi olarak nitelendirildiği durumda, tıbbî uygulama hatası sebebiyle açılacak tazminat davasında yetkili mahkeme, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun, sözleşmeden doğan davalarda yetki kuralını düzenleyen 10. maddesi uyarınca, sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesidir.

Taraflar arasında sözleşmenin bulunmadığı ve haksız fiile dayanarak dava açılması durumunda ise yetkili mahkeme hususunda, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 16. madde düzenlemesi, haksız fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu yer ya da zarar görenin yerleşim yeri mahkemesinin de yetkili olduğunu hüküm altına almıştır.

Kanun'a getirilen özel yetki kuralı ile, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 73. maddesinin 5. fıkrası uyarınca tüketici davaları, tüketicinin yerleşim yerinin bulunduğu yerdeki tüketici mahkemesinde de açılabilecektir.

IV. SORUMLULUĞUN SINIRLANMASI VE SONA ERMESİ

A. Sorumsuzluk Anlaşması

Türk Borçlar Kanunu'nun 115. maddesinin ilk fıkrası uyarınca, borçlunun ağır kusuru dolayısıyla sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılacak bir anlaşmanın kesin olarak hükümsüz olduğu hükme bağlandığından; hekimin ya da dış hekiminin hastasıyla arasında bulunan sözleşmede kendisinin kast ve ağır ihmalden sorumlu olmayacağına dair yapacağı anlaşma kesin olarak hükümsüzdür¹⁰⁴⁸.

Türk Borçlar Kanunu'nun 115. maddesinin 3.fıkrası da konuyu düzenlemiş olup, kanun hükmü uyarınca; “uzmanlık gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak geçersizdir”. Dolayısıyla; plastik, rekonstrüktif ve estetik cerrahi ile dış hekimliğinin de uzmanlık gerektiren meslekler olması ve mesleğin icrasının kanun ya da yetkili makamlar tarafından alınacak izin ile mümkün olması dolayısıyla, estetik cerrah ile dış hekiminin meydana gelen hafif kusurlarından dahi sorumluluğu söz konusu olacaktır¹⁰⁴⁹. Kanunda düzenlendiği gibi, öğretide de bu hüküm, hekim/dış hekimi ile hasta arasındaki hukukî ilişkinin temelinde hastanın hekime karşı güven duygusunun ön planda olması dolayısıyla, sorumluluktan kurtulma konusunda yapılacak bir anlaşmanın, bu hukukî ilişkideki güven duygusunu ortadan kaldıracığı şeklinde yorumlanmaktadır¹⁰⁵⁰.

Kanun'un 116. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesi uyarınca; hekimlik mesleğinin uzmanlık gerektiren bir meslek olması ve ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebilmesi dolayısıyla, hekim ya da dış hekiminin yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına dair anlaşma kesin olarak hükümsüz olacaktır.

¹⁰⁴⁸ AĞIR, s. 385; ÖZDEMİR, s. 258.

¹⁰⁴⁹ AĞIR, s. 385; ÖZDEMİR, s. 259.

¹⁰⁵⁰ YILMAZ, s. 275.

Vekâlet sözleşmesi bakımından, Kanun'un 115. maddesinin ilk fıkrası ile 116. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen sorumsuzluk anlaşmalarının geçerli olmadığını kabul eden ve Yavuz'un da katıldığı görüş uyarınca¹⁰⁵¹; özenle iş görmenin, vekâlet sözleşmesinin esaslı unsurlarından olması ve özellikle uzmanlık gerektiren, meslekî bir iş gören vekilden; vekâlet verenin haklı olarak, görülen işte ihtimam beklentisinin bulunması dolayısıyla, bu ihtimamın gösterilmemesi, vekâletin gereği gibi ifa edilmediği anlamını taşıyacaktır. Vekâletin içeriği ile bu sözleşmedeki güven unsurunun, söz konusu maddelerde düzenlenen, vekilin kendisinin hafif, yardımcılarının ağır kusur da içinde olmak üzere her tür kusuru dolayısıyla sorumlu tutulmamasını öngören şartlar ile bağdaşmayacağı ifade edilmektedir¹⁰⁵². İsviçre Federal Mahkemesi içtihadında da bu husus üzerinde durulmuş; borçlunun kendisi ya da yardımcılarının sorumluluğunun hafifletilmesinin ancak, sorumluluk hukukunun emredici hükümleri ve sözleşmenin içeriğine aykırı düşmediği oranda geçerli sayılabileceği belirtilmiştir¹⁰⁵³.

Vekâlet sözleşmesine tabi tıbbî müdahaleler bakımından da, örneğin bir cerrahın, kendisine güvenen hastasına operasyonda hafif kusurundan veyahut yardımcı kişilerin ağır kusurundan sorumlu olmayacağı yönünde beyanda bulunmasının kendisine duyulan güveni yok edecek nitelikte olduğu savunulmakta, bu sebeple uzmanlık gerektiren meslekleri icra edenler bakımından kendilerinin hafif veya yardımcılarının ağır kusurundan sorumlu olmayacaklarına ilişkin şartların geçerli sayılmaması gerektiği ifade edilmektedir¹⁰⁵⁴. Vekilin, yardımcı kişilerin hafif kusurundan sorumlu tutulmama şartlarının dahi geçerli sayılmayacağı görüşü bazı yazarlarca savunulmakta; bu görüş uyarınca, özellikle hekimlerin, hastanın ölümü ile neticelenen tıbbî müdahaleleri bakımından, sözleşme dışı sorumlulukları bakımından sorumluluktan kurtulma şartlarından yararlanma söz konusu değilken, bu şartların ileri sürülebildiği, vekâlet sözleşmesinden doğan sorumlulukta, şartları ileri sürebilme imkânı, hakkaniyete aykırı bir ikilik olarak yorumlanmaktadır¹⁰⁵⁵.

¹⁰⁵¹ PERRIN, s. 58 vd.; GAUTSCHI, Kommentar, Art. 398 N. 25, a ve b, YAVUZ, s. 1196, dn. 198'den ve TANDOĞAN, s. 433, dn. 96'dan.

¹⁰⁵² TANDOĞAN, s. 433; YAVUZ, s. 1196.

¹⁰⁵³ BGE 74 II 86, YAVUZ, s. 1196, dn. 200'den ve TANDOĞAN, s. 433, dn. 99'dan.

¹⁰⁵⁴ TANDOĞAN, s. 433.

¹⁰⁵⁵ GAUTSCHI, Art. 398, Nr. 25, c., TANDOĞAN, s. 433-434, dn. 103'ten.

B. Hastanın Rızası

Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesi genel olarak irade açıklamalarının sınırlarını belirlemekte ve bu açıklamanın hukuka aykırı olmasını yasaklamaktadır. İrade açıklamasının hukuka aykırılığı hâlinde bu açıklamanın geçerliliği ve arzu edilen neticeyi doğurması söz konusu olmayacaktır. İrade açıklaması olan rıza, özellikle tıbbî müdahalelerde, kişinin bedensel bütünlüğüne müdahalenin söz konusu olduğu durumda, belirli koşulların varlığı hâlinde hukuka uygun kabul edilmektedir. Tıbbî müdahalelerde de, müdahalenin tıp kurallarının öngördüğü şekilde ve bilimsel metodlara uygun olarak yapılması hâlinde verilecek rıza bu müdahaleyi hukuka uygun hâle getirmektedir¹⁰⁵⁶.

Hekimin yapmış olduğu tıbbî müdahalenin hukuka uygun olmasının koşullarından birini oluşturan rızada, tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğu bakımından, bu rızanın, müdahalede bulunulacak hasta tarafından verilmesi gerekmektedir¹⁰⁵⁷. Hukuka uygunluk bakımından hastadan alınan rızanın tek başına varlığı yeterli bulunmamakta, bu rızanın hastadan, aydınlatılması suretiyle alınmış olması gerekmektedir¹⁰⁵⁸.

Hastanın aydınlatılmış olarak alınan rızası kimi zaman, doğacak zararlar sebebiyle hekimin tazminat sorumluluğunu azaltmakla birlikte, görülen işin niteliği ve hekimin topluma karşı yerine getirmiş olduğu görev dikkate alındığında, hekimin sorumluluğu ve ödemekle yükümlü olduğu tazminatın tamamıyla kaldırılmaması gerektiği ifade edilmektedir¹⁰⁵⁹.

C. Zaruret Hâli

Zaruret hâli olarak nitelendirilen, hekimin hastanın zarara uğramasını önleme¹⁰⁶⁰ ve insan sağlığını koruma amaçlı, uzmanlık bakımından yetkisi olmadığı hâlde veyahut zaman ve yer bakımından da uygun olmamasına karşılık tıbbî müdahalede bulunması; çok az dahi olsa zararlı neticenin engellenmesi ya da

¹⁰⁵⁶ KILIÇOĞLU, s. 378.

¹⁰⁵⁷ YILMAZ, s. 276; ÖZAY, s. 140

¹⁰⁵⁸ DEMİRKAYA, s. 79.

¹⁰⁵⁹ ÖZAY, s. 140-141.

¹⁰⁶⁰ BAYRAKTAR, s. 84.

azaltılması ihtimalinin bulunduğu durumlardaki çaresizlik, hekimin yapmış olduğu müdahaleyi hukuka uygun hâle getirecek, bu halde Türk Borçlar Kanunu'nun 64. madde hükmü kıyasen uygulanarak, tazminat somut olaya göre hâkim tarafından belirlenecektir¹⁰⁶¹.

Özay, estetik müdahalelerin niteliği gereği, hastanın sağlığını tehdit etmeyen unsurları içermesi dolayısıyla, bu tür müdahalelerde zaruret hâlinin uygulanmasının ve tazminat indirimine gitmenin uygun düşmeyeceğini savunmaktadır¹⁰⁶².

V. ZAMANAŞIMI

Bir uyuşmazlığın tabi olduğu zamanaşımı süresi ve bu sürenin hangi tarihte başlayacağı belirlenirken, maddî hukuk yönüyle o uyuşmazlığın esasının tabi olduğu ilişkiye, hukuksal kavrama bakılacak, tabi olunan hukuksal kavrama ilişkin yasal düzenlemeler zamanaşımı konusunda da uygulanacaktır¹⁰⁶³. Örneğin, taraflar arasındaki hukukî ilişkinin vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirildiği bir uyuşmazlıkta, davalıların kusurlarının değerlendirilmesinde vekâlet sözleşmesi hükümleri uygulanıp, uyuşmazlığa zamanaşımı süresi bakımından haksız fiil hükümlerinin uygulanması hatalı olacaktır¹⁰⁶⁴.

A. Hekimin Sözleşmeden Doğan Hukukî Sorumluluğunda Zamanaşımı

Türk Borçlar Kanunu'nun 147. maddesi uyarınca, hekimin hasta ile arasındaki ilişkinin vekâlet sözleşmesine tabi olduğu uyuşmazlıklarda zamanaşımı süresi 5 yıldır. Sürenin başlangıcını, zararın öğrenildiği an oluşturmaktadır. Zamanaşımının başlaması için zararın varlığının öğrenilmesi yeterli olup, ayrıca zararın kapsamı ve zarar miktarının öğrenilmesi, sürenin başlangıcı için bir koşul olarak aranmamaktadır¹⁰⁶⁵.

¹⁰⁶¹ ÖZAY, s. 141; YILMAZ, s. 277.

¹⁰⁶² ÖZAY, s. 141.

¹⁰⁶³ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 722.

¹⁰⁶⁴ Hukuk Genel Kurulu, 11.12.2002, 13-1011/1047, HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 723, dp. 713.

¹⁰⁶⁵ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 723.

Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin eser sözleşmesi olarak nitelendirildiği durumlarda da, Türk Borçlar Kanunu'nun 147. maddesinin 6. fıkrası uyarınca, zamanaşımı süresi 5 yıldır¹⁰⁶⁶.

Hekimin, yükümlülüklerini ağır kusuruyla hiç ya da gereği gibi ifa etmediği eser sözleşmelerinde zamanaşımı süresi, genel zamanaşımı süresi olan 10 yıldır.

Hekimin ayıplı bir eser meydana getirmesi hâlinde ise bu sebeple açılacak davalar, Türk Borçlar Kanunu'nun 478. maddesi uyarınca, teslim tarihinden başlayarak iki yılın, hekimin ağır kusurunun varlığı hâlinde, ayıplı eserin niteliğine bakılmaksızın, yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrayacaktır¹⁰⁶⁷.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 16. maddesinde ise, kanunlarda ya da taraflar arasındaki sözleşmede daha uzun bir süre belirlenmediği takdirde, ayıp daha sonra ortaya çıkmış olsa dahi, ayıplı hizmet dolayısıyla sorumluluğa, hizmetin ifa tarihinden itibaren iki yıllık zamanaşımının uygulanacağı; aynı maddenin ikinci fıkrasında ise, ayıbın ağır kusur ya da hile ile gizlendiği durumda zamanaşımı hükümlerinin uygulanmayacağı ifade edilmiştir. Dolayısıyla, hizmetin ifasının üzerinden iki yılın geçmesiyle birlikte hasta her ne kadar Tüketici Kanunu hükümlerinden yararlanma hakkını kaybedecek olsa dahi, Türk Borçlar Kanunu'nun uygulanması bakımından herhangi bir engel bulunmamaktadır¹⁰⁶⁸.

B. Hekimin Haksız Fiilden Doğan Hukukî Sorumluluğunda Zamanaşımı

Türk Borçlar Kanunu'nun, haksız fiilden doğan hukukî sorumlulukta zamanaşımını düzenleyen 72. maddesi uyarınca, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle, tazminat istemi zamanaşımına uğrayacaktır. Ancak, haksız fiilin ceza kanununa göre suç oluşturması ve ceza kanunlarının daha

¹⁰⁶⁶ AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 777.

¹⁰⁶⁷ AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 777.

¹⁰⁶⁸ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 597.

uzun bir zamanaşımı süresi öngördüğü durumda dava zamanaşımı süresi, ceza zamanaşımına tabi olacak¹⁰⁶⁹, söz konusu uyuşmazlığa ceza zamanaşımı süresi uygulanacaktır.

Davanın hem hekim hem özel hastane aleyhine açıldığı bir olayda, hekim hakkında ceza davası bulunması nedeniyle uzamış olan zamanaşımının özel hastaneye de uygulanıp uygulanmayacağı hususunda Hakeri, hastanenin kurumsal olarak cezaî sorumluluğunun söz konusu olmadığı ve hekimin haksız fiil, özel hastanenin ise sözleşmenin ihlâli dolayısıyla sorumluluğu bulunduğundan, uzamış zamanaşımının süresinin hastaneye uygulanmayacağı, yalnız hekime uygulanması gerektiği görüşünü savunmaktadır¹⁰⁷⁰.

C. Hekimin Vekâletsiz İş Görmeden Doğan Hukukî Sorumluluğunda Zamanaşımı

Vekâletsiz iş görme hükümlerinin uygulanacağı uyuşmazlıklarda zamanaşımı süresi bakımından kanunda özel bir düzenleme bulunmadığından, Türk Borçlar Kanunu'nun 146. maddesinde düzenlenen genel zamanaşımı süresi olan 10 yıllık süre uygulanacaktır¹⁰⁷¹.

¹⁰⁶⁹ AYKIN/ÇINARLI, s. 186; HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 724.

¹⁰⁷⁰ HAKERİ (Tıp Hukuku), s. 724.

¹⁰⁷¹ AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 806.

SONUÇ

Tıbbî müdahale kavramı günümüzde geleneksel anlayıştan farklı olarak; tıp biliminin, teknolojinin ve bununla birlikte estetik beklenti ve algının değişmesiyle, estetik amaçlı tıbbî müdahaleleri de kapsayacak nitelikte uygulama alanı bulmaktadır.

Tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğu bakımından tıbbî müdahalede bulunacak kişinin tıp bilimini icra yetkisine sahip olması, müdahalenin tıbbî standartlara uygun olarak, özenle yapılması, müdahalede bulunulacak kişinin aydınlatılarak rızasının alınması şartlarının bir arada bulunması gerekmektedir. Tıbbî müdahalede bulunmada gereklilik/zorunluluk olarak ifade edilen endikasyon konusunda estetik amaçlı tıbbî müdahalelerde tartışma bulunmaktadır. Tıbbî endikasyon, psikolojik endikasyon ve sosyal endikasyon olmak üzere üçe ayrılan bu hususta kanaatimiz, estetik amaçlı tıbbî müdahalelerde de bu müdahalenin türüne göre tıbbî endikasyon ya da psikolojik endikasyon olduğu yönündedir. Dünya Sağlık Örgütü'nün tanımı, 224 sayılı Kanun'da ve Hasta Hakları Yönetmeliği'nde de benimsendiği üzere sağlık; yalnızca hastalık ya da sakatlığın olmaması durumu ile sınırlı kalmamakta; bedensel, ruhsal, sosyal yönden tam bir iyilik hâli olarak tanımlanmaktadır. Diş hekimlerinin hastanın beklentilerini göz önünde bulundurarak, ağız ve diş yapısına uygun olarak, kişiye özgü gülüş tasarımı ile yapmış oldukları estetik diş hekimliği müdahalelerinde de ve uzman hekimlerin hastaya uygulamış oldukları estetik, plastik ve rekonstrüktif cerrahi kapsamına giren müdahalelerde hastanın doğuştan ya da sonradan bir kaza/etken sonucu dış görünümünde sahip olduğu ve kendisini psikolojik yönden rahatsız eden bu bozuklukların giderilmesi, en azından azaltılması amaçlanmakta, bu doğrultuda hastanın da dolaylı da olsa ruhsal yönden tedavisi gerçekleşmekte, bu gibi müdahaleler hastanın toplum içindeki özgüvenini artırmaktadır. Salt güzelleştirme amaçlı tıbbî müdahalelerde dahi kişinin iç dünyasına girmek mümkün olmadığından, yapılan müdahalede dolaylı da olsa tedavi amacının bulunduğu kabul edilmeli; hastanın aydınlatılarak rızasının alınmış olması, tıbbî müdahalenin hukuka, ahlâka aykırı olmaması ve sağlayacağı faydanın, olası riskten çok daha yüksek olması hâlinde yapılan müdahale hukuka uygun olarak

değerlendirilmelidir. Ancak, ivediliği ve zorunluluğu bulunmayan estetik amaçlı tıbbî müdahaleler yönünden bizim de katıldığımız görüş; bu müdahalelerin yüksek risk taşıması hâlinde, hedeflenen dolaylı, ruhsal tedavi ile risk arasında fayda-zarar dengesinin değerlendirilmesi, riskin ağırlıkta olması hâlinde diş hekiminin/hekimin müdahalede bulunmaması ve bu yönde hastayı ikna etmesi gerektiği yönündedir.

Estetik amaçlı tıbbî müdahalelerde diğer tıbbî müdahalelerden farklı olarak tıbbî bir zorunluluk olmaması, acil bir durumun da olmaması sebebiyle aydınlatmanın kapsamı, özellikle risk aydınlatmasının kapsamı oldukça geniş tutulacaktır.

Diş hekimi/hekim ile hasta arasındaki ilişkinin hukukî niteliği, yapılan müdahalenin türüne, baskın amaca ve hekim ile hasta arasında bir taahhüdün bulunup bulunmadığına göre değerlendirilecektir. Diş hekimlerinin kişiye özgü gülüş tasarımı ile hastaya uygulamış oldukları porselen lamina, gerektiği durumda öncesinde diş eti düzenleme edimlerini içeren gingivoplasti, gingivektomi, ihtiyaç duyulması hâlinde yalnızca ağız ve diş bölgesine yönelik botox uygulamaları her ne kadar sonuç taahhüdüne elverişli ise de müdahalede bulunulan objenin hasta olması, canlı dokular, organizmalar üzerinde bir tıbbî müdahalenin gerçekleşmesi, hastanın bünyesi ve müdahale sonrası yükümlülüklerini yerine getirip getirmemesi gibi etkenlere bağlı olarak edim sonucu hedeflenen netice kesin olarak belirlenemeyeceğinden bu müdahalelerin de, hekim ile hasta arasındaki tedavi amaçlı müdahalelerde Doktrin ve Yargıtay tarafından vekâlet sözleşmesi olarak değerlendirildiği gibi, estetik diş hekimliği ve aynı faktörler estetik, plastik ve rekonstrüktif cerrahide de geçerli olduğu üzere, bu müdahalelere vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. Bu müdahalelerde diş hekimi/hekim tarafından kesin bir sonuç taahhüdünde bulunulması hâlinde ise sözleşme, eser sözleşmesi olarak nitelendirilecek; buna bağlı olarak, müdahale öncesi ve müdahale sonrası fotoğraflar karşılaştırılarak ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

Sadakat ve özen borcu tüm tıbbî müdahalelerde olduğu gibi estetik amaçlı tüm tıbbî müdahalelerde bulunmakla birlikte, sadakat borcundan kaynaklanan bir alt borç olan sır saklama borcu estetik müdahalelerde hastanın mahremiyetinin

korunması noktasında daha büyük önem arz etmektedir. Nitekim, hasta bu gibi müdahalelerde, hekim/diş hekimine muayene için dahi geldiğinin saklı tutulmasını isteyebilmektedir. Aksi yönde bir eylem, hekim/diş hekimi ya da ilgili kişilerin tazminat sorumluluğunu doğurabilecektir.

Estetik diş hekimliği bakımından kanunda uzmanlık şartı olmaması dolayısıyla diş hekimleri estetik amaçlı her tür müdahaleyi yapabilmekte, bir engel bulunmamaktadır. Ancak diş hekiminin ilgili müdahale bakımından bilgisinin, tecrübesinin olmaması dolayısıyla tıbbî standardı sağlama hususunda tereddüdün bulunması hâlinde, yapılacak tıbbî müdahalenin türüne göre bu müdahalenin ortodonti, periodontoloji, protetik diş tedavisi, restoratif diş tedavisi ya da ağız, diş ve çene cerrahisi anabilim dalından bir diş hekimi tarafından gerçekleştirilmesi, en azından bu dallardan ilgili diş hekimlerinin konsültasyonuna başvurulması gerekmekte, aksi hâlde üstlenme kusuru, hekimin özen borcuna aykırı davranışı dolayısıyla sorumluluğu doğmaktadır. Estetik, plastik ve rekonstrüktif cerrahide de müdahalede bulunması gereken hekimin, büyük cerrahi müdahaleler bakımından bu branştan uzman hekim olması gerekli olmakla birlikte, genel cerrahın da bu müdahalede bulunmasına kanunen engel bulunmadığından yapılan tıbbî müdahale hukuka uygun olacak; tıbbî standardın, uzmanlık gerektiren tıbbî müdahaleler bakımından ise uzman hekim standardının sağlanamaması hekimin hukukî sorumluluğunu doğuracaktır.

Diş hekimi/hekim ile hasta arasındaki hukukî ilişkinin vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirildiği durumda hekim/diş hekimi tıbbî standarda uygun, özenli tıbbî müdahalede bulunmak suretiyle sözleşmeden doğan borcunu gereği gibi ifa etmiş sayılacağından, neticenin meydana gelmemesi durumunda sorumlu tutulmayacaktır. Eser sözleşmesi olarak nitelendirilen hukukî ilişkide ise belli bir sonuç taahhüdü bulunduğundan, hedeflenen neticenin gerçekleşmemesi hâlinde sözleşmeden doğan borç gereği gibi ifa edilmemiş sayılacak, şartları gerçekleştiği takdirde hekimin/diş hekiminin maddî/manevî tazminat sorumluluğu doğacaktır.

BİBLİYOGRAFYA

AĞIR, Müge; “Diş Hekimlerinin Tazminat Yükümlülüğü”, Adli Bilimciler Derneği III. Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi, 23-25 Nisan 2016, Ankara 2016, s. 377-389.

AKYILDIZ, Sunay; “Estetik Amaçlı Tıbbî Müdahalelerde Hukukî Sorumluluk”, IV. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu 7-8 Mayıs 2012, Ankara 2013.

ARINCI, Atilla/USTA, Sevgi; “Estetik Amaçlı Tıbbî Müdahalelerde Hekimin Hukukî Sorumlulukları ve Eser Sözleşmesi”, Turkish Journal of Plastic Surgery, 2017; 25(2): 84-93.

AŞÇIOĞLU, Çetin; Tıbbî Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Ankara 1993.

ATABEK, Reşat/SEZEN, Merih; “Hekimin Mesuliyeti”, İstanbul Barosu Dergisi, C. XXVIII, Sayı 2, İstanbul 1954, s. 135-165.

ATEŞ, Gül; “Diş Hekimliğinde Malpraktis”, IV. Sağlık Hukuku Kurultayı, 23-24 Eylül 2011, Ankara 2012, s. 198-222. (Malpraktis)

ATEŞ, Gül; “Diş Hekiminin Sır Saklama Yükümlülüğü”, I. Diş Hekimliği Hukuku Sempozyumu, 22-23 Mart 2013, Ankara 2014, s. 413-428. (Sır)

AYAN, Mehmet; Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hukukî Sorumluluk, Ankara 1991.

AYDIN, Murat; “Tıbbî Müdahalelerde Mahremiyet ve Ceza Sorumluluğu”, I. Uluslararası Katılımlı Ulusal Tıp Hukuku Kongresi, 3-4 Eylül 2015, İstanbul 2016, s. 109-120.

AYDINTUĞ, Yavuz Sinan; “Diş Hekimliğinde Etik Değerler ve Malpraktis”, I. Diş Hekimliği Hukuku Sempozyumu, 22-23 Mart 2013, Ankara 2014, s. 318-328.

AYDOĞDU, Murat/KAHVECİ, Nalan; Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Sözleşmeler Hukuku, 3. Bası, Ankara 2017.

AYKIN, Aykut Cemil; “Tıbbî Müdahalelerin Hukuka Uygunluk Şartları ve Tıbbî Müdahalelerden Kaynaklanan Zararlarda Tıbbî Uygulama Hatası-Komplikasyon Ayrımı”, Terazi Hukuk Dergisi, C:11, S:119, 2016, s. 56-76.

AYKIN, Aykut Cemil/ÇINARLI, Serkan; Sağlık Personelinin Hukukî Sorumluluğu, Ankara 2016.

BADUR, Emel; Tıbbî Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Hâller, Ankara 2017.

BAŞBUĞ, Aydın; “Diş Hekiminin Hukukî Sorumluluğu”, I. Diş Hekimliği Hukuku Sempozyumu, 22-23 Mart 2013, Ankara 2014, s. 136-162.

BAŞPINAR, Veysel; Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. Baskı, Ankara 2004.

BAYRAKTAR, Köksal; Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezaî Sorumluluğu, İstanbul 1972.

BELGESAY, Mustafa Reşit; Tıbbî Mesuliyet, İstanbul 1954.

BORAN, Bedia; “Estetik Cerrahi Hekimin Hukukî Sorumluluğu”, II. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Kasım 2008, Ankara 2009, s. 253-260.

BULUT, Gamze; “Diş Hekimliğinde Tıbbî Müdahale”, I. Uluslararası Katılımlı Ulusal Tıp Hukuku Kongresi, 3-4 Eylül 2015, İstanbul 2016, s. 375-383. (Tıbbî Müdahale)

BULUT, Gamze; “Diş Hekiminin Etik ve Hukuk Bağlamında Sorumluluğu”, IV. Sağlık Hukuku Kurultayı, 23-24 Eylül 2011, Ankara 2012, s. 176-184. (Etik ve Hukuk)

BULUT, Gamze; Diş Hekiminin Yasal Sorumluluğu, Ankara 2013. (Yasal Sorumluluk)

BULUT, Gamze; “Diş Hekimliği Uygulamalarının Tabi Olduğu Sözleşmeler”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 9, Sayı 93, Mayıs 2014, s. 58-71. (Sözleşme)

BÜYÜKSAGIŞ, Erdem; “Yaşama Şansının Yitirilmesi Sonucu Uğranılan Kayıplar Açısından Hekimin Tazminat Sorumluluğunun Kapsamı- Uygun İlliyet Bağ Teorisine Değişik Bir Yaklaşım”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:54, S:4, 2005, s. 119-148.

CANTÜRK, Gürol; “Diş Hekimlerinin Yasal Sorumlulukları”, I. Diş Hekimliği Hukuku Sempozyumu, 22-23 Mart 2013, Ankara 2014, s. 252-284.

CİVANER, Murat; “Malpraktis” Yerine “Hizmet Kaynaklı Zarar”, I. Diş Hekimliği Hukuku Sempozyumu, 22-23 Mart 2013, Ankara 2014, s. 121-134.

ÇAKMUT, Yenerer Özlem; Tıbbî Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003.

ÇETİN, Gürsel; “Tıbbî Malpraktis”, Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbî Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi, İstanbul 2006.

ÇINARLI, Serkan/AVCIOĞLU, Ezgi/KIZILKAYA, Seyit Ali; “Plastik ve Rekonstrüktif Cerrahinin İçerisinde Yer Alan Estetik Operasyonların Hukukî Olarak Nitelendirilmesi ve İdari Yargı Sürecine Etkileri”, Mevlâna Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 1, Sayı 1, 2013, s. 231-266.

ÇİLİNGİROĞLU, Cüneyt; Tıbbî Müdahaleye Rıza, İstanbul 1993.

ÇOBANOĞLU, Nesrin; “Tıp Etiği Açısından Hasta Mahremiyeti”, III. Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi, 23-25 Nisan 2016, Ankara 2016, s. 41-47. (Mahremiyet)

ÇOBANOĞLU, Nesrin; Kuramsal ve Uygulamalı Tıp Etiği, Ankara 2009. (Tıp Etiği)

DEMİR, Mehmet; Hekimin Hukuksal Sorumluluğunun Kaynakları ve Özel Hastane-Kamu Hastanesi Ayrımı, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Ankara 2009.

DEMİRCAN, Yusuf Tunç; Diş Hekimlerinin Hukukî Sorumluluğu, İstanbul 2006, (Yayınlanmamış Doktora Tezi).

DEMİRKAYA, Serkan; “Tıbbî Uygulama Hatası, İdarenin Tazminat Sorumluluğu ve Kusurlu Personele Rücu”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 11, Sayı 119, Temmuz 2016, s. 77-90.

DOĞAN, Cahid; “Sağlık Haklarından Hekimlerin Sır (Kişisel Veri) Saklama Mükellefiyeti”, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara 2008, s. 105-144.

DOĞAN, Murat; “Hukukî Sorumluluk Bakımından Hekimin Kusuru ve İspatı”, Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erzincan 2006, Ankara 2007, s. 39-55.

DONAY, Süheyl; Meslek Sırrının Açıklanması Suçu, İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1978.

DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir; Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku-Genel Kısım, C. II, 11. Bası, İstanbul 1997.

DURDU, Hüseyin; Sağlık Mesleğinde Hukukî Sorumluluk, Cilt 1, İzmir 1986.

EFE, Gözde; “Plastik Cerrahide Malpraktis ve Uluslararası Hukuktaki Yeri”, III. Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi, 23-25 Nisan 2016, Ankara 2016, s. 195-207.

ER, Ünal; Sağlık Hukuku, Ankara 2008.

ERDOĞAN, Nuri/KARA, Mithat/HIZAL, Abdullah/ARSLAN, Hızal Sevinç; “Aydınlatılmış Onam: Uygulama ve Tıp Hukuku Açısından Sorunlar”, Erciyes Tıp Dergisi, C:33, S:2, 2011.

EREN, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara 2017.

EREN, Fikret; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2017.

ERLÜLE, Fulya; Türk Borçlar Kanunu’na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlâlinde Manevi Tazminat, 2. Baskı, Ankara 2015.

ERMAN, Barış; Ceza Hukukunda Tıbbî Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003.

EROL, HatırnazGültezer; “Özel Hastane ve Hekimlerin, Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve 02.07.2014 Tarihli Yargıtay Hukuk Dairesi Kararı İncelemesi”, I. Uluslararası Katılımlı Ulusal Tıp Hukuku Kongresi, 3-4 Eylül 2015, İstanbul 2016, s. 129-146. (Aydınlatma)

EROL, HatırnazGültezer; Diş Hekimlerinin Hukukî Sorumluluğu ve Hasta Hakları, Ankara 2017. (Yasal Sorumluluk)

GÖKCAN, Hasan Tahsin; “Etik ve Hukuk İlişkisi Bağlamında Estetik Tıbbî Müdahaleler ve Cezaî Sorumluluk”, Terazi Hukuk Dergisi, C:9, S:93, Mayıs 2014, s. 119-126. (Etik ve Hukuk)

GÖKCAN, Hasan Tahsin; Tıbbî Müdahaleden Doğan Hukukî ve Cezaî Sorumluluk, 3. Baskı, Ankara 2017. (Tıbbî Müdahale)

GÜRELLİ, Nevzat; “Hukuk Açısından Cerrahi Müdahalelerin Sınırları”, Doğumunun 100. Yılında Atatürk’e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 45, S. 1-4, 1979-1981, s. 267-275.

HAKERİ, Hakan; “Tıp Hukukunda Malpraktis ve Komplikasyon Ayrımı”, Toraks Cerrahisi Bülteni, Tıp Etiği-Tıp Hukuku, Cilt 5, Sayı 1, Mart 2014, s. 23-28. (Malpraktis)

HAKERİ, Hakan; “Diş Hekimlerinin Yasal Sorumlulukları”, Sağlık Hukuku Digestası, S. 1, Yıl 1, Ankara 2009, s. 19-27. (Yasal Sorumluluk)

HAKERİ, Hakan; Tıp Hukuku 10. Baskı, Ankara 2015. (Tıp Hukuku)

HANCI, Hamit; Malpraktis, Tıbbî Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, 2. Baskı, Ankara 2005.

HORTOĞLU, Cengiz; “Tedavi Hataları”, Güncel Hukuk, Mart 2006, s. 12-13.

İŞIK YILMAZ, Ş. Berfin; “Tıbbî Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, TBB Dergisi, S:98, 2012, s. 389-410.

İÇEL, Kayıhan; Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk, İstanbul 1967.

İLBAŞ, Kenzi Özge; “Diş Hekimliğinde Tıbbî Uygulama Hataları”, I. Uluslararası Katılımlı Ulusal Tıp Hukuku Kongresi, 3-4 Eylül 2015, İstanbul 2016, s. 385-387.

İNAL, Hamdi Tamer; “Sağlık Hukukunda Vekâletin Gereği Gibi İfası”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 11, Sayı 119, Temmuz 2016, s. 123-137.

İPEKYÜZ, Yavuz Filiz; Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul 2006.

KARAN, Gözpınar Gülşah; Özel Hastanelerin Hukukî Sorumluluğu, Ankara 2015.

KAYA, Mine; “Estetik Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğünün Kapsamı”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 11, Sayı 117, Mayıs 2016, s. 23-37. (Terazi Hukuk Dergisi)

KAYA, Mine; “Türk ve Amerikan Hukukunda Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğünün Kapsamı”, Tıp Hukuku Dergisi, Yıl 1, Sayı 1, s. 133-160. (Tıp Hukuku Dergisi)

KESKİNBORA, Kadircan; “Oftalmolojide Yüksek Teknoloji ve Beraberinde Gelen Etik Sorunlar”, Yüksek Teknoloji Tıbbi ve Hekim-Hasta İlişkisi, İstanbul 2006, s. 417-431.

KICALIOĞLU, Mustafa; Doktorların ve Hastanelerin Tıbbî Müdahaleden Kaynaklanan Hukukî Sorumlulukları, Ankara 2011. (Tıbbî Müdahale)

KICALIOĞLU, Mustafa; “Yargı Kararları Işığında Doktorun(Hekimin) Tıbbî Müdahaleden Doğan Hukukî Sorumluluğu”, Terazi Hukuk Dergisi, Yıl:1, S:4, Aralık 2006, s. 16-29. (Yargı Kararları Işığında)

KILIÇOĞLU, Ahmet M.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Bası, Ankara 2017.

KOCAGÖZ, Çelebi Dilara; “Tıbbî Müdahalede Bulunma Hakkının Sınırları”, I. Diş Hekimliği Hukuku Sempozyumu, 22-23 Mart 2013, Ankara 2014, s. 470-474.

KÖK, Ahmet Nezi; “Tıbbî Kötü Uygulama ve Yüksek Sağlık Şurası”, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara 2008, s. 385-394. (Tıbbi Kötü Uygulama)

KÖK, Ahmet Nezi; “İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine Göre Aydınlatma ve Rıza”, Kamu Hukuku Arşivi, 2 (2005), 1. Türk-Alman Tıp Hukuku Sayısı, s. 116-121. (Aydınlatma ve Rıza)

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

OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/ÖZDEMİR, Oktay Saibe; Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 8. Bası, İstanbul 2005.

OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2, 13. Bası, İstanbul 2017.

ORAL, Tuğçe; “Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümü”, Ankara Barosu Dergisi, S:2, 2011, s. 186-209.

ÖNDER, Ayhan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, İstanbul 1989.

ÖZASLAN, Abdi; “Aydınlatılmış Onam”, Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu, Tıbbî Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi, İstanbul 2006.

ÖZAY, Merter; Estetik Amaçlı Tıbbî Müdahalelerde Hekimin Hukukî Sorumluluğu, Ankara 2006.

ÖZBEK, Veli Özer; TCK İzmir Şerhi, Cilt 1, Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2006.

ÖZÇETİN, Selvi/BALABAN, Murat; Sağlık Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2015.

ÖZDEMİR, Hayrünnisa; “Diş Hekimlerinin Hukukî Sorumluluğu”, IV. Sağlık Hukuku Kurultayı, 23-24 Eylül 2011, Ankara 2012, s. 224-264.

ÖZDEMİR, Hayrünnisa; Sağlık Hukuku Alanında Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Ankara 2017. (Teşhis ve Tedavi)

ÖZEK, Çetin; “Hekim ve Hukuk, Tıbbî Müdahalede Bulunmak Hakkının Sınırları”, İstanbul Tıp Fakültesi Mecmuası, C.XXVIII, 1965, s. 4.

ÖZER, Çağlar; “Türk Hukukunda Estetik Cerrah İle Hasta Arasındaki Hukukî İlişkinin Niteliği”, II. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Kasım 2008, Ankara 2009, s. 241-252.

ÖZGENÇ, İzzet; Tıbbî Müdahale Dolayısıyla Cezaî Sorumluluk, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, C. II, İstanbul 2007.

ÖZPINAR, Berna; “Tıbbî Müdahalede Kötü Uygulamadan Doğan Hukukî Sorumluluğun Sebepleri ve Sonuçları”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 3, 2008. (Ankara Barosu Dergisi)

ÖZPINAR, Berna; Tıbbî Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukukî Sonuçları, Ankara 2007. (Tıbbî Müdahale)

ÖZSUNAY, Ergun; “Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları”, Türk Hukukunda Hekimin Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara 12-13 Mart 1982, İstanbul 1983, s. 31-59.

ÖZTÜRKLER, Cemal; Hukuk Uygulamasında Tıbbî Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbî Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, 2. Baskı, Ankara 2006.

PETEK, Hasan; “Güzelleşme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:8, S:1, 2006, s. 177-239. (Estetik)

PETEK, Hasan; “Amalgam Diş Dolgusu Nedeniyle Diş Hekiminin Hukukî Sorumluluğu”, İstanbul Barosu Dergisi, Sayı 1, 2008. (Diş Dolgusu)

POLAT, Oğuz; Tıbbî Uygulama Hataları, 2. Baskı, Ankara 2015.

REİSOĞLU, Seza; Hizmet Akdi, Mahiyeti-Unsurları-Hükümleri, Ankara 1968.

SARIAL, Enis; Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler, İstanbul 1986.

SAVAŞ, Halide; “Yargıya Yansıyan Tıbbî Müdahale Hataları”, 3. Baskı, Ankara 2013.

SEREL, Ahmet; “Cerrahi Branşlarda Aydınlatılmış Onamın Genişletilmesi”, Adli Bilimciler Derneği III. Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi, 23-25 Nisan 2016, Ankara 2016, s. 185-191.

SİNDEL, Ece; “Hekimin Haksız Fiil Sorumluluğu”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 11, Sayı 119, Temmuz 2016, s. 243-255.

SOMER, Pervin; Komplikasyon Yönetimi, Tıp Hukuku Atölyesi, Akyıldız/Hakeri/Çelik/Somer, Ankara 2013.

SOYASLAN, Doğan; Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2005. (Ceza)

SOYASLAN, Doğan; “Estetik Cerrahi Müdahaleler Nedeniyle Doktorların Sorumluluğu”, II. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Kasım 2008, Ankara 2009, s. 261-269. (Estetik)

SUNAY, Özgür; “Estetik Cerrahın Hukukî Sorumluluğu”, Türk Plastik Rekonstrüktif Estetik Cerrahi Dergisi, Cilt 13, Sayı 1, 2005, s. 36-38.

SÜTÇÜ, Serdar; “Diş Hekimlerinin Yaptıkları Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu”, I. Diş Hekimliği Hukuku Sempozyumu, 22-23 Mart 2013, Ankara 2014, s. 373-386.

ŞATIR, Nejdet; Emsal Kararlar Işığında Kamu ve Özel Hastanelerde Çalışan Hekimlerin Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu Yargıtay-Danıştay İçtihatları, Ankara 2015.

ŞENOCAK, Zariye; “Küçüğün Tıbbî Müdahaleye Rızası”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 50, Sayı 4, 2001, s. 65-80. (Küçüğün Rızası)

ŞENOCAK, Zariye; Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara 1998. (Sorumluluk)

TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt II, Dördüncü Tıpkı Basımdan Beşinci Tıpkı Basım, İstanbul 2010.

TEMEL, Erhan; “Alman Hukukunda Diş Hekimlerinin Tazminat Sorumluluğu”, I. Diş Hekimliği Hukuku Sempozyumu, 22-23 Mart 2013, Ankara 2014, s. 190-204. (Diş Hekimleri)

TEMEL, Erhan; “Alman Hukukunda Estetik Cerrah İle Hasta Arasındaki Hukukî İlişkinin Niteliği”, II. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Kasım 2008, Ankara 2009, s. 223-239. (Estetik)

TEYİN, Aslıhan/ÇINARLI, Serkan/ÇELİK, Selçuk Sinan; “Estetik Amaçlı Plastik Cerrahi Uygulamalarında Endikasyon Sorunu”, Adli Bilimciler Derneği III. Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi, 23-25 Nisan 2016, Ankara 2016, s. 325-332.

UÇAR, Handan; “Diş Hekiminin Reçete Yazma Yükümlülüğü”, I. Diş Hekimliği Hukuku Sempozyumu, 22-23 Mart 2013, Ankara 2014, s. 451-461.

ÜNVER, Yener; “Türk Tıp Hukukunda Rıza”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Sayısı, C. III, Sayı 2, Yıl 2006, s. 227-288. (Rıza)

ÜNVER, Yener; Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, İstanbul 1998. (İzin Verilen Risk)

ÜNVER, Yener; “Tıbbî Standart”, VIII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 7-8 Ekim 2011 Diyarbakır, Ankara 2012. (Tıbbî Standart)

ÜZÜLMEZ, İlhan; “Diş Hekimlerinin Cezaî Sorumluluğu”, IV. Sağlık Hukuku Kurultayı, 23-24 Eylül 2011, Ankara 2012, s. 265-269.

YAVUZ, Cevdet; Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul 2014.

YENİSEY, Feridun; “Tedavi Açısından İlgilinin Rızası”, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, Ankara 2008, s. 868-880.

YILMAZ, Battal; Hekimin Hukukî Sorumluluğu, Ankara 2017.

YILMAZ, Sabire Sanem; Tıp Alanında Kişisel Verilerin Açıklanması Suçu, 2. Baskı, Ankara 2017.

YÜCEL, Mehtap; “İfa Yardımcısının Davranışından Dolayı Diş Hekiminin Hukukî Sorumluluğu”, I. Diş Hekimliği Hukuku Sempozyumu, Ankara 2014, s. 163-189.

ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, K. Emre; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 16. Bası, Ankara 2016.

ZEYTİN, Zafer; “Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hukukî Sorumlulukta İspat Yükü Kuralının Ters Çevrildiği ve Kolaylaştırıldığı Haller”, Uluslararası Katılımlı I. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyum Kitabı, İstanbul 2005, s. 135-151. (İspat Yükü)

ZEYTİN, Zafer; “Hasta-Hekim İlişkisinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, VIII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Ankara 2012. (Aydınlatma)