

■ Av. Serenay AĞIN * ■

ESTETİK TIBBİ MÜDAHALELERİN HUKUKİ NİTELENDİRMESİ VE HEKİMİN ÖZEL HUKUK SORUMLULUĞU

LEGAL QUALIFICATION OF AESTHETICAL MEDICAL INTERVENTIONS AND PRIVATE LAW LIABILITIES
OF THE PHYSICIAN

ÖZET

Estetik tıbbi müdahaleler, hukuk alanında özel tıbbi müdahaleler olarak nitelendirilmekte ve diğer tıbbi müdahalelerden ayrı bir sözleşme ilişkisine tabi tutulmaktadır. Buna bağlı olarak hekimin sorumluluğu da diğer tıbbi müdahalelere göre farklılık göstermektedir. Bu yazı kapsamında estetik tıbbi müdahale kavramının tanımı, türleri ile birlikte ele alınacak, hukuka uygunluk koşulları hakkında açıklamalar yapılacak ve estetik tıbbi müdahalelerin sözleşmesel niteliği üzerinde durularak estetik cerrahın özel hukuk sorumluluğu açıklanacaktır.

Anahtar Kelimeler: Estetik müdahaleler, eser sözleşmesi, vekalet sözleşmesi, hekimin sorumluluğu.

ABSTRACT

Aesthetic medical interventions are characterized as special interventions in law and they have special contractual relations. Therefore, the physician's liabilities would be different. In this study, the definition of the term medical intervention will be addressed with the types; the conditions of the lawful medical interventions will be explained and the qualification of the aesthetic medical interventions and the legal responsibilities of the plastic surgeon will be discussed in the scope of private law.

Keywords: Aesthetic medical interventions, work delivery contract, proxy contract, physician's liabilities.

Araştırma Makalesi

Makale Geliş Tarihi: 24.11.2021 Kabul Tarihi: 06.12.2021

* ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-0941-8115>

* İzmir Barosu, Sağlık Hukuku Uzmanı, serenay.agin@sante-legal.com

1.Estetik Tıbbi Müdahaleler

1.1.Tıbbi Müdahale Tanımı

Türk hukukunda, tıbbi müdahale kavramının tanımına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Hal böyle olunca doktrin ve yüksek yargı kararları ışığında bir tanım yapma zorunluluğu hasıl olmuştur. Bu yolla bir tanım yapmak gerekirse; kişilerin teşhis, tedavi ve hastalıklardan korunması amaçlarından bir veya birkaçı ile gerçekleştirilen işlemler olarak belirtilebilir.

Tıbbi müdahale kavramı ilk olarak Biyotıp Sözleşmesi'nde yer almış ve burada yapılan düzenleme 2003 yılında iç hukuk düzenlemesi olarak kabul edilmiştir. 1219 sayılı Kanun'un 3. maddesinin 6514 sayılı Kanun ile ilave edilen fıkrasında tıbbi müdahale kavramı yer almış ancak tanımlama yapılmamıştır.

1982 Anayasası'nın 17. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 13. Maddesinde, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 4. maddesi g bendinde ve Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik'in 3. maddesinde tıbbi müdahale kavramı yer almaktadır.

Doktrinde kavrama ilişkin tanımlar şöyledir:

Gökcan tıbbi müdahale kavramını; *bir hastanın hastalığını, fiziksel özrünü tedavi etmesi, hastalıktan korunması için yetkili kişi tarafından yapılan müdahaleler* olarak tanımlamıştır.¹

Çakmut, *tıbbi müdahale kavramını hastanın sağlığına kavuşması sai-kiyle yapılan her şey* olarak nitelendirmiştir.²

¹ Hasan Tahsin Gökcan, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Seçkin Yaynevi, Ankara 2014, s.43.

² Özlem Yenerer Çakmut, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, Legal Kitabevi, İstanbul 2003, s.24.

Hakeri, daha detaylı bir tanım yapmış ve hastanın iyileşmesi için yapılan her türlü müdahale kavramını örneklendirerek tahlil, reçete yazma, psikiyatri ve hastalık önleme amaçlı müdahaleleri göstermiştir.³

1.2.Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahale Tanımı

Estetik amaçlı tıbbi müdahaleler, yaygın olarak kişinin doğuştan sahip olduğu veya sonradan ortaya çıkan ve dış görünüşünden rahatsız olmasına neden olan her türlü görüntü bozukluğunun düzeltilmesi amacıyla yapılan müdahaleler olarak tanımlanmaktadır. Doktrinde Gökcan estetik amaçlı tıbbi müdahaleyi “fiziki görünümün tıbbi el atma ile güzelleştirilmesi işlemi” olarak tanımlamaktadır.⁴ Bunlara örnek olarak, ben, kıl, sarkıklık, renk bozukluğu, fazla yağ birikimi, sekel, deformasyon, normal dışı görüntü gösterilebilir.

Hekimin uyguladığı estetik müdahalede doğrudan olmasa da tedavi amacı vardır. Burada kişinin psikolojik olarak iyi hissetmesi amaçlanır. Hastanın iyilik halinden bahsedildiğinde ruh ve beden bütün olarak değerlendirildiğinden, hastanın ruhen iyi hissetmesinin sağlanması için yapılan estetik müdahalenin de tedavi amaçlı olduğunu söylemek kaçınılmazdır.⁵

Estetik müdahaleler için genel kabul her ne kadar kişilerin kendi talepleri sonucunda yapılan bir müdahale olarak tezahür etse de, kişiler kimi zaman bu tür müdahalelere mecbur kalmaktadır. Yanık, kaza sonrası oluşan yaralar buna örnek olarak gösterilebilir.

Estetik amaçlı tıbbi müdahaleler doktrinde üç türde ele alınır.⁶ Bunlar; bedensel rahatsızlığı giderme amaçlı, ruhsal nitelikli rahatsızlıkları giderme amaçlı ve salt güzelleştirme amaçlı estetik müdahalelerdir.

³ Hakan Hakeri, Tıp Hukuku, Ankara: Seçkin., 2020, s. 43.

⁴ Fulya Çankaya, Estetik Dış Hekimliği ve Estetik Plastik ve Rekonstrüktif Cerrahide Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s.5.

⁵ Merter Özay, Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara 2016, s.24.

⁶ Fulya Çankaya, a.g.e., s. 9.

Tedavi maksadı hiç taşımayan, salt güzelleşme amacı taşıyan estetik müdahalelerin ise hukuka uygunluğu konusu tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş sadece güzel görünme amacı ile yapılan estetik müdahalelerin tedavi ve koruma amacı olmaması nedeni ile hukuka uygun olmadığı yönündedir.⁷ Karşıt görüşte olanlar ise, dolaylı bir tedavi amaçlı olması nedeni ile hukuka uygun olduğunu savunmaktadır.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 5. maddesinin a bendinde yer alan; "Bedeni, ruhi ve sosyal yönden tam bir iyilik hali" şeklindeki sağlık kavramı tanımı ile birlikte düşünüldüğünde salt güzelleştirme maksatlı yapılan estetik müdahalelerin de hukuka uygun olduğu kanaatindeyim. Ancak her ne kadar bu tür müdahalelerin hukuka uygun olduğu yönünde görüşler varsa da, şayet bu müdahaleler güzellik merkezlerinde *yetkili olmayan kişilerce yapılıyorsa* bu durumda hukuka aykırı bir müdahale ortaya çıkacaktır.

Estetik tıbbi müdahaleler cerrahi müdahale niteliğinde olabileceği gibi ameliyat dışı müdahaleler şeklinde de olabilir. Bu ameliyat dışı estetik müdahalelere, enjeksiyon ile silikon uygulaması veya kırışıklıkları yok etmeye yönelik müdahaleler gibi örnekler verilebilir.⁸ Uygulanan estetik müdahalelerin çoğu cerrahi yöntemlerle gerçekleştirilmektedir. Bu durum, zamanla estetik cerrahi kavramını ortaya çıkarmıştır. Estetik cerrahi de kendi içerisinde plastik cerrahi ve onarım cerrahisi olarak ayrılmaktadır. Plastik cerrahi, yüz, çene, meme, pediatrik plastik, onkolojik cerrahi, mikrocerrahi olarak örneklendirilebilir. Onarım (rekonstrüktif) cerrahisi ise genelde kaza sonucu oluşan organ ve doku kayıplarına yönelik tedavilere ilişkin işlemlerdir.

Estetik amaçlı tıbbi müdahaleleri tıbbi müdahalelerden ayıran en önemli fark da tedavi amacının ikinci planda kalmasıdır.

Bir diğer önemli fark ise hasta ve hekim arasındaki sözleşme ilişkisinin niteliğindedir. Estetik müdahalelerde hekim hasta arasında eser sözleş-

⁷ Nevzat Güreli, "Hukuk Açısından Cerrahi Müdahalenin Sınırları", İÜHFİM, 1970-1980/1-4, s.267-275.

⁸ Fulya Çankaya, a.g.e., s.7.

mesi ilişkisi olduğu kabul edilmekte ve hekimin hastaya garanti verme yükümlülüğü bulunmaktadır.

1.3. Estetik Amaçlı Müdahalelerin Hukuka Uygun Kabul Edilmesi için Gerekli Koşullar

1.3.1. Müdahalenin Hekim Tarafından Yapılması

Estetik tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartlarından biri müdahalenin yetkili kişi tarafından yapılmasıdır. Burada bahsedilen yetkili kişiye hekim, doktor, tabip adı verilmektedir.

*“Tıbbi müdahaleler, nitelikleri ve yöneldikleri kişilerin önemli menfaatlerini ilgilendirmeleri nedeniyle üst düzeyde dikkat ve özen gerektiren, karmaşık faaliyetlerdir. Bu nedenle ancak gerekli ve yeterli bilgi ve eğitimi almış hekimler tarafından gerçekleştirilmeleri, kişilerin olduğu kadar toplumun da yararına”*⁹

Tıbbi müdahalelerin hekim tarafından yapılması koşulu, temelini Anayasa'nın 17. maddesi ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 1. ve ek 13. Maddelerinden almaktadır. Anayasa'nın 17. maddesinde **“Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.”** denilmek suretiyle vücut bütünlüğünün dokunulmazlığının istisnası olarak tıbbi zorunluluk halleri belirtilmektedir. Bu maddeden yola çıkarak, doktrinde hekimin tıbbi müdahalesinin *hakkın icrası* niteliğinde olduğu görüşü oluşturulmuştur. Nitekim TCK'nın 26. maddesinin 1. fıkrası da bu sonucu destekler niteliktedir: “Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez.” Hekime, tıbbi müdahale yapma yetkisini veren de 1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'dur. Kanun'un 1. ve ek 13. maddelerinde hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesi diplomasına sahip olmanın gerekli olduğu ve tabipler ile dış tabipleri dışındaki sağlık çalışanlarının teşhis ve tedavi yapamayacakları düzenlenmiştir.

⁹ Özlem Yenerer Çakmut, a.g.k.,s.28.

Estetik tıbbi müdahaleler noktasında uzmanlık sorunu gündeme gelmektedir. 1219 sayılı Kanun'un 23. maddesine göre yalnızca büyük ameliyatlara için uzmanlık şartı aranmaktadır. Büyük ameliyelerin kapsamı Kanun'da net bir şekilde belirtilmemiş olsa da, ölüm riski de barındıran estetik tıbbi müdahaleleri –ameliyatları-nin da büyük ameliyeler kapsamında olduğu kanaatindeyim. Bu doğrultuda, estetik cerrahi müdahaleler büyük ameliyeler olmaları nedeniyle bu müdahaleler için uzmanlık şartının gerekli olduğu çıkarımında bulunmak mümkündür.

1.3.2. Endikasyon (Tıbbi Gereklilik)

Endikasyon, yani tıbbi zorunluluk koşulu da yine temelini Anayasa'nın 17. maddesinden almaktadır: Bu maddeye göre "**Tıbbi zorunluluklar dışında** kimsenin vücut bütünlüğüne dokunulamaz." Nitekim Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi de 13. maddesinin 3. fıkrasında hekimlere ve dış hekimlerine tıbbi zorunluluk dışında müdahalede bulunmayı yasaklamıştır: "*Tabib ve dış tabibi, teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın, hastanın arzusunun uyararak veya diğer sebeplerle, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak herhangi birşey yapamaz*". Aynı husus Hasta Hakları Yönetmeliği'nin Tıbbi Gereklilikler Dışında Müdahale Yasağı başlıklı 12. maddesinde de yer almaktadır: "*Teşhis, tedavi veya korunma maksadı olmaksızın, ölüme veya hayati tehlikeye yol açabilecek veya vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek veya akli veya bedeni mukavemeti azaltabilecek hiçbirşey yapılamaz ve talep de edilemez.*"

Her türlü tıbbi müdahale veya tedavi için kural olarak endikasyonun varlığı esas alınmalıdır. Kısaca endikasyon, tıbbi müdahaleyi esas alan bir gösterge, tıbbi zorunluluk ya da gerekliliktir. Endikasyonun varlığı Anayasal düzeyde aranan bir tıbbi müdahale koşuludur. Yokluğu bizi kasten işlenen suçlara götürebilecektir.

1.3.2.1. Psikolojik Endikasyon

Estetik müdahalelerde endikasyon koşuluna ilişkin ele alınması gereken önemli bir husus psikolojik endikasyon hususudur. Doktrinde

estetik müdahalelerin tıbbi endikasyona değil psikolojik endikasyona dayandığı görüşü savunulmaktadır. Psikolojik endikasyonun estetik amaçlı tıbbi müdahalelere yansması kişinin görünümünün ona rahatsızlık olarak vermesi olarak nitelendirilmektedir. Estetik müdahaleler dışında sünnet ve kürtaıda da çıkış noktasının psikolojik endikasyon olduğu kabul edilmektedir.¹⁰

Nitekim psikolojik endikasyon da sağlığa ilişkin bir kavram olup Dünya Sağlık Örgütü'nün *sağlık* kavramı tanımını içerisinde "Sağlık sadece hastalık ve sakatlığın olmayışı değil, bedence, ruhça ve sosyal yönden tam iyilik halidir." denilmek suretiyle sağlığın kapsamına yalnızca beden bütünlüğünün değil, ruhsal ve psikolojik bütünlüğün de girdiği belirtilmiştir. Bu noktada estetik amaçlı tıbbi müdahalelerin endikasyon şartının temelini, Anayasa'nın 17. maddesindeki *kişinin maddi ve manevi varlığını serbestçe geliştirme* hakkından aldığı söylemek mümkündür.

1.3.3. Aydınlatma ve Rıza

Hekim tarafından hasta bedeni üzerinde yapılan her türlü müdahale için rıza şartı aranmaktadır. Bu şartın temeli Anayasa'nın 17. maddesinde belirtilen kişinin maddi ve manevi varlığını özgürce geliştirme hakkıdır. Hekimin aydınlatma yükümlülüğü, hastanın da hastalığına yönelik tedaviler hakkında karar verebilmesi çok önemlidir. Hastanın vereceği rıza hekimi hem özel hukuk (TMKm.23) hem de ceza hukuku (TCK m.26) yönünden koruyacak, yaptığı müdahaleyi hukuka uygun hale gelecektir. Aydınlatılmış onam, hasta için yararlılık, zarar verme ve hastanın özerkliğine saygı gibi temel tıp etiği ilkeleri açısından da oldukça önemlidir. Doktrinde, tıbbi müdahalelerde aydınlatılmış onam şartının yerine getirilmemiş olması etik malpraktis kapsamında değerlendirilmektedir.¹¹

¹⁰ Anayasa Mahkemesi, Kemal Demirtaş & Gülcan Demirtaş Başvurusu, 2017/18196 Başvuru no., 16.09.2020 tarihli karar.

¹¹ Serkan Çınarlı, Fidan Ermumcu, Orhan Meral, Tıbbi Uygulamadan Doğan İdari Yargı (Tam Yargı) Davaları, Adalet., Ankara 2020, s. 132.

Estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde durum farklıdır. Hekimin hastaya yapacağı müdahalede tedavi amacının ikinci planda olması ve hekimin sonuç garantisi vermiş olması, hekimin hastaya *daha detaylı bir aydınlatma* yapmasını gerektirir. Hastaya, yapılacak operasyonun neticesi, hastanın beklentilerini karşılayıp karşılamayacağı hususu ve muhtemel tüm komplikasyonları anlatılmalıdır. Burada diğer tıbbi müdahalelerden farklı olarak hekimin, hastanın görünümünde güzelleştirme maksadıyla müdahalede bulunuyor olmasından ötürü, -görülme riski çok düşük olsa dahi- muhtemel tüm komplikasyonlar hakkında onu bilgilendirmesi gereklidir.¹² Hastanın karar vermesinde etkisi olacak özellikli durumların hastaya kapsamlı bir şekilde anlatması, kararın kendisine bırakılması gerekmektedir.

Hastaya yapılacak operasyon sonucunda elde edilecek neticenin hastanın beklentisinin karşılanıp karşılanamayacağı, ne ölçüde karşılanabileceği, hastanın fiziksel durumunun yapılacak müdahale için ne derece uygun olduğu, olası risklerin neler olduğu, ortaya çıkacak görünümünün hasta için yeterli olmayabileceği, oluşabilecek şekli sorunların neler olduğunun hastaya anlayabileceği şekilde anlatılması gerekmektedir. Estetik müdahaleler sonucunda hastanın memnun olmayabileceği, komplike durumların ortaya çıkabileceği yani risk konusunda aydınlatma yapılması oldukça önemlidir. Zira hasta bu olasılıkları öğrendiğinde müdahaleye rıza göstermeyebilir.

Estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde hasta, hem müdahaleye hem de hekim tarafından taahhüt edilen sonuca rıza vermektedir. Doktrinde, estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde hastanın rıza göstermiş olduğu sonucun gerçekleşmesi halinde hekimin sorumluluktan kurtulduğu görüşü yer almaktadır.¹³

Yargıtay kararlarında da estetik müdahalede bulunan hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde, edimini tam

¹² Cihan Yüzbaşıoğlu, İdare ve Personel Yönüyle Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Sorumluluk, Onikilevha., İstanbul 2019, s. 300.

¹³ Cihan Yüzbaşıoğlu, a.g.e.,s. 299.

olarak yerine getirmiş sayılmayacağını ve ortaya taahhüt edilen eser konulmuş olsa dahi aydınlatma yapmaması nedeni ile kusurlu olacağını belirtmiştir.¹⁴

1.3.3.1. Küçüklerin ve Ayırt Etme Gücünden Yoksun Olanların Rızası

Özellikle güzelleştirme amaçlı estetik tıbbi müdahalelere rıza noktasında önem arz eden bir konu da küçüklerin ve ayırt etme gücünden yoksun olanların aydınlatılması ve müdahaleye rızasıdır. Genel olarak tıbbi müdahalelerde küçüğün velisinin rızası alınmaktadır. Fakat güzelleştirme amaçlı estetik tıbbi müdahalelerde tedavi edilmesi gereken husus kişinin kendi vücudundan rahatsız olması sebebiyle yaşadığı psikolojik çöküntüdür. Bu nedenle kişinin vücudundaki bu değişikliğe rıza göstermek kişiye mutlak surette bağlı bir hak olarak gündeme gelecektir. Burada önemli olan küçüğün kendi duyduğu rahatsızlıktır. Küçüğün velisinin onun vücudundan rahatsızlık duyarak küçük adına estetik müdahaleye karar vermesi söz konusu olamaz. Bu durum küçüğün kişilik haklarına yapılacak bir saldırı niteliğinde olduğu gibi onun maddi ve manevi varlığını serbestçe geliştirme hakkının da bir ihlali niteliğinde olacaktır. Bu nedenle, küçüklerin ve ayırt etme gücünden yoksun olanların güzelleştirme amaçlı estetik ameliyat olamayacakları kanaatindeyim. Doktrinde, küçüğün, vücudunda doğuştan gelen bir bozukluğun ancak küçükken yapılacak bir ameliyat neticesinde düzeltilebileceği, aksi takdirde ileri yaşlarda bir daha ameliyat edilemeyeceği gibi istisnai durumlarda küçüğün güzelleştirme amaçlı estetik ameliyat olabileceği görüşü yer almaktadır.¹⁵

¹⁴ Yargıtay 15. HD 3043/2820, 03.07.2018: “Somut olay değerlendirildiğinde, davacıya yapılan estetik müdahalenin sonucu itibarıyla iş sahibi yararına sonuç vermediği gibi, ilk operasyon öncesi onamda aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmediği ve kayıtların tam olarak tutulmadığı, eser sözleşmesi niteliği gereğince yüklenicinin edimini tam olarak yerine getirdiğinden söz edilemeyeceği ve kusurlu bulunduğu, komplikasyon konusunda aydınlatılmanın yetersiz olduğu gibi, komplikasyon yönetiminin de yeterli olmadığı dosya kapsamı ile anlaşıldığından, Adli Tıp Kurumu’nun yeterli gerekçe içermeyen raporuna dayanılması ve bu raporun tekrarı mahiyetindeki ikinci rapor da gözetilerek karar verilmesi hatalı olmuştur.”

¹⁵ Hasan Petek, Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 8, Sayı: 1, 2006, s. 177-239.

2.Estetik Amaçlı Uygulanan Müdahalelerde Hekim ve Hasta Arasındaki İlişkinin Nitelendirilmesi

2.1.Vekalet Sözleşmesi

Doktrinde ve yargı kararlarında hekim ve hasta arasındaki sözleşme ilişkisinin vekalet sözleşmesi olduğu kabul edilmektedir. Vekalet sözleşmesinde iş görme edimi vardır, ancak bir sonuç garanti edilmez.¹⁶Zira doktrinde de eser sözleşmesi ile arasındaki farklar belirtilirken vekalet sözleşmesinde vekilin sonuç yaratma zorunluluğu olmadığı hususuna da değinilmektedir.¹⁷

Vekalet sözleşmesi 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 502. ila 514. maddelerinde düzenlenmiştir. Vekalet sözleşmesinin unsurları; bir iş görme, sonuç taahhüt edilmemesi, tarafların örtülü veya açık biçimde anlaşması olarak sayılabilir. Doktrinde vekalet sözleşmesinin özellikleri kapsamında; iş görme sözleşmesi olması, güven ilişkisine bağlı olarak kurulmuş olması, vekilin bağımsız olduğu, sonuçtan sorumlu olmadığı ve diğer iş görme sözleşmesi türleri açısından genel hükümler taşıdığı hususları belirtilmektedir.¹⁸ Hasta ile hekim arasındaki ilişkide iş görmenin kapsamı, hekimin hastaya yapacağı tıbbi müdahale, koyacağı teşhis ve uygulayacağı tedavidir. Her ne kadar hekim sonuç taahhüt etmese de hekimin tıbbi özen yükümlülüğüne uygun hareket etmesi gerekmektedir. Bu noktada vekalet sözleşmesi ve eser sözleşmesi birbirinden ayrılmaktadır. Eser sözleşmesinde bir sonuç ortaya koyma vaadi varken vekalet sözleşmesinde hasta için en iyi sonucun elde edilebilmesi adına gerekli özeni gösterme yükümlülüğü söz konusudur. Şekil şartı aranmaksızın kurulan vekalet sözleşmelerinde tarafların birbirine uygun irade beyanlarının bulunması yeterlidir.

Tarafların yükümlülükleri vekalet sözleşmesi hükümlerine uymakta, hekimlik sözleşmesi çerçevesi hükümlerine göre ise hekimlerin, has-

¹⁶ Gökhan Taneri, Hasta Hakları, Bilge Yayınevi, Ankara 2014, s.94.

¹⁷ Aydın Zevkliler, Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 17. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2017, sf. 613.

¹⁸ Zevkliler, Gökyayla, a.g.k., sf. 600.

tayı aydınlatma, tedavisini yapma, özenli tıbbi müdahalede bulunma, sır saklama, kayıt tutma, endikasyon dışında müdahalede bulunmama, hastaların da ücret ödeme, hekimlerin talimatlarına uyma gibi yükümlülükleri vardır.

Yargıtay 13. HD 2637/2492 sayılı, 14.10.1974 tarihli kararında; hastaya yapılan müdahalenin sonucu olumlu olmasa dahi, hekimlerin tıbbi standartlara uygun her türlü müdahalede bulunduğu bu sebeple de ortaya çıkan zarardan doktorun kusurlu kabul edilemeyeceğini ifade ederek, vekalet sözleşmesi ilişkisinde önemli olanın ortaya olumlu bir sonuç çıkarmak olmadığını, bu sonuç için gerekenleri standartlara uygun biçimde yapmak olduğunu vurgulamıştır.

Güzelleşme amacı taşımayan, yani hastayı tedavi etme amacı bulunan ve tıbbi bir zorunluluk sebebiyle gerçekleştirilen estetik müdahalelerde hasta ile hekim arasındaki ilişki vekalet sözleşmesi kapsamında değerlendirilir. Bu tip durumlarda amaç kişinin güzelleşmesi değildir. Yargıtay bir kararında estetik operasyonun ağrı, sızı giderme amacıyla yapılması söz konusu ise bu durumda taraflar arasında vekalet sözleşmesi olacağına işaret etmiştir.¹⁹

Doktrinde ise estetik müdahalelerde de diğer tıbbi müdahalelerde olduğu gibi tıbbi müdahalelerin doğası gereği sonuç garantisi vermenin mümkün olmadığı, söz konusu müdahale kompleks bir canlı üzerinde gerçekleştirildiğinden öngörülen sonucun gerçekleşmeme ihtimalinin olması, hastanın bedeninin müdahaleye nasıl tepki vereceğinin bilinmemesi sebebiyle estetik müdahalelerde de hekim ile hasta arasındaki ilişkinin vekalet sözleşmesi niteliğinde olduğu ve eser sözleşmesi niteliğinde değerlendirilmesinin mümkün olmadığı savunulmaktadır.²⁰

2.2. Eser Sözleşmesi

Eser sözleşmesi, TBK'nın 470. maddesinde; "*Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir be-*

¹⁹ Yargıtay 13.HD 9241/13610 sayılı 26.05.2016 tarihli karar.

²⁰ Ünal Er, Sağlık Hukuku, Savaş Kitap, Ankara 2019, s. 52.

del ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.” şeklinde tanımlanmıştır.Eser sözleşmesi her iki tarafa da borç yükleyen bir sözleşmedir. Yüklenicinin eseri ortaya çıkartma borcu vardır, hastanın da bunun karşılığı olarak ücret ödemesi gerekmektedir.

Eser sözleşmesi herhangi bir şekle tabi değildir, karşılıklı ve birbirine uygun açık veya örtülü irade açıklamasıyla ortaya konulur.²¹ Eser sözleşmesinin unsurları TBK hükmünden de yola çıkılarak eser, anlaşma ve bedel olarak belirtilmektedir.²²Eser sözleşmesinin en önemli unsuru eserin meydana getirilmesidir. Eser sözleşmesinin vekalet sözleşmesi ile arasındaki temel fark *sonuç tahhüdüdür*. Ancak vekalet sözleşmesinde olduğu gibi yüklenicinin bizzat ifa borcu yoktur.²³Bu temel farklılıklar dışında eser sözleşmesinde tarafların yükümlülükleri vekalet sözleşmesi hükümlerine tabidir. Doktrinde, yargı kararlarından yola çıkılarak estetik müdahalelerin de eser sözleşmesinin konusunu oluşturabileceği görüşü belirtilmektedir.²⁴

Yargıtay tüm estetik müdahalelerde taraflar arasında eser sözleşmesi ilişkisi olduğu şeklindeki bir genellemeyi kabul etmemekte, fakat kararlarında ağırlıklı olarak hekimin uyguladığı estetik müdahaleleri eser sözleşmesi olarak kabul etmektedir.^{25,26}

²¹ Çankaya, a.g.k.,s.118.

²² MuratAydoğdu, Nalan Kahveci, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Sözleşmeler Hukuku, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, sf.761.

²³ Zevkliler, Gökyayla, a.g.k., sf.613.

²⁴ Aydoğdu, Kahveci, a.g.k., sf.761.

²⁵ Yargıtay 15. HD 08.06.2006 tarihli 7988/3417 sayılı kararında; “Davacı, doğum sonrası karın bölgesinde oluşan deformasyonların giderilmesi amacıyla davalının kendisini ameliyat ettiğini, ancak istenen sonucun sağlanmadığını iddia ederek maddi ve manevi tazminat talep etmiştir. Dosya kapsamından estetik amaçlı ameliyat hususunda tarafların sözleştikleri anlaşılmaktadır. Tarafların sözleşme yapmaktaki asil amaçları belli bir sonucun ortaya çıkmasıdır. O halde taraflar arasındaki ilişki eser sözleşmesi ilişkisidir. Yüklenici eseri fen ve sanat kurallarına uygun, iş sahibinin beklentilerini karşılar şekilde yapmalıdır. Yüklenici eserdeki ayıp ve eksikliklerden ayıba karşı tekeffül hükümleri uyarınca sorumludur. Somut olayda, ameliyattan istenen sonuç alınmamıştır. Buna rağmen davalının kusuru olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi hatalıdır.”

²⁶ Yargıtay 15. HD, 2018/5312 E., 2919/139 K. sayılı 14.01.2019 tarihli kararında; “Somut olayda mahkemece alınan ... Kurumu'nun 17.08.2015 tarihli raporunda, “28.4.2012 tarihinde davalı hastanede ... tarafından aynı seansta abdominoplasti, endoskopik idface lift, liposuction rinoplasti ameliyatı yapıldığı, 07.05.2012 tarihinde yapılan kontrol muayenesinde sorun gözlenmediği, 04.06.2012 tarihinde kontrol muayenesinde, sağ hafif derecede skleral show, abdomende seroma saptandığı, kişinin tedaviyi kabul

Yargıtay bir başka kararında da dövme silinmesi işlemini de eser sözleşmesi olarak kabul etmiş ve hekimin edimini ayıpsız olarak yerine getirmesi gerektiğine, izin tamamen silinmesi için taahhüt vermiş kabul edileceğine dikkat çekmiştir.^{27, 28}

Estetik tıbbi müdahalelerin eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesinin, vekalet sözleşmesi kapsamında değerlendirilen tıbbi müdahalelerden farklı birtakım sonuçları vardır. Estetik tıbbi müdahalelerin vekalet sözleşmesi kapsamında değerlendirilmemesinin sebebi, hekimin müdahale sonrasında hastaya sonuç taahhüdünde bulunmasıdır. Diğer tıbbi müdahaleler açısından sonuç taahhüdünde bulunmak mümkün olmadığından, tıbbi müdahaleler çoğunlukla vekalet sözleşmesi kapsamında değerlendirilmektedir. Yargı kararlarında da tıbbi müdahaleler vekalet sözleşmesi kapsamında değerlendirilmektedir. Bu noktada estetik tıbbi müdahaleler ile tıbbi müdahaleleri ayıran en temel nokta *sonuç garantisidir*. Bu durumda sorumluluk kapsamı da değişmektedir. Çalışmanın ileriki bölümlerinde hekimin eser sözleşmesi kap-

etmediği, kurulca yapılan muayenesinde, saptanan inzisyon konumlarına göre kişiye orta yüz germe septorinoplasti ve mini abdominoplasti yapıldığının anlaşıldığı, bu ameliyatlardan sonra ameliyat bölgelerinde subjektif hissizlik yakınması olmasının yapılan ameliyatların doğal sonucu olarak kabul edildiği, aynı seansta yapılan operasyonların niceliği ve niteliği göz önüne alındığında ameliyat süresinin ve yapılan ameliyatların tıbben uygun olduğu, bu duruma göre ilgili hekimin eylemlerinin tıp kurallarına uygun olduğu ve atfi kabil bir kusur bulunmadığı belirtilmiş ve mahkemece de bu rapor gözetilerek dava reddedilmiş ise de; taraflar arasındaki sözleşmenin eser sözleşmesi niteliğinde olduğu ve yukarıda yapılan açıklamalar gözetildiğinde davacı yanın gerek burun gerekse yüz germe ve yağ dokusu alınması ile ilgili isteminin davalı doktor tarafından daha güzel bir görünüme kavuşturulacağı yönünde bir garanti verilmesi niteliğinde olduğu gözetildiğinde...”

²⁷ Yargıtay 15.HD, 03.11.1999, 1999/38868 E., 1999/4007 K.

²⁸ Yargıtay 13. HD, 05.04.1993 tarih, 131/2741 sayılı kararında; “Davada dayanan maddi olgu, burnun estetik ameliyatı yapılmak suretiyle istenilen ve kararlaştırılan biçim ve şekle uygun güzel bir görünüm kazandırılmasıdır. Bu olgudan hareket edildiğinde, böyle bir sözleşmede sonucun ortaya çıkması yönünden teminat verilerek borç altına girildiği, diğer bir anlatımla belli bir sonucun elde edilmesinin kararlaştırıldığı kuşku ve duraksamaya yer olmayacak şekilde açıktır. O nedenle, bu tip sözleşmenin eser sözleşmesi olarak kabul edilmesi halin icaplarına ve tarafların iradesine uygun düşeceğinin kabul edilmesi gerekir. Gerçekte de bu sözleşmedeki yükümlülük vekalet sözleşmesinin konusunu oluşturan bir iş görme niteliğinde değildir. Çünkü, burada vekalet akdindeki unsurların aksine çalışma sonunda; istenilen belli bir sonucun mutlaka elde edilmesi amacı güdülmektedir. Eser sözleşmesinde yüklenici eseri meydana getirmekle ve onu teslim etmekle yükümlüdür. Bundan başka, bu iki ana borçtan kaynaklanan ve bu borçların akde uygun surette ifasını sağlayan diğer bir takım yan borçlarında BK’da açıkça yer aldığı veya işin mahiyetinden çıkarıldığı görülmektedir. Bunlardan biri de, işi sadakat ve özenle bizzat yapma borcudur. Sadakat borcu iş görenin iş sahibinin yararına olacak şeyleri yapmak ve ona zarar verecek her türlü hareketten kaçınmak borcu anlamını taşır.”

samındaki sorumluluğu ele alınacağından burada yalnızca sorumluluk kapsamının genişleyeceğini ve hekimin tıbbi müdahaleyi uygulamadaki özgürlük kapsamının daralacağını belirtmekle yetiniyorum.

2.3. Kanaatim

Güzellik, estetik ve beğeni göreceli kavramlar olmakla birlikte son dönemlerde Yargıya yansıyan estetik müdahalelerle ilgili uyuşmazlıklar incelendiğinde hastaların, beğeni kavramını süistimal ederek kendilerinde bir zarar oluşmamasına rağmen tazminatı bir zenginleşme aracı olarak görerek yargıya başvurdukları da görülmektedir. Yargıtay tarafından güzelleşme amacıyla yapılan estetik müdahaleler eser sözleşmesi olarak nitelendirilse de doktrinde Hakeriestetik müdahalelerde hekim ve hasta arasındaki sözleşmenin niteliği belirlenirken somut olaya ve hekimin sonuç yönünde bir garanti verip vermediğine bakılması gerektiği yönünde görüş belirtmiştir.²⁹ Benim görüşüm de bu doğrultudadır.

Estetik müdahaleler noktasında unutulmaması gereken iki önemli nokta vardır. Birincisi sağlık kavramının tanımına bakıldığında güzelleştirme amaçlı estetik müdahalelerin psikolojik endikasyona dayanılarak yapıldığı ve hastaları bu yönde tedavi etme işlevinin olduğu hususudur. Yani bu noktada diğer tıbbi müdahaleler gibi tedavi ve kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme amacı olduğunu söylenebilir. İkinci önemli nokta ise, her ne kadar hekim taahhüt ettiği sonucu ortaya koymuş olsa da kişilerin vücut yapısı, spesifik özellikleri, deri ve cilt yapıları gibi etkenler ortaya konulan eserin başarısını ve iyileşme sürecini doğrudan etkilemektedir. Bu nedenle güzelleşme amaçlı estetik müdahalelerde hekim ile hasta arasındaki ilişki değerlendirilirken hekimin hastaya bu yönde bir garanti verip vermediği, hastanın bu garantiye güvenerek estetik tıbbi müdahaleye rıza gösterip göstermediği somut olayda titizlikle incelenerek sözleşmenin niteliğine karar verilmelidir.

²⁹ Hakeri, a.g.k.,s. 634.

3. Estetik Cerrahın Özel Hukuk Sorumluluğu

3.1. Vekalet Sözleşmesinden Doğan Sorumluluk

Vekalet sözleşmesi, Borçlar Kanunu'nun 502. maddesinde şu şekilde tanımlanmaktadır: *"Vekâlet sözleşmesi, vekilin, vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemi yapmayı üstlendiği sözleşmedir."*

Doktrinde ve yargı kararlarında da genel olarak hekim ve hasta arasındaki hukuki ilişkinin vekalet sözleşmesi niteliğinde olduğu görüşü hakimdir. Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin vekalet sözleşmesine dayanmasına ilişkin detaylı açıklamalara bir önceki bölümde yer verilmiştir. Bu nedenle bu bölüm kapsamında vekalet sözleşmesinin mahiyetine ilişkin bu kadar açıklama ile yetineceğim.

Estetik cerrahi açısından hekim ile hasta arasındaki sözleşme ilişkisinin niteliği kapsamında da görüş ayrılıkları olduğunu yukarıda belirtilmiştir. Bu durumda genel olarak kabul gören görüşe ve yargı kararlarına göre estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde hasta ile hekim arasındaki sözleşmesel ilişkinin vekalet sözleşmesi niteliğinde olması ancak tedavi amaçlı estetik müdahalelerde, yani kaza, yanık vb. zorunlu estetik müdahalelerde ve güzelleşme amaçlı estetik müdahalelerde hekimin sonuç garantisinde bulunmadığı durumlarda söz konusu olabilecektir. Bu durumda hekimin vekalet sözleşmesinden doğan sorumluluğu yalnızca özen yükümlülüğüne aykırılık noktasında gündeme gelecektir.

Borçlar Kanunu'nun 506. maddesinde vekilin özen borcu şu şekilde düzenlenmiştir: *"Vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür. Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır."* Bu durumda hekimin estetik müdahalede özen borcuna aykırılığı sonucunda hastada bir zarar meydana gelmesi halinde hekim özen borcuna aykırılıktan sorumlu tutulacaktır. Bu noktada sağlık hukuku açısından önemle üzerinde durulması gereken konu komplikasyon konusudur. Doktrinde de yargı kararlarında da komplikasyon kavramı

tıbbi müdahaleler esnasında “Öngörülemeyen, öngörülse de önlenemeyen, önlemler alınsa dahi ortaya çıkan olumsuz sonuç, izin verilen risk”³⁰ olarak tanımlanmaktadır.

*“...Kişinin kendisinde var olan hassasiyetinden dolayı ilaca karşı gelişen anaflaktik şokun ilacın beklenebilir etkisi olduğu, kişide oluşan tablonun daha önceden ön görülüp önlenemeyen her türlü özene rağmen oluşabilen “komplikasyon” olarak nitelendirildiği...”*³¹

Yukarıdaki Yargıtay kararından da anlaşılacağı gibi komplikasyon, tıbbi müdahalede her türlü özenin gösterilmesine rağmen hastanın kendi vücudunda oluşan bir durum sebebiyle tıbbi müdahale sonucunda ortaya çıkan olumsuz sonuçtur. Bu durumda hekimin sorumluluğuna gidilmeyecektir. Fakat komplikasyon gelişse dahi müdahale esnasında hekimin özen borcuna aykırı davranışları mevcutsa hekim özen borcuna aykırılıktan sorumlu tutulacaktır. Yargıtay’ın kararları da bu doğrultudadır.³²

Yine komplikasyon konusunda hekimin özen borcu dışında sorumlu tutulabileceği bir diğer nokta da komplikasyonlar konusunda hastanın tıbbi müdahaleden önce bilgilendirilmesidir. Yukarıda aydınlatma ve rıza bölümünde belirtmiş olduğumuz gibi hekim hastasını aydınlatarak tıbbi müdahaleye rızasını almak zorundadır. Aksi bir durum hekimin sadakat borcunu yerine getirmemiş olması sebebiyle sözleşmeye aykırılık oluşturacaktır. Hekimin vekalet sözleşmesi kapsamında sadakat borcu, hastası için en iyi, en uygun ve en risksiz tedaviyi uygulaması, hastasının menfaatlerini gözetmesidir. Özen borcu da hekimin hastası için en iyi, en uygun tedaviyi uygularken gerekli özeni göstermesidir. Kanun maddesinde de belirtildiği gibi özen borcundan doğan sorum-

³⁰ Serkan Çınarlı, Fidan Ermumcu, Orhan Meral, a.g.e.,s. 96.

³¹ Yargıtay 12. CD, 11.12.2015, 2328/19189.

³² Yargıtay 3. HD. 06.07.2012, 11945/17020: “...Diş protezi yapılmadan önce davacının dişlerinin röntgeni çekilmiş, davacının dişlerine uygulanacak tedavi ve bu arada tedavinin uygulanması sırasında oluşabilecek komplikasyonlar belirlenmiş bulunmaktadır. Davalı hekim, tedavi sırasında önceden öngördüğü komplikasyonun gerçekleştiğini ancak davacının isteği doğrultusunda bu tedavinin uygulandığını savunmuş ise de, görüşmelerin içeriğini ve davacının tedaviye onayını içeren hasta kayıt formunu sunamamıştır. Kaldı ki bu belgeler sunulmuş olsaydı bile içerdiği komplikasyonlara rağmen tedavinin uygulanmış olması, sadakat borcuna aykırı davranıldığı gerçeğini değiştirmemektedir...”.

luluk belirlenirken aynı alanda ve aynı uzmanlığa sahip basiretli bir hekimin davranışına göre bir değerlendirme yapılır. Ancak hekimin tüm çabalarına, tüm özenine rağmen komplikasyon sonucu önlenememişse hekim sorumlu tutulamayacaktır. Hekimin vekalet sözleşmesinden doğan sorumluluğu ile eser sözleşmesinden doğan sorumluluğu arasındaki en önemli fark buradadır. Nitekim vekalet sözleşmesi kapsamında hekim sonuçtan sorumlu tutulamayacaktır, çünkü vekalet sözleşmesi kapsamında önemli olan sonuç değildir, sonuç garantisi verilemez. Vekalet sözleşmesi açısından önemli olan işin, vekil tarafından özenle görülmesidir. Vekalet sözleşmesi kapsamında vekil, sonuç garantisi vermez bu nedenle de sonuçtan sorumlu tutulamaz.

3.2. Eser Sözleşmesinden Doğan Sorumluluk

Eser sözleşmesi, Borçlar Kanunu'nun 470.maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir: "Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir." Eser sözleşmesi kapsamında önemli olan eser, yani sonuçtur. Güzelleştirme amaçlı estetik tıbbi müdahalelerde hekim ve hasta arasındaki hukuki ilişki özellikle Yargıtay tarafından eser sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir.^{33, 34, 35}

³³ Yargıtay 13. HD, 11.04.2016, 9077/5505: "Yanlar arasında, davacının yüzünün görünümünün daha estetik bir hale gelmesi konusunda davalı doktor ile estetik operasyon için anlaşma yapıldığı ve davalı doktor tarafından uygulamanın gerçekleştirildiği; böylece, taraflar arasında eser sözleşmesi kurulduğu anlaşılmaktadır. Eser, yüklenicinin sanat ve becerisini gerektiren bir emek sarfı ile gerçekleştirilen sonuçtur. Yüklenicinin eseri iş sahibinin yararına olacak şekilde ve ona hiçbir zarar vermeden meydana getirmesi, davalı yüklenicinin hem sadakat hem de özen borcunu kapsar. Bu arada belli bir sonucun ortaya çıkması amaçlanır. Meydana getirilen eserin, iş sahibinin beklentisini karşılamaması halinde, sözleşmedeki yarar dengesi iş sahibi aleyhine bozulmuş olur. Bu bakımdan eserin fen ve sanat kurallarına uygun, iş sahibinin beklentilerini karşılar özellikleri taşınması aranır. Aksi halde, eserin ayıplı olduğu kabul edilir. Ayıplı eseri meydana getiren yüklenici ise, ortaya çıkan ayıp ve eksikliklerden ayıba karşı tekeffül borcu sebebiyle sorumludur."

³⁴ Yargıtay 15. HD, 03.11.1999, 4007/3868: "Eser sözleşmesi uyarınca davalı doktorun tedavi niteliği olmayan tıbbi müdahalede bulunması ifa yönünden, yeterli değildir. Yaptığı işin, hangi yöntemi kullanırsa kullansın ayıpsız (kusursuz) olarak ortaya çıkması da gerekir. Davacının kolundaki dövmeyle estetik amaçla silmek için müdahalede bulunan doktor, aynı zamanda, izi tamamen yok etmeyi de, eser sözleşmesinin niteliği itibarıyla taahhüt etmiş sayılır. Oysa, dosya kapsamına ve fotoğraflara göre, davacının kolunda eski durumu aratırcasına, sağlıklı ve çirkin görünümlü yeni bir iz, cerrahi müdahalenin izi olarak ortaya çıkmıştır. Yapılan iş, BK'nın 360. maddesi gereğince, kabule icbar edilemeyecek derecede ayıplı bir iştir."

³⁵ Yargıtay 15.HD. 25.10.2010, 4538/5692: "Davaya dayanak yapılan maddi olgu, burnun estetik ameliyat yapılmak suretiyle istenilen ve kararlaştırılan biçime uygun güzel bir görünüm kazandırılmasıdır. Varıl-

Yargıtay da tedavi amaçlı olmayan, salt güzelleşme amacı taşıyan estetik tıbbi müdahaleleri eser sözleşmesi kapsamında değerlendirmektedir. Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere hekimin eser sözleşmesinden doğan sorumluluğu sonuca yönelik bir sorumluluktur. Eser sözleşmesi sorumluluğu kapsamında vekalet sözleşmesinde olduğu gibi hekimin özen ve sadakat borcu vardır. Bu husus Borçlar Kanunu'nun 471. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir: *“Yüklenici, üstlendiği edimleri işsahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır. Yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken meslekî ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınır.”*

Eser sözleşmesini vekalet sözleşmesinden ayıran en önemli unsur eser, yani sonuç taahhüdüdür. Bu noktada hekimin de vekalet sözleşmesinden farklı olarak eser sözleşmesi kapsamında özen ve sadakat borçlarına aykırılık dışında sonuçtan dolayı da sorumluluğu vardır. Doktrinde hekimin eser sözleşmesi sorumluluğunda önemli olanın ortaya çıkardığı eser olması sebebiyle hastada oluşan komplikasyonlardan da sorumlu olduğu görüşü savunulmaktadır.³⁶

Eser sözleşmesi kapsamında hekimin ayıba karşı tekeffül borcu vardır. Kanun'un 475. maddesinde işsahibine, yani hastaya seçimlik haklar tanınmıştır. Nitekim estetik tıbbi müdahalelerde sözleşmeye aykırılık halinde talep edilen tazminatın dayanağı da anılan maddedir. Bu madde kapsamında hastanın *‘Aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün*

mak istenilen sonucun ve buna dayalı olguların hukuki nitelendirilmesi yapıldığında ise, yanlar arasında BK'nın 355 ve devamı maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesi ilişkisinin bulunduğu açıklıkla ortadadır. Eser sözleşmelerini diğer iş görme sözleşmelerinden ayıran önemli hususlardan birisi de sonuç sorumluluğu, yani tarafların iradeleri doğrultusunda yüklenici tarafından bir sonucun meydana getirilmesi taahhüdüdür. Burada vekalet akdindeki gibi sonuç taahhüt edilmeksizin sadece bir işin görülmesi taahhüdü bulunmamakta, bir eserin-sonucun yaratılıp teslim edilmesi borcu altına girilmektedir. Bu borcun altına giren taraf yani yüklenici, BK'nın 356/1 maddesi ve işin mahiyeti gereği işi sadakat ve özenle yerine getirmek zorundadır. Sadakat borcu yüklenicinin iş sahibinin yararına olacak şeyleri yapma ve ona zarar verecek her türlü eylemden kaçınma anlamını taşır. Buna göre somut olayda işi yüklenen davalı doktorun, davacı üzerinde kararlaştırılan edimleri ifa ederken, yani tıbbi faaliyette bulunurken mesleğinin tüm koşullarını yerine getirmesi ve tıp biliminin kurallarını eksiksiz yerine getirmesi davacının edim menfaatinin gereği olup, aksi durumun gerçekleşmesi davalı doktorun kusurlu olduğunu göstereceği gibi BK'nın 96.md. gereği oluşan zarardan sorumluluğunu da gerektirmektedir.”

³⁶ Cihan Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 299.

masrafları yükleniciye ait olmak üzere, eserin ücretsiz onarılmasını isteme' hakkı da mevcuttur. Uygulamada, özellikle estetik burun cerrahisinde bu duruma revizyon ameliyatı adı verilmektedir. Fakat maddede yer alan 'Aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde' ibaresine dayanılarak hastalardan revizyon ameliyatı için de ilave ücretler alınmaktadır. Bu konunun da yine somut olaya göre değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyim.

3.3. Vekaletsiz İş Görme Sorumluluğu

Vekaletsiz iş görme, Borçlar Kanunu'nun 526. maddesinde "Vekaleti olmaksızın başkasının hesabına işgörmek" olarak tanımlanmıştır. Burada vekil ile işsahibi arasında herhangi bir vekalet veya sözleşmesel bir ilişki bulunmamaktadır. Vekaletsiz iş görme kapsamında da Kanun'un 527. maddesine göre işgören her türlü ihmalden sorumludur.

Vekaletsiz iş görme, hekimin, hastasından onam alma imkanının olmadığı, özellikle acil ve hastanın bilincinin kapalı olduğu durumlarda gündeme gelmektedir. Bu durumda hekim ile hasta arasında mevcut bir sözleşme ilişkisi bulunmamakta veya bir sözleşme ilişkisi olsa dahi, örneğin ameliyatın genişletilmesi durumlarında olduğu gibi ameliyatta beklenmeyen bir durumla karşılaşıldığında hekim, hastanın ad ve yararına hareket ettiği durumlarında vekaletsiz iş görme hükümlerine göre sorumlu olacaktır. Böyle bir durumda hekim *tam bir sorumluluk altındadır.*³⁷

3.4. Haksız Fiil Sorumluluğu

Haksız fiil sorumluluğu genel bir sorumluluk halidir ve Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir: "Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür."

³⁷ Mehmet Demir, Tıbbi Sorumluluk Hukuku, Yetkin., Ankara 2020, s. 255.

Doktrinde haksız fiilin dört unsuru olduğu kabul edilmektedir. Bu unsurlar: Hukuka aykırı fiil, kusur, illiyet bağı ve zarardır. Hekimin haksız fiil sorumluluğu kapsamında hatalı tıbbi müdahalede, hastanın bedeninde oluşan zarar ve buna bağlı oluşan manevi zarar kişilik haklarına saldırı niteliğinde olabileceği gibi, sözleşmeye aykırılık da bir hukuka aykırılık halidir. Kusur unsuru da kast şeklinde olabileceği gibi ihmal şeklinde de olabilmektedir ve hekim özen borcuna aykırı davranarak ihmali davranış sergilemektedir. İhmalin değerlendirilmesinde hekimin içinde bulunduğu koşul ve tıpkı özen borcuna aykırılıkta olduğu gibi aynı uzmanlığa veya benzer özelliklere sahip basiretli bir hekimin davranışına göre değerlendirme yapılır.

Hasta ile hekim arasındaki hukuki ilişki bir sözleşmeye dayandığı halde hastada oluşan zararlardan dolayı, mevcut koşullar değerlendirilerek sözleşmeye aykırılık yoluna gidilebileceği gibi hekimin haksız fiil sorumluluğuna da gidilebilir.

4. Hekimin Sorumluluğunu Azaltan ve Ortadan Kaldıran Haller

Hekimin hem sözleşmesel sorumluluğu hem de haksız fiil sorumluluğuna gidilebilmesi için kusurlu eylem, zarar ve illiyet bağı şeklindeki temel unsurların bulunması gereklidir. Tazminat sorumluluğu açısından özellik gösteren unsur illiyet bağı unsurudur. Bu unsurun detaylıca incelenmesi sonucunda hekimin tazminat sorumluluğu azalabileceği gibi ortadan da kalkabilir. İliyet bağı unsuru hekimin tazminat sorumluluğu açısından belirleyici unsurdur.³⁸ İliyet bağını ortaya koymak konusunda ispat yükü hastadadır. Hukukumuzda illiyet bağını kesen sebepler temel olarak zarar görenin zarara yol açan kendi eylemleri, üçüncü kişinin zarara sebebiyet veren eylemleri ve mücbir sebeplerdir.

4.1. Sorumluluğu Azaltan Haller

İliyet bağını kesen nedenlerden hastanın kendi eylemleri ile üçüncü kişinin eylemleri duruma göre hekimin sorumluluğunu azaltan veya

³⁸ Hayrünnisa Özdemir, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:11, S:1, 2016, sf.66.

ortadan kaldıran sebepler olabilecektir. Bu başlık altında yalnızca hekimin sorumluluğunu azaltan illiyet bağı kesen unsurlar ele alınacaktır.

Zarar görenin ağır kusuru hekimin sorumluluğunu azaltan bir hal olabileceği gibi hekimin sorumluluğunu ortadan tamamen kaldıran bir durum da olabilir. Zarar görenin ağır kusurunun hekimin sorumluluğunu azaltan neden olarak değerlendirilmesi doktrinde Fikret Eren'in de belirtmiş olduğu uygun illiyet bağı teorisi ile açıklanabilir.³⁹ Bu teoriye göre birden çok sebepten birinin zararı doğurması halinde gerçek sebep ve farazi sebep ortaya çıkar. Bu durumda gerçek sebep ile zarar veren kişi farazi zararın varlığını göstererek sorumluluktan kurtulamayacaktır. Bu durum, uygun illiyet bağı teorisine göre zarar görenin veya üçüncü kişinin ağır kusuru ile birlikte yalnızca diğerlerinin zarara katkısına göre hekimin sorumluluğunu azaltan bir durum olacaktır. Bu duruma örnek olarak, hekimin özensiz tıbbi müdahalesi sonucunda hastanın zarar gördüğü hallerde hastanın kendi eylemleri ile bu zararı daha da ağırlaştırması örnek olarak verilebilir. Örneğin gırtlak kanseri sebebiyle ameliyata alınan bir hastada ameliyat esnasında yapılan tıbbi bir hata sonucunda hastanın ses tellerinin tahribata uğraması olayında bir de hastanın ameliyattan sonra sigara içmesini olaya ilave edersek bu durumda hastanın zaten ses tellerinin tahribata uğradığı halde bir de sigara içmesi durumu daha da ağırlaştıracak ve hastanın sesini ömür boyu kaybetmesine yol açacaktır. Ancak bu durumda hastanın sesini kaybetmesinin gerçek sebebi hekimin hatalı ameliyatı olmaktadır. Bu olayda hastanın sigara içmesi hekimin hatalı tıbbi müdahaleden doğan sorumluluğunu ortadan kaldırmayacak, yalnızca tazminattan indirim sebebi olacaktır.

Hekimin sorumluluğunu azaltan bir diğer neden de uygun illiyet bağı teorisine göre yarışan illiyet durumudur. Yarıştan illiyet durumu TBK'nın 61. Maddesinde *birden çok kişinin aynı zarara sebep olması veya aynı zarardan çeşitli sebeplerle sorumlu olmaları durumu* olarak tanımlanarak bu durumda müteselsil sorumluluk hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir. Doktrinde de *yarışan illiyetten birden çok durum*

³⁹ Fikret Eren, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Sevinç Matbaası, Ankara 1975, sf.164.

aynı anda aynı zararı meydana getirmektedir denilmek suretiyle yarışan illiyet tanımlanmıştır.⁴⁰ Bu durumda da yine herkes zarara olan katkısı oranında sorumlu olur. Yarışan illiyet durumu da çoğunlukla mide küçültme ameliyatlarında ortaya çıkmaktadır. Mide küçültme ameliyatları sonrasında hastaya büyük sorumluluklar yükleyen ameliyatlardır. Hatta bu ameliyatlar sonrasında hastalar 1 hafta kadar su dahi içememektedir. Bu tarz ameliyatların yargıya yansıdığı durumlarda da çoğunlukla hekimler, hastanın davranışlarının illiyet bağıni kestiği iddialarında bulunmaktadırlar. Örneğin mide küçültme ameliyatlarında hekimin özen yükümlülüğüne aykırı davrandığı durumlarda, örneğin dikişin zayıf atıldığı durumlarda henüz ameliyattan sonra zarar oluşmamış fakat hastanın da ameliyattan sonra su içmesi sonucunda zaten zayıf atılan dikiş patladıysa bu durumda yarışan illiyet gündeme gelecek ve bu durum da yine hekimin sorumluluğunu azaltacaktır. Bu örneği hastanın refakatçisinin hastayı banyo yaptırmaya çalışması ve banyo esnasında dikişlerin patlamış olması olarak değiştirelim. Bu durumda da yine refakatçi ile hekim ayrı ayrı kendi eylemlerinden sorumlu olacaktır. Fakat bu durum da yine hekimin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır.

4.2. Sorumluluğu Ortadan Kaldıran Haller

İlliyet bağıni kesen sebeplerden sorumluluğu kesin olarak ortadan kaldıran neden mücbir sebep halleridir. Mücbir sebep doktrinde Eren tarafından şu şekilde tanımlanmaktadır: *“Sorumlu veya borçlunun faaliyet ve işletmesi dışında meydana gelen, genel bir davranış normunun veya borcun ihlâline mutlak olarak kaçınılmaz bir şekilde yol açan, öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan olağanüstü bir olaydır.”*⁴¹ Mücbir sebeplere çoğunlukla örnek olarak doğal afetler verilmektedir. Mücbir sebep, öngörülemeyen ve tüm tedbirlere rağmen önlenemeyen bir durum olduğundan mücbir sebepler illiyet bağıni kesen durumlardır. Örneğin, hastanın ameliyata alındığı esnada şiddetli depremin ortaya çıkması ve ameliyathanenin yıkılarak hastanın enkaz altında kalıp ölmesi halinde ameliyatı yapan hekimi sorumlu tutmak mümkün olmayacaktır. Bu ör-

⁴⁰ Eren, a.g.k., sf.165.

⁴¹ Eren, a.g.k., sf.176.

neği daha komplike hale getirmek gerekirse, ameliyatta hastanın bağlı olduğu solunum cihazının depremde üzerine duvarın yıkılması ve bozulması sonucunda hastanın öldüğu durumda da yine ameliyatı yapan hekimi sorumlu tutmak mümkün olmayacaktır. Fakat, ameliyat esnasında deprem sebebiyle korkup ameliyatı terk eden doktor, hastanın ameliyatın yarım bırakılması sonucunda hayatını kaybetmesinden sorumlu tutulacaktır. Çünkü burada hekim özen yükümlülüğüne aykırı davranmakta ve ameliyatı yarım bırakmaktadır.

Zarar görenin veya üçüncü kişinin ağır kusuru yukarıda da bahsetmiş olduğumuz gibi hekimin sorumluluğunu azaltan bir sebep olabileceği gibi hekimin sorumluluğunu tamamen ortadan da kaldırabilir. Bu husus somut olaya göre değerlendirileceği gibi burada önemli olan zararın, hekimin eylemleri sonucunda oluşmadığının açıkça ortaya konulabilmesidir. Örneğin omzundan ameliyat olan bir hastanın hastanede ayağı kayıp düşmesi veya başka bir hastayla çarpışıp düşmesi sonucunda kolundaki sinirlerin zedelenmesi sebebiyle kolunda kalıcı hissizleşme olması halinde bu zararın ameliyat sonucunda oluşmadığının kanıtlanabilmesi gerekmektedir. Yani hekimin ameliyat esnasında gerekli özeni gösterdiği, tıbbi standartlara uygun davrandığı ve ameliyatın başarılı geçtiğininin kanıtlanabilmesi gerekmektedir. Bu durumda hekimin sorumluluğu ortadan kalkacaktır.

Zarar görenin veya üçüncü kişinin ağır kusurunun sorumluluğu azaltan bir sebep mi olduğu yoksa ortadan kaldıran bir sebep mi olduğu hususu Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından detaylı bir şekilde irdelenmiştir.⁴²

⁴² Yargıtay HGK, 2010/4-130 E., 2010/161 K.: “Ortak kusurun varlığı halinde, hakim, ortak kusurun tazminata etkisini başka bir anlatımla bunun bir tenkis sebebi mi, yoksa zarar ziyan hükmünden tamamen sarfınazar edilebilecek bir sebep mi olduğunu takdir edecektir. Hakim bu yolda takdir hakkını kullanırken hak ve adalete uygun sonuca varacak bir yol izlemelidir. Bunun için de, her şeyden evvel, maddenin amacının iyi bilinmesi gerekir. Türk pozitif hukukunda Borçlar Kanunu’nun 44/1. maddesinin (hiç bir kimse kendi kusurundan yararlanamaz) ilkesine dayandığı kabul edilmektedir. Bu ilke hak ve adalet düşüncesine de (M.K. md. 2) uygun düşmektedir. Zarar gören kendi davranışıyla zarara neden olmuş ise bu zarar başkasına yüklenmemeli, payı ayrılmak suretiyle zarar verenin sorumlu olacağı miktar tespit edilmelidir (Haluk Tandoğan, Türk Mesuliyet Hukuku sh. 319; Oser Schönerberger, Borçlar Hukuku, Adalet Bakanlığı yayını, Recai Seçkin çevirisi sh. 409).

Maddenin bu amacı göz önüne alındığında; gerçek amacın ortak kusur halinde zararın bu kusura isa-

5. Hastanın Hekimden Talep Edebileceği Tazminat Türleri

Hastanın estetik müdahalelerden doğan tazminat talebine ilişkin değerlendirmeler için eser sözleşmesinde ayıptan sorumluluk hükümlerinin yer aldığı TBK'nın 475. maddesi ve ayrıca genel hüküm olan TBK'nın haksız fiilden doğan tazminata ilişkin hükümlerine (m.49 vd.) başvurmak gereklidir.⁴³ Bu noktada konumuz açısından ölüm ve bedensel zararlara ilişkin hükümler (m.53,54) önem arz etmektedir.

bet payının indirilmesi olduğu; zarardan tamamen vazgeçilmesinin ise, istisnai bir durum olduğu kabul edilmelidir (Oser Schönenberger, sh. 411). İşte maddenin belirlenen bu amacı altında bir değerlendirme yapılırken, zarar verenin ve zarar görenin olay içindeki ortak kusurlu davranışlarının nedeni, çeşidi (kast-ihmal) ve zararlı sonuç ile birbirlerinin kusurlarına etki dereceleri göz önünde bulundurulmalıdır. Bu şekilde yapılacak bir değerlendirme sonucu olayda ortak kusurun etki ağırlığı o derece olmalıdır ki, zarar verenin hukuka aykırı davranışını (illiyet bağı) tamamen kesmemekle beraber, ikinci plana itsin; istisnai amaç (tazminat hükmünden tamamen sarfınazar edilmesi) hak ve adalete uygun hale gelsin.

Genellikle haksız fiilin kasten işlenmesi hallerinde; zarara etki ve ağırlığı ne olursa olsun ortak kusur, tazminattan tamamen sarfınazar edilmesini gerektirmemektedir. Zira, zarar verenin kasti bir davranışının sonucu, meydana gelen zarardaki payını ikinci plana atabilecek, bir ortak kusurlu davranış olarak kabulü hak ve adalete uygularına uygun düşmeyecektir.

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 44. maddesi kapsamında yer alan indirim veya ret sebepleri şu şekilde sıralanabilir;

a) Zarar görenin zarara razı olması; burada sözü edilen rıza ile hukuka uygunluk sebebi olan MK. md. 24/f. H'deki rızayı biri biriyle karıştırmamak gerekir. BK. md. 44'de öngörülen rıza, hukuka uygunluk sebebinin koşullarını taşımayan rızadır.

b) Zarar görenin kusuru (ortak kusur); BK. md. 44'e göre zarar görenin fiili zararın ihdasına veya zararın tezayüdüne yardım ettiği, zararı yapan şahsın hal ve mevkiini ağırlaştırdığı taktirde bu durum tazminattan indirim ya da tazminat isteminin reddi sebebi olabilecektir. Haksız fiil failinin zararın doğumuna ya da artmasına yol açan fiili kusurlu olduğu için sorumluluğa yol açmaktadır. Ancak, bu durum zarar görenin davranışlarından kaynaklanmışsa, ortak kusurdan söz edilir.

Zarar görenin kusurlu davranışları derecesi açısından iki tür etki gösterebilir: zarar görenin kusuru ağır ise, bu durum illiyet bağı kesen bir sebeptir. Bu durumda, haksız fiilin illiyet unsuru gerçekleşmediği için sorumluluk söz konusu olmayacaktır. Sorumluluğun koşulları gerçekleşmediğinde, tazminat gündeme gelmeyeceği için bundan indirim de söz konusu olmayacaktır. Zarar görenin kusurlu davranışları ağır nitelikte değilse, haksız fiil faili doğan zarardan sorumlu olacaktır. Ancak, bu durumda zarar görenin kusurlu davranışları hükmedilecek tazminat miktarının indirilmesine ya da tazminat isteminin tamamen reddine yol açacaktır. O halde, ortak kusur, haksız fiilde, zarar gören kişinin zararın doğumuna ya da artmasına neden olan kusurlu davranışlarını ifade eder. Zarar görenin ortak kusur teşkil eden davranışları, zararın doğumuna ya da artmasına ilişkin olabileceği gibi sorumlunun durumunu ağırlaştırıcı ortak kusur da olabilir.”

⁴³ Hamza Aksu, Özel Hastane Hekiminin Tazminat Sorumluluğu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Özyeğin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019, sf.116.

5.1 Hastanın Ayıptan Sorumluluk Hükümlerine Göre Talep Edebileceği Seçimlik Hakları

TBK'nın 475. Maddesi hükümleri gereğince eser sözleşmesi kapsamında ayıplı eser durumunda talep edebileceği seçimlik hakları mevcuttur. Bu haklar; *sözleşmeden dönme (eseri kabulden kaçınma), eseri alıkoymuş ayıp oranında bedelden indirim isteme, aşırı bir masraf gerektirmedikçe masrafları yükleniciye ait olmak üzere eserin bedelsiz onarımını istemehaklarıdır.*⁴⁴ Bu haklara ilave olarak işsahibi genel hükümlere göre tazminat da talep etme hakkına sahiptir. Ayrıca ayıptan sorumlulukta, taşınmaz dışındaki eserlerdeki ayıplarda zamanaşımı süresi 2 yıl; yüklenicinin ağır kusurundan kaynaklanan ayıplarda 20 yıldır.⁴⁵

Estetik müdahalelerde ayıp sonucunda eserin niteliği gereği uygulamada hasta bu seçimlik haklarından eserin bedelsiz onarım ve tazminat haklarını kullanabilmektedir. Zira her ne kadar TBK'nın 475. maddesinin 3. fıkrasında "*Eser, işsahibinin taşınmazı üzerinde yapılmış olup, sökülüp kaldırılması aşırı zarar doğuracaksa işsahibi, sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz.*" şeklinde bir düzenleme yer almakta olup böyle durumlarda sözleşmeden dönme hakkının kullanılamayacağı belirtilmiş olsa da estetik müdahalelerin konusu insan vücudu olduğundan ve insan bedeninde yapılan bir eserin sökülüp alınmasının işin niteliği gereği imkansız olması ve hastaya zarar vereceğinin açık olması sebebiyle bu hükmün, konusu insan bedeni olan estetik müdahaleler açısından da uygulanabileceği kanaatindeyiz. Doktrinde bu durumda iş sahibinin *yalnızca bedelde indirim ve onarım haklarını kullanabileceği* savunulmaktadır.⁴⁶ Fakat, bedelde indirim hakkı da estetik müdahalelere uygun bir hak değildir zira *doktrinde bedelden indirim hakkının talep edilebilmesinin, yalnızca eser ayıplı olmasaydı taşıyacağı değerin daha yüksek olması halinde uygulanabilecek bir hak olduğu* belirtilmiştir.⁴⁷ Bu kıyaslamaya göre eserin bedelinde indirim yapılabilecektir. Ancak, insan vücudu

⁴⁴ Aydoğdu, Kahveci, a.g.k., sf.775.

⁴⁵ Zevkililer, Gökyayla, a.g.k., sf.534.

⁴⁶ Aydoğdu, Kahveci, a.g.k., sf.776.

⁴⁷ Aydoğdu, Kahveci, a.g.k., sf.776.

açısından böyle bir değerlendirme yapabilmek mümkün değildir. Bu durumda uygulamada da sıklıkla görüldüğü üzere estetik müdahaleler açısından yalnızca onarım ve tazminat hakları hasta tarafından kullanılabilir. İlgili bölümde de tartışıldığı üzere eserde onarım estetik ameliyatlar açısından revizyon ameliyatları ile mümkün olmaktadır. Ancak bu ameliyatlar çoğunlukla bedelsiz olmamaktadır, zira hükümde de “*Aşırı bir masrafı gerektirmediği halde*” ibaresi yer almaktadır. Revizyon ameliyatları da somut olaya göre çoğunlukla ilk ameliyat gibi ikinci bir bağımsız ameliyat niteliğindedir, çoğunlukla eser sözleşmesine konu ilk ameliyattan daha basit ameliyatlar olmayıp ayrı bir eser sözleşmesine konu edilmektedirler. Hatta uygulamada bu revizyon ameliyatlarının ilk ameliyatı gerçekleştiren hekimden başka bir hekim tarafından da gerçekleştirildiği görülmektedir.

5.2. Hastanın Genel Hükümlere Göre Talep Edebileceği Tazminat Kalemleri

Hastanın genel hükümlere göre talep edebileceği tazminat talepleri maddi ve manevi tazminatlardır. Maddi tazminat kalemleri ise TBK'nın 54. Maddesinde yer alan bedensel zararlar halinde talep edilebilecek tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalması veya yitirilmesinden doğan kayıplar ve ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplardır. Estetik müdahaleler sonucunda hastanın ölümü halinde ise TBK'nın 53. maddesi hükmünde belirtilen cenaze giderleri, destekten yoksun kalma ve ölümden önceki tedavi masrafları ile çalışma gücünün kaybı şeklindeki maddi tazminat kalemleri talep edilebilecektir. Manevi zarar ise doktrinde *kişinin iradesi dışında kişilik değerinde gerçekleşen eksiklik* ve yaygın olarak *kişinin duyduğu acı, elem, üzüntü* olarak tanımlanmaktadır.⁴⁸ Manevi tazminat talepleri de TBK'nın 56. maddesine göre talep edilebilmektedir.

⁴⁸ Gülce Candemir, Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahale ve Hekimin Hukuki Sorumlulukları, III. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı, Ed: Hakan Hakeri, Cahid Doğan, C:1, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, sf.114.

5.2.1. Maddi Tazminat

Tıbbi kötü uygulama sonucunda hastanın hekimden talep edebileceği maddi tazminat türleri TBK'nın ölüm ve bedensel zararlara ilişkin hükümlerinde düzenlenmiştir. Ölüm halinde TBK'nın 53. Maddesine göre talep edilebilecek tazminat türleri şu şekildedir:

“1. Cenaze giderleri.

2. Ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar.

3. Ölen desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar.”

Bedensel zarar halinde ise TBK'nın 54. Maddesine göre talep edilebilecek tazminat türleri şunlardır:

“1. Tedavi giderleri.

2. Kazanç kaybı.

3. Çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar.

4. Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar.”

Hastanın talep edebileceği tazminat türlerinden cenaze giderleri ve tedavi giderleri yeterince açık olup hastanın veya yakınlarının ilgili belgeleri (fatura vb.) mahkemeye sunarak talep edebilecekleri tazminat kalemleridir. Konumuz açısından özellik arz eden hususlar kazanç kaybı, destekten yoksun kalma tazminatı, çalışma gücünün azalmasından kaynaklanan kayıplar ve ekonomik geleceğin sarsılmasına ilişkin kayıplardır.

Ayrıca hukukumuzda bedensel zararlara özgü olmak üzere TBK'nın 75. Maddesinde hakime kararın kesinleşmesinden itibaren 2 yıl içerisinde tazminatı değiştirme yetkisi verilmiştir:

“Bedensel zararın kapsamı, karar verme sırasında tam olarak belirlenemiyorsa hâkim, kararın kesinleşmesinden başlayarak iki yıl içinde, tazminat hükmünü değiştirme yetkisini saklı tutabilir.”

Bu düzenleme yalnızca bedensel zararlara ilişkin özel bir düzenlemedir ancak uygulamada pek karşılaşılan bir hüküm değildir.

5.2.2. Destekten Yoksun Kalma Tazminatı

Destekten yoksun kalma tazminatı, yalnızca ölüm halinde, ölenin yakınlarınca talep edilebilen bir tazminat türüdür. Tıbbi müdahale sonucunda ölen kişinin yakınları ölenin mali yardım ve bakımından yoksun kaldıkları için uğradıkları bu zararı talep etmektedirler.⁴⁹ Destekten yoksun kalma tazminatı açısından önemli olan, ölenin maddi desteği ve bakımından yoksun kalmış olmaktır. Kanun hükmü destekten yoksun kalma tazminatı isteyebilecek kişileri sınırlamamış, yalnızca ölenin yakınları ibaresini kullanmıştır. Bu durumda ölenin bakma yükümlülüğü altında olan herkes, komşusu, birlikte yaşadığı sevgilisi, ev arkadaşı da destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilecektir. Kanun, destekten yoksun kalma tazminatı açısından herhangi bir akrabalık bağı aramamıştır. Destekten yoksun kalma tazminatı, ölenin yakınları için *asli ve bağımsız* bir tazminat kalemidir, ölenin yakınları, destekten yoksun kalma tazminatını *ölenin mirasçıları olarak değil doğrudan kendi uğradıkları zarar için talep etmektedirler.*⁵⁰

5.2.3. Kazanç Kaybı

Kazanç kaybı doktrinde *haksız fiil olmasaydı kişinin elde etmesi muhtemel kazançlarını ifade eder* şeklinde tanımlanmaktadır.⁵¹ Çalışma gücünün azalması ve ekonomik geleceğin sarsılması tazminatları ile benzer olarak değerlendirilse de aralarında temel farklılıklar vardır. Ancak her üç tazminat kalemi de bilirkişi marifetiyle belirlenebilecek tazminat türleridir.

⁴⁹ Filiz Yavuz İpekyüz, Hekimin Tazminat Sorumluluğu, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:20, S: 33, 2015, sf.40.

⁵⁰ İpekyüz, a.g.k., sf. 50.

⁵¹ Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Turhan Yayınevi, Ankara 2017, sf.529.

5.2.4. Çalışma Gücünün Azalması veya Kaybı

Çalışma gücünün kaybı, kişinin uğradığı bedensel zarar sonucunda çalışmadığı süre için veya uğradığı bedensel zarar sebebiyle sakat kalması nedeniyle çalışma gücünün azalması veya tamamen kaybı nedeniyle uğradığı zararların tazminidir. Bu durumda kişinin çalışma gücünün azalma oranı veya kaybının tespiti bilirkişilerce yapılmaktadır.

5.2.5. Ekonomik Geleceğın Sarsılması

Ekonomik geleceğın sarsılması durumunda, zarar gören kişi çalışma gücünü tam olarak kaybetmemekte ancak kendi mesleğini devam ettiremeyecek durumda bulunmaktadır. Örneğın, haksız fiil sonucunda uğradığı bedensel zarar nedeniyle bacağı kesilen futbolcunun durumunda olduğu gibi. Futbolcu bacağını kaybettiğı için futbol kariyerine devam edememekte, ancak başka işlerde çalışabilmektedir. Bu durumda kişinin ekonomik geleceğının sarsıldığı kabul edilmektedir.

5.3. Manevi Tazminat

Bedensel zarar ve ölüm halinde manevi tazminat ise T.B.K'nın 56. Maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir:

“Hâkim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir.

Ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir.”

Hükümde de açıkça belirtildiğı üzere manevi tazminat, bedensel bütünlüğün ihlali halinde kişinin duyduğu manevi zararı karşılamak için hükmedilen bir tazminat türüdür. Yalnızca ağır bedensel zarar, örneğın sakat kalmak, yatağın bağı yaşamak gibi hallerde ve ölüm halinde zarar

görenin yakınlarının da manevi zararlarının karşılanabileceği hususu hükümde yer almaktadır. Yine destekten yoksun kalmada olduğu gibi manevi tazminatta da ağır bedensel zarar ve ölüm halinde zarar görenin veya ölenin yakınları asli ve bağımsız zarar görenlerdir. Yani 56/2 hükmüne göre ölenin veya zarar görenin yakınlarının manevi zararları karşılanmaktadır.

Sonuç

Estetik tıbbi müdahaleler hukuki açıdan özel bir alan olarak değerlendirilmekte ve diğer tıbbi müdahalelerden ayrı bir şekilde ele alınmaktadır. Psikolojik endikasyona dayanması ve sonuç unsurları yargı ve doktrini estetik tıbbi müdahaleler hususunda eser sözleşmesi görüşüne yönlendirmektedir. Eser sözleşmesi kapsamında hekimin sorumluluğu daha da genişlemekte ve tababet sanatını icra etmedeki özgürlüğü kısıtlanmaktadır. Zira bu tür müdahaleler *eser sözleşmesi kapsamında kabul edildiğinde hekim*, tıbbi standartlara göre sorumlu olmadığı komplikasyonlardan da sorumlu tutulmaktadır. Eser sözleşmesi açısından önemli olan sonuçtur. Ancak hekimin sonuç garantisi vermesi işinin niteliği gereği mümkün olmamakta ve hem etik kurallar hem de hukuk kuralları kapsamında yasak olarak değerlendirilmektedir. Güzelleşme amaçlı estetik müdahalelerde güzelleşme kavramının süistimal edilmemesi, hekimin mesleğini icrada baskı altında hissetmemesi ve aynı şekilde hastanın da haklarını doğru bir şekilde kullanabilmesi adına hekim ve hasta arasındaki sözleşmenin niteliği ve hekimin sorumluluğunun somut olaya göre değerlendirilmesi gerekmektedir.

Estetik müdahalelerde hekim ile hasta arasındaki ilişkinin eser sözleşmesi olarak değerlendirilmesi ve vekalet sözleşmesi olarak değerlendirilmesi arasında sonuçlara yönelik farklılıklar bulunmaktadır. Vekalet sözleşmesinde hekim sonuçtan değil, yalnızca özen, sadakat ve hastanın menfaatlerine hareket etme borçlarından sorumlu iken eser sözleşmesi kapsamında hekim sonuçtan sorumludur. Bu durumda tıbbi standartlar kapsamında hekimin sorumluluğu kapsamında değerlendirilmeyen, hastanın bedeninin verdiği beklemeden reaksiyon olarak da değerlendiril-

dirilebilen komplikasyonlardan da hekim sorumlu tutulacaktır. Eser sözleşmesi durumunda, hastanın ayıplı eser karşısında kanunda belirtilen seçimlik hakları bulunmaktadır. Ancak, eserin konusu vücut bütünlüğü olduğu için bu seçimlik hakların uygulanması çoğunlukla eserin niteliğine uygun düşmediğinden, hasta bir ayıp durumunda yalnızca bedelsiz onarım ve tazminat haklarını kullanabilecektir. Ancak uygulamada onarım hakkının kullanılması da işin niteliğine pek uygun görülmemektedir.

Hekim tazminat sorumluluğu kapsamında genel hükümlere göre bedensel zarardan doğan maddi zararlar ve manevi zararlardan sorumlu olup, genel hükümlere göre mücbir sebep, üçüncü kişinin ağır kusuru ve zarar görenin ağır kusuru halleri somut olaya göre hekimin sorumluluğunu azaltmakta veya ortadan kaldırmaktadır.

KAYNAKÇA

1. Kitaplar

Aydoğdu Murat, Kahveci Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Sözleşmeler Hukuku, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.

Çankaya Fulya, Estetik Diş Hekimliği ve Estetik Plastik ve Rekonstrüktif Cerrahide Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.

Çınarlı Serkan, Ermumcu Fidan, Meral Orhan, Tıbbi Uygulamadan Doğan İdari Yargı (Tam Yargı) Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.

Demir Mehmet, Tıbbi Sorumluluk Hukuku, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara 2020.

Er Ünal, Sağlık Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2019.

Eren Fikret, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağlı Teorisi, Ankara: Sevinç Matbaası, Ankara 1975.

Gökcan Hasan Tahsin, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014.

Hakeri Hakan, Tıp Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020.^{52*}

Kılıçoğlu Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Turhan Yayınevi, Ankara 2017.

Özay Merter, Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara 2016.

^{52*} Bu yazıdaki tüm yargı kararları Hakan Hakeri'nin Tıp Hukuku kitabından alınmıştır.

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

Yenerer Çakmut Özlem, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Huku-
ku Açısından İncelenmesi, Legal Kitabevi, İstanbul 2003.

Yüzbaşıoğlu Cihan, İdare ve Personel Yönüyle Sağlık Hizmetle-
rinden Kaynaklanan Sorumluluk, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2019.

Zevkliler Aydın, Gökyayla Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İliş-
kileri, 17. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2017.

2. Makaleler

Gürelli Nevzat, “Hukuk Açısından Cerrahi Müdahalenin Sınırları”, İÜHFİM, 1970-1980/1-4, sf.267-275.

Özdemir Hayrünnisa, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, Erciyes
Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:11, S:1, 2016, sf. 33-81.

İpekyüz Yavuz Filiz, “Hekimin Tazminat Sorumluluğu”, Dicle
Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 20, Sayı: 33, 2015, sf.19-61.

Petek Hasan, “Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan
Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk
Fakültesi Dergisi Cilt: 8, Sayı: 1, 2006, s.177-239.

3. Bildiriler

Candemir Gülce, Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahale ve Hekimin Hu-
kuki Sorumlulukları, III. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri
Kitabı, Ed: Hakan Hakeri, Cahid Doğan, C:1, Adalet Yayınevi, Ankara
2019.

4. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezleri

Aksu Hamza, Özel Hastane Hekiminin Tazminat Sorumluluğu,
Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Özyeğin Üniversitesi Sosyal Bilim-
ler Enstitüsü, İstanbul 2019.