

**T.C.**  
**BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ**  
**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**  
**ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**  
**ÖZEL HUKUK TEZLİ YÜKSEK LİSANS PROGRAMI**

**HEKİMİN ESTETİK AMAÇLI TIBBİ MÜDAHALEDEN**  
**KAYNAKLANAN HUKUKİ SORUMLULUĞU**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**HAZIRLAYAN**  
**KAAN SAYIN**

**TEZ DANIŞMANI**  
**PROF. DR. KUDRET GÜVEN**

**ANKARA – 2019**

**BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ**  
**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı çerçevesinde Kaan Sayın tarafından hazırlanan bu çalışma, aşağıdaki jüri tarafından Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Tez Savunma Tarihi: 01/11/2019

**Tez Adı:** Hekimin Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu

**Jüri Üyeleri (Unvanı, Adı-Soyadı ve Kurumu):**

Jüri Üyesi : Prof. Dr. Kudret Güven (Tez Danışmanı)

Başkent Üniversitesi

Jüri Üyesi : Doç. Dr. Zeynep İpek Yücer Aktürk

Başkent Üniversitesi

Jüri Üyesi : Dr. Öğr. Üyesi Mustafa Şahin

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

**İmza**



**ONAY**

Prof. Dr. İpek KALEMCİ TÜZÜN

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

Tarih: ... / ... / .....

**BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ**  
**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**  
**YÜKSEK LİSANS TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU**

Tarih: 19/11/ 2019

Öğrencinin Adı, Soyadı : Kaan Sayın  
Öğrencinin Numarası : 21520209  
Anabilim Dalı : Sosyal Bilimler Enstitüsü  
Programı : Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı  
Danışmanın Unvanı/Adı, Soyadı : Prof. Dr. Kudret Güven  
Tez Başlığı : Hekimin Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahaleden  
Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu

Yukarıda başlığı belirtilen Yüksek Lisans tez çalışmamın; Giriş, Ana Bölümler ve Sonuç Bölümünden oluşan, toplam 108 sayfalık kısmına ilişkin, 05/09/2019 tarihinde tez danışmanım tarafından Turnitin adlı intihal tespit programından aşağıda belirtilen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan orijinallik raporuna göre, tezimin benzerlik oranı %15'dir. Uygulanan filtrelemeler:

1. Kaynakça hariç
2. Alıntılar hariç
3. Beş (5) kelimedenden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç

“Başkent Üniversitesi Enstitüleri Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Usul ve Esaslarını” inceledim ve bu uygulama esaslarında belirtilen azami benzerlik oranlarına tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Öğrenci İmzası:



**ONAY**

19.11.2019

Prof. Dr. Kudret Güven



## TEŞEKKÜR

Bilginin ve erdemnin gücüne olan inancımınla başladığım yüksek lisans eğitimimin sonuna gelmiş bulunmaktayım. Tüm bu süreç içerisinde çevremde bulunan herkesin bilgi, görüş ve tavsiyelerinden yararlanmaya çalıştım. Ancak bazı kişiler var ki, özellikle teşekkür etmeyi kendime bir borç bilirim. Bu vesileyle:

Engin bilgi ve birikimleri ile tez hazırlama sürecimdeki değerli katkılarından dolayı Prof. Dr. Kudret Güven'e, Doç. Dr. Zeynep İpek Yücer Aktürk'e ve Dr. Öğr. Üyesi Mustafa Şahin'e;

İyi bir avukat olmak için kanun ve mevzuata vakıf olmanın; iyi bir hukukçu olmak içinse kanun ve mevzuatı derinlemesine yorumlayabilmenin önemini kavramamı sağlayan Av. Prof. Dr. Metin Feyzioğlu'na, Av. Sabri Erdal Güngör'e ve Av. Cengiz Yaşar'a;

Hayattaki en büyük şansım olan, beni bugünlere taşıyan ve her türlü desteğiyle sürekli yanımda bulunan değerli aileme sonsuz teşekkürlerimi sunarım.

## ÖZET

Bu çalışmada, hekimin estetik amaçlı tıbbi müdahaleden kaynaklanan hukuki sorumluluğu ele alınmıştır. Hekimin hukuki sorumluluğu, sağlık hukuku alanında önemli bir yer edinmektedir. Estetik amaçlı tıbbi müdahale ise, diğer tıbbi müdahalelere nazaran özellik arz eden ve farklılık gösteren bir işlem türüdür. Tıp bilimi ve sağlık hukukunda önemli birer yeri olan bu kavramlardan ise çalışmamız meydana gelmiştir.

Çalışmamızda ilk olarak, konuyla ilgili temel kavramlar incelenerek, hasta ile hekim arasındaki ilişkinin hukuki niteliğinden bahsedilmiştir. Ardından, hekimin estetik amaçlı tıbbi müdahaleden kaynaklanan hukuki sorumluluğunun kapsamı ve özellikleri ele alınmıştır. Son olarak ise, hekimin hukuki sorumluluğunun sonuçları incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Hekim, Hasta, Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahale, Malpraktis, Eser Sözleşmesi.

## **ABSTRACT**

In this study, the legal responsibility of the physician arising from the medical intervention for aesthetic purposes was discussed. The legal responsibility of the physician has an important place in the field of health law. Aesthetic medical intervention is a type of procedure that differs from other medical interventions and has specialty. Our study has emerged from these concepts which have an important place in medical science and health law.

In our study, firstly, the basic concepts related to the subject are examined and the legal quality of the relationship between the patient and the physician is mentioned. Then, the scope and characteristics of the legal responsibility of the physician resulting from aesthetic medical intervention were discussed. Finally, the results of the legal responsibility of the physician were examined.

Keywords: Physician, Patient, Aesthetic Medical Intervention, Malpractice, Contract of Work.

## ÖNSÖZ

İnsan yaşamına doğrudan müdahale eden tıp uygulayıcıları, üstlendikleri sorumluluk gereği kendi içlerinde etik kurallar geliştirmiş, zaman içinde bu kuralların bir kısmı hukuki metinlere dönüşmüştür.

Tıbbi müdahale ile karşı karşıya kalan, bedensel bütünlüğünü ve yaşamını hekime emanet eden kişilerin haklarına ve sağlık uygulayıcılarının sorumluluklarına ilişkin sorulara cevap arayan tıp hukuku, insan haklarını temel alan evrensel hukuk ile birlikte gelişmektedir.

Tıbbi müdahalelerde, temel insan haklarından olan “sağlık hakkı” ihlallerinden kaçınmanın yolu, mesleki yeterliliğe sahip olmak ve etik kurallar ile yasalara bağlı kalmaktır. Aksi durum özel hukuk ve ceza hukuku bakımından sonuçlar doğurur.

Değerli genç meslektaşım Av. Kaan Sayın’ı tıp hukuku alanında önemli bir yeri olan hekimin hukuki sorumluluğunu “hekimin estetik amaçlı tıbbi müdahalesi” ekseninde ele alan yüksek lisans tezi için kutluyorum. Kendisinin bundan sonraki çalışmalarıyla da tıp hukukumuzun gelişmesine katkı sunacağına içtenlikle inanıyorum.

Saygılarımla.

Av. Prof. Dr. Metin Feyzioğlu

## İÇİNDEKİLER

TEŞEKKÜR.....	i
ÖZET .....	ii
ABSTRACT .....	iii
ÖNSÖZ .....	iv
İÇİNDEKİLER.....	v
KISALTMALAR.....	ix
GİRİŞ.....	1

### BİRİNCİ BÖLÜM

#### ESTETİK AMAÇLI TIBBİ MÜDAHALEYE DAİR TEMEL KAVRAMLAR VE ESTETİK AMAÇLI HASTA HEKİM İLİŞKİSİNİN HUKUKİ KAYNAKLARI

§ 1. ESTETİK AMAÇLI TIBBİ MÜDAHALEYE DAİR TEMEL KAVRAMLAR....	3
I. HEKİM.....	3
II. HASTA VE HASTALIK.....	4
III. TIBBİ MÜDAHALE .....	5
IV. ENDİKASYON.....	7
V. KOMPLİKASYON .....	10
VI. TIBBİ HATA (MALPRAKTİS) .....	11
§ 2. ESTETİK AMAÇLI TIBBİ MÜDAHALENİN TÜRLERİ .....	14
I. GENEL OLARAK .....	14
II. AMACINA GÖRE ESTETİK MÜDAHALE .....	15
A. Tedavi Amaçlı Estetik Müdahale .....	15
B. Güzelleştirme Amaçlı Estetik Müdahale .....	15
III. NİTELİĞİNE GÖRE ESTETİK MÜDAHALE.....	16
A. Basit (Cerrahi Olmayan) Müdahale.....	16
B. Cerrahi Müdahale.....	16
§ 3. ESTETİK AMAÇLI TIBBİ MÜDAHALELERDE HEKİM İLE HASTA ARASINDAKİ İLİŞKİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	19
I. GENEL OLARAK .....	19
II. VEKÂLET SÖZLEŞMESİ GÖRÜŞÜ .....	19



III. ESER (İSTİSNA) SÖZLEŞMESİ GÖRÜŞÜ .....	22
IV. HİZMET SÖZLEŞMESİ GÖRÜŞÜ .....	26
V. KENDİNE ÖZGÜ YAPISI OLAN (SUI GENERİS)SÖZLEŞME GÖRÜŞÜ .....	27

## İKİNCİ BÖLÜM

### HEKİMİN ESTETİK MÜDAHALELERDEN KAYNAKLANAN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN KAPSAMI VE ÖZELLİKLERİ

<b>§ 4. HEKİMİN SÖZLEŞMEDEN KAYNAKLANAN HUKUKİ SORUMLULUĞU</b>	<b>30</b>
I. GENEL OLARAK .....	30
II. BİR ESER MEYDANA GETİRME BORCU .....	31
III. TEŞHİS (TANI) KOYMA VE EN UYGUN TEDAVİYİ SEÇİP UYGULAMA BORCU .....	33
A. Genel Olarak.....	33
B.Hastalık Öyküsü Alma Borcu .....	34
C. Muayene Etme Borcu .....	35
D. Teşhis Borcu .....	37
E. Tedavi Borcu.....	38
IV. TIBBİ MÜDAHALEYİ BİZZAT GERÇEKLEŞTİRME BORCU.....	40
V. HASTANIN AYDINLATILMASI VE RIZASININ ALINMASI BORCU.....	42
A. Hastanın Aydınlatılması Borcu.....	42
a. Genel Olarak .....	42
b. Aydınlatma Türleri .....	43
c. Aydınlatmanın Kapsamı .....	45
B. Hastanın Rızasının Alınması Borcu.....	48
a. Genel Olarak .....	48
b. Rızanın Şekli ve Zamanı .....	49
c. Rızada Ehliyet.....	51
VI. SADAKAT VE ÖZEN GÖSTERME BORCU .....	53
VII. ARAÇ VE MALZEME SAĞLAMA BORCU .....	56
VIII. TEDAVİYE ZAMANINDA BAŞLAMA VE BİTİRME BORCU .....	57
IX. ESERİ TESLİM ETME BORCU.....	59
X. AYIBI ÜSTLENME BORCU .....	59

XI. KAYDA GEÇİRME (ARŞİVLEME) BORCU .....	62
XII. SIR SAKLAMA BORCU .....	63
<b>§ 5. HEKİMİN SÖZLEŞME DIŞI HUKUKİ SORUMLULUĞU.....</b>	<b>66</b>
I. VEKÂLETSİZ İŞ GÖRMEDEN KAYNAKLANAN HUKUKİ SORUMLULUK .....	66
A. Genel Olarak.....	66
B. Vekâletsiz İş Görmenin Türleri .....	67
C. Vekâletsiz İş Görmeye Hekimin Sorumluluğunun Kapsamı.....	67
II. HAKSIZ FİİLDEN KAYNAKLANAN HUKUKİ SORUMLULUK .....	69
<b>§ 6. HEKİMİN ZORUNLU MESLEKİ SORUMLULUK SİGORTASI</b>	
<b>KAPSAMINDA HUKUKİ SORUMLULUĞU .....</b>	<b>72</b>
I. GENEL OLARAK .....	72
II. MESLEKİ SORUMLULUK SİGORTASININ KAPSAMI .....	73
A. Sigortanın Kişi Yönünden Kapsamı .....	73
B. Sigortanın Konu Yönünden Kapsamı .....	74
C. Sigortanın Zaman Yönünden Kapsamı .....	74
D. Sigortanın Miktar yönünden Kapsamı.....	75
III. SİGORTACININ HEKİME RÜCU HAKKI .....	75

### ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

#### HEKİMİN ESTETİK AMAÇLI TIBBİ MÜDAHALELERDEN KAYNAKLI HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN SONUÇLARI

<b>§ 7. HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN DOĞMASI.....</b>	<b>77</b>
I. SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI .....	77
A. Borca Aykırı Fiil.....	78
B. Kusur.....	79
a. Genel Olarak Kusur .....	79
b. Kusurun Objektif Ve Sübjektif Yönü.....	80
c. Kusurun Türleri .....	80
C. Zarar .....	81
D. Nedensellik Bağı.....	83
a. Genel Olarak .....	83
b. Nedensellik Bağının Kesilmesi .....	83

II. SORUMLULUĞUN İSPATI .....	84
A. Genel Olarak .....	84
B. Sözleşmeden Kaynaklanan Sorumlulukta İspat .....	85
C. Haksız Fiilden Kaynaklanan Sorumlulukta İspat .....	86
D. Vekâletsiz İş Görmeden Kaynaklanan Sorumlulukta İspat .....	87
E. Mesleki Sorumluluk Sigortası Kapsamında İspat .....	87
III. SORUMLULUK NEDENLERİNİN YARIŞMASI .....	87
IV. SORUMSUZLUK ANLAŞMASI .....	88
<b>§ 8. HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN KAPSAMI .....</b>	<b>90</b>
I. ZARARIN GİDERİLMESİ .....	90
A. Maddi Tazminat .....	90
B. Manevi Tazminat .....	92
II. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME .....	93
A. Tazminat Davalarında Görevli Mahkeme .....	93
B. Tazminat Davalarında Yetkili Mahkeme .....	95
III. ARABULUCULUK .....	96
IV. ZAMANAŞIMI .....	97
A. Genel Zamanaşımı Süresi .....	98
B. Sözleşmeden Kaynaklanan Sorumlulukta Zamanaşımı Süresi .....	98
C. Haksız Fiilden Kaynaklanan Sorumlulukta Zamanaşımı Süresi .....	99
D. Vekâletsiz İş Görmeden Kaynaklanan Sorumlulukta Zamanaşımı Süresi .....	99
E. Mesleki Sorumluluk Sigortası Kapsamında Zamanaşımı Süresi .....	100
V. TAZMİNAT TALEBİNİ ORTADAN KALDIRAN HALLER .....	100
A. İbra .....	100
B. Feragat .....	101
<b>SONUÇ .....</b>	<b>102</b>
<b>KAYNAKÇA .....</b>	<b>104</b>

## KISALTMALAR

Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DÜHFD	: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E	: Esas
eBK	: Eski Borçlar Kanunu
E.T.	: Erişim Tarihi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUAK	: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu
K	: Karar
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
m	: Madde
s	: Sayfa
S	: Sayı
T	: Tarih
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TDN	: Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi
TKHK	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	: Türk Medeni Kanunu
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
TŞSTİDK	: Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun
TTBK	: Türk Tabipleri Birliği Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vb	: Ve Benzeri
vd	: Ve Devamı
Y	: Yıl
YHD	: Yargıtay Hukuk Dairesi

## GİRİŞ

Estetik amaçlı tıbbi müdahaleye başvuranların sayısı dünyanın her yerinde olduğu gibi ülkemizde de gün geçtikçe artmaktadır. Bu artışın başlıca sebebi, teknolojinin gelişmesiyle beraber tıbbi müdahalelerin en az riskle ve vücudun birçok bölgesine uygulanabilmesidir. Estetik amaçlı tıbbi müdahalelerin maliyeti de bunun sonucu olarak aynı oranda azalmıştır. Bu sebeple her insan ekonomik durumuna ve maddi gücüne uygun olan estetik amaçlı tıbbi müdahaleleri yaptırabilmektedir. Ayrıca, internet ve televizyon gibi araçlar vasıtasıyla küreselleşen dünyada, güzellik algısının değişmesine bağlı olarak, kendisini daha güzel hissetme arzusundaki insanların artması da bir başka sebeptir.

Estetik amaçlı tıbbi müdahaleye olan taleplerin bu derece yoğunlaşmasına paralel olarak, bu alanda çıkan hukuki uyumsuzluklar da bir o kadar artmaktadır. Ancak bu alandaki muhtemel sorunların çözümü için mevzuatımızda yeterli düzenleme bulunmadığı gibi, doktrinsel ve akademik çalışmalar da bir hayli eksik kalmaktadır. Bu sebeple sağlık hukuku alanına, karınca kararınca bir katkıda bulunmak amacıyla hazırlanan çalışmamızda, tıp biliminin bir alt dalı olan estetik amaçlı tıbbi müdahalelerden yola çıkılarak, hekimin estetik amaçlı tıbbi müdahaleden kaynaklanan hukuki sorumluluğu ele alınmıştır.

Çalışmamızın ilk bölümünün birinci başlığında, tıp biliminin süjesini oluşturan “hekim” ve “hasta” kavramları, ardından da hekim tarafından gerçekleştirilen “tıbbi müdahale” kavramları; ardından da tıbbi müdahaleyle bağlantı içerisinde olan “endikasyon”, “komplikasyon” ve “tıbbi hata (malpraktis)” kavramları açıklanmıştır. İlk bölümün ilk başlığını takiben “estetik amaçlı tıbbi müdahale” kavramı ve türleri açıklandıktan sonra, son olarak hekim ve hasta arasındaki hukuki ilişkinin niteliği hakkındaki görüşlerden ayrıntılı olarak bahsedilmiştir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde, hekimin estetik amaçlı tıbbi müdahaleden kaynaklanan hukuki sorumluluğunun kapsamı ve özellikleri ele alınmıştır. Hekimin hukuki sorumluluğu; sözleşme ilişkisi, vekâletsiz iş görme ve haksız fiil hükümlerine göre üç ayrı başlık altında incelenmiştir. Bu üç durumun her birinde hekimin hangi borçlar altında

olduğu ve hukuki sorumluluğunun oluşmaması için neleri yapıp nelerden kaçınması gerektiği hakkında ayrıntılı olarak bilgi verilmiştir.

Çalışmamızın üüncü bölümünün ilk başlığında hekimin hukuki sorumluluğunun doğması için gereken şartlardan bahsedilmiştir. Üçüncü bölümün ikinci başlığında ise sorumluluğun hukuki sonucu olan tazminat davaları, tazminat davalarında görevli ve yetkili mahkeme ile tazminat davalarında zamanaşımı ele alınmış; en son olarak da hastanın meydana gelen zararı kabul etmesi halinde hekimin hukuki sorumluluğu incelenerek çalışmamız bitirilmiştir.

## BİRİNCİ BÖLÜM

### ESTETİK AMAÇLI TIBBİ MÜDAHALEYE DAİR TEMEL KAVRAMLAR VE ESTETİK AMAÇLI HASTA HEKİM İLİŞKİSİNİN HUKUKİ KAYNAKLARI

#### § 1. ESTETİK AMAÇLI TIBBİ MÜDAHALEYE DAİR TEMEL KAVRAMLAR

##### I. HEKİM

Doktor ve tabip kavramları ile eş anlam taşıyan hekim genel anlamda, hastalığı teşhis ederek iyileştirmek için gerekli tıbbi müdahalelerde bulunarak tıp mesleğini uygulamaya hukuk düzeni tarafından yetkili kılınmış kişidir<sup>1</sup>.

Hekim kavramı öğretilerde, tıp fakültesi mezunu olan, insan sağlığı ile ilgilenen ve hastalıkları tespit ederek iyileştirmeyi amaçlayan pratisyen veya uzman olarak çalışan kişidir<sup>2</sup>. Bu tanımlamayı, hekimin sadece insan sağlığı ile değil; hayvan sağlığı ile de ilgilenmesi yönünden eksik bulmaktayız. Bu sebeple hekim kavramını, insan ve hayvanlarda bulunan bedensel yahut ruhsal yöndeki sorunu teşhis ederek iyileştirmek için gerekli müdahalelerde bulunan kişi olarak tanımlamayı daha doğru bulmaktayız.

İlgili pozitif hukuk kaynaklarını temel alarak ise hekim kavramını; tıp fakültesinden diploma sahibi olan<sup>3</sup>, tabip odasına kayıtlı<sup>4</sup>, mesleğini geçici<sup>5</sup> yahut sürekli<sup>6</sup> olarak yürütmeye engel hali olmayan kişiler arasında hekimlik yetkisine sahip kişi olarak tanımlamak mümkündür. İlgili tanım aynı zamanda hekimliğe başlama ve hekimlik görevini sürdürme şartlarını da içinde barındırmaktadır.

---

<sup>1</sup> Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2018, s. 45; Gökcan, H. Tahsin, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Ankara 2017, s. 88; Ayan, Mehmet, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991, s. 5; Özay, Mertter, Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2006, s. 17; Güneş, B. Kılıç, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, T.C. Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul 2014, s. 18.

<sup>2</sup> Aşçıoğlu, Çetin, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Ankara 1992, s. 1; Hakeri, s. 45.

<sup>3</sup> Bkz.: 11.04.1928 tarihli ve 1219 sayılı kanun (TŞSTİDK), m. 1.

<sup>4</sup> Bkz.: 23.01.1953 tarihli ve 8323 sayılı kanun (TTBK), m. 7.

<sup>5</sup> Hekimin mesleğini geçici olarak yürütmeye engel haller için bkz.: TTBK m. 39.

<sup>6</sup> Hekimin mesleğini sürekli olarak yürütmeye engel haller için bkz.: TŞSTİDK m. 28.

Hekim olabilmek için günümüzde geçerli olmayan şartlardan biri de Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmak idi. Ancak 2011 yılında Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un ilgili maddelerinde değişiklik yapılarak hekimlerin Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olma zorunluluğundan vazgeçilmiştir. Böylece yabancı uyruklu kişilerin de hekimlik görevini ifa etmesinin önü açılmış ve kendilerine çalışma izni verilmiştir<sup>7</sup>.

## II. HASTA VE HASTALIK

Hasta ve hastalık kavramları anlamsal olarak etkileşim içerisinde bulunmakta ve bütünsellik sağlamaktadırlar. Bu sebeple aynı başlık altında ele alınmalarında fayda bulunmaktadır.

Hasta kavramı öğretilerde, tedavi edilmek için tıbbi müdahaleye rıza gösteren ve tedavinin pasif tarafı olan kimse şeklinde açıklanmıştır. Hasta Hakları Yönetmeliği m. 4/b uyarınca ise hasta, sağlık hizmetlerinden yararlanma ihtiyacı olan kimse olarak tanımlanmaktadır. Bir başka tanımlama da Dünya Sağlık Örgütü Anütüzüğü'nde yapılmıştır. İlgili tanıma göre hasta, iyilik ve sağlık halinde bulunmayan kişidir. Ve son olarak, henüz kanunlaşmamış olan Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk (Malpraktis) Kanun Tasarısı m. 3 uyarınca hasta, sağlık personelinin tıbbi hizmetine ihtiyacı olan kimse şeklinde tanımlanmıştır<sup>8</sup>.

Hasta kelimesinden türeyen hastalık kavramı ise kısaca, bedensel veya zihinsel olarak meydana gelen ve işlevsel bozukluk yaratan anormal durum demektir. Sözlük anlamında hastalık, organizmada meydana gelen birtakım değişiklikler sebebiyle sağlığın bozulması durumu, rahatsızlık olarak tanımlanmıştır<sup>9</sup>. Ve son olarak biyoloji terminolojisinde hastalık kavramı, temel işleyişinde ve organik işlevlerinde zarar oluşan canlı organizmanın anormal durumu olarak tanımlanmıştır<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> 11.10.2011 tarihli ve 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında KHK'nın 58. maddesinin 8. fıkrası uyarınca, TŞSTİDK'de değişikliğe gidilerek 1. maddeden "... ve Türk bulunmak şarttır." ibaresi çıkartılmış; 4. maddede ise "Türk hekimlerinin" ibaresi "hekimlerin" şeklinde değiştirilmiştir.

<sup>8</sup> Demir, Mehmet, Hekim ve Hastane Yönünden Tıbbi Sorumluluk Hukuku, Ankara 2018, s. 75; Hakeri, s. 45.

<sup>9</sup> [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5bfea8ec85ada6.31860845](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5bfea8ec85ada6.31860845) (E.T. 09.10.2018)

<sup>10</sup> Demir, s. 76, 77.



Bize göre hasta kavramını, bedensel yahut ruhsal yönden tıbbi bir sorunu olan ve tedavi edilmesi gereken canlı olarak tanımlayabiliriz. Hastalık kavramını ise, bedensel, zihinsel yahut ruhsal işleyişin gerekenden daha farklı ve kötü durumda olması sebebiyle, organizmanın o anda yahut ileri bir zamanda etkilenecek gerçekleştirecek anlık yahut sürekli olarak acı çekme ve rahatsızlık duyma durumu olarak tanımlamak mümkündür.

### III. TIBBİ MÜDAHALE

Tıbbi müdahale, sağlık hukukunun en önemli kavramlarından biridir. Tıbbi müdahalenin hukuki yönden neyi ifade ettiği hususunda birçok araştırma yazısı bulunmakta ve sağlık hukuku alanındaki pek çok kaynakta tıbbi müdahale kavramından bahsedilmektedir. Tıbbi müdahale, tıbbi eylem ve tedavi gibi kavramlarla da örtüşmesi ve etkileşim içerisinde olması yönünden ayrıca önem arz etmektedir. Bu sebeple tıbbi müdahale kavramını açıklamadan önce kısaca tıbbi eylem ve tedavi kavramlarını açıklamakta yarar vardır.

Tıbbi eylem, tıbbi müdahalede bulunmakla yetkili kişiler tarafından, ilgili hastalık ve rahatsızlığı tedavi etme, fiziksel kusurunu yahut acısını giderme amacıyla yapılan her türlü girişimdir<sup>11</sup>.

Tedavi kavramı ise, hastalıklardan korunmaya yönelik önlemleri, hastalığı belirleme amaçlı teşhisi ve hastalıktan sonraki gerekli bakımı da içeren bir terimdir. Tedavi, esas olarak hastalığın ortadan kaldırılması, iyileştirilmesi yahut hafifletilmesi şeklinde nitelendirilmektedir. Tedavi ayrıca, rahatsızlığı tamamen gidermek yahut azaltmak için yapılan tıbbi, cerrahi yahut psikolojik uygulama ve işlemler olarak da tanımlanmaktadır. Bu tanımlardaki geniş anlamıyla, tedavi etme amaçlı tahlil ve klinik muayene yapılması, hastanın gözetim altında tutulması, iğne veya aşı yapılması, cerrahi işlemlerin gerçekleştirilmesi ve ruhsal sorunların giderilmesi amaçlı işlemler de tıbbi müdahale olarak tanımlanmaktadır<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Gökcan, s.45; Güneş, s. 45; Yerdelen, Erdal, "Hukuki Açından Sünnet", Tıp Hukuku Dergisi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Tıp Hukuku Araştırmaları Birimi Yayını, S. 3, Y. 2013, s. 3.

<sup>12</sup> Hakeri, s. 45,46; Bayraktar, Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1972, s. 5, 231.

Tıbbi müdahale, Hasta Hakları Yönetmeliği m. 4/g uyarınca, tıp mesleğini uygulamaya yetkili kişilerce uygulanan, sağlığı koruma, hastalık ve rahatsızlığın belirlenmesi ve tedavisi için ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun şekilde tıp sınırları dâhilinde gerçekleştirilen fiziksel ve ruhsal girişim şeklinde tanımlanmıştır.

Tıbbi müdahale kavramı doktrinde birçok tanımlamaya sahiptir. Bunlardan başlıcaları şu şekildedir:

Gökcan'a göre, tıp mesleğini yapmaya yetkili kişi olan hekim yahut hekimin denetimi ve gözetimi altında ya da yetkileri kapsamında diğer sağlık mensupları tarafından, hasta ismi verilen süjeye rahatsızlığını gidererek hastalığını tedavi etme, hastalıktan koruma ya da acılarını azaltma ve giderme amacıyla gerçekleştirilen her türlü yardım ve faaliyettir. Bu tanımlamaya göre tıbbi müdahaleye dair faaliyetler basit teşhis, ilaçla tedavi, psikiyatrik tedavi, cerrahi işlemler, diş çekimi, protez yapımı, kısacası hastanın acısının azaltılması veya hastalığın tamamen önlenmesi için gerçekleştirilen tüm tıbbi işlemleri kapsamaktadır<sup>13</sup>.

Ayan'a göre, tıp mesleğini yapmaya yetkili kişi olan hekim tarafından, doğrudan doğruya yahut dolaylı tedavi amaçlı gerçekleştirilen her türlü faaliyet ve işlemlerdir<sup>14</sup>.

Çilingiroğlu'na göre, tıp mesleğini yapmaya resmi olarak hak sahibi olan kişilerce, kişinin yaşamını, sağlığını, bedensel bütünlüğünü tehdit eden fiziksel yahut ruhsal anormalliğin teşhisi, tedavi edilmesi, önlenmesi yahut nüfus planlaması amaçları için, tıp biliminin kabul edilen kuralları ve teknik gereklere uygun şekilde gerçekleştirilen girişimdir<sup>15</sup>.

Çakmut'a göre, yaşam, sağlık ve vücut bütünlüğü değerlerinin sağlanmasını amaçlayan tıbbi müdahale, bedensel ve ruhsal sorunların teşhis edilerek tedavi edilmesi yahut bu rahatsızlık sebebiyle meydana gelen acı ve sıkıntıların sona erdirilmesi, hafifletilmesi yahut kişinin hastalıklardan korunması benzeri amaçlarla, kanun tarafından yetkilendirilmiş kişilerce, tıp bilminde kabul görmüş esas ve kurallara uygun şekilde

---

<sup>13</sup> Gökcan, s. 45.

<sup>14</sup> Ayan, s. 5.

<sup>15</sup> Çilingiroğlu, Cüneyt, Tıbbi Müdahaleye Rıza, İstanbul 1993, s. 15.

gerçekleştirilen, en basitinden en karmaşık ve zorlu olabilecek teşhis ve tedavi yöntemlerini kapsayan her çeşit faaliyettir<sup>16</sup>.

Savaş'a göre, rahatsızlığı giderme, iyileştirme, hafifletme yahut önleme amaçlı gerçekleştirilen bilimsel ve teknik işlemler yapılarak vücut bütünlüğüne el atılması, araya girilmesidir<sup>17</sup>.

Kıcalıoğlu'na göre, kişinin ruhsal yahut fiziksel açıdan meydana gelen eksikliğini giderme amaçlı yapılan teşhis, bakım ve tedavi sürecini içeren ve tıp bilimi kurallarına göre gerçekleştirilen her türlü uğraşdır<sup>18</sup>.

Bize göre ise tıbbi müdahale kavramının, tıp mesleğini uygulamaya yetkili kişilerce gerçekleştirilen ve sonrasında hastanın kendisini daha iyi hissetmesini amaçlayan her türlü girişim ve uygulama şeklinde tanımlanması mümkündür.

#### IV. ENDİKASYON

Henüz tıp hukuku doktrininde endikasyon kavramının tüm unsurlarını kapsayacak şekilde bir tanımlama yapılabilmemiş değildir. Ancak genel anlamı ile endikasyon, tıbbi müdahalenin tıp bilimi yönünden gereklilik yahut zorunluluk göstermesi halidir. Tıp literatüründe ise kabul edilen anlamı ile endikasyon terimi, tıbbi açıdan belli bir müdahalenin gerçekleştirilmesinin gerekli olduğu bir takım belirtiler ve özel durumu ifade etmek maksadıyla kullanılmaktadır. Bu sebeple endikasyon, tıbbi müdahalenin hukuka uygun olmasının şart ve unsurlarından biridir<sup>19</sup>.

Mevzuatımızda hukuka uygunluk nedeni olan endikasyonun tanımlaması yapılmış olmasa da zorunluluğunu gösterir hükümler bulunmaktadır. En başta Anayasamız endikasyon şartından bahsetmektedir. Anayasa m. 17/2 uyarınca, kişinin vücut bütünlüğüne yapılacak olan müdahale ancak tıbbi zorunluluk hallerinin bulunması halinde

---

<sup>16</sup> Çakmut, Ö. Yenerer, *Tıbbî Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, İstanbul 2003, s. 20.

<sup>17</sup> Savaş, Halide, *Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları*, Ankara 2007, s. 51.

<sup>18</sup> Kıcalıoğlu, Mustafa, "Yargı Kararları Işığında Doktorun (Hekimin) Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluğu", *Terazi Hukuk Dergisi*, S. 4, Y. 2006, s. 17.

<sup>19</sup> Demir, s. 77, 78; Gökcan, s. 194; Yerdelen, s. 6.

gerçekleştirilebilecektir. Ayrıca Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m. 13/3 uyarınca hekim hastanın arzusu doğrultusunda veya diğer sebeplerle teşhis, tedavi yahut korunma amacı olmaksızın, akli yahut bedeni mukavemetini azaltacak herhangi bir işlem yapamaz. Ve son olarak Hasta Hakları Yönetmeliği m. 12 uyarınca teşhis, tedavi yahut korunma amacı olmadan, vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek, ölüme veya hayati tehlikeye sebep olabilecek, akli veya bedeni mukavemeti azaltabilecek hiçbir şey hekim tarafından yapılamayacağı gibi, hasta tarafından da talep edilemez.

Hekim, gerçekleştireceği tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu ve endikasyon halinin mevcut olup olmadığını mesleğinin verileri, uzmanlık durumu ve tıp bilimi açısından değerlendirmelidir. Tıbbi müdahalenin gerekliliğini tıbben değerlendiren hekim, hastanın yaşama hakkını ve sağlığını gözeterek tıbbi müdahale ile elde edilmesi beklenen sonucun hastanın sağlığı yönünden daha olumsuz olmaması esasıyla hareket eder. Hekim bahsedilen değerlendirmeyi yaparken, o tarih itibari ile tıp biliminin gelmiş olduğu tıbbi ve teknolojik gelişim düzeyini esas almalıdır<sup>20</sup>.

Hukuka uygunluk nedeni olan endikasyon hali olmaksızın yapılan bir müdahale, tıbbi müdahale olarak nitelendirilemez. Kısacası endikasyon hali bulunmadığında, hekim tarafından yapılsa bile tıbbi bir müdahaleden söz edilemeyecektir. Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartlarından biri olan endikasyon halinin mevcut olmaması durumunda hekimin hukuki, idari ve cezai sorumluluğu doğacaktır<sup>21</sup>.

Doktrinde tedavi amacıyla gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerde endikasyon halinin bulunduğu ve bu sebeple de ilgili müdahalenin hukuka uygun olduğu yönünde fikir birliği mevcuttur. Doğuştan yahut daha sonra oluşan görünüm bozuklukları hastanın sağlığını bozması ve yaşamını olağan şekilde sürdürmesine engel olması, kısacası endikasyon halinin bu tarz durumlarda tıbbi zorunluluk teşkil etmesi sebebiyle tedavi amaçlı estetik müdahalelerin hukuka uygun olduğu kabul edilmektedir<sup>22</sup>.

Buna karşın güzelleştirme amaçlı estetik müdahalelerde hukuka uygunluğu ve endikasyon halinin bulunup bulunmadığı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Estetik

---

<sup>20</sup> Gökcan, s. 195.

<sup>21</sup> Hakeri, s. 452, 455, 458.

<sup>22</sup> Aşçıoğlu, s. 52; Çilingiroğlu, s. 21.

müdahalelerin hukuka aykırı olduğuna katılan doktrindeki bir görüşe göre, güzelleştirme amaçlı tıbbi müdahalelerde tedavi amacı bulunmaması sebebiyle estetik müdahalenin hukuka uygun kabul edilemeyeceği ve hatta bu müdahalelerin müessir fiil teşkil edeceği ileri sürülmüştür. Bu görüşü destekler nitelikteki bir başka görüşe göre ise, hiçbir psikolojik temeli olmayan, sırf mesleki ve maddi kaygılar yahut daha güzel görünüme sahip olmak ve değişim hevesiyle gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerin hukuka aykırı kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir<sup>23</sup>.

Günümüzde estetik müdahalelerde endikasyon halinin bulunduğu ve bu sebeple de hukuka uygun olduğu görüşü ağırlıktadır. Bu doğrultudaki bir görüşe göre, tedavi amacı taşımayan güzelleştirme amaçlı estetik müdahaleler hastanın sağlığını önemsiz olduğu kabul edilemeyecek derecede etkilemediği, toplum açısından kabul edilemez sonuçlara neden olacak şekilde uygulanmadığı ve genel olarak hukuk kuralları ve ahlaka aykırı olmadığı takdirde, hastanın rızasına dayalı olmak şartıyla hukuka kabul edilmelidir<sup>24</sup>. Aynı doğrultudaki bir başka görüşe göre, estetik müdahaleler temelinde görüntüdeki bozukluğun psikolojik açıdan bir rahatsızlık olarak görülmesi sebebiyle, hastanın rızası kapsamında görülmektedir. Bu açıdan tedavinin psikolojik yönden tedavi amacı taşıması sebebiyle hukuka uygunluk nedeni söz konusu olmalıdır<sup>25</sup>.

Hukuka uygunluk nedeni olan endikasyon kavramı içerik bakımından mutlaka tıbbi zorunluluk şeklinde dar anlamlı olarak algılanmamalıdır. Endikasyon tıbbi açıdan ele alınabileceği gibi sosyal, psikolojik, dinsel ve etik endikasyon gibi değişik türlerde geniş anlam taşıyacak şekilde ele alınmalıdır<sup>26</sup>. Estetik amaçlı tıbbi müdahalelerin birçoğunda tıbbi zorunluluk bulunmamaktadır. Bu müdahalelerde tıbbi endikasyondan çok sosyal ve psikolojik<sup>27</sup> endikasyonun bulunduğu kabul edilmektedir. Öğretide bu tarz müdahalelerin

---

<sup>23</sup> Çilingiroğlu, s. 21; Çakmut, s. 181.

<sup>24</sup> Erman, Barış, Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003, s. 203; Kahraman, Zafer, "Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1, Y. 2016, s. 484.

<sup>25</sup> Zevkililer, Aydın, "Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları", DÜHFD 1983, S. 1, s. 28; Bayraktar, s. 169; Çilingiroğlu, s. 21; Ayan, s. 34; Çakmut, s. 181.

<sup>26</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz.: Hakeri, s. 448-460.

<sup>27</sup> Estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde psikolojik endikasyondan bahsedilmekle beraber Alman Federal Sosyal Mahkemesi bir kararında, "hasta eğer tamamen normal olan görüntüsünü kendisine psikolojik olarak takıntı haline getirmiş ve bunu değiştirmek için estetik ameliyat arzuluyorsa, takıntı haline gelmiş bu psikolojik rahatsızlığın estetik ameliyat ile değil; psikiyatrik ve psikoterapik yöntemlerle tedavi edilmesi gerekmektedir" tespitini yapmıştır (10.02.1993 tarihli ve 1 RK 14/92 sayılı karar, bkz.: Temel, Erhan, "Alman Hukuku'nda Estetik Cerrah ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği", II. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara 2009, s. 230); Alman Hukuku'nda, sünnetin hukuksal durumu tartışılırken savunulan bir başka görüşe göre ise, bunu çocuğun ebeveynin gözetim hakkına dayandırmaktadır. Bu doğrultuda, ebeveynin gözetim

“dolaylı tedavi amaçlı” olarak yapıldığı belirtilmektedir. Doğrudan bir tedavi amacıyla gerçekleştirilmeyen bu tarz müdahaleler de tıbbi müdahale olarak kabul edilir ve tıbbi müdahaleye ilişkin uygulamalar bunlar için de esas teşkil eder<sup>28</sup>. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre güzelleştirme amaçlı estetik müdahalelerde doğrudan olmasa da dolaylı olarak tedavi amacının varlığından söz konusudur. Bu sebeple hastanın sağlığı bakımından tıbben bir sakınca bulunmaması halinde ve rızasının olması şartıyla gerçekleştirilen güzelleştirme amaçlı estetik müdahalelerin hukuka uygun olduğu kabul edilmelidir.

## V. KOMPLİKASYON

Bir hastalığın iyileştirilmesi yahut rahatsızlığın giderilmesi amacıyla gerçekleştirilen tıbbi müdahalelere bağlı olarak, her ne kadar istenmese de bazı kaçınılmaz olumsuz sonuçlarla karşılaşılabilir. Bu tarz durumlarda komplikasyon hali ortaya çıkmaktadır<sup>29</sup>.

Tıp literatüründe komplikasyon kavramı, vücuttaki bir hastalık yahut dış tesir (ilaç uygulaması, cerrahi işlem vb.) nedeniyle meydana gelen diğer bir hastalık yahut arıza olarak tanımlanmaktadır. Tıp hukuku anlamında komplikasyon, her ne kadar tıp bilimi ve mesleğin verilerine uygun davranılsa ve ortaya çıkmaması için gerekli önlemler alınsa dahi, benzer tıbbi müdahalelerde vücut bulma ihtimali kabul edilen, ancak hastanın sağlığına kavuşması bakımından kıyaslanınca tıbbi müdahalenin yapılması nedeniyle göze alınan ve kabul edilebilir risklerdir. Komplikasyonun doktrindeki bir başka tanımlaması ise, tıbbi müdahalenin tıp bilimi standartlarına göre gerçekleştirilmesine rağmen, vücut bulma ihtimali ilgili çevrelerce kabul edilmiş olan ve alınması gereken her türlü tedbirin sağlanmasına rağmen meydana gelen zararlar şeklinde yapılmaktadır<sup>30</sup>.

Hekimin asıl ve nihai görevi, hastanın sağlık durumunu kötüleştirmeden ve zarar vermeden tıbbi müdahalede bulunmaktır. Bu duruma “zarar vermeme ilkesi”<sup>31</sup> denilmektedir. Ancak bazı durumlarda gerçekleştirilecek tıbbi müdahale karşısında bazı

---

hakkı, çocuğun ruhsal, sosyal ve beyinsel rahatlığını da kapsayacak şekilde kullanılabilir. Şayet sünnet çocuğun kendisini ruhsal ve düşünsel olarak daha iyi hissettirecekse, bu durum onun menfaatinedir. Bkz.: Yerdelen, s. 66.

<sup>28</sup> Ayan, s. 9; Demir, s. 78; Hakeri, s. 453, 454; Güneş, s. 35.

<sup>29</sup> Demir, s. 83, 84; Kıcılıoğlu, s. 22.

<sup>30</sup> Gökcan, s. 327, 328; Polat, Oğuz, Tıbbi Uygulama Hataları, Ankara 2005, s. 32.

<sup>31</sup> Latince karşılığı “*primum nihil nocere*” olan ilkenin Türkçe’de tam olarak, “öncelikle, hiç kimseye zarar verme” anlamına gelmektedir. Bkz: Demir, s. 84.

riskler göze alınmakta ve bu sebeple meydana gelen zararlı sonuçlardan hekim sorumlu tutulmamaktadır. Buradaki hekimin sorumlu tutulamaması durumu kuralı hem hukuki hem de cezai sorumluluk alanlarında geçerlidir<sup>32</sup>.

Kural olarak, tıbbi olarak kabul edilen olağan risk ve sapmalar çerçevesindeki tıbbi müdahalenin istenmeyen sonuçlarından dolayı hekimin sorumlu tutulmaması gerekmektedir. Ancak burada hekimin sorumsuzluk halinden söz edebilmek için, meydana gelebilecek zarar ve riskin kontrol edilebilir olmaması; kaçınılmaz veya öngörülemez nitelikte olması gerekmektedir. Doktrindeki bir görüşe göre, komplikasyon hali için, öngörülemez durumlar<sup>33</sup>; öngörülebilir olmakla beraber önlemi bulunmayan durumlar; öngörülebilir ancak göze alınmış durumlar yahut öngörülebilir ve önlemi alınmış durumlardan birinin bulunması gerekmektedir<sup>34</sup>.

Komplikasyon halinin gerçekleştiği her halde hekimin sorumsuz tutulması durumu kendiliğinden ortaya çıkmamaktadır. Bu sonucun doğması için hekim tarafından gerçekleştirilmesi gereken kayıt ve arşiv tutma, bilgilendirme ve aydınlatma gibi tıbbi yükümlüklerini eksiksiz ifa etmesi ve tıbbi olarak gerekli özeni göstermesi gerekmektedir. Bu şartlar da sağlandığı takdirde hekimin hukuki ve cezai sorumluluğu doğmayacaktır<sup>35</sup>.

## VI. TIBBİ HATA (MALPRAKTİS)

Hekimin tıbbi müdahaleden kaynaklanan sorumluluğunun temelini oluşturan tıbbi hatalar doktrinde malpraktis<sup>36</sup> olarak adlandırılmaktadır<sup>37</sup>. Malpraktis kavramı, hekimlik görevinin kötü uygulanması, tıbbin yanlış veya kötü uygulanması olarak açıklanmaktadır. Bir başka anlatımla ise, hekimin tıp mesleğini uygulaması sebebiyle gerçekleştirdiği tıbbi müdahalede, tıp biliminin ve mesleğinin kural ve gereklerine aykırı hareket etmesi

<sup>32</sup> Gökcan, s. 329; Demir, s. 84; Yayı, Nesime, "Komplikasyon ve Malpraktis Ayrımı", Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 24-25 Nisan 2008, s. 33.

<sup>33</sup> Gökcan'a göre öngörülemez durumlar komplikasyon değil; kaza ve tesadüf niteliği taşımaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Gökcan, s. 328, 329.

<sup>34</sup> Yayı, s. 33; Demir, s. 85.

<sup>35</sup> Demir, s. 87.

<sup>36</sup> Doktrinde aslı "medical malpractice" olan tâbir Türkçe'ye malpraktis olarak çevrilmiştir. Malpraktis kavramının karşılığı kısaca "tıbbi hata"dır.

<sup>37</sup> Güneş, s. 31; Malpraktis kavramına dair ayrıntılı bilgi için bkz.: Hancı, Hamit, Malpraktis – Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, Ankara 2006, s. 30 vd.; Hakeri, Hakan, Tıbbi Uygulama Hataları (Malpraktis) Komplikasyon ve Sağlık Mensuplarının Sorumluluğu, Yeditepe Üniversitesi Yayınları 2008, (Kısaltma: Malpraktis), s. 53 vd.

nedeniyle hastasının sağlığına zarar vermesi olarak tanımlanabilir. Bu sebeple kısaca, tıp bilimi ve mesleğinin gereklerine uymayarak yapılan müdahaleleri malpraktis olarak adlandırabiliriz<sup>38</sup>.

Hasta ile hekimin ilk görüŖme anından, tedavi ve sonrasındaki tüm süreci kapsayacak Ŗekilde, tıbbi edimlerin her aŖamasında tıbbi hata gerçekteŖebilir. Tüm bu süreç içerisinde hekimin tıp bilimi ve mesleğine uygun hareket etmesi gerekmektedir. Bu sebeple, hekimin tıbbi müdahalede bulunurken tıp bilimi standartlarını<sup>39</sup> sağlaması ve tıp bilimi gerek ve kurallarına uygun davranması gerekmektedir. Uygunluk durumu, tıbbi müdahalenin gerçekteŖtirildiđi tarihteki mevcut bilimsel seviye ve mevzuat temel alınarak değerlendirilir<sup>40</sup>.

Malpraktis halinden söz edebilmek için meydana gelen olumsuz sonucun öngörülebilir ve önlenbilir olması zorunludur. Öngörülemez ve önlenemez bir sonuç sebebiyle malpraktisten değil; ancak komplikasyon halinden söz edilebilir. Hekimin her ne kadar komplikasyon sebebiyle sorumluluğu olmasa da komplikasyon halinin gerçekteŖmesi ve sonrasında yaŖanan süreç hakkında hastayı aydınlatması gerekmektedir. Ayrıca hekimin komplikasyon yönetiminde de herhangi bir kusuru bulunmamalıdır<sup>41</sup>.

Malpraktis halinden söz edebilmek için hekimin mesleki kusurunun bulunması gerekmektedir. Tıbbi kusurun dar ve teknik anlamıyla karŖılıđı olan hekimin mesleki kusuru, tıp bilimi alanında herkesçe bilinen tıp kuralların, hekim tarafından gerekli özeni gösterebilecek olmasına rağmen bunu göstermemesi yahut kasıtlı olarak ihlal etmesidir. Hekim tıp kural ve gereklerine uygun hareket etmekle birlikte beklenmeyen sonuç üzerinde bir deđiŖiklik olmamıŖsa tıbbi müdahalenin hukuka aykırılığından ve hekimin sorumluluğundan söz edilemez<sup>42</sup>.

Hekim tıbbi müdahalede bulunurken, hastanın sağlığında bir zarar meydana gelmesi durumunu önceden görebilecek durumda olmalıdır. Bunun için hekim, objektif olarak olayların olağan gelişim sürecine, sübjektif olarak ise sahip olduğu kişisel yetenek

---

<sup>38</sup> Gökcan, s. 77; Kıcaloğlu, s. 17, 18; Yayıcı, s. 33.

<sup>39</sup> Tıp bilimi standartlarına dair ayrıntılı bilgi için bkz.: Hakeri, 764 vd.

<sup>40</sup> Demir, s. 81; Polat, s. 153; Gökcan, s. 285.

<sup>41</sup> Hakeri, s. 760; Demir, s. 82.

<sup>42</sup> Demir, s. 83; Hakeri, s. 760.



ve tecrübesine, bilgi birikimi, sosyal konumu ve eğitim derecesine göre hareket etmesi gerekir. Dolayısıyla ile hekimin kusuru sebebiyle malpraktis halinin gerçekleşmesi durumunda sübjektif ölçüte bakılmaktadır<sup>43</sup>.

Doktrinindeki bir görüşe göre, uzman yahut pratisyen olması fark etmeksizin her hekimin kendisinden beklenen özen yükümlülüğünü aynı şekilde göstermesi gerektiği savunulmaktadır. Bu görüşe göre, uzman hekimden ancak pratisyen hekime göre daha fazla bilgi sahibi olması beklenebilir. Dolayısıyla ile pratisyen hekime nazaran uzman hekimden daha fazla özen beklenemeyeceği gibi, pratisyen hekimin göstereceği özenin de daha az olamayacağı söylenmektedir<sup>44</sup>. Ancak bizim de katıldığımız doktrinindeki bir başka görüşe göre ise, pratisyen hekime nazaran uzman hekimin özen yükümlülüğünün daha fazla olacağı; uzmanlık durumunun artmasıyla kendisinden beklenen özenin de aynı doğrultuda artacağı görüşü savunulmaktadır<sup>45</sup>. Bu doğrultuda, dalında uzman olan hekimden beklenen özen pratisyen hekime nazaran daha fazladır. Bu sebeple yükümlülüğü daha fazla olan uzman hekimin gerekli özeni göstermemesi halinde ağır kusuru söz konusu olacaktır<sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup> Hakeri, s. 760.

<sup>44</sup> Hakeri, s. 761.

<sup>45</sup> Hancı, s. 157; Ayan, s. 40; Özay, s. 67.

<sup>46</sup> Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Kısaltma: Genel), Ankara 2018, s. 603; Kılıçoğlu, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2018, s. 416; Oğuzman, M. Kemal / Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, İstanbul 2018, (Kısaltma: C. 2), s. 58.

## § 2. ESTETİK AMAÇLI TIBBİ MÜDAHALENİN TÜRLERİ

### I. GENEL OLARAK

Estetik amaçlı tıbbi müdahale, bir kişinin doğuştan sahip olduğu ya da sonradan oluşan fiziksel görüntüsündeki anatomik yapıya yahut beğeniye uygun şekilde değişiklik yapılması amacıyla gerçekleştirilen bir çeşit tıbbi müdahale türüdür. Kısa anlatımla, fiziki görünümün güzelleştirilmesi işlemidir. Bir başka ifadeye göre ise, hekim tarafından güzelleştirme amacıyla bedene uygulanan ve fiziki olarak şekil değişikliği yaratan tıbbi müdahalelere estetik amaçlı tıbbi müdahale denilmektedir<sup>47</sup>.

Estetik amaçlı tıbbi müdahalelerin neler olduğunu ve hangi tür müdahaleleri kapsadığını anlamak açısından bunları kendi içerisinde amaç ve niteliğine göre ikiye ayırmayı uygun görmekteyiz. Bu bakımdan estetik amaçlı tıbbi müdahaleleri amacına göre<sup>48</sup>; tedavi amaçlı tıbbi müdahale ve güzelleştirme amaçlı tıbbi müdahale olarak ikiye ayırabiliriz. Bu iki amacın bazen birlikte bulunması da mümkündür<sup>49</sup>. Estetik amaçlı tıbbi müdahaleleri niteliğine göre ise, basit (cerrahi olmayan) tıbbi müdahale ve cerrahi müdahale şeklinde ikiye ayırarak nitelendirebiliriz<sup>50</sup>.

---

<sup>47</sup> Temel, s. 228; Zevkliler, s. 28.

<sup>48</sup> Doktrindeki bir görüşte, amacına göre estetik müdahaleler “fiziksel bir rahatsızlığı giderme amaçlı müdahaleler”, “fiziksel olmaktan ziyade ruhsal rahatsızlığı giderme amaçlı müdahaleler” ve “salt güzelleştirme amaçlı müdahaleler” olmak üzere üçe ayrılmaktadır (Ayrıntılı bilgi için bkz.: Özyay, s. 25 vd.). Ancak biz tedavi amaçlı olan fiziksel bir rahatsızlığı gidermek için gerçekleştirilen haricindeki müdahalelerin salt güzelleştirme ve ruhsal rahatsızlığı giderme amaçlı müdahaleler şeklinde ayrıca sınıflandırılmasını gereksiz bulmaktayız. Tedavi amacının ilk planda olduğu haller dışındaki durumlarda hasta vücudundaki bir görünüm bozukluğundan ruhsal olarak rahatsızlık duymakta ve bu bozukluğun düzeltilmesini istemektedir. Bu sebeple fiziksel rahatsızlığın tedavisi amacıyla gerçekleştirilmeyen müdahaleleri “güzelleştirme amaçlı estetik müdahaleler” olarak tek başlık altında incelemeyi daha isabetli görmekteyiz.

<sup>49</sup> Petek, Hasan, “Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk” DEÜHFD 2016, C. 8 S. 1, s. 178; Arıncı, R. Atilla, Estetik Cerrahide Hekimin Hukuki Sorumlulukları ve Bu Sorumlulukların Eser Sözleşmesi Kapsamında Değerlendirilmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, T.C. Özyeğin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul 2015, s. 10.

<sup>50</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Ergen, O. Gürçan, Plastik Rekonstrüktif ve Estetik Cerrahisi İçin Başvuran Hasta Profiline İncelenmesi: Özel ve Kamu Hastanelerinin Karşılaştırılması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, T.C. Bahçeşehir Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Sağlık Yönetimi Yüksek Lisans Programı, İstanbul 2017, s. 7 vd.

## II. AMACINA GÖRE ESTETİK MÜDAHALE

### A. Tedavi Amaçlı Estetik Müdahale

Estetik amaçlı tıbbi müdahaleler çoğunlukta isteğe bağlı ve tedavi amacının ikinci planda kaldığı müdahaleler olsa da, bazı durumlarda tıbben zorunluluk halinin bulunduğu estetik müdahaleler de söz konusu olabilmektedir. Tedavi amaçlı estetik müdahaleler, fiziksel bir rahatsızlığın giderilmesi amacıyla gerçekleştirilen, hastanın vücudundaki görünüm bozukluğunu ortadan kaldırarak düzeltmek amacıyla gerçekleştirilen müdahalelerdir<sup>51</sup>.

Gerçekten de, estetik müdahalelerin bir kısmında hastanın fiziksel rahatsızlığı nedeniyle çektiği bazı acıların sonlandırılması yahut hafifletilmesi amaçlanmaktadır. Ruhsal ve psikolojik rahatsızlıklar yanında, bazı fiziki rahatsızlıklar da estetik müdahalelerle sona erdirilmektedir<sup>52</sup>. Örneğin bir kaza sonrası oluşan yanık yahut yara izinin kapatılması, doğuştan gelen bir rahatsızlık olan ve tavşan dudak olarak adlandırılan rahatsızlığın düzeltilmesi ve burundaki deviasyonun (eğriliğin) giderilmesi tedavi amaçlı estetik müdahale kapsamındadır.

### B. Güzelleştirme Amaçlı Estetik Müdahale

Bu tarz müdahaleler fiziksel bir rahatsızlığın giderilmesi amaçlı olmayıp, tedavi amacının ikinci planda kaldığı müdahalelerdir. Güzelleştirme amaçlı estetik müdahale talebinde bulunan hastanın vücudunda, sağlıklı şekilde yaşamını sürdürmesine engel bir bozukluk bulunmamaktadır. Hasta fiziksel olarak bir acı çekmemekte, ancak vücudundaki bir görünümünden çeşitli sebeplerle ruhsal ve psikolojik olarak rahatsızlık duymaktadır<sup>53</sup>.

Hastanın rahatsızlık duyma sebebi, düzgün ve simetrik bir görünüme sahip olarak kendisine olan güvenini kazanma amaçlı olabileceği gibi, kendisinden ziyade çevresinden göreceği saygınlığı arttırma amaçlı da olabilmektedir. Örneğin burun yapısında değişiklik yapılması, saç ekilmesi, göğüs büyütme, küçültme yahut dikleştirme işlemleri, diş

<sup>51</sup> Hakeri, s. 533; Gökcan, s. 470; Ergen, s. 12, 13; Zevkliler, s. 23.

<sup>52</sup> Petek, s. 182.

<sup>53</sup> Petek, s. 184, 185; Hakeri, s. 453, 454; Ergen, s. 16; Zevkliler, s. 28.

beyazlatılması yahut protez diş takılması, botoks ve dolgu enjeksiyonu yapılması güzelleştirme amaçlı estetik müdahale kapsamındadır.

### III. NİTELİĞİNE GÖRE ESTETİK MÜDAHALE

#### A. Basit (Cerrahi Olmayan) Tıbbi Müdahale

Estetik amaçlı tıbbi müdahaleler çoğunlukla cerrahi girişimlerden oluşsa da günümüzde cerrahi olmayan tıbbi müdahalelere ilgi bir hayli artmaktadır. Gelişen teknoloji ve tıp bilimi sayesinde hastanın vücudundaki görünüm bozukluğu, cerrahi müdahale gerçekleştirilmeden giderilebilmektedir<sup>54</sup>. Biz bu tarz müdahalelere kısaca basit tıbbi müdahale demeyi uygun görüyoruz.

Her türlü tıbbi müdahalede olduğu gibi estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde de bir rahatsızlığın giderilmesi için cerrahi müdahale son alternatif olarak görülmelidir. Bir başka deyişle cerrahi girişimde bulunmadan bir rahatsızlığın giderilmesi mümkünse, cerrahi müdahale tercih edilmemelidir. Kısacası zorunluluk arz etmedikçe hekim, cerrahi müdahaleyi değil; daha basit ve en az zarar verecek müdahaleyi uygulamalıdır<sup>55</sup>.

Cerrahi müdahalelere oranla daha kısa sürede ve pratik şekilde gerçekleştirilmesi, komplikasyon ihtimalinin daha az olması, yara izi bırakmaması ve iyileşme sürecinin daha hızlı şekilde atlatılması gibi sebepler uyarınca basit tıbbi müdahaleler hem hasta hem de hekim tarafından tercih konusu olmaktadır. Örneğin kırışıklıkların azaltılması için uygulanan botoks, hacim ihtiyacı olan bölgeler için dolgu ve istenmeyen tüylerden kurtulmak için epilasyon uygulamaları basit tıbbi müdahale kapsamındadır.

#### B. Cerrahi Müdahale

Estetik amaçlı gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler ve bu alanda çıkan uyuşmazlıkların büyük çoğunluğu cerrahi müdahalelerden kaynaklanmaktadır. Bu sebeple

---

<sup>54</sup> Temel, s. 228.

<sup>55</sup> Akyıldız, Sunay, "Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hukuki Sorumluluk", Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Lefke Avrupa Üniversitesi IV. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu, Ankara 2013, s. 67.

estetik amaçlı cerrahi müdahalenin ne olduğu ve kendi içerisinde hangi alt dallara ayrıldığı önem arz etmektedir.

Cerrah sözlük anlamıyla, ameliyat yapan alanında uzman hekim olarak tanımlanmaktadır<sup>56</sup>. Bu tanımlamadan yola çıkarak cerrahi müdahaleye, alanınca uzman hekim tarafından ameliyat yapılması suretiyle gerçekleştirilen tıbbi müdahale diyebiliriz. Estetik amaçlı cerrahi müdahale ise kısaca, hastanın vücudundaki görünüm bozukluğunun giderilmesi amacıyla ve ameliyat yapılması suretiyle gerçekleştirilen uygulamadır.

Hastanın doğuştan sahip olduğu ya da fiziksel görüntüsünde sonradan oluşan bozukluğun anatomik yapıya yahut beğeniye uygun şekilde düzeltilmesi amacıyla gerçekleştirilen uygulamaya estetik amaçlı tıbbi müdahalen denmektedir. Bu tanımlamadan yola çıkarak estetik amaçlı cerrahi müdahalenin plastik cerrahi kapsamında olduğunu söyleyebiliriz. Plastik cerrahlar toplum tarafından çoğunlukla, sadece estetik cerrahisi yapan kişiler olarak bilinmektedir. Oysa estetik cerrahi, plastik cerrahisinin sadece bir alt dalıdır. Plastik cerrahisini kendi içerisinde “onarım (rekonstrüktif) cerrahi” ve “estetik cerrahi” olmak üzere iki alt dala ayırarak incelemek mümkündür<sup>57</sup>.

Onarım (rekonstrüktif) cerrahi kapsamına hastanın doğuştan ya da vücudunda sonradan oluşan şekil ve fonksiyon bozukluklarının düzeltilmesi, doku yahut organ kayıplarının onarılması veya yeniden yapılması halleri girmektedir. Örneğin, yüz felci veya tümör sebebiyle yüz bölgesindeki simetrik bozukluğun giderilmesi, kanser sebebiyle alınan memenin düzeltilmesi, kaza sebebiyle kopan organın yerine dikilmesi ve doğuştan gelen deri hastalıklarının, organ eksikliklerinin veya tavşan dudak gibi rahatsızlıkların düzeltilmesi onarım cerrahi kapsamındadır<sup>58</sup>. Bu tarz cerrahi uygulamaların aynı zamanda tedavi amaçlı estetik müdahale kapsamına girdiğini de söyleyebiliriz.

Estetik cerrahi kapsamına ise, anatomik bir yapı bozukluğu yahut organ ve doku kaybı olmaksızın hastanın sırf ruhsal ve psikolojik yönden rahatsız edici bulunduğu vücudundaki bir görünümün beğenisine uygun şekilde düzeltilmesi halleri girmektedir. Bir

---

<sup>56</sup> [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5bfead68e77433.97346641](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5bfead68e77433.97346641) (E.T. 24.10.2018).

<sup>57</sup> Akyıldız, s. 65; Arıncı, s. 22.

<sup>58</sup> Gökcan, s. 472; Akyıldız, s. 66.

başka anlatımla, mevcut doku veya vücut organının daha iyi bir duruma getirilmesi için gerçekleştirilen cerrahi müdahalelerdir. Örneğin yüz ve karın germe işlemleri, burun yapısında değişiklik yapılması, yağ dokusunun azaltılması ve saç ekilmesi estetik cerrahi kapsamındadır<sup>59</sup>. Bu tarz cerrahi uygulamalar için de aynı zamanda güzelleştirme amaçlı estetik müdahale kapsamına girdiğini söyleyebiliriz.

---

<sup>59</sup> Akyıldız, s. 68, 69; Ergen, s. 3.

### § 3. ESTETİK AMAÇLI TIBBİ MÜDAHALELERDE HEKİM İLE HASTA ARASINDAKİ İLİŞKİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

#### I. GENEL OLARAK

Bir hekim ile hasta arasında oluşan hukuki ilişkinin kaynağı, genellikle “hekimlik sözleşmesi” olarak isimlendirilen sözleşmesel bir borç ilişkisinden oluşmaktadır<sup>60</sup>. Hekimlik sözleşmesi, borçlar Kanunu’nda ve özel kanunlarda ayrıca düzenlenmemiş olan ve herhangi bir şekil şartına tâbi olmayan, sözleşmenin iki tarafına da borç yükleyen, ani edimli ve rızaî bir sözleşme tipidir<sup>61</sup>.

Hekimlik sözleşmesi ilişkisinin konusunu, ilgili hekimin kendisine gelen hastaya karşı teşhis, tedavi yahut bunların her ikisi için taahhütte bulunması oluşturur. Bu doğrultuda kurulan bir hekimlik sözleşmesinden dolayı, hekimin taahhüdü karşılığında hasta da belli yahut belirlenebilir bir ücret ödeme yükümü altına girer<sup>62</sup>.

Günümüzde Hekimlik sözleşmesinin vekâlet sözleşmesi niteliği taşıdığı görüşü ağırlık kazanmış olsa da, doktrinde değişik görüşler de ileri sürülmüştür. Ayrıca çalışmamızın konusu olan estetik amaçlı tıbbi müdahalelerin diğer tıbbi müdahalelere nazaran özellik arz etmesi sebebiyle hekimlik sözleşmesinin niteliğinin ayrıntılı incelenmesinde yarar bulunmaktadır.

#### II. VEKÂLET SÖZLEŞMESİ GÖRÜŞÜ

Vekâlet Sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu’nun 9. bölümünde düzenlenmiştir TBK m. 502/1 uyarınca vekâlet sözleşmesi, “*vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir.*” şeklinde tanımlanmıştır. TBK m. 502/2, “*vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düşükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan işgörme sözleşmelerine de uygulanır.*” şeklinde devam etmekte ve

<sup>60</sup> Kıcalıoğlu, s. 25.

<sup>61</sup> Er, Ünal, Sağlık Hukuku, Ankara 2008, s. 36; Uygur, Atiye, Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, Yayınlanmamış Doktora Tezi, T.C. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı, Ankara 2009, s. 84; Özay, s. 29.

<sup>62</sup> Demir, s. 223; Güneş, s. 39; Gümüş, s. 40.

TBK m. 502/3'te “sözleşme veya teamül varsa vekil ücrete hak kazanır.” demek suretiyle vekâlet sözleşmesinin tanımını yapan madde açıklaması son bulmaktadır.

Vekâlet sözleşmesinin unsurlarının ilgili kanun maddesinde net olarak gösterilmemesi sebebiyle doktrinde çeşitli tanımlamalar yapılmıştır. Eren'e göre<sup>63</sup>, “geniş anlamda bir işgörme sözleşmesi olan vekâlet sözleşmesiyle vekil, kendisine verilen işin ya da işlemin vekâlet verenin irade ve yararına uygun olarak görülmesini, yapılmasını üstlenir.”

Yavuz'a göre<sup>64</sup>, “vekâlet sözleşmesi, vekilin sözleşme ile belirlenen iş görmeyi veya işlemi yapmayı borçlandığı ve vekilin yerine getireceği edimin kanun hükümleriyle düzenlenen akitlerden herhangi birinin konusuna girmediği, buna karşılık ancak sözleşme veya teâmül olan durumlarda vekilin ücrete hak kazandığı bir sözleşmedir.”

Tandoğan'a göre<sup>65</sup> ise, “vekâlet öyle bir akittir ki, vekile müvekkilin menfaatine ve iradesine uygun bir sonuca yönelen bir iş görmeyi bir zaman kaydına tâbi olmaksızın ve nispeten bağımsız olarak yapma, borcunu, sonucun elde edilememesi rizikosunu ona ait olmamak üzere yükler.”

Tüm unsurlarını içeren bu tanımlara göre, vekâlet sözleşmesinin unsurları sırasıyla, bir işin görülmesi veya işlemin yapılması; işin vekâlet veren yararına yapılması; vekilin edim sonucundan değil, edim fiilinden dolayı sorumluluğunun bulunması; vekilin bağımsız olarak iş görmesi ve taraflarca kararlaştırılması yahut teamülen gerekmesi durumunda ücret karşılığı iş görmektir<sup>66</sup>.

Doktrin ve Yargıtay kararlarında ağırlık kazanan görüşe göre hekimin hastasına karşı gerçekleştirdiği tıbbi müdahale genel itibariyle, TBK m. 502 uyarınca maddi bir fiili yüklediği iş görme sözleşmesi niteliğinde bir vekâlet sözleşmesidir<sup>67</sup>.

<sup>63</sup> Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2018, s. 705.

<sup>64</sup> Yavuz, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersler (Özel Hükümler), İstanbul 2018, s. 624.

<sup>65</sup> Tandoğan, s. 356.

<sup>66</sup> Aral, Fahrettin/ Ayrancı, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2018, s. 435 vd; Eren, s. 708 vd; Yavuz, s. 625 vd.

<sup>67</sup> Başpınar, Veysel, Vekilin (Avukatın, hekimin, Mimarın, bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Ankara 2004, s.74; Akartepe, Alpaslan, “Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliği”, Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erzincan 15-16 Mayıs 2006, Ankara 2007, s. 20; Uygur, s. 105; Reisoğlu, Seza, “Hekimlerin Hukukî Sorumluluğu”, Sağlık Hukukundaki Yeni



Hekim, hastanın sağlığına kavuşması amacıyla tıbbi m¼dahalede bulunur ve bu m¼dahaleyi gerçekleştirirken bir s¼rece ve belli bir zaman kısıtlamasına tâbi olmaksızın hareket eder. Hastanın sağlığına kavuşması için tıbbi m¼dahalede bulunan hekim, nısb olarak bağımsız şekilde iş gr¼r. Zira tıbbi m¼dahaleye bağlı olarak rahatsızlığın giderilmesi ve m¼dahale sonuçlarının anlaşılması benzeri durumlarda bu s¼renin ngr¼lmesi de çoğu zaman m¼mk¼n olmamaktadır. Bazı zellik arz eden durumlar istisna olmak kaydıyla hekim, hastaya karşı edim sonucundan değil; yalnızca edim fiilinden sorumlu tutulur. Bu sebeple hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişkinin temelinde vekâlet sözleşmesi yatar<sup>68</sup>.

Çalışmamızın konusu olan estetik amaçlı tıbbi m¼dahalelerden, sırf tedavi amaçlı gerçekleştirilen m¼dahaleler sebebiyle hekim ve hasta arasında kurulan hekimlik sözleşmesini vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirebiliriz. Ancak g¼zelleřtirme amaçlı estetik m¼dahalelerde hasta için asıl önem arz eden konu tıbbi m¼dahale gerçekleştirildikten sonra elde edilen sonuçtur. Bu sebeple g¼zelleřtirme amaçlı tıbbi m¼dahaleler sebebiyle hekim ve hasta arasında kurulan hekimlik sözleşmesinin vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmesini uygun görmemekteyiz. Kısacası, hekim tarafından verilen taahh¼t sırf hastalığın tedavisi, rahatsızlığın giderilmesi ise, edim sonucundan değil; edim fiilinden dolayı sorumluluk doğacağı için, hekim ile hasta arasındaki ilişki vekâlet sözleşmesine dayanmaktadır. Ancak hekim bunun yanında ek olarak tıbbi m¼dahale sonunda hastaya bir sonuç ngr¼yor ve taahh¼t ediyorsa o zaman hekimin edim sonucundan da sorumluluğu bulunacağı için hekim ve hasta arasındaki ilişki vekâlet sözleşmesi şartlarını sağlamayacaktır<sup>69</sup>.

---

Gelişmeler V.Sempozyumu, T¼rk Hukukunda Hekimin Hukukî ve Ceza Sorumluluğu, Ankara 12-13 Mart 1982, İstanbul 1983, s. 12; zt¼rkler, Cemal, Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbî M¼dahaleden Doğan Tazminat Davaları, Ankara 2006, s. 57; G¼neř, s. 49; G¼m¼ř, M. Alper, T¼rk İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin zen Borcu, İstanbul 2001, s. 221.

<sup>68</sup> Akartepe, s. 17; Atabek/Sezen, s. 142; Donay, S¼heyl, "Doktorun Hukuki Sorumluluğu", İktisadi ve Ticari Bilimler Dergisi, S.10, 1968, s. 45; zt¼rkler, s. 197; Zeytin, Zafer, "Vekâlet ve Eser Sözleşmeleri - Estetik Amaçlı Tıbbi M¼dahaleleri Konu Edinen Sözleşme İlişkilerinin Nitelendirilmesi", Tıp Hukuku Dergisi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Tıp Hukuku Araştırmaları Birimi Yayını, C. 3, S. 6, Y. 2014, s. 111.

<sup>69</sup> "Eser sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayıran önemli özelliklerinden birisi sonuç sorumluluğu, yani tarafların iradeleri doğrultusunda y¼klenici tarafından bir sonucun meydana getirilmesi taahh¼d¼d¼r. Zira; eser sözleşmesinde bir eserin yaratılıp teslim edilmesi borcu altına girilmektedir. Bu borcun altına giren taraf yani y¼klenici, işin mahiyeti gereği işi sadakat ve özenle yerine getirmek zorundadır. Sadakat borcu, y¼klenicinin iş sahibinin yararına olacak şeyleri yapması ve ona zarar verecek her t¼rl¼ eylemden kaçınmasıdır." 3. YHD, 03.03.2014 T., 2013/19068 E., 2014/3165 K., (E.T. 03.01.2019, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>).

### III. ESER (İSTİSNA) SÖZLEŞMESİ GÖRÜŞÜ

Eser Sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu'nun 7. Bölümünde (m. 470-486) düzenlenmiştir. İlgili kanunun 470. maddesi uyarınca eser sözleşmesi, “*yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.*” Şeklinde tanımlanmıştır. Niteliği itibariyle eser sözleşmesi, ani edimli, ivazlı, rızaî ve iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir<sup>70</sup>.

TBK uyarınca eser sözleşmesinin tarafları, iş sahibi ve yüklenicidir. İş sahibi, ödeyeceği bedel karşılığında eser meydana getirilmesini isteyen; yüklenici ise bahsi geçen eseri meydana getirmeyi taahhüt eden kişidir<sup>71</sup>.

TBK m. 470 uyarınca eser sözleşmesinin unsurları<sup>72</sup>, bir eser meydana getirme, eser meydana getirmeye karşılık ücret ödenmesi yahut ücret ödenmesi vaadi ve taraflar arasındaki anlaşmadır. Geçerlilik unsurlarını içerisinde bulunduracak şekilde kurulan eser sözleşmesi ile taraflar karşılıklı olarak borç altına girerler.

Eser sözleşmesinde yüklenicinin borçları TBK m. 471-478 arasında düzenlenmiştir. İlgili maddeler uyarınca yüklenicinin üç tane başlıca borcu bulunmaktadır. Bunlar, bir eser meydana getirme borcu, özen gösterme borcu ve eseri teslim etme borcudur<sup>73</sup>.

Eser sözleşmesinde iş sahibinin borçları ise TBK m. 479-481 arasında düzenlenmiştir. İlgili maddeler uyarınca iş sahibinin aslî borcu, yüklenici tarafından meydana getirilen eserin karşılığı olan bedeli ödeme borcudur<sup>74</sup>.

Çalışmamızın konusu olan estetik amaçlı tıbbi müdahaleler sebebiyle hekim ve hasta arasında kurulan ilişkinin eser sözleşmesi olduğu görüşü doktrinde ve Yargıtay kararlarında ağırlıklı olarak kabul görse de, bazı görüşlere göre bu tarz müdahalelerin eser

<sup>70</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz.: Eren, s. 584 vd.; Aral/Ayrancı, s. 359 vd.

<sup>71</sup> Eren, s. 605; Yavuz, s. 529.

<sup>72</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz.: Eren, s. 588 vd.; Yavuz, s. 530 vd.; Aral/Ayrancı, s. 361 vd.

<sup>73</sup> TBK uyarınca yüklenicinin tüm borçları sırayla, bir eser meydana getirme, araç, gereç ve malzeme sağlama, eseri teslim, mülkiyeti iş sahibine geçirme, yüklenicinin özen göstermesi ve ayıptan sorumlu tutulması borçlarıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Eren, s. 607 vd.; Yavuz, s. 538 vd.; Erzurumluoğlu, Erzan, Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Ankara 2018, s. 182; Aral/Ayrancı s. 369.

<sup>74</sup> İş sahibinin borçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Eren, s. 655 vd.; Yavuz, s. 558 vd.; Aral/Ayrancı, s. 369 vd.; Erzurumluoğlu, s. 177 vd.

sözleşmesine dâhil edilemeyeceği savunulmaktadır. Hekimlik sözleşmesinin eser sözleşmesi niteliğinde olmadığını savunan bazı görüşlere göre, hekimlik sözleşmesi kurulurken, hekimin hastayı mutlak surette iyileştirmeyi kabul etmesi, tıbbi müdahale sonucunda kesin bir vaatte bulunması, tıp bilimi gerek ve kurallarına uygun davranılsa bile her zaman mümkün olmayacaktır. Bu sebeple eser sözleşmesindeki “taahhüt edilen işin olumlu sonuçlanması” unsurunun hekimlik sözleşmesi unsuru olarak nitelendirilemeyeceği gerekçesiyle hekim ve hasta arasındaki ilişkinin eser sözleşmesi olarak kabul edilemeyeceği savunulmaktadır<sup>75</sup>.

Doktrindeki bir başka görüşe göre, hekimlik sözleşmesi kapsamında edim sonucu değil, edim fiili borçlanılmaktadır<sup>76</sup>. Günümüzde estetik amaçlı tıbbi müdahaleler her ne kadar eser sözleşmesi olarak kabul görse de, bu görüş hekimlik sözleşmesinin özü olan “hekim tarafından edim fiili borçlanması” esasına ters düşmektedir. Hekimlik sözleşmesi ağırlıklı olarak eser sözleşmesinin unsurlarını içeriyor gibi görünse de, bu ilişki eser sözleşmesi değil; bir vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmelidir. Hekim tarafından borçlanılan edim, ancak teknik konulu edimlerin sağlanması gibi istisnai durumlarda (protez üretimi) bir eser sözleşmesi olarak nitelendirilebilir. Bu gibi istisnai durumlar dışında her türlü tıbbi müdahalenin eser sözleşmesi olarak değil; vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerektiği savunulmaktadır<sup>77</sup>.

Yargıtay’ın eski bir kararına göre ise, eser sözleşmesine ilişkin sonucun gerektiği şekilde elde edilememesinden dolayı sorumluluğun yüklenicide olmasına rağmen, hekimlik sözleşmesinde, yüklenici sıfatına sahip olan hekimin böyle bir sorumluluğunun bulunmaması sebebiyle hekim ve hasta arasındaki hukuki ilişki eser sözleşmesine ilişkin bir nitelik taşımamaktadır<sup>78</sup>.

Doktrinde ve Yargıtay kararlarında ağırlıklı olarak, estetik amaçlı tıbbi müdahaleler sebebiyle hekim ve hasta arasında kurulan ilişkinin eser sözleşmesi olduğu kabul görmektedir. Hekimlik sözleşmesinin eser sözleşmesi niteliğinde olduğunu savunan doktrindeki bazı görüşlere göre, estetik amaçlı tıbbi müdahaleler, tedavi kavramı

---

<sup>75</sup> Er, s. 41; Akartepe, s. 17.

<sup>76</sup> Donay, s. 45.

<sup>77</sup> Zeytin, s. 110, 111.

<sup>78</sup> 9. YHD, 09.02.1999 T., 1998/1888 E., 1999/1810 K., (E.T. 30.10.2018 [https://www.kanunum.com/yargitay/XXXX/9-Hukuk-Dairesi-1998-18888-E,-1999-1810-K,-09021999-T\\_xxcid124061](https://www.kanunum.com/yargitay/XXXX/9-Hukuk-Dairesi-1998-18888-E,-1999-1810-K,-09021999-T_xxcid124061) ).

sınırlarında gerçekleştirildiği müddetçe vekâlet sözleşmesi niteliğindedir. Ancak hekim, tıbbi müdahale sonucunda belirli bir estetik güzellik sağlayacağını hastaya açıkça taahhüt etmişse, hekim ve hasta arasında kurulan ilişki artık vekâlet sözleşmesi değil; eser sözleşmesi niteliğindedir. Bu görüşe göre, örneğin, yüz germe, botoks, burun küçültme, diş protezi, takma bacak, kol ve göz gibi yapay organ takılması, göğüslere silikon takılması, kepçe kulak gibi estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde hekim belli bir sonucu üstlenmektedir. Bu tarz müdahalelerde hekim tarafından sadece edim fiilinin değil; ayrıca edim sonucunun da üstlenilmesi sebebiyle, artık taraflar arasında eser sözleşmesi niteliğinde bir borç ilişkisi bulunmaktadır. Bunun yanında, hekim ve hastanın, aralarında kurulan ilişkinin eser sözleşmesi niteliğinde olduğunu açıkça belirtmeleri de mümkündür<sup>79</sup>.

Doktrindeki bir başka görüşe göre, hekimin estetik amaçlı tıbbi müdahalesi sonucunda, eser sözleşmesindeki gibi, bir sonuç oluşturması gerekmektedir. Oluşturulan sonuç, tıp bilimi ve meslek kuralları çerçevesinde olumlu bir sonuç olarak nitelendiriliyorsa, hastanın bu sonuçtan memnuniyetsizliği önem taşımaksızın eser olarak kabul görür. Estetik müdahale sonucunda mutlaka yeni bir eser oluşturulmasının zorunlu olmayıp, var olan bir şeyin değiştirilip onarılması, düzeltilmesi de eser kavramı içerisinde kabul göreceği savunulmaktadır<sup>80</sup>.

Hekimlik sözleşmesinin eser sözleşmesi niteliğinde olduğunu kabul eden Yargıtay kararlarının bazıları şu şekildedir:

*“Yanlar arasında davacının memelerinin küçültülmesi yanında, meme başları da taşınmak suretiyle estetik bir görünüm kazandırılmasının da amaçlandığı, dolayısıyla, ameliyatı da plastik ve rekonsrüktif cerrahi uzmanı davalı Doktorun gerçekleştirdiği, böylece taraflar arasında eser sözleşmesi kurulduğu anlaşılmaktadır.”<sup>81</sup>*

---

<sup>79</sup> Hakeri, s. 537; Demir, s. 229; Gökcan, s. 475, 969; Temel, s. 235; Tandoğan, s. 39; Aşçıoğlu, s. 16; Gümüş, s. 221; Güneş, s. 55; Donay, s. 45; Reisoğlu, s. 12; Temel, s. 235; Uygur, s. 100.

<sup>80</sup> Petek, s. 192.

<sup>81</sup> 3. YHD, 15.03.2012 T., 2012/177 E., 2012/6939 K., (E.T. 12.03.2019, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>).

*“Bu nedenlerle mahkemece yapılacak iş, dosyanın küll halinde Adli Tıp Kurumu'na gönderilmek suretiyle ilgili ihtisas dairesinden taraflar arasında eser sözleşmesi ilişkisi kurulduğu gözetilerek davalının yapılan işte bir kusuru bulunup bulunmadığı(...)”<sup>82</sup>*

*“Taraflar arasında sözleşmenin kurulduğu tarih itibarıyla yürürlükte bulunan BK'nın 355. maddesi uyarınca eser sözleşmesi niteliğinde estetik müdahale söz konusu olup, Adli Tıp Kurumu mütalaasında eser sözleşmesi hükümlerine göre bir değerlendirme yapmamış, TBK'nın vekâlet hükümlerinin uygulandığı tedaviye ilişkin düzenlemelere göre somut olay tartışılmış ve hekimin ve hastanenin kusursuz bulunduğu açıklanmıştır. Oysa, eser sözleşmesinin niteliği gereği yüklenicinin edimin iş sahibinin yararına ve tekniğine uygun şekilde ve amacı doğrultusunda eseri teslim etmek ve iş sahibinin borcu ise bedelin ödenmesidir.”<sup>83</sup>*

*“Eser sözleşmesi niteliği gereği tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme türüdür. Eserde iş sahibinin borcu bedelin yükleniciye ödenmesi, yüklenicinin borcu ise, iş sahibinin amacına uygun, fen ve sanata uygun imal ve teslim yükümlülüğü bulunmaktadır. Estetik operasyonlarda da yüklenici yani estetik operasyonu yerine getiren doktorun edimini, iş sahibinin yani hastanın amacına ve isteğine uygun şekilde yerine getirmesi zorunludur.”<sup>84</sup>*

Bizim görüşümüze göre, estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde hekim ve hasta arasındaki ilişki değerlendirildiğinde genel olarak eser sözleşmesi niteliğindedir. Günümüzde, gerçekleştirilen estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde hasta için asıl önem arz eden konu, müdahaleden sonra elde edilen sonuçtur. Hasta hekimle sözleşme ilişkisi kurarken, hekimden edim sonucu için taahhüt beklemektedir. Bu tarz müdahalelerde hasta genellikle, kendisine teminat verilmişse hekim ile sözleşme kurmaktadır. Ancak uygulamada az rastlanmakla beraber, bir sonucun taahhüt ve temin edilmediği, hastanın da bu doğrultuda bir beklentisi olmadığı durumlarda taraflar arasındaki ilişkinin vekâlet sözleşmesi ilişkisi olduğundan söz edilebilecektir. Kısacası, sırf tedavi amaçlı olup,

<sup>82</sup> 15. YHD, 12.10.2017 T., 2017/692 E., 2017/3401 K., (E.T. 30.10.2018, <https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet>).

<sup>83</sup> 15. YHD, 10.04.2018 T., 2018/472 E., 2018/1457 K., (E.T. 30.10.2018, <https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet>).

<sup>84</sup> 15. YHD, 10.04.2018 T., 2018/479 E., 2018/1458 K., (E.T. 30.10.2018, <https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet>).

herhangi bir güzelleştirme amaç ve beklentisiyle gerçekleştirilmeyen estetik amaçlı tıbbi müdahaleler vekâlet sözleşmesi niteliğinde değerlendirilebilir. Ancak bunun haricinde ve çoğunlukta olan diğer tüm estetik amaçlı tıbbi müdahalelerin eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesini uygun görmekteyiz.

#### IV. HİZMET SÖZLEŞMESİ GÖRÜŞÜ

Hizmet Sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu'nun 6. bölümünde düzenlenmiştir. TBK m. 393/1 uyarınca 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. Kanundaki ilgili tanımlamaya göre hizmet sözleşmesinin en belirgin unsurlarını iş görme, ücret, zaman ve bağımlılık unsurları oluşturmaktadır<sup>85</sup>.

Hekimlik sözleşmesi bakımından hizmet sözleşmesi hükümlerinin uygulanabileceği kabul eden doktrindeki bir görüşe göre, *“Doktorun, hastasına bir hizmet gördüğü gerçektir. Ancak bu hizmet bedeni olmayıp, ilmi ve fikridir. Doktor, tıp ilminin verilerine uyararak hastasını ihtimamla tedaviye çalışır. Hasta da, buna karşılık bir ücret öder. Bir ücret karşılığı hastasına hizmet gören doktor, eğer muayyen veya gayri muayyen bir zaman için bu hizmeti görüyorsa, hizmet sözleşmesinin mevcudiyetini kabul etmek zaruridir. Bu bakımdan biz de, bir aile doktorunun anlaşmasını hizmet sözleşmesi olarak nitelendiriyoruz. Aynı şekilde belirli zamanlarda, bir ücret karşılığında hastasını muayene etmeyi üzerine alan doktorun yaptığı sözleşme de bir hizmet sözleşmesidir.”*<sup>86</sup>

Hizmet Sözleşmesi görüşünü aile hekimliği bakımından savunan doktrindeki bir başka görüşe göre ise, aile hekimliği sözleşmesinde, belirli bir hastalığın tedavisi söz konusu olmayıp, aile bireylerine düzenli olarak sağlık hizmeti sunulmaktadır. Bu sebeple aile hekimliği sözleşmesini hizmet sözleşmesi olarak nitelendirmek gerekmektedir. Hekimin yalnızca belirli konularda mesleğini ifa etmesi yönünden, hizmetini bağlı bulunduğu sağlık kurumuna karşı gerçekleştirmektedir. Bu sebeple de hizmet sözleşmesi

---

<sup>85</sup> Eren, s. 534; Erzurumluoğlu, s. 149; Yavuz, s. 467.

<sup>86</sup> Donay, s. 44.

hekim ve hasta arasında değil; hekim ile ilgili sağlık kurumu arasında kurulduğu kabul edilmelidir<sup>87</sup>.

Bizim de katıldığımız çoğunluk görüşü, hizmet sözleşmesi hükümlerinin hekimlik sözleşmesine uygulanamayacağı yolundadır. Hekim ve hasta ilişkisi yönünden hizmet sözleşmesinin unsurlarını değerlendirdiğimizde, işçi konumundaki hekimin işveren konumundaki hastanın direktifleri doğrultusunda ona bağlı olarak çalışmadığını görmekteyiz. Hatta hekimlik sözleşmesi yönünden hekim hastaya karşı değil; hastanın en kısa sürede iyileşmesi, tedavinin başarıyla sonuçlanması ve ızdırabın dinmesi için hekime karşı bağlılığından ve direktifleri doğrultusunda hareket etmesi gerekliliğinden söz edilebilir<sup>88</sup>. Ayrıca TDN m. 6 uyarınca, hekim tıp mesleğini uygularken hiçbir tesir altında kalmaksızın, tamamen vicdani ve mesleki kanaatine göre hareket eder. Ayrıca hekim, uygulayacağı tedavi yöntemini belirlemekte de serbesttir. Kısacası, hizmet sözleşmesi unsurlarından biri olan bağımlılık unsuru, hekimin hastaya karşı olan sorumluluk ve yükümlülüklerinden birisi değildir.

Hizmet sözleşmesi unsurlarından bir diğeri olan zaman unsurunun da hekimlik sözleşmesi unsurları kapsamında olmadığını görmekteyiz. Hekimin gerçekleştirdiği tıbbi müdahale her ne kadar belli bir sonuca yönelmiş olsa da bu sonuç için asıl olan süre değil tedavi amacının gerçekleşmesidir<sup>89</sup>. Tüm bu sebepler uyarınca aile hekimlerinin gerçekleştirdiği tıbbi müdahaleler de dâhil olmak üzere hekimlik sözleşmesinin hizmet sözleşmesi niteliğinde olduğu görüşüne katılmamaktayız.

## V. KENDİNE ÖZGÜ YAPISI OLAN (SUİ GENERİS) SÖZLEŞME GÖRÜŞÜ

Türk Borçlar Kanunu yahut başkaca özel bir kanunda düzenlenmemiş olan sözleşmelere isimsiz sözleşme denmektedir. Çalışmamızdaki sözleşme isminin hekimlik sözleşmesi olduğu gibi bahsedilen diğer sözleşmelerin de aslında isimleri bulunmaktadır. Bu tarz sözleşmelere isimsiz sözleşme denmesinin sebebi, gerçekten isimlerinin olmamasından değil; herhangi bir kanunda özel olarak düzenlenmemiş olmalarından kaynaklanmaktadır. İsimsiz sözleşme çeşitlerinden olan kendine özgü yapısı olan

---

<sup>87</sup> Reisoğlu, s. 12; Şenocak, Zarife, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara 1998, s. 20.

<sup>88</sup> Akartepe, s. 16.

<sup>89</sup> Aşcıoğlu, s. 19; Uygur, s. 98.

sözleşmeler ise, kanunda düzenlenen isimli sözleşmelerden herhangi birinin unsurunu içermemekte; taraflar kendilerinin öngördükleri yeni unsurlar oluşturarak yeni bir sözleşme meydana getirmektedirler<sup>90</sup>.

Doktrinde fazla savunayı bulunmamakla beraber, hekimlik sözleşmesinin Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen herhangi bir sözleşme tipine dâhil edilemeyeceği ve kendine özgü bir yapıya sahip olan isimsiz sözleşmelerden olduğu savunulmuştur. Bu görüşe göre; *“Hekim ile hasta arasındaki ilişki diğer hiçbir sözleşmede olmayan özellikler taşımaktadır ki, taraflar arasında sadece bireysel çıkarıya dayalı edim mübadelesi yerine, yardım, güven, anlayış, özen ve şefkat unsurlarının ağır bastığı bir ilişki söz konusudur. Taraflardan biri güç ve otorite sahibi bir uzman iken, diğer taraf yani hasta zayıf ve bilgisiz bir konumdadır.”* Bu sebeple hekimlik sözleşmesinden doğabilecek uyuşmazlıklar için Türk Borçlar Kanunu Genel Hükümleri doğrultusunda hareket edilmesi gerektiği savunulmuştur<sup>91</sup>.

Hukuki ilişkinin kendine özgü yapısı olan bir sözleşmeye dayalı olduğunu kabul edersek, sırasıyla şu şekilde bir yol izlenecektir: ilk olarak, uyuşmazlıkları çözmek için hekim ve hastanın kendi iradeleriyle koydukları özgün bir kural var ise bu kural uygulanacaktır. Eğer özgün bir kural koyulmamış ise, hâkim, Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri uyarınca uygunluk ve elverişlilikleri oranında hekimlik sözleşmesine uygulanabilecektir. Hâkim, varsa örf ve âdet kurallarını da bu sözleşmeye uygular. Ayrıca iş hayatında uzun zamandır uygulanan bu sözleşmeler için teamüller de göz önünde bulundurulur. Eğer böyle bir durum da söz konusu değil ise, hâkim kanun koyucu olsa idi önündeki olay için nasıl bir kural koyacak idiyse o şekilde bir kural koyar ve uyuşmazlığa koyduğu kuralı uygular<sup>92</sup>.

Hekimlik sözleşmesi kanunda ayrıca isimlendirilmiş bir sözleşme niteliği taşıyor olsa idi kendine özgü yapısı olan bir sözleşme olduğunu kabul edebilirdik. Ancak üst başlıklarda ayrıntılı olarak açıkladığımız üzere hekimlik sözleşmesi genel yapısıyla vekâlet sözleşmesi niteliği; çalışma konumuz olan estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde ise kısmen

---

<sup>90</sup> İsimsiz sözleşmeler ve çeşitleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Eren, s. 934 vd.

<sup>91</sup> Uygur, s. 103, 104; Er, s. 49; Güneş, s. 57; Atabek, Reşat / Sezen, Merih, “Hekimin Mesuliyeti”, İstanbul Barosu Dergisi, C.28, Y. 1954, s. 144 vd.

<sup>92</sup> Eren, s. 951; Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, İstanbul 2008, s. 13.



vekâlet sözleşmesi, çoğunlukta ise eser sözleşmesi niteliği taşımaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nda tanımlanmış bir sözleşme niteliğinde olması sebebiyle, hekimlik sözleşmesinin kendine özgü yapısı olan bir sözleşme olarak nitelendirilmesini uygun ve mümkün görmemekteyiz.

## İKİNCİ BÖLÜM

### HEKİMİN ESTETİK MÜDAHALELERDEN KAYNAKLANAN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN KAPSAMI VE ÖZELLİKLERİ

#### § 4. HEKİMİN SÖZLEŞMEDEN KAYNAKLANAN HUKUKİ SORUMLULUĞU

##### I. GENEL OLARAK

Hekim ile hasta arasında geçerli bir şekilde kurulmuş sözleşme varsa, hekimin hastaya karşı sorumluluğunun temeli bu sözleşmeye dayanır. Hekimin sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğunun oluşması için, hekim tarafından icraî yahut ihmâlî bir hareket gerçekleştirilmesi sebebiyle (borcun hiç yahut gerektiği gibi ifa edilmemesi) sözleşmenin ihlâlî söz konusu olmaktadır<sup>93</sup>.

Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin genel itibari ile vekâlet sözleşmesi niteliğinde olması sebebiyle, hekim hastaya karşı sadece işini özen, dikkat ve sadakat çerçevesinde en iyi şekilde yapacağı yönünde borç altına girmektedir<sup>94</sup>. Bundan başka, hastaya karşı edim sonucu için bir taahhüt verememektedir<sup>95</sup>. Ancak, estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde, istisnai haller<sup>96</sup> hariç olmak üzere, hasta ile hekim arasındaki ilişki eser sözleşmesi niteliğindedir. Bu sebeple, Hekimin hastaya karşı üstlendiği sorumluluk artmakta ve hastayı memnun edecek nitelikte bir eser meydana getirme borcu doğmaktadır<sup>97</sup>.

Estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde hekim ile hasta arasında kurulan sözleşmeden doğan asıl yükümlülük, bir eser meydana getirme borcudur. Hekimin, yine bu sözleşmeden doğan bazı yan yükümlülükleri bulunmaktadır. Hekimin asıl yükümlülüğü olan bir eser meydana getirme borcunun yerine getirilmesine hizmet eden bu yan yükümlülükler; teşhis (tanı) koyma ve en uygun tedaviyi seçip uygulama, tıbbi müdahaleyi bizzat gerçekleştirme,

<sup>93</sup> Öztürkler, s. 22; Ayan, s. 63; Petek, s. 193.

<sup>94</sup> Akartepe, s. 13.

<sup>95</sup> TDN m. 13(1) uyarınca hekim, tıp bilimi ve meslek kurallarına uygun olarak tıbbi müdahalede bulunur. Bu müdahale neticesinde dolayı hekim, gerekli özen, dikkat ve sadakati göstermişse, hastanın rahatsızlığının tedavi edilememesinden dolayı sorumlu tutulamaz.

<sup>96</sup> Güzelleştirme amacı olmaksızın, sırf tedavi amacıyla gerçekleştirilen estetik müdahaleleri bu durumda istisna olarak göstermemiz mümkündür.

<sup>97</sup> Akyıldız, s. 76.

hastanın aydınlatılması ve rızasının alınması, sadakat ve özen gösterme, araç ve malzeme sağlama, tedaviye zamanında başlama ve bitirme, eseri teslim etme, ayıbı üstlenme, kayda geçirme (arşivleme) ve sır saklama olarak sıralayabiliriz<sup>98</sup>.

## II. BİR ESER MEYDANA GETİRME BORCU

Bir eser meydana getirme borcu, Türk Borçlar Kanunu'nun 470. maddesinin hasta ile hekim arasında kurulan sözleşmeye uygun şekilde yorumlanmasından doğmaktadır. İlgili madde uyarınca hekim, hastanın gerçekleştirilmesini istediği tıbbi müdahaleyi sözleşmedeki şartlara uygun şekilde yapıp, hastanın beklentisi doğrultusunda bir eseri oluşturma borcunu üstlenmektedir<sup>99</sup>. Buradaki eser oluşturma ifadesinin içine, dar anlamıyla, yeni bir eser oluşturma<sup>100</sup> girdiği gibi; mevcut bir eserin değiştirilmesi veya onarılması<sup>101</sup> ve hatta mevcut bir eserin ortadan kaldırılması<sup>102</sup> da dâhil edilerek geniş anlamıyla yorumlanmalıdır<sup>103</sup>.

Genel olarak eser sözleşmesi kapsamında iş sahibi, eserin meydana getirilmesi sürecinde yükleniciye talimat verme yetkisine sahiptir. Bu yetki eserin bizzat oluşumu hakkında olabileceği gibi, eserin hangi yöntemlerle oluşturulacağına ilişkin de olabilir. İkinci haldeki yetkiye, “meydana getirme tarzına ilişkin talimat” denmektedir<sup>104</sup>. Ancak estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde, meydana getirme tarzına ilişkin talimat verilmesi mümkün değildir. Hasta ancak, vücudunda nasıl bir değişiklik istediğini, tıbbi müdahale sonucunda görünümünün nasıl olmasını istediği yönünde talimat verebilir. Bu doğrultuda hekim ve hasta, kanuna, ahlaka ve tıp bilimi kurallarına aykırı olmayan, kişilik hakkı ihlali oluşturmayan her türlü sonucun eser olarak oluşturulmasını aralarında kararlaştırabilirler. Hekim, hastanın talebi doğrultusunda bir eser oluşturarak, hastaya karşı bu borcundan kurtulur.

---

<sup>98</sup> Bu yan yükümlülükler, tıbbi müdahalelerin gerçekleştirilmesine dair Hekimlik Meslek Etiği Kuralları, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi gibi yasal düzenlemelerin ve Türk Borçlar Kanunu'nun eser sözleşmesiyle ilgili maddelerinin ilgili sözleşmeye uygun şekilde yorumlanmasından çıkartılmaktadır.

<sup>99</sup> Petek, s. 194.

<sup>100</sup> Örnek olarak doğuştan bulunmayan veya sonradan kaybedilen göz, kol, bacak gibi organların yerine protez takılması, saç ekimi ve diş implantı yapılmasını gösterebiliriz.

<sup>101</sup> Örnek olarak burun yapısının değiştirilmesi, göğüs dikleştirme, dudak dolgusu ve botoks işlemlerini gösterebiliriz.

<sup>102</sup> Örnek olarak vücuttaki istenmeyen tüyler için epilasyon yapılması ve ben aldırma işlemlerini gösterebiliriz.

<sup>103</sup> Eren, s. 594; Aral/Ayrancı, s. 365 vd.; Yavuz, s. 531; Erzurumluoğlu, s. 176.

<sup>104</sup> Eren, s. 608.

Hekimin hastaya karşı gerçekleştirdiği estetik amaçlı tıbbi müdahale, her ne kadar bir iş görme borcu doğuruyor olsa da, taraflar arasında kurulan sözleşmenin konusu açısından önemli olan, tıbbi müdahalenin kendisinden çok bu müdahale sonucunda ortaya çıkan ve objektif olarak gözlemlenebilen nihaî sonuçtur. Estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde de hekim ve hasta arasındaki uyumsuzluk genellikle bu noktada ortaya çıkmakta; hastanın beklentisini karşılar nitelikte bir eser oluşturulmaması sebebiyle hekim tarafından sözleşmenin gereği gibi ifa edilmediği iddia edilmektedir<sup>105</sup>.

Estetik amaçlı tıbbi müdahale gerçekleştirilirken, objektif değerlendirmelere göre tespiti mümkün olan belirli bir sonucun oluşturulması söz konusudur. Tıbbi müdahale sonunda çıkan bir uyumsuzluk durumunda, hastanın, hekimden gerçekleştirmesini istediği sonucu somut olarak kanıtlayamadığı durumlarda, objektif değerlendirmeler ışığında tıbbi müdahalenin uygun bir şekilde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği tespit edilir<sup>106</sup>.

Estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde, hastanın beklentisini karşılar doğrultuda eserin oluşturulmaması durumu genellikle nitelik yönünden ortaya çıkmaktadır. Ancak bazı istisnai durumlarda, nitelik yönünden olmasa dahi nicelik yönünden bir borca aykırılık hali bulunabilmektedir. Bu duruma hekim tarafından gerçekleştirilen saç ekim müdahalesinde, kafa derisine eklenen yeni saç köklerinin kalite yönünden hastayı memnun etmesine rağmen, eklenen saç kökü sayısının istenenden daha az olmasını örnek olarak gösterebiliriz. Hasta tıbbi müdahale sonucunda gerek nitelik gerekse nicelik yönünden, objektif değerlendirmeler dışında, hekimden özellikle bir sonuç istiyorsa<sup>107</sup>, bunun sözleşmede ayrıca belirtilmesi gerekmektedir. Aksi halde hastanın sırf kendi istediği şekilde sonuç elde edilememesi sebebiyle, hekimin eser meydana getirme borcunu yerine getirmediği gerekçesiyle herhangi bir sorumluluğu doğmayacaktır<sup>108</sup>.

Tüm bu anlatımlardan sonra önemle bahsetmek gerekir ki, hekimin bir eser yaratma borcu ancak, hastanın düzgün ve simetrik bir görünümüne sahip olmak istemiyle gerçekleştirilen güzelleştirme amaçlı estetik müdahalelerde mevcuttur. Bunun yanında hastanın fiziksel rahatsızlığı nedeniyle çektiği acıların sonlandırılması amacıyla

<sup>105</sup> Yavuz, s. 530; Aral/Ayrancı, s. 361.

<sup>106</sup> Erzurumluoğlu, s. 176; Yavuz, s. 530

<sup>107</sup> Hastanın hekime ayrıntılı olarak tarif ettiği, bir sanatçının görüntüsünün aynısını istediği yahut gösterdiği bir fotoğraftakiyle benzer şekilde yapılmasını istediği durumları buna örnek olarak gösterebiliriz.

<sup>108</sup> Petek, s. 195, 196.

gerçekleştirilen, güzelleştirme amacı bulunmayan, sırf tedavi amaçlı gerçekleştirilen estetik müdahalelerde hekimin sorumluluğu edim fiiliyle sınırlıdır<sup>109</sup>.

### III. TEŞHİS (TANI) KOYMA VE EN UYGUN TEDAVİYİ SEÇİP UYGULAMA BORCU

#### A. Genel Olarak

Hekim, estetik amaçlı tıbbi müdahale için kendisine başvuran hastanın rahatsızlığını gidermek amacıyla ilk olarak, teşhis (tanı) koymakla yükümlüdür. Teşhis koymak için ise öncelikle hastanın anemnezi (hasta öyküsü) alınmalıdır. Bunun ardından gerekli test, tetkik ve tahliller yapılarak hasta muayene edilmelidir. Tüm bu işlemler gerçekleştirildikten sonra da hasta için en uygun tedavi yöntemi seçilmelidir<sup>110</sup>.

Hekim, teşhis koymadan önce ve teşhis koyma amacına yönelik olarak, hasta öyküsü almak ve muayene yapmakla yükümlüdür. Bu sebeple, teşhis koyma borcunu kendi içerisinde üçe ayırarak; “hasta öyküsü alma”, “muayene etme” ve son olarak “teşhis koyma” borcu olmak üzere ayrı başlıklar altında incelemekte yarar görmekteyiz. Ayrıca, hekimin en uygun tedaviyi seçip uygulama borcunu da süreç yönünden; “müdahalenin gerçekleştirildiği süreç” ve “müdahale sonrası süreç” olarak ikiye ayırabiliriz. Ancak bunu ayrı başlıklar altında incelemek yerine, tek başlık altında “tedavi borcu” ismi altında incelemeyi daha uygun ve yerinde görmekteyiz.

---

<sup>109</sup> İlgili açıklamalarımız doğrultusunda, hekimin asıl yükümlülüğünün bir eser meydana getirmek olduğuna dair Yargıtay’ın ilgili bazı kararları şu şekildedir: “Eser sözleşmesinde, yüklenici belli bir sonucu (eser) taahhüt ettiğinden sonuç gerçekleşirse, yüklenici borcunu ifa etmiş sayılır.” 3. YHD, 13.02.2017 T., 2017/1223 E., 2017/1224 K., (E.T. 13.10.2018, <https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet>); “Saç ekimi operasyonundan doğan hukuki uyumsuzluk eser sözleşmesi hükümlerine göre çözümlenmelidir. Eser sözleşmesinde, yüklenici belli bir sonucu (eser) taahhüt ettiğinden sonuç gerçekleşirse, yüklenici borcunu ifa etmiş sayılır.” 3. YHD, 17.02.2014 T., 2013/18568 E., 2014/2337 K., (E.T. 13.10.2018, <https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet>); “Göğüs küçültme, karın ve basen bölgelerindeki yağların aldırılmasından doğan hukukî uyumsuzluk eser sözleşmesi hükümlerine göre çözümlenmelidir. Yüklenici (estetik hekimi) hangi yöntemi kullanırsa kullansın eserin ayıpsız olarak ortaya çıkması gerekir.” 3. YHD, 11.02.2016 T., 2015/1871 E., 2016/1669 K., (E.T. 13.10.2018, <https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet>).

<sup>110</sup> Şatır, Nejdət, Emsal Kararlar Işığında Kamu ve Özel Hastanelerde Çalışan Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Ankara 2018, s. 71, 72; Demir, s. 159, 160; Uygur, s. 133.

## B. Hasta Öyküsü Alma Borcu

Tedavi sürecinin, rahatsızlığın tanınması ve tedavi olarak iki evreye ayrılması durumunda, hasta öyküsünün alınması, rahatsızlığın tanınması evresinin ayrılmaz bir parçası olarak karşımıza çıkar. Çünkü gerçekten de başarılı bir estetik amaçlı tıbbi müdahale için rahatsızlığın iyi tanınması, rahatsızlığın iyi tanınması için de hasta öyküsünün titiz bir şekilde alınması gerekmektedir<sup>111</sup>.

Hasta öyküsü alma<sup>112</sup>, Hasta veya bir yakını tarafından, sübjektif olarak hatırlanabilen, hastanın rahatsızlığına ilişkin olarak, varsa hastanın başkaca sağlık sorunları, alerjik durumu, daha önceden geçirdiği kaza ve ameliyat gibi olayların aktarılması durumudur. Hekim, gerçekleştireceği estetik amaçlı tıbbi müdahaleden önce, rahatsızlığın sebebini saptamak ve en uygun tedaviyi seçip uygulamak için hasta ile istişare etmeli, hastanın anlattığı husus, şikâyet ve sorularını kayda geçirmeli, ilaçlara olan bilinen alerjisi varsa bu durumu ayrıca not almalıdır<sup>113</sup>.

Hekim, hasta öyküsü alırken, gerçekleştireceği estetik amaçlı tıbbi müdahale bakımından önem arz ettiğini düşündüğü konular hakkında hasta öyküsünü alır. Kimi durumlarda hastanın yaşadığı ortam, mesleği, çalıştığı iş ortamı gibi durumların öğrenilmesi önem kazanabilir. Hekim tüm bu hususları değerlendirirken, hastanın ruhsal ve psikolojik yapısını da göz önünde bulundurur. Tüm bunları yaparken gerek müdahaleden önce ve gerekse sonra, psikoloji alanında uzman bir hekimin görüşlerinden yararlanabilir<sup>114</sup>.

Hasta öyküsünün hiç alınmaması, eksik şekilde veya yetersiz tekniklerle alınması tıbbi uygulama hatasıdır<sup>115</sup>. Hasta öyküsü alınmaması durumunda, estetik amaçlı tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesi için nasıl bir müdahalede bulunulacağı tespit edilemeyecek ve gerekli müdahale zamanında başlatılamayacak; öykünün eksik alınması durumunda ise

---

<sup>111</sup> Gökcan, s. 148; Ayan, s. 65.

<sup>112</sup> Hasta öyküsü yanında ayrıca, aile öyküsü, ilaç öyküsü, biyografik öykü ve sosyal öykü gibi diğer çeşitleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Hakeri, s. 637 vd.

<sup>113</sup> Hakeri, s. 637; Gökcan, s. 148, 149; Ayan, s. 65; Polat, s. 163.

<sup>114</sup> Gökcan, s. 149; Özyay, s. 28.

<sup>115</sup> Hekim, hastanın daha önce bir başka hekim tarafından yapılan muayenesinin bulgularından yararlanabilir. Ancak sırf bunlara dayanarak müdahale gerçekleştirmemesi gerekir. Hekim, gerekli durumda öykünün hastadan dinlenmesine ek olarak hasta yakınlarından da bilgi istemelidir. Gerektiği halde hekimin bunları yapmaması durumunda, hasta öyküsünün eksik şekilde alındığı durumundan söz edilebilir (Bkz.: Ayan, s. 65).

hatalı bir müdahale gerçekleştirilmesi ihtimali oluşacaktır. Bu durumda hekimin, tıbbi kusuru sebebiyle hastaya karşı sorumluluğu doğacaktır<sup>116</sup>.

### C. Muayene Etme Borcu

Muayene genel anlamıyla, rahatsızlığın tanınması, önemli bir rahatsızlığın ortaya çıkmadan önce tespit edilerek erken tanı konulabilmesi yahut tedaviden sonra kontrol amacıyla tıbbi aletler ve her türlü imkânlar kullanılarak yapılan incelemedir<sup>117</sup>.

Hekim, hasta ile arasında kurduğu sözleşme sebebiyle, estetik amaçlı müdahalede bulunacağı bölgeyi ve hatta gerekli olması durumunda vücudun başkaca bölgelerini muayene etmek zorundadır. Muayene elle yapılabileceği gibi duruma göre röntgen, laboratuvar incelemeleri gibi modern teşhis araçlarıyla da yapılabilir<sup>118</sup>.

Hekimin muayene etmesinin gerekli olduğu durumlarda, hiç veya yeterli seviyede muayene edilmeden teşhis konulması ve tedavi yapılması durumunda başarılı sonuç alınamamışsa, hekimin bu sonuçtan sorumluluğu doğacaktır. Gerçekten de, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 2. maddesinde, hekimin muayene hususunda azami dikkat ve özeni göstermesi gerektiği vurgulanmıştır. Ayrıca, Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 23. maddesinde; *“hekim, acil vakalar gibi zorunlu durumlar dışında, hastasını bizzat muayene etmeden tedavisine başlayamaz.”* denmektedir. İlgili madde uyarınca, muayenenin tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek olan hekim tarafından bizzat gerçekleştirilmesi gerektiği de ayrıca anlaşılmaktadır<sup>119</sup>.

Hekim tarafından gerçekleştirilen muayenenin kapsamı, hastanın rahatsızlığını belirten şikâyetlerinden ve elde edilen her türlü bilgi ve bulgulardan yola çıkılarak araştırılan rahatsızlığın türüne göre tayin edilir. Hekimin gerçekleştirdiği muayene nitelik olarak teşhis amaçlı, önleme ve erken tanı koyma amaçlı ve kontrol etme amaçlı olabilir<sup>120</sup>.

---

<sup>116</sup>Birks, Peter, English Private Law, Oxford 2004, s. 142; Hakeri, s. 638; Gökcan, s.149.

<sup>117</sup> Hakeri, s. 639 vd.

<sup>118</sup> Petek, s. 196; Gökcan, s. 149.

<sup>119</sup> Gökcan, s. 149, 150.

<sup>120</sup> Gökcan, s. 149; Hakeri, s. 640; Ayan, s. 35 vd.

Teşhis amaçlı muayenede, hastanın mevcut bir rahatsızlığı bulunmaktadır ve hekim bu rahatsızlığın giderilmesi için gerçekleştireceği müdahaleyi belirlemek amacıyla hareket eder. Bu sebeple hastanın röntgen filminin çekilmesi ve laboratuvar tetkiklerinin yapılması benzeri birtakım işlemlerin yapılması teşhis amaçlı muayene kapsamındadır<sup>121</sup>. Teşhis amaçlı muayeneye, saç ektirmek isteyen birinin saç köklerinin sayısı ve sıklığının elle incelenmesini, implant diş yaptırmak isteyen birinin çene röntgeni çekilerek, diş kökleri ve çene kemiğinin uygun olup olmadığının tespit edilmesini örnek olarak gösterebiliriz.

Önleme amaçlı muayenede hekim, mevcut bir rahatsızlığın kötüleşmesini ve büyümesini durdurmak; varlığından şüphe edilen rahatsızlıklarda ise tedbir olarak hiç meydana gelmemesini sağlamak amacıyla hareket eder<sup>122</sup>. Önleme ve erken tanı koyma amaçlı muayeneye, vücuttaki yanık yahut yara izinin iyileşmesinden sonra iz kalmaması için yapılan tetkikler ile ergenlik başlangıcı gibi durumlarda oluşması muhtemel sivilcelerin en aza indirgenmesi ve hatta hiç çıkmaması amacıyla yapılan tetkik ve işlemleri örnek olarak gösterebiliriz.

Kontrol amaçlı muayenede ise hekim, hastanın rahatsızlığının tekrarlama ihtimalini ortadan kaldırmak, iyileşme sürecini takip ederek hastayı koruma yükümlülüğünü sağlamak ve tıbbi müdahalenin başarılı şekilde gerçekleşip gerçekleşmediğini değerlendirmek amacıyla hareket eder<sup>123</sup>. Kontrol amaçlı muayeneye, burun yapısının değiştirilmesi amacıyla gerçekleştirilen bir müdahale sonrası kemiğin düzgün şekilde oturup oturmadığı, atılan dikişlerin tutup tutmadığı ve müdahalenin başarısı durumuna göre düzeltme ameliyatının gerekip gerekmediği durumlarının değerlendirilmesini örnek olarak gösterebiliriz.

---

<sup>121</sup> Ayan, s. 35; Savaş, s. 56.

<sup>122</sup> Hakeri, s. 640.

<sup>123</sup> Gökcan, s. 149; Hakeri, s. 640; Ayan, s. 35.



#### D. Teşhis Borcu

Teşhis, hastada ortaya çıkan rahatsızlığın tanınması, öğrenilmesidir. Hastanın öyküsü dinlenip muayene edildikten sonra hekim, kişisel tecrübelerinden de yararlanarak rahatsızlığın ne olduğunu belirler. Hekim tarafından uygun tedavi yönteminin seçilerek rahatsızlığın giderilmesi, iyi bir teşhise bağlıdır<sup>124</sup>.

Hekimin teşhis koyabilmesi için, tıp bilimine kabul edilen standartlara uygun bir şekilde ve özenle araştırma yaparak elde ettiği bulgular doğrultusunda bir karar vermesi gerekmektedir. Ancak hekimin koyduğu teşhis, her zaman rahatsızlığın ve nedenlerinin net bir şekilde tanınmasını zorunlu kılmaz. Burada önemli olan husus, hekim tarafından doğru teşhisi koyabilmek adına tıp mesleği standartlarına uygun bir şekilde davranılmış ve gerekli özenin gösterilmiş olmasıdır. Ancak, doğru teşhisi koymak adına tıp mesleği standartlarına uygun bir şekilde davranmaması, bulguların değerlendirilmesinde özensizlik göstermesi yahut bilgisizliği nedeniyle hatalı teşhis koyması durumunda hekim sonuçtan sorumlu tutulur<sup>125</sup>.

Hekim bazı durumlarda gerekli teşhisi koyamayabilir. Bilgi eksikliği, malzeme yahut personel yetersizliği gibi sebeplerle teşhis koyamayacağını anlayan hekimin, bu durumu hastasına söyleyerek, gerekirse hastasını bu konuda uygun tıbbi standartları sağlayabilecek bir başka hekime yahut hastaneye sevk etmesi gerekir. Ancak, hastanın sevk edilmesine çeşitli nedenlerle zaman yahut imkân bulunmadığı hallerde hekim, kendi imkânları, bilgi ve tecrübesi dâhilinde müdahalede bulunmalıdır<sup>126</sup>.

Hekim teşhis koyarken, rahatsızlığın tanınması yönünden en az hata payı olan, hastayı en az masrafa sokacak ve hastaya en az zorluk çıkartacak yöntemi tercih etmelidir. Ancak hekim bu doğrultuda hareket ederken, tıbben güvenilir yöntemlerden uzak bir teşhis yöntemi uygulamaktan kaçınmalıdır<sup>127</sup>.

---

<sup>124</sup> Demir, s. 159, 160; Petek, s. 196; Uygur, s. 134; Gökcan, s. 150; Hakeri, s. 642, 643.

<sup>125</sup> Şenocak, s. 61, 62; Arı, s. 24; Ayan, s. 65, 66; Gökcan, s. 150, 151; Petek, s. 196, 197.

<sup>126</sup> Gökcan, s. 151.

<sup>127</sup> Gökcan, s. 151.

## E. Tedavi Borcu

Hekim hastanın rahatsızlığı hakkında teşhis koyduktan sonra, rahatsızlığın giderilmesi için tedavi sürecine geçer. Hekim bu süreçte, hastanın rahatsızlığını gidermeye yönelik olarak, tıp biliminde kabul edilen kurallar ve teknik gereklere uygun olan tedavi yöntemlerini uygulamalıdır. Dolayısıyla, hekimden, rahatsızlığı gidermeye yönelik olarak, tedavi yöntemleri arasından en uygun olanı seçip uygularken, hastasına hiç veya en az zarar verecek ve fakat şansının en yüksek olduğu tedavi yöntemini uygulaması beklenir. Nitekim doktrinde kabul edilen “en güvenilir yol ilkesi” uyarınca, hekim, riski en az fakat başarı ihtimalinin en yüksek olduğunu düşündüğü tedavi yöntemini seçip uygulamalıdır<sup>128</sup>. Bu sebeple, hekim, bir rahatsızlığın tedavisinde genel olarak kabul edilmiş geleneksel bir tedavi yöntemi varken, daha çok risk barındıran ve modern olmayan başka bir tedavi yöntemini tercih eder ve bu tedavi yöntemi sebebiyle hastasına zarar verirse, tedavi kusuru olan bir eylemde bulunmuş olur<sup>129</sup>.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi’nde de bu konu hakkında ayrıntılı şekilde düzenlemeler bulunmaktadır. Bu doğrultuda TDN m. 2’de; “*Tabip (...)tedavi hususunda âzami dikkat ve ihtimamı göstermekle mükelleftir.*” denmektedir. Ayrıca TDN m. 6’da; “*Tabip ve dış tabibi, sanat ve mesleğini icra ederken, hiç bir tesir ve nüfuza kapılmaksızın, vicdanî ve meslekî kanaatına göre hareket eder. Tabip ve dış tabibi, tatbik edeceği tedaviyi tâyinde serbesttir.*” demek suretiyle hüküm altına alınmıştır. İlgili maddeler uyarınca hekim, rahatsızlığın tedavi yöntemini belirlerken, her bir hastanın birbirinden farklı olan bedensel, ruhsal ve psikolojik özelliklerine göre ve somut olaya göre özel durum ve koşulları değerlendirerek uygun olan tedavi yöntemini belirlemelidir<sup>130</sup>.

Gerçekten de, Yargıtay’ın, hekimin tedavi borcu ve tedavi yöntemini seçme hakkı ile ilgili bir kararında; “*Vekil, hastanın zarar görememesi için, mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumunu gerektirdiği önlemleri eksiksiz bir şekilde almak, uygun tedaviyi de yine*

<sup>128</sup> “Doktor, ufak bir tereddüt gösteren durumlarda, bu tereddütü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada koruyucu tedbirler almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında seçim yaparken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmalı, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınmalı ve en emin yolu tercih etmelidir.” 13. YHD, 02.03.2015 T., 2014/15409 E., 2015/6161 K., (E.T. 07.03.2019, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>).

<sup>129</sup> Şatır, s. 71, 72; Demir, s. 160; Petek, s. 197; Gökcan, s. 151; Ayan, s. 66; Arı, s. 25; Şenocak, s. 62; Başpınar, s. 144.

<sup>130</sup> Demir, s. 161; Petek, s. 197.

gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa bir tereddüt doğuran durumlarda, bu tereddüdünü ortadan kaldıracak araştırmaları yapmak ve bu arada da koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir seçim yapılırken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmak, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınmak ve en emin yol seçilmek gerekir.” ifadesine yer vermiştir<sup>131</sup>.

Hekim, her zaman, bir rahatsızlığın tedavisinde genel olarak kabul edilmiş ve en az riski barındıran geleneksel bir tedavi yöntemini uygulamak zorunda değildir. Ancak bunun için, hekim tarafından tercih edilen daha riskli yöntemin, geleneksel tedavi yöntemindeki riske nazaran bir o kadar daha yüksek oranda başarı ihtimali bulunmalıdır. Ayrıca hekimin, bu doğrultuda hastasını aydınlatma ve rızasını alma şartı bulunmaktadır<sup>132</sup>. İlgili husus TDN m. 10’da; “Araştırma yapmakta olan tabip ve dış tabibi, bulduğu teşhis ve tedavi usulünü, yeter derecede tecrübe ederek faydalı olduğuna veya zararlı neticeler tevhit etmeyeceğine kanaat getirmediğçe, tatbik veya tavsiye edemez. ancak, yeter derecede tecrübe edilmemiş olan yeni bir keşfin tatbikatı sırasında alınacak tedbirler hakkında ilgililerin dikkatini celbetmek ve henüz tecrübe safhasında olduğunu ilâve etmek şartı ile, bu keşif tavsiye edebilir.” şeklinde düzenlenmiştir.

Hekimin uygulayacağı tedavi yönteminin kapsamına, tıbbi müdahaleden sonraki süreç de girmektedir. Rahatsızlığın en kısa sürede ve olağan şekilde atlatılarak, istenilen sonuca ulaşmak için hekim tarafından bir takım tedbirler alınmalıdır. Bu tedbirlerin bazıları, hekim tarafından gerçekleştirilmesi gereken uygulamalar; bazıları ise hekimin tavsiye ve talimatları doğrultusunda hastanın gerçekleştirmesi gereken uygulamalardır. Hekim, rahatsızlığın iyileşme sürecini belirli sıklıkla kontrol ederek takip etmeli, gerekli gördüğü ilaçları hastaya reçete düzenlemeli ve diğer ek iyileşme yöntemlerini uygulamalıdır. Hasta da, hekimin kendisinden yerine getirmesini istediği davranış ve tavsiyeleri uygun hareket etmelidir. Hekim gerekli olduğu ölçüde hasta tarafından tavsiye ve talimatlarına uyulup uyulmadığını da kontrol etmelidir<sup>133</sup>.

---

<sup>131</sup> 13. YHD, 24.02.2014 T., 2013/7942 E., 2014/4763 K., (E.T. 13.11.2018, <https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet> ).

<sup>132</sup> Zevkliler, s. 24; Petek, s. 197, 198.

<sup>133</sup> Gökcan, s. 152; Petek, s. 198.

#### IV. TIBBİ MÜDAHALEYİ BİZZAT GERÇEKLEŞTİRME BORCU

TBK m. 471/3 uyarınca hekim, estetik amaçlı tıbbi müdahaleyi kural olarak bizzat gerçekleştirmek yahut kendi yönetimi altında olan bir başkasına yaptırmakla yükümlüdür. Estetik amaçlı tıbbi müdahalenin bizzat hekim tarafından yahut onun yönetimi altında olan bir başkası tarafından yapılması borcu, hasta tarafından hekimin yetenek ve becerilerine önem verilmesi ve aralarında güven ilişkisinin bulunmasına dayanmaktadır<sup>134</sup>.

İlgili madde uyarınca, hekimin üstlendiği eser meydana getirme borcu ifa edilirken üç ayrı durumdan söz edilebilir. İlk durumda, gerçekleştirilecek olan tıbbi müdahale, hekimin kişiliğine sıkı sıkıya bağlı bir edimdir. Burada “mutlak şahsilik ilkesi” geçerli olduğundan hekim tıbbi müdahaleyi ancak kendisi gerçekleştirebilecektir. Hekimlik sözleşmesi uyarınca hekim, “kişiye sıkı sıkıya bağlı edim” olan estetik amaçlı tıbbi müdahaleyi de bizzat gerçekleştirmek zorunda olması sebebi ile herhangi bir üçüncü kişinin yardımından da yararlanabilmesi söz konusu olmayacaktır<sup>135</sup>.

İkinci durumda hekim, tıbbi müdahaleyi bizzat kendisi değil, kendi yönetimi altında bulunan üçüncü kişiler gerçekleştirir. Burada da hekimin yetenek, beceri ve güvenilirliği önem taşımakla beraber, gerçekleştirilecek olan tıbbi müdahale, hekimin kişiliğine sıkı sıkıya bağlı edim değildir. Bu durumda hekim, tıbbi müdahaleyi bizzat gerçekleştirilmekte, ancak yönetmektedir<sup>136</sup>. Örneğin burun estetiği ameliyatına başlarken dudakla burun arasındaki kesi işleminin yardımcı hekime yaptırılması yahut anestezinin hemşire tarafından uygulanması hekimin gözetimi altında mümkündür.

Ayrıca hekim, rahatsızlığın teşhisi yahut tedavi ile ilgili bazı girişimlerin bizzat kendisi değil, yardımcıları aracılığıyla gerçekleştirilmesi de mümkündür<sup>137</sup>. Örneğin saç ektirmek isteyen bir hastanın saç köklerinin sıklığı ve kalınlığının muayene edilmesi veya alerjik bir durumunun olup olmadığının tespiti için yapılan kan tahlilleri, başka bir hekim veya sağlık personeline devredilebilecek işlemlerdir.

<sup>134</sup> Eren, s. 608; Aral/Ayrancı, s. 369, 370; Erzurumluoğlu, s. 182, 183; Yavuz, s.540; Arı, s. 25; Hancı, s. 158; Başpınar, s. 178.

<sup>135</sup> Eren, s. 609; Aral/Ayrancı, s. 370; Erzurumluoğlu, s. 182, 183; Yavuz, s.540.

<sup>136</sup> Eren, s. 609; Aral/Ayrancı, s. 370; Erzurumluoğlu, s. 182, 183; Yavuz, s.540, 541.

<sup>137</sup> Demir, s. 148; Ayan, s. 67, 68; Özdemir, Hayrünnisa, Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Ankara 2004, s. 91; İpekyüz, Filiz Yavuz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul 2006, s. 95.

İstisnai olarak görülen üçüncü durumda ise, gerçekleştirilecek estetik amaçlı tıbbi müdahalenin mahiyeti yönünden, hekimin kişisel özellikleri, yetenek ve becerisi önem taşımamakta yahut tıbbi müdahaleyi bizzat uygulaması mümkün olmamaktadır. Bu sebeple hekim, tıbbi müdahalenin bir kısmını yahut tamamını bir başka hekime bırakabilir<sup>138</sup>. Bu durumda bile hekim, hastanın rızasını almalı, yerine tıbbi müdahalede bulunacak hekimi bilgilendirmeli ve talimat verirken özen göstermelidir. Ancak yerine geçen hekimi denetlemek ve gözetim altında tutmak zorunda değildir<sup>139</sup>. Örneğin belirli seanslar dâhilinde yapılan epilasyon işleminde, hekimin rahatsızlığı sebebiyle ilgili işlemi gerçekleştiremeyecek durumda olması, ancak epilasyon seansının yapılmaması durumunda önceki seansların etkisinin de geçmesi gibi durumlarda, hastanın rızasının da alınması şartıyla, bir başka hekimin müdahalede bulunması mümkündür.

Estetik amaçlı tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesinde yardımcı kişi kullanan hekimin, yardımcı kişiyi seçerken, talimat verirken, gözetim ve denetimini yaparken özen göstermesi gerekmektedir. Hekim her ne kadar tıbbi müdahaleyi kendi yönetimi altında bulunan yardımcı kişiye yaptırmış olsa da, bunu kendisi yapmış sayılmakta ve sorumluluğu kendi üzerine almış bulunmaktadır. Kısacası, kusurlu hareket eden taraf yardımcı kişi olsa dahi, hastaya karşı sözleşmesel sorumluluk, TBK'nın "adam çalıştırmanın sorumluluğu" başlıklı 66. maddesi ve "yardımcı kişilerin sorumluluğu" başlıklı 116. maddesi uyarınca hekime aittir. Ancak TBK m. 66/4 uyarınca hekim, yardımcısının kusurundan dolayı uğradığı zararı kendisine rücu etme hakkına sahiptir<sup>140</sup>.

Hekim, tıbbi müdahale işlemini yardımcı kişiye, kendi ad ve hesabına yapması için kendi aralarında kurdukları yeni bir eser sözleşmesi ile devreder. Bir başka anlatımla, hekim ile yardımcı kişi arasında, "alt yüklenicilik sözleşmesi" adı altında ve ilk sözleşmeden bağımsız olarak yeni bir eser sözleşmesi kurulmuş olur. Bu sebeple yardımcı kişinin kusurundan dolayı, sözleşmesel olarak ancak hekime karşı sorumluluğu söz konusudur. Yardımcı kişi ile hasta arasında sözleşmesel bir ilişki bulunmaması sebebiyle, yardımcı kişinin hastaya karşı sorumluluğu, şartlar oluşmuşsa ancak haksız fiil hükümleri uyarınca gerçekleşecektir<sup>141</sup>.

---

<sup>138</sup> Eren, s. 609; Aral/Ayrancı, s. 371; Erzurumluoğlu, s. 182, 183; Yavuz, s.540.

<sup>139</sup> Arı, s. 27; Ayan, s. 70; Şenocak, s. 101.

<sup>140</sup> Eren, s. 612; Aral/Ayrancı, s. 373, 374; Erzurumluoğlu, s. 182, 183; Yavuz, s.544; Petek, s. 199; Arı, s. 26.

<sup>141</sup> Eren, s. 612; Aral/Ayrancı, s. 373, 374; Yavuz, s.544; Arı, s. 26; Ayan, s. 70; Şenocak, s. 100.

## V. HASTANIN AYDINLATILMASI VE RIZASININ ALINMASI BORCU

### A. Hastanın Aydınlatılması Borcu

#### a. Genel Olarak

Aydınlatma kavramının ne anlama geldiğinin ve başlıca niteliklerinin belirlenmesi, gerçekleştirilecek tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu ve bundan dolayı hekimin hukuki sorumluluğunun tespiti yönünden büyük bir öneme sahiptir. Aydınlatma, hekim yönünden bir borç; aydınlatılma ise, hasta yönünden bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>142</sup>.

Aydınlatma borcu, hasta üzerinde gerçekleştirilecek müdahaleye neden gerek duyulduğu, müdahale gerçekleştirilmediği ve gerçekleştirildiği durumlarda sağlığının nasıl etkileneceği hususlarında kendisinin bilgilendirilmesi ve bu doğrultuda gerçekleştirilmesi planlanan müdahaleye dair serbestçe karar verebileceği yeterlilikte aydınlatılması ile yerine getirilir. Bu sebeple, hekimin aydınlatma borcu, hastanın geçerli bir irade ile rıza göstermesi için ön koşul niteliği taşımaktadır<sup>143</sup>.

Aydınlatma borcunun temel dayanağını Anayasa'nın 17. maddesi oluşturmaktadır. İlgili maddede; *“Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.”* Denmek suretiyle, ilk olarak hastanın yaşama hakkı ile maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı güvence altına alınmıştır. Hastanın, üzerinde gerçekleştirilecek müdahale hakkında bilgi sahibi olmadan, bahsedilen haklarını koruması mümkün değildir. Ayrıca aynı maddenin devamında tıbbi müdahalenin, zorunluluk halinde yahut kanunda gösterilen şartlar oluştuğunda gerçekleştirilebileceği belirtilmiştir. Buradan da, tıbbi müdahaleye

---

<sup>142</sup> Kaya, Mine, “Estetik Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğünün Kapsamı”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 11, S. 117, Y. 2016, s. 25.

<sup>143</sup> Beauchamp, L. Tom/Childress, F. James, Principles of Biomedical Ethics, New York 1979, s. 63; Tandoğan, s. 76; Şenocak, s. 98.99; Gökcan, s. 215; Ayan, s. 68; Özdemir, s. 91; Yılmaz, Battal, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2017, s. 54; Zeytin, Zafer, Hasta-Hekim İlişkinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, IV. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Ankara 2012, (Kısaltma: Aydınlatma), s. 5.

hasta tarafından rıza gösterilmesi ve hastanın kendi geleceğini serbestçe belirleme hakkının olduğu kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir<sup>144</sup>.

## b. Aydınlatma Türleri

Hekimin aydınlatma borcu, hasta ile sözleşme görüşmesinin başlangıcından sözleşmenin tamamlanmasına kadar olan bütün tedavi aşamalarını kapsamaktadır<sup>145</sup>. Aydınlatma borcunun kapsamını düzenleyen Hasta Hakları Yönetmeliğinin “bilgilendirme kapsamı” başlıklı 15. maddesine göre;

*“Hastaya;*

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

Yönetmeliğin ilgili maddesinden yola çıkarak doktrinde yapılan ve bizim de katıldığımız bir sınıflandırmaya göre aydınlatma borcunu, işlev yönünden, karar (müdahale, otonomi) aydınlatması ve tedavi (güvenlik, koruma) aydınlatması olmak üzere ikiye ayırmak mümkündür<sup>146</sup>.

---

<sup>144</sup> Jonsen, Albert/Siegler, Mark/Winslade, William, Clinical Ethics, Newyork 2002, s. 49; Gökcan, s. 215; Hakeri, Malpraktis, s. 44; Zeytin, Aydınlatma, s. 5.

<sup>145</sup> Hakeri, s. 255; Kaya, s. 26.

<sup>146</sup> Hakeri, s. 255; Kaya, s. 26; Bir görüşe göre bu sınıflandırmada “ekonomik aydınlatma” olmak üzere üçüncü bir sınıflandırmaya gidilmiştir(Bkz.: Demir, s. 173). Ancak biz ekonomik aydınlatmayı ayrıca değil; “karar (müdahale) aydınlatması” içerisinde incelemeyi tercih etmekteyiz. Ayrıca bir başka görüşe göre ise üçüncü sınıflandırma olarak “bilgilendirme aydınlatması” gösterilmiştir(Bkz.: Zeytin, Aydınlatma, s. 7, 8). Bizim görüşümüze göre, “bilgilendirme” ve “aydınlatma” kavramları hekimin borçları kapsamında eşdeğer olması sebebiyle böyle bir ayrıma gitmek gereksizdir.

Karar aydınlatmasında hekim, uygulanacak müdahale yöntemi, tedavi süreci ve müdahale sonucunda oluşabilecek riskler gibi hastanın müdahaleye dair kararını etkileyecek konular hakkında bilgi verir. Bu bilgiler doğrultusunda hasta, kendi geleceğini serbestçe belirleme hakkına dayanarak, rızasını açıklayarak ilgili müdahalenin gerçekleştirilmesi yönünde hekime izin verebilir<sup>147</sup>.

Hekim tarafından yapılan karar aydınlatması da kendi içerisinde üçe ayrılmaktadır. Bunların ilki olan teşhis aydınlatmasına göre, hekim tarafından hastanın öyküsü dinlendikten ve muayene edildikten sonra elde edilen bulguların hastaya açıklanması gerekir. İkinci olarak, süreç aydınlatmasına göre, hekim, hastaya uygulanacak müdahalenin türü, süresi, hastanın katlanması gereken masraf miktarı, alternatif müdahale türleri, müdahaleyi kabul etmemesi durumundaki muhtemel olumsuz sonuçlar<sup>148</sup>, tedavi sonrasında hastanın nasıl hareket etmesi gerektiği ve iyileşme sürecinde uyması gereken kurallar hakkında bilgi vermesi gerekir. Üçüncü olarak, risk aydınlatmasına göre, hekimin, gerekli özeni göstermesine ve müdahalenin kusursuz gerçekleştirilmesine rağmen meydana gelebilecek muhtemel riskler hakkında hastasını bilgilendirmesi gerekir<sup>149</sup>.

Tedavi aydınlatmasında amaç, karar aydınlatmasından farklı olarak, hastanın geleceğini serbestçe belirleme hakkını kullanmasını sağlamak yahut rızasını almak değildir. Buradaki amaç, müdahalenin gerekliliği hakkında hastanın bilgilendirilmesi, tedavi aşamasındaki hastayı tavsiyelerle yönlendirerek muhtemel tıbbi tehlikelerden korunması ve tedavi sürecini başarılı bir şekilde geçirmesi için dikkat etmesi gereken

---

<sup>147</sup> Gökcan, s. 222; Hakeri, s. 255; Kaya, s. 26; Yargıtay'ın ilgili bir kararına göre, "davalı yüklenicinin, davacı iş sahibini, eser sözleşmesinin ifasından sonra ortaya çıkabilecek komplikasyonlar hakkında bilgilendirmediği; dolayısıyla, özen ve sadakat borcunu gereğince yerine getirmeyen davalı yüklenicinin ortaya çıkan zarardan sorumlu bulunduğu ortadadır." demek suretiyle, hastasını muhtemel komplikasyonlar hakkında bilgilendirmeyen hekimin, aydınlatma borcunu gerçekleştirmediğine hükmetmiştir. Bkz.: 3. YHD, 24.12.2014 T., 2014/7809 E., 2014/17157 K., (E.T. 08.02.2019, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasistemciWeb/pf/sorgula.xhtml> ).

<sup>148</sup> Zorunluluk hali bulunmayan estetik amaçlı tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmemesi durumunda muhtemel bir olumsuz sonuç olmadığından, burada süreç aydınlatmasının mahiyeti farklıdır. Bu tarz durumlarda, müdahalenin gerçekleştirilebileceği birden fazla yöntem bulunmakta ise hasta, hekim tarafından önerilen yöntemin uygulanmaması halinde, diğer müdahalenin önerilen müdahaleye kıyasen olumsuzlukları hakkında bilgilendirilmelidir (Petek, s. 202).

<sup>149</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz.: Hakeri, s. 255 vd; Gökcan, s. 221 vd; Kaya, s. 26 vd; Yargıtay'ın ilgili bir kararına göre; "işçi yüklenen doktor, BK. nun 357/son (TBK. nun 472/son) maddesi uyarınca, tıp bilimidaki bilimsel ve teknik gelişmeler ile kendi tecrübeleri doğrultusunda, hastayı mevcut hastalıklarının ve tıbbi müdahalenin riskleri ile yan etkilerinin ne olduğu konusunda yazılı bildirim ile aydınlatmalıdır. Bu bildirim (risk aydınlatmasının) usulünce yapılmış olması ve hastanın kusurunun bulunmaması durumunda sorumluluktan kurtarır." 3. YHD, 08.02.2016 T., 2015/17764 E., 2016/1256 K., (E.T. 12.02.2019, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasistemciWeb/pf/sorgula.xhtml> ).



davranış şekillerine uymasını sağlamaktır<sup>150</sup>. Hekim tarafından tedavi aydınlatması yapılmaması, hasta ile arasında kurulan sözleşmeye aykırı davranmak sebebiyle bir tedavi kusurudur ve hukukî kapsamda sorumluluğuna sebep olur. Ancak, hastanın rızasının geçerliliğini etkileyen bir durum olmaması sebebiyle, hekimin cezaî kapsamda bir sorumluluğuna sebep olmamaktadır<sup>151</sup>.

### c. Aydınlatmanın Kapsamı

Hekimin hastayı hangi konularda bilgilendirmesi gerektiği ve bu bilgilendirmenin kapsamının ne kadar olması gerektiği konusu, mevzuatımızdaki bazı hükümler içerisinde genel hatlarıyla gösterilmiştir. İlk olarak, TDN m. 14/2’de; *“Hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır. Ancak, hastalığın, vahim görülen akibet ve seyrinin saklanması uygundur.”* demek suretiyle asıl olanın hastanın aydınlatılması olduğu vurgulanmış; hangi hallerde aydınlatmanın tam olarak yapılmayabileceği kısaca açıklanmıştır.

Biyo-tıp Sözleşmesi’nin 5. maddesinde; *“Bu kişiye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir.”* Denerek hekimin normal şartlar altında hastasını aydınlatması gerektiği belirtilmiştir. İlgili kanunun 8. maddesinde ise *“Acil bir durum nedeniyle uygun muvafakatın alınamaması halinde, ilgili bireyin sağlığı için tıbbî bakımdan gerekli olan herhangi bir müdahale derhal yapılabilir.”* dendiikten sonra, 9. maddesi *“Müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek bir durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbî müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekler gözönüne alınacaktır.”* şeklinde devam ederek, hekimin aydınlatma borcunun azaldığı yahut ortadan kalktığı durumlar genel hatlarıyla ifade edilmiştir<sup>152</sup>.

Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 19. maddesinde; *“Hastanın manevi yapısı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimalinin bulunması ve hastalığın seyrinin ve sonucunun vahim görülmesi hallerinde, teşhisin saklanması caizdir. Hastaya veya*

<sup>150</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz.: Hakeri, s. 270 vd; Gökcan, s. 223 vd; Kaya, s. 30.

<sup>151</sup> Erman, s. 100; Kaya, s. 30.

<sup>152</sup> Biyo-tıp Sözleşmesi’nin tam ismi “Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun” olarak geçer. Ancak biz çalışmamızda ilgili kanundan bahsederken kısaca “Biyo-tıp Sözleşmesi” olarak bahsedeceğiz.

*yakınlarına, hastanın sağlık durumu hakkında bilgi verilip verilmemesi, yukarıdaki fıkrada belirtilen şartlar çerçevesinde tabibinin takdirine bağlıdır.”* demek suretiyle hekimin hangi şartlar altında aydınlatma borcunu gerçekleştirmekten kaçınabileceği gösterilmiştir.

Yukarıda bahsedilen ilgili maddeler doğrultusunda, hastanın aydınlatılmasının kapsamının net bir şekilde belirlenmesi mümkün değildir. Bu sebeple hekim, gerçekleştireceği her tıbbi müdahalede için, aydınlatmanın kapsamını ayrıca belirlemelidir. Hekimin aydınlatma borcunun kapsamını belirlerken bazı ölçütleri göz önünde bulundurması gerekir. Bunların ilki, tıbbi müdahalenin gerçekleştirileceği somut olaydaki hastadır. Hekim, hastanın kişisel, kültürel ve toplumsal durumu, zekâ seviyesi, eğitim düzeyi ve anlama kabiliyeti gibi hastanın özellik arz eden durumuna göre hareket etmelidir. Aydınlatma borcunun kapsamının belirlenmesindeki ikinci ölçüt ise, hastaya uygulanacak olan somut tıbbi müdahalenin özelliğidir. Tıbbi müdahalenin gerekliliği ve riskin ağırlığına göre hekimin aydınlatma borcunun kapsamı artacak yahut azalacaktır<sup>153</sup>.

Estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde, hasta öncelikli olarak daha güzel bir görünüme sahip olmayı istediği için dolaylı tedavi amacının bulunması ve tıbbi bir zorunluluk ile acillik arz eden bir durum bulunmaması sebebiyle hastanın aydınlatılmasının kapsamı genişlemektedir. Ayrıca bu tarz müdahalelerde hekimlik sözleşmesinin eser sözleşmesi niteliğinde olması ve hekimin hastasına bir sonucu garanti etmesi sebebiyle, ayrıntılı bir şekilde aydınlatma yapılması gerekmektedir<sup>154</sup>. Bu durumda, ayrıntılı bir şekilde aydınlatma borcu olan hekim, tıbbi müdahalenin etkilerini, alternatiflerini, muhtemel risklerini, izlenecek süreci ve sonucu kapsamlı bir şekilde hastaya açıklamalıdır<sup>155</sup>.

Bazı durumlarda aydınlatmanın kapsamının azalması söz konusudur. Hastanın gerçekleştirilecek tıbbi müdahale hakkında bilgi sahibi olması ve aynı müdahalenin kendisine daha önce de uygulandığı gibi durumlarda aydınlatma borcunun kapsamı

---

<sup>153</sup> Jonsen/Siegler/Winslade, s. 53; Hakeri, s. 296; Gökcan, s. 218; Petek, s. 205; Kaya, s. 33; Yılmaz, s. 61, 62.

<sup>154</sup> “Somut olayda genel soyut ibarelerle düzenlenmiş bir muvafakatname vardır. Hastanın olası risk ve komplikasyonlar hakkında somut ve yeterli bir şekilde aydınlatıldığına mevcut belgelerle ispatlanmadığı hususu sabittir. Şu durumda; davalı yüklenicinin, davacı iş sahibini, eser sözleşmesinin ifasından sonra ortaya çıkabilecek komplikasyonlar hakkında yeterince bilgilendirmediği, dolayısıyla özen ve sadakat borcunu gereğince yerine getirmeyen davalı yüklenicinin ortaya çıkan zarardan sorumlu bulunduğu ortadadır.” 3. YHD, 21.01.2016 T., 2015/1851 E., 2016/489 K., (E.T. 12.03.2019, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>).

<sup>155</sup> Furrow, Barry/Greaney, Thomas/Johnson, Sandra/Jost, Timothy/Schwartz, Robert, Health Law, Newyork 2005, s. 46; Hakeri, s. 286; Kaya, s. 34; Ayan, s. 76; Çakmut, s. 182; Bayraktar, s. 127; İpekyüz, s. 81; Zeytin, s. 112.

azalabilecektir. Ancak bu durumda bile hekim, hastanın gerçekleştirilecek müdahale hakkında gerçekten bilgi sahibi olduğundan emin olmalıdır<sup>156</sup>.

Bazı durumlarda ise hekimin aydınlatma borcu tamamen ortadan kalkmaktadır. Hastanın yahut dolaylı yoldan üçüncü kişilerin hayatı, sağlığı ve vücut bütünlüğünün ciddi bir şekilde tehlikeye düşecek olması gibi durumunda hekim aydınlatma borcunu gerçekleştirmekten kaçınabilir<sup>157</sup>. Aydınlatma sonucu olarak, hastanın ruhsal yahut fiziki sağlığının daha kötüye gitmesi, müdahale sürecini olumsuz etkilemesi ve çevresindeki kişilere zarar vermesi gibi ihtimallerin bulunduğu durumlarda hekim aydınlatma borcunu gerçekleştirmekten kaçınabilir. Ancak buna rağmen hasta, aydınlatmanın gerçekleştirilmesini kayıtsız ve şartsız olarak talep ederse, hekim aydınlatma borcunu gerçekleştirmekten kaçınamayacaktır<sup>158</sup>.

Hasta ayrıca, kendi serbest iradesiyle de hekimin aydınlatma borcunu gerçekleştirmesini istemeyebilir<sup>159</sup>. Ancak hastanın bu doğrultudaki iradesinin geçerli olması için başlıca iki şart aranmaktadır. Bunlardan ilki, hasta yönünden hayati önem taşıyan ve müdahale sonunda telafisi mümkün olmayan sonuçların oluşma ihtimalinin bulunmamasıdır. İkinci olarak ise, geleneksel olmayan ve tıp bilimi alanında yeterince bilinmeyen bir tedavi yönteminin uygulanacak olmasıdır. Bahsedilen iki durumdan en az birinin bulunması durumunda hastanın rızası olsa dahi hekimin aydınlatma borcu devam edecektir<sup>160</sup>. Ayrıca, tedavi amaçlı bir estetik müdahalede, mevcut durumun zorunluluğu ve aciliğine bağlı olarak, hekimin aydınlatma borcunun kapsamı azalabilecek ve hatta ortadan kalkabilecektir.

---

<sup>156</sup> Çakmut, s. 232; İpekyüz, s. 82; Ayan, s. 78.

<sup>157</sup> Ayan, s. 80; İpekyüz, s. 89; Reisoğlu, s. 7.

<sup>158</sup> Hakeri, s. 312 vd.; Aşçıoğlu, s. 35; Ayan, s. 78; Özay, s. 64.

<sup>159</sup> Beauchamp/Childress, s. 78.

<sup>160</sup> Aşçıoğlu, s. 34; Ayan, s. 78, 79; İpekyüz, s. 88; Özdemir, s. 101, 102; Yılmaz, s. 64; Zevkililer, s. 24.

## B. Hastanın Rızasının Alınması Borcu

### a. Genel Olarak

Rıza kavramı, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin “tanımlar” başlıklı 4/1-h maddesinde ifade edilmiştir. İlgili madde uyarınca; “*Rıza: Kişinin tıbbi müdahaleyi serbest iradesiyle ve bilgilendirilmiş olarak kabul etmesini, ifade eder.*”

Hekim aydınlatma borcunu, hastayı, uygulanması düşünülen tıbbi müdahale hakkında yeterli şekilde aydınlatarak yerine getirebilir. Yeterince aydınlatılan hasta ise önerilen tıbbi müdahalenin uygulanmasına rızasının bulunup bulunmadığı yönünde serbest iradesiyle karar verir. Kısacası, hekim tarafından uygulanan tıbbi müdahaleyi hukuka uygun kılan asıl unsur hastanın rızasıdır. Aydınlatma ise, hastanın verdiği rızanın geçerli kabul edilmesi yönünden bir ön şart niteliğindedir<sup>161</sup>.

Tıbbi müdahaleler esasen vücut bütünlüğüne dokunulması niteliğinde olduğu için kişilik hakkının ihlâli kapsamındadır. Fakat yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile kendi geleceğini belirleme hakkını kullanan hasta tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesine rıza gösterebilir. Yeterince aydınlatılan hastanın verdiği rıza ile gerçekleştirilen tıbbi müdahale hukuka uygun bir nitelik kazanır<sup>162</sup>.

Yukarıdaki açıklamalarımız doğrultusunda, hekim tarafından uygulanması düşünülen tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu yönünden, hastanın rızasının bulunmasının gerektiğine dair ilgili kanun maddeleri şu şekildedir:

Anayasa m. 17/2 uyarınca; “*Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz.*”

<sup>161</sup> Beauchamp/Childress, s. 63; Hakeri, s. 324; Arı, s. 27; İpekyüz, s. 90; Aşçıoğlu, s. 40; Şenocak, s. 44.

<sup>162</sup> Bayraktar, s. 123; Gökcan, s. 204; Hakeri, s. 326; Yılmaz, s. 49.

Biyotıp Sözleşmesi m. 5/1 uyarınca; “Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir.”

TMK m. 24/2 uyarınca; “Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.”

İlgili maddelerden de anlaşılacağı üzere, hasta yeterince bilgilendirilip aydınlatıldıktan sonra, kendisinin rızası alınmalıdır. Bu şekilde alınan rızaya tıp hukukunda “aydınlatılmış onam” ve “bilgilendirilmiş rıza” da denilmektedir<sup>163</sup>. Hastanın rızası alınmaksızın yahut yeterince aydınlatılmaksızın alınan rıza sonrası uygulanan tıbbi müdahaleler, istisnai durumlar dışında<sup>164</sup> hukuka aykırılık taşımaktadır ve bu sebeple de hekimin hukuki ve cezai sorumluluğuna sebep olacaktır<sup>165</sup>.

#### b. Rızanın Şekli ve Zamanı

Hekim tarafından uygulanan tıbbi müdahalenin hukuka uygun kabul edilebilmesi için, hasta tarafından rıza gösterildiğinin açıklanması gerekir. Rıza ancak, hastanın bu yöndeki açıklaması ile beraber hukuk alanında etkisini gösterir<sup>166</sup>.

TBK m. 12 uyarınca, kanunda aksi öngörülmedikçe, sözleşmelerin geçerliliği şekle bağlı değildir. Hasta Hakları Yönetmeliği m. 28 ise, hekimlik sözleşmesi yönünden aynı hususa değinmiştir. İlgili madde hükmüne göre; “Mevzuatın öngördüğü istisnalar dışında, rıza herhangi bir şekle bağlı değildir.” denmektedir. İlgili maddelerden de anlaşılacağı üzere, rıza gösterilmesinin kural olarak belli bir şekil şartı bulunmamaktadır. Hasta rıza

<sup>163</sup> Furrow/Greaney/Johnson/Jost/Schwartzs, s. 275; Beauchamp/Childress, s. 63; Hakeri, s. 248; Petek, s. 201; Savaş, s. 54; Uygur, s. 142.

<sup>164</sup> Bazı hallerde rıza aranmaksızın da tıbbi müdahalede bulunulabilmektedir. Bu tarz durumlara tıp hukukunda kısaca “zorla tıbbi müdahale” denmektedir. Zorla tıbbi müdahale uygulanabilmesi için, anayasal zorunluluk (daha üstün nitelikte kamusal veya özel yarar) bulunmalı yahut bu durum bir kanun hükmüne bağlanmış bulunmalıdır (Ayrıntılı bilgi için bkz.: Hakeri, 365 vd; Uygur, s. 161 vd.).

<sup>165</sup> Bayraktar, s. 123; Gökcan, s. 204; Hakeri, s. 326; Yılmaz, s. 48; Gümüş, s. 163; Kahraman, s. 490; Zeytin, Aydınlatma, s. 6; 3. YHD, 16.09.2008 T., 2008/4219 E., 2008/4219 K., (E.T. 08.02.2019, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> ).

<sup>166</sup> Hakeri, s. 331; Uygur, s. 194.

gösterdiğini açıkça belirtebileceği gibi TBK m. 6 uyarınca rızasını örtülü (zımnî) olarak da belirtebilir. Aynı şekilde rıza gösterme yazılı şekilde yapıp imza altına alınabileceği gibi sözlü olarak da gerçekleştirilebilir<sup>167</sup>.

Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesinde ise; *"Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır."* denilmek suretiyle ilgili kuralın istisnalarından biri gösterilmiştir. Ayrıca bilimsel deneyler, organ ve doku nakli gibi özellik arz eden bazı tıbbi müdahalelerde de yazılılık şartı aranmaktadır. Ancak bu tarz durumlarda dahi, ilgili düzenlemelere göre hekimin sorumluluğu cezai yönden geçerlidir. TBK uyarınca genel kuralın sözleşme serbestisi olması sebebiyle hastanın rızası yazılı olmasa dahi, hastasına karşı hukuki bir sorumluluğu bulunmayacaktır<sup>168</sup>.

TMK m. 6 uyarınca, iddia edilen olgunun yine iddia eden tarafça ispat edilmesi öngörülmüştür. Ancak hekim ile hasta arasında çıkan bir uyuşmazlık durumunda, hastanın genel olarak güçsüz taraf olduğunun kabul edilmesi sebebiyle, rızanın varlığını ispat etmekle yükümlü olan taraf hekimdir. Bu sebeple, ispat sorunu yaşanmaması için rızanın yazılı bir şekilde alınmasında yarar bulunmaktadır<sup>169</sup>.

Rıza açıklamasının tıbbi müdahaleye başlanmadan önce veya en geç tıbbi müdahale sırasında yapılması gerekir. Bu durumda hasta, geleceğini serbestçe belirleme hakkına dayanarak, tıbbi müdahaleden önce rızasını açıklamakta ve ilgili müdahalenin gerçekleştirilmesi yönünden hekime izin vermektedir. Aksi halde uygulanan tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğundan söz edilemeyecektir<sup>170</sup>. Diğer yönden, hasta

---

<sup>167</sup> Eren, Genel, s. 136, 273; Kılıçoğlu, s. 104; Oğuzman, M. Kemal / Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, İstanbul 2018, s. 67.

<sup>168</sup> Arıncı, s. 52; Hakeri, s. 332; Gökcan, s. 214.

<sup>169</sup> Hakeri, s. 332; Arı, s. 30; Ayan, s. 87; Hancı, s. 82; Erman, s. 92; Kahraman, s. 495; Yargıtay'ın ispat yönünden ilgili bir kararına göre; *"(...)davalı doktorun bu işlemi yapmadan önce davacıya muhtemel komplikasyonlar hakkında bilgi verip vermediği, risklerin anlatılıp anlatılmadığı, başka bir deyişle aydınlatılmış rıza alınıp alınmadığı konusunda inceleme yapılmamıştır. Davalının, davacıyı operasyonun komplikasyonları konusunda aydınlattığını, bilgilendirdiğini yazılı belge ile ispat etmesi gerekir. Davalının, ameliyat öncesi muhtemel sonuç ve komplikasyonlar hakkında hastasını bilgilendirmesi TBK.nun 472/3. (BK.nun 357/3.)maddesi gereğince bir zorunluluktur."* 3. YHD, 03.03.2016 T., 2015/7414 E., 2016/4865 K., (E.T. 08.02.2019, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>).

<sup>170</sup> Gökcan, s. 222; Hakeri, s. 255; Kaya, s. 26; Yargıtay'ın ilgili bir kararına göre, *"Davaya konu eser sözleşmesinin ifa edildiği sırada yürürlükte bulunan Hasta Hakları Yönetmeliğinin 24.maddesi uyarınca tıbbi müdahaleden önce hastanın rızasının alınması şarttır. Bu rızanın, hastanın tıbbi müdahale ve sonuçları hakkında bilgilendirilmesinden sonra alınacağı*

açıkladığı rızasını daha sonradan geri alma hakkına sahiptir. Ancak bu hak, Hasta Hakları Yönetmeliği m. 24/7’de sayılan hallerdeki tedaviler bakımından sınırlandırılmıştır<sup>171</sup>.

Tıbbi müdahale sonucunda hastanın ilgili müdahaleyi kabulü ise rızadan ayrılmaktadır. Burada hasta, gerçekleştirilen tıbbi müdahaleyi kabul etmekte ve buna razı olmaktadır. Bir başka anlatımla, hasta tıbbi müdahaleye onay vermektedir. Bu durumda rızadan farklı olarak, tıbbi müdahale uygulandıktan sonra verilen onay, ilgili işlemin hukuka uygun hale gelmesini sağlamamakta, ancak hekimin hukuki yönden sorumluluğunu kaldırmaktadır. Ancak gerçekleştirilen tıbbi müdahale haksız fiil kapsamında ise hekimin sorumluluğu cezai yönden devam etmektedir<sup>172</sup>.

### c. Rızada Ehliyet

Rıza açıklamasının hukuken geçerli olmasının şartlarından biri de hastanın ehil olmasıdır. Buradaki ehillikten kastedilen, fiil ehliyetidir. Çünkü hukuk düzenimizce, her insan hak edinme ve borç altına girme yönünden hak ehliyetine sahiptir. Ancak herkes fiil ehliyetine sahip değildir. Bu bakımdan her kişi haklarını bizzat kullanamayacağı gibi, borçlarını da bizzat yerine getiremez<sup>173</sup>. Bu sebeple hangi durumlarda kimin yahut kimlerin rızasının alınmasının gerektiği hususu, rızanın hukuken geçerliliği ve dolayısıyla hekimin hukuki sorumluluğu yönünden önem arz etmektedir.

Kural olarak rıza açıklaması, üzerinde tıbbi müdahale uygulanacak olan hasta tarafından yapılmalıdır. Gerçekten de TMK m. 10 uyarınca; “*Ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyeti vardır.*” İlgili maddeye göre, ayırt etme gücüne sahip ve ergin olan ve fakat kısıtlı olmayan, kısacası “tam fiil ehliyetine” sahip olan her hasta, rıza açıklama ehliyetine de sahiptir. Bu sebeple tam fiil ehliyetine sahip olan bir hastanın kendisi dışında yakını, eşi yahut çocuğu gibi bir başkasından rıza alınması geçersizdir ve hukuka aykırıdır<sup>174</sup>.

---

ise izahattan varestedir.” 3. YHD, 23.10.2013 T., 2013/11731 E., 2013/14646 K., (E.T. 11.03.2019, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>).

<sup>171</sup> Aşçıoğlu, s. 39; Haker, s. 331; Gökcan, s. 214; Arıncı, s. 51; Yılmaz, s. 69.

<sup>172</sup> Eren, Genel, s. 630, 1300; Ramazan/Yılmaz, Ejder/Ayvaz, Sema T./Hanağası, Emel, Medenî Usul Hukuku, Ankara 2018, s. 552; Kuru, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku, Ankara 2018, s. 386.

<sup>173</sup> Akipek, Jale G. / Akıntürk, Turgut / Ateş, Derya, Türk Medenî Hukuku Başlangıç Hükümler Kişiler Hukuku, Ankara 2018, s. 279; Yılmaz, s. 52.

<sup>174</sup> Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 303; Gökcan, s. 204; Hakeri, s. 333; Kahraman, s. 486.

Hastanın rızasının alınması mümkün olmayan ve tıbbi müdahalenin acil olarak gerçekleştirilmesi gereken durumlarda ise hekim, hastaya karşı vekâletsiz iş görme hükümleri kapsamında sorumludur. Böyle bir durumda hekim her türlü kusurlu ve ihmalkâr davranıştan kaçınarak, hasta ile aralarında kurulmuş bir sözleşme olsaydı nasıl davranması gerekiyorsa aynı derecede özen ve sadakat borcunu yerine getirmelidir. Aksi halde gerekli özeni göstermeyen hekimin, hastaya karşı tam olarak sorumluluğu doğacaktır<sup>175</sup>.

TMK m. 16/1'de; *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.*” denmektedir. İlgili maddenin hekim ve hasta ilişkisi açısından rıza kapsamında düzenlemesi ise TŞSTİDK m. 70'te yapılmıştır. Buna göre; *“Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar.”* İlgili maddede, hasta ergin değilse yahut hakları kısıtlanan bir kişi ise, hastanın kendisinden değil, velisi yahut vasisinden rıza alınması gerektiği belirtilmiştir.

TMK m. 14'te *“Ayırt etme gücü bulunmayanların, küçüklerin ve kısıtlıların fiil ehliyeti yoktur”* denmektedir. Ayrıca TMK m. 13'te, *“Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir.”* demek suretiyle kimlerin ayırt etme gücüne sahip oldukları belirtilmiştir. Bu doğrultuda ergin olmayan yahut kısıtlı olan bir hastanın rızasının geçerli ve yeterli olup olmadığının ayırt edilmesindeki en önemli ölçütün, ayırt etme gücünün bulunup bulunmaması olduğunu söyleyebiliriz.

Ayırt etme gücü bulunmayan kişiler TMK m. 14 uyarınca fiil ehliyetine sahip değildirler. Tam ehliyetsiz olan bu kişilerin fiil ehliyeti mutlak surette bulunmamaktadır. Ayırt etme gücü bulunmayanlar, TMK m. 15 uyarınca kendi yararına yahut zararına hak ve borç yaratamazlar. Bu sebeple, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı gibi sebeplerden dolayı ayırt

---

<sup>175</sup> Fennel, Phil, Treatment Without Consent, Law, Psychiatry and the Treatment of Mentally Disordered People since 1845, London 1996, s. 190; Gökcan, s. 1001; Demir, s. 248; Petek, s. 225; Başpınar, s. 229; Arı, s. 37; Ayan, s. 113; Özay, s. 107; Arıncı, s. 96.



etme gücü geçici yahut sürekli olarak bulunmayan hasta rızasını kendisi açıklayamaz. Bu durumda hastanın velisi yahut vasisinin rıza açıklaması gerekmektedir<sup>176</sup>.

Ergin olmayan yahut kısıtlı olan ve fakat ayırt etme gücü olan hastalar bakımından ise durum daha farklıdır. Biyo-tıp Sözleşmesi m. 6/2 uyarınca; “*Kanuna göre bir müdahaleye muvafakatini verme yeteneği bulunmayan bir küçüğe, sadece temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen makam, kişi veya kuruluşun izni ile müdahalede bulunabilir. Küçüğün görüşü, yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı bir şekilde, gittikçe daha belirleyici bir etken olarak gözönüne alınacaktır.*” İlgili düzenlemeye göre, tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesinden önce, sadece ergin olmayan hastanın yasal temsilcisinin rızası yeterli kabul edilmeyecek, ayırt etme gücüne sahip olan hastanın iradesi ve rıza açıklaması da belirleyici olacak şekilde değerlendirilecektir<sup>177</sup>.

Aynı şekilde TŞSTİDK m. 70’te bahsedilen “tahtı hacir olanlar” kavramından tüm kısıtlılar değil; kişiye sıkı sıkıya bağlı olan haklar bakımından ayırt etme gücü olmayan hastalar anlaşılmalıdır. Bu sebeple bir kişinin savurgan olması (TMK m. 406) yahut özgürlüğü bağlayıcı ceza alması (TMK m. 407) gibi sebeplerden dolayı kısıtlanması halinde, uygulanacak tıbbi müdahale için bu kişinin kendi iradesi ve rıza açıklaması yeterli olmalı; yasal temsilcisinin rızasının ayrıca aranması gerekmemektedir<sup>178</sup>.

## VI. SADAKAT VE ÖZEN GÖSTERME BORCU

Özen gösterme borcu ile sadakat borcu birbirlerine sıkı bir şekilde bağlıdır. Bunun sebebi, özen gösterme borcunun, sadakat borcunun bir sonucu olmasıdır<sup>179</sup>. Esasen, sadakat ve özen gösterme borcu, hekimin bütün borçlarının temelini oluşturmaktadır. Çünkü bu borç hastanın hekime gelmesiyle başlar, tıbbi müdahale süresince devam eder ve tedavi süreci sonunda hastanın iyileşmesi ile sona erer<sup>180</sup>. Kısacası, hekim estetik amaçlı

---

<sup>176</sup> Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 305.

<sup>177</sup> Fennell, s. 270; Gökcan, s. 206 vd; Uygur, s. 187, 188.

<sup>178</sup> Kahraman, s. 489.

<sup>179</sup> Tandoğan, s. 49.

<sup>180</sup> Hakeri, s. 629, 630; Petek, s. 211; Gökcan, s. 153.

tıbbi müdahale kapsamında, hastaya olan diğer tüm borçlarını da sadakat ve özen göstererek gerçekleştirme borcu altındadır<sup>181</sup>.

Eser sözleşmesi kapsamında estetik amaçlı tıbbi müdahale gerçekleştiren hekimin özen ve sadakat borcu TBK m. 471’de düzenlenmiştir. İlgili madde hükmü, genel hükümler olan TBK m. 112 ve m. 114 karşısında özel bir hükümdür. Bir başka anlatımla TBK m. 471, TBK m. 112 ve m.114’te düzenlenen sorumluluğun özel bir biçimidir<sup>182</sup>. Bu doğrultuda, özel hüküm olan TBK m. 471, doğrudan doğruya eser sözleşmesinden kaynaklanan özen ve sadakat borcunu ele almakta; TBK m. 112 ve m. 114’te genel olarak düzenlenen özen ve sadakat borcunun, eser sözleşmesiyle ilgili somut olaylara nasıl uygulanacağına dair yorumlayıcı ve açıklayıcı nitelikte ışık tutmaktadır<sup>183</sup>.

TBK m. 471/1 uyarınca hekim, üstlendiği tıbbi müdahaleyi hastanın haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle uygulama borcu altındadır. Özen borcu, hekim ile hasta arasındaki güven ilişkisinin olağan bir sonucudur. Bu sebeple hekim, sözleşmeden doğan borcu olan estetik amaçlı tıbbi müdahaleyi özenle uygulamak; hastanın menfaatlerini korumak zorundadır<sup>184</sup>.

Bu doğrultuda TDN m. 2/2’de; “*Tabip ve dış tabibi; hastanın cinsiyeti, ırkı, milliyeti, dini ve mezhebi, ahlâki düşünceleri, karakter ve şahsiyeti, içtimai seviyesi, mevkii ve siyasi kanaatı ne olursa olsun, muayene ve tedavi hususunda âzami dikkat ve ihtimamı göstermekle mükelleftir.*” ifadesine yer verilmiştir. Ayrıca m. 14/1’de ise; “*Tabip ve dış tabibi, hastanın vaziyetinin icabettirdiği sıhhi ihtimamı gösterir. Hastanın hayatını kurtarmak ve sıhhatini korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmakla mükelleftir.*” demek suretiyle hekimin özenle hareket etme borcunun önemi vurgulanmıştır.

Hekimin hastaya karşı özen borcunun sağlanmasında objektif ve sübjektif özen olarak iki ölçüt öngörülmüştür. Objektif özen borcuna göre hekim, tıp mesleği standartları

<sup>181</sup> Birks, s. 190; 3. YHD, 11.02.2016 T., 2015/1871 E., 2016/1669 K.; 3. YHD, 08.02.2016 T., 2015/17764 E., 2016/1256 K.; 3. YHD, 15.03.2012 T., 2012/177 E., 2012/6939 K.; 15. YHD, 08.06.2006 T., 2005/7988 E., 2006/3417 K., (E.T. 12.03.2019, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>).

<sup>182</sup> Eren, s. 8; 15. YHD, 20.03.2013 T., 2012/1993 E., 2013/1868 K., (E.T. 19.03.2019, <https://www.hukukmedeniyeti.org/ictihatyazdir.asp?id=3938>).

<sup>183</sup> Yavuz, s. 4 vd.

<sup>184</sup> Beauchamp/Childress, s. 57; Eren, s. 624; Başpınar, s. 207.

ile tıp biliminin gelmiş olduğu tıbbi ve teknolojik gelişim düzeyine göre hareket etmelidir. Sübjektif özen borcuna göre ise hekim, yeterli seviyede bilgi, beceri ve deneyim sahibi olarak ve basiretli bir şekilde davranarak tıbbi müdahalede bulunmalıdır<sup>185</sup>. Başka bir anlatımla objektif özen borcuna göre hekim, estetik amaçlı tıbbi müdahaleyi gerçekleştirirken, o tarihte geçerli olan mesleki standarda uygun şekilde hareket etmelidir. Bu bakımdan hekimin objektif özen yükümlülüğü, bilimsel ve mesleki veriler yönünden uygun, iyi ve yerinde olan tıbbi müdahaleyi gerçekleştirmektir. Bu durumda tıbbi standardı sağlamakla yükümlü hekim ortalama hekimdir. Sübjektif özen borcuna göre ise hekim, kendi bireysel bilgisi, sosyal konumu ve kişisel yeteneklerine göre hareket etmelidir. Bu durumda ise değerlendirme konusu olan ortalama bir hekim değildir. Burada ortalama bir hekimin aksine, kendisinin somut durumu göz önünde bulundurulan hekimden, uzmanlığının gerektirdiği derecede özeni göstererek tıbbi müdahale gerçekleştirmesi beklenmektedir<sup>186</sup>.

Hekim, belirli bir düzeyde eğitim aldıktan sonra yeterlilik sınavlarında başarılı bulunmasının sonucu olarak gerekli tıbbi müdahalede bulunabilme hakkını kazanmıştır. Bu sebeple, estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde özen borcu yönünde sübjektif ölçüde dayanılamayacağı doktrindeki kimi yazarlarca kabul edilmektedir. Başka bir anlatımla tüm hekimler, hastasına karşı aynı derecede özen gösterme ve gerekli tıbbi standartları sağlama borcu altındadırlar<sup>187</sup>.

TMK m. 6 uyarınca, iddia edilen olgunun yine iddia eden tarafça ispat edilmesi öngörülmüştür. Ancak sadakat ve özen gösterme borcunun ifa edilmemesi sebebiyle açılan bir davada ispat yükü TBK m. 112 uyarınca hekimin üzerindedir. Gerçekten de, TBK m. 112’de “*Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.*” İfadesi yer almaktadır. İlgili maddeye göre, tıbbi müdahale sürecinde özen gösterme ve sadakat borcunun hiç yahut gerektiği kadar yerine getirilmemesi durumunda, kusurunun bulunmadığı yönünde ispat yükü hekimde bulunmaktadır. Bir başka anlatımla,

---

<sup>185</sup> Eren, s. 624; Demir, s. 162; Gökcan, s. 152 vd; Uygur, s. 206, 207; Başpınar, s. 214.

<sup>186</sup> Hakeri, s. 1011; Gökcan, s. 153; Demir, s. 162.

<sup>187</sup> Arı, s. 31; Şenocak, s. 86; Tandoğan, s. 54; Aşçıoğlu, s. 90; Ayan, s. 89; Özdemir, s. 126; Yılmaz, s. 78; Gökcan, s. 154.

hekimin, kendisinin hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmesi gerekmektedir. Aksi halde özen gösterme ve sadakat borcunu gereği gibi ifa etmediği kabul edilecektir<sup>188</sup>.

## VII. ARAÇ VE MALZEME SAĞLAMA BORCU

TBK m. 471/4 uyarınca; “*Aksine âdet veya anlaşma olmadıkça yüklenici, eserin meydana getirilmesi için kullanılacak olan araç ve gereçleri kendisi sağlamak zorundadır.*” Bu hüküm eser sözleşmesi niteliğindeki hekimlik sözleşmeleri için de geçerlidir<sup>189</sup>. Zira özellikle estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde teknik malzemelerin kullanılmadığı bir alan neredeyse bulunmamaktadır. Bu sebeple ilgili hüküm uyarınca, hekim ve hasta arasında aksine bir karar verilmemişse, araç ve malzemeyi sağlama borcu hekimin üzerindedir<sup>190</sup>.

Ayrıca TBK m. 472/1 uyarınca; “*Malzeme yüklenici tarafından sağlanmışsa yüklenici, bu malzemenin ayıplı olması yüzünden iş sahibine karşı, satıcı gibi sorumludur.*” İlgili hükmü hekimlik sözleşmesine göre yorumlamak mümkündür. Gerçekten de hekim, estetik amaçlı tıbbi müdahale sonunda istenilen sonucun oluşmaması durumunda, müdahale için kullanılan araç ve malzemelerin ayıplı olmasını gerekçe göstererek sorumluluktan kurtulamaz. Örneğin, implant diş takıldıktan kısa süre sonra bu dişin renk değiştirmesi ve olması gereken görünümünden uzaklaşması durumunda, diş hekimi hastasına karşı implant diş üreten klinik gibi sorumludur.

Aynı zamanda tıbbi müdahale uygulanırken kullanılması gereken bir araç ve malzemenin kullanılmaması da hekimin sorumluluğunu doğurabilir<sup>191</sup>. Örneğin estetik müdahale yapılacak bölgenin lazerle kesilerek açılması durumunda kesi izi

<sup>188</sup> Eren, Genel, s. 1055; Kılıçoğlu, s. 809; Oğuzman/Öz, s. 381.

<sup>189</sup> Atabek/Sezen, s. 48.

<sup>190</sup> Araç ve malzemeyi sağlama borcunu hastanın sağlamanın kararlaştırıldığı duruma iyileşme sürecinde kullanılması gereken ilaçların tedarikini örnek olarak gösterebiliriz.

<sup>191</sup> Hakeri, s. 679; “*Kural olarak ve bazı özel ayrıcalıklar dışında doktorluk mesleğinin “uzmanlık nedeniyle sınırlandırılması” söz konusu değildir. Bu nedenle genel cerrah olan davalının varis ameliyatı yapması hukuka aykırı değildir. Ancak kendi içinde özel uzmanlık dallarına ayrılmış alanda tıbbî müdahalede bulunurken, doktorun bu özel uzmanlık dalının gereği olan bilgiler ile araç ve gereçlere sahip olması gerekir. Bunlara sahip olmadan yapılacak tıbbî müdahaleden doğan zararlar hukuka aykırı bir hâle gelebilir ve doktor kusuru nedeniyle sorumlu olur.*” 4. YHD, 06.05.1991 T., 1990/5104 E., 1991/429 K., (E.T. 06.03.2019, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>).

kalmayacakken, neşterle açılarak kesi izi bırakılması halinde hekim gerekli araç ve malzemeyi kullanmaması sebebiyle sorumlu olacaktır.

## VIII. TEDAVİYE ZAMANINDA BAŞLAMA VE BİTİRME BORCU

Hekim, tedaviye tıbbi gerekliliklere ve hekimlik sözleşmesine uygun olarak zamanında başlamalıdır<sup>192</sup>. Hekimin tedaviye zamanında başlama ve bitirme borcu, TBK m. 473/1'e dayanmaktadır. İlgili hükme göre; *“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 bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, iş sahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir.”* Zira hekimlik sözleşmesinde estetik amaçlı tıbbi müdahalenin ne zaman uygulanacağı gösterilir. Eğer müdahale tek seansta bitmeyecek ise, müdahalenin kaç seans süreceği ve seanslar arası süre de sözleşmede belirtilir. Hekim tarafından sözleşmedeki tedavi süreciyle ilgili bu hususlara uyulmaması durumunda ise hasta sözleşmeden dönebilir. Hastanın sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için, hekimin müdahaleye geç başlaması yahut sözleşmeye aykırı olarak müdahaleyi geciktirmesi yahut tüm tahminlere göre müdahaleyi zamanında bitiremeyeceği açıkça anlaşılması ve hekimin müdahaleyi geciktirmesinde hastanın kusurunun bulunmaması gerekmektedir<sup>193</sup>.

Hekimin kusuru sebebiyle, estetik amaçlı tıbbi müdahaleden beklenen sonucun oluşmayacağına anlaşılması üzerine, hastanın bazı seçimlik hakları bulunmaktadır. Bunlardan ilki TBK m. 473/2'de düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre; *“Meydana getirilmesi sırasında, eserin yüklenicinin kusuru yüzünden ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirileceği açıkça görülüyorsa, iş sahibi bunu önlemek üzere vereceği veya verdireceği uygun bir süre içinde yükleniciye, ayıbın veya aykırılığın*

<sup>192</sup> Walston-Dunham, Beth, Medical Malpractice Law and Litigation, Newyork 2005, s. 78; Hakeri, s. 651.

<sup>193</sup> Eren, s. 629, 630; Aral/Ayrancı, s. 391; Yavuz, s. 547; Erzurumluoğlu, s. 184; Yargıtay'ın ilgili bir kararına göre; *“Yüklenici, sadakat ve özen borcu gereğince eseri iş sahibinin yararına olacak şekilde meydana getirmek zorundadır. Akdin gereği gibi veya zamanında ifasını tehlikeye koyan tüm halleri de zamanında iş sahibine haber vermek zorundadır. Yüklenicinin genel ihbar yükümlülüğünden doğan çeşitli özel açıklama ve yol gösterme yükümlülükleri vardır. Yüklenici ihbar mükellefiyetini zamanında yerine getirmese bundan doğacak tüm zarardan da sorumludur (BK.md.96)”* 3. YHD, 17.06.2013 T., 2013/6034 E., 2013/10207 K., (E.T. 07.02.2019, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasistemciWeb/>).

*giderilmesi; aksi takdirde hasar ve masrafları kendisine ait olmak üzere, onarımın veya işe devamın bir üçüncü kişiye verileceği konusunda ihtarda bulunabilir.”*

Maddenin ilgili fıkrasına göre hasta, estetik amaçlı tıbbi müdahaleden beklenen sonucun oluşması için gerekli işlemlerin hiç yahut zamanında yapılmaması durumunda, masraf ve giderler hekime ait olmak üzere müdahaleyi bir başka hekime yaptırma hakkına sahiptir. Hasta aynı zamanda TBK m. 125/1 hükmü gereğince hekimden tedavinin gecikmesi sebebiyle tazminat isteminde de bulunabilecektir.

TBK m. 473/2 ve m. 125/1'in estetik amaçlı tıbbi müdahale kapsamında uygulanabilirliği bir hayli kısıtlıdır. Bunun sebebi, estetik müdahalelerin genellikle tek seferde gerçekleştirilmesidir. Bu tarz müdahalelerde bahsedilen madde hükümlerinin uygulanabilirliği yoktur. Başka bir anlatımla, hekimin tedaviyi zamanında bitirme borcu ancak, tıbbi işlemin uzun bir sürece yayılarak gerçekleştirilmesi halinde mümkündür. Bu duruma vücut tüylerinden kurtulmak için yaptırılan epilasyon işlemleri ve vücuttaki dövme izlerinin silinmesi gibi birden fazla seansta gerçekleştirilen işlemleri örnek olarak gösterebiliriz.

Hastanın seçimlik haklarından ikincisi olan TBK m. 125/2'ye göre ise; *“Alacaklı, ayrıca borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir.”* İlgili hüküm uyarınca hastanın, müdahalenin uygulanmasından ve gecikme tazminatından vazgeçerek müspet zararının giderilmesini talep etme hakkına da sahip olduğu belirtilmiştir.

Yargıtay'ın da eser sözleşmesi açısından bu doğrultuda kurduğu bir karara göre; *“(…)6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 473. maddesi hükmüne göre yüklenici işe zamanında başlamaz veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirir veya iş sahibinin kusuru olmaksızın gecikme, iş süresinde işin bitirilmesinin mümkün olmadığı anlaşılıyor ise iş sahibi sürenin sona ermesini beklemeden akdi feshedebilir.”*<sup>194</sup>

<sup>194</sup> 15. YHD, 08.03.2016 T., 2015/6243 E., 2016/1504 K., (E.T. 19.06.2019, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>).

## IX. ESERİ TESLİM ETME BORCU

Doktrindeki bir görüşe göre, estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde meydana getirilen eser, genellikle hastanın vücudu üzerinde oluşmaktadır. Bu sebeple de “eseri teslim etme borcu” hekim yönünden ayrıca söz konusu değildir. Burada eserin (tedavinin) yapımının hastanın vücudu üzerinde gerçekleşmesi sebebiyle, tedavi sürecinin bitmesi ile birlikte teslim borcu da kendiliğinden gerçekleştiği savunulmaktadır<sup>195</sup>. Ancak bizim görüşümüze göre bu durum tüm estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde geçerli değildir. Protez kol, bacak, göz yahut implant dış yapımı benzeri estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde oluşturulan eserin teslim borcu bulunmaktadır.

Yargıtay da ilgili bir kararında, “*Eser sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayıran önemli özelliklerinden birisi sonuç sorumluluğu, yani tarafların iradeleri doğrultusunda yüklenici tarafından bir sonucun meydana getirilmesi taahhüdüdür. Zira; eser sözleşmesinde bir eserin yaratılıp teslim edilmesi borcu altına girilmektedir.*” demek suretiyle, yaratılan eser iş sahibine teslim edilmedikçe yüklenicinin borcunun sona ermediğine değinmiştir<sup>196</sup>.

Eseri teslim etme borcu, bir eser yaratma borcunun doğal sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Diğer bir anlatımla bir eser yaratmanın amacı, o eseri teslim etmektir. Bu sebeple hekim, tıbbi müdahale sonucunda teslim edilmesi gereken bir eser oluşturmuşsa, bunu hastaya teslim etme borcu altındadır. Bu durumda hekim, hastaya karşı olan sorumluluğundan ancak eseri teslim etme borcunu gerçekleştirdikten sonra kurtulabilir.

## X. AYIBI ÜSTLENME BORCU

Estetik amaçlı tıbbi müdahaleler için genellikle hastaya edim sonucu için bir taahhüt verilmektedir. Bunun sonucu olarak da hekimin, taahhüt ettiği nitelikleri ve taşıyan ve hastanın beklentisini karşılayan bir eseri oluşturması borcu doğar. Hekim bu doğrultuda,

---

<sup>195</sup> Gökcan, s. 995; Petek, s. 194.

<sup>196</sup> 3. YHD, 14.10.2015T., 2014/19681 E., 2015/15751 K., (E.T. 06.02.2019, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>).

tıbbi müdahaleyi sözleşmedeki niteliklere uygun bir şekilde gerçekleştirerek ayıpsız bir eser meydana getirmekle yükümlüdür<sup>197</sup>.

Yargıtay ilgili bir kararında, “*Yüklenicinin eseri iş sahibinin yararına olacak şekilde ve ona hiçbir zarar vermeden meydana getirmesi davalı yüklenicinin hem sadakat, hem de özen borcunu kapsar. Bu kural gereğince, yüklenici iş sahibinin yararına olan şeyleri yapmak ve zararına olan şeylerden kaçınmak zorundadır. İş sahibi ortaya çıkacak eserde belli niteliklerin bulunmasını arzu eder. Meydana getirilen eserin iş sahibinin beklentisini karşılamaması halinde sözleşmedeki yarar dengesi iş sahibi aleyhine bozulur. Bu bakımdan eserin fen ve sanat kurallarına uygun, iş sahibinin beklentilerini karşılar özelliği taşıması gerekir. Aksi halde, ayıplı olduğu kabul edilir. Yüklenici meydana getirdiği eserde ortaya çıkan ayıp ve eksikliklerden ayıba karşı tekeffül borcu gereğince sorumludur.*” demek suretiyle, estetik amaçlı tıbbi müdahalenin sözleşmeye uygun şekilde gerçekleştirilmemesi durumunda, hekimin ayıbı üstlenme borcu gereği sorumluluğuna değinmiştir<sup>198</sup>.

Hekimin gerçekleştirdiği tıbbi müdahale sonucunda bir eser meydana getirme borcu bulunmaktadır. Bu sebeple hekimin ayıbı üstlenme borcunun doğması için ilk şart, tıbbi müdahalenin sonlandırılmış olması gerekmektedir. Zira TBK m. 474/1’de “eserin tesliminden sonra” ibaresi geçmektedir<sup>199</sup>.

Hekimin ayıbı üstlenme borcunun doğmasının ikinci şartı, ayıbın hastaya yüklenemeyecek sebeplerden kaynaklanmış olmasıdır. TBK m. 476 uyarınca; “*Eserin ayıplı olması, yüklenicinin açıkça yaptığı ihtar karşın, iş sahibinin verdiği talimattan doğmuş bulunur veya herhangi bir sebeple iş sahibine yüklenebilecek olursa iş sahibi, eserin ayıplı olmasından doğan haklarını kullanamaz.*” İlgili maddeye göre, hekimin aydınlatma ve uyarma borcunu yerine getirmesine rağmen, hastanın talimatından yahut hastaya yüklenebilecek bir sebepten dolayı bir ayıp meydana gelmişse, hekimin ayıbı üstlenme borcu doğmayacaktır<sup>200</sup>.

---

<sup>197</sup> Eren, s. 633; Yavuz, s. 550.

<sup>198</sup> 3. YHD, 23.01.2014 T., 2013/16671 E., 2014/815 K. (E.T. 11.03.2019, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml> ).

<sup>199</sup> Yavuz, s. 550; Aral/Ayrancı, s. 400.

<sup>200</sup> Eren, s. 635 vd.; Yavuz, s. 550 vd.; Aral/Ayrancı, s. 401 vd.



İlgili borcun üçüncü şartı ise, hastanın tıbbi müdahalenin sonucunu kabul etmemiş olmasıdır. Bu şart TBK m. 477/1’de düzenlenmiştir. İlgili hükümde, “*Eserin açıkça veya örtülü olarak kabulünden sonra, yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulur(...)*” denmektedir. Ancak, estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde tedavi sonrası iyileşme sürecinde istenilen sonucun elde edilip edilmediğinin anlaşılması bir hayli zordur. Bu sebeple hastanın tedavi sonucunu açık yahut örtülü bir şekilde kabul etme sürecinin ne zaman gerçekleşeceği sorunu ortaya çıkmaktadır. TBK m. 474/1 uyarınca; “*İş sahibi, eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa, bunu uygun bir süre içinde yükleniciye bildirmek zorundadır.*” İlgili hükme göre, tedavi sonucundan kaynaklanan ayıbın ne zaman gözden geçirilerek bildirileceği kesin olarak belirtilmemiş; “işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz” denmekle yetinilmiştir<sup>201</sup>. Bu doğrultuda ayıbı gözden geçirme ve bildirme borcu, estetik amaçlı tıbbi müdahalelerin her birinin niteliğine ve özelliğine göre değişkenlik gösterecektir.

Estetik amaçlı tıbbi müdahale sonucundan kaynaklanan ayıbın sonradan ortaya çıkması durumu ise TBK m. 477/3’te düzenlenmiştir. Maddenin ilgili fıkrasına göre, “*Eserdeki ayıp sonradan ortaya çıkarsa iş sahibi, gecikmeksizin durumu yükleniciye bildirmek zorundadır; bildirmezse eseri kabul etmiş sayılır.*” Bu doğrultuda, estetik amaçlı tıbbi müdahale gerçekleştirilip tedavi tamamen sonuçlandıktan daha sonra bir ayıp ortaya çıkarsa, hastanın bu durumu gecikmeksizin hekime bildirmesi gerekmektedir. Aksi halde hasta, estetik amaçlı tıbbi müdahale sonucunu kabul etmiş sayılacaktır. Bu duruma burun küçültme ameliyatından bir süre sonra burun ucu düşmesi yaşanmasını ve takılan göğüs protezinin bir süre sonra çökmesini örnek olarak gösterebiliriz.

Hastanın ilgili ayıp hakkında bildirim yapmasının belli bir şekil şartı bulunmamaktadır. Dolayısı ile ayıp bildirim yazılı şekilde yahut noter kanalıyla resmi olarak yapılabileceği gibi sözlü olarak da yapılabilir. Ancak bildirim ispatı açısından en azından yazılı şekilde bildirim yapmakta yarar vardır<sup>202</sup>.

---

<sup>201</sup> Eren, s. 643; Aral/Ayan, s. 404.

<sup>202</sup> Eren, s. 645; Aral/Ayrancı, s. 405; Erzurumluoğlu, s. 185.

Hekimin kusuru sebebiyle ayıbın ortaya çıkması durumunda TBK m. 575 uyarınca, hastanın bazı seçimlik hakları bulunmaktadır. İlgili maddeye göre; “Eserdeki ayıp sebebiyle yüklenicinin sorumlu olduğu hâllerde iş sahibi, aşağıdaki seçimlik haklardan birini kullanabilir:

1. Eser iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa sözleşmeden dönme.

2. Eseri alıkoyup ayıp oranında bedelden indirim isteme.

3. Aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları yükleniciye ait olmak üzere, eserin ücretsiz onarılmasını isteme.

İş sahibinin genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır.(...)”

İlgili madde metnine göre ayıp sebebiyle hastanın seçimlik hakları; sözleşmeden dönme, ayıp oranında kararlaştırılan bedelden indirim isteme yahut tekrar ücret ödenmeksizin ayıbın giderilmesi için tekrar tıbbi müdahale gerçekleştirilmesini isteme hakkıdır. Bu haklardan yalnız biri tercih edilebilir. Diğer bir anlatımla hasta tarafından bu haklardan birinin seçilmesi durumunda diğerleri kullanılamaz. Ancak tazminat isteme hakkı, hastanın zarar görmesi şartıyla, bahsi geçen üç seçimlik haktan biri ile beraber ve bağımsız olarak ayrıca istenebilir<sup>203</sup>.

## XI. KAYDA GEÇİRME (ARŞİVLEME) BORCU

Hekimin, tıbbi müdahalede bulunduğu hastayla ilgili bilgileri kayıt altına alma borcu, hasta öyküsü alma borcunun bir gereği ve devamı olarak, kayıtları dosyalaştırma ve bunları saklama borcu bulunmaktadır. Hekimin bu borcu, sözleşmeden kaynaklı olmakla beraber aynı zamanda, bir meslek ve işletmecilik borcudur. Kayda geçirme borcunun kapsamında, hastanın kimlik ve adres bilgileri, hastanın öyküsü, muayene, teşhis ve akabinde tedavi süreciyle ilgili bilgiler bulunmaktadır. Bu şekilde, tedavi sürecinin takibi daha verimli ve pratik olacağı gibi hastanın sağlığı tedavi süreci sonrasında da korunabilecektir. Ayrıca ilgili belgeler ileride çıkması muhtemel uyuşmazlıklarda ispat külfeti bakımından delil niteliği taşıyacaktır<sup>204</sup>.

<sup>203</sup>Ayrıntılı bilgi için bkz.: Eren, s. 646 vd.; Yavuz, s. 555 vd.; Aral/Ayrancı, s. 406 vd.; Erzurumluoğlu, s. 185, 186.

<sup>204</sup>Gökcan, s. 166; Hakeri, s. 688; Demir, s. 169, 170; Özay, s. 71; Arı, s. 32; Şatır, s. 75; Öztürkler, s. 93.

Hekimin kayda geçirme borcuyla bağlantılı olarak, hastanın ilgili kayıtları inceleme ve örnek alma hakkı bulunmaktadır. Hasta Hakları Yönetmeliği m. 16 uyarınca; “*Hasta, sağlık durumu ile ilgili bilgiler bulunan dosyayı ve kayıtları, doğrudan veya vekili veya kanuni temsilcisi vasıtası ile inceleyebilir ve bir suretini alabilir.*” İlgili maddeye göre inceleme ve örnek alma hakkı sadece hastaya; varsa vekili yahut kanuni temsilcisine tanınmıştır.

Hastanın, tıbbi müdahale sonunda ilgili kayıtların bazılarının iadesini isteme hakkı da bulunmaktadır. Hasta tarafından hekime verilen tıbbi belgeler incelendikten sonra dosyasına konulmalı; iadesinin istenmesi durumunda ise hastaya geri verilmelidir. Ancak tıbbi müdahale sürecinde hekim tarafından alınan bilgiler ve düzenlenen belgelerin hastaya iade edilip edilmeyeceği doktrinde tartışmalıdır<sup>205</sup>. Doktrinde ağırlık kazanan görüşe göre, hasta üzerinde yapılan incelemeler sonucu elde edilen rapor, röntgen, tahlil ve test sonuçları gibi belgelerin hastaya iade edilmesinin gerektiği; hekimin fikri ürünü niteliğinde olan hastalık öyküsü, muayene, ameliyat protokolü gibi belgelerin ise hekime ait olduğu yönündedir. Ancak, hasta tarafından, hekimin fikri ürünü niteliğindeki belgeleri inceleme ve masrafını karşılamak kaydıyla örnek isteme hakkı bulunmaktadır<sup>206</sup>.

Kayda geçirme borcunun hiç yahut gerektiği kadar gerçekleştirilmemesi halinde hekimin hukuki sorumluluğu söz konusu olabilir<sup>207</sup>. Ancak, kayda geçirme borcunun yerine getirilmemesi, başlı başına bir sorumluluğa sebep olmayacaktır. Aynı zamanda, hekimin bu özensizliğinden dolayı hastanın zarara uğraması gerekmektedir. Bu şartlar oluştuğu zaman, mesleki kusuru sebebiyle hekim sorumlu tutulabilir<sup>208</sup>.

## XII. SIR SAKLAMA BORCU

Hekimin sır saklama borcu, TBK m. 471 uyarınca sadakat gösterme borcundan kaynaklanan bir alt yükümlülüktür. Bir kimsenin sır niteliği taşıyan gizli bilgilerinin saklı tutularak kişilik hakkının korunması amacı taşıyan bu borç, başta Anayasa'nın “özel

<sup>205</sup> Doktrindeki farklı görüşlere dair ayrıntılı bilgi için bkz.: Gökcan, s. 177.

<sup>206</sup> Gökcan, s. 177; Hakeri, s. 701; Ayan, s. 97; Özay, s. 72, 73.

<sup>207</sup> 13. YHD, 15.12.2005 T., 2005/11677 E., 2005/18599 K.; 13. YHD, 09.06.2006 T., 2006/6683 E., 2006/9443 K., (E.T. 20.01.2019, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>).

<sup>208</sup> Gökcan, s. 178; Demir, s. 172; Şatır, s. 75, 76.

hayatın gizliliği” başlıklı 20. maddesinde güvence altına alınmıştır<sup>209</sup>. Sır saklama borcu aynı zamanda sağlık hukukuyla ilgili bazı kanun, tüzük ve yönetmeliklerde de ayrıca düzenlenmiştir<sup>210</sup>.

Sır, herkes tarafından bilinmeyen ve öğrenilmesi durumunda kişinin maddi yahut manevi menfaatleri yönden zarara uğramasına sebep olabilecek hususlardır. Hekim, mesleğini icra etmesi sebebiyle öğrendiği, hastasına ilişkin sır niteliğindeki bilgileri koruma ve üçüncü kişilere açıklamama borcu altındadır. Hekimlik mesleğinin icrası dışında öğrenilen bilgiler sır saklama borcu kapsamında düşünülemez<sup>211</sup>.

Hastadan alınan hangi bilgilerin sır niteliğinde olduğu da önem arz etmektedir. Bir bilginin sır niteliğinde olabilmesi için doktrinde objektif ve sübjektif olmak üzere iki şartın varlığı aranmaktadır. İlk olarak objektif şarta göre, bir bilgi, hasta dışında üçüncü kişilerce ve çoğunluk tarafından biliniyorsa, bu bilgi sır niteliğinde kabul edilemez. İkinci olarak sübjektif şarta göre ise, hastanın ilgili bilgiyi gizli tutma iradesidir. Hasta tarafından bir bilgiyi gizli tutma iradesi açık veya örtülü olarak anlaşılıyorsa, hekimin bu bilgiyi sır olarak saklama borcu doğacaktır<sup>212</sup>. Hekimin sır saklama borcu, hastanın yahut yakınlarının zarara uğrama ihtimallerinin varlığı halinde, hastanın ölümünden sonra dâhi devam eder<sup>213</sup>.

Hekimin sır saklama borcundan kurtaran ve dolayısıyla sırrı açıklamayı hukuka uygun hale getiren bazı haller bulunmaktadır. Bunlar; hastanın rızası, hasta tarafından hekime açılan davada savunma hakkının kullanılması amacıyla sırların açıklanması ve kanun hükmü gereği sırrın ilgili mercilere bildirilmesidir. Hukuka uygunluk nedeni sayılan bu haller TMK m. 24/2 fıkra hükmünden çıkarılmaktadır. Bu nedenlerden birinin varlığı halinde ilgili eylem hukuka uygun sayılacağından hekimin sır açıklama borcunu ihlal etmiş sayılmayacak; hastasına karşı herhangi bir hukuki sorumluluğu bulunmayacaktır<sup>214</sup>.

<sup>209</sup> Hakeri, s. 703 vd.; Demir, s. 165; Şatır, s. 78.

<sup>210</sup> Hasta Hakları Yönetmeliğinin “mahremiyete saygı gösterilmesi” başlıklı 21. maddesinde, “bilgilerin gizli tutulması” başlıklı 23. maddesinde, Hekimlik Meslek Etiği Kuralları’nın “sır saklama yükümlülüğü” başlıklı 9. maddesinde ve Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi’nin 4. maddesinde hekimin sır saklama borcu düzenlenmiştir

<sup>211</sup> Özdemir, Hayrunnisa, “Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Kayda Geçirme ve Sır Saklama Yükümlülüğü”, Sağlık Hukuku Digestası, S. 1, Y. 2009, s. 153 (Kısaltma: Sır); Gökcan, s. 159, 160; Hakeri, s. 704; Demir, s. 165, 166; Yıldırım, M. Fadıl, “Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erzincan 15-16 Mayıs 2006, Ankara 2007, s. 58.

<sup>212</sup> Özdemir, Sır, s. 155; Yıldırım, s. 59.

<sup>213</sup> Demir, s. 166; Yılmaz, s. 74; Yıldırım, s. 61.

<sup>214</sup> Hakeri, s. 708; Gökcan, s. 162; Demir, s. 167; Şatır, s. 79.

Ayrıca bahsetmek gerekir ki, sır saklama borcu yalnızca hekim tarafından değil; hekimin yardımcı personeli tarafından da sağlanması gereken bir yükümlülüktür. Hekime bağlı çalışan personelin dahi bu borca aykırı davranması durumunda hastaya karşı sorumluluk doğacaktır<sup>215</sup>.

---

<sup>215</sup> Jonsen/Siegler/Winslade, s. 159.

## § 5. HEKİMİN SÖZLEŞME DIŞI HUKUKİ SORUMLULUĞU

### I. VEKÂLETSİZ İŞ GÖRMEDEN KAYNAKLANAN HUKUKİ SORUMLULUK

#### A. Genel Olarak

Vekâletsiz iş görme<sup>216</sup> ile ilgili hükümler, TBK m. 526-531 arasında, “işgörenin hak ve borçları” ve “iş sahibinin hak ve borçları” konu başlıkları altında genel olarak düzenlenmiştir. İlgili kanun başlıklarının sağlık hukuku yönünden yorumlanması gerekirse, sözü edilen işgören kavramının hekim, iş sahibi kavramının ise hasta olarak anlaşılması gerekmektedir. Vekâletsiz olarak görülen iş ise estetik amaçlı tıbbi müdahaledir.

Vekâletsiz iş görme TBK’da tanımlanmamıştır. Ancak Eren’e göre, hukuken yetkili yahut yükümlü olunmamasına rağmen, bir başkasına ait olan işin, kendisi yahut bir başkası yararına görülmesinden doğan hukuki ilişki vekâletsiz iş görmedir<sup>217</sup>. Gerçekten de, estetik amaçlı tıbbi müdahalelerden kaynaklanan sorumluluk, kural olarak hekimlik sözleşmesine dayanmakla beraber, bazı durumlarda hekimin sorumluluğu vekâletsiz iş görmeden kaynaklanabilir<sup>218</sup>.

Hekimin vekâletsiz iş görmesi, hastanın iradesi dışında bir tıbbi müdahale gerçekleştirilmesi durumunda gerçekleşir. Bu durum estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde pek rastlanılan bir durum değildir. Ancak, hekimin öncesinde bütün borçlarını özenle gerçekleştirmesine rağmen, estetik amaçlı yapılan bir ameliyat esnasında meydana gelen müdahalenin genişletilmesi gerekebilir. Bu müdahaleler zorunluluk anında tedavi yöntemi uygulanırken hastanın anestezi etkisi altında olması ve bilincinin kapalı olması halinde gerçekleştiğinden, vekâletsiz iş görme hükümleri kapsamında görülür ve buna dayalı sorumluluğa yol açar<sup>219</sup>.

---

<sup>216</sup> Vekâletsiz iş görme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Eren, s. 897 vd.; Yavuz, s. 743 vd.

<sup>217</sup> Eren, s. 897.

<sup>218</sup> Petek, s. 225.

<sup>219</sup> Petek, s. 225; Arıncı, s. 95; Reisoğlu, s. 13; Uygur, s. 22, 23.

## B. Vekâletsiz İş Görmenin Türleri

Vekâletsiz iş görmenin iki türü bulunmaktadır. Bunların ilki, “gerçek vekâletsiz iş görme”, ikincisi ise “gerçek olmayan vekâletsiz iş görme”dir. Gerçek vekâletsiz iş görme de kendi içerisinde “caiz vekâletsiz iş görme” ile “caiz olmayan vekâletsiz iş görme” olmak üzere tekrar ikiye ayrılmaktadır<sup>220</sup>.

Hekimlik sözleşmesi bulunmaksızın, hastanın yararına hareket ederek, varsayılan iradesine uygun şekilde ve hastanın reddetmediği bir tedavi yöntemi uygulanmadan gerçekleştirilen tıbbi müdahale, caiz vekâletsiz iş görmedir. Hastanın yararı için gerekli olduğu düşünülen, fakat gerçekte şart olmayan yahut hastanın reddettiği bir tedavi yönteminin uygulanması suretiyle gerçekleştirilen tıbbi müdahale ise caiz olmayan vekâletsiz iş görmedir<sup>221</sup>.

Hekim tarafından, tıbbi müdahalenin haksız ve kötünietli şekilde, kendisi yahut hasta dışında bir başkası yararına uygulaması ise gerçek olmayan vekâletsiz iş görmedir. Burada hekim, hastanın varsayılan iradesi ile hareket etmemektedir. Aksine hastanın iradesi yerine kendi iradesiyle hareket ederek, kendisi yahut hasta dışında bir başka kimsenin yararına iş görme niyetine sahiptir<sup>222</sup>.

## C. Vekâletsiz İş Görmede Hekimin Sorumluluğunun Kapsamı

Vekâletsiz iş görme durumunda, hekim ile hasta arasında “fili sözleşme ilişkisi” yahut “sözleşme benzeri ilişki” bulunmaktadır<sup>223</sup>. Bu sebeple hekim, vekâletsiz iş görme kapsamında hastaya uyguladığı tıbbi müdahaleden kaynaklanan her türlü kusur ve

---

<sup>220</sup> Doktrinde bu konuda Eren ve Yavuz tarafından iki farklı ayırım yapılmıştır. Eren’e göre bu ayırım ölçütünü “ işgörenin niyeti”; Yavuz’a göre ise “iş sahibinin yararı” oluşturmaktadır. Daha açık anlatımla, Eren’e göre işgören, iş sahibinin yararını düşünerek hareket etmekte ise, burada “gerçek vekâletsiz iş görme” söz konusudur. Ayrıca, yine bu ayırım içerisinde, işgören iş sahibinin yararına hareket etmişse “caiz vekâletsiz iş görme”; yararına sanmakla beraber aslında yararına olmayacak şekilde hareket etmişse “caiz olmayan vekâletsiz iş görme” söz konusudur. Eğer işgören kendi yararını düşünerek hareket etmiş ise burada “gerçek olmayan vekâletsiz iş görme” söz konusudur. Yavuz’a göre ise, iş sahibinin yararına hareket edilmişse “gerçek (caiz) vekâletsiz iş görme”; iş sahibinin niyeti fark etmeksizin işgörenin yararına olmayacak şekilde hareket edilmiş ise “gerçek olmayan (caiz olmayan) vekâletsiz iş görme” söz konudur. Biz, ileride bahsedeceğimiz “sorumluluğun kapsamı” ve “vekâletsiz iş görmeye onay verme” ile ilgili açıklamalardan da anlaşılacağı üzere Eren’in görüşüne katılmaktayız. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Eren, s. 898 vd.; Yavuz, s. 744 vd.

<sup>221</sup> Eren, s. 902; Yavuz, s. 744, 749

<sup>222</sup> Eren, s. 909; Yavuz, s. 749.

<sup>223</sup> Eren, s. 898; Yavuz, s. 747.

ihmalkâr davranışından sorumludur. Bu durumda da hekimin özen gösterme borcu, sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğu ile aynıdır. Bu doğrultuda TBK m. 527/1 uyarınca kural olarak, vekâletsiz iş gören hekim, kusur ve ihmalden dolayı hastaya karşı tam olarak sorumluluktur<sup>224</sup>.

Vekâletsiz iş gören hekim yönünden kural tam sorumluluk olsa da, bazı durumlarda sorumluluğun azaltılması ve artırılması öngörülmüştür. Gerçekten de TBK m. 527/1’de; *“Vekâletsiz işgören, her türlü ihmalden sorumludur. Ancak, işgören bu işi, iş sahibinin karşılaştığı zararı veya zarar tehlikesini gidermek üzere yapmışsa, sorumluluğu daha hafif olarak değerlendirilir.”* demek suretiyle, ilk cümlesinde kural olan tam sorumluluktan, devamında ise sorumluluğun azaltılmasından bahsedilmektedir. Hekim bu durumda, hastasına karşı “caiz vekâletsiz iş görme” kapsamında sorumludur. İlgili hükme göre, tıbbi müdahale anında, hastanın zarara uğramasını yahut zararın artmasını önlemek amacıyla ve hasta tarafından reddedilmeyen bir tedavi yönteminin, hastanın yararı gözetilerek uygulanması halinde hekimin sorumluluğu, tam sorumluluğa oranla azalmaktadır. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, sorumluluğunun azalmasından anlaşılması gereken, hekimin özen borcunun azalması değildir. Hekim hastasına karşı her zaman, sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğunda olduğu gibi aynı derecede özen gösterme borcu altındadır<sup>225</sup>.

Bazı durumlarda ise vekâletsiz iş gören hekim yönünden sorumluluğun artırılması öngörülmüştür. TBK m. 527/2’de; *“İşgören, iş sahibinin açıkça veya örtülü olarak yasaklamış olmasına karşın bu işi yapmışsa ve iş sahibinin yasaklaması da hukuka veya ahlaka aykırı değilse, beklenmedik hâlden de sorumlu olur. Ancak, işgören o işi yapmamış olsaydı bile, bu zararın beklenmedik hâl sonucunda gerçekleşeceğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur.”* denmektedir. Hekim bu durumda, hastasına karşı “caiz olmayan vekâletsiz iş görme” kapsamında sorumludur. İlgili hükme göre, hasta tarafından açıkça reddedilen yahut reddedildiğini bilebilecek halde olmasına rağmen, ancak hastanın yararına olduğunu düşünerek ilgili tedavi yöntemini uygulayan hekimin sorumluluğu, tam sorumluluğa oranla artmaktadır. Ancak hekim, somut olayda reddedilen tedavi yöntemini

---

<sup>224</sup> Gökcan, s. 1001; Demir, s. 248; Petek, s. 225; Başpınar, s. 229; Arı, s. 37; Ayan, s. 113; Özay, s. 107; Arıncı, s. 96.

<sup>225</sup> Gökcan, s. 1001; Demir, s. 249; Petek, s. 225; Özay, s. 107, 108; Arıncı, s. 96.



uygulamasaydı bile, mevcut zararın yine de oluşacağını ispat ederse, hastaya karşı sorumluluğundan kurtulur<sup>226</sup>.

Yukarıda bahsedilen iki durumda hekim, gerçek vekâletsiz iş görme niteliğinde tedavi uygulamaktadır. Hekimin ilgili tedavi yöntemini uygulamasıyla beraber taraflar arasında sözleşme benzeri bir ilişki kurulmaktadır. Bu sebeple hasta, TBK m. 531 uyarınca, uygulanan tedavi yönteminin uygun olduğu yönünde, hekime daha sonradan onay verebilir. Bu durumda hekim sorumluluktan kurtulur<sup>227</sup>.

Vekâletsiz iş gören hekimin, tıbbi müdahaleyi haksız ve kötünietli şekilde, kendisi yahut hasta dışında bir başkası yararına uygulama ihtimali de bulunmaktadır. Hekimin bu uygulamasının, sözleşme benzeri bir ilişki niteliğinde değil; haksız fiil niteliğinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu sebeple hastanın, TBK m. 531 uyarınca, uygulanan tedavi yönteminin uygun olduğu yönünde hekime onay vermesi de mümkün değildir<sup>228</sup>. Ancak hasta isterse, bu hakkından feragat edebilir<sup>229</sup>.

## II. HAKSIZ FİİLDEN KAYNAKLANAN HUKUKİ SORUMLULUK

Hekimin sözleşmeden ve vekâletsiz iş görmeden bağımsız olarak yaptığı tıbbi müdahale, haksız fiilden kaynaklanan hukuki sorumluluğunu doğurur<sup>230</sup>. Burada hekimin sorumluluğunun kaynağı, taraflar arasındaki bir hukuki işlem değil; doğrudan doğruya kanundur. Diğer bir anlatımla, hekimin buradaki tıbbi hatadan sorumluluğunun asıl kaynağı hukuka aykırı bir eylemdir. Bu sebeple, haksız fiilden kaynaklanan sorumluluk yerine “hukuka aykırı fiilden kaynaklanan sorumluluk” kavramını kullanmamız da mümkündür<sup>231</sup>.

Haksız fiil sorumluluğu, TBK m. 49-76 arasında düzenlenmiştir. TBK m. 49/1’e göre; “*Kusurlu ve hukuka aykırı bir fülle başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle*

<sup>226</sup> Gökcan, s. 1001; Demir, s. 249; Petek, s. 225; Özay, s. 107, 108; Arıncı, s. 96.

<sup>227</sup> Eren, s. 902; Yavuz, s. 751.

<sup>228</sup> Eren, s. 902, 903; Yavuz, s. 750, 751.

<sup>229</sup> Eren, s. 918.

<sup>230</sup> Haksız fiil hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Eren, Genel, s. 509; Kılıçoğlu, s. 368; Oğuzman/Öz, C. 2, s. 1.

<sup>231</sup> Eren, Genel, s. 509, 594; Kılıçoğlu, s. 368; Oğuzman/Öz, C. 2, s. 1.

*yükümlüdür.*” İlgili maddeye göre, hekim, uyguladığı haksız bir tıbbi müdahale sonucunda hastasına zarar verirse, tıbbi hatasından kaynaklanan bu zararı giderme borcu altındadır.

Hekimin, hastasına karşı haksız fiilden kaynaklanan sorumluluğu çeşitli şekillerde meydana gelebilir. Bazı durumlarda, hekimin sözleşmeye aykırı davranması sebebiyle aynı zamanda haksız fiilden kaynaklanan sorumluluğu da söz konusu olabilir. Bu anlamda, hekimlik sözleşmesi gereği, hekim tarafından gerekli hatalı tıbbi müdahale gerçekleştirilerek hastaya zarar verilmektedir. Burada hekim ile hasta arasında haksız fiil ilişkisi ile sözleşme ilişkisi beraber bulunmaktadır. Bu durumda, sözleşmeden kaynaklanan sorumluluk ile genel sorumluluk olan haksız fiil sorumluluğu yarışır<sup>232</sup>. Ancak bu durum, hastanın ölümüyle sonuçlanırsa, hasta yakınları sadece haksız fiil kapsamında haklarını arayabilirler. Bunun sebebi hekim ile hasta yakınları arasında bir sözleşme ilişkisinin bulunmamasıdır<sup>233</sup>.

Hekimin, hastane bünyesinde çalışan sıfatıyla tıbbi müdahalede bulunması ve taraflar arasında bir sözleşme ilişkisinin mevcut olmadığı durumlarda da, hatalı tıbbi uygulama sonucunda kanunun öngördüğü şartların oluşması halinde, hekimin haksız fiil esaslarına göre sorumluluğundan söz edilir. Ayrıca, taraflar arasındaki sözleşmenin geçersiz olması durumunda da, artık hukuken bir sözleşmenin varlığından söz edilemeyecektir. TBK m. 27/1’e göre; “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.*” İlgili madde uyarınca taraflar arasında kurulan sözleşme, hukuka, ahlaka, kamu düzenine yahut kişilik haklarına aykırı ise ya da ifası imkânsız ise, sözleşmeden kaynaklanan sorumluluktan değil; ancak haksız fiil esaslarına göre sorumluluktan söz edilebilir<sup>234</sup>.

Haksız fiil niteliğindeki tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren kişi, hekimin yardımcı personeli ise, taraflar arasında hukuken geçerli bir sözleşme ilişkisinin varlığı aranmaksızın, hekim, adam çalıştıran sıfatıyla sorumluluğu kendi üzerine almış bulunmaktadır. Kısacası, kusurlu hareket eden taraf yardımcı kişi olsa dahi, haksız fiil sorumluluğu, TBK’nın “adam çalıştıranın sorumluluğu” başlıklı 66. maddesi ve “yardımcı

---

<sup>232</sup> Aşçıoğlu, s. 65; Ayan, s. 117; Reisoğlu, s. 3; Uygur, s. 25.

<sup>233</sup> Aşçıoğlu, s. 65.

<sup>234</sup> Eren, Genel, s. 202; Kılıçoğlu, s. 132; Oğuzman/Öz, s. 82.

kişilerin sorumluluğu” başlıklı 116. maddesi uyarınca hekime aittir. Ancak TBK m. 66/4 uyarınca hekim, yardımcısının kusurundan dolayı uğradığı zararı kendisine rücu etme hakkına sahiptir<sup>235</sup>.

---

<sup>235</sup> Eren, s. 612; Aral/Ayrancı, s. 373, 374; Erzurumluoğlu, s. 182, 183; Yavuz, s.544.

## § 6. HEKİMİN ZORUNLU MESLEKİ SORUMLULUK SİGORTASI KAPSAMINDA HUKUKİ SORUMLULUĞU

### I. GENEL OLARAK

Hekimlik, özünde büyük sorumluluk taşıyan bir alanda gerçekleştirilen bir hizmeti ifade etmektedir. İnsan sağlığına ve hayatına müdahale çok hassas bir konudur. Büyük bir titizlikle gerçekleştirilmesi gereken tıbbi müdahalelerde bazen hafif bir ihmâl bile çok büyük zararlara yol açabilmektedir. Kusurlu bir tıbbi müdahale sonucunda ise hem hekim hem de hasta telafisi çok zor olan mağduriyetler yaşayabilmektedirler. Gerçekten de, mağdur durumundaki hastanın uğradığı zararlar baş başa kalma ihtimali; hekimin ise yüksek meblağlardaki tazminat talepleri sebebiyle mesleğini yapamaz duruma gelme riski söz konusudur. Tüm bunlar ve hissedilen ihtiyaçlar sebebiyle hekimin mesleki sorumluluk sigortası yaptırmayı ihtiyacı kendini göstermiştir<sup>236</sup>.

Genel olarak mesleki sorumluluk sigortası, 16.03.2006 tarih ve 26110 sayılı Resmî Gazete’de Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları başlıklı tebliğ ile yayımlanmıştır. Hekimler için de geçerli olan ilgili genel şartlara, Hekim Mesleki Sorumluluk Sigortası Klozu adı verilen sorumluluk ilkeleri eklenmişti. Ancak bu düzenlemeye göre hekimlerin mesleki sorumluluk sigortası yaptırmaları kendi tercihlerine bırakılmıştı. Bir başka anlatımla hekimlerin mesleki sorumluluk sigortası zorunlu değil; ihtiyari sigorta vasfındaydı<sup>237</sup>.

Buna karşın hekimlerin mesleki sorumluluk sigortası, 21.10.2010 tarih ve 5947 sayılı Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile düzenlenmiştir. İlgili kanuna ilave edilen Ek Madde 12 ile yapılan düzenlemeye göre; “*Kamu sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan tabipler, dış tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, tıbbi kötü uygulama nedeniyle kendilerinden talep edilebilecek zararlar ile kurumlarınca kendilerine yapılacak rüculara karşı sigorta yaptırmak zorundadır.*” İlgili ek madde uyarınca

---

<sup>236</sup> Güven, Kudret, “Hekimlerin Mesleki Sorumluluk Sigortası ve Uygulaması”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 2 Y. 2017, s. 13.

<sup>237</sup> Gökcan, s. 1157.

hekimlerin mesleki sorumluluk sigortası yaptırmaları ihtiyarilikten çıkararak zorunluluk ihtiva eder bir duruma gelmiştir.

## II. MESLEKİ SORUMLULUK SİGORTASININ KAPSAMI

### A. Sigortanın Kişi Yönünden Kapsamı

Mesleki sorumluluk sigortası kapsamında bulunan hekimler, 5947 sayılı kanunun 8. Maddesi ile 1219 sayılı kanuna ilave edilen Ek Madde 12’de sayılmıştır. İlgili ek madde uyarınca mesleki sorumluluk sigortası yaptırmaları zorunlu olan hekimleri şu şekilde sıralamamız mümkündür:

- a) Kamu sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan tabipler, dış tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar,
- b) Özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan veya mesleklerini serbest olarak icra eden tabip, dış tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar,
- c) Mesleklerini serbest olarak icra eden çalışan tabipler, dış tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar,
- d) Sözleşmeli aile hekimleri mesleki sorumluluk sigortası yaptırmak zorundadır.

Mesleki sorumluluk sigortası yaptırabilecek olanlar yukarıda sayılanlarla sınırlı değildir. Sağlık sektöründe çalışmakla beraber tabip yahut uzman hekim unvanına sahip olmayan personel de sorumluluk sigortası yaptırabilir. Ancak bunlar için mesleki sorumluluk sigortası zorunlu değil; ihtiyari niteliktedir<sup>238</sup>.

Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları uyarınca sorumluluk sigortası, Türkiye Cumhuriyeti sınırları dâhilinde gerçekleştirilen mesleki faaliyetler için geçerlidir. Ancak taraflar, sigortanın kapsamını yurtdışındaki mesleki faaliyetleri de kapsayacak şekilde sigorta kapsamına yer itibariyle genişletebilirler.

---

<sup>238</sup> Güven, s. 32.

## B. Sigortanın Konu Yönünden Kapsamı

Kanunda sayılan meslek mensuplarının mesleklerini ifa ederken, ihmalleri sonucunda hastaya zarar vermeleri hâlinde ilgili zarar, mesleki sorumluluk sigortası kapsamında sigortacı tarafından üstlenilir. Hekim tarafından gerçekleştirilen tıbbi hataların (malpraktisin) mesleki sorumluluk sigortasının kapsamında olduğunu söyleyebiliriz<sup>239</sup>.

Hekim ile sigortacı anlaşarak, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde sigortanın kapsamını serbestçe belirleyebilirler<sup>240</sup>. Ancak bazı hâller emredici biçimde düzenlenmesi sebebiyle hiçbir şekilde sigorta kapsamına dâhil edilemez. Bu hâller Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nın "Teminat Dışında Kalan Haller" başlıklı A.3 maddesinde düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre:

- a) Hekimin, poliçede belirlenmiş ve sınırları etik kurallar ve hukuk kuralları ile tespit edilen mesleki faaliyeti dışındaki faaliyetlerinden kaynaklanan tazminat talepleri,
- b) Mesleki faaliyetin ifası sırasında hekim tarafından kasten gerçekleştirilen olay ve davranışları;
- c) Hekim veya yardımcı personelinin, poliçede belirtilen mesleki faaliyeti ifa ederken alkol, uyuşturucu ya da uyarıcı maddelerin etkisi altında bulunması sonucunda meydana gelen olaylar sigorta kapsamı dışındadır.

## C. Sigortanın Zaman Yönünden Kapsamı

Mesleki sorumluluk sigortasının zaman yönünden kapsamı 28.08.2012 tarih ve 28395 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Kurum Katkısına İlişkin Usul ve Esaslara Dair Tebliğ (Tebliğ No: 2010/1)'de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ m. A.1'de düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre, sözleşme tarihinden önceki on yıllık dönemde veya sözleşme süresi içinde meydana gelen zararlar için sigortacı teminat sağlar. Ancak on yıllık sigorta döneminin başlangıcı 30.07.2009'u geçemez. Ayrıca bir aydan uzun süre sigortasız kalınan

---

<sup>239</sup> Güven, s. 33.

<sup>240</sup> Aksine bir sözleşme olmadığı takdirde sigorta kapsamında kabul edilmemekle beraber tarafların anlaşması hâlinde sigorta kapsamına dâhil edilebilen hâller için bkz.: Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları m. A.4.

dönemlerde meydana gelen olaylara bağı olarak sigortalı dönemlerde yapılan ihbarlar için sigorta koruması bulunmamaktadır.

Hekimin mesleki faaliyetine son vermesi hâlinde ise, yukarıda bahsedilen teminata ek olarak, son sigorta sözleşmesi dönemindeki mesleki faaliyetinden dolayı sigorta sözleşmenin bitiş tarihinden itibaren iki yıl sonrasına kadar ortaya çıkabilecek talepler de teminat kapsamındadır.

#### D. Sigortanın Miktar yönünden Kapsamı

Mesleki sorumluluk sigortasının miktar yönünden kapsamı sınırsız değildir. Bu kapsamdaki düzenleme 21.07.2010 tarih ve 27648 sayılı Resmî Gazete'deki tebliğ ile yayımlanan Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Tarife ve Talimatı m. A'da düzenlenmiştir. İlgili madde uyarınca, her bir olay için azami teminat miktarı 400.000 TL olarak belirlenmiştir. Her halükârda sözleşme kapsamında ödenecek tazminat miktarı ise 1.800.000 TL'yi aşamaz. Teminat miktarı maddi tazminat, manevi tazminat ve yargılama giderleri için geçerlidir.

### III. SİGORTACININ HEKİME RÜCU HAKKI

Mağdur durumundaki hastanın (yahut şartlar oluşmuşsa hasta yakınlarının) doğrudan sigortacıya dava açma hakkı TTK m. 1478'de düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre zarar gören, hatalı tıbbi uygulama nedeniyle uğradığı zararın sigorta miktarına kadar olan kısmının tazminini, sigorta sözleşmesi için geçerli olan zamanaşımı süresi içinde kalmak şartıyla, doğrudan sigortacıdan isteyebilecektir.

Kural olarak sigortacı, mağdurun zararını giderdikten sonra mağdura ödediği meblağı hekimden talep edemez. Fakat sigortacıya, hekimin ağır kusurlu sayılabileceği bazı durumlar için rücu imkânı tanınmıştır. Bu konu, 26.07.2014 tarih ve 29072 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Kurum Katkısına İlişkin Usul ve Esaslara Dair Tebliğ (2010/1)'de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ m. B.6'da düzenlenmiştir. İlgili maddeye uyarınca sigortacı:

a) Mesleki faaliyetin uygulanması sırasında hekim tarafından kasten sebep olunan her tür olay ile davranışları,

b) Hekim veya yardımcı personelinin, poliçe kapsamındaki mesleki faaliyeti ifa ederken alkol, uyuşturucu ya da uyarıcı maddelerin etkisi altında bulunması sonucunda meydana gelen olaylar,

c) Hekimin talebi üzerine zeyilname yapılması gereken durumlarda hekimin bu talepte bulunmaması halinde ödenen tazminatın eksik prim oranına denk gelen kısmı hekime rücu edebilir.



## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### HEKİMİN ESTETİK AMAÇLI TIBBİ MÜDAHALELERDEN KAYNAKLI HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN SONUÇLARI

#### § 7. HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN DOĞMASI

##### I. SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI

Bütün borç ilişkilerinde olduğu gibi, hekim ve hasta arasındaki ilişkinin de en önemli niteliği, taraflar arasında karşılıklı olarak bazı sorumluluklara yol açmasıdır. Gerçekten de, gerçekleştirilen tıbbi bir müdahaleyle birlikte hekimin hastasına karşı bir takım sorumlulukları üstlenmektedir<sup>241</sup>.

Hekimin hukuki (özel hukuk kapsamında) sorumluluğu, cezai ve idari sorumluluktan farklı olarak, “zararın tazmini” amacına yönelik bir sorumluluk türüdür<sup>242</sup>. Bu sorumluluk kural olarak taraflar arasında kurulan hekimlik sözleşmesine dayanmaktadır. Ancak, TBK m. 114/2 uyarınca, hekimin haksız fiilden kaynaklanan sorumluluğu, uygun düştüğü ölçüde sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğuna kıyasen uygulanacaktır<sup>243</sup>. Ayrıca, vekâletsiz iş görme durumunda hekim ile hasta arasında “sözleşme benzeri ilişki” bulunması sebebiyle, buradaki sorumluluk da sözleşmeden kaynaklanan sorumluluk kapsamında ele alınacaktır<sup>244</sup>.

Taraflar arasındaki hukuki ilişkinin niteliği fark etmeksizin, hekim yönünden sorumluluğun esasını, hasta üzerinde gerçekleştirdiği tıbbi müdahaleyi konusuna uygun şekilde, zamanında ve yerinde gerçekleştirmek oluşturur. Tıbbi müdahale hiç yahut gereklerine uygun şekilde gerçekleştirilmezse, borca aykırılık söz konusu olur. Bu kusurlu davranış nedeniyle hastanın zarara uğraması durumunda ise, hekimin hukuki sorumluluğu doğar<sup>245</sup>. Bu doğrultuda, hekimin hukuki sorumluluğunun doğmasına sebep olan şartlar

---

<sup>241</sup> Kılıçoğlu, s. 46.

<sup>242</sup> Demir, s. 212; Öztürkler, s. 103.

<sup>243</sup> Gökcan, s. 1048; Zeytin, s. 110.

<sup>244</sup> Eren, s. 898; Yavuz, s. 747; Kicalıoğlu, s. 25.

<sup>245</sup> Eren, Genel, s. 540, 1078, 1079; Kılıçoğlu, s. 815, 823; Oğuzman/Öz, s. 385.

“borca aykırı fiil”, “kusur”, “zarar” ve “nedensellik bağı” olmak üzere dörde ayrılır. Bu konular aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

#### A. Borca Aykırı Fiil

Hekimin gerçekleştirdiği borca aykırı fiil, sözleşme hükümlerine aykırı olabileceği gibi, sözleşme dışı sorumlulukta olduğu gibi kanun hükümlerine de aykırı olabilir. Bu sebeple, hekimin borca aykırı fiili, sözleşmeye aykırı fiilden daha geniş bir anlam taşımaktadır. Buna göre, vekâletsiz iş görme yahut haksız fiil ile hastasına zarar veren hekim ile sözleşmeden kaynaklanan bir borcunu gerçekleştirmeyen hekim arasında borca aykırı fiil yönünden bir fark bulunmamaktadır<sup>246</sup>.

Hekimin borca aykırı bir fiilinden söz edebilmek için iki farklı durum söz konusudur. İlk olarak, borcun sözleşmeden kaynaklanması durumunda, borca aykırılık, taraflar arasında kurulan sözleşme hükümlerine aykırı davranılması şeklinde kendisini gösterir. Hekimin estetik amaçlı tıbbi müdahaleden doğan en önemli borcu olan “bir eser meydana getirme” ve buna hizmet eden “aydınlatma” ve “özen gösterme” gibi diğer yan borçları bulunmaktadır. Bu borçlarını hiç yahut gereklerine uygun şekilde yerine getirmeyen hekimin sözleşme kapsamında borca aykırı fiil gerçekleştirdiği kabul edilir<sup>247</sup>.

Borcun vekâletsiz iş görmeden kaynaklanması durumunda hekim, hastanın yararına hareket ederek, varsayılan iradesine uygun şekilde ve hastanın reddetmediği bir tedavi yöntemi uygulama borcu altındadır. Hekimin, bu durumun aksine tıbbi bir müdahale uygulaması durumunda, vekâletsiz iş görme kapsamında borca aykırı bir fiil gerçekleştirdiği kabul edilir<sup>248</sup>.

Taraflar arasında bir sözleşme ilişkisinin mevcut olmadığı yahut sözleşmenin hukuken geçersiz olduğu durumlarda dahi, hekimin, kanun tarafından çizilen sınırlar dâhilinde hareket etmesi gerekir. Bir başka anlatımla, hekimin bu durumdaki sorumluluğunun kaynağı kanundur. Hekim tarafından, ilgili kanun hükümlerine aykırı bir

---

<sup>246</sup> Kılıçoğlu, s. 815; Hakeri, s. 872.

<sup>247</sup> Hakeri, s. 872; Petek, s. 194.

<sup>248</sup> Eren, s. 902; Yavuz, s. 744, 749

fiilde bulunulması halinde, haksız fiil kapsamında borca aykırı bir fiil gerçekleştirdiği kabul edilir<sup>249</sup>.

Borca aykırı fiil, olumlu ve olumsuz davranış olmak üzere iki farklı şekilde gerçekleştirilebilir. Olumlu davranış, bir şey yapma, bir eylem, aktif bir hareketle gerçekleşir. Burada hekim, gerekmeyen ve kusurlu bir tıbbi müdahaleyi gerçekleştirmektedir. Olumsuz davranış ise, yapılması gereken bir şeyin yapılmaması olarak karşımıza çıkar. Burada, hekimin “hiçbir şey yapmaması” değil, “bir şey yapmaması” söz konusudur<sup>250</sup>.

## B. Kusur

### a. Genel Olarak Kusur

Hekimin hastasına karşı sorumluluğunun doğması için genel kural, kusurun varlığıdır. Buna kısaca “kusur ilkesi” denmektedir. Başka bir anlatımla, kusur, sorumluluğun kurucu unsurudur. Bu sebeple genel olarak, hekimin bir kusuru yoksa, sorumluluğunun da olmamasıdır. Ancak, sorumluluğun doğması için kusur unsurunun aranmadığı bazı “kusursuz sorumluluk” durumları da bulunmaktadır<sup>251</sup>.

Kusur kavramı TBK’nın ilgili maddelerinde tanımlanmış değildir. İlgili tanımlama doktrine bırakılmıştır. Doktrine tanımlamaya göre ise kusur, hukuk düzeninin hoş görmediği, onaylamadığı ve kınadığı davranış biçimidir. Kusurdan bahsedebilmek için öncelikle borca aykırı bir fiil bulunmalıdır. Bu sebeple, kusurlu bir fiil aynı zamanda borca aykırılık niteliğini de taşımaktadır. Kısacası, çoğunlukta kusur ve borca aykırılık iç içe bulunmaktadır<sup>252</sup>.

---

<sup>249</sup> Eren, Genel, s. 509; Kılıçoğlu, s. 368; Oğuzman/Öz, C. 2, s. 1.

<sup>250</sup> Eren, Genel, s. 541, 542; Kılıçoğlu, s. 371; Oğuzman/Öz, C. 2, s. 13.

<sup>251</sup> Eren, Genel, s. 19; Kılıçoğlu, s. 421; Oğuzman/Öz, C. 2, s. 54.

<sup>252</sup> Eren, Genel, s. 594; Kılıçoğlu, s. 413; Oğuzman/Öz, C. 2, s. 54, 55; Gökcan, s. 1051; Hakeri, s. 873.

## b. Kusurun Objektif ve Sübjektif Yönü

Kusurun iki yönü bulunmaktadır. Bunlar, kusurun objektif ve sübjektif yönüdür<sup>253</sup>. Borca aykırı şekilde tıbbi müdahale gerçekleştiren hekimin kusurlu kabul edilmesi için, objektif ve sübjektif olarak her iki yönden de kusurun özelliklerini taşıması gerekir.

Kusurun objektif yönü, hekimin gerçekleştirdiği tıbbi müdahalenin, aynı şartlar altında bulunan örnek hekimlerden beklenen ortalama bir davranış biçiminden sapması, ona uygun olmayan tıbbi müdahale gerçekleştirmesiyle ilgilidir. Kusurun objektif yönü, hekim tarafından zararın önceden görülüp, bunu önlemek yahut en aza indirmek için gösterilmesi gereken özenle ilgilidir<sup>254</sup>.

Kusurun sübjektif yönü ise, hekimin sorumluluk ehliyetiyle ilgilidir. Hekimin zarardan sorumlu tutulabilmesi için ayırt etme gücüne sahip olması gerekmektedir. Tıbbi müdahale anında ayırt etme gücüne sahip olmayan hekimin davranışı, ona kusur olarak kusur olarak yükletilemez<sup>255</sup>. Hekimin kusurunun sübjektif yönden bulunmaması pek rastlanan bir durum değildir. Ancak bu durum için, ameliyat öncesi içerisinde uyuşturucu madde bulunan bir içecek ikram edilen hekimin, bunu bilmeyerek içmesi sonucu, sarhoş şekilde ameliyat gerçekleştirmesini örnek olarak gösterebiliriz.

## c. Kusurun Türleri

Kusur, hekimin sorumluluğu yönünden kast ve ihmal şeklinde ikiye ayrılır. Ancak bu ayrım, hekimin sorumluluğunun varlığı yönünden bir farklılık göstermemektedir. Kusurunun türüne göre ancak, hekimin tazmin borcunun miktarı belirlenmektedir<sup>256</sup>.

Hekimin kasten kusurlu davranması, borca aykırı sonucu bilerek ve isteyerek gerçekleştirmesidir<sup>257</sup>. Buna göre kast, tasarlama ve isteme unsurlarını taşımaktadır. Kasıttaki, makul bir hekimin ortalama davranışı esas alınır. Ancak hekim, ortalamanın üzerinde bir bilgi ve yeteneğe sahipse, artık ortalama davranış ölçütüne bakılmaz. Aksi

<sup>253</sup> Eren, Genel, s. 597; Demir, s. 239.

<sup>254</sup> Walston-Dunham, s. 74; Eren, Genel, s. 597; Demir, s. 239.

<sup>255</sup> Eren, Genel, s. 597; Kılıçoğlu, s. 419; Oğuzman/Öz, C. 2, s. 61.

<sup>256</sup> Eren, Genel, s. 599; Kılıçoğlu, s. 414; Oğuzman/Öz, C. 2, s. 56; Petek, s. 216.

<sup>257</sup> Eren, Genel, s. 599; Kılıçoğlu, s. 415; Oğuzman/Öz, C. 2, s. 56; Gökcan, s. 1052.

halde, daha bilgili ve yetenekli olan hekime zarar verme ayrıcalığı tanınmış olur<sup>258</sup>. Bu duruma, vücut tüylerinden kurtulmak isteyen hastaya, daha fazla para kazanmak amacıyla, gerekenden fazla epilasyon seanslarının uygulanmasını örnek olarak gösterebiliriz.

Hekimin ihmâlen kusurlu davranması, borca aykırı sonucu istememekle beraber, bu sonucun oluşmaması için gerekli özenin gösterilmemesidir. Bir başka anlatımla, ihmalin temelini özen borcuna aykırı davranış oluşturmaktadır<sup>259</sup>. İhmalde de makul bir hekimin ortalama davranışı esas alınır ve ancak hekim, ortalamanın üzerinde bir bilgi ve yeteneğe sahipse, artık ortalama davranış ölçütüne bakılmaz<sup>260</sup>.

İhmal de kendi içerisinde, ağır ve hafif ihmal olmak üzere ikiye ayrılır. Aynı şartlar altında bulunan ortalama bir hekim tarafından alınması gereken en basit önlemin dahi alınmaması durumunda, hekimin ağır kusurundan söz edilir. Ağır kusur seviyesinde olmayan kusur ise, hafif kusurdur<sup>261</sup>. Bizim de katıldığımız doktrindeki bir görüşe göre, yeterince bilgi yahut yetenek sahibi olmaması sebebiyle yetersiz olduğunu bilen bir hekimin, buna rağmen ilgili tıbbi müdahaleyi üstlenmesi durumunda, ağır kusur derecesinde sorumlu olduğu kabul edilmelidir<sup>262</sup>.

### C. Zarar

Hekimin sorumluluğunun doğması için, borca aykırı olan kusurlu bir tıbbi müdahale sonucunda hastasının zarara uğramış olması gerekir. Hekimin sorumluluğu ancak, hastasına zarar vermesi durumunda söz konusu olur. Tıbbi müdahalenin borca aykırı ve kusurlu bir eylem olmasına rağmen, hasta herhangi bir zarara uğramamışsa, hekimin cezaî yönden sorumluluğu bulunsa bile, özel hukuk bakımından bir tazmin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır<sup>263</sup>.

Zarar kavramı TBK'da tanımlanmış değildir. Zarar kavramının tanımlaması doktrine bırakılmıştır. Zarar kavramı, doktrinde, dar ve geniş anlamıyla ikiye

---

<sup>258</sup> Eren, Genel, s. 600.

<sup>259</sup> Eren, Genel, s. 601; Kılıçoğlu, s. 415; Oğuzman/Öz, C. 2, s. 58; Gökcan, s. 1052.

<sup>260</sup> Eren, Genel, s. 603.

<sup>261</sup> Eren, Genel, s. 605; Kılıçoğlu, s. 417; Oğuzman/Öz, C. 2, s. 58.

<sup>262</sup> Oğuzman/Öz, C. 2, s. 61.

<sup>263</sup> Eren, Genel, s. 544; Oğuzman/Öz, C. 2, s. 38, 39.; Hakeri, s. 875.

ayrılmaktadır. Dar anlamıyla zarar, teknik anlamda uğranılan maddi zararı ifade etmektedir. Maddi zarar, kişinin malvarlığında uğradığı zararı ifade etmektedir. Geniş anlamıyla zarar ise, kişinin malvarlığında uğradığı zararın yanında, manevi varlığı olan şahıs varlığı yönünden uğradığı zararı ifade etmektedir. Bu bakımdan zarar kavramını, borca aykırı bir fiil sonucu, kişinin iradesi dışında oluşan maddi (malvarlıksal) ve manevi (kişisel) eksilme olarak tanımlamamız mümkündür<sup>264</sup>.

Maddi zarar, hekimin borca aykırı olan kusurlu tıbbi müdahalesi sonucunda, hastanın malvarlığında meydana gelen azalmadır. Bir başka anlatımla, zarar verici müdahale uygulanmadan önceki mevcut malvarlıksal durum ile bu müdahaleden sonraki malvarlıksal durum arasındaki fark, maddi zararı gösterir. Bu durum da kendisini iki şekilde gösterir. İlk olarak, hasta fiili bir zarara uğrayabilir. Burada zararlı tıbbi müdahale sonucunda hastanın malvarlığı iradesi dışında fiilen azalmaktadır. İkinci olarak ise, hasta elde edeceği bir kazançtan mahrum kalabilir<sup>265</sup>. Hasta burada fiili bir zarara uğramamaktadır. Ancak malvarlığında meydana gelecek olan artışlar ve elde edeceği kazançlar, zararlı tıbbi müdahale sebebiyle önlenmektedir<sup>266</sup>. Botoks yaptıran bir dizi oyuncusunun yüz simetrisinin bozulması sonucu bu zararın giderilmesi için yaptırdığı diğer tıbbi müdahaleler fiili zarara; yüz simetrisinin bozulması sebebiyle oyunculuk sözleşmesinin iptal edilmesi sonucu gelirindeki azalma ise yoksun kalınan kazançla örnek olarak gösterilebilir.

Manevi zarar, hekimin borca aykırı olan kusurlu tıbbi müdahalesi sonucunda, hastanın kişilik değerlerinde, şahıs varlığında meydana gelen azalmadır. Hastanın kişiliğini oluşturan hukuki değerlerinin ihlâl edilmesi sonucu uğradığı objektif azalma ve kayıplar, manevi zararı gösterir<sup>267</sup>. Hasta burada, yaşam, sağlık, vücut bütünlüğü, isim, haysiyet, itibar gibi değerlerindeki azalma sebebiyle zarara uğramakta; bunun sonucu olarak da manevi yönden acı ve elem duyarak, yaşama sevincinde bir azalma meydana gelmektedir<sup>268</sup>.

<sup>264</sup> Eren, Genel, s. 544, 545; Kılıçoğlu, s. 398; Oğuzman/Öz, C. 2, s. 40.

<sup>265</sup> 3. YHD, 10.03.2015 T., 2014/17468 E., 2015/3875 K., ( E.T. 02.03.2019, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> ).

<sup>266</sup> Eren, Genel, s. 545, 550; Kılıçoğlu, s. 404; Oğuzman/Öz, C. 2, s. 41; Gökcan, s. 1061.

<sup>267</sup> 15. YHD, 14.11.2008 T., 2008/969 E., 2008/6813 K.; 15. YHD, 25.10.2010 T., 2010/4538 E., 2010/5692 K.; 3. YHD, 01.10.2013T., 2013/11743 E., 2013/13688K., (E.T. 26.02.2019, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> ).

<sup>268</sup> Eren, Genel, s. 558; Kılıçoğlu, s. 398, 399; Oğuzman/Öz, C. 2, s. 40; Petek, s. 220; Gökcan, s. 1062.

## D. Nedensellik Bağı

### a. Genel Olarak

Nedensellik bağı kavramını, meydana gelen zarar ile borca aykırı olan kusurlu fiil arasındaki sebep-sonuç ilişkisi olarak tanımlamak mümkündür. Kısacası, sebep-sonuç ilişkisine nedensellik bağı denilmektedir. Nedensellik bağı, sorumluluğun temel şartıdır. Bu şart olmaksızın hekimin sorumluluğuna gidilemez<sup>269</sup>.

Günümüz Türk hukuk sisteminde “uygun nedensellik bağı” teorisi hâkimdir<sup>270</sup>. Bu teoriye göre, hekimin hukuki sorumluluğunun doğması için, kusurlu bir şekilde gerçekleştirdiği borca aykırı tıbbi müdahalenin sonucu olarak hastasını zarara uğratmış olması gerekir. Hekimin gerçekleştirdiği tıbbi müdahale ile hastanın uğradığı zarar arasında bir uygunluk sebebi bulunmuyorsa, nedensellik bağı da yok sayılır<sup>271</sup>.

Estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde nedensellik bağı geniş yorumlanmalıdır. Bu müdahalelerde hekim hastaya bir sonuç öngörmekte ve taahhüt etmektedir. Bu sebeple hekim hastasına karşı edim sonucundan sorumludur. Edim sonucunun gerçekleşmemesi durumunda ise nedensellik bağı kurulmuş kabul edilir<sup>272</sup>.

### b. Nedensellik Bağının Kesilmesi

Nedensellik bağının kesilmesi için, mücbir sebep, hastanın kusuru ve üçüncü kişinin kusuru hallerinden birinin gerçekleşmesi gerekir. Bu hallerden birinin gerçekleştiği tıbbi bir müdahalede oluşan zarardan hekim sorumlu olmayacaktır. Diğer bir anlatımla, nedensellik bağını kesen olay, zararlı sonucun sebebi kabul edilecektir<sup>273</sup>.

<sup>269</sup> Eren, Genel, s. 561; Oğuzman/Öz, C. 2, s. 45.

<sup>270</sup> Nedensellik teorileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Eren, Genel, s. 563 vd.; Kılıçoğlu, s. 407 vd.; Oğuzman/Öz, C. 2, s. 45 vd.

<sup>271</sup> Eren, Genel, s. 565; Kılıçoğlu, s. 407; Oğuzman/Öz, C. 2, s. 45, 46.

<sup>272</sup> Gökcan, s. 1063; Hakeri, s. 876; Aşçıoğlu, s. 104.

<sup>273</sup> Eren, Genel, s. 581; Kılıçoğlu, s. 412, 413; Oğuzman/Öz, C. 2, s. 48.

Mücbir sebep, hekimin önceden öngöremeyeceği, öngörse bile kaçınıp karşı koyamayacağı, kendi faaliyet ve işletmesi dışında meydana gelen olağanüstü bir olaydır<sup>274</sup>. Bu duruma, tıbbi müdahale anında meydana gelen bir deprem sonucu hastanın ölmesini örnek olarak gösterebiliriz. Gerçekleşen deprem, ölüm olayıyla hekimin tıbbi müdahalesi arasındaki nedensellik bağı kesmektedir. Bu sebeple de hekimin, ölüm olayından sorumlu olmadığı kabul edilir<sup>275</sup>.

Hastanın kusurlu davranışı, zararın meydana gelmesi yönünden uygunluk sebebi olabilecek yoğunlukta ise hekim sorumluluktan kurtulur. Bu durumda hastanın tam kusuru söz konusudur. Ancak hastanın kusuru nedensellik bağı tam olarak kesecek yoğunlukta değil; zararın oluşmasına katkı sağlayacak düzeyde ise “ortak nedensellik” durumu mevcuttur. Bu halde hekim sorumluluktan kurtulamayacaktır. Ancak zararın tazmin yükümlülüğünde indirim söz konusu olmaktadır<sup>276</sup>.

Üçüncü bir kişinin sebep olduğu zarar halinde de nedensellik bağı kesilir. Buradaki üçüncü kişi kavramından anlaşılması gereken, hasta, hekim ve hekimin yardımcı personeli dışında kalan kimselerdir. Üçüncü kişinin davranışının kusurlu yahut kusursuz olmasının hekimin sorumluluğu yönünden bir önemi bulunmamaktadır. Nedensellik bağı kesilecek yoğunlukta olması, hekimin sorumluluktan kurtulması için yeterlidir. Ancak üçüncü kişiden kaynaklanan zarar, hekimin kusuru ile meydana gelen zarar arasındaki nedensellik bağı kesecek yoğunlukta değil ise, ortak nedensellik durumundan söz edilir<sup>277</sup>.

## II. SORUMLULUĞUN İSPATI

### A. Genel Olarak

İspat, sözlük anlamıyla, bir şeyin gerçek yönünü kanıt göstermek suretiyle ortaya çıkarmaktır<sup>278</sup>. Medeni usul hukukuna göre ise ispat, iddia edilen hak ile iddiaya karşı

<sup>274</sup> Eren, Genel, s. 581; Kılıçoğlu, s. 413; Oğuzman/Öz, C. 2, s. 52.

<sup>275</sup> Gökcen, s. 1069.

<sup>276</sup> Eren, Genel, s. 588.

<sup>277</sup> Eren, Genel, s. 591, 592.

<sup>278</sup> [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5c0f8c9a8750a1.13330855](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5c0f8c9a8750a1.13330855) (E.T. 11.12.2018).



yapılan savunmanın dayandığı olguların doğruluğu hakkında hâkimi inandırma amacıyla gerçekleştirilen işlemlerdir. Hâkim, mevcut durumda önce, ispat edilmesi gereken olguları tespit eder. Bunun ardından ise bunların kim tarafından ispat edilmesi gerektiğini belirler. Bu duruma ise “ispat yükü” denmektedir<sup>279</sup>.

TMK m. 6 uyarınca, “*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.*” Ayrıca HMK m. 190/1 uyarınca, “*İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakiya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkararak tarafa aittir.*” İlgili maddelere göre genel kural, ispat yükünün olguyu iddia eden tarafta olduğudur. Ancak kanunda özel bir düzenlemenin bulunması halinde ispat yükü karşı tarafa geçmektedir<sup>280</sup>.

Estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde ispatın konusunu; hekim tarafından tıbbi bir müdahale gerçekleştirildiği, bu müdahalenin kusurlu olduğu, hastanın zarara uğradığı ve kusur ile zarar arasındaki nedensellik bağının varlığı oluşturur. Genel kural uyarınca, bu olguların ispat yükü hasta üzerindedir. Buna karşın, iddia edilen haktan doğan sorumluluğun zamanaşımına uğraması gibi olguların öne sürülmesi durumunda ise ispat yükü, bunu iddia eden tarafın, yani hekimin üzerinde bulunacaktır<sup>281</sup>.

## B. Sözleşmeden Kaynaklanan Sorumlulukta İspat

Gerçekleştirilen tıbbi müdahale taraflar arasında kurulan sözleşmeye dayanıyorsa, hekimin sorumluluğunun doğması için ilgili sözleşmeye aykırı davranmış olması gerekir. Bu durumda hekimin, tedavi sözleşmesindeki borçlarını gerektiği gibi yahut hiç yerine getirmediği iddiasına dayanılmaktadır<sup>282</sup>.

TBK m. 6 uyarınca herkes iddia ettiği olguların varlığını ispat etmekle yükümlüdür. Bu genel kurala göre, sözleşmeden kaynaklanan sorumlulukta hekimin kusurunun da hasta tarafından ispat edilmesi gerekirdi. Ancak burada genel kuralın aksine, kusuru ispat yükü hastanın değil; hekimin üzerinde bulunmaktadır. Kısacası burada ispat yükü ters

<sup>279</sup> Arslan/Yılmaz/Ayvaz/Hanağası, s. 375, 380; Kuru, s. 232.

<sup>280</sup> Eren, Genel, s. 1091; Arslan/Yılmaz/Ayvaz/Hanağası, s. 378; Kuru, s. 234; Hakeri, s. 887.

<sup>281</sup> Arslan/Yılmaz/Ayvaz/Hanağası, s. 379, 380; Kuru, s. 235; Gökcan, s. 1077.

<sup>282</sup> Gökcan, s. 1079.

çevrilmiştir. Gerçekten de TBK m. 112 uyarınca, “*Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.*” İlgili maddeye göre, borçlu olan hekim, kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceği yönünde ispat yükü altında bulunmaktadır<sup>283</sup>.

Sözleşmeden kaynaklanan sorumlulukta, sözleşmeye aykırı tıbbi müdahale gerçekleştirildiğinin ve bunun sonucu olarak da zararın varlığının ispatı hasta üzerindedir. Tıbbi müdahale sonrası elde edilen sonuç hastanın beklentilerini karşılamıyorsa, sözleşmedeki yarar dengesi hekim aleyhine bozulmuş olur. Bu durumda hasta tarafından istenilen ve kararlaştırılan sonucun oluşmadığının kanıtlanması ispat için yeterlidir. Hasta tarafından bu olguların ispat edilmesi durumunda, hekimin gerçekleştirdiği tıbbi müdahalenin kusurlu olduğu karine olarak kabul edilir. Bu sebeple, hekimin sorumluluktan kurtulması için, kusursuz olduğunu ispat etmesi gerekmektedir<sup>284</sup>.

### C. Haksız Fiilden Kaynaklanan Sorumlulukta İspat

TBK’nın “Haksız Fiillerden Doğan Borç İlişkileri” ayrımında düzenlenen m. 50/1 uyarınca, “*Zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır.*” İlgili maddeye göre, haksız fiil sebebiyle zarara uğradığını iddia eden tarafın, zararı ispat etmesi yanında ayrıca zarar verenin kusurunu da ispat etmesi gerekmektedir. Bir başka anlatımla, haksız fiil sorumluluğunun ispatı için, hakkını belli bir olguya dayandıran taraf, sorumluluk için aranan tüm şartların varlığını ispat yükü altındadır<sup>285</sup>.

Haksız fiilden kaynaklanan sorumlulukta ispat yükü kural olarak olguyu iddia eden taraftadır. Ancak gerçekleştirilen tıbbi müdahalenin mesleki bir faaliyet olması sebebiyle, buradaki kusurun varlığı karine oluşturmaktadır. Buna “kusur karinesi” denilmektedir. Doktrinde, gerçekleştirilen tıbbi bir müdahalenin hekimlik mesleğinin icrası kapsamında olduğu ve bu sebeple kusur karinesinin burada da geçerli olduğu kabul edilmektedir. Bu sebeple hasta, haksız fiilin varlığını ve bunun neticesi olarak bir zarara uğradığını ispat etme yükü altındadır. Hekim ise, kusur karinesi gereği olarak, ilgili müdahaleden

<sup>283</sup> Eren, Genel, s. 1091; Kılıçoğlu, s. 809; Oğuzman/Öz, s. 326.

<sup>284</sup> Eren, Genel, s. 1092; Hakeri, s. 888; 3. YHD, 01.10.2013 T., 2013/11743 E., 2013/133688 K.; 3. YHD, 26.11.2013 T., 2013/16398 E., 2013/16634 K.; 3. YHD, 11.12.2013 T., 2013/14704 E., 2013/17733 K., ( E.T. 07.03.2019, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> ).

<sup>285</sup> Eren, Genel, s. 749; Kılıçoğlu, s. 532; Oğuzman/Öz, C. 2, s. 81.

kaynaklanan sorumlulukta kusurunun bulunmadığını ispat etme yükü altındadır. Bir başka anlatımla hekim, kusur karinesini çürütmediği sürece kusurlu kabul edilecektir<sup>286</sup>.

#### D. Vekâletsiz İş Görmeden Kaynaklanan Sorumlulukta İspat

Vekâletsiz iş görmeden kaynaklanan sorumlulukta ispat iki şekilde karşımıza çıkmaktadır. Bunun sebebi ise “gerçek vekâletsiz işe görme” ve “gerçek olmayan vekâletsiz iş görme” ayrımına dayanmaktadır.

Gerçek vekâletsiz iş görmenin, sözleşme benzeri ilişki niteliğinde; gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin ise, haksız fiil niteliğinde olduğundan daha önce bahsetmiştik. Bu sebeple gerçek vekâletsiz iş görme durumunda sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğun ispatıyla ilgili bilgiler; gerçek olmayan vekâletsiz iş görme durumunda ise haksız fiilden kaynaklanan sorumluluğun ispatıyla ilgili bilgilerin geçerli olduğunu söyleyebiliriz.

#### E. Mesleki Sorumluluk Sigortası Kapsamında İspat

TTK m. 1478 uyarınca göre zarar gören, hatalı tıbbi uygulama nedeniyle uğradığı zararın sigorta miktarına kadar olan kısmının tazminini, sigorta sözleşmesi için geçerli olan zamanaşımı süresi içinde kalmak şartıyla, doğrudan sigortacıdan isteyebilecektir. Bu doğrultuda kusurun ve zararın ispatı, sözleşmeden yahut sözleşme dışı ilişkiden kaynaklanan sorumluluktan hangisi için geçerli ise o ispatla aynıdır. Burada sigortacı, şartlar oluşmuşsa ancak, sigorta sözleşmesinde gösterilen miktar ve zamanaşımı yönünden sorumluluktan kurtulabilecektir.

### III. SORUMLULUK NEDENLERİNİN YARIŞMASI

Hekimin gerçekleştirdiği tıbbi müdahale sonucunda meydana gelen zararın şartları bazen birden çok sebebe dayanabilir. Hukukumuzda, sorumluluğun sebeplerinin birden çok olması durumunda, ilke olarak biri diğerini engellemez. Burada, şartları gerçekleşen iki sorumluluğun yarışması söz konusudur. TBK m. 60 uyarınca, “*Bir kişinin sorumluluğu,*

---

<sup>286</sup> Hakeri, s. 888; Gökcan, s. 1078.

*birden çok sebebe dayandırılabiliriyorsa hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir.*” Bu maddeye göre, Türk hukuk sisteminde “yarışma ilkesinin” geçerli olduğu açıkça kabul edilmiştir<sup>287</sup>.

HMK m.33 uyarınca, “*Hâkim, Türk hukukunu resen uygular.*” Bu maddeye göre hâkim, davacının dilekçesinde gösterdiği olgulara uygulanacak ilgili hükümleri kendiliğinden araştırıp tespit eder. Davacının ilgili kanun hükümlerini eksik göstermesinin yahut hiç göstermemesinin bir önemi bulunmamaktadır<sup>288</sup>. Bu sebeple, dava dilekçesinde belirli bir sorumluluk sebebine açıkça dayanılmadıkça, hâkimin davacı için daha elverişli ve lehine olan kanun hükmünü kendiliğinden tespit edip uygulaması gerekir<sup>289</sup>. Davacı için elverişlilik durumu, davanın ispatı ve zamanaşımı hükümlerinde olduğu gibi davanın kabulü yönünden ele alındığı gibi; tazminat miktarının belirlenmesi yönünden davacının elde edeceği yararın daha fazla olması gibi etkenler de önem taşımaktadır<sup>290</sup>.

#### IV. SORUMSUZLUK ANLAŞMASI

Hekim, gerçekleştirdiği tıbbi müdahaleden kaynaklanan zararın sorumluluğunu üstlenmeyeceğine ilişkin sözleşmeye şart eklemek isteyebilir. İşte bu duruma “sorumluluk anlaşması” denmektedir. Sorumsuzluk anlaşması TBK m. 115 ve m. 116’da düzenlenmiştir. Taraflar, ancak ilgili maddelerin gösterdiği sınırlar içerisinde sorumsuzluk anlaşması yapabilirler. Bu sebeple ilgili maddeler uyarınca bulunması gereken şartların neler olduğunun açıklanmasında yarar bulunmaktadır.

TBK m. 115/1 uyarınca, “*Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.*” Maddenin bu fıkrasına göre, borçlu sözleşmeye ancak, hafif kusurundan kaynaklanan sorumluluğu üstlenmeyeceği yönünde şart ekleyebilecektir. Sözleşmeye böyle bir şart eklenmesi durumunda, borçlunun ağır kusuru bulunmadığı sürece sorumluluğu üstlenmesi gerekmeyecek; sorumluluktan

<sup>287</sup> Eren, Genel, s. 1166, 1167; Oğuzman/Öz, C. 2, s. 293, 294.

<sup>288</sup> 13. YHD, 18.09.2008 T., 2008/4519 E., 2008/10750 K.; 3. YHD, 02.11.2012 T., 2012/11373 E., 2012/22507 K., (E.T. 19.02.2019, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>).

<sup>289</sup> Arslan/Yılmaz/Ayvaz/Hanağası, s. 310; Kuru, s. 149;

<sup>290</sup> Eren, Genel, s. 1167.

kurtulacaktır. Diğer bir anlatımla, burada borçlu sorumluluğundan tam olarak kurtulmayacak, ancak sorumluluğu sadece ağır kusuru ile sınırlandırılmış olacaktır<sup>291</sup>.

Borçlu, borcunu ifa ederken yardımcı personel kullanması durumunda, sözleşmeye yardımcısının sorumluluğunu üstlenmeyeceği yönünde de şart ekleyebilir. Gerçekten de TBK m. 116/1 uyarınca borçlu, yardımcı personelinin kusurundan kaynaklanan zararı gidermekle yükümlüdür. Ancak TBK 116/2'ye göre, *“Yardımcı kişilerin fiilinden doğan sorumluluk, önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısmen kaldırılabilir.”* Maddenin ilgili fıkrasında açıkça görüleceği üzere, yardımcı personelin borca aykırı davranışında kusurun derecesi yönünden bir ayrıma gidilmemiştir. Bu sebeple, yardımcı personelin kusurunun üstlenilmeyeceğine ilişkin yapılan sorumsuzluk anlaşmasında sözleşmeye, ağır kusurdan yahut hafif kusurdan sorumlu olunmayacağı yönünde şart eklenebilir. Diğer bir anlatımla, *“yardımcı personelin ağır kusurundan sorumlu olunmayacağı”* yönündeki ifade, sorumsuzluk anlaşmasını geçersiz kılmayacağı gibi, böyle bir durum yaşanması halinde borçluyu sorumluluktan kurtarır<sup>292</sup>.

Tüm bu açıklamalar doğrultusunda, sorumsuzluk anlaşmasının geçerliliği, hekimin gerçekleştirdiği tıbbi müdahaleden kaynaklanan sorumluluk yönünden farklılık arz etmektedir. Bunun sebebi, 818 sayılı eBK m. 99 ve m.100'de bulunmayan, ancak 6098 sayılı TBK m. 115/3 ve m. 116/3'te getirilen yeni düzenlemedir. Gerçekten de TBK m. 115/3 uyarınca, *“Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.”* Bu durum aynı şekilde TBK m. 116/3'te *“borçlunun yardımcı kişileri”* yönünden düzenlenmiştir. Maddelerin ilgili fıkralarına göre, gerek hekimin ve gerekse hekimin yardımcı kişilerinin sorumsuzluğu yönünden yapılan sorumsuzluk anlaşması kesin olarak geçersizdir<sup>293</sup>. Ancak 6098 sayılı TBK'nın kabul tarihi olan 11.01.2011'den önce yapılan sorumsuzluk anlaşmalarının, 818 sayılı eBK m. 99 ve m.100 uyarınca gerekli diğer şartları da taşımaları halinde, geçersiz sayılmayarak kabul edilmeleri gerekmektedir.

---

<sup>291</sup> Eren, Genel, s. 1112; Kılıçoğlu, s. 839; Oğuzman/Öz, s. 409; Gökcan, s. 1002, 1003; Demir, s. 246.

<sup>292</sup> Eren, Genel, s. 1112; Kılıçoğlu, s. 847; Oğuzman/Öz, s. 416; Gökcan, s. 1003.

<sup>293</sup> Eren, Genel, s. 1116; Kılıçoğlu, s. 841; Oğuzman/Öz, s. 413; Hakeri, s. 898, 899; Gökcan, s. 1003; Demir, s. 247.

## § 8. HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN KAPSAMI

### I. ZARARIN GİDERİLMESİ

Sorumluluk hukukunun temel amacı, kişinin iradesi dışında malvarlığında<sup>294</sup> yahut kişilik değerlerinde<sup>295</sup> oluşan zararın giderilmesidir. TBK m. 114/2 uyarınca; *Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanır.*” Maddenin ilgili fıkrasına göre, sorumluluğun sözleşmeden yahut haksız fiilden kaynaklanmasının bir önemi bulunmamaktadır.

Hekimin kusurlu olarak uyguladığı tıbbi müdahale sonucunda oluşan zararın giderilmesi, tazminat yoluyla sağlanır. Bunlar, hastanın malvarlığında meydana gelen zarar yönünden “maddi tazminat”; kişilik değerlerinde oluşan zarar yönünden ise “manevi tazminat” olarak karşımıza çıkmaktadır.

#### A. Maddi Tazminat

Hekimin kusurlu tıbbi müdahalesi sonucunda meydana gelen zararların başında maddi zararlar gelmektedir. Maddi zarar, bedensel bütünlüğün ihlâli ve ölümüne yol açma durumu olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bu zararların giderilmesi amacıyla istenen tazminata “maddi tazminat” denmektedir<sup>296</sup>.

Kişinin bedensel bütünlüğünün ihlâli sebebiyle doğan zararlar, TBK m. 54’te gösterilmiştir. İlgili madde uyarınca, bedensel bütünlüğü ihlâl edilen hasta, sağlık durumunun iyileşmesi için gerekli her türlü tedavi giderlerini, uğradığı kazanç kaybını, çalışma gücünün azalması yahut yitirilmesinden kaynaklanan zararlarını ve ekonomik geleceğin sarsılmasından kaynaklanan zararlarını hekimden talep edebilir.

---

<sup>294</sup> Eren, Genel, s. 479; Kılıçoğlu, s. 533; Oğuzman/Öz, C. 2, s. 69.

<sup>295</sup> Eren, Genel, s. 805; Kılıçoğlu, s. 564; Oğuzman/Öz, C. 2, s. 259.

<sup>296</sup> Eren, Genel, s. 769; Kılıçoğlu, s. 536; Oğuzman/Öz, C. 2, s. 93.

Kusurlu estetik müdahalede hastanın ölümü sonucu ender olsa da ortaya çıkabilir<sup>297</sup> ve genel hükümlere tabi tutulur. Ölüm sebebiyle doğan zararlar TBK m. 53'te gösterilmiştir. TBK m. 53/1'e göre, ölüm halinde yapılan cenaze masrafları; m. 53/2'ye göre ise, ölümün hemen gerçekleşmemesi durumunda, cenaze masraflarına ek olarak, ölüm anına kadar yapılan tedavi masrafları ve bu süreç içerisinde ölenin çalışmamasından kaynaklanan kazanç kayıpları maddi zarar kapsamında gösterilmiştir. Cenaze masrafları, ölen kişinin terekesinden karşılanmak üzere mirasçuları tarafından yapılır. Ayrıca, tedavi masrafları ile kazanç kayıpları ölenin yaşamında uğradığı zararlardır ve ölümle beraber terekesindeki aktif değer azalmaktadır. Bu sebeple bahsedilen zararlar yalnızca ölenin mirasçuları tarafından talep edilebilir<sup>298</sup>.

TBK m. 53/3'te ise ölenin desteğinden mahrum kalanların uğradıkları zararlardan bahsedilmektedir. Buradaki zarar, hastanın ölümü sebebiyle, onun ekonomik olarak sağladığı destek ve yardımdan mahrum kalınması şeklinde meydana gelmektedir. Buna hukuk dilinde “destekten yoksun kalma tazminatı” denmektedir. Ölen hastanın desteğinden mahrum kalanlar, ölen hastadan ölüm anında destek alıyor olabileceği gibi, ileride destek alma durumu varsayılan kişilerdir. Burada TBK m. 53/1 ve 2'den farklı olarak, destekten mahrum kaldığını ispat eden herkes bu tazminatı talep edebilir<sup>299</sup>.

TBK m. 50/1'e göre, zarara uğrayan, uğradığı zararı ispatlamak zorundadır. Ayrıca maddenin ilgili fıkrasında açıkça belirtilmiş olmasa da, zararın miktarının ispatı da yine zarara uğrayan kişi üzerindedir. Ancak TBK m. 50/2 uyarınca, “*Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler.*” Gerçekten de tıbbi müdahaleden kaynaklanan zararların kesin olarak tespit edilerek belirtilmesi çok zordur. Ancak zarar görenin en azından ilgili zararın varlığı ve miktarı hakkında kanı oluşturacak delilleri sunması gerekmektedir. Bu durumda hâkim, takdir yetkisini kullanarak, hakkaniyete uygun şekilde makul bir tazminata hükmedebilir<sup>300</sup>.

---

<sup>297</sup> Estetik müdahalede hastanın ölümü sonucuna dair Yargıtay'ın ilgili bir kararı için bkz.: 3. YHD, 08.02.2016 T., 2015/17764 E., 2016/1256 K., (E.T. 19.06.2019, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>).

<sup>298</sup> Eren, Genel, s. 777, 778; Kılıçoğlu, s. 541; Oğuzman/Öz, C. 2, s. 102.

<sup>299</sup> Eren, Genel, s. 780; Kılıçoğlu, s. 541; Oğuzman/Öz, C. 2, s. 103.

<sup>300</sup> Eren, Genel, s. 749; Kılıçoğlu, s. 533; Oğuzman/Öz, C. 2, s. 87.

Tıbbi müdahalelerden kaynaklanan somut zararın tespiti gerekir<sup>301</sup>. Somut zararın tespiti özel teknik ve bilgi gerektiriyorsa hâkim, HMK m. 266 uyarınca bilirkişi görüşü almak zorundadır<sup>302</sup>.

## B. Manevi Tazminat

Hekimin kusurlu tıbbi müdahalesi sonucunda, hastanın malvarlığında meydana gelen zarar yanında, varsa kişilik değerlerinde meydana gelen eksilmenin de giderilmesi gerekmektedir. Hastanın kişilik değerlerindeki bu eksilme manevi zarar olarak karışımıza çıkmaktadır. Bu tür zararların giderilmesi için istenilen tazminata ise “manevi tazminat” denmektedir<sup>303</sup>.

Manevi tazminat genel hatlarıyla TBK m. 56 ve 58’de düzenlenmiştir. TBK m. 56’da, kişinin maddi varlığı olan bedensel bütünlüğünün ihlâl edilmesi sonucu oluşan manevi tazminat; TBK m. 58’de ise, maddi varlığından ziyade, kişilik değerlerinin zedelenmesi sonucu oluşan manevi tazminat düzenlenmektedir. Maddi nitelikte olmayan kişilik değerlerine özel yaşam, haysiyet, şeref, itibar gibi duygusal ve sosyal değerler girmektedir<sup>304</sup>.

Doktrindeki egemen görüşe göre manevi tazminatın amacı, kişilik değerleri zarara uğrayan kişinin duyduğu elem, acı ve ızdırabın giderilmesi yahut en azından hafifletilerek

---

<sup>301</sup> Arslan/Yılmaz/Ayvaz/Hanağası, s. 446, 447; Kuru s. 306; Yargıtay’ın ilgili bir kararında, hastanın tedavi masraflarına ilişkin faturayı sunması şart olmayıp; hâkimin bilirkişiye başvurarak bu masrafları belirlemesi gerektiğine ilişkin kararın ilgili kısmı şu şekildedir: “Mahkemece yapılacak iş; davacıyı üniversite dış hekimliği fakültesinde görevli bilirkişi heyetine mevcutlu olarak gönderip muayenesini yaptırmak, davaya konu dış çekimi nedeniyle meydana gelen olumsuzluğun giderilmesi için yapılabilecek tedavileri sorup giderini hesaplatılmak, ayrıca yapılacak işlemin yenilenmesi gerekip gerekmediğini ve gerekmesi halinde yenileme giderlerinin ne kadar olacağını tespit ettirmek, davacının talebini de gözeterek bu miktara karar vermektir. Zararın belgelendirilmesinin istenmesi doğru değildir. Yanılgılı gerekçe ve eksik araştırma ile hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.” 4. YHD, 12.05.2016 T.,20016/3362 E., 2016/6615 K., (E.T. 18.12.2018 <https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=47&t=60703> ).

<sup>302</sup> “HUMK. nun 275. (HMK. nun 266.) maddesine göre, mahkemenin çözümü özel ve teknik bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişi görüşü alma zorunluluğu bulunmaktadır. Estetik amaçlı ameliyatın tıbbın gereklerine uygun şekilde yapıp 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 teknik bir konu dur .” 3. YHD, 26.11.2015 T., 2015/11701 E., 2015/19001 K., (E.T. 12.03.2019, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> ).

<sup>303</sup> Eren, Genel, s. 805; Kılıçoğlu, s. 564.

<sup>304</sup> Eren, Genel, s. 806, 817; Kılıçoğlu, s. 565, 571.



bir tatmin duygusu yaratmaktadır<sup>305</sup>. Kişilik değerlerinde oluşan bu zararın parasal nitelikte hesaplanması mümkün değildir. Bu sebeple, bedensel bütünlüğü ihlâl edilen yahut kişilik değerleri zedelenen hasta için manevi tazminat miktarının belirlenmesi hâkime bırakılarak, kendisine geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır<sup>306</sup>.

TBK m. 56/1'e göre kural olarak, manevi tazminat isteminde bulunabilecek kişi ancak, zarara uğrayanın kendisidir. Ancak TBK m. 56/2 uyarınca, “*Ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir.*” Gerçekten de, bedensel zararın ağır olması yahut ölüm durumunun gerçekleşmesi hâlinde, zarar görenin yakınlarının ruh sağlığının bozulması, bunalıma girmesi mümkündür. Bu durumda, zarar gören kişinin yakınlarının da elem, acı ve ızdırıp duyduğu kabul edilerek, hâkim tarafından uygun bir miktar manevi tazminata hükmedilebilir<sup>307</sup>.

Manevi zarara uğrayan kişinin, duyduğu elem, acı ve ıztırdan kaynaklanan manevi zararın miktarını ve değerini bilebilecek durumda olduğu kabul edilir. Bu sebeple HMK m. 107 uyarınca manevi tazminat istemi, maddi tazminattan farklı olarak belirsiz alacak şeklinde istenemez ve fazlaya ilişkin haklar saklı tutulamaz. Ayrıca, manevi tazminatın miktarının belirlenmesinde takdir hakkının hâkimde bulunması sebebiyle, bunun için bilirkişiye başvurulmasına da gerek bulunmamaktadır<sup>308</sup>.

## II. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

### A. Tazminat Davalarında Görevli Mahkeme

HMK m. 2/1 uyarınca, “*Dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalarla, şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesidir.*” Maddenin ilgili fıkrasında, özel bir düzenleme ile başka mahkeme görevli gösterilmedikçe, dava değerine bakılmaksızın, asliye hukuk mahkemesinde görevli olduğu belirtilmiştir.

<sup>305</sup> Eren, Genel, s. 809; Kılıçoğlu, s. 566; Oğuzman/Öz, C. 2, s. 259; Eren'e göre manevi tazminatın amacı, zarara uğrayan kişiyi tatmin etmek değil; bu kişinin uğradığı zararı aynen yahut nakden telafi etmektir. Eren, Genel, s. 811.

<sup>306</sup> Eren, Genel, s. 821.

<sup>307</sup> Eren, Genel, s. 823; Kılıçoğlu, s. 567; Oğuzman/Öz, C. 2, s. 268.

<sup>308</sup> Arslan/Yılmaz/Ayvaz/Hanağası, s. 297, 448; Kuru, s. 152, 307.

Hekimin sözleşmeden kaynaklanan hukuki sorumluluğunda, HMK m. 2/1'e göre özel bir düzenleme bulunmaktadır. Gerçekten de, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 3/1(1) uyarınca, eser sözleşmelerinden kaynaklanan hukuki işlemlerin "tüketici işlemi" olduğu belirtilmiştir. Hekim ve hasta arasında kurulan hekimlik sözleşmesinin eser sözleşmesi niteliğinde olduğunu daha önce belirtmiştik. Bu sebeple, hekimin hukuki sorumluluğu sözleşme ilişkisinden kaynaklanıyorsa, zarar gören hasta tarafından tüketici mahkemesinde tazminat davası açılabilir. Tazminat değerinin, Resmi Gazete'de her sene tekrar belirlenerek tebliğ edilen parasal sınırın<sup>309</sup> altında kalması halinde ise tüketici mahkemesinde dava açmadan önce tüketici hakem heyetine başvuru zorunludur. Tüketici hakem heyetinin kararına itiraz için ise yasal süresi içinde tüketici mahkemesine başvurulabilir<sup>310</sup>.

Tüketici mahkemesinin görevli olduğu, ancak ilgili yerde ayrıca tüketici mahkemesinin bulunmadığı durumlarda dava, tüketici mahkemesi sıfatıyla asliye hukuk mahkemesinde görülecektir<sup>311</sup>.

İlgili uygulama 6502 sayılı TKHK'nın yürürlüğe girdiği 28.05.2014 tarihinden sonra açılacak olan davalar için geçerlidir. Bu tarihten önce açılmış olan davalar için ise görevsizlik kararı verilmeyecek; açılmış oldukları mahkemede görülmeye devam edecektir<sup>312</sup>.

---

<sup>309</sup> 30637 sayılı tebliğin 3. maddesine göre; "2019 yılı için Tüketici Hakem Heyetlerine yapılacak başvurularda değeri:

a) 5.650 (beşbinaltıyüzelli) Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda İlçe Tüketici Hakem Heyetleri,  
b) Büyükşehir statüsünde olan illerde 5.650 (beşbinaltıyüzelli) Türk Lirası ile 8.480 (sekizbindörtüyüksekse) Türk Lirası arasındaki uyuşmazlıklarda İl Tüketici Hakem Heyetleri,  
c) Büyükşehir statüsünde olmayan illerin merkezlerinde 8.480 (sekizbindörtüyüksekse) Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda İl Tüketici Hakem Heyetleri,  
ç) Büyükşehir statüsünde olmayan illere bağlı ilçelerde 5.650 (beşbinaltıyüzelli) Türk Lirası ile 8.480 (sekizbindörtüyüksekse) Türk Lirası arasındaki uyuşmazlıklarda İl Tüketici Hakem Heyetleri,  
görevlidir." <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/12/20181226-4.htm> (E.T. 31.12.2018).

<sup>310</sup> Arslan/Yılmaz/Ayvaz/Hanağası, s. 751; Kuru, s. 637.

<sup>311</sup> Arslan/Yılmaz/Ayvaz/Hanağası, s. 749, 750; Kuru, s. 632.

<sup>312</sup> "Dava; estetik amaçlı burun ameliyatı sonrası (eser sözleşmesi) uğranılan maddi ve manevi zararın tazmini talebine ilişkin olup, uyuşmazlığın bu çerçevede değerlendirilmesi gerekir. 28.05.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 3/1 maddesinde tüketici işlemi: Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem, olarak tanımlanmıştır. Aynı Kanunun 73. maddesinde ise bu kanunun uygulanması ile ilgili her türlü ihtilafa tüketici mahkemelerinde bakılacağı öngörülmüştür.

Buna göre eser sözleşmesinden kaynaklanan davalara bakma görevi tüketici mahkemesine ait ise de; 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Geçici 1/1. maddesinde; Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce açılmış

Geçerli bir hekimlik sözleşmesi bulunmaması halinde, hekim ile hasta arasındaki ilişki, tüketici ilişkisi olarak nitelendirilemeyecektir. Bu durumda hekimin hukuki sorumluluğunun sözleşmeden kaynaklanmaması sebebiyle, TKHK'ya dayanılarak tüketici mahkemesinde değil; HMK m. 2/1 uyarınca genel görevli olan asliye hukuk mahkemesinde dava açılacaktır.

Hekimin hukuki sorumluluğu kapsamında sigortacıya dava açılacak ise buradaki sorumluluk TTK m. 1473'ten kaynaklanmaktadır ve tazminat istemine ilişkin ihtilaf TTK hükümleri uygulanarak çözülecektir<sup>313</sup>. Bu nedenle sigortacının hasım gösterileceği davalarda görevli mahkeme asliye ticaret mahkemesidir<sup>314</sup>. İlgili yerde ayrıca asliye ticaret mahkemesinin bulunmadığı durumlarda ise dava, asliye ticaret mahkemesi sıfatıyla asliye hukuk mahkemesinde görülecektir.

#### B. Tazminat Davalarında Yetkili Mahkeme

HMK m. 6/1 uyarınca “*Genel yetkili mahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir.*” Maddenin ilgili fıkrasına göre tazminat davasında genel yetkili mahkeme, davalı olan hekimin yerleşim yerinde bulunan mahkemedir. Yerleşim yerinin belirlenmesinde, davanın açıldığı tarih esas alınır.

Hekimin hukuki sorumluluğu sözleşme ilişkisinden kaynaklanıyorsa, HMK m. 10 uyarınca tıbbi müdahalenin gerçekleştirildiği yerde açılabileceği gibi, TKHK m. 73/5 uyarınca hastanın yerleşim yerinde de tazminat davası açılabilir.

Hekimin hukuki sorumluluğu haksız fiilden (ve haksız fiil niteliğindeki gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden) kaynaklanıyorsa, HMK m. 16 uyarınca haksız fiil niteliğindeki tıbbi müdahalenin gerçekleştirildiği yer, tıbbi müdahale sonucu zararın meydana geldiği veya gelme olasılığının olduğu yer yahut hastanın yerleşim yerinde de tazminat davası açılabilir.

---

olan davaların açıldıkları mahkemelerde görülmeye devam edeceği hüküm altına alınmıştır.” 3. YHD, 26.11.2015 T., 2015/17110 E., 2015/19069 K., (E.T. 11.03.2019, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>).

<sup>313</sup>

<sup>314</sup> 11. YHD, 11.05.2016 T., 2016/4948 E., 2016/5303 K., (E.T. 05.11.2019, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>); 11. YHD, 12.12.2016 T., 2016/13942 E., 2016/9470 K., (E.T. 05.11.2019, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>).

Hekimin hukuki sorumluluğu kapsamında sigortacıya dava açılacak ise yetkili mahkeme, sigortacının şirket merkezinin yahut sigorta sözleşmesine aracılık eden acentenin bulunduğu yer mahkemesidir.

### III. ARABULUCULUK

07.06.2012 tarih ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m. 2/1(b) uyarınca arabuluculuk, *“sistemik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemini”* ifade eder.

HUAK m. 1/2 uyarınca tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri özel hukuk uyuşmazlıkları için arabuluculuk yoluna başvurabilecekleri düzenlenmiştir. İlgili hükme göre hasta ve hekim arasındaki hukuki uyuşmazlığın da arabuluculuk yoluyla çözümlenebileceğini söylemek mümkündür.

Genel kural arabuluculuk yoluna başvurunun tarafların iradesinde olduğudur. Bir başka anlatımla, her iki taraf da gönüllü olursa, talepleri doğrultusunda arabulucuya başvurabilirler. Arabulucuya başvurmak taraflar için bağlayıcı ve zorunlu bir şart değildir. Ancak 06.12.2018 tarihinde Türk Ticaret Kanunu'na eklenen m. 5/A uyarınca bu gönüllülük ilkesine bir istisna getirilmiştir. İlgili hüküm uyarınca, Türk Ticaret Kanunu m. 4'te ve diğer kanunlarda gösterilen ticari davalarda, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında, 01.01.2019 tarihi itibarıyla arabuluculuk yoluna başvurulması zorunlu kılınmıştır. Bu doğrultuda, 01.01.2019 tarihi ve sonrasında hekimin hukuki sorumluluğu kapsamında sigortacıya dava açmadan önce arabuluculuk yoluna başvuru zorunludur.

Sözleşmeden yahut sözleşme dışı sorumluluktan kaynaklanan hukuki uyuşmazlıklarda hekime açılacak tazminat davalarında arabuluculuk yoluna başvuru

zorunluluğu bulunmamaktadır. Bir başka anlatımla, hekime açılacak davalarda arabuluculuk yoluna başvuru ihtiyari niteliktedir. Ancak, sigortacıya açılacak bir davada ön şart niteliğinde olan arabuluculuk yoluna başvuru zorunludur. HUAK m. 18/2 uyarınca, arabuluculuk yoluna başvurulmadan sigortacıya dava açılması halinde, dava dosyası üzerinde herhangi bir işlem yapılmaksızın, dava şartı yokluğu nedeniyle davanın usulden reddine karar verilir.

Dava şartı olan arabuluculukta başvurunun nereye yapılacağı HUAK m. 18/A(4)'te düzenlenmiştir. Bahsedilen hükme göre, uyuşmazlığın konusuna göre ilgili mahkemenin bulunduğu yerdeki arabuluculuk bürosuna; ilgili yerde arabuluculuk bürosu bulunmaması halinde ise, adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonunca görevlendirilen sulh hukuk mahkemesi yazı işleri müdürlüğüne başvuru yapılır.

#### IV. ZAMANAŞIMI

Borçlar kanunumuz, borcun talep edilmesini engelleyen durumlar arasında zamanaşımına da yer vermiştir. Zamanaşımı, TBK'nın ikinci ayırımında m. 146-161 arasında düzenlenmiştir. Zamanaşımı kavramını, “uzun zaman boyunca alacak hakkının aramaması sonucu, bu alacağın talep edilmesinin engellenmesi” şeklinde tanımlamak mümkündür<sup>315</sup>.

Borç zamanaşımı sebebiyle kesin olarak sona ermez; sadece borçluya borcunu yerine getirmekten kaçınma yetkisi verir. Çünkü zamanaşımına uğrayan borç “eksik borç” halini alır. Borcun zamanaşımına uğramasına rağmen, alacaklı tarafından dava açılmışsa, davalı olan borçlu zamanaşımı def'ini ileri sürebilir. Bu durumda ise dava hâkim tarafından reddedilir. Başka bir deyişle, “eksik borç” niteliğindeki zamanaşımına uğramış olan borç, borçlunun bunu ödemek istememesi halinde, dava ve takip yoluyla tahsil edilemez. Kısacası zamanaşımı, borç ilişkisini sonlandırmaz. Ancak borcun dava yoluyla tahsil edilmesini engeller<sup>316</sup>.

---

<sup>315</sup> Eren, Genel, s. 1311; Kılıçoğlu, s. 1100; Oğuzman/Öz, C. 2, s. 588.

<sup>316</sup> Eren, Genel, s. 1311; Kılıçoğlu, s. 1100; Oğuzman/Öz, C. 2, s. 588.

#### A. Genel Zamanaşımı Süresi

Genel zamanaşımı TBK m. 146'da düzenlenmiştir. İlgili madde uyarınca, *“Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, her alacak on yıllık zamanaşımına tabidir.”* Bu maddeye göre, kanunda başkaca özel bir düzenleme bulunmadığı durumlarda, hastanın yahut zarar gören yakınlarının açacağı tazminat davalarının açılması için zamanaşımı süresi kural olarak 10 yıldır.

Dava açılmadan önce arabuluculuk yoluna başvurulması durumunda ne olacağı ise HUAK m. 16/2 ve m. 18/A(15)'te düzenlenmiştir. İlgili hükümler uyarınca, arabuluculuk sürecinin başlamasından sona ermesine kadar geçen süre zarfında zamanaşımı durur ve hak düşürücü süre işlemez.

#### B. Sözleşmeden Kaynaklanan Sorumlulukta Zamanaşımı Süresi

Hekimlik sözleşmesinin eser sözleşmesi niteliğinde olduğunu daha önce açıklamıştık. Bu doğrultuda, hekim ile hasta arasındaki eser sözleşmesinden kaynaklanan alacaklarda zamanaşımı süresi TBK m. 147/6 ve 478'de düzenlenmiştir.

TBK 147/6 uyarınca, eser sözleşmesinden kaynaklanan alacaklarda, hekimin borçlarını ağır kusurlu davranarak hiç yahut gerektiği gibi ifa etmemesi dışında 5 yıllık zamanaşımı süresi uygulanır. Hekimin borçlarını ağır kusurlu davranarak hiç yahut gerektiği gibi ifa etmemesi durumunda ise özel bir zamanaşımı süresi düzenlenmediği için genel kural olan 10 yıllık zamanaşımı süresi geçerlidir.

TBK m. 478'de ise ayıplı bir eser meydana getirmekten kaynaklanan sorumlulukta zamanaşımı süresi düzenlenmiştir. İlgili madde uyarınca, *“Yüklenici ayıplı bir eser meydana getirmişse, bu sebeple açılacak davalar, teslim tarihinden başlayarak, taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde iki yılın; taşınmaz yapılarda ise beş yılın ve yüklenicinin ağır kusuru varsa, ayıplı eserin niteliğine bakılmaksızın yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.”* Maddeden anlaşılacağı üzere, meydana gelen eserin taşınır ve taşınmaz olmasına göre ikili bir ayrıma gidilmiştir. Ancak Estetik amaçlı tıbbi müdahalenin konusunu bir taşınmaz oluşturamayacağına göre, maddenin ilgili kısmının hekimlik sözleşmesinde

uygulanması mümkün olmayacaktır. Bu maddeye göre, edim sonucu hekimin taahhüt ettiği gibi gerçekleşmemişse, tıbbi müdahalenin sonlanmasından itibaren 2 yıllık zamanaşımı süresi bulunmaktadır. Ancak edim sonucunun taahhüt edildiği gibi gerçekleşmemesinde hekimin ağır kusuru bulunuyorsa, bu durumda her halde zamanaşımı süresi 20 yıldır.

#### C. Haksız Fiilden Kaynaklanan Sorumlulukta Zamanaşımı Süresi

Haksız fiilden kaynaklanan zamanaşımı TBK m. 72/1’de düzenlenmiştir. Maddenin ilgili fıkrasının ilk cümlesine göre, “*Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.*” İlgili hükümden anlaşılacağı üzere, sözleşmeden kaynaklanan sorumlulukta zamanaşımından farklı olarak zamanaşımı süresi burada, tıbbi müdahalenin sonlanmasından itibaren değil; zararın yahut sorumlu hekimin öğrenilmesinden itibaren başlamaktadır. Hasta, tıbbi müdahaleden kaynaklanan zararı ve bu zarara sebep olan hekimi öğrendikten itibaren 2 yıl; ve her halükarda 10 yıl içerisinde dava açmazsa zamanaşımı süresini doldurmuş kabul edilir.

TBK m.72/1’in devamı olan ikinci cümlesi ise şu şekilde devam etmektedir; “*Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır.*” İlgili hükme göre, hekimin haksız fiili aynı zamanda suç teşkil ediyorsa ve bu suç için ceza kanunlarının birinde zamanaşımı süresi daha uzun olarak gösterilmişse, artık TBK m. 72/1’de gösterilen 2 ve 10 yıllık süre değil; ilgili ceza kanununda gösterilen süre esas alınır.

#### D. Vekâletsiz İş Görmeden Kaynaklanan Sorumlulukta Zamanaşımı Süresi

TBK’da vekâletsiz iş görmeden kaynaklanan sorumluluk için herhangi bir zamanaşımı süresi gösterilmemiştir. Bu sebeple hekimin vekâletsiz iş görmesi sebebiyle açılacak tazminat davasında TBK m. 146’da gösterilen genel zamanaşımı süresi olan 10 yıllık süre uygulanır. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, bu 10 yıllık genel süre, gerçek vekâletsiz iş görme için geçerlidir. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme, haksız fiil niteliğinde olduğu için, böyle bir durumda TBK m. 72/1 gereği 2 ve 10 yıllık zamanaşımı süresi uygulanır.

## E. Mesleki Sorumluluk Sigortası Kapsamında Zamanaşımı Süresi

Hekimin mesleki sorumluluk sigortası kapsamında sigortacıya dava açılacak olması durumunda ilgili ihtilaf TTK hükümleri uygulanarak çözülecektir. Bu sebeple zamanaşımına ilişkin uygulanacak süreler için de TBK'nın değil; TTK'nın ilgili hükümlerindeki süreler gözetilmelidir. Sigortacıya açılacak davada zamanaşımı süresi TTK m. 1482'de düzenlenmiştir. İlgili madde uyarınca sigortacıya yöneltilecek tazminat istemlerinde davacı, sigorta konusu olayın gerçekleşmesinden itibaren 10 yıl içerisinde dava açmazsa zamanaşımı süresini doldurmuş kabul edilir.

## V. TAZMİNAT TALEBİNİ ORTADAN KALDIRAN HALLER

Hastanın gösterdiği rıza, “hekimin sözleşmeden kaynaklanan hukuki sorumluluğu” başlığı altında incelediğimiz üzere, tedaviden önce verilmelidir. Ancak burada ele aldığımız konu, tedavi sonucu meydana gelen zarar için gösterilen bir “razı olma durumu” yahut “zararı kabul etme” olarak rızadan ayrılmaktadır. Burada hekimin kusurlu müdahalesinden oluşan bir zarar bulunmaktadır. Ancak hasta bu zararı onaylayarak yahut hakkından vazgeçerek hekimin sorumluluktan kurtulmasını sağlamaktadır. Hastanın zarara bu şekilde razı olma durumu da, ilgili hakkın dava açılmasından önceki “ibra” ile dava açıldıktan sonraki “feragat” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır<sup>317</sup>.

### A. İbra

Hasta, kusurlu olarak gerçekleştirilen tıbbi müdahale sebebiyle uğradığı zarar sonucu hakkından kısmi olarak yahut tamamen vazgeçebilir. Bunun neticesi olarak, hekim, ibra edilen borç kısmı kadar sorumluluğundan kurtulur. Bir başka anlatımla, hekimin sorumluluğunu sona erdirir<sup>318</sup>.

İbra TBK m. 132'de düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre ibra, iki taraflı olarak kurulan bir hukuki işlemdir. Bu sebeple ibra, hekim ile hasta arasında kurulan bir

<sup>317</sup> Eren, Genel, s. 630, 1300; Arslan/Yılmaz/Ayvaz/Hanağası, s. 552; Kuru, s. 386.

<sup>318</sup> Eren, Genel, s. 1300; Kılıçoğlu, s. 1068; Oğuzman/Öz, s. 542.



sözleşmeyi gerektirir. İbra sözleşmesi ancak, ilgili zarar doğduktan sonra ve fakat bu zarar sonucu doğan hakkın yargıya taşınmasından önce düzenlenebilir<sup>319</sup>.

TBK m. 132’de de açıkça belirtildiği üzere, hekim ile hasta arasında kurulan ibra sözleşmesi için belli bir şekil şartı bulunmamaktadır. Bu bakımdan ibra, yazılı şekilde yahut noter kanalıyla resmi olarak yapılabileceği gibi sözlü olarak da yapılabilir<sup>320</sup>. Ancak ibra sözleşmesinin ispatı açısından en azından yazılı şekilde düzenlenmesinde yarar vardır.

## B. Feragat

HMK m. 307 uyarınca, “*Feragat, davacının, talep sonucundan kısmen veya tamamen vazgeçmesidir.*” Gerçekten de HMK m. 24 uyarınca hiç kimse hakkını elde etmek için yargı yoluna başvurmaya zorlanamayacağı gibi, yargı yoluna başvurduktan sonra bu hakkını sonuna kadar takip etmeye de zorlanamaz. İşte bu durumda, hak sahibinin yargı yoluna başvurduktan sonra talep hakkından kısmen yahut tamamen vazgeçmesine “davadan feragat” denmektedir<sup>321</sup>.

Feragatın kabulü HMK m. 309/2’de düzenlenmiştir. Maddenin ilgili fıkrası uyarınca, “*Feragat ve kabulün hüküm ifade etmesi, karşı tarafın ve mahkemenin muvafakatine bağlı değildir.*” Buna göre feragat, rıza ve ibradan farklı olarak tek taraflı gerçekleştirilen bir işlemdir. Burada hastanın feragat beyanının mahkemeye ulaşması yeterlidir. Feragatın sonuç doğurması için ayrıca davalı hekimin yahut yargı merciinin onayı aranmaz.

Feragatı rıza ve ibradan ayıran bir diğer özellik ise şekil şartına tâbi olmasıdır. HMK m. 309/1 uyarınca, “*Feragat ve kabul, dilekçeyle veya yargılama sırasında sözlü olarak yapılır.*” Maddenin ilgili fıkrasına göre hasta, davadan feragat ettiğini duruşma anında sözlü olarak belirtip tutanağa geçirtebileceği gibi, duruşma anında hâkime yahut duruşma dışında mahkeme kalemine sunacağı bir dilekçe ile de davasından feragat edebilir. HMK m. 310 gereği hasta, yargı yoluna başvurduktan sonra ve fakat en geç yargı merciinin kurduğu hükmün kesinleşmesinden önce davasından feragat edebilir.

<sup>319</sup> Eren, Genel, s. 1303; Kılıçoğlu, s. 1069; Oğuzman/Öz, s. 545.

<sup>320</sup> Eren, Genel, s. 1303; Kılıçoğlu, s. 1069; Oğuzman/Öz, s. 545.

<sup>321</sup> Arslan/Yılmaz/Ayvaz/Hanağası, s. 552, 553; Kuru, s. 386.

## SONUÇ

Teknolojik gelişmelere paralel olarak tıp bilimi de her geçen gün ilerlemektedir. Tıbbi araştırmalar neticesinde, zahmetli ve riskli tedavi yöntemleri yerine kolay ve risk oranı çok az olan yeni yöntemler geliştirilmiştir. Bu gelişmeler tıbbın bütün bölümlerinde olduğu gibi, estetik amaçlı tıbbi müdahale alanında da kendisini göstermiştir. Artık günümüzde estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde, zorlu cerrahi işlemlerin yerini çok daha basit yöntemler almıştır. Cerrahi işlemlerin zorunlu olduğu müdahalelerde ise kullanılan teknolojik aletler sayesinde eski günlerde yaşanan zorluklar bir hayli azalmıştır. Tıp bilimindeki tüm bu gelişmelerin sonucu olarak da bahsedilen müdahalelerin maliyeti aynı oranda düşmüştür. Tüm bunların sonucu olarak, standart bir güzellik algısı olmayan insanların estetik amaçlı tıbbi müdahalelere olan ilgi ve talebi büyük oranda artmıştır.

İnsanların güzel görünme ve güzel hissetme ihtiyaçlarının sonucu olarak estetik amaçlı tıbbi müdahaleler yaptırmaktadır. Bu derece yoğun talep olan bir alanda ise hukuki uyumsuzlukların görülmesi kaçınılmazdır. Ancak sağlık hukuku alanında olduğu gibi estetik amaçlı tıbbi müdahale alanında da mevzuatımızdaki düzenlemeler yetersiz; doktrinsel ve akademik çalışmalar eksik kalmaktadır. Bu eksikliklerin yerini ise Anayasa, TMK, TBK ve HMK'nın ilgili hükümlerini yorumlama yoluyla kullanarak doldurabilmekteyiz.

Sağlık hukuku alanında çıkan uyumsuzlukların anlaşılması ve doğru şekilde çözülmesi için öncelikle bu alandaki temel kavramların ve özellikle çalışmamızın konusu olan “estetik amaçlı tıbbi müdahale” kavramının iyi anlaşılması gerekmektedir.

Estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde çıkan uyumsuzluklarda, sorumluluğun kaynağının ne olduğunun tespiti önem arz etmektedir. Burada hekimin sorumluluğu sözleşmeden kaynaklanabileceği gibi, vekâletsiz iş görmeden yahut haksız fiilden kaynaklanıyor olabilir.

Sözleşmeden kaynaklanan sorumlulukta ise, hekimlik sözleşmesinin niteliği tespit edilmelidir. Estetik amaçlı tıbbi müdahaleler tedavi amaçlı olarak gerçekleştirilse bile, hasta genellikle, tedavi sürecinin sıkıntılarını yaşamışken vücudundaki rahatsızlığın

güzelleşmesini de talep etmektedir. Başka bir anlatımla, hekime başvuran hiçbir hasta, sadece tedavi amacıyla değil; bunun yanında güzelleşme amacı da güderek hekime başvurmaktadır. Bu sebeple, hekimden bir edim sonucu isteyen hasta ile hekim arasında kurulan sözleşme “eser sözleşmesi” niteliğindedir. Bu görüş doktrin ve Yargıtay tarafından da benimsenmiştir. Bu sebeple hekimin sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğunda TBK’nın eser sözleşmesi ile ilgili hükümlerinin uygun düştüğü ölçüde uygulanması gerekmektedir.

Kaynağı ne olursa olsun hekimin sorumluluğuna gidebilmek için belli şartların oluşması gerekmektedir. Bunlar; “borca aykırı fiil”, “kusur”, “zarar” ve “nedensellik bağı”dır. Bu şartların hepsinin bir arada bulunmadığı durumlarda hekimin sorumluluğundan söz edilemeyecektir.

Hekimin özenli davranmak suretiyle tıbbi müdahaleyi gereklerine uygun şekilde gerçekleştirmemesi sonucu hasta zarara uğramışsa, uğranılan maddi ve manevi zararın tazmini, hasta tarafından talep edilebilir. Hastanın hak kaybına uğramaması ve zararının en kısa zamanda karşılanması için talep tıbbi müdahalenin dayandığı hukuki sebebe göre değişen zamanaşımı süreleri içinde yapılmak zorundadır(TBK m. 146, 147/6, 478, 72/1). Aksi takdirde borç zamanaşımına uğrayacağından eksik borç halini alır.

Sağlık hukuku alanındaki mevcut mevzuatın geliştirilmesi ve bu doğrultuda yapılacak yeni düzenlemeler sayesinde, bu alanda çıkan uyuşmazlıkların çok daha kısa sürede, kolay ve hukuka uygun şekilde çözüleceği düşüncesindeyiz.

## KAYNAKÇA

- Akartepe, Alpaslan : “Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliği”, Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erzincan 15-16 Mayıs 2006, Ankara 2007, s. 13-22.
- Akipek, Jale G./Akıntürk, Turgut/  
Ateş, Derya : Türk Medenî Hukuku Başlangıç Hükümler Kişiler Hukuku, Ankara 2018.
- Akyıldız, Sunay : “Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hukuki Sorumluluk”, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Lefke Avrupa Üniversitesi IV. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu, Ankara 2013, s. 63-92.
- Aral, Fahrettin/ Ayrancı, Hasan : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2018.  
Arıncı, R. Atilla : Estetik Cerrahide Hekimin Hukuki Sorumlulukları ve Bu Sorumlulukların Eser Sözleşmesi Kapsamında Değerlendirilmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, T.C. Özyeğin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul 2015.
- Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/  
Ayvaz, Sema T./Hanağası, Emel : Medenî Usul Hukuku, Ankara 2018.  
Aşçıoğlu, Çetin : Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Ankara 1992.
- Atabek, Reşat / Sezen, Merih : “Hekimin Mesuliyeti”, İstanbul Barosu Dergisi, C.28, Y. 1954, s. 135-149.
- Ayan, Mehmet : Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991.
- Başpınar, Veysel : Vekilin (Avukatın, hekimin, Mimarın, bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Ankara 2004.
- Bayraktar, Köksal : Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1972.
- Beauchamp, L. Tom/Childress,  
F. James : Principles of Biomedical Ethics, New York 1979.  
Birks, Peter : English Private Law, Oxford 2004.

- Çakmut, Ö. Yenerer : Tıbbî Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003.
- Çilingiroğlu, Cüneyt : Tıbbi Müdahaleye Rıza, İstanbul 1993.
- Demir, Mehmet : Hekim ve Hastane Yönünden Tıbbi Sorumluluk Hukuku, Ankara 2018.
- Donay, Süheyl : “Doktorun Hukuki Sorumluluğu”, İktisadi ve Ticari Bilimler Dergisi, S.10, 1968, s. 44-58.
- Er, Ünal : Sağlık Hukuku, Ankara 2008.
- Eren, Fikret : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2018 (Kısaltma: Genel).
- Eren, Fikret : Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2018.
- Ergen, O. Gürcan : Plastik Rekonstrüktif ve Estetik Cerrahisi İçin Başvuran Hasta Profiline İncelenmesi: Özel ve Kamu Hastanelerinin Karşılaştırılması, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, T.C. Bahçeşehir Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Sağlık Yönetimi Yüksek Lisans Programı, İstanbul 2017.
- Erman, Barış : Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003.
- Erzurumluoğlu, Erzan : Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Ankara 2018.
- Fennel, Phil : Treatment Without Consent, Law, Psychiatry and the Treatment of Mentally Disordered People since 1845, London 1996.
- Furrow, Barry/Greaney, Thomas/  
Johnson, Sandra/Jost, Timothy/  
Schwartzs, Robert : Health Law, Newyork 2005.
- Gökcan, H. Tahsin : Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Ankara 2017.
- Gümüş, M. Alper : Türk İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul 2001.
- Güneş, B. Kılıç : Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, T.C. Yeditepe Üniversitesi

- Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı,  
İstanbul 2014.
- Güven, Kudret : “Hekimlerin Mesleki Sorumluluk Sigortası ve Uygulaması”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 2 Y. 2017, s. 11-67.
- Hakeri, Hakan : Tıbbi Uygulama Hataları (Malpraktis) Komplikasyon ve Sağlık Mensuplarının Sorumluluğu, Yeditepe Üniversitesi Yayınları 2008 (Kısaltma: Malpraktis).
- Hakeri, Hakan : Tıp Hukuku, Ankara 2018.
- Hancı, Hamit : Malpraktis – Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, Ankara 2006.
- İpekyüz, Filiz Yavuz : Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul 2006.
- Jonsen, Albert/Siegler, Mark/  
Winslade, William : Clinical Ethics, Newyork 2002.
- Kahraman, Zafer : “Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1, Y. 2016 s. 479-510.
- Kaya, Mine : “Estetik Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğünün Kapsamı”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 11, S. 117, Y. 2016, s. 23-37.
- Kıcalıoğlu, Mustafa : “Yargı Kararları Işığında Doktorun (Hekimin) Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluğu”, Terazi Hukuk Dergisi, S. 4, Y. 2006, s. 16-29.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2018.
- Kuru, Baki : İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2018.
- Oğuzman, M. Kemal / Öz, Turgut : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, İstanbul 2018.
- Oğuzman, M. Kemal / Öz, Turgut : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, İstanbul 2018, (Kısaltma: C. 2).

- Özay, Merter : Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2006.
- Özdemir, Hayrünnisa : Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Ankara 2004.
- Özdemir, Hayrunnisa : “Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Kayda Geçirme ve Sır Saklama Yükümlülüğü”, Sağlık Hukuku Digestası, S. 1, Y. 2009 s. 148-166 (Kısaltma: Sır).
- Öztürkler, Cemal : Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbî Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, Ankara 2006.
- Petek, Hasan : “Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk” DEÜHFD 2016, C. 8 S. 1, s. 177-240.
- Polat, Oğuz : Tıbbi Uygulama Hataları, Ankara 2005.
- Reisoğlu, Seza : "Hekimlerin Hukukî Sorumluluğu", Sağlık Hukukundaki Yeni Gelişmeler V.Sempozyumu, Türk Hukukunda Hekimin Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu, Ankara 12-13 Mart 1982, İstanbul 1983, s. 1-18.
- Savaş, Halide : Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları, Ankara 2007.
- Şatır, Nejdet : Emsal Kararlar Işığında Kamu ve Özel Hastanelerde Çalışan Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Ankara 2018.
- Şenocak, Zarife : Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara 1998.
- Tandoğan, Haluk : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, İstanbul 2008.
- Temel, Erhan : “Alman Hukuku’nda Estetik Cerrah ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği”, II. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara 2009 s. 223-239.
- Uygur, Atiye : Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, Yayımlanmamış Doktora Tezi, T.C. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı, Ankara 2009.

- Walston-Dunham, Beth : Medical Malpractice Law and Litigation, Newyork 2005.
- Yavuz, Cevdet : Borçlar Hukuku Dersler (Özel Hükümler), İstanbul 2018.
- Yaycı, Nesime : “Komplikasyon ve Malpraktis Ayrımı”, Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 24-25 Nisan 2008, s. 29-40.
- Yerdelen, Erdal : “Hukuki Açıdan Sünnet”, Tıp Hukuku Dergisi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Tıp Hukuku Araştırmaları Birimi Yayını, S. 3, Y. 2013, s. 43-74.
- Yıldırım, M. Fadıl : “Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erzincan 15-16 Mayıs 2006, Ankara 2007, s. 57-64.
- Yılmaz, Battal : Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2017.
- Zevkliler, Aydın : “Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları”, DÜHFD 1983, S. 1, s. 1-37.
- Zeytin, Zafer : “Hasta-Hekim İlişkisinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, IV. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Ankara 2012, s. 1-36 (Kısaltma: Aydınlatma).
- Zeytin, Zafer : “Vekâlet ve Eser Sözleşmeleri - Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahaleleri Konu Edinen Sözleşme İlişkilerinin Nitelendirilmesi”, Tıp Hukuku Dergisi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Tıp Hukuku Araştırmaları Birimi Yayını, C. 3, S. 6, Y. 2014, s. 103-113.