

9 - 12 Ekim 2019

ANTALYA

İSTANBUL MEDENİYET ÜNİVERSİTESİ
TIP HUKUKU ARAŞTIRMALARI BİRİMİ

**III. ULUSLARARASI
TIP HUKUKU KONGRESİ**
BİLDİRİLERİ KİTABI

9 - 12 EKİM 2019
ANTALYA

İSTANBUL MEDENİYET ÜNİVERSİTESİ
TIP HUKUKU ARAŞTIRMALARI BİRİMİ

**III. ULUSLARARASI
TIP HUKUKU KONGRESİ
BİLDİRİLERİ KİTABI**

EDİTÖRLER :

Prof. Dr. Dr. h.c. Hakan HAKERİ
Av. Cahid DOĞAN

ADALET YAYINEVİ

Ankara - 2019

ADALET BASIM YAYIM DAĞITIM SAN. ve TİC. LTD. ŞTİ.

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Tıp Hukuku Araştırmaları Birimi III. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı

Prof. Dr. Dr. h.c. Hakan HAKERİ (Orcid Kod: 0000-0001-6699-1642)
Av. Cahid DOĞAN (Orcid Kod: 0000-0001-6843-9210)

Hukuk Yayınları Dizisi – 2535

Birinci Baskı : Aralık, 2019

ISBN : 978 – 605 – 300 – 922 – 1

ADALET YAYINEVİ

Merkez

Strazburg Caddesi No: 10/B Sıhhiye-Ankara
Tel : (0312) 231 17 00
Fax : (0312) 231 17 10

İstanbul Şube

Mustafa Kemal Caddesi No: 60/C
(Anadolu Adliyesi Karşısı) Kartal-İstanbul
Tel : (0216) 305 72 81

Dağıtım

Strazburg Caddesi No: 17/B Sıhhiye-Ankara

Bursa Şube

Bursa Adliye Sarayı Zemin Kat Bursa

 : adalet.com.tr – adaletyayinevi.com
 : adalety@adaletyayinevi.com

 : facebook.com/adaletyayinevi
 : twitter.com/adaletyayinevi

Sayfa Tasarımı:

Nimet Yıldız

Kapak Tasarımı:

Yasin Özbudak

Baskı:

Özdoğan Matbaa Yayın ve Hed. Eşya Ltd. Şti.
Matbaacılar Sitesi 1514. Cad. No.29 İvedik OSB
Tel. 0312 395 8 500-501
www.ozdogandigital.com
Sertifika no. 17021

İÇİNDEKİLER

KONGRE PROGRAMI.....	5
İÇİNDEKİLER	25
ÖNSÖZ	31
KONGRE AÇILIŞ KONUŞMALARI.....	33
CONTEMPORARY DILEMMAS IN THE INTEGRATION OF ETHICS, MEDICINE AND LAW: A NEED FOR LEGAL SOLUTIONS.....	37
<i>Professor Dr Puteri Nemie Jahn KASSİM - Dr Fadhlina ALİAS</i>	
THE ADVANCE DIRECTIVES FROM THE PERSPECTIVE OF CRIMINAL LAW IN TERMS OF COMPARATIVE LAW	53
<i>Prof. Dr hab. Joanna DŁUGOSZ</i>	
TEACHING MEDICAL LAW IN CONTEMPORARY HEALTHCARE SETTING: CHALLENGES AND OPPORTUNITIES.....	61
<i>Professor Dr. Puteri Nemie Jahn KASSIM</i>	
PROTECTION OF HUMAN RIGHTS OF MENTHAL HEALTH PATIENTS	73
<i>Dr. Murat TÜMAY</i>	
THE CRIMINAL RESPONSIBILITY OF THE HOSPITALS IN TERM OF CAUSING DEATH BY NEGLIGENCE	79
<i>1. Dr. Baharak SHAHED - Touraj JAMSHIDI</i>	
KAMU GÖREVLİSİNİN DEFANSİF DAVRANIŞI DOLAYISIYLA ORTAYA ÇIKAN HİZMET KUSURU ÜZERİNE BİR İNCELEME	89
<i>Araş. Gör. Ahmet Said YÜCESAN</i>	
SAĞLIK HİZMETLERİNDE HİZMETİN KUSURLU YÜRÜTÜLMESİNİN TEK BAŞINA MANEVİ ZARAR SEBEBİ OLARAK GÖRÜLDÜĞÜ HALLER	99
<i>Dr. Halil ALTINDAĞ</i>	
ESTETİK AMAÇLI TIBBİ MÜDAHALE VE HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUKLARI	105
<i>Av. Gülce CANDEMİR</i>	
PLASTİK, REKONSTRÜKTİF VE ESTETİK CERRAHİDE HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞU VE ESER SÖZLEŞMESİ İLİŞKİSİ	123
<i>Arş. Gör. Aysu ÖZCAN</i>	
ESTETİK AMAÇLI TIBBİ MÜDAHALEDE İSPAT VE SOMUTLAŞTIRMA YÜKÜ	143
<i>Doç. Dr. Levent BÖRÜ</i>	
YARGITAY KARARLARI İŞİĞİNDA ESTETİK AMAÇLI TIBBİ MÜDAHALELERDE HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞU.....	157
<i>Dr. Öğr. Üyesi Şafak PARLAK BÖRÜ</i>	
ACİL JİNEKOLOJİK VAKALARDA AYDINLATILMIŞ RIZA VE HEKİMİN SORUMLULUĞU.....	173
<i>Uzman Dr. Emre MAT</i>	
KIZLIK ZARI (HYMEN) DİKİMİNİN HUKUKİ DEĞERLENDİRMESİ.....	179
<i>Av. Ayşegül EKİNCİ</i>	

DEFANSİF TIP BAĞLAMINDA HEKİMİN CEZAİ SORUMLULUĞU	185
<i>Prof. Dr. med. Llm. jur. Hasan Tahsin KEÇELİGİL</i>	
DEFANSİF TIBBİ UYGULAMALARIN TOPLUM SAĞLIĞI ÜZERİNE ETKİLERİ	197
<i>Dr. Öğr. Üyesi Buğra YÜCESAN - Araş. Gör. Ayşe Gül YÜCESAN</i>	
HASTA VE HEKİM PERSPEKTİFİNDEN DEFANSİF TIP UYGULAMALARI	205
(DEFENSIVE MEDICINE PRACTICES FROM THE PERSPECTIVE OF PATIENT AND PHYSICIAN)	
<i>Av. Zeynep ALTUN</i>	
MERSİN TABİP ODASINA YAPILAN BAŞVURU DOSYALARININ HAK İHLALİ İDDİASI YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ: 2003-2017	217
<i>Ömer Özkan ÖZDEMİR - Mithat KIYAK Ahmet - Öner KURT</i>	
OFTALMOLOJİ PRATİĞİNDE DEFANSİF TIP UYGULAMALARIYLA HASTANIN TEDAVİSİNİ ÜSTLENMEKTEN KAÇINARAK BAŞKA BİR SAĞLIK KURULUŞUNA YÖNLENDİRİLMESİNİN HUKUKİ DEĞERLENDİRİLMESİ	225
<i>Dr. Delil ÖZCAN</i>	
SAĞLIK MESLEĞİ MENSUPLARININ İŞLEDİKLERİ BELGEDE SAHTEÇİLİK SUÇLARINDA MENFAAT SAĞLAMA VE ZARAR VERME BİLİNCİ KRİTERİ	243
<i>Dr. Öğretim Üyesi Derya TEKİN</i>	
SAĞLIK MESLEĞİ MENSUPLARININ SUÇU BİLDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜ	257
<i>Dr. Melik KARTAL</i>	
TEDAVİ SÜRECİNDE PLASEBO KULLANIMININ CEZA HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ	265
<i>Dr. Öğr. Üyesi Reşit KARAASLAN</i>	
DIŞKI NAKLİ UYGULAMALARINA HUKUKİ BAKIŞ	281
<i>Uzm. Dr. Meltem YALÇIN</i>	
YÜZ NAKLİNİN HUKUKİ VE ETİK YÖNÜ	307
<i>Dr. Öğr. Üyesi Gökhan ŞAHAN</i>	
ÇOCUK AŞI PROGRAMLARI VE AŞI KARŞITI SÖYLEMLERİN ARTMASI KARŞISINDA BU PROGRAMLARA UYULMASINA YÖNELİK İDARİ TEDBİR VE FAALİYETLER	319
<i>Dr. Egemen FALCIOĞLU</i>	
TÜRK MEDENİ KANUNU'NUN 40. MADDESİNE ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI İŞİĞİNDA ELEŞTİREL BİR YAKLAŞIM	331
<i>Dr. Erika Biton SERDAROĞLU</i>	
TOPLUMSAL CİNSİYET EŞİT(SİZ)LİĞİ PERSPEKTİFİNDE KADIN SAĞLIĞI UYGULAMALARI	351
<i>Dr. Öğr. Üy. İpek Sevdâ SÖĞÜT</i>	
TIP ETİĞİ İLKELERİ VE HUKUK AÇISINDAN TIBBİ ROBOTLAR	369
<i>Doç. Dr. Sevtap METİN</i>	
KORDON KANI BANKACILIĞINA DAİR HUKUKİ SORUNLAR	423
<i>Dr. Öğr. Üyesi Özge YENİCE CEYLAN</i>	
PALYATİF BAKIM HAKKI VE ETİĞİ	439
<i>Dr. Öğr. Üyesi Hatice DEMİR KÜRECİ</i>	

KİŞİLER HUKUKU AÇISINDAN ÖTANAZI	445
<i>Av. LL.M Mehmet Yusuf DAĞ</i>	
İNSAN ONURUNA AYKIRI TIBBİ MÜDAHALELER	459
<i>Dr.Ömer ERGÜN</i>	
TIBBİ MÜDAHALEDEN KAYNAKLANAN TAM YARGI DAVALARINDA GEREKÇELİ KARAR HAKKI	475
<i>Hâkim Ezgi KIZILKAYA DOĞRU</i>	
ORGAN NAKLİ TALEBİNİN ETİK KURULDA REDDİ KARŞINDA HASTANIN İDARİ DAVA AÇMA HAKKI	485
<i>Av. Sunay AKYILDIZ</i>	
ORGAN TİCARETİ VE ORGAN NAKLİ TURİZMİ İLE MÜCADELEDE İSTANBUL DEKLARASYONU'NUN ROLÜ	503
<i>Doç. Dr. Murat Volkan DÜLGER - Ar. Gör. Neslihan CAN</i>	
ÖZEL SAĞLIK KURULUŞLARINDA HEKİMLERİN HİZMET ALIMI YOLUYLA ÇALIŞTIRILMALARININ İŞ VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU AÇISINDAN SONUÇLARI	513
<i>Arş. Gör. Ebru KARABACAK</i>	
HAVA YOLUYLA HASTA NAKLİ	527
<i>Doç. Dr. Hacı KARA</i>	
YAŞAMIN SONU AŞAMASINDA TIBBİ TEDAVİYE İLİŞKİN KARARA HASTANIN KATILIMI	541
<i>Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY</i>	
"CANLANDIRMA UYGULANMASIN" TALİMATININ HUKUKİ VE TIBBİ AÇIDAN DEĞERLENDİRİLMESİ	559
<i>Uzm. Dr. Gül BABACAN</i>	
HASTA TASARRUFLARI BAĞLAMINDA TIBBİ VASIYET VE TEDBİR VEKALETİNİN TÜRK - ALMAN MEDENİ HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ VE BAZI SONUÇLAR	567
<i>Dr. iur. Merve Ürem ÇETİNEL</i>	
TÜRK VE ALMAN YÜKSEK MAHKEME İÇTİHATLARI İŞİĞİNDE RIZANIN VAR SAYILMA KOŞULLARI	595
<i>Doç. Dr. Gülsün Ayhan AYGÖRMEZ UĞURLUBAY</i>	
RIZA OLMAKSIZIN YAPILABİLEN TIBBİ MÜDAHALELER	605
<i>Av. Gizem KARAMAN</i>	
ZORUNLU TEDAVİLERİN TIP, HUKUK VE ETİK PRENSİPLERİ EŞLİĞİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ	631
<i>Av. Şule YILMAZ - Uzm. Dr. Rıdvan BİLİCİ</i>	
KİŞİSEL VERİLERİN BİLİMSEL AMAÇLARLA İŞLENMESİ	653
<i>Dr. Öğr. Üyesi Hande DENİZ</i>	
HASTANIN KENDİSİ İLE İLGİLİ KAYITLARA ERİŞİM HAKKI VE İHLALİ HALİNDE HUKUKİ YOLLAR	669
<i>Av. Zeynep REVA, LL. M.</i>	
ÖZEL SAĞLIK HİZMETLERİNDE KİŞİSEL SAĞLIK VERİLERİNİN MEDENİ HUKUK ÇERÇEVESİNDE KORUNMASI	677
<i>Dr. Seda KARA KILIÇARSLAN</i>	

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA KİŞİSEL SAĞLIK VERİLERİNE BAKIŞ	701
<i>Av. Arb. LL.M Sabire Sanem YILMAZ</i>	
YARGITAY VE HAKEM KARARLARINA GÖRE HEKİMİN ZORUNLU MALİ SORUMLULUK SİĞORTASI	719
<i>Doç. Dr. Hacı KARA</i>	
CAN ZARARLARININ HUKUKSAL VE PARASAL DEĞERLENDİRMESİ	743
<i>Ahmet ÇELİK</i>	
INTERNATIONAL INITIATIVES AND LEGISLATIVE DOCUMENTS ON ADOLESCENT HEALTH	821
<i>Kamala MAMMADOVA</i>	
KADIN HASTALIKLARI VE DOĞUM DOKTORUNUN AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ	827
<i>Av. Merve Buse KALAYCI ÖLÇÜM</i>	
YENİ KANUNİ DÜZENLEME SONRASINDA YAPAY DÖLLENMEDE CEZA HUKUKU SORUMLULUĞU	851
<i>Prof. Dr. Dr. h.c. Yener ÜNVER</i>	
SAĞLIK ÇALIŞANLARINA KARŞI İŞLENEN SUÇLARDA UZLAŞTIRMA	865
<i>Araş. Gör. Veysel TOPUZ</i>	
SAĞLIK HUKUKUNDA ARABULUCULUK VE UYGULAMA AVANTAJLARI	879
<i>Av. Uzm. Arb. MClarb. Şebnem AKÇINAR</i>	
HEKİMLERİN İŞLEDİĞİ TAKSİRLİ SUÇLARDA UZLAŞTIRMA	889
<i>Yrd. Doç. Dr. Nebahat KAYAER</i>	
ALMANYA İLE MUKAYESELİ OLARAK TÜRKİYE'DE HEMŞİRELERİN GÖREV ALANI	933
<i>Dr. Kübra KARADENİZ</i>	
PARAMEDİKAL SINIFIN HUKUKİ KONUMU VE MEVCUT SORUNLAR	959
<i>Yrd.Doç.Dr. med. jur. Turgay AKALIN</i>	
İLAÇ PATENTİNİN SİNAİ MÜLKİYET KANUNU KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ	967
<i>Nuray ÇELİK - Arş. Gör. Melike YAMAN</i>	
BİYOTEKNOLOJİK BULUŞLARIN PATENTLENMESİNE İLİŞKİN MEVCUT HUKUKİ DURUM	993
<i>Dr. Nüket Evrim AYDINER KARATURP</i>	
SAĞLIKTA ŞİDDET VE BEYAZ KOD UYGULAMASI	1007
<i>Doç. Dr. Ahsen KAYA - Dr. Öğr. Üyesi Hülya GÜLER</i>	
HASTA ÇOCUKLARA YÖNELİK ÜRÜN TANITIMI YAPAN ÜRÜN TEMSİLCİLERİNİN HASTA HAKLARI VE ÇOCUK HAKLARINA İLİŞKİN GÖRÜŞLERİ	1019
<i>Zübeyde CAN</i>	
ÇOCUKLARDA TIBBİ MÜDAHALELERE RIZA YETKİSİ: AMERİKA ÖRNEĞİ	1031
<i>Dr. Öğr. Üyesi Özge ATIL KAYA</i>	
KAMU DENETÇİLİĞİ KURUMU'NUN KÜÇÜK YAŞTA BİR ÇOCUĞUN TEDAVİSİ İLE İLGİLİ OLARAK VERMİŞ OLDUĞU BİR KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ	1043
<i>Dr. Öğretim Üyesi Yasemin DURAK</i>	
İKİNCİ TIBBİ KULLANIM PATENTLERİNİN İHLALİNDEN DOLAYI HEKİMİN SORUMLULUĞU	1063
<i>Dr. Öğr. Üyesi Pelin KARAASLAN</i>	

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA HASTA HAKLARI	1097
<i>Dr. Öğr. Üyesi Tülay Yıldırım MAT - Ece MOZAKOĞLU</i>	
ZORUNLU TEDAVİLERİN TIP, HUKUK VE ETİK PRENSİPLERİ EŞLİĞİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ	1105
<i>Av. Şule YILMAZ - Uzm. Dr. Rıdvan BİLİCİ</i>	
BİREYSEL BAŞVURU KARARLARINDA TIBBİ UYGULAMA HATALARI	1127
<i>Meliha Sermin PAKSOY</i>	
TIP HUKUKU BAĞLAMINDA ÇOCUK HASTANIN MAHREMİYET HAKKI	1139
<i>Neslihan CAN</i>	
ADLİ KOZMETOLOJİ NEDİR VE HANGİ DURUMLARDA HUKUKİ SORUNLAR OLUŞABİLİR?	1145
<i>Prof. Dr. Ülker GÜL</i>	
ESTETİK UYGULAMALARDA YASAL SÜREÇTE ÖNEMLİ FAKTÖRLER	1151
<i>Prof. Dr. Ülker GÜL</i>	
GELENEKSEL VE TAMAMLAYICI TIP UYGULAMALARI İLE BU UYGULAMALARIN YETKİSİZ PERSONEL TARAFINDAN YAPILMASININ 1219 SAYILI KANUNUN CEZA HÜKÜMLERİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ	1155
<i>Dr. Ziya KOÇ</i>	
DİŞ HEKİMİNİN AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ	1185
<i>Av. Özge Nur KOYUNCU</i>	

ESTETİK AMAÇLI TIBBİ MÜDAHALEDE İSPAT VE SOMUTLAŞTIRMA YÜKÜ

Doç. Dr. Levent BÖRÜ*

I. GİRİŞ

Estetik amaçlı tıbbi müdahale, en genel ifadeyle, fiziki görünümün tıbbi el atma ile güzelleştirilmesi işlemi olarak ifade edilebilir. Kişinin bedeni üzerinde doğuştan sahip olduğu veya doğuştan var olmamakla birlikte; sonradan bir etken; kaza, travma, yaralanma, hastalık sonucu ya da kendiliğinden ortaya çıkarak, kişinin dış görünümünde bozulmaya neden olan biçimsizleşmelerin (deformasyonların) giderilmesi amacıyla veya biçimsizleşme olmaksızın, kişinin salt daha güzel bir görünüme kavuşturulması, ruhen daha mutlu, huzurlu olabilmesi amacıyla gerçekleştirilen müdahaleler, estetik amaçlı tıbbi müdahale olarak adlandırılmaktadır¹.

Estetik amaçlı tıbbi müdahale genel olarak üç türde irdelenebilir: 1- Bedensel rahatsızlığı iyileştirme amaçlı estetik müdahaleler, 2- ruhsal rahatsızlığı iyileştirme amaçlı estetik müdahaleler, 3- salt güzelleştirme amaçlı estetik müdahaleler². Buradan hareketle, estetik amaçlı tıbbi müdahalenin türü dikkate alınarak hekim ile hasta ilişkisinin hukuki niteliği ve hekimin hukuki sorumluluğu ayrı ayrı irdelenmelidir.

Çalışma konumuz estetik amaçlı tıbbi müdahalede ispat ve somutlaştırma yüküdür. İnceleme konusunun daha iyi anlaşılabilmesi için kısaca estetik amaçlı tıbbi müdahalede hekim ile hasta ilişkisinin hukuki niteliği ve hekimin hukuki sorumluluğu hakkında açıklamalarda bulunulacaktır. Daha sonra, estetik amaçlı tıbbi müdahalede ispat yükü, ispat yükünün dağılımı, somutlaştırma yükü ve ispat kolaylıkları konuları irdelenecektir.

* Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Özel Hukuk) Medeni Usul-İcra ve İflas Hukuku Anabilim Dalı Başkanı, E-Mail: leventboru@hacettepe.edu.tr.

¹ Ayan, Mehmet: Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991, s. 34; Özay, Merter: Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2006, s. 23; Petek, Hasan: "Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2006/1, s. 177-240 s. 180; Satır, Nejdin: Estetik Tıp Hukuku, Emsal Kararlar, Ankara 2019, s. 32 vd; Altun, Zeynep: Plastik Cerrahinin Hukuki Sorumluluğunun Sözleşmesel Bağlamda İncelenmesi, İstanbul 2019, s. 23 vd; Arıncı, Atilla/ Usta, Sevgi: "Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumlulukları ve Eser Sözleşmesi", TürkischJournal of Plastic Surgery, 2017/2, s. 84-93, s. 84.

² Özay, s. 25; Arıncı/Usta, s. 86; Çankaya, Fulya: Estetik Dış Hekimliği ve Estetik Plastik ve Rekonstrüktif Cerrahide Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2019, s. 26.

II. ESTETİK AMAÇLI TIBBİ MÜDAHALEDE HEKİM İLE HASTA İLİŞKİSİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

A- Hekim İle Hasta İlişkisinin Hukuki Niteliği

Kanunlarda açıkça hekimlik sözleşmesi adı altında açık bir tanımlama yapılmamıştır; bununla birlikte hekimlik sözleşmesi doktrinde şu şekilde ifade edilmiştir: Hekimin, hastanın sağlığına kavuşabilmesi amacıyla tıbbi müdahalede bulunmak, hastanın da bunun karşılığı olarak ona ücret ödemek yükümlülüğü altına sokulduğu hukuki işlemdir³. Hekimlik sözleşmesinin kurulabilmesi için tarafların karşılıklı ve birbirine uygun açık veya örtülü irade beyanlarının varlığı gereklidir; örneğin, hekimin hastayı kabul etmesi, muayene etmesi gibi eylemler hekim ile hasta arasındaki sözleşme ilişkisinin kurulması için yeterlidir⁴.

Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin hukuki niteliği, hekimin hastasına uygulayacağı tıbbi müdahalenin türüne göre değişkenlik göstermektedir. Doktrinde hekim ile hasta ilişkisinin hukuki niteliği konusunda farklı görüşler yer almaktadır⁵: Hizmet sözleşmesi görüşü, vekâlet sözleşmesi görüşü, eser sözleşmesi görüşü, suigeneris sözleşme görüşü. Yargıtay'a göre, estetik amaçlı tıbbi müdahalede hekim ile hasta arasındaki ilişkinin niteliği eser sözleşmesi olarak kabul edilmektedir⁶.

B- Hekimin Hukuki Sorumluluğu

Estetik amaçlı tıbbi müdahaleler dolayısıyla hekimin hukuki sorumluluğu çeşitli durumlara göre ayrı ayrı incelenmesini gerektirir⁷: Sözleşmeden doğan sorumluluk, haksız fiilden doğan sorumluluğu, vekâletsiz iş görmeden doğan sorumluluk gibi. Bununla birlikte, idare hukukunda hekimin sorumluluğu hizmet kusuru olup olmaması bakımından ayrıca değerlendirilmesi gereken bir durum olarak ortaya çıkmaktadır.

Son olarak, hasta ile hastane arasında kurulan sözleşme gereği hastane adına ve hesabına çalışan hekimin teşhis ve tedavi faaliyetinde bulunmasıyla ayrıca bir sözleşme kurulmuş olur. Böyle bir durumda hasta ile hastane arasında hastaneye kabul sözleşmesi bulunur, hekim ise hastane adına ve hesabına hareket eden yardımcı kişi konumundadır⁸.

³ Yavuz İpekyüz, İpek: Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul 2006, s. 16.

⁴ Ayan, s. 56.

⁵ Doktrinde yeralan bu görüşlerin bu çalışmada değerlendirilmesi durumunda çalışma konusunun kapsamı oldukça artmaktadır. Bu sebeple, burada sadece doktrindeki görüşlere yer verilmiştir. Bkz. Özay, s. 30 vd; Yavuz İpekyüz, s. 55 vd; Çankaya, s. 103 vd; Petek, s. 186 vd; Altun, s. 35 vd.

⁶ 3.HD, 29.03.2016, 11672/4827; 15.HD, 14.01.2019, 5312/139 (Yargıtay Kararları için bkz. Şatır, s. 179 vd); ayrıca bkz. İmamoğlu, Hülya: "İsviçre ve Türk Yargı Kararlarında Eser Kavramı, Özellikle Estetik Operasyonu Konu Edinen Sözleşmenin Hukuki Niteliğine İlişkin Olarak Yargıtay'ın Yaklaşımı: Güncel Bir Bakış", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019/1, s. 241-260, s. 249 vd.

⁷ Hekimin hukuki sorumluluğuna ilişkin görüşlerin bu çalışmada değerlendirilmesi durumunda çalışma konusunun kapsamı oldukça artmaktadır. Bu sebeple, burada sadece doktrindeki görüşlere yer verilmiştir. Bkz. Ayan, s. 63 vd; Yavuz İpekyüz, s. 129 vd; Çankaya, s. 238 vd.

⁸ Doğan, Murat: "Hukuki Sorumluluk Bakımından Hekimin Kusuru ve İspatı", Sağlık Hukuku Sempozyumu 15-16 Mayıs 2006, Ankara 2007, s. 39-57, s. 39; Petek, s. 230.

III. ESTETİK AMAÇLI TIBBİ MÜDAHALEDE İSPAT VE SOMUTLAŞTIRMA YÜKÜ

A- Genel Olarak

Hekim ile hasta arasındaki ilişki yukarıda da ifade edildiği üzere, bir sözleşmeye, vekâletsiz iş görmeye, haksız fiil ilişkisine dayanabilir. Dolayısıyla hasta ile hekim arasındaki ilişkiye göre ispat yükünün dağılımında (HMK m. 190; TMK m. 6) da bir farklılık söz konusu olabilecektir. İspat yükünden de önce, HMK'da taraflara bazı yükler yüklenmiştir: İddia yükü-savunma yükü (HMK m. 119/1-e; 129/1-d; 131); somutlaştırma yükü (HMK m. 119/1-e; 129-d; 194/1); delil gösterme yükü (HMK 119/1-f; 129-e, 194/2)⁹. Çalışmamızın bu bölümünde özellikle, estetik amaçlı tıbbi müdahalede ispat yükü ve somutlaştırma yükü üzerinde incelemelerde bulunulacaktır.

B- İspat Yükü, Dağılımı ve Özellik Arzeden Durumlar

1- İspat Yükü

İspat, hukuk kurallarında öngörülen soyut vakıaların, somut vakıalar ile uyduğu noktada hâkimi ikna etme faaliyetidir¹⁰. Hâkimi ikna etme faaliyeti ispat araçları ile gerçekleştirilir. Estetik amaçlı tıbbi müdahalede de ispat, özellikle bilirkişi vasıtasıyla gerçekleştirilir. Bunun dışında tanık beyanları da delil olarak kullanılabilir.

İspat yükü, tarafların bütün çabalarına rağmen iddia edilen olayın tespit edilememesi (aydınlatılamaması) durumunda söz konusu belirsizliğin (ispatsızlığın) hukuki sonuçlarını açıklar; dolayısıyla taraflar için davanın kaybedilmesi riski söz konusu olmasına rağmen, hâkim için hiçbir zaman yük, risk veya baskı aracı teşkil etmez, bilakis karar vermeye yardımcı bir araçtır¹¹. İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakiaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir (HMK m. 190/1).

2- İspat Yükü Dağılımı

İspat yükünün dağılımında doktrindeki hâkim görüşe göre, norm teorisi kabul edilmiştir; buna göre, davacı kendi iddiasını dayandırdığı (hakka vücut veren) vakıaları (örneğin sözleşmeyi veya haksız fiili), davalı ise hakkı ortadan kaldıran veya borcu yerine getirmekten kaçınma hakkı veren vakıaları (örneğin ifayı veya zamaşaşımını) ispat yükü altındadır¹².

⁹ Bu yükler ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz Görgün, Şanal/Börü, Levent/Toraman, Barış/Kodakoğlu, Mehmet: Medeni Usul Hukuku, B.8, Ankara 2019, s. 467 vd.

¹⁰ Bkz Umar, Bilge/Yılmaz, Ejder: İspat Yükü, B.2, Ankara 1980, s. 2; Budak, Ali Cem/ Karaslan, Varol: Medeni Usul Hukuku, B.2, Ankara 2018, s. 212 vd.

¹¹ Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, s. 467; Tanrıver, Süha: Medeni Usul Hukuku, C.I, Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, B.2, Ankara 2018, s. 777; Budak/Karaaslan, s. 226.

¹² Kostka, Ulrike: Die Beweislastverteilung im Arzthaftungsprozess bei fehlerhafter Befunderhebung und Gerätefehlern, Frankfurt am Main-Berlin-Bern-Bruxelles-New York-Oxford-Wien 2010, s. 37 vd; Umar/Yılmaz, s. 49-54; Budak, Ali Cem: "Türk Medeni Usul Hukukunda Tıbbi Deliller", Yeditepe Üniver-

Hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişki, eser sözleşmesinden, vekâlet sözleşmesinden, vekâletsiz iş görme ilişkisinden veya haksız fiil ilişkisinden ortaya çıkabilir; buna göre hekimin sorumluluğu ile ilgili davalarda ispat yükü konusunda sözleşmeye aykırılık, vekâletsiz iş görenin sorumluluğuna veya haksız fiil sorumluluğuna ilişkin kanun hükümleri uygulanacaktır¹³. Örneğin, hekimin hastasına göğüs küçültme operasyonu sırasında tehlikeli bir urla karşılaşması ve onu alması gibi; hastaya göğüs büyütme operasyonu yapıldığı esnada hastanın sonradan göğüslerinde sarkmanın meydana geleceğini öngörerek, hekimin göğüslerini dikletmeye yönelik müdahalede vekâletsiz iş görmeye ilişkin hükümler uygulanır¹⁴.

3- İspat Yükünde Özellik Arzeden Durumlar

Hekimin, tıbbi müdahale sebebiyle gerek sözleşmesel gerek sözleşme dışı sorumluluğunun ortaya çıkabilmesi için, bazı unsurların ortaya konulması, ispat edilmesi gerekmektedir. Aşağıda, söz konusu unsurların salt ispatı anlamında açıklamalarda bulunulacaktır:

a- Kusurun İspatı

Kusur ya ihmal ya da kast şeklinde gerçekleşebilir. Kusur, hukuka aykırı neticeyi bilerek ve isteyerek yerine getirilme olursa kast; hukuka aykırı öngörülebilir bir netice istenmemekle birlikte, böyle bir neticenin önlenememesi amacıyla gerekli tedbirin alınmaması, özen gösterilmemesi durumunda ise ihmal ortaya çıkacaktır¹⁵. Estetik alanında çalışan hekimin (cerrah) sorumluluğunda kusur, genellikle ihmal şeklinde ortaya çıkacaktır; örneğin, ameliyatın gerçekleştirildiği ortamda gerekli hijyenik kurallara uyulmaması durumunda olduğu gibi¹⁶.

Hâkim tarafından hekimin kusuru tespit edilirken, hastaya yapılan tıbbi müdahalenin gerçekleştiği zamandaki bilimin ulaştığı seviyenin gözönünde bulundurulması gerekir¹⁷. Bu tür durumlarda tıbbi bilirkişiler marifetiyle, kusur oranının tespiti daha yerinde belirlenmiş olur. Kusur, özellikle doktrin ve yargı kararlarında mesleki özen, özen gösterme borcu, meslek hatası olarak da adlandırılmaktadır¹⁸.

Sözleşmeden doğan sorumlulukta haksız fiil dolayısıyla sorumluluğun aksine, alacaklı (hasta) borçlunun (hekimin) kusurunu ispatlamayacak, borçlu, hekimlik sözleşmesinde hekim kendi kusursuzluğunu, yapmış olduğu her müdahalenin tıbbi ve hukuka uygun olduğunu ispatlayacaktır. (TBK m. 112).

sitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2006/2, s. 337-356, s. 350; Taşpınar, Sema: Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001 (ispat), İspat s. 166 dn 229.

¹³ Budak, s. 350.

¹⁴ Özay, s. 108 vd; Çankaya, s. 267.

¹⁵ Yılmaz, Battal: Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2017, s. 170.

¹⁶ Petek, s. 216.

¹⁷ Yavuz İpekyüz, s. 92.

¹⁸ Bkz Özay, s. 117; Petek, s. 218

Hekimin kusurlu olduğu varsayıldığından, sözleşmeye dayalı sorumlulukta hekimin kusurunu ispatlamak gerekmemektedir. Kusurlu olmadığına ilişkin ispat yükü, hekimin (estetik cerrahın) üzerindedir¹⁹.

Haksız fiil sorumluluğunda ise, hekimin sorumlu tutulması istendiği takdirde hastanın, hekimin kusurunu ispat etmesi gerekmektedir (TBK m. 50). Bu bakımdan hastanın sözleşme dışı sorumluluğuna dayanarak tazminat talep etmesi kendisi bakımından aleyhine olacaktır. Koşulları mevcut ise sözleşme ilişkisine dayanarak hastanın tazminat talep etmesi daha yerinde bir tercih olacaktır²⁰. Kanaatimizce kusurun kast şeklinde gerçekleşmesi durumunda burada haksız fiil sorumluluğuna başvurulması hususunun ayrıca değerlendirilmesi gerekir; örneğin sırf tedaviyi uzatmak ve böylece daha fazla para alabilmek için hastaya bileerek ve isteyerek yanlış tedavi uygulanmasında olduğu gibi. Böyle bir durumda TBK m. 60'a göre sorumlulukların yarışması söz konusu olacaktır²¹.

b- Zararın ve Zarar Miktarının İspatı

Hekimin (estetik cerrahın) kusurlu bir davranışı sonucu hastanın zarara uğraması gerekir. Zarar, bir kişinin malvarlığında veya şahıs varlığında iradesi dışında meydana gelen eksilme olarak tanımlanabilir²². Zarar, maddi veya manevi olarak ortaya çıkabilir. Sözleşmede veya sözleşme dışı durumlarda da maddi ve manevi zararı ispatlamakla yükümlü taraf zarar gören hastadır; başka bir deyişle, ispat yükü davacı hastanın üzerindedir²³.

Vekâletsiz iş görmede, TBK m. 112-116 hükümlerinin kıyasen uygulanması sonucunda, hekimin tedaviyi yapmamış olsaydı dahi bu zararın beklenmedik hal neticesinde gerçekleştiğini ispat ettiği takdirde sorumluluktan kurtulması gerekir²⁴.

Haksız fiilden doğan borç ilişkilerinde zararın ve kusurun ispatında zarar gören (hasta), zararını ispat yükü altındadır (TBK m. 50).

Son olarak, uğranılan zararın gerçek miktarına ilişkin ispat yükü, gerek sözleşmesel gerek sözleşme dışı sorumlulukta, zarar gören hastanın üzerinde olduğunun kabul edilmesi gerekir; ancak zararın tam miktarını ispatlamak genellikle zor olduğundan, hâkim somut olayın özelliklerine göre bir tazminata hükmedebilir (TBK m. 114; 52). Bu tazminat hesaplanırken hastanın hekime (estetik cerraha) yanıltıcı bilgi vermesi, hekimin talimatlarına uymaması, tehlikesini bilmesine rağmen rıza göstermesi gibi vakıalar dikkate alınarak tazminat miktarında indirime gidilebilir²⁵.

¹⁹ Şenocak, Zarife: Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara 1998, s. 88; Ayan, s. 104.

²⁰ Özay, s.117.

²¹ Bkz Altun, s. 128.

²² Şenocak, s. 75; Ayan, s. 109-110.

²³ Özay, s. 119; Petek, s. 220; Çankaya, s. 243, 258.

²⁴ Çankaya, s. 266.

²⁵ Petek, s. 231; Ayan, s. 121-122.

c- Uygun İlliyet Bağının İspatı

Gerçekleşen zarar ile sorumluluğu doğuran olay veya eylem arasındaki sebep-sonuç ilişkisine uygun illiyet bağı denir. Hekimin (estetik cerrahın) sorumlu tutulabilmesi için, zarar ile olay veya eylem arasında uygun illiyet bağının olması gerekir²⁶.

Sözleşmenin ihlali ile meydana gelen zarar arasında uygun illiyet bağının ispat yükü kural olarak hasta üzerindedir; bu haksız fiil ilişkisinde de bu şekildedir. Fakat, aşağıda ayrıca değinileceği üzere²⁷, hasta-doktor arasındaki ilişki de hasta, zayıf konumda olduğu için hasta lehine ispat kolaylıkları tanınmıştır²⁸.

Sözleşmenin hekim tarafından ihlali, normal hayat tecrübeleri uyarınca zararın ortaya çıkmasında elverişlilik arz etmiyorsa bu durumda hekimin sorumluluğundan bahsedilemeyecektir; örneğin üçüncü kişinin ağır kusuru var ise hekim sorumlu tutulamaz. Eczacı tarafından yanlış ilaç verilmesi, hasta tarafından aktarılan bilgidaki eksiklik veyahut yanlışlık hastanın kendisine bağlanan serumu çıkarmış olması dolayısıyla veya kendi kusuru ile yarasını açıp enfeksiyon kapsamı durumlarında uygun illiyet bağı kesilir²⁹.

Hastanın kendi geleceğini belirleme hakkını belirginleştiren ve temelini hem kanundan hem hasta ile hekim arasındaki sözleşmeden alan aydınlatma ödevi, hekimin hastaya uygulamış olduğu tıbbi müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesinde hastadan alınacak rızanın geçerli olabilmesinin ön koşulu olarak kabul edilmektedir; tıbbi müdahalenin hukuka uygun olduğu iddiasına ilişkin ispat yükü ise hekimin üzerindedir³⁰. Yargıtay kararlarında, aydınlatma ödevinin yerine getirildiğine ilişkin ispat yükü hekimin üzerindedir; çünkü hasta- hekim (estetik cerrah) ilişkisinde güçsüz taraf hastadır³¹.

Tıbbi müdahalelere yazılı şekilde rıza gösterilmesi mevzuatta sadece bazı durumlar için aranmıştır (örneğin, Hasta Hakları Yönetmeliği m. 28). Dolayısıyla aydınlatmanın yazılı şekilde yapılmasının öngörülmediği durumlarda, yazılı şekil geçerlilik şartı olmadığı için aydınlatmanın sözlü şekilde de yapılabileceği sonucuna varılabilir. Fakat, aydınlatma ödevinin yerine getirilip getirilmediği noktasında tereddüt ortaya çıkabileceği için, aydınlatma ödevinin yazılı şekilde yerine getirilmesi ispat şekli açısından yerinde olacaktır³².

Yargıtay Kararlarında³³, davacının rızasının bulunduğu kabul edilse dahi, muayenenin muhtemel sonuçlarının da davacıya bildirilmesi gerektiği; hekimin

²⁶ Şenocak, s. 77; Ayan, s. 110.

²⁷ Bkz aş. II, C, 2.

²⁸ Bkz aş. III, C, 2.

²⁹ Özdemir, Hayrünissa: Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Ankara 2004, s. 257; Çankaya, s. 244-245, 259.

³⁰ Ayan, s. 86; Çankaya, s. 77; Petek, s. 207.

³¹ 13.HD, 21.03.2019, 7094/3740 (www.kazanci.com, E.T. 30.10.2019).

³² Şenocak, s. 60; Ayan, s. 85; Petek, s. 208.

³³ 13.HD, 21.03.2019, 7094/3740 (www.kazanci.com, E.T. 30.10.2019).

bütün veri ve sonuçlarını tıp bilimine uygun olarak hastanın anlayacağı biçimde aydınlatma ödevini yerine getirmesi gerektiği; dolayısıyla aydınlatma ödevinin bu şekilde yerine getirildiğinin ispatının da davalı hekime ait olduğu belirtilmektedir. Hekimin aydınlatma borcunu yerine getirip getirmediği hususunda hasta dosyası öncelikli önem teşkil etmektedir. Fakat bunun da kişiye özel olarak hazırlanması ve matbu formlardan oluşmasının önüne geçilmesi gerekir³⁴. Buradan hareketle kanaatimizce hastanın salt aydınlatılmasının gerçekleşmediğini iddia etmesi yeterli olup, rıza ve aydınlatmanın gerçekleştiğini ispat etme yükünün ve savunmayı somutlaştırma yükünün tedaviyi gerçekleştiren hekime ait olduğunu ifade edebiliriz.

d- Özen Gösterme Borcunun İhlal Edildiğinin İspatı

Davacı hasta, doktor tarafından özen gösterme borcunun ihlal edildiğini (estetik cerrahın tedavi faaliyetinde bulunurken tıp bilimi ve uygulaması tarafından genel olarak kabul edilmiş kurallara aykırı hareket ettiğini) kural olarak ispat etmekle yükümlüdür³⁵. Bununla birlikte hastanın doktora göre zayıf konumda olmasından ötürü, özen borcunun ihlal edildiğinin ispat yükü, normal hayat tecrübelerine göre bulunmaması gereken bir sonucun varlığının ortaya konulması durumunda yerine getirilmiş sayılması gerekir³⁶; örneğin, estetik alanda uzman bir doktorun ameliyatı yapması gerekirken uzman olmayan bir doktorun ameliyatı yapmış olmasında olduğu gibi³⁷.

Uygulamada genellikle özen gösterme borcuna aykırılık olup olmadığının belirlenmesinde tıbbi bilirkişinin yardımına başvurulduğu görülmektedir; bununla birlikte yukarıdaki örnekte olduğu gibi özen gösterme borcuna aykırılığın çok açık olduğu hallerde bilirkişiye başvurulması dahi gerekmez³⁸.

Somut olaydaki davranışın, ortalama bir hekimin aynı hal ve şartlar altında göstereceği davranış şekline farklı olmadığını; yani yukarıda da belirtildiği üzere, kusursuz olduğunun ispat yükü hekimin üzerindedir³⁹. Ayrıca, hekimin, alanı ile ilgili bilimsel gelişmeleri de takip etme yükümlülüğü söz konusudur ve hekim, yeni tedavi yöntemlerini bilmediğini iddia ederek sorumluluktan kurtulamaz⁴⁰.

Konuyla ilgili bir Yargıtay Kararı'nda⁴¹, hekimin hastasına estetik bir görünüm kazandıracağı konusunda taahhütte bulunarak yapmış olduğu ve hastanın açmış olduğu tazminat davasının konusunu oluşturan burun ameliyatının

³⁴ Hakeri, Hakan: Tıp Hukuku, B. 13, Ankara 2018, s. 298 vd.

³⁵ Petek, s. 212; Ayan, s. 90; Çankaya, s. 100.

³⁶ Ayan, s. 94; Özdemir, s. 131.

³⁷ Bkz. a.ş. III, C, 2, b.

³⁸ Petek, s. 212.

³⁹ Ayan, s. 94; Özdemir, s. 131; Özay, s. 70.

⁴⁰ Çelik, Çelik Ahmet: Bedensel Zararlar, Ankara 2018, s. 216.

⁴¹ 15.HD, 07.01.2019, 5219/46 (Şatır, s. 295-296).

da hasta tarafından hekimin meslek hatası ve kusurunun olduğu, bu hata ve kusur neticesinde hastanın burnunda çökme yaşanarak, yüzünün tamamen değişerek çirkinleştiği iddia edilmiş, hekim ise burnun çökmesinin, konan alçının hasta tarafından çıkarılması neticesinde meydana geldiği, bu sebeple ikinci bir ameliyat yaparak hastanın burnuna kemik koyduğunu, bunun neticesinde memnun kalmaması üzerine ameliyat giderlerini hekimin kendisinin yüklenecek başka uzmana hastanın ameliyatı yaptırıp burnuna kıkırdak koyduğunu ifade etmiştir. Yargıtay, hekimin yapmış olduğu bu müdahaleyi de neticenin ortaya çıkması bakımından eser sözleşmesi kapsamında teminat verilme şeklinde yorumlamıştır ve hekimi tazminata mahkum etmiştir.

C- Somutlaştırma Yükü ve İspat Kolaylıkları

1- Somutlaştırma Yükü

Somutlaştırma yükü, kanunda “ *taraflar, dayandıkları vakıaları, ispata elverişli şekilde somutlaştırmalıdır*lar”, şekli ile hükme bağlanmıştır (HMK m. 194). Sadece yeterli bir somutlaştırılması yapılan vakıa iddiaları, ispat hakkına konu olabilir.

Somutlaştırma yükü, tarafların vakıa iddialarını ve savunma sebeplerini ispata ve delil gösterme faaliyetine temel alınabilecek şekilde davada tek tek açıklamasıdır; taraflar, vakıalarını kanunun ve usuli ilkelerin gerekli kıldığı ölçüde davada ileri sürerek somutlaştırma yükünü yerine getirmelidirler⁴². Kanaatimizce ilgili taraf üzerine düşen somutlaştırma yükünü yerine getirememesi durumunda, aleyhine olacak şekilde iddiaya veya savunmaya konu olan vakıanın doğru olduğu veya olmadığı ihtimâli ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple, kanunda açıkça farklı bir yaptırımın varlığı öngörülmediği sürece, somutlaştırma yükü üzerine düşen tarafça bu yük yerine getirilmezse, kendisine karşı ileri sürülmüş iddiaya konu olan vakıanın doğru olduğu ihtimâli mahkemece kabul edilmelidir⁴³.

2- İspat Kolaylıkları

İspat kolaylığı, ispat yükü altında olan tarafın alışılmışın dışında düşük derecede bir ispat faaliyeti yapmasıdır. İspat kolaylıklarının ispat hukuku bakımından önemi, ispatsızlığın (belirsizliğin) aşılmasında veya ispatsızlıktan kaçınılmasında belirleyici olmasıdır⁴⁴. Estetik cerrahi, çok karmaşık, günden güne yeni tedavi yöntemlerinin tartışıldığı uygulandığı bir alan olduğundan, bu konularda hasta, bilgisiz ve korunması gereken zayıf taraftır⁴⁵. Bu sebeple,

⁴² Börü, Levent: Medeni Usul Hukukunda İddia ve Somutlaştırma Yükü, Ankara 2016, s. 14; Yardımcı, Taner Emre: Hukuk Yargılamasında Somutlaştırma Yükü, İstanbul 2017, s. 3.

⁴³ Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz ve karşı. Börü, s. 235 vd; Yardımcı, s. 227 vd; Karamercan, Fatih: Dava ve Cevap Dilekçesinin Unsurları- Somutlaştırma Yükü, Ankara 2016, s. 395 vd.

⁴⁴ Börü, s. 45; Albayrak, Hakan: Medeni Usul ve İcra ve İflas Hukukunda Yaklaşık İspat, Ankara 2013, s. 33.

⁴⁵ Petek, s. 222.

aşağıda da değinileceği üzere, özellikle silahların eşitliği ilkesinin de bir gereği olarak bu alanda ispat kolaylıklarının uygulanması gerektiği gerek doktrinde gerek yargı kararlarında kabul edilmektedir. Teorik bakımdan bu tür durumlarda ispat yükünün yer değiştirmesi, ispat ölçüsünün düşürülmesi, ispat yükünün değişmeden ilgili tarafta kalması, fakat karşı tarafa savunmasını somutlaştırma yükünün yüklenmesi şeklinde doktrinde adlandırılmalar olmuştur⁴⁶.

Kanaatimizce bu tür durumlarda ispat yükünün yer değiştirmesi teorisinin değerlendirilmesinden ziyade, zarar gören hasta taraf lehine somutlaştırma yükünün kapsamının azaltılması gerektiği hususu kabul edilmelidir. Özellikle, somutlaştırma yükünün kapsamı belirlenirken, vakıanın iddia eden tarafça ortaya konulmasının beklenilememesi, karşı tarafça vakıanın ortaya konulabilmesi ve menfaat dengesinin sağlanabilmesi durumlarının⁴⁷ mutlak surette hakim tarafından gözönünde bulundurulması gerekir. Zira, davacı hasta burada, davalı hekimle karşılaştırıldığında yukarıda da belirtildiği üzere zayıf konumdadır. Bu sebeple, iddia ve somutlaştırma yükü, ispat ölçüsü zarar gören davacı lehine düşürülerek, zararın davacı lehine yaklaşık olarak ispat edilmesi imkânı verilmiştir. Başka bir deyişle, davacı hastanın iddiasını belirli bir ölçüde somutlaştırarak ileri sürmesi yeterli sayılmıştır ve ispat yükü üzerine düşmeyen davalı (hekim) tarafa ise savunmasını somutlaştırma yükü yüklenmiştir. Davalının savunmayı somutlaştırma yükünü yerine getirmemesi durumunda ise, davacı hastanın iddiasının fiili karine olarak doğru olduğu kabul edilmelidir⁴⁸.

İspat kolaylıklarına şunlar örnek gösterilebilir:

a- Tıbbi Belgeleme (Kayıt) Yükümlülüğünü İhlal (Kayda Geçirme, Arşivleme Borcu): Hekimin, gerek sözleşmesel gerek mesleki bir yükümlülüğü olması sebebiyle, tedavisini üstlendiği hastaya ilişkin bilgileri düzenli şekilde kayda geçirme ve bu kayıtlarla birlikte gerekli tüm diğer belgeleri saklama yükümlülüğü vardır⁴⁹. Tıbbi belgelerin yetersiz tutulması veya hiç tutulmaması durumlarında, hastanın davada iddialarını bu şekilde aydınlatamayacağı için ispat hususunda bir zorluk yaşanır. Zira, tıbbi belgelerin varolması hasta için her zaman bir ispat kolaylığıdır. Hekim, teşhis ve tedavi ile ilgili belge ve bilgilerin büyük bölümünü kendi hakimiyetinde bulundurduğu için, hem delillere daha kolay ulaşabilir hem de kötü niyetli ise delilleri karartmak imkanına da sahiptir⁵⁰.

⁴⁶ Bkz Umar/Yılmaz, s. 60-64; Budak, s. 355; Börü, s. 45 vd; Kostka, s. 55 vd; Petek, s. 207; Zeytin, Zafer: "Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumlulukta İspat Yükü Kuralının Ters Çevrildiği ve Kolaylaştırıldığı Haller", Uluslararası Katılımlı I. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyum Kitabı, İstanbul 2005, s. 135-151, s. 135 vd.

⁴⁷ Bu unsurlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Börü, s. 229 vd.

⁴⁸ Börü, s. 235 vd.

⁴⁹ Petek, s. 212.

⁵⁰ Demir, Mehmet: Hekimve Hastane Yönünden Tıbbi Sorumluluk Hukuku, Ankara 2018, s. 479.

Hekimin yapmış olduğu tedaviye ilişkin kayıtların düzenli bir şekilde tutulmasının sorumluluğu hekimin üzerindedir ve bu kayıtların varolmaması durumunda doktorun aleyhine sorumluluk doğurur⁵¹. Örneğin göğüs büyütme operasyonu sonrasında gerçekleştirilen ameliyatta göğüste bir kitlenin oluşmuş olduğu iddiası söz konusudur. Taraflar arasındaki davada ameliyat sırasında göğüste kitlenin olup olmadığı hususu çekişme konusu olmuştur ve bu hususun ise ancak ameliyat öncesi röntgen filmi ile ortaya çıkabileceği tespit edilmiştir. Dolayısıyla söz konusu röntgen filminin salt hastanede bulunamaması sebebiyle hastane sorumlu tutulmuştur⁵².

Mahkeme hekimden veya hastaneden bu tür belgelerin ibrazı için HMK m. 220'e göre kesin süre verebilir; belgeyi ibraz etmesine karar verilen taraf, kendisine verilen sürede belgeyi ibraz etmez veya aynı süre içinde delilleriyle birlikte ibraz etmemesi hakkında kabul edilebilir bir mazaret göstermez ya da belgenin elinde bulunduğunu inkar eder ve teklif edilen yemini kabul veya icra etmezse, mahkeme duruma göre belgenin içeriği konusunda davacı hasta tarafın beyanını kabul edebilir. HMK m. 221'e göre, üçüncü kişinin belgeyi ibraz etmesine mahkeme karar verebilir.

b- İlk Görünüş İspatı: Hakimin belli olaylardan yaşam deneylerine göre bu olaylara bağlı görülen başka olaylarla ilk çıkarım yapmasıdır. Başka bir deyişle, ilk görünüş ispatı, aksini kabul için belirli özel durumların bulunmaması koşuluyla, genel kabul göreni güvenilirlik derecesi yüksek tecrübe kuralları aracılığıyla oluşturulmuş ve doğrulanmış olan; belirli olaylardan yola çıkılarak, hâkimin delillerin değerlendirilmesi çerçevesinde, uygulanacak olan hukuk kurallındaki koşul vakıaların tamamının gerçekleşmiş olduğu sonucunun çıkarılmasına yardım eden dolaylı bir ispat türüdür⁵³.

İlk görünüş ispatı, tıp hukukunda ispat kolaylığını sağlayan en önemli araçlardan birisidir; zira tipik bazı tıbbi olaylarda, ilk görünüş ispatı yardımıyla hasta üzerinde olan ispat yükü, onun lehine önemli ölçüde kolaylaştırılmıştır⁵⁴. Hastanın vücudundan bez, arter kelepçe, tampon artıkları gibi ameliyat esnasında kullanılan aletlerin unutulması durumlarında ilk bakışta hekimin kusurlu olduğu izlenimi doğmaktadır. İspat konusunda net delliler ortaya konulmasa bile hayatın olağan akışı, hayattaki tipik olgulara göre belli bir sonuç hâkim tarafından kabul edilebilmektedir; örneğin, uzmanlık niteliklerin eksikliği uzman bir doktorun ameliyatı yapması gerekirken uzman olmayan bir doktorun ameliyatı yapmasında olduğu gibi. Diğer bir örnek olarak, hastanın kan grubunun yanlış teşhis edilmesi ve ameliyatta uygun olmayan kanın hastaya verilmesinde olduğu gibi⁵⁵.

⁵¹ Yavuz İpekyüz, s. 108.

⁵² Bkz Hakeri, s. 693 vd.

⁵³ Başözen, Ahmet: Medeni Usul Hukukunda İlk Görünüş İspatı, Ankara 2010, s. 9; Tanrıver, s. 772; Taşpınar, Sema: "Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağıtılmasındaki Rolü", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1996/1-4, s. 533-572, s. 542.

⁵⁴ Demir, s. 477-478.

⁵⁵ Başözen, s. 265 vd.

c- Fiili Karinelerle İspat: Fiil® karineler, bir hukuk kuralı (özellikle kanun) ile bağlı olmaksızın, hâkimin, insanlar ve hayat konusunda ortaya çıkan tecrübe kurallarından yararlanarak belli olmayan olaylar hakkında sonuç çıkarmasıdır⁵⁶. Fiili karineye beşiri karine, tecrübe kuralları, doğal karine, yargısal karine, tecrübe karinesi, yaşam karinesi veya gerçek olmayan karine de denilmektedir⁵⁷. Yargıtay uygulamasında bu durum genellikle “*hayatın olağan akışı*” tabiri ile ifade edilmektedir⁵⁸. Fiilî karinelerde amaç, bir tecrübe kuralına dayanılarak ispatı gerekli olan, ancak zor olan bir vakıa yerine ispatı daha kolay ortaya konulabilecek olan vakıalar (emareler) ispat edilerek, hâkimin uyuşmazlığı çözecek esas ispat konusu vakıa hakkında kanaat edinmesidir. Hâkim, bir yargılamada bir vakıa iddiasının var olduğunu, fiilî karineye, yani tecrübe kurallarına dayanarak kabul edebilir ve bu durumda delil gösterme yükünü o olayın aksini ileri süren karşı tarafa geçirebilir⁵⁹. Fiili karineler ispat zorluğunun aşılmasında en önemli araçlardan birisidir. Örneğin, hasta, 2004 yılında ameliyattan sonra ilaç kullanmaya başlamıştır; aynı zamanda söz konusu ilaçlar 2004 yılında ruhsatı askıya alınmıştır; hastanın söz konusu ilaç kullanımının askıya alındığını yazılı ve görsel medyadan 2008 yılında öğrendiğini iddia etmesi hayatın olağan akışına uygun değildir⁶⁰.

IV. SONUÇ

Kişinin bedeni üzerinde doğuştan sahip olduğu veya doğuştan var olmakla birlikte; sonradan bir etken; kaza, travma, yaralanma, hastalık sonucu ya da kendiliğinden ortaya çıkarak, kişinin dış görünümünde bozulmaya neden olan biçimsizleşmelerin (deformasyonların) giderilmesi amacıyla veyahut biçimsizleşme olmaksızın, kişinin salt daha güzel bir görünüme kavuşturulması, ruhen daha iyi, mutlu, huzurlu olabilmesi amacıyla gerçekleştirilen müdahaleler, estetik amaçlı tıbbi müdahale olarak adlandırılmaktadır.

Hekim ile hasta arasındaki ilişki bir sözleşmeye, vekâletsiz iş görmeye, haksız fiil ilişkisine dayanabilir. Dolayısıyla hasta ile hekim arasındaki ilişkiye göre ispat yükünün dağılımında da bir farklılık söz konusu olabilecektir. İspat yükünden de önce, HMK’da taraflara bazı yükler yüklenmiştir: İddia yükü-savunma yükü, somutlaştırma yükü, delil gösterme yükü.

⁵⁶ Topuz, s. 121 vd; Taşpınar, s. 536.

⁵⁷ Taşpınar, İspat, s. 153; Topuz, s. 121.

⁵⁸ Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel: Medeni Usul Hukuku, B.5, Ankara 2019, s. 387; “Mahkemece hükmedilen ulaşım gideri, İstanbul’daki ulaşım şartlarına göre az ve yetersiz kalmıştır. Ulaşım gideri konusunda belge bulunmasa da, davacıların yaralanmalarına göre tedavi tamamlanıncaya kadar gidip gelmeleri hayatın olağan akışına uygundur. Bu durumda mahkemece davacıların tedaviye gittikleri tarihlerde oturdukları ikamet adresleri ile hastanelerin mesafesi, o tarihlerdeki ticari taksi ücretleri vs. gözönünde bulundurularak.....” 17.HD, 09.04.2015, 1134/5600 (www.kazancı.com, E.T, 30.08.2019).

⁵⁹ Umar/Yılmaz, s. 166.

⁶⁰ Bkz 13.HD, 26.06.2019, 3553/7882 (www.kazancı.com, E.T, 30.08.2019).

İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir (HMK m. 190/1). İspat yükünün dağılımına göre, davacı kendi iddiasını dayandırdığı (hakka vücut veren) vakıaları (örneğin sözleşmeyi veya haksız fiili), davalı ise hakkı ortadan kaldıran veya borcu yerine getirmekten kaçınma hakkı veren vakıaları (örneğin ifayı veya zamanaşımını) ispat yükü altındadır. Hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişki, eser sözleşmesinden, vekâlet sözleşmesinden, vekâletsiz iş görme ilişkisinden veya haksız fiil ilişkisinden ortaya çıkabilir; buna göre hekimin sorumluluğuna ilişkin somut uyuşmazlıklar dikkate alınarak sözleşmeye aykırılığa, vekâletsiz iş görenin sorumluluğuna veya haksız fiil sorumluluğuna ilişkin kanunda yer alan ispat yüküne ilişkin hükümler uygulanacaktır.

Hekimin, tıbbi müdahale sebebiyle gerek sözleşmesel gerek sözleşme dışı sorumluluğunun doğabilmesi için, bazı unsurların ispat edilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla sorumluluğa ilişkin unsurların (kusur, zarar, illiyet bağı gibi) sözleşmeye veya sözleşme olmaksızın durumlarına göre ayrı ayrı değerlendirilerek ispat yükünün belirlenmesi gerekmektedir. Uygulamada özellikle tıbbi müdahaleden kaynaklanan davalarda söz konusu unsurların daha farklı şekilde ifade edildiği de görülmektedir; örneğin, meslek hatası, meslek kusuru, özen gösterme borcu gibi.

Estetik cerrahi, çok karmaşık, günden güne yeni tedavi yöntemlerinin tartışıldığı uygulandığı bir alan olduğundan, bu konularda hasta, bilgisiz ve korunması gereken zayıf taraftır. Bu sebeple, özellikle silahların eşitliği ilkesinin de bir gereği olarak bu alanda ispat kolaylıklarının uygulanması gerektiği gerek doktrinde gerek yargı kararlarında kabul edilmektedir. Teorik bakımdan bu tür durumlarda ispat yükünün yer değiştirmesi, ispat ölçüsünün düşürülmesi, ispat yükünün değişmeden ilgili tarafta kalarak karşı tarafa savunmasını somutlaştırma yükünün yüklenmesi şeklinde doktrinde adlandırılmalar olmuştur. Kanaatimizce bu tür durumlarda ispat yükünün yer değiştirmesi teorisinin değerlendirilmesinden ziyade, zarar gören hasta taraf lehine somutlaştırma yükünün kapsamının azaltılması gerektiği hususu üzerinde durulmalıdır. Somutlaştırma yükü, taraflarca vakıa iddialarının ve savunma sebeplerinin ispata ve delil gösterme faaliyetine temel alınabilecek şekilde davada tek tek açıklanmasıdır; taraflar, vakıalarını kanunun ve usuli ilkelerin gerekli kıldığı ölçüde davada ileri sürerek somutlaştırma yükünü yerine getirmektedirler. Özellikle, somutlaştırma yükünün kapsamı belirlenirken, vakıanın iddia eden tarafça ortaya konulmasının beklenilememesi, karşı tarafça vakıanın ortaya konulabilmesi ve menfaat dengesinin sağlanabilmesi durumlarının hâkim tarafından gözönünde bulundurulması gerekir. Zira, davacı hasta burada, davalı hekimle karşılaştırıldığında zayıf konumdadır. Bu sebeple, iddia ve somutlaştırma yükü, ispat ölçüsü zarar gören davacı lehine düşürülerek, zararın davacı

lehine yaklaşık olarak ispat edilmesi imkânı verilmiştir. Başka bir deyişle, davacının (hastanın) iddiasını belirli bir ölçüde somutlaştırarak ileri sürmesi yeterliyken; ispat yükü üzerine düşmeyen davalının (hekimin) ise savunmasını somutlaştırması gerekmektedir. Davalının savunmayı somutlaştırma yükünü yerine getirmemesi durumunda ise, davacının (hastanın) iddiasının fiili karine olarak mahkemece doğru kabul edilmesi gerekir. Doktrinde tıbbi uygulamalarda ispat kolaylıkları, tıbbi belgeleme yükünün ihlali, ilk görünüş ispatı ve fiili karinelerle ispat ile açıklanmaktadır.

KAYNAKÇA

- ALBAYRAK, Hakan:** Medeni Usul ve İcra ve İflas Hukukunda Yaklaşık İspat, Ankara 2013.
- ALTUN, Zeynep:** Plastik Cerrahin Hukuki Sorumluluğunun Sözleşmesel Bağlamda İncelenmesi, İstanbul 2009.
- ARINCI, Atilla/ USTA, Sevgi:** “Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumlulukları ve Eser Sözleşmesi”, *TurkischJournal of Plastic Surgery*, 2017/2, s. 84-93.
- ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/HANAĞASI, Emel:** Medeni Usul Hukuku, B.5, Ankara 2019.
- AYAN, Mehmet:** Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991.
- BAŞÖZEN, Ahmet:** Medeni Usul Hukukunda İlk Görünüş İspatı, Ankara 2010.
- BÖRÜ, Levent:** Medeni Usul Hukukunda İddia ve Somutlaştırma Yükü, Ankara 2016.
- BUDAK, Ali Cem:** Türk Medeni Usul Hukukunda Tıbbi Deliller, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2006/2, s. 337-356.
- BUDAK, Ali Cem/ KARAASLAN, Varol:** Medeni Usul Hukuku, B.2, Ankara 2018.
- ÇANKAYA, Fulya:** Estetik Diş Hekimliği ve Estetik Plastik ve Rekonstrüktif Cerrahide Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2019.
- ÇELİK, Çelik Ahmet:** Bedensel Zararlar, Ankara 2018.
- DEMİR, Mehmet:** Hekimve Hastane Yönünden Tıbbi Sorumluluk Hukuku, Ankara 2018.
- DOĞAN, Murat:** “Hukuki Sorumluluk Bakımından Hekimin Kusuru ve İspatı”, *Sağlık Hukuku Sempozyumu*, Erzincan 15-16 Mayıs 2006, Ankara 2007, s. 39-57.
- GÖRGÜN, Şanal/BÖRÜ, Levent/TORAMAN, Barış/KODAKOĞLU, Mehmet:** Medeni Usul Hukuku, B.8, Ankara 2019.
- HAKERİ, Hakan:** Tıp Hukuku, B. 13, Ankara 2018.

- İMAMOĞLU, Hülya:** “İsviçre ve Türk Yargı Kararlarında Eser Kavramı, Özel-likle Estetik Operasyonu Konu Edinen Sözleşmenin Hukuki Niteliğine İlişkin Olarak Yargıtay’ın Yaklaşımı: Güncel Bir Bakış”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019/1, s. 241-260.
- KARAMERCAN, Fatih:** Dava ve Cevap Dilekçesinin Unsurları- Somutlaştırma Yükü, Ankara 2016.
- KOSTKA, Ulrike:** Die Beweislastverteilung im Artzhaftungsprozess bei fehlerhafter Befunderhebung und Gerätefehlern, Frankfurt ma Main-Berlin-Bruxelles- New York-Oxford-Wien 2010.
- ÖZAY, Merter:** Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2006.
- ÖZDEMİR, Hayrünnisa:** Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Ankara 2004.
- PETEK, Hasan:** “Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2006/1, s. 177-240.
- ŞATIR, Nejd:** Estetik Tıp Hukuku, Emsal Kararlar, Ankara 2019.
- ŞENOCAK, Zarife:** Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara 1998.
- TANRIVER, Süha:** Medeni Usul Hukuku, C.I, Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, B.2, Ankara 2018.
- TAŞPINAR, Sema:** Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001 (ispat).
- TAŞPINAR, Sema:** “Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağıtılmasındaki Rolü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1996/1-4, s. 533-572.
- UMAR, Bilge/YILMAZ, Ejder:** İspat Yükü, B.2, Ankara 1980.
- YARDIMCI, Taner Emre:** Hukuk Yargılamasında Somutlaştırma Yükü, İstanbul 2017.
- YAVUZ İPEKYÜZ, Filiz:** Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul 2006.
- YILMAZ, Battal:** Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2017.
- ZEYTİN, Zafer:** “Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumlulukta İspat Yükü Kuralının Ters Çevrildiği ve Kolaylaştırıldığı Haller”, Uluslararası Katılımlı I. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyum Kitabı, İstanbul 2005, s. 135-151.

YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA ESTETİK AMAÇLI TIBBİ MÜDAHALELERDE HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Dr. Öğr. Üyesi Şafak PARLAK BÖRÜ*

I. GİRİŞ

Kişilerin hekime başvurması çoğunlukla hasta sıfatıyla tedavi edilme ihtiyacıyla gerçekleşmekte; hekimden ise tedavinin başarısına yönelik bir sonuç taahhüdünde bulunamasa dahi, tıp biliminin ilke ve standartlarına uygun şekilde özen yükümlülüğü çerçevesinde mesleğinin gereklerini yerine getirmesi beklenmektedir. Ancak yakın tarihe baktığımızda; kendisini ruhsal açıdan rahatsız eden fiziksel kusur ve farklılıkları gidermek, sosyal açıdan daha iyi hissetmek veya toplumsal hayatta daha iyi bir konum edinmek, kimi zaman ise sadece maddi kazancı artırmak gibi farklı saiklerle hekime yöneltilen tıbbi yardım&müdahale taleplerinin gitgide arttığı gözlenmektedir. Kişiyi fiziksel ıstıرابı gidermek bir yana, bazen bilakis bunu doğurabilecek bir müdahaleyi anılan saiklerle talep etmeye iten sosyal ve psikolojik etkenler mutlaka ele alınıp incelenmesi gereken ayrı bir çalışma konusudur. Aslına bakılırsa, oynadıkları *Barbie* bebekler veya kaslı, güçlü oyun figürleri vasıtasıyla insanlar daha oyun çağında çocuk oldukları dönemde toplumda empoze edilen belirli güzellik ideali&ölçütleri ile karşılaşmaktadır¹. Toplumsal yaşamda bu şekilde oluşmaya başlayan algının, günümüzde sosyal medya araçları ile dijital fotoğraf düzenleme vb. programlarının kullanım yaygınlığı ile etki gücünü iyice artırmış olduğunu söylemek mümkündür.

Estetik operasyonlar, bu tıbbi müdahaleleri konu edinen sözleşmelerin hukuki niteliği ile hüküm ve sonuçları itibarıyla hekimlerin diğer tıbbi cerrahi müdahalelerinden farklı değerlendirilen tıbbi müdahalelerdir². Estetik operasyonlar kapsam itibarıyla ciddi bir çeşitlilik göstermekte; bu tıbbi müdahalelere yönelik artan taleple birlikte doğru orantılı olarak, ortaya çıkan hukuki uyumsuzluklarda da artış gözlenmektedir. Estetik amaçlı tıbbi müdahalelerin bünyesindeki çeşitlilikten ötürü tek tip olarak değerlendirilmemesi gerektiği gibi; uygulamada hekim ile hastayı çok sık karşı karşıya getiren tıbbi müdahaleler arasında yer aldığı düşünüldüğünde, konu her daim güncelliğini korumaya devam etmektedir.

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi. E-posta: sparlak@law.ankara.edu.tr.

¹ Bilimsel araştırmalarda, canlı bir kadının *Barbie* bebeklerde vücut bulmuş güzellik ölçütlerine sahip olma olasılığının 1:100.000 olduğunu ifade edilmiş; bu ölçütlerin ise, örneğin; çok ince belin solunum, çok zayıf bir vücut yapısının kısırlık, kemik erimesi gibi sağlık sorunlarına yol açacağı ifade edilmiştir (Hennig, Lysann: Tattoos, Piercings, Schönheitsoperationen-zur rechtlichen Problematik nicht indizierter Eingriffe bei Minderjährigen, Universitätsverlag Halle-Wittenberg, Halle an der Saale 2012, s.20).

² Bu bağlamda, çalışmamızda konuyu estetik amaçlı tıbbi müdahaleleri konu edinen sözleşmelerin hukuki niteliğine ilişkin doktrin ve uygulama çerçevesinde ele alıp değerlendirmeye çalışacağız.

II. KONUYA İLİŞKİN TEMEL KAVRAMLAR

A. Hekim

Hekim, tıp fakültesi diplomasına sahip olma, tabip odasına kayıtlı olma ve hekimlik mesleğini yürütmeye geçici veya sürekli engeli bulunmama koşuluyla; hekimlik -tıp bilimini icra etme, insandaki hastalıkları teşhis ve tedavi etme-yetkisini haiz kimsedir³.

Hekimlik mesleğinin icra edilebilmesi belirli koşullara bağlanmıştır: Mesleğin icrası için öncelikle tıp fakültesi diplomasına sahip olma ve diplomanın Sağlık Bakanlığı tarafından onaylanması ve sicile kaydedilmesi gerekir (TŞSTİDK md.2)⁴. Hekim mesleğini icra edebilmek için Türk Tabipler Birliği'ne kaydolmalıdır; ancak bu koşul yalnızca serbest çalışan hekimler açısından söz konusu olup, kamu kurum ve kuruluşlarında kamu görevlisi olarak çalışan hekimlerin odaya kayıt olmaları isteklerine bağlı, ihtiyari olarak düzenlenmiştir⁵. Hekimliğin icrası için bir diğer koşul, hekimlik mesleğinin icrasına geçici⁶ veya sürekli⁷ engel bir halin bulunmamasıdır. Son olarak, önceleri hekimlik mesleğinin icrası için aranan Türk vatandaşı olma koşulu yasal değişiklikler çerçevesinde artık mevcut olmayıp; bu değişiklikle yabancı uyruklu hekimlerin ülkemizde meslek icra etmelerine kapı açılmıştır⁸.

Hekimin uzmanlık gerektiren bir konuda uzmanlığı bulunmamasına rağmen tıbbi müdahalede bulunması, tıp biliminin ilke ve standartları çerçevesinde uygun kabul edilemez⁹. Her bir tıp alanının çeşitli bölümlere ayrıldığı, her

³ Demir, Mehmet: Hekim ve Hastane Yönünden Tıbbi Sorumluluk Hukuku, Ankara 2018, s.147; Ayan, Mehmet: Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991,s.5; Altun, Zeynep: Plastik Cerrahin Hukuki Sorumluluğunun Sözleşmesel Bağlamda İncelenmesi, İstanbul 2019, s.7; ayrıca bkz. Özay, Merter: Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2006, s.19.

⁴ Diplomanın Türkiye'deki üniversitelerin tıp fakültelerinden alınması ana kural olmakla birlikte, yabancı tıp fakültelerinden alınan diplomalar belirli koşullar altında geçerli olmaktadır (bkz.TŞSTİDK md.4). Bunun yanında, yabancı hekimlerin çalıştırılmalarına dair esaslar 'Yabancı Sağlık Meslek Mensuplarının Türkiye'de Özel Sağlık Kuruluşlarında Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik'te düzenlenmiştir.

⁵ Altun, s.11; karşı. Çankaya, Fulya: Estetik Diş Hekimliği ve Estetik Plastik ve Rekonstrüktif Cerrahide Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2019, s.30-31.

⁶ 6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu'nun 38.maddesi uyarınca, Tabip Odası Haysiyet Divanı tarafından meslekten men cezası verilen, cezası onaylanan ve kesinleşen hekimin mesleğini geçici olarak yapamayacağı; aynı bölgede üç defa meslekten men cezası alan hekimin o bölgede çalışmaktan men edileceği düzenlenmiştir. Yine meslekten men cezası almış olan hekimlerin hiçbir surette mesleklerini icra edemeyecekleri gibi, hasta kabul ettikleri yerlerin de kapatılacağı düzenleme altına alınmıştır (TTBK md.49).

⁷ Hekimlik mesleğinin icrasına sürekli engel teşkil eden hallere ilişkin ise TTBK md.28'de hüküm tesis edilmiştir. Bu hüküm uyarınca, TCK.md.53'de belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı beş yıl veya daha fazla süreyle ya da devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından hapis cezasına mahkum olan ya da mesleğini icra etmesine engel ve iyileşmesinin mümkün olmadığı tespit edilen hekimlerin Sağlık Bakanlığı'nın teklifi üzerine Yüksek Haysiyet Divanı kararıyla mesleğin icrasından sürekli olarak yasaklanacağı ve diplomalarının geri alınacağı kayıt altına alınmıştır.

⁸ 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un (TŞSTİDK) 1.maddesinde tıp mesleğinin icrası için Türk olmayı koşul olarak öngörmüş olan düzenleme, 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 58.maddesi ile kaldırılmıştır.

⁹ Bayraktar, Köksal: Hekimin Tedavi Nedeniyle Ceza Sorumluluğu, İstanbul 1972, s.117; Altun, s.9.

bir bölümün gelişmelerle birlikte ayrı birer bilim dalına dönüştüğü düşünülürse; o alanın gerektirdiği uzmanlığa sahip olmayan hekimin buna rağmen teşhis, tedavide veya genel anlamda tıbbi müdahale kapsamında bir işlem veya eylemde bulunması yerinde olmayacaktır¹⁰. Bunun gibi, belirli bir alanda uzman olan hekimin de kendi uzmanlık alanı dışında kalan bir hastalığa, rahatsızlığa ilişkin tıbbi müdahalede bulunma yetkisi mevcut değildir. Bu esasların aksine - uzmanlığı olmamasına rağmen uzmanlık gerektiren bir konuda veya uzmanlık alanının tamamen dışında başka bir konuda- tıbbi müdahalede bulunan hekimin kusuru uyarınca sorumluluğu gündeme gelebilecektir¹¹. Ancak bu noktada tıp biliminin genel kabul gören ilke ve standartları ile yasal düzenlemelerin tam anlamıyla bir uyum içinde olduğu, keza uzmanlık koşulu konusuna ilişkin net bir bakış ve uygulama oluştuğu söylenemez. Şöyle ki; hekimin uzmanlığına ilişkin esaslar Tıpta ve Diş Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliği'nde düzenlenmiştir. Bu yönetmelik gereğince, uzmanlık belgesi almayan hekimlerin uzmanlık yetkisini kullanmaları yasaklanmıştır. Anılan yönetmelikte, uzmanların o dalda sanatını uygulama hakkını ve unvan kullanma yetkisini kazanmış olacağı hususuna işaret edilmekte, ancak o alanda tek yetkili olarak uzmanların gösterilmediği görülmektedir. Yalnızca 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 3.¹² ve 23.maddesi¹³ ile başkaca birkaç yasal düzenlemede daha tıbbi müdahale için uzmanlık koşulu aranmıştır¹⁴. Bu çerçevede yasal düzenlemelerdeki bu çelişkilerin veya eksikliklerin uygulanın yeknesak bir şekilde oluşmasına da engel teşkil ettiği söylenebilir.

Doktrinde, mevzuatta genel uzmanlık çalışma alanının sınırlandırılmamış olması dolayısıyla, genel uzmanlığı olan bir hekimin özel uzmanlık gerektiren bir alanda yapmış olduğu tıbbi müdahalenin sırf bu sebeple hukuka aykırılık teşkil etmeyeceği dile getirilmiştir. Ancak burada genel uzmanlığı bulunan hekimin özel uzmanlık dalının gerektirdiği tıbbi standardı sağlayarak tıbbi müdahaleyi gerçekleştirmiş olması, yine bu alanın gerektirmiş olduğu tüm olanakların ve tekniğin kullanılmış olması gerekliliğine vurgu yapıldığı görülmektedir¹⁵. Bir genel cerrahın estetik amaçlı tıbbi müdahale gerçekleştirmesi örneğinde olduğu gibi; hekimin üstlenme kusuru olarak nitelendirilen, kendi

¹⁰ Bayraktar, s.117; Altun, s.9.

¹¹ Hakeri, Hakan: Tıp Hukuku, Ankara 2018, s.229.

¹² 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un (TŞSTİDK) 3.maddesi uyarınca, hekimlik için belirtilen koşulları haiz hekimin cerrahi alanında uzmanlığını almadan önemli cerrahi girişimlerde bulunması yasaklanmıştır. Bu bağlamda, cerrahi nitelikte olmayan estetik amaçlı tıbbi müdahalelerin veya basit cerrahi girişimlerin diğer hekimler tarafından gerçekleştirilmesi mümkündür (Gökcan, Hasan Tahsin: 'Etik ve Hukuk İlişkisi Bağlamında Estetik Tıbbi Müdahaleler ve Cezai Sorumluluk', Terazi Hukuk Dergisi, C.9, S.93, Mayıs 2014, s.124).

¹³ 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un (TŞSTİDK) 23.maddesi uyarınca, genel veya lokal anestezi ile yapılan ameliyatlarda kural olarak uzman hekim tarafından gerçekleştirilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır.

¹⁴ Altun, s.9, dpn.10; ayrıca bkz. Çankaya, s.31 vd. Konuya ilişkin bkz. Hakeri, s.226 vd; Gökcan, Hasan Tahsin: Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Ankara 2017, s.190 vd.

¹⁵ Gökcan (Tıbbi Müdahale), s.191; Çankaya, s.32.

bilgi ve beceri düzeyinin üzerindeki bir tıbbi müdahaleyi üstlenmiş olması¹⁶ ve/veya o müdahalenin gerekli kıldığı tıbbi koşulların hazır olmaması durumunda; tıbbi müdahalenin olumsuz neticelenmesi ve zarar doğması halinde hekimin sadakat ve özen borcunun gereği gibi yerine getirilmemesi sebebiyle sorumluluğu gündeme gelecektir¹⁷.

B. Hasta

Hasta, Hasta Hakları Yönetmeliği md.4/b’de sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan kimse olarak tanımlanmıştır. Hasta kavramını ‘hekimin müdahalede bulunduğu kişi’ olarak geniş yorumlamak, kavramın sınırlarını geniş çizebilmek açısından yerinde olacaktır¹⁸. Fiziksel ve/veya ruhsal sağlığı bozuk kimse hasta olarak düşünülmeyle birlikte, herhangi bir sağlık sorunu olmadığı halde çeşitli sebeplerle hekim ile hukuki ilişki kuran kişiler de hasta olarak adlandırılır. Kişi bir sağlık sorunu oluşturan niteliği olmayan, salt estetik kaygılarla tıbbi müdahale için hekime başvurduğunda da, hasta olarak değerlendirilir¹⁹. Organ naklinde vericinin durumu da hasta kavramı kapsamındadır. Öyleyse, hasta, çoğunlukla fiziki veya akli rahatsızlık, eksiklik, anormallik sebebiyle ve tedavi amacına yönelik olarak hekimin müdahalesine ihtiyaç duyan kimse olmakla birlikte; bu haller dışında kalan bazı durumlarda da hekim ile tıbbi ve hukuki anlamda ilişki kuran kimseler hasta kavramı kapsamında ele alınmaktadır.

C. Tıbbi Müdahale

Tıbbi müdahale kavramı dayanağını Anayasamızın 17. maddesinin 2. fıkrasından almaktadır. Tıbbi müdahale, tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan; tıp biliminin genel kabul görmüş ilke ve kurallarına uygun surette, doğrudan veya dolaylı olarak tedavi amacıyla en basit teşhis ve tedavi yönteminden en ağır cerrahi müdahalelere kadar geniş kapsamda uygulama alanı bulunan; kişilerin fiziksel veya psikolojik bir hastalığını, noksanlığını teşhis ve tedavi etmek, bu mümkün olmadığı takdirde mevcut hastalık kaynaklı rahatsızlık ve acılarını gidermek ya da onları böyle bir hastalıktan koruma amaçlı, bilimsel ve teknik fiilleri kapsayan her türlü faaliyet olarak tanımlanmaktadır²⁰. Yine Hasta Hakları Yönetmeliği md.4/1,g bendinde tıbbi müdahale

¹⁶ Hekimin üstlenmemesi gereken bir tıbbi müdahaleyi üstlenmesi başlı başına bir kusurdur. Ancak bu konudaki yetki aşımı bazen çok açık olabileceği gibi, bazen ayrıntılı bir inceleme gerektirebilir ki; değerlendirmenin buna göre yapılması uygun olacaktır.

¹⁷ Gökcan (Tıbbi Müdahale), s.191.

¹⁸ Özay, s.20.

¹⁹ Altun, s.12.

²⁰ Bkz. Altun, s.12; Ayan, s.5; Bayraktar, s.24; Çankaya, s.19; Çilingiroğlu, Cüneyt: Tıbbi Müdahaleye Rıza, İstanbul 1993, s.15; Kıcıoğlu, Mustafa: Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Sorumlulukları, Ankara 2011, s.4; Yavuz İpekyüz, Filiz: Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul 2006, s.22; Yenerer Çakmut, Özlem: Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003, s.24.

'Tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan; sağlığı koruma ve hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbın sınırları içinde gerçekleştirilen fiziki ve ruhi girişim' şeklinde ifade edilmektedir.

Tıbbi müdahale doğrudan ya da dolaylı tedavi amacına yönelik olabileceği gibi, tedavi amacının olmadığı bazı hallerde de söz konusu olabilir²¹. Teşhis, tedavi ve koruma amaçlı müdahaleler dışında, kişiye sağlık kazandırmanın birincil amacı oluşturmadığı; salt estetik amaçlı müdahaleler, kürtaj, sterilizasyon, sünnet, organ vericisinden organ alınması şeklinde örneklendirilebilecek, çeşitli amaçlarla yapılan tıbbi müdahaleler de bulunmaktadır²².

D. Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahale

En kısa tanımıyla, estetik amaçlı tıbbi müdahale, fiziki görünümün tıbbi el atma ile iyileştirilmesi ve/veya güzelleştirilmesi işlemi olarak adlandırılabilir²³. Estetik operasyonlar kişinin vücut bütünlüğüne yönelik cerrahi müdahalelerdir.

Kişinin bedeni üzerinde doğuştan sahip olduğu veya doğuştan var olmamakla birlikte sonradan bir etken, kaza, yaralanma, hastalık sonucu ya da kendiliğinden meydana gelerek, kişinin dış görünümünde bozulmaya neden olan deformasyonların giderilmesi amacıyla veyahut deformasyon olmaksızın, kişinin salt daha güzel bir görünüme kavuşturulması, ruhen daha iyi, mutlu hissetmesi amacına yönelik olarak gerçekleştirilen müdahaleler estetik amaçlı tıbbi müdahale olarak tanımlanmaktadır²⁴.

Estetik amaçlı tıbbi müdahalelerle ilgilenen tıp biliminin tam adı Plastik, Rekonstrüktif ve Estetik Cerrahidir. Bu anabilim dalı kendi içerisinde Plastik ve Rekonstrüktif Cerrahi ile Estetik Cerrahi olmak üzere ikiye ayrılır: İlk alan, yeniden yapım ve onarım bağlamında, doğuştan gelen ya da sonradan ortaya çıkan vücuttaki tüm şekilsel ve işlevsel bozuklukların (rekonstrüktif veya konstrüktif tıbbi müdahaleler yoluyla) giderilmesini konu edinmektedir. Bu alana giren tıbbi müdahalelere örnek olarak; yüz cerrahisi, yüzdeki yaralanmalar, şekil bozuklukları, yarık dudak-damak ve diğer yüz yarıkları, baş ve yüz anomalileri, el cerrahisi, doğuştan

²¹ Ayan, s.5; Altun, s.13. Günümüzde tedavi ihtiyaçları kadar değilse de, sosyal ve ekonomik beklentilerin de hekimin müdahalesini gerektirmesi; konumuzla ilgili olarak örneğin, salt estetik amaçla hekime başvuran ve aslen sözlük anlamıyla 'hasta' olmayan kişilerin sayısı küçümsenemeyecek kadar fazladır (Özay, s.20).

²² Badur, Emel: Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller, Ankara 2017, s.27; Çankaya, s.20; Özel, Çağlar: 'Türk Hukukunda Estetik Cerrah ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği', II.Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Kasım 2008, Ankara 2009, s.242. Salt kozmetik girişimler kural olarak tıbbi müdahale niteliğinde kabul edilmemekle birlikte; eğer ki yapılan müdahalenin insan sağlığını etkileyen bir boyutu var ise, o takdirde bu müdahaleler de tıbbi müdahale kapsamında değerlendirilmektedir (Gökcan, s.121).

²³ Gökcan, s.120.

²⁴ Ayan, s.34; Bayraktar, s.165; Çilingiroğlu, s.19-20; Özay, s.23; Petek, Hasan: 'Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk', Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, S.1, 2006, s.180; Yenerer Çakmut, s.180.

kaynaklanan el anomalileri, yara ve yanık tedavileri, çene yapısı bozuklukları, burun kopmaları, el ve parmak amputasyonları, transplantasyonları, el sinir yaralanmaları, meme yokluğu, genital organ anomalileri, deri ve yumuşak doku tümörleri ve benzeri operasyonlar sayılabilir²⁵. İkinci alan ise müdahale ettiği organın işlevini bozmadan, bozukluk&rahatsızlık yaratan bir durum varsa bunu da gidererek, ilgili organın daha güzel olmasını sağlamayı amaç edinmektedir. Bu alana giren tıbbi müdahalelere, burun düzeltme, kepçe kulak, karın germe, meme, bacak, popo, çene implantları, meme büyütme-küçültme-dikleştirme operasyonları, genital estetik operasyonları, yüz germe, kaş kaldırma, lazer uygulamaları, botox enjeksiyonları, yumuşak doku dolguları, liposuction (yağ aldırma), yağ enjeksiyonu, saç transplantasyonu, göz kapağı estetiği, göz altı torbası estetiği gibi tıbbi müdahaleler örnek olarak verilebilir²⁶.

III. PLASTİK, REKONSTRÜKTİF VE ESTETİK CERRAHİNİN TARİHÇESİ VE GELİŞİM SÜRECİ

İnsanın görüntüsü, kimliğinin ve bu kimliğe bağlı sosyal kabulün önemli bir parçası olarak değerlendirilebilir. Bu durumun bir uzantısı olarak, insanoğlu varoluşundan bu yana hep iyi&güzel görünerek toplumda farklı bir yer edinmek, yerini korumak istemiş; bunun için tıbbi müdahaleler dahil pek çok yöneme başvurmuştur. İnsan görüntüsüyle en çok uğraşan tıp bilimi alanı olan plastik, rekonstrüktif ve estetik cerrahi, birinci ve ikinci dünya savaşlarında yaralananların vücut bozukluklarını düzeltmek, doku ve organ kayıplarını onarmak amacıyla gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler vesilesiyle büyük bir gelişim göstermiş; sonrasında doğuştan mevcut şekil bozukluklarının giderilmesini ve tıbbi zorunluluk olmadığı halde kişilerin yüz ve vücutlarında isteğe bağlı çeşitli değişiklikler yaptırabilmelerini de mümkün kılan şekilde uygulama alanını oldukça genişletmiştir²⁷. Anılan sebeplerle başlayan çalışmalar, tarihsel süreç içerisinde bu alanda faaliyet gösteren cerrah sayısının artmasına ve teknolojideki gelişmeler sayesinde operasyon masraflarının daha makul hale gelmesine bağlı olarak, estetik amaçlı tıbbi müdahalelerin giderek yaygınlaşması sonucunu da beraberinde getirmiştir²⁸.

Uluslararası Estetik Plastik Cerrahlar Birliği (ISAPS)'nin 'ISAPS Bienal Küresel Anket' araştırması uyarınca; Türkiye'nin estetik amaçlı tıbbi müdahalenin en çok yapıldığı ülkeler arasında Avrupa genelinde ikinci sırada, dünya gene-

²⁵ Altun, s.24; Çankaya, s.24-25; Gökcan, s.120; Gökcan (Tıbbi Müdahale), s.471; yine bkz.Petek, s.181-182. Doktrinde, medyada plastik, rekonstrüktif ve estetik cerrahinin ikinci alanına, yani estetik-güzelleştirme yönüne ait haberlere daha fazla yer verildiğinden, bu alanın hekimlerinin ağırlıkla sadece estetik cerrahi gerçekleştiren hekimler olarak algılandığı; oysa bu hekimlerin kliniklerinde daha büyük oranda onarım cerrahisi ile ilgilendikleri ifade edilmiştir (Arıncı, Atilla/Usta, Sevgi: Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumlulukları ve Eser Sözleşmesi', Turkish Journal of Plastic Surgery, 2017, 25(2), s.86).

²⁶ Petek, s.180-181; Altun, s.25.

²⁷ Bayraktar, s.165; Çankaya, s.23; Çilingiroğlu, s.20; Petek, s.235.

²⁸ Arıncı/Usta, s.84.

linde ise dokuzuncu sırada yer aldığı görülmektedir²⁹. Ancak bu tür tıbbi müdahalelerin bünyesindeki çeşitliliğin artması ve yaygınlaşmasına paralel olarak kendine özgü etik ve hukuki soru(n)ları da beraberinde getirdiğini söylemek mümkündür³⁰.

IV. ESTETİK AMAÇLI TIBBİ MÜDAHALELERİN SINIFLANDIRILMASI

Estetik amaçlı tıbbi müdahaleler gözetilen amaca göre kendi içerisinde üç temel gruba ayrılabilir³¹: Rekonstrüktif tıbbi müdahaleler, konstrüktif (korrektif) tıbbi müdahaleler, (salt) güzelleştirmeye yönelik tıbbi müdahaleler.

A. Rekonstrüktif Tıbbi Müdahaleler

Rekonstrüktif tıbbi müdahaleler, bir kaza veya hastalık neticesinde ortaya çıkan, dış dünyada algılanabilir, fark edilebilir nitelikteki şekil bozukluklarını, deformasyonları gidermeye yönelik estetik amaçlı tıbbi müdahalelerdir³². Bu müdahaleler yoluyla hastanın yüzünün, vücudunun, bir başka ifadeyle hastanın genel görünüşünün normal haline getirilmesi amaçlanır. Örneğin; yüzde bir kaza sonucunda meydana gelen yara izlerinin giderilmesi; yüzdeki yangın yaraları sonucu yüz nakli; bir tümör sebebiyle zorunlu olarak alınan göğsün yerine göğüs yapılması³³; kaza sonucu kırılan, çöken veya şekli bozulan bir burnun estetik ölçüler dahilinde onarılması; çeşitli enfeksiyon, radyasyon ve diğer etkilerle deri ve deri altında oluşan yaralara müdahale gibi estetik müdahaleler bu kapsamdadır.

B. Konstrüktif (Korrektif) Tıbbi Müdahaleler

Konstrüktif tıbbi müdahaleler, doğuştan gelen, dıştan algılanabilir, fark edilebilir şekilsizlikleri veya yine doğuştan gelen ve normalden büyük ölçüde ayrılan estetik deformasyonları gidermeye yönelik estetik amaçlı tıbbi müdahalelerdir.

²⁹ Araştırmaya ilişkin ayrıntılı olarak bkz. Arıncı/Usta, s.84. Araştırmalara göre genel olarak estetik amaçlı tıbbi müdahaleye başvuran kimselerin yaş dilimi ise 12-84 olarak ifade edilmiştir (Hennig, s.25).

³⁰ Doktrinde bir görüş, hukuki sorunların ortaya çıkmasına yol açan en önemli sebep olarak, estetik amaçlı cerrahi müdahale talebinde bulunan kimselerin yüksek ve hatta bazen ulaşılması neredeyse imkansız nitelikte estetik sonuç beklentileri içinde olmalarına ve toplumun estetik cerrah ve estetik cerrahi kavramı algısındaki farklılıklara işaret etmiştir (Arıncı/Usta, s.84).

³¹ İmamoğlu, S.Hülya: 'İsviçre ve Türk Yargı Kararlarında Eser Kavramı, Özellikle Estetik Operasyonu Konu Edinen Sözleşmenin Hukuki Niteliğine İlişkin Olarak Yargıtay'ın Yaklaşımı: Güncel Bir Bakış', AÜHFD, 68 (1) 2019, s.249; Majid, Nadja: Die Geschäftsfähigkeit der urteilsfähigen minderjährigen Person im Bereich der Schönheitsoperationen- Rechtslage, Kritik und Postulat, Zürich 2017, N.117. Estetik amaçlı tıbbi müdahalelerin sınıflandırılmasına ilişkin olarak ayrıca bkz. Özay, s.25 vd; Çankaya, s.26 vd; Petek, s.181 vd. Yine farklı bir sınıflandırma için bkz. Hennig, s.23.

³² İmamoğlu, s.249; Majid, N.118.

³³ Bkz. İmamoğlu, s.249; Majid, N.119; Alman doktrininde gerek bir kaza veya hastalık neticesinde ortaya çıkan gerekse doğuştan gelen şekil bozuklukları ve deformasyonları rekonstrüktif tıbbi müdahale konusu olarak ele alan görüş için bkz. Hennig, s. 23. Aynı bakış açısıyla, Türk doktrininde bazı yazarlarca anılan şekil bozuklukları bedensel rahatsızlığı iyileştirme amaçlı estetik müdahale kapsamında değerlendirilmektedir (Çankaya, s.26; yine bkz. Özay, s.25).

lelerdir³⁴. Burada da, rekonstrüktif cerrahi müdahalelerde olduğu gibi, kişinin görünüşünün normal hale gelmesi amaçlanır. Bu değerlendirmede önem arz eden husus, şekilsizlik veya estetik deformasyonun ortalama bir kişi tarafından da estetik dışı ve rahatsız edici olarak nitelendirilmesidir. Örneğin; çok açık kepçe kulaklarda kulak düzeltme; eşit olmayan büyüklükte, farklı biçimde, eksik göğüsler gibi şekilsizlikleri içeren göğüs deformasyonlarının düzeltilmesi³⁵; nadir yüz yarıkları, yarık dudak-damak; çene, yüz ve kafa kemikleri şekil bozuklukları; genital organların doğumsal anomalileri bu tür tıbbi müdahaleler kapsamında değerlendirilir.

C. (Salt) Güzelleştirmeye Yönelik Estetik Tıbbi Müdahaleler

Sadece güzelleştirmeye yönelik estetik müdahaleler, halihazırda objektif açıdan tıbbi normlara uygun bir vücutta arzu edilen düzeltmeleri gerçekleştirmeye yöneliktir. Bu tür estetik müdahalelerde hareket noktası, yüzde-vücutta yani kişinin görünüşünde kişisel olarak hissedilen veya algılanan bir deformasyon veya rahatsızlıktır. Örneğin; hastanın kişisel düşüncesine göre çok küçük olan göğüs hacminden dolayı gerçekleştirilen göğüs büyütme; çok büyük veya kemikli bulunduğu burnundan dolayı gerçekleştirilen burun düzeltme-burun yapısını değiştirme; çok kırışık ve sarkmalar olduğunu düşündüğü için gerçekleştirilen yüz ve boyun gerdirmesi; yine hastanın görüşüne göre çok kalın olan ayak bileği ve baldırlarına ilişkin inceltme ve yağ aldırma operasyonları bu kapsamda değerlendirilebilir estetik müdahalelerdir³⁶.

D. Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerin Saiklerine Göre Genel Bir Değerlendirme

Salt güzelleştirmeye yönelik estetik amaçlı tıbbi müdahalelerle konstrüktif (korrektif) müdahaleler arasındaki sınırı çizmek bazı durumlarda kolay olmayabilir. Örneğin; kepçe kulakların düzeltilmesi somut olayın koşullarına göre, hem güzelleştirmeye yönelik tıbbi müdahale hem de korrektif müdahale olarak nitelendirilebilir. Esasen, belirli bir estetik müdahalenin andıklarımız arasında hangi kategoriye gireceği, münferit halde somut olayın özellikleri çerçevesinde tespit edilmelidir. Örneğimize dönecek olursak; bir kişinin kepçe kulakları

³⁴ İmamoğlu, s.250; Majid, N.120.

³⁵ İmamoğlu, s.250; Majid, N.121.

³⁶ Bkz.İmamoğlu, s.250; Majid, N.123. Salt güzelleştirme amaçlı estetik müdahalelere ilişkin olarak bkz. Çankaya, s.27-28. Bu tür tıbbi müdahalelerin hukuka uygun olup olmadığına yönelik görüş ve tartışmalar için bkz. Özay, s.26-27. Günümüzde sosyal medyanın da etkisiyle güzellik algısı adeta kıyafet modası gibi değişmekte, bu durum birtakım estetik müdahalelere de yansımaktadır. Örneğin, son zamanlarda toplumun bir kesiminde güzel olduğu algısının oluşmasından ötürü, dudak dolgunluğu ve kalça implantına yönelik operasyonların sıkça yapıldığı bilinmektedir (Altun, s.27). Bu tür müdahalelerin bir kısmının sırf güzel görünmek, 'moda!'ya ayak uydurmak veya sosyal statü adına yapıldığı düşünülmüşse; estetik amaçlı tıbbi müdahalelerin diğer iki kategorisinden farklı olarak, bünyesinde bazı etik ve hukuki sorunlar yer aldığını söylemek sanırız yanlış olmayacaktır.

normal standartlardan büyük ölçüde ayrılan bir estetik deformasyon ortaya koyuyorsa, kulakların cerrahi olarak düzeltilmesi daha ziyade konstrüktif (korrektif) estetik müdahale konusu olurken; kişinin kulakları sadece çok az açık durmakta ise, bu yönde bir cerrahi düzeltme daha ziyade güzelleştirmeye yönelik estetik müdahale kapsamına girecektir³⁷. Yine örneğin, göğüslerde simetri bozukluğu, orantısızlık olması durumunda somut olayın koşulları çerçevesinde benzer bir bakış açısıyla değerlendirme yapılabilir.

Estetik müdahalenin tedavi amacıyla gerçekleştirildiği hallerde, hastanın fiziksel ve psişik sağlığının korunması, iyileştirilmesi ve yeniden kazandırılması asli amaçtır. Burada dıştan algılanabilir estetik bir deformasyonun neden olduğu fiziksel ve/veya psişik bir hastalık veya bozukluk söz konusudur ve bu fiziksel ve/veya psişik deformasyon ve rahatsızlığın estetik tıbbi müdahale ile giderilmesi ihtimali mevcuttur³⁸. Örneğin; ciddi sırt ağrısı, eklem ağrısı gibi fiziksel ağrılardan kurtarmayı veya depresyon gibi psişik bir bozukluğu ortadan kaldırmayı amaçlayan tıbbi müdahaleler. Mesela, göğüs küçültmesi sırt ağrılarının giderilmesine yönelik olarak tedavi amacıyla; burun düzeltilmesi nefes alma sorunlarını çözümlenmeye yönelik olarak tedavi amacıyla gerçekleştirilebilir³⁹; bunun yanında tedavi amacına estetik sebepler de eşlik edebilir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki; güzelleştirme saiki burada sağlıkla ilgili sebeplere göre daha ziyade ikincil derecede olmalıdır. Aksi takdirde göğüs küçültme, burun düzeltme tedavi amaçlı estetik müdahale olarak değerlendirilemez⁴⁰.

V. ESTETİK AMAÇLI TIBBİ MÜDAHALELERİ KONU ALAN SÖZLEŞMELERİN HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Genel Olarak

Anılan farklı saiklere dayalı olarak, insanın bedeninde mevcut olan/ sonradan oluşan biçimsizliklerin giderilmesini isteme veya salt güzelleşme isteği asla son bulmayacağından, estetik cerrahi müdahalelerden kaynaklanan uyumsuzluklar da hep var olacaktır. Estetik cerrahın sözleşmeye aykırılık yanında, haksız fiil veya vekaletsiz iş görme hükümlerine göre de sorumlu tutulabilmesi mümkün ise de; biz burada, doktrindeki farklı görüşler ve Yargıtay'ın estetik amaçlı tıbbi müdahaleleri konu edinen sözleşmenin hukuki niteliğine ilişkin bazı kararları çerçevesinde, sözleşmenin hukuki niteliğine ve estetik cerrahının sözleşmeden kaynaklı sorumluluğunun dayanağına dair değerlendirmelerde bulunacağız.

³⁷ İmamoğlu, s.250; Majid, N.124.

³⁸ İmamoğlu, s.251; Majid, N.131-132.

³⁹ Bkz. Petek, s.182 ve yine dpn.11.

⁴⁰ Bkz. İmamoğlu, s.251; Majid, N.134. Yine bkz. Temel, Erhan: 'Alman Hukukunda Estetik Cerrah ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği', II.Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Kasım 2008, Ankara 2009, s.229.

Estetik amaçlı tıbbi müdahaleleri konu edinen sözleşmelerin hukuki niteliğine ilişkin olarak gerek Türk doktrininde gerek yabancı hukuk doktrinlerinde farklı yaklaşımların mevcut olduğu görülmektedir. Uygulamadaki görüntü doktrin görüşleri kadar farklılaşmamakla birlikte, konuya ilişkin tam anlamıyla yeknesak bir bakış açısı oluşturulabilmiş değildir. Konunun grift yapısı, belki de, estetik amaçlı tıbbi müdahalelerin tek bir grup altında kategorize edilememesinden, farklı nitelikte ve farklı saiklere hizmet eden estetik müdahalelerin çeşitliliğinden kaynaklanmaktadır.

B. Doktrindeki Görüşler

Estetik amaçlı tıbbi müdahaleleri konu edinen sözleşmelerin hukuki niteliğine ilişkin olarak doktrinde farklı yaklaşımlara rastlanmaktadır. Bu görüşlerin bir kısmı anılan sözleşmeyi Türk Borçlar Kanunu'nda özel olarak düzenlenen iş görme sözleşmelerinden biri kapsamında değerlendirmekteyken; bir kısmı da bu sözleşmelerin karma niteliğine ya da kendine özgü yapısı olan-*sui generis* niteliğine işaret etmektedir. Yargıtay ise estetik müdahaleleri konu alan sözleşmeleri esas itibarıyla eser sözleşmesi olarak nitelendirmektedir⁴¹.

Alman hukukunda, hekim ile hasta arasında teşhis ve/veya tedavi amaçlı tıbbi müdahaleleri içeren sözleşmenin hukuki niteliğinin 'hizmet sözleşmesi' olduğu yönünde hemen hemen fikir birliği olmakla birlikte⁴²; estetik amaçlı tıbbi müdahaleleri konu alan, hasta ile estetik cerrah arasında akdedilen sözleşmelerin hukuki niteliğine ilişkin iki farklı görüş ön plana çıkmaktadır: Bir görüş, bu ilişkinin hukuki niteliğini eser sözleşmesi, diğer görüş ise hizmet sözleşmesi⁴³ olarak nitelendirmektedir⁴⁴. Alman hukuk uygulamasında estetik amaçlı tıbbi müdahalelerin türüne göre –tedavi amaçlı olmasına ya da salt güzelleştirme amaçlı yapılmasına göre (baskın niteliğe göre)- bir ayrıma gidildiği görülmektedir. Buna göre, fiziksel fonksiyon bozukluklarının giderilmesinin asli amacı teşkil ettiği tıbbi müdahalelerde, beraberinde estetik bir görünüm kazanılsa dahi bu tür müdahaleler tedavi amaçlı kabul edilerek, operasyon masrafları yasal sigorta kurumu tarafından karşılanmaktadır. Salt güzelleştirme amaçlı, kişinin tıbbi standartlara göre normal olan görüntüsünü daha da güzel hale getirmeye yönelik tıbbi müdahaleler ise, müdahalenin yan sonucu olarak

⁴¹ Yargıtay kararlarına ilişkin bkz.dpn.57.

⁴² Alman hukukunda kabul edilen anılan sözleşmelerin 'hizmet sözleşmesi' olduğu yönündeki görüşün hukukumuzda hekim ile hasta arasındaki ilişkinin özelliklerine uygun düşmediğine ilişkin olarak bkz. Ayan, s.54; Belgesay, Mustafa Reşit: Tıbbi Mesuliyet, İstanbul 1954, s.76; Özay, s.32-33; Özel, s.248; Yavuz İpekyüz, s.57.

⁴³ Doktrinde *Temel* estetik cerrah ile hasta arasında akdedilen sözleşmeyi hizmet sözleşmesi olarak nitelendirmenin hakkaniyete ve tarafların menfaatine en uygun çözüm yolu olduğunu dile getirmiştir. Yazar taraflar arasındaki ilişkinin eser sözleşmesinden kaynaklanan bir sözleşme ilişkisi olduğu yönündeki nitelendirmenin adil olmayan sonuçlar doğuracağı gibi, bazen bunun olanaksız da olacağını çeşitli gerekçeler çerçevesinde ifade etmiştir (ayrıntılı olarak bkz.Temel, s.233 vd).

⁴⁴ Konuya ilişkin bkz. Temel, s.232. Avusturya'da da estetik amaçlı müdahalelerin serbest, yasayla düzenlenmemiş hizmet sözleşmesine konu teşkil ettiğine ilişkin olarak bkz. Özel, s.245, dpn.17.

hastanın psikolojik rahatsızlığı giderilmiş olsa dahi, (salt) estetik amaçlı müdahale olarak nitelendirilmekte; bu tür operasyonlara dair masraflar kural olarak yasal sigorta kurumu tarafından karşılanmamaktadır⁴⁵. Ancak estetik cerrah ulaşacağı sonucu *hastaya açıkça garanti etmişse* -özellikle başarısızlık riski oldukça düşük olan yüz gerdirmeye, göğüslere silikon takılması, kepçe kulak gibi operasyonlar yönünden- aradaki hukuki ilişkinin eser sözleşmesi olduğunun kabulünün Alman doktrinde yaygın şekilde savunulduğu görülmektedir. Buna karşın, hekimin *genel nitelikte bir başarı sözü vermesi*, özellikle de başarısızlık riskinin arttığı operasyonlar yönünden, aynı yönde bir yorum açısından yeterli görülmemektedir⁴⁶.

İsviçre hukukunda hakim görüş uyarınca hasta ile hekim arasındaki ilişkinin vekalet sözleşmesi hükümlerine tabi olacağı kabul edilmektedir⁴⁷. Türk hukukunda da, İsviçre hukukunda olduğu üzere, uygulama ve doktrinde hakim görüş hasta ile hekim arasındaki ilişkiye vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağı yönündedir⁴⁸. Vekalet sözleşmesinde vekil, vekalet verenin menfaatine yönelik olarak ve gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini garanti edemese de, belirli bir sonuç bakımından özenli bir faaliyette bulunma yükümlülüğü altındadır. Eser sözleşmesinde ise yüklenici, belirli bir iş görmenin sonucu olarak bir eser meydana getirme yükümlülüğü altındadır. Bu çerçevede İsviçre hukuk doktrinde tedaviye dair belirli bir sonuca ulaşılmasının taahhüt edilemeyeceği; zira bu tür sonuçların taahhüt eden kişinin (hekimin) önceden hakim olmasının mümkün olamayabileceği, tartılamayan faktörlere de bağlı olduğu ve hatta hekimin bedensel iyileşmeye yönelik olmayan salt estetik bir operasyon yapmasında da aynı esasın geçerli olacağı dile getirilmektedir⁴⁹. Türk hukukunda da bazı yazarlar tarafından, aynı bakış açısıyla, cerrahi müdahaleleri konu alan sözleşmelerin eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesinin yerinde olmayacağı; zira bu tür müdahalelerin başarıyla sonuçlanmasının çoğu zaman hekimin kontrolünde olmayan faktörlere bağlı olduğu, bu sebeple de objektif olarak nitelik bakımından taahhüt edilmeye elverişli olmadığı belirtilmektedir⁵⁰. Doktrinde bazı yazarlar estetik amaçlı tıbbi müdahaleleri konu alan söz-

⁴⁵ Konuya ilişkin ayrıntılı olarak bkz. Temel, s.229-230.

⁴⁶ Bkz. Temel, s.235, dpn.54-56'da anılan yazarlar.

⁴⁷ Gauch, Peter: Der Werkvertrag, Zürich 2011, N.44; Majid, N.154; İmamoğlu, s.252, dpn.54'de anılan yazarlar;

⁴⁸ Ayan, s.53 vd; Belgesay, s.76; Şenocak, Zarife: Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara 1998, s.33; Yavuz İpekyüz, s.68; Özel, s.246; Çankaya, s.109-110; Arıncı/Usta, s.87-88; Altun, s.43-44.

⁴⁹ Gauch, N.43-44 (Yazar burada sınırlı bir hal olduğuna işaret etse de, cerrahi müdahalenin kişiye sıkı biçimde bağlı niteliği ve ilişkinin tarafları arasındaki tipik güven ilişkisi gözetildiğinde; vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirtmektedir), konuya ilişkin daha ayrıntılı olarak bkz. İmamoğlu, s.252, dpn.59.

⁵⁰ Şenocak, s.24; Tandoğan, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.II, İstanbul 2010, s.21; Yavuz, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2014, s.989; İmamoğlu, s.253; bu konudaki görüşlere ilişkin ayrıca bkz. Petek, s.188 vd. Cerrahi müdahaleleri içeren teşhis ve tedavi sözleşmelerinin eser sözleşmesi olamayacağı yönünde yine bkz. Özdemir, Hayrunnisa: Sağlık Hukuku Alanında Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Ankara 2017, s.92.

leşmelere vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gereğini açıkça dile getirmektedir⁵¹. Bir diğer görüş (karma görüş) ise, estetik amaçlı tıbbi müdahalede gözetilen asli amaçtan hareketle, estetik amaçlı tıbbi müdahalede tedavi amacının baskın nitelikte olması halinde vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanmasının; salt dış görünümü kişinin isteğine uygun hale getirme/güzelleştirme amacının baskın nitelikte olması halinde ise eser sözleşmesi hükümlerinin söz konusu olması gerektiğini ifade etmektedir⁵².

Doktrinde estetik amaçlı tıbbi müdahaleleri konu edinen sözleşmelerin hukuki niteliğine ilişkin olarak eser sözleşmesi görüşü de savunulmaktadır; hatta uygulamanın yerleşik içtihatlarına göre, ağırlıklı olarak bu sözleşme hükümlerinin uygulanması gerektiği benimsenmiştir. Vekalet sözleşmesinden farklı olarak, bu sözleşmede temel husus iş görme faaliyetinin kendisinden ziyade, çalışma ile ortaya çıkan ve objektif olarak gözlenmesi mümkün olan sonuçtur. Bu sözleşme niteliği itibarıyla sonuç taahhüdü içerdiğinden, yüklenicinin borcu olan sonuç borcu ancak taahhüt edilen sonucun yerine getirilmesi ve iş sahibinin ifaya olan menfaatinin tazmini suretiyle ifa edilmiş olacaktır. Eser kavramı kapsamına nelerin dahil edileceği konusunda öğreti ve uygulamada farklı görüşler bulunmaktadır. Ancak gerek İsviçre Federal Mahkemesi gerekse Yargıtay eser kavramını geniş yorumlamakta; maddi ve maddi olmayan edim sonuçlarının eser niteliği taşıyabileceğini kabul etmektedir⁵³. Doktrinde bazı yazarlar türüne göre bir ayrıma gitmeksizin, estetik operasyonlar bakımından hekimin müdahalesinin sonuç taahhüdü içerdiğini kabul ederek, hasta-hekim arasındaki ilişkiye eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunurken; bir kısım yazarlar bu değerlendirmeyi salt güzelleştirme amaçlı estetik müdahaleler açısından yapmaktadır⁵⁴. Yargıtay estetik amaçlı tıbbi müdahaleleri konu alan sözleşmeler açısından ağırlıklı olarak eser sözleşmesi hükümlerini uygulamaktadır.

Doktrinde estetik amaçlı tıbbi müdahaleleri konu alan sözleşmelerin hukuki niteliğinin eser sözleşmesi ve vekalet sözleşmesi olduğu yönündeki de-ğindiğimiz iki ağırlıklı görüşün ve karma (estetik amaçlı tıbbi müdahalede baskın olan niteliğe göre sözleşmenin niteliğinin belirlenmesini savunan) görüşün yanısıra, bu sözleşmelerin vekalet sözleşmesi unsurları ağır basan karma söz-

⁵¹ Ayan, s.56; İmamoğlu, s.252 ve yine bkz.dpn.60'da anılan yazarlar. *İmamoğlu* estetik amaçlı tıbbi müdahaleleri konu alan sözleşmelere vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirtmekte; ayrıca eğer belirli bir operasyon sonucunun gerçekleşeceği de taahhüt edilmekte ise, sonuca ilişkin bağımsız garanti taahhüdüyle birlikte vekalet sözleşmesinin düşünülmesi gerektiğini dile getirmektedir (İmamoğlu, s.256). Yine *Arıncı* da anılan sözleşmelerin vekalet sözleşmesi olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır, bkz. Arıncı/Usta, s.90-91.

⁵² Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 2015, s.364.

⁵³ Çankaya, s.119; İsviçre Federal Mahkemesi'nin (geliştirdiği içtihatlarla dair süreç ve getirdiği sınırlama yönüyle) ve Yargıtay'ın bakış açısına ilişkin ayrıntılı olarak bkz.İmamoğlu, s.247 vd.

⁵⁴ Konu hakkında görüşlere ilişkin ayrıntılı olarak bkz. Çankaya, s.121 vd; Belgesay, s.77; Özyay, s.49. Güzelleştirme amaçlı estetik operasyonlar bakımından bu yönde, Petek, s.191.

leşme ya da sui generis sözleşme olarak nitelendirilebileceğini savunan görüşler de yer almaktadır⁵⁵. Bir diğer görüş⁵⁶ ise, estetik cerrahın olduğu kadar hastanın da hukuki yönden mağdur edilmemesi adına, estetik operasyonların herhangi bir sözleşme kapsamında değerlendirilmeye çalışılmaksızın, estetik ameliyatlara özgü yeni yasal düzenlemelerin yapılması gerektiğini savunmaktadır.

C. Yargıtay'ın Bakış Açısı

Yargıtay'a göre, hekim ile hasta arasında akdedilen estetik amaçlı tıbbi müdahaleleri konu alan sözleşmeler eser sözleşmesi olarak kabul edilmektedir; Yüksek Mahkeme'nin yerleşik içtihatları (ağırlıklı olarak) bu yöndedir⁵⁷.

Yüksek Mahkemenin eser kavramına ilişkin yaklaşımı esasen yerinde olmakla ve konunun anılan sözleşmelerin hukuki niteliği bakımından çetrefilli niteliği kabul edilmekle birlikte; estetik amaçlı tıbbi müdahaleleri sınıflandırmadığı, hem güzelleştirme hem tedavi amaçlı müdahalelerde hangi amacın öncelikli olduğunun bazı somut olaylarda ayrıntılı irdelenemediği yönünde doktrinde ileri sürülen hususlardan⁵⁸ da hareketle, uygulamada halihazırda tam anlamıyla yeknesak bir bakış açısı oluşturulmadığını ifade etmek mümkündür. Yine başta güzelleştirme amacıyla yapılan tıbbi müdahaleler olmak üzere, bu tür müdahalelerde sonuç taahhüdünün mümkün olduğu anlayışının benimsendiği görülmekle; taahhütte bulunanın önceden hakim olamayacağı tartışılmayan etkenlere bağlı sonuçların bir iş görme sonucu olarak taahhüt edilemeyeceği yönü üzerinde yeterince durulmadığı doktrinde dile getirilmektedir⁵⁹.

⁵⁵ Doktrinde *Usta* bu görüşü savunmaktadır, bkz. Arıncı/Usta, s.90-91. Sui generis sözleşme görüşü yönünde bkz. Atabek, Reşat/Sezen, Merih: Hekimin Mes'uliyeti, İstanbul Barosu Dergisi, C.XXVIII, İstanbul 1954, s.144 vd. Sui generis sözleşme görüşüne ilişkin eleştiriler için bkz. Ayan, s.54.

⁵⁶ Sunay, Özgür: 'Estetik Cerrahın Hukuki Sorumluluğu', Türk Plastik Rekonstrüktif Estetik Cerrahi Dergisi, C.13, S.1, 2005, s.37.

⁵⁷ 3.HD, T.29.03.2016, 11672/4827; 15.HD, 14.01.2019, 5312/139 (Yargıtay kararları için bkz. Şatır, Nejdet: Estetik Tıp Hukuku, Emsal Kararlar, Ankara 2019, s.179 vd; genel olarak ve konuya ilişkin farklı bir karar için bkz. İmamoğlu, s.253 vd ve s.253,dpn.66). Yargıtay'ın bakış açısına yönelik eleştiriler için ayrıca bkz. Arıncı/Usta, s.90 vd. Yüksek Mahkeme'nin estetik müdahaleleri konu edinen sözleşmelere ilişkin kararlarıyla ilgili olarak ayrıca bkz. Memiş, Yusuf: (Yargıtay Kararları Işığında) Estetik Ameliyatlardan Doğan Hukuki Sorumluluk, Terazi Hukuk Dergisi, C.11, S.119, Temmuz 2016, s.174 vd; yine bkz. Kaya, Mine: Estetik Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğünün Kapsamı, Terazi Hukuk Dergisi, C.11, S.117, Mayıs 2016, s.23 vd).

⁵⁸ Bkz. İmamoğlu, s.254 ve burada anılan kararlar.

⁵⁹ Örneğin, somut bir olayda, Yargıtay, ameliyat esnasında ve sonrasında kanama ve kan pıhtılaşması sorunu yaşanan, kan pıhtılaşmasının tıbbi müdahalenin olası komplikasyonlarından değerlendirilmediği bir karın germe ameliyatından kaynaklanan bir hukuki uyumsuzlukta, bu hususları ele alıp tartışmadan eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanması yönünde karar vermiştir, Y.3.HD, T.29.03.2016, E.2015/11672, K.2016/4827 (İmamoğlu, s.255; yine Yargıtay'ın yaklaşımına ilişkin daha ayrıntılı olarak bkz. s.254 vd).

D. Sonuç

Hekim ile hasta arasında akdedilen sözleşme bizim de paylaştığımız hakim görüş uyarınca vekalet sözleşmesi olarak kabul edilmekte olup, uygulama da bu yöndedir. Ancak estetik amaçlı tıbbi müdahaleleri konu alan, hekim ile hasta arasında akdedilen sözleşmelerin hukuki niteliği bakımından gerek yabancı hukuk gerekse Türk hukuku doktrinlerinde görüş farklılıkları olup, anılan sözleşmelerin hukuki niteliğini mutlak şekilde belirlemek kolay olmadığı gibi, yerinde de değildir. Estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde hasta ile hekim arasında akdedilen sözleşmeyi -somut olayın koşulları çerçevesinde- tıbbi müdahalenin içeriğine ve müdahaleye ilişkin farklı saiklerin varlığı halinde, baskın amaca göre nitelen-dirmek yerinde olacaktır. Özellikle rekonstrüktif ve konstrüktif (korrektif) tıbbi müdahalelerde esasen fiziksel rahatsızlık ve deformasyonların giderilmesine yönelik tedavi amacı ön planda olduğundan çoğu somut olayda vekalet sözleş-mesi hükümlerinin uygulama bulacağı söylenebilir. Bununla birlikte, bu tür este-tik müdahalelerde dahi tedavi amacına estetik görünüm verme amacının da eşlik ettiği durumlar olabilir; bu noktada somut olayın koşullarına göre yapılacak de-ğerlendirme çerçevesinde tıbbi müdahalede ön plana çıkan, baskın amacın ne olduğu tespit edilmelidir. Tedavi amacının baskın olduğu somut olaylarda veka-let sözleşmesi hükümlerinin uygulanması yerinde olacaktır. Güzelleştirme ama-cının anlaşılır şekilde ön plana çıktığı durumlarda veya sadece güzelleştirme amacının gözetildiği müdahalelerde ise; estetik cerrahın üç boyutlu görsel oluş-turma, maket hazırlama, operasyon sonrası muhtemel fotoğrafları gösterme, hastanın getirdiği ünlü kişi fotoğraflarına ilişkin isteğine uygun şekilde tıbbi mü-dahaleyi gerçekleştireceğini taahhüt ettiği uygulamada sıklıkla görülebilmekte-dir. Bu şekilde, estetik cerrahın ulaşacağı sonucu hastaya *açıkça* garanti ettiği hal-lerde -özellikle başarısızlık riski oldukça düşük olan yüz gerdirme, göğüslere silikon takılması, kepece kulak gibi operasyonlar yönünden- aradaki hukuki iliş-kinin eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesi yerindedir. Ancak hekimin genel nitelikte bir başarı sözü verdiği, özellikle de başarısızlık riskinin arttığı yüzde yüz taahhüde elverişli olmayan büyük cerrahi müdahaleler yönünden belki de du-rumun mutlak olarak eser sözleşmesi olarak değerlendirilmesinden ziyade, so-mut olayın koşulları çerçevesinde ayrıntılı bir hukuki değerlendirme yapılması daha yerinde olabilecektir. Zira hekimlik sözleşmesinden doğan tüm yükümlü-lükler özen borcu çerçevesinde tam anlamıyla yerine getirilmiş olsa dahi; hekim-lik mesleğinin icrası kapsamında birtakım edimler nitelik itibarıyla sonuç taah-hüdüne elverişli değildir. Yine tıp biliminde canlı organizmanın müdahaleye ne şekilde tepki vereceğinin çoğu kez yüzde yüz taahhüt edilemediği; bunun yanın-da hasta bünyesi-psikolojik yapısı, vücut yapısı, önceki tıbbi müdahaleler, hasta-nın tedavi süreci ve sonrasındaki tutum ve davranışları gibi sonuca etkili olma ihtimali bulunan farklı etmenlerin olduğu da somut olay değerlendirmesinde gözden uzak tutulmamalıdır.

KAYNAKÇA

- Altun, Zeynep: Plastik Cerrahin Hukuki Sorumluluğunun Sözleşmesel Bağlamda İncelenmesi, İstanbul 2019.
- Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 2015.
- Arıncı, Atilla/Usta, Sevgi: Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumlulukları ve Eser Sözleşmesi', Turkish Journal of Plastic Surgery, 2017, 25(2), s.84 vd.
- Atabek, Reşat/Sezen, Merih: Hekimin Mes'uliyeti, İstanbul Barosu Dergisi, C.XXVIII, İstanbul 1954, S.2, s.135 vd.
- Ayan, Mehmet: Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991.
- Badur, Emel: Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller, Ankara 2017.
- Bayraktar, Köksal: Hekimin Tedavi Nedeniyle Ceza Sorumluluğu, İstanbul 1972.
- Belgesay, Mustafa Reşit: Tıbbi Mesuliyet, İstanbul 1954.
- Çankaya, Fulya: Estetik Diş Hekimliği ve Estetik Plastik ve Rekonstrüktif Cerrahide Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2019.
- Çilingiroğlu, Cüneyt: Tıbbi Müdahaleye Rıza, İstanbul 1993.
- Demir, Mehmet: Hekim ve Hastane Yönünden Tıbbi Sorumluluk Hukuku, Ankara 2018.
- Gauch, Peter: Der Werkvertrag, Zürich 2011.
- Gökcan, Hasan Tahsin: 'Etik ve Hukuk İlişkisi Bağlamında Estetik Tıbbi Müdahaleler ve Cezai Sorumluluk', Terazi Hukuk Dergisi, C.9, S.93, Mayıs 2014, s.119 vd.
- Gökcan, Hasan Tahsin: Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Ankara 2017 (Tıbbi Müdahale).
- Hakeri, Hakan: Tıp Hukuku, Ankara 2018.
- Hennig, Lysann: Tattoos, Piercings, Schönheitsoperationen-zur rechtlichen Problematik nicht indizierter Eingriffe bei Minderjährigen, Universitätsverlag Halle-Wittenberg, Halle an der Saale 2012.
- İmamoğlu, S.Hülya: 'İsviçre ve Türk Yargı Kararlarında Eser Kavramı, Özellikle Estetik Operasyonu Konu Edinen Sözleşmenin Hukuki Niteliğine İlişkin Olarak Yargıtay'ın Yaklaşımı: Güncel Bir Bakış', AÜHFD, 68 (1) 2019, s.241 vd.
- Kıcalıoğlu, Mustafa: Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Sorumlulukları, Ankara 2011.

- Majid, Nadja: Die Geschäftsfähigkeit der urteilsfähigen minderjährigen Person im Bereich der Schönheitsoperationen- Rechtslage, Kritik und Postulat, Zürich 2017.
- Özay, Merter: Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2006.
- Özdemir, Hayrunnisa: Sağlık Hukuku Alanında Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Ankara 2017.
- Özel, Çağlar: 'Türk Hukukunda Estetik Cerrah ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği', II.Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Kasım 2008, Ankara 2009, s.241 vd.
- Petek, Hasan: 'Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk', Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, S.1, 2006, s.177 vd.
- Sunay, Özgür: 'Estetik Cerrahin Hukuki Sorumluluğu', Türk Plastik Rekonstrüktif Estetik Cerrahi Dergisi, C.13, S.1, 2005, s.36 vd.
- Şatır, Nejdet: Estetik Tıp Hukuku, Emsal Kararlar, Ankara 2019.
- Şenocak, Zarife: Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara 1998.
- Tandoğan, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.II, İstanbul 2010.
- Temel, Erhan: 'Alman Hukukunda Estetik Cerrah ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği', II.Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Kasım 2008, Ankara 2009, s.223 vd.
- Yavuz, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2014.
- Yavuz İpekyüz, Filiz: Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul 2006.
- Yenerer Çakmut, Özlem: Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003.