

HEKİMİN TIBBÎ MÜDAHALELERİ NEDENİYLE SORUMLULUĞU

Nurten FİDAN*

ÖZET

Çalışmamızda hekimin tıbbi müdahalelerinden sorumluluğunun türleri ana hatlarıyla ortaya konulduktan sonra hukuksal sorumluluk türleri incelenmiş; bu kapsamda hekimin akdi ilişkiden, vekâletsiz iş görmeden ve haksız fiilden kaynaklanan sorumlulukları kısaca ele alınmıştır. Hekimin akdi ilişkiden kaynaklanan sorumluluğu ile ilgili özel bir yasal düzenleme mevcut olmadığından Borçlar Kanunundaki sözleşme türlerinden hizmet, vekâlet ve eser sözleşmesi kapsamında değerlendirip değerlendiremeyeceği tartışılmış, öğreti ve uygulamada tedavi amaçlı hekimlik sözleşmesinin vekâlet sözleşmesi kapsamında, güzelleştirme amaçlı hekimlik sözleşmesinin ise eser sözleşmesi kapsamında değerlendirildiği yönündeki görüşler, bu sözleşme türlerinin taraflara yüklediği hak ve yükümlülükler ve sonuçları üzerinde ayrıca durulmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Hekim, tıbbi müdahale, hukuksal sorumluluk.

349

I. GENEL OLARAK

Çağımızda teknolojik ve toplumsal gelişmelere bağlı olarak tıp bilimi ve hekimlik mesleğinin önemi artarken, insan haklarının korunması ile ilgili çabaların yaygınlaşması ve somutlaşmasına bağlı olarak da hasta hakları gelişme göstermiştir.

Geleneksel yapıda tıbbi müdahalede hekim paternalistik (babacı) bir tutum içinde ve hastanın tanı ve tedavisini tek başına yürütürken, hastanın bu sürece etkin bir şekilde katılımı söz konusu değildir. Oysa günümüzde geliştirilen "hasta özerkliğine saygı ilkesi", hekimin etik yükümlüğünü de beraberinde getirmiştir. Hekimin etik yükümlülüğü kapsamında hasta tıbbi müdahale sürecine aktif bir şekilde katılmakta, hekim, tıbbi müdahalenin tüm bilgi ve olasılıklarını anlayabileceği bir şekilde hastaya açıklayarak, "aydınlatılmış rıza"sını almaktadır.² Bu gelişmelere bağlı olarak hekimlerin tazmin yükümlülüğü anlamındaki hukuksal sorumluluğu dı-

* Yargıtay Tetkik Hâkimi.

2 Filiz Yavuz İPEKYÜZ, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul : Ocak 2006, s.1

şında; cezaî ve idarî sorumlulukları ile tıbbî etik bakımından söz konusu olan meslekî ahlâk ve disiplin sorumlulukları söz konusu olmaktadır.

II- TIBBÎ MÜDAHALEDEN DOĞAN SORUMLULUK TÜRLERİ

1. Cezai Sorumluluk

Hekimin cezai sorumluluğu, "kanunsuz suç ve ceza olmaz" kuralı gereğince, tıbbî müdahaleleri sırasında hukuka aykırı eylemi yasada tanımlanmış suç fiilini oluşturduğunda söz konusudur. Hekimin cezai yargılanması sonucunda, ceza mahkemesince somut olaydaki özel durum ve koşullar altında, tıbbî yarar-tıbbî risk dengesi de göz önünde bulundurularak, kendisine isnat edilen eylemin tipik bir suçun konusunu oluşturup oluşturmadığına karar verilir. Bu süreçte, basta genel ve özel nitelikte ceza normları içeren yasal düzenlemeler olmak üzere; ayrıca, ülkemizin taraf olduğu ve iç hukuka aktarılmış bulunan uluslararası sözleşmelerdeki kurallara aykırılık biçiminde bir hukuksal saptama yapıldığında ise, sonuçta, suçlu hekim hakkında sabit bulunan somut eylemine uyan cezaî yaptırım(lar)ın uygulanması yoluna gidilir³.

2. İdari Sorumluluk

350 ————— Kamu hastanesinde görevli hekim ile hasta arasında özel hukuk anlamında bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır. Bu durumda hasta ile idare arasında kamu hukukuna özgü bir yasal ilişki kurulmaktadır. Sağlık hizmetlerinin bir kamu görevlisi konumundaki hekim aracılığıyla sunulması sonucunda hastaların uğramış oldukları zararlardan dolayı bir yandan, idarenin idarî hizmet kusuru; diğer yandan da, hekimin, duruma göre görevsel ve/veya kişisel kusuru nedeniyle tazmin yükümü ortaya çıkar.

İdarenin tıbbî hizmet kusurunda ise, kamusal sağlık hizmetlerinin hiç işlememesi, geç ya da kötü işlemesi anlamında kusurlu idarî eylemde tamamen objektif ve genel bir nitelik söz konusudur.

Anayasanın 129. maddesinin 5. fıkrası uyarınca, kamu görevlilerinin bu görevlerini yerine getirirken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları ancak idare aleyhine açılabilir. Bu dava idari yargıdaki "tam yargı davası"dır ve sadece Sağlık Bakanlığı'na karşı açılabilir. Bakanlık tazminata mahkûm edilirse, daha sonra, açacağı dava ile hekime, kusuru oranında rücu edebilir. Öte yandan 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13. maddesinin 06.06.1990-3657/1 maddesi ile değişik birinci fıkrasına

3 Daha geniş bilgi için bkz: Tıp ve Ceza Hukuku, (Hazırlayan: Yener Ünver), Türkiye Cumhuriyeti'nin 80. Kuruluş Yıldönümüne Armağan, Ankara 2004.

göre "Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili Kurum aleyhine dava açarlar.... Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır."⁴

Buna karşılık, hekimin kişisel kusuru, tamamen sübjektif, bireysel ve özel bir nitelik taşır. Kişisel kusurun, iki biçimi vardır: Bunlardan ilkinde, hekimin kusurlu eylemi ile üstlendiği kamusal sağlık görevi arasında hiçbir işlevsel bağlantı yoktur. Örneğin, resmî çalışma zamanları dışında kalan bir tatil günü bir hastasının evine gidip yanlış ilaç vererek onun felç olmasına neden olma eylemi gibi. İkinci halde ise, hekimlik görevinin yerine getirilmesi dolayısıyla islenen kişisel kusurlu eylemle hastaya zarar verilmektedir. Buna örnek olarak ise, nöbetçi hekimin serviste yatan hastasına tecavüz etmesi ya da bir psikiyatr hekimin ruhsal tedavisini yürüttüğü bayan hastasının zaafından yararlanarak duygusal sömürü yapması gibi haller gösterilebilir.⁵

3. Tıbbî Etik Sorumluluğu

Halen yürürlükte olan 1960 tarihli Tıbbi Deontoloji Tüzüğünde hasta yararını üstün tutma, mesleki gizliliği koruma gibi meslek ahlakı kuralları yasal nitelik kazanmış, yaşam ve sağlığa saygı ve özen göstermek, ayırım yapmamak, onam almak, hastaya gerçeği söylemek, haksız rekabete yol açacak uygulamalardan kaçınmak gibi kurallara yer verilmiştir. "Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları" da meslek ahlakına ilişkin kapsamlı ve güncel bir düzenleme oluşturmaktadır.

Hekim öncelikle meslek ahlakının evrensel değerlerini bilen, değer çatışmalarını tanıyan ve değer çatışmalarını evrensel değerler lehine çözen, diğer deyişle evrensel değerleri koruyan hekim olmalıdır. Bu değerler "yaşam ve sağlığa saygı ve özen göstermek", "ayırım yapmamak", "hasta yararını kendi çıkarının önünde tutmak", "hasta özerkliğine saygı göstermek", "mesleki gizlilik" "mesleki bağımsızlık" ve "sağlığın tüm belirleyenlerini dikkate almak"tır.

Hekim ayrıca, meslek ahlakını ilerleten, hizmet sunumunda karşılaşılan ve "ezberi bozan" olaylarda otantik çözümler bulabilmeli, etik ikilemlerdeki seçimlerini mesleki değerleri koruyarak haklı çıkarabilmelidir....On

4 Yargıtay 13.H.D., E:2002/5171, K:2002/6918, T:10.06.2002; Yargıtay 13.H.D., E:2004/15895, K:2005/6610, T:19.04.2005

5 Mehmet DEMİR, Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, AÜHFD, 2008.

dokuzuncu yüzyılda Richard Cabot'un sözlerinde belirttiği gibi, hekimi "hikmet sahibi, bilge, ince sezişli" yapacak olan tıp etiği eğitimidir : "Mesleki yeterlik sadece bilimsel ustalığı değil, hastanın kişisel ve toplumsal gereksinimlerini de kapsar. Bir klinisyenin en önemli özelliklerinden biri, insanlığa duyduğu ilgi ve özendir, çünkü hastaya iyi hizmet sunmanın sırrı, hastaya özen göstermekte yatar. Hekimin insancıl nitelikleri sadece klinik becerilerin dekoratif bir boyutu değil, esasen temelinde yatan şeydir."⁶

Teorik ve uygulamalı tıp alanında tıbbî otoriteler tarafından evrensel kabul görmüş ve tarihsel geçmişleri de oldukça eskiye dayanan bir takım deontolojik ve tıp ahlâkına özgü davranış kuralları ile meslek ilkeleri, günümüzde birer hukuksal norm niteliği kazanma sürecindedir. Ayrıca, hekimlerin tıbbi etik ve hekimlik ahlakına ilişkin genel ödevleri, hastaya ve birbirlerine karşı olan görevlerini gösteren kurallar "Uluslararası Tıbbi Etik Yasası" ile de belirlenmiştir.⁷

352 "Tıp etiğine ilişkin ilke ve kurallar, hekimin, mesleki faaliyetlerinde gerek kendi haklarını (tedavi ayrıcalığı gibi) gerekse hasta haklarını birlikte ele alıp çıkarları dengeleyici, isabetli ve doğru çözümlere yönelik bir meslekî yaklaşımı somut olarak göstermesini gerektirmektedir. Bu noktada, tıbbî etik, hekimin, tıp uygulamaları esnasında, bir yandan, karar verme yetkisini nihaî olarak hastaya bırakan "Özerkliğe (Hastanın Kişiliğine ve Özgür İradesine) Saygı"; diğer yandan, sağlık ve tıp uygulayıcısı sıfatını taşıyan yetkili kişilere yönelen "Yararlılık (Hastanın Yararına Hareket Etme)" ilkeleri arasındaki dengeyi, objektif ve hassas bir biçimde kurabilme çabasının sergilemesini zorunlu kılmaktadır. İşte, hekimin kendisine yüklenen etik ve hukuksal yükümlülükleri yerine getirirken, somut ve objektif açılardan ortalama (makul) hekim tipinin göstereceği standartlaştırılmış davranıştan sapıp sapmadığı noktası, meslek kusurunun varlığını ortaya koymada belirleyici ölçüt olmaktadır."⁸

4. Medenî Hukuk Sorumluluğu

Hekimin medeni hukuk sorumluluğu akdi ilişkiden, haksız fiilden veya vekâletsiz iş görmeden kaynaklanabilir:

6 Murat Civaner, Özlem Sarıkaya, Harun Balcıoğlu, Uzmanlık eğitiminde tıp etiği, Anadolu Kardiyol. Derg., 2009; 9: 132-8

7 Bu Yasa için bkz.: Sağlıkla ilgili Uluslararası Belgeler –DEMİR AÜHFYD Yıl 2008-232

8 Mehmet DEMİR, Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, AÜHFYD, 2008

a) Hekimin Akdi İlişkiden Doğan Sorumluluğu Hakkında Görüşler

aa) Hizmet Akti

Hizmet akti, Borçlar Kanununun 313'üncü maddesinde düzenlenmiştir. Hizmet aktinde işçi, belirli veya belirsiz bir zaman süresi içinde iş gücünü işverene tahsis eder, işveren de bu iş karşılığında bir ücret ödemeyi taahhüt eder. Bu duruma göre hizmet aktinin ana unsurları, zaman, bağımlılık ve ücrettir. Uygulama ve öğretilerde hekimin akdi ilişkiye dayanan sorumluluğunun hizmet aktine dayanmadığına ilişkin görüş birliği vardır.⁹ Çünkü hasta ile hekim arasında, hizmet aktinin temel unsurlarından olan bağımlılık unsuru yoktur. Ancak belirli veya belirsiz bir süre için çalışmasını özel bir hastaneye tahsis eden hekim ile hastane arasındaki hukuki ilişki hizmet aktidir. Özel hastanede tedavi görecektir hasta ile hekim arasındaki hukuki ilişki ise hizmet akti değildir.

bb) Eser Sözleşmesi

Borçlar Kanunu'nun 355. maddesinde eser sözleşmesi şöyle tanımlanmıştır: "İstisna, bir akittir ki, onunla bir taraf diğer tarafın vermeyi taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder." Bu sözleşmenin konusu "bir eserin, ücret karşılığında oraya çıkarılmasıdır." Tedavi amacı güden hekimlik sözleşmesinde sonucun garantilenmesi söz konusu olmadığı için hekimlik sözleşmesi eser sözleşmesi hükümlerine tabi tutulmamakla birlikte, Yargıtay, estetik amaçlı ameliyatların bir sonucu garantilemesi unsuru ağır bastığından bu ameliyatlar nedeniyle oluşan hukuki ilişkiye eser sözleşmesi hükümlerini uygulamaktadır. Öğretilerde estetik ameliyatlar nedeniyle hekim ile hasta arasında oluşan hukuki ilişkinin eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda farklı görüşler vardır.

cc) Vekâlet Sözleşmesi

Vekâlet sözleşmesi Borçlar Kanununun 386. maddesinde düzenlenmiştir. Vekâlet, vekile müvekkilin menfaatine ve iradesine uygun bir sonuca yönelik bir iş görmeyi, başarılı sonuç elde edilememesi ona ait olmamak üzere, nispeten bağımsız olarak yapma borcunu yükleyen bir akittir.¹⁰ Vekâlet sözleşmesinin konusu bir işin görülmesidir. Bu iş görme edimi, zaman sınırlaması olmadan ve sonucun elde edilmesi garantilenmeden

9 Haluk Tandoğan, Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1981; Çetin Aşçıoğlu, Doktorların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Ankara:1982; Zarife ŞENOCAK, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara:1998; Filiz Yavuz İpekyüz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul: 2006.

10 Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel İlişkiler, Cilt II, s.356

taahhüt edilir. Ücret zorunlu unsur değildir. BK'nın 396. maddesine göre, taraflar her zaman vekâlet sözleşmesinden cayabilirler.¹¹

Vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlere tabi tutulan Hekimlik Sözleşmesi hekime, teşhis koyma, hastayı aydınlatma¹², tedavi etme¹³, sadakat¹⁴ ve özen¹⁵ gösterme, tedaviyi kayda geçirme, sır saklama¹⁶, hesap verme, acil durumlar dışında gerekirse hastayı uzmanına göndermek üzere tedaviyi üstlenmekten kaçınma ve mesleki bilgi geliştirme borcu yükler. Hekimlik sözleşmesinin hastaya yüklediği borçlar ise, ücret ödeme, bilgi ve belge verme, hekimin verdiği talimatlara uyma ve teşhise yönelik incelemelere uyma ve katlanma borçlarıdır.¹⁷

11 Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 19.maddesinde de hekimin mesleki veya şahsi nedenlerle hastayı bırakabilmesinin koşulları belirlenmiştir.

12 Bu borcun kapsamında hekim, hastayı koyduğu teşhis, uygulayacağı tedavi türü, tedavi yönteminin, süresi, başarı şansı ve riskleri, verdiği ilaçlar ve yan etkileri, maliyeti hastanın tedaviyi reddetmesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar konusunda işin teknik ayrıntılarına girmeden, anlayabileceği bir dille aydınlatmalıdır. Türk Deontoloji Tüzüğü'nün 14/II. maddesinde hekimin hastayı teşhis konusunda nasıl aydınlatacağı açıklanmıştır. Öte yandan hekim ile hasta arasındaki uyumsuzlukların temelinde empati ve anlayış (iletişim) eksikliğinin bulunduğu söylenebilir. Bu, son yıllarda tıp eğitimcilerinin de farkında oldukları bir sorundur. Bu nedenle tıp eğitiminde hasta ile görüşme yöntemi-hasta memnuniyeti konusunda iletişim becerilerinin geliştirilmesi amaçlı iletişim teknikleri üzerinde durulmaktadır.

Aydınlatma öyle bir zamanda olmalıdır ki, hasta zaman bakımından karar verme baskısı altında olmamalıdır. Bu anlamda ameliyat kapısının önünde yapılan aydınlatma zamanında yapılmış bir aydınlatma olarak kabul edilemez. (Filiz Yavuz İpekyüz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul: 2006, s.74-86)

Aydınlatma yazılı veya sözlü olarak yapılabilir. İspat kolaylığı sağlaması açısından yazılı aydınlatma tercih edilmekte ise de, hekimlik sözleşmesinin temeli olan hastanın duyduğu güveni zedeleyeceği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Sözlü aydınlatma hastanın güven duyması bakımından daha çok tercih edilebilir ise de, bu yöntem de aydınlatmadan amaçlanan sonucu tam olarak gerçekleştirilemeyeceğinden karma yöntem önerilmektedir. Karma yönetime göre, sözlü açıklamadan sonra durum bir tutanakla yazıya dökülüp orada bulunan yardımcı personele de tanık olarak imzalatılmalıdır. (Filiz Yavuz İpekyüz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul: 2006, s87)

13 Hekim tedavi yöntemini uygularken bir kısım işleri yardımcı kişilere bırakabilir. Bu durumda hekim yardımcı şahısların eylemlerinden BK.100.md. uyarınca sorumludur. Hekim adam çalıştırmanın sorumluluğunda (BK. md. 55) olduğu gibi, burada, yardımcı şahsı seçmede, işi ona bırakmada ve talimat vermede kusurlu olmadığını kanıtlayarak sorumluluktan kurtulamaz. Hekim, bu durumda ancak, yardımcı şahsın eyleminin kendisi için bile kusurlu sayılamayacağını kanıtlayarak sorumluluktan kurtulabilir. Hasta da yardımcı şahısla aralarında akti ilişkisi olmadığından bu şahsı haksız fiil sorumluluğuna dayanarak uğradığı zarardan sorumlu tutabilir.

14 Sadakat borcu kapsamında hekim, hasta yararını üstün tutmalıdır.

15 "...Doktorlar, hastalarının zarar görmemesi için yalnız mesleki değil, genel yaşam deneyimlerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorundadır.(Haluk TANDOĞAN, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara:1982, s. 236vd)

16 Tedavi sonuçlandıktan sonra bile hekimin sır saklama borcu devam eder. Ancak hastanın kendisi hakkında açtığı bir dava nedeniyle kendisini savunmak için, bilirkişilik yaptığı sırada veya kamuya mal olmuş kişiler hakkında sır saklama borcu yoktur.

17 Filiz Yavuz İpekyüz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul: 2006, s.74-119

Hekimin akti sorumluluğuna gidilebilmesi için bir hekimlik sözleşmesinin varlığı, bu sözleşmenin hekimin kusurlu¹⁸ davranışı ile ihlal edilmiş olması, kusurlu eylem ile hastaya zarar verilmesi ve zarar ile kusurlu eylem arasında nedensellik bağının bulunması gerekir.

Genel olarak hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişkinin vekâlet sözleşmesine dayandığı konusunda görüş birliği bulunmakla birlikte, yukarıda değinildiği gibi, uygulamada estetik ameliyatların eser sözleşmesi kapsamında değerlendirildiği görülmektedir. Bu noktada güzelleştirme amaçlı estetik ameliyatlar üzerinde ayrıca durmak gerektiği kanısındayım:

Estetik cerrahi¹⁹, plastik cerrahinin²⁰ alt dalıdır. Estetik amaçlı tıbbi müdahale "bir kişinin doğuştan sahip olduğu ya da sonradan bir etken sonu-

18 Kusur kast (zararlı sonucun bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir) , ihmâl (zararlı sonuç amaçlanmamakla beraber, zararın meydana gelmemesi için gereken önlemlerin alınmamasıdır) veya meslek kusuru (malpraktis) şeklinde tezahür edebilir.

19 Türk Plastik ve Rekonstrüktif Cerrahi Derneği'nin internet sayfasında yer alan bilgilere göre, Estetik Cerrahinin Uğraşı alanları şunlardır:"Estetik ve fonksiyonel burun düzeltilmesi (Rinoplasti, septorinoplasti)-Yüz yenileştirme (Yüz germe- göz kapağı ve ağız çevresi revizyonları, kırışıklıkların tedavisi)-Endoskopik yüz-alın germe, kaş kaldırılmas-Göz kapağı estetiği (Blefaroplasti)-Kepçe kulak ve kulak kepçesindeki diğer estetik problemlerin düzeltilmesi -Gene büyütme ve küçültme operasyonları (Mentoplasti)-Deride skar (yara izi) ve düzensizliklerin giderilmesi-Saç ekimleri- replasmanları-Lazer uygulamaları (Yüz soyma, lekelerin ve damar malformasyonlarının giderilmesi-Estetik meme operasyonları :Büyütme, küçültme ve dikleştirme-Aşırı deri-derialtı yağ dokusunun azaltılmasına yönelik operasyonlar (liposuction- lipektomi)-Karın germe (Abdominoplasti)-Bacak kontur düzeltme (yağ alınması, enjeksiyonları veya bacak implantları ile) -İmplantlarla (yumuşak dokuya uygulanan protezler) kontur düzeltmeleri (Kalça ve uyluk implantları, erkekte pektoral (göğüs) implantlar- bacak implantları gibi) -Cilt bakımları ve girişimleri" (<http://tpcd.org.tr/Estetik-Ameliyatlar.35.0.html>). Erişim tarihi: 24.04.2010)

20 Türk Plastik ve Rekonstrüktif Cerrahi Derneği'nin internet sayfasında yer alan bilgilere göre, "Plastik ve Rekonstrüktif Cerrahi; "doğumsal veya sonradan edinilmiş anomalilerin, şekil ve fonksiyon bozukluklarının giderilmesine ve vücut imajının düzeltilmesine çalışan bir cerrahi daldır. Plastik, Yunanca "*plasticos*" tan gelen bir sözcüktür ve "şekillendirmek", "bir kalıba yudurmak" anlamlarına gelir. *Rekonstrüktif* ise Latin kökenli bir sözcüktür ve "yeniden yapmak" anlamına gelir. Plastik ve Rekonstrüktif Cerrahi; tüm vücut yüzeyinde oluşan her türlü cerrahi problemle ilgilenir. Vücudun şekil ve fonksiyonlarını bozan olaylar doğumsal, travmatik veya edinsel kaynaklı olabilir. Örneğin; doğumsal olarak oluşan yarık damak-dudak, yapışık parmak (sindaktili), vasküler kitleler (hemanjiomlar gibi); travmatik olarak oluşan yanıklar, trafik kazalarına bağlı yüz yaralanmaları, çeşitli kesiler ve organ kopmaları; edinsel olarak oluşan çeşitli deri ve yumuşak doku tümörleri, kronik yaralar bu cerrahi disiplin alanı içindedir. Kemik (özellikle yüz-kafa ve el kemikleri) ve kırıldak çatıdaki (kulak ve burun kırıldakları gibi) kayıplar, şekil bozuklukları, patolojik olaylar (tümör, kist, enfeksiyon vb) yine plastik cerrahi uğraşı alanı içindedir. Bunun için klasik cerrahi yöntemler yanında mikrocerrahi, lazer sistemleri, endoskopi ile çeşitli kimyasal ajan ve ilaçlardan yararlanabilir. Özetle; Plastik ve Rekonstrüktif Cerrahi tüm vücut yüzeyinde deri derialtı ve kemikler etkileyen her türlü defektin (boşluğun) onarılmasına çalışır. Bunu yaparken temel kural hangi dokular kaybolduysa ona benzer dokularla onarım yapmaktır."(<http://tpcd.org.tr/Estetik-Ameliyatlar.35.0.html>). Erişim tarihi: 24.04.2010)

cu veya kendiliğinden oluşan, kişinin dış görünümünü bozan veya bozduğu düşünülen, ben, kıl, sarkık, farklı renkteki deri, derideki yağ kümesi, sivilce, kırmızı damar ucu, bedendeki ve yüzdeki sakatlık, olağandan farklı şekil, deformasyon, yara, yar izi, asimetrik, ortalamanın üzerindeki veya altındaki ebatta uzuvların düzeltilmesi veya kapatılması amacıyla yürütülen müdahalelerin tümüdür."²¹ Tüm Plastik cerrahlar, uzmanlık eğitimi sırasında estetik cerrahi eğitimi de alırlar ve estetik operasyonları yapmak konusunda yetkili hekimlerdir. Yetkili olmadığı halde kendi uzmanlık alanı dışında bir alanda cerrahi müdahalede bulunan hekimin (zorunluluk hali hariç) bu müdahalesi tıbbi olsa da, hukukta özen borcunun ihlali anlamına gelir.

Estetik amaçlı müdahalelerde temel amaç dış görünümün güzelleştirilmesi olduğu için, öğretilerde, tedavi amacının ön planda olmadığı gerekçesiyle tıbbi müdahale sayılmadığı gibi, hukuka aykırı müdahaleler olduğu bile ileri sürülmektedir.²² Oysa estetik amaçlı müdahalenin, kişinin doğuştan var olan veya sonradan ortaya çıkan görünüm bozukluklarını düzeltme amacına yönelik tıbbi müdahale olduğu kabul edildiğinde, bedendeki istenmeyen duruma müdahale edilerek ruhsal bütünlüğü sağlamaya yönelik, bu haliyle hukuka aykırı müdahale olmadığı ortadadır. Dünya Sağlık Örgütü'nün (WHO) sağlık tanımı şudur: "Sağlık, yalnız hastalık ve sakatlığın olmayışı değil, beden, ruhen ve sosyal yönden tam bir iyilik halidir." Bu anlamda estetik amaçlı müdahale, bir tıbbi müdahaledir ve dolaylı da olsa (ruhsal açıdan) tedavi amaçlı olduğundan, hekim ile hasta arasında doğrudan tedavi amacıyla gerçekleştirilen tıbbi müdahalelere ilişkin sözleşmenin hukuksal niteliği ile aynı hukuksal sözleşme ilişkisi oluşturur kanısındayız. Ayrıca estetik amaçlı cerrahi müdahale ile elde edilmek istenen sonucun, eser olarak nitelendirilebilmesi ve bu hukuksal ilişkiye eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanabilmesi için bu sonucun (eserin), hem objektif olarak taahhüt edilebilmeye elverişli olması, hem de ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanabilmesi açısından teslim ve muayenenin gerçekleşebileceği maddi bir biçimde cisimlenmesi gerekir. Estetik cerrahiden doğan müdahale ile ortaya çıkan sonuç sözü edilen iki unsur taşımadığından, bu hukuksal ilişkiye eser sözleşmesi hükümleri uygulanamaz. Estetik cerrah, mümkün olan her türlü özeni göstermesine rağmen, hastanın bünyesel yapısı çok sınırlı müdahale edilebilir olduğun-

21 Çağlar Özer, Türk Hukukunda Plastik Cerrah ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği, Ankara Barosu, II: Sağlık Kurultayı, Ankara: 7-8 Kasım 2008, s.242

22 Nevzat GÜRELLİ, Hukuk Açısından Cerrahi Müdahalelerin Sınırı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:4547, S:1-4,1979-80-81,s.267-275

dan, arzu edilen sonuç elde edilemeyebilir. Öğretide estetik amaçlı tıbbi müdahalelere vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiği düşüncesi ağırlıkta²³ ise de, uygulamada, eser sözleşmesi hükümlerinin uygulandığı görülmektedir.²⁴ Eser sözleşmesinin mahiyeti gereği hekimin

23 Mehmet AYAN, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara: 1991, s.56; Haluk Tandoğan, Türk Mesuliyet Hukuku, Cilt II, Ankara 1987,s.21; Zarife ŞENOCAK, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara:1998; s.24; Filiz Yavuz İpekyüz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul: 2006,s.63; Çağlar Özer, Türk Hukukunda Plastik Cerrah ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği, Ankara Barosu, II: Sağlık Kurultayı, Ankara: 7-8 Kasım 2008, s.250

24 "Estetik ameliyatlarda, ameliyatı yapan doktor, estetik görünüm konusunda belli bir teminat vermişse, taraflar arasındaki bu sözleşme, eser sözleşmesidir." (Y.13.HD., E:1993/131, K:1993/274, T: 5.4.1993); "Doktorun estetik amaçla vücuda müdahalesi eser sözleşmesinin konusunu oluşturduğundan, koldaki dövme izini tamamen yok etmeyi taahhüt etmiş sayılır.." (Y.15.HD.E:1997/4007, K:1999/3868, T: 03.11.1999); "Dava dilekçesinde, doğum sonrası davacının karın bölgesinde oluşan deformasyonun düzeltilmesi için davalının ameliyat yaptığı, ancak 6 ay içinde tamamen iyileşmenin gerçekleşmiş olacağını kendisine bildirilmiş olmasına rağmen düzelmenin gerçekleşmemesi üzerine davalı tarafından ikinci bir operasyon yapıldığı buna rağmen görünüşte herhangi bir iyileşme olmadığı gibi, tamiri imkansız hasarların meydana geldiği iddia edilerek maddi ve manevi tazminat talep edilmiştir. Mahkemece alınan bilirkişi raporu ile davacı da ameliyat sonrası çeşitli komplikasyonların olduğu ancak davalının bunda herhangi bir kusurunun bulunmadığı gerekçesiyle dava reddedilmiştir.

Taraflar arasındaki sözleşmeye göre estetik ameliyat yapılmak suretiyle davacının karın bölgesinde doğumdan sonra oluşan bozulmanın giderilmesi öngörülmüştür. Burada sözleşme yapılmasının nedeni belli bir sonucun (eserin) ortaya çıkmasıdır. Eser yüklenicinin sanat ve beceriyi gerektiren, bir emek sarfı ile gerçekleştirilen sonuçtur. O halde taraflar arasındaki ilişki BK'nın 355 ve devamı maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesi ilişkisidir.

Yüklenicinin eseri iş sahibinin yararına olacak şekilde ve ona hiçbir zarar vermeden meydana getirmesi davalı yüklenicinin hem sadakat hem de özen borcunu kapsar. Bu kural gereğince, yüklenici iş sahibinin yararına olan şeyleri yapmak ve zararına olan şeylerden kaçınmak zorundadır. İş sahibi ortaya çıkacak eserde belli niteliklerin bulunmasını arzu eder. Meydana getirilen eserin iş sahibinin beklentisini karşılamaması halinde sözleşmedeki yarar dengesi iş sahibi aleyhine bozulur. Bu bakımdan eserin fen ve sanat kurallarına uygun, iş sahibinin beklentilerini karşılar özelliği taşıması gerekir. Aksi halde eserin ayıplı olduğu kabul edilir. Yüklenici meydana getirdiği eserde ortaya çıkan ayıp ve eksikliklerden ayıba karşı tekeffül borcu gereğince sorumludur.

Yüklenici hangi yöntemi kullanırsa kullansın işin ayıpsız olarak ortaya çıkması gerekir. Davacının doğumdan sonra karın bölgesinde oluşan çatlak ve diğer deformasyonların giderilmesi işini üstlenen davalının eser sözleşmesinin gereği olarak bu işi davacının beklentilerine cevap verecek şekilde fen ve sanat kurallarına uygun yapmak zorundadır. Dosya kapsamından yapılan işin davacının beklentisini tam karşılamadığı anlaşılmaktadır. O halde mahkemece davalının olayda herhangi bir kusurunun bulunmadığı yolunda alınan bilirkişi raporuna göre davanın reddine karar verilmiş olması doğru görülmemiş kararın bozulması gerekmiştir.

O halde mahkemece hukuki yorumda yardımcı olması bakımından aralarında bir hukukçunun da bulunduğu bilirkişi kurulunun yukarıda açıklanan hususlar ve davacının rapora yapmış olduğu itirazlar da değerlendirilmek suretiyle davacının maddi tazminat isteminin hesabıyla ilgili alınacak rapora göre davanın sonuçlandırılması gerekir. Yeterli olmayan bilirkişi raporu göre hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı bulunmuştur. "(Y.15.HD. 2005/7988 Esas ve 2006/3417 Karar, T: 08.06.2006)

özen borcu daha kapsamlı bir hale gelmekte, plastik cerrahın borcunu bizzat yerine getirmesi gerekmektedir.²⁵

b) Hekimin Haksız Fiile Dayanan Sorumluluğu

Hekim ile hasta arasında akdi bir ilişki olmadan tıbbi müdahalede bulunmuş ve vekâletsiz iş görmenin de şartları yoksa bu takdirde hekimin haksız fiil sorumluluğuna gidilir.²⁶ Hekimlik sözleşmesinin varlığı halinde hekimin akdin ihlaline yol açan kusurlu eylemi ile hastaya zarar vermesi durumunda da hasta hekimin hem akdi, hem de haksız fiil sorumluluğuna (BK, m.41) gidebilir. Bu durum zamanaşımı, kusurun ispatı ve yardımcı kişilerin eylemlerinden sorumluluk bakımından farklılıklara yol açar.²⁷ Hukuka aykırı fiil ile hastaya bir zarar verilmiş olması, hekimin kusurlu olması ve zarar ile eylem arasında nedensellik bağının bulunması haksız fiilin unsurlarını oluşturur.

c) Hekimin Vekâletsiz İş görmeden Doğan Sorumluluğu

Zaruret halinde olan bir hastanın hayatını kurtarmak veya zarar görmesini engellemek için tıbbi müdahalede bulunan, ameliyat sırasında yeni bir müdahalenin daha yapılmasını gerekli görmesi halinde ameliyatı genişleten hekimin vekâletsiz iş görme hükümlerine tabi olacağı açıktır ve hekim bu durumda da özen borcu altındadır. Hekim, tıbbi müdahalede hiç bir menfaati bulunmasa bile gerekli özeni BK'nın 411. maddesi gereğince göstermek zorundadır.

d) Sorumluluk Nedeniyle Açılacak Tazminat Davaları

Hekimin tıbbi müdahale nedeniyle kusuru ile hastaya maddi veya manevi zarar vermiş olduğunun kanıtlanması halinde sorumluluğu belirli bir miktar tazminat ödemek şeklinde ortaya çıkar.

aa) Manevi Tazminat Davası

Manevi zarar, ruhsal zedelenme sonucu hastanın kişilik (manevi) değerlerinde oluşan eksilme, yaşama sevincinde gerçekleşen azalmadır. **Hâ-**

25 Plastik cerrahın borcunu bizzat yerine getirmesinin istisnaları ise hasta rızası, zorunluluk hali ve örfün hekime dayandığı yetkidir.

26 Örneğin hekimin hiç haber vermeksizin bir kişi üzerinde deney uygulaması, kişisel düşmanlığı yüzünden hastanın hayatına son vermesi durumunda hasta haksız fiile maruz kalmıştır. (Mehmet AYAN, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara: 1991,s.61) Meslek kusurlarının ispatı bakımından Yargıtay, bilirkişi incelemesi yaptırılmasını gerekli görmektedir.

27 Akdi sorumlulukta kusuru ispat yükü davacıda değil iken, haksız fiil sorumluluğunda davacıdadır (BK.96). Akdi sorumlulukta zamanaşımı beş (BK.126/4) ve on yıl (BK.125) iken akit dışı sorumlulukta bir ve on yıldır (BK.60)

kim manevi tazminatın miktarını belirlerken, ihlalin türü ve yoğunluğu, hastalığın devamı, devam eden ağrılar, kalıcı fiziksel bozuklukların bulunup bulunmadığını dikkate alır. "...BK'nın 47. maddesinde, bedensel bütünlüğün bozulması halinde hâkimin, olayın özelliklerini göz önünde bulundurarak zarar görene adalete uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar vereceği öngörülmüştür. Bedensel bütünlük, eş deyişle vücut bütünlüğü kavramının fiziksel bütünlük yanında ruhsal bütünlüğü ve sağlığı da kapsadığı tartışmasızdır. Olayın özelliklerinin neler olduğu 22.06.1966 gün 1966/7-7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda açıklanmıştır. Bunlar her olayda değişebildiğinden hâkimin, kararında bu özellikleri, objektif ölçülere göre göstermesi gerekir.

Öte yandan manevi tazminatın tutarını belirleme görevi hâkimin takdirine bırakılmış ise de, hükmedilen tutarın uğranılan manevi zararlar orantılı ve duyulan üzüntüyü hafifletecek nitelikte olması gerekir. Hâkimin bu konudaki takdir hakkını kullanırken, ülkenin ekonomik koşulları, tarafların sosyal ve ekonomik durumu, paranın satın alma gücü, tarafların kusur durumu, olayın ağırlığı, işçinin sürekli iş göremezlik oranı, yaşı ve olay tarihi gibi durumları göz önünde tutması, hükmedilecek tutarın manevi tatmin duygusu yaratması yanında caydırıcı nitelikte de olması gerektiği söz götürmez."²⁸

bb) Maddi Tazminat Davası

Maddi zarar, yapılması gereken yeni bir ameliyat ve ek tedavi giderleri gibi fiili zararları kapsadığı gibi, hastanın uğradığı çalışma kaybından ve ekonomik geleceğinin sarsılmasından doğan zararları da kapsar. Hekimin randevuya gelmemesi halinde hastanın hekimi beklerken uğramış olduğu kazanç kaybı ya da hekimin muayenehanesine giderken harcadığı yol masrafları da maddi zarar kapsamında talep edilebilir.²⁹

III- HEKİMLİK SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

Hekimlik sözleşmesi sözleşmenin yüklediği edimin yerine getirilmesi ile son bulur. Hekim tıbbi bilgi ve olanakları elverdiği ölçüde yapılabilecek her şeyi yapmış, her türlü özeni göstermiş ise, ifayı gereği gibi yapılmış saymak gerekir.

Tarafların tek taraflı iradesiyle de son bulabilir. BK'nın 396. maddesi gereği: "Vekâletten azil ve istifa her zaman mümkündür."

28 Yargıtay 21.Hukuk Dairesi'nin 2008-9310 Esas, 2009-1570 Karar, 5.2.2009 tarihli kararı

29 Filiz Yavuz İpekyüz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul: 2006, s.149

"Vekilin iş görme borcunun kişisel niteliğinin ağırlığı, onun yeteneklerine ve ahlaki özelliklerine olan güven, müvekkilin iradesine ve menfaatine uygun olmadıkça, işin bizzat vekil tarafından yapılmasını ve kural olarak yardımcı kişilere başvurulmamasını gerektirir. Ancak hekim kendisini göreceği iş için yeterli derecede yetenekli bulmadığı veya hasta amaca elverişli olmayan yahut hekimin vicdanıyla ve mesleki etik kuralları ile bağdaşmayan talimatlarında ısrar ettiği anda derhal istifa edebilmelidir."³⁰ (Hekimlik Meslek Etiği Kuralları md.8 ve 25.)

Taraflardan birinin ölümü, (hekimin) ehliyetsizliği, (hekimin) iflası ile de son bulabilir.

SONUÇ

Çalışmamızda, ağırlıklı olarak hekimlerin tazmin yükümlülüğü anlamındaki hukuksal sorumluluğu üzerinde durulmuştur.

Hekimle hasta arasındaki hukuksal ilişkiye uygulanacak yasa hükümleri, bu ilişkinin hukuksal nitelenmesi ile mümkündür. Bu ilişki haksız fiil, bir hukuksal sözleşme veya vekâletsiz iş görmeden doğabilir.

360

Uygulama ve öğretilerde hekim ile hasta arasındaki hukuksal sözleşmeye, mahiyeti gereği, hekimin iyileştirmeyi garantilemeden tedavi etme edimini yüklenmesi nedeniyle vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiği görüşü hâkimdir.

Uygulamada estetik ameliyatların eser sözleşmesi kapsamında değerlendirildiği görülmektedir. Oysa dolaylı da olsa (ruhsal açıdan) tedavi amaçlı olduğundan, hekim ile hasta arasında doğrudan tedavi amacıyla gerçekleştirilen tıbbi müdahalelere ilişkin sözleşmenin hukuksal niteliğinin vekâlet sözleşmesi olduğu görüşündeyiz. Ayrıca estetik amaçlı cerrahi müdahale ile elde edilmek istenen sonucun, eser olarak nitelendirilebilmesi ve bu hukuksal ilişkiye eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanabilmesi için bu sonucun (eserin), hem objektif olarak taahhüt edilebilmeye elverişli olması, hem de ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanabilmesi açısından teslim ve muayenenin gerçekleşebileceği maddi bir biçimde cisimlenmesi gerekir. Kanımızca, estetik cerrahiden doğan müdahale ile ortaya çıkan sonuç sözü edilen iki unsuru taşımadığından, bu hukuksal ilişkiye eser sözleşmesi hükümleri uygulanamaz. Estetik cerrah, mümkün olan her türlü özeni göstermesine rağmen, hastanın bünyesel yapısı çok sınırlı müdahale edilebilir olduğundan, arzu edilen sonuç elde edilemeye-

30 Filiz Yavuz İpekyüz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul: 2006,s.162-163

bilir. Bu nedenle güzelleştirme amaçlı estetik ameliyatlar üzerinde ayrıca durulmuştur.

Estetik amaçlı cerrahi bir müdahalenin vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi halinde, hastanın arzu ettiği estetik sonuç gerçekleşmemiş olsa bile, hekim, müdahaleyi özen ve dikkatle gerçekleştirmiş, hastanın da bu müdahaleye geçerli bir rızası varsa hekimin bu sonuçtan sorumluluğu doğmayacaktır. Ancak bu müdahale, uygulamada olduğu gibi, eser sözleşmesi olarak nitelendirilirse, hekim hastanın istediği sonucun tam olarak ortaya çıkmasını üstleneceğinden, arzu edilen estetik sonucun gerçekleşmemesinden de sorumlu olur.

Hekimin hukuksal sorumluluğu, hastanın maddi veya manevi zarara uğraması halinde belli bir miktar tazminat ödemesi şeklinde kendini gösterir.

Son yıllarda hasta hakları ve tıp mesleğindeki etik kurullarla ilgili ulusal ve uluslararası kurulların yaygınlaşması ile hekimlik sözleşmesinin dayandığı temel olan hekim ile hasta arasındaki "güven" ilişkisinin sağlanması ve korunması amaçlanmaktadır. Bu belgelerde hastalara tanınan haklar ile hekime yüklenen borçlar ve verilen yetkilerin ihlali hukuksal ve cezai sorumluluk doğurabilir.

Hekimlik sözleşmesi nedeniyle açılan davalarda, uyuşmazlığın çözümü özel ve teknik bilgiyi gerektirdiğinden, mahkemeler bilirkişi olarak, özellikle (ceza davalarında görüşü bağlayıcı olan, ancak hukuk davalarında bağlayıcılığı kabul edilmeyen) Yüksek Sağlık Şurası, Adli Tıp Kurumu veya uyuşmazlığa konu alanda uzman üniversite öğretim üyelerinden oluşan bilirkişi kurullarına görüş almak üzere başvurmaktadırlar. Hekimlerin meslektaşlarının yargılandığı bu davalarda, meslek etiği kurullarında da sözü edilen diğer kurullar yanında, tarafsız ve bağımsız görüş bildirmelerinin, adaletin gerçekleşmesine büyük katkılar sağlayacağı açıktır.

KAYNAKÇA

AŞÇIOĞLU, Çetin, Doktorların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Ankara:1982

AYAN, Mehmet, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara: 1991

CİVANER, Murat, Sarıkaya, Özlem, Balcıoğlu, Harun Uzmanlık eğitiminde tıp etiği, Anadolu Kardiyol. Derg., 2009; 9: 132-8

DEMİR, Mehmet, Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, AÜHFD, 2008

GÜRELLİ, Nevzat, Hukuk Açısından Cerrahi Müdahalelerin Sınırı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:4547, S:1-4,1979-80-81,s.267-275

İPEKYÜZ, Filiz Yavuz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul: Ocak 2006

ÖZER, Çağlar, Türk Hukukunda Plastik Cerrah ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği, Ankara Barosu, II: Sağlık Kurultayı, Ankara: 7-8 Kasım 2008, s.242

ŞENOCAK, Zarife, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara:1998

TANDOĞAN, Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1981

TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel İlişkiler, Cilt II

Tıp ve Ceza Hukuku, (Proje Yöneticisi: Prof. Dr. Kayıhan İnel, Yayına Hazırlayan: Doç. Dr. Yener Ünver), Türkiye Cumhuriyeti'nin 80. Kuruluş Yıldönümüne Armağan, Ankara 2004.