

**İSVİÇRE VE TÜRK YARGI KARARLARINDA ESER
KAVRAMI, ÖZELLİKLE ESTETİK OPERASYONU KONU
EDİLEN SÖZLEŞMENİN HUKUKİ NİTELİĞİNE
İLİŞKİN OLARAK YARGITAY'IN YAKLAŞIMI:
GÜNCEL BİR BAKIŞ***

*The Concept of “Work” in Swiss and Turkish Judicial Decisions and
Especially the Court of Cassation’s Approach regarding the Legal
Character of Contracts about Cosmetic Surgery:
A Current Perspective*

S. Hülya İMAMOĞLU**

ÖZ

Eser sözleşmesine göre yüklenicinin meydana getirmekle yükümlendiği eser, belirli bir iş görmenin sonucundan oluşur. Eser, maddi veya maddi olmayan bir iş görme sonucu olabilir.

Eser kavramını geniş yorumlayan İsviçre Federal Mahkemesi, son zamanlardaki kararlarında maddi olmayan iş görme sonuçlarının eser olarak kabul edilmesi yönünden bir sınırlama getirmiştir. Buna göre maddi olmayan iş görme sonucunun Art. 363 OR/TBK m. 470 anlamında bir eser kabul edilebilmesi için sonucun doğruluğunun objektif ölçütlere göre kontrol edilebilmesi ve bu suretle doğru veya yanlış olarak nitelendirilebilmesi gerekir.

Yargıtay da eser kavramını geniş yorumlamaktadır. Yargıtay’a göre “eser sözleşmesi, bir iş görme borcu doğuran sözleşme olmakla beraber burada

Makalenin geliş tarihi: 23.03.2019 **Makalenin kabul tarihi:** 04.04.2019

* Bu makale, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından 5-6 Haziran 2018 tarihlerinde gerçekleştirilen “Hukukun Güncel Sorunları” Sempozyumunda sunulan sözlü bildirinin yeniden gözden geçirilerek genişletilmiş halidir.

** Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı

önemli olan çalışmanın kendisinden ziyade bu çalışma neticesi ortaya çıkan ve objektif olarak gözlemlenen sonuçtur. İşi yapmayı üstlenen, işsahibi ile akdi ilişkiye girerken bir sonuç (eser) meydana getirmeyi taahhüt etmektedir. Bu anlamda eser, bir iş görme faaliyetinin maddi veya maddi olmayan sonucudur”.

Estetik operasyon, kişinin vücut bütünlüğüne yönelik estetik amaçlı cerrahi bir müdahaleyi ifade eder. Estetik operasyonu konu edinen bir sözleşme, Yargıtay’ca eser sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir. Ancak Yargıtay’ın, taahhütte bulunanın önceden hâkim olamayacağı tartılamayan faktörlere bağlı sonuçların bir iş görme sonucu olarak vaat edilemeyeceği yönü üzerinde yeterince durmadığı gözlemlenmektedir. Nitekim mesela tedaviye ilişkin belirli bir sonucun elde edilmesi taahhüt edilemez. Aynı durum, aslında estetik operasyonlar için de geçerlidir. Yargıtay’ın estetik operasyon hakkındaki sözleşmenin hukuki niteliğine ilişkin değerlendirmesini yeniden gözden geçirmesi gerekir. Burada uygulanması gereken vekâlet sözleşmesi hükümleri olmalıdır. Eğer belirli bir operasyon sonucunun gerçekleşeceği de taahhüt ediliyorsa, sonuca ilişkin bağımsız garanti taahhüdüyle birlikte vekâlet sözleşmesi düşünülmelidir.

Anahtar Kelimeler: Eser, Eser sözleşmesi, Estetik operasyon, Cerrahi müdahale, Vekâlet sözleşmesi

ABSTRACT

As per contracts of work and services, the work contractor is responsible to undertake is the outcome of a conducted business or a provided service. Work, could be a material or a non-material outcome of a conducted business or provided service.

The Swiss Federal Court which interprets the concept of “work” widely, in its latest decisions has introduced a limitation with regards to acceptance of the non-material outcomes of a conducted business or a provided service as “work”. Accordingly, in order for a non-material outcome of a conducted business or provided service to be considered as “work” under Article 363 OR/TBK 470 the correctness of the outcome should be objectively measurable and therefore it should be possible to qualify the outcome as either correct or incorrect.

The Court of Cassation also interprets the concept of “work” widely. According to the Court of Cassation: “even though a contract for work or services, is a contract that gives rise to an obligation to conduct a business or provide a service, the significant aspect here is the objectively observed outcome of the conducted business or provided service as opposed to the business or the service itself. The contractor undertakes to produce an outcome (work) when entering into a contractual relationship with the customer. In this regard, work, is the material or non-material outcome of a conducted business or provided service”.

Cosmetic surgery means a surgical operation towards a person’s physical integrity for cosmetic purposes. A contract regarding a cosmetic surgery is characterized as a contract of work and service by the Court of Cassation. However, it is observed that the Court of Cassation does not put enough emphasis on the issue that outcomes affected by factors which cannot be foreseen or measured by the party who is making an undertaking cannot be committed as an outcome of a conducted business or a provided service. Thus, achieving an outcome, for example, as a result of a treatment cannot be undertaken. The same situation is actually applicable for cosmetic surgeries as well. The Court of Cassation should re-consider its evaluation regarding the legal character of contracts regarding cosmetic surgeries. Provisions relating to agency should be applied here. If the result of an operation is undertaken as an outcome, an independent guarantee undertaking regarding the outcome should be considered along with an agency contract.

Key Words: Work, Contract for Work and Services, Cosmetic surgery, Surgical operation, Agency contract

I. Giriş

Bu çalışmada eser kavramının İsviçre ve Türk yargı kararlarında nasıl anlaşıldığı güncel bir bakış açısıyla değerlendirilerek, özellikle estetik operasyonu konu edinen sözleşmenin hukuki niteliğine ilişkin olarak Yargıtay’ın yaklaşımı incelenmek istenmiştir. Bu yönde konu bağlamında önce eser kavramı hakkında doktrinde ileri sürülen başlıca görüşler üzerinde durulmuştur.

II. Genel Olarak Eser Kavramı

Eser sözleşmesini tanımlayan TBK m. 470'e göre "eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, işsahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir".

Eser sözleşmesine göre yüklenicinin meydana getirmekle yükümlendiği eser, belirli bir iş görmenin sonucundan oluşur¹. Eser, maddi veya maddi olmayan bir iş görme sonucu olabilir². Buna göre maddi (cismani) bir eser veya maddi olmayan (fikri) bir eser söz konusu olur³.

Maddi eser, maddi şeylerin şekillendirilmesi suretiyle doğar⁴. Burada taşınır veya taşınmaz yeni bir şeyin meydana getirilmesi (mesela bir makinenin yapımı veya bir binanın inşası) söz konusu olabileceği gibi mevcut bir şeyin değiştirilmesi (mesela bir binanın tadili) de söz konusu olabilir⁵. Keza mevcut bir şey üzerinde gerçekleşen onarım, temizleme, yenileme şeklindeki bakım ve diğer takviye ya da yıkım vb. çalışmaların sonucu da maddi eser kavramına dâhildir^{6 7}.

¹ Peter Gauch, Der Werkvertrag, 5. Auflage, Zürich 2011, N. 18.

² Gauch, N. 24; Roland Hürlimann/Thomas Siegenthaler, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse, Teil 2, Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 363 N. 2; Gaudenz G. Zindel/Urs Pulver/Bertrand G. Schott, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1- 529, 6. Auflage, Basel 2015, Vor Art. 363- 379 N. 1; Fahrettin Aral/Hasan Ayrancı, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 11. Baskı, Ankara 2015, s. 361 vd.; Fikret Eren, Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2017, s. 588 vd.; Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen, Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul 2014, s. 987 vd. Sadece maddi iş görme sonuçlarının eser sözleşmesine konu olabileceği görüşünde Georg Gautschi, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die Einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teilband, Der Werkvertrag, Art. 363- 379 OR, 2. Auflage, Bern 1967, Vor Art. 363- 379 N. 1, N. 4; Alfred Koller, Schweizerisches Werkvertragsrecht, Zürich 2015, N. 54, N. 65, N. 66. Ancak Koller, daha önce maddi olmayan iş görme sonuçlarının da eser sözleşmesine konu olabileceği görüşündeydi (Bu konuda bkz. Alfred Koller, Berner Kommentar, Band VI, Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teilband, 1. Unterteilband, Der Werkvertrag, Art. 363- 366, Bern 1998, Art. 363 N. 98.

³ Gauch, N. 24; krş. Aral/Ayrancı, s. 361- 362.

⁴ Krş. Gauch, N. 25.

⁵ Gauch, N. 26 vd., N. 28 vd.; Zindel/Pulver/Schott, Art. 363 N. 3, N. 10; Aral/Ayrancı, s. 365.

⁶ Gauch, N. 28, N. 29; Zindel/Pulver/Schott, Art. 363 N. 3; Aral/Ayrancı, s. 365- 366.

⁷ Öte yandan yüklenicinin meydana getirmekle borçlandığı maddi eserin, insan vücudundaki bazı çalışmaların sonucundan oluşması da mümkündür (mesela saç kesimi, saç boyama

Maddi olmayan (fikri) eser ise, ağırlıklı olarak fikri bir edimin (mesela bilimsel veya sanatsal bir faaliyetin) sonucudur (mesela kullanıcının özel ihtiyaçları için geliştirilmiş bilgisayar programı, tercüme çalışmaları, teknik veya tıbbi vb. uzman raporları, fotoğraf veya film çekimleri)⁸. Fikri eser de maddi eser gibi yüklenicinin eser sözleşmesine ilişkin ediminin konusunu oluşturmaya uygundur⁹.

Doktrinde savunulan bir görüşe göre maddi olmayan bir sonucun eser sözleşmesinin konusunu oluşturabilmesi, ancak bazı sınırlamalarla mümkündür¹⁰: Şöyle ki öncelikle maddi olmayan bir sonuç, yüklenici tarafından niteliği gereği bir iş görme sonucu olarak vaat edilebilmelidir¹¹. Bu anlamda mesela bir dava veya tedaviye ilişkin belirli bir sonucun elde edilmesi taahhüt edilemez; zira bu tür sonuçlar, niteliği gereği taahhüt edenin önceden hâkim olamayacağı tartışılmayan faktörlere de bağlıdır¹². Öte yandan eser sözleşmesinin özellikle eserin teslimine ve gözden geçirilmesine (muayenesine) ilişkin kuralları, maddi olmayan sonucun belirli ölçüde maddilik kazanmasını gerektirir¹³. Bu da maddi olmayan sonucun bir şeyde sürekli olarak şekillenmesi ve böylece algılanabilir tarzda tespit edilmesi suretiyle olur (mesela bir yapı planının yazılı bir metne derci veya bir modelde sunulması ya da bir ses bandına veya elektronik veri belleğine kaydedilmesi halinde durum böyledir)¹⁴.

gibi); ancak burada belirli bir sonuç taahhüdüyle birlikte eser sözleşmesine ilişkin diğer unsurların da bulunması gerekir. Krş. Gauch, N. 31; Aral/Ayrancı, s. 366; Koller'e göre burada maddi eser yoktur, saç kesimini konu edinen bir sözleşme, Art. 363 OR/TBK m. 470 anlamında eser sözleşmesi olarak telakki edilemez, böyle bir halde eser sözleşmesi yerine isimsiz bir sözleşmeden hareket edilmelidir (N. 55).

⁸ Krş. Gauch, N. 33, N. 34; Aral/Ayrancı, s. 361 vd.; Peter Zimmermann, *Der Geist-Werkvertrag*, Basel 1984, s. 1 vd.; Zarife Şenocak, *Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı*, Ankara 2002, s. 14. Zimmermann'a göre fikri bir edim sonucunu konu alan (fikri) eser sözleşmesi, kendine özgü bir isimsiz sözleşmedir (s. 119-120). Koller'e göre de fikri eser sözleşmeleri, isimsiz sözleşmedir (N. 2).

⁹ Gauch, N. 33.

¹⁰ Gauch, N. 42 vd.; Türk hukukunda bu yönde Aral/Ayrancı, s. 363 vd.; Yavuz/Acar/Özen, s. 989 vd.

¹¹ Gauch, N. 43; Aral/Ayrancı, s. 364; Yavuz/Acar/Özen, s. 989.

¹² Gauch, N. 43; Aral/Ayrancı, s. 364; Şenocak, s. 19.

¹³ Gauch, N. 45; Aral/Ayrancı, s. 364- 365; Yavuz/Acar/Özen, s. 989 vd.

¹⁴ Gauch, N. 45; Aral/Ayrancı, s. 363; krş. Şenocak, s. 16.

Maddi olmayan iş görme sonucunun bir şeyde sürekli olarak şekillenerek belirli ölçüde maddilik kazanması gereği, bazı yazarlarca eleştirilmiştir¹⁵: Şöyle ki bir sözleşmeyi eser sözleşmesi olarak nitelendiren, iş görme sonucunun maddiliği değil, bilakis yüklenicinin belirli bir iş görme sonucunu gerçekleştirme taahhüdüdür¹⁶. Buna göre hem maddi hem de maddi olmayan iş görme sonuçlarını kapsayan geniş bir eser kavramı geçerlidir; burada maddi olmayan sonucun ayrıca yazı, resim, ses bandı, videokaset vb. bir şeyde somutlaştırılmasına gerek yoktur¹⁷. Maddi olmayan sonucun bir şeyde somutlaştırıldığı hallerde de somutlaştırma unsuru tali niteliktedir; sadece bir yan yüküm oluşturur¹⁸. Öte yandan eser sözleşmesinin bazı kuralları, maddi olarak somutlaştırılmış fikri eserlere de büyük ölçüde uymamaktadır; mesela eserin meydana getirilmesinde kullanılan malzemeye ilişkin Art. 365 OR/TBK m. 472 hükmü, plan hazırlamayı konu edinen eser sözleşmesinde uygulanamaz¹⁹. Ayrıca maddi olmayan sonucun bir şeyde somutlaştırılıp somutlaştırılmadığına göre ayırım yapılması halinde farklı ve tereddüt uyandırıcı hukuki sonuçlara varılabilir²⁰. Buna göre mesela yazılı bir metinde veya başka bir şekilde somutlaştırılarak teslim edilen bir uzmanlık raporu eser sözleşmesinin konusunu oluştururken, sözlü bir uzmanlık raporu bunun dışında değerlendirilebilecektir²¹. Diğer yandan geniş anlamda eser kavramı, Art. 363 OR/TBK m. 470 hükmünün sözüne de uygundur²².

Bazı yazarlara göre ise eser sözleşmesinin konusunu sadece maddi iş görme sonuçları oluşturabilir²³. Zira eser sözleşmesi hükümleri, özellikle ayıptan sorumlulukla ilgili hükümler, maddi eser sözleşmeleri için uygun olup, fikri eser sözleşmeleri için çoğu kez uygun değildir.

¹⁵ Zindel/Pulver/Schott, Vor Art. 363- 379 N. 2, N. 5; Eren, s. 591 vd.

¹⁶ Zindel/Pulver/Schott, Vor Art. 363- 379 N. 4; Şenocak, s. 18; Eren, s. 591.

¹⁷ Roman Bögli, Der Übergang von der unternehmerischen Leistungspflicht zur Mängelhaftung beim Werkvertrag, Zeitpunkt und Voraussetzungen, Bern 1996, N. 40; Zindel/Pulver/Schott, Vor Art. 363- 379 N. 5.

¹⁸ Zindel/Pulver/Schott, Vor Art. 363- 379 N. 2, N. 5.

¹⁹ Bögli, N. 37; Şenocak, s. 18.

²⁰ Bögli, N. 38; krş. Zindel/Pulver/Schott, Vor Art. 363- 379 N. 5; Eren, s. 592.

²¹ Krş. Bögli, N. 38.

²² Krş. Zindel/Pulver/Schott, Vor Art. 363- 379 N. 3. Türk hukukunda eser kavramının geniş anlaşılması yönünde Şenocak, s. 17; Eren, s. 591 vd.; ayrıca bkz. Hüseyin Altaş, Eserin Teslimden Önce Telef Olması (BK. mad. 368), Ankara 2002, s. 56.

²³ Bkz. mesela Koller, N. 65, N. 66. Ayrıca bkz. dn. 2.

II. İsviçre ve Türk Yargı Kararlarında Eser Kavramı

İsviçre Federal Mahkemesi, 1983 yılından itibaren eser kavramının maddi eserlerin yanında maddi olmayan eserleri de kapsadığı görüşünü savunmaktadır²⁴.

1983 yılından önceki süreçte 1972 yılına kadar maddi olmayan eserlerin de eser sözleşmesinin konusunu oluşturabileceğini kabul eden Federal Mahkeme, 1972 yılında verdiği kararla²⁵ görüş değiştirmiş; eser sözleşmesinin konusunu sadece maddi varlığı olan iş görme sonuçlarının oluşturabileceğini kabul etmiştir. Anılan karara göre bir mimarın ön proje ve planları, bir hukukçunun, jeologun, mühendisin veya hekimin raporu maddi bir eser olmayıp, fikri bir çalışmanın sonucudur; bu sonuçların bir kâğıtta boyut kazanması halinde de durum değişmez, sözü edilen hallerde vekâlet sözleşmesi hükümleri uygulanmalıdır²⁶.

Federal Mahkeme, bu görüşün doktrinde eleştirilmesi üzerine 1983 yılında verdiği kararla²⁷ tekrar görüş değiştirmiş; eski içtihadına dönmüş; eser sözleşmesinin konusunu maddi olmayan iş görme sonuçlarının da oluşturabileceğini ifade etmiştir. Anılan kararda bir arazinin ölçülmesi ve ölçüm değerlerinin bir plan üzerinde gösterilmesinin kararlaştırıldığı bir sözleşme, eser sözleşmesi hükümlerine tabi tutulmuştur²⁸.

İsviçre Federal Mahkemesi, son zamanlardaki kararlarında maddi olmayan iş görme sonuçlarının eser olarak kabul edilmesi yönünden bir sınırlama getirmiştir²⁹. Federal Mahkemenin görüşüne göre maddi olmayan iş görme sonucunun Art. 363 OR/TBK m. 470 anlamında bir eser kabul edilebilmesi için sonucun doğruluğunun objektif ölçütlere göre kontrol edilebilmesi ve bu suretle doğru veya yanlış olarak nitelendirilebilmesi gerekir³⁰. Diğer bir ifadeyle sonuç objektif olarak kontrol edilebilmelidir ki

²⁴ Bu konuda bkz. Zindel/Pulver/Schott, Vor Art. 363- 379 N. 3; Gauch, N. 37 vd., N. 41 vd.; Koller, N. 62.

²⁵ BGE 98 II 305 E. 3b.

²⁶ Karar hakkında ayrıca bkz. Aral/Ayrancı, s. 362.

²⁷ BGE 109 II 34 E. 3b.

²⁸ Karar hakkında bkz. Aral/Ayrancı, s. 362- 363.

²⁹ Konu hakkında bkz. Gauch, N. 46a; Koller, N. 62.

³⁰ BGE 4A_51/2007, 11.09.2007, E. 4. 3 (Bu kararda özel bankacılık alanında mali ve ekonomik verilerin analiz edilmesini ve masraflar bakımından olabilecek en iyi şekilde getirilmesini konu edinen bir sözleşmenin eser sözleşmesi olarak değerlendirilip

vaat edilebilsin. Federal Mahkemenin bu yaklaşımı, doktrinde eleştirilmiştir³¹. Nitekim her şeyden önce sanat eserleri gibi eser sözleşmesi anlamında maddi olmayan (fikri) eserler, nitelikleri gereği ne doğru ne yanlıştır, bilakis belki güzel veya güzel değildir. Diğer taraftan maddi olmayan bir iş görme sonucunun doğruluğu, objektif ölçütlere göre bir değerlendirmeye tabi tutulamayabilir. Fakat bu durum, ilgili sonucun eser sözleşmesi anlamında bir eser olmasını engellemez. Bilakis bunun anlamı şudur; burada sonucun objektif olarak doğruluğu borçlanılmamıştır ve yüklenicinin ayıptan sorumluluğuna yol açan özelliklerden değildir³².

Yargıtay da eser kavramını geniş yorumlamaktadır³³. Yargıtay'a göre "eser sözleşmesi, bir iş görme borcu doğuran sözleşme olmakla beraber burada önemli olan çalışmanın kendisinden ziyade bu çalışma neticesi ortaya çıkan ve objektif olarak gözlemlenen sonuçtur. İş yapmayı üstlenen, işsahibi ile akdi ilişkiye girerken bir sonuç (eser) meydana getirmeyi taahhüt etmektedir. Bu anlamda eser, bir iş görme faaliyetinin maddi veya maddi olmayan sonucudur"³⁴. Bir kararında Yargıtay, eser kavramını şöyle ifade

değerlendirilemeyeceği incelenmiştir). Bu konuda önemli bir karar olarak bkz. BGE 127 III 328 E. 2c (Bu kararda bilirkişi raporunun sonucunun objektif ölçütlere göre doğru veya yanlış olarak kontrol edilebilmesi halinde vaat edilebileceği ve eser sözleşmesine konu olabileceği ifade edilmiştir). Ayrıca bkz. BGE 4A_252/2010, 25.11.2010, E. 4. İsviçre Federal Mahkemesinin bir sanatçıyla yapılan sözleşmeyle ilgili 2018 yılında verdiği bir kararı bağlamında maddi olmayan iş görme sonucunun, eser sözleşmesine konu olabilmesi için objektif ölçütlere göre doğru veya yanlış olarak kontrol edilebilir bir sonuç olması gerektiği yönündeki görüşünü teyit ettiği hususunda bkz. Markus Vischer, Urteilbesprechung 4A_129/2017, AJP 2018, s. 1153 vd.

³¹ Gauch, N. 46a; ayrıca bkz. Zindel/Pulver/Schott, Vor Art. 363- 379 N. 6.

³² Gauch, N. 46a. Sanat eserlerine ilişkin olarak ayrıca bkz. Şenocak, s. 18- 19.

³³ Bu konuda bkz. Şenocak, s. 17, dn. 54 ve orada atıf yapılan kararlar; Leyla Müjde Kurt, Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü (6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre), Ankara 2012, s. 29 vd.; Krş. Yusuf Büyükay, Eser Sözleşmesi, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 33, dn. 8; Müge Ürem, Eser Sözleşmesinde Erken Dönme, İstanbul 2017, s. 13.

³⁴ Bkz. mesela Y. 9. HD. E. 2014/21286, K. 2015/16588, 06.05.2015 (Legalbank). Anılan kararda Yargıtay, bağımsız bir varlığı değiştirmeye, işlemeye veya biçimlendirmeye yönelik edimlerin de eser kavramına dâhil sayılacağını ve eser sözleşmesinin konusunu oluşturacağını ifade etmiştir. Aynı yönde Y. 22. HD. E. 2014/29178, K. 2015/10460, 17.03.2015; Y. 22. HD. E. 2014/25180, K. 2015/8354, 26.02.2015; Y. 22. HD. E. 2014/3415, K. 2014/4314, 28.02.2014; Y. 21. HD. E. 2008/7005, K. 2009/4541, 26.03.2009; Y. 21. HD. E. 2008/6716, K. 2009/567, 22.01.2009; Y. 15. HD. E. 2011/3921, K. 2011/4811, 20.07.2011 (Legalbank); Y. 15. HD. E. 2010/589, K. 2011/263, 25.01.2011 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

etmiştir: “Genellikle emek unsuru ağır basan bir çalışma ürünü olup bütünlük arz eden ve ekonomik değeri olan her hukuksal varlık, maddi nitelikte olsun veya olmasın birer eser sayılmaktadır...”³⁵. Yargıtay’ın eser sözleşmesinde Federal Mahkeme gibi maddi olmayan iş görme sonucunun objektif doğruluğu yönünde sınırlayıcı bir şart getirmediği görülmektedir.

IV. Estetik Operasyonu Konu Edinen Sözleşmenin Hukuki Niteliğine İlişkin Olarak Yargıtay’ın Yaklaşımı

1. Genel Olarak Estetik Operasyonlar

Estetik operasyon, kişinin vücut bütünlüğüne yönelik estetik amaçlı cerrahi bir müdahaleyi ifade eder³⁶.

Estetik operasyonlar, takip edilen amaca göre üç gruba ayrılabilir³⁷:

1.1. Rekonstrüktif Estetik Operasyonlar

Rekonstrüktif estetik operasyonlar, bir kaza veya hastalık sonucu ortaya çıkan, dıştan fark edilebilir estetik bir şekil bozukluğunu, deformasyonu gidermeye yönelik estetik operasyonlardır³⁸. Bu operasyonlarla vücudun veya hastanın görünüşünün normal haline gelmesi hedeflenir. Mesela, yüzdeki yangın yaraları sonucu yüz nakli; yüzde bir kaza sonucu meydana gelen yara izlerinin düzeltilmesi; bir tümör sebebiyle alınmak zorunda kalınan göğsün yerine göğüs yapılması gibi operasyonlarda durum böyledir³⁹.

³⁵ Y. 15. HD. E. 2012/6827, K. 2012/7647, 05.12.2012 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Y. 3. HD. E. 2013/2362, K. 2013/4483, 14.03.2013 (Legalbank). “...Önceden belirlenmiş olan ve bir bütün teşkil eden bir iş, emek sonucu...” olarak bkz. Y. HGK. E. 2015/139, K. 2018/316, 21.02.2018 (Legalbank). Eserin, yüklenicinin sanat ve becerisini gerektiren bir emekle gerçekleştirilen bir sonuç olduğu yönünde bkz. Y. 14. HD. E. 2011/8995, K. 2011/9420, 18.07.2011 (Legalbank).

³⁶ Krş. Nadja Majid, Die Geschäftsfähigkeit der urteilsfähigen minderjährigen Person im Bereich der Schönheitsoperationen- Rechtslage, Kritik und Postulat, Zürich 2017, N. 88. Konu hakkında bkz. Hasan Petek, Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 8, Sayı 1, 2006, s. 180; Atilla Arıncı/Sevgi Usta, Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumlulukları ve Eser Sözleşmesi, Turkish Journal of Plastic Surgery, 2017; 25 (2), s. 85- 86; Merter Özay, Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2006, s. 23.

³⁷ Majid, N. 117; ayrıca bkz. Özay, s. 25 vd.; Petek, s. 181 vd..

³⁸ Majid, N. 118.

³⁹ Majid, N. 119.

1. 2. Konstrüktif (Korrektif) Estetik Operasyonlar

Konstrüktif (korrektif) operasyonlar, doğuştan gelen, dıştan fark edilebilir bir şekilsizliği veya yine doğuştan gelen ve normalden büyük ölçüde ayrılan estetik bir deformasyonu gidermeye yönelik operasyonlardır⁴⁰. Bu ihtimalde şekilsizlik veya estetik deformasyon, ortalama bir kişi tarafından da estetik dışı veya rahatsız edici bulunmalıdır. Böyle bir estetik operasyonla, rekonstrüktif estetik operasyonda olduğu gibi, vücudun veya kişinin görünüşünün normal haline gelmesi hedeflenir. Mesela, çok açık (yelken/kepçe) kulaklarda kulak düzeltme; göğüs deformasyonlarının (eşit olmayan büyüklükte, farklı biçimde, eksik göğüsler gibi şekilsizliklerin) düzeltilmesi gibi operasyonlar, konstrüktif (korrektif) operasyonlara örnek verilebilir⁴¹.

1.3. Güzelleştirmeye Yönelik Estetik Operasyonlar

Burada objektif açıdan norma uygun bir vücutta istenilen düzeltmeleri gerçekleştirmeye yönelik estetik operasyonlar söz konusudur⁴². Böyle bir estetik operasyon, vücutta veya görünüşte kişisel olarak hissedilen veya algılanan estetik bir deformasyondan dolayı yapılır. Mesela, hastanın görüşüne göre çok büyük olan bir burundan dolayı gerçekleştirilen burun düzeltmesi; hastanın görüşüne göre çok küçük olan göğüs hacminden dolayı yapılan göğüs büyütme; yine hastanın görüşüne göre çok kalın olan uyluklardan dolayı yağ aldırma gibi operasyonlarda durum böyledir⁴³.

Güzelleştirmeye yönelik estetik operasyonlarla konstrüktif (korrektif) estetik operasyonlar arasında ayırım yapmak kolay olmayabilir⁴⁴. Mesela yelken/kepçe kulakların cerrahi olarak düzeltilmesi, hem güzelleştirmeye yönelik estetik operasyon hem de konstrüktif (korrektif) estetik operasyon olarak nitelendirilebilir. Belirli bir operasyonun estetik operasyonlardan hangi kategoriye gireceği, münferit halde somut şartlara göre tespit edilir. Bu yönde mesela bir çocuğun yelken/kepçe kulakları normalden büyük ölçüde ayrılan bir estetik deformasyon ortaya koyuyorsa, kulakların cerrahi olarak düzeltilmesi, daha ziyade konstrüktif (korrektif) estetik operasyon olarak nitelendirilirken, çocuğun kulakları sadece çok az açık duruyorsa, kulakların cerrahi olarak düzeltilmesi, daha ziyade güzelleştirmeye yönelik estetik operasyon kategorisine girer⁴⁵.

⁴⁰ Majid, N. 120.

⁴¹ Majid, N. 121.

⁴² Majid, N. 122.

⁴³ Majid, N. 123.

⁴⁴ Krş. Majid, N. 124.

⁴⁵ Majid, N. 124.

Estetik operasyon, tedavi amaçlı da yapılabilir⁴⁶. Burada birincil amaç, fiziksel ve psişik sağlığın korunması, iyileştirilmesi ve yeniden kazandırılmasıdır⁴⁷. Bu operasyonlar, mesela sırt ağrısı, eklem ağrısı gibi fiziksel ağrılardan kurtarmayı veya mesela depresyon gibi psişik bir bozukluğun sağaltımını amaçlar⁴⁸. Burada dıştan fark edilebilir estetik bir deformasyonun sebep olduğu fiziksel veya psişik bir hastalık veya bozukluk mevcuttur ve estetik operasyon ile bu fiziksel veya psişik acının bertaraf edilmesi ihtimali mevcuttur⁴⁹. Mesela, göğüs küçültmesi, tedavi amaçlı olabilir⁵⁰. Diğer taraftan sözü edilen göğüs küçültmesinde tedavi amacıyla birlikte, estetik sebepler de bulunabilir. Fakat böyle bir durumda estetik sebepler ön planda olmamalıdır; bilakis sağlıkla ilgili sebeplere göre daha ziyade ikincil derecede olmalıdır. Aksi takdirde göğüs küçültme, tedavi amaçlı estetik operasyon olmaz, sadece estetik amaçlı olur⁵¹.

Doktrinde bir görüşe göre rekonstrüktif ve konstrüktif (korrektif) estetik operasyonlar, esasen tedavi amaçlıdır⁵².

2. Estetik Operasyonu Konu Edinen Sözleşmenin Hukuki Niteliği

2.1. Estetik Operasyonu Konu Edinen Sözleşmenin Hukuki Niteliğine İlişkin Olarak Doktrindeki Görüşler

Estetik operasyonu konu edinen sözleşmenin hukuki niteliğine ilişkin olarak doktrinde farklı yaklaşımlar mevcuttur⁵³. İsviçre doktrininde hekimle hasta arasındaki hukuki ilişki, esas itibarıyla, vekâlet sözleşmesi olarak

⁴⁶ Majid, N. 131. Konuyla ilgili olarak ayrıca bkz. Petek, s. 181 vd.; Özay, s. 25 vd. Türk hukukunda Ayan'a göre "estetik amaçlı müdahalelerde, doğrudan doğruya beden sağlığını koruma amacı bulunmadığı söylenebilir. Zira bunlar, bedeni bir rahatsızlığın ortadan kaldırılmasından ziyade, fizik yapıda mevcut anormalliğin ruhi yapıda yol açtığı bozuklukları tamir amacına yöneliktirler. Ameliyat sonucunda kişi, daha ziyade ruhi bir tatmin, bir rahatlama elde eder. Ne var ki, beden sağlığı ile ruh sağlığının bir bütün olduğu düşünülürse, estetik amaçlı müdahalelerin de tedavi niteliği taşıdıkları kabul edilebilir." Bkz. Mehmet Ayan, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991, s. 34.

⁴⁷ Majid, N. 131.

⁴⁸ Majid, N. 131; ayrıca bkz. Petek, s. 182.

⁴⁹ Majid, N. 132.

⁵⁰ Majid, N. 133; Petek, s. 182.

⁵¹ Majid, N. 134.

⁵² Bu konuda bkz. Majid, s. 39, dn. 217 ve dn. 224.

⁵³ Bu konuda Türk hukukundaki görüşlere ilişkin olarak ayrıntılı bir inceleme için bkz. Petek, s. 187 vd.

nitelendirilmektedir⁵⁴. Vekâlet sözleşmesinde vekil, vekâlet verenin menfaatine ve gerçekleşip gerçekleşmeyeceği garanti edilemese de, belirli bir sonuç bakımından özenli bir faaliyette bulunmayı borçlanır⁵⁵. Eser sözleşmesinde ise yüklenici, bir eser meydana getirmeyi üstlenir. Yüklenicinin meydana getirmekle yükümlendiği eser, belirli bir iş görmenin sonucundan oluşur. Bu iş görme sonucu, genellikle göz önünde tutulması zorunlu olmayan, öngörülemeyen şartlar saklı kalmak kaydıyla, tarafların düşüncesine göre sözleşmeye uygun davranışla olağan olarak erişilen bir sonucu ifade eder⁵⁶. Oysa tedaviye ilişkin belirli bir sonucun elde edilmesi taahhüt edilemez; zira bu tür sonuçlar, niteliği gereği taahhüt edenin önceden hâkim olamayacağı tartılamayan faktörlere de bağlıdır⁵⁷. Diğer taraftan bir cerrahın gerçekleştirdiği operasyon da tedavi ile hedeflenen iyileşme yolunda bir ara basamak teşkil eder; bu yönde cerrah da eser yüklenicisi olarak faaliyette bulunmaz⁵⁸. Cerrahın bedensel iyileşme ile ilgisi olmayan sadece estetik bir operasyon yapması halinde de aynısı geçerlidir⁵⁹. Bu yönde estetik operasyon hakkındaki sözleşmeye de vekâlet hükümleri uygulanmalıdır⁶⁰.

Türk hukukunda bazı yazarlara göre hekimle hasta arasında cerrahi müdahalelerin yapılmasına ilişkin sözleşmeler, eser sözleşmesi olarak nitelendirilemez. Zira cerrahi müdahalelerin başarıyla sonuçlanması, çoğu kez

⁵⁴ Gauch, N. 44; Max Nägeli, Die ärztliche Behandlung handlungsunfähiger Patienten aus zivilrechtlicher Sicht, Zürich 1984, s. 71; Majid, N. 154; Andrea Büchler/Margot Michel, Medizin- Mensch- Recht, Eine Einführung in das Medizinrecht der Schweiz, Zürich 2014, s. 80.

⁵⁵ BGE 127 III 328 E. 2c.

⁵⁶ Krş. Koller, N. 55.

⁵⁷ Gauch, N. 43; krş. Koller, N. 55.

⁵⁸ Gauch, N. 44.

⁵⁹ Gauch, N. 44. Gauch'a göre burada sınırdaki bir hal bulunsada, cerrahi müdahalenin kişiye sıkı biçimde bağlı niteliği ve taraflar arasındaki tipik güven ilişkisi dikkate alındığında vekâlet sözleşmesinin uygulanması gerekir. Gauch'a göre saç naklini konu edinen bir sözleşme de bu kapsamdadır. Koller'e göre saç nakli, pekâlâ bir çalışma sonucu olarak vaat edilebilir, ancak böyle bir halde isimsiz sözleşme olarak telakki edilmesi gereken bir fikri eser sözleşmesi vardır (Koller, N. 56). Yargıtay, saç naklini konu edinen sözleşmeleri, eser sözleşmesi olarak kabul etmektedir. Bu yönde bkz. mesela Y. 15. HD. E. 2017/2151, K. 2017/3693, 30.10.2017; Y. 3. HD. E. 2013/18568, K. 2014/2337, 17.02.2014; Y. 3. HD. E. 2012/22501, K. 2013/1065, 24.01.2013 (Legalbank).

⁶⁰ Krş. Majid, N. 154; Hans Giger, Analyse der haftpflichtrechtlichen Situation im Hinblick auf die chirurgische Schönheitsoperation, Ohne jegliche Haftung – Festschrift für Willi Fischer, Beiträge zum schweizerischen Haftpflicht- und Schuldrecht, Zürich 2016, s. 164 vd.

hekimin elinde olmayan faktörlere (hastanın durumu gibi) bağlıdır ve bu sebeple objektif olarak niteliği bakımından taahhüt edilmeye elverişli değildir⁶¹.

Özay'a göre tüm tıbbi müdahale yöntem, amaç ve çeşitlerinin Borçlar Kanununda düzenlenmiş tek bir sözleşme türüne dâhil edilmesi mümkün değildir⁶². Hekimlik sözleşmesi, tıbbi müdahalenin türüne göre vekâlet veya eser sözleşmesi hükümlerine tabi olabilir. Tıp biliminin ve uygulamada yararlanılan teknik araçların gelişmesiyle birlikte, hekim, kimi müdahalelerde sonucu taahhüt edebilir. Konusu bir eser meydana getirme sayılan ve sonucunun taahhüt edilmesi mümkün olan tıbbi müdahalelere, eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanması, özellikle ayıptan sorumluluk hükümleri bakımından daha isabetlidir⁶³. Anılan yazara göre estetik müdahalelerin konu edildiği hekimlik sözleşmelerine eser sözleşmesi hükümleri uygulanacaktır⁶⁴.

Bazı yazarlara göre ise estetik operasyonun tedavi amaçlı olması halinde vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması düşünülmelidir; buna karşılık tedavi amaçlı olmayan, sadece dış görünümü isteğe uygun hale getirmeye yönelik estetik operasyonlar için eser sözleşmesi hükümleri söz konusu olmalıdır⁶⁵.

2.2. Estetik Operasyonu Konu Edinen Sözleşmenin Hukuki Niteliğine İlişkin Olarak Yargıtay'ın Yaklaşımı

Estetik operasyonu konu edinen bir sözleşme, Yargıtay'ca eser sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir⁶⁶.

⁶¹ Zarife Şenocak, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara 1998, s. 24; ayrıca bkz. Petek, s. 188 ve orada atıf yapılan yazarlar; estetik operasyonu konu edinen sözleşmenin hukuki niteliğine ilişkin olarak farklı bir değerlendirme için bkz. Arıncı/Usta, s. 91.

⁶² Özay, s. 47.

⁶³ Özay, s. 47- 48; ayrıca bkz. Petek, s. 190.

⁶⁴ Özay, s. 49. Estetik cerrah ile hasta arasında kurulan sözleşmenin, eser sözleşmesi niteliği taşıdığı yönünde Petek, s. 191.

⁶⁵ Aral/Ayrancı, s. 364.

⁶⁶ Bkz. mesela Y. 3. HD. E. 2016/455, K. 2017/7134, 15.05.2017; Y. 13. HD. E. 1993/131, K. 1993/2741, 05.04.1993 (Legalbank). Bununla birlikte Yargıtay, bir kararında yüzdeki çizgi ve kırışıklıkların giderilmesi için dolgu enjeksiyon yapılmasını konu edinen bir sözleşmede hekimin hukuki sorumluluğu bakımından vekâlet sözleşmesi hükümlerini uygulamıştır. Karar için bkz. Y. 13. HD. E. 2008/4519, K. 2008/10750, 18.09.2008 (Legalbank). Konu hakkında ayrıca bkz. Arıncı/Usta, s. 90. Yargıtay'ın estetik operasyonu konu edinen sözleşmelere ilişkin kararlarıyla ilgili olarak bkz. Yusuf Memiş, (Yargıtay Kararları İşığı

Yargıtay'ın eser kavramına ilişkin yaklaşımı, esas itibarıyla isabetli olmakla birlikte, estetik operasyonu konu edinen sözleşmeyi eser sözleşmesi olarak nitelendiren yaklaşımı üzerinde durmak gerekir. Şöyle ki Yargıtay'ın konu ile ilgili kararlarında birkaç yön dikkati çekmektedir:

İlk olarak Yargıtay'ın, estetik amaca vurgu yapan kararları olsa da⁶⁷, estetik operasyonları kategorize etmediği, bu bağlamda bazı estetik operasyonların tedavi amaçlı olarak kabul edilip edilmeyeceği meselesini tartışmadığı gözlemlenmektedir⁶⁸.

Yargıtay'ın, estetik operasyonun sadece estetik amaçlı olmadığı, tedavi amaçlı da yapıldığı (iddia edilen) hallerde ise hangi amacın öncelikli olduğu yönünde bir inceleme yapmadığı; estetik amaç da varsa, doğrudan eser sözleşmesi hükümlerini uyguladığı gözlemlenmektedir⁶⁹.

Yargıtay, bir kararında operasyonla tedavi değil, güzelleşme amaçlandığından taraflar arasındaki ilişkinin hizmet ilişkisi değil, eser sözleşmesi ilişkisi olduğunu kabul ederken, tedavi amaçlanması halinde neden hizmet ilişkisinin söz konusu olması gerektiği tartışılmamıştır⁷⁰.

Yargıtay, bir kararında yüz gerdirme operasyonunu eser sözleşmesi kapsamında değerlendirirken, estetik cerrahın, meydana getirdiği eserde, ortaya çıkan ayıp ve eksikliklerden ayıba karşı tekeffül hükümleri gereğince sorumlu olduğunu ifade etmiştir⁷¹. Bu yönde Yargıtay, iş sahibinin, eserdeki ayıbın önemine göre, eserdeki ayıpların giderilmesini talep (onarım) hakkı, ayıplı eserden ötürü ücretten indirim isteme hakkı ve eseri kabulden kaçınma

Altında) Estetik Ameliyatlardan Doğan Hukuki Sorumluluk, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 11, Sayı 119, Temmuz 2016, s. 174 vd.; konu bağlamında ayrıca bkz. Mine Kaya, Estetik Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğünün Kapsamı, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 11, Sayı 117, Mayıs 2016, s. 23 vd.

⁶⁷ Bkz. mesela Y. 15. HD. E. 2010/589, K. 2011/263, 25.01.2011 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Y. 3. HD. E. 2013/11743, K. 2013/13688, 01.10.2013 (Memiş, s. 197).

⁶⁸ Bkz. mesela Y. 3. HD. E. 2015/7414, K. 2016/4865, 30.03.2016 (Legalbank). Farklı bir değerlendirme için bkz. Arıncı/Usta, s. 88.

⁶⁹ Bkz. mesela Y. 3. HD. E. 2012/177, K. 2012/6939, 15.03.2012 (Legalbank).

⁷⁰ Y. 15. HD. E. 2017/2286, K. 2017/3847, 07.11.2017 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 3 Kasım 1999 tarihli (E. 1999/4007, K. 1999/3868) kararında bir hasta ile onu tedavi eden doktor arasındaki ilişkinin, vekâlet sözleşmesinin konusunu oluşturduğunu, bir cerrahın tedavi değil de, güzellik amacıyla insan vücudu üzerindeki tıbbi müdahalesinin ise eser sözleşmesinin konusunu oluşturduğunu ifade etmiştir. Karar için bkz. Legalbank; ayrıca Petek, s. 190, dn. 41.

⁷¹ Y. 3. HD. E. 2015/12079, K. 2015/19759, 07.12.2015. Karar için bkz. Memiş, s. 187.

hakkı bulunduğunu belirtmiştir. Yargıtay devamlı, somut olayda eserdeki ayıbın kabul edilemeyecek derecede olmadığından sözleşmenin feshinin istenemeyeceğini, iş sahibinin asıl iş bedelini ve giderlerinin iadesini talep edemeyeceğini ifade etmiş ve ayıbın giderilmesi için yapılacak giderlerin (başka bir cerrahta düzeltme ameliyatı için) tahsilinin istenebileceği sonucuna varmıştır. Bize göre bu kararda yüz gerdirmeye operasyonu sonrasında ortaya çıkan sonucun “kabul edilemeyecek derecede olmadığından” söz edilmesi düşündürücüdür. Açıktır ki TBK m. 475 hükmü çerçevesinde operasyon geçiren kişinin yüzünde ortaya çıkan sonucun kabul edilemeyecek derecede olması halinde de, sonucun niteliği gereği, sözleşmeden dönme imkânı yoktur. Bu karardaki yaklaşım, Yargıtay’ın meseleyi özellik gösteren yönleriyle ele almadığını göstermektedir⁷².

Yargıtay’ın, taahhütte bulunanın önceden hâkim olamayacağı tartılamayan faktörlere bağlı sonuçların, bir iş görme sonucu olarak vaat edilemeyeceği yönü üzerinde yeterince durmadığı gözlemlenmektedir. Nitekim Yargıtay, ameliyat esnasında ve sonrasında kanama ve kan pıhtılaşması problemi yaşandığı, kan pıhtılaşmasının tıbbi müdahalenin olası komplikasyonlarından olmadığı bir karın germe ameliyatını konu edinen bir kararında, bu yönü tartışmadan, eser sözleşmesi hükümlerini uygulamıştır⁷³. Oysa taahhütte bulunanın önceden hâkim olamayacağı tartılamayan faktörlere bağlı sonuçlar, bir iş görme sonucu olarak vaat edilemez, bu yönde niteliği gereği tedaviye ilişkin belirli bir sonucun elde edilmesi de taahhüt edilemez⁷⁴. Aynı durum, aslında estetik operasyonlar için de geçerlidir.

V. Sonuç

Yargıtay, eser kavramını geniş yorumlamaktadır. Yargıtay’a göre “eser sözleşmesi, bir iş görme borcu doğuran sözleşme olmakla beraber burada önemli olan çalışmanın kendisinden ziyade bu çalışma neticesi ortaya çıkan ve objektif olarak gözlemlenen sonuçtur. İşi yapmayı üstlenen, iş sahibi ile akdi ilişkiye girerken bir sonuç (eser) meydana getirmeyi taahhüt etmektedir. Bu anlamda eser, bir iş görme faaliyetinin maddi veya maddi olmayan

⁷² Benzer bir karar için bkz. Memiş, s. 219 (Y. 15. HD. E. 2008/969, K. 2008/6813, 14.11.2008); Konu bağlamında ayrıca bkz. Özay, s. 98- 99.

⁷³ Y. 3. HD. E. 2015/11672, K. 2016/4827, 29.03.2016 (Legalbank).

⁷⁴ Krş. Gauch, N. 43; Koller, N. 55.

sonucudur”. Estetik operasyonu konu edinen bir sözleşme ise Yargıtay’ca eser sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir.

Yargıtay’ın eser kavramına ilişkin yaklaşımı, esas itibarıyla isabetli olmakla birlikte, estetik operasyonu konu edinen sözleşmeyi eser sözleşmesi olarak nitelendiren yaklaşımı tartışılmalıdır. Bize göre özellikle bir sonucun sadece vaatte bulunanın elde etmeye muktedir olabildiği hallerde taahhüt edilebileceği dikkate alındığında, Yargıtay’ın estetik operasyon hakkındaki sözleşmenin hukuki niteliğine ilişkin değerlendirmesini yeniden gözden geçirmesi gerekir⁷⁵. Burada uygulanması gereken vekâlet sözleşmesi hükümleri olmalıdır. Eğer belirli bir operasyon sonucunun gerçekleşeceği de taahhüt ediliyorsa, sonuca ilişkin bağımsız garanti taahhüdüyle birlikte vekâlet sözleşmesi düşünülmelidir⁷⁶.

⁷⁵ Krş. Giger, s. 164.

⁷⁶ Krş. Koller, N. 55; s. 21, dn. 35.

KISALTMALAR

Abs.	:	Absatz
AJP	:	Aktuelle Juristische Praxis
Art.	:	Artikel
BGE	:	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
Bkz.	:	Bakınız
dn.	:	dipnot
E.	:	Esas, Erwägung
HD	:	Hukuk Dairesi
HGK	:	Hukuk Genel Kurulu
K.	:	Karar
Krş.	:	Karşılaştırınız
m.	:	madde
N.	:	Note
OR	:	Obligationenrecht
s.	:	sayfa
TBK	:	Türk Borçlar Kanunu
vd.	:	ve devamı, ve diğerleri
Y	:	Yargıtay

KAYNAKÇA*

- Altaş, Hüseyin: Eserin Teslimden Önce Telef Olması (BK. mad. 368), Ankara 2002.
- Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 11. Baskı, 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- 93.
- Ayan, Mehmet: Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991.
- Bögli, Roman: Der Übergang von der unternehmerischen Leistungspflicht zur Mängelhaftung beim Werkvertrag, Zeitpunkt und Voraussetzungen, Bern 1996.
- Büchler, Andrea/Michel, Margot: Medizin- Mensch- Recht, Eine Einführung in das Medizinrecht der Schweiz, Zürich 2014.
- Büyükkay, Yusuf: Eser Sözleşmesi, 2. Baskı, Ankara 2014.
- Eren, Fikret: Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2017.
- Gauch, Peter: Der Werkvertrag, 5. Auflage, Zürich 2011.
- Gautschi, Georg: Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die Einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teilband, Der Werkvertrag, Art. 363- 379 OR, 2. Auflage, Bern 1967.
- Giger, Hans: Analyse der haftpflichtrechtlichen Situation im Hinblick auf die chirurgische Schönheitsoperation, Ohne jegliche Haftung – Festschrift für Willi Fischer, Beiträge zum schweizerischen Haftpflicht- und Schuldrecht, Zürich 2016, s. 161- 179.

* Dipnotlarda geçen eserler, yazarlarının soyadları ile anılmıştır. Aynı yazarın birden fazla eserine yapılan atıflar, kısaltılmış şekilleriyle parantez içerisinde gösterilmiştir.

- Hürlimann, Roland/Siegenthaler, Thomas: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse, Teil 2, Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, 3. Auflage, Zürich 2016.
- Kaya, Mine: Estetik Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğünün Kapsamı, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 11, Sayı 117, Mayıs 2016, s. 23- 37.
- Koller, Alfred: Schweizerisches Werkvertragsrecht, Zürich 2015 (Koller, N.).
- Koller, Alfred: Berner Kommentar, Band VI, Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teilband, 1. Unterteilband, Der Werkvertrag, Art. 363- 366, Bern 1998 (Koller, Art.).
- Kurt, Leyla Müjde: Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü (6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre), Ankara 2012.
- Majid, Nadja: Die Geschäftsfähigkeit der urteilsfähigen minderjährigen Person im Bereich der Schönheitsoperationen- Rechtslage, Kritik und Postulat, Zürich 2017.
- Memiş, Yusuf: (Yargıtay Kararları Işığı Altında) Estetik Ameliyatlardan Doğan Hukuki Sorumluluk, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 11, Sayı 119, Temmuz 2016, s. 174- 221.
- Nägeli, Max: Die ärztliche Behandlung handlungsunfähiger Patienten aus zivilrechtlicher Sicht, Zürich 1984.
- Özay, Merter: Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2006.
- Petek, Hasan: Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 8, Sayı 1, 2006, s. 177- 239.
- Şenocak, Zarife: Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara 2002 (Şenocak).
- Şenocak, Zarife: Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara 1998.
- Ürem, Müge: Eser Sözleşmesinde Erken Dönme, İstanbul 2017.

Vischer, Markus: Urteilbesprechung 4A_129/2017, AJP 2018, s. 1151- 1156.

Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak: Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul 2014.

Zimmermann, Peter: Der Geist-Werkvertrag, Basel 1984.

Zindel, Gaudenz G./Pulver, Urs/Schott, Bertrand G.: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1- 529, 6. Auflage, Basel 2015.