

GÜZELLEŞTİRME AMAÇLI ESTETİK AMELİYATLARDAN KAYNAKLANAN HUKUKÎ SORUMLULUK

*Yrd. Doç. Dr. Hasan PETEK**

GİRİŞ

Estetik cerrahî, tüm dünyada olduğu gibi, ülkemizde de son yıllarda büyük bir ilerleme kaydetmiş ve estetik ameliyat olanların sayısı gözle görülür oranda artmıştır¹. Bunda, modern hayat ve değişen değerler sistemiyle birlikte toplumların estetik anlayışlarının da değişmesinin, daha güzel veya yakışıklı olmak, kendini daha iyi hissetmek, kendine güven duygusunu kazanmak veya geliştirmek, hayatta daha aktif rol almak duygularının önem kazanmasının, insanların gelir seviyelerinin yükselmesinin ve dolayısıyla dış görünüşlerini esaslı şekilde değiştirecek ölçüde kendilerine para ayırabilmelerinin etkisi olduğu gibi, tıptaki ve özellikle estetik cerrahîdeki sınır tanımaz gelişmelerin ve sayısız seçeneklerin de katkısı olmuştur; bu şekilde, herkese ve her keseye yönelik estetik ameliyat türleri doğmuştur. Önceleri estetik ameliyat denilince film yıldızları, şarkıcılar ya da zenginler akla gelirken, estetik cerrah sayısının artması ve teknikteki gelişmelere bağlı olarak ameliyatların çok daha ucuza yapılabilmesi sonucu, artık herkes estetik ameliyat olabilmektedir².

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ Estetik cerrahî eski çağlardan beri uygulanmakta olmasına karşın, özellikle birinci ve ikinci dünya savaşlarında yaralananların vücut bozukluklarını düzeltmek, doku ve organ kayıplarını onarmak için yapılan ameliyatlar sayesinde büyük bir gelişim göstermiştir (**Bayraktar, Köksal: Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezaî Sorumluluğu**, İstanbul 1972, s.165). Bu şekilde başlayan çalışmalar, doğuştan mevcut şekil bozukluklarının düzeltilmesinin ve daha sonra da tıbbî zorunluluk olmadığı hâlde, kişilerin vücutlarında isteklerine bağlı çeşitli değişiklikler yaptırabilmelerinin de yolunu açmıştır (Bu çalışmada yararlanılan, estetik cerrahî ve estetik ameliyatlar konusundaki teknik bilgiler, <http://www.estetik-cerrahi.com> sitesinden sağlanmıştır).

² Artık konfeksiyon işçisi, tezgâhtar, banka memuru, sekreter, muhasebeci, balıkçı, esnaf, ev kadını burun kaldırtmayı, meme küçültme veya büyütme, basenlerini şekillendirmeyi

Ülkemizde estetik cerrahî dünyadaki gelişimine paralel şekilde hızla ilerlemiş ve günümüzde bu konuda çok başarılı olarak kabul edilen sayılı ülkeler arasında yerini almıştır. Fakat bu gelişmeler yaşanırken, ortaya çıkacak hukukî uyumsuzlukların çözümü üzerinde fazla durulmamış, estetik cerrahların sorumluluğu da, diğer hekimlerin sorumluluğu gibi kanunlarımızda düzenlenmediğinden, bu konudaki boşluk, genel nitelikteki Borçlar Kanunu hükümleriyle doldurulmaya çalışılmıştır.

Genel olarak, tedavi amaçlı ve güzelleştirme amaçlı olmak üzere iki tür estetik ameliyattan söz edilir; bazen de bu iki amaç birlikte bulunur. Hemen belirtelim ki, çalışmamızın konusu, sadece güzelleştirme amaçlı estetik ameliyatları kapsamaktadır. Bazı fizikî acıları ve ağrıları sona erdiren tedavi amaçlı estetik ameliyatlar, incelememize dâhil değildir. Bunun dışında, cinsiyet değişikliği kapsamında yapılan cerrahî müdahaleler ile başka kişilerden organ ve doku aktarma (örneğin, yüz nakli) yoluyla gerçekleştirilen estetik müdahaleler de, inceleme konumuza dâhil değildir; ancak güzelleştirme amaçlı olarak kişinin vücudunun bir bölgesindeki dokuları yine kendisine aktararak yapılan estetik müdahaleler (örneğin kişinin yüzündeki yara izini kapatmak için bacağından alınan dokunun aynı kişiye nakledilmesi)³, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun kapsamına girmediğinden⁴, diğer estetik ameliyatlar gibi incelememiz kapsamındadır. Bu çalışmada yapılan açıklamalar, estetik

lüks olarak görmemekte, diğer ihtiyaçlarını erteleyerek, bu ameliyatlar için para biriktirmektedir. Basında çıkan estetik cerrahî haberleri talebi artırmakta, ameliyatlardan memnun kalanların tavsiyeleri de önemli rol oynamaktadır. Gelişen teknikler, ameliyatları daha az korkular hâle getirmektedir. Fiziki görünümün iş bulma ve başarıda etkili olduğunu düşünenler, estetik ameliyat olma yoluna başvurmaktadır.

³ Autoplastisch doku nakillerinde (Otolog transplantasyon), verici ve alıcı aynı olup, vücudun bir bölgesindeki doku aynı vücut içinde ihtiyaç duyulan başka bir kısma nakledilmektedir (Sarıal, M. Enis: Sağlık Arası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler, İstanbul 1986, s.4); Erman, Barış: Ceza Hukukunda Tıbbî Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003, s.216.

⁴ 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'un kapsamına, insanın kendi dokusunun kendi vücudunun başka bir yerine nakli (oto-greffer) girmemektedir; bunlar, ilgili genel mevzuat hükümlerine tâbidir (İpekyüz, Filiz Yavuz: Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul 2006, s.33). Söz konusu Kanunun 2. maddesinin ikinci fıkrasında, "Oto-greffer, saç ve deri alınması, aşılması ve nakli ile kan transfüzyonu bu kanun hükümlerine tabi olmayıp, yürürlükte bulunan sağlık yasaları, tüzükleri, yönetmelikleri ve tıbbî deontoloji kuralları çerçevesinde gerçekleştirilir." hükmü yer almaktadır.

ameliyat kapsamına girmemekle birlikte, cilt lekelerini, çilleri, dövmeleri veya sivilceleri yok etmeye yönelik ya da kalıcı epilasyon gibi güzelleştirme amacını güden diğer müdahaleler hakkında da geçerlidir.

I. ESTETİK AMELİYATLARIN TIPTAKİ YERİ

Tıbbî müdahale, “Tıp mesleğini icraya yetkili bir kişi (hekim) tarafından⁵, doğrudan ya da dolaylı tedavi amacına yönelik olarak gerçekleştirilen her türlü faaliyeti ifade eder.” şeklinde tanımlanmakta olup, en basit teşhis ve tedavi yöntemlerinden en kapsamlı ve ağır cerrahî ameliyatlara kadar uzanmaktadır⁶.

⁵ 11.4.1928 tarih ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanuna göre, hekim olabilmek için aranan koşullar: a) Türk vatandaşı olmak, b) Tıp fakültesi diplomasına sahip olmak, c) Tabip odasına kayıtlı bulunmak, d) Hekimlik mesleğinin icrasına geçici veya sürekli engel hâli bulunmamaktır.

Estetik ameliyat yapabilmek için ise, hekim olma koşulları sağlandıktan sonra, ayrıca, uzmanlık eğitimi almış olmak gerekmektedir; zira, “önemli cerrahî müdahaleler” için uzmanlık diploması arandığı Kanunda açıkça belirtilmektedir (TŞSTİDK.m.3).

Kanunlarda genel uzmanlığın çalışma alanı sınırlandırılmadığından, genel uzmanlığı bulunan bir hekim, özel uzmanlık bulunan alanlarda çalışma yaptığına, hukuka aykırılık söz konusu olmamaktadır. Estetik cerrahî de, uygulamada Plastik ve Rekonstrüktif Cerrahî içinde yer almakla birlikte, bir genel cerrah, estetik ameliyat yapmaya kalkarsa, bunun hukuka aykırılığından söz edilemez; ancak genel cerrahın, kusurundan kaynaklanan zararlardan sorumluluğu bulunur (Aşçıoğlu, Çetin: Tıbbî Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Ankara 1993, s.45; Hancı, İ. Hamit: Malpraktis, Tıbbî Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, Ankara 2005, s.110; Arı, Elçin: “Estetik Cerrahin Hukukî Sorumluluğu”, İzmir Barosu Dergisi 2002/1, s.13).

Bir Yargıtay kararında da belirtildiği gibi, “Kural olarak ve bazı özel ayrıcalıklar dışında doktorluk mesleğinin “uzmanlık nedeniyle sınırlandırılması” söz konusu değildir. Bu nedenle genel cerrah olan davalının varis ameliyatı yapması hukuka aykırı değildir. Ancak kendi içinde özel uzmanlık dallarına ayrılmış alanda tıbbî müdahalede bulunurken, doktorun bu özel uzmanlık dalının gereği olan bilgiler ile araç ve gereçlere sahip olması gerekir. Bunlara sahip olmadan yapılacak tıbbî müdahaleden doğan zararlar hukuka aykırı bir hâle gelebilir ve doktor kusuru nedeniyle sorumlu olur.” 4.HD., 6.5.1991, E.1990/5104, K.1991/429 (Aşçıoğlu, Tıbbî Yardım, s.45-46).

⁶ Ayan, Mehmet: Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hukukî Sorumluluk, Ankara 1991, s.5; İpekyüz, s.22; Şenocak, Zarife: “Küçüğün Tıbbî Müdahaleye Rızası”, AÜHFD 2001/4, s.66; Çakmut, Özlem (Yenerer): Tıbbî Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003, s.24; Ozanoğlu, Hasan Seçkin: “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, AÜHFD 2003/3, s.58-59; Özyay, Merter: Estetik Amaçlı Tıbbî Müdahalelerde Hekimin Hukukî Sorumluluğu, Ankara 2006, s.20.

Cerrahî müdahale ise, doğrudan doğruya organ veya dokular üzerinde fiziksel değişiklikler meydana getirmek üzere yapılan, organdaki ve dolayısıyla organizmadaki bozuklukları gidermeye yönelik tıbbî girişimdir⁷.

Estetik amaçlı cerrahî müdahaleler ise, kişinin doğuştan mevcut veya sonradan bir etken sonucu ya da kendiliğinden meydana gelmiş görünüm bozukluklarını düzeltmek veya böyle bir şekil bozukluğu olmamasına rağmen kişinin daha güzel görünmesini sağlamak amacıyla yönelik tıbbî müdahalelerdir⁸. Yayvan burun kanatlarını yukarı doğru çekirme, kırışan yüze doku

⁷ **Gürelli**, Nevzat: "Hukuk Açısından Cerrahî Müdahalenin Sınırları", İÜHF 1979-1980-1981/1-4, s.271; **İpekyüz**, s.30.

⁸ **Belgesay**, Mustafa Reşit: Tıbbî Mesuliyet, İstanbul 1953, s.75; **Ayan**, s.34; **Bayraktar**, s.165; **Aşçıoğlu**, Çetin: Doktorların Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu, Ankara 1982, s.52; **Aşçıoğlu**, Tıbbî Yardım, s.51; **Zevkliler**, Aydın: "Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları", DÜHFD 1983/1, s.28; **Zevkliler**, Aydın/**Acabey**, M. Beşir/**Gökyayla**, K. Emre: Zevkliler Medenî Hukuk, Giriş-Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku, 6.Baskı, Ankara 1999, s.499; **İpekyüz**, s.31; **Erman**, Barış, s.200-201; **Çakmut**, s.180; **Sarıal**, s.77; **Arı**, s.13; **Özay**, s.23.

Estetik cerrahinin, "küçük göğüslerin meme proteziyle büyütülmesi gibi, şekil ve/veya ölçüleri bozuk olan doku ve organların şeklinin hastanın beğenisi ve ideal anatomik ölçüler doğrultusunda değiştirilmesi" şeklinde de tanımlanması mümkündür. Rekonstrüktif cerrahî ise, kanser sonucu alınan memenin yeniden oluşturulması gibi, doğuştan eksik veya kusurlu olan ya da kaza, yanık, tümör ameliyatı sonucu yok olan ya da şekli bozulan organların yeniden oluşturulmasıdır; burada da güzelleştirme amacı ön plandadır. Yüzünün veya vücudunun herhangi bir bölgesi ya da organı deforme, normal ölçülerin altında veya üstünde olan, kaza, yanık, tümör ameliyatı gibi nedenlerle organ kayıpları ya da kusurları olan kişiler, sorunlarını plastik cerrahî yöntemleriyle çözebilmektedirler. Günümüzde plastik cerrahî denilince ilk olarak estetik ameliyatlara akla gelmekte ise de, plastik cerrahinin konuları arasında estetik ameliyatlara ancak küçük bir bölüm oluşturmaktadır (Estetik cerrahinin içine; botoks enjeksiyonları, yüz gençleştirme cerrahisi, endoskopik alın cerrahisi, cilt yenilenmesi (mekanik soyma, kimyasal soyma, laser cerrahisi), dolgu maddeleri uygulamaları (yağ, silikon, teflon, fasya vb.), göz çevresi cerrahisi, burun estetikleri, meme estetikleri (meme büyütme (silikon), meme küçültme veya dikleştirme, meme rekonstrüksiyonu (yeni meme yapılması), vücut şekillendirme cerrahisi ve karın germe, yağ dokuları aspirasyonu (liposuction, liposhaping), jinekomasti (erkeklerde meme büyüklüğü), cinsel organ estetikleri, saç restorasyonu cerrahisi girmektedir). Plastik cerrahinin yanıklar ve sekelleri, baş boyun cerrahisi, kaza ve yaralanmalar sonucu oluşan doku ve organ kayıpları, doğuştan şekil bozuklukları, çene cerrahisi, el yaralanmaları, derinin cerrahî hastalıkları, cilt, ciltaltı ve baş-boyun bölgesi kanserleri, yüz kırıkları, kafatası kemikleri cerrahisi gibi çok değişik ve çeşitli çalışma alanları bulunmaktadır [Plastik cerrahinin ilgi alanına, estetik cerrahî dışında; **oküloplastik cerrahî** (göz kapağı tümörleri; göz kapağı estetikleri; göz kapağı düşüklükleri ve darlıkları; göz çevresi travma ve deformateleri), **pediatrik plastik cerrahî** (doğmalık vücut ve uzuv

transferi, kalçalardan vakumla yağ aldırma, dize estetik yaptırma, burun düzeltirme, gıdı aldırma, tombul yanakları inceltirme, silikonlu protez taktırarak dudak veya meme büyültme veya meme küçültme, meme dikleştirme, kulak küçültme veya kepçe kulak durumunu düzeltme, estetik karın germe (abdominoplasti), liposuction (estetik yağ alınması), yağ injeksiyonu, yüz germe (face-lift), kaş kaldırma, göz kapağı estetiği (blefaroplasti), çene estetikleri, botoks gibi estetik müdahalelerin bazılarında tedavi amacı, bazılarında ise güzelleştirme amacı güdülmekte; bazılarında ise, her iki amacı da birlikte gerçekleştirme hedeflenmektedir⁹.

anomalileri, yoklukları, asimetri; doğmalık dudak, damak ve yüz yarıkları (tavşan dudak, kurt ağız); doğmalık kulak yokluğu), **çene cerrahisi** (alt ve üst çene küçüklüğü, büyüklüğü, geri veya ileri olması; çene eklemi hastalıkları; çene kemikleri tümörleri), **onkolojik cerrahî** (baş ve boyun bölgesi tümörleri; yumuşak doku sarkomları), **derinin cerrahî hastalıkları** (selim deri hastalıkları; habis deri hastalıkları; malin melanom; izler, nedbeler, keloidler), **yanıklar** (acil ve erken dönem yanıklar; geç dönem şekil bozukluklarının ve sekellerin onarımı), **ürogenital cerrahî** (hipospadias, epispadias; penis onarımı veya oluşturulması; vajina oluşturulması veya onarımı; cinsiyet değiştirme ameliyatları; cinsel organ estetikleri), **yüz cerrahisi (maksillofasial cerrahî)** (yüz yaralanmaları; yüz kırıkları; yüz felci cerrahisi; yüz bölgesi kaza ve tümör ameliyatı sonrası onarımları), **el cerrahisi** (doğuştan el anomalileri; el yaralanmalarında acil cerrahî veya sekellerin düzeltilmesi), **kraniofasial cerrahî** (doğuştan kafatası şekil bozuklukları; kafatası ve çevresi tümörleri ve kaza sonucu onarımları), **yara tedavisi** (şeker hastalarında oluşan yaralar; yatalak hastaların yaraları; varis ülserleri; radyasyon yaraları), **mikrocerrahî ve transplantasyon** (kopan organların yerlerine dikilmesi (parmak, el, saçlı doku, penis, kulak gibi); doku nakilleri ile geniş yaraların kapatılması), **onarım cerrahisi (rekonstrüksiyon)** (kazalar sonucu oluşan doku ve organ kayıplarının onarımı; yanık sonucu oluşan doku ve organ kayıplarının onarımı; doğuştan eksik veya kusurlu olan organların onarımı; tümör ameliyatları sonrası eksilen veya bozulan organların onarımı girmektedir]. Estetik cerrahinin dışında kalmakla birlikte, Plastik ve Rekonstrüktif Cerrahî içinde olup, güzelleştirme amacı güden diğer müdahaleler hakkında da, çalışmamızda yapılan açıklamalar geçerlidir.

⁹ **Özay** (s.25-26) ise, estetik amaçlı tıbbî müdahaleleri, a) Bedensel rahatsızlığı giderme amaçlı estetik müdahaleler, b) Bedensel olmaktan ziyade ruhsal nitelikli rahatsızlıkları gidermeye yönelik estetik müdahaleler, c) Salt güzelleştirme amaçlı estetik müdahaleler olarak üçe ayırmaktadır. Salt güzelleştirme amaçlı estetik müdahalelerde de ruhsal bazı rahatsızlıkları giderme amacı bulunduğundan (örneğin sosyal anlamda iyi bir yer edinmemesini veya gelirinin az olmasını görünüşünün çirkinliğine bağlayarak ruhsal açıdan bunalıma giren kişi, güzelleştirme amaçlı estetik ameliyat yaptırarak amacına ulaştığı gibi ruhsal açıdan da iyileştiğinden), kanaatimizce bedensel tedavi amaçlı ve ruhsal tedavi amaçlı estetik müdahale şeklinde bir ayırım yapılması, ruhsal tedavi amaçlı müdahalelere de "güzelleştirme amaçlı estetik müdahale" denilmesi daha isabetlidir. Tedavi veya güzelleştirme amacıyla değil de, sansasyon yaratma, şöhret kazanma gibi

Gerçekten de, estetik ameliyatların bir kısmında, sadece güzel görüntü sağlayarak hastanın ruh sağlığını koruma değil, hastanın çektiği bazı acıların dindirilmesi de amaçlamaktadır. Ruhsal acılar yanında, bazı fizikî acılar ve ağrılar da estetik ameliyatlara sona erdirilmektedir. Örneğin, doğuştan veya bir kaza sonucu burnunda şekil bozukluğu oluşan ve bu yüzden nefes alma zorluğu çeken hasta, estetik ameliyatla, hem düzgün görünümlü bir burna sahip olarak içine düştüğü olumsuz psikolojik durumdan kurtulacak ve hem de nefes almakta çektiği zorluk giderildiğinden daha rahat bir yaşama kavuşacaktır¹⁰. Buna karşılık, normalden büyük memeye sahip olan bir hastaya yapılan meme küçültme ameliyatında, görüntüyü güzelleştirmenin değil, ağrı ve acının dindirilmesinin ilk planda amaçlandığı görülmektedir; zira böyle kişilerin sırt ağrısı çekeceği, ileride kamburluk ve duruş bozukluğu gibi problemlerle karşılaşacağı bilinmektedir¹¹.

Bazı estetik ameliyatlar ise tamamen görüntünün değiştirilmesi, güzelleştirilmesi amacına yöneliktir ve bu ameliyatlarda tedavi veya fiziksel acı dindirme amacı yoktur¹². Güzelleştirme amaçlı bu tür ameliyat ve girişimler,

amaçlarla yaptırılan müdahaleler (örneğin dilini ortadan kestirerek çatal dil yaptırma) estetik müdahale sayılmamalıdır.

¹⁰ Rinoplasti (estetik burun ameliyatı) burun şeklinin cerrahî bir girişimle yeniden biçimlendirilmesidir. Bu ameliyatla, hastanın burnunun boyutları küçültülebilir, büyütülebilir, burun ucunun veya burun sırtının şekli değiştirilebilir, burun delikleri daraltılabilir veya burun ile üst dudak arasındaki açı değiştirilebilir, burun sırtındaki kemik çıkıntılar alınarak düzeltilir. Aynı ameliyat sırasında, gelişimsel ya da çarpma sonucu oluşan deviasyonlar (burun nefes yolu tıkanıklıkları) da düzeltilir. Ameliyat yaşı, 18 yaş ve üstüdür. Burun estetik ameliyatlarından sonra çok düşük oranda oluşabilen (%5) küçük bir deformiteyi (istenilmeyen kalıcı şişlikler gibi) düzeltmek için sekonder (ikinci) cerrahî girişim gerekebilir. Bu operasyonlar, ilk ameliyata göre daha kısa sürer ve genellikle lokal anestezi altında yapılır. Burun ameliyatlarında yapılan işlem, deri, kıkırdak ve kemik fazlalıkların alınması veya düzeltilmesidir. Tüm dokular yine hastaya ait olduğundan, diğer dokuların yaşlanmasıyla birlikte burun dokuları da zamanla özelliğini kaybeder; dolayısıyla, yapılan estetik burun ameliyatı sonucunda oluşan burun şeklinin ömür boyu değişmemesi beklenmemelidir.

¹¹ **Arı**, s.14. Meme küçültme ameliyatı, aşırı büyüme oluşan memelerin neden olduğu sırt ve boyunda kas gerilmeleri, pozisyonel değişiklik, kamburlaşma, baş ağrısı, omuz ağrısı, omuzda çöküklük, kronik göğüs ağrısı, kişisel hijyenle ilgili problemler (meme altında mantar enfeksiyonları), sportif aktivitelere katılmama gibi sebepler yüzünden yapılabilir. Bununla birlikte, meme küçültme ameliyatlarında süt kanalları hasar gördüğü için, çocuk doğurup emzirmek isteyen bayanlara tavsiye edilmemektedir.

¹² Bedensel tedaviden çok ruhsal tedavi amacı güden güzelleştirme amaçlı estetik ameliyatlarda, estetik cerrahın öncelikle hastanın ruhsal yapısına dikkat etmesi, gerek ameliyat

kişinin dış görünümünü bozan veya bozduğu düşünülen kılların, benlerin, sarkık veya farklı renkteki derilerin, sivilcelerin, kırmızı damar uçlarının, derideki yağ kümeciklerinin yok edilmesi ya da bedendeki ve yüzdeki sakatlık, olağandan farklı şekil ve deformasyonların, yara ve yara izlerinin, asimetrik olan veya ortalamanın üzerindeki ya da altındaki ebattaki uzuvların düzeltilmesi veya kapatılması için yapılan işlemlerdir¹³.

Bu şekildeki estetik müdahalelerde amaç, beden sağlığı ve tedavisi değil, kişiye güzel bir görünüm kazandırmaktır. Bu bakımdan, tıbbî müdahalenin tanımındaki “*bedensel tedavi amacı*”nın zorunlu ve öncelikli bir unsur olduğu kabul edilirse, öncelikli olarak tedaviyi amaçlamamakla birlikte, hekim tarafından yapılan bu tür estetik ameliyatlar tıbbî müdahale sayılmayacaktır.

Doktrinde bir görüş¹⁴, herhangi bir ayırım yapmaksızın, her türlü estetik amaçlı müdahalenin “*sırf güzel görüntü sağlamak için yapılan cerrahî müdahale*” olduğunu kabul ederek, estetik ameliyatların hukuka aykırı olduğunu; zira, bu tür müdahalelerde “*ne tedavi, ne koruma, ne de acı dindirme amacı*”nın bulunduğunu savunmaktadır.

Yukarıda da belirtildiği üzere, estetik ameliyatların bir kısmında sadece tedavi amacı; bazılarında ise, güzelleşme amacı yanında tedavi amacı güdülmektedir. Bu sebeple, her türlü estetik ameliyatın “*sırf güzel görüntü sağlamak için yapılan cerrahî müdahale*” kapsamında değerlendirilmesi kanaatimizce isabetli değildir. Kaldı ki, tıbbî müdahalenin tanımında sözü geçen “*doğrudan ya da dolaylı tedavi amacı*”nın bulunması unsurunun gerek bedensel gerekse ruhsal tedaviyi kapsadığı kabul edilirse, ister tedavi amaçlı, ister güzelleştirme amaçlı, isterse her iki amacı da birlikte güden estetik ameliyatlarda da bu unsur (dolaylı tedavi amacı) mevcuttur¹⁵.

öncesinde ve gerekse sonrasında psikoloji dalında uzman hekimlerin görüşlerinden de yararlanması gerekir (Özay, s.28).

¹³ Ayan, s.34; Aşçıoğlu, Sorumluluk, s.52; Aşçıoğlu, Tıbbî Yardım, s.51; Arı, s.13; Zevkliler, s.28; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.499; Özay, s.23.

¹⁴ Güreli, s.271-272.

¹⁵ Ayan (s.9, 34), Şenocak (AÜHFD, s.66) ve İpekyüz (s.24, 31), estetik ameliyatlarda “*dolaylı tedavi amacı*”nın (psikolojik sağlığın korunması ve kazandırılması) bulunduğu hareketle, estetik ameliyatları tıbbî müdahale kapsamında değerlendirmektedir. Aşçıoğlu da (Sorumluluk, s.42, 52; Tıbbî Yardım, s.36, 51), güzellik (estetik) ameliyatlarını, sağlık kazandırma amaçları sebebiyle tıbbî müdahale olarak saymaktadır.

Hasta Hakları Yönetmeliğinin 5. maddesinin a bendinde, sağlık “*Bedeni, ruhi ve sosyal yönden tam bir iyilik hâli*” olarak tanımlandığından, kişilerin güzelleştirme amaçlı estetik

Güzelleştirme amaçlı estetik ameliyatlarda, doğrudan bedensel tedavi amacından çok, ruhsal tedavi amacı bulunduğu kabul edilmektedir. Bu tür estetik müdahalelerde, fiziksel yapıdaki mevcut anormalliğin ruhsal yapıda meydana getirdiği bozuklukların tamiri, kişinin içinde bulunduğu ruhsal çöküntüye son verecek şekilde, kişiye kaybettiği moralini tekrar kazandırmak ve ruhsal kişiliğini onarmak amacı güdülmektedir. Ameliyat sonunda kişi, daha çok ruhi bir tatmin ve rahatlama elde eder. Genel sağlığın, beden ve ruh sağlığının birleşmesinden oluşan bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiği dikkate alındığında da, estetik amaçlı müdahalelerin bir tıbbî müdahale olduğu sonucuna varılmalıdır¹⁶.

Bir kimsenin, tüm tehlikeleri ve meydana gelebilecek olumsuz sonuçları da göze alarak ameliyata razı olması durumunda, bunun, kendisinde düzeltilmesini veya onarılmasını istediği bölge sebebiyle ciddi bir olumsuz psikolojik durum içinde bulunduğu işaretini kabul edilmesi gerektiği göz ardı edilmemelidir. Başka bir ifadeyle, ameliyat olmayı kabul eden bir kişinin,

ameliyat yaptırarak “bedeni, ruhi ve sosyal” bir iyilik hâli içerisine girmeleri de sağlık hakkı kapsamındadır.

¹⁶ **Ayan**, s.34; **Zevkliler**, s.28-29; **Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, s.499; **Sarıal**, s.77; **Çakmut**, s.181; **Arı**, s.13-14. Kişinin fiziki bütünlüğündeki bozukluklar psikolojik rahatsızlıklara da sebep olmakta ve bu rahatsızlıklar, patolojik rahatsızlıklardan daha az önem taşımamaktadır (**Aşçıoğlu**, Sorumluluk, s.52; Tıbbî Yardım, s.51). **Belgesay** da (s.75), hastanın ruhsal durumunun, sahip olduğu fiziksel kusurları haddinden fazla büyütürük, sağlığı üzerinde önemli etkilere sebep olduğu hâllerde estetik ameliyatlara izin verilmesi gerektiğini; ancak bu tür kusurları gidermek için nispeten tehlikesiz ameliyatlara başvurulması zorunluluğunu belirtmektedir. **İpekyüz** de (s.24) değişik örneklerle bu görüşe katılmaktadır: “Yüzündeki doğuştan bir lekeyi estetik operasyonla düzeltmek amacıyla hekime başvuran kişi, yüzündeki lekenin giderilmesiyle kendisini psikolojik bakımdan iyi hissedecek ve ruhsal sorunlarının giderilmesinde bu estetik operasyonun olumlu, tedavi edici etkisini dolaylı olarak yaşayacaktır. Bu da tıbbî müdahalenin dolaylı olarak tedavi amacına yönelik olmasını sağlar.”; (s.31) “Aynaya her baktığımda kendinde kusur olduğunu düşünen bir kadının veya erkeğin ruh sağlığının bozulması, onu sonuçta psikologda tedavi olmaya kadar götürecektir. Ama kendince kusur gördüğü ve rahatsızlık duyduğu görüntüyü ortadan kaldırabilirse, artık ruh sağlığını etkileyen husus da ortadan kalkacağı için tedavi olmuş kabul edilecektir.”

Farklı bir görüş ileri süren **Erman**'a (Barış, s.202-203) göre ise, iyileştirme amacı tıbbî müdahalenin zorunlu bir unsuru olmadığından, bu amaca yönelmeyen tıbbî müdahalelerin hukuka aykırı olduğu ileri sürülemez. İyileştirmeye yönelik olmayan (güzelleştirici) estetik müdahaleler, tıp mesleği çerçevesinde uygulandığından, kişilik haklarına aykırılık oluşturacak şekilde bir müdahaleyi konu edinmediği sürece, bu tür tıbbî müdahaleler hukuka uygun sayılmalıdır.

kendisinin içinde bulunduğu durumda başkaları da bulunmasına rağmen, bu durumdan, diğer insanlara göre, psikolojik olarak daha fazla olumsuz etkilenmediği kabul edilmelidir¹⁷. Bu sebeple, kanaatimizce, kişiyi içinde bulunduğu bu olumsuz durumdan kurtarmak amacıyla yapılan estetik ameliyatlarda, ruhsal tedavi amacı güdüldüğünden, güzelleştirme amaçlı estetik ameliyatlarda da tıbbî bir müdahale sayılmalıdır. Ancak, diğer tıbbî müdahale türlerine göre bazı farklı özellikleri olduğu da gözden kaçırılmamalıdır.

Örneğin, güzelleştirme amaçlı estetik müdahalelerde, tedavi özelliği dolaylı bir nitelik taşıdığından ve insan hayatının devamı bakımından zorunlu olmadığı kabul edildiğinden, tehlikesinin arttığı oranda bu müdahalelere izin verilmemesi gerektiği belirtilmektedir; zira sırf güzelleşmek için yaptırılan bazı ameliyatlarda, ölüme kadar uzanan tehlikeli sonuçlar doğabilmektedir. Bu sebeple, dolaylı da olsa tedaviyi amaçlamayan, örneğin sırf ünlü olmak için yaptırılan estetik ameliyatların hukuka aykırı sayılması gerekir¹⁸. Bunun gibi, estetik amaçlı müdahale tehlikeli sonuçlar doğurmaya elverişli hâle gelmişse, salt güzelleştirme amacının güdülmesinden vazgeçilmesi, ameliyatın hastaya zarar vermeyecek şekilde sona erdirilmesi gerekir¹⁹. Görüldüğü gibi, güzelleştirme amaçlı estetik ameliyatlarda, gerek diğer tıbbî müdahale türlerinden ve gerekse tedavi amaçlı estetik ameliyatlardan daha sıkı şartlara tabi olduğu gibi, ortaya çıkacak sorumluluk da daha ağırdır.

II. ESTETİK CERRAHİN SORUMLULUĞU

Estetik cerrah, işin niteliği gereği diğer cerrahlara göre daha fazla dikkat ve özen göstermekle yükümlü olduğundan, sorumluluğu da diğer hekim ve cerrahlarınkinden daha geniştir.

Estetik cerrahî operasyonlarını diğer cerrahî operasyonlardan ayıran en önemli özellik, bu operasyonların kişinin doğrudan dış görünüşünde değişiklik yaratmasıdır. Estetik ameliyatlarda, güzellik ve estetik görünüm çok

¹⁷ Arı, s.14.

¹⁸ Bayraktar, s.168-169; Ayan, s.34-35; İpekyüz, s.32; Sarıal, s.77; Çakmut, s.182; Arı, s.15; Zevkliler, s.29; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.500. Belgesay da (s.68-69), beklenen sonuçlarına göre, ortaya çıkması muhtemel tehlikenin daha ağır olduğu ameliyatların, örneğin önemli vücut sakatlıklarına sebep olacak bir estetik ameliyatın, kamu düzenine aykırı sayılması gerektiği görüşündedir.

¹⁹ Zevkliler, s.29; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.500; Aşçıoğlu, Sorumluluk, s.53; Aşçıoğlu, Tıbbî Yardım, s.52; Arı, s.15.

büyük önem taşıdığından, ameliyatı gerçekleştirecek cerrahın dikkat ve özen yükümü artmaktadır; diğer cerrahların yüklendiği sorumluluğun yanı sıra, el becerisini de ortaya koyarak, bir bakıma sanatçı gibi bir eser yaratmaktadır²⁰.

Bu arada, güzelliğin göreceli bir kavram olduğu da göz ardı edilmemelidir. Estetik cerraha göre çok güzel bir sonuç, hasta bakımından hiç de beklenilmeyen bir sonuç olabilir. Hatta mevcut sonuç, hastayı, ameliyat olmadan önceki bozuk ruhsal durumundan kurtarmak bir yana, ruh sağlığını daha da bozabilir. Estetik cerrahlar ile hastalar arasındaki sorunlar da özellikle bu noktada, yoğun bir şekilde ortaya çıkmaktadır²¹. Bu sorunun çözümlenebilmesi için, hastanın beklentileri yanında, örneğin yüz yapısının söz konusu beklentiyi karşılamaya elverişli olup olmadığı noktasında, tıp biliminin objektif değerlendirmeleri de göz önünde bulundurulmalıdır.

Hukukumuzda ne hekimin, ne de estetik cerrahın sorumluluğuna ilişkin özel bir düzenleme bulunmaktadır. Hekimlerin sorumluluğunda olduğu gibi, estetik cerrahların sorumluluğunda ortaya çıkan hukukî uyuşmazlıklar da, Borçlar Hukukunun genel nitelikteki hükümleriyle çözümlenmeye çalışılmaktadır. Buna göre, hekim ile hasta arasında önceden kurulmuş geçerli bir sözleşme bulunuyorsa, sorumluluk için bu sözleşmeye ilişkin kanunî düzenlemeler (ve Borçlar Kanununun 96 ve devamı maddeleri); böyle bir sözleşmesel ilişki bulunmaması durumunda ise, haksız fiile ilişkin 41 ve devamı maddeleri uygulama alanı bulur. Bu hükümlere göre sorumluluğun kurucu unsuru kusur olduğundan, tıbbî faaliyetler sonucu oluşan zarardan ancak kusur bulunması durumunda sorumluluk doğar²². Sözleşmeden ve haksız fiilden kaynaklanan sorumluluk yanında, estetik cerrahın vekâletsiz iş görmeden ve culpa in contrahendo'dan kaynaklanan sorumluluğu da söz konusu

²⁰ Arı, s.15.

²¹ Arı, s.15.

²² Ertay, Şeref: "Alman Hukukunda Hekimin Mesleki Kusurdan Sorumluluğu", EÜHFD 1980/1, s.173-174; Aşçıoğlu, Sorumluluk, s.31, 62; Aşçıoğlu, Tıbbî Yardım, s.15, 65; Şenocak, Zarife: Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara 1998, s.6; Hancı, s.139, 164; Arı, s.17; Öztürkler, Cemal: Hukuk Uygulamasında Tıbbî Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbî Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, 2. Baskı, Ankara 2006, s.23. İsviçre ve Alman hukuklarında da hekimlerin hukukî sorumluluğuyla ilgili özel düzenlemeler bulunmadığından, bu ülkelerin Medenî ve Borçlar Kanunlarının kusur konusundaki genel düzenlemeleriyle uyuşmazlıklar çözümlenmeye çalışılmaktadır (Şenocak, Sorumluluk, s.6, dn.11); Geiß, Karlmann: Arzthaftpflichtrecht, München 1989, s.11.

olabilir²³. Estetik cerrahın sorumluluğu asıl olarak sözleşmeden kaynaklandığından, çalışmamızda buna ağırlıklı olarak yer verilecektir; ancak bu konuda yapılan açıklamalar, diğer sorumluluk türleri için de uygun olduğu ölçüde geçerlidir.

A. SÖZLEŞMEDEN KAYNAKLANAN SORUMLULUK

Güzelleştirme amaçlı estetik ameliyatlardan önce, estetik cerrah ile hastanın ayrıntılı bir şekilde görüşmesi ve aralarında bir sözleşme ilişkisinin kurulması²⁴ için doğası gereği olduğundan, bu ameliyattan kaynaklanan uyuşmazlıklar haksız fiile göre değil, sözleşmeye aykırılık esaslarına göre çözümlenmelidir. Bu durumda, estetik cerrah ile hasta arasında kurulan sözleşmenin hukukî niteliği önem taşımaktadır; zira, kurulan sözleşmenin hangisi olduğu konusunda verilecek karar, uyuşmazlığın da bu sözleşmeye ilişkin kurallara göre çözümlenmesi sonucunu doğuracaktır.

1. Estetik Cerrah ile Hasta Arasındaki Sözleşmenin Niteliği

Doktrinde hekim ile hasta arasında kurulan sözleşmenin hukukî niteliği hakkında birçok görüş bulunmakla birlikte²⁵, estetik cerrah ile hasta arasındaki sözleşmenin niteliği konusunda vekâlet ve eser sözleşmelerinin adları geçmektedir.

a. Vekâlet Sözleşmesi

Türk hukuk sisteminde, hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin hukukî niteliği, gerek doktrindeki baskın görüşe ve gerekse Yargıtay kararlarına göre,

²³ Estetik cerrahın "*culpa in contrahendo*"dan kaynaklanan sorumluluğu, oldukça nadir durumlarda ortaya çıkar. Hasta ile arasında henüz bir sözleşme ilişkisi kurulmadan -sözleşme görüşmeleri sırasında-, estetik cerrahın bazı zarar tehlikelerine karşı gerekli uyarılarda bulunmaması hâlinde, Medenî Kanununun 2. maddesinde düzenlenmiş "*dürüstlük kuralı*"ndan kaynaklanan bu sorumluluğu doğar. Uygulamada fazla rastlanmadığından, çalışmamızda bu tür sorumluluğa değinilmeyecektir.

²⁴ Estetik cerrah ile hasta arasındaki sözleşme herhangi bir şekilde bağlı olmadığından, açık veya zımnî, yazılı veya sözlü olabilir (Şenocak, Sorumluluk, s.9); Arı, s.23.

²⁵ Bu görüşler için bkz. Ayan, s.51 vd.; Şenocak, Sorumluluk, s.18 vd.; İpekyüz, s.56 vd.; Özdemir, Hayrünissa: Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Ankara 2004, s.74 vd.; Özay, s.30 vd.

vekâlet sözleşmesi²⁶ olarak değerlendirilmekte ve bu sözleşmeye “*tedavi sözleşmesi*”, “*hekimlik sözleşmesi*” veya “*sağaltım sözleşmesi*” denilmektedir²⁷.

b. Eser Sözleşmesi

Diğer bütün tıbbî müdahaleler için, hekim ile hasta arasında vekâlet sözleşmesi bulunduğu kabul edilmesine rağmen, estetik ameliyatlar söz konusu olduğunda doktrinde farklı fikirler ileri sürülmüştür.

Şenocak²⁸, **Özdemir**²⁹ ve **Onaran**³⁰, cerrahî müdahalelerin başarıyla sonuçlanmasının niteliği bakımından objektif olarak taahhüt edilmeye elverişli olmamasını ve eser sözleşmesinin eserin teslimi ile muayenesine ilişkin

²⁶ Borçlar Kanununun 386. maddesinin birinci fıkrasına göre: “*Vekâlet, bir akittir ki onunla, vekil mukavele dairesinde kendisine tahmil olunan işin idaresini veya tekabül eylediği hizmetin ifasını iltizam eyler.*”

²⁷ **Belgesay**, s.76; **Ayan**, s.54; **Tandoğan**, Halûk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.2, 4. Baskı, İstanbul 1989, s.360; **Aşcıoğlu**, Sorumluluk, s.31; **Aşcıoğlu**, Tıbbî Yardım, s.15; **Şenocak**, Sorumluluk, s.29, 33; **Sarıal**, s.43; **Hancı**, s.147, 178; **Akıncı**, Şahin: Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukukî Sonuçlar, Ankara 1996, s.86-87; **İpekyüz**, s.68; **Özdemir**, s.81; **Kaneti, Selim**: “Hekimin Hukuksal Sorumluluğunda Kusur ve İspat Yükü”, (içinde: Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Türk Hukukunda Hekimin Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu, İstanbul 1983), s.61; **Özsunay**, Ergun: “Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları”, (içinde: Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Türk Hukukunda Hekimin Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu, İstanbul 1983), s.37; **Köprülü**, Ömer: “Hekimin Hukukî Sorumluluğu”, İBD 1984/10-11-12, s.599-600; **Reisoğlu**, Seza: “Hekimlerin Hukukî Sorumluluğu”, (içinde: Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Türk Hukukunda Hekimin Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu, İstanbul 1983), s.12; **Erman**, Hasan: “Hekimin Hukukî Sorumluluğu”, Bülent DAVRAN’a Armağan, İstanbul 1998, s.143; **Arı**, s.17-18; **Şenocak**, AÜHFD, s.69; **Ozanoğlu**, s.55; **Öztürkler**, s.59. Doktrinde bir görüş, sağaltım sözleşmesinin teknik anlamda vekâlet sözleşmesinden farklı özellikler taşıdığını belirtmesine rağmen, Borçlar Kanununun 386. maddesinin ikinci fıkrasından hareketle (“*Diğer aktiller hakkındaki kanunî hükümlere tâbi işlerde dahi vekâlet hükümleri cari olur.*”), hekim ile hasta arasındaki sözleşmeyi vekâlet olarak nitelendirmektedir (**Durdu**, Hüseyin: Sağlık Mesleğinde Hukukî Sorumluluk, İzmir 1986, s.76-77; **Sert**, Gürkan: Hasta Hakları, Uluslararası Bildirgeler ve Tıp Etiği Çerçevesinde, İstanbul 2004, s.184; **Onaran**, Bilge: “Hasta Hakları”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2005/1-2, s.298).

²⁸ **Şenocak**, Sorumluluk, s.24; AÜHFD, s.69.

²⁹ **Özdemir**, s.80.

³⁰ **Onaran**, s.299.

hükümlerinin uygulanmasına olanak tanımamasını gerekçe göstererek, cerrahî müdahalelerin eser sözleşmesine konu oluşturamayacağı, vekâlet sözleşmesi sayılması gerektiği görüşündedir. **Ayan**³¹ da, dolaylı tedavinin söz konusu olduğu tıbbî müdahaleleri eser sözleşmesi kapsamında değerlendirmekle birlikte, Borçlar Kanununun 355. maddesi anlamında bir eser olarak nitelendirilemeyecekleri için, güzelleştirme amaçlı estetik ameliyatları vekâlet sözleşmesi kapsamında saymaktadır. **Aşçıoğlu**³² ise, güzelleştirme ameliyatlarında estetik cerrahin sonucu yüklenmiş olduğunu (vekâlet sözleşmelerindeki “sonucun elde edilememesinin rizikosunun bulunmaması” unsurunun gerçekleşmediğini) kabul etmekle birlikte, özel durumlarda sonucun yüklenilmiş olmasının sözleşme tipinin değişik nitelendirilmesini gerektirmeyeceği gerekçesiyle, hekimlerin tedavi amacına yönelik bütün fiillerinin vekâlet sözleşmesine konu olacağı görüşündedir. **Tandoğan**’a³³ göre de, “Her şeyden önce, maddî olmayan bir sonuç, ancak mahiyeti bakımından bir çalışma sonucu olarak vaad edilmeye elverişli olduğu takdirde bir istisna sözleşmesinin konusunu oluşturabilir. Bir öğretim, dava veya tedavide belli başarılı bir sonuca erişilmesi, bu husus mahiyeti gereği tartılamayan ve yükümlülük altına girenin gücü dışında kalan faktörlere bağlı olduğundan, gerçekleştirileceğinin önceden yükümlenilebilmesine elverişli (versprechbar) değildir. Bu yüzden özel bir öğretim sözleşmesi, dişlerin veya bir hastalığın tedavisine, cerrahî bir ameliyata, hatta vücudun sağlığa kavuşturulması ile ilgili olmayan bir estetik ameliyata ilişkin sözleşmeler istisna sözleşmesi olarak nitelendirilemezler. Estetik ameliyat sınırda kalan bir hâl olmakla birlikte, onda da cerrahî müdahalenin yüksek kişisel karakteri ve taraflar arasındaki belirgin güven ilişkisi dolayısıyla vekâlet hükümleri uygulanmalıdır.”

Belgesay³⁴, **Akıncı**³⁵, **Sarial**³⁶ ve **Erman**³⁷, hekimin belirli bir sonucu ve tedaviyi taahhüt ederek eser sözleşmesi yapabileceğini, estetik ameliyatlarda da hekimin sonucu taahhüt ettiğini belirterek, estetik ameliyatların eser sözleşmesine konu oluşturabileceğini ifade etmektedir. Benzer şekilde

³¹ **Ayan**, s.53, 56.

³² **Aşçıoğlu**, Sorumluluk, s.33, 37; Tıbbî Yardım, s.16, 20.

³³ **Tandoğan**, s.21.

³⁴ **Belgesay**, s.76-77.

³⁵ **Akıncı**, s.85.

³⁶ **Sarial**, s.43.

³⁷ **Erman**, Hasan, s.144.

İpekyüz³⁸ de, cerrahın, tedavi amaçlı değil de güzellik amacıyla insan vücudu üzerindeki tıbbî müdahalesinin eser sözleşmesi oluşturduğu görüşündedir. Eser sözleşmesindeki ayıba karşı tekeffül hükümlerinin ise, hastaya ait ameliyat öncesi fotoğraflar ile ameliyat sonrası fotoğrafların karşılaştırılarak yapılabileceğini belirtmektedir³⁹. **Özay**'a⁴⁰ göre ise, tüm tıbbî müdahale yöntem, amaç ve çeşitlerinin Borçlar Kanununda düzenlenmiş tek bir sözleşme tipine dahil edilmesi mümkün değildir. Tıbbî müdahalenin türü, estetik ameliyatlarda olduğu gibi, bir eser meydana getirilmesine veya bir sonucun taahhüt edilmesi uygunsa, bu müdahale eser sözleşmesi sayılmalıdır. Tıp biliminin ve uygulamada yararlanılan teknik araçların gelişmesi, hekimin bazı müdahalelerde sonucu taahhüt edebilmesine de imkân sağlamıştır. Bu tür müdahalelerde eser sözleşmesine dayanmak, hastanın haklarını daha kolay koruyabileceği ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanmasını sağlar; böylece, hastanın tazminat talebinden başka, onarım, sözleşmeden dönme ve bedelin indirilmesi gibi seçimlik hakları doğar.

Yargıtay ise, cerrahın estetik ameliyat yapmasının, istisnai olarak eser sözleşmesinin konusunu oluşturduğuna hükmetmiştir⁴¹.

³⁸ **İpekyüz**, s.61, 64.

³⁹ Yargıtay'ın bir kararında da, "Delil olarak dayanılan ve dosyaya konulmuş karşı konulmayan davacıya ait fotoğraflara bakıldığında, davacının ameliyat öncesi burnu ile ameliyat sonrası meydana gelen burnu arasında kıyaslanamayacak oranda fahiş ve çok açık farklılık ve çöküntünün hâsıl olduğu, adeta burnun yüz düzeyine dağılmış bir hâle geldiği görülmektedir. ...ameliyat öncesi davacıya ait resimlere çıplak gözle bakıldığında; burunda hiçbir suretle ileri derecede bir deformasyon olmadığı açıkça görülmektedir... Ameliyat öncesi ve sonrası fotoğraflarda, eksik görünüm bakımından aleyhe oluşmuş çok açık farklılık hâlinde, mahkeme, Yüksek Sağlık Kurulu'nca verilmiş raporla yetinmeyip dosyayı tomari ile Adli Tıp Büyük Kurulu'na göndermeli, gerekirse davacı da muayene ettirilip zararın meydana gelmesinde tarafların ne derece kusurlu olduğu konusunda rapor alınmalıdır." şeklinde karar verilmiştir (13.HD., 5.4.1993, 131/2741 (YKD., 1994/1, s.79). Görüldüğü gibi, eser sözleşmesindeki ayıba karşı tekeffül hükümleri, estetik ameliyattan önceki ve sonraki durumlar karşılaştırılarak uygulanabileceği gibi, ortaya çıkan eserin genel kabul görmüş ölçülere (günlük hayat tecrübelerine, tıp biliminin verilerine) aykırı bir nitelik taşıması durumunda da uygulanabilir.

⁴⁰ **Özay**, s.47-48.

⁴¹ "Estetik ameliyatlarda, ameliyatı yapan doktor, estetik görünüm konusunda belli bir teminat vermişse, taraflar arasındaki bu sözleşme, eser sözleşmesidir. Eser sözleşmesinde de, vekâlet akdinde olduğu gibi yüklenici, işi sadakat ve özenle yapmakla borçlu olup davalı doktor, mesleki bilgisinin tüm icaplarını yerine getirdiğini ispatla zorunludur... Davada dayanılan maddî olgu, burnun estetik ameliyat yapılmak suretiyle istenilen ve kararlaştırılan biçim ve şekle uygun güzel bir görünüm kazandırılmasıdır. Bu olgudan

c. Değerlendirmemiz

Kanaatimizce, estetik cerrah ile hasta arasında kurulan sözleşme, eser sözleşmesi niteliği taşımaktadır. Eser (istisna) sözleşmesi, müteahhit (yüklenici, iş gören) ile iş sahibi arasında yapılan, müteahhidin, iş sahibinin vermeyi üstlendiği (vaad ettiği) bir ücret karşılığında, Borçlar Kanunu'nda

hareket edildiğinde, böyle bir sözleşmede sonucun ortaya çıkması yönünden teminat verilerek borç altına girildiği, diğer bir anlatımla belli bir sonucun elde edilmesinin kararlaştırıldığı kuşku ve duraksamaya yer olmayacak şekilde açıktır. O nedenle, bu tip sözleşmenin eser sözleşmesi olarak kabul edilmesi hâlin icaplarına ve tarafların iradesine uygun düşeceğinin kabul edilmesi gerekir. Gerçekte de bu sözleşmedeki yükümlülük vekâlet sözleşmesinin konusunu oluşturan bir iş görme niteliğinde değildir. Çünkü, burada vekâlet akdindeki unsurların aksine çalışma sonunda; istenilen belli bir sonucun mutlaka elde edilmesi amacı güdülmektedir...” 13.HD., 5.4.1993, 131/2741 (YKD., 1994/1, s.79-80).

Diğer bir karara göre de “Eser (istisna) sözleşmelerinde, sadece bir hizmette bulunmak değil, aynı zamanda “eser” denilen olumlu-olumsuz bir sonucun taahhüdü söz konusudur. Sonuç gerçekleşmezse zarardan yüklenici sorumlu olur.

Dövmeyi estetik amaçla silmek için müdahalede bulunan doktor eser sözleşmesinin niteliği itibarıyla izi tamamen yok etmeyi taahhüt etmiş sayılır...

2- Bir hasta ile onu tedavi eden doktor ve bir avukat ile onun müvekkili arasındaki ilişki, vekâlet sözleşmesinin konusunu oluşturur. Doktor, hastasına tıbbî yardımda ve avukat da hukukî yardımda bulunmayı taahhüt ederler; ancak, hastayı iyileştirme ve davayı kazanma gibi bir sonucun taahhüdü, vekâlet sözleşmesinde söz konusu olamaz. Hasta ölse veya dava kaybedilse dahi tıbbî yardımda bulunan doktor ile hukukî yardımda bulunan avukat yaptıkları yardımın karşılığı olan ücret hak kazanırlar ve kusurları dışında sorumlu olamazlar.

Eser (istisna) sözleşmelerinde ise, sadece bir hizmette bulunmak değil, aynı zamanda eser denilen olumlu-olumsuz bir sonucun taahhüdü söz konusudur. Sonuç gerçekleşmezse, meydana gelen zarardan yüklenici sorumlu olur.

Bir diş doktorunun, kanal tedavisi değil de, takma diş yapması (protez) işi ve bir cerrahın tedavi değil de güzellik amacıyla insan vücudu üzerindeki tıbbî müdahalesi (olayımızda olduğu gibi) işi, BK.nun 355 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş bulunan istisna (eser) sözleşmesinin konusunu oluşturur.

Eser sözleşmesi uyarınca davalı doktorun tedavi niteliği olmayan tıbbî müdahalede bulunması ifa yönünden, yeterli değildir. Yaptığı işin, hangi yöntemi kullanırsa kullansın ayıpsız (kusursuz) olarak ortaya çıkması da gerekir. Davacının kolundaki dövmeyi estetik amaçla silmek için müdahalede bulunan doktor, aynı zamanda, izi tamamen yok etmeyi de, eser sözleşmesinin niteliği itibarıyla taahhüt etmiş sayılır. Oysa, dosya kapsamına ve fotoğraflara göre, davacının kolunda eski durumu aratırcasına sağlıklı ve çirkin görünümlü yeni bir iz, cerrahî müdahalenin izi olarak ortaya çıkmıştır. Yapılan iş BK.nun 360. maddesi gereğince, kabule icbar edilemeyecek derecede ayıplı bir iştir...” 15.HD., 3.11.1999, 4007/3868 (YKD., 2000/5, s.723-724).

“şey” (eser) deyiimiyle belirtilen belirli bir sonucu yaratmayı, bir yapıtı (şey) ortaya koymayı yüklediği bir sözleşmedir (“İstisna bir akittir ki, onunla bir taraf (müteahhit), diğer tarafın (iş sahibi) vermeği taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder.” BK.m.355). Estetik cerrahın, eser sözleşmesindeki gibi, ortaya bir sonuç koyması gerekmektedir; estetik cerrah tarafından meydana getirilen sonuç (örneğin burun kemerini düzeltme), tıp bilimi ve estetik cerrahî kuralları çerçevesinde başarılı bir sonuç olarak kabul edilebiliyorsa, hastanın bu sonuçtan tatmin olup olmadığı önem taşımaksızın, eser olarak kabul edilir. Estetik cerrahın meslekî tecrübesi ve başarısı dışındaki sebeplerle, ameliyat sonucunda ortaya bir eser çıkmaması (örneğin, öngörülemeyen sebeplerle hastanın bünyesinin istenilen sonucun doğmasına engel oluşturması) durumunda ise, estetik cerrahın bir sonuç ortaya koyma niyetiyle ameliyata giriştiğinden hareket edilerek, ilişkinin yine eser sözleşmesi olduğu sonucuna varılmalıdır.

Ortaya çıkarılacak sonucun, mutlaka yeni bir eser yaratma biçiminde olması zorunlu olmayıp, zaten var olan bir şeyin onarılması, biçiminin değiştirilmesi de eser kavramı içindedir. Ancak yaratılan sonucun bağımsız bir hukukî varlık olarak bir bütün oluşturması, farkedilebilir olması gerekir⁴². Eser sözleşmesi ile vekâlet sözleşmesi arasındaki farklardan konumuz bakımından en önemlisi de bu noktada ortaya çıkmaktadır. Gerçekten de, vekâlette, vekil, vekâlet veren adına bir iş görmekle birlikte, bu iş görme sonunda mutlaka bir sonuç yaratması gerekli değildir; ancak, işin niteliği gereği bir sonuç da ortaya çıkabilir. Eser sözleşmesinde ise, belirli bir sonucun yaratılması esastır⁴³. Estetik ameliyatlarda, hastanın arzu ettiği veya estetik cerrahî kurallarına uygun bir sonucun cerrah tarafından ortaya konulması, hasta üzerinde bir eser yaratılması gerekmektedir.

Eser sözleşmesinde, ortaya çıkarılacak eser için harcanan emek karşılığında, iş sahibi bir ücret ödeme borcu altına girmektedir. Tarafların ücreti kararlaştırmamış olması sözleşmenin geçerliliğini etkilemez; ücret sorunu, Borçlar Kanununun 366. maddesindeki kurala göre çözümlenir.

⁴² Tandoğan, s.23; Şenocak, Sorumluluk, s.22; Hancı, s.150; İpekyüz, s.60; Arı, s.22; Özyay, s.40, 85.

⁴³ Vekâlet sözleşmesinde, bir şeyin (eserin veya sonucun) meydana getirilmesi değil, belirli bir doğrultuda çalışma (hastaya sağlığını kazandırıcı yönde özenle çalışma) borcu yüklenilmektedir; sonucun arzu edilen gibi gerçekleşmemesinden -kusuru bulunmadığı sürece- sorumlu değildir (Aşçıoğlu, Sorumluluk, s.34; Tıbbî Yardım, s.17-18); Hancı, s.150; İpekyüz, s.69; Akıncı, s.84; Özdemir, s.81-82; Öztürkler, s.58; Özyay, s.38, 41.

Eser sözleşmesi rızai bir sözleşme olup, tarafların birbirine uygun karşılıklı (açık veya örtülü) irade beyanıyla kurulur; geçerliliği, kural olarak belirli bir şekle uyulmasına bağlı değildir⁴⁴. Fakat ileride ortaya çıkacak uyuşmazlıkların önlenmesi için, tüm ayrıntıları içeren yazılı bir sözleşme yapılması isabetli olur.

2. Sorumluluğun Şartları

Estetik cerrah ile hasta arasındaki ilişkiden, cerrah aleyhine bir sorumluluğun doğabilmesi için, cerrahın sözleşmeye aykırı kusurlu bir davranışının bulunması, bunun sonucunda hastanın bir zarara uğraması ve davranış ile zarar arasında uygun nedensellik bağının olması şartlarının gerçekleşmesi gerekir.

a. Sözleşmeye Aykırılık

Estetik cerrah ile hasta arasında ehliyet, şekil gibi unsurlar bakımından geçerli bir şekilde kurulmuş ve hükümlerini devam ettiren bir sözleşme varsa, cerrahın, zarar gören hastaya karşı hukukî sorumluluğu bu sözleşmeye dayanır. Estetik cerrahın sözleşmesel sorumluluğunun doğabilmesi için, öncelikle icraî veya ihmali bir hareketle sözleşmenin ihlali (borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi) söz konusu olmalıdır⁴⁵.

⁴⁴ **Tandoğan**, s.28-29; **Özay**, s.39; **Geiß**, s.13. Estetik cerrah ile hasta arasındaki sözleşmeyi sona erdiren sebepler ise, genel olarak şunlardır:

- a) Her iki tarafın da, borçlarını sözleşmeye uygun olarak ifa etmesi; yani, estetik cerrahın sözleşmeye uygun olarak estetik ameliyatı gerçekleştirmesi ve hastanın da bunun karşılığında ücreti ödemesi,
- b) Yapılacak ameliyat estetik cerrahın özel bir becerisini gerektirdiğinden ve sözleşme onun kişiliğine bağlı olarak yapıldığından, estetik cerrahın ölümü ya da ameliyatı yürütmeyecek duruma gelmesi (BK.m.371),
- c) Sözleşme hastanın kişiliğine bağlı olarak yapıldığından, hastanın ölümü veya hasta nezdinde ortaya çıkan nedenlerle ameliyatın yapılmasının olanaksız hâle gelmesi (BK.m.370),
- d) Bunlar dışında, iki taraftan birinin borcunu yerine getirmekte gecikmesi durumunda da, Borçlar Kanunu'ndaki kurallara uyarak (BK.m.106-108) öteki tarafın sözleşmeyi feshetmesi. (Sona erme sebepleri hakkında bkz. **Tandoğan**, s.316 vd.; **Durdu**, s.86-87; **Arı**, s.37; **Deutsch**, Erwin: *Arztrecht und Arzneimittelrecht*, 2. Auflage, Berlin 1991, s.39-40).

⁴⁵ Estetik cerrah ile hasta arasındaki uyuşmazlıklar, genellikle borcun hiç ifa edilmemesinden değil de, gereği gibi ifa edilmemesinden kaynaklandığından, sözleşmenin müspet

Estetik cerrah için, hasta ile arasındaki sözleşmeden doğan en önemli (asıl) borç, “*eseri yapmak*”tır. Estetik cerrahın, yine bu sözleşmeden doğan ve asıl borcun yerine getirilmesine hizmet eden, “*teşhis (tanı) koyma ve en uygun tedaviyi seçip uygulama*”, “*eseri bizzat yapma*”, “*hastayı aydınlatma*”, “*sadakat ve özen gösterme*”, “*kayda geçirme (arşivleme)*” ve “*sır saklama*” gibi bazı yan yükümlülükleri de vardır. Sözleşmeye uygun bir tedaviden söz edilebilmesi, cerrahın bu yan yükümlülüklere de uyması gerekir⁴⁶.

Estetik cerrahın gerek eser sözleşmesinden gerekse estetik ameliyatların özelliğinden kaynaklanan borçları şunlardır:

aa. Eseri Yapma Borcu

Estetik cerrah, hastanın istediği estetik ameliyatı sözleşmedeki şartlara uygun olarak yapıp, hastanın istediği eseri (sonucu) yaratma borcu altındadır. Bu eser, genellikle hastanın vücudu üzerinde ortaya konulduğundan, eser sözleşmelerinde müteahhide yüklenen “*eseri teslim etme borcu*” burada ayrıca söz konusu değildir.

ihlali söz konusudur; bu konuda, asıl borç ile yan yükümlerin ihlali arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır (Ayan, s.63, dn.99); Öztürkler, s.42.

⁴⁶ Bu yan yükümlülüklerin bazıları, Borçlar Kanununun eser sözleşmesiyle ilgili hükümlerinde düzenlenen yükümlülüklerin, estetik cerrah ile hasta arasındaki sözleşmeye uygun şekilde yorumlanmasından çıkartılmaktadır. Yargıtay’a göre de, “...Eser sözleşmesinde yüklenici eseri meydana getirmekle ve onu teslim etmekle yükümlüdür. Bundan başka, bu iki ana borçtan kaynaklanan ve bu borçların akde uygun şekilde ifasını sağlayan diğer birtakım yan borçların da BK.da açıkça yer aldığı veya işin mahiyetinden çıkarıldığı açıkça görülmektedir. Bunlardan biri de, işi sadakat ve özenle bizzat yapma borcudur...” (13.HD., 5.4.1993, 131/2741 (YKD., 1994/1, s.80). Bazı yan yükümlülükler ise, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi, Hasta Hakları Yönetmeliği veya Hekimlik Meslek Etiği Kuralları gibi düzenlemelerde yer alan ve her hastanın sahip olduğu hakların ya da her hekimin uyması gereken yükümlülüklerin, estetik cerrah ile hasta arasındaki ilişkiye de uyarlanmasından çıkartılmaktadır.

Bu arada, Hekimlik Meslek Etiği Kurallarından da söz edilmelidir. 1961 tarihli Tıbbi Deontoloji Tüzüğü’nün, günün koşullarına uygun hâle getirilmesi amacıyla, 1998 yılı başlarında Türk Tabipler Birliği tarafından başlatılan çalışmaya, 1998 yılının Ekim ayında Ankara’da toplanan TTB 47. Olağanüstü Genel Kurulu’nda son şekli verilmiş; söz konusu etik kurallar, TTB’nin Tıp Dünyası isimli gazetesinin 1 Ocak 1999 tarihli nüshasında yayınlanmıştır. Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının 47. maddesine göre, “Bu kurallar bütünü Türk Tabipleri Birliği Büyük Kongresi’nde kabul edilip, Türk Tabipleri Birliği yayın organlarından birinde yayımlandıktan bir ay sonra yürürlüğe girer ve Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyi ve tabip odaları tarafından yürütülür.” Tıbbi Deontoloji Tüzüğü de hâlen yürürlüktedir.

Estetik cerrah ile hasta, kanuna, kamu düzenine, ahlaka ve emredici hükümlere aykırı olmayan, kişilik hakkını ihlal etmeyen her türlü sonucun eser olarak yaratılmasını kararlaştırabilirler ve cerrah, hastanın istediği şekilde bir eser yaratarak bu borcundan kurtulur. Ancak mahkeme kararlarına yansıyan olaylarda, cerrah ile hasta arasındaki uyumsuzlukların genellikle bu noktada ortaya çıktığı görülmekte ve cerrahın istenilen eseri ortaya koyamadığı hasta tarafından iddia edilmektedir⁴⁷.

Bir uyumsuzluk durumunda, hastanın, estetik cerrahı yaratmasını istediği sonucu somut olarak ispatlayamadığı hâllerde, objektif değerlendirmelere göre eseri yapma borcunun yerine getirilip getirilmediği tespit edilir. Örneğin burnunun ünlü bir sanatçının gibi olmasını sağlayacak bir estetik ameliyat olmak üzere bir cerrahla anlaşılan hasta, bu şartı sözleşmeye koymamışsa, ortaya çıkan sonucun istediği gibi olmaması hâlinde bir talepte bulunamaz. Cerrah, objektif bir değerlendirme sonucu eskisinden güzel bir görünüme sahip bir burun yaratmışsa, eseri yapma borcunu yerine getirmiş sayılır. Sözleşmede belirtilen şekildeki bir sonucun ortaya çıkmaması hâlinde, yine objektif bir değerlendirmeyle başarılı sayılan bir sonuç da, eser olarak kabul edilebilir.

⁴⁷ “...Delil olarak dayanılan ve dosyaya konulmuş karşı konulmayan davacıya ait fotoğraflara bakıldığında, davacının ameliyat öncesi burnu ile ameliyat sonrası meydana gelen burnu arasında kıyaslanamayacak oranda fahiş ve çok açık farklılık ve çöküntünün hâsıl olduğu, adeta burnun yüz düzeyine dağılmış bir hâle geldiği görülmektedir... raporda, davacının ilk derecede deformasyon ve burun tıkanıklığının giderilmesi için davalı doktora müracaat ettiği, bunun üzerine septorinoplasti ameliyatı yapıldığı açıklanmıştır. hâlbuki, ameliyat öncesi davacıya ait resimlere çıplak gözle bakıldığında; burunda hiçbir suretle ileri derecede bir deformasyon olmadığı açıkça görülmektedir. Yine burun şeklinin hasta tarafından beğenilmediği belirtilerek ikinci bir operasyon yapıldığına, raporda değinilmiş ise de; böyle bir olgu davalı tarafından ileri sürülmemiş tam aksine davalı vekili davaya cevap dilekçesinin ikinci sahifesinde; ilk ameliyat ile burnun hafif çöktüğünü, bir iki hafta sonrada daha çok çöktüğünü, o nedenle kendisi tarafından ikinci ameliyata lüzum görüldüğünü açıklamıştır...” 13.HD., 5.4.1993, 131/2741 (YKD., 1994/1, s.81).

“Davacının kolundaki dövmeyle estetik amaçla silmek için müdahalede bulunan doktor, aynı zamanda, izi tamamen yok etmeyi de, eser sözleşmesinin niteliği itibarıyla taahhüt etmiş sayılır. Oysa, dosya kapsamına ve fotoğraflara göre, davacının kolunda eski durumu aratırcasına sağlıklı ve çirkin görünümlü yeni bir iz, cerrahî müdahalenin izi olarak ortaya çıkmıştır. Yapılan iş BK.nun 360. maddesi gereğince, kabule icbar edilemeyecek derecede ayıplı bir iştir.” 15.HD., 3.11.1999, 4007/3868 (YKD., 2000/5, s.724).

Estetik cerrahın eseri yapma borcunu gereği gibi yerine getirmediği iddiası, genellikle nitelik bakımından ileri sürülmektedir. Ancak bazı istisnai durumlarda, nicelik bakımından da eserin gereği gibi yerine getirilmediği iddia edilebilir. Örneğin bir saç ekim operasyonunda, ekilen saçların kalitesi hastayı memnun etmiş olmasına rağmen, istediğinden daha az sayıda saç kökünün ekildiğini belirterek cerraha karşı talepte bulunabilir. Burada da, eğer cerrah ile hasta arasındaki sözleşmede, ekilecek saç köklerinin sayısı belirtilmişse buna göre, belirtilmemişse objektif değerlendirmelere göre cerrahın eseri yapma borcunu yerine getirip getirmediği tespit edilir.

bb. Teşhis (Tanı) Koyma ve En Uygun Tedaviyi Seçip Uygulama Borcu

Güzelleştirme amaçlı estetik ameliyatlarda tanı koyma, hastanın güzelleştirilmesini istediği bölgedeki sorunun tespit edilmesi, hastanın şikâyetinin adının konulmasıdır. Bu, bazen çıplak gözle görülebileceği gibi, bazen de ayrıntılı tetkiklerle belirlenebilir. Doğru tanı koyma, doğru tedavi yöntemini seçmenin ön şartıdır. Yanlış teşhis konulması, yanlış tedavi uygulanmasını da beraberinde getireceğinden, tedavinin uzaması, hastanın durumunun kötüleşmesi ve hatta ölüme kadar giden olumsuz sonuçlar doğurur⁴⁸. Doğru tanıya ulaşabilmek için estetik cerrah, mesleki ilkeleri bilmek ve kendisinden beklenen azami özeni göstermek zorundadır. Bu kapsamda, anamnez⁴⁹, fizikî muayene, röntgen ve laboratuvar tetkikleri ile gerekli diğer teşhis araçlarının kullanılması gerekir⁵⁰.

Hasta muayene edildikten ve somut olayın özelliklerine göre gerekli araştırmalar yapıldıktan sonra estetik cerrah, kişisel tecrübesinden de yararlanarak sorunun ne olduğunu belirler. Tanıyı koymadan önce gerekli araştırmaları özenle yapan ve bu çalışma sonucunda elde ettiği bulguları özenle

⁴⁸ **Ayan**, s.65; **İpekyüz**, s.75. Hasta Hakları Yönetmeliğinin 11. maddesinde de, “*Tıbbî Gereklere Uygun Teşhis, Tedavi ve Bakım*” başlığı altında; “*Hasta, modern tıbbî bilgi ve teknolojinin gereklerine uygun olarak teşhisinin konulmasını, tedavisinin yapılmasını ve bakımını istemek hakkına sahiptir. -Tababetin ilkelerine ve tababet ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yapılamaz.*” hükmü yer almıştır.

⁴⁹ Anamnez (anamnesis), anılar, özgeçmiş anlamına gelmekte olup, hastalığın geçmişini öğrenme durumunu ifade eder (**Ayan**, s.65); **Şenocak**, Sorumluluk, s.61.

⁵⁰ **Ayan**, s.65; **Şenocak**, Sorumluluk, s.61; **Durdu**, s.80; **Ertay**, s.187; **İpekyüz**, s.75-76; **Özdemir**, s.41, 90; **Arı**, s.24; **Öztürkler**, s.87; **Özay**, s.52; **Kuhnert**, Christian: Die vertragliche Aufklärungspflicht des Arztes, Bochum 1982, s.16-17.

takdir eden cerrah, sırf konulan tanının yanlışlığı yüzünden sorumlu tutulamaz. Çünkü cerrahın yetenekleri sınırsız olmadığı gibi, özenli bir araştırmaya rağmen gerekli belirtilerin elde edilememesi de mümkündür. Fakat gerekli araştırmaları yapmadan tanı koyan veya elde edilen sonuçları mesleki eksikliği nedeniyle doğru yorumlayamayan cerrahın sorumluluğu söz konusudur⁵¹.

Estetik cerrahın hastayı gerek tanı, gerekse tedavi aşamasında yararlanabileceği diğer tanı araçlarından ve uzman görüşlerinden kasten mahrum bırakmaması gerekir. Cerrah kendi mesleki yetki ve yeteneklerini doğru bir şekilde tartmalı, hastayı buna göre yönlendirmelidir. Cerrahın kendine aşırı güven duyarak gösterdiği cüret ve bunun sonucunda tıp bilimi ve uygulamasında genel olarak tanınıp kabul edilmiş esasların zorunlu kıldığı özeni göstermemesi “mesleki acemilik” olarak değerlendirilmeli ve ortaya çıkacak zarardan sorumlu tutulmalıdır⁵².

Estetik cerrah, hastası üzerinde teşhisini koyduktan sonra, bu sorunun hastasının istediği şekilde giderilebilmesi için en uygun yöntemi seçmek zorundadır. Her tıbbî müdahalenin normal sapma ve riskleri bulunmakla birlikte, en uygun yöntem, “tedavi için riski en az ve fakat başarı ihtimali en fazla olan yöntem”dir⁵³. Eşdeğer sayılabilecek birden fazla tedavi yöntemi varsa, cerrah, bunlardan somut olayın özelliklerine en uygun düştüğüne inandığı yöntemi seçip uygulamalıdır. “Hastalık yoktur, hasta vardır.” deyişinin de ifade ettiği gibi, her hasta diğerlerinden çok farklı fiziksel ve psikolojik özelliklere sahip olduğundan, hastanın durumunu yakından bilen cerrah, en uygun tedavi yöntemini serbestçe takdir etmelidir (TDN.m.6). Hastanın estetik ameliyatında, daha riskli olmasına rağmen başarı ihtimali de o oranda

⁵¹ Belgesay, s.105-106; Ayan, s.65-66; Şenocak, Sorumluluk, s.61-62; Ertaş, s.187; Aşçıoğlu, Sorumluluk, s.76; Sarıal, s.79; Köprülü, s.589; Arı, s.24; Öztürkler, s.87. “Tanısı güç durumlarda, tanı yanlışlıkları ve endikasyon hataları her zaman mümkündür. Klinik belirtiler bazen en tecrübeli hekimleri bile yanıltabilir. Bu durumlarda ancak açık bir hata ve ihmal varsa hekim kusurlu sayılabilir.” (Hancı, s.28).

⁵² Aşçıoğlu, Sorumluluk, s.76; Arı, s.24-25.

⁵³ “En emniyetli yol prensibi”ne göre, estetik cerrah, aynı başarıyı daha az riskle sağlayabilecek tanınmış (geleneksel) bir yöntem varken, daha fazla riski olan yeni bir yöntem seçemez. Fakat bu prensibi mutlak olarak uygulamak, tıp biliminin sürekli gelişme gösteren yapısına uygun düşmemekte, bugün için yeni ve yeterince tanınmamış bir yöntem, yarın tanınmış bir yöntem niteliği kazanabilmektedir (Ayan, s.66); Şenocak, Sorumluluk, s.62; Durdu, s.82; İpekyüz, s.92; Ertaş, s.190; Akıncı, s.228; Sarıal, s.82; Özdemir, s.90; Arı, s.25; Özay, s.52-53.

yüksek olan yeni bir tedavi yöntemi uygulamak isteyen cerrah, hastayı aydınlatmak şartıyla bu yeni yöntemi de seçebilmelidir⁵⁴ (TDN.m.10).

Hastası üzerinde teşhisini koyup en uygun tedavi yöntemini seçen estetik cerrah, bunu, tıp bilimi ve uygulamasında genel olarak tanınıp kabul edilmiş esasların zorunlu kıldığı özeni göstererek ve hastanın zarara uğramasını önleyecek her türlü tedbiri alarak uygulamalıdır⁵⁵.

Estetik cerrahın uygulayacağı tedavi yöntemine, ameliyattan sonra kullanılacak ilaçlar veya diğer ek iyileşme yöntemleri de dâhildir. Dolayısıyla estetik cerrahın hastanın iyileşme dönemini, istenilen sonuca ulaşılmasına azami fayda sağlayacak ve hızlı geçirecek şekilde düzenlemesi gerekmektedir⁵⁶.

⁵⁴ **Ayan**, s.66-67; **Durdu**, s.82; **Özdemir**, s.43, 90; **Arı**, s.25; **Özay**, s.54; Estetik cerrah, hastasını, yeni bir tedavi metodu kullanarak ameliyat edecekse, öncelikle bu tedavi metodunun tıp biliminin kurallarına, bilinen ilkelerine uygun olması, bilimsel araştırmalara dayanması, birçok deneysel tecrübelerden sonra elde edilmiş olması gerekir. İkinci olarak da, denemenin uygulanacağı hastanın organizmasının incelenerek, hasta üzerinde ortaya çıkabilecek olumsuz etkilerin önlenmesi için gerekli tedbirler alınmış olmalıdır. Son olarak da, hastanın rızası, üzerinde uygulanacak yeni metot konusunda yeterince aydınlatılarak alınmış olmalıdır (**Şenocak**, Sorumluluk, s.67-68); **Bayraktar**, s.164; **Aşçıoğlu**, Sorumluluk, s.55-56; **Aşçıoğlu**, Tıbbî Yardım, s.55-56; **Ertaş**, s.193; **Zevkliler**, s.24; **İpekyüz**, s.99-100; **Akıncı**, s.227; **Sarıal**, s.81-82; **Erman**, Hasan, s.149; **Öztürkler**, s.97-98.

Hasta Hakları Yönetmeliğinin "Alışılmış Olmayan Tedavi Usullerinin Uygulanması" başlıklı 27. maddesine göre; "Klinik veya laboratuvar muayeneleri sonucunda bilinen klasik tedavi metodlarının hastaya fayda vermeyeceğinin sabit olması ve daha evvel deney hayvanları üzerinde کافی derecede tecrübe edilmek suretiyle faydalı tesirlerinin anlaşılması ve hastanın rızasının bulunması şartları birlikte mevcut olduğunda, bilinen klasik tedavi metodları yerine başka bir tedavi usulü uygulanabilir. Ayrıca, bilinen klasik tedavi metodu dışındaki bir metodun uygulanabilmesi için, hastaya faydalı olacağı ve bu tedavinin bilinen klasik tedavi usullerinden daha elverişsiz sonuç vermeyeceğinin muhtemel olması da şarttır. -Evvelce tecrübe edilmemiş bir tıbbî tedavi ve müdahale usulü, ancak zarar vermeyeceğinin ve hastayı kurtaracağını mutlak olarak öngörülmesi hâlinde yapılabilir."

⁵⁵ **Ayan**, s.67; **Durdu**, s.81-82; **İpekyüz**, s.94; **Arı**, s.25; **Özay**, s.54.

⁵⁶ Estetik cerrah, hastaya ameliyattan sonra kullanmasını önerdiği ilaçlardan kaynaklanan zararlardan, kusur esasına göre sorumludur. Buna göre, ilacın üretim hatasının, yan etkilerinin estetik cerrah tarafından bilinmesi imkânı varsa veya ilacın ne şekilde kullanılacağı hastaya eksik veya hatalı olarak anlatılmışsa ya da reçete yazılırken hata yapılmışsa, kusura dayalı bir sorumluluk söz konusudur (**Aşçıoğlu**, Sorumluluk, s.99; Tıbbî Yardım, s.108; **Hancı**, s.112; **Öztürkler**, s.287). Benzer şekilde, estetik cerrah okunamayan ya da yanlış okunabilen bir reçete yazmışsa ve buna dayanarak eczacı yanlış bir ilaç vermişse, her ikisinin de sorumluluğu söz konusudur (**Belgesay**, s.95); **Ertaş**, s.195; **Göçmen**,

cc. Eseri Bizzat Yapma Borcu

Estetik cerrah, seçtiği tedavi yöntemini ve yapılması kararlaştırılan ameliyatı, kural olarak bizzat uygulamakla yükümlüdür⁵⁷. Estetik ameliyatlarda, estetik cerrahın kişisel yetenekleri büyük önem taşıdığı ve hastayla arasında güven ilişkisi kurulduğu için, ameliyatın bizzat estetik cerrah tarafından yapılması gerekmektedir⁵⁸. Bununla birlikte, estetik cerrahın ameliyatla ilgili her işi tek başına yapması beklenilemeyeceğinden, tanı ve tedavi aşamalarında başka kişilerin yardımından yararlanabilir⁵⁹.

Estetik ameliyatın yapılmasında yardımcı kişi kullanan cerrah, yardımcı kişinin seçiminde, ona talimat verilmesinde, onun gözetim ve denetiminde özen göstermekle yükümlüdür. Bazı işleri kendi yönetimi altındaki yardımcı kişilere yaptırmış olsa da, işi cerrahın kendisi yapmış sayılmakta ve sorumluluğu söz konusu olmaktadır⁶⁰.

Borçlar Kanununun 100. maddesi anlamında yardımcı şahıs, borçlunun kendi rızasıyla, sözleşmesel yükümlülüklerinin ifasında kullandığı herkeştir⁶¹. Laborant, teknisyen, asistan, hemşire gibi personelden yardım alınmışsa, estetik cerrah, bu kişilerin verdikleri zarardan da hastaya karşı Borçlar Kanununun 100. maddesi gereğince sorumlu tutulur. Bu sorumluluğun doğması için, yardımcı şahsın kusurlu olması şart değilse de, hastanın uğradığı zarar ile yardımcı kişinin fiili arasında uygun nedensellik bağının bulunması gerekir⁶².

Erkin/-Göçmen, Ş. Ali: "İlaç Kullanımından Kaynaklanan Zararlardan Hekimin, Eczacının ve İlaç Üreticisinin Sorumluluğu", İBD 2003/3, s.641.

⁵⁷ Borçlar Kanununun 356. maddesinin ikinci fıkrasında, "Müteahhit, imal olunacak şeyi bizzat yapmağa veya kendi idaresi altında yaptırmaya mecburdur. Fakat işin mahiyetine nazaran şahsi maharetinin ehemmiyeti yok ise, taahhüt ettiği şeyi başkasına dahi imal ettirebilir." denilmektedir.

⁵⁸ Arı, s.25; Özdemir, s.90; Hancı, s.158; Özay, s.91.

⁵⁹ Estetik cerrah hastaya iğne yapılması, kan ve serum verilmesi, hastadan kan alınması, hastanın ameliyata hazırlanması, röntgeninin çekilmesi, tansiyonunun ölçülmesi, ameliyathaneye ilişkin temizlik ve sterilizasyon faaliyetlerinin gerçekleştirilmesi gibi, Borçlar Kanununun 67. maddesi gereğince bizzat yerine getirmeye mecbur olmadığı, yardımcı kişilere bırakılmaya elverişli edimlerde yardım alabilir (Ayan, s.67-68); Hancı, s.158-159; Özdemir, s.91; İpekyüz, s.95; Özay, s.55.

⁶⁰ Belgesay, s.139; Arı, s.26.

⁶¹ Şenocak, Sorumluluk, s.97; Hancı, s.159; İpekyüz, s.95; Özdemir, s.91; Arı, s.26.

⁶² Belgesay, s.139; Ayan, s.68; Şenocak, Sorumluluk, s.99; Ertaş, s.195; Hancı, s.159, 171; İpekyüz, s.95; Özdemir, s.91; Reisoğlu, s.15; Erman, Hasan, s.153; Arı, s.26; Öztürkler, s.188; Özay, s.55; Geiß, s.32.

Estetik cerrahın, adam çalıştırmanın sorumluluğundan (BK.m.55) farklı olarak, işi yardımcıya bırakmada, onu seçmede, ona nezaret etme ve talimat vermede kusurlu olmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulması mümkün değildir; cerrah, yardımcı kişinin eyleminin kendisi için dahi kusurlu sayılamayacağını ispatlamalıdır⁶³. Başka bir ifadeyle, estetik cerrah, yardımcı şahıs gibi hareket etmiş olsaydı, bu hareket tarzı kendisi için de kusurlu sayılamayacak idiyse, bunu ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir.

Hasta ile yardımcı personel arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi bulunmadığından, yardımcı personel ancak genel haksız fiil hükümlerine göre (BK.m.41 vd.) sorumludur⁶⁴.

Bazen estetik cerrah, işin tamamını ya da bir bölümünü kendi hesabına ve bağımsız çalışan başka hekimlere ve estetik cerrahlara bırakabilir. Bu durum bazı istisnai hâllerde kabul edilmektedir. Bunlar hastanın rızası, örfün hekime tanıdığı yetki ve zorunluluk hâli olarak sayılabilir⁶⁵. Örneğin hastalanan estetik cerrah -hastanın da rızasını almak şartıyla-, hastayı ameliyat etmek üzere başka bir estetik cerrahı görevlendirebilir. Bu istisnai hâllerde bile cerrah “*yerine geçecek kişiyi seçme ve ona talimat vermede özen gösterme*” bakımından sorumludur; ancak yerini alan estetik cerrahı gözetim altında bulundurmamak ve denetlemekle yükümlü değildir⁶⁶.

dd. Hastayı Aydınlatma Borcu

Hastayı aydınlatma borcu, estetik cerrahın, vereceği bilgilerle, hastayı, uygulanması düşünülen tıbbî müdahale üzerinde serbestçe karar verebilecek bir duruma getirmesiyle yerine getirilir⁶⁷. Çünkü sadece yeterince bilgilendirilen hasta, önerilen tedaviye razı olup olmama konusunda serbest iradesiyle

⁶³ Belgesay, s.139; Tandoğan, s.76; Ayan, s.68; Şenocak, Sorumluluk, s.98-99; Hancı, s.159; İpekyüz, s.96; Özdemir, s.91; Arı, s.26; Öztürkler, s.189; Özay, s.55.

⁶⁴ Belgesay, s.139; Ayan, s.68; İpekyüz, s.96; Özdemir, s.91; Arı, s.26; Özay, s.56.

⁶⁵ Ayan, s.70; Şenocak, Sorumluluk, s.100; İpekyüz, s.97; Sarıal, s.51-52; Reisoğlu, s.13; Özdemir, s.92; Arı, s.27; Özay, s.57.

⁶⁶ Ayan, s.70; Bayraktar, s.125; Şenocak, Sorumluluk, s.101; İpekyüz, s.98; Sarıal, s.51; Özdemir, s.93; Arı, s.27; Özay, s.57.

⁶⁷ Belgesay, s.65-66; Ayan, s.71; Şenocak, Sorumluluk, s.44; Aşçıoğlu, Sorumluluk, s.40; Aşçıoğlu, Tıbbî Yardım, s.27; Hancı, s.72; İpekyüz, s.90; Akıncı, s.217; Sarıal, s.56; Erman, Barış, s.102; Çakmut, s.224; Özdemir, s.97; Köprülü, s.594; Özsunay, s.32; Kaneti, s.70; Arı, s.27; Sert, s.215; Özay, s.58.

karar verebilir (bilgilendirilmiş rıza, aydınlatılmış onam)⁶⁸. Bir tıbbî müdahalenin olumlu ve olumsuz yönlerini bilmeden rıza gösteren hasta, kendi serbest iradesiyle karar vermiş sayılmaz. Serbest iradeye dayanan rıza, gerçekleştirilecek tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlayacağı için büyük önem taşımaktadır⁶⁹. Yeterli şekilde aydınlatılmadığı için hastanın rızası geçerli kabul edilemezse, usulüne uygun şekilde icra edilmiş olsa bile, tıbbî müdahale hem sözleşmeye ve hem de hukuka aykırı olur; bu durumda, estetik cerrah, tedavinin olumsuz bir sonucu için herhangi bir kusuru bulunmasa dahi -hastayı aydınlatmaması yeterli bir kusur sayılarak- sorumlu tutulur⁷⁰.

⁶⁸ Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının, hekim-hasta ilişkilerini düzenleyen 4. bölümünde "Aydınlatılmış Onam" başlığı altında düzenlenen 26. maddeye göre: "Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır. Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilir biçimde verilmelidir. Hastanın dışında bilgilendirilecek kişileri, hasta kendisi belirler. Sağlıkla ilgili her türlü girişim, kişinin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabilir. Alınan onam, baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alındıysa geçersizdir. -Acil durumlar ile, hastanın reşit olmaması veya bilincinin kapalı olduğu ya da karar veremeyeceği durumlarda yasal temsilcisinin izni alınır. Hekim temsilcinin izin vermemesinin kötü niyete dayandığını düşünüyor ve bu durum hastanın yaşamını tehdit ediyorsa, durum adli mercilere bildirilerek izin alınmalıdır. Bunun mümkün olmaması durumunda, hekim başka bir meslektaşına danışmaya çalışır ya da yalnızca yaşamı kurtarmaya yönelik girişimlerde bulunur. Acil durumlarda müdahale etmek hekimin takdirindedir. Tedavisi yasalarla zorunlu kılınan hastalıklar toplum sağlığını tehdit ettiği için hasta veya yasal temsilcisinin aydınlatılmış onamı alınmasa da gerekli tedavi yapılır. -Hasta vermiş olduğu aydınlatılmış onamı dilediği zaman geri alabilir."

⁶⁹ Hastanın tıbbî müdahaleye rıza göstermesi, temelini Anayasamızın 17. ve Medenî Kanunumuzun 24. maddelerinde bulan "kendi geleceğini bizzat belirleme hakkı"nın (Selbstbestimmungsrecht) bir uzantısıdır; her tıbbî müdahale, hastanın açık ya da örtülü iradesine uygun olmalıdır (Şenocak, Sorumluluk, s.36-37, 44); Ayan, s.73; Özsunay, s.34-35; Şenocak, AÜHFD, s.68; Ozanoğlu, s.59; Sert, s.216; Öztürkler, s.64-65; Özay, s.58; Hoppe, Jürgen F.: "Der Zeitpunkt der Aufklärung des Patienten – Konsequenzen der neuen Rechtsprechung", NJW 1998/12, s.782.

Hasta Hakları Yönetmeliğinin 31. maddesine göre; "Rıza alınırken hastanın veya kanuni temsilcisinin tıbbî müdahalenin konusu ve sonuçları hakkında bilgilendirilip aydınlatılması esastır. -Hastanın, uygulanacak tıbbî müdahale için verdiği rıza, bu müdahalenin gerektirdiği sair tıbbî işlemleri de kapsar. Ancak, tıbbî işlemlerin uygulanmasında, bu Yönetmelik'te ve diğer mevzuatta belirlenen hakların ihlal edilmemesi için azami ihtimam gösterilir."

⁷⁰ Ayan, s.71; Arı, s.27; Özsunay, s.55-56; Reisoğlu, s.8; Onaran, s.310; Hoppe, s.782; Öztürkler, s.72-73; Özay, s.58.

Hastanın tıbbî müdahaleye rıza göstermesi ve bu şekilde hukuka uygunluğun sağlanabilmesi için, hastanın, muayene sonucu elde edilen bulgular konusunda bilgilendirilmesi (teşhis aydınlatması); önerilen tıbbî müdahalenin uygulanmaması durumunda meydana gelebilecek olumsuz sonuçlar hakkında aydınlatılması (süreç aydınlatması); uygulanması düşünülen tıbbî müdahalenin türü, şekli, kapsamı, olası tehlikeleri, komplikasyon (yan etki) ve sonuçları konusunda açıkça bilgilendirilmesi (riziko aydınlatması) gerekir⁷¹. Kural olarak diğer bütün tıbbî müdahalelerde bu üç aydınlatma şeklinin bir arada kullanılması gerekmektedir birlikte, güzelleştirme amaçlı estetik ameliyatlarda, ameliyat olunmadığı sürece doğabilecek olumsuz bedensel sonuçlar söz konusu olmadığından, süreç aydınlatması farklı bir görünüm arzeder. Bu tür estetik ameliyatlardaki süreç aydınlatması, birden fazla tedavi yönteminin bulunduğu hâllerde, estetik cerrahın önerdiği yöntemin seçilmemesi durumunda, diğer ameliyat türlerinin yaratacağı olumsuz sonuçlar hakkında hastanın aydınlatılmasıdır ve diğer iki aydınlatma türüyle birlikte kullanılmalıdır.

Bu kapsamda aydınlatmanın konusuna, tanı ve buna bağlı tehlikeler ile uygulanması düşünülen tedavi yöntemi, bunun risk ve komplikasyonları, alternatif tedavi seçenekleri, tedavinin maliyeti ile tedavinin muhtemel sonuçları, ameliyattan önce ve sonra kullanılması gereken ilaçlar⁷² girmektedir. Hasta aydınlatılırken öncelikle ölüm ihtimali üzerinde durulmalı⁷³, daha sonra

⁷¹ Ayan, s.71-72; Durdu, s.80-81; Hancı, s.73; İpekyüz, s.77 vd.; Ertuş, s.188; Akıncı, s.218; Sarıal, s.57; Erman, Barış, s.106-110; Çakmut, s.225; Özsunay, s.41-42; Özdemir, s.97-98; Ozanoğlu, s.66-67; Arı, s.27; Erman, Hasan, s.147; Sert, s.225; Özyay, s.61; Geiß, s.91 vd.; Kuhnert, s.10; Kern, Bernd-Rüdiger/Laufs, Adolf: Die ärztliche Aufklärungspflicht, Berlin 1983, s.53 vd.; Deutsch, s.57-58.

⁷² Estetik cerrahın ilaçlar konusundaki aydınlatma yükümlülüğü için bkz. Kuhnert, s.95 vd.

⁷³ Hasta Hakları Yönetmeliğinin 12. maddesinde, "Teşhis, tedavi veya korunma maksadı olmaksızın, ölüme veya hayati tehlikeye yol açabilecek veya vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek veya akli veya bedeni mukavemeti azaltabilecek hiçbir şey yapılamaz ve talep de edilemez." hükmüne yer verilmiştir. Aslında, estetik ameliyatın riskleri diğer cerrahî girişimlerin tümünde olduğu gibi, kişinin genel sağlık sorunlarından kaynaklanabilecek risklerdir. Bunun dışında estetik ameliyatın kendisinden kaynaklanan tehlikeler bulunmamaktadır. Estetik ameliyat hayati organ ve dokularla ilgili bir girişim olmadığından, hastaların sağlığının ya da yaşamının riske edilmesi söz konusu değildir. Hayati organ ameliyatları gibi riskli olmasalar da, tüm diğer cerrahî girişimlerde olduğu gibi estetik ameliyatlarda da alınması gereken bazı önlemler vardır. Bu önlemler, ancak tam teşekküllü hastanelerin teknik donanımıyla sağlanabilir. Eğer yapılacak estetik ameliyatın, hastadan veya ameliyat şartlarından kaynaklanan bir riski olacaksa, bu konuda da hastanın ayrıntılı bir şekilde aydınlatılması gerekir.

da meydana gelebilecek diğer yan etkiler açıklanmalıdır; gerçekleşmesinden korkulan zararın ağırlığı ve kalıcılığı söz konusuysa, mutlaka bildirilmelidir. Bu tip ameliyatların genel riskleri yanında, hastanın durumundan veya somut olayın özelliklerinden kaynaklanan tehlikeler konusunda da bilgi verilmelidir⁷⁴.

Aydınlatmanın kapsamı konusunda kanunlarımızda açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, Hasta Hakları Yönetmeliğinin⁷⁵ 15. maddesine göre; *“Hasta; sağlık durumu, kendisine uygulanacak tıbbî işlemleri, bunların faydaları ve muhtemel sakıncaları, alternatif tıbbî müdahale usulleri, tedavinin kabul edilmemesi hâlinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçları ve hastalığın seyri ve neticeleri konusunda sözlü veya yazılı olarak bilgi istemek hakkına sahiptir. -Sağlık durumu ile ilgili gereken bilgiyi, bizzat hasta veya hastanın küçük, temyiz kudretinden yoksun veya kısıtlı olması hâlinde velisi veya vasisi isteyebilir. Hasta, sağlık durumu hakkında bilgi almak üzere bir başkasına da yetki verebilir. Gerek görülen hâllerde yetkinin belgelendirilmesi istenilebilir. -Hasta, tedavisi ile ilgilenen tabip dışında bir başka tabipten de sağlık durumu hakkında bilgi alabilir.”*⁷⁶ Aydınlatma yükümlülüğü

⁷⁴ Belgesay, s.66-67; Ayan, s.74-75; Şenocak, Sorumluluk, s.52-53; Aşçıoğlu, Sorumluluk, s.41; Aşçıoğlu, Tıbbî Yardım, s.29-30; Hancı, s.73-74; Çakmut, s.228; İpekyüz, s.79; Özsunay, s.36, 38-39; Özdemir, s.100-101; Arı, s.28-29; Sert, s.226-227; Özay, s.61-62; Kuhnert, s.46; Deutsch, s.60 vd.

Cerrahî operasyonlarda hastanın, ameliyatta yapılacak girişimin türü ve boyutu, ameliyat tekniği ve zamanı, pre ve postoperatif uygulamalar konusunda ve hastanın soracağı diğer konularda cerrah tarafından; seçilebilecek anestezi yöntemleri ve bunların tipik riskleri, ameliyat öncesi sıvı, gıda ve nikotin yoksunluğu (diyet), premedikasyon, hastanın istekleri, korku ve soruları göz önünde bulundurularak postoperatif bakım ve tedavi konularında anesteziist tarafından aydınlatılması gerekir (Hancı, s.104).

⁷⁵ RG., 01.08.1998, S.23420.

⁷⁶ Hasta Hakları Yönetmeliğinin 18. maddesine göre, *“Bilgi, gerektiğinde tercüman kullanılarak, hastanın anlayabileceği şekilde, tıbbî terimler mümkün olduğunca kullanılmadan, tereddüt ve şüpheye yer verilmeden ve hastanın ruhi durumuna uygun ve nazik bir ifade ile verilir.”*

Aynı Yönetmeliğin 19. maddesine göre, *“Hastanın manevî yapısı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimalinin bulunması ve hastalığın seyrinin ve sonucunun vahim görülmesi hâllerinde, teşhisin saklanması caizdir. -Hastaya veya yakınlarına, hastanın sağlık durumu hakkında bilgi verilip verilmemesi, yukarıdaki fıkrada belirtilen şartlar çerçevesinde tabibinin takdirine bağlıdır. -Tedavisi olmayan bir teşhis, ancak bir tabip tarafından ve tam bir ihtiyat içinde hastaya hissettirilebilir veya bildirilebilir. Hastanın aksi yönde bir talebinin bulunmaması veya açıklanacağı şahsın önceden belirlenmemesi hâlinde, böyle bir teşhis ailesine bildirilir.”*

yerine getirilirken, kapsamı her somut olaya göre farklı şekilde belirlenmelidir. Estetik cerrah, hastaya, ameliyata rıza gösterip göstermeme konusundaki kararını etkileyebilecek her şeyi bildirmelidir⁷⁷. Aydınlatma yapılırken “ortalama bir insan (hasta)” esas alınmakla birlikte, hastanın açıkça görülebilir subjektif özellikleri de göz ardı edilmemelidir. Cerrah, hastanın eğitimini, yaşını, zekâ seviyesini ve tedavinin gidişatından edindiği tecrübeleri dikkate alarak, somut olaydaki bu nitelik ve şartlara sahip makul ve ortalama bir insanın bekleyebileceği aydınlatmayı yapmalıdır⁷⁸. Aydınlatma, cerrahî müdahaleye muvafakat verilmesinden önce yapılmalı, hastaya karar verebilmesi için yeterli zaman tanınmalıdır⁷⁹.

Her türlü özen gösterilmiş ve meslek kurallarına uygun şekilde bir estetik ameliyat yapılmış olsa bile, ameliyat izleri dışarıdan fark edilebilmekte veya ameliyat sonucu yara izleri oluşabilmektedir. Bu durumda cerrah, dikkate almak zorunda olduğu bu sonuç hakkında hastaya, fotoğraflar vasıtasıyla bilgi vermelidir⁸⁰.

Yönetmeliğin 20. maddesine göre de, “İlgili mevzuat hükümlerine ve hastalığın mahiyetine göre yetkili mercilerce alınacak tedbirlerin gerektirdiği hâller dışında; hasta, sağlık durumu hakkında kendisine veya ailesine veya yakınlarına bilgi verilmemesini isteyebilir.”

Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının 27. maddesine göre ise, “Hasta hastalığı konusunda bilgilendirilmek istemediğini belirtmişse, hekimin bilgi vermesi gerekmez. Ailenin haberdar edilmesi hastayla görüş birliğine varılarak yapılmalıdır. Bilinçsiz durumdaki hastalar için, yakınlarının bilgilendirilip bilgilendirilmemesine hekim karar verir.”

⁷⁷ Her tıbbî müdahalede ve özellikle ameliyatlarda rastlanması mümkün, hafif ve geçici zarar tehlikeleri yanında, gerçekleşmesi olasılığı son derece az olan ya da müdahaleden önce öngörülmesi imkânsız veya tıp biliminde henüz tanımlanmamış tehlikeler konusunda da hasta aydınlatılmalıdır.

⁷⁸ **Ayan**, s.75-76, 84; **Bayraktar**, s.128; **Şenocak**, Sorumluluk, s.54; **Aşçıoğlu**, Sorumluluk, s.41; **Aşçıoğlu**, Tıbbî Yardım, s.29; **Hancı**, s.75; **İpekyüz**, s.81; **Sarıal**, s.57-58; **Erman**, Barış, s.103, 115; **Çakmut**, s.227; **Özdemir**, s.102-103; **Köprülü**, s.593; **Özsunay**, s.52-53; **Ozanoğlu**, s.70; **Arı**, s.29; **Sert**, s.234; **Geiß**, s.88; **Kern/Laufs**, s.105-106; **Deutsch**, s.60.

⁷⁹ **Ayan**, s.83; **Şenocak**, Sorumluluk, s.59; **Hancı**, s.80-81; **Akıncı**, s.219-220; **İpekyüz**, s.83-84; **Erman**, Barış, s.104; **Çakmut**, s.236; **Özdemir**, s.111; **Özsunay**, s.52; **Arı**, s.30; **Ozanoğlu**, s.73; **Sert**, s.233-234; **Özay**, s.59; **Geiß**, s.105; **Kuhnert**, s.136; **Kern/Laufs**, s.41; **Deutsch**, s.66-67; **Hoppe**, s.783.

⁸⁰ **Şenocak**, Sorumluluk, s.51; **Hancı**, s.76; **Arı**, s.29; **Öztürkler**, s.74-75. Estetik ameliyat olan kişiler, genellikle hiç iz bırakılmadığını düşünmektedir. Estetik ameliyat için uygun ameliyat malzemesi ve özel iplikler kullanılmasına rağmen, çok az da olsa mutlaka bir iz kalmaktadır. Ancak estetik ameliyatlarda bu izler bir yerlere (örneğin, burun estetiği

Aydınlatmanın kapsamı şartlara göre genişletilebilir, daraltılabilir ya da tamamen ortadan kalkabilir. Bu konuda, “müdahalenin ivediliği” ve “müdahaleye bağlı tehlikenin büyüklüğü” kıstasları göz önünde tutulmaktadır. Tıbbî müdahalenin ivediliği azaldıkça, aydınlatma borcunun kapsamı genişlemektedir. Güzelleştirme amaçlı estetik ameliyatların, diğer tıbbî müdahaleler anlamında ivediliğinden söz edilmesi mümkün olmadığından, aydınlatma borcunun kapsamı bu tür operasyonlarda dar değil, oldukça geniş tutulmalı ve hasta en küçük riskler konusunda bile aydınlatılmalıdır⁸¹. Bunun dışında, hastanın talep etmesi üzerine veya yapılacak ameliyatın özellikle o kişi için -geçici de olsa- önemli bir zarara yol açması ihtimalinin varlığı durumunda, aydınlatmanın kapsamı da genişletilmelidir; başka bir ifadeyle, göze alınan riskin büyüklüğü arttıkça, aydınlatma borcunun kapsamı genişlemektedir. Riskin büyüklüğü konusunda karar verirken, hastanın sübjektif durumu da dikkate alınmalıdır; örneğin, bir fotomodel için yüzde kalması mümkün yara izi riski oldukça önemlidir⁸². Görüldüğü gibi, güzelleştirme amaçlı estetik ameliyatlarındaki aydınlatmanın kapsamı, diğer bütün tıbbî müdahalelerden

ameliyatında burun deliklerinin içine, alt göz kapağı estetiği ameliyatında göz kapağı içine) gizlenir. Meme küçültme ameliyatı gibi bazı ameliyatlarda ise, izlerin tamamını gizlemek mümkün değildir. Yara ve yanık izleri hiçbir zaman tamamen yok edilemez; bunlar ancak küçültülebilir ya da hafifletilebilir. Yapılacak estetik ameliyat sonucunda ortaya çıkan yeni görünümün ne oranda başarılı olabileceği kişinin cilt yapısına, yaşına, yara ve yanık izinin boyutlarına, vücuttaki yerine, derinliğine ve eskiliğine göre değişir. Dolayısıyla bütün bu olasılıklar hakkında hasta yeterli bir şekilde aydınlatılmalı ve buna göre karar vermesi sağlanmalıdır.

⁸¹ Estetik ameliyat olmak isteyen hastaların, ameliyatta karşılaşılabilecek riskler veya ameliyat sonrası ortaya çıkabilecek komplikasyonlar konusunda aydınlatılmasının yanında, özellikle ameliyattan sonra çekecekleri acı ve ağrılar hususunda da aydınlatılması gerekir. Güzelleşmek uğruna böyle bir ameliyat olmayı isteyen kişiler, genellikle ameliyat sonrası çekecekleri acı ve ağrıları hiç düşünmemekte veya düşündüklerinden daha hafif olacağını zannetmektedir. Birçok estetik ameliyat sadece deri ve deri altı dokularını ilgilendirdiğinden ağrılı değildir; hafif ağrı olursa da bu 1-2 günde geçer ve bu süre içerisinde de kolaylıkla ağrı kesici ilaçlarla kontrol altına alınabilir. Kasların da dâhil olduğu ameliyatlarda, örneğin meme protezi ameliyatlarında, ağrı ve gerginlik hissi biraz daha uzun sürebilir. İşte hastanın özgür iradesiyle karar verebilmesinin sağlanması için, ağrılar konusunda ayrıntılı ve doğru aydınlatılmaları gerekir. Hasta, ameliyat sonrası çekeceği ağrıları bilseydi ameliyata razı olmayacaktıysa, çektiği acılar sebebiyle manevî tazminat talep edebilir.

⁸² **Ayan**, s.76-77; **Şenocak**, Sorumluluk, s.49-50; **Erman**, Barış, s.111; **Çakmut**, s.231-232; **Özdemir**, s.103-104; **Özsunay**, s.39-40; **Arı**, s.29; **Sert**, s.228; **Öztürkler**, s.74-75; **Geiß**, s.89; **Kuhnert**, s.49-50.

çok daha geniştir; hasta, estetik ameliyat konusunda her bakımdan (hastanın anlayabileceği şekilde) ayrıntılı olarak aydınlatılmalıdır.

Kapsamın daraltılması veya aydınlatma borcunun tümüyle ortadan kalkması ise, ameliyatın genişletilmesi hâlinde ortaya çıkabilir. Güzelleştirme amaçlı estetik ameliyatlarda, ameliyatın gidişatına bağlı olarak ortaya çıkan sebeplerle ameliyatın genişletilmesi kural olarak mümkün değildir. Bununla birlikte, operasyon sırasında ortaya çıkan endikasyonlarla ameliyatın genişletilmesi ancak zaruret hâlinde (sonradan telafisi mümkün olmayacak bir tehlikeyle karşı karşıya kalınması durumunda) veya hastanın böyle bir işleme karşı çıkmayacağından kesinlikle emin olunması hâlinde uygundur. Aksi takdirde hastanın aydınlatılarak rızasının alınması için ameliyat kesilmelidir. Bunun dışında, hastanın kendi serbest iradesiyle aydınlatmadan feragat etmesi veya hastanın uygulanması düşünülen tıbbî müdahale hakkında bilgisinin bulunması hâlinde de, bu borç ortadan kalkabilir⁸³.

Estetik ameliyatlar için aydınlatmayı, kural olarak sözleşmenin tarafı olan cerrah yapmalıdır. Birden fazla estetik cerrahın katılacağı ameliyatlarda, operasyonu idare edecek cerrah aydınlatma borcunu yerine getirir; estetik cerrahların uzmanlık alanları farklı ise, her biri uzmanlık alanıyla ilgili aydınlatmada bulunmalıdır⁸⁴. Eğer hasta ayırt etme gücüne sahip ise, yani uygulanması düşünülen cerrahî müdahalenin mahiyetini ve önemini kavrayabilecek, fayda ve zararını tartarak serbestçe karar verebilecek bir durumda ise, bizzat aydınlatılmalıdır. Ayırt etme gücüne sahip küçüklerde kanunî temsilcisine de bilgi verilmelidir; zira ameliyata ilişkin rıza, kanunî temsilci tarafından açıklanmaktadır⁸⁵. Tababet ve Şuabatı Sanatların Tarzı İcrasına Dair Kanununun

⁸³ Ayan, s.79-80; Aşçıoğlu, Tıbbî Yardım, s.29; 34-35; İpekyüz, s.82, 88; Çakmut, s.232; Özdemir, s.105-106; Özsunay, s.44; Arı, s.30; Sert, s.231-232.

⁸⁴ Aydınlatmayı yapacak kişi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Kern/Laufs, s.11 vd.

⁸⁵ Ayan, s.82; Hancı, s.80; İpekyüz, s.84-85; Özdemir, s.110; Arı, s.30; Şenocak, AÜHFD, s.78-79; Ozanoğlu, s.72; Sert, s.232-233; Onaran, s.310-312; Kern/Laufs, s.24 vd.

Hasta Hakları Yönetmeliğinin "Küçükün veya Mahcurun Tıbbî Müdahaleye İştiraki" başlığını taşıyan 26. maddesine göre "Kanuni temsilcinin muvafakatinin gerektiği ve yeterli olduğu hâllerde dahi, mümkün olduğu ölçüde küçük veya mahcur olan hastanın dinlenmesi suretiyle tıbbî müdahaleye iştiraki sağlanır."

Diğer tıbbî müdahalelerde, hasta ayırt etme gücünden yoksun ise kanunî temsilcisinin aydınlatılması gerekmektedir birlikte, hastanın ayırt etme gücünden yoksun olması hâlinde, güzelleştirme amaçlı estetik ameliyatı olma iradesinden de söz edilemeyeceğinden ve bir başkasının onun vücudu üzerinde tasarruf edecek şekilde bir ameliyat kararı vermesi de

70. maddesinde, hastanın küçük veya kısıtlı olması durumunda, ayırt etme gücüne sahip olup olmadıklarına ilişkin bir ayırım yapılmaksızın veli veya vasinin izninin aranacağı belirtilmektedir⁸⁶.

Genel hukuk kuralına göre, bir iddianın sahibi, iddiasını ispatla yükümlü olduğundan (TMK.m.6), aydınlatılmaksızın rızasının alındığını söyleyen hasta, bu iddiasını ispatlamalıdır. Fakat hasta-estetik cerrah ilişkisinde güçsüz tarafın hasta olduğu dikkate alındığında, ispatın estetik cerraha yüklenmesi (ispat yükünün tersine çevrilmesi) mümkündür⁸⁷. Yargıtay da, aydınlatmayı ispat yükünün hekim üzerinde olduğuna hükmetmektedir⁸⁸.

Kanunlarımızda bazı tıbbi müdahalelere yazılı şekilde rıza gösterilmesi aranmış olsa da⁸⁹, aydınlatmanın yazılı şekilde yapılması öngörülmediğinden, sözlü veya yazılı şekilde aydınlatma yapılabilir. Doktrinde sözlü aydınlatma-

mümkün olmadığından, kural olarak ayırt etme gücünden yoksun kişiler güzelleştirme amaçlı estetik ameliyat olamazlar. Fakat örneğin doğumsal bir bozukluğun düzeltilmesi, ancak çocuk küçükken (ayırt etme gücüne henüz sahip değilken) gerçekleştirilecekse -daha sonra bu bozukluğu düzeltmek mümkün olmayacaksa-, bu istisnai durumda, ayırt etme gücüne sahip olmayan küçüklerin de estetik ameliyat olabileceği sonucuna varmak gerekir.

⁸⁶ Söz konusu 70. maddenin birinci cümlesine göre “*Tabipler, dış tabipleri ve dışçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar.*” Hükümde geçen “*tahtı hacirde*” olanlardan, Medenî Kanunumuzun 404 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olan “*küçüklük, akıl hastalığı ve akıl zayıflığı*” sebepleriyle kısıtlananları anlamak gerekir; çünkü savurganlık, alkol ve uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetim, özgürlüğü bağlayıcı ceza, yaşlılık, sakatlık, deneyimsizlik ve ağır hastalık sebepleriyle kişinin ehliyetinin kısıtlanması, ilgilinin malvarlığını korumak amacıyla öngörülmüş olup, bu sebeplerle kısıtlananların estetik ameliyat olmasında da vasinin rızasını aramak, bu kişilerin şahsa sıkı sıkıya bağlı haklarının kullanım alanını aşırı ölçüde daraltacaktır (Şenocak, Sorumluluk, s.39); Bayraktar, s.136; Erman, Barış, s.92; Özdemir, s.118.

⁸⁷ Ayan, s.87; Hancı, s.82; Özsunay, s.34, 56; Erman, Barış, s.113; Arı, s.30; Ozanoğlu, s.75; Sert, s.237.

⁸⁸ “... muayenenin muhtemel sonuçları, riski davacıya bildirilmemiştir. Bu yönün ispatı davalı doktora düşer. ... davalı hekim, aydınlatma görevini yerine getirdiğini, bütün veri ve sonuçları tıp bilimine uygun olarak davacının anlayacağı biçimde bildirdiğini iddia ve ispat etmediğine göre meydana gelen ... zararlı sonuçtan sorumludur.” 4.HD., 7.3.1977, E.1976/6297, K.1977/2541 (YKD., 1978/6, s.909).

⁸⁹ Hasta Hakları Yönetmeliğinin 28. maddesine göre, “*Mevzuatın öngördüğü istisnalar dışında, rıza herhangi bir şekilde bağlı değildir. -Hukuka ve ahlaka aykırı olarak alınan rıza hükümsüzdür ve bu şekilde alınan rızaya dayanılarak müdahalede bulunulamaz.*” Tababet ve Şuabatı Sanatların Tarzı İcrasına Dair Kanunun 70. maddesinin ikinci cümlesine göre ise, “*Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatın tahriri olması lazımdır.*”

nın daha uygun olduğu belirtilmekle birlikte, özellikle sonuçları açısından kritik cerrahî müdahalelerden önce, sözlü aydınlatmayı hazırlayıcı nitelik taşıyan ve ispat kolaylığı da sağlayan yazılı bir aydınlatma yapıldıktan sonra, hastanın yazılı şekilde rızasının alınmasının, ikinci bir hekim ve hemşirenin de bu işlemler sırasında hazır bulunmasının ispat bakımından yararlı olacağı haklı olarak ifade edilmektedir⁹⁰.

ee. Sadakat ve Özen Gösterme Borcu

Sadakat borcu, estetik cerrahın, hastanın istediği sonucu gerçekleştirebilmek için gerekli her şeyi yapmasını, zarar verecek şeylerden ise kaçınmasını, başka bir ifadeyle, hastanın menfaatlerini kendi menfaatlerinden üstün tutmasını ifade eder. Sadece tedavi ücretini arttırmak amacıyla hastaya yanlış bilgi verilmesi veya tedavinin gereksiz olarak uzatılması, amaca elverişli olmadığı bilinen bir tedavinin sırf ücret almak için uygulaması sadakat borcuna aykırılık oluşturur⁹¹.

⁹⁰ Ayan, s.85; Şenocak, Sorumluluk, s.60; Hancı, s.153; Arı, s.30; Aşçıoğlu, Sorumluluk, s.39; Aşçıoğlu, Tıbbî Yardım, s.27-28; İpekyüz, s.87; Özsunay, s.55; Özdemir, s.115; Ozanoğlu, s.72-73; Sert, s.236; Onaran, s.312; Özey, s.59; Kern/Laufs, s.44 vd.; Deutsch, s.66, 73-74; Hoppe, s.784.

⁹¹ Belgesay, s.127-128; Ayan, s.87-88; Hancı, s.156-157; Akıncı, s.222; İpekyüz, s.103; Özdemir, s.123-124; Arı, s.30-31; Özey, s.66; Estetik cerrah ile hasta arasında, güven unsurunun büyük önem taşıdığı insanî bir ilişki söz konusudur. Bu ilişkide, estetik cerrahın kazanç elde etme konusundaki menfaati değil, hastanın istediği sonucun gerçekleştirilmesine yönelik menfaati önemlidir (Şenocak, Sorumluluk, s.36); Aşçıoğlu, Sorumluluk, s.49; Aşçıoğlu, Tıbbî Yardım, s.46; Ozanoğlu, s.55-56; Öztürkler, s.62; "Sadakat borcu iş görenin iş sahibinin yararına olacak şeyleri yapmak ve ona zarar verecek her türlü hareketten kaçınmak borcu anlamını taşır." (13.HD., 5.4.1993, 131/2741 (YKD., 1994/1, s.80).

Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının "Gereksiz Harcama Yaptırma Yasağı" başlığını taşıyan 30. maddesine göre, "Hekim, hastasının parasal durumu ne olursa olsun, kesin zorunluluk olmadıkça pahalı ilaçlar ve yöntemler öneremez, hastaya gereksiz harcamalar yaptıramaz ve yararı olmayacağını bildiği bir tedaviyi veremez."

Estetik cerrah, ameliyat öncesinde ve sırasında, hastanın vücut yapısının amaçlanan operasyona müsait olmadığını tespit etmişse, bunu hastaya ihbar etmelidir. Estetik cerrah ihbar yükümlülüğünü yerine getirmişse, estetik ameliyatın istenen sonucu doğurmaması hâlinde, ayıba karşı tekeffül hükümlerine göre sorumlu olmaktan kurtulur. Fakat müdahale tehlike veya risk taşıyorsa, ortaya çıkabilecek sonuç hastaya fiziksel veya ruhsal zarar verecekse ameliyattan kaçınmalıdır; bu durumda ayıba karşı tekeffül sorumluluğundan kurtulsa bile, özen borcuna aykırı davrandığı için her halükarda sorumlu olur (Özey, s.94).

Sadakat borcu ile özen borcu birbirlerine sıkı şekilde bağlıdır; özen borcu, aynı zamanda sadakat borcunun bir sonucudur⁹². Bu sebeple, estetik cerrah özenli hareket etmekle de yükümlüdür (TDN.m.2, 14/I). Bu yükümlülük, sadece sözleşmeye değil, hukuk düzeninin genel emirlerine de dayanır⁹³.

Borçlar Kanununun 356. maddesinin birinci fıkrasından, eser sözleşmesinde iş görenin, genellikle, hizmet sözleşmesinde işçiden beklenen derecede özen göstermekle yükümlü olduğu sonucuna ulaşılır. Dolayısıyla, estetik cerrahın göstermesi gereken özenin derecesi konusunda Borçlar Kanununun 321. maddesinden yararlanılır⁹⁴. Söz konusu maddede, işçiden beklenen özen

⁹² Tandoğan, s.49.

⁹³ Ayan, s.88; Kaneti, s.63; Arı, s.31; Özyay, s.67. Hasta Hakları Yönetmeliğinin 14. maddesinde de, "Personel, hastanın durumunun gerektirdiği tıbbi özeni gösterir. Hastanın hayatını kurtarmak veya sağlığını korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmak zorunludur." hükmü yer almıştır.

⁹⁴ Borçlar Kanununun 321. maddesine göre, "İşçi, taahhüt ettiği şeyi ihtimam ile ifaya mecburdur. -Kasıt veya ihmâl ve dikkatsizlik ile iş sahibine iras ettiği zarardan mes'uldür. İşçiye terettüp eden ihtimamın derecesi, akde göre tayin olur ve işçinin o iş için muktazi olup iş sahibinin malumu olan veya olması icabeden malumatı derecesi ve mesleki vukufu kezalik istidat ve evsafı gözetilir."

Bir Yargıtay kararına göre de, "Doktorun hastasına karşı sorumluluğu, vekilin sorumluluğu gibidir.

Doktorun mesleğini icrada özen borcuna aykırılık sebebiyle açılan tazminat davasının temelini vekillik sözleşmesi oluşturur.

Vekil (veya doktor) iş görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden değil de, bu sonuca ulaşmak için yaptığı uğraşların özenle görülmemesinden sorumludur. Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır. Mesleki bir iş gören doktor olan vekilden, ona güvenen müvekkil titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemekte haklıdır.

Orta seviyede bir kimsenin, yani tedbirli bir doktorun aynı hâl ve şartlar altında göstereceği mutad ihtimam ve özenin davalılarca gösterilmediği açık olup, ihmâl ve tedbirsizliklerinin kabulü zorunlu olmaktadır...

Dava temelini vekillik sözleşmesi oluşturduğunda asla duraksama söz konusu değildir. Eşdeyişle dava, davalı doktorların vekillik sözleşmesinden kaynaklanan özen borcuna aykırılık olgusuna dayanmaktadır. (BK. Md.386; 390)

Vekil, iş görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden değil de, bu sonuca ulaşmak için yaptığı uğraşların özenle görülmemesinden sorumludur. Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır. (BK. Md.390/II) Vekil, işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, hafif kusurundan bile sorumludur. (BK. Md.321/I) O nedenle doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları (Hafifde olsa) sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktorlar hastalarının zarar görmemesi için yalnız

konusunda objektif ve subjektif iki kıstas öngörülmüştür. Objektif kıstas, sözleşmeye uygun olarak görülecek işin çeşidini, güçlüğü, gerektirdiği öğrenim ve bilgi derecesini göz önünde tutmakta; subjektif kıstas ise, işçinin iş sahibince bilinen veya bilinmesi gereken bilgi derecesinin, yeteneklerinin ve diğer niteliklerinin hesaba katılmasını gerektirmektedir⁹⁵. Estetik cerrah, uzun süreli bir eğitim ve sınavlar sonucunda alınan diploma ile devletçe verilmiş ruhsatnameye dayanarak faaliyet gösterdiğinden, estetik ameliyatlarda söz konusu olduğunda -kural olarak- subjektif kıstasa dayanılamayacağı kabul edilmektedir⁹⁶. Bunun yanında, 356. maddenin ikinci fıkrasında “genellikle” ifadesi kullanılarak, eser sözleşmesinin özel niteliğinin farklı bir takdiri gerektirebileceği belirtildiğinden, estetik ameliyatlarda cerrahın özen borcunun, işçinin özen yükümlülüğünden çok daha ağır olması gerektiği sonucuna da ulaşılır⁹⁷.

Estetik cerrah, genellikle kabul edilen ve tıp biliminin uygulanması artık olağan hâle gelmiş ilkelerini bilmeli, mesleğinin kurallarına göre doğru teşhisi koyup, bu teşhise uygun bir tedavi tavsiye etmeli ve bu tedaviyi gerekli her türlü ihtiyat tedbirlerini alarak, kullanacağı alet ve teçhizatın da ameliyata elverişli olmasını sağlayarak uygulamalıdır. Estetik cerrah, kendi subjektif durumundan bağımsız olarak, mensubu bulunduğu uzmanlık alanına dâhil “ortalama düzeydeki bir estetik cerrah”ın aynı hâl ve şartlar altında göstere-

mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorundadırlar. Doktor tıbbî çalışmalarda bulunurken bazı mesleki şartları yerine getirmek, hastanın durumuna değer vermek, tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak, tedaviyi her türlü ihtiyat tedbirlerini alarak yapmak zorundadır. Doktor, ufak bir tereddüt gösteren durumlarda bu tereddütü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada koruyucu tedbirler almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında seçim yaparken hastanın özelliklerini göz önünde tutmalı, onu gereksiz risk altına sokmamalı, en emin yolu tercih etmelidir. (Bkz Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri cild, Ank. 1982 Sh.236 vd.)

Gerçekte de mesleki bir iş gören; Doktor olan vekilden ona güvenen müvekkil, titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemekte haklıdır. Titiz bir özen göstermeyen vekil BK. 394/I uyarınca vekâleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır.” 4.HD., 4.3.1994, 8557/2138 (İKİD 1994/403, s.10408, 10410). Ayrıca bkz. HGK., 7.10.1987, E.1986/13-640, K.701 (İKİD 1988/334, s.5989-5991).

⁹⁵ Ayan, s.88-89; Şenocak, Sorumluluk, s 85; İpekyüz, s.104; Özdemir, s.125; Arı, s.31.

⁹⁶ Ayan, s.89; Tandoğan, s.54; Şenocak, Sorumluluk, s 86; Aşçıoğlu, Tıbbî Yardım, s.90; Ertay, s.180-181; İpekyüz, s.104; Özdemir, s.126; Arı, s.31.

⁹⁷ Tandoğan, s.54; Özay, s.86.

ceği özeni göstermekle yükümlüdür⁹⁸. Tıp bilimi ve uygulaması tarafından genel olarak tanınıp kabul edilmiş bir kuralı çiğneyen cerrah, özen borcuna aykırı hareket etmiş sayılır. Bu yüzden, eğitim sürecini tamamladıktan sonra ortaya çıkan tıbbî gelişmelere ayak uyduramamış ve kendini geliştirememiş olması ya da bilmesi gereken mesleki kuralları bilmemesi, onu sorumluluktan kurtarmaz. Estetik cerrahın, önüne gelen bir olguya müdahalenin kendi yeteneklerini aştığını görmesi hâlinde, hastayı o konuda uzman başka bir estetik cerraha ya da hastaneye göndermesi de özen borcunun bir parçasıdır⁹⁹. Estetik ameliyatın tehlikesinin arttığı oranda cerrahın beklenen özenin ölçüsü de arttığından, ameliyat sırasında çok dikkatli davranmak zorundadır¹⁰⁰. Cerrahî müdahaleler, hastanın sağlığı için taşıdıkları büyük önem ve tehlikeleri nedeniyle, cerrahî olmayan müdahalelere oranla daha fazla bir özeni gerekli kıldıklarından, estetik ameliyatlar söz konusu olduğunda da, gösterilmesi gereken özen daha da artar¹⁰¹.

Özen borcu, estetik ameliyat olmak isteyen hastanın cerraha gelmesiyle başlar, ameliyat sırasında devam eder ve hastanın iyileşmesini tamamladığı anda da sona erer. Bu sebeple, sadece ameliyat sırasında özen borcuna uygun davranılması estetik cerrahı sorumluluktan kurtaramayacaktır. Ameliyat sonrası hastanın iyileşme sürecinde özensiz davranan (yanlış veya eksik ilaç kullanmasına sebep olan, ameliyat sonrası kontrollerde gereken özeni göstermeyen, ameliyat sonrasında hastanın yapması gereken veya yapmaması gerekenler konusunda yeterli açıklamayı yapmayan, hastayla ilgilenen hasta-bakıcıları denetlemeyen) ve bu sebeple hastanın iyileşmesini geciktiren veya estetik ameliyattan beklenen sonucun ortaya çıkmasını engelleyen cerrahın sorumluluğu söz konusudur.

⁹⁸ Estetik cerrahın göstermesi gereken özen, -kural olarak- kendi sübjektif durumundan bağımsız şekilde, "ortalama düzeydeki bir estetik cerrah"ın aynı hâl ve şartlar altında göstereceği özenle aynı olmakla birlikte, hastanın o estetik cerrahla sözleşme yapmasında, onun diğer estetik cerrahlara göre daha tecrübeli ve bilgili olması rol oynamışsa, başka bir ifadeyle, o estetik cerrah "ortalamanın üzerinde" bir niteliğe sahipse, göstermesi gereken özen konusunda artık kendi sübjektif özellikleri dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla, estetik cerrahın uzmanlığı arttıkça, kendisinden beklenen özen de ağırlaşacaktır.

⁹⁹ Ayan, s.89-90; Şenocak, Sorumluluk, s.85; Aşçıoğlu, Sorumluluk, s.50, 68-69; Aşçıoğlu, Tıbbî Yardım, s.49; Durdu, s.84; Hancı, s.157; İpekyüz, s.107; Ertaş, s.182; Kaneti, s.68-69; Atabek, Reşat: "Hastanelerin Sorumluluğu", İBD 1986/1-2-3, s.632; Özdemir, s.126-128; Arı, s.31; Özay, s.67.

¹⁰⁰ Ayan, s.92; İpekyüz, s.134; Özdemir, s.130; Geiß, s.46-47.

¹⁰¹ Özdemir, s.130; Arı, s.31-32; Özay, s.70.

Davacı hasta, özen gösterme borcunun ihlâl edildiğini (estetik cerrahın, tedavi faaliyetinde bulunurken tıp bilimi ve uygulaması tarafından genel olarak kabul edilmiş kurallara aykırı hareket ettiğini) ispatlamalıdır. Fakat özen borcunun ihlâl edildiğini ispat külfeti, hastanın, somut olay bakımından normal hayat tecrübelerine göre bulunmaması gereken olumsuz bir sonucun varlığını kanıtlaması durumunda yerine getirilmiş sayılır¹⁰². Özen borcuna aykırılık olup olmadığının belirlenmesinde, tıbbî bilirkişinin yardımına da başvurulabilir; özen borcuna aykırılığın çok açık olduğu hâllerde bilirkişiye başvurulması gerekmediği gibi¹⁰³, bilirkişi tarafından verilen raporun hâkimi bağlayıcılığı da bulunmamaktadır¹⁰⁴. Hâkim raporu serbestçe takdir edip, gerçeğe uygun düşmeyen sonuçları kabul etmeyebilir¹⁰⁵.

Somut olaydaki davranışının, ortalama bir estetik cerrahın aynı hâl ve şartlar altında göstereceği davranış tarzından sapma niteliği taşımadığını, yani kusursuz olduğunu ispat külfeti ise, estetik cerrahın üzerindedir¹⁰⁶.

ff. Kayda Geçirme (Arşivleme) Borcu

Estetik cerrahın, tedavisini üstlendiği hastaya ilişkin bilgileri düzenli bir şekilde kayda geçirme ve bu kayıtlarla birlikte diğer belgeleri saklama yükümlülüğü bulunmaktadır; bu, sözleşmesel olduğu kadar, mesleki de bir yükümlülüktür¹⁰⁷. Bu şekilde hem tedavinin daha sağlıklı yapılabilmesi

¹⁰² Ayan, s.94; Özdemir, s.131; Arı, s.32.

¹⁰³ "Gazlı bezin vücutta unutulduğu çekişmesiz olduğuna göre bu açık olgu karşısında, doktorun objektif ağır kusurunun varlığı kabul edilmeli, doktorun kusurlu olup olmadığının bilirkişiye incelettilmesine gerek duyulmamalıdır." 13.HD., 14.3.1983, E.1982/7237, K.1983/1783 (YKD., 1983/7, s.1037).

¹⁰⁴ "... HUMK. hükümlerine göre hâkim ancak, olayların özelliğine uyduğu, dayanakları gösterdiği, inandırıcı olduğu takdirde bilirkişi raporları ile bağlıdır. Bunun dışında bazı ayrık durumlar hariç, hangi merci ve makam tarafından verilirse verilsin, anılan nitelikleri haiz olmayan bilirkişi raporları bağlayıcı sayılmaz. Yüksek Sağlık Şurası raporu da bu niteliktedir. Çünkü rapor, gerekçeli ve inandırıcı değildir." 4.HD., 7.3.1977, E.1976/6297, K.1977/2541 (YKD., 1978/6, s.909).

¹⁰⁵ Ayan, s.94; Özdemir, s.131; Arı, s.32; Özay, s.70.

¹⁰⁶ Ayan, s.94; Arı, s.32; Özay, s.70; HGK., 28.6.1978, E.1976/4-3596, K.1978/696 (YKD., 1978/9, s.1439-1441).

¹⁰⁷ Ayan, s.95; Aşçıoğlu, Tıbbî Yardım, s.63; Hancı, s.160; İpekyüz, s.109; Özdemir, s.133; Arı, s.32; Özay, s.71.

imkânı doğar, hem de bu kayıtlar ileride ortaya çıkacak uyuşmazlıklarda delil olarak kullanılabilir¹⁰⁸.

Estetik cerrah ile hasta arasındaki tedavi sözleşmesinin sona ermesinden sonra, tedavi sırasında hasta tarafından estetik cerraha verilen dokümanlar, hastanın mülkü olduğundan hastaya iade edilmelidir. Tedavi sırasında cerrahın düzenlediği belgelerin, rapor ve röntgen filmlerinin mülkiyeti ise cerraha aittir. Hastanın bu belgeleri görme veya mülkiyetinin devrini isteme hakkının bulunup bulunmadığı konusu doktrinde tartışmalıdır¹⁰⁹. Ancak, hastanın çıkarının üstünlük taşıdığı röntgen filmi gibi belgelerin, talebi hâlinde hastaya verilmesi; hasta ve estetik cerrahın eşit haklara sahip oldukları ameliyat protokolü, hastalığın geçmişi gibi belgeler için ise, hastaya görme hakkının tanınması gerektiği kabul edilmelidir¹¹⁰. Sadece estetik cerrahın çıkarının bulunduğu kayıt ve belgelerin ise, hastaya gösterilmesi veya geri verilmesi zorunlu değildir¹¹¹.

¹⁰⁸ Ayan, s.95; Özyay, s.71.

¹⁰⁹ Bu konuda bkz. Ayan, s.96, dn.372-377'de belirtilen yazarlar. Ayrıca bkz. Şenocak, Sorumluluk, s.65, dn.132-134'de ve İpekyüz, s.111, dn.553-561'de belirtilen yazarlar.

Hasta Hakları Yönetmeliğinin 16. maddesinde fazla ayrıntıya girilmeden soruna bir çözüm bulma amacı güdülmüştür. Bu hükme göre, "Hasta, sağlık durumu ile ilgili bilgiler bulunan dosyayı ve kayıtları, doğrudan veya vekili veya kanuni temsilcisi vasıtası ile inceleyebilir ve bir suretini alabilir. Bu kayıtlar, sadece hastanın tedavisi ile doğrudan ilgili olanlar tarafından görülebilir." Aynı Yönetmeliğin 17. maddesine göre de, "Hasta; sağlık kurum ve kuruluşları nezdinde bulunan kayıtlarında eksik, belirsiz ve hatalı tıbbî ve şahsi bilgilerin tamamlanmasını, açıklanmasını, düzeltilmesini ve nihai sağlık durumu ve şahsi durumuna uygun hâle getirilmesini isteyebilir. -Bu hak, hastanın sağlık durumu ile ilgili raporlara itiraz ve aynı veya başka kurum ve kuruluşlarda sağlık durumu hakkında yeni rapor düzenlenmesini isteme haklarını da kapsar."

Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının 31. maddesine göre de, "Hasta dosyalarındaki bilgilerin geniş bir özeti ile bilgi ve belgelerin örnekleri, isteği durumunda hastaya verilir. Hekim, yasal zorunluluk olmadıkça, bu bilgileri başkasına veremez. Hekim, hastanın kimlik bilgilerini saklı tutmak koşuluyla, bu bilgileri dosya üzerinden yapacağı araştırmalarda kullanabilir."

¹¹⁰ Özyay'a göre (s.73), bu görme ve inceleme hakkına, masrafını karşılamak şartıyla belgelerden örnek isteme hakkı da dahildir.

¹¹¹ Ayan, s.95, 97; Hancı, s.160; İpekyüz, s.111-112; Özdemir, s.135; Arı, s.32; Onaran, s.288-289; Öztürkler, s.97.

gg. Sır Saklama Borcu

Estetik cerrah, tedavi sırasında öğrendiği hastaya ait sırları gizli tutmalı, üçüncü kişilere açıklamamalıdır. Tedaviden beklenen amaca ulaşılabilmesi, cerrah ile hasta arasında güven ilişkisi olmasını gerektirmekte; bu güven ilişkisi de, hastaya ait sırların saklanması zorunlu kılmaktadır¹¹².

¹¹² Belgesay, s.144-145; Ayan, s.97-98; Aşçıoğlu, Tıbbî Yardım s.47; Durdu, s.85; Hancı, s.161; İpekyüz, s.112; Özdemir, s.137; Arı, s.33; Öztürkler, s.291; Özay, s.73.

Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının "Genel Kural Ve İlkeler" başlığını taşıyan İkinci Bölümünün "Sır Saklama Yükümlülüğü" alt başlığı altında düzenlenen 9. maddesine göre; "Hekim, hastasından mesleğini uygularken öğrendiği sırları açıklayamaz. Hastanın ölmesi ya da o hekimle ilişkisinin sona ermesi, hekimin bu yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. -Hastanın onam vermesi ya da sırrın saklanması hasta ya da öteki insanların yaşamını tehlikeye sokması durumunda, hastanın kişilik haklarının zedelenmemesi koşuluyla, hekim bu sırrı saklamakla yükümlü değildir. -Yasal zorunluluk durumlarında hekimin rapor düzenlemesi de, meslek sırrının açıklanması anlamına gelmez. Hekim tanık ya da bilirkişi olarak mahkemeye çağrıldığında olayın meslek sırrı olduğunu ileri sürerek bu görevlerinden çekilebilir."

Hasta Hakları Yönetmeliğinin "Mahremiyete Saygı Gösterilmesi" başlığını taşıyan 21. maddesine göre de, "Hastanın mahremiyetine saygı gösterilmesi esastır. Hasta mahremiyetinin korunmasını açıkça talep de edebilir. Her türlü tıbbî müdahale, hastanın mahremiyetine saygı gösterilmek suretiyle icra edilir.

Mahremiyete saygı gösterilmesi ve bunu istemek hakkı;

- a) Hastanın, sağlık durumu ile ilgili tıbbî değerlendirmelerin gizlilik içerisinde yürütülmesini,
- b) Muayenenin, teşhisin, tedavinin ve hasta ile doğrudan teması gerektiren diğer işlemlerin makul bir gizlilik ortamında gerçekleştirilmesini,
- c) Tıbben sakınca olmayan hâllerde yanında bir yakınının bulunmasına izin verilmesini,
- d) Tedavisi ile doğrudan ilgili olmayan kimselerin, tıbbî müdahale sırasında bulunmamasını,
- e) Hastalığın mahiyeti gerektirmedikçe hastanın şahsi ve ailevi hayatına müdahale edilmemesini,
- f) Sağlık harcamalarının kaynağının gizli tutulmasını, kapsar.

Ölüm olayı, mahremiyetin bozulması hakkını vermez.

Eğitim verilen sağlık kurum ve kuruluşlarında, hastanın tedavisi ile doğrudan ilgili olmayanların tıbbî müdahale sırasında bulunması gerekli ise; önceden veya tedavi sırasında bunun için hastanın ayrıca rızası alınır."

Aynı Yönetmeliğin "Bilgilerin Gizli Tutulması" başlığını taşıyan 23. maddesine göre ise; "Sağlık hizmetinin verilmesi sebebiyle edinilen bilgiler, kanun ile müsaade edilen hâller dışında, hiçbir şekilde açıklanamaz. -Kişinin rızasına dayansa bile, kişilik haklarından bütünüyle vazgeçilmesi, bu hakların başkalarına devri veya aşırı şekilde sınırlandırılması neticesini doğuran hâllerde bilginin açıklanması, bunları açıklayanın hukukî sorumlulu-

Sır, açıklanmamasında (gizli tutulmasında) hastanın maddî ve manevî menfaati bulunan her şeydir. Bir şeyin sır niteliği taşıyıp taşımadığı tespit edilirken ortalama bir hasta değil, somut olaydaki hasta esas alınmalıdır. Sır saklama yükümlülüğü kural olarak bütün üçüncü kişilere karşı geçerli olduğundan, diğer hekimlere ve hasta yakınlarına dahi, tedavinin geleceği zorunlu kılmadıkça, sır sayılan konular açıklanmamalıdır. Bilimsel tebliğlerde de, hastanın anonimliği korunmalıdır¹¹³. Estetik cerrah, hastasına ilişkin sırları onun ölümünden sonra dahi açıklayamaz¹¹⁴.

Hastaya ait sırları açıklamama yükümlülüğünün istisnası¹¹⁵, hastanın sırlarının açıklanmasına rıza göstermesi ve hasta tarafından estetik cerrah aleyhine açılan davalarda, cerrahın kendini savunma amacıyla hastanın sırlarına ilişkin açıklama yapabilmesidir. Estetik cerrahın mahkemede tanık sıfatıyla bulunması da, sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranmasını gerektirmez; çünkü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun¹¹⁶ 46. ve Hukuk

ğunu kaldırmaz. -Hukukî ve ahlaki yönden geçerli ve haklı bir sebebe dayanmaksızın hastaya zarar verme ihtimali bulunan bilginin ifşa edilmesi, personelin ve diğer kimse-lerin hukukî ve cezaî sorumluluğunu da gerektirir. -Araştırma ve eğitim amacı ile yapılan faaliyetlerde de hastanın kimlik bilgileri, rızası olmaksızın açıklanamaz."

¹¹³ Belgesay, s.146; Ayan, s.98-99; Aşcıoğlu, Tıbbî Yardım s.47; Durdu, s.85; Hancı, s.162; İpekyüz, s.113, 115; Özdemir, s.138; Arı, s.33; Öztürkler, s.291-292.

¹¹⁴ Ayan, s.100; Durdu, s.85; İpekyüz, s.116; Özdemir, s.140; Arı, s.33; Sert, s.144; Onaran, s.289; Deutsch, s.181. Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının 9. maddesinin birinci fıkrasında "*Hastanın ölmesi ...hekimin bu yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz*". ve Hasta Hakları Yönetmeliğinin 21. maddesinde, "*Ölüm olayı, mahremiyetin bozulması hakkını vermez.*" denilerek, hastanın ölümünden sonra da sır saklama borcunun devam ettiği açıkça ifade edilmiştir.

¹¹⁵ Önceki Türk Ceza Kanunu, hekimi, sadece tedavi ettiği hastanın kurban olduğunu anlaması durumunda suçu ihbar etme yükümlülüğüne tâbi tutmuştu. Ancak kanaatimizce, örneğin azılı bir suçlunun estetik cerraha başvurarak, yüzünü tamamen değiştirmesini istemesi hâlinde, estetik cerrahın güvenlik güçlerine ihbar yükümlülüğü bulunmalıdır; aksi durumda tanınmaz hâle gelen suçlu, yakalanmayarak daha önce işlediği bütün suçlardan kurtulacak, bu da kamu düzenine aykırılık oluşturacaktır. Bu sebeple, sır saklamanın kanunlara, ahlaka ve kamu düzenine aykırılık oluşturduğu hâllerde de, sır saklama yükümlülüğüne istisna tanınmalıdır. Nitekim yeni Türk Ceza Kanununun "*Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi*" başlığını taşıyan 280. maddesinde, "*Görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmeyen veya bu hususta gecikme gösteren sağlık mesleği mensubu, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. -Sağlık mesleği mensubu deyiminden tabip, dış tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler anlaşılır.*" denilmek suretiyle konu bu yönde yeniden düzenlenmiştir.

¹¹⁶ RG., 17.12.2004, S.25673.

Usulü Muhakemeleri Kanununun 245. maddelerinde, hekimlere tanıklıktan çekilme hakkı tanıdığından, estetik cerrahlar, hastalarına ait sırları mahkeme-medede açıklanmaktan kaçınabilirler. Bu hakkı kullanmayıp, tanık sıfatıyla hastasına ilişkin sırları açıklayan estetik cerrah ise, bu nedenle zarar gören hastasına tazminat ödemek zorunda kalabilir¹¹⁷. Sır saklama yükümlülüğünün ihlâl edildiğini, davacı hasta ispatlamalıdır¹¹⁸.

b. Kusur

Estetik cerrahın sözleşmeye dayalı sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, sözleşmeye aykırı hareketinin, kasıt veya ihmâl şeklinde kusurlu olması gerekmektedir.

Hukuka aykırı sonucun zarar veren tarafından bilerek istenmesine, kasıt; hukuka aykırı sonucu istememekle birlikte, böyle bir sonucun meydana gelmemesi için hâl ve şartların gerekli kıldığı özenin gösterilmemesine ise ihmâl denilmektedir.

Estetik cerrahın sorumluluğunda kusur, genellikle ihmâl şeklindedir¹¹⁹. Örneğin gerekli temizlik kurallarına uyulmadan yapılan estetik ameliyatlarda, cerrahın ihmâli söz konusudur. İhmâlin belirlenmesinde, ortalama bir estetik cerrahın, aynı hâl ve şartlarda göstereceği davranış biçimi esas alınır. Bu nedenle ihmâlin ölçüsü objektif olup, cerrahın subjektif özellikleri -kural olarak- dikkate alınmaz¹²⁰. İhmâl de, ağırlık derecesine göre ağır ve hafif

¹¹⁷ Belgesay, s.152; Ayan, s.99; Aşçıoğlu, Tıbbî Yardım s.48; Hancı, s.118; İpekyüz, s.115; Özdemir, s.138-139; Arı, s.33; Sert, s.202-203; Öztürkler, s.292; Özay, s.75.

¹¹⁸ Ayan, s.99; Özdemir, s.140; Arı, s.33.

¹¹⁹ Yüksek tedavi ücreti elde etmek amacıyla bilerek ve isteyerek yanlış tedavi uygulayan, tedavi süresini uzatan, hiç gerekli olmadığı hâlde hastayı ameliyat eden estetik cerrahın kasıtlı davranışlarından sorumluluğu söz konusudur (İpekyüz, s.132); Öztürkler, s.144.

¹²⁰ Ayan, s.102-103; Şenocak, Sorumluluk, s.81; Durdu, s.37; Ertas, s.184; Hancı, s.166; İpekyüz, s.133; Sarıal, s.86; Özdemir, s.161; Arı, s.34; Öztürkler, s.146; "Bir meslek veya sanat erbabı, meslek ve sanatını icra ederken muhakkak surette "bilmesi gereken bir konuyu bilmemesi" veya zararın önüne geçmek için "bilimin lüzum gösterdiği tedbirleri ihmâl etmesi" yüzünden zarara sebebiyet verirse sorumlu olur. Ancak muhakkak olmayan, tartışılan ve genellikle kabul olunmayan bilim kurallarına riayetsizlik sorumluluğu gerektiren bir kusur sayılmaz... Yapılan müdahalede ihmâl ve tedbirsizliğin varlığını kabul için ölçü, zararı meydana getirenin subjektif niteliklerine bakılmaksızın yalnız orta seviyedeki bir kimsenin, yani tedbirli bir doktorun aynı hâl ve şartlar altında göstereceği mutad ihtimamdan ibarettir." 13.HD., 14.10.1974, 2637/2492 (Aşçıoğlu, Sorumluluk, s.79-80). "Doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları -hafifte olsa- sorumluluğun

ihmal olarak ikiye ayrılmakla birlikte, estetik cerrahın hukukî sorumluluğu bakımından ihmalin hafif ya da ağır olması arasında fark yoktur. Zira, estetik cerrah her türlü ihmalden sorumlu olup, ihmalin ağır veya hafif ihmal şeklinde sınıflandırılması, sadece tazminat miktarının belirlenmesinde önem taşır¹²¹.

Estetik cerrahın kusuru tespit edilirken, hastaya yapılan müdahalenin gerçekleştiği zamandaki bilimin ulaştığı seviye esas alınmalı; sonradan kabul edilen bilgiler, kusurun tespitinde dikkate alınmamalıdır¹²².

Borçlar Kanununun 96. maddesine göre borçlunun kusurlu olduğu varsayıldığından, sözleşmeye dayalı sorumlulukta borçlunun kusurunu ispatlamak gerekmektedir. Kusurlu olmadığını ispat yükü ise, estetik cerrahın üzerindedir¹²³.

unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktorlar, hastalarının zarar görmemesi için yalnız mesleki (teknik) değil, genel hayat deneyimlerine (tecrübelerine) göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorundadır. Doktorun davranışlarında kusur kendisinden beklenen gerekli özeni ve sadakat borcunu eksik veya hiç yerine getirmemesi durumunda ortaya çıkar. Kusurun saptanmasında objektif ölçü esas alınır. Davalı operatör doktorun, davacının vücudunda ameliyat sırasında iki metre uzunluğunda gazlı bezi unutması, bizzatîhi sorumlu olmasını gerektirir ağır bir ihmaldir. Tıp dalında unutmaya hoş görülmesi, müsamaha ile karşılanması olanaksız kusurlu bir davranıştır. Sırf bu niteliğiyle, olayın bir uzman önünde incelettirilmesine de gerek yoktur.” 13.HD., 14.3.1983, 1982/7237, 1983/1783 (YKD., 1983/7, s.1036-1037).

Buna karşılık, estetik cerrahın diğer estetik cerrahlardan daha bilgili ve tecrübeli olduğu dikkate alınarak onunla sözleşme yapılmışsa, ihmalin varlığının tespitinde artık “ortalama bir estetik cerrahın, aynı hâl ve şartlarda göstereceği davranış” esas alınmamalı; somut olaydaki “ortalamanın üzerinde” bir niteliğe sahip estetik cerrahın sübjektif özellikleri dikkate alınarak, buna göre bir değerlendirme yapılmalıdır.

¹²¹ Ayan, s.103; Aşçıoğlu, Sorumluluk, s.88-89; Aşçıoğlu, Tıbbî Yardım, s.94; Durdu, s.38; İpekyüz, s.134; Özdemir, s.162; Arı, s.34; Özay, s.129.

¹²² Aşçıoğlu, Sorumluluk, s.86; Hancı, s.165; İpekyüz, s.92; Geiß, s.48.

¹²³ Ayan, s.104; Şenocak, Sorumluluk, s.88; İpekyüz, s.135; Özdemir, s.168; Arı, s.35; Onaran, s.318; Öztürkler, s.43, 174-175; Özay, s.117; “Olayımızda, davalı doktor mesleki bilgisinin tüm icaplarını yerine getirdiğini, kusur bulunmadığını ispatla zorunludur. Aksi durumda, BK.nun 96. maddesi gereği sorumludur.” (13.HD., 5.4.1993, 131/2741 (YKD., 1994/1, s.81).

Aşçıoğlu ise (Sorumluluk, s.120-121; Tıbbî Yardım, s.139), kusursuzluğunu ispat yükünün hekimde bulunmasını hakkaniyete uygun görmeyerek, zarar görenin, hekimin kusurunu da ispatlaması gerektiğini belirtmektedir. Ancak hastanın, yapılan müdahalenin hayatın normal akışına ve deneyimlere göre zararlı sonucu meydana getirir nitelikte olmasını ispatlaması hâlinde, hekimin kusurunu da ispatlamış sayılacağı; bunun aksini ispat yükünün ise hekime ait olacağı ifade edilmektedir. Özellikle estetik ameliyatlar gibi

Burada, meslek hatası (Kunstfehler) ile ihmal arasındaki ilişkiden de söz edilmelidir. Doktrinde meslek hatası “*tıp biliminin ve uygulamasının genellikle kabul edilen prensiplerine dayanan tıbbî ihtimam yükümlülüğünün hekim tarafından kusurlu olarak ihlâlidir.*”¹²⁴ şeklinde tanımlanmaktadır. Bu tanıma göre;

- Meslek hatası kavramı ile ihmal kavramı, her zaman tam olarak birbirini karşılamaz. Her meslek hatası zorunlu olarak bir ihmali içermesine rağmen, her ağır ihmal bir meslek hatası olmayabilir¹²⁵.
- Estetik cerrah, hastaya farklı bir tedavi yöntemi uygulayabilir. Bunun için, yöntemin tıp biliminde az veya çok tanınmış olmasının yanında, geleneksel tedavi yöntemleriyle kıyaslandığında istenen sonuca ulaşmaya daha fazla imkân tanınması, daha az ya da eşit ağırlıkta tehlike taşınması gerekir. Önemli olan, estetik cerrahın tedavi yöntemini seçerken somut olaya özenle yaklaşması ve hastayı bu perspektifte değerlendirmesidir. Alternatif bir tedavi yöntemini uygulayacak estetik cerrahın, daha da özenli olması beklenebilir. Tıp biliminde henüz tanınmamış kural ve yöntemlerin uygulanması da, meslek kusuru çerçevesinde değerlendirilmelidir¹²⁶.

sağlıklı kişilere yapılan tıbbî müdahalelerde ise, sonucun başarıyla gerçekleştirileceğini yükümlenen estetik cerrahın, kusursuzluğunu ispatlaması gerektiğini belirtmektedir. Benzer bir görüş için bkz. **Hancı**, s.178. **Belgesay** ise (s.129), teorik olarak kusursuzluğunu hekimin ispat etmesi gerektiğini belirtmesine rağmen, hekimin, tedavi için gerekli hususları yerine getirdiğini ispatlamasından sonra, hastanın bu hususların yerine getirilmesinde hekimin kusurlu olduğunu ispatlaması gerektiğini ifade etmektedir. **Kaneti** de (s.72), sözleşmeye dayanan durumlarda, hastanın, hekimin sözleşmeye aykırı davrandığını (meslek kuralını çiğnediğini), hekimin ise kusursuzluğunu ispatlaması gerektiğini; haksız fiile dayanan durumlarda ise, hekimin meslek kuralına aykırı hareket ettiğini ispatlayan hastanın, onun kusurunu da ispatlamış sayılacağını, hekimin ise yine kusursuz olduğunu ispatlaması gerektiğini belirtmektedir. Aynı görüş için bkz. **Köprülü**, s.598-599.

¹²⁴ **Şenocak**, Sorumluluk, s.84; **Ayan**, s.105; **Ertaş**, s.185; **Akıncı**, s.226; **Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, s.492; **Özdemir**, s.163; **Arı**, s.35; **Onaran**, s.318; **Öztürkler**, s.168; **Özay**, s.117. Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının, mesleki kusuru ifade eden “Hekimliğin Kötü Uygulanması (Malpractice)” başlıklı 13. maddesine göre, “*Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesi "hekimliğin kötü uygulaması" anlamına gelir.*”

¹²⁵ **Arı**, s.35.

¹²⁶ **Ayan**, s.106; **Özdemir**, s.163 vd.; **Arı**, s.35; **Özay**, s.117-118. Yargıtay’a göre, “*Doktor; tıbbî faaliyetlerde bulunurken mesleki şartları yerine getirmek, tıp ilminin kurallarını gözetip uygulamak zorundadır. Aksi hâlde doktor tıp biliminin verilerini yanlış ya da*

c. Zarar

Estetik cerrahın sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, sözleşmeye aykırılığın kusurlu bir hareketle gerçekleşmesi yanında, hastanın bir zarara uğraması da gereklidir.

Zarar, bir kişinin malvarlığında veya şahıs varlığında iradesi dışında meydana gelen eksilmedir. Türk hukukunda zarar sözünden, daha çok maddî zarar anlaşılmaktadır¹²⁷.

Bir kimsenin iradesi dışında malvarlığında meydana gelen eksilmeyi ifade eden maddî zarar, zarar görenin malvarlığının, zarar verici olaydan sonra gösterdiği durum ile bu olay meydana gelmeseydi göstereceği durum arasındaki farktan ibarettir¹²⁸. Bu da, mal varlığının fiilen azalması (fiili zarar) ve malvarlığının artması gerekirken artmaması (kârdan yoksun kalma veya kazanç kaybı) şeklinde gerçekleşir. Örneğin, hatalı yapılan bir estetik ameliyatın hastayı ikinci bir ameliyat olmak zorunda bırakması ve bunun beraberinde getirdiği maddî kayıplar fiili zarar; hatalı bir estetik ameliyatla yüzünde sabit bir yara izi kalan sinema sanatçısının yeni film sözleşmeleri yapma şansını kaybetmesi nedeniyle uğradığı zarar ise, yoksun kalınan kâr (kazanç kaybı)dır¹²⁹.

eksik uygulamışsa, mesleğinin gerektirdiği özel koşullara gereği ve yeteri kadar uymamışsa, mesleki kusurunun varlığı kabul edilmelidir. (13.HD., 5.4.1993, 131/2741 (YKD., 1994/1, s.81); 4.HD., 7.3.1977, E.1976/6297, K.1977/2541 (YKD., 1978/6, s.908).

¹²⁷ Belgesay, s.116; Ayan, s.109-110; Şenocak, Sorumluluk, s.75; Aşçıoğlu, Sorumluluk, s.89; Aşçıoğlu, Tıbbî Yardım, s.99; Durdu, s.14; İpekyüz, s.136; Özdemir, s.170; Reisoğlu, s.9-10; Arı, s.35; Öztürkler, s.103; Özay, s.118-119.

¹²⁸ Doktrinde maddî zararın "yükümlülüğe uygun bir tedavi yapılsaydı hastanın kavuşacağı sağlık durumu ile yürütülebilen hatalı tedavinin gerçek sonuçları arasındaki parayla ölçülebilen farkı" ifade ettiği belirtilmiştir (Şenocak, Sorumluluk, s.10, 76); Onaran, s.317; Öztürkler, s.43, 104.

¹²⁹ Ayan, s.110; Şenocak, Sorumluluk, s.76; Durdu, s.22; İpekyüz, s.136; Özdemir, s.170; Arı, s.36; Onaran, s.317; Öztürkler, s.103; Özay, s.119; "...Estetik ameliyat için, tazminat istenebilir. Estetik zarar da bedensel bir zarar meydana getirir. Çirkinliğin düzeltilmesi için yapılması gerekli estetik ya da benzeri ameliyatlara ilişkin zararlar gerçekleşmiş zarar niteliğindedir. Bu masrafların yapılmadığından veya ameliyat giderlerinin tespit edilemediğinden reddedilmesi mümkün değildir. Bugün yurdumuzda geniş çapta her türlü estetik ameliyatlar yapılmaktadır. Bu tıp dalında bulunan uzmanlar eliyle zararın saptanması olanaklıdır." 4.HD., 27.3.1979, 13013/4136 (Aşçıoğlu, Sorumluluk, s.89-90).

Kişiliğe gelen zararlar kapsamında talep edilebilecek zarar kalemleri; ölüm hemen gerçekleşmişse, cenaze masrafları; ölüm hemen gerçekleşmemişse, doktor, ilaç, tedavi ve

Manevî zarar ise, bir kişinin şahıs varlığında iradesi dışında meydana gelen eksilmeyi; bir kişinin şahsiyet haklarına yapılan hukuka aykırı bir tecavüz dolayısıyla duyduğu bedensel ve manevî acıyı, ızdırabı, hayat zevkinde azalmayı ifade eder¹³⁰. Buna göre, güzelleştirme amaçlı bir estetik ameliyat olan hastanın, sözleşmeye aykırı ve kusurlu bir ameliyat sonucu veya estetik cerrahın aydınlatma yükümlülüğüne ya da sır saklama borcuna aykırı davranması sebebiyle hayat zevkinde ve sevincinde azalma olması hâlinde, manevî bir zarar söz konusu olur. Manevî tazminat, zarar gören şahsın uğramış olduğu zararı, acı ve üzüntüleri dindirecek veya hiç olmazsa azaltacak bir tatmin sağlama amacı güder¹³¹.

Maddî ve manevî zararı ispat yükü, hastanın üzerindedir (BK.m.42/I).

d. Nedensellik Bağı

Gerçekleşen zarar ile sorumluluğu doğuran olay veya davranış arasındaki sebep-sonuç ilişkisine, nedensellik bağı denir¹³². Sözleşmenin ihlâli ile zarar arasında uygun nedensellik bağının bulunması, estetik cerrahın sorumlu tutulabilmesi için gereklidir. Ancak, nedensellik bağının kesildiği şu üç durumda, cerrahın sorumluluğundan da artık söz edilemez:

aa) Mücbir sebep: İnsanın egemenlik alanı dışındaki bir olay, estetik cerrahın davranışı ile zarar arasındaki nedensellik bağı kesmişse ve zarara tek başına yol açmışsa, örneğin ameliyat sırasında meydana gelen depremde hasta ölmüşse, artık estetik cerrah ölüm sonucundan sorumlu değildir¹³³.

hastane masrafları ile ölüme kadar geçen süre içinde çalışamamaktan kaynaklanan bütün zararlar (BK.m.45/I); yine ölüm hâlinde, ölenin yakınlarının talep edebileceği destekten yoksun kalma tazminatı (BK.m.45/II); bedensel zarara uğrayan kişinin, bu sebeple çalışmadığı sürelerle ilişkin talep edebileceği kazanç kaybı ile çalışma kabiliyetinin kaybedilmesi ve ileride ekonomik yönden uğranılacak kayıplardır (BK.m.46/I).

¹³⁰ Doktrinde manevî zararın “*hatalı bir tedavinin sonucu olarak hastanın duyduğu bedensel ve manevî acıyı, hayat zevklerinde meydana gelen azalmayı*” ifade ettiği belirtilmiştir (Şenocak, Sorumluluk, s.10); Öztürkler, s.43, 117.

¹³¹ Ayan, s.110; Şenocak, Sorumluluk, s.77; Durdu, s.19; İpekyüz, s.137; Özdemir, s.173; Arı, s.36; Öztürkler, s.117; Özay, s.120.

¹³² Belgesay, s.118; Ayan, s.111; Şenocak, Sorumluluk, s.88; Aşçıoğlu, Sorumluluk, s.94; Aşçıoğlu, Tıbbî Yardım, s.103; Durdu, s.27; Reisoğlu, s.9; Hancı, s.140; İpekyüz, s.137; Özdemir, s.174; Arı, s.36; Onaran, s.317; Öztürkler, s.43, 178-179; Özay, s.120; Geiβ, s.62.

¹³³ İpekyüz, s.140; Arı, s.36; Özay, s.121, dn.301.

bb) Üçüncü kişinin kusuru: Üçüncü kişinin davranışının zararlı sonuç üzerindeki etkisi, zararlı sonucun uygun sebebi sayılmasına yetecek kadar etkiliyse, örneğin estetik ameliyattan sonra hastanın kullanması gereken ilaçlar, reçeteden farklı olarak eczacı tarafından verilmişse, estetik cerrah yanlış ilaçların kullanılmasından doğacak zararlı sonuçlardan sorumlu değildir¹³⁴.

cc) Hastanın kusuru: Meydana gelen zararlı sonuca hastanın kendi davranışı yol açmışsa, örneğin estetik ameliyat olunan yerin iyileşme sürecinde yapması gereken şeyleri yapmamışsa ya da yapmaması gereken şeyleri yapmışsa veya tedavinin durdurulmasını istemişse, bundan artık estetik cerrah sorumlu değildir¹³⁵. Buna karşılık, hastanın nedensellik bağını kesmeyen derecedeki kusuru, Borçlar Kanununun 44. maddesi gereğince tazminatta indirim sebebi sayılır¹³⁶.

¹³⁴ İpekyüz, s.140; Arı, s.36; Özyay, s.121, dn.302.

¹³⁵ İpekyüz, s.140; Arı, s.36; Özyay, s.121, dn.303; Deutsch, s.134-135. Hasta Hakları Yönetmeliğinin "Tedaviyi Reddetme ve Durdurma" başlığını taşıyan 25. maddesine göre; "Kanunen zorunlu olan hâller dışında ve doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere; hasta kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetmek veya durdurulmasını istemek hakkına sahiptir. Bu hâlde, tedavinin uygulanmamasından doğacak sonuçların hastaya veya kanuni temsilcilerine veyahut yakınlarına anlatılması ve bunu gösteren yazılı belge alınması gerekir. -Bu hakkın kullanılması, hastanın sağlık kuruluşuna tekrar müracaatında hasta aleyhine kullanılamaz."

¹³⁶ Hastanın kusuru sebebiyle nedensellik bağının kesilmesi veya tazminat miktarında indirim yapılması, genellikle (geçirilen hastalık ve ameliyatlara, şeker veya tansiyon hastalığının olup olmadığı, ailede kanser, şeker veya kalp hastası bulunup bulunmadığı, aspirin, kalp ilacı, sakınleştirici, hormon gibi ilaçların kullanılıp kullanılmadığı, sigara ve alkol gibi alışkanlıklar konusunda) hasta tarafından verilen bilgilerdeki eksiklik veya yanlışlıklardan veya ameliyat sonrası hastanın davranışlarından kaynaklanmaktadır. Gerçekten de, sigara tiryakiliği, şeker hastalığı, yüksek tansiyon, ilaç alışkanlığı gibi bazı özel durumlar, ameliyata bağlı riskleri arttırmaktadır. Örneğin, sigara içen kişilerde estetik ameliyat sonrası genellikle sorunlarla karşılaşılır: Sigara küçük çaplı kan damarlarında "vasoconstruction" denilen büzümeye ve oksijeni taşıyacak olan hemoglobin miktarının azalmasına yol açar; oksijenin hücrelere ulaşmasını sağlayan özel kimyasal maddelerin etkisini ortadan kaldırır; yara iyileşmesinde bozulmaya ve gecikmeye sebep olur. Bunun sonucunda genel iyileşme dönemi uzar ve ameliyat yapılan bölgede daha fazla iz kalır. Estetik ameliyat olacak kişiler ameliyattan önce sigara içmeyi tamamen bırakmalı; bırakamıyorsa, ameliyattan 4 hafta önce başlayarak 2 hafta sonrasına kadar sigara içilmemesi gerekir. Sigara içmeyi bırakıp nikotin sakızı ya da nikotin bandı kullananlar da, aynı zararlı etkilere maruz kalırlar; çünkü bu şekilde alınan nikotin, sigara içerek alınan nikotininle aynı zararlı etkiyi doğurmaktadır.

Genel hukuk kuralına göre, her iddia sahibi iddiasını ispatla yükümlüdür (TMK.m.6). Fakat estetik cerrah-hasta arasındaki ilişkide, tarafların durumu arasında belirgin bir fark bulunmaktadır. Estetik cerrahî, çok karmaşık, her gün yeni bir tedavi yönteminin ortaya çıktığı bir alan olduğundan, bu konularda hasta, bilgisiz, zayıf ve korunması gereken taraftır. Bu sebeple, genellikle ispat yükü tersine çevrilerek estetik cerraha yüklenmekte veya zarar gören hastanın kesin ispat yerine “emarelere dayalı kesin bir ihtimali” (ilk görünüş ispatı; Prima-facie-Beweis)¹³⁷ ispatlaması yeterli görülmektedir¹³⁸. Bununla birlikte basit bir ihtimal veya basit bir şüphe, ispat için hiçbir zaman yeterli değildir¹³⁹. Uzmanlık gerektiren bir alan olması sebebiyle bilirkişi incelemesi yaptırılması da, estetik cerrahın sorumluluğunun doğup doğmadığını belirleme bakımından oldukça önemlidir¹⁴⁰.

B. HAKSIZ FİLDEN KAYNAKLANAN SORUMLULUK

Güzelleştirme amaçlı estetik ameliyatlardan kaynaklanan zararlar için, haksız fiile ilişkin hükümlere (BK.m.41 vd.) dayanılarak da estetik cerrahın sorumluluğuna gidilebilir. Estetik cerrah, hastanın beden bütünlüğüne yönelik müdahalelerde bulunduğundan, sözleşmeye aykırı zarar verici her türlü davranışı, aynı zamanda haksız fiil oluşturur. Dolayısıyla, böyle durumlarda sözleşmeye dayalı sorumluluk ile sözleşme dışı sorumluluk yarışır¹⁴¹. Bunun

¹³⁷ Davacının, meydana gelen olayın karmaşıklığı sebebiyle nedensellik bağıını ispatlamasının güç olduğu durumlarda, davalının zarar verici hareketi ile meydana gelen zararı ispatlamasından sonra, bu iki unsur arasında nedensellik bağıının bulunduğu hâkim tarafından fiili karine olarak kabul edilebilir (ilk görünüş ispatı - Anscheinsbeweis - prima facie Beweis) ve davacı, sağlanan bu ispat kolaylığı sebebiyle, nedensellik bağıının varlığını ispat külfetinden kurtarılabilir.

¹³⁸ Ayan, s.111; Şenocak, Sorumluluk, s.91; Arı, s.36-37; İpekyüz, s.141; Sarıal, s.105 vd.; Onaran, s.318; Özay, s.121; Geiß, s.72; Deutsch, s.148-149. Estetik cerrah, estetik ameliyatlarda belirli bir sonucu yükümlendiği için, sonucun gerçekleşmemesi hâlinde, ortaya çıkan zarar ile estetik cerrahın ameliyatı başarısız bir şekilde gerçekleştirmesi arasında uygun nedensellik bağı bulunduğu kabul edilmektedir (Aşçıoğlu, Tıbbi Yardım, s.104); Hancı, s.141.

¹³⁹ Reisoğlu, s.9.

¹⁴⁰ Belgesay, s.133 vd.; Ayan, s.112; Aşçıoğlu, Sorumluluk, s.121-122; Aşçıoğlu, Tıbbi Yardım, s.140; Kaneti, s.73; Reisoğlu, s.16; Özay, s.121.

¹⁴¹ Ayan, s.61-62, 116; Şenocak, Sorumluluk, s.14; Aşçıoğlu, Tıbbi Yardım, s.65; Kaneti, s.62; Köprülü, s.598; İpekyüz, s.124-125; Erman, Hasan, s.144; Arı, s.38; Onaran, s.300; Öztürkler, s.49; Özay, s.113.

dışında, estetik cerrahın özel bir hastanede hizmet sözleşmesiyle veya devlet hastanesinde devlet memuru sıfatıyla çalıştığı ve hastanın da özel hastaneyle tedavi konusunda bir sözleşme yapması veya kamu hukuku ilişkisi içerisinde devlet hastanesine başvurması hâllerinde de, hasta ile estetik cerrah arasında bir sözleşme bulunmadığından, estetik cerrahın sorumluluğu haksız fiil hükümlerine göredir¹⁴².

Estetik cerrah ile hasta arasındaki sözleşmenin imkânsızlık, hukuka ve ahlaka aykırılık (BK.m.20) sebepleriyle geçersiz olması durumunda, artık hukuk düzeninin yok saydığı sözleşmeye dayanılarak dava açılmayacağından, genel sorumluluk hükümleri olan haksız fiil esaslarına göre dava açılmaktadır. Benzer şekilde, estetik cerrah ile hasta arasında geçerli bir sözleşme bulunmasına rağmen, ameliyat sonunda hastanın ölmesi sebebiyle hasta yakınlarının estetik cerraha karşı açacakları maddî ve manevî tazminat (BK.m.45, 47, 49) davalarının temeli de haksız fiile dayanmaktadır; zira hasta yakınlarının uğradığı zarar, estetik cerrahın sözleşmeye aykırı davranışından doğmuş olmasına rağmen, estetik cerrah ile hasta yakınları arasında bir sözleşme bulunmamaktadır¹⁴³.

Estetik cerrahın haksız fiilden kaynaklanan sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, "hukuka aykırılık, kusur, zarar, illiyet bağı" şartlarının gerçekleşmesi gerekir. Ancak haksız fiilden farklı olarak, sözleşmeye dayalı sorumlulukta karşı tarafın kusurunu ispat yükünün bulunmaması, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlulukta kurtuluş kanıtı getirilememesi ve zaman-şımı bakımından daha uzun sürenin geçerli olması sebepleriyle sözleşmeye dayalı sorumluluğa başvurulması hastanın daha lehine olduğundan, hasta tarafından haksız fiile dayanılması tavsiye edilmemektedir¹⁴⁴.

Estetik cerrah ile hasta arasında bir sözleşme bulunmadığı veya bulunsa bile hastanın haksız fiil esaslarına dayandığı durumlarda, yardımcı personelin zarar verici davranışı haksız fiil oluşturuyorsa, estetik cerrahın, adam çalıştıran sıfatıyla Borçlar Kanununun 55. maddesine göre de sorumlu tutulması mümkündür¹⁴⁵. Hastanın, aralarında sözleşme bulunmasına rağmen haksız fiil

¹⁴² Şenocak, Sorumluluk, s.110; Ayan, s.179, dn.295.

¹⁴³ Aşçıoğlu, Sorumluluk, s.62; Aşçıoğlu, Tıbbî Yardım, s.64-65; İpekyüz, s.125; Reisoğlu, s.17.

¹⁴⁴ Ayan, s.62; Şenocak, Sorumluluk, s.15-16; Köprülü, s.598; Reisoğlu, s.15; İpekyüz, s.126; Öztürkler, s.49-50.

¹⁴⁵ Aynı şekilde, kendisiyle sözleşmesel bir ilişki içerisinde bulunmayan hastaya, belirli niteliklere sahip tıbbî alet ve makinelerdeki yapım bozuklukları ve bakım eksiklikleri

hükümlerine dayanması teorik bir ihtimal olduğundan, güzelleştirme amaçlı estetik ameliyatlarda estetik cerrahın Borçlar Kanununun 55. maddesine göre sorumlu tutulabilmesi, genellikle estetik cerrah ile hasta arasında bir sözleşmenin bulunmadığı hâllerde (ameliyatın devamı sırasında ortaya çıkan bir zorunlu genişletme -vekâletsiz iş görme- hâlinde) söz konusu olur¹⁴⁶.

Borçlar Kanununun 55. maddesine dayanılarak serbest çalışan estetik cerrah aleyhine dava açılabilmesi için, öncelikle cerrah ile zarar veren kişi arasında bir çalıştırma ilişkisi bulunmalıdır. Estetik cerrah ile asistan hekimler, hemşireler ve hastabakıcılar arasında böyle bir ilişkinin bulunduğu kabul edilmektedir. Bunun dışında, zarar, hizmetin ifası sırasında ve hizmetle ilgili olarak gerçekleşmelidir; asistan hekimlerin, hemşirelerin ve hastabakıcıların çalışmaları tedavi faaliyetine dâhildir. Zarar da, istihdam edilenlerin hukuka aykırı fiilinden doğmuş olmalıdır. Buna karşılık, onların kusurlu olması aranmaz. Borçlar Kanununun 55. maddesine dayanılarak açılan bir davada, estetik cerrah, zararın meydana gelmemesi için somut durumun gerektirdiği (yardımcı şahsın seçiminde, onu denetlemede ve kendisine talimat vermede) her türlü objektif dikkat ve özeni gösterdiğini veya göstermiş olsaydı bile aynı zararın yine meydana geleceğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir. İstihdam edilenin de haksız fiil hükümleri çerçevesinde bizzat sorumlu tutulması mümkün olduğundan, estetik cerrah, hastaya ödediği tazminat için kusuru oranında istihdam edilene rücu edebilir (BK.m.55/II)¹⁴⁷.

sebebiyle bir zarar verildiğinde, estetik cerrah, Borçlar Kanununun 58. maddesine göre "yapı eseri maliki" sıfatıyla sorumlu tutulabilir (Şenocak, Sorumluluk, s.7, 115-117; Öztürkler, s.33). Ayrıca bkz. Deutsch, s.118 vd.

¹⁴⁶ Estetik cerrah ile hasta arasında kural olarak sözleşmesel bir ilişki bulunduğundan, yardımcı personelin haksız fiilinin sözleşmeye aykırılık oluşturduğu hâllerde, Borçlar Kanununun 100. maddesine göre sorumluluk söz konusudur. Hastanın, sözleşmeye aykırılığa dayanarak dava açtığı hâllerde, estetik cerrah Borçlar Kanununun 100. maddesine, açılan davanın haksız fiile dayanması durumunda ise Borçlar Kanununun 55. maddesine göre sorumlu olduğundan, bu iki sorumluluk hâli yarışmaktadır; hasta dilediği hükme dayanabilir. Ancak, estetik cerrah ile hasta arasında sözleşmesel bir ilişki bulunmuyorsa, sadece 55. madde uygulama alanı bulur (Ayan, s.68; Şenocak, Sorumluluk, s.14, 113; Aşçıoğlu, Tıbbî Yardım, s.106; Köprülü, s.601; İpekyüz, s.96, 126; Arı, s.39).

¹⁴⁷ Ayan, s.68-69; Şenocak, Sorumluluk, s.114-115; Köprülü, s.601; Aşçıoğlu, Sorumluluk, s.96-97; Aşçıoğlu, Tıbbî Yardım, s.106; Hancı, s.170-171; İpekyüz, s.96-97; Arı, s.39; Özey, s.55-56.

Borçlar Kanununun 55. maddesi bakımından yukarıda yapılan açıklamalardan ayrık olarak, estetik cerrah, ameliyatı gerçekleştiren anestezi uzmanının fiillerinden kusursuz olarak sorumlu değildir. Cerrahın bilgi düzeyi, anestezi gibi diğer teknik konuları da

C. VEKÂLETSİZ İŞ GÖRMEYEN KAYNAKLANAN SORUMLULUK

Güzelleştirme amaçlı estetik ameliyattan kaynaklanan sorumluluk, kural olarak estetik cerrah ile hasta arasındaki sözleşmeye dayanmakla birlikte, bazı durumlarda estetik cerrahın vekâletsiz iş görmeden¹⁴⁸ kaynaklanan sorumluluğundan da söz edilebilir.

Bu durum, özellikle ameliyatın devamı sırasında ortaya çıkan bir zorunlu genişletme hâlinde söz konusu olur; zira, genişletilen kısım için estetik cerrah ile hasta arasında herhangi bir sözleşme bulunmamaktadır. Bu gibi hâllerde, “vekâletsiz iş görme” hükümleri (BK.m.410-415) uygulanır. Güzelleştirme amaçlı estetik ameliyatlarda, genellikle ameliyat öncesi bütün tıbbî incelemeler yapılmasına ve bütün olasılıklar değerlendirilmesine rağmen, ameliyat sırasında bazı öngörülemeyen durumların ortaya çıkması mümkündür. Bu gibi hâllerde gereken müdahalede bulunan estetik cerrah, vekâletsiz iş gören konumundadır¹⁴⁹.

Borçlar Kanununun 411. maddesinden hareketle, bir sözleşmeye dayanmayan estetik müdahalede, estetik cerrahın özen borcunun sözleşmesel ilişkiden daha az olmadığı sonucuna ulaşılmalıdır¹⁵⁰. Estetik cerrah, hastasını daha ağır bir zarardan korumak amacıyla müdahalede bulunmuş olsa bile, durumun özelliklerine göre ortalama bir estetik cerrahın aynı durum ve şartlar altında göstereceği özeni göstermekle yükümlüdür¹⁵¹. Estetik cerrah, hastanın söz konusu genişletme durumuna daha önce rıza göstermediğini bilerek hareket eder veya somut olayın özelliklerine göre bilmesi gerekirse, artık meydana gelen bütün zarardan (ve hatta kazadan bile) sorumludur¹⁵².

denetleyebilmesine imkân sağlamaz; ancak, anesteziistin doğru olmayan bir davranışının tehlikeliliğini farkederek cerrahın duruma müdahale etmemesi, Borçlar Kanununun 41. maddesine göre sorumluluğunu gerektirir (Hancı, s.171); Atabek, s.649-650.

¹⁴⁸ Borçlar Kanununun 411. maddesine göre; “Başkası namına tasarrufla bulunan kimse her türlü ihmal ve ihtiyatsızlıktan mes’uldür. -Şu kadar ki o kimse, iş sahibinin maruz bulunduğu zararı bertaraf etmek için yapmış ise, mes’uliyeti tahfif olur. -İş sahibinin sarahaten veya delaleten men’i var iken o kimse, bu işi yapmış ve sahibinin men’i de kanuna ve adaba muhalif bulunmamış ise, kazadan dahi mes’ul olur. Meğer ki o kimse, müdahalesi olmasa bile kazanın vukua geleceğini ispat etsin.”

¹⁴⁹ Ayan, s.61, 113; Şenocak, Sorumluluk, s.104; İpekyüz, s.128; Erman, Hasan, s.144; Arı, s.37; Öztürkler, s.192; Özay, s.106.

¹⁵⁰ Ayan, s.113; Arı, s.37; Öztürkler, s.196; Özay, s.107.

¹⁵¹ Ayan, s.114; Arı, s.37-38; Özay, s.107.

¹⁵² Ayan, s.114-115; Arı, s.38; Öztürkler, s.192; Özay, s.108-109.

III. KAMU HASTANELERİNİN VE ÖZEL HASTANELERİN SORUMLULUĞU

Hasta Hakları Yönetmeliğinin 42. maddesinde “*Hastanın ve hasta ile ilgili bulunanların, hasta haklarının ihlali hâlinde, mevzuat çerçevesinde her türlü müracaat, şikayet ve dava hakları vardır.*” hükmüne yer verildikten sonra, devam eden maddelerde bu hakkın nasıl kullanılabilmesine ilişkin genel açıklamalar yapılmış, kamu hastanelerinin ve özel hastanelerin sorumluluğu genel hatlarıyla ortaya konulmuştur¹⁵³.

¹⁵³ Yönetmeliğin “*Sağlık Kurum ve Kuruluşlarının Sorumluluğu*” başlığını taşıyan 43. maddesine göre, “*Hasta haklarının ihlali hâlinde, personeli istihdam eden kurum ve kuruluş aleyhine maddî veya manevî veyahut hem maddî ve hem de manevî tazminat davası açılabilir.*”

Ancak, aleyhine dava açılacak merciin kamu kurum ve kuruluşu olması hâlinde;

a) 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nun 12 nci maddesine göre; hakkın bir idarî işlem dolayısı ile ihlal edilmesi hâlinde ilgililer, doğrudan doğruya tam yargı davası veya iptal ve tam yargı davalarını birlikte açabilecekleri gibi ilk önce iptal davası açarak bu davanın karara bağlanması üzerine dava açma süresi içerisinde tam yargı davası açabilirler.

b) Aynı Kanun'un 13 üncü maddesi uyarınca, zarar verici eylemin öğrenildiği tarihten itibaren en geç bir yıl içinde maddî ve manevî tazminat olarak istenilen tazminat miktarı ayrı ayrı gösterilerek idareye müracaat edilmesi ve talebin açıkça veya zimnen reddi hâlinde kanuni süresi içinde idarî yargı mercilerinde dava açılması gerekir.”

“Devlet Memuru veya Diğer Kamu Görevlisi Personelin Sorumluluğu” başlıklı 44. maddeye göre ise, “*Bu Yönetmelik'te gösterilmiş olan hasta haklarının fiilen kullanılmasına mani olan veya bu hakları başka şekilde ihlal eden personelin, cezaî, mali ve inzibati sorumluluklarının tamamı veya bunlardan bir kısmı doğabilir.*”

Birinci fıkrada belirtilen sorumluluklar haricinde, ihlalin durumuna göre, personeli istihdam eden kurum ve kuruluş tarafından personel hakkında uygulanacak idarî tedbir ve müeyyideler saklıdır.”

Yönetmeliğin 45. maddesi “*Kamu Personelinin Sorumluluğunu Tespit Usulü*”nü düzenlemektedir. Buna göre, “*Kamu kurum ve kuruluşlarında görevli personelin, hasta haklarını ihlal eden fiil ve hâlleri, şikayet hâlinde veya idarece kendiliğinden tespit edildiğinde, hadisenin takibi, soruşturulması ve gerekir ise müeyyideye bağlanması için doğrudan valiliklerce veyahut Bakanlık veya personelin görevli olduğu kurumlar tarafından müfettiş veya muhakkik görevlendirilir.*”

“*Kamu Personeli Hakkındaki Müeyyideler*”i düzenleyen 46. maddeye göre, “*Hasta haklarının Devlet memuru veya diğer kamu görevlisi personel tarafından ve görevleri sırasında herhangi bir şekilde ihlali hâlinde uygulanacak müeyyideler aşağıda gösterilmiştir:*”

A. KAMU HASTANELERİNİN SORUMLULUĞU

Kamu hastaneleri, vatandaşlara sağlık hizmeti sunmak amacıyla kurulan ve kamu yönetiminin içinde yer alıp kamu kurallarına tâbi olan kuruluşlardır; özel hastanelerden farklı olarak, kazanç (kâr) elde etme gibi bir hedefleri yoktur. Bir hastanenin, kamu hastanesi olarak nitelendirilebilmesi için, kamu yararına hizmet etmesi yanında, devlet veya diğer bir kamu tüzel kişisi

a) Kamu görevlisi olan personelin fiilinin niteliğine göre, soruşturmacı tarafından hakkında disiplin cezası teklif edilmiş ise, mevzuatın öngördüğü disiplin cezaları yetkili amir veya kurullarca usulüne göre takdir edilir.

b) Hak ihlali aynı zamanda ceza hukukuna göre suç teşkil ettiği takdirde, memur olan personel hakkında, Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat hükümlerine göre yapılan soruşturma sonucunda lüzum-u muhakeme kararı verilir ise, dosya cumhuriyet başsavcılığı'na gönderilerek ceza davası açılması ve böylece personel hakkında fiiline uygun bulunan cezaî müeyyidenin tatbiki sağlanır.

c) Anayasa'nın 40 uncu maddesinin ikinci fıkrası, 129 uncu maddesinin beşinci fıkrası ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13 üncü maddesi ve ilgili diğer mevzuat uyarınca, memurların ve diğer kamu görevlilerinin hukukî sorumluluğu doğrudan doğruya memur aleyhine açılacak dava yolu ile gerçekleştirilemez. Dava, 43 üncü maddede götserilen usule göre, ancak idare aleyhine açılabilir. Bu personelin hukukî sorumluluğunun doğması, idare aleyhine açılacak dava neticesinde tazmin kararı verilmesine bağlıdır.

Kamu görevlisi personelin verdiği zarar, mahkeme kararı üzerine idare tarafından tazmin edildikten sonra, müsebbibi olan sorumlu personele rücu edilir.

d) Kamu görevlisi personelin mesleklerini resmî görevleri dışında serbest olarak icra etmekte iken işledikleri fiillerden dolayı haklarında 47 nci maddeye göre işlem yapılır.”

Yönetmeliğin “Kamu Görevlisi Olmayan Personelin Sorumluluğu”nu düzenleyen 47. maddesi de şu şekildedir: “Hasta haklarının Devlet memuru veya diğer kamu görevlisi olmayan personel tarafından herhangi bir şekilde ihlali hâlinde uygulanacak müeyyideler aşağıda gösterilmiştir:

a) Kamu görevlisi olmayan personel; hakları ihlal edilen hastanın doğrudan vaki olacak şikayeti üzerine veya bu fiillerin başka şekilde tespiti hâlinde Bakanlık veya başka kurum ve kuruluşlar tarafından yapılan bildirim üzerine, bunların özel kanunlara göre kurulmuş olan kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları haysiyet divanlarıca disiplin cezaları ile cezalandırılabilir.

b) Kamu görevlisi olmayan personelin hasta haklarını ihlallerinden doğan hukukî sorumlulukları, genel hükümlere göre doğrudan doğruya kendilerine veya bunları çalıştıran kurum ve kuruluşlara karşı veya hem kendilerine ve hem de çalıştıranlara karşı birlikte dava açılarak ileri sürülebilir.

c) Kamu görevlisi olmayan personel hakkında, ceza hukukuna göre suç teşkil eden fiilleri sebebiyle cezaî müeyyideler tatbik edilmesi, genel hükümlere göre doğrudan doğruya cumhuriyet savcılıklarına yapılacak ihbar veya şikayet yoluyla gerçekleştirilebilir.”

tarafından kurulup işletilmesi gerekir¹⁵⁴. 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanununun 1. maddesi, kamu hastanelerine örnek olarak, devletin resmî hastaneleri ile özel idareler ve belediyeler tarafından açılmış hastaneleri göstermektedir. Bunlara askerî hastaneler ile üniversite ihtisas hastaneleri de eklenmelidir¹⁵⁵. Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından kurulup işletilen hastaneler ise, 4792 sayılı İşçi Sigortaları Kurumu Kanunu'na ve Yargıtay'a göre özel hastane sayılmakta ve özel hukuk kurallarına tâbi tutulmaktaydı¹⁵⁶. Ancak doktrinde, kuruluş, işleyiş, sağlık personelinin istihdam tarzı ve sigortalı hastalarla aralarındaki bağımlılık ilişkisi dikkate alınarak, bu hastanelerin de kamu hastanelerinden sayılması gerektiği belirtilmiştir¹⁵⁷.

Kamu hastaneleri konusunda önemli düzenlemeler yapan, 5283 sayılı Bazı Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Ait Sağlık Birimlerinin Sağlık Bakanlığına Devredilmesine Dair Kanun'la¹⁵⁸, Cumhurbaşkanlığı, yüksek mahkemeler, Sayıştay, Türk Silahlı Kuvvetleri, Milli İstihbarat Teşkilatı, üniversiteler, mahalli idareler ve mazbut vakıflara ait sağlık birimleri hariç olmak üzere, kamu kurum ve kuruluşlarına (bakanlıklara, bakanlıkların bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşları ile diğer kamu kurum ve kuruluşlarına) ait sağlık birimlerinin Sağlık Bakanlığına devredilmesine ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiştir. Buna göre, kanun kapsamındaki çeşitli kamu kurum ve kuruluşlarına ait sağlık kuruluşları, artık Sağlık Bakanlığına bağlı kamu hastanesi statüsünü kazanmıştır¹⁵⁹.

Kamu hastanelerinde çalışan hekim, hemşire, hastabakıcı, anestezi uzmanı gibi personel, kamu personeli statüsündedir. Yerine getirdikleri hizmet, İdare Hukuku anlamında bir idarî faaliyettir. Bu nedenle, hasta ile hekim veya hasta ile hastane arasında özel hukuk anlamında sözleşmesel ya da sözleşme dışı bir ilişki oluşmaz. Estetik ameliyat sonucunda zarar gören hasta, somut olayın

¹⁵⁴ Ayan, s.171; Hancı, s.173; Özdemir, s.29; Arı, s.39; Öztürkler, s.207.

¹⁵⁵ Ayan, s.172; Arı, s.39; Öztürkler, s.207.

¹⁵⁶ Yargıtay'a göre; "Sosyal Sigortalar Hastanesi hemşiresinin hatalı iğne yapması sonucu kolunu kaybeden kişinin açacağı tazminat davasının miktara göre sulh ya da asliye hukuk mahkemesinde bakılması gerekir." 21.HD., 11.11.1997 6482/7327 (İzBD 2000/3, s.136).

¹⁵⁷ Ayan, s.172.

¹⁵⁸ RG.19.01.2005, S.25705 (1. Mükerrer).

¹⁵⁹ Örneğin 5283 sayılı Kanun'la, Sosyal Sigortalar Kurumu'na ait 144 hastane, 11 ağız dış merkezi, 217 dispanser ve 176 sağlık istasyonu Sağlık Bakanlığı'na devredilmiştir.

özelliklerine göre devlet veya ilgili kamu tüzel kişiliği aleyhine, İdare Hukuku esasları çerçevesinde dava açmak zorundadır¹⁶⁰.

Devletin ve ilgili kamu tüzel kişiliğinin, kamu hastanelerinde yapılan estetik ameliyatlarda meydana gelen zararlardan sorumlu tutulabilmeleri için; hukuka aykırılık, kusur, zarar ve nedensellik bağı şartları gerçekleşmelidir. Söz konusu unsurların içeriği de, -kusur hariç- estetik cerrahın sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğunda yapılan açıklamalarla aynıdır. Kusur konusunda ise, hizmet kusuru ve görev kusuru ayırımı yapılmaktadır. Hizmet kusuru, idarenin kuruluşunda, düzenlenmesinde ve işleyişinde ortaya çıkan aksamadır. Hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi şeklinde ortaya çıkabilir. Hizmet kusuru işleyen idare, ortaya çıkan tüm zararı tazmin yükümlülüğü altındadır. Görev kusuru ise, kamu personelinin, yerine getirmekle yükümlü olduğu kamu görevini ifa ederken uyulması zorunlu kuralları çiğnemesi ve bu yüzden bir zarara yol açmasıdır. Bu durumda da idare, ortaya çıkan zararı ödemekle yükümlü olmasına rağmen, ödediği tazminattan kusuru oranında kamu personeline rücu edebilir¹⁶¹. Ancak kamu personeli olan estetik cerrahın, resmî statüsü ve üstlendiği kamu görevinin ifasıyla hiç ilgisi bulunmayan bir şekilde başkasına zarar verdiği hâllerde, artık idarenin sorumluluğundan söz edilemez¹⁶².

B. ÖZEL HASTANELERİN SORUMLULUĞU

Özel hastaneler, kamu yönetiminin dışında yer alıp onun bir parçasını oluşturmayan, yatırılarak hasta tedavi etme, rehabilitasyon ve doğum yardımlarında bulunma amacına yönelik sağlık kuruluşlarıdır; sırf kendi çalışanlarına

¹⁶⁰ Ayan, s.172-173; Belgesay, s.141; Hancı, s.173; Atabek, s.640; Akıncı, s.82; Arı, s.40; Erman, Hasan, s.153; Öztürkler, s.207.

¹⁶¹ Ayan, s.175-176; Aşçıoğlu, Sorumluluk, s.100; Aşçıoğlu, Tıbbî Yardım, s.111; Güran, Saif: "Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu", (içinde: Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Türk Hukukunda Hekimin Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu, İstanbul 1983), s.80-81; Köprülü, s.600; Atabek, s.640; Durdu, s.90; Hancı, s.176-177; Arı, s.40; Öztürkler, s.209-210.

Anayasamızın 129. maddesinin 5. fıkrasına göre; "Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir."

¹⁶² Belgesay, s.142; Bayraktar, s.40; Ayan, s.180; Köprülü, s.602; Aşçıoğlu, Sorumluluk, s.101; Aşçıoğlu, Tıbbî Yardım, s.111, 132; Güran, s.79; Atabek, s.641; Hancı, s.174-175; Durdu, s.90-91; Öztürkler, s.208.

hizmet vermek amacıyla kişiler, özel şirketler, işçi kuruluşları ve benzerleri tarafından kurulanlar, özel hastane sayılmazlar¹⁶³. Yatarak tedavi olma imkânı bulunmadığından, poliklinikler özel hastane olarak kabul edilmemektedir. Özel hastanenin işleticisi gerçek kişi olabileceği gibi, dernek, vakıf veya şirket şeklinde bir tüzel kişi ya da tüzel kişiliği bulunmayan adi ortaklık da olabilir¹⁶⁴.

Özel hastanelerde yapılan estetik ameliyatlar da, kural olarak bir "hastaneye kabul sözleşmesi"ne dayanılarak gerçekleştirilir¹⁶⁵. Hastanede çalışan estetik cerrah ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmadığından, asıl sorumlu sözleşmenin tarafı olan hastane işleticisidir; estetik cerrahlar ile diğer sağlık personeli ise, ifa yardımcısı sayılır. Dolayısıyla, bunların zarar verici fiilleri için Borçlar Kanununun 100. ve şartları varsa 55. maddesine dayanılarak hastane işleticisine; ifa yardımcılarının kusuru varsa, haksız fiil hükümlerine (BK.m.41 vd.) dayanılarak onlara karşı dava açılabilir¹⁶⁶. Açılan dava sonucunda tazminat ödemek zorunda kalan hastane işleticisi, kusuru oranında estetik cerraha ve diğer ifa yardımcılarına rücu edebilir.

Zarar görenin hastane aleyhine açtığı davada estetik cerrahın da taraf gösterilmemesi ve mahkemenin onun aleyhine de hüküm vermemiş olması hâlinde, kendisine rücu edilen estetik cerrah, hastanenin zarar görene ödemek zorunda kaldığı tazminatın dayanağı olan mahkeme kararının kesinleşme-

¹⁶³ Ayan, s.128; Aşçıoğlu, Tıbbî Yardım, s.117; Özdemir, s.61-62; Öztürkler, s.199.

¹⁶⁴ Özdemir, s.62; Atabek, s.646.

¹⁶⁵ Bu sözleşmenin hukukî niteliği, vekâlet sözleşmesi olarak değerlendirilmektedir (Ayan, s.143); Akıncı, s.92.

¹⁶⁶ Ayan, s.150-151; Aşçıoğlu, Sorumluluk, s.105; Sarıal, s.89 vd.; Özdemir, s.84-85; Erman, Hasan, s.153; Arı, s.40; Öztürkler, s.201-202; Aşçıoğlu (Tıbbî Yardım, s.21-23, 119 vd.), hastanelerde çalışan hekim dışındaki kişilerin sorumluluğunun Borçlar Kanununun 55. veya 100. maddelerine dayanılarak çözümlenebileceği, ancak hastaneye tam kabul sözleşmesinde, hekimler hastane-hasta arasındaki ilişkide (teknik anlamda ifa yardımcısı sayılmayıp) ikame vekil durumunda olduklarından (BK.m.390/III, 391/II), sorumluluklarının da bu hükümlere göre değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir. Hekimlik sözleşmesi katkılı hastaneye tam kabul sözleşmesinde ise, hastane, üçüncü kişinin edimini taahhüt eden sıfatıyla (BK.m.110) sorumludur. Bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesinde, hastane, sadece hastanedeki bakımdan sorumlu olduğu için, estetik cerrahın tıbbî müdahalesinden herhangi bir sorumluluğu bulunmamaktadır. Benzer bir görüş için bkz. Belgesay, s.142.

Özel hastanelerde yapılan tıbbî müdahalelerden doğan hukukî sorumluluk hakkında geniş bilgi için bkz. Ayan, s.128 vd.

sinden sonra işleyecek faizinden (ödeme tarihinden sonraki hariç) ve yapılacak icra masraflarından sorumlu tutulamaz¹⁶⁷.

IV. SORUMLULUĞUN SONUCU OLARAK TAZMİNAT

Estetik cerrahın, kamu hastanelerinin veya özel hastanelerin güzelleştirme amaçlı estetik ameliyatlardan kaynaklanan hukukî sorumluluğu, esas itibariyle (maddî ve/veya manevî) tazminat ödemektir. Tazminat miktarının belirlenmesi bakımından, davanın sözleşmeye veya sözleşme dışı sorumluluk esasına dayandırılması önem taşımamaktadır. Çünkü Borçlar Kanununun 98. maddesinin ikinci fıkrası gereği, haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen hükümler, kıyasen sözleşmesel sorumluluğa da uygulanmaktadır¹⁶⁸.

A. MADDÎ TAZMİNAT

Güzelleştirme amaçlı estetik ameliyattan kaynaklanan maddî zararın tazmininde, öncelikli olarak ek tedavi ve ameliyat masrafları, kusurlu müdahale nedeniyle hastanın uğradığı kazanç kaybı (çalışma yeteneğinin kaybından doğan zararlar) ve iktisadi geleceğinin sarsılmasından doğan zararları estetik cerrah, kamu hastanesi veya özel hastane tazmin etmek zorundadır (BK.m.46/I)¹⁶⁹. Tazminat kural olarak doğrudan zarar görene ödenmekle birlikte, hastanın ölümü hâlinde geride kalan yakınları da “*destekten yoksun kalma tazminatı*” isteyebilir (BK.m.45/II)¹⁷⁰.

Uğranılan zararın gerçek miktarını ispat yükü, gerek sözleşmesel gerekse sözleşme dışı sorumlulukta, zarar gören hastanın üzerindedir (BK.m.42/I). Ancak zararın tam miktarını ispatlamak genellikle zor olduğundan, hâkim, somut olayın özelliklerine göre bir tazminata hükmedebilir (BK.m.98/II, 42/II). Bu tazminat hesaplanırken, hastanın estetik cerraha yanlış bilgi vermesi, talimatlara uymaması, tehlikesini bilmesine rağmen rıza göstermesi gibi olgular dikkate alınarak tazminat miktarında indirime gidilebilir; estetik

¹⁶⁷ Aşçıoğlu, Sorumluluk, s.108; Aşçıoğlu, Tıbbî Yardım, s.109.

¹⁶⁸ Ayan, s.121; Özdemir, s.182; Arı, s.41; Özyay, s.130.

¹⁶⁹ Çalışma kabiliyetinin ne kadar kaybedildiği ve ileride meydana gelecek zararın belirlenmesi konusunda, Borçlar Kanununun 46. maddesinin ikinci fıkrası, hâkime, hükmün verilmesinden itibaren iki yıl içinde tazminat miktarını araştırma ve belirleme hakkını vermektedir.

¹⁷⁰ Ayan, s.121; Aşçıoğlu, Tıbbî Yardım, s.100-101; Hancı, s.144-145; İpekyüz, s.149; Özdemir, s.171, 182; Arı, s.41; Öztürkler, s.104; Özyay, s.130-131.

cerrahın kusuru kadar, hastanın aşırı hassas bünyesi de zararın oluşumunda etken olmuşsa, tazminatta indirimde gidilebilir (BK.m.44)¹⁷¹. Hâkim, hükmedeceği tazminatın toptan veya irat şeklinde ödenmesine karar verebilir (BK.m.43).

B. MANEVÎ TAZMİNAT

Gerek sözleşmesel sorumlulukta ve gerekse sözleşme dışı sorumlulukta, manevî zarar gören hastaya bu tazminat ödenir (BK.m.98/II, 47, 49, TMK.m.24); maddî tazminatta olduğu gibi nispeten objektif kriterlerle hesaplanamamakla birlikte, estetik cerrahın kusurlu tıbbî müdahalesinin sonucunda ortaya çıkan ve hastanın maruz kaldığı acı ve ızdırapların karşılığı olarak hükmedilen bir tazminattır¹⁷². Manevî tazminat, kusurlu estetik ameliyat sonucu beden bütünlüğü zarar gören hastaya, hasta ölmüşse geride kalan yakınlarına ödenir (BK.m.47)¹⁷³.

Bedenî zarara uğrama ve ölüm hâlleri dışında, hastanın estetik cerraha veya hastaneye karşı yöneltebileceği manevî tazminat taleplerine uygulanacak Borçlar Kanununun 49. maddesinin birinci fıkrasına göre; “*Şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişi, uğradığı manevî zarara karşılık manevî tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini dava edebilir.*” Estetik cerrahın sözleşmeye aykırı kusurlu davranışı aynı zamanda hastanın kişilik hakkını da ihlal edeceğinden, hastanın Medenî Kanununun 25. maddesine dayanarak tazminat talebinde bulunması da mümkündür.

¹⁷¹ Ayan, s.121-122; Hancı, s.141; İpekyüz, s.137, 149; Özdemir, s.182-183; Arı, s.42; Özyay, s.102, 122, 131.

¹⁷² “...Davacının kolundaki dövme estetik amaçla silmek için müdahalede bulunan doktor, aynı zamanda, izi tamamen yok etmeyi de, eser sözleşmesinin niteliği itibarıyla taahhüt etmiş sayılır. Oysa, dosya kapsamına ve fotoğraflara göre, davacının kolunda eski durumu aratırcasına sağlıklı ve çirkin görünümlü yeni bir iz, cerrahî müdahalenin izi olarak ortaya çıkmıştır. Yapılan iş BK.nun 360. maddesi gereğince, kabule icbar edilemeyecek derecede ayıplı bir iştir.

Bu durumda davacının hayatı boyunca taşıyacağı bu çirkin iz nedeniyle üzüntü duymuş olması izahtan varestedir.

O hâlde, 300.000.000 TL. manevî tazminat talebinin kabulü gerekirken, yazılı gerekçeyle reddi doğru olmamış, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.” 15.HD., 3.11.1999, 4007/3868 (YKD., 2000/5, s.724)

¹⁷³ Ayan, s.122; Aşçıoğlu, Tıbbî Yardım, s.101-102; Hancı, s.145-146; İpekyüz, s.146-147; Özdemir, s.173-174, 183; Reisoğlu, s.17; Arı, s.42; Öztürkler, s.117; Özyay, s.133.

Özel hukuk esaslarına göre estetik cerraha veya özel hastaneye karşı açılacak maddî ve manevî tazminat davaları, sözleşmeye aykırılığa dayanılması hâlinde, sözleşmenin icra olunduğu (tedavinin yapıldığı) veya davalının ya da vekilinin dava zamanında orada bulunması şartıyla sözleşmenin yapıldığı yerdeki (HUMK.m.10) veya davalının yerleşim yerindeki genel yetkili mahkemede (HUMK.m.9/I); haksız fiil esaslarına dayanılması hâlinde ise haksız fiilin işlendiği yerdeki (HUMK.m.21) veya davalının yerleşim yerindeki genel yetkili mahkemede ya da kişilik haklarının ihlâlüne de sebep olduğundan Medenî Kanununun 25. maddesine göre davacının kendi yerleşim yeri mahkemesinde, (davanın açıldığı tarihteki değerine göre asliye veya sulh hukuk mahkemesinde) açılır. Kamu hukuku esaslarına göre kamu hastanesi (idare) aleyhine ise, idare mahkemelerinde dava açılır¹⁷⁴.

Kanaatimizce güzelleştirme amaçlı estetik ameliyatlarda eser sözleşmesi niteliği taşıdığından, maddî ve manevî tazminat davalarındaki zamanaşımı konusu da bu hükümlere göre değerlendirilmelidir. Borçlar Kanununun 126. maddesinin dördüncü fıkrasına göre, “...müteahhidin kasıt veya ağır kusuru ile akdi hiç veya gereği gibi yerine getirmemiş ve bilhassa ayıplı malzeme kullanmış veya ayıplı bir iş meydana getirmiş olması sebebiyle açılacak davalar hariç olmak üzere istisna akdinden doğan bütün davalar” beş yılda zamanaşımına uğrar. Güzelleştirme amaçlı estetik ameliyatlardan kaynaklanan sorumluluk, genellikle bu hükümde belirtilenler dışındaki sebeplere dayandığından, sözleşmeye dayanan maddî ve manevî tazminat davaları, Borçlar Kanununun 125. maddesinde belirtildiği şekilde on yılda; eğer haksız fiile dayanılarak dava açılmışsa, genel zamanaşımı süresini düzenleyen Borçlar Kanununun 60. maddesinin birinci fıkrasına göre, zarar görenin zararı ve buna neden olan olayı öğrendiği tarihten itibaren bir ve zararı meydana getiren olayın meydana geldiği tarihten itibaren 10 yılda zamanaşımına uğrar. Fiilin suç oluşturduğu hâllerde ise, Ceza Kanununda daha uzun süreli bir zamanaşımı süresi kabul edilmişse, ceza zamanaşımı içerisinde dava açılmaktadır (BK.m.60/II). Vekâletsiz iş görmeye dayanan davalarda, gerçek olmayan vekaletsiz iş görme söz konusuysa Borçlar Kanununun 60. maddesindeki, gerçek vekaletsiz iş görme varsa, Borçlar Kanununun 125. maddesindeki zamanaşımı geçerlidir. İdareye karşı açılacak tazminat davalarının ise, İdarî Yargılama Usulü Kanununun 13. maddesinin birinci fıkrası çerçevesinde, zarar verici fiilin öğrenilmesinden itibaren bir yıl ve her hâlde fiilin

¹⁷⁴ Aşçıoğlu, Sorumluluk, s.116; Aşçıoğlu, Tıbbî Yardım, s.136-137; Güran, s.87.

işlenmesinden itibaren beş yıl içerisinde idareye yapılan talebe 60 gün içerisinde cevap verilmemesi veya olumsuz cevap verilmesinden itibaren 60 gün içerisinde açılması gerekir.

V. SORUMLULUKTAN KURTULMA

A. NEDENSELLİK BAĞININ KESİLMESİYLE

Yukarıda nedensellik bağı konusunda yapılan açıklamalarda da ifade edildiği üzere, mücbir sebep, hastanın veya üçüncü kişinin nedensellik bağına kesecek yoğunluktaki kusuru varsa, estetik cerrahın veya kamu hastanesinin ya da özel hastanenin sorumlu olmasından artık söz edilemez.

B. SORUMSUZLUK ANLAŞMASIYLA

Diğer bütün sözleşmelerde olduğu gibi, estetik cerrah ile hasta veya özel hastane ile hasta arasındaki sözleşmelere de, sorumsuzluk maddesi konulabilir veya özel olarak bir sorumsuzluk anlaşması¹⁷⁵ yapılabilir. Borçlar Kanununun 99. maddesinin birinci fıkrasında, “*Hile veya ağır kusur hâlinde duçar olacağı mes’uliyetten borçlunun iptidaen beraetini tazammun edecek her şart, batıldır.*” hükmü öngörüldüğünden, estetik cerrahın veya özel hastanenin kast veya ağır ihmali için sorumsuzluk anlaşması yapılması mümkün değildir¹⁷⁶.

Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre ise, “*Hafif kusur hâlinde, borçlu iptidaen mes’uliyetten beraeti tazammun eden şartın dermeyanı sırasında alacaklı borçlunun hizmetinde ise veya mes’uliyet hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir san’atın icrasından tevellüt ediyorsa; haiz olduğu takdir selahiyetine istinat ile hâkim, bu şartı batıl addedebilir.*” Bu hükme göre, borçlunun hafif kusuruna bağlı sorumluluğunun anlaşmada kararlaştırılarak kaldırılması mümkünse de, estetik cerrahlık “*hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrası*” niteliğinde olduğundan, sorumsuzluk anlaşması yok sayılabilir. Böyle bir sözleşme şartı hekime güveni sarsaca-

¹⁷⁵ Borçlu tarafından, borç ilişkisini doğuracak sözleşmeye konulacak bir şartla veya en geç sorumluluğun ortaya çıkmasından önce, taraflar arasında yapılacak bağımsız ya da ek bir sözleşmeyle borcun hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesinden doğacak sorumluluğun ortadan kaldırılmasını sağlayan anlaşmalara, “*sorumsuzluk anlaşmaları*” denilmektedir.

¹⁷⁶ Ayan, s.119; Şenocak, Sorumluluk, s.95; Aşçıoğlu, Sorumluluk, s.111; Aşçıoğlu, Tıbbî Yardım, s.127; İpekyüz, s.144; Sarıal, s.100; Özdemir, s.180; Arı, s.41; Onaran, s.319; Öztürkler, s.186; Özay, s.137.

ğından, kamu düzeni ve ahlâka aykırı sayılmalıdır. Doktrinde de, hekimin hafif kusurundan bile sorumluluğunun sınırlandırılmayacağı savunulmaktadır.¹⁷⁷

Estetik cerrah, ancak yardımcılarının hafif kusurundan sorumlu olmayacağı yönünde bir anlaşma yapabilir (BK.m.100/III). Fakat burada da, hâkim tarafından bu şartın geçersiz sayılması mümkündür. Sözleşmenin tarafları arasındaki güç dengesizliği dikkate alındığında, yardımcı kişinin hafif kusurunun bile anlaşmayla ortadan kaldırılamaması isabetli olur.¹⁷⁸

SONUÇ

İnsanın görüntüsü, kişisel kimliğinin ve bu kimliğe bağlı sosyal kabulün önemli bir parçasıdır. Bu sebeple insanoğlu, tarihin ilk devirlerinden beri hep güzel görünerek toplumda farklı bir yer edinmek istemiş, bunun için -ameliyat dâhil- çeşitli yöntemler denemiştir. Birinci ve ikinci dünya savaşlarında yaralananların vücut bozukluklarını düzeltmek, doku ve organ kayıplarını onarmak için yapılan ameliyatlara sayesinde büyük bir gelişim gösteren estetik cerrahî, daha sonraları doğuştan mevcut şekil bozukluklarının düzeltilmesini ve tıbbî zorunluluk olmadığı hâlde, kişilerin vücutlarında isteklerine bağlı çeşitli değişiklikler yaptırabilmelerini de mümkün kılmıştır.

İnsanların güzel görünmek amacıyla yaptırdıkları estetik ameliyatlara, hukukî problemleri de beraberinde getirmektedir. Estetik cerrah ile hasta

¹⁷⁷ Ayan, s.119-120; Şenocak, Sorumluluk, s.96; Aşçıoğlu, Sorumluluk, s.111; Aşçıoğlu, Tıbbî Yardım, s.127-128; İpekyüz, s.145; Arı, s.41; Onaran, s.319; Öztürkler, s.186-187. Farklı görüşteki Sarıal (s.104) ise, hekimin bazı durumlarda hafif kusurundan sorumlu olmayacağını kararlaştırılabileceği kanaatindedir: "...doktorun edimini yerine getirmesi özel yükseklikteki bir riziko ile bağlantılı ise, sorumsuzluk kaydını kabul eden hastanın bu dezavantajlı durumu ona aynı zamanda, tedavi sözleşmesinin bütünü göz önünde bulundurulduğunda, bir takım çıkarlar sağlanarak dengeleniyorsa, hafif ihmalden sorumsuzluk kaydı hâkim tarafından da kabul edilmek gerekecektir." Benzer görüşteki Özyay'a (s.138) göre de, estetik ameliyatlarda sonuç taahhüdü yer aldığından, tedaviden çok güzelleştirme amaçlandığından, hastanın can kaygusu ya da zorda kalma durumu söz konusu olmadığından, hâkim somut olayda hafif kusurdan sorumsuzluk kaydını içeren sözleşmeleri geçerli kabul edebilir.

¹⁷⁸ Ayan, s.120; Şenocak, Sorumluluk, s.100; İpekyüz, s.145; Özdemir, s.181; Arı, s.41; Aşçıoğlu ise (Sorumluluk, s.111), yardımcıların hastalara verdikleri zararlardan dolayı, bir kusur ayırımı yapılmaksızın sorumsuzluk anlaşması yapılabileceği kanaatindedir. Ancak, ortaya çıkan zararda hekimin de bir kusuru bulunuyorsa, sorumsuzluk anlaşmasının geçerli olmayacağını belirtmektedir.

arasında yapılan sözleşme eser sözleşmesi niteliği taşıdığından, sorumluluk konusunda ortaya çıkan uyuşmazlıklar bu sözleşmeye ilişkin hükümlere göre çözümlenecektir. Bu noktada özellikle, estetik cerrahın hastanın istediği şekilde bir sonuç yaratmadığı, yanlış tanı koyup buna bağlı olarak yanlış bir tedavi şekli uyguladığı, hastayı aydınlatma yükümlülüğünü gereği gibi veya hiç yerine getirmediği, sadakat ve özen gösterme borçlarına aykırı davrandığı, sır saklama borcuna uymadığı iddiaları önem taşımaktadır. Estetik cerrahın, sözleşmeye aykırılık yanında, haksız fiil veya vekâletsiz iş görme hükümlerine göre de sorumlu tutulabilmesi mümkündür.

İnsanların güzelleşme arzusunun hiçbir zaman sona ermeyeceği, tıpta ve estetik cerrahide ortaya çıkan yeni yöntemlerin insanların bu güzelleşme arzusunu sürekli kamçılacağı, insan emeğine bağlı müdahalelerde hatanın da her zaman söz konusu olabileceği veya hastadan kaynaklanan sebeplerle ameliyatın başarıya ulaşamayabileceği dikkate alındığında, güzelleştirme amaçlı estetik ameliyatlardan kaynaklanan hukukî problemler de hep var olacaktır. Yargısal sürecin çok uzun sürmesi ve ispat zorlukları sebebiyle, diğer tıbbî müdahalelere nazaran estetik ameliyatlardan kaynaklanan zararlar için hukukî yollara şimdilik çok az başvurulmasına rağmen, insanların bilinçlenmesiyle gelecekte bu tür zararların tazmini amacıyla daha fazla dava açılacak ve konu daha da önem kazanacaktır.

Y a r a r l a n ı l a n K a y n a k l a r

- Akıncı, Şahin:** Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukukî Sonuçlar, Ankara 1996.
- Arı, Elçin:** “Estetik Cerrahin Hukukî Sorumluluğu”, İzmir Barosu Dergisi 2002/1, s.12-43.
- Aşçıoğlu, Çetin:** Doktorların Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu, Ankara 1982 (Kısaltma: Sorumluluk).
- Aşçıoğlu, Çetin:** Tıbbî Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Ankara 1993 (Kısaltma: Tıbbî Yardım).
- Atabek, Reşat:** “Hastanelerin Sorumluluğu”, İBD 1986/1-2-3, s.628-650.
- Ayan, Mehmet:** Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hukukî Sorumluluk, Ankara 1991.
- Bayraktar, Köksal:** Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezaî Sorumluluğu, İstanbul 1972.
- Belgesay, Mustafa Reşit:** Tıbbî Mesuliyet, İstanbul 1953.
- Çakmut, Özlem (Yenerer):** Tıbbî Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003.
- Deutsch, Erwin:** Arztrecht und Arzneimittelrecht, 2. Auflage, Berlin 1991.
- Durdu, Hüseyin:** Sağlık Mesleğinde Hukukî Sorumluluk, İzmir 1986.
- Erman, Barış:** Ceza Hukukunda Tıbbî Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003 (Kısaltma: Barış).
- Erman, Hasan:** “Hekimin Hukukî Sorumluluğu”, Bülent DAVRAN’a Armağan, İstanbul 1998, s.143-153 (Kısaltma: Hasan).
- Ertas, Şeref:** “Alman Hukukunda Hekimin Mesleki Kusurdan Sorumluluğu”, EÜHFD 1980/1, s.173-204.
- Geiß, Karlmann:** Arzthaftpflichtrecht, München 1989.
- Göçmen, Erkin/Göçmen, Ş. Ali:** “İlaç Kullanımından Kaynaklanan Zararlardan Hekimin, Eczacının ve İlaç Üreticisinin Sorumluluğu”, İBD 2003/3, s.640-645.

- Güran**, Sait: “Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu”, (içinde: Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Türk Hukukunda Hekimin Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu, İstanbul 1983), s.77-87.
- Gürelli**, Nevzat: “Hukuk Açısından Cerrahî Müdahalenin Sınırları”, İÜHF 1979-1980-1981/1-4, s.267-275.
- Hancı**, İ. Hamit: Malpraktis, Tıbbî Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, Ankara 2005.
- Hoppe**, Jürgen F.: “Der Zeitpunkt der Aufklärung des Patienten – Konsequenzen der neuen Rechtsprechung”, NJW 1998/12, s.782-787.
- İpekyüz**, Filiz Yavuz: Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul 2006.
- Kaneti**, Selim: “Hekimin Hukuksal Sorumluluğunda Kusur ve İspat Yükü”, (içinde: Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Türk Hukukunda Hekimin Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu, İstanbul 1983), s.61-75.
- Kern**, Bernd-Rüdiger/Laufs, Adolf: Die ärztliche Aufklärungspflicht, Berlin 1983.
- Köprülü**, Ömer: “Hekimin Hukukî Sorumluluğu”, İBD 1984/10-11-12, s.589-613.
- Kuhnert**, Christian: Die vertragliche Aufklärungspflicht des Arztes, Bochum 1982.
- Onaran**, Bilge: “Hasta Hakları”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2005/I-2, s.273-323.
- Ozanoğlu**, Hasan Seçkin: “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, AÜHFD 2003/3, s.55-77.
- Özay**, Merter: Estetik Amaçlı Tıbbî Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2006.
- Özdemir**, Hayrünisa: Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Ankara 2004.
- Özsunay**, Ergun: “Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları”, (içinde: Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Türk Hukukunda Hekimin Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu, İstanbul 1983), s.31-59.
- Öztürkler**, Cemal: Hukuk Uygulamasında Tıbbî Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbî Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, 2. Baskı, Ankara 2006.

- Reisoğlu, Seza:** “Hekimlerin Hukukî Sorumluluğu”, (içinde: Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Türk Hukukunda Hekimin Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu, İstanbul 1983), s.1-18.
- Sarıal, M. Enis:** Sağlıklararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler, İstanbul 1986.
- Sert, Gürkan:** Hasta Hakları, Uluslararası Bildirgeler ve Tıp Etiği Çerçevesinde, İstanbul 2004.
- Şenocak, Zariye:** “Küçüğün Tıbbî Müdahaleye Rızası”, AÜHFD 2001/4, s.65-80 (Kısaltma: AÜHFD).
- Şenocak, Zariye:** Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara 1998 (Kısaltma: Sorumluluk).
- Tandoğan, Halûk:** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.2, 4. Baskı, İstanbul 1989.
- Zevkliler, Aydın/Acabey, M. Beşir/Gökyayla, K. Emre:** Zevkliler Medenî Hukuk, Giriş-Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku, 6.Baskı, Ankara 1999.
- Zevkliler, Aydın:** “Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları”, DÜHFD 1983/1, s.1-37.

