



# ESTETİK MÜDAHALELER İÇİN KURULAN SÖZLEŞMELERDE CERRAHIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ\*

Munise Gülen KURT\*\*

---

**ORCID ID:** <https://orcid.org/0000-0001-8603-6626>

**DOI:** 10.30915/abd.769360

**Makalenin Geldiği Tarih:** 08.10.2019 **Kabul Tarihi:** 10.06.2020

\* **Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

\*\* Avukat, Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi.



## ÖZ

Tıp bilimindeki gelişim ve değişim sonucu ortaya çıkan yeni müdahale türlerinden biri de estetik müdahalelerdir. Estetik müdahaleler hekimin tıbbi bir endikasyon olmadığı halde müdahalede bulunduğu nadir durumlardandır. Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması için kural olarak tıbbi bir endikasyona dayanması gerekse de; günümüzde sosyal ya da psikolojik endikasyon durumları da müdahalenin hukuka uygunluğu için yeterli kabul edilebilmektedir. Tıbbi bir endikasyon bulunmaması ve uygulamada hasta ve hekim arasındaki ilişkinin sonuç garantili eser sözleşmesi olarak kabul edilmesi, estetik müdahaleleri diğer tıbbi müdahalelerden ayırmaktadır. Hekimin sorumluluğunu ağırlaştıran bu durumlar aydınlatmanın kapsamını da genişletmektedir. Bu bağlamda hekime külfet gibi görünen aydınlatma yükümlülüğü önem taşıyan bir mesele haline gelmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Estetik, Estetik Müdahaleler, Endikasyon, Aydınlatma Yükümlülüğü, Aydınlatılmış Onam.

## OBLIGATIONS OF THE SURGEON IN CONTRACTS ESTABLISHED FOR AESTHETIC INTERVENTIONS

### ABSTRACT

One of the new types of interventions that arise as a result of development and change in medical science is aesthetic interventions. Aesthetic interventions are one of the rare cases where the physician intervenes even though there is no medical indication. Although medical intervention must be based on a medical indication as a rule in order to be lawful, at the present time social or psychological indication situations can also be accepted as sufficient for the lawful of the intervention. The absence of a medical indication and the acceptance of the relationship between the patient and the physician in practice as a result guaranteed work contract distinguishes aesthetic interventions from other medical interventions. These situations, which make heavier the responsibility of the physician, also extend the scope of illumination. In this context, the obligation of illumination, which seems to be a burden to the physician, becomes an important issue.

**Keywords:** Aesthetic, Aesthetic interventions, Indication, Obligation to inform, Informed consent.

## GİRİŞ

18.yüzyılda ortaya çıkan estetik; bir değer olarak güzellik kavramını, güzel olanı düşünmeyi ve araştırmayı amaç edinen felsefi bir kavramdır<sup>[1]</sup>. Dönemin edebiyatçısı Stendhal tarafından “mutluluk vaadi” olarak yapılan güzelliğin tanımını çağlar boyu değişmemiş; modern insan daha da etkin biçimde, fiziksel olarak güzel ve kusursuz olmayı güç ve mutluluğun kaynağı olarak görmüştür<sup>[2]</sup>. Modern çağın getirilerinden olan beden formu ve güzellik konuları bireylere gerçek güzelliğin, estetik cerrahi ile meydana gelen güzellik olduğu anlayışını empoze etmektedir. Ayrıca tıp teknolojisinin gelişimi, plastik ve rekonstrüktif cerrahideki gelişmeler de son yıllarda estetik müdahalelere yönelimi fark edilir derecede artırmıştır. Dünyadaki gelişime paralel olarak ülkemizde de estetik cerrahisi hızla ilerleyerek “estetik turizmi” adı altında yeni bir sektör oluşturmuştur<sup>[3]</sup>. Bu bağlamda çalışmada ilk olarak tıbbi müdahale olarak estetik müdahale kavramına değinilecek ve bu müdahalelerin hukuka uygunluğunun koşulları üzerinde durulacaktır. İkinci olarak estetik müdahalelerde kurulan borç ilişkisinin hukuksal niteliği ele alınacaktır. Çalışmanın üçüncü kısmında çalışmanın esas konusunu oluşturan estetik cerrahin yükümlülüklerine yer verilerek konu bütünlük içinde ele alınmaya çalışılacaktır.

## I- TIBBİ MÜDAHALE OLARAK ESTETİK MÜDAHALE KAVRAMI VE HUKUKA UYGUNLUĞUNUN KOŞULLARI

Türk Hukukunda tıbbi müdahale kavramı doğrudan tanımlanmamış, söz konusu boşluk ikincil mevzuatlarla, öğreti ve yargı kararlarında yer alan tanımlarla doldurulmaya çalışılmıştır. Hukukumuzda tıbbi müdahale kavramının sıklıkla anıldığı İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi<sup>[4]</sup> de bu

- 
- [1] GÖKCAN, Hasan Tahsin, “Etik ve Hukuk İlişkisi Bağlamında Estetik Tıbbi Müdahaleler ve Cezai Sorumluluk”, Terazi Hukuk Dergisi, C.9, S.93, 2014, s.120.
- [2] ARINCI, Atilla/USTA, Sevgi, “Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumlulukları ve Eser Sözleşmesi”, Turkish Journal of Plastic Surgery, C.25, S.2, 2017, s.84.
- [3] Turizm’de Yükselen Trend: Estetik Turizmi, <https://www.medimagazin.com.tr/medilife/estetik-plastik/tr-turizmde-yukselen-trend-estetik-turizmi-10-89-74447.html>, E.T.08.12.2019.
- [4] Avrupa Konseyi düzenlemesi olan Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi Türkiye Cumhuriyeti

kavramı direk tanımlamamış, Sözleşme'nin Açıklayıcı Raporu'nun<sup>[5]</sup> 29. paragrafında tıbbi müdahale kavramının nasıl anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. Buna göre; “Müdahale terimi, tüm tıbbi hareketleri, özellikle önleyici bakımı, teşhisi, tedaviyi, rehabilitasyonu veya bu kapsamdaki araştırmaları kapsayacak kadar geniş anlaşılmalıdır.” Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 4. maddesine göre ise; “Tıbbi müdahale: Tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbın sınırları içinde gerçekleştirilen fiziki ve ruhî girişimi, ifade eder.”

Tıbbi müdahale; kişilerin bedensel, fiziksel veya psikolojik bir rahatsızlığını, noksanlığını teşhis ve tedavi etmek ayrıca tedavinin mümkün olmadığı durumlarda rahatsızlığı hafifletmek, acıları dindirmek ya da kişileri hastalıklardan korumak ve nüfus planlaması yapmak için tıp mesleğini icraya kanunen yetkili kimseler tarafından, tıp bilimince kabul edilen kural ve esaslara uygun olarak gerçekleştirilen her tür faaliyettir<sup>[6]</sup>. Geniş anlamda tıbbi müdahale; güzelleşmek için yapılan estetikleri, üreme amacıyla yapılan tedavileri ve kürtajı, gelenek-görenek-inanç gereği veya delil toplamak amacıyla yapılan müdahaleleri de kapsamaktadır<sup>[7]</sup>. Bu bağlamda hekimin doğrudan vücut bütünlüğüne yönelik olmayan sözleri, önerileri, davranışları ve hastayla ilişkisinde kullanacağı yaklaşım tarzı dahi tıbbi müdahale kavramı içerisinde değerlendirilecektir<sup>[8]</sup>.

Tıbbi müdahalelerinin kişinin vücut bütünlüğüne yönelik saldırı niteliğinde olan diğer müdahalelerden farkı; kanun koyucunun tıp mesleğini belirli kurallara bağlayıp düzenleyerek, bu işlemlerin uygulanması bakımından

---

tarafından kabul edilerek TBMM'de 5013 sayılı Kanunla 03.12.2003 tarihinde iç hukuk düzenlemesi haline gelmiştir.

- [5] Explanatory Report to the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine; <https://rm.coe.int/16800ccde5>, s.6, E.T.28.02.2020.
- [6] ÇİLİNGİROĞLU, Cüneyt, Tıbbi Müdahaleye Rıza, İstanbul, 1993, s.15.
- [7] YÜCEL, Özge, “Sağlık ve Tıp Hukukuna İlişkin Temel Kavramlar ve Özneler”, Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Ed. Özge YÜCEL/Gürkan SERT, Ankara, 2018, s.3; ÖZER, Çağlar, “Türk Hukukunda Estetik Cerrah ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği”, Ankara Barosu II. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 2009, s.242.
- [8] SÜTLAŞ, Mustafa, Hasta ve Hasta Yakını Hakları, İstanbul, 2000, s.42.

meslek mensuplarına özel yetki vermiş olması ve müdahalenin kişinin sağlık refahını artırmayı amaçlamasıdır. Tıbbi müdahalenin uygulanması sonucu meydana gelecek zararlar doğrudan insan hayatı ve vücudu üzerinde ortaya çıkacağı için, tıbbi müdahalenin kim tarafından uygulanacağı oldukça önemlidir. Tıbbi müdahalede bulunmaya yetkili olan kişiler Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'da düzenlenmiştir. Bu kanuna göre; hekimler, diş hekimleri, ebeler, sağlık memurları, sünnetçiler, hasta bakıcıları ve hemşireler tıbbi müdahalede bulunmaya ehil kişilerdir. Ancak sayılanlardan her biri sadece mevzuatta yetkili kılındığı tıbbi müdahalelerde bulunabilirler<sup>[9]</sup>.

Tıbbi müdahalede bulunurken kişinin yararına olacak mutlak bir amacın bulunması da gereklidir<sup>[10]</sup>. Bu amaçlar hastalığı teşhis, tedavi ve kişiyi hastalıktan korumak olabilir. Sebepsiz bir tıbbi müdahale kişinin vücut bütünlüğünü ihlal edeceğinden hekimin sorumluluğuna yol açacaktır. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 13. maddesinin üçüncü fıkrasına göre; “*Tabip ve diş tabibi; teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın, hastanın arzusunun uyararak veya diğer sebeplerle, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak her hangi bir şey yapamaz.*” Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 12. maddesine göre ise; “*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.*”

Anayasa'nın 17. maddesinin ikinci fıkrasına göre; “*Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.*” Tıbbi açıdan zorunluluk endikasyon olarak adlandırılır ve endikasyon tıbbi müdahalenin sebebini gösterir<sup>[11]</sup>. Günümüzde tıbbi endikasyon haricinde, sosyal ya da psikolojik endikasyon durumları da müdahalenin hukuka uygunluğu için

[9] YÜCEL, Özge, “Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları ve Hasta Hekim ile Sağlık Hizmeti Sunucusu Arasındaki Hukuksal İlişkinin Niteliği”, Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Ed. Özge YÜCEL/Gürkan SERT, Ankara, 2018, s.194.

[10] YENERER ÇAKMUT, Özlem, “Hastanın Tedaviyi Reddetme ve Durdurma Hakkı”, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Girne-Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu (2009/Girne), Ankara, 2010, s.44.

[11] YÜCEL, Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları ve Hasta Hekim ile Sağlık Hizmeti Sunucusu Arasındaki Hukuksal İlişkinin Niteliği, s.226.

yeterli kabul edilebilmektedir<sup>[12]</sup>. Erkek çocuklarının sünnet olmasının ve bazı estetik müdahalelerin örnek olarak verilebileceği bu hallerde; doğrudan değil dolaylı bir gereklilik hali söz konusu olmaktadır<sup>[13]</sup>. Doğrudan ya da dolaylı bir endikasyona dayanmayan ve kanunda açıkça izin verilmeyen bir tıbbi müdahale Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında hukuka aykırı olacaktır. Ancak günümüzde herhangi bir endikasyon olmaksızın yapılan müdahalelerin hastanın rızasının bulunması ve hekimin müdahalesinin ahlaka aykırı olmadığı durumlarda kişilik hakları bakımından bir sakınca yaratmayacağı ve müdahalenin hukuka uygun olacağı kabul edilmektedir<sup>[14]</sup>. Nitekim tek amacın fiziksel güzelliğin artırılmasının olduğu, doğrudan ya da dolaylı olarak tedavi amacı taşımayan estetik amaçlı müdahaleler günümüzde tıp mesleği çerçevesinde uygulanmaktadır.

Plastik, rekonstrüktif cerrahinin sadece bir bölümünü oluşturan estetik müdahale kavramının daha iyi anlaşılması için bu cerrahinin bir bütün olarak ele alınması gerekmektedir. Plastik, rekonstrüktif ve estetik cerrahi; insan bedeni üzerindeki çeşitli yapıların şekillendirilmesi, yeniden yapılandırılması ve her türlü estetik müdahaleyi konu alan uzmanlık dalıdır<sup>[15]</sup>. Medikal bilim ve sanatın uyumlu karışımına bağlı olan plastik, rekonstrüktif ve estetik cerrahi bir nevi insan mimarlığı ve mühendisliği olarak da tanımlanabilir<sup>[16]</sup>. Bu müdahalelerde temel amaç doku ve organların kaybettikleri işlevleri yeniden kazandırmak, mevcut işlevlerini geliştirmek ve görünüşün düzeltilmesiyle beraber kişinin yaşam kalitesini artırmaktır. Plastik cerrahi; yüz cerrahisi, yüz felci cerrahisi, el cerrahisi, okuloplastik cerrahi, pediatrik plastik cerrahi, çene cerrahisi, onkolojik cerrahi, urogenital cerrahi, kraniofasial cerrahi, mikrocerrahi ve transplantasyon gibi cerrahi girişimleri

[12] YÜCEL, "Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları ve Hasta ve Hekim ile Sağlık Hizmeti Sunucusu Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği", s.227; HAKERİ, Hakan, "Diş Hekimlerinin Yasal Sorumlulukları", Ankara Barosu Sağlık Hukuku Digestası, Y.1, S.1, s.20.

[13] YÜCEL, "Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları ve Hasta ve Hekim ile Sağlık Hizmeti Sunucusu Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği", s.227.

[14] ERMAN, Barış, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara, 2003, s.203.

[15] HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, 16.Baskı, Ankara, 2019, s.567.

[16] UYSAL, Ata, "İnsan Mimarlık ve Mühendisliği: Estetik, Plastik ve Rekonstrüktif Cerrahi", [https://www.tavsiyeediyorum.com/makale\\_1695.htm](https://www.tavsiyeediyorum.com/makale_1695.htm), E.T.08.12.2019.



kapsamaktadır<sup>[17]</sup>. Rekonstrüktif cerrahinin kapsamına doğuştan eksik veya kusurlu olan organların onarımı ile kaza veya yanık sonucu oluşan doku ve organların onarımı ve tümör ameliyatları sonrası eksilen ya da bozulan organların onarımları girmektedir<sup>[18]</sup>. Estetik müdahaleler ise kişilerin doğuştan veya sonradan meydana gelen nedenlerle, fiziksel görünümünde anatomik yapı ve beğeniye uygun olarak yapılan değişikliklerdir<sup>[19]</sup>. Estetik müdahalelere burun ameliyatları, yüz germe, dolgu madde enjeksiyonları, yüz konturunun değişimi, saç ekimi, göz kapağı estetikleri, meme büyütme ve liposuction örnek olarak verilebilir.

Estetik müdahaleler amaçlarına göre; fiziki bir rahatsızlığı gidermek amacıyla yapılan estetik müdahaleler, ruhsal bir rahatsızlığı gidermek amacıyla fiziki görünümde değişiklik yapılması ve salt güzelleşme amaçlı estetik müdahaleler olmak üzere üçe ayrılmaktadır<sup>[20]</sup>.

Fiziki bir rahatsızlığı gidermek amacıyla yapılan estetik müdahalelere doğuştan gelen bir rahatsızlık olan ve tavşan dudak olarak adlandırılan rahatsızlığın düzeltilmesi, kaza sonucu oluşan yanık veya yara izlerinin kapatılması örnek olarak verilebilir. Tedavi amacının ön planda olduğu bu tür müdahaleler diğer tıbbi müdahalelerin tabi olduğu hukuksal rejime tabi olacaktır<sup>[21]</sup>. Bu noktada devrimsel nitelikteki yüz nakillerine de değinilmesi gereklidir. Kısmi ya da tam yüz nakli şeklinde gerçekleştirilebilen yüz nakillerinin medyada güzelleşme amacıyla yapıldığı algısı oluşturulsa da; bu müdahalelerin amacı aslında normalleşmektir. Yüz sadece bir maskeden ibaret olmayıp işlevsel, dinamik ve estetik bir organdır. Yüzün bu özelliği de insanı diğer canlılardan ayırarak onu iletişime açık ve sosyal bir varlık haline getirmektedir. Dizi ve film sektöründe oluşturulan algının aksine yüz nakli alan bir kişi tam olarak yüzün gerçek sahibi gibi görünmeyecektir. Ancak yeni yüzle, nakilden önce sahip olduğu deforme yüz kıyaslandığında önemli oranda bir iyileşme söz konusu olacaktır. Yüz nakli ile bir taraftan deforme olan

[17] GÖKCAN, Hasan Tahsin, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, 2.Baskı, Ankara, 2014, s.413.

[18] GÖKCAN, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, s.413.

[19] GÖKCAN, “Etik ve Hukuk İlişkisi Bağlamında Estetik Tıbbi Müdahaleler ve Cezai Sorumluluk”, s.120.

[20] ÖZAY, Merter, Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara, 2006, s.122.

[21] HAKERİ, Tıp Hukuku, s.567.

yüz yeniden yapılandırılırken diğer taraftan kişinin görünümündeki iyileşme onu iletişime açık ve daha sosyal bir varlık haline getirecektir. Bu nedenle ciddi manada yüz deformasyonu yaşayan, toplum tarafından sergilenen negatif tutumlar ile ötekileştirilen bireyler için bu müdahalelerin ne kadar gerekli olduğunu düşünmeden, müdahalenin amacını güzelleşmeye indirgemek ve tedavi amacını arka plana atmak etik olarak doğru olmayacaktır<sup>[22]</sup>.

Estetik müdahale isteyen bazı hastalarda narsistik, histrionik kişilik bozukluğu, vücut dismorfik bozukluğu gibi bazı psikiyatrik durumlar söz konusu olabilmektedir<sup>[23]</sup>. Ruhsal bir rahatsızlığı gidermek için yapılan estetik müdahalelerde fiziksel yapıdaki mevcut anormalliğin ruhsal yapıda meydana getirdiği bozuklukları tamir edip; hastanın ruhsal kişiliğini onararak dolaylı bir tedavi amacı güdülmektedir<sup>[24]</sup>. Hedef, hastanın beden algısını düzelterek ruhsal durumunda iyileşme sağlamaktır. İlk bakışta, bu hedef kolay görünür. Ancak sorun içsel olduğu için yapılan müdahale hastayı tatmin etmeyecektir. Teknik olarak başarılı kabul edilen müdahaleler dahi hastanın algısındaki bozukluk nedeniyle hastayı tatmin etmeyecek; müdahaleden kısa süre sonra hasta kendisinde yeni kusurlar bulmaya başlayacaktır<sup>[25]</sup>. Zira bu tür estetik müdahalelerin kişilerin öz saygısını artırma olumlu etkisinin olduğunu gösteren çalışmaların yanında, müdahalelerin hastaların psikolojisi üzerinde olumsuz etki gösterdiğini bildiren çalışmalar da mevcuttur<sup>[26]</sup>. Bu nedenle ruhsal rahatsızlığa sahip hastalarda estetik müdahalelerin tek başına bir fayda sağlamayacağı açıktır.

Kişinin beden bütünlüğüne yönelik bütün tıbbi müdahalelerin tedavi amacına yönelmesi şart değildir<sup>[27]</sup>. Salt güzelleşme amaçlı estetik müdahaleler

[22] AGİCH, G J/SIEMIONOW, M., “Until They have Faces: The Ethics of Facial Allograft Transplantation”, *Journal of Medical Ethics*, C.31, S.12, 2005, s.707.

[23] TEVİN, Aslıhan/ÇINARLI, Serkan/ÇELİK, Selçuk Sinan, “Estetik Amaçlı Plastik Cerrahi Uygulamalarında Endikasyon Sorunu”, *Adli Bilişimciler Derneği III. Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi*, Ankara, 2016, s.327.

[24] PETEK, Hasan, “Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk”, s.183; ARINCI/USTA, s.86.

[25] PETEK, s.186.

[26] *British Medical Journal* Dergisinde yayınlanan bir rapora göre, estetik ameliyatla meme büyüten 15-69 yaşları arasında, 3 bin 521 İsviçreli kadından 15’i intihar etmiştir. Bknz; *Estetik ve İntihar*; <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/estetik-ve-intihar-132349>, E.T.08.12.2019.

[27] ERMAN, s.200.

sadece güzelleşme, şöhret kazanma, maddi kazanç elde etme ya da sosyal anlamda iyi bir konum elde etme amacıyla yapılan ve doğrudan ya da dolaylı olarak tedavi niteliği taşımayan müdahalelerdir. Amaçlarının bir kişinin tedavisine yönelmiyor olması, bu tür müdahalelerin tıbbi niteliğini ortadan kaldırmayacak, bunların hukuka uygunluğu açısından farklı koşulların aranmasına yol açacaktır<sup>[28]</sup>. Bu bağlamda tedavi amacı taşımayan tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu, diğer koşulların yanında, ahlaka uygunluk ölçütüne göre de denetlenecektir<sup>[29]</sup>. Dolaylı da olsa tedavi amacı taşımayan, estetik müdahaleler ilgilinin hayatı ve sağlığı bakımından tıbben bir sakınca bulunmadığı ve riskin estetik girişimi gereksiz kılacak derecede büyük olmadığı durumlarda hukuka uygun olarak kabul edilecektir<sup>[30]</sup>.

## II- ESTETİK MÜDAHALELERDE KURULAN BORÇ İLİŞKİSİNİN HUKUKSAL NİTELİĞİ

Tıp bilimi ve estetik cerrahide meydana gelen hızlı gelişim ve ilerlemeye rağmen bu alanda çıkacak uyumsuzlukların çözümü bakımından mevzuattaki düzenlemeler yetersiz kalmıştır. Hekim ile hasta arasında kurulan hekimlik sözleşmesi yasa dışı olarak düzenlenmiş iş görme sözleşmelerinden olmadığı için sözleşmenin tanımı, hukuksal niteliği ve sonuçları konusunda tam bir açıklık yoktur. Sözleşmenin hukuksal niteliği bakımından iş görme sözleşmelerinden eser sözleşmesi, hizmet sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi olduğu görüşlerinin yanı sıra sözleşmeyi kendine özgü isimsiz bir iş görme sözleşmesi olarak nitelendirenler de vardır.

Tıbbi müdahalelerde genel olarak hekim ile hasta arasında vekâlet sözleşmesi ilişkisi bulunduğu kabul edilmesine karşın, estetik müdahaleler bakımından doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüş olup görüş birliği bulunmamaktadır. Estetik müdahalelerde hasta ile hekim arasındaki ilişkinin belirlenmesinde hekimin estetik müdahalesinin hangi amaçla yapıldığının belirlenmesi büyük bir önem taşımaktadır<sup>[31]</sup>. Genel olarak estetik müdahalelerde belirli bir fiziksel görünümün elde edileceğine dair garanti

[28] ERMAN, s.200.

[29] ERMAN, s.203.

[30] GÖKCAN, “Etik ve Hukuk İlişkisi Bağlamında Estetik Tıbbi Müdahaleler ve Cezai Sorumluluk”, s.122; ARINCI/USTA, s.86; ERMAN, s.203.

[31] ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11.Baskı, Ankara, 2015, s.364; HAKERİ, s.571; ARINCI/USTA, s.88.

verilmişse hasta ve hekim arasındaki hukuki ilişkinin “eser sözleşmesi”, bir sonuç garantisi verilmemişse “vekâlet sözleşmesi” olacağı kabul edilmektedir<sup>[32]</sup>. Ancak tedavi amaçlı müdahaleler ile tedavi amacı olmayan salt güzellik amaçlı estetik müdahaleler iç içe geçebildiğinden bu konuda kesin bir ayırım yapmak oldukça zordur.

### A- Vekâlet Sözleşmesi Görüşü

Türk Borçlar Kanunu'nun 502. maddesine göre; “*Vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmelerdir. Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan işgörmeye sözleşmelerine de uygulanır. Sözleşme veya teamül varsa vekil, ücrete hak kazanır.*” Vekâlet sözleşmesi, vekilin sözleşme ile belirlenen işi görmeyi veya işlemi yapmayı borçlandığı ve vekilin yerine getireceği edimin kanun hükümleriyle düzenlenen akitlerden herhangi birinin konusuna girmediği, buna karşılık ancak sözleşme veya teamül olan durumlarda vekilin ücrete hak kazandığı bir sözleşme olarak tanımlanmaktadır<sup>[33]</sup>.

Vekâlet sözleşmesi vekile vekâlet verenin menfaatine ve iradesine uygun bir sonuca yönelen işgörmeyi zaman kaydına tabi olmaksızın ve nispeten bağımsız olarak yapma borcunu, sonucun elde edilememesinin rizikosunu ona ait olmamak üzere yüklemektedir<sup>[34]</sup>. Vekâlet sözleşmesinde işgörmenin zaman kaydına bağlı olmaksızın borçlanması ve vekilin sonucun elde edilememesinin rizikosuna katlanmaması TBK madde 502'nin birinci fıkrasında yer alan tanımda öngörülmemiş olmakla beraber bu unsurlar aynı maddenin ikinci fıkrasının karşıt kavramından çıkarılabilecektir<sup>[35]</sup>. Zira zamana bağlı olarak işgörmeye TBK'da düzenlenen hizmet sözleşmesine ilişkin bir unsurken, sonucun elde edilememesinin rizikosunu işgörmeye borçlusunun taşıması eser sözleşmesinin ayırt edici unsurunu oluşturmaktadır. Vekil vekâlet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu

[32] HAKERİ, Tıp Hukuku, s.571; ÖZAY, s.48; Y. 15. HD, E.2010/589, K. 2011/263, 25.01.2011, <https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>, E.T.08.12.2019.

[33] YAVUZ, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri(Özel Hükümler), 16. Baskı, İstanbul, 2019, s.638.

[34] TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 3.Baskı, C.II, Ankara, 1987, s.356.

[35] YAVUZ, Özel Hükümler, s.642.

değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumlu olacaktır<sup>[36]</sup>.

Bir sözleşmenin vekâlet sözleşmesi sayılabilmesi için aşağıdaki unsurlara sahip olması gerekir<sup>[37]</sup>:

- Vekâlet bir iş görme sözleşmesidir ve sözleşmesinin konusunu vekâlet verene ait bir işin görülmesi veya bir işlemin yapılması oluşturur. Vekâlet sözleşmesinden doğan işgörme borcunun konusunu hukuki işlemler ve hukuki işlem benzeri fiillerin yanı sıra maddi fiiller de oluşturabilecektir<sup>[38]</sup>. Maddi fiillere ilişkin vekâlette vekilin, vekâlet veren için hukuki muamele yaparak ya da hukuki muamele benzeri fiilleri gerçekleştirerek haklar kazanması veya borçlar yüklenmesi söz konusu değildir. Bir hekimin hastasını muayene ve tedavi ya da ameliyat etmesi, bir hukukçunun mütalaa vermesi, özel ders verme, şarkı söyleme gibi eser ve hizmet sözleşmelerine girmeyen maddi fiillerin yapılması bu çeşit vekâletin konusu oluşturmaktadır<sup>[39]</sup>.

- Vekâlet sözleşmesinde, vekil sözleşmeye konu olan iş veya işlemi vekâlet veren adına ve hesabına yapmayı üstlenmiş olmalıdır. Kendisi için bir iş yapan kimsenin bu hususta bir alacaklısı bulunmadığı için bir kimsenin kendisine ait bir işi yapıp yapmayacağı ya da ne şekilde yapacağı kural olarak bir sözleşmenin konusunu oluşturmaz. Başkasına ait bir işi görmeye yönelik sözleşmelerde, işin ait olduğu kimsenin menfaatine uygun olarak görülmesi bu sözleşmelerin doğal bir sonucu ve de unsurudur<sup>[40]</sup>. Başkasına ait işin görülmesinde, iş sahibinin menfaatinin gözetilmesi gereği kendiliğinden kabul edilmesi gereken bir husus olsa da; ücretli vekâlet durumunda olduğu gibi işin görülmesinde iş sahibinin yanında vekilin de menfaatinin bulunması, vekâlet sözleşmesinin meydana gelmesini engellemeyecektir<sup>[41]</sup>. Ayrıca işgörmenin vekâlet verenden başkasına ait olması da mümkündür. Böyle bir hukuki ilişkinin gerçekleşebilmesi için, üçüncü kişinin vekile karşı doğrudan

[36] Y.13.HD, E.2013/32755, K.2014/1498, 22.01.2014, <https://www.corpus.com.tr/#/Yargitay,E.T.08.12.2019>

[37] KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2019, s.533.

[38] YAVUZ, Özel Hükümler, s.639.

[39] TANDOĞAN, s.359, 360.

[40] TANDOĞAN, s.360, 361.

[41] YAVUZ, Özel Hükümler, s.641.

talep hakkına sahip olduğu bir durumun varlığı şarttır<sup>[42]</sup>. Vekâlet verenin bir yakınının tedavisi için yapılan sözleşmelerin örnek olarak verilebileceği bu sözleşmeler, üçüncü kişi yararına vekâlet olarak kabul edilmektedir<sup>[43]</sup>.

- Vekâlete konu iş veya işlemin vekâletle yapılması mümkün olmalıdır.

- Vekâlet sözleşmesi borç doğurucu bir işlemidir ve tarafların anlaşmaları ile birlikte sözleşme ilişkisi kurulur. Bu nedenle, borçlanma iradesi olmaksızın başkası yararına bir hizmet yapma, hatır için ve bir hukuki ilişki kurma niyeti olmaksızın bedava ve sorumluluk yüklenilmeksizin mütalaa veya tavsiyeler verme durumlarında vekâlet ilişkisinin doğduğu kabul edilemeyecektir<sup>[44]</sup>.

Hekimlik sözleşmesi, kanunda açıkça düzenlenmiş iş görme sözleşmelerinden değildir. Ancak Türk Borçlar Kanunu'nun 502. maddesinin ikinci fıkrasına göre; “*Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düşükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan iş görme sözleşmelerine de uygulanır.*” Bu nedenle, hasta ile onu tedavi eden hekim arasındaki ilişkinin, vekâlet sözleşmesinin konusunu oluşturduğu kabul edilmektedir. Estetik müdahalelerde, hasta-hekim arasındaki ilişkinin vekâlet sözleşmesi olduğu görüşünün temelinde; davayı kazanacağını garanti eden avukat gibi, bir hekimin müdahalesinin sonucunu garanti etmesinin şartlanlıktan öteye gidemeyeceği görüşü yer almaktadır<sup>[45]</sup>. Nitekim Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 13. maddesine göre; “*Tabip ve dış tabibi, ilmi icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muabeze edilemez.*” Bu madde ile hekimin hastasının sağlığına kavuşmamasından dolayı tıbben sorumlu olmadığı ve hasta hakkında tasarruf eden değil hastaya yardım eden kişi olduğu ifade edilmektedir.

İnsan vücudu tam olarak keşfedilememiş, organik, dinamik ve canlı bir organizma olduğundan değişen durumlarda farklı reaksiyonlar verebilir ve reaksiyonlar kişiden kişiye değişebilir<sup>[46]</sup>. Bu değişken ve öngörülemeyen

[42] YAVUZ, Özel Hükümler, s.642.

[43] YAVUZ, Özel Hükümler, s.642.

[44] YAVUZ, Özel Hükümler, s.643.

[45] BELGESAY, Mustafa Reşit, “Doktorun Hukuki Borçları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.11, S.3-4, 1945, s.109.

[46] TEMEL, Erhan, “Alman Hukukunda Estetik Cerrah ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği”, Ankara Barosu II. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 2009, s.233.

niteliği sebebiyle insan vücuduna uygulanan tıbbi müdahalelerde sonuçtan ziyade dikkat ve özen yükümlülüğü önem taşımaktadır<sup>[47]</sup>. Ayrıca sonucun gerçekleşip gerçekleşmediğinin müdahalede bulunulan kişinin algısıyla ölçülmesi, sonucun teslim ve denetime maddi açıdan uygun olmaması sebebiyle de estetik müdahaleler sonuç garantisi vermeye uygun değildir<sup>[48]</sup>.

Bir diğer önem arz eden husus; kamu hastanelerinde idare hukuku açısından hizmet kusuru olarak nitelendirmede salt estetik amaçlı müdahaleler ile diğer tıbbi müdahaleler arasında bir ayrım yapılmamaktadır. Salt estetik müdahalelerde İdari Yargıda sadece hizmet kusuru bulunup bulunmadığı incelenip sonuç garantili bir hukuki ilişkinin varlığı kabul edilmezken; özel hastanelerde yapılan müdahalelerin Yargıtay tarafından sonuç garantili eser sözleşmesi sayılması, uygulamada iki başlılık ve özel sektörde çalışan hekimler yönünden haksızlık yaratmaktadır<sup>[49]</sup>.

### B- Eser Sözleşmesi Görüşü

Türk Borçlar Kanunu'nun 470. maddesine göre; “*Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.*” Gerek hukuk öğretisinde gerek uygulamada eser; insan emeğinin ürünü olmak, maddi veya maddi olmayan bir varlıkta kendini göstermek ve ifade etmek kaydıyla; iş sahibinin yükleniciye bir bedel ödemeyi taahhüt ettiği, yüklenicinin de bu bedel karşılığında bir eser meydana getirmeyi borçlandığı akit türü olarak ele alınmaktadır<sup>[50]</sup>. Eser sözleşmesi, bir iş görme borcu doğuran sözleşme olmakla birlikte, bu sözleşmenin konusu açısından önemli olan, işgörme faaliyetinin kendisinden ziyade bu faaliyetten ortaya çıkan ve objektif olarak gözlenmesi kabul olan sonuçtur<sup>[51]</sup>.

[47] DOĞRAMACI, Yakup Gökhan, “Yargıtay Kararlarında Estetik Cerrahi”, II. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı, Ed.Hakan HAKERİ/Cahid DOĞAN, Ankara, 2018, s.268.

[48] DOĞRAMACI, s.268.

[49] TEVİN/ÇINARLI/ÇELİK, s.326, 327.

[50] MEMİŞ, Yusuf, “Yargıtay Kararları Işığında Estetik Ameliyatlardan Doğan Hukuki Sorumluluk”, Terazi Hukuk Dergisi, C.11, S.119, 2016 s.176.

[51] TANDOĞAN, s.1.

Bir sözleşmenin eser sözleşmesi sayılabilmesi için aşağıdaki unsurlara sahip olması gerekir<sup>[52]</sup>:

- Bir eser meydana getirilmelidir. Bu unsorda yer alan eser kavramının kapsamına nelerin girebileceği hususu hem öğretide hem uygulamada oldukça tartışılan konulardan birini oluşturmaktadır. Önceleri, eserin mutlaka maddi bir varlığı olan ve devir ve teslimi kabil bulunan bir insan emeği ürünü olduğu fikri egemen olsa da; daha sonra insan emeği ürünü olmak ve maddi bir varlıkta devamlı olarak kendini göstermek kaydıyla maddi olmayan şeylerin de eser kavramı içerisine gireceği kabul edilmiştir<sup>[53]</sup>. Geniş anlamda eser kavramı, yalnız maddi varlığı olan eserleri değil, maddi bir varlığa sahip bulunmamakla birlikte maddi bir şey içinde veya üzerinde kendini devamlı olarak gösteren şeyleri de kapsamaktadır<sup>[54]</sup>. Bu anlamda bir gazeteye ilan verilmesi, bir mağaza vitrininin düzenlenmesi, bir sanatçının radyoda konser vermesi, ücret karşılığı seyredilen havai fişek gösterisi, bisiklet yarışı düzenlenmesi gibi durumlar da eser sözleşmesinin konusunu oluşturabilecektir. Buna karşın bağımsız bir hukuki varlık olarak geçici ve maddi olmayarak da olsa belli bir şekilde ortaya çıkmayan ve bir bütün teşkil etmeyen, bir hastanın tedavi edilmesi, bir doktorun hastanın beynindeki tümörü ameliyatla alması, eğitim ve öğretim faaliyetleri, bir ortaklığın muhasebesinin devamlı şekilde tutulması gibi insan emeği sonuçları ise, bir eser olarak kabul edilemeyecektir<sup>[55]</sup>. Ayrıca eser kavramı gibi meydana getirme kavramı da geniş yorumlanmakta; bunun içerisine yeni bir eser ortaya koyma kadar, bir şeyin boyanması, bir binanın yıkılması, ayakkabı veya saat tamiri gibi var olan bir eserin değiştirilmesi ve onarılması da dahil edilmektedir<sup>[56]</sup>.

- Sözleşme bir bedel karşılığında akdedilmelidir. Vekâlet sözleşmelerinde ücret zorunlu unsur değilken eser sözleşmelerinde bedel zorunlu unsurdur<sup>[57]</sup>. Eser sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir<sup>[58]</sup>. Bu sözleşmede yüklenicinin asli borcu bir eser meydana getirmek ve bu eseri teslim etmek iken, yan borçları; sadakat ve özen gösterme, eseri bizzat yapma veya

[52] KILIÇOĞLU, s.443.

[53] TANDOĞAN, s.3.

[54] EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2014, s.585.

[55] YAVUZ, Özel Hükümler, s.544.

[56] YAVUZ, Özel Hükümler, s.544.

[57] KILIÇOĞLU, s.450.

[58] ARAL/AYRANCI, s.359.



yönetimi-denetimi altında birisine yaptırma, araç-gereçleri temin etme, genel bildirim, işe zamanında başlama ve ayıba karşı tekeffüldür<sup>[59]</sup>. İş sahibinin asli borcu ise bedeli ödemektir<sup>[60]</sup>. Kanun koyucu ücret yerine bedel kavramını tercih ederek sözleşmede bedel ödeme taahhüdünün bulunmasını yeterli bulmuş, miktarın önceden belirlenmiş olması şartını aramamıştır<sup>[61]</sup>. Türk Borçlar Kanunu'nun 481. maddesine göre; “*Eserin bedeli önceden belirlenmemiş veya yaklaşık olarak belirlenmişse bedel, yapıldığı yer ve zamanda eserin değerine ve yüklenicinin giderine bakılarak belirlenir.*”

- Eser sözleşmesi borç doğurucu bir işlemdir ve tarafların anlaşmaları ile birlikte sözleşme ilişkisi kurulur.

- Eser sözleşmesi bağımlılık unsurunu içermemektedir. Yüklenici, sözleşme konusu eseri iş sahibinin talebi ve siparişi yönünde bağımsız olarak meydana getirir<sup>[62]</sup>.

Eser sözleşmelerini, diğer iş görme sözleşmelerinden ayıran en önemli fark sonuç sorumluluğu, yani tarafların anlaşmaları doğrultusunda yüklenicinin bir sonucu meydana getirmeyi taahhüt etmesidir<sup>[63]</sup>. Eser sözleşmelerinde, vekâlet akdindeki gibi sonuç garanti edilmeksizin sadece bir işin görülmesi taahhüdü bulunmamakta, bir eserin-sonucun yaratılıp teslim edilmesi borcu altına girilmektedir<sup>[64]</sup>. Buradan hareketle, öğretilerde ve uygulamada; hekimin sonuç garantisi verdiği, hastanın da karşılığında bedel ödemeyi üstlendiği estetik müdahalelerde, hasta ve hekim arasında kurulan sözleşmenin niteliği itibarıyla tedaviye ilişkin sözleşmelerden farklı olduğu ve aradaki hukuki ilişkinin eser sözleşmesi olduğu kabul edilmektedir<sup>[65]</sup>. Ancak hekimin müdahalesinin belirli bir sonuca ulaşması, mahiyeti gereği yükümlülük altına giren hekim dışında kalan etkenlere de bağlı olduğundan, sonucun

[59] MEMİŞ, s.177; ARAL/AYRANCI, s.369 vd.

[60] MEMİŞ, s.177.

[61] ARAL/AYRANCI, s.366.

[62] KILIÇOĞLU, s.447.

[63] ARAL/AYRANCI, s.364; EREN, s.587; Y.15.HD, E.2017/2286, K. 2017/3847, 07.11.2017, <https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>, E.T.08.12.2019.

[64] Y. 15. HD, E.2010/589, K. 2011/263, 25.01.2011, <https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>, E.T.08.12.2019.

[65] ÖZAY, s.47; PETEK, s.192; AYAN, Mehmet, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara, 1991, s.53; Y.15. HD, E.2018/5312, K.2019/139, 14.01.2019, <https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>, E.T.08.12.2019.

gerçekleştirileceğinin hekime önceden yükümlenebilmesi mümkün değildir<sup>[66]</sup>. Bu nedenle estetik müdahalelerde de cerrahi müdahalenin yüksek kişisel karakteri ve taraflar arasındaki belirgin güven ilişkisi dolayısıyla vekâlet hükümlerinin uygulanması daha doğru olacaktır<sup>[67]</sup>.

### C- Hizmet (İş) Sözleşmesi Görüşü

Türk Borçlar Kanunu'nun 393. maddesine göre; “*Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. İşçinin işverene bir hizmeti kısmi süreli olarak düzenli biçimde yerine getirmeyi üstlendiği sözleşmeler de hizmet sözleşmesidir.*”

Bir sözleşmenin hizmet sözleşmesi sayılabilmesi için aşağıdaki unsurlara sahip olması gerekir<sup>[68]</sup>:

- Hizmet sözleşmesi bağımlılık unsurunu içermelidir. Hizmet sözleşmelerini diğer iş görme sözleşmelerinden ayıran en büyük fark işçinin işverene bağımlı çalışmasıdır. İşçi, işverenin emir ve talimatlarına uygun şekilde işi yerine getirmek zorunda olup, kendi karar ve takdirine göre hareket edemez<sup>[69]</sup>.

- Hizmet sözleşmesinin konusunu, işçinin işverenin belirlediği işi işverenin talimatı yönünde görmesi veya görmeyi vaat etmesi oluşturmaktadır<sup>[70]</sup>.

- Hizmet sözleşmesi ücret karşılığı bir sözleşme olup, işçinin yapma borcuna karşılık, işverenin ücret ödemesi söz konusudur. Buna göre taraflar, aralarındaki ilişkiyi hizmet ilişkisi olarak nitelendirirler ve bir hizmet sözleşmesi akdetmiş olduklarını beyan etseler dahi, anılan unsurları içermeyen hukuki ilişkinin iş sözleşmesi olarak tasnif edilebilmesi mümkün olmayacaktır.

Temelinde hekimin görevinin tüm insanlığa hizmet olduğu ve hekimin kamusal bir amaca hizmet ettiği düşüncesi yatan bu görüş Alman

[66] TANDOĞAN, s.21.

[67] TANDOĞAN, s.21.

[68] KILIÇOĞLU, s.387; AKKURT, Sinan Sami, “Türk Özel Hukukunda İş Sözleşmesi ile Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Başlıca Yükümlülükler ve Anılan Sözleşmelerin Ayırt Edilmesi”, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, C.10, S.2, 2008, s.15.

[69] KILIÇOĞLU, s.387.

[70] YAVUZ, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9.Baskı, İstanbul, 2014, s.847.

Hukuku'nda taraftar bulmaktadır<sup>[71]</sup>. Türk Hukuku'nda hasta ile hekim arasındaki ilişkinin hizmet sözleşmesinin özelliklerine uygun düşmediği savunulmaktadır<sup>[72]</sup>. Hizmet sözleşmelerinde belirleyici ölçüt bağımlılıktır. Bağımlılık unsurunun içeriğini; işverenin talimatlarına göre hareket etmek ve iş sürecinin ve sonuçlarının işveren tarafından denetlenmesi oluşturmaktadır<sup>[73]</sup>. Oysa Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 6. maddesine göre; “.. *Tabip ve diğ tabibi, sanat ve mesleğini icra ederken, hiçbir tesir ve nüfuza kapılmaksızın, vicdani ve mesleki kanaatine göre hareket eder.*” Hekimlik uzmanlık gerektiren bir meslektir ve hekim bu ilişkinin güçlü tarafını oluşturur. Bu nedenle, hekim tıp bilimince kabul edilen yöntemlerden yararlanmak şartıyla kullanacağı yöntemi seçerken serbest olup, hastaya bağımlı değildir.

Bir diğ er üzerinde durulması gereken husus Türk Borçlar Kanunu'nun 313. maddesinde açıkça yer aldığı gibi hizmet sözleşmelerinde hizmet ediminin belirli veya belirsiz bir süre için vaat olunması gerekmesidir<sup>[74]</sup>. Yani hizmet sözleşmesi tarafları arasında süreli bir borç ilişkisi doğmuş olmaktadır. Bu süre içerisinde, işçi tek bir iş yapmadığı gibi belirli bir sonuç meydana getirme borcu altında da değildir<sup>[75]</sup>. Ancak, hekimin hastası ile olan ilişkisinin süreye bağlı olması hizmetin niteliği itibariyle mümkün olmayacaktır<sup>[76]</sup>.

#### D- Sui Generis Sözleşme Görüşü

Kendine özgü yapısı olan (sui generis) sözleşmelerde taraflar; kanunda düzenlenmiş sözleşmelerin unsurlarını içermeyen, kendilerinin öngördükleri yeni unsurları yeni bir sözleşme yaratmak amacıyla bir araya getirirler<sup>[77]</sup>. Bu tür sözleşmeleri oluşturan unsurlar, kısmen veya tamamen kanunun öngördüğü sözleşme türlerinden hiçbirinde mevcut değildir<sup>[78]</sup>. Yani kendine özgü yapısı olan sözleşmelerde, kanunda düzenlenmiş hiçbir sözleşme türünün unsurlarını taşımayan ve edimlerine uymayan, icat edilmiş yepyeni bir tür

[71] AYAN, s.52; AŞÇIOĞLU, Çetin, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk, Ankara, 1993, s.19.

[72] AYAN, S.54; AŞÇIOĞLU, s.19; ÖZAY, s.33.

[73] KILIÇOĞLU, s. 387.

[74] YAVUZ, s.847.

[75] YAVUZ, s.847.

[76] AŞÇIOĞLU, s.19.

[77] EREN, s.33; KILIÇOĞLU, s.18.

[78] YAVUZ, s.28.

söz konusudur.<sup>[79]</sup> Bu nedenle kendine özgü yapısı olan sözleşmeler “gerçek anlamda yeni oluşumlar gösteren” sözleşmeler olarak ifade edilmektedir.<sup>[80]</sup>

Estetik müdahalelerde hekim ve hasta arasındaki ilişkinin sui generis sözleşme olduğu görüşünün temelinde; taraflar arasında bireysel çıkara dayalı karşılıklı edim ilişkisi yerine yardım, yoğun güven ve özen unsurları ağır basan bir ilişki bulunması yatmaktadır<sup>[81]</sup>. İlişkinin çerçevesi tıp bilimi ve kamu hukuku tarafından belirlendiğinden her zaman irade serbestliği de söz konusu değildir<sup>[82]</sup>. Ayrıca müdahalenin insan vücudu üzerinde gerçekleşmesi ve insanın en derin ve gizli sahasına ilişkin olması sebebiyle kanunda düzenlenmiş sözleşme tiplerinden birine dahil edilmesi mümkün olmadığından bu ilişki sui generis bir sözleşme ilişkisi olarak kabul edilmelidir<sup>[83]</sup>.

### III- ESTETİK CERRAHIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Hekimlik mesleğinin doğal bir sonucu olarak hekim teşhis koyma, en uygun tedaviyi seçip uygulama, sadakat ve özen gösterme, hastayı aydınlatma, sır saklama, kayda geçirme gibi bir takım yükümlülükler altındadır. Ancak hekim ile hasta arasında kurulan sözleşme uygulanacak tıbbi müdahale türüne göre değişeceğinden, hekimin yükümlülükleri ve yükümlülüklerinin kapsamı da kurulan sözleşmeye göre değişkenlik gösterecektir. Bu noktada, yaşam kurtarıcı bir niteliğe sahip olmayan estetik müdahaleler bakımından estetik cerrahın yükümlülükleri üzerinde durulması yerinde olacaktır.

#### A- Gereksiz Riskten Kaçınma Yükümlülüğü

Hekim ile hasta arasında güven ilişkisi olması yanında hekim hastaya karşı bir hizmeti ifa eden kişi durumundadır<sup>[84]</sup>. Hekimin bu hizmeti uzmanlık gerektiren ve yönetmeliklerle özel olarak düzenlenen bir ifa olduğu için sorumluluk bakımından ağır şartlara tabidir<sup>[85]</sup>. Hekimlik sözleşmesi, kanunda açıkça düzenlenmiş iş görme sözleşmelerinden değildir. Ancak

[79] SEROZAN, Rona, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, 4.Baskı, İstanbul, 2019, s.100.

[80] ARAL/AYRANCI, s.56.

[81] ATABEK, Reşat/SEZEN, Merih, “Hekimin Mes’uliyeti”, İstanbul Barosu Dergisi, C.28, İstanbul, 1954, s.143.

[82] ATABEK/SEZEN, s.145.

[83] ATABEK/SEZEN, s.145.

[84] TACİR, Hamide, Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, İstanbul, 2011, s.111.

[85] ARAL/AYRANCI, s.438; KILIÇOĞLU, s.541.

Türk Borçlar Kanunu'nun 502. maddesinde vekâlete ilişkin hükümlerin, niteliklerine uygun düştikleri ölçüde, Kanunda düzenlenmemiş olan iş görme sözleşmelerine de uygulanacağı düzenleme altına alınmıştır. Vekilin şahsen ifa, sadakat ve özen gösterme borcunu düzenleyen 506. maddenin ikinci fıkrasına göre; “*Vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür.*” Aynı husus eser sözleşmesine tabi edimler bakımından da düzenleme altına alınmıştır. Türk Borçlar Kanunu'nun 471. maddesinin birinci fıkrasına göre; “*Yüklenici, üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır.*”

Hekimin tedavi sona ermiş olsa dahi, hastası yararına davranışlarda bulunması, onun zararına olacak davranışlardan kaçınarak, hastanın yaşamına, sağlığına, kişiliğine ve kendisine bırakılan tüm değer ve çıkarlara saygı göstermesi, dürüst davranması hekimin sadakat ve özen borcunun yansımalarıdır<sup>[86]</sup>. Zorunluluk gerektirmeyen estetik müdahalelerin ağır sonuçlar doğurabilmesi nedeniyle, hekimin sadakat ve özen borcunun daha geniş bir biçimde ele alınması gerekir. Tıbbi müdahaleler ile hastaya sağlanmaya çalışılan yarar, her zaman seçilen yöntemin içerdiği risklere değmelidir. Hekim risk artırma yasağı kapsamında; riski en az, başarı şansı yüksek yöntemi seçme ve hastayı gereksiz risk altına sokmama yükümlülüğü altındadır<sup>[87]</sup>. Temelinde Hipokrat Yemini'nin yattığı yararlılık ilkesi; zararın azaltılması ve yararın artırılmasını ifade etmektedir. Gelişen hasta hakları ve hastanın özerkliğine saygı ilkesiyle yararlılık ilkesi zaman zaman çatışabilmektedir. Böyle durumlarda yarar-zarar dengesinin değerlendirmesi büyük önem arz eder. Estetik müdahaleler ancak ilgilinin hayatı ve sağlığı bakımından tıbben bir sakınca bulunmadığı ve riskin estetik girişimi gereksiz kılacak derecede büyük olmadığı durumlarda hukuka uygun olarak kabul edilebilecektir<sup>[88]</sup>.

### **B- Konsültasyon Yükümlülüğü**

Uzmanlaşma alanlarının ve sağlık mesleklerinin çeşitlenmesiyle beraber tıbbi müdahaleler teşhis, tedavi, rehabilitasyon ve teknolojiyi de içine alan

[86] ÖZAY, s.66.

[87] HAKERİ, s.526.

[88] GÖKCAN, “Etik ve Hukuk İlişkisi Bağlamında Estetik Tıbbi Müdahaleler ve Cezai Sorumluluk”, s.122; Arıncı/Usta, s.86; Ayan, s.34.

geniş bir kavram haline bürünmüştür<sup>[89]</sup>. Bu nedenle günümüzde, küçük sayılabilecek tıbbi müdahaleler dahi iş bölümü içerisinde gerçekleştirilmektedir. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 6. maddesine göre “*Tabip ve dış tabibi, sanat ve mesleğini icra ederken, hiçbir tesir ve nüfuza kapılmaksızın, vicdani ve mesleki kanaatına göre hareket eder*”. Ancak hekimlerin, mesleki özerklikleri iş birliği yapmalarına engel olmayıp, konsültasyon sisteminin işletilmemesi uygulama hatası olarak kabul edilmektedir<sup>[90]</sup>.

Hekimlik uzmanlık gerektiren bir meslek olup, hekim tıp biliminde kabul edilen metotları bilmekle ve uygulamakla yükümlüdür. Tıbbi müdahalelerde hekimin temel görevi doğru teşhisi koyarak, hastasının sağlığına kavuşması için tedavi olmasını sağlamaktır. Bu nedenle kişide ruhsal bir endikasyon tespit eden hekim, estetik müdahalede bulunmadan önce hastayı psikiyatrik muayeneye yönlendirmelidir<sup>[91]</sup>. Genel sağlığın beden ve ruh sağlığının birleşmesinden oluşan bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiği göz önüne alındığında; estetik müdahale öncesi ve sonrası psikiyatrik konsültasyondan yararlanmak hekimin sorumluluğu bakımından büyük bir öneme sahiptir.

### C- Aydınlatma Yükümlülüğü

Yaşam kurtarıcı bir niteliğe sahip olmayan güzelleşme amaçlı estetik müdahalelerin hukuka uygunluğu noktasında kişinin kendi rızasının varlığı birincil derecede önem arz etmektedir<sup>[92]</sup>. Ancak rızanın geçerli olması için bir takım unsurların varlığı aranmaktadır. Her şeyden önce verilen rızanın hukuka ve ahlaka aykırılık teşkil etmemesi gerekir. Ayrıca günümüzde “rıza”nın varlığı tek başına tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirmeyip, aydınlatılmış rızanın varlığı aranmaya başlanmıştır.

Amacı teşhis, tedavi ya da korumaya ilişkin olsa da, kişinin vücuduna yönelik tıbbi müdahalelerin hukuka uygun sayılabilmesi için kişinin onamı gerekmektedir. Onamının geçerliliği bakımından kişinin neye onam verdiğini bilmesi önem arz etmektedir ki; bu bilme durumu da hastanın aydınlatılması ile mümkün hale gelir. Hastanın aydınlatılmış olması kısaca

[89] KORKMAZ, Yakup, “Tıbbi Konsültasyon ve Kusurun Paylaştırılması Sorunu”, TBB Dergisi, S.140, 2019, s. 243.

[90] KÖK, Ahmet Nezh, “Tıbbi Kötü Uygulama ve Yüksek Sağlık Şurası”, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 2008, s.391.

[91] HAKERİ, s.357.

[92] ARINCI/USTA, s.87; PETEK, s.183; HAKERİ, s.234.

hastanın neye anlaşma yaptığından haberdar olmasıdır<sup>[93]</sup>. Geniş anlamda hastanın aydınlatılması ise; hastanın hastalığı, uygulanması planlanan tanı ve tedavi yöntemleri, diğer tedavi seçenekleri, meydana gelebilecek muhtemel sonuçları, söz konusu işlemlerin hasta üzerinde oluşturabileceği etkileri ve müdahalenin yapılmaması ya da ertelenmesi halinde söz konusu olabilecek sonuçları hakkında bilgilendirmesi olarak ifade edilebilir<sup>[94]</sup>. Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 26. maddesine 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.*”

Aydınlatılmış onam, hastaya bilgi aktarmanın haricinde bu bilgiyi anlaşılır kılma, hastanın sorularını yanıtlama, gerekiyorsa başkalarına danışmak için fırsat tanıyarak birlikte en doğru karara varma sürecidir<sup>[95]</sup>. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Derneği'nin düzenlediği III. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyumu Sonuç Bildirgesi<sup>[96]</sup>ne göre; aydınlatılmış onamın dayandığı iki temel ilke vardır. Bunlar; güvene dayanan ilişki kavramı ile bireyin kendi hakkında karar verme hakkıdır<sup>[97]</sup>. Hekim aydınlatma ile bir taraftan hastasıyla arasındaki güveni tesis ederken, bir taraftan da hastanın tedaviyi kabul ya da reddederek kendi geleceğini belirleme hakkını kullanmasını sağlar<sup>[98]</sup>.

[93] ERSOY, Nermin/ŞENSES, Müeser Özcan/AYDIN ER, Rahime, “Acil Tıp'ta Aydınlatılmış Onam”, Ulus Travma Acil Cerrahi Dergisi, C.16, S.1, 2010, s.3.

[94] OZANOĞLU, Hasan Seçkin, “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.52, S.3, 2003, s.56.

[95] ÖZASLAN, Abdi, “Aydınlatılmış Onam”, Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi, Sempozyum Dizisi, No.48, s.44; GEMİCİ, Hatice Betül/GÖKSOY, Özlem Evrim/DOĞAN, Ahmet/DOĞAN, Murat/ARICA, Vefik, “Çocuklarda Aydınlatılmış Onamda Güncel Yaklaşımlar”, Journal of Clinical and Experimental Investigations, C.5, S.3, 2014, s.497.

[96] III.Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyumu “Yüksek Riskli Hastaya Yaklaşımın Etik ve Hukuksal Boyutları” Sonuç Bildirgesi, Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Derneği Bülteni, S.7-8, Ocak\_Temmuz 2009, s.22, [www.teth.org.tr/bultenler/7.pdf](http://www.teth.org.tr/bultenler/7.pdf), E.T.08.12.2019.

[97] TACİR, s.111.

[98] ORAL, Tuğçe “Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümü”, Ankara Barosu Dergisi, S.2, 2011, s.189.

Estetik müdahalelerde hekimin sorumluluğuna ilişkin uyuşmazlıkların çoğu hasta ve hekim arasındaki iletişimsizlik ve buna bağlı olarak aydınlatmadaki eksiklikten kaynaklanmaktadır<sup>[99]</sup>. Başta cerrahi müdahaleler olmak üzere, her tıbbi müdahalede, komplikasyonlar ve önlenemeyecek gelişmeler olabilir. Bu nedenle tedaviyi üstlenen hekim, tıp bilimindeki bilimsel ve teknik gelişmeler ile kendi tecrübeleri doğrultusunda, hastayı mevcut hastalıkları ve tıbbi müdahalenin riskleri ile yan etkileri hususunda aydınlatmalıdır<sup>[100]</sup>.

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünün kapsamını somutlaştıran bazı özel kanunlar dışında, hukukumuzda genel bir kural bulunmamaktadır<sup>[101]</sup>. İnsan Hakları Biyotıp Sözleşmesi'nin 5. maddesine göre; “Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş olarak muvafakat vermesinden sonra yapılabilir. Bu kişiye, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında önceden uygun bilgiler verilmelidir.” Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 15. maddesine göre ise; “Hastaya;

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

[99] MAVROFOU, Anna/GIANNOUKAS, Athanasios/MICHALODIMITRAKIS, Emmanuel, “Medical Litigation in Cosmetic Plastic Surgery”, Medicine and Law, 2004, s.479.

[100] Y.15. HD, E.2018/5312, K.2019/139, 14.01.2019, <https://www.corpus.com.tr/#/> Yargıtay, E.T.27.08.2019.

[101] OZANOĞLU, s.69.



aydınlatmanın kapsamını önüne gelen her somut müdahalenin ve hastanın kişisel özelliklerine göre belirlemektedir<sup>[102]</sup>. Taraflar arasında bir uyuşmazlık çıkması durumunda yargı organları tarafından tartışılan, bu takdir hakkının uygun bir şekilde kullanılıp kullanılmadığıdır<sup>[103]</sup>.

Hekim tıbbi müdahalede bulunurken, sonuca ulaşmak için yaptığı müdahalenin özenle ifasından sorumlu olsa da hastayı iyileştirmeye borçlanmaz<sup>[104]</sup>. Bunun temelinde de hekimlik sözleşmesinin vekâlet sözleşmesi olduğu görüşü yer almaktadır. Ancak estetik müdahalelerde hekim ile hasta arasındaki ilişki eser sözleşmesi olarak kabul edildiğinden, sonucun hekimin elinde olmayan nedenlerle dahi olsa elde edilememesi hekimin sorumluluğunu doğuracaktır<sup>[105]</sup>. Estetik müdahaleler canlı bir organizma üzerinde gerçekleştiğinden sonucun gerçekleşip gerçekleşmemesi sadece hekimin müdahalesine bağlı değildir. Kişinin biyolojik özellikleri ve müdahale sonrası davranışları da sonuç üzerinde etkili olacağından hekime sonuç sorumluluğu yüklemek pek de adil olmayacaktır<sup>[106]</sup>. Bu adaletsizliğe karşı hekim kendini korumak adına aydınlatmanın kapsamını daha geniş tutmalıdır. Bu bağlamda hastaya sadece görülmesi muhtemel komplikasyonlar değil, öngörülebilir tüm komplikasyonlar bakımından aydınlatma yapılmalı ve arzulanan sonuç mümkün değilse hasta uyarılmalıdır<sup>[107]</sup>. Ayrıca hastanın aydınlatılmasında çizim, fotoğraf gibi ekstra yöntemler de kullanılmalıdır<sup>[108]</sup>.

Estetik amaçlı müdahalelerde hekimin aydınlatma yükümlülüğü eser sözleşmesinde yüklenicinin sadakat ve özen borcu içerisinde değerlendirilmektedir<sup>[109]</sup>. Türk Borçlar Kanunu'nun 471. maddesinin birinci fıkrasına göre; *“Yüklenici, üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözetecek, sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır.”* Diğer taraftan, sadakat ve özen borcunun bir gereği olarak, eser meydana getirilirken, iş sahibinden

[102] OZANOĞLU, s.70.

[103] KAYA, Mine, “Estetik Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğünün Kapsamı”, Terazi Hukuk Dergisi, C.11, S.117, 2016, s.32.

[104] ERÇELTİK, s.131.

[105] HAKERİ, s.305.

[106] ARINCI/USTA, s.90.

[107] DOĞRAMACI, s.291.

[108] HAKERİ, s.306; Y.12.CD, E. 2014/19168, K. 2015/11291, 19.06.2015, <https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>, E.T.08.12.2019.

[109] MEMİŞ, s.175.

kaynaklanan bir durumun varlığı anlaşılır ve bu durum eserin yapılmasını tehlikeye düşürürse; yüklenici bu durumu iş sahibine bildirmek zorundadır. Türk Borçlar Kanunu'nun 472. maddesinin üçüncü fıkrasına göre; “Eser meydana getirilirken, iş sahibinin sağladığı malzemenin veya eserin yapılması için gösterdiği yerin ayıplı olduğu anlaşılır veya eserin gereği gibi ya da zamanında meydana getirilmesini tehlikeye düşürecek başka bir durum ortaya çıkarsa, yüklenici bu durumu hemen iş sahibine bildirmek zorundadır; bildirmezse bundan doğacak sonuçlardan sorumlu olur.” Tıbbi müdahale aşamalarında, hastanın başka bir hastalığının varlığı anlaşılırsa ve bu hastalık eserin yapımına engel ise; hekimin bu durumu hastasına bildirmesi ve hastanın kabulü halinde eseri yapması gerekir. Bu tür durumlarda aydınlatma yükümlülüğü Yargıtay tarafından, yüklenicinin genel ihbar yükümlülüğü<sup>[110]</sup> içerisinde değerlendirilmiş olup; sözleşmenin gereği gibi ya da zamanında ifasını tehdit eden hallerin hastaya bildirilmesi gerekmektedir<sup>[111]</sup>.

Hekimin sadakat ve özen yükümlülüğü, anamnezden başlayarak, tedavi sonrası iyileşme dönemine kadar devam eder<sup>[112]</sup>. Bu nedenle hekimin aydınlatma yükümlülüğü sadece tıbbi müdahale öncesine ait olmayıp müdahalenin tamamlanmasının ardından hekim; hastanın sağlığının korunması için gerekli yaşam tarzı, kullanması gereken ilaçlar hakkında da bilgi vermeli ve müdahale sonrası hastanın iyileşme sürecini uygun bir şekilde yürütmelidir. Ayrıca estetik müdahalelerde, bedel ödenmesi hastanın asli edimi olduğu için; hekimin aydınlatma yükümlülüğünün kapsamına ekonomik aydınlatma da dahil edilmelidir.

#### D- Mahremiyete Saygı Gösterme Yükümlülüğü

Mahremiyet sözcüğü, özel yaşama saygı hakkının bir boyutu olan özel yaşamın gizliliği anlamını ifade etmekte olup; mahremiyet hakkı da özel yaşamın gizliliği hakkına denk düşmektedir<sup>[113]</sup>. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 10. maddesine göre; “Herkes, kendi sağlığıyla ilgili bilgiler

[110] Bknz, YAVUZ, s.986, “Burada basit bir bildirim yükümlülüğü yerine “aydınlatma” yı da kapsar bir bildirim yükümlülüğünden bahsetmek gerekir.”

[111] MEMİŞ, s.176; Kaya, s.26; Y. 15. HD,E.2008/969, K.2008/6813, 14.11.2008, <https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>, E.T.08.12.2019.

[112] GÖKCAN, s.123.

[113] ARASLI, Oya, Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve T.C. Anayasasında Düzenleniş, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, Ankara, 1979, s.6.

*bakımından, özel yaşamına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.” Mahremiyet hakkı kişinin özel yaşamına girdiğinden tıbbi müdahale esnasında ve sonrasında hastanın kişilik hakları ihlal edilmeyerek mahremiyeti korunmalıdır. Sağlık mevzuatının pek çok yerinde mahremiyet hakkına yer verilmektedir. Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 21. maddesine göre; “Hastanın, mahremiyetine saygı gösterilmesi esastır. Hasta mahremiyetinin korunmasını açıkça talep de edebilir. Her türlü tıbbi müdahale, hastanın mahremiyetine saygı gösterilmek suretiyle icra edilir.*

*Mahremiyete saygı gösterilmesi ve bunu istemek hakkı;*

*a) Hastanın, sağlık durumu ile ilgili tıbbi 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 hallerde yanında bir yakınının bulunmasına izin verilmesini,*

*d) Tedavisi ile doğrudan ilgili olmayan kimselerin, tıbbi 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 tıbbi müdahale sırasında bulunması gerekli ise; önceden veya tedavi sırasında bunun için hastanın ayrıca rızası alınır.”*

Sağlık hizmetlerinde hastanın kendisine ait, başka kişiler tarafından bilinmesi istenilmeyen kişisel verilerin sağlık personelleri tarafından öğrenilmesi mümkün olmaktadır. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun (KVKK)<sup>[114]</sup> 3. maddesinde yer alan tanıma göre; “Kişisel veri kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi ifade eder.” Kişisel Verilerin

[114] 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu 07.04.2016 tarih 29667 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Korunması Kanun Tasarısı gerekçesinde<sup>[115]</sup> kişisel veri, bireylerin kimliklerini belirli hale getirmeye elverişli her türlü bilgi olarak tanımlanmaktadır. Kişisel Verilerin İşlenmesi Karşısında Gerçek Kişilerin Korunması ve Serbest Veri Trafığı Hakkındaki Direktif'in<sup>[116]</sup> 2. maddesine göre; “*Kişisel veri gerçek kişiye ilişkin fiziksel, fizyolojik, zihinsel, ekonomik, kültürel veya sosyal kimliğine özel bir veya birden fazla faktöre veya bir kimlik numarasına göre doğrudan veya dolaylı olarak tespit edilebilen veya tespit edilebilir bütün bilgileri kasteder.*” Tanımlardan anlaşılacağı üzere kişisel veriler ilgili kişileri doğrudan tanımlayan isim, kimlik numarası gibi bilgileri kapsadığı gibi; güvenlik amacıyla kişiden alınan parmak izi, iris veya DNA bilgileri gibi kişiyi dolaylı olarak tanımlayabilecek bilgileri de kapsamaktadır<sup>[117]</sup>. Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasına göre; “*Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.*”

Hekimin hastanın mahremiyetinin sağlanmasına ilişkin en önemli borcu sır saklamadır. Hekimlerin, mesleklerinin icrası esnasında hastalarına dair öğrenmiş oldukları tıbbi olduğu kadar tıbbi olmayan bilgiler, hastanın kendisinden ya da hısımlarından doğrudan ya da dolaylı olarak öğrendikleri; sır sahibinin açıklanmamasında yarar gördüğü ve daha önce başkalarının bilgisi dahilinde olmayan hususlar genel olarak sır kapsamı içerisinde kabul edilmektedir<sup>[118]</sup>. Hekim bu sırları hem hasta ile arasında sözleşme ilişkisi bulunduğu hallerde hem de sözleşme ilişkisinin bulunmadığı hallerde kişilik haklarına saygılı davranmanın bir sonucu olarak ve başka bir yönüyle sada-

[115] Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu; <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss117.pdf>, E.T.01.02.2020, s.4.

[116] 95/46/EC sayı ve 24.10.1995 tarihli Direktif; <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:en:HTML>, E.T.01.02.2020.

[117] ÖZDEMİR, Hayrunnisa, “Kompozit Doku Nakilleri Sonucu Oluşan Yeni Yüz ve Parmak İzlerimizin Hukuki Durumu”, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Lefke Üniversitesi V. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu (8-9 Kasım 2013 Lefkoşa), Ankara, 2014, s.232.

[118] ATEŞ, Gül, “Diş Hekimlerinin Sır Saklama Yükümlülüğü”, I. Diş Hekimliği Hukuku Sempozyumu, Ankara, 2014, s.419.

kat borcundan kaynaklanan bir alt borcu oluşturması nedeniyle saklamak zorundadır<sup>[119]</sup>.

## SONUÇ

Estetik müdahalelerde hasta-hekim arasındaki ilişki uygulamada eser sözleşmesi olarak kabul edildiğinden, herhangi bir uyuşmazlığın söz konusu olması durumunda eser sözleşmesine ilişkin hükümler uygulama alanı bulmaktadır. Ancak bu durum bir takım adaletsizliklere yol açmaktadır. Estetik müdahaleler insan vücudu üzerinde gerçekleştiğinden, sonucun gerçekleşip gerçekleşmemesi sadece hekimin müdahalesine bağlı olmayıp; kişinin biyolojik özellikleri ve müdahale sonrası davranışları da sonuç üzerinde etkili olmaktadır. Arzulanan sonucun gerçekleşip gerçekleşmediğinin müdahalede bulunan kişinin kişisel algısına bağlı olması ve sonucun teslim ve denetime uygun olmaması da göz ardı edilen bir diğer husustur.

Ayrıca kamu tüzel kişilerinden alınan sağlık hizmetlerinde yapılan endikasyon dışı, ücret karşılığı estetik müdahalelerde; hizmet sağlayıcısının kamu tüzel kişisi olması değişmemektedir. Salt estetik müdahalelerde İdari Yargıda sadece hizmet kusuru bulunup bulunmadığı incelenip, sonuç garantili bir hukuki ilişkinin varlığı kabul edilmezken; özel hastanelerde yapılan müdahalelerin Yargıtay tarafından sonuç garantili eser sözleşmesi sayılması, uygulamada iki başlılık ve özel sektörde çalışan hekimler yönünden haksızlık yaratmaktadır. Bununla beraber sağlık sistemlerinde hasta merkezli paradigma değişikliği ile malpraktis dava sayılarındaki artış hekimleri mesleklerini icra edemeyecek duruma getirmektedir. Bu çerçevede her ne kadar bir külfet olarak görünse de; hekim aydınlatma yükümlülüğü ile hastayı teşhis ve tedavi sürecine daha fazla katarak sorumluluğunu hafifletebilir. Ayrıca estetik müdahalelerde aydınlatmanın kapsamını genişleterek görülmesi muhtemel komplikasyonlarla yetinmeyip; öngörülebilir bütün komplikasyonlar hakkında hastayı aydınlatarak kendisinden beklenen sonuç sorumluluğunu bertaraf edebilir.

[119] AYDIN, Murat, “Tıbbi Müdahalelerde Mahremiyet ve Ceza Sorumluluğu”, I. Uluslararası Katılımlı Ulusal Tıp Hukuku Kongresi, İstanbul, 2016, s.111.

**KAYNAKÇA**

AGICH, G J/SIEMIONOW, M.: “Until They have Faces: The Ethics of Facial Allograft Transplantation”, *Journal of Medical Ethics*, C.31, S.12, 2005, s.707-709

AKKURT, Sinan Sami: “Türk Özel Hukukunda İş Sözleşmesi ile Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Başlıca Yükümlülükler ve Anılan Sözleşmelerim Ayırt Edilmesi”, *Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.10, S.2, 2008, s.13-64

ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan: *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 11.Baskı, Ankara, 2015

ARINCI, Atilla/USTA, Sevgi: “Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumlulukları ve Eser Sözleşmesi”, *Turkish Journal of Plastic Surgery*, C.25, S.2, 2017, s.84-93

AŞÇIOĞLU, Çetin: *Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk*, Ankara, 1993

ATABEK, Reşat/SEZEN, Merih: “Hekimin Mes’uliyeti”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C.28, İstanbul, 1954, s.135-165

ATEŞ, Gül: “Diş Hekimlerinin Sır Saklama Yükümlülüğü”, *I. Diş Hekimliği Hukuku Sempozyumu*, Ankara, 2014, 413-428

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

AYDIN, Murat: “Tıbbi Müdahalelerde Mahremiyet ve Ceza Sorumluluğu”, *I. Uluslararası Katılımlı Ulusal Tıp Hukuku Kongresi*, İstanbul, 2016, 109-120

BELGESAY, Mustafa Reşit: “Doktorun Hukuki Borçları”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C.11, S.3-4, 1945, s.108-127

ÇİLİNGİROĞLU, Cüneyt: *Tıbbi Müdahaleye Rıza*, İstanbul, 1993

DOĞRAMACI, Yakup Gökhan: “Yargıtay Kararlarında Estetik Cerrahi”, *II. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı*, Ed.Hakan Hakeri/Cahid Doğan, Ankara, 2018, s.265-293

DÖNMEZER Sulhi/ERMAN Sahir: *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku-Genel Kısım*, C.II, 11.Baskı, İstanbul, 1997

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2014, Ankara

ERSOY, Nermin/ÖZCAN ŞENSES, Müeser/AYDIN ER, Rahime: “Acil Tıp’ta Aydınlatılmış Onam”, Ulus Travma Acil Cerrahi Dergisi, C.16, S.1, 2010, s.1-8

GEMİCİ, Hatice Betül/GÖKSOY, Özlem Evrim/DOĞAN, Ahmet/DOĞAN, Murat/ARICA, Vefik: “Çocuklarda Aydınlatılmış Onamda Güncel Yaklaşımlar”, Journal of Clinical and Experimental Investigations, C.5, S.3, 2014, s.496-503

GÖKCAN, Hasan Tahsin: Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, 2.Baskı, Ankara, 2014

GÖKCAN, Hasan Tahsin: “Etik ve Hukuk İlişkisi Bağlamında Estetik Tıbbi Müdahaleler ve Cezai Sorumluluk”, Terazi Hukuk Dergisi, C.9, S.93, 2014, s.119-131

HAKERİ, Hakan: “Diş Hekimlerinin Yasal Sorumlulukları”, Ankara Barosu Sağlık Hukuku Digestası, Y.1, S.1, s.19-28

HAKERİ, Hakan: Tıp Hukuku, 16.Baskı, Ankara, 2019

KAYA, Mine: “Estetik Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğünün Kapsamı”, Terazi Hukuk Dergisi, C.11,S.117, 2016, s.23-37

KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2019

KORKMAZ, Yakup: “Tıbbi Konsültasyon ve Kusurun Paylaştırılması Sorunu”, TBB Dergisi, S.140, 2019, s.239-302

KÖK, Ahmet Nezih/ÇANKAYA, Hasan: “Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Tıbbi, Etik ve Hukuki Sorunlar”, Türkiye Klinikleri Journal of Medical Ethics-Law and History, C.11, S.3, 2003, s.199-203

KÖK, Ahmet Nezih: “Tıbbi Kötü Uygulama ve Yüksek Sağlık Şurası”, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 2008, s.385-394

MAVROFOU, Anna/GIANNOUKAS, Athanasios/MICHALODİMİTRAKİS, Emmanuel: “Medical Litigation in Cosmetic Plastic Surgery”, Medicine and Law, 2004, s.479-488

MEMİŞ, Yusuf: “Yargıtay Kararları Işığında Estetik Ameliyatlardan Doğan Hukuki Sorumluluk”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C.11, S.119, 2016, s.174-222

NEJADSARVARI, Nasrin/EBRAHİMİ, Ali: “Different Aspects of Informed Consent in Aesthetic Surgeries”, *World Journal of Plastic Surgery*, C.3, S.2, 2014, s.81-86

ORAL, Tuğçe: “Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümü”, *Ankara Barosu Dergisi*, S.2, 2011, s.185-210

OZANOĞLU, Hasan Seçkin: “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.52, S.3, 2003, s.55-77

ÖZASLAN, Abdi: “Aydınlatılmış Onam”, *Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi, Sempozyum Dizisi*, No.48, s.43-54

ÖZAY, Merter: *Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, Ankara, 2006

ÖZER, Çağlar: “Türk Hukukunda Estetik Cerrah ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği”, *Ankara Barosu II. Sağlık Hukuku Kurultayı*, Ankara, 2009, s.241-252

PETEK, Hasan: “Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.8, S.1, 2006, s.177-240

SEROZAN, Rona: *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, 4.Baskı, İstanbul, 2019

SÜTLAŞ, Mustafa: *Hasta ve Hasta Yakını Hakları*, İstanbul, 2000

TACİR, Hamide: *Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı*, İstanbul, 2011

TEMEL, Erhan: “Alman Hukukunda Estetik Cerrah ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği”, *Ankara Barosu II. Sağlık Hukuku Kurultayı*, Ankara, 2009, s.223-241

TEVİN, Aslıhan/ÇINARLI, Serkan/ÇELİK, Selçuk Sinan: “Estetik Amaçlı Plastik Cerrahi Uygulamalarında Endikasyon Sorunu”, *Adli*



Bilişimciler Derneği III. Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi, Ankara, 2016, s.325-331

UYVAL, Ata: “İnsan Mimarlık ve Mühendisliği: Estetik, Plastik ve Rekonstrüktif Cerrahi”, [https://www.tavsiyeediyorum.com/makale\\_1695.htm](https://www.tavsiyeediyorum.com/makale_1695.htm), E.T.08.12.2019

YAVUZ, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 2014

YENERER ÇAKMUT, Özlem: Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul, 2003

YÜCEL, Özge: “Sağlık ve Tıp Hukukuna İlişkin Temel Kavramlar ve Özneler”, Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Ed. Özge Yücel/Gürkan Sert, Ankara, 2018, s.23-45

YÜCEL, Özge: “Medeni Hukuk Bakış Açısıyla Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu”, Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Ed. Özge YÜCEL/Gürkan SERT, Ankara, 2018, s.193-233

