T.C
TRAKYA ÜNİVERSİTESİ
TIP FAKÜLTESİ
ADLİ TIP ANABİLİM DALI

Tez Yöneticisi
Prof. Dr. Ahmet YILMAZ

HEKİMLERİN ESTETİK UYGULAMALARDAN DOĞAN SORUMLULUĞUNUN DOKTRİNDEKİ GÖRÜŞLER VE 2011-2019 YILLARI ARASINDA VERİLEN YARGITAY KARARLARI DOĞRULTUSUNDA DEĞERLENDİRİLMESİ

(Uzmanlık Tezi)

Dr. Taylan GEZER

EDİRNE-2021

TEŞEKKÜR

Uzmanlık eğitimime başladığım andan itibaren sürekli desteklerini hissettiğim, bilgi, birikim ve tecrübeleri ile uzmanlık eğitimimde bilimsel anlamda bana yol gösteren, her ihtiyaç duyduğumda yardımını esirgemeyen ve uzmanlık eğitimim sürecinde hukuk fakültesi lisans eğitimime devam edebilme şansını bana tanıyan başta danışman hocam Prof. Dr. Ahmet YILMAZ olmak üzere kıymetli hocalarım Prof. Dr. Ali Derya AZMAK ve Prof. Dr. Gürcan ALTUN'a,

Asistanlığa başladığım günden bu yana gerek akademik anlamda gerek de manevi olarak desteklerini esirgemeyen, tez yazım sürecinde de bana yol gösteren kıdemli asistan arkadaşım Dr. Mustafa Önder POLAT'a

Hayatımın her döneminde sevgilerini ve desteklerini benden esirgemeyen beni bugünlere getiren sevgili annem Necla GEZER ve babam Hayati GEZER'e, uzmanlık eğitimim süresince beni sabırla destekleyen hayat arkadaşım, sevgili eşim Belkıs GEZER'e

Sonsuz teşekkürlerimi sunarım.

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ VE AMAÇ…….....1
GENEL BİLGİLER……..…….....3
ESER SÖZLEŞMESİ……3
TIBBİ MÜDAHALE……6
TIBBİ MÜDAHALENİN HUKUKA UYGUNLUK ŞARTLARI…….8
KAMU HİZMETİ …….....13
SAĞLIK HİZMETİ…….....16
GEREÇ VE YÖNTEMLER 18
BULGULAR.....19
TARTIŞMA.....29
SONUÇLAR……...39
ÖZET……..41
SUMMARY.....43
KAYNAKLAR.....45
EKLER

SİMGE VE KISALTMALAR

AyM **:** Anayasa Mahkemesi

BK **:** Bilirkişilik Kanunu

CBK **:** Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi

D **:** Daire

DD **:** Danıştay Dergisi

DİDDGK **:** Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu

E **:** Esas

HD **:** Hukuk Dairesi

HMK **:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu

ISAPS **:** International Society of Aesthetic Plastic Surgery (Uluslararası Estetik Plastik Cerrahi Derneği)

K **:** Karar

KHK **:** Kanun Hükmünde Kararname

NHSLA **:** National Health Service Litigation Authority (Ulusal Sağlık Hizmeti Dava Otoritesi)

R.G. **:** Resmi Gazete

s **:** Sayfa

S **:** Sayı

T **:** Tarih

TBK **:** Türk Borçlar Kanunu

WHO **:** World Health Organization (Dünya Sağlık Örgütü)

YİBHGK **:** Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulu

YSŞ **:** Yüksek Sağlık Şurası

GİRİŞ VE AMAÇ

Tıbbi girişimler eskiden sadece tıbbi açıdan bir gereklilik olduğu hallerde yapılırken günümüzde insanların artan ihtiyaçlarına cevap vermeye çalışan ticari kaygıların katkısıyla ilerleyen tıp ve teknoloji sayesinde tıbbi gereklilik olmadan yapılan tıbbi uygulamaların sayısında büyük bir artışa sebep olmuştur (9). ISAPS'ın (International Society of Aesthetic Plastic Surgery) 2019 yılı raporuna göre Türkiye, yapılan tüm estetik girişimlerin sayısı itibariyle Dünya'da 7. sırada, estetik cerrahi girişimlerin sayısı itibariyle ise 6. sırada yer almaktadır (29). Ayrıca bu rapor gereği ülkemizde estetik girişim yapılan hastaların %19,2'sinin yabancı hasta olduğu ve bu oran itibariyle de Dünya'da 3. sırada yer almaktayız (29). Estetik uygulamaların gerek sayıca daha çok gerek de yüksek ücretler karşılığında yapılıyor olması, uyuşmazlıkların sayısının da artmasına yol açmıştır (1).

Doktrinde estetik uygulamalar bedensel veya ruhsal bir hastalığı iyileştirmek ve salt güzelleştirme amaçlı yapılanlar olarak sınıflandırılmaktadır (1, 9, 23). Buna karşın salt güzelleştirme amaçlı yapılan girişimleri estetik uygulama olarak tanımlamanın daha doğru olduğunu; herhangi bir tıbbi gereklilik dahilinde yapılan girişimlerin ise estetik bir netice alınsa dahi tıbbi müdahale olarak tanımlanması gerektiği kanaatindeyim. Bu yüzden çalışmamızda geçen "estetik uygulama" veya "estetik girişim" tabirlerinden, doğuştan ya da sonradan anatomik, fonksiyonel kaybın olmadığı, herhangi bir tıbbi endikasyonun bulunmadığı girişimler anlaşılmalıdır.

Hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişki vekalet sözleşmesi niteliğinde olsa da Yargıtay'ın estetik uygulamalara ilişkin uyuşmazlıklardaki yaygın içtihatları bu hukuki ilişkinin eser sözleşmesi olduğu yönündedir (1, 9, 23).

Bu çalışmada, Türkiye Cumhuriyeti Yargıtay Başkanlığının, karar tarihi itibariyle 1 Ocak 2011-31 Aralık 2019 tarihleri arasındaki estetik uygulamalarla ilgili kararları incelenecektir. Yargıtay Ceza Dairelerince verilen kararlar dahil edilmeyip, Hukuk Dairelerince verilmiş kararlar dahil edilerek hekimin cezai sorumluluğundan ziyade özel hukuk bağlamındaki tazminat sorumluluğunun araştırılması planlamıştır. Araştırma retrospektif ve tanımlayıcı bir çalışmadır. Yargıtay'ın hatalı estetik uygulamalarla ilgili davalarda verdiği kararlardaki verilerin sayı, yüzde, ortalama gibi tanımlayıcı istatistiklerinin verilmesi planlanmaktadır. Bu amaçla Yargıtay kararları içeriğinden anlaşılabildiği kadarıyla; yerel mahkemelerin verdiği kararlar (maddi ve/veya manevi tazminat), estetik uygulamayı yapan branş (Diş hekimliği, Plastik, Rekonstrüktif ve Estetik Cerrahi gibi), branşlara göre yapılan estetik uygulamanın çeşidi, karara esas alınan bilirkişi raporu olup olmadığı, varsa rapora göre hekime atfedilir bir kusurun olup olmadığı, birden fazla bilirkişi raporuna atıfta bulunulmuşsa birbirileriyle tutarlı olup olmadığı, tutarsızlık varsa bunun giderilip giderilemediği, Yargıtay'ın yerel mahkeme kararlarına etkisi (bozma-onama), bozma kararlarında bozma sebebi, bozma sebebine göre hekime tazminat yüklenme sebebi ve hekime yüklenen tazminat türleri sayı, yüzde ve ortalama gibi tanımlayıcı istatistiklerle değerlendirilecektir.

Ayrıca bu hukuki ilişkinin eser sözleşmesi olup olmadığı; eser sözleşmesine ilişkin hükümler, tıbbi müdahale kavramı ve tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getiren şartlar, kamu hizmeti ve sağlık hizmeti kavramları üzerinden tartışılacaktır.

GENEL BİLGİLER

ESER SÖZLEŞMESİ

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 470'e göre eser sözleşmesi "*yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, işsahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir*". Eser sözleşmesinin taraflarından işsahibi, bir eser meydana getirmeyi bir başkasına tevdi eden kişi; yüklenici ise, eser meydana getirip teslim etmeyi borçlanan kişidir (18). İlgili maddede geçen "meydana getirme" deyiminin içine, yeni bir eser meydana getirme girdiği gibi, mevcut bir eseri değiştirme ve hatta mevcut bir eseri ortadan kaldırma da girer (10). Estetik uygulamaların çoğu mevcut bir eseri değiştirme niteliğinde olsa da kozmetik açıdan rahatsız edici olan nevüslerin alınması gibi durumlar, eserin ortadan kaldırılması niteliğindedir.

Eser ise objektif bir bütün oluşturan ve borçlunun da yerine getirmede yeterli olduğu maddi ve maddi olmayan iş görme sonuçları olarak nitelendirilebilir (10). Vekalet sözleşmesinde vekil, vekalet veren adına bir iş görmekle birlikte, bu iş görme sonunda mutlaka bir sonuç yaratması gerekli değildir (24). Buna karşın eser sözleşmesinin konusu açısından önem arz eden husus, iş görme faaliyetinin kendisinden çok bu çalışmadan ortaya çıkan ve objektif olarak gözlenmesi kabil sonuçtur (18). Yani eserin, sonuç taahhüt edilmeye elverişli olması gerektiğinden, insan bedeninin, üzerinde yapılan tıbbi uygulamalar açısından sonuç taahhüt edilmeye elverişli olup olmadığı tartışılmalıdır.

Vekalet sözleşmesinde vekil gördüğü iş nedeniyle sebep olduğu zarardan ancak kusurlu olduğu takdirde sorumlu olsa da (TBK. m. 506), yüklenici kusursuz olsa bile teslim ettiği eserdeki ayıplardan sorumludur (TBK. m. 475) (10).

Hekimin Eser Sözleşmesine Tabi Müdahaleler Bakımından Borçları

1. Kişisel edim borcu:

Türk Borçlar Kanunu'nun 471. maddesinin 3. fıkrası gereği "*Yüklenici, meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür. Ancak, eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşımıyorsa, işi başkasına da yaptırabilir*." Buna karşın vekalet sözleşmesinde, taraflar arasındaki karşılıklı güven unsuru daha önemli rol oynadığından vekil, borcu ilke olarak şahsen yerine getirmek zorundadır.

Özellikle diş hekiminin, bu süreçte protez imalini yanında çalışan, ifa yardımcısı olan diş teknisyenine bırakması durumunda, diş teknisyeninin kusurunun varlığı halinde Kanun'un 116. maddesi uyarınca sorumluluğu doğacağı gibi eser sözleşmesinin gereği gibi ifa edilmemesi suretiyle borca aykırılık da meydana gelmiş olacağından Kanunun 112. maddesi gereği de sorumluluğu doğacaktır (25).

Proteze ilişkin işlemlerin, alt yüklenici sıfatıyla diş hekiminden bağımsız çalışan diş teknisyenleri ya da diş protez laboratuvarlarına yaptırıldığı durumunda alt yüklenicinin kusuru halinde, alt yüklenici ile hasta arasında herhangi bir sözleşme olmadığından diş hekiminin sorumluluğu söz konusu olacaktır.

2. Araç, gereç ve malzemeyi sağlama borcu

Türk Borçlar Kanunu'nun, 471. maddesinin 4. fıkrası uyarınca yüklenici, "*Aksine adet veya anlaşma olmadıkça yüklenici, eserin meydana getirilmesi için kullanılacak olan araç ve gereçleri kendisi sağlamak zorundadır*." Yüklenici tarafından sağlanan malzemenin ayıpsız olması, taraflar arasındaki sözleşmede açıkça kararlaştırıldığı şekilde, kullanım amacına elverişli nitelikte olması gerekmektedir (26).

Kanunun 471. maddesinin 1. fıkrası gereği "*Malzeme yüklenici tarafından sağlanmışsa yüklenici, bu malzemenin ayıplı olması yüzünden iş sahibine karşı, satıcı gibi sorumludur.*"

3. Genel ihbar (bildirim) borcu

Türk Borçlar Kanunu'nun 472. maddesinin son fıkrasında düzenlenen ve yüklenicinin sadakat ve özen borcunun bir uzantısını oluşturan genel ihbar (bildirim) borcuna 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" (18, 27). Bildirimin aydınlatmayı da kapsar nitelikte olması, önemli durumların, doğacak zarar ve sonuçların, ısrar halinde yüklenicinin sorumluluğunun olmayacağı hususunun da belirtilerek, iş sahibi hastanın anlayabileceği şekilde açıklama yapılması gerekmektedir (18, 27). Bu borcu yerine getiren hekiminin, hedeflenen neticenin meydana gelmemesi dolayısıyla ayıptan doğan sorumluluk hükümleri uyarınca sorumluluğu bulunmayacaktır.

4. Ayıba karşı tekeffül borcu

Yüklenicinin ayıba karşı tekeffül borcunun oluşabilmesi için gereken koşullar; eserin tamamlanarak teslim edilmiş olması, eserin ayıplı olması, işsahibinin muayene ve ihbar borcunu yerine getirmiş olması ve ayıbın işsahibinden kaynaklanmaması gerektiği olarak sayılabilir (26). Ayıp, taraflar arasında sözleşmede kararlaştırılmış olan niteliklerin bulunmaması veya bulunması gerekli, lüzumlu niteliklerin bulunmamasıdır (10, 18).

Kanunun eserin kabulü başlıklı 477. maddesinde işsahibinin kabulü ile yüklenicinin ayıp dolayısıyla sorumluluğunun ortadan kalkması, teslim anında açıkça göze çarpan ayıplar ve gizli olmayan ayıplara ilişkin olup sonradan ortaya çıkan bir gizli ayıbın varlığı halinde, işsahibi eseri başta kabul etmiş olsa dahi yüklenicinin sorumluluğu devam edecektir (18). Bununla birlikte, gizli ayıplar ve kasten saklanan ayıplar dolayısıyla yüklenicinin sorumluluğu işsahibinin bu ayıbı öğrenir öğrenmez yükleniciye bildirilmesine bağlı olup zamanında yerine getirilmeyen bildirim külfeti, eserin kabulü anlamını taşımaktadır (18).

Ayıp neticesinde işsahibi olan hasta, bedelden indirim isteyebilecek ya da aşırı bir masraf gerektirmediği takdirde eserin ücretsiz onarılmasını talep edebilecek veyahut eserin kullanılamayacak veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacak ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olması durumunda sözleşmeden dönebilecektir (TBK m. 475/1). Seçimlik hakların kullanılabilmesi yüklenicinin kusurunun olup olmamasına bağlı değilken, sayılan seçimlik haklardan biriyle birlikte işsahibinin, zararın tazmini için de talepte bulunabilmesi, yüklenicinin kusurunun olmasına bağlıdır (10, 18). Bu durumda işsahibi ancak eserdeki ayıbın neticesi olarak meydana gelen zararı, yani ayıbın sonraki neticesi olan ve ayıbın neden olduğu değer düşüklüğünün dışında bulunan ve takip eden zararı talep edebilecektir (27).

Eserin ayıplı olması dolayısıyla doğan zarar, genellikle seçimlik haklardan bedelden indirim ya da eserin onarımı suretiyle karşılanabileceğinden, bu tür zararlar tazminat kapsamında değerlendirilmemektedir (27).

Türk Borçlar Kanunu'nun 475. maddesinin son fıkrasında; eserin, işsahibinin taşınmazı üzerinde yapılmış olup, sökülüp kaldırılmasının aşırı zarar doğuracak olması hâlinde, işsahibinin, sözleşmeden dönme hakkını kullanamayacağı düzenlenmiştir.

Değerlendirme

Estetik cerrahi uygulamaların, cilt, cilt altı yumuşak dokular ve kas üzerinde yapıldığı göz önüne alındığında estetik sonuç taahhüt edilmeye elverişli olmadığı görülmektedir. Çünkü yara iyileşme süreci bile başlı başına kişisel faktörlere sıkı sıkıya bağlı bir süreç olup, beklenmedik sonuçlar meydana getirebileceğinden, cerrahi uygulamalar açısından sonuç taahhüt edilemeyeceği açıktır.

Diş hekimliğinin uygulamaları, çoğunlukla endikasyon dahilinde yapılan tıbbi müdahaleler olsa da protez, kaplama gibi uygulamalar, taahhüt edilemeye elverişli olduğundan eser olarak nitelendirilmeye daha uygundur.

Tüm bu bilgiler doğrultusunda eser kavramı açısından değerlendirme yapılırken tıbbi girişimin taahhüt edilmeye elverişli olup olmadığı, her somut olayda ayrıca değerlendirilmelidir.

TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI

Anayasa'nın Kişi Dokunulmazlığı, Maddi ve Manevi Varlığı başlıklı 17. maddesinin 2. fıkrası gereği; "*Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.*" İlgili madde gereği tıbbi müdahaleler, kişinin vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı hakkı açısından bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmiştir.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 4. maddesinin 1. fıkrasının g bendinde de 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 fizikî ve ruhî girişim*" olarak tanımlanmıştır.

Doktrinde yapılan bir tanıma göre kişilerin bedensel, fiziksel veya psikolojik bir hastalığını, noksanlığını teşhis ve tedavi etmek, bu mümkün olmadığında hastalığı hafifletmek veya acılarını dindirmek veyahut rahatsızlıktan korumak ya da nüfus planlaması amaçları ile tıp mesleğini icraya yasal olarak yetkili kimseler tarafından, tıp bilimince genel kabul görmüş kural ve esaslara uygun olarak gerçekleştirilen, en basit teşhis ve tedavi yöntemlerinden başlayarak en ağır cerrahi müdahalelere kadar uzanan her çeşit faaliyettir (8). Bir başka tanıma göre, tıp mesleğini yapmaya yetkili kişi olan hekim yahut hekimin denetimi ve gözetimi altında ya da yetkileri kapsamında diğer sağlık mensupları tarafından, "hasta" ismi verilen süjeye rahatsızlığını gidererek hastalığını tedavi etme, hastalıktan koruma ya da acılarını azaltma ve giderme amacıyla gerçekleştirilen her türlü yardım ve faaliyettir. Bu tanımlamaya göre tıbbi müdahaleye dair faaliyetler basit teşhis, ilaçla tedavi, psikiyatrik tedavi, cerrahi işlemler, diş çekimi, protez yapımı, kısacası hastanın acısının azaltılması veya hastalığın tamamen önlenmesi için gerçekleştirilen tüm tıbbi işlemleri kapsamaktadır (11).

Yargıtay bir kararında tıbbi müdahaleyi, uygulamanın tıp mesleğini icraya yetkili kişilerce yapıldığı, teşhis, tedavi veya hukuka uygun amaç çerçevesinde, kişinin yapılacak müdahaleden beklediği menfaatine uygun olarak, tıbbın sınırları içerisinde bulunan fiziki ve ruhi girişim olarak tanımlamaktadır (Yargıtay 2. HD, 14.04.2014, 149/8841).

Günümüzde, teşhis, tedavi ve koruma amaçlı müdahaleler dışında, kişiye sağlık kazandırmanın birincil amaç olmadığı, estetik amaçlı müdahaleler, kürtaj, sterilizasyon, sünnet, yaşayan organ vericisinden organ alınması ve bilimsel araştırma ve deneylere konu olma gibi farklı amaçlarla yapılan tıbbi girişimler de bulunmaktadır (3, 15, 16).

Teşhis, tedavi ve önleme amacına yönelik olarak, yapılan tanımların yetersiz kaldığını düşünen bazı yazarlar da tıbbi müdahaleyi, "insan üzerinde tıp biliminin uygulanması ile bağlantılı olarak yapılan her türlü müdahale" olarak tanımlamaktadır (14). Ancak herhangi bir tıbbi gereklilik olmadan yapılan tıbbi girişimleri de tıbbi müdahale olarak tanımlayan bu görüşe, Anayasa'nın 17. maddesinin 2. fıkrasındaki hüküm nedeniyle katılmamaktayım. Aksi takdirde kişinin vücut bütünlüğüne, herhangi bir tıbbi zorunluluk olmadan da müdahale edilebilmesinin önü açılacak ve Anayasa'da da korunan kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı ihlal edilecektir. Her ne kadar günümüzde tıbbi müdahaleler, hukuka uygun amaç çerçevesinde icra ediliyor olsa da tıbbi gereklilik şartının, gelişen tıp ve teknolojinin getirdiği sınırsız imkanlara karşı vücut bütünlüğüne dokunulmazlığın sınırını çizeceği kanaatindeyim.

Tıbbi müdahaleyi tanımlamadan önce "tıbbi" ve "müdahale" kelimelerini tanımlamak gerekmektedir. "Tıbbi", tıpla ilgili, hekimlikle ilgili anlamında; "müdahale" ise karışma, araya girme anlamına gelmektedir (22). "Müdahale" kelimesinden zararlı bir sonucun ortaya çıkmasının engellemeye veya zararlı sonucu tersine çevirmek anlaşılmaktadır. Bu yüzden de tıbbi müdahaleyi, tıp mesleğini uygulamaya yetkili kişilerce teşhis, tedavi, hastalıkları önleme ve sağlığı koruma amacıyla insan üzerinde yapılan her türlü tıbbi uygulama olarak tanımlamanın daha doğru olacağını düşünüyorum.

Sadece güzelleştirme amacıyla yapılabileceğini kabul ettiğim estetik uygulamaları ise bir tıbbi müdahale değil, tıbbi girişim ya da tıbbi uygulama olarak tanımlamak gerekmektedir.

TIBBİ MÜDAHALENİN HUKUKA UYGUNLUK ŞARTLARI

Tıbbi müdahaleye ilişkin yapılan tüm tanımlar, müdahalenin hukuka uygunluk şartlarını da bünyesinde barındırmaktadır. Bu şartlar, hastaya tıbbi müdahalede bulunacak kişinin tıp mesleğini uygulamaya kanunen yetkili olan kişilerden olması, yapılacak müdahalenin endikasyon dahilinde yani tıbbi gereklilikler doğrultusunda yapılması, hastanın aydınlatılmış rızasının alınması ve tıbbi müdahalenin tıbbi standartlara uygun, özenli biçimde yapılmasıdır (14).

Müdahalenin Tıp Mesleğini Uygulamaya Yetkili Kişilerce Yapılması

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 1. maddesinde "*tababet icra ve her hangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesinden diploma sahibi olmak*" gerektiği, 30. maddesinde ise "*dişçilik sanatını icra ve diş tabibi unvanını taşıyabilmek için Türk olmak ve Türkiye Darülfünunu Dişçi Mektebinden diploma almak*" gerektiği düzenlenmiştir.

Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 23. maddesi gereği "*umumi veya mevzii iptali his ile yapılan büyük ameliyeler*" olarak ifade edilen, genel veya lokal anestezi altında yapılan büyük cerrahi müdahaleler uzman tabiplerce icra edilebilecektir.

Genel uzmanlığı bulunan hekimin, özel uzmanlık dalının gerektirdiği tıbbi standardı sağlayarak bu alanın gerektirmiş olduğu tüm olanakları ve tekniği kullanarak operasyon yapabilmesi mümkündür (11). Buna karşın diş hekimliği fakültesinden mezun olup, diş hekimi sıfatı kazanan herkesin diş hekimliğinin tüm alanlarında, eğitimini almış oldukları tedavi

yöntemlerini uygulayabilecek ve mesleğin tüm alanlarında tıbbi müdahalede bulunma yetkisine sahip oldukları söylenebilecektir (5). Bu durumda müdahalede bulunmanın sınırını, uzmanlık bilgisi gerektirdiği halde diş hekiminin üstlenmemesi gereken bir müdahalede bulunarak, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartlarından özen borcunu ihlal etmek suretiyle gerçekleşen kusurlu davranışı oluşturacaktır (5).

Aydınlatılmış Rıza

Hastanın kendi vücudu üzerindeki hakları, vücudu üzerinde yapılacak olan tıbbi müdahalenin ancak onun rızasıyla yapılabilmesini zorunlu kılmakta ve bu rıza, ceza hukuku ve özel hukuk bakımından tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk nedenini teşkil etmektedir (17).

İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin[1] (Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi) Muvafakat başlıklı 2. Bölümün 5. maddesinde, *"Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir. Bu kişiye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir. İlgili kişi, muvafakatını her zaman, serbestçe geri alabilir.*" denilmiştir.

Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun 70. maddesinde hekimlerin her türlü tıbbi müdahalenin öncesinde hastalardan, hasta küçük veya kısıtlı ise yasal temsilciden onam alması gerektiği belirtilmiştir.

Hasta Hakları Yönetmeliğinin Rıza Olmaksızın Tıbbi Ameliyeye Tabi Tutulmama başlıklı 22. maddesinde, "*Kanunda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, kimse, rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbi ameliyeye tabi tutulamaz.*" denilmektedir.

Bahsi geçen uluslararası ve ulusal düzenlemeler gereği, tıbbi müdahale ancak hastaya yapılacak aydınlatma sonrası alınacak rızayla hukuka uygun hale gelebilecektir.

Tıbbi müdahalede aydınlatılmış rızanın alınması hekimin mesleki bir yükümlülüğü olup, bu rızanın alınmaması başlı başına hukuka aykırı fiil olabileceği gibi sözleşmeye aykırılık da teşkil edecektir (17). Ancak aydınlatılmış rızanın alınmaması, hekimin bu konudaki mesleki

[1] Sözleşme, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından 03.12.2003 tarihinde, 5013 Sayılı Kanun ile kabul edilerek iç hukukumuzun parçası haline gelmiştir.

yükümlülüğünden bağımsız olarak uygulanacak hukuk kuralı olan "eser sözleşmesine" ilişkin hükümlere de aykırılık teşkil ettiği için estetik uygulamalar açısından hastanın aydınlatılması daha büyük öneme sahiptir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 472/3 gereği, "…*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.*" Aydınlatılmış rıza alınmadan yapılan tıbbi müdahaleler sonucunda gelişen ve hekime kusurun atfedilemediği komplikasyon durumlarında hekimin sadece manevi zarardan sorumlu tutulması gerektiğini düşünsem de estetik uygulamalarda hekimin, TBK m. 472/3'teki düzenlemeden dolayı manevi zarar yanında maddi zarardan da sorumlu tutulması gerekmektedir. Bu yüzden estetik uygulamalarda aydınlatmanın kapsamı daha da geniş tutulmalı, sadece muhtemel komplikasyonlar değil gelişebilecek tüm komplikasyonlar hakkında hasta aydınlatılmalıdır.

Endikasyon

Tıbbi müdahalenin gerekliliği/zorunluluğu anlamına gelen endikasyon, hastaya belli bir tedavinin uygulanması veyahut müdahalede bulunulması için gereklilik arz eden durum ya da belirti olup, hekimin tıbbi müdahalesini hukuka uygun hale getiren en önemli unsurlardan biridir (5, 14).

Anayasa'nın 17. maddesinin 2. fıkrasındaki "*Tıbbi zorunluluklar ... dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz.*" hükmüyle; Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 13. maddesinin 3. fıkrasındaki "*Tabip ve diş tabibi; teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın, hastanın arzusuna uyarak veya diğer sebeplerle, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak herhangi bir şey yapamaz.*" ve Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 12. maddesindeki "*Teşhis, tedavi veya korunma maksadı olmaksızın, ölüme veya hayati tehlikeye yol açabilecek veya vücut bütünlüğünü ihlâl edebilecek veya akli veya bedenî mukavemeti azaltabilecek hiçbir şey yapılamaz ve talep de edilemez*." düzenlemeleri gereği her tür tıbbi müdahale; teşhis, tedavi veya hastalıktan koruma amacıyla yapılabilir.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk koşullarından estetik girişimler açısından en önem arz eden koşulun, endikasyon olduğuna şüphe bulunmamaktadır.

Endikasyonun mutlaka tıbbi endikasyon olmasının gerekmediğini, estetik gibi uygulamalarda tıbbi bir endikasyon bulunmasa da dolaylı olarak tedavi amacı taşıdığından, psikolojik endikasyonun olduğunu savunan yazarlar mevcuttur (9, 14). Ancak mevzuatta tıbbi müdahalenin sadece teşhis, tedavi veya hastalıktan korunma amacıyla yapılabileceğinin açıkça düzenlenmiş olması karşısında bu görüşe katılmak mümkün değildir. Psikolojik durum ya da belirtinin, herhangi bir tıbbi müdahalenin endikasyonu olup olmayacağı tartışmasından bağımsız olarak bunun, çok sayıda riskler içeren cerrahi bir müdahalenin endikasyonu olamayacağı kanaatindeyim. Çünkü bir tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getiren endikasyonun, herhangi bir endikasyon değil, yapılacak tıbbi müdahaleye özgü bir endikasyon olması gereklidir.

Dünya Sağlık Örgütü'nün (WHO), "*yalnızca hastalık ve sakatlığın yokluğu değil, bedensel, ruhsal ve sosyal yönden tam bir iyilik halidir (21).*" şeklindeki sağlık tanımına dayandırılarak öne sürülen psikolojik ya da sosyal endikasyon kavramları dahilinde yapılması gereken tıbbi müdahalenin, cerrahi bir müdahale yerine hastaya psikolojik veya sosyal gerekirse psikiyatrik destek sağlamak olacağı kanaatindeyim. Ancak yine de kişinin rahat bir şekilde toplum içine çıkmasına engel olacak düzeydeki ve toplum ortalamasından bariz sapmalar gösteren estetik bozuklukların tıbbi endikasyon taşıdığı söylenebilir.

Teşhis, tedavi veya korunma amacı olmadan yapılan tıbbi girişimlerin, bir tıbbi müdahale olmaması bu girişimlerin doğrudan hukuka veya sözleşmeye aykırı olduğu ve yasaklanması gerektiği sonucunu doğurmamalıdır. Endikasyon dışı yapılan bu girişimler, yasal düzenlemeler ile hukuka uygun hale gelebilecektir. Yasal düzenleme olmasa bile halihazırda olduğu gibi bu hizmetlerin, kamu kurumlarında dahi hizmetten yararlananlar tarafından finanse edilerek ve bir uyuşmazlık durumunda diğer tıbbi müdahalelere uygulanandan daha farklı hükümler (eser sözleşmesi gibi) uygulanarak icra edilebileceği kanaatindeyim.

Estetik amaçlı girişimler, kürtaj, sterilizasyon, sünnet, canlı vericiden organ alınması ve bilimsel araştırma ve deneylere konu olma gibi endikasyon olmadan yapılan tıbbi girişimlerden estetik uygulamalar haricindekilere, yasal düzenlemelerle hukuka uygunluk tanınmıştır (3, 15, 16).

Her ne kadar hekim-hasta arasındaki hukuki ilişkiye vekalet sözleşmesi hükümleri uygulansa da endikasyon olmadan yapıldığı için tıbbi müdahale olarak tanımlamadığım estetik uygulamalara, vekalet sözleşmesi hükümleri uygulanamayacaktır. Buna karşın endikasyon

dahilinde yapılan tıbbi müdahalelere, estetik uygulamaların da eşlik etmesi durumunda tıbbi müdahaleye ilişkin edimlere vekalet sözleşmesi; estetik uygulamaya ilişkin edimlere eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiğini Yargıtay, sırt ve bel ağrısı şikayetlerinden ötürü meme küçültme ameliyatı yapılan hastaya ilişkin kararında[2], "*…davalı doktor ile görüşen davacının ameliyatın türü hakkında bilgilendirildiği ve ikinci bir ameliyat olmamak adına ilk ameliyatta meme küçültme yanında estetik açıdan meme başının da taşınmasına karar verildiği anlaşılmaktadır. ...ameliyat sonrası davacının meme uçlarının nakledildiği yere yapışmaması nedeniyle zaten eser ayıplı hale gelmiştir*" şeklinde ifade etmiştir.

Yargıtay, diş hekiminin hastasına yapmış olduğu diş tedavisi, protez, implant, seramik kuron gibi müdahalelerin bedelinin tahsiline ilişkin dava konusu olayda[3], tedavi dışındaki, protez, implant, seramik kuron uygulamalarını eser sözleşmesi kapsamına giren imalatlar olarak değerlendirmiştir (11).

Değerlendirme

Tıbbi müdahalenin bir unsuru olan endikasyonun yokluğu, tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getiren diğer şartlardan farklı olarak, müdahaleyi sadece hukuka aykırı hale getirmekle kalmayacak; yapılan işlemi "tıbbi" olsa da bir "müdahale" olmaktan çıkaracağından daha büyük öneme sahiptir. Estetik uygulamaların hem tıbbi müdahale tanımına girmemesi hem de konuya ilişkin özel düzenlemelerin bulunmaması nedeniyle uyuşmazlıklarda vekalet sözleşmesi hükümlerine başvurulmasını zorlaştıracaktır.

Diş hekimliği uygulamalarında da tıbbi endikasyon olmaksızın sadece estetik amaçlı yapılanlar olsa da Yargıtay'ın eser sözleşmesi olarak değerlendirdiği protez, implant, köprü gibi bazı girişimler, çoğunlukla endikasyon dahilinde yapıldığı için tıbbi müdahale tanımına girmektedir. Bu tür uygulamalardan önce var olan az da olsa anatomik veya fonksiyonel kayıplar, tıbbi bir endikasyon teşkil etmektedir. Ancak herhangi bir anatomik ya da fonksiyonel kayıp olmaksızın sadece estetik amaçlı yapılan uygulamalarda, endikasyonun varlığı kabul edilemeyeceğinden bu girişimleri, tıbbi müdahale olarak nitelemek de mümkün değildir.

[2] Yargıtay 3. HD, E. 2015/14596, K. 2016/6558
[3] Yargıtay 15. HD, E. 2009/5712, K. 2009/6219

KAMU HİZMETİ

Anayasa Mahkemesi'ne göre kamu hizmeti; "… *devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinmeleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarım sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir*[4]" (19).

Anayasa Mahkemesi'nin başka bir kararında; *"toplumsal yaşamın zorunlu gerekmelerini karşılayan hizmetler, nitelikleri gereği kamu hizmeti olarak görülmüştür. Düzenlilik ve süreklilik kamu hizmetinin önemli öğelerinden birini oluşturur. Çünkü, bunun yokluğu toplum yaşamını altüst eder. Bir kamu hizmeti, ülke düzeyinde, tüm halkın gereksinmesine yanıt verebileceği gibi: belli bir yörede belli bir topluluğun gereksinmesini de karşılayabilir. Başka bir anlatımla, hizmetin ülkesel, yöresel veya toplumun bir kesimi için söz konusu olması onun kamu hizmeti olma niteliğini etkilemez. 'Kamu hizmeti' kavramı gerek öğretide gerekse uygulamalarda devlet ve öteki kamu tüzel kişilerince genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetler alanının dışına taşan ve yayılan bir kapsamı olduğu ve bunun da gittikçe genişlediği bir gerçektir*[5]*"* (2).

Danıştay da çeşitli kararlarındaki tanımlamalarda ise *"Kamu hizmeti, umuma arz edilen, sürekli ve kesintisiz bir biçimde işlemesi zorunlu, toplumun genel ve ortak gereksinimlerini karşılamak amacıyla kanunla kurulan idarenin, doğrudan ya da yakın gözetim ve sorumluluğu altında kamusal yetki* ve *usuller kullanarak yürüttüğü faaliyetlerdir*[6]*"; "Kamusal ihtiyaçları karşılamak üzere idarenin yönetimi veya yakut gözetimi altında kamu yararı amacı doğrultusunda yürütülen faaliyet(tir)*[7]*"* (2).

"Kamu hizmeti" kavramı hem idare hukukunun uygulama alanının hem de idari yargının görev alanının belirlenmesinde kullanılan en önemli kavramlarından biri olmasına rağmen, içeriği ve tanımı konusunda fikir birliği olmadığı gibi herkes tarafından kabul edilebilecek bir tanımı da bulunmamaktadır (6). Kamu hizmetleri niteliği gereği sürekli gelişim ve değişim gösterdiğinden her somut olayda kamu hizmetinin var olup olmadığına yargı yerlerince karar verilmesi gerekecektir (6).

---

[4] AyM, E.1994/71, K.1995/23, T.28.6.1995, R.G. T.20.03.1996, S. 22586
[5] AyM. E. 1694/43. K. 1694/42-2. T.09.12.1694. R.G. T.24.01.1995. S. 22131: AyM. E. 166471, K. 1965/23, T.28.05.1695, R.G. T.20.03 1995. S. 22536.
[6] Danıştay 1. Daire, E. 2002/29, K. 2000/59, T.17.04.2000, DD, 2001. S. 104. s. 30
[7] Danıştay 10. Daire, E. 1995/4326, K. 1990/2769, T. 21.05.1996, DD, 1997. S. 92. s. 771

Kamu Hizmetinin Unsurları

Kamu hizmetinin unsurları yukarıda yapılan tanımlar doğrultusunda; faaliyetin, toplumun ortak ve sürekli bir ihtiyacının karşılanmasına (kamu yararının gerçekleştirilmesine) yönelik olması ve kamu tüzel kişilerince veya onun sıkı denetimi altında özel hukuk kişilerince yürütülmesi şeklinde tespit edilebilir (6). Bu unsurlardan ilkini maddi; ikincisini ise organik unsur olarak nitelendiren yazarlar da mevcuttur (13).

1. Maddi unsur:

Toplumsal gereksinimi gidermeye yönelik bir faaliyet olan maddi unsur bakımından "kamu yararı" kavramı sıklıkla kullanılsa da bu kavramın içeriğinin belirsiz olduğu ve bir unsur olmaktan ziyade bir sonuç olduğu kabul edilmektedir (19).

2. Organik unsur:

Organik unsur gereği özel hukuk kişilerince yürütülen faaliyetin kamu hizmeti olarak nitelendirilebilmesi için bu faaliyetin kanunla idareye görev olarak verilmesi ve idarenin de bu faaliyeti özel kişiler eliyle yürütebilmesi için açık bir düzenlemenin mevcut olması yanında faaliyetin idare ile sıkı bir bağlantısının olması ve bu faaliyet üzerinde kolluk denetimini aşar nitelikte faaliyetin içeriğine yönelik işlevsel bir denetim olması gerekmektedir (19).

İdari Kamu Hizmetleri – Sınai ve Ticari Kamu Hizmetleri Ayrımı

İdari kamu hizmetleri ile kullanıcıları, personeli ve üçüncü kişiler arasındaki ilişki kamu hukukuna; sınai ve ticari kamu hizmetleri kullanıcıları ile personeli ve üçüncü kişiler arasındaki ilişki özel hukuka tabi olduğundan birbirinden ayrımı önem arz etmekte olup, bu ayrım teşrii kriter ve içtihadi kritere göre yapılmaktadır (13).

1. Teşrii kriter:

Kanun koyucu bir kamu hizmetini idari veya sınai ve ticari kamu hizmeti olarak nitelendirmişse o kamu hizmeti o nitelikte bir kamu hizmeti olup, mahalli kamu hizmetlerinin niteliğini belirleme yetkisi de kanuna aykırı olmamak kaydıyla bu hizmetleri kuran kamu tüzel kişilerine bırakılmıştır (13).

2. İçtihadi kriter:

Kamu hizmetinin nitelendirilmesi konusunda kanunda hüküm olmadığı durumlarda başvurulan bu kritere göre: a) Hizmetin konusunun özel işletmelerin faaliyet konusuna benzer olması, b) Hizmetin, kullanıcılarının ödediği parayla finanse edilmesi, c) Hizmetin özel sektördeki usullerle işletilmesi şartlarının üçü birden sağlandığı takdirde bu hizmet sınai ve ticari niteliktedir (13).

Bu ayrımın önemi kamu hizmetlerine hakim olan ilkelerden, meccanilik yani bedelsizlik ilkesi açısından önem arz etmektedir. Sınai ve ticari kamu hizmeti, bedava olmamakla birlikte idari kamu hizmetini kurup kurmamak kamu tüzel kişisinin isteğine bırakılmış ise idare, bu idari kamu hizmetini verdiği hizmetin maliyetini geçmeyecek şekilde bir ödentiye bağlayabilir (13). Ancak idari kamu hizmetini kurmak ve yürütmek zorunluluğu kanunla öngörülmüş ise bu hizmetler bedava olmak zorundadır (13). Buna karşın Danıştay'ın verdiği bir kararın[8] mefhumu muhalifinden zorunlu idari kamu hizmetlerinin kurulması ve yürütülmesinin ilişkin kanunda düzenlenmek şartıyla bu hizmetlerin karşılığında şahıslardan bir bedel istenebileceği anlaşılmaktadır (19).

Anayasa Mahkemesi bir kararında[9], önemli bir kamu hizmeti olan sağlık hizmetinin de ücrete tabi tutulabileceğini vurgulamaktadır.

"*Temel haklar ve ödevler konusunda gözetici ve koruyucu olan devletin, sosyal devlet olmak gibi üstlendiği görevlerini Anayasa'nın 65. maddesinin belirlediği gibi malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getireceği açıktır. Çok önemli bir kamu hizmeti olan sağlık hizmetinin, sosyal devlet olmanın gereği, parasız yerine getirilmesi anlayışı günümüzde gücünü yitirmiştir. Kamu hizmetlerinin karşılığı olarak, yararlananlardan kullanım oranlarına ve ödeme güçlerine göre ücret alınabileceği kabul edilmektedir. Böylece, bu hizmetlerden yararlananlarla yararlanmayanlar arasındaki eşitsizlik giderilmiş olmaktadır. Ancak, gelir düzeyi ne olursa olsun belirlenen ücreti ödeyemeyecek olanlardan bu ücretin alınmaması ya da onlar adına ödenmesi olanakları da uygulamaya konulmalıdır*."

[8] Danıştay 13. Daire, E.2005/5263, K.2005/5709, T.29.11.2005, DD, S:104, s. 443; DİDDGK, E.2000/401, K.2000/938, T.03.07.2000, DD, S:104, s. 57-58
[9] AyM, E. 1987/16. K. 1988/8. T. 19.04.1988.

SAĞLIK HİZMETİ KAVRAMI

Sağlık hizmeti kavramını, "bireylerin bedenen, ruhen ve sosyal olarak iyilik hali içerisinde olmasına yönelik faaliyetler" olarak tanımlanan "sağlık" kavramından hareket ederek tanımlamak, kim tarafından yapılırsa yapılsın, bilerek veya bilmeyerek bireylerin iyiliğine yönelik yapılan her faaliyeti sağlık hizmeti kapsamında değerlendirmeyi gerektireceğinden doğru olmayacaktır (7).

Doktrinde yapılan bazı tanımlara göre sağlık hizmetleri, kişilerin veya toplumun hastalık ve sakatlıktan korunarak, bedensel ve ruhsal yönden dengeli bir şekilde yaşamını sürdürebilmesi için yapılan hizmetler (12); kişilerin ve toplumların sağlıklarını korumak, hastalandıklarında tedavi etmek, tam olarak iyileşemeyip sakat kalanları başkalarına bağımlı olmadan yaşayabilmeleri için rehabilite etmek ve toplumların sağlık düzeyini yükseltebilmek amacıyla yapılan planlı çalışmalar (4) olarak tanımlanmaktadır.

12.01.1961 tarihli, 224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun'un 2'inci maddesine göre sağlık hizmeti, "*İnsan sağlığına zarar veren çeşitli faktörlerin yok edilmesi ve toplumun bu faktörlerin tesirinden korunması, hastaların tedavi edilmesi, bedeni ve ruhi kabiliyet ve melekeleri azalmış olanların işe alıştırılması (Rehabilitasyon) için yapılan tıbbi faaliyetler sağlık hizmetidir*".

16.06.2006 tarihli, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanun'un 3'üncü maddesinde sağlık hizmeti, "*genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilere 63 üncü madde gereği finansmanı sağlanacak tıbbi ürün ve hizmetler*" olarak tanımlanmıştır.

5510 Sayılı Kanun'un finansmanı sağlanacak ve sağlanmayacak sağlık hizmetlerini bir katalog şeklinde gösterdiği 63'üncü ve 64'üncü maddeleri, sağlık hizmetlerinin tespiti açısından yol gösterici nitelikte olmakla beraber; daha çok hangi sağlık hizmetlerinin finansmanının Sosyal Güvenlik Kurumunca karşılandığını tespit etmektedir (7). Sağlık hizmetine ilişkin böyle bir belirlemenin sayma yöntemiyle yapılması, sağlık sektörü gibi sürekli surette değişim ve gelişime açık bir alanda yaşanan her teknolojik değişikliğin yasa koyucunun 5510 Sayılı Yasa'da yapacağı değişiklikle sağlık hizmeti alanı içerisine dahil etmesini gerektirecek ve sağlık hakkının 'erişilebilirlik' unsurunun ihlaline yol açabilecektir (7).

Kanun'un 64'üncü maddesi gereği, "*Vücut bütünlüğünü sağlamak amacıyla yapılan ve iş kazası ile meslek hastalığına, kazaya, hastalıklara veya konjenital nedenlere bağlı olarak ortaya çıkan durumlarda yapılacak sağlık hizmetleri dışında estetik amaçlı yapılan her türlü sağlık hizmeti ile estetik amaçlı ortodontik diş tedavileri*" kurumca finansmanı sağlanmayacak sağlık hizmetlerinden sayılmıştır. Sağlık kurulu raporlarıyla tespit edilmek şartıyla bazı endikasyonlar dahilinde kemik içi implant ücretlerinin ve 18 yaşını doldurmamış kişilerin estetik amaçlı olmayan ortodontik diş tedavilerinin Sosyal Güvenlik Kurumunca karşılanabileceği düzenlenmiştir (20).

Değerlendirme

Estetik uygulamalar, genel ve ortak gereksinmeleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarım sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli faaliyetlerden olmadığı için kamu hizmeti niteliği taşımamaktadır. Ayrıca bu uygulamaların, kişilerin ve toplumların sağlıklarını korumak, hastalandıklarında tedavi etmek, tam olarak iyileşemeyip sakat kalanları başkalarına bağımlı olmadan yaşayabilmeleri için rehabilite etmek ve toplumların sağlık düzeyini yükseltebilmek amacıyla yapılan çalışmalar olarak tanımlanan sağlık hizmeti olarak da nitelendirilmesi mümkün değildir. Kamu hizmeti ve sağlık hizmeti niteliği taşımayan estetik uygulamalar, 5510 Sayılı Kanun'un 64'üncü maddesi gereği, finansmanı sağlanmayacak olsa da bir sağlık hizmeti olarak nitelendirilse de sağlık hizmeti olarak kabul edilmesi mümkün görünmemektedir.

Diş hekimliğinin estetik dışı müdahaleleri ise ağız ve diş sağlığını ilgilendirdiği için hem kamu hizmeti hem de sağlık hizmeti olarak kabul edilmelidir.

GEREÇ VE YÖNTEMLER

Trakya Üniversitesi Tıp Fakültesi Bilimsel Araştırmalar Etik Kurulunun 13.04.2020 tarih ve 07/05 Karar No'lu izni ile Türkiye Cumhuriyeti Yargıtay Başkanlığı'nın, karar tarihi itibariyle 1 Ocak 2011-31 Aralık 2019 tarihleri arasındaki estetik uygulamalarla ilgili kararları https://karararama.yargitay.gov.tr adresinden çalışmaya dahil edildi.

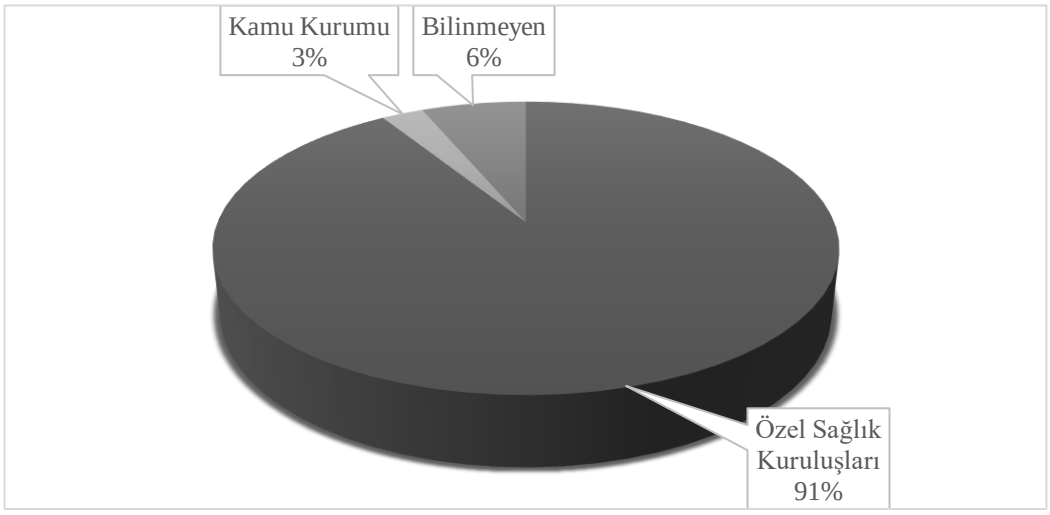
Yargıtay'ın estetik uygulamalarla ilgili kararlarındaki veriler, retrospektif olarak sayı, yüzde, ortalama gibi tanımlayıcı istatistikler kullanılarak incelendi. Bu amaçla Yargıtay kararları, içeriğinden anlaşılabildiği kadarıyla; esas yılına göre olgu sayıları, estetik uygulamanın yapıldığı sağlık kurumunun türü, uygulamayı yapan branş, branşlara göre yapılan estetik uygulamaların türleri, davanın açıldığı yerel mahkeme türü, yerel mahkeme kararı, yerel karara esas alınan bilirkişi raporu olup olmadığı, varsa bu rapora göre hekime atfedilir kusurun olup olmadığı ve raporların hangi kurumca düzenlendiği, birden fazla bilirkişi raporu varsa bunların birbirileriyle tutarlı olup olmadığı, Yargıtay'ın ve yerel mahkemenin hekim-hasta arasındaki sözleşmeye yaklaşımı, Yargıtay'ın yerel mahkeme kararlarına etkisi (bozma veya onama), bozma kararlarında bozma sebebi, sayı, yüzde ve ortalama gibi tanımlayıcı istatistiklerle değerlendirilecektir.

Çalışmamızda; T.C. Yargıtay Başkanlığı resmi internet sitesi üzerinden 3. ve 15. Hukuk Daireleri filtresi ile "hekim kusuru", "doktor hatası", "tedavi kusuru" ve "hekim sorumluluğu" anahtar kelimeleri kullanılarak ulaştığımız Yargıtay kararlarının, karar tarihi 2011 yılı ile 2019 yılları arasında olan ve çalışmamız için belirlediğimiz koşullara uygun kararlar çalışma kapsamına alınmıştır. Her ne kadar bahsi geçen tarihler arasında estetik uygulamalara ilişkin 82 tane Yargıtay kararı bulunmuş olsa da 4 tane karar, yeteri bilgi içermemesi nedeniyle çalışmamıza dahil edilmemiştir.

BULGULAR

Türkiye Cumhuriyeti Yargıtay Başkanlığının, karar tarihi itibariyle 1 Ocak 2011-31 Aralık 2019 tarihleri arasındaki estetik uygulamalara ilişkin 78 kararı çalışmaya dahil edildi.

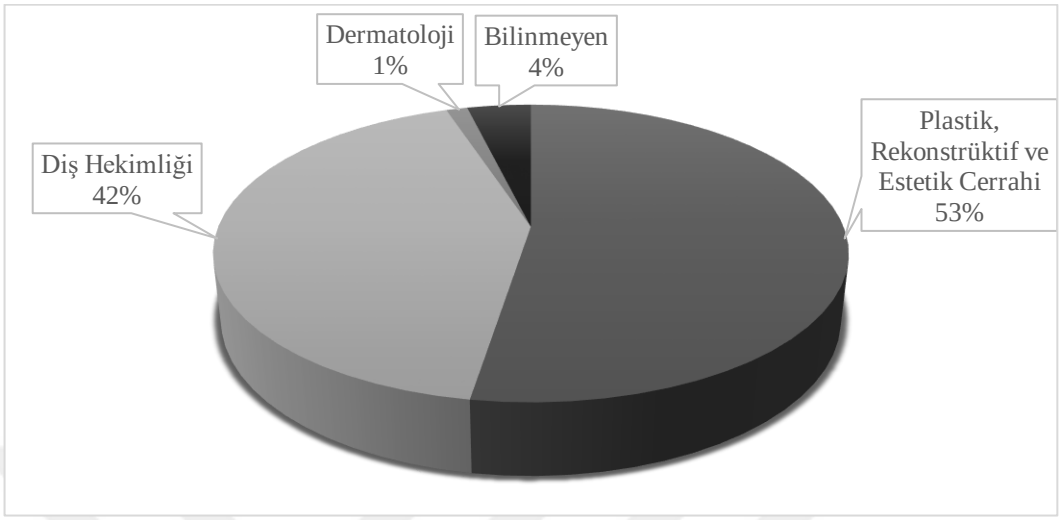
İncelediğimiz bazı Yargıtay kararlarında estetik uygulamaların ne tür bir sağlık kuruluşunda yapıldığına dair ibare olmasa da tarafların belli bir ücret üzerinde anlaşmış olmalarından hareketle olayın özel sağlık kuruluşunda geçtiği çıkarımı yapılmıştır. Yargıtay'a intikal eden estetik girişimlerin %91 oranında özel sağlık kuruluşlarında (71 olgu), %3'ünün kamu kurumlarında (2 olgu) icra edildiği görüldü. Estetik uygulamaların yapıldığı sağlık merkezlerinin dağılımı Şekil 1'de gösterilmiştir.



Şekil 1. Başvurulan sağlık merkezine göre olguların dağılımı

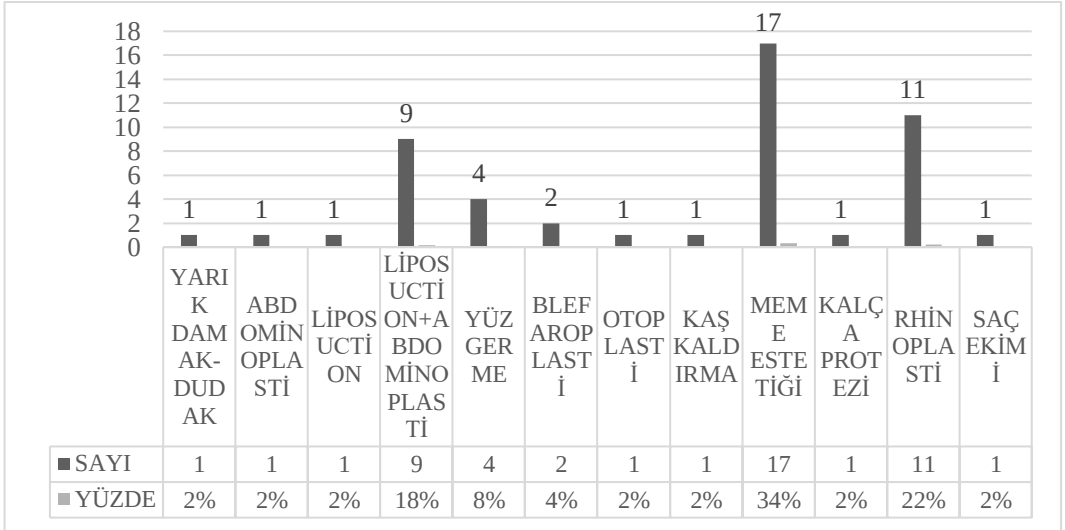
Hatalı estetik uygulama iddiası ile hakkında dava açılan hekimlerin uzmanlık alanların incelendiğinde; %53'ünün Plastik, Rekonstrüktif ve Estetik Cerrah (41 olgu), %42'sinin Diş

Hekimi (33 olgu), %1'inin Dermatolog (1 olgu) olduğu görüldü. Uygulamayı yapan hekimlerin uzmanlık alanlarına göre dağılımı Şekil 2'de gösterilmiştir.



Şekil 2. Uygulamayı yapan hekimlerin uzmanlık alanlarına göre dağılımı

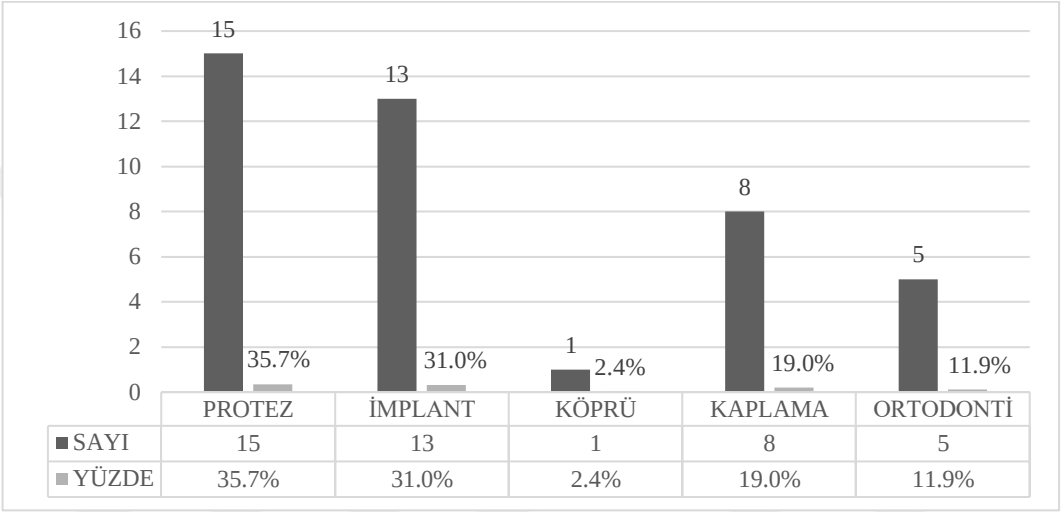
Plastik, Rekonstrüktif ve Estetik Cerrah tarafından estetik girişim yapılan 41 olgunun %19,5'ine (8 olgu) aynı hekim tarafından birden fazla, farklı estetik girişimlerde bulunulduğu ve bu sebeple de olgu sayısı 41 olsa da yapılan estetik girişim sayısının 55 olduğu, bunların da %90,9'unun (50 girişim) dava konusu edildiği görüldü. Uyuşmazlık konusu estetik girişimler incelendiğinde; %34 ile Meme Estetiğinin ilk sırada yer aldığı, bunu %22 ile Rhinoplasti ve %18 ile Liposuction-Abdominoplasti ameliyatlarının izlediği görüldü. Dava konusu edilen Plastik Cerrahi girişimlerinin dağılımı Şekil 3'te gösterilmiştir.



	YARIK DAMAK-DUDAK	ABDOMİNOPLASTİ	LİPOSUCTİON	LİPOSUCTİON+ABDOMİNOPLASTİ	YÜZGERME	BLEFAROPLASTİ	OTOPLASTİ	KAŞ KALDIRMA	MEME ESTETİĞİ	KALÇA PROTEZİ	RHİNOPLASTİ	SAÇ EKİMİ
SAYI	1	1	1	9	4	2	1	1	17	1	11	1
YÜZDE	2%	2%	2%	18%	8%	4%	2%	2%	34%	2%	22%	2%

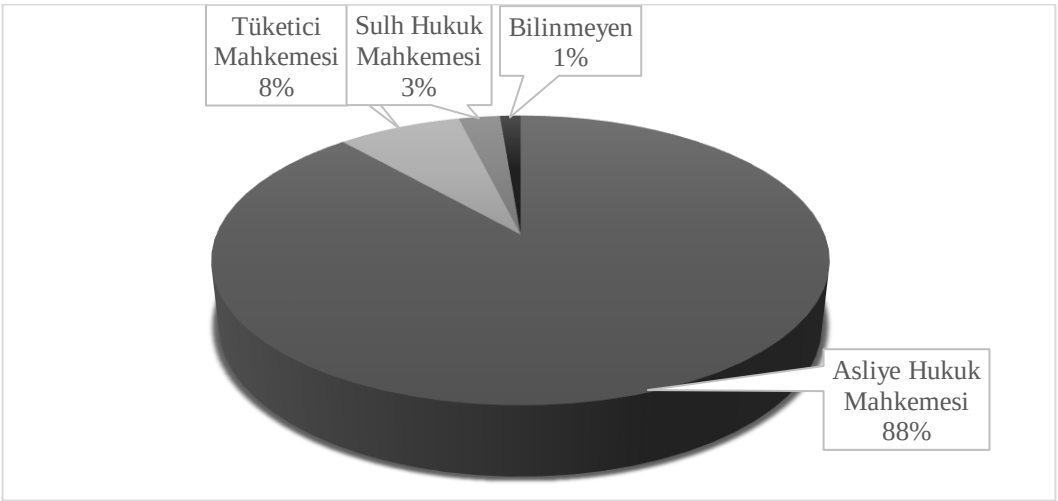
Şekil 3. Dava konusu edilen Plastik Cerrahi girişimlerinin dağılımı

Diş hekimi tarafından estetik girişim yapılan 33 olgudan %39,4'üne (13 olguya) aynı hekim tarafından birden fazla, farklı girişimlerde bulunulduğu ve bu sebeple olgu sayısı 33 olsa da yapılan girişim sayısının 48 olduğu, bunların da %87,5'inin (42 girişim) dava konusu edildiği görüldü. Uyuşmazlık konusu 42 diş hekimliği girişimi incelendiğinde; %35,7 ile Protez uygulamasının ilk sırada yer aldığı, bunu %31 ile İmplant ve %19 ile Kaplama uygulamalarının izlediği görüldü. Dava konusu edilen Diş Hekimliği girişimlerinin dağılımı Şekil 4'te gösterilmiştir.



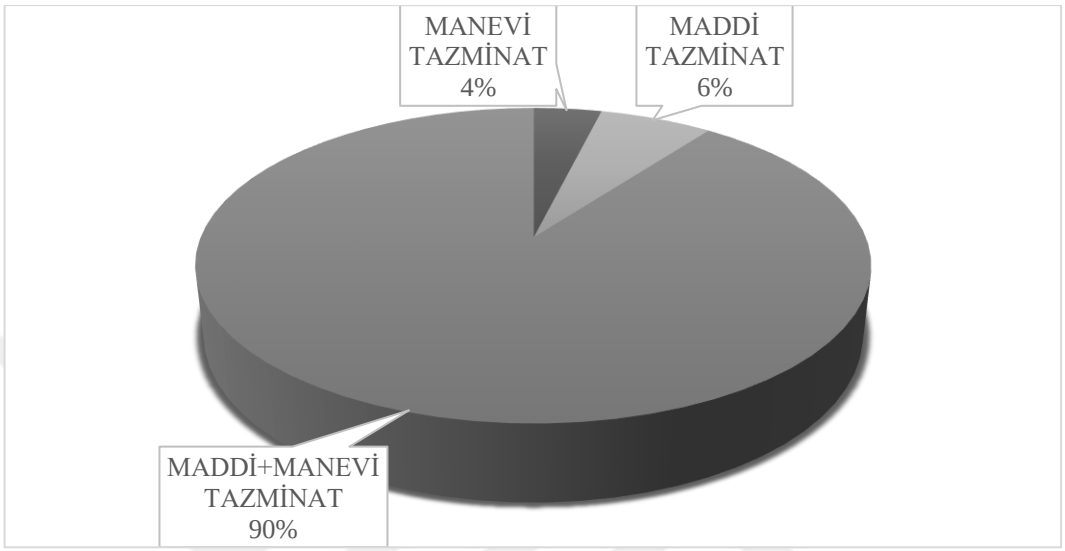
Şekil 4. Dava konusu edilen Diş hekimliği girişimlerinin dağılımı

Davanın açıldığı ve kararın verildiği yerel mahkeme çeşitlerine göre olgular incelendiğinde; davaların %88'inin (69 dava) Asliye Hukuk Mahkemelerinde açıldığı ve bunu %8 ile Tüketici Mahkemelerinin (6 dava) ve %2 ile Sulh Hukuk Mahkemelerinin (2 dava) izlediği görüldü. Davanın açıldığı yerel mahkemelerin dağılımı Şekil 5'te gösterilmiştir.



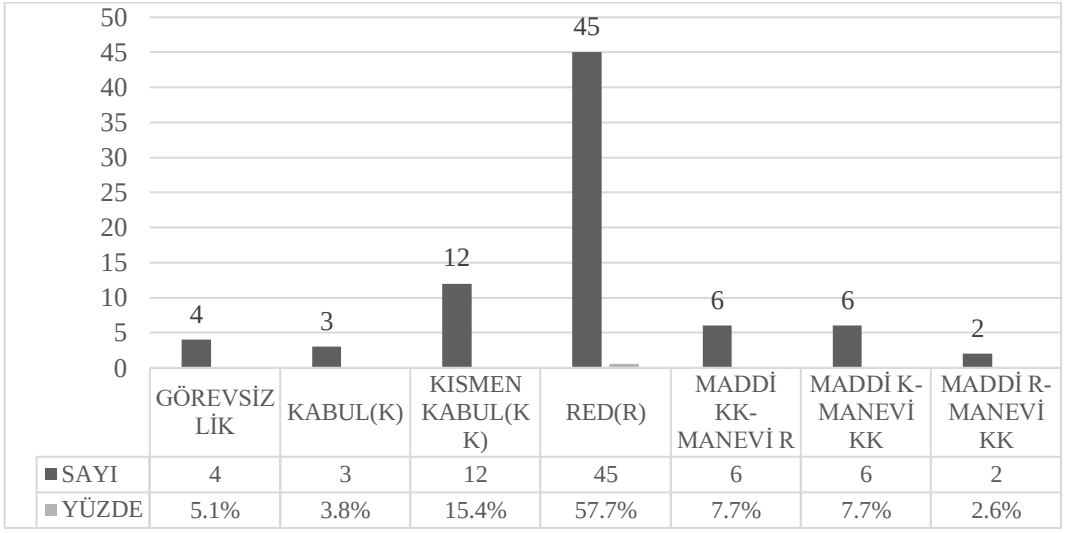
Şekil 5. Davanın açıldığı yerel mahkemelere göre dağılım

Yerel mahkemede davacıların; %90'ının hem maddi hem de manevi tazminat (70 dava), %6'sının sadece maddi tazminat (5 dava), %4'ünün sadece manevi tazminat (3 dava) istemiyle dava açtığı görüldü. Yerel mahkemede açılan davalardaki tazminat istemlerinin dağılımı Şekil 6'da gösterilmiştir.



Şekil 6. Davacıların tazminat istemlerinin dağılımı

Yerel mahkeme kararları incelendiğinde; açılan davaların %57,7'sinde (45 dava) davacının istemlerinin tamamının reddedildiği, %15,4'ünde (12 dava) istemlerin kısmen kabul edildiği görüldü. Yerel mahkeme kararlarının dağılımı Şekil 7'de gösterilmiştir.



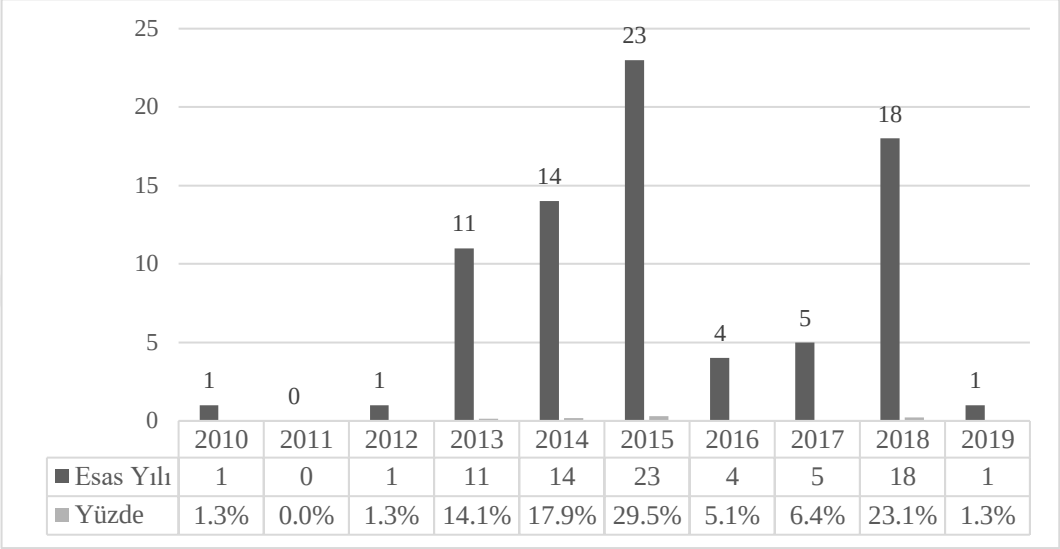
	GÖREVSİZLİK	KABUL(K)	KISMEN KABUL(KK)	RED(R)	MADDİ KK-MANEVİ R	MADDİ K-MANEVİ KK	MADDİ R-MANEVİ KK
SAYI	4	3	12	45	6	6	2
YÜZDE	5.1%	3.8%	15.4%	57.7%	7.7%	7.7%	2.6%

K: Kabul KK: Kısmen Kabul R: Red

Şekil 7. Yerel mahkeme kararlarının dağılımı

Çalışmamıza dahil edilen kararlar, Yargıtay'ın karar tarihine göre seçilmiş olsa da yıllara göre olgu sayısı incelemesinde, olgunun temyiz edildiği (Yargıtay'a intikal ettirildiği) yılı

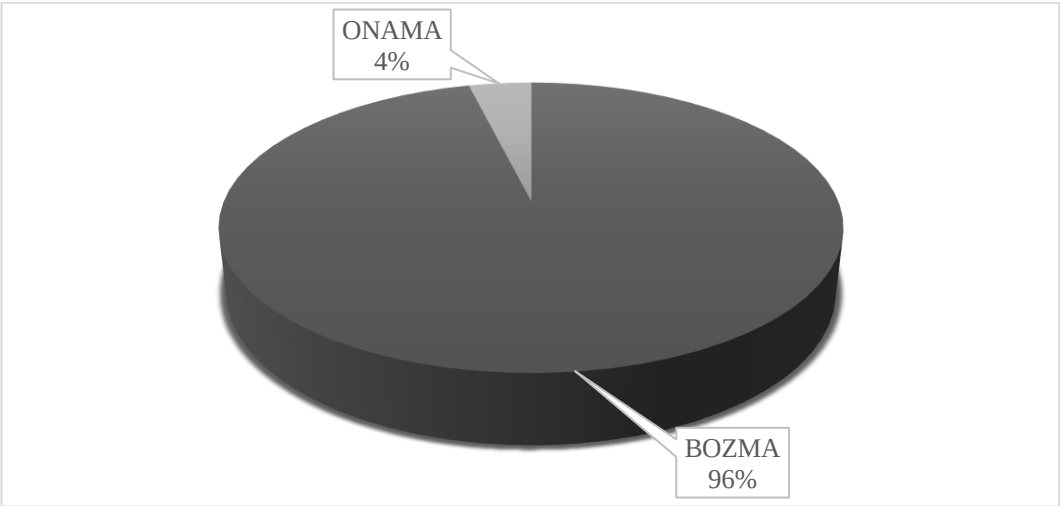
gösteren esas tarihinin daha fazla önem arz edeceği düşünüldü. Bu yüzden 01.01.2011 tarihi itibariyle verilen kararlar çalışmamıza dahil edilse de dava, bu tarihten daha önce temyiz edilmiş olabilmektedir. Davaların, %29,5 ile en çok 2015 yılında temyiz edildiği, bunu sırasıyla %23,1 ile 2018, %17,9 ile 2014 ve %14,1 ile 2013 yıllarının izlediği görüldü. Temyiz edilen yıllara göre olguların dağılımı Şekil 8'de gösterilmiştir.



	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Esas Yılı	1	0	1	11	14	23	4	5	18	1
Yüzde	1.3%	0.0%	1.3%	14.1%	17.9%	29.5%	5.1%	6.4%	23.1%	1.3%

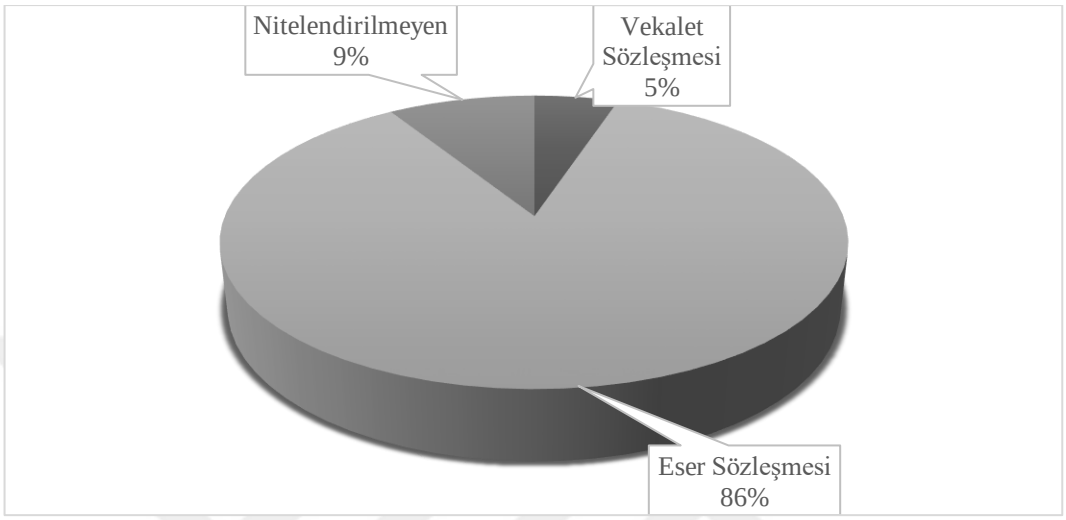
Şekil 8. Temyiz edilen yıllara göre olguların dağılımı

Her ne kadar yerel mahkeme kararlarının %57,7'sinde davacının istemleri reddedilmiş ve hekim lehine karar verilmiş olsa da Yargıtay tüm yerel mahkeme kararlarının %96'sının (75 karar) bozulması yönünde karar vermiştir. Yargıtay kararlarının dağılımı Şekil 9'gösterilmiştir.



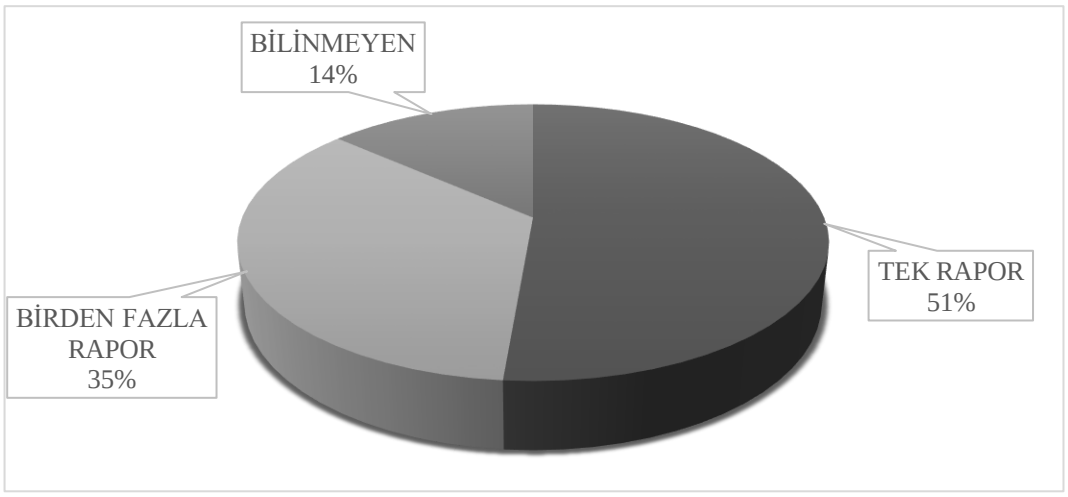
Şekil 9. Yargıtay kararlarının dağılımı

Yargıtay'ın, kararlarının %86'sında hekim-hasta arasındaki sözleşmeye eser sözleşmesi (67 dava), %5'inde de vekalet sözleşmesi (4 dava) yaklaşımını benimsediği görüldü. Yargıtay'ın hekim-hasta arasındaki sözleşmeyi nasıl nitelendirdiğinin dağılımı Şekil 10'da gösterilmiştir.



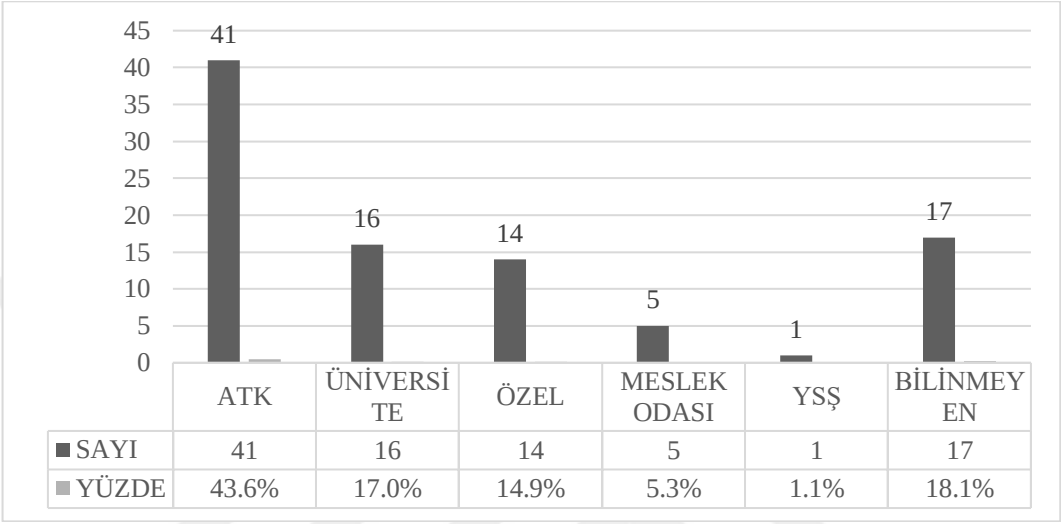
Şekil 10. Yargıtay'ın hekim-hasta arasındaki sözleşmeyi nitelendirmesi

Yargıtay kararlarında geçen bilirkişi görüşleri incelendiğinde; 4 olguda yerel mahkeme, davayı görevsizlik kararı vererek usulden reddettiğinden esasa ilişkin incelemenin yapılmadığı ve bu sebeple bilirkişi görüşü alınmadığı, kalan 74 olgunun %51'inde (38 olgu) tek bilirkişi raporu, %35'inde birden fazla bilirkişi raporu (26 olgu) olduğu, kalan %14'ünde ise bilirkişi raporu alınıp alınmadığına dair bilgi olmadığı (10 olgu) görüldü. Bilirkişi rapor sayılarına göre olguların dağılımı Şekil 11'de gösterilmiştir.



Şekil 11. Bilirkişi rapor sayısı dağılımı

Bilirkişi görüşü alındığı bilinen 64 olguda toplamda 94 bilirkişi raporu tespit edilmiştir. Bilirkişi raporlarının kurumlara göre dağılımı incelendiğinde; %43,6'sının Adli Tıp Kurumu tarafından düzenlendiği, bunu %17,9 ile Üniversitelerin ve %14,9 ile Özel Bilirkişilerin izlediği, %18,1'inin ise hangi kurum tarafından düzenlendiğine dair bilgiye ulaşılamadığı görüldü. Tüm bilirkişi raporlarının kurumlara göre dağılımı Şekil 12'de gösterilmiştir.

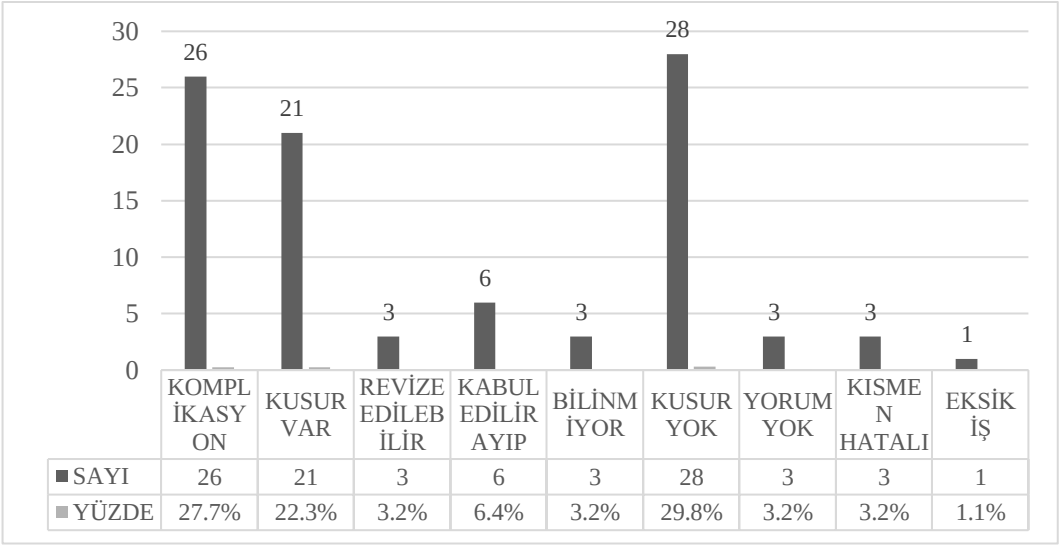


	ATK	ÜNİVERSİTE	ÖZEL	MESLEK ODASI	YSŞ	BİLİNMEYEN
SAYI	41	16	14	5	1	17
YÜZDE	43.6%	17.0%	14.9%	5.3%	1.1%	18.1%

ATK: Adli Tıp Kurumu
YSŞ: Yüksek Sağlık Şurası

Şekil 12. Tüm bilirkişi raporlarının kurumlara göre dağılımı

Bilirkişi raporlarının sonuçları değerlendirildiğinde; %29,8'inde hekime atfedilir kusur bulunmadığı, %27,7'sinde meydana gelen zararın bir komplikasyon olduğu ve %22,3'ünde hekimin kusurlu bulunduğu görüldü. Tüm bilirkişi raporlarının sonuçlarına göre dağılımı Şekil 13'te gösterilmiştir.

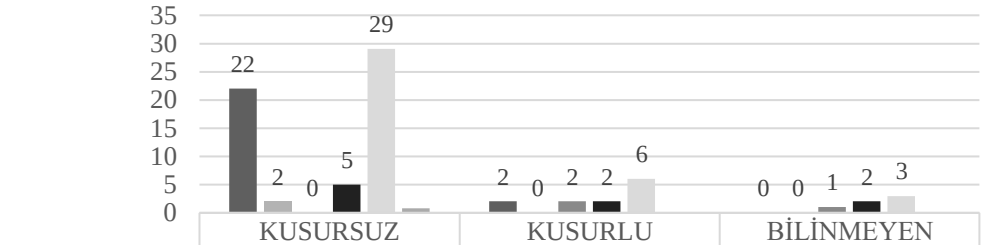


	KOMPLİKASYON	KUSUR VAR	REVİZE EDİLEBİLİR	KABUL EDİLİR AYIP	BİLİNMİYOR	KUSUR YOK	YORUM YOK	KISMEN HATALI	EKSİK İŞ
SAYI	26	21	3	6	3	28	3	3	1
YÜZDE	27.7%	22.3%	3.2%	6.4%	3.2%	29.8%	3.2%	3.2%	1.1%

Şekil 13. Tüm bilirkişi raporlarının sonuçlarına göre dağılımı

Bilirkişi raporlarının kısmen hatalı ve eksik iş doğrultusundaki sonuçları hekimin kusurlu olduğu; komplikasyon doğrultusundaki sonuçları hekimin kusurlu olmadığı şeklinde yorumlanmıştır. Kabul edilebilir ayıp ve revize edilebilir olduğuna yönelik sonuçların ise bir kısmı hekimin kusurlu, bir kısmı da kusursuz olduğu doğrultusunda yorumlanmıştır. Bu ayrım yapılırken raporda ayrıca hekimin kusuru olmadığı ya da gelişen durumun komplikasyon olduğuna yönelik ibareler kullanılmışsa hekimin kusuru bulunmadığı, buna yönelik ibareler kullanılmamışsa hekimin kusurlu olduğu kabulüyle hareket edilmiştir.

Tek bilirkişi raporu bulunan 38 olguda rapor sonuçları hekimin kusurlu olup olmamasına göre değerlendirildiğinde; %76,3'ünde hekimin kusursuz bulunduğu, %15,8'inde ise hekimin kusurlu bulunduğu görüldü. Tek bilirkişi raporu bulunan olguların rapor sonuçlarının hekimin kusurlu olup olmamasına göre dağılımı Şekil 14'te gösterilmiştir.

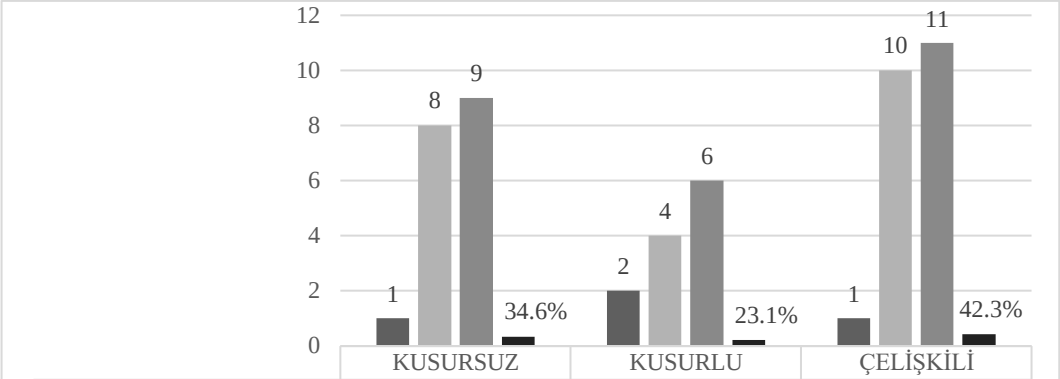


	KUSURSUZ	KUSURLU	BİLİNMEYEN
ATK	22	2	0
ÜNİVERSİTE	2	0	0
ÖZEL	0	2	1
BİLİNMEYEN	5	2	2
TOPLAM	29	6	3
YÜZDE	76.3%	15.8%	7.9%

ATK: Adli Tıp Kurumu

Şekil 14. Tek bilirkişi raporu bulunan olguların rapor sonuçlarının dağılımı

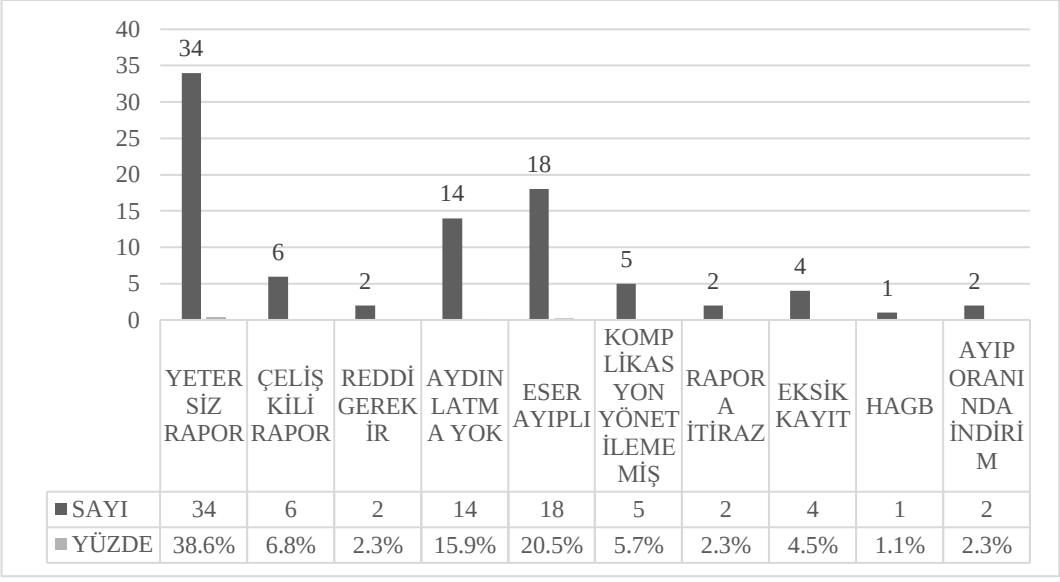
Birden fazla bilirkişi raporu bulunan 26 olgunun %85'inde (22 olgu) iki; %15'inde (4 olgu) üç bilirkişi raporu olduğu görüldü. Rapor sonuçları hekimin kusurlu olup olmamasına göre değerlendirildiğinde; %42,3'ünde raporların çelişkili olduğu, çelişkinin yüksek oranda iki bilirkişi raporlu olgularda (10 olgu, %91) olduğu, %34,6'sında hekimin kusursuz, %23,1 kusurlu bulunduğu görüldü. Birden fazla bilirkişi raporu bulunan olguların rapor sonuçlarının hekimin kusurlu olup olmamasına göre dağılımı Şekil 15'te gösterilmiştir.



	KUSURSUZ	KUSURLU	ÇELİŞKİLİ
ÜÇ RAPORLU VAKALAR	1	2	1
İKİ RAPORLU VAKALAR	8	4	10
TOPLAM	9	6	11
YÜZDE	34.6%	23.1%	42.3%

Şekil 15. Birden fazla bilirkişi raporu bulunan olguların rapor sonuçlarının dağılımı

Yargıtay'ın bozma kararı verdiği 75 davada, bir ve birden fazla bozma gerekçesi tespit edildiğinden toplam bozma gerekçe sayısının 88 olduğu görüldü. Tüm bozma gerekçeleri (88 gerekçe) incelendiğinde gerekçelerin; %38,6'sının bilirkişi raporlarının yetersizliği, %20,5'inin eserin ayıplı olması, %15,9'unun hastanın aydınlatılmaması, %6,8'inin ise bilirkişi raporlarındaki çelişki olduğu görüldü. Yargıtay'ın yerel mahkeme kararlarını bozma gerekçelerinin dağılımı Şekil 16'da gösterilmiştir.



	YETERSİZ RAPOR	ÇELİŞKİLİ RAPOR	REDDİ GEREKİR	AYDINLATMA YOK	ESER AYIPLI	KOMPLİKASYON YÖNETİLEMEMİŞ	RAPORA İTİRAZ	EKSİK KAYIT	HAGB	AYIP ORANINDA İNDİRİM
SAYI	34	6	2	14	18	5	2	4	1	2
YÜZDE	38.6%	6.8%	2.3%	15.9%	20.5%	5.7%	2.3%	4.5%	1.1%	2.3%

HAGB: Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması

Şekil 16. Yargıtay'ın yerel mahkeme kararlarını bozma gerekçelerinin dağılımı

Bilirkişi raporunun bulunduğu 64 olguda bilirkişi görüşü, yerel mahkeme ve Yargıtay kararları karşılaştırıldığında; hekimin bilirkişi raporu doğrultusunda kusursuz bulunduğu 37 davanın %86,5'inde yerel mahkemenin tazminat istem(ler)ini reddettiği, Yargıtay'ın ise

tamamında bozma kararı verdiği, hekimin bilirkişi raporu doğrultusunda kusurlu bulunduğu 13 davanın %76,9'unda ise yerel mahkemenin tazminat istem(ler)ini kısmen de olsa kabul ettiği, Yargıtay'ın ise yerel mahkeme kararlarının %92,3'ünü bozduğu görüldü. Bilirkişi görüşüne göre yerel mahkeme ve Yargıtay'ın ne yönde karar verdikleri Tablo 1'de gösterilmiştir.

Tablo 1. Bilirkişi görüşü ile yerel mahkeme ve Yargıtay kararlarının karşılaştırılması

	Bilirkişi Görüşü	**Yerel Mahkeme Kararı**				**Yargıtay Kararı**	
		Kabul	**Kısmen**	**Ret**	**Bilinmeyen**	**Bozma**	**Onama**
Kusursuz	37	1 (%2,7)	4 (%10,8)	32 (%86,5)	0 (%0,0)	37 (%100)	0 (%0,0)
Kusurlu	13	0 (%0,0)	10 (%76,9)	2 (%15,4)	1 (%7,7)	12 (%92,3)	1 (%7,7)
Bilinmeyen	3	0 (%0,0)	3 (%100)	0 (%0,0)	0 (%0,0)	3 (%100)	0 (%0,0)
Çelişkili	11	0 (%0,0)	2 (%18,2)	8 (%72,7)	1 (%9,1)	11 (%100)	0 (%0,0)

TARTIŞMA

Çalışmamıza dahil edilen Yargıtay kararlarının %91'inde estetik girişimler, özel sağlık kuruluşlarında icra edilmiştir. Bu durumun ortaya çıkmasında kamuya ait sağlık kuruluşlarında tıbbi gereklilik arz eden estetik dışı girişimlerin daha fazla yapılması ve bu sebeple de salt güzelleştirme amaçlı estetik girişimlere yeteri zamanın ayrılamamasının yattığı düşünülmüştür.

Her ne kadar 5510 sayılı Kanun'un 64'üncü maddesi gereği salt güzelleştirme amaçlı yapılan estetik girişimler ile diş hekimliğinin ortodontik ve kemik içi implant girişimlerinin, kamu kurumlarında dahi finansmanı karşılanmayacak olsa da bu hizmetler sunulurken kamu kurumlarının yüksek kar elde etme amacı bulunmamaktadır (20). Buna karşın bu hizmetlerin özel sağlık kuruluşlarında çok daha yüksek ücretler karşılığında sunulması, hastanın bu hizmetlerden olan beklentisini de arttırmaktadır.

Dermatologlar tarafından çok sayıda estetik girişim yapılıyor olsa da olguların sadece %1'inde girişimin Dermatolog tarafından yapıldığı görüldü. Dermatologlar tarafından yapılan estetik girişimlere ilişkin uyuşmazlıkların sayıca azlığının, dermatolojik girişimlerin sonuçlarının, cerrahi girişimlere ve diş hekimliği uygulamalarına göre daha kolay geri döndürülebilir nitelikte olmasından (dolgu, botoks gibi) ve meydana gelen zararların ya da komplikasyonların daha az olmasından kaynaklandığı düşünüldü.

Plastik, Rekonstrüktif ve Estetik Cerrahi olgularını en sık %34 ile meme estetiği, sonrasında %22 ile burun estetiği ve %22 ile de abdominoplasti ve/veya liposuction ameliyatlarının oluşturduğu görülmektedir.

1995-2009 yılları arasında İngiltere'de NHSLA (National Health Service Litigation Authority) tarafından Plastik Cerrahi olgularının değerlendirildiği bir çalışmada da en çok

uyuşmazlığın meme estetiğine ve bunların da en çok meme küçültme ameliyatlarına ilişkin olduğunu tespit etmişlerdir (31).

2009-2015 yılları arasında Amerika'da Westlaw hukuk veri tabanından elde edilen plastik cerrahi vakalarına ilişkin jüri kararlarının ve uzlaşma raporlarının incelendiği bir çalışmada ise %34,4 ile meme estetiğinin ilk sırada yer aldığı, bunu %18,3 ile liposuction operasyonunun izlediğini belirtmişlerdir (30).

2013-2017 yılları arasında ülkemizde estetik girişimlere ilişkin Yargıtay kararlarının incelendiği bir çalışmada olguların %30,9'unun lazer epilasyon, %24,7'sinin meme estetiği, %14,8'inin burun estetiğine ilişkin kararlar olduğu görülse de lazer epilasyonu uygulayıcılarının çoğunun hekim olmaması nedeniyle bu kararlar çalışmamıza dahil edilmemiştir (28). Bunun dışındaki veriler çalışmamızla uyumlu bulunmuştur.

Birçok ülkede olduğu gibi ülkemizde de estetik girişimlere ilişkin uyuşmazlıklarda meme estetiği ilk sırada yer almaktadır. ISAPS raporuna göre 2019 yılı içerisinde ülkemizde en çok sayıda yapılan estetik girişimlerin; 106.401 ile meme estetiği, 60.654 ile liposuction (41.847) ve abdominoplasti (18.807), 61495 ile burun estetiği olduğu göz önüne alındığında yapılan girişim sayısı ile Yargıtay'a intikal eden dava sayısının uyumlu olduğu görüldü (29). Her ne kadar ISAPS raporunda liposuction ve abdominoplasti ameliyatları sayıca ayrı hesaplanmış olsa da çalışmamızda olduğu gibi her iki girişiminin tek seferde yapıldığı hastalar göz önüne alındığında bu sayı azalabilecektir.

Estetik girişimlerden en çok yapılan ve aynı zamanda en çok uyuşmazlığa konu olan meme estetiği incelendiğinde; ISAPS raporuna göre 2019 yılında ülkemizde yapılan meme estetiklerinin %43,1'inin meme büyütme, %23,5'inin meme küçültme ameliyatı olmasına rağmen, çalışmamızdaki meme estetiği olgularının %41,2'sinin ise meme büyütme, %47,1'inin meme küçültme ameliyatları olduğu görüldü. Meme büyütme ameliyatlarında bir korelasyon olsa da yapılan meme küçültme ameliyatlarının oranına (%23,5) göre bu ameliyatlarda meydana gelen uyuşmazlıkların oranının (%47,1) oldukça fazla olduğu görüldü.

Meme büyütme ameliyatlarında nispeten daha az kesi ile protezin yerleştirilmesinden ibaret olan işlemler yapıldığından uygulanan girişim oranı ile meydana gelen uyuşmazlık arasındaki bu korelasyon normal karşılanmıştır. Buna karşın meme küçültme ameliyatlarında meme dokusunun yanında meme cildinin bir kısmının da alındığı ve serbestleştirilen meme

başının hacim olarak küçültülen memeye uygun bir anatomik ve estetik bölgeye taşındığı bilinmektedir. Bu yüzden meme küçültme ameliyatlarında meme dokusu alınan bölgede kanama kontrolünün yeterince sağlanamamasından ötürü hematom gelişmesi, her iki meme dokusunun eşit miktarda alınmaması nedeniyle asimetri görülmesi, meme cildi üzerinde daha fazla sayıda kesi olması veya cildin, alınan meme dokusuna göre daha fazla kısaltılabilmesi sonucu gergin yara dudakları nedeniyle yara izinin kalması veya serbestleştirilen meme başının taşındığı yerin gereğinden fazla yukarıda veya aşağıda olması gibi komplikasyonlar gelişebilmektedir. Bu sebeplerle meme küçültme ameliyatlarının, meme büyütmeye göre daha fazla oranda uyuşmazlık konusu olmasının nedeninin meme küçültme işlemi sırasında daha fazla komplikasyon gelişebilme ihtimali olduğu düşünüldü.

Çalışmamıza dahil edilen diş hekimliği olgularına ilişkin Yargıtay kararlarının %35,7'sinin protez, %31'inin implant uygulamalarına ilişkin olması bunların, diğer diş hekimliği girişimlerine göre daha fazla diş etine ve/veya çene kemiklerine yönelik olmasından kaynaklandığı düşünülmektedir. Protetik uygulamalar, görece daha pahalı olmaları ve diş teknisyeninin de dahil olduğu kompleks bir tedavi süreci içermesi, hastaların tedaviye dair yüksek beklentilerinin olması ve proteze alışmalarını zorlaştıran psikolojik faktörlerin varlığı ile beğeni problemleri gibi konulardan dolayı daha yüksek oranda dava konusu edilmektedir (32, 33). Uygunsuz yapılan protezler, kullanımı zorlaştırıp, çiğneme konforunu bozacağından ve diş etlerinde ağrı, şişme gibi yakınmalara sebep olacağından protez girişimlerindeki memnuniyetsizlik daha fazla olabilecektir. Nitekim diş hekimliğinde tıbbi uygulama hatalarının değerlendirildiği bir çalışmada da en çok şikayet konusu olan uygulamaların, %57,3 oranla protetik diş tedavileri olduğu belirtilmiştir (32).

Protetik uygulamalarda, protez imalinin yanında çalışan, ifa yardımcısı olan diş teknisyenine bırakılması durumunda, diş teknisyeninin kusurunun varlığı halinde diş hekiminin, doğrudan Türk Borçlar Kanunu'nun 112. maddesindeki sözleşmeye aykırılık hükümleri gereği sorumluluğuna gidilebileceği gibi kanunun 116. maddesi gereği yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerine de gidilebilecektir (25). Davanın TBK m. 116'ya dayanması halinde, diş hekimi ancak borcu kendisi ifa etse idi dahi aynı zararın ortaya çıkacağını ve kendisinin de bundan sorumlu tutulamayacağını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilecektir (34). Protezin diş hekiminin muayenehanesinin dışında çalışan diş teknisyenleri ya da diş protez laboratuvarlarına yaptırılması durumunda alt yüklenici statüsündeki diş protez teknisyenleri ve diş protez laboratuvarı ile hasta arasında herhangi bir

sözleşme ilişkisi olmadığından; alt yüklenicinin kusuru nedeniyle, diş hekiminin sözleşmeden doğan edim borcunu tamamen ya da kısmen yerine getirememesi durumunda hastaya karşı sorumluluğu doğacak ve alt yükleniciyi seçme ve ona talimat vermede kusurunun olmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulması da söz konusu olamayacaktır (25).

Diş hekimliğinin, protez uygulamalarından sonra en çok Yargıtay'a intikal eden girişiminin implant uygulamaları olmasının nedeni ise diş etine ve çene kemiğine yönelik bir cerrahi girişim olması dolayısıyla komplikasyon geliştirmeye elverişli bir uygulama olmasından kaynaklandığı düşünülmüştür. İmplant uygulaması sırasında ağız içindeki yoğun bakteri florası nedeniyle enfeksiyon gelişmesi ve üst çeneye yönelik girişimlerde sinüslerin perfore edilmesi gibi komplikasyonlar meydana gelebilecektir. Bu sebeplerle diş hekimliğinin en invaziv girişimlerinde biri olan implant uygulamalarına ilişkin uyuşmazlıkların sayısının fazla olması oldukça beklenir bir durumdur.

Yerel mahkemede açılan davaların %88'i asliye hukuk mahkemelerinde açılmış olsa da %8'inin ise tüketici, %3'ünün sulh hukuk mahkemelerinde açıldığı görülmüş. 12.01.2011 tarihli, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda sorumluluk hukukuna ilişkin davaların sulh hukuk mahkemelerinde açılabileceğine ilişkin bir hüküm olmasa da önceki kanun olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 8/I'de, "…*mamelek hukukundan doğan değer veya miktarı beşmilyar lirayı geçmeyen…*" davaların sulh hukuk mahkemelerinde görüleceği hüküm altına alınmış. Çalışmamızda yerel mahkemenin, sulh hukuk mahkemesi olarak gösterildiği kararlar incelendiğinde, davaların yerel mahkemede 6100 sayılı kanunun yürürlüğe girdiği yıl olan 2011 yılından önce açıldığı ve dava değerlerinin 5000,00 TL'nin altında olduğu görülmüştür.

Ayrıca 07.11.2013 tarihli, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun yürürlüğe girmesiyle birlikte hatalı tıbbi uygulamalara ilişkin davalar, tüketici mahkemesinde de görülmeye başlanmıştır. Kanunda yapılan tüketici işlemi tanımına göre; "…*Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem…*" tüketici işlemi olarak kabul edilmiş (m. 3/1-l). Tıbbi uygulamalara ilişkin sözleşmeler eser veya vekalet sözleşmesi olarak kabul edildiğinden Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun uygulama alanı bulmuştur. Ancak bu

kanun gereği tüketiciye sunulan ayıplı hizmet hükümlerinin, tıbbi uygulamalara ilişkin uyuşmazlıklarda uygulanamayacağını savunan yazarlar bulunmaktadır (35).

Olgularımızın %90'ında davaların, maddi tazminat yanında manevi tazminat, %4'ünde ise sadece manevi tazminat istemiyle açıldığı görülmüştür. Bu durum manevi tazminatı önemli hale getirmektedir. Türk Borçlar Kanunu 56. maddesi gereği hâkimin, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebileceği ve ağır bedensel zarar veya ölüm halinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebileceği hüküm altına alınmıştır.

Olgularımızdan birine ait bir Yargıtay kararında ise hâkimin manevi tazminatın tutarını belirlerken, saldırı oluşturan eylem ve olayın özelliği yanında tarafların kusur oranını, sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate alması gerektiği belirtilmiştir[10].

Ayrıca 22.06.1966 tarihli, 7/7 sayılı Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun İçtihatları Birleştirme Kararında manevi tazminata ilişkin, "…*Hükmettiği meblağ, bir sadaka niteliği taşımamalı, kısmen de olsa bir manevi tatmin fonksiyonu ifa etmelidir. Mamafih diğer tarafın müzayaka haline düşmesine, onun mahvına da meydan vermemelidir.*

Esasen manevi tazminat, ne bir ceza, ne de gerçek manasında bir tazminattır. Ceza değildir; çünkü, davacının menfaati düşünülmeksizin, sorumlu olana hukukun ihlalinden dolayı yapılan bir kötülük değildir. Mamelek hukukuna ilişkin bir zararın karşılanmasını amaç edinmediği için de, gerçek manasında bir tazminat, mağdurda veya zarara uğrayanda bir huzur hissi, bir tatmin duygusu tevlit etmelidir (H. Becker, m. 47, No. 1)[11]" denilmiştir.

Çalışmamıza dahil edilen Yargıtay kararlarında yer alan tüm bilirkişi raporlarının %43,6'sının Adli Tıp Kurumu tarafından düzenlenmesi, Kurumun, adli bilirkişilik alanındaki önemini göstermektedir. 02.07.2018 tarihli, 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (KHK)[12] ile 14.04.1982 tarihli, 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanunu'nun birçok hükmü yürürlükten kaldırılmış ve ismi de aynı doğrultuda Adli Tıp Kurumu İle İlgili Bazı Düzenlemeler Hakkında

[10] Yargıtay 3. HD, E. 2013/9643, K. 2013/11928
[11] YIBHGK., E. 1966/7 K. 1966/7 T. 22.06.1966
[12] Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname

Kanun olarak değiştirilmiştir. Buna karşın Adli Tıp Kurumu Kanunu Uygulama Yönetmeliği hali hazırda yürürlükte olsa da yönetmeliğe dayanak olan kanun maddelerinin çoğu ile birlikte "Yönetmelikler" başlıklı 36. maddesinin de 703 sayılı KHK ile yürürlükten kaldırılmış olması karşısında, kanun maddelerinin uygulanması amacıyla düzenlenmiş olan bu Yönetmelik de hükümsüz olacaktır (36). Ancak Adli Tıp Kurumu konusundaki yasal eksiklik, 15.07.2018 tarihli, 4 sayılı Cumhurbaşkanı Kararnamesinin (CBK)[13] ilk 29 maddesiyle giderilmeye çalışılmıştır (36). 4 sayılı CBK gereği adalet işlerinde bilirkişilik görevi yapmak üzere Adalet Bakanlığına bağlı kurulan Adli Tıp Kurumunun (m. 2/1) görevlerinden en önemlisi de Mahkemeler, hâkimlikler ve savcılıklar ile Kurumun uygun gördüğü alanlarda kamu kurum ve kuruluşları tarafından gönderilen adli tıpla ilgili konularda bilimsel ve teknik görüş bildirmektir (m. 3/1-a). Adli Tıp Kurumu adli bilirkişilik görevini, taşra teşkilatlanmaları olan grup başkanlıkları ve şube müdürlükleri marifetiyle yapabileceği gibi bünyesinde bulunan ihtisas kurulları ve daireleri ile lüzumu halinde üst kurulları marifetiyle de yapabilecektir.

4 sayılı CBK'nın 16. maddesine göre Adli Tıp Üst Kurulu; adli tıp ihtisas kurulları ve ihtisas daireleri tarafından verilip de mahkemeler, hakimlikler ve savcılıklarca kapsamı itibariyle yeterince kanaat verici nitelikte bulunmayıp sebebi de belirtilmek suretiyle bildirilen işleri, adli tıp ihtisas kurullarınca oybirliğiyle karara bağlanmamış olan işleri, adli tıp ihtisas kurullarının rapor ve görüşleri arasındaki çelişkileri, adli tıp ihtisas kurulları ile ihtisas dairelerinin rapor ve görüşleri arasındaki çelişkileri, adli tıp ihtisas kurulları ile Adli Tıp Kurumu dışındaki sağlık kuruluşlarının heyet halinde verdikleri rapor ve görüşler arasında ortaya çıkan çelişkileri konu ile ilgili uzman üyelerin katılımıyla inceler ve kesin karara bağlar. Yani bir Yargıtay kararında[14] da belirtildiği üzere Adli Tıp Üst Kurulu tarafından adli bilirkişilik alanında bir rapor verildikten sonra bu raporun doğruluğunu denetleyecek adli bilirkişilik yapan başka bir organ ya da kurum bulunmamaktadır.

Tüm bunlar göz önünde bulundurulduğunda Adli Tıp Kurumunun, gerek adli tıpla ilgili farklı konularda uzmanlaşmış ihtisas daireleri ve kurulları vasıtasıyla bilimsel ve teknik görüş bildirmek üzere kurulmuş olması gerek de bünyesinde barındırdığı üst kurulun verdiği raporların doğruluğunu denetleyecek başka bir organ ya da kurumun bulunmaması nedeniyle mahkemeler, hakimlikler ve savcılıklarca daha çok tercih edildiği düşünülmüştür.

[13] Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar İle Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi
[14] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2012/1049, K. 2013/383

Buna karşın adalet işlerinde bilirkişilik yapmakla görevli Adli Tıp Kurumunun, yargılama ve infaz makamı olan Adalet Bakanlığı bünyesinde kurulmuş olması bile kurumun tarafsızlığına şüphe düşürmeye yetmektedir. Bu yüzden Adli Tıp Kurumunun, Sağlık Bakanlığı bünyesinde faaliyet göstermesinin daha uygun olacağı düşünülmektedir.

Adli Tıp Kurumu, Yüksek Sağlık Şurası ve üniversiteler tarafından düzenlenen bilirkişi raporlarının toplamda %61,7 oranında olduğu göz önüne alındığında çalışmamıza dahil edilen kararlardaki tüm bilirkişi raporların yarıdan fazlasının kamu kurumları tarafından düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Ayrıca tam anlamıyla bir kamu kurumu olmasa da kamu kurumu niteliğinde olan meslek odalarınca düzenlenen bilirkişi raporları da bulunmaktadır (37). Meslek odalarınca düzenlenen bilirkişi raporlarının %5,3 oranında olduğu hesaba katılırsa tüm bilirkişi raporlarının %67'sinin kamu kurumu ve kamu kurumu niteliğinde kurumlar tarafından düzenlendiği buna karşın sadece %14,9'unun özel bilirkişiler tarafından düzenlendiği görülmüştür. Bu durum mahkemeler, hakimlikler ve savcılıklarca kamu kurumu ve bu nitelikteki kurumların daha çok tercih edildiğini göstermektedir.

Tek bilirkişi raporunun olduğu olgularda bilirkişi raporu gereği hekimin kusursuz bulunma oranı %76,3 iken; birden fazla raporlu olgularda bu oran %34,6'dir. Hekimin kusursuz bulunma oranının birden fazla raporlu olgularda bariz az olmasının nedeninin, bilirkişi raporları doğrultusunda kusurlu bulunan hekimin ne oranda kusurlu olduğuna ve hastada ortaya çıkan zararın kapsamına ilişkin yeni rapora ihtiyaç duyulması olabileceği gibi somut olayın koşulları gereği hakim tarafından hekimin kusurlu olduğu kanaatine varılmasına rağmen bilirkişinin tersi yönde görüş bildirmesi veya davacının bilirkişi raporuna itiraz etmesi nedenleriyle dava dosyasının yeniden bilirkişi incelemesine gönderilmesi de olabileceği düşünüldü.

Birden fazla bilirkişi raporu bulunan olgularda, raporlar arasındaki çelişkinin %91 oranda iki bilirkişi raporlu olgularda görülmesi, iki bilirkişi raporlu olguların %85 gibi yüksek oranda bulunması karşısında anlamlı bulunmamıştır.

Estetik girişimlere ilişkin uyuşmazlıklarda çalışmamıza dahil edilen kararların %96'sında Yargıtay'ın bozma kararı vermiş olması, Yargıtay'ın hekim ile hasta arasındaki sözleşmeye yaklaşımını önemli hale getirmektedir. Bilirkişi görüşü gereği hekimin kusursuz bulunduğu 37 olgunun %86,5'inde yerel mahkemenin tazminat istemlerini reddetmesinden ve hekimin kusurlu bulunduğu 13 olgunun %76,9'unda ise tazminat istemlerini kabul etmesinden, yerel mahkemenin kusur sorumluluğu yaklaşımını benimsediği ve davaları eser sözleşmesi görüşü

çerçevesinde değerlendirmediği görülmektedir. Buna karşın Yargıtay'ın, yerel mahkemelerin kararlarının %96'sını bozmasından ve kararlarının %86'sında hekim-hasta arasındaki sözleşmeyi eser sözleşmesi olarak nitelendirmesinden eser sözleşmesi yaklaşımı benimsediği görülmektedir. Vekalet sözleşmesinde vekil, gördüğü iş nedeniyle sebep olduğu zarardan ancak kusurlu olduğu takdirde sorumlu olsa da (TBK. m. 506), eser sözleşmesinde yüklenici, kusursuz olsa bile teslim ettiği eserdeki ayıplardan sorumludur (TBK. m. 475) (10).

Çalışmamıza dahil edilen kararlarda Yargıtay'ın bozma gerekçelerinin, %38,6 oranla en sık yetersiz bilirkişi raporu olması da yerel mahkemenin ve Yargıtay'ın konuya yaklaşımının farklı olmasından kaynaklandığına şüphe bulunmamaktadır. Kusur sorumluluğu yaklaşımını benimseyen yerel mahkeme, muhtemelen bilirkişiden hekime atfedilir bir kusur bulunup bulunmadığı veya hatalı bir tıbbi müdahale olup olmadığı hususlarının aydınlatılmasını istemektedir. Sadece bu hususların aydınlatılmasının, eser sözleşmesine göre hüküm kurmaya elverişli olmadığı aşikardır. Nitekim Yargıtay, yetersiz rapor gerekçesiyle bozma kararı verdiği olgularda bilirkişi raporlarının nasıl olması gerektiğine ilişkin yol göstermekte ve hekimin ediminin sözleşmeye (eser sözleşmesi) uygun olup olmadığının aydınlatılmasını istemektedir. Sözleşmeye uygunluk değerlendirmesi yaparken de sırasıyla, eserin ayıplı olup olmadığı, eser ayıplı ise bu ayıbın kabul edilebilir ayıp olup olmadığı, kabul edilebilir bir ayıp ise ayıp oranının ne olduğu hususlarının tespit edilmesini istemektedir. Bunlar dışında bilirkişi raporlarında hastanın aydınlatılıp aydınlatılmadığına ilişkin tespitin yapılmamış olması ve bilirkişi heyetinde ilgili branştan bir hekimin yer almaması da eksiklik olarak görülmekte ve Yargıtay tarafından yetersiz rapor gerekçesiyle yerel mahkeme kararının bozulmasını gerektirmektedir.

Yargıtay'ın estetik uygulamalarda en sık yetersiz bilirkişi raporu nedeniyle bozma kararı vermesi, konuyu bu uygulamalardan doğan uyuşmazlıklarda bilirkişilik yapacak hekimler açısından da önemli hale getirmektedir. Belirtmek gerekir ki bilirkişinin konuya yaklaşımının eser veya vekalet sözleşmesi olmasının hiçbir önemi bulunmamaktadır. Çünkü Hukuk Muhakemeleri Kanununun (HMK) 279. maddesinin 4. fıkrası ve Bilirkişilik Kanununun (BK) 3. Maddesinin 2. fıkrası gereği bilirkişinin, raporunda ve sözlü açıklamaları sırasında çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hususlar dışında açıklama yapamayacağı ve hâkim tarafından yapılması gereken hukuki nitelendirme ve değerlendirmelerde bulunamayacağı düzenlenmiştir. Ancak bu durum bilirkişinin kendisine sorulan hususlar dışında açıklama yapamayacağı şeklinde anlaşılmamalıdır. Bilirkişi çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hususlarda kendisine sorulmamış olsa bile hukuki nitelendirme

ve değerlendirmede bulunmadan açıklama yapabilecektir. Hekimin sadece kusurlu olup olmadığının sorulduğu hallerde bilirkişi, kusura ilişkin açıklamalara ek olarak bu durumun bir komplikasyon olduğunu belirtebilmesine karşın eserin ayıplı olduğu ya da eserdeki ayıbın kabul edilebilir nitelikte olduğu şeklinde, uygulanacak hukuk kurallarını hatırlatacak açıklamalarda bulunması hukuka uygun değildir. Bu durum bilirkişilik sicilinden ve listesinden çıkarılmayı gerektirir (BK m. 13/1-ç). Ancak bilirkişinin hukuki sorumluluğunun da söz konusu olabilmesi için kasten veya ağır ihmal suretiyle gerçeğe aykırı rapor düzenlemesi ve bu raporun da mahkemece hükme esas alınması sebebiyle davanın taraflarından birinin zarar görmüş olması gerekmektedir (HMK m. 285/1). Bu zararın tazmini için Devlete karşı tazminat davası açabilecek (HMK m. 285/1) ve Devlet, ödediği tazminat için sorumlu bilirkişiye rücu edecektir (HMK m. 285/2).

Bilirkişi raporlarının yetersiz olmasının yanında çelişkili olması da Yargıtay'a göre bozma sebebi olup, bozma gerekçelerinin %6,8'ini teşkil etmektedir. Her ne kadar çalışmamızda birden fazla bilirkişi raporu bulunan olguların 11'inde raporlar arasında çelişki olduğunu ve bu çelişkinin de hekimin kusuruna ilişkin olduğunu tespit etmişsek de Yargıtay'ın çelişkili rapor gerekçesiyle bozma kararı verdiği olgu sayısının 6 olduğu görüldü. Bunun sebebi de Yargıtay'ın bazı davalarda, bilirkişi raporları çelişki olsa da bu raporlar gereği eserin ayıplı olduğu kanaatine ulaşmasıyla hekimin kusuruna ilişkin tartışmanın önemini kaybetmesi olarak görülmüştür.

Yargıtay'ın tüm bozma gerekçelerinin %20,5'inde eserin ayıplı olması ve %2,3'ünde de ayıp oranında indirim yapılması gerekçelerinin yer almasından, eserdeki ayıbın tespit edilmesiyle birlikte hekimin kusurlu olup olmadığı tartışmasının önemi kalmadığı görülmektedir.

Yargıtay'ın bozma gerekçeleri arasında %15,9 oranla üçüncü sırada aydınlatmanın yapılmamasının yer aldığı görülmektedir. Yetersiz bilirkişi raporu nedeni ile bozma kararı verilen davaların bir kısmında da bilirkişi raporları gereği aydınlatmanın yapılıp yapılmadığı hususunun tespit edilmemesi, Yargıtay tarafından bir eksiklik olarak görüldüğünden, hastanın aydınlatılmasının önemi tespit edilen bu orandan daha büyüktür.

Norveç'te 2004 ile 2013 yılları arasındaki hatalı tıbbi uygulamalara ilişkin uyuşmazlıkların incelendiği bir çalışmada; Plastik Cerrahi girişimlerinin 393 olgu ile 4. sırada yer aldığı, bu uyuşmazlıkların %17'sinin (68 olgu) aydınlatılmış onam sürecine ilişkin olduğu

ve bu sayede Plastik Cerrahinin aydınlatılmış onam sürecine ilişkin uyuşmazlık oranı en yüksek branş olduğu, bu olguların %70,5'inde (48 olgu) de hekim aleyhinde karar verildiği, bunlar arasında da meme küçültme girişimlerinin %17 ile ilk sırada yer aldığı bunu %8'er oranlarla meme büyütme ve liposuction girişimlerinin izlediği görülmüştür (36). Bu çalışma, estetik girişimlerde hastanın aydınlatılmasının diğer tıbbi girişimlere göre daha fazla önem arz ettiğini göstermekle birlikte çalışmamızda aydınlatılmış onama ilişkin uygulamalar ayrıca değerlendirilmemiş olsa da meme estetiğinin ilk sırada, liposuction girişimlerinin ikinci sırada yer alması, meme estetikleri arasında da en sık uyuşmazlık konusu girişimlerin meme küçültme ameliyatları olması çalışmamızla uygun bulunmuştur. Ayrıca uyuşmazlıkların %17'sinin aydınlatılmış onam sürecine ilişkin olması da çalışmamızda Yargıtay'ın bozma gerekçelerinden %15,9'unun hastanın aydınlatılmaması olması ile uyumlu bulunmuştur.

Eser sözleşmesinde yüklenici konumunda olan hekimin genel ihbar (bildirim) borcu gereği, eserin gereği gibi ya da zamanında meydana getirilmesini tehlikeye düşürecek bir durum ortaya çıkarsa, yüklenici bu durumu hemen iş sahibine bildirmek zorundadır; bildirmezse bundan doğacak sonuçlardan sorumlu olur (TBK m. 472/3). Bildirimin aydınlatmayı da kapsar nitelikte olması, önemli durumların, doğacak zarar ve sonuçların, ısrar halinde yüklenicinin sorumluluğunun olmayacağı hususunun da belirtilerek, iş sahibi hastanın anlayabileceği şekilde açıklama yapılması gerekmektedir (18, 27). Her ne kadar eser sözleşmesinde hekim, kusuru olmasa da ayıplı neticeden sorumlu tutulsa da bu düzenleme gereği hastayı aydınlatmakla bu sonuç sorumluluğundan kurtulabilecektir. Kusuru olmayan hekimin, hastayı aydınlatmakla birlikte ayıplı neticeden doğan sorumluluğunun ortadan kalkabilmesi için hastanın, sadece muhtemel komplikasyonlar değil, meydana gelebilecek her türlü komplikasyon hakkında aydınlatılması gerekir. Hasta, hakkında aydınlatılmadığı bir komplikasyonla karşı kaşıya kaldığı takdirde bu komplikasyon ender görülen bir komplikasyon olsa bile hekimin sorumluluğu söz konusu olabilecektir.

Sonuç olarak eser sözleşmesindeki ihbar (bildirim) borcu, hekime oldukça geniş bir aydınlatma yapma yükümlülüğü getirmekle birlikte yerine getirildiği takdirde de estetik girişimde kusuru olmayan hekimin ayıplı neticeden sorumluluğunu ortadan kaldırmaktadır.

SONUÇLAR

Bu çalışmada Estetik uygulamalara ilişkin Yargıtay kararları ve genel bilgiler bölümünde aktarılanlar doğrultusunda, hekimlerin estetik girişimlerdeki hukuki sorumluluğunun sınırlarının çizilmesi, estetik uygulamaları yapan hekimler açısından hastanın aydınlatılmasının öneminin vurgulanması ve bu uyuşmazlıklarda bilirkişi raporu düzenleyecek hekimlere yol gösterilmesi amaçlanmıştır. Araştırmanın sonuçları şu şekildedir:

1. Estetik uygulamaların birçoğu, sonuç taahhüt edilemeye elverişli olmadığından meydana gelen sonuç doktrindeki görüşler gereği eser olarak nitelendirilmemektedir. Buna karşın endikasyon olmaksızın yapıldığı için tıbbi müdahale; genel ve ortak gereksinmeleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarım sağlamak için yapılan sürekli ve düzenli faaliyetlerden olmadığı için kamu hizmeti; sağlığı koruma, tedavi etme, rehabilite etme ve sağlık düzeyini yükseltme amacıyla yapılan çalışmalardan olmadığı için sağlık hizmeti olarak nitelendirilemeyen ve tamamen ücretli olarak sunulan estetik uygulamalara, kamu kurumlarında, kamu görevlisi tarafından icra edilse dahi eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.
2. Diş hekimliğinin salt güzelleştirme amaçlı olanlar dışındaki uygulamaları ise endikasyon dahilinde yapıldığı için tıbbi müdahale, ağız ve diş sağlığını ilgilendirdiği için kamu hizmeti ve sağlık hizmeti olarak nitelendirilebildiğinden kamu kurumlarında meydana gelen uyuşmazlıklara idare hukuku hükümleri; buna karşın bu uygulamaların büyük kısmının sonuç taahhüt edilmeye oldukça elverişli olması nedeniyle doktrindeki eser tanımlarına uygun olması ve ağız ve diş sağlığı sunulan özel sağlık kuruluşlarında bu hizmetlerin Sosyal Güvenlik Kurumunca finanse edilmemesi nedeniyle tamamen ücretli olarak sunulmasından ötürü özel sağlık kurumlarında icra edilen, endikasyon dahilinde yapılsa da sonuç taahhüt edilmeye

elverişli girişimlere ilişkin uyuşmazlıklara eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiği kanaatine varılmıştır.

3. Yargıtay'ın estetik uygulamalara yaklaşımının çoğunlukla eser sözleşmesi doğrultusunda olması hastanın aydınlatılmasını daha önemli hale getirmektedir. Eser sözleşmesindeki ihbar (bildirim) borcu, hekime oldukça geniş bir aydınlatma yükümlülüğü getirmekle birlikte yerine getirildiği takdirde de estetik girişimde kusuru olmayan hekimin ayıplı neticeden sorumluluğunu ortadan kaldırmaktadır. Bu yüzden hastanın sadece muhtemel komplikasyonlar değil, meydana gelebilecek her türlü komplikasyon hakkında aydınlatılması, girişime rıza gösterilmesi halinde hekimin sorumluluğunun olmayacağının da belirtilerek hastanın anlayabileceği şekilde açıklama yapılması gerekmektedir.
4. Bilirkişi raporu düzenleyecek hekimler ise, estetik uygulamalara ilişkin hukuki yaklaşımları ne olursa olsun, mahkeme tarafından aydınlatılması istenen hususlarla sınırlı kalmasa da çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hususlarla sınırlı olmak kaydıyla, herhangi bir hukuki değerlendirme ve nitelendirme yapmadan, uygulanacak hukuk kurallarını hatırlatacak ibareler kullanmadan olayı aydınlatmalıdırlar.
5. Bilirkişi, vekalet sözleşmesi hükümlerine göre değerlendirme yaparken yapılan girişimin tıp kurallarına uygun olup olmadığı, hekime atfedilir kusur olup olmadığı, girişimin tıp kurallarına uygun yapıldığı, hekimin kusurunun bulunmadığı durumlarda ise meydana gelen zararın bir komplikasyon olup olmadığı hususlarını; eser sözleşmesi hükümlerine göre değerlendirme yaparken ise hekim kusurlu olmasa da meydana gelen sonucun ayıplı olup olmadığı, sonuç ayıplı ise kusuru olmayan hekimin ayıplı netice hakkında hastayı girişimden önce aydınlatıp aydınlatmadığı, hasta aydınlatılmamışsa ise bu ayıbın kabul edilebilir nitelikte olup olmadığı, kabul edilebilir ayıp ise ayıp oranının ne olduğu hususlarını gerekçeli bir şekilde değerlendirmelidir.

ÖZET

Bu çalışmada, Türkiye Cumhuriyeti Yargıtay Başkanlığı Hukuk Dairelerinin, karar tarihi itibariyle 1 Ocak 2011-31 Aralık 2019 tarihleri arasındaki estetik uygulamalara ilişkin kararları incelenerek estetik girişimlerde hekimin hukuki sorumluluğunun araştırılması planlamıştır. Hekimin cezai sorumluluğuna ilişkin kararlar araştırmaya dahil edilmemiştir. Ayrıca estetik uygulamalarda hekim-hasta arasındaki hukuki ilişkinin eser sözleşmesi olup olmadığı; eser sözleşmesine ilişkin hükümler, tıbbi müdahale kavramı ve tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartları, kamu hizmeti ve sağlık hizmeti kavramları üzerinden tartışılmıştır.

Uyuşmazlık konusu olan Plastik, Rekonstrüktüf ve Estetik Cerrahi olgularının %34'ünün meme estetiği girişimi olduğu ve bunu her biri %22 oranında olmak üzere karın estetiği ve burun estetiği girişimlerinin izlediği; diş hekimliği olgularının ise %35,7'sinin Protez, %31'inin implant girişimleri olduğu tespit edildi.

Yargıtay'ın, yerel mahkeme kararlarının %96'sını bir veya birden fazla gerekçeyle bozduğu ve yerel mahkemenin aksine kararlarının %86'sında hekim-hasta arasındaki sözleşmeye eser sözleşmesi yaklaşımını benimsediği görüldü.

Yargıtay'ın tüm bozma gerekçelerinin %38,6'ünün yetersiz bilirkişi raporu gerekçesi olması, yerel mahkeme ve Yargıtay'ın estetik uygulamalara hukuki yaklaşımlarının farklı olmasından kaynaklandığı düşünüldü. Nitekim Yargıtay da kararlarında, bilirkişi raporlardaki yetersizliğin, çoğunlukla raporların eser sözleşmesine göre hüküm kurmaya elverişsiz olmasından kaynaklandığını ifade etmektedir. Yargıtay'ın, hastanın aydınlatılıp aydınlatılmadığına ilişkin değerlendirmenin yapılmamasını da bilirkişi raporlarında bir eksiklik olarak görmesi ve tüm bozma gerekçelerinin %15,9'unun hastanın aydınlatılmaması gerekçesi

olması nedeniyle estetik girişimlerden önce hastanın yeterince aydınlatılması önem arz etmektedir.

Her ne kadar Yargıtay endikasyon ve sonuç taahhüt edilmeye elverişlilik açısından bir ayrıma gitmese de salt güzelleştirme amacıyla yapılan uygulamalar olarak tanımladığımız estetik girişimlere ve diş hekimliğinin endikasyon dahilinde yapılsa da sonuç taahhüt edilmeye elverişli girişimlerine eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

Anahtar kelimeler: Estetik Amaçlı Tıbbi Uygulamalar, Tıbbi Malpraktis, Eser Sözleşmesi, Plastik, Rekonstrüktif ve Estetik Cerrahi, Diş Hekimliği

EVALUATİON OF THE LEGAL RESPONSİBİLİTY OF PHYSİCİANS İN AESTHETİC PRACTİSES İN ACCORDANCE WİTH THE DECİSİONS OF THE SUPREME COURT BETWEEN 2011-2019

SUMMARY

In this study, it was planned to investigate the legal responsibility of the physician in aesthetic practises by examining the civil chambers of the Supreme Court decisions about aesthetic practises between January 1, 2011 and December 31, 2019 in Turkey. Decisions regarding the criminal liability of the physician were not included in this study. In addition, whether the legal relationship between the doctor and the patient in aesthetic practices is a contract of construction over the laws regarding the contract of construction, the concept and legality of medical intervention, concepts of public and health service are discussed.

It is stated that 34% of the Plastic, Reconstructive and Aesthetic Surgery cases that are the subject of dispute are breast aesthetics and this is followed by liposuction/abdominoplasty and rhinoplasty at a rate of 22% each; It was determined that 35.7% of dentistry cases were prosthesis and 31% were implant practises.

It was seen that the Supreme Court gave a 96% decision of reversal for one or more reasons and contrary to the local court, it adopted the contract of construction approach to the contract between the physician and the patient in 86% of its decisions.

It was thought that 38.6% of all the decisions of reversal of the Supreme Court were due to insufficient expert report, because of the different legal approaches of the local courts and the Supreme Court to aesthetic practices. As a matter of fact, the Supreme Court states in its decisions that the inadequacy in the expert reports is mostly due to the fact that the reports are

unsuitable for establishing a judgment according to the contract of construction. The Supreme Court also considers the lack of an assessment of whether the patient was informed or not, as a deficiency in the expert reports. It is important that the patient is adequately enlightened before aesthetic interventions, because of 15.9% of the decisions of reversal of the Supreme Court are the reasons for not informed the patient.

The Supreme Court does not make a distinction in terms of indications and promising results in aesthetic practises. We are of the opinion that the laws of the contract of construction should be applied to aesthetic practises, which we define as practises made for the sole purpose of beautification, and to dentistry practises that are suitable for promising results even if they are performed within indications.

Key words: Medical Practises for Aesthetic Purposes, Medical Malpractice, Contract of Construction, Plastic, Reconstructive and Aesthetic Surgery, Dentistry

KAYNAKLAR

1. Gürcan M. Tıp hukukunda eser sözleşmesi. Ankara: Seçkin Yayınevi; 2020

2. Akyılmaz B, Sezginer M, Kaya C. Türk idare hukuku. Ankara: Seçkin Yayınevi; 2017

3. Badur E. Tıbbi müdahaleye rızanın özellik gösterdiği haller. Ankara: Seçkin Yayınevi; 2017.

4. Bilgili E, Ecevit E. Sağlık hizmetleri piyasasında asimetrik bilgiye bağlı problemler ve çözüm önerileri. Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi 2008; 11(2): 201-228.

5. Bulut G. Diş hekimliğinde tıbbî müdahale. I. Uluslararası Katılımlı Ulusal Tıp Hukuku Kongresi; 3-4 Eylül 2015; Bodrum, Türkiye. İstanbul: Legal Yayınevi; 2016.

6. Çağlayan R. İdare hukuku dersleri. Ankara: Adalet Yayınevi; 2018.

7. Çakır HM. Sağlık hizmetlerinin özel hukuk kişileri tarafından yürütülmesi. İstanbul: On İki Levha Yayınları; 2015.

8. Çakmut Ö. Aydınlatma ve Rıza. İstanbul: Özyeğin Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu; 2011.

9. Çankaya F. Estetik diş hekimliği ve estetik, plastik ve rekonstrüktif cerrahide hekimin hukuki sorumluluğu. Ankara: Seçkin Yayınevi; 2019.

10. Eren F. Borçlar hukuku özel hükümler. Ankara: Yetkin Yayınevi; 2019.

11. Gökcan HT. Tıbbi müdahaleden doğan hukuki ve cezai sorumluluk. Ankara: Seçkin Yayınevi; 2017.

12. Göv A. Türkiye'de sağlık hizmetlerinin kamu ekonomisi içerisindeki yeri ve önemi. Prof. Dr. Adnan Tezel'e Armağan. İstanbul: Marmara Üniversitesi Maliye Araştırma ve Uygulama Merkezi; 2000.

13. Gözler K, Kaplan G. İdare hukuku dersleri. Bursa: Ekin Yayınevi; 2015.

14. Hakeri H. Tıp hukuku. Ankara: Seçkin Yayınevi; 2015.

15. Özçetin S, Balaban M. Sağlık hukuku. Ankara: Seçkin Yayınevi; 2015.

16. Özer Ç. Türk hukukunda estetik cerrah ile hasta arasındaki hukuki ilişkinin niteliği. II. Sağlık Hukuku Kurultayı; 7-8 Kasım 2008; Ankara, Türkiye. Ankara Barosu Yayınları; 2009.

17. Subaşı İ. Hekimin aydınlatma yükümlülüğü. Ankara: Seçkin Yayınevi; 2016.

18. Yavuz C, Acar F, Özen B. Borçlar hukuku dersleri (özel hükümler). İstanbul: Beta Yayınevi; 2019.

19. Yıldırım T. İdare hukuku. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık; 2018.

20. Genel Sağlık Sigortası, Sağlık Hizmetleri, Diş Tedavileri, (Erişim) http://www.sgk.gov.tr/wps/portal/sgk/tr/saglik/saglik_hizmetleri/dis-tedavi, 12.04.2021.

21. Constitution of The World Health Organization, (Erişim) http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf., 02.04.2021.

22. Türk Dil Kurumu Sözlüğü (Erişim) https://sozluk.gov.tr/, 01.04.2021.

23. Özay M, Estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde hekimin hukuki sorumluluğu. Ankara: Yetkin; 2006.

24. Petek H. Güzelleştirme amaçlı estetik ameliyatlardan kaynaklanan hukuki sorumluluk. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2006; 8(1): 177-239.

25. Demircan YT. Diş Hekimlerinin Hukukî Sorumluluğu (tez). İstanbul: İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü; 2006.

26. Bulut G. Diş hekimliği uygulamalarının tabi olduğu sözleşmeler. Terazi Hukuk Dergisi 2014; 9(93): 58-71.

27. Zevkliler A, Gökyayla KE. Borçlar hukuku özel borç ilişkileri, Ankara: Turhan Kitabevi; 2016.

28. Yalcin Balcik P, Cakmak C. The evaluation of malpractice cases arising from aesthetic intervention in Turkey based on Supreme Court case law. Int J Health Plann Mgmt. 2019;34: e885–e895. https://doi.org/10.1002/hpm.2705

29. International Society of Aesthetic Plastic Surgery İnternational Survey on Aesthetic/Cosmetic Procedures Performed in 2019 (Erişim) https://www.isaps.org/wp-content/uploads/2020/12/Global-Survey-2019.pdf 29.06.2021.

30. Therattil PJ, Chung S, Sood A, Granick MS, Lee ES. An analysis of malpractice litigation and expert witnesses in plastic surgery. Eplasty Open Access Journal 2017; (17): 274-283.

31. Mehta S, Farhadi J, Atrey A. A review of litigation in plastic surgery in England. Lessons learned. J Plast Reconstr Aesthet Surg 2010; 63(10):1747-1748.

32. Özgüç A. Diş Hekimliğinde Tıbbi Uygulama Hatası İddiası Olan Olguların Adli ve Tıbbi Açıdan Değerlendirilmesi (tez). İstanbul: İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü; 2013.

33. Kiani, M., Sheikhazadi, M. A five-year survey for dental malpractice claims in Tehran, Iran. Journal of Forensic and Legal Medicine 2009; (16): 76-82.

34. Oğuzman K, Öz T. Borçlar hukuku genel hükümler cilt 2. Ankara: Vedat Kitapçılık; 2013.

35. Makaracı Başak A. Tüketicinin korunması hakkında kanun gereğince ayıplı hizmet hükümlerinin uygulama alanı. Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2016; 11(145-146): 507-537.

36. Veerman MM, Van Der Woude LA, Tellier MA, Legemaate J, Scheltinga MR, Stassen LPS et al. A decade of litigation regarding surgical informed consent in the Netherlands. Patient Education and Counseling 2019; 102: 340–345.

EKLER

Ek 1

TRAKYA ÜNİVERSİTESİ TIP FAKÜLTESİ DEKANLIĞI
BİLİMSEL ARAŞTIRMALAR ETİK KURULU Edirne, Türkiye

ARAŞTIRMA BAŞVURUSU ONAYIBAŞVURU BİLGİLERİ	PROTOKOL KODU	TÜTF-BAEK 2020/156	
	PROTOKOL ADI	Hekimlerin Estetik Uygulamalardaki Hukuki Sorumluluğunun 2011-2019 Yılları Arasında Verilen Yargıtay Kararları Doğrultusunda Değerlendirilmesi	
	SORUMLU ARAŞTIRICI ÜNVANI / ADI	Prof. Dr. Ahmet YILMAZ	
	ARAŞTIRMA MERKEZİ		
	DESTEKLEYİCİ		
	ARAŞTIRMAYA KATILAN MERKEZLER	Tek Merkez Ulusal	Çok Merkez Uluslararası
KARAR BİLGİLERİ	**Karar No: 07/05**	**Tarih:13.04.2020**	
	Fakültemiz Adli Tıp Anabilim Dalı Öğretim Üyesi Prof. Dr. Ahmet YILMAZ'ın sorumluluğunda yapılması planlanan ve yukarıda başvuru bilgileri verilen Araş. Gör. Dr. Taylan GEZER'in tez çalışmasının araştırma başvuru dosyası ve ilgili belgeler araştırmanın gerekçe, amaç, yaklaşım ve yöntemleri dikkate alınarak incelenmiş; araştırmaya ilişkin giderlerin gönüllüye ve/veya bağlı bulunduğu sosyal güvenlik kurumuna ödetilmediği koşullarda ve veri toplanacak yerlerden gerekli izinler alındıktan sonra gerçekleştirilmesinde etik bilimsel standartlar açısından sakınca bulunmadığına mevcudun oy birliği ile karar verilmiştir.	
ETİK KURUL BİLGİLERİ			
ÇALIŞMA ESASI	Helsinki Bildirgesi, İyi Klinik Uygulamalar Kılavuzu, TÜTF-BAEK Yönergesi		

ÜYELER

Ünvan/Ad/ Soyadı	Uzmanlık Dalı	Kurumu	Cinsiyeti	İlişki(*)	Katılım (**)	İmza
Prof. Dr. Ülfet VATANSEVER ÖZBEK Başkan	Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları	T.Ü.T.F Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları A.D	K	E H	E H	
Doç. Dr. Rugül KÖSE ÇINAR Başkan Yardımcısı	Ruh Sağlığı ve Hastalıkları	T.Ü.T.F. Ruh Sağ. ve Has. A.D.	K	E H	E H	
Dr. Öğr.Üyesi Ruhan Deniz TOPUZ Üye	Tıbbi Farmakoloji.	T.Ü.T.F Tıbbi Farmakoloji A.D	K	E H	E H	
Doç. Dr. F. Nesrin TURAN Üye	Biyoistatistik	T.Ü.T.F. BiyoistatistikA.D.	K	E H	E H	
Doç. Dr. Hakan GÜRKAN Üye	Tıbbi Genetik	T.Ü.T.F. Tıbbi Genetik A.D.	E	E H	E H	
Prof. Dr. Hasan ÜMİT Üye	İç Hastalıkları	T.Ü.T.F. İç Hastalıkları A.D.	E	**E H**	**E H**	
Dr. Öğr. Üyesi Oktay KAYA Üye	Fizyoloji	T.Ü.T.F. Fizyoloji A.D.	E	E H	E H	
Prof. Dr. Galip EKUKLU Üye	Halk Sağlığı	T.Ü.T.F. Halk Sağlığı A.D.	E	E H	E H	
Dr. Öğr. Üyesi Fatma Gülsüm ÖNAL Üye	Tıp Tarihi ve Etik	T.Ü.T.F. Tıp Tarihi ve Etik A.D.	K	E H	E H	
Öğr. Gör. Dr. Sinan ATEŞ Üye	Kadın Hastalıkları ve Doğum	T.Ü.T.F. Kadın Hastalıkları ve Doğum A.D.	E	E H	E H	
Prof. Dr. Sevtap HEKİMOĞLU ŞAHİN Üye	Anestezi ve Reanimasyon	T.Ü.T.F. Anestezi ve Reanimasyon A.D.	K	E H	E H	
Prof. Dr. Atakan SEZER Üye	Genel Cerrahi	T.Ü.T.F. Genel Cerrahi A.D.	E	E H	E H	
Avukat Emine NURLU Üye		T.Ü. Rektörlüğü	K	E H	E H	
Emekli Öğretmen Sinan SEÇKİN Üye		Serbest Üye	E	E H	E H	

*Araştırma ile ilişki
**Toplantıda Bulunma

Prof. Dr. Ahmet TEZEL