

**T.C.
İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**



**İDARENİN TIBBİ UYGULAMA HATALARINDAN
DOĞAN SORUMLULUĞU**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Danışman
Dr. Öğr. Üyesi Bahar ÖCAL APAYDIN

Hazırlayan
Ali Fuat GEYİK

Malatya– 2019

T.C.
İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

**İDARENİN TIBBİ UYGULAMA HATALARINDAN DOĞAN
SORUMLULUĞU**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

HAZIRLAYAN

Ali Fuat GEYİK

DANIŞMAN

Dr. Öğr. Üyesi Bahar Öcal APAYDIN

Malatya, 2019

T.C.
İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

**İDARENİN TIBBİ UYGULAMA
HATALARINDAN DOĞAN SORUMLULUĞU**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

DANIŞMAN
**Dr. Öğr. Üyesi Bahar ÖCAL
APAYDIN**

HAZIRLAYAN
Ali Fuat GEYİK

Jürimiz 05.07.2019 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda bu yüksek lisans tezini (oybirliği /oyçokluğu) ile başarılı bulunarak Kamu Hukuku Anabilim dalında yüksek lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

Jüri Üyelerinin Unvan Ad Soyadı

İmzası


1. Dr. Öğr. Üyesi Bahar ÖCAL APAYDIN

.....


2. Dr. Öğr. Üyesi Jülide Gül ERDEM

.....


3. Dr. Öğr. Üyesi M. Buğra TAHTALI

.....


İNönü Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yönetim Kurulunun tarih vesayılı kararıyla bu tezin kabulü onaylanmıştır.

Unvan Ad Soyad

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

ONUR SÖZÜ

İnönü Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Yazım Usul ve Esaslarına uygun olarak yaptığım bu tez çalışmasının bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın tarafımdan yazıldığını ve yararlandığım bütün kaynakları kaynakçada uygun biçimde gösterdiğimi beyan ve taahhüt ederim.

Ali Fuat GEYİK



ÖN SÖZ

İnönü Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalında yüksek lisans yaptığım süre boyunca ve özellikle bu tezin hazırlanması noktasında tez konusunun belirlenmesinden tez savunmasına kadarki süreçte gösterdiği destek ve harcadığı emekler dolayısıyla tez danışmanım ve değerli hocam Dr. Öğr. Üyesi Bahar Öcal Apaydın'a saygılarımı ve teşekkürlerimi sunarım.

Tezin hazırlanmasında gerek kaynak desteği gerek bilgi ve tecrübe paylaşımı konusunda desteklerini hiçbir zaman eksik etmeyen sayın hocam Dr. Öğr. Üyesi Murat Buğra Tahtalı'ya saygılarımı ve teşekkürlerimi sunarım.

Tezin yazım ve basım aşamasında fiziki ve psikolojik yardımlarıyla sürekli bana destek olan sevgili eşim Ebru'ya ve çalışma arkadaşım Arş. Gör. Fethat Büyükkay'a teşekkür ederim.

Ali Fuat GEYİK
Malatya, Temmuz 2019

İDARENİN TIBBİ UYGULAMA HATALARINDAN DOĞAN SORUMLULUĞU

Yüksek Lisans Tezi, Ali Fuat GEYİK

İnönü Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Haziran 2019

Danışman: Dr. Öğr. Üyesi Bahar Öcal APAYDIN

ÖZET

Sağlık hakkı, temel bir insan hakkı olması sebebiyle gerek uluslararası anlaşmalarla gerekse Anayasa ile teminat altına alınmıştır. Bu kapsamda devletin sağlık hakkı bakımından koruma, gereğini yerine getirme ve saygı duyma yükümlülükleri vardır. Sağlık hakkının gereğini yerine getirme yükümlülüğü kapsamında devlet, sağlık hizmetlerini tekel olarak yürütmektedir.

Tıbbi müdahaleler, devletin bu hizmeti yerine getirmesinin en önemli biçimidir. Tıbbi müdahaleler insan vücudunu konu alan fiillerdir. Bu fiiller teşhis, tedavi veya koruma amacına yönelik olarak kanunen yetkilendirilmiş kişilerce ve tıp biliminin gereklerine uygun olarak icra edilmedikçe hukuka aykırı olur. Hukuka aykırı bu fiiller tıbbi uygulama hatası teşkil eder. Söz konusu hukuka aykırılık sorumluluk doğurur. Konusu insan vücudu olduğundan dolayı tıbbi müdahalelerden doğan zararlar çok ciddi boyutlara ulaşmaktadır.

Sağlık hizmetlerinin devletin bir yükümlülüğü olmasının sonucu olarak, tıbbi müdahalenin yapılması ve bu şekilde sağlık hizmetinin yerine getirilmesi esnasında doğan zararların muhatabı da devlettir. Dolayısıyla idarenin hangi zararlardan ne şekilde sorumlu olduğunun belirlenmesi ve tıbbi müdahalelerden doğan zararların hangi şartlarda idarenin sorumluluğunu gerektirdiğinin tespit edilmesi söz konusu zararların giderilmesi açısından büyük önem taşır.

Bu çalışmada öncelikle sağlık hakkının ne olduğu ve devletin bu hak karşısında yükümlülükleri incelenecektir. Daha sonra sağlık hakkının yerine getirilme biçimlerinin en önemlisi olan tıbbi müdahaleler incelenip bu müdahalelerin hangi durumlarda tıbbi uygulama hatası teşkil ettikleri değerlendirilecektir. Daha sonra idarenin sorumluluğu işlenecek ve idarenin tıbbi uygulama hatalarından doğan zararlar karşısındaki sorumluluğu tespit edilecektir.

Anahtar Kelimeler: Sağlık Hakkı, Sağlık Hizmeti, Tıbbi Müdahale, Tıbbi Uygulama Hatası, İdarenin Sorumluluğu

LIABILITY OF ADMINISTRATION FOR MEDICAL MALPRACTICE

Master Thesis, Ali Fuat GEYİK

Social Sciences Institute of Inonu University, June 2019

Thesis Supervisor: Asts. Prof. Bahar Öcal APAYDIN

ABSTRACT

The right to health as a fundamental human right is not only a constitutional right, but guaranteed by international human right agreements. To ensure its implementation, State has positive duties of protection and facilitation as well as a negative duty of non-intervention to make sure it is fully respected. To enable holders to exercise their right, State is to provide health services as a monopoly.

Health provision may take an important form of ‘medical interventions’ to human body and mental state. Such interventions involve diagnosis, treatment or prevention and should be carried out by those health officers who are dully authorised by law and in a manner required by medical science. Failing to do so amounts to a breach of law. Wrongful acts of this kind give rise to medical malpractice. Such violations of legal obligations entail liability. Since it is the human body at the receiving end, damages occurred by medical interventions in general tend to be more serious than not.

The State’s constitutional responsibility to provide heath services also makes it accountable for the damages caused by medical interventions in this process. Therefore, it is crucial for reparations of damages to determine for what damages and in what way service providers ought to be held liable and under what conditions the liability could be attributed.

The present study first aims to define the right to health and the State’s corresponding obligations. Secondly, it examines the concept of medical interventions as part of exercising the right to health. It will further look into relevant circumstances in which medical interventions cause malpractice. Finally, the liability of the State is analysed within the context of damages caused by medical negligence in particular.

Key Words: Medical intervention, Medical alpractice, Liability of State, Right to health, medical negligence

İÇİNDEKİLER

ÖZET	vi
ABSTRACT.....	vii
KISALTMALAR	xii
GİRİŞ	1

I. BÖLÜM

SAĞLIK HAKKI VE SAĞLIK HİZMETLERİ

1.1. Sağlığın Tanımı ve Sağlık Hakkı Kavramı	3
1.1.1. Sağlık Kavramı	3
1.1.2. Bir İnsan Hakkı Olarak Sağlık Hakkı.....	6
1.1.2.1. Devletin Sağlık Hakkı Karşısında Yükümlülükleri	11
1.1.2.1.1. Saygı Duyma Yükümlülüğü	16
1.1.2.1.2. Koruma Yükümlülüğü.....	17
1.1.2.1.3. Gereğini Yerine Getirme Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Bir Gereği Olarak Sağlık Hizmetleri	19
1.1.2.1.3.1. Sağlık Hizmetleri.....	23
1.1.2.1.3.1.1. Koruyucu Sağlık Hizmetleri.....	25
1.1.2.1.3.1.2. Tedavi Edici Sağlık Hizmetleri	26
1.1.2.1.3.1.3. Rehabilitasyon Edici Sağlık Hizmetleri	26
1.1.2.1.3.1.4. Sağlığın Geliştirilmesi Hizmetleri.....	27

II. BÖLÜM

TIBBİ UYGULAMA HATALARI

2.1. Tıbbi Müdahale Kavramı.....	28
2.1.1. Tanım.....	28
2.1.2. Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Şartları.....	31
2.1.2.1. Tıbbi Müdahalenin Yetkili Kişi Tarafından Yapılması.....	31
2.1.2.2. Aydınlatılmış Onam Alınması	34
2.1.2.2.1. Aydınlatma Çeşitleri.....	39
2.1.2.2.1.1. Karar (Otonomi) Aydınlatması	39
2.1.2.2.1.3. Tedavi Aydınlatması.....	45
2.1.2.2.1.4. Tıbbi Uygulama Hatasına İlişkin Aydınlatma	46
2.1.2.2.2. Aydınlatmanın Kimin Tarafından Yapılacağı.....	47
2.1.2.2.3. Aydınlatmanın Kapsamı	48
2.1.2.2.4. Aydınlatmanın Şekli	49
2.1.2.3. Müdahale için Tıbbi Gerekliklik Bulunması.....	49
2.1.2.4. Müdahalenin Tıp Bilimi Gereklere Göre Gerçekleştirilmesi	51
2.2. Tıbbi Uygulama Hataları Kavramı	55
2.2.1. Tanım.....	55
2.2.2. Tıbbi Uygulama Hatalarının Benzer Kavramlardan Ayırt Edilmesi.....	59
2.2.2.1. Endikasyon Kavramı.....	59
2.2.2.2. Komplikasyon Kavramı	60
2.2.3. Başlıca Tıbbi Uygulama Hatası Türleri	61
2.2.3.1. Üstlenme Kusuru ve Tıbbi Konsültasyon Hatası.....	61
2.2.3.2. Aydınlatılmış Onam Hatası.....	61
2.2.3.3. Tanı ve Teşhis Hatası.....	62
2.2.3.4. Tedavi Hataları	65
2.2.3.4.1. Tıbbi Müdahalenin Yapılmaması.....	65
2.2.3.4.2. Hasta Vücutunda Yabancı Madde Unutulması	66

2.2.3.4.3. Hasta Karıştırma, Yanlış Taraf Cerrahisi	68
2.2.3.5. Hatalı Karar	69
2.2.3.6. Organizasyon Kusuru.....	69

III. BÖLÜM

SAĞLIK HİZMETLERİNİN SUNULMASINDA MEYDANA GELEN TIBBİ UYGULAMA HATALARINDAN İDARENİN SORUMLULUĞU

3.1. İdarenin Sorumluluğu	70
3.1.1. İdarenin Özel Hukuk Sorumluluğu	71
3.1.1.1. İdarenin Özel Hukuk Sorumluluğunun Şartları	74
3.1.1.1.1. Fiil.....	74
3.1.1.1.2. Zarar	74
3.1.1.1.3. Kusur.....	75
3.1.1.1.4. Hukuka Aykırılık.....	77
3.1.1.1.5. Uygun İliyet Bağı	77
3.1.2. İdarenin Kamu Hukuku Sorumluluğu.....	78
3.1.2.1. İdari Sorumluluğun Şartları.....	80
3.1.2.1.1. Fiil.....	80
3.1.2.1.1.1. İdari İşlemler	80
3.1.2.1.1.2. İdari Eylemler	81
3.1.2.1.2. Zarar	82
3.1.2.1.3. Kusur.....	83
3.1.2.1.4. İliyet Bağı.....	84
3.1.2.2. İdari Sorumluluğun Türleri.....	85
3.1.2.2.1. Kusur Sorumluluğu	86
3.1.2.2.1.1. Hizmet Kusuru	86
3.1.2.2.1.1.1. Hizmetin Kötü İşlemesi	88
3.1.2.2.1.1.2. Hizmetin Geç İşlemesi	89

3.1.2.2.1.1.3. Hizmetin Hiç İşlememesi.....	89
3.1.2.2.1.2. Hizmet Kusurunun Kişisel Kusurdan Ayrılması.....	90
3.1.2.2.2. Kusursuz Sorumluluk.....	91
3.1.2.2.2.1. Risk İlkesi	92
3.1.2.2.2.1.1. Teknik Risk İlkesi	92
3.1.2.2.2.1.2. Sosyal Risk İlkesi	93
3.1.2.2.2.2. Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik İlkesi.....	94
3.2. Tıbbi Uygulama Hatalarının İdarenin Sorumluluğu Çerçevesinde İncelenmesi.....	94
3.3. İdarenin Tıbbi Uygulama Hatalarından Doğan Zararlara Karşı Yargısal Başvuru Yolları	98
SONUÇ	103
Kaynakça	109

KISALTMALAR

AD	: Adalet Dergisi
Av.	: Avukat
A.g.e.	: Adı geçen eser
AYİM	: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi
C.	: Cilt
C.D.	: Ceza Dairesi
CGK	: Ceza Genel Kurulu
D.	: Daire
Dr.	: Doktor
DSÖ	: Dünya Sağlık Örgütü
E.	: Esas
ESKHK	: Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi
ESKHS	: Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi
H.D.	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HHY	: Hasta Hakları Yönetmeliği
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İDDK	: İdari Dava Daireleri Kurulu
İYUK	: İdari Yargılama Usulü Kanunu
K.	: Karar
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname

K.T.	: Karar Tarihi
m.	: Madde
R. G.	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
UNICEF	: Birleşmiş Milletler Çocuklara Yardım Fonu
v.d.	: ve diğerleri

GİRİŞ

Sağlık insanlık tarihi kadar eski bir kavramdır. Tıbbi uygulama hataları günümüzde sağlık sektörünün en önemli sorunlarından birisidir. Doğrudan doğruya insan hayatı, sağlığı ve vücut bütünlüğüne ilişkin olan tıbbi uygulama hatalarının meydana getirdiği zararlar da oldukça ciddi boyutlara ulaşabilmektedir. Öyle ki çok yüksek tazminat değerlerine ulaşmış yine de mağdurun fiziki zararının telafi edilememesi mümkündür. Tıbbi uygulama hataları sebebiyle ölüm oranlarının yüksek olmasının veya sağlığa ilişkin meydana gelen ağır zararların meydana getirdiği elem ve ıstırap da telafi edilemeyebilmektedir.

Tıbbi uygulamaların konusu insan sağlığıdır. Dolayısıyla tıbbi uygulamaların niteliğinin ve bu konuda yapılan hataların önemini anlaşılmaması için sağlık kavramının anlaşılması ve çerçevesinin belirlenmesi gerekir. Sağlık kavramı geçmişten günümüze farklı tanımlara tabi tutulmuş ve değişik içeriklerle anlaşılmıştır. Günümüzde sağlık, en yaygın olarak Dünya Sağlık Örgütü'nün yapmış olduğu tanıma göre anlaşılmaktadır. Bu çerçevede sağlık her insanın doğuştan sahip olduğu temel bir hak olarak değerlendirilmektedir.

Sağlık hakkı temel bir hak olarak aynı zamanda sosyal hak kategorisinde değerlendirilmektedir. Sağlığın sosyal bir hak olması devletin bu hakka saygı göstermesinin yeterli olmadığı aynı zamanda devletin fiilen bu hakkın yerine getirilmesini sağlaması gerektiği anlamına gelir. Bu sebeple sağlık hizmetleri idare tarafından tek elden planlanır ve yürütülür. İdare sağlık hakkının yerine getirilmesinde özel hukuk kişilerinden de yararlanabilmektedir ancak bu durumlarda da hizmetin yerine getirilmesindeki aksaklıklardan idarenin sorumluluğu bulunmaktadır.

Sağlık hizmetleri konusunda en ağır zararların meydana gelebildiği alan tıbbi uygulama hatalarıdır. Hem zararın ağırlığı hem de meydana gelme sıklığı açısından tıbbi uygulama hataları sağlık hizmetleri içerisinde çok ciddi bir sorundur. Tıbbi uygulamalar insan vücuduna yapılan müdahaleler olduğundan dolayı esasında hukuka aykırı olan fiillerin belirli hukuka uygunluk şartlarının sağlanması halinde hukuka uygun hale geldiği uygulamalardır. Bu durum hukuka uygunluk şartlarından birinin ihlal edilmesi halinde yapılan müdahalenin hukuka aykırı olmasına sebep vermektedir. Dolayısıyla hukuka uygunluk şartlarının sağlanamadığı tıbbi müdahalelerden meydana gelen zararların tazmin edilmesi yükümlülüğü doğmaktadır. Tıbbi uygulama hataları hukuka uygunluk

şartlarının sağlanamadığı tıbbi müdahalelerdir. Bu hatalar yapılacak tıbbi müdahalenin hastaya doğru şekilde anlatılmaması ya da hastanın hukuken geçerli bir rızasının alınmaması, hekimlerin kendi bilgi ve beceri seviyelerini aşan uygulamalara kalkışması, hastalık hakkında hatalı teşhis konulması, tedavinin hatalı olarak yürütülmesi, hastalık için yanlış tedavi yöntemi seçilmesi, tıbbi ekipmanın yapılacak müdahaleye elverişli olmaması gibi durumlardır.

Yapılan bu çalışmanın amacı tıbbi uygulama hatalarından doğan zararlardan idarenin ne şekilde sorumlu olduğunun incelenmesidir. Çalışma üç bölümden oluşacaktır. Birinci bölümde sağlık kavramının nasıl anlaşıldığı, sağlığın bir hak olarak değerlendirilmesi ve idarenin temel bir insan hakkı olan sağlık hakkı karşısındaki yükümlülükleri incelenecektir. İkinci bölümde tıbbi müdahale kavramı, tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluk şartları ve tıbbi uygulama hataları kavramıyla tıbbi uygulama hatalarının çeşitleri incelenecektir. Son bölümde de idari sorumluluk kavramı incelenecektir. Bu kapsamda idari sorumluluğun türü, kaynağı ve çeşitleri incelenecek ve tıbbi uygulama hatalarından doğan zararlardan idarenin ne şekilde sorumlu olacağı tartışılacaktır.

I. BÖLÜM

SAĞLIK HAKKI VE SAĞLIK HİZMETLERİ

1.1. Sağlık Tanımı ve Sağlık Hakkı Kavramı

1.1.1. Sağlık Kavramı

Sağlık, kişinin fiziksel, sosyal ve ruhsal yönden tam bir iyilik halinde bulunması olarak tanımlanmaktadır¹. Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ) de sağlığı, sadece hastalık ya da rahatsızlığın bulunmaması değil aynı zamanda fiziki, psikolojik ve sosyal olarak tam bir iyilik hali olarak ifade etmiştir². Ayrıca sağlık, “organizması iyi işleyen bir insanın durumu”, “uzunca bir zaman içinde organizmanın az veya çok ahenkli işleyişi” olarak da tanımlanmıştır³. Ancak günümüzde, 22 Temmuz 1946’da imzalanıp 7 Nisan 1948 tarihinde yürürlüğe giren DSÖ anayasasında⁴ yapılan tanım kabul görmüştür⁵. Daha önceki dönemlerde hasta olmama haliyle sınırlı olarak anlaşılan sağlık bu tanımla hastalığın bulunmamasının ötesinde bir anlam kazanmıştır⁶. DSÖ de sağlığın bu yeni tanımını yaparken kavramın hastalık veya rahatsızlığın bulunmamasından ibaret olmadığını vurgulamıştır.

DSÖ’nün yapmış olduğu sağlık tanımında yer alan fiziki iyilik hali fiziksel olarak bir hastalığın bulunmamasıyla beraber hastalık niteliğinde olmayan, hayata olumsuz etkisi olabilecek herhangi bir sakatlık durumunu da kapsamaktadır⁷. Psikolojik iyilik hali ruh sağlığına ilişkin bir bakış açısı ortaya koymuş olup ilerleyen yıllarda bunun önemi daha

¹ “sağlık”, Güncel Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, 2019, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5c45eddc17c273.99316276, (Erişim Tarihi: 21.01.2019); Tahmazoğlu Üzeltürk, Sultan, Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 2-5.

² https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf, <http://www.who.int/about/mission/en/> Constitution of the World Health Organization: Principles (Dünya Sağlık Örgütü Tüzüğü Birinci Prensip) “Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity.”, erişim tarihi 04.07.2018; Tahmazoğlu Üzeltürk, s. 2.

³ Bayraktar, Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, Sermet Matbaası, İstanbul, 1972, s. 15 aktaran Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara, 2018, s. 83.

⁴ Burada anayasa ifadesi, 1945 yılında imzalanan Birleşmiş Milletler Antlaşması’nın 57. maddesi gereğince kurulan Dünya Sağlık Örgütü’nün kuruluş metni anlamında kullanılmıştır. Söz konusu belge uluslararası antlaşma niteliğindedir ve DSÖ’nün genel kurallarını içerir.

⁵ Akdur Recep, Halk Sağlığı, Antıp, Ankara, 1998, s. 12; Alptekin Kamil, “Sağlık Hakkı ve İnsan Hakları Üzerine Bir Değerlendirme”, Türkiye Klinikleri Tıp Etiği – Hukuku – Tarihi Dergisi, C. 12, S. 2, 2004, <http://www.turkiyeklinikleri.com/article/tr-saglik-hakki-ve-insan-haklari-uzerine-bir-degerlendirme-35029.html> s. 134; Tahmazoğlu Üzeltürk, s. 4; Şahin Adil, “Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Ekonomik Sosyal ve Kültürel Hakların Niteliği Bağlamında Sağlık Hakkının Kapsamı Üzerine Bir İnceleme”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 59, S. 4, s. 735

⁶ Akdur, s. 11; Alptekin, s. 133

⁷ Tahmazoğlu Üzeltürk, s. 3

da gün yüzüne çıkmıştır. Ruh sağlığı, kişinin akıl gücünü kullanabilme becerisinin tam olması ve hayatın stresi gibi psikolojik olumsuzlukları kaldırabilmesini engelleyecek herhangi bir durumun bulunmaması olarak tanımlanmaktadır⁸. Sosyal sağlık anlamında da bireylerin toplum içerisinde yer edinebilmesi ve ikili ilişkilerini iyi bir şekilde sürdürebilmesi gibi sosyal becerilerin tam olması kastedilmektedir⁹. Kişilerin sosyal becerilerinin de sağlık kapsamı içerisinde değerlendirilmeye başlanmasıyla sağlık insanların beden bütünlüğünü, biyolojik olarak tam çalışır fonksiyonu, akıl sağlığı ve insan ilişkilerini sağlıklı yürütebilmesi gibi durumları birlikte içeren geniş bir anlamda kullanılmaya başlanmıştır¹⁰. Sağlık kavramının içeriğindeki bu gelişme ve genişlemeler sağlık hakkını da devletlerin bu hak karşısındaki sorumluluklarını da doğrudan etkilemiştir.

DSÖ'nün 1946'da yapmış olduğu tanım 1978 yılında gerçekleştirilen Alma Ata Deklarasyonunda da benimsemiş ve sağlığın temel bir insan hakkı olduğu vurgulanmakla beraber korunması en önemli olan sosyal amaç olduğu ifade edilmiştir¹¹. 1998 yılındaki Alma Ata Deklarasyonunun 20. Yıl Bildirgesinde de aynı tanım kullanılmıştır. Söz konusu düzenlemelerde kullanılan tanımın değiştirilmemiş olması benimsenen bu "tam bir iyilik hali" anlayışının daha iyi kavranması ve günümüze taşınmasını sağlamıştır¹².

1977 yılında gerçekleştirilen 30. Dünya Sağlık Toplantısı'nda ise sağlık kişinin sosyal ve ekonomik üretim yaparak hayatını sürdürebilmesi şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımda sağlığın tanımı üretim faktörüne endekslenmiş olmakla beraber ekonominin sağlık konusundaki değerine de yer verilmiştir. Zaman içerisinde ekonomik yeterlilik de sağlıklı olmak kavramı içerisinde yer almaya ve sağlık hakkına erişimin bir ön koşulu olarak değerlendirilmeye başlanmıştır¹³.

⁸ Tahmazoğlu Üzeltürk, s. 3

⁹ Tahmazoğlu Üzeltürk, s. 3; Aydoğan, Murat; "Sağlık Hizmetlerinin Gelişimi ve Sağlık Hizmetleri Sunumunda İletişimin Önemi", Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Yönetimi Anabilim Dalı Hastane ve Sağlık Kurumları Yönetimi Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2015, s. 7

¹⁰ Tahmazoğlu Üzeltürk, s. 2-3

¹¹ "The Conference strongly reaffirms that health, which is a state of complete physical, mental and social wellbeing, and not merely the absence of disease or infirmity, is a fundamental human right and that the attainment of the highest possible level of health is a most important world-wide social goal whose realization requires the action of many other social and economic sectors in addition to the health sector.", Declaration of Alma-Ata, 6-12 September 1978, https://www.who.int/publications/almaata_declaration_en.pdf, erişim tarihi 11.12.2018

¹² Tahmazoğlu Üzeltürk, s. 2-3

¹³ Tag, Brigitte, Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis, Berlin Heidelberg, 2000, s. 85-94 aktaran Hakeri, s. 83-84

30. Dünya Sağlık Toplantısı'nda yapılan üretim endeksli sağlık tanımından sonra DSÖ de sağlık kavramını ekonomik yeterlilikle yakın ilişkili olarak değerlendirmeye başlamış, sağlık hakkına erişimin asli unsurlarından biri olarak görmüş ve nihayetinde ekonomik sağlık diyebileceğimiz ekonomik iyilik halini dolaylı olarak sağlığın tanımına eklemiştir. 21 Kasım 1986 tarihinde DSÖ tarafından Sağlığın Teşviki ve Geliştirilmesine Yönelik Ottawa Sözleşmesi imzalanmıştır. Sözleşmeye göre “Sağlık, günlük yaşam için bir kaynaktır, hayatın amacı değildir. Sosyal ve kişisel kaynakları ve fiziksel kapasiteyi öne çıkaran pozitif bir kavramdır”¹⁴. Sözleşmede sağlıkta iyileştirmenin ön koşulları olarak “Barış, barınak, eğitim, gıda, gelir, istikrarlı bir ekosistem, sürdürülebilir kaynaklar, sosyal adalet ve hakkaniyet” ilkeleri benimsenmiştir¹⁵. Sözleşmede belirtildiği üzere DSÖ'ye göre sağlığa (fiziksel, psikolojik ve sosyal olarak tam bir iyilik hali anlamında) erişebilmek için bireyler ya da topluluklar isteklerini özgürce belirleyerek gerçekleştirebilmeli, ihtiyaçlarını karşılayabilmeli, çevresel faktörlerle başa çıkabilmeli ve bunları değiştirebilmelidirler¹⁶. Sağlıklı olunabilmesi için kişinin huzurlu ve refah içinde bir yaşam standardına, sağlıklı bir çevreye ve gelecek kaygısından arınmış olmasına ihtiyaç vardır. Bahsi geçen durumların sağlanabilmesi de kişinin ekonomik gücüne bağlıdır¹⁷. İstikrarlı ekosisteme ve sürdürülebilir kaynaklara sahip olma hakları gelecek kaygısından arınmış olmanın faktörleri olarak değerlendirilebilir. Ayrıca sağlık hakkına erişimin unsurları arasında sağlığın geliştirilmesi de yer almaktadır.

İç hukukumuzda da sağlık kavramı DSÖ'nün yaptığı tanıma uygun olarak düzenlenmiştir. Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun'un¹⁸ ikinci maddesi “Sağlık, yalnız hastalık ve maluliyetin yokluğu olmayıp beden, ruhen ve sosyal bakımdan tam bir iyilik halidir” şeklinde tanım yapmıştır. Öğretide yapılan bir başka

¹⁴ T.C. Sağlık Bakanlığı Temel Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü; “Sağlığın Teşviki ve Geliştirilmesi Sözlüğü”, s. 1, <https://sbu.saglik.gov.tr/Ekutuphane/kitaplar/Sa%C4%9F1%C4%B1%C4%9F%C4%B1n%20Te%C5%9Fviki%20S%C3%B6z%C3%BCk.pdf>, erişim tarihi 12.10.2018

¹⁵ “The fundamental conditions and resources for health are: peace, shelter, education, food, income, a stable eco-system, sustainable resources, social justice, and equity.

Improvement in health requires a secure foundation in these basic prerequisites.”, The Ottawa Charter for Health Promotion, <http://www.who.int/healthpromotion/conferences/previous/ottawa/en/>, erişim tarihi 12.10.2018

¹⁶ “To reach a state of complete physical, mental and social well-being, an individual or group must be able to identify and to realize aspirations, to satisfy needs, and to change or cope with the environment.”, The Ottawa Charter for Health Promotion, <http://www.who.int/healthpromotion/conferences/previous/ottawa/en/>, erişim tarihi 12.10.2018

¹⁷ Aydoğan, s. 7-8

¹⁸ R.G. 12.01.1961, sayı 224

tanıma göre “sağlık, bedensel veya ruhsal bozukluk bakımından belirli bir dereceyi aşmayan rahatsızlıklarla yaşayabilme gücüdür”¹⁹.

Kanaatimizce yapılan bu düzenlemeler sağlığın içeriğini doldurmaya çalışıp sınırlarını belirleyebilmek için getirilmiştir. Sağlık kavramının tanımına ve insan hakları anlayışına ilişkin gelişmelerle birlikte sağlık bir hak olarak değerlendirilmeye başlanmış ve yerini ikinci kuşak temel insan hakları arasında bulmuştur. Bu noktada hak olarak sağlığın ne ifade ettiğini anlamak ve bu hakkın karşılığı olarak özellikle devlete yüklenen yükümlülükleri değerlendirebilmek adına sağlığı hak olarak incelemek ve insan hakkı boyutuna bakmak yerinde olacaktır.

1.1.2. Bir İnsan Hakkı Olarak Sağlık Hakkı

İnsan hakları niteliğinde bir hak olarak değerlendirilebilecek ilk sağlık hakkı anlayışı 15. Yüzyılda ortaya çıkmıştır²⁰. Ancak normatif bakımdan sağlığın hak olarak değerlendirilmesi ilk kez İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nde yer almasıyla olmuştur. Birleşmiş Milletler tarafından 10 Aralık 1948 tarihinde yayınlanan İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’ne göre sağlık hakkı, fiziki, psikolojik, sosyal ve ekonomik sağlık kavramlarını kapsayacak nitelikte olacak şekilde düzenlenmiştir.

“Herkesin, kendisinin ve ailesinin sağlık ve refahı için beslenme, giyinme, barınma, sağlık hizmetleri ve gerekli sosyal servislerden yararlanma haklarını kapsayan yeterli yaşam standardına sahip olma ve işsizlik, hastalık, sakatlık, dulluk, yaşlılık ve diğer kontrolü dışındaki geçim sıkıntularına karşı güvende olma hakkı vardır” (İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, 25. Madde)²¹.

Bu düzenlemede sağlık hakkı oldukça geniş bir içerikle tanımlanmıştır. DSÖ ise 7 Nisan 1948 tarihinde yürürlüğe giren anayasasında “ulaşılabilir en yüksek sağlık standardından yararlanabilmenin her insan için ırk, din, politik düşünce, ekonomik ya da sosyal statü gözetilmeksizin temel bir hak olduğunu” ifade etmiştir²².

Sağlık hakkının yer aldığı bir diğer önemli sözleşme Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesidir (ESKHS). ESKHS’nin 12. maddesine göre

“Sözleşmeyi imzalayan ülkeler herkesin ulaşılabilir en yüksek derecede fiziki ve ruhsal sağlık hakkına sahip olduğunu kabul ederler.

¹⁹ Hakeri, s. 84

²⁰ Thomas More’un “Ütopya” eserinde herkesin sağlıklı yaşamaya hakkı olduğu belirtilmiş ve hükümetler ile toplumların bu konuda gerekli önlemleri alması gerektiği öngörülmüştür (Alptekin, s. 136).

²¹ “Everyone has the right to a standard of living adequate for the health and well-being of himself and of his family, including food, clothing, housing and medical care and necessary social services, and the right to security in the event of unemployment, sickness, disability, widowhood, old age or other lack of livelihood in circumstances beyond his control.” (Universal Declaration of Human Rights, Article 25)

²² https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf, <http://www.who.int/about/mission/en/>

Bu hakkın tam olarak kavranabilmesini başarmak için sözleşme doğrultusunda sözleşmeye taraf devletlerce atılacak adımlar özellikle; çocukların sağlıklı gelişimi, bebek ölümleri ve mevcut doğum oranının düşürülmesi adına kanuni düzenlemelerin yapılmasını, endüstriyel ve çevresel temizliğin her yönüyle geliştirilmesini, yöresel, salgın veya mesleki hastalıkların engellenmesi, tedavi edilmesi ve kontrol altında tutulmasını, hastalık halinde bütün tıbbi yardım ve hizmetin sağlanmasını garanti edecek koşulların yaratılmasını içermelidir.”²³

Birleşmiş Milletler sağlık hakkını, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi'nin (ESKHK) 14 numaralı genel yorumunda

“Sağlık hakkı, diğer insan haklarının kullanımı için vazgeçilmez olan temel bir insan hakkıdır. İnsanlık ailesinin bütün üyelerinin, insanlık onuruna yaraşır bir hayat yaşamaya vesile olacak, mümkün olan en yüksek seviyedeki sağlık standartlarına sahip olma hakkı vardır.”

İfadeleriyle tanımlanmıştır²⁴.

Avrupa Sosyal Şartı'nda da sağlık hakkı diğer uluslararası belgelerle aynı doğrultuda olan *“Herkes, ulaşılabilecek en yüksek sağlık düzeyinden yararlanmasını mümkün kılacak her türlü önlemden yararlanma hakkına sahiptir”* ifadeleriyle düzenlenmiştir.²⁵.

Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 24. Maddesinde yer alan

“Taraf Devletler, çocuğun olabilecek en iyi sağlık düzeyine kavuşma, tıbbi bakım ve rehabilitasyon hizmetlerini veren kuruluşlardan yararlanma hakkını tanırlar. Taraf Devletler, hiçbir çocuğun bu tür tıbbi bakım hizmetlerinden yararlanma hakkından yoksun bırakılmamasını güvence altına almak için çaba gösterirler”

ifadeleri de sağlık hakkını düzenleme konusu etmiştir²⁶.

Söz konusu uluslararası metinler birlikte dikkate alındığında kısaca, sağlık hakkı ulaşılabilir en yüksek seviyede sağlık standartlarından yararlanabilmek olarak tanımlanabilir²⁷. Sağlık hakkı doktrinde *“herkesin korucuyu sağlık hizmetlerinde yararlanabilmesi, eşit ve nitelikli tıbbi bakım ve tedavi hizmetlerinden*

²³ “1. The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health,

2. The steps to be taken by the States Parties to the present Covenant to achieve the full realization of this right shall include those necessary for:

(a) The provision for the reduction of the stillbirth-rate and of infant mortality and for the healthy development of the child;

(b) The improvement of all aspects of environmental and industrial hygiene;

(c) The prevention, treatment and control of epidemic, endemic, occupational and other diseases;

(d) The creation of conditions which would assure to all medical service and medical attention in the event of sickness.”

(International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Article 12), United Nations, 1967, https://treaties.un.org/doc/Treaties/1976/01/19760103%2009-57%20PM/Ch_IV_03.pdf, erişim tarihi 04.11.2018, Hakeri, s. 84; Temiz, s. 168

²⁴ ESKHK 14 numaralı genel yorum 1. Paragraf, www.esithaklar.org/wp-content/uploads/2016/04/ESKHKG14.doc, erişim tarihi 04.11.2018; Tahmazoğlu Üzeltürk, s. 3

²⁵ <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/docs/sosyalsart.pdf>, erişim tarihi 17.02.2019; Temiz, Özgür, “Türk Hukukunda Bir Temel Hak Olarak Sağlık Hakkı”, Ankara Üniversitesi SBF dergisi, Cilt 69, No.:1, 2014, s. 173

²⁶ <https://www.unicef.org/turkey/crc/cr23d.html>, erişim tarihi 08.11.2018; Hakeri, s. 84

²⁷ Şahin, s. 713; Tahmazoğlu Üzeltürk, s. 6

yararlanabilmesi”²⁸, “bireylerin, sağlıklarını korumak için, toplumun sağladığı imkanlardan, vasıtalarından faydalanmaları”²⁹, “kişinin hastalıklar karşısında korunmasını ve hastalık vukuunda tedavi edilmesini, iyileştirilmesini, tıbbi bakım görmesini devletten isteyebilmesi hakkı”³⁰, “kişinin, toplumdan, devletten, sağlığının korunmasını, gerektiğinde tedavi edilmesini, iyileştirilmesini isteyebilmesi ve toplumun sağladığı imkanlardan faydalanabilmesidir”³¹ şeklinde farklı tanımlamalara da tabi tutulmuştur.

Sağlığın hak olarak tanımlanmasıyla beraber bu tanımların yapıldığı uluslararası metinlerin de niteliği gereği sağlık hakkı bir insan hakkı olarak değerlendirilmiştir. Sağlık hakkının tanımı gereği getirdiği hak ve yükümlölükleri incelemeyen önce genel olarak bu hakkın sırf insan hakkı olması sebebiyle sahip olduğu özellikleri incelemek, daha sonra incelenecek olan, sağlık hakkına özgü durumların çerçevesinin daha iyi anlaşılmasını sağlayacaktır. Dolayısıyla sağlık hakkının yapısını daha iyi anlamak için insan haklarının genel özelliklerine bakmak gerekir.

Modern devletin ihtiyaçlarının bir sonucu olarak insan hakları tarihsel süreçte üç kuşak halinde ortaya çıkmıştır. Sağlık hakkıyla doğrudan yakın ilişki içerisinde bulunan yaşama hakkı birinci kuşak insan hakları arasında yerini almıştır³²³³. Ancak birinci kuşak insan haklarının tanınması bu hakların hayata geçirilmesini mümkün kılmamıştır³⁴. Herkesin yaşama hakkının evrensel olarak varlığının kabul edildiği 18. ve 19. yüzyıllarda insanlar yeterli ekonomik gücü bulunmaması sebebiyle basit hastalıklar sonucunda hayatlarını kaybedebilmekteydiler. Söz konusu eksiklik sosyal, ekonomik ve kültürel haklar başlığı altında değerlendirilen ikinci kuşak insan haklarının ortaya çıkmasına

²⁸Gemalmaz Mehmet Semih “Tursu Fıçısı ya da Hasta Hakları”. Toplum ve Hekim. İstanbul: C. 11, S. 75-76, 1996, s. 36-39 aktaran Alptekin, s. 134

²⁹ Bayraktar, s. 16, 36 aktaran Hakeri, s. 84

³⁰ Bayraktar, s. 16, 40 aktaran Hakeri, s. 84

³¹ Bayraktar, s. 16, 17 aktaran Hakeri, s. 84

³² Yaşama hakkı en kısa haliyle “öldürülmeme” olarak tanımlanmış ancak söz konusu tanımdan çok daha kapsamlı olarak ve sağlık hakkıyla bir bütünlük içerisinde değerlendirilmiştir. Öztürk, Bahri, “Yaşama Hakkı ve İşkence Yasası”, <http://www.iku.edu.tr/TR/userfiles/huk/66.pdf>, s. 51; Savcı, Bahri, Yaşama Hakkı ve Boyutları, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1980, s. 14’ten aktaran Tahtalı, Murat Buğra, “Kadının Yaşam Hakkının Korunmasında İdari Kolluğun Rolü ve Önemi”, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, Kırıkkale, 2018

³³ Yaşama hakkı anayasanın 90/5. maddesine göre iç hukukumuzun bir parçası haline gelen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 2. Maddesinde de düzenlenmiştir. <https://www.danistay.gov.tr/upload/avrupainsanhaklarisozlesmesi.pdf>, erişim tarihi 25.07.2019

³⁴ Tahmazoğlu Üzeltürk, s. 11-12

sebebiyet vermiştir. Yaşama hakkının tamamlayıcısı niteliğinde olan sağlık hakkı³⁵ da bu kategoride yerini almıştır³⁶.

Sağlık hakkı insan hakları kavramının içeriğine dahil olduğundan dolayı insan olmak dışında hiçbir şarta gerek olmaksızın herkesi kapsamaktadır³⁷. Sağlık hakkının düzenlendiği uluslararası metinlerde de bu hak “herkes için” tanınmıştır. Ekonomik, sosyal ve kültürel haklar eşitlik anlayışına dayanır³⁸. Bireylerin farklı kişisel özelliklerinin getirdiği dezavantajları gidermek amacıyla söz konusu eşitlik fırsat eşitliği olarak değerlendirilir³⁹. İnsan hakları düşüncesiyle birlikte sosyal devlet anlayışının da gelişmesi zayıf ve güçsüz konumdaki bireylerin korunması fikrini hayata geçirmiştir. Dolayısıyla sağlık hakkı da kadınlara, çocuklara, engellilere, yaşlılara ve bunun gibi ihtiyaç gruplarına öncelik tanıyacak şekilde gelişmiştir⁴⁰. ESKHS'nin 12. maddesi hükmüne göre herkes, statüsüne bakılmaksızın sağlık hakkının öznesi durumundadır. Komite söz konusu hükmü “*taraf devletin yetkisi altında bulunan herkes*” şeklinde yorumlamıştır. Bu yorumda “devletin yetkisi altında” ifadesinden kasıt devlete karşı vatandaşlık bağının bulunması değildir. Komite'ye göre

“Uyrukluk, Sözleşme haklarına sahip olmayı engellememelidir (...) Sözleşme hakları uyruk olmayanlar dahil olmak üzere herkese uygulanır (...) bu kişilerin hukuksal statüsü ve gerekli resmî belgeleri bulunup bulunmadığı bu anlamda bir fark doğurmaz (20 Sayılı Genel Yorum, paragraf 30)”.

Sözleşmeye taraf devletin hiç kimseyi sağlık hakkı öznesi olmaktan dışlayamayacağı açık olmakla beraber sağlık hakkının devlete yükleyeceği yükümlülüklerin farklı

³⁵ Sağlık hakkının yaşama hakkını tamamlayıcı özelliğe sahip olması yaşama hakkı karşısında ikincil bir nitelikte olduğu anlamına gelmemektedir. Aksine insan hakları bütünü oluşturulan parçalar olarak kaçınıcı kuşakta yer aldıklarından bağımsız olarak insan hakları aynı değere sahiptir. (Bor Ekmekçi Perihan Elif, Tıp Etiği Açısından Sağlık Hakkı ve Romanlar Üzerine Bir Çalışma, Doktora Tezi, s. 65-66)

³⁶ Aldıkaçtı, Orhan, “Sosyal Devlet”, Anayasa Yargısı, 1997, s. 80; Gemalmaz, M. Semih, “Tarihselliği Bağlamında İnsan Hakları”, İnsan Hakları Yıllığı, 1986, s. 62; Talas, Cahit, “Yaşam Hakkı ve Toplumsal Haklar”, İnsan Hakları Yıllığı, 1990, s. 86; Algan, Bülent, “Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması”, Ankara, 2007, Seçkin Yayınları, s. 26-27 aktaran Temiz, s. 168, 171; Şahin, s. 714,718,734; Ekonomik, Sosyal ve kültürel haklar eşitlik fikrine dayandıkları için, ekonomik ve sosyal mal ve hizmet olanaklarını pozitif olarak garanti ederler.

³⁷ Şahin, 716 (Jack Donnelly, 2), 734; “İnsan hakları sırf insan olduğu için sahip olunan haklar olarak tanımlanmaktadır” (Şahin, s. 716); Sosyal haklar, sosyal adaleti sağlamaya, sosyal eşitsizlikleri azaltmaya, toplum içinde ekonomik bakımdan zayıf olan sınıf ve grupları korumaya yönelik haklardır (Tahmazoğlu Üzeltürk, s. 1).

³⁸ ESKHS madde 12 herkes için sağlık hakkını düzenlemektedir. https://treaties.un.org/doc/Treaties/1976/01/19760103%2009-57%20PM/Ch_IV_03.pdf, erişim tarihi 04.11.2018

³⁹ Yücel, Özge / Sert, Gürkan, “Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları”, Ankara, 2018, Seçkin Yayıncılık, s.74

⁴⁰ Yücel / Sert, s.74

olabileceği göz ardı edilmemelidir. Devletlerin yükümlü oldukları ödevlerin farklı olabileceğini ancak bu farklılığın ayrımcı uygulamalara sebep olacak şekilde uygulanamayacağını Komite de kabul etmektedir (14 Sayılı Genel Yorum, paragraf 12,18,19)⁴¹. Avrupa Sosyal Şartı'nın sağlık hakkı düzenlemesinde de hakkın öznesinin "herkes" olduğu yer almıştır⁴².

Öznesini herkesin oluşturduğu insan haklarının temel muhatabı devlettir. İnsan haklarının ortaya çıkış sebebi, devletlerin bu hakları tanıyıp tanımamasından bağımsız olarak kişilerin sırf insan oldukları için sahip oldukları hakların varlığını kabul etmek ve bu hakları devlete karşı güvence altına almaktır. Dolayısıyla insan haklarının asıl işlevi devletlere yükümlülük yüklemektir. Bu yükümlülük birinci kuşak insan hakları (negatif statü hakları) için devletin söz konusu hakları tanınması ve bu haklara engel olmamasıdır. Devlet tanınan insan haklarını bizzat kendi eliyle ihlal etmemelidir. İkinci kuşak haklar olan sosyal haklarda (pozitif statü hakları) ise bu yükümlülük aktif hareketle hakkın sağladığı gerekleri devletin bizzat yerine getirmesi şeklindedir. Sağlık hakkı ikinci kuşak olan Ekonomik, Kültürel ve Sosyal haklar kategorisinde yer alan bir hak olarak bireye devletten hizmet isteme, yardım bekleme imkânı tanır ve devlete aktif olarak yerine getirmesi gereken ödevler yükler. Bu yapısı dolayısıyla sağlık hakkı pozitif statü hakları, sosyal haklar, isteme hakları kategorilerinde yer alır⁴³.

Sağlık hakkının pozitif statü özelliği ağır basmakla beraber geniş anlamının içerisinde negatif boyutunun da olduğu unutulmamalıdır. Sağlık hakkı yalnızca kişinin sağlığı bozulduğu zaman tedaviye ilişkin hizmetin sunulması anlamına gelmemektedir. Aynı zamanda, vücut bütünlüğü gibi, sağlıklı haldeyken de saygı gösterilmesi gereken bir değerdir. Bireyin sağlığına zararlı faaliyetlerin bizzat devlet eliyle yapılmaması veya üçüncü kişilerce yapılmasının yasaklanması devletin yükümlülüğüdür. Aynı zamanda devlet kişilerin sağlık hizmetine erişmesini önleyici faaliyetlerde de bulunmamalıdır.

ESKHS Komitesi,

"Sağlık hakkı, sağlıklı olmak hakkı şeklinde anlaşılmalıdır. Sağlık hakkının özgürlük boyutu, bir kimsenin, cinsiyet ve üreme özgürlükleri de dahil olmak üzere, kendi sağlığı ve vücudunun

⁴¹ Temiz, s. 172

⁴² Temiz, s. 173

⁴³ Tahmazoğlu Üzeltürk, s. 8; Pozitif statü – negatif statü – aktif statü hakları tasnifi Jellinek'in klasikleşmiş hak tasnifidir. Negatif statü hakları devletin müdahale etmemesi gereken, hareketsizlikle yükümlü kılındığı haklardır. Pozitif statü hakları da devletin olumlu ve aktif bir hareketle hakkın gereğini sağlama yükümlülüğü altında olduğu haklardır. Aktif statü hakları ise siyasi fikir ve görüşleri açıklama, oy kullanma, seçme ve seçilme yöntemleriyle toplum yönetiminde yer alma yetkileri veren siyasal haklardır. Bu üç kategori sırasıyla koruyucu haklar – isteme hakları – katılma hakları şeklinde de adlandırılmaktadır.

kontrolünü elinde bulundurması, işkence, rızaya dayanmayan tıbbi ve deneysel müdahaleler gibi uygulamalara tabi olmamasını içermektedir. Hak boyutu ise, insanların ulaşılabilir en yüksek sağlık standartlarından eşit şekilde faydalanmasına olanak tanıyan bir sağlık sistemine sahip olma hakkını içermektedir. (14 Sayılı Genel Yorum, Paragraf 8)”

ifadeleriyle sağlık hakkının negatif hak boyutunu vurgulamıştır⁴⁴.

Sağlık hakkı çerçevesinde devletin sorumluluğunu inceleyebilmek için öncelikle bu hakkın devlete yüklediği yükümlülükler bakımına bakmak gerekir.

1.1.2.1. Devletin Sağlık Hakkı Karşısında Yükümlülükleri

İnsan hakları esasında bireylerle devlet arasındaki ilişkiyi düzenler ve özellikle devletin sorumluluk ve yükümlülükleri üzerinde durur. Bu yüzden insan haklarının pratik değerini kazanması da devletler tarafından tanınmasına bağlıdır⁴⁵. Bu haklar uluslararası belgelerde düzenlenmiş, anayasa ve kanunlarda tanınıp hayata geçirilmeye çalışılmıştır. Yapılan tanıma hakkın anlaşılmasını ve kapsamını belirlemekle beraber devletin kendisine karşı da koruma sağlar⁴⁶.

Devlet sağlık hakkının ekonomik, sosyal ve kültürel haklar kategorisinde yer alması sebebiyle bu hakkı tanımak, üçüncü kişilere karşı korumak ve hakkın kullanılabilmesi için uygun koşulları temin etmekle yükümlüdür⁴⁷. Bu üç yükümlülük 1980 yılında Henry Shue tarafından ortaya atılan devletin üçlü ödevidir. Devletin üçlü ödevi, insan haklarına saygı yükümlülüğü, insan haklarını üçüncü kişilerin ihlallerine karşı koruma yükümlülüğü ve devlet tarafından insan haklarının gereğinin yerine getirilmesi yükümlülüğü olarak da ifade edilmektedir⁴⁸.

Saygı, koruma ve gereğini yerine getirme ödevleri, sağlık hakkı da dahil olmak üzere, sosyal haklara ilişkin devletin yükümlülükleri konusunda uluslararası insan hakları hukukunda yerleşmekte olan bir standarttır. 1997 tarihli Maastricht İlkelerinde (madde 6 ve 7)

“Sosyal haklar devletlere üç tür yükümlülük yükler: Saygı, koruma ve gereğini yerine getirme yükümlülükleri. Bu üç yükümlülüğün herhangi birinin yerine getirilmemesi bu hakların ihlalini oluşturur. Saygı ödevi, ekonomik, sosyal ve kültürel haklardan yararlanılmasına devletlerin engel olmaktan kaçınmasını gerektirir. Koruma ödevi, devletlerin bu hakların üçüncü kişiler tarafından ihlal edilmesini önlemesini gerektirir. Gereğini yerine getirme ödevi, bu haklardan

⁴⁴ Temiz, s. 169

⁴⁵ Yücel / Sert, s.74

⁴⁶ Aart Hendriks, “The Close Connection Between Classical Rights And the Right to Health, With Special Reference to the Right to Sexual And Reproductive Health”, *Medicine and Law*, 1999, s. 225-226 aktaran Şahin, s. 717, 726; Tabi ki bu tanımın pratik değerini kazanabilmesi için devletin hukuk devleti ilkesi çerçevesinde kendi koyduğu kurallara uyması gerekmektedir.

⁴⁷ Şahin, s.717(Aart Hendriks, 6), s. 726

⁴⁸ Şahin, s.717(Aart Hendriks, 6), s. 726; Algan, s. 85 aktaran Temiz, s. 176

tam olarak yararlanılabilmesi için devletlerin uygun yasal, idari, mali, yargısal vd. Tedbirleri almasını gerektirir.

Saygı, koruma ve gereğini yerine getirme ödevlerinden her biri, eylemde bulunma ve sonuçlandırma yükümlülüklerini içerir. Eylemde bulunma yükümlülüğü, belirli bir haktan yararlanılmasının gerçekleştirilmesinin makul biçimde tasarlanması eylemini gerektirir. Sonuçlandırma yükümlülüğü, devletlerin ayrıntılı bir maddi standardı sağlamak amacıyla belirli hedeflere ulaşmasını gerektirir.”

düzenlemesi yer almaktadır⁴⁹. Düzenleme devletin sağlık hakkı karşısındaki yükümlülüklerinin genel çerçevesini çizmektedir.

Devletin üçlü ödevi, ESKHS Komitesi tarafından da benimsenmiştir. Komite, devletin üçlü ödevini, Sözleşme'nin 12. Maddesinde getirilen “ulaşılabilir en yüksek sağlık standardına sahip olma hakkı” konusundaki 14 Sayılı Genel Yorumunda şu biçimde uygulamaktadır:

“Tüm insan hakları gibi sağlık hakkı da taraf Devletlere üç türde ya da düzeyde yükümlülük yüklemektedir: saygı duyma, koruma ve yerine getirme (gerçekleştirme) yükümlülükleri. Yerine getirme yükümlülüğü kolaylaştırma, sağlama ve geliştirme yükümlülüklerini içermektedir.⁵⁰ Saygı duyma yükümlülüğü, kişilerin sağlık hakkını kullanmasına Devletlerin doğrudan ya da dolaylı olarak müdahale etmekten imtina etmelerini gerekli kılar. Koruma yükümlülüğü ise, 12. Maddenin güvence altına aldıklarının üçüncü kişilerce müdahale edilmesine önleyecek şekilde Devletlerin tedbirler almasını gerektirmektedir. Son olarak yerine getirme yükümlülüğü, Devletlerin sağlık hakkının tam anlamıyla gerçekleştirilmesi için uygun yasal, idari, bütçesel, yargısal, geliştirici ve diğer tedbirleri almalarını gerekli kılar. (14 Sayılı Genel Yorum, paragraf 33).”

Komite ayrıca devletlerin “Mahkumlar, tutuklular, azınlıklar, sığınmacılar ve yasa dışı göçmenler de dahil olmak üzere herkesin, önleyici, iyileştirici ve tedavi edici sağlık hizmetlerine erişimini engellemekten veya kısıtlamaktan” kaçınması gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca devletlerin ayrımcı politikalar gütmemesi gerektiği üzerine ayrıca kadınların sağlık durumları ve ihtiyaçları ile ilgili ayrımcı uygulamalardan uzak durulmasını vurgulamıştır. Bu kapsamda devlet geleneksel tedavi yöntemlerine ve ilaçlara erişimi engellemek, güvenli olmayan ilaçları yasaklamak, zorla tedavi uygulamamak (akıl hastalıkları, salgın hastalık durumları hariç) yükümlülükleri altındadır. Devletlerin sağlık hakkına saygı yükümlülüğü içerisinde çevre sağlığı, yani havayı, suyu veya toprağı kirletecek faaliyetlerde bulunmama yükümlülüğü de yer almaktadır. Nükleer, biyolojik ve kimyasal silah kullanımı veya denemeleriyle ceza

⁴⁹ Temiz, s. 169-171, 176-177

⁵⁰ 12 ve 13 No'lu genel yorumlara göre yerine getirme yükümlülüğü kolaylaştırma ve sağlama yükümlülüklerini bir araya getirmektedir. Mevcut genel yorumdaki yerine getirme yükümlülüğü, Dünya Sağlık Örgütü ve başka yerlerdeki çalışmalarda sağlığın geliştirilmesinin oldukça kritik bir öneme sahip olması nedeniyle geliştirme (destekleme) yükümlülüğünü de bunlara dahil etmektedir. (14 Sayılı Genel Yorum Paragraf 33)

amaçlı sağlık hizmetlerine erişim kısıtlamaları da sözleşmeye aykırılık niteliğinde değerlendirilmiştir⁵¹.

İç hukukumuzda da sağlık hakkına ilişkin gelişmelerin uluslararası gelişmelerle aynı doğrultuda olduğu görülmektedir.

Türkiye’de de sağlık hakkı 1961 ve 1982 anayasalarında anayasal bir hak olarak tanınmıştır⁵². 1982 Anayasası’nın değiştirilemez hükümleri arasında olan 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin sosyal devlet ilkesini benimsediği belirtilmiştir. Bu durum devletin, vatandaşların temel ihtiyaçlarını karşılamak adına sağlık hizmetlerini kamu hizmeti olarak planlamasını gerekli kılmaktadır. Ayrıca anayasanın 5. maddesinde yer alan devletin amaç ve görevleri içerisinde kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, sosyal hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayacak siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya ve insanın maddi ve manevi varlığının geliştirilmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak düzenlenmiştir. Anayasanın 12. maddesi herkesin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez hak ve hürriyetlere sahip olduğunu düzenleyerek sağlık hakkı da dahil olmak üzere temel hakları tanımış ve aynı zamanda hem kendisine karşı hem de üçüncü kişilere karşı genel bir güvence altına almıştır. Sağlık hakkına getirilebilecek sınırlamalar hakkın amacına ve niteliğine uygun olarak demokratik toplumun gereklerine uyumlu olmalıdır⁵³. Dolayısıyla sosyal haklar çerçevesinde devletin saygı duyma, koruma ve gereğini yerine getirme yükümlülüklerini kabul ettiğinden bahsedilebilir.

Anayasanın 17/1. Maddesine göre *“herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir”*. 17. Maddenin devamında vücut bütünlüğü koruma altına alınmış ve işkence ve eziyet yasaklanmıştır. Türkiye’de sağlık hakkının temeli anayasanın bu hükmüne dayanmaktadır. Sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkı anayasanın düzenlemiş olduğu bu hakların güvencesini sağlamaktadır. 50. maddedeki *“kimsenin yaşına, gücüne ve cinsiyetine uygun olmayan işlerde çalıştırılmaması”* düzenlemesi sağlık hakkını koruyan niteliktedir. Aynı zamanda *“Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar”* denilerek hem sağlık hizmetleri ve çalışma şartları açısından sosyal adalet sağlanmaya çalışılmış hem de bireylerin ekonomik ve sosyal sağlık da dahil olmak üzere sağlık

⁵¹ Temiz, s. 175-178

⁵² Temiz, s. 165-188

⁵³ Şahin, s. 721

konularındaki dezavantajları giderilmeye çalışılmıştır. Anayasa Mahkemesine göre de “*hukuk devletinde korunması gereken en büyük değer in insanın can ve sağlığı olduğu açıktır ve bu konuda görüş birliği vardır*”⁵⁴.

T.C. Anayasası’nın “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler” bölümünde yer alan ve “Sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması” başlığını taşıyan 56. Maddesi sağlık hakkını düzenlemektedir. Anayasa’nın 56/1 maddesine göre “*Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir*”. Sağlık hakkı, Anayasa’da devlete verilen yükümlülükler uygun olarak Türk kamu hukuku öğretisinde pozitif statü hakları içerisinde incelenmektedir. Bu durum hakkın, kişinin devletten isteme boyutunu vurgulamaktadır. İnsan hakları yazınında sağlık hakkı da dahil olmak üzere sosyal hakların “yararlanma hakları” olarak nitelenmesi bu dođrultudadır⁵⁵.

Anayasa madde 59’da ise “*Devlet, her yaştaki Türk vatandaşlarının beden ve ruh sağlığını geliştirecek tedbirleri alır*” hükmü yer almaktadır. Bu hüküm her ne kadar Türk vatandaşları şeklinde düzenlenmiş olsa da anayasanın diğer hükümleriyle beraber yorumlandığında ve anayasa madde 90 gereği iç hukukumuzda dahil olan uluslararası sözleşme hükümleriyle birlikte değerlendirildiğinde sağlığın geliştirilmesinin de sağlık hakkı kapsamında herkes için geçerli bir hak olduğu sonucuna varılacaktır⁵⁶.

Anayasa mahkemesine göre, devletin sosyal haklardan doğan ödevlerinin sınırını gösteren 65. madde hükümleri, sağlık hakkının yalnızca 56. maddede getirilen sağlık hizmetleri düzeni boyutu bakımından uygulanacaktır. Sağlık hakkının 17. maddede korunan değerlerle ilgili boyutunda 65. madde uygulanabilir değildir. Sağlık hakkının uygulanabilirliği ve temin edilme seviyesi devletin ekonomik gücüyle orantılıdır ancak sağlık hakkının minimum gereklerinin sağlanması açısından devletin ekonomik gücü önem arz etmez⁵⁷. Kişinin sağlık halinin ve sağlığına ilişkin özerkliğinin korunması, devletin yapma tipi ödevlerinin dışında, yapmama tipi ödevleri ile üçüncü kişilerin yapmasını engelleme tipi ödevlerini de gerektirir⁵⁸.

Anayasanın 10. maddesinde eşitlik ilkesini düzenlemiş ve kanun önünde ayrımcılık yapılamayacağını hükme bağlamıştır. Bu sebeple devletin vatandaşlara karşı sağlık

⁵⁴ Anayasa Mahkemesi 18.03.1976, 198/18, 17.01.1991, 27/2 aktaran Hakeri, s. 85

⁵⁵ Temiz, s. 168

⁵⁶ Çınarlı Serkan, İdarenin Sağlık Hizmetinin Sunumundan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu, Orion kitabevi, Ankara, 2013, s. 82-86

⁵⁷ Şahin, s. 721-733

⁵⁸ Temiz, s. 170

hakkından doğan yükümlülükleri noktasında da ayrımcılık yapılamayacağı düzenlenmiştir. Ancak sağlık hakkının doğurduğu yükümlülükler bakımından devletin sağlayacağı hizmet ihtiyaca göre farklılık gösterebilecektir. Örneğin gebelik ve doğum gibi durumlarda vatandaşlara tanınan haklar sağlık hakkının kişiye eşitliğe aykırı uygulanması olarak değerlendirilemez. Ayrıca Anayasa madde 16'ya göre “*Temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir*”. Bu sebeple sağlık hakkının uygulanmasında Uluslararası hukuka aykırı olmamak şartıyla vatandaşlık bağına bağlı olarak da sınırlama yapılması mümkündür. Yine Anayasa madde 13'te vatandaşlar için de temel hak ver hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın ancak kanunla sınırlanabileceği ve bu sınırlamanın Anayasa'nın hak veya hürriyetle ilgili maddesinde belirtilen sebeplere bağlı olarak yapılabileceği belirtilmiştir. Hükmün devamında sınırlamanın Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı yazılmıştır. Sağlık hakkının düzenlendiği Anayasa'nın 56. Maddesinde hakkın öznesi “herkes” olarak belirtilmiş ve hakkın sınırlandırılmasına müsaade edebilecek bir sebep öngörülmemiştir. Dolayısıyla sağlık hakkının sınırları ancak anayasal sınırlara tabi olmakta ve daha alt bir düzenlemeyle başkaca bir sınırlama getirilmesi söz konusu olamamaktadır. Bu durumda sağlık hakkı kötüye kullanma yasağı gibi bütün anayasal hakların tabi olduğu sınırlamalara tabi olacak ve bunun dışında tanımından anlaşılacak en geniş sınırlarda değerlendirilecektir.

Anayasa Mahkemesi, sağlık hakkının anayasal rejimine değinme fırsatı bulduğu ilk andan itibaren sağlık hakkını yaşama hakkı ile birlikte değerlendirmektedir.

“İşin özüne bakılırsa, hukukça korunması gerekli en büyük değer, insan canı, insan sağlığı konusunda görüş birliği vardır. Anayasa'nın az önce anılan 10, 14 ve 49'uncu maddelerindeki kurallara destek olan temel ilke dahi, bu düşünceye dayanır. Hukuk kurallarının gerek konuluşlarında gerekse yorumlarında insan canı ve sağlığının en yüksek ve en önemli değer olduğu yolundaki bu temel ilkenin göz önünde tutulması zorunludur”⁵⁹.

Anayasa Mahkemesi 1982 Anayasası döneminde de sağlık hakkını yaşam hakkı ile bağlantılı olarak incelemiştir. Anayasa'nın 56. Maddesinin yanı sıra 17. Maddesinin de dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştir. Sağlık hakkının anayasa madde 17'de belirtilen yaşama ve maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkıyla sıkı bağlantı içerisinde olduğu yorumunda bulunmuştur. Yorumunda bağlantının yalnızca

⁵⁹ Anayasa Mahkemesi, E. 1972/2, K 1972/28, K.T. 23/5/1972, RG, 21.11.1972, 14368

sağlık hakkıyla sınırlı olmadığını, sağlık hizmetleri ve buna ilişkin sosyal güvenlik hizmetleri açısından da bağlantının varlığını belirtmiştir⁶⁰.

Anayasa madde 90'a göre iç hukukumuzun parçası olan uluslararası düzenlemelerle birlikte değerlendirildiğinde sağlık hakkı karşısında devletin üçlü ödevini kabul etmek gerekir. Bu kapsamda sağlık hizmetlerini devlet ister kendi eliyle ister özel kişiler aracılığıyla yerine getirsin, temel olarak yükümlülüğü değişmez. Geleneksel kamu hizmeti olarak kabul edilen sağlık hizmetinin, özel ya da yarı özel kişiler tarafından ifa ediliyor olması, devletin birincil sorumluluğunu ve kamu hukuku niteliğini değiştirmemektedir⁶¹.

1.1.2.1.1. Saygı Duyma Yükümlülüğü

Hakkın yazılı belgelerde tanınmış olması devletin insan haklarına saygı yükümlülüğünün bir gereğidir. Anayasa madde 2'de yer alan "insan haklarına saygılı" ifadesi devletin sağlık hakkına saygı yükümlülüğünü ifade etmektedir. Bu sebeple devlet sağlığa zararlı faaliyetlerde bulunamayacağı gibi sağlık hakkına erişimi engelleyecek faaliyetlerden de kaçınmakla yükümlüdür. Ancak kamu yararının zorunlu kıldığı durumlarda gerekli tedbirleri almak koşuluyla zararı en aza indirgeyerek devletin bazı sağlığa sakıncalı faaliyetler yürütmesi mümkündür.

Birleşmiş Milletler ise "*Herkes için, ırk, cinsiyet, dil, din ayrımı gözetilmeksizin insan hakları ve özgürlüğünün esaslarına evrensel saygı ve riayet edilmesini teşvik edecektir*"⁶² misyonuyla sağlık hakkını kapsar biçimde insan haklarına saygı duyulmasının devletlerin asli yükümlülüklerinden olduğunu ifade etmiştir.

ESKH komitesi devletin sağlık hakkına karşı saygı duyma yükümlülüğünün sağlık hakkına doğrudan ya da dolaylı olarak müdahaleden kaçınması olduğunu belirtmiştir. Komiteye göre devletler bireylerin önleyici, tedavi edici ve teskin edici sağlık hizmetlerine erişimlerini kısıtlamaktan kaçınmalıdır. Yine burada komite bir defa daha hükümlü, tutuklu, azınlık, sığınmacı ya da yasa dışı göçmen dahil olmak üzere herkesin sağlık hizmetlerine erişim hakkı olduğunu belirtmiştir. Devletin ayrımcı uygulamalar ortaya koymaktan imtina etmesini sağlık hakkına saygı yükümlülüğünün bir unsuru

⁶⁰ Temiz, s. 182

⁶¹ Temiz, s. 175-176

⁶² (United Nations Charter, Article 55), <http://www.un.org/en/sections/un-charter/chapter-ix/index.html>, erişim tarihi 07.10.2018

olarak değerlendiren komite pratik hayattaki 6nemine binaen olsa gerek kadınların sağlık statüsü ve ihtiyaçlarıyla alakalı olarak ayrımcı uygulamalara gidilmemesi gerektiğini ayrıca belirtmiştir. Geleneksel sağlık uygulamalarının ve ilaçların yasaklanmasını ya da erişimlerinin engellenmesini, zorla tedavi uygulanmasını saygı yükümlülüğüne aykırılık olarak değerlendiren komite bu durumların istisnasının akıl hastalarının korunmasına ilişkin tedavi işlemleriyle bulaşıcı hastalıklara ilişkin güvenlik önlemlerinin olabileceğini belirtmiştir. Gebelik önleyici araçlara ve cinsel sağlık ve üreme sağlığına yönelik araçlara erişimi engellemek, cinsel eğitim ve cinsel sağlıkla ilgili konuları sansürlemek, bu bilgileri kasten yanlış yorumlamak ve insanların sağlıkla ilgili konulara katılımını engellemek ayrıca saygı yükümlülüğüne aykırı durumlar olarak sayılmıştır. Devletin hizmet verirken bizzat kendi eliyle sağlığa aykırı faaliyetlerde bulunamayacağını ifade eden komite hava, su ve toprağın endüstriyel atıklarla kirletilmesini, nükleer, biyolojik veya kimyasal silahların test edilmesini bu kapsamda deęerlendirmiştir⁶³.

1.1.2.1.2. Koruma Yükümlülüğü

Devletin insan haklarına karşı üçlü yükümlülüğünde koruma yükümlülüğünün yer alması insan haklarının devlet tarafından sadece kendisine karşı değil aynı zamanda üçüncü kişilerin ihlallerine karşı korunmasının gerekliliğini ifade eder. Dolayısıyla bu üçlü yükümlülüğün kabul edilmesiyle beraber insan haklarının düzenlenmesi bu hakları aynı zamanda üçüncü kişilerin ihlallerine karşı güvence altına almaktadır⁶⁴. Uluslararası metinlerde, anayasa ve kanunlarda sağlık hakkının tanınmış olması bu haklara yalnızca devletin değil aynı zamanda vatandaşların da saygı göstermesi gerektiği anlamına gelmektedir. Dolayısıyla sağlık hakkına karşı saygı yükümlülüğünün yerine getirilmesi koruma yükümlülüğünün de bir basamağını oluşturmaktadır. Ancak hakkın sadece tanınmış olması bu hakkın gerektirdiği korumayı sağlamamaktadır. Hakkın pratik anlamını kazanabilmesi için bu hakkın üçüncü kişilerce ihlal edilmesini önleyecek güvenlik tedbirlerinin alınması ve her nasılsa hakkın ihlali gerçekteştiği takdirde müeyyidesinin uygulanabileceği idari ve yargısal sistemin kurulması gerekmektedir⁶⁵.

⁶³ ESKHK 14 numaralı genel yorum 34. Paragraf, www.esithaklar.org/wpcontent/uploads/2016/04/ESKHKG14.doc, erişim tarihi 04.11.2018

⁶⁴ Tahmazoğlu Üzeltürk, s. 16

⁶⁵ Temiz, s. 169

ESKHK koruma yükümlülüğü kapsamında ilk olarak devletin, özel kişilerce sağlık hizmetlerinin tedarik edilebilmesi, bu şekilde verilen sağlık hizmetlerinin erişilebilir, kabul edilebilir ve tehlikesiz olmasını sağlaması gerektiğini değerlendirmiştir. Üçüncü kişilerce pazarlanan tıbbi ekipman ve ilaçları denetlemek, sağlık personelinin eğitimini garanti etmek görevlerinin devletin koruma yükümlülüğü içerisinde olduğunu belirtmiştir. Komite kadınların geleneksel bazı sağlık uygulamalarına zorlanmasının önlenmesi gerekliliğine de ayrıca yer vermiştir. Sonrasında kadın, çocuk ve yaşlılar başta olmak üzere kişilerin şiddete karşı koruması gerektiği ifade edilmiştir⁶⁶.

Koruma yükümlülüğü kapsamında asıl olan kişinin sağlığını ihlal eden üçüncü kişi davranışlarının yasaklanması ve müeyyideye bağlanmasıdır. Bu kapsamda ceza kanunları önem arz etmektedir. Örneğin; kapalı alanda sigara içmenin idari para cezası müeyyidesiyle yasaklanması devletin sağlık hakkını koruma yükümlülüğü kapsamında bir faaliyetidir⁶⁷.

Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 81-83. maddeleri kasten bir kişinin öldürülmesini suç olarak düzenlemiştir. Bu hüküm doğrudan doğruya yaşama hakkıyla ilgili olmakla beraber yakın ilişkisi sebebiyle sağlık hakkına da ilişkindir. Aynı şekilde adam öldürme eyleminin taksirle işlenmesi de TCK m. 85 kapsamında suç olarak tanımlanmıştır. TCK'nın 84. Maddesi intihara yönlendirmeyi suç olarak tanımlamıştır. Uluslararası standartlar çerçevesinde psikolojik sağlık bozukluğu olarak değerlendirilen intihar eğilimi konusunda kişinin sağlığına üçüncü kişiler tarafından yapılacak saldırılara karşı bir koruma düzenlendiği görünmektedir. Kasten yaralama (TCK m. 86-88), taksirle yaralama (TCK m. 89), insan üzerinde deney⁶⁸ (TCK m. 90), organ veya doku ticareti (TCK m. 91), işkence⁶⁹ (TCK m. 94-95), eziyet (TCK m. 96), çocuk düşürtme (TCK m. 99), çocuk düşürme (TCK m. 100), kısırlaştırma (TCK m. 101), cinsel saldırı (TCK m. 102), çocukların cinsel istismarı (TCK m. 103), cinsel taciz (TCK m. 105), topluma karşı suçlar başlığındaki TCK'nın üçüncü Kısımının genel tehlike yaratan suçlar başlığı

⁶⁶ ESKHK komitesi 14 numaralı genel yorum 35. Paragraf, www.esithaklar.org/wp-content/uploads/2016/04/ESKHKG14.doc, erişim tarihi 04.11.2018

⁶⁷ Tahmazoğlu Üzeltürk, s. 33

⁶⁸ ESKHK da rızaya dayanmayan tıbbi ve deneysel müdahalelere karşı güvende olmayı sağlık hakkı kapsamında ayrıca belirtmiştir. (14 sayılı genel yorum, paragraf 8)

⁶⁹ ESKHK da işkenceye karşı güvende olmayı sağlık hakkı kapsamında ayrıca belirtmiştir. (14 sayılı genel yorum, paragraf 8)

altındaki birinci bölümünde tanımlanan suçlar (TCK m. 170-180)⁷⁰, çevreye karşı suçlar başlığı altındaki ikinci bölümünde tanımlanan suçlar (TCK m. 181-184), kamunun sağlığına karşı suçlar başlığı altındaki üçüncü bölümünde tanımlanan suçlar (TCK m. 185-196), genital muayene suçu (TCK m. 287) sağlık hakkını korumaya yönelik olarak düzenlenmiş başlıca ceza kanunu hükümleridir. Özellikle topluma karşı suçlar başlığı altındaki suçlarda genel olarak yer alan kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye düşürmek ifadesi bu suçların sağlık hakkını korumaya yönelik olarak düzenlendiğini ortaya koymaktadır.

1.1.2.1.3. Gereğini Yerine Getirme Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Bir Gereği Olarak Sağlık Hizmetleri

Olumlu edim gerektiren sosyal haklar, sağlık hakkı da dahil olmak üzere, anayasada yer almakla kişilere sübjektif haklar vermezler. Bu tür hakların hayata geçirilebilmesi için yasama organının gerekli kanunu düzenlemeleri yaparak hakkı kullanılabilir kılması gerekmektedir⁷¹. Hakkın kullanılabilir hale getirilmesi için sosyal devlet ilkesi içerisinde devletin aktif olarak yerine getirmekle yükümlü olduğu eylemler gereğini yerine getirme yükümlülüğü kapsamındadır.

“Gereğini yerine getirme yükümlülüğü, tarafa devletlerin ulusal mevzuat yaratma ve sağlık hakkının gerçekleştirilmesi için detaylı bir plan içeren ulusal sağlık politikaları kabul etme başta olmak üzere, sağlık hakkına ulusal politika ve hukuk sistemlerinde yeterli önemi vermelerini gerektirmektedir. Devletler, temel bulaşıcı hastalıklara karşı bağışıklık programları ve yeterli ve güvenilir gıda, temiz ve içilebilir su, temel hijyen, elverişli konut ve yaşama koşulları gibi temel sağlık göstergelerine erişimi güvence altına almalıdır. Kamu sağlığı yapılanmaları, özellikle kırsal kesimlerde, cinsel sağlık ve üreme sağlığı ile ilgili hizmetlere yer vermelidir.”

ESKHK'nın bu sözlerle ifade ettiği gereğini yerine getirme yükümlülüğü sağlık hakkı açısından en basit haliyle devletin sağlık hizmetlerini kamu hizmeti olarak sunması demektir.

Anayasanın 5. maddesine göre de devlet sağlık hakkını yalnızca tanımakla yetinmemeli, sağlık hakkının sağlanması için fiilen hareket etmeli ve gerekli koşulları

⁷⁰ Genel güvenliğin tehlikeye sokulması (TCK m. 170), genel güvenliğin taksirle tehlikeye sokulması (TCK m. 171), radyasyon yayma (TCK m. 172), atom enerjisi ile patlamaya sebebiyet verme (TCK m. 173), tehlikeli maddelerin izinsiz olarak bulundurulması veya el değiştirmesi (TCK m. 174), akıl hastası üzerindeki bakım ve gözetim yükümlülüğünün ihlali (TCK m. 175), inşaat veya yıkımla ilgili emniyet kurallarına uymama (TCK m. 176), hayvanın tehlike yaratabilecek şekilde serbest bırakılması (TCK m. 177), işaret ve engel koymama (TCK m. 178), trafik güvenliğini tehlikeye sokma (TCK m. 179), trafik güvenliğini taksirle tehlikeye sokma (TCK m. 180).

⁷¹ Tahmazoğlu Üzeltürk, s. 48

oluşturmalıdır. Anayasadaki bu düzenlemenin devletin “gereğini yerine getirme yükümlülüğünü” düzenlediği görülmektedir.

Sosyal hakların yerine getirilmesinde, her bir sosyal hak ile ilgili edimlerin niteliğini, içeriğini, kapsamını ve bunları kimin yerine getireceğini ve hem devlet hem özel sektör yerine getirecekse öncelikleri belirlemek yasama organının görevidir. Ayrıca, sosyal edimlerin yerine getirilmesi için kamu hizmetinin ve gerekli örgüt ve mercilerin oluşturulması da devletin yükümlülüklerindedir. Yasamanın sosyal politikalar geliştirip denetlemesi de devletin yükümlülükleri kapsamında yer almaktadır⁷². Bu noktada sosyal hakların asgari şartlarının belirlenmesinde uluslararası belgeler ve anayasa hükümleri önem arz etmektedir.

Birleşmiş Milletler, tüzüğünde daha yüksek yaşam standartlarını, herkesin iş sahibi olmasını, ekonomik ve sosyal gelişme ve ilerleme koşullarını, uluslararası ekonomik, sosyal, sağlık ve bunlarla bağlantılı problemlerin çözümlerini, uluslararası kültürel ve eğitimsel işbirliğini teşvik etmeyi misyon belirlemiş olması da devletlerin sağlık hakkı da dahil olmak üzere sosyal haklar hakkında gereğini yerine getirme yükümlülüğünü belirtmektedir⁷³. Aynı tüzüğün 57. maddesindeki “*Hükümetler arası antlaşmalarla kurulan ve uluslararası çapta sorumlulukları olan ekonomik, sosyal, kültürel, eğitim, sağlık ve ilgili alanlarda çeşitli uzman kurumlar, temel belgelerinde tanımlandığı gibi, Birleşmiş Milletlerle bağlantılı hale getirilmelidir*” hükmü de devletlerin teşkilat yapısı olarak konuyla ilgili üzerlerine düşeni yapmalarının gerektiğini ve bu düzenlemelerin Birleşmiş Milletlerle uyum ve iş birliği içerisinde olması gerektiğini belirtmektedir.

Avrupa Sosyal Şartı’nın İkinci Bölümü’nde yer alan ve “sağlığın korunması hakkı” başlığını taşıyan 11. Maddesinde, taraf devletlerin bazı yükümlülüklerini özellikle belirtmektedir:

“Akit Taraflar, sağlığın korunması hakkının etkili biçimde kullanılmasını sağlamak üzere ya doğrudan veya kamusal veya özel örgütlerle iş birliği içerisinde, diğer önlemlerin yanı sıra; sağlığın bozulmasına yol açan nedenleri olabildiğince ortadan kaldırmak, sağlığı geliştirmek ve

⁷² Tahmazoğlu Üzeltürk, s. 48-49

⁷³ “*With a view to the creation of conditions of stability and well-being which are necessary for peaceful and friendly relations among nations based on respect for the principle of equal rights and self-determination of peoples, the United Nations shall promote:*

a. higher standards of living, full employment, and conditions of economic and social progress and development;

b. solutions of international economic, social, health, and related problems; and international cultural and educational cooperation; and

c. universal respect for, and observance of, human rights and fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion.” (United Nations Charter, Article 55),

<http://www.un.org/en/sections/un-charter/chapter-ix/index.html>, erişim tarihi 07.10.2018

*sağlık konularında kişisel sorumluluğu artırmak üzere eğitim ve danışma kolaylıkları sağlamak, salgın hastalıklar ile yerleşik mevzii ve başka hastalıkları olabildiğince önlemek üzere tasarlanmış uygun önlemler almayı taahhüt ederler”.*⁷⁴

DSÖ ve Birleşmiş Milletler Çocuklara Yardım Fonu (UNICEF)⁷⁵ tarafından çıkarılan Alma Ata Deklarasyonunda sağlık hakkına erişilebilmesi için devletlerin yerine getirmekle yükümlü oldukları hizmetler şu şekilde belirtilmektedir;

*“mevcut sağlık sorunları ve bu sorunları önleme ve kontrol altına alma metotları hakkında eğitim vermek, yiyecek temini ve uygun besin sağlamak, yeterli temiz su kaynağı ve temel sağlık önlemleri sağlamak, aile planlamasını da içeren anne ve çocuk sağlığı düzenlemeleri yapmak, başlıca bulaşıcı hastalıklara karşı aşılama yapmak, yerel hastalıkların engellenmesini ve kontrol altına alınmasını sağlamak, yaygın hastalık ve yaralanmalara uygun müdahalede bulunmak, temel ilaçları temin etmektir”*⁷⁶.

Dünya Sağlık Örgütü’nün 1999 tarihli raporunda

“Yoksul ve marjinal nüfusun ölüm, hastalık ve engellilik oranlarının düşürülmesi; çevresel, ekonomik, sosyal ve davranışsal nedenlerle sağlık üzerinde risk oluşturan etkenlerin azaltılması ve sağlıklı bir hayat biçiminin sağlanması; insanların meşru taleplerini karşılayan ve mali anlamda makul ve hakkaniyetli sağlık sistemlerinin geliştirilmesi; sağlık sektöründe siyasi ve kurumsal çevreye imkan tanıyan bir sistem geliştirmek ve sosyal, ekonomik ve kalkınma politikaları bakımından etkin bir sağlık politikası geliştirilmesi”

olmak üzere stratejik hedefler belirlenmiştir⁷⁷. Belirlenen bu yükümlülükler sağlık hakkının devlete getirdiği gereğini yerine yükümlülüğünün asgari sınırını belirlemeye yöneliktir. Dolayısıyla devlet kamu hizmeti olarak sağlık hizmetlerini düzenlerken⁷⁸ deklarasyonun belirlediği hizmetlerin tamamının karşılandığından emin olmalıdır.

Çevre sağlığının korunması ve geliştirilmesi, kirliliğin önlenmesi devlete ve vatandaşlara anayasanın 56. Maddesinde yüklenmiş bir yükümlülüktür. Anayasanın bu maddesi sağlık hakkını tanıyarak herkesin ruh ve beden sağlığı içerisinde yaşayabilmesini sağlamayı devlete bir yükümlülük olarak düzenlemiştir. Bu kapsamda sağlık hizmetlerinin planlanıp düzenlenmesi devletin tek eline bırakılmıştır. Maddede devletin sağlık hizmetinin yürütülmesinde kamu kurumlarından yararlanabileceği gibi özel sağlık

⁷⁴ Temiz, s. 173

⁷⁵ United Nations International Children's Emergency Fund

⁷⁶ “Primary health care includes at least: (...) (3) education concerning prevailing health problems and the methods of preventing and controlling them; promotion of food supply and proper nutrition; an adequate supply of safe water and basic sanitation; maternal and child health care, including family planning; immunization against the major infectious diseases; prevention and control of locally endemic diseases; appropriate treatment of common diseases and injuries; and provision of essential drugs”, Alma Ata Deklarasyonu, http://www.euro.who.int/_data/assets/pdf_file/0009/113877/E93944.pdf, erişim tarihi 14.10.2018

⁷⁷ Dünya Sağlık Örgütü, “Dünya Sağlık Raporu: Fark Yaratmak”, 1999, http://www.who.int/whr/1999/en/whr99_en.pdf, erişim tarihi 14.10.2018; Yücel/Sert, s. 80

⁷⁸ Devlet sağlık hizmetlerine erişim hakkını tanımalı ve bu hizmetlerin adil dağıtımında kişilere ayırım yapmaksızın ihtiyaca göre imkân sağlamalı ve sağlık hizmetlerine erişim hakkını kısıtlamamalıdır.

ve sosyal kurumlarından da yararlanabileceği ve vazifesini bu kurumları denetleyerek de yerine getirebileceği belirtilmiştir. Maddenin son fıkrasına yer alan “*Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir*” hükmüne göre devlet sağlık hizmetlerini ülkenin her yerine ulaştırmakla da yükümlüdür. Anayasanın 60. Maddesinde ise sosyal güvenlik hakkı kapsamında sağlık hizmetleri teşkilat yapısını düzenlenmesi gerekliliği belirtilmiştir.

Sağlık hakkının anayasa madde 56’da tanınması üzerine sağlık hizmetleri devlet, diğer kamu kuruluşları veya özel hukuk kişileri tarafından yerine getirilebilecek bir kamu hizmeti olarak belirlenmiş olmaktadır⁷⁹. İdare sağlık kamu hizmetinde bizzat hizmet vererek, özel sağlık kuruluşlarını denetleyerek ve sağlık hizmetlerinin finansmanında yer alarak aktif faaliyet göstermektedir. Sağlık hizmetlerinin devletin bir yükümlülüğü olarak Sıhhiye ve Muavenatı İçtimaiye Vekaleti adında ayrı bir bakanlıkça yürütülmesi TBMM’nin kurulmasından kısa bir zaman sonra, 2 Mayıs 1920 tarihinde, kabul edilen 3 sayılı yasa ile düzenlenmiştir⁸⁰. 14 Nisan 1928 tarihinde yürürlüğe giren 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatların Tarzı İcrasına Dair Kanun sağlık personelinin görev ve sorumluluklarını düzenlemiştir ve hala yürürlüktedir. 6 Mayıs 1930 tarihinde genel sağlığı düzenlemek amacıyla Umumi Hıfzıssıhha Kanunu çıkarılmıştır. Sağlık hizmetleri için merkez ve taşra teşkilatlarının kuruluşu 1936 yılında çıkarılan Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı Teşkilatı ve Memurin Kanunu ile tamamlanmıştır⁸¹. 1954 yılında 6134 sayılı kanunla il özel idarelerine ve vakıflara bağlı hastaneler Sağlık Bakanlığının bünyesinde toplanmıştır. 1960 yılında Tıbbi Deontoloji Tüzüğü yürürlüğe girmiştir. 1961 yılında Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanunu yürürlüğe girmiştir. Bu kanunda bahsedilen sosyalleştirme “*vatandaşların tamamına gelir düzeylerinden bağımsız bir şekilde belli mal ve hizmetlerden yararlanabilmeleri için eşit fırsatların*

⁷⁹ Anayasa m. 56: “Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir.

Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir.

Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler.

Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir.

Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir.”

⁸⁰ Çınarlı, s. 64

⁸¹ Yücel / Sert, s. 105; Çınarlı, s. 65

verilmesidir”⁸². Kanun, devletçe sunulan sağlık hizmetlerinin coğrafi anlamda da yaygın ve eşit hale gelmesini amaçlamaktadır. Bu kanun doğrultusunda sağlık ocakları ve hastaneler açılmış ve sağlık hizmetleri yaygınlaştırılmıştır⁸³. 1987 yılında Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu çıkarılmıştır.

Sağlık hakkı kavramı yapılan tanımlarda görüldüğü üzere sağlık hizmetlerinden yararlanabilme hakkından daha kapsamlı olarak kullanılmaktadır. Sağlık hizmetleri devletlerin ekonomik gücüne ve vatandaşların ihtiyaçlarına göre “ihtiyaç sahiplerine” verilen sosyal hizmetlerdir. Sağlık hizmetinden yararlanabilmek için öncelikle ihtiyaç halinde olmak, yani fiziki, psikolojik veya sosyal sağlığın bozulmuş olması gerekmektedir. Dolayısıyla ihtiyaç içerisinde olmayan kişilerin sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkı bulunmaz. Halbuki bir insan hakkı olması sebebiyle sağlık hakkının öznesi herkeştir. Bu sebeple sağlık bozukluğu veya bir hastalığı bulunmayan kişiler de sağlık hakkına sahiptir. Ayrıca sağlık hakkı bireylere, doğrudan sağlık hizmetleri kapsamında değerlendirilmeyen, içilebilir su kaynaklarına erişim, sağlıklı gıda temin edebilme, cinsel eğitim de dahil olmak üzere sağlık konularında eğitim alabilme gibi hakları da sağlamaktadır.

1.1.2.1.3.1. Sağlık Hizmetleri

Sağlık hakkının devlete getirmiş olduğu yükümlülüklerden en ağırı açık bir şekilde gereğini yerine getirme yükümlülüğüdür. İdarenin sorumluluğu açısından da incelenmesi gereken konu gereğini yerine getirme yükümlülüğü kapsamında verilen sağlık hizmetleridir. Devletin hakkı tanıma yükümlülüğü anayasa hukukuna ilişkin bir konu olup kurucu iktidarın görevidir. Üçüncü kişilerin ihlaline karşı koruma yükümlülüğü ise yasama organının görevine girer ceza kanunlarıyla gerekli koruma sağlanır. Elbette yapılan hukuki düzenlemeler sonucunda fiilen hakkı tanımak ve korumak yine idarenin üzerine düşmektedir ve devletin bu konularda da sorumluluğu vardır. Ancak pratik değeri açısından hizmet sağlayıcısı konumunda devletin kişi sağlığına sürekli olarak aktif müdahalede bulunduğu sağlık hizmetleri, idarenin sağlık hakkına ilişkin sorumluluğunun da genelini oluşturmaktadır. Bu sebeple devlet kamu hizmeti olarak sağlığı tek elden planlamak ve sorumluluğu kendi üzerinde olmak üzere ülke genelinde yürütmekle yükümlüdür. Türkiye’de kurulmuş olan sağlık teşkilatı da

⁸² Altay, s. 43 aktaran Yücel/Sert, s. 105

⁸³ Yücel / Sert, s.105-106

Sağlık Bakanlığı merkezinde olmak üzere kurulmuş ve hizmetten doğan zararlarda muhatap olarak yine Sağlık Bakanlığı gösterilmiştir⁸⁴.

663 sayılı Sağlık Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de⁸⁵ (663 sayılı KHK) Sağlık Bakanlığının görevi: *“Herkesin bedeni, zihni ve sosyal bakımdan tam bir iyilik hali içinde hayatını sürdürmesini sağlamaktır. Bakanlık merkez, taşra teşkilatı ve bağlı kuruluşlardan oluşur. Sağlık Bakanlığı'nın sağlık sistemi yönetimi ve politikalarını belirleme görevi Sağlık Politikaları Kurulu'ndadır.”* şeklinde düzenlenmiştir.

224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun'un 2. maddesinde 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”* şeklinde tanımlanmıştır.

3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nda sağlık hizmetleri ile ilgili temel esasların belirlendiği 3. maddesinin (k) bendi ile 8. maddesinde; koruyucu, teşhis – tedavi edici ve rehabilite edici sağlık hizmetlerinden bahsedilmektedir⁸⁶.

Sağlık hizmetleri *“sağlığın korunması, hastalıkların tedavisi ve rehabilitasyonu için yapılan çalışmaların tümü”* olarak tanımlanabilir⁸⁷.

Sağlık Hizmetleri; İnsan yaşamını doğrudan ilgilendirdiği için ertelenemez ve ikame edilemez. Bu hizmetlerden yararlananların kişisel özelliklerine göre riskler taşıdığı için, ancak hizmet sunumunda ağır kusurların varlığı halinde sorumluluk söz konusu olabilmektedir. Sadece hastalık ortaya çıktığında değil, hastalıkların önlenmesi ve tedavi sonrasında da hizmet sunulması olmak üzere üç aşamadan oluşmaktadır. Tüm yaş gruplarına ve istisnasız herkese sunulan bir hizmet olup, en geniş kamu hizmeti olarak nitelendirilebilir. Erişilmesinde vatandaşların ağır bir külfet altında bırakılmaları mümkün değildir.

⁸⁴ 659 sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname'nin 4. maddesi gereğince tüzel kişiliğe sahip olmamakla beraber devlet tüzel kişiliği bünyesinde sağlık hizmetlerinden doğan zararlarda idari davaların muhatabı Sağlık Bakanlığı'dır.

⁸⁵ 02.11.2011 / 28103 sayılı Resmî Gazete

⁸⁶ Çınarlı, s. 66; RG, 15.05.1987/19461

⁸⁷ Akdur, Recep, “Türkiye’de Sağlık Hizmetleri ve Avrupa Topluluğu Ülkeleri ile Kıyaslanması”, Ankara, 1999, s. 5; Çınarlı, s. 68; Akdur, s. 12

Sağlık Hizmetleri; Koruyucu, Tedavi edici, Rehabilitasyon edici, Sağlığı geliştirici Hizmetler olmak üzere dörde ayrılmaktadır.

Sağlık hizmetlerinin tüketilmesi rastlantısaldır, ikamesi yoktur. Ertelenmesi mümkün olmaz. Hizmetin muhatabı irrasyoneldir. Hizmetten elde edilecek menfaatin önceden belirlenmesi zordur. Sağlık hizmetlerinin toplumsal olma ve kamu malı özelliği taşıma hali söz konusudur. Sonuçları paraya çevrilemeyen hizmet türüdür. Tedavi garantisi yoktur. Hataların meydana getirdiği sonuçlar çok ağır nitelikte olabilmektedir. Önceden test edilemez. Eksikliği toplumsal sorunlara yol açar.⁸⁸

1.1.2.1.3.1.1. Koruyucu Sağlık Hizmetleri

Özellikleri itibarıyla devlet tarafından sunulması gereken sağlık hizmetleridir. Amacı; toplumu hastalıklardan ve hastalık etkenlerinden uzak tutmak, toplumdaki hastalıkları mümkünse tamamen yok etmek, hastalıklardan kaynaklanan risklerle mücadele etmektir.

Verimi tedavi edici sağlık hizmetlerine kıyasla yüksektir. Kolay uygulanır. Tıbbi malzeme ihtiyacı azdır. Özel eğitilmiş ve yüksek nitelikli personel tarafından sunulması mecburi değildir. Teknoloji ihtiyacı ve maliyeti düşüktür. Hastanelerin hasta yükünü azaltır. İş gücü kaybını azaltır. Çevre sağlığıyla yakından ilişkilidir.

Çevreye yönelik koruyucu sağlık hizmetlerinin amacı insan sağlığını olumsuz etkileyen fiziki faktörleri kaldırarak çevreyi insan yaşamına daha uygun hale getirmektir. Multidisipliner bir iş olup sağlık profesyonelleri dışında meslek gruplarının desteğine ihtiyaç vardır.

Su kaynaklarının sağlanması ve denetimi, katı atıkların denetimi, zararlı canlılarla mücadele, besin sanitasyonu, hava kirliliği denetimi, gürültü kirliliği denetimi, iş sağlığı, radyolojik zararlıların denetimi, konut sağlığı, endüstri sağlığı bu hizmet grubuna girmektedir.

Kişiyeye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri kişileri hastalıklara karşı dirençli ve güçlü hale getirmeyi ve hastalıkları erken tespit ederek önlemeyi amaçlayan sağlık hizmetleridir.

Bağışıklık kazandırma (aşı ve serum)⁸⁹, beslenme (anemi, raşitizm, malnutrisyon, iyot yetersizliğine bağlı tiroidal hastalıklar, büyüme ve gelişme gerilikleri gibi hastalıklar

⁸⁸ Çınarlı, s. 70

⁸⁹ Yargıtay 4. Ceza Dairesi 2004/18181 E 2006/10269 K 02.05.2006 sayılı kararı "Sağlık ocağı hemşiresi ve ebe bebeğe hatalı aşı yapıyor, taksirle yaralama kabul edilmiştir." Koruyucu sağlık hizmetlerinin

yetersiz beslenmeye bağlıdır), erken tanı, aile planlaması ve anne-çocuk sağlığı, ilaçla koruma, kişisel hijyen, sağlık eğitimleri, sağlığa zararlı alışkanlıklarla mücadele ve ruh sağlığı konuları bu grupta yer alır.

1.1.2.1.3.1.2. Tedavi Edici Sağlık Hizmetleri

Tedavi edici sağlık hizmetleri tamamen bireyseldir⁹⁰ ve üç basamak halinde düzenlenmiştir.

Birinci basamak sağlık hizmetleri hastalıkların teşhis ve tedavisinin ayakta yapıldığı, aile sağlığı merkezi, ev veya muayenehanelerde sunulan hizmetlerdir. Tedavi edici hizmetlerin hastalar açısından ulaşılması en kolay ve hastaya en yakın olan kısmıdır.

İkinci basamak sağlık hizmetleri birinci basamakta tedavi edilemeyip, yatarak tedavi almayı gerektiren sağlık sorunlarında alınan hizmetlerdir. Yoğun teknoloji gerektirmeyen, klinik ve hastane hizmetlerini kapsar.

Üçüncü basamak sağlık hizmetleri sorunu ikinci basamak sağlık kurumlarında çözülemeyen, tetkik ve tedavisinde, ileri tetkik ve tedavi yöntemlerine ihtiyaç duyulan sağlık hizmetlerini kapsar. Bu hizmet daha ziyade Eğitim ve Araştırma Hastaneleri ve Üniversite Hastaneleri eliyle sunulur.

İkinci ve Üçüncü basamak tedavi hizmetleri genel olarak Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği⁹¹ ile düzenlenmiştir.

1.1.2.1.3.1.3. Rehabilite Edici Sağlık Hizmetleri

Geçirilen hastalık sonrası bedensel ve ruhsal açıdan sakat kalmış ve güçsüz düşmüş olan bireylerin, günlük yaşamlarını destek almaksızın sürdürebilmeleri, kaybettikleri bedensel ve zihinsel yeti ve becerileri tekrar kazanabilmeleri için verilen hizmetlerdir.

Tıbbi Rehabilitasyon: Bedensel kalıcı bozukluk ve sakatlıkların düzeltilmesi, bu kişilerin yaşam kalitesinin yükseltilmesi ve kendi başlarına yeter hale gelmeleri için verilen hizmetlerdir. Ekstremitte protezleri, işitme cihazları, koltuk değneği, tekerlekli sandalye hizmetleri bu kapsamda yer alır. Fizik tedavi ve rehabilitasyon hastanelerinde,

uygulanması sırasında tıbbi uygulama hatası yapılması neticesinde meydana gelen zarardan uygulayıcının cezai sorumluluğunun da bulunduğu, özen sorumluluğunun geçerli olduğu hakkında karar.

⁹⁰ Tengilimoğlu Dilaver / Işık Oğuz / Akbolat Mahmut, Sağlık İşletmeleri Yönetimi, Nobel yayınevi, 2012, s. 82 aktaran Çınarlı, s. 76

⁹¹ RG 13.01.1983, S. 17927

ruh ve sinir hastalıkları hastanelerinde ve diğer hastanelerin ilgili ünitelerinde tıbbi rehabilitasyon hizmetleri verilmektedir.

Sosyal Rehabilitasyon: Rahatsızlığı nedeniyle eski işinde çalışamayacak kişiye yeni beceriler kazandırılması, başkalarına bağımlı olmadan yaşayabilmesinin sağlanması ve günlük hayata aktif olarak katılabilmesi çalışmaları sosyal rehabilitasyon kapsamındadır. Yaşlılara sosyal destek sağlanması da sosyal rehabilitasyon hizmeti kapsamındadır.

1.1.2.1.3.1.4. Sağlığın Geliştirilmesi Hizmetleri

Sağlığın korunması ve geliştirilmesine yönelik davranış değişikliği oluşturmak, vatandaşları sağlıklarını ilgilendiren konularda talepte bulunan ve karar veren konuma getirebilmek amacıyla sağlık eğitimi başta olmak üzere, organizasyonel, ekonomik ve çevresel bazda verilen desteklerin birleşimine; sağlığın teşviki veya sağlığın geliştirilmesi denilmektedir.

1986 Ottawa Sözleşmesi'nde sağlığın geliştirilmesi adına beş temel strateji geliştirilmiştir; Sağlıklı kamu politikaları oluşturmak, destekleyici çevreler yaratmak, toplum eylemini güçlendirmek, kişisel becerileri geliştirmek, sağlık hizmetlerini yeniden düzenlemek.

DSÖ'nün sağlığın geliştirilmesi konusundaki beş temel önceliği de; Sağlık için sosyal sorumluluğun geliştirilmesi, sağlığın gelişimi için yatırımların artırılması, sağlık için sektörler arası işbirliğinin sağlanması ve artırılması, toplumun kapasitesinin artırılması ve bireylerin güçlendirilmesi, sağlığı geliştirme için alt yapının sağlanması olarak belirlenmiştir⁹².

⁹² Piyal Birgül, Sağlığı Geliştirme ve Sağlık Eğitimi: Kavramsal ve Kuramsal Yaklaşım, Uluslararası Katılımlı I. Ulusal Sağlığı Geliştirme ve Sağlık Eğitimi Kongresi Özet Kitabı, s. 26, 27. 09-12 Kasım 2006, Marmaris-Muğla aktaran Çınarlı, s. 82

II. BÖLÜM

TIBBİ UYGULAMA HATALARI

2.1. Tıbbi Müdahale Kavramı

2.1.1. Tanım

Tıbbi müdahale, tıp bilimini uygulamaya yetkili kişinin, bir hastanın hastalığını veya sakatlığını tedavi etme, acılarını dindirme veya azaltma ya da hastayı muhtemel bir hastalığa karşı koruma amacıyla yaptığı tıp bilimi sınırları içerisinde kalan her türlü yardım ve faaliyettir⁹³. Bu kavram hastalıkları iyileştirmek veya önlemek amacıyla bilimsel çalışmalar yoluyla vücut bütünlüğüne karşı yapılan el atmalar olarak da tanımlanmıştır⁹⁴. Hastalığın teşhisi, ilaç kullanımı veya tavsiyesi, fiziki veya psikiyatrik tedavi uygulamaları, ameliyatlara, diş hekimliği uygulamaları, hastanın rahatsızlığının giderilmesi veya azaltılması adına yapılan faaliyetler tıbbi uygulama kavramı içerisinde yer alırlar⁹⁵. Tıbbi müdahalede bulunma yetkisi kural olarak hekimdedir. Ancak hekim denetiminde diğer sağlık personeline de tıbbi müdahalede bulunulabilir⁹⁶. Ayrıca hekim olmadığı halde kanunen belirli tıbbi müdahalelere yetkilendirilmesi sebebiyle tıbbi müdahalede bulunabilen sağlık personelleri de mevcuttur.

Hasta Hakları Yönetmeliğinin 4/g maddesinde (HHY) tıbbi müdahale kavramının tanımı “*tıbbi müdahale: tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbin sınırları içinde gerçekleştirilen fiziki ve ruhi girişimi... ifade eder.*” şeklinde yapılmıştır⁹⁷.

⁹³ Gökcan, Hasan Tahsin, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 43; Ayan, Mehmet, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara, 1991, s. 5; Yayla Türkyılmaz, Funda, Tıbbi Müdahaleler ve Taksirle Yaralama Suçu, İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2016, s. 17-18; Altun, Gürkan/Yorulmaz, Abdullah Coşkun, “Yasal Değişiklikler Sonrası Hekim Sorumluluğu ve Malpraktis”, Trakya Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi, 2010/27(1), s. 8; Pakiş, Işıl, “Ölüm ya da Ölü Doğumla Sonuçlanan Tıbbi Uygulama Hatalarına Yaklaşımada Adli Otopsinin Rolü”, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi, Adli Tıp Anabilim Dalı, İstanbul 2006, s. 4

⁹⁴ SAVAŞ, Halide, Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları, Ankara, 2007, s. 51

⁹⁵ Gökcan, s. 43; Ayan, s. 5

⁹⁶ Gökcan, s. 43

⁹⁷ RG 23420, T. 01.08.1998

Tıbbi müdahaleye yönelik tanımın yer aldığı bir diğer düzenleme Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelikte yer alır. Yönetmeliğin 3. maddesine göre “*müdahale: tabip veya diğer sağlık personeli tarafından tanı, tedavi, rehabilitasyon veya önlem amacıyla yapılan muayene, tedavi veya diğer tıbbi işlemleri... ifade eder*” ve “*cerrahi müdahale: tıbbi aletler yardımıyla vücutta yapılan tanı ya da tedaviye yönelik operasyonları... ifade eder*”⁹⁸.

Anayasanın 17/2. maddesinde belirtilen “*Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz*” ifadesi tıbbi müdahalenin anayasal dayanağını oluşturmaktadır⁹⁹. Tıbbi müdahaleler, hemen her zaman, içerisinde risk barındıran uygulamalardır. Yapılan müdahale dolayısıyla istenmeyen bazı sonuçların ortaya çıkması olasıdır. Bu tehlikelerin varlığının hekimin hastaya müdahale etmesine engel teşkil etmediği kabul edilmektedir. Ancak söz konusu risklerin göze alınması Anayasada da belirtildiği üzere ancak tıbbi zorunluluk halinde ya da kanun hükmünün icrası şeklinde olmalıdır. Hekim müdahaleyi yaparken olası tehlikelerle tedaviden elde edilecek yarar kıyaslayarak karar vermelidir. Hekimin bu noktadaki yükümlülüğü hastanın menfaatini gözetmek ve tedavinin olası olumsuz sonuçları hakkında hastayı bilgilendirmektir¹⁰⁰.

Tıbbi müdahaleler teşhis, tedavi veya koruma amacına yönelik eylemlerdir. Bu amaçlar Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 13/3. maddesinde düzenlenmiştir¹⁰¹. Teşhis, tedavi ve koruma olmak üzere tıbbi müdahalenin yönelmek zorunda olduğu üç amacın tıbbi müdahalenin tanımlarında da yer aldığı görülmektedir.

Tıp sürekli ve hızlı gelişen bir bilimdir. Tıbbi müdahaleler de buna bağlı olarak gelişmektedir. Uygulanmasıyla tıp literatüründe yerleşmiş, kabul görmüş uygulamaların başarı şansları ve taşıdıkları riskler bilinebilir niteliktedir. Bununla birlikte yeni

⁹⁸ R.G. 25832, T. 01.06.2005

⁹⁹ Gökcan, s. 43

¹⁰⁰ Koç, Sermet, “*Adli Tıbbi Açından Malpraktis ve Hekim Sorumluluğu*”, Toraks Cerrahisi Bülteni, 2014/5(1), s. 14; Altun, s. 8; Savaş, s. 72; Yüksel, s. 111; Pakiş, s. 6; Turla, Ahmet, vd., “*Tıbbi Uygulama Hataları (Malpraktis)*”, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Dış Hekimliği Fakültesi Dergisi, 2006/7(3), s. 226; Özer, Özlem, vd., “*Tıbbi Hatalı Uygulamalar*”, Dicle Tıp Dergisi, 2015/42(3), s. 396; Hakeri, s; Polat, s. 120

¹⁰¹ Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi, RG 10436, T. 19.02.1960; Gökcan, s. 43; Yayla Türkyılmaz, s. 19

geliştirilmiş müdahale yöntemlerinin riskleri de başarı ihtimalleri de her zaman net bir şekilde öngörülemezdir. Dolayısıyla bu yeni metotların uygulanması deneysel kabul edilir¹⁰². Hekimlerin tıbbi gelişmeleri takip etme ve gerektiğinde bu metotları uygulama yükümlülüğü vardır¹⁰³. Bununla beraber uygulamada klasik hale gelmiş metotlar hasta için daha kesin yöntemlerdir. Hekim de uygulayacağı tedaviyi seçerken yeni yöntemle eski yöntemin risklerini ve getirilerini kıyaslamak ve hastanın menfaati hangisini gerektiriyorsa onu belirlemek durumundadır¹⁰⁴. Bu noktada yeni yöntemin uygulanabilmesi için hastanın menfaatinin riskten fazla olmasına ve tıbbi açıdan savunulabilirliğine bakılır¹⁰⁵.

Henüz tıp biliminde genel kabul görmemiş, araştırma ve geliştirme aşamasında bulunan bir yöntemin uygulanmamış olması sorumluluk gerektirmez. Aksine bu metotların uygulanabilmesi tıbbi, ahlaki ve hukuki açılardan haklı gerekçelerinin bulunmasına bağlıdır¹⁰⁶. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinde de yeni metodun uygulanabilmesi için klasik yöntemin fayda vermeyeceğinin ortaya konulmuş olması, uygulanacak metodun yeteri kadar denenmiş (denek hayvanları üzerinde) ve faydası görülmüş olması ve yeni yöntemin neticeye klasik yöntemden daha elverişli olması gerektiği belirtilmiştir¹⁰⁷.

Tıbbi müdahaleler normal şartlarda hukuken yasak olan ve dolayısıyla sorumluluk gerektiren ancak belirli şartların sağlanması sebebiyle hukuka uygun hale gelen fiillerdir. Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunu sağlayan şartlar; müdahalenin yetkili sağlık personeli tarafından yapılması, hastanın aydınlatılmış onamının alınması, müdahale için tıbbi gerekliliğin bulunması ve müdahalenin tıp biliminin gereklerine göre gerçekleştirilmesidir¹⁰⁸.

¹⁰² Gökcan, s. 44

¹⁰³ Gökcan, s. 45

¹⁰⁴ A.g.e.

¹⁰⁵ Deutsch, Erwin, Özellikle Deneysel Tıp Açısından Hekimin Sorumluluğu, (Çeviren İrfan YAZMAN), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 36, S. 1-4, s. 179'dan aktaran GÖKCAN, s. 45

¹⁰⁶ Ayan, s. 13

¹⁰⁷ Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m. 11, R.G. 10436, T. 19.02.1960

¹⁰⁸ Savaş, Halide, Tıbbi Uygulama Hatalarından Doğan Zararlar ve Tazmini: Koç, Sermet 1. Tıp Hukuku Günleri Tıbbi Uygulama Hataları Av. Dr. Hasan Çankaya Anısına, (1. Baskı), İstanbul Tabip Odası, İstanbul 2012, s. 72; Hakeri, Hakan: Tıp Hukuku, (11. Baskı), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 184-185

2.1.2. Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Şartları

2.1.2.1. Tıbbi Müdahalenin Yetkili Kişi Tarafından Yapılması

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması için yetkili kişi tarafından icra edilmiş olması gerekir¹⁰⁹. Tıbbi müdahaleye yetkili kişiler 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatların Tarzı İcrasına Dair Kanun (1219 sayılı kanun) gereği; hekimler, diş hekimleri, ebeler, sağlık memurları, hasta bakıcılar, hemşireler ve diş protez teknisyenleridir¹¹⁰. Kendisine müdahalede bulunulacak kişinin sayılanlardan başkaca bir kimseye yetki vermesi, bu kişinin tıbbi müdahalede bulunmasına rıza göstermesi halinde bu yetkilendirme geçersiz kabul edilir¹¹¹. Ayrıca tıbbi müdahalenin yetkili kişi tarafından yapılması demek herhangi bir sağlık mensubunun her türlü tıbbi müdahalede bulunabileceği anlamına gelmemektedir. Kişinin özel olarak, uygulayacağı tıbbi müdahale hakkında yetkili olması gerekir. Bir beyin ameliyatını hemşirenin icra etmesi halinde tıbbi müdahalenin yetkili kişi tarafından gerçekleştirildiği söylenemez.

Sağlık personeli olmadığı halde ya da sağlık personeli olabilmek için gerekli şartları taşımadığı halde bir kimsenin hastane veya diğer sağlık kurumlarında çalıştırılması ve tıbbi müdahalede bulunması durumunda bu personeli çalıştıran kişi ve kurumlar meydana gelen zarardan ayrıca sorumlu olurlar¹¹².

1219 sayılı kanun ek 13. maddesine göre “*tabipler ve diş tabipleri dışındaki sağlık meslek mensupları hastalıklarla ilgili doğrudan teşhiste bulunarak tedavi planlayamaz ve reçete yazamaz*”. Danıştay’ın da ifade ettiği üzere tıbbi müdahalenin işin uzmanı niteliğindeki hekimlerce icra edilmesi gerekmektedir¹¹³. 1219 sayılı kanunun birinci maddesi de bu durumu “*Türkiye Cumhuriyeti dahilinde tababet icra ve herhangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesinden diploma sahibi olmak şarttır*” şeklinde ifade etmiştir. Kanun hükmü doktorluk mesleğini icra için tıp fakültesi diplomasını almış olmayı şart koşmakla beraber yabancı ülkelerin resmi olarak tıbbi müdahaleye yetkilendirdiği kişilerin gerçekleştirdikleri uygulamalar da hukuka uygun

¹⁰⁹ Hakeri, s. 222

¹¹⁰ 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatların Tarzı İcrasına Dair Kanun, R.G. 863, T. 14.04.1928

¹¹¹ Acil durumlar ve zorunluluk halleri bu kuralın istisnasını oluşturur. Bayraktar, s. 112

¹¹² Hakeri, s. 223

¹¹³ Danıştay D. 10, 04.12.2007, 5487/5876; HAKERİ, s. 224

tıbbi müdahale olarak kabul edilmektedir¹¹⁴. Ayrıca bu kapsamda hekimlik mesleğini icraya yetkili kişinin Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olması da gerekmektedir.

İntörn hekimler¹¹⁵ hekim sayılmazlar ve bu kişilerin yapmış oldukları tıbbi müdahalelerden dolayı sorumlulukları özel hukuk bakımından yardımcı şahıs sorumluluğuna göre belirlenir¹¹⁶.

Kural olarak tıp fakültesi mezunu olup hekimlik sıfatını kazanan kişiler tıbbın bütün alanlarında müdahaleye yetkilidirler. 1219 sayılı kanunun 8. Maddesi de bu doğrultudadır. Ancak 1219 sayılı kanunda tanınan genel yetki özel kanun hükümleriyle kısıtlanabilir. 3591 sayılı Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanun'un ikinci maddesinde, bu kanunun alanında müdahalede bulunan bir uzman hekim¹¹⁷ olması gerektiği düzenlenmiştir¹¹⁸. Ayrıca 1219 sayılı kanunun 23. Maddesi uyarınca da genel veya lokal anestezi ile yapılan büyük ameliyatların mutlaka bir uzman hekim öncülüğünde gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla kanunda özel olarak uzman hekim şartının düzenlendiği alanlarda o konuyla ilgili uzman hekim bulunmadan yapılan müdahale hukuka aykırı olacaktır. Yargıtay da bir cerrahın kendi uzmanlık alanı dışına çıkarak hastasına röntgen ışını uygulamasını hukuka aykırı değerlendirmiştir¹¹⁹. Ayrıca özel uzmanlık şartının bulunduğu istisnai müdahaleler dışında hekimin kendi uzmanlık alanı dışında tıbbi müdahalede bulunmasını yasaklayıcı bir kural olmamakla birlikte söz konusu hekimin uzmanlık dışı alanda gerçekleştirdiği tıbbi müdahale için de tıp bilimi standartlarını sağlayabilmesi gerekmektedir¹²⁰. Kendi uzmanlık alanı dışında tıbbi müdahalede bulunan hekimlerin verdikleri zararlardan özen yükümlülüğüne aykırı davrandıkları için sorumlu olmaları gerektiği de savunulmaktadır¹²¹.

¹¹⁴ Hakeri, s. 224

¹¹⁵ Tıp fakültesinin diplomasını almamış ve eğitimin bir parçası olarak hastanede çalışmaya başlamış olan tıp fakültesi öğrencileri.

¹¹⁶ Ayan, s. 6; Aşçıoğlu, Çetin, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Ankara, 1992, s. 1; Hakeri, s. 225

¹¹⁷ Tıpta ve Diş Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliğine göre uzman hekim "uzmanlık eğitimini tamamlayarak o dalda sanatını uygulama hakkı ve uzmanlık unvanını kullanma yetkisi kazanmış olanlardır."

¹¹⁸ Hakeri, s. 226

¹¹⁹ Yargıtay 4. HD., 17.12.1976, 692/11046

¹²⁰ Steffen, Erich / Dressler, Wolf-Dieter, Arzhaftungsrecht, Neue Entwicklungslinien der BGH Rechtsprechung, 9. B., Köln, 2002, s. 162'den aktaran Hakeri, s. 228

¹²¹ Ayan, s. 6-7'den aktaran Hakeri, s. 229

Tıpta ve Diş Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliği'nin 5. maddesindeki “*Bu yönetmelik hükümlerine göre uzmanlık belgesi almayanlar, hiçbir yerde ve şekilde uzmanlık unvan ve yetkisini kullanamazlar*” hükmünden hareketle hekimlerin uzmanlık alanı dışında faaliyet göstermemesi gerektiği de savunulmuştur¹²². Ancak bu görüşte dahi pratisyenlerin gerçekleştirmelerine müsaade edilen tıbbi müdahaleleri uzman hekimlerin kendi uzmanlık alanları dışında da gerçekleştirebileceğini kabul etmek gerekir¹²³.

Hekimin uzmanlık alanı dışında tıbbi müdahalede bulunması üstlenme kusuruna¹²⁴ sebebiyet verebilmektedir. Hekimin gerçekleştirmemesi gereken bir tıbbi müdahaleyi üstlenmesi kusurdur ve tek başına bununla dahi tıbbi uygulama hatasına sebebiyet verir¹²⁵. Adli Tıp Meclisi tarafından da uzman hekimin kendi uzmanlık alanı dışında ve uzmanlığa ilişkin bir konuda müdahalede bulunması hekim hatası olarak değerlendirilmiştir¹²⁶. Yargıtay da bu durumu

“kural olarak ve bazı özel ayrıcalıklar dışında doktorluk mesleğinin uzmanlık nedeniyle sınırlandırılması söz konusu değildir. Ancak kendi içinde özel uzmanlık dallarına ayrılmış alanda tıbbi müdahalede bulunurken doktorun bu özel uzmanlık dalının gereği olan bilgiler ile araç ve gereçlere sahip olması gerekir. Bunlara sahip olmadan yapılacak tıbbi müdahalelerden doğan zararlar hukuka aykırı hale gelebilir.”

sözleriyle ifade etmiştir¹²⁷. Danıştay da pratisyen hekimlerin özel polikliniklerde çalışmasını yasaklayan genelgeyi iptal etmiş ve pratisyen hekimlerin de hasta muayene ve tedavi yetkisi olduğuna karar vermiştir¹²⁸. Ancak Tıpta ve Diş Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliği gereğince pratisyen hekimlerin bir uzmanlık dalına ilişkin tıbbi müdahalede bulunamayacağına karar vermiştir¹²⁹.

Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmeliğin 31. maddesine göre “*sertifika, yüksek lisans veya doktora belgesine dayanılarak, bir başka tıp dalının görev alanına giren işlerin uzmanı olunduğu ilan edilerek meslek*

¹²² Uzmanlık alanı dışında tıbbi faaliyette bulunmayı yasaklayan bir kanun hükmü yokken söz konusu yasaklamanın yönetmelikle yapılması da eleştiri konusudur.; Hakeri, s. 229

¹²³ Hakeri, s. 229

¹²⁴ Üstlenme kusuru tıbbi uygulama hatalarının bir çeşididir ve hekimin tıbbi standardı sağlama konusunda yeterli bilgi ve tecrübesi olmadığı halde tıbbi müdahalede bulunması durumudur.

¹²⁵ Hakeri, s. 229

¹²⁶ Adli Tıp Meclisi Kararı, Ekspertiz 1955, Sayı 7, s. 32 aktaran Hakeri, s. 299

¹²⁷ Yargıtay 4. H.D., 06.05.1991, 5104/429; Uzmanlık hususunun gözetildiği başka kararlar için bkz. Yargıtay 4. C.D., 30.05.2007, 1624/5160; Yargıtay 4. H.D., 17.12.1976, 692/11046; Yargıtay 8. C.D., 06.05.1987, 1586/4648

¹²⁸ Danıştay 10. D., 27.03.1991, 530/1148

¹²⁹ Danıştay 10. D., 05.02.2008, 7831/403

yürütülemez ve bu tür belgeler mesleğin icrasında uzmanlık belgesi olarak kullanılamaz.”. Bu durumun da istisnaları mevzuatta yer almaktadır¹³⁰.

Eğitim sürecinde pratik yapması zorunlu olan sağlık çalışanlarının yetkili kişilerin gözetim ve denetimi altında gerçekleştirdikleri tıbbi müdahaleler hukuka uygundur¹³¹. Danıştay da öğretim üyesinin hassas bölgede yapılan bir ameliyatı uzmanlık öğrencisine bırakıp ameliyat tamamlanmadan ameliyathaneden ayrılmasının sorumluluk doğuracağına karar vermiştir¹³². Burada sorumluluğun sebebi müdahalenin uzmanlık öğrencisi tarafından yapılmış olması değil ameliyat tamamlanmadan denetimin bırakılmış olmasıdır. Tıbbi müdahalenin öğrenci tarafından yapılmasında hukuka uygunluk açısından önemli noktalardan biri de ilgilinin müdahaleyi yapacak kişinin öğrenci olduğu konusunda aydınlatılmış olmasıdır. Müdahalenin yapıldığı hastanenin eğitim araştırma hastanesi ya da üniversite hastane olması söz konusu aydınlatma yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz¹³³.

Önemle belirtmek gerekir ki öğrencilerin tıbbi müdahalede bulunmasının hukuka uygunluğu yönetmelikle düzenlendiği için anayasaya aykırıdır. Bireylerin vücut bütünlüğüne, kişi hak ve hürriyetlerine müdahale yetkisi ancak kanunla düzenlenebilir. Dolayısıyla bu konuda kanuni düzenleme yapılması gerekmektedir¹³⁴.

2.1.2.2. Aydınlatılmış Onam Alınması

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun hale gelebilmesinin bir diğer unsuru da hastanın aydınlatılmış onamının alınmasıdır. Hastanın kişilik hakları sebebiyle kendi vücudu üzerinde karar verme yetkisi de kendisine aittir. Bu sebeple hastanın vücudunu konu alan tıbbi müdahalelerin hastanın rızasına dayanması gerekir¹³⁵. Hastanın açık ve doğrudan rızasının bulunmadığı hallerde varsayılan rızası, kanuni temsilcisinin rızası ya da mahkeme kararı bulunması gerekir¹³⁶.

¹³⁰ Hakeri, s. 233

¹³¹ Hakeri, s. 236-239

¹³² Danıştay 10. D., 24.02.2009, 5835/1334

¹³³ Hakeri, s. 239

¹³⁴ A.g.e.

¹³⁵ Hakeri, s. 248

¹³⁶ A.g.e.

Yapılan tıbbi müdahalenin hukuka uygun kabul edilebilmesi için hastanın rızasının hukuken geçerli olması gerekir. Rızanın hukuken geçerli olabilmesi içinse öncelikle hasta neye rıza verdiğini bilmelidir. Hastanın rızaya konu durum hakkında bilgilendirilmesine hastanın aydınlatılması denir. 1219 sayılı kanunun 70. maddesi “*tabipler, dış tabipleri ve dışçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın muvaffakiyetini alırlar*” demektedir. Bu hükümde de ifade edildiği üzere bir tıbbi müdahalede bulunulmadan önce hastanın söz konusu müdahale hakkında bilgilendirilmesi ve müdahale için aydınlatılmış onamının (rızasının) alınmış olması gerekir.

Aydınlatılmış onam

“riskleri, yararları ile alternatifleri ve onların da risk ve yararlarını kapsayan tedavi uygulamasının, hekim tarafından yeterli düzeyde ve uygun şekilde açıklanmasından ve hasta tarafından hiçbir tereddüde yer kalmayacak şekilde anlaşılmasından sonra, tıbbi tedavinin, uygulamanın hasta tarafından ‘gönüllülükle kabulü’”

olarak tanımlanmaktadır¹³⁷.

Bir başka tanıma göre aydınlatılmış onam hastanın; konulan teşhis, uygulanması düşünülen tedavi, alternatif tedavi yöntemleri, bu yöntemlerin riskleri ve faydaları, hastalığın seyri, tedavi süreci ve tedavi edilmeme halinde karşılaşılabilecek durumlar hakkında hastanın anlayabileceği şekilde, yazılı veya sözlü aydınlatmanın yapılması ve bu aydınlatmaya bağlı olarak serbest iradesiyle yapılacak müdahaleye rıza göstermesidir¹³⁸.

Aydınlatma kavramı yerine bazen bilgilendirme ifadesi de kullanılmaktadır. Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 4/1-ğ maddesinde aydınlatma kavramının tanımı için “*yapılması planlanan her türlü tıbbi müdahale öncesinde müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık mensubu tarafından kişiye gerekli bilginin verilmesi*” açıklaması yapılmıştır.

Bilgilendirmenin aydınlatmadan farklı olarak hastaya verilen bilgilerin hasta tarafından anlaşmamış olması olarak kullanılacağı da savunulmaktadır¹³⁹. Dolayısıyla kendisine bilgilendirme yapılmış hasta karar verme durumuna gelmemektedir. Ancak

¹³⁷ Güzeldemir, M. Erdal, “Hasta Bilgilendirmenin Önemi”, Aydınlatılmış Onam, Editör: Faik Çelik, Konya-Karaman Tabip Odası Yayını, Konya, 2006, s. 22; Hakeri, s. 248

¹³⁸ Akyıldız, Sunay, “Tıbbın Uygulanmasından Doğan Tazminat Davaları ve Temel Unsurları”, Tıp Hukuku Dergisi, C. 1, S. 1, 2012, s. 2

¹³⁹ Doğan, Cahid, “Hastanın Aydınlatılması ve Rızasının Alınması”, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, Girne-Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu, Ankara 2010, s. 126’den aktaran Hakeri, s. 248-249

bilgilendirme düzenlenirken hastanın kendisine anlatılanları anlamamasının öngörülmesi ve rızanın bu bilgilendirmeye bağlanması anlamsız olacağından bilgilendirme kavramının aydınlatma kavramıyla eş anlamlı kullanıldığını kabul etmek yerinde olacaktır. Sağlık Bakanlığının hazırlamış olduğu Tıbbi Müdahalelerde Bilgilendirilmiş Rıza Alınması Yönetmeliği Taslağında da aydınlatma yerine bilgilendirme ifadesi kullanılmış ve bilgilendirmenin tanımında kendisine tıbbi müdahalede bulunulacak kişinin sağlık durumu, uygulanacak tanı ve tedavi yöntemleriyle bu yöntemlerin faydaları ve riskleri, alternatif tanı ve tedavi yöntemleri, tedavinin reddedilmesi halinde ortaya çıkabilecek sonuçlar, hastalığın seyri, neticeleri ve öngörülemez bir durum meydana gelmesi halinde tedavinin dışına çıkma konularının içerilmesi gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca taslağa göre bilgilendirme ayrıntılı ve yazılı olarak yapılmalıdır¹⁴⁰.

Hastanın kendi vücudu üzerindeki karar verme hakkının temelini Anayasanın 17/1 maddesi oluşturmaktadır. Anayasa hükmünün ikinci fıkrasında ise tıbbi zorunluluklar ve özel kanuni düzenlemeler haricinde vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı düzenlenerek tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunun anayasal zemini oluşturulmuştur. Aynı zamanda bu hüküm kişilerin kendi vücutları üzerinde mutlak bir tasarruf yetkilerinin olmadığı, sadece özerklik seviyesinde değerlendirilebilecek belli başlı takdir yetkisinin bulunduğu anlamına gelmektedir¹⁴¹.

Anayasal haklar olarak kişinin özgürlüğü, onuru, yaşam, vücut bütünlüğü ve sağlık hakları karşısında saygı duyma ve koruma yükümlülüklerinin bir gereği olarak yapılacak herhangi bir tıbbi müdahale için öncelikle hastanın rızası alınmalıdır¹⁴². Söz konusu anayasal haklarla birlikte kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı aydınlatılmış onamın temelini oluşturmaktadır. Hekimin uygulayacağı tıbbi müdahaleler de bu hakları ihlal etmemelidir. Hasta tıbbin getirdiği tedavi imkanlarından yararlanmakla hastalığın akıbetini kadere bırakmak arasındaki tercih hakkının sahibidir¹⁴³. Bu tercih hakkının kullanılabilirdiğinden bahsedebilmek için hastanın her iki tercihin de sonuçlarını iyi biliyor olması gerekir. Bu durumda hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı yalnızca rıza gösterme yetkisinin hastada olduğu anlamına gelmemekte, aynı zamanda hekimin aydınlatma yükümlülüğünün de temelini oluşturmaktadır¹⁴⁴.

¹⁴⁰ Hakeri, s. 249

¹⁴¹ A.g.e.

¹⁴² A.g.e.

¹⁴³ A.g.e.

¹⁴⁴ Hakeri, s. 249

“Aydınlatma yükümlülüğü sadece hastanın iradesinin serbestçe oluşmasının korunmasına değil, vücut bütünlüğünün korunmasına da hizmet eder. Bu yükümlülük, koşulsuz olarak kişilik haklarına ilişkin esaslardan ortaya çıkmaktadır. Zira genel olarak kişiliğin korunması vücut bütünlüğünün korunması gibi, ilgili hak sahibinin kendi vücut bütünlüğüne her türlü müdahaleler hakkında serbestçe karar almasını da ihtiva eder”¹⁴⁵.

Aydınlatma yükümlülüğü hekimin asli bir ödevidir. Tedavinin bir tarafında hekim yer alırken diğer tarafını hasta oluşturur. Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu veya başarısı yalnızca hekimde bitmemektedir. Tedaviden istenen menfaatin elde edilebilmesi için hasta hekim iş birliği gerekir. Bu iş birliğinin sağlanabilmesi için hekim hastaya ve hastanın kişilik haklarına saygı göstermelidir. Hekimler tıbbi müdahalelere yalnızca bir bozukluğu düzeltmek olarak bakmamalıdır. Hekimler tıbbi müdahalenin insan vücudunu konu aldığı bilinciyle hareket etmeli, bu doğrultuda hastayı yönlendirmeli ve her aşamada hastanın menfaatlerini öncelikli tutmalıdırlar¹⁴⁶. Hastanın karar hakkı hastalığın iyileştirilmesinden önce gelir. Bu sebeple rızaya dayanmayan tıbbi müdahaleler tedavide başarılı olsalar dahi hukuka aykırı fiil olduklarından sorumluluk gerektirir. Hastanın rahatsızlığı giderilmiş olsa bile hasta vücuduna karşı bir yaralama eylemi gerçekleştirilmiş ya da en azından¹⁴⁷ hastanın kişilik hakları ihlal edilmiştir.

Sağlık Bakanlığının Tıbbi Müdahalelerde Bilgilendirilmiş Rıza Alınması Yönetmeliği Taslağı'nın birinci maddesinde

“bu yönetmeliğin amacı; yönetmelik kapsamındaki sağlık kurum ve kuruluşlarında hastanın vücut bütünlüğüne yapılan her türlü tıbbi girişimin ön koşulu olan bilgilendirilmiş rızasının alınmasını, insanın yaşama hakkı, vücut bütünlüğü, sağlığı ve bedeniyle ilgili tasarruflarının sağlanması, hak ihlallerinden korunabilmesi ve gerektiğinde hukuki korunma yollarını fiilen kullanabilmesiyle ilgili esas ve usulleri belirlemektir”

hükmü düzenlenmiştir.

Hastanın aydınlatılması aynı zamanda etiğin bir gereğidir. Hastanın yanıtılmama hakkına sahip olması etik bir ilkedir ve ahlaki açıdan bu hakkın varlığı mutlaktır. Bu sebeple aydınlatılmış onamın alınması tıp etiğinin olmazsa olmaz şartıdır¹⁴⁸.

Hasta Hakları Yönetmeliğinin 15. maddesine göre

“hastaya; hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği, tıbbi müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi, diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri, muhtemel komplikasyonları, reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve

¹⁴⁵ İsviçre Federal Mahkemesi kararı, Hakeri, s. 249

¹⁴⁶ Hakeri, s. 250

¹⁴⁷ “En azından” ifadesinde kasıt kişilik haklarının ihlal edilmesinin çok da önemli olmadığı değildir. Başkaca hiçbir zarar verilmemiş olsa bile bu zarar verilmiştir anlamındadır.

¹⁴⁸ Hakeri, s. 250

riskleri, kullanılacak ilaçların önemli özellikleri, sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri, gerektiğinde aynı konuda tıbbi yardıma nasıl ulaşabileceği hususlarında bilgi verilir.”

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 14. Maddesi *“teşhise göre alınması gerekli tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır”* ifadesiyle aydınlatma yükümlülüğünü düzenlemiştir.

Özel nitelikli hükümlerde de aydınlatma yükümlülüğü yer almaktadır. TCK madde 90/2-g'de *“deneyin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak açıklanan rızanın yazılı olması”* düzenlenmiştir. Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'un 7. maddesi de

“organ ve doku alacak hekimler; vericiye, uygun biçimde ve ayrıntıda organ ve doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler ile bunun tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında bilgi vermek; organ ve doku verenin, alıcıya sağlayacağı yararlar hakkında vericiyi aydınlatmak... zorundadır”

ifadeleriyle aydınlatma yükümlülüğü düzenlenmiştir.

Türk Tabipler Birliği Meslek Etiği Kuralları'nın 26. maddesine göre

“hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır.”

Yargıtay 1977 yılında vermiş olduğu bir kararda aydınlatma yükümlülüğünü detaylı olarak incelemiş ve ilke olarak belirlemiştir. Buna göre *“rızanın hukuken geçerli olabilmesi için kişinin, sağlık durumunu, yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile sonuçlarını bilmesi, bu konuda yeteri kadar aydınlatılması... gerekir. Bu itibardır ki, ancak aydınlanmış... rıza hukuken değeri olan bir rızadır.”*¹⁴⁹

*“Kişiler kendi vücutları üzerinde ayırık durumlar hariç ancak kendileri tasarrufta bulunabilirler ve tehlikelere karşı yine kendisi karar verebilir. Tıbbi müdahalelerde de bu genel kuraldan ayrılmamak gerekir. Tıbbi müdahaleler ve hekimin girişeceği diğer eylemler kişinin sağlığını, vücut bütünlüğünü ilgilendirdiği, muhtemel tehlikeleri meydana getirici nitelikte olduğu için, bunların gerçekleştirilmesine karar verme yetkisi hekime değil, müdahalelere maruz kalacak kişiye (hastaya) aittir.”*¹⁵⁰

Yargıtay daha güncel kararlarında da aydınlatma yükümlülüğünün yapılan tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu açısından bir ön şart olması kuralını uygulamaktadır¹⁵¹.

Doktrinde aydınlatmanın, yapılacak olan tıbbi müdahalenin türünü, nedenini, acilliğini, ağırlığını, çerçevesini, taşıdığı riskleri, başarı ihtimalini, muhtemel sonuçlarını, tıbbi müdahalenin yapılmamasının riskleri ve faydalarını, alternatif müdahale

¹⁴⁹ Yargıtay 4. HD, 07.03.1977, 6297/2541; Hakeri, s. 253

¹⁵⁰ Yargıtay 4. HD, 07.03.1977, 6297/2541

¹⁵¹ Yargıtay 13. HD, 18.09.2008, 4519/10750

yöntemlerini ve hatta hekimin bilgi ve becerisini, ismini, hastanenin fiziksel imkanlarını kapsamı gerektiği ifade edilmiştir¹⁵².

Aydınlatma yapılan tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirmenin unsurlarından biri olmakla beraber teşhis ve tedavinin başarı şansını da artırır. Bu açıdan aydınlatma tedavi (güvenlik) aydınlatması ve karar (otonomi) aydınlatması olmak üzere iki kategoride incelenmektedir.

2.1.2.2.1. Aydınlatma Çeşitleri

2.1.2.2.1.1. Karar (Otonomi) Aydınlatması

Otonomi hastanın kendi geleceğini belirlemesi olarak kullanılmaktadır ve karar aydınlatması kişinin kendi geleceği hakkında karar vermesini mümkün kılan aydınlatmadır¹⁵³. Alınan rızanın geçerli olması ve buna bağlı olarak yapılan tıbbi müdahalenin hukuka uygun kabul edilebilmesi için gerekli olan aydınlatma karar aydınlatmasıdır¹⁵⁴. Hasta, sağlığı hakkında karar alabilmek için yapılacak olan tıbbi müdahale hakkında ve bu müdahalenin yapılmaması halinde doğabilecek zarar hakkında bilgi sahibi olması gerekir. Bu açıdan hekimin hastaya yapmış olduğu müdahaleden sorumluluğun doğmaması için yapılacak aydınlatmanın kapsamı da önem arz etmektedir. Hasta kendisi için çok önemli olan sağlığı hakkında karar alma ihtiyacı içerisindedir ancak hekimin de yapılacak tıbbi müdahale hakkında her türlü tıbbi bilgiyi hastanın anlayacağı şekilde anlatması teknik olarak mümkün değildir. Dolayısıyla hekimin, hastaya aktaracağı ve aktarmayacağı bilgiler konusunda da tercihte bulunması gerekir. Bu tercih açısından önemli olan kriter de doğal olarak hukuken sorumluluk doğup doğmayacak olmasıdır. Sorumluluk noktasında hekimlerin kendilerini güvende hissedebilmeleri için aydınlatmanın çerçevesinin iyi bir şekilde çizilmesi gerekmektedir.

Yapılacak tıbbi müdahalenin riskleri, ortaya çıkarabileceği sonuçların ağırlığı arttıkça aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı da genişler. Ters durumda, gerçekleşme ihtimali aynı şartlarda makul bir başka kişinin vereceği rızayı etkilemeyecek kadar düşük olan riskleri hekimin aydınlatma yükümlülüğü bulunmamaktadır¹⁵⁵. Ayrıca tıbbi müdahalenin acilliği arttıkça hekimin yükümlü olduğu aydınlatmanın çerçevesi de

¹⁵² Ulsenheimer, Klaus, *Arztstrafrecht in der Praxis*, 3. B., Heidelberg 2003, s. 60'dan aktaran Hakeri, s. 253

¹⁵³ Hakeri, s. 255-258

¹⁵⁴ Hakeri, s. 255

¹⁵⁵ Hakeri, s. 257

daralacaktır¹⁵⁶. Kısıtlı zaman içerisinde hastaya durumun acilliği de dahil olmak üzere müdahale hakkında karar vermesi için gerekli esas noktalar anlatılmalıdır. Çok acil olup ölüm riski barındıran müdahaleler için varsayılan rıza kavramı üretilmiştir. Buna göre rıza alınmasının mümkün olmadığı acillikteki durumlar için hastanın önceden ortaya koymuş olduğu bir iradesi yok ise rızasının varlığı kabul edilir.

Otonomi aydınlatmasının esas konusu risk aydınlatmasıdır. Ancak hastanın sadece riskler hakkında aydınlatılması aydınlatmaya dayalı rızanın hukuka uygunluğu için yeterli değildir. Hastanın rızasının geçerli olabilmesi için teşhis ve tedavi süreci hakkında da aydınlatılması gerekir. Teşhis, süreç, risk ve alternatif aydınlatmaları hastanın mevcut durumu hakkında karar verebilmesini mümkün kılar¹⁵⁷.

Aydınlatma yükümlülüğü, yapılacak olan tıbbi müdahale sağlık bakanlığınca programa alınmış aşılardan gibi standart uygulamalar olsa dahi devam eder. Hekim bu tür müdahalelerde de hastayı karar verebilmesi açısından aydınlatmalıdır. Devlet tarafından gerekliliğinin belirtilmiş veya programa alınmış olması hastanın bireysel olarak yapılacak müdahalenin sonuçlarını bildiği ve bağımsız olarak karar verebildiği anlamına gelmez¹⁵⁸. Ancak kamu sağlığının korunması amacıyla kanunen zorunlu kılınmış tıbbi müdahaleler bu durumun istisnasıdır. Kanuni zorunluluk sebebiyle tıbbi müdahalenin yapıldığı durumlarda tercih hakkı hastanın kendisine bırakılmadığı için aydınlatma yükümlülüğü de bulunmaz¹⁵⁹. Aşı örneğimiz için de belirtmek gerekir ki kanunen zorunlu kılınanlar dışında aşı uygulamaları programa bağlı olsa bile tercihe bağlıdır ve aydınlatma gereklidir¹⁶⁰.

Otonomi aydınlatmasının bir diğer türü teşhis aydınlatmasıdır. Teşhis aydınlatması hastanın verilerine göre (semptomlara göre) hangi hastalığın varlığının tespit edildiği hakkındaki aydınlatmadır. Hastanın hasta olup olmadığı, hastaysa hangi hastalığa sahip olduğunun kendisine bildirilmesi gerekir¹⁶¹. Kişinin hastalığa dair verileri birden fazla hastalığa işaret ediyorsa doğru teşhis için daha kapsamlı muayene yapılması gerekir. Bu durumda öncelikle eldeki verilerin hastalık hakkında net bir sonuç ortaya

¹⁵⁶ A.g.e.

¹⁵⁷ Ayan, s. 72; Hakeri, s. 259

¹⁵⁸ Hakeri, s. 259

¹⁵⁹ Gökcan, s. 220-222

¹⁶⁰ Gökcan, s. 220

¹⁶¹ Hakeri, s. 259

koymadığı ve teşhise yönelik tıbbi müdahalelerde bulunulmasına ihtiyaç duyulduğu hastaya anlatılıp teşhise yönelik müdahaleler için de rıza alınması gerekir.

Hastanın tedavi için yapılacak tıbbi müdahalelere rıza gösterebilmesi için kendisine konulan hastalık teşhisini bilmesi gerekir. Ancak bazı durumlarda hastanın kendisine konulan teşhisi bilmesi tedavinin başarı şansını olumsuz etkileyebilmektedir. Hastanın menfaatinin gerektirdiği durumlarda hekimin teşhise yönelik aydınlatmadan kaçınması mümkündür. Teşhisin sakıncaları hastada psikolojik baskı oluşturmak, tıbbi müdahalenin risklerini attırmak ya da üçüncü kişilerin tehlikeye girmesine sebep olmak olabilir. Söz konusu sakıncaları gidermek amacıyla teşhis aydınlatması kısıtlanabilir veya duruma göre aydınlatmadan tamamen vazgeçilebilir. Özellikle tedavi ihtimalinin bulunmadığı hastalıklarla ölüm riskinin yüksek olduğu durumlarda teşhis aydınlatmasından vazgeçilebilir¹⁶². Hastanın açıkça teşhisi sorması halinde ise hekim doğruyu söylemek zorundadır. Ancak açıkça teşhisin sorulması halinde de çok ağır hastalıklar için yine hastanın menfaati doğrultusunda doğru olmayan ya da hastanın durumunu daha hafif gösteren bilgiler verilebileceği kabul edilebilmektedir¹⁶³.

Hastanın teşhise dair aydınlatmasının kısıtlandığı hususların da hasta dosyasına kaydedilmesi zorunludur. Aydınlatmaya dair kısıtlamanın hastanın dosyasını inceleme hakkı açısından da geçerli olduğu kabul edilmektedir¹⁶⁴. Hasta teşhis aydınlatmasına ilişkin kısıtlanan hususları dosyasında da inceleyemeyecektir.

Teşhise ilişkin aydınlatmanın kapsamında da esas olan hastanın hukuken geçerli rıza verebilmesini mümkün kılmaktır. Hekim teşhis aydınlatması yaparken hastayı gereksiz yere korkutmamalı veya tedaviye ikna etmek için durumu olduğundan daha ağır göstermemelidir¹⁶⁵.

Teşhis aydınlatması hastanın şahsına yapılır. Ancak hekimin garantör olduğu üçüncü kişilerin teşhis aydınlatmasında menfaatinin bulunması halinde bu kişilere karşı

¹⁶² A.g.e.

¹⁶³ Hakeri, s. 260

¹⁶⁴ Hakeri, s. 261

¹⁶⁵ Hakeri, s. 260

da aydınlatmanın yapılması gerekir. Örneğin hastasına AIDS teşhisi koyan aile hekiminin bu durumu garantörü olduğu diğer eşe de bildirmesi gerekir¹⁶⁶.

Teşhis aydınlatması hastaya teşhis konulabildiği durumda geçerlidir. Eldeki verilerin teşhis koymaya elverişli olmadığı durumda hastaya şüpheli teşhislerin anlatılması gerekmez. Hatta bu teşhislerin hastayı endişelendirmemesi için anlatılmaması gerekir. Böyle bir durumda teşhis koymak için yeterli veri olmadığı konusunda aydınlatma yapılmalıdır¹⁶⁷.

Otonomi aydınlatmasının başka bir türü de süreç aydınlatmasıdır. Süreç aydınlatması hastanın mevcut haliyle başarılı bir tıbbi müdahaleden sonraki öngörülen halinin açıklanmasıdır¹⁶⁸. Süreç aydınlatması kapsamında hastaya yapılacak müdahaleler, bu müdahalelerin türü, nasıl yürütüleceği, müdahalenin hastaya olumlu ve olumsuz etkileri ana hatlarıyla anlatılmalıdır. Tıbbi müdahalenin reddedilmesi durumunda hastalığın seyrinin anlatılması da süreç aydınlatması içerisinde yer alır¹⁶⁹. Bir kararında hastaya tetanos aşısı olmadığına karşılaşılabileceği sonuçların anlatılmamasından dolayı Yargıtay hekimi sorumlu bulmuştur¹⁷⁰. Tıbbi müdahalenin bütün sürecinin hastaya anlatılması pratik olarak mümkün değildir. Süreç aydınlatmasının çerçevesi hastanın kararına etki edebilecek noktaları kapsamıyla belirlenir. Süreç aydınlatması yapılan tıbbi müdahalenin kesin sonuçlarını da içermelidir. Örneğin rahmi alınan kadının bir daha hamile kalamayacağı veya ameliyat sonrası neşter izinin kalacağı hususları hastaya bildirilmelidir¹⁷¹.

Tıbbi müdahalede öngörülen risklerin meydana gelmesi halinde yapılacak olan işlemlerin anlatılması da süreç aydınlatması kapsamında yer alır. Herhangi bir komplikasyon durumunda yapılacakların hastaya anlatılması da rızanın geçerli olması için zorunludur. Risklerin ihtimalinin yüksek olduğu durumlarda aydınlatma da daha kapsamlı yapılmalıdır¹⁷².

¹⁶⁶ A.g.e.

¹⁶⁷ Hakeri, s. 261

¹⁶⁸ A.g.e.

¹⁶⁹ Ayan, s. 71; Hakeri, s. 261

¹⁷⁰ Yargıtay 13. HD., 20.11.2000, 8582/10298,

¹⁷¹ Hakeri, s. 261-262

¹⁷² Hakeri, s. 262-263

Anayasa tarafından garanti altına alınan vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı ilkesi, hayatı tehlikeye girecek dahi olsa, vücuduna müdahale edilmesini istemeyen kişinin bu isteğine saygı gösterilmesini gerekli kılmaktadır¹⁷³.

Hekimin tercih ettiği tedavinin alternatiflerinin hastaya anlatılması alternatif aydınlatmasıdır. Hastanın tercih hakkını kullanabilmesi için alternatif uygulamaların kendisine anlatılması gerekir. Alternatiflerin varlığı halinde hekimin tercih ettiği müdahale tek çare gibi gösterilmemeli ve hastanın tercih hakkına saygı duyulmalıdır. Alternatif aydınlatması aynı risklerin geçerli olduğu ya da alternatifin daha riskli olduğu tedavi yöntemleri için geçerli değildir. Elbette ki hekim tedavi için riskin en az olduğu yöntemi seçmelidir. Alternatif aydınlatması risk spektrumunun farklı olduğu tedavi yöntemleri için geçerlidir. Yani iki tedavi de yaklaşık eşit oranda ama farklı riskler barındırıyorsa alternatif aydınlatması söz konusu olur¹⁷⁴. Tıbbi standart haline gelmemiş uygulamaların alternatif olması halinde bunlara ilişkin aydınlatma yapılması gerekli değildir. Ancak bu müdahalelerin uygulamaya konu olması halinde risk ve süreç aydınlatmalarının daha kapsamlı yapılması gerekir.

Yapılan müdahalede her türlü özenin gösterilmesine ve müdahalenin doğru bir şekilde yapılmasına rağmen hasta üzerinde meydana gelebilecek riskler konusunda hastanın bilgilendirilmesi risk aydınlatmasıdır¹⁷⁵. Müdahaleden sonraki bakım aşamasında ortaya çıkabilecek ve tıbbi verilere göre önlenmesi kesin olmayan zararlar da risk aydınlatması içerisinde yer alır¹⁷⁶. Risk aydınlatmasının kapsamını belirleyen kriter yapılacak aydınlatmanın hastanın uygulanacak müdahaleye rıza göstermesini etkileyecek nitelikte olmasıdır¹⁷⁷. Hastanın kişisel özellikleri sebebiyle aksi anlaşılıyorsa riskin ortalama bir hastanın rızasını etkileyecek nitelikte olup olmadığına bakılır¹⁷⁸. Hekimin yapacağı aydınlatma bu kriter doğrultusunda müdahalenin dolaylı sonucu olan riskleri de kapsamalıdır¹⁷⁹. Yargıtay'a göre de hastanın karar vermesi

¹⁷³ Hakeri, s. 263

¹⁷⁴ A.g.e.

¹⁷⁵ Hakeri, s. 265; Gökcan s. 193

¹⁷⁶ Hakeri, s. 265, 266

¹⁷⁷ Hakeri, s. 266; Gökcan, s. 187, 193

¹⁷⁸ Gökcan; s. 193

¹⁷⁹ Hakeri, s. 266

konusunda etkili olacaksa çok düşük riskler hakkında da aydınlatma yapılmalıdır¹⁸⁰. Riskin ağır olması halinde ihtimali düşük de olsa aydınlatmanın yapılması daha çok önem arz etmektedir¹⁸¹.Yapılacak müdahalenin varsa üçünü kişiler üzerindeki riskleri ile diğer organlara yapacağı muhtemel etkileri de hastaya anlatılmalıdır¹⁸².

Mevcut tıp biliminde belirli komplikasyon oranları bağlayıcı değildir¹⁸³. Ancak aydınlatma yapılacak riskler konusunda tıbbın müdahalenin yapılacağı sıradaki genel kabulleri önem arz etmektedir¹⁸⁴. Hekimin tıp biliminde kabul görmüş yeni riskleri bilmiyor olması sebebiyle eksik aydınlatma yapması verilen rızanın geçerliliğini etkileyeceğinden dolayı müdahalenin hukuka aykırı olmasına sebep olur¹⁸⁵. Hekimin kusuruyla sebebiyet verdiği tıbbi uygulama hatası sonucu ortaya çıkabilecek zararlar hakkında aydınlatma yapılmasına ise gerek olmadığı kabul edilmektedir¹⁸⁶.

Aydınlatma yükümlülüğünün kapsamının tıbben kabul görmüş standart uygulamalardan uzaklaşıldıkça genişlediği kabul edilmektedir¹⁸⁷. Estetik ameliyatlara için ise yapılacak müdahalenin bütün risklerinin risk aydınlatması kapsamında hastaya anlatılması gerektiği savunulmaktadır¹⁸⁸.

Hekimin, tıbbi müdahalenin başka bir yerde daha iyi kalitede yapılabileceği konusunda aydınlatma yükümlülüğü olmadığı kabul edilmektedir¹⁸⁹. Ancak daha iyi kalitede yapılabilecek olan tıbbi müdahalenin tedavi şansının daha yüksek olması veya daha az risk içermesi halinde hekimin bu konuda hastayı bilgilendirmesi gereklidir¹⁹⁰.

Aydınlatma yükümlülüğü sorumluluk açısından hekimlerin hastanın geçerli bir rıza vermesini sağlamaya yönelik bilgileri aktarmasıdır. Ancak aydınlatma yükümlülüğünün tek ve nihai amacı hastanın hukuken geçerli rızasının alınması değildir.

¹⁸⁰ Yargıtay 4. HD, 07.03.1977, 6297/2541; Yargıtay 13. HD, 28.04.2009, 15195/5671; Yargıtay 13. HD, 07.04.2016, 11729/9861

¹⁸¹ Hakeri, s. 266-267

¹⁸² Hakeri, s. 266

¹⁸³ Gökcan, s. 193; Hakeri, s. 266

¹⁸⁴ Özsunay, Ergun, Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, İstanbul, 1983, s. 42'den aktaran Gökcan, s. 193

¹⁸⁵ Hakeri, s. 266

¹⁸⁶ Gökcan, s. 193, 194; Hakeri, s. 266

¹⁸⁷ Hakeri, s. 269

¹⁸⁸ Bayraktar, s. 127, 168; Hakeri, s. 269

¹⁸⁹ Hakeri, s. 285

¹⁹⁰ A.g.e.

Aydınlatma yapılacak olan tıbbi müdahalenin başarı şansını artırma amacıyla da yapılabilir. Hatta müdahalenin başarı şansını arttırmaya dahi hekim hasta iş birliğini arttırarak daha yüksek standartta tıbbi müdahale yapılabilmesi için aydınlatma yapılabilir. Bu aydınlatma türü tedavi aydınlatmasıdır ve yapılmamış olması kural olarak sorumluluğu gerektirmez.

2.1.2.2.1.3. Tedavi Aydınlatması

Tedavi aydınlatması uygulanacak müdahalenin daha iyi yerine getirilebilmesi için yapılan aydınlatmadır. Hekimin bu yükümlülüğü sadece tedavi nedenlerinden değil, hastanın diğer korunmaya layık yararlarını korumak için de gerekli görülebilir. Bu itibarla tedavi aydınlatması kavramının dar bir anlam içerdiği, daha geniş bir kavram olarak güvenlik aydınlatması kavramına da öğretilde yer verildiğini ifade etmek gerekir.

Tedavi aydınlatması, hekimin sağlık hizmetinin esaslı bir bölümünü oluşturmaktadır. Tedavi nedenleri gerekli kıldığı takdirde, hekim hastasını zamanında ve tam olarak aydınlatmak zorundadır. Hekimin vereceği bilgiler, tıbben gerekli olanı mümkün kılmalı, hazırlamalı veya desteklemelidir. Esasen, hekim hastasını, onu zararlardan korumak için aydınlatmakla yükümlüdür. Dolayısıyla, tedavi aydınlatmasının amacı kişinin kendi geleceğini belirleme hakkını kullanmasını sağlamak değildir. Asıl olan hekimin, tavsiyeler ile hastayı yönlendirerek mümkün olan en iyi tedavinin yapılmasını sağlamak ve komplikasyonları önlemektir.

Hekim onu koruyacak yaşam biçimini, diyetini belirlemek için hastalığını ve hastalık eğilimini açıklamak; ilaç verirken dozu, bünyenin kaldıramayacağı yönlerini ve yan etkilerini anlatmak durumundadır. Ameliyat halinde hasta, ameliyat sonrası ne tür komplikasyonların oluşabileceği ve bunları nasıl tanıyabileceği konusunda bilgilendirilmelidir. Hekimin ameliyatlardan sonrası yapılacaklar konusunda aydınlatma yapmaması bir eksikliklerdir.

Aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı özellikle hastanın teklif edilen bir teşhis veya tedavi müdahalesini kabul etmek istememesi halinde daha geniş ele alınmalıdır¹⁹¹.

¹⁹¹ Hakeri, s. 271

Aydınlatma yükümlülüğünün ihlali ağır tedavi hatası olarak kabul edilir. Ayrıca aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde tıbbi müdahale sonrasında meydana gelen zararın müdahalenin sonucu olmadığını ispat yükü hekime düşmektedir¹⁹².

Aydınlatma yapılırken kullanılacak ilaçların etkileri, yan etkileri, dozu ve bünyenin kaldırıp kaldırmayacağı konuları da anlatılmalıdır. Yapılacak olan açıklama ilaçların riskleri oranında geniş tutulmalıdır. Reçete yazılması durumunda kullanılacak olan ilacın önemli, sık rastlanır yan etkilerinin hekim tarafından aydınlatılması gerekir. İlaçla ilgili geri kalan aydınlatma prospektüsün okunması söylenerek yapılabilir. Yeni ilaçların tedavi için tercih edilmesi halinde aydınlatmanın kapsamı yine geniş tutulmalıdır. Danıştay da ilacın yan etkilerinin kulak zarı delik olan hastada daha fazla meydana gelebileceğini hastaya bildirmeyen hekimin bu fiilinin ağır hizmet kusuru oluşturduğuna karar vermiştir¹⁹³.

Bir başka aydınlatma türü tıbbi müdahale sırasında yapılan uygulama hatalarına ilişkin aydınlatmadır.

2.1.2.2.1.4. Tıbbi Uygulama Hatasına İlişkin Aydınlatma

Tıbbi uygulama hatasına ilişkin aydınlatma iki farklı durum için söz konusu olmaktadır. Bunlardan birincisi hekimin daha önce yapmış olduğu tıbbi uygulama hatalarına ilişkin aydınlatmadır. İkincisi ise hekimin bizzat hastaya uyguladığı müdahalenin hatalı olması durumunda yapılacak aydınlatmadır¹⁹⁴.

Kural olarak hekim daha önce yapmış olduğu tıbbi uygulama hatalarını hastaya bildirmekle yükümlü değildir¹⁹⁵. Hekimin bizzat hastaya karşı gerçekleştirdiği tıbbi uygulama hataları hakkında da bilgilendirme yükümlülüğü olmadığı kabul edilmektedir¹⁹⁶. Hekimin tıbbi uygulama hatası sebebiyle cezai sorumluluğu söz konusu olabileceğinden bu konuda yapılacak aydınlatma da kişinin kendi kendisini suçlama yasağına aykırılık teşkil edebilecektir¹⁹⁷. Karşıt görüş olarak hekimin bilincinde olduğu

¹⁹² Hakeri, s. 272

¹⁹³ Danıştay İDDK, 07.03.2003, 716/91

¹⁹⁴ Hakeri, s. 282

¹⁹⁵ Hakeri, s. 282

¹⁹⁶ A.g.e.

¹⁹⁷ A.g.e.

bir tıbbi uygulama hatasını hastaya bildirmesinin tedaviye ilişkin sözleşmeden kaynaklanan bir yan yükümlülük olduğu savunulmaktadır¹⁹⁸. Bunların dışında, hekim yaptığı bir tıbbi müdahalenin tıbbi uygulama hatası teşkil etmesi halinde bu durumu düzeltmek için yeni tıbbi müdahalelerde bulunmak zorunda kalıyorsa yeni yapılacak olan müdahalelerin başta yaptığı tıbbi uygulama hatası sebebiyle gerektiğini hastaya açıklamakla yükümlüdür¹⁹⁹.

Hekimin garantörlük ve zarar azaltma yükümlülüğünden, somut olayda hastaya tedavi hatası ve bundan kaynaklanan zararlı sonuçları bildirme yükümlülüğü doğabilir. Yine hastanın veya yakınının bu hususa ilişkin açık bir sorusuna karşı da hata yapıldığına ilişkin doğru bilgi verme yükümlülüğü vardır. Bu yükümlülüğün kaynağı, zarar veren kimsenin genel hukuksal yükümlülüğü ve hekimlik sözleşmesinden kaynaklanan yan yükümlülüktür. Yargıtay da ameliyat sırasında kırılan iğne ucunun bulunamayarak ameliyata son verilen bir olayda hastanın rahatsızlığını bildirmesine rağmen alerji mazeretiyle hastanın geçiştirilmesi ve tıbbi uygulama hatası yapıldığına dair doğru aydınlatmanın yapılmaması sebebiyle hekimin sorumluluğuna karar vermiştir²⁰⁰.

2.1.2.2.2. Aydınlatmanın Kimin Tarafından Yapılacağı

Hasta Hakları Yönetmeliği'ne göre

“hasta, tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık mensubu tarafından tıbbi müdahale konusunda sözlü olarak bilgilendirilir. Bilgilendirme ve tıbbi müdahaleyi yapacak sağlık mensubunun farklı olmasını zorunlu kılan durumlarda, bu duruma ilişkin hastaya açıklama yapılmak suretiyle bilgilendirme yeterliliğine sahip başka bir sağlık mensubu tarafından bilgilendirme yapılabilir”²⁰¹.

Bu hükümden zorunlu bir durum olmadığı sürece aydınlatmanın tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek olan sağlık personeli tarafından yapılması gerektiği anlaşılmaktadır.

Aydınlatmanın müdahaleyi yapacak sağlık personeli tarafından bizzat yerine getirilmemesi halinde aydınlatmayı yapan kişinin aydınlatma yeterliliğine sahip olması gerekir. Yani aydınlatma yapan kişinin aydınlatma yapılacak konuda yeterli bilgisi olmalıdır. Dolayısıyla bir hekimin yapacağı tıbbi müdahalede hemşirenin veya bir başka hastane personelinin aydınlatmada bulunmaması gerekir²⁰². Ayrıca aydınlatma

¹⁹⁸ A.g.e.

¹⁹⁹ A.g.e.

²⁰⁰ Yargıtay 13. HD, 06.11.2000, 8590/9569

²⁰¹ HHY m. 18/2

²⁰² Hakeri, s. 291

yeterliliğine sahip bir başka kişi tarafından yapılan aydınlatmanın aydınlatma şartlarına uygun ve yeterince kapsamlı yapıldığı konusunda müdahaleyi yapacak hekim emin olmalıdır²⁰³. Aydınlatmanın gereği gibi yapılmamasından müdahaleyi yapan hekim sorumludur.

2.1.2.2.3. Aydınlatmanın Kapsamı

Tıbbi müdahalelerde yapılacak olan aydınlatma yükümlülüğünün neleri içermesi gerektiğine ilişkin mevzuatta çeşitli hükümler yer almaktadır.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 14/2. maddesine göre “...teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır”.

HHY'nin 31. Maddesine göre “Rıza alınırken hastanın veya kanuni temsilcisinin tıbbi müdahalenin konusu ve sonuçları hakkında bilgilendirilip aydınlatılması esastır”.

HHY'nin 15. Maddesine göre

“Hastaya; hastalığının muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği, tıbbi müdahalenin kim tarafından, nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi, diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri, muhtemel komplikasyonları, reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri, kullanılacak ilaçların önemli özellikleri, sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri, gerektiğinde aynı konuda tıbbi yardıma nasıl ulaşabileceği hususlarında bilgi verilir.”

Hekimlik Mesleği Etik Kurallarınının 26. Maddesine göre hekim hastasını

“hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır”.

Hastaya uygulanan tıbbi müdahale sırasında bir komplikasyon doğması halinde tedavi sürecinin ne şekilde devam edebileceği hakkında da ayrıntılı bir aydınlatma yapılmalıdır²⁰⁴.

Aydınlatmanın kapsamı, genel geçerli bir kural koyarak değil, somut olayın özelliklerine göre ortaya konmalı²⁰⁵ ve bu bakımdan hastanın ne kadar bilmek istediği ve bu bilgilerden ne kadarını kaldırabileceği göz önünde tutulmalıdır²⁰⁶. Aydınlatma türleri

²⁰³ Hakeri, s. 290

²⁰⁴ Hakeri, s. 295; Yargıtay 13. HD, 18.04.2016, 6125/10662; 13. HD, 16.01.2016, 46695/6790; 13. HD, 11.04.2016, 9077/5505; 13. HD, 16.01.2014, 17487/764

²⁰⁵ Ayan, s. 75 aktaran Hakeri, s. 296

²⁰⁶ Hakeri, s. 296

anlatılırken de aydınlatmanın kapsamının nasıl olması gerektiği, hangi durumlarda kapsamın genişlemesi hangi durumlarda daralmasının mümkün olabileceği açıklanmaya çalışılmıştır.

2.1.2.2.4. Aydınlatmanın Şekli

Aydınlatmanın şekli hekimin takdirindedir²⁰⁷. Dolayısıyla hekim aydınlatmayı istediği şekilde belgelendirebilir. Hastanın alınan kayda da rıza göstermesi şartıyla aydınlatma ses veya video kaydına alınabilir²⁰⁸. Hastanın aydınlatılması matbu bir formun okunup imzalanması değildir. Yapılacak müdahale hakkında hastanın kafasındaki soru işaretlerinin giderilip rızasının alınması gerekir. Dolayısıyla kişisel olarak hastanın aydınlatıldığı ortaya konulamadıkça matbu onam formunun imzalanmış olması aydınlatma açısından önem arz etmemektedir²⁰⁹. Aydınlatmanın yapıldığının ve içeriğinin ispat yükümlülüğü hekimin üzerindedir²¹⁰.

Aydınlatma anlaşılır olmalıdır. *“Bilgi, mümkün olduğunca sade şekilde, tereddüt ve şüpheye yer verilmeden, hastanın sosyal ve kültürel düzeyine uygun olarak anlayabileceği şekilde verilir”*²¹¹.

2.1.2.3. Müdahale için Tıbbi Gereklik Bulunması

Yapılacak olan tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması için ilgilinin sağlığı açısından bu müdahale gerekli olmalıdır. Söz konusu tıbbi gerekliliğe endikasyon adı verilir.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 13/3’üncü maddesine göre *“Tabip ve dış tabibi; teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın, hastanın arzusuna uyararak veya diğer sebeplerle, akli veya bedenî mukavemetini azaltacak herhangi bir şey yapamaz”*.

HHY’nin 12’inci maddesine göre *“Teşhis, tedavi veya korunma maksadı olmaksızın, ölüme veya hayati tehlikeye yol açabilecek veya vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek veya akli veya bedeni mukavemeti azaltabilecek hiçbir şey yapılamaz ve talep de edilemez”*.

²⁰⁷ Hakeri, s. 299

²⁰⁸ A.g.e.

²⁰⁹ Hakeri, s. 299-300; Yargıtay 13. HD, 25.11.2013, 1737/29148; 13. HD, 02.04.2010, 13945/4346; 13. HD, 13.06.2013, 14354/16113; 13. HD, 22.01.2014, 32755/1498; 13. HD, 21.12.2016, 32882/24003

²¹⁰ Yargıtay 13. HD, 20.11.2007, 12837/13884 aktaran Hakeri, s. 301

²¹¹ HHY m. 18

Endikasyon tıbbi müdahalenin gerekliliğini ortaya koyan göstergedir, tıbbi zorunluluk veya gereklilik halidir²¹². Endikasyon şartı hekimin müdahalesini hukuka uygun kılmanın bir unsurudur²¹³. Anayasa’da da tıbbi zorunluluklar haricinde kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı ifade edilmiştir²¹⁴. Tıbbi zorunluluk şartı çocuk düşürme suçuna ilişkin TCK m. 99/2’de de ayrıca düzenlenmiştir.

Yargıtay da tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması için endikasyon şartının bulunduğunu “*doktorun müdahalesi öncelikle endikasyon da denilen tıbbi bir gereklilik nedeniyle teşhis, tedavi ve hastalıktan korunma gibi sebeplerle yapılmalıdır. Bu zorunluluk Anayasamızın 17. Maddesinde de vurgulanmıştır*” sözleriyle ifade etmiştir²¹⁵.

Endikasyon şartının sağlanmadığı tıbbi müdahaleler hukuka aykırıdır. Dolayısıyla hastanın isteği doğrultusunda yapılan ancak tıbbi gereklilik barındırmayan müdahaleler de sorumluluğa sebep olur. Endikasyon şartının sağlanıp sağlanmadığı müdahalenin yapılması ve yapılmaması durumlarındaki sonuçların kıyaslanmasıyla ortaya konabilir. Müdahalenin yapılmış olması ile yapılmamış olması arasında hastanın sağlığı açısından bir menfaat yoksa endikasyon şartı sağlanmamıştır. Endikasyon şartı teşhis, tedavi sonrası tıbbi müdahaleler ve ilaç kullanımları için de aranan şarttır²¹⁶. Dolayısıyla bir hastanede sırf maddi çıkar amacıyla röntgen çekilmesi gibi uygulamalar endikasyon şartını barındırmadığından sorumluluğa sebep olur²¹⁷.

Endikasyon her zaman tıbbi olmak zorunda değildir. Sosyal veya psikolojik endikasyonlar da tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartı için geçerli kabul edilmektedir²¹⁸. Estetik ameliyatlarda veya erkek çocukların sünnet edilmesinde bu tür endikasyonların varlığı ve yapılan müdahalelerin hukuka uygun olduğu kabul edilmektedir²¹⁹. Doğrudan doğruya tedavi amacına yönelik olmasalar da bu tür

²¹² Hakeri, s. 449

²¹³ Hakeri, s. 451; Güreli, s. 268, 272; Ayan, s. 9; Çilingirlioğlu, s. 21; Koca, s. 93; Demir, s. 112-113

²¹⁴ Anayasa m. 17/2

²¹⁵ Yargıtay CGK, 16.05.2017, 271/278

²¹⁶ Hakeri, s. 452; Danıştay 10. D, 12.03.2007, 896/899

²¹⁷ Hakeri, s. 452-453

²¹⁸ Hakeri, s. 453

²¹⁹ Hakeri, s. 454

müdahalelerin dolaylı tedavi amacı olduğu kabul edilmekte ve tıbbi müdahalelere ilişkin kuralların bu müdahaleler için de geçerli olduğu kabul edilmektedir²²⁰.

Hastanın isteği endikasyon şartının sağlanmadığı durumlarda yapılan tıbbi müdahaleyi hukuka uygun kılmamakla beraber bazı durumlarda hastanın bu isteğinin psikolojik endikasyon olduğu ve bu sebeple endikasyon şartının sağlanarak yapılan tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartının yerine getirildiği kabul edilmektedir²²¹. Örneğin organ bağışlayan bir kişinin kendisi için tıbbi endikasyon bulunmamaktadır. Bu sebeple psikolojik endikasyonun hukuka uygunluk şartını sağlamadığı kabul edilirse organ bağışlayan kişiden bu organın alınması için yapılan her türlü tıbbi müdahale hukuka aykırı olacaktır. Aynı durum kan bağışi yapan kişi için de geçerlidir. Kısırlaştırma işlemi için de çoğu zaman tıbbi endikasyon bulunmamaktadır.

2.1.2.4. Müdahalenin Tıp Bilimi Gereklere Göre Gerçekleştirilmesi

Hekim tıbbi müdahaleyi dönemin tıp bilimi gereklerine uygun olarak ve özenle gerçekleştirmesi gerekir²²². Müdahalenin tıbbi standartlara uygun yapılması bir hukuka uygunluk şartıdır ve tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlayan diğer şartlar yerine getirilmiş olsa dahi müdahalenin tıbbi standartlara uygun yapılmaması tıbbi uygulama hatasına sebep olur²²³. Yargıtay da bu durumu hekim, “*genellikle benimsenen ve uygulanan ilmi prensiplerin uygulanmasına aykırı bir surette uygulama yapması veya muhakkak surette bilmesi gereken yönlerde tecahül göstermesi halinde, mesleki kusurda bulunmuş olacağından, zarardan sorumlu olur*” sözleriyle ifade etmiştir²²⁴.

Yargıtay’ın da kararında belirttiği üzere hekim tıbbi müdahalelerinde mesleki şartları sağlamak, tıp biliminin kurallarına uymak, tıbbi standartlara uygun hareket etmek ve hastanın durumuna değer vermekle yükümlüdür²²⁵. Aynı karara göre hekim tıbbi standartları sağlayamamışsa, tıbbi verileri hatalı değerlendirmiş ya da ihmal etmişse, üzerine düşen mesleki özeni göstermemişse kusurlu davranmıştır ve gerçekleştirilen müdahale hukuka aykırılık sebebiyle sorumluluğa neden olur. Tıbbi müdahalenin zorunluluk sebebiyle gerçekleştirilmiş olması ya da hastanın müdahaleye rızasının

²²⁰ Ayan, s. 9; Hakeri, s. 454

²²¹ Hakeri, s. 454-458

²²² Ayan, s. 12; Hakeri, s. 460

²²³ Hakeri, s. 460

²²⁴ Yargıtay 4. HD, 29.06.1967, 2876/5612; Köprülü, s. 606; Hakeri, s. 460

²²⁵ Yargıtay 4. HD, 07.03.1977, 6297/2541

bulunması sonucu değiştirmez. Hastanın rızasının bulunması ya da tıbbi müdahalenin zorunluluk sebebiyle gerçekleştirilmesi hekimin tıbbi standartlara uymamasını ya da özenli davranmamasını haklı kılmaz. Sorumluluktan kurtulabilmek için tıbbi standartları uygulamak ve tıp biliminin öngördüğü tedbirleri alarak mesleğin gerektirdiği özeni göstermek gerekir. Tıbben kabul edilmiş çerçevede gerçekleştirilen müdahaleler, Yargıtay'ın söz konusu kararda geçen ifadeleriyle “*hakkın icrası nedeniyle hukuka aykırı sayılmaz*”²²⁶.

Tıbbi standart denenerek ispatlanmış ve tıbben kabul görmüş olan bilimin ve hekim tecrübesinin ulaştığı seviyeyi ifade eder²²⁷. Başka bir ifadeyle tıbbi standart, “*tıp biliminin genel olarak tanınıp kabul edilmiş kurallarıdır*”²²⁸.

Tıbbi standart, tıp biliminin mevcut gelişmelerine uygun olarak tıbbi müdahalenin yapıldığı fiziki koşullarda müdahaleyi yapanın bilgi düzeyindeki bir kişinin göstermesi gereken dikkat ve özeni ifade etmek için de kullanılabilir²²⁹. Biyo-Tıp Sözleşmesinin 4. maddesine göre “*Araştırma dâhil, sağlık alanında herhangi bir mücadelenin, ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir*”. Tıbbi Deontoloji Tüzüğü 13. maddesinde “*(Hekim) ilmi icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder*” ve “*tababet prensip ve kaidelerine aykırı ... mahiyette teşhis ve tedavi yasaktır*” ifadeleriyle tıbbi standartlara işaret etmiştir. Hasta Hakları Yönetmeliğinin 11. Maddesinde bu husus “*Hasta, modern tıbbi bilgi ve teknolojinin gereklerine uygun olarak teşhisinin konulmasını, tedavisinin yapılmasını ve bakımını istemek hakkına sahiptir*” şeklinde ifade edilmiştir. Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının 5. Maddesinde de hekimlerin tıp alanındaki gelişmeleri yakından izlemeleri gerektiği düzenlenmiştir. Tıbbi standartların belirlenmesinde müdahalenin yapıldığı ortamın şartları ve müdahaleyi yapan kişinin bilgi seviyesi ve tecrübesi önem arz etmektedir²³⁰. Ancak tıbbi müdahalenin standardı belirlenirken hekimin sübjektif özen yükümlülüğüne değil objektif özen yükümlülüğüne bakılır. Yani esas olan müdahaleyi yapan hekimin kendisine göre özen göstermiş olması değil,

²²⁶ Yargıtay 4. HD, 07.03.1977, 6297/2541

²²⁷ Hakeri, s. 766

²²⁸ Ayan, s. 105; Aşçıoğlu, s. 77; Hakeri, s. 766

²²⁹ Pakiş, s. 6; Hakeri, s. 357-358; Yüksel, s. 104

²³⁰ Pakiş, s. 6; Hakeri, s. 358-360; Yüksel 105; Polat, s. 120

kendisinin bilgi birikimi ve tecrübesine sahip herhangi birisinin göstermesi gereken özeni göstermesidir²³¹.

Yargıtay'ın ifadeleriyle “*hekim tıbbi çalışmalarda bulunurken bazı mesleki şartları yerine getirmek, hastanın durumuna değer vermek ve geniş bir anlatımla tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamakla görevlidir*”²³².

Yargıtay da “*genellikle benimsenen ve uygulanan ilmi prensiplerin uygulanmasına aykırı bir surette uygulama yapılması halinde*” hekimin kusurlu olacağına hükmetmiştir²³³. Yüksek mahkeme tıbbi müdahalelerde “tıbbi standart” kavramının sağlanıp sağlanmadığını değerlendirmektedir²³⁴. Aynı doğrultuda, henüz standart haline gelmemiş durumlara uygunsuz hareket etmek tek başına kusur sayılmaz²³⁵.

Danıştay da tıbbi müdahalelerde tıbbi standartlara uygun hareket edilip edilmediğini incelemektedir²³⁶. Hekim yerleşmiş standartları uygulamakla yükümlü olduğundan yeni bir metodun kabul edilmeye başlandığı geçiş süreçlerinde eski metodun uygulanması standarda aykırı kabul edilemez²³⁷.

Tıbbi müdahalelerde standart aranırken somut olayın içinde bulunduğu imkanları değerlendirmek gerekir²³⁸. Bir sağlık ocağıyla üniversite hastanesinin standartları aynı olmayabilir. Ancak unutmamak gerekir ki burada standarttan kasıt uygulanacak olan müdahalenin tıp biliminin o zamanki imkanlarına göre uygunluğudur. Salt olarak eğitim ve ekipman imkanları sağlık ocaklarında aranacak standardın daha düşük olduğu anlamına gelmez. Ayrıca hastanın, uzman hekim standardını talep hakkına sahip olması bu standardın her zaman ve her yerde temin edilmesini gerekli kılmaktadır. Dolayısıyla hastaneler gece saatlerinde, hafta sonlarında, resmî tatillerde veya acil hallerde de bu standardı sağlamak zorundadır²³⁹. Teknik imkanlardan yoksun ortamda tıbbi müdahale yapılacakken üstlenme kusuruna sebebiyet verilmediğine de dikkat edilmelidir.

²³¹ Pakiş, s. 6; Çetinkaya, s. 44

²³² Yargıtay 4. HD, 29.06.1977, 2876/5612; Danıştay 12. D, 26.11.1967, 3277, Aşçıoğlu, s. 83-84

²³³ Yargıtay 4. HD, 29.06.1967, 2876/5612; Bayraktar, s. 147; Hakeri, s. 767

²³⁴ Yargıtay 4. HD, 10.03.1972, 14538/2058; 13. HD, 06.03.2003, 13959/2380; 13. HD, 09.04.2003, 711/4255; 12. CD, 11.03.2013, 11225/15909; 13. HD, 09.05.2000, 1146/4438; Hakeri, s. 767-768

²³⁵ Yargıtay 13. HD, 14.10.1974, 2637/2492

²³⁶ Danıştay 2. D, 19.10.1990, 1381/2686

²³⁷ Hakeri, s. 769

²³⁸ Hakeri, s. 769; Bayraktar, s. 148

²³⁹ Hakeri, s. 771

Dolayısıyla tıbbi standardı etkileyebilecek olan subjektif faktörler mecburiyet gerektirmelidir²⁴⁰. Aksi takdirde müdahalenin, tıbbi standartların sağlanabildiği ortamda yapılması gerekir²⁴¹.

Tıbbi standartla ilgili bir diğer husus hekimin subjektif özelliğidir. Tıbbi müdahalenin tıbbi standartlara uygun olarak yapılması asgari düzeyde her hekim için zorunluluktur. Ancak özel yetenek gerektiren tıbbi müdahalelerde hekimin şahsi yeteneğine başvurulduğu takdirde artık aranacak standart söz konusu hekimden beklenen standart olacaktır²⁴². Böyle bir durumda genel bir standart beklentisi, yapılacak olan tıbbi müdahaleyle bağdaşmayacağından dolayı sorumluluktan kurtulmak için de yeterli olmayacaktır²⁴³.

Hekimlerin tıbbi müdahalelerde standardı sağlayabilmeleri için tıp bilimine dair gelişmeleri güncel olarak takip etmeleri ve öğrenmeye meslek hayatları boyunca devam etmeleri gerekmektedir. Hekimlere sürekli olarak gelişmek yönünde hukuki bir sorumluluk yüklenmiştir²⁴⁴. Bilim ve teknolojideki gelişmelerin hızı dolayısıyla bu yükümlülüğü yerine getirmek çok da kolay olmayabilir. Dolayısıyla hekimlerin uyguladıkları tıbbi müdahalelerde güncel bilimsel kaynaklara dayanmaları halinde tıbbi standart şartını sağladıkları kabul edilir²⁴⁵. Ancak hekimin dayandığı bilimsel eserdeki açık hataları görememesi halinde sorumluluğu devam etmektedir²⁴⁶. Yani tıbbi bilgiyi bilme yükümlülüğü hekimin üzerindedir ve bu yükümlülüğün yoğunluğu bilginin erişilebilirliğiyle orantılıdır²⁴⁷.

Tıbbi standart konusunda önemli olan bir diğer husus da ekonomidir. Tıbbın bir müdahaleyi mümkün kılması ekonomik olarak o müdahalenin erişilebilir olduğu anlamına gelmemektedir. Bu sebeple tıbbi standart belirlenirken yapılacak olan müdahalenin ekonomik olarak da erişilebilir olduğuna dikkat etmek gerekir.

²⁴⁰ Çetin, s. 35; Hakeri, s. 769

²⁴¹ Hakeri, s. 770

²⁴² Hakeri, s. 774

²⁴³ Hakeri, s. 769

²⁴⁴ Hakeri, s. 772

²⁴⁵ A.g.e

²⁴⁶ A.g.e

²⁴⁷ Hakeri, s. 764-772

Erişilebilirlik faktörü tıbbi standart şartının bölgesel olarak değişebilmesini veya somut olaya göre farklı standart beklentilerini haklı kılabılır²⁴⁸.

Tedaviyi belirleme yetkisi hekime tanınmış olduğundan hekimin standart dışı bir uygulama tercih etmesi doğrudan tıbbi uygulama hatası veya özen yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirilemez. Standart müdahalenin tercih edilmediği durumlarda uygulama hatası olup olmadığının tespiti özellikle hekimin özen yükümlülüğü açısından somut olaya göre belirlenmelidir. Öncelikle unutmamak gerekir ki zararın doğmadığı durumlarda sorumluluktan bahsedilemeyecektir. Ancak bu noktada da standart dışı tıbbi uygulamanın hastanın rızasına dayanmak zorunda olduğunu göz önünde bulundurmak gerekir²⁴⁹.

2.2. Tıbbi Uygulama Hataları Kavramı

2.2.1. Tanım

Tıbbi uygulama hatası; tıbbi malpraktis, tıbbın kötü uygulanması, kötü hekimlik uygulamaları gibi ifadelerle de kullanılmaktadır²⁵⁰. Bu kavram “*hekimin tıp mesleğini icra etmesi dolayısıyla yaptığı tıbbi girişimde, tıp mesleğinin ve biliminin kural ve gereklerine uymaması nedeniyle hastanın hayatı veya sağlığına zarar vermesi*” olarak tanımlanabilir²⁵¹. Tıbbi uygulama hataları, bilgisizlik, tecrübesizlik, beceri eksikliği, dikkatsizlik veya ilgisizlik sebebiyle meydana gelebilir²⁵².

Tıbbi müdahaleler izin verilen risk kavramı içerisinde gerçekleştirilen eylemlerdir. Risk faktörü tıbbi müdahalelerin bünyesinde yer alır. Tıp bilimi tedaviyi ve mutlak iyileşmeyi garanti edememektedir. Gerekli mesleki dikkat ve özen gösterilse dahi meydana gelebilen zararlar tıbbi müdahalenin riskleridir²⁵³. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi’nin 13. maddesi, “*tabip ve dış tabibi, ilmi icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muaheze edilemez*” ifadeleriyle bu durumu öngörmektedir. Bireylerin fiziki ve psikolojik özelliklerinin farklı olması,

²⁴⁸ Hakeri, s. 770-772

²⁴⁹ Hakeri, s. 773-774

²⁵⁰ Gökcan, s. 66

²⁵¹ Gökcan, s. 66

²⁵² Gökcan, s. 66

²⁵³ İçel, s. 146; Ünver, izin verilen risk, s. 195 vd. aktaran Hakeri, s. 759

metabolizmanın işleyişinin kişiden kişiye farklılık göstermesi, farklı hastalıkların aynı ve benzer semptomlara sebep olabilmesi, aynı hastalığın farklı kişilerde değişik semptomlara sebep olabilmesi ve farklı gelişebilmesi, tıbben hâlâ bilinmeyen pek çok durumun olması, hemen hemen her cerrahi müdahalenin tehlikeli unsurlar barındırması gibi sebepler tıbbi müdahalelerin izin verilen risk kapsamında değerlendirilmesini gerektirir²⁵⁴.

Tıp biliminin şartlarına ve kurallarına uygun olarak gerçekleştirilen müdahalelerin hastayı iyileştirememesinden sorumluluk doğmaz²⁵⁵. “Yapılan ameliyat beklenen iyi sonucu vermemiş olsa dahi tıp ilminin kabul edilen kurallarına uygun bir müdahale yapılmış ise doktora kusur izafe edilemeyeceğinden meydana gelen sonuçtan dolayı sorumluluğu yoluna gidilemez”²⁵⁶.

Hekim komplikasyonlardan sorumlu değildir, ancak komplikasyonlar ve komplikasyon sonrası süreç hakkında hastayı aydınlatmış olmalıdır. Ayrıca komplikasyon sonrası süreçte de hekimin özensiz veya kusurlu hareket etmemiş olması gerekir²⁵⁷. Hekimin kusuru müdahalenin neticesine göre değil müdahalenin şartlarına göre değerlendirilir²⁵⁸.

Yapılan tıbbi müdahalelerde hekimden beklenen standart tecrübeli uzman hekim standardıdır²⁵⁹. Hangi tedbirlerin objektif olarak alınması gerektiğine ilişkin değerlendirme de özel hukukta makul ve tedbirli bir hekim, tecrübeli bir uzman hekim göz önünde bulundurularak belirlenir²⁶⁰. Risk miktarı yüksek olan veya tek el niteliğindeki üst düzey uzmanlık gerektiren müdahalelerde özen yükümlülüğü de daha yoğundur²⁶¹.

Hekim yapacağı tıbbi müdahaleyi seçerken fayda ve riskleri tartmak durumundadır. Bu noktada hekimin mutlak olarak en güvenli metodu seçme yükümlülüğü yoktur²⁶².

²⁵⁴ Bayraktar, s. 207, 208; Hakeri, s. 759

²⁵⁵ Yargıtay 13. HD, 18.09.2008, 4519/10750; Hakeri, s. 759

²⁵⁶ Yargıtay 4. HD, 19.06.1967, 2876/5612

²⁵⁷ Yargıtay 13. HD, 07.04.2016, 11729/9861; 13. HD, 18.04.2016, 6125/10662; Hakeri, s. 760

²⁵⁸ Hakeri, s. 760

²⁵⁹ Hakeri, s. 761

²⁶⁰ Aşçıoğlu, s. 76; Zafer, Tıbbi Müdahalelerden, s. 144; Öztürkler, s. 141; Yargıtay 13. HD, 14.03.1983, 7237/1783, 13. HD, 06.03.2004, 13959/2380; Hakeri, s. 761

²⁶¹ Aşçıoğlu, s. 6; Hakeri, s. 761

²⁶² Hakeri, s. 762

Ancak yüksek riskli bir müdahaleyi seçerken hekimin bu tercihini haklı kılacak bir gerekliliğe ihtiyacı vardır²⁶³.

Hekimden objektif olarak özenli ve tedbirli olması beklenmekle beraber sorumluluk açısından bu yükümlülüğe subjektif unsurlar da etki edebilir. Yoğun çalışma şartlarının getirdiği yorgunluğun hekimin dikkatini etkilemesi halinde meydana gelen tıbbi hatanın hekime yüklenemeyeceği kabul edilmektedir²⁶⁴. Aynı şekilde acil müdahalede bulunan hekimin de zaman kısıtlaması sebebiyle normal zamanda gerçekleştirdiği tıbbi müdahaleler kadar dikkatli ve özenli olması beklenemez²⁶⁵. Ancak acil müdahalelerde bu durumun hekimin imkanlarını kısıtlayan bir unsur olmasına dikkat etmek gerekir. Hastanelerin acil servislerinde gerçekleştirilen müdahalelerde durumun acilliği sebebiyle özen yükümlülüğünün düşük olduğunu savunmak yersiz olur²⁶⁶. Tabi spesifik olarak hastanın durumu hekimin imkanlarını kısıtlayacak nitelikte olabilir.

Hekimin özen yükümlülüğünü ihlali; hastanın tedavisi konusunda yani endikasyon, teşhis, tedbirlerin belirlenmesi, tedavinin uygulanması ve tedavi sonrası bakım hakkında, hastanın aydınlatılması ya da tıbbi organizasyon konusunda olabilir. Bu durumlara tedavi kusuru, aydınlatma kusuru ve organizasyon kusuru denir. Bu kusurların tümü tıbbi malpraktis anlamına gelmektedir²⁶⁷.

Türk Tabipleri Birliği hekimlik meslek etiği kurallarının 13. maddesinde tıbbi uygulama hataları “*bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesi hekimliğin kötü uygulaması anlamına gelir*” sözleriyle tanımlanmıştır²⁶⁸. Tıbbi uygulama hatası (malpraktis) Dünya Tabipler Birliği 44. Genel Kurulunca “*hekimin, tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarar*” olarak tanımlanmıştır²⁶⁹. Hekimin kendisinden beklenen bilgi birikimi ve tecrübelerine uygun düşmeyecek şekilde, gereken dikkat ve özeni

²⁶³ A.g.e.

²⁶⁴ A.g.e.

²⁶⁵ Hakeri, s. 763

²⁶⁶ A.g.e.

²⁶⁷ Hakeri, s. 764

²⁶⁸ Gözpınar Karan, Gülşah, Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu, (1. Baskı), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 145; Yüksel, Canan, “Tıbbi Uygulama Hatalarında Bilirkişilik”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kadir Has Üniversitesi, Özel Hukuk, İstanbul 2012, s. 103; Hakeri, s. 779

²⁶⁹ Savaş, s. 71; Can, İsmail Özgür, vd, “Yargıtay’da Karara Bağlanan Tıbbi Uygulama Hatası Dosyalarının Değerlendirilmesi” Dokuz Eylül Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi, 2011/25(2), s. 70; Pakiş, s. 4; Öztürkler, s. 337; Hakeri, s. 779

göstermemesi sonucu, zarara sebebiyet veren tıbbi müdahaleleri tıbbi uygulama hatası olarak tanımlanabilir²⁷⁰. Yetkili kişilerce yapılan tıbbi müdahalenin, sağlık personelinin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışı sonucu, hastanın iyileştirmesini geciktirmesinden ölümüne sebebiyet vermesine kadarki durumların tamamı tıbbi uygulama hatası kapsamındadır²⁷¹. Tıbbi uygulama hatası icrai hareketle gerçekleştirilebileceği gibi ihmali hareketle de gerçekleştirilebilir²⁷².

Tıbbi uygulama hatası hekimin tedavi öncesi müdahaleleri, tedavi uygulaması, tedavi sonrası bakım ve gözetim faaliyetleri sırasında gerçekleştirdiği her türlü tıbben mazur görülemeyecek hataları kapsamaktadır.²⁷³

Doktrinde tıbbi uygulama hatası için çeşitli tanımlar yapılmıştır. Bunlardan biri

“Yanlış teşhis, tedavi ve ameliyat sırasında veya sonrasında gereken özenin gösterilmemesi, yanlış iğne, hatalı tahlil, araç-gereç ve personel yetersizliği, hasta haklarının gerektirdiği özen ve dikkatin gösterilmemesi ve benzer durumlar nedeniyle ortaya çıkan bedensel ve manevi zararlar tedavi hatası olarak tanımlanır”²⁷⁴

ifadeleridir.

Bir başka tanıma göre

“Hizmetleri sunan hekim, hemşire ve ilgili yasaya göre hastaya müdahale yetkisi bulunan fizyoterapist, psikolog veya diyetisyen gibi sağlık personelinin, öneri ve/veya uygulamaları sonucu, hastalığın normal seyrinin dışına çıkarak iyileşmesinin gecikmesinden, hastanın ölümüne kadar geniş bir yelpazedeki şartların tamamı tıbbi uygulama hatasıdır”²⁷⁵.

Hekim ile hasta arasındaki vekalet sözleşmesine dayalı genel bir tanıma göre tıbbi uygulama hatası *“Doktor ile hastası arasındaki vekalet sözleşmesi uyarınca doktorun, uygulanabilir bir bakım ya da tedavi standardını ihlal ederek, hastasına zarar vermesi”* dir²⁷⁶.

Yargıtay tıbbi hata tanımına ilişkin

“Doktorun, tıbbi müdahale sırasında; standart uygulamayı yapmaması, bilgi, beceri veya deneyim eksikliği ile yanlış ya da eksik teşhis veya tedavide bulunması, gerektiği ölçüde ilgi ve itina göstermemesi veya hastaya gereken tedaviyi vermemesi neticesinde tehlike ve zarar oluşturan eylemleri tıbbi hata olarak kabul edilecektir”²⁷⁷

açıklamalarını yapmıştır.

²⁷⁰ Hakeri, s. 351-365; Polat, Oğuz, Işıl Pakiş, *“Tıbbi Uygulama Hatalarında Hekim Sorumluluğu”*, Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi, 2011/2(3), s. 119-120

²⁷¹ Gözpinar Karan, s. 146

²⁷² Yüksel, s. 103; Gözpinar Karan, s. 151

²⁷³ Hakeri, s. 780

²⁷⁴ Hortoğlu, s. 12; Hakeri, s. 780

²⁷⁵ Çetin, s. 31; Hakeri, s. 780

²⁷⁶ Kıcalıoğlu, s.17-18; Hakeri, s. 781

²⁷⁷ Yargıtay CGK, 16.05.2017; 271/278

Tıbbi müdahalelerde hekim tıp biliminin gereklerine uygun bir şekilde üzerine düşen dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirmiş olsa dahi ortaya istenmeyen sonuçlar ve zarar çıkabilir. Bu durum tıp biliminin içerisinde barındırdığı riskin sonucudur. Tıbbi uygulama hataları zarar doğuran her türlü tıbbi müdahaleyi karşılamamaktadır. Zararı doğuran müdahale eğer izin verilen risk içerisinde yer alıyorsa hastanın aydınlatılmış onamının alınmış olması şartıyla artık doktorun sorumluluğundan bahsedilemez²⁷⁸. Tıbbi uygulama hatasından bahsedebilmek için, yapılan müdahalenin aynı zamanda kabul edilmiş sağlık bakım ve beceri standartlarına aykırı olması gerekir²⁷⁹.

2.2.2. Tıbbi Uygulama Hatalarının Benzer Kavramlardan Ayırt Edilmesi

2.2.2.1. Endikasyon Kavramı

Endikasyon tıbbi müdahalede bulunulması için tıbbi bir gerekliliğin bulunması anlamına gelmektedir. Bir kimseye tıbbi müdahalede bulunabilmesinin ön şartı; o kişide tedavi gerektirecek bir hastalığın varlığına işaret eden bir bulgunun varlığıdır. Endikasyon kısaca tıbbi gereklilik olarak ifade edilebilir²⁸⁰.

Kişinin kendi vücudu ve sağlık hakkı üzerinde serbestçe tasarruf etme yetkisi yoktur. Bu sebeple ötenazi yasaktır. Kişinin sağlığına zararlı sözleşmeler yapması da hukuken geçersizdir. Kişi vücuduna yapılacak müdahaleye ancak tıbbi gereklilikler dolayısıyla rıza gösterebilir. Tıbbi müdahaleyi gerekli kılan bulgular endikasyon olarak adlandırılmaktadır. Bu kavram hukuk açısından tıbbi müdahalenin gerekli olması şartı olarak da anlaşılmaktadır²⁸¹. Dolayısıyla yapılan müdahale gerekliyse endikasyondur, gerekli değilse tıbbi uygulama hatasıdır şeklinde bir yaklaşım doğmaktadır. Endikasyon şartının sağlanmaması uygulama hatası teşkil eder. Bir tıbbi müdahalenin gerek olmadığı halde yapılması hekimin sorumluluğunu doğurur. Endikasyon aynı zamanda tıbbi müdahalenin acil veya zorunlu olması anlamlarına da gelebilmektedir. Şartlar zorunlu kıldığı için ya da müdahalenin acil olması sebebiyle hekimin normalde üstlenme kusuru gibi uygulama hatası sayılacak bir müdahaleyi yapması yapılan müdahaleyi uygulama hatası olmaktan çıkarır²⁸².

²⁷⁸ İçel, s. 145; Ünver, izin verilen risk, s. 195; Hakeri, s. 782

²⁷⁹ Pakiç, s. 4; Hakeri, s. 357-358

²⁸⁰ Gökcan, s. 66

²⁸¹ Hakeri, s. 274

²⁸² Hakeri, s. 275-277

2.2.2.2. Komplikasyon Kavramı

Komplikasyon, tıp bilimi ve mesleğinin verilerine uygun davranılmasına ve ortaya çıkmaması için gereken önlemler alınmasına karşın, tıbben benzer girişimlerde meydana gelme olasılığı kabul edilen risklerdir²⁸³. Tıbbi müdahalenin tıp bilimi ve meslek kurallarına uygun ve özenli bir biçimde gerçekleştirilmiş olmasına rağmen ortaya komplikasyon çıkmış olmasından dolayı sorumluluk doğmaz²⁸⁴. Ortaya çıkan komplikasyonun sorumluluk doğurmaması için meydana gelen zararın öngörülemez bir zarar olması veya tıbbi müdahalenin muhtemel zararları için gerekli tedbirlerin alınmış olması ve tedbir alınırken kusurlu davranılmamış olması gerekmektedir²⁸⁵.

Tıp konusu itibarıyla içerisinde riskler taşıyan bir alandır. Bu risklerin göze alınmasının sebebi yapılan tıbbi müdahaleden daha büyük bir menfaat beklenmesidir. Ancak tıbbi müdahale tıp biliminin gereklerine uygun olarak dikkat ve özen yükümlülüğü çerçevesinde gerçekleştirilse dahi istenmeyen sonuçlar meydana gelebilir. Bu istenmeyen sonuçlara komplikasyon denir. Hekimin yükümlülüğü tıbbi müdahaleyi tıbbi standartlara uygun olarak yapmaktır, elde edilecek sonuç hakkında bir yükümlülüğü yoktur. Komplikasyonda da tıbbi uygulama hatasında olduğu gibi tıbbi müdahale sonucunda zarar meydana gelmiştir. Ancak hekimin bu zararlarla bağlantılı bir kusuru bulunmadığından dolayı sorumluluk doğmaz. Komplikasyonla sonuçlanan tıbbi müdahaleden hekimin sorumlu olmaması için aynı zamanda hastanın aydınlatılmış onamının alınmış olması şarttır²⁸⁶.

Tıbbi uygulama hatasının varlığı somut olaya göre incelenmelidir. Tıbbi uygulama hatalarının neler olduğunu madde madde saymak mümkün olmasa da uygulamada karşılaşılan başlıca tıbbi uygulama hatalarını incelemekte yarar vardır.

²⁸³ Gökcan, s. 67

²⁸⁴ A.g.e.

²⁸⁵ A.g.e.

²⁸⁶ Yüksel, s. 110-116; Turla, s. 226; Özer, s. 395; Savaş, s. 73

2.2.3. Başlıca Tıbbi Uygulama Hatası Türleri

2.2.3.1. Üstlenme Kusuru ve Tıbbi Konsültasyon Hatası

Hekim yapacağı tıbbi müdahalede, standartları sağlama noktasında gerekli bilgi ve tecrübeye sahip olup olmadığını dikkate almak zorundadır. Gerekli standartları sağlayamayacağını öngören doktorun tedavi için başka hekimlere danışması veya hastayı başka bir uzmana ya da hastaneye sevk etmesi gerekmektedir. Üstlenme kusuru doktorun tıbbi standartları sağlayamayacağını öngördüğü durumda yetkisini aşarak müdahalede bulunmasıdır. Üstlenme kusuru tedavi süreci için geçerli olabileceği gibi teşhis aşaması için de geçerli olabilir. Üstlenme kusuru da somut olaya göre değerlendirilmelidir. Hekim mesleki bilgi ve tecrübesine bağlı olarak tıbbi standardı sağlayamayacağını öngörebileceği gibi o anki yorgunluk, stres gibi fiziki veya psikolojik durumuna bağlı olarak da öngörebilir²⁸⁷.

Tıbbi konsültasyon hekimin hastaya yapacağı müdahale için başka bir hekimden yardım alması durumudur. Böyle bir olayda hekim yardım alacağı kişiyi seçmekte de dikkatli olmalıdır. Yeterli bilgi ve tecrübesi olmayan birisinden yardım aldığı durumda yardım alan hekimin bu seçiminden dolayı sorumluluğu vardır. Dolayısıyla üstlenme kusuru tıbbi konsültasyon hallerinde de söz konusu olabilecektir²⁸⁸.

2.2.3.2. Aydınlatılmış Onam Hatası

Hekimin hastayı, hakkında koyduğu teşhis, uygulamayı tercih ettiği tedavi, söz konusu tedavinin olası riskleri, alternatif tedavi yolları gibi konularda bilgilendirip yapacağı tıbbi müdahale için hastanın rızasını alması gerekmektedir. Bu bilgilendirmenin yapılmamış olması ya da eksik veya hatalı yapılmış olması rızanın hukuken geçersiz olması sonucunu doğurur. Rızanın hiç alınmamış olması veya hukuken geçersiz rızanın alınmış olması tıbbi uygulama hatası niteliğindedir ve buna bağlı olarak yapılan müdahale izin verilen risk kapsamında kalsa bile hekimin sorumluluğunu doğuracaktır²⁸⁹.

Ayrıca hekimin yapmış olduğu bir uygulama hatasını fark etmesi durumunda da bunu hastaya bildirmesi gerekmektedir. Yapılan uygulama hatası dolayısıyla hastanın sağlığı açısından bir takım ek tedbirlerin alınması gerekebilecektir. Dolayısıyla yapılmış olan

²⁸⁷ Hakeri, s. 396-398; Yüksel, s. 107

²⁸⁸ Pakiş, s. 7; Hakeri, s. 397; Polat, s. 121

²⁸⁹ Pakiş, s. 8; Yüksel, s. 108; Polat, s. 121

uygulama hatası noktasında hastanın aydınlatılmaması da ayrı bir uygulama hatasıdır. Bu sebeple doğan zararlardan hekimin sorumluluğu söz konusu olacaktır²⁹⁰.

2.2.3.3. Tanı ve Teşhis Hatası

Hekimin teşhis yükümlülüğünü nasıl yerine getirmesi gerektiğine ilişkin herhangi bir hukuksal düzenleme bulunmamaktadır²⁹¹. Hekim teşhis için gerekli bütün tıbbi müdahaleleri, tetkikleri yapmalı ve elde ettiği sonuçları da tıp biliminin gereklerine göre doğru yorumlamalıdır²⁹². Bu konuda yapılan hatalar teşhis hatası niteliğindedir. Teşhis hatalarının yaygın rastlanan örnekleri kadın doğum uzmanlarının anne ve bebeğin klinik durumlarını doğru tespit edememesi, yüksek riskli hamileliklerin tespit edilememesi, kanser teşhisleri gibi durumlardır²⁹³.

Hekimin tıbbi müdahale sonucunda başarıyı garanti etme yükümlülüğünün bulunmaması teşhis açısından da geçerlidir. Hekimin hastasına teşhis koyma noktasındaki yükümlülüğü de nihai olarak doğru teşhisi koymak değil, standartlara uygun müdahaleyi yaparak gerekli dikkat ve özeni göstererek tıp biliminin verilerine göre bulguların gösterdiği sonuca gitmektir²⁹⁴. Tıbbi standart açısından üzerine düşeni doğru bir şekilde yapan hekim tedavide olduğu gibi teşhisin meydana getirdiği zararlardan sorumlu olmayacaktır.

Hastalık belirtileri her zaman çok açık olmadığından, aynı semptomların farklı hastalıklara işaret etmesi muhtemel olduğundan, eldeki bulgular sonucunda konulan teşhisin hatalı olması her zaman hekime yüklenebilecek bir kusurun sonucu olmayabilir. Bu sebeple teşhisin hatalı olması daima tıbbi uygulama hatası olduğu anlamına gelmemektedir. Mevcut bulgularla tıp biliminin o zamanki gerekleri doğrultusunda konulan teşhis o sırada hukuken doğru bir işlem olabilir²⁹⁵.

Hekimin teşhis için tıbbi müdahalede bulunduğu hastasında semptom oluşturmamış ya da henüz var olmamış sağlık bozukluklarını tespit etme yükümlülüğü de yoktur. Öncelikli olarak belirtisi olmayan bir hastalığı hekimin tespit etmesi teknik olarak

²⁹⁰ Hakeri, s. 398

²⁹¹ Şenocak, s. 61; Hakeri, s. 789

²⁹² Hakeri, s. 789

²⁹³ Polat, s. 35; Bafra, s. 120; Hakeri, s. 790

²⁹⁴ Hakeri, s. 790

²⁹⁵ A.g.e.

mümkün değildir ve hastanın mevcut şikayetlerinden bağımsız olarak teşhise yönelik kapsamlı bir müdahalede bulunması hekimden beklenemez. Ayrıca hekimin teşhis konusundaki yükümlülüğü elde ettiği verileri tıp biliminin gerekleri doğrultusunda değerlendirmektir, dolayısıyla hekimin elindeki verilerden ulaşılamayan hastalık tespitlerini yapması hekimden beklenemez. Somutlaştıracak olursak check-up yaptırmış bir hastanın checkup sonuçlarına yansımayan bir sebepten ötürü ertesi gün kalp krizi geçirmesi ve hayatını kaybetmesinden dolayı hekimin herhangi bir sorumluluğu olmaz²⁹⁶.

Hekimin tıbben gerekli tetkikleri elde ettiği, teşhis için gerekli tedbirlere başvurduğu veya daha uzman bir meslektaşına danıştığı hallerde, hastalığın teşhisi savunulabilir ise artık teşhis hatasından bahsedilemez²⁹⁷.

Hekim gerekli bulguları elde etmek ve bunları gereği gibi değerlendirmek zorundadır. Bunun için olayların veya şüphelerin gerektirdiği bütün teşhis olanaklarının kullanılması gerekir. Hastalık ne kadar belirgin ise hekim de o kadar hastaya yük yükleyici ve masraf çıkarıcı teşhis yöntemlerinden vazgeçebilir. Belirtilerin ağır bir hastalığı işaret etmesi durumunda, hekim hastalığı açığa çıkarmaya yönelik bütün tedbirleri almalı veya daha bilgili bir uzmana hastayı havale etmelidir. Bu tip durumlarda hekim, birtakım hipotezlerle yetinmemeli, vakit geçirmeden değişik teknikleri kullanarak hastalığı teşhis etmelidir²⁹⁸.

Hekimin teşhis için dayandığı verilere bizzat erişme yükümlülüğü de vardır. Üçüncü kişiler tarafından aktarılan verilere dayanarak tıbbi müdahalede bulunan hekim sorumluluktan kurtulamaz. Hekim bu tür durumlarda elde ettiği verileri kontrol etmekle yükümlüdür²⁹⁹.

Elde edilen bulguların işaret ettiği hastalık belirginse hekimin teşhise yönelik özen ve müdahale yükümlülüğü azalır. Aksi durumda eğer elde edilen bulguların hangi hastalığı işaret ettiği açık değilse hekimin daha kapsamlı testler, daha iyi sonuç verecek teşhis metotları kullanması gerekir³⁰⁰. Bu noktada tıp bilimi açısından yeterli veriyi elde eden hekim hastanın talebi olsa bile daha kapsamlı bir araştırma yapmadığından dolayı sorumlu

²⁹⁶ Öztürkler, s. 302; Hakeri, s. 791

²⁹⁷ Hakeri, s. 791

²⁹⁸ Hakeri, s. 792

²⁹⁹ Hakeri, s. 792-793

³⁰⁰ Hakeri, s. 793

olmaz³⁰¹. Ayrıca teşhise ilişkin üstlenme kusuruna sebep olunan durumlar hariç teknik donanım eksikliği veya fiziki şartlar sebebiyle teşhisin konulamamasından da sorumluluk doğmayacaktır³⁰².

Sorumluluk doğuracak şekilde hangi teşhis hatalarının tıbbi uygulama hatası niteliğinde olduğunu önceden belirlemek imkansızdır. Bu konuda tespit yapabilmek için hekimin başta tıbbi standart olmak üzere tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluk şartlarını yerine getirip getirmediğine bakmak gerekir³⁰³.

Hekim teşhis için gerekli bütün tetkikleri yapmalı ve elde ettiği bulguları tıp biliminin gereklerine uygun olarak değerlendirmelidir. Hekimin bu konudaki standartları sağlayamaması uygulama hatası kapsamındadır. Testlerin eksik veya yanlış yapılması, doğru yapılan testlerin yanlış yorumlanması, tanının eksik veya geç konulması tanı ve teşhis hatası kapsamındadır. Yüksek riskli gebeliklerin belirlenememesi uygulamada sık karşılaşılan teşhis hatalarındandır³⁰⁴. Tanının yanlış konulmuş olması her zaman tanı ve teşhis hatası kapsamında uygulama hatası teşkil etmez. Hastalık belirtileri her zaman çok açık olmayabilir. Aynı belirtilerin birden farklı ihtimale işaret etmesi mümkündür. Bu gibi durumlarda hekimden beklenen kendi uzmanlık alanına uygun olarak belirtileri mevcut tıp bilimi çerçevesinde yorumlaması ve teşhisi hastanın sağlık durumu yararına belirlemesidir³⁰⁵.

Teşhis için gerekli tetkik ve incelemelerin yapılmamış olması ise uygulama hatası olarak kabul edilmektedir³⁰⁶. Ayrıca hastalık teşhisinin konulmasında hastanın öyküsünün alınması da önem arz etmektedir³⁰⁷. Standart uygulamaların kişiye özgü olarak meydana getirebileceği riskleri tespit edebilmek açısından hastanın öyküsünün alınması gerekir. Bunun yapılmamış olması kendi başına uygulama hatası olarak nitelendirilir ve zarar doğması durumunda hekimin sorumluluğuna gidilebilecektir³⁰⁸.

³⁰¹ A.g.e.

³⁰² Hakeri, s. 793; Yargıtay 12. CD, 14.11.2013, 21162/25649

³⁰³ Hakeri, s. 791

³⁰⁴ Hakeri, s. 369; Pakiş, s. 8-9

³⁰⁵ Hakeri, s. 369-372; Pakiş, s 8-9; Özer, s. 395; Polat, s. 121

³⁰⁶ Hakeri, s. 792

³⁰⁷ Hakeri, s. 795

³⁰⁸ Hakeri, s. 372-374; Gözpınar Karan, s. 149-150

2.2.3.4. Tedavi Hataları

Tedavi hatası hastanın tedavisi amacına yönelik olarak gerçekleştirilen tıbbi müdahalenin, uzman hekimden beklenecek dikkat ve özenin gösterilmeden yapıldığı durumlardır³⁰⁹. Yapılması gereken tıbbi müdahalenin yapılmaması da tedavi hatasına sebep olur³¹⁰. Tıbbi müdahalenin yapıldığı esnada ya da tıbbi müdahale sonrasında verilen karar hataları da tedavi hatasıdır³¹¹.

Eski, tıbbi geçerliliği kalmamış riskli tıbbi müdahalelerin uygulanması tedavi hatası niteliğindedir³¹². Tıbbi araç gereçlerin yanlış kullanılması da tedavi hatası oluşturur³¹³. Kullanılan aletin bozuk olmasından her halükârda kullanan hekim sorumlu olmaz, ancak aletin hatalı çalıştığı fark edilmesi gereken durumlarda bu dikkati göstermemiş olan hekim sorumludur³¹⁴.

Tedavi hataları uygulama hatalarının geniş bir bölümünü oluşturmaktadır. Gereken tıbbi müdahalenin yapılmaması, hastanın vücudunda cisim unutulması, belirlenene tedavi yönteminde hata yapılması, tıbbi müdahale öncesi gerekli tetkiklerin yapılmaması, ilaç uygulamasında veya tavsiyesinde hata yapılması, tıbbi müdahalenin yapılacağı hastanın ya da organın karıştırılması, gerekliliğin üzerinde müdahalede bulunulması, meydana gelen komplikasyonun fark edilmemesi, tıbbi aletlerin hatalı kullanılması, sevk ve konsültasyonda gecikmeye düşülmesi, gerekli olduğu halde konsültasyon istenmemesi, temizlik kurallarına uyulmaması gibi hatalar başlıca tedavi hatalarıdır³¹⁵.

2.2.3.4.1. Tıbbi Müdahalenin Yapılmaması

Gerekli olmasına rağmen tıbbi müdahalenin yapılmaması ihmali hareketle yapılan tıbbi uygulama hatası örneğidir³¹⁶. Hekimlerin hasta sağlığını korumak için mesleki yükümlülükleri vardır. Özellikle acil durumlarda hekim bilgi ve becerisi çerçevesinde

³⁰⁹ Hakeri, s. 798

³¹⁰ Pakış, s. 9; Hakeri, s. 375; Polat, s. 121-122; Gözpinar Karan, s. 151

³¹¹ Hakeri, s. 799

³¹² A.g.e.

³¹³ Hakeri, s. 799-800

³¹⁴ A.g.e.

³¹⁵ Hakeri, s. 798-818

³¹⁶ Hakeri, s. 800

gerekli müdahaleyi yapmakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğe aykırı davranması hekimin sorumluluğunu doğurmaktadır³¹⁷.

Tıbbi müdahalenin geciktirilmesi hastanın sağlığında istenmeyen sonuçlara sebebiyet verebilir. Tedavinin zamanında yapılmamasından kaynaklanan zararlar da uygulama hatası olarak değerlendirilmektedir³¹⁸. Tıbbi müdahalenin geç yapılması da yapılmamasıyla aynı kapsamda yer alır³¹⁹.

Danıştay, hastaya gerekli müdahalenin yapılmamasında ya da zamanında tıbbi destek sağlanmamasında idareyi kusurlu saymıştır³²⁰. Götürüldüğü devlet hastanesinde kendisini muayene eden hekim tarafından, hayati tehlike olmadığı belirtilerek evine gönderilen kişinin, bir gün sonra iç kanamadan ölümünde hekimin sorumluluğu vardır³²¹. Bir başka kararda *“hastanın muayene edilmeyerek uzun süre bekletilip tekrar birliğine gönderilmesinde, hastaya ilgi ve ihtimam gösterilmemesinde gerek personelin seçimi ve gerekse hizmetin tanzimi yönlerinden idarenin bariz bir hizmet kusuru bulunduğu”* belirtilmiştir³²².

Yargıtay da tıbbi müdahalede gecikmenin tıbbi uygulama hatası olduğunu belirtmektedir³²³. Yüksek mahkemenin hekimin yapması gerektiği tıbbi müdahaleyi yapmamasından sorumlu olduğuna dair kararı da vardır³²⁴. Kalp krizi geçiren hastanın nöbetçi hekimler tarafından hekimlerin işi birbirlerinin üzerlerine atmaları sebebiyle bakılmamasında Yargıtay hekimlerin sorumlu olduğuna karar vermiştir³²⁵.

2.2.3.4.2. Hasta Vücudunda Yabancı Madde Unutulması

Hasta vücudunda tampon, kompres gibi maddelerin unutulması tıbbi uygulama hatası niteliğindedir. Bu gibi durumlara öğretide *“tedaviye eşlik eden hata”* da denilmektedir³²⁶.

³¹⁷ Hakeri, s. 375; Altun, s. 9; Özer, s. 395; Gözpinar Karan, s. 151; Pakiş, s. 10

³¹⁸ Hakeri, s. 800

³¹⁹ Hakeri, s. 375-376; Koç, s. 15; Özer, s. 395

³²⁰ Hakeri, s. 800-803; Danıştay 10. D, 13.01.2001, 3789/487; 10.D, 27.04.1999, 4741/1950; 10. D, 24.09.2007, 3719/4316

³²¹ Danıştay 10. D, 11.05.1983, 1106/2483

³²² Danıştay 12. D, 25.12.1968, 788/2448; Aşçıoğlu, s. 87; Hakeri, s. 802

³²³ Yargıtay 13. HD, 06.07.2006, 5518/11185

³²⁴ Yargıtay 4. CD, 08.12.2004, 10444/11972

³²⁵ Yargıtay 4. HD, 09.11.1967, 258/8440; Aşçıoğlu, s. 71; Hakeri, s. 802

³²⁶ Hakeri, s. 802

Yapılan ameliyatlarda hastanın vücudunda ameliyatta kullanılan bazı araç gereçlerin unutulduğuna rastlanmaktadır³²⁷. Bu durum tıbbi müdahalede bulunan hekim başta olmak üzere sağlık personellerinin dikkatsizliğinden kaynaklanmaktadır. Yargıtay, hasta vücudunda koher pensinin unutulmasıyla ilgili olayda *“bir operatörün ameliyat sırasında mesleki değil meslek dışı dikkatinin bile böyle bir olaya asla meydan vermemesi gerektiğini”* belirtmektedir³²⁸.

Teorik olarak hekimin içinde bulunduğu şartlarda kendisinden özen beklenemeyecek olması halinde kusurun hekime atfedilememesinden dolayı sorumluluğu da olmayacaktır³²⁹. Burada da üstlenme kusurunun bulunmamasına dikkat edilmelidir. Örneğin uzun bir nöbetin ardından istirahat etmesi gereken hekimin acil müdahalede bulunmak zorunda kalması halinde hastanın vücudunda bez unutulması gibi bir durumda bu hatadan dolayı sorumlu olmayacağı kabul edilebilir. Ancak Yargıtay’ın bu yöndeki yaklaşımı aksi yöndedir. Hastanın vücudunda gazlı bez unutulmasına ilişkin bir kararda Yargıtay *“gazlı bezin vücutta unutulduğu çekişmesiz olduğuna göre bu açık olgu karşısında, doktorun objektif ağır kusurunun varlığı kabul edilmeli, doktorun kusurlu olup olmadığının bilirkişiye inceletirilmesine gerek duyulmamalıdır”* ifadeleriyle böyle bir hatada bilirkişi raporuna dahi gerek olmadığını belirtmiştir³³⁰.

Danıştay da ameliyatta hastanın vücudunda unutilan gazlı bezin ikinci ameliyatla alınana kadar hastanın çektiği acı, ıstırap ve bu süre içinde ailesine karşı yükümlülüklerini yerine getirememesi nedeni ile uğranılan manevi zararın tazmin edilmesi gerektiğine karar vermiştir³³¹. Bir başka kararda Danıştay, sezaryen ameliyatı sırasında hastanın karın bölgesinde gazlı bez unutilan olayda, ameliyat kesisinin kapatılmadan önce ameliyat malzemelerinin sayılıp denetlenmesinde dikkatsiz davranılmasının tıp kurallarına aykırı olduğunu, dolayısıyla hizmet kusuru bulunduğunu belirtmiştir³³². Bir başka kararda da Danıştay hastanın karnında batın bezi unutilmasının davadaki aksi yöndeki bilirkişi raporuna rağmen hizmet kusuru oluşturduğunu belirtmiştir³³³.

³²⁷ Hakeri, s. 802-803; Yargıtay 12. CD, 23.12.2015, 2003/19501

³²⁸ Yargıtay 4. HD, 11.02.1976, 4250/1393

³²⁹ Hakeri, s. 803

³³⁰ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, E. 1982/ 7237, K. 1983/1783, 14.03.1983

³³¹ Danıştay 10. D, 25.04.2002, 4931/1219

³³² Danıştay 15. D, 21.01.2016, 1411/72; Hakeri, s. 805

³³³ Danıştay 10. D, 4841/6049; Öztürkler, s. 326; Hakeri, s. 803-804

Yapılan ameliyatlarda hekim mesleki dikkat ve özen göstermesi gerekmektedir, hastanın vücudunda yabancı madde unutulması bu dikkat ve özene aykırılık teşkil eder. Bu kararda da görüldüğü üzere ameliyata giren hekimlerin mesleğin gereklerine uygun dikkat ve özeni göstermeleri gerekmektedir, herhangi bir kişinin göstereceği özenden daha nitelikli bir özen yükümlülüğü altındadırlar³³⁴.

2.2.3.4.3. Hasta Karıştırma, Yanlış Taraf Cerrahisi

Hastanelerde isim benzerliği gibi sebeplerle hastaların karıştırılıp kişilere yanlış müdahalede bulunulması tıbbi uygulama hatası olarak değerlendirilir. Ayrıca vücutta birden fazla sayıda bulunan organlarda hasta organın karıştırılması da uygulama hatası kapsamındadır. Göz, kulak, böbrek gibi organlara yapılacak müdahalelerde karışıklık sebebiyle sağlıklı organa müdahale edilmesi özen yükümlülüğüne aykırılık teşkil etmektedir³³⁵. Yine bir eşi olmamasına rağmen farklı bir organa yapılacak müdahalenin karıştırılarak sağlıklı organa yapılması tedavi hatasıdır.

Yargıtay göz ameliyatında hastalıklı olan yerine sağlıklı gözün alındığı, sonrasında durumun fark edilerek hastalıklı gözün de alındığı, bu sebeple hastanın tamamen kör olmasına sebep olunan olayda tedavi hatası olduğuna karar vermiştir³³⁶. Aynı şekilde hastalıklı sağ dizin ameliyat edilmesi gerekirken sağlıklı sol dizin ameliyat edilmesi tedavi hatasıdır ve hastanın rızası olsa bile endikasyon eksikliğinden müdahale tıbbi uygulama hatası teşkil eder³³⁷. Hastanın sol kalçası yerine sağ kalçasının ameliyat edildiği bir olay da Danıştay kararına konu olmuştur ve bu durumun ağır hizmet kusuru oluşturduğu ifade edilmiştir³³⁸.

Yanlış taraf cerrahisi ve hasta karıştırmanın ehemmiyeti sebebiyle Sağlık Kurum ve Kuruluşlarında Hasta ve Çalışan Güvenliğinin Sağlanması ve Korunmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ'de bu hususlara ilişkin tedbirler ayrıca düzenlenmiştir³³⁹.

³³⁴ Hakeri, s. 377; Pakiş, s. 9; Koç, s. 15; Polat, s. 122; Can, s.74

³³⁵ Hakeri, s. 380-382

³³⁶ Yargıtay 2. CD, 24.02.1996, 4493/4682

³³⁷ Yargıtay 13. HD, 24.09.2013, 25915/22618

³³⁸ Danıştay 10. D, 10.10.1996, 5933/934

³³⁹ Sağlık Kurum ve Kuruluşlarında Hasta ve Çalışan Güvenliğinin Sağlanması ve Korunmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ madde 7, 13/1-b, RG S. 27214, 29.04.2009, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2009/04/20090429-12.htm>

2.2.3.5. Hatalı Karar

Hatalı karar hekimin tedaviyi uygulaması sırasında yaptığı hata değil tedavi tercihi konusunda yaptığı hatadır. Hekim tedaviye karar verirken hastanın sağlığını öncelikli olarak gözetmelidir. İlaçla tedavi edilebilecek hastalıklarda hastanın menfaatinin gerektirdiği özel bir durum olmadıkça ameliyata başvurulması uygulama hatası teşkil edecektir. Ayrıca daha az yan etkili bir ilacın tercih edilmesi mümkünken yan etkisi ve riski yüksek ilacın tercih edilmesi de bu kapsamdadır³⁴⁰.

2.2.3.6. Organizasyon Kusuru

Gerek kamu hastanelerinde gerek özel sektöre ait hastanelerde yapılan tıbbi müdahalelerin uygun şartlarda tıbbi standartlara göre nitelik ve niceliksel olarak yeterli personelle dikkat ve özen yükümlülüğünü gözeterek tesis edilmesi hastane yönetiminin sorumluluğundadır. Yapılan tıbbi müdahalede fiziki koşulların yetersizliği dolayısıyla zarar doğması bu kapsamda uygulama hatasıdır. Bu uygulama hatasında sorumlu müdahaleyi yapan hekim değil fiziki şartı sağlamakla yükümlü personeldir. Hekimin sorumluluğu üstlenme kusuru söz konusu olduğu durumda mevcuttur³⁴¹.

³⁴⁰ Hakeri, s. 378; Pakiş, s. 9; Polat, s. 122

³⁴¹ Hakeri, s. 386; Gözpinar Karan, s. 153-154; Koç, s. 15

III. BÖLÜM

SAĞLIK HİZMETLERİNİN SUNULMASINDA MEYDANA GELEN TIBBİ UYGULAMA HATALARINDAN İDARENİN SORUMLULUĞU

3.1. İdarenin Sorumluluğu

Sorumluluk kavramı kullanıldığı yere ve konuya göre farklı anlamlar taşıyabilmektedir. Sorumluluk kavramı genel olarak tanımlanacak olursa bireylerin yaptıkları bir hareket sonrasında karşılaştıkları sonuçlara katlanma yükümlülüğüdür denilebilir³⁴². Ceza sorumluluğu hapis cezası, para cezası gibi cezai müeyyidelere bağlanan sorumluluk türüdür. Cezai sorumluluk hukuk düzenince yasaklanmış eylemleri gerçekleştiren kişilerin cezalandırılması amacı taşır. Tüzel kişilerin cezai sorumluluğu yoktur. Dolayısıyla tamamen kamu hukuku tüzel kişilerinden meydana gelen idarenin cezai sorumluluğu söz konusu değildir. Hukuki sorumluluk meydana gelen zararın giderilmesi amacı taşır. Diğer bir deyimle hukuki sorumluluk zarar gören kişinin zararının zarar verenin mal varlığından cebren tazmin edilmesi anlamına gelmektedir³⁴³.

İdarenin sorumluluğundan bahsederken sorumluluk hukuki sorumluluk, bir diğer adıyla mali sorumluluk yani malvarlığı sorumluluğu anlamında kullanılmaktadır³⁴⁴. Bu açıdan sorumluluk zarara katlanma yükümlülüğünü zarar görenden alıp zarar verene yükleme işlevi gören hukuki yapıdır³⁴⁵. İdare bir kamu hukuku tüzel kişisini ifade etmektedir. Kamu hukuku tüzel kişileri, kamu menfaatini gerçekleştirmek ve kamu otoritesine dayanarak faaliyette bulunmak üzere kurulmuş tüzel kişilerdir³⁴⁶. İdarece gerçekleştirilen eylem ve işlemler, idarenin nam ve hesabına kamu görevlileri olan gerçek kişiler tarafından icra edilirler. Tanım olarak idarenin sorumluluğu, kamu hukuku tüzel

³⁴² Atay, Ethem / Odabaşı, Hasan / Gökcan, Hasan Tahsin, Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu Tazminat Davaları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003, s. 29-30; Ayakçioğlu; Mustafa Serkan, Yargı Kararları Işığında İdarenin Hizmet Kusuru Nedeniyle Sorumluluğunu Ortadan Kaldıran Haller ve Azaltan Nedenler Üzerine Bir İnceleme, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2011, s. 5

³⁴³ Başgil, Ali Fuat, “Devletin ve Diğer Amme Hükümü Şahıslarının Mesuliyeti Meselesi”, AD, 1940, s. 598; Ayakçioğlu, s. 5-6; Ozansoy, Cüneyt “Tarihsel ve Kuramsal Açısından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 1989, s. 10’dan aktaran Kaplan, Gürsel, “İdarenin Sağlık Kamu Hizmeti Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler”; <http://www.idare.gen.tr/kaplan-saglik.htm>. Gözler, Kemal / Kaplan, Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2018, s. 673

³⁴⁴ Gözler, s. 675-680

³⁴⁵ Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 511, 512

³⁴⁶ Akyılmaz, Bahtiyar / Sezginer, Murat / Kaya, Cemil, Türk İdare Hukuku, Savaş Yayınevi, 9. Baskı, 2018, Ankara, s. 8,9

kişilerinin bireylere vermiş oldukları zararın idarenin mal varlığından alınarak zarar görenin mal varlığına eklenmesi suretiyle cebren tazmin edilmesidir³⁴⁷.

İdare anayasanın 125. maddesi gereği bireylere vermiş olduğu zararları gidermekle yükümlüdür. Söz konusu yükümlülük idarenin bir tüzel kişilik olarak özel hukuk hükümleri çerçevesinde tazminat yükümlülüğünü kapsadığı gibi kamu hukuku kuralları çerçevesindeki tazminat yükümlülüğünü de kapsamaktadır³⁴⁸. Bu açıdan idarenin sorumluluğu, idarenin özel hukuk sorumluluğu ve idarenin kamu hukuku sorumluluğu olmak üzere iki ana başlıkta incelenebilir.

İdarenin özel hukuk sorumluluğu da kamu hukuku sorumluluğu da sözleşmeden doğan sorumluluk ve sözleşme dışı sorumluluk olarak iki başlıkta incelenmektedir³⁴⁹. İdare hukukunda tıbbi müdahaleler sağlık kamu hizmeti kapsamında gerçekleştirilen fiiller olup sözleşme ilişkisine dayanmamaktadır. Bu sebeple idarenin sorumluluğu dar anlamda sorumluluk olan sözleşme dışı sorumluluk kavramı içerisinde incelenecek, sözleşmeden doğan sorumluluk halleri incelenmeyecektir.

3.1.1. İdarenin Özel Hukuk Sorumluluğu

İdarenin özel hukuk sorumluluğu kamu hukuku tüzel kişilerinin vermiş oldukları zararın özel hukuk hükümlerine göre tazmin edildiği ve çıkan uyuşmazlıkların adli yargıda çözümlendiği mali sorumluluktur³⁵⁰. İdarenin özel hukuk sorumluluğunun söz konusu olduğu durumlarda idare özel hukuk kişileriyle eşit konumdadır.

İdarenin özel hukuk sorumluluğu idarenin özel hukuka ilişkin faaliyetleri sonucu meydana gelen zararlarda söz konusu olur³⁵¹. Bu zararlar; idarenin özel hukuk sözleşmeleri kapsamında doğan zararlar, sınai veya ticari kamu hizmetlerinden doğan zararlar, idarenin özel mallarının işletilmesinden doğan zararlar, fiili yoldan doğan zararlar, usulsüz el koymadan doğan zararlar, kamu görevlilerinin kişisel kusurlarından doğan zararlar ve kanunla özel hukuk hükümlerine tabi olduğu belirlenmiş zararlardır³⁵².

³⁴⁷ Gözler, s. 674

³⁴⁸ Gözler, s. 678

³⁴⁹ Eren, s. 511; Gözler/Kaplan, s. 740

³⁵⁰ Gözler, s. 678

³⁵¹ A.g.e.

³⁵² A.g.e.

Özel hukukta sorumluluk³⁵³ kusur sorumluluğu, kusursuz sorumluluk ve hukuka uygun müdahaleden doğan sorumluluk olarak üç türde incelenmektedir³⁵⁴. Kusursuz sorumluluk hakkaniyet sorumluluğu, özen sorumluluğu ve tehlike sorumluluğu olmak üzere alt başlıklara ayrılmaktadır³⁵⁵.

Hakkaniyet sorumluluğu TBK m. 65'te belirtildiği şekilde, ayırt etme gücü olmayan bir kişinin verdiği zararların hakkaniyet gereği tazmin edilmesini düzenlemektedir. Bu sorumluluk türü tüzel kişi olan idare için söz konusu olamaz.

Özen sorumluluğu kusur sorumluluğuna yakın bir sorumluluk türü olup zarar veren kişinin objektif özen ve gözetim yükümlülüğünü yerine getirmemesinden kaynaklanan zararların tazmin edilmesini düzenlemektedir. TBK m. 66'daki adam çalıştıranın sorumluluğu, TBK m. 67 hayvan bulunduranının sorumluluğu, TBK m. 69 yapı malikinin sorumluluğu özen sorumluluğu örneklerindedir³⁵⁶. Bu düzenlemelere bakıldığı zaman özen sorumluluğunda zararın kaynağının özen yükümlüsünün fiili olmadığı görülür³⁵⁷. Tıbbi uygulama hatalarında hekimlerin gerekli dikkat ve özeni göstermemesi sorumluluklarına sebebiyet verebilse dahi söz konusu dikkat ve özen hekimin kusurunun unsurunu oluşturur. Dolayısıyla tıbbi uygulama hataları konusunda hekimlerin kusursuz sorumluluk türü olarak özen sorumluluğuna gidilemez.

Tehlike sorumluluğu tehlikeli bir faaliyet yürüten kişilerin faaliyet kapsamında aldıkları bu risk sebebiyle meydana gelen zararlardan kusurları olmasa dahi sorumlu olmalarını düzenler³⁵⁸. Bu sorumluluk türünde tipik bir tehlike vardır ve söz konusu tehlike her türlü önlem alınmış ve özen gösterilmiş olsa bile meydana gelebilir. Tipik riski göze alarak tehlikeli faaliyeti yürüten kimse riskin meydana getirdiği zararları ödemekle yükümlüdür³⁵⁹. Mevcut tipik riske rağmen menfaatleri doğrultusunda faaliyet gösteren kişinin bu faaliyetten doğan zarara katlanması hakkaniyet gereğidir³⁶⁰. Tıbbi müdahaleler de riskli uygulamalardır. Ancak tıbbi müdahalelerde risk hekimlerin menfaatleri

³⁵³ Sorumluluk kavramı burada sözleşme dışı sorumluluk, haksız fiil sorumluluğu, haksız fiilden doğan borç ilişkileri anlamında kullanılmaktadır. Eren, s. 509-511

³⁵⁴ Eren, s. 513

³⁵⁵ Eren, s. 519

³⁵⁶ A.g.e.

³⁵⁷ Eren, s. 519,520

³⁵⁸ Eren, s. 521

³⁵⁹ Eren, s. 524

³⁶⁰ Eren, s. 521-528

doğrultusunda değil hastanın menfaatleri doğrultusunda alınır. Bu durumda hekimlerin yapmış oldukları müdahalelerden doğan zararları kusursuz dahi olsalar karşılamaları beklenemez. Ayrıca TBK m. 71’de düzenlendiği haliyle tehlike sorumluluğunun kabul edilebilmesi için tehlikeli faaliyet bir işletme tarafından yürütülmelidir³⁶¹. Tıbbi uygulamalar ise bu kapsamda yer almaz.

Özel hukukta istisnai olarak hukuka uygun müdahaleden de sorumluluk doğabileceği kabul edilmektedir³⁶². TMK m. 730/II hukuka uygun müdahalelerden doğan sorumluluğun temelini oluşturmaktadır³⁶³. Bu hüküm taşınmaz malikinin taşkınlıklarla ilgili sorumluluğunu düzenlemektedir³⁶⁴. Dolayısıyla tıbbi uygulama hataları özel hukuk sorumluluğu açısından hukuka uygun müdahaleden doğan sorumluluk kapsamında değerlendirilmez.

Hem özel hukukta hem kamu hukukunda kusur sorumluluğu asli sorumluluk türüdür³⁶⁵. TBK m. 49’da düzenlenen sorumluluk da kusur sorumluluğudur. Kusur sorumluluğu, bir kimsenin kusurlu olarak gerçekleştirmiş olduğu hukuka aykırı bir eylemle verdiği zararın tazmin edilmesini düzenler³⁶⁶.

Tıbbi uygulama hataları idarenin sağlık kamu hizmeti kapsamında yer aldığından dolayı bu konuda ortaya çıkan zararlar idarenin özel hukuk sorumluluğuna tabi değildir. Ancak idarenin özel hukuk sorumluluğu özel hukuk hükümlerine göre değerlendirildiğinden dolayı özel hukuk kapsamında yer alan hekimlerin haksız fiil sorumluluğu idarenin özel hukuk kusur sorumluluğuyla aynı şartlara tabidir. Tıbbi uygulama hatalarından doğan zararlarda hekimlerin haksız fiil sorumluluğu ile idarenin sorumluluğu arasındaki farkların daha iyi anlaşılabilmesi için özel hukuk kusur sorumluluğunun şartları bu başlık altında genel olarak incelenecektir.

³⁶¹ Eren, s. 526

³⁶² Eren, s. 528-531

³⁶³ Eren, s. 529

³⁶⁴ A.g.e.

³⁶⁵ Eren, s. 513;

³⁶⁶ Eren, s. 540

3.1.1.1. İdarenin Özel Hukuk Sorumluluğunun Şartları

Özel hukukta kusur sorumluluğunun beş unsuru vardır. Bunlar; fiil, zarar, kusur, hukuka aykırılık ve uygun illiyet bağıdır³⁶⁷.

3.1.1.1.1. Fiil

Kusur sorumluluğunun söz konusu olması için birinci şart fiildir³⁶⁸. Fiil kavramı herhangi bir iradi insan davranışdır³⁶⁹. Söz konusu fiil bir şeyin yapılması şeklindeki aktif hareket olabileceği gibi yapılması gereken bir şeyin yapılmaması şeklindeki pasif hareket yani hareketsizlik de olabilir³⁷⁰.

Fiilin maddi ve manevi olmak üzere iki unsuru vardır³⁷¹. Maddi unsur, dış dünyaya etki eden somut harekettir³⁷². Manevi unsur ise hareketi yapmak için oluşan iradedir³⁷³. İnanç, fikir gibi harekete yansımayan insan düşünceleri maddi unsuru taşımadığından fiil niteliğinde değildirler³⁷⁴. Aynı şekilde manevi unsuru taşımayan hareketler de fiil olarak değerlendirilmez. Bilinci kapalı bir kimsenin gerçekleştirdiği hareketler, refleksler ya da kişilerin uyurken yaptıkları hareketler bu açıdan fiil değildirler³⁷⁵. Fiil olma niteliği taşımayan hareket ve tutumlardan kusur sorumluluğu doğmaz.

3.1.1.1.2. Zarar

Sorumluluğun amacı zarar görenin zararının giderilmesidir³⁷⁶. Buna bağlı olarak zarar olmayan durumlarda tazminat yükümlülüğü yani sorumluluk doğmaz³⁷⁷. Zarar kişinin iradesi dışında şahıs veya malvarlığında meydana gelen azalma olarak tanımlanmaktadır³⁷⁸. Zarar kavramı maddi zararları ve manevi zararları kapsamaktadır.

³⁶⁷ Eren, s. 540

³⁶⁸ A.g.e.

³⁶⁹ A.g.e.

³⁷⁰ Eren, s. 540, 541

³⁷¹ Eren, s. 540-544

³⁷² Eren, s. 540, 541

³⁷³ Eren, s. 541

³⁷⁴ A.g.e.

³⁷⁵ A.g.e.

³⁷⁶ Özay, s. 829; Eren, s. 537, 538, 544

³⁷⁷ Eren, s. 544

³⁷⁸ Tandoğan, Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku, Ajans- Türk Matbaası, 1961, Ankara, s. 63; Akunal, s. 43; Kılıçoğlu, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s. 189; Antalya, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 81; Eren, s. 544; İnan Atilla, "Kamu Görevlilerinin Hukuka Aykırı Davranışlarından Devlet ve Diğer Kamu Tüzel Kişilerinin Kusursuz Sorumluluğu", Danıştay Dergisi, 1982, s. 29; Tekinay, Selahattin Sulhi, Borçlar

Maddi zarar kişinin malvarlığında meydana gelen azalmadır³⁷⁹. Malvarlığı ise kişinin sahip olduğu ve para ile ölçülebilen bütün değerlerdir³⁸⁰. Mal varlığı aktif ve pasif değerlerden oluşur³⁸¹. Eşya üzerindeki aynı haklar, alacak hakları, fikri ve sınai haklar malvarlığının aktif değerlerindedirler³⁸². Kişinin gelecekte elde edeceği ekonomik değerlerin de malvarlığının aktif içeriğinde yer aldığı kabul edilmektedir³⁸³. Mal varlığının pasifini ise borçlar ve yükümlülükler oluşturur³⁸⁴. Dolayısıyla malvarlığındaki pasif değerlerin artması da malvarlığında azalma niteliğindedir³⁸⁵.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu maddi zararını “*belirli bir olay dolayısıyla bir kimsenin malvarlığında bir azalmanın meydana gelmesi yahut o kimsenin malvarlığında meydana gelecek çoğalmanın önlenmiş olması*” olarak tanımlamıştır³⁸⁶.

Manevi zarar kişinin şahıs varlığı değerlerindeki ihlal durumudur³⁸⁷. Hayat, sağlık, şeref, vücut bütünlüğü gibi değerler şahıs varlığına ait değerlerdir³⁸⁸. Kişinin şahıs varlığına dair değerlerinde azalma olması malvarlığı değerlerinde de azalmaya sebebiyet verebilir³⁸⁹. Vücut bütünlüğünün ihlalinin iş gücü kaybına sebep olması ya da hastane masrafları çıkarması gibi durumlarda manevi zararlarla birlikte maddi zarar da meydana gelmiştir.

3.1.1.1.3. Kusur

Kusur hukuk düzeni tarafından kınanabilen davranış biçimidir³⁹⁰. Kusurlu davranış aynı zamanda hukuka aykırı davranıştır. Hukukun izin verdiği bir davranıştan ötürü

Hukuku, Kutulmuş Matbaası, İstanbul, 1971, s. 386; Tunçomağ, Kenan, Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Hükümler, Sermet Matbaası, İstanbul, C. 1, 1976, s. 446; Ayakçioğlu, s. 21; Özay, s. 829

³⁷⁹ Tandoğan, s. 63; Güran, Sait, “Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, Ankara, 12-13 Mayıs 1979, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, s. 153; Yumuk, Hamit, “İdari Yargıda Tazminat Davası”, Ankara, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2005, s. 97; Danıştay D. 10, K. 5056/6395, 23.10.1996 sayılı karar için bkz. Atay/Odabaşı/Gökcan, s. 205; Ayakçioğlu, s. 22; Eren, s. 545

³⁸⁰ Eren, s. 545

³⁸¹ Eren, s. 545, 546

³⁸² Eren, s. 546

³⁸³ A.g.e.

³⁸⁴ A.g.e.

³⁸⁵ A.g.e.

³⁸⁶ Yargıtay HGK, E. 1/403 K. 76, 14.02.1968

³⁸⁷ Eren, s. 546

³⁸⁸ Güran, s. 153’ten aktaran Ayakçioğlu, s. 23-24; Eren, s. 546

³⁸⁹ Eren, s. 546; Ayakçioğlu, s. 23

³⁹⁰ Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 45; Tunçomağ, s. 439; Tekinay/Akman/Altop, s. 492; Oğuzman/Öz, C II, s. 53; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 199; Antalya, s. 416; Eren, s. 594

kişinin hukuk düzeni tarafından kınanması söz konusu olmaz³⁹¹. Hukuk düzeninin toplum yaşamı için öngördüğü ortalama bir özen ve çaba vardır³⁹². Bu özen ve çabayı karşılamayan davranış biçimleri kusur olarak kabul edilmektedir³⁹³.

Kusurun belirlenmesinde objektif ve sübjektif olmak üzere iki tane teori kullanılmaktadır. Objektif teoriye göre kişinin davranışı, kendisiyle aynı sosyal şartlar içerisinde bulunan objektif, dürüst ve ortalama zekâ seviyesine sahip bir kimsenin göstermesi beklenen davranışla kıyaslanır³⁹⁴. Sübjektif teoride ise kişinin davranışı mevcut durumda kendisinden beklenen davranışla kıyaslanır³⁹⁵. Objektif teoriden farklı olarak sübjektif teoride kişinin fiil sırasındaki iradi durumu, şahsi fiziksel özellikleri, kişisel becerileri gibi sübjektif durumları göz önüne alınır³⁹⁶. Kişinin kendi şahsına ilişkin durumlar göz önüne alındığından dolayı sübjektif teoride kusurdan bahsedebilmek için kişinin ayırt etme gücünün olması gerekir.

Her ne kadar her kusurlu davranış aynı zamanda hukuka aykırı davranış olsa da kusur sorumluluğun hukuka aykırılıktan bağımsız bir unsurdur³⁹⁷. Kusur, zarara katlanma yükümlülüğünü zarar görenden alıp zarar verene aktarmayı haklı kılan unsurdur³⁹⁸. Aynı zamanda kusur sorumluluğun sınırlandırılmasını ve miktarının belirlenmesini sağlar³⁹⁹.

Kusur çeşitleri kast ve ihmal olarak ikiye ayrılır⁴⁰⁰. Kast hukuka aykırı sonucun bilinerek istenmesidir⁴⁰¹. Zarar veren, gerçekleştirdiği eylemin hukuka aykırı sonucunun bilincindeyse ve bu sonucu isteyerek fiili gerçekleştiriyorsa kastı vardır⁴⁰². İhmal durumunda ise hukuka aykırı sonuç istenmemektedir⁴⁰³. Söz konusu hukuka aykırı sonucun doğmaması için gösterilmesi gereken özenin gösterilmemesi ihmaldir⁴⁰⁴. İhmal durumunda kişi hukuka aykırı sonucu istememekte ancak öngörebilmektedir⁴⁰⁵. Bu

³⁹¹ Eren, s. 594

³⁹² A.g.e.

³⁹³ Tandoğan, Mesuliyet, s. 45; Antalya, C II, s. 21; Eren, s. 594, 595

³⁹⁴ Eren, s. 595

³⁹⁵ A.g.e.

³⁹⁶ A.g.e.

³⁹⁷ Eren, s. 596

³⁹⁸ A.g.e.

³⁹⁹ A.g.e.

⁴⁰⁰ Eren, s. 599-608

⁴⁰¹ Eren, s. 599

⁴⁰² Eren, s. 599, 600

⁴⁰³ Eren, s. 601

⁴⁰⁴ A.g.e.

⁴⁰⁵ A.g.e.

durumda kişinin fiili gerçekleştirmek için isteği vardır, yani hareket iradidir⁴⁰⁶. Sorumluluğu sınırlandırırken ihmal ağırlığına göre farklı derecelere ayrılmaktadır. Sadece dikkatli, titiz insanların gösterebildiği özenin gösterilmemiş olması hafif ihmal, makul her insanın göstermesi gereken özenin gösterilmemiş olması ağır ihmal olarak değerlendirilmektedir⁴⁰⁷. Bunların haricinde iki durumun arasında bir orta ihmal hali de kabul edilebilir⁴⁰⁸.

3.1.1.1.4. Hukuka Aykırılık

Hukuka aykırılık kavramının ne olduğu hakkında objektif ve sübjektif olmak üzere başlıca iki teori bulunmaktadır⁴⁰⁹.

Sübjektif teoriye göre hukuka aykırılık, failin zarar verici eylemi gerçekleştirmeye yetkili olmamasıdır⁴¹⁰. Kişinin başkasına zarar veren bir fiili gerçekleştirmeye hakkının olmaması hukuka aykırılık anlamına gelmektedir⁴¹¹.

Objektif teoriye göre hukuka aykırılık, davranışın mevcut bir hukuk normuyla çatışmasıdır⁴¹². Gerçekleştirilen fiilin, kişilerin şahıs ve mal varlıklarını koruyan hukuk kurallarına aykırı olması hali hukuka aykırılıktır⁴¹³.

Hukuka aykırılığın söz konusu olması için zararlı davranışı yasaklayan veya zararın meydana gelmesini önlemek için belirli bir davranışı emreden hukuk kurallarının ihlal edilmiş olması ve söz konusu ihlalin hukuka uygunluk sebebi olarak adlandırılan haklı bir gerekçeye dayanmaması gerekir⁴¹⁴.

3.1.1.1.5. Uygun İlliyet Bağı

İlliyet bağı meydana gelen zarar ile gerçekleştirilen fiil arasında sebep-sonuç ilişkisinin bulunması anlamına gelmektedir⁴¹⁵. İlliyet bağının belirlenmesinde farklı

⁴⁰⁶ Eren, s. 601

⁴⁰⁷ Eren, s. 605

⁴⁰⁸ A.g.e.

⁴⁰⁹ Eren, s. 609

⁴¹⁰ A.g.e.

⁴¹¹ A.g.e.

⁴¹² Eren, s. 610

⁴¹³ A.g.e.

⁴¹⁴ Eren, s. 612, 613

⁴¹⁵ Oğuzman/Öz, C. II, s. 44; Eren, İlliyet Bağı, s. 2 vd; Hatemi, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s. 51 vd; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 194, Antalya, C. II, s. 205; Eren, s. 561

teoriler söz konusudur ancak Türk hukukunda uygun illiyet bağı teorisi genel kabul görmektedir⁴¹⁶.

Uygun illiyet bağı teorisinde hayatın olağan akışı göz önüne alınır. Buna göre fiil hayatın olağan akışına ve mevcut tecrübelerle göre meydana gelen sonucu ortaya çıkarmaya elverişli ise veya fiilin söz konusu zararın boyutunu veya gerçekleşme ihtimalini arttırdığı objektif olarak söylenebiliyorsa illiyet bağı bulunmaktadır⁴¹⁷. Meydana gelen sonuç normal şartlar altında gerçekleştirilen fiile uygunsuzsa illiyet bağı vardır da denilebilir⁴¹⁸. Uygun illiyet bağı teorisi iki işlev yerine getirmektedir. Teorinin birinci işlevi sorumluluğu kurmak, ikinci işlevi ise sorumluluğu sınırlamaktır⁴¹⁹.

İlliyet bağı bulunmadığı hallerde sorumluluk doğmaz. Bazı durumlarda, fiilin nihai sonucu olan zarar ile hareket arasında illiyet bağı ortadan kaldıran sebepler girebilir. Bu tür durumlarda fiil ile zarar arasındaki sebep sonuç ilişkisi de ortadan kalkmaktadır⁴²⁰. Araya giren sebepler, mücbir sebep, zarar görenin kusuru ve üçüncü kişinin kusuru olmak üzere üç başlıkta incelenmektedir⁴²¹. Dikkat ve özenle aşılacak kaçınılmaz bir olayın zarara sebebiyet vermesi halinde mücbir sebep vardır⁴²². Zarar görenin veya üçüncü kişinin kusurlu hareketi failin fiili ile zarar arasındaki illiyet bağı kesmişse artık fail açısından sorumluluk söz konusu olmaz. Bu tür durumlarda zarar görenin veya üçüncü kişinin kusurlu hareketi zarara sebep olurken failin fiiliyle zarar arasındaki sebep sonuç ilişkisi de ortadan kalkmış olur⁴²³.

3.1.2. İdarenin Kamu Hukuku Sorumluluğu

İdarenin kamu hukuku sorumluluğuna idari sorumluluk da denilmektedir⁴²⁴. İdari sorumluluk bir mali sorumluluk türüdür. İdari sorumluluk hallerinde meydana gelen zararın idareden tazmin edilmesi kamu hukuku kurallarına göre gerçekleştirilir⁴²⁵.

⁴¹⁶ Eren, s. 565

⁴¹⁷ A.g.e.

⁴¹⁸ Eren, s. 566

⁴¹⁹ A.g.e.

⁴²⁰ Eren, s. 581

⁴²¹ A.g.e.

⁴²² Eren, s. 582

⁴²³ Eren, s. 588-594

⁴²⁴ Gözler/Kaplan, s. 679

⁴²⁵ Gözler/Kaplan, s. 679

İdari sorumluluğunun dayanağı hukuk devleti, sosyal devlet, eşitlik, kamu yükümlülükleri karşısında eşitlik, imkân ve fırsat eşitliği ilkeleridir⁴²⁶. İdari sorumlulukla idari faaliyetler sonucu idare ile yönetilenler arasında idare yararına bozulan ekonomik dengenin tekrar kurulması amaçlanmaktadır⁴²⁷. Yönetilenlerden kasıt kamu hizmetinden yararlanan olabileceği gibi üçüncü kişi de olabilir.

İdari sorumluluk idarenin kamu hukukuna tabi faaliyetlerinden doğan zararlar hakkında söz konusu olur⁴²⁸.

İdari sorumluluk kamu hukuku ilkelerine göre içtihatlarla belirlenir⁴²⁹. Kamu hukuku mevzuatlarında sorumluluk konusuna ilişkin genel hükümler bulunmadığından uyuşmazlıklara özel hukuk hükümleri uygulanabilir⁴³⁰. Ancak içtihat yoluyla özel hukuk hükümlerinin idarenin sorumluluğuna uygulanması, idarenin sorumluluk konusunda kendine özgü hukuki rejimi olmadığı anlamına gelmemektedir⁴³¹.

İdari sorumluluk özel hukuk sorumluluğuna çok benzemekle birlikte temel ilkeler dahil önemli noktalarda farklılıklar göstermektedir⁴³². İdari sorumluluk fiil, zarar, kusur, illiyet bağı olmak üzere dört şarttan oluşmaktadır⁴³³. Öncelikle, görüldüğü üzere özel hukuk sorumluluğu için aranan hukuka aykırılık şartı kamu hukukuna ilişkin idari sorumluluk için aranmamaktadır.

⁴²⁶ Duran, Lütfi, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, no:138, 1973, s. 11 aktaran AYAKÇIOĞLU, s. 9

⁴²⁷ Esin, Yüksel, Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları – İkinci Kitap: Esas, İdarenin Hukuki Sorumluluğu, Balkanoğlu Matbaacılık, Ankara, 1973, s. 14 aktaran Ayakçioğlu, s. 9

⁴²⁸ Gözler/Kaplan, s. 680

⁴²⁹ Gözler/Kaplan, s. 680; Özay, İl Han, Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 812

⁴³⁰ A.g.e.

⁴³¹ Duran, s. 9-10 aktaran Ayakçioğlu, s. 10; Gözler/Kaplan, s. 680

⁴³² Gözler/Kaplan, s. 680

⁴³³ Gözler/Kaplan, s. 714

3.1.2.1. İdari Sorumluluğun Şartları

3.1.2.1.1. Fiil

İdarenin sorumluluğunun söz konusu olabilmesi öncelikli olarak idareye ait bir fiilin mevcut olmasına bağlıdır⁴³⁴. İdari sorumlulukta söz konusu olan fiil idari işlem ya da idari eylemdir⁴³⁵.

3.1.2.1.1.1. İdari İşlemler

Genel olarak işlem, hukuki sonuç doğurmaya yönelik olan veya yenilik doğuran irade açıklamasıdır⁴³⁶. İdari işlemler ise idarenin hukuki sonuç doğuran irade açıklamalarıdır⁴³⁷. İdari işlemler tek taraflı ve iki taraflı idari işlemler olarak ikiye ayrılmaktadır⁴³⁸. Tek taraflı idari işlemler düzenleyici idari işlemler veya bireysel idari işlemlerdir⁴³⁹. İki taraflı idari işlemler ise idari sözleşmelerdir⁴⁴⁰. İdari sözleşmeler ayrı bir kategori olarak değerlendirildiğinden ve genel olarak idari sorumluluk kapsamında işlenmediğinden burada idari işlem olarak kast edilen idarenin tek taraflı idari işlemleridir.

İdari işlem idarenin tek taraflı irade açıklamasıyla tesis ettikleri hukuki sonuç doğuran kamu hukuku kurallarına tabi tasarruflarıdır⁴⁴¹. Daha geniş tanımıyla idari işlem; *“idari makamların kamu yararı amacı ile hareket ederek tüzük ve yönetmelik gibi objektif düzenleyici tasarruflar veya karar, muamele gibi işlemlerle idarenin işlevine ilişkin olarak yaptıkları, çeşitli hak ve yükümlülükler doğuran tek yanlı irade açıklamalarıdır”*⁴⁴².

⁴³⁴ Gözler/Kaplan, s. 714

⁴³⁵ Gözler/Kaplan, s. 714; Akyılmaz, Bahtiyar, İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Ankara, 2000, s. 23'ten aktaran Wadood, Selda, İdarenin Sorumluluğunu Gerektiren Zarar Kavramı, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2009, s. 19; Ayakçıoğlu, s. 20

⁴³⁶ Özay, s. 815

⁴³⁷ Gözler/Kaplan, s. 235; Özay, s. 815

⁴³⁸ Gözler/Kaplan, s. 714

⁴³⁹ A.g.e.

⁴⁴⁰ A.g.e.

⁴⁴¹ Yayla, Yıldızhan, İdare Hukuku, İstanbul, Beta Yayınları, 1. Bası, 2009, s. 108; Baş, Zuhale Bereket, “Türk Hukukunda İdari Yargı Kararları Işığında Kamu Hizmetlerinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Kamu Gücünün Kusursuz Sorumluluğunun Esasları”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2002, s. 79; Ayakçıoğlu, s. 11

⁴⁴² Erkut, Celal, “İdari İşlemin Kimliği”, Danıştay Dergisi, Danıştay Yayınları, Ankara, sayı 51, 1990, s.2 aktaran Ayakçıoğlu, s.11

Bir işlemin idari işlem olarak tanımlanması için, organik ve maddi şartların birlikte gerçekleşmesi gerekir⁴⁴³. Organik şart işlemin idare organı tarafından, yani kuruluş ve işleyiş açısından bir kamu hukuku tüzel kişisi tarafından tesis edilmiş olmasını ifade ederken maddi şart idarenin faaliyet alanında söz konusu işlemin tesis edilmiş olmasıdır⁴⁴⁴. Bu noktada ayırt edici özellik kamu gücünün kullanılıp kullanılmamasıdır. Bu iki şart, bir işlemin idari işlem olması için gerekli iken, söz konusu işlemin yargılanabilir olması için işlemin kesin ve yürütülebilir olması da şarttır⁴⁴⁵.

İdari işlemler yetki, şekil, sebep, konu ve amaç unsurlarından oluşur. Hukuka uygun bir idari işlemde sayılan beş unsur da hukuka uygun olmalıdır. Bu unsurlardan birinde sakatlık bulunması ve söz konusu hukuka aykırılığın zarara sebebiyet vermesi halinde idarenin tazminat sorumluluğundan bahsedilebilir⁴⁴⁶. İdari işlemlerden doğan zararlarda hukuka aykırılık da idarenin sorumluluğunun bir şartı olarak değerlendirilmektedir⁴⁴⁷.

3.1.2.1.1.2. İdari Eylemler

İdari eylem, idarenin maddi fiil ve hareketleri ile kamu görevlilerinin ve idarenin araç ve gereçlerinin zarar doğuran hareketleri olarak tanımlanabilir⁴⁴⁸. İdarenin, faaliyetleri sırasında iradi olsun ya da olmasın, gerçekleşen hukuki olaylar, maddi fiiller ya da hareketsiz kalması durumunda oluşan fiili durumlar idari eylemi oluşturur⁴⁴⁹. İdare hareketlerini idarenin görevlileri olan gerçek kişiler aracılığıyla gerçekleştirdiğinden dolayı idari eylemler insan davranışlarıdır⁴⁵⁰. Bu açıdan idari eylemler özel hukuk sorumluluğundaki fiil kavramıyla aynı niteliktedir. Sadece hareketi gerçekleştiren kişinin idarenin görevlisi olarak idare adına hareket ediyor olması gerekir⁴⁵¹.

⁴⁴³ Gözler/Kaplan, s. 268

⁴⁴⁴ Gözler/Kaplan, s. 268, 269

⁴⁴⁵ Ayakçioğlu, s. 11; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu m. 14/3-d

⁴⁴⁶ Gözübüyük, A. Şeref, Yönetmelik Yargı, Turhan Kitabevi, Ankara, 30. Bası, 2010, s. 203; Ayakçioğlu, s. 12

⁴⁴⁷ Çınarlı, s. 244; Gözler/Kaplan, s. 750; Çağlayan, s. 571

⁴⁴⁸ Önder, Arife, "İdarenin İdari Eyleminden Doğan Sorumluluğu", Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2006, s. 23; Kayışoğlu, Bahattin, "İdari Eylemlere İlişkin Sorumluluk Sebepleri", Ankara Barosu Dergisi, sayı 2, 1976, s. 178-182'den aktaran Ayakçioğlu, s. 12; Gözler/Kaplan, s. 714

⁴⁴⁹ Gözübüyük, s. 77; Ayakçioğlu, s. 12; Özay, s. 825

⁴⁵⁰ Gözler/Kaplan, s. 715

⁴⁵¹ Gözler/Kaplan, s. 715; Özay, s. 826

İdarenin eylemleri bireyler tarafından aktif olarak bir hareket yapma anlamına gelen olumlu davranışlarla yahut hareketsiz kalma anlamında olan olumsuz davranışlarla meydana gelebilir⁴⁵². İdari eylemler yapıldıkları anda hukuki sonuç doğurur, yerine getirilmekle tükenir ve iptal davasına konu olamaz⁴⁵³.

İdari eylem kavramı, idarenin hukuki dayanağı olmayan eylemleri, dayandığı idari işlem hukuken yok hükmünde olan eylemleri ya da dayandığı idari işlemin gereklerinden taşan ve ağır hukuki sonuçlar doğuran eylemleri karşılamaktadır⁴⁵⁴. İdarenin personelinin tamamen kendi kasıt veya ihmaliyle verdiği zararlardan da idarenin sorumlu olması söz konusudur⁴⁵⁵. Bu tür faaliyetler de idari eylem kapsamında yer alır. Ayrıca idare önlemekle yükümlü olduğu zararlara üçüncü kişilerin sebep olması halinde bu zararları önleyememesinden de sorumlu olabilmektedir⁴⁵⁶. İdari eylemlerden kaynaklanan zararlarda idarenin sorumluluğu için hukuka aykırılık şartı aranmamaktadır, hukuka uygun idari eylemler de hizmet kusuruna sebebiyet verebilir⁴⁵⁷.

3.1.2.1.2. Zarar

İdarenin sorumluluğunun bir şartı da idarenin işlemiş olduğu fiil neticesinde bir zararın doğmuş olmasıdır⁴⁵⁸. İdari sorumluluğun doğması için zarar gerçekleşmiş olmalıdır. Özel hukukta olduğu gibi idare hukukunda da sorumluluk kavramı cezalandırma değil, tazmin etme amacı taşır⁴⁵⁹. Zararın gerçekleşmiş olması gelecekte doğacak zararların tazmin edilemeyeceği anlamına gelmez. Zararın kesin veya çok muhtemel olması şartıyla gelecekteki zararlar da idari sorumluluğun kapsamında yer alır⁴⁶⁰. Henüz doğmamış zararlar için özel hukukta muhtemel zararların da sorumluluk kapsamında yer aldığı kabul edilmekte⁴⁶¹ ancak idari sorumluluk için gelecekte doğacak

⁴⁵² Ayakçioğlu, s. 12

⁴⁵³ Özgüldür, Serdar, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları, Ankara, Yetkin Yayınları, 1996, s. 54 aktaran Ayakçioğlu, s. 13

⁴⁵⁴ Esin, Yüksel / Dündar, Erol, Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, Birinci Kitap: Usul, Ankara Tabip Odası Yayınları, No: 1, s. 61; Ayakçioğlu, s. 13

⁴⁵⁵ Gözler/Kaplan, s. 781

⁴⁵⁶ Yayla, s. 354; Ayakçioğlu, s. 13; Özay, s. 828

⁴⁵⁷ Çınarlı, s. 244; Gözler/Kaplan, s. 750; Çağlayan, s. 571

⁴⁵⁸ Bal, Yakup / Şahin, Yahya / Karabulut, Mustafa, Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003 aktaran Ayakçioğlu, s. 25; Gözler/Kaplan, s. 716; Özay, s. 829

⁴⁵⁹ Gözler/Kaplan, s. 782

⁴⁶⁰ Gözler/Kaplan, s. 782; Onar, s. 1716; Tan/Gözübüyük, 348; Ayakçioğlu, s. 25; Sancaktar, s. 745

⁴⁶¹ Eren, s. 551; Muhtemel zararlar kesin olmasa bile yüksek bir ihtimalle gerçekleşmelidir.

zararın kesin olması şartı aranmakta muhtemel zararların sorumluluk kapsamında yer almadığı kabul edilmektedir⁴⁶².

Meydana gelen zarar, zarara uğrayanın hukuken korunan meşru bir menfaatine ilişkin olmalıdır⁴⁶³. Ayrıca idari sorumlulukta mevcut zarar parayla ölçülebilir nitelikte olmalıdır⁴⁶⁴. Özel hukukta söz konusu olan aynen tazmin yaptırımını idare hukukunda söz konusu olmamaktadır. Çünkü hakimlerin idareye emir ve talimat verme yetkisi yoktur ve aynen tazmin kararı mahkemenin idareye emir ve talimat vermesi niteliğindedir⁴⁶⁵. Maddi zararların parayla ölçülebilir oldukları aşikardır. Manevi zararların ise genel olarak parayla ölçülebilir oldukları kabul edilmektedir. Özellikle haysiyet ve şeref hakkındaki zararlar, yara izleri gibi estetik zararlar, fiziksel acılar, bir yakınını kaybetmek gibi manevi acılar ve yaşam koşullarındaki bozukluklar para ile ölçülebilen, dolayısıyla tazmin edilebilen manevi zararlar olarak kabul edilmektedir⁴⁶⁶.

Kusursuz sorumluluk halleri için zararın belirli kişi veya gruplara yönelik meydana gelmiş olması gerekir⁴⁶⁷. Toplumun tamamına yönelik zararlar kamu külfeti niteliğinde değerlendirilir ve idarenin sorumluluğunu doğurmaz⁴⁶⁸.

3.1.2.1.3. Kusur

İdare hukukunda, idarenin hukuka aykırı bir işlem veya eylemi genel olarak “idari kusur” sayılmaktadır⁴⁶⁹. İdari kusur gerçek kişiler için aranan subjektif unsurlardan arındırılmış olarak “*hizmetin kurulması ve işleminde ortaya çıkan olumsuzluklar*” anlamında objektif nitelikte değerlendirilmektedir⁴⁷⁰. İdarenin kusuru devlet veya kamu hukuku tüzel kişilerinin bireylere vermiş olduğu zararları tazmin etmelerinin bir

⁴⁶² Gözler/Kaplan, s. 783; Ünlüçay, Mehmet, “İdarenin Tazmin Borcu ve Enflasyon Olgusu”, Danıştay Dergisi, sayı 96, 1998, s. 6; Ayakçioğlu, s. 25

⁴⁶³ Esin, Yüksel, Danıştay’da Açılacak Tazminat Davaları – İkinci Kitap: Esas, İdarenin Hukuki Sorumluluğu, Balkanoğlu Matbaacılık, Ankara, 1976, s. 219; Danıştay D. 10, E. 1994/4415 K. 1995/5152, 006.10.1995; Danıştay D. 10, E. 1996/1081 K. 1997/5492, 08.12.1997; Danıştay D. 10, E. 1994/7415 K. 1995/1522, 29.03.1995; Ayakçioğlu, s. 26, 27; Gözler/Kaplan, s. 783;

⁴⁶⁴ Gözler/Kaplan, s. 783,784

⁴⁶⁵ Gözler/Kaplan, s. 784; Ayakçioğlu, s. 27

⁴⁶⁶ Gözler/Kaplan, s. 784,785

⁴⁶⁷ Onar, s. 1718; Yumuk, s. 144 aktaran Ayakçioğlu, s. 26; Gözler/Kaplan, s. 785; Gözübüyük, A. Şeref, Yönetmelik Yargı, Turhan Kitabevi, Ankara, 30. Bası, 2010, s. 319

⁴⁶⁸ Armağan, Tuncay, İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları, Seçkin Kitabevi, İstanbul, 1997, s. 219; Gözler/Kaplan, s. 785

⁴⁶⁹ Gözler, s. 1176 ; Wadood, s. 22

⁴⁷⁰ Ozansoy, Cüneyt, “Türkiye İdaresinin Sorumluluğunda Kamu Hukuku Erozyonu”, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi Birinci Kitap: İdari Yargı, 1-4 Mayıs 1990, Ankara, s. 187 aktaran Ayakçioğlu, s. 39

şartıdır⁴⁷¹. Medeni hukuktaki kusur kavramından farklı olarak idare hukukunda kusur kişinin kusuru değil hizmetin kusurudur⁴⁷². Bu açıdan kusur idarenin bir yükümlülüğünü icra etmekteki eksikliğidir⁴⁷³. Kusur kavramı idari sorumluluk türleri altında kusur sorumluluğu başlığında daha kapsamlı olarak incelenecektir.

3.1.2.1.4. İlliyet Bağı

İdarenin sorumluluğu için şart olan fiilin, idare tarafından gerçekleştirilmiş veya idareye isnat edilebilir olması gerekir. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin⁴⁷⁴ (AYİM) vermiş olduğu kararlarda genel olarak idari sorumluluğun söz konusu olabilmesi için zarara sebebiyet veren faaliyetin idare tarafından veya idare adına yapılmış olması gerektiği, idareye atfedilemeyen zararların idarenin sorumluluğunu doğurmayacağı belirtilmektedir⁴⁷⁵.

İdarenin bir işlem veya eylemiyle birlikte bir zararın da mevcut olduğu her durumda idarenin sorumluluğundan bahsedilemez. İdarenin sorumluluğundan bahsedebilmek için idarenin gerçekleştirmiş olduğu hareketin neticesi olarak zararın doğduğu, zarara idarenin hareketinin sebep olduğu ortaya konulmalıdır⁴⁷⁶. Bu sebep sonuç ilişkisine illiyet bağı denilmektedir⁴⁷⁷. İlliyet bağının bulunmadığı durumlarda idarenin sorumluluğundan bahsedilemez⁴⁷⁸.

İdari sorumluluk için illiyet bağının uygun illiyet bağı teorisine göre belirlenmesi kabul edilmektedir. Buna göre gerçekleştirilen idari işlem veya eylem ya da kamu hizmetinin rutin işleyişi somu olayda ortaya çıkan zararı meydana getirmeye ya da boyutunu artırmaya elverişliyse illiyet bağı kurulmuştur⁴⁷⁹.

⁴⁷¹ Gözler/Kaplan, s. 780, 781

⁴⁷² Sancaktar, s. 753

⁴⁷³ Gözler/Kaplan, s. 781

⁴⁷⁴ Askeri yargı ve buna bağlı olarak Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, anayasanın 21.01.2017 tarihli 6771 sayılı kanun değişikliğiyle kaldırılmıştır.

⁴⁷⁵ Gözler, Kemal, İdare Hukuku, Ekin Kitabevi, Bursa, C: I-II, 2003, s. 1175; Ayakçioğlu, s. 14

⁴⁷⁶ Onar, c. 3, s. 1723; Tunçomağ, c. 1, s. 448 aktaran Ayakçioğlu, s. 28; Sancaktar, s. 745; Çatak Irız, Betül, Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 26

⁴⁷⁷ Eren, s. 533; Ayakçioğlu, s. 28

⁴⁷⁸ Sancaktar, Oğuz ve diğerleri, İdare Hukuku, Seçkin Yayınları, 7. Basım, Ankara, 2018, s. 745; Danıştay D. 8, E. 2005/1331 K. 2005/3669, T. 16.09.2005

⁴⁷⁹ Akyılmaz, Bahtiyar, "Türkiye'de İdarenin Mali Sorumluluğu" (Profesörlük Çalışması), Konya, 2004, s. 174; Candan, Turgut, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2005, s. 163; Tekinay, s. 393'ten aktaran Ayakçioğlu, s. 29; Sancaktar, s. 745; Özay, s. 830

İdarenin gerçekleştirdiği fiilin sorumluluk doğurması için zararlar arasındaki illiyet bağının doğrudan olması gerekir. İdare dolaylı olarak meydana gelen zararlarından sorumlu değildir⁴⁸⁰. Danıştay'a göre illiyet bağının ispatı zarar görene aittir⁴⁸¹.

Özel hukuk sorumluluğundaki anlayıştan farklı olarak idari sorumlulukta illiyet bağı idarenin kusura dayalı sorumluluğu hallerinde söz konusu olur. İstisnai sorumluluk türü olan kusursuz sorumluluk hallerinde idare, önlemekle yükümlü olduğu zararı önleyemediği için fiiliyle zarar arasında bir sebep sonuç ilişkisi bulunmadan ve kusurlu bir hareketi olmadan da sorumlu olur. Özel hukukta kusursuz sorumluluk halleri için de illiyet bağı olmazsa olmaz bir şarttır⁴⁸². Ancak idare hukukunda durum böyle değildir. Danıştay da

“kural olarak idarenin yürüttüğü hizmetin doğrudan sonucu olan nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlü olduğu ancak sözü edilen kuralın istisnası olarak idarenin faaliyet alanı ile ilgili, önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği birtakım zararları da nedensellik bağı aranmadan tazmin etmesi gerektiği”

ifadeleriyle bu durumu belirtmiştir⁴⁸³.

3.1.2.2. İdari Sorumluluğun Türleri

İdari sorumluluk idarenin sözleşmeden doğan idari sorumluluğu ve sözleşme dışı sorumluluk olarak ikiye ayrılır⁴⁸⁴. Tıbbi müdahale kamu hizmetine ilişkin faaliyet olduğu için sözleşme ilişkisine dayanmaz. Dolayısıyla bu konuda idarenin sözleşme dışı sorumluluk halleri incelenecektir. Nitekim idare hukukunda idari sorumluluk kavramı da dar anlamda sorumluluk olarak idarenin sözleşme dışı idari sorumluluğu olarak kullanılmaktadır⁴⁸⁵.

İdari sorumluluğun iki türü kusur sorumluluğu ve kusursuz sorumluluktur⁴⁸⁶.

⁴⁸⁰ Gözler, s. 786; Ayakçioğlu, s. 29; Sancaktar, s. 745

⁴⁸¹ Yenice, Kazım / Esin, Yüksel, Açıklamalı – İçtihatlı – Notlu İdari Yargılama Usulü, Arısan Matbaacılık, Ankara, 1983, s. 103 aktaran Ayakçioğlu, s. 29

⁴⁸² Eren, s. 561

⁴⁸³ Danıştay D. 10, E. 1996/9012 K. 1997/6164, 25.12.1997; Danıştay D. 10, E. 1996/2383 K. 1997/4163, 06.11.1997; Danıştay D. 10, E. 2001/4795 K. 2003/696, 25.02.2003; Danıştay D. 10, E. 1995/2388 K. 1996/5893, 08.10.1996; Danıştay D. 10, E. 1995/7115 K. 1996/7523, 13.11.1996; Danıştay D. 10, E. 2003/57 K. 2005/237, 14.04.2005; Danıştay D. 10, E. 1994/1515 K. 1995/4115, 04.10.1995

⁴⁸⁴ Gözler/Kaplan, s. 740

⁴⁸⁵ Gözler/Kaplan, s. 741

⁴⁸⁶ A.g.e.

3.1.2.2.1. Kusur Sorumluluğu

Daha önce de ifade edildiği üzere kusur idare hukukunda özel hukuktakinden ve kamu görevlilerinin kusurlarından farklı olarak hizmet kusuru olarak değerlendirilmektedir⁴⁸⁷. Bu başlık altında hizmet kusuru ayrıntıları ile incelenecek ve hizmet kusurunun fiili yol, kişisel kusur kavramlarından ayırımına da bu başlık altında değinilecektir.

3.1.2.2.1.1. Hizmet Kusuru

Hizmet kusuru kamu hizmetinin kurulmasında ya da yürütülmesinde ortaya çıkan aksaklıklar veya eksiklikler olarak tanımlanmaktadır⁴⁸⁸. Daha geniş anlamda olmak üzere hizmet kusuru, idarenin ifayla yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin kurulmasında, düzenlenmesinde, faaliyetlerin yürütülmesinde veya hizmeti yürüten kamu personelleri üzerinde denetim ve gözetim yükümlülüğünün aksatılmasıyla meydana gelen düzensizlik, bozukluk, eksiklik şekillerindeki, kamu görevlisine yüklenemeyen objektif ve anonim nitelikli, idarenin asli sorumluluğuna sebep olan ve idare hukukuna özgü kusurdur⁴⁸⁹. Kavram ilk olarak Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 24 Mayıs 1873 tarihli "Blanco" kararında ortaya atılmıştır⁴⁹⁰. Bu tarihten itibaren de içtihat yoluyla gelişmiştir⁴⁹¹. Hizmet kusuru anonim nitelikte bir kusurdur, yani doğrudan bir gerçek kişiye yüklenebilecek nitelikte değildir⁴⁹².

Danıştay'a göre de hizmet kusuru kamu hizmetinin yürütülmesinde veya hizmetin kuruluşunda meydana gelen aksaklıklardan oluşan kusurdur. Kamu hizmeti eksik, kötü

⁴⁸⁷ Gözler/Kaplan, s. 749

⁴⁸⁸ Gözübüyük, A. Şeref / Tan, Turgut, İdare Hukuku, C.1, Genel Esaslar, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 750; Ayakçioğlu, s. 42; Sancaktar, s. 745; Günday, Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011, s. 369

⁴⁸⁹ Akyılmaz, Bahtiyar, "Kamu Görevlilerinin Üçüncü Şahıslara Vermiş Oldukları Zararlardan Doğan Mali Sorumluluk", Konya, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 1991, s. 207; Sarıca, Ragıp, "Hizmet Kusuru ve Karakterleri", İÜHFİM, Cilt 15, 1949, s. 858; Onar, s. 1695; Atay/Odabaşı/Gökcan, s. 71; Topuz, İbrahim / Özkaya, Kadir, Açıklamalı – İctihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Mahalli İdareler Derneği, Ankara, 2002, s. 21; Güran, Sait, "İdarenin ve Ajanın Sorumluluğunun Belirlenmesine İlişkin Düşünceler", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler II. Sempozyumu, 15-16 Aralık 1978, Fakülte Matbaası, Ankara, 1980, s. 167 aktaran Ayakçioğlu, s. 42; Yaman, Hamza, "İdari Eylemlerden Doğan Sorumluluk", <http://www.hukuki.net>, erişim tarihi 10.04.2006, s. 3 aktaran Pazarıcı, Ayşe Almıla, Hasta Hakları ve İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Sorumluluğu, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale, 2007, s. 15

⁴⁹⁰ Sarıca, Ragıp, "Fransa'da Ajan ve Memurların Şahsi Kusurlarından Devletin, İdarenin Mali Mesuliyeti Meselesi", İÜHFİM, C. XV, 1949, s. 2-3 aktaran Ayakçioğlu, s. 41; Pazarıcı, s. 14

⁴⁹¹ Günday, s. 369; Ayakçioğlu, s. 40-41

⁴⁹² Süttaş, Mustafa, Hasta ve Hasta Yakını Hakları, Berdan Matbaası, İstanbul, 2000, s. 131; Yaman, s.4 aktaran Pazarıcı, s. 15; Atay, Ender Ethem, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2016, s. 740

veya hizmetin gerekleriyle uyuşmayacak nitelikte yürütülüyorsa hizmet kusuru olduğu kabul etmek gerekir⁴⁹³. Ayrıca Danıştay'a göre kamu hizmetinin yürütülmesi için gerekli araç ve imkanların güvenli bir şekilde hizmete hazır bulundurulmamasından kaynaklanan zararlardan da idare hizmet kusuru kapsamında sorumludur⁴⁹⁴.

Anayasa'nın 129. maddesinin 5. fıkrasında belirtildiği üzere “*memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir*”. Dolayısıyla kamu görevlilerinin yetkilerini kullanarak gerçekleştirdikleri işlem ve eylemlerin kusurlu olması kural olarak hizmet kusuru teşkil etmektedir.

Hizmet kusuru idarenin öncelikli sorumluluk türüdür. Hizmet kusuru başka bir sorumluluk türüyle birleştiği takdirde sorumluluğun hizmet kusuruna göre belirlenmesi gerekir (Anayasa m. 129). Danıştay idarenin kamu hizmetlerini ifa ederken faaliyetlerini sürekli olarak denetlemek, hizmetin işleyişini sağlamak ve hizmet için gerekli önlemleri almakla yükümlü olduğunu ifade etmiştir⁴⁹⁵. İdarenin örgüt ve faaliyetlerini baştan düşünüp planlamaması, gereği gibi ya da hiç yürütmemesi, objektif olarak belirlenmiş standartlara aykırı, eksik veya kötü faaliyet göstermesi hizmet kusuru sayılan hallerdendir⁴⁹⁶.

İdarenin sorumluluğu için aranan kusur özel hukuktaki kusur kavramından oldukça farklıdır. Hizmet kusurunun varlığı kamu personelinin kusuruna bağlı değildir⁴⁹⁷. Bu durum başka Danıştay kararlarında

“idarenin yürütmekle görevli olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık veya boşluk olarak tanımlanabilen hizmet kusuru; hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde gerçekleşmekte ve idarenin tazmin yükümlülüğünün doğmasına yol açmaktadır. Bu bağlamda hizmet kusuru, özel hukuktaki anlamından uzaklaşarak nesnelleşen, anonim bir niteliğe sahip, bağımsız karakteri olan bir kusurdur. Hizmet kusurundan dolayı sorumluluk, idarenin sorumluluğunun doğrudan ve asli nedenini oluşturmaktadır.”

⁴⁹³ Danıştay, 8. D, E. 2004/672 K. 2004/1829

⁴⁹⁴ Danıştay 10. D., E. 1996/10203 K. 1998/2643

⁴⁹⁵ Danıştay İDDK, E. 2008/909, K. 2011/278, T. 28.04.2011

⁴⁹⁶ Duran, Lütfi, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, Sevinç Matbaası, Ankara, 1974, s.26 aktaran Pazarıcı, s. 21

⁴⁹⁷ Gözübüyük, Şeref, Yönetim Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 350

şeklinde ifade edilmiştir⁴⁹⁸.

Hizmet kusurunun somut hayatta üç farklı görünümü vardır. Bunlar; hizmetin geç işlenmesi, kötü işlenmesi veya hiç işlememesidir⁴⁹⁹. Hekimin tıbbi uygulama hatası, bir müdahaleyi gerekli olduğu şekilde yapmaması şeklinde olabileceği gibi, gerekli müdahaleyi yapmakta gecikmesi veya hiç yapmaması şeklinde de olabilir⁵⁰⁰

3.1.2.2.1.1.1. Hizmetin Kötü İşlenmesi

Kamu hizmetinin etkinliğinin düşük olması, kalitesiz hizmet verilmesi, verilen hizmetin kamu hizmeti gereksinimlerini karşılayamaması gibi durumlar hizmetin kötü işlenmesi kapsamında değerlendirilir⁵⁰¹. Ayrıca hizmetin kötü işlenmesi gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesi durumunda da söz konusu olur⁵⁰².

Hizmetin kötü işlendiğinin tespit edilebilmesi için idarenin sahip olduğu imkanlar ve zararı meydana getiren olayın içinde bulunduğu zaman ve mekân şartları birlikte değerlendirilmelidir. İdare yerine getirmekle yükümlü olduğu kamu hizmeti için gerekli teçhizatı sağlamak, personeli nicelik ve nitelik olarak hazırlamak ve hizmetin gerektirdiği kaliteyi sağlamak durumundadır. Söz konusu şartlar altında idareden beklenen hizmet kalitesinin sağlanamamış olması hizmetin kötü işlenmesi demektir⁵⁰³. Kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında ortaya çıkabilecek muhtemel tehlikelerin önlenmesi için gerekli tedbirler alınmadığında meydana gelen zarar da yine hizmetin kötü işlenmesi kapsamındadır. İdare hizmet sırasında oluşabileceği öngörülebilir tehlikelere karşı gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür⁵⁰⁴. Sağlık hizmetlerinin kötü işlenmesine örnek olarak ameliyat malzemelerinin sterilize edilmeden kullanılması veya süresi geçmiş aşı ya da ilaçların kullanılması verilebilir⁵⁰⁵.

⁴⁹⁸ Danıştay 15. D, E. 2017/1238, K. 2017/6239, 02.11.2017; Danıştay 15. D, E. 2013/4469, K. 2016/3889, 30.05.2016; Danıştay 15. D, E. 2013/4490, K. 2016/3879, 30.05.2016; Danıştay 15. D, E. 2013/4482, K. 2016/3888, 30.05.2016; Danıştay 15. D, E. 2015/8936, K. 2016/1604, 10.03.2016

⁴⁹⁹ Çağlayan, Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 569, 570

⁵⁰⁰ Hakeri, s. 784

⁵⁰¹ Eyüpoğlu, Meriç, İdarenin Sorumluluğu ve Hukuki Durum: Koç, Sermet 1. Tıp Hukuku Günleri Tıbbi Uygulama Hataları Av. Dr. Hasan Çankaya Anısına, (1. Baskı), İstanbul Tabip Odası, İstanbul 2012, s. 48

⁵⁰² Zabunoğlu, Yahya, İdare Hukuku Dersleri, Teksir Matbaası, Ankara, 1982, s. 245

⁵⁰³ Yaman, s. 5'ten aktaran Pazarıcı, s. 22; Günday, s. 370

⁵⁰⁴ Çolak, Müzeyyen, Hizmet Kusuru, Yayınlanmamış Doktora Tezi, s. 77'den aktaran Pazarıcı, s. 23

⁵⁰⁵ Karaege, Özge, "Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusurlu Sorumluluğu", Yönetim ve Ekonomi: Celal Bayar Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 8 S. 2, 2001, Manisa, s. 111

3.1.2.2.1.1.2. Hizmetin Geç İşlemesi

Hizmetin geç işlemesi kamu hizmetinin gerektiği vakitte yerine getirilmeyip daha sonradan yerine getirildiği durumları belirtir. İdare kamu hizmetini yararlananın ihtiyacı sırasında ve çabuk bir şekilde yerine getirmelidir. Hizmetin gecikmeli işlemesi de yavaş işlemesi de hizmet kusurudur. Hizmetin geç işlemesine örnek olarak gerekli endikasyonların bulunmasına rağmen, ihmal yüzünden ameliyatın gecikmesi neticesinde apandisit patlaması nedeniyle ölüm durumu gösterilebilir⁵⁰⁶.

3.1.2.2.1.1.3. Hizmetin Hiç İşlememesi

Hizmetin hiç işlememesi idarenin yerine getirmekle yükümlü olduğu kamu hizmetini hiç sunmamış olmasıdır⁵⁰⁷. Kamu hizmeti olarak sağlık hizmetinin hiç işlememesi durumunda tedavi hatalarından tıbbi müdahalenin yapılmaması durumu söz konusu olacaktır. Bu durum tıbbi uygulama hatası niteliğindedir. Dolayısıyla sağlık hizmetinin sunulmamış olması başlı başına tıbbi uygulama hatası meydana getirmekte ve idarenin hizmet kusurunu doğurmaktadır⁵⁰⁸. Ayrıca Danıştay da idarenin yerine getirmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerini hiç yerine getirmemesi durumunda hizmet kusuru işlemiş olacağını ve dolayısıyla doğan zararı tazminle yükümlü olduğunu ifade etmiştir⁵⁰⁹.

Hizmetin hiç işlememesi sebebiyle idarenin sorumluluğu incelenirken idarenin faaliyetinin bağlı yetki mi yoksa takdir yetkisi mi olduğuna bakılmalıdır. Bağlı yetkinin olduğu durumlarda hizmetin sağlanmamış olması hizmet kusuru teşkil ederken takdir yetkisinin bulunduğu durumlarda zararı doğuran olayın şartlarının değerlendirilmesi gerekir⁵¹⁰.

Anayasanın 129. Maddesi kamu görevlilerinin faaliyetleri sırasında işledikleri kusurlardan dolayı idarenin sorumlu olduğunu, söz konusu kusurlar sebebiyle kamu görevlilerinin sorumluluklarına doğrudan gidilemeyeceğini düzenlemiştir. Bu madde kamu görevlilerinin hiçbir şekilde sorumluluklarının olmadığı anlamına gelmemektedir.

⁵⁰⁶ Atay, s. 749

⁵⁰⁷ Sancaktar, s. 748

⁵⁰⁸ Öztürk, Kılıç, "Sağlık Hizmetleri Sunumunda İdarenin Kusur Sorumluluğu", Ankara Medical Journal, 2015/15(4), s. 241; Çolak, Müzeyyen, Hizmet Kusuru, Yayınlanmamış Doktora Tezi, s. 80'den aktaran Pazarcı, s. 80

⁵⁰⁹ Danıştay D. 10, E. 19994/3467 K. 1997/5311

⁵¹⁰ Günay, s. 372

İdarenin faaliyetleri kamu görevlileri eliyle icra edildiğinden söz konusu görevlilerin hangi fiillerinde şahsen sorumlu oldukları, hangi fiillerinde idarenin sorumlu olduğu tartışma konusu olabilmektedir. Bu sebeple idarenin sorumluluğunu gerektiren hizmet kusuru ile kamu görevlilerinin kusuru olan kişisel kusur ve görev kusuru kavramlarının ayrılması gerekir.

3.1.2.2.1.2. Hizmet Kusurunun Kişisel Kusurdan Ayrılması

Kişisel kusur genel olarak kamu görevlileri tarafından işlenen kusurların kamu hizmetinden ayrılabilirdiği durumlardır⁵¹¹. Kamu görevlisinin göreviyle hiçbir bağlantısı olmayan kusurları kişisel kusurlardır⁵¹². Kamu görevlisinin görevi sırasında işlediği ancak idareye yüklenemeyecek derecede ağır kusurları da kişisel kusur kabul edilir⁵¹³. Bu açıdan kişisel kusur idare adına hareket eden kamu görevlisinin görevi sırasında ve görevi sebebiyle işlediği idareye atfi kabil olamayacak derecede ağır kusurdur⁵¹⁴. Ayrıca kamu görevlisinin görevi dışında ancak kamu görevinin getirdiği imkanlardan yararlanarak işlediği kusurlar da kişisel kusur olarak değerlendirilmektedir⁵¹⁵.

Bir olayda kamu personelinin kişisel kusurunun bulunması söz konusu olayda aynı zamanda hizmet kusurunun da bulunmasına engel değildir. Salt kişisel kusur niteliğindeki, kamu personelinin görevinden tamamen bağımsız kusurları dışındaki kusurlarında aynı zamanda idarenin de hizmet kusurunun bulunduğu savunulmaktadır⁵¹⁶. Kamu hizmetinden mutlak olarak ayrılamayan kişisel kusur halleri görev kusuru olarak da adlandırılmaktadır⁵¹⁷.

Danıştay'ın ifadeleriyle “*davalı idare ajanının idari yetki ve olanakları kullanarak idareyle bütünleşerek, yürütülen kamu hizmeti sırasında nizam ve emirlere aykırı hareket etmek suretiyle ortaya çıkan görev kusuru idare yönünden de nesnel nitelik taşıyan hizmet kusurunu oluşturmaktadır*”⁵¹⁸.

⁵¹¹ Ayakçioğlu, s. 45; Gözler/Kaplan, s. 754; Başgil, s. 29

⁵¹² Gözler/Kaplan, s. 754; Günday, s. 374

⁵¹³ Gözler/Kaplan, s. 754, 755; Derdiman, s. 136

⁵¹⁴ Armağan, Tuncay, s. 97 aktaran Ayakçioğlu, s. 45

⁵¹⁵ Gözler/Kaplan, s. 755; Danıştay 15. Daire, E. 2016/4939, K. 2017/1308, 22.03.2017; Danıştay 15. Daire, E. 2015/7308, K. 2017/555, 07.02.2017; Danıştay 15. Daire, E. 2016/4241, K. 2016/3896, 31.05.2016

⁵¹⁶ Gözler/Kaplan, s. 756, 757

⁵¹⁷ Sancaktar, s. 758

⁵¹⁸ Danıştay 10. D., E. 1997/721 K. 1999/5266

Sorumluluk açısından salt kişisel kusur hallerinde idarenin sorumluluğu bulunmamaktadır⁵¹⁹. Hizmetle bağlantılı kişisel kusur hallerinde ise asli sorumlunun idare olduğu, kamu görevlisine ancak rücu ilişkisiyle gidilebileceği savunulmaktadır⁵²⁰.

Anayasa mahkemesi kararında kişisel kusurun, kamu görevlilerinin kamu hizmetinden açıkça ayrılabilen kusurları, kasıt ve kötü niyetle ilgiliye zarar vermek için yaptıkları faaliyetleri, kişisel çıkar saikiyle gerçekleştirilen kasten kamu yararına aykırı faaliyetleri ve mazur görülemeyecek derecede ağır kusurları olduğunu belirtmiştir⁵²¹. Bu kararda anayasa mahkemesi kamu personelinin yetkisini kasten kötüye kullanması, kanunen belirlenen yetkinin veya görev alanının açıkça dışına çıkılması, idarenin faaliyet alanı dışında faaliyette bulunulmasında kişisel kusur işlenmiş olacağını ve kişisel kusurun kamu personelinin şahsi sorumluluğuna sebebiyet verdiğini ifade etmiştir.

Kamu görevlilerinin işlemiş oldukları suç niteliğindeki fiiller, kamu görevlisinin ağır kusuru ve kamu görevlilerinin kasıtlı işledikleri kusurlar ve hizmetle ilgisi olmayan kusurlar kişisel kusur türleri içerisinde değerlendirilmektedir⁵²².

3.1.2.2.2. Kusursuz Sorumluluk

İdarenin kusursuz sorumluluğu, adalet ve hakkaniyet gereği, bazı durumlarda idare hukuka uygun hareket etse dahi kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın idarenin sorumluluğu olduğunu ifade eder⁵²³. Anayasa m. 125 son cümlede bu durum “*İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.*” şeklinde ifade edilerek sorumluluk açısından kusur şartı aranmamıştır. Bu konuda risk ilkesi ve kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi olmak üzere iki ilke söz konusudur⁵²⁴. Risk ilkesi de teknik risk ve sosyal risk olmak üzere iki kategoride incelenebilir⁵²⁵.

⁵¹⁹ Gözler/Kaplan, s. 757, 758

⁵²⁰ Gözler/Kaplan, s. 758, 760; Sancaktar, s. 758; Gözübüyük, s. 353-354

⁵²¹ Anayasa Mahkemesi, E. 1974/42 K. 1975/62, 25.03.1975, Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, S. 13, s. 380

⁵²² Günday, s. 374-376; Pazarcı, s. 27-29; Sancaktar, s. 756; İdari yargılama usul kanununun 28. maddesinin 21 Şubat 2014 tarihli 6526 sayılı kanun değişikliğinden önceki halinde mahkeme kararlarının yerine getirilmemesi de kamu görevlisinin kişisel kusuru kabul edilmekteydi. Söz konusu düzenlemeye göre mahkeme kararının yerine getirilmemesi halinde idareye dava açılabilirdi gibi kamu personelinin şahsına karşı da tazminat davası açılabilirdi. 6526 sayılı kanunla getirilen değişiklik mahkeme kararının uygulanmamasından dolayı idare aleyhine dava açılacağını belirtmiştir. Gözler/Kaplan, s. 759

⁵²³ Pazarcı, s. 30; Duran, Lütfi, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, Sevinç Matbaası, Ankara, 1974, s. 47

⁵²⁴ Gözler/ Kaplan, s. 760, 761; Atay, s. 759-778

⁵²⁵ Atay, s. 762-776; Günday, s. 379-383

Kusursuz sorumluluğun kabul edildiği hallerde idarenin kusuru aranmayacağı için bu noktadaki ispat yükü de ortadan kalkmaktadır⁵²⁶. Dolayısıyla kusursuz sorumluluk hallerinde zararlar idarenin faaliyeti arasında illiyet bağının kurulması yeterlidir⁵²⁷. Kusursuz sorumluluk hallerinde idarenin hareketinin hukuka aykırı olması da gerekmez⁵²⁸.

3.1.2.2.2.1. Risk İlkesi

Risk ilkesi bünyesinde tehlikelilik barındıran birtakım faaliyetlerin zarara sebep olması durumunda bu zararlar faaliyet sahiplerinin, kusurlarına bakılmaksızın, sorumlu tutulması anlamına gelmektedir⁵²⁹. Söz konusu durumlarda zararlar faaliyet arasında illiyet bağı yeterli olup ayrıca kusur aranmamaktadır⁵³⁰. Danıştay'ın ifadeleriyle *“içinde hizmetin özelliğinden kaynaklanan risk bulunan faaliyetten dolayı gerek faaliyeti yürüten idare ajanlarının gerekse hizmetten yararlananların ya da üçüncü kişilerin uğradıkları zararların kusursuz sorumluluk ilkesine göre tazmini gerekmektedir”*⁵³¹.

3.1.2.2.2.1.1. Teknik Risk İlkesi

Teknik risk ilkesi idarenin yürüttüğü faaliyetin veya kullandığı araç-gerecin risk teşkil eder nitelikte olmasından kaynaklanan idarenin mali sorumluluğunu ifade eder. Örneğin bir nükleer santral işletmesi kurulduğunda bu santralin vereceği zararlar için niteliği gereği tehlikeli olması dolayısıyla idarenin kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın sorumluluğu olacaktır. *“... Bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetinden yararlananın zarara uğraması halinde, bu zararın tazmini, ancak idarenin ağır hizmet kusurunun varlığı halinde mümkün olabilecektir...”*⁵³² şeklindeki Danıştay kararında belirtildiği üzere sağlık hizmetleri de bünyesinde teknik risk barındıran işlerdendir. Ancak yine aynı kararda belirtildiği gibi bu gibi durumlarda kusursuz sorumluluk değil, ağır hizmet kusuru aranmaktadır⁵³³. Başka bir kararında Danıştay

⁵²⁶ Gözler/Kaplan, s. 761

⁵²⁷ Çınarlı, s. 256; Günday, s. 378

⁵²⁸ Gözübüyük, s. 304; Çınarlı, s. 256; Gözübüyük / Tan, s. 752

⁵²⁹ Eren; s. 14; Pazarcı, s. 32

⁵³⁰ Özay, İlhan, Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1996, s. 759; Pazarcı, s. 32

⁵³¹ Danıştay D. 10, E. 1996/3996 K. 1997/2544, Danıştay Dergisi, S. 95

⁵³² Danıştay 10. Daire, E.2000/227, K.2001/1241, T. 03.04.2001

⁵³³ Kan ürünlerinin kullanıldığı tıbbi müdahalelerde zararın kullanılan kan ürününden kaynaklanması halinde idarenin tehlikeli faaliyeti sebebiyle kusursuz sorumluluğunun söz konusu olduğu da kabul edilmektedir. Tıbbi müdahalede kullanılan kan dolayısıyla hastaya AIDS mikrobunun bulaşması bu duruma örnektir. Gözler/Kaplan, s. 698

“İdare hukukunun ilkeleri ve Danıştay’ın yerleşik içtihatlarına göre, zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumunda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı hallerde, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için; zararın, idarenin ağır hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir. Bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetinden yararlananın zarara uğraması halinde, bu zararın tazmini, idarenin ağır hizmet kusurunun varlığı halinde mümkün olabilir.”⁵³⁴

demıştır. Sağlık hizmetleri açısından teknik risk ilkesine başvurulması, röntgen cihazını kullanmakla görevli personelin verdiği bu hizmet dolayısıyla zarara uğraması durumunda söz konusu olabilecektir. Yani kusursuz sorumluluktan riskli hizmeti görmekle yükümlü kamu personeli yararlanır⁵³⁵.

Kamu hizmetinden yararlanan açısından sağlık hizmetinin riskli olması kusursuz sorumluluğu gerektirmez. Aksine, bu durumlarda idarenin zarardan sorumlu tutulabilmesi için ağır kusur aramaktadır. Danıştay sağlık alanında riskin yüksek olması nedeniyle kusursuz sorumluluğun kabul edilemeyeceği görüşündedir: *“Yapısında risk oranı yüksek sağlık hizmetleri nedeniyle idarenin hukuki sorumluluğunun kabulü ise, yürütülen hizmetin niteliği itibarıyla ancak hizmetin kusurlu işletildiğinin açık bir hizmet kusurunun bulunduğu saptanması halinde mümkündür”*⁵³⁶. Sağlık hizmetlerinin riskli olması hukuka uygun işlemlerden dolayı da kolayca zarar doğabilmesini ifade eder. İdarenin bütün önlemleri almış, tıbbın gerektirdiği bütün yükümlülükler yerine getirilmiş olmasına rağmen, özünde risk taşıyan tıbbi müdahalelerde nedensellik bağı kurulabilen zararların tazmininde ağır kusur aramak yerine kusursuz sorumluluğun uygulanması gerektiği de ileri sürülmektedir⁵³⁷. Ancak tıbbi müdahalenin tedavi garantisi verememesi Danıştay’ın bakış açısını haklı kılmaktadır. Sağlık hizmeti adına yapılan hemen hemen her işlem için ayrıca kişiye tazminat ödenmesi düşünülemez.

3.1.2.2.2.1.2. Sosyal Risk İlkesi

Sosyal risk ilkesi ise toplumsal faaliyetlerin potansiyel tehlikesinin devlete yükletilmesini ifade eder. Terör faaliyetlerinden doğan zararlar bu kapsamda değerlendirilebileceği gibi iç çatışma ortamlarının doğurduğu zararlardan da devletin sorumluluğu bulunmaktadır⁵³⁸. Sosyal risk kapsamında meydana gelen zararlardan dolayı

⁵³⁴ Danıştay 10. Daire, E.1999/3878, K. 2000/5131, T. 11.10.2000

⁵³⁵ Danıştay bir kararında, kamu görevlilerinin hizmet sırasında hizmet dolayısıyla uğradıkları zararın idarece karşılanması gerektiğine karar vermiş ve karara konu olayda davacının hastalığının kamu hizmetinden kaynaklandığının tespitinin üzerine idarenin tazminat yükümlülüğü olduğunu belirtmiştir. Danıştay 10. Daire, E. 1990/3640, K. 1992/3033, 16.06.1992; Hakeri, s. 414

⁵³⁶ Danıştay 10. D, 23.01.1986, 2696/73

⁵³⁷ Güran, s. 16; Hakeri, s. 783

⁵³⁸ Atay, s. 766-776; Günday, s. 381

idare tek sorumlu olarak görülmekte ve zararın tazminiyle yükümlü kılınmaktadır.⁵³⁹ Toplumsal bir faaliyete bağlı olan sosyal risk ilkesinin de tıbbi uygulama hataları açısından idarenin sorumluluğunu doğurması pek mümkün değildir.

3.1.2.2.2. Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik İlkesi

Kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi dediğimiz zaman idarenin hukuka uygun bir işlem veya eyleminden dolayı toplumdaki bazı bireylerin veya toplumun bir kesiminin uğradığı zararın denkleştirilmesi amacıyla idarenin sorumluluğu anlaşılmalıdır⁵⁴⁰. Örnek olarak, bir tren yolu yapılması durumunda tren yolunun yakınında bulunan konutların ekonomik değerinde yaşanacak ciddi düşüşü dengelemek için idarenin bu konutların maliklerine uygun miktarda ödeme yapması gerekliliği verilebilir⁵⁴¹.

3.2. Tıbbi Uygulama Hatalarının İdarenin Sorumluluğu Çerçevesinde İncelenmesi

Tıbbi müdahaleler kanunen yetkili kılınmış sağlık personelleri tarafından gerçekleştirilen tanı, tedavi ve korucuyu işlemlerin tümüdür⁵⁴². Tıbbi uygulama hatalarında sorumluluk belirlenirken bakılan idari bir fiilin bulunması şartı idari eylem olarak değerlendirilmelidir. Gerçek kişilerin somut fiilleri olan tıbbi müdahaleler idare hukuku açısından idari eylem kapsamında yer alırlar⁵⁴³. Buna bağlı olarak teşhis hatası, tedavi hatası gibi tıbbi uygulama hataları da idari eylem niteliğindedir⁵⁴⁴. Hekimlerin hastasını başarılı bir şekilde ameliyat etmesi idari eylem olduğu gibi ameliyat sırasında hasta vücudunda yabancı cisim unutması da idari eylemdir⁵⁴⁵. Sorumluluğa sebebiyet veren fiil idari eylem kapsamında yer aldığından söz konusu fiilin hukuka aykırı olması aranmaz⁵⁴⁶. Cerrahın sakarlığı veya teşhis hatası durumlarının hukuka aykırılık unsurunu taşımadığı ancak idarenin sorumluluğuna sebebiyet verdiği savunulabilir⁵⁴⁷.

Tıbbi müdahaleler sağlık hizmetinin temini adına gerçekleştirilen fiillerdir. Bu fiillerin hatalı icra edilmesi hizmetin gereklerinin yerine getirilememesi yani hizmet kusuru anlamına gelir. Danıştay da idarenin, tıbbi müdahalelerin tıbbi standartlara uygun

⁵³⁹ Pazarcı, s. 33

⁵⁴⁰ Günday, s. 382

⁵⁴¹ Atay, s. 776-778

⁵⁴² Çınarlı, s. 220

⁵⁴³ Gözler/Kaplan, s. 750

⁵⁴⁴ A.g.e.

⁵⁴⁵ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 303, 305

⁵⁴⁶ Gözler/Kaplan, s. 750

⁵⁴⁷ A.g.e.

olarak nicelik ve nitelik olarak yeterli personelle ve müdahalenin gerektirdiği dikkat ve özenin gösterilerek yapılmasını temin etmekle yükümlü olduğunu belirtmiştir ve söz konusu yükümlülüğün yerine getirilmemesinin ağır hizmet kusuru olduğunu ifade etmiştir⁵⁴⁸. Karara göre sağlık hizmetinin gereklerinin sağlanamaması ister hekimin kusurundan ister organizasyon kusurundan kaynaklansın, idarenin ağır hizmet kusuru kabul edilir.

Sağlık kamu hizmeti idarenin yetki ve sorumluluk alanındadır⁵⁴⁹. Sağlık hizmetine ilişkin bir durumda tespit edilen kusur doğrudan sağlık hizmetinin kusurudur. Ayrıca kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında idarenin sürekli olarak gözetim, denetim ve bakım yükümlülüğü vardır⁵⁵⁰. İdarenin denetim ve gözetim yükümlülüğünü yerine getirmemesi sebebiyle ruhsatlandığı özel hastanelerde meydana gelen tıbbi uygulama hatalarından da kamu hizmetinin gereği gibi sağlanamamasından dolayı hizmet kusuru dolayısıyla sorumluluğu vardır⁵⁵¹.

Hizmet kusuru “basit kusur” ve “ağır kusur” şeklinde derecelendirilmektedir⁵⁵². Danıştay, sağlık hizmetlerinin bünyesinde risk taşınması sebebiyle hizmetten yararlananların uğradıkları zararın tazmini için ağır hizmet kusuru aramaktadır⁵⁵³. Tıbbi uygulama hataları hastanın bilgilerinin alınmasından tedavi sonrası bakım hizmetlerine kadar bütün aşamalarda meydana gelebilen hatalardır⁵⁵⁴. Bu aşamaların hepsi bünyesinde risk barındırır nitelikte değildir. Dolayısıyla cerrahi operasyon kapsamında yer almayan bakım ve gözetim hizmetleriyle yan müdahaleler konusunda tıbbi uygulama hatası yapılması halinde ağır kusur aranmasına gerek olmadığı kabul edilmektedir⁵⁵⁵. Aydınlatma yükümlülüğü de hekimin tıbbi müdahalesinin hukuka uygunluğu için asli bir şart olmakla beraber tıbbi operasyon kapsamında yer almamaktadır. Buna göre aydınlatma yükümlülüğünün ihlâlinden doğan tıbbi uygulama hatalarında idarenin

⁵⁴⁸ Danıştay 10. Daire, E.1994/3258, K.1995/2379, 03.05.1995

⁵⁴⁹ Anayasa m. 56; Anayasa Mahkemesi, E. 2011/50 K 2013/30, karar tarihi 14.02.2013, RG. 25.06.2013, sayı 28688

⁵⁵⁰ Pazarıcı, s. 23

⁵⁵¹ Çınarlı, s. 230

⁵⁵² Çağlayan, s.573

⁵⁵³ Danıştay 10. Daire, E.2000/227, K.2001/1241, T. 03.04.2001

⁵⁵⁴ Polat, s. 31; Çınarlı, s. 220

⁵⁵⁵ Danıştay 10. Daire, E.2005/3719, K.2007/4316, T. 24.09.2007

tazmin yükümlülüğü için basit kusur yeterli olup ağır kusur aranmasına gerek duyulmamalıdır⁵⁵⁶.

Tıbbi müdahalenin tıbbi standartlara aykırı olarak yapılması veya gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesi sağlık hizmetinin kötü işlemesi anlamına gelmektedir⁵⁵⁷. Danıştay da bu duruma ilişkin bir olayda tıbbi standartlara ilişkin uygulamaların yapılmamış olmasının tıbbi eksiklik olduğunu belirtmiş ve bu durumun hizmet kusuruna sebep olduğuna karar vermiştir⁵⁵⁸. AYİM de hekim hatası ve yanlış tedavi nedeniyle meydana gelen sakatlanmada idarenin hizmet kusuru bulunduğunu ifade etmektedir⁵⁵⁹.

Aydınlatma yükümlülüğü ihlalleri de kamu hizmetinin kötü işlemesi olarak değerlendirilmektedir. Danıştay kararına konu olan bir olayda hastaya uygulanan penisilin tedavisi sonucunda alerjik reaksiyon oluşmuş ve nihayetinde hasta %90 beyin faaliyetlerini kaybetmiş vaziyette taburcu edilmiştir. Hastaya müdahale öncesi penisilin alerjisi olup olmadığı sorulmuş ve olmadığı yönünde cevap alınmıştır. Müdahale öncesi test dozajı uygulanmış ve alerjik reaksiyon alınmamıştır. Bilirkişi raporlarında söz konusu alerjik reaksiyonun öncesinde ve test uygulamasında meydana gelmemesine rağmen tedavi sırasında meydana gelebilecek bir komplikasyon olduğu belirtilmiştir. Danıştay tedavinin uygulanmasında bir kusur bulunmamasına rağmen riski önceden bilinen komplikasyon durumu için hastaya aydınlatma yapıp bu konuda ayrıca rızasının alınmamış olmasını kamu hizmetinin kötü işlemesi olarak değerlendirmiş ve hizmet kusuru sebebiyle idarenin sorumluluğuna hükmetmiştir⁵⁶⁰.

Kamu hizmetinin geç işlemesi de hizmet kusurudur. Danıştay da derhal ameliyat edilmesi gereken hastanın ilgisizlik yüzünden geç ameliyat edilmesi ve neticesinde apandisit patlaması sonucu hastanın ölümüne sebep olunmasında hizmet kusurunun bulunduğu karar vermiştir⁵⁶¹.

⁵⁵⁶ Gökcan, s. 1381

⁵⁵⁷ Hakeri, s. 418-419

⁵⁵⁸ Danıştay 15. D, 18.09.2013, Gökcan, s. 1462; Hakeri, s. 809

⁵⁵⁹ AYİM D. 2, E. 1985/225, tarih 30.12.1985

⁵⁶⁰ Danıştay 15. Daire, E. 2016/2124, K. 2017/665, 14.02.2017

⁵⁶¹ Danıştay D. 12, E. 1968/2468, 25.12.1968

Sağlık hizmetlerinin yürütülmesi konusunda idarenin takdir yetkisi bulunmamaktadır, dolayısıyla bu konuda hizmet verilmemiş olması hizmet kusuru oluşturmaktadır⁵⁶². Doktrinde acil bir durum bulunmamasına rağmen yapılan tıbbi müdahalede aydınlatma yükümlülüğünün ihmal edilmesi, acil müdahale için gerekli ilaçların bulundurulmaması nedeniyle ilaçların uygulanamayışı gibi durumlarda hizmetin hiç işlemediğinin kabul edilebileceği savunulmuştur⁵⁶³. Standartlarına göre mevcut olması gerekirken ilgili sağlık kuruluşunda kan tahlili yapılmıyor olması da Danıştay tarafından hizmet kusuru olarak değerlendirilmiştir.⁵⁶⁴

Tıbbi uygulama hataları konusunda idarenin kusursuz sorumluluğu kabul edilmemektedir⁵⁶⁵. Danıştay da böbrek ameliyatı sırasında yapılan iğne sonucu hastanın ayağında %40 sakatlığın meydana geldiği olayda, sağlık hizmetlerinde kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanamayacağını ifade etmiştir⁵⁶⁶. Ancak bu durumun istisnası olarak Danıştay tıbbi müdahalede kullanılan teknik malzemenin arızası sebebiyle ortaya çıkan zararlarda idarenin kusursuz sorumluluğunu kabul etmiştir⁵⁶⁷. Olayda ameliyat masasındaki ısıtıcının arızası sebebiyle hasta çocuğun vücudunda yanıklar meydana gelmiştir. Danıştay söz konusu davada zararı meydana getiren olayın idareye atfı kabul olduğundan idarenin kusursuz sorumluluğunun mevcut olduğunu belirtmiştir. Fransız Danıştay'ının vermiş olduğu kararlardan hareketle doktrinde kan nakli gibi kan ürünlerinin kullanılmasından kaynaklanan zararlarda ve akıl hastasının topluma kazandırılması amacıyla yapılan deneme çıkışlarında idarenin kusursuz sorumluluğunun bulunduğu savunulmaktadır⁵⁶⁸.

Hekimin uzmanlık gerektiren bir konuda kendi uzmanlık alanı olmamasına rağmen müdahalede bulunması yetki aşımı sebebiyle kişisel kusur olarak değerlendirilmektedir ve bu tür durumlarda meydana gelen zarardan hekimin bizzat sorumlu olacağı savunulmaktadır⁵⁶⁹. Yetki aşımının bariz olmaması halinde ise idarenin

⁵⁶² Sancaktar, s. 748

⁵⁶³ Sancaktar, s. 749

⁵⁶⁴ Danıştay 15. D. E. 2014/3990 K. 2014/3507, T. 07.05.2014

⁵⁶⁵ Çınarlı, s. 257, 258

⁵⁶⁶ Danıştay 10. D. E. 1999/3878 K. 2000/5131, T. 11.10.2000

⁵⁶⁷ Danıştay 10. D. E. 9232 K. 2720, T. 18.05.2007

⁵⁶⁸ Gözler/Kaplan, s. 764; Çınarlı, s. 257, 258

⁵⁶⁹ Hakeri, s. 231

sorumluluğuna gidilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁵⁷⁰. Kanaatimizce kişisel kusurun hizmetten mutlak olarak ayrılmadığı durumlarda zarardan idarenin sorumlu olması ve sağlık hizmetleri üzerinde idarenin denetim ve gözetim yükümlülüğü bulunması sebebiyle söz konusu yetki aşımı hallerinde de idarenin sorumluluğuna gidilmesi gerekir.

İdarenin sorumluluğunun söz konusu olduğu durumlarda bir diğer önemli mesele mevcut sorumluluğa karşı hukuki başvuru yollarının neler olduğudur. Bu kapsamda hangi mercilere hangi koşullarda başvurulabileceğinin incelenmesi gerekir.

3.3. İdarenin Tıbbi Uygulama Hatalarından Doğan Zararlara Karşı Yargısal Başvuru Yolları

İdarenin sorumluluğu mevcut zararın giderilmesi amacını taşıdığı gibi idarenin hukuk çerçevesinde hareket etmesini sağlayacak bir denetim amacı da tařır⁵⁷¹. Söz konusu denetim mekanizması idare aleyhine açılan tazminat davaları olan tam yargı davalarıdır⁵⁷².

Tıbbi müdahaleler somut fiil şartını taşıdıklarından idari eylem niteliğindedir. İdari eylemlere karşı açılan tam yargı davalarında idari eylemin idari bir işleme (karara) dayanıp dayanmaması önem arz eder⁵⁷³. şöyle ki, idari işleme dayanan idari eylemlerden zarar gören kimseler bu zararlarını gidermek için İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) 12. maddesinde göre doğrudan doğruya dava açabilirken salt idari eylemden zarar görenler doğrudan doğruya dava açamaz⁵⁷⁴. Salt idari eylemden zarar görenlerin İYUK madde 13 gereği zararlarını tazmin etmek için öncelikle ilgili idareye zararın öğrenildiği tarihten itibaren bir yıl ve her halde zararı meydana getiren olayın gerçekteştiği tarihten itibaren beş yıl içerisinde başvuruda bulunmaları gerekir⁵⁷⁵. Bu zorunlu başvurunun amacı idarenin zararı gidermesi halinde dava açılmasına gerek kalmamasını sađlamaktır⁵⁷⁶.

⁵⁷⁰ Kızılyel, Serkan, "İdarenin Sağlık Hizmetinden Doğan Tazminat Sorumluluğu", Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 2008, s. 210

⁵⁷¹ Çatak Irız, s. 77

⁵⁷² A.g.e.

⁵⁷³ Kalabalık, Halil, İdari Yargılama Usulü, Sayram Yayınları, Konya, 2013, s. 198

⁵⁷⁴ A.g.e.

⁵⁷⁵ Çatak Irız, s. 96; Kalabalık, s. 198; Akyılmaz / Sezginer / Kaya, s. 304; Çınarlı, s. 297

⁵⁷⁶ Çatak Irız, s. 95

Tıbbi uygulama hataları genellikle salt idari eylemlerdir. Dolayısıyla bu tür durumlarda doğrudan doğruya dava açılamaz⁵⁷⁷. Söz konusu başvurunun yapılmadığı durumlarda dava idari mercii tecavüzü dolayısıyla reddedilir ve dava dilekçesi ilgili idareye tevdi edilerek gerekli başvurunun yapılmış olması sağlanır (İYUK m. 14/3-b, 15/1-e)⁵⁷⁸.

Açılacak olan tam yargı davasında görevli mahkeme Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun'un⁵⁷⁹ (2576 sayılı kanun) 5/1-b maddesi gereği idare mahkemeleridir. Yetki belirlemesi ise tıbbi müdahalenin gerçekleştirildiği yer mahkemesi olarak yapılır (İYUK m. 36/b). Kürtaj operasyonu sonucunda hastanın rahminin delinmesi suretiyle davacının zarara uğradığı olayda Danıştay yetkili mahkemenin zararı meydana getiren eylemin gerçekleştirildiği yer mahkemesi olduğuna karar vermiştir. Olayda hasta Giresun'da hastaneye başvurmuş, ceninin ölü olduğunun tespiti üzerine kürtaj kararı alınmıştır. Yapılan iki müdahaleden netice alınamayınca hasta Trabzon'a sevk edilmiş, burada gerçekleştirilen müdahale hastanın rahminin delinmesiyle sonuçlanmıştır. Danıştay da rahmin delinmesi Yüksek Sağlık Şurası raporunca Trabzon'da gerçekleştirilen müdahale sonucunda meydana geldiği belirtildiğinden yetkili mahkemenin Trabzon İdare Mahkemesi olduğuna karar vermiştir⁵⁸⁰.

Tam yargı davalarında genel ehliyet şartlarının yanında⁵⁸¹ dava açacak kişinin kişisel haklarının doğrudan muhtel olması aranmaktadır (İYUK m. 2/1-b). Tıbbi müdahale sonucu zarar gören kişinin davayı bizzat açması gerekir⁵⁸². Ölümle sonuçlanan tıbbi uygulama hatalarında ölenin mirasçılarının veya yakınlarının dava açma ehliyeti kabul edilmektedir⁵⁸³. Bedensel zarar boyutunda kalan zararlar için yakınlarının dava açma ehliyeti genel olarak kabul edilmemekle birlikte istisnai olarak yakınların kendi adlarına tazminata hakkının olabileceği durumlarda ehliyetin varlığı kabul

⁵⁷⁷ Çatak Irız, s. 94

⁵⁷⁸ Danıştay 10. D. E. 2000/92 K. 2001/3861, T. 12.11.2001

⁵⁷⁹ R.G. 17580, 20.01.1982

⁵⁸⁰ Gökcan, s. 1361

⁵⁸¹ Genel dava ehliyeti olarak ilgilinin dava açabilmek için Medeni Kanun (MK) m. 8 (hak ehliyeti) ve m. 9 (fiil ehliyeti) kapsamında hak ve fiil ehliyetine sahip olması gerekir. Çınarlı, s. 298

⁵⁸² Çınarlı, s. 298

⁵⁸³ Çatak Irız, s. 100; Çınarlı, s. 298

edilmektedir⁵⁸⁴. Kişilik haklarına ilişkin zararlar için açılan tam yargı davalarında ise manevi tazminat talebini yalnızca zarar görenin kendisinin yapabilir⁵⁸⁵.

Tıbbi uygulama hatalarından doğan zararlarda dava açma süresi altmış gündür (İYUK m. 7). Ancak bu süre zarar doğan idari eylemin gerçekleştirilmesiyle başlamaz⁵⁸⁶. Mevcut zararın tazmin edilmesi için öncelikle idareye başvuruda bulunulması gerekir. Belirtildiği üzere İYUK m. 13'te yer alan idareye başvuru süresi zararın öğrenilmesinden itibaren bir yıl ve her halde idari eylemin gerçekleştirilmesinden itibaren beş yıldır. Bu süreler dava açma süresi değil idareye başvurma süresidir⁵⁸⁷. Yapılan başvurunun ardından idarenin altmış günlük cevap verme süresi başlar (İYUK m. 13). İdarenin altmış günlük süre içerisinde istemi tamamen ya da kısmen reddetmesi halinde cevabın tebliği tarihinden itibaren, altmış gün içerisinde cevap verilmemesi halinde ise altmışıncı günün dolmasından itibaren dava açma süresi olan altmış gün işlemeye başlar (İYUK m. 7, 13). Danıştay kararına konu olan bir olayda hasta 1996 yılında geçirmiş olduğu bir kaza neticesinde hastaneye başvurmuş ve göz muayenesi olmuştur. Yapılan muayenede teşhis konulamamış, zaman içerisinde hastanın göz rahatsızlıklarının artması sebebiyle birçok kez aynı kuruma başvurulmuş ancak tedavi olunamamıştır. En son 2002 yılında ameliyatla hastanın göz alınmış ve bunun üzerinde hasta uğramış olduğu zararın tazmini için mahkemeye başvurmuştur. Danıştay kararında ilgilinin zararını idareden azami beş yıl içerisinde talep etmeye mecbur olduğunu belirtmiş ve bu sürenin zarar verici eylemin gerçekleştiği tarihten başlayacağını ifade etmiştir. Sürenin başlangıcı olarak zararın tamamlanması gerektiğini belirten Danıştay zararın her ne kadar 1996 yılında sağlık hizmetinin yerine getirilememesinden kaynaklandığını belirtse de zararın tamamlanmasını 2002 yılında gerçekleştirilen müdahale olarak görmüş ve beş yıllık sürenin bu tarihten başlayacağına karar vermiştir⁵⁸⁸.

Danıştay zararın öğrenilmesinden itibaren başlayan bir yıllık sürenin salt olarak zararın öğrenilmesinden itibaren başlamayacağını, sürenin başlaması için zararın idariliğinin de öğrenilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Bu konuyla ilgili karara konu

⁵⁸⁴ Çatak Irız, s. 100, 101; Kalabalık s. 200, 201

⁵⁸⁵ Çatak Irız, s. 101, 102

⁵⁸⁶ İYUK m. 12 gereği idari işleme dayalı idari eylemlere karşı doğrudan doğruya tam yargı davası açılabileceği için bu hallerde altmış günlük dava açma süresi idari eylemin gerçekleştirilmesiyle başlar.

⁵⁸⁷ Çınarlı, s. 297

⁵⁸⁸ Danıştay 10. D, E. 2004/2931 K. 2006/7287, T. 20.12.2006

olayda hasta eline batan cam kırıkları sebebiyle hastaneye başvurmuş, yapılan müdahale sonucunda cam kırıkları temizlenmiş ancak 3 cm boyunda 2 cm kalınlığında bir cam parçası elin içerisinde unutulmuştur. Hasta müdahaleden sonra da elini kullanamaması üzerine başka bir hastaneye başvurmuş ve 10.10.2006 tarihinde önceki müdahalede parça unutulduğu tespit edilerek unutilan parça alınmıştır. Bu durum hakkında hasta ilk müdahaleyi yapan doktor aleyhine suç duyurusunda bulunmuş ve yapılan ceza yargılaması sonucunda 02.11.2010 tarihinde hekimin suçlu olduğuna karar verilmiştir. Ceza mahkemesinin vermiş olduğu bu karar sonrasında hasta doktor aleyhine 15.12.2010 tarihinde asliye hukuk mahkemesinde tazminat davası açmıştır. Asliye hukuk mahkemesi 11.09.2012 tarihinde davayı husumet yokluğu nedeniyle reddetmiştir. Hasta ret kararı üzerine 30.07.2013 tarihinde idareye zararının giderilmesi için başvuruda bulunmuş başvurunun reddi üzerine de 25.11.2013 tarihinde idare mahkemesinde dava açmıştır. Danıştay söz konusu olayda davacının zararın idari olduğunu öğrendiği tarihin asliye hukuk mahkemesinin ret kararının kesinleştiği tarih olan 11.09.2012 olduğunu kabul etmiş ve buna bağlı olarak 30.07.2013 tarihinde yapılan idareye başvuru süresinin bir yıllık süreyi geçmediğine, davanın süreden reddinin hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir⁵⁸⁹. Kanaatimizce her ne kadar zararın öğrenilmesinden itibaren başlayan bir yıllık sürenin dolmadığı olayda kabul edilebilecek olsa da idari eylemin 10.10.2006 tarihinde gerçekleştirilmiş olması ve idareye 30.07.2013 tarihinde başvuru yapılmış olması sebebiyle İYUK m. 13'te "*her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde*" şeklinde belirtilen beş yıllık azami başvuru süresinin dolmuş olduğu göz önünde bulundurulmalıdır.

İdare mahkemelerinde açılan tam yargı davalarında davalı sıfatı ilgili idarenin üzerindedir. Tüzel kişiliği haiz, idari işlemi gerçekleştiren ilgili idareye karşı dava açılır⁵⁹⁰. Bu sebeple idari yargıda açılan davalarda davalı kişi tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren veya tıbbi uygulama hatasına sebebiyet veren sağlık personeli değil, zararlı ilgili uyumsuzluğu çözmeye idari olarak yetkili⁵⁹¹ olan makamdır⁵⁹². Uyuşmazlığı

⁵⁸⁹ Danıştay 15. D, 3397/4201, T. 23.05.2014; Gökcan, s. 1362

⁵⁹⁰ Çatak Irız, s. 111

⁵⁹¹ Mahkemelerdeki uyumsuzluk çözümü idari çözüm yolu değil yargısal çözüm yoludur ve dolayısıyla mahkemeler yargısal başvuru mercileridir.

⁵⁹² Çatak Irız, s. 95; Kalabalık 201; Husumetin yanlış gösterilmesi davanın reddi sebebi değildir. İYUK m. 15/1-c hükmü gereği mahkeme davayı gerçek hasma tebliğ eder.

çözmeye yetkili makam ise İYUK m. 13’te belirtilen zorunlu başvuru makamı olan, idari eylemi gerçekleştiren kurumun en yüksek idari yapısıdır⁵⁹³. Örneğin kamu ve özel hastaneler için Sağlık Bakanlığı davalı sıfatını taşıyan üniversite hastanelerinde davalı ilgili üniversitenin rektörlük makamıdır.

⁵⁹³ Çınarlı, s. 299

SONUÇ

Sağlık insan için en önemli değerlerden biridir ve çoğu zaman her türlü ekonomik değerden üstün görülmüştür. Ancak sağlık kavramı tarihte her zaman ve her yerde aynı anlamda kullanılmamıştır. Günümüzde sağlık kişinin fiziki, sosyal, ruhsal ve ekonomik yönden iyilik hali içerisinde bulunması olarak değerlendirilmektedir. Sağlığın hastalığın bulunmaması olarak anlaşıldığı dönemde dahi toplumlar arasında neyin hastalık olarak değerlendirilip değerlendirilmediği konusunda farklılıklar bulunmaktadır. Bugün ise insanların toplum içerisindeki sosyal becerileri, psikolojik durumları, ekonomik yeterlilik düzeyleri sağlık kapsamı içerisinde değerlendirilmeye başlanmıştır. Sağlığın bu şekilde anlaşılması sebebiyle bir insanın sağlıklı olarak değerlendirilmesi için vücudunda bir hastalık, sakatlık veya rahatsızlığının bulunmamasını yeterli değildir. Sağlıklı bir insanın sosyal ilişkilerinde başarılı, stresten, dert ve tasadan uzak, geçim sıkıntısına düşmeden mutlu bir şekilde yaşayabileceği ekonomik gelir düzeyine sahip olması gerektiği anlayışı yerleşmektedir. Hatta çevre sağlığı da bireyin sağlığı için bir ön koşul olarak değerlendirildiğinden içinde yaşanılan ortamın da insan sağlığına elverişli olması gerekir. Bu elverişlilik durumu içilebilir su kaynaklarına sahip olmak gibi temel bir düzeyde değerlendirilebileceği gibi kişinin ruh sağlığı için uygun olması açısından çevrenin ferah, iç açıcı, güzel bir ortam olması şeklinde daha kapsamlı ve pek çok açıdan subjektif olarak da değerlendirilebilir. Sağlık kavramının içeriğine ilişkin söz konusu genişleme sağlık hakkının çerçevesini çizmeyi ve buna bağlı olarak da devletin bu hak karşısındaki yükümlülüğünü belirlemeyi oldukça zorlaştırmaktadır.

Sağlık temel bir insan hakkı olarak değerlendirildiğinden dolayı devlete tanıma, koruma ve gereğini yerine getirme yükümlülüklerini yüklemektedir. Tanıma yükümlülüğü kapsamında ülkemizde gerekli düzenlemeler yapılmıştır. Anayasa'da temel bir hak olarak sağlık hakkına yer verilmiş ve uluslararası anlaşmaların hukuki geçerliliğinin düzenlenmesiyle bu durum pekiştirilmiştir. Ayrıca hakkın içeriğinin belirlenmesi noktasında da uluslararası anlaşmalar belirleyici niteliktedir. Koruma yükümlülüğü kapsamında ise hukuki korumayı ceza kanunları getirmiş olup emniyet teşkilatı ve yargı sistemiyle bu durum fiziki olarak da güvence altına alınmıştır. Gereğini yerine getirme yükümlülüğü ise devletin, bireylerin sağlık hakkını yaşayabilmesini

mümkün kılması anlamına gelmektedir. Bu kapsamda devlet aktif olarak sağlık hizmetlerini yerine getirmekle yükümlüdür.

Sağlık hizmetleri temel bir insan hakkı olan sağlık hakkı karşısında devletin bir yükümlülüğü olduğu için ülke içerisinde yer alan her bireye bu hizmetlerin sağlanabilmesi gerekmektedir. Hiç kimse sağlık hakkından ve sağlık hizmetlerinden yararlanmaktan mahrum bırakılamaz. Ancak verilecek olan sağlık hizmetinin niteliği devletin ekonomik gücüyle orantılıdır. Devletin her mahalleye bir hastane açması pratik olarak beklenemez, duruma göre köylere sağlık ocaklarının açılması ve gerekli hallerde sevk yapılabilmesi için daha yüksek nitelikli hastanelere ulaşım imkanının sağlanması yeterli olabilmektedir. Aynı şekilde yüksek teknoloji ürünü sağlık ekipmanları her zaman, her yerde erişilebilir olmayabilir. Ekonomik gücü doğrultusunda devletin bütün vatandaşlar için mümkün olan en iyi sağlık hizmetini temin etmesi gerekmektedir. Bu sebeple mevcut imkanlar kullanıldığı halde yerine getirilemeyen sağlık hizmetlerinden idare sorumlu olmayacaktır.

Sağlık hizmetlerinin en önemli noktası tıbbi müdahalelerdir. Sağlık hakkının üçüncü kişilere karşı korunması adına insan vücuduna müdahalede bulunulması hukuken yasaklanmıştır. Sağlık hizmetinin yerine getirilebilmesi için ise yasaklanan bu müdahalelere hukuka uygunluk şartları getirilmiştir. Dolayısıyla hukuka uygunluk şartlarını sağlamayan tıbbi müdahaleler tıbbi uygulama hatası oluştururlar ve sorumluluk gerektirirler. Karşılaşılma sıklığı sebebiyle çalışmada başlıca tıbbi uygulama hatası türlerine değinilmiştir. Tıbbi uygulama hatalarının neler olduğunu tek tek saymak teknik olarak mümkün değildir. Bu konuda yapılan açıklamalar tıbbi uygulama hatası kavramının somutlaştırılması adına yapılmıştır. Dolayısıyla hukuka uygunluk şartlarının sağlanamadığı bütün tıbbi müdahaleler birer tıbbi uygulama hatasıdır.

Tıbbi müdahalenin kanunen yetkili kişi tarafından yapılması gerekir. Hukuk düzeni tıbbi müdahaleyi yapacak kişinin bu konuda ehil olmasını aramaktadır. Genel olarak hekimlik şartı diye değerlendirebileceğimiz bu koşul tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek kişinin yapacağı müdahale ile ilgili gerekli bilgi ve beceriye sahip olması anlamına gelmektedir.

Yetkili kişinin gerçekleştirdiği tıbbi müdahalenin teşhis, tedavi veya koruma amacına yönelmesi gerekir. Bu üç amaç dışında bir amaçla tıbbi müdahalede bulunulması tıbbi uygulama hatası oluşturur. Bireylerin sağlığını korumak amacıyla kişinin vücuduna müdahalede bulunulması yasaklanmıştır, bu sebeple söz konusu müdahalelere cevaz verilmesi ancak kişinin sağlığı için faydalı olması halinde olabilir. Kişinin sağlığına bir yarar sağlama amacı olmayan tıbbi müdahaleler hukuka aykırıdır. Ancak teşhis gibi, yapılan müdahale kişinin sağlığını doğrudan doğruya iyileştirmese dahi dolaylı olarak bu amacı güdebilir.

Teşhis, tedavi veya koruma amacına yönelik olarak yapılan tıbbi müdahalelerin hastanın menfaatine göre belirlenmesi gerekir. Hastanın menfaati sağlık konusundaki menfaatler olarak değerlendirilmelidir. Yapılan tıbbi müdahalenin hastanın sağlığına doğrudan ya da dolaylı bir olumlu etkisi bulunmalı, yani yapılan müdahale tıbben gerekli olmalıdır. Tıbbi bir gerekliliğin bulunması bir hukuka uygunluk şartıdır. Aynı zamanda tıbbi gerekliliğin bulunmadığı hallerde müdahalenin gerçekten teşhis, tedavi veya koruma amacına yönelik olduğunu söylemek de güç olacaktır.

Yapılan tıbbi müdahalenin hukuka uygun olmasının bir diğer şartı da aydınlatılmış onamın alınmasıdır. Tıbbi müdahalenin hastanın rızasına dayanması gerekir. Belirlenen diğer hukuka uygunluk şartlarının gerçekleşmesi halinde tıbbi müdahalenin yapılabilmesi için söz hakkı hastadadır. Hasta kendi vücudu hakkında karar alma yetkisini elinde bulundurduğundan dolayı hastanın rızası olmaksızın yapılan müdahaleler hukuka aykırı olurlar. Çalışmada da incelendiği üzere buradaki önemli hususlardan biri hastanın aydınlatılmasıdır. Hasta kendi vücudu hakkında karar alma yetkisine sahiptir ancak bu yetkiyi kullanabilmesi için hakkında karar alacağı konunun önemli noktalarını bilmesi gerekir. Hastanın gerekli bilgilere sahip olmadığı kabul edildiğinden hekimlere hastayı aydınlatma yükümlülüğü yüklenmiştir. Bu yükümlülüğün bilincinde bir hekimin ise hastaya gerekli bilgileri aktarması ve hastanın vereceği karara saygı göstermesi gerekir. Muayene olmaya gelmiş herhangi bir hastanın her koşulda mutlak olarak tedaviyi istediği ve buna rıza gösterdiği düşüncesiyle hareket edilmemelidir. Aydınlatma öncesinde hastanın hukuken geçerli bir rıza vermeye elverişli bilgisinin bulunmadığının kabul edildiği unutulmamalıdır. Hasta yapılan aydınlatma sonucunda içinde bulunduğu durumu, yapılması planlanan tıbbi müdahaleyi ve

müdahalenin yapılmasının ve yapılmamasının sonuçlarını öğrendikten sonra müdahalenin yapılmasını isteyip istemediğine karar verecektir. Henüz bu aşamaya gelip de rızası alınmamış hastaya karşı, tedavi olmak istemiyorsa neden doktora geliyor şeklinde bir yaklaşım sergilenmemelidir. Ayrıca unutulmamalıdır ki kişinin rızası yapılan tıbbi müdahalenin hukuka uygun olmasının tek şartı değildir. Hekim olmayan birisinin tıbbi müdahalede bulunmasına hastanın rıza göstermesi söz konusu müdahaleyi hukuka uygun hale getirmez.

Yapılan müdahalenin tıbbi standartlara uygun olması da bir hukuka uygunluk şartıdır. Tıbbi standart kavramı sağlık hizmetlerinin ve tıp biliminin dinamik yapısının bir sonucudur. Sağlık hakkının içeriğinin belirlenmesinin güçlüğü hangi müdahalelerin tıbbi kabul edilip hukuka uygunluğunun sağlanabileceğini belirlemeyi de zorlaştırmaktadır. Aynı zamanda tıp biliminin hızlı ilerleyişi de hukuki düzenlemelerin güncel tıbbi bilgilere yetişmesini zorlaştırmaktadır. Dolayısıyla müdahalenin yapıldığı sırada bu müdahalenin sağlık hakkının kapsamında olup olmadığının, müdahalenin tıbbi kabul edilip edilemeyeceğinin ve müdahalenin ne şekilde gerçekleştirilmesi gerektiğinin somut olarak önceden belirlenmiş olması mümkün değildir. Bu sebeple gerek genel anlamda sağlık anlayışının kapsamı olsun gerek özel olarak uygulanan müdahalenin şartları olsun bakılması gereken husus tıbben kabul görmüş olan yaklaşımdır. Bir müdahalenin tıbben kabul görmüş olması standart haline gelmesi demektir. Tıbbi standartların belirlenmesinde amaç hastanın sağlığını korumak ve alınan riskleri en aza indirmektir. Ayrıca tıbbi standart hekimlere de güven içerisinde hareket edebilecekleri bir alan oluşturmaktadır. Ancak bunun ötesinde bir müdahalenin tıbbi standartların dışına çıkılarak gerçekleştirilmesi mutlak olarak müdahalenin hukuka aykırı olduğu anlamına gelmez. Riskin meydana gelmemesi halinde tıbbi standartların dışına çıkılması sorumluluk gerektirmez. Yeni geliştirilen ve standart haline gelmemiş müdahalelerin de uygulanmasını haklı kılan sebeplerin bulunması halinde bu uygulamalar da barındırdıkları risk gerçekleşse bile hukuka uygun kabul edilirler.

Tıbbi müdahalelerin söz konusu şartları taşıyıp taşımadığı somut olaya göre değerlendirilir. Ayrıca hukuka uygunluk sebebi olarak zorunluluk hali de unutulmamalıdır. Zorunluluk halinin varlığı yani acil bir durum içerisinde müdahalenin gerçekleştirilmesine mecbur kalınması sayılan diğer hukuka uygunluk şartlarının

eksikliğini tamamlayıcı nitelik taşıyabilir. Hekimin bulunmadığı bir yerde hastayı hayatta tutacak kadar bir ilk yardım girişiminde bulunulması, bilinci kapalı hastaya rızası alınmadan tıbbi müdahalede bulunulması, hastanın daha nitelikli bir hastaneye gönderilmesi için yeterli sürenin bulunmaması sebebiyle yetersiz ekipmanla tıbbi müdahalede bulunulması gibi durumlar bu kapsamda hukuka uygun hale gelebilir.

Tıbbi uygulama hataları hukuka aykırı fiillerdir ve sorumluluk gerektirirler. Sorumluluk kavramı genel olarak hukuki sorumluluk ve cezai sorumluluk olmak üzere iki başlık altında incelenebilir. Tıbbi uygulama hataları hekimlerin tazminat sorumluluğunu veya cezai sorumluluğunu doğurabilir. İdarenin sorumluluğu ise yalnızca hukuki sorumluluktur. İdare tıbbi uygulama hatalarından doğan zararları karşılamakla yükümlüdür.

İdarenin sorumluluğu fiilin, zararın, kusurun ve zarar ile fiil arasında illiyet bağının varlığına bağlıdır. Bir tıbbi uygulama hatası meydana geldiğinde ortaya çıkan zararlar yapılan müdahale birbirine bağlanabildiği ölçüde söz konusu şartların hepsi sağlanmış olur. Tıbbi müdahalelerde idarenin kusursuz sorumluluğu kabul edilmemekte ve tazminat yükümlülüğü için hizmet kusurunun varlığı aranmaktadır. Tıbbi müdahalede hukuka uygunluk şartlarının sağlanamayarak hata yapılması hizmet kusuru şartını sağlamaktadır. Bu sebeple idarenin kusursuz sorumluluğunun aranması da gerekmemektedir. İdarenin sorumluluğu için aranan kusur hizmete ilişkin kusurdur. Dolayısıyla hekimin kusuru bulunmasa dahi kamu hizmetindeki aksaklık veya yanlışlık sebebiyle idarenin sorumluluğu mevcuttur. Hekimin kusurunun bulunduğu durumlarda ise hizmet kusuru vardır ve kamu hizmeti söz konusu öncelikli olarak idarenin sorumluluğunu doğurur. Bu durumun istisnası olarak hekimin, idareye yüklenemeyecek kadar ağır bir kusurunun bulunması halinde kendi kişisel kusurundan dolayı şahsi sorumluluğunun doğabileceği kabul edilebilir. Yalnız söz konusu kusurun idareye yüklenemeyecek nitelikte olması neredeyse imkansızdır. Sağlık hizmetleri teşkilat yapısının sağlık bakanlığı tarafından tek elden planlanması, sağlık hizmetlerinin yürütülmesi sırasında pek çok personelin aktif rol oynaması, tıbbi müdahaleyi yalnızca kanunla yetkilendirilmiş kişilerin yapabilmesi, hastanelerin ve sağlık sisteminin işleyiş biçimi bir bütün olarak düşünüldüğünde idarenin her aşamada denetim ve gözetim yükümlülüğü ve aktif bir faaliyetinin yer aldığı görülür. Dolayısıyla idare hekimin

kusurunu önlemekle yükümlüdür ve önleyemediği takdirde sorumluluk öncelikli olarak idarededir. Yıllardır düzgün hizmet vermekte olan bir hekimin idarenin bütün hassasiyetine rağmen husumeti olduğu bir hastasına saldırarak hastanın ölümüne sebebiyet vermesi gibi uç bir örnekte kusurun artık belki idareye yüklenemeyecek boyutlara ulaştığı savunulabilecek olmakla beraber böyle bir durumda tıbbi müdahaleden ve dolayısıyla tıbbi uygulama hatasından bahsedilemeyecek olmasına dikkat etmek gerekir. Dolayısıyla tıbbi uygulama hatalarının söz konusu olduğu durumlarda idare hizmet kusuru sebebiyle meydana gelen zararı tazmin etmekle yükümlüdür.



Kaynakça

- Akdur, Recep: Halk Sağlığı, Antıp, Ankara, 1998
- Akdur, Recep: “Türkiye’de Sağlık Hizmetleri ve Avrupa Topluluğu Ülkeleri ile Kıyaslanması”, Ankara, 1999.
- Akyılmaz, Bahtiyar / Sezginer, Murat / Kaya, Cemil: Türk İdare Hukuku, Savaş Yayınevi, 10. Baskı, 2019, Ankara.
- Akyılmaz, Bahtiyar: “Türkiye’de İdarenin Mali Sorumluluğu” (Profesörlük Çalışması), Konya, 2004.
- Akyılmaz, Bahtiyar: “Kamu Görevlilerinin Üçüncü Şahıslara Vermiş Oldukları Zararlardan Doğan Mali Sorumluluk”, Konya, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 1991.
- Akyıldız, Sunay, “Tıbbın Uygulanmasından Doğan Tazminat Davaları ve Temel Unsurları”, Tıp Hukuku Dergisi, Cilt 1, Sayı 1, 2012.
- Aldıkaçtı, Orhan: “Sosyal Devlet”, Anayasa Yargısı, 1997
- Algan, Bülent: “Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması”, Ankara, 2007, Seçkin Yayınları
- Alptekin, Kamil: “Sağlık Hakkı ve İnsan Hakları Üzerine Bir Değerlendirme”, Türkiye Klinikleri Tıp Etiği – Hukuku – Tarihi Dergisi, Cilt 12, Sayı 2, 2004, <http://www.turkiyeklinikleri.com/article/tr-saglik-hakki-ve-insan-haklari-uzerine-bir-degerlendirme-35029.html> (erişim tarihi 12.10.2018)
- Altun Gürcan / Abdullah Coşkun Yorulmaz: “Yasal Değişiklikler Sonrası Hekim Sorumluluğu ve Malpraktis”, Trakya Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi, 2010/27(1), 7-12
- Antalya, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2015
- Aşçıoğlu, Çetin: Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Ankara, 1992

- Atay, Ender Ethem: İdare Hukuku, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2016
- Atay, Ethem / Odabaşı, Hasan / Gökcan, Hasan Tahsin, Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu Tazminat Davaları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003
- Ayakçıoğlu, Mustafa Serkan: Yargı Kararları Işığında İdarenin Hizmet Kusuru Nedeniyle Sorumluluğunu Ortadan Kaldıran Haller ve Azaltan Nedenler Üzerine Bir İnceleme, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2011
- Ayan, Mehmet: Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara, 1991
- Aydoğan, Murat: “Sağlık Hizmetlerinin Gelişimi ve Sağlık Hizmetleri Sunumunda İletişimin Önemi”, Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Yönetimi Anabilim Dalı Hastane ve Sağlık Kurumları Yönetimi Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2015
- Başgil, Ali Fuat: “Devletin ve Diğer Amme Hükümü Şahıslarının Mesuliyeti Meselesi”, AD, 1940
- Bayraktar, Köksal: Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, Sermet Matbaası, İstanbul, 1972
- Bor Ekmekçi, Perihan Elif: Tıp Etiği Açısından Sağlık Hakkı ve Romanlar Üzerine Bir Çalışma, Doktora Tezi
- Can, İsmail Özgür, vd.: “Yargıtay’da Karara Bağlanan Tıbbi Uygulama Hatası Dosyalarının Değerlendirilmesi” Dokuz Eylül Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi, 2011/25(2)
- Çağlayan, Ramazan: İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015
- Çatak Irız, Betül: Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011
- Çetinkaya, Perihan: Hemşirelikte Tıbbi Uygulama Hataları ve Hukuki Sonuçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016

- Çınarlı Serkan: İdarenin Sağlık Hizmetinin Sunumundan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu, Orion kitabevi, Ankara, 2013
- Deutsch, Erwin: Özellikle Deneysel Tıp Açısından Hekimin Sorumluluğu, (Çeviren İrfan Yazman), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 36, sayı 1-4
- Doğan, Cahid: “Hastanın Aydınlatılması ve Rızasının Alınması”, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, Girne-Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu, Ankara 2010
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018
- Eyüpoğlu, Meriç: İdarenin Sorumluluğu ve Hukuki Durum: Koç, Sermet 1. Tıp Hukuku Günleri Tıbbi Uygulama Hataları Av. Dr. Hasan Çankaya Anısına, (1. Baskı), İstanbul Tabip Odası, İstanbul 2012
- Gemalmaz, Mehmet Semih “Tursu Fıçısı ya da Hasta Hakları”. Toplum ve Hekim. İstanbul: Cilt 11, Sayı: 75-76, 1996
- Gemalmaz, Mehmet Semih: “Tarihselliği Bağlamında İnsan Hakları”, İnsan Hakları Yıllığı, 1986
- Gökcan, Hasan Tahsin: Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Ve Cezai Sorumluluk, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014
- Gözler, Kemal / Kaplan, Gürsel: İdare Hukuku Dersleri, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2018
- Gözpınar Karan, Gülşah: Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu, (1. Baskı), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015
- Gözübüyük, A. Şeref: Yönetmelik Yargı, Turhan Kitabevi, Ankara, 30. Bası, 2010
- Gözübüyük, A. Şeref / Tan, Turgut: İdare Hukuku, C.1, Genel Esaslar, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016
- Günday, Metin: İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011

- Güran, Sait: “Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler Iı. Sempozyumu, Ankara, 12-13 Mayıs 1979, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980
- Güzeldemir, M. Erdal: “Hasta Bilgilendirmenin Önemi”, Aydınlatılmış Onam, Editör: Faik Çelik, Konya-Karaman Tabip Odası Yayını, Konya, 2006
- Hakeri, Hakan: Tıp Hukuku, Ankara, 2018
- İnan, Atilla: “Kamu Görevlilerinin Hukuka Aykırı Davranışlarından Devlet Ve Diğer Kamu Tüzel Kişilerinin Kusursuz Sorumluluğu”, Danıştay Dergisi, 1982
- Kalabalık, Halil: İdari Yargılama Usulü, Sayram Yayınları, Konya, 2013
- Kaplan, Gürsel: “İdarenin Sağlık Kamu Hizmeti Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler”, <http://www.idare.gen.tr/kaplan-saglik.htm>.
- Karaege, Özge: “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusurlu Sorumluluğu”, Yönetim ve Ekonomi: Celal Bayar Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 8 S. 2, 2001, s. 107-124
- Kılıçoğlu, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018
- Kızılyel, Serkan: “İdarenin Sağlık Hizmetinden Doğan Tazminat Sorumluluğu”, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 2008
- Koç, Sermet: “Adli Tıbbi Açidan Malpraktis ve Hekim Sorumluluğu”, Toraks Cerrahisi Bülteni, 2014/5(1)
- Mustafa Serkan: Yargı Kararları Işığında İdarenin Hizmet Kusuru Nedeniyle Sorumluluğunu Ortadan Kaldıran Haller ve Azaltan Nedenler Üzerine Bir İnceleme, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 201
- Özay, İl Han: Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017

- Özer, Özlem vd.: “*Tıbbi Hatalı Uygulamalar*”, Dicle Tıp Dergisi, 2015/42(3)
- Özsunay, Ergun: Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, İstanbul, 1983
- Pakiş, Işıl: “Ölüm ya da Ölü Doğumla Sonuçlanan Tıbbi Uygulama Hatalarına Yaklaşımında Adli Otopsinin Rolü”, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi, Adli Tıp Anabilim Dalı, İstanbul 2006
- Pazarcı, Ayşe Almıla: Hasta Hakları ve İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Sorumluluğu, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale, 2007
- Polat, Oğuz, Işıl Pakiş: “Tıbbi Uygulama Hatalarında Hekim Sorumluluğu”. *Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi*, 2011/2(3), 119-125
- Sancaktar, Oğuz vd.: İdare Hukuku, Seçkin Yayınları, 7. Basım, Ankara, 2018
- Savaş, Halide: Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları, Ankara, 2007
- Savaş, Halide: Tıbbi Uygulama Hatalarından Doğan Zararlar ve Tazmini: Koç, Sermet 1. Tıp Hukuku Günleri Tıbbi Uygulama Hataları Av. Dr. Hasan Çankaya Anısına, (1. Baskı), İstanbul Tabip Odası, İstanbul 2012
- Şahin, Adil: “Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Ekonomik Sosyal ve Kültürel Hakların Niteliği Bağlamında Sağlık Hakkının Kapsamı Üzerine Bir İnceleme”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 59, Sayı 4
- Tahmazoğlu Üzeltürk, Sultan: Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2012
- Tahtalı, Murat Buğra: “Kadının Yaşam Hakkının Korunmasında İdari Kolluğun Rolü ve Önemi”, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, Kırıkkale, 2018

- Talas, Cahit: “Yaşam Hakkı ve Toplumsal Haklar”, İnsan Hakları Yıllığı, 1990
- Tandoğan, Haluk: Türk Mesuliyet Hukuku, Ajans- Türk Matbaası, Ankara, 1961
- Temiz, Özgür: “Türk Hukukunda Bir Temel Hak Olarak Sağlık Hakkı”, Ankara Üniversitesi SBF dergisi, Cilt 69, No.:1, 2014
- Tengilimoğlu Dilaver / Işık Oğuz / Akbolat Mahmut: Sağlık İşletmeleri Yönetimi, Nobel yayınevi, 2012
- Tunçomağ, Kenan: Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Hükümler, Sermet Matbaası, İstanbul, cilt 1, 1976
- Turla, Ahmet, vd.: “*Tıbbi Uygulama Hataları (Malpraktis)*”, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Diş Hekimliği Fakültesi Dergisi, 2006/7(3)
- Yayla, Yıldızhan: İdare Hukuku, Beta Yayınları, 1. Bası, İstanbul, 2009
- Yayla Türkyılmaz, Funda: Tıbbi Müdahaleler ve Taksirle Yaralama Suçu, İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2016
- Yumuk, Hamit, “İdari Yargıda Tazminat Davası”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2005
- Yüksel, Canan, “Tıbbi Uygulama Hatalarında Bilirkişilik”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kadir Has Üniversitesi, Özel Hukuk, İstanbul, 2012
- WADOOD, Selda, İdarenin Sorumluluğunu Gerektiren Zarar Kavramı, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2009