

T.C.
İZMİR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
SAĞLIK HUKUKU PROGRAMI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

HATALI TIBBİ MÜDAHALELERDEN KAYNAKLANAN
TAM YARGI DAVALARI

Abdullah HIZAL

Danışman

Yrd. Doç. Dr. Serkan ÇINARLI

İZMİR-2015

TEZ ONAY SAYFASI
İZMİR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

İzmir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sağlık Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı 134006002 numaralı öğrencisi Abdullah HIZAL'ın hazırladığı "Hatalı Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Tam Yargı Davaları" başlıklı Yüksek Lisans Tezi ile ilgili savunma sınavı 15.01.2015 günü saat: 10:00- 11:55 saatleri arasında yapılmış, tez sunumu ve sorulan sorulara alınan yanıtlar sonunda adayın BAŞARILI/~~BAŞARISIZ~~ olduğuna OYBİRLİĞİ/~~OYÇOKLUĞU~~ ile karar verilmiştir.



Tez Danışmanı
Yrd. Doç. Dr. Serkan ÇINARLI
İzmir Ün. Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi



Üye
Prof. Dr. Selma ÇETİNER
İzmir Ün. Hukuk Fakültesi Öğ. Üyesi



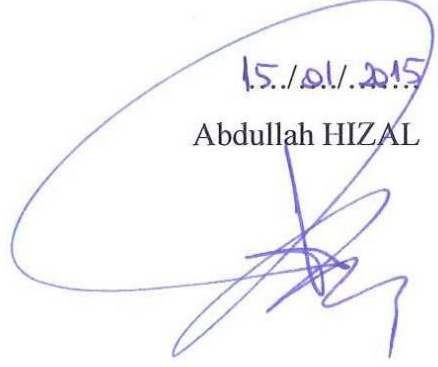
Üye
Prof. Dr. M. Merdan HEKİMOĞLU
İzmir Ün. Hukuk Fakültesi Öğ. Üyesi

YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “Hatalı Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Tam Yargı Davaları” adlı çalışmanın, tarafımdan, akademik kurallara ve etik değerlere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

15./01./2015

Abdullah HIZAL



ÖZET

Yüksek Lisans Tezi

Hatalı Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Tam Yargı Davaları

Abdullah HIZAL

Tıbbi müdahaleler nedeniyle ortaya çıkabilecek zararların tazmininde, zarar görenlerin başvurabileceği hukuki yol, zararın gerçekleştiği yere ve hekimin hukuki statüsüne göre belirlenmektedir. Yakın zamana kadar hatalı tıbbi müdahale iddiasına dayanan davalarda kişisel kusur-hizmet kusuru ayırımı yapılmakta ve kamu kurumunda görev yapsa dahi memurun kişisel kusuru iddiasına dayanan davalar adli yargıda görülmekteydi. Ancak, son dönemde verilen Yüksek Yargı kararları ile sağlık hizmetinin kamu kurumunda verilmesi halinde, kişisel kusura dayansa dahi tıbbi müdahale hatasına bağlı olarak açılacak olan tam yargı davalarının idare mahkemelerinde ve idare aleyhine açılması gerektiği belirtildiğinden, çalışmamızda bu konu ele alınmış ve beraberinde tıbbi müdahale hataları tartışılmıştır.

Birinci bölümde tıbbi müdahale hatalarının neler olabileceği ve hatalı tıbbi müdahaleden dolayı idarenin sorumluluğu için aranan şartlara değinilmiştir.

İkinci bölümde ise hatalı tıbbi müdahaleden kaynaklanan tam yargı davalarının şartları, bu davalara ilişkin usul hükümleri, tazminat ödenmesinin koşulları, tıbbi müdahale hatasının varlığının tespiti halinde idarenin tazmin borcunun kapsamı, tazmin borcunu ortadan kaldıran ve azaltan durumlar, bu tür davaların çözümünde son derece önemli bir yer tutan ve özellikle dikkat çekilmesi gerektiğini düşündüğümüz bilirkişilik incelenmiştir.

Çalışmanın sonunda ise 6545 sayılı yasa ile getirilmiş ancak henüz uygulaması başlamamış olan istinaf düzenlemesi ve temyiz kanun yolu ile ilgili olarak açıklamalar yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Tıbbi müdahale, hizmet kusuru, kişisel kusur, tam yargı davası, bilirkişilik,

ABSTRACT
Abdullah HIZAL

Izmir University
Graduate School of Social Sciences
Department of Public Law
Health Law Program

The legal proceedings of the claimant for the damages due to malpractice may vary according to the location of the event that took place and the legal status of the physician. Until close years, was there a separation of personal fault-service fault in the proceedings based on malpractice and the cases based on the personal fault of the government officials at a public agency were reviewed before the administrative courts. However in the recent years with the decisions of the supreme courts, the damage cases due to malpractice based on personal fault where the health service is provided by the public agencies should be reviewed before the administrative courts and against the administration, our study is focused on this topic and together with that, malpractice case samples are discussed.

The first part discusses the conditions of the malpractice faults and the liability of the administration due to malpractice.

The second part discusses the conditions of the damage proceedings, the procedures for these cases, the compensation, the content of the liability of administration where malpractice exists, the situations which terminate or lessen the liability and finally the expertise which we believe to have a significant impact on the resolution of the proceedings and needs to be highlighted.

As a conclusion some points are raised on the appeal regulation set forth in Statute numbered 6545 but has not been activated yet.

Key Words:

Medical practice, service fault, personal fault, full damage case, expertise.

HATALI TIBBİ MÜDAHALELERDEN KAYNAKLANAN TAM YARGI DAVALARI

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI	ii
YEMİN METNİ	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	v
İÇİNDEKİLER	vi
KISALTMALAR	vii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI VE İDARENİN HATALI TIBBİ MÜDAHALEDEN DOĞAN SORUMLULUĞU

I. TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI VE KAPSAMI	3
A. Tıbbi Müdahalenin Tanımı	3
B. Tıbbi Müdahalenin Kapsamı	5
1. Koruyucu Nitelikteki Tıbbi Müdahaleler	5
2. Tedavi Edici Nitelikteki Tıbbi Müdahaleler	5
3. Rehabilitasyon Edici Nitelikteki Tıbbi Müdahaleler	6
4. Deneysel Amaçlı Tıbbi Müdahaleler	7
5. Adli Görev Niteliğindeki Tıbbi Müdahaleler	7
II. HATALI TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI	8
A. Hatalı Tıbbi Müdahale (Malpraktis) Kavramı ve Türleri	8
1. Tanı Hatası	10
2. Tedavi Hatası	12
3. Uzmanlık (Yetki) Sınırının Aşılması	13
4. Bilgilendirme Eksikliği ve Rıza Sınırının Aşılması	16
5. Özen Eksikliği	24

6. Sır Saklama Yükümlülüğünün İhlali	26
B. Hatalı Tıbbi Müdahale İle Komplikasyon Arasındaki Farklar	29
III. HATALI TIBBİ MÜDAHALEDEN DOLAYI İDARENİN SORUMLULUĞU İÇİN ARANAN ŞARTLAR	33
A. Hizmet Kusuru	33
1. Hizmet Kusurunun Özellikleri ve Sınıflandırılması	42
a. Klasik Sınıflandırma	42
(1). Hizmetin Kötü İşlemesi	43
(2). Hizmetin Geç İşlemesi	44
(3). Hizmetin Hiç İşlememesi	45
b. Modern Sınıflandırma	47
(1). Sağlık Hizmetinin Kuruluşunda ve İşletilmesinde Kusur	47
(2). Hatalı Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Kusur	49
2. Kusursuz Sorumluluk	50
B. Hukuka Aykırılık	53
C. İliyet Bağı	54
D. Zarar	56

İKİNCİ BÖLÜM

HATALI TIBBİ MÜDAHALEDEN KAYNAKLANAN TAM YARGI DAVALARI

I. HATALI TIBBİ MÜDAHALEDEN KAYNAKLANAN TAM YARGI DAVALARININ ŞARTLARI	59
A. İdareye Ön-Başvuru Koşulu	59
B. Görevli ve Yetkili Mahkeme	64
C. Dava Açma Ehliyeti	65
D. Süre	66
II. HATALI TIBBİ MÜDAHALEDEN KAYNAKLANAN TAM YARGI DAVALARINDA TAZMİNAT ÖDENMESİNİN KOŞULLARI	70
A. Zararın Gerçekleşmiş Olması	70
B. Zararın Kesin Olması	71

C.	Zararın Hukuken Korunan Bir Menfaate Yönelik Olması	71
D.	Zararın Parayla Ölçülebilir Nitelikte Olması	72
E.	Zarar Doğurucu Davranışın İdareye Yüklenebilmesi	72
F.	Hatalı Tıbbi Müdahale İle Zarar Arasında İlliyet Bağının Kurulabilmesi	73
III. HATALI TIBBİ MÜDAHALEDEN KAYNAKLANAN TAM YARGI DAVALARINDA ZARARDAN DOĞAN TAZMİN BORCUNUN KAPSAMI		
A.	Maddi Tazminat	73
	2. Ölüm Sebebiyle Maddi Tazminat	74
	a. Ölümden Önceki Tedavi Giderleri	74
	b. Cenaze ve Defin Giderleri	74
	c. Ölenin Yardımından Yoksunluk Zararları	75
	3. Bedensel Zarar Sebebiyle Maddi Tazminat	76
	a. Tedavi Giderleri	76
	b. Çalışma Gücünün Azalması ve Yok Olması	77
	c. Ekonomik Geleceğin Sarsılması	77
	d. Efor Tazminatı	78
B.	Manevi Tazminat	79
	1. Ölüm Sebebiyle Manevi Tazminat	80
	2. Bedensel Zarar Sebebiyle Manevi Tazminat	81
	3. Kişilik Haklarına Saldırı Sebebiyle Manevi Tazminat	82
IV. TAZMİN BORCUNU ORTADAN KALDIRAN YA DA AZALTAN DURUMLAR		
A.	Mücbir Sebep	83
B.	Beklenmeyen (Umulmayan) Hal	84
C.	Üçüncü Kişinin Kusuru	85
D.	Tıbbi Müdahale Uygulanan Kişinin Kusuru	86
V. TAM YARGI DAVALARINDA BİLİRKİŞİ		
E.	Hatalı Tıbbi Müdahalenin Tespitinde Bilirkişinin Fonksiyonu	89
F.	Maddi Zararın Hesaplanmasında Bilirkişinin Fonksiyonu	96
VI. KANUN YOLU		
A.	İSTİNAF	98
B.	TEMYİZ	102

SONUÇ

106

KAYNAKLAR

110

KISALTMALAR

AÜEHFD	Ankara Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
ATK	Adli Tıp Kurumu
BK	Borçlar Kanunu
Bkz	Bakınız
C	Cilt
Çev	Çeviren
CMK	Ceza Muhakemesi Kanunu
DTB	Dünya Tabipler Birliği
dn	Dipnot
Ed	Editör
HHY	Hasta Hakları Yönetmeliği
HMK	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İDDK	İdari Dava Dairleri Kurulu
İYUK	İdari Yargılama Usulü Kanunu
KHK	Kanun Hükmünde Kararname
m	Madde
M.Ö.	Milattan Önce
RG	Resmi Gazete
S	sayı
s	Sayfa
SGK	Sosyal Güvenlik Kurumu
ss	Sayfadan Sayfaya
TBB	Türkiye Barolar Birliği
TBK	Türk Borçlar Kanunu
TŞSTİDK	Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanun
TCK	Türk Ceza Kanunu
TDN	Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi
TDHUY	Tıpta ve Diş Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliği
TMK	Türk Medeni Kanunu

TTB	Türk Tabipleri Birliği
TUK	Tıpta Uzmanlık Kurulu'nun
vb	Ve benzeri
VDDK	Vergi Dava Daireleri Kurulu
YHGK	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YSS	Yüksek Sağlık Şurası

GİRİŞ

Sağlıklı olma, bedenen ve ruhen tam bir iyilik içinde olma halidir. İnsanların yaşamlarını en iyi şekilde sürdürebilmeleri için sağlık çalışanları ve özellikle de hekimler insanlığa sağlık hizmetini kesintisiz bir şekilde sunarlar. İşte bu sağlık hizmetinin sunumu esnasında, istenmemesine rağmen, bazen olumsuzluklar yaşanabilmektedir. Kişinin bozulan sağlık kalitesini iyileştirmeye çalışan hekimin veya diğer sağlık çalışanlarının icrai veya ihmali davranışları nedeniyle tıbbi müdahalede hata yapılabilmektedir. İşte bu durumda yani hatalı tıbbi müdahaleden zarara uğrayan kişilerin bu zararların tazmini gündeme gelir. Bu zararlar mal varlığındaki maddi nitelikli bir zarar olabileceği gibi manevi zararlar da olabilir. Mahkemelerce her iki zararında tespit önem arz eder.

Yaşamın temeli insanın sağlıklı olmasına bağlıdır. Sağlığın teknoloji ile işbirliği sonucu insanların sağlıklı olabilmesi için her gün yeni bir teknik bulunmakta ve uygulanmaya başlanmakta, yenilikler bazen ezber bozucu olmaktadır. Hastalıkların teşhis ve tedavi şekilleri değişmekte, yeni metotlar ile tedavi alanı her gün genişlemektedir. Sağlık alanındaki bu hızlı gelişme hastalıkların tanı ve tedavilerini kolaylaştırmakla beraber tıbbi müdahale sayısındaki artış, sağlık eğitimindeki sorunlar ve insan anatomisinin farklılığı gibi nedenlerle tıbbi uygulamalarda hatalarda da artış yaşanmaktadır. Tıptaki hızla gelişmeye paralel olarak hastaların da sağlık çalışanlarından beklentileri ve devamında da tıbbi uygulama nedeniyle zarar görmeleri durumunda zararlarının tazmini için hukuki yollara başvurmalarında da artış görülmektedir.

Zararın tazmin yolu sağlık hizmetinin sunulduğu yere ve sağlık hizmetini sunan sağlık çalışanına göre değişiklik arz etmektedir. Sağlık hizmetinin kamu kurumlarında sunulması halinde zararların tazmini tam yargı davası şeklinde idare mahkemelerinden istenmelidir. İdare mahkemeleri çözümü tamamen özel ve teknik bir konu olan “hatalı tıbbi müdahale” iddiasını bilirkişi görüşü ile çözüme kavuşturmaktadır. Danıştay’ın sağlık hizmetlerinin sunumunda iki farklı görüşü vardır: Zarar iddiası tıbbi müdahale hatasına dayanırsa, tıbbi müdahalenin içinde barındırdığı risk nedeniyle, “ağır hizmet kusuru” ararken, tıbbi müdahale dışındaki sağlık hizmetinin kuruluşunda, işleyişinde ve organizasyonundaki iddialarda ise “hizmet kusurunu” yeterli görmektedir.

Çalışmamızda tıbbi müdahale ile hatalı tıbbi müdahalelerin neler olabileceği ve bu hatalardan dolayı açılacak olan tam yargı davaları incelenecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI VE İDARENİN HATALI TIBBİ MÜDAHALEDEN DOĞAN SORUMLULUĞU

I. TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI VE KAPSAMI

A. Tıbbi Müdahalenin Tanımı

Sağlık, “yalnız hastalık ve malüliyetin yokluğu olmayıp beden, ruhen ve sosyal bakımdan tam bir iyilik hali, sağlık hizmeti ise, “insan 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.”¹ şeklinde tanımlanmıştır.

Sağlıklı olma halinin bozulması durumunda kişi eski sağlıklı haline kavuşabilmek için tıbbi yardım talep eder. Böyle bir durumda sağlık uygulayıcıları yani özellikle hekimler kişinin sağlıklı olma haline kavuşabilmesi için kendisine tıbbi yardımda bulunur ve sağlık hizmeti sunarlar. Sağlık hizmeti, halkın sağlık ihtiyaçlarını karşılamayı ve hem bireylere hem de topluluğa koruması sağlamayı hedefleyen daimi kurumlar sistemidir². Bireylerin sağlıklı yaşayabilmesi için sunulacak olan kamu hizmeti sürekli ve kesintisiz olarak devam etmelidir. Sunulan sağlık hizmetleri maliyetin artması, kazanç sağlamaması gibi gerekçelerle aksatılmaz. Diğer bir deyişle bu sağlık hizmetinin sunumunda idare, maliyet-bedel, kar-zarar hesabı yapamaz. Bu hizmet eşitlik ilkesi gereğince tüm bireylerin hizmete ulaşmada ve hizmetten faydalanmada eşit imkanlara sahip olması gerekir³.

Bu sağlık hizmetinin yani tıbbi yardımın içinde teşhis, tedavi ve rehabilite edici hizmetler bulunmaktadır. Hekim, sağlığı bozulan kişiye tıbbi yardımda bulunurken tıbbi müdahalede bulunmaktadır. Doktrinde tıbbi müdahalenin bir çok

¹ Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, **Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı (Ulusal ve Uluslararası Boyutuyla)**, Legal Yayınları, İstanbul 2012, s. 2., 224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun, R.G. 12.01.1961, Sayı:10705., M. Savaş Bayındır, Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:XI, S:1-2, Yıl:2007, s. 553.

² İzzet Mert Ertan, **Uluslararası Boyutlarıyla Sağlık Hakkı**, Legal Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 8.

³ Bayındır, s. 554.

tanımı⁴ yapılmakla birlikte genel olarak tıbbi müdahale, “*tıp mesleğini icra etmeye yetkili ve eğitilmiş sağlık personeli tarafından tıp bilimi ve tekniği çerçevesinde, kişinin bedensel, fiziksel ve ruhsal yönden iyilik halini sağlamak üzere yapılan koruyucu, teşhis ve tedavi edici, rehabilite edici, her türlü müdahale ile tıbbi araştırma ve denemelerle adli nitelikteki görev ve muayenelerden kaynaklanan tüm müdahaleler*” olarak tanımlanır⁵. Tıbbi müdahale, kişinin vücut bütünlüğüne yönelik hukuka aykırı bir eylem olmasına rağmen Anayasa’nın 17/2. fıkrasındaki “Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.” hükmü ile tıbbi zorunluluk nedeniyle yapılan müdahalenin hukuka aykırı olmayacağı düzenlenmiştir. Tıbbi müdahalelerin haklı olmasının sebebi şahsın nisbeten yüksek bir menfaatini korumaya matuf olmasıdır⁶. Yapılan tıbbi müdahaleden amaç sağlığın tekrar kazanılması ya da zararlı durumun ortadan kaldırılmasıdır. Bununla birlikte bazı yazarlarca, tıbbi müdahalenin sadece sağlığı bozulan kişiye yani hastaya verilen hizmet değil aynı zamanda sağlıklı olan kişilere tedavi dışı amaçla da uygulanabileceği belirtilmektedir⁷. Kanaatimizce de tıbbi müdahale kavramını geniş

⁴ Hasan Tahsin Gökcan, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, Seçkin Yayınları, Şubat 2013, s. 39, Mehmet Ayan, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Kazancı Yayınları, Ankara 1991, s. 5., Rezzan Günday, **Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk**, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s.3., Battal Yılmaz, **Açıklamalı-İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu**, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 1., Özlem (Yenerer) Çakmut, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, Legal Yayınevi, İstanbul 2003, s.24., Yenerer Çakmut, Özlem. “Sağlık hukukunun Temel Esasları ve Özellikle Aydınlatılmış Onam”, **Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk**, Sempozyum 16-17 Ocak 2009 Mersin, Bildiriler, Mersin Barosu Yayınları, s. 4., Halide Savaş, **Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları**, Seçkin Yayınları, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 2013, s. 26., Kürşat Ersöz, **Tıbbi Müdahale Kavramı ve Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları**, **Terazi Hukuk Dergisi**, Yıl: 5, Sayı: 45, Mayıs 2010, s. 106. , Ünal Er, **Sağlık Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara 2008, s. 59., Gencer, Zafer Adem, **Ceza Hukuku Kapsamında Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, Bilge Yayınevi, Ankara 2014, s. 17., Meral Ekici Şahin, **Ceza Hukukunda Rıza**, XII Levha Yayınları, İstanbul 2012, s. 293., Gökhan Taneri, **Hasta Hakları**, Bilge Yayınevi, Ankara 2014, s. 39., Ali Türkmen, **Hasta ve Hekim Hukuku**, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 40., Büşra Uysal, İdarenin Sağlık Hizmetlerinde Kusurlu Sorumluluğu, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, Sayı:77-78, Ocak, Şubat 2011, s.221., Berna Özpınar, **Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamadan Doğan Hukuki Sorumluluğunun Sebepleri ve Sonuçları**, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl:66, Sayı:3 Yaz 2008, s. 91. Ferhat Canbolat, **Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Kaynaklanan Sorumluluğunun Dayanağı**, **TBB Dergisi**, Sayı:80, Ankara 2009.s.159., Bayındır, s. 560.

⁵ Sevinç Arslan Hızal, **Tıbbi Müdahalelerde Olası Kast ve Bilinçli Taksirin Ayırımı**, **Ceza Hukuku Dergisi**, Seçkin Yayınları, Yıl:7, Sayı: 18, Nisan 2012, s. 229.

⁶ Mustafa Reşit Belgesay, **Tıbbi Mesuliyet**, M. Sıralar Matbaası, İstanbul 1954, s. 65.

⁷ Özpınar, s. 91.

yorumlamak ve kişinin beden ve ruh bütünlüğüne yönelik her türlü müdahaleyi kavrama dahil etmek gerekir.

Tıbbi müdahalenin Anayasa'ya uygunluğu belirtilmiş olmasına rağmen hukuka uygunluğu için ise tıbbi müdahalenin yetkili sağlık personeli (hekim) tarafından yapılması, endikasyon olması, hastanın aydınlatılmış olması ve bilgilendirilmiş rızasının alınmış olması ve tıbbi müdahalenin standart güncel tıp bilimine uygun olarak yapılması gerekir⁸.

B. Tıbbi Müdahalenin Kapsamı

Tıbbi müdahaleleri, evrelere göre üçe ayırmak mümkündür. Herhangi bir hastalık ortaya çıkmadan koruyucu, hastalık ortaya çıktığında tedavi edici, tedavi sonrasında ise rehabilite edici.

1. Koruyucu Nitelikteki Tıbbi Müdahaleler

Özelliği nedeniyle devlet tarafından sunulan müdahale grubudur. Bu müdahalede amaç özelde birey, genelde de toplumun hastalıklardan ve etkenlerinden korunmasını sağlamak ve mümkün olabilmesi halinde hastalıkları tamamen yok etmektir⁹. Temiz ve güvenilir içme suyu temini, hava kirliliğinin önlenmesi, katı atıkların denetimi ve imhası, zararlı canlılarla mücadele gibi çevreye karşı olabileceği gibi bağışıklama, beslenme, erken tanı, aile planlaması ve anne-çocuk sağlığı, kişisel hijyen, zararlı alışkanlıklarla mücadele ve sağlık eğitimleri gibi bireye yönelik de olabilir.

2. Tedavi Edici Nitelikteki Tıbbi Müdahaleler

Tedavi edici müdahaleler tamamen bireyi hedef almaktadır. Sağlığı bozulan bireyin iyilik halinin sağlanması için yapılan tıbbi müdahalelerin tamamıdır. Hastalığın durumuna ve şiddetine göre bireyin sağlığına kavuşması için alacağı

⁸ Hakan Hakeri, **Tıp Hukuku**, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Mayıs 2012, (Tıp Hukuku), s. 33.

⁹ Serkan Çınarlı, **İdarenin Sağlık Hizmeti Sunumundan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu**,

hizmetin niteliği, yeri ve hizmeti sunan sağlık mesleği mensuplarının sayısı ve profili değişiklik gsterebilir¹⁰. Tedavi edici tıbbi müdahalelerin uygulandığı sağlık hizmet sunucuları kapsam ve sunulan hizmetin yoğunluğuna göre birinci, ikinci ve nc basamak olmak üzere üç grup altında sınıflanırlar.

Birinci basamak sağlık hizmetleri; ayakta teşhis ve tedavilerin yapıldığı, aile sağlığı merkezleri ve muayenehanelerdir.

İkinci basamak sağlık hizmetleri; yoğun teknoloji gerektirmeyen, klinik ve hastane hizmetlerinin verildiği, birinci basamakta tedavi edilemeyen ve yatarak tedavi edilmesi gereken hastalara verilen hizmetlerdir. Örneğin devlet hastaneleri bu kapsamdadır.

nc basamak sağlık hizmetleri; ileri teknik ve teknolojik tıbbi hizmet sunulan aynı zamanda sağlık eğitimi verilen merkezlerdir. Üniversite hastaneleri ile eğitim ve araştırma hastaneleri bu kapsamdadır.

3. Rehabilitasyon Edici Nitelikteki Tıbbi Müdahaleler

Geçirilen bir hastalık ya da kaza sonrası, bedensel ve ruhsal açıdan güçsüz ya da sakat kalmış bireylerin günlük yaşamını destek almaksızın sürebilmeleri, kaybettikleri bedensel ve zihinsel yeti ve becerileri tekrar kazanabilmeleri için verilen hizmetlerin ve yapılan müdahalelerin tamamı bu kapsamdadır¹¹. Bu türden hizmetler tıbbi ve sosyal rehabilitasyon şeklinde olabilir.

Tıbbi rehabilitasyon; hastaların bedensel hasar ve sakatlıklarının düzeltilmesi, yaşam kalitelerinin yükseltilmesi ve hayatlarını kendi başlarına idame ettirebilmeleri için yapılan tıbbi müdahaleler ve verilen hizmetlerdir. Örneğin, koltuk değneği, işitme cihazı, tekerlekli sandalye kullanımı, postür bozuklarının düzeltilmesi ve güçsüz kalmış vücudun eski sağlığına kavuşabilmesi için yapılan fizik tedavi uygulamaları bu kapsamdadır.

Sosyal rehabilitasyon; kişilerin hastalıkları nedeniyle mesleklerini icra edememesi nedeniyle yeni beceriler kazandırılması, akıl ve ruh hastalıkları nedeniyle

Orion Yayınevi, Ankara 2013, s. 71.

¹⁰ ınarlı, İdarenin Sağlık Hizmeti Sunumundan..., s.76.

¹¹ S.A.Hızal, s.227., ınarlı, İdarenin Sağlık Hizmeti Sunumundan..., s.77.

tedavi sürecinin devamı, kişilerin hastalıklardan kurtularak kendi başlarına hayatlarını idame ettirebilmeleri için yapılan faaliyetler bu kapsamdadır¹².

4. Deneysel Amaçlı Tıbbi Müdahaleler

Tıp bilimini ve yöntemlerini geliştirmek amacıyla, tıp literatürü ve tekniğine uygun olarak yapılan tıbbi deney ve araştırmalar sırasında deneklere ağızdan ve/veya enjeksiyon yoluyla ilaç verilmesi ya da araştırmanın gerektirdiği tahlillerin veya egzersizlerin yaptırılmasıdır¹³.

Deneysel araştırma faaliyetlerinde amaç bir hastalığın tedavisinde uygulanacak yeni bir yöntemin, yeni bir ilacın etkilerinin gönüllü hasta üzerinde rızası ile denenerek tanı koyucu, iyileştirici ve koruyucu işlemleri geliştirmek bir hastalığın etyolojisini ve patogenezi anlamaktır. Dünya Tabipler Birliği'nin (DTB)'nin 18. Dünya Tabipler Birliği Helsinki Bildirgesi'nde tıbbi gelişmenin dayanağı olan araştırmaların eninde sonunda insanları da içeren deneyleri de bir ölçüde kapsamak zorunda olduğu belirtilmiştir¹⁴.

Deneysel amaçlı tıbbi işlemler ne olursa olsun sonuçta etkisinin sonuçları insan üzerinde doğmaktadır. Dolayısıyla amaç tıbbi tedaviye yönelik olsun veya olmasın bu türden müdahaleyi de tıbbi müdahale olarak kabul etmek gerekir.

5. Adli Görev Niteliğindeki Tıbbi Müdahaleler

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK)'nun 75. maddesinde, “Şüpheli veya sanığın beden muayenesi veya vücudundan örnek alınması”, 76. maddesinde, “Diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması”, 77. maddesinde ise “Kadının muayenesi” düzenlenmiştir.

İnsan bedeninin iç ve dış muayenesi ve muayene neticelerinden delil elde edilmesi teknik bilgi ve uzmanlığı gerektirir. İnsan vücudunda meydana gelen lezyonların niteliği, nasıl yapıldığı, her türlü biyolojik delillerin incelenmesi, şüpheli,

¹² Çınarlı, İdarenin Sağlık Hizmeti Sunumundan..., s.78.

¹³ S.A.Hızal, s.227.

¹⁴ Türk Tabipleri Birliği, **Fusun Sayek TTB Raporları/Kitapları-2009**, Sağlıkla İlgili Uluslararası Belgeler, Türk Tabipleri Birliği Yayınları, Ankara 2009, s. 20.

sanık veya mağdurun durumlarının belirlenmesi bilirkişi olan hekim tarafından yapılacaktır. Bu nedenle hekim ve diğer sağlık mesleği mensuplarının yaptığı işlemler bilirkişi incelemesidir¹⁵. Bilirkişilik görevini yapan hekimin delil elde etmek üzere kişi üzerindeki her türlü müdahalesi bu kapsamdadır.

II. HATALI TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI

A. Hatalı Tıbbi Müdahale (Malpraktis) Kavramı ve Türleri

Hatalı tıbbi müdahalenin ne olduğu hukuken tanımlanmamıştır. Bu nedenle hatalı tıbbi müdahale yerine, “tıbbi hata”, “hekim hatası”, “meslek hatası” gibi kavramlar da kullanılmaktadır¹⁶. Fakat en yaygın olarak kullanılanı ise malpraktistir. Malpraktis kelime anlamı olarak Latince “male” ve “praxis” kelimelerinden türetilmiş “kötü uygulama” anlamına gelmektedir. Uygulamada ise bir meslek mensubunun, mesleğini uyguladığı sırada ortaya çıkan hatalı, kusurlu hareket anlamında kullanılmaktadır¹⁷. Aslında malpraktis tüm meslek mensupları için kullanılabilir bir kavramken¹⁸ bugün özellikle hekimlik uygulamasına bağlı hatalı tıbbi uygulamalar için kullanılmaktadır.

DTB’nin 1992 yılında yapılan 44. Genel Kurulu’nda kabul edilen bildirmede tıbbi uygulama hatası (malpraktis) şöyle tanımlanmıştır: “*doktorun tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarar*” olarak tanımlanmıştır¹⁹. DTB’nin bu bildirmede, malpraktis tanımını yaparken, tıbbi yanlış uygulama ile tıbbi bakım ve tedavi sırasında görülen ve hekimin hatası olmayan durumların birbirinden ayrılması gerektiği belirtilmiştir. Malpraktisi hekimin tıp bilimini uygulaması ile sınırlı tutmak gerekirken birlikte tıbbi uygulamayı yapan hekim dışı sağlık personelinin yetki ve sorumluluklarının da değerlendirilmesi gerekmektedir.

Hekimin tıp mesleğini icra etmesi dolayısıyla yaptığı tıbbi girişimde, tıp

¹⁵ Abdullah Hızal, Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma, **LEGES İzmir Üniversitesi Sağlık Hukuku Dergisi**, Yıl:1, Sayı:2, Nisan, Mayıs, Haziran 2014, s. 9.

¹⁶ Özpinar, s. 92.

¹⁷ S.A. Hızal, s. 229.

¹⁸ Savaş, s. 65.

¹⁹ Türk Tabipleri Birliği, s. 20.

mesleğinin ve biliminin kural ve gereklerine uymaması nedeniyle hastasının hayatı veya sağlığına zarar vermesi de tıbbi hata/kusur olarak tanımlanmaktadır²⁰.

Tıbbi uygulama nedeniyle ortaya çıkan olumsuzluğun tıbbi hata olup olmadığının tespiti için 3. kişilerce kullanılabilir, bu gün itibariyle, elde net bir klavuz yoktur. Ancak bir hekimin tıbbi uygulamasında hata yapıp yapmadığının tespitinde ölçü ne olmalıdır? sorusuna “*bilim ve tekniğin son durumu*” ya da “*standart tıbbi uygulama*” kavramları ile cevap verebilmekteyiz.

Daha önce “bilim ve tekniğin son durumu” ölçütü özen yükümlülüğü ve dolayısıyla tıbbi uygulama hatasında kriter olarak kullanıyorken bugün için “tıbbi standart” kavramı kullanılmaktadır. Bunun nedeni ise son durum kavramının mevcut ulaşılmış son noktayı standart kavramının ise olaylara karşı devamlı uygulanan genel kabul görmüş süreci ifade etmesidir²¹. Tıbbi standart ise hekimin tedavi amacına ulaşması için gerekli olan ve denenerek ispatlanmış bulunan, hekimin tecrübesi ve doğa bilimlerinin o anki ulaştığı düzeyi ifade etmektedir²². Dolayısıyla tıp bilimine genel olarak bilinen ve tanına bir kuralın varlığından söz edilebilmesi için, onun hekimlerin büyük çoğunluğu tarafından aynı veya benzer hadiselerle sürekli uygulanması gerekir²³.

Genel olarak tıbbi uygulamada hekimden standart uygulama beklenmekle birlikte buna ek olarak hekim özelinde de kriter ortalama bir hekimdir. Bu kriter esas alındığında, bir doktor ahlaki, düşünce, bedeni ve mesleki teknik bilgi yönünden en az orta düzeydeki ve nitelikteki doktorun özelliği ve yeteneği ile ustalık ve beceriye sahip olmalıdır²⁴.

Hekimin tıbbi uygulamasının tıbbi standartlara uygun olup olmadığı ve hekimin bilgi ve beceri düzeyinin kendisinden beklenen ölçüde (ortalama) olup olmadığı bilirkişi raporları ile tespit edilmektedir. Bilirkişi konusu ayrıca incelendiği için burada değinilmekle yetinilmiştir.

²⁰ Gökcan, s. 61.

²¹ Hakeri, s. 516.

²² Hakeri, s. 517. Gökcan, s. 212.

²³ Ayan, s. 106. Çetin Aşçıoğlu, **Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar**, Ankara 1993, s. 78.

²⁴ Aşçıoğlu, Tıbbi Yardım, s.76.

1. Tanı Hatası

Hastalığın tedavisinin başarılı olabilmesi ve hastanın iyileşebilmesi hekim tarafından hastalığın teşhisinin doğru yapılabilmesi yani tanısının doğru konulmasına bağlıdır. Eğer hekim hastalığı yanlış teşhis eder ve tanısı hatalı olursa hasta iyileşememekle birlikte mevcut hastalığının ilerlemesine, uygulanacak yanlış tedavi nedeniyle de başkaca hastalıkların veya hasarların ortaya çıkmasına neden olacaktır.

Tıbbi açıdan hekimin hastalığa doğru tanı koyabilmesi için elinde bir çok yol bulunmakla birlikte hukuki açıdan hekimin tanı koyma yükümlülüğünü yerine getirirken göz önünde bulunduracağı hukuki bir hüküm yoktur²⁵. Tanı, varsa kişide bulun bir hastalığı bulma, tanımlama, ilerleme derecesini anlayabilme faaliyetini içine alan bir süreçtir²⁶. Tanı, hastanın anlattıkları, (soy geçmişi, geçirdiği hastalıklar, hayat tarzı, alışkanlıkları, aile öyküsü, işi, kişisel özellikleri gibi), klinik muayene, diğer hekimlerin görüşleri (konsültasyon), laboratuvar sonuçları gibi birçok etkenin değerlendirilmesi ile konulur. Öncelikle hastaya tıbbi yardım yükümlülüğü altında bulunan doktorun hastasının hastalığı hakkında doğru tanıyı koyma sorumluluğu bulunmaktadır. Ancak tanı işleminin (diyagnostik) karmaşık ve zor evrelerden geçtiği değişik kaynaklardan alınan verilerin hata paylarının bulunduğu gözetildiğinde, kesin ve doğru tanının sınırları olacağının kabul edilmesi, yani hekimin tanı hatasından sorumlu tutulmaması gerektiği²⁷ belirtilmektedir. Eğer hekim, tanı koyarken tıp biliminin mutad ve bilinen kurallarına riayet etmiş, gerekli tüm dikkat ve zamanı harcayarak günlük olarak tutulan tıbbi kayıt ve dosyalara istinaden tanı koymuşsa tanı hatasından sorumlu tutulmaması gerekir²⁸.

Tanı hataları genel olarak şu nedenlerle ortaya çıkmaktadır:

- Gerekli araştırma, tahlil ve tetkiklerin yapılmaması,
- Eldeki bulguların yanlış değerlendirilerek gerçek sonuçtan farklı bir sonuca

²⁵ Zarife Şenocak, **Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1998, s. 61.

²⁶ Taneri, s. 165. Er, s. 72.

²⁷ Belgesay, Tıbbi Mesuliyet, s. 105., Aşçıoğlu, s. 80. Hakeri, 536. Şenocak, s. 61., Gökcan, s. 210., Günday, s. 51., Mustafa Reşit Belgesay, Hekimin Hukuki Borçları, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 4 Sayı:3-4 Kenan Matbaası, İstanbul 1945, s. 111.

²⁸ Şenocak, s. 61, Er, s. 74., Taneri, s. 170.

varılarak hatalı teşhis konulması,

- Hastanın dikkatle dinlenmemesi ve hastaya daha önce konulan teşhislerin dikkate alınmaması²⁹,

Danıştay bir kararında; hastanın beyanlarının dikkate alınmamasını³⁰ tıbbi hata olarak değerlendirmiştir:

*“Dosyanın incelenmesinden, ... Üniversitesi ... Tıp Fakültesi Üroloji Bölümünde tedavi görmekte iken 2.9.2004 tarihinde mide delinmesinden dolayı vefat eden hastanın, üroloji servisine gelmeden önce Özel ... Hastanesine başvurduğu ve burada yapılan tetkiklerde midenin sıvıyla dolu olduğunun tesbit edildiği, sözkonusu tetkiklerin ... Tıp Fakültesinde hastanın tedavisini yapan ...'e gösterilmesine ve mide ağrısına dikkat çekilmesine karşın, bu tetkikler dikkate alınmadan ve mideyle ilgili herhangi bir araştırma yapılmadan hastaya sadece böbrek rahatsızlığı teşhisinin konularak, buna yönelik bir tedavinin uygulandığı, **teşhis ve tedavinin yanlış yapılması nedeniyle** de hastanın mide delinmesi sonucu vefat ettiği iddiasıyla şikayette bulunduğu, soruşturmada ise hastanın değerlendirilmesi ve tedavisinde bir eksikliğin bulunmadığı sonucuna varıldığı ve Rektörlükçe oluşturulan Yetkili Kurulun 5.4.2006 günlü kararıyla şüphelilerin men-i muhakemelerine karar verildiği, bu kararın Dairemizce yasa gereği kendiliğinden ve şikayetçi itirazı üzerine incelenmesi sonucu 19.10.2006 günlü, E: 2006/731, K: 2006/924 sayılı kararımızla "Üniversite dışından oluşturulacak bilirkişilerden, hastanın ... Tıp Fakültesi Üroloji Servisine gelmeden önce ... Özel ... Hastanesinde yaptırdığı tetkiklerin de dikkate alınması suretiyle, üroloji servisinde mideyle ilgili olarak herhangi bir tetkik ve tedavinin yapıp yapılmadığının da araştırılarak hazırlanan bir rapor temin edilmesi ve bu rapor da dikkate alınarak karar verilmesi" gerektiğinden bahisle bozulması üzerine, Marmara Üniversitesi Tıp Fakültesi Öğretim üyelerinden oluşturulan bilirkişi heyetince hazırlanan raporda; bilinçli bir ihmal ve hata yapıldığı kanısında olmadıkları vurgusu yapılmakla birlikte, hastanın bir genel cerrahi uzmanı tarafından değerlendirilmediği, iç içe giren patolojilerin karıştırıldığı ve mide perforasyonunun daha önce oluşmuş olabileceği görüşlerine de yer verildiği anlaşılmıştır.*

*Bu durumda **tanının zamanında yapılamamasının ve buna uygun tedavi uygulanmamasının hastanın ölümüne yol açtığı sonucuna varıldığından**, ..., ..., ve ...'un üstlerine atılı suçu işlediklerini doğrulayacak ve haklarında kamu davasının açılmasını gerektirecek yeterli kanıtın dosyada mevcut olduğu anlaşıldığından, ... Üniversitesi Rektörlüğünce oluşturulan Yetkili Kurulun 23.5.2007 günlü, 2007/23 sayılı men-i muhakeme kararının ..., ... ve ... yönünden bozulmasına, adı geçenlerin lüzum-u muhakemelerine ve eylemlerine uyan Türk Ceza Kanununun 85 inci maddesi gereğince yargılanmalarına, yargılamanın Fatih Asliye Ceza Mahkemesinde yapılmasına,,”*

Tanı hatasından dolayı hekimin sorumluluğuna gidilebilmesi için tıp biliminin standart verilerine uygun işlemleri yapmamış olması ya da uzmanlık alanının gerektirdiği bilgi ve beceriye sahip olmaması gerekir. Zorunlu tanı yöntemlerinin

²⁹ Taneri, s. 166., Er, s. 74.

dikkate alınmaması, konsültasyon gereken hallerde bu yola başvurulmamış olması, eksik araştırma, hastalığın karakteristik belirtilerine rağmen hatalı sonuca varılması halinde tanı yükümlülüğünün tam olarak yerine getirildiğinden bahsedilemez ve bu durumda hekimin sorumluluğu söz konusu olacaktır³¹. Buna ek olarak tanı hastasını fark eden hekim, bu hatasını düzeltmek için yapılması gerekenleri tam ve zamanında yapmalıdır. Aksi halde tanı hastasından sorumluluğu söz konusu olacaktır³². Bu kapsamdaki tanı hataları genellikle eksik araştırma, nitelendirme hatası ya da teknik kusurlar nedeniyle ortaya çıkmaktadır³³.

2. Tedavi Hatası

Hastalığa tanı konulmasından sonraki tıbbi işlem tedavidir. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin (TDN)13³⁴., Biyotıp Sözleşmesi'nin 4³⁵., Hasta Hakları Yönetmeliği'nin (HHY) 11³⁶. maddesinde teşhis ve tedavinin hukuki düzenlemesi yapılmıştır. Türk Tabipleri Birliği (TTB) Meslek Etiği Kuralları'nın 5³⁷. maddesinde hekimin tedavi sorumluluğu, TTB Disiplin Yönetmeliği'nin geçici olarak meslekten alıkoyma cezası başlıklı 5. maddesinin k³⁸, p³⁹ fıkralarında tedavi hatalarının mesleki

³⁰ Danıştay Birinci Daire 2007/1183 E 2007/1294 K (www.corpus.com.tr, erişim: 07.12.2014)

³¹ Taneri, s. 165.

³² Belgesay, Tıbbi Mesuliyet, s. 106. (Doktorun bir teşhis hatasına düştükten sonra, bu hatasını açıklayan klinik semptomlar ve hastanın şikayetleri üzerinde durmadan, mesleki haysiyet ve gurur gibi iç mülahazalarla izah olunabilen bir sebeple hatasında ısrar etmesi mesuliyetini istilzam eden bir kusurdur. Sedan 23 Nisan 1936 Savatier Tr. Res. No:792.)

³³ Günday, ss.55-56.

³⁴ “Madde 13 – 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.

Tababet prensip ve kaidelerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yasaktır.

Tabip ve dış tabibi; teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın, hastanın arzusuna uyarak veya diğer sebeplerle, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak her hangi bir şey yapamaz.”

³⁵ Madde 4- Araştırma dahil, sağlık alanında her müdahalenin ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir.

³⁶ Tıbbi Gereklere Uygun Teşhis, Tedavi ve Bakım

Madde 11- Hasta, modern tıbbi bilgi ve teknolojinin gereklerine uygun olarak teşhisinin konulmasını, tedavisinin yapılmasını ve bakımını istemek hakkına sahiptir. Tababetin ilkelerine ve tababet ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yapılamaz.

³⁷ Hekimin Görev ve Ödevleri

Madde 5-Hekimin öncelikli görevi, hastalıkları önlemeye ve bilimsel gerekleri yerine getirerek hastaları iyileştirmeye çalışarak insanın yaşamını ve sağlığını korumaktır. Meslek uygulaması sırasında insan onurunu gözetmesi de, hekimin öncelikli ödevidir. Hekim, bu yükümlülüklerini yerine getirebilmek için, gelişmeleri yakından izler.

³⁸ k) Kendisine başvuran veya çalıştığı kuruma gelen acil hastaların gerekli tıbbi tedavi veya girişimlerini başlatmamak, yapmamak ya da ilgili kuruluşlara sevkini geciktirmek veya yapmamak,

yaptırımı düzenlenmiştir.

Tıp biliminin standart uygulamalarına ve verilerine göre kesin ve tartışmasız olan tedavi yöntemine uyulmadığı⁴⁰ ve hastaya gerekli özenin gösterilmediği her türlü tıbbi müdahalede tedavi hatasının bulunduğu kabul edilir. Bu özensizliğin icrai veya ihmali olması önemli değildir⁴¹. Tedavi hataları değişik şekillerde görülebilir: Araç ve metod seçiminde, tıp kurallarının uygulanmasında, durum ve koşulların gerektirdiği özen yükümlülüğünde, bilgi ve tecrübe eksikliği nedeniyle beceride hatalar yapılabilir⁴².

Tedavide hekimin yükümlülüğü tıp biliminin verilerine göre yapılması gereken tıbbi müdahaleyi yerine getirmektir. Bu müdahale sırasında tıbbi standartlara uygun davranmalıdır. Hekimin hastalığı tamamen iyileştirmek veya tedavide mutlak başarılı olmak gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır⁴³. Tıbbi standartlara uygun davranılmış olmasına rağmen sonuç değişmemişse olumsuz sonuçtan hekimin sorumluluğu söz konusu olamaz⁴⁴.

3. Uzmanlık (Yetki) Sınırının Aşılması

Tıp bilimi her geçen gün değişmekte ve gelişmektedir. Buna paralel olarak da tıp dallarının uzmanlık ve yan dal uzmanlık alanlarında değişiklikler olmaktadır. Bu durum da hastanın tedavisinde yetki sınırını gündeme getirmektedir. Kural olarak yetkisiz müdahale hukuka aykırıdır. Yani öncelikle 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı

³⁹ p) Meslekte bilgi ve beceri yetersizliği, özen eksikliği, dikkatsizlik ve benzeri kusurlardan dolayı eksik ya da yanlış tanı ve tedavide bulunarak hastaya kalıcı zarar vermek,

⁴⁰ Aşçıoğlu, s. 83.

⁴¹ Hakeri, s. 545.

⁴² Aşçıoğlu, ss. 82-90.

⁴³ Belgesay, Doktorun Hukuki Borçları, s. 109.

“Doktorun hastasına karşı aldığı ödev asla onu iyi etmek olamaz. Davayı kazanacağını garanti eden bir avukat gibi hastayı iyi edeceğini garanti eden doktor da nihayetinde bir şarlatandır. Doktorun üzerine aldığı şey hastasını sanat kaidesine göre şahsından beklenen dikkat ve maharetle ve fennin tavsiye ettiği usullere müracaatla muayene ederek teşhis koymak, bundan sonra bugünkü tıbbın genel olarak tavsiye ettiği tedavi usullerini tatbik etmektir. Kısaca, doktor umumi hukuk nizamına göre de mukavele esasına göre de ancak ihtisas ve şöhreti itibarile af olunamayacak kusurlarından mesuldür.”

⁴⁴ Gökcan, s. 211., Belgesay, Doktorun Hukuki Borçları, s. 114. “Bir doktorun bütün teşhis hatalarından mes’ul edilmesi onu sanatını vicdanen yapamayacak hale getirir. Tababet insanlar için faydalı fakat tehlikeli bir sanattır. Binaenaleyh, hekim, her türlü teşhis hatasından değil, ancak durum göz önünde tutularak mazeret teşkil edemeyecek olan bilgisizliği yüzünden düştüğü teşhis hatasından mes’ul tutulmalıdır.”

Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un (TŞSTİDK) 1.⁴⁵ maddesine göre; tıp sanatını icra etmek ve hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesi mezun olmak temel şarttır.

Tıp fakültesinden pratisyen hekim olarak mezun olan bir hekim Tıpta ve Dış Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliği⁴⁶, ne (TDHUY) uygun olarak yapılan Tıpta Uzmanlık Sınavına göre yapılacak yerleştirmeye göre herhangi bir uzmanlık alanında eğitim alabilirler. Yönetmeliğin 27.⁴⁷ maddesine göre uzmanlık belgesini almayanların uzman unvan ve yetkisi kullanabilmesi mümkün değildir. Uzmanlık eğitimi sırasında asistan eğitim karnesine uygun olarak verilen eğitim kapsamındaki tedaviler hekimin yetki sınırları içindedir.

Sağlık Meslek Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmeliğin⁴⁸ Ek-1'inde sağlık meslek mensuplarının iş ve görev tanımları düzenlenmiştir⁴⁹. Bu düzenlemeye göre tabip ve uzman tabiplerin hastaların tedavilerindeki görev tanımı yapılmış olmakla birlikte uygulamada herhangi bir tıbbi müdahalenin hangi branş uzmanı tarafından yapılabileceği tıbbi uzmanlık eğitimine ve tıp biliminin genel kabul görmüş kurallarına göre belirlenir.

⁴⁵ Madde 1 – (Değişik: 11/10/2011-KHK-663/58 md.)

Türkiye Cumhuriyeti dâhilinde tababet icra ve her hangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesinden diploma sahibi olmak şarttır.

⁴⁶ R.G. 26.04.2014, 28993

⁴⁷ Uzmanlık yetkisinin kullanılması

MADDE 27 – (1) Bu Yönetmelik hükümlerine göre uzmanlık belgesi almayanlar, hiçbir yerde ve şekilde uzmanlık unvan ve yetkisini kullanamazlar. Bu Yönetmelikten önceki mevzuata göre kazanılmış bulunan uzmanlık yetkisi ile ilgili haklar saklıdır.

⁴⁸ R.G. 22.05.2014, 29007

⁴⁹ Tabip ve uzman tabip

a) Tıp ve uzmanlık eğitimi sırasında kazanmış olduğu bilgi, beceri ve tutum çerçevesinde, tıbbi ilke ve yöntemleri uygulayarak birey ve toplumu sağlık sorunlarından, hastalıklardan ve yaralanmalardan koruyucu tedbirleri alır, tanı, tedavi ve rehabilitasyon uygulamaları yapar ve olası komplikasyonların önlenmesi için çalışır. Ortaya çıkan komplikasyonlarda uygun müdahaleyi yapar, gerektiğinden hastayı sevk eder.

b) Tıp ve uzmanlık eğitimi sırasında kazandığı bilgi ve becerilere ilaveten, mesleği ile ilgili eğitim ve bilimsel faaliyetler yoluyla kazandığı bilgi ve beceriler çerçevesinde sanatlarını icra ederler.

c) Birlikte çalıştığı diğer sağlık meslek mensupları tarafından gerçekleştirilen tıbbi bakım ve uygulamaları planlar, izler ve denetler.

ç) Adli vakalarda ilgili mevzuatlarda tanımlanan iş ve işlemleri yapar.

d) Gerekli gördüğü durumlarda diğer tabip, uzman tabip ve birimden konsültasyon ister. Konsültasyon istenen tabip veya uzman tabip bu isteye icabet eder.

e) Başka bir birime veya kuruma sevkı gereken hastaların, tibben gerekli şartlar sağlanarak sevk edildiği birime ve kuruma ulaşımı için gerekli tedbirleri alır.

Uzmanlık alanları arasında genellikle yetki sorunu çıkmamakla birlikte aynı dal içinde, ilginç bir şekilde, ana dal – yan dal uzmanlıkları arasındaki yetki sorunu ortaya çıkmaktadır. Aynı dal içinde ana dal – yan dal arasındaki yetki sorunu Tıpta Uzmanlık Kurulu'nun (TUK) 14.11.2012 tarih ve Karar No:321 sayılı kararına⁵⁰ konu olmuştur. Kararda ana dal uzmanının yan dal uzmanın sahip olduğu tüm yetkilere, yan dal uzmanının da ana dal uzmanının yetkilerine sahip olduğu belirtilmiştir. Kanaatimizce ana dal – yan dal uzmanlıkları arasında yetki sorunu böylece çözülmüş gibi görünmesine rağmen asıl sorun ana dal uzmanının hastasını yan dal uzmanlığı ile ilgili olarak bilgilendirip bilgilendirmemesinde çıkabilecektir.

Hastasını muayene eden hekimin uzmanlık alanı dışında tıbbi bir sorunla karşılaştığında yapacağı iş hastasını ilgili dal uzmanı hekime sevk etmek ya da konsültasyon istemektir⁵¹. Aksi halde hekimin eksik tıbbi tedavi nedeniyle sorumluluğu doğacaktır. İşte bu aşamada şöyle bir sorunla karşılaşmaktayız: Acaba hastasını muayene eden anadal uzmanı hekimin tedaviyi düzenleme aşamasında, kendi yetkisi içinde kalmakla birlikte, aynı dalın yan dal eğitimi kapsamına da giren tıbbi bir sorunda, yan dal uzmanı meslektaşından konsültasyon istemeli midir? Ya da bu konuda hastasını bilgilendirmeli midir? İlgili alanda yan dal uzmanlığı varken ana dal uzmanının hastasının tedavisini düzenlemesi yetkisi içinde midir?

Hastasının tedavisini düzenleyen uzman hekimin tedavisi sırasında herhangi bir malpraktis veya komplikasyon ortaya çıktığında, hastasını yan dal uzmanına sevk etmemiş ya da hastasını bu konuda yan dal eğitimi almış bir hekime başvurabileceği konusunda bilgilendirmemiş ise bu durumda sorumluluğu doğacak mıdır? Ana dal uzmanı (örneğin ortopedi uzmanı) muayene ettiği hastasını ameliyat etmeden önce yan dal uzmanı (örneğin el cerrahisi) ve uzmanlık alanı ile ilgili olarak bilgilendirmemesi halinde ortaya çıkabilecek olası bir sorunda yetki sınırının

⁵⁰ Ülkemizde yan dalda uzmanlaşmanın tarihsel süreci incelendiğinde de görülmektedir ki; bağlı yan dalda uzman unvanı almayan/alamayan ana dal uzmanı, ana dalın yetki ve sorumluluk alanına giren tıbbi iş ve işlem kalemlerinde bir yetki ve sorumluluk kaybına uğramazlar. Yan dal uzmanı ise, uzmanı olduğu ana dalın bütün yetki ve sorumluluklarını taşır; ancak ileri eğitim alarak (“derinleşerek”) uzmanlaştığı yan dal alanındaki yetki ve sorumlulukları, sadece ana dal uzmanı olanlara kıyasla daha derindir.

Sonuç olarak; bir ana dal uzmanının kazanmış olduğu mevcut yetkinlik ve yetkileri bu ana dalın yan dallarının varlığı nedeniyle değişmez.

Yan dal uzmanı, mensubu olduğu ana daldan kaynaklanan bütün yetki ve sorumluluklara sahip olmaya devam eder; ek olarak uzmanlaştığı yan dal alanında, aldığı eğitimden kaynaklanan ek yetki ve sorumluluklar ile bazı iş ve işlemlerde daha ileri düzeyde yetkinlik kazanır.

aşılmasından mı yoksa aydınlatılmış onamın gerektiği gibi alınmaması ve hastanın bilgilendirilmesinin usule uygun olmadığından mı bahsedilecektir? Kanaatimizce burada somut olayın özelliğine göre değerlendirme yapmak gerekecektir. Aynı hastanede yan dal uzmanı varsa ana dal uzmanının yan dal uzmanından konsültasyon istemesi ve hastasını mutlaka bilgilendirmesi, eğer aynı hastanede yan dal uzmanı yoksa hastasını yan dal uzmanı ve uzmanlığı ile ilgili olarak bilgilendirmesi ve aydınlatması gerektiği kanaatindeyiz. Eğer bu işlemleri yapmamışsa ortaya çıkabilecek olası bir malpraktiste aydınlatmanın usule uygun olmaması nedeniyle sorumluluğunun doğabileceğini değerlendirmekteyiz.

4. Bilgilendirme Eksikliği ve Rıza Sınırının Aşılması

Tıbbi müdahalenin temel şartı hastanın bilgilendirilmiş rızasıdır. Bu rıza hekimin tıbbi müdahalesini hukuka uygun hale getirir. Hastanın rızası tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk sebebidir⁵². Bilgilendirilmiş rıza kavramının temel işlevi hastanın kendi refahını ve kendi geleceğini belirleyebilmesini sağlamaktır. Bu işlev, hastanın tedavisine ilişkin serbest ve özgür bir seçim yapmasını sağlayacak olan bilgilendirmenin hekimce yapılması ve bu bilgiye dayanarak hastanın bir karara varmasıyla mümkün hale gelir⁵³. Hekime hastanın karar vermesine etki edebilecek tüm bilgileri açıklaması yükümlülüğü getiren bilgilendirilmiş rızanın öncelikli amacı, her bireyin kendi bedeni ve geleceği üzerinde söz sahibi olması ve hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının gerçekleşmesini sağlamaktır⁵⁴.

Dayanağı ise Anayasa'nın 17/2. fıkrasındaki "... tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulmaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz" ve Biyotıp Sözleşmesi⁵⁵'nin 5.

⁵¹ Belgesay, s. 81.

⁵² Mustafa Dural, Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, **Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 24-25 Nisan 2008**, XII Levha Yayınları, İstanbul 2011, s. 249., Aşçıoğlu, s. 25.

⁵³ Hamide Tacir, **Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı**, XII Levha Yayınları, İstanbul 2011, s. 148., Zafer Zeytin, Hasta-Hekim İlişkisinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, **VIII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Hekim Sorumluluğu 7-8 Ekim 2011 Diyarbakır**, Editörler: Hakan Hakeri ve Henning Rosenau, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s. 6.

⁵⁴ Tacir, 153., Murat Doğan, "Hekimin Hukuki Sorumluluğu", **Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk**, Sempozyum, 16-17 Ocak 2009 Mersin, Bildiriler, Mersin Barosu Yayınları, Şen Matbaa, Ankara, s. 45.

⁵⁵ 5013 sayılı Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin

maddesindeki, sağlık alanındaki herhangi bir müdahalenin, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş biçimde rıza göstermesinden sonra yapılabileceği düzenlemesidir. Burada her ne kadar rıza için bilimsel ve tıbbi deneylerden bahsedilmiş ise de vücut btnlğne dokunulabilmesi için kanuni düzenleme bulunması şarttır. Kişiye tıbbi müdahalede bulunan kimse tıp mesleği mensubu olduğu için tıp meslek veya sanatının mensuplarına tanıdığı hakkı kullanmış olur. Buna göre tıp mesleğinin tanıdığı subjektif hakkın sınırları ve koşulları içinde gerçekleşen tıbbi müdahalede hukuka aykırılık yoktur⁵⁶. Kanuni düzenleme ise 1219 sayılı TşSTİDK'un 70. maddesidir⁵⁷. Bu düzenleme ile hastanın vücut btnlğne yapılacak olan müdahalelerde hastanın, hasta küçük veya hacir altına alınmış ise veli veya vasisinin izninin alınması yasal zorunluluk⁵⁸ olup ön kořuldur⁵⁹. Böyle bir rıza alınmadan yapılacak olan her türlü müdahale, (istisnalar örneğin acil müdahale gibi hariç olmak üzere) hasta müdahale sonucunda sağlığına kavuşmuş olsa dahi, hukuka aykırı olacak ve hekimin sorumluluğu söz konusu olacaktır⁶⁰. Böyle bir durumda yani rızanın alınmaması, kanunda ngrlmş haller dışında, tıbbi müdahaleyi hukuka aykırı hale getireceği gibi kişilik haklarının da ağır şekilde ihlali olacağından, hekim suç işlemiş olacak ve fiilinin karşılığı olan ceza ile cezalandırılacaktır⁶¹.

Aynı yönde TCK'nın 90/2. maddesinde insan üzerinde bilimsel deney yapılabilmesi için, 91/1. maddesinde organ ve doku naklindeki her türlü müdahale için, yasal koşulların oluşması halinde 99. maddedeki gebe kadının çocuğunun düşürülmesi ve 101. maddedeki kısırlaştırma için rızanın aranması gerektiği düzenlenmiştir.

Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotip Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun R.G. 20.04.2004, 25439.

⁵⁶ Feridun Yenisey, Tedavi Açısından İlgilinin Rızası, **Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Nisan 2008, s. 870. (Ayrıca tıbbi müdahalelerde bulunan kimselerin cezalandırılmamasının sebebini belirlemek için değişik görüşler için bkz)

⁵⁷ Tabipler, diş tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evvelemirde muvafakatını alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatın tahriri olması lazımdır.

⁵⁸ Gökcan, s . 139.

⁵⁹ Türkmen, s. 85.

⁶⁰ Er, s. 78.

⁶¹ akmut, s. 237., Er, s. 91.

Vücuda müdahalede rızanın önemi kişinin vücudu üzerindeki karar verme hakkına yetkili olmasından kaynaklanmaktadır⁶². Başka bir deyişle tedavi hastaya ait bir haktır; o tıbbi yardımı isteme ya da hastalığın kaçınılmaz gidişatını kabul etme konusunda seçimlik hakkında sahiptir. Bu hak, hekimin “hastayı iyileştirme için yardım görevi” ile karıştırılmamalıdır.; hekimin görevi hastanın kendisi hakkında karar vermesiyle başlar. Hasta bu hakkı kullanması için hekime izin/rıza/vekalet vermektedir⁶³.

Bununla birlikte hastanın münhasıran karar vermeye yetkili olduğu tıbbi müdahaleye rıza gösterebilmesi için de tıbbi bir zorunluluk (endikasyon) olmalıdır. Tıbbi zorunluluk olmaksızın kişinin vücuduna yapılacak müdahale hukuka aykırı olacaktır⁶⁴. Kişinin tıbbi müdahaleye izin verme yetkisi olan rıza, “self determinasyon” unsuru olarak kabul edilmektedir⁶⁵. Hekimin de sorumlu tutulabileceği yaralama suçları ile vücut bütünlüğü ve bu bütünlüğe ilişkin geleceğini belirleme hakkı korunmaktadır. Bu durum yani hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı, aydınlatma yükümlülüğü kapsamında dikkate alınmalıdır⁶⁶.

Hastanın tıbbi müdahaleye rıza verebilmesi onun tıbbi müdahale konusunda ayrıntılı olarak bilgilendirilmesine bağlıdır. Yani rızanın verilebilmesi aydınlatmaya/bilgilendirmeye bağlıdır. Bireyin kendi yaşam ve sağlığı ile ilgili en uygun kararı verebilmesi, tıbbi müdahale konusunda bilgi sahibi olmasına bağlıdır. Bu olmaksızın bireyin kendisi üzerinde yapılacak olan tıbbi müdahalelerin tehlikelerini anlayabilmesi, yaşam ve sağlığı hakkında serbestçe karar verebilmesi mümkün değildir⁶⁷. Hiçbir bilgi verilmeden genel olarak “*tarafıma yapılacak her türlü tıbbi girişime onay veriyorum*” şeklindeki bir rızanın geçerli olamayacağı açıktır. Hastanın kendisine uygulanacak tıbbi girişimlere izin verebilmesi için, bu girişime neden gerek duyulduğuna, girişim yapılmadığı ve yapıldığı takdirde ortaya çıkabilecek ve sağlığını etkileyecek sonuçların neler olduğuna ilişkin yeterli düzeyde

⁶² Dural, s. 253.

⁶³ Aşçıoğlu, s. 25.

⁶⁴ Gökcan, s. 139.

⁶⁵ Yenisey, s. 871.

⁶⁶ Andreas Mosenheuer, “Hekimlerin Cezalandırılabilirliğinin Sınırı Olarak Varsayımsal Rıza”, **Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu**, (Çev. Hakan Hakeri) Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Nisan 2008, s.80.

⁶⁷ Aşçıoğlu, s. 27.

bilgilendirilmiş olmalıdır⁶⁸. Bilgilendirmenin ölçütüne göre hekim tarafından tedaviye ilişkin olarak yapılacak bilgilendirme ve açıklama makul bir insanın (hastanın) bilmesi gerekli risk, alternatif ve sonuçları içermelidir. Hastanın aydınlatılması, muayene edildiğinde elde edilen bulguların kendisine bildirilmesi, ona uygulanacak tedavinin ya da gerçekleştirilecek müdahalenin amacı anlamı, kapsamı, çeşidi, neticeleri, ortaya çıkabilecek tehlikeli sonuçları ve müdahalede bulunulmadığı takdirde karşılaşılabilecek riskler, zararlı sonuçlar, hastalığın seyri, hastanın ilerleyen zamanlardaki durumu hakkında bilgilendirilmesi ve bu şartları değerlendirerek serbestçe karar vermesinin sağlanmasıdır⁶⁹.

Genel olarak bilgilendirme şu hususları kapsamalıdır⁷⁰:

- Mevcut sağlık durumu,
- Kendisine uygulanması planlanan tıbbi müdahaleler,
- Uygulanacak tıbbi müdahalelerin yararları ve olası sakıncaları,
- Alternatif tedavi yöntemleri,
- Tıbbi müdahale veya tedavinin kabul edilmemesi durumunda ortaya çıkabilecek olası sonuçlar,
- Hastalığın gelişmesi ve sonuçları,

Hekimin değil hastanın ön plana çıktığı bu yaklaşımda bilgilendirmenin kapsamı tıbbi ve mesleki ölçütlere göre belirlenmemekte, hekimlerin makul bir hastanın isteyebileceği kadar bilgilendirme ve açıklama yapmaları gerekecektir⁷¹. Bu şekilde usulüne uygun olarak yapılan bilgilendirme ile alınan rıza bilgilendirilmiş rıza (onam)'dır. Bilgilendirilmiş rıza yerine doktrinde; aydınlatılmış rıza, aydınlatılmış onam terimleri de kullanılmaktadır.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin Sağlık Durumu İle İlgili Bilgi Alma Hakkı başlıklı üçüncü bölümünün Bilgilendirmenin Kapsamı başlıklı 15. maddesinde⁷²

⁶⁸ Gökcan, s. 147., Er, s. 82.

⁶⁹ Özlem Yenerer Çakmut, "Hastanın Tedaviyi Reddetme veya Durdurma Hakkı", **Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Girne-Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu**, 2-3 Mart 2009 Girne/KKTC, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s.62., Yenerer Çakmut, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, s. 9.

⁷⁰ Hasan Özkan, Sunay (Öner) Akyıldız, **Hasta-Hekim Hakları ve Davaları**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008, s. 36, A. Caner Yenidünya, Hekimin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu, **Sağlık Hukuku'nda Dünyadaki Son Gelişmeler**, Roche Müstahzarları A.Ş., İstanbul 2009, s. 68.

⁷¹ Tacir, s. 156.

⁷² **Bilgilendirmenin Kapsamı**

bilgilendirmede nelerin açıklanması gerektiği, 18. maddesinde⁷³ bilgilendirmenin usulü, 24. maddesinde⁷⁴ hastanın rızası ve iznin usul ve esasları düzenlenmiştir.

Madde 15- (Başlığı ile birlikte değişik:RG-8/5/2014-28994)

Hastaya;

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

⁷³ **Bilgi Vermenin Usulü**

Madde 18- (Değişik:RG-8/5/2014-28994)

Bilgi, mümkün olduğunca sade şekilde, tereddüt ve şüpheye yer verilmeden, hastanın sosyal ve kültürel düzeyine uygun olarak anlayabileceği şekilde verilir.

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

Hastanın kendisinin bilgilendirilmesi esastır. Hastanın kendisi yerine bir başkasının bilgilendirilmesini talep etmesi halinde, bu talep kişinin imzası ile yazılı olarak kayıt altına alınmak kaydıyla sadece bilgilendirilmesi istenilen kişilere bilgi verilir.

Hasta, aynı şikayeti ile ilgili olarak bir başka hekimden de sağlık durumu hakkında ikinci bir görüş almayı talep edebilir.

Acil durumlar dışında, bilgilendirme hastaya makul süre tanınarak yapılır.

Bilgilendirme uygun ortamda ve hastanın mahremiyeti korunarak yapılır.

Hastanın talebi halinde yapılacak işlemin bedeline ilişkin bilgiler sağlık hizmet sunucusunun ilgili birimleri tarafından verilir.

⁷⁴ **Hastanın Rızası ve İzin**

Madde 24- (Değişik:RG-8/5/2014-28994)

Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gerekir. Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır. Hastanın, velisinin veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunmadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde, bu şart aranmaz.

Kanuni temsilcinin rızasının yeterli olduğu hallerde dahi, anlatılanları anlayabilecekleri ölçüde, küçük veya kısıtlı olan hastanın dinlenmesi suretiyle mümkün olduğu kadar bilgilendirme sürecine ve tedavisi ile ilgili alınacak kararlara katılımı sağlanır.

Sağlık kurum ve kuruluşları tarafından engellilerin durumuna uygun bilgilendirme yapılmasına ve rıza alınmasına yönelik gerekli tedbirler alınır.

Kanuni temsilci tarafından rıza verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, velayet ve vesayet altındaki hastaya tıbbi müdahalede bulunulabilmesi; Türk Medeni Kanununun 346 ncı ve 487 inci maddeleri uyarınca mahkeme kararına bağlıdır.

Tıbbi müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbi müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekleri göz önüne alınır.

Yeterliğin zaman zaman kaybedildiği tekrarlayıcı hastalıklarda, hastadan yeterliği olduğu dönemde onu kaybettiği dönemlere ilişkin yapılacak tıbbi müdahale için rıza vermesi istenebilir.

Hastanın rızasının alınmadığı hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde, hastaya tıbbi müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir. Bu durumda hastaya gerekli tıbbi müdahale yapılarak durum kayıt altına alınır. Ancak bu durumda, mümkünse hastanın orada bulunan yakını veya kanuni temsilcisi; mümkün olmadığı takdirde de tıbbi müdahale

Tıbbi girişim ile ilgili olarak hastanın bilgilendirilmesi oldukça dikkat edilmesi gereken bir durumdur. Bilgilendirme yapılacak hastanın yaşına, mesleğine, cinsiyetine bağlı olarak tıbbi girişimin hasta üzerindeki olası sonuçları değişiklik gösterebilecektir. Bu nedenle hastanın tıbbi girişimle ilgili olarak şahsına özel olarak ayrıntılı bilgilendirilmesi gerekmektedir. Buradaki bilgilendirmeden maksat olası sonuçların sadece anlatılması veya açıklanması değil bilgilendirmeyi hastanın anlamasıdır. Bilgilendirme kişisel olmalıdır. Çok karmaşık bir tıbbi girişim ve sonuçları dahi hasta tarafından anlaşılabilir şekilde kendisine anlatılmalıdır⁷⁵. Bu durumda hekimin aydınlatmayı sabır ve hoşgörü ile yapması gerektiği uzun yıllar önce doktrinde belirtilmiştir⁷⁶. Hastanın tıbbi girişim ve sonuçları hakkında gerektiği gibi bilgilendirilmemesi tıbbi müdahale hatası olarak değerlendirilmektedir. Öyle ki tıbbi müdahale hatası olup olmadığına bakılmaksızın meydana gelen bir zarar varsa aydınlatma yükümlülüğünün ihlali halinde hekimin doğan bu zarardan sorumlu olacağı kabul edilmektedir⁷⁷.

Hastaya yapılacak bilgilendirmede yapılacak olan tıbbi girişimin tüm risklerinin anlatılması ve bu konuda ayrıntılı olarak bilgilendirilmesi gerekmektedir. Bu bilgilendirilmede dikkat edilmesi gereken bir diğer husus hastaya uygulanması planlanan tıbbi girişimin sınırlarının olumsuz bir şekilde değişmesi (müdahalenin genişlemesi) durumunda ne gibi girişimler yapılabileceğinin de ayrıntılı olarak anlatılması gerektiğidir. Hastaya planlanan girişimin planlanandan daha farklı gelişmesi halinde hastanın rızasının dışına çıkmak gerekecektir. Bu durumda hastanın ameliyatına son verip rızasını alıp, tekrar ameliyata almak çoğu zaman akıllıca olmadığından hekimler bu durumda hastanın bu işleme de onay vereceğini düşünerek

sonrasında hastanın yakını veya kanuni temsilcisi bilgilendirilir. Ancak hastanın bilinci açıldıktan sonraki tıbbi müdahaleler için hastanın yeterliği ve ifade edebilme gücüne bağlı olarak rıza işlemlerine başvurulur.

Sağlık kurum ve kuruluşlarında yatarak tedavisi tamamlanan hastaya, genel sağlık durumu, ilaçları, kontrol tarihleri diyet ve sonrasında neler yapması gerektiği gibi bilgileri içeren taburcu sonrası tedavi planı sağlık meslek mensubu tarafından sözel olarak anlatılır. Daha sonra bu tedavi planının yer aldığı epikrizin bir nüshası hastaya verilir.

⁷⁵ Mithat Kara, Abdullah Hızal, Sevinç Arslan Hızal, **Aydınlatılmış Onam**, İzmir Tabip Odası Yayınları, İzmir 2009, s. 15.

⁷⁶ "Hastalar, doktora daima tavsiyelerine tam bir inkiyat (boyun eğme, boyun bükme kendisini birisine teslim etme) için değil, kendilerini kemiren derdin sebepleri, muhtemel neticeleri, tedavi tarzları hakkında aydınlanmak için müracaat eder. Doktor, hastayı merak ettiği her konuda aydınlatmak, bundan sonra aklı başında ise direksiyonunu ona bırakmak doğru olur. Bir doktorun hastanın tenkitlerine tahammül etmemesi ve bundan alınması ve topyekün cevap olarak otoritesini ileri sürmesi büyük bir hatadır." Belgesay, Tıbbi Mesuliyet, s.97.

işleme devam etmektedirler. Hastanın bilinci açık olmadığı halde bilinci açık olsaydı da bu işleme onay verirdi düşüncesiyle işleme devam edilmesine varsayımsal rıza teorisi denilmektedir⁷⁸. Bu teoriye göre hekim, somut olayda sosyal ve kişisel değerlerini de gözeterik hastanın iradesini tahmin edip en yararına olan şekilde tıbbi girişimi gerçekleştirecektir.

Varsayılan rıza hukuka uygunluk nedeninin geçerli olabilmesi için; hukuki menfaati ihlal edilenin acil bir tehlike içinde bulunması, bu tehlikenin derhal müdahaleyi zorunlu kılması, tehlikeye müdahale edilmesi yoluyla başka bir menfaatin tehlikeye düşmesinin engellenmiş olması gerekir⁷⁹. İşte bu noktada varsayılan rızaya konu olabilecek bir girişimin yapılabileceğinin hastaya anlatılmamasının ya da hastanın bilgilendirilmemesi nedeni ile hastanın rızasının aşılmasının tıbbi müdahale hatası olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği sorunu ortaya çıkar. Kanaatimizce burada rızanın aşılmasının tıbbi müdahale hatası olarak değerlendirilebilmesi bu komplikasyonun hastaya açıklanmamış olmasına bağlıdır. Güncel tıp bilgilerine göre hastaya uygulanacak tıbbi girişimde böyle bir sonucun ortaya çıkabileceği öngörülebiliyorsa ve hasta bu konuda bilgilendirilmemişse bu durumda rıza sınırının aşılması nedeniyle hekimin sorumluluğu kabul edilmelidir. Ancak güncel tıp verileri ve tecrübelerine göre müdahalenin genişletilmesini gerektiren durum, beklenmeyen veya daha önce görülmemiş bir durum ise hekimin sorumluluğunun olmayacağı değerlendirilmektedir.

Bilgilendirilmiş rızanın nasıl alınacağı (yani kendisinin aydınlatılmadığı ve bilgilendirilmediği iddiasına karşılık hekimin bilgilendirmeyi usulüne uygun olarak yaptığını ispat etmesi) uygulamada sorun yaşanmasına neden olmaktadır. Ancak HHY'nde 08.05.2014 tarihinde yapılan değişiklikler ile⁸⁰ bilgilendirmenin kapsamı ile usul ve esasları düzenlenmiş ve Yönetmeliğin 31. maddesi ile rıza formunun nasıl olması gerektiği de belirtilerek hekimlerin bilgilendirme konusundaki tereddütlerinin giderilmesi sağlanmıştır.

⁷⁷ Zeytin, s. 5.

⁷⁸ Er, s. 82.

⁷⁹ Gökcan, s. 172.

⁸⁰ R.G. 08.05.2014, 28994.

Danıştay bir kararında⁸¹, bilgilendirilmiş rızanın hukuki dayanaklarını net olarak ortaya koyarak rızanın yazılı olması gerektiğini şöyle belirtmiştir:

“2002 yılında Roma’da imzalanan Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü’nün 1. maddesinde her bir birey hastalıktan korunmak için uygun hizmet (tedavi) alma (görme) hakkına sahip olduğu, 4. maddesinde kendi sağlığı ile ilgili kararlara iştirak edebilmesi için (kendi sağlığı ile ilgili kararlar alabilmesi için) her bireyin ilgili bilgileri alma hakkına sahip olduğu, hastanın tedavi veya tıbbi müdahaleye itiraz etme hakkı veya tedavi sürecinde kararını değiştirip devam edilmesine karşı itiraz etme hakkının olduğu, 5. maddesinde hastanın, hangi teşhis ve tedavi yöntemin kullanılacağı ve doktor, uzman veya hastane seçimi konularında karar verme hakkına sahip olduğu, 12. maddesinde her bireyin kendi kişisel ihtiyaçlarına göre teşhis ve tedavi programlarını yönlendirme hakkına sahip olduğu, 14. maddesinde sağlık tedavisi sırasında fiziksel veya manevi ve psikolojik zarar gören bireyin kısa bir sürede tazminat alma hakkı varlığı hüküm altına alınmıştır.

Dünya Tabipler Birliği’nin 1981 tarihli Lizbon Bildirgesinde, hastanın, yeterli ölçüde bilgilendirildikten sonra tedaviyi kabul ya da reddetme hakkına sahip olduğu; 28-30 Mart 1994 tarihli Amsterdam, Avrupa’da Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi’nin 1.2. maddesinde herkesin kendi yaşamını belirleme hakkına sahip olduğu; 2.2. maddesinde, hastaların, durumları ile ilgili tıbbi gerçekleri, önerilen tıbbi girişimleri ve her bir girişimin potansiyel risk veya yararlarını, önerilen girişimlerin alternatiflerini, tedavisiz kalmanın sonucunu, tanı, prognoz ve tedavinin gidişi konularını içerecek şekilde sağlık durumları konusunda tam olarak bilgilendirme hakkına sahip oldukları; 2.5. maddesinde, hastaların, kesin olarak belirttikleri takdirde bilgilendirilmeme hakkına sahip oldukları; 3.1. maddesinde, hastanın bilgilendirilmiş onayının herhangi bir tıbbi girişimin ön koşulu olduğu;

...
Hasta Hakları Yönetmeliğinin 5. maddesi (d) bendinde, tıbbi zorunluluklar ve kanunlarda yazılı haller dışında, rızası olmaksızın kişinin vücut bütünlüğüne ve diğer kişilik haklarına dokunulamayacağı, 22. maddesinde kanunda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, kimsenin rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbi ameliyeye tabi tutulamayacağı, 24. maddesinde, tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gerektiği, 25. maddesinde, kanunen zorunlu olan haller dışında ve doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere; hasta kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetmek veya durdurulmasını istemek hakkına sahip olduğu, bu halde, tedavinin uygulanmamasından doğacak sonuçların hastaya veya kanuni temsilcilerine veyahut yakınlarına anlatılması ve bunu gösteren yazılı belge alınması gerektiği hükme bağlanmıştır.”

Tıbbi müdahale için hastanın rızasının alınması genel kural olmakla birlikte, bazı durumlarda hastanın rızasına gerek duyulmaz⁸²:

⁸¹ Danıştay Onuncu Dairesi’nin 2007/6322 E 2010/5981 K sayılı kararı,

⁸² Er, s. 82.

- Rıza alınamayan haller, “Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak kişi ifadeye muktedir olmadığı takdirde rızası şart değildir. (TŞSİDK, m.70)
- Tıbbi zorunluluklar ve kanunlarda yazılı hallerde.
- Kamu sağlığının gerektirdiği durumlarda.

5. Özen Eksikliği

Özen; bir işin elden geldiğince iyi olmasına çabalama, özenme, itina, özen göstermek ise bir şeyi özenerek elden geldiğince iyi olmasına gayret ederek yapmak anlamındadır⁸³. Tıbbi tedavinin her aşamasında hekiminden beklenen yükümlülüklerden birisi de özen göstermek ve özenli olmaktır⁸⁴. Özen borcu; hekimin gerek teşhisi koyup bu teşhise uygun tedavi metodunu seçmesinde ve gerekse seçilen metodun uygulanmasında dikkate alınmalıdır. Hekimin özen borcu niteliği itibariyle onun diğer borçlarını da belirleyici role sahiptir. Çünkü özen borcunu ihlal eden bir hekimin diğer borçlarını da tam ve gerektiği gibi ifa ettiğini söylemek mümkün olmayacaktır⁸⁵. Hukuka aykırı sonuç istenmemekle beraber olumsuz sonucun ortaya çıkmaması için şartların (durumun) gerektirdiği özenin gösterilmemesi de ihmaldir⁸⁶.

Tedavide özen gösterme iki şekilde olmaktadır. Birincisi genel olarak (subjektif) özen yükümlülüğü diğer ise tıbbi standart sağlama (objektif özen) yükümlülüğüdür.

Genel olarak subjektif özen yükümlülüğü, hastanın tıbbi teşhis ve tedavisinin her aşamasında hekime sorumluluk getirir. Hekimin özen borcu sadece tıp kurallarının uygulanmasıyla sınırlı olmayıp bunları hukuka uygun hale getiren bütün hukuk ve deontoloji kurallarının (sır saklama, bilgilendirme gibi) yerine getirilmesinde de geçerlidir⁸⁷. Tıbbi uygulamalar sırasında özen yükümlülüğünün

⁸³ Türk Dil Kurumu **Okul Sözlüğü**, Türk Dil Kurumu Yayınları, Milliyet 1997, s. 582.

⁸⁴ Türkmen, s. 87.

⁸⁵ Veysel Başpınar, **Hekimin Özen Borcu**, Sağlık Hukuku Sempozyumu, 15-16 Mayıs 2006 Erzincan, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s. 27.

⁸⁶ Murat Doğan, Hukuki Sorumluluk Bakımından Hekimin Kusuru ve İspatı, **Sağlık Hukuku Sempozyumu Erzincan 15-16 Mayıs 2006**, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s.44

⁸⁷ Gökcan, s. 94.

ihlali, hastaya çeşitli şekillerde zarar verebilir. Özensizlik nedeniyle hastaya zarar verilmesi tıbbi kusur olarak kabul edilir. Bu durumda özen yükümlülüğüne aykırı davranan hekimin hukuki ve cezai yönden sorumluluğu söz konusudur⁸⁸.

Özen yükümlülüğünün ikinci görünüşü tıbbi standart sağlama (objektif özen) yükümlülüğü⁸⁹, tıbbi girişim tarihinde genel geçer kabul edilen tıp biliminin gereklerine uygun hareket etmektir. Hekim uygulayacağı girişim veya tedavi ile ilgili olarak tıp biliminin gelişmesine uygun davranmak zorundadır. Çağın gereklerine uygun olmayan eski teknikleri uygulamak veya yeni gelişmelerden haberdar olmamak ve bu nedenlerle hastaya zarar vermek özen yükümlülüğünün ihlalidir⁹⁰. Tıbbi uygulamanın tıbbi standarda uygun olması yalnızca yöntemle ilgili bir sorun değildir. Öncelikle seçilen yöntemin ikinci olarak da hekimin yöntemi uygulamadaki beceri ve yeteneğinin de standarda uygun olması gerekir. Hekimin girişiminin tıbbi standarda uygunluğu yeterlidir. Ayrıca hekimin bu girişimi ülkede uygulayan en iyi hekim olması kendisinden beklenmeyecektir. Özen yükümlülüğünün ihlalinin söz konusu olup olmadığının tespitinde göz önünde tutulacak kriter; zarara neden olan tıbbi girişimi yapan hekimle mensup olduğu gruba dahil ortalama bir hekimin aynı hal ve şartlar altında farklı bir uygulama yapıp yapmayacağıdır⁹¹. Bununla birlikte hastaya gösterilecek özen, sadece işlemi yaparken usulüne uygun ve dikkatle yapmaktan ibaret değildir. Hastanın gereksiz işlemlerden, önlenilecek acı ve ağrılardan; maliyet/yarar açısından rasyonel olmayan girişimlerden sakınılması bağlamında da sağlık çalışanlarının özenli davranmaları gerekir⁹².

Bununla birlikte tıbbi standardı her somut olay için ayrı değerlendirmek gerekecektir. Çünkü tıbbi standart bulunulan yer, çevre ve fizik imkanlar bakımından değişiklik göstereceğinden hekimin özen yükümlülüğünü de bu durumları göz önünde bulundurarak aramak gerekecektir. Büyük bir şehirde her türlü tıbbi cihaz ve malzeme ile donatılmış bir hastanedeki fiziki imkanlar ile küçük bir ilçe hastanesindeki şartların aynı olmasını beklemek doğru değildir. Kural olarak tıbbi girişimde hekimin yükümlülüğü tıp bilimi ve mesleğinin kurallarına (tıbbi standart)

⁸⁸ Gökcan, s. 95.

⁸⁹ Başpınar, s. 27.

⁹⁰ Ayan, s. 107. H. Tamer İnal, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve İdari Sorumluluk Türlerinin Yakınlaştırılması, **Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl:2013, Sayı: 6, s. 21.

⁹¹ Ayan, s. 107., Başpınar, s. 28., Doğan, Hekimin Kusuru ve İspatı, s. 44.

⁹² Er, s. 95.

uygun ve özenle hareket etmekle sınırlıdır. Hekim, hastaya sağlığını garanti edemez. Bu nedenle sadece tıbbi girişimin olumsuz sonuçlanmasından dolayı hekimin sorumluluğuna gidilemez⁹³. Hekimin müdahalesi sonucu hastaya verilen zarar, bilgisizliğinden, ihmalden veya beceriksizliğinden ileri gelmiyorsa ve de bu müdahalenin yapıldığı anda bilimin eriştiği düzeye göre zararın sebebi ciddi ve dikkatli bir inceleme ile anlaşılmayacak nitelikte ise hekim yine sorumlu tutulamaz⁹⁴. Ancak bu aşamada şunu da belirtmek de fayda vardır ki hasta hekimden özen borcunu yerine getirmesini beklerken; özen gösterme borcuna ek olarak bilimin ve tıp teknolojisinin kaydettiği ilerlemeler ölçüsünde şifa temininden sonuç borcunu da özen borcuna eklemeye başlamışlardır⁹⁵.

Hekimin özen borcu, asli edime bağlı bir yan yükümlülük olduğu için özen borcunun ihlali tek başına dava veya şikayet konusu edilemez. Özen borcuna aykırı davranan hekimin sadece özensizliğinden değil, ancak asli edim yükümlülüğünün hiç veya gereği gibi ifa etmemesi sebebiyle sorumluluğu söz konusu olacaktır⁹⁶.

6. Sır Saklama Yükümlülüğünün İhlali

Sır; herkesçe bilinmeyen ve açıklanması halinde şeref, saygınlık veya diğer menfaatleri bakımından kişiyi maddi veya manevi olarak zarar uğratabilecek hususlar⁹⁷, varlığı açığa vurulmak istenmeyen gizli kalan, gizli tutulan şey, giz⁹⁸ şeklinde tanımlanmaktadır. Özel hayata ilişkin zararlı karakter unsurları, psişik anormallikler, bedensel özellikler, hastalık bulguları, mesleki, iktisadi ve mali ilişkiler sır kapsamındadır⁹⁹. Kişisel veri ise; belirli ya da belirlenebilir nitelikteki bir kişiye ilişkin her türlü bilgiyi ifade eder¹⁰⁰. Kişisel veri, bir kişinin yalnızca özel

⁹³ Gökcan, s. 97., Ayan, s. 106., Gözpınar, s. 92.

⁹⁴ Şenocak, s. 66.

⁹⁵ İnal, s. 8.

⁹⁶ Başpınar, s. 36.

⁹⁷ M. Fadıl Yıldırım, Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, **Sağlık Hukuk Sempozyumu, Erzincan 15-16 Mayıs 2006**, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s. 59, Gökcan, s. 100.

⁹⁸ Okul Sözlüğü, s. 666., Tacir, s. 319.

⁹⁹ Doğan, s. 51.

¹⁰⁰ Aydın Akgül, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Kişisel Verilerin Korunması Hakkı, **Terazi Aylık Hukuku Dergisi**, C: 9, Sayı:92, Nisan 2014, s. 72., Veysel Başpınar, Tıp Etiği ve Bilgi Edinme Hakkı Açısından Meslek Sırrı, **Sağlık Alanında Etik ve Hukuk Uluslararası Sempozyumu**, Yeditepe Üniversitesi ve Roche Müstahzarları Sanayi A.Ş. 17-19 Nisan 2008 İstanbul, Roche Yayınları, s. 582.

yaşamı hakkındaki bilgileri değil, ekonomik ve mesleki bilgileri dahil onun bütün bilgilerini içermektedir. Bu bağlamda kişisel verileri özünde bireyin kimliğini ortaya çıkaran bireyi belirli kılan ve onu karakterize eden verilerin tamamıdır¹⁰¹.

Modern devlet üstlendiği görevlerini yerine getirebilmek için örneğin sosyal devlet ilkesi gereğince bireylerin sosyal ve ekonomik refahlarını gerçekleştirmek amacıyla planlama v.s. araçlara başvurmakta ve bu nedenle de bireyler hakkında daha fazla veriye ihtiyaç duymaktadır¹⁰². Teknolojik gelişmeler, kişisel verilerin devlet yada özel hukuk tüzel kişileri tarafından toplanmasını, kaydedilmesini, devredilmesini son derece kolaylaştırmıştır. Kaydedilen bu verilerin kaydeden tarafından korunması sır saklama yükümlülüğüdür.

Günümüzden 2500 yıl öncesine kadar giden susma (sır saklama) yükümlülüğü esas olarak belirli meslek gruplarına güven ilişkisi içinde giz alanlarını açan bireylerin, bu alanlarının korunmasının bir gereği olarak ortaya çıkmıştır¹⁰³. M.Ö.5. yılda ortaya çıkan ve geçerliliğini bu günde koruyan Hipokrat yemini¹⁰⁴ hekime hastalarıyla ilişki içinde elde ettiği verileri ve sırları saklama ve açıklamama yükümlülüğü getirmiştir. Bu kapsamda sır; açıklanmamasında (gizli tutulmasında) hastanın menfaati bulunan her şeydir¹⁰⁵. Gizli tutulması gereken hastaya ait bilgi ve veriler hastadan veya hastalığın teşhis ve tedavi sürecinde yakınlarından elde edilmiş olabilir. Bu bilgiler hastanın hekime aktardığı yani hastanın ağzından çıkan sözleri kapsayan aktif bilgiler ile hekimin hasta hakkındaki testler, tahliller gibi diğer

¹⁰¹ Akgül, s. 73.

¹⁰² Oğuz Şimşek, **Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, Beta Yayınları, İstanbul 2008, s. 4.

¹⁰³ Şimşek, s. 5., Belgesay Tıbbi Mesuliyet, s. 145.

¹⁰⁴ "Hekim apollon aesculapions, hygia panacea ve bütün tanrı ve tanrıçalar adına!... and içerim, onları tanık ve şahit tutarım ki, bu andımı ve verdiğim sözü gücüm kuvvetim yettiği kadar yerine getireceğim. Bu sanatta hocamı, babam gibi tanıyacağım, rızkımı onunla paylaşacağım. Paraya ihtiyacı olursa kesemi onunla bölüşeceğim. Öğrenmek istedikleri takdirde onun çocuklarına bu sanatı bir ücret veya senet almaksızın öğreteceğim. Reçetelerin örneklerini, ağızdan bilgileri şifahi malumatı ve başka dersleri evlatlarıma, hocamın çocuklarına ve hekim andı içenlere öğreteceğim. Bunlardan başka bir kimseye öğretmeyeceğim. Gücüm yettiği kadar tedavimi hiçbir vakit kötülük için değil, yardım için kullanacağım. Benden ağrı (zehir) isteyene onu vermeyeceğim gibi, böyle bir hareket tarzını bile tavsiye etmeyeceğim. Bunun gibi gebe bir kadına çocuk düşürmesi için ilaç vermeyeceğim. Fakat hayatımı, sanatımı tertemiz bir şekilde kullanacağım. Bıçağımı mesanesinde taş olan muzdariplerde bile kullanmayacağım. Bunun için yerimi ehline terk edeceğim. Hangi eve girersem gireyim, hastaya yardım için gireceğim. Kasıtlı olan bütün kötülüklerden kaçınacağım. İster hür ister köle olsun erkek ve kadınların vücudunu kötüye kullanmaktan mazarrattan sakınacağım. Gerek sanatımın icrası sırasında, gerek sanatımın dışında insanlarla münasebette iken etrafımda olup bitenleri, görüp işittiklerimi bir sır olarak saklayacağım ve kimseye açmayacağım. (<https://www.hekimce.com/hipokrat-yeminirn/>) (erişim:06.12.2014)

etkenlerle beraber hastayı gözlemlemekle edinilen pasif bilgileri kapsar¹⁰⁶. Hekim ve diğer sağlık meslek mensupları, hastayla ilgili kişisel verileri ve mesleği gereği öğrenmiş oldukları hastaya ait sır kapsamındaki gerek tıbbi gerekse de tıbbi olmayan doğrudan veya dolaylı olarak öğrendikleri bilgileri gizli tutmak, başkalarına açıklamama ve vermemekle yükümlüdür¹⁰⁷. Buna hekimin sır saklama borcu da denilmektedir¹⁰⁸. Hekimin bu yükümlülüğü hastanın sağlığı boyunca ve hatta hastanın ölümünden sonra da devam eder¹⁰⁹. Sır saklama yükümlüsü kapsamına hastanın tedavisini yürüten hekime ek olarak müdavi hekimin mahiyetinde çalışan diğer sağlık mesleği mensupları ile idarenin memurlarının tamamı dahildir¹¹⁰.

Anayasa'nın 17., Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 24¹¹¹., Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi (Tüzüğü)'nin 4. maddesinin 1. fıkrasında¹¹², Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 23.¹¹³, Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 9. maddesinde¹¹⁴

¹⁰⁵ Ayan, s. 98.

¹⁰⁶ Tacir, s. 319.

¹⁰⁷ Ali Cem Budak, İspat Hukuku Açısından Hekimin Meslek Sırrı, **Sağlık Alanında Etik ve Hukuk Uluslararası Sempozyumu**, Yeditepe Üniversitesi ve Roche Müstahzarları Sanayi A.Ş. 17-19 Nisan 2008 İstanbul, Roche Yayınları, s. 547., Türkmen, s. 83.

¹⁰⁸ Ayan, s. 97.

¹⁰⁹ Yıldırım, s. 59, Gökcan, s. 101.

¹¹⁰ Belgesay Tıbbi Mesuliyet, s. 145.

¹¹¹ **Madde 24-** Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir.

Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.

¹¹² **Madde 4 –** Tabip ve diş tabibi, meslek ve sanatının icrası vesilesiyle muttali olduğu sırları, kanuni mecburiyet olmadıkça, ifşa edemez.

Tıbbi toplantılarda takdim edilen veya yayınlarda bahis konusu olan vakalarda, hastanın hüviyeti açıklanamaz.

¹¹³ **Bilgilerin Gizli Tutulması**

Madde 23- Sağlık hizmetinin verilmesi sebebiyle edinilen bilgiler, kanun ile müsaade edilen haller dışında, hiçbir şekilde açıklanamaz.

Kişinin rızasına dayansa bile, kişilik haklarından bütünüyle vazgeçilmesi, bu hakların başkalarına devri veya aşırı şekilde sınırlandırılması neticesini doğuran hallerde bilginin açıklanması, bunları açıklayanın hukuki sorumluluğunu kaldırmaz.

Hukuki ve ahlaki yönden geçerli ve haklı bir sebebe dayanmaksızın hastaya zarar verme ihtimali bulunan bilginin ifşa edilmesi, personelin ve diğer kimselerin hukuki ve cezai sorumluluğunu da gerektirir.

Araştırma ve eğitim amacı ile yapılan faaliyetlerde de hastanın kimlik bilgileri, rızası olmaksızın açıklanamaz.

¹¹⁴ Sır Saklama Yükümlülüğü

Madde 9-Hekim, hastasından mesleğini uygularken öğrendiği sırları açıklayamaz. Hastanın ölmesi ya da o hekimle ilişkisinin sona ermesi, hekimin bu yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz.

Hastanın onam vermesi ya da sırrın saklanması hasta ya da öteki insanların yaşamını tehlikeye sokması durumunda, hastanın kişilik haklarının zedelenmemesi koşuluyla, hekim bu sırrı saklamakla yükümlü değildir.

Yasal zorunluluk durumlarında hekimin rapor düzenlemesi de, meslek sırrının açıklanması anlamına

hekimin sır saklama yükümlülüğü ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Dünya Tabipler Birliği'nin 34. Genel Kurulu'nda (Ekim 1981 Lizbon) kabul edilen ve Lizbon Bildirgesi olarak bilinen hasta hakları bildirgesinde;

*“Hastanın kendisiyle ilgili tıbbi ve kişisel bilgilerin gizliliğine gereken saygıyı göstermesini hekimden beklemeye hakkı vardır”*denilmiştir.

Sır saklama yükümlülüğünün ihlali halinde hastanın uğramış olduğu maddi ve manevi zararın tazmini söz konusudur. Çünkü hekimin veya sağlık mesleği mensubunun yükümlülüğe aykırı davranışı bir bakıma tıbbi bir hata olarak değerlendirilir. Sır saklama yükümlülüğünün ihlal edilip edilmediğinin ispatı ve nitelendirilmesi de önem arz etmektedir. Yani ifşa edilen veya açıklanan bilginin sır saklama yükümlülüğünü ihlal edip etmediğinin tespiti nasıl yapılacaktır. Böyle bir durumda neyin sır neyin sır olmadığı belirlenirken ortalama bir hasta tipi değil, somut hasta esas alınmalıdır¹¹⁵. Hastanın çıkarı varsa hekime müracaat ettiği dahi gizlenmelidir. Bilginin üçüncü kişiler tarafından biliniyor veya tahmin ediliyor olması onun sır niteliğini ortadan kaldırmaz¹¹⁶. Buna karşılık tümüyle umuma mal olmuş hususlar artık sır saklama borcu kapsamına girmeyecektir¹¹⁷.

Sır saklama yükümlülüğü esas olmakla birlikte bu yükümlülüğün istisnaları da vardır. Bunlar hastanın rızası, bulaşıcı hastalıkların bildirilmesi zorunluluğu ve hekimlik mesleğinin icrası sırasında öğrenilen bilginin suça ilişkin olmasıdır¹¹⁸.

B. Hatalı Tıbbi Müdahale (malpraktis) İle Komplikasyon Arasındaki Farklar

Hatalı tıbbi müdahale anlamındaki malpraktis, Latince hatalı uygulama anlamına gelen “malapraxis” kelimesinden türetilmiştir¹¹⁹. Doktrinde hatalı tıbbi

gelmez.

Hekim, tanık ya da bilirkişi olarak mahkemeye çağrıldığında olayın meslek sırrı olduğunu ileri sürerek bu görevlerinden çekilebilir.

¹¹⁵ Doğan, s. 51.

¹¹⁶ Ayan, 99, Veysel Başpınar, “Tıp Etiği ve Bilgi Edinme Hakkı Açısından Meslek Sırrı”, **Sağlık Alanında Etik ve Hukuk Uluslararası Sempozyumu**, Yeditepe Üniversitesi ve Roche Müstahzarları Sanayi A.Ş. 17-19 Nisan 2008 İstanbul, Roche Yayınları, s. 582., Tacir, s. 319.

¹¹⁷ Ayan, s. 99.,

¹¹⁸ Budak, ss. 547, 548., Tacir, s.321., Yıldırım, s. 62.

¹¹⁹ Gökcan, s. 61., Yener Ünver, “Doktorların Malpraktis Nedeniyle Ceza Sorumluluğu ve Malpraktis-Komplikasyon Ayırımı”, **Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, Sempozyum**,

müdahale terimi yerinde tıbbi malpraktis kavramı da kullanılmaktadır. Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 13. maddesinde tıbbi hata (malpraktis) şöyle tanımlanmaktadır:

“Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeni ile bir hastanın zarar görmesi “hekimliğin kötü uygulanması” anlamına gelir.”

Dünya Tabipler Birliği'nin 44. Genel Kurulu'nda kabul edilen sonuç bildirgesine göre, tıbbi kötü uygulama şöyle tanımlanmaktadır:

“Tıbbi kötü uygulama, hekimin tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi uygulamaması ile oluşan zarardır. Tıbbi uygulama sırasında öngörülemez bilgi ya da beceri noksanlığı sonucu oluşan ise istenmeyen neticedir ve bundan hekimin sorumluluğu yoktur.”

Hekim, yapacağı müdahaleyi, hasta ile aralarındaki ilişkiye göre tıp mesleğinin standartlarına uygun olarak yerine getirmekle yükümlüdür. Tıbbi standart kavramı ile kastedilen, doktrinde de ifade edildiği gibi çoğu kez dar ve teknik anlamda ele alınan hekimlik meslek standardıdır¹²⁰. Diğer bir ifadeyle, tıbbi standartlar, bir hekimin önündeki somut olayda tıbbi tedavi etkinliğini en yararlı düzeyde yürütebilmesi ve tedavide güdülen amaca ulaşabilmesi için hastalığın olası tanısı ve terapisine özgü önlemleri alma ile teknikleri uygulamasına yönelik gerçekleştireceği her türlü etkinliğe ve vereceği kararlara temel dayanak oluşturacak olan davranış kurallarıdır¹²¹. Tıbbi standardın tespitinde esas alınacak ölçüt; ülkenin sağlık koşullarına göre bir hekimin gösterebileceği normal tedbir ve dikkattir. Hekim genel kabul görmüş ve tıp bilimi uygulamasında mutad usul halini almış ilkeleri bilmek, bu bilim ve sanatın kurallarına uygun olarak uygulamak zorundadır. Çağdaş tıbbi standart için esas alınacak standart ölçüt: Tıbbın o ülkede eriştiği seviyedir¹²².

Hastanın muayene ve tedavi olmak için hekime başvurması, hekimin de hastayı muayene etmeyi kabul etmesiyle hasta ile hekim arasında özel hukuk ilişkisi niteliğinde olan ve Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 502. maddesinde düzenlenmiş

16-17 Ocak 2009 Mersin, Mersin Barosu Yayınları, Şen Matbaa, s. 150.

¹²⁰ Ünver, s. 150.

¹²¹ Mehmet Demir, **Tıbbi Organizasyon Kusuru Açısından Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu**, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, s. 48.

¹²² Gültezer Hatırnaz Erol, **Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları**, Seçkin Yayınları, 3. Baskı, Ağustos 2013. s.282.

olan “vekalet ilişkisi” kurulmuş olur¹²³. Hekim ile hasta arasında kurulan bu sözleşme taraflara hak ve borçlar yüklemektedir. Buna göre hekim hastanın ödeyeceği belli bir ücret karşılığında, hastaya teşhis koyma ve en uygun, güvenilir tedavi yöntemini seçip uygulamayı kabul etmektedir. Ek olarak hekim, hastasını bilgilendirme, aydınlatma, sadakat ve özen gösterme, sır saklama, hesap verme gibi yükümlülükler altındadır¹²⁴.

Sözleşme ilişkisi uyarınca yükümlülük altında olan hekim, güncel standart tedaviyi uygularken özen göstermeli ve tıbbi hata yapmamalıdır. Eğer uygulamada hata yaparsa bu hatadan dolayı sorumlu olacaktır.

Uygulama hatasından (tıbbi müdahale hatası), tıp biliminin standardına ve tecrübelerine göre gerekli olan özenin gösterilmemesi, başarısızlığı, bilgi ve beceri eksikliği ya da ihmali davranması ve bu nedenle de olaya uygun gözükmeyen her türlü hekim müdahalesi anlaşılır¹²⁵. Müdahaleden maksat ise tıbbi müdahalenin tüm aşamalarını, yani müdahale öncesi, müdahale sırasında ve müdahale sonrası kapsar¹²⁶. Genel bir tanımlama yapacak olursak: medikal malpraktis, hatalı davranış ya da görev ihmali sonucu bir yaralanmaya ya da zarara yol açmaktır. Hatalı tedavi ya da tıbbi ihmal olarak özetlenebilir. Tıp hukuku doktrininde tıbbi meslek kusuru ya da kısaca, tıbbi hata olarak da ifade edilebilen bu kavram (medical malpractice) dar anlamda hekimin hukuksal sorumluluğu ve esasen de hekimin mesleki sorumluluğunun temelini oluşturmaktadır¹²⁷. Yani hekim hastasına bir kusur ile zarar vermiş ise sorumludur, kusur ise bir görevin ihmali neticesindedir¹²⁸.

Aslında tıbbi kusur olgusu münferiden bir hekim kusuru biçiminde bireysel hizmet kusuru (hekimin şahsen tıbbi kötü ifası) dışında; ortak muayenehane ya da muayenehane ortaklığı, tıp merkezi ve hastanelerde bulunan klinik tedavi sürecinin ve özellikle de fiziksel alt yapı, personel ve teknik araç-gereç donanımı gibi

¹²³ Mustafa Kıcalıoğlu, **Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Sorumluluğu**, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 61.

¹²⁴ Kıcalıoğlu, s. 61.

¹²⁵ Demir, s. 39., Hamit Hancı, **Malpraktis Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu**, Seçkin Yayınları, Ankara 2006, s. 30., Pervin Somer, **Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 24-25 Nisan 2008**, XII Levha Yayınları, İstanbul 2011, s. 42., Recep Gülşen, “Hekimin Malpraktisten Kaynaklanan Cezai Sorumluluğu”, **Tıp Hukuku Dergisi**, Cilt:1, Sayı: 1, Yıl: 2012, s.44.

¹²⁶ Hakeri, s. 529.

¹²⁷ Demir, s. 39.

¹²⁸ Günday, Tıbbi Müdahale, s. 113.

organizasyon ve koordinasyon bozuklukları olarak tanımlanan kurumsal tıbbi hizmet kusurlarını da kapsamaktadır¹²⁹.

Tıbbi hata (malpraktis), hekim ile hastası arasındaki vekalet sözleşmesi uyarınca hekimin uygulanabilir bir bakım ya da tedavi standardını ihlal ederek hastasına verdiği zarardan doğan yükümlülüğüdür¹³⁰.

Tıp bilimi ve mesleğinin verilerine uygun davranılmasına ve ortaya çıkmaması için gerekli tüm önlemler alınmasına karşın, tıbben benzer girişimlerde meydana gelme olasılığı kabul edilen riskler¹³¹, beklenen ancak istenmeyen yan olay, yan etki yada sonuç¹³² komplikasyondur. Komplikasyonlar, sağlık çalışanlarının sorumsuzluk alanıdır. Çünkü burada gerekli tüm özen ve dikkat gösterilmesine rağmen olumsuz netice gerçekleşmiştir¹³³.

Hekimin, ancak tıbbi müdahale sırasındaki kusuru ile ortaya çıkan zarar nedeniyle sorumluluğu söz konusudur. Buna karşılık hekim, tıbbi müdahale sırasında ortaya çıkan istenmeyen ve beklenmeyen sonuçtan (komplikasyon) sorumlu tutulamaz¹³⁴. Yani güncel tıp verilerine ve standartlarına uygun olarak tıbbi müdahalede bulunulmasına rağmen sonuç değişmemişse ortaya çıkan olumsuzluktan hekimin sorumluluğu yoktur¹³⁵. Buna izin verilen risk de denilmektedir¹³⁶. İzin verilen risk alanı, tıp biliminin, tıbbi müdahalede oluşabileceğini öngördüğü önlenemez zararlı sonuçların bulunduğu alandır. İzin verilen risk alanı içinde kusursuz olarak oluşan zararlı sonuçlar “komplikasyon”dur. Komplikasyon istenmeyen ve beklenmeyen zararlı sonuç olmakla birlikte hekim, bu zararların doğmaması için önleyici tedbirlerin tamamını almış olmalıdır. Alınacak tedbirlerle önlenebilecek olan istenmeyen karışık durumların önlenmemiş olması durumunda tıbbi müdahale hatasının yani malpraktisin varlığından bahsedilir¹³⁷. Komplikasyonu

¹²⁹ Demir, s. 40.

¹³⁰ Kıcalıoğlu, s. 46.

¹³¹ Gökcan, s. 62., Somer, s. 43.

¹³² Günday, Tıbbi Müdahale, s. 116.

¹³³ Gözpınar, s. 98.

¹³⁴ Belgesay, s. 88., İnal, s. 36., Nesime Yayıncı, “Komplikasyon ve Malpraktis Ayrımı”, **Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu**, 24-25 Nisan 2008, XII Levha Yayınları, İstanbul 2011, s. 33., Demir, s. 42., Yener Ünver, s. 153. Cerrahide komplikasyon tanımı için bkz. Ali Rıza Tümer, **Cerrahi Branşlar Açısından Hukuki Sorumluluklar ve Malpraktis**, Matsis Matbaası, İstanbul 2013, s. 129.

¹³⁵ Hakeri, s. 530., Hatırnaz Erol, s. 299.

¹³⁶ Sunay Akyıldız, “Tıbbın Uygulanmasından Doğan Tazminat Davaları ve Temel Unsurları”, **Tıp Hukuku Dergisi**, Legal Yayınları, Cilt: 1, Sayı:1, 2012, Gökcan, s. 235., Hatırnaz Erol, s. 299.

¹³⁷ Savaş, s.293.

öngören hekim bunun gerçekleşmemesi için her türlü tedbiri almalı ve öngörülen komplikasyon gerçekleşmesi halinde de zararın artmaması için de yine tıbbi standartlar içinde gerekenleri yapmalıdır. Aksi halde komplikasyon olsa dahi komplikasyonun iyi yönetilememesi nedeniyle sorumluluğundan bahsetmek gerekecektir¹³⁸.

Hasta tıbbi uygulamaya ilişkin tüm olası sonuçlarla birlikte komplikasyonlar ile ilgili olarak da bilgilendirilmelidir ki tıbbi uygulama hukuka uygun olsun. İşte bu noktada komplikasyon ve malpraktisin net farkı ortaya çıkmaktadır. Hastada ortaya çıkan olumsuz durum komplikasyon ise ve hasta bu konuda bilgilendirilmişse hekimin herhangi bir sorumluluğu doğmayacaktır. Buna karşılık tıbbi hata konusunda hasta bilgilendirilmiş olsa da hekimin sorumluluğu doğacaktır. Kaldı ki hastanın tıbbi hata konusunda bilgilendirilmiş olması sonuca etkili değildir.

Yüksek Mahkeme uygulamaları ve doktrindeki ortak görüş tıbbi müdahale hatasının bir kusur olduğu yönündedir. Ancak özelliği nedeniyle anatomik yapısı, alışkanlıkları, yaşam ve beslenme tarzı gibi her yönüyle birbirinden farklı olan insan vücuduna müdahalede bulunan hekimin yaptığı girişim nedeniyle ortaya çıkan olumsuz sonucun komplikasyon mu yoksa malpraktis mi olduğu her somut olaya göre değişebilmektedir. Bunun ayrımı da Mahkemelerin görevlendirdiği bilirkişiler tarafından yapılacaktır.

III. HATALI TIBBİ MÜDAHALEDEN DOLAYI İDARENİN SORUMLULUĞU İÇİN ARANAN ŞARTLAR

A. Hizmet Kusuru

Kusur, yapılması gereken bir işlemin yapılmaması, yapılmaması gereken bir işlemin yapılması olarak tanımlanabilir. İdari anlamda kusurlu sorumluluk, (responsabilite pour faute) idarenin kusurlu eylem ve işlemleriyle yol açtığı zararı tazmin etme yükümlülüğüdür¹³⁹. Bu tür sorumluluk halinde, idarenin kişilere verdiği

¹³⁸ Ünver, s. 154.

¹³⁹ Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, Ekin Yayınları, İkinci Baskı, Cilt:II, Bursa, 2009, s. 1057., Ramazan Çağlayan, **İdari Yargılama Hukuku**, Seçkin Yayınları, Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara 2014, s. 546

zararlar özel hukuk hükümlerine göre değil, kamu hukuku kurallarına göre tazmin edilir¹⁴⁰. Buradaki kusur kavramı, idare hukukuna özgü bir eksikliği ifade etmektedir¹⁴¹.

Türkiye’de idarenin sorumluluğu tarihsel süreçte değişiklik göstermiştir. 1876 Kanun-u Esasi, kişiler ile devlet arasındaki uyuşmazlıkları karara bağlama yetkisini Şurayı Devlete değil, genel mahkemelere vermiştir (m.85). 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu ise idari dava ve ihtilafları rü’yet” görev ve yetkisini Şurayı Devlete vermiştir (m.51). 1925 tarihli 669 sayılı Şurayı Devlet Kanunu gereğince idareye karşı açılacak olan davalara bakma görevi kendisine verilmiştir. Böylece idari sorumluluk ilkesi Türkiye’de yerleşmiştir. 1961 Anayasa’sı ise “idare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararları ödemekle yükümlüdür” (m.114/son) ilkesi getirilerek idarenin sorumluluğu ilkesi açıkça kabul edilmiştir. 1964 tarih ve 521 sayılı Danıştay Kanunu göre (m.30) idari eylem ve işlemlerden hakları muhattal olanların” davalarına bakma görev Danıştay’a verilmiştir. 1982 Anayasası’nın 125/son fıkrasında aynı kural benimsenmiş ve idarenin sorumluluğu ilkesi devam etmiştir. 2577 sayılı İYUK’na göre “idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları” idari yargının görev içine alınmıştır. Bugün itibarıyla Türkiye’de idarenin sorumluluğu esasının kabul edildiği açıktır¹⁴². İdarenin sorumluluğuna ilişkin bu gelişim, idari yargının eseri olup; onun tarafından oluşturulmuş, şekillendirilmiş ve halen de gelişimine devam etmektedir.

İdarenin sorumluluğundan bahsederken de doktrin ve içtihatla “kusur” kavramı tek başına kullanılmamış, neredeyse her yerde “hizmet kusuru” terimi tercih edilmiştir¹⁴³. İdarenin sorumluluğu konusunda, modern idare hukuku sistemlerinde esas alınan teori “hizmet kusuru teorisi”dir. İdarenin kusura dayanan sorumluluğu kısaca “hizmet kusuru” kavramı ile anlatılmaktadır¹⁴⁴. Buna göre ülkemizde idarenin

¹⁴⁰ Gözler, İdare Hukuku, C:II, s. 1033., Cemil Kaya, **İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetim**, XII Levha Yayınları, İstanbul 2014, s. 230.

¹⁴¹ Ramazan Çağlayan, “Sağlık Hizmetlerinden İdari Sorumluluk”, **Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Girne-Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu, 2-3 Mart 2009 Girne/KKTC**, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s.99.

¹⁴² Gözler, İdare Hukuku, C:II, s. 1022.

¹⁴³ Gözler, İdare Hukuku, C:II, s. 1058.

¹⁴⁴ Çağlayan, İdari Yargılama,s. 547., A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, **İdare Hukuku**, Cilt: 1 Genel Esaslar, Güncelleştirilmiş 10. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara 2014, s. 742., Mustafa Yılmaz, “İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Kusur Sorumluluğu”, **Sağlık Hukuku Sempozyumu**,

kusur sorumluluğu Fransız Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesi'nin öteden beri süregelen uygulamalardan esinlenerek gerek öğretide gerekse de yargı içtihatlarında hizmet kusuru kavramı ile açıklanmaktadır¹⁴⁵. Hizmet kusuru; “kurumun, hizmetin kuruluşundaki, işleyişindeki ve ilgili personel üzerindeki gözetim ve denetim görevini gereği gibi yerine getirmesindeki belli bir ya da birkaç ajanın tutum, yaklaşım ve davranışına maledilemeyen, onlara atıf ve izafe edilemeyen ve böylece nesnel ve anonim niteliğini muhafaza eden sorumluluk halleri”dir¹⁴⁶. Sağlık alanındaki hizmet kusuru ise; “sağlık kurum ve kuruluşlarının (idarenin) yerine getirmekle yükümlü olduğu herhangi bir sağlık kamu hizmetinin kuruluşunda, düzenlenmesinde veya teşkilatında yapısında, personelinde veya işleyişinde gereken emir, direktif ve talimatın verilmemesi, gözetim, denetim ve teftişin icra olunmaması, hizmete tahsis olunan araçların yetersiz, elverişsiz, kötü olması, gereken tedbirlerin alınmaması, geç, vakitsiz hareket edilmesi şeklinde ortaya çıkan bir takım aksaklık, aykırılık, bozukluk, düzensizlik, eksiklik, sakatlıktır¹⁴⁷.

Hizmet kusuru, bağımsız bir sorumluluk halidir. Buna göre, hizmet kusuru, özel hukuktaki haksız fiil sorumluluğundan tamamen bağımsız bir hale gelmiş, idare hukukuna özgü, nevi şahsına münhasır bir kavramdır¹⁴⁸. Sorumluluğun kaynağı ise bir sözleşmeye, vekalet ilişkisine veya haksız fiile bağlayan özel hukuktan farklı olarak idare hukukunda sorumluluğun kaynağı sadece idareye atfedilen bir işlem veya eylemdir¹⁴⁹. Hizmet kusuruna dayanan kusurluluk asli ve birincil sorumluluktur¹⁵⁰.

Danıştay da hizmet kusuru kavramını aynı kriterlere göre tanımlamaktadır¹⁵¹.

“Halkın sağlık hizmetlerini yürütmekle görevli olan davalı idare; hastanelerde yapılacak tedavilerin ve cerrahi müdahalelerin tıbbi esaslara uygun biçimde, hizmetin gerektirdiği yeterliliğe sahip personelle ve gerekli dikkat ve özenin gösterilmesi suretiyle yapılmasını sağlamakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğün

15-16 Mayıs 2006, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s. 135.

¹⁴⁵ Metin Günay, **İdare Hukuku**, 3. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara 1998, s. 244., İrız, s. 22.

¹⁴⁶ Ayan, s. 175. Günay, s. 244., Kaya, s. 231.

¹⁴⁷ Halil Kalabalık, “Sağlık Hukukunda Kamu Görevlilerinin Sorumluluğu”, **Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Lefke Avrupa Üniversitesi III. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 25-26 Nisan 2011**, Editörler: Nilgün Sarp ve Cahit Doğan, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s.279.

¹⁴⁸ Serkan Kızılyel, İbrahim Kaylan, “Sağlık Hizmeti ve İdarenin Tazmin Yükümlülüğü Üzerine Düşünceler”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Ağustos 2010, Sayı: 48, s. 57., Uysal, s.211.

¹⁴⁹ Bayındır, s. 557.

¹⁵⁰ Kaya, s. 232., Kızılyel, Kaylan, s. 57., Bayındır, s. 568., Bahtiyar Akyılmaz, “Sağlık Kamu Hizmetini Yürüten Kamu Görevlilerinin Neden Olduğu Zararlardan Devletin Sorumluluğu”, **Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Lefke Avrupa Üniversitesi II. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 17-18 Mayıs 2010**, Editör: Nilgün Sarp, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 106.

¹⁵¹ DİDDK, 2004/721 E 2007/2030 K (www.corpus.com.tr erişim: 06.12.2014)

yerine getirilmemesi ağır hizmet kusuru niteliğinde olup; idarenin tazmin sorumluluğunu doğurur. Görüldüğü gibi, sağlık hizmetleri hizmetten yararlananın kişisel özelliklerine ve hizmetin yürütülmesine bağlı olarak önceden öngörülemeyen belirli bir tehlikeyi içerdiğinden, idarenin tazmin sorumluluğu için kural olarak idarenin ağır hizmet kusurunun bulunması ve zararlar, yürütülen sağlık hizmeti arasında nedensellik bağı bulunması gerekmektedir.”

Danıştay bir başka kararında da şöyle bir tanımlama yapmıştır¹⁵²:

Tam yargı davalarında, öncelikle zarara yol açtığı öne sürülen idari işlem veya eylemin hukuka uygunluğunun denetlenmesi esas alındığından, olayın oluşumu ve zararın niteliği irdelenip, idarenin hizmet kusuru olup olmadığının araştırılması, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkelerinin uygulanıp uygulanmayacağına incelenmesi, tazminata hükmedilirken de her halde sorumluluk sebebinin açıkça belirtilmesi gerekmektedir.

...
İdarenin hizmet kusuru nedeniyle sorumluluğu, idarece yürütülen hizmetin kuruluşunda, düzenlenmesinde ve işleyişinde ortaya çıkan her türlü bozukluk, aksaklık ve eksikliklerdir.

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 doğruya ve asli nedenini oluşturmaktadır.

Hizmet kusurunun özellikleri¹⁵³ ise şunlardır;

- Kişilerden bağımsız olup asli bir sorumluluk sebebi yani idarenin doğrudan sorumlu olmasını doğuran bir kusurdur.
- Anonimdir. Bir kişi ya da kişilere indirgenemez.
- Geneldir. Tüm kamu tüzel kişileri için geçerli bir sorumluluk sebebidir.
- Esneklik. Değişen durumlara göre tespit edilir.

Kusur sorumluluğu ya da kusurdan sorumluluk, idari faaliyetin konusu olan hizmetin ifasına bağlı bir idari kusur nedeniyle ortaya çıkan zarardan sorumluluktur. Kamu hizmetlerinin, durumun gerekleri ve ihtiyaca göre en uygun bir biçimde devamlı, istikrarlı bir tarzda, idare edilenlere sunulması, kişilerin bu hizmetlerden gereği gibi yararlanması idarenin görevidir. Bu görevin gereği gibi yerine

¹⁵² Danıştay Onuncu Daire, 2007/3301 E 2008/2939 K (www.corpus.com.tr erişim: 28.12.2014)

¹⁵³ Çağlayan, Sağlık Hizmetlerinde İdari Sorumluluk, s. 100., Çağlayan, İdare Hukuku, s. 547., Kızılyel, Kaylan, s. 58., Uysal, s. 213., Ender Ethem Atay, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, s.692., Zehra Odyakmaz, Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kurumsal Sorumluluğu Açısından Avukatın Gözönünde Bulundurulması Gereken Hususlar, **Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki**

getirilmemesi hizmet kusuruna sebebiyet verir¹⁵⁴. İdari faaliyetten doğan kusur, kişiselleştirilebilsin ya da kişiselleştirilemesin, aslında kamu görevlilerin kusurudur¹⁵⁵. Kural olarak kamu görevlilerinin kusurundan kaynaklansa bile kusurlu davranışından idare sorumludur. Kusur, insana atfedilebilir bir şey olması nedeniyle gerçek kişi olmayan idarenin esasında kusur sahibi olması mümkün olmamakla birlikte, istihdam ettiği kişilerin kusurundan dolayı idare sorumludur¹⁵⁶. Kamu görevlilerinin yürütülen hizmetle ilgili (kişisel) kusurlarına hizmet kusuru (faute de service) denilir¹⁵⁷. Kısaca hizmet kusuru, idarenin görevlileri tarafından sunulan kamu hizmetinin yürütülmesinde işlenen kusurdur. Kamu idare ve kurumları tarafından verilen hizmetlerin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi halinde idarenin kusurlu olduğundan yani hizmet kusurundan bahsedilir¹⁵⁸. Objektif bir nitelik taşıyan hizmet kusuru, hizmetin düzenleniş, kuruluş ve işleyişinde ortaya çıkan kusur olarak da tanımlanır¹⁵⁹. Bir başka görüşe göre hizmet kusuru; belirli bir kamu görevlisi ve memurun kişisel bir kusuru olmayıp, belirli bir kamu hizmetini görmekle yükümlü kamu kurum veya kuruluşuna bu hizmeti yerine getirmediği yükümlülüğü dolayısıyla atfedilen bir kusurdur¹⁶⁰. Buna göre, idare yapmakla yükümlü olduğu kamu hizmetini yapabilecek görevlileri bulmak, araç, gereç ve personeli temin etmek ve hizmetin gereği gibi yapılabilmesini sağlamakla yükümlüdür. Zira idarenin kuruluşunda, düzenlenmesinde ve işleyişinde ortaya çıkan bir aksaklık, bozukluk ya da boşluk hizmet kusurudur.¹⁶¹ Kusura bağlı olarak ortaya

Sorumluluk, Sempozyum, 16-17 Ocak 2009 Mersin, Şen Matbaa, s. 205., Kalabalık, s. 280.

¹⁵⁴ Ramazan Çağlayan, Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusursuz Sorumluluğu, **Sağlık Hukuku Sempozyumu, 15-16 Mayıs 2006**, Yetkin Yayınları, 2007, s. 122., Odyakmaz, Sağlık Hizmetlerinde İdarenin..., s. 222., Çağlayan, Sağlık Hizmetlerinde İdari Sorumluluk, s. 99

¹⁵⁵ Günday, s. 245.

¹⁵⁶ Kızılyel, Kaylan, s. 57.

¹⁵⁷ Hasan Nuri Yaşar, **İdare Hukuku**, Der Yayınları, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, İstanbul 2014, s. 440.

¹⁵⁸ Günday, s. 245, Hasan Tahsin Gökcan, **Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku**, Seçkin Yayınları, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 2010, s. 128, Cahid Doğan, İdarenin Kusur Sorumluluğunda Rücu, **VIII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Hekim Sorumluluğu 7-8 Ekim 2011 Diyarbakır**, Editörler: Hakan Hakeri ve Henning Rosenau, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s. 109. Uysal, s. 212.

¹⁵⁹ Ayan, s. 175., Gözübüyük, Tan, s. 742., Gökcan, s. 126.

¹⁶⁰ Atay, s. 692.

¹⁶¹ Günday, s. 245., Tacir, s. 223., S.A. Hızal, s. 77., Irız, s. 23., Çınarlı, s. 182., Ramazan Yıldırım, **İdare Hukuku Kavramları Sözlüğü**, Mimoza Yayınları, Konya 2006, s.199., Ender Ethem Atay, Hasan Odabaşı, **İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010, s.252.

çıkan zararında tazmin sorumluluğu vardır. 1982 Anayasa'sının 125/5. fıkrasında¹⁶², idarenin kendi işlem ve eylemlerinden kaynaklanan zararı ödemekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir.

Ünlü hukukçu A. Fuad Başgil devletin sorumluluğu ile ilgili 1940 tarihinde şöyle bir değerlendirme yapmıştır:

“Devletin mesuliyeti fikrinin tatbikatı muasır hukukunun en mühim en çetin bir meselesini teşkil etmektedir. Hatta bütün amme hukukunu züptelemektedir. Çünkü bu meselede bir taraftan hazine menfaatları, bir taraftan Devlet memurlarının mücehhez olması lazım gelen mesuliyet duygusu, bir taraftan da hukuku zayi olan vatandaşın tatmin lazımlığı karşılanmaktadır. Ehemmiyeti bu üç faktörden hangisine verelim. Eğer sırf hazine menfaatleri endişesi ile hareket eder de idarenin mesuliyetini lüzumundan fazla tahdit edersek, hem memurda mesuliyet duygusunu öldürmüş hem de vatandaşlar ile resmi teşkilat arasında düşmanlık sokmuş oluruz. Bu iki neticeden ne berikinin ne de ötekinin halkçı bir devlette bulunmaması icabeder. Ehemmiyeti sırf memurun mesuliyeti noktasına getirirsek, memurda resen hareket ve teşebbüs kabiliyetini dumura uğratacağı bir mesuliyet endişesi yaratır ve bu sebeple memlekette menhus bir kırtasiyeciliğe yol açarız. Memur, derin bir mesuliyet duygusu taşımalıdır. Fakat bu duygu bir fikri sabit halini alarak onu iş görmekten alıkoymamalıdır. Memur vazifesini bilmeli ve selahiyet dairesinde resen hareket etmeli, asla mafevkine bağlı bir otomat halini almamalıdır. Ehemmiyeti zarar görenleri tatmine verirsek, Devlet namına hareket eden memurların kusurundan, ihmal ve teseyyübünden (kayıtsızlık) yahut sadece cehlinden netice itibarı ile mükellefleri yani ammeyi mesul tutmuş oluruz. Çünkü neticede zararı ödeyecek devlettir. Şu halde kabul edeceğimiz sistem hem hazineyi korumalı, hem memurda mesuliyet ve teşebbüs fikir ve faziletlerini beslemeli, hem de idarenin kusurlu fiil ve kararlarından zarar görenleri sızlandırmamalıdır.”¹⁶³

İşte bu kapsamda A. Fuad Başgil'in sınırlarını çizmeye çalıştığı gibi tıbbi uygulama hatalarına bağlı uyuşmazlıklarda, zarar görenlerin tazmin taleplerini değerlendirecek etkili bir yargı sistemi oluşturmak devletin pozitif yükümlülüğüdür. Buna göre ilgili hekimlerin sorumluluğunun saptanmasına ve uygun bir telafinin sağlanmasına olanak sağlayan, tek başına veya ceza mahkemelerinde bir hukuk yoluyla bağlantılı olarak, asliye hukuk/idare mahkemelerinde ve/veya disiplin cezalarıyla mağdurlara bir hukuk yolu sağlandığında bu yükümlülük yerine getirilmiş olur¹⁶⁴. AİHM'de Türkiye ile ilgili olarak verdiği bir kararında¹⁶⁵ tıbbi bir ihmalden

¹⁶² “İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.”

¹⁶³ A. Fuad Başgil, **Devletin ve Diğer Amme Hükmi Şahıslarının Mesuliyeti Meselesi**, Hukuk İlimini Yayma Kurumu, Konferanslar Serisi: 59, Yeni Cezaevi Matbaası, Ankara 1940, s. 33.

¹⁶⁴ Akif Yıldırım, Anayasa Mahkemesinin Tıbbi Hatadan Kaynaklı Uyuşmazlıklara Bakışı, **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Cilt:9, Sayı: 92, Nisan 2014, s. 122.

¹⁶⁵ AİHM Mehmet Şentürk ve Bekir Şentürk Türkiye Davası Başvuru No: 13423/09 Başvuru Tarihi: 17.02.2009, Karar tarihi: 09.04.2013, aktaran: Hüseyin Bilgin, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk İdari Yargısına Yansımaları**, Adalet Yayınevi, Ankara 2014., s. 104,

dolayı uğranılan zararın tazmini için ceza yargılamasının yapılabileceğini, disiplin soruşturmasının ya da zarar gören tarafından tazmin davası açılabilceğini kabul etmiştir.

Kusurun varlığını idarenin eylem ve işlemlerine göre farklı değerlendirmek gerekecektir. İdarenin eylemleri alanındaki kusur ile hukuka aykırılık arasında bir ilişki olmadığı, eylem hukuka aykırı da olsa hukuka uygun da olsa kusurlu olabileceği, buna karşılık idarenin işlemlerindeki kusur ile hukuka aykırılık arasında sıkı bir bağ olduğu değerlendirilmektedir. Diğer bir ifade ile idari işlemdeki hukuka aykırılık, kusurdur¹⁶⁶. Hizmet kusurunun genel ve asli bir sorumluluk olması nedeniyle bir olayda hizmet kusuru var ise idareyi sorumlu tutacak başkaca bir neden aramaya gerek yoktur¹⁶⁷.

Sağlık hizmetlerinin sunumunda da hizmet kusuru sonucu oluşan zararın idarece tazmin edilmesi kural olmakla birlikte sağlık hizmetlerinin risk barındıran işlemler olması nedeniyle tıbbi hatalara bağlı yargılamada Danıştay tazmin için idarenin ağır hizmet kusurunu aramaktadır¹⁶⁸. Burada dikkat çekici olan ağır hizmet kusurunun riskli tıbbi müdahaleler ve operasyonlar için geçerli olduğudur. Tıbbi operasyon kapsamına girmeyen otelcilik hizmetleri, bakım, gözetim, diğer müdahalelerin gereği gibi yerine getirilmemesinde ağır hizmet kusuru aranmayacaktır¹⁶⁹.

Tıbbi faaliyetler, yürütülmesinde zorluk bulunan faaliyetlerdir. Bazı sağlık faaliyetlerinden kaynaklanan sorumluluk için idarenin basit kusuru yeterli görülürken bazı alanlarda ise ağır hizmet kusuru aranmaktadır. Bunun nedeni sağlık hizmeti “faaliyetinin yürütülmesindeki zorluk ve risktir”. Tıbbi müdahaleler, akıl hastalarının

Kararda şöyle denilmiştir:

“Mahkeme, daha önce, tıbbi ihmalden dolayı ölüm durumunda, Türk yargı sisteminin bir yandan kamu davası açılmasını, bir yandan zarar gören tarafın görevli adli yargı yerinde dava açmasını, ayrıca sorumluluğun tespiti durumunda disiplin cezası verilmesi imkanlarını öngördüğünü belirtmek imkanı bulmuştur. Mahkeme böylece Türk yargı sisteminin vatandaşlara teorik anlamda 2’nci maddenin usul yönünden gerekli koşullarını taşıyan araçlar sunduğu sonucuna varmaktadır. (atıf yapılan Sevim Güngör, Aliye Pak ve Habip Pak/Türkiye Davası (kabul edilebilirlik kararı) no:8163/07, 14 Eylül 2010)

¹⁶⁶ Rene Chapus, Droit administratif, general aktaran, Gözler, İdare Hukuku, s. 1062.

¹⁶⁷ Çınarlı, s. 183.

¹⁶⁸ Kızılyel, Kaylan, s. 58., Fransız Danıştay’ı da önceleri tıbbi müdahale hatalarında ağır hizmet kusurunu ararken 10.04.1992 tarihli kararı ile bu görüşünü terk etmiştir. Mahkeme somut olayda, hekimler tarafından gerçekleştirilen yanlışlıkların tıbbi uygulama kusuru teşkil ettiğine ve dolayısıyla kamu hastanesinin sorumluluğuna karar vermiştir. (Ayrıntılı bilgi için bkz. aktaran İnal, s. 11)

¹⁶⁹ Tacir, s. 225., Çınarlı, s. 185.

tedavisi, acil sağlık hizmetleri gibi faaliyet alanları zor alanlardır¹⁷⁰. Buna karşılık bir tıbbi müdahalenin tıp bilimine (ve dolayısıyla hizmet gereklerine, hukuka uygunluğu), tıp literatürü esas alınarak bir değerlendirmeye tabi tutulması halinde belirlenebilecektir. Bizim de iştirak ettiğimiz üzere, hizmet kusurunun ağırlığından ziyade, hizmet kusuru olarak ifade edilen durumun tıp bilimine göre olağan kabul edilip edilememesinin açılan tam yargı davalarında hükme esas alınması daha yerinde olacaktır. Diğer bir deyişle, tıp biliminin gereklerine uygun hareket etme yükümlülüğü altında olan hekimin ve diğer sağlık personelinin, bu yükümlülüğe aykırı hareket etmelerini sağlık hizmetinde “hizmet kusuru” olarak kabul etmek daha uygun olacaktır¹⁷¹.

Tıbbi faaliyetler ya da tıbbi müdahaleler, bir hekim veya hekimin gözetim ve denetim sorumluluğu altında yardımcı sağlık personeli tarafından yapılan işlemlerdir. Bunun dışındaki faaliyetler hastanede ya da sağlık kuruluşunda yapılırsa da tıbbi faaliyet olarak değerlendirilemez. Örneğin, hastanın temizlenmesi, beslenmesi, yatırılması, kaldırılması, yürütülmesi gibi.

Sağlık hizmetlerinden kaynaklanan tam yargı davalarında Danıştay bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel nitelikteki bozukluk, aksaklık veya boşluk tanımlamakta, hizmet kusurunun hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi olduğunu belirterek böyle durumların varlığı halinde idare aleyhine tazminata hükmedilmesi gerektiğine karar vermiştir¹⁷².

“Buna karşılık tıbbi uygulama hatasına bağlı tazminat talebi için idarenin ağır hizmet kusurunu arayan Danıştay, bu görüşü kararlarında belirtmektedir”¹⁷³.

*“İdare Hukuku ilkeleri ve Danıştay’ın yerleşik içtihatlarına göre, sunulan hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı durumlarda, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için, zararın, idarenin “ağır hizmet kusuru” sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir. Bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan **sağlık hizmeti nedeniyle uğranılan zararın tazmini de, kural olarak, ancak idarenin ağır hizmet kusurunun varlığı halinde mümkündür.***

Bununla birlikte, idarenin tazmin sorumluluğunun doğması için aranılan “ağır hizmet kusuru”; riskli tıbbi müdahaleler ve operasyonlar bakımından geçerli olup; sağlık hizmeti içinde değerlendirilmekle beraber, tıbbi operasyon kapsamına dahil edilemeyecek birtakım bakım, gözetim ve yan müdahalelerin hiç veya gereği gibi yapılmaması dolayısıyla oluşan zararlarda, idarenin

¹⁷⁰ Yılmaz, s. 139.

¹⁷¹ Kızıyel, Kaylan, s. 59.

¹⁷² DİDDK 2007/2113 E 2011/1468 K, DİDDK 2007/1884 E 2011/88 K, DİDDK 2004/721 E 2007/2030 K, DİDDK, 2002/716 E, 2003/91 K,,

¹⁷³ Danıştay 2005/3179 E 2007/4316 K : (www.corpus.com.tr erişim: 06.12.2014)

sorumluluğundan söz edebilmek için ağır hizmet kusurunun aranmasına gerek bulunmamaktadır.”

İşte bu noktada kamu kurumlarında görev yapan hekimlerle özel sağlık kuruluşlarında görev yapan hekimlerin kusurlu davranışları nedeniyle ortaya çıkan zararların tazmin edilmesi için açılan davaların sonuçlarındaki farklılık ortaya çıkmaktadır. Belirtildiği üzere tıbbi uygulama hatasına bağlı olarak açılan tam yargı davalarında idarenin sorumluluğuna gidilebilmesi ağır hizmet kusuruna yani hekimin tıbbi uygulamasındaki tıbbi kusurun ağır olmasına bağlıdır. Buna karşılık özel sağlık kuruluşlarında çalışan hekimlerin tıbbi uygulama hatasına bağlı olarak sorumluluklarına gidilebilmesi için “en ufak kusuru” dahi yeterlidir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun içtihat niteliğindeki bu yöndeki kararları istikrar kazanmıştır¹⁷⁴.

*“Dava, teşhis ve tedavi hizmetini üstlenen doktor ve özel hastanenin sorumluluğuna ilişkin olup, bir davada dayanılan olguları hukuksal açıdan nitelendirmek ve uygulanacak yasa hükümlerini arayıp bulmak hakimnin doğrudan görevidir (HUMK. 76.md). Davanın temelini vekillik sözleşmesi oluşturmaktadır. Dava, davalı doktorun vekillik sözleşmesinden kaynaklanan özen borcuna aykırılık olgusuna dayanmaktadır (B.K. 386, 390 md). Vekil, iş görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden değil de, bu sonuca ulaşmak için yaptığı uğraşların özenle görülmemesinden sorumludur. Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır (B.K. 390/II). vekil, işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, hafif kusurundan bile sorumludur (B.K. 321/1 md). **O nedenle doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları (hafif de olsa) sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir.** Doktorlar, hastalarının zarar görmemesi için yalnız mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorundadır. Doktor, tıbbi çalışmalarda bulunurken, bazı mesleki şartları yerine getirmek, hastanın durumuna değer vermek, tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak, tedaviyi her türlü tedbirlerini alarak yapmak zorundadır. Doktor, ufak bir tereddüt gösteren durumlarda, bu tereddüdü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada koruyucu tedbirler almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında seçim yaparken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmalı, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınmalı ve en emin yolu tercih etmelidir (Bkz. Tandoğan, Borçlar Hukuk Özel Borç İlişkileri, Cild, Ank.1982, Sh.236 vd). Gerçektende mesleki bir işgören; doktor olan vekilden ona güvenen müvekkil titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemekte haklidir. Titiz bir özen göstermeyen vekil, B.K. 394/1 uyarınca vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır.”*

¹⁷⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2012/13-1049 E 2013/383 (www.corpus.com.tr erişim: 06.12.2014)

Bu durumda aynı mesleği icra eden meslek grubu içinde hizmetin sunulduğu yere göre farklı yargısal sonuçlara ulaşılmaktadır¹⁷⁵. Bu durum ise Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesinin ihlali olarak kabul edilebilir¹⁷⁶. Kanaatimizce buradaki yargı makamları arasındaki görüş farklılığın giderilerek hekimin tıbbi uygulama hastasından kaynaklanan davalardaki sorumluluğunun çalışılan yer farkı olmaksızın belirlenebilecek bir görüş ortaya konulmalıdır.

1. Hizmet Kusurunun Özellikleri ve Sınıflandırılması

a. Klasik Sınıflandırma

Hizmet kusurunun görünüş şekli klasik olarak, hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya gereği gibi işlememesi olarak üçe ayrılmaktadır¹⁷⁷. Ancak unutmamak gerekir ki bu ayırım sadece hakime yol göstermek amacıyla yapılan bir ayırım olup, hizmet kusuru sayılan halleri tam olarak kapsamadığı gibi hizmet kusuru olarak karşımıza çıkan somut fiil her zaman ve kesin olarak bu hallerden birinin içine girdiği söylenemez¹⁷⁸. Ama sonuçta bu üç durumda hizmetin gereği gibi yürütülemediği açıktır. Hizmetin kötü işlemesi ile geç işlemesini birbirinden ayıran, hizmetin işlemesindeki “zaman” kavramıdır¹⁷⁹.

Buna karşılık bazı yazarlarca, hizmet kusuru hallerinin klasik sınıflama ile üçe ayrılarak “geleneksel üçlü” yaratılmasının doğru olmadığı, hizmet zamanında işlemese de, geç işlese de, kötü işlese de işlemese de, kamu görevlilerinin eylem ve işlemleri kendilerinden beklenildiği gibi değilse ortada bir kusurun varlığından bahsedilmesi gerektiği belirtilmektedir¹⁸⁰.

¹⁷⁵ Sedat Çal, “İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Sorumluluğu Üzerine Gözlemler”, **Uluslar arası Türk-Amerikan Tıp Hukuku ve Etiği Sempozyumu**, Seçkin Yayınları (Editörler: Çağlar Özel, Burcu Gülseren Özcan Büyüktanır,) Ankara 2014, s.194.

¹⁷⁶ Tacir, s. 226., Gökcan, s. 1031.

¹⁷⁷ Ayan, s. 174., Gözübüyük, Tan, s. 742., Yaşar, s. 443., Çağlayan, s. 548., Günday, s.245., Çağlayan Sağlık Hizmetlerinden..., s. 122., Başgil, s. 31., Yılmaz, s. 142., Atay, Odabaşı, s. 254., Odyakmaz, Sağlık Hizmetlerinden..., s. 213., Çağlayan, Sağlık Hizmetlerinde İdari Sorumluluk, s. 100., Kalabalık, s. 281., Bayındır, s. 560., Akyıldız, s. 107.

¹⁷⁸ Akyıldız, s. 108.

¹⁷⁹ Yaşar, s. 443.

¹⁸⁰ Gözler, İdare Hukuku, C:II, s.1060

(1). Hizmetin Kötü İşlemesi

İdare, mevzuatın kendisine tanıdığı yetkiyi kullanarak yürüttüğü kamu hizmetinin gereği gibi işlemesine yönelik, örgütü kurmalı, araç, gereç ve personeli o hizmetin gereklerine uygun bir biçimde hazır bulundurmalıdır. İdarenin bu hizmeti yükümlülüklerine uygun olarak ifa etmemesi, hizmetin beklenen dikkat, özen ve kalite ve standartta ifa edilmemesi durumunda kötü işleme söz konusu olacaktır¹⁸¹. Hizmet kusuru kavramının en yaygın ve en bilinen görünüm şekli¹⁸² olan hizmetin kötü işlemesi, onun gereği gibi yürütülememesi anlamındadır¹⁸³. “Hizmetin kötü işlemesi” halinin sınırlarının çizilebilmesi mümkün değildir. Bu nedenle hizmetin kötü işleyip işlemediği; hizmetin niteliği, zaman, yer ve şartları ile idarenin elindeki personel, imkan ve araçlar birlikte değerlendirilerek her somut olay için farklı tespit edilebilir¹⁸⁴. Genel olarak hizmetin kötü işlemesi, hizmetin beklenen özen, dikkat ve kalitede yapılmaması, yani hizmetin gereği gibi yürütülmemesidir¹⁸⁵.

Sağlık hizmetlerinde de hizmet gereği gibi yürütülememişse yani hizmet kötü işlemişse ve bu nedenle kişiler zarara uğramışsa zararın tazmin edilmesi hizmet kusurunun sonucudur. Sağlık kamu hizmetleri alanında en yaygın hizmet kusuru olan hizmetin kötü işlemesinin bir türü tıbbi uygulama hatasıdır (malpractice). Tıbbi uygulama hataları, sağlık kamu görevlilerinin kasti veya ihmali yolla, sağlık hizmetlerinden yararlanan kişilere mesleklerinin asgari makul standartlarını yerine getirirken başarısızlıkları nedeniyle ortaya çıkan zarar verici davranışlardır¹⁸⁶.

Tıbbi uygulama hataları, bilgisizlik, deneyimsizlik, ilgisizlik nedeni ile hastanın zarar görmesi en klasik hizmetin kötü işlemesi halleridir¹⁸⁷. Sağlık

¹⁸¹ Çınarlı, s. 198., Atay, s.695., Yıldırım, s. 203., Uysal, s. 214.

¹⁸² Ahmet Kürşat Ersöz, **Türk İdaresinin Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Sorumluluğu**, XII Levha Yayınları, İstanbul 2012, s. 71.

¹⁸³ Çınarlı, s. 198, Yaşar, s. 443., Günday, s. 245., Çağlayan, s. 548., Atay, s. 696., Çağlayan, Sağlık Hizmetlerinden..., s. 122., Yılmaz, s. 142., Doğan, s.109., Atay, Odabaşı, s. 255., Kalabalık, s. 281.

¹⁸⁴ Irız, s. 32, Taneri, s. 78., Yaşar, s. 443.

¹⁸⁵ Odyakmaz, Sağlık Hizmetlerinden..., s. 214.

¹⁸⁶ Kalabalık, s. 283.

¹⁸⁷ Taneri, s. 79.,

Danıştay Onuncu Daire 1996/2121 E 1997/5476 K sayılı kararı:

Malatya idare Mahkemesince, idarelerin kamu hizmetleri için gerekli organizasyonu kurmak, yeterli araç ve gereçlerle donatılmış bina ve tesislerle, ehil elemanlar çalıştırarak bu hizmetleri yürütmekle yükümlü oldukları, aksi halde meydana gelen zararın idarelerce karşılanması gerektiği, olayda da yanlış ilaç enjekte edilerek ilgilinin parmağının kangren olması sonucu kesilmesine sebep olan idarenin hizmet kusurunun açık olduğu, uğranılan maddi zararın saptanabilmesi için yaptırılan

hizmetlerinin çeşitliliği ve karmaşıklığı göz önünde bulundurulduğunda hizmetin kötü işlemesi kusuruna daha çok rastlanmaktadır. Örneğin, personel eğitimine gerekli dikkat ve hassasiyeti ve özeni göstermemesi; sağlık kuruluşlarında tedavi için gerekli olan ilaç, alet ve personelin her an hazır bulundurulmaması, ameliyat sonrasında tedavi bakımının aksaması ve gerekli tedavi yapılmaması, tedavi için gerekli personelin yetersizliği örneklerinde hizmetin kötü işlemesi söz konusudur¹⁸⁸.

(2). Hizmetin Geç İşlemesi

Hizmetin tam ve gerektiği şekliyle zamanında sunulmamasıdır. İdarenin sunduğu hizmetin düzenli ve mevzuata uygun olarak yerine getirilmesi gerekli ise de sadece hizmeti sunmak yeterli değildir. Buna ek olarak hizmetin belirli bir çabukluk içinde zamanında yerine getirilmesi gerekmektedir¹⁸⁹. Burada önemli olan hizmetin olağan sayılmayan gecikme ile sunulmasıdır¹⁹⁰. Hizmetin geç işlemesi, verilmesi gereken bir hizmetin zamanında ve ihtiyaç duyulduğunda acele yerine getirilmemiş olmasıdır. Hizmetin kanunun belirlediği zamanda, böyle belirlenmiş bir zaman yoksa hizmetin niteliği ve idarenin sahip olduğu objektif standartlar çerçevesinde başlaması ve bitirilmesi gerekir¹⁹¹.

Hizmetin yerine getirilmesi için mevzuat bir süre öngörmüşse bu sürenin aşılmış olması hizmetin geç işlediğinin karinesidir¹⁹². Örneğin, hamilelikte bazı testlerin yapılmasının süreye tabi olması, kuduz aşısının belirli bir süre içinde yapılması yada kan uyuşmazlığı olan bir annenin doğum eylemi sonrasında 72 saat içinde yapılması gereken ilacın kendisine zamanında yapılmaması gibi.

Ancak uygulamada çoğu kez bir hizmetin işlemesi için konusunda belirli bir

bilirkişi, incelemesi sonucu düzenlenen 6.10.1995 tarihli raporda, davacının çocuğunun belirlenen %3 işgücü kaybı nedeniyle 79.458.126 lira zararının olduğunun belirtildiği, ayrıca olayın oluşumu ve sonucuna göre duyulan acı ve üzüntünün kısmen de olsa giderilebilmesi için taktiren 50.000.000 lira da manevî tazminat ödenmesi gerektiği kanaatine varıldığı gerekçesiyle 79.458.126 lira maddi tazminatın tazminat isteğinin idarece reddedildiği 15.8.1994 tarihinden itibaren hesaplanacak yasal faiziyle birlikte, 50.000.000 lira manevî tazminatın da yasal faiz uygulanmaksızın davalı idarece davacıya ödenmesine, davanın fazlaya ilişkin kısmının reddine karar verilmiştir.” İlgili kararı Danıştayca onanmıştır. (www.corpus.com.tr erişim: 17.12.2014)

¹⁸⁸ Atay, s. 697.

¹⁸⁹ Atay, s. 699., Irız, s. 34., Çağlayan, Sağlık Hizmetlerinden..., s. 122., Uysal, s. 215., Kalabalık, s. 286.

¹⁹⁰ Çınarlı, s. 201., Taneri, s. 79., Yaşar, s. 444., Çağlayan, s. 549., Günday, s. 246., Yılmaz, s. 143.

¹⁹¹ Doğan, s. 109.

süre ve kural öngörülmediğinden hizmetin geç ya da yavaş işleyip işlemediğinin tespiti kolayca yapılamamaktadır¹⁹³. Bu gibi durumlarda Danıştay, olayın niteliğini dikkate alarak, idarenin sahip olduğu imkan ve araçları, somut olayın özelliklerini göz önünde bulundurarak idarenin gereken çabukluğu gösterip göstermediğini ortaya koyarak idarenin kusurlu olup olmadığını saptamaktadır¹⁹⁴. Burada olay ve yürütülen hizmetin niteliğine göre “*makul süre*” ölçütü kullanılabilir¹⁹⁵.

Sağlık hizmetlerinin özelliği nedeniyle hizmetin gereken zaman geçirdikten sonra sunulması veya sunulan hizmetin zamanında tamamlanamaması halinde hizmetin geç işlemesi söz konusudur¹⁹⁶. Özellikle sağlık hizmetlerinde hizmetin geç işlemesinin önemli ve ağır sonuçları olabilmektedir. Bu durumun tespiti yani sağlık hizmetinin geç işlemesi konusunda belirli bir kriter ve kural koymak mümkün değildir. Hizmetin niteliği, idarenin sahip olduğu imkan ve araçları, somut olayın özellikleri göz önünde bulundurularak idarenin sunmak zorunda olduğu kamu hizmetinde gereken çabukluğu gösterip göstermediği tespit edilecektir¹⁹⁷.

Ateş ve lökosit miktarına göre derhal ameliyat edilmesi gereken hastanın ilgisizlik yüzünden ameliyatının gecikmesi sonucu apandisitinin patlaması sonucu ölümünde, zamanında müdahale edilmeyerek kan kaybından ölümüne sebep olunmasında, ambulansın mazeretsiz olarak gecikmesinde hizmetin geç işlemesinden bahsedilir.

(3). Hizmetin Hiç İşlememesi

İdarenin yerine getirmekle yetkili ve yükümlü olduğu kamu hizmetini hiçbir şekilde yerine getirmemesi, hareketsiz kalmasıdır¹⁹⁸. Hizmetin hiç işlememesi net bir kusurdur. Fakat idareler ancak yüklendikleri hizmetleri yaptıklarından, öncelikle burada hizmetin idarenin görevi olup olmadığına bakmak gerekir. İdarenin yerine getirmek zorunda olduğu hizmet bağlı yetki kapsamında, yani belirli koşulların

¹⁹² Çağlayan, s. 549., Günay, s. 246., Atay, s. 699., Kalabalık, s. 287.

¹⁹³ Çınarlı, s. 201., Yaşar, s. 445., Atay, s. 699., Yıldırım, s. 202.

¹⁹⁴ Gözübüyük, Tan, s. 742., Yaşar s. 445.

¹⁹⁵ Atay, s. 699., Uysal, s. 215., Odyakmaz, Sağlık Hizmetlerinden..., s. 219.

¹⁹⁶ Irız, s. 34.

¹⁹⁷ Ersöz, s. 68., Taneri, s. 79.

¹⁹⁸ Ersöz, s. 75., Çınarlı, s. 202., Yaşar, s. 445., Çağlayan, s. 549., Atay, s. 700., Yıldırım, s. 202., Yılmaz, s. 143., Doğan s.110., Uysal, s. 217., Kalabalık, s. 290.

varlığı halinde hizmetin yürütülmesi zorunlu ise bu takdirde idarenin hareketsiz kalması hizmet kusurudur¹⁹⁹. Yani burada hizmet kurulmuştur, ancak idare harekete geçmemektedir²⁰⁰. Bağlı yetkinin bulunduğu durumlarda yani belirli koşulların varlığı halinde hizmetin yürütülmesi zorunlu ise, bu takdirde idarenin hareketsiz kalması hizmet kusurunu oluşturur²⁰¹.

Sağlık hizmetlerinin sunumu bakımından gerekli teşkilatın kurulmaması, gerekli ve yeterli sağlık personelinin, araç ve gerecin hazır bulundurulmaması halleri, hizmetin hiç işlememesini ifade eder²⁰².

Burada tartışılması gereken, Anayasa'nın 65. maddesindeki "Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini... mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir" düzenlemesinin, idarenin bu Anayasa hükmünü gerekçe göstererek hizmetin hiç işlememesine gerekçe olup olamayacağıdır. Mali kaynakların yetersizliği nedeniyle sorumsuzluk hallerini sınırlamak gerektiği, aksi halde idarenin her zaman mali kaynakların yetersizliğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulmasının söz konusu olabileceği doktrinde belirtilmektedir²⁰³. Kanaatimizce de, sosyal ve ekonomik alanlarda da Devlet'e Anayasa ile verilmiş olan görevlerde mali kaynakların yetersizliği gibi bir gerekçenin ileri sürülerek idarenin sorumluluktan kurtulmasının söz konusu olmaması gerekir. Çünkü, maddenin amacı yürütülecek olan kamu hizmetleri ile mali kaynaklar arasında bir ölçülülük kurmak ve ekonomik ve sosyal hizmetlerin hangilerinin devlet tarafından yürütüleceği konusunda Hükümete bir takdir yetkisi kullanabilme imkanı tanımaktır. Kısaca idare, mevzuat gereğince, görevli olduğu ya da kendi iradesiyle yüklendiği faaliyet ve hizmetleri, mali ve teknik imkanları veya özel örgütü bulunmadığı gerekçesiyle yerine getirmekten kaçınmaz ve çekinmeye bağlı sorumluluktan kurtulmaz²⁰⁴.

Bazı yazarlarca, klasik üçlü bölümlenimin anlamsız kaldığı, bundan dolayı bu tasnif dışında pozitif hukuk ve tıbbi son gelişmeler dikkate alınarak yeni bir sağlık

¹⁹⁹ Günday, s.246., Yaşar, s. 445.

²⁰⁰ Çağlayan, s. 549.

²⁰¹ Atay, s. 700., Odyakmaz, Sağlık Hizmetlerinden...,s . 221.

²⁰² Irız, s. 37., Çağlayan, Sağlık Hizmetlerinden..., s. 122.

²⁰³ Günday, s. 247., Atay, s. 701., Veysel Dinler, Devlet İktisadi ve Sosyal Ödevlerinin Sınırı Açısından İdarenin Sorumluluğu, **Hitit Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Cilt: 1, Sayı:1, Aralık 2008, s. 8.

²⁰⁴ Atay, s. 701., Doğan, s. 111.

hizmeti kusuru tasnifi yapılması gerektiği belirtilmektedir²⁰⁵. Bu görüşe iştirak etmekteyiz. Aslında hizmet geç veya hiç işlemese de sonuçta hizmet gereği gibi işlememiş yani kötü işlemiştir. Dolayısıyla hizmet gereği gibi işlememiş yani idare sorumluluklarına uygun sağlık hizmetini sunamadığı için bir zarar ortaya çıkmışsa idarenin sorumluluğu hizmet kusuru olup tazmin sorumluluğu altındadır.

b. Modern Sınıflandırma

(1). Sağlık Hizmetinin Kuruluşunda ve İşletilmesinde Kusur

Anayasa'nın 56. maddesinde sağlık hizmetlerinin devlet tarafından yapılacak planlamaya göre kamu veya özel sağlık kuruluşları tarafından sunulması düzenlenmiştir²⁰⁶. 181 sayılı Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Sağlık Bakanlığına; herkesin hayatını beden, ruhen ve sosyal bakımdan tam bir iyilik hali içinde sürdürmesini sağlamak için fert ve toplum sağlığını korumak ve bu amaçla ülkeyi kapsayan plan ve programlar yapmak, uygulamak, uygulatmak, her türlü tedbiri almak ve gerekli teşkilatı kurmak ve kurdurmak, gerekli aşı, serum, kan ürünleri ve ilaçların üretimini yapmak, yaptırmak gerekirse ithalatını yapmak gibi birçok görevler verilmiş, bu görevlerin yerine getirilmesi için de gerekli olan tesisleri kurmak ve işletmekle bu hizmetleri sunmak için meslek personelini yetiştirme görevleri verilmişti. Ancak bu düzenleme, 02.11.2011 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 58. maddesinin 14. fıkrasının (a) bendi gereğince yürürlükten kaldırılmıştır.

Yeni düzenleme gereğince sağlık hizmetlerinin sunumundaki görev

²⁰⁵ Kızılyel, Kaylan, s. 59.

²⁰⁶ **Madde 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.

bakımından 663 sayılı KHK incelendiğinde 181 sayılı KHK'ye göre önemli farklılıklar olduğu görülmektedir. Buna göre sağlık hizmetinin sunumunda icrai bir görevi olan Sağlık Bakanlığı'nın bu görevinin KHK'nin 2. maddesi gereğince icrai nitelikten çıkarılıp "sağlık sistemini yönetme ve politika belirleme" şekline dönüştürüldüğü görülmektedir. Bakanlığın bu planlama görevinin kapsamına sadece kamu sağlık hizmet sunucuları değil aynı zamanda özel sağlık kuruluşları da dahil edildiği de düzenlenmiştir²⁰⁷. Bakanlığın sağlık hizmetindeki icrai görevinden çekilmesi ile bu görevin ikinci ve üçüncü basamak sağlık hizmetlerinin tüzel kişiliğe haiz Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu, birinci basamak sağlık hizmetlerinin ile koruyucu sağlık hizmetlerinin ise Türkiye Halk Sağlığı Kurumu eliyle görülmesi yürütülmesi düzenlenmiştir (663 KHK md.29). Bu düzenlemeler gereğince Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu bakımından yataklı tedavi hizmetlerine ilişkin teşkilatın kurulması ve kurulan teşkilatın gereği gibi hizmet sunması Anayasal ve yasal bir görev olup bu hizmetin gereğinin gibi ifa edilmemesi yine idarenin hizmet kusuruna sebep olacaktır. Türkiye Kamu Hastaneleri tarafından sunulacak olan yataklı tedavi hizmetlerinin yanında ek hizmetlerin (otercilik, güvenlik hizmetleri gibi) sunulmasında da sorumlu olduğu açıktır. Sağlık hizmetinde koruyucu sağlık ile birinci basamak sağlık hizmetleri ise Türkiye Halk Sağlığı Kurumu tarafından yürütülecektir (663 KHK. md.26).

663 KHK ile sağlık hizmetinin kamu tarafını oluşturan bu iki kurum 181 sayılı KHK dönemindeki görevleri Bakanlık adına yürütmekle görevlendirilmişlerdir. Bu kurumların sağlık hizmetinin kuruluşundaki (tesislerin kurulması, personel bulundurulması, işbirliği, işbölümü, otercilik, güvenlik gibi) ve işletilmesindeki (hizmetin yetkili ve eğitimli sağlık personeli tarafından, tıbbi hizmet sunumuna uygun teknik donanım, cihaz, malzeme ile tıbbi standartlara uygun olarak verilmesi) hizmet kusurlarından dolayı birinci derece sorumlu oldukları açıktır. Buna göre hizmet ve organizasyon kusurlarından dolayı idare hukuku anlamında sorumluluklarına gidilebilecektir.

²⁰⁷ f) Kamu ve özel hukuk tüzel kişileri ile gerçek kişiler tarafından açılacak sağlık kuruluşlarının ülke saatinde planlanması ve yaygınlaştırılması,

(2). Hatalı Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Kusur

Tıbbi müdahale, bir hastalığın veya rahatsızlığın iyileştirilmesine ya da hafifletilmesine yönelik bütün tıbbi faaliyet ve girişimler olarak tanımlanmıştır²⁰⁸. Sağlık hizmetinin yürütülmesinde idarenin sorumluluğu için idareye ve kamu görevlisine atfedilebilir bir kusur gereklidir²⁰⁹. Tıbbi müdahale kavramı bölümünde açıklandığı üzere tıbbi müdahalelerden kaynaklanan kusur sorumluluğu için Danıştay, tıbbi hizmetin özelliği ve içinde risk barındırması nedeniyle, idarenin sadece hizmet kusurunu değil bu kusurun “ağır” nitelikli olmasını aramaktadır²¹⁰. Tıbbi faaliyetlerde ağır hizmet kusurunun aranmasının nedenleri ise öncelikle ifasında güçlük olan bu faaliyetler sırasında yapılacak basit kusurların mazur görülebilir olması ve idarenin ajanlarının bu alanlarda sorumluluk almaktan çekineceği için hareketsiz kalmayı tercih edebilme ihtimalidir²¹¹. Tıbbi müdahalenin özelliği gereği bu tespit yerinde olmakla birlikte Danıştay ağır hizmet kusurunu sadece tıbbi müdahaleler için aramakta buna karşılık sağlık hizmetinin sunumundaki diğer sorumluluklar için kusurun ağırlığını aramamaktadır.

Danıştay bir kararında bu durumu şöyle gerekçelendirmiştir²¹²:

“İdare Hukuku ilkeleri ve Danıştay'ın yerleşik içtihatlarına göre, sunulan hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı durumlarda, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için, zararın, idarenin "ağır hizmet kusuru" sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir. Bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmeti nedeniyle uğranılan zararın tazmini de, kural olarak, ancak idarenin ağır hizmet kusurunun varlığı halinde mümkündür.

Bununla birlikte, idarenin tazmin sorumluluğunun doğması için aranılan "ağır hizmet kusuru"; riskli tıbbi müdahaleler ve operasyonlar bakımından geçerli olup; sağlık hizmeti içinde değerlendirilmekle beraber, tıbbi operasyon kapsamına dahil edilemeyecek birtakım bakım, gözetim ve yan müdahalelerin hiç veya gereği gibi yapılmaması dolayısıyla oluşan zararlarda, idarenin sorumluluğundan söz edebilmek için ağır hizmet kusurunun aranmasına gerek bulunmamaktadır.”

Buna karşılık yukarıda da belirtildiği üzere bazı yazarlarca Danıştay'ın sağlık hizmetlerinin sunumunda “ağır” kusur aramasını, “idarenin sorumluluğu bakımından

²⁰⁸ Irız, s. 54.

²⁰⁹ Ersöz, s. 54., Irız, s. 39.

²¹⁰ Serkan Çınarlı, Ezgi Avcıoğlu, Seyit Ali Kızılkaya, Plastik ve Rekonstrüktif Cerrahinin İçerisinde Yer Alan Estetik Operasyonların Hukuki Olarak Nitelendirilmesi ve İdari Yargı Sürecine Etkileri, **Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 1, Sayı:1, Yıl:2013, s. 217.

²¹¹ Çınarlı, Avcıoğlu, Kızılkaya, s. 218.

²¹² Danıştay Onuncu Dairesi 2005/3719 E 2007/4316 K (www.corpus.com.tr erişim 08.12.2014)

sağlık kamu hizmetinin diğer kamu hizmetlerinden ayrı değerlendirilmesinin” mümkün olamayacağı gerekçesiyle eleştirilmektedir²¹³.

2. Kusursuz sorumluluk

İdarenin sorumluluğu sosyal devlet ilkesinin gelişimiyle birlikte, sadece kusura dayanan sorumluluktan, kusursuz sorumluluğu da kapsayan bir genişlemeye gitmiştir. Böylece kamu külfetleri karşısında eşit olan bireyler, idarenin eylem ve işlemleri nedeniyle kusurlu olmaksızın salt idari davranışın tehlikeli olmasından kaynaklanan nedenlerle doğan zararları da idareden talep edebilir hale gelmişlerdir²¹⁴.

XIX. yüzyılda birçok ülkede “devletin sorumsuzluğu ilkesi” geçerliiyken bu ilkenin terk edilerek “herkesin sebep olduğu zararı gidermek zorunda olduğu ilkesi”nin idare hukukunda uygulanmaya başlaması ile birlikte idari sorumluluk kavramı ve bu sorumluluğun sebepleri önem kazanmıştır. İdarenin eylem ve işlemleri sonucu zarar görenlerin zararlarının idarece tazmin zorunluluğu için bir takım şartların gerçekleşmesi gerektiği gerek idare hukukunun kaynağı olan Fransa’da ve diğer Kara Avrupa Hukuk Sisteminin geçerli olduğu ülkelerde ve gerekse de ülkemizde mevzuatta, gerekse öğreti ve yargı kararlarında kabul edilmiştir²¹⁵. Aslında kusursuz sorumluluk, idarenin sorumluluğunda istisnayı teşkil eder. Kusur sorumluluğu yani hizmet kusuru asıl, kusursuz sorumluluk istisnadır²¹⁶. Kusursuz sorumluluk, anormal nitelikteki zararların tazmin edilmesi için başvuru olan sorumluluk çeşididir. Anormallikten kasıt ise zararın “ağır bir zarar” olması gerektiğidir²¹⁷. Kusursuz sorumluluk, bir kusura bağlı olmaksızın, idari işlem veya eylemlerden doğan zararlardan idarenin sorumlu tutulmasıdır²¹⁸.

Kusursuz sorumluluk ilkesinin özellikleri şunlardır²¹⁹:

- İdarenin sorumluluğu alanında dar yoruma gidilerek açıkça kusursuz sorumluluk sebebi yoksa idarenin kusursuz sorumluluğuna başvurulamaz.

²¹³ Ersöz, s. 58.

²¹⁴ Dinler, s.2.

²¹⁵ Atay, s. 667.

²¹⁶ Gözler, İdare Hukuku, C:II, s. 1164., Çağlayan, Sağlık Hizmetlerinden..., s. 122.

²¹⁷ Gözler, İdare Hukuku, C:II, s. 1167.

²¹⁸ Bayındır, s. 561.

²¹⁹ Doğan, s. 118.

Diğer bir deyişle kusursuz sorumluluk istisnai sorumluluktur.

- Her konuda kusursuz sorumluluk için dava açılmaz, ancak anormal davranışların tazmini istenebilir.
- Kusursuz sorumluluk davası açmak için idari fiilin ya da işlemin hukuka aykırılığı aranmamakta olup, hakim her olayın kendi mecrasında kusursuz sorumluluğu tespit edecektir.
- Mağdur idarenin kusurlu davranışını ispat etmek zorunda değildir. İdarenin kusursuz olduğuna karar verilmiş olsa dahi sonuçta zarar meydana geldiği için sorumludur. Bu nedenle idarenin fiili ile zarar arasında illiyet bağının varlığına gerek yoktur.

Bireylere sunulan sosyal içerikli sağlık hizmetleriyle ilgili tıbbi hatalardan dolayı idarenin sorumluluğunun esasen kusur sorumluluğu olduğu kabul edilmekle beraber doktrinde, sağlık hizmetlerinde kusursuz sorumluluk ilkesinin de uygulanabileceği kabul edilmektedir. İdarenin mümkün olan önlemleri almış, tıbbın ve hekimliğin gerekleri yerine getirilmiş olmasına rağmen örneğin nükleer tıp uygulamaları, akıl hastalarının bakımı, muhafazası gibi özünde risk taşıyan faaliyetlerinde illiyet bağı kurulabilen zararların tazmininde, ağır kusur aramak yerine kusursuz sorumluluğun uygulanması gerektiği kabul edilmelidir²²⁰.

İdare hukuku alanında idarenin sorumluluğunun dayanağı önceleri hizmet kusuru iken, bu dayanak idarenin üstlenmiş olduğu hizmetlerin artması ve karmaşık bir hal almasıyla yetersiz hale gelmiştir. Özellikle sosyal devlet ilkesinin benimsenmesi ile devlet (idare) yeni hizmetleri üstlenince, kişilere zarar verme olasılığı da artmış ve bunun sonucu olarak, idari davranış ile zarar arasında sadece nedensellik bağının bulunması halinde, kusur şartı aranmaksızın, idarenin sorumlu olduğu kabul edilmiştir²²¹. Bugün idare hukukunda kusursuz sorumluluk belli başlı iki ilkeye dayandırılmaktadır: “Tehlike ilkesi” ve “fedakarlığın denkleştirilmesi” ilkesidir²²².

²²⁰ Ramazan Yıldırım, “İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan İdare Hukuku Kapsamındaki Sorumluluğu”, VIII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Hekim Sorumluluğu 7-8 Ekim 2011 Diyarbakır, Editörler: Hakan Hakeri ve Henning Rosenau, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s.206.

²²¹ Günday, s. 252., Gökcan, Haksız Fiil Sorumluluğu, s. 126.

²²² Gözler, İdare Hukuku, C:II, s. 1164., Günday, s.252., Gökcan, s. 126.

Tehlike ilkesinde, tehlike yaratma olasılığı fazla ve teknik yönden karmaşık olan, dolayısıyla her zaman nedeni saptanamayacak olan zararlara yol açabilecek bir idari faaliyet ya da araç-gereç zarara yol açarsa bu zararın kusur şartı aranmaksızın idarece tazmin edilmesi gerekir. Kamu idaresinin yürüttüğü hizmet veya faaliyetin niteliği gereği zarar tehlikesini barındırıyor olması, zarar verme riskini taşıması nedenleriyle Devletin sorumlu olması gerektiği kabul edilmektedir²²³. İdare tehlikenin önlenmesi için her türlü özeni göstermiş olsa dahi sorumluktan kurtulamaz. Örneğin, görevlinin bindiği helikopterin infilak etmesi, cephaneliğin bilinmeyen bir nedenle patlaması gibi.

Bununla birlikte kamu idaresinin kamu yararı ve düzeni amacıyla gerçekleştirdiği kamu hizmetlerinden dolayı, kusur olmadan ve bir tehlike riski bulunmadığı halde zarar meydana gelmiş olabilir²²⁴. Ya da kamu hizmetinde çalışan bir kişinin görev sırasında ya da görevi nedeniyle bir zarara uğraması halinde bu zarar hizmetin (mesleğin) kaçınılmaz bir tehlikesi olarak kabul edilir ve ortaya çıkan zarar bir kusuru olmasa dahi idarece tazmin edilir. Bu kapsama özellikle kolluk görevlileri dahil olmaktadır. Kolluk görevlileri dışında diğer kamu görevlilerinin de yürüttükleri hizmet nedeniyle bir zarara uğraması halinde zararın idarece tazmin edilmesi gerektiği yargı içtihatlarında belirtilmektedir.

Sosyal risk ilkesi ise kamu düzenini bozmaya ve hatta anayasal düzeni yıkmaya yönelik terör olayları sırasında zarar görenlerin bu zararlarının da, nedensellik bağı bulunmasa dahi, idarece tazmin edilmesinin idarenin kusursuz sorumluluğunun gereğidir. Zira sosyal risk ilkesinin uygulandığı yargı içtihatlarında da belirtildiği üzere terör olaylarının önlenmesi ve terörsüz bir toplum düzeninin sağlanması idarenin en başta gelen görevidir²²⁵. Eğer idare bu görevini gerektiği gibi sağlayamıyorsa ortaya çıkan zarar kendi eyleminden kaynaklanmamasına rağmen sorumluluktan ve zararı tazminden kurtulamayacaktır²²⁶.

²²³ Gökcan, Tazminat Hukuku, s. 126.

²²⁴ Gökcan, Tazminat Hukuku, s. 126.

²²⁵ Günday, s. 254.

²²⁶ Danıştay Onuncu Daire 2004/785 E 2007/212 K

“Zarar ile idari eylem arasında nedensellik bağının kurulabildiği hallerde sosyal risk ilkesinin uygulanmasına olanak bulunmadığından, idare hukuku kuralları çerçevesinde öncelikle hizmet kusurunun bulunup, bulunmadığının araştırılması, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkesine göre zararın tazmin edilip edilemeyeceğinin belirlenmesi gerekmektedir.

Olayda, bölücü terör örgütüne mensup teröristlerle güvenlik görevlileri arasında çıkan çatışmanın, evinin damında yatmakta olan şahsın ölümüne sebep olduğu, idarenin hizmet kusuru saptanamamakla

A. Hukuka Aykırılık

Hukuka aykırılık, hukuk düzeni ile bağdaşmayan, hukuk düzeninin koyduğu yasak ve emirlere aykırı insan fiilleri hakkındaki değer yargısıdır. Diğer bir tanımla hukuka aykırılık uyulması zorunlu bir hukuk normunun ihlalidir²²⁷. Sağlık hizmetindeki hukuka aykırılık ise idarenin/kamu görevlisinin bir işleminin bireyin kişisel haklarını koruyan bir hukuk kuralını çiğnemesi (örneğin hasta sırrının ifşası) veya hizmet gerekleri ile ilgili sağlık mevzuatına ya da tıbbi kurallara uyulmaması şeklinde ortaya çıkabilir²²⁸. Hukuk düzeni birey veya meslekler açısından bir ayrıcalık getirmemiştir bu nedenle hukuk, kendisini yok sayan veya bozan tüm davranışları kendine aykırı kabul eder²²⁹.

Sağlık hizmetlerinde idarenin sorumluluğuna gidebilmesinin birinci şartı sağlık personeli tarafından uygulanan tıbbi girişimin hukuka aykırı olmasıdır. Hukuka aykırılık aynı zamanda haksız işlem anlamındadır. Anayasa'nın 40/3. fıkrasındaki *"Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir."* düzenlemesindeki haksız sözcüğü de hukuka aykırılık anlamındadır²³⁰.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğundan bahsedebilmek için bazı şartların varlığı aranır. Bunlar:

- Tıbbi işlem meşru bir amaçla yapılmalı ve tıbbi gereklilik (endikasyon) olmalı,
- Tıbbi işlem yetkili ve ehliyetli sağlık çalışanı tarafından yapılmalı,
- Hasta tıbbi işlem hakkında bilgilendirilmeli ve izni alınmalı,
- Tıbbi işlem güncel tıp verilerine ve standart uygulamalara uygun yapılmalı,
- Sağlık çalışanı gerekli özen ve dikkati göstermeli,
- Olası komplikasyonlar iyi yönetilmeli,

Bu kriterler idari eylem olarak değerlendirilen tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk kriterleridir. Buna karşılık hukuka aykırılık idari eylemler ile idari işlemler

birlikte, ölüm nedeniyle oluşan zarar ile idari eylem arasında nedensellik bağı bulunduğu açık olduğundan, açılan tam yargı davasında mahkemece, kusursuz sorumluluk ilkesine göre hüküm kurulması gerekirken, sosyal risk ilkesine dayanılarak hüküm kurulduğu anlaşılmaktadır." (www.corpus.com.tr, erişim 12.12.2014)

²²⁷ Irız, s. 52., Çınarlı, s. 243., Aşçıoğlu, s. 66., Gökcan, s. 1019.

²²⁸ Gökcan, s. 1019., Ersöz, s. 52.

²²⁹ Aşçıoğlu, s. 65.

arasında farklı sonuçlar doğmaktadır. İdarenin eylemleri konusunda kusur ile hukuka aykırılık arasında ilişki bulunmamakta, ancak işlem ile hukuka aykırılık konusunda sıkı bir bağ vardır. İdarenin işlemi hukuka uygun ise kusurdan bahsedilemez. Ancak, idari eylemler hukuka uygun olsalar dahi kusurlu olabilirler²³¹. Ancak idarenin/kamu görevlisinin her kusurlu davranışı aynı zamanda bir kural ihlali olduğu için kusurdan söz ediyorsak hukuka aykırılığın varlığından bahsediliyor demektir²³². Diğer bir deyişle tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk koşulları müdahaleyi hukuka uygun kılan değerlerdir. Bu şartlara aykırı hareket varsa ortaya bir zarar çıkmasa da eylem baştan itibaren hukuka aykırı olduğu için idarenin sorumluluğuna neden olacaktır. Örneğin yetkili olmadığı halde bir pratisyen hekimin ağır bir kalp ameliyatını gerçekleştirmiş olması yetkisiz işlem niteliğinde ve dolayısıyla hukuka aykırı olacaktır. Buna karşılık hukuka uygun tıbbi müdahalede bulunmuş olmasına rağmen müdahalede kusur varsa bu durumda hizmetin kötü işlenmesine bağlı bir hizmet kusurundan bahsedilecektir.

C. İlliyet Bağı

İdarenin tazmin yükümlülüğünde zararın nedenini oluşturan işlemin veya eylemin dış dünyaya yansımaları, yani zarara ilişkin maddi olgu ve olayların doğru ve ayrıntılı bir şekilde ortaya konması gerekir. Zira tazminata konu edilen zararın idareye yüklenebilir nitelikte olmaması veya zarar ile idarenin veya ajanının işlemi veya eylemi arasında illiyet bağı bulunmuyorsa, idarenin zararı ödeme yükümlülüğünden bahsedilmez²³³. Bütün sorumluluk dallarında geçerli olan kural olan illiyet bağı, meydana gelen zarar ile bu zarara sebep olan olay arasındaki sebep-sonuç ilişkisi demektir²³⁴ ve idarenin sorumluluğu için de geçerlidir. İdarenin zarara neden olduğu iddia edilen davranışı (eylemi/işlemi) ile hastanın zararı arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır²³⁵. İdari sorumluluk için ister kusurlu ister kusursuz sorumluluk hali olsun ileri sürülen zarar ile idari eylem ya da işlem arasında bir

²³⁰ Gökcan, s. 1019.

²³¹ Çınarlı, s. 244.

²³² Gökcan, s. 1019.

²³³ Atay, s. 668.

²³⁴ Gözübüyük, Tan, s. 769., Irız, s. 68., Çınarlı, s. 244., Yılmaz, s. 16., Günday, s. 257., Atay, s. 682., Doğan, s.160.

sebe-sonuç ilişkisi olmalıdır. Zarar, doğrudan idareden kaynaklanmalıdır. Bunun için illaki bir kusurun varlığı ve ispatı gerekmez. Bu tür sorumluluk sebep ya da sebebiyet sorumluluğu (responsabilite causale) olarak adlandırılabilir²³⁶.

Danıştay, uygun illiyet bağının gerekliliğini kararında şöyle belirtmiştir²³⁷:

“İdarenin kamu hizmetinin yürütülmesinden doğan zarardan sorumlu tutulmasını gerektiren ilkelerden birisi hizmet kusurudur. İdarenin yürütmekle yükümlü olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenmesinde veya işleyişindeki bozukluk, aksaklık veya boşluk olarak tanımlanabilecek hizmet kusuru; hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde gerçekleşmekte ve bu nedenle doğan zararın, zararlar idari işlem veya eylem arasında nedensellik bağının kurulabilmesi halinde, idarece tazmin edilmesini gerektirmektedir.

...
*İdarenin hizmet kusuruna dayalı işleminden doğan zararın tazmini için ayrıca işlem ile zararlı sonuç arasında illiyet bağının bulunması zorunludur. Konu olaya özgü olarak incelendiğinde, atama işleminin tesisinde ...'ın içinde bulunduğu sağlık sorunlarının gözetilmediği, dolayısıyla atamasının yapıldığı yer olan Ilgın'da yeterli tıbbi müdahalenin zamanında yapılamamış olması karşısında, atama işlemiyle ...'ın ölümü nedeniyle **davacıların uğradıklarını ileri sürdüğü zarar arasında illiyet (nedensellik) bağının bulunduğu sonucuna varılmıştır.**”*

Zarar, eylemin veya işlemin uygun ve normal bir sonucu olup doğrudan doğruya olmalıdır²³⁸. Diğer bir anlatımla, idarenin fiili, ortaya çıkan zararın doğrudan nedeni ya da ortaya çıkan zarar, idarenin fiilinin doğrudan sonucu, biri diğerinin uygun ve normal sonucu olmalıdır. Eğer sonuç, olayların doğal akışına göre beklenilmeyen bir durum ise idarenin sorumluluğuna gidilemez²³⁹. Olayların normal akışına ve hayat tecrübelerine göre bir davranış bir zararı meydana getirmeye genel olarak elverişli ya da bu sonucu meydana getirme ihtimalini objektif olarak arttırıyorsa eylem ya da işlem ile zarar arasındaki bağ, illiyet (nedensellik) bağıdır²⁴⁰.

²³⁵ Ersöz, s. 60., Yaşar, s. 460., Çağlayan, s. 598., Gözler, İdare Hukuku, C:II, s. 1319.,

²³⁶ Yaşar, s. 461.

²³⁷ DİDDK 2007/1184 E 2011/88 K (www.corpus.com.tr erişim: 08.12.2014)

²³⁸ Gözübüyük, Tan, s.769., Atay, s. 682.

“Fransız Danıştay'nın 14.02.1997 tarihinde verdiği bir karara konu olayda, devlet hastanesi kusurlu olarak anne babaya doğacak çocuklarının trizomik (mongolizm gibi genlerden kaynaklı bir anomalili) bir çocuk olacağını bildirmemiştir. Çocuk bu genetik anomalili doğmuştur. Anne baba, idarenin kusurlu olduğunu, kendilerini uyarmadığını, bu nedenle anomalili bir çocuklarını olduğunu, zarar uğradıklarını, keza zarar doğan çocuğun da idarenin bu kusuru nedeniyle zarara uğradığından bahisle hem kendileri hem de çocuk adına tazminat davası açmışlardır. Danıştay, anne baba için tazminat taleplerini kabul etmiş, ancak çocuk için tazminat taleplerini reddetmiştir. Çünkü idarenin kusuru (çocuğun anomalisinin anne babaya söylenmemesi) ile çocuğun anomalili doğması arasında bir illiyet, neden-sonuç ilişkisi yoktur. Çocuğun anomalisi idarenin kusurundan değil, genlerinde yazılı olandan kaynaklanmaktadır. Devamı için bkz. aktaran Gözler, İdare Hukuku, C:II, s. 1323.)

²³⁹ Çağlayan, s. 598., Atay, s. 682.

²⁴⁰ Çınarlı, s.245., Gözler, İdare Hukuku, C:II, s. 1321.

Zarar, idari davranışın sonucu olmayıp da olayların normal akışı içinde beklenmeyen sonuç niteliğinde ise illiyet bağından bahsedilemeyecektir²⁴¹. Danıştay bir kararında illiyet bağının olmadığı durumda tazminin de söz konusu olamayacağını şöyle ifade etmiştir²⁴²:

“Öte yandan sosyal risk dışında idarenin hukuki sorumluluğundan sözedebilmek için, ortada bir zararın bulunmasının yanında, bunun idareye yüklenebilen bir işlem veya eylemden doğması, başka bir deyişle zararlar idari faaliyet arasında nedensellik bağının kurulabilmesi gerekir. Zararla idari faaliyet arasında nedensellik bağının bulunmaması, zararın idari faaliyetten doğmadığını gösterir. Zararın oluşmasında zarara uğrayanın ya da üçüncü kişinin kusurunun bulunması halinde ise idarenin tazmin sorumluluğunun ortadan kalkacağı ya da kusur ölçüsünde azalacağı açıktır.”

İdarenin sorumluluğuna neden olan kusur ile zarar arasındaki illiyet bağının tespiti oldukça güçtür ve genel bir ifade ile belirtmek mümkün değildir. Bu nedenle uyumsuzluğa konu olayda illiyet bağının varlığı bilirkişilerce tespit edilebilmektedir. Yapılan tespit sonucunda idare tarafından sunulan sağlık hizmeti ile zarar arasında illiyet bağının bulunmaması, zararın o sağlık hizmetinden kaynaklanmadığını, dolayısıyla söz konusu zararın tazmini için idarenin sorumluluğuna gidilmeyeceğini gösterir²⁴³.

D. Zarar

Herhangi bir şekilde tıbbi müdahale hatası meydana geldiği zaman, bunun hastaya, hasta yakınlarına, hekimlere, sağlık sistemlerine başta mali olmak üzere birçok olumsuz etkileri olmaktadır²⁴⁴. Tıbbi müdahale hatasından dolayı bir mali tazmin talebinde bulunulabilmesi için zarar doğmuş olması gerekir²⁴⁵, zarar mevcut olmadıkça hukuki sorumluluk söz konusu olamaz²⁴⁶. Türk hukukunda zarar kavramı; en geniş anlamıyla, bir kişinin mal varlığına veya kişiliğine ilişkin korunan bir değerinde, hukuka aykırı eylem neticesinde, irade ve istem dışı meydana gelen

²⁴¹ Gökcan, s. 1034., Ersöz, s. 62., Irız, s. 68., Günay, s. 257.,

²⁴² Danıştay Onuncu Daire 2005/4493 E 2007/4199 K (www.corpus.com.tr, erişim: 08.12.2014)

²⁴³ Irız, s. 68.

²⁴⁴ Mehmet Top, Ömer Gider, Yunus Taş, Seher Çimen, Hekimlerin Tıbbi Hatalar Neden Olan Faktörlere İlişkin Değerlendirmeleri: Kocaeli İlinden Bir Alan Çalışması, **Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi**, C:11, Sayı:2 (2008), s. 164.

²⁴⁵ Yaşar, s. 460., Günay, s. 257.

²⁴⁶ Aşçıoğlu, s. 99.

eksilmeler, değişiklikler olarak tanımlanabilir²⁴⁷. Maddi varlıkta, yani malvarlığında beliren azalmanın ya da çoğalma olanağının yoksunluğunun hukuki tanımı “maddi zarar” olup bunun giderilmesi aracı da “maddi tazminattır”²⁴⁸. İdarenin eylem veya işlemi sonucunda mağduriyete uğrayan kişinin tazminat hakkının doğabilmesi için bu mağduriyetin “zarar” olarak nitelendirilebilmesi gerekir²⁴⁹. Sağlık çalışanın sorumluluğunda zarar, insan yaşam ve sağlığı ile ruhsal bütünlüğünde oluşan istenmeyen değişiklikler nedeniyle ortaya çıkar; malvarlığındaki eksilme maddi, kişisel değerler üzerindeki eksilme/bozulma ise manevi zararı oluşturur²⁵⁰.

İdarenin bir eylem veya işlemi sonucu bir kişinin hiç hoşuna gitmeyen, o kişiyi çok üzen bir sonuç ortaya çıkabilir. Hatta bu sonuç o kişi üzerinde parasal olarak ölçülebilir yüklerde getirebilir. Ancak tazmin için mağduriyet değil “zarar” gereklidir²⁵¹.

İleride zarar doğması ihtimali olduğu iddiası tazminata konu olamaz. Ancak ileride doğacağı kesin (muhakkak) olan zararın tazmini istenebilir²⁵². Yani zararın kesin, sürekli ve özel olması gerekir. Özelden maksat bireyselleşmesi (ferdileşmesi) anlamındadır²⁵³. Örneğin, hatalı tıbbi müdahale nedeniyle hayatının kalan kısmını yatağa bağımlı olarak yaşamak zorunda kalan hastanın gelecek hayatındaki olası zararlarının da şimdiden tazmin edilmesi, tıbbi hata nedeniyle hayatını kaybeden kişinin desteğinden yoksun kalan kişilere destekten yoksunluk tazminatı ödenmesi bu kapsamdadır.

İdare hukukunda cari olan nakden tazmin ilkesi gereğince, zararın parayla

²⁴⁷ Gözler, İdare Hukuku, C:II, s. 1279., Çınarlı, s. 160, Ersöz, s. 105., Günay, s. 257., Çağlayan, s. 593., Ayan, s. 109., Atay, s. 671., Gözpinar, s. 98., Bayındır, s. 563.

²⁴⁸ Irız, s. 77

²⁴⁹ Gözler, İdare Hukuku, C:II, s. 1279.,

²⁵⁰ Aşçıoğlu, s. 99, Özpinar, s. 98.

²⁵¹ Gözler, İdare Hukuku, C:II, s. 1302., Örneğin, Fransız Danıştay'ının 02.07.1982 tarihli kararına konu teşkil eden olayda, Mademoiselle R. , çocuk aldırma üzere usulüne uygun olarak devlet hastanesine başvurmuş ve hastaneden kendisine gerekli tıbbi müdahalede bulunulmuştur. Ancak yapılan işlem başarısız olmuş ve Mademoiselle R. istemediği bir çocuğu dünyaya getirmek zorunda kalmıştır. Mademoiselle R'nin zarar görmesine neden olan olay idarenin hizmet kusuru yani tıbbi müdahalenin hatalı olmasıdır. Yani idare kusurludur. Bu olay nedeniyle Mademoiselle R. maddi olarak zarar uğramış yani mağdur olmuştur. Açılan davayı Fransız Danıştay'ı çocuğun doğmasını bir zarar olarak kabul etmemiş reddetmiştir. Çünkü hamile bir kadının çocuğunun doğması olayın mahiyeti gereği, zarar verici bir olay olarak görülemez. Burada mağduriyete neden olan olayın zarar verici bir olay olarak nitelendirilmemesinin nedenin etik düşünceler olduğu açıktır. Buna benzer bir olayda da kısırlaştırma operasyonuna tabi tutulduğu halde çocuk sahibi olan kadının açtığı tazminat davasını Strasbourg İdare Mahkemesi reddetmiştir. (aktaran Gözler, İdare Hukuku, C:II, s. 1302).

²⁵² Günay, s. 257., Çağlayan, s. 595.

²⁵³ Yaşar, s. 460., Çağlayan, s. 595.

ölçülebilir olması gerekmektedir. Şahıs varlığına gelen zararlarında yani manevi zararların da parayla ölçülebilirliği kabul edilmektedir²⁵⁴. Para dışında başkaca bir tazmin aracı söz konusu değildir.

Sağlık hizmetleri özelinde ise zarardan idarenin sorumlu tutulabilmesi için yapılan tıbbi müdahale ve diğer sağlık hizmetleri neticesinde bir zarar meydana gelmiş olması gerekir. Zarar maddi ya da manevi olabilir²⁵⁵. Maddi zarar; beden tamlığının ihlali, sakatlanma, iş gücü kaybı, kazanç kaybı ya da destekten yoksun kalma gibi zararlar, manevi zarar kusurlu ve hukuka aykırı davranış nedeniyle hastanın uğradığı acı ve ızdıraplar ile yaşama sevincinin azalması²⁵⁶ yanında, şeref, ün, estetik bozukluklar, fiziksel acılardır²⁵⁷.

Zarardan idarenin sorumluluğu için, idarenin araç ve gereçlerinin varlığı, işleyişi veya işlemeyişi ya da idarenin personelinin zarar verici işlem, tutum ve davranışında kusur gereklidir. Söz konusu işlem, tutum ve davranışın hizmetin görülüşü sırasında ve yürütülen faaliyetle ilgisi idarenin sorumluluğunda gerekli olan unsurdur. İdarenin işlem, tutum ve davranışı bir etkinlik şeklinde kendini gösterebileceği gibi hareketsiz kalma biçiminde de olabilir²⁵⁸.

²⁵⁴ Çağlayan, s.596.

²⁵⁵ Gözübüyük, Tan, s. 773. , Çağlayan, s. 596., Günday, s. 257.

²⁵⁶ Hızal, S.A., Tıbbi Müdahalelerden, s. 80.

²⁵⁷ Çağlayan, s. 596., Atay, s. 671.

²⁵⁸ Atay, s. 972.

İKİNCİ BÖLÜM

HATALI TIBBİ MÜDAHALEDEN KAYNAKLANAN TAM YARGI DAVALARI

I. HATALI TIBBİ MÜDAHALEDEN KAYNAKLANAN TAM YARGI DAVALARININ ŞARTLARI

A. İdareye Ön Başvuru Koşulu

Tıbbi uygulama hatası nedeniyle zarara uğradığını iddia edenlerin idare mahkemesinde açtıkları dava, tam yargı davasıdır. Tam yargı davaları 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) 2.maddesinde²⁵⁹ “idarenin eylem ve işlemleri nedeniyle kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından idare aleyhine açılan tazminat davalarıdır”²⁶⁰ şeklinde tanımlanmıştır. Tam yargı davasının konusu ihlal edilmiş bir hakkın yerine getirilmesini talep etmektir. Tam yargı davasında davacı, bir hakkın yerine getirilmesini, bir hakka yapılan tecavüzün durdurulmasını ya da uğradığı zararın giderilmesini isteyebilir. Bundan dolayı, dava sonunda idarenin bir edimde bulunup bulunmayacağına karar verilir²⁶¹. Amaç, idari eylem veya işlem nedeniyle bozulmuş olan mali dengenin düzeltilmesi, yerine getirilmesidir.

Danıştay tam yargı davasını şöyle tanımlamaktadır:

“Tam yargı davaları, idarenin eylem ve işlemi nedeniyle uğranılan gerçek zararın tazmin aracıdır. İdari eylemlerden doğan gerçek zarar, idari eylemin meydana geldiği an itibarıyla uğranılan ve tespit edilen zarar tutarıdır. İdarenin aynen iade yükümlülüğü olan bir malı iade edememesinden doğan gerçek zarar ise iade tarihi itibarıyla söz konusu malın yerine konulması için gerekli olan tutardır.”

²⁵⁹ İdari dava türleri ve idari yargı yetkisinin sınırı:

Madde 2 – 1. (Değişik: 10/6/1994 - 4001/1 md.) İdari dava türleri şunlardır:

a) **(İptal: Ana.Mah.nin 21/9/1995 tarih ve E:1995/27, K:1995/47 sayılı kararı ile; Yeniden Düzenleme: 8/6/2000 - 4577/5 md.)** İdarî işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan iptal davaları,

b) İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları,

²⁶⁰ Celal Karavelioğlu, Erdem Cemil Karavelioğlu, **İdari Yargılama Usulü Kanunu**, 7. Baskı, Karavelioğlu Hukuk Yayınevi, Ankara 2009, s. 172.

²⁶¹ Yıldırım, s. 504.

Bir idari eylemle hakları ihlal edilmiş olan kişiler, doğrudan doğruya tam yargı davası açamazlar. Öncesinde bir işlem olmayan doğrudan idari eylemler nedeniyle hakları ihlal edilen kişilerin zararların giderilmesi için doğrudan doğruya tam yargı davası açabilmeleri idarenin o konuda aldığı bir “ön karar”ının varlığı halinde mümkündür²⁶². Bu kararın idarece alınabilmesi için ilgililerin uğramış oldukları zararın giderilmesi için o eylemi gerçekleştiren idareye dava açmadan önce başvurması gerekmektedir. Bu başvurunun amacı, eylemleriyle vermiş olduğu zararın ödenmesi konusunda idareye fırsat tanınmasıdır. Böylece vermiş olduğu zararı tazmin etme niyetinde olan idarenin bu niyetini uygulamaya koyması sağlanarak gereksiz yere dava açılmasını önlemektedir²⁶³. Böyle bir başvuru sonucunda idarenin önkararı açık ya da zımnen red şeklinde olabilir. Çünkü uygulamada bu güne kadar idarenin böyle bir başvuruya olumlu cevap verildiği ve zarar görenin zararının giderildiği görülmemiştir²⁶⁴.

İdareye böyle bir başvuru yapılmadan yani idareden ön karar alınmadan doğrudan dava yoluna gidilmesi halinde idari yargı yeri bu durumu “merci tecavüzü” sayarak dilekçeyi ilgili idareye (merciine) tevdi eder²⁶⁵. Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu’nun 1971/9 E 1979/7 K sayılı kararı da bu yöndedir²⁶⁶.

Buna karşılık, 6223 sayılı Kamu Hizmetlerinin Düzenli, Etkin ve Verimli Bir Şekilde Yürütülmesini Sağlamak Üzere Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Teşkilat, Görev Yetkileri ile Kamu Görevlilerine İlişkin Konularda Yetki Kanunu kapsamında Bakanlar Kurulu’nca yürürlüğe konulan 659 sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname’nin 12.maddesinde²⁶⁷, “*İdari uyuşmazlıkların sulh*

²⁶² Kemal Gözler, Gürsel Kaplan, **İdare Hukuku Dersleri**, 11. Baskıdan Tıpkı Ek Basım, Ekin Yayınları, Bursa 2011. S. 843.

²⁶³ Irız, s. 94.

²⁶⁴ Irız, s. 95.

²⁶⁵ Karavelioğlu, Karavelioğlu, s. 491.

²⁶⁶ “Danıştay Kanunu’nun 72. maddesine göre, idari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve herhalde beş yıl içinde, idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeden doğrudan doğruya Danıştay’da dava açmaları halinde, bu hususun idari merci tecavüzü sayılarak, Danıştay Kanunu’nun 74. ve 75. maddeleri gereğince davanın her safhasında dava dilekçesinin ilgili idari merci’ye tevdiine karar verilmesi gerekeceğine...karar verildi.”

²⁶⁷ **İdari uyuşmazlıkların sulh yoluyla halli ve vazgeçme yetkileri**

MADDE 12 – (1) İdari işlemler dolayısıyla haklarının ihlal edildiğini iddia edenler idareye başvurarak, uğramış oldukları zararın sulh yoluyla giderilmesini dava açma süresi içinde isteyebilirler. İdari eylemler nedeniyle hakları ihlal edilenlerce, idari dava açmadan önce 6/1/1982

yoluyla halli ve vazgeçme yetkileri” başlığı altında genel nitelikli idari yargı öncesi çözüm yolu düzenlenmiştir. Bu düzenleme İYUK madde 13’den farklı bir yargı öncesi çözüm yoludur²⁶⁸. Çünkü İYUK madde 13 idari yargılama hukuku bakımından usulün tamamlanması iken 659 sayılı KHK uzlaşma öngörmektedir. 659 sayılı KHK’nin amacı, usul ekonomisinin ve hukuk hizmetlerinin yürütülmesinde uygulama birliğinin sağlanması, yargının daha hızlı ve verimli hareket etmesi ve uyuşmazlıkların uzlaşma temeline dayanan bir çözüme kavuşturulmasıdır²⁶⁹. İYUK 13. maddesine benzer bir düzenleme olan 659 sayılı KHK’nin 12. maddesinin uygulamada başarılı olabileceğini söylemek zordur. Çünkü, 2011 yılında yürürlüğe giren KHK çıkarılırken İYUK 13. maddesinin neden işlerliğinin olmadığını

tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 13 üncü maddesinin birinci fıkrası uyarınca yapılan başvurular da sulh başvurusu olarak kabul edilir ve bu maddede yer alan hükümler çerçevesinde incelenir.

(2) Sulh istemine ilişkin başvuru, işlemeye başlamış olan dava açma süresini durdurur. Başvuru sonuçlanmadan dava açılmaz.

(3) Sulh başvurularının altmış gün içinde sonuçlandırılması zorunludur. Sulh başvurusu altmış gün içinde sonuçlandırılmamışsa istek reddedilmiş sayılır.

(4) Sulh başvurusu, belli bir konuyu ve somut bir talebi içermiyorsa, idari makam tarafından reddedilir. Bu Kanun Hükmünde Kararnameye uygun olarak yapılan ve idare tarafından reddedilmeyen başvurular, hukuki uyuşmazlık değerlendirme komisyonuna gönderilir. Hak ihlaline neden olan birden fazla idarenin varlığı halinde, ortak hukuki uyuşmazlık değerlendirme komisyonu oluşturulabilir.

(5) Sulh başvurularının incelenmesinde, başvurunun konusu, zarara yol açan olay ve nedenleri, zararın idari eylem veya işlemde doğup doğmadığı ve meydana geliş şekli, idarenin tazmin sorumluluğunun olup olmadığı, zararın miktarı ve ödenecek tazminat tutarı tespit edilir. Hukuki uyuşmazlık değerlendirme komisyonu tarafından, bilirkişi incelemesi dahil olmak üzere gerekli her türlü araştırma ve inceleme yapılır, olayla ilgili bilgisi bulunan kişiler dinlenebilir.

(6) Hukuki uyuşmazlık değerlendirme komisyonunun inceleme sonunda hazırlayacağı rapor 11 inci madde uyarınca karar vermeye yetkili mercilere sunulur. Bu mercilerin sulh başvurusunu kabul etmesi halinde başvuru sahibine, hazırlanan sulh tutanağının imzalanması için en az onbeş günlük süre verilir. Davet yazısında, belirtilen tarihte gelmesi veya yetkili temsilcisini göndermesi gerektiği, aksi takdirde sulh tutanağını kabul etmemiş sayılacağı ve yargı yoluna başvurarak zararının tazmin edilmesini talep etme hakkının bulunduğu belirtilir.

(7) Tazminat miktarı ve ödeme şekli üzerinde idare ve istemde bulunanın sulh olmaları halinde buna ilişkin bir tutanak düzenlenir ve taraflarca imzalanır. Bu tutanak ilam hükmündedir. Sulh olunan miktar idare bütçesinden ödenir. Vadeye bağlanmamış alacaklarda tutanağın imzalandığı tarihten itibaren iki aylık sürenin dolmasından, vadeye bağlanmış alacaklarda ise vadenin dolmasından önce tutanak icraya konulamaz.

(8) Sulh tutanağının kabul edilmemesi veya kabul edilmemiş sayılması hallerinde bir uyuşmazlık tutanağı düzenlenerek bir örneği ilgiliye verilir.

(9) Sulh olunan konu ya da miktara ilişkin olarak dava yoluna başvurulamaz.

(10) Bu madde kapsamındaki idari uyuşmazlıkların sulhen halli ile idari davaların açılmasından, takibinden, davayı kabul ve feragatten, kanun yollarına başvurulmasından vazgeçilmesi, 11 inci maddede belirtilen esaslara ve tutarlara göre belirlenir.

²⁶⁸ Çınarlı, s. 348.

²⁶⁹ Zehra Odyakmaz, Serkan Çınarlı, **İdari Uyuşmazlıklarda Yargı Öncesi Çözüm Usullerinin Uygulanabilirliği**, Orion Kitabevi, Ankara 2013, s. 77.

araştırılmadığı ortaya çıkmıştır. Çünkü asıl sorun (İYUK varken) yani idare ile zarar gören arasında yargı öncesi çözüm usulünün bulunmaması değil var olan düzenlemenin neden işlemediğidir. Uygulamada bir yargı kararı olmaksızın tazminat talebine olumlu cevap vermemek Türk idari teşkilatı içinde görevli olan ita amirleri için normal bir durumdur. Tazminat talep başvurusu üzerine yapılan incelemeye ve delillere göre idarenin tazmin sorumluluğu sabitken bu güne kadar uzlaşma yolunu seç(e)meyen idarenin 659 ile nasıl bir uzlaşma yolunu seçeceği ve ita amirlerinin bu yetkilerini nasıl kullanacakları da merak konusudur.

Aslında bu düzenleme ile İYUK'un 13. maddesi ile 659 sayılı KHK'nin 12. maddesi iç içe geçmiştir. KHK'nin yürürlüğünden önce idareye başvuru yapılarak ön karar alınması zorunlu iken, idari eylemden dolayı yapılan başvurular artık sulh başvurusuna dönüşmüştür²⁷⁰.

Bu düzenlemeye göre,

- 659 sayılı KHK'nin 12. maddesinin 1. fıkrası gereğince, idari eylemlerden hakları ihlal edilenlerce idari dava açmadan önce İYUK 13. maddenin birinci fıkrasınca uyarınca yapılan başvurular sulh başvurusu olarak kabul edilecektir.
- 2. Fıkra gereğince sulh olma istemine ilişkin başvuru, işlemeye başlamış olan dava açma süresini durdurur. Bu başvuru sonuçlanmadan dava açılmayacaktır.
- 3. fıkra gereğince sulh başvurularının altmış gün içinde sonuçlandırılması zorunludur. Sulh başvurusu altmış gün içinde sonuçlandırılmamışsa istek reddedilmiş sayılır.
- 4. fıkra gereğince, idare tarafından reddedilmeyen başvurular, yeni bir oluşum olan “hukuki uyuşmazlık değerlendirme komisyonu”na gönderilecektir. Talep konusunda sorumluluğun birden fazla idarede olduğu değerlendiriliyorsa “ortak hukuki uyuşmazlık değerlendirme komisyonu” oluşturulabilecektir. Bu komisyonun kimlerden oluşacağı KHK’de düzenlenmemiştir.
- 5. fıkra gereğince, komisyon, gerekirse bilirkişi görüşüne başvurabilecek ve komisyonun idarenin kusurunun bulunduğunu kabul etmesi

²⁷⁰ Zehra Odyakmaz, Ümit Kaymak, İsmail Ercan, **İdari Yargı**, XII Levha Yayınları, Güncellenmiş 9. Baskı, İstanbul 2013, s. 245.

halinde bu kusura bağılı tazminat miktarı da bilirkişiyeye hesaplattırılabilir. Çünkü düzenlemede “bilirkişi” den bahsedilirken bu kavram sadece idarenin kusurunun tespiti ile sınırlandırılmamıştır. Bilirkişi görüşünün maddi ve manevi tazminat hesabını da kapsamı sebebiyle bu komisyonun oluşumunun önemli olduğunu değerlendirilmektedir²⁷¹.

659 sayılı KHK'nin 12. maddesi ve İYUK 13. maddesi kapsamındaki idareye ön başvuru sonucunda idari eylemler nedeniyle hakları ihlal edilenlerin 60 gün içinde zararlarının giderilmemesi durumunda, ya da altmış gün içinde idare zararın giderilmesi talebini reddetmesi halinde yasanın aradığı “dava şartı” gerçekleşmiş olacaktır. Artık idarenin red cevabının ilgiliye tebliği ya da altmış gün içinde zararın giderilmesi talebinin idarece cevap verilmeyerek zımnen reddedilmesi durumunda ilgililerce zararın giderilmesi için idari yargıda tam yargı davası açılabilir.

Aslında bu benzer bir düzenleme, yani yargı öncesi çözüm yollarından sayılabilecek bir düzenleme 02.11.2011 tarihinde yürürlüğe giren 663 sayılı KHK'nin Uzlaştırma prosedürü başlıklı 24. maddesinde²⁷² düzenlenmişti. Bu düzenlemenin uygulamasını göstermek için de Sağlık Mesleklerinin

²⁷¹ Çınarlı, s.350.

²⁷² **Uzlaştırma prosedürü**

MADDE 24- (1) Sağlık mesleklerinin uygulanmasından dolayı zarara uğradığını iddia edenlerin dava açma süresi içerisinde bu madde kapsamında yapacakları maddi ve manevi tazminat başvuruları Bakanlık tarafından aşağıdaki şekilde uzlaşma yoluyla halledilir.

a) Tazminat talebinde bulunan veya bunların birden fazla olması hâlinde aralarından seçecekleri bir temsilci,

b) Zarar verdiği iddia olunan ilgili meslek mensubu veya bunların birden fazla olması hâlinde aralarından seçecekleri bir temsilci,

c) Varsa ilgili meslek mensuplarının meslekî malî sorumluluk sigortasını yapan sigorta şirketinin temsilcisi veya bunların birden fazla olması hâlinde ise aralarından seçecekleri bir temsilci,

Bakanlık tarafından uzlaşmaya davet edilir. Tarafların uzlaşma yolunu kabul etmeleri hâlinde, üzerinde anlaşmışları bir hukukçu uzlaştırıcı marifetiyle uzlaşma süreci başlatılır. Uzlaşma en fazla üç ayda sonuçlandırılır. Bu süre bilirkişi görüşleri alınmadığı hallerde tarafların kabulü ile altı aya kadar uzatılabilir. Uzlaşma müracaatı dava açma süresini durdurur. Uzlaşma sağlanamaması hâlinde taraflarca tanzim edilecek tutanak veya taraflardan birinin talebi üzerine Bakanlık tarafından taraflara tebliğ edilerek verilecek belge tarihinden itibaren dava açma süresi yeniden başlar. Uzlaşma sağlanırsa, uzlaşma konusunu, yerini, tarihini, yerine getirilmesi gereken hususları içeren uzlaşma tutanağı tanzim edilir. Bu tutanak 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 38 inci maddesi anlamında ilâm niteliğindedir. Uzlaştırma masrafları ve arabulucu ücreti taraflarca karşılanır. Uzlaşma neticesinde belli bir bedel üzerinde uzlaşma sağlandığında bu bedel doğrudan sigortacı, sigortasının bulunmaması durumunda ilgili personel tarafından ödenir. Bakanlıkça bu madde kapsamında herhangi bir ödeme yapılmaz.

(2) Uzlaştırıcı, meslekî kusur bulunup bulunmadığı hususunda Yüksek Sağlık Şûrasının belirlediği bilirkişilerin; uğranıldığı iddia edilen zarar miktarının hesaplanmasında adli yargı adalet komisyonları tarafından her yıl düzenlenecek olan listelerde yer alan bilirkişilerin görüşüne

Uygulanmasından Dolayı Uğranılan Zararların Uzlaşma Yoluyla Halledilmesine İlişkin Yönetmelik²⁷³ yayınlanmıştı. Bu düzenlemeler ile özellikle ve net olarak sağlık mesleklerinin uygulanmasından dolayı zarara uğradığını iddia edenlerin maddi ve manevi tazminat taleplerinin Bakanlık tarafından uzlaşma yoluyla çözümlenmesi amaçlanmışsa da, uygulamadan yeterince verim alınamadığı gerekçesiyle (kanaatimizce) söz konusu düzenleme 6514 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un²⁷⁴ 2. maddesi ile 18 Ocak 2014 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır.

B. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Bir davaya aynı yargı düzeni (yargı kolu) içinde yer alan ilk derece yargı yerlerinden hangisinin bakacağını düzenleyen kurallara görev ve yetki kuralları denilmektedir²⁷⁵.

Devlet ve diğer kamu kurumlarının yürüttükleri kamu hizmetleri dolayısıyla meydana gelen zararlardan dolayı açılacak olan tazminat davaları, hizmetin kuruluşu ve işletilmesinden kaynaklanan ve hizmet kusuru sayılabilecek eksiklik, kötü yönetim gibi nedenlerle kişilere verilen zararlar hizmet kusuruna dayanmaktadır. Hizmet kusuruna dayanan davalar mutlaka idari yargı yerlerinde açılmalıdır²⁷⁶. İdari yargı içinde tam yargı davalarında görevli mahkeme, 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 5. maddesine göre idare mahkemesidir.

Görev kamu düzeni ile ilgilidir ve taraflarca ileri sürülmesi dahi Mahkemece davanın her aşamasında re'sen dikkate alınır. Hiçbir yargı yeri kendi görevi içinde olmayan bir davaya bakamayacağı gibi kendi görevi içinde olan bir davaya bakmaktan da kaçınmaz. Taraflar anlaşma yoluyla davaya bakmakla görevli olan yargı yerini değiştiremezler²⁷⁷.

başvurabilir.

²⁷³ R.G.,14.08.2012, 28384.

²⁷⁴ R.G., 18.01.2014, 28886.

²⁷⁵ Gözübüyük, Tan, İdare Hukuku, Cilt: 2, İdari Yargılama Hukuku, s. 836.

²⁷⁶ Gökcan, s. 136.

²⁷⁷ Çınarlı, s. 299.

6100 sayılı HMK'nun 3. maddesi ile her türlü idari eylem ve işlemler ile İdare'nin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine bağlı maddi ve manevi zararların tazminine ilişkin davalarda adli yargı görevli kılınmışken Anayasa Mahkemesi 2011/35 E 2012/23 K sayılı kararı²⁷⁸ ile söz konusu düzenlemeyi iptal etmiştir.

Mahkeme iptal gerekçesinde;

“İdarenin idare hukuku esaslarına dayanarak tesis ettiği tartışmasız bulunan eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerden kaynaklanan zararlara ilişkin davaların idarî yargı yerlerinde görülmesi gerektiği kuşkusuzdur. Bu nedenle, yukarıda belirtildiği gibi aynı idari eylem, işlem veya sorumluluk sebebinden kaynaklanan zararların tazminine ilişkin davaların farklı yargı yerlerinde görülmesinde kamu yararı ve haklı neden olduğu söylenemez.”

tespitinde bulunmuştur. Bu iptal kararı ile 2577 sayılı yasa kapsamında olan vücut bütünlüğünün kısmen ve tamamen yitirilmesine ilişkin davaların olması gerektiği şekli ile tam yargı davası olarak idare mahkemelerinde görülmesi kesinleşmiştir.

2577 sayılı İYUK'un tam yargı davalarında yetki başlıklı 36. maddesinin b fıkrasına göre; zarar, bayındırlık ve ulaştırma gibi bir hizmetten veya idarenin herhangi bir eyleminden doğmuş ise, hizmetin görüldüğü veya eylemin yapıldığı yer idare mahkemesi yetkilidir. 6100 sayılı HMK'dan farklı olarak 2577 sayılı İYUK'un 32. Maddesinin 2. fıkrasına göre idari yargılamada yetki da aynen görev gibi kamu düzeni ile ilgili olduğu yani Mahkemece resen dikkate alınması gerektiği düzenlenmiştir²⁷⁹.

C. Dava Açma Ehliyeti

Davada taraf olma yeteneği esas itibariyle, medeni haklardan yararlanma yeteneğinin bir parçasıdır. Medeni Kanunu'nun (TMK) 8. maddesine göre bütün kişiler medeni haklardan yararlanırlar. Medeni haklardan yararlanma ehliyeti olan kişilerin de davada taraf olma yetenekleri vardır²⁸⁰.

Husumet, taraf olma ehliyeti yani davacı ve davalı olmak hakkıdır. Tam yargı davalarında davacı olabilmek için medeni haklardan yararlanma ve medeni hakları

²⁷⁸ R. G., 19.05.2012, s. 28297.

²⁷⁹ Gözübüyük, Tan, İdare Hukuku, Cilt: 2, İdari Yargılama Hukuku, s. 857.

²⁸⁰ Gözübüyük, Tan, İdare Hukuku, Cilt: 2, İdari Yargılama Hukuku, s. 875.

kullanma yeteneğine sahip kişi olmak ve buna ek olarak İYUK'un 2/1-b bendine göre tam yargı davası açabilmek için kişisel hakkın ihlal edilmiş olması gereklidir²⁸¹.

Davacı olma bakımından gerçek kişiler, sezgin (mümeyyiz) ve ergin (reşit) olupta, kısıtlı (mahcur) olmayan gerçek kişilerin dava açabilme yetenekleri tamdır. Başka bir deyişle, medeni hakları kullanma yeteneğine sahip olan gerçek kişiler, doğrudan doğruya kendileri dava açabilirler. Ergin olan bir kimsenin yerine annesi, babası, kardeşi ya da arkadaşı dava açamaz. Buna karşılık ergin olmayan kişilerin dava açma ehliyeti yoktur. Ergin olmayanlar adına dava yasal temsilcisi tarafından açılır. Dava açma yeteneği olmayan kişi adına açılan davada, dava dilekçesinde, davacı olarak, dava açma yeteneği olmayan kişinin adı, temsilci olarak da temsilcinin adı yazılır²⁸².

Tam yargı davalarında hasım (davalı) konumunda idare yer almaktadır. Davalı kural olarak zararlı eylem ya da idari işlemi yapan idaredir.²⁸³ Tıbbi uygulama hatalarına bağlı olarak açılacak olan tam yargı davalarında davalının doğru tespit edilmesi önemlidir. Tüzel kişiliği bulunmayan hukuksal varlıklara karşı tam yargı davası açılmaz²⁸⁴.

Davanın yanlış hasım gösterilerek açılması durumunda, İYUK'un 15/1-c bendine göre idare mahkemesince davadaki doğru hasım tespit edilerek hasım düzeltme kararı ile dava dilekçesi doğru hasma tebliğ edilecektir. İYUK'taki bu düzenleme ile davanın gerçek hasma karşı açılmaması durumunda dava dilekçesinin reddedilmeden idare mahkemesinin doğru hasma dilekçenin tebliğine karar verilmesi ile usul ekonomisi gereği yerinde bir düzenlemedir.

D. Süre

İdari yargıya başvurma belirli bir süreye bağlanmıştır. Bu süre geçirildikten sonra, idari işleme karşı dava açma olanağı ortadan kalkar. İdari işlemlere karşı dava açabilmenin belirli bir süreye bağlanmasının iki temel sebebi vardır. Birincisi, yönetilenlere, haklarında verilmiş olan idari bir kararın hukuka uygun olup

²⁸¹ Odyakmaz, Kaymak, Ercan, s. 171., Çınarlı, s. 298.

²⁸² Gözübüyük, Tan, İdare Hukuku, Cilt: 2, İdari Yargılama Hukuku, s. 882.

²⁸³ Odyakmaz, Kaymak, Ercan, s. 171., Çınarlı, s. 299.

²⁸⁴ Odyakmaz, Kaymak, Ercan, s. 171.,

olmadığını, dava konusu yapmanın gerekip gerekmediğini düşünme ve inceleme olanağı verme, diğeri de idarenin işlemlerinde kararlılığı sağlamaktır²⁸⁵.

2577 sayılı İYUK'un 7. ve 8. maddelerinde genel olarak süreler düzenlenmiştir. Buna göre dava açma süresi, özel kanunlarda ayrı süre gösterilmeyen hallerde, ilk derece mahkemesi sıfatıyla baktığı davalarda Danıştay ve idare mahkemelerinde altmış, vergi mahkemelerinde ise otuz gündür²⁸⁶. Sürenin başlangıcı ise işlemin tebliğ tarihidir. Buna göre, bireysel idari işlemlere karşı açılacak olan idari davalarda, dava açma süresinin başlayabilmesi için idari işlemin ilgiliye yazılı olarak bildirilmesi gerekir. Ancak bilişimin ve internetin hızlı gelişimi sonucunda artık kurum ve kuruluşlar internet sitesi üzerinden yapılan tebligat yerine geçen ilan yapmaktadırlar²⁸⁷.

13.maddesinin 1. fıkrasında²⁸⁸ ise idari eylemlerden²⁸⁹ hakları ihlal edilenlerin idari dava açmadan önce bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka bir şekilde öğrendikleri tarihten itibaren “bir yıl” ve herhalde eylem tarihidен itibaren “beş yıl” içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini (zararın giderilmesini) istemeleri gerektiği belirtilmektedir.

²⁸⁵ Gözübüyük, Tan, İdare Hukuku, Cilt: 2, İdari Yargılama Hukuku, s. 921.

²⁸⁶ Odyakmaz, Kaymak, Ercan, s. 221.

²⁸⁷ Ancak uygulamada bazı idari işlemlerde ilan tebliğ yerine geçmektedir. Örneğin Sağlık Bakanlığı İnternet sitesinde (<http://www.saglik.gov.tr/YHGM/dosya/1-93464/h/59dhyilanmetni2.pdf>) ilan edilen devlet hizmet yükümlülüğü ilanında yerleştirme sonuçlarının ilan edileceği ve ilanın da tebligat yerine geçeceği belirtilmektedir.

59. DÖNEM DEVLET HİZMETİ YÜKÜMLÜLÜĞÜ (DHY) KURASI İLAN METNİ

3359 Sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununa göre yurt içinde veya yurt dışında tıp, tıpta uzmanlık ve yan dal uzmanlık eğitimini tamamlayanlardan Sağlık Bakanlığı Yönetim Hizmetleri Genel Müdürlüğü internet sitesinde (www.yhgm.saglik.gov.tr) ismi ilan edilenler için yerleştirme işlemleri aşağıdaki bilgiler ve ilan edilen takvim çerçevesinde noter huzurunda bilgisayar ortamında kura ile yapılacaktır.

a) Kura yeri ve saati internet adresinde ilan edilecektir.

b) Kura sonuçları ve noter onaylı belgeler kura günü internet adresinde ilan edilecektir.

c) Tebligat yerine geçecek ilan, internet adresinde yayınlanacaktır. İlgililerin atamaları ve atama tebligatları, ilan tarihinden itibaren yapılmış olur.

d) Yükümlülerin göreve başlamalarında 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununun 62 ve 63'üncü madde hükümleri dikkate alınır.

²⁸⁸ *Doğrudan doğruya tam yargı davası açılması:*

Madde 13 – 1. İdari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka sürele öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gereklidir. Bu isteklerin kısmen veya tamamen reddi halinde, bu konudaki işlemin tebliğini izleyen günden itibaren veya istek hakkında altmış gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren, dava süresi içinde dava açılabilir.

²⁸⁹ İdari eylem temelinde bir idari karar veya idari bir işlem bulunmayan, idari faaliyet sırasında ortaya çıkan bir hareket veya tutumdur. İdari eylem, idarenin salt maddi tasarruflarını ifade eder, Odyakmaz, Kaymak, Ercan, s. 244.

Yasanın bu düzenlemesi gereğince tam yargı davası açma süresinde bir ve beş yıllık sürelerin başlangıcının tespiti önem arz etmektedir:

Bazı hallerde zarar, idari eylemle aynı zamanda (birlikte) doğmuş ve ilgisi olayın niteliği gereği bu zararı o eylemle birlikte ya da kısa bir zaman aralığı sonucu öğrenmiştir. Bu durumda bir yıllık sürenin başlangıcı ya eylemin yapıldığı günden ya da o idari eylemin yapıldığının kısa bir zaman aralığı sonucu öğrenilmesi gününden başlar²⁹⁰.

Bazı hallerde zarar esasta idari bir eylemle doğmuş, ancak ilgisi o eylemden zarar gördüğünü sonradan öğrenmiştir. Bu durumda bir yıllık başvuru süresinin başlangıcı, zararın idari eylemden kaynaklandığının ilgisince öğrenildiği günden başlar²⁹¹. Maddeyi bu biçimde anlamak ve uygulamak, tam yargı davalarının da özüne uygun düşer. Danıştay içtihatları da bu yöndedir²⁹². Hatta bazı durumlarda, zararın öğrenilmesi tek başına dava açmak için yeterli değildir, zararın nedeninin, başka bir deyişle, zararlar idari eylem arasında nedensellik bağının bulunduğu öğrenilmesi de gerekebilir. İdareye başvurma süresini idari eylemle birlikte zararın ve zararının nedeninin öğrenildiği tarihten başlatmak hukuka uygun olacaktır²⁹³.

Özellikle sağlık hizmetlerinin kötü uygulanmasından ya da tıbbi müdahale hatasından kaynaklanan tam yargı davalarında İYUK'un 13. maddesinin uygulanmasında önemli sorunlar yaşanmaktadır. Sağlık hizmetinin kötü işlemesinden veya tıbbi müdahale hatasından kaynaklanan zararı öğrenme tarihi veya zararın doğumundan itibaren belli bir süre geçmiş olmasına rağmen tazminat talebiyle idareye başvurulmaması nedeniyle dava açma hakkının zamanaşımına uğrayıp uğramadığının tespiti, örneğin baraj suyunun taşması nedeniyle uğranılan zarara ilişkin başvuru süresinin tespiti gibi kolay olmamaktadır. Kişinin kendisine uygulanan tıbbi girişime bağlı olarak ortaya çıkan zararı öğrenebilmesi ya da zarar doğuran eylemin uygulanmasından itibaren 5 yıllık sürenin katı bir şekilde uygulanmasının hakkaniyet ilkesine aykırı olacağı belirtilmektedir²⁹⁴. Buna göre bir yıllık sürenin başlangıcını madde lafzından yola çıkarak "salt eylemin öğrenildiği

²⁹⁰ Karavelioğlu, Karavelioğlu, s. 495.

²⁹¹ Karavelioğlu, Karavelioğlu, s. 495., Ramazan Çağlayan, İdari Eylemden Doğan Tam Yargı Davalarında Dava Açma Süreleri, **AÜEHFD**, C: IX, S:3-4, (2005), s. 28.

²⁹² Gözübüyük, Tan, İdare Hukuku, Cilt: 2, İdari Yargılama Hukuku, s. 972.

²⁹³ Gözübüyük, Tan, İdare Hukuku, Cilt: 2, İdari Yargılama Hukuku, s. 973.

²⁹⁴ Çınarlı, s. 320.

tarih” olarak değil, zararın ortaya çıktığı yahut zararın idari eylemden kaynaklandığının öğrenildiği tarihten başlatmak gerekir²⁹⁵.

Danıştay ise isabetli olarak verdiği kararında 5 yıllık sürenin geçirilmiş olmasına rağmen zararın ortaya çıktığının öğrenilme tarihini sürenin başlangıç tarihi olarak kabul edilmesine içtihat etmiştir. Danıştay Onuncu Dairesi'nin 2004/2931 E 2006/7287 K sayılı kararında şu gerekçelere yer verilmiştir²⁹⁶.

“Dosyanın incelenmesinden; 20.8.1996 yılında geçirmiş olduğu kaza nedeniyle SSK Göz Hastalıkları Merkezi'ne müracaat eden davacının, yapılan muayenesi sonucunda travmaya bağlı bir teşhis konulamadığı, rahatsızlığının geçmemesi üzerine izleyen tarihlerde yine aynı kuruma başvurduğu halde hastalığının teşhis edilemediği, gözündeki rahatsızlığın artması üzerine 20 nisan 2001 tarihinde gittiği serbest çalışan bir göz uzmanınca, gözünün iç bölgesinde yırtılma olduğu, bu itibarla ameliyat olması gerektiği, ancak geç tedavi nedeniyle gözünün kurtulma ihtimalinin %10 olduğunun beyan edildiği, en son 24.1.2002 tarihinde aynı kurumda yapılan ameliyatla gözünün alındığı, davacı tarafından, rahatsızlığının, idarenin kusur ve ihmali nedeniyle teşhis edilemediği öne sürülerek, uğramış olduğu maddi ve manevi tazminatın ödenmesi istemiyle 26.4.2002 tarihinde yapılan başvurunun idarece reddi üzerine de 60 günlük yasal sürede bu davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasasının 13 üncü maddesinde; idari eylemler nedeniyle hakları ihlal edilen ilgililerin, eylemleri öğrendikleri tarihten itibaren ve herhalde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde idareye başvurup haklarının yerine getirilmesini isteyebilecekleri; bu isteklerin reddi üzerine altmış günlük dava açma süresi içerisinde dava açabilecekleri hükme bağlanmıştır.

Anılan Yasa hükmünde idareye başvuru için öngörülen en geç beş yıllık sürenin, idari eylemin tamamlandığı ve yol açtığı zararın ortaya çıktığı tarihten itibaren hesaplanması gerekir. Esasen idari eylemin tamamlandığı ve zararın ortaya çıktığı tarih dikkate alınmadan beş yıllık sürenin hesaplanması bazı hallerde zarar ortaya çıktığında idareye başvuru süresinin dolayısıyla dava açma süresinin geçmiş olması, dava açma hakkının kullanılmaması sonucunu doğuracaktır. Zararın ortaya çıkmasıyla kullanılması mümkün olan dava açma hakkını ortadan kaldırır biçimde süre hesabı yapılmasının hak arama özgürlüğüyle bağdaştırılmayacağı açıktır.

Bu itibarla, idareye başvurma ve dava süresinin başlangıcına yalnızca eylem tarihini almak yerine, o zararın o eylemden kaynaklandığının öğrenildiği tarihi esas almak hakkaniyete daha uygun olacaktır.

Olayda davacının tazminat istemine dayanak aldığı hatalı teşhis ve tedavi 20.8.1996 tarihinde yapılmış olmakla birlikte, eylemin 24.1.2002 tarihinde tamamlandığı ve zararın bu tarihte ortaya çıktığı çekişmesizdir. Bu itibarla, 2577 sayılı Yasanın 13 üncü maddesinde öngörülen beş yıllık sürenin 24.1.2002 tarihinden itibaren başlaması gerekir.

Bu durumda, İdare Mahkemesince, süresinde açılan davanın esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken davanın süre aşımı nedeniyle reddi yolunda verilen kararda hukuka uyarlık görülmemiştir.

²⁹⁵ Çağlayan, Dava Açma Süreleri, s. 28.

²⁹⁶ Aynı yönde Danıştay 10. Daire 2005/896 E 2007/899 K sayılı kararı (www.corpus.com.tr, erişim: 10.12.2014)

Zararın öğrenilmesinden itibaren bir yıllık süre içinde idareye zararın tazmini için ön başvuruda bulunulması gerekmektedir. Zararın görenin talebine idarenin red cevabı vermesi üzerine red cevabının kendisine tebliğinden itibaren, 60 gün içinde tam yargı davası açılmalıdır. İdare başvuruya hiç cevap vermeyerek talebi zımnen red etmişse red sayıldığı günden itibaren yine yasal dava açma süresi olan 60 gün içinde tam yargı davası açılmalıdır²⁹⁷. Aksi halde dava süresinde açılmadığı içinde redle sonuçlanacaktır. Bir yıllık süre içinde başvuruda bulunulmuş olmasına rağmen, idare cevaba 60 gün içinde cevap vermez ve zarar gören de 60 içinde dava açmazsa, yani dava açma süresini geçirirse, idare de zarar görenin dava açma süresini geçirdikten sonra zarar görene red cevabı verirse bu durumda zımnen red nedeniyle dava açma süresini kaçıran zarar gören kendisine verilen bu red cevabından sonraki 60 gün içinde tam yargı davasını açabilecek midir? İYUK'un 10. Maddesinde bu konuda net bir düzenleme bulunmasına rağmen 13. madde de böyle bir düzenleme yoktur. Ancak 10. maddedeki düzenlemenin 13. madde için de uygulanabileceği kanaatindeyiz. Yani, zarar gören tarafından zararın tazmini için yapılan ön başvuruya idarenin verdiği red cevabından veya zımnen red süresinden sonra cevap vermesi halinde zarar görenin dava açma süresinin tekrar başlayacağı değerlendirilmektedir²⁹⁸.

II. HATALI TIBBİ MÜDAHALEDEN KAYNAKLANAN TAM YARGI DAVALARINDA TAZMİNAT ÖDENMESİNİN KOŞULLARI

A. Zararın Gerçekleşmiş Olması

Tıbbi uygulama hataları nedeniyle bir tazmin sorumluluğun doğabilmesi için öncelikle mağdurun fiilen bir zarara uğramış olması yani bir zararın ortaya çıkmış olması gerekir. Zararın ortaya çıkması muhtemel ise tazmin söz konusu olamayacaktır.

²⁹⁷ Gözler, Kaplan, s.843., Gözübüyük, Tan, İdare Hukuku, Cilt: 2, İdari Yargılama Hukuku, s. 976.

²⁹⁸ Çağlayan, Dava Açma Süreleri, s. 32., Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, S. 279.

B. Zararın Kesin Olması

Gerçekleşmiş bir zarar olmaksızın muhtemel zararlar tazmin konusu yapılamaz²⁹⁹. Buna karşılık zararın talep anında muhakkak gerçekleşmiş olması anlaşılmalıdır. Gelecekte ortaya çıkması zararlar da kesinlik şartını taşıyabilir. Burada zararın gelecekte, ihtimal olarak değil, kesinlikle ortaya çıkması yeterlidir³⁰⁰. Diğer bir deyişle, hayatın olağan akışı içinde ileri zarar görmesi kesin olanlar için yine tazmin söz konusu olacaktır. Örneğin, tıbbi müdahale hatası sonucu babasını veya annesi kaybeden bir küçüğün ileride bu nedenle manevi olarak zarara uğrayacağı, acı, elem ve ızdırap çekeceği tartışmasızdır. Buna ek olarak küçük olmasına rağmen tıbbi müdahale hatasına maruz kalan bir kişinin ileriki yaşantısında hatalı müdahaleye bağlı olarak yaşayacağı acı ve elem kesinse bu durumda da zararın kesin olması söz konusudur.

Örneğin, bebeğe yapılan bir işlem sırasında bebeğin görme yetisini kaybetmesi, sakat doğan bir bebeğin sakatlığının doğumu gerçekleştiren hastanenin sorumluluğunu gerektiren bir sebepten kaynaklanması gibi durumlarda bebeğin ileri yaşantısı boyunca bu hatalı tıbbi işlem nedeniyle zarara uğrayacağı, mesleki kapasitesinde ve günlük yaşantısında zorluklar yaşayacağı açıktır.

C. Zararın Hukuken Korunan Bir Menfaate Yönelik Olması

Anayasa'nın 17. maddesinde yaşama hakkı ile vücut bütünlüğünün korunması ile ilgili olarak Anayasal korunma hakkına sahiptir. Bu düzenleme ile kişinin yaşam hakkı ile vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı koruma altına alınmıştır. Bu değerlere hukuka aykırı olacak yapılacak müdahale ile hukuka uygun olmakla birlikte kusur ile yapılacak müdahalelerde idarenin kişiye tazmin borcu söz konusu olacaktır.

²⁹⁹ Hakeri, s. 612.

³⁰⁰ Gözler, İdare Hukuku, C:II, s. 1305., Atay, s. 675.

D. Zararın Parayla Ölçülebilir Nitelikte Olması

Özel hukuktan farklı olarak idare hukukunda mahkeme ortaya çıkan zararın tazmin edilmesi (giderilmesi) olarak, bir “yapma borcu (obligation de faire)” şeklinde ortaya çıkan “aynen tazmin” şeklinde bir hüküm tesis edemez. Çünkü aynen tazmin (eski hale iade) şeklindeki bir hüküm, hakim in idareye emir vermesi, işine karışması anlamına gelir ki idare hukukunda hakim in idareye emir verme yetkisi yoktur. Dolayısıyla mahkeme idarenin sorumluluğuna karar verecek olursa sadece idareyi zarar gören davacıya belli bir miktar parayı ödemeye hükmedebilir. İşte bu para kişinin uğradığı zararın eşdeğeri olarak kabul edilir³⁰¹.

Zarar görenin malvarlığındaki eksilme, tedavi masrafları, işgücünün eksilmesi (somut zarar) olabileceği gibi manevi (soyut) de olabilir. Bugün itibariyle mevcut hukuk düzeninde, başka bir yol olmadığı için, manevi zararlar da para ile ölçülebilmekte ve mahkemelerce takdir edilmektedir³⁰². Zarar görenin maddi tazminat kapsamındaki zararları ölçülebilir ve tespit edilebilir olduğu için bu zararların kapsam ve miktarı bilirkişi incelemesi ile tespit edilebilmektedir.

Manevi zararın ise ne kadar olabileceği yani tıbbi müdahale hatasından zarar görenin ne kadar acı, elem ve ızdırap yaşadığının tespiti somut olarak yapılamadığı için bu konudaki miktarın tespiti (takdir) mahkemelerce yapılmaktadır. Bugün için hem Türk hem de Fransız Hukukunda uzunca bir zamandan beri “*manevi zararın parayla ölçülebilirliği ilkesi*” kabul edilmektedir. Bu anlamda olmak üzere şeref ve haysiyetin ihlali, estetik anlamda uğranılan zarar, cismani zarar durumunda uğranılan elem ve ızdırap ile manevi anlamda uğranılan çöküntü para ile tazmin edilebilmektedir³⁰³.

E. Zarar Doğurucu Davranışın İdareye Yüklenebilmesi

Tam yargı davasına konu edilen tıbbi müdahale hatasına bağlı zarar doğurucu davranış idarenin ajanları tarafından yerine getirilmesi gereken bir hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi ya da gereği gibi işlememesi nedeniyle olabilir. Buradaki kriter

³⁰¹ Gözler, İdare Hukuku, C:II, s. 1315.

³⁰² Hakeri, s. 613.

zarar doğrucu eylemin idareye yüklenebilir olmasıdır. Örneğin, bir devlet hastanesinin koridorundaki başka bir hastanın zarar doğrucu eylemine maruz kalan ve vücut bütünlüğü bozulan kişinin bu zararın tazmini için idareye başvurması söz konusu olamayacaktır. Çünkü zarar doğrucu eylem idarenin ajanlarından gelmemiştir. Bu durumda zarar doğrucu davranış idareye daha doğrusu idarenin ajanların yüklenebiliyorsa o takdirde idarenin tazmin sorumluluğu söz konusu olacaktır.

F. Hatalı Tıbbi Müdahale İle Zarar Arasında İlliyet Bağının Kurulabilmesi

İdarenin tazmin sorumluluğu için idarenin daha doğrusu idarenin ajanlarının kusurlu davranışları ile zarar arasında illiyet (nedensellik) bağının kurulabilmesi gerekir. Zarar görende ortaya çıkan zarar ile idarenin yani idarenin ajanlarının davranışları (tıbbi müdahalesi) arasında illiyet bağı kurulamıyorsa ya da zarar ile davranış arasındaki illiyet bağını ortadan kaldıracı bir başka neden varsa bu durumda idarenin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

III. HATALI TIBBİ MÜDAHALEDEN KAYNAKLANAN TAM YARGI DAVALARINDA ZARARDAN DOĞAN TAZMİN BORCUNUN KAPSAMI

A. Maddi Tazminat

Maddi tazminat, sağlık hizmetinin gereği gibi sunulmaması nedeniyle zarar görenlerin malvarlığında meydana gelen eksilmeyi gidermeye yönelik ödenen paradır. Sağlık hizmetlerinin sunumundan kaynaklanan maddi zarar ise yükümlülükler uygun davranılıyorsa ortaya çıkacak sonuç ile yükümlülükler uyulmadığı için ortaya çıkan olumsuz sonuç arasındaki zarar görenin malvarlığındaki eksilmedir. İdari yargı usulünde maddi tazmin borcunun hangi zararları kapsadığı ve bunun para olarak nasıl hesaplanacağı konusunda Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanmaktadır.³⁰⁴

³⁰³ Atay, s. 676.

³⁰⁴ IrıZ, s. 79.

1. Ölüm Sebebiyle Maddi Tazminat

a. Ölümden Önceki Tedavi Giderleri

Sağlık hizmetlerinin hatalı uygulanması nedeniyle ölüm bir süre sonra gerçekleşmişse icrai veya ihmali eylem ile ölüm arasındaki sürede hastaya yapılan tedavi masrafları ile çalışmamaktan doğan gelir kayıpları ile defin giderleri ile destek zararının tazmin edilmesi gerekmektedir³⁰⁵. Eylem ile ölüm arasındaki sürede ölenin tedavi giderlerinin sosyal güvenlik kurumu tarafından karşılanması halinde mirasçılarının talep edebilecekleri herhangi zararları da söz konusu olmayacaktır.

b. Cenaze ve Defin Giderleri

Eski 818 sayılı Borçlar Kanununun (BK) 45. maddesinde cenaze ve defin giderleri için "...bilhassa defin masrafları" şeklinde bir düzenleme bulunmaktaydı. Ancak yeni 6098 sayılı TBK'nun 53/1 fıkrasında "Cenaze giderleri" şeklinde bir düzenleme yapılmıştır. Böylece eski kanunun zamanındaki "defin-cenaze masrafı" kavramı tartışması son bulmuş ve defin ve diğer giderleri de içine alan cenaze giderleri kavramının kullanılmış olması yerinde olmuştur.

Cenaze giderlerine, tüm defin masrafları (yıkama, mezar kazma, mezar taşı, ilan, cenaze nakil ücreti, dini veya yerel adet gereği yapılan dini merasimler gibi) dahildir. Ayrıca bu gideler kapsamına mezarlıkta dua okuyan din adamlarına ekonomik ve içtimai seviyeye uygun biçimde yapılan ödemeler ile mevlit okutma giderlerinin de dahil olduğu belirtilmektedir³⁰⁶.

Cenaze giderlerinin bir kısmı belgelendirilebilirken bir kısmının (yemek verilmesi, mevlit okutturulması, din adamlarına verilen ücretler gibi) ise belgelendirilemeyeceği açıktır. Bu türden giderler belgelendirilemese dahi zarar görenin sosyal ve ekonomik durumuna göre o yöredeki örf ve adet gereği muhtemel zararın Mahkemece tespit edilerek tazminine karar verilmesi gerekmektedir³⁰⁷.

³⁰⁵ Gökcan, Tazminat Hukuku, s. 666., Irız, s. 80., Çınarlı, s. 176.

³⁰⁶ Irız, s. 82., Gökcan, Tazminat Hukuku, s. 667.,

c. Ölenin Yardımından Yoksunluk Zararları

Türk Borçlar Kanunu'nun 53/3. fıkrasında³⁰⁷ uygulamada “destekten yoksun kalma tazminatı” olarak ifade edilen ölenin yardımından yoksunluk zararının da tazmin edilmesi gerektiği düzenlenmiştir.

Ölen kişi hayatta iken bazı kimselerin yardımcısı ve maddi desteği durumundadır. Bu destek ise zarar verici tıbbi uygulama olmasaydı normal yaşam süresi içinde devam edecekken ölüm ile son bulmuştur. İşte bu nedenle bu kişilerin zararlarının tazmin edilmesi gerekmektedir³⁰⁹. Ölenin desteğinden yoksun kalanlar, ölüm anına kadar ölenden fiilen destek alanlar (babası ölen çocuk, kocası ölen kadın) ile ölenden ileride destek alması (çocuğu ölen baba ve anne) varsayılan kişilerdir³¹⁰.

İdarenin kusurlu eylemi ile ölenin ana ve babasının, çocuklarının, hayatta kalan eşinin, (istisnai hallerde) kardeşlerinin, nikahsız eşinin³¹¹ ve evlilik dışı çocuğunun destekten yoksun kalma tazminatı talep edebileceği kabul edilir. Gerçek

³⁰⁷ Irız, s. 82., Gökcan, Tazminat Hukuku, s. 667.,

³⁰⁸ Ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar.

³⁰⁹ Çınarlı, s. 177., Gözınar, s. 101.

DİDDK 2008/909 E 2011/278 K,

“Destekten yoksun kalma tazminatıyla, ölenin (desteğin) gelecekte elde etmesi muhtemel gelirin güncelleştirilerek, destekten yoksun kalanın ölüm olayından önceki sosyal ve ekonomik yaşam düzeyinin devamını sağlayacak gelire kavuşturulması amaçlanmaktadır.” (www.corpus.com.tr, erişim: 12.12.2014)

Danıştay Onuncu Daire, 2004/7285 E 2007/212 K

“Öte yandan, ölen şahıs hayatta iken bazı kimselerin yardımcısı, maddi destekçisi durumunda ise, ölüm nedeniyle bu kimseler bir zarara uğramış olurlar. Bu durumun sonucu olarak destekten yoksun kalma tazminatının amacı; desteğini yitiren kimsenin, ölümün meydana gelmesinden önce bulunduğu sosyal ve ekonomik yaşama düzeyinin devamını sağlayacak geliri temin etmesidir. Ayrıca, çalışmayan, ev hanımı olan kişinin, eve maddi katkısının bulunmadığını kabul etmek mümkün değildir. Bu gibi hallerde en azından, ölen şahsın, ölüm olayından önce evde gerçekleştirildiği hizmetin üçüncü bir kişi tarafından yapılması halinde ödenecek meblağ kadar katkısı olduğunun kabulü gerekmektedir. Her ne kadar, bu katkının somut olarak davacı tarafından ispatı mümkün değilse de, işin uzmanı olan bilirkişilere zararın hesaplatılması ve bu hesap yapılırken asgari ücretin brüt tutarının esas alınması gerekmektedir.”

³¹⁰ Irız, s. 83. Gökcan, Tazminat Hukuku, s. 669.,

³¹¹ Danıştay İDDK 1995/79 E 1997/479 K

“Davacı ... ile ..."in birlikte yaşamalarını, hukuken geçerli ya da hukuken korunması gerekli bir evlilik olarak kabul etmek mümkün olmamakla beraber, müşterek çocukları olan çocukları nüfusta üzerlerine kayıtlı bulunan ve müşterek geçimleri ölen ... tarafından sağlanan bu birliktelikte. ... "in ölümü nedeniyle duyulan elem ve üzüntü ile destekten yoksun kalmanın giderilmesini teminen bilirkişi incelemesi ile tespit edilen maddi ve takdir edilen manevi zararın tazminine hükmedilerek davayı kısmen kabul kısmen retle sonuçlandıran mahkeme kararında hukuka aykırılık bulunmamıştır.” (www.corpus.com.tr, erişim: 12.12.2014)

destek tazminat için kriter ölüm anına kadar yardımın düzenli ve devamlı olmasıdır³¹².

Ölüm anında fiili bir destek ilişkisi bulunmamasına karşın ölmeseydi gelecekte bakması kuvvetle muhtemel olan kişiye farazi destek denir. Örneğin çocuklar farazi destektir. Hayatın olağan akışına, hayat tecrübelerine göre çocukların ileride ana babalarına bakmaları kuvvetle muhtemel olduğundan ölen çocuk farazi destek kabul edilir. Farazi destek talebi ve miktarının tespiti için çocukların fikri ve fiziki yetenekleriyle becerileri ve ana-babanın ekonomik durumları göz önünde bulundurulur³¹³.

2. Bedensel Zarar Sebebiyle Maddi Tazminat

a. Tedavi Giderleri

Tıbbi uygulama hatası nedeniyle zarar gören kişinin sağlığına tekrar kavuşabilmesi için gerekli olan muayene, tahlil, tedavi, ambulans v.b. giderler ile ameliyat, hastane, ilaç, protez, bakım, fizik tedavi gibi tüm giderlerinin zarar veren idare tarafından karşılanması gerekir³¹⁴. Tedavi giderlerinin talebi için zararın giderilmesi yani hastanın iyileşmesi gerekmez. Ayrıca sadece iyileşmeyi sağlayan giderler değil, sakatlık ya da hastalığın artmasına engel olabilecek zorunlu giderler de bu kapsamdadır.

Tedavi giderlerine kişinin uğramış olduğu eylem sonucunda hayatının kalan süresi içinde bakıma muhtaç olması durumunda bakıcı ve refakatçi giderlerinin de dahil olacağı kabul edilmiştir³¹⁵.

³¹² İRIZ, s. 84., Gökcan, Tazminat Hukuku, s. 670.,

³¹³ Gökcan, Tazminat Hukuku, s. 670., (“Buna karşılık “çocukları ölmeseydi, büyüyünce kendilerine bakacaktı” bu nedenle çocuklarının ölmesiyle çocuklarının bakımından mahrum kaldığı ve dolayısıyla zarara uğradıklarından bahisle idareden tazminat istenemeyeceğine, çünkü böyle bir durum yani çocukların büyüyeceği, büyüdükten sonra da anne ve babasına bakacağı kesin değil, sadece bir “ihtimaldir”. Belki de çocuk anne ve babasından önce ölecektir. Ölmese bile çocuk anne babasının ihtiyacı halinde olsa bile beklide onlara bakmayacaktır. İşte böyle bir “muhtemel zarar” kesinlik şartını taşımaz ve idarenin sorumluluğu doğmaz”. ilişkin karşı görüş için bkz. Gözler, İdare Hukuku, C:II, s. 1306.)

³¹⁴ Çınarlı, s. 177.

³¹⁵ Danıştay Onuncu Daire 2004/11213 E 2007/4449 K sayılı kararında;

Polis memuru olarak görev yapan davacının, görevden dönerken araç kullanan diğer bir polis memurunun kusuru nedeniyle aracın devrilmesi sonucu sakat kalması üzerine 2330 sayılı Yasa

b. Çalışma Gücünün Azalması ve Yok Olması

Çalışma gücü, bir kimsenin bedensel, ruhsal ya da zihinsel kabiliyetlerine bağlı olan ekonomik verimliliklerdir. Tıbbi müdahale hatası sonucu bedensel bir zarara uğrayan kişi, olaydan önceki işini, meslek ve sanatını bir süre ya da sürekli olarak yürütemeyeceğinden, malvarlığından bir eksilmeye daha doğrusu kazanç kaybına uğrar³¹⁶. Kişinin tedavi süresince çalışma gücü kaybaldığı için bu sürede çalışmaması nedeniyle yoksun kaldığı kazanç (kar) zararı oluşturur.

Geçici çalışmama durumunda kişinin zararı, çalışma gücünün tamamen, kısmen ya da geçici olarak kaybetmesine bağlı olarak değişecektir. Kişi çalışma gücünü belirli bir süre kaybetmişse, örneğin hatalı tıbbi müdahale başka bir müdahale ile giderilmiş ve kişi sağlığına tam olarak kavuşmuşsa zarar doğuran olay tarihi ile sağlığına tam kavuşma tarihi arasındaki zarar tazmin edilecektir. Buna karşılık zarar gören çalışma gücünü kısmen ve tamamen kaybetmişse bu durumda gelecekteki zararı, kişinin yaşına, işine ve gelir durumuna göre tespit edilecektir. Bu durumdaki kişi başka bir işte çalışarak bir kazanç elde imkanına sahipse aradaki fark zarar olarak tazmine konu olacaktır³¹⁷.

Bu kapsamdaki zararı tespiti oldukça güçtür. Konu tamamen özel ve teknik bilgiyi gerektirdiği için bilirkişi incelemesi yapılması gerekir. Bunun için de zarar görenin mesleki faaliyeti ve kazancı ile ilgili olarak ayrıntılı bir araştırmanın yapılması zararın doğru tespiti için oldukça önemlidir. Bu konuda bilirkişi incelemesi yapılırken çeşitli faktörlerden faydalanılmakla birlikte hesaplamalar ortalama yaşam süresine göre hesaplanmaktadır.

c. Ekonomik Geleceğin Sarsılması

Zarar görenin vücut bütünlüğünde meydana gelen zarar, çalışma gücüne olan etkisinden başka, kişinin ekonomik geleceğini olumsuz anlamda sarsmak suretiyle de

uyarınca ödenmesi gereken nakdi tazminat ve karşılanan tedavi giderleri dışında; hayatını kendi başına idare ettiremeyip, sürekli bakıma ihtiyacı bulunduğu bahisle refakatçi giderine yönelik 80.000-YTL maddi, duyulan elem ve ızdırıp karşılığı 100.000- YTL manevi tazminatın olay tarihinden itibaren işletilecek yasal faiziyle birlikte ödenmesine hükmedilmesi istemiyle açılmış olan davada maddi tazminatın onanmasına karar vermiştir. .

³¹⁶ Çınarlı, s. 177., Irız, s. 87.

zarara uğramasına neden olabilir³¹⁸. Bazı durumlarda hatalı tıbbi müdahale sonucunda kişinin vücut bütünlüğünde herhangi bir olumsuzluk olmamasına rağmen yani vücut bütünlüğünü korumasına rağmen ekonomik olarak zarara uğramış olabilir. Örneğin burundaki deviasyon ameliyatındaki hata sonucunda estetiği bozulan bir mankenin, şarkıcının ekonomik geleceğinin olumsuz yönde etkileneceği muhakkaktır. Böyle bir durumda zarar görenin bu türden zararlarının da tazmini gerekir³¹⁹.

d. Efor Tazminatı

Hatalı tıbbi müdahale nedeniyle bazen zarar görenin iş gücünde bir azalma meydana gelmemesine ve aynı işi yapmaya devam etmesine rağmen emsali meslek erbabına göre aynı işi daha fazla efor ile yapmak zorunda kalmasının tazmin edilmesi gerekebilir. Yargıtay'ın bu konudaki yerleşik uygulaması, çalışma gücünün belirli bir oranda kaybedilmesi halinde eski işini yapan kişinin aynı işi daha fazla eforla yapmak zorunda kalacağından "efor" tazminatına hükmedilmesi gerektiği yönündedir³²⁰. Buna karşılık Danıştay bir kararında (Danıştay Onuncu Daire 1995/7754 E 1997/1071 K) aynı durumdaki bir kişi için efor tazminatını kabul etmemiştir³²¹. Efor tazminatı ile ilgili olarak Yargıtay'ın tazmin konusundaki kararlarının daha yerinde olduğu değerlendirilmektedir.

³¹⁷ Çınarlı, s. 178., Irız, s. 87.

³¹⁸ Gökcan, Tazminat Hukuku, s. 660.,

³¹⁹ Danıştay Onuncu Daire 2001/3091 E 2003/476 K

İşgücü kaybına uğrayan davacının, yaşamını, kaybı oranında daha zor idame ettirebileceği kuşkusuz olup, bunun davacıya getireceği maddi yükün yapılacak bir bilirkişi incelemesiyle de ortaya konulması mümkündür.(www.corpus.com.tr,

³²⁰ Yargıtay 4. HD. 2008/6661 E 2009/3087 K

"Davacı olay günü eşinin kullandığı araçta bulunduğu sırada, yol yapım çalışmasını üstlenen davalı şirketin çalışmalarını, trafik akımını ve güvenliğini bozmayacak şekilde yapmaması sonucu meydana gelen trafik kazasında yaralanmıştır. Bu olayda davalı şirketin %50 kusurlu olduğu belirlenmiştir. Adli Tıp Kurumu 3. Adli Tıp İhtisas Kurulu'nun 05.02.2007 tarihli raporuyla davacının, çalışma gücünün %33.2'sini kaybettiği belirlenmiştir. Davacının memur olması ve maaşında bir eksilme meydana gelmemesi davacının maddi tazminat istemesine engel olamaz. Çünkü davacı çalışma gücünü %33.2 oranında kaybetmekle eski işini önceden olduğu gibi yürütebilmek için daha fazla efor sarf etmek zorundadır. Zarar görenin efor kaybı sebebiyle maddi tazminat isteyebileceği gerek öğretide gerekse uygulamada kabul edilen bir olgudur. Bu nedenle davacının çalışma gücünün eksilmesinden kaynaklanan zararın belirlenerek hüküm altına alınması gerekirken, reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir."

³²¹ Ankara 4. İdare Mahkemesince; T.C.D.D. ... Hastanesinde davacının tedavisi sırasında idarenin ihmal ve kusurunun bulunup bulunmadığının saptanması amacıyla verilen ara kararı gereğince ...

B. Manevi Tazminat

Manevi tazminat, malvarlığında bir eksilmeye yönelik bir tazmin aracı olmayıp manevi bir tatmin aracıdır. Esası ruhi ve bedeni huzurun kısmen ve imkan ölçüsünde yeniden elde edilmesini temin etmek amacıyla zarar görene bir para ödenmesidir. Manevi zarar, saldırının yöneldiği varlık ne olursa olsun kişinin şahıs varlığında, duygu yaşamında meydana gelen eksilmedir. Tıbbi sorumlulukta manevi zarar, teşhis ya da tedavi sürecindeki tıbbi kusurdan, hastanın duyduğu; acı, ıstırap ve elemine oluşturduğu zarardır³²².

Manevi zararın bir duygu zararı olduğu, kişilik hakkının ihlaline dayanan acı, keder, üzüntü, yaşama zevk ve sevincinin azalması olduğu belirtilmektedir. Bu görüşün sonucu olarak zarar gören de manevi zarar görme kabiliyeti yoksa manevi zarar da söz konusu olmayacaktır³²³. Bu görüşün kabul edilebilir olmadığını değerlendirmekteyiz. Özellikle temyiz kudretine sahip olmayan küçüklerin ilerleyen dönemde manevi olarak üzüntü duyabilecekleri açıktır. Küçüğün manevi olarak zararı olay tarihinden daha sonra ortaya çıkabilecektir. Hatta Danıştay bir

Üniversitesi Tıp Fakültesi Ortopedi ve Travmatoloji Anabilim Dalı Başkanlığınca dava ve hastane dosyalarının incelenip, davacının da muayene edilmesinden sonra düzenlenen rapordan hastanın ayak bileği hareketlerinde hafif kısıtlılık olmasına karşın rahat yürüyebildiğinin, hastanın geçirdiği trafik kazası sonucunda sağ bacağına fascia yırtığı meydana geldiğinin, T.C.D.D. ... Hastanesinde yapılan fascia tamiri sonucu bu bölgenin özelliği nedeniyle akut kompartman sendromu geliştiğinin, bu olasılık göz önüne alınarak tamir sütürlerinin hemen alınması halinde komplikasyonların önlenmesinin mümkün olduğunun, yalnız sargıların alınmasının gelişmiş kompartman sendromunda yeterli olmayacağına, dolayısıyla gelişen olaylarda davalı idarenin kusurlu olduğunun, ancak ... Acil Trafik Hastanesinde yapılan debridman ameliyatları ve tenden tronuferinin başarılı olması nedeniyle bugünkü sonucun alınabildiğinin belirttiği, bu durumda hizmeti kusurlu yürüten idarenin meydana gelen zararı tazmini gerektiği, ancak hafif kısıtlılığa karşın rahat yürüyebilen ve davalı idarede memur olması nedeniyle tüm tedavi giderleri karşılanan davacının maddi bir zararının bulunmadığı, meydana gelen olay ve ayak bileğindeki kısıtlılık nedeniyle katlanılan sıkıntıyı kısmen de olsa gidermek için takdir edilen 30.000.000 liranın manevi tazminat olarak davacıya ödenmesi gerektiği gerekçesiyle, 30.000.000 lira manevi tazminatın davalı idarece davacıya ödenmesine, davanın maddi tazminata ve belirlenen manevi tazminatı aşan kısmına ilişkin bölümünün reddine, manevi tazminata faiz yürütülmesine de yer olmadığına karar verilmiştir." DavaKarşılıklı temyiz isteminde bulunan taraflardan davacı, aynı işi daha fazla gayret ve emek sarfetmek suretiyle yapmak zorunda kalacağından efor kaybı nedeniyle maddi tazminata hükmedilmesi, ayrıca manevi tazminata da faiz uygulanması gerektiği iddiasıyla anılan mahkeme kararının davanın reddine ilişkin kısmının: Davalı idare ise, yaptırılan incelemenin bilirkişi incelemesi olduğu, buna karşın bilirkişi raporunun tebliğ edilmediği, esasen Yüksek Sağlık Şurası'nın bilirkişiliğine başvurulması gerektiği iddiasıyla davanın kabulüne ilişkin kısmının temyizen incelenip, bozulmasını istemektedirler." Danıştay bu kararı onamıştır.

³²² Doğan, s. 179., Gözpınar, s. 102.

³²³ Ayan, s. 110., Gökcan, Tazminat Hukuku, s. 787.,

kararında³²⁴ zarar görenin bebek olması durumunda dahi manevi zararın tartışılması gerektiği yönünde karar vermiştir. Aynı yönde örneğin hatalı tıbbi müdahale nedeniyle babasını kaybeden bir çocuğun hayatı boyunca babası olmaması nedeniyle üzüntü duyacağı tartışmasıdır. Dolayısıyla manevi zararın daha sonra gerçekleşebilecek olmasının kesin olduğu hallerde tazminata hükmedilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Kişinin manevi anlamdaki zararının başka türlü giderim şekli olmadığından ya da yetersiz kaldığından, manevi tazminatın parasal olarak belirlenmesi zorunlu hale gelmiştir. Doğaldır ki manevi tazminatın miktarının belirlenmesinde hiçbir kriter bulunmamaktadır. Bu konuda tespit yetkisi tamamıyla mahkemenin takdirindedir. Ancak manevi zarar olarak mahkemece takdir edilecek olan manevi tazminatın zenginleşmeye yol açmayacak miktarda fakat idarenin olaydaki ağırlığını ifade edecek ve ilgililerin duyduğu acı ve üzüntüyü kısmen de olsa giderebilecek ölçüde olması zorunludur³²⁵.

Danıştay bir kararında³²⁶ manevi tazminatı şöyle tanımlamıştır:

“Manevi zarar, kişinin fizik yapısını zedeleyen, yaşama gücünü azaltan olaylar nedeniyle duyulan acıyı, ıstırabı veya kişilik haklarının zedelenmesi nedeniyle şeref ve haysiyetin rencide edilmesini ifade ettiği gibi; günlük yaşamı zorlaştıran belli ağırlıktaki her türlü üzüntü ve sıkıntıyı da kapsamaktadır. Ancak kişinin kendi tutum ve davranışları nedeniyle duyduğu üzüntü ve acı nedeniyle idarece tazmini gereken manevi zararın doğduğundan söz edilemeyeceği de açıktır.”

1. Ölüm Sebebiyle Manevi Tazminat

TBK 56. maddesinde³²⁷ manevi tazminatın hangi koşullarda ve kimlere verilebileceği düzenlenmiştir. Bir kimsenin ölümü pek çok kişinin acı ve üzüntü

³²⁴ Danıştay Onuncu Daire 2004/6540 E 2007/4237 K (www.corpus.com.tr, erişim 10.12.2014)

³²⁵ İRİZ, s. 90.

Danıştay Onuncu Dairesi 2007/6322 E 2010/5981 K

“Manevi tazminat, idari eylem veya işlem nedeniyle duyulan elem ve ızdırabı kısmen de olsa karşılamaya yönelik bir manevi tatmin aracıdır. Belirtilen niteliği gereği manevi tazminatın, zenginleşmeye yol açmayacak şekilde belirlenmesi gerekmekte ve tam yargı davalarının niteliği gereği takdir edilecek miktarın aynı zamanda idarenin kusurunun ağırlığını ortaya koyacak bir oranda olması gerekmektedir.”

³²⁶ Danıştay Onuncu Daire, 2007/3301 E 2008/2939 K (www.corpus.com.tr, erişim: 11.12.2014)

³²⁷ **MADDE 56-** Hâkim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir.

Ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir.

duymasına ve ruhsal sarsıntısına neden olabilir. Buna göre manevi tazminat ölen kimse ile tazminat isteyen kişi arasındaki yakınlık, duygusallık ve sevgi ilişkisine göre mahkemece takdir edilir³²⁸. TBK’undaki düzenlemede de bu ilişki akrabalıktan farklı olarak “yakınları” şeklinde tanımlanmış ve ölüm nedeniyle manevi tazminat talep edebilecek kişiler sınırlandırılmamıştır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus manevi tazminat talep eden ile ölen arasındaki fiili bağ ve yakınlığın tespit edilmesidir. Yakın akrabalık ilişkisinde ölüm nedeniyle üzüntü duyulması hayatın olağan akışı içinde normal bir olay kabul edildiğinden üzüntünün ayrıca ispatına gerek yoktur³²⁹.

Manevi tazminat talebi ile destekten yoksun kalma tazminatı arasında da bir bağ yoktur. Ölenin desteğine ihtiyacı olmayan kişilerinde de ölüm nedeniyle tazminat talep etme hakları bulunmaktadır³³⁰.

Ölüm nedeniyle tazminat talep edebilmek için manevi zararın hemen doğmuş olması gerekmemektedir. Yukarıda da belirtildiği üzere kişinin manevi zararı daha sonra ortaya çıkabilecek idiye bu durumda da tazminata hükmedilmesi gerekir³³¹.

2. Bedensel Zarar Sebebiyle Manevi Tazminat

Bedensel zarar sonucu anatomik yapısı veya fiziksel görünüşü bozulan bir kişinin bu yüzden acı, üzüntü ve sarsıntı duyacağı kesindir. Hatalı bir tıbbi müdahale nedeniyle vücudunun bir bölümü yaralanan, uzvu kopan, yüzü veya bedeni çirkinleşen kişi, bu durum nedeniyle üzüntü yaşayacak, yaşama sevinci kaybolacak ve tedavi edilmesi gereken ruhsal çöküntüler yaşayacaktır. İşte bu zararların giderilmesini amaçlayan manevi tazminata temel olan ana düşünce, bozulmuş olan ruhi ve bedeni huzurun kısmen ve imkan nispetinde geri kazanılmasını sağlamaktır. Bu nedenle manevi tazminatı takdir edecek olan mahkemenin bu ilkeyi göz önünde bulundurması gerekir.³³²

³²⁸ Irız, s. 91.

³²⁹ Gökcan, Tazminat Hukuku, s. 800.,

³³⁰ Gökcan, Tazminat Hukuku, s. 800.,

³³¹ Irız, s. 91.

3. Kişilik Haklarına Saldırı Sebebiyle Manevi Tazminat

Kişilik hakları birçok manevi değer olarak ifade edilir. Özgürlük, namus, şeref, onur, anı gibi değerlerle kişinin özel ve aile yaşamına ilişkin sırlar, meslek sırrı, isim ve fotoğraflar üzerindeki haklar, ticari ve mesleki saygınlık, tüm sosyal ve siyasi haklar bu alanın içinde sayılabilir.

Kişilik hakları, kişilerin insan ve toplumda bir birey olmaları nedeniyle sahip oldukları tüm kişisel değerleri içermektedir³³². Sağlık alanında kişilik haklarının ihlalinin en önemli görünüş şekli hasta hakları ihlalleridir. HHY'nin özellikle 21.³³⁴ ve 23.³³⁵ maddelerindeki düzenlemelerde belirtilen mahremiyet ve bilgilerin gizliliği son derece önemlidir. Hasta mahremiyetinin veya kişilik haklarının ihlali halinde idarenin tazmin sorumluluğu ortaya çıkacaktır.

Danıştay Onuncu Dairesi 2005/8407 E 2007/6526 K sayılı kararında:

“Olayda, davacılar yakını olan ...'ya ... Devlet Hastanesinde yapılan ve pozitif çıkan HIV testinin sonucunun, yukarıda belirtilen yazıya göre, davacıların yakını da dahil olmak üzere doğrulama testi yapılmadan hiç kimseye

³³² Irız, s. 92.

³³³ Gökcan, Tazminat Hukuku, s. 785.,

³³⁴ **Mahremiyete Saygı Gösterilmesi**

Madde 21- Hastanın, mahremiyetine saygı gösterilmesi esastır. Hasta mahremiyetinin korunmasını açıkça talep de edebilir. Her türlü tıbbi müdahale, hastanın mahremiyetine saygı gösterilmek suretiyle icra edilir.

Mahremiyete saygı gösterilmesi ve bunu istemek hakkı;

- Hastanın, sağlık durumu ile ilgili tıbbi değerlendirmelerin gizlilik içerisinde yürütülmesini,
- Muayenenin, teşhisin, tedavinin ve hasta ile doğrudan teması gerektiren diğer işlemlerin makul bir gizlilik ortamında gerçekleştirilmesini,
- Tibben sakınca olmayan hallerde yanında bir yakınının bulunmasına izin verilmesini,
- Tedavisi ile doğrudan ilgili olmayan kimselerin, tıbbi müdahale sırasında bulunmamasını,
- Hastalığın mahiyeti gerektirmedikçe hastanın şahsi ve ailevi hayatına müdahale edilmemesini,

f) Sağlık harcamalarının kaynağının gizli tutulmasını, kapsar.

Ölüm olayı, mahremiyetin bozulması hakkını vermez.

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

³³⁵ **Bilgilerin Gizli Tutulması**

Madde 23- Sağlık hizmetinin verilmesi sebebiyle edinilen bilgiler, kanun ile müsaade edilen haller dışında, hiçbir şekilde açıklanamaz.

Kişinin rızasına dayansa bile, kişilik haklarından bütünüyle vazgeçilmesi, bu hakların başkalarına devri veya aşırı şekilde sınırlanması neticesini doğuran hallerde bilginin açıklanması, bunları açıklayanın hukuki sorumluluğunu kaldırmaz.

Hukuki ve ahlaki yönden geçerli ve haklı bir sebebe dayanmaksızın hastaya zarar verme ihtimali bulunan bilginin ifşa edilmesi, personelin ve diğer kimselerin hukuki ve cezai sorumluluğunu da gerektirir.

Araştırma ve eğitim amacı ile yapılan faaliyetlerde de hastanın kimlik bilgileri, rızası olmaksızın açıklanamaz.

açıklanmaması ve ilgilinin doğrulama testi için bir üst basamak sağlık kuruluşuna sevki gerekirken, laboratuvar teknisyeni tarafından doğrulama testi yapılmadan önceki aşamada pozitif çıkan test sonucunun açıklanmasının neden ve etkisiyle davacılar yakını intihar etmek suretiyle yaşamını yitirmiştir. Zararın, zarara uğrayanın tutum ve davranışından kaynaklanması halinde, idarenin tazmin sorumluluğu tamamen ortadan kalkabileceği gibi, durumuna göre idarenin kısmen sorumlu olacağı da tazminat hukukunun bilinen ilkelerindedir. Ancak, dava konusu olayın oluş şekli, hastalığın niteliği ve özelliği dikkate alındığında, davacılar yakının idarenin ağır hizmet kusurunun neden ve etkisiyle intihar etmek suretiyle yaşamını yitirmesi sonucunda doğan zarar ile idari faaliyet arasında uygun nedensellik bağı bulunmaktadır.”

gerekçesiyle HIV testi sonuçlarının doğrulanmadan açıklanmaması gerekirken, hasta haklarının ihlal edilerek sonucun açıklanmasının ve buna bağlı olarak da hastanın intihar etmesinin idarenin ağır hizmet kusurundan kaynaklandığını belirterek hasta yakınlarının manevi zararlarının tazmin edilmesi gerektiğine karar vermiştir.

IV. TAZMİN BORCUNU ORTADAN KALDIRAN YA DA AZALTAN DURUMLAR

Ortaya çıkan zarar bazen idarenin işlem veya eylemi dışındaki bir etkenden dolayı ortaya çıkmış olabilir. Bu durumların herhangi birinin varlığı halinde ortada bir zarar bulunmasına rağmen uygun illiyet bağı olmadığından sorumluluktan da bahsedilemeyecektir. Bu etkenler: mücbir sebep, beklenmeyen haller, üçüncü kişinin ya da zarar görenin zararın doğmasına neden olmasıdır³³⁶.

A. Mücbir Sebep

Mücbir (zorlayıcı) sebep (force majeure): Genel olarak sezilemeyen ve karşı konulamayan bir hadiseyi ifade eder³³⁷. Mücbir sebep özel hukukta olduğu gibi bütün sorumluluk hallerini ortadan kaldıran bir özelliğe sahiptir. İdarenin iradesi dışında

³³⁶ Gökcan, s. 1034., Ersöz, s. 62., Ayan, s. 111., Bayındır, s. 564.

³³⁷ Abdullah Pulat Gözübüyük, **Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller**, Ankara Basım ve Cilt Evi, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş İkinci Basım, Ankara 1957, s. 13.

(Alman bilgin hukukçusu Enneccerus, Alman Medeni Hukuku İlmi adlı eserinde Alman müsbet hukukunu tahlil ediyor ve mücbir sebebin tarifini veriyor: Mücbir sebep, sebebiyet verdiği zarardan, makul bir surette alınması gereken önleyici tedbirlerle kaçınılamayan menşei teşebbüsün dışında olan

oluşan önlenemeyen, öngörülme, öngörülse bile büyük bir dikkat ve özen gösterilse de önlenmesi mümkün olmayan deprem, kasırga, çığ düşmesi, toprak kayması gibi doğal ya da ihtilal, savaş gibi toplumsal ve hukuksal olaylardır. Bir olayın mücbir sebep olarak kabul edilebilmesi için “haricilik”, “öngörülmezlik³³⁸” ve “karşı konulmazlık” koşullarının bir arada bulunması gerekir³³⁹ ve şu koşulların bir arada gerçekleşmesi gerekir³⁴⁰:

- Mücbir sebebin kabulü için öncelikle, idarenin eylem ve işleminden başka bir veya birden fazla olay olmalıdır.
- Bir olayın mücbir sebep sayılabilmesi için idarenin iradesi dışında olması ve idareyle ilişkili olmaması gerekir.
- Bir olayın mücbir sebep sayılabilmesi için, öngörülemez, tahmin edilemez olması gerekir.
- Mücbir sebep önüne geçilemeyen, önlenmesine imkan olmayan bir olay olmalıdır.

B. Beklenmeyen (Umulmayan) Hal

Beklenmeyen hal³⁴¹: Zarara sebep olan tesadüfi olayları ifade eder³⁴². Mücbir sebep gibi idarenin iradesi dışında ortaya çıkan önceden tahmin edilemeyen ve önlenmesi de mümkün olmayan olaylardır³⁴³. Mücbir sebep ile arasındaki fark beklenmeyen halin idarenin eylemi ile ortaya çıkmış olmasıdır³⁴⁴. İdarenin kusura dayanan sorumluluğu söz konusu olduğunda, beklenmeyen durumun meydana gelmiş olması, kusur ögesini ortadan kaldıracığı için idarenin kusura dayanan sorumluluğu

olağanüstü (mühim) bir hadisedir. Aktaran Gözbüyük, s.35)

³³⁸ Örneğin Fransa’da yargılamaya konu olay daha önce tek bir defa meydana gelmiş olsa bile (idare hakimi bu davaların birinde 1917, diğerinde 1883 yılına kadar geri giderek incelemeler yapmış) artık mücbir sebep teşkil etmez sonucuna varılmıştır. Keza yüz sene önce meydana gelmiş bir sel baskınının aynı şiddette tekrarı olan bir selin mücbir sebep niteliğini taşımadığına karar vermiştir. (aktaran Atay, s. 725.)

³³⁹ Gözbüyük, Tan, s. 775., Çınarlı, s. 252., Irız, s. 70, Ersöz, s. 107., Yaşar, s. 462., Günday, s. 257., Çağlayan, s. 599., Atay, s. 724., Gözler, İdare Hukuku, C:II, s. 1330., Gözbüyük, Mücbir Sebepler, s. 41.

³⁴⁰ Yıldırım, İdarenin Sağlık Hizmetlerinden..., s. 211

³⁴¹ Bu başlığın yerine ani durumlar ve kazalar olması gerektiğine ilişkin görüş için bkz. Yaşar, s. 462.

³⁴² Gözbüyük, Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller, s. 13.

³⁴³ Günday, s. 258., Çağlayan, s. 606.

³⁴⁴ Çınarlı, s. 254., Irız, s. 71, Yaşar, s. 463.

da ortadan kalkar³⁴⁵. Buna karşılık idarenin kusursuz sorumluluğa ilişkin sorumluluğu devam eder³⁴⁶. Bir olayın beklenmeyen hal olarak kabul edilebilmesi için “içsellik”, “öngörülemezlik”, “önlenemezlik” koşullarının bir arada olması gerekir³⁴⁷.

C. Üçüncü Kişinin Kusuru

Ortaya çıkan zarar tamamıyla zarar görenin ya da üçüncü kişinin davranışı ile ortaya çıkmışsa yani zararın sebebi zarara uğrayanın ya da üçüncü kişinin davranışının sebebi ise olayda idarenin sorumluluğu için gerekli olan illiyet bağı kesilmiş olur. Böylece idarenin kusura dayanan sorumluluğu ortadan kalkar. Bununla birlikte ortaya çıkan zararda üçüncü kişinin davranışı ile idarenin kusuru birlikte söz konusu olursa bu durumda birlikte (müterafik) kusurdan bahsedilir. Böyle bir durumda da idarenin sorumluluğu ortadan kalkmamakla birlikte hafifletilir³⁴⁸. Örneğin, hastanede yakmakta olan bir hastaya bağlı olan serumun üzerine hasta yakınının oturması sonucu hastanın damar tıkanıklığı sebebiyle zarar görmesinde böyle bir durum söz konusudur³⁴⁹.

İdarenin kusursuz sorumluluğu söz konusu olduğu hallerde, üçüncü kişinin davranışı idarenin sorumluluğu üzerinde herhangi bir sonuç doğurmaz. Zarara uğrayan kişi, idareden uğradığı zararın tamamının tazmini talep edebilir³⁵⁰.

İdarenin sorumluluğunu kaldıran veya azaltan üçüncü kişilerin, idareyle hiçbir hukuki ilişkisi olmayan kişiler ve kuruluşlar olması gerekir³⁵¹. Çünkü zarara sebep olan üçüncü kişiyle idare arasında hukuki bir bağ ya da ilişki söz konusuysa, örneğin üçüncü kişi kamu görevlisiyse, kamu görevlisinin görevsel kusuru nedeniyle, idarenin sorumluluğu devam eder. Buna ek olarak idarenin denetim ve gözetimi

³⁴⁵ Gözübüyük, Tan, s. 778.

³⁴⁶ Yaşar, s. 463., Çağlayan, s. 608., Günday, s. 258., Yıldırım, İdarenin Sağlık Hizmetlerinden..., s. 212.

³⁴⁷ Çağlayan, s. 607., Gözler, İdare Hukuku, C:II, s. 1337. Yıldırım, İdarenin Sağlık Hizmetlerinden..., s. 212.

³⁴⁸ Gözübüyük, Tan, s. 779., Çınarlı, s. 254., Irız, s. 72, Ersöz, s. 107., Yaşar, s. 463., Çağlayan, s. 595., Günday, s. 258., Gözler, İdare Hukuku, C:II, s. 346. Yıldırım, İdarenin Sağlık Hizmetlerinden..., s. 212., Bayındır, s. 564.

³⁴⁹ Yıldırım, İdarenin Sağlık Hizmetlerinden..., s.210.

³⁵⁰ Atay, Odabaşı, s. 214.

³⁵¹ Yıldırım, İdarenin Sağlık Hizmetlerinden..., s.210.

altında yürütülen işlerde de zarar veren üçüncü kişi olmasına rağmen idarenin sorumluluğu devam edebilir. Örneğin, idare görüntüleme hizmetlerini hizmet satın alma yoluyla gördürmesi halinde bu hizmetteki kusur üçüncü kişiden kaynaklansa da idarenin buradaki sorumluluğu devam edecektir.

D. Tıbbi Müdahale Uygulanan Kişinin Kusuru

Tıbbi müdahale sonucu zarar görenin veya yakınlarının zararlarının tazmin edilmesinde idarenin sorumluluğunu azaltan veya ortadan kaldıran önemli nedenlerden birisi de tıbbi müdahale uygulanan kişinin kendi kusuru ile zararın ortaya çıkmasına neden olmasıdır. Bir başka ifade ile ortaya çıkan zararın doğrudan sebebi zarar görenin yani tıbbi müdahale uygulanan kişinin kendisi ise bu durumda idarenin sorumluluğundan bahsetmek mümkün olmayacaktır³⁵². Böyle bir durumda tıbbi müdahale uygulanan kişide ortaya çıkan zarar bakımından idarenin davranışı “dolaylı sebep”, zarar gören kişinin davranışı ise “asıl sebep” haline geleceğinden zarar-sonuç arasındaki illiyet bağı kesilmiş olur ve idarenin sorumluluğu tamamen ortadan kalkar³⁵³. Ancak zarar gören kişinin kendi kusurlu davranışı zararın ortaya çıkmasına katkıda bulunmuşsa, zararın önlenmesini engellemişse³⁵⁴ veya ortaya çıkan zararı ağırlaştırmış ise, idarenin sorumluluğu hafifler, yani idarenin tıbbi müdahale sonucu zarar gören hastaya veya yakınlarına ödeyeceği tazminat kusur oranında azalacaktır³⁵⁵. Bazı yazarlarca zarar görenin kusurunun illiyet bağını kesmesi ve dolayısıyla sorumluluğu kaldırması veya azaltmasının TMK m.2 anlamında objektif iyi niyet kuralına dayandığı belirtilmektedir³⁵⁶.

İdarenin sorumluluğunu kaldırması veya azaltması için zarar gören tıbbi müdahale uygulanan kişinin davranışının kusurlu olması yeterlidir, küçük olması ya da temyiz kudretinin bulunmaması sonuca etkili değildir. Bu durumlarda yine idarenin sorumluluğu azalacak veya tamamen kalkacaktır³⁵⁷.

Tıbbi müdahale uygulanan kişinin yani zarar görenin kusurunun idarenin

³⁵² Gözler, C:II, s. 1339., Irız, s. 72., Yıldırım, İdarenin Sağlık Hizmetlerinden..., s.209.

³⁵³ Çınarlı, s. 254., Gözler, C:II, s. 1339., Odyakmaz, Sağlık Hizmetlerinde İdarenin..., 227., Yıldırım, İdarenin Sağlık Hizmetlerinden..., s.209.

³⁵⁴ Atay, Odabaşı, s. 212.

³⁵⁵ Çınarlı, s. 254.

³⁵⁶ Gökcan, Haksız Fiil..., s. 48.

kusurunu ortadan kaldırması veya azaltması idarenin hem kusursuz hem de kusurlu sorumluluğu için geçerlidir³⁵⁸. Her iki durumda da kusur oranında tazminattan indirim yapılması ya da tamamen ortadan kaldırılması söz konusu olacaktır.

Tıbbi hizmetlerde hekim tarafından uygulanan tıbbi müdahaleden sonra bazen hastanın yapması veya yapmaması gereken davranışlar söz konusu olabilecektir. Hekimin tıbbi müdahale uygulanan kişiye vereceği talimatlara uyulmaması, reçete edilen ilacın kullanılmaması, kuduz aşısı yaptırmaması gerektiği halde yaptırmaması, ameliyat sonrasında yapmaması gereken davranışların yapılması durumunda zarar görenin eylemi zarara neden olduğundan idarenin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

Örneğin, hastane acil servisine darp nedeniyle getirilen hastanın burun kemiğindeki kırıktan dolayı enfeksiyon gelişmesini engellemek üzere antibiyotik reçete edilmesine rağmen, hastanın reçete edilen antibiyotiği kullanmayı ihmal etmesi neticesinde enfeksiyon oluşsa ve hasta menenjit nedeniyle hayatını kaybetse, böyle bir durumda hekimin ve devamında idarenin sorumluluğunun olmayacağı kanaatindeyiz.

Örneğin, askerlik hizmetini yapmakta olan erin fitiğinin çıkması sonucu acilen ambulansla askeri hastaneye sevk edildiği, burada kendisine müdahale edildiği, teşhis konulduğu, geceyi gözlem altında geçirdiği, kendisine su içmemesi gerektiği bildirilmesine, yapılan ikaz ve uyarılara rağmen gizlice 3 sürahiye yakın su içmesi sonucu vefat etmesi olayında, Danıştay'ca, zararın tamamen zarar gören kişinin kendi kusuru nedeniyle ortaya çıkması nedeniyle, idarenin tazmin sorumluluğunu gerektiren hizmet kusuru ve diğer bir hukuki neden bulunmadığından maddi ve manevi tazminat taleplerinin reddine karar verilmiştir³⁵⁹.

Bununla birlikte bazı durumlarda zarar sadece zarar görenin davranışı nedeniyle ortaya çıkmış olsa bile idarenin tazmin yükümlülüğü söz konusu olabilir.

Örneğin Danıştay Onuncu Dairesi'nin 2005/8407 E 2007/6526 K sayılı kararında şöyle denilmiştir:

"Dosyanın incelenmesinden, davacıların yakını olan ...'nun, 7.1.2004 tarihinde ... Devlet Hastanesi laboratuvarında çalışan ve arkadaşı olan laboratuvar

³⁵⁷ Gözler, C:II, s. 1341., Irız, s.72., Yıldırım, İdarenin Sağlık Hizmetlerinden..., s.209.

³⁵⁸ Gözler, C:II, s.1341., Irız, s.73., Yıldırım, İdarenin Sağlık Hizmetlerinden..., s.209.

³⁵⁹ Danıştay 12.D.1968/626 E 1969/2312 K sayılı kararı, (aktaran Irız, s. 72, Ersöz, s. 106, Aşçıoğlu, s. 116.)

teknisyenine yaptırdığı HIV testi sonucunun pozitif(+) çıktığının laboratuvar teknisyeni tarafından davacılar yakınına söylendiği; sonucu öğrenen davacılar yakınının 9.1.2004 tarihinde intihar etmek suretiyle yaşamını kaybettiği, söz konusu olay ile ilgili olarak ... Cumhuriyet Başsavcılığınca yapılan soruşturmada; davacılar yakınının intihar etmeden önce yazdığı notta "Benim ölümünden kimse sorumlu değildir. Ölümcül bir hastalığa yakalandım. Onun için bu kısa yolu seçtim. Hepinizi çok seviyorum. Hakkınızı helal edin. ..." şeklinde beyanda bulunduğu ve altını imzaladığı, Jandarma Genel Komutanlığı Kriminal Laboratuvarında yaptırılan tetkik sonucunda düzenlenen ekspertiz raporunda, "tetkik konusu belge üzerinde bulunan yazıların ve imzanın ...'nun el ürünü olduğunun tespit edildiği, davacılar yakınının postmortem (ölüm sonrası) dönemde ... Devlet Hastanesinde, Erciyes Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesinde ve Ankara Eğitim ve Araştırma Hastanesinde yapılan tetkiklerinin sonucunun, negatif (-) olduğunun belirlendiği anlaşılmaktadır. Olayda, davacılar yakını olan ...'ya ... Devlet Hastanesinde yapılan ve pozitif çıkan HIV testinin sonucunun, yukarıda belirtilen yazıya göre, davacıların yakını da dahil olmak üzere doğrulama testi yapılmadan hiç kimseye açıklanmaması ve ilgilinin doğrulama testi için bir üst basamak sağlık kuruluşuna sevki gerekirken, laboratuvar teknisyeni tarafından doğrulama testi yapılmadan önceki aşamada pozitif çıkan test sonucunun açıklanmasının neden ve etkisiyle davacılar yakını intihar etmek suretiyle yaşamını yitirmiştir. Zararın, zarara uğrayanın tutum ve davranışından kaynaklanması halinde, idarenin tazmin sorumluluğu tamamen ortadan kalkabileceği gibi, durumuna göre idarenin kısmen sorumlu olacağı da tazminat hukukunun bilinen ilkelerindedir. Ancak, dava konusu olayın oluş şekli, hastalığın niteliği ve özelliği dikkate alındığında, davacılar yakınının idarenin ağır hizmet kusurunun neden ve etkisiyle intihar etmek suretiyle yaşamını yitirmesi sonucunda doğan zarar ile idari faaliyet arasında uygun nedensellik bağı bulunmaktadır."

Bu karara konu olayda zarar tamamen zarar görenin davranışı nedeniyle ortaya çıkmış olsa da Danıştay ölüm olayı ile idarenin davranışı yani zarar göreni davranışa iten olayda idarenin kusuru olduğu gerekçesiyle tazmin kararı vermiştir. Danıştay'ın kararının son derece isabetli olduğu kanaatindeyiz.

Buna göre zarar, tıbbi müdahale uygulanan kişinin icra veya ihmali davranışı nedeniyle ortaya çıksa da somut olayın özelliklerinin iyi değerlendirilmesi ve sorumluluğun buna göre belirlenmesi gerekecektir.

V. TAM YARGI DAVALARINDA BİLİRKİŞİ

A. Hatalı Tıbbi Müdahalenin Tespitinde Bilirkişinin Fonksiyonu

2577 sayılı İYUK’nda bilirkişiliğe ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak Kanununun 31/1. fıkrasında³⁶⁰, bilirkişilik için HMK’nun uygulanacağı düzenlenmiştir. Buna göre idare mahkemelerindeki tam yargı davalarında bilirkişilik uygulaması için HMK’nun 266-287. maddeleri uygulanacaktır. Buna göre 266. maddedeki “*Mahkeme, çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir.*” düzenleme ile hatalı tıbbi uygulama iddialarına bağlı tam yargı davalarında idare mahkemesince iddialar ile ilgili olarak bilirkişi raporu almak gerekecektir. Çünkü uyuşmazlık konusu olayın çözümü tamamen özel ve teknik bilgiyi gerektirmektedir.

Hukuki uyuşmazlıkta, çözümü hakim tarafından bilinmeyen, özel bilgi isteyen durumlarda, teknik konularda inceleme, araştırma ve görüşlerine göre oy ve görüşüne başvurularak istenilen raporu verip yargılamaya yardımcı olan kişiye bilirkişi denilmektedir³⁶¹. Bilirkişi raporunda ve sözlü açıklamaları sırasında, hukuki değerlendirmede bulunamaz, (HMK m.279, hakim bilirkişi raporu ile bağlı değildir HMK, m. 282). Bilirkişi, uyuşmazlık konusu özel veya teknik bilgisiyle “yargılama çalışmasına” katkıda bulunan kişi olarak değerlendirilmelidir³⁶².

Bilirkişi görüşünün niteliği yargı organının bilirkişi görüşünü kullanma biçiminde de çıkarılabilir. Buna göre;

- Bilirkişi yalnız soyut deneysel kurallara ilişkin görüş açıklamış, ise

³⁶⁰ Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Vergi Usul Kanununun uygulanacağı haller:

Madde 31 – 1. Bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda; hakimın davaya bakmaktan memnuiyeti ve reddi, ehliyet, üçüncü şahısların davaya katılması, davanın ihbarı, tarafların vekilleri, feragat ve kabul, teminat, mukabil dava, **bilirkişi**, keşif, delillerin tespiti, yargılama giderleri, adli yardım hallerinde ve duruşma sırasında tarafların mahkemenin sukununu ve inzibatını bozacak hareketlerine karşı yapılacak işlemler ile elektronik işlemlerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır. **(Ek cümle: 5/4/1990 - 3622/11 md.; Değişik:10/6/1994-4001/14 md.)** Ancak, davanın ihbarı ve bilirkişi seçimi Danıştay, mahkeme veya hakim tarafından re'sen yapılır

³⁶¹ Er, s. 343., Irız, s. 112.Çetin Aşçıoğlu, **Yargılamada Maddi Gerçeğin Belirlenmesi ve Kanayan Yara Bilirkişilik**, Sözkese Matbaa, Ankara, 2010, s. 181., Ahmet Caner Yenidünya, Zafer İçer, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik**, Adalet Yayınları, Ankara 2013, s. 3., Kızılyel, Kaylan, s. 66.

³⁶² Aşçıoğlu, s. 183.

hakim, bu kuralları var olan kanıtları değerlendirmede kullanarak olguyu saptayacaktır. Bu nedenle bilirkişinin bu bağlamdaki açıklamaları kanıt niteliğinde değil, “*kanıtların değerlendirilmesi aracıdır.*”

• Bilirkişi soyut özel ve teknik kuralları (tecrübe kuralı) kullanarak “*teknik saptama*” veya “*yorum yapmış*” ise bilirkişi görüşü kanıt niteliğindedir. Çünkü bilirkişi açıkladığı görüşle bir vakıa (olgu) saptaması ya da belirlemesi yapmıştır. Vakıalar ise kanıttır³⁶³.

Bilirkişinin seçiminin ve raporunun yargılamayı kuşkuya düşürmemesi için, “seçimde yüksek özen”, “atama ve görevlendirmede açıklık”, “yargılamada yanların katılımı ile sorgulama”, “yargıcın rapor üzerinde mantık ve gerekçe denetimi yapması”, yollarının tamamının özenle kullanılması gerekir³⁶⁴.

Hekimin tıbbi uygulama hatasına bağlı hukuksal sorumluluğunun araştırılmasında tıbbi bilirkişilerin açıklayacağı görüş ve değerlendirmeler uyumsuzluğun çözümünde çok önemlidir. Mahkemeler hekimin belirli olumlu veya olumsuz bir tedbiri/eylemi ile zarar arasındaki hukuki ilişkiyi genel bilgiler ile tespit edemezse (ki tamamen teknik bir konudur) bu durumda bilirkişi (eksper) seçecekleri hekimlerden rapor almak zorundadırlar³⁶⁵. Tıbbi konularda herkes görüş bildiremez, herkes bilirkişi olamaz. Diğer bir deyişle teknik ve tartışmaya açık bir konuda olumlu veya olumsuz bir fiil veya ihmalde kusur olup olmadığının takdiri mahkemelerin yetki sınırlarının dışındadır³⁶⁶.

Tıbbi bilirkişi incelemesine konu oluşturan sorunların ve yanıtlanması gereken sorunların belirlenmesi ve yanıtlanması gereken soruların açıklığa kavuşturulması amacıyla hazırlanacak olan tıbbi bilirkişilik raporlarının düzenlenmesinde, araştırma-inceleme konusuyla ilgili toplanacak somut verilerin objektif değerlendirilmesi gerekmektedir³⁶⁷. Bu bakımdan bilirkişi, somut olaydaki tıbbi müdahalenin tıp kurallarına uygun olarak yapıp yapılmadığını, özen borcuna aykırılık bulunup bulunmadığını ve teknik kurallara bağlı olguları bilimsel dayanaklarla açıklamak zorundadır³⁶⁸.

³⁶³ Aşçıoğlu, s. 184.

³⁶⁴ Aşçıoğlu, s. 202.

³⁶⁵ Belgesay, Tıbbi Mesuliyet, s. 133.

³⁶⁶ Belgesay, Tıbbi Mesuliyet, s. 101.

³⁶⁷ Demir, s. 327.

³⁶⁸ Ayan, s. 94., Aşçıoğlu Tıbbi Yardım, s. 141, Er, s. 343.

Ancak tıbbi bilirkişi olarak görüşüne başvuru alan bilirkişilerin hazırladığı raporlarda bazı eksikler bulunmaktadır. Bunlar³⁶⁹;

- Raporlarda tıbbi terimlerin açıklanmaması,
- Adli raporlarda yara yeri niteliklerinin iyi belirtilmemesi,
- Raporların gerekçesiz yazılması,
- Basit vakalarda bile kesin raporların verilmemesi,
- El yazısıyla yazılan tıbbi kayıtların okunaklı olmaması,
- Tıbbi müdahalede bulunan hekimlerin isim ve unvanlarının bulunmaması ya da okunaklı olmaması nedeniyle sorumluların net olarak belirlenememesi,

Genel olarak bilirkişilik kurumunda olduğu gibi tıbbi bilirkişilik kurumunda da mahkemelerce uyuşmazlık konusu davanın çözümünde gereksinim duyulan özel ve teknik konularla sınırlı olarak hazırlanacak raporların, yargıcın gerçeğe ulaşma işlevine yardımcı bulunması temel amacına yöneliktir³⁷⁰. Tıp hukuku sorununun çözümünde yargısal karar vermekle görevli yargıcın, kural olarak yargısal faaliyet ve araştırmalarında, tıp bilimine özgü ölçütlere dayanmaktan başka yapacak geride fazla işi kalmamaktadır. Ancak mahkemelerin somut olaylarda yaygınlaşan tıbbi sürecin kaçınılmaz riskler içerip içermediği ya da gösterilmesi gerekli olası objektif özen ölçüsünde hareket edilip edilmediği hususları ile sınırlı bir alanda tıbbi faaliyetleri yargısal denetim konusu yapma yetkisi her zaman bulunmaktadır³⁷¹.

Sağlık alanında başvuru alan bilirkişilik kurumları şunlardır:

- Yüksek Sağlık Şurası: 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlık Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin³⁷² 21. maddesi gereğince oluşturulmuştur. Sağlık meslek mensuplarının mesleklerini icra ederken ortaya çıkan adli konularda mahkemelere görüş vermek ve idari soruşturmacılar ve uzlaşma komisyonları için bilirkişi listesi belirlemek üzere oluşturulmuştur. Onbeş üyeli bir kuruldur. Bir çalışmaya göre YSS, 2002-2007 yılları arasında toplam 2026 dosyayı karara bağlamıştır. Bu listede pratisyen hekimler % 18 (359

³⁶⁹ Suphi Ayaz, **Tıbbi Bilirkişilik**, Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı, Yayın No: 493, Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı Yayınları, Ankara 1982, ss. 31-34.

³⁷⁰ Demir, s. 327

³⁷¹ Demir, s. 51.

³⁷² R.G. 02.11.2011, 28103 Mük.

dosya) ile birinci, kadın hastalıkları ve doğum uzmanları % 16 (341) ikinci, ebe, hemşire, sağlık memurlarını tamamı % 15 (314) ile üçüncü sırada yer almışlardır³⁷³.

- Adli Tıp Kurumu (ATK): Kurum, bilirkişilik görevini adli tıp ihtisas daireleri, ihtisas kurulları ve genel kurul aracılığı ile yürütür. Görevleri 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanunu'nun³⁷⁴ 2. maddesinde belirtilmiştir. ATK, Adalet Bakanlığına bağlı bir kuruluştur. Siyasal güce bağlı olarak çalışan bir kurumun çalışanlarından bilirkişilik görevi üstlenmesi, yargı bağımsızlığıyla bağdaşmayan bir durumdur. Toplumumuzdaki, özellikle siyasal gücün etkin olduğu kurum ve kuruluşlara karşı duyulan güvensizlik inançlarının göz ardı edilmemesi gerekir³⁷⁵.

Tıbbi uygulama hatasına bağlı davalarda uygulamadaki en önemli sorunlardan birisi yargılama konusu olan olaya ilişkin uzmanlık alanından bilirkişinin adli tıp kurumu raporunda bulunmaması ya da tek bir uzmanın bulunmasıdır. Adli tıp raporlarında yargılama konusu uzmanlık dalı ile ilgisi olmayan uzmanların bu raporlarda isminin ve imzasının bulunması raporların güvenilirliğinin sorgulanmasına neden olmaktadır. Bu nedenle ATK'dan çıkan raporlar, kurul görüşü gibi görünse de bir tek kişinin görüşü olarak değerlendirilmelidir. Çünkü, her kurulda konuyla ilgili yalnızca bir uzman vardır (bazen ilgili uzman dahi bulunmamaktadır³⁷⁶). Böyle bir

³⁷³ Safa Çelik, 2002-2007 Yılları Arasında Sağlık Çalışanlarının Hatalarına İlişkin Yüksek Sağlık Şurası Dosyalarının Değerlendirilmesi, **Uluslar arası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu**, XII. Levha Yayınları, İstanbul 2011, s. 270.

³⁷⁴ R.G. 20.04.1982, 17670.

³⁷⁵ Aşçıoğlu, s. 232.

³⁷⁶ **Yargıtay 13. H.D. 2002/8589 E 2002/4560 K sayılı kararı;**

“Mahkemece, itibar edilen Adli Tıp 2. İhtisas Kurulunun 14.9.2001 tarihli raporunda "yapılan ameliyatın usulüne uygun olduğu, damakta ortaya çıkan fistüğün olağan ameliyat komplikasyonu olarak kabul edilmesi gerektiği, doktora atfedilecek herhangi bir kusur bulunmadığı" görüşüne yer verilmiştir. Ancak, **bu raporu düzenleyen kurul içerisinde konusunda uzman Kulak Burun ve Boğaz uzmanı bulunmamaktadır.** Bu nedenle bu rapora itibar edilerek hüküm oluşturulamaz.

Bu durumda mahkemece yapılarak iş, Üniversitelerin Ana Bilim Dallarından seçilecek konularında uzman doktorlardan oluşturulacak bir bilirkişi kuruluna dosya tevdi edilerek, davalıların açıklanan hukuki konum ve sorumlulukları, dosyada mevcut delillerle birlikte bir bütün olarak değerlendirilip, dayanak ve gerekçesi gösterilmek, taraf ve YARGITAY denetimine elverişli düşünce içeren bir rapor alınmak, gerektiğinde davalılara savunmalarını ispat durumunda delilleri sorulmak, böylece hasil olacak sonuca uygun bir karar vermekten ibarettir.”

Yargıtay 13. HD. 2013/6312 E – 2013/14994 K sayılı kararında:

“Diğer taraftan davacı, mamografi filmlerinin düzgün okunup değerlendirilmemesinin, kanser hastası olduğunun erken tespit edilememesinin nedeni olduğunu ifade ederek dosya içerisindeki mamografi filmlerinin uzman radyolog hekimler tarafından değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. **Adli Tıp Kurumunca düzenlenen raporu hazırlayan heyetin içerisinde ise Radyoloji Uzmanı bulunmadığı açıktır.** O halde, mahkemece yukarıda açıklanan hususlarla ilgili olarak inceleme yapılmak üzere, dosyanın tomar halinde üniversitelerden seçilecek konusunda uzman özellikle Radyoloji ve Genel Cerrahi Uzmanı bilirkişilere tevdi edilerek taraf, mahkeme ve YARGITAY denetimine açık, ayrıntılı ve gerekçeli rapor tanzim edilmesinin istenmesi, bundan sonra hasil olacak

raporda görüşü tek uzman verir diğer ilgisiz uzmanlar o bir uzmanın görüşünü onaylar. Bu durum yapısal bozukluğuna açık bir göstergesidir³⁷⁷. Bu nedenle adli tıp kurumu raporlarında ilgili uzmanlık dalından uzman sayısının daha fazla olması raporların güvenilirliğini artıracaktır.

Yüksek yargı kararlarında da (özellikle son dönemde) yerel mahkemelerce hükme esas alınan Adli Tıp İhtisas Dairesi yada Genel Kurulu raporlarının dahi eleştirildiği, rapor Adli Tıp Genel Kurulu'ndan dahi verilmiş olsa da hükme esas alınmayacağından bu kez dosyanın üniversiteye gönderilerek hükme esas olacak yeni bir rapor³⁷⁸ alınması gerektiği belirtilmektedir³⁷⁹. Hatta Yargıtay bir dosyada Adli Genel Kurulu'na, daha önce aynı dosyada rapor vermiş olan 3. İhtisas Kurulu üyelerinin katılmasını raporlar arasında çelişki nedeni saymış ve dosyanın üniversiteye gönderilmesi gerektiğini belirterek kararı bozmuştur³⁸⁰.

sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve araştırma sonucu yazılı şekilde hüküm tesis edilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.”

³⁷⁷ Aşçıoğlu, s. 234.

³⁷⁸ Aksi yönde görüş için bkz. Kızılyel, Kaylan, s. 67.

³⁷⁹ Yargıtay 13 HD. 2013/23005 E 2014/22668 K (www.corpus.com.tr erişim: 20.12.2014)

Dava, davacının ilk ameliyatta takılan tıbbi malzemelerin kırılması nedeniyle yeniden ameliyat olmak zorunda kaldığı ve sağlığına kavuşmadığı iddiasına dayalı tazminat istemine ilişkindir. 29 Haziran 2009 tarihli Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulu raporunda; davacının maluliyet tayinine mahal olmadığı, iyileşme süresinin üç aya kadar uzayabileceği, bu süre zarfında mesleğini icra edemeyeceği belirtilmiştir. 06.10.2011 tarihli **Adli Tıp Kurumu Genel Kurul raporunda ise** vidalarda tespit edilen çiziklerin imalat hatasından kaynaklandığı, kırılma nedeniyle 2. operasyona neden olduğu, meydana gelen arızanın SGK Sağlık İşlemleri Tüzüğü hükümleri çerçevesinde fonksiyonel araz bırakmadan iyileşmiş olduğundan maluliyet tayinine mahal bulunmadığı, kişinin enstrüman kırılması nedeniyle maruz akladığı 2. ameliyat sonrası iyileşme süresinin 3 aya kadar uzayabileceği, bu süre zarfında mesleğini icra edemeyeceği bildirilmiştir. Mahkemece hükme esas alınan bu raporların evrak üzerinden hazırlandığı, dosya kapsamından davacının en son 11.02.2004 tarihinde Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulu tarafından muayene edildiği ve anılan raporlarda bu muayene bulgularının esas alındığı anlaşılmaktadır. Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulunun 28.03.2005 tarihli mütalaasında, davacının parçalı, balensiz, normal karın korsesi kullandığı, el-yer testi yapamadığı, bel hareketlerinin ileri derecede kısıtlı olduğu, her iki alt ekstremitte muayenesinde ortopedik yönden patoloji olmadığı, L5-S1 de parestezik hipoestezi vb. mevcut olduğu saptanmıştır. Davacının mahkemeye sunduğu 25.04.2012 tarihli İzmit Seka Devlet Hastanesinde yaptırılan "Lomber MRG incelemesinde" ise, bir kısım bulgular tespit edilmiştir. Davacı, 2. operasyon nedeniyle hala iyileşemediğini ve malul kaldığını ileri sürmektedir. Mahkemece, bu konuda yeterli inceleme ve değerlendirme yapılmamıştır. **Hükme esas alınan Adli Tıp Kurumu raporları ise evrak üzerinde hazırlanmış olup, davacının maluliyetiyle ilgili ayrıntılı bilgi vermekten uzaktır ve soyut ifadeler içermektedir. Hal böyle olunca mahkemece, Üniversitelerin konusunda uzman öğretim üyelerinden oluşan bilirkişi kurulundan...**”

Aynı yönde Yargıtay 13. HD. 2013/22814 E-2014/22861K, Yargıtay 13. HD. 2014/19545 E-2014/22576, Yargıtay 13. HD. 2013/21214 E-2014/21887 K, Yargıtay 13. HD. 2014/13021 E – 2014/15777, Yargıtay 13. HD. 2014/328 E-2014/14669 K, Yargıtay 13 HD, 2011/3954 E – 2011/14623 K, Yargıtay 13 HD. 2009/6697 E – 2010/148 K, Yargıtay 13 HD. 2009/6365 E – 2010/59 K, Yargıtay 13 HD. 2009/6697 E – 2010/148 K, Yargıtay 13 HD. 2008/14648 E – 2009/689 K,

³⁸⁰ Yargıtay 13 HD. 2009/6355 E – 2009/14258 K,

ATK, yargı organlarına adli tıp konularında yardımcı olurken, diğer bilirkişilerden ayrıcalıklı bir düzen içinde çalışmaktadır. Tıbbi sorunları inceleyen ihtisas kurulları, “adli tıp uzmanları ya da başka bir bilirkişi kurulunca verilen raporlar arasında herhangi bir çelişki olduğunda” çelişkinin giderilmesi için dosya adli tıp kurumu ihtisas kurullarına ya da adli tıp genel kuruluna gönderilmektedir. Bu ayrıcalıklı düzen, ATK’na diğer bilirkişiler karşısında üstün bir durum yaratılmış izlenimi vermektedir. Yargı genellikle bunun etkisinde kalarak her sorunu ATK ile çözme yolunu seçmekte ve konusunda uzman olan diğer kurum, kuruluş ve sivil toplum örgütleri dışlayarak, bilirkişi konusunda bir tekel yaratılmasına neden olmuştur³⁸¹. Halbuki uygulamada görüldüğü üzere adli tıp genel kurulu 36 üyeden oluşmasına rağmen uyuşmazlık konusu uzmanlık alanından yine bir uzman bulunmaktadır. Bu durumda raporda 36 imza olmasına rağmen raporun güvenilirliğinin sorgulanmasına neden olmaktadır. Buna karşılık bazı yazarlarca³⁸²; özellikle tıbbi uygulama hataları, adli belge incelemesi, çocuk istismarı, trafik kazaları, iş kazaları gibi konularda adli tıp incelemesi yapılması gerektiğini belirtilmektedir. Bunun neden zorunlu olduğu anlaşılammakla beraber tıbbi uygulama hatalarında mutlaka adli tıp kurumundan görüş alınması gerektiğine ilişkin görüşe katılmamaktayız.

“Dava konusu olayda, davacının davalı şirkete ait hastanede diğer davalı doktor tarafından varikozel ameliyatına tabi tutulduğu, ameliyat sonrasında hastane personeli tarafından ağrı kesici iğne vurulduğu anlaşılmakta olup, bu husus taraflar arasında da ihtilafsızdır. Uyuşmazlık olayda davalıların kusurlu olup olmadığı hususundadır. Mahkemece alınan Yüksek Sağlık Şurası raporunda enjeksiyonun sağlık personeli tarafından yapılması halinde ortaya çıkan sonucun komplikasyon olması sebebiyle davalıların kusursuz oldukları, sağlık personeli olmayan kişi tarafından yapılması halinde ise meselenin şuranın görev alanına girmediği belirtilmiş olup, rapor bu haliyle gerekçeden yoksun olması ve olayı tam olarak aydınlatmaması nedeniyle karara esas alınması olanaksızdır. Öte yandan Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulu tarafından düzenlenen raporda enjeksiyonun hatalı olup, enjeksiyonu yapan personelin 4/8 oranında kusurlu olduğu bildirilmiştir. Her ne kadar Adli Tıp Genel Kurulundan alınan raporda mevcut arızayla yapılan enjeksiyon arasında illiyet kurulamadığı belirtilmiş isede 3. İhtisas Kurulunca düzenlenen raporda hastane personelinin 4/8 oranında kusurlu olduğunu bildiren kurul üyelerinin de Adli Tıp Genel Kuruluna katılarak Genel Kurul Kararına iştirak ettikleri anlaşılmaktadır **Bu durumda Adli Tıp kurumu 3. İhtisas kurulunun raporu ile, bu raporu düzenleyen kurul üyelerin de katılımıyla oluşan Genel Kurul raporu arasında çelişki bulunduğu ve bu haliyle Adli Tıp Genel Kurulu raporunda hükme esas alınamayacağı anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca mahkemece, üniversite hastanesinde görev yapan ve konusunda uzman olan kişilerden oluşturulacak bilirkişi kurulundan rapor alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekir.** Mahkemece değinilen bu yön göz ardı edilerek yetersiz ve çelişkiler içeren raporlara itibar edilmek suretiyle yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.”

³⁸¹ Aşçıoğlu, s. 236.

- Üniversiteler: Yargılamada uyuşmazlığın çözümü için yargıya yardımcı olan önemli kurumlardan birisi üniversitelerdir. Kanaatimizce en önemlisidir. Özellikle tıbbi uygulama hatasına bağlı yargılamalarda üniversitelerin tıp fakültelerinin ilgili anabilim dalları önemli işleve sahiptirler. Bilirkişi görevinin tüzel kişi olarak bilgi üreten, bilimsel çalışma yapan üniversiteler tarafından üstlenilmesi daha sağlıklı ve güvenilir bir ortam yaratacaktır³⁸³. Çünkü ilgili uzmanlık dalının eğitimini veren bir kurumun dava konusu edilen olayda rapor düzenlemesi daha akılcı ve daha uygun olacaktır.

- Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulu: 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun³⁸⁴ 58. maddesi gereğince oluşturulmuştur. Kurul, sigortalılar hakkında vazife malûllük derecesi, iş kazası ve meslek hastalığı sonucu sürekli iş göremezlik derecesi tespiti ile çalışma gücünün malûliyeti gerektirecek derecede kaybına ilişkin Kurumca verilen kararlardan itiraza konu olanları inceleyerek karara bağlar.

Bu bilirkişilik kurumları dışında Mahkemelerce Adli Yargı Adalet Komisyonu Bilirkişi Listesinden³⁸⁵ seçilecek bilirkişilerden rapor alınabilmektedir.

Resmi olmayan bilirkişiler kural olarak bilirkişiliği kabul etmek zorunda değildirler. Ancak resmi bilgisine başvurulacak hususu bilmeksizin sanatını icra etmesi mümkün olmayan ve açıkça sanatını icra eden kimselerin bilirkişiliği kabul etmeleri mecburdur (HMK 270/1-c).

Bütün bunlara ek olarak uygulaması görülmemekle birlikte özellikle tıp camiasında her uzmanlık dalında bulunan uzmanlık derneklerinin de bilirkişi olarak görüşlerine başvurulmasında yasal bir engel yoktur. Uzmanlık dernekleri kuruluş amaçlarına uygun olarak üyelerinin mesleki bilgi ve görgüleri ile yeteneklerinin artırılması için sürekli olarak meslek içi eğitim yapan, kongre ve sempozyum düzenleyerek uzmanlığın geliştirilmesi için sürekli çalışan sivil toplum örgütleridir. Hekimin ilgili alandaki tıbbi uygulamalarının tıbbın güncel standartlarına uygun olup

³⁸² Yenidünya, Biçer, s.58.

³⁸³ Aşçıoğlu, s. 218.

³⁸⁴ R.G. 16.06.2006, 26200.

³⁸⁵ Bu konuda iki Yönetmelik bulunmaktadır. Birincisi Bölge Adliye Mahkemesi Adli Yargı Adalet Komisyonlarınca Bilirkişi Listelerinin Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik (R.G.08.04.2012, 28258), ikincisi ise Ceza Muhakemesi Kanununa Göre İl Adli Yargı Adalet Komisyonlarınca Bilirkişi Listelerinin Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik (R.G.01.06.2005, 25832)'tir.

olmadığını değerlendirebilecek ve bu konuda görüş bildirebilecek yetkinliğe sahip oldukları değerlendirilmektedir. 1945 tarihinde yayınlanan bir makalede İsviçre ve Fransız mahkemelerinin bilirkişileri serbest olarak seçtikleri belirtilmektedir³⁸⁶. Ancak bu gün için dahi ülkemizde mahkemelerce böyle bir uygulama yapılmamaktadır.

Mahkemece özel ve teknik bilgi gerektiren konularda bilirkişi görüşüne başvurulmakla beraber davanın taraflarınca da bilirkişi görüşü kapsamında uyuşmazlık konusu ile ilgili olarak uzmanından bilimsel mütalaa alarak Mahkemeye sunabilme hakları vardır³⁸⁷. HMK'nun 293. maddesindeki bu düzenleme dosyadaki bilirkişi raporlarının sorgulanması ve maddi gerçeğe ulaşmak için taraflara verilmiş önemli bir hak olup oldukça yerinde bir düzenlemedir. Taraflarca bu hakkın kullanılarak konu ile ilgili uzmanından alınan bilimsel mütalaa mahkemenin karar vermesinde bilirkişi görüşü gibi yardımcı olacaktır.

B. Maddi Zararın Hesaplanmasında Bilirkişinin Fonksiyonu

Tıbbi uygulama hatasına bağlı tam yargı davalarında bilirkişi görüşüne iki kez müracaat edilmektedir. Birincisi, iddia konusu ile ilgili olarak yukarıda belirtildiği üzere tıbbi uygulama hatası olup olmadığı, ikincisi ise eğer böyle bir hata yani ağır hizmet kusuru kabul edilebilecek bir hata var ise bu durumda zararın tespiti.

Tıbbi uygulama hatası nedeniyle ölüm gerçekleşmişse destekten yoksun kalma tazminatının, eğer ölüm gerçekleşmemişse zarar görenin maddi zararının tespiti gerekecektir. Her iki durumda da tazminat miktarı ile zararın gerçek tespiti

³⁸⁶ Belgesay, Hekimin Hukuki Borçları, s. 110.

“Türk hukukunda, mahkemelerin muttarit içtihat ve teamüllerine göre, tıbbi işlerde, Adli tıp heyetinden, bazen da Yüksek sıhhat şurasından oy alınmaktadır. İsviçre ve Fransız mahkemeleri, bu türlü meselelerde otoriteler ile şöhret bulmuş profesörler arasından serbestçe seçecekleri eksperlerden malumat almaktadırlar. Eksperlerin raporları tarafların serbestçe intihap ettikleri yüksek mütehassıslar tarafından verilen izahat ve raporlarla her noktada tenkide tabi tutulabilir.”

³⁸⁷ **Uzman görüşü**

MADDE 293- (1) Taraflar, dava konusu olayla ilgili olarak, uzmanından bilimsel mütalaa alabilirler. Sadece bu nedenle ayrıca süre istenemez.

(2) Hâkim, talep üzerine veya resen, kendisinden rapor alınan uzman kişinin davet edilerek dinlenilmesine karar verebilir. Uzman kişinin çağrıldığı duruşmada hâkim ve taraflar gerekli soruları sorabilir.

(3) Uzman kişi çağrıldığı duruşmaya geçerli bir özrü olmadan gelmezse, hazırlamış olduğu rapor mahkemece değerlendirmeye tabi tutulmaz.

yine özel ve teknik bir bilgiyi gerektirdiğinden mahkemelerce bilirkişi görüşüne ihtiyaç duyulmaktadır.

Destekten yoksun kalınan zarar hesaplanırken, destek olanın (ölenin) gelir durumu, yardım miktarı, desteğin kalan süresi esas alınır. Bu etkenlerin somut olaydaki rolüne göre tazminatın miktarı belirlenir³⁸⁸. Bu tazminat miktarının hesaplanmasındaki en önemli etken ise desteğin fiili geliridir. Bu gelir, ölenin meslek içi ve meslek dışı kazançlarının toplamıdır. Ölen kamu veya özel bir kuruluşta ücretli olarak çalışıyorsa son maaşı ve ek kazançları, serbest meslek sahibi ise (avukat, hekim, mühendis, mimar, tacir, esnaf gibi) ilgili meslek odasından, vergi beyannamelerinden, ticari defterlerden, herhangi bir işi yoksa ölenin çevrede yaptığı işler, kişisel ve fiziksel özellikleri, bulunduğu çevre, yaşayış tarzı, vs. gibi etkenlerin tamamı birlikte değerlendirilerek gelir tespit edilir. İşte tüm bu işlemlerin yapılabilmesi bilirkişinin ayrıntılı ve özenli çalışmasına bağlıdır³⁸⁹.

Ölüm olmamakla beraber vücut bütünlüğünün bozulmasına neden olunması halinde zararın tespitinde yine bilirkişinin görüşüne ihtiyaç vardır. Burada da bilirkişi, zarar görenin zararını tespit ederken, tedavi masrafları (tüm tedavi giderleri ile özel hastane masrafları, bakıcı giderleri, ileride olası yeni ameliyat ve masrafları) çalışma gücünün kaybı ve azalmasından doğan zararlar (geçici veya sürekli işgöremezlik), varsa efor kaybı ve varsa ekonomik geleceğin sarsılmasına bağlı zararları belirlenmesinde mahkemeye yardımcı olacaktır.

VI. KANUN YOLU

Kanun yoluna başvurulmasının amacı, yargısal bir kararın üst mahkeme tarafından incelettirilerek hukuka uygunluğunun veya aykırılığının saptanmasını sağlamak ve henüz kesinleşmemiş nihai kararların kesin hüküm haline gelmesini inceleme sonuna kadar durdurmaktır. Kanun yoluna başvurma kararın kesinleşmesini engeller³⁹⁰. Kararların niteliğine ve içeriğine göre iki tür kanun yolu vardır: Olağan ve olağanüstü kanun yolu.

³⁸⁸ Gökcan, Tazminat Hukuku, s. 673.,

³⁸⁹ Gökcan, Tazminat Hukuku, s. 674.,

Olağan kanun yolları, kesinleşmemiş yargısal kararlara karşı başvuru ve onların kesinleşmesine engel olan, olağanüstü kanun yolu ise kesinleşmiş yargısal kararlara karşı başvuru kanun yoludur. Olağan kanun yolları ise istinaf³⁹¹ ve temyizdir. 6545 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla yapılan birçok değişiklik yapılmakla birlikte bunların en önemlisi idari yargılamanın kanun yolları aşamasında “itiraz” yerine “istinaf” getirilmesidir.

Düzenlemenin 27. maddesi ile 2577 sayılı İYUK’a eklenen geçici 8. madde eklenmiştir:

“GEÇİCİ MADDE 8- 1. Bu Kanunla idari yargıda kanun yollarına ilişkin getirilen hükümler, 2576 sayılı Kanunun, bu Kanunla değişik 3 üncü maddesine göre kurulan bölge idare mahkemelerinin tüm yurtda göreve başlayacakları tarihten sonra verilen kararlar hakkında uygulanır. Bu tarihten önce verilmiş kararlar hakkında, kararın verildiği tarihte yürürlükte bulunan kanun yollarına ilişkin hükümler uygulanır.”

Buna göre istinafin yürürlüğe girebilmesi ve uygulanabilmesi istinaf incelemesini yapacak bölge idare mahkemelerinin kuruluş işlemlerinin tamamlanmasından sonra olabilecektir. Ancak yakın zamanda yürürlüğe girmesi beklendiğinden biz çalışmamızda “istinafi” özel olarak incelemek istedik.

A. İSTİNAF

İstinaf, Arapça kökenli bir kelime olup “mahkemenin verdiği kararı kabul etmeyerek bir üst mahkemeye götürme” anlamındadır. Yargılama hukukunda ise bir davada verilen kararın, üst mahkeme tarafından tekrar incelenmesi imkanı sağlayan kanun yolu anlamına gelmektedir. Buna göre istinaf, ilk derece mahkemelerinin henüz kesinleşmemiş nihai kararlarının hem maddi hem de hukuki yönlerden denetlenerek, hukuka aykırılıkların ortadan kaldırılmasını içeren bir kanun yoludur. İstinafi temyizden ayıran en önemli fark istinafta mahkeme kararının hem maddi hem de hukuki yönden incelemesinin yapılmasına rağmen temyizde sadece hukuki denetim yapılabilmesidir. İstinafin amacı somut olayda adil karar verilmesi, hukukun geliştirilmesi, içtihat ve hukuk birliğinin sağlanması ve yargının hızlandırılması

³⁹⁰ Odyakmaz, Kaymak, Ercan, s. 267.

³⁹¹ İstinaf düzenlemesini getiren 6545 sayılı yasa, 28.06.2014 tarihli Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

olduğu ifade edilmektedir³⁹². Kanaatimizce istinaf uygulamasının yürürlüğe girmesi ile birlikte yargıdaki en önemli gelişme Danıştay'a giden temyiz dosyalarında önemli bir azalmanın olmasıdır. Bu durumda Danıştay'ın tam bir içtihat mahkemesi olarak çalışma imkanı sağlanmış olacaktır.

İstinafta istinaf mahkemesi ilk derece mahkemesince verilen bir nihai kararın hem maddi hem de hukuki yönden incelemesini yaparken kendini ilk derece mahkemesinin yerine koyarak aynı davayı bütün boyutlarıyla yeniden inceleyerek bir karar verir.

Kural olarak ilk derece mahkemeleri (idare ve vergi) kararları istinaf kanun yoluna tabidir³⁹³. Ancak konusu beşbin Türk lirasını geçmeyen vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemlere karşı açılan iptal davaları hakkında idare ve vergi mahkemelerince verilen kararlar kesin olup, bunlara karşı istinaf yoluna başvurulamaz.

İstinaf başvurusu temyizın şekil ve usullerine tabidir. Buna göre istinaf başvurusu Bölge İdare Mahkemesine hitaben yazılacak dilekçe ile yapılacaktır.

Kanunun düzenlenmesinde temyiz incelemesinde Danıştay'ın yetkisi

³⁹² Çağlayan, s. 674.

³⁹³ İstinaf:

MADDE 45- 1. İdare ve vergi mahkemelerinin kararlarına karşı, başka kanunlarda aksine hüküm bulunsa dahi, mahkemenin bulunduğu yargı çevresindeki bölge idare mahkemesine, kararın tebliğinden itibaren otuz gün içinde istinaf yoluna başvurulabilir. Ancak, konusu beş bin Türk lirasını geçmeyen vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemlere karşı açılan iptal davaları hakkında idare ve vergi mahkemelerince verilen kararlar kesin olup, bunlara karşı istinaf yoluna başvurulamaz.

2. İstinaf, temyizın şekil ve usullerine tabidir. İstinaf başvurusuna konu olacak kararlara karşı yapılan kanun yolu başvurularında dilekçelerdeki hitap ve istekle bağlı kalınmaksızın dosyalar bölge idare mahkemesine gönderilir.

3. Bölge idare mahkemesi, yaptığı inceleme sonunda ilk derece mahkemesi kararını hukuka uygun bulursa istinaf başvurusunun reddine karar verir. Karardaki maddi yanlışlıkların düzeltilmesi mümkün ise gerekli düzeltmeyi yaparak aynı kararı verir.

4. Bölge idare mahkemesi, ilk derece mahkemesi kararını hukuka uygun bulmadığı takdirde istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar verir. Bu hâlde bölge idare mahkemesi işin esası hakkında yeniden bir karar verir. İnceleme sırasında ihtiyaç duyulması hâlinde kararı veren mahkeme veya başka bir yer idare ya da vergi mahkemesi istinabe olunabilir. İstinabe olunan mahkeme gerekli işlemleri öncelikle ve ivedilikle yerine getirir.

5. Bölge idare mahkemesi, ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan istinaf başvurusunu haklı bulduğu, davaya görevsiz veya yetkisiz mahkeme yahut reddedilmiş veya yasaklanmış hâkim tarafından bakılmış olması hâllerinde, istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar vererek dosyayı ilgili mahkemeye gönderir. Bölge idare mahkemesinin bu fıkra uyarınca verilen kararları kesindir.

6. Bölge idare mahkemelerinin 46 ncı maddeye göre temyize açık olmayan kararları kesindir.

7. İstinaf başvurusuna konu edilen kararı veren ya da karara katılan hâkim, aynı davanın istinaf yoluyla bölge idare mahkemesince incelenmesinde bulunamaz.

8. İvedi yargılama usulüne tabi olan davalarda istinaf yoluna başvurulamaz.”

belirlenmişken, istinafin niteliğinin gereği Bölge İdare Mahkemelerinin daha geniş bir yetkisi olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Çünkü istinaf mahkemesi olan bölge idare mahkemesi ilk derece mahkemesinin kararının kaldırıp yeni bir karar verme yetkisine sahiptir. Buna göre istinaf sebepleri şöyle sıralanabilir³⁹⁴:

- İlk derece mahkemesinin olaylara delillere, hukuki sebeplere ilişkin değerlendirmesi konusundaki eksiklik ve yanlışlıklar,
- İlk derece mahkemesinin kararında, usul hukuku veya maddi hukuka ilişkin hatalar yapılmış olması,

İstinaf başvuru süresi kararın ilgililere tebliğinden itibaren 30 gündür.

İstinaf talebinin değerlendiren bölge idare mahkemesi dosyada aşağıdaki kararlardan birini verir:

- İstinaf talebinin reddi kararı: Bölge idare mahkemesi yaptığı inceleme sonucunda ilk derece mahkemesinin kararını hukuka uygun bulursa istinaf başvurusunun reddine karar verir. Yasanın düzenlemesine göre (45/3³⁹⁵) istinaf üzerine istinaf mahkemesince verilen karar bir onama kararı değildir. Çünkü düzenlemede istinaf talebinin reddine karar verdikten sonra kararın onanmasına karar verileceği belirtilmemiştir.

- Düzelterek aynı kararın verilmesi: Bölge idare mahkemesi yaptığı inceleme sonucunda ilk derece mahkemesinin kararında bazı maddi hatalar tespit ederse ve bu maddi yanlışlıklar düzeltilmesi mümkün ise (vekalet ücreti veya masraflar maddi hata yapılması gibi) gerekli düzeltmeyi yaparak aynı kararı verir.

- Kaldırma: Bölge idare mahkemesi yaptığı inceleme sonucunda ilk derece mahkemesinin kararını hukuka uygun bulmazsa kararın kaldırılması ile birlikte talep konusu ile ilgili yani davanın esası hakkında yeni bir karar verir.

- Bozma (Geri gönderme): Bölge idare mahkemesi, ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan istinafi haklı bulduğu, davaya; görevsiz veya yetkisiz mahkeme yahut reddedilmiş veya yasaklanmış hâkim tarafından bakılmış olması hâllerinde, istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar vererek dosyayı ilgili mahkemeye gönderir. Mahkeme bozma kararına göre eksikliği tamamlayarak dosyanın esası hakkında yeniden karar verir.

³⁹⁴ Çağlayan, s. 678.

³⁹⁵ Bölge idare mahkemesi, yaptığı inceleme sonunda ilk derece mahkemesi kararını hukuka uygun

Bölge idare mahkemesinin istinaf incelemesi re'sen yapılamaz. Yani istinaf ihtiyari olup tarafların talebine bağlıdır.

Genel olarak Bölge idare mahkemelerinin istinaf yoluyla verdiği kararlar kesindir. Bu kararlara karşı temyiz yoluna başvurulamaz. Ancak bölge idare mahkemelerinin bazı kararları ise temyize tabidir. İYUK'un 46. maddesinde³⁹⁶ Danıştay dava dairelerinin nihai kararları ile bölge idare mahkemesi kararlarından belirtilen davalar hakkında verilen kararlara karşı Danıştay nezdinde temyiz yoluna başvurulabileceği düzenlenmiştir. Hatta yasanın düzenlenmesinde, “*başka kanunlarda aksine hüküm bulunsa dahi*” ibaresi ile belirtilen kararların özellikle Danıştay denetiminden geçmesi sağlanmıştır.

bulursa istinaf başvurusunun reddine karar verir.

³⁹⁶ Madde 46- Danıştay dava dairelerinin nihai kararları ile bölge idare mahkemelerinin aşağıda sayılan davalar hakkında verdikleri kararlar, başka kanunlarda aksine hüküm bulunsa dahi Danıştayda, kararın tebliğinden itibaren otuz gün içinde temyiz edilebilir:

- a) Düzenleyici işlemlere karşı açılan iptal davaları.
- b) Konusu yüz bin Türk lirasını aşan vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemler hakkında açılan davalar.
- c) Belli bir meslekten, kamu görevinden veya öğrencilik statüsünden çıkarılma sonucunu doğuran işlemlere karşı açılan iptal davaları.
- d) Belli bir ticari faaliyetin icrasını süresiz veya otuz gün yahut daha uzun süreyle engelleyen işlemlere karşı açılan iptal davaları.
- e) Müşterek kararnameyle yapılan atama, naklen atama ve görevden alma işlemleri ile daire başkanı ve daha üst düzey kamu görevlilerinin atama, naklen atama ve görevden alma işlemleri hakkında açılan iptal davaları.
- f) İmar planları, parselasyon işlemlerinden kaynaklanan davalar.
- g) Tabiat Varlıklarını Koruma Merkez Komisyonu ve Kültür Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulunca itiraz üzerine verilen kararlar ile 18/11/1983 tarihli ve 2960 sayılı Boğaziçi Kanununun uygulanmasından doğan davalar.
- h) Maden, taşocakları, orman, jeotermal kaynaklar ve doğal mineralli sular ile ilgili mevzuatın uygulanmasına ilişkin işlemlere karşı açılan davalar.
- ı) Ülke çapında uygulanan öğrenim ya da bir meslek veya sanatın icrası veyahut kamu hizmetine giriş amacıyla yapılan sınavlar hakkında açılan davalar.
- i) Liman, kruvaziyer limanı, yat limanı, marina, iskele, rıhtım, akaryakıt ve sıvılaştırılmış petrol gazı boru hattı gibi kıyı tesislerine işletme izni verilmesine ilişkin mevzuatın uygulanmasından doğan davalar.
- j) 8/6/1994 tarihli ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanunun uygulanmasından ve 16/7/1997 tarihli ve 4283 sayılı Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanunun uygulanmasından doğan davalar.
- k) 6/6/1985 tarihli ve 3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanununun uygulanmasından doğan davalar.
- l) 3/7/2005 tarihli ve 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun uygulanmasından doğan davalar.
- m) Düzenleyici ve denetleyici kurullar tarafından görevli oldukları piyasa veya sektörle ilgili olarak alınan kararlara karşı açılan davalar.

B. TEMYİZ

İYUK'un 46. maddesine göre İdare Mahkemelerinin kararlarına karşı temyiz talebi, “*Özel kanunlarında ayrı bir süre gösterilmeyen hallerde, Danıştay Dava Daireleri ile İdare ve vergi mahkemelerinin nihai kararlarına karşı tebliğ tarihini izleyen otuz gün içinde Danıştay'da temyiz yoluna başvurulur.*” şeklindeyken, 6545 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun³⁹⁷ 20. maddesi ile bu düzenleme değiştirilmiştir. Yeni düzenlemeye göre “*Danıştay Dava Dairelerinin nihai kararları ile Bölge İdare Mahkemelerinin aşağıda sayılan davalar hakkında verdiği kararlar, başka kanunlarda aksine hüküm bulursa dahi Danıştayda kararın tebliğinden itibaren otuz gün içinde temyiz edilebilir.*” şeklinde değiştirilmiştir.

Önceki düzenlemeye göre, genel temyiz süresi otuz gün olmakla beraber özel kanunlarda farklı süreler öngörülebilmekteydi. Yeni düzenleme göre temyiz süresi tek olup o da otuz (30) gündür. Yeni düzenlemede bu husus, başka “kanunlarda aksine hüküm bulursa dahi” denilerek açıkça belirtilmiştir. Bu düzenlemeye göre, özel kanunlarda farklı temyiz süresi düzenlenmiş ise İYUK'un bu yeni düzenlemesi karşısında zımnen ilga edilmiş olmaktadır³⁹⁸.

Temyiz edilebilecek kararlar şunlardır:

- Yargısal nitelikli nihai kararlar temyiz edilebilir: Buna göre mahkemelerin dosyanın esası hakkında verdiği nihai kararları temyize konu olabilir. Bunun dışında davayı sona erdirmeyen ara karar niteliğindeki kararlarının (bilirkişi incelemesi, keşif kararı, delil ve belge istenmesi, müdahillğin kabulü kararı gibi) temyiz edilmesi mümkün değildir. Bu ara kararlarda hukuka aykırılık olduğu iddiası var ise bu iddiaların temyiz aşamasında bildirilmesi gerekmektedir. Bu aşamada özellik arz eden konu mahkemenin yürütmenin durdurulması talebinin kabulü veya reddi yönündeki kararına karşı başvurulacak yoldur. İlk derece mahkemelerinin davayı sonuçlandıran nihai kararları dışındaki kararları temyiz edilemezken, yürütmenin durdurulması ile ilgili kararlarına karşı İYUK 27/7. fıkrasında³⁹⁹ bölge

³⁹⁷ R.G. 28.06.2014, 29044

³⁹⁸ Çağlayan, s. 689.

³⁹⁹ 7. Yürütmenin durdurulması istemleri hakkında verilen kararlar; Danıştay dava dairelerince verilmişse konusuna göre İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurullarına, bölge idare mahkemesi

idare mahkemesi nezdinde itiraz yolu öngörölmüştür. İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir.

- Danıştay dava dairelerinin nihai kararları temyiz edilebilir: 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun⁴⁰⁰ 24. maddesi gereğince Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak baktığı davalar aleyhine Kanun'un 37. maddesi gereğince İdari Dava Dairleri Kurulu (İDDK) veya Vergi Dava Daireleri Kurulu (VDDK) nezdinde temyiz talebinde bulunulabilir.

- Bölge İdare Mahkemelerinin nihai kararları temyiz edilebilir: Bölge idare mahkemeleri istinaf mahkemesi olarak görev yapacaklardır. İstinaf mahkemesi olarak baktığı davalardan ise İYUK 46. maddesinde belirtilen kararları Danıştay nezdinde temyiz edilebilir.

- İsrar kararları temyiz edilebilir: Temyiz incelemesi sonunda Danıştay ya da idari dava daireleri kurulu kararın bozulmasına karar verdiği takdirde bu kararların sonuçları karar veren mercii yönünden farklılık arz eder. Danıştay'ın temyiz mercii olarak baktığı ve bozulmasına karar verdiği dosya, kararı veren mercie yeniden bir karar verilmek üzere iade edilir. Bu durumda karar Danıştay'ın ilgili dairesi tarafından ilk derece mahkemesi olarak verilmiş bir kararsa İYUK 49/4. fıkrası⁴⁰¹ gereğince Danıştay'ın ilgili dairesinin idari dava daireleri kurulunun bozma kararına karşı ısrar edebilmesi mümkün değildir. Danıştay'ın ilgili dairesi kararını bozan idari dava daireleri kurulunun bozma kararına uymak ve buna uygun bir karar vermek zorundadır.

Buna karşılık Danıştay temyiz mercii olarak bozma kararı verdiği bir dosya hakkında kararı veren bölge idare mahkemesinin ısrar etmek yetkisi vardır. İYUK 50/5. fıkrasına⁴⁰² göre idare mahkemesi istinaf üzerine verdiği kararda ısrar ederse bu

kararlarına karşı en yakın bölge idare mahkemesine, idare ve vergi mahkemeleri ile tek hakim tarafından verilen kararlara karşı bölge idare mahkemesine, çalışmaya ara verme süresi içinde ise idare ve vergi mahkemeleri tarafından verilen kararlara en yakın nöbetçi mahkemeye veya kararı veren hakimin katılmadığı nöbetçi mahkemeye, kararın tebliğini izleyen günden itibaren yedi gün içinde bir defaya mahsus olmak üzere itiraz edilebilir. İtiraz edilen merciler, dosyanın kendisine gelişinden itibaren yedi gün içinde karar vermek zorundadır. İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir.

⁴⁰⁰ R.G. 20.01.1982, 17580.

⁴⁰¹ 4. Danıştayın ilk derece mahkemesi olarak baktığı davaların temyizen incelenmesinde bu madde ile ısrar hariç 50 nci madde hükümleri kıyasen uygulanır.

⁴⁰² 5. Bölge idare mahkemesi, bozmaya uymayarak kararında ısrar ederse, ısrar kararının temyizi hâlinde, talep, konusuna göre Danıştay İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurulunca incelenir ve karara bağlanır. Danıştay İdari ve Vergi Dava Daireleri Kurulları kararlarına uyulması zorunludur.

durumda temyiz incelemesi Danıştay İdari veya Vergi Dava Dairleri Kurulu tarafından yapılacaktır.

Danıştay'ın bozma kararı üzerine dosyanın bölge idare mahkemesine gönderilecek olması da yeni bir uygulama olacaktır. Çünkü dosya kararı veren ilk derece mahkemesine değil, istinaf incelemesini yapan bölge idare mahkemesine iade edilecektir. Bu durumda daha önce karar hakkında onama veya bozma kararı veren bölge idare mahkemesi bu durumda ilk derece mahkemesinin yerine geçerek bozmaya uyma ya da ısrar kararı verirken yeni karar vermiş olacaktır. Bu durumda ilk derece mahkemesi olan idare mahkemesinin uyuşmazlık konusu ile ilgili olarak ilk kararını verdikten sonra bir daha dosyayla ilgili herhangi bir işlemi kalmamış olacaktır.

Tam yargı davaları sonucunda idare mahkemelerince verilen kararlara karşı kanun yoluna başvurularak kararların istinaf yoluyla incelenmesi istenebilir. İdare Mahkemeleri tarafından verilen kararların istinaf incelemesi Bölge İdare Mahkemesi tarafından yapılmaktadır. Temyiz incelemesi re'sen yapılamaz. Yani temyiz incelemesi ihtiyari olup tarafların talebine bağlıdır. Danıştay'ın yerleşik kararlarına göre davaya katılan (müdahil) tek başına temyiz talebinde bulunamaz⁴⁰³.

Temyiz incelemesi kural olarak evrak üzerinden yapılır. Temyiz kanun yolunda yeniden bir yargılama yapılmamaktadır. Başka bir deyişle, ilk derece mahkemesi tarafından incelenen olaylar ve deliller yeniden değerlendirilmemektedir. Temyiz merci kural olarak yeni bilgi ve belge araştırması yapamaz, dava dosyası üzerinden inceleme yapar⁴⁰⁴. Ancak temyiz mercii kendiliğinden duruşma kararı verebileceği gibi tarafların istemi üzerine de duruşma yapılması mümkündür.

Danıştay nezdindeki bu temyiz incelemesinde Danıştay, tarafların ileri sürdükleri temyiz gerekçeleriyle sınırlı olmaksızın inceleme yapabilir. Genel olarak temyiz nedenleri (İYUK m.49);

- Görev ve yetki dışında bir işe bakılmış olması,
- Hukuka aykırı karar verilmiş olması,
- Usul hükümlerine uyulmamış olması,

Temyiz incelemesini yapan Danıştay bozma, düzelterek onama, kısmen

⁴⁰³ Odyakmaz, Kaymak, Ercan, s. 279.,

⁴⁰⁴ Mustafa Avcı, "İdari Yargıda İstinaf", **TBB Dergisi** 2011, TBB Yayınları, s.187.

bozma kısmen onama, onama, kararlarından birini verebilir. Burada dikkat çeken nokta Danıştayın, bölge idare mahkemesi gibi kararı bozmakla birlikte ilk derece mahkemesinin yerine geçerek dosyanın esası hakkında yeni bir karar verme yetkisi yoktur.

Kararın bozulması üzerine dosya ilk derece mahkemesine iade edilir. İade edilen dosyayı Mahkeme, diğer öncelikli işlere nazaran daha öncelikle inceler ve varsa tahkik işlemlerini tamamlayarak yeniden bir karar verebilir. Bu karar bozma kararına uyma ya da ısrar olabilir. Mahkemece Danıştay'ın bozma kararına uyulması halinde verilecek olan yeni karar yine temyize konu edilebilir ve temyiz incelemesi Danıştay'ın ilgili dairesi tarafından yapılır. Mahkemece önceki kararda ısrar edilmesi halinde bu kararın temyiz incelemesi Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından yapılır.

Danıştay tarafından temyiz üzerine verilen kararlara karşı kanunda sınırlı olarak belirtilen nedenlerle bir defaya mahsus olmak üzere yeniden incelenmesi için karar düzeltme yoluna başvurulabilir.

SONUÇ

Hekimin tıbbi uygulamasına bağlı olarak zarar gören veya mirasçıları tarafından maddi ve manevi tazminat talebiyle açılacak olan davalarda görevli ve yetkili mahkemenin neresi olduğu Yüksek Yargı'nın kararların sık sık konu olmuştur. Yargıtay değişik tarihlerde verdiği kararlarda idare mahkemelerini işaret ederek görevsizlik kararı verilmesi gerektiğini belirtirken daha sonra hekimin kusurlu davranışının görevden ayrılabildeği (kişisel kusur) hallerde ise adli yargının görevli olduğuna karar vermiştir. Buna ek olarak 6100 sayılı HMK'nun 3. maddesindeki düzenleme ise usul hukukuna yeni bir sayfa açmışken, Anayasa Mahkemesi 2011/35 E - 2012/23 K sayılı kararı ile söz konusu düzenlemeyi iptal etmesi ile yine bu konu tartışılır hale gelmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2011/4-592 E 2012/ 25 K sayılı en son içtihat ve Uyuşmazlık Mahkemesi'nin değişik tarihlerde verdiği son kararlarda, sağlık hizmetinin kamu kurum ve kuruluşlarından alınması halinde tıbbi müdahale hatası nedeniyle açılacak olan davalarda idari yargının görevli olduğu belirtilmiştir. Bu konuda içtihat niteliğinde yeni bir karar verilinceye ya da yasal bir düzenleme yapıncaya kadar bu davalar idare mahkemeleri tarafından görülecektir.

Aslında sağlık hizmetinin kamu kurumlarında sunulması halinde Anayasa'nın 129/5. fıkrası⁴⁰⁵ gereğince tıbbi müdahale hatasına bağlı davaların idare aleyhine idare mahkemesinde açılması gerektiği açıkça düzenlenmiş olmasına rağmen, Yargıtay'ın zaman zaman kişisel kusuru gündeme getirmesi nedeniyle görevli yargı yeri sorunu yaşanmıştır. Tıbbi müdahale hatasına bağlı olarak açılacak olan davalarda hekimin kişisel kusuru olduğu iddiası nedeniyle adli yargıda tazminat davası açılmakla birlikte idare aleyhine de hizmet kusuru nedeniyle tam yargı davası açılmasının önünde hukuken bir engel yoktu. Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun ve Uyuşmazlık Mahkemesinin son kararları ile sorun çözülmüştür.

Tıbbi müdahale hatasına bağlı olarak açılan davaların davalısının kamu kurumu olması ile özel hukuk tüzel kişisi olması yani tıbbi müdahaleyi yapan hekimin kamu kurumunda ya da özel sağlık kuruluşunda çalışması halinde, görevli

⁴⁰⁵ 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

mahkemenin farklı olması yani idari yargı ile adli yargı arasındaki usul hükümlerinin farklılığı aynı işi yapan aynı müdahalede bulunan hekimler açısından farklı sonuçlar doğurmaktadır. Bu nedenle hatalı tıbbi müdahale iddiasına bağlı olarak açılacak davaların özel ihtisas mahkemelerinde görülmesinin tartışılması gerektiği kanaatindeyiz.

Uygulamada en çok görülen tıbbi hatalar, tanı ve tedavi hatası, uzmanlık yetkisinin aşılması, bilgilendirme eksikliği ve rıza sınırının aşılması, özen eksikliği ve sır saklama yükümlülüğünün ihlalidir. Sayılanlar arasından özellikle uzmanlık yetkisinin aşılmasının henüz tartışılmadığını görmekteyiz. Özellikle ana dal – yan dal uzmanlarının yetkileri açısından, TUK kararı gereğince, sorun görünmese bile hastanın bu konuda aydınlatılmasının gerekip gerekmediğinin yakın zamanda tartışılacağı kanaatindeyiz.

İdarenin sorumluluğu için hizmet kusurunun varlığı, istisnai hallerde de kusursuz sorumluluğu söz konusudur. Hatalı tıbbi müdahale nedeniyle idarenin sorumluluğu için ise “ağır” hizmet kusuru aranmaktadır. Doktrinde “ağır hizmet kusuru” kavramı tartışılmakla birlikte Danıştay kararlarında ağır hizmet kusuru kavramına yer verilmekle birlikte genel olarak kusurun varlığında zararın tazmin yoluna gidildiği görülmektedir. Yukarıda belirtildiği gibi tıbbi müdahalenin uygulandığı yerin ve uygulayan kişinin hukuki statüsünün farklı olması yargı yolunun farklı olmasına neden olmaktadır. Buna bağlı olarak da Yargıtay tarafından özel sağlık kuruluşlarında görev yapan hekim vekalet sözleşmesi kapsamında en hafif kusurundan dahi zararın tamamından sorumlu tutulurken, Danıştay kamu kurumunda görevli hekimin ve dolayısıyla idarenin “ağır” kusurunu aramaktadır. Her ne kadar bu hekimler arasında hukuki statü bakımından farklılık olsa da sorumluluk için Yüksek Yargı arasında bu kadar farklı görüş ayrılığının olmaması gerektiği kanaatindeyiz.

Zararın tazmini için tam yargı davasından önce idareye ön başvuru İYUK 13. maddesi gereği dava şartıdır. Bununla birlikte 659 sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname'nin 12.maddesinde, “*İdari uyuşmazlıkların sulh yoluyla halli ve vazgeçme yetkileri*” başlığı altında genel nitelikli idari yargı öncesi

çözüm yolu düzenlenmiştir. 659 sayılı KHK'nin amacı, usul ekonomisinin ve hukuk hizmetlerinin yürütülmesinde uygulama birliğinin sağlanması, yargının daha hızlı ve verimli hareket etmesi ve uyuşmazlıkların uzlaşma temeline dayanan bir çözüme kavuşturulmasıdır. İYUK 13. maddesine benzer bir düzenleme olan 659 sayılı KHK'nin 12. maddesinin uygulamada başarılı olabileceğini söylemek zordur. Çünkü, 2011 yılında yürürlüğe giren KHK çıkarılırken İYUK 13. maddesinin neden işlerliğinin olmadığı araştırılmadığı ortaya çıkmıştır. Çünkü asıl sorun (İYUK varken) yani idare ile zarar gören arasında yargı öncesi çözüm usulünün bulunmaması değil var olan düzenlemenin neden işletilemediğidir. Uygulamada bir yargı kararı olmaksızın tazminat talebine olumlu cevap vermemek Türk idari teşkilatı içinde görevli olan ita amirleri için normal bir durumdur. Tazminat talep başvurusu üzerine yapılan incelemeye ve delillere göre idarenin tazmin sorumluluğu sabitken bu güne kadar uzlaşma yolunu seç(e)meyen idarenin 659 ile nasıl bir uzlaşma yolunu seçeceği ve ita amirlerinin bu yetkilerini nasıl kullanacakları da merak konusudur. İdarenin uzlaş(a)mama tavrının 659 sayılı KHK sonrasında da devam edeceğini ve hiçbir idari makamın uzlaşma yolunu seç(e)meyeceğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Tıbbi uygulama hatası nedeniyle zarar gören kişinin maddi ve manevi zararlarının tazmini gerekir. Zararlarının tazmininde Yargıtay ile Danıştay arasındaki görüş farklılığı "efor" tazminatında görülmektedir. Yargıtay kişinin zararlandırıcı eylem nedeniyle aynı konumdaki kişilere göre daha fazla efor sarf etmesi nedeniyle zararlar arasında efor tazminatına da yer verirken Danıştay bu konuda aksini düşünmektedir. Biz bu konuda Yargıtay'ın görüşünün daha hakkaniyetli bir yaklaşım olduğunu değerlendirmekteyiz.

Tıbbi uygulama hatalarının çözümü tamamen özel ve teknik bir bilgi gerektirmektedir. Dolayısıyla adli, idari veya ceza yargısı olsun bu türden bir iddia olan dosyalarda mutlaka bilirkişi raporu/raporları ile çözüme gitmektedir. Ancak uygulamadaki en önemli sorunlardan bir tanesi bütün dosyaların adli tıp kurumuna gönderilmesi yolunun tercih edilmesidir. Adli tıp kurumu ihtisas kurulları tarafından düzenlenen bazı raporlarda ilgili branş uzmanı dahi bulunmadan rapor düzenlendiği görülmektedir. Hekimin uyguladığı tıbbi müdahalenin güncel tıp verilerine uygun olup olmadığının denetlenmesinin ya bu eğitim veren üniversiteler ya da ilgili branşın

uzmanlık derneklerinden rapor alınmasının daha uygun olacağını değerlendirmekteyiz.

İdari yargıda 6545 sayılı yasa ile istinaf uygulaması getirilmiş ancak henüz yürürlüğe girmemiştir. Bu düzenleme ile öncelikle Danıştay'ın iş yükünün azaltılmasının, davanın niteliğine göre bazı davaların istinaf mahkemesince kesin olarak karara bağlanmasının sağlanmasının amaçlandığı değerlendirilmektedir. Uygulamada Danıştay'ın bu kadar iş yükünün fazla olmasının en önemli sebeplerinden birisi idare aleyhine verilen kararların idarece mutlaka önce temyiz daha sonrasında da karar düzeltme yoluyla Danıştay'a gönderilmesi yolunun kullanılmasıdır. Aynı olayla ilgili olsa ve Danıştay denetiminden geçmiş olsa bile benzer nitelikli davaların daha sonra açılması halinde bile idare mutlaka kararları temyiz etme yoluna gitmektedir. Bu durum idareye yapılan başvuruda uzlaş(a)mayan idarenin yetkilisinin, burada da "temyizden hukuki yarar yoktur" diyememesinden ve idarenin harçtan muaf tutulmasından kaynaklanmaktadır. Kanaatimizce öncelikle kamu kurumlarının amirlerine bu konuda takdir yetkisinin verilmesi ve özellikle hukuk müşavirleri bu konuda sorumluluk alarak temyizinde hukuki yarar olmayan dosyaların sorumluluktan kurtulmak adına temyiz edilmesi yoluna son verilmesi gerekir.

KAYNAKLAR

Akgül, Aydın, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Kişisel Verilerin Korunması Hakkı”, **Terazi Aylık Hukuku Dergisi**, C: 9, Sayı:92, Nisan 2014. Ss.72-81.

Akyıldız, Sunay ve Hasan Özkan. **Hasta-Hekim Hakları ve Davaları**, Seçkin Yayınları, Ankara 2008.

Akyıldız, Sunay. “Tıbbın Uygulanmasından Doğan Tazminat Davaları ve Temel Unsurları”, **Tıp Hukuku Dergisi**, Legal Yayınları, Cilt: 1, Sayı:1, 2012. ss.205-213.

Akyılmaz, Bahtiyar. “Sağlık Kamu Hizmetini Yürüten Kamu Görevlilerinin Neden Olduğu Zararlardan Devletin Sorumluluğu”, **Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Lefke Avrupa Üniversitesi II. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 17-18 Mayıs 2010**, Editör: Nilgün Sarp, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, ss. 105-122.

Atay, Ender Ethem. **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara 2012.

Atay, Ender Ethem. Odabaşı, Hasan. **İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010.

Aşçıoğlu, Çetin. **Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar**, Ankara 1993.

Aşçıoğlu Çetin. **Yargılamada Maddi Gerçeğin Belirlenmesi ve Kanayan Yara Bilirkişilik**, Sözkesen Matbaa, Ankara, 2010,

Avcı Mustafa. “İdari Yargıda İstinaf”, **TBB Dergisi** 2011, TBB Yayınları, ss.179-204.

Ayaz, Suphi. **Tıbbi Bilirkişilik**, Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı, Yayın No: 493, Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı Yayınları, Ankara 1982, ss. 31-34.

Başgil, A. Fuad. **Devletin ve Diğer Amme Hükmi Şahıslarının Mesuliyeti Meselesi**, Hukuk İlmini Yayma Kurumu, Konferanslar Serisi: 59, Yeni Cezaevi Matbaası, Ankara 1940.

Başpınar, Veysel. **Hekimin Özen Borcu**, Sağlık Hukuku Sempozyumu, 15-16 Mayıs 2006 Erzincan, Yetkin Yayınları, Ankara 2007.

Başpınar, Veysel. “Tıp Etiği ve Bilgi Edinme Hakkı Açısından Meslek Sırrı”, **Sağlık Alanında Etik ve Hukuk Uluslararası Sempozyumu**, Yeditepe Üniversitesi ve Roche Müstahzarları Sanayi A.Ş. 17-19 İstanbul Nisan 2008.

Bayındır, M. Savaş. “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:XI, S:1-2, Yıl:2007, ss. 551-589.

Belgesay, Mustafa Reşit. **Tıbbi Mesuliyet**, M. Sıralar Matbaası, İstanbul 1954.

Belgesay, Mustafa Reşit, “Hekimin Hukuki Borçları”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 4 Sayı:3-4 Kenan Matbaası, İstanbul 1945. ss. 108-127.

Budak, Ali Cem. “İspat Hukuku Açısından Hekimin Meslek Sırrı”, **Sağlık Alanında Etik ve Hukuk Uluslararası Sempozyumu**, 17-19 Nisan 2008 İstanbul, Roche Yayınları, ss. 545-555.

Bilgin, Hüseyin. **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk İdari Yargısına Yansımaları**, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.

Çağlayan, Ramazan. **İdari Yargılama Hukuku**, Seçkin Yayınları, Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara 2014.

Çağlayan, Ramazan. “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusursuz Sorumluluğu”, **Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erzincan 5-16 Mayıs 2006**, Yetkin Yayınları. Ankara 2007. ss. 117-133.

Çağlayan, Ramazan. “Sağlık Hizmetlerinden İdari Sorumluluk”, **Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Girne-Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu, 2-3 Mart 2009 Girne/KKTC**, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, ss.95-110.

Çağlayan, Ramazan. “İdari Eylemden Doğan Tam Yargı Davalarında Dava Açma Süreleri”, **AÜEHFD**, C: IX, S:3-4, (2005), ss.17-33.

Çal, Sedat. İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Sorumluluğu Üzerine Gözlemler, **Uluslararası Türk-Amerikan Tıp Hukuku ve Etiği Sempozyumu**, Seçkin Yayınları (Editörler: Çağlar Özel, Burcu Gülseren Özcan Büyüktanır,) Ankara 2014.

Canbolat, Ferhat. “Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Kaynaklanan Sorumluluğunun Dayanağı”, **TBB Dergisi**, Sayı:80, Ankara 2009. ss.156-181.

Çatak, IriZ Betül. **Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.

Çelik, Safa. 2002-2007 Yılları Arasında Sağlık Çalışanlarının Hatalarına İlişkin Yüksek Sağlık Şurası Dosyalarının Değerlendirilmesi, **Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu**, XII. Levha Yayınları, İstanbul 2011, s. 267-271.

Çınarlı, Serkan. **İdarenin Sağlık Hizmetinin Sunumundan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu**, Orion Yayınları, Ekim 2013.

Çınarlı, Serkan., Ezgi Avcıoğlu, Seyit Ali Kızılkaya. “Plastik ve Rekonstrüktif Cerrahinin İçerisinde Yer Alan Estetik Operasyonların Hukuki Olarak

Nitelendirilmesi ve İdari Yargı Sürecine Etkileri”, **Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 1, Sayı:1, Yıl:2013.ss.187-222.

Doğan, Cahid. “İdarenin Kusur Sorumluluğunda Rücu”, **VIII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Hekim Sorumluluğu 7-8 Ekim 2011 Diyarbakır**, Editörler: Hakan Hakeri ve Henning Rosenau, Adalet Yayınevi, Ankara 2012. ss.99-191.

Doğan, Murat. “Hukuki Sorumluluk Bakımından Hekimin Kusuru ve İspatı”, **Sağlık Hukuku Sempozyumu Erzincan 15-16 Mayıs 2006**, Yetkin Yayınları, Ankara 2007. ss. 39-55.

Doğan, Murat. “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, **Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk**, Sempozyum, 16-17 Ocak 2009 Mersin, Bildiriler, Mersin Barosu Yayınları, Şen Matbaa, Ankara, ss. 41-60.

Dinler, Veysel. “Devlet İktisadi ve Sosyal Ödevlerinin Sınırı Açısından İdarenin Sorumluluğu”, **Hitit Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Cilt: 1, Sayı:1, Aralık 2008. ss. 1-19.

Dural, Mustafa. “Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, **Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu 24-25 Nisan 2008 İstanbul**, XII Levha Yayınları, İstanbul, Ocak 2011, ss. 249-258.

Ekici Şahin, Meral. **Ceza Hukukunda Rıza**, XII Levha Yayınları, İstanbul, Ocak 2012.

Er, Ünal. **Sağlık Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara 2008.

Ersöz, Ahmet. Kürşat. **Türk İdaresinin Sağlık hizmetlerinden Kaynaklanan Sorumluluğu**, XII Levha Yayınevi, İstanbul 2012.

Ersöz, Kürşat “Tıbbi Müdahale Kavramı ve Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları”, **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Yıl 5, Sayı 45, Mayıs 2010, ss. 105-122.

Ertan, İzzet Mert. **Uluslararası Boyutuyla Sağlık Hakkı**, Legal Yayıncılık, İstanbul, Kasım 2012.

Gencer, Zafer Adem. **Ceza Hukuku Kapsamında Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, Bilge Yayınevi, Ankara 2014.

Gökcan, Hasan Tahsin. **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, Seçkin Yayınları, Şubat 2013.

Gökcan, Hasan Tahsin, **Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku**, Seçkin Yayınları, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 2010.

Gözler, Kemal ve Gürsel Kaplan. **İdare Hukuku Dersleri**, 11. Baskıdan Tıpkı Ek Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, Ekim 2011.

Gözler, Kemal. **İdare Hukuku**, Ekin Yayınları, İkinci Baskı, Cilt:II, Bursa, 2009.

Gözübüyük Abdullah Pulat, **Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller**, Ankara Basım ve Cilt Evi, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş İkinci Basım, Ankara 1957.

Gözübüyük, A. Şeref ve Turgut Tan. **İdare Hukuku, Cilt 1, Genel Esaslar**, Güncelleştirilmiş 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2010.

Gözübüyük, A. Şeref ve Turgut Tan. **İdare Hukuku, Cilt 1, İdari Yargılama Hukuku**, Güncelleştirilmiş 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2010.

Gülşen, Recep. “Hekimin Malpraktisten Kaynaklanan Cezai Sorumluluğu”, **Tıp Hukuku Dergisi**, Cilt:1, Sayı: 1, Yıl: 2012. ss. 43-67.

Günday, Metin. **İdare Hukuku**, 3. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara 1998.

Günday, Rezzan. **Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk**, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.

Hakeri, Hakan. **Tıp Hukuku**, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Mayıs 2012.

Hatırnaz Erol, Gültezer. **Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları**, Seçkin Yayınları, 3. Baskı, Ağustos 2013.

Hızal, Abdullah, “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma”, **LEGES İzmir Üniversitesi Sağlık Hukuku Dergisi**, Yıl:1, Sayı:2, Nisan, Mayıs, Haziran 2014. ss. 5-39

Hızal, Sevinç Arslan, “Tıbbi Müdahalelerde Olası Kast ve Bilinçli Taksirin Ayırımı”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Seçkin Yayınları, Yıl:7, Sayı: 18, Nisan 2012, ss. 225-253.

İnal, H. Tamer. “Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve İdari Sorumluluk Türlerinin Yakınlaştırılması”, **Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl:2013, Sayı: 6,

Kalabalık, Halil. “Sağlık Hukukunda Kamu Görevlilerinin Sorumluluğu”, **Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Lefke Avrupa Üniversitesi III. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 25-26 Nisan 2011**, Editörler: Nilgün Sarp ve Cahit Doğan, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, ss. 239-325.

Kara, Mithat, Abdullah Hızal, Sevinç Arslan Hızal. **Aydınlatılmış Onam**, İzmir Tabip Odası Yayınları, İzmir 2009.

Kaya, Cemil. **İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetim**, XII Levha Yayınları, İstanbul 2014.

Kıcalıoğlu, Mustafa. **Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları**, Adalet Yayınları, Ankara 2011.

Kızılyel, Serkan ve İbrahim. Kaylan, “Sağlık Hizmeti ve İdarenin Tazmin Yükümlülüğü Üzerine Düşünceler”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Ağustos 2010, Sayı: 48.

Mosenheuer, Andreas, Hekimlerin Cezalandırılabilirliğinin Sınırı Olarak Varsayımsal Rıza, **Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Nisan 2008, (Çev. Hakan Hakeri)

Odyakmaz, Zehra. Kaymak ve İsmail. Ümit. Ercan, **İdari Yargı**, XII Levha Yayınları, Güncellenmiş 9. Baskı, İstanbul 2013, s. 221.

Odyakmaz, Zehra. Çınarlı, Serkan. **İdari Uyuşmazlıklarda Yargı Öncesi Çözüm Usullerinin Uygulanabilirliği**, Orion Kitabevi, Ankara 2013.

Odyakmaz, Zehra. “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kurumsal Sorumluluğu Açısından Avukatın Gözönünde Bulundurması Gereken Hususlar”, **Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk**, Sempozyum, 16-17 Ocak 2009 Mersin, Bildiriler, Mersin Barosu Yayınları, Şen Matbaa, Ankara, ss. 199-235.

Özpınar, Berna. “Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamadan Doğan Hukuki Sorumluluğun Sebepleri ve Sonuçları”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl:66, Sayı:3 Yaz 2008, ss. 90-103.

Savaş, Halide. **Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları Tıbbi Malpraktis Tıbbi Davaların Seyri ve Sonuçları**, Seçkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara, Haziran 2013.

Somer, Pervin. Hekimin Hukuki Sorumluluğu, **Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 24-25 Nisan 2008**, XII Levha Yayınları, İstanbul 2011. ss.41-57.

Şimşek, Oğuz, **Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, Beta Yayınları, İstanbul 2008.

Tacir, Hamide. **Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı**, I. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.

Taneri, Gökhan. **Hasta Hakları**, Bilge Yayınevi, Ankara 2014.

Tahmazoğlu Üzeltürk, Sultan. **Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı (Ulusal ve Uluslararası Boyutuyla)**, Legal Yayıncılık, İstanbul, Aralık 2012.

Top, Mehmet. Ömer Gider, Yunus Taş, Seher Çimen, Hekimlerin Tıbbi Hatalar Neden Olan Faktörlere İlişkin Değerlendirmeleri: Kocaeli İlinde Bir Alan Çalışması, **Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi**, C:11, Sayı:2 (2008), ss. 161-199.

Tümer, Ali Rıza. **Cerrahi Branşlar Açısından Hukuki Sorumluluklar ve Malpraktis**, Matsis Matbaası, İstanbul 2013,

Türk Dil Kurumu **Okul Sözlüğü**, Türk Dil Kurumu Yayınları, Milliyet 1997, s. 582.

Türkmen, Ali. **Hasta ve Hekim Hukuku**, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2013.

Uysal, Büşra. “İdarenin Sağlık Hizmetlerinde Kusurlu Sorumluluğu”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, Sayı:77-78, Ocak, Şubat 2011.

Ünver, Yener. “Doktorların Malpraktis Nedeniyle Ceza Sorumluluğu ve Malpraktis-Komplikasyon Ayırımı”, **Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, Sempozyum**, 16-17 Ocak 2009 Mersin, Mersin Barosu Yayınları, Şen Matbaa. ss.149-177.

Yaşar, Hasan Nuri, **İdare Hukuku**, Der Yayınları, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, İstanbul 2014.

Yaycı, Nesime. “Komplikasyon ve Malpraktis Ayrımı”, **Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu**, 24-25 Nisan 2008, XII Levha Yayınları, İstanbul 2011. ss.29-40.

Yenerer Çakmut, Özlem. “Hastanın Tedaviyi Reddetme veya Durdurma Hakkı”, **Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Girne-Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu**, 2-3 Mart 2009 Girne/KKTC, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, ss. 41-93.

Yenerer Çakmut, Özlem. “Sağlık Hukukunun Temel Esasları ve Özellikle Aydınlatılmış Onam”, **Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk**, Sempozyum 16-17 Ocak 2009 Mersin, Bildiriler, Mersin Barosu Yayınları, ss. 1-40.

Yenerer Çakmut, Özlem. **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, Legal Yayınevi, İstanbul 2003.

Yenerer Çakmut, Özlem. “Tıpta Aydınlatma ve Rıza”, **Roche Sağlık Hukuku Günleri**, 1 Tebliğler, I. Baskı, Temmuz 2007, ss. 1-31.

Yenidünya, Ahmet Caner. İçer, Zafer. **Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik**, Adalet Yayınları, Ankara 2013.

Yenidünya, A. Caner. “Hekimin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu”, **Sağlık Hukuku’nda Dünyadaki Son Gelişmeler**, Roche Müstahzarları A.Ş., İstanbul 2009. ss.65-86.

Yenisey, Feridun, “Tedavi Açısından İlgilinin Rızası”, **Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Nisan 2008.

Yıldırım, Akif. “Anayasa Mahkemesinin Tıbbi Hatadan Kaynaklı Uyuşmazlıklara Bakışı”, **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Seçkin Yayıncılık, Cilt: 9, Sayı: 92, Nisan 2014, ss. 119-122.

Yıldırım, Ramazan. **İdare Hukuku Kavramları Sözlüğü**, Mimoza Yayınları, Konya 2006.

Yıldırım, Ramazan. İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan İdare Hukuku Kapsamındaki Sorumluluğu, **VIII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Hekim Sorumluluğu 7-8 Ekim 2011 Diyarbakır**, Editörler: Hakan Hakeri ve Henning Rosenau, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, ss.193-215.

Yılmaz, Battal. **Açıklamalı-İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu**, Genişletilmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ekim 2010.

Yılmaz, Mustafa. “İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Kusur Sorumluluğu”, **Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erzincan 15-16 Mayıs 2006**, Yetkin Yayınları, Ankara 2007. ss. 135-146.

Zeytin, Zafer “Hasta-Hekim İlişkisinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, **VIII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Hekim Sorumluluğu 7-8 Ekim 2011 Diyarbakır**, Editörler: Hakan Hakeri ve Henning Rosenau, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, ss. 1-36.