T.C. KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI

SAĞLIK KAMU HİZMETİNDE İDARENİN TAZMİNAT SORUMLULUĞU

(DOKTORA TEZİ)

Muhammet TOKALI

KOCAELİ 2016

T.C. KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI

SAĞLIK KAMU HİZMETİNDE İDARENİN TAZMİNAT SORUMLULUĞU

(DOKTORA TEZİ)

Muhammet TOKALI

Prof. Dr. N. İlker ÇOLAK

KOCAELİ 2016

T.C. KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
İDARE HUKUKU BİLİM DALI

SAĞLIK KAMU HİZMETİNDE İDARENİN TAZMİNAT SORUMLULUĞU

(DOKTORA TEZİ)

Tezi Hazırlayan: Muhammet TOKALI

Tezin Kabul Edildiği Enstitü Yönetim Kurulu Karar ve No: 15.07.2016/14

Jüri Başkanı: Prof. Dr. Gürsel ÖNGÖREN

Jüri Üyesi: Prof. Dr. N. İlker ÇOLAK

Jüri Üyesi: Doç. Dr. Kemal ŞAHİN

Jüri Üyesi: Doç. Dr. Mehmet ŞENGÜL

Jüri Üyesi: Yrd. Doç. Dr. Ö. Faruk DİREK

KOCAELİ 2016

İÇİNDEKİLER

ÖZET ..... **Vİ**
ABSTRACT ..... **Vİİ**
KISALTMALAR ..... **Vİİİ**

BİRİNCİ BÖLÜM
SAĞLIK HİZMETİ

1. İDARENİN FAALİYET ALANLARI VE KAMU HİZMETİ **7**
2. SAĞLIK HAKKI VE SAĞLIK HİZMETİ KAVRAMI **11**
2.1. Sağlık Hakkı Kavramı 11
2.2. Uluslararası Metinlerde Sağlık Hakkı 15
2.2.1. Sağlık Hakkının Doğuşu: WHO Anayasası 16
2.2.2. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi 16
2.2.3. Amerika Hastaneler Birliği Hasta Hakları Bildirgesi (1972) 17
2.2.4. Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi (1981) 18
2.2.5. Amsterdam Hasta Hakları Bildirgesi (1994) 18
2.2.6. Bali Hasta Hakları Bildirgesi (1995) 19
2.2.7. Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü (Ana Sözleşme- 2002) 20
2.3. Sağlık Hizmeti Kavramı 20
2.4. Sağlık Hizmetinin Nitelikleri 22
2.4.1. Süreklilik ve Düzenlilik 22
2.4.2. Değişkenlik ve Uyarlama 24
2.4.3. Eşitlik İlkesi 25
3. SAĞLIK KAMU HİZMETLERİNDE ÜCRET **26**
4. SAĞLIK HİZMETİNİN TÜRLERİ **28**
4.1. Genel Olarak 28
4.2. İşlevsel Anlamda Sağlık Hizmetinin Türleri 29
4.2.1. Koruyucu Sağlık Hizmeti 29
4.2.2. Teşhis ve Tedavi Edici Sağlık Hizmeti 33
4.2.3. Rehabilite Edici Sağlık Hizmetleri 35
4.2.4. Geliştirici Sağlık Hizmetleri 36
4.2.5. Sağlık Alanındaki Diğer Hizmetler 37
4.3. Organik Anlamda Sağlık Hizmeti Türleri 37
4.3.1. Genel Olarak 37
4.3.2. Kamu Sağlık Hizmeti 38
4.3.3. Özel Sağlık Hizmeti 41

5. SAĞLIK HİZMETİNİN TARAFLARI 45
5.1. Sağlık Hizmeti Veren Kamu Tedavi Kuruluşları 45
5.1.1. Sağlık Ocakları 45
5.1.2. Hastaneler 46
5.1.3. Dispanserler 46
5.1.4. Ağız ve Diş Sağlığı Merkezleri 47
5.1.5. Ana Çocuk Sağlığı ve Aile Planlaması Merkezleri 47
5.2. Sağlık Mesleği Mensupları 48
5.2.1. Hekimler 48
5.2.2. Diş Hekimleri 50
5.2.3. Hemşireler 51
5.2.4. Ebeler 52
5.2.5. Klinik Psikologlar 53
5.2.6. Fizyoterapistler 53
5.2.7. Diğer Sağlık Mesleği Mensupları 54

İKİNCİ BÖLÜM

SAĞLIK HİZMETİNDE HİZMET KUSURU

1. GENEL OLARAK 55
2. İDARE HUKUKUNDA KUSUR KAVRAMI 55
3. İDARE HUKUKUNDA KUSUR TÜRLERİ 59
3.1. Genel Olarak 59
3.2. Hizmetin İşlememesi 60
3.3. Hizmetin Kötü İşlemesi 61
3.4. Hizmetin Geç İşlemesi: 63
4. SAĞLIK KAMU HİZMETİNDE KUSUR 66
5. SAĞLIK HİZMETİNDE KUSUR TÜRLERİ 69
5.1. Tıbbi Uygulama Hatası 69
5.1.1. Tıbbi Uygulama Hatası Kavramı (Malpractice) 70
5.1.2. Tıbbi Uygulama Hatası Türleri 75
5.1.2.1. Tanı Hatası 76
5.1.2.2. Tedavi Hatası 80
5.1.2.2.1. Tedavi Yönteminde Hata 81
5.1.2.2.2. Tedavinin Yapılmaması veya Geç yapılması 82
5.1.2.2.3. Tedavi Uygulama Hataları 83
5.1.2.2.4. Konsültasyon Hataları 86

5.1.2.2.5. Enfeksiyon ve Hijyen Kurallarına Uyulmama 88
5.1.2.3. Özen Eksikliği 91
5.1.2.4. Bilgilendirme ve Rıza Eksikliği 93
5.1.2.4.1. Bilgilendirme (Aydınlatma) Yükümlülüğü 93
5.1.2.4.2. Aydınlatılmış Onam(Rıza) Eksikliği 96
5.1.2.4.3. Uluslararası Metinlerde Bilgilendirme ve Rıza 100
5.1.2.5. Uzmanlık Sınırının Aşılması 102
5.2. Organizasyon Hatası 102
5.3. Özel Sağlık Hizmetinde Denetim ve Gözetim Eksikliği 105
5.4. Sağlık Hizmetinin Kurulmaması 108
6. SAĞLIK KAMU HİZMETİNDE KUSUR AYRIMI 109
6.1. Basit Kusur, Ağır Kusur, Şahsi Kusur Kavramları 109
6.2. Sağlık Hizmetinde Kusur Ayrımının ve Tazminata Etkisi 112
6.2.1. Genel Olarak 112
6.2.2. Tazminatta Ağır Hizmet Kusurunun Gerekliliği Sorununa Danıştay Yaklaşımı 114
7. SAĞLIK KAMU HİZMETİNDE KUSURUN TESPİTİ 117
7.1. Sağlık Hizmeti Kusurlarının Tespitinde Bilirkişilik 117
7.2. Bilirkişilik Kurumları 121
7.2.1. Yüksek Sağlık Şurası 121
7.2.2. Adli Tıp Kurumu 124
7.2.2.1.Kuruluş ve Görevleri 124
7.2.2.2. Çalışma Esasları 126
7.2.2.3. Adli Tıp Kurumunun Hizmet Kusuru Yaklaşımı ve Danıştay Uygulamaları 129
7.2.3. Yükseköğretim Kurumları 130
8. SAĞLIK HİZMETİNDE KUSURSUZ SORUMLULUK 132
8.1. Genel Olarak 132
8.2. Sağlık Hizmetinde Kusursuz Sorumluluğun Olabilirliği 138

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SAĞLIK HİZMETİNDE ZARAR

1. GENEL OLARAK 143
2. ZARARIN NİTELİKLERİ 144
2.1. Zararın Gerçekliği 145
2.2. Zararın Özelliği 146
2.3. Zararın Meşruluğu 147

2.4. Zararın Parasallığı 147
3. ZARARIN TÜRLERİ 148
3.1. Maddi Zarar 148
3.1.1. Maddi Zararın Türleri 149
3.1.1.1. Ölüme Bağlı Maddi Zarar 149
3.1.1.1.1. Ölüm Öncesi Tedavi Giderleri 151
3.1.1.1.2. Cenaze ve Defin Giderleri 152
3.1.1.1.3. Destekten Yoksun Kalma Tazminatı 154
3.1.1.2. Bedensel (Cismani) Maddi Zarar 160
3.1.1.2.1. Tedavi Giderleri 162
3.1.1.2.2. Çalışma Gücünden Yoksunluk 165
3.1.1.2.2.1. Çalışma Gücünden Geçici Olarak Yoksunluk 167
3.1.1.2.2.2. Çalışma Gücünden Sürekli Olarak Yoksunluk 169
3.1.1.2.3. Ekonomik Geleceğin Güçleşmesi 173
3.2. Manevi Zarar 174
3.2.1. Manevi Zarar Kavramı 174
3.2.2. Manevi Zararın Kapsamı ve Türleri 181
3.2.2.1. Ölüme Bağlı Manevi Zarar 183
3.2.2.2. Bedensel Manevi Zarar 187
3.2.2.3. Kişilik Haklarına Bağlı Manevi Zarar 191
3.2.3. Manevi Zararın Takdiri 193
3.2.4. Manevi Zarara Faiz İşletilmesi Sorunu 197

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

SAĞLIK HİZMETLERİNDE ZARARLA İLLİYET BAĞI VE İDARENİN TAZMİNAT SORUMLULUĞUNU ETKİLEYEN HALLER

1. GENEL OLARAK İLLİYET BAĞI KAVRAMI 209
2. SAĞLIK HUKUKUNDA İLLİYET BAĞI 210
3. İLLİYET BAĞINI KALDIRAN VE ZAYIFLATAN DURUMLAR 212
3.1. Mücbir Sebep (Force Majeure) 212
3.2. Beklenmeyen Hal (Cas Fortuits) 213
3.3. Üçüncü Kişinin Kusuru 215
3.4. Zarar Görenin Kusuru 216
3.5. Kişisel Kusur 218
3.5.1. Kişisel Kusur Türleri 221
3.5.1.1. Suç Oluşturan Eylemler 221

3.5.1.2. Ağır Kusur Halleri 222
3.5.1.3. Kötü Niyetli Eylemler 223
3.6. Görev Kusuru 226
SONUÇ 228
KAYNAKÇA 233

ÖZET

Sağlık ve sağlık sorunları herkesi yakından ilgilendiren hususlardır. Uygulama hatasından kaynaklanan sonuçların telafi zorluğu sebebiyle, tıbbi uygulama hatası kavramı hukuki ve sosyal olarak güncelliğini yitirmemektedir. Uygulama hatasından kaynaklanan tazminat davaları ve doktorların kişisel kusurları sebebiyle açılan adli davalarda hızlı bir artış gözlemlenmektedir.

Konu sadece ulusal değil, uluslararası alanda da yakından izlenmektedir. Hasta haklarının temel insan haklarından birisi olması ve hastaların kırılgan ve savunmasız durumda bulunmaları sebebiyle, 1981 yılından itibaren hasta haklarına yönelik Lizbon, Amsterdam, Bali ve Roma (Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü) olmak üzere dört uluslararası bildirge yayınlanmıştır.

İdare hukukunda tazminat usulüne ilişkin yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Borçlar Kanunu'nda maddi ve manevi tazminata yönelik bazı düzenlemeler var ise de, Danıştay idarenin tazminat sorumluluğuna ilişkin Borçlar Kanunu'nun uygulanamayacağına hükmetmektedir. Bu sebeple, İdare Hukukunda tazminat usulü sadece yargı kararlarıyla şekillendiğinden, çalışmamızda başta Danıştay olmak üzere AYİM, Yargıtay, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ilgili bölümlerde yer verilerek çalışma zenginleştirilmiştir.

Ancak, mahkemeler arası içtihat farklılıkları, tazminat hesaplama yönteminin karmaşık oluşu ve komplikasyon kavramına yönelik Danıştay ve Adli Tıp Kurumu'nun farklı yaklaşımları idarenin sağlık hizmetlerinden kaynaklanan tazminat sorumluluğunu belirsiz hale getirmektedir. Bu nedenle, tazminat hukukunda mahkemelerin bilirkişi incelemesine ihtiyaç duymayacakları yalın bir yasal düzenleme getirilmesine ihtiyaç vardır.

Çalışmamız dört bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde sağlık hakkı ve sağlık hizmeti kavramları açıklandıktan sonra, uluslararası metinlerde geçen sağlık hakkı ve hasta hakları, sağlık hizmeti türleri ve son olarak da sağlık çalışanları ayrıntılı olarak açıklanmıştır. İkinci bölümde sağlık hizmetinde kusur kavramı, kusur tespitine yönelik resmi bilirkişi olan kurum ve kuruluşlar ile sağlık hizmetinde kusursuz sorumluluğun olabilirliği üzerinde durulmuştur. Üçüncü bölümde, bedensel sakatlık ve ölüm halinde meydana gelecek maddi ve manevi zararların nelerden ibaret olduğu ortaya konulmuş, son olarak ise, tazminata hükmedilebilmesi için gerekli olan illiyet bağı ve tazminat sorumluluğunu etkileyen diğer hususlar açıklanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Sağlık hakkı, sağlık hizmeti, hizmet kusuru, Komplikasyon, illiyet bağı.

ABSTRACT

The health and health problems interest everybody closely. The term of medical malpractice is still current issues legally and socially because of compensation difficulties come from medical malpractice. Compensation cases based on medical malpractice and the other cases related to doctors' personal mistakes have increased rapidly.

This issue has been followed closely not only national scope but also international scope. The four international declaration (Lizbon, Amsterdam, Bali and Roma Declarations) intended for the rights of patients has been declared since 1981 because the rights of patients are human rights and patients are fragile and vulnerable.

There isn't any regulation about the procedure of compensation at the administrative law. Even though there is some regulations for the pecuniary and non-pecuniary damages in Turkish Obligations Act, The Council of State does not apply Obligations Act for damages liability of government. Therefore, this study was enriched by putting the judgments of the Council of State, the Military Administrative High Court, the Court Cassation, Constitutional Court and European Court of Human Rights because compensation procedures at the administrative law are formed by the judgments.

However, the differences between courts judgments, complexity of compensation calculation method and different aspects of complication term between the Council of State and the Institution of Forensic Medicine make liability of the administration result from health services unclear. Thus, it is needed to have a simple legal regulation so that the courts must not to get the experts opinion at compensation law.

This study consists of four part. In the first part, after the right of healtcare and the term of health service are defined, the right of healtcare, the rights of patients, the kinds of health services and finally health workers at the international documents are explained in detail. The malpractices at the health services, the institutions which are official experts to determine malpractice and whether there is a liability without any malpractice at the health services are dwelled on in the second part of this study. In the third part, what the pecuniary and non-pecuniary damages result from physical disability and dead are presented. In the final part, casual connection and the other elements of damages liability to compensate are explained.

Key words; right of healtcare, health service, service defect, complication, casual connection

KISALTMALAR

a.g.m : Adı geçen makale

a.g.t : Adı geçen tez

ABD: Ankara Barosu Dergisi

age : Adı geçen eser

AİHS: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

AMKD: Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi

ATAUM: Avrupa Toplulukları Araştırma ve Uygulama Merkezi

AÜHFD : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

AÜHFY: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları

AYİM : Askeri Yüksek İdare Mahkemesi

AYİMD : Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi

AYM: Anayasa Mahkemesi

bkz : Bakınız

C: Cilt

CGK: Ceza Genel Kurulu

Çev : Çeviren

D : Daire

Dan : Danıştay

DD : Danıştay Dergisi

HD: Hukuk Dairesi

E : Esas numarası

e.t: Erişim tarihi

Fak.: Fakültesi

HD: Hukuk Dairesi

HMK: Hukuk Muhakemeleri Kanunu

İBD: İstanbul Barosu Dergisi

İDDK : İdari Dava Daireleri Kurulu

İHFM : İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası

İÜHFY: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları

K : Karar numarası

KHK: Kanun Hükmünde Kararname

KİT: Kamu İktisadi Teşekkülleri

m: Madde

MÜHF: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

RG: Resmi Gazete

s : Sayfa

S : Sayı

SBF: Siyasal Bilgiler Fakültesi

T.C: Türkiye Cumhuriyeti

TODAİE: Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü

TTB: Türkiye Barolar Birliği

TTK: Türk Tarih Kurumu

vd: Ve diğerleri

Y: Yıl

Yarg: Yargıtay

YHGK: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

YSŞ: Yüksek Sağlık Şurası

GİRİŞ

Sağlık, bireyin varlığı ve yaşam fonksiyonuna olan özel katkısı ve özgül kıymeti nedeniyle son derece önemlidir. Sağlığın birey ve toplum için özel bir anlamı ve önemi vardır. (Gostin, 2008: s.7) Kişilerin, kendilerini huzurlu ve güvende hissedebilmelerinin temel gereklerinden birisi de, istedikleri veya gereksinim duydukları anda yeterli donanımda bir sağlık kuruluşunda sağlık hizmetlerinden istifade edebilmeleridir. Sağlığa yönelik uygulamalar, kişilerin vücut bütünlüklerini korumaları veya yaşamlarına eksik bir şekilde devam etmelerini, hatta yaşamlarının devam mı edeceği, yoksa sona mı ereceğini belirleyen, yaşam hakkıyla doğrudan bağı sebebiyle de, diğer bir kısım kamu hizmetlerinden ayrılan temel bir kamu hizmetidir.

Yaşam ve vücut bütünlüğü üzerindeki temel haklar, devletlere pozitif ve negatif yükümlülük yükleyen haklardandır. Devlet, kişiyi bedenen ve ruhen her türlü tehlike, tehdit ve şiddetten muhafaza etme yükümlülüğü altındadır[1]. Sosyal devlet anlayışının bir gereği olarak idare, kâr amacı gütmeksizin kişilere sağlık hizmeti sunmaktadır.

Yıllar önce, sağlık hizmeti almak bir doktorun ofisine giderek olağan muayene ve tetkikleri yaptırmak ya da bir trafik kazası sonrasında acil müdahale, doğum yapmak ya da bir ameliyat yaptırmak için hastaneye gitmek anlamına gelirdi. Buna karşın, tıptaki gelişmeler, nüfusun artması, sağlık hizmetindeki ilerlemeler ve ekonomik iyileşmeler nedeniyle sağlık hizmetinin sunumunda çok büyük değişiklikler olmuştur (Kazmier, 2009: s.2). Ancak, tıp bilimindeki muazzam ilerlemelere rağmen sağlık hizmetinin sunulması sırasında gerek dikkat, özen, bilgi eksikliği veya organizasyon hatası gibi insani nedenlerle, gerekse insan psikolojisi ve fizyolojisinin bireyden bireye değişkenliği, aynı rahatsızlığın birçok hastalıkta görülebilir olması, her hastalığın değişik kişilerde değişik biçimlerde gelişebilmesi veya tıbbi müdahalelerin karmaşık bir yapıya sahip insan (Hakeri, 2012: s.510)

[1]AYM, 30.12.2010, E:2007/78, K:2010/120, AYM Bilgi Bankası

üzerinde yapılıyor olması gibi sebeplerle, zaman zaman bireylerin vücut bütünlüklerinde veya şeklinde zararlar meydana gelebildiği gibi, yaşamın tümüyle sona ermesi gibi istenmeyen sonuçlar da meydana gelebilmektedir. Bu gibi durumlarda, zarara uğrayan kişinin veya yakınlarının tazminat hakları hukuki ve sosyal bir sorun olarak karşımızda durmaktadır.

Sağlığa ilişkin devletin görevleri, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkıyla doğrudan ilintilidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, idarenin sağlıkla ilgili gerekli özen ve dikkati göstermemesi sebebiyle meydana gelen ölümlerde sözleşmenin 2. maddesinde yer alan; "Herkesin yaşam hakkı Kanunla korunur. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemez" hükmünün ihlal edildiğine hükmetmektedir[2]. Esasen, sağlık hizmetlerindeki eksik veya yanlış uygulamaların yaşam hakkını ihlal ettiği gerçeği fiili bir durumdur. Nitekim, örneğin, Amerika Birleşik Devletleri'nde yapılan bir çalışmada, önlenebilir tıbbi hatalar sebebiyle 1997 yılı itibariyle 44.000 kişinin hayatını kaybettiği tespit edilmiştir (Gökcan, 2013: s.200). Ülkemizde henüz bu türden bir çalışma yapılmamıştır. Ancak, sağlık sisteminin mevcut durumu ve açılan binlerce dava göz önüne alındığında, benzer bir acı tablonun varlığında kuşku bulunmamaktadır.

Sağlık kamu hizmeti en temel hak olan yaşam hakkının bir parçası olması, hastaların savunmasız ve kırılgan olmaları sebebiyle, sadece ulusal değil, uluslararası düzeyde de hasta haklarına ilişkin standartlar belirlenerek devletlerin bu standartlara uymaları teşvik edilmektedir. Bu amaçla 1981 yılında Lizbon, 1994 yılında Amsterdam, 1995 yılında Bali ve 2002 yılında Roma (Hasta Hakları Avrupa Statüsü) hasta hakları bildirgeleri yayınlanmış ve hastalara ayrıntılı haklar tanınmıştır (Erol, 2009: s.1003-1008; Görkey, 2003: s.100-126).

Tıbbi uygulama hataları doğrudan insanın yaşam hakkını hedef alması nedeniyle, gerek ekonomik gelişmişlik düzeyi, gerekse bizatihi insana verilen değerle orantılı olarak, gelişmiş ülkelerde idarenin hatalı eylemleri sebebiyle meydana gelen zararlarda ödenmesine karar verilen tazminatların oldukça yüksek olduğu

[2] 25.06.2013 tarih, Süleyman Ege ve Türkiye, Başvuru no: 45721/09; 09.04.2013 tarih, Mehmet Şentürk-Bekir Şentürk ve Türkiye, Başvuru no: 13423/09. http://www.inhak.adalet.gov.tr. e.t. 21.11.2015

gözlemlenmektedir. Örneğin, yapılan bir araştırmada İngiltere'de 2014/2015 dönemini kapsayan bir yıllık sürede sağlık sorunları sebebiyle ödenen tazminat miktarının 299.890.693 sterlin olduğu görülmüştür[3]. Bu rakam oldukça yüksek olup, yüklü miktarda tazminat ödemek zorunda kalmak istemeyen sağlık kuruluşlarının tıbbi uygulama hatalarından azami derecede kaçınacakları kuşkusuzdur.

Ülkemizdeki duruma gelince, Anayasa'nın 125. maddesinde; idarenin, tesis ettiği işlemler ve yürüttüğü faaliyetler sebebiyle meydana gelen zararlardan sorumlu olduğu düzenlenmiştir. Ancak, zarar kavramı, zararın unsurları, hesaplama veya takdir etme yol ve yöntemlerine ilişkin yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple, idarenin tazmin sorumluluğu, şartları ve hesaplama yöntemi doktrin ve mahkemeler tarafından tespit edilip geliştirilmektedir. Fakat, temel alınan mevzuat hükümlerinin yetersizliğinin de etkisiyle, maddi ve manevi zararların belirlenmesinde bazı sorunlar ve hükmedilen tazminatlar konusunda yargı kararları arasında çelişkiler hemen göze çarpmaktadır. Örneğin, kişinin bedensel bütünlüğüne verilen zararlardan dolayı açılan davalarda, ekonomik geleceğin güçleşmesi veya destekten yoksun kalma tazminatının hesaplanması tümüyle peşin kabullere dayalı ve belirsizliklerle doludur. Bu durum, maddi tazminatta esas alınan gerçek zararların tazmini prensibi ile bağdaşmamaktadır.

Ancak, esas sorun hükmedilecek manevi tazminat miktarlarına ilişkin bulunmaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, sağlık hizmetlerinden kaynaklanan ölüm veya bedensel bütünlüğün ihlali durumlarında, yerel mahkemelerce genel olarak, manevi tazminatın çok düşük miktarlarda belirlendiği görülmektedir. Sadece iki çarpıcı olaya burada yer vermek istiyoruz. Örneğin; idarenin hizmet kusuru sonucu kardeşinin ölümü sebebiyle açılan bir tazminat davasında Ankara 7. İdare Mahkemesi'nce davacıya sadece 5.000 TL manevi tazminat ödenmesine hükmedilmiştir[4]. Yine hastane enfeksiyonu sebebiyle ölen çocuklarından dolayı açılan davada, Edirne İdare Mahkemesi'nce davacı anne ve babanın sosyal ve ekonomik durumu dikkate alınarak her biri için 10.000 TL manevi tazminat ödenmesine hükmedilmiştir[5]. Hükmedilen tazminatın son derece yetersiz olduğu bu ve benzeri örneklere sıklıkla rastlama mümkün olup, Danıştay söz konusu kararların

[3] Ayrıntılı bilgi için: http://www.nhsla.com/currentactivity/Documents/NHS.e.t. 30.01.2016
[4] Ankara 7. İdare Mahkemesi, 02.07.2009 tarih ve E:2009/91, K:2009/1021, UYAP Bilgi Bankası
[5] Edirne İdare Mahkemesi, 15.6.2007 tarih ve E:2005/1873, K:2007/754, UYAP Bilgi Bankası

bir kısmını ödenmesine karar verilen tazminatın yetersiz olduğu gerekçesiyle bozmaktadır. Ancak, ne yazık ki istikrarlı bir içtihat bulunmamaktadır. Danıştay'ın kararlarında sıklıkla yer verdiği manevi tazminatın "zenginleşme aracı" olmaması veya tazminata hükmedilirken davacıların sosyal ve ekonomik durumlarının dikkate alınması yahut bir kısım kararlarında belirttiği tazminata "felaketi özendirir" derecede yüksek hükmedilmemesi gerektiği yolundaki içtihadı yerel mahkemelerce manevi tazminatın yetersiz olarak hükmedilmesinin temel sebeplerinden birisini oluşturmaktadır.

Tazminata ilişkin bir diğer sorun ise, manevi tazminatın davacıların sosyal ve ekonomik durumlarına uygun olması gerektiği yolundaki yaklaşımdır. Buna göre, zengin olan veya sosyal olarak tanınırlığı yüksek olan kişilerin ölmesi durumunda yakınlarına, vücut bütünlüklerinin ihlali durumunda ise, kendilerine ve duruma göre yine yakınlarına daha yüksek oranda manevi tazminat ödenmesi gerekmektedir. Bireylerin konumlarına göre sağlık hizmeti sınıflandırılamayacağına göre, benzer olaylar sebebiyle duyulan acıların da sınıflandırılması mümkün olmayıp, manevi tazminatın takdirine ilişkin bu yaklaşımın yeniden gözden geçirilmesi gerekmektedir.

Sağlık hizmetinden kaynaklanan tazminat sorumluluğu, idarenin hizmet kusuru esasına dayanmakta olup, idarenin sorumluluğu sağlık personelinin sorumluluğuyla birlikte, ya da tek başına söz konusu olmaktadır. İdarenin hatalı sağlık hizmetinden doğan tazminat sorumluluğu, idare adına görev yapan sağlık personelinin cezai sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Öte yandan, kişisel kusur ve hizmet kusuru kavramlarının zaman zaman karıştırıldığı görülmektedir. Kişisel kusur; kamu personelinin görevi ile ilgili olmayan, tamamen hizmet dışında, ya da hizmet içinde olmakla birlikte görevinin amacı ve gerekleriyle bağdaşmayan, hizmetten soyutlanması gereken subjektif tutum ve davranışlarıdır (Yenice ve Esin, 1983: s.322). Ancak, idarenin çalıştırdığı personelin yeterliliğinden ve eylemlerinden sorumlu olduğu dikkate alındığında, hizmet kusuru ve kişisel kusur ayrımının yine kolaylıkla yapılması mümkün görülmemektedir. Nitekim, Yargıtay 2011 yılına kadar istikrarlı olarak, sağlık personelinin kötü niyetli eylemleri, ihmal, kasıt veya ağır kusurlu olduğu durumlarda kişisel kusurun varlığını kabul ederken, bu tarihten sonra içtihat değişikliğine gittiği gözlemlenmektedir[6]. Yeni görüşe göre, Anayasa'nın

[6] Yarg.,4.HD., 05.07.2011, E: 2011/6946, K:2011/7847, Yargıtay Bilgi Bankası

129/5 maddesiyle, 657 sayılı Devlet Memurları Yasası'nın 13. maddesi, yorum gerektirmeyecek kadar açık, net ve amir olup, tazminat davalarının idareye karşı açılması gerekmektedir.

Sağlık kamu hizmetine yönelik açılan tazminat davalarına ilişkin üzerinde durulması gereken bir diğer husus bilirkişilik sorunudur. Adli Tıp Kurumu 2659 sayılı Kanun uyarınca bağımsız mahkemelere bilirkişilik hizmeti sunmasına rağmen, Adalet Bakanlığına bağlı olması, üyelerinin söz konusu bakanlık tarafından atanması ve kurumca düzenlenen raporlardaki gecikmeler eleştiri konusu yapılmaktadır. Bunun yanında, kurumun hizmet kusuru yaklaşımının Danıştay ile tam olarak örtüşmemesi sebebiyle raporun tekrar incelenmek üzere iadesi veya genel kurula sevk edilmesi gibi sebeplerle dava sürecinin uzadığı tespit edilmiştir.

Sağlık hizmetlerinden kaynaklanan zararlar sebebiyle açılan davalarda, Danıştay Dairelerince istikrarlı olarak tazminata hükmedilebilmesi için idarenin ağır hizmet kusurunun varlığının gerektiği şeklinde genel açıklamalara yer verilmesine rağmen, tazminata hükmedilirken idarenin basit kusurunun varlığı yeterli görülmektedir. Buna göre, bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetlerinin sunulması sırasında meydana gelen zararlarda idarenin ağır hizmet kusurunun aranıp aranmayacağı, konunun tarihsel süreci ile birlikte ele alınıp değerlendirilmesi gerekmektedir.

Son olarak, sağlık hizmetleri sebebiyle meydana gelen zararlarda idarenin kusursuz sorumluluğunun kabul edilip edilemeyeceği meselesinin öğretide tartışma konusu yapıldığı görülmektedir. Gerçekten, zorunlu aşı veya yeni, yahut karmaşık yöntemlerin uygulandığı bir kısım tıbbi uygulamalar sebebiyle meydana gelen zararların bireylerin üzerlerinde bırakılmasının hakkaniyete uygun olup olmadığı üzerinde durulması ve tartışılması gereken bir mevzudur.

Tez dört bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde sağlık hakkı ve sağlık hizmeti kavramları, hasta haklarını düzenleyen uluslararası sözleşmeler, sağlık hizmeti türleri ve son olarak da sağlık çalışanlarının görev tanımları açıklanmıştır. İkinci bölümde sağlık hizmetinde kusur kavramı, kusur türleri ile kusur tespitinde görevli resmi bilirkişilik kurumları olan Yüksek Sağlık Şurası ve Adli Tıp Kurumunun çalışma düzeni ve görevleri ile sağlık hizmetinde kusursuz sorumluluğun olabilirliği üzerinde durulmuştur. Üçüncü bölümde, bedensel sakatlık

veya ölüm halinde meydana gelecek maddi ve manevi zararların ortaya konulmuş, son olarak ise, sağlık hizmeti kusuru sebebiyle tazminata hükmedilebilmesi için gerekli olan illiyet bağı ve tazminat sorumluluğunu etkileyen diğer hususlar açıklanmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM
SAĞLIK HİZMETİ
İDARENİN FAALİYET ALANLARI VE KAMU HİZMETİ

Kamu hizmeti hukuki bir terim olarak Fransa'da ortaya çıkmış olup, önceleri bireysel hizmetler yerine, tüm toplumu ilgilendiren hizmetler anlamında kullanılan bu kavramın gerçek içeriğini kazanmasının öncülüğünü 18. yüzyılda Kamu Hizmeti Okulu (L'ecole du Service Public)'ndan gelen Leon Duguit ve Gaston Jeze gibi Fransız hukukçular yapmışlardır (Karahanoğulları, 2004: s. 81-107).

Kamu hizmeti ayrıntıya inmeden genel bir bakış açısıyla, idarenin; toplumun ve vatandaşların ortak gereksinimlerini uygun bir şekilde yerine getirmek amacıyla doğrudan yerine getirdiği ya da denetimi altında özel kişilere yaptırdığı faaliyetler (Duran, 1982: s.307) olarak tanımlanması mümkündür.

Kamu hizmeti kavramına başta Anayasa'nın 39,47,70,76,121,126,128,137 ve 146. Maddeleri olmak üzere, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu, 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun ve 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu gibi birçok kanunda sıklıkla yer almasına ve tarifi açık gibi görünmesine rağmen, devletin hangi faaliyetlerinin kamu hizmeti sayılacağı ve idare hukukunun mevzuu ve tatbik sahası içine gireceğinin her zaman kolayca tayin edilmesi mümkün değildir. Öte yandan, "kamu hizmeti" kavramının Anayasa ve yasalarda birçok anlama gelecek şekilde hep farklı anlamlarda kullanılması, yargının ve doktrinin işini de hayli zorlaştırdığı ileri sürülmektedir (Duran, 1982: s.307; Gözübüyük ve Tan, 1998: s.433).

Anayasa'da geçen kamu hizmeti kavramının birden çok anlama gelecek şekilde kullanıldığı görülmektedir. Kamu hizmeti bazen "uğraş" anlamında, kimi kez de "kamu idareleri" anlamına gelecek şekilde ifade edilmiştir. Kamu hizmetinin bir teşkilat, organizasyon ya da bir örgütü ifade etmesine "organik anlamda kamu hizmeti", kamu yararına yönelik bir faaliyet anlamında kullanılmasına ise "maddi anlamda kamu hizmeti" veya "fonksiyonel anlamda kamu hizmeti" denilmektedir (Gözler ve Kaplan, 2013: s. 527). Ancak, meclis ve hükümetin siyasi faaliyet ve çalışmaları "kamu hizmeti" olarak anılmamaktadır (Duran, 1982: s.301). Öğreti ve uygulamada kamu hizmeti kavramı ile genel olarak maddi veya fonksiyonel anlamdaki kamu hizmetinin ifade edildiği görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi de, kararlarında[7] kamu hizmetinin, devlet veya devlet dışında kalan kamu tüzel kişilerince icra edilen, ya da devletin denetimi altında ortak ihtiyaçları gidermek için, kamu yararı amacına yönelik olarak topluma sunulan devamlı ve düzenli faaliyetler olduğunu vurgulamıştır.

Liberal devlet anlayışının terki ile birlikte kamu hizmeti anlayışında da değişiklikler olduğu görülmektedir. Buna göre önceleri sadece idarenin yürüttüğü faaliyet olarak görülen kamu hizmeti, sosyal devlet anlayışının yerleşmesi ile birlikte evrilmiş ve kamu tüzel kişiliğinin denetim ve sorumluluğu altında özel kişi veya kuruluşlarca yürütülen bir kısım faaliyetlerin de kamu hizmeti olduğu kabul edilmeye başlanmıştır. Ancak, kâr amacı güden özel teşebbüsten farklı olarak kamu hizmetinin temel amacının kamu yararı olması sebebiyle, ilgili kamu idaresinin söz konusu faaliyetin yürütülmesi sırasında özel teşebbüsü sürekli gözetim ve denetimi altında bulundurarak yönlendirme, belirlenen kurallara uyulmaması durumunda ise, faaliyetten alıkoyma, ruhsat iptali, para cezası vb. cezai müeyyide uygulama yetki ve sorumluluğu vardır.

Bir kamu hizmetinin topluma nasıl sunulacağı, yani sadece kamu idaresi ile bağlı kuruluşlar tarafından mı, yoksa kamu idaresi ve özel sektör birlikteliği ile mi sunulacağı veya tümüyle farklı bir sistem mi uygulanacağı hususu kanun koyucunun takdirindedir. Nitekim, açılan davada Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 56. maddesini hatırlattıktan sonra, devletin görevi sağlık hizmetlerini düzenli olarak planlayıp çalışmasını sağlamak ve bu işletmeleri denetlemek olduğu, kamu hizmetlerinin, hizmetin nitelik ve özelliği ile ihtiyaçlar dikkate alınarak, Bakanlık merkez teşkilatında ana hizmet birimleri ya da bağlı kuruluşlarca sunulmasının öngörülmesinin kanun koyucunun takdirinde olduğunu vurgulamıştır[8]. Yüksek Mahkeme[9], bir faaliyetin kamu hizmeti sayılıp sayılmadığının tespiti bakımından, öncelikle ilgili faaliyetin kuruluş ve işleyişine ilişkin kanunda söz konusu faaliyete ilişkin bir tanımlama yapılıp yapılmadığına bakılması gerektiği görüşündedir. İlgili

[7] AYM, 22.11.2007, E:2004/114, K:2007/85; 20.03.2013, E: 2012/76, K: 2013/44, AYM Bilgi Bankası
[8] AYM, 14.02.2013, E:2011/150, K:2013/30, AYM Bilgi Bankası
[9] AYM, 26.11.1985, E: 1985/2, K: 1885/22, AMKD, S.21, s.240

kanunda söz konusu faaliyet kamu hizmeti olarak sayılmışsa, başka bir ölçüte ihtiyaç kalmaksızın bu faaliyetin kamu hizmeti olarak kabulü gerekir. Anayasal ilkelere uygun bulunmak şartıyla, toplum gereksinimlerinin varlığı halinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin herhangi bir hizmeti kamu hizmeti olarak belirlemesi mümkündür.

Ancak, bir faaliyetin kamu hizmeti sayılıp sayılmadığı konusunda Kanunda açıklık yoksa, bazı ölçütlerle kanun koyucunun amacına bakılması gerekmektedir. Bu ayırıcı unsurların bazıları; kamulaştırma yapma, yaptırım uygulama yahut tekel oluşturma gibi kamusal yetkilerin bulunması, bu organizasyonun icra edilmesine yönelik olarak tesis edilecek anlaşmalarda özel hukukun üstünde şartların mevcut olması olduğu kabul edilmektedir. Bu kıstasların bir veya birkaçının bir arada yer alması, söz konusu faaliyetin kamu hizmeti olarak kabul edilmesine yeterli olacaktır (Duran, 1982: s.309; Günday, 2011: s.333).

Buna göre, bir faaliyetin kamu hizmeti olup olmadığını yasa koyucu tarafından belirlenmemişse sonradan yüksek yargı organlarınca belirlenecektir. Zira bir faaliyetin kamu hizmeti kabul edilip edilmemesi çıkan uyuşmazlıkta kamu hukuku veya özel hukukun uygulanması bakımından önem arz etmektedir.

Görevli yargı merciinin belirlenmesi bakımından bir faaliyetin kamu hizmeti olup olmadığının tespiti önem arz etmektedir. Bu nedenle Danıştay hizmetin özelliği ve yürütülüş biçimini göz önüne alarak yürütülen faaliyetin niteliğini ortaya koyduğu görülmektedir.

Danıştay, elektrik piyasası faaliyetlerinin, arz güvenliğini ve kamu hizmeti gerekliliklerini sağlayacak uyum içinde yürütülmesi adına düzenleme, denetleme ve kolluk faaliyetlerinde bulunma işlevlerinin kamu gücüyle yerine getirildiği bir kamu hizmeti faaliyeti olduğu, belirtilen hususların birlikte değerlendirilmesinden, elektrik iletim hizmetinin tekel niteliğinde bir kamu hizmeti olduğu, bu hizmetin bir yasal tekel olan TEİAŞ tarafından gerçekleştirildiği, elektrik dağıtım hizmetinin ise bölgesel tekel niteliğinde bir kamu hizmeti olduğu ve davacı şirket gibi lisanslı dağıtım şirketleri tarafından yerine getirildiği, iletim kamu hizmetinin elektrik dağıtım şirketleri açısından bir zorunlu unsur niteliğinde olduğu ve bu hizmetin

TEİAŞ ile dağıtım şirketleri arasında akdedilen sistem kullanım ve bağlantı anlaşmaları ile gerçekleştirildiği görüşündedir[10].

Bir faaliyete doğrudan kamu hizmeti denilmesi yerine, yukarıda belirtildiği gibi faaliyetin niteliği dikkate alınarak, kamu hizmeti özelliği taşıyıp taşımadığının yer ve zaman koşullarına göre değerlendirilmesi daha isabetli olacaktır. Zira, önceleri kamu hizmeti sayılan bir kısım hizmetlerin, zamanla hızla nitelik değişimine uğradığı veya kamu hizmeti niteliğini kaybettiği görülmektedir.

Bir kamu hizmetinin kurulması konusunda yetkinin meclise ait olduğu kabul edilmektedir. Anayasada da söz konusu yetkinin meclise ait olduğunu gösteren düzenlemeler bulunmaktadır (Gözübüyük ve Tan, 1998: s. 442). Anayasa'nın 123. Maddesinde yer alan "idare kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve yasayla düzenlenir" hükmü, yine Anayasa'nın "kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüslerin" devletleştirilmesine ilişkin 47. maddesinde yer alan "Kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde devletleştirilebilir. Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzelkişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla gösterilir" hükmü bu duruma işaret etmektedir.

Diğer bir deyişle, daha önce özel teşebbüs tarafından yürütülen bir faaliyetin devletleştirilmesi yoluyla kamu hizmeti kurulabilir ve bu yol ancak Kanun Koyucu tarafından yasayla işletilebilir (Karatepe, 1993: s.220). Bununla birlikte, genel bir ihtiyacın ve kamu yararının bulunduğu her yerde bir kamu hizmeti kurulması ve işletilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Örneğin, ekmek ihtiyacı tüm toplumun genel bir ihtiyacı olmasına rağmen, devlet bu alanda faaliyet göstermemekte ve bu alanı özel teşebbüse bırakmaktadır. Ancak, olağanüstü zamanlarda bu faaliyet kamu hizmeti niteliğinde gerçekleştirebilir (Duran, 1982: s.305).

Yerel idarelerin kamu hizmeti oluşturabilmeleri için yasal düzenlemeye gerek yoktur. Zira, Anayasa (m. 127)'ya göre yerel idareler, vilayet, belediye ve köyde yaşayanların ortak gereksinimlerini gidermek için kurulmuş kamu tüzel kişileri olduklarından, bu genel çerçeve içinde görev alanlarına giren bir faaliyeti, kendi yasaları çerçevesinde kamu hizmetine dönüştürebilirler. Ancak, Anayasa'nın verdiği

[10] Dan. 13.D, 27.12.2013, E: 2013/3549, K:2013/4014, Danıştay Bilgi Bankası

bu yetkinin tekel oluşturarak bir faaliyet alanını tümüyle bireylere kapatmaları şeklinde kullanmaları Anayasa'ya aykırı olacaktır (Gözübüyük ve Tan, 1998: s.443).

Fransa'da 1946 Anayasası döneminde kamu hizmetlerinin kanunla kurulması öngörülmüşken, 1958 Anayasası'yla bu zorunluluk ortadan kaldırılmış, yürütme organına tanınan düzenleme yapma yetkisinin içinde kamu hizmeti oluşturmanın da girdiği kabul edilmiştir. Ancak, yürütme organı, Anayasa'nın 34. maddesinde Kanunla düzenlenmesi zorunlu olan konularda kamu hizmeti oluşturamaz (Atay, 2012: s.577).

Kamu hizmeti kavramına ilişkin olarak belirtmek istediğimiz son husus ise, kamu hizmetlerinin sadece kamu hukuku ilkeleri uyarınca uygulamaya aktarılmadığıdır. Özellikle ticari ve sınai kamu hizmetleri özel hukuk hükümlerine tabi olurlar. Bu husus özellikle KİT'lerin yürüttüğü kamu hizmetlerinde ön plana çıkmaktadır (Atay, 2012: s.578).

Kamu hizmetinin ortak özellikleri olan süreklilik, değişkenlik, bedelsizlik ve nesnellik ilkeleri sonraki bölümlerde sağlık hizmeti özelinde ayrıca inceleneceğinden burada değinilmemiştir.

SAĞLIK HAKKI VE SAĞLIK HİZMETİ KAVRAMI

2.1. Sağlık Hakkı Kavramı

Sağlık hakkı ve sağlık hizmeti kavramlarına geçmeden önce öncelikle sağlığın tanımı üzerinde kısaca durmakta fayda görüyoruz. Sağlıkla ilgili birçok ulusal ve uluslararası metinlerde tanım yapılmakla birlikte, en kapsayıcı ve güzel tanımlardan birisi kuşkusuz 7 Nisan 1948 yılında, 26 üye ülke tarafından imzalanarak yürürlüğe giren ve bireyin sağlık hakkını düzenleyen ilk uluslararası belge (Toebes, 1999: s.15) olan Dünya Sağlık Örgütü (WHO) Anayasası'nda yapılan tanımdır. Buna göre sağlık, yalnızca hastalık ya da sakatlığın yokluğu değil, bedenen, ruhen ve toplumsal yönden tam bir iyi oluş halidir. Diğer bir deyişle, sağlık, bütünüyle fiziksel, zihinsel ve sosyal iyi olma durumunu ifade etmektedir. Yoksa hastalık ve sakatlık halinin olmaması değildir (Gruskin ve Tarantola, 2005: s.9). Dünya Sağlık Örgütü Anayasa'sı, günümüzde sağlık alanında uluslararası düzeydeki en önemli ve değerli belge olma özelliğine sahiptir.

Dünya Sağlık Örgütü Anayasası'nın önsözünde, temel ilkeler; sağlık yalnızca hastalık ya da sakatlığın yokluğu değil, bedenen, ruhen ve toplumsal yönden tam bir iyilik hali olduğu, din, dil, ırk, inanç, iktisadi ve toplumsal durum yönünden hiçbir ayrım gözetmeksizin, mümkün olduğu ölçüde en üst seviyedeki sağlık hizmetlerinden faydalanmak tüm bireylerin en öncelikli hakları olduğu ve tüm bireylerin barış, güvenlik ve huzur içinde yaşamalarının temelinin sağlıklı yaşam olarak belirtilmiştir. Bu sonuç, kişiler ve devletler arasında tam bir iş birliği sağlanarak gerçekleşebilir (Esen ve Turgut, 2013: s.4).

Ulusal kanunlarımıza bakıldığında, 224 sayılı Yasa'nın 2. maddesinde sağlık, sadece hastalık veya maluliyetin olmaması hali değil, fiziki, ruhi ve sosyal olarak tam bir iyilik durumu olduğu belirtilmiştir. Aynı kanunda hastalık; "organizmada birtakım değişiklilerin ortaya çıkması sonucu fizyolojik görevleri yerine getirememe yada ruh sağlığının bozulması", sakatlık; "vücudun duyu organları ya da uzuvlarından biri veya birkaçında doğuştan, kaza veya hastalık sonucu meydana gelen fonksiyon kaybı", hasta veya sakatlık olmama hali ise; "bedensel iyilik hali" olarak adlandırılmıştır (Esen ve Turgut, 2013: s.4).

224 sayılı Kanunda yapılan tanımın Dünya Sağlık Örgütü Anayasasında yer alan tanımdan alındığı açıktır. Ancak, ulusal kanunlarda da sağlığın yalnız bedenen değil, ruhen ve özellikle de sosyal bakımdan tam bir iyilik hali olarak tanımlaması önem arz etmektedir. Zira sağlık hakkının Anayasamızda sosyal ve ekonomik haklar kategorisinde yer alması ve bu kategori haklar bakımından devletin olumlu edimde bulunma zorunluluğu bulunması sebebiyle, bireylerin sosyal bakımdan da sağlıklarının korunması devletin sorumluluğu altında bulunmaktadır.

Bireylerin hayat, fiziki ve ruhi varlıklarını muhafaza hakları, bir bütünün parçaları olarak, sıkı bağlantıları olan ve vazgeçilmesi mümkün olmayan haklarındandır. Yaşam ve vücut bütünlüğü üzerindeki temel hak, devletlere pozitif ve negatif yükümlülük yükleyen haklardandır. Devlet, bireyin vücut bütünlüğü ve sağlığının koruması yolunda başta koruyucu sağlık hizmeti olmak üzere, temel sağlık hizmetlerini sunmak zorundadır. Siyasi isteklilik, sağlık hakkının gerçekleşmesinde merkezi bir işleve sahiptir (Ferguson vd., 2014: s.440).

1998 tarihli Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 5. maddesinde, bedensel, ruhsal ve toplumsal bakımdan tümüyle iyi olma durumunun ve hayat hakkının, diğer haklardan

önce geldiği vurgulanmıştır. Sağlık hakkı, kişinin biyolojik ve psikolojik varlığının düzen ve ahenk içerisinde sürdürebilmesi hakkını ifade eden (Gökcan, 2013: s.44) temel bir insan hakkıdır. Bir diğer anlatımla sağlık hakkı, bireyin hastalıklardan uzak tutulması, ihtiyaç halinde ise yeterli sağlık hizmeti alabilmesi olarak tanımlanması mümkündür (Bayraktar, 1972: s.16-17).

Sağlık hakkı tüm yurttaşların temel bir hakkı olmasına rağmen, esasen sağlık hakkının temel amacının toplumun mali olarak zayıf olan kesimini korumayı amaçladığı bilinmektedir (Ferguson vd., 2014: s.443). Zira, sağlık kuruluşlarına erişme bakımından en kısıtlı imkanlara sahip olan grup mali yetersizlik içinde olan yurttaşlardır. Diğer yandan, sağlık hakkından sadece bir devletin yurttaşları değil, o devlete turistik veya bilimsel vb. amaçlarla yasal veya yasadışı yollarla gelen insanların da yararlandırılması zorunluluğu bulunmaktadır. Çünkü sağlık hakkının kullandırılması yönünden ırk, din, dil, politik inanç, ekonomik ve toplumsal durum farkı gözetilemez.

İnsan hakları ortaya çıkış dönemleri itibariyle birinci kuşak, ikinci kuşak ve üçüncü kuşak veya medeni ve siyasi haklar, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar şeklinde sınıflandırılmaktadır. Medeni ve siyasi hakların kaynağında doğal haklar öğretisi bulunmaktadır. Bu hak grubunda, insanın doğuştan getirdiği vazgeçilmez ve devredilmez haklar vardır. Bu hakların varlık mücadelesi insanlık tarihi ile başlamaktadır. Bununla birlikte, bu haklar, günümüz anlamında 18. ve 19. yüzyılda formüle edilmeye başlanmıştır. İlk ve öncelikli olması nedeniyle bunlara birinci kuşak haklar ya da birincil haklar da denilmektedir. Bu haklar, devletin müdahalesini kısıtlamaya çalışan ve devlete karşı olan haklardır (Kalabalık, 2013: s.65-66). Dolayısıyla bunlar aynı zamanda negatif haklardır. Yaşam hakkı, seçme ve seçilme hakkı, ifade özgürlüğü ile din ve vicdan özgürlüğü bu kategorinin bazı örnekleridir.

Ekonomik ve sosyal haklar ise, ikinci grup hakları oluşturmakta olup, medeni ve siyasi haklara göre daha yenidir ve sosyal devlet ilkesi çerçevesinde 20. yüzyılın başında şekillenmiştir. Bunlar, devletin bir şeyler yapması esasına dayandığından pozitif haklar olarak tanımlanmaktadır (Kalabalık, 2013: s.66-67). Bundan dolayı, medeni ve siyasi haklar bir şeye karşı özgür olmak (freedom from) olarak, ekonomik ve sosyal haklar bir şeye hakkı olmak (right to) olarak nitelendirilmektedir (Foster,

2011: s.15). Çalışma hakkı, sosyal güvenlik hakkı ve barınma hakkı bu kategoride yer alan hakların bir kısmını oluşturur.

Bu sınıflandırmada, devlet yurttaşlara karşı bir şey yapma yani olumlu edim sorumluluğu altında bulunması nedeniyle, sağlık hakkı ekonomik ve sosyal haklar kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Buna göre devletin, bireylere karşı öncelikle koruyucu sağlık hizmetlerini sunarak hastalıkları en aza indirme, hastalık durumunda ise teşhis, tedavi ve rehabilite edici tüm hizmetleri sunma görevleri vardır. Bu yönüyle sağlık hakkı pozitif statü hakları arasında yer almaktadır (Akın, 1971: s.5; Kapani, 1993: s.6).

Yeri gelmişken hemen belirtelim, Anayasamızın 65. maddesindeki, idarenin, sosyal ve ekonomik alanlardaki sorumluluklarını, bu sorumluluğun önceliğine göre mali durumunun elverdiği ölçüde yerine getireceği hükmünün geniş yorumlanmaması gerekmektedir. Anayasa'da sayılan sosyal ve ekonomik hakları devletin ekonomik gücü nispetinde yerine getirebilmesi işin tabiatı gereğidir. Ancak, anılan maddede belirtildiği gibi, bu haklar içinde de öncelikler gözetilerek yükümlülüklerin yerine getirilmesi Anayasal bir zorunluluktur. Sağlık hakkının yaşama hakkıyla doğrudan ilgili olması ve sağlığın korunmadığı bir ortamda, gerçek anlamda yaşama hakkının varlığından söz edilemeyeceği (Bayraktar, 1972: s.15) gerçekliğinden hareketle, başta temel sağlık hizmetleri olmak üzere, kural olarak bu sorumluluğun yerine getirilmemesi sebebiyle yurttaşlara verilen zararlardan ekonomik sebepler ileri sürülerek kurtuluş yoluna gidilememesi gerekmektedir. Öğretide de, "öz" niteliğindeki sağlık hakları ve temel sağlık hizmetleri yönünden meydana gelen zararlarda, ekonomik sebeplerle sorumluluktan kaçılamayacağı belirtilmektedir (Algan, 2007: s.38).

Sağlık hakkı, yüksek yargı organları, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve hasta haklarının geliştirilmesi için yapılan uluslararası sözleşmelerde de temel bir "insan hakkı" olarak görülmektedir. Sağlığa insan hakları perspektifinden bakılması bu hakka yönelen tehditlerin daha iyi anlaşılması ve bunlara karşı daha ilerici adım atılmasını teşvik etmesine olanak sağlamaktadır (Ferguson vd., 2014: s.440).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer almayan "Sağlık Hakkı"nı Yaşama Hakkı (AİHS 2. Madde) ile ilişkilendirerek içtihatlarına konu etmiştir. Mahkeme; kamuya ait üç ayrı hastaneye başvurduktan

sonra, hamile olan kadının önce bebeğini kaybetmesi, bilahare 600-700 TL depozitonun yatırılmaması sebebiyle başka hastaneye sevk sırasında annenin de ölmesi üzerine yapılan başvuruda, Sözleşme'nin 2.maddesinde yer verilen yaşam hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır[11].

2.2. Uluslararası Metinlerde Sağlık Hakkı

Hasta hakları, insan hakları kavramı ile yakından ilgilidir. Sağlık hakkı temel bir hak olmasına rağmen, bu hakkın yerine getirilmesinin bazı zorlukları bulunmaktadır. Sağlık kurumlarına başvuran hasta sayısındaki çoğalma, teknolojik ilerlemeler, sağlık sisteminin son derece karmaşık ve pahalı olması, hastanın tıp uygulayıcıları karşısında güçsüz ve çaresiz olması gibi nedenle uygulamada sıkıntılar yaşanmaktadır. Bu sebeple, insan hak ve onurunun muhafaza edilmesi, hastaya saygısızlığa mahal verilmeden insancıl muamele tabi tutulması gayesiyle insan haklarının sağlık alanına uyarlanması olarak hasta hakları üzerinde durulmuştur (Saylan, 2015: s.20).

Hasta haklarını ilk düzenleyen metnin Hipokrat yemini olduğu kabul edilmektedir (Bayraktar, 2008: s.3). Sağlık hakkını düzenleyen ilk hekim olan Hipokrat, tıbbi uygulamalara etik bir çerçeve çizmiş, doktor ve hasta münasebetlerinde bazı kurallar belirlemiştir. Hipokrat, hekim hasta ilişkisinde hekime görevler yüklemiş ve hasta yararını ön plana çıkarmıştır (Kök, 2014: s.116-121). Bunun yanında, hekimin özen yükümlülüğü ve sır saklama yükümlüğünü ortaya koyması bakımından da önem arz etmektedir.

Modern çağa gelindiğinde, son yüzyıla gelinceye kadar sağlığın temel bir hak olarak ele alınması noktasında yeterli çabanın gösterilmediği görülmektedir. Ancak, özellikle ikinci dünya savaşı sonrası, sağlığın bir hak olarak benimsendiği ve korunması için ulusal devletlere yol gösterici uluslararası metinlerin varlığına sıklıkla rastlanılmaktadır.

Modern anlamda sağlık hakkına ilişkin ilk ulus üstü metin WHO (World Health Organization-Dünya Sağlık Örgütü) Anayasası'dır.

[11] 9 Nisan 2013 karar tarih ve 13423/09 başvuru numaralı Mehmet Şentürk ve Bekir Şentürk/Türkiye davası. http://www.inhak.adalet.gov.tr.

2.2.1. Sağlık Hakkının Doğuşu: WHO Anayasası

Kronolojik olarak sağlığı bir hak olarak düzenleyen ilk uluslararası belge Birleşmiş Milletler uzmanlık birimlerinden biri olan Dünya Sağlık Örgütü'nün 1946 tarihli Anayasası'dır (Ertan, 2012: s.13). New York'ta 19 Haziran - 22 Temmuz 1946 tarihlerinde toplanan Birleşmiş Milletlere üye 51 ülke ve çeşitli uluslararası örgüt temsilcilerinin katılımı ile gerçekleştirilen Uluslararası Sağlık Konferansında oluşturulan metin 22 Temmuz 1946 tarihinde 61 devletin temsilcileri tarafından imzalanmıştır. Dünya Sağlık örgütü (WHO) ise, 26 ülkenin onayı ile 7 Nisan 1948'de kurulmuştur.

WHO Anayasası'nın başlangıç bölümünün birinci ve ikinci paragrafında sağlığa ilişkin temel ilkeler ortaya konulmuştur. Buna göre, sağlık, "beden, fikir ve sosyal bakımından tam bir iyilik hali olup, yalnız hastalık ve maluliyetin yokluğundan ibaret değildir. Ulaşılabilmesi mümkün olan en mükemmel bir sağlık haline sahip olmak, ırkı, dini, siyasi fikirleri, ekonomik veya sosyal durumu ne olursa olsun her insanın temel haklarından birini teşkil eder". Metinde, ulaşılabilecek en yüksek düzeyde sağlıktan yararlanmak temel bir insan hakkı olarak görülerek, sağlıktan yararlanmada ayrımcılığa karşı çıkılmış, özellikle çocuğa ayrı bir vurgu yapılarak, çocuğun sağlıklı gelişiminin temel öneme sahip olduğu belirtilmiştir.

Yine Dünya Sağlık Örgütü Anayasasına göre, yöneticiler halklarının sağlığını korumak için gerekli ve yeterli önlemleri almak ve düzenlemeleri yapmakla sorumludurlar. Hükümetler halkların sağlıklarının korunması ve sağlıklı yaşam konusunda aydınlatılması ve bilgilendirilmesinden sorumlu oldukları gibi, bu konuda devletlerin işbirliği içinde bulunmaları gerektiği de yer almıştır[12].

2.2.2. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 10 Aralık 1948 tarih ve 217 A (III) sayılı kararı ile benimsenmiş ve uluslararası alanda tanınan bir takım temel hak ve özgürlükler tüm dünyaya ilan edilmiştir.

Beyannamenin 25. maddesine göre; Herkesin, beslenme, giyinme, barınma ve sağlık hizmetleri alma hakkı vardır. Herkes; işsizlik, hastalık, sakatlık, dulluk, yaşlılık ve kendi denetiminin dışındaki koşullardan doğan geçim sıkıntısı durumunda

[12] Ayrıntı için, http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2567705, e.t.25.03.2015

güvenlik hakkına sahiptir. Analar ve çocukların özel bakım ve yardım hakları vardır. Tüm çocuklar, evlilik içi ya da dışı doğmuş olmalarına bakılmaksızın, aynı toplumsal korumadan yararlanır. Beyannamenin bu maddesi, sağlık hakkını doğrudan düzenlemekten çok, "yeterli bir yaşama standardı" hakkına vurgu yapmaktadır. Söz konusu bildiride sağlık hakkı, tek başına bir insan hakkı olarak değil, yaşama standardı hakkının bileşenlerinden biri olarak ortaya konulduğu görülmektedir (Ertan, 2012: s.19). Bu nedenle, yaşam hakkının değişmez bir parçası olan sağlık hakkının İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde ayrı bir hak olarak düzenlenmemesi bir eksiklik olarak görülebilir.

Temel insan haklarını düzenleyen ilk ve en önemli uluslararası metin olan İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde sağlıktan söz edilmekle birlikte, sağlık hakkı müstakil bir hak olarak sayılmaması, sağlık hakkı ve hasta hakları ile ilgili tek başına temel ölçütler koymaması ve ayrıntıya yer vermemesi sebebiyle genel olarak hasta haklarıyla ilgili ilk temel uluslararası metin 1981 tarihli Lizbon Bildirgesi olarak kabul edilmektedir (Görkey, 2003: s.100-126; Hatun, 1999, s.83).

2.2.3. Amerika Hastaneler Birliği Hasta Hakları Bildirgesi (1972)

Amerikan Hastaneler Birliği (American Hospital Association) Hasta Hakları Bildirgesi uluslararası bir metin olmamakla birlikte, Lizbon Bildirisinden önce hasta haklarına ilişkin ayrıntılı rapor sunması ve tüm Dünyaya ilan edilmesi sebebiyle literatürde hasta haklarına ilişkin bir adım olarak kabul görmektedir.

Amerikan Hastaneler Birliği'nin o dönemde hasta haklarını gündeme getirmesinin nedeni ise, hastaneye yatırılan hastaların ortalama bir hafta hastanede kalması, hastaların genelde kendi haklarını savunamayacak durumda olmaları, devletin ise dönem itibariyle hasta haklarıyla ilgilenmemesi ve daha ziyada hastaların yer sorunu, sağlık hizmetlerinde ırk ayrımı gibi konularla ilgilenmesi olmuştur (Güvercin, 2007: s.61-62).

Amerikan Hastaneler Birliği'nin (American Hospital Association) 1973 yılında ilan ettiği "Hasta Hakları Beyannamesi (Patient's Bill of Rights)'nde; hastanın saygı görme, aydınlatılma, tedaviyi reddetme, mahremiyet hakkı, hekim ve tedavi süreci ile ilgili bilgi alma gibi haklara yer verildiği görülmektedir. Bildiride, yayınlandığı yıl itibariyle oldukça kapsamlı ve hasta hakları bakımından temel ve ileri haklara yer verilmiştir.

2.2.4. Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi (1981)

Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi, Dünya Tıp Birliği'nin 34.GeneI Kurulu'nda (Eylül-Ekim 1981) benimsenmiştir. Hasta haklarının temel başlıklar halinde düzenlendiği ve Dünyaya ilan edildiği ilk uluslararası metin olup, sonraki bildirgeler bu temel üzerinden hareket etmiştir.

Metinde başlıklar halinde yer alan hastaların temel hakları ve uyulması gereken kurallar; ayırımcılık görmeksizin, hasta yararına en uygun tıbbi bakım ve tedaviyi görme hakkı, hastalar arasında objektif olunması, hastanın hekimini ve hastanesini veya diğer sağlık kurumlarını seçme ve değiştirme hakkı, hastaya uygulanacak test veya tedavinin amacı ve sonuçları anlatıldıktan sonra, hastanın tanı veya tedaviye yönelik girişimi onaylama veya kabul etmeme hakkı, hasta küçük ise velisinin olurunun alınması, hastanın isteğinin zıddına bir uygulama istisnai hallerde icra edilmesi, hastaların kendisiyle ilgili tıbbi gerçekleri (yaşamı veya sağlığı üzerinde ciddi zararlar olabilecek bilgiler hariç) ve sağlık durumlarını tam olarak öğrenme ve (üçüncü bir kişiyi ilgilendiren bilgiler hariç olmak üzere) kendisi hakkındaki tıbbi kayıtlara ulaşma hakkı, hastanın hastalığı ve sağlık durumu ile ilgili tüm bilgilerinin gizli olması, hastanın açık izni veya mahkeme kararı dışında başkalarına duyurulmaması, her insanın sağlık eğitimi alma hakkı, tüm tıbbi bakım ve eğitim sürecinde hastanın onuruna, özel yaşamına, kültürüne ve değerlerine saygı gösterilmesi, hasta isterse dini destek alabilmesi hakkı olarak sayılması mümkündür[13] (Erol, 2009: s.103).

2.2.5. Amsterdam Hasta Hakları Bildirgesi (1994)

Amsterdam Bildirgesinin özgün adı, Avrupa Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi (Decleration on the promotion of patients Rights in Europe)'dir. Amsterdam'da, 28-30 Mart 1994 tarihinde yayınlanan bildirgede hasta hakları başlığı altında, sağlık bakımında insan hakları ve değerleri, bilgilendirme, onay, mahremiyet ve özel hayat, bakım ve tedavi haklarından söz etmiş, ayrıca bildirgede yer alan hakların kullanımının nasıl olacağı konusunda başvuru hakkı düzenlenmiştir. Bildirgede hasta hakları ile insan hakları ilişkisi kurulmuş, sağlık hizmetlerinin

[13] Bildirgenin Türkçe çevirisi için bkz. HATUN Şükrü, Hasta Hakları, iletişim yayınları, İstanbul, 1999, s.83

sunumu sırasında insan haklarına saygı duyularak sağlık hizmeti verilmesinin esas olduğu vurgulanmıştır (Polat, 2005: s.564- 565).

Bildirgede ilan edilen haklar öz olarak Lizbon bildirisi ile benzer olup, farklı olarak bildirgede ilan edilen hasta haklarının kullanım şekline yönelik başvuru hakkının düzenlendiği görülmektedir[14].

Bildirgeye göre; bu sözleşmede gösterilen hakların hayata geçirilmesi, sadece sözleşme amacına uygun olarak yorumlanabilir. Hastaların, sözleşmedeki haklarının uygulanması ile ilgili her türlü bilgiye erişebilme hakları vardır. Hastaların sözleşmenin uygulanmamasına yönelik olarak şikayet ve şikayetlerinin sonuçları hakkında bilgi edinme hakları vardır (Polat, 2205: s.565).

2.2.6. Bali Hasta Hakları Bildirgesi (1995)

Dünya Tabipler Birliği'nin Eylül 1995'de, Endonezya'nın Bali şehrinde yapılan toplantısında kabul edilmiştir. Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi'nin gözden geçirilmiş ve genişletilmiş seklidir. Bildirgede haklar sayılmadan önce, giriş bölümünde tıp mesleğinin onayladığı hasta haklarının bildirgede yer aldığı ifade edilmiştir.

Bali hasta hakları bildirgesi, 1981'den 1995'e kadar olan gelişmeleri, tıp etiğindeki tartışma ve fikirleri de kapsayacak şekilde, temeli Lizbon bildirisi olmakla birlikte ondan daha ayrıntılı olarak hasta haklarından söz etmiş ve temel hakların neleri içerdiği ile ilgili tanımlamaları da kapsamına almıştır. Amsterdam Bildirgesi ile mukayese edildiğinde ise, nispeten daha az ayrıntılı, pratikte uygulanması ve denetimi daha kolay hükümler içerdiği, bazı etik kuralların denetimi ve uygulanması sorumluluğunun hastadan hekime kaydıran bir anlayış benimsendiği görülmektedir (Görkey, 2003: s.100-126)

Ayrıca, metnin ilk halinde yer almayan bazı yeni haklar bildirgeye eklendiği gibi, Dünya Sağlık Örgütünce hasta haklarına ilişkin belirlemelerin sadece Avrupa için değil tüm dünya devletleri için geçerli olduğu ortaya konulmuştur.

Bali hasta hakları Bildirgesinde kaliteli tıbbi bakım alma hakkı, hekim ve hastaneyi seçme hakkı, kendi yazgısını saptama hakkı, hastanın bilincinin kapalı

[14] Bildirgenin Türkçe çevirisi için bkz. GÖRKEY Şefik, Hasta hakları, Türkiye Klinikleri Tıbbi Etik Dergisi, 2003, s. 4, s. 100-126.

olması durumunda aydınlatma ve onay bakımından yapılması gerekenler, yasal olarak yeterliği olmayan hastalarda onay durumu, hastanın istemine karşı uygulamaların şartları, bilgilenme hakkı, gizlilik hakkı, sağlık eğitimi hakkı, onuru koruma hakkı ve dini yardım alma hakkı gibi temel hasta haklarının düzenlenmiştir (Polat, 2005: s.568-569)

2.2.7. Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü (Ana Sözleşme- 2002)

2002 yılında Roma'da kabul edilerek ilan edilmiştir. Temel doküman, 14 maddeye yönelik hasta haklarını ele alarak, sağlık hizmetlerinin şu anki geçici durumuna uygun somut, uygulanabilir ve düzgün bir duruma eriştirme gayesi vardır. Bu haklar, Dünya Sağlık Örgütü (WHO) ve Avrupa Konseyi tarafından yayınlanan birçok ulusal tebliğ ve tavsiyeler ile bağlantılıdır (Bostan, 2005: s.65-72).

Bu belgede hasta hakları 14 maddede: Koruyucu tedbirlerin alınması hakkı, ayrımcılığa tabi tutulmadan sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkı, bilgi hakkı, onam (rıza) hakkı, özgür seçim hakkı, gizlilik hakkı, hastaların vaktine saygı, yüksek kalite standartlarında sağlık hizmeti alma hakkı, güvenlik yani bireyin sağlık hizmetlerinin kötü sunumu ve tıbbi hatalardan doğan zararlardan korunma hakkı, bireyin uluslararası ölçülerde, sağlık alanındaki yeniliklerden yararlanma hakkı, ağrı/acı ve sıkıntıdan sakınma hakkı, kişisel tedavi hakkı, şikayet hakkı ve tazminat hakkı olarak düzenlenmiştir (Erol, 2009: s.108).

2.3. Sağlık Hizmeti Kavramı

Kamu hizmetleri konularına göre, idari, iktisadi, sosyal, bilimsel ve kültürel kamu hizmeti diye ayrılmakta olup, sağlık hizmeti idari bir kamu hizmetidir. Devletin öteden beri ifa edegeldiği, diğer bir anlatımla devletin varlık sebebini oluşturan geleneksel kamu hizmetleri, "idari kamu hizmeti" olarak adlandırılmaktadır (Duran,1982: s.317; Günday, 2011: s.338; Akyılmaz vd. 2009: s.461). Devlet öteden beri neden sağlık hizmeti sunmaktadır? Yahut, Devletin sağlığı koruma ve geliştirme görevi neden bulunmaktadır? Demokrasi teorisi idarenin sağlık konusundaki sorumluluğunu açıklamaktadır. İnsanlar hükümetleri oluşturarak ancak kollektif davranmakla elde edilebilen savunma, güvenlik, refah gibi kamu yararlarını sağlamak isterler. İşte sağlığın doğal veya insanın meydana getirdiği tehlikelerden korunması bu kapsamda değerlendirilebilir (Gostin, 2008: s.8).

Ülkemizde sağlık hizmetleri devlet tarafından sunulmakla birlikte, devlet tekeli mevcut olmayıp, karma diyebileceğimiz bir sistem uygulanmaktadır. Yani Devlete ve üniversitelere ait hastaneler yanında, kamu idaresinin gözetim ve denetimi altında özel sağlık kuruluşları veya kamu özel ortaklığıyla birlikte işletilen sağlık kuruluşları da bulunmaktadır. Tecrübeler göstermiştir ki, bireylerin sağlıklarının korunması ve geliştirilmesi, idarenin sunduğu sağlık hizmeti yanında, özel teşebbüsün de bu alanda çalışması ile mümkün olabilecektir (Gostin, 2008: s.10). Zira, sağlık hizmeti tıp ve teknolojinin gelişmesi ile sürekli değişen ve gelişen bir alandır. İdare ise, bürokratik gerekçelerle özel teşebbüse nazaran değişime daha yavaş ayak uydurmaktadır. Bu nedenle, gelişmiş ülkelerde uygulanan son medikal uygulamalar, en son teknolojik cihazlar, hatta alanında en iyi hekimlerin transferi ve çalıştırılması özel teşebbüsün girişimleri ile mümkün olmaktadır.

663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin[15] 2. maddesinde, Sağlık Bakanlığı'nın görevinin, "herkesin bedeni, zihni ve sosyal bakımdan tam bir iyilik hali içinde hayatını sürdürmesini sağlamak" olduğu belirtilmiştir. Anılan Kanun'da Sağlık Bakanlığı'nın görevinin, kişilerin beden, zihin ve sosyal bakımdan tam bir iyilik hali içinde bulunmalarını sağlamak olduğu belirtildiğine göre, sağlık hizmetinin kapsamının oldukça geniş olduğu, idarenin klasik anlamda teşhis, tedavi ve rehabilite edici sağlık hizmetlerinden öte, çevre, gıda, su, gürültü vb. sebeplerle bireyi zihni ve sosyal olarak rahatsız eden kirliliklere karşı da koruyucu sağlık hizmetlerini (bir kısım hizmetler bakımından Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı gibi bakanlıklarla ortak veya koordineli olarak) sunması gerektiği ortaya çıkmaktadır. Nitekim, tedavi edici sağlık hizmetleri yerine, öncelikle koruyucu ve önleyici sağlık hizmetleri sunulması gerektiğine yönelik yaygın görüş, bu duyarlılık ve taleplerin gün geçtikçe arttığını göstermektedir.

1982 Anayasası'nın 22,33 ve 34. maddeleri gibi birçok maddesinde genel sağlıktan söz edilmektedir. Örneğin, Anayasa'nın 22. maddesine göre, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması vb. sebeplerden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz.

[15] 02.11.2011 tarih ve 28103 mükerrer sayılı Resmi Gazete

Anayasa'da yer verilen genel sağlık ibaresi ülkenin tamamını veya bir bölümünü ilgilendiren durumlar için kullanılan bir ibaredir. Diğer bir anlatımla, genel sağlık ibaresi, bireysel olmayıp, Devletin, salgın hastalıklardan koruma, aşılama, koruyucu ilaçlama gibi genel mahiyette koruyucu önlemleri almasını ifade etmektedir.

Sağlık hizmeti asli ve öncelikli bir kamu hizmetidir. Sağlık hizmeti öncelikli bir kamu hizmeti olduğuna göre, kamu hizmetine yönelik yukarıda yer verilen açıklamalar kuşkusuz sağlık hizmeti içinde geçerlidir. Ancak, sağlık hizmetini diğer kamu hizmetlerinden ayıran bazı unsurlar barındırmaktadır. Sağlık hizmeti doğrudan insan yaşamı ile ilgili olmasından dolayı, hizmetin işleyişinden kaynaklanan hatalar en temel insan hakkı olan yaşam hakkının ihlali sonucunu doğurabilecek mahiyettedir. Anayasa Mahkemesi de bir kararında; sağlık hizmetleri nitelikleri gereği başka kamusal hizmetlerden farklı olduğu, tıbbi hizmetlerin asıl amacı olan sağlıklı toplum yaratma amacının talik veya iptal edilebilir olmadığı, bilimsel gereklere uygun tıbbi uygulamaların birey yararına sürekli yenilik ve gelişme göstermesi, gerektiği, bu nedenle sağlık hizmetlerinin, toplum menfaatine sunulmasında özel şirketlerin, rekabet ve büyüme gibi dinamiklerinden faydalanılması gerektiği vurgusu yapmıştır[16].

2.4. Sağlık Hizmetinin Nitelikleri

Sağlık hizmeti temel bir kamu hizmeti olması sebebiyle, kamu hizmetlerinin ortak özelliklerinden olan süreklilik, değişkenlik, nesnellik ve bedelsizlik ilkelerini sağlık hizmeti özelinde inceleyeceğiz.

2.4.1. Süreklilik ve Düzenlilik

Eğitim-Öğretim gibi bir kısım kamu hizmetinin kesintisiz olarak sunulması gerekmez. Bu türden kamu hizmetlerine belli aralıklarla kesinti yapılması ilgili kanunları gereği olup, söz konusu hizmetlerin işleyişinde düzenlilik mevcut ise, kamu hizmetlerinin sürekliliğinin sağlandığı kabul edilmektedir. (Karahanoğulları, 2004: s.191). Örneğin, yaz döneminde eğitim-öğretim yapılmamasına rağmen, kamu hizmetlerinin kesintiye uğradığından söz edilemez.

[16] AYM, 22.11.2007, E:2004/114, K:2007/85, AYM Bilgi Bankası

Sağlık hizmeti ise, sürekli olarak 24 saat sunulması gereken bir kamu hizmetidir. Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin 14. Maddesinde; "Acil hizmetleri, acil polikliniği veya acil servisi, bunlar yoksa nöbetçi tabibi tarafından yürütülür. Bu hizmetler 24 saat süre ile kesiksiz olarak yürütülür" denilmek suretiyle bu durum ortaya konulmuştur. Yönetmelik hükmünden de anlaşıldığı gibi, 24 saat esasına göre verilen hizmet acil hizmetler olup, rutin sağlık hizmetlerinin sunulması mesai saatleriyle sınırlıdır. Mesai saatleri içinde hastanenin, ilgili doktor veya diğer sağlık görevlilerinin, mesai dışında ise acil hizmetler veya nöbetçi doktor ve görevli personelin hizmet vermemesi sağlık hizmetlerinin sürekliliği prensibine aykırılık doğurur ve idarenin hizmet kusuru sebebiyle tazminat sorumluluğunu ortaya çıkarır.

Davalı idareye ait hastanede vefat eden yakını sebebiyle açılan tazminat davasında İstanbul 3. İdare Mahkemesi; hastaya otopsi yapılmaması ve hastanede dahiliye uzmanı kadrosu bulunmasına karşın emeklilik nedeniyle boşalan bu kadroya idarenin sürekliliği ve düzenlilik ilkesi gereği ve özellikle sağlık hizmetleri gibi bir an olsun aksamaması gereken bir kamu hizmetinde, bu hizmetten yararlanan hastaların mağduriyetine sebep olunmayacak şekilde başka bir dahiliye uzmanının derhal görevlendirilmemiş ve yoğun bakım ünitesinin oluşturulmamış olmasının hizmet kusuru olduğu gerekçesiyle davalı idareyi maddi ve manevi tazminat ödemeye hükmetmiştir[17]. Ancak, söz konusu karar, Danıştay 10. Dairesince, otopsiye lüzum görülmediği ve başka bir hastanenin acil servisinde görevli uzman doktorla irtibat kurularak doktorun, hastanın vefatından on dakika sonra hastaneye geldiği gerekçesiyle bozulmuş[18] ise de, hastanede dahiliye uzmanı kadrosunun bulunmasına rağmen doktorun emekli olmasının ardından sağlık hizmetlerinin sürekliliği ve düzenliliği ilkeleri uyarınca derhal uzman doktorun atanmaması sebebiyle idarenin hizmet kusuru bulunduğu yerel mahkeme kararı daha isabetli olduğunu söylemek mümkündür.

Sağlık kamu hizmetinin düzenliliği prensibi süreklilik prensibinin ayrılmaz bir parçasıdır. Sağlık hizmetinin eksik personel veya teçhizatla sunulması veya zaman zaman kesintilerle sunulması düzenlilik ilkesinin ihlalidir ve idarenin sorumluluğunu doğurur.

[17] İstanbul 3.İdare Mahkemesi, 27.2.2004 tarih ve E:2001/282, K:2004/249 sayılı kararı
[18] Dan. 10.D, 24.3.2006, E:2005/1446, K:2006/2072, Danıştay Bilgi Bankası

2.4.2. Değişkenlik ve Uyarlama

Bu değişiklik öncelikle yasama organınca yapılacaktır. Yasama organı ya kanunları değişken gereksinimlere uydurur, ya da söz konusu değişkenliği idareye takdir yetkisi bırakarak sağlar. Bu durumda idare düzenleyici işlemlerle çağın gereksinimlerine uygun gerekli değişimleri yerine getirir (Giritli vd., 2015: s. 1206)

Sağlık hizmetleri yönünden değişkenlik ilkesi ise, kolektif ihtiyaçlardaki ve kamu yararı gereklerindeki değişime tıbbi hizmetlerin uyum sağlamasıdır (Eren ve Uyer, 1989: s.117). Tıp bilimi en çok değişen ve gelişen bilimlerin başında gelmektedir. İnsanların en temel gereksinimlerinden birisi sağlık olduğundan, sağlık hizmetlerine yönelik personel eğitimi, araç ve gereçleri günün koşullarına ve son değişime ayak uydurmaları gerekmektedir. Ancak, bu durum genel kural ve hedef olarak ele alınmakla birlikte, gerek cihazların, gerekse uygulanan metotların her zaman en gelişmiş ülkelerdeki ile aynı olması beklenemeyeceğinden, belirtilen sebeple doğrudan idarenin sorumluluğunun kabul edilmesi mümkün olmaz. Hekimin ya da diğer sağlık görevlilerinin, kendi gördüğü eğitim ya da uzmanlıkla ilgili edindiği bilgileri, bir hastanın tedavisinde yeteri kadar kullanmayıp, ülkedeki mevcut tıbbi hizmet standartlarının altında bir hizmet vermesi tıbbi uygulama hatası olarak kabul edilmektedir (Kıcalıoğlu, 2006: s.118).

Değişkenlik ve uyarlama ilkesi ile ilgili olarak belirtilmesi gereken bir diğer husus da, bu değişiklik ve yeniliklerden, kamu hizmetinin sunucu ve yararlanıcıları, herhangi bir hak veya menfaat iddiası ileri süremeyerek bunlara katlanmak zorunda olmalarıdır. Zira kamu hizmeti, bireylerin ve ilgililerin değil, toplumun yararı için ifa edilirler. Bu bakımdan özel çıkarların korunmadığı ya da zedelendiği iddiasının dinlenmesi olanaklı değildir (Duran, 1982: s.310). Örneğin, idarenin ilk derece sağlık kuruluşu olarak sağlık ocaklarının kapatılması yolunda alacağı bir karara, evvelde böyle bir hizmet verildiği, bu hizmetin kazanılmış bir hak olduğu gibi iddialarla yapılan itirazın hukuki bir geçerliliği bulunmamaktadır. Zira idare sağlık hizmetini değişen koşullara göre uyarlama hak ve yükümlülüğü altındadır. Ancak, kuşkusuz bu belirlemenin mer'i mevzuata ve kamu yararına uygun olarak belirlenip belirlenmediği konusunda idare yargı denetimi altındadır.

2.4.3. Eşitlik İlkesi

Kamu hizmetlerinden yararlanmada eşitlik ilkesi iki anlamda kullanılmaktadır. Birincisi kural olarak kamu hizmetlerinden herkesin yararlanması, ikincisi ise aynı durumda olanlar arasında ayrım yapılmaksızın aynı koşullarda ve aynı biçimde kamu hizmeti sunulmasıdır (Giritli vd, 2015: s.1207).

Anayasa'nın 10. Maddesinde, "Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar" temel normu yer almaktadır. Bu temel hüküm paralelinde, sağlık kamu hizmetleri tüm yurttaşlara eşit olarak sunulmak zorundadır. Gerek devlete ait sağlık kuruluşları, gerekse özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerince işletilen özel sağlık kuruluşları hukuken kabul edilebilir objektif sebepler olmadıkça, kişilerin sağlık hizmetinden yararlanmalarına engel olamazlar. Buna göre ancak, hastane kapasitesinin dolu olması, hastalığa yönelik ünite veya başvuru sırasında uzman hekimin bulunmaması gibi objektif sebeplerle hasta kabulden imtina edilebilir.

Özel sağlık kuruluşlarında ücretin bir kısmı veya tamamı peşin olarak ödendiğinden, ücretin peşin olarak ödenmemesi acil hasta kabulünde objektif bir sebep olarak görülebilir mi? Sağlık mevzuatında 2008 yılı öncesi ücretlerin ödenmemesi durumunda hasta kabul edilmesi zorunluluğu bulunup bulunmadığına dair genel bir düzenleme bulunmamaktaydı. Bu tarihten sonra, hastaların ücret gerekçe gösterilerek özel hastanelere kabul edilmemeleri sebebiyle meydana gelen ölüm olayları sonrasında kamuoyunda oluşan duyarlılık sonucu Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmeliğin[19] 24. maddesinde 23.07.2008 tarih ve 26945 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan değişiklikle özel sağlık kuruluşlarına hastanın ödeme gücü bulunup bulunmadığına bakmaksızın hastayı kabul etme ve gerekli tıbbi müdahaleleri yapma mecburiyeti getirilmiştir. Ancak, yönetmelikte sadece acil vakalar için düzenleme getirildiğinden, diğer muayene ve tıbbi müdahaleler için ücret ödememenin objektif bir gerekçe olarak durduğu görülmektedir. Diğer yandan, hangi rahatsızlığın acil olup olmadığı tetkik ve muayene yapılmadan her zaman tespit edilmesi mümkün olmadığından, açık ve kesin durumlar dışında hastanın muayene ve tedavi isteğinin geri çevrilmemesi gerektiği kanaatindeyiz.

[19] 15.02.2008 tarih ve 26788 sayılı Resmi Gazete

Sağlık hizmetinin herkese eşit olarak sunulması, hiç kimsenin özel ve ayrıcalıklı muameleye tabi tutulmaması esastır. Ancak, korunması yasalarla özel olarak düzenlenmiş bir kısım kimseler ile hastalığın veya hastanın özel ve kırılgan yapısı sebebiyle bazı hastalara öncelik hakkı tanınmış olup, bu durum Anayasanın 10. Maddesinde yer verilen, "çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz" hükmü karşısında, söz konusu ilkeye ters düştüğü söylenemez.

Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün "Poliklinik Hizmetlerinde Öncelik Sırası" başlıklı 2010/73-80 sayılı Genelgesinde, genel hizmetin aksamasına meydan vermeyecek şekilde poliklinik muayenelerinde öncelik sırası; acil vakalar (Ani gelişen hastalık, kaza, yaralanma ve benzeri durumlar ile ivedilikle tıbbi müdahale yapılması gerektiğine hekim tarafından karar verilen vakalar), özürlüler, hamileler, 65 yaş üstü yaşlılar, yedi yaşından küçük çocuklar, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler olarak belirlenmiştir.

Söz konusu genelge ile yine poliklinik hizmetlerinde öncelik sırasını belirleyen 2006/113 sayılı Genelgenin 6. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır. Böylece istiklal madalyası sahipleri, gazi ve şehit yakınları, hâkimler ve savcılar ile sağlık personelinin öncelik hakkı sona erdirilmiştir. Yeni düzenlemenin Anayasanın 10. Maddesinde yer verilen eşitlik prensibine daha uygun düştüğü, maddede sayılanlara öncelik tanınması için özel bir sebep bulunmadığı söylenebilir.

SAĞLIK KAMU HİZMETLERİNDE ÜCRET

Elektrik, su, otoyollar vb. bir kısım kamu hizmetleri ücrete tabi iken, Anayasanın 42. Maddesinde belirtilen ilköğretim hizmeti[20] veya devlet yollarının kullanımı gibi bazı kamu hizmetleri ise ücrete tabi değildir. Hangi kamu hizmetinin ücretsiz olarak verileceği idarenin takdirinde olmakla birlikte, genel olarak kanunla bir kamu hizmetinin teşekkülü ve işletilmesi sorumluluğu idareye yükletilmiş ise, bu hizmetlerin ücretsiz olması gerekmektedir. Ancak, piyasa şartlarına göre işletilen özellikle ticari ve sınai kamu kuruluşlarının ücretli olduğu konusunda bir duraksama bulunmamaktadır (Gözler ve Kaplan, 2013: s.543-544).

[20] 1982 Anayasası 42. Maddesinin 5. Fıkrasında; "İlköğretim, kız ve erkek bütün vatandaşlar için zorunludur ve Devlet okullarında parasızdır" denilmektedir.

Ancak, günümüzde kamu hizmeti çeşitliliğinin ve yararlananların artmasına mukabil, kamu hizmeti karşılığı belirli bir meblağ alındığı görülmektedir. Her zaman hizmetin tam karşılığı olmayan bu meblağın kamu hizmetinin iyileştirilmesi ve sunulmasına katkı olarak, kamu yararı ile birlikte düşünüldüğü ve toplum yararına olduğu savunulmaktadır. Bu nedenle kamu hizmeti karşılığı alınan ücretin hizmetten yararlanana yüklenen "resim" veya "harç" niteliğinde "dolaylı bir vergi" olduğu ileri sürülmüştür (Özay, 2002: s.241). Ancak, hastanelerden alınan ücretin hizmetin tam karşılığını teşkil etmediği ve idari tasarruflarla artırılıp azaltılabildiği düşünüldüğünde vergi olarak değerlendirilmesi zor olduğundan, ödenen meblağların hastanenin genel masraflarına bir katkı olarak düşünülmesi gerekmektedir. Buna mukabil, kamu sağlık hizmeti daha ziyada geliri az olan, yoksul yurttaşlara hitap ettiğinden, başlangıçta az gibi görülen katkı paylarının özellikle çok çocuklu aileler bakımından gelire oranla büyük bir yekün teşkil ettiği ve bu durumun temel bir hakkın kullanılamaması sonucunu doğurabileceği gözden uzak tutulamaz. Bu sebeple, alınan katkı paylarının en az seviyede tutulması gerekmektedir.

Hiç kuşkusuz kamu sağlık kuruluşlarında sağlık hizmetleri karşılığı alınan ücretler hizmetin tam karşılığı değildir. Devlet ve kamu kurumları toplanan vergiler, ücret kesintileri ile sigortalılardan toplanan primlerden, özel sigorta kuruluşları ise kişilerden toplanan primler vasıtasıyla sağlık hizmetlerinin bedelini karşılamaktadırlar (Akdur, 2003: s.52; Yalçın ve Yıldırım, 2001: s.6). Bu sebeple, kamu sağlık kamu hizmetinin icra edilmesinde icracı ve yararlanıcı arasındaki doğrudan parasal ilişki sona ermektedir (Belek, 2001: s. 87-92).

Anayasa mahkemesi, kamu hizmetlerinin paralı olabileceğine, fakat kâr elde etmek amacıyla işletilemeyeceği görüşündedir. 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun 3/c maddesinde yer alan, "Kamu kurum ve kuruluşlarına ait sağlık kuruluşları veya sağlık işletmelerinde verilen her türlü hizmetin fiyatları Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca tespit ve ilan edilir" hükmünün iptali istemiyle açılan davada Yüksek Mahkeme, fiyat tespitinin Anayasa'nın 56. maddesine aykırı bir yönü bulunmadığı gerekçesiyle başvurunun reddine karar vermiştir[21]. Bu kararla, idarece sağlık hizmeti sunulması sırasında önceden fiyat tespit edilerek faydalanıcılardan belirli bir meblağ talep edilmesinin önü açılmıştır.

[21] AYM, 19.04.1988, E:1987/16, K:1988/8 sayılı kararı, 23.08.1988 tarih ve 19908 sayılı Resmi Gazete

Kamu eliyle yürütülen sağlık hizmetlerinden alınan ücrete "katılım payı" denilmektedir. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 3. maddesinde katılım payı: "Sağlık hizmetlerinden yararlanabilmek için, genel sağlık sigortalısı veya bakmakla yükümlü olduğu kişiler tarafından ödenecek tutar" olarak tanımlanmıştır. Aynı Kanun'un 68. maddesinde, katılım payı alınacak sağlık hizmetleri; ayakta tedavide hekim ve diş hekimi muayenesi, vücut dışı protez ve ortezler, ayakta tedavide sağlanan ilaçlar, kurumca belirlenecek hastalık gruplarına göre yatarak tedavide finansmanı sağlanan sağlık hizmetler olduğu düzenlenmiştir. Anılan kanun maddesinin devamında ise katılım paylarının genel esasları ayrıntılı olarak yer almıştır.

Katılım payları Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığınca çıkarılan sağlık uygulama tebliğleriyle (SUT) ayrıntılı olarak düzenlenmektedir.

SAĞLIK HİZMETİNİN TÜRLERİ

4.1. Genel Olarak

1982 Anayasası'nın 56. maddesi Devlete, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesi görevi yüklemiştir. Anayasa'nın söz konusu hükmünün bir gereği olarak devlet topluma yönelik sağlık hizmeti sunma yükümlülüğü altındadır. Anayasa hükmünün bir gereği olarak Devletin yurttaşlarına karşı görevi, sadece hastalıkları zamanında teşhis etmek ve tedavi hizmeti vermek değil, insanın beden ve ruh sağlığına zarar veren her türlü dışsal faktörleri ortadan kaldırmak, tedavi sonrasında da rehabilitasyon vazifesini yerine getirmektir. Devlet bu görevini kamunun elindeki sağlık ve sosyal kuruluşlar eliyle yapabileceği gibi, özel sektöre sağlık hizmetinin sunumu yönünden ruhsat vermek ve bu hizmetleri yakından denetlemek suretiyle de yapabilir. Yahut ülkemizde olduğu gibi karma bir modelle kamu ve özel sağlık kuruluşları birlikte çalışabilirler.

İdarenin sağlık hizmetinden kaynaklanan tazminat sorumluluğunun ortaya konulabilmesi bakımından, öncelikle sağlık hizmeti türleri üzerinde durulmasında yarar vardır. 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun[22] "temel esaslar" başlıklı 3/k maddesi ile 8. maddesinde, koruyucu sağlık hizmeti, teşhis, tedavi ve rehabilite edici sağlık hizmetleri olmak üzere üç türlü sağlık hizmetinden söz edildiği görülmektedir. Buna göre, sağlık hizmetleri işlevsel anlamda; koruyucu, teşhis ve

[22] 15.05.1987 tarih ve 19461 sayılı Resmi Gazete

tedavi edici ve rehabilite edici sağlık hizmetleri olmak üzere üç gruba ayrılabilir. Bu üç grup sağlık hizmeti, öncelikle sağlığın bozulmaması, bozulması durumunda ise iyileştirilmesine yönelik olması sebebiyle doğal olarak birbirleriyle sıkı ilişki içindedirler. Söz konusu sağlık hizmetleri aynı zamanda birbirlerini ardışık olarak takip etmektedirler.

İşlevsel anlamda sağlık hizmetlerini sırasıyla daha yakından bakalım.

4.2. İşlevsel Anlamda Sağlık Hizmetinin Türleri

Toplum huzuru ve mutluluğu için temel teşkil eden sağlık hizmetlerinin birincil önceliği, toplumun sağlığının muhafaza edilmesi ve mümkün olduğunca geliştirilerek direnç kazandırılmasıdır. Ancak, herhangi bir sebeple bozulan sağlığın yeniden düzeltilmesi ve gerekli durumlarda rehabilite edilmesi sağlık kamu hizmetinin bir gereğidir. İşlevsel anlamda sağlık hizmetini koruyucu sağlık hizmeti, teşhis ve tedavi edici sağlık hizmeti, rehabilite edici sağlık hizmeti, geliştirici sağlık hizmeti ve diğer sağlık hizmetleri başlıkları altında ele alacağız.

4.2.1. Koruyucu Sağlık Hizmeti

1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun[23] 1. maddesinde, memleketin sıhhi şartlarını ıslah ve milletin sıhhatine zarar veren bütün hastalıklar veya sair muzır şeylerle mücadele etmek ve gelecek neslin sağlıklı olarak yetişmesini temin ve halka tıbbi ve sosyal yardımda bulunmanın devletin görevi olduğu belirtilmiştir.

Koruyucu sağlık hizmetleri, kişiye yönelik koruyucu sağlık hizmeti ve çevreye yönelik koruyucu sağlık hizmeti olarak iki kısma ayrılır. Örneğin, gıda kontrolü ve güvenliği, temiz su sağlanması, hava kirliliğinin kontrolü, konut sağlığı çevreye yönelik koruyucu sağlık hizmeti iken; bağışıklama, ilaçlı koruma, dengeli beslenme, aşırı doğurganlığın kontrolü kişiye yönelik koruyucu hizmeti olarak adlandırılmaktadır (Savaş, 2007: s.30).

Devlet, kişilerin hayatlarını fiziksel ve ruhsal olarak sağlıklı bir şekilde sürdürmelerini sağlamakla sorumludur. Bunun başlıca şartı ise, vatandaşların hastalıklara karşı korunması yani, koruyucu sağlık hizmetlerine önem vermekten geçmektedir. Devlet, salgın hastalıkları önleme, ortaya çıkması durumunda ise, aşı yapılması, karantina altına alma, duyuru, gibi koruyucu sağlık hizmetleri vermekle

[23] 06.05.1930 tarih ve 1489 sayılı Resmi Gazete

ve hastalıkların ortaya çıkmaması için gerekli önlemleri öncelikle almakla yükümlüdür (Aşcıoğlu, 1993: s.1).

1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanununda devletin koruyucu sağlık hizmeti faaliyetleri saymak suretiyle belirtilmiştir. Buna göre; çocuk ölümünün azaltılması yolunda önlem alınması, annelerin doğumdan önce ve doğumdan sonra sıhhatlerinin kontrolü, salgın hastalıkların önlenmesi, bütün zehirli ve uyuşturucu maddelerle mücadele, her nevi serum ve aşıların yapılması ve çocuk sağlığının muhafazası gibi birçok konu koruyucu sağlık hizmeti olarak sayılmıştır. Bunların dışında, ilaçla koruma, beslenmenin iyileştirilmesi, erken teşhis ve tedavi, kişisel hijyen ve sağlık eğitimi koruyucu sağlık hizmetleri arasındadır[24].

Koruyucu sağlık hizmeti sadece merkezi idare tarafından değil, kamu ve özel bütün sağlık kurum ve kuruluşları tarafından verilir. Ancak, özel veya diğer idarelerce verilen koruyucu sağlık hizmeti Sağlık Bakanlığı'nın denetim ve gözetimi altındadır[25]. Koruyucu sağlık hizmetleri, sağlığın bozulmadan korunmasını esas alması yönüyle sosyal devletin en önemli görevlerindendir. Tüm dünyada ve ülkemizde genellikle devlet ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından sunulmakta; ödeme gücüne bakılmaksızın toplumun tüm fertleri bu hizmetlerden yararlanmaktadır. Ancak, yasal olarak bir engel bulunmamasına rağmen, özel sağlık kuruluşları ise kâr edememe kaygılarından ötürü koruyucu sağlık hizmetleri alanındaki faaliyetleri çok kısıtlıdır. Zira koruyucu sağlık hizmeti faaliyetlerinin kârları düşüktür. Bu sebeple tipik birer kamu ekonomisi üretimi olarak kabul edilirler (Bulutoğlu, 2008: s.258).

Üzerinde durmamız gereken bir diğer husus da, koruyucu sağlık hizmetlerindeki aksaklıkların idare açısından tazminat sorumluluğunu doğurup doğurmadığı hususudur. Koruyucu sağlık hizmetlerinin de kamu hizmeti olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Bunun doğal bir sonucu olarak söz konusu hizmetin sunumu sırasında hizmet kusurunun varlığı halinde idarenin tazminat sorumluluğu doğar. Bu bağlamda, koruyucu sağlık hizmeti kapsamında yayılma eğilimi olan bir salgın hastalığın önlenmesi için iğne yapılan kişinin sakat kalması nedeniyle (Kızılyel, 2006: s.38), kuduz hastalığı sebebiyle karantinaya alınması gereken bir

[24] 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu m.3
[25] 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu m. 3/b

köyün karantinaya alınmaması sebebiyle hastalığın yaygınlaşması, içme suyu analizlerinin yapılmaması ya da eksik yapılması veya çocuklara temel aşıların yapılmaması gibi koruyucu sağlık hizmetlerindeki eksikliklerden kaynaklanan hastalıkların sonucu olarak meydana gelen zararlardan Sağlık Bakanlığı'nın hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk esasına göre tazminat sorumluluğu söz konusu olacaktır.

Ancak, idarenin genel anlamda görevi olmakla birlikte, bir kanunda özel olarak görevi bulunmayan ve daha çok bireylerin hatalarından kaynaklanan zararlarda idarenin sorumlu tutulması zor görünmektedir. Örneğin, sağlıklı bireyler yetiştirmek ve gençleri obezite tehlikesine karşı uyarmak genel olarak Sağlık Bakanlığı'nın görevleri arasında olmakla birlikte, obeziteye yakalanmış kişinin kendisinin yeterince bilgilendirilmemesinden kaynaklı olarak hastalığa yakalandığı savıyla açtığı davada Sağlık Bakanlığı'nın sorumlu tutulması mümkün değildir. Buna göre, mevzuatta idareye verilen görevlerin yerine getirilmemesinden, ya da bireylerin müracaat ettikleri sağlık kuruluşunda ülkede uygulanan ortalama sağlık hizmeti ışığında, yeterli koruyucu sağlık hizmeti verilememesinden kaynaklanan zararlardan idarenin sorumlu tutulması gerektiğinde kuşku yoktur.

Koruyucu sağlık hizmeti kapsamında özellikle zorunlu aşı sebebiyle meydana gelen zararlardan dolayı idarenin yürüttüğü faaliyetin riskli olması veya "kamu külfetleri karşısında eşitlik" prensibi gereği idarenin kusursuz sorumluluğunun kabul edilmesi uygun olacaktır. Zira, tıbbi bir uygulama olan aşı sebebiyle yan etkiye maruz kalma riski her zaman mevcut olduğu gibi kaldı ki, kamu sağlığının korunması için zorunlu olarak yapılan aşı sebebiyle, yan etkiye maruz kalan bazı kişilerin sağlıklarının bozulması veya hayatlarını kaybederek orantısız bedel ödemelerinin karşılıksız bırakılmaması icap etmektedir.

Danıştay bir kararında[26] görüşümüz doğrultusunda; çocuk felcinden korunma, hastalığın yaygınlaşmasını önleme maksadıyla kamu sağlığı ve kamu menfaati gereği taşıdığı risk göz ardı edilerek oral polio aşı uygulamasının yapıldığı açık ise de, bu uygulama nedeniyle %50 oranında beden çalışma gücünden yoksun kaldığı tespit edilen davacının maddi zararının kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine göre

[26] Dan.10.D, 17.12.2004, E:2002/6983, K:2004/7810, Danıştay Bilgi Bankası

karşılanması gerektiği gerekçesiyle zorunlu aşı sebebiyle meydana gelen zararlarda idarenin kusursuz sorumluluğunu kabul etmiştir.

Ancak, Danıştay daha sonra bu görüşünü terk ederek aksi yönde kararlar vermiştir. Nitekim Danıştay; yine çocuk felci (oral polio) aşısına bağlı olarak hastanın çocuk felci (paralitik poliomyelit) geçirmesi nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen zararların tazmini istemiyle açılan bir davada; bünyesinde risk barındıran sağlık hizmetlerinin sunucusu olan davalı idarenin, koruyucu sağlık hizmetleri kapsamında gerçekleştirdiği aşıdan kaynaklanan komplikasyonda, idarenin hizmet kusuru bulunmadığının Adli Tıp Kurumu'nca ortaya konulduğu, bu sebeple davalı idarenin tıp kurallarına uygun olarak yürüttüğü tespit edilen hizmetten dolayı maddi ve manevi tazminata mahkûm edilmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca tazminata hükmeden yerel mahkeme kararını bozmuştur[27].

Yine, bir başka kararda Danıştay; davacının hastalanması nedeniyle 04.08.2009 tarihinde götürüldüğü davalı bakanlığa bağlı Van Eğitim ve Araştırma Hastanesinde yapılan iğne sonucunda sakat kaldığından bahisle uğranıldığı iddia edilen maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle açılan bir davada; bünyesinde risk barındıran sağlık hizmetlerinin sunucusu olan davalı idarenin, koruyucu sağlık hizmetleri kapsamında gerçekleştirdiği aşıdan kaynaklanan komplikasyonda, idarenin hizmet kusuru bulunmadığının Adli Tıp Kurumunca belirtildiği, idarenin eylemi ile gerçekleşen zarar arasında illiyet bağı bulunduğundan bahisle kusursuz sorumluluğa dayalı olarak manevi tazminata hükmedilmesinde hukuki isabet bulunmadığı gerekçesiyle yerel mahkeme kararını bozmuştur[28];.

3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun 6 ve 8. maddeleri, 224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanunun 9,10,11 ve 12. Maddeleri ile 5258 Sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un 1,2,3. maddelerinde koruyucu hekimlik ve sağlık hizmetleri hakkında düzenlemelere yer verilmiştir.

[27] Dan.15.D, 29.01.2015, E: 2014/8649, K: 2015/410, Danıştay Bilgi Bankası.
[28] Dan.15.D, 18.06.2015, E: 2014/9364, K: 2015/4241, Danıştay Bilgi Bankası

4.2.2. Teşhis ve Tedavi Edici Sağlık Hizmeti

Sağlığı konusunda yardıma muhtaç olan hastanın bu ihtiyacını gidermeye yönelik sorunun bulunması ve giderilmesine yönelik faaliyetler teşhis ve tedavi edici sağlık hizmetleri kapsamında değerlendirilmektedir. Teşhis ve tedavi edici sağlık hizmetlerinden kaynaklanan zararlar idarenin sorumluluğunu gerektirir. Tıbbi uygulama hataları da bu alanda görülmektedir (Kızılyel ve Kaylan, 2010: s.55).

Koruyucu sağlık hizmeti henüz hastalık meydana gelmeden, sağlık halinin korunması, hastalığın oluşmaması ya da, var olan hastalığın yayılmaması için verilirken, teşhis ve tedavi edici sağlık hizmeti, var olan hastalığın tespiti, tedavisi ve gözetimi ile ilgilidir.

Koruyucu sağlık hizmeti daha çok bir topluluğun tümüne veya bir kesimine yöneliktir. Örneğin, bir şehirdeki içme suyuna yönelik sağlık standartlarının korunması için yapılan testler ve alınan önlemler şehrin tümüne yöneliktir. Teşhis ve tedavi edici sağlık hizmetinde ise, fayda daha ziyade özeldir. Bir kısım hastalıkların iyileştirilmesi toplum için de yararlı sonuç doğurmakta ise de, bu durum dolaylı fayda olup, öncelikli fayda, bireyin hastalıktan kurtulmasına yönelik yani bireyseldir.

Türkiye'de iyileştirici sağlık hizmetlerinin sunumu üç basamaklı bir sisteme tabi tutulmuştur. Sıralamada, ihtisaslaşma, yaygınlık, kullanılan teknoloji gibi kriterler esas alınmıştır.

Buna göre birinci basamak resmi sağlık kuruluşları[29]; Kamu idareleri bünyesindeki kurum hekimlikleri, sağlık ocağı, verem savaş dispanseri, ana-çocuk sağlığı ve aile planlaması merkezi, sağlık merkezi ve toplum sağlığı merkezi ile Sağlık Bakanlığı tarafından aile hekimi olarak yetkilendirilen aile hekimleri, 112 acil sağlık hizmeti birimi, üniversitelerin medikososyal birimleri, Türk Silahlı Kuvvetlerinin birinci basamak sağlık üniteleri ve belediyelere ait polikliniklerdir.

Birinci basamak sağlık kuruluşlarında, tanı ve tedavisi nispeten daha kolay hastalıklar tedavi edilmektedir. Teşhis ve tedavinin zorluğuna göre ikinci veya üçüncü sınıf sağlık kuruluşlarına sevk zinciri oluşturulur. Hekimlerin, mesleklerini serbest olarak icra etmek üzere münferiden açtıkları muayenehaneler de bu kapsam

[29] Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün 05.06.2003 tarih ve 2003/63 sayılı Genelgesi

dışındadır. Ancak, birinci basamak sağlık kuruluşlarının en önemli ve yaygın olanı aile hekimlikleridir. Gerçekten de, ulaşılabilirliği ve ücretsiz olması sebebiyle, teşhis ve tedavisi zor olmayan, ancak sağlık için önemli olan bazı hastalıkların tedavisi yanında, hamilelikten itibaren başlayan ve zorunlu aşılarının yapılması ile süren süreçler de dahil olmak üzere takip eden aile hekimlikleri birinci basamak sağlık kuruluşu olarak önemli bir görev icra etmektedirler.

İkinci basamak sağlık kurumları, hastaların yatırılarak teşhis ve tedavi hizmetlerinin verildiği Eğitim ve araştırma hastanesi olmayan devlet hastaneleri ve dal hastaneleri ile bu hastanelere bağlı semt poliklinikleri, entegre ilçe hastaneleri, Sağlık Bakanlığına bağlı ağız ve diş sağlığı merkezleri, Türk Silahlı Kuvvetlerinin eğitim ve araştırma hastanesi olmayan hastaneleri, belediyelere ait hastaneler ile kamu kurumlarına ait tıp merkezleri ve dal merkezleri, İstanbul Valiliği Darülaceze Müessesesi Müdürlüğü Hastanesidir[30].

Üçüncü basamak sağlık kurumları, ileri tetkik ve özel tedavi gerektiren hastalıklarda uzman personel ve ileri teknoloji kullanılan merkezlerdir (Savaş, 2007: s.30). Özel bir yaş grubuna, cinsiyete ya da belli bir hastalığa yakalanan kişilere, o konuda en geniş imkanlara sahip yataklı tedavi kuruluşlarında verilen tedavi hizmetidir. Bu hizmetler, genellikle özel dal ya da eğitim hastanelerinde verilir[31].

İleri tetkik ve özel tedavi yöntemleri uygulaması sebebiyle, ağır yaralanmalarda tedavi süreci, organ nakli gibi ağır cerrahi operasyonlar veya spesifik rahatsızlıkların tedavisi gibi ağır seyreden hastalık vakalarının üçüncü basamak sağlık kurumlarında teşhis ve tedavisi yapıldığından, tıbbi uygulama sebebiyle meydana gelen zararlara ilişkin davaların önemli bir çoğunluğu üçüncü basamak sağlık kuruluşlarında yapılan müdahalelere ilişkin olmaktadır.

Buna göre; Sağlık Bakanlığı'na bağlı eğitim ve araştırma hastaneleri ve özel dal eğitim ve araştırma hastaneleri ile bu hastanelere bağlı semt poliklinikleri, üniversite hastaneleri ile bu hastanelere bağlı sağlık uygulama ve araştırma merkezleri, enstitüler ve semt poliklinikleri, üniversitelerin diş hekimliği fakülteleri, Türk Silahlı Kuvvetleri'ne bağlı tıp fakültesi hastanesi ile eğitim ve araştırma

[30] Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün 05.06.2003 tarih ve 2003/63 sayılı Genelgesi
[31] Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesi Hakkında Yönerge; http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index

hastaneleri, Bezm-i Âlem Valide Sultan Vakıf Gureba Eğitim ve Araştırma Hastanesi üçüncü basamak resmi sağlık kuruluşlarıdır[32].

Teşhis ve tedavi edici sağlık hizmetlerindeki hizmet kusurundan kaynaklanan zararların tümünde idarenin tazminat sorumluluğu bulunmaktadır.

4.2.3. Rehabilite Edici Sağlık Hizmetleri

Hastalık ve kazalara bağlı olarak gelişen kalıcı bozukluklar ve sakatlıkların günlük yaşamdaki etkilerini ortadan kaldırmak veya en aza indirmek, bireyin fiziksel ve ruhsal yönden başkalarına bağımlı olmadan veya bağımlılığı minimize ederek yaşamasını sağlamak amacıyla verilen sağlık hizmeti türüdür (Kızılyel, 2006: s.40).

Bu hizmetlerin amacının, söz konusu kısıtlılık haliyle karşılaşan bireylerin bu halleriyle yaşama alıştırılmaları, kendileri ve ailelerinin yaşadıkları acıları hafifletme olduğu söylenebilir. Doğuştan veya sonradan oluşan sakatlıklar sebebiyle kısıtlı olan hareket kabiliyetlerinin artırılması, engellilerin topluma uyum sağlaması için yürütülen sağlık faaliyetleri rehabilitasyon hizmetlerine örnektir (Kılıç ve Aksakoğlu, 1994: s.7). Diğer bir anlatımla, geçirmiş oldukları hastalık veya kazaların bir sonucu olarak, çalışma gücünü kısmen veya tamamen yitiren bireylerin tıbbi ve sosyal rehabilitasyonu; yani fiziksel engellerinin mümkün olduğunca azaltılması ve yeni iş ve beceri kazandırma faaliyetlerinin yürütülmesi rehabilite edici sağlık hizmetlerinin konusunu oluşturmaktadır (Akdur, 2003: s.12). Rehabilite edici sağlık hizmetleri diğer sağlık hizmetlerinden sonra gelmekte olup, fiziksel eylemlerin yanında, psikolojik tedavi süreci de rehabilite edici sağlık hizmetlerine dahildir.

Tıbbi rehabilitasyon ve sosyal rehabilitasyon olma üzere iki türlü rehabilitasyondan söz etmek mümkündür. Tıbbi Rehabilitasyon, protez kullanımı gibi fiziksel müdahaleler dahil bedensel sakatlıkların en aza indirilmesi için yapılan çalışmaların tümünü kapsamaktadır.

Sosyal (mesleki) Rehabilitasyon ise, herhangi bir sakatlık veya kalıcı bir bozukluk nedeniyle eski işlerini veya aktivitelerini yerine getiremeyen kimselerin, başkalarına bağımlı ve muhtaç bir durumda olmadan, yaşamlarını sürdürebilmeleri için, bir işe uyum sağlamalarını ya da yeni bir iş bulunmalarını veya yapabilecekleri

[32] Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün 05.06.2003 tarih ve 2003/63 sayılı Genelgesi

yeni bir işin öğretilmesini sağlayan rehabilitasyon hizmetleridir (Çınar, 2003: s.45-46). Tanımdan da anlaşılacağı üzere, tıbbi rehabilitasyon, başta hekimler olmak üzere sağlık görevlilerince yürütülen tıbbi uygulamalara yönelik hizmetlerdendir. Sosyal rehabilitasyon ise, bireyin iş ve sosyal yaşamın ilişkin olması sebebiyle sosyal hizmet kurum ve personelince yürütülmektedir (Akdur, 1999, s.6).

Fert ve toplum sağlığı bakımından rehabilite edici sağlık hizmetlerinin sunumu Sağlık Bakanlığı'nın (gerektiğinde diğer bakanlıklarla koordineli olarak yürütmek) temel görevleri arasında olup, 181 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede bu durum sayma yoluyla belirtilmektedir.

4.2.4. Geliştirici Sağlık Hizmetleri

Maddi ve manevi olarak insan sağlığının daha dirençli hale getirilmesi ve insan ömrünün uzatılması için insan ve çevreye yönelik faaliyetlere geliştirici sağlık hizmeti denir. Toplumun genel sağlık düzeyinin iyileştirilmesini hızlandırıcı hizmetlerdir. Koruyucu ve tedavi edici hizmetlerin yanı sıra, halkın sağlık eğitimi, toplum kalkınması, sosyal, ekonomik ve çevre koşullarının iyileştirilmesi çalışmalarını da kapsar[33]

Sağlığın geliştirilmesi kavramı ilk kez 1986 yılında Kanada'nın Ottawa kentinde Ottawa Bildirgesi ile Dünya kamuoyuna duyurulmuştur. Ottawa Şartı ile sağlığı geliştirmek yalnızca sağlık sektörüne ait bir sorumluluk olmaktan çıkarılmış, sağlık için ön koşullar ve sağlığı geliştirme amaçlı politik araçlar belirlenmiştir (Akyıldız, 2012: s.312). Bu sözleşmede sağlığın geliştirilmesi için; sağlıklı kamusal politikaların oluşturulması, sağlığı destekleyici bir çevrenin meydana getirilmesi, toplum katılımının güçlendirilmesi, kişisel becerilerin geliştirilmesi ve sağlık hizmetlerinin gereksinimlere uyum sağlaması konuları öncelikli konular olarak ele alınmıştır[34].

3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun 3. Maddesinin (k) fıkrasında; koruyucu, teşhis, tedavi ve rehabilite edici hizmetlerde kullanılan ilaç, aşı, serum ve benzeri biyolojik maddelerin üretimi, temini, ve ruhsatlandırılmasında Sağlık Bakanlığı'nın yetkili olduğu belirtilmektedir. Ancak, insan sağlığının geliştirilmesine

[33] Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesi Hakkında Yönerge; http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index
[34] Sağlığın Teşviki ve Geliştirilmesine Yönelik 1986 tarihli Ottawa Sözleşmesi, Sağlığın Teşviki ve Geliştirilmesine Yönelik Dönüm Noktaları, http://apps.who.int/iris/bitstream

yönelik yeni ilaçların üretimi ve ruhsatlandırılması da kuşkusuz Sağlık Bakanlığı'nın görev ve yetkisindedir.

İnsan sağlığının geliştirilmesine yönelik hizmetlerin sunulmasından kaynaklanan hizmet kusurlarından da Sağlık Bakanlığı sorumludur. Örneğin, düzenli olarak günde bir kez kullanıldığında insan ömrünü uzatan bir hapın hekimce çift doz yazılması ve bu durumdan kaynaklanan bir zararın doğması durumunda Sağlık Bakanlığı'nın sorumluluğu söz konusu olacaktır.

4.2.5. Sağlık Alanındaki Diğer Hizmetler

Doğrudan insan sağlığına yönelik bir faaliyet olmamakla birlikte, bir sağlık kurumunda ve sağlıkla ilgili icra edilen eylemler sağlık kamu hizmeti olarak sayılması mümkün müdür? Örneğin, Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün[35] 4. ve Hasta hakları Yönetmeliği'nin[36] 23. maddesinde korunan sır saklama yükümlülüğüne uyulmaması, aynı yönetmeliğin insani değerlere saygıyı düzenleyen 39. maddesinin ikinci fıkrasına aykırı davranışlar veya, sağlık personelince düzenlenen bilirkişi raporları veya adli raporlar sağlık hizmetine dahil midir?

Bu sorulara olumlu cevap vermek mümkün görülmemektedir. Zira, sağlık hizmeti, doğrudan veya dolaylı olarak insan sağlığına yönelik faaliyetlerdir. Oysa belirtilen faaliyetler sağlık hizmetinin sunumu sırasında uyulması gereken bir kısım kurallar, ya da sağlık alanındaki diğer faaliyetler niteliğindedir. Ancak, kuşkusuz söz konusu faaliyetlerin icrası sırasında hizmet kusuruna dayalı bir zarar meydana gelmişse, idarenin bu zararları tazmin sorumluluğu vardır.

4.3. Organik Anlamda Sağlık Hizmeti Türleri

4.3.1. Genel Olarak

Anayasa'nın 56. maddesinde, herkesin sağlıklı bir yaşam sürmesi için gerekli planlamaların yapılması devletin görevleri arasında sayılmış, söz konusu maddenin 4. fıkrasında ise, Devletin, herkesin sağlıklı bireyler olarak yaşamlarını sürdürmesi hedefini, kamunun elindeki imkânlar ile kamunun sıkı denetimi altında bulunan özel sektör sağlık kuruluşlarından istifade ederek yerine getireceği vurgulanmıştır.

[35] 19 Şubat 1960 tarih ve 10436 sayılı R.G.
[36] 01.Ağustos 1998 tarih ve 23420 sayılı R.G.

Ülkemizde sağlık hizmeti kamu ve özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerince birlikte icra edilmektedir. Milli Savunma Bakanlığı'na bağlı askeri hastaneler ve üniversite hastaneleri hariç, Sağlık Bakanlığı kamu tüzel kişisi olarak doğrudan sağlık hizmetlerini sunmakta ya da, özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerince işletilen sağlık hizmetlerini denetleme, aynı zamanda sağlık hizmetleri alanında düzenleme yetkisini kullanmaktadır. Ayrıca, yerel yönetimlerden olan belediyelerin de sağlık hizmetleri sunmalarında yasal bir engel bulunmamakta olup, ancak belediyelerin sağlık tesisi kurma ve işletme konusunda fazlaca istekli olmadıkları görülmektedir. Şimdi idarelerin sağlık hizmeti ile ilgili yetki ve sorumluluklarına yakından bakalım.

4.3.2. Kamu Sağlık Hizmeti

Ülkemizde sağlık hizmetinin planlanması, kurulması, koordine edilmesi, işletilmesi, diğer kamu kurumlarınca veya özel hukuk gerçek veya tüzel kişilerince kurulan ve işletilen sağlık kurumlarının denetlenmesi yetki ve sorumluluğu Sağlık Bakanlığı'na aittir. 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun[37] 3. maddesinin ilk üç bendinde, 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu'nun[38] 33. Maddesi ve 663 sayılı KHK[39]'nın 2. maddesinde bu durum ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 2. maddesinde, sağlık hizmetlerine yönelik olarak Devlet'e geniş yetki ve görevler yüklenmiştir. Buna göre Sağlık Bakanlığı'nın görevi, sadece bireylerin bozulan sağlıklarına kavuşturulması için teşhis, tedavi ve rehabilitasyon hizmetleri ile sınırlı değildir. Aynı zamanda, kişilerin sağlıklarının korunması için birincil koruma olarak adlandırılan başta çevre ve gıda güvenliği olmak üzere, koruyucu sağlığa yönelik diğer önlem ve tedbirlerin hayata geçirilmesi için gerekli işbirliği ve koordinasyonu sağlamak, kanser, verem, sıtma ile savaş hizmetlerini yürütmek, bulaşıcı hastalıklardan korunmak için gerekli tedbirleri almak gibi birçok görevi bulunmaktadır. İşte devlet, bireylere karşı kendisine yükletilen bu görevlerin yerine getirilmesindeki aksaklıklardan; sağlık hizmetlerinin kuruluşundan, düzenlenmesinden ve işleyişinden kaynaklanan aksaklık ve boşluktan kaynaklanan zararlardan sorumludur (Aşçıoğlu 1982: s.100).

[37] 15.05.1987 tarih ve 19461 sayılı R.G.
[38] 05.06.1933 tarih ve 2419 sayılı R.G.
[39] 02.11.2011 tarih ve 28103 Mükerrer sayılı R.G.

Sağlık hizmetlerine yönelik olarak Sağlık Bakanlığınca sunulan hastane hizmetlerindeki eksiklik ve yetersizlikler, muayene ve tedavi hizmetlerinin hızlı ve etkin verilememesi, özel hastanelerin de pahalı olması sebebiyle zaman içinde Devlet Demir Yolları, Sosyal Sigortalar Kurumu gibi çok kamu kurumu kendi personelinin sağlık hizmetini karşılamak amacıyla sağlık kuruluşları kurup işletmeye başlamışlardır. Bu hastanelerden gözle görülür oranda yarar sağlanmış ancak, bu kez de denetleme ve gözetim sorunu baş göstermiştir. İşte bu dağınıklık, denetim ve koordinasyon zorluklarının aşılması için 5283 sayılı kanun[40] ile diğer kamu tüzel kişileri tarafından işletilen tüm sağlık birimleri, Sağlık Bakanlığı'na devredilmiştir. Ancak, her kural istisnasını da beraberinde getirmekte olup, Cumhurbaşkanlığı, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, silahlı kuvvetler, üniversiteler gibi bazı kurumlara ait sağlık birimleri kapsam dışında tutulmuştur[41].

Sağlık Bakanlığı, sağlık hizmetini sunan ve denetleyen temel idare olmakla birlikte, kamu sağlık hizmeti konusunda yetkili ve sorumlu diğer iki idare de, belediyeler ve üniversitelerdir. Yine, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun[42] 14/b maddesinde; belediyelerin sağlık hizmeti sunan birimler açabilecekleri ve işletebilecekleri düzenlenmiştir. Ancak, anılan yasal düzenleme bir bütün olarak incelendiğinde belediyelerin yerel yönetimler olarak daha ziyada koruyucu sağlık hizmetleriyle görevli olduğu anlaşılmakla birlikte, klasik anlamda teşhis ve tedavi edici sağlık birimlerinin kurulması ve bu hizmetin ifasında da yasal olarak bir mani bulunmadığı açıktır.

Yaygın olarak kamu sağlık hizmeti sunan bir diğer kamu kurumu da üniversitelerdir. Üniversite hastaneleri üçüncü basamak sağlık kuruluşları olup, yükseköğretim kurumlarının kurulması ile ilgili olarak yetkisinde bulunan araştırma ve uygulama merkezleri şeklinde kurulmaktadırlar. Hemen belirtmek gerekir ki, üçüncü basamak sağlık kuruluşları olarak üniversite hastaneleri kompleks cerrahi müdahaleler, organ nakli gibi riskli uygulamaları icra ederek ülkemizde sağlık hizmetlerine önemli katkılar sunmaktadırlar. 2012 yılında Akdeniz Üniversitesi Hastanesinde gerçekleştirilen ilk tam yüz nakli bu örneklerden sadece birisidir.

[40] 19.01.2005 tarih ve 25705 Mükerrer sayılı R.G.
[41] 5283 sayılı Kanun m. 2.
[42] 13.07.2005 tarih ve 25874 sayılı R.G.

Askeri sağlık kuruluşları, bir kamu sağlık hizmeti görmekle beraber Sağlık Bakanlığı'nın tümüyle ilgi alanı ve denetimi dışında kalmaktadır. 1325 sayılı kanunda[43], sağlık hizmetleri yürütmek Milli Savunma Bakanlığı'nın görevleri arasında yer almıştır. Öte yandan, 211 sayılı Yasa'nın 57. Ve devamı maddelerinde, askeri personel, Milli Savunma Bakanlığı'na bağlı sivil personel, askeri öğrenci, erbaş ve erlerin askeri hastanelerde koruyucu, teşhis ve tedavi edici ve rehabilite edici sağlık hizmetlerinden nasıl yararlanacakları ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu bakımdan, askeri sağlık hizmetleri ile askerlere ve yakınlarına yönelik tıbbi tedavi hizmetleri askeri hizmetin bir parçası olarak görülmeye başlanmıştır. Askeri sağlık hizmetleri; askeri hastaneler, kıt'a revirleri ve dispanserler ile Gülhane Askeri Tıp Akademisi gibi sağlık kurumları aracılığıyla icra edilmektedir (Özgüldür, 1996: s.7).

Sağlık hizmeti sunan kamu kurum ve kuruluşlarının, hastaya karşı sorumluluğu özel hastanelerden farklı olarak sözleşmeye dayalı bir sorumluluk olarak kabul edilmemektedir. Kamu hastaneleri hizmet sunan, hasta ise kamu hizmetinden yararlanan kişi konumundadır. Bu nedenle, söz konusu hastanelerde sunulan sağlık hizmetinden kaynaklanan zararlardan dolayı Sağlık Bakanlığı veya ilgili kamu tüzel kişileri aleyhine idare hukuku esasları uyarınca hizmet kusuruna dayalı olarak tazminat davası açılır (Öztürkler, 2003: s.185). Diğer bir anlatımla, başta doktor olmak üzere sağlık personeli ile hasta arasında yapılan bir akit bulunmadığı ve hastalar kamu hizmetinin yararlanıcıları statüsünde bulunmaları sebebiyle kural olarak doktora yönelik bir sorumluluk davası icra edilemez. Zira, Anayasa'nın 129/5. maddesinde, memurlar da dahil olma üzere, kamu görevlilerinin, görevlerini yerine getirirken meydana gelebilecek zararlardan dolayı açılacak tazminat davalarının kamu görevlisine değil, ilgili idareye karşı açılması prensibi öngörülmüştür.

Sağlık kuruluşunun hangi kamu idaresi veya kamu kurumu tarafından işletildiği, dava açılma usulü ve mahkemece hükmedilecek tazminat miktarı bakımından önemli bir husus değildir. Sorumlu olan idarenin bilinmesi sadece tazminat davasında davalının tespiti açısından önem arz etmektedir (Kızılyel, 2008: s.231). Ancak, açılan davada yanlış hasım gösterilmesi durumunda da idare hukuku açısından bir zarar doğurmamakta olup, 2577 sayılı Yasa'nın 15/c bendi uyarınca,

[43] 07.08.1972 tarih ve 13572 sayılı R.G.

idare mahkemesi doğru hasmı tespit ettikten sonra davayı onunla görmeye devam edecektir.

4.3.3. Özel Sağlık Hizmeti

Türkiye'de sağlık hizmeti, kamu kurum ve kuruluşlarıyla birlikte özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerince birlikte yerine getirilmektedir. 1982 Anayasa'nın 56. maddesinde, devletin sağlık kamu hizmeti görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlardan yararlanarak ve onları denetleyerek yerine getireceğini açıkça düzenlemek suretiyle özel sağlık hizmetinin önünü açmıştır. 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu, Özel Hastaneler Tüzüğü, Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik ve Özel Hastaneler Yönetmeliği'yle özel sağlık hizmeti veren sağlık kuruluşlarına ilişkin başvuru şartları, binanın nitelikleri, bulundurulması zorunlu ilaç ve cihazlar, personel kadrosu ve çalışma düzeni gibi hususlarda ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir.

Özel Sağlık hizmeti sunan merkezlerin bazıları; özel poliklinikler, hastaneler, tıp merkezleri, özel dal merkezleri ile özel uygulama ve araştırma hastaneleridir[44].

Kamu hizmetlerinin idare tarafından yürütülmesi esas olmakla birlikte, idarenin tek yanlı işlemi ya da iki yanlı sözleşme gibi değişik yöntemlerle özel kişilere gördürülmesi de söz konusu olmaktadır (Ulusoy, 2004: s.34). Özel sağlık kuruluşlarının faaliyette bulunmaları 2219 sayılı Kanun'un 3. maddesi gereğince Sağlık Bakanlığı'nın iznine tabidir. Diğer bir anlatımla, özel sağlık kuruluşları idarenin tek yanlı işlemi ile yani ruhsat usulü ile faaliyet göstermektedirler.

Ruhsat usulü, idare lehine bir tekel oluşturulmayan veya belli bir özel hukuk tüzel kişisine "imtiyaz" yoluyla gördürülmeyen, toplumun ortak ve genel ihtiyaçlarının istekli olan diğer özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri tarafından üstlenilip yürütülmesidir (Akyılmaz, 2004: s.336; Polatkan, 2000: s.36). Ülkemizde, özel sağlık hizmetleri yanında, özel eğitim hizmetleri, özel televizyon yayıncılığı, madenlerin işletilmesi, elektrik, doğalgaz ve petrol sektöründe yürütülen kamu hizmetleri de ruhsat usulüyle yürütülmektedir (Ulusoy, 2004: s.38).

[44] Özel Hastaneler Yönetmeliği, 27.03.2002 tarih ve 24708 sayılı R.G, Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik, 15.02.2008 tarih ve 26788 sayılı R.G.

Ruhsat usulü genellikle "virtüel kamu hizmeti" olarak adlandırılan hizmetler için kullanılmaktadır (Ersöz, 2010: s.30). Virtüel (sanal) kamu hizmeti" kavramı Fransız İdare Hukuku öğretisinde Conseil D'Etat içtihadına dayanılarak geliştirilmiştir. Buna göre, özel hukuk kişilerince icra edilen, dar ve teknik anlamda kamu hizmeti olmamakla birlikte toplumun ortak ve sürekli ihtiyaçlarını tatmin eden özel eğitim, sağlık, toplu taşıma hizmetleri gibi bir kısım faaliyetlerin virtüel kamu hizmeti veya kamu hizmeti olma istidadını bünyesinde taşıyan faaliyetler olarak adlandırılabileceği ileri sürülmüştür[45] (Akyılmaz, 2004: s.336; Özay, 2002: s.228-242). ÖZAY'a göre; özel teşebbüs tarafından sunulan söz konusu hizmetler üzerindeki denetim salt kolluk amacıyla gerçekleştirilmemekte, hizmet üzerinde içerik denetimi (intrenseque) de yapılmaktadır. Yani, sunulan hizmet üzerindeki denetim yetkisi, uyulması gereken tüm hususları kapsayan, borçlar yükleyen, yaptırımlar uygulayan, organik benzeri, hiyerarşiye yaklaşan bir yetkidir (Özay, 2002: s.228-230).

Toplumsal bir hizmet olan sağlık hizmetinin esas sahibi ve nihai sorumlusu Sağlık Bakanlığıdır. Bu sebeple, Sağlık Bakanlığı'nın gerçek veya tüzel kişilerce işletilecek olan sağlık tesislerine ve yürütülecek sağlık hizmetlerine yönelik her türlü standartları belirleme görev, yetki ve sorumluluğu bulunmaktadır. Bu kapsamda Sağlık Bakanlığı'nın, sağlık tesisi açılmadan önce, sağlık hizmetinin sunulacağı mekânın özellikleri, personel, alet ve cihazlara yönelik asgari kriterler belirleme, tesis açıldıktan sonra da, gerektiğinde yaptırım uygulanmak üzere bakanlıkça belirlenen standartlara uyulup uyulmadığının tespitine yönelik içselleştirilmiş bir denetim yapma yetki ve sorumluluğu vardır (Ulusoy, 2002: s.159).

Danıştay da yeni tarihli bir kararında özel sağlık kuruluşu ile idare arasındaki bu ilişkiyi; "özel sağlık kuruluşlarının hizmet sunabilmesini izne bağlamış olan idare, sağlık hizmetlerinin asli sahibi ve nihai sorumlusu olarak bu hizmetler üzerindeki sıkı ve içselleştirilmiş denetim ve gözetim yetkisini ve buna bağlı olarak idari para cezası, faaliyet durdurma, ruhsatın askıya alınması ve iptali gibi yaptırımlar

[45] GÖZLER ve KAPLAN'a göre virtüel kamu hizmeti teorisinin yanlış ve tehlikeli bir teoridir . Zira, ister milli ister mahalli olsun bir hizmet kendiliğinden kamu hizmeti haline gelmez. Kamu hizmeti kurulan, yaratılan bir şeydir. Öte yandan mahiyeti gereği toplumun ortak ihtiyaçlarını tatmine yönelik olan birçok özel teşebbüs bu teori sayesinde "kamu hizmeti" olarak nitelendirilebilir ve böylece idarenin denetimi altına girer ki bunun liberal hukuk sistemi ile izahı mümkün değildir. Virtüel kamu hizmeti teorisi eleştirisi için bkz. Gürsel ve Kaplan, 2013: s.547

uygulama kudretini elinde bulundurmuş; idarenin hizmetle bağı koparılmamıştır. Özel sağlık hizmetleri alanında idarenin sorumluluğu, özel sağlık kuruluşlarına ruhsat vermede veya bunları denetlemede gündeme gelecektir. Bu nedenle, idarenin özel sağlık hizmetlerinin denetim ve gözetimi görevini yerine getirmemesinden doğan sorumluluğunun kaynağı hekimlerin faaliyeti değil; idarenin sağlık kamu hizmeti faaliyeti; bir başka deyişle kamu hizmetine ilişkin yürüttüğü denetim ve gözetimi; dolayısıyla kendi işlem ya da eylemidir"[46] şeklinde ifade etmiştir.

Bu sıkı denetim, sağlık kamu hizmetlerinin asli sahibi ve nihai sorumlusu olan idarenin bir yönüyle devredilen kamu hizmetinin eksik veya hatalı olarak icra edilmesinin doğuracağı sakıncalı sonuçların önlenmesi ile açılacak hukuki ve cezai davalarından kaçınma amacı gütmektedir.

Özel hastaneler kuruluş ve işleyiş düzeni bakımından devletin denetimi ve gözetimi altında olmalarına karşın, diğer tüm hukuki ilişkileri yönünden özel hukuk hükümlerine tabidirler. Özel sağlık kuruluşuna başvuran hasta ile sağlık kuruluşu arasında "hasta kabul sözleşmesi" veya "tedavi sözleşmesi" adı verilen sözleşme ilişkisi kurulur. Tedaviyi yürüten hekim veya yardımcı sağlık personeli sözleşmenin tarafı olmaz. Bunun yanında, hastanın istek ve iradesi dışında yapılan müdahalelerde vekaletsiz iş görme veya haksız fiil hükümleri uygulanır (Gökcan, 2013: s.923,941; Hakeri, 2012: s.498; Ayan, 1991: s.53). Doktrinde ağırlıklı olarak ve Yargıtay'ca hasta ile özel sağlık kuruluşu ya da müstakil çalışan hekim arasında yapılan sözleşmenin hukuki niteliğinin vekâlet sözleşmesi olduğu kabul edilmektedir[47] (Gökcan, 2013: s. 941; Aşçıoğlu, 1993: s.119; Hakeri: 2012: s.495).

Hasta ile özel sağlık kuruluşu arasında yapılan özel hukuk sözleşmesinin bir sonucu olarak, meydana gelen zararlardan, özel hukuk çerçevesinde özel sağlık kuruluşu sorumludur. Bu sebeple meydana gelen zararlar sebebiyle açılacak tazminat davalarında görevli mahkeme adli yargı mahkemeleridir (Hakeri 2012: s.501; Demir,

[46] Dan.15.D, 08.04.2015, E: 2013/5507, K: 2015/2024, Danıştay Bilgi Bankası

[47]"Somut olayda, davacı ile teşhis ve tedavisini üstlenen doktor arasında vekalet, davalı şirket arasında da sağlık yardımı yönünden akdi ilişki kurulduğu tartışmasızdır. Davalı şirket, öncelikle tacir sıfatıyla basiretli bir tacir gibi davranması gereği yanında, yaptığı hizmetin yaşama hakkını ilgilendiren kamusal nitelik taşıyan sağlık hizmeti olması nedeniyle de hastanın ve özel durumlarda da yakınlarının zarar görmemesi için gerekli olan sadakat ve özeni göstermek durumundadır" Yarg. 13. H.D, 08.06.2009, E:2009/1747, K:2009/7810, Yargıtay Bilgi Bankası

2010: s.167-171). Yargıtay ve Danıştay kararlarının da aynı doğrultuda olduğu görülmektedir[48].

Davacı tarafından özel hastanede kendisine uygulanan tedavi ve operasyon sırasında gerekli özenin gösterilmemesi sebebiyle bacaklarında yanık oluştuğu nedeniyle maddi ve manevi tazminat istemiyle açılan davada, yerel mahkemenin davada idari yargının görevli olduğu gerekçesiyle verdiği görev ret kararı Yargıtay'ın 17.03.2015 tarihli kararıyla; taraflar arasındaki uyuşmazlık, vekalet sözleşmesinden kaynaklandığı, davalılar özel hastane ve bu hastanede çalışan doktorlar olup, davada kamu hukukundan kaynaklanan ve idari yargıda görülmesi gereken idari bir işlem veya hizmetin söz konusu olmadığı, bu nedenle taraflar arasındaki uyuşmazlığa özel hukuk hükümlerinin uygulanması gerekli olduğu ve davada görevli mahkemenin de adli yargı mahkemeleriolduğu gerekçesiyle bozulmuştur[49].

Danıştay'ın 26.02.2015 tarihli kararında ise; "özel hastane ya da hekimleri ile hastalar arasındaki ilişki bir özel hukuk sözleşmesi olup, tarafların hak ve borçları ve dolayısıyla meydana gelen zarardan sorumluluk bu sözleşme kapsamında değerlendirilecektir. Dolayısıyla açılacak tazminat davalarında da adli yargı görevli olacaktır. Bu bağlamda davanın temeli hasta ile hekim arasındaki vekillik sözleşmesi olup, özen borcuna aykırılıktır (BK m. 386-390). Vekil, vekâlet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur"[50] gerekçesiyle meydana gelen zararlardan özel hukuk hükümlerine göre özel sağlık kuruluşunun sorumlu olduğu vurgulanmıştır.

Özel sağlık kuruluşları ile ilgili son olarak belirtmek istediğimiz husus, burada çalışan sağlık personeli her ne kadar bir kamu hizmeti icra etseler de, idare tarafından istihdam edilmedikleri ve özel hukuk kurallarına tabi olduklarından dolayı, haklarında yapılan şikâyetlerden dolayı cezai sorumlulukları bakımından, cumhuriyet savcılıklarınca soruşturma yapılmazdan evvel ayrıca 4483 sayılı yasa uyarınca bir izne ihtiyaç bulunmamakta ve doğrudan soruşturmaya tabi tutulmaktadırlar.

[48] Dan.15.D, 08.04.2015, E: 2013/5507, K:2015/2024, Danıştay Bilgi Bankası
[49] Yarg. 13. HD, 17.03.2015, E:2014/ 46046, K:2015/8495 Yargıtay Bilgi Bankası
[50] Dan. 15. D, 26.02.2015, E: 2014/6402, K:2015/1178, Danıştay Bilgi Bankası

SAĞLIK HİZMETİNİN TARAFLARI

Sağlık hizmetinin tarafları, sağlık hizmeti veren sağlık kuruluşlar ile söz konusu kuruluşlarda görev yapan sağlık mesleği mensupları ve sağlık hizmetinden yararlanan veya tedavi alan bireylerdir. Başlık altında sağlık kamu hizmeti veren kamu kurumları ile sağlık mesleği mensuplarından yaygın olarak hizmet verenler üzerinde durulacaktır.

5.1. Sağlık Hizmeti Veren Kamu Tedavi Kuruluşları

Ülkemizde yatay ve dikey olarak örgütlenmiş ve basamaklandırılmış çok çeşitli kamu sağlık kuruluşları vardır. Sağlık kuruluşlarının basamaklara ayrılma sebebi, hastalığın türüne göre yığılma veya atıl istihdamın önlemenin yanında, hastalığın teşhis ve tedavisinin basit veya zorluğuna göre sınıflandırarak modern çağın icaplarına uygun, süratli, kaliteli ve ekonomik bir hastane işletmeciliğinin verilmesidir.

Birinci, ikinci ve üçüncü basamak başlıca kamu sağlık kuruluşları ve görevlerine yakından bakalım.

5.1.1. Sağlık Ocakları

Sağlık ocağı, mahalle, köy gibi belirli bir nüfusa göre kurulan, başta koruyucu sağlık hizmeti olmak üzere temel sağlık hizmetlerinin verilmesi ile görevli birinci basamak kamu sağlık birimidir.

1961 tarihli 224 sayılı Yasa ile sağlık hizmetlerinden herkesin eşit olarak yararlanması, kamu sağlık kuruluşlarının tek elden idare edilmesi, sağlık teşkilatlarının her kademesinde halkın katılacağı kurullar oluşturulması, köy ve kentlerde birinci basamak sağlık hizmeti veren sağlık ocakları kurulması ve bu ocakların hastaneler ile işbirliği yaparak hasta tedavi hizmetlerini yürütmesi gibi sağlık hizmetlerine yönelik temel ve önemli kararlar kabul edilmiştir (Fişek, 1991: s.2-4).

224 sayılı Yasa uyarınca kurulacak sağlık ocaklarının, ortalama olarak 5-10 bin nüfusa hizmet etmesi gerekirken coğrafi, idari, siyasi benzeri sebeplerle farklılık gösterebilmektedir. Bunun yanında, sağlık ocakları köy, ilçe ve illerde olmak üzere değişik şekillerde görünüm arz etmektedir. Söz konusu Yasa'nın 2. maddesi uyarınca, köy veya mahalle gruplarında birer sağlık ocağı oluşturulmuştur. Aynı

kanunun 11. maddesinde her ilçede en az bir sağlık ocağı bulunması öngörülmüştür. İl içinde nerelere kurulacağı mahallelerin özelliklerine göre idarece belirlenecektir.

Sağlık ocakları, asgari olarak bir doktor hemşire, ebe gibi sağlık meslek mensubundan oluşur[51]. Köylerde ayrıca sağlık evlerinde yardımcı sağlık personeli de görevlendirilir. Sağlık ocakları, başta koruyucu sağlık hizmeti olmak üzere, diğer tıbbi hizmetleri vermekle yükümlüdürler. Ancak, görevli hekimin gerek uzman hekim olmaması sebebiyle, gerekse tahlil, röntgen gibi teşhis veya tedaviye yardımcı uygulamaların bulunmaması sebebiyle, rutin sağlık sorunları dışında ikinci ve üçüncü basamak sağlık kuruluşlarının müdahale etmesi gereken hastalıkların tedavisine yönelik uygulamalar, zorunlu haller dışında hekimin görev alanının dışındadır.

Sağlık Bakanlığına bağlı olarak pratisyen hekimlerin görev yaptığı sağlık ocakları, yaygın olması sebebiyle kolay ulaşılabilirliği sayesinde, zaman ve emek tasarrufu sağlaması yanında, özellikle aşılama gibi koruyucu sağlık hizmetleri veya gribal enfeksiyon, yüksek ateş, ağrı gibi nispeten tedavisi daha kolay rahatsızlıklar için çokça tercih edilen bir sağlık kuruluşudur.

5.1.2. Hastaneler

Her türlü acil vaka ile yaş ve cinsiyet farkı gözetmeksizin, bünyesinde mevcut uzmanlık dallarıyla ilgili hastaların kabul edildiği, ayakta veya yatarak hasta muayene ve tedavilerinin yapıldığı en az 50 yataklı sağlık kurumlarına hastane denir[52]. Bir sağlık kurumunun hastane olarak nitelendirilebilmesi için değişik uzmanlık dallarıyla ilgili olarak muayene, teşhis ve tedavi hizmetleri vermesinin yanında, yatması zorunluluk arz eden hastalar için en az 50 yataklı olarak hizmet vermesi gerekmektedir. Bu yönüyle hastaneler, birinci basamak sağlık kuruluşlarına göre teşhis ve tedavisi daha zor olan hastaların kabul edildiği sağlık kurumlarıdır. Hastaneler de hizmetin veriliş biçimi yönünden kendi içinde sınıflandırılmaktadır.

5.1.3. Dispanserler

Dispanserler, belli bir hastalıkla ilgili olarak, o hastalıktan korunma, hasta olanların erken teşhis edilip tedavi edilmesi, gerekirse hassas grupların aşılanması ve

[51] 224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun m.10
[52] Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği m. 4-5, 13.01.1983 tarih ve 17927 sayılı R.G.

ilgili hastalığın toplumdan yok edilmesi amacıyla hizmet sunan yataksız sağlık işletmeleridir (Sözen, 2002: s.30). Sağlık Bakanlığına bağlı dispanserlerin yanında, kamu kuruluşlarına ait dispanserler veya özel dispanserler de mevcuttur.

Dispanserler, koruyucu, tedavi edici sağlık hizmetlerinin yanında belli bir alanda ihtisaslaşması sebebiyle, o hastalığa yönelik düzenli kayıt tutulması ve hastalıkla mücadele konusunda stratejiler geliştirilmesi gibi görevleri mevcuttur. Verem savaş dispanserleri, deri ve tenasül hastalıkları dispanserleri, sıtma savaş dispanserleri bazı dispanser örnekleridir[53].

5.1.4. Ağız ve Diş Sağlığı Merkezleri

Ağız ve diş sağlığı merkezleri, diş, diş eti, ağız ve çeneye yönelik her türlü hastalık ve düzensizliklerle mücadele için ayakta veya gerekli durumlarda yatarak muayene, tetkik, teşhis ve tedavi hizmeti sunulan, en az 10 ünite kapasiteli bağımsız sağlık kurumlarıdır. Ağız ve diş sağlığı merkezleri, genellikle il merkezlerinde olmak üzere, Sağlık Bakanlığı'nca uygun görülen yerlerde kurulurlar[54]. Ağız ve diş sağlığına yönelik özel sağlık merkezlerinin icra ettikleri teşhis ve tedavi faaliyetlerin pahalı olması nedeniyle, söz konusu merkezlerin özellikle az gelirli yurttaşlar yönünden oldukça faydalı olduğunu vurgulamakta yarar vardır.

5.1.5. Ana Çocuk Sağlığı ve Aile Planlaması Merkezleri

Merkezlerin kurulma amacı, kadın, anne ve çocukların sağlıklarının korunması ve sağlık düzeyinin yükseltilmesi, aile planlaması hizmetlerinin yürütülmesi diğer koruyucu sağlık hizmetlerinin tek elden icrasıdır. Merkezlerde; aile sağlığı hizmetleri, ağız ve diş sağlığı hizmetleri, poliklinik hizmetleri, laboratuvar hizmetleri, eğitim hizmetleri ve erken teşhis ve tedavi hizmetleri gibi hizmetler verilmektedir[55].

---

[53] Sağlık Bakanlığı'nın20.12.2001 tarih ve 8597 onay sayılı Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesi Hakkında Yönergesi, http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.

54 Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği m. 3

[55] Ana Çocuk Sağlığı ve Aile Planlaması Merkezleri Yönetmeliği (06.02.1997 tarih ve 22900 sayılı R.G.) m.1

5.2. Sağlık Mesleği Mensupları

Kamu veya özel olsun sağlık hizmetlerinde görev yapan ve bu sahada mesleki eğitim görerek yetişmiş olan kimselere "sağlık personeli" denilmektedir[56].

Sağlık Mesleği mensubu, insan sağlığına hizmet etmek amacıyla doğrudan insan üzerinde mesleki uygulamalarda bulunanlar ile, bu kişilere destek sağlayan yardımcı sağlık görevlileridir. Buna göre; tabip, uzman tabip, diş hekimi, eczacı, ebe, hemşire, tıbbi teknolog, biyolog, psikolog, diyetisyen, sosyal çalışmacı, ambülans teknikeri, çocuk gelişimcisi, sağlık teknikeri, fizyoterapist, odyolog, sağlık fizikçisi, kimya ve gıda mühendisi, diş ve protez teknisyeni, röntgen teknisyeni, laboratuvar teknisyeni, anestezi teknisyeni, ortopedik cihaz ve protez teknisyeni, fizik tedavi teknisyeni, ilk ve acil yardım teknisyeni sağlık meslek mensubu kişilerdir (Gökcan, 2013: s.63).

Konunun fazla uzamaması için, temel sağlık hizmeti veren sağlık mesleği mensupları ve görevleri üzerinde durmakla yetineceğiz.

5.2.1. Hekimler

İnsan sağlığının korunması için önlemler alan veya bozulmuş olan insan sağlığının tekrar düzeltilmesi için hastalıklara tanı koyan, tıbbi ve cerrahi girişimlerde bulunarak hastalıkları tedavi eden, tıp fakültesi eğitimi almış ve hukuk düzeni tarafından kendisine tıp mesleğini icra yetkisi tanınan kimselere hekim/doktor denilir (Gökcan, 2013: s.64; Kızılyel, 2006: s.51).

Tabipler arasında mesleki deontolojiyi, dayanışmayı sağlamak, sağlık mesleğini icra eden hekimlerin hukuka uygun menfaatlerini korumak ve kollamak maksadıyla Türk Tabipler Birliği kurulmuştur. Hekimlerin meslek icrası için Türk Tabipler Birliğine üye olmaları gerekmektedir[57].

1219 sayılı kanun uyarınca, hekim olabilmek için, öncelikle üniversitelerin tıp fakültesi bölümünden usulüne uygun olarak mezun olmak gerekmektedir. Bunun yanında, kasıtlı işlenen bir suçtan kaynaklı beş yıl veya üstü bir ceza almak, ya da devlete karşı bir suç sebebiyle veya zimmet, irtikâp gibi kanunda sayılan yüz kızarıcı diğer suçlarından dolayı hapis cezası almış olmak hekimlik görevinin icrasına

[56] 224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun m.2
[57] 6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu m.1

engeldir. Ayrıca, hekimlik mesleğini icra etmesine mani ve iyileşmesi imkânsız bir akıl hastalığına yakalandığı tespit edilenlerin hekim olarak faaliyet göstermesi yasaktır[58].

Hekimler icra ettikleri görevleri itibariyle uzmanlık dallarına ayrıldıklarından, cerrahi operasyonlar sadece o dalda uzman olan hekimce yapılabilir. Ancak, basit tıbbi müdahale ve sünnet her hekimce icra edilebilir (Gökcan, 2013: s.64).

Sağlık Meslek Mensupları ile Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik ek-1. maddesi uyarınca tabip ve uzman tabiplerin görevleri; birey ve toplumu sağlık sorunlarından, hastalıklardan ve yaralanmalardan koruyucu tedbirleri almak, tanı, tedavi ve rehabilitasyon uygulamaları yapmak, olası komplikasyonların önlenmesi için çalışmak, ortaya çıkan komplikasyonlarda uygun müdahaleyi yapmak veya hastayı sevk etmek, adli vakalarda ilgili mevzuatta tanımlanan iş ve işlemleri yapmak, gerekli durumlarda, diğer hekimlerden konsültasyon istemek veya konsültasyon isteğine katılmak, başka bir birime veya kuruma sevki edilen hastanın sevk edildiği yere en uygun şekilde varması için gerekli tedbirleri almaktır.

Kuşkusuz tıbbın temel uygulayıcıları hekimlerdir. Hekim, tıbbın uygulayıcısı olarak sağlık uygulamalarına yönelik çeşitli faaliyetlerde bulunmaktadırlar. Hekimler söz konusu tıbbi uygulamalar sırasında, görüntüleme metotlarından, laboratuvar tetkiklerinden, biyolojik ve biyokimyasal verilerden ve ilaçlardan faydalanmakta, tedavilerde alışılmış veya alışılmamış yöntemlere başvurmakta, bazı durumlarda ise deneysel müdahalelerde bulunarak hastalıkları teşhis edip, çeşitli tedavi yöntemlerini uygular ve cerrahi girişimlerde bulunurlar. (Erdemir, 1994: s.231).

Hekimin tedavi hizmeti sırasında mevcut tıp bilimine aykırı yöntem uygulaması, deneysel müdahalede sınırının aşılması, uzmanlık alanı dışında hastaya müdahalesi veya tanımlanan görevlerin yerine getirilmesindeki noksanlıklar sebebiyle meydana gelecek zararlar sebebiyle cezai-hukuki sorumluluğu, idarenin ise hizmet kusuruna dayalı olarak tazminat sorumluluğu meydana gelecektir. Hekimlerin uygulama hatalarının olup olmadığı savcılık veya mahkemeler tarafından bilirkişi olarak belirlenen hekimlerce veya Adli Tıp Kurumu ve Yüksek Sağlık Şurasınca

[58] 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun m.1,28

tespit edilecektir. 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanunu uyarınca, adalet işlerinde bilirkişilik görevi yapmakla görevli temel kurum Adli Tıp kurumudur.

İdarenin sağlık kamu hizmetinden kaynaklanan tazminat sorumluluğunun en büyük kısmı hekimlerin, muayene, teşhis, tedavi ve rehabilite edici sağlık hizmetlerindeki hatalarından kaynaklanmakta olup, teorik açıklamalar ve uygulamadan örnek kararlara ilişkin açıklamalar ileriki bölümlerde ele alınacaktır.

5.2.2. Diş Hekimleri

Diş, diş eti ve ağız sağlığı hususunda yetkili hekime diş hekimi denir (Gökcan, 2013: s.64).

Sağlık Meslek Mensupları ile Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmeliğin ek-1. maddesinde diş hekimi ve uzman diş hekiminin başlıca yetki ve görevleri; diş, diş eti, ağız ve çeneye yönelik her türlü soruna müdahale etme ve mümkün olduğunca iyileştirme, tedavisinin uzman diş tabibinin müdahalesini gerektirdiği durumlarda hastaları ilgili uzman ve/veya merkeze sevk etmek, sağlığının korunmasına yönelik önleyici ve koruyucu önlemler almak, gerekli gördüğü durumlarda konsültasyon yapmak veya konsültasyon çağrısına icabet etmek olarak sayılmıştır.

Diş hekimlerinin sağlık uygulamasına yönelik yetkileri kural olarak, ağız, diş ve çene rahatsızlıkları olup, hastanın mutlak yararı için zorunlu haller dışında diğer hekimlik alanlarına ilişkin faaliyetleri, yetkisiz olmaları sebebiyle hukuki ve cezai sorumluluklarına yol açabilecektir (Gökcan, 2013: s.65).

Ağız, diş ve çene sağlığı konusunda yetkili hekim olan diş hekimleri, diğer genel hekimlerde olduğu gibi; insan sağlığına, hayatına ve kişiliğine saygı göstermek, hastalar arasında herhangi bir sebeple ayrım yapmamak, ayrıcalık tanımamak, tıbbi uygulama sırasında gerekli özen ve dikkati göstermek, acil durumlarda ilk yardımda bulunmak, mesleğin icrası sırasında vakıf olduğu bilgileri saklamak, yayınlarında hastalarının açık kimliklerini kullanmamak, mesleğine ve muayenehaneye ticari bir yön vermemek, yazılarında kendi reklamını yapmamak, keşfettiği tanı ve tedavi yöntemini tıbben kabul edilebilir seviyede denemeden

uygulamamak veya tavsiye etmemek ve hastalarından hangi suretle olursa olsun, haksız bir menfaat temin etmemek gibi yükümlülükleri vardır[59].

5.2.3. Hemşireler

Mesleki eğitim almış, hekim gözetiminde hastanın tedavisinde görev alan, hekimin talimatlarını uygulayan ve 6283 sayılı Kanununa göre mesleğini icra eden sağlık personeline hemşire denir[60].

Mesleğiyle ilgili lisansüstü eğitim alarak uzmanlaşan hemşireye "uzman hemşire", kurum ve kuruluşlarda hemşireleri temsil eden ve bir kısım idari görevler için yönetim tarafından görevlendirilen hemşireye "baş hemşire" denir (Gökcan, 2013: s.67,68).

Hemşirelik hizmetleri üç basamakta yürütülmektedir. Birinci basamak hemşirelik hizmetleri, sağlık ocaklarında, verem savaş dispanserlerinde ve semt polikliniklerinde yürütülmektedir. İkinci basamak hemşirelik hizmetleri hastanelerde yürütülen hemşirelik hizmeti, üçüncü basamak hemşirelik hizmeti ise, rehabilitasyon ve özel bakım hizmetlerini yürüten hemşirelik hizmetidir (Kalabalık, 2010: s.336-337).

Gerek üniversitelerde, gerekse diğer sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan hemşireler, 657 sayılı Yasa uyarınca sağlık hizmet sınıfı içinde istihdam edilen memur veya sözleşmeli kamu personeli statüsünde görev yaparlar.

Yukarıda da değinildiği gibi, tıbbi uygulamaların hekimlerce icra edilmeleri nedeniyle uygulama hataları temel olarak hekimlerle ilgili olmakla birlikte, hemşire, ebe, sağlık memuru gibi sağlık meslek mensuplarının kasıtlı veya ihmali davranışları ile hasta zarar görmüş ise, bu uygulamalar da sağlık uygulama hatası kapsamında kabul edilmektedir.

Danıştay uygulamalarında da, hekim hatası veya diğer sağlık mesleği mensuplarının hataları sonucu meydana gelen zararlar bakımından bir fark bulunmamakta olup, hemşirelerin yaptıkları hatalı uygulamalar sebebiyle zarar gören kişilerin tazminat hakkına olduklarını vurgulamıştır.

---

[59] Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi 1-12, 19.02.1960 tarih ve 10436 sayılı R.G

[60] Hemşirelik Yönetmeliği m.4, 08.03.2010 tarih ve 27515 sayılı R.G.

Danıştay, davacının hemşire tarafından yanlış iğne yapılması sebebiyle sakat kaldığından bahisle tazminat istemiyle açtığı davada; Adli Tıp 3. İhtisas Kurulunun 14.02.2001 gün ve 784 sayılı raporunda, yanlış yere iğne yapılması neticesinde sakatlığın ortaya çıktığı, sol siyatik sinir lezyonunun yapılan enjeksiyon ile illiyet bağının olduğu belirtilerek iğne yapan hemşirenin 2/8 kusurlu olduğunun belirtildiği, yine Adli Tıp Kurumunun 11/11/2005 tarihli raporunda, yapılan iğne sonucunda sakatlığın oluştuğu, bu nedenle iğneyi yapan hemşire Feriştah Türe'nin 4/8 kusurlu olduğu ifadesine yer verildiği, buna göre her iki raporda da kusurun varlığının sabit olduğu görüldüğünden, idare mahkemesince buna göre bir karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle yerel mahkeme kararının bozulmasına karar vermiştir[61].

Yine, davacıların yakınlarının tedavi gördüğü Dokuz Eylül Üniversitesi Araştırma ve Uygulama Hastanesi Acil Servisinde görevli hemşirenin respiratör cihazını yanlışlıkla kapatması sonucu 25.10.2005 günü vefat etmesi nedeniyle yakınları tarafından manevi tazminat istemiyle açılan davada manevi tazminata yetersiz hükmedildiğinden bahisle yerel mahkeme kararı bozulmuştur[62].

Hizmet kusuru idari işleyişteki meydana gelen aksaklık veya bozukluk olması sebebiyle, hatanın hekim veya yardımcı personel tarafından yapılmasının hizmet kusuru yönüyle bir farklılığı bulunmamaktadır.

5.2.4. Ebeler

Ebeler, özellikle doğum ve doğuma yönelik diğer faaliyetler konusunda görev yapmak üzere gerekli kurs veya eğitimi görmüş sağlık mesleği mensubudurlar (Gökcan, 2013: s.66).

Sağlık kurumunda doğum işleriyle görevli ebeler, doğum hazırlıklarına yönelik yapılması gereken işleri ve tedbirleri icra ederler. Ebeler normal doğumları kendileri yaparlar. Ancak, özellikle anne ve bebeğin hayatı için tehlikeli sayılabilecek durumlar başta olmak üzere, rutin dışı bir durum söz konusu olursa uzman tabibe derhal haber vermeleri gerekmektedir[63].

[61] Dan.15.D, 05.03.2014, E:2013/3857, K:2015/1428, Danıştay Bilgi Bankası
[62] Dan.15.D, 18.03.2014, E:2013/3277, K:2014/1815, Danıştay Bilgi Bankası
[63] Sağlık Meslek Mensupları ile Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik ek-1

Ebelerin başlıca görev ve yetkileri; doğan çocukların boy, kilo gibi fiziksel ölçülerini almak, ölü doğan veya ikiz doğan bebeklere yönelik tespitleri kaydetmek, yeni doğan çocukların birbirlerine karıştırılmaması için gereken önlemleri almak, göbek bağının usulünce kesilmek, doğum odalarındaki alet ve malzemenin her zaman temiz ve kullanmaya elverişli bir şekilde bulundurmak, gerekli durumlarda hemşirelerin görevlerini icra etmek, 0-6 yaş çocuk bakım ve gelişimini izlemek ve başta çocuk aşıları olmak üzere bulaşıcı hastalıkların kontrol programlarında ve bağışıklama hizmetlerinde görev almak olaraktır[64].

Ebelerin görev tanımı yukarıda belirtildiği şekliyle mevcut olup, bu görevlerin sınırları dışında yapılan müdahale sonucu meydana gelecek zararlardan veya olağandışı durumların tabibe haber verilmemesinden kaynaklanan zararlardan dolayı idarenin hizmet kusuru çerçevesinde tazminat sorumluluğu doğacaktır.

5.2.5. Klinik Psikologlar

Psikoloji eğitimi almış, hastaların ruhsal sorunların çözümlenmesinde yardımcı olan sağlık mesleği mensubudurlar.

Klinik psikolog, teknik cihazlar, gözlem ve mülakat usulleri kullanarak hastalık sayılmayan durumlar için ve Sağlık Bakanlığı'nın da olur verdiği hallerde psikoterapi işlemleri uygular. Ancak, ruhsal hastalık kabul edilen hallerde, ancak ilgili uzman doktorun uygun bulması durumunda psikoterapiye yönelik gerekli uygulamaları yapar (Gökcan, 2013: s. 69).

Bu çerçevede, gözlem ve görüşme teknikleri kullanır; eğitimini almış olmak kaydı ile zekâ, kişilik, gibi testler uygular. Kullandığı ölçme, değerlendirme yöntemlerinin psikometrik özelliklerine, verdiği psikolojik hizmetlerin ya da eğitim programlarının etkinliğinin değerlendirilmesine yönelik çalışmalar/araştırmalar yapar[65].

5.2.6. Fizyoterapistler

Fizyoterapist, hastalık haricinde, bireylerin fiziksel aktivitelerini düzenli hale getirmek ve mevcut kısıtlılığı sona erdirmek amacıyla ölçüm ve testleri yapan sağlık mesleği mensubudur. Hastalık durumlarında ise, ilgili tabibin tanısına ve uygun

[64] Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği m. 133
[65] Sağlık Meslek Mensupları ile Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik ek-1

bulmasına bağlı şekilde, hastaların fiziki fonksiyon bozukluklarını sona erdirmek maksadıyla fiziksel uygulamalar yapmak fizyoterapistlerin başlıca görevleri arasındadır[66].

5.2.7. Diğer Sağlık Mesleği Mensupları

Yukarıda sayılanlar dışında diğer sağlık mesleği mensuplarının görevlerinin ayrıntılı açıklamasını konunun fazla uzamaması bakımından ilgili mevzuata[67] havale ederek sadece isimlerini belirtmekle yetineceğiz.

Diğer Sağlık Meslek Mensupları: Fizyoterapi teknikeri, odyolog, odyometri teknikeri, diyetisyen, dil ve konuşma terapisti, pedolog, odyolog, sağlık fizikçisi, asnestezi teknisyeni/teknikeri, tıbbi laboratuvar ve patoloji teknikeri, tıbbi laboratuvar teknisyeni, tıbbi görüntüleme teknisyeni/teknikeri, ağız ve diş sağlığı teknikeri, diş protez teknikeri, tıbbi protez ve ortez teknisyeni/teknikeri, ameliyathane teknikeri, adli tıp teknikeri, odyometri teknikeri, diyaliz teknikeri, fizyoterapi teknikeri, perfüzyonist, radyoterapi teknikeri, elektronörofizyoloji teknikeri, mamografi teknikeri, acil tıp teknikeri, hemşire yardımcısı, sağlık bakım teknisyeni olarak sayılabilir (Gökcan, 2013: s.69-73; 1219 sayılı kanun; Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği) .

[66] 1219 sayılı kanun m.13/b

[67] 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği, Sağlık Meslek Mensupları ile Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik ek-1 vd.

İKİNCİ BÖLÜM

SAĞLIK HİZMETİNDE HİZMET KUSURU

1. GENEL OLARAK

Kusur yapılan bir faaliyetteki eksiklik ve hatadır. İdari faaliyet kapsamında yapılan eylem ancak kusurlu olması halinde idarenin kusurlu sorumluluğunu doğurur. Kusursuz sorumluluğun doğması için ise, fiilin kusurlu olması şartı aranmaz. Bu hallerde zarar ile idari faaliyet arasındaki uygun illiyet bağının mevcut olması yeterlidir. İdarenin işlem veya eylemlerinin hukuka aykırılığı ile kusur arasında sıkı bir bağ vardır. Diğer bir anlatımla, hukuka aykırı işlemlerin kusurlu işlemler olduğu söylenebilir (Gözler, 2003: s.979).

Hukuki sorumluluk esasının temelini oluşturan kusur teorisini göz önüne alan Fransız doktrin ve içtihadı, idarenin sorumluluğunu yine bir kusura dayandırmıştır (Başgil, 1940: s.27). İdari işleyişte ortaya çıkan bu kusura hizmet kusuru denir. İdarenin icra ettiği faaliyetlerden dolayı sorumsuz olduğu anlayışından, sorumluluğunun kabul edildiği döneme geçildikten sonra, sorumluluğun asli kaynağının kusur olduğunun varsayılmasının temel nedenlerinden birisi kuşkusuz idare hukukunun yakın zamanlara kadar özel hukukun etkisi altında gelişmesidir (Duran, 1974: s.26-27).

Ancak, Fransız Danıştay'ının içtihatlarıyla gelişen idarenin kusuru anlayışında, özel hukuktan tamamen farklı bir kusur çeşidi olarak ve özel hukuktaki kusurun ögeleri olan kast, ihmal, dikkatsizlik vb. bu kusur için aranmamıştır. Bir başka anlatımla, idarenin sorumluluğuna yol açan kusurun nesnel nitelikli olduğu, yani kamu görevlilerinin kusuruna bakılmaksızın, hizmetin kurulmasında, düzenlenmesinde veya işlemesindeki bozukluk ve aksaklıkları ifade ettiği kabul edilmiştir (Günday, 2011: s.368).

İDARE HUKUKUNDA KUSUR KAVRAMI

İdarenin hatalı eylem ve işlemlerinden kaynaklanan tazminat sorumluluğunun tarihi gelişimine bakıldığında, onsekizinci yüzyılın sonlarına kadar kural devletin ve dolayısıyla idarenin sorumsuzluğudur.

Bu dönemde yasama, yürütme ve yargı görev ve yetkisi hükümdarın elinde toplanmaktaydı. Hükümdar da yetkilerini memurlar eliyle kullandığından,

hükümdarın emirleri doğrultusunda hareket eden memurların tasarrufları nedeniyle devlete karşı dava açılamayacağı düşüncesi hakimdi (Yenice ve Esin, 1983: s.79). Öte yandan, kişilerin devletle olan ilişkisi kolluk, adliye gibi sınırlı bir çevreye inhisar etmesi sebebiyle fert ile devlet menfaatleri arasında temas imkanları yok denecek kadar azdı. Ancak, ondokuzuncu yüzyıldan itibaren devlet fonksiyonlarının gittikçe genişlemesi sebebiyle yurttaşlar birçok alanda devletle karşı karşıya gelmiştir. Özellikle Liberalizm yerine devletçilik politikasının izlendiği ülkelerde, ekonomik ve sosyal gereklerle devletin çalışma hayatına sıklıkla müdahalesi (Özdemir, 1963: s.10) birçok sorunu beraberinde getirmiştir. Zaman içinde idari faaliyetler sebebiyle meydana gelen zararlardan dolayı devletin sorumluluğu kabul edilmekle birlikte, zarar görenler tarafından açılan tazminat davalarında, Medeni hukukta belirtilen özel sorumluluk prensibinin kamu hukuku alanında uygulanması neticesinde bazı zorluklar ve sorunlar ortaya çıkmıştır. Devletin sorumluluğunun, medeni hukuktaki sorumluluk ile açıklanamayacağı, kamu hukuku kurallarına göre sorumlu tutulması gerektiği ilk kez Fransız Danıştayı'nın 06.12.1855 tarihli Rothschild kararı ile belirtilmiş olup, Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 1873 tarihli Blanco kararı ile de Devletin hukuki sorumluluğunun medeni sorumluluk ile açıklanamayacağı hususu açıkça ortaya konulmuştur (Yenice ve Esin, 1983: s.80).

Geleneksel Türk öğretisinde, idarenin kusuru teriminden hizmet kusuru anlaşılmakta olup, bu kavram Fransız idare hukukunda kullanılan "faute de service" kavramının bir çevirisi niteliğinde olduğu görülmektedir. Hizmet kusuru kısaca, bir kamu hizmetinin kurulmasında ve işleyişindeki eksiklik, bozukluk veya boşluk olarak ifade edilebilir (Özgüldür, 1996: s.66).

Şöyle ki, yönetime dair örgüt ve faaliyetlerin, kuruluşu sırasında gerekli ve yeterli planlamanın yapılmadığı, gerekli teşkilatın teşkil ve tanzim edilmediği veya gereği gibi ya da hiç yürütülmediği için, objektif olarak, yanlış, eksik ve yetersiz sayılan durumlarda kusurlu görülür (Duran, 1974: s.26-27). Hizmet kusuru, idarenin sorumluluğunun dolaylı olması yönüyle, özel hukuktaki çalıştıranların sorumluluğundan ayrı bir sorumluluktur. Bu bakımdan idare, sağlık personelini seçmekte, yetiştirmekte, yönetmekte ve gözetmekte gereken dikkat ve özeni gösterdiğini ispatlasa bile, sağlık personelinin kusurlarından doğan zararları ödeme yükümlülüğünden kurtulamaz. Bu yönüyle hizmet kusuru, idarenin yapısından ve

işleyişinden çıkan, organ ve görevlilerinin dışında, kendine özgü bir karaktere sahiptir (Schwartz, 2006: s.283).

Hizmet kusurunun idare personelinin kusuruna dayalı olmaması ve kusurun hizmetin bünyesinde kaynaşmış olması (Özdemir, 1963: s.29) nedeniyle hizmet kusurunun "anonim" bir kusur olduğu, kusurun var olup olmadığının olayın meydana geliş şekli, mevcut durum, hal ve şartlar dikkate alınarak tespit edilmesi sebebiyle hizmet kusurunun "esnek" olduğu, hizmet kusurunun bütün kamu tüzel kişileri veya kamu idareleri ile tüm kamu hizmetleri için geçerli olması sebebiyle de "genel" bir kusur olduğu ifade edilmiştir. Öte yandan, kusur kavramının özel hukuktaki anlamından farklı olarak kendine özgü bir noksanlık olması sebebiyle de "bağımsız" olduğu şeklinde hizmet kusurunun özellikleri sayılabilir.

Hizmet kusuru, belli bir kamu personelinin yetersizliğinden ziyade idari işleyişteki yetersizliğinden kaynaklanır. Buradaki kamu personelinin yeterlilik ya da yetersizliğin tespitinde, yaşanılan çağın ortalama düzeyi aranır. İdari yargı mahkemelerince, çağımızın ortalama idarelerinde bulunması gereken bir düzeyin zarara yol açan idarede bulunmadığının tespit edilmesi halinde, yetersizliğin teşhis edilebilir bir faili olmasa bile, idare bu yetersizlikten sorumlu tutulabilecektir. Bu durum yazara göre hizmet kusurunun anonimliğini gösterir (Yayla, 2009: s.147).

TANDOĞAN'a göre; gerçek anlamda bir kusur olmayan "idari kusur" kavramından vazgeçmek ve bunun yerine idarenin kamu hizmetlerinin örgütlendirilmesinde ve yürütülmesindeki objektif özen eksikliği dolayısıyla kusursuz sorumluluğunu kabul etmek, kavram karışıklığını önlemek bakımından yerinde olacaktır. Böylece objektif özen eksikliği yüzünden kusursuz sorumluluğu kabul edilen idarenin bu sorumluluğuna çoğu zaman personelin görev kusurları yol açacaktır; ama bu özen eksikliğinin bazen belli personelin görev kusurlarından ileri geldiği kanıtlanamasa bile idare yine sorumlu olacaktır. İdari kusura dayanan sorumluluğun yerini "idarenin kusursuz sorumluluğu" alacaktır. Tabiatıyla kamu hizmetinin örgütlenmesindeki ve yürütülmesindeki objektif özen eksikliği saptanırken, varsa personelin görev kusurları da göz önüne alınacaktır; bu görev kusurları aynı zamanda idarenin personele rücu etmesi bakımından hesaba katılacaktır (Tandoğan, 1982: s.94-95).

Danıştay'a göre; idarenin, icra etmekle sorumlu olduğu bir kamu hizmetini usulüne uygun olarak yapma, faaliyetin işleyişini denetleme, hizmetin görülmesi esnasında yeterli önlemleri alma, personel, araç ve gereçlerin seçiminde dikkat ve tedbirli olma ve denetimi yapma yükümlülüğünü ihlal etmesi sonucunda hizmetin hiç veya gereği gibi işlememesi durumlarında hizmet kusuru meydana gelir[68]

Bu anlamda, yukarıda da ifade edildiği gibi, hizmeti ifa edenlerden bağımsız olarak salt hizmetin sunumundaki ortaya çıkabilecek bir kısım olumsuzluklar hizmet kusurunun varlığı için yeterli olup, ayrıca personelin kusurlu olup olmadığına bakılmaya ihtiyaç bulunmamaktadır. Kusura neden olan kamu görevlisinin kimliği, Anayasa'nın 129. maddesinin bir gereği olarak idarenin ödediği tazminatı kusurlu kamu görevlisine rücu etmesi bakımından önem taşımaktadır.

Meydana gelen zarar, idari bir faaliyet ve etkinlikten meydana gelebileceği gibi, idarenin hareketsiz ve donuk kalmasından da kaynaklanabilir. Nitekim, Danıştay; ruhsatsız olarak ilave kat yapılan inşaat hakkında davalı idarece yıkım kararı alınmışsa da, 3194 sayılı Yasa'nın yukarıda yer alan açık hükmüne karşın yıkım kararının gerçekleştirilmemesinin, davalı idarenin denetim görevini de içeren idari faaliyetlerini kusurlu olarak işlettiğini gösterdiği, bu sebeple oluşan hizmet kusuru nedeniyle ortaya çıkan zararı tazminle sorumlu bulunduğuna hükmetmiştir[69].

Zarar doğurucu faaliyetten idarenin sorumlu tutulabilmesi, diğer bir anlatımla idarenin kusurlu sayılabilmesinin bir şartı da, zarar doğuran tutum ve davranışın, idare adına ya da idare tarafından yapılmış olmasıdır. Gerçekten de, idare dışındaki, ya da idareyle ilişkisi olmayan kişilerin verdiği zararlar idareye yüklenemez. Söz konusu yaklaşımın gerek Danıştay, gerekse Askeri Yüksek İdare Mahkemesince de benimsendiği görülmektedir[70]

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu bir kararında tazminatın şartlarını açıklamıştır. Buna göre; ortada tazmini gereken zararın bulunmaması, zararın zarar gören kişinin veya üçüncü kişinin eyleminden doğması, mücbir sebepten kaynaklanması, zararla idari faaliyet arasında nedensellik bağının kurulamaması ve idare hukukuna özgü tazmin nedenlerinin bulunmaması gibi durumlarda idarenin

[68] Dan.15.D., 05.03.2014, E:2013/3849, K.2014/1425, Danıştay Bilgi Bankası
[69] Dan. 6.D., 18.11.2014, E: 2012/5237, K.2014/7360, Danıştay Bilgi Bankası
[70] AYİM 2.D, 02.12.1998, E:1998/270, K:1998/780, AYİMD, S.13, s. 799

tazmin yükümlülüğü ortadan kalkar[71]. Zira bu durumda artık idarenin kusuru söz konusu olmadığından, kusursuz sorumluluk halleri dışında, idarenin meydana gelen zarardan sorumlu tutulması mümkün değilidr.

İDARE HUKUKUNDA KUSUR TÜRLERİ

3.1. Genel Olarak

Yukarıda da ifade edildiği gibi, bir kamu hizmetinin kuruluş ve işleyişindeki bozukluk olarak tanımlanan hizmet kusurunun türleri Türk İdare Hukuku doktrininde ve yargı kararlarında hizmetin kötü işlemesi, hizmetin geç işlemesi ve hizmetin hiç işlememesi olarak sınıflandırılmaktadır (Gözübüyük ve Tan, 1998: s.531; Atay; 2012: s.695, Yenice ve Esin, 1983: s.86).

Danıştay'ın da birçok kararında geleneksel sınıflandırmaya vurgu yaptığı görülmektedir[72]. Yüksek Yargıya göre; idarenin yürütmekle görevli olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık veya boşluk olarak tanımlanabilen hizmet kusuru; hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde gerçekleşmekte ve idarenin tazmin yükümlülüğünün doğmasına yol açmaktadır. Bu bağlamda hizmet kusuru, özel hukuktaki anlamından uzaklaşarak nesnelleşen, anonim bir niteliğe sahip, bağımsız karakteri olan bir kusurdur. Hizmet kusurundan dolayı sorumluluk, idarenin sorumluluğunun doğrudan ve asli nedenini oluşturmaktadır[73].

Son zamanlarda, geleneksel Fransız ve Türk İdare Hukuku doktrininde hizmet kusurunun hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi olarak üçlü ayırımın hizmet kusurunun tüm özelliklerini kapsamadığı, hizmet kusurunun üçlü tasnifinin sağlık hizmetlerinde yetersiz kaldığı ve somut olaya uygulanmasının zorluğu gibi sebeplerle eski önemini yitirdiği savunulmaktadır (Özgüldür, 1996: s.75, Gözler ve Kaplan, 2013: s.749, Odyakmaz,2009: s.213).

---

[71] Dan. İDDK, E: 2012/1309, K: 2014/4981 Danıştay Bilgi Bankası

[72]Dan. İDDK, 21.03.2007, E:2005/3035, K:2007/462; Dan. 10.D, 15.05.2013, E:2009/6118, K:2013/4501, Danıştay Bilgi Bankası

[73] Dan.10.D, 31.12.2012, E:2008/7168, K: 2012/7214, Danıştay Bilgi Bankası

Ancak, öğreti ve uygulamada Danıştay'ca halen kabul görmesi nedeniyle geleneksel sınıflandırma üzerinde kısaca değinildikten sonra, sağlık hizmetlerinin sunulmasından kaynaklanan hatalar üzerinde ayrıntılı olarak durulacaktır.

3.2. Hizmetin İşlememesi

İdarenin kamu hizmeti niteliğinde bir faaliyette bulunması gerekirken, herhangi bir sebeple bu hizmeti gerçekleştirmemesi durumunda hizmetin işlememesi söz konusu olur (Armağan, 1997: s.39). Diğer bir anlatımla hizmetin işlememesi, idarenin mevzuat gereği olarak üstlendiği bir faaliyeti hiçbir biçimde yerine getirmemesidir (Odyakmaz vd, 2006: s.458).

İdareye, hukuk kurallarınca bir takım hizmetlerin yerine getirilmesi konusunda bir zorunluluk getirilmişse bu durumda, idarenin "bağlı yetki" gereği o hizmeti yerine getirip getirmeme konusunda bir hareket veya takdir serbestisi yoktur. İdarenin aksine davranışı hukuka aykırı olacağından hizmet kusurunu doğurur (Yaman, 2003: s.89).

Ancak, idarenin etkinlikte bulunmasında mevzuat bakımından bir serbesti bulunması ve fakat bu konuda karar verip harekete geçmekte idareye takdir yetkisi bıraktığı durumlarda durumun icabına bakılması gerekir. Buna göre, söz konusu alan idarenin kuruluş ve varlık amacıyla doğrudan ilişkiliyse, mevzuat gereği yapmak zorunlu olduğu hizmetlerin devamında bu tür hizmetleri de ifa etmek için gerekli plan ve çalışmayı yaparak faaliyete geçmesi gerekir. İmkânın olmasına rağmen, bu tür faaliyetlerde bulunmama sebebiyle bir zarar doğması durumunda, ilgili idare açısından hizmet kusuru oluşturduğundan zararın tazmin edilmesi gerektiğinin kabul edilmesi gerekir (Atay vd. 2003: s.75).

Bir işlem veya eylemde bulunma konusunda idarenin tümüyle takdir yetkisine bırakılmışsa, bu durumda olayın hizmet kusuru oluşturup oluşturmadığına yargı organlarınca karar verilecektir. Her olayda doğrudan harekete geçme konusunda idarenin takdir yetkisi bulunduğu, bu sebeple hizmet kusuru oluşturmayacağından söz edilemez. Zira hukuk devletinde takdir yetkileri mutlak ve sınırsız olmayıp kamu yararı ve hizmetin gereği ile sınırlı olduğu yerleşmiş Danıştay içtihatlarıyla kabul edilmektedir.

İdarenin görevli olmadığı bir konuda hizmetin hiç islememesinden söz edilemeyeceğinden, idarenin kusurundan ve dolayısıyla sorumluluktan da bahsedilemez (Duran, 1974: s.30). Bu nedenle, bu alanda bir zarar meydana gelse bile idarenin kusuru bulunmadığından tazminat sorumluluğu doğmaz.

Acil servisten istenilen ambulansın gönderilmemesi, yapılan organizasyona ilişkin idari birimlerce hiçbir güvenlik tedbirinin alınmaması, bakımsızlık yüzünden dolan dere yatağının taşması, ruhsatsız olarak inşa edilen yapıların veya hasarlı olması sebebiyle yıkılacağı anlaşılan binaların yıkılmaması durumlarını hizmetin işlememesine örnek göstermek mümkündür.

Danıştay, Sarıyer'de iki kişinin kuduz köpek tarafından ısırıldığının Pendik Veteriner Kontrol ve Araştırma Enstitüsünün 2.10.1998 tarih ve 6964 sayılı raporu ile belirlendiği halde, kuduz vakasının ortaya çıkmasından sonra hastalığın yayılmasını engellemek amacıyla Sarıyer Belediye Başkanlığınca hiçbir tedbirin alınmadığı, dolayısıyla hizmetin hiç işlememesi nedeniyle zararın oluşumuna sebebiyet verdiği gerekçesiyle tazminat ödemesi gerektiğine hükmetmiştir[74]. İdare, özellikle yerel yönetimler, kanundan kaynaklanan bağlı yetki içerisinde bulundukları hallerde veya mevzuatta açık bir görev bulunmamasına rağmen, kişilerin zarar göreceği anlaşılan durumlarda gerekli girişimlerde bulunma sorumluluğu altında olup, bu sorumlulukların yerine getirilmemesi sebebiyle meydana gelen zararlarda hizmetin işlememesi sebebiyle tazminat sorumluluğu söz konusu olacaktır.

3.3. Hizmetin Kötü İşlemesi

Hizmetin kötü işlemesi, hizmetin gereği gibi yürütülmemesi anlamına gelmektedir (Özgüldür, 1996: s.75, Özay, 2002: s.735, Armağan, 1997: s.18, Günday, 2011: s.370, Atay ve Odabaşı, 2010: s.76). Diğer bir anlatımla hizmetin idareden beklenen özen, dikkat ve kalitede yapılmamasıdır (Zabunoğlu, 1982: s.245-246). Hizmet kusurunun en eski ve en geniş uygulama alanı bulan görünüş biçimi hizmetin kötü işlemesidir (Yenice ve Esin, 1983: s. 88).

İdare, mevzuatın kendisinden yapılmasını istediği kamu hizmetinin gereği gibi işlemesine yönelik olarak yeterli örgütü kurmak, araç, gereç ve personeli o hizmetin gereklerine uygun bir biçimde eğitmek ve istihdam etmekle görevlidir. Hizmetin

[74] Dan. 10.D, 16.01.2008, E:2005/3916, K:2008/12, Danıştay Bilgi Bankası

usulünce yerine getirilmemesinden bireylerin zarara düçar olmaları durumunda, idarenin hizmet kusuru prensibi uyarınca sorumluluğu doğar ve meydana gelen zararın, ilgili yönetimce giderilmesi gerekir (Oytan, 1999: s.6).

Hizmetin kötü islemesi bir idari eylem biçiminde ortaya çıkabileceği gibi, bir idari işlem biçiminde de ortaya çıkabilir (Düren, 1979: s. 290). Ancak bir kamu hizmeti genel olarak icrai faaliyet ile yürütüleceğinden, kamu hizmetinin kötü işlemesi de çok büyük çoğunlukla idari eylem ile gerçekleştirilmektedir.

Kamu hizmetlerinin çeşitliliği ve değişkenliği göz önüne alındığında, hizmetin kötü işlemesi halinin soyut olarak sınırlarını belirleyebilmenin ve bu haliyle bir formüle bağlayabilmenin imkânı bulunmamaktadır. Bu nedenle hizmetin kötü işleyip işlemediğini hizmetin niteliği, zaman ve yer şartları, idarenin elindeki imkân ve araçlar ile olayın niteliği dikkate alınarak, her olay için ayrı olarak değerlendirmek gerekmektedir (Özay, 2002: s. 735). Daha zengin, imkân ve kabiliyetleri daha yüksek bir ülkede hizmet kusuru sayılan bir durum, aynı imkân ve kabiliyetlere sahip olmayan bir başka ülkede hizmet kusuru sayılmayabilecektir. Bununla birlikte, idarenin eksikliğinden, dikkatsizliğinden, tedbirsizliğinden, ihmalinden, yasal görevlerini gerektiği gibi yerine getirmemiş veya personelin iyi eğitilmemiş olmasından kaynaklanan hizmet kusurları, hizmetin kötü işlemesinden kaynaklanan kusurlar olarak kabul edilmektedir (Atay ve Odabaşı, 2010: s. 77,78; Oytan, 1999: s.3; Özgüldür, 1996: s. 75).

Danıştay'a göre, müteveffanın, davalı idareye ait bir hastanede yaptırdığı test sonucunun görevli sağlık personeli tarafından pozitif (+) çıktığı yönünde davacılar yakınına söylemesi sonucu intihar ettiği, sonradan yapılan incelemede ise negatif (-) olduğunun belirlendiği, buna göre doğrulama testi yapılmadan hiç kimseye açıklanmaması ve ilgilinin doğrulama testi için bir üst basamak sağlık kuruluşuna sevki gerekirken, sonucun doğrudan müteveffa yakınlarına söylenmesinin hizmet kusuru oluşturduğuna hükmetmiştir[75].

Bir başka olayda ise, davacının ameliyatı sırasında organlarının sağlıklı olmadığı ve tümör şüphesiyle tamamen alındığının anlaşıldığı, davacının organlarının tıbbi olarak tamamen alınmasını zorunlu kılacak herhangi bir olumsuz

[75] Dan. 10.D, 28.12.2007, E: 2005/8407, K: 2007/6526, Danıştay Bilgi Bankası

durumdan endişe edilmesi halinde patoloji numunesi alınarak tetkikten sonra yapılacak tıbbi değerlendirmeye göre hareket edilmesi gerekirken, söz konusu uzuvların doğrudan alınmasında hizmetin kötü işlediği ve davalı idarenin ağır hizmet kusuru bulunduğu sonucuna varmıştır[76]

Danıştay, hizmetin olması gereken gibi icra edilmemesi, eksik veya yanlış icra edilmesi durumunda, hizmetin kötü işlediğinin kabulü ile idareyi tazminat ödemeye mahkum ettiği görülmektedir.

3.4. Hizmetin Geç İşlemesi:

Hizmetin geç işlemesi şeklinde ortaya çıkan hizmet kusurunda, hizmetin beklenen kalite ve standartlara uygun olmaması değil, idarenin hizmetin icaplarına göre kendisinden beklenilen ölçüde sürat ve çabukluğu göstermeyerek ağır ve yavaş hareket etmesi söz konusudur (Özdemir, 1963: s.68). Hizmetin geç işlemesinin iki şekli bulunmaktadır. Birincisi, hizmetin icrasına zamanından geç başlanılması, diğeri ise icraata zamanında başlanılmakla birlikte yavaş hareket edilmesi sonucu hizmetin geç bitirilmesidir.

İdarenin mevzuat gereği sunması gereken kamu hizmetlerini sadece yerine getirmesi yeterli değildir, aynı zamanda kamu hizmetlerini makul bir süre içerisinde yerine getirmek zorundadır. İdare kamu hizmetini kanunda öngörülen süre içinde veya süre belirli değil ise makul kabul edilebilecek bir süre içinde bitirmemesi suretiyle, hizmetin geç veya yavaş işlemesi de idare açısında hizmet kusurunu oluşturur (Özay, 2002: s.736, Özgüldür, 1996: s.76, Atay ve Odabaşı, 2010: s. 83, Yenice ve Esin, 1983: s.90).

Hizmetin geç işlemesi halinin tespiti her zaman kolay olmamaktadır. İdarenin yapmakla yükümlü olduğu kamu hizmeti için mevzuatta bir süre belirlenmiş ise, bu süre içinde kamu hizmetinin bitirilmemesi veya bu süreyi aşacak şekilde kamu hizmetinin icrası hizmet kusurunu oluşturur. Ancak, hizmetin hangi süre içinde sunulacağı konusunda kamu hizmetinin kaynağı olan ilgili kanunda açık bir hüküm yoksa, kamu hizmetlerinin yerine getirilmelerine yönelik olarak genel bir süre veya bir açıklık yoktur. Bu tür kamu hizmetlerinde hizmetin niteliği, büyüklüğü, yeri, zamanı, idarenin imkân ve kabiliyetleri ve hizmet alanın ihtiyaç durumu gibi

[76] Dan. 10.D, 17.09.2003, E:2003/1259, K:2003/3743, Danıştay Bilgi Bankası

hususlar dikkate alınarak makul bir sürenin belirlenmesi gerekir (Günday, 2011: s. 371, Özay, 2002: s. 736, Armağan 1997: s.30). Makul sürenin sayılan kriterlere bağlı olarak her kamu hizmeti için farklılık arz edeceği ortadadır (Kızılyel, 2008: s.138,139).

1982 Anayasası'nın 138. maddesinin 4. fıkrasında; "Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez" hükmüne yer verilmiştir. Söz konusu hükmün 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'na yansıması "kararların sonuçları" başlıklı 28. maddesinin 1. bendinde görülmektedir. Bu maddeye göre; Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının gereği idare tarafından, gecikmeksizin yerine getirilmesi gerekmekte olup, bu sürenin hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak 30 günü geçemeyeceği belirtilmiştir. Söz konusu Anayasal ve Yasal düzenleme uyarınca mahkeme kararlarının derhal uygulanması gerekmekte olup, yazışma, yeniden karar alınması vb. durumlarda ise en geç 30 gün bekletilebilecektir. Aksi durumda idarenin hizmet kusuru, kararı uygulamayan kamu görevlilerinin de kişisel sorumluluğu doğacaktır.

İdarenin beklemesi, sonradan meydana gelebilecek daha büyük bir zararın bertarafı amacına yönelik ve zararın önlenmesi mümkün değilse, idarenin gecikmesinden ve kusurundan söz edilemez. Örneğin, yolların bozuk olmasına rağmen, kısa bir süre sonra kablolama çalışması yapılacağından tekrar bozulacağı sebebiyle asfaltlama çalışmasının bir süre bekletilmesi yahut nöbetçi doktorun ağır yaralı hastaya müdahale sırasında, ayağı kırılan hastaya müdahalenin bir süre gecikmesi bu neviden gecikmelerdir.

Hizmetteki gecikme, hizmetten kaynaklanan faydayı tümüyle ortadan kaldırmışsa artık hizmetin geç işlemesinden değil, hizmetin hiç işlememesinden söz etmek gerekmektedir. Örneğin, yaralı olarak hastaneye sevk edilen kişinin doktorun hastanede bulunmaması sebebiyle uzunca bir süre bekledikten ve vefat ettikten sonra uzman doktorun hastaneye gelmesi durumunda, artık hizmetin geç işlemesi değil hiç işlememesi söz konusu olmaktadır.

Danıştay'a göre hizmetin geç işlemesinin meydana gelen zararlı sonuç üzerinde bir etkisi bulunmasa bile, hasta veya yakınlarının zamanında müdahalede bulunulsa idi sonucun farklı olacağı yolundaki inançları sebebiyle elem ve üzüntü duymaları manevi tazminatın sebebini oluşturmaktadır.

Yüksek Mahkeme, geçirdiği trafik kazası sonucunda acil olarak Gülhane Askeri Tıp Akademisine kaldırılan, burada yapılan ilk tedavisinden sonra da Ankara Numune Eğitim ve Araştırma Hastanesi'ne sevk edilen davacının, Gülhane Askeri Tıp Akademisinde geç tedavi edildiği ve ameliyata alınmayıp başka hastaneye sevk edildiği için bacağının diz altından kesilmesinden ve enfeksiyon kapmasından dolayı tazminat istemiyle açılan bir davada, davacının 10.01.2006 tarihinde, saat 17:00 sularında Gülhane Askeri Tıp Akademisine (GATA'ya) kaldırıldığı, davacının sosyal güvenlik bakımından SSK'lı olduğu ileri sürülerek müdahalenin devam ettirilmeyerek gerekli tıbbi ameliyeler yapılmaksızın 1 saat sonra ambulansla Ankara Numune Eğitim ve Araştırma Hastanesine sevk edilmesi ve acil girişi yapılan davacının 4-5 saat beklemeden sonra gelen uzman doktorlarca ameliyata alınması ve dolaşım yetersizliği nedeniyle ameliyattan 13 gün sonra 23.01.2006 tarihinde sol diz altının kesilmesi vakasında, davacının hastalığının tedavisi için acil olarak getirildiği ve gerekli müdahale imkanlarına sahip olduğu anlaşılan hastanede tedavisinin tüm tıbbi müdahaleler yapılmak suretiyle tamamlanacağı beklentisi karşısında, acil tedaviye yönelik işlemler yapılarak sevkinin başka bir Hastaneye yapılmasının, davacıda zamanında yapılmayan müdahale nedeniyle bedensel zararına sebep olunduğu veya olması gerekenden daha fazla zararın oluştuğu düşüncesine sebep olacağı, bunun da davacının elem ve ıstırap duygusuna neden olduğu gerekçesiyle manevi tazminat ödenmesi gerektiğine hükmetmiştir[77].

Bir başka kararında ise, idarenin sınavla aldığı uzman yardımcılarını üç yıl gibi uzun bir yetiştirme süresinden geçirdiği göz önüne alındığında, üç yıllık sürede kadroların hazırlanması mümkün iken, durumlarına uygun boş kadro bulunmadığı gerekçesiyle uzmanlık kadrosuna atamasının yapılmamasının, idarenin kadroların hazırlanmasında gereken özeni göstermediğini ortaya koyduğu, hizmetin geç işlemesi nedeniyle davacının uzmanlık kadrosuna birlikte sınava girip kazandığı

[77] Dan. 15.D., 29.05.2014, E:2013/4218, K:2014/4401, Danıştay Bilgi Bankası

emsali uzman yardımcılarından daha geç atanmasında idarenin hizmet kusuru bulunduğu kabul edilmiştir[78]

Kanunda açıkça belirtilmeyen durumlarda her idari işlem veya eylem sebebiyle makul sürenin yargı organlarınca takdir edileceği, makul sürenin aşılması durumunda hizmetin geç işlemesinden kaynaklanan hizmet kusuru sebebiyle idare, maddi ve/veya manevi tazminata mahkum edilecektir.

4. SAĞLIK KAMU HİZMETİNDE KUSUR

Kusur, hukuk düzenince kabul edilmeyen, yanlış bulunan ve kınanabilen davranıştır. Diğer bir deyişle, olması gereken davranışta bulunabilme yönünden gösterilen zafiyet yani irade eksikliğidir. Hukuk düzeninde kusur, kast ve ihmal diye ikiye ayrılırken, hizmet kusuru denilince ilk olarak akla sadece ihmali davranış gelmektedir (Hancı, 2002: s. 139). Ancak, hizmet kusuru sadece ihmali davranışla meydana gelmez. Sonraki bölümlerde de üzerinde durulacağı gibi, hizmet kusuru objektif olarak hizmetin işleyişindeki sorun ve aksaklık olması sebebiyle, kusur personelin yetersizliğinden kaynaklanabileceği gibi, çoğu kez kasıtlı olarak verilen zararların da hizmet kusurunu ortadan kaldırmayacağı kabul edilmektedir.

Sağlık hizmet kusuru, idarenin sağlık hizmetlerini mevcut tıp biliminin geldiği seviyeye ve halin gereklerine uygun olarak, sağlık ihtiyacını en uygun şekilde karşılayacak biçimde, devamlı ve düzenli bir tarzda kamuya sunmak, toplumun bu hizmetlerden faydalanmasını sağlamak zorunluluğundan doğan borcunu yerine getirmemesi veya eksik yerine getirmesidir (Erdemir, 1996: s.35). Buna göre, sağlık hizmeti de temel kamu hizmetlerinden birisi olması nedeniyle sağlık hizmetinde kusur, sadece sağlık personelinin tutum ve davranışlarına mal edilemeyen, onlara yönlendirilemeyen tamamen idare hukuku esaslarına ve prensiplerine göre özellikler taşıyan objektif bir kusur halidir (Polat, 2005: s. 269).

Sağlık hizmetlerinde kusur, hizmetin kuruluş ve teşkilatının bulunmaması veya eksik bulunması, hastaya ulaşılması, aydınlatılması, gerekli durumlarda izin alınması, gerekli testlerin yapılması, hastanın muayene edilmesi, bulguların

[78] Dan. 5.D. 08.07.2005, E:2003/6682, K:2005/3464, Danıştay Bilgi Bankası

değerlendirilmesi, teşhisin konulması, tedavi yöntemlerinin seçilmesi ve uygulanması, hastanın rehabilite edilmesi ve kayıtların tutulması gibi aşamalarında meydana gelir.

Modern hukukta, meslek mensuplarının sorumluluğuna ilişkin ayrı, özel hükümler konulup uygulanmamaktadır. Sorumluluk kusura dayalı genel sorumluluktur. Bu nedenle hekimin sorumluluğu ancak kusurlu uygulama hatasından kaynaklanabilir. Diğer bir anlatımla, tıbbi uygulamanın usulüne uygun olarak yapılmasına rağmen zararlı sonucun doğması yani komplikasyon dolayısıyla hekim sorumlu tutulamaz (Hakeri, 2012: s.510). Tıbbi uygulamaların neden olduğu tazminat sorumluluğunun temelini kusur oluşturmaktadır.

Hekimler mesleki faaliyetlerinin icrası sırasında, yani teşhis ve tedavi, takip, ameliyat ve bunlarla bağlantılı uygulamalar esnasında hastalarının karşısına şahsen değil, mensubu bulundukları Sağlık Bakanlığı veya diğer kamu kurumlarının temsilcisi, hatta kurumun somut ifadesi olarak çıkmaktadırlar. Diğer bir anlatımla, buradaki hasta-hekim ilişkisi esasen kurum-hasta ilişkisi şeklinde olmaktadır. Hastanın muhatabı, zararlarının temel sorumlusu da kamu hizmetinin "anonim" karakteri icabı "idare" olmaktadır (Köprülü, 1984: s.600). Bu durum, kamu hizmetinin işleyişinde personelin çekingen ve ürkek hareket etmemesi, uygulamaları mevzuat çerçevesinde hizmetin gereğine uygun olarak idare adına rahatça yapabilmesi adına Anayasa hükmünün bir gereğidir.

Tıbbi hizmetlerde hizmet kusurundan söz edebilmek için iki şartın bir arada bulunması gerekmektedir. Bunlardan birincisi, zararın kamu sağlık hizmetleri dolayısıyla ve tıbbi uygulamalar sırasında meydana gelmiş olması, diğeri ise zararın tıbbi personelin kişisel kusurundan değil, hizmetin kuruluş ve işleyişindeki düzensizlikten ileri gelmesidir. İşte hizmet kusurunu, özel hukukun kusura dayanan hukuki sorumluluk kavramından ve diğer idari sorumluluk kavram ve ilkelerinden ayıran ölçüt bu iki şartın bulunmasıdır (Esin, 1976: s. 28).

Hekimce yapılan müdahale sonrası tıbbi hizmet kusurunun varlığı, tedavinin yapıldığı tarihte o ülkede mevcut olan bilimsel seviye ile değerlendirilebilir. İdare sonradan bulunan bilimsel yöntemleri uygulamadığı gerekçesi ile sorumlu tutulamayacağı gibi, en ileri ülkelerde uygulanan bir kısım tekniklerin mevcut olaya uygulanmaması sebebiyle de sorumlu tutulması beklenemez. Ancak, bu durum

karmaşık cerrahi müdahaleler ve hastalıklar ile değişken insan fizyolojisinden kaynaklanan istisnai olaylar yönünden geçerli kabul edilmelidir.

Tıbbi müdahale ve uygulamalar izin verilen risk kapsamında değerlendirilmektedir. Sağlık uygulamalarında, insan fizyolojisi, psikolojisi ve diğer etmenlere bağlı olarak her an için zararlı bir neticenin meydana gelmesi durumu söz konusu olabilmektedir. Gerekli özen ve dikkat gösterilse bile, meydana gelen olumsuz neticeler ve zararlar tıbbi müdahalenin normal sapmaları, riskleri olarak değerlendirilmektedir (Hakeri, 2012: s.510). Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin[79] 13. maddesinde de, "Tabip ve diş tabibi, ilmi icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muaheze edilemez" kuralına yer verilmiştir. Bu sebeple, sağlık uygulamalarında asıl olan doğru teşhis ve tedavi yöntemi ile uygulama olup, tedavi sonrası mutlak sıhhat garantisi söz konusu olmamaktadır.

Danıştay, özellikle cerrahi müdahaleler gibi tıbbın karmaşık uygulamaları yönünden, yararlanıcıların sağlık hizmetlerinin sunumu sırasında zarara uğramaları halinde, bu zararın tazmininin, idarenin ağır hizmet kusurunun varlığına bağlı olduğuna hükmetmektedir[80]. Ancak, Danıştay'ın söz konusu içtihadında da özellikle son yıllarda olmak üzere sapmalar olduğu, teorik açıklamalarda tazminata hükmedilebilmesi için ağır hizmet kusurunun varlığı gerektiği belirtilmekle birlikte, Adli Tıp Kurumunun olayda hizmet kusuru bulunduğu yolundaki raporu üzerine veya mahkemece bu durumun tespiti halinde doğrudan tazminata hükmedildiği, ayrıca hizmet kusurunun ağırlık derecelendirmesi yapılmadığı görülmekte olup, bu konuya ayrı bir başlık halinde ileriki kısımlarda değinilecektir.

Öte yandan, ağır kusura ilişkin yukarıda aktarılan içtihat tanı ve tedaviye yönelik tıbbi uygulamalar bakımından geçerli olup, araç, personel ve organizasyon sorunları, kayıt tutulmaması gibi idari aksaklıklar ile bakım ve gözetim gibi sebeplerden doğan zararlar sağlık hizmeti içerisinde değerlendirilmekle birlikte, doğrudan tıbbi uygulama olmaması sebebiyle tazminata hükmedilebilmesi için hizmet kusurunun varlığı yeterlidir.

[79] 19.02.1960 tarih ve 10436 sayılı R.G.
[80] Dan. 10.D, 23.01.2014, E:2013/3732, K:2014/137; Dan. 10. D, 04.06.2001, E:1999/4912, K:2001/2042, Dan. 15.D, 15.04.2015, E:2014/8898, K:2015/2185, Danıştay Bilgi Bankası

Sağlık kamu hizmetinden kaynaklanan zararlardan dolayı tazminat davaları idari yargı mahkemelerince görülüp çözümlenmektedir. Davacıların gördüklerini iddia ettikleri zararlardan dolayı, olayda hizmet kusurunun bulunduğu savıyla açtıkları davalarda ileri sürdükleri iddialarını ispat etme yükümlülükleri bulunmamakta olup, 2577 sayılı kanunun[81] 20. maddesi gereğince mahkemeler bakmakta oldukları davalara yönelik her çeşit inceleme ve araştırmayı kendiliklerinden yaparak hüküm tesis edeceklerdir. Ancak, sağlık hizmetleri veya ölüm üzerine yapılan bir kısım giderler yönünden, masrafların davacı tarafından ortaya konulması işin mahiyeti gereğidir.

Ülkemizden farklı olarak Anglo-Sakson hukuk sisteminde ise, sağlık hizmeti sebebiyle zarara uğradığını iddia eden kimse veya yakınlarının idarenin tedavi yükümlüğü bulunduğu ve kusurlu olduğunun yanı sıra, zarar ve illiyet bağını da ispat etmeleri gerekmektedir (Bal, 2009: s.339-347).

SAĞLIK HİZMETİNDE KUSUR TÜRLERİ

Sağlık hizmetinin sunulmasında ortaya çıkan aksamalardan doğan hukuki sorumluluğun ve sorumlunun tespitinde kusurun hangi aşamada ve ne şekilde ortaya çıktığının belirlenmesi önemlidir. Sağlık hizmetinde kusur oluşturan durumlar hakkında farklı sınıflandırmalar yapılması mümkün olup, tezimizde söz konusu kusur türlerini tıbbi uygulama hatası, organizasyon hatası, özel sağlık hizmetlerinde denetim ve gözetim eksikliği ve sağlık hizmetlerinin kurulmaması başlıkları altında inceleyeceğiz.

5.1. Tıbbi Uygulama Hatası

Tıbbi uygulama hatası başlığı altında ortaya çıkan aksaklıklar, sağlık hizmetinde karşımıza çıkan temel ve en yaygın sorumluluk nedenleridir. Tıbbi uygulama hatası başlığı altında, tanı hatası, tedavi hatası, özen eksikliği, bilgilendirme ve rıza eksikliği ve uzmanlık sınırının aşılması şeklinde idarenin sorumluluk sebepleri sınıflandırılmıştır.

[81] 20.01.1982 tarih ve 17580 sayılı R.G.

5.1.1. Tıbbi Uygulama Hatası Kavramı (Malpractice)

Tıp biliminin insan yaşamının sağlıklı bir şekilde sürdürülmesine ilişkin olması ve uygulama hatasından kaynaklanan sonuçların telafi zorluğu karşısında tıbbi uygulama hatası kavramı hukuki ve sosyal olarak güncelliğini hiç kaybetmeyen bir kavram olmuştur. Diğer bilimlerde olduğu gibi, tıp alanındaki hızlı değişim sebebiyle gün geçtikçe yeni uygulamalar ve yeni hukuksal sorunlar ortaya çıkmaktadır. Özellikle insan üzerinde gerçekleştirilebilecek cerrahi müdahalelerin boyutlarının ve çeşitlerinin çoğalması sonucunda tıbbi müdahalelerinin hukuka uygunluğu konusunda yeni yaklaşımlara gereksinim duyulmaktadır (Yenice ve Esin, 1983: s.23).

Gündelik yaşamda veya kitle iletişim araçlarıyla, hekim hatasından kaynaklanan kalıcı sakatlıklar veya ölüm haberleriyle sıklıkla karşılaşılmaktadır. Ancak, bu haberlerin önemli bir kısmı aslında komplikasyon olarak nitelendirilebilecek, tıbbi uygulamaların niteliği ve insan organizmasının karmaşık yapısından kaynaklanan zorunlu sonuçlar olduğu kabul edilmektedir. Bir kısmının ise bilgi, beceri eksikliği, özensizlik, dikkatsizlik gibi insani nedenlerle ortaya çıkan sonuçlar olduğu, diğer bir deyişle meydana gelen olumsuz sonuçların aslında önlenebilir vakalar olduğu bilinmektedir.

İşte bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik sonucu bir hastanın fiziken veya ruhen zarar görmesine "malpractice" adı verilmektedir (Hancı, 2002: s.17). Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Yasa Tasarısı'nda malpractice; "Sağlık personelinin, kasıt veya kusur veya ihmal ile standart uygulamayı yapmaması, bilgi veya beceri eksikliği ile yanlış veya eksik teşhiste bulunması veya yanlış tedavi uygulaması veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan ve zarar meydana getiren fiil ve durum" olarak tanımlanmıştır.

Dünya Tabipler Birliği'nin 1992 tarihli Genel Kurulunda kabul edilen ilkeler sonrası yayınlanan bildiride ise malpractice, hekimin tıbbi uygulama esnasında standart tedavi yöntemini uygulamaması, bilgi ve beceri noksanlığı veya gerekli müdahalenin yapılmamasından kaynaklanan zarar olarak tarif edilmiştir (Sayek, 1999: s.48).

Malpraktis Latince "Mala Praxis" sözcüklerini temel almaktadır. Hastalığın teşhisinden başlamak üzere, hekim uygulamaları, hastane enfeksiyonu, hastane

personelinin fiziki uygulamaları ve ilaç tedavi süreci dahil, tıbbi sürecin her aşamasında ortaya çıkabilecek ve hastaya zararı dokunan tıbbi hatalar bu kapsamdadır. Ancak, yeterli sağlık kurum/kuruluşunun bulunmamasından kaynaklanan sağlık hizmetinin sunulamaması malpractice olarak nitelendirilmez. Malpraktis söz konusu olması için, tıp mesleği mensubu tarafından hatalı yapılan bir uygulamanın söz konusu olması gerekmektedir. Buna göre, hekimin ya da diğer sağlık görevlilerinin gördükleri eğitimi ya da uzmanlıkla ilgili bilgi ve becerilerini, bir hastanın tedavisinde yeteri kadar göstermeyerek, ülkedeki mevcut tıbbi hizmet standartlarının altında bir hizmet vermeleri tıbbi hata (malpractice) olarak kabul edilir (Öztürkler, 2003: s. 272).

Tıpta hatalı uygulamalar, İngilizce "malpractice" sözcüğünün Türkçe okunuşuyla "malpraktis", "hekimliğin kötü uygulanması", "tıbbi kötü uygulama", "uygulama hatası", "tıpta yanlış uygulama" gibi çeşitli kavramlarla isimlendirilmekle birlikte en geniş olarak kabul gören ve kullanılan kavram "tıbbi hata"dır. “

Türk Tabipler Birliğinin kabul ettiği 01.02.1999 tarihli Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının 13. maddesinde "Hekimliğin Kötü Uygulanması (Malpractice)" başlığı altında; "Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesi" biçiminde tanımlanan tıbbi hata kavramı; Dünya Tabipler Birliği’nin 44. Genel Kurulunun "Malpractice Bildirisi" olarak da bilinen sonuç bildirgesinde, tıbbi yanlış uygulama ile tıbbi bakım ve tedavi sırasında görülen hekimin hatasından kaynaklanmayan durumların birbirinden ayrılması gerektiği vurgulanarak; "a)Tıbbi yanlış uygulama; doktorun tedavisi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarar, b) Tıbbi uygulama sırasında öngörülemeyen bilgi ya da beceri noksanlığı sonucu oluşan ise; istenmeyen sonuçtur ve bunda hekimin sorumluluğu yoktur" şeklinde ayrıma tabi tutulmuştur (Sayek, 2009: s.48).

“Malpractice”nin “bir meslek mensubunun mesleğini uyguladığı esnada ortaya çıkan hatalı, kusurlu hareketleri” anlamına geldiği, bu sebeple tıbbi kusurun esasen “tıbbi malpractice” olarak adlandırılması gerektiği (Savaş, 2011: s.63; Gökcan 2013: s.199; Kıcalıoğlu, 2011: s.46) ileri sürülmüştür. Terim olarak doğru olmakla birlikte, literatürde “malpractice” kavramının tıbbi uygulama hatası olarak kabul edilmesine yönelik yaygın bir kabul vardır. Bu nedenle, tezimizin sonraki bölümlerinde biz de

tıbbi uygulama hatasını Türkçe okunuşuyla malpraktis olarak nitelendirip kullanacağız.

Tıbbi uygulama hatası, sağlık hizmetinin sunulmasında makul olmayan şekilde davranılmasıdır. Makul davranış, benzer durumda tıbbi uygulamanın nasıl yapılması gerektiğiyle belirlenmektedir (Choctaw, 2008: s.17). Doktor ve yardımcı sağlık personelinin makul davranmaması veya yeterli özeni gösterip göstermediği konusundaki ölçü; tıbbi müdahale ve yardımın verilmesi sırasında aynı düzeydeki hekim veya sağlık mesleği mensubunun, aynı şartlarda göstereceği ortalama özen ve dikkattir (Ersoy, 2004: s.167). Tüm hekimlerin olması gerektiği kadar özenli davranmaları zorunluluğu konusunda bir duraksama bulunmamaktadır. Ancak, hekimlerin kusurlu olup olmadıkları belirlenirken, bilgi birikimleri, çalışma şartları, hasta yoğunluğu, hastanelerin tıbbi donanımları gibi hususların göz önüne alınması gerekmektedir. Örneğin, tam teşekküllü bir üniversite hastanesindeki uzman hekim ile, yoğun bir devlet hastanedeki nöbetçi pratisyen hekimden aynı teşhis ve tedavi sürecini yönlendirmesi beklenemez. Ancak, bilinen yahut sıklıkla uygulanan teşhis ve tedavilerin uygulanması, karmaşık ve zor tıbbi gereksinimlerin ise daha ileri merkezlere sevk edilmesinin sağlanması beklenen bir durumdur.

Hekimlik riskli bir meslektir. Her tıbbi girişimin kendisine özgü risk ve sapmaları bulunmaktadır. Dolayısıyla, oluşabilecek her kötü sonuç ve zarardan hekimin sorumlu tutulması beklenmez. Hekimler, çalışmalarını hukuki perspektifte "izin verilen risk" kavramı içerisinde yerine getirirler. İzin verilen risk kavramı tıbbi literatürde "komplikasyon" olarak adlandırılmaktadır (Altun ve Yorulmaz, 2010: s.8). Hekim, hastanın bilgisi dahilinde (aydınlatılmış onam) olması şartıyla, beklenmeyen veya önlenemez nitelikteki zararların ortaya çıkmasından sorumlu değildir (Polat ve Pakiş, 2011: s.120). Diğer bir anlatımla, tıbbın gereklerine uygun davranmış olmak şartıyla, meydana gelen zarardan, hekim ve hastane sorumlu tutulamaz (Hakeri, 2012: s.510).

Ancak, standart uygulamalara yönelik bilgi eksikliğinden kaynaklanan bir zarar söz konusu olması durumunda, hekim veya yardımcı personel tarafından gerekli çabanın gösterildiği ispat edilse bile, idarenin personelini eğitmemesi veya gerekli niteliklere sahip personeli istihdam edememesi sebebiyle sorumluluğu söz konusu olacaktır.

Diğer yandan, yürütülen sağlık hizmetinin sunumu sırasında tıbbi gereklere uygun davranılmaması halinde, gerekli çaba gösterilseydi bile sonucun değişmeyeceği veya belirsiz olacağı savunmasıyla idarenin veya hekimin sorumluluktan kurtulması mümkün değildir.

Yargıtay, 02.04.2015 tarihli kararında, hiç bir tıbbi müdahalede şifa garantisi bulunmadığı kabul edilmekle birlikte, meydana gelen ölümle tedavi ve teşhisteki eksiklik arasında illiyet bağı bulunması halinde bunun komplikasyon olarak değil, malpraktis olarak değerlendirilmesi gerektiği, dolayısıyla mahkemenin kabulünde isabetsizlik bulunmadığı, bebeğin kurtulmasının kesin olmadığı şeklindeki tespitin de malpraktis olgusunu değiştirmeyeceği ve sanığın meydana gelen ölümden sorumlu tutulmasını engelleyecek bir değerlendirme olarak kabul edilemeyeceği gerekçesiyle sanığın mahkumiyetine ilişkin kararı onamıştır[82].

Hekim veya diğer sağlık personeli hatasının, meydana gelen zararlı sonuç üzerinde bir tesirinin bulunmadığının açık olarak ortaya konulabildiği durumlarda, illiyet bağının mevcut olmaması sebebiyle idarenin maddi tazminat bakımından sorumlu tutulması mümkün değildir. Ancak, yukarıda da açıklandığı gibi, idarenin kusurlu eyleminden kaynaklanan elem ve üzüntü sebebiyle manevi tazminata hükmedilmesi söz konusu olacaktır.

Bir başka kararda ise Yargıtay Ceza Genel Kurulu[83], "malpraktis" ve "izin verilen risk" kavramları arasındaki farkı; "Doktor, doktorluk mesleğinin gerektirdiği yükümlülükler ile tıp biliminin geçerli kurallarına uygun olarak müdahale yapmalı, tıbbın ilke ve prensiplerine aykırı teşhis ve tedavi yapmamalıdır. Doktorun müdahalesi öncelikle endikasyon da denilen tıbbi bir gereklilik nedeniyle teşhis, tedavi ve hastalıktan korunma gibi sebeplerle yapılmalıdır. Bu zorunluluk Anayasamızın 17. maddesinde de vurgulanmıştır. Doktor tıptaki bilimsel gelişmeleri takip etmeli, tıbbi müdahaleyi bu güncel bilgiler doğrultusunda gerçekleştirmelidir. Belirtmek gerekir ki, doktorun standartlara ve bilimsel kurallara uygun olarak özenli bir şekilde müdahale yapıp yapmadığı belirlenirken yaptığı müdahale sonucunda hastanın şifa bulması değil, kurallara uygun müdahalede bulunup bulunmadığı göz önüne alınmalıdır.

[82] Yarg. 12.CD, 02.04.2015, E:2014/9296, K: 2015/5790, Yargıtay Bilgi Bankası
[83] Yarg. CGK, 09.12.2014, E:2014/12-103, K: 2014/552, Yargıtay Bilgi Bankası).

Tıbbi müdahaleler genel olarak "izin verilen risk" kapsamında gerçekleştirilen müdahalelerdir. İzin verilen risk, hukuken müsaade edilen tehlike oluşturma alanı olarak tarif edilmektedir. Kişiler zarar ya da tehlike doğuracak bütün davranışlarında cezalandırılma tehdidi altında bulunmamalıdır. Toplumsal gelişmeyi sağlamak veya daha kıymetli hukuki değerlere ulaşabilmek için bazı durumlarda kişilere yaptıkları işin niteliği gereği belirli oran ve ölçüde risk oluşturması için izin verilmelidir. Önemli olan belirlenen kurallara uygun şekilde gerçekleştirilen davranışların izin verilen risk alanı içinde yapılması ve neticenin de bu alan içinde gerçekleştirilmiş olmasıdır. Bu takdirde sorumluluk söz konusu olmayacaktır" şeklinde tarif etmiştir.

Söz konusu kararda, hekimin sorumluluğu yönünden ölçünün; tecrübeli bir uzman hekim standardı olması gerektiği ileri sürülmüştür. Ancak, aile hekimlikleri gibi uzmanlık gerektirmeyen yerlerde istihdam edilen hekimlerle, göreve yeni başlayan bir hekimden uzman hekim standardı beklenilmesinin hukuk ve hakkaniyetle bağdaştırılması mümkün bulunmaz. Bu sebeple, yukarıda da vurgulandığı gibi her hekimin kendi düzeyi ile değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Her geçen gün yeni yöntem ve cihazlar keşfedilmesine rağmen, tıbbın hâlâ birçok belirsizliklere sahip olması, insan psikolojisi ve fiziksel yapısının bireyden bireye değişkenliği, aynı rahatsızlık veya hastalık belirtilerinin birçok hastalıkta aynı olması, her hastalığın değişik kişilerde değişik biçimlerde gelişebilmesi, tıbbi müdahalelerin karmaşık bir yapıya sahip olan insan üzerinde yapılması, cerrahi müdahalelerin hemen hepsinde bir riskin bulunması gibi nedenler tıbbi müdahalelerin izin verilen risk kavramı içinde değerlendirilmesinin nedenlerindendir (Hakeri, 2012: s.510).

Danıştay ise malpraktis kavramını; tıbbın standartları ve tecrübeleri uyarınca gerekli ve yeterli özenin bulunmaması, bu sebeple olaya uygun olmayan hekim uygulaması olarak tarif etmiştir[84].

Buna göre, hekim tıbbın ölçüleri içinde yeterli özeni göstermiş olmasına rağmen meydana gelen zararlı sonuçlardan sorumlu tutulması mümkün değildir. Hastada meydana gelen istenmeyen sonuç öngörülebilse bile, hastanın yeterince bilgilendirilmiş olması, aydınlatılmış onamının alınmış olması ve uygulama sırasında

[84] Dan. 10.D, 28.05.2015, E:2014/8229, K:2015/3381 Danıştay Bilgi Bankası

eksiklik ve hata bulunmaması şartıyla hekim ve idare sorumlu tutulamaz. Öte yandan, komplikasyon meydana gelse bile, komplikasyon esnasında ve sonrasında da uygulamaların tıbbi kurallarına uygun bulunması gereklidir. Aksi durum yine idarenin sorumluluğuna yol açacaktır

Komplikasyon riskli bir hizmet olan sağlık mesleğine ilişkin uygulamaların doğal bir sonucu olsa da, önemli bir kısım ölüm ve sakatlıkların da hekim hatalarından kaynaklandığı bilinmektedir. Tüm Dünya ülkelerin sağlık sistemlerinin bir sorunu olan hekim kusurlarından dolayı ölüm sayılarına bakılınca ürkütücü sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Ülkemizde henüz böyle bir çalışma yapılıp yapılmadığı bilinmemekle birlikte Amerika'da 1997 yılı itibariyle 44.000 kişinin önlenebilir tıbbi hatalar sebebiyle hayatlarını kaybettikleri tespit edilmiştir (Gökcan, 2013: s. 200).

Ülkemizde de hızla artan ve her yıl binlerce şikayete konu olan tıbbi uygulama hataları, Dünya Tabipler Birliği'nin 1992 tarihli Genel Kurulunda ele alınarak bir bildiri yayınlanmıştır. Yayınlanan söz konusu bildiride tıbbi yanlış uygulama davalarının artma gerekçeleri: Tıbbi bilginin artması, tıbbi teknolojinin gelişmesi, hekimleri geçmişte bilmedikleri veya yapmaktan çekindikleri bir kısım uygulamaları yapmaya itmesi ve bu ilerlemelerin, çoğunlukla ağır riskleri de içermesi; tıbbi hizmetlerin her geçen gün maliyetinin artmasının hekimler üzerinde negatif baskı yaratması, elde edilebilir, var olan sağlık hizmetine ulaşma hakkı, garanti edilemeyen sağlıklı olma ve kalma hakkı ile karıştırılması ve medyanın; hekimlerin bilgi, beceri ve hastaya ilgisini sorgulayan olumsuz tutumu ile hastaları hekimlere karşı dava açmaya teşvik etmesi olarak sayılmıştır (Sayek, 2009: s.48).

Ancak, dava sayılarının artması her zaman sağlık hizmetlerinin eksik veya hatalı olarak sunulması ile doğrudan orantılı olacağı anlamına gelmemektedir. Örneğin İngiltere'de yıllar içerisinde açılan dava sayısı ve sağlık otoritesinin ödediği tazminatın artmasında avukatların sunduğu, "kaybederseniz ücret almıyoruz" şeklindeki davacılara sundukları tekliflerin de büyük etkisi olmuştur (Goldberg, 2011: s.136).

5.1.2. Tıbbi Uygulama Hatası Türleri

Tıbbi hataların tasnifi hatanın konusu veya hatanın meydana gelme sebebi gibi yönlerden tasnife tabi tutulabilirse de, genel kabul gören ve daha anlaşılır bir tasnif yöntemi olarak tıbbi uygulama hataları; tanı hatası, tedavi hatası, özen eksikliği,

bilgilendirme eksikliği, rıza alınmaması veya rıza sınırının aşılması, uzmanlık sınırının aşılması, kayıt tutma zorunluluğuna uyulmaması, tedaviden kaçınma veya gecikme hataları olarak sayılabilir.

Yapılan bu sınıflandırma çerçevesinde tıbbi uygulama hatalarını sırasıyla görelim.

5.1.2.1. Tanı Hatası

Tanı, hastalığa müdahalenin ilk aşaması olması ve doğru tedavi ve müdahale türünün tespiti bakımından hastayı iyileştirme sürecinin en önemli aşaması olduğu söylenebilir (Özay, 2006: s.52). Tanının yanlış konulması durumunda tedaviye yönelik müdahaleler de anlamını yitirecektir. Zira, yanlış bir teşhis tedaviyi asıl amacından uzaklaştırabilecek, sürecin uzaması sebebiyle hastalığın kötüye gitmesi yanında, uygun olmayan bir ilaç veya tedavi yönteminin kullanılması sonucu hastalığın kötüleşmesine, hatta hastanın ölümüne bile yol açabilecektir (Ayan, 1991, s.65). Hekim tarafından zorunlu olarak kullanılması gereken tahlil, röntgen gibi tanı yöntemi ve araçlarının kullanmaması, konsültasyon gereken hallerde istenilmemesi gibi eksik araştırma neticesinde yanlış sonuca varılması veya yapılan araştırmalar bir hastalığın karakteristik belirtilerini ortaya koymasına rağmen, hatalı sonuca varma olarak adlandırılan nitelendirme kusuru tanı hatasını oluşturmaktadır (Hancı, 2002: s.79).

Teşhis koyma bakımından hekim için uyulması zorunlu kurallar bulunmamaktadır. Basit bir gözlemle teşhis konulabileceği gibi, teşhisin konulması günlerce süren tetkik, analiz ve gözlem sonucu da olabilir. Ancak, hekimin bazı büyük hastalıkların belirtilerinin basit rahatsızlıklarla başlayabileceği gerçeğini de dikkate alarak, öncelikle yakınıcıyı ve gerekirse yakınlarını dikkatlice dinlemesi, bizzat muayene ve iyice gözlem yapması, ihtiyaca göre laboratuvar analizleri veya röntgen gibi tanı öncesi ön faaliyetleri yerine getirmesi önem arz etmektedir.

Tanı hatası tek başına idarenin sorumluluğunun doğması için yeterli değildir. Hekim tarafından tanı konulurken tıp biliminin mutat ve bilinen kurallarına riayet edilmiş, gerekli tüm dikkat ve özen gösterilerek, kayıt ve dosyalara dayanarak tanı konulmuş ise, hatalı sonuca varılsa bile artık idarenin sorumluluğundan bahsetmeğe olanak bulunmamaktadır. Çünkü hekimin tıp ilmi konusunda sınırsız bilgiye sahip olması mümkün değildir (Öztürkler, 2003: s. 85). Buna karşılık, hekim gerekli

araştırmaları yapmaksızın veya tahlil ve diğer bulgularla ilgili sonuçları iyi değerlendiremediği için yanlış teşhis koyarsa, artık idarenin hizmet kusuru gereğince tazminat sorumluluğu doğacaktır.

Danıştay; ani ses kısıklığı, yutma ve konuşma güçlüğü, sol kolda ve omuzda kuvvetsizlik şikâyetleri ile, davalı idareye bağlı Tıp Fakültesi Hastanesi KBB polikliniğine müracaat eden davacı hakkında yapılan tetkiklerde "sol petros apekste" kitle saptandığı, bunun üzerine Schwannom Tümörü tanısıyla ameliyata alınan davacının, beyinde kitle tespit edilememesi nedeniyle operasyona son verilmesi olayıyla ilgili açılan davada, İstanbul Adli Tıp Kurumu 3. Adli Tıp İhtisas Kurulunun raporu uyarınca davacıyı, tetkik ve tedavi için hastaneye yatıran, takip eden hekimlerin hastayla ilgili gerekli olan tüm tetkikleri yaptığı ve yaptırdığı, bu tür kafa içi tümörü ameliyatlarının beyin cerrahı uzmanı bulunmadan, KBB uzmanları tarafından da gerçekleştirilebileceği, bu tür operasyonlar sırasında fasyal sinir paralizisinin bir komplikasyon olarak ortaya çıkabileceği cihetle, davacının hastalığının teşhis ve tedavisi sırasında ağır hizmet kusuru bulunmadığı, gerekçesiyle davanın reddine karar veren yerel mahkeme kararını onamıştır[85]. Ancak, kafada yapılacak cerrahi bir müdahale söz konusu olması sebebiyle, beyin cerrahından konsültasyon istenilmeden KBB uzmanınca kafa tümörü teşhisi konulması ve hastanın ameliyata alınmasında hizmet kusurunun varlığı görüldüğünden, Danıştay kararına iştirak etmek mümkün değildir.

Hekim, tedavi sırasında koymuş olduğu teşhisin isabeti konusunda şüpheye düşerse teşhisi yeniden gözden geçirmek ve şüphesini gidermek için gerekli araştırmaları yapmak zorundadır (Ayan, 1991: s.66). Bunun yanında hekim, hastalık hakkında teşhis koyamaması durumunda, hastayı bir başka uzman hekime yönlendirmekle sorumlu olduğu gibi, teşhise uygun en az riskli ve başarılı olma ihtimali en yüksek olan tedavi metodunu da seçilmek zorundadır. Aynı sonucu sağlayacak riski az olan bir metot varken, daha riskli olanın seçilmesi durumunda hekimin, dolayısıyla da idarenin sorumluluğu söz konusu olabilecektir (Şenocak, 2000: s.305). Aynı durum gerekli ekipman bulunmaması sebebiyle yeterli araştırma yapılamaması ve tanı güçlüğü çekilmesi durumu için de geçerlidir. Bu durumda

[85] Dan. 10.D, 28.11.2007, E:2005/7747, K: 2007/5754, Danıştay Bilgi Bankası

hastanın zaman kaybetmeden ileri tetkik ve tedavi yapılması mümkün olan bir hastaneye sevk edilmesi gerekir.

Düzenli olarak aynı hastanenin aynı servisine 4 defa muayene olduğu halde, davacı için doğru teşhisin konulmamasından dolayı meydana gelen zarar sebebiyle açılan bir davada Danıştay[86]; her seferinde aynı şikâyetlerle başvurduğu anlaşılan hasta için durumunun düzelmediğinin değerlendirilerek, hastalığı için altta yatan gerçek nedeni içeren patolojinin araştırılması yoluna gidilmediği, bu gerekliliğin anılan hastanede yapılmamasının cihaz eksikliği nedeniyle mümkün olmaması halinde hastayı ileri tetkik ve tedavi imkânlarına sahip bir merkeze sevk etmek gerekirken bunun da yapılmadığı, zira hekimlik sözleşmesi, hekime teşhis koyma yükümlülüğü yüklediği, olayın "tıbbi uygulama hatası" kapsamında olduğu gerekçesiyle davanın reddine ilişkin yerel mahkeme kararı bozmuştur.

Nelerin teşhis hatası olduğu önceden belirlemek ve saymak mümkün değildir. Bu nedenle somut olayın özelliklerine göre karar vermek gerekir (Hakeri, 2012: s.539). Yeterli derecede denenmemiş bir metodun uygulanması söz konusu ise, hastanın bu duruma yönelik bilgilendirilmesi ve onamının alınması gerekmektedir. (Atabek ve Sezen, 1986, s. 150-151). Özellikle zararlı sonuçları olması muhtemel durumlarda, kural olarak yeterli derecede denenmemiş bir uygulamanın olağan bir durumda hasta üzerinde denenmesi uygun olmayacaktır. Fakat, hastanın tedavi edilememesi ve olası yan etkilerin mevcut durumdan daha az zararlı olması halinde son çare olarak denenmesi mümkündür. Bu durumda da, yeni yönteme ilişkin hastanın yeterince bilgilendirilmesi ve onayının alınması gerekir.

Diğer yandan, hekimin tıbben olacakları önceden bilme, önceden teşhis ve tahmin etme yükümlülüğü de yoktur. Örneğin bir kimsenin check-up yaptırması ve tetkik sonuçlarının iyi çıkmasından kısa bir süre sonra kalp krizi geçirmesinden dolayı hekim kural olarak sorumlu tutulamaz. Ancak, verilerde bu durum açıkça görülmesine rağmen hastanın uyarılmaması, bulguları yanlış değerlendirmesi veya iyi değerlendirememesi durumunda hekimin sorumluluğu söz konusu olabilecektir (Hakeri, 2012: s.538).

[86] Dan. 15.D. 11.03.2015, E: 2013/7669, K: 2015/1396 Danıştay Bilgi Bankası

Tanı hatası yapılmasının en önemli sebeplerini, muayenenin eksik yapılması ve hastalığın teşhisinde önemli bir etkiye sahip olan öykünün (anamnez) hiç veya yeterli düzeyde alınmaması oluşturmaktadır. Örneğin, gebeliğin başlangıcıyla ilgili muayene ve anamnez bulguları yeterli düzeyde değilse, gebelik başlangıcında verilmemesi gereken ilaçların gebeye verilmesi söz konusu olabilecektir. Yahut muayene ve anamnez bulguları yeterli olarak alınmaz ve değerlendirilmez ise, gebeliğin sonlandırmayla ilgili zamanlama sorunları ortaya çıkabilecek, bu durumda da bebeğin ve annenin sağlığını tehlikeye sokacaktır (Gökcan, 2013: s.209). Söz konusu hallerde, kuşkusuz idarenin tazminat sorumluluğu, hekimin de cezai sorumluluğu gündeme gelecektir.

Tanı konulmasında gecikme yaşanmakla birlikte, söz konusu gecikme hastanın durumunda bir değişme meydana getirmez ise, diğer bir anlatımla zamanında tanı konulsa bile yine aynı sonuç meydana gelecek idiyse maddi tazminat ödenmesi mümkün değildir. Ancak manevi tazminatın koşulları mevcut ise, tazminata hükmedilmesinde bir sakınca bulunmamaktadır.

Danıştay'a göre teknik nedenlere bağlı yanlış tanı durumunda idarenin sorumluluğundan söz edilemez. Somut olayda Yüksek Mahkeme[87]; davacıların yeni doğan çocuklarında doğum sonrası tespit edilen talesemi hastalığının, doğum öncesi korion villus biopsisi ile tanısında %1 il %9 arasında ortaya çıkabilecek teknik nedenlere bağlı olarak yanlış tanı ile hastalığa yol açacak iki mutasyonun sadece birinin tanımlanabileceği, bu durumda yanlış tanının, davalı idarenin kusurundan değil moleküler tekniklere ait yanlış tanı oranlarından kaynaklandığı anlaşıldığından davalı idarenin tazminat ödemekle sorumlu tutulamayacağına hükmetmiştir.

Ancak, doğru tanı konulmasına rağmen tanı konulmasında yaşanan gecikme veya gerekli araştırma yapılmadan konulan teşhis sebebiyle meydana gelen zararlardan dolayı idare sorumluluğu söz konusu olacaktır[88].

[87] Dan. 10.D, 16.12.2009, E:2009/599, K:2009/10539, Danıştay Bilgi Bankası
[88] Dan. 15.D, 25.09.2014, E: 2013/4379, K:2014/6633, Danıştay Bilgi Bankası

5.1.2.2. Tedavi Hatası

Hekim tarafından muayene ve gerekli durumlarda tetkik ve analizler yaptırılarak hastalığa teşhis konulmasından bir sonraki aşama tedavi yükümlülüğüdür.

Hekim, tanı koyduktan sonra, hastalığın tedavisi için en uygun gördüğü yöntemi seçerek tedaviyi uygulayacaktır. Tedavide en uygun yöntem "riski en az ve fakat başarı şansı en yüksek olan yöntem"dir. Diğer bir anlatımla, aynı başarılı sonucun riski daha az bir yöntemle elde edilmesi mümkün ise, az riskli yöntem seçilmesi zorunludur (Ayan, 1991: s.66). Tedavide asıl olan hastanın sağlığını en az riske atarak tedavi edilmesi olup, zaman, ücret, emek gibi faktörler ikincil derecede önemlidir.

Tedavi kusurundan anlaşılması gereken, tıp biliminin verilerine göre gerekli olan özenin gösterilmediği her türlü tıbbi müdahaledir. Bu tıbben gerekli yapılması gereken bir müdahalenin yapılmaması şeklinde olabileceği gibi, hastaya zararlı olan, yapılmaması gereken bir hareketin yapılması şeklinde de olabilir (Hakeri, 2012: s.538). Tıbbi standart kavramı ile kast edilen, tıp ilmince genel olarak tanınıp kabul edilmiş, olağan şekilde uygulanan meslek kurallarıdır.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 13. maddesinde; hekim veya diş hekiminin, tıp bilimine göre gerekli, uygun teşhisi koyacağı ve tedaviyi tatbik edeceği, tıbbi uygulamaların mutlak olarak sağlık ile sonuçlanmamasından dolayı hekimin sorumlu tutulamayacağı ve tıp bilimine uygun olmayan şekilde veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavinin yasak olduğu, 14.maddesinde ise, hekimin, hastanın hayatını kurtarmak, sağlığını korumak ve bunların mümkün olmadığı hallerde, acısını azaltmak ya da dindirmekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir.

Hekim, yukarıda yer verilen görevlerini en iyi şekilde yerine getirebilmesi için, tıp biliminin gerekli gördüğü bilgileri, yenilikleri, pratik ve riski en az tedavi yöntemlerini öğrenmek ve daha etkili ilaçları izlemekle yükümlüdür (Öztürkler, 3003: s.89; Hancı, 2002: s.8). Ancak, insan sağlığının korunması için yeniliklerin takibi ve uygulanması gerekli bir durum ise de, tıbbi standart haline gelmemiş uygulamalar için veya henüz yeni keşfedilen, yaygınlaşıp uygulanmaya başlanmamış bir tedavinin uygulanmaması sebebiyle hizmet kusurunun varlığından söz edilemez.

Bir hastalığın tedavisinde, ortalama fayda veya risklerin aynı olduğu birden fazla yöntem varsa, hekim dilediği yöntemi seçebilir. Nihayetinde seçilen yöntem sebebiyle meydana gelen zarardan dolayı hekim ve idare sorumlu tutulamaz. Hekimin sorumluluğu tıbbi standartlara uygun tedavi yönteminin seçilerek uygulanması olup, hastanın mutlak olarak iyileşmesi hekimin sorumluluğunda olmadığından, hastalığın iyileşmemesinden de idare sorumlu tutulamaz. Zira Hipokrat'a maledilen bir sözle, "hastalık yoktur, hasta vardır" kuralı gereği, aynı rahatsızlıklar birçok hastalık için ortak olduğu gibi, zararsız görülen bir ilacın bazı insan bünyeleri için zararlı olabileceği gerçeği göz ardı edilemez. Ancak, eskimiş veya riskleri sebebiyle artık terk edilmiş yöntemlerin uygulanmaya devam olunması sebebiyle meydana gelen zararların da artık tedavi hatası kapsamında değerlendirilmesi gerektiği konusunda duraksama yoktur.

Hekimin tedavi sırasında göstermesi gereken özenin ölçüsü objektif kriterlere göre belirlenir. Yapılan tıbbi tedavi ve müdahale sırasında, hekimin özensizliği veya hatası bulunup bulunmadığı orta derecede dikkatli ve tedbirli aynı seviyede bir hekimin aynı koşullar altında göstereceği özen borcu kadar olduğunun kabulü ile ölçülür (Kıcalıoğlu, 2011: s. 63).

Öte yandan, hukukun kabul etmediği amaçlar için veya hukuken yasak olan yöntemlerle yapılan tıbbi müdahalelerin, gerekli dikkat ve özenin gösterildiğinden bahisle hukuka uygunluğundan bahsedilemez (Aşçıoğlu, 1993: s.49). Örneğin, para karşılığı alınan böbreği, en gelişmiş yöntem ve tekniklerle, yani tıbbi olarak hatasız bir şekilde hastaya nakledilmesi eylemi hukuka uygun hale getirmez.

Tedavi hatasının görünüm şekilleri; tedavi yönteminde hata, tedavinin yapılmaması veya geç yapılması, tedavi uygulama hatası, konsültasyon hatası ile enfeksiyon ve hijyen kurallarına uyulmaması başlıkları altında inceleyeceğiz.

5.1.2.2.1. Tedavi Yönteminde Hata

Konulan teşhis sonrası, en uygun yöntem olduğu kanısıyla seçilen tedavi yönteminin söz konusu hasta için uygun olmaması, başka yöntem ve uygulamalara nazaran daha riskli veya zararlı olmasıdır. Hekim bilimsel ve mesleki sınırlar içerisinde kalmak kaydıyla, aynı ölçüde riskler barındıran tedavi yöntemlerinden birisini seçmesi konusunda özgürdür (Özdemir, 2004: s.164). Ancak, eksik araştırmaya dayalı, özensiz davranışlar sonucu veya bilgi eksikliği sebebiyle hatalı

tedavi yöntemi seçilmişse hekim hatası söz konusu olacağından, hizmet kusurunun varlığından söz edilebilir.

Doğru tedavi yöntemi seçme konusundaki genel prensip, hekimin hastası için en az tehlikeli ve en az acı verecek yöntemi seçmesidir (Hakeri, 2012: s.551; Ayan, 1991: s.66). Örneğin, öncelikle ilaç tedavisinin denenmesi gerekirken, hastanın doğrudan ameliyat edilmesi tedavi hatası teşkil edebilir (Gökcan, 2013: s.214). Ancak, yine de somut vakanın özelliklerine bakmak gerekir. İlaç tedavisinin başarısızlığı durumunda hastanın hayati tehlikesi doğabilecek ise, doğrudan ameliyat yapılması da yanlış bir yöntem olarak kabul edilemez.

Danıştay, bıçakla yaralanma olayında kişinin kanamalı bir hasta olması nedeniyle hastanede tutulması gerekirken ve damar kesisi görülüp onarılmadan yaraya dikiş atılarak evine gönderilmesi ve hastanın bilahare kanamadan dolayı ölmesi olayında[89], kol kırığı sebebiyle Muğla Devlet Hastanesine başvuran davacının üç kez ameliyat edildikten sonra kangren teşhisi konulması ve bilahare sevk edildiği Atatürk Eğitim ve Araştırma Hastanesin sağ kolunun dirsek altından ampute edilmesi olayında[90], düşme sonucu ayak kırığı sebebiyle Erzurum Numune Hastanesi Acil Polikliniğine başvuran ve ortopedi kliniğinde pelvin-pedal bacak alçısı yapılan davacının kığın kötü kaynaması ve sakat kalmasında[91] idarenin hatalı tedavi yöntemi uygulaması sebebiyle tazminat ödemesi gerektiğine hükmetmiştir.

Aktarılan kararlardan görüldüğü üzere, Danıştay, aynı şartlarda görev yapan bir hekimden beklenen dikkat ve özenin gösterilmemesi sebebiyle meydana gelen zararlardan idarenin sorumlu olduğuna hükmetmektedir.

5.1.2.2.2. Tedavinin Yapılmaması veya Geç yapılması

Tedavi hatası olarak söz konusu olabilecek en temel hata, hastaya tıbbi müdahale yani tedavinin gerekli olmasına rağmen yapılmaması veya geç yapılmasıdır (Hakeri, 2012: s.547).

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin[92] 5. maddesinde; "bedeni, ruhi ve sosyal yönden tam bir iyilik hali içinde yaşama hakkinin, en temel insan hakki olduğu,

[89] Dan. 10.D, 14.6.2001, E:1999/4088, K:2001/2336, Danıştay Bilgi Bankası
[90] Dan. 10.D, 31.03.2009, E:2008/10545, K:2009/2526, Danıştay Bilgi Bankası
[91] Dan. 10.D, 23.12.2009, E:2008/4572, K:2009/10863, Danıştay Bilgi Bankası
[92] 01.08.1998 tarih ve 23420 sayılı R.G.

hizmetin her safhasında daima göz önünde bulundurulur. Herkesin yasama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkini haiz olduğu ve hiçbir merci veya kimsenin bu hakkı ortadan kaldırmak yetkisinin olmadığı bilinerek, hastaya insanca muamelede bulunulur" hükmüne yer verilmiştir. Buna göre hekim, ayrım gözetmeksizin insan yaşamını ve sağlığını korumakla görevlidir.

Hastanın tedavi amacıyla hastaneye sevki sonrasında, nöbetçi hekimin hastanede bulunmaması veya icap nöbeti sırasında haber verilmesine rağmen hekimin gelmemesi veya geç gelmesi sonucu hastanın zarar görmesi, devlet hastanelerinde bulunması gereken temel branşlardan bir veya birkaçının bulunmaması veya personel, araç, gereç, ambülans gibi eksiklikler sebebiyle meydana gelen zararlar tedavinin yapılmaması veya geç yapılmasının örneklerini oluşturur.

Davacı odun kestiği sırada, bir odun parçasının başına isabet etmesi nedeniyle yaralanması sonucu davalı idareye bağlı Ödemiş Devlet Hastanesine başvuran davacı tarafından, hastanede gerekli ve yeterli tedavi yapılmaması sonucu tetanoz olmasında idarenin hizmet kusurunun bulunduğundan bahisle, uğranıldığı ileri sürülen zararın tazmini istemiyle açılan dava sonucunda, İzmir 3. İdare Mahkemesince; davacıya ilk tıbbi müdahaleyi yapan Ödemiş Devlet Hastanesi doktorunun, Ödemiş 2. Asliye Ceza Mahkemesince, dikkatsizlik ve tedbirsizlikle yaralanmaya neden olmak suçundan cezalandırıldığı, olayda sağlık hizmetinin kusurlu yürütüldüğü gerekçesiyle maddi ve manevi tazminata hükmedilmesine ilişkin karar Danıştay 10. Dairesince onanmıştır[93].

5.1.2.2.3. Tedavi Uygulama Hataları

Hastalığın tedavisi amacıyla yapılan uygulama sürecindeki hatalardır. Hekimce tedavi yöntemi olarak seçilen uygulamanın gereklerine uymama, eksik, yanlış veya abartılı uygulamalarla hastaya zarar verme durumunda söz konusu olur. Hekimce ilaçla tedavi yöntemi seçilmişse, verilen ilacın uygulama süresi, dozu vb. koşullarına yönelik, cerrahi müdahalede ise müdahaleye yönelik olarak yapılan hatalı uygulamalar sorumluluğa yol açacaktır (Gökcan, 2013: s.215).

[93] Dan. 10.D., 31.3.2010, E: 2009/12046, K: 2010/2336, Danıştay Bilgi Bankası

Hekimce tedavide kullanılmak üzere yanlış ilaç yazılmışsa veya yazılan ilaç doğru olmakla birlikte, sağlık görevlilerince hastanede tatbiki sırasında yapılan hatadan dolayı bir zarar meydana gelmişse, oluşan zarardan idarenin hizmet kusuru sebebiyle tazminat sorumluluğu söz konusu olacaktır. Ancak, yazılan ilaç doğru olmakla birlikte eczaneden yanlış ilaç temin edilmiş veya ilaç kullanımındaki hata hasta veya yakınlarının kusurlarından kaynaklanmış ise, artık hizmet kusurunun varlığından söz edilemez.

Sağlık Kurum ve Kuruluşlarında Hasta ve Çalışan Güvenliğinin Sağlanması ve Korunmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğin 9. maddesinde ilaç güvenliğinin sağlanmasına ilişkin tedbirler açıklanmıştır. Buna göre, tedavi planı; ilacın dozu, zamanı ve uygulama şeklini içerecek şekilde hastaya bakan hekimce yazılır. Taburcu olma veya başka hastaneye sevk durumunda gerekli ilaçlar yazılarak, kullanma şekli ve dozu açıklanır.

Hastanın tedavisi için ilaçla tedavinin yetersiz kalması veya mümkün olmaması durumunda hekimce bir diğer tedavi yöntemi olarak ameliyat yöntemi kullanılacaktır. Ameliyat başka türlü iyileştirilmesi mümkün olmayan hastalıkların, yaralanmaların, vücuttaki yapı bozukluklarının cerrahi müdahale ile onarılmasına ya da hastalıklı organı kesip çıkararak iyileştirilmesi esasına dayanır (https://www.wikipedia.org: e.t.21.05.2015). Ameliyat hatası; ameliyata hazırlık sırasındaki bir kısım hatalar, ameliyatın bizzat kendisinin hatalı uygulanması, malzeme hatası, vücutta yabancı madde unutulması, yanlış organ ameliyatı veya ameliyat sonrası hatalardan meydana gelebilir.

Cerrahi müdahale sonrası vücutta unutulan cerrahi aletler, gaz kompres ve drenler; barsak tıkanıklığı, peritonit, yapışıklık, apse oluşumu ve fistül oluşumu gibi birçok rahatsızlıklara neden olabilmektedir. Bu durumlarda hasta, uzun süre semptomsuz kalabileceği gibi, sayılan belirtiler hastanın hayatını kaybetmesine de sebep olabilmektedir (Akdemir vd. 2013: s. 152). Ameliyat öncesi veya ameliyat sırasında verilecek ilaçlar bakımından hastanın ameliyata hazır olup olmadığı yolunda bir kısım testler, film tahlil vb. hazırlık işlemleri yapılması gerektiği halde yapılmaması, ameliyatta steril olmayan veya kalitesiz malzeme kullanılması, ameliyat sırasında vücutta yabancı madde unutulması, ameliyat sonrası dikiş hatası, müdahalede ölçünün aşılması, komplikasyonun fark edilememesi veya fark

edilmesine rağmen gerekli ve yeterli müdahalenin bulunulamaması sebebiyle hastanın zarar görmesi ameliyata yönelik diğer hatalar olarak karşımıza çıkmaktadır.

Özellikle ameliyat sırasında hasta karnında unutulan malzemelerle ilgili şikâyet ve kamuoyuna yansıyan haberler üzerine Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü 04.01.2001 tarihli bir Genelge yayımlamıştır. Söz konusu genelgede, "uygulama sırasında görülen bu tür olumsuzlukların önlenmesi bakımından spanç, kompres gibi malzemelerin yeşil bohçalarda belli sayıda steril edilerek kullanıma sunulması, ameliyat işlemi esnasında ameliyathane hemşiresi tarafından bohçalardan kaç adet spanç veya kompres kullanıldığının tespit edilmesi, eş zamanlı olarak ameliyat bölgesi kapatılmadan ameliyathane teknisyeni tarafından kullanılan malzemelerin sayımı yapılarak ameliyathane hemşiresince tespit edilen sayıyla eşleştirilmesi, söz konusu malzemelerin radyoopak iplik gibi materyal ile işaretlenerek, gerektiğinde radyolojik inceleme ile görülebilir hale getirilmesi ve bu işlemlerin yapılmasında sağlık personelinin ekip anlayışıyla ve seri bir şekilde azami dikkat ve özeni göstermesi gerekmektedir" şeklinde alınması gereken önlemler vurgulanmıştır.

Danıştay; hastanın ilaç alerjisi olduğu halde ilaç verilerek bitkisel hayata sokulmasında[94], hastaya yanlış ilaç verilerek vücut tamlığının bozulmasında[95], doğru anamnez alınmaması sebebiyle ameliyat sonrasında hastanın görme duyusunu kaybetmesi olayında[96], operasyon öncesi biyopsi yapılmamasında[97], batında rulo

[94] "Davacılar yakının gebe takip formu üzerinde ilaç alerjisi notu kayıtlı olduğu, doğumdan yaklaşık iki ay önce de cenin ritim bozukluğu nedeniyle aynı hastanede sezaryen bölümünde takipte olduğu ve bu dönemde tutulan kayıtlarda da ilaç alerjisinin olduğu belirtildiği halde doğum için başvurduğundaki servis takip belgesinde ilaç alerjisi olmadığı notu bulunduğu dikkate alındığında, hastane kayıtlarında ilaç alerjisi olduğu bilgisine doğum esnasında doğum ekibi tarafından ulaşılmamasının, başlı başlına bir eksiklik olduğu ve bu anlamda hizmetin kötü işlediğinde tereddüt bulunmadığı, hangi ilaca alerjisinin olduğu bilinmese dahi ilaç alerjisi olduğu sabit olan bir hastanın tedavisinde kullanılacak ilaçlara karşı ilgili kişinin alerjik reaksiyon gösterip göstermeyeceğinin önceden belirlenerek buna göre uygulama yapılması gerekmekte iken doğrudan ilaç enjekte edilerek hastanın bitkisel hayata girmesinde idarenin ağır hizmet kusuru bulunduğu…"(Dan. 15.D, 01.10.2014, E: 2013/4477, K: 2014/6721, Danıştay Bilgi Bankası).

[95] Dan. 10.D, 13.10.1999, E:1997/2731, K:2001/4835, Danıştay Bilgi Bankası

[96] Ameliyat sonrası görme duyusunu kaybeden hastanın açtığı davada, hastanın diabetik olduğuna ilişkin bilgiler bulunmadığı gibi, ölçüm sonuçlarını doğrular başkaca testlerin de yapılmadığının anlaşıldığı, hastaya ait Adli Tıp Kurumu nezdinde hazırlanan raporda belirtilen tespitlerin, hastayı ikinci kez ameliyat eden özel sağlık kuruluşunca tespit edildiği, bu durumda hastaya ilişkin ameliyat öncesi göz önüne alınması gereken bilgilerin(doğru anamnez) davalı idare bünyesinde sunulan sağlık hizmetinde dikkate alınmayıp, aynı hususların diğer bir sağlık kuruluşunda dikkate alınması ve uygun tedavinin bu veriler ışığında sunulması, davalı idarenin sunduğu sağlık hizmetinin yukarıda açıklaması yapılan "Tıbbi Standart" kavramıyla bağdaşmayacağı, hastada meydana gelen görme

unutulmasında[98], hastaya B RH (+) yerine, A RH (+) kan verilmesinde[99] tedavi uygulama hatası kapsamında idarenin ağır hizmet kusuru bulunduğuna hükmetmiştir.

Tedavi uygulama hataları sağlık kamu hizmetine yönelik açılan tazminat davalarının çoğunluğunu oluşturan uygulamalardır.

5.1.2.2.4. Konsültasyon Hataları

Konsültasyon, hastanın tanı, tedavi ve takibi için sorumlu hekimin gerekli gördüğünde diğer uzmanlık dalları ile görüş alışverişinde bulunmasıdır. Örneğin, hekimin cerrahi müdahalede bulunduğu hastanın şeker hastası olması ve şeker düzeyinin kontrol altına alınamaması durumunda tedaviyi üstlenen hekimin endokrin uzmanından görüş alması beklenir (Gökcan, 2013: s.219). Hekimin konsültasyon istememesi ve hastanın kontrol altına alınamayan şeker düzeyi sebebiyle zarar görmesi durumunda, konsültasyon hatasından kaynaklanan hizmet kusuru sebebiyle idarenin sorumluluğu doğacaktır.

Danışma, orada bulunan bütün hekimlerin birlikte düşünmesi anlamına gelir. Bu danışma (konsültasyon), teşhis ve tedavide olduğu gibi, etik bazı sorunlar için de söz konusu olabilmektedir. Her hekim, etik kararlar verirken, başka bir klinik etik uzmanına danışma ve görüş alışverişinde bulunma hakkına sahiptir (Özbenli, 1997: s.6).

Ancak, işin mahiyeti gereği, konsültasyonun çok büyük bir kısmı teşhis ve özellikle de tedaviye yönelik olmaktadır. Tıbbın gün geçtikçe gelişmesi ve birçok konuda yeni uzmanlık alanlarının oluşması hekimlerin ilgili uzmanlara danışması yükümlülüğünü beraberinde getirmektedir. Konsültasyon gerektiği halde istenilmemesi tıbbi uygulama hatası olarak kabul edilmektedir (Hakeri, 2012: s.559).

---

kaybına eksik ya da yanlış bir uygulama ile sebebiyet verildiğinin anlaşıldığı (Dan. 15.D., 11.03.2015, E: 2014/35547, K: 2015/1377, Danıştay Bilgi Bankası).

97 Dan. 15.D, 09.04.2014,, E: 2013/5560, K: 2014/2559, Danıştay Bilgi Bankası

98 "Dosyanın incelenmesinden, davalı idare hastanesinde yapılan ameliyat sırasında gerekli özenin gösterilmemesi sonucu batında rulo unutulması nedeniyle davalı idarenin ağır hizmet kusuru bulunduğu, (Dan.10.D., 26.01.2004, E: 2002/4829, K: 2004/880, Danıştay Bilgi Bankası).

99 Trafik kazası sonucu yaralanıp Devlet Hastanesine kaldırılan davacıların çocuğu /kardeşi olan hastaya B Rh (+) grubu kan verilmesi gerekirken A Rh (+) grubu kan verilmesi sonucu vefat ettiği, müteveffaya hatalı kan naklinin yapıldığının sabit olması karşısında, bu durum verilen sağlık hizmetinin kusurlu işletildiğini gösterdiği, (Dan.10.D, 17.10.2012, E:2012/2816, K:2012/5018, Danıştay Bilgi Bankası)

Konsültasyon Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 24-30. maddeler arasında düzenlenmiştir.

Hasta, konsültasyon yapılmasını arzu ederse, ilgili hekim bu talebi kabul etmek zorundadır. Hekim, konsültasyon yapılmasını gerekli görürse, hastanın bilinci yerinde ve şartları varsa hastaya bildirir. Hasta tarafından bu teklifin kabul edilmemesi halinde, hekimin, hastasını bırakabilme yetkisi vardır (m.24). Konsültan hekim ile tedaviyi yürüten hekim arasında teşhis ve tedavi yönünden farklı düşüncelerin olması halinde hastanın konsültan hekimin düşüncesini kabul etmesi durumunda, tedaviyi yürüten hekim görüşünde ısrarlı davranırsa hastayı bırakabilir (m.28). Böyle bir durumda artık hekimin sorumluluğundan söz etmek mümkün değildir.

Ortaya çıkan zararlı sonuçtan sadece konsültasyon isteyen hekim değil, konsültan hekim de sorumlu olacaktır. Ancak, konsültan hekimin yaptığı uygulamanın tıbbi kurallara uygun olduğu ve zararlı sonuca tedaviyi yürüten hekimin uygulamalarının sebep olduğu kesin olarak saptanabiliyorsa artık konsültan hekime sorumluluk yüklenmesi mümkün değildir. Ancak, bu durum rücu sorunu veya adli yargıda açılabilecek ceza davası bakımından geçerli olup, hizmet kusuru yönünden her halde idarenin kusuru sebebiyle tazminat sorumluluğu doğacaktır.

Danıştay'a göre[100] konsültasyon istenilmesi gereken durumlarda istenilmemesi, başlıbaşına idarenin manevi tazmin sorumluluğuna yol açması için yeterlidir. Ayrıca, zararın söz konusu uygulamanın yapılmaması sebebiyle meydana geldiğinin ispatına ihtiyaç bulunmamaktadır.

Yapılan ameliyat sonucu böbrek fonksiyon kaybına uğranıldığı iddiasıyla tazminat istemiyle açılan bir davada Danıştay; 1995 ve 1996 yıllarında aynı bölgeden iki defa ameliyat geçiren hastanın meydana gelen böbrek fonksiyon kaybının hangi

[100] "Tüm bu veriler ışığında hastada meydana gelen durum komplikasyon olarak ifade edilmiş olsa da, hastanın cuma günü hastaneye başvurduğu ve araya hafta sonu girmesi nedeniyle poliklinik muayenesinin en erken pazartesi günü yapılabilecek olması göz önüne alındığında hasta için gereken ortopedi konsültasyonunun yaptırılması gerektiği, yalnızca ortopedi polikliniğine yönlendirilmiş olmasıyla yetinilemeyeceği açıktır. Olayda, acil servise başvuran hastanın içinde bulunduğu klinik tablo karşısında ortopedi konsültasyonunun yaptırılmamış olması idare bünyesinde sunulan sağlık hizmetinin organizasyon hatası olarak değerlendirildiğinden, meydana gelen durumun komplikasyon olarak ifade edilmesi idarenin manevi tazmin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır" (Dan. 15.D.,21.04.2015, E: 2014/5867, K: 2015/2320, Danıştay Bilgi Bankası).

ameliyat sonucu geliştiği ayrımının yapılamadığı, ancak şahsın her iki ameliyat sonrasında da ağrılarının olması ve şikayetlerinin geçmemesine rağmen takip esnasında sadece dahiliye konsültasyonunun istendiği, konsültasyon sonrası akut batın düşünülerek genel cerrahi konsültasyonu önerilmesine rağmen dosyada buna ait herhangi bir kaydın görülmediği, bölgedeki ağrıyı gidermek için gerekli tetkik ve konsültasyonların istenmemesi nedeniyle tanı ve teşhiste gerekli özenin gösterilmediği cihetle davalı idarenin kusurlu olduğu yolundaki 28.11.2005 tarihli Adli Tıp Kurumu raporu dikkate alındığında, davacının tedavisi sırasında gerekli tetkik ve konsültasyonların istenmediği, tanı ve teşhiste gerekli özenin gösterilmediği ve sağlık hizmetinin kusurlu işletildiği gerekçesiyle davalı idare aleyhine tazminata hükmetmiştir[101].

5.1.2.2.5. Enfeksiyon ve Hijyen Kurallarına Uyulmama

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 39. maddesinin 4. fıkrasında; "sağlık kurum ve kuruluşlarında, insan haysiyetine yakışır gereken her türlü hijyenik şartların sağlanması, gürültünün ve rahatsız edici diğer bütün etkenlerin bertaraf edilmesi esastır. Gerektiğinde, bu hususlar hasta tarafından talep konusu yapılabilir" hükmü yer almaktadır.

Enfeksiyon, tedavi sürecinin bir parçası olan hatalardandır ve enfeksiyona neden olunması veya enfeksiyonun önlenememesi şeklinde iki türlü gerçekleşebilmektedir (Hakeri 2012: s.558).

Hastane enfeksiyonları sıklıkla karşılaşılan bir durum olması sebebiyle Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin[102] 30 ve 31. maddesinde bu durumun özel olarak düzenlendiği görülmektedir. Buna göre; ilçe hastaneleri ve gün hastaneleri hariç, yataklı tedavi kurumlarında, hastane enfeksiyonları ile ilgili sorunları tespit etmek, gerekli önlemleri almak üzere enfeksiyon kontrol komitesinin kurulacağı, ilçe hastanelerinde ve gün hastanelerinde ise enfeksiyon kontrol sorumlusu atanacağı belirtilmiştir. Bunun yanında ameliyathane enfeksiyonlarını önlemek için; ameliyata girecek personelin uygun bir şekilde ellerini temizleyeceği, eldivenlerin delik olmamasına, ameliyat gömleklerinin steril olmasına, hava enfeksiyonuna sebep olunmaması için sokak kıyafeti ile ameliyathaneye girilmemesi, bu kurala acil

[101] Dan. 10.D, 23.11.2012, E: 2008/2536, K: 2012/5980, Danıştay Bilgi Bankası
[102] 13.01.1983 tarih ve 17927 mükerrer sayılı R.G

durumlarda bile uyulması, personelin maske takması, aletler, eldivenler, dikiş ve diğer materyaller için çok emin bir sterilizasyon sistemi uygulanacağı, en az ayda bir sterilizasyon denetimi yapılacağı düzenlemesine yer verilmiştir.

Ancak bu ayrıntılı düzenlemelere rağmen, dikkatsizlik, özensizlik veya acil vakalardaki tedirginlik halinden kaynaklanan uygulama hataları sebebiyle hastane enfeksiyonu vakalarıyla sıklıkla karşılaşılmaktadır. Tıbbi aletlerin bakımı ve sterilizasyonunda tıbbi kurallara uymama enfeksiyonun sebeplerinden birisi olmakla beraber, enfeksiyonun bulaşmasının en önemli sebebi sağlık çalışanlarının el hijyenine dikkat etmemesidir (Gencer, 2008: s.71).

Hastane enfeksiyonu genel olarak hastaneye yatıştan itibaren 1-3 gün içinde ortaya çıksa da, hastaneden ayrılmayı izleyen 10 gün, operatif işlemlerden sonraki 1 ay, protez sonrası ise 1 yıl içinde meydana gelen enfeksiyonlar da hastane enfeksiyonu sayılmaktadır (Öztürk, 2008: s.23). Tüm dünyada olduğu gibi, Türkiye'de de hastane enfeksiyonu önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Sağlıklı verilere ulaşılmasında birtakım sıkıntılar bulunmakla birlikte, çeşitli yayınlarda Türkiye'de hastane enfeksiyonu %2-16.5 arasında olduğu bildirilmiştir. Son yıllarda ise bu değerin %5-15 arasında olduğu belirtilmektedir. (Ankara Üniversitesi Bilimsel Araştırma Projesi Sonuç Raporu, 2013: s.15).

Hastane enfeksiyonları başta cerrahi müdahaleler olmak üzere, tıbbın her alanını ilgilendiren bir konudur. Gelişmiş ülkelerdeki oranlar dikkate alındığında, bu sorunun tümüyle önlenmesinin mümkün olmadığı görülmekte ise de, gerekli ve yeterli önlemin alınması suretiyle bu oran minimize edilebileceğinden, gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesi sebebiyle oluşan veya bulaşan enfeksiyon sebebiyle meydana gelen maddi/manevi zararlardan idarenin sorumlu olacağı açıktır.

Adli Tıp Kurumu'nun birçok raporunda meydana gelen sonucun komplikasyon olduğu ifade edilse de, Danıştay, hastane enfeksiyonunun idarenin gerekli özeni göstermemesi sonucu meydana gelebileceğini kabul etmektedir. Diğer yandan, meydana gelen zararlı sonuç ile sunulan sağlık hizmeti arasında doğrudan illiyet bağı

kurulamasa bile kapılan hastane enfeksiyonuna bağlı olarak yaratılan şüphe sebebiyle idarenin tazminat manevi tazminat sorumluluğu kabul edilmektedir[103].

Davacının İstanbul Haydarpaşa Numune Eğitim ve Araştırma Hastanesi'nde yapılan ameliyat sırasında ve sonrasında enfeksiyon (MRSA) kaptığından bahisle tazminat istemiyle açılan davada Danıştay[104]; Adli Tıp Kurumu tarafından hazırlanan raporda her ne kadar meydana gelen durum komplikasyon olarak ifade edilmiş ve enfeksiyon görüldükten sonra yapılanlar tıp kurallarına uygun görülmüş ise de, dosya içeriğinden hastada meydana gelen enfeksiyona, davalı idareye ait hastanede gerekli özeni gösterilmeyerek sebep olunduğunun anlaşıldığı, oluşan durumun, hizmet kusuru kavramının niteliği dikkate alındığında komplikasyondan öte, gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesi sonucu doğduğu anlaşıldığı gerekçesiyle tazminata hükmetmiştir.

Kararlarda da görüldüğü gibi Danıştay, ayrıca bir hata veya ihmal araştırması yapmaksızın hastane enfeksiyonun doğrudan idarenin kusuru sonucu meydana gelebileceği peşin kabulü ile hareket etmektedir. Bu nedenle ayrıca bir kusur araştırması yapmamaktadır. Öte yandan, hastanede enfeksiyon kapılması başlı başına manevi tazminat için yeterli olup, meydana gelen zararlı sonucun enfeksiyondan kaynaklanmasına gerek bulunmamaktadır. Ancak, hastane enfeksiyonu sonucu hastanın bedensel veya ruhsal bütünlüğünde bir zarar meydana gelmesi durumunda artık maddi ve manevi tazminat birlikte değerlendirilecektir.

---

[103] "Hastanın 08.062006 tarihli kültür incelemesi sonuçları şöyledir; "Kanda MRSA, trakeal aspiratta acinoebakter, MRSA Enterecocus, yara yerinde; MRSA, Acinebacter, ürediği, idrarda üreme olmadığı tespit edilmiştir. Bu durumda, davacılar yakınının, davalı idareye ait hastanede MRSA ve Acinebacter adlı hastane enfeksiyonu kapmasına gerekli özeni gösterilmeyerek sebep olunduğu anlaşılmaktadır. Bu veriler ışığında meydana gelen ölüm olayı ile sunulan sağlık hizmeti kapsamındaki tıbbi uygulamalar arasında uygun illiyet bağı kurulamamış ise de; davacılar yakınının hastane enfeksiyonu kapmaması adına hastane uygulamalarında eksiklik olduğu ve bu eksikliğin ölüme sebebiyet verdiği konusunda yaratılan şüphe nedeniyle oluşan manevi zararın giderilmesi gerekecektir (Dan.15.D, 08.04.2015, E:2013/4488, K:2015/2020, Danıştay Bilgi Bankası).

Bir başka karar için bkz. Bu veriler ışığında, meydana gelen ölüm olayı ile MRSA bakterisi arasında uygun illiyet bağı kurulamamış ise de; davacı yakınının hastane enfeksiyonu kapmaması adına hastane uygulamalarında oluşan eksiklik nedeniyle, davacı yakınında meydana gelen şüpheden kaynaklı manevi zararın giderilmesi gerekecektir" (Dan. 15.D, 04.06.2015, E:2014/5822, K:2015/3658, Danıştay Bilgi Bankası).

[104] Dan.15.D.,05.06.2015, E:2013/6275, K:2015/4430, Danıştay Bilgi Bankası

5.1.2.3. Özen Eksikliği

Hastaya ulaşılması sürecinden, teşhis, tedavi, tedavi sonrası bilgilendirme ve kontrol muayenesi ve rehabilitasyon sürecine kadar her aşamada, hastaya karşı insan onuruna yakışır seviyede gerekli özenin gösterilmesi gerekmektedir[105]. Kırılgan bir süreçten geçen hastaya karşı gösterilmesi gereken bu özen yükümlülüğü, sağlıklı yaşamın temel bir insan hakkı olmasından kaynaklanmaktadır. Hastaya özen gösterme sadece hekimin değil, hastane yönetimi ve diğer sağlık personelinin de yükümlülüğü altındadır (Kızılyel, 2008: s.152). Özen gösterme yükümlülüğünün ihlali, teşhis veya tedavi hatasını beraberinde getirebileceği gibi, hastanın enfeksiyon kapması, yaralanması veya geç müdahale sebebiyle hastanın tümüyle hayatını kaybetmesine de sebep olabilmektedir. Tüm bu durumlar hizmet kusuru sonucunu doğurduğundan, idarenin tazminat sorumluluğuna yol açmaktadır.

Hekimin özen yükümlülüğünün ihlali; hastanın teşhis ve tedavisinde, hastalık hakkında aydınlatılması ve onam alınması ile klinik organizasyon alanında (personelin niteliği, yeterli sayıda personel bulundurulması, konsültasyon ve sır saklama yükümlüğünün ihlali vb.) olmak üzere üç alanda yoğunlaşmaktadır.

Özen borcu, tıp biliminden, etik kurallardan ve hukukun genel ilkelerinden doğmaktadır. Özen gösterme zorunluluğu, hem hekimin kendisine hem diğer sağlık personeli ile birlikte sağlık kurumları yönetimine verilmiştir. Tıbbi özenin gerektiği bir sırada hastaya özen gösterilmemesi idare açısından hizmet kusuru sayılır (Kızılyel ve Kaylan, 2010: s.64).

Danıştay, davacının kaldırıldığı hastanelerde gerekli müdahalelerin yapılmaması sonucu acilen götürülmek zorunda kaldığı özel hastanede gördüğü tedavi giderlerine karşılık maddi ve manevi tazminat istemiyle açılan davada, davacının 4,5 saat gözlem altında tutulup taburcu edilmesi olayında, akut batına yönelik yeterli tetkik yapılıp doğru tanının konulmaması ve özen eksikliği nedeniyle hastanenin 6/8 oranında kusurlu olduğu sonucuna varıldığı, gerekçesiyle tazminata hükmedilmiştir[106].

Bir başka olayda ise, ameliyat notunda adale ve cilt altındaki kanamanın zor durdurulabildiğinin kayıtlı olmasına rağmen, batına operasyon sonrası kanamayı

[105] Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m.2
[106] Dan. 10.D., 17.11.2009, E:2007/6546, K:2009/9577, Danıştay Bilgi Bankası

kontrol edebilmek için dren yerleştirmesi gerekirken bu işlemi yapmayıp batındaki kanamanın gecikmeyle tespitine neden olduğu cihetle hekimin kusurlu bulunduğu, bu sebeple idare elemanlarınca gerçekleştirilen ameliyat ve sonrası kontrollerdeki özen eksikliği sebebiyle olayda hizmet kusuru bulunduğu gerekçesiyle tazminata hükmedilmiştir[107]

Adli Tıp Kurumu'nun tıbbi uygulamalar sebebiyle meydana gelen bir çok zararlı sonucun komplikasyon olduğu yolundaki geniş yorumuna rağmen Danıştay özen eksikliği sebebiyle meydana gelen sonucun komplikasyon olarak nitelendirilemeyeceği görüşündedir. Somut olayda, Adli Tıp Raporunun sonuç kısmında, taburcu işleminden iki hafta sonra, davacının vajeninden idrar gelme şikayetinin hasıl olduğu, sol üretrovajinal fistül teşhişi konularak tedavi edildiği anlatıldıktan sonra, bütün batın ameliyatlarında uterus ve overlerin üreter ve mesane ile anatomik komşuluğu sebebiyle ameliyat sırasında komplikasyon olarak zedelenebileceği, kesilebileceği tespitlerine yer verilerek hemen hemen böylesi operasyonlarda her türlü olumsuzluğun komplikasyon olarak değerlendirildiği sonucuna varılmış ise de, Danıştay rapor içeriğinden davalı idarenin özen eksikliği sonucunda davacının zararına sebebiyet verildiği anlaşıldığından, idarenin bu yöndeki kusuru sebebiyle tazminat ödemesi gerektiğine hükmetmiştir[108].

Yukarıda bahsi geçen olaylar dışında, Danıştay davacı yakınının, davalı idareye ait hastanede, farklı enfeksiyonlara neden olabilen MRSA adlı bakteriyi kapmasında[109], ameliyat sonrası davacıda yüz felci oluşmasında[110] ve sağ doğan çocuğun bilahare kırılan kolunun kesilmek zorunda kalınmasının[111] dikkat ve özen eksikliğinden kaynaklanan hizmet kusuru olduğuna hükmetmiştir.

---

[107] Dan. 15.D, 10.04.2014, E:2013/3943, K:2014/2662, Danıştay Bilgi Bankası

[108] Dan.15.D, 29.05.2014, E:2013/14156, K:2014/4410, Danıştay Bilgi Bankası

[109] Dan.15.D.,04.06.2015, E:2014/5822, K:2015/3658, Danıştay Bilgi Bankası

[110] "18.1.2001 tarihinde yapılan kulak ameliyatı sonrasında davacıda yüz siniri zedelenmesi nedeniyle fasial paralizi (yüz felci) ortaya çıktığı ve aynı gün ikinci bir ameliyat yapılarak hasarın onarılmaya çalışılsa da davacı da kalıcı araz oluştuğu görülmüştür. Adli Tıp raporunda da davacıda oluştuğu saptanan fasial sinir hasarının, kulak ameliyatının doğal bir sonucu olmadığı, gereken dikkat ve özenin gösterilmemesi sonucu ortaya çıktığı, davacının önlenemese bile öngörülmesi tabii olan bu sonuç hakkında yazılı olarak onayının alınmamış olması idarenin hizmet kusurunu doğurmuştur" (Dan. 15.D, 03.04.2014, E:2013/11061, K:2014/2456, Danıştay Bilgi Bankası).

[111] (Dan. 10.D, 09.03.2004, E:2002/1220, K:2004/2410, Danıştay Bilgi Bankası).

5.1.2.4. Bilgilendirme ve Rıza Eksikliği

Vücut bütünlüğüne zorunlu haller dışında dokunulamaması ve hangi hallerde dokunulacağının ancak kanunla ortaya konulması dayanağını anayasa ve uluslararası sözleşmelerden alan temel bir haktır. Kişi, konulan teşhise ve yapılması düşünülen tedavi yöntemleri konusunda aydınlatıldıktan sonra bedeni ve ruhu üzerinde yapılacak müdahale konusunda temel söz sahibidir. Hasta hakları konusunda önemli bir yer tutan bu hakkı ulusal mevzuat ve uluslararası sözleşmeler boyutuyla ele alacağız.

5.1.2.4.1. Bilgilendirme (Aydınlatma) Yükümlülüğü

Aydınlatma, hastanın uygulanması düşünülen tıbbi müdahalenin, avantaj ve dezavantajları gibi tüm özellikleri hakkında bilgilendirilmesi, hastanın tıbbi müdahale üzerinde serbestçe karar verebilecek bir duruma getirilmesidir (Ayan, 1991: s.71). Hekimin aydınlatma yükümlülüğü, hastanın hekime olan güven duygusunu artırır ve hastanın tıbbi müdahaleyi kabul ya da reddetmesi yönünde karar verebilmesi için cesaretlendirir (Ozanoğlu, 2003: s. 64).

Kişilik haklarına ve vücut bütünlüğüne, aşağıda belirtilen istisnalar dışında, rıza olmaksızın müdahale edilememesi, kaynağını Anayasa ve kanunlardan alan temel bir kural ve kişinin en önde gelen hakkıdır. Anayasa'nın 17. maddesinde; "Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz" hükmü yer almıştır. Tababet Ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesinde ise; hekimler ve diş hekimlerinin yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya vesayet altında ise veli veya vasisinin öncelikle onayını almak zorunda oldukları, büyük cerrahi müdahaleler için bu muvafakatin yazılı olması gerektiği düzenleme altına alınmıştır.

Hastaya, aydınlatma yükümlülüğü kapsamında; hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği, tıbbi müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi, diğer tanı ve tedavi seçenekleri, bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri, muhtemel komplikasyonları, öneriyi reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri, kullanılacak ilaçların önemli özellikleri, sağlığı için

kritik olan yaşam tarzı önerileri ve gerektiğinde aynı konuda tıbbî yardıma nasıl ulaşabileceği hususlarında bilgi verilmesi gerekmektedir[112].

Tıp mesleğinin kendine özgü bir dilinden kaynaklanan sebeplerle, hasta hekimi tam olarak anlamayabilir. Bu noktada hekim, hastanın eğitim durumunu da dikkate alarak tıbbi terimler kullanmak yerine, günlük hayattan herkesin anlayabileceği terimleri kullanmalıdır (Oral, 2011: s. 187). Diğer bir anlatımla bilgi, mümkün olduğunca sade bir şekilde, tereddüt ve şüpheye yer verilmeden, hastanın sosyal ve kültürel düzeyine uygun olarak anlayabileceği şekilde verilir.

Kural olarak hasta, tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından sözlü olarak bilgilendirilir. Bilgilendirme ve tıbbi müdahaleyi yapacak sağlık meslek mensubunun farklı olmasını zorunlu kılan bir sebebin varlığı halinde, bu duruma ilişkin hasta bilgilendirilmek şartıyla, gerekli yetkinliğe sahip başka bir sağlık meslek mensubu tarafından da aydınlatma yapılabilir (Oral, 2011: s.193). Fakat yine de, bilgilendirmenin yardımcı sağlık personeli veya uygulanacak tıbbi müdahaleye yabancı başka bir branş hekim tarafından yapılması mümkün değildir.

Acil durumlar dışında, bilgilendirme hastaya makul süre tanınarak ve uygun ortamda, hastanın mahremiyeti korunarak yapılmalıdır. Hastanın manevi yapısı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimalinin bulunması ve hastalığın seyrinin ve sonucunun vahim görülmesi hallerinde, teşhisin saklanması mümkündür. Ancak, uygulanacak tedavi konusunda yine hastanın bilgilendirilmesi gerekmektedir[113].

Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesine, teşhis hakkında bilgi verilerek başlanmalı, hastaya yakalanmış olduğu hastalığın bütün özellikleri söylenmelidir. Buna "teşhis aydınlatması" denir. İkinci olarak, hastaya muayene sonucu tespit edilen hastalığın tedavi edilmediği takdirde meydana gelebilecek olumsuz sonuçlar anlatılmalıdır. Buna "süreç aydınlatması" denir. Nihayet hasta, uygulanması düşünülen tıbbi müdahalenin türü, şekli, kapsamı, olumlu ve olumsuz sonuçları üzerinde aydınlatılacaktır. Aydınlatmanın bu üçüncü şekline de "riziko aydınlatması" adı verilmektedir (Ayan, 1991: s.72).

[112] Hasta Hakları Yönetmeliği m.15
[113] Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m.14

Hastanın kendisinin bilgilendirilmesi esastır. Hasta kendisi yerine bir başkasının bilgilendirilmesini talep etmesi halinde, bu talep kişinin imzası ile yazılı olarak kayıt altına alınmak şartıyla sadece bilgilendirilmesi istenilen kişilere bilgi verilir[114].

Hastanın aydınlatılmasının belirli bir şekli yoktur. Yazılı veya sözlü bilgilendirme yapılabilir. Amaç, şekilsel şartları yerine getirmek değil, gerçekten hastanın iradesini tespit etmek olduğundan, öncelikle hastaya anlayacağı şekilde sözlü olarak açıklamada bulunmak, hastanın daha ayrıntılı bilgi alma veya bir başka sebeple isteğine bağlı olarak da yazılı bilgi verilmesi gerekmektedir.

Aydınlatma konusunda taraflar arasında ihtilaf çıkması durumunda ispat külfeti, hekim veya hastanede, kamu hastaneleri bakımından ise davalı idarede olacaktır. Zira, aydınlatma yükümlülüğü hekime aittir. Bu hekim tedaviyi uygulayan ve müdahaleyi yapan hekimdir. Aydınlatma yükümlülüğünün hekime ait oluşu, bu yükümlülüğün yerine getirildiğine ilişkin ispat külfetini de hekime yüklemektedir. Nitekim özel hastane aleyhine açılan bir davada Yargıtay 13. Hukuk Dairesi tarafından yeni tarihli, bir kararında; bilgilendirilmiş onay ile ilgili ihtilaflarda ispat sorumluluğunun davalılarda olduğunu açıkça vurgulamıştır[115]. Bu bakımdan, aydınlatmaya yönelik uyuşmazlıklarda ispat sorununu ortadan kaldırmak maksadı ile sözlü ve yazılı olarak bilgi verildiğine dair hastanın el yazısı ile onay alınması yararlı olacaktır.

Danıştay, henüz dünyada çok yaygın olarak uygulanmayan ve Gülhane Askeri Tıp Akademisinde de 1996 yılından sonra uygulanmaya başlayan ve dördüncü hasta olarak davacıya uygulanan bir tedavi yönteminde, uygulamaya geçilmeden önce meydana gelebilecek komplikasyonlar hakkında Anayasa, milletlerarası antlaşmalar, kanun ve diğer mevzuatla teminat altına alınmış hasta haklarının da gereği olarak bilgi verilmesi, bu aşamadan sonra tedavi yönteminin uygulanması gerekirken, davacının açık ameliyat yerine "Uterin Arter Embolizasyonu" yönteminin uygulanacağından haberdar edilmediği, bu haliyle hasta-hekim arasında bir iletişimsizlik olduğu dolayısıyla hizmetin gereği gibi işlemediği, kusurlu işlediği gerekçesiyle aydınlatma yükümlülüğünü ihlal eden idare aleyhine tazminata

[114] Hasta Hakları Yönetmeliği m.20
[115] Yarg. 13. HD. 11.04.2013, E:2013/2273, K:2013/9491, Yargıtay Bilgi Bankası

hükmetmiştir[116]. Buna göre aydınlatma yükümlülüğünün ihlali başlıbaşına tazminatı doğuran bir hizmet kusuru olup, ayrıca bu sebeple bir zarar meydana gelmesine gerek bulunmamaktadır.

5.1.2.4.2. Aydınlatılmış Onam(Rıza) Eksikliği

Aydınlatılmış onam ya da bilgilendirilmiş rıza; hasta üzerinde uygulanacak medikal ya da cerrahi yöntemlerin riskleri, yararları, alternatifleri hususunda hekim tarafından yeterli düzeyde ve gerektiği şekilde açıklanmasından ve tıbbi uygulamanın hasta tarafından tereddütsüz şekilde anlaşılmasından sonra, hasta tarafından gönüllülük esasına dayalı olarak bu uygulamaların kabulü olarak tanımlanabilir[117].

Her insanın kendi kişiliğine sahip olması ve kişiliğini kontrol etmesi hakkına sahiptir. Aydınlatılmış rıza doktrini otonomi ve self determinasyon kavramlarından gelmektedir. Aydınlatılmış rıza iki bağımsız unsurdan oluşmaktadır. Bunlardan birincisi olan, kendi kişiliğini ve bedenini kontrol etme hakkı, tıbbi müdahaleye rıza hakkını da içermektedir. İkincisi ise, gerçek ve geçerli bir rızanın ancak tüm yönleriyle ve potansiyel riskleri de içerecek şekilde bilgilendirilmek suretiyle mümkün olabileceği gerçeğidir (Kazmier, 2009: s.24-35).

Tıp etiğinin önemli konularından biri olan aydınlatılmış onam, tıbbi uygulama ve müdahalelerin vazgeçilmesi mümkün olmayan ön koşulu halini almıştır. Tıp etiğinde özerklik, zarar vermeme ve yararlılık ilkeleri çerçevesinde açıklanan söz konusu ilke, hekim hasta ilişkisinde hastanın kararı esasını dayanak alır (Ersoy, 1995: s.1-5). Zira, beden tamlığı uluslararası ve ulusal yasalarla korunan ve doğuştan gelen bir hak olup, bilgilendirilmesi sonrası bedeni ve ruhu üzerinde en doğru kararı kişinin kendisi verecektir.

Küçüklerin ve akıl hastalarının kendi başlarına tıbbi müdahaleye rıza göstermeleri ve varsa tek başlarına rızalarının geçerli olarak kabul edilmesi mümkün olmayıp (Yılmaz, 2007: s.30-31), onlar yerine veli ya da vasilerinin rızası aranır. Ancak, acil durumlarda hastanın, velisinin veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunamadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde, hasta yararına bu şartın aranmayacağını kabul etmek gerekmektedir. Kanuni temsilci tarafından rıza verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, velayet veya vesayet

[116] Dan. 10. D.11.02.2004, E: 2002/3790, K: 2004/1519, Danıştay Bilgi Bankası
[117] Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m.26

altındaki hastaya müdahalede bulunulabilmesi; Türk Medeni Kanununun 346. ve 487 inci maddeleri uyarınca mahkeme kararına bağlıdır.

Kanuni temsilcinin rızasının yeterli olduğu hallerde dahi, anlatılanları anlayabilecekleri ölçüde, küçük veya kısıtlı olan hastaların dinlenilmesi suretiyle mümkün olduğu kadar bilgilendirme sürecine ve tedavileri ile ilgili alınacak kararlara katılımları sağlanmalıdır[118].

Vücut bütünlüğüne yönelik tıbbi müdahaleye rızada gönüllülük esas olup, hastayı yapılması düşünülen tedaviye razı etmek için alternatif tedavi şekillerinin riskleri ya da yan etkileri konusunda abartılı veya yanlış ifadeler, önerilen tedavinin risklerinin tamamı veya bir kısmının saklanması, hastanın tinsel olarak zorlanması veya yönlendirilmesi durumlarında iradenin sakatlanması söz konusu olacağından verilmiş olan onayın geçerli olduğundan söz etmeye olanak bulunmamaktadır.

Aydınlatma ister yazılı ister ise sözlü olsun, hastanın durumu, yapılacak tıbbi müdahalenin doğal ve öngörülebilir doğası, müdahalenin her türlü risk ve yararları ve müdahalenin alternatifinin olup olmadığı konusunda bilgilendirmeyi içermeli, hizmet alana düşünme olanağı sunulmalıdır. Bu bakımdan, bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi haksız fiil olarak değerlendirilebilir (Kazmier, 2009: s.35). Aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilmeden alınan rıza ile yapılmış bir tıbbi müdahale, geçerli bir onay sayılamayacağından, hastanın şahsiyet hakkına yapılmış bir tecavüz sayılacaktır (Öztürkler, 2003: s.70).

01.02.19999 tarihli Türk Tabipler Birliği Meslek Etiği Kuralları'nın 26. maddesine göre; ilgili mevzuat hükümleri ve/veya yetkili mercilerce alınacak tedbirlerin gerektirdiği haller dışında; kişi, sağlık durumu hakkında kendisinin, yakınlarının ya da hiç kimsenin bilgilendirilmemesini talep edebilir. Bu durumda kişinin kararı yazılı olarak alınır. Hasta, bilgi verilmemesi talebini istediği zaman değiştirebilir ve bilgi verilmesini talep edebilir.

Aydınlatılmış rızanın alınmasının mümkün olmadığı üç halde müdahale için rıza aranmayabilir. Bunlardan birincisi, acil durumlarda ve tıbbi müdahalenin yaşamın devam ettirilmesi için gerekli olduğu hallerde hastanın böyle bir rızasının

[118] Hasta Hakları Yönetmeliği m.24.

olduğu kabul edilir. İkinci olarak, devam eden müdahalelerde, hizmet alanın daha önce de böyle bir durumda rıza gösterdiği hallerde rıza aranmaz. Son olarak, bireye açık bilgilendirme yapılmasının kendisi ya da tedavisi üzerine çok olumsuz etkiler doğuracağı öngörülmekte ise, bu takdirde eksik bilgilendirmeye rağmen rızanın varlığı kabul edilir (Kazmier, 2009: s. 35). Hekim bu durumda makul ve ortalama bir hastanın tıbbi müdahaleye rıza vereceği savıyla hareket etmektedir (Çakmut, 2003: s.253). Müdahalenin zarureti ve tedavinin aciliyeti aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı ve sınırlarını tayin eder (Öztürkler, 2003: s.72). Bununla beraber, uygulanan tıbbi müdahalenin hasta üzerinde ağır sonuçları olacaksa ve hastanın bilinci açık ise, hastaya bilgi verilmesi yerinde olacaktır.

Hasta rızasının aranmadığı bir diğer durum da, toplum sağlığını korumak için yapılan aşılarla, bulaşıcı bir hastalığın yayılmasını engelleme ve tedavisini sağlama zarureti olduğu durumlardır. Mevzuatta bu durumun ayrıntılarına yer verildiği görülmektedir. Şöyle ki;

Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 57. maddesinde hangi hastalıkların toplum sağlığını tehlikeye attığı sayıldıktan sonra, 64. maddesinde; 57. maddede sayılanlardan başka bir hastalığın yayılması veya yayılma tehlikesi baş gösterdiği takdirde, hastalığı veya yayılmasını engellemek için Sağlık Bakanlığının her türlü tedbiri alabileceği hükmü yer almıştır.

Aynı kanunun 72. maddesinde ise, "57. maddede zikredilen hastalıklardan biri zuhur ettiği veya zuhurundan şüphelenildiği takdirde aşağıda gösterilen tedbirler tatbik olunur" denildikten sonra 2. fıkrasında, "Hastalara veya hastalığa maruz bulunanlara serum veya aşı tatbiki" uygulanacak tedbirler arasında sayılmıştır.

Burada konuya dair Anayasa Mahkemesi'nin çok yeni tarihli bir kararından söz etmekte fayda görüyoruz. Başvurucular, 26/2/2013 tarihli ve 2013/1789 numaralı bireysel başvurularında velayetleri altında bulunan çocuğa bebeklik dönemi aşılarının uygulanmasını kabul etmedikleri halde bu hususta mahkemece sağlık tedbiri uygulanmasına karar verildiğini, bu durumun Anayasa'nın 17. maddesindeki tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı ve rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı hükmüne aykırı olduğunu iddia etmişlerdir.

Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu zorunlu aşı uygulamasına yönelik olarak yapılan 2013/1789 numaralı bireysel başvuruda; 1593 sayılı Kanun'da münferiden çiçek aşısının mecburi bir aşı olarak öngörüldüğü bunun dışındaki aşı uygulamasının bakanlığın ilgili genelgesi kapsamında ve belirlenen program çerçevesinde yapıldığının görüldüğü, buna göre genel ve zorunlu aşı uygulamasına dayanak oluşturacak bir kanun hükmünün mevcut olmadığı, Halk Sağlığı Kurumu tarafından gönderilen yazı içeriğinde belirtilen ve aşı uygulamasının kanuni dayanağı bağlamında yer verilerek halk sağlığının korunması ve geliştirilmesi, hastalık risklerinin azaltılması ve önlenmesi, sağlık için risk oluşturan faktörlerle mücadele edilmesi; bulaşıcı ve bulaşıcı olmayan kronik hastalıklar ve belirli hastalık ve risk grupları ile ilgili izleme, inceleme, araştırma, bağışıklama ve kontrol çalışmaları yapılması görevini Halk Sağlığı Kurumuna verdiği belirtilen Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin de Anayasa'nın ikinci kısmının ikinci bölümünde yer alan bir temel hakka yönelik sınırlandırma ve müdahale açısından dayanak olamayacağının açık olduğu, buna göre söz konusu tespitler uyarınca başvuruya konu müdahalenin kanunilik şartını sağlamadığı anlaşıldığından söz konusu müdahale açısından diğer güvence ölçütlerine riayet edilip edilmediğinin ayrıca değerlendirilmesine gerek görülmediği, başvurucunun Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alman maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir[119].

Buna göre, kamu yararı gerekçesiyle özel yaşamın bir parçası olan vücut bütünlüğüne tıbbi müdahale şeklinde dokunulabilmesinin, ancak istisnai, açık ve belirli bir kanuni düzenlemeyle söz konusu olabileceği görülmektedir.

Bireyin tıbbi müdahaleye izin hakkı nereye kadardır? Yaşam için gerekli tıbbi müdahaleyi kişinin reddetme hakkı var mıdır? Anglo-Amerikan hukukunda yargı kararlarıyla aydınlatma ve bilgi verme sonrasında bireyin tıbbi müdahaleyi kabul etme ya da reddetme konusunda geniş bir takdir yetkisinin olduğu kabul edilmektedir. Birey kendi yaşamını tehdit eden bir durum karşısında da bile rıza göstermeme hakkına sahiptir. Bu durum, ölme hakkının var olup olmadığı tartışmasını gündeme getirmektedir (Kazmier, 2009: s.37). Türk hukukunda ise,

[119] AYM, 11.11.2015 tarih ve 2013/1789 nolu bireysel başvuru kararı, 24.12.2015 tarihli R.G.

alternatifler arasından seçim hakkı olup, yaşamı tümüyle tehlikeye atan bir müdahaleyi reddetme hakkının varlığından söz edilemez.

Tıbbi müdahaleye yönelik rızanın alınmaması hizmet kusuru doğurur. Danıştay, hastanın itirazlarına rağmen, diş hekimince yeni bir muayene yapılmadan önceki barkot üzerine diş çekimi yapmasının "Hasta Hakları Sözleşmesi" ve "Hasta Hakları Yönetmeliği"nde yer verilen hasta haklarına aykırı olduğu ve bu durumun aynı zamanda hizmet kusuru oluşturduğuna hükmetmiştir[120].

5.1.2.4.3. Uluslararası Metinlerde Bilgilendirme ve Rıza

Hastayı aydınlatma ve rıza yükümlülüğü hasta haklarına ilişkin uluslararası metinlerde de önemli bir husus olarak ayrıntılı bir şekilde ele alındığı görülmektedir.

Dünya Tabipler Birliği'nin 1981 tarihli Lizbon Bildirgesi'nin 3. maddesinde, hastanın yeterli ölçüde bilgilendirildikten sonra tedaviyi kabul ya da reddetme hakkına sahip olduğu vurgulanmıştır (Görkey, 2003: s.100-126).

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 bilgilenme 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; 3.2.maddesinde, hastanın, tıbbi girişimi reddetme veya durdurma hakkına sahip olduğu, reddedilen veya durdurulan tıbbi girişimin getireceği sonuçların hastaya dikkatli bir şekilde açıklanması gerektiği düzenlenmiştir (Hatun, 1999: s.84-88).

03.12.2003 tarih ve 5013 sayılı Kanun ile uygun bulunarak onaylanan ve 20.04.2004 tarihinde yürürlüğe giren Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi'nin; 5. maddesinde; sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve

[120] Dan. 10.D, 13.07.2010, E: 2007/6322, K:2010/5981, Danıştay Bilgi Bankası

bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabileceği, 6. maddesinde; muvafakat verme yeteneği bulunmayan bir kimse üzerinde tıbbî müdahale, sadece onun doğrudan yararı için yapılabileceği, bir müdahaleye muvafakatini verme yeteneği bulunmayan bir küçüğe, sadece temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen makam, kişi veya kuruluşun izni ile müdahalede bulunabileceği, 7. maddesinde; gözetim, denetim ve başka bir makama başvurma süreçleri dahil, kanun tarafından öngörülen koruyucu şartlarla bağlı olmak üzere, ciddi nitelikli bir akıl hastalığı olan kişi, yalnızca böyle bir tedavi yapılmadığı takdirde sağlığına ciddi bir zarar gelmesinin muhtemel olduğu durumlarda, muvafakatı olmaksızın, akıl hastalığının tedavi edilmesini amaçlayan bir müdahaleye tâbi tutulabileceği, 8. Maddesinde; acil bir durum nedeniyle uygun muvafakatın alınamaması halinde, ilgili bireyin sağlığı için tıbbî bakımdan gerekli olan herhangi bir müdahalenin derhal yapılacağı, 9. Maddesinde ise; müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek bir durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbî müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu isteklerin göz önüne alınacağı hükümleri yer almıştır[121].

Tıbbi müdahalenin kabul edilmemesine rağmen, yapılan test ve muayeneler Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadına da konu olduğu gözlemlenmektedir. Bu kapsamda babalığın tespitine yönelik tahliller, suç faillerinin tespitine ya da kişinin alkollü olup olmadığının anlaşılmasına yönelik kan ve tükürük örneği temini, bulaşıcı hastalık riskine karşı yapılan kan testleri ve alınan röntgenler, jinekolojik muayene, psikiyatrik muayene ve tedavi, fiziksel tedavi ve ilaç tedavisi gibi kişiye rızası olmaksızın uygulanan tıbbi muameleler, fiziksel ve ruhsal özerkliğe bir müdahale olarak değerlendirilmiş ve üye ülke tazminata mahkum edilmiştir (Schmidt/AImanya, B.No. 32352/02, 5/1/2006; X./Avusturya, B.No: 8278/78, 13/12/1979, § 4; Glass/Birleşik Krallık, B.No: 61827/00, 9/3/2004, § 70; Y.F./Türkiye, B. No: 24209/94, 22/7/2003 § 34)[122].

Söz konusu değerlendirmelerde, AİHM'in, fiziksel ve ruhsal bütünlüğün özel yaşamın en mahrem ve sıkı koruma gerektiren yönünü oluşturduğunu ve zorunlu tıbbi müdahalelerin -söz konusu müdahalenin boyutu ne kadar küçük olursa olsun belirtilen hakka müdahale teşkil edeceğini, yine, sözleşmemin lafzı ve AİHM içtihadı uyarınca Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında yapılacak bir müdahalenin meşruluğu,

[121] http://www.saglik.gov.tr e.t. 20.10.2015
[122] AYM, 26/2/2013 tarih ve 2013/1789 numaralı bireysel başvuru kararı

öncelikle söz konusu müdahalenin yasa uyarınca gerçekleştirilmesine bağlı tutulmuş olup müdahalenin hukukilik unsurunu taşımadığının tespiti halinde Sözleşmenin 8. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan diğer güvence ölçütleri tetkik edilmeksizin müdahalenin ilgili maddeye aykırı olacağını belirttiği görülmektedir (Solomakhin/Ukrayna, B.No: 24429/03,15/3/2012,§ 33; Y.F./Türkiye, § 33, 44)[123].

5.1.2.5. Uzmanlık Sınırının Aşılması

Hekim, uzmanı olduğu branş ile ilgili tıbbi uygulamaları yapma konusunda yetkilidir. Dolayısıyla, tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesinin öncelikli ve temel şartı müdahalede bulunacak hekimin, bu uygulamaya yetkili olmasıdır (Yılmaz, 2007: s.3). Buna göre, uzmanı olunmayan bir konuda tıbbi uygulama yapılması, yetki sınırının aşılması olarak değerlendirilir (Erman, 2003: s.96).

Hekimin uzmanlığı ile ilgili olmayan bir hastalığa müdahalesi veya uzmanlık sınırını aşması sebebiyle meydana gelebilecek zararlardan dolayı idare, hizmet kusuru esaslarına göre sorumludur. Danıştay bir kararında, görevli hekimin uzmanlık alanına girmediği ve hastanın rızası olmadığı halde operasyonla endikasyonsuz olarak overleri çıkarması ve çıkarılan parçaları patolojiye göndermemesi nedeniyle olayda 8/8 oranında kusurlu olduğunun görüldüğü, bu haliyle davalı idarenin istihdam ettiği personelinin eylemleri nedeniyle ağır hizmet kusuru bulunduğu gerekçesiyle tazminat ödemeye mahkum etmiştir[124].

Bu kuralın istisnası kuşkusuz Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 3. Maddesinde yer verilen[125] hayati tehlike, organ kaybı olasılığı gibi acil vakalar olup, bu durumlarda da ilgili hekim, uzman hekim müdahalesine kadar geçecek zaman diliminde zararlı sonucun meydana gelmemesine yetecek kadar bir müdahalede bulunmalıdır.

5.2. Organizasyon Hatası

İdare kamu hizmetlerinin gereği gibi işlemesini sağlayacak organizasyonları yapmak, yeterli araç, gereç ve yetişmiş personelle kamu hizmetini yürütmekle yükümlüdür. Sağlık kuruluşlarının tıbbi tedaviye başlamadan veya tıbbi tedavi

[123] http://www.inhak.adalet.gov.tr, e.t.21.11.2015
[124] Dan. 15.D, 20.03.2014, E:2013/3957, K: 2014/2049, Danıştay Bilgi Bankası
[125] Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m.3; "Tabip, vazifesi ve ihtisası ne olursa olsun, gerekli bakımın sağlanamadığı acil vakalarda, mücbir sebep olmadıkça ilk yardımda bulunur"

sırasında veya sonrasında teşhis ve tedavi dışındaki bir kısım faaliyetlerden dolayı hastanın zarar görmesine organizasyon hatası denir (Altundere, 2012: s.109).

Genel olarak, sağlık kurum ve kurulusunun bakımını sağlama, hastayı bilgilendirme, sadakat ve özen gösterme, hastane kayıtlarını, hasta bilgilerini kaydetme, sır saklama, sağlık kurumlarında bulunması gereken araç ve gereçlerin bulundurulması, tıp biliminde yeni gelişmeleri takip etme ve uygulama, çalıştırdığı personel seçiminde özen gösterme, hastanın güvenliğini sağlama, beslenme ve barınma hizmetlerini yerine getirme gibi teşhis ve tedaviye yönelik eylemler dışındaki yükümlülüklerinin ihlal edilmesi organizasyon kusuru teşkil etmektedir (Özkan ve Akyıldız, 2008: s.432,433).

Danıştay, davacılar yakınının hastane acil servisindeki tedavisine ilişkin güvenilir yeterli kayıtların tutulmaması, hasta yakınlarının yeterli derecede bilgilendirilmemesi, anılan Adli Tıp raporuna göre inspiratuar stridor tespiti akciğer grafisi ve kan tetkikini gerektirmesine rağmen anılan tetkiklerin yapılmamış olmasını, sağlık hizmetinin, hastane kayıtlarının tutulmaması ve gerekli tetkiklerin yaptırılmaması yönünden kusurlu işletildiğini gösterdiğine hükmetmiştir[126].

Organizasyon eksikliğine yönelik bir diğer olayda ise, doktorun adı geçen hastayı muayenehanesindeki ilk müdahalesine karşın şikayetlerinin geçmeyip, devlet hastanesinin acil servisine başvurması üzerine, ileri bir merkeze sevk etmemesinin bir eksiklik olduğu, şifahi olarak hastaya ileri bir merkeze gitmesini önermesi yeterli olmadığı, hastayı yazılı olarak sevk etmesi ve hastanın ileri merkeze gitmeyeceğine ilişkin yazılı olarak beyanını alması gerektiği gerekçesiyle, söz konusu eylemin gerçekleştirilmemesinin hizmet kusuru oluşturduğunu kabul etmiştir[127].

Sağlık kamu hizmetinin tüm toplumu yakından ilgilendirmesi ve büyük bir organizasyon olması sebebiyle, söz konusu organizasyon sırasında meydana gelen hatalar sağlık hizmetleri sebebiyle açılan davaların önemli bir bölümünü oluşturmaktadır. Organizasyon hatasına yönelik bir diğer davada Danıştay, bebekteki mevcut klinik tablonun doğum sırasında maruz kaldığı hipoksi sonucu ortaya çıktığı, kordon sarkmasının ebe tarafından fark edildiği anda nöbetçi kadın doğum uzmanının hastanede bulunup acil müdahale etmesi durumunda hipoksi tablosunun

[126] Dan.10. D., 31.12.2012, E:2008/7168, K:2012/7214, Danıştay. Bilgi Bankası
[127] Dan. 10.D, 26.06.2012, E:2008/9938, K:2012/3091, Danıştay Bilgi Bankası

engellenmesinin mümkün olduğu, Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin 43. maddesinin c fıkrasına ve 49. maddesinin b fıkrasına göre kadın doğum uzmanı ve anestezi teknisyeninin hastanede normal nöbet tutması gerektiği, ancak bu kişilerin icapçı olarak nöbet tuttuklarının anlaşılması nedeniyle davalı idarenin kusurlu olduğuna karar vermiştir[128].

Hastanın getirildiği hastanede kabul edilmemesi sebebiyle müdahalede gecikme yaşanması[129], ağır yaralı hastanın uzman hekim ve tıbbi imkânları yeterli olan en yakın hastaneye götürmesi gerekirken, herhangi bir irtibat kurmadan yeterli tıbbi imkanı ve uzman hekimi olmayan bir hastaneye götürülmesi[130], tedavi hizmetinin geç başlatılması[131] olaylarını organizasyon hatası olarak kabul etmiş ve meydana gelen zarar sebebiyle idare aleyhine tazminata hükmedilmesine karar vermiştir.

Sağlık çalışanlarının ve kurumlarının hizmet alanlar hakkında elde ettikleri bilgileri sır olarak saklamaları ve bunları muhafaza etmeleri zorunludur. Duruma göre bazı bilgilerin daha özenle saklanması da gerekebilir. Genel olarak hastanın rızası olmadan söz konusu bilgilerinin paylaşılması kabul edilemez. Ancak bunun da bir kısım sınırları bulunmaktadır. Bu kapsamda, salgın niteliği olan hastalık sahiplerinin, doğum ve ölümlerin, istismarların ya da hukukta sayılan diğer durumların gerçekleşmesi halinde bu bilgiler ilgililerine paylaşılabilir. (Kazmier, 2009: s. 44). Söz konusu istisnalar dışında, hastaya ait bilgilerin saklanmaması kişilik hakkının ihlalidir ve organizasyon hatası kapsamında idarenin sorumluluğuna yol açar[132].

---

[128] Dan. 10.D, 09.11.2012, E: 2008/2304, K:2012/5571, Danıştay Bilgi Bankası

[129] "Dava konusu olayda, hastanın Ege Üniversitesi Tıp Fakültesine getirildiği halde kabul edilmediği ve hastayı kabul eden bir hastanenin bulunmasına kadar geçen zamanda bir gecikmenin meydana geldiği açık olmakla, davalı idarenin ağır hizmet kusuru işlediği sonucuna ulaşılmıştır" (Dan. 10.D, 25.02.2003, E:2001/2529, K:2003/675, Danıştay Bilgi Bankası).

[130] Dan. 10.D, E:2008/6156, K:2012/228, Danıştay. Bilgi Bankası

[131] Dan.10.D, 09.02.2004, E:2002/7073, K:2004/1481, Danıştay. Bilgi Bankası

[132] "İzmir 1 Nolu İdare Mahkemesince, davalı idarece olayın hastane görevlilerince basına intikal ettirilmediğinin savunulduğu, ancak davacının ismini, mesleğini bildirip, fotoğrafını çektirerek tüm yaşamında kendisinin aleyhine sonuçlar doğurabilecek biçimde AİDS hastalığı olduğunu basına duyurabileceği düşünülemeyeceği gibi, davalı idare savunması içeriğinde de olayın basın mensuplarına hastane görevlileri tarafından iletildiğinin açıkça belirtildiği, yanlış olarak konulan AİDS teşhisi henüz kesinleşmeden hastalığın basına sızdırılması olayında davalı idarenin hizmet kusuru bulunduğu açık olup, davacının bu olay nedeniyle işsiz kalması sonucu uğradığı zararın tazmini gerektiği… kişilik haklarına saldırı nedeniyle manevi tazminata hükmedilirken hizmet

5.3. Özel Sağlık Hizmetinde Denetim ve Gözetim Eksikliği

İdare, kamu hizmetinin gereği gibi işlemesine yönelik olarak gerekli idari örgütü kurmak, araç, gereç ve personeli o hizmetin gereklerine uygun bir biçimde hazırlamakla yükümlüdür (Atay vd, 2003: s.6). Ancak, başta ekonomik gerekçeler olmak üzere, kamu hizmeti anlayışındaki değişme, söz konusu hizmetlerin sadece idarenin kendi araç-gereç ve personelini kullanarak karşılanmak istenmemesi sonucunu doğurmuştur (Ersöz, 2010: s.30). Diğer yandan, teknolojik değişimin çok hızlı olması, sağlık ve diğer hizmet taleplerinin bu değişime paralel olarak çoğalması, özel sektörün ekonomik olarak güçlenmesi ve talep edilen hizmetleri gelişen son teknolojiyle sunabilme imkân ve kapasiteye ulaşması ve bürokratik sebeplerle idarece sunulan hizmetlerdeki değişim ve gelişimin yavaş ilerlemesi gibi nedenlerle başta sağlık hizmeti olmak üzere diğer bir kısım kamu hizmetlerinin özel sektör tarafından da sunulmasına imkan tanınmaktadır.

Ülkemizde sağlık hizmeti, kamu ve özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerince birlikte sunulmaktadır. 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu[133], Özel Hastaneler Tüzüğü[134] ve Özel Hastaneler Yönetmeliği gerekli şartları yerine getirmek koşuluyla özel sağlık hizmeti sunulmasına müsaade etmektedir. Hususi Hastaneler Kanunu'nun 1. maddesinde özel hastane; "Devletin resmi hastanelerinden ve hususi idarelerle belediye hastanelerinden başka yatırılarak hasta tedavi etmek veya yeni hastalık geçirmişlerin zayıfları yeniden eski kuvvetlerini buluncaya kadar sıhhi şartlar içinde beslenmek ve doğum yardımlarında bulunmak için açılan ve açılacak olan sağlık yurtları" olarak tanımlanmıştır.

Özel Hastaneler Tüzüğü'nde hastanelere ruhsat verilebilmesi için bina, hastane odaları, ısıtma, havalandırma sistemi, personel kıyafeti, çalışma usulü vb. şatların ayrıntılı olarak düzenlendiği görülmektedir. Söz konusu sağlık kuruluşları gerekli şartları sağladıktan ve ruhsat alarak çalışmaya başladıktan sonra da Sağlık

---

kusurunun ağırlık derecesi, saldırıya uğrayanın ekonomik ve sosyal durumu, saldırının niteliği ve doğurduğu sonuçları ile birlikte kusur gibi etkenlerin göz önünde bulundurulması gerektiği, dava konusu olayın bu açıdan değerlendirilmesi yapıldığında, duyduğu elem üzüntü ve sarsıntı nedeniyle davacıya…TL manevi tazminat ödenmesi gerektiği" (Dan.10.D, 31.01.1996, E:1994/5314, K:1996/294, Danıştay Bilgi Bankası).

[133] 05.06.1933 tarih ve 2419 sayılı R.G.
[134] 10.01.1983 tarih ve 17924 sayılı R.G.

Bakanlığı'nın denetimine tabidirler[135]. Özel hastaneler şikâyet üzerine veya özel hastaneler teknik komisyonu tarafından olağandışı olarak yapılan denetimlerinin yanında, il sağlık müdürlükleri tarafından altı ayda bir[136], tıp merkezi, poliklinik, laboratuvar, müessese ve muayenehaneler ise şikâyet, soruşturma veya bakanlık merkez teşkilatının talebi üzerine yapılan olağandışı denetim haricinde, il sağlık müdürlükleri tarafından dört ayda bir[137] olağan olarak denetlenmektedirler.

Özel sağlık kuruluşlarının hizmet sunabilmelerini izne bağlamış olan idare, sağlık hizmetlerinin asli sahibi ve nihai sorumlusu olarak bu hizmetler üzerindeki sıkı ve içselleştirilmiş denetim ve gözetim yetkisini ve buna bağlı olarak idari para cezası, faaliyet durdurma, ruhsatın askıya alınması ve iptali gibi yaptırımlar uygulama kudretini elinde bulundurmuş; idarenin hizmetle bağı koparılmamıştır[138].

Özel sağlık hizmetleri alanında idarenin sorumluluğu, özel sağlık kuruluşlarına ruhsat vermede veya bunları denetlemede gündeme gelmektedir. Bu nedenle, idarenin özel sağlık hizmetlerinin denetim ve gözetimi görevini yerine getirmemesinden doğan sorumluluğunun kaynağı hekimlerin faaliyeti değil; idarenin sağlık kamu hizmeti faaliyeti, bir başka deyişle kamu hizmetine ilişkin yürüttüğü denetim ve gözetim yani kendi işlem ya da eylemidir[139] (Yayla, 2009: s. 363-364). Başka bir anlatımla, devletin serbest meslek sahibi hekimlerle özel sağlık kurumlarını ve bunların faaliyetlerine ilişkin düzenlemeleri yapmak, çalışma şartlarını belirlemek, ruhsatlandırmak, yaptırım uygulamak ve benzeri idari görev ve sorumlulukları vardır. Ancak, bu sorumluluğun kaynağı, hekimin tıbbi uygulamaya ilişkin faaliyeti değil, yetkili idarenin doğrudan doğruya 'kendi' işlemleri, tutum ve davranışları (Güran, 1983: s.77) yani mevzuatın yüklediği görevlerin yerine getirilip getirilmemesi ile ilişkilidir. Özel sağlık kuruluşunda bozuk, eskimiş veya ölçüm hatası yapan tıbbi cihazların bulundurulması, insan sağlığına tehdit oluşturan tıbbi uygulamaların yapılması, eğitimi ve çalışma izni olmayan veya nitelik olarak gerekli yeterliliğe sahip bulunmayan sağlık personelinin istihdam edilmesi, eksikliklerin denetim sırasında tespit edilip kayıtlara geçirilmesine rağmen, yeterli tedbir

[135] 2219 sayılı Kanun m.33
[136] Özel Hastaneler Yönetmeliği, m. 62/1
[137] Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik, m.32/1
[138] Dan. 15.D, 08.04.2015, E:2013/5507, K:2015/2024, Danıştay Bilgi Bankası
[139] Dan. 15.D, 08.04.2015, E:2013/5507, K:2015/2024, Danıştay Bilgi Bankası

alınmaması nedeniyle meydana gelen zararlarda idarenin gözetim ve denetim eksikliği sebebiyle tazminat sorumluluğu söz konusu olmaktadır (Kızılyel, 2008: s.231).

Özel sağlık hizmetleri sebebiyle meydana gelen zararlardan dolayı idarenin sorumlu olduğu hallerde özel sağlık kuruluşu veya hekimin sorumluluğu ortadan kalkmamaktadır. Zira, hekimin ya da özel sağlık kuruluşunun sorumluluğu ve idarenin sorumluluğu farklı sebeplere dayanmaktadır. Dolayısıyla, idarenin denetim eksikliğinden kaynaklanan sorumluluğu sebebiyle açılacak davalar idari yargıda, özel hukuk gerçek veya tüzel kişisi aleyhine açılacak davalar ise adli yargıda görülecektir (Nomer, 2004: s.234). Meydana gelen zarardan, idare ile birlikte özel sağlık kuruluşu da müteselsilen sorumlu olup, zararın idarece ödenmesi durumunda rücu söz konusu olacaktır.

Özel sağlık kuruluşunun il sağlık müdürlüğünden tarama yapma yetki belgesi almaksızın göz taraması yapması sonucu konulan teşhise dayalı olarak yapılan ameliyat sonrasında görme kaybı yaşanmasından dolayı açılan tazminat davasında Danıştay; dava konusu olayda, davalı idarenin kusurlu bir eylemi bulunmadığı gibi, özel hastane/doktor ile hasta arasındaki özel hukuk ilişkisi zarar ile idarenin eylemi/eylemsizliği arasındaki neden sonuç ilişkisini ortadan kaldırdığı, dolayısıyla zarar, yürütülen kamu hizmetinin doğrudan sonucunu oluşturmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir[140].

Bir başka olayda ise, güzellik ve estetik amaçlı özel sağlık kuruluşunda yapılan uygulamaya dayalı oluşan zarar sebebiyle, çalışma izni bulunmayan bir doktorun da görev yaptığı özel sağlık kuruluşu üzerinde yeterli denetim yapılmadığı ileri sürülerek açılan tazminat davasında Danıştay; 2008 yılı içinde toplam 5 kez olağan ve olağanüstü denetimlerin yapıldığının görüldüğü, denetim görevlilerinin denetim günü sağlık merkezinde olan durumu tespit ettikleri, bunun dışında sonradan oluşan fiili durumların yapılan bu denetimleri kusurlandırmayacağı, yapılan denetimlerden sonra meydana gelen usulsüz uygulamalardan özel sağlık kuruluşu ve uygulamayı yapan doktorun şahsi sorumluluğu olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi gerektiği sonucuna varmıştır[141].

[140] Dan. 15.D, 26.02.2015, E:2014/6402, K:2015/1178, Danıştay Bilgi Bankası
[141] Dan.15.D, 18.12.2014, E:2013/4005, K:2014/9829, Danıştay Bilgi Bankası

Danıştay'ın özel sağlık kuruluşlarının bir kısım faaliyetlerinden kaynaklanan sebeplerle meydana gelen zararlardan dolayı idarenin denetim ve gözetim sorumluluğu bulunduğu ve bu sorumluluğun gereğinin yerine getirilmemesi durumunda tazminat ödemekle yükümlü olduğunu kabul etmekle[142] birlikte, somut olaylarda idare aleyhine tazminata hükmedilmesi konusunda çekingen olduğu görülmektedir. İdarenin, sağlık hizmetlerinin asli sahibi ve nihai sorumlusu olması, daha iyi ve verimli sağlık hizmetini teşvik etmesi bakımından idarenin sorumluluğunun geniş yorumlanması gerektiği kanaatindeyiz.

5.4. Sağlık Hizmetinin Kurulmaması

İdarenin gerektiği yerde, yeterli donanıma sahip sağlık birimi kurmaması sebebiyle meydana gelen zarardır. Bu durum sağlık kamu hizmetinin hiç işlememesi sonucunu doğurmaktadır.

İdarenin gerektiği halde hareketsiz kalmasının bir kusur olarak kabulü, hizmet kusuru teorisinin uygulama alanını ve idarenin sorumluluk sınırlarını haylice genişletmiştir (Özdemir, 1963: s.58).

Anayasa'nın 56. maddesinin bir gereği olarak, Sağlık Bakanlığı, sağlık kamu hizmetinin planlanması, kurulması, özel hastanelerle koordine edilmesi ve işletilmesinden sorumlu idaredir. 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun 3. maddesi[143] gereği, sağlık kurum ve kuruluşlarının tüm ülkede eşit ve kaliteli şekilde sunulmak üzere ülke çapında teşkilat kurmak ve gerekli tedbirleri almak Sağlık Bakanlığının görevidir.

Sağlık hizmetlerinin kurulması ve yürütülmesine yönelik temel görev Sağlık Bakanlığı'na ait olmakla birlikte, mevzuatında diğer görevleri yanında sağlık hizmeti sunma görevi verilen diğer kamu kurumları da bu hizmeti kurmakla yükümlüdürler. Sağlık Bakanlığı dışında sağlık kurumları işleten üniversiteler ve Milli Savunma Bakanlığı gibi kamu idare ve kurumları bu duruma örnek oluşturmaktadır.

---

[142] Dan. 15.D, 08.04.2015, E:2013/5507, K:2015/2024; 15.D, 26.02.2015, E:2014/6402, K:2015/1178 Danıştay Bilgi Bankası

[143] 3359 sayılı Kanun m.3: "Sağlık kurum ve kuruluşları yurt sathında eşit, kaliteli ve verimli hizmet sunacak şekilde Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca, diğer ilgili bakanlıkların da görüşü alınarak planlanır, koordine edilir, mali yönden desteklenir ve geliştirilir".

Hangi yerleşim birimine, nasıl bir sağlık hizmeti kurulacağı konusunda planlama yapma yetki ve görevi anılan kanun gereği Sağlık Bakanlığı'nın olup, yurt sathında dengeli olacak şekilde yerin nüfusu, coğrafi yapısı ve idari teşkilatı dikkate alınarak ihtiyaç duyulan yere sağlık hizmetinin kurulması Sağlık Bakanlığı açısından zorunluluk arz etmektedir.

Anayasanın 65. maddesinde; "Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir" hükmü yer almakta ise de, bu hükmün dar yorumlanması gerektiğinde kuşku yoktur (Güran, 1979: s.56). Aksi durum, kamu kurum ve kuruluşlarına yasalarla verilmiş olan aktif görevleri de kapsayacak şekilde, görevin yerine getirmemesi için peşin bir gerekçe, her zaman geçerli bir mazeret bulunması sonucunu doğurur (Oytan,1999: s. 27). Diğer bir anlatımla, idare kanunla görevli olduğu faaliyet ve hizmetleri, mali ve teknik imkânları bulunmadığı gerekçesiyle yerine getirmekten kaçınamaz ve buna bağlı sorumluluktan da kurtulamaz (Duran, 1974: s. 32-33).

Danıştay'ın sağlık hizmetlerinin kurulmaması veya yeterli donanımda kurulmaması nedeniyle idarenin sorumluluğunu kabul etmeme eğiliminde olduğu anlaşılmaktadır[144]

SAĞLIK KAMU HİZMETİNDE KUSUR AYRIMI

6.1. Basit Kusur, Ağır Kusur, Şahsi Kusur Kavramları

Kusuru niteliğine göre ayrımlara tutmak temeli Roma Hukukuna kadar dayanan bir geçmişe sahiptir. Ancak, bu ayrım esasen özel hukukta yapılan bir ayrım olup, özel hukukun etkisiyle idare hukukuna da geçmiştir (Atay ve Odabaşı, 2010: s.119).

Özel hukukta kusur, kast ve ihmal olarak ikiye ayrılmakla birlikte, sorumluluğun doğması için kusurun varlığı yeterli görülmektedir. Burada, kusurun çeşidinin sorumluluğa bir etkisi olmayıp, kusurun ağır ya da hafif olması tazminat miktarı açısından önem kazanmaktadır. İdare hukukuna gelince, Fransız öğretisinde ve yargı kararlarında önceleri "ağır kusur", "açık kusur", özel ağırlıklı kusur",

[144] Dan, 10.D, 08.10.2015, E:2014/9526, K:2015/5774, Danıştay Bilgi Bankası

"olağandışı ağır kusur", "sorumluluk doğurmaya elverişli kusur" gibi çok farklı ayrımlar üzerinde durulmuş ise de, sonraları "basit hizmet kusuru", "ağır kusur", "açık veya özel ağırlıklı kusur" ve "hile benzeri kusurlar" şeklinde dörtlü ayrım benimsenmiş, nihayet son öğreti ve uygulamalarda "basit kusur ve "ağır kusur" şeklinde ikili ayırım kabul edilmiştir (Özay, 2002: s.738).

Türk idare hukuk öğretisinde ise kusur, önceleri hafif kusur, ağır kusur ve olağanüstü kusur şeklinde ayrıma tabi tutulmuş ise de, zamanla Fransız idare hukukunun da tesiriyle hafif kusur ve ağır kusur şeklinde ikili ayrım kabul edilmiş görünmektedir. Hafif (alelade, basit) kusur, yalın bir tanımla iyi işleyen bir idare tarafından yapılmaması gereken bir kusurdur (Sarıca, 1949: s.866). Hafif kusura nazaran daha yoğun bir kusuru ifade eden ağır kusur ise, makul, orta seviyede işleyen bir idarenin aynı hal ve şartlarda işlemeyeceği bir kusur olarak tanımlanabilir (Özdemir, 1963: s.112). Ancak, hangi hal ve şartta kusurun ağır kusura dönüşeceği yolunda öğreti ve yargı kararlarında bir açıklık bulunmamakta olup, yargı organı somut olaya göre niteleme yapagelmiştir.

Özel hukukta kusurun ağırlığı sorumluluğun doğuşu bakımından önemli değilken, idare hukukunda kusurun hafif ya da ağır oluşu istisnai bazı durumlar yönünden önem arz edebilmektedir. İdare hukukunda uzun zaman boyunca, akıl hastaneleri, cezaevleri, tıbbi müdahaleler, can kurtaran, itfaiye, kolluk, tıbbi faaliyetler gibi yürütülmesi zor veya acil olarak karar verilip uygulaması yapılan bir kısım faaliyetler bakımından idarenin ancak "ağır kusuru (faute lourde)" halinde sorumlu tutulabileceği kabul edilmiştir (Candan, 2009: s.180, Gözler ve Kaplan, 2013: s.752, Özay, 2002: s.738).

Ağır kusur, "faute lourde" veya ciddi kusur "faute grave" bağışlanması olanaksız olan irade eksikliğine dayanır. Ağır kusur önceleri şahsi kusurun tespitinde kullanılmıştır. Yani, ağır kusurun varlığı halinde, şahsi kusurdan söz edilmekteydi. Fransız yazarlardan P.Dareste "Les vaies de recours contre le actes de la puissance publigue" adlı eserinde; ağır ihmal, ızrar kastı, müessir fiil, yetkinin açıkça kötüye kullanılması ve şahsi sebeplerle yapılan eylemleri ağır kusur olarak nitelendirmiştir (Armağan, 1997: s.52).

İdare adına hareket eden personelin şahsi kusurunun hizmetten ayrılabileceği düşüncesinin uygulama alanı zamanla daralmıştır. Bir başka anlatımla, hizmet

kusurunun kapsamı giderek genişlemiş, bir olayda ya kişisel kusur ya da hizmet kusurunun var olacağı düşüncesi zamanla değişerek hizmet kusuru ile kişisel kusurun iç içe, yan yana bulunabileceği ve bu takdirde idarenin sorumlu olacağı kabul edilmiştir. Şayet kişisel kusur, hizmet içinde ve hizmet dolayısıyla işlenmiş ise kusur hizmetten ayrı olsa bile idare sorumludur (Oytan, 1999: s.28).

Danıştay da benzer bir yaklaşımla, personelin seçimi ve yetiştirilmesinden idarenin mesul olduğu görüşüyle şahsi kusur durumlarında da, aynı zamanda idarenin personelin seçimi ve yetiştirilmesinden kaynaklanan hizmet kusurunun varlığı sebebiyle tazminat sorumluluğundan kurtulamayacağını vurgulamaktadır.

Acil tıp teknisyeni olan davacıların murisinin Erzurum Numune Hastanesine hasta naklinden dönüş sırasında meydana gelen trafik kazasında yaşamını yitirmesi sebebiyle açılan tazminat davasında Danıştay; kazanın meydana gelmesinde idare ajanı olan ambulans sürücüsünün 8/8 oranında kusurlu bulunduğu, davalı idarenin, personelini, verdiği sağlık hizmetinin özelliğine uygun olarak seçmek ve sunulacak hizmetin aksamadan, en iyi şekilde olması için gereken hizmet içi eğitimi vermek, uyarılarda bulunmak vb. uygulamalarda bulunarak personelinin kusurlu davranarak zarar verme ihtimalini minimuma indirmek zorunda olduğu, yürütülen sağlık hizmetinin bir parçası olan ambulans sürücüsü personelinin hizmeti kusurlu yürüttüğünün saptanmış olması karşısında, idarenin yürüttüğü kamu hizmeti sırasında meydana gelen özel ve olağandışı zararı hizmet kusuru ilkesi gereği tazmin sorumluluğu altında bulunduğuna hükmetmiştir[145]

Sağlık hizmetine ilişkin başka bir olayda ise, davalı idareye bağlı hastanede çalışan doktorların, yatan hastaların sağlık karnelerine bu hastalarca kullanılmayan ilaçları reçete etmek suretiyle kurumun zarara uğratıldığından bahisle meydana gelen zararın tazmini istemiyle açılan davada, İstanbul 1. İdare Mahkemesince; söz konusu eylemlerin suç olduğu, dolayısıyla sözü edilen eylemlerin idarilik vasfını yitirdiği, doktorların suç oluşturan kişisel eylemlerinden kaynaklanan zararın idarece tazmin edilmesine olanak bulunmadığı gerekçesiyle verdiği davanın reddi kararını Danıştay; doktorların suç olana davaya konu eylem ve işlemlerini, resmi yetki, görev ve olanaklarından yararlanarak gerçekleştirdikleri bir başka ifadeyle, davacının uğradığını ileri sürdüğü zarar, davalı idareye bağlı hastanede görevli olan doktorların

[145] Dan. 10.D, 31.03.2010, E:2009/13975, K:2010/2512, Danıştay Bilgi Bankası

üstlendiği ödevin ve yürüttüğü hizmetin kural, usul ve gereklerine aykırı davranması sonucu oluşan görev kusurundan kaynaklandığı gerekçesiyle yerel mahkeme kararını bozmuştur[146]

Ağır Kusur, idarenin sorumluluğunu belli ölçülerde kısıtlamak için başvurulan bir yol olduğu görülmektedir. Ancak, başlangıçta şahsi kusurun tespitinde kullanılan ağır kusur kavramı zamanla bu özelliğini yitirmesi ve hangi olayın ağır kusur olduğunun tespit edilmesindeki güçlükler dolayısıyla yargı organlarınca çelişkili kararlar verilmesine sebep olmaktadır.

Günümüzde ise, zarar ve sonuç odaklı bir yaklaşımla büyük ölçüde kusursuz sorumluluğa gidildiği bir dönemde, idarenin sorumlu tutulabilmesi için ağır kusur şartı aranmasının sosyal devlet anlayışına ters düştüğünden, kusurun ağırlığı, maddi ve manevi tazminatın miktarını etkileyen bir unsur olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Nitekim, son yıllarda ağır kusur kavramının uygulama alanında çok büyük gerileme olduğu (Atay ve Odabaşı, 2010: s.120; Özay, 2002: s.739; Armağan, 1997: s.54), hatta fiilen uygulama alanı kalmadığı söylenebilir.

6.2. Sağlık Hizmetinde Kusur Ayrımının ve Tazminata Etkisi

6.2.1. Genel Olarak

Sağlık hizmetlerinde kusur, diğer kamu hizmetlerinde olduğu gibi, hizmetin kuruluşunda, düzenlenmesinde veya teşkilatlanmasında yahut işleyişindeki aksaklık, aykırılık ve bozukluk şeklinde tanımlanabilir. Buna göre sağlık hizmetinde kusur, salt sağlık personelinin tıbbi uygulamalarındaki hataları değil, tümüyle idare hukuku esaslarına göre özellikleri olan objektif bir kusur halidir (Polat, 2005: s.269).

Sağlık kamu hizmeti Sağlık Bakanlığı ile diğer kamu tüzel kişileri ve özel/tüzel kişilerce işletilen oldukça büyük bir organizasyondur. Sağlık hizmeti salt tıbbi müdahale ve işlemlerden oluşmaması, öncesi ve sonrasına yönelik birçok icrai faaliyeti kapsaması sebebiyle, salt tıbbi uygulama ile sağlık hizmetine yönelik diğer aktiviteleri ayrı ayrı incelemekte fayda vardır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, sağlık kamu hizmeti olarak kabul edilmekle beraber, cerrahi müdahale gibi bizatihi tıbbi uygulama olmayan test, analiz, bakım

[146]Dan.10.D, 29.09.2010, E:2007/6710, K:2010/7185, Danıştay Bilgi Bankası

gibi destek sağlık hizmetlerinin icrası sebebiyle meydana gelen zararlarda, yönetimin sorumlu tutulması için diğer kamu hizmetlerinde olduğu gibi "hizmet kusuru"nun varlığı yeterli olup, ayrıca ağır hizmet kusurunun varlığına ihtiyaç bulunmamaktadır[147]. Bunun sebebi ise, tıbbi müdahale, teşhis, tedavi ve operasyon dışında, sağlık hizmetinin yürütülmesi için uyulması gereken kurallar ve yapılması gereken organizasyonun diğer kamu hizmetleriyle benzerlik göstermesi ve fazladan bir risk barındırmamasıdır.

Sağlık hizmeti denilince akla ilk olarak gelen tıbbi müdahale, operasyon, teşhis ve tedavi hizmetlerinin sunumunda idarenin sorumluluğu bakımından kusurun ağırlık sorununa gelince, öncelikle Fransız ve Türk öğreti ve yargı kararlarında belirtildiği üzere sağlık hizmeti alâlâde bir kamu hizmeti olmayıp, görülmesi sırasında bünyesinde risk barındırmaktadır. Diğer bir anlatımla, hasta ve hastalıkların çeşitliliği, insan organizmasının karmaşık yapısı ve sıklıkla olayın aciliyetinden kaynaklanan derhal müdahale sebebiyle, azami dikkat ve özen gösterilse bile zaman zaman tıbbi hatalar yapılabilmektedir. İşte bu sebeple sağlık hizmetinin yürütülmesi sırasında idarenin sorumlu tutulması için ağır hizmet kusuru aranması gerektiği öğreti ve yargı kararlarında uzun yıllardır kabul edilegelmiştir.

İdarenin tazminata mahkûm edilebilmesi için ağır kusurun varlığının aranması, Fransız Danıştay'ı tarafından ilk kez, yürütülmesinde belli bir güçlük olan ve özellik arz eden sağlık hizmetleri ile kolluk faaliyetleri alanında söz konusu olmuştur. Fransa'da idarenin, sağlık hizmetlerinin kurulması, örgütlenmesi ve işleyişinden kaynaklanan zararlardan dolayı idarenin ağır kusurunun aranmaması, sadece kusurun varlığının yeterli sayılması baştan beri kabul edildiği halde, hekim ve diğer sağlık mesleği mensuplarınca yürütülen tıbbi uygulamalar sebebiyle verilen zararların tazmin edilebilmesi için ise, yakın zamana kadar ağır kusur şartı aranmıştır. (Kaplan, 2004: s.173-199). Ancak, Fransa'da 1992 tarihli Epoux V. kararı bir dönüm noktası

---

147 "Sağlık kamu hizmeti, hastaya ait bilgilerin, çelişki olmayacak biçimde doğru ve düzgün tutulmaması ve hasta tarafından hastaneye bırakılan örneklerin muhafaza edilmemesi bakımından kusurlu olarak işletildiğinin görüldüğü, SSK Ankara Eğitim Araştırma Hastanesinde sağlık hizmetinin eksik ve kusurlu işletilmesi nedeniyle duyduğu üzüntü ve ızdırabın kısmen de olsa giderilmesi amacıyla davacıya…TL manevi tazminat ödenmesi gerektiği…" (Dan. 15.D, 03.04.2014, E: 2013/4071, K:2014/2431, Danıştay Bilgi Bankası).

Bir başka dava için bkz. "Dava konusu olayda, müteveffanın solunum cihazını çıkarmak suretiyle kendisine zarar vermeye çalıştığı bilinmesine rağmen ek önlem alınmamasının hizmet kusurunu oluşturduğu…" (Dan. 10.D, 24.09.2007, E:2005/3719, K:2007/4316, Danıştay Bilgi Bankası).

olmuştur. Söz konusu olayda, yerel mahkemenin hastanenin ağır hizmet kusuru bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddetmesi üzerine, davayı temyizen inceleyen Fransız Danıştay'ı, "ağır kusur" kavramını kullanmaksızın, bilirkişi raporu uyarınca yapılan hataların "hastanenin sorumluluğuna yol açacak nitelikte tıbbi kusur oluşturduğuna" karar vermiş ve idareyi tazminat ödemeye mahkûm etmiştir. Bu tarihten itibaren Fransız Danıştay'ı sorumluluk bakımından tıbbi uygulama ve operasyonlar için de ağır hizmet kusuru şartını aramaktan vazgeçmiştir (Kaplan, 2004: s.173-199; Gözler, 2003: s.1004).

6.2.2. Tazminatta Ağır Hizmet Kusurunun Gerekliliği Sorununa Danıştay Yaklaşımı

Danıştay'ın tıbbi uygulama, teşhis ve tedavilerde idarenin sorumluluğuna yönelik, üç çeşit karar örneğine rastlanılmaktadır.

Birincisi, zarara uğrayan birey sağlık hizmeti alan kişi ise, tıbbi uygulamaların riskleri nedeniyle idarenin sorumlu tutulabilmesi için, zararın ağır hizmet kusuru ile oluşmuş olması gerektiği şeklindeki açıklamanın ardından olayda ağır hizmet kusurunun varlığı veya yokluğu saptamasına yer verilerek, tazminata hükmedilebilmesi için ağır hizmet kusurunun arandığı kararlardır[148]. Söz konusu kararlar, Danıştay'ın riskli hizmetler sebebiyle tazminat ödenebilmesinin idarenin ağır hizmet kusuruna dayanması gerektiği yolundaki geleneksel yaklaşımını yansıtmaktadır.

İkincisi, kararda rutin olarak sağlık hizmetlerinin riskli kamu hizmetlerinden olması sebebiyle bu hizmetten faydalananların zarar görmesi durumunda tazminata

[148] Dan. 10.D, 28.11.207, E:2005/7747, K:2007/5754; Dan. 15.D, E:20.03.2014, 2013/3238, K: 2014/2016; "İdare Hukuku ilkeleri ve Danıştay'ın yerleşik içtihatlarına göre, zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı hallerde, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için, zararın, idarenin ağır hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir. Bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetinden yararlananın zarara uğraması halinde, bu zararının tazmini, ancak idarenin ağır hizmet kusurunun varlığı halinde mümkün olabilecektir…Yukarıda aktarılan bilirkişi raporu ile dosyada bulunan tanık ifadeleri ve hasta dosyasındaki kayıtların değerlendirilmesi sonucunda, annenin beyanı dışında bebeğin doğumunun yüz gelişli olduğunu destekleyen her hangi bir bulgunun olmadığı, kaldı ki bir an için yüz gelişli olduğu kabul edilse dahi normal doğumlarda ve hatta sezaryen vakalarında bile aynı olasılığın gerçekleşebileceği, ideal koşulların sağlandığı hallerde de, aynı sonucun ortaya çıkabileceği kanaatine ulaşılmaktadır. Bu durumda, gerek doğum anında gerekse doğum sonrasında gerekli müdahalelerin yapılması karşısında, davacıların çocuğunun zihinsel ve bedensel özürlü doğmasında davalı idarenin ağır hizmet kusurundan söz etmeye imkan bulunmamaktadır. (Dan. 10. D, E:2014/8629, K:2016/1464, Danıştay Bilgi Bankası)

hükmedilebilmesinin idarenin ağır kusurunun varlığı şartına bağlı olduğu veya kusurun açık ve belirgin olması gerektiği şeklindeki genel açıklamaya yer verilmesine rağmen, tazminata hükmedilirken idarenin hizmet kusurunun varlığının yeterli görüldüğü ve kararda sadece hizmet kusuruna yer verilerek tazminata hükmedilen kararlardır.

"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 kusurunun açık ve belirgin olması halinde mümkündür…İlacın kesilmesinin önerilmesi üzerine bu ilaç yerine davacıya streptomisinin verilmeye başlanılmış olup bu da davacının iyileşmesi için alternatif ilaç tedavisinin bulunduğunu ancak davacının şikayetlerine rağmen Ethambutol adlı ilacın verilmesine devam edildiğini göstermektedir. Bütün bu hususların birlikte değerlendirilmesinden, davacıda gelişen tüberküloz hastalığının tedavisinde kullanılan Ethambutol adlı ilacın alternatifi ilaç tedavisi olmasına rağmen, davacının görme kaybı şikayetini başlamasından itibaren 8 gün daha bu ilaca devam edilmesinde sağlık hizmetinin eksik işletilmesinden kaynaklı hizmet kusurunun bulunduğu sonucuna ulaşılmaktadır"[149]

"Sağlık hizmetinden yararlananın zarara uğraması halinde, bu zararın tazmini, idarenin ağır hizmet kusurunun varlığı halinde mümkün olabilir.

Her ne kadar, Adli Tıp Kurumu Kanununda, yeterince açıklık bulunmayan raporlar hakkında Adli Tıp Genel Kurulundan rapor istenileceği ve alınan raporun kesin olacağı belirtilmiş ise de, 3. Adli Tıp İhtisas Kurulunca 13.02.2009 ve 26.10.2009 tarihlerinde hazırlanan raporlarda, davacının ilk muayenesinde muayene eden doktorun alçıyı sıkı sarıp dolaşım bozukluğuna yol açtığı, ertesi gün muayene eden doktorun ise alçıyı açarak meydana gelen şişliği ve yaranın durumunu kontrol etmeden on beş gün sonra kontrole çağırmasının ve mevcut durumun tespit edilememesinin kusur niteliğinde olduğunun belirtildiği, davacının hastaneye ilk getirilmesi sırasında ve akabinde doktor tarafından verilen kontrol teşhis ve tedavi hizmetlerinin, sağ ön kol açık kırığı şüphesiyle getirilen bir hasta için yapılması gerekene göre eksik ve yetersiz olduğunun açıkça ortaya konulduğu, Adli Tıp Genel

[149] Dan. 15.D, 03.04.2014, E:2013/3961, K:2014/2433, Danıştay Bilgi Bankası

Kurulunca hazırlanan raporun olaya özgü olmaktan ziyade teorik nitelikte olduğu, olayda kamu hizmeti olan sağlık hizmetinin yerine getirilmesinde gereken özenin gösterilmediği anlaşılmakta olup sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesinde idarenin kusurlu olduğu sonucuna varıldığından, İdare Mahkemesince olayda hizmet kusuru bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddi yolunda verilen kararda hukuki isabet bulunmamaktadır[150]"

Burada dikkat çekici olan, Danıştay'ın önce sağlık hizmetlerinde tazminata hükmedilebilmesi için ağır hizmet kusuru bulunması gerektiğini belirttikten sonra, Adli Tıp Kurumu ihtisas dairesi, hatta Adli Tıp Kurumu Genel Kurulunun olayda idareye yüklenebilecek bir kusur bulunmadığı yolunda raporları bulunmasına rağmen, ağır kusurdan da söz etmeksizin olayda hizmet kusuru bulunduğu gerekçesiyle, tazminata hükmetmesidir. Diğer bir anlatımla, resmi bilirkişi olan Adli Tıp Kurumu, ağır kusur bir yana olayda hizmet kusuru dahi bulunmadığını belirttiğinden, artık olayda ağır kusurun varlığından söz etmeye olanak bulunmamaktadır. Kaldı ki, Danıştay da ağır kusurun varlığından söz etmemektedir. Bu nedenle, esasen söz konusu kararların Fransız Danıştay'ının 1992 tarihinde verdiği Epoux V. kararından bir farkı bulunmamaktadır. Ancak, karar içeriğinde yer alan sağlık hizmetlerinde yararlanıcılar lehine tazminatın idarenin ağır kusur şartına bağlı olduğu şeklindeki yorum, kararın hüküm kısmıyla çelişki oluşturmaktadır.

Üçüncüsü ve Fransız Danıştay'ı ile aynı standardı yakaladığı bir kısım kararlarında ise[151] Danıştay, tıbbi uygulamadan kaynaklanan tazminat davalarında

---

[150]Dan. 15.D, 25.09.2014, E:2014/755, K:2014/6548, Danıştay Bilgi Bankası, Danıştay'ın aynı nitelikteki davası için bkz. Dan. 15.D, 21.05.2014, E:2013/10448, K:2014/3951, Danıştay Bilgi Bankası.

[151]"Risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetinden yararlananın zarara uğraması halinde, bu zararın tazmini, idarenin hizmet kusurunun varlığı halinde mümkün olabilir. Bu durumda hastaya ilişkin ameliyat öncesi göz önüne alınması gereken bilgilerin (doğru anamnez) davalı idare bünyesinde sunulan sağlık hizmetinde dikkate alınmayıp, aynı hususların diğer bir sağlık kuruluşunda dikkate alınması ve uygun tedavinin bu veriler ışığında sunulması, davalı idarenin sunduğu sağlık hizmetinin yukarıda açıklaması yapılan " Tıbbi Standart " kavramıyla bağdaşmayacağı açıktır. Durum böyle olunca, yukarıda açıklaması yapılan " Tıbbi Uygulama Hatası " kavramı dikkate alınarak hastada meydana gelen görme kaybına eksik ya da yanlış bir uygulama ile sebebiyet verildiği anlaşıldığından sunulan sağlık hizmetinin kusurlu yürütülmesi nedeniyle manevi tazminatın niteliği de dikkate alınarak tazminata hükmedilmesi gerekecektir" (Dan. 15.D, 11.03.2015, E:2014/3554, K:2015/1377, Danıştay Bilgi Bankası).
"Davacının Urla Devlet Hastanesinden taburcu olduktan yaklaşık üç buçuk saat gibi kısa bir süre sonra Seferihisar Devlet Hastanesinde yapılan muayenesinde sağ endoftalmi olduğunun teşhis edilmiş olması ile Adli Tıp Kurumunun yukarıda belirtilen raporunda, paeruginosa etkenli sağ endoftalminin ameliyat esnasındaki bulaşma sonucu meydana geldiği yönündeki saptamasının birlikte değerlendirilmesinden, davacıya yapılan ameliyat esnasında gösterilmesi gereken dikkat ve özenin

ağır hizmet kusurunu aramaksızın tazminat için hizmet kusurunu yeterli saydığı görülmektedir. Danıştay'ın, söz konusu kararlarında; sağlık hizmetinden faydalananların zarar görmeleri durumunda, söz konusu zararlarının tazmininin idarenin hizmet kusurunun varlığına bağlı olduğu vurgusu yapıldıktan sonra ağır hizmet kusurundan söz edilmemesi bu durumu teyit etmektedir.

Buna göre, Danıştay'ın son dönem kararlarına bakıldığında (sadece hizmet kusurunun varlığını yeterli gören bazı kararları hariç), kararın mevzuat ve yorum bölümünde tazminata hükmedilebilmesi için olayda "ağır hizmet kusuru" bulunması gerektiği veya idarenin kusurunun "açık ve belirgin" olması gerektiği yolunda ifadelere yer verilmiş olsa bile, olayda hizmet kusurunun tespiti halinde tazminata hükmedildiği görülmektedir. O kadar ki, ağır hizmet kusuru bir yana, 2569 sayılı yasa gereği adalet işlerinde bilirkişilik görevi yapmak üzere kurulan ve konunun uzmanı hekimlerden oluşan Adli Tıp Kurumu ihtisas daireleri kararlarında, yapılan tıbbi müdahalenin usulüne uygun olduğu, idareye atfı kabil bir kusur bulunmadığı veya meydana gelen sonucun bir komplikasyon olduğu yolunda görüş bildirmesine rağmen, Danıştay tarafından kusur tespiti yapılarak tazminata hükmedilmesi, Danıştay'ın tazminata hükmedilebilmesi için ağır hizmet kusurunun gerekliliği şartından vazgeçtiğini göstermektedir. Ancak, yine de, kararlarda sağlık hizmetlerinde tazminata hükmedilebilmesi için idarenin ağır hizmet kusuru bulunması gerektiği yolundaki ifadeler çelişki yaratmakta olup, artık bir anlam ifade etmemesi sebebiyle bu ifadelerin çıkarılması gerektiği açıktır.

SAĞLIK KAMU HİZMETİNDE KUSURUN TESPİTİ

7.1. Sağlık Hizmeti Kusurlarının Tespitinde Bilirkişilik

Ehlivukuf, ehlihibre, resmi muhammin gibi adları da bulunan bilirkişi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 266. ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 62. ve devamı maddelerinde de yer verilen düzenlemelere göre, çözümü özel ve teknik bilgiyi

---

gösterilmemesi sonucu sağ göz görme duyusunun kaybedilmesine sebebiyet veren davalı idarenin hizmet kusuru bulunduğu sonucuna ulaşılmıştır" (Dan. 15.D, 04.06.2015, E: 2013/4566, K: 2014/4730, Danıştay Bilgi Bankası). Aynı nitelikteki Danıştay kararları için bkz. Dan. 15.D, 11.03.2015, E: 2013/7669, K: 2015/1396; Dan. 15.D, 05.06.2015, E:2013/6275, K:2015/4430 Danıştay Bilgi Bankası.

gerektiren hallerde oy ve görüşüne başvurulan kişidir. Mesleğin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişi görüşüne başvurulamaz.

Bilirkişilik müessesesi 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda özel olarak düzenlenmemiş olup, söz konusu Kanun'un 31. maddesinde aralarında "bilirkişi"nin de bulunduğu ehliyet, üçüncü şahısların davaya katılması, davanın ihbarı, tarafların vekilleri, feragat ve kabul, teminat, mukabil dava gibi birçok konuda HMK' ya atıf yapılmıştır.

Hakimin, özel ve teknik bilgi gerektiren durumlarda bilirkişi incelemesi yaptırma zorunluluğu bulunmaktadır. Söz konusu alanda araştırma yapmış ve konuyu biliyor olsa bile, gerek uygulamanın içinde olmaması, gerekse tarafların karardan tatmin olmaları bakımından bilirkişi incelemesi yaptırılması gerekliliği vardır. Kural olarak, mahkemeler, bilirkişilerin belirlenmesi konusunda tam yetkilidirler. Buna göre, teknik ve özel bilgiye sahip öğretim üyeleri ve konunun uzmanı kişiler bilirkişi olarak belirlenebilirler. Ancak, bir olayda Adli Tıp Kurumu, Yüksek Sağlık Şurası gibi olayla ilgili görev alabilecek resmi bilirkişiler varsa, ancak onlar arasından seçim yapılabilir (Kuru vd. 1992: s.400).

Kural olarak bilirkişilik yapmak bir zorunluluk değildir. Herkes bilirkişi olmaya zorlanamaz. Ancak, bir kısım kişi ve kurumlar bilirkişiliği kabulle yükümlüdürler. Bunlar; resmî bilirkişiler, adalet komisyonları tarafından belirlenip ilan edilen bilirkişiler ile HMK'da sayılan diğer kişilerdir.

Bu kişiler, ancak tanıklıktan çekinme sebeplerine veya mahkemece kabul edilecek diğer sebeplere dayanarak, bilirkişilikten çekinebilirler (HMK m.270). Bilirkişilere sorulan sorular olayın çözümüne yönelik olmalıdır. İnceleme konusu bütün sınırlarıyla ve açıkça belirlenmelidir. Bilirkişi raporu ise, olayı kapsayıcı, ayrıntılı ve şüpheye yer vermeyecek şekilde açık ve anlaşılır olması gerekmektedir.

Bilirkişi raporu alınmasından maksat olayın teknik olarak ortaya konulması ve mahkemeye açıklanması olup, raporda yer verilen düşüncelere mahkemelerce uyulma zorunluluğu bulunmamaktadır. Mahkeme, raporda yer verilen açıklamaları

dikkate alabileceği gibi, açıklamalar ışığında farklı bir sonuca da varabilir. Danıştay uygulamalarının da bu yönde olduğu görülmektedir[152].

Tıbbi uyuşmazlıklarda bilirkişilik yapmak üzere yasayla Adi Tıp Kurumu ve Yüksek Sağlık Şurası olmak üzere iki resmi bilirkişilik kurumu görevlendirilmiştir. Ancak, her iki kurum da, üzerlerindeki ağır iş yükünden dolayı raporlarda gecikmeye sebebiyet verdikleri ve bunun da dava sürecini uzattığı gerekçesiyle eleştirilmekte ve yeniden yapılandırılmaları gerektiği belirtilmektedir (Altun ve Yorulmaz, 2010: s. 7).

Yasa ile resmi bilirkişi olarak görevlendirilmemekle birlikte, Yükseköğretim Kurumları veya birimleri de Mahkemelerce resmi bilirkişi olarak görevlendirilebilirler. 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu'nun 38. maddesinde, Yükseköğretim Kurumunun adli konularda bilirkişi olarak görevlendirilebileceği belirtilmektedir. Benzer bir hüküm de 2659 sayılı Adli Tıp Kanunu'nda vardır. Söz konusu Kanun'un 31. maddesinde de, Yükseköğretim Kurumları veya birimlerinin, adli tıp olaylarında resmi bilirkişi sayılacakları hükmü yer almıştır. Buradaki yüksek öğretim kurumları veya birimleri ifadesinden üniversite uygulama ve araştırma hastanelerinin kastedildiği anlaşılmaktadır. Öte yandan, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun 11 ve 13. maddeleri gereğince, bilirkişi olarak görev yapılabilmesi için, ülkede hekim olarak görev yapabilme şartlarına haiz olunması gerekmektedir.

Tıbbi uygulama hataları ve hizmet kusurunun tespiti için resmi bilirkişi Danıştay kararlarında da vurgulandığı üzere Adli Tıp Kurumu'dur. Mahkemelerce Adli Tıp Kurumu'na başvurulurken hangi hususların araştırılması ve hakkında rapor yazılması isteniliyorsa bu durumu özellikle belirtmelerinde fayda vardır. Örneğin; atardamar ile ilgili bir uygulama sırasında meydana gelen ölüm olayında, çağdaş klinik uygulamalara uygunluğu, hastanın ilacı kabul edebilecek durumda olup

[152]"Bilirkişiye başvurulmasındaki amacın, hukuka uygun karar verebilmek için gerekli verilere ulaşmak olduğu göz önünde tutulduğunda, bilirkişilerin uyuşmazlık konusunda özel ve teknik bilgiye sahip olan kişiler arasından seçilmesi gerektiği kuşkusuz olup, bilirkişi veya bilirkişilerce düzenlenen raporda, sorulara verilen cevapların şüpheye yer vermeyecek şekilde açık, rapor içeriğinin ise hükme esas alınabilecek nitelikte olması gerekmektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanununun 282. maddesinde "Hâkim, bilirkişinin oy ve görüşünü diğer delillerle birlikte serbestçe değerlendirir" hükmü yer aldığından; bilirkişi raporunun hükme esas alınabilecek yeterlikte olmaması veya taraflarca yapılan itirazları karşılamaması halinde bilirkişilerden ek rapor istenilebileceği veya yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılabileceği gibi verilen rapor dikkate alınmadan uyuşmazlığın çözümüne engel bir düzenlemenin bulunmadığı da açıktır." (Dan. 10.D, 11.07.2014, E:2014/1452, K: 2014/4778, Danıştay Bilgi Bankası).

olmadığı, karşıt uygulamaların denenmesi halinde olabilecek durumların gözetilmesi gerekliliği gibi (Baş, 2003(a): s.79).

Resmi bilirkişi olan Yüksek Sağlık Şurası ve Adli Tıp Kurumu dahil olmak üzere, bilirkişilerce verilecek raporlar takdiri delil olup, mahkemelerin bilirkişi raporlarına uyma zorunluluğu bulunmamaktadır. Mahkeme, önüne gelen raporu eksik görürse ek rapor alabileceği gibi, yeni bir bilirkişi heyeti oluşturulmasına da karar verebilir. Rapor, Adli Tıp Kurumu İhtisas Dairelerince verilmiş ise, mahkeme aynı daireden rapordaki eksik hususların tamamlanmasını, varsa rapordaki çelişkilerin giderilmesini isteyebileceği gibi, Adli Tıp genel kurulundan yeniden rapor alınmasına da karar verebilir. Yahut, rapora hiç uyulmayarak, mevcut tespitler uyarınca hizmet kusurunun varlığına ya da yokluğuna karar verilebilir. Nitekim, aşağıda gösterileceği üzere, Danıştay'ın Adli Tıp Kurumu İhtisas Dairesinin, hatta Adli Tıp Kurumu Genel Kurulunun raporlarının aksine birçok karar verdiği görülmektedir.

Ancak yine de, mahkemelerin yürüttüğü yargılama sürecinde, yargısal yetki çerçevesinde atanan bilirkişilerin hazırladıkları bu raporlar, birer takdiri delil olsa da, olayın teknik özellikleri ve hüküm üzerindeki işlevsel etkileri nedeniyle, önemli bir ispat hukuku aracı olarak kabul edilir (Demir, 2012: s.430).

Adlî Tıp Kanunu'nun 31. maddesi uyarınca, Yükseköğretim Kurumları veya birimleri, adli tıp mevzuatı çerçevesinde adli tıp olaylarında ve diğer adli konularda Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'na göre resmi bilirkişi, olmasına rağmen, Danıştay hizmet kusuru bulunduğu açıkça anlaşılan olaylar dışında, Üniversite Hastanelerinden veya ceza yargılaması sırasında Yüksek Sağlık Şurasından alınan raporları yeterli görmeyerek Adli Tıp Kurumu'ndan rapor alınması gerektiği yolunda istikrarlı bir içtihat geliştirdiği görülmektedir.

Dosya kapsamından veya hekime yönelik olarak Adli Yargı'da yürütülen soruşturma kapsamından, olayda hizmet kusuru bulunduğu kuşkusuz olduğu durumlarda ise ayrıca bilirkişi incelemesi yapılmasına gerek bulunmamaktadır.

Davacıların çocuklarının özürlü doğumuyla ilgili olarak açılan bir tazminat davasında Danıştay, olayda idare mahkemesince doğumun gerçekleştirilmesinde davalı idarenin hizmet kusuru bulunup bulunmadığının saptanması amacıyla bilirkişi incelemesi yaptırılmamış ise de; Burdur Asliye Ceza Mahkemesi'nin kararındaki

değerlendirmeler dikkate alındığında, olayda davalı idarenin hizmet kusuru bulunduğu sonucuna ulaşıldığı gerekçesiyle verilen tazminat kararını onamıştır[153]

Ancak, bu yolun istisnai olaylarla sınırlı olduğu, tıbbi uygulamaların özel ve teknik bilgiyi gerektirmesi sebebiyle kural olarak olayın çözümü için bilirkişi incelemesi yapılması gerektiği unutulmamalıdır.

Sağlık kamu hizmetinin özel ve teknik bilgiyi gerektiren konuların başında gelmesi sebebiyle, hizmet kusuru bulunup bulunmadığı yönünden başvurulan resmi bilirkişilik kurumlarına yakından bakalım.

7.2. Bilirkişilik Kurumları

7.2.1. Yüksek Sağlık Şurası

Yüksek Sağlık Şurası, 663 sayılı "Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname"nin 21. maddesine göre faaliyet gösteren Adalet Bakanlığı'nın sürekli bir kuruludur.

Yüksek Sağlık Şurası, 663 sayılı KHK ile yeniden teşekkülünden evvel kanuni dayanağını 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun mülga 10. maddesinde yer alan "tababet ve şubeleri sanatlarını ifadan mütevellit adli meselelerde ihtibar vazifeleriyle mükellef olmak üzere bir yüksek sıhhat şurası teşkil olunmuştur" hükmü ile, 181 sayılı Sağlık Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 31. maddesinde yer verilen "Bakanlıkça verilecek önemli sağlık konulan hakkında görüş bildirmek ve tababet şubeleri sanatlarını ifadan doğan adli konularda görüş vermek üzere (11) üyeli bir yüksek sağlık şurası kurulmuştur" hükmünden almakta idi.

1219 sayılı Yasa'nın 75. maddesi hükmü gereği, ceza mahkemelerinin uyma zorunluluğu bulunmamakla birlikte, hükümden önce kurumun görüşünün alınması zorunluluğu bulunmaktaydı. Ancak Yüksek Sağlık Şurasının yılda bir kez toplanması ülke çapında çok sayıda ceza mahkemesinden gelen dosya bulunması sebebiyle raporların 3-4 yılda gelmesi ve birçok dosyanın zamanaşımına uğradığı yolundaki yakınmalar ve en sonunda Kadirli 1.Asliye Ceza Mahkemesi'nin mevcut durumun Anayasa'nın 36. maddesini ihlal ettiği gerekçesiyle itiraz yoluyla yaptığı başvuru

[153]Dan.10.D, 01.04.2009, E: 2006/4689, K: 2009/2584, Danıştay Bilgi Bankası

üzerine, Anayasa Mahkemesi başvuru zorunluluğunun yargılama sürecini uzattığı ve bu durumun mahkemelerin bağımsızlığı ve adil yargılanma prensipleriyle örtüşmediği gerekçesiyle söz konusu hükmün iptaline karar vermiştir[154].

Anayasa Mahkemesinin söz konusu iptali sonrası 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin[155] 21. maddesiyle Yüksek Sağlık Şurası yeniden yapılandırılmıştır. Buna göre; üye sayısı 11 den 15'e çıkarılmıştır. Müsteşar ile I.Hukuk Müşaviri Şuranın doğal üyesi olmuştur. Müsteşar veya görevlendireceği Müsteşar Yardımcısı Şûranın başkanıdır. Şûra yılda en az dört kere toplanmaktadır. Başkan lüzum gördüğü hallerde Yüksek Sağlık Şûrası'nı toplantıya çağırabilir. Şûra, en az sekiz üyenin katılımıyla toplanır ve oy çokluğu ile karar alır. Oylamalarda çekimser oy kullanılamaz. Oyların eşitliği halinde başkanın oyu yönünde karar alınmış sayılır. Yüksek Sağlık Şurası'nın toplanmadığı zamanlarda acele işleri karara bağlamak üzere Şûra kendi üyeleri arasından üç kişilik bir alt kurul seçer[156].

Ceza mahkemeleri dışında kalan hukuk mahkemeleri ile idari yargı mahkemelerinin Şura'dan görüş almak zorunlulukları bulunmamakta olup, Danıştay'ın yerleşik içtihatları gereği sağlık hizmetlerinden kaynaklanan tazminat istemiyle açılan davalarda Adi Tıp Kurumundan rapor alınması gerekmektedir. Ancak, Adi Yargıda açılan ceza davalarında alınan Yüksek Sağlık Şurası kararlarının görmezden gelinmesi mümkün değildir. Bu nedenle Danıştay, davalarda Şura kararlarına itibar etmektedir.

Davacılar yakınının Aydın Devlet Hastanesi'nde yapılan ameliyat sonrasında hayatını kaybetmesi üzerine açılan tazminat davasında Danıştay; Aydın 2. Asliye Ceza Mahkemesi'nin E:2005/1242 esasında açılan davada yaptırılan bilirkişi incelemesine yönelik Yüksek Sağlık Şurası Raporunda, davacılar murisine uygulanan nefrolitotomi operasyonun erken ve geç dönem kanamalara yol açarak, hayatı tehdit eden komplikasyonlara yol açabilme potansiyeline sahip cerrahi müdahalelerden olduğu, yapılan işlem nedeni ile ortaya çıkan hemorajinin bu kapsamda değerlendirilebilecek bir komplikasyon olduğu, doktorun davacılar

[154] AYM, 03.06.2010 tarih ve E:2009/69, K: 2010/79 sayılı kararı, 22.10.2010 tarih ve 27737 sayılı Resmi Gazete
[155] 02.11.2011 tarih ve 28103 mükerrer sayılı Resmi Gazete
[156] 663 sayılı KHK m.21

murisinin takip ve tedavisinde gerekenleri yapmayarak 6/8 oranında kusurlu olduğu belirtildiğinden, mahkemece hükmedilen tazminatın onanmasına karar vermiştir[157]

Hastanın yanlış omuzunun ameliyat edildiği ileri sürülerek açılan tazminat davasında, İstanbul 5. İdare Mahkemesi'nce; Yüksek Sağlık Şurası Raporunda, hastanın yanlış omuzunun ameliyat edilmesinden dolayı doktorun kusurlu bulunduğunun belirtildiği, Sarıyer Asliye Ceza Mahkemesi kararında da adı geçen doktorun suçunun sabit olduğuna karar verildiği, idareye bağlı bir hastanede davacının sağlam kolun ameliyata alındığı dikkate alındığında, idarenin ağır hizmet kusuru bulunduğu gerekçesiyle hükmedilen tazminat Danıştay'ca onanmıştır[158].

Danıştay'ın, Yüksek Sağlık Şurası ile hizmetin kusurlu işletildiğinin kuşkudan uzak bir şekilde ortaya konulduğu olaylarda ayrıca Adli Tıp Kurumu incelemesine gerek görmediği, Şura raporlarıyla davaları sonuçlandırdığı anlaşılmaktadır[159].

Ancak, Danıştay, şura kararını eksik, çelişkili veya hizmet kusurunun tespiti bakımından yetersiz bulması durumunda Adli Tıp Kurumundan rapor alınması gerektiğine hükmetmektedir.

Elazığ 2. İdare Mahkemesin, Yüksek Sağlık Şurası'nın kararı dikkate alınarak, davalı idareye yüklenebilecek herhangi bir kusur bulunmadığından davanın reddine ilişkin kararını Danıştay; 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanunu'nun 1.maddesinde, adalet işlerinde bilirkişilik görevi yapmak üzere Adalet Bakanlığına bağlı Adli Tıp Kurumunun kurulduğu, Kanunun 2.maddesinde, Kurumun, mahkemeler ile hâkimlikler ve savcılıklar tarafından gönderilen Adli Tıp ile ilgili konularda bilimsel ve teknik görüşlerini bildirmekle yükümlü olduğu ifade edildiği, ayrıca, Yüksek Sağlık Şurası Raporu içerik olarak değerlendirildiğinde de hizmet kusurunun varlığı ya da yokluğunun tespitini yapmaktan öte doktorun ceza yargılaması bağlamında,

---

[157] Dan. 15.D, 04.06.2014, E:2013/3997, K:2014/4716, Danıştay Bilgi Bankası

[158] Dan.15.D, 20.03.2014, E:2013/3238, K:2014/2016, Danıştay Bilgi Bankası

[159] "Balıkesir İdare Mahkemesi'nce, olay nedeniyle müteveffa şahsa müdahalelerde bulunan doktor (göğüs cerrahi doktoru) aleyhine "Dikkatsizlik ve Tedbirsizlikle Ölüme Sebebiyet Verme" suçundan açılan ceza davasında; mahkemece, sanık doktorun meydana gelen ölüm olayında kusurlu olup olmadığının tespiti amacıyla Yüksek Sağlık Şûrasının bilirkişiliğine yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen rapor ile dosyada bulunan bilgi ve belgelerin birlikte değerlendirilmesinden, davacıların çocuğunun tetkik ve tedaviye ilişkin ameliyelerde Yüksek Sağlık Şurası tarafından da ortaya konulduğu üzere kusurlu davranıldığı ve verilen kamu hizmeti ile ortaya çıkan sonuç arasında uygun illiyet bağının bulunduğu sonucuna varıldığından, yeterli dikkat ve özeni göstermeyen davalı idarece sunulan hizmetin kusurlu olduğu sonucuna ulaşıldığı…" (Dan. 15.D, 08.05.2014, E:2013/4041, K:2014/3570; Benzer Bir dava için bkz. Dan.15.D, 11.03.2014, E:2013/3775, K:2014/1675, Danıştay Bilgi Bankası

kişisel kusurunun olup olmadığına ilişkin olduğu, bu durumda Adli Tıp Kurulu'ndan açıklamalı ve gerekçeli yeni bir rapor alınarak olayın değerlendirilmesi gerektiği gerekçesiyle mahkeme kararını bozmuştur[160].

Adli yargıda açılan davaların ceza davası olması sebebiyle, Yüksek Sağlık Şurası raporlarının da bu çerçevede düzenlendiği, bu sebeple söz konusu raporlara dayalı olarak ancak istisnai durumlarda davaların sonuçlandırılmasının yerinde olacaktır[161].

Yüksek Sağlık Şurası ve Adli Tıp Kurumu raporları arasında çelişki varsa, söz konusu çelişkinin usulüne uygun olarak giderilmesinin akabinde bir karar verilmesi gerekmektedir[162].

Sonuç olarak, Danıştay'a göre, olayda hizmet kusurunun varlığı ya da yokluğu Yüksek Sağlık Şurası kararı ile açıkça anlaşılabiliyor ise ayrıca Adli Tıp Kurumu raporu alınması zorunluluğu bulunmamaktadır. Eksik veya diğer herhangi bir kurumca verilen sağlık raporu ile çelişkiye düşerse, Adli Tıp Kurumundan olayla ilgili rapor alınması gerekmektedir.

7.2.2. Adli Tıp Kurumu

7.2.2.1.Kuruluş ve Görevleri

Adli Tıp Kurumu, 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanunu[163] ile Adalet Bakanlığına bağlı olarak adalet işlerinde bilirkişilik görevi yapmak üzere kurulmuştur (m.1). Kurumun ilgili ihtisas kurulları, ihtisas daireleri ile genel kurulu çeşitli konularda bilirkişilik yapmaktadırlar. Tıbbi uygulamalar sebebiyle meydana gelen meslek kusurları konusunda Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulu görevlidir (Gökcan, 2013: s.247).

Adli Tıp Kurumu, mahkemeler veya savcılıklar tarafından gönderilen sağlık ve adli tıpla ilgili konularda resmi bilirkişi olarak görüşlerini bildirir. Adli Tıp Kurumu: Adli Tıp Kurumu Başkanlığı, Adli Tıp Başkanlar Kurulu, Adli Tıp Genel Kurulu,

[160] Dan.15.D, 05.02.2014, E:2013/4229, K:2014/492, Danıştay Bilgi Bankası
[161] Dan.15.D, 10.04.2014, E:2013/3927, K:2014/2666, Danıştay Bilgi Bankası
[162] Bu durumda, hizmet kusurunun varlığının tespiti hususunda; dosyada mevcut bilgi ve belgeler, İdare Mahkemesi'nce alınmış olan Adli Tıp raporu ile dosyaya sunulan Yüksek Sağlık Şurası kararının birlikte değerlendirilmesi ve lüzum görülmesi halinde raporlar arası çelişkilerin giderilmesi, gerekirse Ceza Mahkemesi kararının beklenmesi suretiyle yeniden bir karara varılması gerekmektedir" (Dan.15.D, 21.05.2014, E:2013/4154, K:2014/3961, Danıştay Bilgi Bankası).
[163] 20.04.1982 tarih ve 17670 sayılı

Adli Tıp İhtisas Kurulları, Adli Tıp İhtisas Daireleri, Adlî Tıp Kurumu Grup Başkanlıkları ve Adli Tıp Şube Müdürlüklerinden oluşmaktadır[164].

Adlî Tıp Kurumunda üç birimin resmi bilirkişilik görevi vardır. Bu birimler, Adlî Tıp İhtisas Daireleri, Adlî Tıp İhtisas Kurulları ve Adlî Tıp Genel Kurulu'dur (m.3). Yargılama makamlarınca gönderilen ve resmi bilirkişi olarak rapor hazırlayan birinci birim ihtisas daireleridir. Adlî tıp ihtisas daireleri; Morg, Gözlem, Kimya, Biyoloji, Fizik ve Trafik Dairelerinden teşekkül eder ve her adlî tıp ihtisas dairesinde konu ile ilgili uzman bir daire başkanı ile yeteri kadar uzman ve idarî personel bulunur (m.8).

Adli Tıp Kurumunun bir diğer birimi Adli Tıp İhtisas Kurullarıdır. Adlî Tıp Kurumunda altı ihtisas kurulu bulunmaktadır. İhtisas kurulu bir başkan ve adli tıp uzmanı iki üyeden oluşur. Adli Tıp Kurumu Kanunun 7. maddesinde hangi ihtisas dairesinde hangi uzmanın görev yapacağı ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Resmi bilirkişilik yapan üçüncü birim Adli Tıp Kurumu Genel Kuruludur. Adli Tıp Genel Kurulu;

a) Adlî tıp ihtisas kurulları veya ihtisas daireleri tarafından verilen raporların Mahkemelerce eksik, çelişkili veya yetersiz bulunması durumunda,

b) İhtisas kurullarınca oy çokluğuyla verilen kararlara,

c) İhtisas kurullarının kendi aralarında, ihtisas kurulları ile ihtisas daireleri arasında, adli tıp şube müdürlüklerinin raporları arasında veya adlî tıp ihtisas kurulları ile Adlî Tıp Kurumu dışındaki sağlık kuruluşlarının verdikleri raporlar arasında çelişki bulunması durumunda, bu çelişkileri giderici son kararı verir[165]. Ayrıca, Mahkemeler ihtisas daireleri ve kurulları tarafından verilen raporları kanaat getirici bulmazlarsa konunun Adli Tıp genel Kurulunda ele alınarak kesin çözüme bağlanmasına karar verebilirler (Polat, 2005: s.295).

Danıştay, ihtisas dairesi raporunun çelişkili olmasının yanında, yetersiz olması, aynı ihtisas dairesince veya başka bir hastane tarafından verilmiş bir diğer sağlık raporu ile aykırılıklar bulunması veya sağlık raporu olmasa bile ihtisas dairesi raporu ile çelişkili bir durumun mevcut olması (disiplin cezası, 4483 sayılı Yasa uyarınca

[164] 2659 sayılı Kanun m.3
[165] 2659 sayılı Kanun m.15

soruşturma izni verilmesi, etik kurulu raporu vb.) durumunda Adli Tıp Kurumu Genel Kurulundan rapor alınması gerektiği görüşündedir[166].

İhtisas Kurullarının görevi; kanun kapsamına giren işlerde, bilirkişilerce, Fizik ve Trafik İhtisas Dairelerinin tıpla ilgili olmayan raporları hariç olmak üzere adlî tıp ihtisas dairelerince, adlî tabip veya adlî tıp uzmanlarınca verilip de mahkemeler, hâkimlikler ve savcılıklar tarafından yeterince kanaat verici nitelikte bulunmayan ve aralarında çelişki olduğu belirlenen raporları inceleyip bilimsel ve teknik görüşlerini bildirmektir. Ayrıca, kanun 16. Maddesinde verilen diğer özel görevleri yerine getirir[167].

Kanunda 19.02.2003 tarihli değişiklikle Adalet Bakanlığı'nca Kuruma bağlı olarak Adlî Tıp Kurumu grup başkanlıkları veya şube müdürlükleri kurulmasına olanak tanınmıştır.

7.2.2.2. Çalışma Esasları

Adlî Tıp Genel Kurulu, Adlî Tıp Kurumu Başkanı'nın başkanlığında, adlî tıp ihtisas kurulları başkan ve üyeleri ile Genel Kurula katılması gereken adlî tıp ihtisas dairesi başkan veya vekilinin iştiraki ile toplanır. Genel Kurula İhtisas Kurulları Başkan ve üyelerinin en az üçte ikisinin iştiraki zorunludur. Kararlar çoğunlukla alınır. Başkanın yokluğunda Başkan Yardımcısı, onun da yokluğunda en kıdemli İhtisas Kurulu başkanı Genel Kurula Başkanlık eder. Konu İhtisas kurullarından hangisini ilgilendiriyor ise Başkan ve üyeleri o oturuma çoğunlukla iştirak etmek zorundadır. İncelenecek konunun uzman üyesi bulunmadıkça bu konuda müzakere açılamaz (m.23).

---

[166] "Her ne kadar adli tıp raporunda; olayda uygulanan tanı ve tedavide sağlık personeline atfi kabil kusur olmadığı belirtilmekte ise de; İstanbul Tabip Odası Onur Kurulu'nun kararında bu durumdaki bir hastanın Üniversite Hastanesinden özel hastaneye sevk edilmesinin etik ve tıbbi olarak kabul edilemeyeceğinin belirtildiği görülmekle ortaya çıkan çelişkinin giderilmesi gerekmektedir. Bu durumda; idarenin tazmin sorumluluğu açısından, hizmet kusurunun bulunup bulunmadığı hususunun saptanması için dosyanın 2659 sayılı Kanun'un yukarıda anılan 15. maddesi uyarınca Adli Tıp Genel Kuruluna gönderilerek, Adlî Tıp Genel Kurulu aracılığıyla dosya üzerinden yaptırılacak inceleme sonucu hazırlanacak rapor incelendikten sonra bir karar verilmesi gerekmektedir" (Dan. 15.D, 18.09.2013, E:2013/8506, K:2013/5937, Danıştay Bilgi Bankası). "…Buna göre dava konusu olayda doğum takibinin eksik yapılmış olduğu tespit edilmiş olması ve benzer bir olayda aynı durumun tıp kurallarına uygun olmadığı belirtilmiş olması karşısında söz konusu rapor hükme esas alınabilecek nitelikte bulunmamıştır. Bu durumda, idarenin tazmin sorumluluğu açısından, hizmet kusurunun bulunup bulunmadığı hususunun saptanması için dosyanın 2659 sayılı Kanunun yukarıda anılan 15. maddesi uyarınca Adli Tıp Genel Kuruluna gönderilerek, Adlî Tıp Genel Kurulu aracılığıyla dosya üzerinden yaptırılacak inceleme sonucu hazırlanacak rapor incelendikten sonra bir karar verilmesi gerekmektedir" (Dan.15.D, 19.09.2013, E:2013/6736, K:2013/6090, Danıştay Bilgi Bankası).

[167] 2659 sayılı Kanun m.16

Adli Tıp İhtisas Kurulları, Başkanının başkanlığında işin niteliğine göre en az dört üye ile toplanır ve oyçokluğu ile karar alır. Oyların eşitliği halinde Başkanın bulunduğu taraf oy çokluğunu sağlamış sayılır. Üyelerden birinin özürlü olması veya yokluğu halinde eksiklik diğer kurullardan alınacak üye ile tamamlanır. Ancak, konunun görüşülebilmesi için tetkik edilecek konu ile ilgili uzman üye hazır bulunmak zorundadır. İhtisas kurulunda, tetkik edilecek konu ile ilgili uzman hekimin yer almaması durumunda ek rapor veya tekrar rapor alınması veya dosyanın Adli Tıp Genel Kuruluna gönderilmesi gerekmektedir (m.23).

Danıştay, uzman hekim bulunmadan yazılan rapor uyarınca verilen karara ilişkin olarak; uyuşmazlıkta, idare mahkemesince, Adli Tıp Kurumu'na bilirkişi incelemesi yaptırılmış olmakla birlikte; bilirkişi incelemesi sonucunda hazırlanan raporun uyuşmazlığın çözümünde yeterli olmadığı, ilgili raporu düzenleyen kurula, olaya ilişkin uzmanlık alanı bulunan branşlara ait hekimlerin katılmadığı, bu nedenle hükme esas alınan bilirkişi raporunun olayda hizmet kusuru bulunup bulunmadığını değerlendirmede yetersiz olduğu ve mevzuata göre ilgili uzman üye bulunmadan hazırlanan raporun geçersiz olduğu gerekçesiyle yerel mahkeme kararının bozulmasına karar vermiştir[168].

Adli Tıp Kurumu raporunda, olayın bir bütün olarak ele alınması ve hizmetin işleyişinde araç, gereç, cihaz eksikliği, personel sorunları, organizasyon dahil hizmetin sunumunda bir kusur olup olmadığının ortaya konulması gerekmektedir. Sadece tıbbi müdahalenin, yani tıbbi müdahalede bulunan hekimin kusurunun bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi olayda hizmet kusurunun bulunup bulunmadığı yönünden eksik inceleme teşkil eder[169].

Genel Kurul ve ihtisas kurulları lüzumu halinde kararlarını vermeden önce inceledikleri konu ile ilgili bulunan evrakın aslını isteme, ilgili kişileri muayene,

---

[168] Dan. 15.D, 17.06.2014, E:2014/1146, K:2014/5484, Danıştay Bilgi Bankası

[169] "İdare Mahkemesi'ne sunulan Adli Tıp 3. İhtisas Kurulu Raporu'nun sonuç kısmında; "...Nöroşirurji Uzmanı Dr. Abdullah Mesut'un eyleminin tıp kurallarına uygun olduğu ..." ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere sunulan raporda, sunulan sağlık hizmetinin tıp kurallarına uygunluğu hekim uygulamaları bazında incelenmiş ve değerlendirilmiştir. Oysaki, İdarenin araç/gereç/cihaz eksikliği, teşkilatı yetersiz kurması yahut tıbbi ameliyedeki organizasyon eksikliği nedeniyle tedavide aksamaya yol açması da bir tür hata olarak nitelendirilmekte, idarenin sunduğu sağlık hizmetinin gereği gibi işlememesini ifade etmektedir. Durum böyle olunca Adli Tıp 3. İhtisas Dairesi tarafından hazırlanan raporda, açıklanan hususların dikkate alınmayarak İdarenin kusurlu olup olmadığı noktasında ayrıca bir inceleme yapılmaması diğer bir eksikliktir" (Dan. 15.D, 11.03.2015, E:2013/4509, K: 2015/1398, Danıştay Bilgi Bankası).

dinleme, gerekli incelemeleri yapma veya yaptırma veya ilgili konuda kurumda uzman yoksa kurum dışından uzmanları bilirkişi atama yetkisine haizdir (m.23). Uzman kişilerin oy hakları yoktur. Yine, Adlî Tıp Genel Kurulu, ihtisas daire veya kurulları, inceledikleri konularla ilgili olarak kendi kurul veya dairelerinde bulunmayan, kurumdaki diğer uzmanları davet edebilirler. Toplantıya katılan uzmanın oy hakkı vardır (m.24).

Adli Tıp Genel Kurulu kararları nihai olmakla beraber, mahkemelerin delilleri serbestçe takdir yetkisini sınırlayıcı nitelikte bir bağlayıcılık taşımaz (Polat, 2005: s.295).

Danıştay verdiği bir kararda bu duruma açıkça değinmiştir. Yüksek Mahkeme, davacının düşerek yaralandığı ve yanlış tedavi sonucu sağ kolunun sakat kalması nedeniyle açılan tazminat davasında; her ne kadar, Adli Tıp Kurumu Kanununda, yeterince açıklık bulunmayan raporlar hakkında Adli Tıp Genel Kurulundan rapor istenileceği ve alınan raporun kesin olacağı belirtilmiş ise de, tedaviyle ilgili hekimlere izafe edilebilecek kusur ve ihmal tespit edilmediği yolundaki Adli Tıp Genel Kurulunca hazırlanan raporun olaya özgü olmaktan ziyade teorik nitelikte olduğu, olayda kamu hizmeti olan sağlık hizmetinin yerine getirilmesinde gereken özenin gösterilmediği anlaşılmakta olup sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesinde idarenin kusurlu olduğu gerekçesiyle davanın reddine ilişkin idare mahkemesi kararını bozmuştur[170].

Bir başka olayda ise Adli Tıp Kurumu Genel Kurulu tarafından verilen raporda; yapılan tedavinin tıp kurallarına uygun olduğu ve davalı idareye atfı kabil kusur bulunmadığı, toplum yaranının üstün tutulduğu durumlarda onam şartı aranmadığı, tüberküloz tedavisinin de kişinin sağlığını düzeltmek ve toplumu bulaşıcı hastalıktan korumak amacıyla yapıldığı, etik kuralın ihlal edildiğinin kabul edilemeyeceği yönünde görüş ve kanaat belirtmesine rağmen, Danıştay; davacıda gelişen tüberküloz hastalığının tedavisinde kullanılan Ethambutol adlı ilacın alternatifi ilaç tedavisi olmasına rağmen, davacının görme kaybı şikayetini başlamasından itibaren 8 gün daha bu ilaca devam edilmesinde sağlık hizmetinin

[170] Dan. 15.D, 25.09.2014, E:2014/755, K:2014/6548, Danıştay Bilgi Bankası

eksik işletilmesinden kaynaklı hizmet kusurunun bulunduğu gösterdiği gerekçesiyle tazminata hükmedilmesi gerektiğine karar vermiştir[171].

Danıştay kararında da vurgulandığı gibi, Adli Tıp Genel Kurulunun kararının kesin olması, kurul bakımından nihai olduğu anlamındadır. Raporun, delilleri takdir edip hüküm verme konusunda serbestçe değerlendirme yapma yetkisine sahip mahkemeleri bağlayıcı bir yönü bulunmamaktadır.

7.2.2.3. Adli Tıp Kurumunun Hizmet Kusuru Yaklaşımı ve Danıştay Uygulamaları

Adli Tıp Kurumu, 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanunu'nun 1.maddesi uyarınca, adalet işlerinde bilirkişilik görevi yapmak üzere kurulmuş en temel kuruluştur. Ancak, kurumun bağımsız ve tarafsız olarak görev yapan mahkemelere bilirkişilik hizmeti vermesine rağmen, siyasi bir organ olan Adalet Bakanlığı'na bağlı olarak görev yapmasının mahkemelerin bağımsızlığı ilkesine uygun düşmediği, öte yandan kurumca düzenlenen raporlarda makul süreyi aşan gecikmelerin yaşandığı yönlerinden eleştirilmekte ve söz konusu eksikliklerin önlenmesi gerektiği belirtilmektedir (AB Komisyonu Türkiye Raporu, 2006: s.12; 2014: s.55; 2015: s.72).

Adli Tıp Kurumu raporlarına ilişkin eleştiriye açık bir diğer husus ise, raporlarda komplikasyon kavramının oldukça geniş yorumlanması meselesidir. Gerçekten de, tıbbi uygulamada olması gereken dikkat ve özenin gösterilmesi halinde, meydana gelmesi güç bazı sonuçların, Kurumca komplikasyon olarak nitelendirilmesi, öğretide meslek dayanışması olarak görülmekte ve eleştirilmektedir.

Danıştay'ın ise Adli Tıp Kurumu aksine, komplikasyon kavramını dar yorumlama eğiliminde olduğu görülmektedir. Buna göre; önlenemeyen durum, istenmeyen sonucun bilgi ve beceri eksikliği sonucu olmaması gerekir. Yine müdahale sırasında, dikkat ve özenli olunmaması, tıbbi standartlardan sapılması, mesleki tecrübe kurallarına riayet edilmemiş olmasından kaynaklanan olumsuz sonuçların komplikasyon olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Komplikasyon

[171] Dan. 15.D, 03.04.2014, E:2013/3961, K:2014/2433, Danıştay Bilgi Bankası

sonrası süreçte de, meydana gelen zararlı sonuçların düzeltilmesi, yahut zararın en aza indirilmesi için yapılan uygulama önem arz etmektedir[172]

Danıştay ve Adli Tıp Kurumu'nun komplikasyon kavramına yaklaşımlarının tam olarak uyuşmaması sebebiyle birçok vakada Adli Tıp Kurumu İhtisas Dairesi gelişen sonucun komplikasyon olduğu ve olayda hizmet kusuru bulunmadığı yolunda rapor düzenlemesine rağmen, Danıştay, ihtisas dairesinin raporunu yetersiz veya çelişkili görmekte ve ek rapor veya tekrar rapor düzenlenmesine yahut olayın Genel Kurulca tekrar incelenmesi gerektiğine hükmetmektedir. Bir kısım kararlarında ise Danıştay, malpraktis, komplikasyon, konsültasyon gibi kavramları açıklandıktan sonra, olayda hizmet kusurunun varlığını kabul etmekte ve idare tazminat ödemeye mahkum edilmektedir[173].

7.2.3. Yükseköğretim Kurumları

Sağlık hizmetlerine yönelik açılan davalarda mahkemelere bilirkişilik hizmeti veren bir diğer kurum üniversite hastaneleridir.

2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanununun 31. maddesinde; "Yükseköğretim Kurumları veya birimleri¸ adli tıp mevzuatı çerçevesinde adli tıp olaylarında ve diğer adli konularda Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'na göre resmi bilirkişi sayılır. Bu birim ve kliniklerde tetkik edilecek adli tıp ile ilgili işler yönetmelikte belirlenir" hükmü yer almaktadır.

Üniversite hastanelerinin resmi bilirkişi olarak kullanılmasına olanak veren bir diğer mevzuat hükmü de Yüksek Öğretim Kanunu'nun 37. ve 38/2. maddeleridir.

---

[172] Dan. 15.D, 21.04.2015, E:2014/5867, K:2015/2320, Danıştay Bilgi Bankası

[173] "Adli Tıp Kurumu 3. Adli Tıp İhtisas Kurulu'nca düzenlenen raporda"... ameliyat öncesi pleji teşhisi olmayan bir hastada pleji arızaya çıkmasının plexusun yaralandığını düşündürmekte olduğu, bu durumunda nadir de olsa ameliyat sonrasında olabilecek komplikasyonlardan olduğu"nun belirtildiği ve dosyada mevcut, 29-30.07.1999 gün ve 10024 sayılı Yüksek Sağlık Şurası Kararında, hastaya uygulanan tedavide karşılaşılan olayın beklenen ve bilinen ve fakat sık olarak görülmeyen bir komplikasyon olduğu, yapılan tedavinin günün şartlarına uygun olduğu kanaatiyle adı geçen hekime kusur yüklenemeyeceğine karar verildiği görülmektedir. Davacının ilk geçirdiği operasyon öncesinde, supraklaviküler bölgede yerleşmiş bulunan oldukça büyük lipamatöz kitle saptanmış olup, dikkate alınmamış olduğu, bu açıdan gerekli özenin gösterilmemiş olduğunun ve kot çıkartılması ameliyatından önce boyundaki bası yapan kitlenin öncelikli olarak çıkartılmasının gerektiğinin bilirkişi rapordan anlaşıldığı, dolayısıyla olayda idarenin hizmet kusurunun olduğu sonucuna ulaşılmıştır" (Dan. 15.D, 17.06.2014, E:2013/4514, K:2014/5482, Danıştay Bilgi Bankası). Benzer nitelikteki davalar için bkz. Dan. 15.D., 29.05.2014, E:2013/14156, K: 2014/4410; Dan. 15.D. 18.09.2013, E: 2013/8506, K: 2013/5937, Danıştay Bilgi Bankası

Söz konusu kanunun 37. maddesinde; Yüksek Öğretim Kurumu dışındaki kişi veya kuruluşlarca, üniversiteler veya birimlerinden, hasta muayene ve tedavisi ve bunlarla ilgili tahlil, araştırma ve rapor istenebileceği, aynı kanunun 38/2. maddesinde ise; Yüksek Öğretim Kurumları'nın, adli mercilerin talepleri üzerine adli tıp olaylarında ve diğer adli konularda resmi bilirkişi olarak görev yapabilecekleri düzenleme altına alınmıştır.

Bu çerçevede üniversite hastanelerinin bilirkişi olarak kullanılmasında yasal bir engel bulunmamaktadır. Ancak, Danıştay değerlendirmelerde yeknesaklığı sağlama gayesi ile olsa gerek, hizmet kusurunun varlığı veya yokluğu konusunda tereddüt bulunmayan durumlar dışında, tıbbi uygulamalarda hizmet kusuru yönünden inceleme yapmak ve rapor hazırlamak hususunda Adli Tıp Kurumu'nun görevlendirilmesi gerektiğine hükmetmektedir[174].

Ancak, yukarıda da belirtildiği gibi, tıbbi uygulamaların tümünde Adli Tıp Raporunun bulunması şart olmayıp, üniversite hastanesi raporu ile olayda hizmet kusurunun varlığı kesin olarak saptanabiliyorsa, adli tıp raporu yerine üniversite hastanesinin raporunun esas alınması da mümkündür. Ancak, bu durumun istisnai bir yol olduğu gözden uzak tutulmaması gerekmektedir.

Konuya yönelik olarak açılan bir davada, idare mahkemesi Adli Tıp Kurumu Başkanlığı'nca hazırlanan raporda davalı idareye atfedilecek bir kusur bulunmadığının ifade edildiği ve mahkemece bu rapora itibar edilmesinin zorunlu olduğu gerekçesiyle davanın reddine yönelik karar Danıştay tarafından; karar öncelikle Mahkemelerin Adli Tıp Kurumu Başkanlığı'nca hazırlanan raporlara itibar edilme zorunluluğu bulunmadığı, Mahkemeler bilirkişi seçiminde özgür olduğu, aksi bir durum mahkemelerin bağımsızlığı ve adil yargılama ilkeleriyle bağdaşmayacağı, somut olayda davacının Sivas Cumhuriyet Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesindeki tedavisinde sunulan sağlık hizmetinin kusurlu olduğu Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Kardiyoloji Anabilim Dalı ve İstanbul Üniversitesi Tıp Fakültesi, Kalp

[174] "İdare Mahkemesince, Ankara Üniversitesi öğretim üyelerinden oluşan üç kişilik bir heyete bilirkişi incelemesi yaptırıldığı; düzenlenen raporda, 1999 yılının ekim ayı itibariyle tedavinin başlatılması gerektiğinin belirtildiği, mahkemece bu rapor esas alınarak davanın sonuçlandırıldığı anlaşılmaktadır. Davacının tedavisinde idarenin hizmet kusurunun bulunup bulunmadığının, 2659 sayılı Yasa hükümleri uyarınca esas itibariyle adalet işlerinde bilirkişilik görevi yapmak üzere kurulan Adli Tıp Kurumu aracılığıyla, çelişkilerin giderilmesi açısından gerekirse dosyanın Adli Tıp Genel Kuruluna da gönderilerek saptanmasından sonra çözümlenmesi gerekirken…" (Dan. 10.D, 03.04.2007, E:2004/10493, K:2007/1634, Danıştay Bilgi Bankası).

Damar Cerrahisi Anabilim Dalında görevli görevli öğretim görevlilerince hazırlanan raporlarda ortaya konulduğu bu nedenle tazminat isteminin kabulü gerektiği gerekçesiyle mahkeme kararı bozulmuştur[175]

Bir başka davada yine Adli Tıp Kurumu, meydana gelen zararlı sonucun komplikasyon olarak kabul edildiği, idareye atfı kabil kusur bulunmadığı belirtilmesine rağmen Akdeniz Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı Öğretim Üyelerine yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen rapor uyarınca dava konusu olayda sunulan sağlık hizmetinin kusurlu olduğunun görüldüğü ve davanın kabulü gerektiği gerekçesiyle yerel mahkeme kararı bozulmuştur[176].

Adli Tıp Kurumu mahkemelere ve adli olaylara yönelik bilirkişilik hizmeti veren temel bir kurum olmakla birlikte, davaların çokluğu sebebiyle raporlarda ciddi gecikmeler yaşandığı ve bu durumun adil yargılanma ilkesini ihlal ettiği, nitekim bu konuya Türkiye AB ilerleme raporlarında yer verildiği önceki bölümde ifade edilmişti. Bu soruna çözüm olarak, yetkinliği tartışma konusu olmayan bir kısım üniversite hastanelerinin resmi bilirkişi olarak görevlendirilmesi yerinde bir uygulama olacaktır.

SAĞLIK HİZMETİNDE KUSURSUZ SORUMLULUK

8.1. Genel Olarak

İdarenin topluma karşı hizmet sunma gerekliliğine yönelik bakış açısındaki değişme, idare-birey ilişkisinin demokratik bir nitelik kazanması, idarenin; hukuki sorumluluk sebeplerini farklılaştırmış, sorumluluk alanını öncekine nazaran genişletmiş ve özel hukuktan çok daha ileri seviyelere taşımıştır (Ünlüçay, 1988: s.4).

20. yüzyıl başlarına kadar, özel hukukun da etkisiyle idare hukukunda sadece kusur sorumluluğu kabul edilmiştir. Ancak, bu tarihlerden itibaren teknolojinin hızlı gelişimine bağlı olarak kusur tespitindeki zorluklar, günün değişen ihtiyaçları, sosyal devlet anlayışının gelişmeye başlaması ve kamu hizmetlerindeki artış (Akyılmaz vd., 2009: s.150) kusur sorumluluğunun yetersiz kaldığını ortaya çıkarmıştır.

[175] Dan. 15.D, 27.05.2014, E:2013/4101, K: 2014/4341, Danıştay Bilgi Bankası
[176] Dan. 15.D, 26.10.2015, E:2014/10050, K:2015/6678, Danıştay Bilgi Bankası

Diğer bir bakışla, demokrasinin gelişmesi ile de yakından ilgili olan (İnan, 1982: s.25) kusursuz sorumluluk ilkesinin kabulü ve zamanla uygulama alanının genişletilmesi, idarenin hizmetinde bulunduğu toplum içerisindeki etkinliği dolayısıyla zarar görenler ile zarar görmeyenler arasında bozulan dengeyi tekrar kurabilmek için, kaçınılmaz bir zorunluluktur (Azrak, 1980: s.135).

Tazminat hukukunda önceden zarar verenden hareketle bir kusurun olup olmadığına bakılırken, bu durumun meydana getirdiği mağduriyetler sebebiyle, artık zarar verenin eylemi değil, zarar gören ön plana alınmıştır. Böylece, tazminat hukuku yeni bir anlayışla, sorumlu tutmaktan çok, zararı karşılama, kişi mağduriyetlerini önleme amacı taşımaya başlamıştır (Tandoğan, 1981: s.13). Bu yeni anlayış beraberinde kusursuz sorumluluğun kabulü sonucunu doğurmuştur.

İdarenin kusursuz sorumluluğu ile ilgili ilkeler içtihat hukuku ile geliştirilmiştir. Anayasanın 125. maddesinde yer alan idarenin sorumluluğuna ilişkin hükümde kusurdan söz edilmemesi sebebiyle, söz konusu Anayasal hüküm idarenin kusurlu ve kusursuz sorumluluğunun temelini oluşturmaktadır (Şahin, 2013: s.122). Buna göre kusursuz sorumluluk, uygun illiyet bağı bulunmak şartıyla, idarenin olayın meydana gelmesinde kusuru bulunmamasına rağmen, meydana gelen zarardan sorumlu tutulması olarak tanımlanabilir. Kusursuz sorumluluğun kabulü ile idare, adeta genel bir teminatçı veya sosyal sigortacı şeklini almaktadır (Başgil, 1940: s.27).

Kusursuz sorumlulukta, zararın kaynağı olarak idarenin ön plana çıkması ve sadece illiyet bağının yeterli olması sebebiyle "sebep sorumluluğu" denildiği gibi; zararın tazminine yönelik sonuç odaklı olmasından dolayı, "sonuç sorumluluğu" da denilmektedir. Bunun yanında, sübjektif olan kusur fikrinin tümüyle dışlandığını belirtmek amacıyla "objektif sorumluluk" olarak da adlandırılmaktadır (Atay, 2012: s.711; Armağan, 1997: s.93).

Kamu hukukunda kusursuz sorumluluk ikiye ayrılarak açıklanabilir. Bunlar "tehlike (risk) ilkesi" ve "fedakârlığın denkleştirilmesi (kamu külfetleri karsısında eşitlik)" ilkesidir.

Risk ilkesi, ONAR'a göre, Mecelle'de yer alan "mazarrat menfaat mukabelesindendir", yani bir şeyin menfaatini elde eden, onun zararlarına da katlanır hükmünün idare hukukuna yansımasını ifade etmektedir (Onar, 1966: s.1710).

Ancak, özel hukuktan farklı olarak, idare tehlikeli faaliyetlerin icrası sebebiyle maddi olarak doğrudan bir kazanç elde etmemekte birlikte, toplum yararına icra etmesi gereken faaliyetleri kesintisiz olarak sürdürebilmektedir.

Risk ilkesi sebebiyle zarar; idarenin tehlikeli faaliyetleri, araç ve gereçlerinden kaynaklanan risk, mesleki risk ve sosyal risk olarak üç şekilde meydana gelmektedir.

İdarenin tehlikeli faaliyetleri, araç ve gereçleri sebebiyle risk; askeri ve kolluk faaliyetleri ile itfaiye hizmetleri gibi idari faaliyetler ve kullanılan yöntem ile araç ve malzemelerin bizatihi kendisi tehlikeli olması sebebiyle, bu faaliyetlerden kaynaklanan zararlardan dolayı ayrıca bir kusur araştırmasına gerek bulunmaması ve idarenin doğrudan tazminle sorumlu tutulmasıdır. Diğer bir anlatımla, muhatara, hasar ilkesi olarak adlandırılan bu ilke uyarınca, içinde risk barındıran faaliyetler icra edilmesi sebebiyle, bu faaliyet ve kuruluş sahiplerinin kusuruna bakılmaksızın kişilere vermiş oldukları zararların doğrudan tazmin edilmesini ifade etmektedir (Duran, 1974: s.51).

Tehlike ilkesinin yargı içtihatlarına girişi Fransız Danıştay'ının Regnault-Desrozirs içtihadı ile olmuştur. Paris Banliyösündeki Double-Couranne sınırları içinde önemli bir cephaneliğin patlaması üzerine, patlama sebebiyle zarar gören cephaneliğe komşu bireyler idare aleyhine tazminat davası açmışlardır. Fransız Danıştay'ı ise, hizmet kusurunun araştırılması yerine, kazanın harp hali dışında meydana geldiği, bu sebeple de normal komşuluk risklerini aşan bir tehlikenin yaratıldığı sebebiyle, tazminatın sebebini risk kuramına dayandırmıştır. Kararda; idarenin tehlikeli faaliyet ve araçları sebebiyle risk doğurduğu, gerekli dikkatin gösterilmesi ve önlem alınmasının bu gibi durumlarda önemli olmadığı, çevrede yaşayanlar bakımından, söz konusu riskin idarenin sorumluluğuna neden olduğu belirtilmiştir (Baş, 2002: s. 191).

Bu ilke, bir yerde toplumun bilimsel gelişme ve onun uygulamalarına karşı olan endişesinin de sonucudur. Bu teorinin idare hukukundaki uygulama alanı ve önemi bazı farklılıklar gösterse de, bu farklılıklar genel nitelikte değildir (Baş, 2002: s. 188).

Tehlike(risk) ilkesinin, meydana gelen meslek kazaları alanında uygulanma şekli mesleki risk olarak adlandırılmaktadır (Günday, 2011: s.380). Buna göre, kamu hizmetinde çalışan kolluk, itfaiye ve istihbarat personeli gibi bir kısım kamu

görevlilerinin görevleri sırasında ya da görevleri nedeniyle zarara uğramaları halinde mesleki risk ilkesine göre zararlarının kusur şartı aranmaksızın doğrudan tazmin edilmesidir.

Kusursuz sorumluluk esasına göre tazminat ödenip ödenmeyeceği ve miktarına yargı organlarınca karar verilmektedir. Ancak, ülkemizde ölüm ve yaralanma olaylarında maktu bir ödemeye yönelik yasal bazı düzenlemelerin de mevcudiyeti görülmektedir. 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun uyarınca, kamu düzeninin korunması ve kaçakçılığın önlenmesinde görevlendirilen kamu görevlileri, kolluk, istihbarat, askeri personel gibi, Kanun'un 2. maddesinde sayılan kamu görevlilerinin görevlerinden dolayı uğradıkları zararların tazmin edilmesi yasal güvence altına alınmıştır. Kanun'un 6. maddesine göre, yargı yerlerince maddi tazminata hükmedilmesi halinde, anılan Kanun uyarınca yapılan ödemelerin hükmedilecek tazminattan mahsup edilmesi gerekmektedir. Yine 5233 sayılı Yasa uyarınca terörle mücadele sebebiyle meydana gelen ölüm ve yaralanma olaylarında ilgililere maktu bir tazminatın ödeneceği düzenleme altına alınmıştır.

Risk ilkesine göre tazminin son şekli sosyal risk ilkesidir. Devletin kökenini ve dolayısıyla da siyasal toplumun oluşumunu sosyal sözleşme kuramıyla açıklamaya çalışan (T.Hobbes, J.Locke vd.) düşünürlere göre devletin en önemli görev ve sorumluluğu toplumun güvenliği sağlamaktır. Söz konusu bu yükümlülük devletin varoluş sebeplerinin de başında gelmektedir. Bu nedenle terör sebebiyle zarara uğrayan kişilerin bu zararlarının tazmin edilmesi kuralı, bir anlamda devletin yerine getirememiş olduğu barış ve güvenlik görevinin bir bedeli olduğu da söylenebilir (Şahin, 2013: s.123). Sosyal risk ilkesinde diğer sorumluluk sebeplerinden ayrı olarak, idare veya idare adına bir personelin faaliyeti söz konusu olmadığından, zarar ile idari faaliyet arasında nedensellik bağının bulunmadığı tek kusursuz sorumluluk halinin sosyal risk ilkesi olduğu ileri sürülmüştür (Azrak, 1980: s.135-145; Atay, 2012: s.715).

Sosyal risk ilkesi, kamu düzenini bozmaya, hatta anayasal düzeni yıkmaya yönelik anarşi ve terör olaylarından ya da benzeri toplumsal olaylardan doğan zararlardan idarenin kusursuz da olsa sorumlu tutulması seklinde tanımlanabilir (Odyakmaz vd., 2006: s. 465). Burada amaç, toplumsal nitelikli riskin gerçekleşmesi sonucu, salt toplumun bireyi olunması nedeniyle uğranılan özel ve olağan dışı

zararların topluma pay edilerek giderilmesidir. Ancak, büyük çaplı ve yoğun kalkışmalar dışında, toplumsal olaylar bakımından kural idarenin kusur sorumluluğudur. Öte yandan, terör eylemleri sebebiyle meydana gelen zararlarda da, meydana gelen olayın idarenin gerekli ve yeterli önlemi almamasından kaynaklandığı anlaşılmakta ise, yine kusur sorumluluğunun esas alınması gerekmektedir.

Danıştay sosyal risk uyarınca verdiği bir kararda; bilimsel ve yargısal içtihatlarla geliştirilen sosyal risk ilkesi ile toplumun içinde bulunduğu koşullardan kaynaklanan, idarenin faaliyet alanında meydana gelmekle birlikte, yürütülen kamu hizmetinin doğrudan sonucu olmayan, toplumsal nitelikli riskin gerçekleşmesi sonucu oluşan, salt toplumun bireyi olunması nedeniyle uğranılan özel ve olağan dışı zararların da topluma pay edilerek giderilmesinin amaçlandığı, belirtilen niteliğine göre sosyal risk ilkesinin uygulanabilmesi için olayın tüm toplumla ilgilendirilmesi ve zararın toplumsal nitelikli bir riskin gerçekleşmesi sonucu meydana gelmesi yanında, olay ve zararın yürütülen kamu hizmetinin doğrudan sonucu olmaması, başka bir deyişle zarar ile idari eylem arasında bir nedensellik bağının da kurulamaması gerektiği, 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 gerektiğini vurgulamıştır[177]

Kusursuz sorumluluğa ilişkin ikinci ilke "fedakârlığın denkleştirilmesi (kamu külfetleri karsısında eşitlik)" ilkesidir. Bu ilkeye göre; idare kamu hizmeti niteliğinde veya kamu yararı için tehlikeli nitelikte olmayan bir faaliyette bulunduğu sırada kusuru bulunmamasına rağmen, faaliyet nedeniyle bazı bireyler, özel ve olağandışı birtakım zararlara maruz kalmaları durumunda, meydana gelen zararlarının devlet tarafından tazmin edilmesini ifade etmektedir. Kamu külfetleri karsısında eşitlik ilkesinde, idarenin icra ettiği faaliyet sebebiyle bir kusuru bulunmamasına karşın, sorumlu tutulmasının sebebi hakkaniyet ve adalet ilkeleri gereğidir. Bu ilkeler kusursuz sorumluluğun genel esası olarak da kabul edilebilir (Yayman, 2003: s.95-96).

[177] Danıştay 10. D.,14.01.2004, E:2002/366, K:2004/162, Danıştay Bilgi Bankası

Diğer bir anlatımla, idarenin topluma hizmet sunan bir teşebbüs olarak algılanmaya başlaması, sosyal devlet anlayışındaki değişim ve özellikle tazminatta zarar verenin kusurundan çok, meydana gelen zararın tazmin edilmesi gerektiği düşüncesiyle birlikte; bireylerin hukuken korunan menfaatlerinde ağır ve olağan dışı bir kaybın meydana gelmesi durumunda bu zararların giderilmesi gerektiği kabul edilmiştir.

Kamuya yönelik bir faaliyet sebebiyle belirli kişilerin başkalarından belirgin şekilde fazla bir külfete tabi tutulmaları bireyler arasında eşitsizliği beraberinde getirir. Zira, kamu yararı adına bazı vatandaşların maruz kaldıkları külfet, toplum içindeki herkesin katlanmak zorunda olduğu külfeti aşmıştır (Tunç ve Atay, 2000: s.56-57).

Kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinin tipik olarak uygulandığı temel hizmet bayındırlık hizmetleridir.

"... yol, köprü gibi bayındırlık islerinin yapılması sonunda meydana gelen tesis, eser ve yapılar kamunun faydalanmasına açık bırakıldığına göre bunlar topluluğun yararlandığı birer iktisap teşkil etmektedirler. Bu hale göre fertlerin bu yüzden uğradığı zararlar, toplumun lehine katlanılmış bir fedakârlık niteliğinde olduğu cihetle, kamu yükümlülüğü karsısında eşitlik sağlamak için devamlı ve istisnai karakterde olan ferdi zararları karşılamak hakkaniyet ve nefaset kurallarının bir gereği bulunmaktadır"[178].

Bir başka kararında ise Danıştay, kusursuz sorumluluğun, toplumun genel yararına yönelik faaliyetlerde, hizmet kusurunun tespit edilememesi halinde, yalnızca kişilerin uğradığı özel zararların tazminine yönelik olduğu vurgulamıştır. Yüksek mahkemeye göre, bunun dışında ilgililerin genel külfetlere katlanması gerektiği, idarenin hizmet kusuru bulunmadığının tespit edilmesi halinde "kamu külfetleri karşısında eşitlik" ve "fedakârlığın denkleştirilmesi" ilkeleri çerçevesinde olayda idarenin kusursuz sorumluluğu bulunup bulunmadığının ortaya konulması; ortaya çıkan zararın herkesin katlandığı genel külfetler dışında özel ve olağan dışı zarar olup olmadığının da ayrıca irdelenip değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamıştır[179].

[178] Dan. 12.D., 15.09.1971, E:1968/801, K:1971/1889; aktaran: Yüksel Esin, 1976: s. 141
[179] Dan. İDDK, 19.02.2015, E:2013/509, K:2015/454, Danıştay Bilgi Bankası

Tam yargı davalarında, öncelikle zarara yol açan idari işlem veya eylemin hukuka uygunluğu denetlendiğinden, olayın oluşumu ve zararın niteliği irdelenip, idarenin hizmet kusurunun var olup olmadığının araştırılması, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkelerinin uygulanıp uygulanmayacağının incelenmesi, tazminata hükmedilirken de her halde sorumluluk sebebinin açıkça belirtilmesi gerekmektedir.

8.2. Sağlık Hizmetinde Kusursuz Sorumluluğun Olabilirliği

Yukarı bölümlerde de bahsedildiği üzere, idarenin sorumluluğunda asıl olanın kusur sorumluluğu, diğer bir tabirle hizmet kusurunun varlığıdır. Kusursuz sorumluluk ise, genel kuralın istisnası niteliğinde olup, zararın karşılanması bakımından hizmet kusurunun bulunmadığı durumlarda kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanıp uygulanamayacağının değerlendirilmesi gerekir.

Sağlık kamu hizmetinin görülmesi sırasında meydana gelen zararların kusursuz sorumluluk ilkesine göre tazmin edilip edilemeyeceği sorunu uzun zamandan beridir öğretide tartışma konusu yapıldığı görülmektedir.

GÜRAN'a göre, sağlık hizmetleri alanında, idarenin kusursuz sorumluluğu ilkesinin, haliyle belli durumlarda ve konularda derhal uygulamaya sokulması gerekmektedir. Belli birtakım doğal mesleki riskler taşıdığından, idareyi sorumlu tutmak için ağır kusurun arandığı faaliyetlerde, sorumluluğun, kusursuz sorumluluk kuramına, özellikle de 'risk/sosyal risk' ilkesine kaydırılması artık kaçınılmazdır. İdarenin, mümkün olan önlemleri almış, tıbbın ve hekimliğin gereklerinin yerine getirilmiş olmasına rağmen, örneğin nükleer tıp uygulamaları, beyin ameliyatları, akıl hastalarının bakımı, muhafazası gibi özünde risk taşıyan faaliyetlerinde, illiyet bağı kurulabilen zararların tazmininde, ağır kusur aramak yerine kusursuz sorumluluk uygulanmalıdır (Güran, 1983: s.77-78).

AŞÇIOĞLU'da sağlık kamu hizmetinden kaynaklanan davalarda kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanabileceği görüşündedir. Yazara göre; AİDS virüsü gibi önlenemeyen ve yayılması engellenemeyen hastalık sayısındaki yükselme ve genetik bilimindeki gelişmelerin tıp alanında uygulanması kusursuz sorumluluk ilkesinin önemini ve uygulanabilirlik alanını arttırmaktadır. Yeni bir cerrahi yöntemin uygulanmasındaki sorumluluk, bilinmeyen, çok yaygın olarak kullanılmayan tıbbi müdahalelerin uygulanması ya da beklenmeyen veya bilinmeyen bir sonucun

doğması halinde hastanenin sorumluluğu alanının hasta hakları doğrultusunda hasta kişiler lehine kusursuz sorumluluk yoluyla genişletilmesi, kan verme durumlarında sorunlu olduğu halde kan verilmesi, AİDS mikrobunun geçmesi, bulaşma riskine karşın zarar görene hizmete yönelik atfedilebilir kusurun yokluğunda bile tazminata hükmedilmesin hakkaniyete ve adalet ilkelerine uygun olacaktır (Aşçıoğlu, 1993: s.111).

İdare temel kamu hizmetlerinden olan tıbbi hizmetlerin kurulmasını, işletilmesini ve gözetimini yerine getirmekle yükümlü bulunmaktadır. Tıp mesleğin niteliğinde taşıdığı teknik ve bilimsel uygulamaları ve tıp bilimine gelen yeni yöntem ve teknolojileri idarenin gözetlemesi ya da denetlemesi mümkün olmadığından, idarenin tıbbi faaliyetleri kusursuz sorumluluk dışında tutulmaya çalışılmaktadır. Ancak, cerrahi müdahale gibi tedavilerde, hastanın güvenlik duygusuna dayalı olan hekim-hasta ilişkilerinde hastanın zararını sahipsiz bırakmakılması hakkaniyet ve adalet duygularını tatmin etmemektedir (Öztürkler, 2003: s.304).

Doktrinde tıbbi uygulama sebebiyle kusursuz sorumluluk ilkesinin kabulünün mümkün olmadığı, zira, kusursuz sorumluluk için bir faaliyetin tehlikeli olması yeterli olmayıp, söz konusu faaliyetin toplum yararına icra ediliyor olmasının da gerektiği, tıbbi uygulamaların ise, toplum yararına değil birey yararına yönelik bir faaliyet olduğu, bundan dolayı, kendisine yönelik bir faaliyetin yararına sahip olduğu gibi zararına katlanması da tabii olduğu, öte yandan, tıbbi uygulamalarda kusursuz sorumluluk ilkesinin kabul edilmesi, devleti "hayat sigortası" uygulamasına zorlayacağı, idarenin kusursuz sorumluluğunun amacı ise, kişilerin her hal ve şartta uğradıkları zararlarının tazmini olmadığını ileri süren görüşler de mevcuttur (Yasin, 2007: s.250).

Fransa'da 01.07.1964 tarihli Yasa uyarınca zorunlu aşı uygulamaları sebebiyle meydana gelen zararlarda devletin kusursuz sorumluluğu kabul edilmiştir. Aşının hastanede, bir kurumda veya evde yapılmasının önemi yoktur. Ancak, zorunlu olmayan aşılardan kaynaklanan zararlar bakımından devletin sorumluluğu kusur şartına bağlıdır (Gözler, 2003: s.1098).

Sağlık kamu hizmetinde kusursuz sorumluluk ilkesinin kabul edilip edilmediğine yönelik uygulamaya gelince;

Fransa uygulamasına bakıldığında; Lyon İdari İstinaf Mahkemesi; sağlık hizmetlerinde yeni bir tedavi yöntemlerinin uygulanması halinde bilinmeyen riskler içermesi, hastalığa yönelik risklerin bulunması ve anormal nitelikteki zararlar meydana gelebilmesi sebebiyle, hastane idaresinin kusursuz sorumluluğu yoluna gidilebileceğine karar vermiştir (Baş, 2003(a): s. 81; Kaplan, 2004: s.173-199). Fransız Danıştay'ının son dönem kararlarında, tedavide uygulanan metot sonucu bilinen ancak istisnai olan bir riskin meydana gelmesi ve gerçekleşen riskin hastanın durumunda çok ciddi ağırlaşmaya sebebiyet vermesinde, genel anesteziye bağlı olan kazalarda, kamu kan nakil merkezlerinden hastaya yapılan kan nakillerinde HIV virüsüne rastlanması olaylarında ve yeni ameliyat yöntemlerinden doğan zararlarda kusursuz sorumluluk esaslarına göre idare sorumlu tutulmuştur (Atay vd. 2003: s.91-92; Kaplan, 2004: 173-199).

Türk Danıştay'ının sağlık kamu hizmetinde kusursuz sorumluluk yaklaşımına gelirsek; öncelikle belirtmek gerekir ki Danıştay'a göre sağlık hizmetlerine yönelik organizasyonun bir parçası olan ambülans veya helikopter ile yapılan veya beklenmeyen bir durum sebebiyle meydana gelen kazalarda kamu görevlisi olan davacıların, idari faaliyet ile uygun nedensellik bağı kurulabilen; yürütülen kamu hizmetinin neden ve etkisiyle meydana gelen ve davalı idarenin yürüttüğü kamu hizmetinin doğrudan sonucu olan özel ve olağan dışı zararlarının kusursuz sorumluluk ilkesine göre tazmini gerekmektedir[180].

Ancak, Danıştay esas olarak sağlık kamu hizmeti denilince akla gelen teşhis, tedavi ve rehabilitasyon uygulamalarında veya önceki bölümde söz edilen zorunlu aşı sebebiyle meydana gelen zararlardan dolayı idarenin kusursuz sorumluluğunun uygulanamayacağına hükmetmektedir[181].

Dalaman Devlet Hastanesi'nde yapılan enjeksiyon sonrasında sağ bacağında meydana gelen hasar nedeniyle açılan tazminat davasında yerel mahkemenin

---

180 Dan. 10.D, 10.10.2006, E:2003/3350, K:2006/5534; Dan. 10.D, 29.12.2010, E:2010/3526, K:2010/11532; Dan. 10.D, 24.04.2007, E:2004/1543, K:2007/2143, Danıştay Bilgi Bankası; "Dava, Nevşehir SSK Hastanesinde Teknisyen olarak görev yapan davacının, verilen talimat üzerine hastanede yatmakta olan bir hasta için oksijen tüpü getirilmesi esnasında yapılan kontrolde tüpün başlığındaki flowmetrenin patlaması sonucu sol gözünün görme özelliğini kaybetmesi nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen...TL zararın yasal faizi ile birlikte tazminine hükmedilmesi istemiyle açılmıştır…İdare Mahkemesi kararında da belirtildiği gibi, olayda davalı idarenin kusursuz sorumluluk ilkesine göre hukuki sorumluluğu bulunmaktadır" (Dan. 10.D, 28.09.2007, E:2005/8187, K:2007/4439, Danıştay Bilgi Bankası).

181 Dan. 10.D, 25.02.2003, E:2001/5561, K:2003/691, Danıştay Bilgi Bankası

kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca davacı lehine hükmettiği manevi tazminat kararı Danıştay'ın 15.04.2014 tarihli kararıyla; ilacı reçete eden doktor ve enjeksiyonu uygulayan sağlık personelinin kusuru bulunmadığı, meydana gelen durumun enjeksiyon uygulamalarının beklenebilir komplikasyonu olarak değerlendirilmesi nedeniyle olayda davalı idarenin hizmet kusuru bulunmadığı bu nedenle kusursuz sorumluluk ilkesinden hareketle davacının manevi tazminat isteminin kısmen kabulü yolunda verilen idare mahkemesi kararının bu kısmında hukuki isabet görülmediği gerekçesiyle bozulmuştur[182].

Bir başka olayda da, şaşılık ameliyatı sonucu %60 oranında işgücü kaybı sebebiyle açılan tazminat davasında Danıştay; davacı tarafından tazmini istenilen zararın, idarenin hizmet kusurundan kaynaklanmadığı, kaldı ki sağlık hizmetlerinin yürütülmesi sırasında ilgililerin uğradıkları zararın idarece tazmin edilmesi için, zararın idarenin ağır hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerektiğinden, dava konusu olayda, ağır hizmet kusuru bulunmadığı, bu nedenle kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca zararın tazminine karar veren idare mahkemesi kararında hukuki isabet görülmediği belirtilmiştir[183].

Hasta ve hastalıkların çeşitliliği, insan organizmasının karmaşık yapısı, benzer dışsal belirti ve bulguların birden çok hastalık sebebine ait olabileceği gibi nedenlerle tıbbi uygulamalarda öngörülmesi güç tehlikeler vardır. Bu sebeple, gerekli özen ve dikkat gösterilse bile zaman zaman istenilmeyen sonuçlar meydana gelebilmektedir. Ancak, sağlık hizmetlerinin bünyesinde ve niteliğinde risk taşıması gerçeği idarenin, bu tür tıbbi mesleki zarar verici olaylarda tazminat ödemesini önleyici bir sebep olmaması gerekmektedir (Öztürkler, 2003: s.304). Özellikle yeni veya ağır tıbbi müdahaleler,

---

182 Dan. 15.D, 15.04.2014, E:2013/14299, K:2014/2787, Danıştay Bilgi Bankası

183 Dan. 10.D, 27.03.2002, E:2000/1990, K:2002/868, Danıştay Bilgi Bankası; "İdare Hukukunun ilkeleri ve Danıştay'ın yerleşik içtihatlarına göre, zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı hallerde, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için, zararın, idarenin ağır hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir. Bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetinden yararlananın zarara uğraması halinde, bu zararının tazmini, ancak idarenin ağır hizmet kusurunun varlığı halinde mümkün olabilecektir. Davacının sağlık hizmetinin kötü işlediği nedenine dayalı olarak tazminat davası açtığı; idarenin ağır hizmet kusurunun olup olmadığının Adli Tıp Kurumunda inceleme yaptırılarak açığa kavuşturulmasına ilişkin Dairemiz kararına uyan İdare Mahkemesince, söz konusu incelemenin davacıdan kaynaklanan nedenler ile yaptırılamadığı, bu durumda; idarenin ağır hizmet kusurunun bulunduğundan bahisle tazminata hükmetme olanağı bulunmadığı gibi bünyesinde risk taşıyan sağlık hizmetinden dolayı zarara uğranılması halinde, idarenin kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca tazminatı ödemekle sorumlu tutulamayacağından İdare Mahkemesi kararının temyize konu kısmında hukuki isabet görülmemiştir" (Dan. 10.D, 25.02.2003, E:2000/5561, K:2003/691, Danıştay Bilgi Bankası)

istisnai olarak meydana gelen bir kısım zararlı sonuçların gerçekleşmesi ya da gerçekleşen riskin kişinin sağlığına ciddi zararlar vermesi gibi durumlarda kusursuz sorumluluğun kabul edilmesinin adalet ve hakkaniyet ilkesi gereği olduğu gibi, insan ve sonuç odaklı olarak gelişme gösteren modern tazminat hukuku anlayışına da uygun olacaktır.

Öte yandan, zorunlu aşı sebebiyle meydana gelen zarar, yürütülen kamu hizmetinin neden ve etkisiyle meydana geldiği gibi, davalı idarenin yürüttüğü kamu hizmetinin doğrudan sonucu olan özel ve olağan dışı bir zararlardır. Bu sebeple, Fransa uygulamasında olduğu gibi, zorunlu aşı uygulaması sebebiyle meydana gelen zararlarda da kusursuz sorumluluğun bir an önce kabul edilmesi doğru bir yaklaşım olacaktır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
SAĞLIK HİZMETİNDE ZARAR

1. GENEL OLARAK

Türk hukukunda, Devletin, faaliyetleri sonucu kişilere verdiği zararlardan sorumlu olduğuna dair Anayasa'da (m.19/9, 40/2, 125/7) ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu (m.12, 36), 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu (m.42,63), 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu (m.13) gibi birçok kanunda düzenlemeler mevcut olmakla birlikte; ne kamu hukukuna ilişkin kanunlarda, ne de özel hukuka ilişkin düzenlemelerde zarar kavramı tanımlanmamıştır. Bu sebeple zarar kavramı doktrin ve yargı organlarınca tanımlanmaktadır.

Genel anlamıyla zarar; kişinin malvarlığı veya şahıs varlığını oluşturan hukuki değerlerinde istek ve iradesi dışında meydana gelen azalma olarak tanımlanmaktadır (Akyılmaz, 1998: s.170; Karahasan, 2001 (a): s.53). Zarar, "geniş anlamda zarar" ve "dar anlamda zarar" olmak üzere iki şekilde ifade edilmektedir. Dar anlamda zarar, kişinin maddi zararını yani, malvarlığında meydana gelen zararı ifade etmektedir. Geniş anlamda zarar ise, kişinin malvarlığında meydana gelen zararla birlikte, şahıs varlığında, bir diğer ifade ile manevi varlığında meydana gelen zararı da kapsamaktadır (Öztürkler, 2003: s.101).

Yargı organlarının da, zarar kavramında maddi ve manevi zararı birlikte ele aldığı, diğer bir anlatımla, zarar kavramını geniş anlamda kabul ederek, zarar terimini maddi ve manevi zararı kapsayıcı bir şekilde ifade ettiği görülmektedir[184]

Bir kimsenin mal varlığında istek ve iradesi dışında meydana gelen eksilme olarak ifade edilen maddi zarar üç unsurdan meydana gelmektedir. Bunlar; mal varlığı, bu varlıkta eksilme ve eksilmenin irade dışı meydana gelmiş olmasıdır. Maddi zarardan söz edilebilmesi için belirtilen üç temel unsurun bir arada bulunması gerekmektedir. Maddi zarara esas alınan mal varlığı ile kast edilen ise; değerlerden ve fiili durumdan meydana gelen aktifler ile borç ve mükellefiyetlerden meydana gelen pasiflerin bir bütünü olarak, ekonomik bir değer arz eden toplamı ifade etmektedir (Tandoğan, 1961: s.63).

---

[184]YHGK. 11.12.2002, E: 2002/13-1011, K: 2002/1047, Yargıtay Bilgi Bankası; "...Zarar deyimi ise, bir hukuk sujesinin maddi veya manevi varlığında o sujenin isteği dışı ortaya çıkan kayıp ve eksiklikleri ifade eder." (Dan. 12.D, 09.11.1978, E:1976/2, K:1978/7879, DD. 1979, S.34-35, s.588).

Mal varlığındaki eksilme şeklinde ifade edilen zarar, aktif değerlerin azalması, kazançtan yoksun kalınması veya pasif değerlerin artması şeklinde ifade edilmektedir. Maddi zarar; para veya parasal değeri olan bir malın zarar görmesi, tahrip olması ya da değerinde azalma meydana gelmesi veya mal varlığı üzerindeki kullanma veya tasarruf hak ve yetkisinde kısıntı şeklinde oluşmaktadır. Mesleki olsun veya olmasın bir etkinlikten kaynaklanan gelirden mahrum olma ve nihayet harcamalarda meydana gelen artışlar da maddi zarar niteliğinde olduğu kabul edilmektedir (Atay vd, 2003: s.156). Buna göre özet bir şekilde ifade etmek gerekirse maddi zarar; fiili zarar, yoksun kılınan kâr, şahsa verilen zarar, mala verilen zarar, diğer zararlar; doğrudan doğruya zarar, müspet zarar, menfi zarar, somut zarar, soyut zarar olarak çeşitli türlere ayrılırlar (Karahasan, 2001(a): s.147).

Manevi zarar ise; kişinin, hukuka aykırı ve haksız bir şekilde kişilik haklarına yapılan bir tecavüz dolayısıyla duyduğu bedensel veya manevi acı, ıstırap, hayat zevkinde meydana gelen azalmadır (Tekinay vd.,1993: s. 655).

Manevî tazminatın amacı, zarar gören kişinin duyduğu acı ve üzüntüleri dindirecek veya hiç olmazsa azaltacak bir tatmin sağlamaktadır. Örneğin, diş hekimine ağrıyan dişinin çekilmesi için başvuran hastanın, hekimin dikkatsizliği yüzünden hastanın yanağını kesmesi olayında, hastanın hem maddi hem manevi zararı söz konusudur. Hastanın belli bir dönem işe gidememesi maddi, yapılan müdahale soncu yaşadığı travmalar sebebiyle de manevi zararı söz konusudur. Bu sebeple hastanın hizmet kusuruna dayalı olarak maddi kayıplarının ve çektiği acı ve ıstırap sebebiyle de manevi zararının karşılanması gerekmektedir (Özdemir, 2012: s.257).

Tıbbi uygulamalar sebebiyle zarar, insan yaşam ve sağlığı ile ruhsal bütünlüğünde meydana gelen olumsuz değişiklikler nedeniyle ortaya çıkar. Malvarlığında eksilme maddi, kişisel değerler üzerindeki eksilme, bozulma ise manevi zararı oluşturur (Aşçıoğlu, 1993: s.99).

ZARARIN NİTELİKLERİ

İdari eylem veya işlem sebebiyle meydana gelen zararlarda idarenin tazminatla sorumlu tutulabilmesi için meydana geldiği ileri sürülen zararlarda bazı özellikler aranmaktadır. Her şeyden önce gerçekleşen veya gerçekleşeceği kuşkusuz olan bir zarar olmalıdır. Zarar, toplumun tümüne veya belirli bir kesimine yönelik genel

mahiyette değil, özel bir zarar olmalı, zarar hukukça korunan meşru bir zarar olmalı ve son olarak zarar para ile ölçülebilir bir zarar olmalıdır. Kuşkusuz bu özellik manevi zararlar için geçerli değildir. Şimdi zararın bu niteliklerine daha yakından bakalım.

2.1. Zararın Gerçekliği

Tazmin borcunun doğması için zararın mevcut, gerçek, kesin olması gerekmekte olup, muhtemel zararların karşılanması mümkün değildir[185]. Ancak, kesinlik ibaresinden zararın fiilen mevcut olması şartının anlaşılmaması gerekmekte olup, ileride meydana gelmesi kesin ve para ile değerlendirilmesi mümkün olan bir zararın da kesin bir zarar sayılarak tazmin borcunu doğuracağı kabul edilmektedir (Onar, 1966: s.1716). Zarar verici etkilerin dava tarihinden sonra ortaya çıktığı durumların çoğu sağlık hizmetlerinden kaynaklanan fiiller sebebiyledir (Gürsel ve Kaplan, 2013: s.782). Örneğin, hekim hatası sebebiyle 7 yaşındaki bir çocuğun sakat kalması olayında, çocuk henüz bir kazanç elde etmemekle birlikte gelecekteki kazancını etkileyeceği kesin olduğundan zararın gerçekliği prensibi gerçekleşmiş demektir.

Gelecekte gerçekleşmesi kesin olmayan, sadece bu konuda bir ihtimal bulunan zararlar idarenin sorumluluğuna yol açmazlar. Olası veya muhtemel zarar denilen bu zararlar idarenin sorumluluğu kapsamı dışındadır. Örneğin, ses telleri zarar gören çocuk için, ses sanatçısı olma şansını yitirdiğinden bahisle tazminat istenilmesi mümkün değildir. Zira, bu iddia sadece bir ihtimal olarak durmaktadır.

Ancak, ilk anda kolay gibi görünen bu ayrımın yapılmasının oldukça güç olduğunun belirtilmesinde fayda vardır. Örneğin, radyoloji öğretim üyesi olan davacının özel tetkik ve muayene yapmasının yasaklanması işleminin kesinleşen idare mahkemesi kararı ile iptal edilmesi nedeniyle uğranılan zararın tazmini istemiyle açılan davada Danıştay; davacının 50 günlük süre içerisinde ne kadar özel muayene ücreti alabileceğinin kesin olarak bilinmesi mümkün olmadığından, ortada

[185] "İdarenin tazminle yükümlü tutulması, ancak bir maddi zararın kesin olarak ortaya çıkmış, belirgin hale gelmiş maddi zararın varlığı halinde mümkündür. Kişinin isteği dışında maddi varlığında meydana gelen kayıp ve eksikliklerle, çoğalma olanağından yoksunluk olarak tanımlanan maddi zarar, henüz kesin olarak ortaya çıkmamış, belirgin hale gelmemiş ise, bu aşamada idarenin tazmin yükümlülüğüne gidilmesine olanak bulunmamaktadır" (Dan. 10.D, 17.06.2008, E: 2007/6589, K:2008/4464, Danıştay Bilgi Bankası)

somut ve gerçekleşmiş zararın bulunduğundan söz edilemeyeceği, dolayısıyla ihtimal ve varsayıma dayalı bir hesaplamayla tazminata hükmedilemeyeceği gerekçesiyle mahkeme kararını bozmuştur[186]. Ancak, muayenehanesi uzun süre kapalı kalan bir hekimin bu sürede hiç zararının olmayacağının kabulü oldukça güç olup, Danıştay'ın meydana geleceği öngörülen zararın miktarı ile, zarar meydana gelip gelmeyeceği hususunu karıştırdığı anlaşılmaktadır. Bu noktada olaydan önceki aynı süreyi kapsayan zaman dilimi emsal alınarak ortalama bir meblağın ödenmesine karar verilmesi uygun bir çözüm olarak karşımızda durmaktadır.

Tazmin bakımından, zararın kesin veya gerçekleşmiş olması şartı, idareyi benzer olaylar bakımından caydırma veya cezalandırma amacından değil, meydana gelen zararın giderilmesinin amaçlanmasından kaynaklanmaktadır. Ancak, bu şart maddi zarar bakımından olup, manevi tazminat bakımından tazminatın belirlenmesinde caydırma amacı da güdülmektedir.

2.2. Zararın Özelliği

İdarenin eylem ve işlemlerinden kaynaklanan zararın tazmin borcunun doğumunda bir diğer şart da zararın özel bir zarar olmasıdır. Zararın gerçekleşmiş ve kesin olması yalnız başına tanzim borcunu doğurmaya yetmez. Herkesi içine alan bir kamu külfeti biçiminde ortaya çıkan genel nitelikteki zararlardan dolayı idare tüzel kişiliği sorumlu tutulamaz (Gözübüyük, 1997: s.350, Onar, 1966: s. 1718).

Zararın özel olması demek, toplumun bütün üyelerinin değil, sadece belirli kişi ya da kişilerin zarara uğraması demektir. Zarara, sadece tek bir kişinin uğraması halinde zararın özel nitelikte olduğunu söylemekte bir güçlük yoktur. Zarara uğrayan kişilerin birden fazla olması durumunda da zararın özelliği şartı gerçekleşmiş olabilir. Ancak, bu durumda zararın özel olup olmadığının belirlenmesi her zaman kolay değildir. Sınırlı sayıda olan bir grup kişinin uğradığı zarar da özel olarak kabul edilebilir. Burada önemli olan nokta zarara uğrayanların teşhis edilebilir olması, diğer bir ifade ile bireyselleştirilebilir olmasıdır (Gözler, 2003: s.1211).

Zararın özel nitelik taşıması hali uygulamada kusursuz sorumluluk halinde sorun çıkarmaktadır. Zira bu tür sorumlulukta esas kamu külfetleri karşısında

[186] Dan. 8.D, 18.11.1997, E:1995/376, K:1997/3431, Danıştay Bilgi Bankası

eşitliğin kesintiye uğramasıdır. Hiç kuşkusuz herkesin bu zararın mağduru olması halinde eşitliğin kesintiye uğraması halinden söz edilemez (Atay vd. 2003: s.155).

Öte yandan, mülkiyetten doğan ödev biçimindeki zararların, normal sınırı aşmadıkça yani, olağandışı (istisnaî) nitelikte olmadıkça idarenin tazminle yükümlü tutulamayacağı belirtilmektedir. Örneğin bir idari etkinliğin yapıldığı, ya da bir kamu tesisinin bulunduğu taşınmaza komşu mülk sahipleri, komşuluktan doğan olağan sakıncalara katlanmak zorundadır. Ancak, bu sakıncalar normal sınırı aşarsa, yani olağan sayılmayacak bir komşuluk ilişkisinin yol açtığı zarar meydana gelirse, kamu etkinliğini yürüten idare tazminle ödevli tutulabilir (Esin, 1976: s.133).

2.3. Zararın Meşruluğu

İdarenin meydana gelen zarardan sorumlu olmasının bir diğer şartı, zarara uğrayanın meşru bir hak veya menfaatinin ihlal edilmiş olması, yani zararın, kişinin hukukça korunan veya korunması gereken hak ve çıkarlarına ilişkin bulunması gerekmektedir (Topuz ve Özkaya, 2002: s.26; Esin, 1976: s.214).

Meşru olmama hali kişi bakımından olabileceği gibi yapılan iş veya eylem sebebiyle de olması mümkündür. Örneğin, çalışma izni bulunmaksızın hekimlik faaliyeti icra eden doktorun bu faaliyetten alıkonması sebebiyle meydana geldiğini öne sürdüğü zararın tazmini mümkün olmaz. Yahut, çalışma izni bulunmakla birlikte, ruhsatsız, gerekli şartları taşımayan bir mekanda sürdürülen hekimlik faaliyetinin meşru bir faaliyet olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

2.4. Zararın Parasallığı

Zararın gerçekleşmiş, kesin ve meşru olması yalnız başına tazmin borcunun ifası için yeterli değildir. Aynı zamanda, meydana gelen zararın para ile ölçülebilir türden bir zarar olması da gerekmektedir (Esin, 1976: s. 214). Bu durum, zararın hukukumuza göre başka türlü giderim imkânı bulunmamasından kaynaklanmaktadır.

Ancak, zararın para ile takdir edilebilecek türden olması kuralı maddi zararlar bakımından olup, manevi tazminat yönünden geçerli bulunmamaktadır. İdare hukuku alanında önceleri, aynı gerekçe ile yani manevi zararların para ile takdir edilemeyeceği ve tazmin borcunu meydana getiremeyeceği kabul edilmişti (Onar, 1976: s. 1717). Ancak, haksız olarak bireyin fiziki yapısını zedeleyen, yaşama ve çalışma gücünü azaltan olaylar nedeniyle duyulan acı ve ıstırabı veya kişilik

haklarının zedelenmesi, şeref ve haysiyetin rencide edilmesi gibi günlük yaşamı zorlaştıran belli ağırlıktaki her türlü üzüntü ve sıkıntının sona erdirilmesine yönelik başka bir çare yokluğu, manevi tazminatın para olarak karşılanması mecburiyetini ortaya çıkarmıştır.

ZARARIN TÜRLERİ

Bir kişinin bedensel zarara uğraması veya ölmesi durumunda, başta kendisi eşi ve çocukları olmak üzere uzağa doğru azalan bir maddi ve manevi zarar dalgası meydana getirmektedir. Zararın nitelikleri farklı olması sebebiyle konu başlıklarını başta maddi ve manevi zararlar olarak ayırıp, maddi zararları da ölüme bağlı maddi zararlar ve bedensel (cismani) zararlar şeklinde konu başlıklarını ele alıp inceleyeceğiz.

3.1. Maddi Zarar

Zarara ilişkin genel açıklamalar bölümünde vurguladığımız gibi, maddi zarar, "bir kimsenin istek ve iradesi yani rızası olmadan malvarlığının azalması zarar olarak nitelendirilmektedir. Bu azalma malvarlığını oluşturan aktif değerlerin eksilmesi, pasiflerin artması veya malvarlığının çoğalması mümkün iken çoğalmaması şeklinde meydana gelebilir.

İdare hukuku bakımından, maddi zararların hangi unsurlardan meydana geldiği, kapsamı ve tazminatın hesaplama yöntemine ilişkin yasal bir düzenleme mevcut olmadığından, bu konuda Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümlerinin esas alındığı görülmektedir (Yenice ve Esin, 1983: s.107, Akyılmaz, 1998: s.172-173). Ancak, hemen belirtmek gerekir ki, söz konusu hükümler idare hukukunda doğrudan uygulanan ve İdari Yargı Mahkemeleri'ni de bağlayan mevzuat hükmü olmayıp, tazminata ilişkin temel ölçüler koyması nedeniyle idare hukuku öğretisine ve idari mahkemelere esin kaynağı olmuştur.

Danıştay bir kararında, idare hukukuna özgü maddi zararları sayma yoluyla belirtmiştir. Buna göre; "İdare hukuku ilkelerine göre maddi zarar; idari işlem veya eylem nedeniyle kişinin malvarlığında meydana gelen azalma nedeniyle uğranılan zarar ile elde edilmesi kesin olan gelirden yoksun kalma sonucu uğranılan zarar olup; bedensel nitelikteki maddi zarar ise, kişinin sağlığına kavuşmak için yaptığı tedavi

giderleri ile çalışma gücünün azalması ya da yok olması nedeniyle elde edeceği gelirde meydana gelen azalmayı ifade etmektedir"[187]

Sağlık hizmetlerinde maddi zarar, standart ve usulüne uygun bir tedavi yapılsaydı hastanın kavuşacağı sağlık durumu ile, uygulanan tedavinin gerçek sonucu arasındaki farkta ve meydana gelen bu farkın zarar gören kişinin malvarlığına nasıl yansıdığına ilişkindir (Öztürkler, 2003: s.102). Diğer bir anlatımla, sağlık alanında zarar, insan yaşam ve sağlığı ile ruhsal bütünlüğünde istenmeyen değişiklikler şeklinde ortaya çıkar. Malvarlığında eksilme maddi, kişisel değerler üzerindeki azalma ise manevi zararı meydana getirir (Aşçıoğlu, 1993: s.99).

Maddi zararları ölüme bağlı maddi zararlar ve bedensel zararlar olmak üzere iki temel başlıkta ele alacağız.

3.1.1. Maddi Zararın Türleri

Tıbbi uygulamalar neticesinde meydana gelen maddi zarar, ilgilinin uygulanan sağlık hizmeti sırasında veya sonrasında vefat etmesi ya da fiziki gücünü kısmen veya tamamen yitirmesi sonucu meydana gelen zarar türüdür. Uygulamada bu tür zararlara "ölüm dolayısıyla destekten yoksun kalma tazminatı" ve "cismani zarar tazminatı" denilmektedir (Öztürkler, 2003: s.102).

3.1.1.1. Ölüme Bağlı Maddi Zarar

Kişinin ölümü, maddi ve manevi yönden birçok kişiyi etkilemekte ve zararına neden olmaktadır. Bu yüzden, hatalı idari eylem sebebiyle meydana gelen ölümlerde, bu zararın idare tarafından karşılanması gerekmektedir. Bu durum, Anayasa'nın 125. maddesinin bir gereği olmaktadır.

2577 sayılı Yasa'nın 13. maddesi gereğince, idari eylem sebebiyle hakları ihlal edilmiş olanların, idari dava açmadan önce, bu eylemleri öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl, en geç olarak da eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak tazminat isteminde bulunmaları gerekmektedir. Bu isteğin kısmen veya tamamen reddedilmesi durumunda ise, tebliğ tarihinden itibaren 60 gün içinde dava açılabilecektir.

[187] Dan. 10.D. 11.10.2010, E:2010/8926, K: 2010/7622, Danıştay Bilgi Bankası

Ölüme bağlı olarak ilgililerin mal varlığında meydana gelen veya gelecek olan azalma hesaplanırken, aynı idari eylem nedeniyle malvarlığında bir artış meydana gelmişse, bu artışın da göz önüne alınması, ortaya çıkan zarar ve yararların denkleştirilmesi suretiyle maddi zarar miktarının saptanması gerekir. Ancak, böyle bir denkleştirme yapılabilmesi için; ilgilinin uğradığı zarar gibi, sağladığı yararın da idarenin tazmin sorumluluğunu doğuran olayın uygun ve normal sonucu olması, zararla yarar arasında uygun nedensellik bağı bulunması zorunludur. Zararı doğuran olayla uygun nedensellik bağı olmadan, başka bir sebeple ilgilinin malvarlığında bir artış olmuşsa, meydana gelen bu artışın maddi zarar miktarından düşülmesi, gerçek zararın belirlenmesi amacıyla bağdaştırılamaz.

2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun'un[188] 6. maddesine göre, bu kanun hükümlerine uyarınca ödenecek nakdi tazminat ile bağlanacak emekli aylığının, uğranılan maddi ve manevi zararların karşılığı olduğu, yargı mercilerinde maddi ve manevi zararlar karşılığı olarak kurumların ödemekle yükümlü tutulacakları tazminatın hesabında bu kanun hükümlerine göre ödenen nakdi tazminat ile bağlanmış bulunan aylıkların göz önünde tutulacağı belirtilmiştir.

Ancak, prim ödemek suretiyle kapsamında bulundukları sosyal güvenlik sisteminin doğal sonucu olarak ilgililere bağlanan aylıklar idarenin tazmin sorumluğunu doğuran olaylar nedeniyle sağlanan yarar niteliğinde bulunmamaktadır. Bu nedenle, 5434 sayılı kanunda öngörülen koşulların varlığı halinde bağlanan aylıkların, idarece ödenmesi gereken tazminat tutarından indirilmemesi gerekmektedir. Aynı şekilde, yardım kampanyaları yoluyla toplanan paralar da tazminat miktarından indirilemez. Buna karşın, görevin neden ve etkisinden doğan olaylar sonucunda aylık bağlanması halinde, bu aylık ile prim ödemek suretiyle kapsamında bulunulan sosyal güvenlik sisteminin doğal sonucu olarak ilgililere bağlanan aylık farkları, ödenen primler dışında, olay nedeniyle sağlanan yarar niteliği taşıdığından, davacılara bağlanan vazife malullüğü aylıkları peşin sermaye değeri ile adi malullük aylığı peşin sermaye değeri farkının ve 2330 sayılı kanun uyarınca yapılan ödemeler yarar olarak kabul edilip hesaplanan maddi zarardan düşülmesi suretiyle maddi tazminatın hesaplanması gerekmektedir.

[188] 06.11.1980 tarih ve 17152 sayılı R.G.

Danıştay'a içtihatlarına göre de göre, prim ödemek suretiyle kapsamında bulunulan sosyal güvenlik sisteminin doğal sonucu olarak ilgililere bağlanan aylıklar ve yapılan ödemeler, idarenin tazmin sorumluluğunu doğuran olay nedeniyle sağlanan yarar niteliğinde bulunmamaktadır. Bu nedenle, prim karşılığında ilgililere bağlanan aylıklar ile yapılan her türlü ödemenin, aktif ve pasif dönemde hesaplanacak maddi tazminat tutarından hiçbir şekilde yarar olarak kabul edilip indirilmesi mümkün olmaz. Bir başka ifadeyle, vazife malullüğü aylığının içinde adi malullük aylığının da bulunduğu gözetilerek aktif ve pasif dönemde adi malullük aylığının yarar olarak kabul edilip hesaplamaya dahil edilmesine olanak bulunmamaktadır[189].

Ölüm nedeniyle oluşan maddi zararlar; ölümden önceki tedavi giderleri, cenaze ve defin giderleri ile ölenin desteğinden yoksunluk olmak üzere üç başlık altında toplanabilir.

3.1.1.1.1. Ölüm Öncesi Tedavi Giderleri

Kişi, uygulanan hatalı tıbbi müdahale sonucu veya onun etkisiyle ölmüşse, ölüm öncesi tedaviye yönelik olarak yapılan giderlerin tümü veya bir kısmının idarece karşılanması gerekir.

Tedavi giderleri evdeki ve hastanedeki bakım giderlerini içerir. Uygulamada; ambulans, ameliyat, röntgen, ilaç, protez, yürüme araçları, doktor, muayene, ilaç, ulaşım, hasta bakıcı, tahlil ve benzeri hizmetlerin karşılığı yapılan harcamaların tedavi gideri olduğu ve zararın kapsamını oluşturduğu ileri sürülmüştür (Oğuzman ve Öz, 2009: s.558). Örnekleme olarak sayılanlar dışında da, çalışamamaktan kaynaklanan gelir kaybı, refakatten kaynaklanan giderler, mecburi konaklama giderleri, zorunlu refakatçinin memur olması durumunda alamadığı tazminat vb. ödemeler, mutat olsun veya olmasın usulüne uygun olarak belgelendirilmek ve tedavi amacına uygun olmak şartıyla yapılan harcamaların da idarece karşılanması gerekir. Yine, kişinin yaşama şansı bulunmasa bile, ömrün uzatılması amacıyla yapılan harcamalar da tedavi giderlerinden sayılmaktadır.

[189] Dan.10.D, 26.03.2013, E:2010/7955, K:2013/2761, Danıştay Bilgi Bankası

Danıştay, zorunlu refakatçinin alamadığı ek ders ücretinin de tazmini gerektiği görüşündedir[190]. Ancak, ek ders ücreti ek ödeme niteliğinde ve fiilen girilen ders karşılığı ödenen bir ücret olması sebebiyle, zorunlu ek ders dışındaki ücretlerin tazminat olarak ödenmesi mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

Sağlık hizmetleri sunumu nedeniyle meydana gelen haksız ölümden önce ölenin yaptığı tedavi giderlerinin bir sosyal güvenlik kurumu tarafından karşılanmış olması halinde, mirasçılar tarafından talep edilebilecek bir zararın bulunmadığının kabulü gerekir. Ancak, Özel sigorta şirketleri tarafından karşılanan tedavi giderleri ise, halef sıfatıyla idareden talep edilebilecektir.

3.1.1.1.2. Cenaze ve Defin Giderleri

Borçlar Kanunu'nun 53. maddesinde; ölüm hâlinde uğranılan zararları; cenaze giderleri, ölümün hemen gerçekleşmemesi halinde tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da kaybedilmesinden doğan kayıplar, ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları zararlar olarak saymıştır. Ancak, kanunda geçen "özellikle" ibaresi sayılanların sınırlı olmadığı, varsa başka zararların da giderilmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

Cenaze masrafları, cesedin teçhiz, kefenlenmesi ve gömülmesi dahil bütün masrafları kapsar ve bu bağlamda tahlisiye, nakliye, araç masrafları, ölüm ilanı, adet üzerine verilen yemek ve merasim masrafları gibi masraflar da cenaze masrafları içerisinde kabul edilir (Dalamanlı ve İzgi, 1999: s.28). Ancak, cenaze ve defin giderlerinin belirlenmesinde özellikle ölenin maddi ve sosyal durumunun önem arz ettiğini söylemek yanlış olmaz (Gürüz, 2001: s.48; Tunçomağ, 1965; s.286). Bunun yanında, ölenin dini aidiyeti sebebiyle yapılan tören, yahut vasiyeti gereği makul ölçüde yerine getirilen uygulamalardan kaynaklanan masraflara da idarece katlanılması gerekmektedir. Ancak, uygulamada ilan, yemek, tören gibi masrafların istenilmesi örf ve adetler gereği karşılaşılan bir durum olmamaktadır.

Ölenin devlet memuru olması durumunda, Devlet Memurları Tedavi Yardım ve Cenaze Giderleri hakkında Yönetmelik gereği cenaze ve nakil giderleri ilgilinin kurumu tarafından mı yoksa kusurlu olan idare tarafından mı karşılanacaktır?

---

[190] "Özel tedavi kurumuna ödedikleri 600-TL faturalı harcamanın ve İstanbul'da bulunmak zorunda kaldıkları 19.2.2002- 2.6.2002 tarihleri arasında alamadıkları 800-TL ek ders ücretinin davacılara ödenmesi gerektiği…" (Dan. 10.D, 25.03.2009, E:2006/1166, K: 2009/2241, Danıştay Bilgi Bankası).

Devlet Memurları Tedavi Yardımı ve Cenaze Giderleri Yönetmeliğin[191] 45. ve 46. maddelerinde; "Devlet memurlarının ölümleri halinde cenaze giderleri, (cenazenin başka yere nakli dahil) kurumlarınca ödenir. Cenaze giderleri; ölüm olayının meydana geldiği yerde, ölünün gömülmesi ile ilgili olarak yapılan giderleri kapsar (Çelenk, törene ait taşıt giderleri ve benzeri tören harcamaları için herhangi bir ödeme yapılmaz.).

Cenaze, kişinin hastalığında tedavi edilmekte olduğu sağlık kurumunca kaldırılmış ise, buna ait masraflar ibraz edecek faturaya dayanılarak yukarıdaki esaslar dairesinde bu kuruma ödenir" hükmü yer almıştır.

Danıştay, ölenin devlet memuru olması halinde cenaze giderlerinin kurumu tarafından ödeneceğine karar vermiştir[192].

Ancak, davalı idarenin kusuru sebebiyle meydana gelen ölümlerde, kusurlu idarenin tazminat sorumluluğuna katlanması gerekmekte olup, ölenin devlet memuru olması bu durumu değiştirmeyeceğinden, Danıştay'ın ilgili kararının yerinde olmadığı kanaatindeyiz.

Cenaze ve define yönelik olağan giderler dışında bir masraf yapıldı ise, bu masrafın davacı tarafından belgelendirilmesi icap etmektedir. Ancak, Cenaze ve defin işlemlerine ilişkin zorunlu olan olağan giderlerin ispatının aranmaması gerektiği kanaatindeyiz.

Ancak, Danıştay 17.11.2009 tarihli bir kararında aksine bir içtihatla, davacıların yol ve cenaze giderleriyle üç ay çalışamamalarından kaynaklanan zararlarını belgeleyememeleri nedeniyle tazmin edilemeyeceği sonucuna varmıştır[193].

Benzer nitelikteki bir başka kararda ise; maddi zarar kapsamına ölüm halinde; tedavi giderleri, cenaze giderleri ve ölenin yardımından yoksunluk vs. (ölenin anne ve babası, çocukları ve eşi faydalanabilir) zararlar girdiği, bu durumda davacı taraf, uğranıldığı iddia edilen maddi zararı herhangi bir bilgi ve belgeye dayandırmamış

[191] 11.08.1973 tarih ve 14622 sayılı R.G.

[192] "Davacıların alamadıklarını belirttikleri 2634-TL tedavi yolluğu ve harcırahı ile cenaze gideri olan 1000-TL'nin, davacıların Devlet memuru olmaları nedeniyle Devlet Memurları Tedavi Yardım ve Cenaze Giderleri hakkında Yönetmelik uyarınca görev yaptıkları kurumlara başvuruları üzerine ilgili kurumlarca ödenmesi gerektiğinden davalı idarece ödenmesine olanak bulunmadığı…" (Dan. 10.D, 25.03.2009, E:2006/1166, K:2009/2241, Danıştay Bilgi Bankası)

[193] Dan. 10.D, 17.11.2009, E:2009/6373, K:2009/9767, Danıştay Bilgi Bankası

ise, müteveffanın desteğinden yoksun kalma zararlarının hesaplanması gerektiğine hükmederek, tedavi giderleri ile cenaze ve defin giderleri bakımından belge ile ispat gerektiğine hükmetmiştir[194].

3.1.1.1.3. Destekten Yoksun Kalma Tazminatı

Ölüm nedeniyle ortaya çıkan en önemli zarar destekten yoksun kalma nedeniyle olmaktadır. Ölen kişi hayatta iken bazı kişilere düzenli olarak maddi yardımda bulunmaktaysa ölüm nedeniyle bu kişiler de zarar görmüş olmaktadır.

Tazminata ilişkin diğer zararlarda olduğu gibi, destekten yoksun kalma zararı ve bu zararın nasıl tazmin edileceğine ilişkin idare hukuku kaynaklarında bir düzenleme bulunmadığından, hesaplamalar bakımından Borçlar Kanunu'nda yer alan düzenlemeler idare hukukunda geçerli olan tam yargı davalarında da uygulanmaktadır. Ancak, tazminata ilişkin diğer düzenlemelerden farklı olarak, Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinde, destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar bakımından idare hukukuna özgü tazminat davalarına doğrudan atıf yapılmıştır. Borçlar Kanunu'nun söz konusu hükmüne göre; bu kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanacaktır.

Destekten yoksun kalma tazminatı, Borçlar Kanunu'nun üçüncü kişilere tanıdığı bir haktır. Bu hak, ölenden dolayı olsa da ölenden geçen bir hak olmayıp, doğrudan doğruya desteğini yitirenlerin kişiliklerinde doğar (Karahasan, 2001(a): s.282).

Destekten yoksun kalma tazminatının temel dayanağı, ölenin hayatta iken bir başkasına fiilen destek sağlaması olup, ayrıca baktığı şahsın, aynı ailenin fertleri, kan hısımı veya birinin diğerinin mirasçısı olması şart değildir. Diğer bir anlatımla, bir şahsın diğer bir şahsın desteği olup olmadığı tamamen fiili duruma göre belirlenmektedir. Ancak, ispat yükü desteğini yitirdiğini iddia eden kişide olacaktır. Yani, destekten yoksun kalma zararı kapsamında tazminat talebinde bulunanın ölenin sağlığında desteğinden faydalandığını ortaya koyması gerekmektedir. Bir kimseye karşılıksız olarak, sürekli ve düzenli şekilde para, hizmet veya mal ile yardımda veya

[194] Dan. 10.D, 28.05.2015, E:2014/8229, K:2015/3381, Danıştay Bilgi Bankası

katkıda bulunan kimse o şahsın desteği sayılmakta olup, ayrıca desteğin bu yardımı yapmaya hukuken mecbur olup olmamasının bir önemi bulunmamaktadır (Oğuzman ve Öz, 2009: s.565). Bu sebeple, yardımcı veya destek kavramını akrabalık, mirasçılık, nafaka yükümlülüğü gibi kanuni ilişkilere bağlı tutmak veya bu ilişkilerle sınırlandırmak doğru değildir. Ancak, anılan ilişkilerin varlığı ölen kişinin öncelikle söz konusu kişilere yardımcı veya destek olduğunun bir göstergesidir (Karahasan, 2001(a): s.251).

Danıştay'a göre destekten yoksun kalma tazminatı; desteğini kaybeden kimseye, diğer bir ifadeyle ölen kimsenin yakınlarına, ölüm olayından önceki sosyal ve ekonomik düzeyinin devamını sağlayacak bir miktar para ödenmesini ifade etmektedir. Destekten yoksun kalma tazminatının şartları gerçekleştiği takdirde, zarar veren, zarar görenin malvarlığında meydana gelen eksilmeyi gidermek zorundadır. Maddi tazminatın amacı, zarar verici olay meydana gelmeseydi, zarar gören, malvarlığı açısından hangi durumda bulunacak idiyse, o durumun yeniden kurulması olup; zarar, destek ölmeseydi, destekten yoksun kalanın gelecekte faydalanacağı yardımı tespit etmek amacıyla belirlenmektedir. Burada karşılanması gereken gerçek zarar, desteğin davacıya sağlayacağı yardımların toplamıdır[195].

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ise, destekten yoksun kalma tazminatı ödenmesi için Kanundan ya da sözleşmeden doğan bir bakım yükümlülüğü bulunup bulunmamasının önemli olmadığını özellikle vurgulamıştır.

"Destekten yoksun kalma tazminatının amacı, desteğini yitiren kimsenin, ölümün meydana gelmesinden önce bulunduğu sosyal ve ekonomik yaşama düzeyinin devamını sağlayacak yardımın karşılığı olan paranın ödettirilmesidir. Kanundan ya da sözleşmeden doğan bir bakım yükümlülüğü bulunmasa dahi, fiilen ve düzenli biçimde yardım eden ve olayların normal akışına göre eğer ölüm olmasaydı çok yakın gelecekte de bu yardımı sağlayacak kimse destek sayılır"[196].

Yüksek Yargı organlarının tanımlarında da vurgulandığı gibi, destekten yoksun kalma zararının tazmin edilebilmesi için kanunen veya sözleşmeye dayalı olarak bakmakla yükümlü bir kişi bulunabileceği gibi, tümüyle merhamet veya başka meşru bir saikle yapılan düzenli ve devamlı bir ödeme de söz konusu olabilir. Ancak,

[195] Dan. 10.D, 26.01.2010, E: 2008/1634, K: 2010/66, Danıştay Bilgi Bankası
[196] AYİM. 2. Daire, 28.12.1988, E:1988/290, K:1988/290 sayılı kararı

yapılan yardımların arızi olarak yapılan bir veya birkaç ödemeden ibaret değil, düzenli bir ödeme olması gerekmektedir. Bunun yanında yapılan destek ve yardımlar, bakım sözleşmesi gibi, fiilen maddi bir karşılık amacıyla olması durumunda destekten yoksun kalma tazminatı istenemez (Feyzioğlu, 1976: s.573).

"Destek" kavramı bir başkasının ya da başkalarının geçimini kısmen veya tamamen sağlamayı ifade etmektedir. Ölümden önce davacıya fiilen destek olan ve ileride de bu durumu devam ettirmesi beklenen kişiye "fiile destek" ya da "gerçek destek" denilir. Ölümden önceki dönemde fiilen destek sağlamamasına rağmen, yaşasaydı ileriki zamanda davacıya destek olması beklenen kimseye "müstakbel destek" veya "farazi destek" olarak adlandırılmaktadır (Oğuzman ve Öz, 2009: s.566). Anne, babanın çocuğa desteği gerçek destek, küçük çocuğun ileride anne-babasına yapması muhtemel destek ise farazi destektir.

Destek çeşitli şekilde olabilmektedir. Desteğin yapılma biçimini sınırlandırmak mümkün değildir. Aylık bağlamak, düzensiz fakat sürekli ayni veya nakdi yardımda bulunmak, yiyecek, giyecek veya konut ihtiyacını karşılamak, sürekli ilaç kullanan bir hastaya ilaç temin etmek destek örnekleri arasında sayılabilir (Tekinay, 1971: s.412).

Destekten yoksun kalma tazminatında yardım gören kimsenin, devamlı bir bakım ihtiyacı içinde bulunması gerekmektedir. Ancak, buradaki bakım ihtiyacı, davacının zaruret ve sefalet haline düşmesini değil, sosyal düzeyine uygun şekilde yaşamının devamını sağlamak için gerekli imkânlardan yoksun kalması anlamındadır. Eğer ölenin fiili olarak baktığı kişi ölüm yüzünden mevcut yaşama standardının altına düşmüş olursa ihtiyaç içinde bulunma şartı gerçekleşmiş sayılır.

Danıştay, anne-baba, eş ve çocuk ilişkisinde taraflardan birisinin vefatı durumunda, ayrıca ve özel bir araştırma yapma lüzumu hissetmeksizin diğerlerine destekten yoksun kalma tazminatı ödenmesi gerektiğine hükmetmektedir[197].

[197] "Bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen raporda, ölenin babası için 16.183,96 TL, annesi için 18.718,24 TL destekten yoksunluk zararının bulunduğunun tespit edildiği, bilirkişi raporunun hükme esasa alınabilecek nitelikte görüldüğü; yapılan itirazın raporu sakatlayacak nitelikte görülmediği gerekçesiyle, toplam 20.000,00 TL maddi tazminat ile…ödenmesine..." (Dan. 10.D, 23.11.2009, E: 2009/7673, K: 2009/10008, Danıştay Bilgi Bankası).

Ancak, ölen çocuğun zeka geriliği, genetik olarak engelli doğması gibi ileriki yaşlarda anne-babasına fiilen destek olma imkanı bulunmadığının anlaşılması durumunda anne-baba lehine destekten yoksun kalma tazminatına hükmedilemez[198].

Ailenin hal-i refah içinde olmaları durumunda farazi destek gündeme gelebilecek midir? Örneğin çocukları vefat eden zengin bir aile destekten yoksun kalma zararı istemeleri mümkün müdür? Farazi destek esasen bir kabule dayalı olması sebebiyle, ailenin ilerde de zengin olup olmayacakları belirsiz olması sebebiyle böyle bir ayrıma gidilmesi yerinde değildir. Nitekim Yargıtay ve Danıştay kararlarında da bu türlü bir ayrım göze çarpmamaktadır. Ancak, Farazi destek halinde, durum fiili destek halindekinden farklı faktörlere tabidir. Bu nedenle farazi desteğin varlığının kabulünde fiili destek olmaya nazaran daha titiz davranmak ve bu tür desteğin çerçevesini daha dar tutmak gerekmektedir (Gürsoy, 1972: s.148).

Anne ve baba, nikâhsız olsa da eşler ve çocuklar yönünden destek olunduğu veya ileride destek olunacağı yolunda ayrıca bir ispat külfeti gerekmemektedir. Anne ve babanın çocuklarına destek olması dayanağını Türk Medeni Kanunundan almaktadır. Kanun'un 328. maddesine göre, anne ve babanın bakım borcu, çocuğun ergin olmasına kadar devam etmektedir. Çocuğun evlatlık olmasının, nesebinin sahih ya da gayri sahih olmasının bir önemi yoktur (Gürsoy, 1972: s.149). Çocuğa desteğin 18 yaşını doldurıncaya kadar devam edeceği varsayılır. Ancak, Çocuğun kendi geçimini sağlayamayacak ölçüde engelli olması veya akıl sağlığının bozuk olması durumunda desteğin varsayılan ölüm yaşına kadar süreceği kabul edilmelidir.

Ancak, kardeş ve büyük anne/baba dahil, diğer kişilerin destekten yoksun kalma tazminatı isteyebilmeleri, ölen kişinin hayatta desteğini aldıklarının ortaya konulmasına bağlıdır. Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin de görüşünün aynı doğrultuda olduğu görülmektedir.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin 16.06.2004 tarihli bir kararına göre; üç yaşından itibaren tüm ihtiyaçları yanlarında kaldığı davacı hala ve enişte tarafından karşılanan, askere giderken halasına tüm mal varlığı üzerinde tasarruf yetkisi veren,

[198] "Bu durumda, Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulu raporunda da belirtildiği üzere, davacıların çocuğunda psikiyatrik yönden ağır zeka geriliği bulunması ve anne ve babasına maddi yönden yardım sağlayacak durumda olmaması nedeniyle maddi tazminata hükmedilebilmesine imkan bulunmamakla…" (Dan. 10.D, 08.06.2010, E: 2007/5570, K: 2010/5236, Danıştay Bilgi Bankası).

genel bir vekâlet bırakan ve askerlik künye defterine ölümüm halinde varisim eniştemdir yazan erin, davacı hala ve enişteye farazi desteği olduğunun kabulünde hukuki zorunluluk vardır[199].

Medeni Kanunun 186. maddesinin 3. fıkrasına göre, eşler aile birliğinin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılacakları hükmü gereği, eşlerden birisinin ölümü sebebiyle diğer eşin onun getirisinden mahrum kaldığı kabul edilmektedir. Eşin fiilen bir işte çalışmaması durumunda da ev işlerini yerine getirmesi sebebiyle eşe destek olduğu cihetle destekten yoksun kalma tazminatı ödenecektir. Hesaplamalar asgari ücret tutarı oranları üzerinden yapılmaktadır.

Ev hanımı olan davacıların murisinin hatalı tıbbi müdahale nedeniyle ölümü sebebiyle destekten yoksun kalma tazminatı istemiyle açılan davada Danıştay; davacıların eşi ve anneleri olan murislerinin ölümü nedeniyle desteğinden yoksun kaldıklarının açık olduğu, murisin geçimini sağlayabilmesi için gerekli gelirin asgari haddi olan brüt asgari ücretin destek hesabında baz alınması suretiyle bilirkişi incelemesi yaptırılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle davanın reddine ilişkin yerel mahkeme kararını bozmuştur[200].

Eşlerden birisinin ölümü durumunda onun desteğinden yoksun kalan diğer eş yararına, kural olarak destekten yoksun kalınan süre ile sınırlı olmak üzere tazminata hükmedilmesi gerekmektedir. Yeniden evlenme durumunda ise destekten yoksun kalınan süre sona erecektir[201].

Eşlerin resmi nikâhlı olmaması destekten yoksun kalma tazminatı için belirleyici bir değildir. Ancak, aksi durumda yani resmi nikâh olmaması durumunda, başvurucunun eş olduğunun açıklığa kavuşturulması şarttır. Uzun süredir aynı çatı altında yaşama, çocukların bulunması birer ispat vasıtası sayılabilir

Danıştay, ölen kişinin resmi nikâhlı eşinin bulunmadığı, davacıyla dini nikâha dayalı beraberliği ve nüfusta üzerine kayıtlı dört çocuğunun olduğu, davacının vefat

[199] AYİM, 2.D, 16.06.2004, E:2003/257, K:2004/249, AYİM Bilgi Bankası

[200] Dan. 10.D, 19.10.2007, E: 2006/6876, K:2007/4769, Danıştay Bilgi Bankası

[201] "Eşin ölümü durumunda onun desteğinden yoksun kalan diğer eş yararına, kural olarak destekten yoksun kalınan süre ile sınırlı olarak destekten yoksun kalma tazminatına hükmedilmesi gerekmektedir. Dava dosyasında bulunan nüfus kayıt örneğinden davacı eş Doğukan Hazar Erdoğdu'nun 08.06.2012 gününde yeniden evlendiği anlaşılmaktadır. Bu durumda, adı geçenin yeniden evlendiği günde destek gereksiniminin ortadan kalktığı benimsenmeli ve o tarihe kadar hesaplanacak destekten yoksun kalma tazminatı hüküm altına alınmalıdır" (Dan. 10.D., 18.09.2013, E: 2013/6098, K: 2013/5939, Danıştay Bilgi Bankası).

edenle bir arada ve ortak çocuklarıyla aile yaşamı içinde ölenin desteğinden faydalanarak yaşamlarını sürdürdükleri anlaşılmış olup; aksi yönde herhangi bir iddianın da dosyada bulunmadığı görülmüştür. Davacı ile vefat edenin 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, vefat edenin 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 kararını onamıştır[202].

Destekten yoksun kalma tazminatının hesaplanması uzmanlık isteyen bir iş olduğundan mahkemelerce bu hesabın bilirkişilere hesaplattırıldığı görülmektedir. Tazminatın hesaplanmasında; ölenin yaşı, muhtemel yaşam ve çalışma süresi, ölenin muhtemel çalışma süresi sonuna kadar gelirinden kendisine ayıracağı miktar, destekten yoksun kalan kişinin muhtemel yaşama ve destek alabilme süresi ile destekten yoksun kalan kişi eş ise evlenme şansı ve tazminatın peşin ödenmesi sebebiyle peşin sermaye indirimi hususlarına dikkat edilir (Kılıçoğlu, 2000: s.280).

Destek payını belirlemede en çok tercih edilen yöntem olarak, ölenin kazançlarının tamamının (100) kabul edilerek paylaştırmanın yapıldığı yöntemdir. Bu yönteme göre, kazançları paylaştırmada eşler yarı yarıya, yani sağ kalan eşin payı ile ölenin payı 1/2'şer olmalıdır. Bu yöntemde açıkta pay kalmamakta, (100) tam kazanç üzerinden ölenin payı ayrıldıktan sonra eş ve çocukların destek payları belirlenmektedir (Çelik, 2006: s.367).

Görüldüğü gibi, destekten yoksun kalma tazminatının hesaplanması, pek çok bilinmeyen içermesi sebebiyle farazi olarak bir kabule dayanmaktadır. Gerek Adli, gerekse İdari Yargı mahkemelerinde sıklıkla rastlanan bir tazminat çeşidi olmasına rağmen, açık bir mevzuat hükmünün bulunmaması hesaplama farklılıklarına yol açmaktadır. Bu sebeple, bilirkişi incelemesine dahi ihtiyaç bırakmayan ve farazi kabulleri olmayan veya en aza indiren yalın bir yasal düzenleme yapılmasına ihtiyaç vardır.

[202] Dan. İDDK, 17.10.1997, E:1995/79, K:1997/479, Danıştay Bilgi Bankası

3.1.1.2. Bedensel (Cismani) Maddi Zarar

Maddi tazminatı gerektiren nedenlerden biri de kişinin beden bütünlüğünün bozulmasıdır. Borçlar Kanunu'nun 54. maddesinde bedensel zararlar; tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar ve ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar olarak sıralanmıştır. Ancak, madde girişinde "bedensel zararlar özellikle şunlardır" ifadesi yer aldığından, sayılan zararların tadadi olmadığı, ayrıca bedensel zararların var olması durumunda bunların da giderilmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

Bedensel zarar ile anlaşılması gereken, bireyin vücut bütünlüğünde hasar meydana gelmesidir. Ancak, vücut bütünlüğü kavramına, ruhsal yapı ve fiziksel görünüş dahildir. Bu sebeple, beden bütünlüğünün bozulmasından fiziksel olarak bir organın zarar görmesi veya yararlanılamayacak hale gelmesi kadar, vaktinden önce doğum, sinir harabiyeti gibi durumlar da bedensel zarar kavramı içinde değerlendirilmektedir (Çakmut, 2003: s.53, Çilingiroğlu, 1993: s.41). Diğer bir anlatımla, beden tamlığı, kişinin farklı yaşam koşullarına uyum sağlayabilecek şekilde tam ve normal bir insan yapısına sahip olması mana ve içeriğini taşır. Bu yapıda meydana gelen bir noksanlık, beden tamlığının zedelenmesi yahut ortadan kalkması sonucunu doğurur (Uçakhan, 2002: s.225). Bedensel olarak zarar görenin kendisi yanında, anne, baba ve kardeşleri de maddi ve/veya manevi olarak zarar görmektedir.

Bununla birlikte, bir kimsenin sadece fiziksel bütünlüğünün zarar görmesi, yaralanması veya sakatlanması maddi bakımdan bir zarar olarak kabul edilmemektedir. Tazminat bağlamında zarar, vücudun yaralanması değil, bu yaralanmanın meydana getirdiği ekonomik sonuçlardır. Bu sebeple vücut bütünlüğünün ihlali, ekonomik olarak bir zarara neden olmamışsa maddi tazminat söz konusu olmaz. Ancak, yaralanmanın meydana getirdiği acı ve üzüntü sebebiyle manevi tazminat söz konusu olabilecektir (Ekmekçi, 1996: s.91,92).

Vücut bütünlüğü, sadece doğuştan var olan fiziksel yapı olarak kabul edilmemekte, kişinin kullandığı ve vücuda kalıcı şekilde sonradan eklenen protez ve organlar da vücut bütünlüğünün bir parçası olarak kabul edilmektedir. Bu sebeple, bunlara verilecek zararlar da cismani zarar olarak değerlendirilmesi gerekmektedir (Oğuzman ve Öz, 2009: s.558).

Zararın varlığının kabulü için, malvarlığındaki irade dışı eksilmenin mutlak olarak dava tarihinde gerçekleşmiş olması zorunluluğu bulunmamaktadır. Olağan şartlara göre, ileride gerçekleşmesi beklenen malvarlığı kayıpları da, yani gelecekteki (müstakbel) zarar da, tazminat talebine konu edilmesi mümkündür (Tekinay vd. 1993: s.559).

Bedensel veya zihinsel bir zarar sebebiyle çalışma ve destek verme yetisini tümüyle kaybedenlerin desteğinden yoksun kalan kişilerin tazminat istemeleri mümkün müdür? Yüksek yargı organlarınca bu talebe olumlu cevap verilmediği görülmektedir. Ancak bu kişilerin tek başlarına hayatlarını sürdürmeleri mümkün olmadığından asgari ücret tutarında bakıcı ücreti ödenmesi gerekmektedir[203]

Askerde sakatlanarak vücut fonksiyonlarının % 90'ının yitiren ve yatalak hale gelen oğlundan dolayı destekten yoksun kalma tazminatı istemiyle babanın açtığı davada Askeri Yüksek İdare Mahkemesi; Borçlar Kanunun 46. maddesine göre, cismani zarara uğrayan kimsenin çalışma gücünü yitirmesinden ve iktisadi geleceğinin sarsılmasından doğan zararların tazmin edilebileceği, bu maddeye göre, maddi tazminat isteyebilecek olan kişinin cismani zarara uğrayan, bu nedenle çalışma gücünü kaybeden ve iktisadi geleceği sarsılan kişidir olduğu, üçüncü kişilerin tazminat isteme haklarının bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir[204].

Danıştay'ın 21.01.2014 kararında ise, destekten yoksun kalma tazminatının ölüme bağlı zararlardan olduğu vurgulanmıştır[205].

Öğretide fazlaca tartışma konusu yapılmayan bu husussa ilişkin olumlu cevap verilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Zira, çalışmayı engelleyecek boyutta vücutta oluşan hasar veya akli dengenin yitirilmesi halinde, parasal getiri bakımından bu

---

[203] "Olayda, davalı idarenin ağır hizmet kusuru nedeniyle davacı %92 oranında işgücü kaybına uğramış olup bu durumdaki bir kişinin hayatını tek başına idame ettirmesi mümkün olmadığından, davacıya asgari ücret üzerinden hesaplattırılacak maddi tazminatın bakıcı ücreti olarak ödenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır" (Dan. 15.D, 22.02.2013, E: 2013/149, K: 2013/1397, Danıştay Bilgi Bankası). Benzer bir karar için bkz. Dan. 10.D, 25.02.2009, E:2006/2371, K: 2009/1339, Danıştay Bilgi Bankası

[204] AYİM. 2.D, 03.12.2001,E: 2000/642, K: 2001/900, AYİMD, S. 17, s. 1095-1099

[205] "Maddi zararlar, mala veya şahsa verilen zararlardır. Şahsa verilen zararlar ise, bedensel (cismani) zararlar olabileceği gibi, destekten yoksun kalma sonucunda oluşan zararlarda olduğu gibi ölüme bağlı zararlar da olabilmektedir" (Dan. 15.D., 21.01.2014, E: 2013/7938, K: 2014/40, Danıştay Bilgi Bankası).

durumun ölümden farkı bulunmamaktadır. Bu durum da, çocuk, anne-baba, eş veya destek verilen üçüncü kişiler yönünden desteğin yitirilmesi anlamı taşımaktadır.

Burada belirtmek istediğimiz son husus, insana verilen zararlardan kaynaklanan tazminat davaları, insanın en temel hakkı olan yaşam hakkına son verilmesi veya cismani zararlarda konumları ne olursa olsun, insanların yaşama dair sevinçlerinin kısmen veya tamamen yok edilmesi sebebiyle üzerinde hassasiyetle durulması gereken bir mevzu olduğudur.

İnsana verilen zararlar, zarar görenlerin konumlarına göre değişmeyen, mutlak eşitliğin egemen olduğu zararlardır. Yaşam ve vücut bütünlüğünü koruma hakları, herkes için eşittir. Bu hakların karşılığı olan zarar ve mahkemelerce hükmedilecek tazminatlar da eşit olmalıdır. Eğitim, ekonomik refah, statü farkı, gözünün veya kolunun daha kıymetli olması yahut bazı insanların organ ve yaşama hakkının daha az değer taşıması anlamına gelmez. Bu sebeple insan zararları standarda bağlanmalı, bu standartlar zarar türlerine göre ve fakat insandan insana değişmeyen eşitlikte bulunmalıdır. Öte yandan, belirlenen ölçüler, hakimin bilirkişiye başvurmadan kendisinin belirleyebileceği yalınlıkta olması olmalıdır (İyimaya, 1994: s.196).

Mevcut hesaplama yöntemlerinde insan unsurunun bir tarafa konularak, maddi zararlar bakımından yaralanan veya sakat kalan kişilerin olaydan önce ne kadar gelir getirecekleri ile olaydan sonra ne kadar gelir getirecekleri veya gelir getirip getiremeyecekleri kıyas edilmekte, insan adeta gelir getiren bir eşyanın bozulması gibi değerlendirilmektedir. Bu durumun insanların hayatlarını az değerli, çok değerli olarak kategorize eden bir yaklaşım olduğu ortadadır. Söz konusu yaklaşım temel insan hakları, insan onuru ve insani değerlere verilen önem bakımından günümüzde gelinen noktaya yakışmamaktadır. Bu sebeple, insanları gelir getiren bir araç olarak gören bu anlayıştan vazgeçilerek, "insan"ı esas eşit bir tazmin yöntemi arayışına bir an önce girilmelidir.

3.1.1.2.1. Tedavi Giderleri

Zarar gören kişinin, sağlığına kavuşmak amacıyla iyi niyetle, sosyal ve ekonomik durumuna uygun olarak yaptığı giderleri tazminat olarak isteyebileceği kabul edilmektedir (Gürbüz, 2001: s.21). Tedavi giderleri kavramına; muayene, ameliyat, röntgen gibi hastane masrafları, ilaç giderleri, vücuda yerleştirilen protez,

kalp pili gibi materyaller, yol ve refakatçi için barınma gibi ulaşım ve barınma giderleri dahil, hasta ve hastalığın durumuna göre makul olarak yapılan tüm giderler tedavi giderleri olarak tazmin edilmelidir. Zarar görenin yaptığı iyileştirme giderlerinin zorunlu olup olmamasının önemi yoktur. Yapılan harcamanın tazmini için tedavinin hastayı iyileştirme umudunun varlığı veya ömrü uzatma, acıyı dindirme vb. şekilde hasta veya hastalık için faydalı olması yeterlidir.

Tedavi giderleri, zarar görenin mal varlığından yapılacağından tazminat isteme hakkı da kural olarak ona aittir. Zarar görenin yakınlarının yaptıkları bir kısım giderler ancak zarar gören ile aralarında vekâlet ilişkisinin bulunması halinde tazminat olarak istenilebilir. Vekâlet ilişkisinin bulunmaması durumunda ise, söz konusu giderlerin istenilebilmesi ancak zarar görenin yakınlarına veya üçüncü kişilere karşı vekâletsiz iş görme hükümlerine göre tazminat borçlusu olması durumunda gündeme gelebilecektir (Karahasan, 2001(a): s.1178).

Maddi giderler her vaka bakımından değişiklik arz edeceğinden tedavi giderlerine yönelik maddi tazminatın kabulü kural olarak bu giderlerin belgelendirilmesine bağlıdır[206].

Ancak, özellikle farklı bir ile sevk durumunda hasta ve refakatçisinin belge ile ispat edilemese bile, barınma, gıda ve yol ücreti bakımından hiç harcama yapmayacakları düşünülemeyeceğinden, hayatın olağan akışına uygun ortalama bir bedelin mahkemece takdiri hakkaniyete uygun olacaktır.

Hatalı sağlık hizmeti sebebiyle maddi zararların tazmininde, harcanan giderlerin gerçek değeri esas alınmalıdır. Sevk zincirine uyulmadığı, devlet veya üniversite hastanelerine tedavi olunmadığı gerekçesiyle tazminatta kısıntıya gidilmesi veya tazminatın kabul edilmemesi mümkün değildir[207].

---

206 "…davacının 1.000,00.-TL. maddi tazminat isteminin bu konuda davacı tarafından dosyaya bir bilgi ve belge sunmadığı gerekçesiyle maddi tazminat isteminin reddine dair verilen kararın…Onanmasına" (Dan. 15.D, 09.11.2015, E:2015/3530, K:2015/7187, Danıştay Bilgi Bankası

207"İdare hukuku ilkelerine göre maddi zarar; idari işlem veya eylem nedeniyle kişinin mal varlığının (patrimuanın) aktifinde meydana gelen azalma nedeniyle uğranılan zarar ile elde edilmesi kesin olan gelirden yoksun kalma sonucu uğranılan zarar olup; bedensel nitelikteki maddi zarar ise, kişinin sağlığına kavuşmak için yaptığı tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalması ya da yok olması nedeniyle elde edeceği gelirde meydana gelen azalmayı ifade eder. Uyuşmazlıkta davacının gerçek zararının Amerikan Hastanesi'ndeki tedavi sırasında fatura karşılığı ödediği toplam 58.394,62-TL olduğu ve idare mahkemesince davacının tazminat isteminin kabulüne karar verilmesi gerekirken davacının Amerikan Hastanesi'ndeki tedavi masraflarının devlet hastanesinde yapılması halinde ödeyeceği miktar olan 11.465,41-TL esas alınarak maddi tazminat isteminin kısmen kabulü yolunda

Ancak, Danıştay yeni tarihli bir kararında; yaralanma olayı sonrasında yapılacak tedavi giderlerinin Devlet tarafından karşılanabilmesi için tedavinin devlete ait bir sağlık kuruluşunda yapılması gerektiği, oysa davacı tarafından dosyaya sunulan faturalar incelendiğinde, davacının özel sağlık kuruluşlarında tedavi gördüğü ve bu hususun zorunlu ya da acil bir durumdan kaynaklandığına ilişkin somut bir iddia ve delilin de olmadığı gerekçesiyle davacı tarafından ödenen tedavi giderlerinin tazminine olanak bulunmadığına karar vermiştir[208].

İdarenin kusurlu eylemi sebebiyle mağdurun katlandığı zararın, yorum yoluyla mağdur üzerinde bırakılmasının hukuk devleti ve Anayasanın 125. maddesiyle bağdaştırmak güçtür.

Tedavi giderlerine yönelik belirtmemiz gereken bir diğer husus doktor veya sağlık kuruluşunun kusur oranının tazminatın belirlenmesinde bir etkisinin olup olmayacağı meselesidir. Gerçekten de, idareler kural olarak kusurları oranında tazminat ödemekle yükümlüdürler. Ancak, kusurun kalan kısmının yüklenicisi bulunmaması ve hakkaniyet düşüncesiyle sağlık hizmetlerinin bu durumun istisnası olduğu kabul edilmektedir. Buna göre, oranı ne olursa olsun, sağlık hizmetinin yürütülmesinde bir kusur varsa idare tarafından, olaydan zarar gören kişinin o ana kadar meydana gelen ve yaşamının kalan kısmında yapacağı masrafların giderilmesi gerekmektedir.

Danıştay 11.03.2014 tarihli bir kararında; Adli Tıp Kurumu raporu uyarınca, meydana gelen zararda kalp damar cerrahının 2/8 (sekizde iki) oranında kusurlu olduğu bir davada, "belirtilen nitelikleri nedeniyle, idari eylemlerden doğan tazmin sorumluluğunun saptanmasında uygulanan ve konusunda uzman bilirkişilerce belirlenen kusur oranının, idarenin tazmin borcunun hesaplanmasında kullanılması yönteminin, sağlık hizmetlerinden kaynaklanan olaylarda, gerçek zararın tespitinde kullanılmasına olanak bulunmamaktadır. Öte yandan, diğer idari eylemlerde kusurun kalan kısmı ya zarar gören, ya da üçüncü bir kişiye yüklenebilir nitelik taşıyabilmektedir. Sağlık hizmetinden yararlanan konumundaki kişilerin, sağlık personelinin saptanan kusur oranı dışında kalan kusurdan sorumlu olduğundan söz

---

verilen kararda hukuka ve hakkaniyete uygunluk bulunmamaktadır" (Dan. 15.D, 18.03.2015, E:2013/3879, K: 2014/1873, Danıştay Bilgi Bankası).

208 Dan. 10.D, 16.10.2014, E:2010/11290, K:2014/5905, Danıştay Bilgi Bankası

edilemeyeceği gibi; bunun sonuçlarına katlanmasının da hakkaniyete aykırı olacağı açıktır" gerekçesiyle idarenin meydana gelen zararın tümünden sorumlu olduğuna hükmetmiştir[209].

Bir başka kararında ise Danıştay; maddi tazminatın, idarenin 2/8 oranında kusurlu kabul edildiği varsayılarak hesaplanmasında hukuka ve hakkaniyete uyarlık bulunmadığı, doktor hakkındaki 2/8 oranındaki kusur tespitinin davalı idarenin mukayeseli kusur oranı olarak kabul edilemeyeceği, aksi takdirde, geri kalan 6/8 oranındaki kusurun kimde olduğu, başka bir deyişle davacıların zararının 6/8'ini kimin karşılayacağı soruları hukuken yanıtsız kalacağı, aynı şekilde, mezkur bakiye 6/8 kusur oranına tekabül eden maddi zarara davacıların katlanması gerektiği yönündeki bir düşüncenin kabul edilmesi de hakkaniyet icabı mümkün olmadığı gerekçesiyle meydana gelen zararın tümünün idarece karşılanması gerektiğini ortaya koymuştur[210]

Ancak, kuşkusuz zarar görenin kendi hatası sebebiyle zararın artmasına sebebiyet vermişse, örneğin ilaçların kullanılmaması veya eksik kullanılması sebebiyle iyileşme süreci uzamışsa zararın hesabında bu durum dikkate alınacaktır.

3.1.1.2.2. Çalışma Gücünden Yoksunluk

Kişinin fiziksel, ruhsal ya da düşünsel(zihin) yeteneklerine bağlı olan ekonomik verimlilikleri çalışma gücü olarak nitelendirilmektedir (Atay vd. 2003: s.816). Bedensel zarara uğrayan kişi zararın niteliğine göre çalışma gücünü kısmen ya da tamamen kaybedebilir. Bu yoksunluk sürekli olabileceği gibi, geçici nitelikte de olabilir. Ancak, çalışma gücünden yoksunluk geçici nitelikte veya kısmen olsa bile, kişinin iş yapma, meslek ve sanat icra etme yetisinde meydana gelecek azalmaya bağlı olarak kazanç kaybına uğraması kaçınılmaz olacaktır. İşte, kusurlu eylemleriyle kişilerin bedensel zararlarına sebebiyet veren idare, bu zararlar sebebiyle oluşacak maddi kayıpları telafi etmekle yükümlüdür.

Ancak, fiziksel olarak güç kaybı yaşamasına rağmen, kişinin gelirinde bir azalma bulunmaması durumunda da, idarenin tazminat sorumluluğu tümüyle ortadan kalkmamaktadır. Efor kaybı tazminatı olarak nitelendirilen bu tazminat çeşidinde,

---

209 Dan. 15.D, 11.03.2014, E:2013/3995, K: 2014/1682, Danıştay Bilgi Bankası

210 Dan. 15.D, 12.12.2013, E:2013/4237, K: 2013/10653, Danıştay Bilgi Bankası

bedensel bütünlüğü zarara uğratılan birey, maddi olarak kayba uğramamış olsa bile, meydana gelen fiziksel eksilme sebebiyle, aynı işi yaparken önceki hale göre daha fazla güç ve efor harcayacağı, bu durumun da kişinin daha çok veya çabuk yıpranmasına neden olacağı sebebiyle maluliyet oranında tazminat ödenmesi gerektiği ileri sürülmektedir (Güleç, 2002: s.273).

Kişinin kısmen veya tamamen çalışma gücünden yoksun kalmasından doğan zararlarının belirlenmesinde, çalışma gücü kaybının süresi, zarar görenin yaşı, iş görebilirlik süresi, muhtemel yaşam süresi, gelir durumu ve çalışma gücü kayıp oranının belirlenmesi önem taşır (Ekmekçi, 1996: s. 95). Çalışma gücünün kaybından doğan zarar durumunda, işin niteliği yalnız tazminatın miktarı ile ilgilidir. Bu nedenle, kişinin örneğin ev hanımı olması gibi çalışmaması ile çalışması arasında tazminatı hak etme yönünden bir fark bulunmamaktadır (Yılmaz, 2007: s.218).

Danıştay içtihatlarına göre; zarar görenin ev hanımı olması, işsiz olması, çalıştığı işe ilişkin ücreti ispat edememesi veya kazancın aylık olarak değişkenlik göstermesi gibi durumunda tazminatın asgari ücret tutarında hesaplanması icap etmektedir.

Hukuki yorum gerektirmeyen, teknik ve uzmanlık bilgisi ile ortaya konulabilecek olaylarda mahkemelerce bilirkişi incelemesi yaptırılması zorunludur. Tazminat hesaplaması da bu neviden işlerden olup, mahkemelerde belirli prensipler dikkate alınarak hesap bilirkişisine tazminat miktarlarının hesaplattırılması gerekmektedir[211].

Çalışan bir kişi için tazminat hesaplattırılmasında aşağıdaki prensiplere uyulması gerekmektedir[212]:

1- Mahkemece öncelikle, davacıya vazife malulü aylığı bağlanıp bağlanmadığı, Sosyal Güvenlik Kurumundan sorularak, aktif ve pasif dönem zararları hesabında

[211] "Temyizen incelenen kararda, davacının uğradığını öne sürdüğü maddi zararın ne olduğunu ortaya koyamadığı belirtilmekte ise de; geçirmiş olduğu ameliyatlar sonucu sol böbreğini kaybettiği anlaşılan davacının, idarenin hizmet kusuru nedeniyle organ kaybına ve maddi zarara uğradığını öne sürdüğü ve maddi tazminat isteminde bulunduğu anlaşılmaktadır. Adli Tıp Kurumunun 26 Şubat 2007 tarihli raporunda ise davacının organ kaybı nedeniyle % 28,2 oranında çalışma gücünden kaybettiğinin belirtildiği görülmekte olup, organ kaybının hizmet kusurundan kaynaklanması halinde ev hanımı olan davacının ev işleri için üçüncü bir kişinin yardımına ihtiyaç duyacağı dikkate alınıp, asgari ücret tutarı ve çalışma gücündeki kaybı oranına göre hesaplanması gereken maddi zararın varlığının kabulü gerekir" (Dan. 10.D, 23.11.2012, E:2008/2536, K:2012/5980, Danıştay Bilgi Bankası).

[212] Dan. 10.D., 08.04.2015, E:2014/5484, K: 2015/1650, Danıştay Bilgi Bankası

kullanılacak verilerin (davacının emsali polis memurunun alacağı görev ve emekli aylıklarının, vazife malullüğü ve adi malullük aylıklarının, emekli ikramiyesi ile ek ödemenin peşin sermaye değerlerinin) düzenlenecek rapor tarihi itibarıyla değerlerinin ilgili idarelerden sorulması; alınacak cevap üzerine, yukarıda üç madde halinde aktarılan ilkeler çerçevesinde bilirkişi incelemesi yaptırılması,

2- Aktif dönem gelir hesabında, 5434 sayılı kanunun 40. maddesi uyarınca, davacının öğrenim durumu itibarıyla görevde yükselme olanağı yok ise 55 yaşının; var ise yükselebileceği rütbeye ilişkin anılan maddede düzenlenen emeklilik yaşının dikkate alınması,

3- Davacıya bağlanan vazife malullüğü aylığı peşin sermaye değeri ile adi malullük aylığı peşin sermaye değeri arasındaki farkın; 5434 sayılı kanun uyarınca ödenecek ikramiye ile 2330 sayılı kanun uyarınca ödenen ikramiye peşin sermaye değeri arasındaki farkın, ek ödeme peşin sermaye değerinin (Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığından sorularak) toplam zarardan düşülmesi,

4- Davacıya ödenen nakdi tazminatın, söz konusu tarihlerdeki değil, yeni rapor tarihindeki güncel değeri hesaplandıktan sonra, yarar kalemi olarak toplam zarardan düşülmesi gerekmektedir.

5- Ayrıca, davacı kamu görevlisi olup, geliri maaş katsayısına bağlı olarak belirli dönemlerde artmaktadır. Zararının tespitinde, hesap tarihine kadar, gelirinde meydana gelen artışların zarara yansıtılması gerekir. Başka bir ifadeyle, davanın görülmesi sırasında maaşında bir artış meydana gelmiş ise, bu yeni maaşa göre hesaplama yapılmalıdır.

Çalışma gücünden kısmen veya tamamen yoksunluk, geçici nitelikte olabileceği gibi tam olarak iyileşememe sebebiyle sürekli de olabilecektir. Bunun yanında, vücut bütünlüğünün kısmen zarar görmesi nedeniyle çalışma gücünün azalması veya felç, akli melekelerin yitirilmesi, ağır fiziksel ya da zihinsel travma nedenlerinde olduğu gibi çalışma gücünden tümüyle yoksunluk durumu da söz konusu olabilecektir.

3.1.1.2.2.1. Çalışma Gücünden Geçici Olarak Yoksunluk

Yukarıda da vurgulandığı gibi, çalışma gücünden anlaşılması gereken, kişinin bedensel, ruhsal ve de zihinsel yeteneklerine bağlı olan ekonomik verimliliğidir

(Aşçıoğlu, 1993: s.100). Çalışma gücünden yoksunluk, bedensel zararın etkisi belirli bir süreye ilişkin ise, yani sakatlık geçici bir nitelik taşıyorsa zarar, kişinin iyileşme anına kadar çalışamamasından doğan kazanç kaybından ibarettir. Dava açma anında kişi tamamen iyileşmiş ise, artık tazminat isteme süresi geçmişe yönelik belirli bir süreyi içermesi bakımından tazminat hesaplaması daha reeldir.

Buna göre, çalışma gücünün geçici olarak kaybı durumunda, olay tarihi ile iyileşme tarihi arasında kişinin normal olarak elde edebileceği kazançtan mahrum kalması nedeniyle, bu meblağın tazminat olarak hükmedilmesi gerekir (Bal vd. 2003: s.351; Atay vd. 2003: s.221). Örneğin, yanlış tedavi sonucu 2 yıl çalışamayan işçinin kazanç kaybı, 2 yıllık süreyi kapsamaktadır. Ancak, geçici iş göremezlik durumunda uğranılan gelir kaybının hesabı serbest çalışanlar bakımından güçlük göstermektedir. Zira, çalışanın aylık net bir geliri olmadığı ve değişkenlik gösterdiğinden, zararın ortaya konulması her zaman mümkün olamayabilmektedir. Bu gibi durumlarda, yani kazancın değişkenlik gösterdiği, ortalama bir değerin alınmasının mümkün olmadığı durumlarda asgari ücret tutarı üzerinden hesaplama yapılması gerekmektedir. İşçiler ve memurlar gibi, aylık sabit geliri olanlar bakımından ise, elde edilen gelir net bir şekilde ortaya konulduğundan, gelir kaybına yönelik zararının hesabı daha kolaydır (Karahasan, 2001(a): s.152). Diğer yandan, ücretle çalışanlarda zararın hesaplanmasında sadece ücret değil, yan ödemelerin de dikkate alınması gerekmektedir. Öte yandan, bağımsız çalışanların geçici süreli uğradıkları maddi zararın tespitinde, kişinin çalışma şekli, çalışma gücü kaybının işyerine ve kazanca etkisinin de göz önünde bulundurulması gerekir (Ekmekçi, 1996: s.97).

Çalışma gücünün geçici kaybı ile mutat iştigalden mahrum kalma kavramının karıştırılmaması gerekmektedir. Şöyle ki; mutat iştigaller kişinin yemek, içmek, elbisesini değiştirmek ve benzeri günlük gereksinimlerini ifade etmekte olup, mutat iştigalden mahrumiyet söz konusu faaliyetler için başkasına ihtiyaç duyulan süreyi ifade etmektedir. Çalışma gücünün geçici kaybı ise, yukarıda açıklandığı gibi kişinin çalışamadığı ve kazanç elde edemediği süredir. Bu bağlamda, tazminat hesaplanmasında mağdurun çalışma gücü kaybı süresinin dikkate alınması tabiidir.

Yaş itibariyle henüz çalışma yaşamına başlama çağına gelmemiş veya herhangi bir sebeple çalışma yaşamının dışında kalmış bulunan kişiler yönünden geçici iş göremezlik kural olarak herhangi bir gelir kaybına yol açmaz. Ancak, özellikle

çocuklar bakımından geçici iş göremezlik, çalışma yaşamına girişi geciktirmiş ise, böyle bir durumda tazminat hesaplanmasında bu durumun dikkate alınması gerekmektedir[213] (Ekmekçi, 1996: s.97).

3.1.1.2.2.2. Çalışma Gücünden Sürekli Olarak Yoksunluk

Çalışma gücünden yoksunluk sebebiyle mahrum kalınan kazanç kaybının hesaplanmasında öncelikle çalışma gücü kaybının geçici mi, yoksa kalıcı mı olduğunu tespit edilmesi gerekmektedir. Çalışma gücünün geçici kaybında, zarar görenin çalışamadığı süre, çalışma gücünün devamlı kaybında ise, mağdurun kayba uğramaması durumunda çalışabileceği süre hesaplanmalı, daha sonra ise, çalışma gücündeki kayıp oranı belirlenmelidir. Çalışma gücü kayıp oranını hesaplamak uzmanlık gerektiren bir iş olması sebebiyle açılan davalarda uzman bilirkişiler görevlendirilmelidir (Tekinay vd. 1993: s.608).

Zarara uğrayan şahıs, çalışma gücünden sürekli bir şekilde, tümüyle veya kısmen yoksun kalmışsa, gelecekte uğrayacağı zararın hesaplanması icap etmektedir. Gelecek zaman için zarar hesabında, kişinin hali hazır yaşına ve durumuna göre çalışma süresi ile zaman içinde elde etmesi muhtemel olan gelir dikkate alınır. Diğer bir anlatımla, çalışma gücünün yitirilmesinin süreklilik arz ettiği durumunda zarar, olay sebebiyle gelecekte çalışamama durumuyla orantılı olduğundan, zarar görenin genç olmasından kaynaklanan iş görebilirlik süresinin uzunluğu ve çalışma gücü kaybı oranı gibi hususlar önem arz etmektedir (Ekmekçi, 1996: s.97). Çalışma gücünü kısmen yitiren şahsın, olay sonrası durumuna uygun bir başka işte çalışarak gelir elde etmesi mümkünse, ödenecek tazminat elde edilecek gelir kaybı olacaktır (Reisoğlu, 1998: s.177).

---

[213] "İdare Mahkemesince, dava konusu edilen maddi tazminatın, işgörememezliğe ilişkin olduğu ve Adli Tıp Kurumu Raporunda davacının işgörememezlik süresinin üç ay olduğu yönünde tespite yer verildiğinden bu üç aylık süre için hesaplanan 1.545,58-TL maddi tazminat isteminin kabulüne, fazlaya ilişkin tazminat istemlerinin reddine karar verilmiş ise de; davacının vücudunda unutulan pens nedeniyle pensin unutulduğu ilk ameliyat tarihi olan 24.06.2005 tarihinden, pensin çıkarıldığı 20.06.2009 ikinci ameliyat tarihleri arasında davacının iş gücü kaybında azalma olup olmayacağı, olacak ise bunun ne kadar olduğu konusunda bir bilirkişi incelemesi yaptırılarak iş gücü kaybı yaşadığının tespiti halinde yukarıda belirtilen yaklaşık dört yıllık süre için de maddi tazminata hükmedilmesi gerekirken bu konuda her hangi bir araştırma yapılmaksızın sadece davacının her iki ameliyattan sonraki iyileşme süresi için maddi tazminata hükmedilmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır" (Dan. 15.D, 17.06.2014, E:2013/9522, K:2014/5492, Danıştay Bilgi Bankası).

Çalışma gücünden sürekli yoksunluk, tam olabileceği gibi, kısmi de olabilir. Ancak, kısmi çalışma gücünden yoksunluk ile yukarıda açıklanan geçici çalışma gücünden yoksunluk karıştırılmamalıdır. Geçici çalışma gücünden yoksunluk halinde kişi bir süreliğine tam veya kısmi olarak çalışma gücünden yoksun kalsa bile, daha sonra iyileşerek eski performansına dönmesi söz konusudur. Bir başka ifade ile zarar süresi, iyileşme süresi ile sınırlıdır. Ancak, kısmi çalışma gücünden yoksunluk halinde kişi, sürekli olarak çalışma gücünden kısmen mahrum kalmaktadır. Bu sebeple zarar süreklidir.

Çalışma gücünün sürekli olarak kaybedilmesi durumunda mağdurun maddi zararının hesaplanması birçok bilinmeyene dayanması nedeniyle, hesaplanmasının daha güç olması yanında, farazi bir tazminat miktarı hesaplanması zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Zira, yalnızca zarar verici eyleme maruz kalınan gündeki gelir değil, bu fiil işlenmemiş olsaydı, zarar görenin gelecekte ne kadar gelir elde edebileceğine yönelik kazancı hesaplanmaktadır. Oysa kişinin yaşam süresi, gelecekte işsiz kalma olasılığı veya kendisini geliştirmek suretiyle daha iyi bir gelir elde etme durumu veya geleceğe yönelik iş göremez duruma gelme olasılığı gibi birçok bilinmezlik vardır. Ancak, geleceğin bilinmezliğinden dolayı, mutad olabileceklerin dışında davacının lehine veya aleyhine olabilecek tüm değişikliklerin sabit kabul edilmesi suretiyle bir hesaplama yapılmaktadır.

Mağdurun, eylem sebebiyle olağan olarak elde edeceği bir gelir varsa tazminat tutarından bu gelirin indirilmesi icap eder[214].

Beden tamlığına yapılan kusurlu eylem sebebiyle kısmi olarak çalışma gücünden sürekli yoksunluk durumlarına ilişkin değinilmesi gereken bir diğer husus efor tazminatıdır. Beden gücü kaybına rağmen kişinin gelirinde bir eksilme olmaması halinde dahi, beden gücü kaybına uğrayan kişinin, aynı işi zarardan önceki durumuna ve diğer kişilere göre daha fazla bir güç (efor) sarfıyla yapabileceği olgusu, bu fazladan sarfedilen gücün tazmini gerektiği sonucunu doğurmuş ve bu tazminat çeşidi "efor tazminatı" olarak adlandırılmaktadır (Özgüldür, 2000: s.59-80). Efor

[214] "…davacının emeklilik tarihinden 60 yaşına kadarki geliri(zararı) hesaplanırken, bu dönemde aldığı emekli maaşlarının elde edilen gelir kazancı olarak dikkate alınmak suretiyle; bu konudaki eksiklik giderildikten ve böylece kesin zarar miktarı belirlendikten sonra maddi tazminat istemi hakkında karar verilmesi gerektiğinden, eksik bilirkişi raporu esas alınarak verilen kararın bu kısmında hukuki isabet görülmemiştir" (Dan. 10.D, 16.06.2010, E:2008/1123, K: 2010/5433, Danıştay Bilgi Bankası).

tazminatında kişinin, zararını bizzat kendisinin "daha fazla bir güç" harcayarak gidermiş olması nedeniyle ilgili idarenin tazmin sorumluluğu doğmaktadır.

Güç kaybı (efor) tazminatının ödenebilmesi için, vücut bütünlüğü ihlal edilen ve bu nedenle sakat kalan kişinin, bu durumu davada ileri sürmesi ve olaydan önceki işi ile aynı işi yapmaya devam ediyor olması gerekmektedir. Şayet, davacı aynı gelir elde etmesine rağmen, daha az gayret sarf edeceği bir işte çalışmaya başlamış ise, artık güç kaybı sebebiyle tazminat ödenmesine gerek bulunmamaktadır[215].

Danıştay'ın genel olarak efor tazminatına karşı olumsuz bir yaklaşım sergilediği görülmektedir.

Polis memuru olan davacının, görevi sırasında yaralanması sonucunda uğradığı işgücü kaybı nedeniyle tazminat istemiyle açılan davada idare mahkemesince davacının %3,85 işgücü kaybı olduğu gerekçesiyle efor tazminatının kabulüne yönelik kararı; yaralanmadan önce aktif polis olarak görev yapan davacının, yaralandıktan sonrada aynı görevi sürdürmesi, aylık ücretinde herhangi bir eksiklik olmaması, aynı görevi yürütmeye devam ederken, daha fazla efor sarfettiğini ileri sürmemesi ve idarece, davacının, yaralanması sonrası oluşan ve sağlık kurulu raporu ile belirlenen sakatlık durumuna uygun görev verileceği de dikkate alındığında, meslekte kazanma gücü kaybı oranına göre hesaplanan efor (iş gücü) tazminatının ödenmesi yolunda verilen kararda hukuki isabet bulunmadığı gerekçesiyle bozulmuştur[216] .

Danıştay'ın 25.04.2014 kararında ise; olayda, davacının uğradığı maddi zararın, 23.4.2002 tarihinde meydana gelen trafik kazası sonrası 30.3.2006 tarihine kadar aktif polislik görevini sürdürmesi, aylık ücretinde herhangi bir eksiklik

[215] "Olayda davacının, 24.6.2004 tarihinde meydana gelen yaralanma olayı sonrası 15.8.2007 tarihine kadar aktif polislik görevini sürdürmesi, aylık ücretinde herhangi bir eksiklik olmaması, davalı idarenin 15.8.2007 tarihli kararıyla da, sakatlık durumuna uygun olarak idari polislik görevinde çalıştırılmasına karar verilmesi ve aylık ücret almaya devam etmesi dikkate alındığında, meslekte kazanma gücü kaybı oranına göre hesaplanan efor (iş gücü) tazminatının davacıya ödenmesine olanak bulunmadığı görülmektedir" (Dan. 10.D, 16.10.2014, E:2010/11290, K: 2014/5905, Danıştay Bilgi Bankası). Benzer bir olayda Danıştay; "davacının çalışma gücündeki kayıp nedeniyle görevini ve hayatın olağan akışı içindeki diğer işlerini yerine getirirken daha fazla güç sarfedip sarfetmeyeceği hususunun araştırılması, daha fazla güç sarfedileceğinin saptanması halinde davacının ve davalı idarenin olayın meydana gelmesindeki kusurları dikkate alınarak maddi tazminata hükmedilmesi gerekirken, eksik incelemeye dayalı olarak verilen kararda hukuki isabet görülmemektedir" gerekçesiyle yerel mahkeme kararını bozmuştur (Dan. 10.D., 24.01.2001, E:1998/1476, K: 2001/211, Danıştay Bilgi Bankası).

[216] Dan. 10.D., 22.09.2008, E:2008/2945, K: 2008/6240, Danıştay Bilgi Bankası

olmaması, davalı idarenin 30.3.2006 tarihli kararıyla da, sakatlık durumuna uygun olarak idari polislik görevinde çalıştırılmasına karar verilmesi ve aylık ücret almaya devam etmesi dikkate alındığında, meslekte kazanma gücü kaybı oranına göre hesaplanan efor (iş gücü) tazminatının davacıya ödenmesine olanak bulunmadığına hükmetmiştir[217].

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ise, şartları mevcut ise efor tazminatının ödenmesi gerektiğine hükmetmektedir.

Yüksek Mahkemeye göre; geçirdiği helikopter kazasına bağlı olarak yaralanan ve tedavisi sonunda sınıfı görevini yapar raporu verilen davacı astsubayın, olaydan önce almakta olduğu aylık ile olaydan sonra almaya devam edeceği aylık yönünden bir noksanlık yoksa da, sağlık kurulu raporuna göre uğradığı %30 fonksiyon kaybına göre, aynı işi sakatlanmasından önceki durumuna göre daha fakla bir eforla sarfıyla yapacağı gerçeğinden hareketle, bu kaybı gidermek üzere davacıya maddi tazminat ödenmesi gerekmektedir[218].

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin 06.05.1998 tarihli kararında ise, görevli bulunduğu helikopterle personel indirirken teröristlerce açılan ateş sonucu yaralanan, tedavisi sonucu sınıfı görevini yapar raporu verilmekle beraber, %5 vücut fonksiyon kaybına uğradığı belirlenen davacı astsubayın, aynı işi sakatlanmasından önceki duruma ve diğer kişilere göre daha fazla bir güç (efor) sarfıyla yapacağından hareketle, tespit edilen bu efor kaybı karşılığı efor kaybı tazminatının verilmesi gerektiğine hükmedilmiştir[219].

Zararın meydana gelmesine kişinin kendi kusuru sebep olmuşsa veya kişinin kusuru zararı artırmışsa tazminata hükmedilmesinde bu durumun dikkate alınması gerekmektedir[220].

---

[217] Dan. 10.D., 25.04.2014, E:2010/7426, K: 2014/2681, Danıştay Bilgi Bankası

[218] AYİM. 2.D, 14.5.1997 E:1996/563, K:1997/458; AYİM Dergisi, Sayı:12, 1998: s.953

[219] AYİM. 2.D, 6.5.1998, E:1997/927, K.1998/437; AYİM Dergisi, Sayı:13, 2000: s.783

[220] "Bu bakımdan, her ne kadar davalı idarenin, 2238 sayılı Kanunda organ bağışlayanların haklarını korumaya yönelik getirilmiş düzenlemeler kapsamında, bahsi geçen ameliyatın başlatılması öncesinde, verici tarafın mağduriyetine yol açabilecek birtakım usuli eksiklikleri olsa da, esasen alıcının yakınlarının mevzuata aykırı hareket ettikleri; organ bağışlayıcısını ve ameliyatı yapacak doktoru para karşılığı ayarladıkları görüldüğünden, ilgililerin kendi kusurlu davranışları nedeniyle ortaya çıktığı iddia edilen zararlardan dolayı davalı idarenin kusurlandırılması mümkün değildir. Bu durumda, davacıların manevi tazminat taleplerinin de kabulüne imkan bulunmadığından, idare

Sürekli bedensel zararın kişinin hayatını tek başına devam ettiremeyecek boyutta olması durumunda talep halinde, ayrıca bakıcı ücreti ödenmesi gerekmektedir[221].

3.1.1.2.3. Ekonomik Geleceğin Güçleşmesi

Bedensel tamlığın ihlâl edilmesi, dar anlamda yani fiziki olarak çalışma gücünde bir düşüş meydana getirmese de, zarar gören için iş bulma ve çalışmaya yönelik bazı güçlükler meydana getirir. İşte, kişinin çalışma gücündeki azalmadan doğan zararlar dışında veya bunun yanı sıra, hâlihazırdaki iş bulma, çalışma ve ekonomik olarak kazanç elde etme veya gelecekteki gelişme ve yükselme şansını azaltan arızalar gibi zararlar da hesaplanarak mağdura ödenmesi gerekmektedir[222] (Ekmekçi, 1996: s. 95; Velidedeoğlu; 1987: s.121).

Örneğin, bir mankenin yüzünde meydana gelen bir yaralanma izi (Tekinay vd. 1993: s.612) veya sinema oyuncusunun saçlarını kaybetmesi onun çalışma gücünü azaltmasa bile, onun mevcut durumda veya ileride iş bulmasını güçleştirebilir ve hatta imkânsızlaştırabilir. İşte bu durumda, mağdurun ekonomik geleceği sarsılmasaydı elde edeceği kazançla, hatalı idari eylem sonrası kişinin elde edebileceği kazanç farkı tazminat miktarını oluşturmaktadır. Burada kişinin haksız eylem sebebiyle daha az kazanacağı öngörülebilir olmakla birlikte, miktarın belirlenmesindeki belirsizlik sebebiyle "ortalama bir kabul" ile zarar hesaplaması yapılacaktır.

---

mahkemesi kararının kabule yönelik kısmında hukuki isabet görülmemiştir" (Dan. 15.D, 29.05.2014, E:2013/3962, K:2014/4444, Danıştay Bilgi Bankası).

[221] "Olayda, davalı idarenin ağır hizmet kusuru nedeniyle davacılar çocuğu %90 oranında işgücü kaybına uğramış olup bu durumdaki bir kişinin hayatını tek başına idame ettirmesi mümkün olmadığından, davacılardan anne baba açısından talep edilen bakıcı ücretine dair maddi zararlar yönünden zarar tespit bilirkişisi tarafından yapılacak hesaplama neticesinde ortaya çıkacak miktarın tazminat olarak davacılara ödenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır" (Dan. 15.D, 21.01.2014, E:2013/7983, K: 2014/40, Danıştay Bilgi Bankası).

[222] "…Tanınmış ressamlardan olması, yurt içi ve yurt dışı resim sergileri ve güzel sanatlar dalındaki faaliyetleri ile temayüz etmesi ve olaydan sonra bu gibi çalışmalarının önemli ölçüde aksaması sebebiyle…" (Dan. 12.D, 03.02.1970, E:1965/4201, K:1970/218, aktaran: Esin, 1976: s.77). Benzer bir karar için bkz."…Yakalayıp inzibat merkezine götürmek istediği bir jandarma erinin fırlattığı taşla gözünden yaralanıp sakat kalan inzibat erinin sivil hayatta terzilik yaptığı ve genç yaşta bir gözünü kaybetmesi yüzünden mesleki faaliyetini layığı ile ifa edemeyecek olması nedeniyle…" (Dan.12.D, 06.05.1969, E:1967/1940, K:1969/1068, aktaran: Esin, 1976: s. 478).

Yüz veya vücudunda meydana gelen hasar nedeniyle evlenme şansı tehlikeye düşen bir kızın da ekonomik geleceğinin tehlikeye düşeceği kabul edilmektedir[223] (Esin; 1976: s.449). Aynı durumun erkekler için de geçerli olduğunun kabulü mümkündür.

Bazı durumlarda çalışma gücünün azalması ile ekonomik geleceğin sarsılması karışabilir veya iç içe olabilir. Ancak, esasen her halde meydana gelen zarar hesaplanacağından sonuca bir etkisi bulunmamaktadır.

Görüldüğü gibi, maddi zararlar birçok unsurdan oluşmaktadır. Ancak, bu unsurların çeşitliliği ve hesaplamasındaki güçlükler sebebiyle zaman zaman yüksek mahkemelerin farlı dairelerinden, hatta aynı dairede bile farklı kararlar verilmesine sebep olmaktadır. Yukarıda ana başlıklar altında açıklanmaya çalışılan zarar hesabına ilişkin yöntemlerin karmaşık, geleceğe yönelik varsayımlara dayalı, uygulamada birlik değil, aksine çokluk olgusuna yol açan bir yapıda olduğu ve henüz sorunun çözüm aşamasından uzak bir noktada olduğu açıktır (Özgüldür, 2000, s.59-80). Bu sebeple, bireyin vücut tamlığı üzerindeki hatalı eylemler sebebiyle ödenecek tazminat olgusuna yeni bir bakış açısıyla ve yeniden ele alınması gerekmektedir.

3.2. Manevi Zarar

3.2.1. Manevi Zarar Kavramı

Manevi zarar deyiminden, mağdurun kişiliğine yapılmış bir saldırı sonucu, huzurunda azalmaya yol açan, duyduğu fiziki ve psişik ıstıraplar anlaşılır. (Deschenaux, 1983: s. 24). Manevi tazminat, zarar karşılığı ödenen bir miktar para olsa da gerçek bir tazmin değil, aslında doyurma (tatmin) aracıdır. İdarenin hatalı eylemi sebebiyle acı (elem, ıstırap), üzüntü duyan bu nedenle yaşama zevki azalan kişiye, acısının bir miktar azaltılması ve bu yolla az da olsa tatmin sağlamasına çalışılmaktadır. Bu sebeple manevi tazminata "acı parası" da denilmektedir (Yenice ve Esin, 1983: s.108).

Borçlar Kanunu'nun 55. Maddesinde hakimin bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde alarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebileceği, ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde ise, zarar görenin veya ölenin

[223] Dan.10.D, 20.10.1999, E:1997/721, K:1999/5266, Danıştay Bilgi Bankası

yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verebileceği hükmü yer almaktadır.

WALİNE'e göre manevî tazminat davalarında çözümlenmesi güç iki yön vardır: Zararın belirlenmesi, tespiti ile onun tamir ve telafisi (Yüzyıl Boyunca Danıştay, 1968: s.502). Diğer bir anlatımla, manevi zararın takdiri için maddi zararda olduğu gibi, elde hesaplamaya yönelik somut kriterler bulunmaması (Gürsoy, 1973: s.29) ve amaç yönünden farklılıkları sebebiyle, maddi tazminattan tümüyle ayırıcı özellikler taşımaktadır.

Esasen, manevi zarar, malvarlığında bir azalmayı ifade etmemesi sebebiyle gerçek anlamda bir zarar da değildir. Bir acının ve üzüntünün veya kişisel değerlerdeki eksilmenin parayla ölçülmesine imkân da yoktur (Velidedeoğlu ve Özdemir, 1987: s. 105; Tandoğan, 1961: s.63). Ancak, birçok Danıştay kararında belirtildiği üzere, başka türlü giderim yollarının bulunmayışı veya yetersiz kalışı, manevi tazminatın parasal olarak belirlenmesini zorunlu hale getirmektedir.

Fransız ve Türk Yargı organlarınca tazminata/manevi tazminata hükmedilmesi tedrici olarak gelişmiştir. Fransız Danıştay'ı ölüm sebebiyle istenilen manevi tazminatı acının para ile ölçülmesinin mümkün olamayacağı gerekçesiyle uzun yıllar reddetmiştir. Ancak, Yüksek mahkeme Fransız Yargıtay'ının da etkisiyle "göz yaşı para etmez" (les larmes ne se monnaient pas) şeklindeki görüşünden 24.11.1961 tarihli "Letisserand kararı" ile vazgeçmiş[224] ve bu tarihten itibaren açılan manevî tazminat davalarını kabul etmeye başlamıştır (Yüz Yıl Boyunca Danıştay, 1968: s.502; Duran, 1964: s.641; Gözler, 2003: s.1196; Kaplan, 2006: s.125). Böylece, önceleri sadece maddi zararlar yönünden tazminata hükmedilirken, zamanla maddi sonuçları da olan vakalarda manevi tazminata hükmedilmiş, son olarak da tazmin yükümlülüğü, maddi sonuçları olmayan zararlara da yaygınlaştırılarak fiziki acıların, kişisel onur, şan ve şerefe verilen zararların tazminini gerektiği kabul edilmiştir.

Türk Danıştay'ı ise, ilk olarak Prof. Necip ÜÇOK'un havagazından zehirlenerek vefatı üzerine açılan davada, Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu'nun

[224] Dava konusu olayda oğlunun ölümü dolayısıyla baba maddi bir zarara uğradığı veya mevcut şartlarda çok büyük değişiklik doğurucu nitelikte bir olumsuzluğu ne ileri sürmüş ne de böyle bir durum ispatlanmıştır. Davada oğlunun zamansız ölümü sebebiyle babanın duyduğu acı tazminat talebinin esasını oluşturmuştur. Danıştay babanın duyduğu manevi acının karşılığında 1.000 Fransız Frangı ödenmesine hükmetmiştir (LACHAUME Jean-François: Droit administratif, 13eme edition entierement mise a jour, PUF, Paris, 2002: s.808-813: Naklen, Atay ve Odabaşı: 2010:s. 193)

13/6/1956 gün ve 1956/99 sayılı kararıyla müteveffanın yakınlarına sembolik bir manevi tazminata hükmetmiş, sonraki yıllarda ise manevi tazminatın yüksek oranlarda belirlenebileceği yaklaşımını kabul etmiştir.

Danıştay manevi zararı; "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. Diğer taraftan, manevi zararın, kişilik haklarının ihlali halinde veya bedensel yaralanmalar nedeniyle oluşması mümkündür. Bedensel yaralanmalar nedeniyle ortaya çıkan olumsuz sonuçlar, bizzat zarar görende elem ve üzüntü yaratabileceği gibi, ortaya çıkan zarara göre bu kişilerin yakınlarında da elem ve üzüntü oluşmasına sebep olabilmektedir" şeklinde tarif etmiştir[225].

Manevi zararın meydana gelmesine yönelik olarak doktrinde objektif ve subjektif teori olmak üzere iki görüş savunulmaktadır. Objektif teoriye göre manevi zarar, hukuka aykırı bir saldırı sonucunda zarar görenin manevi varlığında objektif olarak meydana gelen eksilmedir (Eren, 2014: 532). Buna göre, kişilik haklarına saldırı yapılması ve ihlâl edilmesi, manevi zararın oluşması için yeterli olup, başkaca bir araştırmaya ihtiyaç bulunmamaktadır. Subjektif teoriye göre ise, manevi zararın oluşması için kişilik hakkına yapılan bir saldırının bulunması ve kişinin bu saldırıdan dolayı üzüntü ve ıstırap duyması gerekir (Turhan, 2010: s. 275). Subjektif teori, manevi tazminatın amacına uygun düşmesi yönünden teorik olarak doğru olmasına rağmen, mağdur yakınları bakımından her olayda acı ve üzüntü duyup duymadıklarının araştırılması mümkün olmadığı gibi ispatı da kolay olmayan bir durumdur. Bu sebeple, kişilik haklarına veya vücut bütünlüğüne yönelik objektif olarak bir saldırının varlığı halinde, manevi tazminatın kabulü için yeterli sayılmalıdır. Ancak, somut gerekçeye dayalı olarak (Örneğin, zorunlu şartlar olmaksızın çocuğunu yetiştirme yurduna bırakan babanın açtığı dava gibi) manevi tazminatın veya miktarının belirlenmesinde sübjektif teorinin kullanılması mümkün görünmektedir.

[225] Dan.10.D, 25.02.2009, E:2006/2371, K: 2009/1339, Danıştay Bilgi Bankası.

Manevi tazminatın hukuki niteliği konusunda öğretide üç türlü görüş ileri sürülmektedir. Bunlar, caydırıcılık(ceza) görüsü, telafi görüşü ve tatmin görüşü olarak sıralanabilir.

Öğretide hakim olan tatmin görüşüne göre, manevi tazminat, ne zararın telafi edilmesini ne de zarar verenin cezalandırılmasını amaçlar. Manevi tazminatın amacı, zarar görenin uğramış olduğu manevi zararı dindirmek veya hafifletmekten ibaret bir tatmin amacı taşımaktadır (Tekinay vd. 1993, s.655; Kılıçoğlu, 1984: s.15).

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU'da Anayasa Mahkemesi'nin manevi tazminata yönelik görüşlerinden hareketle, benzer bir yaklaşımı dile getirmiştir. Ona göre; manevi tazminatta, zararın belirlenmesi ve giderilmesi güçlüklerle doludur. Bu özellik ve güçlük, insanın manevi varlığına yapılan saldırılar sonucu meydana gelen zararın ölçülmesinin imkânsız oluşu ve bu kayıpların telafi kabul etmez niteliğindedir. Manevi zararlar karşılığı tazminat olarak bir miktar paraya hükmedilmesi, hiçbir zaman manevi kaybı geri getirdiği, yahut manevi varlığın bir bölümünün parayla mübadele edildiği anlamına gelmez. Tazminatın amacı, manevi olarak zarara uğrayan kimsenin duyduğu bu ağır manevi acıyı bir dereceye kadar yumuşatmak, bozulan manevi dengeyi bir parça düzeltmek için bir teselli ve avunma, ruhi bir tatmin aracı olmaktan ibarettir (Kocayusufpaşaoğlu, 1980: s.144-150).

Bir diğer anlatımla, eksiltilen veya yok edilen manevi değerin yerine, maddi olsa bile yeni bir değer konularak kişi varlığındaki azalma, onun malvarlığı çoğaltılarak ve zarar verenin malvarlığı eksiltilerek bir denge sağlanmakta (Çelik, 2006: s.51), aynı zamanda haksız eylem karşılığı zarara uğrayana bir miktar para ödenmesine karar verilerek, haksızlığın varlığı kabul edilmiş olmakla, mağdurda da belli bir tatmin sağlanmış olmaktadır (Kırca, 1999: s.247).

Anayasa Mahkemesi de manevi tazminatın bir tatmin aracı olduğu görüşündedir. Yüksek Mahkemeye göre; "paranın manevî zararları karşılamak üzere kullanılabilmesi, hiçbir zaman manevî kaybı geri getirip yerine koyduğu yahut manevî varlığın bir bölümünün onunla mübadele edildiği anlamını taşımaz. Paranın bu alanda gördüğü iş, kişilik haklan ve yararlan zedelenen kimsenin duyduğu ağır manevî acıyı bir dereceye kadar yumuşatıp yatıştırmaktan; bozulan manevî dengeyi onarıp düzeltmekten; bir teselli, bir avunma, bir ruhî tatmin aracı olmaktan ibarettir. Manevî varlıkların hiçbir saldırıdan zarar görmeyeceğine inanan veya manevî

kayıpları için herhangi bir tatmin yolunu gerekli görmeyen kimi insanlar bulunabilir. Ama bunların sayısı pek azdır. Büyük çoğunluk genel olarak uğradığı haksız saldırıların hesabını sorar ve zararlarının karşılanması yollarını arar. Bunu başarınca da bir tatmin edilmişlik duygusuna, hafifliğe, ferahlığa kavuşur. Esasen manevi tazminat alacağı, kişiye sımsıkı bağlı bir haktır, ilgilisi dilerse davasını açar; dilerse açmayabilir. Yasalar, kişileri manevî tazminat davaları için zorlamakta değildir; yalnızca haklarını aramak isteyenlere bu yolu açık tutmaktadır. Manevî zararların değerlendirilebilmesinde paradan yararlanmaktan kaçınılamayacağı ortadadır. Para, bu alanda eksiktir, yetersizdir; ancak daha iyisi ve elverişlisi bulunmadığı içindir ki aracılığından vazgeçilememektedir"[226]

Manevi tazminat, patrimuanda meydana gelen bir eksilmeyi karşılamaya yönelik bir tazmin aracı olmayıp, manevi tatmin aracıdır. Mağdurların acılarının dindirilmesi için diğer yolların bulunamaması, bu zararın karşılığı olarak para ödenmesini mecbur kılmaktadır. Manevi tazminata hükmedilmesi için ağır bir elem ve üzüntünün duyulmuş olması veya şeref ve haysiyetinin rencide edilmiş bulunması gerekir[227].

Danıştay'a göre; manevi tazminatın, olay nedeniyle duyulan elem ve ıstırabı kısmen de olsa hafifletmeyi amaçladığı, belirtilen niteliği gereği manevi tazminatın zenginleşmeye yol açmayacak şekilde belirlenmesi gerekmektedir.

Manevi zararın varlığı, sadece şeref, haysiyet ve onur kırıcı işlem ve eylemlere ya da kişilerin vücut bütünlüğünde meydana gelen sakatlık haline veya ölüm nedeniyle ağır bir elem, üzüntü duyulması şartına bağlı olmayıp; idarenin yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetini gereği gibi eksizsiz olarak sunamaması nedeniyle ilgililerin yeterli hizmet alamamalarından dolayı üzüntü ve sıkıntı duymaları manevi zararın varlığı ve manevi tazminatın hükmedilmesi için yeterli bulunmaktadır[228].

Tatmin görüşü, gerek temyiz kudretinden yoksun kişiler ile tüzel kişilerin tatmin duygusunu yaşayamayacak olmaları, gerekse bireylerin mağduriyetine ve büyük manevi yıkım yaşamalarına sebep olan kusurlu eylemlerden dolayı eylemi

[226] AYM, 11.02.1969, E:1968/33, K:1969/12, RG. 02.07.1969/13238 sayılı R.G.
[227] Dan. İDDK, 29.11.2007, E:2004/759, K:2009/9441, Danıştay Bilgi Bankası
[228] Dan.10.D, 11.11.2009, E:2008/11084, K: 2014/40, Danıştay Bilgi Bankası

yapanı caydırma amacı taşımaması sebebiyle eleştirilmektedir (Mangal, 2010: s.48). Öte yandan, manevi tazminatın sadece tatmin amacına yönelik olduğu görüşünün bir sonucu da, tazminatın nispeten daha düşük belirlenmesidir. Bu durum da, idareleri ve idare adına hareket edenleri kişilik haklarının ihlali gibi ağır sonuçları olan durumlarda daha dikkatli olmaları yönünde teşvik etmemektedir. Bu sebeple, manevi tazminatın amacına yönelik tatmin görüşünün yetersiz kaldığı ve mağdurun kısmen tatmin sağlamasının manevi tazminatın amaçlarından sadece birisi olduğunu söylemek yanlış olmaz.

Manevi tazminat, gelişmiş ülkelerde artık eski kalıplarından çıkarılarak caydırıcılık unsuruna da ağırlık verildiği görülmektedir. Gelişen hukukta bu yaklaşım, kişilerin bedenine ve ruhuna karşı yöneltilen haksız eylemlerde veya taksirli davranışlarda tatmin duygusu yanında caydırıcılık uyandıran oranlarda manevi tazminat takdir edilmesi gereğini ortaya koymakta; kişi haklarının her şeyin önünde geldiğini önemle vurgulamaktadır.

Manevi tazminatın hukuki niteliğine yönelik ikinci görüş telafi görüşüdür. Telafi görüşünü savunanlar objektif manevi zarar görüşünden hareket etmektedirler (Kırca, 1999: s.252). Bu görüşe göre, manevi tazminatın amacı, haksız eylem sebebiyle ortaya çıkan zararın tazmin ve telafi edilmesidir. Ayrıca, mağdurun tatmin edilmesi veya diğer tarafın cezalandırılması gibi bir amaç taşımamaktadır (Gökcan, 2008: s.670).

Telafi görüşüne göre; manevi zarar, haksız eylemin zarar görenin psikolojisi üzerinde nasıl bir etkisi olduğuna bakılmaksızın, kişilikte veya kişisel varlıklarda meydana gelen objektif eksilmeyi ifade eder. Bu görüşe göre, eylem sebebiyle mağdurun duyduğu veya duyması muhtemel acı ve üzüntü, tazminatın miktarı üzerinde etkisi olabilir (Kaplan, 2006: s.121). Maddi tazminatta, zararın telafi edilmesi nasıl ki kişinin bunu hissetmesine bağlı değilse, aynı şey manevi tazminat için de geçerlidir (Serozan, 1990: s. 86- 87).

Manevi acıların maddi değerlerle telafi edilmesi olanaksız olduğundan, bu görüşün fazlaca taraftarı olduğunu söylemek güçtür.

Manevi tazminata yönelik son görüş ise caydırıcılık görüşüdür. Buna göre, manevi tazminat bir taraftan mağdurun uğradığı haksız eylemi kabul ve bir miktar paranın mağdura ödenmesi ile zarar görenin olabildiğince tatmin edilmesi amacı

taşırken, diğer bir yandan da, davalıyı ve diğerlerini de mümkün olduğunca haksız eylemden caydırma ve bu tür eylemleri önleme amacı gütmelidir. Diğer bir anlatımla, manevi tazminatın esas amacı failden bir miktar para almak suretiyle onun cezalandırılmasıdır (Kılıçoğlu, 1984: s.15). Bu da ancak, özellikle idareler bakımından tazminine karar verilen manevi tazminat miktarının tekrardan çekinmeyi sağlayacak ölçüde yüksek belirlenmesi ile mümkündür. Zira, insan onuruna ve kişilik değerlerine önem veren bir hukuk düzenin, sorumluluk doğurduğunu kabul ettiği fiillere kayıtsız kalmaması ve mümkün olduğunca bu eylemlerin tekrarlanmaması için önlem alması gerekir. Bundan dolayı, sorumluluk hukuku sadece meydana gelen zararın ödettirilmesi olarak değil, zararın ve zarara sebebiyet veren fiillerin önlenmesi, bu fiillerin fail veya başka şahıslar tarafından tekrarlanmamasını da sağlayabilmesi gerektirir (Kırca, 1999: s.251).

Danıştay, önceleri manevi tazminat konusunda sadece tatmin görüşü doğrultusunda kararlar vermekte iken, Yargıtay kararlarının da tesiriyle[229] çok yeni tarihli kararlarında manevi tazminatın sadece tatmin değil, aynı zamanda idareyi uyarıcı, caydırıcı mahiyette olacak şekilde yüksek belirlenmesi gerektiği görüşünü benimsemeye başladığı görülmektedir.

Yüksek mahkemenin çok yeni olan 28.05.2015 tarihli kararına göre; manevi tazminat, evrensel hukukta eski kalıplarından çıkarılarak caydırıcılık unsuru da ön plana alınmaktadır. Gelişen hukuktaki bu yaklaşım, kişilerin bedenine ve ruhuna karşı yöneltilen haksız eylemlerde, tatmin olma duygusu yanında caydırıcılık uyandıran oranlarda manevi tazminat takdir edilmesi gereğini de ortaya koymakta ve vücut bütünlüğü yanında ruh sağlığını da içeren kişi haklarının önemini vurgulamaktadır. Manevi tazmin ile amaçlanan sadece bir nebze olsun rahatlama duygusu vermek değil, hizmet kusuruyla zarar veren idareyi, gerekli dikkat ve özeni gösterme konusunda etkili biçimde uyarmaktır[230].

Kuşkusuz bu yaklaşım hak ihlallerinin önlenmesi bakımından ileriye doğru atılmış bir adımdır.

---

[229] Yarg. HGK, 23.06.2004, E: 2004/13- 291, K: 2004/370, Eroğlu, 2009: s.80; söz konusu kararda Yargıtay, manevi tazminatın tatmin aracı olmasının yanı sıra, zarar veren açısında da caydırıcı olması gerektiği vurgulamıştır.

[230] Dan. 15.D, 28.05.2015, E:2014/8229, K: 2015/3381, Danıştay Bilgi Bankası

Danıştay'ın manevi tazminatın tek amacının mağdurda bir nebze olsun tatmin olma duygusu yaratmak değil, aynı zamanda idareyi etkili biçimde uyarmak ve hukuka aykırı eylemlerden mümkün olduğunca caydırmak olduğu şeklinde son zamanlardaki içtihatları yerinde olsa da, tüm kararlarda yer alan, "tazminatın zenginleşmeye yol açmayacak şekilde belirlenmesi gerektiği" yolundaki ifade manevi tazminatın amacıyla çelişmektedir. Öncelikle zenginlik kelimesi göreceli bir kavram olması nedeniyle sübjektif, muğlak ve belirsiz olması yanında, yerel mahkemelerce manevi tazminat olarak hükmedilen meblağın, tazminatın amacıyla bağdaşmayacak ölçüde kısıtlı tutulmasına sebep olmaktadır. Kişinin bedeni ve ruhi yapısı üzerinde ağır ihmale dayalı zarar verme eylemlerinde ancak tazminat olarak hükmedilecek yüksek meblağlar ile bir nebze olsun tatmin sağlanabileceği gibi, bu durumun idare üzerinde oluşturacağı tazyik nedeniyle dikkat ve özeni teşvik edecek, caydırıcı bir niteliğe bürünecektir. Kaldı ki, bu ifade Danıştay'ın son zamanlarda dile getirdiği, manevi tazminatın bir amacının da "hizmet kusuruyla zarar veren idareyi, gerekli dikkat ve özeni gösterme konusunda etkili biçimde uyarmak" olduğu görüşü ile çelişmektedir.

CANDAN söz konusu ifadeyi; "manevi tazminatın zenginleşme vasıtası olamayacağı düşüncesinin, acının paraya tahvil edilemeyeceği düşüncesi kadar eskide kalması gerektiğini düşünüyoruz. Manevi tazminatın yaptırım gücü ise; ancak idarenin karşı karşıya kalacağı manevi tazminat yükünü düşündüğünde hukuk içinde kalmayı, gerektiği gibi örgütlenmeyi ve düzgün işlemeyi tercih etmesi halinde vardır" şeklinde eleştirmektedir (Candan, 2009: s.192).

3.2.2. Manevi Zararın Kapsamı ve Türleri

Manevi zarar, bir kişinin kişilik değerlerinde isteği dışında eksilme meydana gelmesi demektir. Şahıs varlığı ise, bir kişinin sahip olduğu meşru ve hukukça güvence altına alınan, hayat, vücut bütünlüğü, sağlık, cinsel bütünlük, ruhsal bütünlük gibi kişilik değerlerinin tümünü ifade etmektedir. Bu değerlere yapılan haksız ve hukuksuz bir saldırı bireyin manevi olarak zarara uğramasına sebep olur (Gözler, 2003: s.1192-1193).

İdare hukukuna ilişkin mevzuatta manevi zarar, unsurları ve hesaplanmasına ilişkin bir düzenleme bulunmamakta olup, manevi tazminatın dayanağını Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi içtihatları oluşturmaktadır. Danıştay, idari yargıda

açılan tazminat davalarının Borçlar Kanunu hükümlerine dayanarak tazmin edilmeyeceğini[231] belirtmekle beraber, başka bir kaynak bulunmaması sebebiyle Yüksek Mahkemenin de, Borçlar Kanunu ve Yargıtay uygulamaları temel alınarak adli yargıda olduğu gibi, "ölüm", "bedeni zarar" ve "kişilik haklarına saldırı" durumlarında manevi tazminata hükmettiği görülmektedir. Ancak, bu esinlenmeye rağmen, Adli Yargı'ya göre daha dar bir manevi tazminat anlayışının benimsendiği ileri sürülmüştür (Özgüldür, 1996: s.356; Turhan, 2010: s.276).

Anayasa Mahkemesi'nin 11.02.1969 tarihli kararında[232] vurgulandığı gibi, manevî zarar sorunu, zararın değerlendirilmesi ve giderilmesi yönlerinden özelliği ve büyük güçlükleri olan bir sorundur. Özellik ve güçlük, insanın manevî varlığına yapılan saldırıların tahriplerini ölçüye vurmaktaki imkânsızlıkta ve manevî kayıpların telâfi kabul etmez niteliğindedir. Manevi zararın kapsamına, gerçekleşmiş ve ileride devam edecek manevi zararlar da girmekle birlikte, zararın miktarı ve tazminata çevrilmesi bakımından, kesin ölçütler bulunmamakta olup (Güran, 1980: s. 157) bu nedenle, zararın ağırlığına göre mahkemelerce takdir edilecektir.

Manevi zararların bir kısmı mal varlığı üzerinde etkisi olmayan, hakaret suçunda olduğu gibi, saldırının doğrudan manevi değerlere yöneldiği zararlardır. Bir kısım manevi zararlar ise, maddi zararlarla birlikte, yani maddi bir zararın manevi sahada yansıması şeklinde görünür. Örneğin, yanlış ameliyat edilmesi sebebiyle sağ kolunu kaybeden kişi, çalışma gücündeki azalma sebebiyle maddi, tek kolunu kaybetmesi sebebiyle de manevi olarak zarara uğramıştır. Ya da aile reisinin ölümünü halinde, bir taraftan artık kazanç sağlamaması sebebiyle mağdurun mal varlığında bir azalma medyada getireceği gibi, bu aile reisine duyulan sevgi nedeniyle de manevi zarar doğurur (Kaplan, 2006: s.125; Gürsoy, 1973: s.9).

Manevi tazminata, özel hukuktaki düzenlemeler çerçevesinde; ölenin yakınlarının duydukları acı ve üzüntü ile beden tamlığının ihlali sebebiyle ve kişilik haklarının ihlali hallerinde karar verilmektedir.

---

[231] "Buna karşılık idare hukukunda manevi tazminatın dayanağını yargı içtihatları oluşturduğundan görevine son verilmesi işlemi nedeniyle davacının uğradığını öne sürdüğü manevi zarara karşılık olarak mahkemenin Borçlar Kanunu hükümlerine dayanarak manevi tazminata hükmetmesi hukuken doğru olmadığı gibi..." (Dan. 5.D, 05.12.1991, E:1991/3619, K: 1991/2346, Danıştay Bilgi Bankası).

[232] AYM, 11.02.1969, E: 1968/33, K: 1969/12, 2.7.1969/13238 sayılı R.G.

3.2.2.1. Ölüme Bağlı Manevi Zarar

Ölüm, hayati fonksiyonların sona ermesi, yaşamın geri gelmemek üzere ebediyen son bulmasıdır (Orhuzöz, 1999: s.21). Bir kimsenin yaşamanın son bulması maddi zarar, manevi zarar veya her ikisini de beraberinde getirmesi mümkündür. Borçlar Kanunu'nun 56. maddesinde; "Ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir" hükmü yer almıştır. Ancak, Borçlar Kanunu'nun idarenin hatalı eylemlerinden dolayı meydana gelen ölüm olaylarında doğrudan uygulanmasının kabul edilmemesi sebebiyle tazminat şartları, şekli, miktarı ve kimlere ödeneceği gibi hususlar yargı içtihatlarıyla şekillenmektedir.

İdarenin hatalı faaliyeti yani hizmet kusuru sonucu meydana gelen ölüm olayı nedeniyle, ölenin yakınlarının maruz kaldıkları manevi zararlarının tazmin edilmesi gerekmektedir. Ancak, ölüm olayı nedeniyle kimler acı, üzüntü ve ruhsal sarsıntı yaşayacaktır? Ölüm hadisesi sebebiyle kimlere manevi tazminat ödeneceği hususunda gerek Borçlar Kanunu'nda, gerekse diğer kanunda bir açıklık bulunmadığından, söz konusu boşluk doktrin ve yargı içtihatlarıyla doldurulması gerekmektedir. Ancak, bu boşluk manevi tazminatın mahiyetinden kaynaklanan yasa koyucu tarafından bilinçli olarak bırakılan bir boşluktur. Zira, ölüm sebebiyle hükmedilecek manevi tazminat, kişinin duyduğu acı ve üzüntünün giderilmesi amacı taşıdığından, kimlere verileceğinin sayma yoluyla belirlenmesinin bazı durumlarda haksız sonuçlara yol açması mümkündür.

Ölüme bağlı manevi zararın tazminine karar verilmesinde duyulan veya duyulacak manevi acı ve ıstırap konusunda kuşkulu bir durum mevcut olmamalıdır. Danıştay, ölüme bağlı olarak nikahlı veya nikahsız eşlere, baba, anne, kardeş, oğul, gelin, torun, nişanlı, dede anneanne ve babaannenin ölümü sebebiyle manevi tazminata hükmedilebileceği görüşündedir[233]

Ancak, anne, baba, çocuklar ve kardeşler konusunda bir içtihat farklılığı bulunmamakla beraber, torun, gelin, anneanne, babaanne gibi yakınlar konusunda farklı içtihatlarla karşılaşmak mümkün olmaktadır.

[233]Dan. 10.D, 17.10.1997, E:1995/79, K:1997/479; 10.D, 16.11.2009, E:2009/11978, K:2009/9506; 15.D, 27/06/2013, E:2013/3345, K:2013/5189; 10.D, 27.4.2012, E:2008/7080, K:2012/1888, 10.D, 09.11.1999, E:1997/4839, K:1999/5475; 10.D, 15.11.1982, E:1982/2400, K.1982/2279, Danıştay Bilgi Bankası

Ölüm sırasında küçük yaşta olan çocuk ve kardeşlerin manevi tazminata hak kazanıp kazanamayacağı hususu, üzerinde tartışılan bir husus olmuştur. Fransız Danıştay'ının küçük çocuğun yakınlarının vefatı sebebiyle manevi tazminat istemlerini reddettiği görülmektedir. Örneğin, iki yaşındaki küçük bir çocuğun üç yaşındaki kardeşinin vefatı sebebiyle onun adına açılan manevi tazminat talebi reddedilmiştir (19.05.1961 tarihli Entreprise des Travaux Publics Daniel Kararı, aktaran: Atay ve Odabaşı 2010: s.194).

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, manevi acıyı hissetme yönünden, çekirdek aile tipi yerine geleneksel aile tipini esas almakta, manevi acıyı hissetme ve tazminata hak kazanma yönünden ise yaş sınırı getirmektedir. AYİM'e göre, çocukların manevi acıyı anlama ve yaşama yaşı 7 olup, bu yaştan itibaren manevi tazminata hak kazanacakları görüşündedir. Ancak, AYİM'in yaş sınırını hangi bilimsel ölçütü esas alarak belirlediği hususunda açıklayıcı bir yön bulunmamaktadır. Öte yandan, AYİM'in son yıllarda manevi acıyı hissetme yönünden, ana-baba ve çocuklardan oluşan çekirdek aile tipini esas almaya başladığı görülmektedir (Özgüldür, 1996: s.359).

Danıştay'ın ise, bu konuda yerleşik bir içtihadının olduğunu söylemek zordur. Bir kararında[234]; ölüm tarihinde küçük olan çocukların, bunun acısını olay anında duyması mümkün olmasa bile, daha sonra ve hayat boyunca bu olayın ağırlığını hissedeceklerini ve dolayısıyla manevi acı duyacakları gerekçesiyle açılan davayı kabul ederken, diğer bazı kararlarında[235] ise, adına dava açılanların olay tarihinde yaşlarının küçük olması sebebiyle manevi çöküntü yaşamalarının mümkün olmadığı gerekçesiyle açılan davaları reddetmiştir. Ancak, özellikle anne, baba yönünden küçüğün her yaşta yokluklarını acı ve ıstırap duymamaları mümkün olmadığından manevi tazminata hükmedilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

İdarenin hatalı eylemleri sebebiyle meydana gelen ölüm olaylarından dolayı yukarıda sayılan yakınlardan usul ve füruu yönünden, ayrıca bir araştırma yapılmaksızın manevi zararın meydana geleceği varsayımı ile tazminat istemiyle açılan davaların doğrudan kabulü gerekmekte olup, uygulamanın da bu doğrultuda olduğu görülmektedir. Ancak, söz konusu kişiler yönünden özel bir durum varsa bu

[234] Dan. 10.D, 18.11.1996, E: 1995/2428, K: 1996/7639, aktaran: Bal vd. 2003: s. 975
[235] Dan. 10.D, 15.06.1998, E:1996/10174, K:1998/2615; 27.03.2007, E:2004/5931, K:2007/1523, Danıştay Bilgi Bankası

durum mahkemece ayrıca değerlendirilecektir. AYİM'de kocasının ölüm tarihinden çok kısa bir süre önce boşanma davası açan ve bu davada eşi aleyhine ağır itham ve isnatlarda bulunan davacı eşin ölen kişi ile aralarındaki gönül bağının tamamen koptuğu gerekçesiyle manevi tazminat istemini reddetmiştir[236].

Dayı, hala, teyze, amca gibi diğer yakınlar yönünden ise manevi tazminata hükmedilip hükmedilmeyeceği yolunda farklı içtihatlar bulunmaktadır. Danıştay'ın nispeten daha eski kararlarında ölenle yakın akraba olsa bile, fiilen ilişki içinde olmadığı, duygusal bağlılık taşımadığı, aynı çatı altında yaşamadıkları gibi gerekçelerle manevi tazminat taleplerinin reddedildiği görülmektedir[237].

Ancak, daha yeni tarihli bir kararında söz konusu kişilerin torunlarını veya yeğenlerini görmek ve onunla uygun kişisel ilişki kurmak, sevgisini tatmak ve çocuğa da bu sevgiyi vermek hakları olduğu ve manevi zarara uğradıklarının kabulü gerektiğine karar vermiştir.

"İdare mahkemesince, manevi tazminatın çekirdek aile yapısı olarak tanımlanan karı-koca ve çocuklar arasında geçerli olduğu bu nedenle ölenin anneanne, dede, dayı ve teyzesini de kapsayacak şekilde manevi tazminatın genişletilemeyeceği gerekçesiyle istemin reddine karar verilmiştir.

Türk Medeni Kanunu'nun 325/1. maddesinde, olağanüstü haller mevcutsa, çocuğun menfaatine uygun düştüğü ölçüde çocuk ile kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkı diğer kişilere, özellikle hısımlarına da tanınabileceği kuralı getirilmiştir. Bu sebeple davacıların torunlarını/yeğenlerini görmek ve onunla uygun kişisel ilişki kurmak, sevgisini tatmak ve çocuğa da bu sevgiyi vermek haklarıdır. Bu kapsamda davacıların, torunlarının/yeğenlerinin ölümü nedeniyle manevi olarak zarara uğradığının kabulü zorunlu bulunmakta olup, mahkemece takdir olunacak miktarın manevi tazminat olarak davacılara ödenmesine karar verilmesi gerekmektedir.

Bu durumda; davacıların, ölen kişiye yakınlık dereceleri nazara alınarak davanın reddi yolunda verilen kararda hukuki isabet görülmemiştir"[238]

---

[236] AYİM 2.D, 30.10.1996, E:1996/204, K:1996/862 AYİM İçtihat Bankası

[237] Dan. 10.D, 16.04.2002, E: 2000/3770, K: 2002/1095; 10.D, 22.04.2009, E: 2009/1279, K: 2009/2738, Danıştay Bilgi Bankası

[238] Dan. 10.D, 27.03.2013, E: 2009/9643, K: 2013/2804, Danıştay Bilgi Bankası

Genel kural olarak hala, teyze, dayı gibi yakınlar yönünden bir üzüntü meydana gelmekle birlikte, bu durumun manevi tazminat ödenmesi kadar ağır bir travma olamayacağının kabulü gerekir. Onun yerine, eş, anne, baba ve kardeş gibi yakınlara ödenecek tazminat miktarının artırılmasının daha isabetli olacağı kanısındayız. Ancak, söz konusu akrabaların, ölen kişiyi büyütmesi, uzun süre birlikte olmaları gibi özel durumların ayrıca değerlendirilmesi gerektiği de tabiidir.

Ölüm sebebiyle manevi tazminat talep edilebilmesinin bir diğer şartı da taraflar arasındaki ilişkinin meşru bir ilişki olmasıdır. Meşru sayılmayan ilişkiler sonucu var olan yakınlık sebebiyle manevi tazminat talepleri kabul edilemez. Örneğin, ölen kimseyle metres hayatı yaşayan kadının, ölüm sebebiyle önemli ölçüde acı ve üzüntü duyabileceği kabul edilse bile, aralarındaki parasal ilişki sebebiyle var olan yakınlığın kanun tarafından korunması mümkün değildir (Franko, 1973: s.123).

Sağlık kamu hizmetinin icrası sırasında veya sonrasında ölen kişinin, ölüm sebebinin sunulan sağlık hizmeti olduğunun tespit edilememesi veya ölüm sebebi sunulan sağlık hizmeti olmamasına rağmen, tedavide gecikme, bir kısım tetkiklerin yapılmaması, kayıt tutulmaması veya hastayla yeterince ilgilenilmemesi vb. sebeplerle hizmetin düzgün işletilmemesi veya hasta yakınlarının şüphede bırakılması gibi, sağlık tesisinden veya teşhis, tedavi ve organizasyondan kaynaklanan bir kısım eksiklikler sebebiyle, hasta veya yakınlarının üzüntü ve ıstırap duymaları manevi tazminata hükmedilebilmesi için yeterli olduğu kabul edilmektedir.

Danıştay'ın 04.03.2014 tarihli kararında, idare mahkemesince yaptırılan iki adet bilirkişi raporunda da davacıların yakınına uygulanan tedavide gecikme olduğu, USG ve BBT'sinin çekilmesi gerektiği, bunun yapılmamış olmasının eksiklik olduğunun belirtildiği bu nedenlerle olayda davalı idarenin hizmet kusurunun bulunduğu ancak sağlık hizmetinin geç işletilmesinin davacılar murisinin ölümüne neden olduğunun Adli Tıp Kurumu incelemesi sonucu ortaya konulmaması karşısında, davacıların murislerinin ölümü nedeniyle maddi ve ölüme bağlı manevi zararın tazminine olanak bulunmamakla birlikte; sağlık hizmetinin geç işletilmesi,

murislerine tıbbi müdahalenin gecikmesi nedeniyle davacıların duydukları acı ve üzüntü nedeniyle manevi zararların tazmini gerektiğine hükmedilmiştir[239]

Bir başka olayda ise Danıştay, davacılar yakınının hastane acil servisindeki tedavisine ilişkin güvenilir yeterli kayıtların tutulmaması, hasta yakınlarının yeterli derecede bilgilendirilmemesi, anılan Adli Tıp raporuna göre inspiratuar stridor tespiti akciğer grafisi ve kan tetkikini gerektirmesine rağmen anılan tetkiklerin yapılmamış olması; sağlık hizmetinin, hastane kayıtlarının tutulmaması ve gerekli tetkiklerin yaptırılmaması yönünden hizmetin kusurlu işletildiğini gösterdiği, yakınlarına hastane acil servisinde verilen sağlık hizmetinin eksik ve kusurlu işletilmesi nedeniyle duydukları üzüntü ve ızdırabın kısmen de olsa giderilmesi amacıyla davacılara manevi tazminat ödenmesi gerektiğine hükmetmiştir[240].

Ancak, davacıların yakınının ölüm sebebinin hastaya gerekli müdahalelerin yapılamamasından kaynaklandığı yolunda bir tespit bulunmadığı durumlarda idarenin olay sebebiyle maddi tazminat sorumluluğu söz konusu olmaz. Danıştay içtihatlarında da ortaya konulduğu gibi, maddi ve manevi tazminatın mutlak olarak birlikte olma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bir kısım manevi tazminatlar bakımından, idare zararlı sonuçtan sorumlu olmasa bile, bireylere verdiği elem ve üzüntü sebebiyle manevi tazminat ödemeye mahkum edilebilir[241].

3.2.2.2. Bedensel Manevi Zarar

Bedensel zarar, vücut bütünlüğünün ihlali niteliğindedir. Vücut bütünlüğü kavramı ise, kişinin hem fiziksel bütünlüğünü, hem de ruhsal olarak acı ve ıstırap içinde olmaması, diğer bir anlatımla ruh dinginliğini kapsamaktadır.

Kişinin yüzündeki yara izi veya çirkinleşme, el, ayak gibi organların şekil bozuklukları, uzuv tatili gibi sakatlıklar beden ve ruh tamlığının ihlalidir ki, bunlar kişide derin acılar yaratır ve ruhsal dengeyi ise kökünden sarsar (Karahasan, 1981: s.1145). Diğer bir anlatımla, bedensel zarar sonucunda anatomik yapısı veya fiziksel görünüşü bozulan kimsenin bu yüzden acı, üzüntü ve sarsıntı duyacağına, bazı ruhsal komplekslere yaşayacağına şüphe yoktur. Bir organı kırılan, kopan, yaralanan veya

[239] Dan. 15.D, 04.03.2014, E:2013/3258, K: 2014/1371, Danıştay Bilgi Bankası
[240] (Dan. 10.D, 31.12.2012, E:2008/7168, K: 2012/7214, Danıştay Bilgi Bankası
[241] Dan.15.D, 05.03.2014, E:2013/4312, K: 2014/1436; Dan.15.D, 12.06.2014, E:2013/4004, K:2014/5129, Danıştay Bilgi Bankası

önemli bir korku geçiren ya da yüzü ve bedeni çirkinleşen kişinin bu nedenle manevi varlığında duyacağı eksikliğin, hiç değilse bir ölçüde giderilmesi amacıyla manevi tazminat verilmesi gerekir (Esin, 1976: s.452).

Borçlar Kanununun 56. maddesinde "ağır bedensel zarar" ifadesi kullanılması sebebiyle manevi zararın varlığının kabulü için, zararın konusu olan ihlalin önemli olması, ayrıca beden bütünlüğüne yönelik zararla sağlığı tehlikeye düşen kişinin bu sebeple ağır ruhsal bunalım ve üzüntü geçirmiş olması gerektiği ileri sürülmüş ise de (Akyılmaz, 1998: s.2009), bedensel zarar sebebiyle kişinin ağır bir üzüntü duyup duymadığının bilinmesi mümkün olmadığı gibi, idare hukuku uygulamalarında Borçlar Kanunu'nun doğrudan uygulanması mümkün olmadığından manevi tazminata hükmedilebilmesi için bedensel zararın ağır olmasına gerek bulunmamaktadır. Ancak, bedensel zararın ağırlığı tazminat miktarının belirlenmesinde önem arz etmektedir.

Danıştay, yanlış teşhis ve tedavi sonucu davacının sol kalçasına protez takılması[242], katarakt ameliyatı sonucunda davacının sağ gözünde görme kaybı meydana gelmesi[243], safra kesesi ameliyatı esnasında davacının karnında kompres bezi unutulması[244], apandisit ameliyatı esnasında yanlışlıkla yumurtalıklarının alınması[245], prostat ameliyatı yapılırken sağ ayağına takılan koter plağı cihazından kaynaklanan yanık sonucu 6 ay süreyle sakat kalması[246] olaylarında davacılar lehine manevi tazminat ödenmesine karar vermiştir.

Cismani zarar nedeniyle manevi tazminat talep etme hakkı kural olarak, doğrudan doğruya, beden tamlığı ihlal edilen kişiye aittir. Yani, aynı eylem nedeniyle yansıma yoluyla acı ve üzüntü duyan kişilerin manevi tazminat talep etme hakları bulunmamaktadır. Bununla birlikte, bedensel zarara uğrayan kişinin mevcut durumu yansıma yoluyla değil, doğrudan ruhi ve asabi yönden etkilediği aile bireyleri yönünden manevi tazminatın kabulü gerekmektedir (Karahasan, 2001(b), s.81-82). Çocuk ya da anne babanın yatalak veya tekerlekli sandalyeye bağımlı hale gelmesi, zihinsel karışıklığa düşmesi, kadının çocuk doğurma yeteneğini, kocanın erkeklik gücünü yitirmesi gibi, gündelik hayatta fiilen bakım yükümlülüğüne duçar

[242] Dan.15.D.,22.01.2015, E:2013/4357, K:2015/178, Danıştay Bilgi Bankası
[243] Dan.15.D.,28.01.2015, E:2013/4517, K:2015/322, Danıştay Bilgi Bankası
[244] Dan.15.D.,29.01.2015, E:2014/6325, K:2015/407, Danıştay Bilgi Bankası
[245] Dan.15.D, 20.03.2014, E:2013/3957, K:2014/2049, Danıştay Bilgi Bankası
[246] Dan.15.D, 18.02.2015, E:2013/12295, K:2015/895, Danıştay Bilgi Bankası

hale gelmiş kişiler veya yaşam zevkini doğrudan etkileyen durumlar örnek nev'inden sayılabilir.

Yargıtay da benzer bir yaklaşımla, haksız eylem sebebiyle olaydan doğrudan etkilenen yakına tazminat ödenmesi gerektiği görüşündedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 23.09.1987 günlü kararında[247] kararında, kocanın erkeklik gücünü tamamen kaybetmesi halinde, evlilik birliğinin doğal sonucu olan bu zararın kadın için de doğrudan gerçekleşmiş bir zarar olduğu, burada evli kadının duyacağı üzüntü yansıma suretiyle oluşan zararlar değil, doğrudan doğruya maruz kaldığı zararlar olduğu gerekçesiyle davacıya da manevi tazminat ödenmesine karar vermiştir.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi zarara uğrayan kişilerin yakınlarının açtıkları tazminat davalarını dar yorumlama eğiliminde olduğu gözlemlenmektedir. AYİM'e göre, bu zararlar yansıma yoluyla bir zararlardır ve Borçlar Kanunu hükümleri, tazminata hükmedilmesi olanağını kısıtlamaktadır.

PKK terör örgütü tarafından kaçırılan ve uzunca bir süre rehin tutulan erin anne, baba ve kardeşleri tarafından açılan davada AYİM; davacıların duydukları üzüntü sebebiyle uğradıkları iddia edilen manevi zararların doğrudan doğruya değil dolaylı ve yansıma yoluyla duyulan bir acı olduğu, yansıma yoluyla acı duyan kişilerin manevi tazminat isteyemeyecekleri, cismani zarara uğrayanların yakınlarının açtıkları davada manevi tazminata hükmedilmesine tazminat hukukunun engel olduğu, mahkemenin yerleşik içtihatlarının da bu doğrultuda olduğu gerekçesiyle dava reddedilmiştir[248]

Bir diğer davada ise, operasyon sırasında askeri aracın devrilmesi sonucu boyun kemiği kırılarak felce uğrayan ve yatalak hale gelen erin anne, baba ve kardeşlerinin açtığı davada; "Bu açıklamaların ışığında, dava konusu olaya dönüldüğünde, davacıların oğulları ve kardeşleri olan J. Eri'nin yaralanarak sakat kalmasından dolayı üzüntü duydukları bir vakıa olmakla birlikte, davacıların bu üzüntüsü cismani zararının kendilerine yansımasının bir tezahürüdür. Duydukları

[247] YHGK, 23.09.1987, E: 1987/9-183, K:1987/655 sayılı kararı
[248] AYİM, 2.D, 11.02.1998, E: 1997/482, K:1998/88, AYİM İçtihat Bankası

üzüntü sebebiyle uğradıkları iddia edilen manevi zararların doğrudan doğruya değil dolaylı yansıma yoluyladır" gerekçesiyle davayı reddetmiştir[249].

Kuşkusuz AYİM'in söz konusu içtihadına katılma imkânı yoktur. Manevi tazminatta asıl olanının haksız ve hatalı bir eylem sebebiyle duyulan üzüntünün kısmen de olsa giderilebilmesidir. Örnek olaylara bakıldığında, özellikle bakım yükümlüğüne maruz kalan anne, babalar bakımından yansıma yoluyla bir zarar değil, çocuklarının sakat kalmasının verdiği üzüntü yanında, doğrudan hayat boyu bakımını üstlenme sebebiyle manevi bir sarsıntı duyacakları açık olup, bu üzüntünün karşılanmaması ve açıkta bırakılması manevi tazminatın amacı ile örtüşmemektedir.

Danıştay, cismani zarar gören kişinin, aynı eylem nedeniyle manevi olarak doğrudan zarar gören yakınlarının da manevi tazminat talep etme haklarının olduğunu kabul etmektedir.

Davacıların, çocuklarının doğumu sırasında sağlık hizmetinin kusurlu işletilmesi sebebiyle çocuğun yürüyememesi biçiminde ortaya çıkan araz nedeniyle açılan davada Danıştay; dava konusu olayda, doğum sırasında sağlık hizmetinin kusurlu işletildiğini öne süren davacıların dava açma ehliyetlerinin bulunduğu açık olup; mahkemece, olayda idarenin hukuki sorumluluğunun bulunduğu sonucuna ulaşılması halinde, anne ve baba olan davacıların duydukları elem ve ıstırabın kısmen de olsa giderilmesi amacıyla manevi tazminata hükmedilmesi, idarenin hukuki sorumluluğunun bir gereği olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir[250].

Danıştay'ın yansıma teorisini uygulamadan zarar gören yakınların taleplerini kabul etmesi, hakkaniyete uygun, doğru ve ileri bir adım olduğunu söylemek mümkündür.

---

[249] AYİM, 2.D, 03.12.2001, E:1993/848, K: 1994/1449, AYİM İçtihat Bankası; Davacıyı doğrudan etkileyen bir kısım olaylarda ise tazminata hükmedilmektedir. Örneğin; vurularak sakatlanan davacının geçirdiği felç hali ve bakıcıya muhtaç duruma düşmesi nedeniyle cinsel fonksiyonunu kaybettiği tıbben saptandığından; eşi yönünden yansıma yoluyla değil, doğrudan uğranılan bir manevi zarar söz konusu olduğu gerekçesiyle eşinin açtığı davayı ise kabul etmiştir AYİM 2.D, 12.07.1994, E: 1997/255, K: 1998/364, AYİM İçtihat Bankası

[250] Dan.10.D, 25.02.2009, E:2006/2371, K:2009/1339; benzer bir karar için bkz. Dan.15.D, 03.06.2014, E:2013/4069, K:2014/4615, Danıştay Bilgi Bankası

Kişinin temyiz kudretinden yoksun olması veya küçük olması, beden tamlığı hasara uğrayan kişi yönünden, manevi tazminata hükmedilmesine mani değildir (Armağan, 1997: s 227). Yine bu kişilerin uğradıkları zararlar sebebiyle yakınlarının da tazminat talep etmelerinde bir farlılık bulunmamaktadır.

3.2.2.3. Kişilik Haklarına Bağlı Manevi Zarar

Kişilik; kişilerin, hak ve fiil ehliyeti, vücut bütünlüğü ve manevi değerleri gibi unsurların bütünüdür (Oğuzman vd. 2005: s.123). Bir diğer tanımla, hak sahibinin yaşamının, sağlığının, vücut tamlığının ve toplumdaki konumunun korunmasına yarayan haklardır (Arpacı, 2000: s.103).

Kişilik hakları, insanın doğuştan sahip olduğu, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardır. Kişilik hakkı veya bu hakkı oluşturan hukuki değerler, kural olarak malvarlığı kapsamına girmese de, kişiliği oluşturan yasam, vücut bütünlüğü, sağlık, şeref, ekonomik itibar (kredi) gibi hukuki değerlerin ihlali, zarar görenin malvarlığı üzerinde ekonomik yönden olumsuz etki ve sonuçlar doğurabilir (Turhan, 2010: s.272) Kişilik haklarına yapılan saldırılar da tazmin edilmesi gereken bir zarar olarak kabul edilmektedir.

Kişilik haklarının önem ve özelliği gereği Anayasal güvenceye alınmıştır. Anayasa'nın 12. maddesinde; herkesin, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu, 17. maddesinde; herkesin, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu, tıbbi zorunluluklar ve yasada yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı, 56. maddesinde ise, devletin, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamakla görevi olduğu düzenlenmiştir.

KARAHASAN'a göre; hayat, sıhhat, beden tamlığı, ruhsal bütünlük gibi, kişinin insan olmasından kaynaklanan kişisel varlıkları ile kişinin; onuru, şerefi, saygınlığı, özel yaşamı, gizlilik alanı, mektupları, anıları, sanat ve ticari sırları ve resmi üzerindeki hakları gibi, toplumsal varlıkları kişilik haklarını oluşturmaktadır (Karahasan, 2001(a): s.110).

Danıştay kişilik hakkını; "Bir şahsın kişiliğine bağlı, fiziki, manevi ve fikri varlığı üzerinde kişi olma sıfatıyla sahip bulunduğu kişisel değerler üzerindeki

mutlak hakka kişilik hakkı denir. Kişilik kavramı en geniş anlamda kişiyi ve onun kişilik haklarını kapsamaktadır. Yukarıda da ifade edildiği üzere kişilik hakkı bakımından gerçek ve tüzel kişiler arasında bir ayrım yapılmamaktadır. Ancak Türk Medeni Kanunu'nun 48. maddesinde doğal olarak belirtildiği şekliyle yalnızca gerçek kişilere ait olan cins, yaş, hısımlık gibi haklar, tüzel kişilere özgü hakların dışında kalmaktadır.

Kişilik hakkı çeşitli kişisel değerlerden oluşan bir bütünlük arz eder. Kişilik hakkı bir şahsın kişiliğini oluşturan maddi ve manevi değerleri kapsar. Kişinin özel yaşamı, beden bütünlüğü, şeref, haysiyeti, onuru, saygınlığı, sağlığı, özel yaşamının gizliliği, resmi adı, eseri, sözü, ekonomik hareket serbestliği ve özgür olma hakkı bu değerlerdendir" şeklinde açıklamıştır[251]

Kişinin fiziki ve ruhi varlığı kişilik hakkı kapsamındadır ve zorunlu haller dışında izin alınmaksızın dokunulamaz. Nitekim, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 5. maddesinin (d) bendinde, istisnai haller dışında kimsenin rızası ve onayı olmadan tıbbi müdahalede bulunulamayacağı düzenleme altına alınmıştır.

Ölünün beden tamlığı da kişilik haklarına dahil olup, otopsi gibi zorunlu haller dışında, sağken kendi rızası veya yakınlarının rızası olmaksızın kadavra olarak kullanma ve benzeri sebeplerle cesede zarar verilemez. Bu durumun istisnası 2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun'un[252] 14. maddesidir. Söz konusu Kanun'un "Ölüden Organ ve Doku Alma Koşulu ve Cesetlerin Bilimsel Araştırma İçin Muhafazası" başlıklı 14. maddesinde; aksine bir vasiyet veya beyan yoksa, kornea gibi ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan dokular alınabileceği düzenlenmiştir. Ancak, bu durum kişilik haklarına yönelik Anayasal hükümler karşısında tartışılmaya muhtaç bir madde görünümündedir.

Yakınlarının vefatı üzerine izinsiz ve usulsüz olarak kornealarının alındığı gerekçesiyle manevi tazminat istemiyle açılan davada, yerel mahkemenin yukarıda aktarılan yasal düzenleme uyarınca davanın reddine ilişkin kararı, Danıştay 15. Dairesince karar oy çokluğuyla onanmıştır[253]. Azınlıkta kalan görüşe göre; "insan hakları, insanı insan yapan ve insanın sırf insan olarak herhangi bir şarta veya statüye

[251] Dan.10.D, 26.05.2014, E:2010/1399, K:2014/3366, Danıştay Bilgi Bankası
[252] 03.06.1979 tarih ve 16655 sayılı R.G.
[253] Dan.15.D.,25.03.2015, E:2013/4100, K:2015/1731, Danıştay Bilgi Bankası

bağlı olmadan doğuştan sahip olduğu dokunulmaz, vazgeçilmez, üstün nitelikli ahlaki değerlerdir. Bu bağlamda öncelikle mahkeme tarafından karara gerekçe yapılan yasa hükmünün İnsan hakları kavramıyla bağdaşır durumu ifade etmediği açıktır. Nitekim, Bu konuda esas itibariyle, ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan doku da olsa nakil için insanların yaşamlarında bilgilendirilmiş rızalarının alınması yoluna gidilmelidir. Kişinin açıkça bağışlama rızası olmamasına rağmen ve yakınlarının dahi iznine başvurulmaksızın cesetten kornea gibi doku alınmasının engellenmesi ile ceset; devletin üzerinde serbestçe tasarruf edilebileceği bir eşya olmaktan çıkarılmalıdır. İnsan hak ve onuru da bunu gerektirir. Ölü de olsa, kişinin vücudunun bir parçası olan kornealar kişinin yakınları için manevi olarak anlam ifade edebilir. Bu durumda manevi değerin yoğunluğu elbette ki kişiden kişiye değişebilir ancak toptancı bir yaklaşıla kornea alınmasına cevaz vermek anayasamızda da yer bulan "İnsan Hakkı" kavramıyla bağdaşmamaktadır".

Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan düzenlemeyle de yaşama, maddi ve manevi varlığın bütünlüğü ve bunun geliştirilmesi hakkı korunmaktadır. Kişinin dokunulmazlığı ile maddi ve manevi varlığına ilişkin bu iki hakkın bir bütün teşkil ettiği, birbirini tamamladığı açıktır. Kişinin maddi ve manevi varlığının korunması, başta Anayasamız olmak üzere Avrupa İnsan Hakları sözleşmesine taraf devlet olmamız münasebetiyle de devletin temel görevlerindendir. Dolayısıyla vefat eden yakının alınan kornealarının alınmasından duyulacak üzüntünün kişinin manevi varlığına tesir etmeyeceğini düşünmek olanaksızdır. Aynı husus kişi artık ölü de olsa, yakınları nezdinle manevi varlığını devam ettirebilmektedir. Bu nedenle muhalefet görüşünün kişinin bedenen ve ruhen korunmasını öngören uluslararası sözleşmeler ve Anayasa hükümlerine daha uygun düştüğünü görmekteyiz.

3.2.3. Manevi Zararın Takdiri

Manevi zararların maddi zararlar gibi hesaplanabilir bir yönü olmaması nedeniyle yargı organınca her somut olay bakımından manevi tazminat miktarı takdir edilecektir. Manevi tazminatın takdiri münhasıran hâkime aittir (Töre, 1970: s.542; Ertaş, 1990: s.87).

Hakimin manevi tazminat miktarını belirleme noktasında takdir yetkisi bulunmakla birlikte, bu yetki mutlak ve sınırsız bir yetki değildir. Hakim, olayın özelliği, kusurun ağırlığı, talep edenin olaydan zarar gören mi yoksa yakını mı

olduğu, yakınlık derecesi, adalet ve hakkaniyet prensipleri, tazminatın caydırma niteliği gibi yüksek yargının belirlediği bir kısım ölçütleri kullanmak zorundadır.

Yargıtay istikrar kazanmış kararlarında manevi tazminatın nasıl belirlenmesi gerektiğini tarif etmiştir. Buna göre; yargıç, manevi tazminatın tutarını belirlerken, saldırı oluşturan eylem ve olayın özelliği yanında tarafların kusur oranını, sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate almalıdır. Tutarın belirlenmesinde her olaya göre değişebilecek özel durum ve koşulların bulunacağı da gözetilerek takdir hakkını etkileyecek nedenleri karar yerinde nesnel (objektif) olarak göstermelidir. Çünkü yasanın takdir hakkı verdiği durumlarda yargıcın, hukuk ve adalete uygun karar vereceği Medeni Kanun'un 4. maddesinde belirtilmiştir. Takdir edilecek bu para, zarara uğrayanda manevi huzuru doğurmayı gerçekleştirecek tazminata benzer bir işlevi (fonksiyonu) olan özgün bir nitelik taşır. Manevi tazminat bir ceza olmadığı gibi malvarlığı hukukuna ilişkin bir zararın karşılanmasını da amaç edinmemiştir. O halde bu tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmelidir. Takdir edilecek tutar, var olan durumda elde edilmek istenilen doyum (tatmin) duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır[254].

Manevi tazminata hükmedilirken, Yargıtay'ın esas aldığı kriterlerden birisi olan kişilerin sosyal ve ekonomik durumlarının dikkate alınması prensibinin Danıştay tarafından da benimsendiği görülmektedir[255]. Buna göre, zengin olan veya sosyal olarak tanınırlığı yüksek olan kişilerin ölmesi durumunda yakınlarına, vücut bütünlüklerinin ihlali durumunda ise kendilerine ve duruma göre yine yakınlarına daha yüksek manevi tazminat ödenmesi gerekmektedir. Ancak, bu görüşe iştirak etmek mümkün değildir. Manevi zararlar bakımından farklılaşmaya gidilmesinin "insan" unsurunu esas alan bir yaklaşımda haklı bir gerekçesi bulunmamaktadır. Çocuğu vefat eden iki anne arasında ayrım yapılamayacağı gibi, varlıklı bir kişinin sakat kalması ile, varlıklı olmayan ve artık ailesinin geçimini sağlayamayacak ölçüde sakat kalan bir başka kişinin sakat kalmaları arasında duydukları üzüntünün farklı olduğu iddia edilemez. Bu nedenle, aynı acı sebebiyle mal varlığı veya sosyal

[254] Yarg. 4.HD, 12.01.2015, E:2014/2464, K:2015/36; 3.HD, 14.01.2015, E:2014/20420, K:2015/663, Yargıtay Bilgi Bankası

[255]Dan.10.D, 11.02.2004, E:2002/3790, K:2004/1519; 10.D, 10.12.2010, E:2008/6236, K:2010/10583; 10. D, 06.04.2015, E:2014/6387, K:2015/1871, Danıştay Bilgi Bankası

bilinirlik esas alınarak, farklı manevi tazminata hükmedilmesinin insan haklarının geldiği evre bakımından doğru bir yaklaşım olmadığı kanaatindeyiz.

Ülkemizde sağlık kamu hizmetinden kaynaklanan sorunlar sebebiyle kişilerin vücut bütünlüğüne verilen zararlar veya ölüm sebebiyle açılan davalarda, takdir edilen manevi tazminat rakamlarının acıları kısmen hafifletmekten uzak olduğu görülmektedir (İşgüzar, 1990: s.875; Kırca, 1999: s.265). Bu duruma, manevi tazminatın caydırıcılık yönünün hesaba katılmaması yanında, Danıştay tarafından vurgulanmaya devam edilen manevi tazminatın "zenginleşmeye yol açmaması" kriterinin de etkili olduğu bir gerçektir. Oysa, manevi tazminatın amacı sadece duyulan elem ve ıstırabı kısmen de olsa karşılama değil, aynı zamanda bireylerin en önemli kişilik varlıkları olan bedenlerine ve ruhlarına karşı yöneltilen haksız eylemler karşısında, kusurun ağırlığı nispetinde idarenin etkili bir biçimde uyarılması ve bu eylemlerin bir daha meydana gelmemesi için personel, araç, gereç ve ekipmanlarını en etkili biçimde kullanmayı teşvik etme olmalıdır.

Sezaryen ameliyatı sırasında karnında gazlı bez unutulması nedeniyle yeniden ameliyat olmak zorunda kalan hastanın açtığı davada İzmir 4. İdare Mahkemesince; davalı idarenin ağır hizmet kusuru bulunduğu ve bu zararı tazminle yükümlü olduğu, olayda idarenin hizmet kusuru ile sonucunda yarattığı acı ve üzüntünün ağırlığı dikkat alınarak, davacı olan hasta, eş ve çocukları için toplam 10.000,00 TL manevi tazminat kararı Danıştay tarafından, olayda idarenin kusuru, olayın oluş şekli ve zararın niteliği dikkate alındığında, belirlenen manevi tazminatın duyulan acıyı az da olsa giderecek ve idarenin kusurunun ağırlığını ortaya koyacak düzeyde olmadığı gerekçesiyle bozulmuştur[256].

Bir başka olayda ise; davacıların oğullarının testis torsiyonu rahatsızlığına gecikmeli olarak müdahalede bulunmak suretiyle yapılan ameliyatla sol testisini kaybetmesine yol açmasına hizmet kusuru ile neden olan davalı idarenin, olaydaki kusurunun ağırlığı göz önüne alınarak küçük için 20.000-TL, anne için 5.000-TL, baba için 5.000-TL manevi tazminatın başvuru tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davacılara ödenmesi yolundaki Konya 2. İdare Mahkemesi kararı, dava konusu olayda, idarenin kusuru, olayın oluş şekli ve zararın niteliği dikkate

[256] Dan.15.D, 19.03.2014, E:2013/3750, K:2014/1987, Danıştay Bilgi Bankası

alındığında, mahkemece belirlenen miktarın duyulan üzüntüyü azaltacak ve idarenin kusurunun ağırlığını ortaya koyacak düzeyde olmadığı gerekçesiyle bozulmuştur[257].

Danıştay, son kararlarıyla manevi tazminatta tatmin görüşü ile birlikte caydırıcılık görüşünü de benimsediği anlaşılmaktadır. Bu durum, hükmedilecek manevi tazminatın miktarlarında artışa neden olabilecek bir yaklaşımdır. Ancak, hâlâ kararlarda yer verilen manevi tazminatın "zenginleşme aracı olarak kullanılamayacağı" ve az da olsa "felaketi özendirir" seviyede olamayacağı şeklindeki gerekçenin, yerel mahkemelerce manevi tazminatın "az miktarda" belirlenmesine sebebiyet verdiği de bir gerçektir.

Manevi tazminatın belirlenmesine ilişkin üzerinde durmak istediğimiz bir diğer husus, mahkemenin tazminat miktarını belirlerken öncelikle zarar gören olmak üzere, davacıların zarar görene yakınlık düzeylerinin dikkate alması gerektiğidir. Zarar görenin eşi ve çocukları zarar görenle birlikte yaşamaları sebebiyle veya olaydan daha çok etkilenecekleri tabî olduğundan, kardeş ve diğer yakınlara göre daha fazla manevi tazminata hükmedilmesi icap etmektedir[258].

Manevi zararın miktarının belirlenmesinde Danıştay ile Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kararları arasında yaklaşım farkı vardır. Danıştay manevi tazminat

---

[257] Dan.15.D, 17.06.2014, E:2013/4026, K:2014/5387, Danıştay Bilgi Bankası; benzer bir dava için bkz. "Davacının, yapılan ameliyat sonrası sağ elinin üç parmağının işlevini kaybetmesi sebebiyle uğradığını ileri sürdüğü zararların karşılığı karar verilmesi istemiyle açılan davada, Adana 2. İdare Mahkemesi'nce; …davalı idarenin ağır hizmet kusurunun bulunduğu gerekçesiyle olay sebebiyle duyulan ve ömür boyu duyulacak ıstırabı kısmen de olsa karşılayabilmek amacıyla, 75.000-TL maddi ve 10,000-TL manevi tazminatın kabulüne karar verildiği, ..Mahkemece takdir edilen manevi tazminat miktarı yetersiz bulunduğundan, manevi tazminatın amaç ve niteliği dikkate alınarak yukarıda belirtilen ölçütlere göre hükmedilecek manevi tazminat tutarı yeniden belirlenmesi gerektiği…Bozulmasına" (Dan.15.D, 15.05.2014, E:2013/4522, K:2014/3824, Danıştay Bilgi Bankası).

[258] "Manevi tazminata hükmedilirken, tazminat miktarının; idarenin eyleminin hukuka aykırılığının ağırlığını ortaya koyacak tutarda olması kadar, aynı olaydan dolayı benzer şekilde etkilenen diğer kişilerin etkilenme ve yakınlık derecesi dikkate alınarak orantılı ve adil olması da hakkaniyet gereğidir. Oğlunu kaybeden davacı ile kardeşlerini kaybeden diğer davacılar arasında 1/10 (onda bir) oranında farklı düzeyde verilmesi nedeniyle kardeşlere verilen tazminatın orantısız olduğu ve hakkaniyete uygun düşmediği sonucuna varılmıştır" (Dan.10.D, 20.06.2001, E:1999/2410, K:2001/2637, Danıştay Bilgi Bankası).

Bir başka karar için bkz. "…Danıştay Onuncu Dairesince verilen 22.11.1999 tarih ve E:1998/28, K:1998/6195 sayılı bozma kararına uyularak manevi tazminat yönünden yeniden incelendiği manevi tazminatın patrimuanda meydana gelen bir eksilmeyi karşılamaya yönelik olmayıp, duyulan acı, elem ve ızdırabı kısmen de olsa gidermeye yönelik bir tatmin aracı olduğu, bu haliyle ölenin yakınlarına verilecek tazminat miktarının belirlenmesinde yakınlık derecelerinin dikkate alınması gerektiği…" (Dan.10.D, 29.01.2003, E:2000/5014, K:2003/304, Danıştay Bilgi Bankası).

miktarını her somut olay bakımından olayın niteliğine göre belirlemektedir. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ise, davacılar ve yakınları yönünden her yıl belirli manevi tazminat rakamları belirlemekte olup; bu rakamlar ölüm veya muhtelif bedensel sakatlanmaların özelliği ve mahiyetine göre değişkenlik göstermektedir (Özgüldür, 1996: s.437).

Son olarak, davacılar bağış hariç olmak üzere, ulusal veya Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi uluslararası bir kurumlardan olayla ilgili tazminat almışlar ise, hükmedilecek tazminatta bu durumun dikkate alınması gerekmektedir[259].

İdarenin hatalı tıbbi müdahalesi veya kusuru sebebiyle vücut bütünlüğünü yitiren veya vefat eden kişilerin kendileri veya yakınları tarafından açılan birçok davada, idare mahkemelerince son derece düşük olarak belirlenen manevi tazminat miktarları karşısında Danıştay'ın, manevi tazminat miktarının idarenin kusurunun ağırlığını ortaya koyacak bir miktarda olması gerektiği gerekçesiyle bozma kararları vermesi doğru bir yaklaşım olsa da, başta yerel mahkemeler olmak üzere alınması gereken daha çok mesafe vardır.

3.2.4. Manevi Zarara Faiz İşletilmesi Sorunu

Manevi tazminata faiz yürütülmesinin mümkün olup olmadığı öğreti ve uygulamada uzun yıllar tartışma konusu yapılmıştır.

Danıştay'ın eski tarihli kararlarında; Manevi tazminatın patrimuanda meydana gelen bir eksilmeyi karşılamaya yönelik bir tazmin aracı değil, manevi bir tatmin aracıdır. Diğer yandan faiz ise, belli bir paranın getirisi olduğu ve manevi tazminatın para olarak takdir edilmesinin, bu paraya faiz yürütülmesini sağlamayacağı, bir zarar mukabili değil, duyulan üzüntünün hafifletilmesi gayesi bulunan manevi tazminata, bu niteliği gereği olarak faiz yürütülemeyeceği gerekçesiyle manevi tazminata faiz yürütülmesi istemlerini reddetmiştir[260].

Teorik olarak doğru olan bu yaklaşım, enflasyon olgusunun olduğu ve davaların uzunca bir süre karara bağlanamadığı ülkemiz açısından davacıların

[259] "…Ancak yukarıda anılan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İkinci Dairesi'nin 26/07/2005 tarihli kararıyla davacıya uyuşmazlık konusu olay nedeniyle 30.000 Euro (otuzbin Euro) manevi tazminat ödenmesine karar verildiğinden bu davada ayrıca aynı olay nedeniyle manevi tazminat ödenmesine olanak bulunmamaktadır" (Dan. İDDK, 27.05.2013, E:2009/3035, K:2013/2056, Danıştay Bilgi Bankası).

[260] Dan. 10.D, 05.02.1998, E:1996/3984, K:1998/545, Danıştay Bilgi Bankası

mağduriyetlerine sebep olmuştur. Dava tarihi itibariyle istenilen meblağ mahkemece tümüyle kabul edilse bile, yüksek enflasyon (fiyatlar genel seviyesinin artması, paranın alış gücünün azalması) sebebiyle tahsil zamanında değersizleşmesi ve manevi tazminatın birçok davada anlamsızlaşması yeni arayışları beraberinde getirmiştir. Nihayet 2003 yılı itibariyle Danıştay ısrarından vazgeçmiş ve manevi tazminata faiz uygulanabileceğine hükmetmiştir.

Danıştay söz konusu kararında; manevi tazminatın özelliği dikkate alındığında manevi zararın telafisi için hükmedilecek miktara, idareye başvuru tarihinden itibaren 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun uyarınca faiz yürütülmesini gerekli kıldığından, bu hususunun hükmedilecek manevi tazminat yönünden İdare Mahkemesince değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir[261].

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi de 1975 yılına kadar Danıştay uygulamalarından etkilenerek manevi tazminata faiz yürütülemeyeceği yolunda kararlar vermiş ise de, bu tarihten sonra genel uygulamayı değiştirmeyen bazı kararlar dışında genel olarak manevi tazminata faiz uygulanmasını kabul etmiştir (Özgüldür, 1996: s.360).

Yüksek enflasyon olgusu karşısında istenilen tazminata faiz yürütülmemesi bir yana, yasal faizin dahi parasal kayıpları gidermediği ileri sürülmüştür. ÜNLÜÇAY'a göre; "Hak ihlali sonucu zararın ortaya çıkmasıyla gerçekleşen alacağın ödenmemesi üzerine, geç ödeme nedeniyle uğranılan zararların asgarisini karşılama amacını taşıyan yasal faiz uygulamasının, enflasyon olgusu ve para değerindeki kayıpları gideremeyeceği; geçek zararın bütünüyle tazmini için bir araç olmadığı ortadadır" (Ünlüçay, 1988: s.10).

Manevi tazminata faiz yürütülmesi kabul edildikten sonra ne zamandan itibaren faiz yürütülmesi gerektiği sorusu gündeme gelmektedir. Bu konuda Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ile Danıştay'ın ayrıştığı görülmektedir. AYİM'e göre manevi tazminata olay tarihinden itibaren faiz yürütülmesi gerekmektedir[262]. Danıştay'a göre, faiz; en basit biçimiyle, idarenin tazmin borcu bağlamında kişilerin, idarenin eylem veya işlemlerinden dolayı uğradıkları zararların giderilmesi istemiyle başvurmalarına karşın, idarenin zararı kendiliğinden ödemeyip, yargı kararıyla

[261] Dan. 10.D, 25.02.2003, E:2001/2529, K:2003/675, Danıştay Bilgi Bankası

[262] AYİM 2.D, 03.04.2002, E:2000/303, K:202/ 2324, AYİM İçtihat Bankası

tazminata mahkûm edilmesi sonucunda, tazminatın ödendiği tarihe kadar geçen süre için 3095 sayılı Kanuna göre hesaplanacak tutarı ifade etmektedir.

2577 sayılı Yasa'da eylemin öğrenilmesinden itibaren bir, eylemden itibaren de en geç beş yıl içinde dava açılması gerektiği kuralı yer almaktadır. Danıştay'ın yerleşik kararlarında, anılan maddede, idari eylemler nedeniyle uğranılan zararın tazmini için idareye başvuruda bulunulmasının, dava ön şartı olarak öngörülmesi ve zararın idare tarafından en erken bu tarihte sulhen ödenebilecek olması nedeniyle mahkemelerce hükmedilecek tazminat miktarına, ön karar için idareye yapılan başvuru tarihi itibariyle yasal faiz uygulaması gerektiği kabul edilmiştir[263].

İdareye başvuru olmaması veya önce adli yargı mahkemelerinde dava açılması durumunda ise, dava tarihinden (idari veya adli yargı mercii) itibaren yasal faiz uygulanacaktır. Öte yandan, mahkemeler istem ile bağlı olduğundan, idari yargı düzeninde açılan bir davalarda mahkemelerce manevi tazminata faiz yürütülebilmesi için davacının faiz talebinde bulunması gerekmektedir. Faiz talebinde bulunulmayan bir davada mahkeme manevi tazminata faiz yürütülmesine karar veremez.

Ülkemizde sabit oranlı yasal faiz uygulanmadığından, yasal faiz oranlarında çeşitli tarihlerde değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikler de dikkate alınarak, hükmedilen manevi tazminat miktarına idareye başvuru tarihinden tazminatın ödendiği tarihine kadar olan dönemde geçerli olan yasal faiz oranları uygulanacaktır.

[263] "İdari eylemlerden doğan zarar nedeniyle açılan tam yargı davalarında, hükmedilen tazminat tutarının dava dilekçesinde istenilmek kaydıyla idareye yapılan başvuru tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte ödenmesine karar verilmesi gerekmektedir" (Dan. 15.D.,30.01.2015, E:2014/7136, K:2015/413, Danıştay Bilgi Bankası)

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM
SAĞLIK HİZMETLERİNDE ZARARLA İLLİYET BAĞI VE İDARENİN TAZMİNAT SORUMLULUĞUNU ETKİLEYEN HALLER

1. GENEL OLARAK İLLİYET BAĞI KAVRAMI

Zarar ile sonuçlanan kusurlu bir idari eylemden, idarenin sorumlu tutulabilmesinin bir diğer şartı eylem ile zararlı sonuç arasında uygun illiyet bağının mevcudiyetidir. Latince "conditio sine qua non" (onsuz olmayacak ölçüde gerekli olan durum, koşul, olay) kavramı ile ifade edilen nedensellik bağı, aralarında neden ve sonuç ilişkisi olan iki olaydan birincisinin ikincisinin ön şartı olmasını ifade eder (Çelebican, 1997: s.283).

Ancak, dolaylı olsun veya olmasın, zararla ilişkili ilişki kurulabilen her illiyet bağı idareyi sorumlu tutmak için yeterli olmamaktadır. Buna göre, eylem ile zararlı sonuç arasındaki ilişkinin hangi aşamadan sonra illiyet bağı olarak kabul edileceği tartışmaları sonrasında, Alman ve İsviçre Mahkemeleri tarafından kabul edilen bir kavram olarak "uygun illiyet bağı" kavramı ortaya çıkmıştır (Tunçomağ, 1965: s.270).

Uygun illiyet bağı, idari eylem ve meydana gelen sonucun olayların normal akışına ve hayat tecrübelerine göre normal olması veya eylemin bu türden bir sonucun gerçekleşmesi olasılığını objektif olarak arttırmış bulunan, zorunlu şartla söz konusu sonuç arasındaki bağdır (Tandoğan, 1961: s.77).

İdarenin zararlı bir sonuçtan sorumlu tutulabilmesi için, idari davranış ile meydana gelen zarar arasında uygun bir illiyet bağı, yani neden-sonuç ilişkisi bulunması gerekmektedir. Zarar, idarenin bir faaliyetinin doğal bir sonucu olmayıp, olayın normal akışı içinde beklenmeyen bir sonuç ise, nedensellik bağından söz edilemez (Özay, 2002: s.727; Atay, 2012: s.682, Günday, 2011: s.384; Ayan, 1991: s.110). Örneğin, hekimin telefonda randevu verdiği hastanın, randevuya gelirken geçirdiği trafik kazası neticesi ölümü ile hekimin davranışı arasında uygun illiyet bağı yoktur. Uygun olmayan bir sebep, hekimin sorumluluğuna karar verilmesi bakımından önem taşımaz. DÜREN'e göre ise, illiyet bağında bir sebep-sonuç ilişkisi aranmasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Zararın bir kamu hizmetiyle bağlantısının varlığı yeterli görülmelidir. Yazara göre, kamu ve özel hukuk farklarından dolayı özel hukukta olduğu gibi, zararın davranışın uygun ve normal

sonucu olması gerektiği gibi anlaşılma zorunluluğu olmayıp, kamu hizmeti sırasında kusurlu bir eylem sebebiyle kişilere zarar verilmesi tazminat hakkının doğması için yeterli sayılmalıdır. Böyle bir yaklaşım Anayasanın öngördüğü "sosyal hukuk devleti" ilkesine de daha uygun düşmektedir (Düren, 1979: s.328).

Kural olarak illiyet bağının varlığının ispatı zarar görene ait olduğu belirtilmekte (Yenice ve Esin, 1983: s.103) ise de, İdari Yargı'da re'sen araştırma ilkesinin geçerli olması sebebiyle, idarenin sorumlu tutulabilmesi için zararın idari faaliyetten doğduğunun kanıtlanması, hatta çoğu kez davacının kanıt başlangıcı sayılacak ipuçlarını mahkemeye vermesi yeterli (İnan, 1982: s.31, Özay, 2002: s.728) olup, mahkeme, söz konusu iddiaların doğru olup olmadığı ve tazminat hakkının mevcut olup olmadığını araştırarak davanın kabulüne veya reddine karar verecektir.

SAĞLIK HUKUKUNDA İLLİYET BAĞI

Tazminat sorumluluğunun doğması için zararla idari faaliyet arasında var olması gereken uygun illiyet bağına ilişkin yukarıda yer verilen açıklamalar sağlık hizmetleri yönünden de geçerlidir. Diğer bir anlatımla, kural olarak, idarenin vermiş olduğu sağlık hizmetinden kaynaklanan zararlar sebebiyle idarenin sorumlu tutulabilmesi, zararla sağlık hizmeti arasında uygun illiyet bağının bulunmasına bağlıdır.

Ancak, Danıştay meydana gelen zararla idari faaliyet arasında uygun illiyet bağı bulunmadan tazminata hükmedilemeyeceği kuralında kısmi yumuşama göstermiştir. Buna göre, zarar ile idari faaliyet sonucu meydana gelmemiş, yani idari eylemle zarar arasında nedensellik bağı kurulamamış olsa bile, hastanın ileri bir sağlık merkezine sevk edilmemesi gibi organizasyon hatası, teşhis ve tedaviye yönelik bir takım eksiklikler, hastanın aydınlatılmaması, virüs kapması sebebiyle mağdur veya yakınlarının hastanın idarenin hatasından zarar gördüğü yolunda şüphede bırakılması gibi kişileri veya yakınlarını elem ve üzüntüde bırakan durumlarda illiyet bağı bulunmasa bile, davacılara manevi tazminat ödenmesi gerektiğine hükmetmektedir.

Davacıların murisinin, yuttuğu kemik parçasının boğazına saplanması nedeniyle başvurduğu hastanede hizmetin kusurlu sunulması sonucu öldüğünden bahisle açılan tazminat davasında Danıştay; Adli Tıp Kurumu raporunda, hastanın zamanında ileri bir merkeze başvursa da, kurtulma şansının mutlak olmadığı

belirtildiğinden, sevk edilmemesi nedeniyle sunulan sağlık hizmetinde eksiklik bulunduğu açık olmakla birlikte, bu eksikliğin ölüme katkısının olup olmadığının bilinememesi nedeniyle, idari eylemle zarar arasında nedensellik bağı kurulamadığından, maddi tazminata isteminin reddine ilişkin mahkeme kararında hukuka aykırılık bulunmamaktadır. Ancak, hastanın zamanında ileri bir merkeze sevk edilmemesi nedeniyle sunulan sağlık hizmetinde eksiklik bulunduğu açıktır. Bu durum, davacıların murisinin hayatını kaybetmesinde etkili sebep olmasa bile, yürütülen sağlık hizmetinin gereği gibi işlemediğini ortaya koymaktadır. Dolayısıyla davacıların yakını için sunulan eksik sağlık hizmeti nedeniyle duyulan sıkıntı ve üzüntünün kısmen de olsa hafifletilebilmesi amacıyla davacılar lehine manevi tazminata hükmedilmesi gerektiğine hükmetmiştir[264].

Bir diğer olayda Danıştay, bebeğin down sendromlu olarak dünyaya gelmesi ile hekimin uygulamaları arasında uygun illiyet bağı bulunmasa da aydınlatma yükümlülüğünün ihlali ile kendini gösteren davalı idare uygulamasının bünyesinde barındırdığı eksiklik nedeniyle davacılara manevi tazminat ödemesi gerekliliği sonucuna varmıştır[265].

08.04.2015 tarihli Danıştay kararında ise Danıştay, meydana gelen ölüm olayı ile sunulan sağlık hizmeti kapsamındaki tıbbi uygulamalar arasında uygun illiyet bağı kurulamamış ise de; davacılar yakınının hastane enfeksiyonu kapmaması adına hastane uygulamalarında eksiklik olduğu ve bu eksikliğin ölüme sebebiyet verdiği konusunda yaratılan şüphe nedeniyle oluşan manevi zararın giderilmesi gerektiğini içtihat etmiştir[266].

[264] Dan.10.D.,26.06.2012, E:2008/9936, K:2012/3091, Danıştay Bilgi Bankası

[265] Dan.15.D, 08.04.2015, E:2013/4351, K:2015/2019, Danıştay Bilgi Bankası

[266] Dan.15.D, 08.04.2015, E:2013/4488, K:2015/2020; Bir başka Danıştay kararı için bkz. "Olayda, acil servise başvuran hastanın içinde bulunduğu klinik tablo karşısında ortopedi konsültasyonunun yaptırılmamış olması idare bünyesinde sunulan sağlık hizmetinin organizasyon hatası olarak değerlendirildiğinden, meydana gelen durumun komplikasyon olarak ifade edilmesi idarenin manevi tazmin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır. Bu durumda dosya içeriğinde yer alan bilimsel raporlar ışığında, meydana gelen sekel ile sunulan sağlık hizmeti kapsamındaki tıbbi uygulamalar arasında uygun illiyet bağı kurulamamış ise de; yukarıda belirtilen şekliyle oluşan kusurun niteliği gereği davacı tarafın manevi tazmin taleplerinin değerlendirilmesini gerektirecek türden bir zarara sebebiyet verdiği de ortadadır" (Dan.15.D, 21.04.2015, E:2014/5867, K:2015/2320, Danıştay Bilgi Bankası).

Zararlı sonuç idarenin faaliyetinden kaynaklandığı tespit edilememiş olsa bile, idarenin eksik veya hatalı eylemleri sebebiyle elem, üzüntü veya kuşkuya maruz bırakılması ve manevi zarar oluşması nedeniyle idare tazminat ödemeye mahkum edilmektedir.

İLLİYET BAĞINI KALDIRAN VE ZAYIFLATAN DURUMLAR

İdarenin tazminat yükümlülüğü altında bulunması için zararın faili ve sorumlusu durumunda bulunması gerekmektedir. Ancak, bu durum idareyi doğrudan sorumlu kılmamakta olup, fiilin idareye atıf ve isnat edilebilmesi sorumluluğun şartlarından birisini oluşturmaktadır. Buna göre, zararın idarenin faaliyetlerinden doğmasına yönelik uygun illiyet bağı ile birlikte sorumluluğun diğer şartlarının da mevcudiyeti gerekmektedir (Onar, 1966: s.1718).

Meydana gelen zarara, idarenin eylemi dışında kalan bir başka sebep kısmen veya tamamen neden olmuşsa ise, idarenin söz konusu zarardan dolayı sorumluluğu üçüncü kişinin sorumluluğu oranında ortadan kalkar. İlliyet bağının kesilmesi, idarenin sadece kusurlu değil, kusursuz sorumluluğunu da ortadan kaldırır (Gözler, 2003: s.1221).

İlliyet bağının kesilmesi sebebiyle tazminat sorumluluğunu tamamen ortadan kaldıran veya zarar vermesi sebebiyle sorumluluğu azaltan sebepler; mücbir sebep, beklenmeyen hal, üçüncü kişinin kusuru, zarar görenin kusuru ve kişisel kusur olarak sıralanabilir.

3.1. Mücbir Sebep (Force Majeure)

Roma hukukundan itibaren kabul edilen bir kavram olarak mücbir sebep, ilk olarak özel hukuk ilişkilerinde ileri sürülmüş ve kullanılmıştır. Kavram, özel hukukun da tesiriyle idare hukuku açısından da kabul görmüş ve sorumluluğu ortadan kaldıran bir işleve sahip olduğu kabul edilmiştir. Zorlayıcı neden olarak da ifade edilen mücbir sebep, zararla idari faaliyet arasındaki illiyet bağını kesen nedenlerin en önemlilerinden birisidir (Baş, 2003(b): s.386).

Mücbir sebep, yer ve zamanı önceden bilinemeyen, tahmin edilse bile karşı konulamayan ve önlenemeyen, idare dışı olaylardır. Buna göre, mücbir sebebin özellikleri; kusursuzluk, öngörülemezlik (sezilemezlik), önlenemezlik (karşı konulamazlık) ve gerçekliktir (Kutlu, 1999: s. 17). Örneğin, Devlet hastanesinde

yapılan ameliyat sırasında meydana gelen yüksek şiddetteki bir deprem sonucu hastanın ölmesi olayında, idarenin sağlık hizmeti ile ölüm olayı arasında illiyet bağı deprem tarafından kesildiğinden artık idarenin sorumluluğundan söz edilemez.

Ancak, idarenin alacağı tedbirler sonucu zararı önleme ya da hiç değilse zarardan kısmen kaçınabilme olanağı varsa, bu durum kusurun varlığına yol açar (Yayla, 1980: s.54) ve idare sorumluluktan tümüyle kurtulamaz. Diğer bir anlatımla, deprem sebebiyle meydana gelen zararda, idarenin deprem öncesinde mevzuatın kendisine yüklediği işlevlerini yerine getirmesi sırasındaki kusurlu olarak nitelendirilebilecek işlem ve eylemleri dolayısıyla artış meydana gelmiş ise, bu durumda idare kusuru oranında sorumlu olacaktır. Buna göre açılacak davalarda mahkeme, idarenin personel, işlem ve eylemleri yönünden sorumluluğunu yerine getirip getirmediği ve bu durumun sonuç üzerindeki etkisini değerlendirerek, şartları var ise idarenin tazminat ödemesine hükmedecektir (Kutlu, 1999: s.21).

Danıştay'a göre, idarenin tutumu zararı artırmış veya ağırlaştırmış ise, zararın ağırlaşan, artan kısmı bakımından kusuru göz önünde tutularak idarenin tazminle sorumlu tutulması gerekmektedir[267].

Fransız Danıştay'ı ancak istisnai durumlarda mücbir sebebin varlığını kabul etmektedir. Yüksek Mahkeme deprem, sularda aşırı yükselme, çok şiddetli bir fırtına, olağan dışı şekilde çok yağan yağmuru mücbir sebep olarak değerlendirirken karayel, yangın veya aynı bölgedeki tekrar eden olayları mücbir sebep olarak kabul etmemiştir (Atay vd., 2003: s.179).

Buna göre, sağlık hizmetinin de dahil olduğu faaliyetleri bakımından, mücbir sebebin varlığı doğrudan tazminat sorumluluğunu ortadan kaldırmamakta olup, idarenin zararı önleme veya azaltma bakımından mevzuatta öngörülen görevlerini yerine getirilip getirilmediğine bakılması gerektiği anlaşılmaktadır.

3.2. Beklenmeyen Hal (Cas Fortuits)

Beklenmeyen durum; önceden öngörülmesi ve önlenmesi mümkün olmayan, ancak idarenin faaliyetleri içinde cereyan eden olaylardır (Odyakmaz vd, 2006: s. 474).

[267] Dan. İDDK, 17.12.2009, E:2008/673, K:2009/3112, Danıştay Bilgi Bankası

İdare hukuku öğretisinde beklenmeyen hal kavramı ilk olarak Maurice Hauriou'nun Fransız Danıştay'ının 1912 tarihinde verdiği "Ambrosini" kararına yazdığı notla ortaya çıkmıştır. Bu notta mücbir sebebin idari faaliyetin dışından, beklenmeyen halin ise idari faaliyetin içinden kaynaklandığı ifade edilmiştir. Bunun yargı kararlarına yansıması da Fransız Danıştay'ının 1929 tarihinde verdiği "Compagnie du gaz de Beauvais" kararıyla olmuş ve mahkeme elektrik kablosunun kopmasını bilinmeyen sebep olarak nitelendirerek beklenmeyen hali kabul etmiştir (Çağlayan, 2007: s.193).

Beklenmeyen hal kavramının üç unsuru bulunmaktadır. Olayın idarenin faaliyetleri içinde meydana gelmesi, öngörülemez olması ve önlenemez olmasıdır. Beklenmeyen halin mücbir sebepten tek farkı idarenin faaliyeti içinde meydana gelmiş olması olarak kabul edilmektedir. Beklenmeyen halin mevcut olması idarenin kusursuz sorumluluğunu ortadan kaldırmaz (Atay, 2012: s.726; Gözler ve Kaplan, 2013: s. 791).

Özellikle idarenin makine ve teçhizatında ortaya çıkan bir bozukluk, aksaklık ve kusur sonucu ortaya çıkan zararlarda söz konusu olan beklenmeyen halin, idarenin söz konusu makine ve teçhizattaki bakım eksikliği ve ilgisizliğinden mi ortaya çıktığı, yoksa beklenmeyen hal mi olduğunun ayırt etmesi oldukça güç bir mevzudur. Bu sebeple araştırmamızda beklenmeyen hal nedeniyle idarenin sorumsuzluğuna hükmedilen bir Danıştay kararına rastlanılmamıştır. Aksine, idarece cihazın tüm teknik bakımlarının yapıldığının ileri sürülen durumlarda da hizmet kusuru bulunduğu gerekçesiyle tazminata hükmedildiği görülmektedir[268]. Bu nedenle,

[268] "Olayla ilgili olarak Adli Tıp Kurumu'na yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen raporda; ameliyat sırasında koter plağının doğru yere yerleştirilmiş olduğu, ameliyat öncesi ve sonrası kullanılan koterin teknik bakım ve kontrollerinin yapıldığı, herhangi bir arızasının bulunmadığı, monopolar koter cihazlarında devrenin hastanın üzerinden tamamlandığı, bu nedenle hastanın ameliyatı sırasında kalçaya doğru batikon sızması ya da hastanın terlemesi gibi durumlarda bu devrenin tamamlanmayabileceği, koter cihazının teknik bakımının yapıldığı ve yanığın geliştiği bölge plağın da doğru yere yerleştirildiği de dikkate alındığında, ortaya çıkan durumun bir komlikasyon olduğunun belirtildiği anlaşılmaktadır. Uyuşmazlıkta, Adili Tıp raporunda…komplikasyon olduğu belirtilmekte ise de, hastanın ameliyatı sırasında kalçaya doğru batikon sızması, ya da hastanın terlemesi gibi durumlarda davalı idarece gerekli tedbirlerin alınarak meydana gelebilecek zararların önlenmesi gerekmektedir. Olayda davalı idarece koter cihaznın kullanılacağı bir ameliyatta gerekli tedbirler alınmadan yapılan ameliyat sonucu zarar gördüğü anlaşılan davacının olay nedeniyle, oluşan zararının karşılanması gerekmektedir" (Dan.15.D, 09.04.2014, E: 2013/3871, K:2014/2602, Danıştay Bilgi Bankası).

Bir diğer davada; "Adana 1. İdare Mahkemesince; Orman sahasının kamuya ait ve korunması zorunlu ortak bir değer olduğu, davalının bu bölgeden geçen ve bünyesinde kendiliğinden bir tehlike

beklenmeyen halin idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırdığı ya da azalttığı yolundaki görüşün eski bir görüş olarak kaldığını söylemek yanlış olmaz.

3.3. Üçüncü Kişinin Kusuru

İdarenin sorumluluğunu etkileyen durumlardan birisi de, idareye yabancı olan üçüncü kişinin davranışlarıdır. Bu duruma, Fransız öğretisinde olduğu gibi (Çağlayan, 2007: s.205), Türk öğretisinde de (Onar, 1966: s.1723; Gözübüyük ve Dinçer, 2001: s. 234; Günday, 2011: s.385) "üçüncü kişinin kusuru" şeklinde ifade edilmektedir. "İdarenin yürüttüğü faaliyetler sırasında veya sonrasında üçüncü kişilerin eylemlerinden dolayı zarar doğmuş veya artmış ise, zararla idari faaliyet arasındaki illiyet bağı kısmen veya tamamen kesileceğinden, illiyet bağının kesildiği oranda idarenin sorumluluğu ortadan kalkar (Günday, 2011: s.385)[269].

Doktor, hemşire, ebe, sağlık memuru gibi hastane görevlileri üçüncü kişi kavramına dahil olmaz. Diğer bir anlatımla, sağlık mesleği mensuplarının verdikleri zararlardan da başta Sağlık Bakanlığı olmak üzere, ilgili idare sorumlu olacaktır. Ancak, doktor tarafından yazılan ilacın karıştırılması suretiyle başka bir ilaç verilmesinde eczacı da üçüncü kişi konumundadır. Bu sebeple, yanlış ilacın kullanılmasından doğan zarardan ilgili hekim değil, eczacı sorumlu olacaktır (Gökcan, 2013: s.981).

Üçüncü şahsın kusurlu davranışının illiyet bağını tamamen kesebilmesi, zarar verenin kusurundan daha ağır derecede kusurlu olmasına bağlıdır. Örneğin bir otomobilin çarpması sonucu, tehlikeli olmayacak şekilde yaralanmakla birlikte kan kaybına maruz kalmış kişi, hastane görevlilerin ihmal ve kusurlarıyla kan kaybının telafi edilememesi sebebiyle ölmüş ise, kaza ile ölüm olayı arasındaki illiyet bağı,

---

taşıyan yüksek gerilim hattının korunması ve bakımını daha öncelikli ve dikkatle sağlamasının gerektiği, mevsim koşulları ve bölgenin özellikleri gereği atmosfer olaylarına bağlı mekanik bir zorlama sonucu koptuğu belirtilen enerji hattında davalının gerekli koruma ve bakımı sağlamadığının bilirkişi incelemesiyle sabit olduğu, olayın meydana geldiği 9.2.1993 tarihinde kış mevsiminin gereği havanın soğuk ve yağışlı olmasının "beklenmeyen hal" olarak değerlendirilemeyeceği, dolayısıyla davalı idarenin doğan zararı tazminle yükümlü olduğu…Onanmasına" (Dan. 10.D, 09.11.1999, E: 1997/4572, K:1999/5476, Danıştay Bilgi Bankası)

[269] "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…" (Dan. 10.D, 31.12.2012, E: 2011/5294, K:2012/7209, Danıştay Bilgi Bankası).

araya giren ve üçüncü şahıs olan hastane personelinin kusurlu davranışıyla kesilmiştir (Gökcan, 2013: s.981). Diğer bir anlatımla, ölüm olayı ile kaza arasında uygun illiyet bağı mevcut değildir.

Üçüncü kişinin kusuru sebebiyle idarenin sorumluluğunun ortadan kalkması sadece idarenin kusurlu sorumluluğu için geçerlidir. İdarenin riskli faaliyetler veya kamu külfetleri karşısında eşitlik prensibi gereği idarenin kusursuz sorumluluğunun söz konusu olduğu durumlarda ortaya çıkan zarara üçüncü kişinin eyleminin katkıda bulunması idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Ancak bu durumda, idare tazminatı ödedikten sonra kusuru ölçüsünde üçüncü kişiye rücu edebilir (Gözübüyük ve Tan, 1998: s.562; Candan, 2009: s.1888-189; Atay 2012: s.730).

3.4. Zarar Görenin Kusuru

Zarar, mağdurun kendi kusurundan kaynaklanmış ise, zarar ile idari faaliyet arasında illiyet bağı kesileceğinden artık idarenin sorumlu tutulması mümkün değildir. Zararın mağdurun kusurundan kaynaklanması durumunda idarenin sorumluluğunun ortadan kalkması, ya da sorumluluğunun azalması prensibi sadece kusur sorumluluğunda değil, kusursuz sorumluluk hallerinde de geçerlidir (Esin, 1976: s.220). Zira, idarenin sorumluluğu için zarar ile idarenin faaliyeti arasında illiyet bağının mevcut olması tazminatın temel şartı olup, zarar görenin davranışının illiyet bağını kesmesi durumunda, artık zararın idarenin faaliyeti ile ilgisi kesileceğinden tazminat da söz konusu olmaz. Örneğin, hastanın doktorun yazdığı dozdan çok yüksek ilaç alması sebebiyle uğradığı zararda, doktorun reçeteyi usulüne uygun olarak yazması ve anlatması şartıyla, zararla idari faaliyet arasında illiyet bağının kesileceğinden, artık idarenin tazminat sorumluluğundan söz edilemez.

Bazı durumlarda zararın ortaya çıkmasına yahut artmasına, idarenin kusurlu davranışı yanında mağdurun davranışı da katkıda bulunabilmektedir. Bu gibi durumlarda idarenin sorumluluğu zarar görenin kusuru nispetinde azalır ve idare kusuru oranında sorumlu olur (Çağlayan, 2007: s.197). Kişinin kendi kusuru ile zararı artırdığı bu gibi durumlarda müterafik kusur söz konusu olur. 1972 tarihli Alman Mahkemesinin verdiği bir kararda, ilaç aldıktan sonra bir süre araç kullanmaması gerektiği konusunda hastanın aydınlatılmaması doktorun kusuru olarak kabul edilmiş ve doktor sorumlu tutulmuştur (Gökcan, 2013: s.981).

Fransız Danıştay'ı zarar görenin kusurunun varlığı durumunda idarenin sorumluluğu konusunda katı bir yaklaşım sergilemekte olup, kişinin kendisine yönelik tehlikelerde uyanık, dikkatli ve özenli olması gerektiği düşüncesindedir. Bisiklet yarışçısının yoldaki büyük bir çukura düşmesinde, motorsiklet sürücüsünün yoldaki çökme sebebiyle kaza geçirmesinde ve çatıdan düşen buzdan zarar gören kişinin de kusuru bulunduğu gerekçesiyle idarenin sorumluluğunu hafiflettiği görülmektedir (Atay vd., 2003: s.182; Eroğlu, 2009: s.73).

Danıştay, zararın kişinin kendi hatasından kaynaklanmış veya zararı artırmış ise, sorumlu olacağına işaret etmektedir[270].

Yüksek Mahkeme'nin 29.05.2014 tarihli kararı konuya ışık tutmaktadır. Danıştay; idarenin 2238 sayılı Kanunda organ bağışlayanların haklarını korumaya yönelik getirilmiş düzenlemeler kapsamında, ameliyatın başlatılması öncesinde, verici tarafın mağduriyetine yol açabilecek birtakım usuli eksiklikleri olsa da, alıcının yakınlarının mevzuata aykırı olarak organ bağışlayıcısını ve ameliyatı yapacak doktoru para karşılığı ayarladıkları, buna göre ilgililerin kendi kusurlu davranışları nedeniyle, ortaya çıkan zararlardan dolayı davalı idarenin kusurlandırılmasının mümkün olmadığı gerekçesiyle tazminat isteminin reddine karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir[271].

Bir başka davada yine Yüksek Mahkeme; zararın oluşmasında zarara uğrayanın ya da üçüncü kişinin kusurunun bulunması halinde ise, idarenin tazmin sorumluluğunun ortadan kalkacağı ya da kusur ölçüsünde azalacağı, somut olayda, kamu görevlilerinin eylemleriyle yaralandığı iddiasını kanıtlayamayan davacının, olaylarda aktif rol alarak yaralanmasına kişisel kusuruyla neden olduğu, zarar ile idarelerce yürütülen hizmet arasında nedensellik bağı kurulamadığı anlaşıldığından, idarenin tazmin sorumluluğu olduğu yolunda verilen temyize konu mahkeme kararında, davalı İçişleri Bakanlığı yönünden hukuki isabet görülmediğine karar vermiştir[272].

---

[270] "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 hizmet kusuruna dayalı tazmin sorumluluğunun ortadan kalkacağı ya da kusur ölçüsünde azalacağı açıktır" (Dan. 10.D, 30.06.2015, E: 2011/8128, K:2015/3460, Danıştay Bilgi Bankası).

[271] Dan. 10.D, 29.05.2014, E: 2013/3962, K:2014/4444, Danıştay Bilgi Bankası

[272] Dan. 10.D, 09.04.2007, E: 2006/7245, K:2007/1742, Danıştay Bilgi Bankası

3.5. Kişisel Kusur

Görevle, kurumla veya resmi kimlikle hiçbir ilgi ve irtibat olmadan ortaya çıkan kusura kişisel kusur denilmektedir. Örneğin, bir sağlık memurunun kendi araç ve gereçleriyle mesai saatleri dışında iğne veya sünnet yapması halinde yol açacağı zararlardan tek sorumlu kendisidir (Güran, 1979: s.56). Çünkü bu kişi "tamamen" özel ve kişisel sebeplerle hareket etmektedir. Dolayısıyla, bundan kaynaklanan kişisel kusurun tek aktörü, muhatabı ve sorumlusu da kamu görevlisinin kendisidir

Anayasa Mahkemesi kişisel kusuru; "kamu görevlilerinin, açıkça ve kolayca hizmetten ayrılabilen tasarruf ve hatalarının kötü niyet ve maksatla ilgiliye zarar vermek veya kamu yararı dışında özel çıkarlar sağlanmak için bilerek yani kasten yapılan işlem ve eylemlerle bağışlanamayacak ölçüde ağır kusur teşkil eden açık şekilde hukuka aykırı fiil ve muamelelerden ibaret olduğu Yargıtay ve Danıştay içtihat ve uygulamalarında kabul edilmektedir. Bu uygulamaya göre kamu personeli bilerek ve isteyerek yetkisini kötüye kullanır veya mevzuata açık ve kesin olarak belirlenmiş bulunan görev ve yetki alanını ve sınırlarını aşar yahut idarenin işlev alanı dışına çıkarsa, kişisel eylem ve kusur işlemiş ve kendi sorumluluğuna yol açmış sayılmaktadır" şeklinde tanımlamış ve tarif etmiştir[273].

Kişisel kusur idarenin değil ve fakat kamu görevlilerinin haksız fiil esaslarına göre sorumluluğuna yol açar (Günday, 2011: s.374, Armağan, 1997: s.84; Gözübüyük ve Tan; 1998: s.526). Bu nedenle, zarar doğurucu fiil her ne kadar kamu görevlilerince yapılsa da, idari faaliyetten soyutlanan bu davranışlar sebebiyle tazminat davaları adli yargı mercileri önünde görülür.

Kusurlu idari eylem veya işlem kamu görevlisinin ihtirasından, zayıflığından, özensizliğinden, siyasi düşüncesinden kaynaklanıyorsa, zararı doğuran fiilin işlenmesindeki kusur hiçbir suretle idareye bağlanamayacağı ve sayılan sebeplerle işlenen kusurların kişisel kusur olduğu belirtilmekte (Onar, 1966: s.1699) ise de, uygulamada kişisel kusur ve hizmet kusuru yan yana olabileceği kabul edildiği gibi, personelin kişisel kusurunun, idarenin istihdam eden sıfatıyla, personelin seçimi, eğitimi ve üzerindeki denetim görevini gerektiği gibi yerine getirmemesinden kaynaklandığı, olayda hizmet kusurunun bulunduğu gerekçesiyle idare aleyhine tazminata hükmedildiği de görülmektedir.

[273] AYM, 25.03.1975, E:1974/42, K: 1975/62, AYM Bilgi Bankası

Danıştay'ın çok nadir olarak kişisel kusur nedeniyle tazminat isteminin reddine karar verdiği görülmektedir[274].

Hizmet kusuru kişisel kusur ayrımının zamanla önemini büyük ölçüde yitirdiği görülmektedir. Bu duruma, 1982 Anayasasının 129. maddesinde yer alan; memurların kusurları sebebiyle tazminat davalarının ancak yönetim aleyhine açılabileceği hükmü ile benzer nitelikteki 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesi hükmünün bir gereği olarak, Danıştay'ın çoğu kez kamu görevlisinin kişisel kusurun bulunmasının yönetimin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağına karar vermesi etkili olmuştur.

Yargıtay, yeni tarihli bir kararında, davalı hekim tarafından düzenlenen reçetedeki imza eksikliğinin giderilmesi için gittiği devlet hastanesinde, davalı doktorun yazdığı ilaçlar yerine muadili ilaçların verilmesini bahane ederek reçeteyi yırtıp attığı ve kendisine tekme salladığı ileri sürülerek açılan manevi tazminat davasında; Anayasa'nın 129/5 maddesi ile 657 sayılı Devlet Memurları Yasası'nın 13/1 maddesi gereğince memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken kusurlu eylemleri nedeniyle oluşan zararlardan doğan tazminat davalarının, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve yasada gösterilen biçim ve koşullara uygun olarak idare aleyhine açılabileceği, kamu görevlisi aleyhine adli yargı yerinde dava açılamayacağına göre kamu görevlisi hakkında adli yargıda açılan tazminat davasında kast ve kusur aranmaksızın husumet nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir[275].

[274] "…yukarıda anılan Ceza Mahkemesi kararında, olay yerinde bulunan ve tartışmaya müdahil olan polis memurları arasında bir ayrıma gidilmeksizin, sanıkların, polis memurlarının kendilerine karşı haksız hareketlerde bulunmaları nedeniyle üzerlerine atılı suçları işlediklerinin belirlenmesi karşısında, davacının, devriye görevi yapan diğer polis memurlarına yardım amacıyla gittiği olay mahallindeki hareketlerinin, yukarıda anılan Yönetmelik hükmü kapsamında zarar ile idari faaliyet arasındaki nedensellik bağını kesecek nitelik ve ağırlıkta bir kişisel kusur olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu durumda, İdare Mahkemesince, davacının nakdi tazminat isteminin reddine ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi gerekirken, kişisel kusur hususu göz ardı edilmek suretiyle dava konusu işlemin iptali yolunda verilen kararda hukuki isabet bulunmamaktadır" (Dan. 10.D, 29.04.2008, E: 2008/1492, K:2008/2966, Danıştay Bilgi Bankası).

[275] Yarg.,4. HD., 14.01.2014, E:2013/3251, K:2014/245, Yargıtay Bilgi Bankası

Danıştay'a göre ise, bir kamu görevlisinin görev sırasında, hizmet araçlarını kullanarak yaptığı eylem ve işlemlere ilişkin kişisel kusurun kasti suç niteliği taşısa bile, hizmet kusuru oluşturacağı idare hukukunun bilinen ilkelerindendir[276].

Davacıların davalı idareye ait hastanede yapılan ameliyat sonucunda, dermoid kist zannedilerek, ektopik tiroid şeklinde adlandırılan cüzi troid dokusunun alınması nedeniyle, olayda davalı idarenin hizmet kusuru bulunduğundan bahisle maddi ve manevi tazminat istemiyle açılan davada, idare mahkemesinin; hastanede görevli doktor tarafından yanlış teşhis ve tedavi nedeniyle zararın meydana geldiği, dolayısıyla kamu hizmeti ile zarar arasında nedensellik bağının var olduğu, bu nedenle de davacıların zararının tazmini gerekmekle beraber, davacılar tarafından davalı idare bünyesinde görev yapmakta olan doktor aleyhine Asliye Hukuk Mahkemesinde açılan tazminat davası kabul edildiği ve Yargıtay'ca onanarak kesinleştiği gerekçesiyle davanın reddi kararı üzerine davayı temyizen inceleyen Danıştay; davalı idare ajanının kusurunun ve bu kusuru oranında ödediği tazminat miktarının davalı idarenin kusurunu ortadan kaldırmayacağı gibi, davalı idareye karşı açılan tazminat davasında, kişisel kusur nedeniyle yapılan ödemelerin ancak indirim sebebi yapılacağı açıktır. Bu durumda davacının maluliyet tazminatına ödemeler de göz önüne alınarak davacıların tazminat istemlerinin değerlendirilmesi gerekirken, davanın reddine karar verilmesinde gerekçesiyle yerel mahkeme kararını bozulmuştur[277]. Buna göre, aynı vakada hem kişisel kusur, hem de hizmet kusuru sebebiyle tazminat ödenmesine karar verilmiştir.

Kişisel kusura yönelik bir başka davada ise, köy karakol komutanının karakol civarındaki derede balık avlamakta kullandığı el bombalarından birinin patlamayarak derede kalmasından sonra, burada oynayan iki çocuğun ölmesine sebep olduğundan bahisle tazminat istemiyle açılan davada, Erzurum İdare Mahkemesi tazmini istenilen zararın kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında doğan bir zarar olmadığı, zararın tamamen idare ajanının haksız fiil teşkil eden kişisel davranışından kaynaklandığı, dolayısıyla davanın özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerlerinde görülmesi gerektiği gerekçesiyle davayı görev yönünden reddetmiştir. Söz konusu kararı temyizen inceleyen Danıştay; idarenin, hizmetin

[276] Dan. 10.D, 20.04.1989, E: 1988/1042, K:1989/857, Danıştay Bilgi Bankası
[277] Dan. 15.D, 01.04.2014, E: 2013/3388, K:2014/2266, Danıştay Bilgi Bankası

kuruluşundaki, işleyişindeki ve ilgili personeli üzerindeki gözetim ve denetim görevini gereği gibi yerine getirmemesi şeklinde ortaya çıkan kusuru, hizmet kusuru oluşturduğundan ve davacılar da, idarenin istihdam eden sıfatıyla, personelin seçimi, eğitimi ve üzerindeki denetim görevini gerektiği gibi yerine getirmediği iddiasıyla, hizmet kusuruna dayalı olarak bakılmakta olan davayı açmış olduklarından, davalı idarenin uyuşmazlık konusu olayda, hizmet kusurunun bulunup bulunmadığını incelemek ve tazminat taleplerini bu esaslara göre karara bağlamak idari yargı yerinin görevi içinde olduğuna hükmetmiştir[278]

Buna göre, idarenin personeli seçme ve eğitme görevi nedeniyle personelin kişisel hatası da hizmet kusuruna sebebiyet verecektir.

3.5.1. Kişisel Kusur Türleri

Türk idare hukuku öğretisi ve yargı içtihatlarında kamu görevlilerinin kişisel kusur sayılan davranışları konusunda genel olarak görüş birliği bulunmamakla (Gözübüyük ve Dinçer, 2001: s.563) birlikte, hizmet içindeki kişisel kusuru; kamu personelinin suç oluşturan eylemleri, kötü niyetli eylemler, kamu görevlisinin ağır kusur halleri başlıkları altında irdeleyeceğiz.

3.5.1.1. Suç Oluşturan Eylemler

Kamu görevlilerinin işledikleri kasıtlı suçlar kişisel kusur mahiyetinde olup, bu suçlar sebebiyle idarenin sorumluluğu kabul edilemez. Çünkü, suç ile kamu hizmeti birbirleri ile bağdaşması mümkün olmayan iki kavramdır. Eylem veya işlem, kasıtlı olarak işlenmiş suç şeklini aldığı zaman idari faaliyet alanından çıkmış ve idari niteliğini kaybetmiş olur (Onar, 1966: s.1699; Armağan, 1997: s.87; Atay vd., 2003: s.81). Mesela, hekimin daha önce husumeti olan kişiyi cerrahi müdahale sırasında öldürmesi veya hastalardan birine tecavüz etmesi gibi durumlarda kamu görevlisinin görevin ifası ile ilgisi olmayan kasıtlı suç mahiyetinde eylemi vardır. Burada görev kusurundan farklı olarak, kamu görevinin ifasıyla zarar verici davranış arasında amaç bağı yoktur (Ayan, 1991: s180).

Danıştay, kamu görevlilerinin kasıtlı suçlarını kişisel kusur saymaktadır. Ancak, kasıtlı suçlar da her zaman idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz (Gözübüyük ve Dinçer, 2001: s.190).

[278] Dan. 10.D, 26.09.1994, E:1993/2014, K:1994/4048, Danıştay Bilgi Bankası

Tazminat davasının idareye karşı açılması yaklaşımının kabulünün bir sebebi de, idareye karşı açılan davaların takip ve tazminatın tahsilinin daha kolay olmasıdır. Zarara uğramış ve mağdur olmuş kişilerin zararlarının idareden bir an önce tahsili ve idarenin de kasıtlı olarak suç işleyen hekim veya diğer sağlık görevlilerine rücu etmesi hakkaniyete uygun olacaktır.

Uyuşmazlık Mahkemesine göre; kamu personelinin görev ve yetkilerinden, kullandığı araç ve gereçlerden, resmi sıfatından ayrılabilen, başka bir anlatımla, suç biçimine dönüşerek idari olma niteliğini yitiren eylem ve işlemleri, Anayasal korumanın dışında ve dolayısıyla personelin doğrudan doğruya kişisel kusur gerektiren hukuk alanı içindedir[279] .

3.5.1.2. Ağır Kusur Halleri

İlk defa Fransız hukukçu Houriou tarafından ileri sürülmüş olan (Özgüldür, 1996: s.127) bu görüşe göre, ağır kusur halinde kamu görevlisinin hatasının ağırlığı eylem ve işlemlerini hizmet kusurundan ayırıyorsa şahsi kusurun varlığı kabul edilir. Ancak, hangi kusurun ağır kusur, hangi kusurun hafif kusur olduğunu ayırmanın güçlüğü bir yana, ağır kusur söz konusu olduğunda kamu personeli doğrudan sorumlu tutulması durumunda, hafif kusur söz konusu olduğunda da idarenin kendiliğinden sorumlu olması söz konusu olacaktır ki bu da idari sorumluluk esaslarıyla açıklanamaz. Bu nedenle, ağır kusur kriteri kişisel kusurun ortaya konulması yolunda etkili bir kriter olduğu söylenemez (Sarıca, 1949: s.414).

Sağlık personelinin ağır kusurlu faaliyetleri sebebiyle olayın kişisel kusura dönüştüğü, bu sebeple idarenin sorumluluğuna gidilemeyeceği yolunda Danıştay'ın bir içtihadına rastlanılmamıştır.

Yargıtay'ın 2011 tarihine kadar verdiği kararlarda; görevin gerekli kıldığı özenin gösterilmemesi ve mesleğin gerektirdiği ilkelere uyulmaması durumlarında kişisel kusur devreye gireceğine dair istikrarlı kararları mevcutken[280], aşağıda açıklanacağı gibi 2011 yılından itibaren bu içtihadından dönmüş ve görevin icrası ile ilgili bulunan tazminat davalarının tümünün idareye karşı açılması gerektiği şeklinde içtihat değişikliğine gitmiştir.

[279] Uyuşmazlık Mahkemesi, 18.5.1992, E:1992/15, K.1992/18, RG; 18.7.1992, Sayı: 21288
[280] Yarg, HGK, 17.10.2007, E:2007/4-640, K:2007/725; 15.11.2000, E: 2000/4-1650,K: 2000/1690; 26.09.2001, E:2001/4-595, K:2001/643, 29.03.2006, E:2006/4-86, K:2006/111 Yargıtay Bilgi Bankası

Örneğin, devlet hastanesinde yapılan cerrahi müdahale sonrası, hekim hatası sebebiyle felç kaldığının Yüksek Sağlık Şurası kararı ile sabit olduğu gerekçesiyle maddi ve manevi tazminat istemiyle açılan davada, davanın hizmet kusuruna dayalı olarak Sağlık Bakanlığına karşı açılması gerektiği gerekçesiyle husumet yönünden reddi kararının, Yargıtay 4. Hukuk Dairesince; olayda kişisel kusurun araştırılması gerektiği gerekçesi ile bozulması üzerine yerel mahkemenin ilk kararında direnmesinin ardından Yargıtay Hukuk Genel Kurulu; tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle, Anayasa'nın 129. Maddesinin 5. fıkrası uyarınca kamu görevlilerinin görevlerinin icrası sırasında ortaya çıkan bir zararlara karşı, ilgili devlet organına karşı dava açması gerektiği kuralı, fiilin hizmet kusurundan doğmuş olması şartına bağlı bulunduğu, dava dilekçesinde sıralanan maddi olguların davalının salt kişisel kusuruna dayanıldığını göstermesi karşısında öncelikle bu iddia doğrultusunda delillerin toplanıp değerlendirilerek sonuca varılmasının gerektiği, gerekçesiyle yerel mahkeme kararı bozulmuştur[281].

3.5.1.3. Kötü Niyetli Eylemler

Kamu görevlilerinin görevlerini yürütürken "ızrar" kastıyla hareket ederek, düşmanlık, siyasi öç, şahsi ihtiras veya menfaat temini gibi nedenlerle zarar verici eylem veya işlemlerde bulunmaları durumunda, fiil ve davranışın hizmetin aşamalarından birini teşkil edip etmediği, hizmetle ilgisi olup olmadığına bakılmaksızın eylemin kişisel kusur sayılması gerektiği ileri sürülmüştür (Onar, 1966: s.1700; Armağan, 1997: s.84).

DURAN'a göre ise; "İdare Hukuku esasları gereğince amme hizmetlerinin ifası ve idari faaliyetlerin icrası esnasında ve dolayısıyla vaki zararlardan diğer şartlar da gerçekleşmişse, kamu tüzel kişileri sorumludur. Amme ajanları münhasıran vazife dışında ve idare vasıtalarını kullanmadan ika ettikleri zararlardan mesuldür. Bu kaide zararların doğmasıyla, amme ajanlarının kötü maksatları, ağır kusurları ve hatta suç teşkil eden fiilleri amil ve müessir olduğu hallerde de caridir. Amme ajanları sadece amme hizmet ve faaliyetleriyle uzaktan ve yakından hiçbir ilgisi veya ilişiği bulunmayan yani herhangi bir fertten sadır olabilecek fiil ve hareketlerden mütevellit

[281] Yarg. HGK, 31.10.2007, E: 2007/4-800, K:2007/797, Yargıtay Bilgi Bankası

zararlar için doğrudan doğruya…sorumludurlar" (Duran, 1964: s.627; Özgüldür, 1996: s.126).

Yargıtay'ın da yukarıda bazı örneklerine yer verilen içtihatları uyarınca 2011 yılına kadar istikrarlı olarak kötü niyetli eylem, ihmal, kasıt ve ağır kusur gibi durumlarda kişisel kusurun varlığını kabul ederken, bu tarihten sonra dairenin yeni teşekkülü çerçevesinde içtihat değişikliğine gittiği gözlemlenmektedir. Yeni görüşe göre, Anayasa'nın 129/5 maddesiyle 657 sayılı Devlet Memurları Yasası'nın 13. maddesi, yorum gerektirmeyecek kadar açık, net ve amirdir. Yasaların yetersizliği veya değiştirilmesi gerektiği düşünce ve kanaatinde olsa dahi, yargıç yorum yolu ile yürürlükteki Anayasa ve yasa maddelerini uygulanmayarak atıl bırakamaz. Yargı yolunun tayin ve tespiti bakımından da önem arz eden hizmet kusuru kişisel kusur ayrımında Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin yeni tarihli bir kararında konu etraflıca izah edilmiştir. Daireye göre;

"Kamu görevlisinin görevini yaparken kusurlu davranışta bulunmasının hizmet kusuru mu yoksa hizmetten ayrılabilen kişisel kusuru mu olacağının tespiti gerekmektedir. Kamu kurumları kamu hizmeti yaparlar. Ancak kamu kurumları tüzel kişilik olduklarından ve bu kişilik maddi değil soyut bir kişilik olduğundan, kamu hizmetini bizzat yerine getiremezler. Kamu hizmeti, gerçek kişi konumunda olan kamu görevlileri ve bunların kullandıkları araç ve gereçlerle yerine getirilir. Bunun sonucu olarak, kamu görevlilerinin veya bunların kullandıkları araç ve gereçlerin kusur, ihmal ve hatalarından dolayı kamu hizmetinin yerine getirildiği sırada kişilerin zarar görmesi halinde meydana gelecek kusur kamu kurumunun hizmet kusurunu oluşturur. Burada, kamu görevlisinin hizmetten ayrılabilen kişisel kusurundan bahsetmek kesinlikle mümkün değildir. Kamu görevlisinin buradaki kusuru hizmet kusurunu oluşturur.

Hizmetten ayrılabilen kişisel kusur ise kamu hizmeti ile ilgisi olmayan kamu görevlisinin özel hayatı ile tamamen özel tutum ve davranışlarından kaynaklanan bir kusurdur.

Konunun iyi anlaşılabilmesi için örnek vermek gerekirse: Sabahleyin aracı ile kamu hizmetini yapmak için çalıştığı hastaneye gelen doktorun, aracını park ederken kendisinden önce tedavi olmak için hastaneye gelmiş olan bir hastanın aracına çarpıp zarar vermesi halinde bu, doktorun kamu hizmetiyle alakalı olmayan kişisel

kusurudur. Aynı doktorun aracını park ettikten, hastanedeki poliklinik odasına girdikten sonra görevi olan sağlık hizmeti ile ilgili yaptığı (teşhis, tedavi ve ameliyat gibi) eylemlerde bir kusur olursa bu kusur hizmet kusurudur.

Yukarıda açıklanan Anayasa'nın 129/5 ile 657 sayılı Devlet Memurları Yasası'nın 13. maddesi karşısında Borçlar Yasası'nın 41/1 maddesi esas alınarak kamu görevlilerinin kast ve kusurlarından dolayı kamu görevlileri aleyhine dava açılabileceğinin yorum yoluyla kabul edilmesi de mümkün değildir.

Anayasa'nın 129/5 maddesiyle 657 sayılı Devlet Memurları Yasası'nın 13. maddesi, yorum gerektirmeyecek kadar açık, net ve amirdir. Diğer yandan yasalar iptal edilmedikçe veya değiştirilmedikçe yürürlüktedir. Yorum yolu ile Anayasa ve Yasalara aykırı uygulama yapamaz ve karar veremez. İhtiyaç varsa yeni yasal düzenlemeler yapılabilir. Ve yasal düzenleme yapma yetki ve görevi T.B.M.M.'ye aittir.

Sonuç olarak kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kasıtlarından ve kusurlarından dolayı doğan tazminat davalarında kamu görevlilerinin aleyhine değil ancak, kamu idaresi aleyhine dava açılabileceğinin kabulü gerekir[282].

Yargıtay 4. Dairesi yukarıda gerekçesine yer verilen karar ile, amirinin kendisine karşı kin ve husumetle hareket ettiği, geçici görevlendirmeler, atama ve disiplin cezaları vererek manen zarara uğrattığı iddiasıyla açılan davada kişisel kusur yerine hizmet kusuru çerçevesinde davanın incelenmesi gerektiğine hükmetmiştir.

Yargıtay'ın 2011 yılından itibaren ortaya koyduğu hizmetten ayrılabilen kişisel kusur kavramının, kamu hizmeti ile ilgisi olmayan, kamu görevlisinin özel hayatı ile tamamen özel tutum ve davranışlarından kaynaklanan kusur olduğu görüşünün Danıştay kararlarıyla uyumlu olduğu söylenebilir.

Öğretide bir diğer görüş olarak, kamu personelinin kişisel kusurlardan dolayı meydana gelen zararlarda, personelin kişisel kusuru ile idarenin hizmet kusurunun birleşeceği, bu durumda hem kamu personelinin hem de idarenin doğrudan sorumlu olacakları, zarar gören kişi isterse kişisel kusurundan dolayı kamu personeline karşı

[282] Yarg.,4.HD., 05.07.2011, E: 2011/6946, K:2011/7847, Yargıtay Bilgi Bankası

Adli Yargıda, isterse yönetim aleyhine İdari Yargı Mahkemelerinde tam yargı davası açabileceği ileri sürülmüştür (Tandoğan, 1961: s.142). Ancak, Fransız hukukunda kabul edilen bu görüşün, uygulamada Türk Yargısınca kabul görmediği ortadadır.

3.6. Görev Kusuru

Kamu görevlilerinin idare adına eylemde bulunurken, mevzuatın, görevlerinin ve yürütülen hizmetin kural ve gereklerine aykırı olacak şekilde, ancak yine de resmi görev ve yetkileri sırasında, yaptıkları eylem ve işledikleri kusurlar "görev kusuru" olarak adlandırılmaktadır. Görev kusurunda idare, hastane personelinin kusurundan kaynaklanan zararlardan sorumludur. İdarenin sorumlu tutulmasının nedeni, söz konusu davranışın hizmetten kaynaklanması ve hizmetle olan yakın ilişki içinde olmasıdır (Gürsoy, 1980: s.76).

Danıştay 15.05.2009 tarihli kararında görev kusurunu; "kamu görevlilerinin idari bir tasarruf yaparken, mevzuatın, üstlenilen ödevin ve yürütülen hizmetin kural, usul ve gereklerine aykırı olarak, kendilerine izafe edilebilecek boyutta ve biçimde, ancak yine de resmi yetki, görev ve olanaklarından yararlanarak, yaptıkları eylem ve işledikleri kusurları, idareden ayrılamamaları nedeniyle görevle ilgili olarak işlenen "görev kusuru" niteliğinde hizmet kusurunu oluşturmaktadır" şeklinde tanımlamıştır[283].

Görev kusuru, idarenin işleyişi sırasında doğan zararda genel kural olup, ayrıksı bir durum var ise bu durumun ayrıca ortaya konulması gerekmektedir. Görev kusuru sebebiyle, zarar gören kişilerin, personele karşı değil, onları çalıştıran idareye karşı dava açmaları Anayasanın 125 ve 129. maddeleri hükmü gereğidir.

Dolayısıyla, kamu hastanelerinde çalışan sağlık personelinin yaptıkları faaliyet sırasında bir zarar meydana gelmesi durumunda, zararı gören kimse idare aleyhine hizmet kusuruna dayalı olarak tam yargı davası açabilecektir. Hizmet esasına dayanması halinde idare doğrudan sorumlu olacakken, idare ile kamu personelinin birlikte kusurlu olduğu yani hizmet kusuru ile şahsi kusurun birleştiği görev

[283] Dan. 10.D, 15.05.2009, E:2008/10284, K:2009/4435, Danıştay Bilgi Bankası

kusurunda ise, idare kusuru oranında personeline rücu etme hakkına sahip olacaktır (Başgil, 1940: s.31-32; Kızılyel, 2006: s. 102).

SONUÇ

Sağlık hakkı, Anayasal konumu itibariyle ekonomik ve sosyal haklar kapsamında değerlendirilmektedir. Bu haklar, Devletin yurttaşlarına karşı olumlu edim yükümlülüğü altında bulunan haklardan olması nedeniyle, medeni ve siyasi haklardan sonra ortaya çıkan ikinci grup hakları oluşturmaktadır. Ekonomik ve sosyal haklar, medeni ve siyasi haklara göre daha yenidir ve sosyal devlet ilkesi çerçevesinde 20. yüzyılın başlarından itibaren şekillenmeye başlamıştır. Ancak, sağlık hakkı her ne kadar ekonomik ve sosyal haklar kapsamında değerlendirilmekte ise de, insan yaşamı ve hayat hakkıyla doğrudan ilgisi nedeniyle müstesna bir yere sahiptir. Bu sebeple sağlık hakkı, yani bireylerin bedensel ve ruhsal bütünlük içinde yaşamlarını sürdürmeleri ulusal mevzuat ve uluslararası sözleşmelerle güvence altına alınmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, sağlığa yönelik kasıt, ihmal veya hata sebebiyle ölümle sonuçlanan olaylarda, Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin 2. Maddesinde yer verilen yaşam hakkının ihlal edildiğine hükmetmektedir (Mehmet Şentürk-Bekir Şentürk/ Türkiye başvuru No:13423/09; Süleyman Ege/ Türkiye, Başvuru no: 45721/09). Ancak, mahkeme sözleşmenin 2. maddesinin yalnızca kurbanın ölümüyle sonuçlanan olaylarda değil, aynı zamanda bireyin hayatını tehdit eden ciddi bir hasara maruz kaldığı olayları da kapsadığı görüşündedir. Nitekim, mahkeme, yaşam hakkının korunduğu sözleşmenin 2. maddesinin, sadece devlet görevlilerinin haksız güç kullanımı sebebiyle meydana gelen ölüm olaylarını kapsamadığı, ayrıca maddenin 1. paragrafının birinci cümlesinde devletlerin kendi yetki alanlarında bulunanların hayatlarını korumak amacıyla uygun hareket etme pozitif yükümlülüğünü ortaya koyduğunu hatırlatmaktadır (Paul ve Audrey Edwards-İngiltere, Başvuru No: 46477/99). Yine mahkemeye göre, söz konusu pozitif yükümlülükler devletin, özel ya da devlete ait hastaneleri hastaların hayatlarının korunması için gerekli tedbirleri almaya zorunlu kılan düzenlemeler yapmasını gerektirmektedir (Calvelli ve Ciglio-İtalya, Başvuru No:32967/96). Görüldüğü gibi, sağlık hakkı en temel hak olan yaşam hakkıyla bir bütünün parçaları gibi ayrılmaz bir niteliğe sahiptir. Bu sebeple, diğer birçok tazminat davasının konusu mala ilişkin olmasına rağmen, sağlık hakkının öznesinin doğrudan insan ve insanın yaşamına ilişkin olması sebebiyle, ayrıca özel bir öneme sahip olduğu konusunda kuşku bulunmamaktadır.

Anayasa'nın 125. maddesi'nin son fıkrasında; "idare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararları ödemekle yükümlüdür" hükmü yer almakta olup, söz konusu hüküm, kamu hizmetlerinin görülmesi sırasında idarenin özel şahıslara verdiği zararların tazmini konusunda temel dayanak metindir. Sağlık hizmetleri de temel bir kamu hizmeti olması sebebiyle, Mahkemelerce sağlık hizmetlerinden kaynaklanan zararların idarece karşılanmasında mevzuat olarak sadece belirtilen hüküm esas alınmaktadır. Ancak, Anayasa'nın 125. maddesi hükmü sadece idarenin eylem ve işlemlerinden kaynaklanan zararların karşılanmasını öngören temel bir norm ortaya koymakta olup, idare hukukuna özgü, başta zarar kavramı olmak üzere, zararın unsurları, çeşitleri, hesaplama ve takdir yöntemi, kapsamı ve sınırları konusunda pozitif bir mevzuat hükmünün bulunmaması, hukuki güvenlik ve belirlilik ilkesi ile bağdaşmadığı gibi, çelişkili yargı kararlarına ve kişi mağduriyetlerine sebep olmaktadır. Bu nedenle, söz konusu belirsizliği ve yargı kararları arasındaki çelişkileri azaltmak amacıyla kamu hukukuna yönelik tazminatın yasal bir alt yapıya kavuşturulması, bunun yanında sağlık hizmetlerinden kaynaklanan zararların yaygınlığı ve doğrudan insan hayatını hedef alan önem ve özelliği sebebiyle, ayrıca düzenlenmesinin insana verilen değerin bir gereği olarak yararlı olacağını düşünmekteyiz.

İnsana verilen zararlardan kaynaklanan tazminat davaları, insanın en temel hakkı olan yaşam hakkına son verilmesi veya cismani zararlarda, konumları ne olursa olsun, insanların yaşama dair sevinçlerinin kısmen veya tamamen yok edilmesi sebebiyle üzerinde hassasiyetle durulması gereken bir mevzudur. Destekten yoksun kalma tazminatı, çalışma gücünden sürekli yoksunluk ve ekonomik geleceğin güçleşmesine ilişkin mevcut hesaplama yöntemi karmaşık olması yanında, pek çok bilinmeyen içermesi sebebiyle hesaplamaya esas alınan veriler farazi bir kabule dayanmaktadır. Bunun yanında, insan unsuru bir tarafa konularak, maddi zararlar bakımından, hayatı sona eren, yaralanan veya sakat kalan kişilerin olaydan önce ne kadar gelir getirecekleri ile olaydan sonra ne kadar gelir getirecekleri veya gelir getirip getiremeyecekleri kıyas edilmekte, insan adeta gelir getiren bir eşyanın bozulması gibi değerlendirilmektedir. Bu durumun insanların hayatlarını az değerli, çok değerli olarak kategorize eden bir yaklaşım olduğu ortadadır. Söz konusu yaklaşım temel insan hakları, insan onuru ve insani değerlere verilen önem bakımından günümüzde gelinen noktaya yakışmamaktadır. Bu sebeple, insanları

gelir getiren bir araç olarak gören bu anlayıştan vazgeçilerek, "insan"ı esas eşit bir tazmin yöntemi arayışına bir an önce girilmelidir. Diğer bir anlatımla, yaşam ve vücut tamlığının korunması, insanların sosyal ve ekonomik durumları önemli olmaksızın tüm insanlar için kutsal olduğuna göre, bu haklara yapılan saldırılar karşısında ödenmesi gereken tazminatlar da tüm insanlar için eşit olmalıdır. Tazminat, zararların türüne ve ağırlığına göre sınıflandırılmalı ve belli standartlara bağlanmalıdır.

Hukuk Devleti ilkesinin yaşama geçirilebilmesi, idari faaliyetler üzerinde etkin bir denetim sisteminin kurulmasıyla mümkündür (Çolak, 2013: s.97). Tazminat davalarının sebebi olan idarenin haksız eylem ve işlemleri üzerinde etkin denetim yollarından birisi de manevi tazminatın caydırıcı özelliğe sahip olmasıdır. Diğer bir anlatımla, manevi tazminatın belirlenmesinde amaç, sadece kişinin bir nebze olsun tatmin olması değil, haksız eylemi ile kişilere zarar veren idarenin daha dikkatli olması, eylemlerinde ve organizasyonlarında daha özenli olması gerektiği yolunda etkin bir şekilde uyarılmasıdır. Bu nedenle, idarenin insan sağlığına yönelik uygulamalarda daha dikkatli olmasını teşvik edecek şekilde manevi tazminatın yüksek belirlenmesi yerinde olacaktır. Öte yandan manevi tazminata hükmedilirken, insanlar arasında ayrım yapılmaksızın, kişileri sosyal ve ekonomik durumları yönünden sınıflara ayırmadan, aynı zararlı sonuç yönünden herkes için aynı miktarda manevi tazminatın ödeneceği bir sistem üzerinde durulmalıdır.

Bir diğer husus, bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmeti nedeniyle uğranılan zararların tazmininde, idarenin ağır hizmet kusurunun aranıp aranmayacağı sorunudur. Danıştay'ın kararları incelendiğinde, kararın mevzuat ve yorum bölümünde, sağlık hizmetlerinin bünyesinde risk barındıran hizmetlerden olması sebebiyle meydana gelen zararlarda tazminata hükmedilebilmesi için olayda "ağır hizmet kusuru" bulunması gerektiği veya idarenin kusurunun "açık ve belirgin" olması gerektiği yolunda ifadelere yer verildiği halde, olayda hizmet kusuruna yönelik tespitlerin varlığı halinde tazminata hükmedildiği görülmektedir. O kadar ki, ağır hizmet kusuru bir yana, 2569 sayılı yasa gereği adalet işlerinde bilirkişilik görevi yapmak üzere kurulan ve konunun uzmanı hekimlerden oluşan Adli Tıp Kurumu ihtisas daireleri kararlarında, yapılan tıbbi müdahalenin usulüne uygun olduğu, idareye izafe edilebilecek bir kusur bulunmadığı veya meydana gelen sonucun komplikasyon olduğu yolunda görüş bildirmesine rağmen, Danıştay tarafından kusur

tespiti yapılarak tazminata hükmedilmektedir. Bu durum, Danıştay'ın tazminata hükmedilebilmesi için ağır hizmet kusurunun gerekliliği şartından vazgeçtiğini göstermektedir. Ancak, yine de, kararlarda yer alan sağlık hizmetlerinde tazminata hükmedilebilmesi için idarenin ağır hizmet kusuru bulunması gerektiği yolundaki ifadeler çelişki yaratmakta olup, Fransız Danıştayı'nın da 1992 tarihli Epoux V. Kararı sonrası içtihat değişikliğine giderek sağlık hizmetlerinde tazminat için basit kusuru yeterli gördüğü dikkate alınmak suretiyle bu ifadelerin tümüyle çıkarılması gerekmektedir. Bir kamu hizmetinin sunulmasının riskli olması, meydana gelen zararların hizmetten yararlananlar üzerinde bırakılması için bir sebep olmamalıdır. Hizmet kusurunun ağırlık derecesi, manevi tazminatın miktarının belirlenmesinde bir unsur olarak görülmesi mümkündür.

Öte yandan, maddi ve manevi tazminatın belirlenmesi konusunda Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin farklı metodlar kullandığı görülmektedir. Şöyle ki, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin, zararın hesaplanması konusunda belirli standartlar koymaya çalıştığı, hatta manevi tazminatın miktarı yönünden, ölüm ve bedensel zararların özelliği ve mahiyetine göre değişkenlik gösteren çizelgeler oluşturduğu, her yıl belirli manevi tazminat rakamları belirlediği görülmektedir. Danıştay'ın ise, genel ilkeler dışında somuta indirgeyici ölçütler ortaya koymaması sebebiyle, idare mahkemelerince olay bazlı olarak davalara yaklaşıldığı ve her somut olay bakımından manevi tazminatın takdir edildiği anlaşılmaktadır. Ancak, belirli standartlar olmaması sebebiyle hakimlerin tazminata bakış açısına göre benzer olaylar yönünden farklı tazminatlara hükmedildiği görülmektedir. Bu durum da bireylerin özelde hukuka genelde ise devlete olan inançlarını sarsacağından, hukuki belirlilik ve öngörülebilirliği artırıcı önlemler alınması gerekmektedir. Bunun başlıca şartının da, idare hukukuna özgü yalın bir yasal düzenleme yapılması olduğu, yasal düzenleme yapılıncaya kadar ise Danıştay'ın maddi ve manevi tazminatta somut standartlar belirlemesi gerektiği kanaatindeyiz.

Üzerinde durulması ve yeniden ele alınması gereken bir diğer konu da bilirkişi sorunudur. 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca, adalet işlerinde bilirkişilik görevi yapmak üzere kurulmuş temel organ Adli Tıp Kurumu'dur. Ancak, kurum bağımsız ve tarafsız olarak görev yapan mahkemelere bilirkişilik hizmeti vermesine rağmen, siyasi bir organ olan Adalet Bakanlığı'na bağlı

olarak görev yapmasının yanında kurumun üyeleri de Adalet Bakanlığınca seçilmekte ve atanmakta olup, bu durum mahkemelerin bağımsızlığı ilkesine uygun düşmemektedir. Öte yandan, kurum gerek İdari gerekse Adli Yargı mercilerine bilirkişilik hizmeti vermesi sebebiyle kurumca düzenlenen raporlarda makul süreyi aşan gecikmeler yaşanmaktadır. Adil Yargılanma ilkesine de aykırı olan kurumun mevcut yapısı ve raporlardaki gecikmeler AB Türkiye Raporlarında da ele alınmış ve eleştiri konusu yapılmıştır (AB Komisyonu Türkiye Raporu, 2006: s.12; 2014: s.55; 2015: s.72). Bu sebeple, söz konusu aksaklıkların en aza indirilmesi bakımından, en ileri teknoloji ve donanıma sahip belirli üniversite hastanelerinin de bilirkişi olarak seçilebilme olanağı getirilmelidir. Adli Tıp Kurumu raporlarında eleştirilen bir diğer husus ise, raporlarda komplikasyon kavramının oldukça geniş yorumlanmasıdır. Gerçekten de, tıbbi uygulamalarda olması gereken dikkat ve özenin gösterilmesi halinde, meydana gelmesi güç bazı sonuçların, Kurumca komplikasyon olarak nitelendirilmesi, öğretide meslek dayanışması olarak görülmekte ve eleştirilmektedir. Nitekim, Danıştay Kurumun komplikasyon olarak niteleyip idarenin kusuru bulunmadığının ileri sürüldüğü birçok vakada kusur tespiti yaparak davacılar lehine tazminata hükmetmektedir. Bu nedenle, davalarda gecikme ve çelişkilere neden olan bu durumun giderilmesi hak kayıplarının önlenmesi bakımından önem arz etmektedir.

Son olarak, mevcut hesaplama yöntemlerinde insan unsuru bir tarafa konularak, maddi tazminat bakımından ölen veya yaralanan kişinin tazminata konu olay meydana gelmeseydi ne kadar gelir getireceği, manevi tazminatta ise, sosyal ve ekonomik durumun tazminatın temel dayanağı olduğu görülmektedir. Bu yaklaşımın doğal bir sonucu olarak, benzer olaylar veya aynı zararlı sonuçlar sebebiyle varlıklı kişiler maddi ve manevi olarak yüksek miktarlarda tazminat alırken, daha az gelire sahip, varlıklı olmayan kişiler ise az miktarda tazminat ile yetinmek zorunda kalmaktadırlar. Bu durumun insan hayatlarını az değerli, çok değerli olarak kategorize eden bir yaklaşım olduğu ortadadır. Bu durum, temel insan hakları, insan onuru ve insani değerlere verilen önem bakımından günümüzde gelinen noktaya yakışmamaktadır. Bu sebeple, insanları gelir getiren bir araç olarak gören mevcut hesaplama yönteminden vazgeçilerek, insanların sosyal ve ekonomik durum bir yana bırakılarak "insan"ı esas alan, aynı zararlar bakımından eşit bir tazmin yöntemi arayışına bir an önce girilmelidir.

KAYNAKÇA

KİTAPLAR:

AKIN, İlhan (1971), **"Temel Hak ve Özgürlükler**", İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları

AKYILMAZ, Bahtiyar, Murat SEZGİNER, Cemil KAYA (2009), **"Türk İdare Hukuku",** Ankara**:** Seçkin Yayınevi

ALGAN, Bülent (2007), **"Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması**", Ankara: Seçkin Yayınevi

Ankara Üniversitesi (2013), **"Hastane Enfeksiyonlarının Maliyet Analizi",** Ankara: Ankara Üniversitesi Bilimsel Araştırma Projeleri

ARMAĞAN, Tuncay (1997), **"İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları",** Ankara: Seçkin Yayınları

ARPACI, Abdulkadir (2000)**, "Kişilik Hukuku (Gerçek Kişiler)"**, İstanbul: Beta Yayınevi

AŞÇIOĞLU, Çetin (1982), "**Doktorların Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu**", Ankara: Olgaç Matbaası

AŞÇIOĞLU, Çetin (1989), "**Trafik Kazalarında Hukuki Sorumluluk ve Tazminat Davaları**", Ankara

AŞÇIOĞLU, Çetin (1993), **"Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar**", Ankara: Tek Işık Ofset Tesisleri

ATAY, E. Ethem ve Hasan ODABAŞI (2010), "**İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları**", Ankara: Seçkin Yayınları

ATAY, E. Ethem, Hasan ODABAŞI, Hasan Tahsin GÖKCAN (2003), "**Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları**", Ankara: Seçkin Kitapevi

ATAY, Ender Ethem (2012), "**İdare Hukuku**", Ankara: Turhan Kitabevi

AYAN, Mehmet (1991), "**Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk**", Ankara: Kazancı Hukuk Yayınları

BAL, Yakup, Yahya ŞAHİN, Mustafa KARABULUT (2003), "**Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları"**, Ankara: Seçkin Yayınevi

BAŞGİL, A. Fuad (1940), "**Devletin ve Diğer Amme Hükmü Şahıslarının Mesuliyeti Meselesi**", Ankara: Adalet Bakanlığı Yeni Cezaevi Matbaası

BAŞ, BEREKET Zuhal (2002), "**Türk Hukukunda İdari Yargı Kararları Işığında Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Kamu Gücünün Kusursuz Sorumluluğu**", Ankara: Yayınlanmamış Doktora Tezi

BAYRAKTAR, Köksal (1972), "**Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**", İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları

BELEK, İlker (2001), "**Sosyal Devletin Çöküşü ve Sağlığın Ekonomi Politiği**", Ankara: Sorun Yayınları

BULUTOĞLU Kenan (2008), "**Kamu Ekonomisine Giriş: Demokraside Devletin Ekonomik Bir Kuramı"**, Ankara, Maliye ve Hukuk Yayınları

CANDAN, Turgut (2009), "**Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu",** Ankara: Adalet Yayınevi

CHOCTAW, William T. (2008), "**Avoiding Medical Malpractice: A Physician's Guide to the Law**", California: Springer Yayınevi

ÇAĞLAYAN, Ramazan (2007), "**Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu"**, Ankara: Asil Yayın Dağıtım

ÇAKMUT, YENERER Özlem (2003), "**Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi",** İstanbul: Legal Yayıncılık

ÇELEBİCAN, Özcan (1997), "**Roma Hukuku**" Ankara: AÜHF Yayınları

ÇELİK, Ahmet Çelik (2006), **"Cana Gelen Zararlarda Tazminatın Ölçüsü ve Kazanç Kavramı"**, İstanbul: Legal Yayıncılık

ÇINAR, Ülkü (2003), "**Sağlık Hukuku**", Yayımlanmamış Doktora Tezi

ÇİLİNGİROĞLU, Cüneyt (1993), "**Tıbbi Müdahaleye Rıza**", İstanbul: Filiz Kitabevi

DALAMANLI, Lütfü, Ömer İZGİ (1999), **"(Açıklamalı, İçtihatlı ve Örnekli) Tazminat Davaları**", Ankara: Yargıcı Ofset Matbaacılık

DESCHENAUX, Henri, Pierre TERCiER (1983), "**Sorumluluk Hukuku**", (Çeviren: Salim ÖZDEMİR), Ankara: Kadıoğlu Matbaası

DURAN, Lütfi (1964), "**İdare Hukuku Meseleleri**", İstanbul: Fakülteler Matbaası

DURAN, Lütfi (1974), "**Türkiye İdaresinin Sorumluluğu**", Ankara: TODAİE Yayınları

DURAN, Lütfi (1982), "**İdare Hukuku Ders Notları**", İstanbul: Fakülteler Matbaası

DÜREN, Akın (1979), **"İdare Hukuku Dersleri"**, Ankara: AÜHF Yayınları

ERDEMİR, DEMİRHAN Ayşegül (1994), "**Tıp Tarihi ve Deontoloji Dersleri**", Bursa: Uludağ Üniversitesi Basımevi

ERDEMİR, DEMİRHAN Ayşegül (1996), **"Tıbbi Deontoloji ve Genel Tıp Tarihi**", Bursa: Güneş&Nobel Yayınları

EREN, Fikret (2014), **"Borçlar Hukuku Genel Hükümler**", Ankara: Yetkin Yayınları

EREN, Nevzat, Gülten UYER (1989), "**Sağlık Meslek Tarihi ve Ahlakı**", Ankara: Hatiboğlu Yayınevi

ERMAN Barış (2003), "**Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**", Ankara: Seçkin Yayınları

EROĞLU, Müzeyyen (2009), "**Tam Yargı Davalarında Manevi Tazminat**", Yayımlanmamış Doktora Tezi

EROL, Gültezer Hatırnaz (2009), "**Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları**", Ankara: Seçkin Yayıncılık

ERSÖZ, Ahmet Kürşat (2010), "**Türk İdare Hukuku Açısından Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Sorumluluk",** Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi

ERTAN, İzzet Mert (2012), "**Uluslararası Boyutlarıyla Sağlık Hakkı**", İstanbul: Legal Yayıncılık

ESEN, Figen, Akın TURGUT (2013), "**Sağlıklı Yaşam**", Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayınları

ESİN, Yüksel (1976), "**Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları" İkinci Kitap: İdarenin Hukuki Sorumluluğu**, Ankara: Güven Matbaası, 1976

FERGUSON, Rhonda, Obiajulu NNAMUCHİ, Milan M.MARKOVİC ve Brigit TOEBES (Editors, 2014), **"The Right to Health: A Multi-Country Study of Law, Policy and Practice",** Berlin Heidelberg: T.M.C. Asser Press by springer

FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin (1976), "**Borçlar Hukuku Genel Hükümler**", C.I, İstanbul: Fakülteler Matbaası

FOSTER, Steve (2011), "**Human Rights and Civil Liberties**", Harlow, Pearson

FRANKO, İ.Nisim (1973), "**Şeref ve Haysiyete Tecavüzden Doğan Manevi Zararların Tazmini",** Ankara: Doktora Tezi

GİRİTLİ, İsmet, Pertev BİLGEN, Tayfun AKGÜNER, Kahraman BERK (2015), "İdare Hukuku" İstanbul: Der Yayınları

GOSTİN, O.Lawrence (2008), "**Public Health Law: Power, Duty, Restraint**", , California: University of California Press

GÖKCAN, Hasan Tahsin (2008), "**Haksız Fiil Hukuku ve Maddi-Manevi Tazminat Davaları**", Ankara: Seçkin Yayıncılık

GÖKCAN, Hasan Tahsin (2013), "**Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**", Ankara: Seçkin Yayınevi

GÖZLER, Kemal (2003), "**İdare Hukuku Cilt II**", Bursa: Ekin Kitabevi

GÖZLER, Kemal, Gürsel KAPLAN (2013), "**İdare Hukuku Dersleri**", Bursa: Ekin Yayınevi

GÖZÜBÜYÜK, Şeref (2004), "**Yönetsel Yargı**", Ankara: Turhan Kitabevi

GÖZÜBÜYÜK, Şeref, Güven DİNÇER (2001), "**İdari Yargılama Usulü**", Ankara: Turhan Kitabevi

GÖZÜBÜYÜK, Şeref, Turgut TAN (1998), "**İdare Hukuku Cilt I**", Ankara: Turhan Kitabevi

GRUSKİN, Sofia, Daniel TARANTOLA (2005), "**Health and Human Rights**", Sofia Gruskin, Michael A. Grodin, George J.Annas, Stephen P. Marks (Editors.), "**Perspectives on Health and Human Rights**", New York: Routledge Taylor & Francis Group

GÜLEÇ, (UÇAKHAN) Sema (2002), "**Maddi Tazminat Esasları ve Hesaplanması**", Ankara: Seçkin Yayınevi

GÜNDAY, Metin (2011), "**İdare Hukuku**", Ankara: İmaj Yayınevi

GÜRBÜZ, Metin (2001), "**Beden Tamlığının İhlali (Sakatlık) ve Ölüm Hallerinde Doğan Maddi Zararın Hesaplanması ve Tazminatın Tayini**", Ankara: Seçkin Yayınevi

GÜVERCİN, Cemal Hüseyin (2007), "**Türkiye'deki Gelişimi Açısından Hasta Hakları Kavramı**", Yayımlanmamış Doktora Tezi

HAKERİ, Hakan (2012), "**Tıp Hukuku**" Ankara: Seçkin Yayınevi

HANCI, İ.Hamit (2002), "**Malpraktis Tıbbi Gelişmeler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu"**, Ankara: Seçkin Yayınevi

HATUN, Şükrü (1999), **"Hasta Hakları**", İstanbul, İletişim Yayınları

KALABALIK, Halil (2013), "**İnsan Hakları Hukuku**", Ankara: Seçkin Yayıncılık

KAPANİ, Münci (1993), "**Kamu Hürriyetleri**", Ankara: Yetkin Yayınları

KARAHANOĞULLARI, Onur (2004), **"Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim**)", Ankara: Turhan Kitabevi

KARAHASAN, Mustafa Reşit (1981), "**Sorumluluk ve Tazminat Hukuku**" (İki Cilt Birarada), Ankara: Sevinç Matbaası

KARAHASAN, Mustafa Reşit (2001), "**Tazminat Hukuku Maddi Tazminat**", İstanbul: Beta Yayınevi

KARAHASAN, Mustafa Reşit (2001), "**Tazminat Hukuku Manevi Tazminat"**, İstanbul: Beta Yayınevi

KARATEPE, Şükrü (1993), "**İdare Hukuku**", İzmir: İzmir Üniversite Kitabevi

KAZMİER, Janice (2009), "**Introduction to Health Care Law**", New York: Delmar

KILIÇOĞLU, Mustafa (2000); "**Tazminat Esasları ve Hesap Yöntemleri**", Ankara: Adil Yayınevi

KIZILYEL, Serkan (2006), "**İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu**", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi

KURU, Baki, Ramazan ARSLAN, Ejder YILMAZ; "**Medeni Usul Hukuku**", Ankara: Yetkin Yayınevi

MANGAL, Serkan (2010), "**İdari Yargıda Manevi Tazminat**", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi

NOMER, Haluk (2004), **"Özel Hukuka Tabi Kişiler ile İdarenin Birlikte Sorumluluğu"**, Ankara: Seçkin Yayınları

ODYAKMAZ, Zehra, Ümit KAYMAK, İsmail ERCAN (2006), "**Anayasa Hukuku-İdare Hukuku", İstanbul:** İkinci Sayfa Dizisi Yayınları

OGUZMAN Kemal, Özer SEÇİLİ, Saibe OKTAY(ÖZDEMİR) (2005), "**Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)"**, İstanbul: Filiz Kitabevi

OĞUZMAN, M. Kemal, M. Turgut ÖZ (2009), "**Borçlar Hukuku Genel Hükümler**", İstanbul: Vedat Kitapçılık

ONAR, Sıddık Sami (1966), "**İdare Hukukunun Umumi Esasları**", İstanbul: İsmail Akgün Matbaası

ORHUNÖZ, Ergun (1999), "**Ölüm ve Cismani Zararlarda Manevi Tazminat",** Ankara: Seçkin Yayınevi

ÖZAY, İl han (2002), **"Gün Işığında Yönetim**", İstanbul: Alfa Yayınları

ÖZAY, Merter (2006**), "Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu",** Ankara: Yetkin Yayınları

ÖZDEMİR, Hayrunnisa (2004), "**Özel Hukukta teşhis ve tedavi sözleşmesi**", Ankara: Yetkin Yayınevi

ÖZDEMİR, Necdet (1963), "**Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu",** Ankara: Yeni Desen Matbaası

ÖZGÜLDÜR, serdar (1996), "**Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları**", Ankara: Yetkin Hukuk Yayınları

ÖZKAN, Hasan, Sunay AKYILDIZ (2008), "**Hasta ve Hekim Hakları ve Yükümlülükleri",** Ankara: Seçkin Yayınevi

ÖZTÜRKLER, Cemal (2003), "**Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhisi, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları"**, Ankara: Seçkin Yayınevi

POLAT, Oğuz (2005), "**Tıbbi Uygulama Hataları**", Ankara: Seçkin Yayınevi

POLATKAN, Vahit (2000), "**Yap İşlet Devret Modeli ile Ulusal ve Uluslararası Tahkim**", Ankara: Yaklaşım Yayınları

REİSOĞLU, Safa (1998), "**Borçlar Hukuku Genel Hükümler**", Ankara: Beta Yayınevi

SARICA, Ragıp (1949), "**İdari Kaza, C.I, İdari Davalar**", İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kenan Matbaası

SAVAŞ, Halide (2007), "**Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık kurumlarının Tıbbî Müdahaleden Doğan Sorumlulukları**", Ankara: Seçkin Yayınevi

SAYEK, Füsun (2009), "**Sağlıkla İlgili Uluslararası Belgeler**", Ankara: TTB Yayınları

Sayıştay Başkanlığı (2007), "**Hastane Enfeksiyonları ile Mücadele**" Performans Deneti Raporu, Ankara: Sayıştay Yayınları

SCHWARTZ, Bernard (2006), "**French Administrative Law and The Common Law World**", New York: Lawbooks Exchange Ltd.

ŞENOCAK, Kemal (2000), "**Mesleki Sorumluluk Sigortası**", Ankara: Turhan Kitabevi

TANDOĞAN, Haluk (1981), "**Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk**", Ankara: Çağ Matbaası

TEKİNAY, Selahattin Sulhi (1971), "**Borçlar Hukuku**", Ankara: Kurtulmuş Matbaası

TEKİNAY, Selahattin Sulhi, Sermet AKMAN, Haluk BURCUOĞLU, Atilla ALTOP (1993), "**Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**", İstanbul: Filiz kitapevi

TOEBES, Brigit C.A (1999), "**The Right To Health as a Human Right in International Law",** Antwerpen, Groningen: Oxfort Intersentia, Hart Publishers

TOPUZ, İbrahim, Kadir ÖZKAYA (2002), "**Açıklamalı - İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu**", Mahalli İdareler Derneği Yayınları

TUNÇOMAĞ, Kenan (1965), "**Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Hükümler**", C.I, İstanbul: Fakülteler Matbaası

TURHAN, Makbule Mine (2010), **"Kamu Hukuku Açısından Klinik İlaç Araştırmaları**", Yayınlanmamış Doktora Tezi

ULUSOY, Ali (2002), **"Telekomünikasyon Hukuku",** Ankara: Turhan Kitabevi

ULUSOY, Ali (2004), "**Kamu Hizmeti İncelemeleri**", İstanbul: Ülke Kitapları

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet, Refet ÖZDEMİR (1987), "**Türk Borçlar Kanunu Şerhi**", Ankara: Yargıtay Yayınları

YAYLA, Yıldızhan (2009), "**İdare Hukuku"**, Ankara: Beta Basım Yayım

YENİCE, Kazım, Yüksel ESİN (1983), "**Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu-İdari Yargılama Usulü**", Ankara: Arısan Matbaacılık

YILMAZ, Battal (2007); "**Açıklamalı-İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu**", Ankara: Adalet Yayınevi

Danıştay (1968), "**Yüzyıl Boyunca Danıştay",** Ankara: Türk Tarih Kurumu Basımevi

ZABUNOĞLU, Yahya (1982), "**İdari Yargı Hukuku Dersleri**", Ankara: Teksir

MAKALELER:

AKDUR, Recep (2003) **"Sağlık Sektörü Temel Kavramlar, Türkiye ve Avrupa Birliği'nde Durum",** ATAUM Araştırma Dizisi

AKDUR, Recep (1999), **"Türkiye'de Sağlık Hizmetleri ve Avrupa Topluluğu Ülkeleri ile Kıyaslanması"** ATAUM Araştırma Dizisi

AKYILDIZ, Sunay (2012), "Sağlık Sektöründe Aldatıcı Reklamlar**",** (ed.) Cahid DOĞAN, IV**.** Sağlık Kurultayı, Ankara: Ankara Barosu Başkanlığı

AKYILMAZ, Bahtiyar (1998), "**İdari Yargıda Tazminat Şekilleri ve Hesaplanması**", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, S.1-2

ALTUN, Gürcan, Abdullah Coşkun YORULMAZ (2010), "**Yasal Değişiklikler Sonrası Hekim Sorumluluğu ve Malpraktis"** Trakya Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi, S.7-12

ALTUNDERE, Nazan (2012), "**Tıp Ceza Hukuku ve Güven İlkesi**" Sağlık Hukuku Makaleleri, İstanbul Barosu Yayınları, S.3

ATABEK, Reşat (1986), "**Hastanelerin Sorumluluğu**" İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 60, S. 10-11-12

ATABEK, Reşit, Merih SEZEN(1986) , "**Hekimin Mesuliyeti**", İstanbul Barosu Dergisi, S.1

AZRAK, Ali Ülkü (1980), "**İdarenin Toplumsal Muhatara (Sosyal Risk) Kuramına Göre Kusursuz Sorumluluğu"**, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, İstanbul: Fakülteler Matbaası

BAL B. Sonny (2009), "**An Introduction to Medical Malpractice in the United States**", Clinical Orthopaedics And Related Research, S.467.

BAŞ, Zuhal Bereket (2003(a), "**Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesi Sonucu Ortaya Çıkan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu**", Sempozyum, Danıştay İdari Yargı Günü 135. Yıl, Ankara: Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No:68

BAŞ, Zuhal Bereket (Nisan 2003(b)), "**İdarenin Hukuki Sorumluluğunun Sağlanmasının Aracı Olarak Tam Yargı Davaları"**, "Tam Yargı Davaları" İdari Yargı Panel, Mersin

BAYINDIR, M. Savaş (2007), "**Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu"** Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 1-2

BAYRAKTAR, Köksal (Şubat 2008), **"Tıp Etik Kurallarının Hukuka Etkisi**", Türk-Alman Tıp Ceza Hukuku Sempozyumu, Ankara

BOSTAN, Sedat (2005), **"Hasta Hakları İhlallerinin Nedenleri**", İbn-i Sina Tıp Dergisi, S. 2-3

ÇAĞLAYAN, Ramazan (2012), "**Diş Hekimliği Mesleğinden Doğan İdarî Sorumluluk",** (ed.) Cahid DOĞAN, IV**.** Sağlık Kurultayı, Ankara: Ankara Barosu Başkanlığı

ÇOLAK, N.İlker (2013), "**İdari Uyuşmazlıklarda Alternatif Çözüm Yolları**" Danıştay ve İdari Yargı Sempozyumu 144. Yıl, Ankara: Danıştay Yayınları No: 83

DEMİR, Mehmet (2012), "**Tıbbi Sorumluluk ve Tazminat Davalarında Bilirkişinin Rolü**", (ed.) Cahid DOĞAN, IV**.** Sağlık Kurultayı, Ankara: Ankara Barosu Başkanlığı

EKMEKÇİ, Ömer (1996), "**Özel Hukukta Vücut Bütünlüğünün İhlali ve Ölüm Hallerinde Maddi Zarar Hesabının Unsurları",** Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda Sorumluluk ve Tazminat Sempozyumu, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları

ERSOY, Nermin (1995), "**Aydınlatılmış Onam Öğretisinin Gelişimi**", Tıbbi Etik Dergisi, S.3

ERSOY, Yüksel (2004), "**Tıbbi hatanın hukuki ve cezai sonuçları**", TBB Dergisi, sayı 53

ERTAŞ, Şeref (1990), "**Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği ve Miktarının Tespiti**", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1990.

FİŞEK, Nusret (1991), "**TC Hükümetlerinde Sağlık Politikaları**", Toplum ve Hekim, S.4

GENCER, Serap (Ocak 2008), "**Hastane Enfeksiyonları Korunma ve Kontrol**" İ.Ü Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp eğitimi Etkinlikleri, Sempozyum Dizisi No:60

GOLDBERG, Richard (2011), "**Medical Malpractice and Compensation in UK**" Chicago-Kent Law review, S. 87

GÖRKEY Şefik (2003), "**Hasta hakları**", Türkiye Klinikleri Tıbbi Etik Dergisi, 2003, S. 4

GÜRAN, Sait (1979), "**İdarenin ve Ajanın Sorumluluğunun Belirlenmesine İlişkin Düşünceler**", Amme İdaresi Dergisi, C.12, S.1, Ankara: Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları

GÜRAN, Sait (1980), "**Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması**", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, İstanbul: Fakülteler Matbaası

GÜRAN, Sait (1983), "**Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu**", Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, İstanbul: Fakülteler Matbaası

GÜRSOY, Kemal Tahir (1972), "**Destekten Yoksun Kalma Tazminatı**", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, No.1-2, S.29

GÜRSOY, Kemal Tahir (1980), "**İdarenin Sorumluluğuna İlişkin İlkelerde Son Gelişmeler ve İsviçre Hukukunda İdarenin Hukuki Sorumluluğunun Ana Hatları**", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, İstanbul, Fakülteler Matbaası

GÜRSOY, Kemal Tahir (1973), "**Manevi Zarar ve Tazmini**", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXX, S.1-4

HAKERİ, Hakan (2008), "**Hastane Yönetiminin Sorumluluğu**", Ankara Barosu Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Kurultayı Ankara: Ankara Barosu Yayınları

İNAN, Atilla (1982), "**Kamu Görevlilerinin Hukuka Aykırı Davranışlarından Devlet ve Diğer Kamu Tüzel Kişilerinin Kusursuz Sorumluluğu**", Danıştay Dergisi, S.42-43

İŞGÜZAR, Hasan (1990), "**Kişilik Haklarının İhlali Nedeniyle Manevi Tazminat Davasının Şartları**", Ankara Barosu Dergisi, S.6

İYİMAYA, Ahmet (1994), "**İnsan Zararları Konusunda Belirmekte Olan Bazı Yeni Eğilimlerin Analizi**", TBB Dergisi, S.2

KALABALIK, Halil (2010), "**Ebe ve Hemşirelerin İdare Hukuku Açısından Sorumluluğu**" Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara: Ankara Barosu Yayınları

KAPLAN, Gürsel (2004), "**İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler**", Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi, S. 19

KAPLAN, Gürsel (2006), "**Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Manevi Tazminata Faiz Yürütülmesi Sorunu**", AÜHFD, C. 55, S.2

KICALIOĞLU, Mustafa (2006): "**Yargı Kararları Işığında Doktorun(Hekimin) Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluğu**", Terazi Dergisi, S.4

KILIÇ, Bülent, Gazanfer AKSAKOĞLU (1994-1995), "**Sağlık Sistemlerinin Sınıflandırılmasına İlişkin Kuramsal Yaklaşımlar",** Toplum ve Hekim Dergisi, Özel Sayı, C.9, S.64-65

KILIÇOGLU, Ahmet (1984), **"Manevi Tazminatın Hukuksal Niteliği"** Ankara Barosu Dergisi, S.1

KIRCA, Çiğdem (1999), "**Manevi Tazminatın Fonksiyonu ve Niteliği"**, Yargıtay Dergisi, C.25, S.3

KIZILYEL, Serkan (2008) **"İdarenin Sağlık Hizmetinden Doğan Tazminat Sorumluluğu**", Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara: Ankara Barosu Yayınları

KIZILYEL, Serkan, İbrahim KAYLAN (2010), "**Sağlık Hizmeti ve İdarenin Tazmin Yükümlülüğü Üzerine Düşünceler",** Terazi Hukuk Dergisi, S.48

KIZILYEL, Serkan (2008): **"Sağlık Hizmeti Yönünden Hizmet Kusuru Kavramını Yeniden Düşünmek",** Terazi Dergisi, S.24

KOCAYUSUFPAĞAOĞLU, Necip (1980): "**Kişilik Haklarını Koruyan Manevi Tazminat Davasına İlişkin Yeni Gelişmeler**", Sorumluluk Hukukunda Genel Gelişmeler I Sempozyumu, İstanbul: Fakülteler Matbaası

KÖK, Ahmet (Kasım 2005), "**İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine Göre Aydınlatma ve Rıza**", KhukA, www. akader. info

KÖPRÜLÜ, Ömer (1984) , "**Hekimin Hukuki Sorumluluğu**", İstanbul Barosu Dergisi, C. 58, S. 10-11-12

KUTLU, Meltem (1999), "**Deprem Ve İdarenin Sorumluluğu**", Amme İdaresi Dergisi, Cilt 32, S. 4

ODYAKMAZ, Zehra (2009), "**Sağlık Hizmetlerinde idarenin Kurumsal Sorumluluğu Açısından Avukatın Göz önünde Bulundurması Gereken Hususlar"**, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk Sempozyumu, Ankara: Şen Matbaası

ORAL, Tuğçe (2011), "**Hastanın Rızasını Alma Yükümü",** Ankara Barosu Dergisi, S.2

OYTAN, Muammer (1999), "**Hizmet Kusuru Nedeniyle İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep Anlayışındaki Gelişmeler**", Adalet Bakanlığı Yayınları, Bilgi Serisi. 4

OZANOĞLU, Hasan Seçkin (2003), "**Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü**" AÜHFD C. 52. S.3

ÖZBENLİ, Taner (1997), "**Hekim Hakları",** Etik Bunun Neresinde, Ankara Tabip Odası Yayınları, S.1

ÖZDEMİR, Hayrunnisa (2012), "**Diş Hekimlerinin Hukuki Sorumluluğu"**, (Ed.) Cahid DOĞAN, IV.Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara: Ankara Barosu Yayınları

ÖZGÜLDÜR, Serdar (2000), "**Zarar Hesabında Yöntem Ve Uygulama Sorunlarına İlişkin Değerlendirmeler"**, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi, S.14

ÖZTÜRK, Recep (2008), "**Hastane Enfeksiyonları: Sorunlar, Yeni Hedefler ve Hukuki Sorumluluk",** İ.Ü Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri-Hastane Enfeksiyonları Korunma ve Kontrol-Sempozyum dizisi, No:60, S.23

POLAT, Oğuz**,** Işıl PAKİŞ (2011) **"Tıbbi Uygulama Hatalarında Hekim Sorumluluğu"** Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi C. 2, S. 3

SARICA, Ragıp (1949), "**Hizmet Kusuru ve Karakterleri**", İÜHF Mecmuası, C. XV, S.4

SAYLAN, EREN Semra (2005), "**Hasta Haklarının Hukuki Boyutu**", S. 20

ŞAHİN, Kemal (2013), "**Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukukunda, Doğal Afetlerde Yaşam Hakkı Ve Mülkiyet Hakkı Bağlamında Devletin Sorumluluğu: Budayeva Kararı"** MÜHF Yayınları, Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.19, S.3

TANDOĞAN, Haluk (1961), "**Türk Mes'uliyet Hukuku**", AÜHFY, No: 159

TÖRE, Hayrullah Fütuhi (1970), "**Manevi Tazminat Davaları**", ABD, C. 61, S. 8

TUNÇ, Hasan, Ethem ATAY (2000), "**Kamu Hukukunda Eşitlik İlkesi**", Türk Hukuk Dünyası, S.1

ÜNLÜÇAY, Mehmet (1998), "**İdarenin Tazmin Borcu Ve Enflasyon Olgusu**", Danıştay Dergisi, S.94

YALÇIN, Türkan ve Hüseyin YILDIRIM (2001), "**Sağlık Hizmetleri Finansmanı**", Yeni Türkiye Dergisi, Sağlık Özel Sayı, No:40

YAMAN, Murat (2003), "**Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında İdare Hukukunda Sorumluluk, Hizmet Kusuru ve Kusursuz Sorumluluk Kavramı**" AYİMD, S.18

MELİKŞAH, Yasin (2007), "**Tıbbî Hatalardan İdarenin Sorumluluğu**", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku Sempozyumu, İstanbul: Deniz Ofset Matbaacılık

YAYLA, Yıldızhan (1980), "**İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep**", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, İstanbul: Fakülteler Matbaası

YILDIRIM, Ramazan (2009), "**Sağlık Personelinin İdâreye Karşı Mali Sorumluluğu**", Tıbbî Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu, Ankara: Şen Matbaası

YILMAZ, Ejder (1983), **"İdari Yargıda İddia ve Savunmanın Genişletilmesi /Değiştirilmesi Yasağı**", Ankara Barosu Dergisi, S. 3-.4

DİĞERLERİ:

https://tr.wikipedia.org, e.t. 21.05.2015

http://www.who.int/governance/eb/who_constitution, e.t. 20.06.2015

http://www.e-lawresources.co.uk/Barnett-v-Chelsea and Kensington Hospital.php, e.t. 28.06.2015

http://ataum.ankara.edu.tr/ardizi.htm, e.t.15.01.2015

http://www.inhak.adalet.gov.tr e.t.21.11.2015

http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2567705, e.t.25.03.2015

http://www.saglik.gov.tr, e.t. 20.10.2015