TÜRK HUKUKUNDA DANIŞTAY KARARLARI IŞIĞINDA HASTA HAKLARI

Ali SERİNOĞLU

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Sağlık Hukuku
Danışman: Prof. Dr. Serkan ÇINARLI

İzmir
İzmir Bakırçay Üniversitesi
Lisansüstü Eğitim Enstitüsü
Kasım 2021

JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI

İzmir Bakırçay Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Sağlık Hukuku Eğitim Programında öğrenim görmekte olan Ali SERİNOĞLU'nun "Türk Hukukunda Danıştay Kararları Işığında Hasta Hakları" başlıklı tezi 01/11/2021 tarihinde aşağıdaki jüri tarafından değerlendirilerek "İzmir Bakırçay Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği"nin ilgili maddeleri uyarınca, Sağlık Hukuku Anabilim dalında Yüksek Lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

Jüri Üyeleri	**Unvanı Adı Soyadı**	**İmza**
Üye (Tez Danışmanı)		
Üye		
Üye		
Üye		
Üye		

.....

(Unvanı, Adı ve SOYADI)

Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Müdürü

ÖZET

TÜRK HUKUKUNDA DANIŞTAY KARARLARI IŞIĞINDA HASTA HAKLARI

Ali SERİNOĞLU

Sağlık Hukuku Anabilim Dalı

İzmir Bakırçay Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Kasım 2021

Danışman: Prof. Dr. Serkan ÇINARLI

Tıbbın merkezinde insan ve sağlığı yer almaktadır. İnsanın sağlığını ilgilendiren sağlık hakkı gün geçtikçe daha önemli hale gelmektedir. Birey yaşam süreci boyunca sayısız şekilde hastalanmakta ve tedavisi sağlık kurumuna başvurmaktadır. Sağlık kurumunda hasta pozisyonundaki bireyin belli temel hakları vardır. Bu haklar hasta hakları olarak düzenlenmiştir. Türkiye'de ve dünya genelinde diğer haklara oranla nispeten yeni olan hasta hakları bu anlamda sürekli olarak gelişim göstermektedir. Bu çalışmada Türkiye'deki hasta hakları olgusunun Danıştay kararları ışığında irdelenmesi ve yorumlanması hedeflenmiştir. Araştırmada hasta haklarının tarihçesine değinilmiş olup hasta hakları ile ilgili gelişmelere yer verilmiştir. Hasta haklarının Türk Hukukunda nasıl ve ne şekilde yer aldığına da yer verilmiştir. Ayrıca hasta haklarının ihlali ile hukuka aykırı müdahaleden doğan hak arama yollarına değinilmiş ve hak ihlali ile hak arama yollarının neler olması gerektiği Danıştay kararları ile değerlendirilmiştir.

Anahtar Sözcükler: Danıştay kararları; Sağlık hukuku; Hasta hakları.

ABSTRACT

PATIENT RIGHTS IN THE LIGHT OF THE DECISIONS OF THE COUNCIL OF CONSULTATION IN TURKISH LAW

Ali SERİNOĞLU

Department of Health Law
İzmir Bakırçay University, Graduate Education Institute, November 2021

Supervisor: Prof. Dr. Serkan ÇINARLI

Human and health are at the center of medicine. The right to health, which concerns human health, is becoming more important day by day. The individual gets sick in countless ways throughout his life and applies to the health institution for treatment. The individual in the patient position in the health institution has certain basic rights. These rights are regulated as patient rights. Patient rights, which are relatively new compared to other rights in Turkey and around the world, are constantly evolving in this sense. In this study, it is aimed to examine and interpret the patient rights phenomenon in Turkey in the light of the decisions of the Council of State. In the research, the history of patient rights is mentioned and developments related to patient rights are included. How and in what way patient rights are included in Turkish Law is also included. In addition, the violation of patient rights and the remedies arising from unlawful intervention were mentioned, and what should be the rights violation and remedies were evaluated with the decisions of the Council of State.

Keywords: Council of State decisions; Health law; Patient rights.

ETİK İLKE VE KURALLARA UYGUNLUK BEYANNAMESİ

Bu tezin bana ait, özgün bir çalışma olduğunu; çalışmamın hazırlık, veri toplama, analiz ve bilgilerin sunumu olmak üzere tüm aşamalarında bilimsel etik ilke ve kurallara uygun davrandığımı; bu çalışma kapsamında elde edilen tüm veri ve bilgiler için kaynak gösterdiğimi ve bu kaynaklara kaynakçada yer verdiğimi; bu çalışmanın İzmir Bakırçay Üniversitesi tarafından kullanılan Turnitin bilimsel intihal tespit programıyla tarandığını ve hiçbir şekilde "intihal içermediğini" beyan ederim. Herhangi bir zamanda, çalışmamla ilgili yaptığım bu beyana aykırı bir durumun saptanması durumunda, ortaya çıkacak tüm ahlaki ve hukuki sonuçları kabul ettiğimi bildiririm.

(İmza)
Ali SERİNOĞLU

İÇİNDEKİLER

Sayfa

JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI ..... **ii**
ÖZET ..... **iii**
ABSTRACT ..... **iv**
ETİK İLKE VE KURALLARA UYGUNLUK BEYANNAMESİ ..... **v**
İÇİNDEKİLER ..... **vi**
GİRİŞ **1**
BİRİNCİ BÖLÜM **3**
HASTA HAKLARININ ANAYASAL TEMELİ VE TÜRKİYE'DE HASTA HAKLARI MEVZUATI **3**
1.1. Temel Hak Olarak Sağlık Hakkı ve Hasta Hakları **3**
1.1.1. Temel olarak sağlık hakkı **3**
1.1.2. Hasta hakları kavramı **4**
1.2. Hasta Haklarına İlişkin Temel Düzenlemeler **4**
1.2.1. Anayasa'daki düzenlemeler **4**
1.2.2. Anayasa dışındaki düzenlemeler ve uluslararası normlar **6**
1.2.2.1. *Anayasa dışındaki ulusal düzenlemeler* ***6***
1.2.2.2. *Uluslararası normlar* ***6***
İKİNCİ BÖLÜM **8**
TEMEL HASTA HAKLARI VE HUKUKA UYGUN TIBBİ MÜDAHALE **8**
2.1. Temel Hasta Hakları **8**
2.1.1. Sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkı **8**
2.1.2. Bilgi alma hakkı **9**
2.1.3. Hastanın sağlık hizmeti alacağı sağlık kurum ile kuruluşunu seçme ve değiştirme hakkı **9**
2.1.4. Hastanın sağlık hizmeti alacağı kişileri tanıma, seçme ve değiştirme hakkı **11**
2.1.5. Çağdaş tıp bilimine uygun müdahale isteme hakkı **11**
2.1.6. Özel yaşama saygı hakkı ve mahremiyet **11**
2.1.7. Tıbbi müdahalede hastanın rızasının aranması **13**
2.1.8. Tıbbi araştırmalarda hasta sağlığının korunması **16**
2.1.9. Özen gösterilmesini isteme hakkı **17**

2.1.10. Manevi haklar 18
2.2. Hukuka Uygun Tıbbi Müdahale 20
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM 23
HASTA HAKLARININ İHLALİ VE HUKUKA AYKIRI TIBBİ MÜDAHALEDEN DOĞAN HAK ARAMA YOLLARI 23
2.3. Şikâyet ve Dava Hakkı 23
2.4. Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğu (Maddi ve Manevi Tazminat Davası Açma Hakkı) 25
2.4.1. Genel olarak 25
2.4.2. Hasta ve hekim arasındaki hukuki ilişkinin niteliği 27
2.4.3. Sorumluluğun şartları 30
2.5. İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davası 35
2.5.1. Kamu hizmeti olarak sağlık hizmeti 35
2.5.2. İdarenin sağlık kamu hizmetinden doğan sorumluluğunun esasları 37
2.5.2.1. *Genel olarak* *37*
2.5.2.2. *Hizmet kusuru ve görünüm biçimleri* *39*
***Tıbbî uygulama hatalarından kaynaklanan hizmet kusuru* 40**
***Tıbbî müdahalenin şartlarına aykırılık* 42**
***Teşhis ve tedavi hataları* 47**
Sağlık hizmetlerinin organizasyonundan kaynaklanan hizmet kusuru* *51
2.5.2.3. *İdarenin fiili- zarar ve uygun illiyet bağı* *51*
2.5.2.4. *Görev kusuru-kişisel kusur* *56*
2.5.2.5. *İdarenin kusursuz sorumluluğu* *60*
2.5.3. Tam yargı davası 65
2.5.3.1. *Genel olarak* *65*
2.5.3.2. *Tam yargı davasının şartları* 70
KAYNAKÇA 77
ÖZGEÇMİŞ 80

GİRİŞ

Bilim ve teknolojideki baş döndürücü ilerlemeler, artan nüfusla birlikte bireyin ve toplumun artan ihtiyaçları, yenilenen yönetmelikler, kanunlar ve uluslararası yapılan antlaşmalar birçok sistemde olduğu gibi sağlık sistemi ve politikalarında da birtakım değişiklikleri zorunlu kılmaktadır.[1] Türkiye'deki ve dünyadaki bu değişikliğin temel amacı sağlık sisteminin etkinliğini arttırmak ve insanın temek haklarını korumaktır. Buna paralel olarak insanın temel hakkının bir alt kümesi olarak görülen hasta haklarında sürekli olarak bir gelişim olmaktadır. Hasta hakkı tıp biliminin bir uzantısı olarak görülmektedir. Ayrıca tıbbın her alanında bireylerin tutum ve davranışların belirlenmesinde önemli bir yer tutmaktadır.[2]

Tıbbın merkezinde insan ve sağlığı yer almaktadır. Dolayısı ile insana yapılacak olan tıbbi müdahale ve uygulamaların insanın temel haklarından biri olan yaşam hakkı, kendi geleceğini belirleme hakkı, vücut bütünlüğünün korunmasını isteme hakkı ile vücut dokunulmazlığını isteme hakkını ilgilendirdiğinden hukuka uygun olması gerekmektedir. Bununla birlikte bilimde, teknolojide ve tıp alanında yaşanan hızlı ilerlemeler sonucunda yapılacak olan müdahale ve uygulamalarda hukuk sisteminin yetersiz kaldığı durumlar oluşabilmektedir. Bu duruma bağlı olarak sağlık hukukunda yeni düzenlemelere ve araştırmalara ihtiyaç duyulmaktadır.[3] Bu doğrultuda bu çalışmada Türk Hukukunda Danıştay kararları ışığında hasta hakları olgusu araştırılmış ve sonuçları sunulmuştur.

Bu araştırma üç bölümden oluşmaktadır. Araştırmanın birinci bölümünde; sağlık hakkı ile hasta hak kavramları ve bu kavramların tarihsel gelişimi ile hasta haklarına ilişkin temel ilkeler sunulmuştur. Araştırmanın ikinci bölümde; temel hasta haklarının neler olduğu ve hukuka uygun tıbbi müdahalelerin neler olduğu sunulmuştur. Araştırmanın son aşaması olan üçüncü bölümünde ise hasta haklarının ihlali ile hukuka aykırı müdahaleden doğan hak arama yollarına değinilmiş ve hak ihlali ile hak arama yollarının neler olması gerektiği Danıştay kararlarına atıfta bulunarak sunulmuştur.

---

[1] Serinoğlu, A. (2020). Kalkınma planlarında sağlık eğitimi: Ak parti iktidarları dönemi üzerine inceleme, Curr Res Soc Sci, 6(1), 70-82. doi: 10.30613/curesosc.715997

[2] İnce, T. (2012). Türkiye'de sağlık sisteminin analizi ve sağlık reformuna dair çalışmalar. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Edirne: Trakya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

[3] Arkaz, G. (2020). Sağlık hukukunda hastanın tedaviyi ret hakkı. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: İstanbul Medipol Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

BİRİNCİ BÖLÜM

HASTA HAKLARININ ANAYASAL TEMELİ VE TÜRKİYE'DE HASTA HAKLARI MEVZUATI

1.1. Temel Hak Olarak Sağlık Hakkı ve Hasta Hakları

1.1.1. Temel olarak sağlık hakkı

İnsanın tabii olarak birtakım hak ve özgürlüklere sahip olduğu bilinmektedir. İnsanın sahip olduğu bu haklar genel olarak dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez hak ve özgürlüklerdir. Bu haklar içerisinde yer alan ve temel bir insanın hakkı niteliğindeki haklardan birisin de sağlık hakkıdır. Sağlık hakkı; bireyin toplumdan ve devletten kendi sağlının korunmasını ile gerektiği taktirde tedavi edilerek iyileştirilmesini isteyebilmesi ve toplumun ve devletin sağladığı olanaklardan yararlanabilmesi şeklinde tanımlanmaktadır. Dolayısıyla buradan sağlık ve insan hakkı arasında güçlü bir ilişkinin olduğu anlaşılmaktadır.[4] Sağlık hakkına 10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde[5] de değinilmiştir. Bildirgenin yirmi beşinci maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen yer alan sağlık hakkı; "*Her şahsın gerek kendisi gerekse ailesi için, yiyecek, giyim, mesken, tıbbî bakım, gerekli sosyal hizmetler dâhil olmak üzere sağlığı ve refahını temin edecek uygun bir hayat seviyesine ve işsizlik, hastalık, sakatlık, dulluk, ihtiyarlık veya geçim imkânlarından iradesi dışında mahrum bırakacak diğer hallerde güvenliğe hakkı vardır.*" şeklinde düzenlenmiştir.

Konu açısından değerlendirildiğinde sağlık hakkının sosyal haklar arasında yer aldığına dair görüş birliği vardır. Anayasa'da sağlık hakkı devlete verilen yükümlülüklere uygun öğretide pozitif statü hakkında yer almaktadır. Bu bakımdan kişinin devletten sağlıkla ilgili isteme hakkı bulunmaktadır[6]. Sağlık hakkı ile korunan menfaat olarak sağlık, sadece bozulduğunda düzeltilmesine yönelik sunulacak olan hizmeti gerektiren bir unsur değildir. Aynı zamanda vücut bütünlüğü gibi başkası tarafından tazim edilmesi ve korunması gereken bir değerdir. Bu açıdan bakıldığında,

[4] Aydın, N. (2008). Hasta haklarının hukuki boyutu ve korunma yolları, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 22, s. 4.
[5] 10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi Madde 25/1 (Bildirge'nin resmi tercümesi için bkz. RG, 27.05.1949, 7217.)
[6] Temiz, Ö. (2014). Türk hukukunda bir temel hak olarak sağlık hakkı, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 69(1), 168.

sağlık hakkı daha çok pozitif statü hakkı olarak değerlendirilmekle birlikte, negatif statü hakları gibi negatif bir boyutunun da bulunduğu sonucuna varılması uygun olacaktır. [7]

1.1.2. Hasta hakları kavramı

Hasta hakları kavramı, sağlıksız olan bireyin önceki sağlığına yeniden kavuşabilme hakkıdır. Buna ek olarak önceki sağlığına kavuşama durumu olmayan bireyin bir başka ifade ile hastalığı tedavi edilemez bir durumda olan bireyin hastalığından kaynaklı yaşadığı rahatsızlığın, kısıtlamanın ve sınırlamanın minimum düzeye çekilerek yaşam kalitesinin olabildiğince yüksek tutulması ve bu şekilde yaşamını sürdürebilme imkânına sahip olma hakkıdır[8]. Hasta Hakları Yönetmeliğinin 4. maddesinin e bendine göre hasta hakları tanımlanmıştır. Bu tanıma göre hasta hakları, "*Sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan fertlerin, sırf insan olmaları sebebiyle sahip bulundukları ve T.C. Anayasası, milletlerarası antlaşmalar, kanunlar ve diğer mevzuat ile teminat altına alınmış bulunan haklarını*" ifade eder.

1.2. Hasta Haklarına İlişkin Temel Düzenlemeler

1.2.1. Anayasa'daki düzenlemeler

Anayasamızda hasta haklarının dayanağını oluşturan ve sağlığın korunmasıyla ilgili çeşitli hükümler mevcuttur. Öncelikle Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'nın 2. maddesinde sosyal bir hukuk devleti olarak belirtilmiştir. Bu öğretide sosyal hukuk devleti şu şekilde açıklanmıştır: "*Sosyal hukuk devleti, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği yani sosyal adaleti ve toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü devlet demektir. Çağdaş devlet anlayışı, sosyal hukuk devletinin, tüm kurumlarıyla Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun biçimde kurulmasını gerekli kılar. Hukuk devletinin amaç edindiği kişinin korunması, toplumda sosyal güvenliğin ve sosyal adaletin sağlanması yoluyla gerçekleştirilebilir. (...) Anayasa'nın Cumhuriyetin nitelikleri arasında yer verdiği sosyal hukuk devletinin dayanaklarından birini oluşturan sosyal güvenlik kavramının içerdiği temel esas ve ilkeler uyarınca toplumda yoksul ve muhtaç insanlara Devletçe yardım edilerek onlara insan onuruna yaraşır*

[7] Temiz, 2014, **a.g.k.,** 169-170.
[8] Aydın, 2008, **a.g.k.,** 4.

asgarî yaşam düzeyi sağlanması, böylece, sosyal adaletin ve sosyal devlet ilkelerinin gerçekleşmesine elverişli ortamın yaratılması gerekir."[9]. Sosyal hukuk devletinin öngördüğü sosyal haklar arasında ise beden ve ruh sağlığı içinde yaşam hakkı bulunmaktadır[10]. Anayasa'nın, kişi haklarını düzenlendiği 17. maddesi ile hasta hakları arasında dolaylı bir bağlantısı kurulabilecektir. Anayasa'nın bu maddesine göre bütün bireylerin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı bulunmaktadır. Yine aynı maddenin devamında kanunda yazılı durumlar ve tıbbî zorunluluk olmadığı sürece kişilerin vücut bütünlüğüne dokunulamaz ve hiç kimse rızasının olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tabi tutulamaz. Çevrenin korunması ve sağlık hizmetleriyle ilgili olan 56. maddede ise "*Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek devletin ve vatandaşların ödevidir. Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, iş birliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler.*" hükmüne yer verilmiştir. Anayasa'nın, özellikle 2010 değişikliğiyle birlikte 20. maddesine eklenen fıkra da hasta hakları ile doğrudan bağlantılı olarak değerlendirilebilir. Buna göre "*Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.*"

Anayasa'nın hak arama ve dava hakkını güvenceye alan 30. ve 40. maddeleri, hasta hakları içinde asli önem taşımaktadır.

Özellikle Anayasa'nın "*Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir. Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.*" şeklindeki 40. maddesine, kamu görevlileri ile ilgili 41. maddesine ve İdare Hukuku'nun temelini oluşturan 125. maddesine istinaden bir kimsenin sağlık hizmetlerinden yararlanması sırasında alması gereken hizmetle ilgili yaşayacağı aksaklıklar hizmet kusuru olarak

[9] Özek, Ç. (1966). "Tıbbî Müdahalelerden Doğan Sorumluluklarla İlgili Genel Prensipler", 29-35 TTFM, AMKD, sayı:24, 1966, s.451-452.
[10] Göze, A. (1995). Siyasal düşünceler ve yönetimler, Beta Yayınevi, İstanbul, 103-107.

değerlendirilmektedir. Bu durumda zarar gören kimse, idareye veya yargıya başvurarak uğradığı zararı tazmin imkânı elde edebilmektedir.

1.2.2. Anayasa dışındaki düzenlemeler ve uluslararası normlar

1.2.2.1. Anayasa dışındaki ulusal düzenlemeler

Ulusal mevzuata bakıldığında hasta haklarına ilişkin birçok düzenlemenin olduğu görülmektedir. Bu düzenlemelerin bir kısmı oldukça eskidir. Örneğin hasta haklarına ilişkin olarak düzenlemelerin yer aldığı 1219 sayılı Tababet ve Şuabat-ı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun 1928 tarihli, Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi 1960 tarihli, 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu 1930 tarihli, 224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun 1961 tarihli, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması ve Nakli Hakkında Kanun 1979 tarihli, 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun 1983 tarihli, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu 1987 tarihlidir. En yakın tarihli düzenleme ise 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname olup bu kararname 2011 tarihli olduğu bilinmektedir. Bütün bu mevzuatta hasta haklarına ilişkin birtakım düzenlemeler mevcuttur.

Bu düzenlemeler ile birlikte hasta haklarını konu edinen toplu bir düzenleme 1998 yılında yapılmıştır. Hasta haklarına yönelik bütün yasal düzenlemeleri toplu şekilde içeren, 01.08.1998 tarih ve 23420 sayılı Resmî Gazete'de Hasta Hakları Yönetmeliği yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Resmî Gazete'de 08.05.2014 tarih ve 28994 sayılı yayınlanan "Hasta Hakları Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik" ile hasta haklarıyla ilgili önemli değişiklikler yapılmıştır.[11]

1.2.2.2. Uluslararası normlar

Hasta haklarına ilişkin ulusal düzenlemelerin yanı sıra birçok uluslararası norm da mevcuttur. 2003 tarihli Avrupa Konseyi "Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp

[11] Hasta Hakları Yönetmeliği'nin değişik ve nihâî hâli için bkz. https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=4847&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5 (Erişim tarihi: 12.10.2021).

Sözleşmesinde" hasta haklarına ilişkin birtakım düzenlemeler bulunmaktadır.[12] Keza 1981 tarihli DHB Lizbon Hasta Hakları Bildirisinde; hastaların istediği doktoru özgürce seçme, dış etki altında kalmadan etik ile klinik karar verebilen bir doktor tarafından bakılabilme, gerekli ölçüde ve yeterince bilgilendirildikten sonra tedaviyi kabul etme veya reddetme, doktordan bireye dair tüm özel ve tıbbi nitelikteki bilgilerin gizliliğine tazim edilmesini bekleme, onurlu bir şekilde vefat etme, kendi inanışına uygun bir dini temsilcinin yardımı da dâhil olmak üzere manevi teselliyi kabul etme veya reddetme haklarına sahip oldukları ifade edilmektedir.[13]

Bali'de 1995 yılında yapılan Genel Kurul'da kapsamı geliştirilen Lizbon Bildirgesi'nde hastaların nitelikli ve yeterli tıbbi bakım alma hakkı, tedavisi hakkında seçim özgürlüğü, kendi kaderini belirleme hakkı, bilinci kapalı hastanın sahip olduğu haklar, yasal ehliyeti olmayan hastanın hakkı, hastanın isteğine muhalif yapılan müdahaleler, bilgilendirme hakkı, veri gizliliği hakkı, sağlık eğitimi hakkı, onurunu koruma hakkı, dini yardım alma hakkı gibi haklar ayrıntılı olarak tanımlanmaktadır.

Türkiye'de Hasta Hakları Yönetmeliği'nin oluşmasında birçok uluslararası düzenlemelerin etkisi olmuştur. Hasta haklarıyla ilgili 1972 tarihli Amerikan Hastaneler Birliğinin Hasta Hakları Beyannamesi, Lizbon Bildirgesi (1981), Avrupa'da Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi (1994 Amsterdam), Bali Bildirgesi (1995), Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi (1997) ve Roma Hasta Hakları Avrupa Statüsü (2002) etkili olan bazı uluslararası düzenlemelerdir.

[12] Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, https://rm.coe.int/168007cf98 (Erişim tarihi: 12.10.2021).

[13] Taylan, H. ve Baydoğan, T. (2015). Hasta ve yakınlarının hasta hakları ve "hasta hakları birimi" hakkındaki bilgi düzeylerinin ve faydalanma durumlarının araştırılması, Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, 14(55) 248-256.

İKİNCİ BÖLÜM

TEMEL HASTA HAKLARI VE HUKUKA UYGUN TIBBİ MÜDAHALE

2.1. Temel Hasta Hakları

2.1.1. Sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkı

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 6. maddesi sağlık hizmetlerinden yararlanma ile ilgilidir. Bu madde şu şekildedir: "*Hasta, adalet ve hakkaniyet ilkeleri çerçevesinde sağlıklı yaşamanın teşvik edilmesine yönelik faaliyetler ve koruyucu sağlık hizmetleri de dahil olmak üzere, sağlık hizmetlerinden ihtiyaçlarına uygun olarak faydalanma hakkına sahiptir. Bu hak, sağlık hizmeti veren bütün kurum ve kuruluşlar ile sağlık hizmetinde görev alan personelin adalet ve hakkaniyet ilkelerine uygun hizmet verme yükümlülüklerini de içerir.*"

Sağlık hizmeti kapsamına giren kurum ile kuruluşlar ve dahi sağlık personeli sağlık hizmetini yürütürken adil ve hakkaniyete uygun hareket etmekle yükümlüdür. Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi'nin 2. maddeside "*Tabip ve diş tabibi; hastanın cinsiyeti, ırkı, milliyeti, dini ve mezhebi, ahlaki düşünceleri, karakter ve şahsiyeti, içtimai seviyesi, mevkii ve siyasi kanaati ne olursa olsun, muayene ve tedavi hususunda azami dikkat ve ihtimamı göstermekle mükelleftir.*", 18. maddesinde "*Tabip ve diş tabibi, acil yardım, resmi veya insani vazifenin ifası halleri hariç olmak üzere, mesleki veya şahsi sebeplerle hastaya bakmayı reddedebilir.*" ve 3. maddesinde "*Tabip, vazifesi ve ihtisası ne olursa olsun, gerekli bakımın sağlanamadığı acil vakalarda, mücbir sebep olmadıkça ilk yardımda bulunur.*" ifadeleri yer almaktadır. [14] Bu maddelere istinaden hekimin veya özel hastane işleten kişinin her türlü acil hal ve vakada ilk yardımda bulunma yükümlülüğü vardır. Ancak acil olmayan vakalar bakımından hekimin tıbbî muayene ve müdahale konusunda hasta ile herhangi bir sözleşme yapma zorunluluğu bulunmamaktadır.

Görüleceği üzere bütün bu düzenlemelerden çıkan sonuç hastanın, sağlık hizmetlerinden ihtiyacına uygun olarak yararlanma hakkının mevcut olduğudur. Bu hak, hekimlere ve diğer sağlık çalışanlarına adalet ve hakkaniyete uygun hizmet sunma

[14] Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi, RG, 19.2.1960, No: 10436, https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/2.3.412578.pdf (Erişim Tarihi: 12.10.2021).

yükümlülüğünü yüklemektedir. Hekimlerin hastalar arasında hiçbir sebeple ayrımcılık yapması söz konusu değildir. Ayrıca hekimlerin her hastanın sağlık hizmetinden yararlanmasında azami dikkat ve özeni göstermesi gerekmektedir.

2.1.2. Bilgi alma hakkı

Hastanın "bilgi alma hakkı" Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 7. maddesinde düzenlenmiştir.[15] Bu maddeye istinaden yürütülen sağlık hizmetinden hastanın ne şekilde faydalanacağına ilişkin bilgi alma hakkı vardır. Bu kapsamda hastanın;

-Hangi sağlık kuruluşundan hangi koşulla hizmet alabileceği,

-Sağlık kurum ve kuruluşlarının verdiği hizmet ve imkânın neler olduğu,

-Bu hizmet ve imkânlardan nasıl yararlanabileceğini öğrenme hakkı bulunmaktadır.

Hastanın bilgi alma hakkı, ilgili sağlık kurum ve kuruluşlarına birtakım yükümlülükler getirmektedir. Bu doğrultuda bütün sağlık kurum ve kuruluşları;

-Hastanın bilgi alma hakkını kullanabilmesi için yeterli ve donanımlı birim oluşturulması,

-Oluşturulan birimde hastayı bilgilendirebilecek yeterlikteki personelin daimî olarak istihdam edilmesi ve

-Hastanın ihtiyacına olan yerlere ulaşabilmesi için kurum ve kuruluşun çeşitli yerlerinde bilgilendirici işaret, broşür ve tabela bulundurmak gibi önlemleri alması gerekmektedir.

2.1.3. Hastanın sağlık hizmeti alacağı sağlık kurum ile kuruluşunu seçme ve değiştirme hakkı

Hastanın, sağlık hizmeti alacağı sağlık kurum ile kuruluşu seçme ve değiştirme hakkı Hasta Hakları Yönetmeliği'nde düzenlenen bir diğer haktır. Yönetmeliğin 8.

[15] "*Hasta, sağlık hizmetlerinden nasıl faydalanabileceği konusunda bilgi isteyebilir. Bu hak, hangi sağlık kuruluşundan hangi şartlara göre faydalanılabileceğini, sağlık kurum ve kuruluşları tarafından verilen her türlü hizmet ve imkânın neler olduğunu ve müracaat edilen kuruluşta verilen sağlık hizmetlerinden faydalanma usulünü öğrenme haklarını da kapsar. Bütün sağlık kurum ve kuruluşları, hastayı birinci fıkra uyarınca bilgilendirmek için yeterli teknik donanımı haiz birimi oluşturmak; bu birimde, hastaya kesin ve yeterli bilgi verebilecek nitelik ve ehliyete sahip personeli daimî olarak istihdam etmek ve hastanın ihtiyacı olan birimlere kolayca ulaşabilmesini temin etmek üzere, kuruluşun uygun yerlerinde bilgilendirici tabela, broşür ve işaretler bulundurmak gibi tedbirleri almak zorundadırlar*". Hasta Hakları Yönetmeliği, m. 7, (https-11).

maddesine[16] göre tabi olunan mevzuatta öngörülen usul ve şartlara uygun olmak şartıyla hasta sağlık hizmetinden yararlanmak istediği sağlık kuruluşunu seçme hakkına ve bu sağlık kuruluşunun sunduğu sağlık hizmetinden yararlanma hakkına sahiptir. Keza hasta, mevzuatta öngörülen usul ve şartlara uygun olmak kaydı ile sağlık hizmeti aldığı sağlık kuruluşunu da değiştirme hakkına sahiptir. Ancak bu hakkın bir sınırı yine yönetmeliğin ilgili maddesinde öngörülmüştür. Buna göre eğer hastanın sağlık kuruluşu değiştirmesinde hayati tehlike yönünden tıbben bir sakınca mevcutsa hasta, sağlık kuruluşu değiştiremeyecektir. Yine yönetmeliğe göre hastanın sağlık kuruluşu değiştirebilmesi için hastalığının daha ağır seyredip seyretmeyeceğine veya hayati tehlikeye neden olup olmayacağına ilişkin hastanın bir hekim tarafından bilgilendirilmesi gerekmektedir.

Hastanın sağlık kuruluşunu değiştirme hakkı bulunmakla beraber acil bir vaka dışında sosyal güvenlik kuruluşuna bağlı olan hastanın mevzuatta öngörülen sevk zincirine uymaması durumunda hasta aradaki ücret farkını kendisi karşılayacaktır.

Bütün bu hususların yanında hastanın sağlık kuruluşundan tıbben faydalanacak bir durumunun olmaması veya hastanın başka bir sağlık kuruluşuna nakli gerekiyorsa, bu durum hastaya veya ilgili Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 15/2 fıkrasında yer alan kişilere açıklanmalıdır. Nakilden önce gerekli bilgiler verilmelidir. Hasta başka bir sağlık kuruluşuna nakledilse dahi bu süreçte sağlık hizmeti kesintisiz olarak devam etmelidir. Aksi hâlde hukuki sorumluluk doğabilmektedir.

Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi'nin 5. maddesinde "Sağlık müesseselerinde tatbik olunan usul ve kaideler mahfuz olmak üzere, hasta; tabibini ve diş tabibini serbestçe seçer." ifadesi yer almaktadır. Bu maddeye dayanarak hasta hekimi seçme hakkına haizdir. Bu doğrultuda hasta, hizmet alacağı sağlık kuruluşunu seçebileceği gibi hekimi de seçme hakkına sahiptir.

---

[16] "*Hasta; tabi olduğu mevzuatın öngördüğü usul ve şartlara uyulmak kaydı ile, sağlık kurum ve kuruluşunu seçme ve seçtiği sağlık kuruluşunda verilen sağlık hizmetinden faydalanma hakkına sahiptir. Mevzuat ile belirlenmiş sevk sistemine uygun olmak şartı ile hasta sağlık kuruluşunu değiştirebilir. Ancak, kuruluşu değiştirmenin hayati tehlikeye yol açıp açmayacağı ve hastalığının daha da ağırlaşıp ağırlaşmayacağı hususlarında hastanın tabip tarafından aydınlatılması ve hayati tehlike bakımından sağlık kuruluşunun değiştirilmesinde tıbben sakınca görülmemesi esastır. Acil vak'alar dışında, herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşuna bağlı olup da mevzuatın öngördüğü sevk zincirine uymayanlar aradaki ücret farkını kendileri karşılar. Hastanın sağlık kuruluşunda kalmasında tıbben fayda bulunmayan veya bir başka sağlık kuruluşuna nakli gerekli olan hallerde, durum hastaya veya 15 inci maddenin ikinci fıkrasında belirtilen kişilere açıklanır. Nakilden önce, gereken bilgiler nakil talebinde bulunulan veya tıbben uygun görülen sağlık kuruluşuna, sevkeden kuruluş veya mevzuatla belirlenen yetkililerce verilir. Her iki durumda da hizmetin aksamadan ve kesintisiz olarak verilmesi esastır*". Hasta Hakları Yönetmeliği, m. 8, (https-11).

2.1.4. Hastanın sağlık hizmeti alacağı kişileri tanıma, seçme ve değiştirme hakkı

Hastanın sağlık hizmeti alacağı kişileri seçme, tanıma ve değiştirme hakkı "Hasta Hakları Yönetmeliği"nin 9. maddesinde belirlenmiştir. Bu maddede; "*Hastaya talebi halinde, kendisine sağlık hizmeti verecek veya vermekte olan tabiplerin ve diğer personelin kimlikleri, görev ve unvanları hakkında bilgi verilir. Mevzuat ile belirlenmiş usullere uyulmak şartı ile hastanın, kendisine sağlık hizmeti verecek olan personeli serbestçe seçme, tedavisi ile ilgilenen tabibi değiştirme ve başka tabiplerin konsültasyonunu istemek hakkı vardır. Personeli seçme, tabibi değiştirme ve konsültasyon isteme hakları kullanıldığında, mevzuat ile belirlenen ücret farkı, bu hakları kullanan hasta tarafından karşılanır.*" ifadesi yer almaktadır.[17] İlgili maddeye göre hastanın alacağı hizmete yönelik olarak kişiyi seçme, tanıma ve değiştirme hakkına sahip olduğu görülmektedir.

2.1.5. Çağdaş tıp bilimine uygun müdahale isteme hakkı

Çağdaş tıp bilimine uygun müdahale isteme hakkı "Hasta Hakları Yönetmeliği"nin 11. maddesinde belirlenmiştir. Bu maddede "*Hasta, modern tıbbî bilgi ve teknolojinin gereklerine uygun olarak teşhisinin konulmasını, tedavisinin yapılmasını ve bakımını istemek hakkına sahiptir. Tababetin ilkelerine ve tababet ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yapılamaz.*" ifadesi yer almaktadır.[18] Bu maddeden sağlık kurum ve kuruluşlarının modern tıp bilimini izlemesi ve bu buna uygun sağlık hizmeti sunabilmek için gerekli önlemleri alması gerektiği anlaşılmaktadır. Aksi durumda hastanın çağdaş tıp bilimine uygun müdahale isteme hakkı engellenmiş olacak ve ortaya çıkan zarardan dolayı hukuki sorumluluk gündeme gelecektir.

2.1.6. Özel yaşama saygı hakkı ve mahremiyet

Hastanın özel yaşamına saygı ve mahremiyet gösterilmesi Yönetmeliğin 21. maddesinde ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Bu hakkın temelinde Anayasa ile koruma altına alınan özel hayata saygı hakkı da yer almaktadır. Bir sağlık hizmetinin

[17] Hasta Hakları Yönetmeliği, m. 9, (https-11).
[18] Hasta Hakları Yönetmeliği, m. 11, (https-11).

icrası kapsamında yararlanan hastanın mahremiyetinin korunması için gerekli önlemlerin alınması esas olduğu gibi hasta da mahremiyetinin korunması için gerekli hassasiyetin gösterilmesini ve önlemin alınmasını talep edebilir.

Yönetmeliğin bahsettiğimiz 21. maddesi "*Hastanın, mahremiyetine saygı gösterilmesi esastır. Hasta mahremiyetinin korunmasını açıkça talep de edebilir. Her türlü tıbbî müdahale, hastanın mahremiyetine saygı gösterilmek suretiyle icra edilir.*

Mahremiyete saygı gösterilmesi ve bunu istemek hakkı;

a) Hastanın, sağlık durumu ile ilgili tıbbî değerlendirmelerin gizlilik içerisinde yürütülmesini,

b) Muayenenin, teşhisin, tedavinin ve hasta ile doğrudan teması gerektiren diğer işlemlerin makul bir gizlilik ortamında gerçekleştirilmesini,

c) Tıbben sakınca olmayan hallerde yanında bir yakınının bulunmasına izin verilmesini,

d) Tedavisi ile doğrudan ilgili olmayan kimselerin, tıbbî müdahale sırasında bulunmamasını,

e) Hastalığın mahiyeti gerektirmedikçe hastanın şahsi ve ailevi hayatına müdahale edilmemesini,

f) Sağlık harcamalarının kaynağının gizli tutulmasını, kapsar.

Ölüm olayı, mahremiyetin bozulması hakkını vermez.

Eğitim verilen sağlık kurum ve kuruluşlarında, hastanın tedavisi ile doğrudan ilgili olmayanların tıbbî müdahale sırasında bulunması gerekli ise; önceden veya tedavi sırasında bunun için hastanın ayrıca rızası alınır." şekildedir.[19]

Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nde de özel hayata saygı hakkı düzenlenmiştir. Bu Yönetmeliğin 7. maddesine göre "*Poliklinik muayenelerinde gizlilik prensiplerine riayet esastır. Burada, halkın gelenek ve ahlak kurallarına saygı gösterilir. Hastalar teker teker muayene edilir. Muayene esnasında poliklinik odasında tıp ve yardımcı tıp meslekleri personelinden başka kimsenin bulunmaması gerekir. Ancak hasta isterse ailesinden biri veya bir yakını bulunabilir.*"

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 21. maddesinde özel hayata saygı hakkı düzenlenmişken 23. maddesinde hastanın kişisel verilerinin korunmasına yönelik hüküm yer almıştır. Kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı da anayasal bir hak olup sağlık hizmetlerinden yararlanan hastanın kişisel verilerinin korunması gerekmektedir.

[19]Hasta Hakları Yönetmeliği, m. 21, (https-11).

Yönetmeliğin 23. maddesinde *"Sağlık hizmetinin verilmesi sebebiyle edinilen bilgiler, kanun ile müsaade edilen haller dışında, hiçbir şekilde açıklanamaz. Kişinin rızasına dayansa bile, kişilik haklarından bütünüyle vazgeçilmesi, bu hakların başkalarına devri veya aşırı şekilde sınırlanması neticesini doğuran hallerde bilginin açıklanması, bunları açıklayanın hukuki sorumluluğunu kaldırmaz. Hukuki ve ahlaki yönden geçerli ve haklı bir sebebe dayanmaksızın hastaya zarar verme ihtimali bulunan bilginin ifşa edilmesi, personelin ve diğer kimselerin hukuki ve cezai sorumluluğunu da gerektirir. Araştırma ve eğitim amacı ile yapılan faaliyetlerde de hastanın kimlik bilgileri, rızası olmaksızın açıklanamaz."* ifadesi yer almaktadır.

2.1.7. Tıbbi müdahalede hastanın rızasının aranması

Her tıbbî müdahale esasen kişinin vücut dokunulmazlığının maddi ve hatta manevi bütünlüğünün ihlali anlamına gelir. Bu bakımdan hastanın rızasının alınması tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğu açısından önemini arttırmaktadır. Nitekim Anayasa'nın kişi dokunulmazlığını ve maddi ve manevi varlığın korunması hakkını düzenleyen 17. maddesinde açık bir biçimde *"kimsenin tıbbî zorunluluklar ve kanunlarda belirtilen hâller dışında vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı, rızası olmadan da bilimsel ve tıbbî deneye maruz tutulamayacağı*" düzenlenmiştir. Anayasa'nın bu hükmü gereği tıbbî zorunluluk olmadan ve kanunlarda belirtilen hâller dışında tıbbî müdahale için kişinin rızasının aranması gerekir.

Türk Medeni Kanunu'nda yer alan 23. ve 24. maddeler "Kişiliğin Korunması" ile ilgilidir. Bu maddeler kişilik haklarına ve dolayısıyla vücut bütünlüğüne yapılan müdahaleler bakımından kişinin rızasının olması hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlenmiştir.[20] Ayrıca Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesi ile Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 4. maddesinin h bendinde, 5.maddesinin d bendinde, 22. ve 23. maddelerinde tıbbî müdahalede hastanın rızasına ilişkin hükümler yer almaktadır.

Rıza, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 4. maddesinin h bendinde "*Kişinin tıbbî müdahaleyi serbest iradesiyle ve bilgilendirilmiş olarak kabul etmesini*" olarak ifade

[20] Türk Medeni Kanunu, RG,08.12.2001, 24607. https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=4721&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5 (Erişim Tarihi: 12.10. 2021)

edilmektedir.[21] Bu hüküm özellikle geçerli bir rıza için gerekli iki şartı da ortaya koymaktadır. Buna göre hasta rızasını baskı, zorlama, hile gibi olumsuz bir dış etkiden uzak ve hür bir şekilde vermelidir. Bunun yanında hastanın rıza verebilmesi için tıbbî müdahalenin mahiyeti ve olası sonuçları konusunda açık ve anlaşılır bir şekilde bilgilendirilmesi de gerekmektedir.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24. maddesinde "Tıbbî müdahalelerde hastanın rızası gerekir. Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır. Hastanın, velisinin veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunamadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde, bu şart aranmaz. Kanuni temsilcinin rızasının yeterli olduğu hallerde dahi, anlatılanları anlayabilecekleri ölçüde, küçük veya kısıtlı olan hastanın dinlenmesi suretiyle mümkün olduğu kadar bilgilendirme sürecine ve tedavisi ile ilgili alınacak kararlara katılımı sağlanır. Sağlık kurum ve kuruluşları tarafından engellilerin durumuna uygun bilgilendirme yapılmasına ve rıza alınmasına yönelik gerekli tedbirler alınır. Kanuni temsilci tarafından rıza verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, velayet ve vesayet altındaki hastaya tıbbî müdahalede bulunulabilmesi; Türk Medeni Kanunu'nun 346. ve 487. maddeleri uyarınca mahkeme kararına bağlıdır. Tıbbî müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbî müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekleri göz önüne alınır. Yeterliğin zaman zaman kaybedildiği tekrarlayıcı hastalıklarda, hastadan yeterliği olduğu dönemde onu kaybettiği dönemlere ilişkin yapılacak tıbbî müdahale için rıza vermesi istenebilir. Hastanın rızasının alınamadığı hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde, hastaya tıbbî müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir. Bu durumda hastaya gerekli tıbbî müdahale yapılarak durum kayıt altına alınır. Ancak bu durumda, mümkünse hastanın orada bulunan yakını veya kanuni temsilcisi; mümkün olmadığı takdirde de tıbbî müdahale sonrasında hastanın yakını veya kanuni temsilcisi bilgilendirilir. Ancak hastanın bilinci açıldıktan sonraki tıbbî müdahaleler için hastanın yeterliği ve ifade edebilme gücüne bağlı olarak rıza işlemlerine başvurulur. Sağlık kurum ve kuruluşlarında yatarak tedavisi tamamlanan hastaya, genel sağlık durumu, ilaçları, kontrol tarihleri diyet ve sonrasında neler yapması gerektiği gibi bilgileri içeren taburcu sonrası tedavi planı sağlık meslek mensubu tarafından sözel olarak anlatılır.

[21] Hasta Hakları Yönetmeliği, m. 4, (https-11).

Daha sonra bu tedavi planının yer aldığı epikrizin bir nüshası hastaya verilir." yer almaktadır.

İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin (1997) 5. maddesinde "Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir. Bu kişiye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir. İlgili kişi, muvafakatini her zaman, serbestçe geri alabilir." yer almaktadır.

Hastaya yönelik tıbbî müdahale ve işlemler konusunda *"rızanın kapsamı ve rızanın aranmayacağı haller"* Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 31. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre *"Rıza alınırken hastanın veya kanuni temsilcisinin tıbbî müdahalenin konusu ve sonuçları hakkında bilgilendirilip aydınlatılması esastır. Hastanın verdiği rıza, tıbbî müdahalenin gerektirdiği sürecin devamı olan ve zorunlu sayılabilecek rutin işlemleri de kapsar. Tıbbî müdahale, hasta tarafından verilen rızanın sınırları içerisinde olması gerekir. Hastaya tıbbî müdahalede bulunulurken yapılan işlemin genişletilmesi gereği doğduğunda müdahale genişletilmediği takdirde hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açabilecek tıbbî zaruret hâlinde rıza aranmaksızın tıbbî müdahale genişletilebilir."* yer almaktadır. Bu maddeden zorunlu haller kapsamındaki tıbbi müdahalede hastanın rızası aranmaz anlamı çıkmaktadır.

Hasta rızasının aranmaksızın tıbbi müdahalenin yapılabileceği durumlar Hasta Hakları Yönetmeliği 22/2'de Düzenlenmiştir. Söz konusu Yönetmelik'te "*Bir suç işlediği veya buna iştirak ettiği şüphesi altında bulunan kişinin işlediği suçun muhtemel delillerinin, kendisinin veya mağdurun vücudunda olduğu düşünülen hallerde; bu delillerin ortaya çıkarılması için sanığın veya mağdurun tıbbî ameliyeye tabi tutulması, hâkimin kararına bağlıdır. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde bu ameliye, cumhuriyet savcısının talebi üzerine yapılabilir."* ifadesi yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre cumhuriyet savcısının tıbbi müdahalenin gecikmesinde sakınca bulması üzerine talebi veya hâkim kararı ile müdahalede hasta rızası aranmamaktadır.

Tıbbi müdahalede rıza aranmamasının gerçekleştirildiği bazı durumlar Hasta Hakları Yönetmeliğin 24. maddesinde de düzenlenmiştir. Bu durumlarda muhtemel (varsayılan) rıza çerçevesinde tıbbi müdahalenin hastaya söz konusudur.[22] Söz konusu

[22] Emirsoy Aşıkoğlu, E. (2018). Kişi dokunulmazlığı hakkı bağlamında rıza olmaksızın yapılan tıbbî müdahaleler, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, (35), 319-343, s. 324.

Yönetmeliğin 24/1'ine göre *"Tıbbî müdahalelerde hastanın rızası gerekir. Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır. Hastanın, velisinin veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunamadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde, bu şart aranmaz."* hükmü yer almaktadır. Devamında ise rıza gerekmeyen haller belirtilmiştir. Buna ilişkin olarak Yönetmeliğin 24. maddesinin 4. fıkrası ise şu şekildedir: *"Kanuni temsilci tarafından rıza verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, velayet ve vesayet altındaki hastaya tıbbî müdahalede bulunulabilmesi; Türk Medeni Kanunu'nun 346. ve 487. maddeleri uyarınca mahkeme kararına bağlıdır"* yine 24. maddenin 7. fıkrasına göre "*Hastanın rızasının alınamadığı hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde*" hekim hastanın üstün yararını gözeterek tıbbî müdahalede bulunur ve durumu kayıt altına alır. Ancak rıza olmaksızın yapılan müdahalelere dair hastanın kanuni temsilcisi veya hasta yakını mümkün olan en kısa sürede bilgilendirilir.

2.1.8. Tıbbi araştırmalarda hasta sağlığının korunması

Tıbbî araştırmaların amacı tıbbî müdahalelerden farklıdır. Tıbbî müdahalede hastanın bozulan ve kötüleşen sağlığının iyileştirilmesi amaçlanır. Ancak tıbbî araştırmalar daha çok tıp biliminde kullanılmak üzere bilimsel deneyler ve çalışmalar gerçekleştirmeye yöneliktir. 1982 Anayasası'nın 17. maddesinin 2. fıkrasına göre *"Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tabi tutulamaz."* Aynı şekilde Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 5. maddesinin e bendi *"Kişi, rızası ve Bakanlığın izni olmaksızın tıbbî araştırmalara tabi tutulamaz."* şeklindedir. Görüldüğü üzere tıbbî araştırmalar, sadece hastanın rızasını değil aynı zamanda Sağlık Bakanlığının iznini de gerektirmektedir.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 5. maddesinde ortaya konan genel hüküm 32. maddesinde genişletilerek ifade edilmiştir. 32. maddede *"Hiç kimse; Bakanlığın izni ve kendi rızası bulunmaksızın, tecrübe, araştırma veya eğitim amaçlı hiçbir tıbbî müdahale konusu yapılamaz. Tıbbî araştırmalardan beklenen tıbbî fayda ve toplum menfaati, üzerinde araştırma yapılmasına rıza gösteren gönüllünün hayatından ve vücut bütünlüğünün korunmasından üstün tutulamaz. Tıbbî araştırmalar, sadece, mevzuata*

göre araştırmada bulunmaya yetkili ve yeterli tıbbî bilgi ve tecrübeyi haiz olan personel tarafından, mevzuat ile belirlenmiş bulunan yerlerde yürütülür. Gönüllünün tıbbî araştırmaya rıza göstermiş olması, bu araştırmada görev alan personelin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz." hükmü yer almaktadır.

Tıbbî araştırmaya rıza vererek dahil olan gönüllünün Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 33. maddesine göre "*Araştırmalarda, gönüllünün sağlığına ve diğer kişilik haklarına zarar verilmemesi için gereken bütün tedbirler alınır. Araştırmanın gönüllüye vereceği muhtemel zararlar önceden tespit edilemediği takdirde; gönüllü, rızası bulunsa dahi, araştırma konusu yapılamaz. Gönüllü; araştırmanın maksadı, usulü, muhtemel faydaları ve zararları ve araştırmaya iştirak etmekten vazgeçebileceği ve araştırmanın her safhasında başlangıçta verdiği rızayı geri alabileceği hususlarında, önceden yeterince bilgilendirilir."* hükmü yer almaktadır. Yönetmeliğin 34. maddesinde ise *"Tıbbî araştırma hakkında yeterince bilgilendirilmiş olan gönüllünün rızasının maddi veya manevi hiçbir baskı altında olmaksızın, tamamen serbest iradesine dayanılarak alınmasına azami ihtimam gösterilir. Tıbbî araştırmalarda rıza yazılı şekil şartına tabidir."* hükmü yer almaktadır.

Küçükler ve temyiz kudreti bulunmayanlara, kendilerine bir fayda sağlamadığında tıbbi araştırmanın kendilerine uygulanması yasaktır. Söz konusu Yönetmeliğin 35. maddesinde *"Reşit ve mümeyyiz olmayanlara, kendilerine faydası olmadan, sırf tıbbî araştırma amacı güden tıbbî müdahaleler hiçbir surette tatbik edilemez. Faydaları bulunması şartı ile reşit ve mümeyyiz olmayanlar üzerinde tıbbî araştırma yapılması, velilerinin veya vasilerinin rızasına bağlıdır."* hükmü yer almaktadır.

Tıbbî araştırmalarda gönüllünün aldığı ilaçlar bakımından özel bir düzenleme getirilmiştir (Hasta Hakları Yönetmeliği Madde 36). Bu maddede *"Özel mevzuatına göre izin veya ruhsat alınmış olsa dahi, sırf tıbbî araştırma amacı ile hasta üzerinde kendi rızası ve Bakanlığın izni bulunmaksızın hiçbir ilaç ve terkip kullanılamaz."* hükmü yer almaktadır.

2.1.9. Özen gösterilmesini isteme hakkı

Hastanın sağlığına kavuşması tıbbî müdahalenin amacına uygun, yeterli ve etkili olmasına, tıbbî müdahalenin olumlu sonuç vermesi hekimin veya sağlık personelinin gerekli dikkat ve özeni göstermesine bağlıdır. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 14.

maddesinde *"Personel, hastanın durumunun gerektirdiği tıbbî özeni gösterir. Hastanın hayatını kurtarmak veya sağlığını korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmak zorunludur."* hükmü yer almaktadır.

Hastayı hayatta tutmanın ve hastanın sağlığını korumanın mümkün olmadığı hallerde acılarının dindirilmesini isteme hakkı uluslararası metinlerde de yer almıştır. Avrupa Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi'nin (Amsterdam 1994) 5. maddesinin 10. fıkrasında hastanın hayata tutunmasının ve sağlığının korunmasının mümkün olmadığı durumlarda hasta acılarının azaltılmasını isteme hakkına haizdir hükmü yer almaktadır. Söz konusu maddede *"Hastalar, son bilgilerin ışığında çektikleri acılarının giderilmesi hakkına sahiptirler"* hükmü yer almaktadır.[23] Bali Hasta Hakları Bildirgesi'nde (1995) *"Hastalar son bilgilerin ışığında acılarının dindirilmesi hakkına sahiptirler"* hükmü bildirenin 10. maddesinin b bendinde yer almaktadır.

Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etik Kuralları'nın, Hekimin Görev ve Ödevleri başlıklı 5. maddesinde *"Hekimin öncelikli görevi, hastalıkları önlemeye ve bilimsel gerekleri yerine getirerek hastaları iyileştirmeye çalışarak insanın yaşamını ve sağlığını korumaktır. Meslek uygulaması sırasında insan onurunu gözetmesi de hekimin öncelikli ödevidir. Hekim, bu yükümlülüklerini yerine getirebilmek için, gelişmeleri yakından izler."* hükmü yer almaktadır.

Bir hekim, "vekil" konumunda görev ve hizmet yaptığı için, *"müvekkile (hastaya) karşı vekaleti (hizmet sunum işini) iyi bir surette ifâ ile mükelleftir."*

2.1.10. Manevi haklar

Hastaların moral desteği alma hakkı, şefkat görme hakkı, refakatçi bulundurma hakkı gibi birtakım hakları manevi haklar arasında bulunmaktadır.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 37. maddesinde güvenliğin sağlanması hakkı yer almaktadır. Bu maddede: *"Herkesin, sağlık kurum ve kuruluşlarında güvenlik içinde olmayı bekleme ve bunu istemek hakları vardır. Bütün sağlık kurum ve kuruluşları, hastaların ve ziyaretçi ve refakatçi gibi yakınlarının can ve mal güvenliklerinin korunması ve sağlanması için gerekli tedbirleri almak zorundadırlar."* hükmü yer almaktadır.

[23] https://istanbulism.saglik.gov.tr/Eklenti/27596/0/amsterdambildirgesi1994pdf.pdf?_tag1=CBEABCEE221081BD5FAE7148AEAD37936885CF3F (Erişim Tarihi: 10.09.2021).

Dini yükümlülükleri ifa edebilme ve din hizmetlerinden yararlanabilme hakkı madde 38'de düzenlenmiştir. Buna maddede: "*Sağlık kurum ve kuruluşlarının imkanları ölçüsünde hastalara dini vecibelerini serbestçe yerine getirebilmeleri için gereken tedbirler alınır. Kurum hizmetlerinde aksamalara sebebiyet verilmemek, başkalarını rahatsız etmemek ve personelce düzenlenip yürütülen tıbbî tedaviye hiçbir şekilde müdahalede bulunulmamak şartı ile hastalara dini telkinde bulunmak ve onları manevi yönden desteklemek üzere talepleri halinde, dini inançlarına uygun olan din görevlisi davet edilir. Bunun için, sağlık kurum ve kuruluşlarında uygun zaman ve mekân belirlenir. İfadeye muktedir olmayıp da dini inancı bilinen ve kimsesiz olan agoni halindeki hastalar için de talep şartı aranmaksızın, dini inançlarına uygun olan din görevlisi çağrılır. Bu hakların nasıl ve ne zaman kullanılacağı ve bu konuda alınacak tedbirler, sağlık kuruluşunun çalışma usul ve esaslarını gösteren mevzuatta ayrıca düzenlenir.*" hükmü yer almaktadır.

Hastanın insani değerlere saygı duyulmasını isteme hakkı ile hasta ziyaretine ilişkin düzenleme 39. maddede yer almaktadır. Bu maddede: *"Hasta, kişilik değerlerine uygun bir şekilde ve ortamda sağlık hizmetlerinden faydalanma hakkına sahiptir. Sağlık hizmetlerinde görev alan bütün personel; hastalara, yakınlarına ve ziyaretçilere güler yüzlü, nazik, şefkatli ve sağlık hizmetleri ile ilgili mevzuat ve bu Yönetmelik hükümlerine uygun şekilde davranmak zorundadır. Sağlık hizmetlerinin her safhasında, hastalara, onların bedeni ve ruhi durumları dikkate alınarak, hangi işlemin neden ve nasıl yapıldığı, yapılacağı ve bekletilmeleri söz konusu ise, bekletilmenin sebepleri hususunda gerekli ve yeterli bilgi verilir. 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. Hasta ziyaretçilerinin kabul edilmesi, kurum veya kuruluşça belirlenen usul ve esaslara uygun olarak ve hastaların huzur ve sükunlarını bozacak fiil ve tutumlara sebebiyet vermeyecek şekilde gerçekleştirilir ve bu konuda gereken tedbirler alınır."* hükmü yer almaktadır. Hastanın aynı zamanda refakatçi bulundurma hakkı yer almaktadır. Bu hak Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 40. Maddesinde yer almaktadır. Söz konusu maddede: *"Muayene ve tedavi sırasında hastaya yardımcı olmak üzere; mevzuatın ve kurum imkanlarının elverdiği ve hastanın sağlık durumunun gerektirdiği ölçüde, tedaviden sorumlu olan tabibin uygun görmesine bağlı olarak, refakatçi bulundurulması istenebilir. Bu hakkın*

nasıl ve ne zaman kullanılacağı ve bu konuda alınacak tedbirler, sağlık kurum ve kuruluşunun çalışma usul ve esaslarını gösteren mevzuata ayrıca düzenlenir." hükmü yer almaktadır.

2.2. Hukuka Uygun Tıbbi Müdahale

Herhangi bir hastaya Tıbbî müdahale söz konusu olduğunda bu müdahalenin hukuka uygun olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu müdahalenin hukuka uygunluğunda aranacak şartlar arasında hastanın rızasının olması, hasta tarafından verilen aydınlatılmış onam, müdahaleye ilişkin endikasyonun olması (tıbbi gereklilik), tıbbi müdahalenin bir doktor tarafından tıbbi kurallara ve özen yükümlülüğüne uygun bir şekilde yapılması yer almaktadır.

Dünya Tabipler Birliğinde malpraktis; tabibin tedaviye ilişkin standart ve güncel uygulama yapmaması, tıbbî beceri yoksunluğu veyahut tedavi uygulamamasından kaynaklı oluşan zarar şeklinde tanımlanmaktadır.[24] Ayrıca tıbbi hata ve uygulama hatası, tıbbi müdahalede kötü uygulama, meslek hatası, özensizlik veya özen göstermede eksiklik şeklinde de tanımlanabilir.[25] Buna ilişkin olarak Dünya Tabipler Birliği 1992 yılında "Tıpta Yanlış Uygulama" duyurusunu yapmıştır. Burada yanlış tıbbî müdahale sonrasında hekimin hukuki sorumluluğunun kapsamı *"hekimin tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarar"* şekilde tanımlanmıştır.[26]

Yukarıdaki ifadelerden de anlaşılacağı üzere hastaya uygulanan tıbbî müdahaledeki ihmal ve kusurdan kaynaklanan sorumluluğun altında belli bir tıbbi standardın olmaması yer almaktadır. Bu bağlamda Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi 13. maddesine göre hekim tıp biliminin gerektirdiği usullerine göre hastaya teşhisi koymakla yükümlüdür. Hekimin tıp kural ve kaidelerine aykırı teşhis koyması ve tedavi uygulanması yasaklanmaktadır. Tıbbî standartta; ülkenin ve zamanın şartlarına göre bir tabibin azami düzeyde göstereceği dikkatin ve özenin yer alması gerekmektedir.[27]

---

[24] Petek, H. (2014). Sağlık Hukuku, Eskişehir: T.C. Anadolu üniversitesi Yayını, 28.
[25] Demir, M. (2008). Hekimin sözleşmeden doğan sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 57(3), 246–248.
[26] Değdaş, U. C. (2018). Hatalı tıbbî uygulamadan (malpraktis) doğan hukuki ve cezai sorumluluk, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1(6), s. 49; Yördem, Y. (2019). Hekimin hatalı tıbbî uygulamaya bağlı hukuki sorumluluğu, TAAD, 11(39), s.131; Polat, O. ve Pakiş, I. (2011). Tıbbî uygulama hatalarında hekim sorumluluğu, Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi, 2(3), 119-120.
[27] Değdaş, 2018, **a.g.k.,** 51.

Tıptaki yanlış uygulamaların ve tıbbî hataların sebebi, aydınlatma yükümlülüğünün gereği gibi yapılmamasından, teşhisten, tedavi yönteminden ya da belirlenen yöntemin uygulanmasından kaynaklı olabilir.

Hekimin teşhis koyarken başta anemnez (hastalık öyküsü) alması, hastalığın teşhisine yönelik hastaya sorular sorması, hastayı muayene etmesi, varsa hastayı daha önce muayene etmiş hekimin bulgularını dikkate alması, hastalığın altında yatan sebepleri araştırması ve bunun için çeşitli görüntüleme sistemlerine, mikroskobik ve kimyasal araştırmalara başvurması ile somut emarelerin özellikleri doğrultusunda araştırmalar yaparak kendi deneyim ve tecrübesinden faydalanarak teşhisi koyması gerektiği kabul görmektedir.[28]

Hekim; tıbbî standartlara yani çağdaş tıp biliminin verilerini kullanıp bir teşhis ortaya koyarak, özen ve ihtimam yükümlülüğü içerisinde edimlerini getirmesine rağmen bazı durumlarda doğru teşhiste bulunamayabilir. Bu durumda sorumluluk bilinci ile hareket eden hekimin, elinden gelen her şeyi özenle ve titizlikle içinde yapmış olması halinde herhangi bir hatasından veya kusurundan bahsetmek doğru değildir. Ancak; ortalama bir hekimin mesleki bilgisi ve uzmanlığı çerçevesinde çok basit bir şekilde anlayabileceği bir olgunun, hastanın tedavi gördüğü hekim tarafından anlaşılamaması durumunda, hekimin bu konudaki bilgi eksikliği kabul edilemez nitelikte olduğundan artık bu aşamada tıbbî hatadan söz edilmektedir[29]. Bu anlamda hekimin, özen yükümlülüğünün gereğini yerine getirmesi gerekir. Tıbbî uygulamalar sırasında özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesi, "meslek kusuru" denilen ve kusur çeşitlerinden biri olan "ihmal" kavramını gündeme getirmektedir. Bu kavram; borçlunun kendisi ile eşit statüdeki bir kişinin aynı durumda göstereceği özeni göstermemesi olarak tanımlanabilir. Sorumluluk bilincinde olan, orta seviyede makul bir doktorun genel olarak kabul görmüş tıp bilimi ve uygulamalarına uygun hareket etmesi aslidir. Bu nedenle bu duruma uygun hareket etmeyen doktor kusurlu hareket etmiş sayılmaktadır.[30] Yani kusur, doktorun tıp alanında ve uygulamalarında genel olarak kabul görmüş kural ve kaidelere olması gereken dikkati ve ihtimamı göstermemesi ve çiğnemesidir.[31]

[28] Yördem, 2019, **a.g.k.,** 140.
[29] Hakeri, 2016, **a.g.k.,** 385.
[30] Özdemir, H. (2016). Hekimin hukuki sorumluluğu, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11(1), 65.
[31] Özdemir, 2016, **a.g.k.,** 64.

Komplikasyon; doktorun tüm sorumluluk, özen ve ihtimamı gösterse ve de bütün tıbbi standartları yerine getirse dahi hastada çıkacak olumsuz durumdan kaçınılamayan ve sonuçta hastada ortaya çıkan olumsuz etkilerdir. Burada alınan bütün tedbirlere rağmen komplikasyonun oluşmasından doktorun sorumlu tutulması mümkün görünmemektedir. Doktorun sorumlu tutulmaması için belli bir somut olay ve hastalığın özel durumu dikkate alınır ve doktorun sorumlu tutulmaması tespit edilir. Ayrıca hekimin sorumlu tutulmaması için doktorun bütün tıbbi yükümlülüklerini yerine getirmesi gerekir.[32]

Bazı durumlarda, teşhis doğru olsa da hekimin uyguladığı tedavi tıbben uygunsuz, yetersiz veya hasta tedavisi için uyguladığı yöntem tümüyle yanlış olabilir. Bilim ve teknolojide yaşanan ilerlemeler ile tıp bilimi de sürekli olarak gelişmektedir. Bundan dolayı doktordan son yaşanan teknolojik ve bilimsel ilerlemeler ışığında yeni tedavi yöntemlerini kullanması ve hastasını tedavi etmesi beklenmektedir[33].

Tıbbi hatalardan birisi de sağlık kurum ve kuruluşunun verdiği hizmet ile ilgili olabilir. Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği ve 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu çerçevesinde sağlık kurum ve kuruluşların hangi ekipmana ve donanıma ya da personele sahip olması gerektiği ifade edilmiştir. Yine sağlık kurum ve kuruluşunun türü ve büyüklüğü dikkate alınarak hangi düzeyde sağlık hizmetinin verileceği bu Kanun çerçevesinde belirtilmiştir. Sağlık kurumunda yer alan yönetim bu düzey kapsamında hastanın güvenliği için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.[34]

Tıbbi hatalara türlerinden birisi de organizasyon kusurudur. Organizasyon kusuruna hastaneye bozuk yiyeceklerin sokulması sonucu hastanın zehirlenmesi, ısıtma sisteminin doğru çalışmaması veya hiç çalışmaması nedeniyle hastanın durumunun daha da kötü bir hal alması örnekleri verilebilir. Ayrıca doktorun hastanın yardıma muhtaç olduğu bir zamanda hastaya yardım etmemesi veya yardımı geciktirmesi de tıbbi bir hata olarak kabul edilmektedir.[35]

[32] Demir, 2008, **a.g.k.,** 246.
[33] Değdaş, 2018, **a.g.k.,** 55.
[34] Değdaş, 2018, **a.g.k.,** 6.
[35] Değdaş, 2018, **a.g.k.,** 58.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HASTA HAKLARININ İHLALİ VE HUKUKA AYKIRI TIBBİ MÜDAHALEDEN DOĞAN HAK ARAMA YOLLARI

2.3. Şikâyet ve Dava Hakkı

1982 Anayasası'nın 36. maddesindeki "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir." şeklindeki hükümle, bireylerin haklarının ihlali hâllerinde hak arama özgürlüğü olduğu belirtilmiştir. Yine, Anayasa'nın 74. maddesinde "Vatandaşlar ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye'de ikamet eden yabancılar kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir." hükmü yer almaktadır. Bu hükümde vatandaşlara kendilerini ilgilendiren ya da kamuyu ilgilendiren herhangi bir konuda dilek ve şikayetlerde bulunabileceği ifade edilmiştir. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 42. maddesinde de "Hastanın ve hasta ile ilgili bulunanların, hasta haklarının ihlali halinde, mevzuat çerçevesinde her türlü müracaat, şikâyet ve dava hakları vardır." yer almaktadır. Bu maddede tıbbi müdahale ve uygulamayı yapan personelinin fiilleri sonucunda zarar gören ya da hakları ihlal edilen hasta ve yakınlarının yürürlükteki mevzuat gereğince her türlü müracaat, şikâyet ve de dava hakkının olduğu belirlenmiştir. Hakları ihlal edilen veya fiili zarara uğrayan hasta ve yakınları bu durumda hekimin bizzat kendisine veya özel sağlık kurumu işleticisine karşı mevzuattaki haklarını kullanarak maddi ve manevi tazminat talebinde bulunabilir.

Hasta Hakları Yönetmeliğinin 42/B maddesinin 1. fıkrasında *"Hasta hakları uygulamalarının yürütülmesi amacıyla sağlık kurum ve kuruluşları bünyesinde hasta hakları birimleri oluşturulur."* hükmü yer almaktadır. Bu şekilde birimlerin oluşturulmasında doktorun herhangi bir sorumluluğu veya yükümlülüğü bulunmamaktadır. Çünkü bu tür birimler yönetmelikte belirtildiği şekliyle sağlık kurumu ve kuruluşu tarafından oluşturulmaktadır.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 42/B maddesinin 2. fıkrasında "*İl sağlık müdürlüğü; üniversite hastaneleri, özel sağlık kurum ve kuruluşları, kamu hastaneleri, ağız diş sağlığı merkezleri, aile sağlığı merkezleri ve toplum sağlığı merkezlerinden*

gelen başvuruları değerlendirmek, karara bağlamak, öneri sunmak ve düzeltici işlemleri belirlemek üzere Hasta Hakları Kurulu oluşturur." hükmü yer almaktadır.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 42/C maddesinin 1/a, c ve ı fıkrasında *"Hasta Hakları Kurulu, sağlık kurum ve kuruluşu tarafından yerinde çözülemeyen yazılı ve/veya elektronik başvuruları değerlendirir."* hükmü, *"Kurul, gerek görürse hasta hakları ihlaline sebep olabilecek uygulamaları inceler ve hasta haklarının geliştirilmesi için öneri ve düzeltici işlem belirlenmesine karar verir. Sağlık kurum ve kuruluşu belirlenen süre içinde gerekli önlemleri alır, girişimlerde bulunur ve yapılan işlem hakkında kurulu bilgilendirir."* hükmü ve "*Tıbbî hata iddialarına ilişkin başvurular kurul tarafından değerlendirilmez."* hükmü yer almaktadır. Bu maddelere istinaden hatanın kendisi veya yakını haklarının ihlal edildiğini düşünüyorsa bu kapsamda sağlık kurumunda oluşturulan hasta hakları birimine veya Sağlık Bakanlığı'nın resmi internet sayfasında yer alan "Hasta Şikâyet Başvuru Formu"nu doldurarak müracaat hakkını kullanabilecektir.[36]

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 43. maddesinde "Hasta haklarının ihlali halinde, personeli istihdam eden kurum ve kuruluş aleyhine maddi veya manevi veyahut hem maddi ve hem de manevi tazminat davası açılabilir. Ancak, aleyhine dava açılacak merciin kamu kurum ve kuruluşu olması halinde; a) 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 12. maddesine göre; hakkın bir idarî işlem dolayısı ile ihlal edilmesi halinde ilgililer, doğrudan doğruya tam yargı davası veya iptal ve tam yargı davalarını birlikte açabilecekleri gibi ilk önce iptal davası açarak bu davanın karara bağlanması üzerine dava açma süresi içerisinde tam yargı davası açabilirler. b) Aynı Kanun'un 13. maddesi uyarınca, zarar verici eylemin öğrenildiği tarihten itibaren en geç bir yıl içinde maddi ve manevi tazminat olarak istenilen tazminat miktarı ayrı ayrı gösterilerek idareye müracaat edilmesi ve talebin açıkça veya zımnen reddi halinde kanuni süresi içinde idarî yargı mercilerinde dava açılması gerekir." hükmü yer almaktadır. Bu maddede sağlık kurum ve kuruluşlarının sorumluluklarına vurgu yapılmıştır.

Bütün bu düzenlemelerde hastanın, hasta haklarına uygun hareket edilmemesi durumunda gidebileceği başvuru yolları düzenlenmiştir. Hasta, bu konuya ilişkin olarak çeşitli şikayetlerde bulunabileceği gibi hasta hakkına riayet edilmemesi nedeniyle uğradığı zararın tazminini de talep edebilecektir. Bu zararın tazmininin kaynağı, bir başka ifade ile hukuki dayanağı hastanın tedavi gördüğü sağlık kurum ve kuruluşuna

[36] Aydın, 2008, **a.g.k.,** 14-15.

göre değişiklik gösterecektir. Zira kamu hastanelerinde tedavi gören bir hasta, hasta haklarına uygun hareket edilmemesi nedeniyle zarar görmüşse idarî yargıda, idareye karşı tam yargı davası açarak zararın tazminini talep edebilecektir. Ancak özel sağlık kuruluşlarında ya da bir kurum veya kuruluşa bağlı olmadan çalışan hekimlerin sağlık hizmeti sunumu sırasında zarar gören hastalar yönünden ise özel hukuk gündeme gelecektir.

2.4. Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğu (Maddi ve Manevi Tazminat Davası Açma Hakkı)

2.4.1. Genel olarak

Mesleğini serbest olarak sürdüren hekimin sorumluluğu farklı nitelikli hukuki ilişkiden kaynaklanabilir. Hekimin hukukî sorumluluğunu doğuran bu sebep, sözleşmesel sorumluluk kapsamında sözleşmeye aykırılık olabileceği gibi vekâletsiz iş görme ya da haksız fiil kapsamında da değerlendirilebilir.

Haksız fiil sorumluluğu kapsamında değerlendirildiğinde hekimin tazminat sorumluluğu açısından dört unsurun varlığı gereklidir. Bu bağlamda öncelikle bir fiilin bulunması ve bu fiilin hukuka aykırı olması; hukuka aykırı fiilin bir zarara sebebiyet vermesi, zararın meydana gelmesinde hekimin kusurlu olması ve zararla hukuka aykırı fiil arasında bir illiyet bağı bulunması gerekir. Kısaca hukuka aykırılığı oluşturan dört unsur; hukuka aykırı fiil, kusur, zarar ve illiyet bağıdır. Hekimin hukuka aykırı fiili, haksız fiil şeklinde gerçekleşebileceği gibi sözleşmeye aykırılık şeklinde de gerçekleşebilir. Esasen hukuk düzeninin koyduğu kurallara riayet edilmediği takdirde, hukuka aykırılık objektif olarak gerçekleşmiş olur. Bir tıbbî müdahalenin hukuka uygun kabul edilmesi için gereken şartlardan daha önce bahsetmiştik. İşte, bir hekimin tıbbî müdahalesinin hukuka uygun şartları taşımaması durumunda bu müdahale hukuka aykırı bir nitelik taşıyacaktır.

Bir hasta ile hekim arasında yapılmış bir tedavi sözleşmesi ve hekimin bu sözleşmeye uygun davranmaması söz konusu ise sözleşmeye aykırılık hükümleri uygulanır. Hekimle zarar gören hasta arasında bir sözleşme bulunmamasına durumunda haksız fiil hükümlerinin uygulanması gerekir. Burada haksız fiil sorumluluğu sözleşme olmayan hallerde meydana gelen zararın giderilmesine yönelik sözleşme dışı

sorumluluk hali olarak tesis edilmiştir. Hekimin hasta ile arasında sözleşme ilişkisi yoksa, bu durumda, sorumluluğunun kaynağını vekaletsiz iş görmeden sorumluluk ya da haksız fiil sorumluluğu oluşturur.

Bazen bir hastaya hekim tarafından özellikle acil durumlarda karşılıklı rızaya dayalı olmadan ve sözleşme kurulmaksızın tıbbî müdahale gerçekleştirilebilir. Bu durumda hastanın iradesi dışında bir hekim tarafından tıbbî yardıma başvurulası söz konusu olup bu durum vekaletsiz iş görme kapsamında değerlendirilir. Vekaletin olmadığı zamanlarda herhangi birinin hesabına yapılan iş, vekaletsiz iş görme olarak tanımlanmaktadır.[37] TBK'nın 526. maddesinin 1. fıkrasına göre vekaletsiz iş gören kişi vekalet sahibinin işini yaparken vekalet sahibinin lehine ve menfaatine ve varsayılan iradesine uygun biçimde hareket etmelidir. Yani tıbben acil bir durum olsa da tıbbî müdahalede bulunan hekimin özenle iş yapma yükümlülüğü bulunmaktadır[38]. TBK'nın 527. maddesinin 1. fıkrasında ise *"iş görenin işi, iş sahibinin karşılaştığı bir zararı veya zarar tehlikesini gidermek adına"* yapmış olması durumunda sorumluluğunun daha hafif düzeyde değerlendirileceği düzenlemiştir. Vekaletsiz iş görme kapsamındaki tıbbî müdahale acil ve zor şartlarda yapılacaktır. Bu durum dikkate alındığında vekaletsiz iş gören hekimin, bir sözleşmesel ilişki kapsamında yapılan müdahaleye kıyasla daha elverişsiz bir müdahalenin olması nedeniyle hekimin sorumluluğunun hafifletilmesi söz konusu olmaktadır[39]. TBK'nın 527. maddesinin 2. fıkrası uyarınca iş gören iş sahibinin açık veya zımni olarak yasaklamış olduğu bir işi yapması durumunda iş gören beklenmeyen bir durumdan kaynaklı zarardan da sorumludur. Bu durumda doktor, hastanın tedavisini kabul etmediğine dair açık veya örtülü bir beyan verdiğini bilmesine karşın tıbbi müdahaleyi gerçekleştirmişse, ortaya çıkan beklenmedik komplikasyon gibi durumlardan sorumlu olur.

Yine, doktorun hastasını kabul etmeden yani hasta ve doktor arasında hukuki bir ilişki (sözleşme) olmadan önce bile, dürüstlük kuralı gereği birtakım hukuki yükümlülüklerin mevcut olduğu söylenebilir. Taraflar arasında sözleşme kurulmadan önce yapılan görüşmeler sırasında dürüstlük kuralı ve güven ilişkisi doğrultusunda davranılması gerektiği hukuk düzeninin gereğinden olup buna aykırı davranışlar aykırı

[37] Eren, F. (2018). Borçlar hukuku özel hükümler, 6. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 897; Zevkliler, A. ve Gökyayla, K. E. (2018). Borçlar hukuku özel borç ilişkileri, 18. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 637.
[38] Zevkliler ve Gökyayla, 2018, **a.g.k.,** 639.
[39] Tandoğan, H. (1977). Borçlar hukuku özel borç ilişkileri, Cilt. II, Ankara 1977, 215; Zevkliler ve Gökyayla, 2018, **a.g.k.,** 639.

davrananın sorumluluğuna yol açmakta ve bu sorumluluk, sözleşmenin kurulup kurulmamasından ya da geçerli olup olmamasından bağımsız olarak culpa in contrahendo sorumluluğu adını almaktadır[40]. Taraflar arasında sözleşme kurulmadan önceki aşamaya da hukuki sonuçlar bağlanmıştır. Bu kapsamda görüşmeler sırasında tarafların doğru bilgiler vermesi, birbirlerine zarar vermemek için gerekli özeni göstermesi gerekmektedir. Görüşmeler sırasında yanlış bilgi verilmesi, sözleşme yapmayacak hekimin sözleşme görüşmelerine devam etmesi, sözleşme görüşmelerinin hastanın mevcut durumunu ağırlaştıracak ve hastaya zarar verecek şekilde sona erdirilmesi, hekimin kendi kusuruyla yanılması hekimlik sözleşmeleri bakımından geniş uygulama alanı bulacaktır. Mesleki bilgi ve deneyimiyle güçlü ve güven duyulan taraf olan hekim, sözleşme görüşmeleri süresince doğru bilgi verme yükümlülüğü altındadır. Yine aldatıcı hareketlerle kişide yapmayı düşünmediği bir sözleşmeyi yapma ümidi uyandırma halinde de sözleşme yapılmadığında bu sebeple zarar doğmuşsa culpa in contrahendo sorumluluğu doğacaktır.

2.4.2. Hasta ve hekim arasındaki hukuki ilişkinin niteliği

Serbest çalışan hekim ile hastası arasındaki hekimlik sözleşmesi, Borçlar Kanunu'nda düzenlenen bir sözleşme olmamakla birlikte doktrinde hekimlik sözleşmesinin tanımları yapılmıştır. Hekimlik sözleşmesi, "*Serbest çalışan bir hekim ile hastası veya kanunî temsilcisi arasında yapılan ve hekimin öncelikle tıp bilimi ve uygulamasının öngördüğü esaslar çerçevesinde gerekli teşhisi koymak ve konulan teşhise en uygun tedaviyi seçip uygulamak yükümlülüğünü içeren bir ilişki*" olarak tanımlanmıştır[41]. Tedavi ve teşhis koyan tarafın doktor olması nedeniyle taraflar arasında oluşacak sözleşmenin niteliği vekâlet sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır[42].

Hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliği, vekâlet sözleşmesidir. Bu sebeple vekalet sözleşmesi açısından geçerli olan vekilin özen borcu, hasta ve hekim arasındaki vekalet ilişkisi açısından da geçerlidir. Vekâlet sözleşmesi bakımından özen derecesi, *"Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır."* şeklinde

[40] Oğuzman, M.K. ve Öz, M.T. (2015). Borçlar hukuku genel hükümler, C:1, İstanbul; Vedat Kitapçılık, 38; Eren, F. (2017). Borçlar hukuku genel hükümler, Ankara; Yetkin yayınevi, 1153.
[41] Demir, 2008, **a.g.k.,** 232.
[42] Özdemir, 2016, **a.g.k.,** 46.

düzenlenmiştir (TBK. m. 506/III). Bu hükümden hareketle örneğin, bir diş hekimin göstermesi gereken özen ve dikkat kendi alanında iş ve hizmet üstlenen bir hekimin göstermesi gereken özendir. [43]

Hekimin belli bir sonucu üstlendiği durumlarda, tedavi sözleşmesi yani hekimlik sözleşmesi, eser sözleşmesi niteliği taşıyacaktır. Yargıtay da diş protezi ya da köprü yapımı, takma göz, kol bacak gibi yapay organların takılması, burun vb. gibi estetik amaçla yapılan ameliyatlarda, hekim belirli bir sonucu gerçekleştirme borcu altına girdiği için, taraflar arasındaki ilişkinin eser sözleşmesi niteliğinde olduğu kabul etmektedir[44]. Vekalet sözleşmesine tabi bir hekimlik sözleşmesinde hekim, operasyon sonrasında ölüm neticesi gerçekleşse bile, eğer gerekli olan özeni göstermiş ve görevini tıbbi kurallar çerçevesinde gerçekleştirmiş ise sorumluluk altına girmez. Ancak eser sözleşmesi hükümlerine tabi tutulan bir hekimlik sözleşmesinde, hekimin sonucu taahhüt eder. Bu sebeple eser sözleşmesi kapsamındaki hekimlik sözleşmelerinde istenen neticeye yakın sonuca ulaşılsa bile iş sahibi nesnel olarak tatmin edilmemişse bu durumdan hekim sorumlu olacaktır. Sonuca hiç ya da gereği gibi ulaşamayan hekim, buna kusuruyla yol açmışsa, borca aykırılık sebebiyle sorumlu tutulur. Hekim ve hasta arasındaki sözleşmenin vekalet sözleşmesi olduğunu Yargıtay da kabul etmektedir.[45] Yargıtay, hekimlik sözleşmesinin, estetik amaç güden müdahaleler istisna olmak üzere vekalet sözleşmesi olduğunu[46] belirtmektedir. Doktrinde, vekalet sözleşmesinde, vekilin yani hekimin, yaptığı müdahalede ulaşması gereken sonucun elde edilmemesinden değil, bu sonuca ulaşma sürecinde özen göstermemesinden sorumlu olduğunu belirtilmektedir[47]. Vekilin, özen yükümlülüğünden kaynaklanan sorumluluğunun ölçütü,

---

[43] Özdemir, s. 61.

[44] Yargıtay 3. HD. 07.12.2015 tarih, 2015/142079 E. ve 2015/19759 K.; Yargıtay 3. HD. 26.11.2015 tarih, 2015/11701 E. ve 2015/19001 K.; Yargıtay 3. HD. 23.01.2014 tarih, 2013/16671 E. ve 2014/815

[45] Yargıtay 13. HD. 13.06.2016 tarih, 2016/7996 E. ve 2016/14872 K. sayılı kararında yüksek mahkemece, "zehirlenmeye bağlı geçirilen kalp krizi geçiren hasta ile hekimin uyguladığı tedavi arasındaki ilişki vekalet sözleşmesi olarak nitelendirilmiştir." Yargıtay 13. HD. 25.09.2014 tarih, 2014/10961 E. ve 2014/29245 K. sayılı kararında, "kadın hastalıkları ve doğum uzmanı hekim ile hasta arasındaki ilişkinin vekalet sözleşmesi olduğu değerlendirilmiştir". Ayrıca bkz. Yargıtay 13. HD. 05.04.2017 tarih, 2015/15335 E. ve 2017/4016 K.

[46] Yargıtay 13. HD. 24.04.2018 tarih, 2015/38686 E. ve 2018/5002 K. sayılı kararında "hekimin gözetiminde hatalı enjeksiyon yapıldığına ilişkin iddia ile açılan dava dosyasının incelenmesi neticesinde uyuşmazlığın temelinin vekalet sözleşmesinden ileri geldiği belirtilmiştir."; Yargıtay 13. HD. 22.03.2017 tarih, 2015/38727 E. ve 2017/3509 K. sayılı kararda "kadın hastalıkları ve doğum branşı kapsamında kalan uyuşmazlıkta vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulama alanı bulduğu belirtilmiştir." Yargıtay 13. HD. 25.10.2018 tarih, 2016/29192 E. ve 2018/10060 K. sayılı kararda "üroloji branşı hakkındaki uyuşmazlıkla ilgili olarak vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulama alanı bulduğuna dikkat çekmiştir."

[47] Tandoğa, 1977, **a.g.k.,** 150; Zevkliler ve Gökyayla, 2018, **a.g.k.,** 596; Eren, 2017, **a.g.k.,** 705.

benzer şekilde iş ve hizmet üstlenen basiretli bir vekilin gerçekleştirdiği eylemlerdir.[48] Yargıtay da verdiği bir kararda özen yükümlülüğüne dikkat çekerek "…Dava, davalı doktorun yanlış teşhis ile tedavi uygulaması ve ihmalkâr davranılması sonucu çocuğun sağ testisinin kaybına neden olunmasından kaynaklı manevi tazminat istemine ilişkindir. Taraflar arasındaki ilişki vekalet sözleşmesidir. Vekil, vekalet görevini yerine getirirken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışlarının özenli olmayışından doğan zararlardan sorumludur. O nedenle, vekil konumunda olan doktorların bilim ve teknolojinin getirdiği bütün imkanları kullanmak suretiyle özen borcunu yerine getirmeleri gerekir." demiştir.[49]

Hastanın tedavi amaçlı olarak hastaneye girişinin yapılması, basit düzeyde hasta ile hastane tüzel kişiliği arasında gerçekleşen bir hasta kabul sözleşmesidir.[50] Yargıtay'ın verdiği bir kararda: "Özel hastanelerde kural olarak hekim ile hasta arasında değil; hastane ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisi vardır. Özel hastane ile hasta arasındaki sözleşme, Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş tipik bir sözleşme değildir. Özel hastaneye başvuran bir hasta veya kanuni temsilcisi ile yapılan ve özel hastane işleticisinin hem tıbbî hem de diğer mutad edimleri (yatırma, yedirip içirme vs.) yerine getirmeyi üstlendiği sözleşmeye Hastaneye Kabul Sözleşmesi adı verilmektedir. Hastaneye kabul sözleşmesinin kurulması için herhangi bir şekil şartına uyulması zorunluluğu bulunmamaktadır (B.K. m. 11/1); hatta bu sözleşmenin zımni irade açıklaması ile kurulması dahi mümkündür. Bu şekilde hastaneye (hasta) kabul sözleşmesi adı altında, birden fazla edimi içeren, karma yapıda ve nitelikte, bir sözleşme ilişkisinin kurulması söz konusudur."

"Bu sözleşme, özel hastane sahibi/işleticisinin, ayrıca bir tedavi yükümünü üstlenmiş bulunup bulunmamasına göre, tam (bölünmemiş) ya da kısmi (bölünmüş) hastaneye kabul sözleşmesi görünümünde kurulmuş olabilir. Özellikle, tam hastaneye kabul sözleşmelerinde, hastane işleticisinin hastaya karşı; hastalığın teşhis ve tedavisi için gerekli tıbbî hizmetlerin verilmesi edimi başta olmak üzere, hastane bakımının sağlanması, hastanenin organizasyonu ve işleyişini gerçekleştirme yükümleri asli edim yükümleri olarak ortaya çıkmaktadır." ifadesi yer almaktadır. Bir diğer Yargıtay kararında ise "Bu kararda Yüksek Mahkeme, özel hastaneye başvuran ve özel hastanede

[48] Zevkliler ve Gökyayla, 2018, **a.g.k.,** 613; Eren, 2017, **a.g.k.,** 731.
[49] Yargıtay 13. HD. 14.03.2018 tarih, 2016/20247 E. ve 2018/3041 K.
[50] Uluslu, Ç.Ş. (2013). Hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliği, İstanbul Barosu Dergisi, 87(6), 277.

görev yapan hekim tarafından safra kesesi ameliyatı geçiren bir hastanın hatalı tıbbî uygulama iddiasıyla açtığı davada Adli Tıp Kurumu Başkanlığı tarafından hekimin kusurlu, hastanenin ise kusursuz olduğuna karar verilmesine karşın, hastane ile hasta arasında hastaneye kabul sözleşmesi kurulduğu gerekçesiyle hastanenin kusursuz sorumlu olduğunu belirterek, hastane yönünden davanın reddi cihetine giden yerel mahkeme kararını bozmuştur." ifadesi yer almaktadır.[51]

Niteliği itibariyle hastaneye kabul edilmesindeki asıl amaç hastanın tedavi görmesidir. Hastayı hastaneye yatırmak, onu beslemek ile ona bakım yapmak bu amaca ulaşılmasındaki ikincil bir yükümlülüktür. Bundan dolayı hastaneye kabul sözleşmesinin hekimlik sözleşmesinde olduğu gibi vekalet sözleşmesi hükümlerine tabi olmalıdır. Burada dikkat edilmesi gereken hasta ve hastayı tedavi edecek hekim arasında sözleşme ilişkisinin olmamasıdır. Hasta ile özel hastanede çalışan hekim arasında sözleşme yok ise hekim, hastane yönetiminin tedavi borcunu yerine getirme konusunda Türk Borçlar Kanunu'nun 116. maddesi kapsamında ifa yardımcısıdır. Sonuç olarak hasta, tedavisinin tıp standartlarına, gereklerine ve hukuka uygun yapılmadığını iddia ederse, hastaneyi işleten yönetime karşı dava açabilir. Diğer yandan burada hasta, ifa yardımcısı konumundaki doktora karşı aralarında sözleşme ilişkisi bulunmadığından haksız fiile dayalı bir tazminat davası açabilir.[52] Ancak, bazen hasta kabul sözleşmeleri, hekimlik sözleşmesini de ek olarak barındıran hastaneye kabul sözleşmesi şeklinde yapılabilir.

Bu durumda hastanın tedavisinin gerçekleştiği yerdeki doktor ile hasta arasında ayrı bir sözleşme yapılmaktadır. Hasta ile doktor arasında yapılan sözleşmenin gereği olarak, doktor, hastane yönetimine ödenecek paydan ayrı bir ücret alabilir. Hastanın tedavisine yönelik yükümlülüğü hastane ve doktor tarafından üstlenildiği için her ikisi de bu borcun getirilmesinden müteselsilen sorumludur. Bundan dolayı hasta, tedavisinden kaynaklı yaşayacağı sorunlarda hastane yönetimi ile doktora karşı birlikte dava açabileceği gibi ayrı ayrı da dava açabilmektedir.[53]

2.4.3. Sorumluluğun şartları

[51] Yargıtay HGK, 21.10.2009 tarih, 2009/13-393 E. ve 2009/452 K; Yargıtay 13. HD. 26.09.2011 tarih, 2010/18193 E. ve 2011/13060 K.
[52] Petek, 2014, **a.g.k.,** 112.
[53] Petek, 2014, **a.g.k.,** 112.

Hasta ile hekim arasında sözleşmesel bir ilişki bulunması hâlinde hekimin, hekimlik sözleşmesinin amacına uygun olarak, hastasının hastalığını doğru teşhis ederek, gerekli tıbbî bakımı yapması ve en uygun tedavi yöntemini seçerek uygulaması ve bu edimini ifa ederken, meslek etiğine, tıp ve hukuk kurallarına uygun olarak, dikkat ve özenli bir şekilde hareket etme yükümlülükleri bulunmaktadır. Hekimin özen göstermesi ve hastanın aydınlatılmış rızasını alması, asli edim yükümü olan tıbbî teşhis, tedavi ve bakımın tam ve doğru şekilde yapılmasına hizmet etmekte; bu yükümlülüklere aykırı hareket edilmesi ise sözleşmeye aykırılık yani tıbbî hata olarak hekimin sorumluluğuna yol açmaktadır. Doktorun sözleşmeye uymaması şeklindeki hukuka aykırı fiili, hastayı aydınlatma veya sadakat ile özen yükümlülüklerine aykırılık şeklinde gerçekleşebilir. Yargıtay'ın hastayı aydınlatma kararı şu şekildedir: "Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir. Bu kişiye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir. İlgili kişi muvafakatini her zaman serbestçe geri alabilecektir.'' düzenlemesiyle rızanın kapsamı belirlenmiş ve Dairemizin yerleşik uygulamalarına paralel düzenlemeler getirilmiştir. Salt ameliyata rıza göstermek yeterli değildir. Ayrıca, komplikasyonların da izah edilmesi gerekmektedir. Ancak bu rızanın da az yukarda vurgulandığı üzere aydınlatılmış rıza olması gerekir. Nitekim Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının 26. maddesinde düzenleme yapılmıştır. Yapılan düzenlemede; hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır. Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilecek biçimde verilmelidir. Hastanın dışında bilgilendirilecek kişileri, hasta kendisi belirler. Sağlıkla ilgili her türlü girişim, kişinin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabilir. Alınan onam, baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alındıysa geçersizdir. Acil durumlar ile, hastanın reşit olmaması veya bilincinin kapalı olduğu ya da karar veremeyeceği durumlarda yasal temsilcisinin izni alınır. Bu düzenlemelerde aydınlatmanın ne şekilde

yapılacağı açıklanmıştır. Aydınlatılmış onamda ise ispat külfeti hekim ya da hastanededir."[54] hükmü yer almıştır.

Hekim, hukuka aykırı sonuca neden olan fiili kasten (bilerek ve isteyerek) gerçekleştirebileceği gibi olumsuz sonuç açısından söz konusu aynı durum ile koşullardaki ortalama bir doktor tarafından gösterilecek özenin gösterilmeyerek (ihmal) de hukuka aykırı sonucu gerçekleştirebilir. Bir tanıma[55] göre, "*tıbbın teorik ve pratik alanlarında genel olarak kabul edilip tanınmış olan objektif mesleki kurallara uyulmasında gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesi sonucu, hukuka aykırı bir davranışta bulunması*" meslek kusurudur. Bundan dolayı doktorun ancak meslek kurallarına uyması meslek kusurunun oluşmaması için yeterli değildir. Bunun yanın da doktorun her tıbbi müdahalesinde gerekli özeni ve dikkati de uygulaması gerekir.

Gerek haksız fiil sorumluluğu gerekse de borca (sözleşmeye) aykırılık hükümlerine göre hekimin sorumlu tutulabilmesi için, hekimin kusurunun varlığı gerekir (TBK. m. 49/f.1; TBK. m. 112, 113, 97). Aradaki fark, borca aykırılık hükümlerine başvuran hasta, hekimin kusurunu ispat etme yükümlülüğü altındadır. Hekimin bir hukuki müdahaleyi gerçekleştirirken özen yükümlülüğüne uymaması kusurlu olduğunu ortaya koymaktadır. Yargıtay bir kararında[56], "*mesleği doktor olan davalının vücut içerisine girecek yabancı cisimlere karşı vücudun tepki göstereceğini bilmemesi mümkün olmadığına göre ameliyat sırasında bilirkişi raporuyla saptanacağı gibi kalitesiz malzeme kullanması (alınan bilirkişi raporlarından) nedeniyle vücutta yabancı cisim unutulması başlı başına kusur sayılacağı gibi, bunun doktorun göstereceği özenin dışında olduğunu kabul etmek mümkün değildir.*" diyerek, hekimin, kendisinden beklenen özeni göstermediği için kusurlu kabul edileceği ifade edilmiştir. Yine Yargıtay, "*Davanın temeli vekillik sözleşmesi olup, özen borcuna aykırılığa dayandırılmıştır. (BK 386-390) (TBK 502.506) Vekil, vekalet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı iş ve işlemlerin, davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur. Mesleki iş gören Vekil özenle davranma zorunda olup, en hafif kusurundan bile sorumludur (BK 321/1 md) (TBK 400). O nedenle doktor ve hastanenin meslek alanı içinde olan bütün kusurları hafifte olsa sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Vekil, hastanın zarar görmemesi*

[54] Yargıtay 13. HD. 16.02.2017 tarih, 2015/15350 E. ve 2017/1911 K.
[55] Demir, s. 246.
[56] Yarg. HGK. 13.04.2011 T. 2010/717 E. 2011/129 K. sayılı kararı

için, mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbî açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumunun gerektirdiği önlemleri eksiksiz bir şekilde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır." "Asgari düzeyde dahi olsa bir tereddüt doğuran durumlarda, bu tereddütü ortadan kaldıracak araştırmaları yapmak ve bu arada da koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir seçim yapılırken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmak, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınmak ve en emin yol seçilmek gerekir. Gerçekten de müvekkil (hasta) mesleki bir iş gören vekilden, tedavinin bütün aşamalarında titiz bir ihtimam ve dikkat beklemek hakkına sahiptir. Gereken özen görevini göstermeyen vekil, BK 394/1(TBK 510) maddesi hükmü uyarınca, vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır."[57] ve "*Somut olayda davanın çözümü esasen davalı hastane doktorunun vekillik sözleşmesinden kaynaklanan özen borcuna aykırılık olgusu etrafında düğümlenmektedir. (BK.Md.386, 390-TBK 502-506 md) Vekil, iş görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden değil de bu sonuca ulaşmak için yaptığı uğraşların özenle görülmemesinden sorumludur. O nedenle doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları (hafif de olsa) sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktorlar, hastalarının zarar görmemesi için yalnız mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorundadır. Doktor, tıbbî çalışmalarda bulunurken, bazı mesleki şartları yerine getirmek, hastanın durumuna değer vermek, tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak, tedaviyi her türlü tedbirlerini alarak yapmak zorundadır. Doktor, ufak bir tereddüt gösteren durumlarda, bu tereddütü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada koruyucu tedbirler almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında seçim yaparken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmalı, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınmalı ve en emin yolu tercih etmelidir (Bkz. Tandoğan, Borçlar Hukuk Özel Borç İlişkileri, Ank.1982, Sh.236 vd). Gerçekten de mesleki bir iş gören doktor olan vekilden, ona güvenen müvekkil titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemekte haklıdır. Titiz bir özen göstermeyen vekil, B.K. 394/1-TBK md 510 uyarınca vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır. Uyuşmazlığa uygulanması gereken bu yasal kurallara göre, vekilin en hafif kusurundan dahi hukuken sorumluluk altında olduğu gözetildiğinde, alınacak bilirkişi raporu önem kazanmakta ve taraf, hakim ve Yargıtay denetimine elverişli bulunması gerekmektedir. Bilirkişi;*

[57] Y. 13. Hukuk Dairesi 29/05/2019 E. 2016/13768 K.2019/6769

doktorun seçilen tedavi yöntemi ve tedavi aşamalarında gerekli titizliği gösterip göstermediğini, uygulanması gereken tedavinin ne olması gerektiğini, doktor tarafından uygulanan tedavinin ne olduğunu, ayrıntılı ve gerekçeli açıklamalı ve sonuca ulaşmalıdır."[58] şeklindeki kararlarıyla hekimin en hafif kusurundan bile sorumlu olacağını belirtmiştir. Hukuka aykırı fiil neticesinde oluşan zarar ile hukuka aykırı fiil arasındaki sebep-sonuç ilişkisini ifade edene "illiyet bağı" denilmektedir. Hukuki bir ilişkide; haksız fiil ve zarar arasında illiyet bağının olmaması sonucunda burada hukuki bir sorumluluktan söz etmek yersiz olacaktır. Bundan dolayı tedavi sözleşmesinin ihmal edilmesi ile meydana gelen zarardan doktorun sorumlu tutulabilmesi için gereken son koşul, kötü bir tıbbi uygulama ile bunun sonucunda meydana gelen zarar arasında illiyet bağının olmasıdır[59].

Yargıtay'ın 4. HD. 14.07.2004 tarih, 2004/2472 E. ve 2004/9452 K. sayılı kararında; "*Nedensellik, haksız eylem ile meydana gelen zarar arasındaki uygun sebep-sonuç ilişkisini ifade eder. Türk hukukunda kabul gören 'uygun nedensellik bağı teorisi' hukuki sorumluluğun temel şartıdır." "Buna göre bir olay hayattaki genel denemelere ve olayların tabii akışına göre diğer bir olayı meydana getirmeye elverişli bulunur, diğer bir deyimle, olayın ortaya çıkması görünüşte söz konusu diğer bir olayın meydana gelmiş olmasıyla kolaylaşmış bulunursa, ilk olay uygun sebep ve sonuç ölçüsüne göre ikincisinin nedeni sayılır (HGK. 9.4.1964, K.538). Somut olayda davacının şirket adına sözleşme yapamaması ile dava konusu olay arasında uygun nedensellik bağı bulunmamaktadır. Şöyle ki, sözleşmenin tarafı olan şirket, davacı yerine başka birini sözleşme yapmakla görevlendirebileceği veya davacı vekilini gönderebileceği gibi imza tarihi değiştirilmek suretiyle de söz konusu sözleşmeyi imzalayabilirdi ki, basiretli tacirden de bu beklenir. O halde dava konusu haksız eylemle uygun nedensellik bağında bulunmayan bu kalem zararın reddi gerekirken kısmen kabulü usul ve yasaya aykırı olduğundan kararın bozulması gerekmiştir.*" denilmiştir. İlliyet bağının olmaması halinde doktorun sorumluluğu tabi olarak kalkmaktadır. İlliyet bağının olmamasının nedenleri arasında mücbir bir sebep, üçüncü kişi kusuru ve hasta kusuru yer almaktadır. Hatalı tıbbi uygulama sonucunda hastada ortaya çıkan maddi ve manevi zararların ispat edilmesi ile doktorun tazminat ödeme sorumluluğu oluşacaktır.

[58] Y. 13. HD. 14/05/2019 E. 2016/18083 K. 2019/6121
[59] Yördem, 2019, 148.

Tazminat davalarında dava konusuna bakılmaksızın görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesidir. Fakat 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda (TKHK) vekalet ve eser sözleşmeleri tüketici işlemi olarak kabul edilmiştir. Bu duruma istinaden doktor ve hasta arasındaki ilişki eser veya vekalet sözleşmesi olarak nitelendirildiğinde, TKHK hükümleri uygulanabilmektedir. Bu duruma ek olarak TKHK' nın 3. maddesinde tüketici işlemi kapsamında vekalet sözleşmesi ile eser sözleşmesi açıkça belirtilmektedir. Aynı kanunun 73. maddesinin 3. fıkrasında tüketici işlemi olarak kabul gören tüm uyuşmazlıklarda görevli mahkemenin tüketici mahkeme olduğu belirtilmektedir. Bu durumda tüketici mahkemesinin görevli olması, salt özel hukuk kapsamında doktorlara ve hastanelere yöneltilecek davalar açısından söz konusudur. Diğer yandan kamuda görev yapan doktor ve kamu kurum ile kuruluşlarına yöneltilecek davaların idari yargıda gerçekleşmesi gerekmektedir. Davanın vekalet veya eser sözleşmesi dışında haksız fiil hükümleri veya vekaletsiz iş görmeye dayandırılmasında TKHK bu durumu tüketici işlemi olarak değerlendirmemektedir. Dolayısı ile bu durumda görevli mahkeme yine asliye hukuk mahkemesidir.

2.5. İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davası

2.5.1. Kamu hizmeti olarak sağlık hizmeti

Danıştay kararlarında sıklıkla vurgulandığı üzere idare kural olarak yürüttüğü kamu hizmetlerinden kaynaklanan zararları tazminle yükümlüdür. "*İdare kural olarak yürüttüğü kamu hizmetiyle nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlü olup idarî eylem ve/veya işlemlerden doğan zararlar, idare hukuku kuralları çerçevesinde hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk ilkeleri gereği tazmin edilmektedir.*"[60]. Kamu hizmeti, kamu yararı amacı ile toplum ihtiyaçlarının bizzat kamu kişilerince doğrudan veya onların sıkı denetim ile gözetimi altında özel hukuk bireylerince giderilmesini içeren faaliyetlerdir.[61] Danıştay kararlarında da kamu hizmeti "*devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak*

[60] Danıştay 15. D. E. 2016/6918, K. 2018/7178, K.T. 05.11.2018; Aynı yönde kararlar için bkz. Danıştay 15. D. E. 2014/2517, K. 2018/5756, K.T. 07.06.2018; Danıştay 15. D. E. 2018/1892, K. 2018/7983, K.T. 29.11.2018; Danıştay 15. D. E. 2018/2577, K. 2018/7982, K.T. 29.11.2018.

[61] Kamu hizmeti hakkında detaylı bilgi için bkz. Akyılmaz, B., Sezginer, M. ve Kaya, C. (2018). Türk İdare Hukuku, Ankara, 523; Atay, E. E. (2018). İdare Hukuku, Ankara, 595-597.

gereksinmeleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinlikler"[62] şeklinde ifade edilmektedir.

Sağlık hizmetleri, Anayasa'da garanti altına alınan bir kamu hizmetidir. Sağlık hizmetleri ve çevrenin korunmasına ilişkin Anayasa'nın 56. maddesinde "*Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir. Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir. Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir.*" denilerek sağlık hizmetinin bir kamu hizmeti olduğu ifade edilmiştir. Danıştay kararlarında da sağlık hizmetinin bir kamu hizmeti niteliği taşıdığı ifade edilmiştir[63]. Sağlık kamu hizmeti en genel anlamda sağlıklı olma halini korumak, sağlamak, sürdürmek ve geliştirmek üzere yapılan tüm faaliyetleri içerir[64]. Ülkemizde, sağlık hizmetlerinin devlet eliyle yürütülmesi esastır. Sağlık hizmetlerinin sunulması, yürütülmesi ve denetlenmesi tamamen devletin sorumluluğundadır.

Sağlık hizmetleri yargısal içtihatlarda vurgulandığı üzere diğer kamu hizmetlerinden farklıdır. Sağlık hizmetleri insan sağlığını koruma ve geliştirme amacına yönelik olduğu için ertelenemez ve aynı zamanda bünyesinde risk taşıyan hizmetler olarak da nitelendirilirler. Özellikle tedavi hizmetleri bünyesinde risk barındıran hizmetlerdir. Yaşam hakkıyla doğrudan bağlantısı bulunduğu için de öncelikli niteliğe

---

[62] Danıştay 8. D. E. 2008/5151, K. 2008/6509, K.T. 28.11.2008; http://www.hukukturk.com/, (Erişim tarihi: 04.09.2021).

[63] "Olayda her ne kadar dosya içeriğinde mevcut davacı …ya ilişkin hastane dosyasında yer alan Bebek Takip Formunda Fenilketonüri hastalığının tespiti için Guithre testinin yapıldığı kayıt altına alınsa da, bebekten alınan kan örneğinin tahlil edilmek üzere bu konuda Sağlık Bakanlığı'nca tek yetkili kılınan Hacettepe Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesi'ne doğrudan veya Sağlık Bakanlığı aracılığıyla gönderildiğine dair dosya içeriğinde bilgi ve belge bulunmadığı, dolayısıyla gönderilmediğinin anlaşıldığından erken ve sınırlı bir zaman diliminde teşhis edilip tedavisine başlanması gereken "fenilketonüri" hastalığının mücadele biçimine ilişkin yürütülen kamu hizmetinin bu haliyle eksik işlediği ve buna göre sağlık hizmeti sırasında özensiz davranılarak ilgililerin zarar görmesine neden olunduğu anlaşılmakla üstlenilen sağlık hizmetinin işletilmesinde davalı idarenin hizmet kusurunun bulunduğu sonucuna ulaşılmaktadır." Danıştay 15. D. E. 2014/1449, K. 2018/3912, K.T. 19.04.2018. "Sağlık hizmeti devlet eliyle yürütülen bir kamu hizmetidir. Kamu hizmeti kurmak ya da özel bir faaliyeti kamu hizmeti haline getirmek ise yasa koyucuya ait bir yetkidir. Bir kamu hizmeti doğrudan doğruya kanunla kurulabileceği gibi kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yürütme organınca da kurulabilir." Danıştay 1. D. E. 1990/94, K. 1990/109, K.T.; İnternet: http://www.hukukturk.com, (Erişim Tarihi: 10.09.2021).

[64] Çınarlı, S. (2013). İdarenin Sağlık Hizmetinin Sunumundan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu. Ankara; Orion Yayınevi, 20.

sahiptir. Ayrıca Danıştay kararlarında sağlık hizmetleri yarı kamusal faaliyet olarak nitelendirilmektedir: "*Danıştay içtihatlarında da vurgulandığı üzere sağlık hizmeti, yarı kamusal nitelikteki idarî faaliyetlerden olup, bu hizmet özel sektör tarafından da sunulmaktadır*[65]."

Devletin asli hizmet alanlarından birisi de yarı kamusal hizmetleridir. Fakat devlet bunların bir bölümünü özel hastaneler örneğinde olduğu gibi devlete seçenek oluşturacak şekilde halka sunmaktadır. Bu şekilde hizmetlerin bir kısmı kamu ile bir kısmı da özel sektör ile yürütülmektedir (…) Koruyucu sağlık hizmetleri toplumsal faydaya yönelik olduğu için devlet tarafından yerine getirilen tam kamusal faaliyetken, tedavi hizmetleri bireyselliği ön plana çıkaran özel kesim tarafından da yerine getirilebilen yarı kamusal faaliyet niteliği taşımaktadır[66].

2.5.2. İdarenin sağlık kamu hizmetinden doğan sorumluluğunun esasları

2.5.2.1.Genel olarak

İdarenin sorumluluğundan bahsedebilmek için ortada idarenin yürütmekle yükümlü olduğu bir hizmet bulunmalıdır. Anayasal temellere dayanan idarenin sorumluluğu, idarenin eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödeme yükümlülüğüdür. Sağlık hizmetinin, idarenin yürütmekle yükümlü olduğu faaliyetlerden olduğu bir Danıştay kararında da ifade edilmiştir. Bu karara göre, "*İdare, yasalarla kendi yetki ve sorumluluğuna bırakılan sağlık hizmetini yürütmek amacıyla, önceden gerekli teşkilatı kurmak ve bu teşkilatın ve hizmetin gerektirdiği tüm tedbirleri almak ve gerekli özeni göstermek, tıbbî esaslara uygun biçimde ve hizmetin gerektirdiği yeterliliğe sahip personelle yapılmasını sağlamakla yükümlüdür. Hizmetin iyi işlememesi, kötü işlemesi veya geç işlemesi yüzünden kişilerin zarara uğramaları halinde, idarenin hukuksal sorumluluğu söz konusu olur ve uğranılan zararın hizmeti yürütmekle görevli idarece tazmini gerekir.*[67]" Bunun anlamı sağlık kamu hizmetinin yürütülmesiyle bağlantılı bir şekilde meydana gelen zararlar idarenin sorumluluğu çerçevesinde kusur sorumluluğu veya kusursuz sorumluluk esaslarına göre tazmin edilecektir. İdarenin sorumluluğunun

[65] Danıştay 15. D. E. 2013/13008, K. 2018/3265, K.T. 03.04.2018.
[66] Sever, Çiğdem (2013). "Kamusal Faaliyetlerin Özel Kişilere Gördürülmesi: Özel Güvenlik ve Özel Sağlık", Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 235-238.
[67] Danıştay 15.D. E. 2013/4019, K. 2016/3223, K.T. 05.05.2016 (Karşı oy). İnternet: www.legalbank.net, 07.09.2016.

asli sebebi olan kusur, idare hukukunda hizmet kusuru nitelendirmesiyle ortaya çıkar. İdare hukukuna özgü bir kavram olan hizmet kusuru hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık veya eksikliklerdir. İdare bazen kusuru bulunmasa dahi zarara sebebiyet verebilir. Böyle durumlarda şartların gerçekleşmesi halinde idare kusuru bulunmasa dahi kusursuz sorumluluk gündeme gelecektir.

Temel hak ve hürriyetlerin korunmasına ilişkin Anayasa'nın 40. maddesinin son fıkrasında "*Kişinin, resmî görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.*"; yine Anayasa'nın 125/son fıkrasında ise "*İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür*" denilerek idarenin eylem ve işlemlerinden doğan zararlarda idarenin sorumluluğu ilkesi benimsenmiştir. Anayasa m. 129/5'inde "*Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan dolayı tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.*" hükmü yer almaktadır.

Bu hükümlerde belirtildiği üzere, kamu sağlık kurum veya kuruluşundan aldığı hizmet sonucunda zarar gören hasta, uğradığı zararı tazmin ettirmek amacıyla idarenin aleyhinde ve idari yargıda tam yargı davası açabilecektir. Bu dava sonucunda idarenin davayı kaybetmesi sonucunda ortaya çıkan tazminatı idare ödeyecektir. Fakat bu tazminatta kusuru olan doktora da rücu ettirecektir. İdarenin yürütmüş olduğu sağlık hizmeti sunumuyla hasta maddi veya manevi zarara uğradıysa, idarenin bu durumda tazmin sorunluluğu vardır. Dolayısı ile hasta idareye karşı dava açabilecektir. Hastanın bu durumda açacağı dava türü idari yargıya özgü olan tam yargı davasıdır. Bu yolla hastanın uğradığı zarar tazmin edilebilecektir.

Kamu hastanelerinde sunulan sağlık hizmeti idare bir faaliyet türüdür. Dolayısı ile kamu hastanesine başvuran herhangi bir hasta ile hekim arasında bir hekimlik sözleşmesi, hastane ile hastaneye kabul sözleşme ilişkisi veya haksız fiilden kaynaklanan bir sorumluluk ilişkisi kurulmaz. Burada kamu hastanesindeki asıl amaç kamu yararı olduğundan kamu hastanesinin meydana getirdiği faaliyetten hastanın zarar

görmesi durumunda devlet veya kamu tüzel kişisine karşı idare hukuku normları çerçevesinde dava açılabilecektir.[68]

2.5.2.2.Hizmet kusuru ve görünüm biçimleri

İdare görevlilerinin sunduğu kamu hizmetinin yürütülmesinde meydana gelen kusur "hizmet kusuru" olarak ifade edilmektedir. İdarenin sunduğu hizmeti kötü işlemesi, hizmeti geciktirmesi veya hiç işlememesi durumunda hizmet kusuru durumu meydana gelmektedir. Hizmet kusurunda kişilerden bağımsız, hizmetin kurulmasında, düzenlenmesinde veya işleyişindeki düzensizlik söz konusudur[69]. Hizmet kusurundan bahsedebilmek için zarara sebebiyet veren kusurlu davranışın belli bir kamu görevlisine atfedilmesi gerekmez. Kamu görevlisinin yürütülen kamu hizmetiyle herhangi bir şekilde ilişkilendirilemeyen kusuru salt kişisel kusur olarak nitelendirilmekte ve idarenin sorumluluğunu değil kamu görevlisinin şahsi sorumluluğunu gerektirmektedir. Ancak kamu görevlisinin yürütülen kamu hizmetiyle bağlantılı kişisel kusurları görev kusuru olarak nitelendirilmekte ve hizmet kusuru içerisinde yer almaktadır[70].

Danıştay, Tedavi hizmetleriyle alakalı sağlık hizmetinden kaynaklı açılan tam yargı davalarında idarenin sorumluluğu için aradığı "ağır hizmet kusuru" şartına ilişkin içtihadını değiştirmiştir. Yüksek Mahkemenin önceki içtihadındaki gerekçesi; "*İdare hukuku ilkeleri ve Danıştay'ın yerleşik içtihatlarına göre, zarar gören kişinin hizmetten*

---

[68] Petek, H., 2014, **a.g.k.,** 229.

[69] "Gerek öğretide gerekse yargı içtihatlarında hizmet kusuru; idarenin yapmakla yükümlü olduğu bir kamu hizmetinin kuruluşunda, teşkilatın yapısında, personelde ya da işleyişinde gereken emir, direktif ve talimatların verilmemesi, gözetim ve denetiminin yapılmaması, hizmete yönelik araçların yetersiz, elverişsiz, kötü olması, gereken tedbirlerin alınmaması, geç hareket edilmesi veya hiç faaliyette bulunulmaması sonucu oluşan bir takım aksaklık, aykırılık, bozukluk, özensizlik, eksiklik ve sakatlık olarak tanımlanmaktadır… Tıbbî ameliye kapsamında dâhil edilemeyecek bir takım bakım, gözetim ve diğer yan yükümlülüklerin hiç veya gereği gibi yapılmaması nedeniyle oluşacak zararlarda, hekim yahut diğer sağlık personeline doğrudan kusur atfedilemeyecekse de idarenin sorumluluğundan söz edilebilecektir." Danıştay 15. D. E. 2015/2607, K. 2016/3893, K.T. 30.05.2016; "Davacının eşinin davalı idareye bağlı hastanenin yoğun bakım ünitesinin uygun ve yeterli olmaması nedeniyle gerekli takibin yapılmaması sonucunda hastane bahçesinde öldüğü, bu haliyle temel kamu hizmetlerinden olan sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesinden önce gerekli teşkilatı kurmak ve bu teşkilatı aynî, şahsî ve malî imkân ve vasıtalarını hazır bulundurmak ve tesislerde ehil elemanlar eliyle bu hizmetleri yürütmek yükümlülüğünü tam olarak yerine getirmediği gerekçesiyle manevi tazminat talebinin kısmen kabulü…" Danıştay 15. D. E. 2014/1476, K. 2018/3402, K.T. 05.04.2018.

[70] Akyılmaz, B., Sezginer, M. ve Kaya, C. (2018). Türk idari yargılama hukuku, 1. baskı., Ankara; Savaş Yayınevi, 548-549; Gözler, K. (2009). İdare Hukuku, C. II, 2. bs., Bursa; 1118.

yararlanan durumunda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı hallerde, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için; zararın, idarenin ağır hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir. Bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetinden yararlananın zarara uğraması halinde, bu zararın tazmini, idarenin ağır hizmet kusurunun varlığı halinde mümkün olabilir."[71] şeklindeydi. Ayrıca, Danıştay, verdiği bir kararda[72], "*sağlık hizmetlerinin bünyesinde risk taşıyan bölümü tedavi hizmetleri olup; teşhis ve tedavide hizmetin niteliği gereği doğal kabul edilebilecek hatalar dışında tedavinin tıbbî gereklere uygun olmadığına ilişkin açık ve belirgin kusurlar idarenin tazmin sorumluluğunu gerektirecektir.*" Şeklinde tedavi hizmetlerinin diğer sağlık hizmetlerinden farklı bir nitelik taşıdığını belirtmekte ve yüksek risk taşıması sebebiyle idarenin ancak ağır kusuru halinde sorumlu tutulabileceğini belirtmekteydi. Kanaatimizce de Danıştay'ın son kararlarında benimsediği hizmet kusuru kavramı yerindedir; zira Danıştay, sağlık hizmetinin kusurlu yürütüldüğü iddiası ile açılan tam yargı davalarında, somut olayların özelliklerine göre doktorun tıbbi kaide, kural ve standartlara uyup uymadığını ve hizmet kusurunun bulunup bulanmadığını inceleyerek idarenin tanzim sorumluluğu hakkında karar vermelidir.

İdarenin tanzim sorumluluğunun oluşabilmesi için aranan hizmet kusurunun sağlık hizmet kuruluşunda, düzenlenmesinde ve işletilmesinde eksiklik ya da tıbbi uygulama hatası şeklinde oluşabilir.

Tıbbî uygulama hatalarından kaynaklanan hizmet kusuru

Tıbbî müdahale Hasta Hakları Yönetmeliğinin 4/g maddesinde: "*Tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbın sınırları*

[71] Danıştay 15. D. 12.12.2013, E:2013/4237, K:2013/10653; 23.1.2014, E:2012/12332, K:2014/116, 23.09.2014 E:2013/4116, K:2014/6354; 24.12.2014, E:2013/4440, K:2014/10032,

[72] "*Dava konusu olayda, tedavi öncesi röntgenlerin muhafaza edilmemesi nedeniyle sağlık hizmetinin kusurlu işletildiği anlaşılmaktadır. Dosyadaki adli tıp raporunda tedavi sonucu meydana gelen siyatik sinir deformasyonu komplikasyon olarak nitelendirildikten sonra, uygulanan tedavinin mevcut rahatsızlığa" "uygunluğu konusunda röntgen grafilerinin bulunamaması nedeniyle görüş belirtilmemesi, tedavi hizmetlerinin kusurlu işletildiğini göstermemektedir. Oysa idarenin tazminle sorumlu tutulması tedavinin kabul edilebilecek hatalar dışında tıbbî gereklere uygun olmadığının tespiti şartına bağlıdır. Dolayısıyla davacıya uygulanan tedavide açık ve belirgin hizmet kusurunun saptanamaması davacının uğradığını öne sürdüğü maddi zararın idarece tazminini olanaksız kılmaktadır.*" Danıştay 10. D. 27.12.2011, 2009/9151, 2011/5976.

içinde gerçekleştirilen fizikî ve ruhî girişim" şeklinde tanımlanmaktadır. Tıbbî müdahalenin diğer müdahalelerden farklı olarak birtakım unsurları bünyesi barındırması şartıyla hukuka uygun kabul edilmesi mümkündür. Bir müdahalenin hukuka uygun tıbbî müdahale niteliği taşıması için gereken şartlar; kanunen yetkili sağlık personeli tarafından gerçekleştirilmesi, tıbbî standartlara uygun olması, endikasyon dediğimiz tıbbî zorunluluklar çerçevesinde gerçekleştirilme şartını taşıması ve aydınlatılmış onam alınarak yapılmasıdır[73]. Doktor, her ne kadar bilgili ve tecrübeli olursa olsun, sağlık hizmeti ve tıbbî uygulamaların Danıştay kararlarında da vurgulandığı gibi bünyesinde risk taşıyan bir hizmet olmasından dolayı tıbbî müdahale esnasında kasıtlı olmadan hastasına zarar vermesi durumu olabilir. Bu zarar bazen tıp uygulayıcısı konumundaki kişilerin veya kurumların hatası ve ihmali sonucunda meydana gelmektedir. Bazen de tıp biliminin riskli yapısından kaynaklanmaktadır.

Tıbbî uygulama hatası, standart tıp prosedürünün uygulanmaması, bilgi ve beceri eksikliği ile hastaya uygun tedavi yönteminin uygulanmamasından kaynaklanmaktadır. Bu anlamda doğacak sorumluluk kusura dayanan bir sorumluluk olacaktır[74].

Danıştay'ın bir kararında[75]; "*Hatalı Tıbbî Uygulama (Malpraktis); Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 13. maddesinde, tıbbî hata tanımlanmaktadır. Tıp biliminin standartlarına ve tecrübelere göre gerekli olan özenin bulunmadığı ve bu nedenle de olaya uygun gözükmeyen her türlü hekim müdahalesi uygulama hatası (malpraktis) olarak anlaşılmaktadır. Diğer bir ifadeyle, hastanın tanı ve tedavisi sırasında standart uygulamanın yapılmaması, bilgi ve beceri eksikliği, hastaya uygun tedavi uygulanmaması; tıbbî hata olarak tanımlanabilir. Bu noktada hatalı tıbbî uygulama sonucu doğacak sorumluluk kusura dayalı genel sorumluluktur. Hekimin hukuksal sorumluluğu bakımından ölçü; tecrübeli bir uzman hekim standardıdır. Hekim, objektif olarak olayların normal gelişimine ve subjektif olarak da kendi kişisel tecrübesine, kişisel yeteneğine, bireysel mesleki bilgisine, eğitiminin nitelik ve derecesine göre, hastanın sağlığında bir zarar gelmesini önceden görebilecek durumda olmalıdır. Bu halde karşımıza özen yükümlülüğü çıkmaktadır. Hekimin özen yükümlülüğünün ihlali, üç alanda yoğunlaşmaktadır; birincisi, hastanın tedavisinde yani teşhis, endikasyon, tıbbî tedbirin seçimi, bu tedbirin uygulanması, tedavi yahut*

[73] Hakeri, s. 247-248.
[74] Danıştay 15. D. 30.01.2015 E:2014/7136, K:2015/413.
[75] Danıştay 15. D. E. 2013/4509, K. 2015/1398, K.T. 11.03.2015, İnternet: http://www.hukukturk.com/, 19.05.2019.

cerrahi girişim sonrası bakım alanındadır. İkincisi, hastanın aydınlatılması ve anamnez alınmasıdır. Üçüncüsü, klinik organizasyonu alanında (personelin niteliği, yeterli sayıda personel bulundurulması, hekimlerin birbiriyle iş birliği (Konsültasyon) dir. Bu üç alandaki kusuru, sırasıyla uygulama kusuru (tedavide hata), aydınlatma kusuru ve organizasyon kusuru olarak değerlendirmek mümkündür. Bu üç kusura 'Tıbbî Uygulama Hatası' (Malpraktis) adı verilmektedir." hükmü yer almaktadır. İdarenin tıbbî uygulama hatalarından kaynaklanan sorumluluğunun söz edebilmek için hem tıbbî müdahalenin hukuka uygun olmaması, şartlarına aykırılık teşkil etmesi hem de teşhis, tedavi ve tedavi sonrası yükümlülüklerin ihlâlinin bahse konusu olması gerekmektedir.

Tıbbî müdahalenin şartlarına aykırılık

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'da tıbbî müdahale yetkisi bulunan sağlık personeli belirtilmiştir. Bu kanuna göre müdahalede bulunabilecek kişiler arasında hekimler, diş hekimleri, ebeler, sağlık memurları, sünnetçiler ve hastabakıcı hemşireler yer almaktadır. Aynı zamanda Sağlık Meslek Mensupları ile Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelikte sağlık meslek mensupları ile sağlık hizmetlerinde çalışan diğer meslek mensuplarının görevleri belirtilmiş, bu sayede yetki sınırları çizilmiştir. 2016 tarihli Sağlık Meslek Mensubu Olmayan Personelin Sağlık Personeli Yokluğunda Yapmaya Yetkili Oldukları Acil Tıbbî Müdahaleler Hakkında Yönetmelik, Türk Silahlı Kuvvetlerinin, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığının ve Emniyet Genel Müdürlüğünün sağlık meslek mensubu olmayan personelinin acil ve zorunlu hallerde gerçekleştirdikleri tıbbî müdahalelerin hukuka uygun kabul edileceğini açıkça düzenlemektedir. Sağlık bilimleri öğrencilerinin ise tıbbî müdahalede bulunabilmesi belirli şartların varlığına bağlıdır. Bu şartlar bazı programların (Doktorluk, Hemşirelik, Ebelik, Diş Hekimliği, Veterinerlik, Eczacılık ve Mimarlık) Asgari Eğitim Koşullarının Belirlenmesine Dair Yönetmelik'lerinde sayılmıştır. Programlarda henüz sağlık personeli unvanı almamalarına rağmen eğitim aşamasındaki bu kimselerin deneyim açısından yetkililerin gözetiminde tıbbî müdahale yetkisi bulunduğu söylenmektedir[76]. Tıbbî müdahaleyi gerçekleştiren sağlık personelinin bu konuda yetkili olması tıbbî müdahalenin şartlarına aykırılık teşkil

[76] Hakeri,2016, **a.g.k.,** 262-265.

edecektir. Bu durumda tıbbî uygulama hatası söz konusu olacak ve şartları gerçekleşmişse idarenin sorumluluğuna başvurulabilecektir.

HHY'nin Tıbbî Gereklilikler Dışında Müdahale Yasağı başlıklı 12. maddesinde "*Teşhis, tedavi veya korunma maksadı olmaksızın, ölüme veya hayati tehlikeye yol açabilecek veya vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek veya akli veya bedeni mukavemeti azaltabilecek hiçbir şey yapılamaz ve talep de edilemez.*" ifadesi, Tıbbî Deontoloji Nizamnamesinin 13. maddesinde ise "*Tabip ve diş tabibi; teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın, hastanın arzusuna uyarak veya diğer sebeplerle, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak her hangi bir şey yapamaz.*" ifadesi yer almaktadır. Mevzuattaki bu düzenlemeler de göz önünde bulundurulduğunda kural olarak her tıbbî müdahalenin tıbbî zorunluluğa dayanması gerekir. Tıbbî zorunluluğa dayanma ilkesi tıbbî müdahalenin her aşamasında aranmalıdır. Tıbbî müdahalede tıbbî gerekliliğe dayanması esası Danıştay kararlarında da belirtilmiştir. Danıştay, "*hastanın ileri takiplerinin tamamının bir başka merkezde tıbbî gereklilikler ve bilgiler ışığında beklenilen biçimde yapıldığı, tüm bilgiler ve mevcut bulguların değerlendirilmesi ışığında hekimin endikasyon dışı bir girişimde bulunduğu tespitleri yapılarak hekimin bu eyleminden dolayı kusurlu olduğu, kusur nedeniyle hastada zorlu solunum zararının oluştuğu*"[77]; başka bir kararında ise "*Normal doğum için ...Doğumevine müracaat ettiği, tıbbî endikasyon nedeniyle hastanın sezeryan ile doğumunun gerçekleştirildiği*"[78] yönündeki kararlarıyla tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğu açısından endikasyon şartını belirtmiştir.

Tıbbî müdahalenin hukuka uygun olmasının bir diğer koşulu, tıp biliminin standartlarına uygun olmasıdır. Tıbbî standart kavramı "tıp biliminin genel olarak tanınıp kabul edilmiş kuralları bir başka deyişle yetkili sağlık personellerinin aynı veya emsal olaylarda devamlılık arz edecek şekilde uyguladıkları genel kabul görmüş meslek kurallarını" ifade etmektedir[79]. Biyotıp Sözleşmesinin 4. maddesinde Mesleki Standartlar başlığı altında "*Araştırma dâhil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir.*" ifadesi, Tıbbî Deontoloji Nizamnamesinin 13. maddesinde "*Tabip ve diş tabibi, ilmi icaplara uygun*

[77] Danıştay 15. D. E.2015/171, K. 2015/7824, K.T. 19.11.2015, https://legalbank.net.
[78] Danıştay 15. D. E.2016/399, K.2016/4145, K.T.08.06.2016, İnternet: https://legalbank.net, 23.05.2019.
[79] "Tıbbî standart, hekimin, tedavinin amacına ulaşması için gerekli olan ve denenerek ispatlanmış bulunan, hekim tecrübesi ve doğa bilimlerinin ulaştığı düzeyi ifade etmekte olup, denenmiş ve bilinen temel meslek kurallarıdır." Danıştay 10. D. E. 2019/1201, K. 2019/2884, K.T. 15.04.2019.

olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder… Tababet prensip ve kaidelerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yasaktır." ifadesi, HHY'nin 11. maddesinde "*'Hasta, modern tıbbî bilgi ve teknolojinin gereklerine uygun olarak teşhisinin konulmasını, tedavisinin yapılmasını ve bakımını istemek hakkına sahiptir. Tababetin ilkelerine ve tababet ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yapılamaz.'*" şeklindeki hükümlerle tıbbî müdahalenin tıbbî standartlar doğrultusunda yapılması gerekliliği ortaya çıkmaktadır.

Danıştay kararlarında da tıbbî standart kavramına yer verilmiştir. Danıştay'ın verdiği bir kararda[80] "*Bu noktada tıbbî standart kavramına açıklık getirilmelidir. Tıbbî standart kavramı ile tıp ilminin genel olarak tanınıp kabul edilmiş meslek kuralları kastedilmektedir. Tıbbî standart ihlali değişik şekillerde gerçekleşebilir; teşhis, tedavi (endikasyon eksikliği, yanlış tedavi yönteminin seçimi) ve müdahale sonrası bakım yönetimi bunlardan bazılarıdır…Bu durumda operasyonda göz kapaklarına yapılan müdahalenin tıbbî standart dışına çıkılarak cerrahi müdahalenin kusurlu yapılması nedeniyle oluştuğu açık olup anılan tıbbî olumsuzlukların hizmet kusuru kavramının niteliği dikkate alındığında komplikasyondan öte, gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesi ve meslekte acemilikten doğduğu sonucuna varılmıştır.*" Yine, başka bir kararda[81] "*Sanık ....'nin mahkumiyetine ilişkin hükme yönelik yapılan inceleme sonucunda ise; mevcut bulgu ve muayene sonuçları ile sanığın göğüs hastalıkları uzmanından görüş almasında ve hastayı entübe ederek ambulansa almasında zorunluluk olup olmadığının, sanığın uygulamalarında tıbbî standartlara aykırılık olup olmadığı varsa bu uygulamalarla hastanın ölümü arasında illiyet bağı kurulup kurulamayacağının Yüksek Sağlık Şurasından sorulması, tıbbî uygulamalara aykırı davranışlarının ve bu fillerle ölüm arasında uygun illiyet bağının kurulması halinde taksirle öldürme, tıbbî standartlarda aykırı davranışla ölüm arasında uygun illiyet bağının bulunmaması halinde eyleminin TCK'nın 257/2. maddesi kapsamında değerlendirilebileceği de gözetilerek sanığın hukuki durumunun tayin ve takdir edilmesi gerektiği gözetilmeksizin, eksik inceleme ile karar verildiği gerekçesiyle mahkumiyete ilişkin hükmün bozulduğu..*"

Tıbbî müdahalede bir diğer unsur ise, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilerek hastadan onam alınmasıdır. Aydınlatma, kişilere uygulanacak tıbbî

[80] Danıştay 15. D. E. 2015/8936, K. 2016/1604, K.T. 10.03.2016.
[81] Danıştay 15. D. E. 2015/3862, K. 2015/7681, K.T. 17.11.2015.

müdahalenin türü, tıbbî müdahaleyi gerçekleştirmeye iten sebepler, müdahalenin niteliği, içeriği, yan etkileri, riskleri, olası sonuçları, başarı oranı, yararları, bu tıbbî müdahalenin tedaviyi ret hakkı kapsamında kabul edilmemesi halinde hastalığın seyri ve tıbbî müdahaleye alternatif olacak yöntemler hakkında tıbbî müdahaleye yönelik bir karara varılmasını sağlayacak şekilde kişilerin bilgilendirilmesidir[82]. HHY'nin Bilgilendirmenin Kapsamı başlıklı 15. maddesine göre; "*Hastaya; a) Hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği, b) Tıbbî müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi, c) Diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri, ç) Muhtemel komplikasyonları, d) Reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri, e) Kullanılacak ilaçların önemli özellikleri, f) Sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri, g) Gerektiğinde aynı konuda tıbbî yardıma nasıl ulaşabileceği hususlarında bilgi verilir.*" Hastanın açıkça anlayabileceği şekilde ayrıntılı bir aydınlatma yapıldıktan sonra ortalama bir düşünme süresi verilerek, kişilerin özgür ve sakatlanmamış iradesiyle önerilen tıbbî müdahaleyi kabul etmesine aydınlatılmış onam (rıza) denilmektedir. Aydınlatılmış onam açıklamasına ilişkin HHY m. 28'de "*Mevzuatın öngördüğü istisnalar dışında, rıza herhangi bir şekle bağlı değildir. Hukuka ve ahlaka aykırı olarak alınan rıza hükümsüzdür ve bu şekilde alınan rızaya dayanılarak müdahalede bulunulamaz.*" şeklinde mevzuattaki istisnalar[83] dışında rızanın şekle tabi olmadığı belirtilmiştir. Aydınlatılmış rızası alınacak kişi kural olarak ayırt etme gücüne sahip, ergin ve kısıtlı olmayan tıbbî müdahalenin uygulanacağı tam ehliyetli hastadır. HHY'de bu durum yeterlik olarak ifade edilmiştir (m. 4/f): "'*Yeterlik; yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan*

[82] Özgül, M. E. (2010). Yeni Tıbbî Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu, İstanbul; On İki Levha Yayıncılık, 180.

[83] Mevzuatta öngörülen istisnalardan ilki TŞSTİDK m.70'te belirtilen büyük cerrahi müdahalelerdir; "Tabipler, diş tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evvelemirde muvafakatını alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır. (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir.)", ikincisi Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması ve Nakli Hakkında Kanun m. 9; " Organ ve doku alınması, aşılanması ve naklinden önce verici ve alıcının yaşamı ve sağlığı için söz konusu olabilecek tehlikeleri azaltmak amacıyla gerekli tıbbî inceleme ve tahlillerin yapılması ve sonucunun bir olurluluk raporu ile saptanması zorunludur", diğer istisnalar da Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük (m. 15), İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik (m. 4/h), Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik (m. 20/4) vb. gibi özel mevzuatta belirtilmiştir.

onay verenin önerilen tıbbî müdahalede karşılaşabileceği ya da reddettiğinde doğabilecek sonuçları makul bir şekilde anlama ve değerlendirme yeteneğine sahip olma halini ifade eder.'" Hasta yakınlarının onamına ihtiyaç duyulan haller ise; hastanın ayırt etme gücünün bulunmadığı, küçük veya kısıtlı olduğu durumlardır.

Tam ehliyetlilerin ameliyat veya narkoz altında bulunma gibi onam açıklayamayacağı durumlarda hastanın bilinci açıkken verdiği rıza ve istekleri doğrultusunda hareket etmek esastır. Böyle bir durumda hasta bilinci açıkken vekil tayin etmişse vekilin onamı alınmaktadır. Vekil tayin etmemişse hastanın yakınlarına başvurulmayacak, varsayılan rıza[84] bağlamında hastanın varsayılan iradesi çerçevesinde müdahale yapılabilecektir

Danıştay bir kararında, davacının enjeksiyon nedeni ile sakat kaldığını ileri sürdüğü davada düşük bacak olgusunun komplikasyon olarak değerlendirilerek maddi tazminatın reddine karar verilmesinde hukuka aykırılık görmemiş ancak uygulamadan önce hastaya risklerin anlatılıp davacıdan yani hastadan onamın alınmaması halinde davacının bu hakkı elinden alınmış olacağı ve yürütülen sağlık hizmetinin gereği gibi işletilmediği konusunda davacıda üzüntü ile endişe oluşabileceğinden manevi tazminat talebinin aydınlatılmış onamın alınıp alınmadığı araştırılarak değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir[85]. Bir diğer Danıştay kararında da ameliyat sırasında mikroskobun yeterli büyütme sağlayamamasından dolayı operasyonun erken sonlandırıldığı tespit edilmiş, davacıya uygulanan tedavinin idarenin tamiri ve bakımı ile sorumlu olduğu tıbbî cihazın gerektiği gibi çalışmaması nedeniyle sonlandırılmak zorunda kaldığı ve davacının ameliyat sonrası umulan şifayı yakalama şansının eksik verilen sağlık hizmeti nedeniyle kalmadığı anlaşılmış, aynı zamanda başarı şansı düşük olan dava konusu mikro cerrahi yöntemiyle gerçekleştirilen operasyonla alakalı davacının, tıbbî uygulamanın komplikasyonları ve riskleri konusunda yeterince bilgilendirildiğine dair dosya içeriğinde mevcut davacı tarafından imzalanmış aydınlatılmış tedavi onam formunun bulunmadığı, davacının komplikasyonlar hakkında bilgilendirilmediği iddiasının aksinin idarece ispat edilemediği görüldüğünden manevi tazminatın makul miktarda değerlendirilmesine karar verilmiştir[86].

[84] Varsayılan rıza, hayati tehlike durumlarında kişinin gerçek rızası alınamadığı için rıza verecek durumda olsaydı ne yönde rıza gösterirdi ilkesinden yola çıkılarak, tıbbî müdahalenin rıza verilmiş gibi hukuka uygun kabul edilmesini sağlayan teoridir.
[85] Danıştay 15. D. E. 2013/12187, K. 2018/3310, K.T. 03.04.2018.
[86] Danıştay 15. D. E.2017/2058, K. 2018/2814, K.T. 22.03.2018.

Başka bir Danıştay kararında da davacıların hamilelik takibi yapılan ve doğumu gerçekleştirilen çocuklarının özür durumu hakkında doğumdan önce bilgilendirilmemeleri nedeniyle ağır psikolojik ve ruhsal travma geçirmelerinde idarenin hizmet kusuru olduğundan bahisle açılan davada; bebekte tespit edilen sağ ve sol kolun dirsekten aşağısının olmayışını hekimin gebelik USG tetkikinde görmesi ve hastayı bilgilendirmesi gerektiği görüşü dikkate alındığında, davacıların doğum öncesi bilgilendirilmemeleri nedeniyle sağlıklı bir çocuk beklerken çocuğun söz konusu durumu ile karşılaşmaları nedeniyle yaşadıkları manevi bütünlüğünde meydana gelen zedelenmenin karşılığı olarak manevi tazminat isteminin kabulüne karar veren idare mahkemesi kararı onanmıştır[87].

Teşhis ve tedavi hataları

Sağlık kuruluşlarına başvuran hastaların muayene edilmesi ve tetkik sonuçlarının değerlendirilmesi neticesinde hastalığın tespiti veya hastanın şikâyetlerinin sebeplerini öğrenme aşamasına teşhis aşaması denir. Yetkili sağlık personeli doğru teşhis koyabilmek için tıbbî standartlar doğrultusunda hareket etmiş, gerekli özeni göstererek tam bir araştırma yapmış, tetkik sonuçlarına ve düzgün tutulan tıbbî kayıtlara riayet etmesine rağmen yanlış tanı koymuşsa; bu durumda yanlış tanıdan dolayı sorumluluk doğmayacağı belirtilmektedir. Ancak eksik araştırma yapılması veya bulguların eksik ya da yanlış değerlendirilmesi, daha uzman bir meslektaşa başvurulması gerektiği halde başvurulmaması, hastanın öyküsünün tam alınmaması, geçmiş teşhislere dikkat edilmemesi gibi hususlardan dolayı teşhis hatası yapılması durumunda hatalı tıbbî müdahale söz konusu olacak ve idarenin sorumluluğu gündeme gelecektir. Danıştay, teşhis hatasıyla ilgili bir kararında[88] "*Tedaviyi gerçekleştiren doktorlara yönelik kusur, eksiklik, yanlış tedavi ve yanlış teşhis söz konusu olup olmadığının incelenmesi amacıyla Adli Tıp Kurumu tarafından bilirkişi incelemesi yapılmasına karar verilmesi sonrasında Adli Tıp Kurumu tarafından düzenlenen bilirkişi raporunda özetle; ... tarihli USG bulgularına göre kişide sol inguinal herni mevcut olduğu, hasta ... tarihinde sağ inguinal herni nedeniyle ameliyat edildiği, ...da yapılan USG'de de solda fıtık olduğu belirtildiği dikkate alındığında yanlış yer açılarak müdahalede bulunulması nedeniyle*

[87] Danıştay 15. D. E. 2014/749, K. 2018/5637, K.T. 06.06.2018.
[88] Danıştay 15. D. E. 2013/4042, K. 2016/4202, K.T. 09.06.2016.

ameliyatı yapan doktorun uygulamasının tıp kurallarına uygun olmadığı ifade edildiğinden yapılan ameliyatta hizmet kusuru bulunduğu anlaşılmış olup…" diyerek yanlış teşhis konulması nedeniyle yanlış bölgenin ameliyat edilmesini hizmet kusuru olarak nitelendirmiştir. Başka bir kararında[89] ise "*Kan tahlilleri ve ultrason yapıldığı, kansızlık teşhisi konulduğu ve ilaç tedavisi verildiği... endeskopi ve kolonoskopisinin yapılmasının istenildiği, yapılan endeskopi ve kolonoskopi sonucunda düzenlenen raporda, midesinde kötü huylu tümör bulunduğu ve mide kanseri olduğu teşhisi konulduğu…muayene eden doktorun endoskopi ve kolonoskopi için dışarıya sevk yaptığına ilişkin sevk yazısının hastane kayıtlarında bulunmadığı ve doktor tarafından anemi tedavisi uygulandığı açık olup, idarenin kusuruyla müteveffa davacının hastalığının teşhisine gecikmesine sebebiyet verdiği, bu durumda 50 yaşındaki cinsiyeti erkek olan hastada ilk akla gelen tablonun gastrointestinal sistemden kaynaklı bir kan kaybının düşünülmesi gerektiğini belirten Adli Tıp Raporu göz önüne alındığında, yanlış teşhis ve tedavi sonucu .....'in ölümüyle sonuçlanan mide kanseri rahatsızlığının teşhisinin gecikmesi nedeniyle olayda hizmet kusuru bulunan idarece .....'in eşi A.....'e 30.000 TL, çocuğu Ya.....'e 10.000 TL manevi tazminat verilmesine hükmedilmiş ve anılan karar Dairemizin E: 2013/8011, K: 2014/3792 sayılı kararı ile onanmıştır.*" ifadesiyle yanlış teşhis konularak yanlış ilaç tedavisine başlanması ve doğru teşhiste gecikme yaşanmasını hizmet kusuru saymıştır. Başka bir kararda[90] da "*Davacının 9 ay önceki (9.9.2005) şikayetleri üzerine yapılan tetkiklerin sonucuna göre 22.05.2006 tarihinde yeni tetkiklere başvurulmaksızın verilen ameliyat kararının doğru olmadığı, iki sağlık kurumuna yapılan başvurular arasında geçen 9 aylık sürede yalnızca radyoloji raporuna dayanarak ve ameliyat yapılacak boynun görülmeden ameliyat kararı alınarak davacının tam teşhis koyulmadan ameliyat edilmesinde davalı idarenin hizmet kusuru bulunduğu sonucuna varılmıştır.*" denilerek eksik araştırma sonucu tam teşhis koyulmadan ameliyat yapılmasının teşhis hatası olarak hizmet kusuru teşkil ettiği ve idarenin sorumluluğu yoluna gidilmesi gerektiği kabul edilmiştir.

Uygun teşhisin konulması üzerine rahatsızlıkları gidermeye yönelik tıbbî girişimlerde bulunulması aşamasına ise tedavi aşaması denir. Yetkili sağlık personelinin yükümlülüğü Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi m. 14'te belirtildiği gibi hastanın hayatını kurtarmak ve sağlığını korumaktır. Ancak bunlara imkân bulunmadığı durumlarda

[89] Danıştay 15. D. E. 2013/4133, K. 2016/2390, K.T. 07.04.2016.
[90] Danıştay 15. D. E. 2017/276, K. 2017/7556, K.T. 14.12.2017.

yetkili sağlık personeli hastasının ıstırabını azaltmaya ve dindirmeye çalışmakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğünü yerine getirirken yetkili sağlık personeli gerekli özeni göstermeli, tıp biliminin verilerine, mutat uygulamalarına uygun hareket etmeli ve önlenebilir hatalı sonuçların ortaya çıkmaması için gereken önlemleri almalıdır. Tedavi hatası, yargı kararlarında da belirtildiği üzere en çok karşılaşılan tıbbî hata türlerindendir. Danıştay da verdiği bir kararda[91] "Literatürde tıbbî hata, amaçlanan bir tedavi planını başaramama veya yanlış tedavi planı uygulama şeklinde tanımlanmakta ve istenmeyen durumlarla ilintilendirilmektedir. Tıbbî uygulamanın yanlışlığı veya önerilen tedavi planının gerçekleştirilememesi gibi durumlarda hastanın engelli hale gelmesi, uzun süreli yatarak tedavisi görmesi veya hastanın ölümü gibi sonuçlar görülebilmektedir. Tıbbî hata sonucu, tedavinin uzaması ilave tedavi masraflarının yapılmasına neden olabilmektedir. Bunun yanında tıbbî hataların hastada yarattığı manevi hasarlarda söz konusudur. Yanlış teşhis veya önerilen şekilde tedavi olamamaya sebep olan tıbbî hatalar hastalarda moral ve motivasyon kaybına, sağlık sisteminden memnuniyetsizliğe ve güvensizliğe neden olmaktadır. Hastalığın etkisinden kurtulmak için önerilen tedavi yöntemlerine göre şekillenen ruh haliyle hayatını devam ettirmekte iken kendisine önerilen diğer tedavi yöntemlerine başvurması esnasında daha önce önerilen tedaviyi, alınan hatalı sonuçlar neticesinde gerçekleştiremediğinin öğrenilmesi durumunda acı ve elem duyulması muhakkaktır." demiştir. Danıştay tarafından verilen bir kararda[92] "*Çocuğun ölümünün doğumsal kalp hastalığı ve gelişen komplikasyonları sonucu meydana gelmiş olduğu yönündeki tespitler karşında meydana gelen ölüm olayı ile sunulan sağlık hizmeti kapsamındaki tıbbî uygulamalar arasında illiyet bağı kurulamamış ise de, 2 yaşında ve açık kalp ameliyatı olan çocuğun sözü edilen mikropları kapmaması adına hastane uygulamalarında gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesi ve çocuğun, çocuk hastalıkları konusunda uzman doktorlarca anlık bulgularının izlenmesi, süratle tedavisinin belirlenmesi ve çocuk bakımı ve tedavi uygulaması konusunda tecrübeli yardımcı sağlık personelince bakım ve tedavisinin yapılması açısından Çocuk Yoğun Bakım ünitesinde takip edilmesinin uygun olduğu gözetilmeden ve bu konuda ameliyat öncesi ve sonrasında çocuğun durumuna uygun şartlar sağlanmadan Kalp Damar Cerrahi Yoğun Bakım ünitesinde takip edilmesinin, davacılarda sağlık hizmetinin gerektiği gibi yürütülmediği yönünde endişe ve üzüntüye*

[91] Danıştay 15. D. E. 2013/4471, K. 2016/2461, K.T. 11.04.2016.
[92] Danıştay 15. D. E. 2017/1357, K. 2018/1288, K.T. 08.02.2018.

yol açtığı görüldüğünden, davacıların duydukları acı ve üzüntünün kısmen de olsa hafifletilmesi amacıyla manevi tazminat taleplerinin, manevi tazminatın zenginleşme aracı olamayacağı ilkesi de gözetilerek makul ölçülerde değerlendirilmesi gerekirken manevi tazminat talebinin reddinde hukuka uyarlık görülmemiştir." ifadelerine yer verilerek gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesi sonucunda hastanede enfeksiyon kapılması tedavi hatası olarak kabul edilmiştir. Yine ameliyat sırasında vücutta yabancı cisim unutulması[93] da tedavi hatası olarak karşımıza çıkmaktadır.

Yetkili sağlık personelinin tedavi sonrasında da tavsiye, uyarı, kontrol, gözetim ve koruma yükümlülüğü bulunmaktadır[94]. Danıştay'ın bir kararında[95] belirttiği üzere "*Anayasa'nın 56. maddesi; 'Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, iş birliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini planlar. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir.*' *hükmündedir. Bu noktada devletin sağlık hususundaki görevinin, önleyici sağlık hizmeti ve tedavi edici sağlık hizmeti sunmakla sınırlı olduğunu düşünmek imkansızdır. Zira her birey tedavi sonrası sağlığına kavuşmayabilmektedir. Burada tedavi mümkün olmasa da, devreye bakım ve rehabilitasyon hizmetleri girmektedir.*" Danıştay, tedavi sonrası takibin yetersiz yapılmasını tedavi sonrası yükümlülüğün ihlali olarak sayarak şu kararı vermiştir[96]: "*Uygulanan ameliyatın niteliği ve davacıda oluşan tıbbî şikayetler sonrası üreter yaralanmasının düşünülmesi ve bu yönden zaman geçirilmeksizin üroloji konsültasyonunun istenmesi gerektiği, ancak bu yükümlülüklerin yerine getirilmediği, dolayısıyla komplikasyon yönetiminde eksiklik bulunduğunun belirtildiği, ameliyat sonrası takibi yapan hekimlerin bu yönden kusurlu bulunduğu*". Yine, tedavi sonrasında oluşan komplikasyonla mücadelede gerekli özenin gösterilmemesine ilişkin olarak[97] "*Doktorların bu değişimin normal olduğunu bildirdikleri, ailenin ısrarı üzerine EMG çekildiği, EMG ve röntgenlerin incelenmesi neticesinde parmak uçlarındaki patlamanın hareketsizlikten kaynaklandığının, ılık su egzersizinin arttırılarak devam edilmesi gerektiğinin bildirildiği, ayrıca doktorlar tarafından, ...'nın kolunda hiçbir problem*

[93] Danıştay 15. D. E. 2016/2473, K. 2017/83, K.T. 31.01.2017.
[94] Hakeri, 2016, **a.g.k.,** 916-920.
[95] Danıştay 15. D. E. 2015/7589, K. 2016/2661, K.T. 18.04.2016.
[96]Danıştay 15. D. E. 2015/7877, K. 2015/9091, K.T. 23.12.2015.
[97] Danıştay 15. D. E. 2014/5674, K. 2016/1586, K.T. 10.03.2016.

olmadığı, ailenin boş yere telaşlandığının söylendiği, davacıda meydana gelen durum Adli Tıp Genel Kurulundan alınacak rapor üzerine, komplikasyon olarak kabul edilecek olsa bile, komplikasyonla mücadelede davalı idarenin üzerine düşeni yapmadığı anlaşıldığından, davacıların özel hastanede ameliyat olmak zorunda kalmaları nedeniyle yaptıkları harcamaların ve davacıların olay nedeniyle duydukları ızdırabın kısmen de olsa giderilebilmesi için manevi zararlarının tazmini gerekmektedir."

Sağlık hizmetlerinin organizasyonundan kaynaklanan hizmet kusuru

Hastalara gerekli tedavinin sunulabilmesi için yeterli sayı ve nitelikte sağlık personeli istihdamı, gereken yeterlilikte tıbbî araç-gereç bulundurma, hastane binalarının tıbbî donanıma sahip olması, hastane bakımı çerçevesinde gerekli tedbirlerin alınması (hijyen kurallarına uyulması, aletlerin, asansörün, binanın bakım ve onarımının yaptırılması, gerekli tabela, uyarı ve ışıklandırmanın bulundurulması, iş güvenliği önlemlerinin alınması, yerlerin kaygan bırakılmaması veya merdivenlerin eğiminin düzgün yapılması vb.), sağlık kurum ve kuruluşlarının denetimi gibi hususlar sağlık hizmetleri organizasyonunu ifade eder[98]. Danıştay kararında belirtildiği üzere; *"halkın sağlık hizmetlerini yürütmekle görevli olan idare, hastanelerde yapılacak tedavilerin tıbbî esaslara uygun biçimde ve hizmetin gerektirdiği yeterliğe sahip personel ile yapılmasını sağlamakla yükümlü olup, bu yükümlülüğün yerine getirilmesinde kusurlu davranılması idarenin tazmin sorumluluğunu doğurur"*[99]. Danıştay, sağlık hizmetlerinin organizasyonundan kaynaklanan kusuru da hizmet kusuru olarak kabul etmiştir. Bu karara göre[100] *"Hizmet kusuru, kamu hizmetinin organizasyonu ve işleyişinden kaynaklanır. Kamu hizmeti eksik veya kötü yürütülmekteyse veya bu faaliyet hizmet gerekleriyle bağdaştırılamayacak nitelikteyse, idarenin hizmeti kusurlu yürüttüğünün kabulü zorunludur. Ancak idarenin işlem ve eylemleri dolayısıyla hizmet kusuru işlediğini söyleyebilmek için saptanan hukuki sakatlığın bir dereceye kadar ağır ve önemli olması gerekmektedir*".

2.5.2.3.İdarenin fiili- zarar ve uygun illiyet bağı

[98] Hakeri, 2016, **a.g.k.,** 920.
[99] Danıştay 10. D. 05.07.2006, E: 2005/2442, K:2006/4812.
[100] Danıştay 15. D. E. 2013/9709, K. 2016/5838, K.T. 06.12.2016.

İdarenin sorumluluğunun ortaya çıkması için en önce idarenin bir fiilinin bulunması gerekmektedir. Bir başka ifade ile oluşan zararda idarenin bir eylemi veya işleminin olması gerekir ve bunun sorumlusu yine idare olmalıdır. İdarenin sorumluluğunu gerektiren fiili icraî nitelikte veya ihmalî bir davranış şeklinde olabilir[101]. Örneğin, bir hastaya yanlış ilacın verilmesi veya yanlış müdahalenin gerçekleştirilmesi icrai bir davranıştır. Hastaya zamanında ya da hiç müdahale edilmemesi ise ihmalî bir davranıştır. Benzer şekilde bir hekimin hastaya müdahale etmesi olumlu, etmemesi veya hareketsiz kalması olumsuz bir fiildir. Burada hekimin hastaya müdahale etmesi veya etmemesi idarenin fiili olarak ortaya çıkmaktadır.

Kural olarak idare adına hareket edenler kamu görevlileridir. Kamu görevlilerinin yaptıkları eylem ve işlemler bakımından idarenin sorumluluğu doğacaktır. Yargı kararlarında da idarenin sorumluluğuna gidilebilmesi için, zarar sonucunun idarenin bir eylem veya işlemi nedeniyle ortaya çıkması gerektiği, işlem veya eylemin idareye isnat edilebilir olması gerektiğine vurgu yapılmaktadır. Aksi durumda idarenin sorumluluğuna hükmedilemeyecektir. Bu konuyla ilgili Danıştay'ın *"...İdarenin hukuki sorumluluğundan söz edebilmek için, ortada bir zararın bulunmasının yanında, bunun idareye yüklenebilecek bir işlem veya eylemden doğması, başka bir deyişle zararla idarî faaliyet arasında nedensellik bağının kurulabilmesi gerekir. Zararla idarî faaliyet arasında nedensellik bağının bulunmaması, zararın idarî faaliyetten doğmadığını gösterir.*"[102] şeklinde bir kararı vardır. Tıbbî müdahaleler açısından doktorların yaptıkları iş ve eylemler idareye isnat edilebilmektedir. Ancak hekimlerin sağlık hizmetinin gerçekleştirildiği hastane dışında yaptıkları (izinliyken veya özel hayatta) idareye isnat edilemez. Çünkü hekimlerin bu müdahaleleri kamu hizmeti sırasında gerçekleşmemiştir. Hizmetin sunulması ile neden sonuç ilişkisi taşımamaktadır. Bu sebeple kamu hizmeti kapsamında değerlendirilmez. İradenin sorumluluğunun oluşması idarenin işlem veya eylemi ile meydana gelen zarar arasında neden sonuç ilişkisinin yani illiyet bağının oluşması gerekmektedir. Danıştay da bu konu ile illiyet ilişkisini aramaktadır.[103] Danıştay'ın bu konuyla ilgili; "*...ın kalp ameliyatı sonrasındaki*

[101] Savaş, B. (2007). Sağlık hizmetlerinde idarenin ve hekimlerin sorumluluğu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11(1-2), 563.
[102] Danıştay, 10.D., 24.09.2009 tarih, E.2007/5816, K.2009/8220.
[103] "…İdarenin hukuki sorumluluğundan söz edebilmek için, ortada bir zararın bulunmasının yanında, bunun idareye yüklenebilecek bir işlem veya eylemden doğması, başka bir deyişle zararla idarî faaliyet arasında nedensellik bağının kurulabilmesi gerekir. Zararla idarî faaliyet arasında nedensellik bağının

kontrollerinin Ankara Yüksek İhtisas Hastanesi'nde yapıldığı idarenin bilgisi dahilindedir. ...ın nakil işleminin iptali istemiyle açtığı davada, kalp hastası olduğunu ve Erzincan'ın Ilgın'a göre daha iyi sağlık kuruluşuna sahip bulunması nedeniyle Erzincan'da görev yapmasının uygun olacağını dava dilekçesinde belirttiği anlaşılmaktadır. Davacının sağlık sorunlarının yarattığı olumsuz koşulların naklen atama işleminin tesisinde göz önüne alınması, görev yaptığı yerden bir başka yere atanması zorunlu ise, sağlık durumuna en uygun bir yere atanması gerekirken, sağlık hizmetlerinin yetersiz olduğu bir ilçeye atamasının yapılmasında idarenin hizmet kusurunun bulunduğu sonucuna varılmıştır. İdarenin hizmet kusuruna dayalı işleminden doğan zararın tazmini için ayrıca işlem ile zararlı sonuç arasında illiyet bağının bulunması zorunludur. Konu olaya özgü olarak incelendiğinde, atama işlemini tesisinde ...ın içinde bulunduğu sağlık sorunlarının gözetilmediği, dolayısıyla atamasının yapıldığı yer olan Ilgın'da yeterli tıbbî müdahalenin zamanında yapılamamış olması karşısında, atama işlemiyle ...ın ölümü nedeniyle davacıların uğradıklarını ileri sürdüğü zarar arasında illiyet (nedensellik) bağının bulunduğu sonucuna varılmıştır." kararı yer almaktadır.[104]

Danıştay, komplikasyon durumlarda illiyet bağının bulunmadığını ve dolayısıyla idarenin sorumluluğu yoluna gidilemeyeceğini belirtmiştir: *"Komplikasyon ise, tıbbî girişim sırasında öngörülmeyen, öngörülse bile önlenemeyen durum, istenmeyen sonuçtur; ancak bunun bilgi ve beceri eksikliği sonucu olmaması gerekir. Bu tanıma göre, hekimin tıbben kabul ettiği normal risk ve sapmalar çerçevesinde davranarak gerekli dikkat ve özeni göstermesine rağmen ortaya çıkan istenmeyen sonuçlardan yasal olarak sorumlu olmayacağı belirtilmektedir. Hasta tıbbî uygulama sırasında ve sonrasında kusur olmadan da oluşabilecek istenmeyen sonuçları, komplikasyonları bilirse ve uygulamaya onay verirse tıbbî müdahale hukuka uygun olur. Hastada oluşan zararlı sonuç öngörülemiyor ve önlenemiyorsa veya öngörülebilse bile (hastanın yeterince aydınlatılmış, onayı alınmış olması ve uygulamada kusur olmaması şartı ile) önlenemiyorsa bu durumun komplikasyon olarak kabulü gerekmektedir. Yine bu noktada, tıbbî standartlardan sapılmaması, mesleki tecrübe kurallarına riayet edilmiş olması gereklidir. Yine meydana gelen komplikasyon sonrası süreçte de uygulanan teşhis ve tedavinin de tıp kurallarına uygun olması gerekmektedir. Bu noktada*

bulunmaması, zararın idarî faaliyetten doğmadığını gösterir." Danıştay, 10.D., 24.09.2009 tarih, E.2007/5816, K.2009/8220.

[104] Danıştay, 10.D., 24.02.2011 tarih, E.2007/1884, K.2011/88 sayılı kararı

komplikasyon sonrası yönetim süreci de hizmet kusurunun varlığını tespit etme adına önem arz etmektedir." [105] Bir tıbbî müdahalede şartlarına (yetkili sağlık personeli tarafından, tıbbî standartlar çerçevesinde, tıbbî endikasyona uygun bir şekilde ve aydınlatılmış onam alınarak gerçekleştirilmesi) riayet edilerek en yüksek dikkat ve özenle gerekli tanı ve tedavi gerçekleştirilmesine rağmen tıbbın olağan kabul ettiği risk ve sapmalar meydana geliyorsa bu durum komplikasyon olarak adlandırılmakta ve böyle bir durumda sağlık personelinin veya hastanenin sorumluluğuna gidilememektedir[106]. Ancak komplikasyonun iyi yönetilememesi söz konusu olduğunda yine idarenin sorumluluğu gündeme gelecektir. Zira komplikasyon oluşumu gözlemlendiği anda gecikmeksizin tıbbî standartlar çerçevesinde gerekli müdahale yapılmadığı takdirde, komplikasyon özen eksikliğinden dolayı malpraktise dönüşebilecek ve sorumsuzluk alanı ortadan kalkacak, idarenin sorumluluğu tartışılacaktır[107].

İdarenin hem kusurlu hem de kusursuz sorumluluğunu ortadan kaldıran mücbir sebep; dışsallık, öngörülemezlik ve karşı konulamazlık özelliklerini bir arada bulunduran, idareye yabancı dış etkenlerin öngörülemeyen ve karşı konulamayan bir şekilde meydana gelmesiyle ortaya çıkan zararın idareye atfedilmesinin önüne geçen olaylar bütünüdür[108]. Sağlık hizmetleri yürütülürken ortaya çıkan mücbir sebepler idarenin hem kusurlu hem de kusursuz sorumluluğunu ortadan kaldıracaktır. Örneğin hastanın muayenesi esnasında meydana gelen deprem hastanın ölümüne yol açmışsa, sağlık personelinin eylemi ile ölüm olayı arasında illiyet bağının kesilmesinin söz konusu olacağı belirtilmektedir. Danıştay da verdiği bir kararda mücbir sebepten ötürü idarenin sorumluluğu yoluna gidilemeyeceğini kabul etmektedir. Söz konusu karara göre; *"Danıştay'ın yerleşik içtihatlarına göre, idarenin yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmeti faaliyeti dışında gerçekleşen ve öngörülemeyen ve/veya önlenemeyen durumlar mücbir sebep olarak değerlendirilmiş, mücbir sebebin idarenin tazmin sorumluluğunu ortadan kaldırdığı kabul edilmiştir. (...) Bu durumda, depremin; idarenin doğrudan yürüttüğü bir kamu hizmeti faaliyetinden kaynaklanmaması, öngörülememesi ve/veya öngörülebilir nitelikte dahi olsa önlenemez olması nedeniyle*

[105] Danıştay 15. D. E. 2015/6119, K. 2015/5733, K.T. 08.10.2015.
[106] Danıştay 10. D. E. 2019/3460, K. 2019/3352, K.T. 29.04.2019.
[107] Hakeri, 2020, 914-915.
[108] Yıldırım, T. (2019). Danıştay kararlarında mücbir sebep kavramı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 25(2), 1494-1512.

mücbir sebep olarak değerlendirilmesi zorunludur. Depremin oluşmasında idareye bir kusur yüklenemeyeceğinden idarenin kusura dayalı sorumluluğundan da söz edilmesi mümkün değildir.''[109]

İdarenin sadece kusurlu sorumluluğuna etki eden beklenmeyen durum; içsellik, öngörülemezlik ve karşı konulamazlık özelliklerini bir arada bulunduran, idarenin faaliyetleri içinde, aniden, umulmayan bir şekilde ortaya çıkan, sebebin belirsiz olduğu (zarar ortaya çıkmadan önce), öngörülemeyen ve engellenemeyen olaylar bütünüdür. İdarenin faaliyetleri içinden çıkan beklenmeyen durumlara; tıbbî müdahale sırasında elektrik kontağının patlaması sonucu hastanın zarar görmesi, hasta taşıyan ambulansın lastiğinin patlaması sonucu hastanın zarara uğraması, her türlü bakımının yapılmasına rağmen tıbbî cihazların bozularak hastaya zarar vermesi durumları örnek gösterilebilir[110].

Zarar bizzat zarar görenin davranışından kaynaklanmışsa, bir başka ifadeyle zararın asli nedeni zarar görenin kendi kusurlu davranışıysa, zarar ile idarenin faaliyeti arasındaki illiyet bağı kesileceği için idarenin sorumluluğu tamamen ortadan kalkacaktır. Ancak zararın oluşumuna idarenin davranışı yol açmış, zarar görenin davranışı da idarenin eyleminin zararlı sonuçlar doğurmasına katkı sağlamış, zararı ağırlaştırmışsa bu durumda idarenin eylemi ile zarar arasındaki illiyet bağı kesilmeyecektir. Dolayısıyla idarenin tazmin sorumluluğu ortadan kalkmayacak kısmîleşecektir. Örneğin, ayağı kırılan kişinin doğru alçı tekniğiyle alçıya alınıp üç hafta bekletilmesi gerektiği söylendiği halde bir hafta sonra hasta tarafından çıkarılarak zarara yol açması durumunda zarar tamamen hastanın kusurundan kaynaklanmakta, idarenin sorumluluğuna gidilememektedir. Ancak hem yanlış usulde alçıya alınmış hem de erken alçıdan çıkarılmış olma hastanın ayağında zarar meydana getirmişse ortak kusurdan söz edilecek, zarar gören kişi ve idare kusurları oranında sorumlu tutulacaktır. Zararın üçüncü kişinin davranışıyla ortaya çıktığı durumlarda idare tamamen ya da kısmen sorumluluktan kurtulabilecektir. Zarar bütünüyle üçüncü kişinin fiilinden kaynaklanmışsa, başka bir ifadeyle üçüncü kişinin fiili zararla idarenin davranışı arasındaki illiyet bağını koparmışsa, idarenin sorumluluğu tamamen ortadan kalkar. Ancak zararın ortaya çıkmasında veya artmasında hem idarenin hem de üçüncü kişinin davranışı etkiliyse, idare ve üçüncü kişi kusurları oranında sorumlu olacaklardır.

[109] Danıştay 11. D. E. 2003/2027, K. 2005/5962, K.T. 19.12.2005

[110] Çınarlı, S., Çelik, S. ve Teyin, A. (2016). İdarenin tıbbî uygulama hatalarında sorumluluğuna etkisi bakımından hastanın kusuru, Terazi Hukuk Dergisi, 11(119), 27.

2.5.2.4.Görev kusuru-kişisel kusur

Kamu görevlilerinin yapmış oldukları kusur nedeniyle idareye davanın açılabileceği düzenlenmiştir. Burada belirtilmek istenen kamu görevlisine doğrudan dava açılamayacağı idareye dava açılabileceğidir. Burada kamu görevlisinin kusuruna dikkat edilmeli, kamu kusuru mu yoksa kişisel kusur mu olduğu belirlenmelidir. Bu anlamda kamu görevlisinin görevi ile uğranılan zarar arasında ilişki kurulabiliyorsa kamu kusuru vardır denilebilir.

Uyuşmazlık Mahkemesinde görülen davaların sonucunda kamu görevlisinin kusurundan kaynaklı idadeye dava açılması hükmü ortaya çıkmıştır. Bu konuyla ilgili Uyuşmazlık Mahkemesinin kararı şu şekildedir;[111] "*Anayasa'nın 129 ve 657 sayılı yasanın 13. maddelerine göre, kamu personelinin göreviyle ilgili, yetkileri kullanmasından ve resmi sıfatından ayrılamayan kusurundan doğan zararların tazmini istemiyle, kural olarak, idare aleyhine dava açılabileceği; görev kusuru olarak tanımlanan ve idare yönünden hizmet kusuru niteliği taşıyan bu tür sorumluluğun yargısal denetiminin de öncelikle idarî yargı yerince yapılması gerektiği…*" benzer şekilde konuyla ilgili Yargıtay'ın; "*…Anayasa 129/5 ve 657 sayılı Yasa m. 13 hükümleri gereğince, kamu görevlilerinin görev sırasında verdikleri zarar nedeniyle, ancak bağlı bulundukları idareye karşı ve idarî yargı yerinde dava açabilir. Diğer yandan, gerçek kişi davalının, kamu görevlisi olduğu çekişmesizdir. Tazminat istemlerine konu olayın, kamu hizmetinin görüldüğü bir sırada ve hizmet ile ilgili bulunduğu da, tartışmasızdır. İdare'nin veya ajanlarının hizmet kusuru niteliğindeki eylemi sonucu meydana gelen zararlardan dolayı, İdari Yargılama Usulü Yasası'nın 2/1-b maddesi gereğince idareye karşı, idarî yargı yerinde tam yargı davası açılması gerekir. Tüm bu açıklamalar karşısında, davalı idare hakkındaki dava dilekçesinin, yargı yolu bakımından görevsizlik nedeniyle reddi; gerçek kişi davalıya yönelik davanın ise husumet yokluğu nedeniyle reddi yerine, işin esasının çözümlenmesi doğru görülmemiştir.*"[112] hükmünde kararı yer almaktadır. Sağlık hizmetlerinin yürütülmesi açısından, sağlık görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlar sonucunda hizmetten yararlanan kişilerin zarar görmesi durumunda zarar gören bireyler idareye (sağlık kuruluşuna) dava açacaktır.

[111] Uyuşmazlık Mahkemesi, 14.04.1997 tarih, E.1997/15, K.1997/16.
[112] Yargıtay, 4. Hukuk Dairesi, 05.05.2003 tarih, E.2003/746, K.2003/5882.

Kamu görevlisinin yaptığı iş ve eylemleri, kamu hizmetiyle ilgili olarak görev yetkilerinden ayılmış olan ve olmayan şeklinde ayrılması gerekmektedir. Eğer kamu görevlisinin görev yetkilerinden ayrılmış bir eyleminden kaynaklı kusuru varsa adli yargıda dava açılabilir. Çünkü yapılan iş ve eylem ile resmi sıfat arasında doğrudan veya dolaylı bir ilişkinin kurulması söz konusu değildir. Kamu görevlisinin görev yetkilerinden ayrılmış olmayan bir eylemden ya da fiilden kaynaklı kusuru varsa kamu görevlisi yerinde bu durumdan idare sorumludur. Çünkü sorumluluğun kaynağında kamu görevlisinin yüklediği görev ve yetki yer almaktadır. İdare hukukunda kişisel kusur hizmet kusuru gibi sayılmaktadır. Burada kişisel kusurdan idareye açılan tazminat davasında idarenin ödediği miktar kamu görevlisinin kişisel kusur oranı nispetindeki zararı kamu görevlisine rücu etmesidir[113]. Zira kamu görevlisinin bu kusuru; doğrudan ya da dolaylı olarak kamu görevlisi sıfatı, görevi, idare, hizmet araç ile gereçleri ve kamu hizmetiyle ilgili olarak vuku bulan bir kusurdur. Danıştay "*...kamu görevlilerinin idarî tasarrufu yaparken mevzuatın, üstlendiği ödevin ve yürüttüğü hizmetin kural, usul ve gereklerine aykırı olarak kendisine izafe edilecek boyutta ve biçimde ancak gene de resmi yetki, görev ve olanaklardan yararlanarak, onları kullanarak hareket ettiği, bu nedenle idaresinden tamamen ayrılmasını önleyen ve engelleyen kusurdur...*" şeklinde "görev kusurunu" tanımlamıştır[114]. Görev kusurunun söz konusu olabilmesi için ilk olarak kamu hukukuna dair bir görev olmalı, ikinci olarak kamu görevlisi kamu hukukuna ilişkin bu görevi icra ederken yahut görev gereği yerine getirdiği tutum ve davranışlar ile bir kişiye zarar vermelidir. Zararın niteliği ise, anonim, yani hizmetin kuruluşu ve işleyişindeki eksiklik, aksaklıkta olduğu gibi olmamalı, aksine belirli bir kamu görevlisine yüklenebilmeli, kişiselleştirilebilmelidir[115].

Hizmet kusuruna ilişkin Danıştay'ın: "*İdarenin 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*

[113] Akyılmaz, B., Sezginer, M. ve Kaya, C. (2018). Türk İdari Yargılama Hukuku, Ankara; Savaş Yayınevi 543; Gözler, 2009, **a.g.k.,** 1114-1119.
[114] Danıştay 10.D., E.1999/1746, K.1999/5376, K.T.02.11.1999.
[115] Gökcan, H. T. (2017). Tıbbî müdahaleden doğan hukuki ve cezai sorumluluk, Ankara; Seçkin Yayınevi, 1144.

karakteri olan bir kusurdur. Hizmet kusurundan dolayı sorumluluk, idarenin sorumluluğunun doğrudan ve asli nedenini oluşturmaktadır."[116] şeklinde bir değerlendirmesi mevcuttur.

Danıştay önceki kararlarında hizmet içinde suç işleyen idare ajanlarının kişisel kusurlu olduğu, meydana gelen zarardan idarenin sorumlu olmadığı ve adli yargıda idarenin ajanına karşı dava açılması gerektiği yönünde kararlar vermişti[117]. Danıştay son zamanlarda ise "*...kamu görevlilerinin idarî 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 kusurları, idareden ayrılamamaları nedeniyle görevle ilgili olarak işlenen 'görev kusuru' niteliğinde hizmet kusurunu oluşturmaktadır...*" şeklinde hizmet içindeki, hizmet ile ilişkisi kurulabilen, resmi görev ve olanaklarından yararlanılan tüm faaliyetlerdeki kişisel kusurların görev kusuru niteliğinde hizmet kusuru sayıldığı ve söz konusu zararlardan dolayı idarenin ajanına adli yargıda değil, idareye idarî yargıda dava açılması gerektiği yönünde kararlar vermiştir[118].

---

[116] Danıştay 10. Daire, E. 2019/6809, K. 2020/1238, T. 12/03/2020.

[117] Örneğin Danıştay'ın hizmet içi işlenen suç nedeniyle idarenin ajanına kişisel kusur temelinde dava açılması gerektiği yönündeki bir kararına bkz.: "…dikkatsizlik ve tedbirsizlikle yaralanmaya neden olma suçundan cezalandırılmasına ve cezanın ertelenmesine karar verildiği anlaşılmaktadır."
"Bu durumda; olayda, insanların sürekli kullanımında ve yerleşim yerlerine yakın bulunan bir alanda patlamamış el bombasının bulunmasında, davalı idarenin güvenlik hizmetinin yeterince iyi yürütülmemesi nedeniyle hizmet kusuru bulunmaktadır; ancak meydana gelen zarar, davacı ve arkadaşının kişisel kusurlarından kaynaklandığından, zarar görenin ve üçüncü kişinin kusurunun olaya katılması, idarenin kusurlu faaliyeti ile zarar arasındaki illiyet bağını kesmektedir. Zarar ile idarenin faaliyeti arasında illiyet bağının bulunmadığı olayda, idarenin tazmin sorumluluğundan da söz edilemeyecektir…" Danıştay 10.D., E.2005/4493, K.2007/4199, K.T.18.09.2007.

[118] Danıştay 10.D., E.2011/985, K.2013/7802, K.T.06.11.2013; Danıştay'ın hizmet içi kişisel kusurun görev kusuru niteliğinde hizmet kusuru olduğu yönündeki bir kararına bkz.: "…hizmeti yürüten personelin görevi sırasında yaptığı eylem ve işlemlere ilişkin kişisel kusurunun hizmet kusuru oluşturacağı ve idarenin de bu zararın tazminiyle sorumlu tutulacağı, idare hukukunun bilinen ilkelerindendir…" Danıştay 15.D., E.2016/8532, K.2017/3145, K.T.30.05.2017; Danıştay'ın hizmet ile bağı incelediği ve hekimin izinde olduğu bir zamanda suç teşkil eden bir tıbbî müdahaleyi gerçekleştirmesini hizmetten bağımsız olarak nitelendirdiği ve kişisel kusurun bulunduğuna kanaat getirdiği bir kararı için bkz.: "*...zararın kamu görevlisinin kamu gücünden aldığı yetkisini kullanırken meydana gelmediği, tamamen kendi kişisel kusurundan meydana geldiği, doktorun eylemi ile meydana gelen zarar arasında idare bakımından uygun illiyet bağının bulunmadığı, yani doktorun kişisel kusurunun bulunduğu, dolayısıyla, idarenin hizmet kusurunun bulunmadığı ve olayın idare açısından tazmini gerektirir bir yönünün bulunmadığı sonucuna ulaşıldığı, öte yandan, kişisel kusur nedeniyle adli yargıda ilgililer hakkında maddi manevi tazminat davası açılabileceğinin açık olduğu...*" Danıştay 15.D., E.2013/4111, K.2016/2813, K.T.22.04.2016.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu[119] ise bir kararında, "*kamu görevlisinin görevi sırasında hizmet araçlarını kullanarak yaptığı eylem ve işlemlerine ilişkin kişisel kusurunun kasti suç niteliği taşısa bile hizmet kusuru oluşturacağı bu nedenle açılacak davanın idare aleyhine açılması gerektiği; görev yapılan yerde dahi olsa memur ve kamu görevlisinin yaptığı iş ile ilgisi olmayan eylemlerin varlığı halinde ise bu eylemden memurun kişisel olarak sorumlu tutulacağı, bu nedenle açılacak davaların da ancak adli yargıda ve kamu görevlisi veya memur aleyhine açılabileceği*" tespitinde bulunmuştur. Burada kamu görevlisi hekimlerin suç niteliğindeki davranışlarını, kötü niyetli davranışlarını, ağır kusurunu da "gözetim ve iyi eleman seçme yükümlülüğünün ihlali" nedeniyle hizmet kusuru olarak nitelendirmiş, idarenin hizmet kusurundan dolayı idarî yargıda idareye karşı dava açılacağını belirtmişti. Kamu görevlisi hekimin hizmet içindeki suç niteliğindeki davranışları, kötü niyetli davranışları, ağır kusuru artık kişisel kusur sayılıp adli yargıda dava konusu edilemeyecek, hizmet içi kişisel kusur olması nedeniyle yine idare zarardan sorumlu olacak; ancak kamu görevlisi hekimin kişisel kusuru oranında onlara rücu edebilecekti. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bu kararından sonra 2014 yılında ise Yargıtay ağır kusur, kasti kusur, suç işlenmesi gibi durumların varlığı halinde kamu görevlisinin kişisel kusurunun varlığı nedeniyle adli yargıda dava açılması yönünde karar vermişti. Bu karara göre: "*...memur veya kamu görevlisinin tamamen kendi iradesi ile kasten ya da yasalardaki açık hükümler dışına çıkarak ve bunlara aykırı olarak suç sayılan eylemiyle verdiği zararlarda eylem ile kamu görevinin yürütülmesi arasında objektif bir illiyet bağının varlığından söz edilemez. Bu gibi hallerin 657 sayılı Kanunu'nun 13. maddesinin hukuksal alanı dışında tutulduğunda şüphe olmamalıdır…Anayasa'nın 129/5. maddesi ile 657 sayılı Kanunu'nun 13/1.maddesi gereğince memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken kusurlu eylemleri nedeniyle oluşan zararlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve yasada gösterilen biçim ve koşullara uygun olarak idare aleyhine açılabilir. İdare aleyhine böyle bir davanın açılabilmesi, hizmet kusurundan kaynaklanmış, idarî işlem ve eylem niteliğini yitirmemiş davranışlar ile sınırlıdır. Kamu görevlisinin, özellikle haksız eylemlerde, Anayasa ve özel yasalardaki bu güvenceden yararlanma olanağı bulunmamaktadır…hakaret ettiği ileri sürülmekte olup, bu olay nedeniyle davacı kişilik haklarının zedelendiğini ileri sürerek manevi tazminat isteminde bulunmaktadır. Davacının istemini dayandırdığı bu maddi olgulardan,*

[119] YHGK, E.2011/4-592, K.2012/25, K.T.01.02.2012.

davalının salt kişisel kusuruna dayanıldığı anlaşılmaktadır. Anayasanın 129/5. maddesi gereğince memurların ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken meydana gelen zararlara ilişkin davaların idare aleyhine açılabilmesi için eylemin hizmet kusurundan kaynaklanmış olması koşuluna bağlı bulunmasına; dava dilekçesinde sıralanan maddi olguların davalının salt kişisel kusuruna dayanıldığını göstermesi karşısında davanın adli yargı yerinde çözümlenmesi gerekir…" Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E.2013/4-1601, K.2014/681, K.T.21.05.2014. YHGK, son zamanlarda yine eski içtihatlarına dönmüştür. "*…kamu görevlisinin hizmet içinde veya hizmetle ilgili olmak üzere tutum ve davranışının suç oluşturması ya da hizmeti yürütürken ağır kusur işlemesi veya düşmanlık, siyasal kin gibi kötüniyetle bir kişiye zarar vermesi halinde dahi bu durum, aynı zamanda yönetimin gözetim ve iyi eleman seçme yükümlülüğünü yerine getirmemesi sebebiyle hizmet kusuru da sayılmalı ve bu sebeple açılacak dava idareye yöneltilmelidir…*" ifadeleri ile yine hekimlerin hizmet içindeki suç niteliğindeki davranışları, kötü niyetli davranışları ve ağır kusurlarının varlığı halinde idarenin hizmet kusurundan dolayı sorumlu olacağını belirtmiştir.

Son zamanlarda verdikleri kararlar ile Danıştay ve Yargıtay, hizmet içinde veya hizmet ile bağlı olan suç niteliğindeki davranışları, kötü niyetli davranışları ve ağır kusurlarının varlığı halinde kamu görevlisi hekimlere karşı adli yargıda dava açılmasını kabul etmediklerini, bu hallerin idarenin gözetim ve denetim yükümlülüğü kapsamında görev kusuru niteliğinde hizmet kusuru olarak sayılmasının uygun olduğunu ve idareye karşı idarî yargıda dava açılması gerektiğini belirtmektedir. Doktrinde de tıbbi müdahalelerinden doğan zarar nedeniyle kamu görevlisi hekimlere doğrudan dava açılamayacağı, öncelikle idareye karşı idarî yargıda dava açılacağını, idarenin de zararı tazmin ettikten sonra kusuru oranında kamu görevlisi hekime rücu edeceği savunulmaktadır[120]

2.5.2.5.İdarenin kusursuz sorumluluğu

Sosyal devlet ilkesinin gelişimiyle birlikte, idarenin sorumluluğunun, sadece kusura dayanan sorumluluktan ibaret olmayıp kusursuz sorumluluğu da kapsadığı yönünde bir eğilim bulunmaktadır. Böylece idarenin eylem ve işlemleri nedeniyle

[120] Kamiloğlu, E. (2013). İdarenin sorumluluğunda hizmet kusuru-kişisel kusur ayrımı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 85-88.

kusurlu olmaksızın salt idarî davranışın tehlikeli olmasından kaynaklanan nedenlerle doğan zararlardan sorumlu olması benimsenmiştir. Aslında kusursuz sorumluluk, idarenin sorumluluğunda istisnayı teşkil etmektedir. Bir başka ifadeyle, kusur sorumluluğu yani hizmet kusuru asıl, kusursuz sorumluluk ise istisnadır. Kusursuz sorumluluk, bir kusura bağlı olmaksızın, idarî işlem veya eylemlerden doğan zararlardan idarenin sorumlu tutulmasıdır. İdare hukukunda, kusursuz sorumluluk içtihatlarla geliştirilmiştir. Kusursuz sorumluluk, olayın meydana gelmesinde kusuru bulunmamasına rağmen, idarenin eylemi ile zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmak şartıyla, meydana gelen zarardan sorumlu olmasıdır.

Kişilere sunulan sağlık hizmetleriyle alakalı tıbbi hatalardan kaynaklı idarenin sorumluluğunun esasen kusur sorumluluğu olduğu kabul edilmektedir. Bunun yanında öğretide sağlık hizmetlerinde de kusursuz sorumluluk ilkesinin de bazı durumlarda uygulanabileceği kabul edilmektedir. Tıbbın ve hekimliğin gerekleri yerine getirilmiş ve idare tarafından mümkün olan önlemleri alınmış olmasına rağmen risk taşıyan alanlarda (akıl hastaların bakımı, nükleer tıp vb.) illiyet bağı kurulabilen zararların tanziminde ağır kusur aramak yerine kusursuz sorumluluğun uygulanması gerektiği kabul görmektedir. Sağlık hizmetlerinde hizmetin niteliği gereği belli oranlarda risk kaçınılmaz olsa da olağan risklerin dışında istisnai, olağanüstü riskli durumlar da ortaya çıkabilecektir. Bilhassa idare olası tüm tedbirleri almış, tıbbi standartlar doğrultusunda hareket etmişse bile riskli, yeni denenen tedavi yöntemleri veya ilaçlar, nükleer tıp uygulamaları, beyin ameliyatları, akıl hastalarının bakımı ve korunması, kan ürünleriyle hastalıkların bulaşması, tehlikeli tıbbi cihazların kullanımı, koruyucu sağlık hizmetleri (kişiye yönelik aşı vb.) gibi risk ilkesinin uygulanabileceği durumlarla karşılaşılabilecektir. Bu durumlarda idarenin kusursuz sorumluluğu çerçevesinde hareket edilmesi gerekir[121]. Öğretide, kusursuz sorumluluğa temel olan risk ilkesi ile kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinden söz edilmektedir[122].

Güran'a göre; sağlık hizmetinden kaynaklanan idari sorumlukta idarenin kusursuz sorunluluk esasları benimsenmeye başlanmaktadır. *"Elli birtakım doğal mesleki riskler taşıdığından, idareyi sorumlu tutmak için ağır kusurun arandığı faaliyetlerde, sorumluluğun, kusursuz sorumluluk kuramına, özellikle de 'risk/sosyal risk' ilkesine*

[121] Güran, S. (1982). Hekimin faaliyetlerinden devletin sorumluluğu, Danıştay Dergisi, 12(46-47), s 22; Çağlayan, R. (2007). Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu, Ankara, 2007, s. 271-286.
[122] Çağlayan, 2007, **a.g.k.,** 255.

kaydırılması artık kaçınılmazdır. İdarenin, mümkün olan önlemleri almış, tıp bilimi ve mesleği kurallarına uygun davranılmış 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. İdarenin tıbbi faaliyetleri alanında da alelade kusur ve ağır kusur sorumluluğu yanında, kendisi ve ajanı hekimin yaptıkları hakkında herhangi bir kıymet hükmü verilmeden salt illiyet bağı ile çözümlenen kusursuz sorumluluğu şeklindeki üçlü sorumluluk düzeni içtihadın koyacağı esaslar, yapacağı ayrımlar ve çizeceği sınırlar içinde geliştirilip işletilmelidir." [123]

Aşçıoğlu da, sağlık kamu hizmetinden kaynaklanan davalarda kusursuz sorumluluk ilkesinin geçerli olması gerektiği görüşündedir: *"...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 hükmedilmesi hakkaniyete ve adalet ilkelerine uygun olacaktır."* [124]

Danıştay sağlık alanında riskin yüksek olması nedeniyle kusursuz sorumluluğun kabul edilemeyeceği görüşündedir. Bu görüşe göre *"Yapısında risk oranı yüksek sağlık hizmetleri nedeniyle idarenin hukuki sorumluluğunun kabulü ise, yürütülen hizmetin niteliği itibarıyla ancak hizmetin kusurlu işletildiğinin açık bir hizmet kusurunun bulunduğunun saptanması halinde mümkündür."* [125]Danıştay, sağlık hizmetlerinden kaynaklanan zararlarda hizmet kusuru çerçevesinde idareye atfedilebilir bir kusur yoksa kusursuz sorumluluk yoluna gidilemeyeceğini düşünmektedir. Bu yöndeki bir karara göre; *"'Sol kalçadan yapılan enjeksiyon sonrasında davacının sol bacağında meydana gelen hasar nedeniyle enjeksiyon yapılma talimatı veren hekim ve enjeksiyonu uygulayan sağlık personelinin kusuru bulunmadığı, meydana gelen durumun enjeksiyon uygulamalarının beklenebilir komplikasyonu olarak değerlendirilmesi nedeniyle olayda davalı idarenin hizmet kusuru bulunmadığı, bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan*

[123] Güran, 1982, **a.g.k.,** 21-22.
[124] Aşçıoğlu, Ç. (1993). Tıbbi Yardım ve el atmalardan doğan sorumluluklar, doktorların devletin ve özel hastanelerin sorumluluğu (cezai ve hukuki), Ankara; Tekışık Ofset Tesisler, .111.
[125] Danıştay 10. D, 23.01.1986, 2696/73.

sağlık hizmetinden yararlananın zarara uğraması halinde, bu zararın tazmininin ancak idarenin hizmet kusurunun varlığı halinde mümkün olabileceği, bu nedenle kusursuz sorumluluk ilkesinden hareketle davacının maddi ve manevi tazminat isteminin kabulü yolunda verilen idare mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.'"[126] Danıştay'ın idarenin kusursuz sorumluluğunu kabul etmediği başka bir kararında da "Danıştayın 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."[127] şeklinde görüş bildirilmiştir. 2014 yılındaki içtihat değişikliğinden sonra Danıştay, söz konusu ağır hizmet kusuru şartını, tıbbi müdahale ve operasyonlar kapsamında değerlendirilmeyen, birtakım bakım, gözetim ve yan müdahalelerin hiç veya gereği gibi yapılmaması dolayısıyla oluşan zararlarda aramamakta, bu zararların idarece tazmin edilebilmesi için basit hizmet kusurunun varlığını yeterli kabul etmektedir. Danıştay, söz konusu kararlarında, tedavi hizmetlerinin diğer sağlık hizmetlerinden farklı tutulması gerektiğini belirterek bu tür sağlık hizmetinde "açık ve belirgin kusur" şeklinde farklı bir kriter öngörmüştür.[128]

Danıştay'ın, idarenin kusura dayanmayan tazmin sorumluluğunun esaslarını sosyal hukuk devleti ilkesi, eşitlik ve adalet, hakkaniyet ve nesafet, "risk"[129] "fedakârlığın denkleştirilmesi" ilkelerine dayandırarak, söz konusu ilkelerin bir gereği olduğuna hükmettiği kararları da bulunmaktadır.

Kan ürünleriyle ilgili olarak yapılan müdahalede ortaya çıkan zararın kullanılan kan ürünlerinden kaynaklanması durumunda idarenin tehlikeli faaliyeti sebebiyle kusursuz sorumluluğunun olduğu kabul edilmektedir. Kan yoluyla bulaşan AİDS bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Tıbbi müdahale sonucunda hastaya AIDS bulaşması

[126] Danıştay 15. D. E. 2015/9957, K. 2016/3880, K.T. 30.05.2016
[127] D15D, E.2015/3646 K.2015/5732 KT. 8.10.2015.
[128] Akgül, A. (2016). İdarenin sağlık hizmetlerinden doğan tazmin sorumluluğu ve Danıştay'ın yeni yaklaşımı, GÜHFD, 20(1), 281.
[129] "İdare, kamu hizmetinin ifası sırasında fertlere verdiği bu çeşit zararları idare hukukunda risk nazariyesi adı altında ifade edilen prensip gereğince tazminle mükelleftir.". D12D, E.1969/3328, K.1971/2770, K.T.30.11.1971

kusursuz sorumluluk kapsamında değerlendirilmektedir[130]. Danıştay, idarenin hastalardan kan alınmasının tehlikeli olmasının yanında işlemlerin yapılması için kullanılan tehlikeli araç ile gereçlerin de zarara uğratabileceğini dolayısı ile bu durumda idarenin faaliyetinin kusurlu yürütülüp yürütülmediğine bakmadan sorumlu tutulabileceği belirtilmiştir. Dava konusu olayda, Hepatit C virüsü taşıyan hastadan kan alırken hastanın görev yapan kişinin üzerine düşmesi sonucunda kan almak için kullandığı iğne ucunun vücuduna batması ve bunun sonucunda da kendisinin de Hepatit C olmasıyla görevlinin zarara uğradığı ve bu zararın da idareden karşılaması gerektiği belirtilerek yerinde bir karar verilmiştir[131]. Sözleşmeli olarak görev yapan hemşirenin, bir hastadan kan alımı sırasında enjektör ucu ile kolundan yaralanarak Kırım Kongo kanamalı ateşi hastalığından vefatıyla ilgili bir Danıştay kararında, *"İdari hizmetlerin kuruluş ve işleyişindeki mevcut kusurlardan dolayı meydana gelen zararların, idarece tazmini gerektiği açıktır. Ayrıca, kamu hizmetlerinin görülmesi sırasında, bir görevle ilgili olarak genel külfetler dışında fertlere verilen zararların, eylem ile sonuç arasında nedensellik bağının bulunması koşuluyla, kusursuz sorumluluk esaslarına göre hizmetin sahibi idarelerce tazmin edilmesi de gerekmektedir. Başka bir anlatımla, idare, yürüttüğü hizmetin doğrudan sonucu olan, nedensellik bağı kurulabilen, özel ve olağanüstü zararları kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca tazminle yükümlüdür."*[132] denilerek idarenin kusursuz sorumluluğu kabul edilmiştir.

İdarenin kusursuz sorumluluğuna ilişkin başka bir Danıştay kararına göre "*İdari hizmetin içinde ve hizmetin görülmesi sırasında aniden ortaya çıkan ve aniden ortaya çıktığı için de önlenemeyen olayları ifade eden beklenmeyen haller, aynı zamanda idarenin iradesi dışında, önceden bilinmesi olanağı bulunmayan bir olay biçiminde ortaya çıkmaktadır. Dolaysıyla hizmetin içinde meydana gelen olay sebebiyle fiilin idareye 'atıf ve isnat kabiliyeti' devam ettiğinden, idarenin kusura dayalı sorumluluğu kalksa da kusursuz sorumluluğu devam etmektedir. Bu nedenle beklenmeyen haller nedeniyle ortaya çıkan zararların idarenin kusursuz sorumluluğu kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Davacıların çocuğunun, ameliyat sırasında, ameliyat masasındaki ısıtıcı cihazın arızalanarak fazla ısınması nedeniyle, çocuğun vücudunda yanma meydana gelmesinin, beklenmeyen bir durum olduğu açıktır. Buna göre idare*

[130] Gözler, K. ve Kaplan, G. (2018). İdare Hukuku Dersleri, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 698.
[131] Danıştay 15. D. E. 2016/8172, K. 2017/7132, K.T. 30.11.2017; Danıştay 15. D. E. 2015/6230, K. 2017/7584, K.T. 19.12.2017.
[132] D15D, E.2015/6230 K.2017/7584 KT.19.12.2017.

mahkemesince, dava konusu olayda zararın kusursuz sorumluluk ilkesine göre tazminine karar verilmesi gerekirken, zararın hizmet kusuru ilkesine göre tazmini gerektiği yolunda karar verilmesi yerinde olmamakla birlikte, maddi ve manevi tazminat isteminin kabulüne ilişkin kararda, sonucu itibarıyla hukuki isabetsizlik bulunmamaktadır."[133] hükmü yer almaktadır.

Akgül[134], Danıştay'ın, kusursuz sorumluluğun uygulanabileceği bir uyuşmazlıkta, davanın kabulü yönünde verilen kararı yerinde olmayarak bozduğunu haklı olarak ifade etmiştir. Yazara göre, "Davacıların çocuğuna Sağlık Ocağında uygulanan oral polio aşısı (OPV) nedeniyle oluşan çocuk felci sonucu uğranıldığı ileri sürülen zararın tazmini istemiyle açılan davada, İdare Mahkemesi'nce; idarenin sağlık hizmetini yürüten personelinin görevi sırasında yaptığı oral polio aşısına bağlı olarak davacının çocuk felci olmasında idarenin hizmet kusuru saptanamamakla birlikte, zarar ile idarenin eylemi arasında nedensellik bağının bulunması sebebiyle ve kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince davacılar zararının idarece tazmini gerektiği gerekçesiyle maddi ve manevi tazminat talebinin kabulüne karar verilmiştir." Yüksek Mahkeme ise, *"bünyesinde risk barındıran sağlık hizmetlerinin sunucusu olan davalı idarenin, koruyucu sağlık hizmetleri kapsamında gerçekleştirdiği aşıdan kaynaklanan komplikasyonda, idarenin hizmet kusuru bulunmadığı Adli Tıp Kurumunca belirtildiğinden, davalı idarenin tıp kurallarına uygun olarak yürüttüğü tespit edilen hizmetten dolayı maddi ve manevi tazminata mahkûm edilmesi mümkün değildir."* gerekçesiyle idare mahkemesi kararının bozulmasına karar vermiştir[135]. Oysaki, temyiz kararında hükme esas alınan Adli Tıp Kurumu raporunda, *"Sağlık Ocağında uygulandığı bildirilen oral polio aşısı sonrası gelişen bulguların 'aşıya bağlı paralitik poliomyelit' ile uyumlu olduğu, aşı sonrası ortaya çıkan komplikasyon olarak değerlendirildiği"* şeklinde ifade edilmektedir. Bu nedenle rapor dikkate alındığında, zarara uğrayan hasta ile sağlık ocağından alınan sağlık hizmeti arasında illiyet bağı kurulması nedeniyle idarenin kusursuz sorumluluğa dayalı olarak tazminata hükmedilmesi gerekirdi.

2.5.3. Tam yargı davası

2.5.3.1.Genel olarak

[133] D10D, E.2004/9232, K.2007/2720, KT.18.05.2007.
[134] Akgül, 2016, **a.k.g.,** 286-287.
[135] Danıştay 15. D. 25.06.2015, E:2014/8633, K:2015/4625.

Tam yargı davası ile idare hukuku bakımından ihlal edilen bir hakkın yerine getirilmesi veya kişilerin uğradığı zararın tazmin edilmesi istenmektedir. Doktrinde, tam yargı davaları, kişilerin ihlal edilen haklarının yerine getirilmesine veya uğradıkları zararlarının giderilmesine yönelik davalar olarak tanımlanmaktadır[136]. Bir başka tanıma göre tam yargı davaları: *"İdari nitelikteki işlem ve eylemlerden kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan ve idarenin, Kamu Hukuku kurallarına göre olan sorumluluğunu gündeme getirerek, doğan zararın tazminine veya hakkın geri verilmesine mahkûm edilmesi isteklerini konu edinen idarî davalardır."* [137]. Tam yargı davalarında zarar gören kişisel hakkın tazminine yönelik olmasıdır. Bu özellik iptal davaları ile tam yargı davaları birbirinden ayırmaktadır. İptal davalarında fiillerin hukuka uygun olup olmaması irdelenirken ve dava sonucunda iptal edilen işlemlerden herkes yararlanmaktadır. Tam yargı davalarında ise bu durum sadece davanın tarafları açısından sonuç doğurmaktadır.

Danıştay, tam yargı davalarını, idarenin faaliyetlerinden dolayı, hakları zarara uğrayanlar tarafından idare aleyhine açılan tazminat davaları şeklinde tanımlayarak, tam yargı davalarında mahkeme tarafından hem zarara sebebiyet veren eylem veya işlemin hem de ortaya çıkabilecek hukuki sonuçların tespit edileceğini[138]; ayrıca tam yargı davalarının idarenin denetlenmesinde bir araç olduğunu ifade ederek bu şekilde olayın meydana gelişi ve zararın araştırılarak idarenin hizmet kusurunun bulunup bulunmadığının tespit edileceği; hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluğa başvurulup başvurulamayacağı araştırılarak tazminat ödenip ödenmeyeceği belirleneceğini belirtmiştir[139].

Sağlık hizmeti yararlanırken doktorların tıbbi müdahalesi sonucunda kişisel hakları ihlal edilen ve bu anlamda zarara uğrayan bireyin idareye açacağı dava tam yargı davasıdır[140]. Buradan tıbbi müdahale sonucunda zarara uğrayan bireylerin idareye karşı tam yargı davası açarak zararını idareden tazmin edebilmesi anlamı çıkmaktadır.

---

[136] Gözübüyük, A.Şeref/Tan, Turgut, İdare Hukuku-İdari Yargılama Hukuku, Cilt:2, Ankara, 1999, s. 611; Onar, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt III. İstanbul, 1966, s. 1769

[137] Candan, Turgut, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Ankara, 2005, s.157.

[138] Danıştay 15. D. E. 2013/3732, K. 2014/137, K.T. 23. 01. 2014.

[139] Danıştay 15. D. E.2014/335, K. 2017/45, K. T. 09.01.2017.

[140] Çınarlı, Serkan/Teyin, Aslıhan/Meral, Orhan, "Tıbbi Uygulama Hatalarından Kaynaklanan İdari Yargı Tam Yargı Davalarında İş Gücü Kaybının Değerlendirilmesinde Danıştay Kararlarının İncelemesi". H. Hakeri ve C. Doğan (Editörler). I. Uluslararası Katılımlı Ulusal Tıp Hukuku Kongresi (Vaka Tartışmalı). İstanbul, 2016, s. 87; Akgül, s.272-273.

Danıştay'ın sağlık hizmetlerinden doğan zararın giderilmesine yönelik açılan tam yargı davasına ilişkin bir kararı son derece açıklayıcıdır. Bu karara göre: *"Anayasanın 125. maddesinin son fıkrasında, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2/1-b maddesinde ise, idarî eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları, idarî dava türleri arasında sayılmıştır. İdarenin hukuki sorumluluğu, kamusal faaliyetler sonucunda, idare ile yönetilenler arasında yönetilenler zararına bozulan ekonomik dengenin yeniden kurulmasını, idarî etkinliklerden dolayı bireylerin uğradığı zararın idarece tazmin edilmesini sağlayan bir hukuksal kurumdur. Bu kurum, kamusal faaliyetler nedeniyle yönetilenlerin malvarlığında ortaya çıkan eksilmelerin ya da çoğalma olanağından yoksunluğun giderilebilmesi, karşılanabilmesi için aranılan koşulları, uygulanması gereken kural ve ilkeleri içine almaktadır. İdarenin hukuki sorumluluğu, kişilere lütuf ve atıfet duygularıyla belli miktarda para ödenmesini öngören bir prensip olmayıp; demokratik toplum düzeninde biçimlenen idare-birey ilişkisinin doğurduğu hukuki bir sonuçtur. İdari yargı da bu anlayış doğrultusunda, idare hukukunun ilke ve kurallarını uygulamak suretiyle, idarenin hukuki sorumluluk alanını ve sebeplerini içtihadıyla saptamak zorundadır. Genel anlamı ile tam yargı davaları, idarenin faaliyetlerinden ötürü, hakları zarara uğrayanlar tarafından idare aleyhine açılan tazminat davalarıdır. Bu tür davalarda mahkeme, hem olayın maddi yönünü, yani zararı doğuran işlem ve eylemleri, hem de bundan çıkabilecek hukuki sonuçları tespit edecektir. İdari faaliyetten zarar gören kişi, faaliyetin ilişkili olduğu kamu hizmetinden yararlanan durumunda veya faaliyetin içinde, kamu hizmetinin görülmesine katılan bir kişi olabileceği gibi; idarî faaliyetle, kamu hizmeti ile hiçbir yönden ilişkisi olmayan üçüncü bir kişi de olabilir." "İdare kural olarak, yürüttüğü kamu hizmetiyle nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlü olup; idarî eylem ve/veya işlemlerden doğan zararlar, idare hukuku kuralları çerçevesinde, hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk ilkeleri gereği tazmin edilmektedir." "Tam yargı davalarında, öncelikle zarara yol açtığı öne sürülen idarî işlem veya eylemin hukuka uygunluğunun denetlenmesi esas alındığından, olayın oluşumu ve zararın niteliği irdelenip, idarenin hizmet kusuru olup olmadığının araştırılması, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkelerinin uygulanıp uygulanmayacağının incelenmesi, tazminata hükmedilirken de her halde sorumluluk sebebinin açıkça belirtilmesi gerekmektedir. İdarenin hizmet kusuru*

nedeniyle sorumluluğu, idarece yürütülen hizmetin kuruluşunda, düzenlenmesinde ve işleyişinde ortaya çıkan her türlü bozukluk, aksaklık ve eksikliktir. Bu bağlamda hizmet kusuru, özel hukuktaki anlamından uzaklaşarak nesnelleşen, anonim bir niteliğe sahip, bağımsız karakteri olan bir kusurdur. Hizmet kusurundan dolayı sorumluluk, idarenin sorumluluğunun doğrudan doğruya ve asli nedenini oluşturmaktadır. Dava dosyasının incelenmesinden; diz kapağı bölgesindeki ağrılar nedeniyle 18.1.2000 tarihinde davalı idareye ait hastaneye başvuran davacının, 7.2.2000 tarihinde yapılan menisküs ameliyatı sonrasında, 2.3.2000 tarihinde taburcu edildiği; ağrılarının geçmemesi üzerine 3.5.2000 tarihinde tekrar hastaneye başvurduğu; 23.5.2000 tarihinde kıkırdak transferi ameliyatı gerçekleştirildiği ve 5.7.2000 tarihinde ikinci kez taburcu edildiği; buna rağmen davacının sağlık durumunda olumlu yönde gelişme olmaması üzerine, 3. kez hastaneye başvurusu üzerine, 20.10.2000 tarihinde MR tahlili yapıldığı; diğer taraftan, 9.11.2000 tarihinde biyopsi alınması sonucunda davacıya kanser teşhisi konulup, 2.12.2000 tarihinde kemoterapi tedavisine başlanıldığı; 20.3.2001 tarihinde de sol ayağının diz kapağı üzerinden kesildiği; teşhis ve tedavide tıbbi eksiklik ve ihmal sonucu davalı idarenin hizmet kusurunun bulunduğu ileri sürülerek bakılmakta olan davanın açıldığı; Mahkemenin 21.11.2003 tarihli ara kararı ile bilirkişi incelemesi yaptırılması için dosyanın Adli Tıp Kurumuna gönderildiği; Adli Tıp Kurumu Başkanlığı'nın 20.2.2004 tarih ve 516 sayılı yazısıyla hastaya ait grafilerin, yapılan biyopsi ve geçirdiği tüm operasyonlara ait patoloji blok ve preparatların temin edilerek gönderilmesinin istendiği; 11.10.2005 tarihli ara kararıyla, Mahkemenin önceki ara kararları üzerine davalı idarece, hasta dosyasının hastaya verilmiş olması nedeniyle mevcut olmadığının bildirildiği; davacının da hasta dosyasını temin edemediği, ancak kayıtlardan yenilenen belgelerin eksikliği belirtilen ilgili evrak ve dokümanların temini için yapılan ara karar üzerine ibraz edilen belge ve preparatlarla birlikte dosyadaki iddia ve savunmalar dikkate alınarak bilirkişi incelemesi yaptırılmak üzere 2. kez Adli Tıp Kurumu Başkanlığına gönderildiği; Adli Tıp Kurumu Başkanlığı'nın 22.3.2006 tarih ve 1221 sayılı yazısında özetle, uyuşmazlığın çözümü için gerekli olan belgelerin istenilmesine rağmen taraflarca temin edilemediği, mevcut tıbbi belgelere göre davacının geçirdiği operasyonların sedimantasyon ve X-raylerin normal olduğunun, ancak grafiler temin edilip gönderilmediği için yapılan bu operasyonların endikasyonları (gerekliliği) ve tanı açısından görüş bildirilemeyeceğinin ifade edildiği; öte yandan, dava dosyasında bulunan 4.6.2003 tarihli Hastane Müdürü tarafından

düzenlenen belgeden, davacıya ait hasta dosyasının 13.12.2002 tarihinde hastane arşivinden ilgili bölümce istenildiği ve daha sonra iade edilmediği anlaşılmaktadır." "Tam yargı davalarında yargı yeri, hem olayın maddi yönünü, yani zararı doğuran fiilleri, hem de bundan çıkması muhtemel hukuki sonuçları tespit etmelidir. Tam yargı davalarında yargı yerlerinin, araştırma, inceleme ve hüküm verme yetkisi, bu yönüyle iptal davasına göre çok daha geniştir. Bu durumda, davacıya 3 kez tıbbi müdahale uygulanmasına karşın, hastaya ait grafilerin gerekli şekilde muhafaza edilmemesi ve hastaya ait dosyanın kaybedilmesinin, sağlık hizmetinin işletilmesine ilişkin ağır hizmet kusuru teşkil ettiği; diğer taraftan, idarece tıbbi kayıt ve belgelerin ibraz edilememesinin, meydana gelen zarar nedeniyle idarenin sorumluluğunun bulunup bulunmadığının yargısal denetimini de engellediği açık olduğundan maddi tazminatın reddedilmesinde hukuka aykırılık bulunmamakta ise de, oluşan bu durum sonucu meydana gelen manevi zararın idarece tazmini yolunda karar verilmesi gerekirken; davanın, manevi tazminat istemine ilişkin kısmının da reddine karar verilmesinde hukuki isabet bulunmamaktadır."[141] hükmü yer almaktadır.

Sağlık hizmetlerinden kaynaklı davaların büyük bir kısmı hizmet esnasındaki hatalı eylemlerden kaynaklanmaktadır. Bu nedenledir ki Danıştay kararlarında sağlık hizmetlerinden kaynaklanan zararların tazmini için eylemin idarîliğinin saptanması önem arz etmektedir. Danıştay kararlarında "tam yargı davasının açılabilmesi için eylemin idarîliğinin ve yol açtığı zararın ortaya çıkması zorunludur." *"Meydana gelen zararın idarenin eylemi ya da eylemsizliğinden kaynaklandığının yani eylemin idarîliğinin ortaya çıkmasını (...) Bu itibarla, zarar doğurucu eylemin ne olduğunu ve idareye atfedilebilir (eylemin idarîliği) olduğunu, 18.09.2008 tarihi itibariyle öğrendiğinin, dolayısıyla bu tarihten itibaren 2577 sayılı Kanunun 13. maddesi uyarınca 1 yıllık sürenin bu tarihte başladığının kabulü gerekmektedir."* [142] Yine Danıştay'ın başka bir kararına göre *"Bu itibarla; ancak, zararın varlığı, niteliği ve esaslı unsurları hakkında bir dava açmaya, o davayı ciddi ve objektif bir şekilde desteklemeye, gerekçelerini göstermeye elverişli yeterli hal ve şartların öğrenilmesi halinde zararın öğrenilmiş sayılacağının kabulü gerekmektedir."* [143] hükmü yer almaktadır.

[141] Danıştay 10.Daire, 29.04.2008, Esas No: 2007/3301, Karar No: 2008/2939.
[142] Danıştay 15. D. E. 2015/1115, K. 2015/5043, K.T. 10.09.2015
[143] Danıştay 10. D. E. 2019/6393, K. 2019/3354, K.T. 29.04.2019.

2.5.3.2.Tam yargı davasının şartları

İYUK'un 2/b. maddesine göre, tam yargı davası, idarî eylem veya işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan zarara uğramış olanlar tarafından açılabilecektir. O halde tam yargı davasında kişisel bir hakkın zarara uğraması gerekmektedir.

Danıştay'ın verdiği bir karara göre[144], "bir idarî işlem veya bir idarî sözleşmenin uygulanması durumunda olmayan, idarenin her türlü faaliyetlerinden veya hareketsiz kalmasından, araçlarının kullanımından, taşınır ve taşınmaz mallarının veya tesislerinin işletilmesinden dolayı oluşan zararlar idarî eylem sonucu oluşan zarar ve buna yol açan eylemler de idari eylem kavramı içerisinde kabul edilmektedir." Sağlık hizmetlerindeki tıbbi uygulama hataları, idarî eylem niteliğinde olduğu için tıbbi hata neticesinde zarar görenlerin idare aleyhine tam yargı davası açması gerekecektir. Ancak belirtmek gerekir ki, sağlık hizmetlerinden doğan tam yargı davaları çoğunlukla idarî eylemlerden (tıbbi müdahaleler vb.) kaynaklanmakta ise de bazen de oluşan zararın giderilmesine yönelik dava idarî işlemlerden (hatalı sağlık raporu vb.) de kaynaklanabilmektedir.

İdari merci tecavüzü, dava açılmadan önce idareye zorunlu başvuru öngörülen hallerde idareye başvurmadan dava açılması yoluna gidilmesidir[145]. İdari fiil ve eylemlerden dolayı oluşan zararlar sebebiyle açılan tam yargı davalarında bireylerin dava açmadan önce başvuru yaparak idareden ön karar alması gerekmektedir. İYUK'un 13. maddesine göre, zarara uğrayan kişilerin dava açmadan önce idareye başvurarak ön karar alması zorunludur. Bu maddeye göre "İdari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idarî dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka süretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gereklidir. Bu

[144] "Anayasa'nın 125. maddesinin 1. fıkrasında, "'idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu belirtildikten sonra, son fıkrasında; idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır. Bir idarî işlem veya bir idarî sözleşmenin uygulanması durumunda olmayan, idarenin her türlü faaliyetlerinden veya hareketsiz kalmasından, araçlarının kullanımından, taşınır ve taşınmaz mallarının veya tesislerinin işletilmesinden dolayı oluşan zararları idarî eylem sonucu oluşan zarar ve buna yol açan eylemi de sonuç olarak idarî eylem kavramı içerisinde kabul etmek gerekir. Olayda davacıların, depremde yakınlarını kaybetmeleri nedeniyle uğradıklarını ileri sürdükleri manevi zararı, davalı idarenin deprem sonrasında yapması gereken kurtarma faaliyetlerinin ve koordinasyon çalışmalarının yetersizliğine dayandırdıkları, dolayısıyla manevi zarar, söz konusu hizmetlerin geç veya hiç işlememesi şeklinde oluşan fiil ve hareketlerle somutlaştığından, bu şekilde oluştuğu ileri sürülen zararın idarî işlemlerden değil, idarî eylemlerden kaynaklandığı sonucuna ulaşılmaktadır. Durum böyle olunca, olayda idarenin hareketsizliği söz konusu olmakta ve böylelikle öğretide de kabul edildiği gibi, idarenin bu hareketsizliğinin "olumsuz eylem" olarak kabulü gerekmektedir.'" Danıştay 11.Daire, T. 30.4.2004 Esas No: 2001/4552 Karar No:2004/2026

[145] Atay, E. E. (2018). İdari Yargılama Hukuku, Ankara; Seçkin Yayıncılık, 146

isteklerin kısmen veya tamamen reddi halinde, bu konudaki işlemin tebliğini izleyen günden itibaren veya istek hakkında otuz gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren, dava süresi içinde dava açılabilir." İYUK m. 13'te sürelerin başlangıcı olarak eylemin öğrenilmesinin yeterli kabul edilmesi sonucu doğuyor gibi gözükse de idarî eylemle idarî eylemden kaynaklanan zararın farklı tarihlerde ortaya çıkma olasılığı bulunduğundan zararı öğrenme tarihi esas alınmalıdır[146]. Nitekim, Danıştay da bu görüştedir[147]. Danıştay[148], *"İdari eylem, idarenin işlevi sırasında bir hareketi, bir olayı, bir tutumu; idarî karar ve işlemle ilgisi olmayan, başka bir deyişle öncesinde, temelinde bir idarî karar veya işlem olmayan salt maddi tasarrufları anlatır. Yasayla öngörülen tam yargı davaları idarî eylem sebebiyle uğranılan zararın tazminini ifade etmektedir. Bu sebeple tam yargı davasının açılabilmesi için eylemin idarîliğinin ve yol açtığı zararın ortaya çıkması zorunludur. Bu itibarla, 2577 Sayılı Kanun'un 13. maddesinde öngörülen sürenin eylemin idarîliğinin ortaya çıktığı tarihten itibaren hesaplanması zorunludur. Aksi yorumun zarara yol açan eylemin idarîliğinin ortaya çıkmasıyla kullanılması mümkün olan dava açma hakkını ortadan kaldıracağı, hak arama özgürlüğüyle bağdaşmayacağı açıktır."* şeklindeki kararıyla, idarî eylem ile zararın öğrenildiği tarihte idareye başvuru süresinin başlaması gerektiğini, aksi takdirde hak arama özgürlüğünün sınırlanacağını ifade etmiştir. Danıştay, başka bir kararında[149] *"...Devlet Hastanesinde 21.11.1987 tarihinde aşırı kanama sonucu öldüğü, ilgili doktor hakkında verilen lüzum-u muhakeme kararı sonucu yapılan ceza yargılamasında, Yüksek Sağlık Şurası kararına dayanılarak, dikkatsizlik ve tedbirsizlik sonucu ölüme sebebiyet vermek suçundan hüküm giyen doktorun olaydaki kusurunun 28.12.1990 tarihli ceza mahkemesi kararıyla öğrenilmesi üzerine 10.09.1991 tarihinde görevsiz yargı yerinde açılan tazminat davasında verilen görev ret kararının 22.10.1993 tarihinde kesinleşmesi üzerine 19.11.1993 tarihinde*

[146] Çağlayan, 2005, **a.g.k.,** s.28.

[147] "Dava konusu olayda tazmini istenilen zarar, davacının vesayet altına alınmasının uygun olacağına ilişkin düzenlenen sağlık kurulu raporlarının usulüne uygun düzenlenmediği ve gerçeği yansıtmadığı iddiasından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla davacının, düzenlenen raporların usulüne uygun olmadığının tam olarak ortaya çıktığı ve zararın kesinleştiği tarihten itibaren 2577 sayılı Yasanın 13. maddesinde öngörülen bir yıllık süre içinde idarî başvuru yoluna gitmesi gerekmektedir. Buna göre, Sulh Hukuk Mahkemesi'ne sunulan ve davacı hakkında vesayet altına alınmasının uygun olacağına ilişkin daha önceden düzenlenen sağlık kurulu raporlarını kusurlandırıcı nitelikte olan 08.10.2014 tarihli Adli Tıp Kurumu tarafından hazırlanmış olan bilirkişi raporunun eylem/eylemsizlik sonucu oluşan zararın tam olarak ortaya çıktığı tarih olarak ele alınması gerekmektedir." Danıştay 15. D. E. 2015/4064, K. 2015/7969, K.T. 24.11.2015

[148] Danıştay 15.D., E.2014/9725, K.2016/128, K.T.21.01.2016.

[149] Danıştay 10.D., E.1996/1707, K.1997/4884, K.T.25.11.1997.

İdare Mahkemesinde açılan bir davada işin esasına girilerek İdare Mahkemesince verilen kararın ölüm ile sonuçlanan idarî eylemlerde, hak ihlalinin ölüm tarihinde öğrenildiğinin kabulü zorunludur." diyerek tıbbi müdahale sonucunda meydana gelen ölüm nedeniyle uğranılan zararın ölüm tarihinde öğrenildiğinin kabul edildiğine açıklık getirmiştir.

İdareye başvuru, her durumda eylemin yapılışının üzerinden beş yıl geçmeden olmalıdır. Bu süre eylemin yapıldığının zarar gören kişi tarafından öğrenilme tarihi değil, eylemin yapılma tarihi esas alınarak hesaplanır. beş yıllık sürenin başlangıcı açıkça "eylem tarihi" şeklinde belirtildiği için herhangi bir yoruma gerek duyulmamaktadır. Ancak, doktrinde, uygulanan tıbbi müdahale neticesinde kişinin zarara uğradığını öğrenmesi yahut zarar doğuran tıbbi müdahalenin yapılmasından itibaren beş yıllık sürenin katı olarak uygulanmasının, hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracağı belirtilmektedir.[150] Nitekim, Danıştay kararlarına göre de beş yıllık sürenin başlangıcı olarak zararın eylemden kaynaklandığı tarihin yani hekimin tıbbi müdahalesi ile meydana gelen zararın arasındaki illiyet bağının dikkate alınmaktadır. Danıştay'ın bu yöndeki bir kararına göre *"...Yasa maddesinde idareye başvuru süresinin, idarî eylemlerden zarar gören kişilerin eylemi öğrendiği tarihten itibaren başlayacağı saptanmış olmaktadır. Zararın henüz ortaya çıkmadığı, çıksa bile öğrenilmediği tarihi süreye başlangıç almanın dava açma süresinin çok kısalmasına yol açacağı ya da dava açma hakkının kullanılmaması sonucunu doğuracağının kabulü gerekmektedir. Bu haliyle başvurma süresinin başlangıcı yalnızca eylem tarihi olarak almak yerine zararın o eylemden kaynaklandığının öğrenildiği tarihi esas almak hakkaniyete daha uygun olacaktır..."* [151]. Aynı yöndeki başka bir kararında da *"...Yasa hükmünde idareye başvuru için öngörülen en geç beş yıllık sürenin, idarî eylemin tamamlandığı ve yol açtığı zararın ortaya çıktığı tarihten itibaren hesaplanması gerekir. Esasen idarî eylemin tamamlandığı ve zararın ortaya çıktığı tarih dikkate alınmadan beş yıllık sürenin hesaplanması bazı hallerde zarar ortaya çıktığında idareye başvuru süresinin dolayısıyla dava açma süresinin geçmiş olması, dava açma hakkının kullanılmaması sonucunu doğuracaktır. Zararın ortaya çıkmasıyla kullanılması mümkün olan dava açma hakkını ortadan kaldırır biçimde süre hesabı yapılmasının hak arama özgürlüğüyle bağdaştırılamayacağı açıktır. Bu itibarla, idareye başvurma ve dava*

[150] Çınarlı, s.320.
[151] Danıştay 10.D., E.2000/3767, K.2001/4722, K.T.11.12.2001

süresinin başlangıcına yalnızca eylem tarihini almak yerine, o zararın o eylemden kaynaklandığının öğrenildiği tarihi esas almak hakkaniyete daha uygun olacaktır…" [152]

Danıştay, *"...İdari yargıda dava açma süresi, idarî muamele ve kararlara bir an evvel istikrar vermek ve bunları uzun zamanlar niza meselesi olmaktan kurtarmak amacını taşımaktadır. Bu sayede Yasa koyucu, sürekli bir biçimde dava açma tehdidi altında kalınmasını engelleyebilmek için idarî işlemlerin, ilgililerince ve belli sürede davaya konu edilebileceğini öngörerek, kamu hizmetinin hızlı ve etkin bir biçimde yürütülebilmesini sağlamak istemiştir. Bu sebeple idarî yargıda, kamu düzenine dair olduğu kabul edilerek re'sen araştırılan dava açma süresi Danıştay içtihatlarına göre de 'hak düşürücü süre' niteliğindedir…"* [153] ve *"...Dava açma süresi hak düşürücü bir süre niteliğindedir. Yani, süresinde kullanılmayan dava hakkı düşmekte ve yargı yolu kapanmaktadır. Bu süre zorlayıcı nedenlerle (mücbir sebeplerle) durmaz ve kesilmez…"* [154] şeklindeki kararlarıyla ön karar alma süresinin ve dava açma süresinin hak düşürücü nitelikte olduğunu belirtmiştir.

İlgililer sağlık hizmetlerinden kaynaklanan zararlarının tazmini için tam yargı davası açmadan önce idareye başvurduklarında kısmen veya tamamen ret kararıyla karşılaşırlarsa, bu işlemin tebliğini izleyen günden itibaren dava açma süresi (60 gün) içinde yargı yoluna başvurabileceklerdir. İdare ilgilinin başvurusuna 60 gün içinde cevap vermediği takdirde zımni olarak başvuru reddedilmiş sayılacak ve bu sürenin bittiği tarihten itibaren dava açma süresi içinde dava açılabilecektir (İYUK m. 13/1) Danıştay'ın ilgili idareye zarar görenin zararın tazmin edilmesi talebi üzerine verdiği cevaptan itibaren dava açma süresinin başladığını belirtiği kararları bulunmaktadır[155]. İdare, 60 günün geçtikten sonra zararın tazmini için başvuran kişiye cevap vermiş olabilir; bu durumda dava açma süresinin tekrar başlayıp başlamayacağı İYUK.m.13'te düzenlenmemiştir; ancak doktrinde bu durum için İYUK.m.10'un uygulanabileceği yani 60 günün ardından idarenin cevap vermesi halinde dava açma süresinin tekrar başlayacağı kabul edilmektedir[156].

---

[152] " Danıştay 10.D., E.2004/2931, K.2006/7287, K.T.20.12.2006.
[153] Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu E.2015/408, K.2015/323, K.T.17.06.2015
[154] Danıştay 7.D., E.1984/1081, K.1984/1385, K.T.09.07.1984
[155] "…2577 Sayılı Kanun'un 13. maddesi uyarınca sürenin başlangıcı olarak Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumunun anılan yazısının davacıya tebliğ edildiği tarihin esas alınması gerekmektedir…" Danıştay 15.D., E.2016/520, K.2016/2503, K.T.11.04.2016.
[156] Çağlayan, 2005, **a.g.k.,** 32-33

İYUK m. 13/2'de idareye başvurunun aranmadığı istisnai bir durum da öngörülmüştür. Bu düzenlemeye göre görevli olmayan adli yargı yerlerinde açılan davaların görev yönünden reddedilmesi üzerine idarî yargıda tam yargı davası açıldığı takdirde idareye başvuru şartı aranmayacaktır. Görevsiz yargı yerine açılmış bulunan davaların görev noktasından reddi halinde, görevsizlik kararının kesinleşmesini izleyen günden itibaren 30 gün içinde görevli mahkemede dava açılabilir (İYUK m. 9/1).

Sağlık hizmetleri açısından bakıldığında; önceden HMK m. 3'te; "Her türlü idarî eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddî ve manevî zararların tazminine ilişkin davalara asliye hukuk mahkemeleri bakar" ifadesi bulunmaktaydı. Ancak bu hükmün Anayasa'nın belirlediği adli-idarî yargı ayırımına aykırılık teşkil ettiği belirtilerek AYM'de iptal davası açılmıştır. AYM, aynı idarî eylem, işlem veya sorumluluk sebebinden kaynaklanan zararların tazminine ilişkin davaların farklı yargı yerlerinde görülmesinde kamu yararı ve haklı neden bulunmadığını belirterek HMK m. 3'ü iptal etmiştir[157]. Dolayısıyla idarenin yürüttüğü sağlık hizmetlerinden kaynaklanan davalarda görevli mahkeme idare mahkemeleridir.

Genel dava açma süresi, özel kanunlarda aksine bir düzenleme bulunmayan hallerde Danıştay ve idare mahkemelerinde 60 gün, vergi mahkemelerinde ise 30 gündür (İYUK m. 7/1). Doktrinde ağırlıklı görüş idarî yargıdaki dava açma süresinin hak düşürücü süre olduğu yönündedir[158]. Danıştay'ın tutumu da idarî yargıdaki dava açma süresinin hak düşürücü süre olduğu yönündedir[159].

Sağlık hizmetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar açısından düşünüldüğünde görevli mahkeme idare mahkemesiyken, yetkili mahkeme dava konusunun idarî işlem veya idarî eylem olmasına göre farklılık arz etmektedir. Buna göre idarî işlem dava konusuysa, idarî işlemi yapan idarî makamın bulunduğu yer idare mahkemesi, idarî eylem söz konusuysa, eylemin yapıldığı yer idare mahkemesi yetkilidir. Örneğin, hatalı sağlık raporu düzenlenmesi gibi idarî işlemlerden kaynaklanan tam yargı davalarında yetkili mahkeme, sağlık raporunu düzenleyen makamın bulunduğu yer idare mahkemesiyken, tıbbi müdahaleler gibi idarî eylemlerden kaynaklanan davalarda yetkili mahkeme ise tıbbi müdahalenin yapıldığı yer idare mahkemesidir.

---

[157] AYM, E. 2011/35, K. 2012/23, K.T. 16.02.2012.
[158] Atay, 2018, **a.g.k.,** 150.
[159] "Dava açma süreleri hak düşürücü süre niteliğindedir ve yasada belirli bir sürenin geçmesi dava hakkını kullanılmaz durumu getirir." Danıştay 6. D. E. 1987/33, K. 1987/942, K.T. 20.10.1987.

Tam yargı davalarında, davalı kural olarak idaredir. Dava, davranışı ile kişinin bir hakkını ihlal eden idareye karşı açılır. Sağlık hizmetlerinden kaynaklanan tam yargı davalarında hasım gösterilecek idare, zarara yol açan faaliyetleri yürüten kamu kurumlarına göre farklılık göstermektedir. 5283 sayılı Bazı Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Ait Sağlık Birimlerinin Sağlık Bakanlığına Devredilmesine Dair Kanun ile birlikte kamu kurum ve kuruluşlarına ait tüm sağlık birimleri Sağlık Bakanlığı'na devredilmiştir. Bu sağlık birimlerinde yürütülen faaliyetlerden kaynaklanan zararların tazmini için açılacak tam yargı davalarında davalı konumunda Sağlık Bakanlığı bulunacaktır. Bakanlıkların Devlet tüzel kişiliğinden ayrı bir tüzel kişiliği olmayıp Devlet tüzel kişiliğinin temsilcisi konumunda davalı olarak yer alabilecektir. Üniversite hastanelerinde yürütülen sağlık hizmetlerinden kaynaklanan tam yargı davalarında ise hasım mevkiinde bulunacak idare, Üniversite Rektörlüğüdür.

Sağlık hizmetlerinden kaynaklanan tam yargı davasının esasa ilişkin koşulları; sağlık hizmeti sunucularının davranışı, kusuru, sağlık hizmetlerinin muhataplarının kişisel haklarının doğrudan ihlâli sonucunda zarar meydana gelmesi ve meydana gelen zararın idarenin ajanı olan sağlık hizmeti sunucularının davranışlarından kaynaklanması bir başka ifadeyle illiyet bağının varlığıdır: "Sağlık hizmetinden yararlanan kişilerin uğramış olduğu zararın tazmin edilebilmesi için idarenin ilgiliye yönelik bir eyleminin (hizmetinin) olması, bu eylemden dolayı zarara uğraması, eylem ile zarar arasında illiyet bağının bulunması, eylemde ve hizmetin yürütülmesinde idarenin hizmet kusurunun bulunması gerekmektedir"[160]. Danıştay'ın yerleşik içtihatlarına göre; "İdarenin tazminle yükümlü tutulması, ancak, 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, idarenin tazminle yükümlü tutulmasına olanak bulunmamaktadır"[161]

Anayasa'nın 40/3, ile 129/5. maddesi, DMK'nın 13. Maddesi ile idarenin kamu görevlisine rücu konusu düzenlenmiştir. Kamu görevlisinin ancak kişisel kusuru ile idarenin kamu görevlisine rücu etmesi mümkündür. Hizmet kusurunun olmasıyla idarenin kamu görevlisine rücu etmesi mümkün olmamaktadır.

[160] Danıştay 15.D. E. 2015/6119, K. 2015/5733, K. T. 08.10.2015
[161] Danıştay 15. D. E. 2015/4315, K. 2016/806, K. T. 11.02.2016

KAYNAKÇA

Akgül A. (2016). İdarenin sağlık hizmetlerinden doğan tazmin sorumluluğu ve danıştayın yeni yaklaşımı, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 20(1), 269-302.

Akyılmaz, B., Sezginer, M. ve Kaya, C. (2018). Türk İdare Hukuku, Yenilenmiş 9. Baskı, Ankara; Savaş Yayınevi.

Akyılmaz, B., Sezginer, M. ve Kaya, C. (2018). Türk İdari Yargılama Hukuku, 1. bs., Ankara.

Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi (1989). C.1, S.24, Ankara.

Arkaz, G. (2020). Sağlık hukukunda hastanın tedaviyi ret hakkı. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: İstanbul Medipol Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Aşçıoğlu, Ç. (1993). Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Doktorların Devletin ve Özel Hastanelerin Sorumluluğu (Cezai ve Hukuki) Ankara.

Atay, E. E. (2018). İdari Yargılama Hukuku, Ankara.

Atay, E. E. (2018). İdare Hukuku, Ankara.

Aydın, N. (2008). Hasta haklarının hukuki boyutu ve korunma yolları, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 22, 1-33.

Bayındır, S. (2007). Sağlık hizmetlerinde idarenin ve hekimlerin sorumluluğu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, *11*(1-2), 551-590.

Candan, T. (2005). Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu. Ankara.

Çağlayan, R. (2005). İdari eylemden doğan tam yargı davalarında dava açma süreleri, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜEHFD), *9*(3-4), 17-33.

Çağlayan, R. (2006). Sağlık hizmetlerinde idarenin kusursuz sorumluluğu. Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erzincan 15-16 Yetkin Yayınları, Ankara.

Çağlayan, R. (2007). Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu, Ankara.

Çınarlı, S. (2013). İdarenin Sağlık Hizmetinin Sunumundan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu, Ankara.

Çınarlı, S., Çelik, S.S. ve Teyin, A. (2016). İdarenin tıbbi uygulama hatalarında sorumluluğuna etkisi bakımından hastanın kusuru, Terazi Hukuk Dergisi, 11(119), 14-35.

Çınarlı, S., Teyin, A. ve Meral, O. (2016). Tıbbi uygulama hatalarından kaynaklanan idari yargı tam yargı davalarında iş gücü kaybının değerlendirilmesinde Danıştay kararlarının incelemesi. H. Hakeri ve C. Doğan (Editörler). I. Uluslararası Katılımlı Ulusal Tıp Hukuku Kongresi (Vaka Tartışmalı), İstanbul, s. 85-92.

Değdaş, U.C. (2018). Hatalı tıbbi uygulamadan (malpraktis) doğan hukuki ve cezai sorumluluk, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1(6), 41-65.

Demir, M. (2008). Hekimin sözleşmeden doğan sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 57(2), Ankara.

Eren, F. (2017). Borçlar hukuku genel hükümler. Ankara.

Eren, F. (2018). Borçlar hukuku özel hükümler. 6. Baskı, Ankara.

Gökcan, H. T. (2017). Tıbbi müdahaleden doğan hukuki ve cezai sorumluluk. Seçkin Yayınevi, Ankara.

Göze, A (1995). Siyasal düşünceler ve yönetimler. Beta Yayınevi, İstanbul.

Gözler, K. ve Kaplan, G. (2009). İdare hukuku dersleri. Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa.

Gözler, K. (2009). İdare Hukuku, C. II, 2. bs., Bursa.

Gözübüyük, A.Ş. ce Tan, T. İdare hukuku-idari yargılama hukuku. Cilt:2, Ankara.

Güran, Sait, "Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu", Danıştay Dergisi, Y. 12, S. 46-47, 1982, s.16-22.

Güran, S. (1983). Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara 12-13 Mart 1982, Fakülteler Matbaası, İstanbul.

Hakeri, H. (2016). Tıp Hukuku, 11. Baskı, Ankara.

İnce, T. (2012). Türkiye'de sağlık sisteminin analizi ve sağlık reformuna dair çalışmalar. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Edirne: Trakya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Kamiloğlu, E. (2013). İdarenin Sorumluluğunda Hizmet Kusuru-Kişisel Kusur Ayrımı", (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.

Polat, O. ve Pakiş, I. (2011). Tıbbi Uygulama hatalarında hekim sorumluluğu. A*cıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi*, *2*(3), 119-125.

Oğuzman, M.K. ve Öz, M.T. (2015). Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C:1, İstanbul.

Onar, S.S. (1966). İdare Hukukunun Umumi Esasları. Cilt III. İstanbul.

Özdemir, H. (2016). Hekimin hukuki sorumluluğu. *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, *11*(6), 33-81.

Özgül, M. E. (2010). Yeni Tıbbi Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu, İstanbul.

Petek, H. (2014). Sağlık hukuku, Eskişehir.

Serinoğlu, A. (2020). Kalkınma planlarında sağlık eğitimi: Ak parti iktidarları dönemi üzerine inceleme, Curr Res Soc Sci, 6(1), 70-82. doi: 10.30613/curesosc.715997

Sever, Ç. (2013). Kamusal faaliyetlerin özel kişilere gördürülmesi: Özel güvenlik ve özel sağlık. (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Tandoğan, H. (1977). Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, Ankara.

Temiz, Ö. (2014). Türk hukukunda bir temel hak olarak sağlık hakkı, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 69(1), 165-188.

Uluslu, Ç. Ş. (2013). Hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliği. İstanbul Barosu Dergisi, 87(6), 273- 285.

Yıldırım, T. (2019). Danıştay kararlarında mücbir sebep kavramı. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 25 (2), 1520-1538.

Yördem, Y. (2019). Hekimin hatalı tıbbi uygulamaya bağlı hukuki sorumluluğu. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD), Yıl 11 Sayı 39, 129-155.

Zevkliler, A. ve Gökyayla, K.E. (2018). Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 18. Baskı, Ankara.