İZMİR BAKIRÇAY ÜNİVERSİTESİ

LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
SAĞLIK HUKUKU A.B.D.

ÖLÜMLE SONUÇLANMAMIŞ TIBBİ UYGULAMA HATASI İDDİALARINDAN KAYNAKLANAN TAM YARGI DAVALARINDA ALINAN ADLİ TIP KURUMU BİLİRKİŞİ RAPORLARININ DANIŞTAY İÇTİHATLARINA ETKİSİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Gazel KAPLAN

Tez Danışmanı: Doç.Dr. Orhan MERAL

Nisan - 2022

ÖLÜMLE SONUÇLANMAMIŞ TIBBİ UYGULAMA HATASI İDDİALARINDAN KAYNAKLANAN TAM YARGI DAVALARINDA ALINAN ADLİ TIP KURUMU BİLİRKİŞİ RAPORLARININ DANIŞTAY İÇTİHATLARINA ETKİSİ

Yüksek Lisans Tezi

Gazel KAPLAN

İzmir 2022

ÖLÜMLE SONUÇLANMAMIŞ TIBBİ UYGULAMA HATASI İDDİALARINDAN KAYNAKLANAN TAM YARGI DAVALARINDA ALINAN ADLİ TIP KURUMU BİLİRKİŞİ RAPORLARININ DANIŞTAY İÇTİHATLARINA ETKİSİ

Gazel KAPLAN

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Sağlık Hukuku Program A.D.
Danışman: Doç. Dr. Orhan MERAL

İzmir
İzmir Bakırçay Üniversitesi
Lisansüstü Eğitim Enstitüsü
Nisan 2022

JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI

İzmir Bakırçay Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Sağlık Hukuk Anabilim dalında öğrenim görmekte olan Gazel KAPLAN'ın *"*Ölümle Sonuçlanmamış Tıbbi Uygulama Hatası İddialarından Kaynaklanan Tam Yargı Davalarında Alınan Adli Tıp Kurumu Bilirkişi Raporlarının Danıştay İçtihatlarına Etkisi*"* başlıklı tezi 15/04/2022 tarihinde aşağıdaki jüri tarafından değerlendirilerek "İzmir Bakırçay Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği"nin ilgili maddeleri uyarınca, Anabilim Dalında Yüksek Lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

Jüri Üyeleri	**Unvanı Adı Soyadı**	**İmza**
Üye (Tez Danışmanı)	Doç. Dr. Orhan MERAL	
Üye	Prof. Dr. Ekin Özgür AKTAŞ	
Üye	Prof. Dr. Serkan ÇINARLI	

Prof. Dr. Serkan ÇINARLI
Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Müdürü

FINAL APPROVAL FOR THESIS

This thesis titled "The effect of the Forensic Medicine Institute's expert reports on the case law of the Council of State in full remedy cases arising from the claims of medical malpractice that did not result in death" has been prepared and submitted by Gazel KAPLAN'ın partial fulfilment of the requirements in "İzmir Bakırçay University Directive on Graduate Education and Examination" for the Degree of Master of Science, Department has been examined and approved on 15/04/2022

Committee Members	Title, Name and Surname	Signature
Member (Supervisor)	Doç. Dr. Orhan MERAL	
Member	Prof. Dr. Ekin Özgür AKTAŞ	
Member	Prof. Dr. Serkan ÇINARLI	

Prof. Dr. Serkan ÇINARLI
Director of Graduate Education Institute

ÖZET

ÖLÜMLE SONUÇLANMAMIŞ TIBBİ UYGULAMA HATASI İDDİALARINDAN KAYNAKLANAN TAM YARGI DAVALARINDA ALINAN ADLİ TIP KURUMU BİLİRKİŞİ RAPORLARININ DANIŞTAY İÇTİHATLARINA ETKİSİ

Gazel KAPLAN

Sağlık Hukuk Anabilim Dalı

İzmir Bakırçay Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, NİSAN 2022

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Orhan MERAL

ABD'de başlayan ve günümüzde hızla artış gösteren malpraktis (tıbbi uygulama hatası) davaları gerek sağlık hizmet personelleri gerek hastalar için büyük öneme sahiptir. Malpraktis ile ilgili yargı kararlarında muhakkak bilirkişi raporları istenmektedir. Ülkemizde resmi bilirkişilik kurumu olarak bilinen Adli Tıp Kurumu raporlarına dayanılarak Danıştay tarafından çeşitli hükümler verilmektedir. Adli Tıp Kurumu kendisine tevdi edilen dosyada tıbbi bilirkişi sıfatıyla rapor sunmaktadır. Yargı önüne gelen gerek ceza davaları gerekse de hukuk davalarında kast ve kusurun belirlenmesi sunulan bilirkişi raporlarıyla tespit edilmektedir.

Bu çalışmada, Adli Tıp Kurumu'ndan gelen tıbbi bilirkişi raporları ışığında verilen Danıştay içtihatları incelenmiş, verilen kararlarının nedenleri tartışılmıştır. Yargılamanın hüküm evresinde bilirkişilik kavramı, ülkemizdeki resmi bilirkişilik kurumları, malpraktis kavramı, tıbbi uygulamanın hukuka uygunluk şartları, hekim-hasta arasındaki hukuki nitelik, tam yargı davaları ve en son ölümle sonuçlanmayan tıbbi kötü uygulama hatalarından kaynaklı tam yargı davalarında Adli Tıp Kurumu raporlarının Danıştay'a etkileri değerlendirilmiştir.

Sunulan çalışmada, 2014-2022 yılları arasında malpraktis iddiası ileri sürülerek Danıştay'da açılan tam yargı davaları incelenmiştir. Danıştay'ın yüksek oranda bozma kararı verdiği, bu kararların; eksik inceleme, usulden bozma, manevi tazminata hükmedilmesi gerektiği, üniversite hastanesinden bilirkişi incelemesi gerektiği, bilgilendirilmiş rıza eksikliği, idarenin kusursuz sorumluluğu, sağlık yönetiminin özensiz ve denetimsiz yapılmasından bahisle verildiği tespit edilmiştir.

Yüksek öneme haiz olan bilirkişilik kavramı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye Cumhuriyeti Devleti'ni yargıladığı 2016 yılı Aydoğdu kararında da bilirkişi rapor özellikleri göz önünde bulundurularak Danıştay kararları incelenmiştir. Sunulan çalışmaya bilirkişi raporlarının değerlendirildiği Anayasa Mahkemesi kararları da eklenmiştir.

Çalışmamızda tespit ettiğimiz önemli hususlar doğrultusunda; sağlık personellerinin malpraktis kavramına yeterince önem vermediği, adli mercilerin isteklerine yönelik tıbbi bilirkişi raporlarının tam ve eksiksiz düzenlenmesi için Adli Tıp Kurumu'nda yeni düzenlemelere ihtiyaç duyulduğu, Tıp ve Hukuk bilimlerinin disiplinler arası bir işbirliği içerisinde olması gerektiğinden tıbbi uygulama hatası iddiaları başta olmak üzere bilirkişilik gereksinimlerin tıp/sağlık hukuku bilim uzmanlarından görüş alınmasının mevcut sorunların çözümüne katkıda bulunacağı kanaati doğmuştur.

Sonuç olarak; yukarıda belirtilen hususlar nedeniyle, malpraktis iddiaları hukuk mercileri tarafından irdelenmekte, ülkemizde her geçen gün bu davalar katlanarak artış göstermektedir. Mevcut sorunların çözümünde öncelikli olarak Malpraktis Kanunu'nun düzenlemesi ve hukukun bu konuya bakışının net olarak ortaya koyulması gerektiği düşüncesindeyiz.

Anahtar Sözcükler: Tıbbi uygulama hatası; Tıbbi bilirkişilik; Adli Tıp Kurumu; Danıştay; İdari yargı davası.

ABSTRACT

The effect of the Forensic Medicine Institute's expert reports on the case law of the Council of State in full remedy cases arising from the claims of medical malpractice that did not result in death.

Gazel Kaplan
Department of Health Law
İzmir Bakırçay University, Graduate School of Education, April 2022
Associate Professor Orhan MERAL

Malpractice (medical malpractice) cases, which started in the USA and are increasing rapidly today, are of great importance for both health care personnel and patients. Expert reports are definitely required in judicial decisions regarding malpractice. Various judgments are given by the Council of State based on the reports of the Forensic Medicine Institute, which is known as the official expert witness institution in our country. The Forensic Medicine Institute presents a report as a medical expert in the file entrusted to it. Determination of intent and fault in both criminal and civil cases before the judiciary is determined by the expert reports submitted.

In this study, the case law of the Council of State given in the light of medical expert reports from the Forensic Medicine Institute was examined and the reasons for its decisions were discussed. During the judgment phase of the trial, the effects of the Forensic Medicine Institute reports on the Council of State were evaluated in the case of full jurisdiction due to the concept of expertise, the official expertise institutions in our country, the concept of malpractice, the legality of medical practice, the legal qualifications between the physician and the patient, the cases of full remedy and the last medical malpractice that did not result in death.

In the present study, full remedy cases filed in the Council of State between the years 2014-2022, alleging malpractice, were examined. It is stated that the Council of State has a high rate of reversal of these decisions; It has been determined that it was given with the mention of incomplete examination, violation of procedure, non-pecuniary damages, the need for an expert examination from the university hospital, the lack of informed consent, faultless liability of Administration, the careless and unsupervised health management.

The concept of expertise, which is of high importance, has also been examined in the decisions of the Council of State in the 2016 Aydoğdu decision of the European Court of Human Rights, in which the State of the Republic of Turkey was tried, taking into account the characteristics of the expert report. The decisions of the Constitutional Court, in which the expert reports were evaluated, were also added to the presented study.

In line with the important points we have identified in our study; health personnel do not attach enough importance to the concept of malpractice, There is a need for new

regulations in the Forensic Medicine Institute for the full and complete preparation of medical expert reports for the requests of judicial authorities, Since medicine and legal sciences should be in an interdisciplinary cooperation, it is believed that getting opinions from medical/health law science experts will contribute to the solution of existing problems, especially in the claims of medical malpractice.

As a result; due to the above-mentioned issues, malpractice claims are being scrutinized by the legal authorities, and these cases are increasing exponentially every day in our country. We think that in the solution of the current problems, the regulation of the Malpractice Law and the view of the law on this issue should be clearly revealed.

Keywords: Medical malpractice; Medical expertise; Forensic Medicine Institute; Council of State; Administrative court case.

TEŞEKKÜR SAYFASI

İzmir Bakırçay Üniversitesi Sağlık Hukuku Anabilim Dalında uzmanlık eğitimim boyunca bilgi ve tecrübeleri ile bana sürekli destek olan, Tıp Fakültesi Dekan Yardımcısı ve tezimi bitirmemde büyük emekleri olan danışmanım saygıdeğer hocam Doç. Dr. Orhan MERAL başta olmak üzere bilgi ve beceri kazanmam için yol gösteren ve çalışmaktan onur duyduğum kıymetli hocalarım Prof. Dr. Serkan ÇINARLI, Prof. Dr. Ekin Özgür AKTAŞ, Doç. Dr. İlhami ÖZTÜRK, Dr. Öğretim Üyesi Sevda Yaşar ÇOŞKUN'a,

Tez yazım sürecinin en başından beri yanımda olup deneyimlerinden, bilgilerinden yararlandığım, yıldığım, yıkıldığım her an destekleriyle benim sürece yeniden dâhil olmam doğrultusunda desteklerini esirgemeyen mesai arkadaşım ve canım dostum Uzman Funda ERYILMAZ'a, zor günlerde yanımda olarak hayatımı kolaylaştıran en kıymetlim Tuba KILIÇOĞLU'na,

Hukuk bilgi ve deneyimlerinden yararlanmamın yanı sıra zorlu günlerde dahi umut olan, varlıklarıyla güç veren Av.Arb. Halide SAVAŞ, Av. Abdulhadi ÇETİN, Hakim Süleyman KILAN, Hukukçu Erdoğan KILINÇ'a,

Varlığı benim için büyük şans olan, mesleki ve özel hayatımda kahkahalarıma olduğu kadar gözyaşlarıma da ortak olan kıymetli hayat arkadaşıma,

Dünyada yaşamı benim için daha da anlamlı hale getiren canım kızım İrem Mira'ya ve canım oğlum Mir Arjen'e,

Tez sürecim boyunca sürekli yanımda olan, almış olduğum her kararda beni destekleyen, varlıklarından güç aldığım, sevgilerini yüreğimde hissettiğim görev yaptığım Hukuk Biriminde ki mesai arkadaşlarıma sonsuz şükranlarımla…

Gazel KAPLAN

15/04/2022

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 iThenticate 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.

Gazel KAPLAN

15/04/2022

STATEMENT OF COMPLIANCE WITH ETHICAL PRINCIPLES AND RULES

I hereby truthfully declare that this thesis is an original work prepared by me; that I have behaved in accordance with the scientific ethical principles and rules throughout the stages of preparation, data collection, analysis and presentation of my work; that I have cited the sources of all the data and information that could be obtained within the scope of this study, and included these sources in the references section; and that this study has been scanned for plagiarism with iThenticate scientific plagiarism detection program used by İzmir Bakırçay University, and that "it does not have any plagiarism" whatsoever. I also declare that, if a case contrary to my declaration is detected in my work at any time, I hereby express my consent to all the ethical and legal consequences that are involved.

Gazel KAPLAN

İÇİNDEKİLER

JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI iii
FINAL APPROVAL FOR THESIS iv
ÖZET v
TEŞEKKÜR SAYFASI ix
ETİK İLKE VE KURALLARA UYGUNLUK BEYANNAMESİ x
STATEMENT OF COMPLIANCE WITH ETHICAL PRINCIPLES AND RULES xi
İÇİNDEKİLER xii
ŞEKİLLER DİZİNİ xviii
KISALTMALAR DİZİNİ xix
1. BİLİRKİŞİLİK 1
1.1. Bilirkişilik (BilK.) ve Uzman Kavramları 1
1.2. Bilirkişilik Kanunu Esas Kriterleri 2
1.3. Bilirkişiliği Onama Koşulları 3
1.4. Bilirkişilik Yönetmeliğine Göre Bilirkişinin Haiz Olması Gereken Nitelikler 5
1.4.1. Güvenirlik 5
1.4.2. Tarafsızlık 5
1.4.3. Dürüstlük 6
1.4.4. Yetkinlik 6
1.4.5. Bağımsızlık 6
1.5. Bilirkişinin Sorumlulukları 7
1.6. Bilirkişiye Müracaat Edilecek Hususlar 7
1.7. Bilirkişinin Yasaklı Olduğu Ve Reddi Gerektiği Durumlar 8
1.8. Bilirkişilikten İmtina Etme 10
1.9. Bilirkişinin Hukuki Sorumluluğu 11
1.10. Bilirkişinin Hüküm Evresine Etkisi 11
1.11. Uzman Görüşü Kavramı 13
1.12. İdare Hukukunda Bilirkişilik Durumu 15
1.13. Sağlık Hukukunda Bilirkişilik Durumu 16

1.14. AİHM 2016 Tarihli Aydoğdu-Türkiye Kararında Belirtilen Tıbbi Bilirkişi Raporlarının Özellikleri 18
2. ÜLKEMİZDE RESMİ BİLİRKİŞİLİK KURUMLARI 19
2.1. Adli Tıp Kurumu (ATK) 19
2.1.1. Adli Tıp Kurumu Hukuki Yapısı 19
2.1.3. Adli Tıp Kurumu İdari Yapılanması 20
2.1.3.1. Başkanlık 20
2.1.3.2. Başkanlar Kurulu 21
2.1.3.3. Adli Tıp Üst Kurulları 22
2.1.3.4. Genel Kurul 22
2.1.3.5. İhtisas Kurulları 23
Birinci Adli Tıp İhtisas Kurulu 23
İkinci Adli Tıp İhtisas Kurulu 24
Üçüncü Adli Tıp İhtisas Kurulu 24
Dördüncü Adli Tıp İhtisas Kurulu 24
Beşinci Adli Tıp İhtisas Kurulu 25
Altıncı Adli Tıp İhtisas Kurulu 25
Yedinci Adli Tıp İhtisas Kurulu 25
Sekizinci Adli Tıp İhtisas Kurulu 26
2.1.3.6. İhtisas Daireleri 26
Morg İhtisas Dairesi 26
Fizik İhtisas Dairesi 27
Kimya İhtisas Dairesi 27
Biyoloji İhtisas Dairesi 27
Trafik İhtisas Dairesi 28
Gözlem İhtisas Dairesi 28
Adli Bilişim İhtisas Dairesi 28
2.1.3.7. Şube müdürlükleri 29

2.1.3.8. Grup başkanlıkları 29

2.1.3.9. Organizasyon şeması 31

2.3. Yüksek Öğretim Kurumları 33

3. TIBBİ KÖTÜ UYGULAMA HATALARI (MALPRAKTİS) 35

3.1. Tıpta Paternalizm (Tanrısal) Yaklaşım 36

3.2. Tıbbi Kötü Uygulama (Malpraktis) 38

3.2.1. Başlıca tıbbi uygulama hataları 45

3.2.2. Tıbbi müdahalelerinin sınıflandırılması 46

3.2.2.1. Amaçlarına göre 46

3.2.2.2. Uygulama şekline göre tıbbi uygulama 47

3.2.2.3. Uygulayan Kişi Açısından Tıbbi Uygulama 47

3.2.3. Tıbbi müdahale hata oranlarının azaltılması 48

3.2.4. Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu 50

3.3. Komplikasyon 52

3.4. Malpraktis ve Komplikasyon Karşılaştırılması 53

3.5. Defansif Tıp 58

3.5.1. Müspet defansif tıp 60

3.5.2. Menfi defansif tıp 61

4. TIBBİ MÜDAHALENİN HUKUKA UYGUNLUK ŞARTLARI 63

4.1. Tıbbi Müdahaleyi İcra Eden Kişinin Somut Olaydaki Tıbbi Müdahaleye Yetkili Olması (Hakkın İcrası) 64

4.2. Aydınlatma ve Rıza Kavramları 66

4.2.1. Aydınlatma işleminin yükümlüsü 68

4.2.2. Aydınlatma işlemi yapılacak kişi 68

4.2.3. Aydınlatma işlemi kapsamı 69

4.2.4. Aydınlatma işleminin yükümlülük şekli ve sınırları 70

4.2.5. Aydınlatma işleminin zamanı 72

4.2.6. Aydınlatma işleminin türleri 73

4.2.6.1. Karar (otonomi) aydınlatması 73

4.2.6.2. Tedavi (güvenlik) aydınlatması 74

4.2.7. Hukuka uyarlılık bulunmayan aydınlatma işleminin neticeleri 75
4.2.8. Hatalı yapılan aydınlatma işlemi ve işlemin ispat sorunu 75
4.2.9. Aydınlatma işlemi sorumluluğunun kalktığı durumlar 76
4.2.10. Rıza ehliyeti 77
4.2.11. Rıza kapsamı ve rızanın sınırları 78
4.2.12. Rıza alınmasının usulü ve şekli 79
4.2.13. Rızanın aranmadığı durumlar 81
4.2.14. Varsayılan(kabul edilen) rıza 82
4.2.15. Rıza işlemini sakatlayan durumlar 84
4.2.16. Rıza işleminin geçersizliği 85
4.2.17. Rıza işleminin geri alınması 85
4.2.18. Rıza işlemine onay verilmemesi halinde yapılması gerekenler 86
4.3. Tıbbi İşlemin İhtiyat ve İhtimam Sorumluluğuna Uygun Bir Şekilde, Tıp Sanatının En Son Veri ve Olanaklarına Uygun Şekilde Yerine Getirilmesi 87
4.3.1. Endikasyon (Tıbbi Zorunluluk) 89
4.3.1.1. Tıbbi endikasyon olmaksızın yapılan tıbbi müdahaleler 91
5. DOKTOR-HASTA ARASINDAKİ HUKUKİ NİTELİK 92
5.1. Kusur Sorumluluğu (Sözleşme Dışı Sorumluluk) 93
5.1.1. Haksız fiilden doğan sorumluluk 94
5.1.1.1. Hukuka aykırı fiil 96
5.1.1.2. Kusur 97
5.1.1.3. Zarar 101
Maddi zarar 103
Manevi zarar 104
5.1.1.4. İlliyet rabıtası 104
İlliyet rabıtasını kesen durumlar 105
Mücbir sebep 106
Mağdurun ağır kusur 106

Üçüncü kişinin ağır kusuru 107
5.1.2. Vekâletsiz iş görmeden doğan sorumluluk 108
5.2. Vekâlet Sözleşmesinden Doğan Sorumluluk 110
5.3. Eser Sözleşmesinden Doğan Sorumluluk 112
5.4. Sözleşme Öncesi Sorumluluk (Culpa In Contrahendo) 118
5.5. Sui Generis (İsimsiz Sözleşme) 120
5.6. Karma Sözleşme (İsimsiz Sözleşme) 121
5.7. Kusursuz Sorumluluk (Sebep Sorumluluğu) 122
5.7.1. Kusursuz sorumluluk ilkesinin özellikleri 123
5.7.2. Kusursuz sorumluluğa ilişkin temel ilkeler 123
6. İDARENİN TAZMİNAT SORUMLULUĞU VE TAM YARGI DAVALARI 126
6.1. Hatalı Tıbbi Müdahalelerden Doğan Tam Yargı Davalarının Şartları 129
6.1.1. İdareye ön başvuru şartı 129
6.1.2. Yetkili ve görevli mahkeme 130
6.1.3. Dava açma ehliyeti 130
6.1.4. Süre 132
7. ÖLÜMLE SONUÇLANMAYAN MALPRAKTİSLERDEN KAYNAKLANAN TAM YARGI DAVALARINDA ATK RAPORLARININ DANIŞTAY'A ETKİLERİ 133
7.1. Bozma Kararları 133
7.1.1. Eksik inceleme denilerek bozma kararları 133
7.1.2. Manevi tazminat bozma 147
7.1.3. Usulden bozma 157
7.1.4. Bilgilendirilmiş Rıza eksikliği 159
7.1.5. Üniversite hastanesinden görüş alınması 166
7.1.6. Sağlık yönetiminin özensiz ve denetimsiz yapılması 175
7.1.7. İdarenin kusursuz sorumluluğu 180
7.2. Onama Kararları 187
7.3. Anayasa Mahkemesi Kararları 193
8. SONUÇ VE ÖNERİLER 205
KAYNAKÇA 209

EKLER 223
EK-1 223
EK-2 224
ÖZGEÇMİŞ 230

ŞEKİLLER DİZİNİ

Şekil 2. 1. ATK grup başkanlıkları ve ihtisas daireleri 30
Şekil 2. 2. ATK teşkilat taslağı..... 31

Şekil 3. 1. Tıbbi kötü uygulama hataları .....**Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
Şekil 3. 2. Malpraktis ve komplikasyon karşılaştırılması**Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
Şekil 3. 3. Malpraktis ve komplikasyon farkı 54
Şekil 3. 4. Malpraktis ve komplikasyon 56

Şekil 5. 1. Doktor-hasta arasındaki hukuki nitelik**Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**

KISALTMALAR DİZİNİ

ATT: Acil Tıp Teknikeri

ATT: Acil Tıp Teknisyeni

ATK: Adli Tıp Kurumu

ATKKan: Adli Tıp Kurumu Kanunu

AİHM: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

BB: Bali Bildirgesi

BiS: Biyotıp Sözleşmesi

Bkz: Bakınız

BRYT: Bilgilendirilmiş Rıza Yönetmelik Taslağı

BilK: Bilirkişilik Kanunu

BilY: Bilirkişilik Yönetmeliği

C: Cilt

Çev: Çeviri

ÇKS: Çocuk Kalp sesi

CMK: Ceza Muhakemeleri Kanunu

D: Danıştay

E: Esas

EKG: Elektrokardiyografi

EKO: Ekokardiyografi

EMG: Elektromiyografi

IV: İntravenöz

İM: İntramuskuler

İP: İstanbul Protokolü

İYUK: İdari Yargılama Usul Kanunu

K: Karar

KBB: Kulak Burun Boğaz

HHY: Hasta Hakları Yönetmeliği

HHYDYDY: Hasta Hakları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

HMEK: Hekimlik Meslek Etiği

HMK: Hukuk Muhakemeleri Kanunu

TDN: Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi

THKUDSKT: Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulamasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı

M: Madde

Malpraktis: Tıbbi Uygulama Hataları

MR: Manyetik Rezonans

MÖHUK: Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu

NST: Nonstrest Testi

R.G: Resmî Gazete

S: Sayı

ss: Sayfa Sayısı

T: Tarih

TabK: Hekim ve Diş Hekimi Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun

TBK: Türk Borçlar Kanunu

T.C. Anayasası: Türkiye Cumhuriyeti Anayasası

T.C: Türkiye Cumhuriyeti

TCK: Türk Ceza Kanunu

TTBEİ: Türk Tabipler Birliği Etik İlkeler

TMK: Türk Medeni Kanunu

UYAP: Ulusal Yargı Ağı Projesi

YÖKKan: Yüksek Öğretim Kurumları Kanunu

YHD: Yargıtay Hukuk Dairesi

YHGK: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

YSŞ: Yüksek Sağlık Şûrası

1. BİLİRKİŞİLİK

Bilirkişilik kavramı mevzuatımızda; Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) madde(m). 266-287), Ceza Muhakemeleri Kanunu (CMK) M. 62-73), Bilirkişilik Kanunu (BilK), Bilirkişilik Yönetmeliği (BilY) ve çeşitli meslek dallarını ilgilendiren yönetmeliklerde mevcuttur.

Türk Dil Kurumu uyuşmazlıkta önem arz edecek hususi veya kuramsal birikime dayanan olaylarda, ihtilaf durumunda kendisine danışılan kişi olarak tanımlar. Aynı zamanda bu anlama gelen ehlivukuf, ehlihibre, eskiden beri kullanıla gelmektedir. Bunun yanında günümüzde daha çok uzman, eksper kullanımları da yaygındır[1].

1.1. Bilirkişilik (BilK.) ve Uzman Kavramları

Adli ve idari yargı çerçevesinde düzenlenen bütün işlemler bilirkişilik faaliyeti 12531 Sayılı Bilirkişilik Kanununa dayanmak suretiyle yapılmaktadır.

Cumhuriyet savcısı kimseye danışmadan; katılan, vekil, şüpheli, sanık, müdafi, kanuni temsilci talepleri halinde de çözülmesi istenen konuyla ilgili bilirkişinin mütalaasına başvurulabilir (HMK. M. 266).

Bilirkişiye başvururken çözülmesi istenen sorunun hayat bilgisi veya deneyimleriyle ulaşabilecekleri bir bilgi olmaması gereklidir, bunun yanında hâkim de hukuki bilgi gereken durumlarda bilirkişi mütalaası isteyemez (meslek gereği hukuki bilginin kendisinde var olduğu sayılır) lakin hukuk eğitimi almış şahıslar hukuk hariç bir başka dalda uzmanlık alanı varsa bilirkişi olarak mütalaasına başvurulur. Bu bilgi uzmanlık, teknik, şahsi bilgi olduğu takdirde bilirkişinin oy ve mütalaasına başvurulacaktır (HMK. M. 266).

Maddenin girişinden anlaşılacağı üzere hukuki bilginin gerektiği durumlarda hâkimin bilirkişinin mütalaasına başvuramayacağı anlaşılmakla

[1] Türk Dil Kurumu Sözlükleri, https://sozluk.gov.tr/ (i.e: 12.10.2021).

beraber[2] Milletlerarası Özel Hukuk (MÖHUK) ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Madde 2'de Türk kanunlarıyla çelişkili bulunan durumlarda kendiliğinden hâkimin yabancılık unsuru taşıyan olayda yabancı hukukunu da bulup devreye koymakta zorunlu olduğunu açıkça dile getirmektedir[3].

Bilirkişi aynı zamanda kamu görevi görmektedir. Bunun için de kamu görevlisine yardımcı olan ilgili olduğu söylenebilir[4].

Karaaslan her uyuşmazlık için maddi gerçeğe varmada bilirkişi mütalaasının istenmesinde hâkimin adil (adaletli) bir karar vermesi adına önemli olduğunu[5], Akıllıoğlu bilirkişi kavramını doğru yargılamayla eş tutuğunu[6], Schön hâkimin hukuk bildiğini bilirkişiye ise sadece teknik anlamda gidilmesi gerektiği[7], Pekcanıtez hâkimde noksan bulunan uzman olduğu konuda tecrübe ve şahsi bilgisini paylaşan kişi olarak bilirkişilik kavramını tanımlamaktadır[8].

BilK. Madde 3'ten bahsedecek olursak eğer Bilirkişilik Kanunu Temel İlkelerden bahsetmemiz gerekecektir (BilK. M. 3).

1.2. Bilirkişilik Kanunu Esas Kriterleri

Bilirkişi görev ifasında bulunurken ilke olarak dürüstlük kavramından yola çıkar bununla beraber de herhangi bir tarafa bağlı kalmadan, hiç kimseye bağlı kalmadan ve nesnel bir şekilde çalışmalarını sürdürmelidir (BilK. M. 3/1).

---

[2] Pekcanıtez, H. Atalay, O. Özekes, M. (2016). Medeni Usul Hukuku, Pekcanıtez/Atalay/Özekes Temel Bilgiler. Ankara: Yetkin Yayınları. ss. 293. Bkz. CMK. Madde 63.

[3] Tanrıver, S. (2010). Hukuk Yargısı Bağlamında Bilirkişilikle İlgili Temel Problemler ve Çözüm Arayışları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C-11, (Özel sayı), ss. 575-594.

[4] Elyıldırım, H. (2021). Hukuk Yargılamasında Uzman Görüşü (Özel Bilirkişilik). Ankara: ss. 146.

[5] Karaaslan, V. (2014). Hâkimin Tarafsızlığı İlkesi İle Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi Arasındaki İlişki. Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Mihbir Özel Sayısı, Cilt-4, Sayı-2, II. Oturum, Isparta, ss. 124.

[6] Akıllıoğlu, T. (2013). Bilirkişilik ve Doğru Yargılama, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ord. Prof. Dr. Sıddık Sami Onar İdare Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi Onar-Sarıca-Duran Hukuk Devleti Günü. İdari Yargıda Açısından Bilirkişi. İstanbul: ss. 65.

[7] Schön, (2013). Bilirkişilik ve Doğru Yargılama, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ord. Prof. Dr. Sıddık Sami Onar İdare Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi Onar-Sarıca-Duran Hukuk Devleti Günü. İdari Yargıda Açısından Bilirkişi. İstanbul: ss. 78.

[8] Pekcanıtez, H. Atalay, O. Özekes, M. (2019). Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık. ss. 406.

Kendisinden istenilen mütalaada hukuk boyutunu kapsayan kısımlara giremez, yorum ve değerlendirmede bulunmaktan mutlak suretle kaçınır (BilK. M. 3/2).

Hâkimlik/yargıçlıkta var olması gereken meslek icabı hukuki verilerle çözüm yolu bulunacak konularla ilgili bilirkişi mütalaası alınamaz (BilK. M. 3/3).

Bilirkişi kendisine verilen görevi hiçbir suretle kimseye veremez ve bizzat bu görevi yerine getirmekle yükümlüdür, görevin tamamını veya bir kısmını devredemez, bizzat kendisine tevdi edilen işi icra etmeyle yükümlülük altındadır (BilK. M. 3/4).

Bilirkişi bilirkişilik yaptığı sırada veya sonrasında da kendisine verilen görevden dolayı elde ettiği bilgi, belge, sırları saklamak zorundadır. İş esnasında öğrendiği bilgileri ömür boyu saklamakla yükümlüdür (BilK. M. 3/5).

Bilirkişi görevlendirme esnasında mutlaka bilirkişilik mütalaası kapsamının sınırları ve ihtiva ettiği konu belirli olmalıdır. Bilirkişiye tevdi edilen iş, konu bariz bir şekilde belirtilmelidir (BilK. M. 3/6).

Bilirkişiye tevdi edilen işin kapsamı, konusu aynı ise esas olan bilirkişilik mütalaasının bir kez alınmasıdır; lakin ihtiyaç halinde (belirsizlikler, rapordaki noksanlıklar) var ise ek olarak rapor tekrar alınabilir (BilK. M. 3/7).

Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemiyle (UYAP) birlikte çalışan veya buna benzer yazılım programlarıyla rahatça elde edile bilinecek veriler, bilgiler için bilirkişi mütalaasına başvurulamaz (BilK. M. 3/8).

25785 sayılı "*Kamu Görevlileri Etik Davranış İlkeleri ile Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik*" de geçen kurallara da uymak mecburiyetindedir.

1.3. Bilirkişiliği Onama Koşulları

BilK. Madde 10/1-5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK)'unda belirlenmiş süreler bitmiş olsa dahi bazı suçları işleyen kişiler bilirkişilik yapamaz. Kanunda sayılan bu suçlar; kasıtlı işlenen suçlarda mahkûmiyeti bir yıldan fazla olanlar, Devletin güvenliğine karşı işlenen suçlar (affa uğramış olsa dahi), Anayasal düzene karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık,

gerçeğe aykırı bilirkişilik veya tercümanlık yapma, yalan tanıklık ve yalan yere yemin suçlarından mahkûmiyetler bilirkişiliğe engel durumlar olarak mevzuatımızda sayılmıştır (BilK. M. 10/1).

Bununla beraber terör örgütleriyle herhangi bir bağlantılarının olmaması, bilirkişilik sicilinden çıkarılmamış olmak (kendi istekleri hariç) da gerekli koşullar arasında sayılmıştır (BilK. M. 10/b).

Disiplin mevzuatı açısından bilirkişilik yapacak ilgilinin memurluktan ya da mesleğinden çıkarılmamış olmalı veya geçici ya da kalıcı bir şekilde mesleki icradan, sanat icrasından yasaklanma işleminin olmaması gereklidir (BilK. M. 10/ç).

Başka bir bilirkişi bölge kurulunda da kayıtlı olmak bilirkişilik yapmaya engel bir durumdur (BilK. M. 10/d).

Bilirkişi olabilmek için bilirkişilik temel eğitimi almış olmak (BilK. M. 10/e), kendi uzmanlık dalında minimum beş yıl veya daha fazla süre gerekliyse ve bu süre belirlenmiş edimsel olarak bu süreleri tamamlamış bulunulması gereklidir (BilK. M. 10/f).

Mesleğe dâhil olabilmek için yasa tarafından çizilmiş şartları taşımakla beraber mesleğini icra etmek adına da gerekli belgelerin var olması gereklidir (diploma, mesleki yeterlilik evrak, vb. belgeler) (BilK. M. 10/g).

"*Temel ve alt uzmanlık*" kısımları için istenen durum ve koşuların sağlanmış olması lazım gelmektedir (BilK. M. 10/ğ).

Bilirkişi olarak görev almak isteyen kişiler bölge kurularına başvurup (BilY. M.41) bilirkişiliğe kabul şartlarını taşıyan kişiler kurul tarafından değerlendirildikten (BilY. M. 42) sonra bilirkişilik siciline kayıt edilir (BilY. M.43).

Bölge kurulları tarafından başvurusu reddedilenler bölge kurulu, bölge idare mahkemesi, bölge adliye mahkemesinde resmi internet sayfasından duyuru yapılır ve ayrıca bu duyuru resmi olarak da tebliğ sayılır (BilY M. 42/5).

1.4. Bilirkişilik Yönetmeliğine Göre Bilirkişinin Haiz Olması Gereken Nitelikler

BilY. Temel ve Etik İlkeler başlığı altında düzenlenmiş olan bilirkişinin haiz olması gereken nitelikler "Yetkinlik ve Mesleki Özen" alt başlığında yer almaktadır (BilY. M. 7-10).

Bilirkişinin haiz olması gereken nitelikleri hakkında Tanrıver de bu duruma değinmiş olup birkaç başlık altında saymaktadır; dürüstlük, bağımsızlık, tarafsızlık, yetkinlik, güvenirlik olarak sıralamaktadır[9].

1.4.1. Güvenirlik

BilY. Madde 10'da bilirkişinin menfaatine iş yapamayacağı, adalet kavramını ihlal edecek durumlara giremeyeceğini, göreve saygılı olması gerektiği, görev almak adına davranışlarda bulunamayacağı açıkça "saygınlık ve güven" alt başlığı altında kaleme alınmıştır.

Aynı yönetmelik Madde 12'de menfaatine olacak her türlü davranıştan kaçınması gerektiği direk ve in direkt olabilecek tutum ve hareketlerden uzak kalması gerektiği "menfaat elde etme yasağı" başlığıyla kaleme alınmıştır.

Yine aynı yönetmelik Madde 14'te basılı, görsel, işitsel, internet ortamında, arama motorlarında kendisi adına reklam veremeyeceği "reklam yasağı" başlığında kaleme alınmıştır (BilY. M. 14).

1.4.2. Tarafsızlık

HMK Madde 271'de kaleme alınan bilirkişinin yemini metninden net olarak tarafsızlık ilkesi vurgulanmakta, HMK Madde 272'de bilirkişinin yasaklılık ve reddi kaleme alınması tarafsızlık ilkesini işaret etmektedir.

Bilirkişi hâkimin yerine karar vermemekle beraber hâkimin yetkisi altındaki bir kısım önemli hususlarda görüş vermekle adalete ve kamu hizmetine, bu hizmetin iyi işlemesine vb. konularda hassas bir görev üstlenmektedir[10].

[9] Tanrıver, S. (2002). Bilirkişinin Hukuki Statüsü, Yükümlülükleri, Yetkileri ve Sorumluluğu. Ankara: Yetkin Yayıncılık. ss. 30.

BilY. Madde 9 gereği etnik köken, kişi, statü, düşünceler, dini inanç, konuşulan dil; fark etmeksizin, ayrım yapmaksızın, tarafgirliğe girmeden görevini yapacağı, direk ve endirekt olarak taraflar için eskiden görüş bildirmesi, akrabaları veya iş çevresindeki insanları ilgilendiren olaylarda görüş bildiremeyeceği hususları, tarafsızlık ilkesi adı altında mevzuatta yer almıştır.

1.4.3. Dürüstlük

BilK. Madde 3, BilY. Madde 5 temel ilkeler başlığında, BilY. Madde 9 "dürüstlük ve tarafsızlık" başlığı altında bilirkişinin dürüstlüğüne değinilmiştir. Çünkü adaletin tecelli etmesi adına bilirkişilik yapan ilgilinin hâkimin yardımcısı[11] olmasından kaynaklanmaktadır. Dürüstlük ilkesini bertaraf etmesi koşulunda da TCK Madde 276'ya göre cezai müeyyide kaleme alınmıştır. Özel hukuk tüzel kişisi bilirkişi olarak görevlendirilmesi halinde uhdelerinde görev alan gerçek kişilerin BilY. Madde 38 bilirkişiliğe başvuru ve kabul şartları başlığında kaleme alınan kurallar çerçevesinde dürüstlük ilkesine uyulması istenmektedir.

1.4.4. Yetkinlik

BilY. Madde 7-Bilirkişiden istenen durum uzman olduğu dalda hususi ve kuramsal verilerle görevini yapmasıdır. Danıştay[12] kararında "uzman bilirkişilerce incelenmediği" bahisle bozma kararı vermiştir.

1.4.5. Bağımsızlık

T.C. Anayasası Madde 138'de; hâkimlerin bağımsız olduğunu, yasal mevzuatlar doğrultusunda kendi vicdani görüş ve kanaate hükümde bulunacağı

[10] Tanrıver, 2002, a.g.k., ss. 35.
[11] Pekcanıtez, Atalay, Özekes, 2016 a.g.k., ss. 289.
[12] D. 13. D. 26.04.2019 T., 2019/593 E., 2019/1366 K. sinerjimevzuat.com (i.e: 17.01.2022).

dile getirilmiştir. Bölmeğe[13] bilirkişilere "*ön hâkim"* tanımlaması yaparak bağımsızlık kavramını vurgulanmaktadır.

1.5. Bilirkişinin Sorumlulukları

Bilirkişi yetkilerini 10873 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndan almaktadır.

Bilirkişi mahkemece kendisine tevdi edilen işi ve işle ilgili mütalaa istenildiğinde bu görevini mahkemenin idaresinde yapacaktır (HMK. M. 278/1).

Bilirkişi görev alanı ve çerçevesi hakkında sorunsallarında her daim mahkemeden bu sorunsalların giderilmesini isteme yetkisine haizdir (HMK. M.278/2).

Bilirkişi ihtiyaç hâsıl olduğunda tarafları dinlemek istediğini mahkemeye bildirmek suretle bu ihtiyacı giderebilir ama tarafların biri olmadan diğer tarafları dinlemek mümkün değildir (HMK. M. 278/3).

Bilirkişi hukuki ihtilafın çözümlenmesi adına mütalaası için elzem olan bir şey üstünde inceleme yapması gerekiyorsa mahkemeden de izin almak suretiyle bu inceleme işlemini yapabilecektir. İnceleme işlemi esnasında her iki taraf da hazır bulunabilir (HMK. M. 278/4).

Hukuk Muhakemeleri Kanunu maddenin birinci fıkrasında mahkemenin bilirkişiyi yönlendirip, denetleyebileceği; ikinci fıkrasında mahkemeyle koordineli çalışmanın gerekliliği; üçüncü fıkrada bilgi alma yetkisi son fıkrada da tabir yerine uygunsa eğer keşif yapabileceği belirtilmiştir. Yazara göre anlaşılıyor ki bilirkişi kamusal yetkilerle donatılmış olup gücünü kamudan almaktadır.

1.6. Bilirkişiye Müracaat Edilecek Hususlar

HMK Madde 268/1-Bilirkişiler yargı çevresindeki bölge adliye mahkemeleri yargı adli adalet komisyonlarınca her sene hazırlanan listelerdeki

[13] Blomeyer, J.: Schadenersatzansprüche des im Unterlegenen wegen Fehlerverhaltens Dritter, Köln Berlin Bonn München 1972, s.129-130, s.171 vd. (Aktaran:Tanrıver, S. (2010). Hukuk Yargısı Bağlamında Bilirkişilikle İlgili Temel Problemler ve Çözüm Arayışları. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C-11, Özel sayı 2009, ss. 575-594.

kişilerden veya listede istenen uzmanlık dalında kimsenin olmaması karşısında diğer bölge adliye mahkemelerinden görevlendirilme yapılacaktır.

HMK Madde 36'da "hususi ve kuramsal bilgi" kavramı önem arz etmektedir. Maddenin girişinden de anlaşılacağı üzere hâkimin hukuk konularında bir bilirkişiye başvurulmama sebebi olarak bu bilginin zaten kendisinde mevcut olduğu, var olan bu bilginin kendisi için hususi ve kuramsal bir bilgi olmayacağını belirtmektedir. Maddenin devamında tekrardan hukuki konuda dosyanın çözümlenmesi adına dosyayı bir bilirkişi marifetine göndermemesi gerektiği bunun nedenleri arasında uygulamada bunun sık sık yapılması ve bu sık sık tekrarlanan durumla ilgili önlem alınma ihtiyacından karşılanmaktadır[14].

Bilirkişi marifetine başvurmak bazen bir kanun hükmüne dayanabilir. Kanun hükmüne dayanan bu durumda da hâkimin takdir yetkisi ortadan kalkıp zorunluluk haline gelecektir[15].

Türk Medeni Kanunu (TMK) Madde 165-Kişinin eşi zihin hastalığına tutulmuşsa ve bu hastalığın düzelme imkânı yoksa bu durum diğer eş için zorluğa sebep oluyorsa sağlık kurulundan alınacak bir raporla boşanma davasına konu edilebileceğini,

Aynı kanun Madde 409-Kişi dinlenilmeden alkol, uyuşturucu kullanımı, kötü hayat tarzı istemleriyle kişiyi engellemek isteyemez. Hakeza bu zihin hastalığına tutulma veya zihin zayıflığı için de böyle bir istem karşısında hâkim sağlık raporu doğrultusunda hükmünü verip uygun görürse de kişi dinlenebilir (TMK. M. 409).

1.7. Bilirkişinin Yasaklı Olduğu Ve Reddi Gerektiği Durumlar

HMK Madde 271-Bilirkişinin nesnel bir şekilde, tarafgir olmadan, titizlikle, görevine sadık bir şekilde kalacağına onuru ve itibarı üzerine yemin etmektedir. Her seferinde bu yemin tekrarlanmaz, sicile kayıt olduktan sonra yemin edilir ve görevlendirilme yazılarında da bu husus hatırlatılır (HMK M. 271).

[14] Pekcanıtez, Atalay, Özekes, 2016, a.g.k., ss.289.
[15] Pekcanıtez, Atalay, Özekes, 2016, a.g.k., ss.289.

Bilirkişilerde yasaklı[16] ve ret gerektiği durumları[17] hâkimlerle aynı maddelere dayanır fakat görüşüne başvurulan bilirkişinin evveliyatında aynı dava ya da işte tanık olarak dinlenilmişse bu durum ret sebebi teşkil etmemektedir (HMK M. 272/1).

Hâkimler için var olan yasaklılık hallerinden biri bilirkişide de mevcut olmuşsa eğer hüküm evresi oluşuncaya kadar hâkim her zaman kendiliğinden bilirkişiyi görevden aldığı gibi bu durumu bilirkişi de mahkemeden görevden el çektirilmesi talebiyle başvurabilir (HMK M. 272/2).

Hâkimler için sayılan ret durumlarından biri bilirkişide mevcut olmuşsa taraflar veya bilirkişi reddi öne sürüp reddedebilir. Taraflarca ret istemi ya da bilirkişinin kendisinde oluşan ret durumunu en geç bir haftalık süreçte yapılması şartı bulunmakla beraber ret sebebi için de yemin teklif edilmez, edilemez (HMK M. 272/3).

Bilirkişinin görevden el çektirilmesi, reddedilmesi veya bilirkişinin kendini reddetme istemi görevi bilirkişiye tevdi eden mahkemece dosya üzerinden incelenmek şartıyla karara bağlanacaktır ve bu karar kesin olup buna karşı esas hakkındaki kararla beraber kanun yoluna gidebilir (HMK M. 272/4).

İdari yargıda bilirkişide beliren yasaklılık ve ret sebebinin kanun yolu[18] adımında oluşmuşsa eğer bu durum istinaf /temyiz sebebi olarak öne sürülebilir.

---

[16] Bkz. Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Yasaklılık Sebepleri:
"MADDE 34- (1) Hâkim, aşağıdaki hâllerde davaya bakamaz; talep olmasa bile çekinmek zorundadır:
a) Kendisine ait olan veya doğrudan doğruya ya da dolayısıyla ilgili olduğu davada.
b) Aralarında evlilik bağı kalksa bile eşinin davasında.
c) Kendisi veya eşinin altsoy veya üstsoyunun davasında.
ç) Kendisi ile arasında evlatlık bağı bulunanın davasında.
d) Üçüncü derece de dâhil olmak üzere kan veya kendisini oluşturan evlilik bağı kalksa dahi kayın hısımlığı bulunanların davasında.
e) Nişanlısının davasında.
f) İki taraftan birinin vekili, vasisi, kayyımı veya yasal danışmanı sıfatıyla hareket ettiği davada." https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6100.pdf (i.e: 17.02.2022).

[17] Bkz. HMK, Ret sebepleri: *"MADDE 36- (1) Hâkimin tarafsızlığından şüpheyi gerektiren önemli bir sebebin bulunması hâlinde, taraflardan biri hâkimi reddedebileceği gibi hâkim de bizzat çekilebilir. Özellikle aşağıdaki hâllerde, hâkimin reddi sebebinin varlığı kabul edilir: a) Davada, iki taraftan birine öğüt vermiş ya da yol göstermiş olması. b) Davada, iki taraftan birine veya üçüncü kişiye kanunen gerekmediği hâlde görüşünü açıklamış olması. c) Davada, tanık veya bilirkişi olarak dinlenmiş veya hâkim ya da hakem sıfatıyla hareket etmiş olması; uyuşmazlıkta arabuluculuk veya uzlaştırmacılık yapmış bulunması.(1) ç) Davanın, dördüncü derece de dâhil yansoy hısımlarına ait olması. d) Dava esnasında, iki taraftan birisi ile davası veya aralarında bir düşmanlık bulunması."* https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6100.pdf, (i.e: 02.09.2021).

[18] Özekes, M. Türkiye Adalet Akademisi HMK Toplantısı, Hukuk Yargılamasında Yeni Kanun Yolu Sistemi. http://web.e-baro.web.tr/uploads/25/9.pdf, ss. 12. (i.e: 12.02.2022).

Bilirkişilikte hukuki dinlenilme hakkını ve resen araştırma ilkesine aykırılık yaratan ve bu durumda adil yargılanma hakkı ihlal edilen bir başka hususta, özel bir sebeple reddedilen bilirkişinin soyut bir değerlendirmeyle sadece bağdaşan maddeyle gerekçesi dahi açıklanmadan reddedilmesidir[19].

1.8. Bilirkişilikten İmtina Etme

Bilirkişinin imtina etmesi için ya tanıklıktan imtina[20] nedenlerine ya da yargılama makamınca muteber herhangi bir nedene dayanarak imtina edebilir (HMK. M. 270/2, EK-1).

Tanıklıktan imtina ve buna dayanarak bilirkişilikten imtina da adaleti bir yerde de baltalıyor. Çünkü uygulamada imtina etme sebepleri yok iken bilirkişilerin işlerinin yoğun olmasını veya sağlık sebeplerini göstererek imtina ediyorlar. Mahkeme imtina nedenleri için herhangi bir evrak sunmamalarına

[19] Aktuna, M. (2019). İdari Yargıda Bilirkişinin Yasaklı Olması ve Reddi. Ankara: ss. 145.

[20] Bkz. EK-1.1. Hukuk Muhakemeleri Kanunu, "*Tanıklıktan çekinme hakkı*

MADDE 247- (1) Kanunda açıkça belirtilmiş olan hâllerde, tanık olarak çağrılmış bulunan kimse, tanıklık yapmaktan çekinebilir. (2) Kişisel nedenlerle tanıklıktan çekinme sebeplerinin varlığı hâlinde, hâkim tanık olarak çağrılmış kimsenin çekinme hakkı bulunduğunu önceden hatırlatır. Kişisel nedenlerle tanıklıktan çekinme

MADDE 248- (1) Aşağıdaki kimseler tanıklıktan çekinebilirler: a) İki taraftan birinin nişanlısı. b) Evlilik bağı ortadan kalkmış olsa dahi iki taraftan birinin eşi. c) Kendisi veya eşinin altsoy veya üstsoyu. ç) Taraflardan biri ile arasında evlatlık bağı bulunanlar. d) Üçüncü derece de dâhil olmak üzere kan veya kendisini oluşturan evlilik bağı ortadan kalkmış olsa dahi kayın hısımları. e) Koruyucu aile ve onların çocukları ile koruma altına alınan çocuk. Sır nedeniyle tanıklıktan çekinme

MADDE 249- (1) Kanun gereği sır olarak korunması gereken bilgiler hakkında tanıklığına başvurulacak kimseler, bu hususlar hakkında tanıklıktan çekinebilirler. Ancak, 19.3.1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu hükmü saklı kalmak üzere sır sahibi tarafından sırrın açıklanmasına izin verildiği takdirde, bu kimseler tanıklıktan çekinemezler. Menfaat ihlali tehlikesi nedeniyle tanıklıktan çekinme

MADDE 250- (1) Aşağıdaki hâllerde tanıklıktan çekinilebilir: a) Tanığın beyanı kendisine veya 248'inci maddede yazılı kimselerden birine doğrudan doğruya maddi bir zarar verecekse. b) Tanığın beyanı kendisinin veya 248'inci maddede yazılı kimselerden birinin şeref veya itibarını ihlal edecek ya da ceza soruşturmasına veya kovuşturmasına sebep olacaksa. c) Tanığın beyanı, meslek veya sanatına ait olan sırların ortaya çıkmasına sebebiyet verecekse.

Tanıklıktan çekinme hakkının istisnaları

MADDE 251- (1) 248 ve 249'uncu maddeler ile 250'nci maddenin (a) bendindeki hâllerde; a) Bir hukuki işlemin yapılması sırasında tanık olarak bulundurulmuş olan kimse o işlemin esası ve içeriği hakkında, b) Aile bireylerinin doğum, ölüm veya evlenmelerinden kaynaklanan olaylar hakkında, c) Aile bireyleri arasında, ailevi ilişkilerden kaynaklanan mali uyuşmazlıklara ilişkin vakıalar hakkında, ç) Taraflardan birinin hukuki selefi veya temsilcisi olarak kendisinin yaptığı işler hakkında, tanıklıktan çekinilemez."

rağmen bilirkişilikten imtinaları kabul ediyor ve bu da yargılamanın gereksiz yere uzamasına sebep oluyor[21].

UYAP Bilirkişi Portalı üzerinden bilirkişilikten imtina etme işlemleri yapılır[22].

1.9. Bilirkişinin Hukuki Sorumluluğu

Bilirkişinin bilerek veya isteyerek gerçekleri yansıtmayan mütalaası mahkeme tarafından eğer neticeye etki etmişse ve bu mütalaadan dolayı bir ziyana sebebiyet verilmişse bilirkişi tazminatla cezalandırılır. Bilirkişi kamu görevlisi olduğundan bu tazminat talebi devlete karşı açılır, yargılama sonunda rücu müessesi devreye girmektedir (HMK. M. 285).

HMK Madde 285/2 devreye girebilmesi için yani bilirkişinin hukuki sorumluluğuna gidebilmek adına ziyana uğramış olan kişilerin hukuki yollardan haklarını aramaları, ziyanı engellemek adına uğraşta bulunmaları ve tüm hukuki yolları tüketmiş olmalarına bağlanmıştır. Ziyanın var olmasını engellememeleri de bir ön şarttır[23].

1.10. Bilirkişinin Hüküm Evresine Etkisi

Bilirkişi hâkimin danışmanıdır. Bu sebepledir ki bilirkişinin görüşü hâkimi bağlayamaz, bağlamaz. Hâkim bilirkişinin görüşüne katılmıyorsa eğer nedenini ilmi olarak söyleme zorunluluğu vardır. Hâkim ilmi nedenleri açıkladıktan sonra bir başka bilirkişiye başvurmalıdır[24].

---

[21] Gözler, K. Bilirkişilerin Bilirkişilikten Çekinme Nedenleri. https://www.idare.gen.tr/gcd-bk-cekilme.htm, (i.e: 12.09.2021).

[22] Bilirkişilik Temel Katılımcı El Kitabı. Adalet Bakanlığı Bilirkişilik Daire Başkanlığı. ss. 35.https://bilirkisilik.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/372020143342temelegitimkatilimci.pdf, (i.e: 13.07.2021).

[23] Yücel, A. R. (2011). Yeni 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Yasasında Bilirkişilik. TMH-468, 2011/4, ss. 76. https://www.imo.org.tr/resimler/ekutuphane/pdf/16274_26_37.pdf, (i.e: 26.10.2021).

[24] Toroslu, N. Feyzioğlu, M. (2016). Toroslu-Feyzioğlu Ceza Muhakeme Kanunu. Ankara: Savaş Yayınevi. ss. 200-207.

Bilirkişi kendisinden istenen görüşü sözlü veya yazılı şekilde hâkime aktaracaktır[25].

HMK Madde 282-Hâkim dosyaya intikal eden diğer deliler ile birlikte bilirkişi görüşünü de ayrıca müstakil bir şekilde değerlendirmeye alacaktır lakin gerekçesini açıkça belirtmek suretiyle aksi kararda verebilir[26].

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Tahir GÖKATALAY başvurusuna bakıldığı zaman bilirkişi görüşünün hâkimi bağlamadığı net bir şekilde anlaşılmaktadır. AİHM başvurusunda; Kanuni hâkim güvencesi olarak tek bir şeyi değil bir çok olguyu birlikte ele almaktadır. Kanuni hâkim güvencesi içinde, yargılama konularının belirlenmesi, tüm mahkemelerin kuruluşları, bu mahkemelerin yer yetkileri, mahkemelere ait bütün işleyişler, kurulan bu mahkemelerin görevleriyle beraber yetkilerinin de net bir şekilde belirlenmesi anlamına gelmektedir. Gökatalay, başvuru sebebinde mahkemenin hukukçu bilirkişi atamış olması hasebiyle yargılanma hak ihlali yaşadığı öne sürülmektedir. AİHM; başvuruyu "açıkça dayanaktan yoksun" olması sebebiyle başvuru AİHM tarafından reddedilmiştir. Gerekçeli kararda yasayla kurulan bir mahkemede uyuşmazlığın görüldüğü, belirlenmiş usul işlemleri olan, başvurucunun taraf olarak iştirak ettiği uyuşmazlık konusu olayda ve belirlenmiş usul işlemleriyle de dosyada hüküm kurulduğu belirtilmiştir. Mahkeme bilirkişiye özel ve teknik bilginin olmasından dolayı dosyanın intikalinin gerçekleşebileceğini, her ne kadar dosya bilirkişiye intikal etse de raporun hâkim açısından serbestçe değerlendirmeye alma hakkının olduğu, hâkimin usul işlemlerini de göz önünde bulundurarak görüş raporuna bağlı olmadığına değinmiştir. Hâkim son karar için dosyayı bütüncül ele alarak hüküm altına alacağını ifade etmiştir[27].

AİHM'e yapılan Emine YILDIZ başvurusunda bilirkişinin hüküm evresine etkisini *"silahların eşitliği"* ilkesiyle şöyle dile getirmiştir.

"Yapılan yargılama sırasında tanık dinletme ve bilirkişi görüşüne başvurulması hakkı da dâhil olmak üzere delillerin ibrazı ve değerlendirilmesi adil yargılanma hakkının unsurlarından biri olarak kabul edilen silahların eşitliği ilkesi kapsamında kabul edilmekte olup bu ilke ve yargılamaya etkin katılım hakkı ile çelişmeli yargılama ilkesi, adil yargılanma hakkının

[25] Kayalıoğlu, D. (2019). Türk İdari Yargılama Hukukunda Bilirkişi. Ankara: ss. 6. Bkz. BilY.M. 56/3.

[26] Pekcanıtez, Atalay, Özekes, 2016, a.g.k., ss. 294.

[27] Tahir Gökatalay başvurusu, B.No: 2013/1780, 20.3.2014). https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ (i.e: 15.10.2021).

somut görünümleridir. Anayasa Mahkemesi de Anayasa'nın 36. maddesi uyarınca inceleme yaptığı birçok kararında ilgili hükmü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 6. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihadı ışığında yorumlamak suretiyle gerek Sözleşme'nin lâfzî içeriğinde yer alan gerek AİHM içtihadıyla adil yargılanma hakkının kapsamına dâhil edilen bu ilke ve haklara Anayasa'nın 36. maddesi kapsamında yer vermektedir"[28].

Serbest delil olarak alınan bilirkişi görüşleri bundandır ki hâkimi bağlayıcı bir etkisi olmamaktadır (HMK. M. 282).

Takdiri delil olarak alınan bilirkişi görüşleri hâkimin bağımsızlık kavramıyla bağdaşmaz. Yerleşmiş uygulamalarımıza bakıldığında yeterli olmadığına inanılan bilirkişi mütalaaları için yeni bir bilirkişi marifetiyle mütalaa alınır veya ek rapor istenir. Ama hâkimin genelde bilirkişi raporuna uygun hüküm tesis ettiği saptanmıştır[29].

Hâkim için bağlayıcı bir tarafı bulunmayan bilirkişi mütalaası adaletin tesis edilmesi adına, hak ve hukuk kavramları adına, adaletin yerine getirilmesi adına bilirkişi mütalaasının çokça önemli olduğu bilinmektedir[30].

Başka bir dava için tanzim edilen bilirkişi mütalaasının derdest olan davaya uygun düştüğü süre boyunca o davada da kullanılmasında herhangi bir sakınca bulunmamaktadır[31].

1.11. Uzman Görüşü Kavramı

Mevzuat gereği tarafların da bilirkişi seçme hakkına sahiptir. Mevzuat bu duruma "uzman görüşü" olarak tanımlamaktadır (HMK M. 431/2).

Buradaki görüş isteme gayesi yargıya intikal eden olayla ilgili hâkime ya da bilirkişiye yol gösterici olmaktır**.**

HMK Madde 293/1-Bilirkişiye başvuru tahkikat aşamasında olmaktadır bu aşamada uzman görüşü tahkikat aşamasında hâkimden istenilirse eğer kendilerine bu istem için ek süre verilmeyecektir.

---

[28] Emine Yıldız başvurusu, B.No: 2014/12324, 01.02.2017, 32 https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/12324?BasvuruAdi=EM%C4%B0NE+YILDIZ. (i.e: 15.10.2021).

[29] Pekcanıtez, Atalay, Özekes, 2016, a.g.k., ss.293.

[30] Meral, O. Çınarlı, S. Aktaş, Ö. (2016). İdari Yargıda Tıbbi Uygulama Hatalarından Kaynaklanan Davalarda Bilirkişi Raporlarının İncelenmesi. İstanbul Medeniyet Üniversitesi Tıp Hukuku Araştırmaları Birimi Yayını, Tıp Hukuku Dergisi, Yıl-5, S-9, ss. 117-168.

[31] Pekcanıtez, Atalay, Özekes, 2019, a.g.k., ss. 416.

Dava açıldıktan sonra da hâkimin bilirkişiyi atamasından önce uzman görüşüne dayanarak dilekçelerini verebilirler lakin inandırıcılığı tatmin eden uzman görüşü hâkimin bilirkişi atamasına engel değildir[32].

Hukuk Mahkemeleri Kanunu Madde 293'te uzman görüşü bilirkişilik görüşü gibi delil yerine geçmez lakin yargıya intikal eden uyuşmazlıkta mahkemeye dosyasına intikal eden hâkime/yargıca kişisel fikrinin oluşması adına sunulan bir açıklama, aydınlatmadır. Bu durum yine de usul hukuku açısından bir bilirkişi delili olmayacaktır[33].

HMK Madde 293 ile uzman görüşü kavramı getirilmekle beraber evveliyatında da başvurulan bir kurumdu. Lakin bu konuda herhangi bir düzenleme mevcut değildi. Böylelikle bu kurumun yerleşmesiyle hukuk düzenleri birbirini tamamlamaya başladı. Anglo-Amerikan hukuk düzeninde taraflar kendi belirledikleri uzmana görüş için başvurabilmekteydi lakin Kıta Avrupa hukuk düzeninde mahkemenin tayin ettiği uzmana başvurulmaktaydı[34].

Hâkim/yargıç kuramsal bilgilerde uzman olma gibi bir zorunluluğu mevcut değildir. Kaldı ki bu kuramsal bilgiyi bilse dahi onu kullanamaz. Bu duruma *"hâkimin teknik konudaki şahsî bilgisini kullanamaması prensibi"* adı verilmektedir. Hâkim/yargıç kendisinde şahsi olarak var olan bu kuramsal karar vereceği olayda bilgiyi aktaracağı, tartışacağı imkânı mevcut olmadığından bilirkişi görüşü almak hâsıl olur. Bilirkişinin mahkemeye sunacağı görüş taraflarca irdelenecektir. Bu sebepledir ki bu görüşten hâkim/yargıçla beraber "*kolektif hükme katılan her süje"* fayda sağlamalıdır. Tamda bundan dolayıdır ki uzman görüşü kabul görmüştür[35].

Bilirkişi dışında "uzman görüşü" kavramının da olması hususi ve kuramsal anlamda ihtiyaç doğrultusunda uzmandan bilimsel olan görüşü almak iddia ve savunmaları desteklemek adına mümkün kılınmaktadır. Uzman Görüşü dinlenilmesi bunun mevzuata girmesi uzmanlık gerektiren konuların da iyi bir

[32] Pekcanıtez, Atalay, Özekes, 2019, a.g.k., ss. 421.

[33] Pekcanıtez, Atalay, Özekes, 2019, a.g.k., ss. 421.

Bkz: Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 09.10.2019 Tarih ve 2019/748 Esas ve 2019/3857 Karar sayılı kararı. Y. 15. H. D. 19.04.2018 2017/2121 E., 2018/ 1651 K., Y. 15. H. D. 25.09.2017 2017/1083 E., 2017 /3122 K., Y. 15. H. D. 19.12.2019 2019/2249 E., 2019/5266 K., Y. 15. H. D. 25.10.2018 2016/12010 E., 2018/6678 K. sinerjimevzuat.com (i.e: 02.02.2022).

[34] Elyıldırım, 2021, a.g.k., ss. 146.

[35] Yenisey, F. (2006). Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre Tıbbi Deliller ve Bilirkişi İncelemesi. (Ed. Budak A.) Yeditepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD)-Özel Sayı, Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, C-III, S-2, ss: 309-310.

şekilde aydınlanmasına vesile oluyor. Bir yandan da bu görüşler çelişki barındıran, eksiklik ihtiva eden durumlar, yanlış bilinen bilgilerin de Yargılama Makamını geçmesi önlenir hale getiriyor[36].

HMK Madde 293/2 gereği hâkime/yargıca resen veya istem gereği görüş almış bulunduğu özel bilirkişiyi mahkemeye çağırma yetkisine haiz olsa dahi istemi reddetmesi mümkün değildir. Ret sebebini mutlaka bir gerekçeye bağlamak zorundadır.

HMK Madde 293/3 mahkemeye sebep sunulduğu takdirde hâkim bu sebebi değerlendirmeye muhakkak alacaktır çünkü;

AİHS Madde 6/1- *Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar hakkında ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde yürütülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar alenî olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir. "* maddesi gereği hâkim dosyaya intikal eden bütün belgeleri adil yargılanma hakkı ihlaline sebebiyet vermemek adına değerlendirecektir[37].

Aslında bu maddeye *"silahların eşitliği"* de diyebiliriz. *"Silahların eşitliği"* ile kast edilen durum karara etkisi olması amacıyla karşılıklı iki tarafa da birbirine denk imkân vermeyi kast eder. Usul ekonomisi ilkesi gereği düşünecek olursak da yapılacak giderler (masraf), harcanacak süre (zaman), verilecek emek bakımından mecburi olmadıkça bunun dışına çıkılmamasını ifade edecektir[38].

1.12. İdare Hukukunda Bilirkişilik Durumu

Ülkemiz hukuk sisteminde yasama, yürütme ve yargı fonksiyonları olarak üç ayrı fonksiyona ayrılmıştır. Ayrılan bu üç fonksiyonu yerine getirmek içinde

[36] Erdem, Ü. Doğramacı, Y. G. (2020). Malpraktis Davalarında Bilirkişi Raporları Nasıl Olmalı, İstanbul: Legal Yayıncılık. ss. 251.

[37] Pekcanıtez, Atalay, Özekes, 2016, a.g.k., ss. 288-291. Bkz. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Madde-36.

[38] Bilirkişilik Temel Eğitimi Katılımcı El Kitabı, a.g.k., s. 6 https://bilirkisilik.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/372020143342temelegitimkatilimci.pdf (i.e: 10.10.2021).

gücünü egemenlikten alan yasama, yargı ve yürütme yetkileriyle donatılmıştır. Ayrıca yetkilendirilen bu üç fonksiyonların da yetkilendirildikleri alanda yetkilerini kullanmak amacıyla da yasama, yargı ve yürütme organları mevcuttur. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (T.C. Anayasası) Madde 125/1'de idarenin yapmış olacağı bütün eylem ve işlerde yargı yolunun açık tutulduğu belirtilmiş ve bu eylem ve işlemlerinden dolayı oluşacak zararların da ayrıca ödeneceği karar altına alınmıştır[39].

1.13. Sağlık Hukukunda Bilirkişilik Durumu

Hâkim önüne gelen uyuşmazlık için hekimden tıbbi bilgisine ihtiyaç duyduğu zaman bilirkişi sıfatıyla hekimden görüş istemektedir. Bu aynı zamanda hekimin bilirkişilik görevi ve adli tıbbın ne ile uğraştığı konularını saptamaktadır[40].

Hekimler (adli tıp uzmanı olma şartı aranmıyor) adli rapor hazırlarken TCK maddelerine ve adli tıp konusundaki standart yaklaşımlarına göre hareket etmesi doğrultusunda adaletin doğru şekilde yerini bulmasına yardımcı olmaktadır[41].

Yazar tıbbi konuda bilirkişilik yapılması istenildiğinde bu durumu iki kısımda ele almak daha yararlı olacağı düşünür çünkü raporların mahkemelerce doğru bir şekilde yorumlanması önemlidir. Bununla beraber raporlar daha net ve anlaşılır da olacaktır.

İlk sırada gerek ceza olsun gerek hukuk davaları olsun "tıbbi verilerin anlamlandırılması" yer alırken ikinci sırada ise hekim tarafından gerçekleştirilmiş olan her türlü işlemlerin tıp kurallarına uygun olup olmadığını belirleyecek bilirkişi vardır. Bundan dolayı hakim tıbbi bilirkişiden ne istediği net olarak belirtilmelidir ki o yönde bilirkişi mütalaasını oluştursun[42].

Hastada istenmeyen bir zarar meydana geldiğinde bunun sebebinin tıbbi uygulamadan kaynaklanıp kaynaklanmadığını anlamak için çeşitli verilere ihtiyaç

[39] Günday, M. (2015). İdare Hukuku. Ankara: İmaj Yayınevi. ss. 13.

[40] Kök, A. N. (2014). Türk Ceza Adalet Sisteminde Adli Tıp Uygulamaları. Ankara: Seçkin Yayınları. ss. 39.

[41] Adli Tıp Ders Kitabı İstanbul Üniversitesi Tıp Fakültesi, (2011). VI, 733 s.:res.,şkl., 24 cM., İstanbul Üniversitesi Yayınları:4898, Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Yayınları 281, ISBN 978-975-404-855-1, ss. 597.

[42] Harmancı, F. (2019). Tıbbi Bilirkişi. Gaziantep: ss. 144.

vardır. Yapılan uygulamanın da kusurunu belirleme işi bilirkişilikle uğraşan kuruluşlardadır. Bu kuruluşlar kendilerine intikal eden dosyada kişi ifadeleri, tıbbi uygulamanın yapıldığı yerdeki tutulan kayıtlar, belgeler, hasta dosyasına intikal etmiş evrak, laboratuvar sonuçları ve benzeri evraktır. Bilirkişilikle uğraşan kuruluşlar arasında; Adli Tıp Kurumu (ATK), Üniversitelerin Diğer Adli Tıp Anabilim Dalları veya ilgili olan başka Anabilim Dalları, Tabip Odaları Onur Kurulları olarak sayabiliriz[43].

Tıbbi kötü uygulama davalarında dava sürelerinin kısalması adına bilirkişi mütalaasını düzenlerken bazı sorulara net cevap vermelidir. Örneğin hekimin yapmış olduğu tıbbi uygulamanın tıbbi standart kavramının göz önünde bulundurup bulundurmadığını, yapılan iş ile iş sonucu oluşan çıktı arasında bir illiyet rabıtasının bulunup bulunmadığını belirlemesi gerekir. Bunun yanında iş sonucu oluşan çıktının malpraktis mi komplikasyonu mu ayrımının iyi yapılması, eğer komplikasyon olarak değerlendirilecekse de bu işlemi yaparken geçen sürecin değerlendirilmesini yapması, usulüne uygun rızanın alınıp alınmadığına, rıza varlığının hukuk kurallarına uyup uymadığının iyi tespit edilmesi gerekir. Bu süreç mütalaaya yapılacak itiraz ve ek raporda önem arz edecektir[44].

Sağlık alanında bilirkişilik yapacak kişi tıbbi evrak hangi saat ve tarihte dokümante edildiğine bakarak mütalaasını hazırlamalıdır[45].

Yazar, Tıbbi bilirkişilik ile ilgili AİHM kararına bir göz atmak gerektiğini düşünmektedir. AİHM kararı incelendiğinde tıbbi bilirkişilik olarak belirlenen kıstasların evrensel olduğu tespit edilecektir. Tıbbi bilirkişiler içinde bir yol rotası olma mahiyetindedir.

[43] Polat, O. Pakiş, I. (2011). Tıbbi Uygulama Hatalarında Hekim Sorumluluğu. Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi Cilt-2, Sayı-3, ss. 119-125.

[44] Şeker, Z. (2020). Malpraktis Davalarında Aydınlatılmış Onam ile İlgili Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi. Ankara: ss. 69.

[45] Doğan, C. (2015). Uluslararası Sağlık Sempozyumu. Türkiye Barolar Birliği ve Kıbrıs Türk Barolar Birliği. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları 306,(Editör: Hakeri, H.) ss. 391-488.

1.14. AİHM 2016 Tarihli Aydoğdu-Türkiye Kararında Belirtilen Tıbbi Bilirkişi Raporlarının Özellikleri

-Bilirkişi incelemekte olduğu dosyada hastaya sağlanan sağlık hizmetinin sadece belirlenmiş bir kısmından değil dosyada var olan ve tedavi hizmetinin farklı kısımlarında da var olan bütün kısımlarını ele alıp incelemelidir.

-Uyuşmazlık konusu olan olayın atfı kabil kusuruna karar verilecekse eğer tıbbi hata yapıldığı iddialarına yer vermelidir.

-Sadece tıbbi hata yaptığı gerekçesiyle suçlanan hekim/doktorun ifadelerine tek dayanılarak yapılan bilirkişi görüşü güvenilir olmaz. Salt ifadeler doğrultusunda gerekçelendirilmeyen ve somut zemine oturtulmadıkça bilirkişi görüşü güvenirliğini yitirecektir.

-Tıbbi bilirkişi görüşünde istenilmeyen etki kavramına değinecekse eğer bu komplikasyonun ne olduğunu, diğer sağlık hizmetlerinde görülüp görülmediğini, gelişmiş bir hastanede bu durumun nasıl olduğunu açıklamadan, soyut bir şekilde hazırlanmış bir bilirkişi görüşüyle hüküm evresi kurulamaz.

-Tıbbi bilirkişi hastaya uygulanan tedavilerle ilgili bilimsel öğeleri ve kabul görmüş tedavi yöntemlerin uygunluğunu kontrol etmelidir.

-Tıbbi bilirkişi raporu mutlaka ikna edici olmanın yanında güvenilir de olmalıdır. Bunun içinde uyuşmazlık konusuyla paralel olmalıdır. Konuyu açığa kavuşturacak doygunlukta olmalı, uyuşmazlık konusu tarafların da kanıtlarına cevap verebilecek yeterlilikte olmalıdır.

-Tıbbi bilirkişi uyuşmazlığa konu olaya sebep olduğu iddia edilen hekimin buna sebebiyet verip vermediğini belirlemediği takdirde yetersiz hazırlanmış bir görüş olacaktır. Üniversiteler bünyesinde akademik olarak yetkin olan ve bir dalda ihtisas yapan görevlilerin görevlendirilmesi önem arz etmektedir çünkü uyuşmazlığa konu olayda bir uzman hekimin katılması tıbbi bilirkişi görüşünü yetersiz kılacaktır. Tıbbi bilirkişi görüşleri konusunda Yargıtay 13. Dairesi ve ATK genel itibariyle bilirkişi görüşleri hakkında verdiği sonlandırıcı kararlarına yukarıda bakıldığında bilirkişilerin uhdesinde bulunan yetkilerin doktrinle ilerlediği söylenebilir[46].

[46] AİHM Kararları BN: 40448/06, 30.08.2016 T. Sinerjimevzuat.com (i.e: 07.02.2021).

2. ÜLKEMİZDE RESMİ BİLİRKİŞİLİK KURUMLARI

2.1. Adli Tıp Kurumu (ATK)

ATK ilk dönemler bilinmeyen ölüm vakalarını araştırmak için kurulmuştu. Osmanlı Döneminde olan II. Mahmut döneminde polis merkezi çatısı altında "*"Zabıta Tababet-i Adliyesi"* adıyla kurulmuştu.

Nasıl tezgâhlandığına dair bilgi olmayan kaza, birini öldürmek, kendini öldürmek gibi konular üzerinde çalışırdı ve belli bir süre sonra Sağlık Bakanlığı Teşkilatına dâhil oldu. 1913'te Morg, 1917'de suç işlenme esnasında zihin zayıflığı incelemek için Gözlem alt kadrosu oluşturuldu. Adalet Bakanlığına bağlı faaliyetlerini sürdürmeye devam etmektedir[47].

Adli Tıp Kurumu 5519 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanunu 1982 yılında Resmî Gazete'de yayınlanmıştır. Kanunda ATK'nin görevleri usul ve esasları açıklanmaktadır.

Adli Tıp uygulamalarında, ATK Başkanlık ve ilgili ihtisas kurulları ile üniversitelerin Adli Tıp Anabilim Dalları resmi bilirkişi olarak kabul edilmektedir. Resmî bilirkişilikle görevlendirilmiş olanlar, CMK 64'üncü maddede belirtilen bilirkişi listelerinde yer almış bulunanlar incelemenin yapılması için bilinmesi gerekli fen ve sanatları meslek edinenler, mesleği yapmaya resmen yetkili olanların bilirkişilik görevini kabul etmek zorunda oldukları CMK Madde 65'te belirtilmiştir[48].

2.1.1. Adli Tıp Kurumu Hukuki Yapısı

ATK; merkezi İstanbul'da olan, belirli bölgelerde grup başkanlıkları ve illerde şube müdürlükleri biçiminde örgütlenmiş bulunan Adalet Bakanlığına bağlı bir kurumdur[49].

---

[47] Şahsuvaroğlu, B. Özen, C. (1974). Dünyada ve Yurdumuzda Adli Tıbbın Tarihçesi ve Gelişmesi. İstanbul: Serme Matbaası. ss. 14-15.

[48] Can, 2002, a.g.k., ss. 63-76.

[49] Çelik, A. Adli Tıp Kurumuna Başvurmak Zorunlu Değildir. ss. 1-3. https://www.tazminathukuku.com/dosyalar/369_adli-tip-kurumu-hakkinda.pdf. (i.e: 20.02.2022).

ATK Kanunu'nda (ATKKan. M. 2/a) mahkeme, hâkimlik/yargıçlık, savcılık ve kurumun uygun göreceği alanlarda kurumlar ve kuruluşlarca gönderilecek dosyalarda ilmi ve fenni görüş bildirmektedir.

Yapısal olarak bünyesinde yüksek riskler bulunduran Sağlık hizmeti yürüten idarelerde de bilirkişiye başvurma hâsıl olmaktadır[50]. Özen ihlalinin belirlenmesinde çoğu zaman bilirkişinin bilgisine başvurulur[51]. Uygulamada genelde bu kurum ATK'dir[52] (resmi bilirkişilik kurumları olarak Adli Tıp Kurumu ile Üniversitelerin Adli Tıp Anabilim dallarından görüş istenmektedir[53]).

Adli makamlarca bilirkişilik kavramı için özelikle ATK tercih edilir[54]. Adli makamlar tek ve nihai karar verici olarak çoğunlukla ATK'yi tercih etmeleri resmi denetim organları tarafından eleştiri konusu olmaktadır[55].

Danıştay özellikle sağlık hizmetlerinden kaynaklı tam yargı davalarında bilirkişilik müessesi olarak ATK'yi seçer ve dosyanın ATK tarafından değerlendirilmesi ile hüküm tesisinde bulunuyor ve bu durum muhakemeyi yavaşlatıcı bir etkiye sahip olmaktadır[56].

2.1.3. Adli Tıp Kurumu İdari Yapılanması

ATK; Adli Tıp Kurumu Başkanlığı, Adli Tıp Başkanlar Kurulu, Adli Tıp Üst Kurulları, Adli Tıp İhtisas Kurulları, Adli Tıp İhtisas Daireleri, Adli Tıp Kurumu Grup Başkanlıkları, Adli Tıp Şube Müdürlükleri gibi yapılanmaya sahiptir (ATKKan. M. 53).

2.1.3.1. Başkanlık

Kuruluş; Adli Tıp Kurumu 14.04.1982 tarih ve 2659 sayılı kanun ile kurulmuştur.

[50] Can, İ. Ö. ve ark., (2002) Kusur ve Kusur Oranlarının Belirlenmesinde Bilirkişilerin Fonksiyonu, Adli Bilimler Dergisi-1, ss. 63-76.
[51] Can ve ark., 2002, a.g.k., ss.63-67.
[52] Can ve ark., 2002, a.g.k., ss.63-67.
[53] Hakeri, H. (2015). Tıp Hukuku. Ankara: Seçkin Yayınları. ss. 382.
[54] Meral, Çınarlı, Aktaş, 2016, a.g.k., ss. 132.
[55] Meral, Çınarlı, Aktaş, 2016, a.g.k., ss. 132.
[56] Çınarlı, 2013, a.g.k., ss. 307-309.

Bilirkişilik göreviyle beraber adli tıp ve yan dal uzmanlık programları ile diğer görevleri arasına giren adli bilimler sahasında sempozyum (bilgi şöleni), konferans, etkinlikler düzenlemektir (ATKan. M. 4). Bunlar için eğitim organizasyonlarını uygulamak amacıyla Adalet Bakanlığına bağlı ATK kurulmuştur (ATKan. M. 4). Kurum bünyesinde grup başkanlıkları ve şube müdürlükleri kurulabilmektedir (ATKan. M. 4).

ATK görevlerine bakacak olursak eğer: Mahkemeler, hâkimlikler/yargıçlar, savcılıklar tarafından tevdi edilen adli tıp ile ilgili olmak üzere görüş bildirmek, kurumun uygunluğu da göz önünde bulundurularak kamu kurum ve kuruluşları tarafından tevdi edilen adli tıp ile ilgili olmak üzere görüş bildirmek, adli tıp ve yan dal uzmanlıkları program eğitimlerini tıpta uzmanlık mevzuatı göz önünde bulundurarak yapmak, adli tıp ve adli bilimler alanında çalışmalar yürütmek, yürütülmesine yardımcı olmak, adli tıp hizmeti görülmesi esnasında zorunlu yapılması gereken sağlık hizmetlerini de vermek (ATKan. M. 2).

2.1.3.2. Başkanlar Kurulu

ATK Başkanı başkanlığında, başkan yardımcılarıyla birlikte adli tıp ihtisas kurulları başkanları ve merkezde olan adli tıp ihtisas daireleri başkanlarından oluşur (ATKKan. M. 5).

Başkanın istemiyle en az ayda bir kez olmak üzere oy çokluğuyla karar alınıyor. Bunun yanında Adli tıp ihtisas daire başkanları ile beraber başkan yardımcıları oylamaya katılamamaktadır (ATKKan. M. 5).

ATK Mevzuatına göre görevleri şu şekilde belirlenmiştir:

Kurul, daire, şubelerin uzman ve rapor yazıcıların görev yerlerini belirlemek, ihtiyaç halinde ihtisas kurul başkanı ve üyeleri, daire başkanları, şube müdürü, uzman ve diğer çalışanların görev yerlerini tayin etmek, ihtisas kurulları, daireler, şubeler arasında dengeyi korumak gerekiyorsa duruma göre işin özeliği göz önünde bulundurularak başka kurul, daire şubelere devretmek, adli tıp alanında uzmanlık programları ve görev alan sınırlarında bulunan diğer eğitim programlarına karar vermek, diğer kanunlarla kendilerine tevdi edilen görevleri yerine getirmektir (ATKKan. M. 13).

2.1.3.3. Adli Tıp Üst Kurulları

Adli tıp ihtisas kurulları ve dairelerince verilip mahkeme, hâkimlik/yargıçlık, savcılıkça içerikçe yeterli düzeyde kanaat verici nitelikte olmayan ve sebebi de bildirilen işler, adli tıp ihtisas kurullarınca oy birliği daha alınmamış işler, adli tıp ihtisas kurulları ve dairelerinin rapor ile beraber görüşleri arasındaki birbirini tutmayan kısımlar, adli tıp ihtisas kurulları ve ATK dışında kalan Sağlık hizmeti yürüten idare heyet halinde vermiş oldukları görüşlerle beraber raporları arasında birbirini tutmayan kısımlar, uzman üyelerle beraber inceleyip kesin karara bağlamak, Fizik İhtisas Dairesiyle beraber Trafik İhtisas Dairesinin raporları burada incelemeye alınmaz. Bu dairelerden biri tarafından verilen raporla diğer bilirkişi raporları arasında birbirini tutmayan kısımlar gerekçesi belirtilerek Mahkeme/Cumhuriyet savcılıklarınca istemleri halinde raporlar ilgili ihtisas dairesince incelenir. İlgili ihtisas dairesi minimum yedi uzman eşliğinde, katılanların oy çokluğu alınarak, kesin olmak üzere karara bağlanır. Oylar arasında eşitlik var ise başkanın tarafı oy çokluğunu sağlamış olacaktır. Fizik İhtisas Dairesiyle beraber Trafik İhtisas Dairesi uzmanlarının çalışmalarını yönetmelikle düzenlemektedir (ATKKan. M. 15).

2.1.3.4. Genel Kurul

ATK Başkanı başkanlığında adli tip ihtisas kurulları başkanıyla beraber üyeleri ve ATK mevzuatı gereğince adli tıp ihtisas daire başkanı ile toplanırlar. İhtisas Kurulları Başkan ve üyelerinin minimum üçte ikisinin katılması zorunludur. En kıdemli İhtisas Kurulu Başkanı kurula başkanlık eder[57].

Adli Tıp Genel Kurulu; Adli tıp ihtisas kurulları ve dairelerince verilip mahkeme, hâkimlik/yargıçlık, savcılıkça içerikçe yeterli düzeyde kanaat verici nitelikte olmayan ve sebebi de bildirilen işler, adli tıp ihtisas kurullarınca oy birliği daha alınmamış işler, adli tıp ihtisas kurulları ve dairelerinin rapor ile beraber görüşleri arasındaki birbirini tutmayan kısımlar, adli tıp ihtisas kurulları, daireleri, şube müdürlüklerinin rapor ile beraber görüşleri arasındaki birbirini

[57] Adli Tıp Kurumu İdari Yapı-Genel Kurul. https://www.atk.gov.tr/adli-tip-genel-kurulu.html(i.e: 01.02.2022).

tutmayan kısımlar, adli tıp ihtisas kurulları ve ATK dışında kalan Sağlık hizmeti yürüten idare görüşleriyle beraber raporları arasında birbirini tutmayan kısımlar, uzman üyelerle beraber inceleyip kesin karara bağlamak, ihtisas Kurullarından Genel Kurula intikal eden dosya için raportörün raporu hakkında konuşmayı yapması akabinde o işle ilgili olan Kurul Başkanı, yokluğunda ise Kurulu temsilen en kıdemli üyesi ya da Kurul Başkanı istemiyle başka üye Kurul görüşünü açıklar[58].

ATKKan. Madde 2'de gösterilen yargı mensuplarınca belirlenen konuların Genel Kurulda tartışılması durumunda Genel Kurul raportörleri konuyla ilgili hazırlık yapılıp Kurula sunulur. Kurul Başkanı açıklama yaptıktan sonra konu karşılıklı olarak görüşmeye sunulur. Konu ilgili İhtisas Kurullarından Başkan ile üyeleri çoğunlukla bulunma zorunluluğu taşır. İlgili konu uzmanı olmadıkça konuyla ilgili görüşme gerçekleşmez.

2.1.3.5. İhtisas Kurulları

Adli Tıp ihtisas dairesince adli hekim ve adli tıp uzmanınca hazırlanıp mahkeme, hâkimlik/yargıçlık, savcılık tarafından yeterli bulunmayan ve aralarında birbirini tutmayan durumlardaki raporları derinlemesine gözden geçirip bilimsel düşünce bildirir (Bilirkişilerce, Fizik ve Trafik İhtisas Dairelerinin tıbba girmeyen raporlar hariç) (ATKKan. M.16).

ATK'de 8 adet ihtisas kuruluna sahiptir. Başkan ve adli tıp uzmanı olan iki üyesi bulunur. (ATKKan. M.7).

Birinci Adli Tıp İhtisas Kurulu

Kurulda Dâhiliye, Genel Cerrahi, Nöroşirurji, Doğum ve Kadın Hastalıkları, Çocuk Hastalıkları, Kalp ve Damar Hastalıkları, Patoloji Hastalıkları uzmanları bünyesinde barındırmaktadır (ATKKan. M. 7).

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda belirlenmiş olan *"Hayata karşı suçlar"* ile bunun dışında kalan ihtisas kurulların fonksiyonların haricinde kalan prosedürlere bakmaktadır (ATKKan. M. 16/a).

[58] ATK İdari Yapı-Genel Kurul, (http-1).

İkinci Adli Tıp İhtisas Kurulu

Kurulda Göğüs Cerrahisi, Radyodiagnostik, Kulak-Burun-Boğaz (KBB) Hastalıkları, Genel Cerrahi, Kalp ve Damar Cerrahisi, Göz Hastalıkları, Nöroloji, Plastik, Rekonstrüktif Cerrahi, Ortopedi ve Travmatoloji, Doğum ve Kadın Hastalıkları en son olarak Ruh Sağlığı ve Sinir Hastalıkları uzmanları bünyesinde barındırmaktadır (ATKKan. M. 7).

"Vücut dokunulmazlığına karşı suçlar ile işkence ve eziyet suçları" ile ilgili cürümlere bakarlar (ATKKan. M. 16/b).

Üçüncü Adli Tıp İhtisas Kurulu

Kurulda Ortopedi ve Travmatoloji, Genel Cerrahi, İç Hastalıkları, Göğüs Hastalıkları, Kalp ve Damar Hastalıkları, Onkoloji, Nöroloji, Sinir ve Beyin Cerrahisi, Ruh Sağlığı ve Sinir Hastalıkları, Üroloji uzmanları bünyesinde barındırmaktadır (ATKKan. M. 7).

Üçüncü Adli Tıp İhtisas Kurulu meslekte kazanma ve beden gücünde var olan kayıplar, malullük, engelli olma, meslekte çıkan hastalıklar, hapis ceza infazlarının geriye atılması, kocamış olmak gibi durumlarda cezaları hafifletmek veya tamamen ortadan kaldırmak görevlerini üstlenmektedir (ATKKan. M. 16/c).

Dördüncü Adli Tıp İhtisas Kurulu

Kurulda üç tane Ruh Sağlığı ve Sinir Hastalıkları uzmanı, bir tane Nöroloji uzmanı bünyesinde barındırmaktadır (ATKKan. M. 7).

TCK yaş küçüklüğü ve akıl hastalığı dışında kalan cezada yükümlülüğü kaldıran veya indiren sebeplerden, zihinsel rahatsızlıklara özgü olan güvenlik önlemleri, uyarıcı ya da uyuşturucu kullanan kimselerin mutatları, ilgisi olan bağımlılık düzeyleri, uyuşturucudan tedavi ve denetimli serbestlik korumalarına ait olan durumlar, vesayet durumunu belirleyen durumlar, fiil ehliyetini belirlemek, zihinsel hastalıktan kaynaklanan evliliğin iptal edilmesi veya boşanma, koruma maksadıyla hürriyetini engelleme, tasarruf ehliyetine ilişkin işlemlerin yürütülmesi gerçekleştirilir (ATKKan. M. 16/d).

Beşinci Adli Tıp İhtisas Kurulu

Kurulda; Halk Sağlığı, Mikrobiyoloji, Farmakoloji, Biyokimya, İmmünoloji ve Alerji Hastalıkları, Tıbbi Genetik, Enfeksiyon Hastalıkları, Analitik Kimya, Klinik Mikrobiyoloji, uzmanları bünyesinde bulundurmaktadır (ATKKan. M. 7).

Adli biyolojiyi ilgilendiren işlemler, soyun belirlenmesine ilişkin durumlar, adli genetiğin alanına giren işler, zehirlenme olayları, alışkanlığa sebep olan diğer maddelerin işleri, immünoloji ve alerjiyi ilgilendiren işler, ilaç kimyası, çevreyi ilgilendiren cürümler, içmeğe ve yemeğe ait işler, kamunun sağlığı ile ilgili cürümlerin işlemlerinin yürütülmesinden sorumludur (ATKKan. M. 16/e).

Altıncı Adli Tıp İhtisas Kurulu

Kurulda; Çocuk Cerrahi, bir tane Doğum ve Kadın Hastalıkları, İki tane Çocuk ve Ergen Ruh Sağlığı ve Hastalıkları, bir tane Üroloji, İki tane Ruh Sağlığı ve Sinir Hastalıkları, uzmanları bünyesinde bulundurmaktadır (ATKKan. M. 7).

Dilsizlik ve sağırlık, aile düzenine ve genel ahlaka karşı cürümler, cinsiyete ilişkin işler, yaş küçüklüğü, cinsel iktidar tespiti, çocuk düşürtme-düşürme, kısırlaştırma, cinsel dokunulmazlığa karşı cürümler, yaşın belirlenmesi gibi işlemlerin yürütülmesinden sorumludur (ATKKan. M. 16/f).

Yedinci Adli Tıp İhtisas Kurulu

Kurulda; Diş Hekimliği, Genel Cerrahi, Dâhiliye, Doğum ve Kadın Hastalıkları, Çocuk Hastalıkları, Beyin ve Sinir Cerrahisi, Anesteziyoloji ve Reanimasyon, Ortopedi ve Travmatoloji, Göz Hastalıkları, Kardiyoloji, Kulak-Burun-Boğaz Hastalıkları, Onkoloji, Plastik, Rekonstrüktif ve Estetik Cerrahi, Üroloji, Kalp ve Damar Şirürji, Dermatoloji uzmanları bünyesinde bulundurmaktadır (ATKKan. M.7).

Sonucu ölüm olmayan ama malpraktis olan işlemlerin yürütülmesinden sorumludur (ATKKan. M. 16/g).

Sekizinci Adli Tıp İhtisas Kurulu

Kurulda Genel Cerrahi, Dâhiliye, Kadın Hastalıkları ve Doğum, Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları, Anesteziyoloji ve Reanimasyon, Kardiyoloji, Beyin ve Sinir Cerrahi, Acil Tıp, Enfeksiyon Hastalıkları ve Klinik Mikrobiyoloji uzmanlarından oluşur (ATKKan. M. 7).

Sonucu ölüm olmayan malpraktis olaylarına ilişkin işler ve bu işlerle ilgili bilirkişi mütalaası vermekle görevlidir (ATKKan. M. 16/h).

2.1.3.6. İhtisas Daireleri

Adli Tıp İhtisas Daireleri 7 kısımdan oluşur. Bu kısımlara bakacak olursak; trafik, biyoloji, morg, fizik, kimya, adli bilişim ve gözlemden oluşmaktadır. Şimdi aşağıda bunları tek tek alıp görevlerine bakalım (ATKKan. M. 8)

Morg İhtisas Dairesi

Mahkeme, hâkimlik/yargıçlık, savcılık vasıtasıyla iletilen naaş ve naaş kısımları, canlıya ait olan doku ile diğer biyolojik gereç üzerinde bütün araştırmaları yapmak ve bulguları rapor ile belirler(ATKKan. M. 17).

Morga intikal eden, otopsisi bitmiş, kimlik tespiti akabinde morg dairesi ile alakalı durumu kalmayan, hısımları tarafından teslim alınmayan, kimsesiz olan naaş ve naaş kısımları adli soruşturmayla da alakalı kalmamış olan ve aksine vasiyet olmayan şartla, minimum altı ay korumaya alınır. Bilimsel çalışmalar için yükseköğretim kurumlarına teslim edilebilir. Naaş ve naaş kısımları bilimsel çalışma için yükseköğretim kurumlarına teslim edilmesiyle ilgili yönetmelik hazırlamakla görevlidir (ATKKan. M. 17).

Şubeler; Histopatoloji tetkik, Kemik ve diş, Kitlesel ölümlerde olay yeri inceleme ve hüviyet, Otopsi şube, Laboratuvarlar (laboratuvarlar şunlardır; adli entomoloji, postmortem mikrobiyoloji, postmortem acil toksikoloji ve yangın) oluşmaktadır[59].

[59] ATK-İdari Yapısı, (http-1).

Fizik İhtisas Dairesi

Mahkeme, hâkimlik/yargıçlık, savcılık vasıtasıyla iletilen silah, mermi, yazı (grafolojik–daktiloskopik), imza, imza görevi gören parmak izi, radyolojik radyoizotop, klimatolojik, fiziksel gereçler ile olayları kapsayan araştırma yaparak bu bulguları raporlama işleminde bulunmak (ATKKan. M. 21).

Şubeler; iz inceleme, balistik, adli astronomi, Adli belge inceleme şubelerinden oluşmaktadır[60].

Kimya İhtisas Dairesi

Mahkeme, hâkimlik/yargıçlık, savcılık vasıtasıyla iletilen toksikolojik, gıdai, sınai, narkotik, ilaç ve diğer çeşitli maddeler ile alkol metrik analizler yapmak ile bunlardan elde edilen bulguları raporlama işlemi yapmakla görevlidir (ATKKan. M.19).

Toksikolojik, narkotik, gıda ve çeşitli maddeler, alkometrem, enstrümantal analiz ve araştırma şubelerinden oluşmaktadır[61].

Biyoloji İhtisas Dairesi

Mahkeme, hâkimlik/yargıçlık, savcılık vasıtasıyla iletilen her türlü biyolojik parça ve bunları taşıma sırasında olası gereçlerin mikrobiyolojik, hematolojik, serolojik, genetik olarak araştırılması ve sonuçlarının raporlanma işleminin yapılmasıyla görevlidir (ATKKan. M. 20).

Şubeler; Adli genetik şubesi, hematoloji, ön inceleme, kan lekesi model analiz şubelerinden oluşmaktadır[62].

[60] ATK-İdari Yapısı, (http-1).
[61] ATK-İdari Yapısı, (http-1).
[62] ATK-İdari Yapısı, (http-1).

Trafik İhtisas Dairesi

Mahkeme, hâkimlik/yargıçlık, savcılık vasıtasıyla iletilen trafik olaylarını kapsayan lazım gelen muayene ve araştırmalar yapma, sonuçlarının raporlanması işleminde görev almaktadır (ATKKan. M. 22).

Şubeler; Hasar trafik ve değerlendirme, motor tetkikler, araç teknik kontrol laboratuvar psikoteknik laboratuvar, yol ve trafik kaidelerini değerlendirme, araç teknik kontrol laboratuvar, kazaları önleme ve eğitim şubelerinden oluşmaktadır[63].

Gözlem İhtisas Dairesi

Mahkeme ve hâkimler/yargıçlar tarafından gözetlenme istemi olanlar gözetlenip bu sonuçları da raporlama işi yapılır (ATKKan. M. 18).

Şubeler; Gözlem, psikolojik inceleme, elektrodiagnostik şubelerinden oluşmaktadır[64].

Adli Bilişim İhtisas Dairesi

Mahkeme, hâkimlik/yargıçlık, savcılık vasıtasıyla iletilen bilişimi kapsayan konularda gerekli araştırmaları yapmak, veri toplama, işleme, depolama, ya da aktarma görevi gören bilişim sistemleriyle beraber sayısal ve elektronik gereçler üstünde gerekli araştırma, sonuçlandırma, ayrıntılı inceleme yapıp bu bulguları raporlama ile sonuçlandırmakla görevlidir (ATKKan. M. 22/A).

Şubeler, veri inceleme, mobil cihazlar inceleme, kriptoloji ve elektronik cihazlar inceleme, ses ve görüntü inceleme, ARGE, iş tasnifi ve önceliği şubelerinden oluşmuştur[65].

[63] ATK-İdari Yapısı, (http-1).
[64] ATK-İdari Yapısı, (http-1).
[65] ATK-İdari Yapısı, (http-1).

2.1.3.7. Şube müdürlükleri

ATKKan. Madde 1 gereği Adalet Bakanlığı uygun görmesiyle ağır ceza mahkemelerinin yargı çevresinde açılır. Lakin gereklilik hallerinde ağır ceza mahkemelerinin olmadığı ilçelerde de adli tıp şube müdürlüğü açılabiliyor.

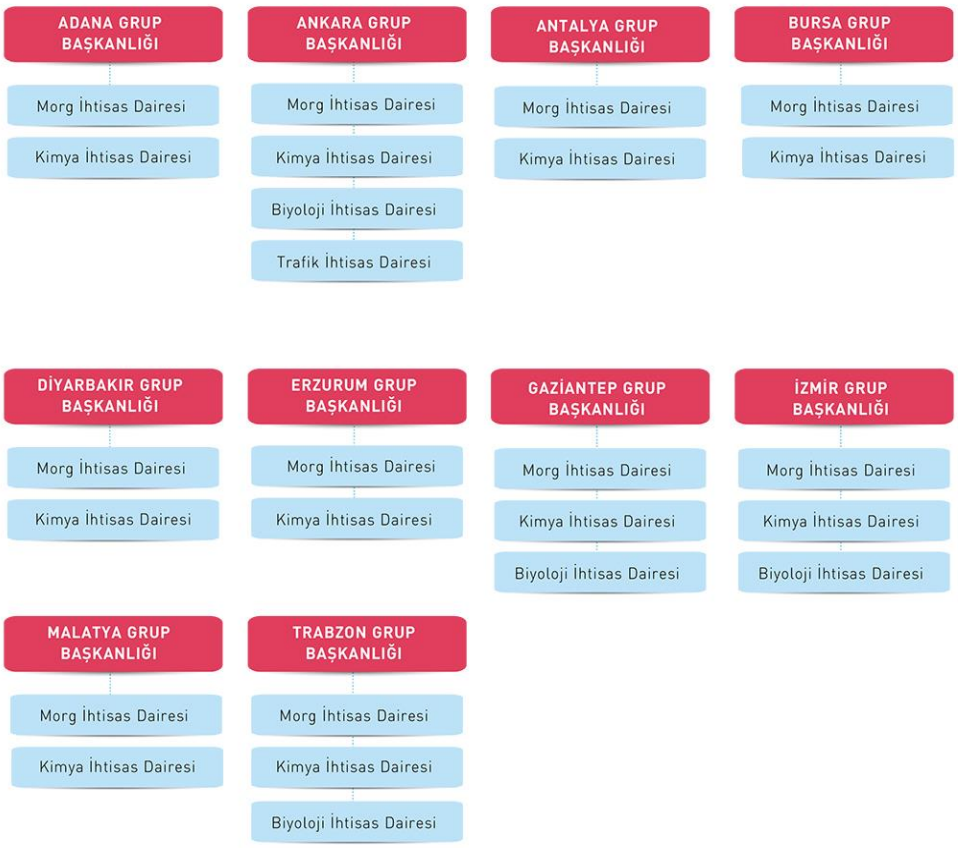
İş yoğunluğuna göre birden fazlaca adli tıp uzmanı ve diğer personeller bulunabilir. Şubede görev alacak personel Adalet Bakanlığı istemiyle görev yerleri belirlenmiş yerlerdeki mahkeme, hâkimlik/yargıçlık, savcılık istemiyle adli tıpla ilgili otopsi muayene, keşif, olay yerine intikal etme bunlardan elde edilen verilerle raporlama işlemi yapmak eğer istem varsa da sözlü görüş bildirmekle de mükelleftir (ATKKan. M. 10).

2.1.3.8. Grup başkanlıkları

Adli Tıp Kurumu Kanunu Madde 9'da grup başkanlıklarıyla ilgili bilgiler kaleme alınmıştır.

ATKKan. Madde 1 gereği Adalet Bakanlığı uygun görmesiyle grup başkanlıkları faaliyet gösterir.

Aşağıdaki şekle bakıldığında kurulan ve halı hazırda faaliyet gösteren grup başkanlıkları ve ihtisas daireleri gösterilmiştir[66].



Şekil 2. 1. ATK grup başkanlıkları ve ihtisas daireleri[67]

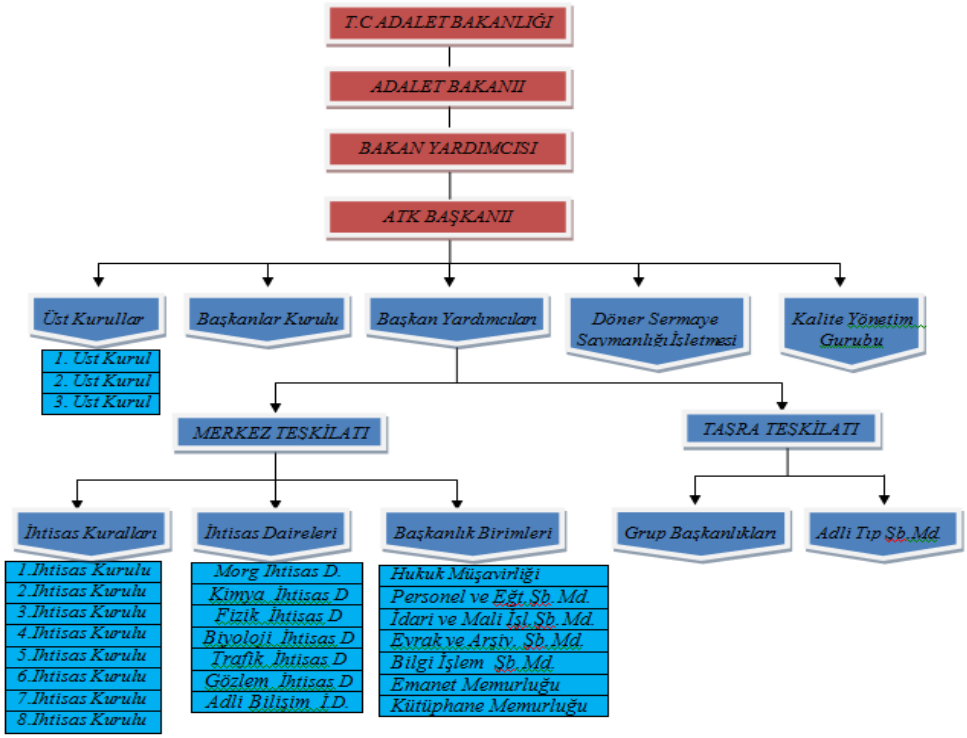
Yukarıda gösterilen Şekil 2.1.'de ATK Grup Başkanlıkları ve İhtisas Daireleri gösterilmektedir. Bu grup başkanlıkları ve ihtisas daireleri hâlihazırda aktif olarak görev yapmaktadır.

Adana, Ankara, Antalya, Bursa, Diyarbakır, Erzurum, Gaziantep, İzmir, Malatya ve Trabzon grup başkanlıkları mevcut olup bu başkanlıkların hepsinde otopsi ve kimya ihtisas dairelerini bünyelerinde barındırmaktadır. Sadece Ankara Grup Başkanlığında ek olarak trafik ihtisas dairesi bulunurken Ankara, Gaziantep, İzmir, Biyoloji ihtisas dairesi de bünyesinde barındırmaktadır.

[66] ATK İdari Yapısı-Grup Başkanlıkları ve İhtisas Daireleri, (http-1).
[67] ATK İdari Yapısı-Grup Başkanlıkları ve İhtisas Daireleri, (http-1).

2.1.3.9. Organizasyon şeması

Aşağıdaki şekle bakıldığında ATK Teşkilatı Taslağı gösterilmiştir[68].



Şekil 2. 2. ATK teşkilat taslağı[69]

ATK organizasyon şemasına bakıldığı zaman Adalet Bakanlığı bünyesinde görev alan, Üst Kurullar, Başkanlar Kurulu, Başkan Yardımcıları, Döner Sermaye Saymanlığı İşletmesi, Kalite Yönetim Grubundan oluştuğu anlaşılmaktadır.

[68] ATK İdari Yapısı, Organizasyon Şeması, (http-1).
[69] ATK İdari Yapısı, Organizasyon Şeması, (http-1).

2.2. Yüksek Sağlık Şûrası

Yüksek Sağlık Şûrası (YSŞ) adli makamların istemi dâhilinde malpraktisler ile ilgili mütalaa sunmakla görevli resmi bilirkişilik kurumudur.

1219 sayılı Tababet Kanunu'muz 75. maddesiyle YSŞ'yi malpraktis ile ilgili görüş sunmak üzere yükümlendirmiştir.

Sağlık hizmet görevlilerinin malpraktisten kaynaklı ceza davalarında ceza mahkemelerinin YSŞ'ye başvurma zorunluluğu bulunmaktaydı[70] lakin bu zorunluluk idari ve hukuk mahkemeleri (hukuk davaları) için zorunlu değildi[71].

Diğer bilirkişilik kurumlarında olduğu gibi burada da (YSŞ görüşü) mahkemelerin kararlara uyma yükümlülüğü yoktu. Uygulamada Danıştay YSŞ kararlarına hep şüpheli yaklaşmıştı[72].

Nitekim ceza mahkemelerinin YSŞ'den mütalaa alma yükümlülüğünün Anayasaya aykırılığıyla bu yükümlülük ortadan kalkmıştır. Gerekçe olarak davaların gereksiz uzadığı, mahkemelerin bağımsızlığıyla uyuşmadığı ve adil yargılama ilkesini bertaraf ettiği nedenlerine yer verilmişti[73].

---

[70] Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 2009/69, K. 2010/79, Karar Günü: 3.6.2010, https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/10/20101022-10.htm, (i.e: 20.10.2021).

"11.4.1928 günlü, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San' atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 75. Madde-"Tababet ve şubatı sanatlarının icrasından mütevellit ceraimde mahkemelerin muvafık görecekleri muhtebirin rey ve mütalaasına müracaat hakkındaki serbestileri baki kalmak şartiyle meclisi alii sıhhinin mütalaası istifsar edilir."

[71] Çınarlı, 2013, a.g.k., ss. 311.

[72] Hakeri, H. (2010). https://www.medimagazin.coM.tr/authors/hakan-hakeri/tr-yuksek-saglik-srasinin-resmi-bilirkisilik-gorevi-sona-erdi-72-64-2592.html, (i.e: 14.08.2021).

[73] Anayasa Mahkemesi Kararı, 2009/69 E., 2010/79 K., 3.6.2010 T. **"***Davaya konu olan olayımızda Yüksek Sağlık Şurası'nın görüşünün alınması zorunludur. Bu nedenle yargılama sırasında dosya Yüksek Sağlık Şurası'na gönderilerek rapor düzenlenmesi istenilmiş ancak 19.10.2005 tarihinde gönderilen dosya 08.06.2009 tarihinde mahkememize ulaşmış olup bu süreç yaklaşık olarak 3 yıl 7 ay 23 güne tekabül etmektedir. Yüksek Sağlık Şurası'nın mevzuatı gereğince yılda bir defa toplanması, ülkemizin bütün mahkemelerinden gönderilen dosyaların sadece bu kurumca değerlendirmesi nedeni ile dosyaların birikmesine neden olmaktadır. Bunun sonucunda da raporlar geç düzenlenerek yargılama süreci uzamakta olup dava zamanaşımı dolmaktadır. Mahkememizde bu nitelikteki diğer dosyaların da aynı şekilde Yüksek Sağlık Şurası'ndan 3, 4 hatta 5 yıl içerisinde geldiği görülmektedir. Oysa Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre bilirkişilik kurumu olarak Adli Tıp Kurumu ve mahkemenin doğrudan atadığı kişilerden de bilirkişi raporu alınması* imkânı *vardır. Bu bilirkişilerden ve kurumlardan alınan raporlar daha az sürede verilmekte ve yargılamanın uzun sürmesine neden olmamaktadır. Yüksek Sağlık Şurası'nın görüşünün alınması kanun gereğince zorunlu olmasına karşın görüşü mahkemeyi bağlamamaktadır. Bu nedenle uygulamada genelde Yüksek Sağlık Şurası'nın raporundan sonra Adli Tıp Kurumu'ndan da rapor alınmaktadır. Bu sonuca göre Yüksek Sağlık Şurası'nın raporunun alınması yargılama sürecini uzatmakta ve dava zamanaşımı süresinin dolması nedeni ile sanık ve müştekinin makul sürede adil yargılanma hakkını engellemektedir. Doktorların yapmış oldukları görevleri nedeni ile adli soruşturmalarda 1219 sayılı Tababet Ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 75. maddesi gereğince Yüksek Sağlık*

YSŞ 663 KHK ile yine Sağlık Bakanlığı bünyesinde 21/1 maddesiyle güncel halini almıştır.

Sağlık hizmet görevlilerinin meslek icrası esnasında adli yargıya yansıyan durumlarda mütalaa vermek yanında bilirkişilik listesi (*idarî soruşturmacılar ve uzlaşma komisyonları için*) sunmak üzere görevli olduğu kaleme alınmıştır[74].

Her ne kadar idari yargılama hukukunda YSŞ'den mütalaa alma zorunluluğu yoksa da Danıştay bilirkişi mütalaasını eksik bulduğu zamanlarda YSŞ'den görüş istemekte, bazen de YSŞ mütalaası yeterli olmadığında ATK'den rapor istemektedir[75].

2.3. Yüksek Öğretim Kurumları

Yükseköğretim kurumları Yüksek Öğretim Kurumları Kanunu (YÖKKan.) 37 ve 38/3 maddeleri gereğince resmi bilirkişilikle görevli bir diğer kurumdur[76].

ATKKan. Maddelerine bakıldığında yükseköğretim kurumlarının geniş yetkilere haiz, personel sayısının fazlalığı, bilimsel ve teknik açıdan gelişmiş, araştırma donanımı fazla, uzman kadrolaşmanın olduğu bir kurum olduğu anlaşılmaktadır[77].

Şurası'ndan rapor alınmasının zorunlu olması Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkına aykırı olduğu görüşü ile iptali gerekmektedir."

Anayasanın ilgili görülen 138. maddesine göre Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler." https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/10/20101022-10.htm, (i.e: 20.10.2021).

[74] Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/11/20111102M1-3.htm, (i.e: 01.09.2021).

[75] Çınarlı, 2013, a.g.k., ss. 313.

[76] Yüksek Öğretim Kurumları Kanunu, Madde 37 – *"Yükseköğretim kurumları dışındaki kuruluş veya kişilerce, üniversite içinde veya hizmetin gerektirdiği yerde, üniversiteler ve bağlı birimlerden istenecek, bilimsel görüş proje, araştırma ve benzeri hizmetler ile üniversitede ve üniversiteye bağlı kurumlarda, hasta muayene ve tedavisi ve bunlarla ilgili tahliller ve araştırmalar üniversite yönetim kurulunca kabul edilecek esaslara bağlı olmak üzere yapılabilir. Bu hususta alınacak ücretler ilgili yükseköğretim kurumunun veya buna bağlı birimin döner sermayesine gelir kaydedilir."*

Madde 38/3-*"Yükseköğretim Kurulunun isteği ve ilgili kamu kuruluşunun onayı ile yükseköğretim kurumları veya birimleri, ilgili adli mercilerin talebi ile adli tıp mevzuatı çerçevesinde adli tıp olaylarında ve diğer adli konularda resmi bilirkişi olarak görevlendirilebilirler."* https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2547.pdf, (i.e: 03.10.2021).

[77] Meral, Çınarlı, Aktaş, 2016, a.g.k., ss. 135.

Yüksek Öğretim Kurumları bünyesinde hem Adli Tıp Anabilim dalları hem de diğer konularla ilgili anabilim dalları mevcut olmakla beraber bu kurumlar hem yargısal bağlamda hem bireysel başvuru bağlamında bilirkişilik yapmaktadır[78].

[78] Çınarlı, 2013, a.g.k., ss. 315.

3. TIBBİ KÖTÜ UYGULAMA HATALARI (MALPRAKTİS)

224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun'un 2. maddesinde sağlık hizmeti kavramı; insana zarar veren durumların ortadan kaldırılması, toplumun insana zarar veren durumların etkisinden muhafaza edilmesi, hastaların iyileştirilmesi; bedenen, ruhen ve aklen zarar gören hastaların rehabilite edilmesi anlamına gelmektedir (SHSHK M. 2).

Dünya Sağlık Örgütü (WHO); bedenen, ruhen, sosyal açıdan iyi olma durumu şeklinde tanımlarken Çınarlı[79]; sağlık hizmeti sadece tedavi etmek, hastalıkları iyileştirmek değil bunun yanında geniş perspektiften bakıldığında bu hastalıklara sebep olan veya olabilecek potansiyele sahip olan tüm durumların iyileştirilmesi olarak tanımlamaktadır.

Hekimliğin Kötü Uygulanmasında hekimdeki bilginin yetersiz kalması, deneyimdeki noksanlık, uygulamaya karşı isteksizlik hareketine bağlı olarak hastanın ziyana uğraması olarak tanımladığı, (Hekimlik Meslek Etiği (HMEK) M.13), İngilizcede "*medical malpractice"*[80] ve Akgül[81] de sağlık hizmet görevlilerinin uzman oldukları dallarda veya almış bulundukları eğitimlerde hastaya vermiş oldukları hizmetlerde yeteri kadar dikkat etmemeleri, ülkede uygulanan tıbbi standartların altında kalarak ilgililere vermiş oldukları tıbbi hatadır.

Tıbbi uygulama hata kavramı birkaç olguda ele almak olaya daha geniş açıdan bakmamıza yarayacaktır. Bakılacak olgular arasında tıbbi, hukuki, sosyal, etik ve klinik olacaktır. Etik boyuttan tıbbi kötü uygulama hatasına baktığımız

[79] Çınarlı, S. (2013). İdarenin Sağlık Hizmetinin Sunumundan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu. Ankara: Orion Kitabevi. ss. 20.

[80] Danzon, Patricia M. (1991). Liability for Medical Malpractic. Journal of Economic Perspectives, Volume 5, S-3, ss. 51-69.

[81] Akgül, A. (2010). Tıbbi Uygulamalara İlişkin Uyuşmazlıklarda İdari Yargı. www.ttb.org.tr, s.85-86 (Aktaran: Akgül, A. (2012). Yargı Kararları Işığında Gebelik ve Doğum Sürecinde Sağlık Hizmet Kusurundan Kaynaklanan Tam Yargı Davaları. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl-3, Sayı-10 ss. 485).

zaman etik ilkelere dikkat edilmemesinden kaynaklanmaktadır[82]. Etik ilke olarak; adalet, yararlılık, özerklik, zarar vermeme ilkeleri gösterilebilir[83].

3.1. Tıpta Paternalizm (Tanrısal) Yaklaşım

Paternalizm düşüncesi çok eski zamanlardan beri ya kralların hükmü altında bulunanlarda ya işçi-işveren arasında ya hasta-hekim arasında ya da devlet-birey arasında olacak şekilde kendini bir şekilde göstermiştir. Bir taraf diğer tarafın iyiliği adı altında hayatına müdahale edip bu müdahale için izin dahi almamıştır. Hal böyle olunca problemler zamanla gün ışığına çıkmıştır[84].

Tabi bu mantıkla hekim/doktorlar da tıpkı anne ve babalar gibi kişi adına, kişi yararına, kişinin iradesini fesada uğratarak ya da hile ile rızasını almadan (ilgilinin haberi olmadan) işlem yapmıştır[85].

1970'lerden beri hasta hakları üçüncü nesil insan hakları kavramı içinde yer alırken bir yandan da biyotıp çerçevesinin de ilerlemesiyle (örneğin organ ve doku nakil işlemleri, klonlama işlemi) toplumların üzerinde bir etki bıraktı. Toplumların bu ilerlemeleri sebep olduğu sonuçlar artık dördüncü nesil insan hakları olduğu iddiaları da vardır. Hekim-hasta arasındaki bağlantılara bakıldığında hekimlerin egemenliği elinde tutukları, inisiyatiflerin onlar tarafından alındığı paternalizm yaklaşımlar kaybolmuştur. Onun yerine hastanın özgürlüğünün artığı, hastanın karar aşamasında söz hakkının olduğu durumlar artmış bulunmaktadır. Biyolojik olarak var olmak yaşama hakkı olarak algılanmamalı ya da yaşamının devamını sağlaması olarak algılanmamalıdır. İnsanların kendilerine duydukları saygı, ruhani durumları olarak da algılanırsa o zaman yaşam hakkı kavramı istenilen konumda olacaktır. Bu kavramlarla hareket edildiğinde özgürleşen hasta-hekim arasında paternalizm düşünceyi eritecektir.

[82] Polat, O. (2015). Tıbbi Uygulama Hataları. Ankara: Seçkin Yayınları. ss. 28.
[83] Polat, 2015, a.g.k., ss. 28.
[84] Kökcü, H. (2016). Paternalizm Kavramı ve Örnek Uygulamalar. Trabzon: ss. 123-127.
[85] Gillon, R. (1985). Philosophical Medical Ethics-Paternalism and Medikal Ethics, Brıtısh Medıcal Journal, 290(6486), Volume 290, ss. 1971-1972.

Hekim de artık hastası için risk almayacak hasta da geleceğini özgürleşerek bulacak ve özsaygıyla beraber onuru da koruma altında olacaktır[86].

Türk Öğretisindeki hasta-hekim durumuna paternalizm yaklaşımdan dolayı tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk durumunu *"hakkın kullanılması"* nda arar ki bu görüşe katılmak mümkün değildir[87]. Burada hastanın rızası bertaraf edilmekte, hastanın kendi kararına hiçbir değer atfedilememektedir[88]. Unutulmamalıdır ki hekim ayrıca burada "hakkın icrasını" kullanmakla meslek ifası yaptığı, hastası için en iyisini düşündüğü gibi durumlara konulacak olursa eğer bu durum modern tıp hukukunu hukuk karşısında sadece tıbbi müdahale için başka şart aranmamasına götürecektir[89].

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartının en önemlisi, vazgeçilmezi rızadır ki bununla beraber diğer koşulardan olan kişinin hekim olması, endikasyon varlığı, aydınlatılmış rıza, teknolojik gelişmeye ve tıp biliminin güncel verileri ışığında işlemi icra etmesi de gerekmektedir[90].

Yazar; günümüzde "üstün olan hastanın sağlığıdır" düşüncesi yerini "hastanın kendi kararı, özerkliği, kendi geleceğini kendi tayin etme, özgür irade" kavramı üstün gelmiştir. Tabii ki bu ilkeden yola çıkılarak günümüzde de bu düşünce kabul görmüş durumdadır.

Şöyle ki: Hasta istemediği ya da onun iradesini bertaraf eden her durum ve koşulda bunu hukuk önüne getirmekte ve mevcut bu durumu malpraktis olarak adlandırmaktadır[91]. Hasta sağlık hizmet görevlilerinden hastalığının tamamen bitirilmesini ya da tamamen sağlığının geri getirilmesi gibi rasyonel olmayan hezeyanlara kapılmaktadır[92]. Her koşulda tıbbi kötü müdahale olarak anmamaları için de "aydınlatma zorunluluğu" kavramına tam uyulmasıyla mümkün kılınacaktır[93].

---

[86] Tacir, H. (2010). Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı (Patient's of Self Determination). İstanbul: ss. 106

[87] Polat, 2015, a.g.k., ss. 273.

[88] Polat, 2015, a.g.k., ss. 273.

[89] Polat, 2015, a.g.k., ss. 273.

[90] Hakeri, H. (2016). Ceza Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Adalet Yayınevi. ss. 355.

[91] Erman, B. (2012). Sürekli Tıp Eğitimi Etkinliği, Hekimlik Uygulamalarının Adli Tıbbi Güncellemesi. İstanbul Üniversitesi Cerrah Paşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri Sempozyum Dizisi No-78, Ankara, ss. 32.

[92] Erman, 2012, a.g.k., ss. 32.

[93] Erman, 2012, a.g.k., ss. 32.

3.2. Tıbbi Kötü Uygulama (Malpraktis)

Malpraktis kavramına birçok alanda farklı yaklaşılmakta ve farklı tanım yapılmaktadır[94].

Primum non nocere Latince'den "*önce zarar verme*" tıp etiğinin en eski görüşü olduğu inancı vardır ve bu ilkenin de genel itibariyle yanlışlıkla Hipokrat yemini olduğu söylenir, kaynağı bilinmemektedir[95].

Toplumdaki bireylerin maddi-manevi varlığının tıbbi açıdan veya kanunen bir engel yoksa eğer varlıklarına maddi-manevi olarak ilerlemesinden taraftır. Bunun yanında ilgililerin vücut birliğine zararı yasaklamıştır. İzni ve bilgisi olmadan bilimsel-tıbbi olaylarda denek olarak alınmaması gerektiğini, işkence ve eziyeti yasakladığını, kişinin onur ve gururuna yakışmayacak davranışlarda bulunulmaması gerektiği kaleme alınmıştır (T.C. Anayasası M. 17).

Hekimlerin insanların yaşamları ve sağlıkları üzerinde nasıl bir etkisi olduğunu şu cümleyle dile getiren bildirgede**;** Dünya Tabipler Birliği Tokyo Bildirgesi**,** Tıp bilgilerinin hiçbir suretle kanunları ihlal edecek bir amaçla kullanılmaması, insanlar arasında din, dil, mezhep, kültür ayırımına gidilememesi, insanların vücut bütünlüğüne saygılı olunması yanında ruhsal ve zihinsel olarak korunması, tedavi edilmesi gerektiği, kişilerin tedavileri esnasında onları rahata kavuşturulması bu esnada kendisi bir engel, zorlamayla yüz yüze kalsa dahi kişilere ve kanuna aykırı davranışta bulunulmaması gerektiği konusunda ortak karara varılmış durumda[96].

Sağlık hizmeti yürüten idarelerde görevli sağlık personelinin kasten, ihmalen, kusuruyla hastada ziyana sebep olmasına malpraktis denilmiş. Bunun yanında uygulama esnasında tıbbi uygulama için olmazsa olmaz tıbbi standarda uyulmaması, bilginin yanlış olması veya bilgide noksanlığın olması, hastanın tedavisini yapmaktan kaçınma ya da hiç tedavisini üstlenmeme durumu olarak malpraktis tanımına gidilmiştir. Saydığımız durumlardan kaynaklı hastada

---

[94] Dokgöz, H. (2019). Adli Tıp ve Adli Bilimler. Ankara: Akademisyen Kitabevi. ss. 71-91.

[95] Primum non nocore, (https://www.oxfordreference.com/view/10.1093/oi/authority.20110803100345841,(e.i: 05.09.2021).

[96] Dünya Tabipler Birliği Tokyo Bildirgesi–Gözaltında ve Mahkûmiyette İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ya da Aşağılayıcı Muamele veya Cezalar Konusunda Hekimler için Kılavuz, https://www.ttb.org.tr/images/stories/haberler/file/DTB_Tokyo_Bildirgesi_2016.pdf (i.e: 06.02.2022).

mutlaka bir ziyanın olması gerekmektedir (Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulamasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı'nın M. 3) (THKUDSKT).

Tıbbi uygulamaya yetkili kişi olarak; ebe, hekim/doktor, optisyen, biyolog, eczacı, psikolog, veteriner hekim, diyetisyen, sağlık memuru, laboratuvar teknisyeni, röntgen teknisyeni, diş hekim/doktoru, diş teknisyeni, hemşire, çocuk gelişimci, fizyoterapist, protezci ve diğer sağlık personeli sayılmıştır (THKUDSKT M. 3).

Yapmış olduğu veya yapacağı bütün fiili hareket sonuçlarından doğabilecek muhtemel durumlar için hukuki sorumluluğun yanında uygun düştüğü sürece cezai sorumlulukları da vardır[97]. Bu maddede "tıbbi olan standart uygulama" önem arz etmektedir[98]. Tıbbi olan standart uygulama için bilimsel verilerin kanıksadığı durumlara uygun düşen tıbbi uygulamalardır[99]. Peki, hekimin görevini kimsenin etkisi altında kalmadan hür bir şekilde yapması, tedaviye hür bir şekilde karar vermesi de önemlidir[100]. Burada hemen hukuka uygunluk kavramı devreye girer ki hukukun yap dediğini yapmaması ya da yapma dediğini yapması karşısında artık yapılan eylem hukuka aykırılık olarak ortaya çıkacaktır[101].

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu kısaca: İfa edilecek olan tıbbi müdahalenin sağlık hizmet görevlileri tarafından yapılması, ifa edilecek olan tıbbi müdahalenin sağlık hizmet görevlileri tarafından aydınlatılmış şekilde hastanın izninin alınması, tıp biliminin güncel bilgilerine göre ve buna uygun şekilde yapılması derken[102],

Türk Tabipler Birliği Etik İlkeler (TTBEİ) hekimliğin kötü uygulaması olarak bilgi noksanlığı, deneyim düzeyinin düşük olması, uygulanan işleme karşı kayıtsızlık demektedir (TTBEİ M.13).

Akgül; Tıbbi kötü uygulama hastadan alınan iznin dışına çıkılması, uzmanlık alanın dışına çıkılmasını, verilen bilginin noksan olmasını gerek tanı ve tedavide gerekse de ihtimam eksiliği olarak görmektedir. Tıbbi standardın dışında işlem yapılıyorsa malpraktis olarak adlandırılacağı lakin olması gereken tıp

[97] Tunalı, 2019, a.g.k., ss. 554-588.
[98] Tunalı, 2019, a.g.k., ss. 554-588.
[99] Tunalı, 2019, a.g.k., ss. 554-588.
[100] Tunalı, 2019, a.g.k., ss. 554-588.
[101] Tunalı, 2019, a.g.k., ss. 554-588.
[102] Hakeri, H. (2007). Tıp Hukuku. Ankara: Seçkin Yayınları. ss. 94.

bilgisiyle yapılan işlemlerde de öngörülemeyen hatalar bu durumun dışında tutulacaktır[103].

İstanbul Protokolü (İP); Sağlık sektöründe önemli bir nokta ve en önemlisi etik kurallardır. Ana ilke olarak sınırlamalar, zorlamalar, kanunen yapmakla mükellef olunan durumlardan da bağımsız, özgür olarak, bu görevi ifayla yükümlü olunan kişilerin her zaman hastanın yararını düşünmekle beraber iyiliğini göz önünde bulundurarak davranmalıdır. Hata bazı ülkeler hekim–hasta ilişkisiyle beraber yukarıda açıklamış bulunduğumuz tıbbi etik ilkeleri hukukun cüzi parçası haline getirmişlerdir. Ulusal hukukta cüzi olmazsa dahi ahlaken sağlık hizmet görevlilerinin bu kurallar zincirine uymak zorundadır. Hata sağlık hizmet görevlilerinin profesyonel olarak meslek kuruluşları tarafından oluşturulan standardize edilmiş bu kurallara uyma yükümlülükleri de vardır. Profesyonel meslek kuruluşlarının bu standardize etikleri kurallara riayet etmemek ya da bundan sapmak kendilerine verilerin yetkiyi de kötü şekilde ifa etmelerinden dolayı kabahatli olacaklardır. Etik kuralların ulusal boyutu da vardır. Ulusal etik değerler de yukarıda açıkladığımız kavramları içerir. Tıp etiği dediğimiz kavram bütün hekim/doktorları kapsadığı gibi hemşireleri de kapsamaktadır. Ulusal hukukta da sağlık görevlilerinin temel yükümlülükleri vardır. Örneğin zarar vermeme ve bu durumdan da mümkün oldukça kaçınmak, savunmasız bir insanı koruma altına alma, tıbbi ihtiyaçları dışında da hastalar arasında ayrım yapmamak sayılabilir. Bu saydıklarımız hemşireler için de aynen geçerlidir[104].

Hekimler hastalarına şifa dağıtırken bir yandan da kendilerini koruma altına almak zorundadır. Bunun için de hukuksal bağlamda görev, yetki, sorumluluk üçgenini iyi irdelemeli ve bunları bilmelidir. Bunun için de güven çerçevesinde hastayla bütünleşmek, usule uygun aydınlatılmış onam hazırlamak, mesleki gereklilikler içinde gizliliğe riayet etmek, hataya ve zarara sebep olunmadığı gibi onu önlemek, yapılacak tıbbi işlemlerin bilimsel dayanağa oturtmak, gerekli

[103] Akgül, A. (2012). Yargı Kararları Işığında Gebelik ve Doğum Sürecinde Sağlık Hizmet Kusurundan Kaynaklanan Tam Yargı Davaları. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl-3, Sayı-10 ss. 485-498.

[104] Türkiye İnsan Hakları Vakfı İstanbul Protokolü, İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesi İçin El Kitabı, (2003). Türkiye İnsan Hakları Vakfı Yayınları-24, (Çevir. Eryilmaz, H. Korur Fincanci, S. Özkalipçı, Ö. Paker, M.)

kayıtları tutup onlara özen göstermek, bu sayılanlar hekimin yapması gereken sorumluluklar arasında sayabiliriz[105].

Malpraktislerde gerekli tüm önlemler alınmalı ve ayrıca ilk sıraya da eğitim konulmalıdır. Eğitim için de Sağlık hizmeti yürüten idarelerde çıkabilecek hataları tartışmak ve hatalarla ilgili her görevliye bunu öğretmek çok önemlidir. Bunun yanında sağlık sektöründe kullanılan malzemeler de hataları asgari seviyeye indirecektir. Göz ardı edilip de uygulanmayan bir diğer husus olguların değerlendirilmeyip analizinin yapılmamış olmasıdır. Tıbbi uygulama hatası dünyada son 50 yıldır Türkiye'de de son 30 yıldır tartışılan ve dinamik bir yapıya sahip bir konudur. Gerek etik olsun gerek tıbbi ve eğitimsel, bunun yanında da yöntemsel olarak geniş bir perspektifte inceleniyor. Sağlık hizmeti sunan görevliler bazen hatalı tıbbi uygulama diğer adıyla malpraktis ya da yapılan ihmallerin yanında bir de bilgide, dikkat etmede, özensiz davranmada hastaya zarar verebilmektedir[106].

Tıbbi hatalı uygulama konusunda gerek toplum gerekse de bu konuda aktif rol alan sağlık hizmet görevlilerinin konuyu algılamamalarından kaynaklanmaktadır[107].

Sağlık personeli, tıbbi malpraktis davalarında meslek olarak sadece davalı konumda bulunmamakla beraber aynı zamanda bilirkişi ve uzman sıfatıyla da görev almaktadır[108].

Bununla beraber aynı kanun tasarısı madde 2 kapsam kısmında gerçek kişiler, özel hukuk, tüzel kişiler, kamu hukuku ismiyle tıbbi müdahalede bulunanları kapsamaktadır. Yukarıda sayılan her ne isim altında olursa olsun tıbbi müdahalede görev alan biyolog, optisyen, hekim, eczacı, röntgen teknisyeni, veteriner, laboratuvar teknisyeni, hemşire, protezci, fizyoterapist, diş hekimi, ebe, diş teknisyeni, çocuk gelişimci, psikolog, sağlık memuru, diyetisyen ile birlikte diğer sayılabilen sağlık görevlileri tıbbi uygulama ve müdahalelerden doğan cezai

[105] Polat, Pakiş, 2011, a.g.k., ss. 119-125.

[106] Polat, O. (2018). Göğüs Hastalıklarında Bilirkişilik, Tıbbi Uygulama Hataları. İstanbul: Türkiye Solunum Araştırmaları Derneği, TÜSAD Eğitim Kitapları-21, (ed. Mirici, A. Kalkan, Akgül E.), ss. 7-19.

[107] Sayek, F. (2011). Füsun Sayek TTB Raporları/Kitapları-2010 Hasta Güvenliği: Türkiye ve Dünya. Ankara: Tabipler Birliği Yayınları. https://www.ttb.org.tr/kutuphane/fsayek10_hastaguvenlik.pdf (i.e: 18.02.2022).

[108] Özer, Ö. ve ark., (2015). Tıbbi Hatalı Uygulamalar Malpractise. Dicle Tıp Dergisi / 2015; 42 (3): 394-397 10.5798/diclemedj.0921.2015.03.0597.

ve hukuki yükümlülükleri kapsar. Diğer kanunlarda kaleme alınan yükümlülüklerden de sorumlu olurlar[109].

Tıbbi standart konusunda iç hukuk normu haline[110] gelen BiS. Madde 4'te uygulanmak istenen (araştırma da dâhil) her durum için "standart" da uyulması gerekmekle beraber mesleki zorunluluğun da unutulmaması konusunda uyarıda bulunulmuştur.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi (TDN. M. 13/1. Hekim ve diş hekimi Tababet ve Şubattı San' atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun (TabK.) kuralarına uygun olarak tanı, teşhis ve tedavi uygular. Tababet Kanunu kurallarına aykırılık kesin bir dil ile yasaklanmıştır. Eğer tanı, tedavi, teşhis dışında hastadan gelecek istem dâhilinde dahi ruhi, zihni bedeni birliğinde azalmaya, ziyana sebep teşkil edecek harekette bulunamaz.

Hekim hastanın tam olarak iyileşmemesinden dolayı deontolojik açıdan kınanamaz (TDN. M. 13).

Çağdaş tıbbi veriler ışığında, modern teknolojiyle tıbbi uygulamadan yararlanmanın hastanın isteyebileceğini vurgular (HHY M. 11).

Hekim her şeyden önce hastasının onurunu koruyarak hastalığını önleme arzusu içerisinde olmalı ve sağlığını korumayı amaçlamalıdır. Bunlar için de hekim tıp camiasının gelişmelerini markaj altına almalıdır. Madde 8'de de bunları yaparken vicdani kanaatle hareket etmesini arzulamaktadır (HMEK M. 5).

Acil hastayı en kısa sürede tıbben ihtiyaç gereksinimi olan ve ivedilikle bu ihtiyaç karşılanmadığında ölüm, bedeni ve ruhi geçici ve/veya kalıcı hasara uğrayabilecek kişi" olarak tanımlamaktadır. Bu ABD'de tazminat hukuk sisteminde karşılık görüyor (THKUYT M. 3).

Yasa taslağında acil durumda ivedilikle tıbbi hizmetin verileceği akabinde hastanın bilgilendirileceği düzenlenmiştir (THKUYT M. 5)[111].

Tıbbi Uygulama hataları birçok farklı düzeyde karşımıza gelebilir. Şöyle ki; yargı hatası (bilgi eksikliği şeklinde olabileceği gibi kasıt ve ihmal ile gelen yanlışlarda olabilir), mekanik hata (ekipmanı kapsayan yanlışlar), teknik hata

[109] Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulamasından Doğan Sorumluluk Kanun Tasarısı, http://web.deu.edu.tr/radyolojiabd/malpraktis.html,

[110] Çınarlı, Aykın, 2016, a.g.k., ss. 349.

[111] Öztürkler, C. (2006). Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları. Ankara: Seçkin Yayıncılık. ss. 415-416.

(tıbbi teknik uygulama esnasında olan yanlışlıklar), beklenti hataları (hastaya bilgi verirken gerçekleri gizlemek veya saklayarak beklentide değişikliklere sebep olmak), sistem hataları (kurum veya uygulama stilinden kaynaklanıp insan faktörünün olmadığı yanlışlar) sayabiliriz[112].

Her meslekte "hata" anlamına gelen "malpraktis" hekimlerin mesleklerini ihtiyat ve ihtimam içerisinde yerine getirmek zorundadır çünkü bu ihtiyat ve ihtimam sebebi olarak insanların sıhhatli yaşam hakkıyla birlikte bunun dokunulmazlığı vardır. Bunun sonucunda hatadan kaynaklanacak zarar da "*aynen tazmin müessesi"* ile yerine koymak mümkündür. Bu hatadan doğan zarar "*nakden tazmin müessesi "* ile ikmal edilmekte çünkü hastaların tıbbi uygulama girişimden önceki hallerine gelemezler. Sağlıklı yaşam hakkıyla paralel bir durum oluşturmayan özel hukuk veya ceza hukuku kapsamında müeyyideler devreye girecektir. Hekim/doktor tazminat açısından en basit hatadan dahi yükümlülük altındadır bunun yanında cezai olarak da TCK'de belirtilen suçlara girmesi gerekiyor. TCK bağlamında hekimi ele alırsak taksir veya kasten yaralama suçları ele alınıp (mesleğin doğası gereği kasten öldürmeye pek elverişli değildir lakin bu durum nadirde olsa gerçekleşiyor) malpraktis bazında olduğu somut olayın duruma göre değerlendirilmesiyle belirlenecektir. Bu sebepledir ki hekim daha çok taksirle öldürme ve taksirle yaralama suçlarıyla karşı karşıya kalır. Birde garantörlük sıfatı vardır ki ihmal suretiyle kasten öldürme ya da yaralama suçlarıyla da yüz yüze gelebilir. Tüm bunlar göz önünde bulundurulunca hekimlik mesleğinin serbestçe/özgürce yerine getirilmesi gereken meslektir[113].

Hekim yaptığı veya yapacağı tıbbi uygulama zorunluluğunu asıl kaynağını kanun ve sözleşmelerden almaktadır[114].

Lakin aynı kanun tasarısında Madde 47/d'de "Standart tanı ve tedavi protokollerini gösterir yönetmelik" ten bahsedilmiş olsa da henüz bu yönetmeliğin yürürlüğe girmediği görülmektedir[115].

---

[112] Oğuz, P. (2015). Tıbbi Uygulama Hataları. Ankara: Seçkin Yayınları. ss. 21-36.

[113] Değdaş, U. C. (2018). Incorrect Medical Application (Malpractics) Caused Legal And Criminal Responsibility, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C-1, S-6, ss. 63, https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1282283 (i.e: 12.12.2021).

[114] Tunalı, G.I. (2019). Hekimin Tıbbi Müdahalede Bulunma Yükümlülüğünün Sınırları. Ankara: Seçkin Yayınevi. ss. 554-588.

[115] Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı, http://web.deu.edu.tr/radyolojiabd/malpraktis.html,

Malpraktis kavram açısından Danıştay'ın tanımlamasına bakacak olursa eğer; Tıp dünyasında tıbbi standartları ve deneyimleri doğrultusunda ihtiyaç duyulan ihtimamın yapılmamasından kaynaklanan hekim/doktor müdahalesi olarak tanımlamaya gidilmiştir. Bu kavramı biraz daha açacak olursak eğer; tanı-tedavide tıbbi standarttı uygulayamama, bilgi ve deneyimde aksaklık, uygun düşen tedavinin yapılamaması olarak da açıklanabilir[116].

Malpraktis geniş anlamda ele alırsak eğer; Hekimin hukuksal olarak yükümlülük altına girmeyecek şekilde hekim olarak kendisinden beklenen bir tecrübenin, bilginin, öngörünün, mesleki etiğin, mesleki bilginin, kişisel tecrübenin objektif kriterlerine uyulmaması sonucu yapılan tıbbi müdahale sonucu hastanın zarar görmesidir.

Burada önemli olan bir husus vardır ki D. 15. D. 16.05.2016 2013/4526 E., 2016/3551 K. tarihli kararında "Özen Yükümlülüğü" ne dikkat çekilmiştir. Danıştay özen yükümlüğünü üç başlık altında sıralamıştır. Bizce bu başlıklar altındaki kıstaslara dikkat edilmemesi malpraktis kavramından dolayı hukuki sorumluluk şartlar el veriyorsa cezai sorumluluğuna gidilecektir. Birinci kıstas olarak (uygulama hatası);

- Tedavi almakta olan hastanın tıbbi zorunluluk (endikasyon), tıbbi önlem ve alınması istenen önlemlerin uygulanması
- Teşhis aşaması
- Cerrahi işlemlerden sonraki bakım olarak sayılmıştır.

İkinci sayılan kıstasa bakacak olursak eğer (aydınlatma kusuru);

- Hastanın bilgilendirilmiş rızası, hastanın öyküsü (anamnez)

Son olarak üçüncü kıstas içerisine de (organizasyon kusuru);

- Klinikte çalışan personelin kalitesi
- Hekimlerin işbirliği çerçevesinde çalışması
- Çalışan personel miktarının yeterli seviyede olması olarak sayabiliriz[117].

[116] D. 15 D. 16.05.2016 2013/4526 E., 2016/3551 K. (i.e: 12.12.2021). https://www.sinerjimevzuat.coM.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-5975# (i.e: 12.12.2021).

[117] D. 15. D. 16.05.2016 2013/4526 E., 2016/3551 K. sinerjimevzuat.com (i.e: 31.01.2022).

3.2.1. Başlıca tıbbi uygulama hataları

Tıbbi kötü uygulama hatalarında yargıya yansıyan 120 karar incelendiğinde en fazla malpraktise sebep olan sağlık hizmet görevlilerinin başında hekim/doktorlar gelmektedir akabinde bu diziyi hemşire, sünnetçi, eczacılar izlemektedir. Bunun yanında yargıya yansıyan 120 karar incelenmiş olup tıbbi kötü uygulama hatalarının sonuçlarına baktığımızda ilk sırada %28'lik dilimde ilk sırada yaralanma, acı çekme, madden-manen ziyan göze çarpmaktadır. Akabinde ikinci sırada ölüm ve sonrasında da uzuv kaybı tespitleri yapılmıştır. Hekim/doktorların yaptığı işlemler sonucunda da malpraktis olgusu olarak sırayla; ölüm, yaralanma, manen-madden ziyan ve en son uzuv kaybı olduğu tespit edilmiştir. Hekim/doktorların uzmanlık bakımından sıralamasıysa kadın doğum hastalıkları, genel cerrahi, anestezi ve re animasyon ilk üç sırayı paylaşmaktadır[118].

Sözlü veya yazılı iletişimde yaşanılan aksaklıklar (hasta-doktor arasında birbirine uyum sağlayamama, konsülden hekimlerle var olan eksiklikler. Sözel order verme, hastayla veya personel ile yapılan sözlü görüşmede bu görüşmeleri kayıt altında tutma,

Konsülte etme kavramı ve uhdesinde bulunan yetkinin sınırında artışa sebep olma (hekim konsültan konusunda da yetkiyi aşmamalı lakin konsültan hatasından da sorumluluğu doğacaktır. Tabi bu arada konsültan hekim de aynı zaman da sorumluluk altına girmektedir.),

Aydınlatma ve Onam (ayrıntılı anamnez, ayrıntılı öyküleme ile bu durum aşılabilir),

Tanı Hataları (hekimlerden beklenilen kati tanı koyma olsa da her zaman bu istek karşılanmayabilir),

Yanlış karar verme (en fazla sorumluluk altında bulunduğu yerdir özelikle de cerrahi dal işlemleridir. Dâhili dal işlemlerinde de ilaç kısmı önemli bir alan kaplar),

Girişimsel ve Teknik Yanlışlar (Ameliye sırasında bırakılan yabancı cisimler, Sezaryenle ilgili işlemler sıklıkla dava konusu ola biliniyor).

[118] Savaş, 2013, a.g.k., ss. 80.

Yukarıda saymış bulunduğumuz girişimsel ve teknik işlemlerin dışında da bu işlemler yapılırken "onam" alma işlemleri ve "sterilizasyon" kavramı yine bir yargılama konusu olabilmektedir.

Hasta-doktor arasında terk etme ve ihtiyatı-ihtimamı eksik bırakma (hekim-hasta arasında var olan ilişkinin bırakılmasıdır. Hekimin gerekli olmasına rağmen yerine bakacak ve gerekli bakımı verecek bir kişinin kalmamasıdır. Ya da herhangi bir bildirimde bulunmayıp bırakma/terk etme eyleminin vuku bulmasıdır. Burada gerçekleşen bazı terk etme işlemi de tıbbi uygulama hatası olarak karşımıza çıkmaktadır) olarak sayabiliriz[119].

Tıbbi kötü uygulama hatalarının neden olduğu zararlara tıp bilimi "iyatrojenik ziyan" adını vermektedir[120].

3.2.2. Tıbbi müdahalelerinin sınıflandırılması [121]

Tıbbi müdahale hatalarını birkaç başlık altında sıralamak mümkündür.

3.2.2.1. Amaçlarına göre

-Eğitim amaçlı tıbbi araştırma ve denemeler (tıbbi araştırma, tıbbi deney)

-Önleme amaçlı tıbbi müdahale (aşı, serum, koruyucu sağlık tedbirleri, doğum kontrol usulleri, tecrit)[122].

-Teşhis etme amaçlı tıbbi müdahale (röntgen, laboratuvar istemleri, biyopsi, doku inceleme)[123].

Öztürkler tanı hatası olarak; Tanı konulmak için başvurulan yöntem, araç-gereçlerden yararlanmamak; konsülle etme işlemini uygulamamak, hastalığa özgü belirtiler olmasına rağmen hatalı tanı koyma olarak belirtmektedir[124].

-Tedavi etme amaçlı tıbbi müdahale (cerrahi girişimler, fizik tedavi, çeşitli materyallerle müdahale)[125].

---

[119] Polat, 2015, a.g.k., ss. 23-27.

[120] Polat, 2015, a.g.k., ss. 31.

[121] Savaş, H. (2013). Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları. Ankara: Seçkin Yayınları. ss. 27-28.

[122] Savaş, 2013, a.g.k., ss. 27-28.

[123] Bkz; D. 10. D. 09/0472008 T., 2007/8357 E., 2008/2064 K. D. 15. D. 21.05.2014 T., 2013/4135 E., 2014/3970 K Danıştay UYAP Bilişim Sistemi (i.e: 22.01.2022).

[124] Öztürkler, 2006, a.g.k., ss. 88.

-Estetik tıbbi müdahaleler ve cinsiyet değişikliği müdahalelerinin tedavi amaçlı olup olmadığı doktrinde halen tartışmalı konudur. (TMK M. 40 gereği bireysel olarak hâkime başvurarak cinsiyet değişiklik talebinde bulunula bilinir. Talep değişikliği değerlendirilirken on sekiz yaşını doldurmuş olması, evlilik bağının olmaması, transgender olmalıdır ve ruhi durumun bu değişikliği haklı çıkaracak bozuklukta olması bu sağlık durumlarını eğitim ve araştırma hastanesinden alınan heyet raporuyla kanıtlaması şartı da mevcuttur. Gayesine uyan bir tıbbi müdahale girişiminde bulunulduğunu heyet raporuyla belgeleyenler mahkemeden alınan resmi izin belgesiyle nüfus müdürlüklerinde gerekli düzenlemelere gidilecektir[126].

-Mevcut iyi hal, devam ettirme, toplumsal yaşam için gerekli olan uyum sürecinde tıbbi müdahale (fizik tedavi, iyileştirme)[127].

3.2.2.2. Uygulama şekline göre tıbbi uygulama

-Bedenin bütününe yönelik tıbbi uygulama (her türlü cerrahi girişim, saç ekimi gerçekleştirme, insan bedenine ilaç zerk etmek)[128].

-Bedenin bütününe yönelik olmayan tıbbi uygulama (burada vücut birliğine zarar gelmez oral ya da deri ile ilaç tedavisi, psikolojik tedavi)[129].

3.2.2.3. Uygulayan Kişi Açısından Tıbbi Uygulama

-Bizzat hekimin uygulaması gereken tıbbi müdahaleler[130] (TabK. M. 1'de ülkemizde tıbbi uygulamaya yetkilendirilecek kişi için tıp fakültesinden mezuniyeti şartı aranmaktadır).

---

[125] Bkz; D. 10. D. 15.05.2007 T., 2004/12641 E., 2007/2645 K., D. 10. D. 28.02.2007 T., 2007/8645 E., 2011/1570 K., D. 10. D. 27.3.2002 T., 2004/6540 E., 2007/4237 K. Danıştay UYAP Bilişim Sistemi (i.e: 22.01.2022)

[126] Savaş, 2013, a.g.k., ss. 27-28.

[127] Savaş, 2013, a.g.k., ss. 27-28.

[128] Savaş, 2013, a.g.k., ss. 27-28.

[129] Savaş, 2013, a.g.k., ss. 27-28.

[130] Özdemir, H. (2016). Hekimin Hukuki Sorumluluğu. Erciyes Hukuk Dergisi, C-11, S-1 ss. 75.

Tababet ve Şuabatı Tarzı Sanatlarının İcrasına Dair Kanun https://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&view=article&id=1014:1219&catid=1:yasa&Itemid=28, (*"Hekim, hastaya karşı üstlendiği tıbbi müdahale edimini kural olarak bizzat yerine getirmek zorundadır. Ancak bazı istisnai hallerde, başka hekimlerde tıbbi edimi*

-Hekimin gözetiminde olmakla beraber hekime yardım eden yardımcılarının uyguladığı tıbbi müdahaleler[131] (idrar sondasının yerleştirilmesi, ebelerin gebeleri izleme alması).

-Hekim dışında kalan direk sağlık hizmet görevlilerinin uyguladığı tıbbi müdahaleler (hemşirenin sorumluluğunda bulunan hastalara bakım uygulaması, fizik tedavi uzmanı olarak adlandırılan kişilerin fizik tedavi işlemini yapması)[132].

3.2.3. Tıbbi müdahale hata oranlarının azaltılması

Tıbbi müdahalede hata oranlarını çözmek adına şunlar yapılabilir;

"Birikmiş iş yükü" kavramından dolayı yasal süreler içerisinde iş görevi vermekle beraber çalışılacak zaman aralığında düzeltme, iyiye götürme işlemi uygulamak,

Sağlık hizmet görevlilerinin duruma adapte olabilmeleri için uyum eğitimi vermek, "tecrübe eksikliği" kavramını indirgemek için de sağlık hizmet görevlilerinin tecrübelerini yükseltmek, teori bazında bilgileri maksimum seviyeye çıkarmak,

"Duruma adapte olamama" kavramını araştırılmalı, sebepleri bulunup çözüm önerileri sunulmalı,

"Görevini isteksizce yapma" kavramına dâhil bütün başlıklar ele alınıp buna uygun olan düzeltmeler yapılmalı, bu kavrama sebep olan faktörleri önleme çalışmaları yapmak,

Çalışma şartlarını etkileyen durumlar tespit edildikten sonra bunları ortadan kaldırıp sağlık hizmet görevlilerinden feed-back almak,

Tıbbi müdahale hatalarından korunmak adına bütün sağlık hizmet görevlilerin görevlerini sık sık tekrarlamak. Yurtdışından olumlu kaydedilen gerek sağlık hizmet görevlileri gerek sağlık kurumları gerek hastalar için olumlu

---

yerine getirebilir. Hekimlik sözleşmesi bünyesinde barındırdığı edimler dolayısıyla bir iş görme niteliğinde vekâlet sözleşmesidir", https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/425083 (i.e: 24.07.2021)

[131] Reisoğlu, S. (1983). Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, İstanbul: ss. 27-28.

[132] Savaş, H. (2007). Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Müdahaleden Doğan Sorumlulukları. Ankara: Seçkin Kitapevi. ss. 55-58.

kaydedilen durumların yansıtılması ve istatiksel olarak tıbbi uygulama hatalarının gösterilmesi gerekmektedir,

Bütün resmî belgelerinin kayıtlarının tam, düzenli, doğru kullanılması gerekmektedir ki bunlar da tıbbi uygulama hataları arasında sayılmaktadır. Bu belgeler düzenli şekilde takip edilip bu takibin de bir rutine bindirilmesi şarttır,

Eğitim eksiklikleri giderilmekle beraber atıklar için gerekli eğitim yapılması, kesici, delici, vs. alet ve edevatlar için de uygun koşularda toparlanmalı ve saklanmalıdır,

Sağlık hizmeti yürüten idare sağlık hizmet görevlileri yeterli sayıda olmalı, doğru yerde de görevlendirilmelidir,

Hızlı bir şekilde sağlık hizmet görevlilerinin planlaması yapılmalıdır. İhtiyaç hâsıl olan yerlerde sağlık hizmeti sunan yerlerin yirmi dört saat çalışma koşuları da göz önünde bulundurularak çalışma gücü karşılanmalıdır,

Diğer tıbbi uygulama hataları olarak da orderlerin okunaklı olmamasıdır ki bu da tıbbi hatalara davetiye çıkarır. Hekim/doktor orderlerinin okunaklı olması gereklidir (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Tıp Fakültesi anabilim Dalında acil serviste yazılan ön raporlarla ilgili araştırma yapılmış. 1 yıllık süreç içerisinde adli makamlarca istenen kati raporlar ve evveliyatında acil servis biriminde adli raporları hazırlanmış. 6404 olgu içerisinde 232 tanesinde ön raporu okumak imkânsız olduğu için kati rapor hazırlanamamıştır. Akabinde sağlık kuruluşundan okunaklı raporlar istenmiştir ve 14 olguda hekim kendi yazısını okuyamadığı tespit edilmiştir. İlgili şahıs Adli Tıp Şube Müdürlüğünden istemde bulunduğu zaman diliminde de ön rapor büyük önem arz etmektedir. İlgili kişi hakkında da ön rapor okumak imkânsızlaştığı için de veya yetersiz olduğundan kati rapor düzenlenememiştir)[133].

Sağlık hizmet yöneticilerinin sağlık hizmet görevlilerine rahatça ulaşmalı veya sağlık hizmet görevlileri de sağlık hizmet yöneticilerine rahatça ulaşabilmeliler. Arada iletişim sorunları yaşanmamalıdır,

Sağlık hizmet görevlileri tıbbi kötü uygulamaları iş sözleşmelerinin feshi veya cezai müeyyidelerden ötürü bildirilmemektedir. Bundan ötürü önleyici işlemler yapılmalı, raporlamalar düzgün yazılmalıdır,

[133] Uluslararası Katılımlı 10. Anadolu Adli Bilimler Kongresi, İnönü Üniversitesi Adli Bilimciler Derneği. Kongre Özet Kitabı. 2013. Malatya.

Sağlık hizmet görevlilerinin sorumlulukları, yetkileri, yükümlülükleri kanuna uygun halde yapılmalı; önceden hazırlanan protokoller önemli olacaktır,

Sağlık hizmet görevlilerinin çalışma alanları sıklıkla değiştirilmemelidir ki uzmanlaşma kategorisi sağlanmış olmalıdır,

Nöbet devir-teslimleri hasta başında yapılmalı, malzemeler vizite esnasında eksiksiz teslim edilmeli,

Sağlık hizmet görevlilerinin hümaniter yapıda olması önemlidir,

Yapılan denetimlere çalışanlar da dâhil edilmeli, hata tespitinde müeyyideden çok hataların bildirilmesinin önü açılmalı, ama hataların tekerrürü söz konusu olduğunda cezai müeyyide devreye girmelidir[134].

3.2.4. Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu

Önceden geçerli olan "iyileştiren kişi zaman haklıdır" (wer heilt, hat Recht) tezi bugün artık tıp hukukunda geçerli değildir[135]. Evet, artık mülga halini almış bir görüş olarak duruyor[136]. Pek tabii ki gelişen teknoloji, şartlar, eğitim seviyesinin yükselmesi, insan hakları kavramları beraberinde yeni bir dizi bilinmeyenlerin açığa çıkardı[137]. Çünkü Sağlık hizmeti yürüten idare teslim edilen insan bedenidir. Kendilerine emanet edilen bu bedenlere belirli şartlar altında işlem yapılmasına izin veriliyor[138].

Özkök; Hekimlerin yaptığı bütün işlemler özünde hukukla bağdaşmıyor çünkü vücut birliğini ihlal ediyoruz[139]. Anayasamız Madde 17'de ki yaşam hakkını ihlal etmekle hukukla çelişiyoruz[140]. Lakin bilgilendirilmiş rıza ile bu hukuka aykırılıkları hukuk içine alıp eylemi meşrulaştırıyoruz[141]. Sadece

[134] Canatan, H. Erdoğan, A. Yılmaz, S. (2015). A research on sorts and reasons of medical errors made in hospitals: suggestions for solutions and a questionnaire study in a private hospital in Istanbul, Sağlık Akademisyenleri Dergisi, C-2, S-2. ss. 82-89.

[135] Hakeri, 2014, a.g.k., ss. 161.

[136] Hakeri, 2014, a.g.k., ss. 161.

[137] Hakeri, 2014, a.g.k., ss. 161.

[138] Hakeri, 2014, a.g.k., ss. 161.

[139] Özkök, N. A. (2006). İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Komisyonu, III. Ulusal Sağlık Hukuku Sempozyumu, Yeditepe Üniversitesi https://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=19191 (i.e: 10.10.2021).

[140] Özkök, 2006, a.g.k., (i.e: 10.10.2021).

[141] Özkök, 2006, a.g.k., (i.e: 10.10.2021).

bilgilendirilmiş rıza tıbbi kötü uygulamayı kamufle edemeyiz. O hak hastalar için saklıdır.[142]

Özerklik kavramı iki dalı birbirine yaklaştırmakta ve önem arz etmektedir. Bu iki daldan kastımız Tıp Etiği ve Tıp Hukukudur. Özerklik kişinin kendisini ilgilendiren bir konu hakkında karar vermesidir. Tıp hukuku da bu konuya tıbbi müdahaleye ihtiyaç duyan hastanın kararı kendisinin vermesi, bilgilendirilmiş rıza, kişinin kendi geleceğini tayin etmesi, doğrudan doğruya ilişkili konulardır. Bu kavramın kapsamı aynı zamanda "kişi hakkı" ve "kişiye saygı" kavramına da karşılık gelmektedir[143].

Tıbbi müdahaleye yetkileri dâhilinde pek tabi tıp hekim/doktorları yetkilidir. Bunun dışında yetkilendirilmiş diğer sağlık personelde bulunmaktadır (ebe, hemşire, acil tıp teknisyeni (ATT), röntgen teknisyeni, diş hekimi, ortodontist vs.)[144]

Hakeri; Tıbbi açıdan yapılacak herhangi bir müdahaleye hekim ve diğer personeller tarafından yapılan her türlü işleme tıbbi müdahale olarak adlandırır[145].

Hasta Hakları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (HHYDYDY) Madde 2/g tıbbi müdahale kavramını; meslek icrasına ehil ve yetkilendirilmiş kişilerin hastalığın teşhis, tedavi ile ilgili mesleki yükümlülüğü bulunan, standart uygun olarak çizilen sınırlar dâhilinde vuku bulan fiziki ya da ruhi işlemlerdir. Tabi bunun içinde sağlığı koruma işlemi de mevcut. Hekimin tedavi amacıyla gerçekleştirdiği tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu, "hakkın kullanılması" kavramına dayanır. Hekimin sahip olduğu bu hak kaynağını kanunda, yönetmelikte, tüzükte ve tıbbi uygulamaların, verilerin teşkil ettiği örf-âdete ve hastanın rızasında bulmaktadır.

Herkes yaşamı için maddi ve maneviyatını koruma, geliştirme hakkına haizdir. Tıbbi bir zorunluluk olmadıkça veya kanunda belirtilen haller hariç kimsenin vücut bütünlüğüne dokunulamaz ve izni olmadan bilimsel ve tıbbi

---

[142] Özkök, 2006, a.g.k., (i.e: 10.10.2021).

[143] Somer, P. (2013). Tıp Hukukunda Özerklik ve Kadın Bedeni, ss 4. Internatıonal Congress on medikal ethıcs and law woman health from the poınt of medıcal ethıcs and law ss. 151.

[144] Hakeri, 2008, a.g.k., ss. 15.

[145] Hakeri, H. (2008). Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları ve Hekimin Yükümlülükleri-Tıbbi Uygulama Hataları (Malpraktis) Komplikasyon ve Sağlık Mensuplarının Sorumluluğu. İstanbul: ss. 15.

olaylarda deneye tabi tutulamaz. Aynı şekilde benzer tanımlar çeşitli yasal mevzuatlarla dile getirilmiştir (T.C. Anayasası M. 17).

3.3. Komplikasyon

Tıp bilimindeki "komplikasyon" dediğimiz olayın hukuktaki karşılığı "kabul edilebilir risk" olarak tanımlayabiliriz[146].

Bazı tıbbi girişimler yapı gereği bünyesinde risk ihtiva eder ve genel itibariyle hemen hemen her uzman/hekim bu durumdan kaçınsa dahi bununla karşılaşabilir[147]. Karşılan durum karşısında ziyan varsa derpiştik seviyesine bakılmalı, derpiş edilebiliyorsa bu duruma müdahale edilip edilemediğine bakılmalı ve tıbbi olarak yapılması gereken her şeyin yapılmış olmasıyla beraber noksan bilgi, eksik beceri kavramları da işin içinde olmamalı ki bu durum komplikasyon olarak değerlendirilsin[148].

Danıştay kararlarında sağlık hizmet görevlilerinin bilgi noksanlığı, beceri eksikliği, ilgisizlik kavramları dışında kalan tıbbi işlem sırasında derpiş edilemeyen, derpiş edilse dahi engellenemeyen, istenmeyen durum olarak tanımlanıyor[149].

Çınarlı; Tıbbi uygulama işlemlerinde vuku bulan bütün olumsuz durumlar tıbbi hata olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Tıbbi uygulama işleminde tıbbi hatanın kök nedenine bakılmalı[150] derken Savaş[151]; komplikasyon için beklenilmeyen, nahoş (olumsuz) durum ile komplikasyon kavramını açıklamaktadır. Komplikasyon riski her zaman vardır lakin mutlaka evveliyatında yarar-zarar dengesine de bakılmalıdır lakin sağlık hizmet görevlileri için bu kavram çok geniş tutulmamalıdır ki hukuki ve insani açıdan riskleri büyümesine izin verilmemeli.

---

[146] Çoltu, A. (2012). I. Tıp Hukuku Günleri, Tıbbi Uygulama Hataları, Av. Dr. Hasan Çankaya Anısına. İstanbul: İstanbul Tabip Odası. (Editör: Koç, S.). ss. 1-98.

[147] Koç, S. (2014). Adli Tıbbi Açıdan Malpraktis ve Hekim Sorumluluğu, Toraks Cerrahisi Bülteni, Vol. 5 Issue 1, p14-22. 9p. http://www.toraks.org.tr, (i.e: 21.11.2021).

[148] Aykın, Çınarlı, 2016, a.g.k., ss. 513.

[149] D. 10 D. 15.04.2019 T., 2019/1201 E., 2009/2884 K. sinerjimevzuat.com. (i.e: 24.10.2021).

[150] Çınarlı, S. Ermumcu, F. Meral, O. (2020). Tıbbi Uygulamadan Doğan İdari Yargı (Tam Yargı) Davaları. Ankara: Adalet Yayınevi. ss. 99.

[151] Savaş, H. (2006). Ülkemizde Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Cezai Sorumluluğu. İstanbul: ss. 152.

Örneğin basit haliyle intramusküler enjeksiyon bakanlığın bilgilendirilmiş rıza dahi ihtiyaç olmadığına dair yayınlanmış genelge olabilir lakin hekim yine de muhtemel komplikasyonlar için hastaya bilgi vermeli, gerekli önlemi almalı, hasta dosyasına not düşülmelidir ki açılması muhtemel bir davada ispatı kolay olsun[152].

Danıştay kararlarına yansımış komplikasyon tanımına bir bakacak olursak eğer; Tıbbi müdahalelerde öngörülmesi beklenmeyen, öngörülse bile önlenmesi mümkün olmayan, istemediğimiz bir duruma karşın çıkan sonuçtur. Bu tanımlama yerini bulması için de sağlık personeli ile ilgili bilgi ve deneyim noksanlığı da mevcut olmamalıdır. Bunlara ek olarak sağlık personelinin ihtiyat ve ihtimamı elden bırakmamış olması, bilgilendirilmiş rızanın alınması, tıp biliminin verileri dışına çıkılmaması, tıbbi standartta uygun teşhis ve tedaviye dikkat edildiği sürece sağlık personelinin hukuki sorumluluğu doğmayacak çıkan sonuç komplikasyon olacağından hukuka uygun işlem yapıldığı kabul edilecektir. Unutulmamalıdır ki komplikasyon sonrasında yönetim süreci de kusur tespiti açısından çok önemli olacaktır[153].

3.4. Malpraktis ve Komplikasyon Karşılaştırılması

Sağlık hizmet görevlileri riskli meslekleri ifa etmekte oldukları için ki riskler bünyelerinde mevcut olarak bulunur. Bundan dolayıdır ki bu riskleri bazen sağlık hizmet görevlileri bazen de toplum birbirine karıştırdığı iki kavram vardır ki bunlar "Malpraktis" ve "Komplikasyon" dur[154].

Malpraktis ve Komplikasyon kavramlarını net anlayabilmek adına aşağıdaki tabloyu iyi yorumlamak gerekmektedir.

[152] Şeker, 2020, a.g.k., ss. 70.

[153] D. 15. D. 16.05.2016 T., 2013/4526 E., 2016/3551 K. sinerjimevzuat.com (i.e: 29.11.2021).

[154] Aykın, A.C. Çınarlı, S. (2016). Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu. Ankara: Seçkin Yayınları. ss. 355.

Ziyanlı işlemin netice özellikleri		**Neticenin adı**	**Neticeden sorumluluk**
Öngörülemeyen	Önlenmesi mümkün olmayan	Kaza, Rastlantı	Sorumluluk olmaz.
Beklenen	Beklenmeyen	Komplikasyon	Sorumluluk olmaz. (Beklenen ziyanın neticesi hakkında ilgilinin aydınlatılmış onamı, kusurlu eylemlerle ziyana neden olunmamış olması şartıyla)
Öngörülebilen	Önüne geçilebilen	Malpraktis	Sorumluluk Doğar

Şekil 3. 1. Malpraktis ve komplikasyon farkı[155]

Yazar, Malpraktis ve Komplikasyon Farkı adlı 3.3. Şeklini yorumlayacak olursak eğer; Yazar:

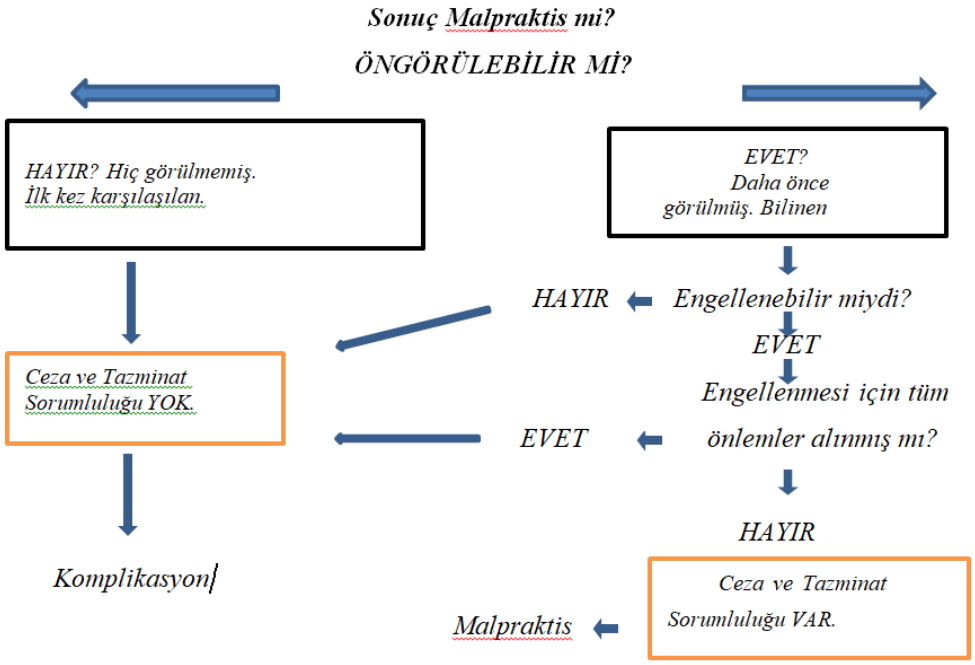
a) Yapılan tıbbi müdahalede ortaya çıkan zararlı durum için gerçekleşen zararlı durumdan önce zararlı durumun önüne geçilemiyor ve öngörülemiyorsa buna kaza ve tesadüf denilir ki burada hukuki yaptırım devreye girmez. Bunun hukuki olarak herhangi bir sorumluluğu olmaz.

b) Yapılan tıbbi müdahalede ortaya çıkan zararlı durum için gerçekleşen zararlı durumdan önce zararlı durum olabileceği öngörülüyor lakin önlenemiyorsa bu da tıp biliminde bilinen adıyla komplikasyon (istenmeyen sonuç) olacaktır. Hukuki sorumluluğun doğmaması adına gerekli önlemlerin alınması şarttır. Bu önlemler arasında hastanın tıbbi uygulama girişimsel işlemlerden önce mutlaka yeterli düzeyde bilgi vermek, konuyla ilgili bilgilendirilmiş rızanın en az yirmi dört saat önceden almak, kendi kusurumuzdan kaynaklı zararlı eylemlerde bulunmamış olmak gerekiyor. Yukarıda saymış bulunduğumuz koşulların eksikliğinde sağlık hizmet görevlilerinin sorumluluğuna gidilecektir.

[155] Aktaş Ekin Özgür, (2014-2015). "İzmir Demokrasi Üniversitesi Sağlık Hukuku Ders Notları" ss.22.

c) Yapılan tıbbi müdahalede ortaya çıkan zararlı durum için, zararlı durumdan önce zararlı durum olabileceği öngörülüyor, önlenebiliyorsa buna rağmen işlem yapılıyorsa buna da tıp biliminde bilinen adıyla malpraktis ya da tıbbi kötü uygulama hatası denilir. Zararlı durum malpraktis olarak kabul ediliyorsa sağlık hizmet görevlilerinin hukuki sorumluğu vardır diyebiliyoruz. Bu durumda sağlık personelinin hukuki sorumluluğuna gidilecektir.

Aktaş; Komplikasyon ve Malpraktis ayırımına Şekil 3.4'te nasıl değinmiştir bir inceleyelim[156].



Şekil 3. 2. Malpraktis ve komplikasyon[157]

Yazar, ülkemizde Malpraktis ve Komplikasyon kavramları çoğu zaman ayırt edilemiyor. Şekil 3.4'te yola çıkarak yorumlarsak eğer;

a) Yapılan tıbbi müdahale işleminde çıkan zararlı sonuç beklenen bir sonuç olup olmadığı ilk başta irdelenir. Zararlı sonuç önceden görülmemişse, zararlı sonuçla ilk defa karşılaşılıyorsa eğer hem cezai sorumluluk hem de hukuki sorumluluk doğmayacaktır. Bu durumu tıbbi olarak komplikasyon olarak adlandıracağız. Bunun yanında hukuki olarak sorumluluk yoktur.

b) Zararlı sonuç beklenen bir sonuç olduğu tespiti yapıldıktan sonra zararlı sonuç daha önce görülmüşse, tıp âleminde biliniyorsa, engellenebiliyorsa, engellemek adına tüm tedbirler alınmışsa yine de sonuç kaçınılmaz ise çıkan zararlı sonuç komplikasyon olacağından sağlık personelinin hem cezai hem de hukuki sorumluluğuna gidilecektir.

[156] Aktaş, 2014-2015, a.g.k., ss.22.
[157] Aktaş, 2014-2015, a.g.k., ss.22.

c) Zararlı sonuç beklenen bir sonuç ise, daha önceden görülmüşse, tıp âleminde biliniyorsa, engellenemiyorsa, sonuç kaçınılmaz ise çıkan zararlı sonuç komplikasyon olacağından sağlık personelinin hem cezai hem de hukuki sorumluluğuna gidilmeyecektir.

d) Zararlı sonuç beklenen bir sonuç ise, daha önce görülmüşse, tıp âleminde biliniyorsa, engellenebiliyorsa, engellemek adına tüm tedbirler alınmamışsa ve ortaya zararlı sonuç çıkmışsa sonuç tıp biliminde malpraktis olarak adlandırılacaktır. Tıbbi müdahale malpraktis olacağından sağlık personelinin hem cezai hem de hukuki sorumluluğuna gidilecektir.

Ortaya çıkan bir komplikasyonda tablodaki aşamaların olması önemlidir ve olayın seyrini değiştirecektir. Tam zamanında hata belirlenemiyorsa eğer, tam zamanında hatayı belirledin ama gerekli tedbirler alınmamışsa, tam zamanında hatayı belirleyip de gerekli tedbirleri aldın lakin "standart tıbbi girişim" de bulunmayı ihmal ettiysen eğer durum artık malpraktise evirilecektir[158].

Örneğin; Elektif sezaryene bağlı olarak anne veya yenidoğanda bir yan etki ortaya çıktığında "elektif" ifade "gereksiz ve gerekçesiz" ifadesine evirilmekte, gereksiz veya gerekçesiz ortaya çıkan bu ifade komplikasyon ise tıbbi kötü uygulama (malpraktis) olarak anlaşılıp sonucunda da hukuki sorumluluk oluşmaktadır. Tabii ki hasta isteğiyle yapılan elektif sezaryen işlemi de hekimi yasal mevzuat gereği sıkıntıya sokmaktadır. Bu işlem yapılırken hamile kadının ve eşinin de onam evrak tamamlanarak hekimin kendini yasal mevzuat çerçevesinde korumaya alması gerekmektedir[159].

Tıp ve hukuk kavramlarına şu örnekle bakılacak olursak eğer hekim ile hasta arasındaki ilişki tıp mesleği ve hukukçular arasında düşüncede pek örtüşme olduğunu söyleyemeyiz. Hukuk "mağdur" çerçevesinden bakarken tıp bu duruma "hasta" gözüyle yaklaşmaktadır. Örneğin cinsel saldırıya maruz kalmış bir kadına adli incelemesi esnasında tıp etiği ve hukukçular arasında yüksek ihtimal ile çatışma çıkması gündem konusu olacaktır[160].

---

[158]Çoltu, 2012, a.g.k., ss. 1-98.

[159] Gezer, A. (2013). Ethical and Law Problems In Electıve Procedures For Chılbırth, 4. Internatıonal Congress on Medikal Ethıcs and Law Woman Health From the Poınt of Medıcal Ethıcs and Law. ss. 89.

[160] Koçak, U. Erbay, H. (2013). medıcolegal ıssuesnexperıenced during forensıc examınatıon of sexual assault vıctıms : a revıew from the vıempoınt of law and medıcal ethıcs, 4.

3.5. Defansif Tıp

Hukuki ve cezai yükümlülükten kurtulmak için hekim/doktorlar tarafından yapılan, çoğu zaman da tıbbi standartlara uymayan davranışlar ilk başta ABD'de dava konusu olmaya başlamıştır. ABD'den sonra pek çok ülke defansif tıp kavramından dolayı hekim/doktorlara dava açılmıştır ve süreç içinde defansif tıp etkileri artık tartışılmaya başlanmıştır[161].

Tıp dalında istenmeyen sonuç her ne kadar "komplikasyon" denilse dahi hekimler tıbbi uygulama girişimi yaparken çıkabilecek olumsuz/hata kavramından dolayı mahkeme huzurunda yargılanmaktan bunun sonucunda da zarardan sorumlu tutulma ihtimalinden ötürü çekinik/geri planda kendilerini tutma eğilimde olurlar. Bunun yanında hâkim/yargıca var olan güvensizlik de buna eşlik edince hekim sorunla karşılaşacak, riskli durumdan kendini korumak adına tıbbi ya da cerrahi uygulamalardan uzak durmaya çalışacaktır. Sağlık hizmet görevlilerinin tıbbi uygulama hatası/malpraktisten doğma ihtimali olan idari, cezai, hukuki ve etik yükümlülüklerden kendilerini muhafaza etmek adına ihtiyacı olmamasına rağmen fazladan işlemler/istem yapabiliyor (pozitif defansif tıp) ya da aksine hastayı tedavi etmekten (negatif defansif tıp) kaçındığı tıbbi manevralarda bulunabiliyor[162].

Tanı koymak için yapılan test sayısındaki fazlalıklar, hastaların nakil işlemlerindeki oransal kayıtlar, hastaları takip işlerinin fazlalığıyla beraber hastalara çok fazla açıklama yapmak ve en son olarak da detaylı yazılan hasta notları defansif tıp uygulamalarında kabul görmüş kısımlardır. Bu işlemleri hekim/doktorlar savunma mekanizması olarak görmektedir. Aslında bu iyi bir durumdur[163] lakin son zamanlarda hasta–hekim ilişkilerinde 1960'lardan itibaren değişimlerin gözlenmesiyle hekimlerde değişikliğe gitmeye başladı. Bu değişimler gerek hastaya gerek hasta yakınlarına karşı bu değişimler sergilenmeye başladı. Buna sebep olarak da; ceza davaları, hukuk davaları, kötü tıbbi uygulama

---

Internatıonal congress on medikal ethıcs and law woman health from the poınt of medıcal ethıcs and law , ss. 114.

[161] Polat, 2015, a.g.k., ss. 245.

[162] Çölçü, K. (2019). Malpraktis- Komplikasyon Ayrımının Hekimin Tazminat Sorumluluğu Açısından Önemi. https://colakogluhukuk.com/BlogDetay.aspx?ID=1010. (i.e: 19.12.2021).

[163] Summerton, N. (1995). Positive and Negative Factors in Defensive Medicine: A Questionnaire Study Ofgeneral Practitioners, BMC, Volume-310, ss. 27-29.

kavramının yaygınlaşarak ilerlemesi sebep oldu. Tıbbın mihenk taşı olan "öncelikle kişide zarara sebep olma" kavramı şimdilerde "öncelikle kendine zarar verme", "öncelikle kendini koru" kavramına karşılık gelmeye başladı[164].

Yargısal durumlardan dolayı hekimler davayı kazansa veya kaybetse dahi yargı bağlamında hep kaybeden sınıf olur çünkü endişeleri defansif tıp kavramının doğmasına vesile olur. Buna bir başka yazar da tıbbi kötü uygulama hatalarından (malpraktis) kendini koruma içgüdüsüyle defansif (çekinik) tıbbi çare olarak bakanlar malpraktisin kendisini oluşturur, defansif tıbbın kendisi malpraktistir[165] diyerek olayın ciddiyet boyutuna vurgu yapmaktadır. Olumsuz geri bildirimlerden dolayı hastaya uygun teşhis koyup arkasından tedavisini uygulamak yerine "tedavi, test, prosedür" uygulaması yapmakla defansif tıbba davetiye çıkarmaktadır[166].

Hastalar karmaşık bir yapıya sahip tıp bilimi karşısında tıbba özel olan "usul ve esaslar" kavramının karşısında yetersiz kalmaktadır. Bir de buna ek olarak tıp biliminin teknik kısmı girince de hasta-hekim arasında hekimler bir tık üst pozisyona geçiyor lakin hekim bu durumu iyi yönlendirip yönetemezse hata riski çıkmaktadır. Tam da bundan ötürü hekimler resmi veya resmi olmayan yolları denemeye başladılar[167].

Ülkemiz açısından bakıldığı zaman 2011 yılında defansif tıp ile ilgili hekim/doktorlarla yapılan çalışma sonuçları defansif tıbbın ülkemizdeki oranını gözler önüne sermektedir. Yasal kanunlardan dolayı tedirgin olanların oranı %69,7 olduğu, hekim/doktor haklarının umursanmadığı %90,9 olduğu, zor çalışma şartları %94,7 olduğu, uzun çalışma şartları %90,4 olduğu, hekim/doktor aleyhine tıbbi kötü uygulama hata iddialarında yüksek bir artışın varlığı %86,6 olduğu tespit edilmiştir[168].

[164] Aykın, Çınarlı, 2016, a.g.k., ss. 534.

[165] Saraç, L. (2020). Sözleşmeli Aile Hekimleri ve Aile Hekimliği Uzmanlarının Defansif Tıp Uygulamaları Konusundaki Tutum ve Davranışları. Ankara: ss. 80.

[166] McQuade, JS. (1991). The medical malpractice crisis-reflections on the alleged causes and proposed cures: discussion paper. Jf R Soc Med 1991, volüm-84, ss. 408-4011.

[167] Barlıoğlu, C.H. (2020). Defansif Tıp Unsuru Olarak Tıbbi Malpraktis. Ankara: Seçkin Yayıncılık. ss. 121-124.

[168] Polat, 2015, a.g.k., ss. 259.

3.5.1. Müspet defansif tıp

Kelimenin kök analizine bakılacak olursa hastalar "hak" kavramı arkasına geçip istekleri yönünde tıbbi girişim işlemi yapmaya başladılar. Hekimlerde hukuki, cezai ve idari müeyyidelerden ötürü lazım gelmeyen bazı prosedürleri devreye koydular[169].

Hekimlerin mantığında devreye koydukları gerekli olmayan bu prosedürlerdeki amaçları muhtemel olumsuz eleştirilerden kendilerini korumak, muhtemel açılacak davaların önüne geçmek için tıbben gerekli olmayan işlemler yapmaya başladılar. Buna da "*kaçınma davranışı"* denildi[170]. Tabi bu durum bazı olumsuz durumlara davetiye çıkardı örneğin hastaların tedavi süreçleri uzun zaman aldı, gerek kamu gerek özel sağlık sektörü olsun maliyetleri katlanarak arttı[171].

Bununla beraber hasta için istenen her gereksiz işlem için sağlık hizmet görevlilerinin fazladan zaman harcaması anlamı taşır. En maliyetli olanı ise hastaların hastanelere yatışlarıdır. Maliyet kavramı burada önem arz eder çünkü sağlık sistemi ve teknolojileri pahalıdır. Örneğin; Office of Technology Assesment Birleşik Devletlerinde 1991 yılında defansif mantığıyla sezaryen için 8,7 milyon dolar harcanmasına rağmen 1994 yılında aynı mantık ile radyolojik teşhis için 45 milyon dolar kullanıldığı saptanmıştır[172].

Yazar; Tıp sanatında tıp kuralları ihlal edilmek suretiyle sağlık hizmet personellerinin müspet edimlerini sırf müeyyidelerden kaçınmak adına, malpraktise sebep olmamak adına yaptıkları kaçınma davranışlarıyla malpraktise neden olunan durum olarak tanımlamaktadır.

---

[169] Şahin, B. Alcalı, Ö. (2020). Defense Medical Concept and the Effect of Defensive Medical Applications on the Legal Liability of The Physician, ss. 25-28.

[170] Studdert DM ve ark. (2005). Defensive Medicine Among High-risk Specialist Physicians in a Volatile Malpractice Environment. Journal of the American Medical Association, 293(21), 2609–2617.

[171] Vale, HM. Miyazaki, MC de OS. (2019). Defensive Medicine: a Practice in Whose Defense? Revista Bioética, 27(4), ss. 747–755.

[172] Polat, 2015, a.g.k., ss. 248.

3.5.2. Menfi defansif tıp

Hekimleri negatif defansif tıp kavramına iten durum ise kanuni risklerden uzaklaşma istekleri oldu buna da "çekimser kalma davranış" denildi.[173]

Bu kavram günlük ziyaret eden hastalarda önem arz eden klinik kararlarını ve uygulamada, sistemde değişikliklere yansıdı[174].

Savaş; hekimin risk barındırdığına inandığı durumlar karşısında hastaya tedavi vermesi yerine sırf kendini koruma adına hastayı o tedaviden mahrum bırakması, hastayı sevk etmek suretiyle başka sağlık kuruluşuna göndermesi, hastanın bu zaman sürecinde de alması gereken tedaviden yoksunluğu olarak tanımlamıştır[175].

Delice, Yılmaz ve Tekin de defansif tıbbın tıbbi tedaviden yoksun kalması eylemine değinmektedir[176]. Yani yüksek olasılıkla riski bünyesinde barındıran durumlardan kaçma fiili olarak tanımlanmasıdır[177].

Yapılan saha çalışmalarında hekimlerin daha çok negatif defansif tıp tercih etmiş oldukları tespit edilmiştir. Bu tercihlerini de hastayı başka sağlık kuruluşuna sevk ettikleri görülmüştür[178].

Bu davranışla hekimler "*klinik ahlak*" ve tıp etiğinin dışına çıkmakta lakin yaptığı bu kaçınma hareketi bile sevk işlemi uyguladığı hastada ziyan meydana gelmişse hukuki boyutu yine kendisine yönelecektir. Hekim yüksek riskli işlemlerde, kendisini dava edecek potansiyeli yüksek hasta ve hasta yakınlarıyla karşı karşıya geldiğinde ve sevk işleminde öncelikle hasta menfaatine göre yarar-zarar terazisinden geçirip kararını vermelidir. Hukuki ve cezai sonuçları da malpraktisle paralel olacaktır[179].

---

[173] Hoffman, E.D. Herring, B. (2015). Report to the Maryland Health Servıces cost Revıew Commısıon on Defensıve Medıcıne. https://hscrc.maryland.gov/Documents/commission-meeting/2015/03-11/Defensive-Medicine-Final-Report-3-16-15.pdf, (i.e: 20.09.2021).

[174] Studdert, DM. ve ark., (2005). a.g.k., ss. 2609–2617.

[175] Savaş, H. (2007) Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları. Ankara: Seçkin Kitapevi. ss. 231.

[176] Delice, O. Tekin, E. Yılmaz, S. (2019). Defensive Medicine in the Emergency Department: A Cross-sectional Study from the Perspective of Emergency Medical Specialists, Eurasıan Journal Of Emergency Medicine, DOI: 10.4274/eajeM.galenos. 49404. ss. 1-7

[177] Tuers DM. (2013). Defensive Medicine in the Emergency Departmen Increasing Health Care Costs Without Increasing Quality?, Nurs Adm Q, ss. 37

[178] Ünal, Ö. (2020). Defansif Tıp Uygulamaları, Öncülleri ve Sonuçları. Sakarya: ss. 141-143.

[179] Polat, 2015, a.g.k., ss. 248-265.

Hekimler açısından bu durumda yapma borcu kavramı devreye girecektir. Hizmet kavramını yapmak, yerine getirmek olumlu edimdir ki diğer adı müspet edim olarak da bilinir. Bu kavramın (müspet edim) içerisine hizmet, eser sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi dâhil olmaktadır. Sözleşmeye aykırılıktan oluşan ziyanları karşılama TBK Madde 112 göre ziyanın yerine getirilmesini sağlamıştır[180].

İfaya yükümlü ilgililerin bu görevi yerine getirmemesi veya yanlış şekilde yerine getirmesi durumunda bundan kaynaklanan ziyanları tazmin etmek mecburiyetindedir. Eğer ki borçtan kurtulma durumu yoksa tazmin mecburidir[181].

Yazar; Tıp sanatında tıp kuralları ihlal edilmek suretiyle sağlık hizmet personellerinin menfi edimlerini sırf müeyyidelerden kaçınmak adına, malpraktise sebep olmamak adına yaptıkları kaçınma davranışlarıyla malpraktise neden olunan durumdur.

Geniş bir şekilde izahatını yapmış olduğumuz malpraktis kavramına son olarak ekleyeceğimiz durum da sigorta kavramı olacaktır.

Tıbbi kötü uygulamalar hekim için tazminat boyutunu oluştururken bir yandan da sağlık hizmet sunucularından hizmet almak isteyen ilgili kişilerin de uğradıkları zararlarının karşılık bulmaması olaylarını gündeme getirmektedir. Bu minvalde tıbbi kötü müdahaleden doğan "mali sorumluluk sigortası" edinilmesidir. Bu sigortada ön plana çıkan sağlık hizmet görevlileri olduğu için bu sigortaya "tıbbi kötü uygulamaya ilişkin zorunlu mali sorumluluk sigortası" dar[182].

[180] Özel, Ç. Cansel, E. (2014). Borçlar Hukuku Genel Hükümler II Ders Notları. Ankara: Seçkin Yayınları. ss. 16.

[181] Neuenschwander, Schlechtterfüllung, s.43, Naklen Aktaran: Özel, Ç. Cansel, E. (2014). Borçlar Hukuku Genel Hükümler C-1. Ankara: Seçkin Yayınları. ss. 312.

[182] Çeker, M. (2017). 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Sigorta Hukuku, Adana: Karahan Kitabevi. 17. Baskı. ss. 296. Bkz. Tıbbi kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Kurum Katkısına İlişkin Usul ve Esaslara İlişkin Tebliğ.

4. TIBBİ MÜDAHALENİN HUKUKA UYGUNLUK ŞARTLARI

Çekirdek haliyle düşündüğümüzde aslında tıbbi müdahale girişimi (başta ele alınacak olan operasyonlar olur) hukuki anlamda suçtur. Ve bu öyle bir suçtur ki insan yaralama olarak kabul edilir. Lakin bunu böyle düşünürsek insan sağlığıyla direk ilgilenen sağlık hizmet görevlileri nasıl oluyor da halen görevlerini icra ediyor olurlardı. Tabii ki bu suçun meşrulaştırılması gerekliydi. İşte bu meşrulaştırma işlemine tıbbi müdahalenin uygunluk şartları ile yapıla geldi. Tıbbi müdahale girişimini meşrulaştıran da; işlemin sağlık hizmet görevlilerin eliyle yapılıyor olması, hastanın işleme izin vermesi yani bilgilendirilmeyle özeleşen izin, tıp ışığı altında ve tıp ışığına uyan tıbbi müdahale girişimleri diye sıralayabiliriz[183].

Esas anlamda tıbbi uygulamalar kişinin vücut dokunulmazlığı fiil kısmına girmektedir. Örneğin biyopsi alma işlemi, cerrahi ameliyeler hastanın yaralanmasına neden olmaktadır. Bir de komplikasyon kısmı da vardır ki hasta yaralanmakta, hastada sekel bırakmakta hata hastanın hayatını kaybetmesine mal olmaktadır. Bu boyutlar ceza hukuku açısından hukukçuların ilgisini çekip, konu yeterince tartışılmaktadır. Ülkemizde bu durum hem öğretide hem de uygulamada vücut dokunulmazlığı içerisinde ele alınıp kişinin bedensel, ruhsal olarak zarar görmesine yol açan cezayı gerektiren eylem olarak kabul etmektedir. Ancak hukuka uygun olarak bu durum ele alınmaktadır. Her ne kadar sağlık hizmet görevlilerinin yapmış olduğu tıbbi uygulamalar tipiklik olarak insan yaralama ve insan öldürme fiillerine denk geliyor olsa dahi hukuka uygunluk sebeplerinden dolayı ceza yasasının alanından çıkmış bulunuyor[184].

[183] Hakeri, 2020, a.g.k., ss. 120.
[184] Polat, 2015, a.g.k., ss. 272.

4.1. Tıbbi Müdahaleyi İcra Eden Kişinin Somut Olaydaki Tıbbi Müdahaleye Yetkili Olması (Hakkın İcrası)

14.04.1928 tarihli TabK. Türkiye'de hasta tedavi etmek için tıp fakültesi mezunu olmayı şart koşmuştur (TabK. M. 1).

Hukuka uygunluk sebepleri arasında hakkını kullanan kişiye ceza verilemeyeceği kurallı vardır (5237 Sayılı Kanun M. 26).

Açıklanan bu gerekçeye göre bu hakkın mevzuatlara dayanması, bir mesleğin ifasından kaynaklanıyor olması, herhangi bir yere başvurmadan bu hakkın kullanılıyor olması şartlarının da gerçekleşmesi gerektiğidir[185].

Tıbbi müdahalede bulunma yetkisi kanunda tanındığında hukuka uygun olacaktır. Bu yetkiye sahip olanlar; hekim, diş hekimleri, ebeler, sağlık memurları, hastabakıcı hemşireler, sünnetçiler ve diş protez teknisyenleridir. Ayrıca; Acil tıbbi yardım ve bakım ile sınırlı kalmak ve Sağlık Bakanlığınca çıkarılacak yönetmeliğinde belirtmek kaydıyla acil tıp teknikerleri (paramedik, ATT) ile acil tıp teknisyenleri hastaya müdahale edebilir, bu hususta lazım gelen iş ve işlemleri yapabilirler. Tıp Bilimi'nin verilerine göre gerekli ve bu verilere bununla beraber diğer sağlık personelleri de kendilerine yetki verildiği durumlarda tıbbi müdahale yapabilecektir[186].

Sağlık kapsamında yapılacak bir müdahalede (araştırma da buna dâhil) ilgili meslek yükümlülüğü ve uygun standartlara uygun yapılması icap eder. BiS.de bu duruma "standarda uygun" denilmektedir. Tıp standardından bahisle alınan eğitime uygun düşen, asgari yapılması istenen durumdur. Hekim, her hekim arkadaşı kadar bilgi bilmesi yeterli olacaktır, hekimden olağanüstü bir beklenti istenilmemektedir (BiS. M. 4).

TabK. 'de sayılanların dışında hekimlik yapıldığı takdirde (yine aynı kanun) diploması olmadığı halde (menfaat temini için olmasa dahi) hasta tedavi altına alan veya hekim unvanı takınan kişi hapis ve para cezası uygun görülmüştür (TabK. M. 25).

---

[185] Polat, 2015, a.g.k., ss. 274.

[186] Yılmaz, Işık Ş.B. (2012). Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü (The Obligation Of Informing The Physıcıan Of Medical Inverventıon), Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S-98, ss. 390-409.

Aynı kanun diş hekimlerine tanınan yetkiyi; Diş hekiminin insan sağlığına yönelik olarak dişlerin, diş etinin, ağız dokusuyla beraber çenenin dokusu bunların tedavileri, teşhisleri, bakımları, bunların korunması ve rehabilite edilmesi açısından yetkili kılınmışlardır. Diş hekimliği yapabilmek içinde diş hekimliği alanında ihtisas yapmış olmak, diş hekimliği fakültesi mezunu olmak, Sağlık Bakanlığından onaylanmış bir uzmanlık evrakını zorunlu kılmaktadır (TabK. M. 29).

Yazar kanunda sayılan kişiler dışında bir diğer konu da hekim olup gerekli sınırlar dışına çıkma eylemidir. Tıpta uzmanlık kavramı burada devreye girmektedir.

Tıpta ve Diş Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliği; Uzmanlık eğitimini bitiren o alanda meslek icrası hakkı ve uzman unvanını kazanan yetkisi kazanmış olanlardan bahsetmektedir (M. 4/1-1). Sağlık personeli yetkisi dışında yaptığı eylemlerde şahsi sorumluluğu doğacaktır.

Genel veya lokal anestezi ile yapılan büyük ameliyatların mutlaka bir uzman hekim ile beraber diğer bir hekim tarafından yapılması gerektiği açıklanmaktadır (TabK. M. 23).

Yine aynı kanun 3. Maddesinde:

"fenni cerrahi veya şuabatında ihtisas sahibi olduğuna dair işbu kanunun tarifleri dairesinde vesaiki lazimiye haiz olmayan hiç bir kimse hiç bir ameliye cerrahiye icra edemez. Cerrahi sağireye ait ameliyat her tabip yapabilirler. Sıhhıye ve Muaveneti İçtimaiye Vekâleti tarafından açılan ve idare edilen mekteplerden mezun küçük sıhhiye memurları ve işbu mekteplere muadil tedrisat yapan mekteplerden mezun olup şahadetnameleri Sıhhiye ve Muaveneti İçtimaiye Vekâletince tasdik ve tescil edilenler talimatnamelerinde yazılı olanlara münhasır kalmak şartiyle küçük ameliyeleri yapabilirle [187] açıklaması yapılmaktadır.

Hekimin sorumluluğu çoğu zaman tıbbi etik ilkelerden kaynaklanmaktadır. Sorumluluk olarak; hastaya bakmak için vizitesinin olması, hastaya yeterli olması (bilimsel ve mesleki bakımdan); etik, hukuki, tıbbi anlamda meslek ilkelerine uyması, bilgilendirilmiş rızanın alınması hekime düşen görevler arasındadır[188].

187 Hakeri, 2015, ag.k., ss. 176.
188 Polat, 2015, a.g.k., ss. 36.

4.2. Aydınlatma ve Rıza Kavramları

Herhangi bir tıbbi girişim ön şartı hastanın bilgilendirilmiş onayı ve rızasıdır (Abil. M. 3, EK-2).

Hasta için planlanan operasyonlar önce hekim, diş hekimi; hastadan, veli veya vasiden izin almak zorundadır (TabK. M. 70).

Uygulamada Yargıtay'ımız ve ABD'de Maryland Yüksek Mahkemesi 1977, alman Federal Yüksek Mahkemesi ise 1962 yılında vermiş olduğu bir kararla, hastanın rızasının geçerliliği için hastanın genel olarak neye rıza gösterdiğini bilmesi gerekir[189].

Bilgilendirilmiş rızayı tanımlarsak eğer; dışarıdan herhangi bir zorlama olmadan hastanın kendi vücudu üstünde yapılmak istenen tıbbi müdahale girişimsel işlemi hakkında bilgilendirildikten sonra vermiş olduğu kabul veya ret işlemidir[190].

Kapalı ve açık şekilde izni olmadan bir başkası eliyle kendi vücudu üstünde onay vermediği fiziksel işlemler ve haksız fiil tabanlı eylemlere karşı kendini koruma işlemidir. Hekimlerin babacan tavırları değil de kendi hastalıkları hakkında ki kararlara katılımın sağlanması yani diğer deyişle "Bilgilendirilmiş Rızanın Hasta Rızası" rağbet görmesidir. Bu rağbetin temeli hasta-hekim arasındaki bağın dürüstlük ilkesinin esas alması, aralarındaki diyaloğun açık olmasından kaynaklanmaktadır[191].

Yazara göre tıbbi bir girişimden önce hastanın mutlak surete bilgilendirilmesi ve onayının olması gereklidir. Onam alınmasındaki amaç hastanın "özerkliği-özgürlük" kavramıdır. Sağlık personellerine kendi bedeni üzerinde tasarruf hakkı verirken özgür iradesini ortaya koyması önemlidir.

Bilgilendirilmiş rızanın alınırken hastanın anlayacağı dilde ve yeterince bilgilendirilmesine dikkat edilmelidir. Bu bilgilendirilmede şeffaflık önemlidir[192].

---

189 Hakeri, 2015, a.g.k., ss. 179.

190 Akpınar, A. (2013). Aydınlatılmış Onam Asistan Eğitimi, ss. 1-35. http://www.deontoloji.hacettepe.edu.tr/ekler/pdf/aset_13_guz/sunular/aydinlatilmis_onaM.pdf (i.e: 29.09.2021).

191 Celbiş, O. (2020). Bilgilendirilmiş Onam Alımı ve Hukuki Boyutu. İnönü Üniversitesi Tıp Fakültesi. ss. 1-22, https://nefroloji.org.tr/uploads/pdf/kongre2012/Salon2/Osman%20celbis.pdf, (i.e: 17.11.2021)

192 Akpınar, 2013, a.g.k., ss. 1-35.

Bununla beraber hasta hür istemiyle bu işleme karar verebilmesi için de hekim de bu işlemler için kendisine yardımcı olacaktır. Bundan dolayıdır ki bilgilendirilmiş rızanın hem hür istemi hem de tıp etik kurallarının uygulanmasını sağlayacaktır. Tıp etik kurallarından olan kişiye fayda getirmesi, kişide tahribata sebep olmaması, hür iradeye hürmet, adaletin tecelli etmesinde önem arz edecektir[193].

Hiç kimse Sağlık Bakanlığının izni ve kendi rızası olmadan eğitim, araştırma, tecrübe amacıyla hiçbir tıbbi müdahaleye tabi tutulamaz. Tıbbi alanda yapılacak bir araştırmada beklenen tıbbi fayda ve toplum menfaati, üzerinde işlem tesis edilmek istenen kişinin (gönüllü) hayatından ve vücut bütünlüğünün korunmasından üstün tutulamaz. Bu tarz tıbbi araştırmalar mevzuata izin verilen yetkili personel tarafından, mevzuatça belirlenen yerlerde görülür. Bu araştırmalara gönüllünün rızasının olması görev alan personelin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz (HHY. M. 32).

Herkes kendi yaşamını belirleme hakkına sahiptir (Amsterdam Bildirgesinde (Abil. M. 1/2). Aynı anlamı taşıyan "kendi geleceğini tayin hakkı" ile bu durum Bali bildirgesinde kaleme alınmıştır (Bali Bildirgesi M. 3).

Kişilerin maddi veya manevi durumunu değerlendirirken bu durumları korumak, geliştirmek hakkı vardır. Eğer aksi bir durum yok ise (tıbbi zorunluluk, kanunda yazılı bulunan durumlar) hiç kimsenin vücut birliğine dokunulamaz. Kişinin izni olmadan bilimsel ve tıbbi çalışmalarda çalışmaya zorlanamaz. Eziyet ve işkence kati şekilde yasaklanmıştır. İnsan gururuna, onuruna, haysiyetine yakışmayacak bir duruma sokulamaz (T.C. Anayasası M. 17/1).

Bu durumlara bakılarak denilir ki kendisiyle ilgili geleceği tayin hakkı verdiğinin kanıtıdır[194].

Aydınlatma yükümlülüğüne geniş perspektiften baktığımızda aslında sadece sağlık personelleri değil devletin pozitif yükümlülüğü altında olduğuna dair

AİHM Madde 2 kapsamında Türk yargısına da şu kararda yansımıştır.

"….. Bu yükümlülük, hastaları, tıbbi müdahalelerin bu bağlamda meydana getirebileceği ağır sonuçlardan mümkün olabildiğince koruma gerekliliğine dayanmaktadır. Böylelikle, taraf devletler, bu yükümlülük uyarınca, hekimlerin, uygulanması düşünülen tıbbi

[193] Kurt, M. (2020). Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C-2020, S-146, ss. 187-218.

[194] Hakeri, 2015, a.g.k., ss. 213.

müdahalenin hastaların fiziksel bütünlüğüyle ilgili olarak meydana getirebileceği öngörülebilir sonuçlar hakkında sorgulanmaları ve hastalarını aydınlatarak, rıza göstermelerini sağlayacak şekilde kendilerini bu tıbbi müdahale hakkında önceden bilgilendirmeleri amacıyla gereken düzenleyici yasal tedbirleri almakla yükümlüdürler (Codarcea/Romanya, No. 31675/04, 2 Haziran 2009)" [195].

4.2.1. Aydınlatma işleminin yükümlüsü

Hekim yapılacak tıbbi müdahale işleminde gerekli olan aydınlatmayı bizzat yapmalıdır eğer şartlar elvermiyorsa başka hekim tarafından tıbbi müdahale yapılacaksa da tıbbi müdahaleyi yapması gereken hekim bu işlemin yapıldığından emin olması gerekir, karar vermesi güç olan ağır ameliyelerde operasyonu yapacak hekim bizzat bu işlemi yapmak zorunda[196].

HHY'de hastaya tıbbi müdahalede bulunan hekim dışında başka bir hekimden de bilgi alınabilir[197].

Hasta herhangi bir evrede başkaca hekimden de görüş alabilir (BB. M. 2).

4.2.2. Aydınlatma işlemi yapılacak kişi

Esasa baktığımız zaman yapılması planlanan tıbbi müdahale için hastanın şahsının bilgilendirilmesidir ama hasta kendisi dışında başka birinin de görevlendirilmesini isteyebilir. Bilgilendirilmenin kime verileceğini hasta tarafından yazılı bir şekilde talep eder ve bu yazılı talep kayıt altına alındıktan sonra hastanın istemi yerine getirilir (HHY. M. 18/3).

Aydınlatma işleminin gerçekleşmesi için hastadan bir geri dönüş, istem olmasına gerek yoktur çünkü bu durum hekimin sorumluluğu altındadır, kaldı ki illaki açıkça olması gerekmemektedir, örtük olarak da bu rıza verilebilir[198].

---

[195] D. 10. D. 11.11.2020 T., 2019/6376 E., 2020/4764 K. sinerjimevzuat.com (i.e: 08.11.2021).

[196] Hakeri, H. (2020). Tıp Hukuku El Kitabı. Ankara: Seçkin Yayıncılık. ss. 129.

[197] Hasta Hakları Yönetmeliği, Bilgi Vermenin Usulü Madde 18- *Bilgi, mümkün olduğunca sade şekilde, tereddüt ve şüpheye yer verilmeden, hastanın sosyal ve kültürel düzeyine uygun olarak anlayabileceği şekilde verilir. Hasta, tıbbi müdahaleyi gerçekleşecek sağlık meslek mensubu tarafından tıbbi müdahale konusunda sözlü olarak bilgilendirilir. Bilgilendirme ve tıbbi müdahaleyi yapacak sağlık meslek mensubunun farklı olmasını zorunlu kılan durumlarda, bu duruma ilişkin hastaya açıklama yapılmak sureyle bilgilendirme yeterliliğine sahip başka bir sağlık meslek mensubu tarafından bilgilendirme yapılabilir."*

[198] Hakeri, 2015, a.g.k., ss. 217.

Peki, aydınlatmamız gereken hastanın bilinci kapalı, rıza yeteneğinden de yoksunsa aydınlatma nasıl yapılacak? Burada da hastanın yakınlarının aydınlatılması yeterli olur lakin sorun şu ki yakınlarını nasıl sıralayabiliriz. O zaman da Organ ve Doku Nakli Alınması, Saklanması, Aşılanması ve Nakli Hakkında Kanun'un 14'üncü maddesini kıyasen uygulayabiliriz. Kişinin varsayılan rızası tespit edilirse eğer yakın ilişki içinde olduğu kişiler de aydınlatılabilir[199].

4.2.3. Aydınlatma işlemi kapsamı

Hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği, tıbbi müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi, diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri, muhtemel komplikasyonları, reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri, kullanılacak ilaçların önemli özellikleri, sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri, gerektiğinde aynı konuda tıbbî yardıma nasıl ulaşabileceği belirlenmiştir (HHY. M. 15).

Rıza, esas olan şey yapılacak veya yapılması planlanan işlemler için bilgi verilmesidir. Hastanın ya da kanunen yetkili kılınmış temsilcisinin bu tıbbi girişimsel işlemleri hakkında onları aydınlatmak, onları bilgilendirmektir (HHY. M.31/1).

Aynı yönetmelik tıbbi müdahale sınırını hastanın verdiği izin kadar olabileceğidir. Rıza çerçevesini hastanın kendisi çizer (HHY. M. 31/3).

Aynı Yönetmelikte hastaya verilecek bilgi sade, şüphe veya tereddütte yer vermemesi, sosyal ve kültürel düzeyine uygun, hastanın anlayabileceği şekilde olmalıdır. Hasta, sağlık personeli tarafından sözlü olarak bilgilendirilir. Bilgilendirme ve tıbbi müdahaleyi yapacak sağlık personeli farklı olacak zorunlu bir durum var ise bu bilgilendirmeyi bilgilendirme yeterliliğine haiz başka bir sağlık personeli yapabilir. Esas olan hastayı bilgilendirmektir. Eğer hasta

[199] Hakeri, 2020, a.g.k., ss. 161. Bkz. Organ ve Doku Nakli Kanunu, Madde 14 – *"Bir kimse sağlığında vücudunun tamamını veya organ ve dokularını, tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlar için bıraktığını resmi veya yazılı bir vasiyetle belirtmemiş veya bu konudaki isteğini iki tanık huzurunda açıklamamış ise sırasıyla ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin; bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının muvafakatiyle ölüden organ veya doku alınabilir."*

başkasının bilgilendirilmesini isterse bu istek yazılı şekilde yapılır ve istenilen kişi bilgilendirilir. Hasta aynı şikâyetten dolayı başka hekimden de görüş isteyebilir. Acil olaylar dışında bilgilendirme hastaya makul sure tanınarak yapılır. Uygun ortamda mahremiyet korunarak bilgilendirme yapılır (HHY. M. 18).

Hastaya konulan hastalık teşhisi doğrultusunda alınması gereken önlemleri net bir ifadeyle söylemek gerekiyor. Asıl olan budur ama hastalık sonucu beklenen durum ve tedavisi süresindeki gidişat anlatılmayabilir (TDN. M. 14/2).

Hekim kendisine başvuran hasta için teşhis ve tedavi süresince yapılması planlanan bütün işlemler hakkında bilgi vermelidir. Hastalığı hakkında bilgiyi, hastalığının adını, kendisi için uygun gördüğü tedavi planını ve bu planı nasıl uygulayacağını, bu planı uygulama zamanını ve başarılı olma olasılığını, planda oluşabilecek riskli durumları, kullanılacak ilaçlarla ilgili bilgiyi, ilaçların olası yan durumlarını, eğer hasta bu tedavi planını istemeyecekse oluşacak durumları, varsa alternatif tedavi planlarını, ek olarak sunacağı tedavi planlarındaki risk analizlerini hakkında bilgi vermek zorundadır. Hastaya tedavisi için planlama yapılırken hastayı bütüncül ve çevresel olarak ele alınması uygun olacaktır. Bütün bunların hastanın anlayacağı şekilde verilmesi gerekiyor (HME. M. 26).

Bilgilendirilmiş rızanın temel unsurlarına bakacak olursak eğer bunlar; hastanın özgür kararını alma gücü, gönüllü olma esası, yapılacak tıbbi müdahale girişiminin net, berrak, bilgilerden oluşması, hastaya işlemle ilgili hastaya sağlayacağı olumlu-olumsuz durumları, komplikasyonların ayrıntılı şekilde anlatılması, operasyonu yürütecek hekim/doktorun ve anestezi uzmanı tarafından ayrıntılı bilgilendirilme yapıldıktan sonra hastanın kendi kararını alması, hastanın özgür halinin korunması olarak sayabiliriz[200].

4.2.4. Aydınlatma işleminin yükümlülük şekli ve sınırları

Hukukumuzda Bilgilendirilmiş rızanın çerçevesini çizen ve T.C. Anayasasının 90.'cı maddesiyle beraber iç norm halini alan BiS.'den kaynağını almaktadır[201].

[200] Çetin, G. Yorulmaz, C. (2006). Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu. Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi. İstanbul: Onaltı Kitabevi ss. 16.

[201] Aykın, Çınarlı, 2016, a.g.k., ss. 307.

Onayın net ve şekil şartına uyulması gereklidir ki bu şekil şartının da delillendirilmesi gerekmektedir (BiS. M. 16/v).

Büyük operasyonlar için bu belgelendirme, delillendirme de yazılı şekil şartına bağlanmıştır (TabK. M. 70).

Deneylerin içerikleri ve sonuçları kısmında gerektiği kadar yapılan bilgilendirilme işleminin yazılı olması gerekir (TCK. M. 90/2-g).

Sterilize etme ve küretaj işlemlerinin usulen şekli ve nasıl yapılacağı yazılı olarak bilgilendirilmiş rızasının alınması gerektiği kaleme alınmıştır (Nüfus Planlanması Hakkında Kanun M. 5).

On sekiz yaşını artık dolduran şahıslar ve iyiyle kötü, doğruyla yanlışı ayırt etme gücüne sahip şahıslardan organ ve doku ile ilgili bağışçı olmak isterlerse orada hazır bulunan olaya tanıklık edecek iki kişinin yanında işlem yapılır. Bu işlemin yapılması esnasında bahsi geçen bağışçıların baskı altında olmadan, özgür iradeleriyle, bilinçleri açık olmak kaydıyla yazılı hale getirilen evraka imza atmak suretiyle usul işlemlerin yapıldığı kaleme alınmıştır. Eğer bu durum sözlü olarak yapılacaksa yine de yukarıda saydığım bütün koşuların olması ve hekimin bu sözlü yapılan onayı tutanak haline getirmek suretiyle işlem yapılacaktır (Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun'un M. 6).

18.12.1983 tarihinde kabul edilen Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'ün 15'inci Maddesi,[202]Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 22'nci Maddesi,[203] Bilgilendirilmiş

---

[202] Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük, İzin belgesinin alınma yöntemi**:**

"Madde 15 – İzin belgeleri, 13'üncü maddede sözü edilenlere, rahim tahliyesi ve sterilizasyon için başvurduklarında imzalatılır. Eşin, ya da vasinin gelmemesi halinde, bunların sterilizasyon ya da rahim tahliyesine izin verdiklerine ilişkin yazılı ve imzalı belge yeterli sayılır. Belgeyi getiren, imzanın sahibine ait olduğunun hukuki sorumluluğunu kabul ettiğine ilişkin bir belgeyi de imzalamak zorundadır".

[203] "*Madde 22 – Ananın hayatını kurtarmak için yegane çare teşkil ettiği takdirde, avortman yapılması caizdir. Ciddi bir tehlikede bulunan ananın hayatı, cerrahi müdahaleyi veya gebeliğe son verebilecek bir tedaviyi zaruri kılıyorsa, hastalığın taallük ettiği tıp şubesinde mütehassıs iki tabibin ve bu iki mütehassıs temin edilemediği takdirdeiki tabibin objektif ve kati delillere dayanan raporları alınmadıkça bu müdahale veya tedavi yapılamaz. Bu raporların aslı müdahaleyi veya tedaviyi yapan tabip tarafından mühafaza olunur ve kendisi tarafından tasdikli ve hastanın ismini ihtiva etmeyen bir örneği,mensup olduğu tabip odasına taahhütlü olarak gönderilir. Raporun tasdik şerhinde, avortmanın yapıldığı tarih ve mahal gösterilir. Ağır ve acil vakalarda, yukarıki fıkra mucibince tabip raporu alınması mümkün olmadığı takdirde, tabip re'sen hareket eder ve keyfiyeti derhal taahhütlü bir mektupla mensup olduğu tabip odasına bildirir. Avortmanlarda, hastanın ve varsa veli veya vasisinin yazılı olarak muvafakatının alınması şarttır. Bu Nizamnamenin yirmi birinci maddesinde yazılı sağlık tesislerinde yapılacak avortmanlarda, bu tesislerde cari olan usul ve esaslar mahfuzdur."*

Rıza Yönetmeliği Taslağı'nın 4-1/b Maddesi,[204] Türk Tabipler Birliğinin Hekimlik Meslek Etik Kurallarının 41'inci Maddesi[205] gibi mevzuatların hepsinde ortak bir kavramdan, bir şekil şartından bahsedilir ki bu da "yazılı olma" şekil şartıdır.

Bunların dışında kalanlar yazılı olma şartı yoktur lakin ispat kavramından dolayı hekimin aydınlatmayı yazılı alması gerekmektedir. Sözlü aydınlatılmanın yazıya dönüştürülmesi gerekiyor. Ayaktan tedavilerde aydınlatmanın yazılı olması gerekmez ama hasta için ayrılan kısımlarda hastayla ilgili birkaç cümle yazılabilir[206].

4.2.5. Aydınlatma işleminin zamanı

Yapılacak tıbbi müdahale girişimi için hekim zaman baskısıyla aydınlatma işlemi yapmamalıdır. Hasta da zaman baskısı altında karar vermemelidir. Hastaya makul bir zaman tanınmalıdır ki hasta kararını düzgün bir şekilde verebilmelidir. Yapılması istenen durum operasyon ise yapılacak işlem en geç bir gün önceden aydınlatma yapılmış olmalı ama unutulmamalıdır ki önemli operasyonlarda operasyon günü ve bir gecesi öncesi aydınlatma yapılmış sayılmaz. Bu durum tazminat sebebi olacaktır[207].

Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statü'sünde bu süre en az yirmi dört saat[208], Beyti'de bu süreye makul zamanda[209] diyerek aydınlatmanın ne zaman yapılması gerektiğine vurgu yapılmıştır.

---

[204] "*Bilgilendirme: Bireyin; sağlık durumu, kendisine uygulanacak vücut bütünlüğüne müdahale gerektiren tanı ve tedavi yöntemleriyle, bunların faydaları ve muhtemel riskleri, diğer tıbbi müdahale yöntemleri, tedavinin kabul edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçları ve hastalığın seyri, neticeleri ve öngörülemeyen acil durumlarda önerilen tedavinin dışına çıkma konularında ayrıntılı ve yazılı olarak bilgilendirilmesini"*

[205] *"Deneğin Bilgilenmesi ve Aydınlatılmış Onamı*

Madde 41-İnsan üzerinde yapılan araştırmalarda her deneğe araştırmanın amacı, yöntemleri, beklenen yarar ve olası yan etkileri hakkında, deneğin anlayabileceği dilde ve biçimde yeterli bilgi verilmesi zorunludur. Deneğe, çalışma başladıktan sonra isterse araştırmaya katılmaktan vazgeçebileceği ve onamını geri alabileceği, ancak bu nedenle daha sonraki tedavisinin ve takibinin aksamayacağı anlatılır. Bilgilendirme sonrasında deneğin konuyu yeterince anlayıp anlamadığı değerlendirilir.

Araştırma hakkında yeterli bilgilendirme sağlandıktan sonra, deneğin yazılı onamı alınır. Bu onam, deneğin özgür iradesine dayanmalıdır."

[206] Hakeri, 2020, a.g.k., ss. 165.

[207] Hakeri, 2020, a.g.k., ss. 162.

[208] "*Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü(Ana Sözleşmesi) Temel Doküman, Roma 2002, Rıza(onay) Hakkı, "Madde-4*: *Sağlık hizmeti verenler ve profesyoneller (meslek sahipleri)*

Ülkemizde sıklıkla karşılaştığımız durum ise hastanın operasyona alındığı anda hızlıca hastaya aydınlatılmış onam formunun imzalatılmasıdır. Sıklıkla karşılaştığımız bu durum zaman bakımından ihlali beraberinde getirecektir[210].

4.2.6. Aydınlatma işleminin türleri

Bu bağlamı aydınlatma işleminin türleri iki başlık altında inceleyebiliriz. Hastanın kendi özgür iradesiyle karar (kendi geleceğini belirleme hakkı) vermesi ki bu da hukuka uygunluk şartları bazında kabul edilir buna karar (otonomi) aydınlatması denirken ikinci başlıkta hastanın teşhis ve tedavisine yönelik uyarıların olduğu yükümlülük diğer adıyla tedavi (güvenlik) aydınlatılmasıdır[211].

4.2.6.1. Karar (otonomi) aydınlatması

Hasta kendi sorumluluğunu bilerek, özgür iradesiyle yapılması istenen tıbbi müdahale girişimine uygunluk vermesidir. Bu verilen uygunluğa hastanın hastalığı hakkında bilgi, riskler, teşhis, süreç, sonraki evreler, önleyici durumlar ve yapılacaklar otonomi kavramı içerisinde incelenmektedir[212].

Günümüzde Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi Madde 14/2[213] aydınlatma konusunda ciddi sıkıntılar çıkmaktadır. Hasta yakınları tarafından kanser gibi hastalıklarda hekimlere bazı istemlerle gelmektedir. Hastanın hastalığıyla ilgili gerçeklerin hastaya söylenmesini uygun bulmuyorlar. Sebep olarak da hastanın psikolojisinin bozulacağını öne sürerler. Bir diğer hastalar ise hekime soru

---

gerçekleşecek herhangi bir ameliyat veya tedaviye ilişkin tüm bilgileri - riskleri, sıkıntıları, yan-etkileri ve alternatif durumları ile ilgili bilgiler dâhil olmak üzere - hastalara vermek zorundadır. Bu bilgi önceden (en azından 24 saat önce) verilmeli ki hasta durumu konusunda kendi seçimini yapabilsin." https://sbu.saglik.gov.tr/hastahaklari/avrupastatusu.htm, (i.e: 28.11.2021).

[209] Bilgilendirilmiş Rıza Yönetmeliği Taslağı, Rızanın Zamanı, *"Madde-8(a): Bireyin bilgilendirilmiş rızası tıbbi müdahaleden bir süre önce alınmalıdır. Zira hastanın sağlam bir rıza açıklaması yapması için sakin olarak düşünüp, yakınları ile görüşüp, karar verebilmesine elverişli bir zaman sürecine ihtiyacı vardır."* https://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=18142, (i.e: 28.11.2021).

[210] Aykın, Çınarlı, 2016, a.g.k., ss. 317.

[211] Hakeri, 2020, a.g.k., ss. 140-151.

[212] Hakeri, 2020, a.g.k., ss. 140-151.

[213] Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi, Madde 14/2- "*Tabip ve diş tabibi, hastasına ümit vererek teselli eder. Hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır. Ancak, hastalığın, vahim görülen akıbet ve seyrinin saklanması uygundur.*", https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/2.3.412578.pdf, (i.e: 28.11.2021).

sormamakta, hastalığıyla ilgili aydınlatma yapmaya çalışan hekimi dinlemek istememekte ya da aydınlatma işlemini yakınlarına devretmektedirler. Hastanın yakınları çoğu zaman da hastalığı ve hastalık seyrini bilmelerine rağmen kişilerin üzülmemesi adına hastalığın seyri hastadan saklanmakta, hasta yakınlarının bu durumu reddetme mekanizmasını işleve koymaktadırlar. Bu saydığımız durumların hepsinde hekim aydınlatma yükümlüsü olduğu için beraberinde problemler getirmektedir[214].

Hastanın yararı söz konusuysa, daha netleşmemiş durumlar varsa, şüpheli ve kesinlik kazanmamış testler mevcutsa hekim kısa bir süreliğine bilgi vermekten kaçınabilir lakin hasta soru sormuşsa ve bu durumu öğrenmek için gayret sarf etmişse hekim derhal hastasına doğru bilgiyi vermek zorundadır[215].

Bu tür bir aydınlatma Hasta Hakları Yönetmeliğinin 15. maddesi b, c, d maddeleri örnek olarak gösterilebilir (HHY. M.15/b, c, d)[216].

4.2.6.2. Tedavi (güvenlik) aydınlatması

Öğretide tedavi aydınlatması "uyarı sorumluluğu" olarak geçer. Buradaki amaç hastanın iznini almak değildir. Bu aydınlatma işleminin yapılmaması da özel hukukta "kusur" kavramını oluşturup tazminat sebebidir. Ceza hukuku bağlamında düşünüldüğünde rızanın geçersiz olmasına neden olmaz, ceza hukuku açısından önem arz etmeyecektir[217].

---

[214] Aykın, Çınarlı, 2016, a.g.k., ss. 320.

[215] Dağlı, S.S. (2020). Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü(Aydınlatılmış Onam). https://daglilegal.com/hekimin-hastayi-aydinlatma-yukumlulugu-aydinlatilmis-onam/#_Toc36822575, (i.e: 28.11.2021).

[216] Hasta Hakları Yönetmeliği, Bilgilendirme Kapsamı,

"Madde-15: a) Hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği,

b) Tıbbi müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi,

c) Diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri,

ç) Muhtemel komplikasyonları,

d) Reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri,

e) Kullanılacak ilaçların önemli özellikleri,

f) Sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri,

g) Gerektiğinde aynı konuda tıbbî yardıma nasıl ulaşabileceği, hususlarında bilgi verilir."
https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=4847&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5, (i.e: 18.10.2021).

[217] Hakeri, 2020, a.g.k., ss. 146.

Hastanın hastalığının olası nedenleri ve hastalığının nasıl bir yol izlediğiyle ilgili bir aydınlatma tedavi aydınlatması olarak ele alınır (HHY. M.15/a).

Hekim burada hastasına tıbbi müdahale girişiminin lüzumunu anlatır, sağlığına gelebilecek muhataranın önlenmesi açısından yapılması gerekenleri, koruyucu hayat şartlarını, diyetini belirleme, hastalık seyrini, ilaçların kullanımı ve dozlarını, ilaçların yan etkilerini vs. konularında aydınlatma yapacaktır.[218]

Hekim tarafından açıklanan tüm bu veriler ışığında hasta tedavinin nasıl olacağıyla ilgili bilgi sahibi olur[219].

4.2.7. Hukuka uyarlılık bulunmayan aydınlatma işleminin neticeleri

Aydınlatma mükellefiyeti hastanın rızasıyla yapılır, bu durumun ihlali de hastanın rızasının bertaraf edilmesi anlamına gelir ki bu bertaraf hukuk zemininde muhakkak bir karşılığı olacaktır. Ceza hukuku bağlamında adam yaralama cürmüne gidilirken özel hukuk bağlamında da tazminat sorumluluğuna gidilecektir. Eğer ki adam yaralama cürmü gündeme gelmiş ve hastada herhangi bir ziyan oluşmamışsa tazminata gidilmeyecektir ama hastalığıyla ilgili de bilgi alamadığı için kişilik hakkı ihlali sorunsalı oluşacaktır[220].

Hastanın onamını almaksızın yapılacak bir tıbbi müdahale girişimi hekim için para cezası gerektiren bir disiplin eylemidir aynı zamanda[221].

4.2.8. Hatalı yapılan aydınlatma işlemi ve işlemin ispat sorunu

Hekim hastası için yanlış bir teşhis koyuyorsa ve bu teşhis üzerinden bilgilendirilme yapıyorsa burada artık aydınlatma yapılmamış sayılır. Rızanın olmadığı kabul edilir[222].

Hekim aydınlatılmış bilgi hususunda ispatla zorunludur. İspat yükümlülüğü kendisinde olacaktır. Çünkü tıbbi müdahaleyi hekim yapar ve bilgilendirme işlemi

---

[218] Hakeri, 2020, a.g.k., ss. 147.

[219] Çavdar, P. Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, Cevdet Yavuz'a Armağan. ss. 745. https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/333895 (i.e: 27.09.2021).

[220] Hakeri, 2020, a.g.k., ss. 177.

[221] Türk Tabipler Birliği Disiplin Yönetmeliği, https://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&view=article&id=125:tk-tablerbldl-yetmel&catid=2:ymelik&Itemid=33, (i.e: 30.11.2021).

[222] Hakeri, 2020, a.g.k., ss. 177.

de yine hekim tarafından yapıldığından bu tıbbi evrakın kendisinde olduğu varsayılır[223].

Ceza hukuku anlamında ispat her türlü şekilde yapılır. Ceza hukukunda ispat külfeti olmadığından tanıkla dahi ispat yapılabilir[224].

4.2.9. Aydınlatma işlemi sorumluluğunun kalktığı durumlar

Hasta Hakları Yönetmeliği Bilgi Verilmesi Caiz Olmayan ve Tedbir Alınması Gereken Haller; Hastanın maneviyatı üstünde fena tesirde bulunup hastalığın artmasına sebebiyet verme ihtimali olan ve hastalığın seyir ve sonucunun pek fena olacağı hallerde teşhis saklanması caizdir**.** Hastaya veya yakınlarına bilgi verilmesi veya verilmemesi tabibin takdirine bağlıdır. Tedavisi olmayan bir hastalık, teşhis hekim tarafından ve ihtiyat içinde bildirilmelidir. Hastanın aksi talebi yoksa veya açıklanacağı şahıs önceden belirlenemiyorsa bu teşhis ailesine bildirilir (HHY. M.19).

Aynı yönetmelik; rızaya bağlı olmayan durumları da saymaktadır. Eğer hastanın hayatında ciddi bir risk varsa, bilinci yerinde değilse, acil bir durum gelişmişse, hastanın yaşamsal organlarının kaybına sebep olacak bir durum varlığı mevcutsa, yaşamsal organlarında görev kaybı mevcutsa bu durumda hastaya tıbbi girişim için rıza durumu sorgulanmayacaktır. Yapılan işlemler resmi olarak kaydedilecektir. Bu durumda hastaya değil yakını, kanuni temsilcisi yapılan işlemlerle ilgili bilgilendirilme yapılacaktır. Hastanın bilinci açıldıktan sonra uygun düşecek bir zamanda rıza işlemleri alınabilir (M. 24/7).

Rıza Olmaksızın Tıbbi Ameliyeye Tabi Tutulmama Hasta Hakları Yönetmeliği; Kanunda ayrık durumları saklı tutacaksak eğer rızanın alınmadığı hiçbir cerrahi girişim yapılamaz. Fakat suça bulaşmış ya da bu suça ortak olmuş kişiden hâkim kararıyla cerrahi girişim yapılabilir. Gerekçesinde suç delilinin kişide ya da mağdurun bedeninde olduğu izlenimi verilen durumlarda bu delili almak için hâkim cerrahi girişime izin verecektir. Eğer gecikmesinde sakınca varsa cumhuriyet savcısının istemi üzerine yapılabilir (HHY M. 22).

[223] Hakeri, 2020, a.g.k., ss. 177.
[224] Hakeri, 2020, a.g.k., ss. 177.

Akıl hastalığı olan kişilerin korunması: Gözetim, denetim, başka makama başvurma süreçleri de dâhil olmak üzere, ciddi akıl hastalığı olan tedavisi yapılmadığında sağlığına risk gelme ihtimali yüksek olan durumlarda, rızası olmadan akıl sağlığını tedavi edici müdahaleye tabi tutula bilinir (BiS. M. 7).

Acil durum: Acil bir durum nedeniyle uygun muvafakatin alınamaması halinde, ilgili bireyin sağlığı için tıbbî bakımdan gerekli olan herhangi bir müdahale derhal yapılabilir (BiS. M. 8).

Önceden açıklanmış istek: Tıbbi işlem sırasında isteğini açıklayacak durumda olmayan bir hastanın, önceden açıklamış olduğu istekler göz önünde bulundurulur (BiS. M. 9).

Sağlık hizmet görevlileri bilinci kapalıysa ve hastanın intihar eğilimi varsa her zaman hastanın yaşamını kurtarma odaklı çalışırlar (BB. M. 4).

4.2.10. Rıza ehliyeti

Ayırt etme gücünde olmayan çocuk ve kısıtlılığı bulunan kişiler yasal olarak bu kişilere atanmış temsilcilerinden muvafakat alınmayana kadar borç işlemlerine giremezler. Medeni kanunda sayılan kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar ve karşılıksız kazanmada bu muvafakat aranmayacaktır (MK. M. 16).

Benzer işlem Tababet Kanunu'muz 70'inci maddede rıza alınmasında işlemin önemine değinmiştir.

Tıbbi girişimsel işlemler için hasta rızası şarttır. Küçük ve kısıtlanmış olanlar için yine veli veya vasiden rıza alınması gerektiği belirtilmiştir (HHY M.24).

Aynı yönetmelik kanunen yetkilendirilmiş temsilcileri rıza göstermiş dahi olsa küçük veya kısıtlı anlatılanları anlayabilecek düzeydeyse eğer her koşulda onların dinlenilmesini ve yapılması planlanan tıbbi girişimsel işlemler için de kendilerinin bilgilendirilmesini, tedavi aşamasında tedaviye eşlik etmesini ve kararlara katılımın sağlanması istenir (M. 24/2).

BiS. Madde 6/1'de rızaya ehil olmayan bir kimse için hastanın faydasına bir işlemse doğrudan işlemin yapılabileceği, yine aynı sözleşmenin Madde 6/2'de işleme onay verecek durumda olmayan küçük yaşta ki kişilerin velisi veya

kanunda sayılan kişi ya da kurumlardan onay olmak suretiyle işlem yapılabileceği vurgulanmaktadır.

Rıza ehliyeti konusunda Türk Medeni Kanunu Madde 339/3 veliler çocuklarına kendi hayatları hakkındaki kararlara katılma fırsatı sunmaları gerektiği, çocuğun kararlarının mutlak surete göz önünde bulundurulması gerektiği vurgulanmaktadır. Yine aynı kanun Madde 342/2'de iyiniyetli hareket eden bir kimse çiftlerden birinin diğerinin izniyle hareket ettiğini kabul etmektedir.

4.2.11. Rıza kapsamı ve rızanın sınırları

Rıza kavramı ve rızanın sınırları sağlık hizmeti yürüten idare tarafından rıza formu hazırlanır. Formda yer alan bilgiler sözlü olarak kişiye veya kanuni temsilcilerine anlatılır ve imzalatılır. Form iki nüsha olacak şekilde alınır. Bir nüsha dosyada diğer nüsha hastaya verilir. Acil durumda müdahale hasta tarafından kabul edilmeyecekse hastanın beyanı imzalı alınır, imzadan imtina ediyorsa bu durum tutanak altına alınır. Rıza formu bilgilendirmeyi yapan ve müdahaleyi gerçekleştiren sağlık personeli tarafından imzalanır. Verilen bilgilerin doğruluğundan sağlık personeli sorumludur. Form arşiv mevzuatına uygun koşularda saklanır (HHY M. 26).

Esasen ilk başlarda yapılması planlanan tıbbi girişimsel işlemler için basit bir rıza alınması yeterli sayılırdı. Tabi bu durum günümüzde hekimin yapacağı tıbbi müdahalelerde eyleminin hukuka uygun hale gelmesi için sadece rıza değil bilgilendirilmiş rızaya ihtiyaç duyulmaya başlandı. Gerek ülkemizde gerek dünyada geniş açıdan ele alınmaya başlanan rıza artık hasta hakkı olarak nitel bir ifade olmaya başladı. Bu hak olmayıp hekim için zorunluluk, hasta açısından da kendi geleceğini düzenleme, geleceğiyle ilgili karar almaya ek olarak bir güvence temini olmaktadır[225].

Rıza, mevzuata geçen istisnaları dışındakiler herhangi bir şekil şarta bağlı değildir. Ahlak ve hukuka aykırı olan bütün rızalar hükümsüzdür. Bu şekilde alınan rızaya dayanarak müdahalede bulunulamaz *(*HHY. M. 28).

[225] Tacir, 2010, a.g.k., ss. 316.

Sağlık hizmeti yürüten idare rıza formu matbu şekilde düzenlenir. Bu matbu rıza formlarını yargımız kabul etmemektedir. Çünkü matbu bir form ile hastaların tıbbi girişimsel işlemler için bilgilendirilmiş olmadıklarını kabul ediyor. Yapılacak eylemlerle ilgili hastanın kişisel özellikleri de göz önünde bulundurularak, hastaya da kendi el yazısıyla kendisine verilen bilgileri birkaç cümleyle yazılması istenmesi (örneğin yapılacak işlem hakkında bilgi, komplikasyonlar, tıbbi işlem yapılmadığında gelişebilecek durumlar, hastaya zaman ayrıldığı, hastaya soru sorması için sure verildiği) vb. yazıların yazdırılıp imzalanması aydınlatılmış onam için yeterli olacaktır[226].

4.2.12. Rıza alınmasının usulü ve şekli

Rıza Alınmasının Usulü ve Şekli Hasta Hakları Yönetmeliği, Beşinci Bölüm Tıbbi Müdahalede Hastanın Rızası başlığı altında Madde 24'te şu şekilde geçmektedir. Tıbbi müdahalelerde hastanın onayı gereklidir. Hasta küçük yahut mahcur ise vasi/veliden izin alınır. Veli/vasi yoksa ve yahut hazır bulunamıyorsa veya hastanın ifade gücü yoksa bu şart aranmaz. Kanuni temsilcinin rızası yeterli olsa dahi, anlatılanları anlayacak durumda, küçük/kısıtlı olan hastanın dinlenmesiyle mümkün olduğu kadar bilgilendirmeye ve tedavisi ile ilgili alınacak kararlara katılımı sağlanır. Sağlık kurum ve kuruluşlarında engelliler için bu duruma uygun bilgilendirme ve rızaya yönelik gerekli tedbirler alınır.

Kanunlarda sayılanların dışında rıza alınması belirli bir şekli yoktur. Şekil şartı öngörülmemiştir (HHY M. 28).

Tıbbi araştırmalarda gönüllü olan kişilerin tıbbi araştırma konusunda yeterli seviyede bilgi verilir. İlgililerin madden ve manen baskı olmaksızın rızalarının alınmış olması çok önemlidir. Rıza yazılı şekil şartı taşımaktadır (HHY M. 34).

Kanuni temsilci rıza vermediği durumda, müdahalede bulunmak zorunlu ise, velayet/vesayet altındaki hastaya tıbbi müdahalede bulunmak için; TMK 346. ve 48. maddeleri uyarınca mahkeme kararına bağlıdır.

Hastanın hayati tehlikesi olduğu durumlarda veya bilinci kapalıysa; organ kaybı ve yahut işlevinde sıkıntıya yol açacak durum varlığıyla karşı karşıya kalınmışsa bu durumda tıbbi müdahale rızaya bağlı olmaz. Gerekli tıbbi müdahale

[226] Şeker, 2020, a.g.k., ss. 70.

yapılır ve kayıt altına alınır. Eğer mümkünse hastanın yakını varsaya da kanuni temsilcisi mümkün değilse müdahale sonrasında hastanın yakını veya kanuni temsilcisine bilgi verilir. Hastanın bilinci açıldıktan sonra yapılan müdahaleler için hastanın yeterliliği ve ifade gücüne de bağlı olarak rıza işlemine başvurulacak (HHY. M. 24).

Yine aynı yönetmelik Araştırmaya Muvafakat Etme Yeteneği Olmayan Kişilerin Korunması başlığında; Rıza açıklama yeteneği olmayan kimseler üzerinde yapılacak işlemlerde belirli şekil şartları vardır. Bu şartların gerçekleşmesiyle araştırma yapılabilir. Örneğin araştırma sonucu kişi sağlığı üzerinde doğrudan yarar sağlama beklentisi varsa, rıza yeteneğine sahip bir bireyin üzerinde karşılaştırılma nitelikte etkinlik doğuracak bir araştırmanın yapılamaması, gerekli izinlerin yazılı olarak alınmış olması, ilgilinin herhangi bir itirazının olmamasına bağlıdır (BiS. M. 17).

Kişinin sağlığı üzerinde doğrudan bir etkiye sahip beklentinin olmadığı durumda, istisna olarak ve kanun öngördüğü şartlarda ve yukarıda saydığımız şartlar mevcut olmak koşuluyla izin verilebilir. Ek şartlar nelerdir? Hastanın sağlık durumu, hastalığı/rahatsızlığı hakkındaki bilimsel bilginin önemli derecede geliştirilmesine katkıda bulunma, ilgili kişiye veya aynı yaş grubunda olan veya aynı hastalık ya da rahatsızlığa yakalanmış bulunan veya aynı durumda olan diğer kimselere yarar sağlamaya elverişli nihai sonuçlara ulaşılması amacını taşıması, ilgili kişi bakımından minimum tehlike ve minimum bir külfet getirmez (BiS. M. 17).

Tıbbi araştırma konusunda bilgilendirilen gönüllünün rızasının maddi ve manevi hiçbir baskı altında olmadan, özgür iradesiyle buna karar vermiş olmasına dikkat edilmesi gerekir. Araştırma işlemlerinde rıza yazılı şekil şartına bağlıdır (HHY. M. 34).

Hasta Hakları Yönetmeliği Küçüklerin ve Mümeyyiz Olmayanların Durumu için de; Reşit olmayanlar veya ayırt etme gücüne sahip olmayanlar salt bilimsel-tıbbi araştırmalar için tıbbi müdahale uygulanamaz (faydaları yoksa eğer). Bunların faydaları varsa tıbbi araştırmalar için bu sefer de bunların veli, vasisinden rıza alınması zorunludur. Eğer kanunen yasal temsilcisi izin vermediği haller için Madde 24/2 fıkra hükümleri tatbik ettirilecektir.

Gebeliğin sonlandırılması ve Sterilizasyon işlemlerinde hastanın rızasıyla beraber evlilik durumu var ise diğer eşinde rızası aranmaktadır (HHY M. 30).

18 yaşından küçük olan kişilerle beraber sezgin olmayanlardan organ da doku da alınması yasaktır. Bunun dışında kalanlar Organ ve Doku alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun Madde 6 gereği yazılı olması zorunludur (HHY. M. 29).

4.2.13. Rızanın aranmadığı durumlar

Hastada acil bir durum gelişmişse artık bilgilendirilmiş rızaya başvurmayız. Başvurulmadığı için de hekim bu durumdan sorumlu tutulmamasının nedeni varsaydığımız rızaya değil ıstırar hali varlığındandır. Bu durumda hekim hastası için karar alıyor kendi kararını devreye sokmuş oluyor[227].

Örneğin T.C. Anayasası; I. Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı Madde 17'de kişilerin vücut birliğinin korunması gerektiğine değinmiştir (T.C. Anayasası M. 17).

Hasta Hakları Yönetmeliği Rızanın Kapsamı ve Aranmayacağı Haller Madde 31; Tıbbi müdahale işleminde bilgilendirilme esastır. Hastanın verdiği rıza müdahale ve devamındaki işlemler için de geçerlidir. Hastaya ve kanuni temsilcisine müdahalenin konusu ve sonuçları hakkında da bilgi verilir.

Yapılması planlanan veya yapılan tıbbi müdahale rıza kapsamı içinde kalmalıdır. Rıza kapsamı dışında tıbbi müdahale işlemini genişletme olayıyla karşı karşıya kalınmışsa ve bu genişletme yapılamadığında organ kaybı ve fonksiyonda kayıp yaşanacaksa buna sebebiyet verilecekse zaruret halinde bu rıza aranmaz. Tıbbi müdahale genişletilebilir (HHY. M. 31).

Acil gelişen durumlarda, bulaş riski yüksek olan bulaşıcı hastalıklar, toplumun büyük bir kesimine zarar geleceği durumlarda rıza aranmasına gerek yoktur[228].

[227] Tacir, 2010, a.g.k., ss. 317.
[228] Polat, 2015, a.g.k., ss. 104.

4.2.14. Varsayılan(kabul edilen) rıza

Tıbbi müdahale girişimsel işlemleri için hastanın o esnada iradesini ortaya koyabilecek bir durumda değilse evveliyatında tıbbi müdahale işlemi için dile getirdiği istemleri dikkate alınacaktır (BiS. M. 9).

Tıbbi müdahale girişimsel işlemleri için hastanın iradesini ortaya koyacak durumda değilse ve hiç vakit kaybedilmeden yapılması gereken fiil ortaya çıkmışsa tıbbi müdahale işlemi yapılır. Burada dikkat edilecek nokta hastanın evveliyatında bu duruma onay vermediğini belirtir bir açıklaması olmamalıdır. İşlemlerin derhal yapılması sebebi artık varsayılan rızayla açıklanır (Amsterdam Bildirgesi M. 3/3).

Aynı bildirgenin devamında yapılması istenen tıbbi müdahale girişimsel işlemleri için onayının alması imkânsızsa, kanunen görevlendirilmiş temsilcisi yoksa veya diğer durumlar için hastanın bu tarz durumlar için nasıl davranacağı (bilinci açık olsaydı nasıl hareket ederdi) düşünülerek harekete geçilir (Amsterdam Bildirgesi M. 3/7).

Hastada uzun süreli bilinçsizlik durumu mevcut ise acilen kendisi adına vesayet makamına başvurulup şartlar uygunsa kısıtlanmalı ve bu durumda ortaya çıkacak tıbbi müdahale girişimsel işlemleri için vasiden onay alma işlemleri yapılmalıdır (TMK. M. 405).

Peki, kısa bir süreliğine bir bilinçsizlik durumunda neler yapabiliriz? Hiç vakit kaybedilmeden yapılması gereken durumlar ortaya çıktığında (acil durum) hukukumuzda bunu simgeleyecek bir temsilcilik mevcut değil. Bundan dolayıdır ki ailesi, yakını olarak bilinen çevresi hasta adına karar verecek bir yasal düzenleme olmamasından dolayıdır ki hekim o esnada "varsayılan rıza" kavramıyla harekete geçecektir[229].

---

[229] Hakeri, 2020, a.g.k., ss. 223. Bkz. TBK Madde 526-531: "*Vekâletsiz İş Görme. A. İşgörenin hak ve borçları I. İşin görülmesi*

MADDE 526- Vekâleti olmaksızın başkasının hesabına iş gören, o işi sahibinin menfaatine ve varsayılan iradesine uygun olarak görmekle yükümlüdür. II. Sorumluluk

MADDE 527- Vekâletsiz iş gören, her türlü ihmalinden sorumludur. Ancak, iş gören bu işi, iş sahibinin karşılaştığı zararı veya zarar tehlikesini gidermek üzere yapmışsa, sorumluluğu daha hafif olarak değerlendirilir. İş gören, iş sahibinin açıkça veya örtülü olarak yasaklamış olmasına karşın bu işi yapmışsa ve iş sahibinin yasaklaması da hukuka veya ahlaka aykırı değilse, beklenmedik hâlden de sorumlu olur. Ancak, iş gören o işi yapmamış olsaydı bile, bu zararın beklenmedik hâl sonucunda gerçekleşeceğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur. III. İşgörenin ehliyetsizliği

*"Diyelim ki bir hastanede doktorsunuz ve kalbi durmuş bir hastaya acilen müdahale etmeniz gerekiyor. "Resüsitasyon" denen işlemi uygulamak için gömleğinin düğmelerini hızla açıyorsunuz. Göğsü açığa çıkıyor ve... O da nesi? Göğsünde boydan boya, kocaman bir dövme var: "**KESİNLİKLE HAYATA DÖNDÜRMEYİN"** Hemen altında da, yine dövmeyle atılmış, hastaya ait imza var. Ne yapardınız? Florida'daki bir hastanenin doktor ve hemşirelerinin karşılaştığı durum buydu. Ne yapacaklarına kısa bir süre karar veremeyen tıbbi ekip, bu uyarıyı görmezden gelerek hastayı geri döndürme prosedürünü uyguladılar. Ancak işleme başlamadan önce hastanenin etik takımını bilgilendirdiler.*

Etik kurulun kararı, doktorlarınkinin tam tersiydi. Etik kurulun kararı sonucu hastanın ölmesine izin verildi ve hastanede hayatını kaybetti. Bu vaka, bu tip durumlarda ne yapılması gerektiğiyle ilgili çok ilginç fikirleri tetikliyor.

Ne yazık ki hastanın üzerinde kimlik yoktu. Dolayısıyla en yakın akrabaya haber vermek de mümkün olmadı. Hastane ekibi, hastayla iletişim kurmak için tüm yöntemlere başvurdu; ancak cevap alamadı. Bu durumda, hastanın göğsündeki dövmenin "öylesine" mi yapıldığını, yoksa gerçekten bir "Hayata döndürmeyin!" uyarısı mı olduğunu belirlemenin hiçbir yolu yoktu. Çünkü birçok ülkede, özellikle de ABD'de, çeşitli şartlar çerçevesinde, hastaların hayata döndürülmeyi reddetme hakkı bulunuyor. Hastanenin hastayı hayata döndürme kararı, onlar açısından "güvenli" olan seçenek olarak görülebilir. Yazarlar şöyle diyor:

İlk başta, belirsizlik ile karşılaştığımızda geri döndürülemez olan kararı seçmeme prensibini tetikleyen dövmeyi dikkate almamaya karar verdik. Ancak bu karar, hastanın olası bir önceden hazırlanmış ölüm dileğini yerine getirmeme durumuyla karşı karşıya bıraktı. Bu nedenle, etik danışmanlık talep edildi.

...Ancak tartışmasız bir şekilde, mesajı doğrudan doğruya doktora iletiyor.

Bu durumda, etik kurul konu hakkında bir karara varmaya çalışırken hastane ekibi de hastayı hayatta tutabilmek için dövmeyi görmezden geldiler. Antibiyotikler, vazopresörler (kan basıncını arttırıcılar) ve damar-içi sıvılar verdiler. Holt, Gizmodo'ya şöyle diyor: Hastanın vaziyetini kontrol ettikten sonra, etik danışmanlarımız bize hastanın dövmesindeki talebi dikkate almamız gerektiğini ve hayata döndürmememizi tavsiye ettiler. Böyle bir durumda yapılabilecek

---

MADDE 528- İş gören, sözleşme ehliyetinden yoksunsa, yaptığı işlemden ancak zenginleştiği ölçüde veya iyiniyetli olmaksızın elinden çıkardığı zenginleşme miktarıyla sorumlu olur. Haksız fiillerden doğan daha kapsamlı sorumluluk saklıdır. B. İş sahibinin hak ve borçları I. İşin iş sahibinin menfaatine yapılması hâlinde

MADDE 529- İş sahibi, işin kendi menfaatine yapılması hâlinde, iş görenin, durumun gereğine göre zorunlu ve yararlı bulunan bütün masrafları faiziyle ödemek ve gördüğü iş dolayısıyla üstlendiği edimleri ifa etmek ve hâkimin takdir edeceği zararı gidermekle yükümlüdür. Bu hüküm, umulan sonuç gerçekleşmemiş olsa bile, işi yaparken gereken özeni göstermiş olan iş gören hakkında da uygulanır. İş gören, yapmış olduğu giderleri alamadığı takdirde, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre ayırıp alma hakkına sahiptir. II. İşin iş görenin menfaatine yapılması hâlinde

MADDE 530- İş sahibi, kendi menfaatine yapılmamış olsa bile, iş görmeden doğan faydaları edinme hakkına sahiptir; ancak zenginleştiği ölçüde, iş görenin masraflarını ödemek ve giriştiği borçlardan onu kurtarmakla yükümlüdür. III. İşin iş sahibi tarafından uygun bulunması hâlinde

MADDE 531- İş sahibi yapılan işi uygun bulmuşsa, vekâlet hükümleri uygulanır."

en mantıklı varsayımın, dövmenin gerçek bir talebi yansıttığını varsaymak olduğunu söylediler. Bizim dikkatimizin, aynı zamanda birinin cenaze dileklerinin ve geleneklerine dayalı taleplerinin görmezden gelinmesi olarak görülebileceğini, yasaların kimi zaman hasta odaklı kararları tercih etmediğini, hastaların dileklerinin yerine getirilmesinin daha önemli olabileceğini belirttiler[230].

Hastanın iradesini ortaya koyamadığı bir durumda olması, kanunen belirlenmiş temsilcisinin olmaması, derhal müdahale gerektirecek durumun varlığı, zorunlu durumlarda hekimin rıza gerektirmeyen hareketlerde bulunması bir mükellefiyettir (TDN. M. 3).

Farazi rıza ileri sürülmesi mümkündür. Mesela Yahova Şahitleri tanrıya ulaşma ve onu tanıma yollarına üye olan birisine farazi rızaya dayalı olarak kan nakil işlemi yapılmayacaktır. Farazi rızaya bakıldığında makul bir hasta olarak düşünülecektir. Orta düzeyde bir insanın göstereceği tavırlar temel alınır[231].

4.2.15. Rıza işlemini sakatlayan durumlar

Hastanın tıbbi müdahale girişimsel işlemleri için muvafakatinin sakatlanmaması lazım. Rızayı geçersiz kılacak olan tehdit, hata, cebir, hile varlığına rastlanılmamalıdır. Mesela hastanın burnundaki kırık sebebiyle operasyona alınıp aydınlatma ve rıza işlemi olmaksızın kırık kemik alınacağı yerde estetik operasyon yapmak (hata hali), hastada mevcut olmayan semptomlar ileri sürülerek deneysel çalışmalarda kullanmak (hile hali),[232] hastanın gebelik testi için alınan kan örneğinde AIDS testinin yapılması bu durumların hepsi verilen rızayı geçersiz kılacaktır[233].

Hastanın hastalık seyri ve ölüm korkusu,[234] şiddetli ve dayanılmaz ağrı rızayı sakatlayan durumlar arasına girmeyecek (kural olarak) olup bilakis hekimin ihtimam zorunluluğu açısından sorumluluğu doğacaktır[235].

---

[230] Kesinlikle hayata döndürmeyin dövmesi. https://evrimagaci.org/kalbi-duran-bir-hastanin-gogsunden-kesinlikle-hayata-dondurmeyin-dovmesi-cikarsa-ne-yapardiniz-3307. (i.e: 30.11.2021).

[231] Derya, Y. Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Şartı Olarak Hastanın Rızası. https://sbu.saglik.gov.tr/hastahaklari/riza2.htm, (i.e: 30.11.2021).

[232] Deryal, a.g.k., https://sbu.saglik.gov.tr/hastahaklari/riza2.htm, (i.e: 30.11.2021).

[233] Hakeri, 2020, a.g.k., ss. 229-231.

[234] Hakeri, 2020, a.g.k., ss. 229-231.

[235] Orhun, Y.M. (2016). Ağrı Çeken Hastanın Rıza Ehliyetine İlişkin Koblenz Yüksek Eyalet Mahkemesi Kararı'nın Çeviri ve Değerlendirmesi(5 U 463/14 Sayı ve 01.10.2014 Tarihli Karar), Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Dergisi, S-1, ss. 377.

Başta geçersiz rıza olup sonradan geçerli rıza olması mümkün müdür? Mesela tıbbi müdahaleyi hekimi zannedip tıp öğrencisine verdiği rıza sonradan bilgilendirilmiş rızayla tıbbi müdahaleye yetkili hekime verse, hile ile alınan rızayı sonradan bilgilendirilmiş rıza almakla onaylayan hastanın verdiği rıza hukuken geçerli olacak mı? Bu rızaların hukuken geçerli olması için tıbbi müdahaleden önce yapılmışsa geçerli olup müdahaleden sonra verilmişse geçerli olmayacaktır[236].

4.2.16. Rıza işleminin geçersizliği

Hasta tarafından yapılacak rıza beyanının ve tedaviye (müdahaleye) muvafakat iradesinin hile, hata ve tehdit gibi iradeyi sakatlayan nedenlerden birisi ile sakatlanmamış olması gerekmektedir. Örnek olarak burnundaki kırık kemiği aldırmak için hekim/doktora başvuran kimseye hekim/doktor ameliyat olmasını tavsiye etmiştir. Bunun üzerine ve başkaca açıklama olmaksızın yapılan ameliyat yerine burnundaki kırık kemiğin alınması yerine hastanın estetik yönünden ameliyat edilmesi gibi (hata hali). Veya hastada bulunmayan belirti ve rahatsızlıkları önemli bir hastalığın işareti gibi göstererek, hastayı ameliyat olmaya ikna edip onu deneysel amaçlarına alet eden hekim/doktorun elde ettiği rıza (hile durumu). Hatta cebir ve tehdit kullanılarak, baskı yapılarak alınan rıza dahi yukarıdaki örneklerde olduğu gibi hukuken geçerli değildir ve böyle sakatlanmış rıza alınmasına dayanarak müdahalelerde bulunan hekimin sorumluluğuna gidileceği açıktır[237].

4.2.17. Rıza işleminin geri alınması

Yapılması planlanan tıbbi müdahale için önceden verilmiş rızayı geri almak ilgilinin verebileceği bir karardır. Madem kişi kendi geleceği ile ilgili karar

[236] Hakeri, 2020, a.g.k., ss. 231.
[237] Deryal, a.g.k., https://sbu.saglik.gov.tr/hastahaklari/riza2.htm, (i.e: 30.11.2021).

verecekse verdiği kararı da istediği takdirde geri çekebilecektir. Anayasamızca koruma altına alınan geleceğini belirleme hakkı burada önem arz etmektedir[238]

Kanunun zorunlu kıldığı durumlar dışında ve doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere; hasta kendisine uygulanma istenen plan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetmeyi/durdurulmasını isteyebilir. O halde tedavi uygulanmadığı için doğacak sonuçların hastaya veya kanuni temsilcilerine veyahut yakınlarına anlatılması ve anlatıldığına dair yazılı belge alınması gerekecektir. Bu hakkın kullanılması hastanın sağlık kuruluşuna tekrar müracaatında hasta aleyhine kullanılmayacaktır (HHY. M. 25).

Yapılması planlana tıbbi müdahaleye kanuni temsilcisi onay vermemişse*;* hekim/doktor/diğer sağlık personelinin görüşü girişimin hastayı ilgilendirdiği yolunda ise karar mahkemeye/hakem heyeti vb. mercie bırakılmalıdır (Abil. M. 3/6).

Aynı bildirgede*;* Hasta tıbbi müdahaleyi ret veya kabul etme hakkına sahiptir. Reddedilen durum hastaya sonuçları hakkında hassas bir şekilde anlatılmalıdır (Abil. M. 3/2).

Kişi verdiği rızayı her zaman geri alabilir (BiS. M. 5/3).

4.2.18. Rıza işlemine onay verilmemesi halinde yapılması gerekenler

Yapılması planlanan tıbbi müdahale işlemi için hastadan onay alınamıyorsa ne yapılmalıdır?

Tıbbi müdahaleye onay vermeyen hastaya yapılması istenen işlem için mutlak surete ayrıntılı ve gerektiği kadar bilgi verilmelidir. Ayrıca işlemin maliyeti hakkında, işlemin safahat kısımları hakkında ihtimamlı bir şekilde bilgi verilmelidir. Buna rağmen hasta halen yapılması planlana tıbbi müdahaleye onay vermiyorsa hastanın kararına saygılı olunur ve işlem iptal edilir. Mutlaka hastadan işlemi reddettiğine dair imzalı evrak alınacağı hususu da hatırlatılmalıdır[239].

[238] Hakeri, 2020, a.g.k., ss. 231.
[239] Özçetin, E. (2016). Sağlık Alanında Malpraktis. İstanbul: ss. 15.

4.3. Tıbbi İşlemin İhtiyat ve İhtimam Sorumluluğuna Uygun Bir Şekilde, Tıp Sanatının En Son Veri ve Olanaklarına Uygun Şekilde Yerine Getirilmesi

"Kasım 2018'de doğum yapan 37 yaşındaki doktorun hayatını karartan hatalar zinciri temizlikçi kadınla başladı. Temizlikçi, ameliyathaneyi temizlediği sırada temizlik malzemelerinin bulunduğu arabasıyla solunum cihazına çarptı. Temizlikçi, dökülen parçaları topladı ve durumu da ameliyathaneden sorumlu hemşireye bildirdi. Hemşire olayı doktorlara ve diğer görevlilere bildirmeyi unuttu. Ertesi gün de haftalık izni nedeniyle işe gelmedi. O gün de doktor hastasını ameliyata alarak narkoz verdi, solunum cihazına bağladı. Cihazın bozuk olduğunu ve çalışmadığını 10 dakika sonra fark etti. Ancak iş işten geçmişti. Hastanın beyninde büyük hasar oluşmuş ve hasta komaya girmişti.
Olayla ilgili görülen davada hâkim, sorumluluğun ameliyat yapan doktorda olduğunu belirterek, "Trajik hatalar zinciri. Ama sorumlusu sizsiniz" diyerek doktoru da hemşireyi de 'tedbirsizlik sonucu adam yaralamaktan suçlu buldu. Hemşirenin avukatı da müvekkilinin olayda kusurunun çok az olduğunu belirterek doktoru suçladı. Avukat, "Doktor ameliyat öncesi solunum cihazını kontrol etmek zorundaydı" dedi. 62 yaşındaki doktor, 20 bin 700 euro, hemşire ise 1000 euro para cezası aldı"[240].

Yazar; Uyuşmazlığa baktığımız zaman gerek hemşire gerek hekim/doktor tıbbi müdahalelerden önce mutlaka son bir kontrol yapmaları gerekiyordu. Hatta şartlar el veriyorsa ikinci bir kişinin de görmesi sağlanmalıdır. Gerekli ihtiyat ve ihtimam göstermedikleri için temizlik personelinin yaptığı hata fark edilmemiştir.

03.12.2003 tarihli Biyotıp Sözleşmesi Muvafakat başlığı altında; Acil durumlarda rıza alınmamışsa kişinin sağlığı açısından müdahale derhal yapılabilir. Acil durumlarda aydınlatılmış onam alınması beklenemez. Sağlık personelleri öncelikli olarak hasta menfaat odaklı çalıştıklarından menfaati zedeleyici hareketlerden kaçınmalıdır (BiS. M. 8).

Biyotıp Sözleşmesi Genel Hükümler başlığı altında; Kişi menfaati ve refahı, toplum veya bilimin menfaatleri üstünde olduğu vurgulanmaktadır (BiS. M.2).

Aynı sözleşmede tıbbi müdahale sırasında isteğini açıklayacak durumda olmayan hastalar, tıbbi müdahale öncesi açıklamış olduğu istekler göz önünde bulundurulacağı belirtilmiştir (BiS. M. 9).

[240] Doktorun Hayatını Karartan Karar**,** https://www.hurriyet.coM.tr/avrupa/doktor-hatasi-doktoru-komaya-soktu-41613956 (i.e: 12.12.2021).

Hastalar hem sağlık görevlileri hem de yüksek teknik standartlarla insani ilişkiler bakımından kaliteli hizmet alma hakkına sahiptir (Abil. M. 3).

İnsanlar kendi sağlık durumlarını ve var olan sağlık hizmetleri için seçim yapmasını kolaylaştıracak eğitim hakkına sahiplik eder. Alınacak eğitim sağlıklı yaşam biçimi ve erken tanı ile ilgili yöntemleri içermektedir. Kişiler kendi sağlık durumlarından dolayı bir sorumluluk taşıdıkları vurgulanmalıdır. Hekim/doktorların aktif olarak eğitimlere katılma yükümlülüğü vardır (BB M. 9).

Gerek hekim olsun gerek diş hekimi olsun ilk görevleri kişi sağlığına, kişinin hayatına özenli ve ihtiyatlı olmalarıdır. Hastaların sağlığını ve hayatlarını korurken hastanın kadın mı erkek mi gibi cinsiyetçi yaklaşımları sergileyemez. Buna hastanın ırkının ne olduğu, hangi milletten geldiği, hangi mezhebe bağlı olduğu, ahlaki düşünceleri göz önünde bulunduramaz. Bunlara ek olarak da hastanın siyasi ve şahsi karakteri asla göz önünde bulunduramaz. Sağlık personelleri görevleri süresince vermiş oldukları ve verecekleri tedavi/bakım/muayenede ihtiyatlı ve ihtimamlı olmakla mükelleftir (TDN. M. 2).

Hasta sağlığıyla ilgili gerçekleri, önerilen müdahaleleri, riskleri veya yararları, girişimlerin alternatiflerini, tedavisiz kalacaksa bunun sonucunu, tanı, prognoz ve tedavinin gidişi konularını kapsayacak şekilde sağlık durumları konusunda tam olarak bilgilenme hakkına sahiptir (Abil. M. 2/2).

Hekim meslek icrasında bilimsel, çağdaş, tanı/tedavi koruyucu hekimlik ilkelerine dikkat eder. Hastalarının tanı/tedavi yöntemleriyle koruyucu hekimlik ilkelerine dikkat eder; hastalarının tanı/tedavisinde bilimsel olmayan yöntemleri uygulayamaz. Hekim, bilimsel aşamalardan geçip ruhsatlandırılmamış kimyasal, farmakolojik, biyolojik maddeleri ilaç olarak kullanamaz (HMEK. M. 12).

Endikasyonun bulunmasına, hastanın aydınlatılması ve rızasının alınmasına, müdahalenin hekim tarafından yapılmasına rağmen, müdahale özensiz, dikkatsiz, tıp biliminin gerekliliklerine aykırı yapılmışsa, hekim faaliyeti hukuka aykırı olacak ve gerek tazminat ve gerekse de taksir dolayısıyla ceza sorumluluğuna neden olacaktır[241].

241 Hakeri, 2015, a.g.k., ss. 267.

4.3.1. Endikasyon (Tıbbi Zorunluluk)

Anayasamız tıbbi müdahale girişimsel işlemleri için endikasyonu şart koşmuştur (T.C. Anayasası M. 17/2)[242]. Diğer mevzuatlara bakacak olursak Biyotıp Sözleşmesi 4'cü maddesi "yükümlülük" kavramına dikkat çeker[243].

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi 13/3 ve 22 Maddesi,[244] Hasta Hakları Yönetmeliği 12'nci Maddesi[245], Bilgilendirilmiş Rıza Yönetmelik Taslağı (BRYT) 29- (a)'da[246], Türk Ceza Kanunu'nun 99/2 Maddesi[247], Nüfus Planlaması Hakkında Kanun 4/3 Maddesi,[248] Umumi Hıfzıssıhha Kanunu 2012 yılında

---

[242] T.C. Anayasası, *" I. Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı*

Madde 17 – Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz. Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz."

https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709.pdf, (i.e: 27.11.2021)

[243] Biyotıp Sözleşmesi-"*Madde 4 – Meslekî Standartlar Araştırma dâhil, sağlık alanında her müdahalenin, ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir."*

https://dosyaisM.saglik.gov.tr/Eklenti/48486,insan-haklari-ve-biyotip-sozlesmesipdf.pdf?0, (i.e: 27.11.2021)

[244] Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi-*"Meslektaşların hastaları ile münasebetleri*

Madde 13 – Tabip ve diş tabibi, ilmi icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muaheze edilemez. Tababet prensip ve kaidelerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yasaktır. 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."

"Madde 22 – Ananın hayatını kurtarmak için yegâne çare teşkil ettiği takdirde, avortman yapılması caizdir. Ciddi bir tehlikede bulunan ananın hayatı, cerrahi müdahaleyi veya gebeliğe son verebilecek bir tedaviyi zaruri kılıyorsa, hastalığın taallük ettiği tıp şubesinde mütehassıs iki tabibin ve bu iki mütehassıs temin edilemediği takdirde iki tabibin objektif ve kati delillere dayanan raporları alınmadıkça bu müdahale veya tedavi yapılamaz….".

https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/2.3.412578.pdf, (i.e: 27.11.2021).

[245] *"Hasta Hakları Yönetmeliği-Tıbbi Gereklilikler Dışında Müdahale Yasağı*

Madde 12- Teşhis, tedavi veya korunma maksadı olmaksızın, ölüme veya hayâ tehlikeye yol açabilecek veya vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek veya akli veya bedeni mukaveme azaltabilecek hiçbir şey yapılamaz ve talep de edilemez."

https://dis.ogu.edu.tr/Storage/dis/Uploads/Hasta-Haklar%C4%B1-Y%C3%B6netmeli%C4%9Fi.pdf, (i.e: 27.11.2021).

[246] "Bilgilendirilmiş Rıza Yönetmelik Taslağı-*Tıbbi Gereklilikler Dışında Müdahale Yasağı Madde 29-(a) Teşhis, tedavi veya korunma maksadı olmaksızın ölüme veya hayati tehlikeye yol açabilecek veya vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek, akli veya bedeni mukavemeti azaltabilecek hiçbir şey yapılamaz ve talep de edilemez*". https://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=18142, (i.e: 27.11.2021)

[247] Türk Ceza Kanunu, *"Çocuk Düşürtme-(2) Tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürten kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu durumda, çocuğunun düşürtülmesine rıza gösteren kadın hakkında bir yıla kadar hapis veya adlî para cezasına hükmolunur."*

https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf, (i.e: 27.11.2021).

[248] Nüfus Planlaması Hakkında Kanun, *"Bir ameliyatın seyri sırasında tıbbi zaruret nedeniyle bir hastalığın tedavisi için kastrasyonu gerektiren hallerde, kişinin rızasına*

yapılan değişiklikler[249], Organ ve Doku Nakli Kanunu 2018 yılında eklenen Ek-1 fıkrası[250] bir kavram üzerinde durulmuş bu kavram endikasyon (tıbbi zorunluluk) dur.

Tıbbi olsun sosyal veya psikolojik olsun hukuka uyarlılık için endikasyon varlığına ihtiyaç duyulur[251].

Uygulamada teşhis koymaya, tedavi etmeye, operasyon yapmaya yönelik olarak endikasyona yönelik ciddi şartlar olmalıdır. Endikasyonsuz yapılacak her tıbbi müdahale girişiminde duruma göre haksız fiil, sözleşmeye aykırılıktan mükellefiyet doğacaktır. Bununla beraber hekim kasten yaralama, hasta ölmüşse de kasten öldürme suçundan yükümlülük altında bulunacaktır[252].

Acil durumlarda hukuka uyarlılık için rızaya bakılmadan tıbbi müdahale girişimi yapılmaktadır. Burada ki çekirdek kısım endikasyon oluyor çünkü işlemin bir an evvel yapılması gerekmektedir. Aslında tıbbi müdahale girişimi hukuka uyarlılık için en önemlisi ve ilk şart rıza değil endikasyondur[253].

Yargıtay kararına bakıldığında endikasyon olmadan yapılan eylemde hekim kusurlu bulunmuştur.

"Tabipler Birliği Onur Kurulu tarafından olay nedeniyle davalı doktora ceza uygulandığı ve ***verilen kararda gerekçe olarak, endikasyon olmadan*** *interspinoz cihazları kullandığı için davalı doktorun kusurlu davrandığının belirtildiği anlaşılmıştır. ……..Yargıtay denetimine elverişli rapor alınmak suretiyle hâsıl olacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir"*[254]

Yazar; Yargıtay'ın bir diğer kararına bakıldığında endikasyon yokluğundan hekimin kusurlu bulunduğuna karar verilmiştir.

---

bakılmaksızın kastrasyon ameliyesi yapılabilir", https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2827.pdf, (i.e: 27.11.2021).

[249] Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, *"Madde 22-Gebe veya rahmindeki bebek için tıbbi zorunluluk bulunması hâlinde doğum, sezaryen ameliyatı ile yaptırılabilir."* https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.1593.pdf, (i.e: 22.11.2021).

[250] Organ ve Doku Nakli Kanunu, *Ek Madde-1 Doğal yollarla çocuk sahibi olunamadığı veya tıbbi gereklilik bulunduğu hâllerde……",* https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2238.pdf, (i.e: 27.11.2021).

[251] Aykın, Çınarlı, 2016, a.g.k., ss. 275.

[252] Hakeri, 2020, a.g.k., ss. 239.

[253] Koru, O. (2021). Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu: Endikasyon Şartı. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 12(2), ss. 491-500.

[254] Y. 13. H. D 25.01.2018 2015/39259 E., 2018/573 K. sinerjimevzuat.com (i.e: 05.08.2021).

*"... siringomyeli tanısı almış olan 40 yaşlarındaki bir hastaya **kalça eklemine yönelik endikasyonu bulunmayan** ameliyat yapılmasının tıbbi standartlardan sapma olarak nitelendirdiği, Dr. ...'ın bu yönden kusurlu bulunduğu," saptandığı anlaşılmaktadır..."* [255]

4.3.1.1. Tıbbi endikasyon olmaksızın yapılan tıbbi müdahaleler

Eskiden tıbbi zorunluluk olmadan tıbbi müdahale girişimlerinin yapılmadığı savı mevcuttu. Günümüzde ise herhangi bir tıbbi zorunluluk olmadan estetik operasyonlar yapılmakta, psikolojik faktörlerle de tıbbi müdahale girişimi, organ nakil bağışçıları, doğum öncesi muayene vs. yapılabilir[256].

[255] Y. 13. H. D. 30.01.2019 2017/6006 E., 2019/851 K. sinerjimevzuat.com (i.e: 05.08.2021).

[256] Hakeri, 2020, a.g.k., ss. 241.

5. DOKTOR - HASTA ARASINDAKİ HUKUKİ NİTELİK

Hekim/doktor ve hasta arasındaki hukuki nitelikleri saptamaya çalışacağız.

"Hak" kavramı hukuk mecrasının kişilere verdiği yetkidir. Hukuk kavramı ise kişiler ile kişiler, kişiler ile devletler, devletler ile devletlerarasında ki düzeni sağlamak adına ilişkileri düzenleyen kurallardır[257].

Diğer bir deyişle; Birey, toplum, devlet üçlüsünde gelişen veya gelişecek olan ilişkiler için yetkili kılınmış organlar eliyle hazırlanan bir kurallar zinciri bulunur. Bu kurallar zinciri hukuk çerçevesinde hazırlanıp, kamunun gücüyle hayat bulup, kişilere de neleri yapıp yapmaması gerektiğini izah eden, kendine özgü yöntem ve teknikleri olan bir bilim dalıdır[258].

Hukuk başlangıcı çok eski zamanlara dayanmakta olup[259], Hz. Musa'ya gelen "10 Beirut" (ki bu diğer yasaların mihenk taşı oldu),[260] Antik Dönem'den Sokrates'in sık sık dile getirdiği "hak kavramı"[261] hukuk ile daha uç bir kavram haline gelmiştir. Hata en eskiye gidecek olursa "pacta sunt servanda (ahde vefa, söze bağlılık)" ahlaki ilkesi hem kişisel ilişkilerde hem de uluslararası antlaşmalarda hukuka yansımış temel taş olduğunu söyleyebiliriz[262].

Sağlık camiası açısından tıbbi durumlardan bahseden çeşitli mevzuatlarımız vardır. Lakin hekimlerin bu tıbbi durumlar karşısında oluşacak olan sorumlulukları için herhangi bir kanun, yönetmelik, tüzük veya herhangi bir düzenleme yoktur. Bu durum için de hasta-hekim arasında gelişen durumların

---

[257] Hak; https://sozluk.adalet.gov.tr/HAK(i.e: 12.09.2021).

[258] Hukuk; https://tr.wikipedia.org/wiki/Hukuk (i.e: 24.11.2021).

[259] Arıtürk, R. (2020). Tarihte Hukuk Eğitimi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C-5, S-8, ss. 43-48.

[260] Musa'nın 2'nci İşareti: Yasa, https://turk.injil.me/2019/11/19/sign-2-of-musa-the-law/?gclid=Cj0KCQjw8p2MBhCiARIsADDUFVHUZ9Ig4jl0YrhvnIRPCdba5sci1lm9m19GaOnlrxP5CToTPemxHhkaAjq7EALw_wcB (i.e: 15.02.2022).

[261] Platon. (2021). Sokrates'in Savunması. İstanbul: Doğan Egmont Yayıncılık. (Çev. Okur, S.). ss. 1-15.

[262] Gözler, Kemal. (2021). Hukuka Giriş. Bursa: 18. Baskı. Ekin Yayınevi.

hekim açısından sorumluluğunun belirlenmesi ve sorumluluk durumunun tanımlanması irdelemek gerekiyor[263].

Hasta tedavi hizmetinden faydalanmak için başvuruda bulunduğu kurum ile arasında hukuk açısından birçok hak ve sorumluluk vardır. Bu var olan hak ve sorumluluklar ya evveliyatında aralarında akdedilen bir sözleşmeyle kurulmuştur veya haksız fiil kavramından gelmektedir. Genel itibariyle Yargıtay verdiği kararlarda çoğunlukla hasta-hekim arasında bir vekâlet sözleşmesi olduğuna karar verilmiştir. Buna "hekimlik sözleşmesi" adı da verilmektedir[264] bu kavrama ek olarak da "Culpan İn Contrahendo" da ekleyebiliriz[265].

Doktor-hasta arasında önceden açık veya örtülü kurulan sözleşmelerle yapılmaktadır. Öğretide ve doktrinde buna hekimlik sözleşmesi denilirken bu tarz bir sözleşme Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiştir. Bu hekimlik sözleşmesinde tanıdan sonra uygun gelecek olan tedavi uygulanır lakin tedavinin garantisi yoktur[266].

5.1. Kusur Sorumluluğu (Sözleşme Dışı Sorumluluk)

Hasta-hekim arasında hukuki ilişki olarak birçok ilişki mevcut demiştik. Örneğin hasta-hekim arasında bir sözleşme akdedilmişse eğer vekâlet, hizmet, eser sözleşmesinin kuralları geçerli olacaktır[267]. Ama bir akit durumu yoksa haksız fiil ve vekâletsiz iş görme kurallarına cihetle gidilecektir[268]. Bu kurallarda belirlenen hekimin sorumluluğuna gidilecektir[269]. Hasta-hekim arasında var olan bu hukuki ilişkiyi belirleyecek olan durumu tespit etmeye çalıştığımızda özerk çalışan hasta-hekim ilişkisini ayrı olarak ele alacağız[270]. Bunun yanında karşımıza çıkacak bir diğer durum ise özel ve kamu hastaneleri durumu olacaktır[271].

---

[263] Arslan, F. (2020). Legal Nature of the Relationship Between Physician and Patient in Determining the Responsibility of the Physician. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 26, S.-1, ss. 400-422.

[264] Sarıbaş, N. (2020). Hekimin Tıbbi Uygulama Hatalarından Doğan Hukuki Sorumluluğu. İzmir: ss. 83-86.

[265] Özdemir, 2016, a.g.k., 33 – 81.

[266] Sarıtaş, 2005, a.g.k., ss. 30.

[267] Nur, 2020, a.g.k., ss. 14.

[268] Nur, 2020, a.g.k., ss. 14.

[269] Nur, 2020, a.g.k., ss. 14.

[270] Nur, 2020, a.g.k., ss. 14.

[271] Nur, 2020, a.g.k., ss. 14.

Danıştay bu konuda bir kararında; *" kusura dayalı genel sorumluluk"*[272] demekle hekimin kusur kavramı üzerinde durulmaktadır. Tıbbi müdahalenin hekim için sorumluluk arz edebilmesi için kusur kavramına ihtiyaç duyulacaktır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 07.07.2021 T., 2017/2244 E., 2021/961 K. kararında kusur kavramı için;

"Hekim, iyi bir sonuç elde etme olasılığı çok az olan durumlarda dahi yardımdan kaçınamaz. Tıbbî yardım ve müdahaleler tıp sanatının kurallarına uygunsa, hastanın fayda ve zararı onun rızası alınarak değerlendirilmişse, buna rağmen öngörülemeyen sonuç önlenememişse hekimin yahut…..çalışanının kusurunun varlığından bahsedilemeyecektir."

Hukuki sorumluluk hekim ve hasta arasında akdedilen sözleşme, kamu kavramında da idare-hasta arasındaki durumdur[273]. Hekim/doktorun direkt sorumluluğuna gitmek mümkün değildir[274]. Cezai boyutuna da bakıldığında Cumhuriyet Savcılığı istemiyle ön inceleme açmak suretiyle idareden soruşturma izni alınması ön şartına bağlıdır[275].

5.1.1. Haksız fiilden doğan sorumluluk

T.C. Anayasası'na göre devlet herkesin bedeni, ruhi ve hayati bütünlüğünü süründürmekle görevlidir. Bunun yanında sağlık hizmeti yürüten idareleri tek bir elden planını yapmak suretiyle hizmetin akışını sağlamakla görevlidir (T.C. Anayasası M. 56/3).

Yazar: Doktor-hasta arasında kurulmuş bir akit söz konusu değilse taşıdığı özelliğe göre ya vekâletsiz iş görme veya haksız fiil kavramlarıyla karşılık bulacaktır.

Haksız fiil sorumluluğuna Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurul kararlarına baktığımızda üç kıstas göze çarpmaktadır. Aynı zamanda bu durum doktrinde[276] de zemin bulmuştur. Bu üç kıstas; "ziyan edilen hakkın

[272] D. 15. D. 16.05.2016 2013/5426 E., 2016/3551 K. sinerjimevzuat.com (i.e: 31.01.2022).
[273] Polat, 2015, a.g.k., ss. 284.
[274][274] Polat, 2015, a.g.k., ss. 284.
[275] Polat, 2015, a.g.k., ss. 284.
[276] Özel, 2014, a.g.k., ss. 309.

denkleştirilmesi", "ziyan edilen hakkın takibi", "ziyanı önleme"[277] olarak değinilmiştir[278].

Hatalı ve hukukla çelişen bir eylem eğer başka bir ilgilide tahribata sebep olduysa bu tahribatı bertaraf etmek zorunda olmakla beraber tahribata sebep olan bu eylemi hukukla çelişmese dahi izzetinefisle çelişiyorsa yine de bu kasti tahribata sebebiyet veren kişi verdiği tahribatı bertaraf etmek zorundadır. Yani sebep olduğu tahribatı bertaraf ile yükümlü olacaktır (BK. M. 49).

Haksız fiil insan davranışlarından kaynaklı olan müspet veya menfi bir davranıştan kaynaklanabilir[279].

Hekim açısından bu durumu düşünecek olursak eğer; doktor-hasta arasında sözleşmeye dayalı bir münasebet yoksa eğer "haksız fiil" teşkil edecek durumlar oluşabilir[280]. Şöyle ki hekim hastasının vücudundaki birliğe ya da bireysel hakka saldırış durumundaki eylemlerde tahribat ya da hukukla çelişen durumlarda bu kavramın içinde olacaktır[281]. Hekim sebep olduğu bu tahribatın sorumluluğunu yüklenecektir lakin bunun içinde hukukla çelişen eyleminde kusur olması gerekiyor[282]. Bu durum net bir izahatla TBK'de yer almıştır. Bundan dolayıdır ki tahribatı ödemekle yükümlüdür[283].

Haksız fiil kavramından bahsetmek için "objektif özen yükümlülüğü" kavramının zarara uğraması gerekmektedir. Haksız fiil kavramı içerisinde

---

[277] Eren, F. (2016). Borçlar Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Yetkin Yayıncılık. ss. 535.

[278] Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu kararında da şu şekilde açıklanmıştır: *"Sorumluluk Hukukunun Amaçları:*

A-Zararı denkleştirme (giderme karşılama) amacı; Bu amaç zararın zarar gören üzerinde kalmayıp ondan alınarak başkasına ve özellikle zarar verene yükletilmesi, aktarılmasıdır. Bu suretle zarar görenin zararının giderilmesi, mal yarlığı veya şahıs varlığında uğradığı eksilmenin karşılanması amacı güdülmektedir.

B-Zararı önleme amacı; zararı önleme amacı, aynı zamanda bir yaptırım görevi de görür. Öncelikle kusur sorumluluğunda, kusurlu ve hukuka aykırı bir davranışın sonuçlarına tazminat sorumluluğunu bağlamak, herkesi davranışlarında daha dikkatli olmaya, başkalarına zarar vermemek için gerekli iradi çabayı harcamaya sevk eder. Kişinin zarar verici bir davranışta bulunma girişimini de önler.

C-Tazminat talebinde ihlal edilen hakkın devamı (takibi) amacı; hukukça korunan bir hakkın ihlali sonucunda, ihlal edilen bu hakkın yerine, zarar görenin, zarar verene karşı talip olduğu tazminat talebi geçmektedir. Böylece, hakkın takibi veya devamı fikriyle ihlal edilen hak, taşıdığı değere karşılık bir tazminat talebine dönüşmekte ya da onun yerine geçmektedir." Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu 6.7.2018 T., 2017/5 E., 2018/7 K. www.lexpera.coM.tr (i.e: 12.11.2021).

[279] Çağlar , 2014 a.g.k., ss. 16-18.

[280] Kılıç, G. (2016). Hekimin Hukuki Sorumluluğu. İstanbul: Legal Yayıncılık. ss. 80-81.

[281] Kılıç, 2016, a.g.k., ss. 80-81.

[282] Kılıç, 2016, a.g.k., ss. 80-81.

[283] Kılıç, 2016, a.g.k., ss. 80-81.

kanunun da net açıklamadığı ve öğretide de net bir durumun olmadığı yegâne konu da hukuka aykırılık kavramı olacaktır[284].

5.1.1.1. Hukuka aykırı fiil

Asıl olan ilgilinin yapmaktan kaçındığı veya yapmadığı davranıştan ötürü sorumlu olabilmesi için o davranışı için yükümlülük altında bulunması gereklidir ki hukuka aykırı fiilden bahsedilsin eğer bu yükümlülük yoksa hiç kimseden başkasının yararına eylemde bulunulması da beklenmeyen bir durumdur[285]. Emredici ve yasaklayıcı bu kuralları ihlal etmek suretiyle hukuka aykırı fiil oluşur[286] ki Sarıtaş da hekim/doktorun müspet veya menfi eyleminin irade ürünü demekle haksız fiil yükümlülüğünü kusurlu fiile dayandırmaktadır[287].

Akdedilen bir sözleşme varlığında sözleşmeye uyulmaması şeklinde kendini gösteren duruma hukuka aykırılık denilir lakin haksız fiildeki hukuka aykırılıktan bahsedebilmek için şahıs ve mal değerlerindeki azalma, ziyanı yasaklayan kurallara uymama şeklinde cereyan eder[288].

Kanunla verilen haklar vardır, yetkisini kanundan alıp verilen yetki çerçevesinde kalan eylemlerde ziyana sebep olmuş olsa dahi hukuka aykırılık varlığı kabul edilmeyecektir (TBK. M. 63/2). Rıza bir yerde es geçilebilir, örneğin ziyan görmüş kişinin rızası eğer daha yüce olan özel ve kamusal fayda söz konusuysa hukuka aykırılıktan yine söz edilemez (TBK. M. 63/2). Tabii ki belli şartlar çerçevesinde bu mümkün olacaktır. Çerçevede ziyana sebep olan kişinin haklılığı varsa, yetkili makamlara o anda ulaşmak zorlaşmışsa veya zamanında bu makamlar olayı bertaraf edemeyecekse, kişi hakkını koruma içgüdüsüyle hareket ettiğinden hukuka aykırılıktan söz edilemeyecektir (TBK. M. 63/2). Aynı durum zorunluluk halinde de paralel ilerler (TBK. M. 63/2).

Hekim yaptığı eylemlerde kişinin rızasını alarak, tıbbi girişim için haklı sebep varsa, hastanın yararınaysa kamu gücüyle yapılan eylem hukuka uygun olacaktır. Lakin yükümlülükle donatılan hekim acil bir hastasına müdahalede

[284] Kurtulan, G. (2017). Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C-23, S-1, ss. 465-504.
[285] Çağlar, 2014, a.g.k., ss. 39.
[286] Çağlar, 2014, a.g.k., ss. 39.
[287] Sarıtaş, 2005, a.g.k., ss. 40.
[288] Hakeri, 2015, a.g.k., ss. 388-389.

bulunmuyorsa, yoğun bakımdaki hastasını deneysel işlemlere tabi tutuyorsa hukuka aykırılık etmiş sayılacaktır[289].

Kanun koyucu ahlaka, adaba, kamu düzenine aykırılık durumunda ziyan görmüş kişi bu ziyana sebebiyet vermişse veya buna yol açacak bir davranışta bulunmuşsa hukuka aykırılık halen vardır ama indirim sebebi sayılacaktır (TBK. M.52).

5.1.1.2. Kusur

Yazar; Kusur ek olarak haksız fiilde var olması gereken bir zorunluluktur.

Hem akit sözleşmelerinde hem akit dışı sözleşmelerde hukuka aykırılık için haksız fiile mütemmim cüz olmalıdır ki, bu kurucu unsur olmasından kaynaklanmaktadır[290].

"Kusur, failin, hukuka uygun davranma olanağı varken, hukuka aykırı haksızlığı seçmesi nedeniyle kınanmasıdır. Hareketin ve neticenin ifade ettiği değersizlik haksızlığın esasını, zihniyetin değersizliği ise kusurun esasını oluştur"[291].

Kusur kavramında yapılan eylemin zarar veren kişiye mesul edip edilemeyeceğiyle ilgili bir durumdur[292]. Kişi kusur yeteneğine sahip değilse (kusur yeteneği: zarar verenin eylemini ve sonuçlarını hukuki olarak algılayabilmesi buna uygun davranabilmesi) kusur veya kusurluluktan bahsedilemeyecektir[293].

Kusur sorumluluğu belirlenirken önemi kurucu unsur olmasından kaynaklanıyor oluşundandır. Olağan sebep ve tehlike sorumluluklarının tam tersine eğer bir kusur varlığı mevcut değilse sorumluluğa da gidilemeyecektir. Kusur hukukla çelişen durumdur[294].

Haksız fiilde kusurun derecesini işlevsel olarak iki başlık altında ele alırsak eğer bunun birinci başlığımızda kusur yokluğunda haksız fiilde sorumluluğun

---

[289] Öztürkler, 2006, a.g.k., ss. 46.

[290] Sarıbaş, 2020, a.g.k., ss. 25.

[291] Hukukta Kusurluluk Nedir? http://www.bireyselbasvuru.coM.tr/kusur-ne-demek-hukukta-kusur-nedir/ (i.e: 24.11.2021).

[292] [292] Turabi, S. (2012). Kusurluluk ve Kusurluluğu Etkileyen Haller. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C-101, ss. 268.

[293] Turabi, 2012, a.g.k., ss. 268.

[294] Oğuz, H. (2016). Sorumluluk Hukukunda Kusur. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S-28, ss. 273-286.

oluşmasını ortadan kaldıracak durum olup ikinci başlığımızda haksız fiil sorumluluğunda kusurun derecelendirmesine gidilecektir. Derecelendirmede eğer olguda kast ya da ağır ihmal söz konusuysa oluşan ziyanın tamamı ya da çoğunluğu tazmin etme sorumluluğu doğacaktır. Hafif ihmal söz konusuysa oluşan ziyan tazminattan daha aşağıda (daha az) olacaktır[295].

Kusuru iki ana başlıkta ele alırsak objektif ve sübjektif yönüne bakmış olacağız[296]. Objektif yönüne bakarsak; aynı koşularda olmak kaydıyla herkesten beklenen davranışın alelade yapılmasından doğan ve bu alelade davranışından kaynaklı kişinin ziyana uğramasıdır[297]. Sübjektif yön de ise isnat kabiliyeti önemli olacaktır[298]. Yani sebep olduğu kusurlu hareketinin kendisine mal edilmesi gerekmektedir ve bundan dolayı da ayırt etme (sezgili, temyiz kudreti) gücüne sahip olması gerekir[299].

Hatalı ve hukukla çelişen bir eylem eğer başka birinde tahribata sebep olduysa bu tahribatı bertaraf etmek zorunda olmakla beraber tahribata sebep olan bu eylemi hukukla çelişmese dahi izzetinefisle çelişiyorsa yine de bu kasti tahribata sebebiyet veren kişi verdiği tahribatı bertaraf etmek zorundadır (TBK M. 49). Yani sebep olduğu tahribatı bertaraf ile yükümlü olacaktır (TBK M. 49).

TBK'de kusur mesuliyet açısından kurucudur aynı anda mesuliyeti belirlerken ve kusur paylaşımı yapılırken önemli olacaktır. Kusur, mesuliyete ana çekirdek olmakla beraber istisna kusursuz sorumluluk olarak kendine yer

---

[295] Erdoğan, İ. (1990). Haksız Fiilde Kusurlu Sorumluluk ve Özellikle Kusur Unsuru. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C-3,S-1, ss. 109-134.

[296] Hakeri, 2020, a.g.k., ss. 450-453.

[297] Hakeri, 2020, a.g.k., ss. 450-453.

[298] Hakeri, 2020, a.g.k., ss. 450-453.

[299] Hakeri, 2020, a.g.k., ss. 450-453. Bkz. *"Kusurun kanunlarımızda tanımı yapılmamıştır. Uygulama ve öğretide kabul görmüş tanıma göre; kusur, hukuk düzenince kınanabilen davranıştır. Kınamanın nedeni, başka türlü davranma olanağı varken ve zorunlu iken bu şekilde davranılmayarak, bu tarzdan sapılmış olmasıdır, Kısacası; kusur, genel tanımıyla, hukuk düzeni tarafından bir davranış tarzının kınanması olup, bu kınama, o davranışın belirli koşullar altında bireylerden beklenen ortalama hareket tarzından sapmış olmasından kaynaklanır. Yine öğretide ve uygulamadaki hâkim görüşe göre, sorumluluk hukuku açısından, kast ve ihmal (taksir) olmak üzere ikiye ayrılacağı kabul edilmektedir. Bu bağlamda, kast hukuka aykırı sonucun bilerek ve isteyerek meydana getirilmesi; ihmal ise, hukuka aykırı sonucu istememekle birlikte, böyle bir sonucun önlenmesi için gerekli önlemlerin alınmaması ve gereken özenin gösterilmemesidir."* Y. H. G. K. 01.02.2012 T., 2011/4-592 E., 2012/25 K. (i.e: 18.01.2022).

bulacaktır (hekim için bu söz konusu olmamakla beraber en hafif kusurundan dahi sorumluluk yüklenilir[300])[301].

Kast; kanuni tanımdan yola çıkılacak olursak eğer kanunda tanımlanan öğeleri açıkça bilerek ve isteyerek eylemi gerçekleştirme (TCK. M. 21/1) öğelerin oluşacağını görmesine rağmen halen eylemini yapması da olası kast olacaktır (TCK. M. 21/2).

TCK kastı iki şekilde incelemiştir. Birincisi doğrudan kast olup ikincisi dolaylı kasta değinmiştir[302].

Yazar: Mevzuata bilmek ve istemek kavramı önemlidir.

Bu kavram düzgüsel (normatif) öğelerin bilinmesi ve istenmesi olarak bilinir. Mevzuata suçu işleyen (fail) kişi davranışının kınanması için nesnel olarak tipiklik kavramına uygun düşmesi yeterli değildir. Bunun yanında öznel olarak da tipiklik öğelerini bilmesi ve istemesi lazım gelir[303].

Ceza mevzuatlarımızda suçların tarifini yaparken "bilerek", bildiği halde", "bilmesine rağmen" demek suretiyle doğrudan kast ile işlenen suçları belirtmektedir[304].

Olası kast; mevzuatımızda suç tarifleri içerisindeki öğelerden bir tanesinin bile olma olasılığını derpiş etmesi ve bu öğelerin oluşmasına razı gelmesidir[305]. Suçu işleyen kişi yine derpiş etmekte lakin "istemek" yerine "benimsemek", "olasılık", "ihtimal" kavramları vardır[306].

Kendisine yakın masada bulunan insanların olduğu bir ortamda silahı ateşlediğinde kendisine yakın olan masadaki insanlara isabet edeceğini tahmin etmesine rağmen bunu yapmaktan geri durmayan, sonucun ne olacağını artık kabullenmiştir. Olası kast kavramında sonuç ortaya çıkan neticeye göre belirlenir.

---

[300] Özcan, Z. Özcanoğlu, B.A. (2020). Yargıtay İçtihatları Işığında Malpraktis Komplikasyon Ayrımına Bağlı İspat Sorunları. Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl-8, S-16, ss. 289-315.

[301] Koşar, G. (2019). Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur ve Etkisi. Ankara: ss. 267.

[302] Aykın, Çınarlı, 2016, a.g.k., ss. 195.

[303] Özbek, V. Doğan, K. Bacaksız, P. (2019). Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Seçkin Yayınları. ss. 253.

[304] Ercan, I. (2019). Öldürmeye Teşebbüs ve Kasten Yaralama Suçu Bağlamında Kastın Tespiti. İstanbul. ss. 18.

[305] Sözüer, A. (2015). Ceza Hukuku Uygulama Rehberine Giriş ve Pratik Çalışma Notu. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi, ss. 23. https://cdn.istanbul.edu.tr/statics/cezahukuku-hukuk.istanbul.edu.tr/wp-content/uploads/2015/01/Uygulama-Rehberi-2015.pdf (i.e: 29.09.2021).

[306] Demircan, F. (2019). Yargıtay Kararlarında Bilinçli Taksir ve Olası Kast Ayrımı. Konya: ss. 118.

Yargıtay'ın kabul görmüş görüşü burada failin sorumluluğuna gidebilmek için neticeyi irdelemek gerektiğiyle ilgilidir. Yargıtay'ın bu yönde aksi görüş verdiği bir kararı da vardır[307].

Taksir diyebilmek için kanun açık seçik bir şekilde bunu belirtmesi lazım (TCK. M. 22/1). Ayrıca taksir ihtiyat ve ihtimam zorunluluğuna aykırılıktır. Bu aykırılık eylemin kanundaki neticesi öngörülmemektedir (TCK. M. 22/2). Eylemi gerçekleştiren kişi sonucu istemez lakin olay gerçekleşiyorsa bilinçli taksir (TCK. M.22/3) olur. Cezası zarara sebebiyet veren kişinin kusurluluk oranına göre belirlenecek (TCK. M. 22/4) eğer kişi sayısı biri geçmişse herkes paylaştırılan kusuru oranında ceza alacaktır (TCK. M. 22/5). Bunun yanında ceza verilmemesi (TCK M. 22/6) veya cezada indirim halleri de münhasıran düzenlenmiştir.

Yargıtay güncel kararlarında taksiri ele alış şekli kusurun bir çeşidi olarak görmekle beraber Almanya doktrinine katılmaktayız. Şöyle ki; ihtiyat ve ihtimam mecburiyeti, sonuç nesnel olarak ilk başta incelemeye tabi tutuluyor. Sonraki aşamada öznel olarak suç işleyen kişinin kişilik özellikleri devreye girip incelemeye tabi tutulmasıdır[308].

Taksiri öğesel (unsursal) bazda sıralarsak; davranışın bilinçli olarak yapılması, ihtiyatlı ve ihtimamlı davranmaması, mevzuatımızda hareketin taksirle işlenebileceğinin belirtilmiş olması, hareket sonucunda ortaya çıkan durumun önceden tahmin etmekle beraber bu durumun meydana gelmesini arzu etmemek, sonuç-illiyet rabıtasının varlığının olması gibi öğeler sıralanabilir[309].

Zarar verenin eylemi tipe uyuyorsa, olasılık içinde hukuka aykırı eylem neticeleneceğini bilen fail neticenin olmaması adına gayret sarf etmesine rağmen neticeyi engelleyemiyorsa artık bilinçli taksirden bahsedilir[310].

Ceza hukukumuzda kural "kast" iken istisnai kısmı da "taksir" dir. Sorumluluk hukukumuzdaysa kural olarak kusur varlığının mevcudiyeti ya da mevcudiyetsizliği yeterli olacaktır[311].

---

[307] Hakeri, H. Akbulut, B. Aksan, M. (2017).Ceza Hukuku Genel Hükümler Pratik Çalışmaları. Ankara: Seçkin Yayıncılık, ss. 97.

[308] Diken Gültekin, M. N. (2018). Ceza Hukukunda Taksire Dayalı Sorumluluk. İstanbul: ss. 343.

[309] Uslu, S. (2018). Taksirle Öldürme Suçu. İstanbul. ss. 109.

[310] Kahveci, Y. (2014). Yargıtay Kararları Işığında Olası Kast ve Bilinçli Taksir. Ankara: ss. 160.

[311] Koşar, 2019, a.g.k., ss. 186.

Sorumluluğun ortadan kaybolmayıp da azaltan durumları sıralarsak eğer; hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın aşılması (TCK. M. 27), yaş küçüklüğü (TCK. M. 31), akıl hastalığı (TCK. M. 32), sağır ve dilsizlik (TCK. M. 33), geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma (TCK. M. 34), cebir ve tehdit dolayısıyla kişinin irade yeteneğinin etkilenmesi (TCK. M. 28), mücbir sebep, kaza ve tesadüf, zorunluluk hali dolayısıyla kişinin irade yeteneğinin etkilenmesi (TCK. M. 25/2), hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi (TCK. M. 24), haksız tahrik (TCK. M. 29), çeşitli hata halleri (TCK. M.30/3-4) (manevi öğede suç işleyen kişide "kast" kavramı bertaraf olduğundan suç mevcut olmayacaktır. Taksirli olarak da ya cezayı azaltacak ya da ortadan kaldıracaktır[312]) gösterilmektedir[313].

Hekim yaptığı hareketlerden sorumlu olmak istemiyorsa eğer ihtiyatlı ve ihtimamlı davranmalı, görevini yaparken de itinasız davranıp hastanın vücut tümlüğünde ihlal edecek bir davranışta bulunup sağlığını bozmamalıdır, aksi takdirde cezai müeyyideye tabi tutulacaktır. Taksir olarak da "taksirle adam öldürme", "taksirle yaralama" suçlarıyla yüz yüze gelebilirler[314].

5.1.1.3. Zarar

Yazara göre tazminat talepli istemlerde yükümlülük için "ziyan" şartı olması gerektiği kanaatindedir. Özel Hukukta ziyan varsa tazmin yükümlülüğüne gidilir ziyan yoksa yükümlülük şartları oluşmadığından sorumluluğa gidilemeyecektir. Bu durumda Ceza Hukuku'nun aksi bir durum oluşmaktadır.

Akit ve akit dışı sorumluluğun vazgeçilmezi, kurucu unsuru zarardır[315].

Kişinin maddi-manevi değerlerinde hukuka aykırı olarak azalmaya duçar olan kimsenin eylem sonucudur. Dar anlamda kişinin iradesi dışındaki

[312] Dülger, M. Özkan, O. Bakdur, M. (2021). Error in Criminal Law and Consequences Related to Error, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl 12, S-45, ss. 260.

[313] Turabi, 2012, a.g.k., ss. 272.

[314] Acurman, O. (2020). Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Taksirli Sorumluluğu. İstanbul: ss. 125-126.

[315] Eren, 2016, a.g.k., ss. 83.

malvarlığındaki azalma-eksilme, geniş anlamda hem maddi zararı hem de matur[316] zararı aynı çatı altında toplanmasıdır[317].

Kişinin sahip olduğu haklar malvarlığı sayılırken kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar buna dâhil edilmezler.[318] Zarara uğrayan malvarlığındaki azalmadan iradi ve sebebi olarak bir bağlantısı olmamalıdır[319].

Kanunumuz bedenden kaynaklı maddi zarar içine; almış olduğu tedavi masraflarını, zarara uğramış olmasaydı kazanacağı durumu, çalışma gücündeki değişiklikten kaynaklı zararları ve gelecekte ekonomik olarak bu olaydan doğacak zararları saymıştır (TBK. M. 54).

Haksız fiil tabanlı bir zararın meydana geldiğini iddia eden bir kimse iddiasını ispatla mükelleftir (TBK. M. 50) lakin bunu tıp hukuku açısından düşündüğümüzde hekimin meslek kurallarının ihlalini yapması yeterli olacaktır.[320]

Kişilik hakları ziyana uğrayan kimsenin soyut zararı manevi tazminatla isteme hakkı olduğunu (TBK. M. 58) ve durum tahlili akabinde manevi tazminata hükmedileceğinden bahsedilmiştir (TBK. M. 56).

Bu durum Yargıtay Hukuk Genel Kurulumuza

"……*cismani zarar kavramına ruhi bütünlüğün ihlali, sinir bozukluğu veya hastalığı gibi hallerde girdiği, bu maddelerle sadece maddi sağlık bütünlüğünün de korunduğu doktrinde ve Yargıtay kararlarında kabul edilmektedir……."* şeklinde manevi zarar kavramı kararlara yansımıştır[321].

Haksız fiil tabanlı zararlarda doğrudan ve dolaylı zararlar tazmin edilirken yansıma zararlar tazmin edilemezler ama istisnalar kaideyi bozmamakla beraber destekten yoksun kalma ve manevi tazminat tazmin edilir[322].

Zarar hekimin sorumluluğu için önemlidir, tazminat borcunun şartıdır. "Zarar yok-tazminat yok" anlamına gelir[323].

Haksız fiil tabanlı bir eylem ölümle sonuçlanmışsa; cenaze masrafları, tedavi almışsa tedavi masrafları, iş gücü kaybı mevcutsa oradan doğacak zararları, ölen kişinin destek verdiği kişilerin kayıptan doğan zararları tazminatla

[316] Cansel, Özel, 2014, Cilt-1, a.g.k., ss. 309.
[317] Öztürkler, 2006, a.g.k., ss. 43.
[318] Eren, 2016, a.g.k., ss.522.
[319] Cansel, Özel, 2014, Cilt-1, a.g.k., ss. 310.
[320] Hakeri, 2020, a.g.k., ss. 437.
[321] Y. H. G. K. 26.04.1995 T., 1995/11-122 E., 1995/430 K. sinerjimevzuat.com (i.e: 23.12.2021).
[322] Hakeri, 2020, a.g.k., ss. 453.
[323] Öztürkler, 2006, a.g.k., ss. 43.

karşılanacağı kaleme alınmıştır (TBK. M. 53). Yansıma zararlarının karşılanmaması illiyet rabıtasından kaynaklanıyor[324].

Zarar hekimin sorumluluğu için önemlidir, tazminat borcunun şartıdır. "Zarar yoksa-tazminat yok" anlamına gelir[325].

Haksız fiil tabanlı bir eylem neticesinde manevi zarar için maddi zarar ön koşul olamaz. Eğer ki maneviyatımızı etkileyen durumlar söz konusuysa örneğin şeref, kişilik değerlerindeki azalma, acı, ıstırap, elem, hayattan aldığı hazda eksilme vb. manevi özellik taşıyan haklarının ihlal edilmesi manevi tazminat için yeterli olacaktır[326].

Maddi zarar

Maddi zararın şartları; ortada bir malvarlığı mevcudiyeti olmalı, var olan bu malvarlığında azalma meydana gelmiş olmalı, azalan bu durumun kaynağı zarar görenin buyruk, istekleri dışında gerçekleşmiş olmalıdır[327].

Hekim/doktorun akitte veya tıp sanatının kurallarına riayet etmemesinden kaynaklı olarak hastanın ölmesi ya da vücut tümlüğünün ziyana uğramasından kaynaklı bazı giderler olmaktadır. Giderler arasında tedavi hizmet gideri, iş gücünde yaşanılan kayıplar hasta ölmüşse de destekten yoksun kalınan zararlar ortaya çıkmaktadır. Bunlara ek olarak çalışma gücünde geçici veya kalıcı kayıplar maddi zarar olarak nitelendirilmektedir[328].

---

[324] Eralp, E. Nizam, E. (2017). Türk Hukukunda Yansıma Zarar. Artıcletter/Summer 2017, Part 8, ss. 117-130. https://www.goksusafiisik.av.tr/Articletter/2017_Summer/GSI_Articletter_2017_Summer_Article8.pdf (i.e:13.12.2021).

[325] Öztürkler, 2006, a.g.k., ss. 43.

[326] Turan, F.O. Roma-İsviçre-Türk-ve-İngiliz-Hukukunda-Haksız-Fiil-Sorumluluğu, http://osmanfiratturan.av.tr/wp-content/uploads/2014/04/Roma-%C4%B0svi%C3%A7re-T%C3%BCrk-ve-%C4%B0ngiliz-Hukukunda-Haks%C4%B1z-Fiil-Sorumlulu%C4%9Fu.pdf (i.e: 16.08.2021).

[327] Sarıtaş, 2005, a.g.k., ss. 100.

[328] Sarıtaş, 2005, a.g.k., ss. 100.

Manevi zarar

Manen yaşanılan zararı isteme hakkı bu zararı yaşayan ilgili kişi talep edebilir. Lakin ilgili ölmüş ise yakınları tarafından manen zarar isteminde bulunabilir[329].

Manen ve madden ziyan birbirinden bağımsız kavramlardır. Manen ziyan için ilgilinin vücut tümlüğünde bir ziyan olması gerekiyor. Örneğin ilgilinin haberi olmadan hekim/doktor tarafından bilgilerinin paylaşılması manen zarar kavramını gündeme getirecektir. Bunun yanında Yargıtay yenidoğanın karıştırılması olayında manen ziyana hükmetmiştir[330].

5.1.1.4. İlliyet rabıtası

Hukukumuzda sorumluluğu belirlerken birincil şart illiyet rabıtası olurken tazminat sorumluluğu içinde ilkedir ki bu şart olmadan sorumluluk doğmayacaktır. Bir kimsenin ziyana sebep olan davranışıyla ziyan arasındaki sebep-sonuç[331] bağıdır[332].

Hukuki sorumluluğun vazgeçilmezi illiyet rabıtasıdır, ister akit sözleşmesi olsun ister akit dışı bir sözleşme olsun illiyet rabıtasına ihtiyaç duyulur. Bunun dışında kusur sorumluluğu, kusursuz sorumluluk ve tehlike sorumluluğunu da buraya ekleyebiliriz[333].

TBK. Madde 49'da kusuruyla haksız fiil eylemini gerçekleştirerek başkasında maddi-manevi ziyan oluşturan kişinin bu ziyanı karşılayacağı, neticesi ziyan olan eylemi yasaklayan hukuk kuralı olmasa dahi ziyanı tazmin için ahlaka aykırı olması yeterli olacaktır.

Kanun maddesinde geçen "ziyana sebebiyet veren durum" kavramı illiyet rabıtasını gösterir[334].

Hekimin ihtimam yükümlülüğüne aykırılık birincil olarak sorumluluk için yeterli olmayıp icrai veya ihmali davranışıyla sebep olduğu netice arasında bir bağ

[329] Sarıtaş, 2005, a.g.k., ss. 101.
[330] Sarıtaş, 2005, a.g.k., ss. 101.
[331] Sarıtaş, 2005, a.g.k., ss. 41.
[332] Eren, F. (2019). Borçlar Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Yetkin Yayınları. ss. 605.
[333] Eren, 2019, Genel Hükümler, a.g.k., ss. 605.
[334] Eren, 2019, Genel Hükümler, a.g.k., ss. 606.

ki bu bağ illiyet rabıtası olmalıdır. Hekim yaptığı ihmalde hasta ya yaralanmalı ya da ölmelidir[335].

Neticesi ölüm olan bir eylemde hekimin gerekli tetkikleri yapmadan reçete düzenlemesi olayında ölüm olayının vuku bulup bulunmadığına bakılır. Bu ölüm neticesinden hekime sorumluluk yüklenebilmesi için tetkik yapılsa idi ölüm engellenebilir miydi sorusu cevaplandırılmalıdır[336]. Kesinlik ihtimal ile önlenebiliyorsa eğer bu durumda hekim verdiği ziyandan sorumlu tutulacaktır[337].

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 07.07.2021 T., 2017/1981 E., 2021/960 K. kararında:

"İki olay arasında sebep-sonuç ilişkisi olarak tanımlanabilecek illiyet bağı da sorumluluğun kurucu unsurlarındandır. Sözleşmeden doğan sorumluluğun gerçekleşmesi için ihlâl fiiliyle zarar arasında yalnız tabii illiyet bağının bulunması yetmez; uygun illiyet bağının mevcut olması gerekir. Uygun illiyet bağı kuramı, her sebebi değil, sebepler arasında değer verilebilir olanların seçimini esas alır. Buna göre, olayda gerçekleşen türden bir sonucu mahiyeti ve ana eğilimi itibariyle meydana getirmeye genel olarak elverişli olan veya bu türden bir sonucun gerçekleşmesi ihtimalini objektif olarak artırmış bulunan zorunlu şartla söz konusu sonuç arasındaki bağ uygun illiyet bağı olarak tanımlanabilir."

Yazar; Sözleşmeden kaynaklı doğan sorumluluk için değer atfedilebilecek, elverişliliği yüksek, sebebe uygun etkide bulunan, sonuçtan vareste olmayan bağ için ilgili illiyet bağı olarak tanımlanmıştır.

Hekim/doktorun haksız fiil yükümlülüğüne gidilebilmesi için hukuk ihlal edilen eylemin genel hayat deneyimine göre ziyanla sonuçlanan veya sonuçlanabilen bir eylem olması gerekiyor[338].

İlliyet rabıtasını kesen durumlar

İlliyet rabıtasını kesen durumlar mücbir sebep, üçüncü kişinin kusuru, mağdurun kusuru olarak üç başlıkta sıralayabiliriz[339].

Burada dikkat edilecek husus mağdurun ve üçüncü kişinin kusurunun ağır olmasıdır[340].

---

[335] Hakeri, 2020, a.g.k., ss. 453.
[336] Hakeri 2015, ag.k., ss. 441.
[337] Üstündağ, M.E.(2012). Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C-2, S-2, ss. 87-93.
[338] Sarıtaş, 2005, a.g.k., ss. 41.
[339] İlliyet Bağını Kesen Sebepler, https://tr.wikipedia.org/wiki/%C4%B0lliyet_ba%C4%9F%C4%B1 (i.e: 02.09.2021).

İlliyet rabıtasını kesen bu durumlar hem kusur sorumluğunda hem de kusursuz sorumlulukta kabul edilmektedir[341].

Mücbir sebep

Gerçek ya da tüzel kişilerin ellerindeki olanaklarla önünde duramayacakları durumdur. Mücbir sebep hukuki bir gerekçedir. Öyle bir gerekçedir ki hukuki sorumluluğu bertaraf edip süre ve müeyyideler askıda olur, hukuk âleminde sonuç doğurmaz[342].

Mücbir sebep tabiat olayları şeklinde vuku bulmaktadır[343]. Sadece tabiat olaylarıyla da sınırlı kalmaz. Bu sınıra hukuki, sosyal olanaksızlıklar da eklenebilir. Örnek verecek olursak; don olayı, yıldırımın düşmesi, çığ, deprem bunun yanında; isyan, ihtilal ve savaştır[344].

Yukarıda saymış bulunduğumuz olaylar vuku bulduğunda hastaya gelebilecek zarar illiyetti keseceğinden artık hekim/doktorun sorumluluğuna gidilemeyecek olup mücbir sebep zarardan tek başına sorumlu olacaktır[345].

Sorumluluktan kaçan, zarar veren mücbir sebebi ispat külfeti altındadır[346].

Mağdurun ağır kusur

Mağdur kendi kasti veya ağır ihmali ile neden olup neticelenen eyleminde illiyet rabıtası kopacak, fail bu durumdan yararlanacağından sorumluluğuna gidilemeyecektir[347].

Yargıtay Genel Kurulu bir kararında:

---

[340] Cansel, Çağlar, 2014, II, a.g.k., ss. 50.

[341] Y. 21. H. D. 11.11.2019 T., 2019/98 E., 2019/6732 K. sinerjimevzuat.com (i.e: 02.02.2022).

[342] Erol, A. (2012). Mükellef Hakkı Olarak Mücbir Sebepler ve Sonuçları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S-103, ss. 200-222.

[343] Turan, a.g.k., ss. 29. http://osmanfiratturan.av.tr/wp-content/uploads/2014/04/Roma-%C4%B0svi%C3%A7re-T%C3%BCrk-ve-%C4%B0ngiliz-Hukukunda-Haks%C4%B1z-Fiil-Sorumlulu%C4%9Fu.pdf (i.e: 23.10.2021).

[344] Sarıtaş, 2005, a.g.k., ss. 103.

[345] Sarıtaş, 2005, a.g.k., ss. 103.

[346] Eren, 2019, Genel Hükümler, a.g.k., ss. 630.

[347] Turan, a.g.k., ss.29. http://osmanfiratturan.av.tr/wp-content/uploads/2014/04/Roma-%C4%B0svi%C3%A7re-T%C3%BCrk-ve-%C4%B0ngiliz-Hukukunda-Haks%C4%B1z-Fiil-Sorumlulu%C4%9Fu.pdf(i.e: 23.10.2021).

"……zarar görenin zarardan kaçınma görevini yerine getirmemesi……, zarar gören kendi davranışıyla zarara neden olmuş ise bu zarar başkasına yüklenmemeli, payı ayrılmak suretiyle zarar verenin sorumlu olacağı miktar tespit edilmelidir….. , zarar görenin kusuru ağır ise bu durum illiyet bağını kesen bir sebeptir. Bu durumda, haksız fiilin illiyet unsuru gerçekleşmediği için sorumluluk söz konusu olmayacaktır. Sorumluluğun koşuları gerçekleşmediğinde, tazminat gündeme gelmeyeceği için indirim de söz konusu olmayacaktır. Zarar görenin kusurlu davranışları ağır nitelikte değilse haksız fiil faili doğan zarardan sorumlu olacaktır. Ancak, bu durumda zarar görenin kusurlu davranışları hükmedilecek tazminat miktarının indirilmesine ya da tazminat isteminin reddine yol açacaktır"[348] denilerek mağdurun ağır kusurunun illiyetti koparacağı dile getirilmiştir.

İlliyet rabıtasını kesen bu son durumda ziyan gören ilgili tam kusurlu olmalıdır ki ziyan görenin kusuruna dayanılsın. Ziyan görenin kusuru tamamen illiyetti kesemiyorsa diğer durumlarla beraber değerlendirilecektir lakin illiyet kesilmeyecektir. Tazminat miktarında mağdurun kusuru indirim sebebi olacaktır. Hekim/doktorun hastasına verdiği reçeteyi hastanın kullanmaması ve bundan dolayı çıkan ziyan olayında hekim/doktorun sorumluluğuna değil mağdurun ağır kusuru olmasından dolayı illiyet kesilecektir[349].

Bazen de ziyan durumuna birçok faktör neden olmuş olabilir. Bunlar değerlendirilirken ortak (illiyetler bir araya geldiğinde ziyan oluşmakta, tek başına ziyana sebep olmazlar), yarışan (müteselsil sorumluluk bulunur. Her bir illiyet tek başına ziyanı doğurabilecek güçtedir) ve seçimlik (ziyanın sonucuna sebep olan illiyettin belirlenememesidir) illiyetler göz önünde bulundurulur[350].

Üçüncü kişinin ağır kusuru

İlliyet rabıtasını koparan son kısımdır. Eğer üçüncü kişinin eylemi kusurlu ise ve bu kusur ağır şekilde cereyan etmişse (yoğun) zarar veren bu kusurdan yararlanacak ve sorumluluğuna gidilemeyecektir. Örneğin trafik kazasına sebep olan X, ağır şekilde yaralanan Y'yi hastaneye getiriyor. Hastanede sağlık hizmet görevlisi Z tarafından damarı yanlış dikilip Y ölüyor. Bu durumda yanlış dikilen

[348] Y. H. G. K. 17.03.2010 T., 2010/4-30 E., 2010/161 K. sinerjimevzuat.com (i.e: 29.11.2021).
[349] Sarıtaş, 2005, a.g.k., ss. 105.
[350] Sarıtaş, 2005, a.g.k., ss. 105-107.

damardan öldüğü için Z'nin sorumluluğuna gidilecektir. Z'nin davranışı kusurlu olduğundan illiyetti kestiğinden Y'nin ölümünden dolayı Y'nin sorumluluğuna gidilmeyecektir[351].

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında *".....pilotun üçüncü kişi olduğu ve pilotaj hatasının da sorumluluğun tüm halleri için gerekli illiyet bağını keseceği gözetilmek suretiyle ....."* diyerek üçüncü kişinin illiyet bağını koparacağı vurgulanmıştır[352].

5.1.2. Vekâletsiz iş görmeden doğan sorumluluk

Vekâleti olmadan başkası adına iş yapan başkasının iyiliğine, yararına, faydasına iş görmektir. Başkasının bu durum için iradesinin varsayıldığı kabul edilir (TBK. M. 526).

İradenin varsayıldığı kabul edildiği için işi yapan kişi ihmali yüklenecektir ama başkasının uğrayacağı ziyanı ve ziyan tehlikesini kaldırmak için yapıyorsa sorumluluğu nispeten hafif olacaktır. Başkası bu görülen işe net veya kapalı bir şekilde yasaklamışsa, bu yasak da ahlaka ve hukuk normlarına uyuyorsa, işi yapan kişi beklenmedik hallerden dolayı sorumluluğuna gidilecektir. Bu beklenmedik halden kurtulmanın bir yolu da işi yapan bu işi yapmasaydı da netice değişmeyecek olmasıdır. İşi yapan bunu ispatlarsa sorumluluktan kurtulacaktır (TBK. M. 527).

Vekâletsiz iş görmeyle ilgili 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'muz madde 526-531 arasında kaleme almıştır.

Bu noktada rıza varsayımı önemlidir. Eyleme müdahale için yüksek olasılıkla iş sahibinin tehlikeye rıza göstereceğidir. Bilinci yerinde olmayan bir hastanın hekimi tarafından ameliye edilmesi buna bir örnektir. Yapılan iş bir başkasının çıkarına, menfaatine, ihtimal dâhilinde olan iradesine uymuyorsa işi

---

[351] Turan, a.g.k., ss. 30. http://osmanfiratturan.av.tr/wp-content/uploads/2014/04/Roma-%C4%B0svi%C3%A7re-T%C3%BCrk-ve-%C4%B0ngiliz-Hukukunda-Haks%C4%B1z-Fiil-Sorumlulu%C4%9Fu.pdf(i.e: 30.08.2021).

[352] Y. H. G. K. 12.02.2014 T., 2013/21-586 E., 2014/95 K. sinerjimevzuat.com (i.e: 21.11.2021).

gören kişi hukuka aykırılık yapmış olacak lakin bu durum da haksız fiil teşkil etmeyecektir[353].

Nitekim kişilik haklarına yapılan hukuku ihlal eden tecavüzden dolayı elde edilen kazancın maddi ve manevi tazminat talepleri haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme adı altında işlem yapılmayıp vekâletsiz iş görme hükümlerine göre işlem tesis edilecektir (TMK. M. 25/3).

Doktrin vekâletsiz iş görmeyi iki başlıkta incelemiştir: Gerçek vekâletsiz iş görme (sözleşme benzeri fiil) ve gerçek olmayan iş görmedir. Gerçek vekâletsiz iş görmede amaç başkasının menfaati iken gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede iş görenin kötü niyeti, bencil niyeti yazısız bir unsurudur. İş gören başkasının menfaatine değil kendi menfaatine hareket etme arzusu içinde olur[354].

Hekim/doktorun vekâletsiz iş görme kapsamına alındığı iki durum vardır ki onlar zorunluluk hali ve müdahalenin genişletilmesidir. Hekim/doktor bu aşamada varsayılan rızaya dayanmak suretiyle müdahalede bulunmaktadır[355].

Hekim/doktor ve diş hekimi önüne engel olunamayacak bir olay olmadığı sürece acil vakalarda ilk yardımda bulunma yükümlülüğü altındadır (TDN M. 3).

Acil ve ağır olan hastalar yani hayati tehlikesi bulunan hastaların hastaneye kabulü de yükümlülüktür. Bu konuda Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği hayati tehlikesi olan hastaların hastane başvurdukları zaman sosyal güvenceye bakılmaksızın kabul edileceği yasal mevzuat altına alınmıştır. Gerekli tıbbi uygulamalar bittikten sonra diğer işlemlerin yapılması gerekmektedir (M. 57).

Bu durum sadece kamu hastaneleri nezdinde değil hususi hastaneler için de geçerlidir. Hususi Hastaneler Kanunu Madde-32; Acil ve ağır durumlarda müdahale gereksinimine ihtiyaç duyan hastaların tedavileri derhal yapılır.

Acil hallerin getirdiği durumlarda veya operasyonların genişletilmesi gerektiği durumlarda o esnada herhangi bir akit sözleşmesi kurulmasının mümkün olmamasından dolayı bu durum vekâletsiz iş görme kategorisine alınmıştır[356].

Hasta ölüm tehlikesiyle burun buruna gelmişse (bu durum hekim için yükümlülük arz eder) hastanın iyiliğine gerekecek bütün zorunlu tıbbi işlemler

[353] Eren, 2019, Genel Hükümler, a.g.k., ss. 681.
[354] Eren, F. 2019, Borçlar Hukuku Özel Hükümler. Ankara: Yetkin Yayınları. ss. 897-918.
[355] Sarıtaş, 2005, a.g.k., ss. 45.
[356] Hakeri, 2020, a.g.k., ss. 389.

yapılır. Ağır bir durum hastada ortaya çıkacağı anlaşılmışsa hekim artık bu ziyanı bertaraf etmek adına ya da daha az ziyan oluşması adına gerekli tedbirleri alacaktır[357].

Operasyonların genişletilmesinde vekâletsiz iş görme sözleşmesinin şartları vardır. Bunlar: Operasyonu genişletme ihtiyacı hâsıl olmadan önce alınmış rıza olmalı. Bu esnada operasyonda daha ağır durumun baş göstermesi ya da beklenmedik hallerin oluşması, genel olarak rıza alınması esnasındaki zamanın hastayı riske edecek bir durumda olması, ölüm tehlikesinin mevcudiyeti, tıbbi müdahale girişimlerinde tıbbi standardın genişletilmesinin tahmin edilemez oluşu olarak maddeleyebiliriz[358].

Acil bir müdahale gerekip de rıza alınamamışsa hastanın önceden belirtiği istekleri mevcutsa onlar mutlaka değerlendirilmeye alınacaktır (HHY. M. 25/5).

Hasta müdahaleyi yasaklamış olsun ya da hiç ihtiyaç olmadan kendisine müdahalede bulunan hekim hastasına bilinçli şekilde müdahale ederse hekim kendisinden kaynaklanmayan hallerden de sorumlu tutulacaktır. Ama bu müdahale gerçekleşmeseydi dahi bu beklenmeyen hallerin neticesindeki ziyan olacaksa ve hekim bunu ispatlarsa sorumluluğu kendisi için bertaraf edecektir[359].

5.2. Vekâlet Sözleşmesinden Doğan Sorumluluk

Vekil ve vekil eden arasında iş görmeye dayalı sözleşmedir ki vekil eden işinin yapılması adına vekili yükümlendirir (TBK. M. 502/1). Hekim-hasta arasında doktrinde genel kabul görüş vekâlet akdine dayalı sözleşmedir[360]. Nitekim kanunda düzenlenme alanı bulmayan iş görme akitlerine vekâlet sözleşme hükümleri şartlar uygun düştüğü sürece uygulanabilir (TBK. M.502/2).

Vekilin Borçları; Bir işi görme veya bir işlemi yapma borcu, şahsen işi görme borcu, vekâlet verenin talimatlarına uyma, özenli iş yapma borcu, vekâlet verene sadakat borcu, hesap verme borcu, vekilin vekâlet verenden aldığı şeyleri geri verme borçları mevcuttur. Bunun yanında bir de vekâlet verenin borçları da

[357]Şahin, F.M. (2019). Hekimin Gerçek Vekâletsiz İş Görmeden Kaynaklanan Sorumluluğu. Ankara Sosyal Bilimler Hukuk Fakültesi Dergisi, S-1, ss. 146.

[358] Günday, R. (2012). Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk. Ankara: Adalet Yayınevi. s. 3.

[359] Şahin, 2019, a.g.k., ss. 163.

[360] Arslan, 2020, a.g.k., ss. 415.

vardır. Bunlar; vekâlet veren ücret ödeme borcu, vekil tarafından yapılan giderleri verilen avansları faiziyle birlikte ödeme borcu, vekili vekâlet veren hesabına yüklendiği borçlardan kurtarma borcu, vekâletin ifasından kaynaklı uğradığı zararların ödenmesini isteme gibi borçlar vardır[361].

İçinde iş görme edimi olmasından dolayı hekimlik sözleşmesine vekâlet akdine dayalı hükümler can bulur. Kendine has yapısı olan akitler bazen hata çoğu zaman kanunda yer alan akitlerin unsurları yoktur ki bu sözleşmelerde bulunmayan unsurlar çekirdeğinde taşır. Lakin vekâlet sözleşmesine bakıldığında kanunda apaçık düzenlenen unsurlar mevcut[362].

Sağlık hizmet görevlileri ve hasta arasında vekâlet sözleşmesi olmasına rağmen bu görevliler eğer kamu personeliyse artık vekâlet ilişkisi olarak alınamaz. Kamu personeli olduğundan kamu hizmeti sunar, vekâlet sözleşmesi için ise özel statülü ilişki varlığı gerektirir[363].

TBK Madde 386 düşünüldüğünde hekim/doktor hastasının çıkarına, menfaatine ve iradesine uygun olarak belirli bir süre dâhilinde ve sonucunun da garanti olmayan, mesleki deneyim ve bilgileriyle tedavi borcu yüklenmektedir. Hekim burada bir edim görevi yüklenmektedir[364].

Hekim ile hasta arasında sözleşmesel ilişkide asıl olan vekâlet sözleşmesidir. Bunun iş veya hizmet aktı olarak değil de vekâlet ilişkisi olarak ele alınmasının ana nedeni hekimle hasta arasında hareket sahasının geniş tutulmasından kaynaklanmaktadır. Bir de yukarıda bahsi geçen akitlerin süreye bağlılığıdır ki hekim-hasta arasında böyle bir süre söz konusu olamaz. Hekim izafi bağımsızlıkla hastasının menfaatine bir neticeye varmaya çalışırken bunu başarabilmek adına belli düzeyde karar verme bağımsızlığı içerisinde olmalıdır.[365]

Hastanın tıbbi müdahale girişimi için hekime gitmesi hekiminde bu tedavi işlemini kabul etmesiyle geçerliliği olan akit kurulmuş oluyor[366].

Hekim veya diş hekimi belirli nedenlerle hastanın tedavisi bitmeden tedaviyi sonlandırabilir. Hastanın tehlikeye girmemesi adına önceden hastaya bildirir. Hasta adına tehlikeli bir durum mevcutsa hastasını kabul edecek bir

[361] Eren, 2019, a.g.k., Özel Hükümler, ss. 721-743.
[362] Arslan, 2020, a.g.k., ss. 415.
[363] Çınarlı, 2013, a.g.k., ss. 139.
[364] Sarıtaş, 2005, a.g.k., ss. 37.
[365] Hakeri, 2020, a.g.k., ss. 387.
[366] Sarıbaş, 2020, a.g.k., ss. 18.

hekim bulana kadar hastasını terk edemez. Sözleşmeden cayma sırasında gerekli görüyorsa eğer ya da hasta tarafından talep edilirse hastayla ilgili gerekli tedavi sürecini gösterir notları teslim eder (TDN. M. 19).

Hekim/doktor-hasta arasındaki ilişki güven ilişkisine dayalı olarak kurulur. Vekâlet ilişkisinde de olduğu gibi taraflar diledikleri zamanlarda sözleşmeyi fesih etme haklarına sahiptir[367].

Y. 3. H. D. 21.10.21 T., 2021/165 E., 2021/10553 K.'nda hekim/doktor-hasta arasında vekâlet sözleşmesi olarak ele almıştır.

"Taraflar arasındaki ilişki vekâlet sözleşmesidir. ***Vekil, vekâlet 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 imkânları kullanmak suretiyle* ***özen borcu****nu yerine getirmeleri gerekir.*

Vekil, hastanın zarar görmemesi için, mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi 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 tereddüdünü 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 tutularak, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınmak ve en emin yolu seçmek gerekir. Gerçekten de hasta mesleki bir iş gören vekilden, tedavinin bütün aşamalarında titiz bir ihtimam ve dikkat beklemek hakkına sahiptir. ***Gereken özen görevini*** *göstermeyen vekil, TBK 510.md (BK 394. md) hükmü uyarınca, vekâleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır. Tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmemiş ise doktor sorumlu tutulmamalıdır."*[368]

5.3. Eser Sözleşmesinden Doğan Sorumluluk

Maddi veya gayri maddi varlığı olan, insanoğlunun eliyle var olan, bütün olma görüntüsüne haiz, maddi bir değer ölçütüne sahip her türlü ürüne eser denir[369].

[367] Sarıtaş, 2005, a.g.k., ss. 39.

[368] Yargıtay Kararları. Bkz: Y. 3. H. D. 13.12.2021 T., 2021/4333 E., 2021/12888 K. sinerjimevzuat.com (i.e: 06.02.2021).

[369] Petek, H. (2012). Sportif Faaliyetlere İlişkin Seyirci Sözleşmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 12(Özel Sayı), ss. 657–71.

İşi yapacak kişinin ortaya bir eser koyması iş sahibinin de işi yapan kişiye bedel taahhüt etiği bir sözleşmedir (TBK. M. 470).

6098 Sayılı TBK'de eser sözleşmesiyle ilgili kısımlar Madde 470-486'da kaleme alınmıştır[370].

---

[370] Borçlar Kanunu. https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6098.pdf (i.e: 12.12.2021).

A. Tanımı

"MADDE 470- Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. B. Hükümleri I. Yüklenicinin borçları 1. Genel olarak

MADDE 471- Yüklenici, üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır. Yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken meslekî ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınır. Yüklenici, meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür. Ancak, eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşımıyorsa, işi başkasına da yaptırabilir. Aksine âdet veya anlaşma olmadıkça yüklenici, eserin meydana getirilmesi için kullanılacak olan araç ve gereçleri kendisi sağlamak zorundadır. 2. Malzeme bakımından

MADDE 472- Malzeme yüklenici tarafından sağlanmışsa yüklenici, bu malzemenin ayıplı olması yüzünden iş sahibine karşı, satıcı gibi sorumludur. Malzeme iş sahibi tarafından sağlanmışsa yüklenici, onları gereken özeni göstererek kullanmakla ve bundan dolayı hesap ve artanı geri vermekle yükümlüdür. Eser meydana getirilirken, iş sahibinin sağladığı malzemenin veya eserin yapılması için gösterdiği yerin ayıplı olduğu anlaşılır veya eserin gereği gibi ya da zamanında meydana getirilmesini tehlikeye düşürecek başka bir durum ortaya çıkarsa, yüklenici bu durumu hemen iş sahibine bildirmek zorundadır; bildirmezse bundan doğacak sonuçlardan sorumlu olur.

3. İşe başlama ve yürütme MADDE 473- Yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, iş sahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir. Meydana getirilmesi sırasında, eserin yüklenicinin kusuru yüzünden ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirileceği açıkça görülüyorsa, iş sahibi bunu önlemek üzere vereceği veya verdireceği uygun bir süre içinde yükleniciye, ayıbın veya aykırılığın giderilmesi; aksi takdirde hasar ve masrafları kendisine ait olmak üzere, onarımın veya işe devamın bir üçüncü kişiye verileceği konusunda ihtarda bulunabilir.

4. Ayıp sebebiyle sorumluluk a. Ayıbın belirlenmesi MADDE 474- İş sahibi, eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa, bunu uygun bir süre içinde yükleniciye bildirmek zorundadır. Taraflardan her biri, giderini karşılayarak, eserin bilirkişi tarafından gözden geçirilmesini ve sonucun bir raporla belirlenmesini isteyebilir.

b. İş sahibinin seçimlik hakları MADDE 475- Eserdeki ayıp sebebiyle yüklenicinin sorumlu olduğu hâllerde iş sahibi, aşağıdaki seçimlik haklardan birini kullanabilir: 1. Eser iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa sözleşmeden dönme. 2. Eseri alıkoyup ayıp oranında bedelden indirim isteme. 3. Aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları yükleniciye ait olmak üzere, eserin ücretsiz onarılmasını isteme. İş sahibinin genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır. Eser, iş sahibinin taşınmazı üzerinde yapılmış olup, sökülüp kaldırılması aşırı zarar doğuracaksa iş sahibi, sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz.

c. İş sahibinin sorumluluğu MADDE 476- Eserin ayıplı olması, yüklenicinin açıkça yaptığı ihtara karşın, iş sahibinin verdiği talimattan doğmuş bulunur veya herhangi bir sebeple iş sahibine yüklenebilecek olursa iş sahibi, eserin ayıplı olmasından doğan haklarını kullanamaz.

d. Eserin kabulü MADDE 477- Eserin açıkça veya örtülü olarak kabulünden sonra, yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulur; ancak, onun tarafından kasten gizlenen ve usulüne göre gözden geçirme sırasında fark edilemeyecek olan ayıplar için sorumluluğu devam eder. İş sahibi, gözden geçirmeyi ve bildirimde bulunmayı ihmal ederse, eseri kabul etmiş sayılır. Eserdeki

Müteahhidin özen borcu çok daha kapsamlı genişlikte olmasına rağmen hekim açısından daha ağır sonuçları olan bir sözleşmedir. Hekim tıbbi girişim için kullandığı malzemeden malzeme satıcısı gibi sorumlu tutulduğundan ötürü hukuki anlamda sonuçları daha ağır olmaktadır[371].

Bu sözleşmenin nitelikleri arasında; bir borç sözleşmesidir, tam iki tarafa borç yükler, ivazlıdır, rızaya dayanır, ani edimlidir lakin bazen uzun süreli

---

ayıp sonradan ortaya çıkarsa iş sahibi, gecikmeksizin durumu yükleniciye bildirmek zorundadır; bildirmezse eseri kabul etmiş sayılır.

e. Zamanaşımı MADDE 478- Yüklenici ayıplı bir eser meydana getirmişse, bu sebeple açılacak davalar, teslim tarihinden başlayarak, taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde iki yılın; taşınmaz yapılarda ise beş yılın ve yüklenicinin ağır kusuru varsa, ayıplı eserin niteliğine bakılmaksızın yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. II. İş sahibinin borçları 1. Bedelin muacceli yeti

MADDE 479- İş sahibinin bedel ödeme borcu, eserin teslimi anında muaccel olur. Eserin parça parça teslim edilmesi kararlaştırılmış ve bedel parçalara göre belirlenmişse, her parçanın bedeli onun teslimi anında muaccel olur. 2. Bedel a. Götürü bedel

MADDE 480- Bedel götürü olarak belirlenmişse yüklenici, eseri o bedelle meydana getirmekle yükümlüdür. Eser, öngörülenden fazla emek ve masrafı gerektirmiş olsa bile yüklenici, belirlenen bedelin artırılmasını isteyemez. Ancak, başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülebilip de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar, taraflarca belirlenen götürü bedel ile eserin yapılmasına engel olur veya son derece güçleştirirse yüklenici, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenemediği takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda yüklenici, ancak fesih hakkını kullanabilir. Eser, öngörülenden az emek ve masrafı gerektirmiş olsa bile iş sahibi, belirlenen bedelin tamamını ödemekle yükümlüdür. b. Değere göre bedel

MADDE 481- Eserin bedeli önceden belirlenmemiş veya yaklaşık olarak belirlenmişse bedel, yapıldığı yer ve zamanda eserin değerine ve yüklenicinin giderine bakılarak belirlenir. C. Sözleşmenin sona ermesi I.Yaklaşık bedelin aşılması

MADDE 482- Başlangıçta yaklaşık olarak belirlenen bedelin, iş sahibinin kusuru olmaksızın aşırı ölçüde aşılacağı anlaşılırsa iş sahibi, eser henüz tamamlanmadan veya tamamlandıktan sonra sözleşmeden dönebilir. Eser, iş sahibinin arsası üzerine yapılıyorsa iş sahibi, bedelden uygun bir miktarın indirilmesini isteyebileceği gibi, eser henüz tamamlanmamışsa, yükleniciyi işe devamdan alıkoyarak, tamamlanan kısım için hakkaniyete uygun bir bedel ödemek suretiyle sözleşmeyi feshedebilir. II. Eserin yok olması

MADDE 483- Eser teslimden önce beklenmedik olay sonucu yok olursa iş sahibi, eseri teslim almada temerrüde düşmedikçe yüklenici, yaptığı işin ücretini ve giderlerinin ödenmesini isteyemez. Bu durumda malzemeye gelen hasar, onu sağlayana ait olur. Eserin iş sahibince verilen malzeme veya gösterilen arsanın ayıbı veya iş sahibinin talimatına uygun yapılması yüzünden yok olması durumunda yüklenici, doğabilecek olumsuz sonuçları zamanında bildirmişse, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerinin ödenmesini isteyebilir. İş sahibinin kusuru varsa, yüklenicinin ayrıca zararının giderilmesini de isteme hakkı vardır. III. Tazminat karşılığı fesih

MADDE 484- İş sahibi, eserin tamamlanmasından önce yapılmış olan kısmın karşılığını ödemek ve yüklenicinin bütün zararlarını gidermek koşuluyla sözleşmeyi feshedebilir. IV. İş sahibi yüzünden ifanın imkânsızlaşması

MADDE 485- Eserin tamamlanması, iş sahibi ile ilgili beklenmedik olay dolayısıyla imkânsızlaşırsa yüklenici, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerini isteyebilir. İfa imkânsızlığının ortaya çıkmasında iş sahibi kusurluysa, yüklenicinin ayrıca tazminat isteme hakkı vardır. V. Yüklenicinin ölümü veya yeteneğini kaybetmesi

MADDE 486- Yüklenicinin kişisel özellikleri göz önünde tutularak yapılmış olan sözleşme, onun ölümü veya kusuru olmaksızın eseri tamamlama yeteneğini kaybetmesi durumunda kendiliğinden sona erer. Bu durumda iş sahibi, eserin tamamlanan kısmından yararlanabilecek ise, onu kabul etmek ve karşılığını vermekle yükümlüdür."

[371] Hakeri, 2020, a.g.k., ss. 389.

olabilen bir sözleşmedir. Sözleşmenin unsurlarına bakıldığında bir eser meydana getirme, bedel ve anlaşma unsurlarından oluşmaktadır[372].

Yargıtay'ın[373]:

"Hekimin bir sonuç taahhüdü altına girdiği durumlarda somut olaya eser sözleşmesi uygulanır. Bilindiği üzere, vekâlet sözleşmesinde bir sonuç taahhüdü bulunmaz. Vekil, vekâletini aldığı işi sadakat ve özen ilkelerince yerine getirmekle sorumlu olup, meydana gelen sonuçtan sorumlu tutulmaz. Oysa eser sözleşmesinde yüklenici, bir eser meydana getirme taahhüdünü vermiştir" diyerek "yapılan tıbbi işlemin sonucunun kesin olması" olarak eser sözleşmesini tanımlamıştır.

Yargıtay kararları incelendiğinde;

a) Yağ alma

(*yanlar arasında davacının göğüs küçültme, karın ve basen bölgesindeki yağları aldırmak üzere operasyon için anlaşma yapıldığı, uygulamanın gerçekleştirildiği, böylece taraflar arasındaki eser sözleşmesi kurulduğu anlaşılmaktadır.)*[374].

b) Karın germe operasyonu

(*Eser sözleşmesi hükümlerine göre, davalı doktorun yükümlülüğü taahhütlerine, tıbbın gereklerine ve iyi niyet kurallarına uygun şekilde estetik ameliyatı gerçekleştirmek, davacının yükümlülüğü de bedeli ödemektir. Davacı, davalı doktorun yükümlülüklerini yerine getirmediği, taahhütlerine ve tıbbın gereklerine uygun ameliyat yapmadığı, estetik amaçlı ameliyatın başarısız olduğunu ileri sürerek bu davayı açmıştır….. İstisna(eser) sözleşmesinin konusunu oluşturmaktadır)*[375].

d) Protez diş yapımı

(*….göre davacının diş tedavi ve protezlerinin yapımı öngörülmüştür. Burada sözleşme yapılmasının nedeni belli bir sonucun (eserin) ortaya çıkmasıdır. Eser, yüklenicinin sanat ve becerisini gerektiren, bir emek sarfı ile gerçekleştirilen sonuçtur…….eser sözleşme ilişkisidir)*[376].

e) Dişlere implant veya köprü yapılması

---

[372] Eren, 2019, Özel Hükümler, a.g.k., ss. 583-588.

[373] Y. 3. H. D. 08.02.2016 T., 2015/17764 E., 2016/1256 K. sinerjimevzuat.com (i.e: 26/01/2021).

Y. 13. H. D. 21/05/2012 T., 2011/11359 E., 2012/12808 K. sinerjimevzuat.com (i.e: 26/01/2021).

[374] Y. 3. H. D. 11.02.2016 T., 2015/1871 E., 2016/1669 K. sinerjimevzuat.com (i.e: 30.01.2022).

[375] Y. 3. H. D. 29.03.2016 T., 2015/11672 E., 2016/4827 K. sinerjimevzuat.com (i.e: 30/01/2022).

[376] Y. 3. H. D. 16.02.2016 T., 2015/3475 E., 2016/1891 K. sinerjimevzuat.com (i.e: 30/01/2022).

(*Taraflar arasında, davacıların dişlerine implant, köprü ve protez yapımı hususunda anlaşma yapıldığı, davalı diş hekimi tarafından uygulamanın gerçekleştirildiği; böylece, taraflar arasında eser sözleşmesi kurulduğu anlaşılmaktadır)*[377].

f) Diş çekimi veya dolgu yapılması

(*Taraflar arasındaki sözleşmeye göre davacı-karşı davalının diş tedavi ve protezlerinin yapımı öngörülmüştür. Burada sözleşme yapılmasının nedeni belli bir sonucun (eserin) ortaya çıkmasıdır. Eser, yüklenicinin sanat ve becerisini gerektiren, bir emek sarfı ile gerçekleştirilen sonuçtur. .... Eser sözleşme ilişkisidir)*[378].

g) Protez damak yapımı

(*Davaya dayanak yapılan maddi olgu, gerekli tedavi yapılmak suretiyle dişlerin gerçek işlevine kavuşturulmasıdır. Varılmak istenilen sonucun ve buna dayalı olguların hukuki nitelendirilmesi yapıldığında ise, yanlar arasında ..... Eser sözleşmesi ilişkisinin bulunduğu açıklıkla ortadadır)*[379].

h) Burun ameliyatı

(*Yanlar arasında, davacının yüzünün görünümünün daha estetik bir hale gelmesi konusunda davalı doktor ile estetik operasyon için anlaşma yapıldığı ve davalı doktor tarafından uygulamanın gerçekleştirildiği; böylece, taraflar arasında eser sözleşmesi kurulduğu ……)*[380].

i) Yüz gerdirme ameliyatı

(Davaya dayanak yapılan maddi olgu, yüz gerdirme estetik ameliyatı yapılmak suretiyle, istenilen ve kararlaştırılan biçime uygun güzel bir görünüm kazandırılmasıdır. Varılmak istenilen sonucun ve buna dayalı olguların hukuki nitelendirilmesi yapıldığında ise….eser sözleşmesi ilişkisinin ……)[381].

ı) Lazer epilasyon

(*işlemi Tarafların açıklamaları ile dosyadaki bilgi ve belgeler birlikte değerlendirildiğinde; taraflar arasındaki akdi ilişkinin…..eser sözleşmesinden kaynaklandığı açıktır)*[382] eser sözleşmesi içerisinde sayılmıştır.

Hekimlik sözleşmesi mevzuatımızda vekâlet sözleşmesi olarak alınırken eser sözleşmeleri de istisnai olarak eklenmiş bulunmakta[383].

---

[377] Y. 3. H. D. 15.04.2015 T., 2014/12673 E., 2015/6389 K. sinerjimevzuat.com (i.e: 30/01/2022).

[378] Y. 3. H. D. 23.02.2016 T., 2015/339 E., 2016/2393 K. sinerjimevzuat.com (i.e: 30/01/2022).

[379] Y. 3. H. D. 12.04.2016 T., 015/12780 E., 2016/5642 K. sinerjimevzuat.com (i.e: 30.01.2022).

[380] Y. 3. H. D. 11.04.2016 T., 2015/9077 E., 2016/5505 K. sinerjimevzuat.com (i.e: 30.01.2022).

[381] Y. 3. H D. 07.12.2015 T., 2015/12079 E., 2015/19759 K. sinerjimevzuat.com (i.e: 30.01.2022).

[382] Y. 3. H. D. 25.11.2015 T., 2015/11332 E., 2015/18789 K. sinerjimevzuat.com (i.e: 30.01.2022).

Yazar: Yargıtay, hekimin hastasına garanti verdiği estetik operasyonları doğrudan eser sözleşmesi olarak alıyor.

Vekâlet sözleşmesinde olduğu gibi eser sözleşmelerinde de işi yapan hekim sadakat ve ihtimamlı davranma konusunda yükümlüdür. Hekim mesleğinin gerektirdiği bütün görevleri yerine getirdiğini ispatla mükelleftir. Operasyon sonrası fotoğraflar karşılaştırıldığında hastanın dış görüntüsünde aleyhe bir durum varlığında gerekli raporların tanzimi için STK'ye dosyayı gönderip ziyanın vuku bulmasında tarafların kusur oranlarının belirlenmesi gereklidir[384].

Hastayı tedavi etme ve genel cerrahi operasyonlarını bu sözleşme içine alınamaz[385]. Hekim iyileştirme gibi bir borcu garanti edemez. Lakin eser sözleşmesinde garanti vardır. Bu garanti de maddi ve gayri maddi ortada var olmamış durumun garantisidir[386]. Burada istisnai olarak bir duruma değinmek lazım. Bütün estetik operasyonlar güzelleşme adı altında yapılmıyor. Bazı estetik operasyonlar tedavi amaçlı yapılır ki bu operasyonlar estetik adı altında olsa dahi eser sözleşmesi değil vekâlet sözleşmesi olarak alınır[387].

Eser sözleşmesine konu olan durumlar için tıbbi bir zorunluluk bulunmaması, acil bir durumun olmamasından kaynaklı olarak aydınlatma çok geniş ele alınmalı. Burada aydınlatmadan çok risk aydınlatılmasını geniş perspektiften ele alınması önem arz edecektir[388].

Kamu hastanelerinde yapılan estetik operasyonlar için hekim kamu personeli olmasından dolayı hekim hasta arasında bir sözleşme olamaz. Bundan dolayıdır ki hastane-hasta arasında hizmet ve tedavi sözleşmeleri olacaktır. Hekim-hasta arasında da dolaylı vekâlet sözleşmesi olacaktır. Eğer estetik operasyon özel hastanede yapılsaydı bu durumda eser sözleşmesi olarak ele alınırdı. Kamuda bu operasyon yapıldığında idari yargı ve yüksek mahkeme de hizmet kusurunda değerlendirmektedir[389].

---

[383] Aykın, Çınarlı, 2016, a.g.k., ss. 239.

[385] Arslan, 2020, a.g.k., ss. 400-422.

[386] Arslan, 2020, a.g.k., ss. 400-422.

[387] Arslan, 2020, a.g.k., ss. 400-422.

[388] Çankaya, F. (2019). Estetik Diş ve Estetik, Plastik ve Rekonstrüktif Cerrahide Hekimin Hukuki Sorumluluğu. İstanbul: ss. 244.

[389] Çınarlı, S. Avcıoğlu, E. Kızılkaya, A.S. (2013). Plastik ve Rekonstrüktif Cerrahinin İçerisinde Yer Alan Estetik Operasyonların Hukuki Olarak Nitelendirilmesi ve İdari Yargı Sürecine Etkileri. Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C-1, S-1, ss. 231-266.

5.4. Sözleşme Öncesi Sorumluluk (Culpa In Contrahendo)

Mevzuatımızda özel olarak kendisi adına düzenlemenin olmadığı hukuki bir mesuliyettir[390].

Culpa In Contrahendo sözleşme değil sözleşme benzeri hukuki ilişkidir. Sözleşme aktı yapılmadan önce sözleşme için gerekli konuların konuşulduğu, güven ilişkisine dayanan hukuki durumdur[391].

Dürüstlük ilkesi teorisinden gelmektedir. Bu sözleşmenin temelinin Medeni Kanun Madde 2'den kaynaklanmaktadır. Özen ve koruma kavramlarının can bulduğu borca aykırılık olarak bilinir[392].

Dürüstlük ilkesi bu sözleşmede doğuma sebep olduğu için akit öncesi sözleşme görüşmeleri yapılırken akittin kurulması için yeterlidir zira sonrasında ister sözleşme kurulur ister sözleşmeden vazgeçilir. Bu durum yine de sorumluluk yüklenmek adına borca aykırılığa dayanmasını önlemeyecektir. Özünde aslında haksız fiilden hükümlerinden dolayı istenebilecek tazminat da bu süreç içerisinde Culpa In Contrahendo'ya dayanmak suretiyle istenebilir. Tabi burada ki amaç borca aykırılık yapılan davranıştan dolayı sorumluluk hükümleri uygulanmasıdır.

Aynı zamanda Culpa In Contrahendo "akit görüşmeleri sırasındaki kusur" anlamına gelir. Culpa In Contrahendo'ya örnek olarak akittin imkânsız halde olması, şekil şartındaki aykırılık nedeniyle geçersizliğe yol açılması; geçersizliği öne sürerek karşı tarafın aydınlatılmasına engel olunması; akit kurulmadan önce yapılan müzakereler esnasında ihtimamlı davranışlarla karşı tarafın incinmesi ya da bir cismin hasarına sebebiyet verme gibi örnekleri sayabiliriz. Kendi kusurlu davranışlarıyla bu ilişkiyi bozan, mükellefiyetlere uymayan bu hareketler haksız fiil hükümlerinden değil de artık varlığa bürünmüş olan sözleşme bulunduğundan borca aykırılık hükümlerine göre işleme tabi tutulur. Tam da bu durumlardan dolayı dürüstlük ilkesinin ihlal edilmemesi adına, kanunun ruhuna dayanılarak bu davranışlarda bulunacak kimseler için zarar veren tarafa karşı Culpa In Contrahendo sorumluluğuna dayanarak tazminat isteminde bulunulabilir[393].

---

[390] Arslan, 2020, a.g.k., ss. 419.

[391] Ayan, M. (2016). Borçlar Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Seçkin Yayıncılık. ss. 164.

[392] Oğuzman, M.K. Öz, T. (2013). Borçlar Hukuku Genel Hükümler C-1. İstanbul: Vedat Kitapçılık. ss. 488-495.

[393] Oğuzman, Öz, 2013, a.g.k., ss. 488-495.

Hekim açısından Culpa In Contrahendo sorumluluğu nasıl oluşur sorusuna karşılık ise; akit dışı sorumluluk sınırları içerisinde edim mecburiyetinden bağımsız borç ilişkilerine değer biçmek adına; hekim hastayla akit kaydı olmadan önce akit görüşmeleri esnasında eğer hastayı bilgilendirip aydınlatmıyorsa, ikaz etmesi gereken konularda ikazını yapmıyorsa mecburiyetleri ihlal ettiği anlamına gelir. Hastasını bilgilendirip aydınlatması, yol göstermesi ve ikaz etmesi hekim açısından zorunluluktur. Hekim dürüstlüğü bertaraf edip yukarıda açıklamış bulunduğumuz durumlara uymayıp bu kusurlu davranışıyla da ziyana ya da ziyan tehlikesine sebebiyet veriyorsa hekim artık sorumluluktan kaçamayacaktır. İşte kaçınamayacağı bu sorumluluğa Culpa In Contrahendo diyeceğiz[394].

Hekim hastaya ziyan veriyorsa, dürüst davranmıyorsa, akit öncesi müzakereyse uygulanacak hükümler bizi Culpa In Contrahendo'ya götürecektir[395].

Hekim-hasta arasında herhangi bir akit var olmadan önce bu akit diyalogları sırasında konuyla ilgili yeterli-aydınlatıcı bilgi verilmemişse ya da gelecek bir zaman diliminde bir ziyan tehlikesi karşısında hastasına gerekli uyarıları yapmadığı durumda hekimin artık sorumluluğu Culpa In Contrahendo'dan dolayı olacaktır. Örnek verecek olursak eğer burun estetiği operasyonu geçirmiş olan bir hastanın ikinci bir burun estetiği operasyonu yapmak istemesi ve bununla ilgili bir başka plastik cerrahi uzmanıyla görüşme yaptıktan sonra uçakla istenilen yere gelmesinin hekim tarafından istenilmiştir. Plastik cerrahi uzmanı hastasından ilk burun estetiği operasyonunun ne zaman yapıldığına dair herhangi bir bilgi almadan hastayı görüşmeye davet etmesi ve hastanın da uçak yolculuğuyla davete icap etmesi olayında hasta yolculuk esnasında fenalaşıyor. Bu durumda hekimin Culpa In Contrahendo sorumluluğundan söz edilebilir. Olayımızda hasta akit kurulacağına var olan güvenden dolayı uçak yolcuğu yapmakta ve hekim üstüne düşen aydınlatmayı yapmadığından ötürü ortaya bir ziyan çıkmaktadır. Akit görüşmeleri esnasında güven ilişkisi baz alınıp yolculuk yapıldığından bahisle burnuna gelen zarardan ve yolculuk esnasında yaptığı masraflardan hekim Culpa In Contrahendo sorumluluğuna tabi olacaktır. Sözleşme kurulduktan sonra böyle

[394] Yeşiller, B.F. (2019). Hekimlik Sözleşmesi ve Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu. Ankara: ss. 113.

[395] Arslan, 2020, a.g.k., ss. 400-422.

bir sorumluluğa gidilemez. Bu sefer de sözleşmeden temel alan bir yükümlülük söz konusu olur[396].

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 13.02.2013 2012/13-1220 E., 2013/239 K. kararında akit kurulmadan önce güvene dayalı, dürüstlük kuralı ile kurulmuş olan sorumluluğa tanımlama yapmıştır.

"…. Kanunların çözüm öngöremediği öğretide yeni hukuki müessese ve sorumluluk türleri belirlenmesi yoluna gidilmiştir. Bu yeni belirlenen sorumluluk türlerinden olan sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk (culpa in contrahendo), sözleşme görüşmeleri sırasında taraflardan birinin diğerine dürüstlük kuralına aykırı davranması nedeniyle ortaya çıkan sorumluluk olarak tanımlanabilir. Zira sözleşme görüşmelerine başlanmakla taraflar arasında hukuki ilişki, başka bir deyişle bir güven ***ilişkisi*** *meydana gelmektedir. Bu güven* ***ilişkisi****, TMK M. 2'de ifade bulan dürüstlük kuralı uyarınca belli ölçüde karşı tarafın çıkarlarını gözetme, böylece bildirim, aydınlatma, boş yere güven vermeme, güveni boşa çıkarmama gibi birtakım özen yükümlülükleri doğurmaktadır. Bu özen yükümlülüklerine aykırılığa da sözleşmeden kaynaklanan borca aykırılığa ilişkin hükümler uygulanmaktadır"*[397].

5.5. Sui Generis (İsimsiz Sözleşme)

Borçlar Hukuku'nda bir serbesti vardır çünkü ister eşya hukuku olsun ister roma hukuku olsun onlar gibi "numerus clausus" ilkesi geçerli olmaz[398].

Borçlar Kanunu'muza özgü madde 26 çerçevesinde sözleşmede serbestlik tanınmıştır (TBK. M. 26). Taraflar sözleşmenin çerçevesini belirlemek adına isimli akit hazırlayabildikleri gibi karma ya da sui generis de hazırlayabilirler[399].

Bu sözleşmeler kanunda düzenlenme alanı bulmuş isimli akitlerin herhangi bir akit unsuru mevcut değildir. Lakin isimsiz karma sözleşme de olmazlar. Kendilerine benimsedikleri yeni akit unsurları vardır ki amaç yeni bir sözleşme yaratmak içindir. Basit bir şekilde oluşmazlar bir sentez, bütünlük arz ederler[400].

Gerçek manada yeni bir akit meydana gelir. Estetik anlamda sui generis akit olması görüşünde taraflar karşılıklı eylemleri bulunmaz güven ve ihtimamın fazlaca bulunduğu bir hukuki ilişki vardır ki bu yoğun hukuki ilişkide tıp

---

[396] Altun, Z. (2019). Plastik Cerrahın Estetik Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğunun Sözleşmesel Bağlamda İncelenmesi. İstanbul: ss. 92-93.

[397] Yargıtay Kararları. sinerjimevzuat.com (i.e: 06.09.2021).

[398] Işık, O. (2010). Yargıtay Kararları Işığında Hekimin Hukuki Sorumluluğu. Erzurum: ss. 93.

[399] Eren, 2019, Genel Hükümler, a.g.k., ss. 57.

[400] Eren, 2019, Özel Hükümler, a.g.k., ss. 949-951.

dünyasında ve kamu hukukunda her an irade de özgürlük olmayabilir. İnsan bedeni üzerinde yapılan eylemler olduğu için herhangi bir sözleşmeye değil kendine özgü sözleşme içine alınmalıdır[401].

Hekimlik sözleşmesine baktığımız zaman buna uygulanacak hükümler belirlemeye çalıştığımızda kuralların bol olması değil de kural olmadığı için sui generis sözleşmesi demek uygun düşer. Kıyas yolu seçilerek diğer sözleşmelerde var olan unsurların burada da uygulanabilir. Lakin ne özel hukukta ne genel hukukta kıyas yapılacak bir hüküm bulunmaması durumunda da hâkim somut uyuşmazlığa uygun kuralı belirleme yoluna gidecektir[402].

Hekimlik sözleşmesi kanunda bir düzenlenmeye yer bulmadığı için aitlik sözleşmeye dâhil edilir[403].

Doktrine bakıldığında her ne kadar sui generis sözleşmesini kabul eden taraf olsa da büyük bir kesim yazar bu görüşü desteklemediği için kabul görmemiş bir görüştür[404].

5.6. Karma Sözleşme (İsimsiz Sözleşme)

Karma sözleşme isimsiz akitlerdendir. Birkaç tipik akit özelliği taşımaktadır[405].

Kanunda düzenlenmiş veya düzenlenmemiş akitlerin birincil edimlerini toplayıp kanunun düzenlemediği bir şekilde akit yapmasıdır[406].

Hekim/doktorun hastasına çeşitli tedaviler uyguladığında bu uygulanan tedaviler çeşitli akitlerin konusu olabilmektedir. Örnek tedavi maksatlı bir işlem ile estetik amaçlı bir işlemin aynı anda uygulanması gibi. Örneğin diş hekiminin hem protez yapması hem de aynı anda dişe tedavi uygulaması gibi örnekler karma sözleşmeye birer örnektir[407].

---

[401] Altun, 2019, a.g.k., ss. 92-93.

[402] Serozan, R. (2006). Borçlar Hukuku Özel BölüM. İstanbul: Filizkitabevi. ss. 73.

[403] Işık, 2010, a.g.k., ss. 95.

[404] Kaçar, Y.N. (2018). Yanlış Tıbbi ve Tedavide Hekimin Hukuki Sorumluluğu. İzmir. ss. 21.

[405] Sarıtaş, 2005, a.g.k., ss. 33.

[406] Eren, 2019, a.g.k., Özel Hükümler, ss. 940.

[407] Sarıtaş, 2005, a.g.k., ss. 33.

5.7. Kusursuz Sorumluluk (Sebep Sorumluluğu)

Genel anlamda daha doğrusu geniş anlamda haksız fiil kusur sorumluluğu oluştururken aynı zamanda kusursuz sorumluluğu da oluşturmaktadır[408].

Babil Kralı Hammurabi kanunlarında hekimler için çeşitli cezalar öngörülmüştür. Bu cezalar belirlenirken kusurlu olup olmadığına bakılmayıp her durumda cezalandırma eylemi gerçekleştirilmiştir[409].

Hammurabi Kanunlarında (M.Ö. 1800-1750) senelerinde hekimlerin sorumlulukları belirlenmiş olup ön görülen cezalar belirlenmiştir[410].

Kanun koyucu hukuka aykırı fiil için "kusur" her ne kadar ana kural olsa da kusursuz sorumlulukta da istisnai bir durumdur. Yani bir kimsenin kusuruna dayanılamazsa dahi hukuka aykırılık teşkil eden fiilden dolayı var ola gelmiş ziyanı ödemeyle mükellef kılınmıştır[411].

Kamu hizmetlerindeki gelişmelerin seyrinde hızlı bir ivmenin olması, yönetim kaynaklı sorunlardan vuku bulan ziyanların tazmini belli bir süre sonra "hizmet kusuru" ile geçiştirilemeyecek düzeye geldi ki artık idari kararlarda içtihat haline gelen "sosyal risk" kavramıyla kusursuz sorumluluk yerini aldı[412].

Bu kavram ziyana sebep olma düşüncesinde filizlenmiştir. Sorumluluğun doğmasına sebep olan olayla ziyan arasında sebep-sonuç bağlantısı muhakkak olur. Kusur kavramı kusursuz sorumlulukta bir unsur olmayıp beli olgular vardır. Bu olguları sıralarsak eğer; hakkaniyet, özen ve tehlike sorumluluğudur[413].

Batı ülkelerine baktığımızda artık son dönemlerde tehlike sorumluluğu özel mevzuatlarla çok fazla gündeme gelmeye başladı. Bundan dolayıdır ki bu istisnai

---

[408] Hatemi, H. (1994). Borçlar Hukuku Genel Hükümler-Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku. İstanbul: Filizkitabevi. ss. 20.

[409] Aykın, Çınarlı, 2016, a.g.k., ss. 219.

[410] Sarıtaş, H. (2005). Hasta Hakları Açısından Hekim Sorumluluğu. Ankara: Bilge Yayınevi. ss. 4 Bkz: Demirhan Erdemir, A. (1994). Tıp Tarihi ve Deontoloji Dersleri Bursa: ss. 160. Hammurabi Kanunları, *Madde 218 "Eğer bir hekim bir kimseye tunç neşteriyle ağır bir yara yapar ve ölümüne neden olursa veya tunç neşteriyle göz perdesini açarken gözünü yok ederse, o hekimin elleri kesmeli.*

Madde 219 "Eğer hekim tunç neşteriyle bir Meşankak'ın (Eski Mezopotamyada sosyal durumu köleden yukarı, hür insandan aşağı olan kimse) kölesine ağır operasyon yapar, hasta ölürse yerine köle verilmeli."

Madde 220 "Eğer hekim tunç neşteriyle hastanın göz perdesini açar, gözünü harap ederse kölenin değerinin yarısını vermeli"

[411] Özel, Cansel, 2014, a.g.k., ss. 53.

[412] Özkarslı, O. (2008). İdarenin Kusursuz Sorumluluğu ve Risk İlkesi. Afyonkarahisar: ss. 94.

[413] Eren, 2019, a.g.k., ss. 549.

durum kural oldu diyebiliriz. Neredeyse kusur sorumluluğunun alanını bile daraltmaya başladı[414].

Borçlu borç ilişkisiyle ilgili kanunen yardımcılarına devir etmişse ve bu yardımcılar bu yetkiyi kullanarak bir başkasına ziyan yapılmışsa borçlu artık bu ziyan için mükellefiyeti doğmuş olacaktır (TBK. M. 116).

Culpa In Contrahendo'yu düşündüğümüzde yardımcı kişilerin verdiği ziyan borca aykırılıktan sorumluluk kavramı doğuyordu. O halde TBK. Madde 116'ya göre kusursuz sorumluluk hallerinin varlığı kabul edilmektedir. Artık akittin kurulup kurulmadığının hiçbir anlamı kalmayıp yükümlülük başlamış olacaktır[415].

5.7.1. Kusursuz sorumluluk ilkesinin özellikleri

Kusursuz Sorumluluğun genel olarak ilkelerine baktığımızda: İstisna olma özelliği (kusursuz sorumluluk idarede ana kural değil istisnai bir kuraldır. Kusur sorumluluğunda (hizmet kusurunda) kusura neden olan personel tespit edilip rücu müessesesi devreye girerdi. Kişi kusuru oranında kabahatini üstlenirdi. Lakin objektif sorumlulukta kusur şartı yoktur bundan dolayıdır ki rücu müessesesi devreye girmiyor, zarar bütün topluma paylaştırılıyor. Yargı makamları tamda bu sebepten dolayı öncelikle hizmet kusuruna kusur sorumluluğuna) bakarlar, herhangi bir hizmet kusuru tespit edilemediğinde objektif sorumluluğun ilkeleri doğrultusunda tazminata karar verilir), zararın olağandışı olma özelliği, zararın özel olma özelliği, kusurun ispatına gerek olmaması özelliği, objektif sorumluluk hali olması özelliği gibi durumlar taşır[416].

5.7.2. Kusursuz sorumluluğa ilişkin temel ilkeler

Özel hukuk açısından Borçlar Kanunu'muz Madde 65-71 arasında kusursuz sorumluluğa ait düzenlemeler olduğunu görmekteyiz (TBK. M. 65-71)[417].

---

[414] Eren, 2019, a.g.k., ss. 554.
[415] Oğuzman, Öz, 2013, a.g.k., ss. 436.
[416] Özkarslı, 2008, a.g.k., ss. 94-99.
[417] Borçlar Kanunu, B. Kusursuz sorumluluk
I. Hakkaniyet sorumluluğu
MADDE 65- Hakkaniyet gerektiriyorsa; hâkim, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin verdiği zararın, tamamen veya kısmen giderilmesine karar verir.
II. Özen sorumluluğu

5.6.2.1. Hakkaniyet sorumluluğu

Hakkaniyet sorumluluğu daha çok hakkaniyet düşüncesinden dolayı temel alır. Buradaki amaç kusur, tehlike ya da özen ihlali değildir. Bu durum TBK Madde 65'te kaleme alınmıştır.

---

1. Adam çalıştıranın sorumluluğu

MADDE 66- Adam çalıştıran, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür. Adam çalıştıran, çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz. Bir işletmede adam çalıştıran, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür. Adam çalıştıran, ödediği tazminat için, zarar veren çalışana, ancak onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahiptir.

2. Hayvan bulunduranın sorumluluğu

a. Giderim yükümlülüğü

MADDE 67- Bir hayvanın bakımını ve yönetimini sürekli veya geçici olarak üstlenen kişi, hayvanın verdiği zararı gidermekle yükümlüdür. Hayvan bulunduran, bu zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse sorumlu olmaz. Hayvan, bir başkası veya bir başkasına ait hayvan tarafından ürkütülmüş olursa, hayvanı bulunduranın, bu kişilere rücu hakkı saklıdır.

b. Alıkoyma hakkı

MADDE 68- Bir kişinin hayvanı, başkasının taşınmazı üzerinde bir zarar verdiği takdirde, taşınmazın zilyedi, o hayvanı yakalayabilir, zararı giderilinceye kadar alıkoyabilir; hatta durum ve koşullar haklı gösteriyorsa hayvanı diğer yollarla etkisiz hâle getirebilir. Bu durumda, taşınmazın zilyedi derhâl hayvan sahibine bilgi vermek ve sahibini bilmiyorsa, onun bulunması için gerekli girişimleri yapmak zorundadır.

3. Yapı malikinin sorumluluğu

a. Giderim yükümlülüğü

MADDE 69- Bir binanın veya diğer yapı eserlerinin maliki, bunların yapımındaki bozukluklardan veya bakımındaki eksikliklerden doğan zararı gidermekle yükümlüdür. İntifa ve oturma hakkı sahipleri de, binanın bakımındaki eksikliklerden doğan zararlardan, malikle birlikte müteselsilen sorumludurlar. Sorumluların, bu sebeplerle kendilerine karşı sorumlu olan diğer kişilere rücu hakkı saklıdır.

b. Zarar tehlikesini önleme

MADDE 70- Bir başkasına ait bina veya diğer yapı eserlerinden zarar görme tehlikesiyle karşılaşan kişi, bu tehlikenin giderilmesi için gerekli önlemlerin alınmasını hak sahiplerinden isteyebilir. Kişilerin ve malların korunması hakkındaki kamu hukuku kuralları saklıdır.

III. Tehlike sorumluluğu ve denkleştirme

MADDE 71- Önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur. Bir işletmenin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa, bunun önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme olduğu kabul edilir. Özellikle, herhangi bir kanunda benzeri tehlikeler arz eden işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğu öngörülmüşse, bu işletme de önemli ölçüde tehlike arz eden işletme sayılır. Belirli bir tehlike hâli için öngörülen özel sorumluluk hükümleri saklıdır. Önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin bu tür faaliyetine hukuk düzenince izin verilmiş olsa bile, zarar görenler, bu işletmenin faaliyetinin sebep olduğu zararlarının uygun bir bedelle denkleştirilmesini isteyebilirler."

5.6.2.2. Özen İlkesi

Kusursuz sorumluluk kavramları arasında en hafif olanıdır çünkü kusur yükümlülüğü ve tehlike yükümlülüğü arasında kalmaktadır. Tehlike durumu değil de biraz daha ihtimama dikkat edilememesinden kaynaklanan olağan bir yükümlülüktür. Çevre açısından bir tehlike durumu yaratmayıp ihtimam görevinde bir savsaklama mevcuttur[418].

5.6.2.3. Tehlike İlkesi

Sebep sorumlulukları arasında belki de en ağır olan sorumluluk türü olarak karşımıza çıkar[419]. Bu sorumluluk türünde kusura ihtiyaç duyulmaz[420]. Burada bir ihtimam veya himaye etme ihlaline de ihtiyaç duyulmaz[421]. Burada ki ana amaç tehlike ortaya çıkabilecek durumların önemli derecede yüksek olmasıdır[422]. Bahse konu tehlike arz eden durumların yerde, denizde, havada olması bir şeyi değiştirmez, tehlike arz etmesi yeterli olacaktır[423]. Örneğin baraj, motorlu araç, enerji iletmeleri yapısal olarak bünyesinde önemli derecede tehlike bulundurur[424]. Potansiyel olarak da bu tarz yerler diğer yerlere göre çevreye daha fazla zarar vermektedir[425]. Bünyelerinde bu potansiyel tehlikeleri barındıran işletmelerin, durumların sebep olacakları zararları da tazmin ile ödeme yükümlülüğü altında olurlar[426].

[418] Eren, 2019, a.g.k., ss. 556-569.
[419] Eren, 2019, a.g.k., ss. 556-569.
[420] Eren, 2019, a.g.k., ss. 556-569.
[421] Eren, 2019, a.g.k., ss. 556-569.
[422] Eren, 2019, a.g.k., ss. 556-569.
[423] Eren, 2019, a.g.k., ss. 556-569.
[424] Eren, 2019, a.g.k., ss. 556-569.
[425] Eren, 2019, a.g.k., ss. 556-569.
[426] Eren, 2019, a.g.k., ss. 556-569.

6. İDARENİN TAZMİNAT SORUMLULUĞU VE TAM YARGI DAVALARI

İdare hukukuna temel olan konularından biri de idarenin hukuki olarak sorumluluğu ele alan hizmet kusuru konularıyla beraber tam yargı davalarına konu olan olaylar da yer almaktadır[427].

İptal davaları, tam yargı davaları ve idari akitlerden temel alan anlaşmazlık olarak ortaya çıkan durumlar idari yargı sisteminde yer bulmuştur[428].

İdarenin hukuki sorumluluğunu var olup olmadığını idari yargılamaya has bir dava türü olan tam yargı davası 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanunu (İYUK) ile başlamıştır.

Hukuka aykırı olarak idarenin yapmış olduğu *"yetki, şekil, sebep, konu, maksat"* gibi durumlardan dolayı çıkarlarına tecavüz edilen, direk kişisel hakları bozulan ilgililerin açtığı davalardır (İYUK. M. 2/1 ve İYUK. M. 2/2).

Anayasamızda bu durumlardan dolayı eylem ve işlemleri için yargı yolunu açık bırakmış (T.C. Anayasası M. 125)[429], devlet kamu görevlileriyle beraber diğer kamu çalışanlarını da bu durumlardan dolayı görevlerini sadakat çerçevesinde yapılmasını emretmiş (T.C. Anayasası M. 129)[430], ayrıca kişilere

---

[427] Akgül, A. (2016). İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazmin Sorumluluğu ve Danıştay'ın Yeni Yaklaşımı. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XX, S.1, ss. 270.

[428] Tam Yargı Davaları Nedir? https://kadimhukuk.coM.tr/makale/tam-yargi-davasi-idari-yargida-tazminat-davalari/(i.e: 22.01.2022).

[429] T.C. Anayasa, *"B. Yargı yolu*

Madde 125 – İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. (Ek hüküm: 13/8/1999-4446/2 Md.) Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir. (...) (Ek cümle: 7/5/2010-5982/11 Md.) (...)68 Yüksek Askerî Şûranın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma hariç her türlü ilişik kesme kararlarına karşı yargı yolu açıktır. İdari işlemlere karşı açılacak davalarda süre, yazılı bildirim tarihinden başlar. (Değişik birinci cümle: 7/5/2010-5982/11 Md.) Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez. İdari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebilir. Kanun, olağanüstü hallerde, (...)69 seferberlik ve savaş halinde ayrıca milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık nedenleri ile yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlayabilir. İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür."

[430] T.C. Anayasa, "2. Görev ve sorumlulukları, disiplin kovuşturulmasında güvence

"Madde 129 – Memurlar ve diğer kamu görevlileri Anayasa ve kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunmakla yükümlüdürler. Memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu

anayasaca verilen hakların ve özgürlüklerin kısıtlanması, ihlali sebepleriyle görevli makamlara bildirim hakkı verilmiştir (T.C. Anayasası M. 40)[431].

İdareden kaynaklanan (ki bu durum iş, eylem, ihmal olabilir) sayılan nedenlerden dolayı ilgilinin ziyana uğrayıp bu ziyanın tazminatla karşılanması amaçlanan dava türüdür. Bu zarar maddi olduğu kadar manevi de olur. Bu dava idari davadır. Özel hukuktaki tazminat veya alacak davasına benzerliği olan bir idari davadır[432].

Belirlenen amaç idarenin sebep olduğu eylem ve işlemlerden dolayı bozulan mali durumun tekrar eski haline getirilmesidir[433].

Sağlık hizmetlerinden kaynaklanan tam yargı davalarına bakılacak olursa idarenin tazmin sorumluluğu için birkaç duruma bakılmaktadır. Bakılan durumlar arasında; hizmet kusuru varlığı, sağlık hizmetinin *kuruluşu, düzenlenmesi, işletilmesi* hususlarında çıkan bozukluklar gösterilir. Bunlarla beraber malpraktisler de bu başlık altına alınır[434].

Danıştay tam yargı davalarının tanımını şu şekilde yapmıştır:

"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."[435]

Danıştay tam yargı davasını bir başka kararında şöyle tanımlar :

---

niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları mensuplarına savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemez. (Değişik üçüncü fıkra: 7/5/2010-5982/13 Md.) Disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz. Silahlı Kuvvetler mensupları ile hâkimler ve savcılar hakkındaki hükümler saklıdır. Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir. Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idari merciin iznine bağlıdır."

[431] T.C. Anayasa, "XV. Temel hak ve hürriyetlerin korunması

"Madde 40 – Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir. (Ek fıkra: 3/10/2001-4709/16 Md.) Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır. Kişinin, Resmî görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır."

[432] Doğan, B. https://barandogan.av.tr/blog/vergi-ve-idare-hukuku/tam-yargi-davasi-ve-idareye-tazminat-davasi-nasil-acilir.html. (i.e: 12.12.2021).

[433] Hızal, A. (2015). Hatalı Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklı Tam Yargı Davaları. İzmir: ss.60.

[434] Akgül, 2016, a.g.k., ss. 288.

[435] D. 10. D. 15.05.2013 T., 2009/6118 E., 2013/4501 K. Danıştay Uyap Bilişim Sistemi(i.e: 23.08.2021).

"İlgililer haklarını ihlal eden bir idari işlem dolayısıyla Danıştay'a ve idare ve vergi mahkemelerine doğrudan doğruya tam yargı davası veya iptal ve tam yargı davalarını birlikte açabilecekleri gibi ilk önce iptal davası açarak bu davanın karara bağlanması üzerine, bu hususta kararın veya kanun yollarına başvurulması batinde verilecek kararın tebliği veya bir işlemin icrası sebebiyle doğan zararlardan dolayı icra tarihinden itibaren dava süresi içinde tam yargı davası *açabilirler."* hükümlerine yer verilmiştir[436].

Aslında Danıştay sağlık hizmetlerinden kaynaklı tam yargı davalarına bakıldığı zaman kusur izafelerinde "ağır hizmet kusuru" kavramından sıyrılıp "hizmet kusuru" nu kabul etmiştir[437].

Danıştay 15. D. 12.12.2013 T., 2013/4237 E., 2013/10653 K. sayılı kararında tam yargı davalarına bakılırken hizmet kusuru olarak;

"İdare hukuku ilkeleri ve Danıştay'ın yerleşik içtihatlarına göre, zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumunda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı hallerde, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için; zararın, idarenin ağır hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir. Bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetinden yararlananın zarara uğraması halinde, ***bu zararın tazmini, idarenin ağır hizmet kusurunun varlığı halinde mümkün olabilir"*** şeklinde kararlar verirken 2015 yılı itibariyle yargı kararlarında değişime gidilmiştir. Bu karar aşağıdaki örnekte çok net görülmektedir.

Danıştay 15. D. 18.02.2015 T., 2013/4361 E., 2015/890 K. sayılı kararındaysa;

".....zararın, idarenin hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir. "Bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan ***sağlık hizmetinden yararlananın zarara uğraması halinde, bu zararın tazmini, idarenin hizmet kusurunun varlığı halinde mümkün olabilir****……Uyuşmazlıkta, İdare Mahkemesince, davacının tedavisinde hizmet kusuru bulunup bulunmadığının tespiti amacıyla Adli Tıp Kurumu nezdinde bilirkişi incelemesi yaptırılmış olmakla birlikte; bilirkişi incelemesi sonucunda hazırlanan raporun uyuşmazlığın çözümünde yeterli olmadığı hususuna yönelik açıklamalar yapıldıktan sonra bu nedenle olayda* ***hizmet kusuru bulunup bulunmadığının net olarak ortaya konulamadığı****……"İdare Mahkemesince, esas itibariyle adalet işlerinde bilirkişilik görevi yapmak üzere kurulan Adli Tıp Genel Kurulu nezdinde, davacılar yakınına uygulanan teşhis ve tedavinin tıbbi kurallara uygun olarak yapılıp yapılmadığını irdeleyecek şekilde bir inceleme yaptırılması, bunun sonucunda olayda* ***davalı idarenin hizmet kusuru bulunup bulunmadığının yeniden belirlenmesi gerekirken,*** *uyuşmazlığın*

[436] D. 10. D. 12.2.2013 T., 2011/7919 E., 2013/905 K. Danıştay Uyap Bilişim Sistemi (i.e:18.01.2022). Bkz; Anayasa Mahkemesi Kararı, Nail Artuç, B. No: 2013/2839, 3/4/2014, ss. 38. https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr. (i.e: 25.10.2021).

[437] Akgül, 2016, a.g.k., ss. 279.

çözümü için yeterli olmayan bilirkişi raporuna dayalı olarak eksik inceleme sonucu verilen kararda hukuka uygunluk bulunmadığı….." denilerek bozma ile hüküm tesis edilmiştir.

6.1. Hatalı Tıbbi Müdahalelerden Doğan Tam Yargı Davalarının Şartları

Yazar; Tıbbi müdahalelerden doğan tam yargı davaları için belli şartları yerine getirmek gerekiyor. Bunlar; idareye ön başvuru şartını yerine getirmek, yetkili ve görevli bir mahkemede dava açmak, dava açma ehliyetine sahip olmak ve süreler yönünden yapılan düzenlemelere dikkat etmek gerektiğini vurgulamaktadır.

Tıbbi müdahaleden kaynaklı doğan tam yargı dava şartlarını aşağıda başlıklar halinde inceleyeceğiz.

6.1.1. İdareye ön başvuru şartı

İdari eylemlerden zarara uğrayanlar ilk olarak idareye başvuru zorunluluğu vardır. İdareye başvuru süresi otuz gündür[438].

İdarenin hukuka aykırı yaptığı eylemlerden veya idari eylemlerin ihmalinden dolayı zararını doğrudan idareden isteme hakkı vardır. Yazılı bir başvuru ile bu talep istenebilir. Bu durum sadece idari eylemler için zorunluluk olup idari iş veya sözleşmelerden kaynaklı ziyanlarda uygulanmaz. Daha doğrusu isteyen ilgili idareye başvurabilir ihtiyari bir durumdur sadece[439].

---

[438] İdari Yargılama Usul Kanunu, *"Doğrudan doğruya tam yargı davası açılması:*
Madde 13 – 1. İdari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gereklidir. Bu isteklerin kısmen veya tamamen reddi halinde, bu konudaki işlemin tebliğini izleyen günden itibaren veya istek hakkında otuz gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren, dava süresi içinde dava açılabilir." https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=2577&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5, (i.e: 12.12.2021)

[439] Mıhcı, M. https://mihci.av.tr/tam-yargi-davasi/ , (i.e: 12.12.2021).

6.1.2. Yetkili ve görevli mahkeme

Kural olarak tam yargı davalarında genel olarak yetki ve görev alan idare mahkemeleri olmakla beraber uyuşmazlık vergi konusu ise vergi mahkemeleri yetkili ve görevli mahkeme olacaktır. İstisnai durumlarda da Danıştay ilk derece mahkemesi sıfatıyla yetkili ve görevli mahkeme olmaktadır[440].

Görevli mahkemeler; İdare Mahkemesi (ilk derece mahkemesi), Vergi Mahkemesi (ilk derece mahkemesi), Bölge İdare Mahkemesi (istinaf mahkemesi), Danıştay (temyiz mahkemesi olmakla beraber bazı davalarda ilk derece mahkeme sıfatıyla görev yapmaktadır). Tam yargı davası idare ve vergi mahkemesinde açılmışsa eğer istinaf başvuru Bölge İdare Mahkemesine yapılır. Bunun temyiz yolu da Danıştay olacaktır[441].

6.1.3. Dava açma ehliyeti

Yargılama makamında davanın tarafları önemli olmasının sebebi hükmün taraflar arasında kurulmasından kaynaklanmaktadır. Somut hukuki çekişmede tarafların doğru tespiti yargılama hukuku açısından dava konusu getirilmesi, davayı yürütmede görev alacakları, kendileri açısından nihai kararı oluşturmaları açısından önem arz edecektir. Kimlerin davalı veya davacı olacağı kanunla belirlenmiştir. Esas hakkında hüküm kurulması ve ilamın kendisinden beklenen yararı gösterebilmesi, ilamın icra edilebilmesi için taraf ehliyetine sahip olmayı gerektirir [442].

Her insanın hukuk zemininde hak ve borçlara ehil olmasını hak ehliyetine bağlamaktadır (TMK M. 8)[443].

---

[440] Mıhcı, a.g.k., https://mihci.av.tr/tam-yargi-davasi/ , (i.e: 12.12.2021).

[441] Baran, a.g.k., https://barandogan.av.tr/blog/vergi-ve-idare-hukuku/tam-yargi-davasi-ve-idareye-tazminat-davasi-nasil-acilir.html, (i.e: 12.12.2021).

[442] Kale, S. (2010). Medeni Yargılamada Taraf Ehliyeti. İstanbul: 12 Levha Yayınları. ss. 1.

[443] Türk Medeni Kanunu, "*I. Hak ehliyeti*

Madde 8 - Her insanın hak ehliyeti vardır. Buna göre bütün insanlar, hukuk düzeninin sınırları içinde, haklara ve borçlara ehil olmada eşittirler.

II. Fiil ehliyeti 1. Kapsamı

Madde 9 - Fiil ehliyetine sahip olan kimse, kendi fiilleriyle hak edinebilir ve borç altına girebilir. 2. Koşulları a. Genel olarak

Madde 10 - Ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyeti vardır.

b. Erginlik Madde 11 - Erginlik on sekiz yaşın doldurulmasıyla başlar. Evlenme kişiyi ergin kılar.

Aynı kanunda Madde 9'da fiil ehliyetinden bahsedilmektedir. Madde 8'de hak ve borçlara altına girebilmeyi fiil ehliyeti varlığıyla olmaktadır. Genel olarak fiil ehliyetine sahip olabilmek için; ayırt etme gücüne haiz olmak, kısıtlı olmamak, 18 yaşını doldurmak (ergin), ya da mahkemece ergin kılınma şeklinde sübut bulur.

Dava açma ehliyetini Hukuk Muhakemeleri Kanunu dava şartı olarak kabul etmektedir (HMK M. 114)[444].

İdari iş ve eylemlerinden kaynaklanan durumlarda hakları zarara uğrayanlar tam yargı davası açabilecekleri hüküm altına alınmıştır (İYUK. M. 2/1-b).

Sağlık Hizmet Sunucuları tarafından kişilere verilen zararlarda kişi zarara uğradığını hak iddiasında bulunacağı zaman hukuki olarak korunacaktır. Bu hukuki olarak korunma idari yargıya özgü olarak ortaya çıkan tam yargı davalarıyla yapılmaktadır[445].

Tam yargı davasıyla davacı ihlal edilen hakkını korumak istemekte ve kendi menfaatine durum değerlendirilmesi yapılmasını istemektedir. Hakları muhtel olanlar idari iş ve eylemlerden dolayı verdikleri zarardan sorumlulukları kadar zararı karşılamak adına tazmin borcu altına girmektedir[446].

Lakin idari yargı yeri idarenin iş ve eylemlerden doğan zararlardan sorumluluk altına girebilmesi için birtakım şartlar mevcuttur. Bu mevcut olan şartlardan bir tanesinin yokluğu halinde idareye atfedilecek sorumluluğu bertaraf edecektir[447].

Aşağıdaki Danıştay kararında bu durum şöyle yansımıştır:

"İdarenin hukuki sorumluluğundan söz edebilmek için, bir zararın varlığı, zararı doğuran işlem veya eylemin idareye yüklenebilir olması, zararla işlem veya eylem arasında illiyet

---

c. Ergin kılınma Madde 12 - On beş yaşını dolduran küçük, kendi isteği ve velisinin rızasıyla mahkemece ergin kılınabilir.

d. Ayırt etme gücü Madde 13- Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir."

[444] Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Dava Şartları

" d) Tarafların, taraf ve dava ehliyetine sahip olmaları; kanuni temsilin söz konusu olduğu hâllerde, temsilcinin gerekli niteliğe sahip bulunması.

e) Dava takip yetkisine sahip olunması.

f) Vekil aracılığıyla takip edilen davalarda, vekilin davaya vekâlet ehliyetine sahip olması ve usulüne uygun düzenlenmiş bir vekâletnamesinin bulunması."

[445] Akgül, A. 2012, a.g.k. ss. 485-498.

[446] Akgül, A. (2009). Tam Yargı Davalarında Zararın, Zarar Görenin Kendi Kusurundan Kaynaklanması. Terazi Dergisi, Yıl-4, S-32, ss. 113.

[447] Akgül A. 2009, a.g.k. ss. 490.

bağının bulunması gerekli olup, bu genel koşullardan birinin yokluğu kural olarak idarenin sorumluluğunu kaldırır. Gerçekten, ortada bir zarar yoksa idarenin tazminat ödemesi söz konusu olamayacağı gibi, idare veya idari faaliyetle ilgisi olmayan bir zararı idareye ödettirme yargılama işlevi dışında olanağı da yoktur. Zararla idari faaliyet (idari eylem veya idari işlem) arasında doğrudan doğruya bir ilişkinin yokluğu halinde idarenin hukuki sorumluluğundan söz edilemez"[448].

Yazar; Danıştay kararına bakılarak denilebilir ki idarenin yükümlülük altına girebilmesi için ziyan kavramı, oluşan bu ziyanın idareye yüklenebilmesine ve en son olarak da illiyet rabıtasına ihtiyaç duyacaktır. Yukarıda sayılan durumlardan birinin eksikliği idarenin yükümlülük altına girmesini önleyecektir.

6.1.4. Süre

Dava açma süresi eğer özel kanunda düzenlenen bir durum yoksa Danıştay ve idare mahkemelerinde bu süre altmış gün olacaktır. Aynı durum vergi mahkemelerinde otuz gün olarak kaleme alınmıştır (İYUK. M. 7).

İdarenin yapmış olduğu eylemlerden hakları tecavüze uğrayanlar bu tecavüzü öğrendikleri andan itibaren bir yıl ve eylem tarihinden sonra beş yıl içinde bu tecavüzü meydana getiren idareye başvuru yapabilirler (İYUK. M. 13).

[448] D. 10. D. 31.10.2006 T., 2003/4333 E., 2006/6212 K. Danıştay Bilgi Sistemi.(i.e: 17.01.2021).

7. ÖLÜMLE SONUÇLANMAYAN MALPRAKTİSLERDEN KAYNAKLANAN TAM YARGI DAVALARINDA ATK RAPORLARININ DANIŞTAY'A ETKİLERİ

7.1. Bozma Kararları

Yazar; Danıştay'ın bozma kararları birkaç başlık altında ele alındı.

7.1.1. Eksik inceleme denilerek bozma kararları

Karar-1: D. 10. D. 26.05.2021 T., 2019/10961 E., 2021/2672 K.[449]

"17 yaşında olan davacı 11/07/2000 tarihinde ……Hastanesi'ne başvurmuştur. ***Davacının bu başvurularının çoğunun baş ağrısı ve halsizlik şikâyetlerine dayanmış, buradaki tetkik ve muayeneleri 2006 yılına kadar devam etmiştir.*** *Bu konuda düzenlenen hasta kayıt formları ve muayene ve tetkik kayıtları incelendiğinde, tetkik ve muayenelerinin hastanenin Acil Tıp, Nükleer Tıp, Kardiyoloji, Endokrin ve Diş poliklinikleri tarafından defalarca yapıldığı, bu tetkik ve muayeneler sonucunda hipertansiyon tanısı ile kimi zaman ilaç tedavisi ve istirahat, kimi zaman da yeniden kontrole gelmesi şeklinde raporlar düzenlenmiştir……. Hastanesi tarafından düzenlenen 01/08/2006 tarihli pediatrik EKO raporu ve* ***02/08/2006 tarihli epikriz formuna göre davacının yüksek tansiyon probleminin kardiyak kökenliği olduğu, doğuştan aort koarktasyonu olduğu sonucuna varılmış,*** *adı geçen Hastane tarafından davacıya* ***02/08/2006 tarihinde balon tedavisi, 02/02/2007 tarihinde anjiyo uygulanmış ve kişinin damarındaki darlık açılamayınca 26/03/2008 tarihinde stent takılmıştır.*** *Bunun üzerine davacı tarafından…… maddi ve manevi tazminat istemiyle bakılan dava açılmıştır.*

17 yaşında 11/07/2000 tarihinde baş ağrısı halsizlik şikâyeti ile başvurduğu ….. Fakültesi'nde ***Kardiyoloji polikliniğinde muayene edilmesine rağmen hep hipertansiyon üzerinde durularak teşhis ve tedavi bu yönde ilacın değiştirilmesi doğrultusunda yapılmış olup, hipertansiyona neden olacak asıl sebebin teşhisine yönelik EKG, EKO gibi tetkiklere başvurulmamıştır****. Davacı tarafından ise, …….Hastanesi'ne başvurması akabinde Kardiyoloji bölümüne sevk edildiği, burada görevli Prof.Dr. … Tarafından 1 ay kadar tahliller yapıldığı, bu tahlil süreci boyunca devamlı rahatsızlandığı ve acile kaldırıldığı, bu tahliller sonucunda hipertansiyon teşhisi konulduğu ve buna yönelik ilaç tedavisine başlanıldığı, verilen ilaçlara yeterli tepki vermediği gerekçesiyle ilaçların dozunun sürekli olarak artırıldığı, uzun yıllar geçmesine rağmen iyileşmek bir yana sağlık durumunun daha da kötüye gittiği, en son olarak…… de uygulanan tedaviden sonuç alınamadığı problemlerin*

[449]Danıştay Kararları. https://www.sinerjimevzuat.coM.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-5975#(i.e: 31.01.2022).

geçmemesi akabinde…. Hastanesi'ne başvurduğunda, burada Radyodiagnostik Ana Bilim Dalı tarafından tomografisinin çekildiği ve doğuştan kalbi besleyen aort damarı darlık ve aort kapağında yetmezlik olduğunun ve rahatsızlığının bu yüzden meydana geldiğinin tespit edildiği, rahatsızlığın doğuştan mevcut olan aort koarktasyonu olduğu, bu teşhisin 01/08/2006 tarihli…Hastanesi Pediatrik Ekokardiyografi raporu ile doğrulandığı, tedavisine…….Hastanesi'nde devam edildiği, balon tedavisi ve anjiyo sonrasında stent takıldığı, ……. Hipertansiyonun asıl sebebinin araştırılmadan ***6 yıl boyunca eksik teşhis ve tedavi sebebiyle yıllarca kullanmaması gereken ilaçları kullanmak zorunda kaldığı, 2000 yılında doğuştan var olan damar tıkanıklığı sorunu EKG, EKO gibi tetkikler yapılmış olsaydı teşhis edilip o zaman basit bir operasyon ile tedavisi mümkün iken (anjiyo vs.), 6 yılda durumunun ilerleyerek balon ve anjiyodan sonuç alınamadığından stentle yaşamak durumunda kaldığı iddia edilmektedir.***

Aort koarktasyonu doğuştan var olan bir anomali olup aortun kalpten başlayarak bacak damarlarına kadar herhangi bir bölgede daralmasıdır. ***Koarktasyonlu hastalarda şiddetli baş ağrıları ve yüksek tansiyon en önemli belirtileridir. Nasıl teşhis edileceği açısından ise bu anomali kalp büyümesine neden olacağından teşhis rehberinde, bilgisayarlı tomografi, kalp kateterizasyonu, anjiyografi, EKG'de kalp büyümesi, EKG ise bu anomalinin neden olduğu kalp damar değişiklikleri görüleceği vurgulanmaktadır.***

Davalı idare tarafından dosyaya sunulan poliklinik randevu listesinde, davacının ***12/07/2000, 23/05/2001, 13/09/2002, 10/07/2003, 11/10/2004, 02/01/2006 tarihlerinde Kardiyoloji uzmanı tarafından muayene edildiği*** *görülmekte olup, 10/07/2003 tarihli konsültasyon formu ve tarihsiz bir muayene formu dışında Kardiyoloji bölümünde yapılan muayene ve tetkiklerine ilişkin kayıt bulunmamaktadır.* ***Hipertansiyon şikâyetinin neden kaynaklandığının tespitine yönelik Kardiyoloji bölümünde hangi tetkiklerin yapılmış olduğu, tetkik sonuçlarında hangi bulgulara rastlandığı dosyadan anlaşılamamaktadır.***

Mahkemece, davalı idarenin tanı ve tedavi işlemlerinde kusurunun olup olmadığının tespiti için Adli Tıp Kurumundan görüş istenilmesi üzerine, Adli Tıp Kurumu, davacının yukarıda belirtilen tarihlerde yapılan muayenelerine ilişkin muayene bulguları kayıtlarını, yapılan EKO ve EKG tetkiklerinin var ise gönderilmesini istemiş, Mahkemenin, ilgili kayıtların sunulmasının istenilmesine ilişkin 24/12/2010 tarihli ara kararına cevaben davalı idare tarafından, hasta dosyasının arşivde olmaması nedeniyle muayene bulguları kayıtları, ***EKG, EKO gibi tetkiklerin bulunamadığı belirtilerek, dosyaya sunulamamıştır.***

Olayla ilgili olarak düzenlenen Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulu'nun raporunda, ***2000 yılında esasiyeler hipotansiyon tanısı olarak tedavisinin*** *başladığı,* ***2000-2006 yılları arasında değişik tarihlerde başvurduğu ve burada hipertansiyona yönelik gerekli tetkik ve tedavilerin yapıldığının anlaşıldığı****, 02/08/2006 tarihinde aort koarktasyonu tanısı konularak gerekli tedavinin yapıldığı, kişide mevcut tetkik ve muayene bulgulara yönelik yapılan tüm işlemlerin tıp kurallarına uygun olduğu yönünde görüş verildiği,* ***söz konusu kurulda Kardiyoloji uzmanı ve kalp-damar cerrahının bulunmadığı,*** *kişideki var olan anomalinin kalp alanında uzman olan hekimlerin katılımının olduğu bir heyet tarafından değerlendirilmesi gerekirken kalp damar alanında uzmanlığı olmayan 3 adli tıp uzmanı, 1 ortopedi, 1 iç hastalıkları uzmanı tarafından raporun hazırlandığı, 6 yıl boyunca*

hipertansiyonun altında yatan nedene yönelik yapılması gerekip de yapılmayan tetkikler, 6 yıl boyunca aynı teşhis olan hipertansiyon üzerinden gidilerek tek yapılanın ilacın dozunu değiştirmek olmasının eksiklik olup olmadığı hususunun irdelenmediği anlaşılmaktadır. Öte yandan ***Adli Tıp 3. İhtisas Kurulu tarafından, eksikliği tespit edilerek incelenmek üzere …….'dan dan EKG, EKO tetkikleri istenmiş, idare bu kayıtların mevcut olmadığını bildirmiş olup, hastalığın teşhisi ve yapılan tıbbi uygulamaların değerlendirilmesi açısından son derece önemli olan EKO, EKG gibi kayıtlar olmadan, davacının hipertansiyon şikâyetinin sebebinin belirlenmesine yönelik Kardiyoloji bölümünde hangi tetkiklerin yapılmış olduğu bilinmeden raporun düzenlendiği görülmektedir.***

Davacının, hakkında uygulanan tedavileri ve zararlı sonucun sebebini öğrenmesine ve görüşüne başvurulan kurul tarafından da sağlıklı değerlendirme yapılabilmesine yarayacak ***tıbbi kayıtların noksan olması, idare tarafından gönderilememesi*** *dolayısıyla tedavi süresinde gelişen olaylarla ilgili maddi gerçeğe (rahatsızlığının nedenine) ulaşılması açısından engel teşkil etmeyecektir.*

Somut olayda, 17 yaşında tansiyon yüksekliği şikâyeti ile hastaneye müracaat eden davacının, 2000-2006 yıllarında ***6 kez Kardiyoloji bölümünde muayene edildiği de*** *gözetildiğinde, aort koarktasyonu hastalığının gereken her türlü tetkikin yapılması halinde de tespit edilememesinin mümkün olup olmadığı, söz konusu rahatsızlığın teşhisi için yapılması gereken tetkikler (EKO, EKG, tomografi, MR) bu tetkiklerin olmamasının tıbbi uygulamada eksiklik oluşturup oluşturmayacağı, 6 yıl boyunca hipertansiyon tanısı üzerinden tansiyon ilacının dozuna yönelik yapılan uygulamanın eksiklik olup olmadığı, bu süreçte yüksek tansiyonun altında yatan sebebin araştırılmamasının eksiklik olup olmadığı, erken teşhis halinde erken bir dönemde kişinin anjiyo ve balon uygulaması ile şifa bulup bulamayacağı, 6 yıllık bir gecikmenin stent takılmasına neden olup olmadığı, hastalığın erken döneminde nasıl bir tedavi uygulanması gerektiği, erken teşhis ve tedavi edilmemiş olmasının, davacının iddia ettiği şekilde 6 yıl boyunca teşhis ve tedavide gecikme yaşanmasının bedensel zararlara yol açıp açmadığı hususlarının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Bu durumda, ilgili uzman hekimlerin (Kardiyoloji uzmanı ve kalp-damar cerrahı uzmanı) katılımının sağlandığı Adli Tıp Üçüncü Üst Kurulundan, yukarıda belirtilen hususların açık, anlaşılır şekilde cevaplandığı rapor alınarak olayda davalı idarenin hizmet kusurunun bulunup bulunmadığı belirlenmelidir.*

Öte yandan yeniden alınacak rapor neticesinde davalı idarenin hizmet kusurunun bulunduğu açıkça ortaya konulamaması sonucu maddi tazminat şartları oluşmadığı kanaatine varılması halinde dahi tıbbi yaklaşımda bir eksiklik saptanırsa (belgelerde eksiklik) sonuca etkili olmasa da kişilerde idari hizmetin eksik işletildiği algısına neden olacağı göz önüne alınarak manevi tazminatın zenginleşme aracı olmayıp manevi tatmin aracı olduğu bu nedenle fahiş değil makul oranlarda hükmedilmesi gerektiği hususunun da değerlendirmede dikkate alınacağı açıktır. … İdare Mahkemesi'nin BOZULMASINA"

Hastanın sağlık kurumuna başvurma nedeni baş ağrısı ve halsizliktir. Hasta Acil Birim, Nükleer Tıp, Diş Bölümü, Endokrin ve Kardiyoloji bölümlerinde çeşitli zamanlarda defalarca muayene olmuştur. Bu bölümlerde hipertansiyon tanısıyla tedavi görmüştür. 2000 yılında baş gösteren bu tedavi trafiği 2006 yılında yüksek tansiyonun kök nedeni olarak kardiyak kökenli olduğu saptanmış olup önce balon tedavisi sonra

anjio ve nihayetinde darlık, kontrol altına alınamayınca da 2008 yılında stent uygulaması yapılmıştır. Hipertansiyona neden olabilecek olan asıl nedene teşhis koyacak olan EKO, EKG, ekokardiyografi gibi tetkikler yapılmamıştır. Doğuştan var olan aort koarktasyonu tanısı konulmadan hipertansiyon tanısı tedavisi 6 yıl boyunca devam etmiştir. Kullanmaması gereken ilaçları kullanmış nihayet basit bir ameliyatla (anjiyo) yapılabilir iken olay stent ile ömür boyu son bulmuştur.

Bahse konu karar incelendiğinde; yerel mahkeme kararının ATK raporuna dayanarak karar verildiği ancak şahsın hastalığında temel olan nedenlerin bilinmediği, ATK 3. İhtisas Kurulunda Kurul heyeti içinde Kardiyoloji uzmanı ve Kalp ve Damar Cerrahisi Uzmanının olmaması nedeniyle Danıştay tarafından kararın bozulduğu görülmektedir. Çünkü şahıs 6 yıl boyunca Hipertansiyon tedavisi görmekte Kardiyoloji uzmanı tarafından da muayene edilmektedir. Ancak İdare ATK'ye bununla ilgili ne EKO ne EKG sunmuştur. Geçen 6 yıl boyunca kesin tanının konulmamış olması, konulsaydı dahi durumun daha az zararla kurtarılıp kurtarılmayacağı, 6 yıl boyunca alınan tedavinin kişinin sağlığı üzerinde nasıl bir zarara sebep verdiği bilirkişi mütalaası ile netleşmesi gereken konulardır.

D. 10. D. bozma kararına yazar da katılmaktadır. Şöyle ki; ATK raporlarında ilgililerin hastalık tanıları bazında kurulda mevcut hastalık tanısıyla ile ilgili uzmanlık dallarının olma zorunluluğunun olması elzemdir. Kararımızda ilgili dalda hazırlanacak yeni bir bilirkişi mütalaasında Kardiyoloji ve Kalp Damar Cerrahi uzmanlarının görüşlerinin de mutlaka olması gerektiği kanaatindedir.

Kaldı ki kararda idare tarafından tanzim edilmeyen evrakın varlığı nedeniyle dahi bozmayı gerektirecek bir karar olduğu aşikârdır.

Karar-2: D. 15. D. 16.05.2016 T., 2013/4526 E., 2016/3551 K.[450]

*"11/02/2007 tarihinde ……. **Hastanesinde gerçekleşen doğumu sırasında hatalı tıbbi tedavi uygulandığından bahisle çocukları E. G. A. %98 oranında engelli olarak dünyaya gelmesi** nedeniyle bebek, anne ve baba için uğranıldığı ileri sürülen maddi ve manevi. Tazmini açılmıştır. ……. İdare Mahkemesi'nce;3. Asliye Ceza Mahkemesinin dosyasında yaptırılan inceleme sonucu sunulan rapor hükme esas alınarak, sunulan sağlık hizmetinin tıp kurallarına uygun işletildiği dolayısıyla davalının tazmin sorumluluğunun bulunmadığı gerekçesiyle, dava konusu işlemin iptali isteminin incelenmeksizin reddi, tazminat isteminin reddine karar verilmiştir.*

[450] Danıştay Kararları. sinerjimevzuat.com (i.e: 31.01.2022).

1 - Davacılardan Ş.A. 11/02/2007 tarihinde saat 02.00 sularında "gebelik sancısı" ile davalı idare bünyesinde faaliyet gösteren……. Hastanesi acil servisine başvurmuştur.
2-Hastanın vajinal muayenesinde; servikal açıklığın 3 cm, servikal silinmenin(yumuşamanın) %70, baş seviyesinin -3, poş(+), ÇKS'nin 132/dk, baş geliş olduğu tespiti üzerine hastanın doktor F.A. adına ebe G. M. Tarafından yapılmıştır.
3 - Gelişen süreçte, hastanın NST sancı takibi yapılmış, hastaya lavman uygulanarak hasta spontane takibe bırakılmış, saat 05.15 ve 06.45'te hastanın vajinal muayenesi ve ÇKS takibi yapılmış, saat 07.40'ta ise vajinal muayene yapılmış ve NST çekilmiştir.
4 - Hasta saat 08.35'te nöbeti devralan ebe S.B.'ye devredilmiştir.
5 - Saat 10.00'da servikal açıklık 6 cm, servikal silinme %90, baş seviyesi -2, poş(-), amniyon sıvısı berrak, ÇKS 138, NST çekildiği, indüksiyon + 2 ampmolit uygulandığı, saat 10.30'da açıklığın ve silinmenin tam olduğu, ÇKS'nin ise 110/dk olması üzerine Anestezi Teknisyeni O.G., Doktor R.T. (Pratisyen Hekim) ve Doktor A.Y.(Üroloji Uzmanı)'ın çağrıldığı, saat 10.40'ta ÇKS'nin 100/dk, saat 10.50'de 80/dk olduğu, saat 11.00'da canlı 3200 gram ağırlığında bebeğin epizyotomili olarak doğurtulduğu ve doktor F. A.'a bilgi verildiği anlaşılmaktadır.

6- Bebeğin doğum sonrası ilk muayenesinde; renginin beyaz, solunumunun olmaması, siyonize ve kalp atımlarının zayıf olması üzerine bebek entübe edilmiş, aspirasyon uygulanmış ve spontan solunumun geri gelmesi üzerine bebek, sağlık personeli eşliğinde ambulansla kuvöz ortamı mevcut olan ……Fakültesi Hastanesi Yenidoğan servisine nakledilmiştir.

7- Bebeğin durumu kayıtlara ***%98 oranında engelli olarak geçse de bebek hayatını 10/04/2009 tarihinde kaybetmiştir.***

8 - Davacı taraf ……. Hastanesi'nin doğumda bulunan ve bulunması gereken ilgili personeli hakkında Cumhuriyet Başsavcılığı'na suç duyurusunda bulunduğu gibi aynı personel hakkında 'şikayette bulunmuştur.

9 - Şikâyetle ilgili olarak hazırlanan ve ……. Valiliği'ne(Sağlık Müdürlüğü) sunulan ***ön inceleme raporu özetle; hekim ve ebelere kusur atfeder niteliktedir.(Detayları uyuşmazlığın değerlendirilmesi kısmında ele alınacaktır)***

İdare Mahkemesi'nce Hükme Esas Alınan Bilirkişi Raporu; Bebeğin doğumuyla ilgisi bulunan doktor ve ebe hakkında "görevi kötüye kullanma" suç isnadıyla ……. 3. Asliye Ceza Mahkemesinde (E:2007/525) kamu davası açılmıştır. ……. 3. Asliye Ceza Mahkemesi'ne sunulan ve İdare Mahkemesi tarafından da hükme esas alınan **Adli Tıp Kurumu özetle***; " ... Miadında doğum sancılarıyla hastaneye müracaat eden hastanın yatırıldığı, doğum hazırlıklarının yapıldığı, NST, ÇKS takiplerinin, vajinal muayenesinin yapıldığı, ilk geliş ve takip NSTlerinin reaktif olduğu, bebeğin sıkıntıda olduğunu gösterir bulgu olmadığı, ÇKSlerinin normal olarak alındığı, annenin genel durumunun iyi olduğu, doğum eylemi başladığında hastanın doğum için masaya alındığı,* ***doğumun zor doğum olduğu****, müdahale edecek ekibin çağırıldığı, doğumun normal vajinal doğum olduğu, hemen entube edilerek derin trakealaspirasyon yapıldığı, bebeğin spontan solunumu gelince ekstube edilerek ileri bir merkeze ambulansla sevk edildiği, yapılan tüm bu işlemlerin tıp kurallarına uygun olduğu" ifade edilmektedir.*

Uyuşmazlığın Çözümünde Eksikliği Tespit Edilen Hususlar;

1 - Olayla ilgili olarak başlatılan idari soruşturma kapsamında hazırlanan ve dikkate değer bulunduğundan değinilmesinde yarar görülen ön inceleme raporunda yer alan tespitler ve varılan kanaat şöyledir:

*a - **Doktor F.A.; nöbetçi ebe S.B'nin hastayı takip etmesinde, ağrısını indüklemesinde, müdahaleli doğum yaptırmasında her şeyi usulüne uygun yaptığını, uygulamada ve tedavide hata bulunmadığını ifade ederek ebenin uygulamalarına ve indüksiyon takmasına onay vermiştir.***

*b - **Nöbetçi ebe S.B. de hastanedeki ebelerin travayı hızlandırmak için sancı takviyesi olarak indüksiyon yaptıklarını, bu durumu doktorların bildiğini, indüksiyon takamayacakları hususunda hiçbir doktorun kendilerini uyarmadığını ifade etmiştir**.*

*c - **Bilirkişi olarak ifadesine başvurulan ……Hastanesi hekimlerinden Op. Dr. D.A.nın da belirttiği üzere, nöbetçi ebe Senem Bayrak'ın indüksiyon uygulamasının bu vakada "kontrendike" olduğu**(bu tespite ulaşmada, NST tetkikinde sancıların 100 mm. Hg basıncının üzerinde olması, ÇKS sesinin çocuğun anne karnında oksijensiz kaldığını gösteren "geç desselerasyon" bulgusu içermesi gösterilmiştir) tespit edilmiştir.*

*d - Bu vakada **indüksiyon anne karnında oksijensizlik çeken çocuğun daha fazla oksijensiz kalmasına sebep olmuştur. Sancısı 100 mm. Hg tazyikinin üzerinde olan hastada indüksiyon, rahimde patlama(rüptür) tehlikesi yaratır**. Onun içindir ki "indüksiyon=doktor+hasta" denklemi tıbbi bir kuraldır. Denklemdeki doktorun yerine ebe ve hemşire konulamaz. Bu özürlü doğum vakası, bu denkleme uymadan yapılan indüksiyonun hazin bir neticesidir.*

*e - NST'deki oksijensizlik ve fötaldistres belirtisi olan "geç desselerasyon" u doğru okuyamayan nöbetçi ebe Senem Bayrak indüksiyonu taktıktan sonra artan fötal oksijensizlik neticesinde daha da artan "fötalbradicardi"yi (80/dk) kulağı ile dinleyerek tespit ettiği, oksijen koklattığı saptandı. **Narkoz teknisyeni O.G. çocuğun boğazından temizlediği mekonyum da oksijensiz kalan bebeğin başka bir belirtisidir**.*

*f - Hastanın, hastaneye doğum sancısı ve kanama şikâyeti ile geldiği anlaşılmaktadır. **Zor doğum nedeniyle intrauterinfötalasfiksi söz konusudur. Hastanın kanama sebebi araştırılmamıştır.** Plasenta dekolmanı(ayrılması)/anormalliği, yetersizliği, kordon anomalisi ve düğümlenmesi, plasenta lokalizasyonu, baş pelviks uyuşmazlığı, doğum yolu anomalileri, çocuğun geliş, duruş ve pozisyonu araştırılıp ultrason vs. yardımı ile tespit edilip müşahadeye kaydedilmesi gerekirken bunlar yapılmamış doktor hastayı muayene dahi etmemiştir.*

*g - Vakada **3 kez NST grafisi çekilmiş olmasına rağmen, doktor tarafından değerlendirilmemiştir. Şayet değerlendirilmiş olsa idi, sancı indüksiyonu yapılmaması gerekirdi.***

*h - **Doğumu evinden telefonla yöneten Doktor her iki ebe tarafından da telefonla aranmış, yapılacak işlem için arama yapılacağı yerde, yaptıkları işlem hakkında bilgi vermişlerdir. Bu da ebelere, doktor tarafından geniş yetki verildiğini göstermektedir.***

*ı - Nihayetinde varılan kanaat; **Doktor F.A hastanın icap nöbeti gereği ilk muayenesini yapması gerektiği halde yapmadığı, doktorun hastayı görmeden ebe tarafından yapılan muayene bulgu ve NST değerlendirmesine göre spontantravay takibi endikasyonu koyması hatadır**. Ebe S.B.*

için ise varılan kanaat; ***doktor tarafından değerlendirilmesi gereken NST test sonucunun yetkisi olmadığı halde değerlendirmesi ve yanlış okuması hatadır. Yine Sancısı fazla ÇKS'si bozuk olan hastaya, görevi olmadığı halde indüksiyon takmak suretiyle çocuğun asfiksisinin artmasına sebep olduğu gibi, müdahaleli doğumu doktora zamanında haber vermemiştir.*** *Muhakkik doktor tarafından varılan tespit ve kanaat dikkate alındığında; aynı vakayla ilgili olarak Adli Tıp Kurumu tarafından sunulan raporun birbirinden keskin çizgilerle ayrılan tespitler nedeniyle çeliştiği anlaşılmıştır.*

O halde çelişkinin giderilmesi için şu hususların sırasıyla ve teker teker şüpheye yer bırakmayacak şekilde yapılacak açıklamalarla giderilmesi gerekecektir:
Zor doğum nedir? Bakmakta olduğumuz uyuşmazlıktaki doğum vakası bir zor doğum mudur? Ebelerin doğum yaptırma yetkisi her doğum vakasıyla gelen hasta için var mıdır? Var olduğunun kabulü halinde hangi durumlarda kadın hastalıkları ve doğum uzmanına haber verilmelidir? Bakmakta olduğumuz uyuşmazlıktaki doğum vakası için ebeler tarafından doğuma başlanılması ve gelişen sürece rağmen doğuma devam edilmesi tıbbi standartlara uygun bir yaklaşım mıdır? Doğum vakasıyla gelen hasta için doğumun hangi yöntemle yapılacağına(normal doğum-sezaryen doğum) karar verme yetkisi hangi sağlık personelindedir(doktor, ebe)? Bakmakta olduğumuz vaka için spontan normal doğum kararı verilmesi uygun bir yaklaşım olmuş mudur?

ÇKS, NST testi yapma, test sonuçlarını okuma, değerlendirme ve sonuca göre müdahalede bulunma yetkisi hangi sağlık personelindedir(doktor, ebe, hemşire vs.)? Bakmakta olduğumuz uyuşmazlıkta gebenin ve bebeğin içinde bulunduğu klinik tablo aşama aşama dikkate alındığında ÇKS ve NST sonuçları doğru okunmuş, değerlendirilmiş ve gereği yapılmış mıdır? Gebelikle gelen hastalar için indüksiyon yapılması kararı hangi sağlık personelinin yetkisindedir? İndüksiyon yapılması kararı verilmişse, indüksiyon yapılırken gelişecek olası komplikasyonları önleme adına hekimin refakat etmesi zorunlu mudur? Bakmakta olduğumuz vakada nöbetçi ebe S.B. tarafından uygulanan indüksiyon hastanın içinde bulunduğu klinik tablo dikkate alındığında "kontrendike" midir? İndüksiyon anne karnındaki çocuğun daha fazla oksijensiz kalmasına sebep olmuş mudur? (Bu madde cevaplandırılırken ön incelemeci tarafından varılan şu tespit de dikkate alınmalıdır: NST tetkikinde sancıların 100 mm. Hg basıncının üzerinde olması, ÇKS trasesinin çocuğun anne karnında oksijensiz kaldığını gösteren "geç desselerasyon" bulgusu içermesi)
Doğum sırasında bebeğin oksijensiz kaldığını gösteren veriler nelerdir? Bebeğin doğum esnasında oksijensiz kalmasını önleme adına ülkemizde tıp pratiğinde uygulanan asgari yöntemler nelerdir? Bakmakta olduğumuz uyuşmazlıkta bebek oksijensiz kalmış mıdır?(Bu madde cevaplandırılırken çocuğun boğazından mekonyum temizlendiği, NST ve ÇKS sonuçları ve diğer veriler de göz önünde bulundurulmalıdır.)

Bakmakta olduğumuz uyuşmazlıkta hasta, hastaneye doğum sancısı yanında "kanama" şikâyeti ile de gelmiş midir? Doğum sancısı yanında "kanama" şikâyeti bulunması olağan/olağan dışı bir durum mudur? Olağan dışı bir durum olup olmadığını tespit etme adına ek tetkik, tespit ya da muayene yapılması gerekli midir? Bu tespitler neler olmalı ve kim tarafından yapılmalıdır? Hastanın kanama sebebi araştırılmış mıdır? Plasenta dekolmanı(ayrılması)/anormalliği, yetersizliği, kordon anomalisi ve düğümlenmesi, plasenta lokalizasyonu, baş pelviks uyuşmazlığı, doğum yolu anomalileri,

çocuğun geliş, duruş ve pozisyonu araştırılıp ultrason vs. yardımı ile tespit edilmeli midir? (bu madde cevaplandırılırken, başta hastanın anamnezinin yer aldığı evrak olmak üzere, hasta dosyası dikkatli tetkik edilmelidir)

İcapçı hekimler hangi hallerde çağrıldıklarında hastaneye intikal etmek zorundadırlar? Bunun takdiri icapçı hekimde midir? yoksa icapçı hekimi çağıran acil hekimi ya da ebede midir? Bakmakta olduğumuz uyuşmazlıkta icapçı hekimin hastaneye intikal etmek yerine telefonla talimat vermesi tıbbi standartlarla bağdaşmış mıdır? Telefon konuşmasındaki talimatların tutanağa bağlanmamış olması maddi gerçeğin ortaya çıkmasını engelleyecek düzeyde midir?

2 - Miadında gebelik ile hastaneye başvuran hastaya uygulanacak girişimler için "aydınlatılmış onam" formu alınmış mıdır? Olayla ilgili olarak hazırlandığı anlaşılan ön inceleme raporunda; onam formunda müdahaleyi hekimin yapacağına ilişkin veri bulunduğu ifade edilmektedir. Bu durumun tespiti halinde hekimin müdahale etmemiş olmasının mahkemece değerlendirilmesi gerekecektir.

3 - Bilirkişiye başvurulmasındaki amacın, hukuka uygun karar verebilmek için gerekli verilere ulaşmak olduğu göz önünde tutulduğunda, bilirkişilerin uyuşmazlık konusunda özel ve teknik bilgiye sahip olan kişiler arasından seçilmesi gerektiği kuşkusuzdur. Yeniden yapılacak olan yargılamada temin edilecek bilirkişi raporu hazırlanırken, bilirkişi heyetinde yer alacak hekim bilirkişilerin bakmakta olduğumuz uyuşmazlık konusunda yeterliliklerinin bulunması gerekecektir. Dava konusu olayı çözümleme adına bilirkişi heyetinde ilgisi bakımından Perinatoloji(riskli gebelik) uzmanının bulunması ya da bu uzmanlık titrine sahip bir hekimin bilgisine başvurulması sonrası değerlendirme yapılması gerekeceği önemle dikkate alınmalıdır.

4 - Tüm bu tespit edilen hususlar yanında dava dilekçesi, hekim yahut diğer sağlık personelinin olay hakkındaki ifadesi, olayla ilgili hazırlanan idari inceleme raporları ve resen tespit edilecek hususlar yanında davacı annenin hastaneye ilk başvurusundan itibaren geçen süreçte, uygulan teşhis, tedavi, gözlem ve çocuk için diğer merkeze sevkin kabul edilebilir bir metot kullanılarak icra edilip edilmediği, böylesi bir anomalide uygun görülen tecrübe kuralları da göz önüne alınarak, olayda hekim yahut idare kaynaklı hatalar olup olmadığı incelenmeli ve konunun uzmanı hekim bilirkişilerin katılımı ile hazırlanmış gerekçeli yeni bir rapor alınmalıdır. ……. taraf iddiaları da değerlendirilmek suretiyle Adli Tıp Kurumu Genel Kurulu'ndan açıklamalı ve gerekçeli yeni bir rapor alınarak ……. hizmet kusurunun bulunup bulunmadığı yeniden irdelenmelidir…… İdare Mahkemesi'nin sayılı kararının BOZULMASINA"

Devlet hastanesinde gerçekleşen doğum eyleminde bebeğin %98 engelli dünyaya gelmesiyle uyuşmazlık yargıya intikal etmiştir. 11.02.2007 tarihinde epizyo ile dünyaya gelen bebek 10.04.2009 tarihinde eksitus olmuştur.

Yapılan ön incelemede hekim/doktor F.A, Ebe S.B'nin indükleme işlemini doğru yaptığı ve bu indükleme işlemine onay verdiğini, Ebe S.B diğer ebelerle beraber indükleme işlemini yaptığını ve diğer hekim/doktorların da bu durumdan haberdar olduğunu ifade etmişlerdir.

Bilirkişi mütalaasında bu vakada indükleme işlemi oksijensiz kalan yenidoğanın daha fazla oksijensiz kalmasına sebep olup aynı zamanda indükleme işleminin rahimde rüptür oluşturabileceği de bilinmektedir. İndükleme işleminde doktor+hasta denklemi var iken bunun yerine ebe/hemşire+hast konulduğu ön inceleme dosyasında netlik kazanmaktadır.

Toplamda 2 NST çekildiği ve bu NST'lerin hekim/doktor tarafından değerlendirilmediği, doğum sancısıyla gelen hastayı icapçı nöbetçi olmasına rağmen hekim/doktorun hastayı görmeden evden telefonla yönettiği, indükleme işlemini yapması için ebeyi yetkilendirdiği, doğum sancısından sonra kanamanın başladığı, hastada sancının fazla olduğu ÇKS'ninde bozuk olduğu, zor doğum olarak isimlendirilen bu eylemde hekim/doktor hastayı hiçbir şekilde muayene etmediği tespit edilmiştir.

Aynı olayda muhakkik hekim/doktor ve Adli Tıp Kurumu raporlarının birbirleriyle zıt karar verdiği tespit edilmiştir.

Danıştay 15 Dairenin ATK bilirkişi mütalaasına dayanarak hazırlamış olduğu mütalaada eksikliklerin varlığı bozmayı gerektirmiştir. Olayımızda zor doğum kavramına açıklık getirilmesi gerektiği, indüksiyon işlemi, hekim/doktor tarafından hastanın yatağında muayenesi, ebenin yetkileri geniş bir şekilde izafe gereği duyar lakin yerel mahkemenin eksik bilirkişi mütalaası ile dayanarak vermiş olduğu kararların hukuka uygunluğu yoktur. Danıştay'ın bozma kararına katılmakla beraber yukarıda eksik kalan hususlara üniversite öğretim üyelerinden seçilecek heyet tarafından değerlendirilmesi ve heyet içinde anestezi uzmanı, kadın doğum uzmanının yer alması gerektiği görüşündeyiz.

Karar-3: D. 15. D. 18.02.2015 T., 2013/4361 E., 2015/890 K.[451]

"Hastanede gerçekleşen doğum olayına ilişkin yapılan müdahale sonucunda çocuklarının mental motor reterdasyon hastalığına yakalanması ve A. A.'ın gebe kalabilme imkânını kaybetmesinde davalı idarenin ağır hizmet kusuru *bulunduğundan bahisle A. A. Manevi, maddi, istemiyle açılmıştır.*

Adli Tıp Genel Kurulu nezdinde, davacılar yakınına uygulanan teşhis ve tedavinin tıbbi kurallara uygun olarak yapılıp yapılmadığını irdeleyecek şekilde bir inceleme yaptırılması, bunun

[451] Danıştay Kararları. sinerjimevzuat.com (i.e: 29.01.2022).

sonucunda olayda davalı idarenin hizmet kusuru bulunup bulunmadığının yeniden belirlenmesi gerekirken, uyuşmazlığın çözümü için yeterli olmayan bilirkişi raporuna dayalı olarak eksik inceleme sonucu verilen kararda hukuka uygunluk bulunmadığından hükmün bozulmasına karar verilmiştir.

*……. 2. İdare Mahkemesi'nce; **Adli Tıp Kurumu tarafından sunulan rapor esas alınmak suretiyle,** davalı idare bünyesinde faaliyet gösteren hastanede yaptırılan doğum olayında idareye yükletilebilir bir kusur bulunmadığı, bu çerçevede meydana gelen zarar ile yapılan müdahaleler arasında illiyet bağı bulunmadığı sonucuna varıldığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.*

Hastanesi'nde 02.06.2006 tarihinde gerçekleşen doğum sonucunda davacılardan A. A.'ın bir kız çocuk dünyaya getirdiği, sonrasında….Hastanesi Başhekimliği Sağlık Kurulu'nun raporu ile 10.07.2007 tarihinde davacıların çocuğu D. N. A.'ın mental motor reterdasyon hastası olduğunu öğrendikleri, 03.08.2007 tarihinde davalı idareye başvurarak tazminat talep ettikleri, bu başvurunun davalı idarenin 12.09.2007 tarihli işlemi ile reddedildiği, bunun üzerine A. A.'ın gebe kalabilme imkânını kaybetmesinde davalı idarenin ağır hizmet kusuru bulunduğundan bahisle A. A. için manevi maddi, S. A. için manevi, maddi, D. N. A. için manevi olmak üzere tazminatın yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmıştır.

Davacının gebelik sürecinde başvurduğu ve doğumun gerçekleştirildiği ……. davacıya yapılan uygulamalar; 05.05.2006 tarihinde müracaat eden davacıya, muayene edilmesi ve ultrason çekilmesi sonucu gebelik teşhisi konulmuştur. 12.05.2006 tarihli müracaatta davacı kontrol için başvurmuştur. 26.05.2006 tarihli müracaatında ise ultrason ve NST takibi neticesinde hasta 15:51'de muayene edilmiş ve miadında gebelik teşhisiyle hastaneye yatırılmıştır. Hasta saat 16.30'da tekrar muayene edilmiş ve doğum eylemi belirtileri artmıştır, açıklığı saat 21.30'da 3-4 cm, saat 00.30'da 6-7 cm olan hasta açıklığı 02:30'da tam olunca hasta doğuma alınmış ve 03.00'da normal yolla doğum yapmıştır. Doğum esnasında hastada meydana gelen yırtık doğum sonrası onarılmıştır. Sabah 09.00'da rutin yenidoğan muayenesinde bebekte solunum sıkıntısı ve siyanoz tespit edilmiş, bebek kuvöze alınmıştır ve tedavisi 15.06.2007'ye kadar sürdürülmüştür.

*İdare Mahkemesi'ne sunulan **Adli Tıp 3. İhtisas Kurulu'nun** 25.3.2012 Raporunda davacının hastalık ve tedavisine ait gelişim süreci anlatıldıktan sonra özetle, "…A. A.'ın 01.06.2006 tarihinde ……. Hastanesi miadında ağrılı gebe olarak başvurduğu, 02.06.2006 tarihinde 3000 gr ağırlığında canlı bir kız bebek doğurtulduğu, bebeğin doğum sonrası yaklaşık 14 gün solunum sıkıntısı ön tanısı ile yenidoğan kuvöz servisinde tedavi gördüğü, 15.02.2006 tarihinde taburcu edildiği, **mevcut tıbbi belgelere göre kişide ortaya çıkan patolojinin sinir sistemi gelişim anomalisi olarak değerlendirildiği, doğum eylemi ile illiyetinin bulunmadığı, travay (doğum eylemi) takibinin tıp kurallarına uygun şekilde yapıldığı**, idarenin eyleminin tıp kurallarına uygun olduğuna …" şeklinde Görüş bildirdiği bilinmektedir.*

Uyuşmazlıkta, idare mahkemesince, davacının tedavisinde hizmet kusuru bulunup bulunmadığının tespiti amacıyla, Adli Tıp Kurumu nezdinde bilirkişi incelemesi yaptırılmış olmakla birlikte, bilirkişi incelemesi sonucunda hazırlanan raporun uyuşmazlığın çözümünde yeterli olmadığı, bu nedenle olayda hizmet kusuru bulunup bulunmadığının net olarak ortaya konulamadığı görülmektedir.

Dosya kapsamında uyuşmazlığın çözümünde eksikliği tespit edilen huşular şöyledir.

1-Müdahil hekim tarafından sunulan dilekçede; " ……. gebelik günü beklenen tarihten artı eksi 10 gün olarak hesaplanmaktadır. Davacı taraf için ***beklenen doğum tarihi 22.05.2006'dır. Doğum ise 01.06.2006 tarihinde gerçekleştirilmiştir"*** *ifadesine yer verildiği anlaşılmaktadır. Bu noktada normal yolla doğum yaptırılması kararının yerinde olup olmadığının Adli Tıp Kurumunca irdelenmediği anlaşıldığından, doğum öncesi yapılan tüm tetkik ve bulguların temini ile hastanın doğum sırasında içinde bulunduğu klinik tablo ile müdahil hekim tarafından verilen bilgi bir arada değerlendirilerek,* ***bu kararın tıbbi standartlarla bağdaşıp bağdaşmayacağı*** *yeniden irdelenmelidir.*

2-Dosya kapsamından ***doğum eyleminin saat 03.00'da gerçekleştirildiği anlaşılmaktadır. Bebeğin muayenesinin ise 6 saat sonra 09.00'da yapıldığı****, bu muayenede bebekte solunum sıkıntısı ve siyanoz tespiti üzerine bebeğin hiperamonyemisi olduğu bildirilerek, kuvöz servisine alındığı ve tedavisinin 15.06.2007 tarihine kadar sürdüğü anlaşılmaktadır. Adli Tıp Kurumu tarafından yapılan muayenede ise, ortaya çıkan patolojinin sinir sistemi gelişim anomalisi olarak değerlendirildiği anlaşılmaktadır. Bu noktada* ***doğumdan yaklaşık 6 saat sonra muayene edildiği anlaşılan bebekte meydana gelen bu anomalinin sebebinin ne olduğu açıklanmamış, kuvöze alınmasında bir gecikme olup olmadığı değerlendirilmemiş, 6 saat sonra yapılan muayenenin tıp kurallarına uygun olup olmadığı, bir organizasyon eksikliği içerip içermediği değerlendirilmemiştir.*** *3-Normal doğum kararının yerinde olup olmadığı, hastanın içinde bulunduğu klinik tablo dikkate alındığında* ***sezaryen yolla doğum kararı verilmesi gerekip gerekmediği değerlendirilmemiştir.*** *Yukarıda yer verilen açıklama ve tespit edilen hususlar bağlamında düzenlenecek yeni raporda, sorulara verilen cevapların şüpheye yer vermeyecek şekilde açık, anlaşılır ve doyurucu nitelikte ve hükme esas alınabilecek nitelikte olması gerekmemektedir.*

İdare Mahkemesince, esas itibariyle adalet işlerinde bilirkişilik görevi yapmak üzere kurulan Adli Tıp Genel Kurulu nezdinde, davacılar yakınına uygulanan teşhis ve tedavinin tıbbi kurallara uygun olarak yapılıp yapılmadığını irdeleyecek şekilde bir inceleme yaptırılması, bunun sonucunda olayda davalı idarenin hizmet kusuru bulunup bulunmadığının yeniden belirlenmesi gerekirken, uyuşmazlığın çözümü için yeterli olmayan bilirkişi raporuna dayalı olarak eksik inceleme sonucu verilen kararda hukuka uygunluk bulunmamaktadır. ……2. İdare Mahkemesi'nin kararının BOZULMASINA"

Yapılan doğum eyleminde çocuklarının mental motor retardasyon tanısına sebep verdikleri gerekçesiyle beraber anne …'nın hamile kalma ihtimalinin bertaraf edilmesi gerekçesiyle uyuşmazlık meydana geldiği anlaşılmaktadır.

Uyuşmazlık konusuna bakıldığında bilirkişi mütalaasında eksiklik olarak saptanan kısımların bir an önce cevaplandırılması ve yeni bilirkişi mütalaası sonucu uyuşmazlığın açıklığa kavuşması gerekmektedir. Şöyle ki: Gebenin yenidoğanı gece 03.00'te dünyaya getirdiği ve yenidoğan muayenesinin 09.00'da yapıldığı tıbbi evraktan anlaşılıyor. 22.05.2006 beklenen doğum tarihi iken yenidoğan 01.06.2006'da doğmuştur. Söz konusu tarihler dikkate alındığında gebenin normal doğum için bekletilmesinin tıbbi standartlara uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekirdi.

Hasta doğum eylemi için bekletilirken grabenin klinik tablosunun normal doğuma uygun olup olmadığı, bu sürecin içinde sezaryen doğumunun gerekip gerekmediği de açıklığa kavuşturulamamış sorular arasında kalmıştır. Tüm bu soruların yanıtlarının yeni bilirkişi mütalaası istemek suretiyle cevaplandırılması gerekmektedir.

D. 15. D. kararında göze çarpan kavram "tıbbi standart" kavramı olmuştur. Çünkü tıbbi standart kavramı gerek Danıştay kararanlarında gerek literatürde net bir tanımlama yapılmamaktadır. Bundan dolayıdır ki tıbbi standart kavramı devreye girdiğinde olayın malpraktis olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda sağlam bir zemine oturtulamıyor. ATK'nin hazırladığı bilirkişi mütalaasında eksik kavramlardan dolayı bozma kararı verilmiş ve kararda tıbbi standartlara uyup uymadığı açıklığa kavuşturulması istenmiştir. Lakin tanımlanma ihtiyacı duyan bu kavram Danıştay'ın bu kararında açıklanmamıştır. Kararın eksik olduğu kanısındayız. Bir an önce tıbbi standart kavramı yapılması gerekmektedir.

Tıbbi standart kavramı için Danıştay'ın[452] bir kararından yola çıkarsak eğer; Tıp biliminin genel olarak bilinen ve artık kabul edilen uygulamasıdır. Yani meslek kuralları diyebiliriz. Örnek verecek olursak eğer; bakımın düzenli yapılamaması, tedavide yöntemin hatalı seçilmesi, endikasyon olmadan tıbbi müdahale girişimi, bilgilendirilmiş rızanın alınması olarak ele alabiliriz.

Karar-4: D. 15. D. 01.10.2014 T., 2014/1391 E., 2014/6760 K.[453]

"Dava; bebek ... 29-30.11.2009 tarihinde .... Hastanesi'ndeki ***doğumuna yönelik müdahale sırasında gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesi nedeniyle sakat kalmasında ve anne …. rahminin alınmasında*** *davalı idarenin ağır hizmet kusuru bulunduğu ileri sürülerek davacılardan ……maddi ve manevi zarar ……..istemi ile açılmıştır.*

İdare Mahkemesinin hükme esas aldığı ***Adlî Tıp Kurumu 3. Adlî Tıp İhtisas Kurulu'nun*** *22.03.2013 tarih raporunda ...Hastanesine miadında ağrılı gebe olarak geldiği, NST çekilerek normal doğum kararı verildiği, ….* ***09.00'da ÇKS'nin düşmesi üzerine acilen sezaryene alındığı****, sezaryenle 3300 gram ağırlığında bebek doğurtulduğu kayıtlı olup, normal vajinal doğum kararının yerinde olduğu; çekilen NST ve ÇKS takibine göre gebenin yakından takip edildiğinin anlaşıldığı, yapılan tetkiklerin incelenmesinden sezaryene alınmasına kadar geçen sürede bebeğin intrauterin (rahim içinde) sıkıntıda olmadığı, ÇKS'nin düşmesi olduğu, davalı idarece yapılan uygulamaların tıp kurallarına uygun olduğu " görüşüne yer verilmiş; yine Adlî Tıp Kurumu 3. Adlî Tıp İhtisas Kurulu'nun*

[452] D. 15 D. 16.05.2016 T., 2013/4526 E., 2016/3551 K. sinerjimevzuat.com (i.e: 31.01.2022).
[453] Danıştay Kararları. sinerjimevzuat.com (i.e: 26.01.2022).

22.03.2013 tarih Hastanesine miadında ağrılı gebe olarak başvurduğu NST çekildiği normal doğum kararı alındığı .... saat 09.00'da ÇKS'nin düşmesi üzerine acilen sezaryene alındığı 3300 gr ağırlığında canlı bir bebek doğurtulduğu ***ameliyat esnasında uterus gevşek olduğu sertleşmediği vajinal kanamanın fazla olduğu, atoni kanaması olarak değerlendirildiği önce medikal tedavi ve uterus masajı yapıldığı vajinal kanamanın devam etmesi, uterusun sertleşmemesi üzere atoni endikasyonu ile subtotal histerektomi (overler korunarak) yapıldığı, mevcut tıbbi belgelere göre normal doğum kararının doğru olduğu çekilen NST ve ÇKS takibine göre gebenin yakından ve sıkı takip edildiğini anlaşıldığı, ÇKS'nin düşmesi üzerine acilen sezeryana alınmasının doğru bir eylem olduğu sezaryen ameliyatına alınmasında gecikmenin olmadığı gelişen atoni nedeni ile önce medikal tedavinin yapılmasının kanamanın devam etmesi üzerine histerektomi yapılmasının doğru bir eylem olduğu, zira atoni öngörülemez, önlenemez, atoni ağır kanama ile seyir eden hastaların ölümlerine sebebiyet veren bünyesel ağır bir tablo olduğu cihetle idarenin eylemlerinin tıp kurallarına uygun olduğu"*** *görüşüne yer verilmiştir.*

Dosyadaki bilgi ve belgelerin incelenmesinden; ***Adli Tıp Kurumu Adli Tıp İhtisas Kurulu'nun her iki raporunda; uygulanan teşhis ve tedavilerin tıp kurallarına uygun olduğu, ilgili hekimlere izafe edilebilecek herhangi bir kusur ya da ihmal tespit edilemediği yolunda görüş bildirilmiş ise de şu hususlar hakkında doyurucu açıklamalar yapılmadığı tespit edilmiştir.****... tarihli hasta takip formu ile dosyada mevcut tüm belgeler incelendiğinde, hastanın .... tarihinde saat 18.00'da .... Hastanesi'ne başvurduğu, müşahede altına alındığı ve ertesi gün sabah 09.00'a kadar normal yolla doğumunun yaptırılmaya çalışıldığı ancak normal yolla doğum gerçekleştirilemeyince sezaryen ile bebeğin dünyaya getirildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda hastaneye başvuru ile sezaryen ameliyatına kadar geçen süre dikkate alınarak sezaryen ameliyatı kararı alınmasında bir gecikme olup olmadığı hastanın klinik tablosu göz önüne alınarak yeniden değerlendirilmelidir.*

Yine hasta takip formuna göre, davacı hastanın ***doktor tarafından 18.30'da muayene edilerek yatışının yapıldığı, aynı doktor tarafından 21.30'da ikinci kez muayene edildiği ancak bir sonraki doktor muayenesinin ertesi gün sabah 09.00'a kadar yapılmadığı anlaşılmaktadır****. Bu durumda bu hususun da tıp kurallarıyla bağdaşıp bağdaşmadığı yeniden yapılacak irdelemede değerlendirilmesi gerekmektedir.*

Yine hasta takip formuna göre, ***en son 07.30'da çekilen ÇKS değerinin pozitif olduğu belirtilmiş ancak bu saatten sonra doğum anına kadar NST ve ÇKS takibine ilişkin veriler alınmamıştır. Bu durumun da sezaryen ameliyatı kararı alınmasında bir gecikmeye yol açıp açmayacağı yeniden irdelenmesi gereken hususlardandır.***
Öte yandan, ... ***Kaymakamlığı'nca ….2010-17 sayılı karar gereği doğumu gerçekleştiren doktor, ebe ve hastane başhekimi hakkında 4483 sayılı yasanın 6. maddesi gereğince soruşturma izni verilmiştir****.*

Verilen kararın doktor hakkındaki gerekçesi şöyledir; Yönetmeliklere göre oluşturulması gereken operasyon ekibinin oluşturulmaması, tek başına operasyon yapması, hastanın kendisinden yahut yakınından operasyon konusunda rıza almaması, hastanın sıkıntılı olduğu bildirildiği halde doğumu normal yolla gerçekleştirmek için hastayla ilgilenmemesi olarak açıklanmış yine ebe hakkındaki gerekçe ise; hastaya gerekli özeni göstermeyerek doğum olayını doktordan yardım almadan gerçekleştirmeye çalışması ve bilinçsiz bir şekilde hastayı ıkınmaya zorlaması olarak gösterilmiştir. Bu

durumda soruşturma izni verilmesi neticesinde Cumhuriyet Savcılığı tarafından soruşturma açılıp açılmadığı, açılmış ise ne şekilde sonuçlandığının araştırılması ve dikkate alınması gerekli diğer hususlardandır.

Taraf iddiaları ile bilirkişi raporuna itiraz dilekçesindeki hususlar, Kaymakamlık tarafından soruşturma izni verilmesine gerekçe yapılan hususlar, Savcılıkça olaya ilişkin yapılan tahkikata ilişkin evraklar ve ihtiyaç halinde temin edilecek hasta hakkında bilgi verici tüm verilerin birlikte değerlendirilmek suretiyle Adli Tıp Genel Kurulu'ndan açıklamalı ve gerekçeli yeni bir rapor alınarak olayda hizmet kusurunun bulunup bulunmadığı yeniden irdelenmelidir. *Hal böyle olunca Adli Tıp İhtisas Kurulu'nca eksik, soyut ifadelerle yetinilerek hazırlanmış olan rapor esas alınarak davanın reddine karar verilmesinde hukuka uygunluk bulunmamıştır……. İdare Mahkemesi'nin kararının BOZULMASINA"*

Kadın doğum ve çocuk hastanesinde yapılan doğum eyleminde sağlık personellerinin gerekli dikkat ve özeni göstermemesinden kaynaklı yenidoğanın sakat kaldığı ve annenin rahminin alınmasında hizmet kusuru bulunduğu iddiası vuku bulmuştur.

ATK 3. Adli Tıp Kurulu raporunda; saat 09.00'da ÇKS'nin düşmesiyle beraber gebenin acilen sezaryene alındığı, ameliyat esnasında uterusun sertleşmediği ve buna bağlı olarak da atoni kanamasını durdurmak adına gerekli işlemlerin yapıldığı belirtilmektedir. Atoni endikasyonu olarak subtotal histerektomi yapılmış olup kanama kontrol altına alındığı mütalaa edilmektedir.

Gebenin hekim/doktor tarafından muayenesi ilk kez 18.30'da yapıldığı, ikinci muayenenin 21.30'da yapıldığı, en son muayyenin de 09.00'da yapıldığı dosyaya sunulan tıbbi evraktan anlaşılmaktadır. Yapılan hekim/doktor muayenelerinin tıp kurallarına aykırı olup olmadığı açıklığa kavuşturulması gereken konuların başında bulunmaktadır. Yine en son ÇKS'nin 07.30'da bakıldığı ve burada ÇKS'nin pozitif olduğu bu saatten sonra da ÇKS bakılmadığı tıbbi evraktan tespit edilmiştir. ÇKS'nin bakılmamasının sezaryen işlemi üzerinde etkili olup olamayacağına mütalaada değinilmemiştir. Tüm bu soruların cevaplarına kavuşmak adına ATK'den yeni bilirkişi mütalaası hazırlanması hâsıl olmaktadır.

Burada yine ATK'nin bilirkişi mütalaasına göre hazırlamış olduğu raporda olayı aydınlatacak olan hususlara (iki raporunda çelişkili olması, Kaymakamlık makamınca bilirkişi mütalaasına göre yapılan ön incelemede soruşturma izninin verilmesi, ÇKS'nin düşme sebepleri vajinal kanmanın durdurulamaması, atoninin varlığı, arkasından subtotal histerektominin yapılması bunun için somut bir gerekçenin sunulmaması bozmayı gerektirmiştir. Danıştay'ın kararına katılmakla beraber ATK

tarafından hazırlanan iki raporun varlığı, dosyanın ATK'ye değil de üniversite öğretim üyeleri tarafından yeni bir bilirkişi mütalaası hazırlanması gerektiği görüşündeyiz.

7.1.2. Manevi tazminat bozma

Karar-1: D. 10. D. 30.06.2021 T., 2020/4599 E., 2021/3754 K.[454]

"Davacılardan ...'ın 04/05/2011 tarihinde geçirdiği ***trafik kazasının ardından kaldırıldığı …… Hastanesi'nde, sol bacağındaki damar yaralanmasının tespit edilip gereken müdahalelerin yapılmaması nedeniyle bacağındaki kas ve sinirlerin zarar gördüğü, ömür boyu sakat kalma ihtimalinin bulunduğu, olayda*** *davalı idarenin ağır hizmet kusurunun bulunduğu ileri sürülerek ……..maddi ve manevi …..Dairemizin 22/05/2019 tarih ve E:2019/6986, K:2019/4304 sayılı bozma kararının hukuki değerlendirme kısmında "...davacının ……..* ***Hastanesinde yattığı süreçte, nabız kontrollerinin yapıldığı, nabızların normal olarak alındığına ilişkin davalı idare tarafından herhangi bir belge sunulamadığı, Adli Tıp Kurumu tarafından hazırlanan raporlarda, bu yönde bir belge olmadan, doktor ifadelerine dayanılarak ve genel literatür bilgileri verilerek kusur olmadığı yönünde görüş verildiği anlaşılmaktadır.*** *Davalı idare tarafından, davacının adı geçen hastanede kaldığı süreçte damar yaralanmasının teşhisi için gereken tıbbi yükümlülüklerin yerine getirildiği somut olarak ortaya konulamadığından, davacının kaza nedeniyle damarında oluşan yaralanmanın teşhisi yönünden, davalı idarece sağlık hizmetinin gerektiği gibi yürütüldüğünden söz edilmesi mümkün görülmemektedir. Bu durumda, damar yaralanmasının, ... Hastanesi'nde tespit edilememesinden kaynaklı uğranılan zararın tazmin edilmesi gerektiği konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Ancak bu zararın kapsamı açıkça ortaya konulmalıdır." denilmek suretiyle dava konusu olayda davalı idarenin hizmet kusurunun bulunduğu ifade edilmiştir.*

Mahkemece hükme esas alınan, …… ***Fakültesi tarafından düzenlenen raporda ise "hastada kalıcı bir hasar olmakla birlikte bu durumda hekim ihmalinin olmadığı, gerekli müdahaleler sonucunda geçirilen travmanın ve cerrahiden sonra olabileceğinin saptandığı, hastadaki siyatik sinir hasarının zamanında tespit edilerek ilgili bölüm konsültasyonunun istenmiş olduğu, damar yaralanması tespit edildiği anda ise hastanın bir üst merkeze sevk edildiği, bu durumun travma anında mı yoksa daha sonradan mı oluştuğunun kesin olarak bilinemeyeceği, bu durum ile ilgili kusurun saptanamadığı"*** *yönünde görüş bildirilmiştir.*

İdare Mahkemesince hükme esas alınan raporda; davacı ...'da kalıcı bir hasar olmakla birlikte hekimin ihmalinin bulunmadığı, damar yaralanması tespit edildiği anda bir üst merkeze sevk edildiği, bu durumun travma anında mı yoksa daha sonradan mı oluştuğunun kesin olarak bilinemeyeceği belirtilmekle birlikte Dairemizin bozma kararında ifade edildiği üzere, dava konusu olayda davacının ……Hastanesinde yattığı süreçte nabız kontrollerinin yapıldığı, nabızların normal

[454] Danıştay Kararları. sinerjimevzuat.com (i.e: 01.01.2022).

olarak alındığına ilişkin herhangi bir tıbbi belgenin bulunmaması başlı başına sağlık hizmetinin gerektiği gibi yürütülmediğini göstermektedir. Bu yönü itibarıyla hükme esas alınan raporda, bozma kararı doğrultusundaki Mahkemenin 23/01/2020 tarihli ara kararıyla yöneltilen soruların olaya uygun bir şekilde cevaplandırılmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Bu durumda; İdare Mahkemesince söz konusu rapor ile tespit edilen %26 engel oranı esas alınarak hesap bilirkişisi incelemesi yaptırılmak suretiyle belirlenecek maddi tazminatın davacı ...'a ödenmesine karar verilmesi gerekirken, raporun hizmet kusuru yönünden olaya uygun düşmeyen kısmı esas alınarak maddi tazminat isteminin reddedilmesinde hukuki isabet görülmemiştir.

Mahkemece, yukarıda belirtilen ölçütlere göre, olayın oluş şekli, damar yaralanmasının tespitine ilişkin sürecin gerektiği gibi yürütülmemiş olması ve idarenin hizmet kusurunun varlığı ve ağırlığı dikkate alınarak manevi tazminat miktarlarının yeniden belirlenmesi gerekmektedir. Hükmedilen manevi tazminat miktarlarına ilişkin olarak Mahkeme kararının gerekçesi ile hüküm fıkrası arasında uyumsuzluk bulunmaktadır.
Bu durumda; İdare Mahkemesi kararının davacıların manevi tazminat istemine ilişkin kısmında da hukuki isabet görülmemiştir..... İdare Mahkemesinin kararının BOZULMASINA"

Hastanın geçirmiş olduğu trafik kazasıyla hastaneye başvurduğu, sol bacağında vuku bulan damar yaralanmasının saptanmasına rağmen müdahalenin yapılmamasından kaynaklı kas ve sinirlerin zarar gördüğü, görülen bu zarardan kaynaklı ömür boyu sakat kalmakla yüz yüze kaldığı iddiasıyla bir çekişmenin olduğu tespit edilmiştir.

ATK raporunda hastanın hastanede yattığı süre zarfında nabız takiplerinin yapıldığı söylenmiş olsa da bu yönde herhangi evrak dosyaya sunulmamıştır. Raporda hastayı tedavi eden doktorun ifadesi gözetilerek yapıldığı, genel bilgilendirilme yapıldığı tespit edilmiştir. Üniversite Tıp Fakültesi raporunda da kalıcı bir hasarın olduğu, hasarın travma veya cerrahi işlemden sonra oluşabileceği belirtildiği, siyatik sinir yaralanmasının tespit edildiği ve üst merkeze sevk edildiği tespit edilmiştir. Lakin siyatik sinir yaralanmasının travma esnasında mı yoksa sonraki müdahale sırasında mı gerçekleştiğinin tespit edilemeyeceği mütalaa edilmiştir.

Danıştay dairesince bozma kararının yerinde olduğuna katılmaktayız. ATK ve Üniversitece alınan raporda yukarıda belirlenen eksikliklerin varlığıyla herhangi bir karar vermenin uygun olmayacağı düşüncesindeyiz. Öncelikle eksik iki kararın varlığı nedeniyle öncelikle bu kararlar daha sağlam zemine oturtulması için üçüncü bir bilirkişi raporuna ihtiyaç duyulacaktır. Üçüncü bir bilirkişinin raporundan sonra hükme esas alınacak rapor gereği manevi tazminatta gidilmesi hukuka uyarlılık açısından doğru olacağı kanaatindeyiz.

Karar-2: D. 10. D. 19.02.2019 T., 2014/4404 E., 2019/768 K.[455]

"Davacılar tarafından, küçük .....'ın ***boğaz ağrısı ve ateş şikâyetiyle*** *2008 yılının Temmuz ayında götürüldüğü ……. Hastanesi'nde Acil Servis'te nöbetçi olan doktorun talimatı ile görevli* ***hemşire tarafından yapılan enjeksiyon sonucu sağ ayağının sakat kaldığı,*** *olayda idarenin hizmet kusuru bulunduğu ileri sürülerek ……maddi ve manevi ….*

Küçük .....'ın rahatsızlanması üzerine 21.07.2008 tarihinde götürüldüğü ……. Hastanesi Acil Servisi'nde, ***tonsillofarenjit tanısı ile penbisin, avil, primperan adlı ilaçlar intramüsküler olarak uygulanmıştır.***

22.07.2008 tarihinde tekrar aynı hastaneye getirilmesi üzerine farenjit tanısı ile miyadren ampul intramüsküler enjeksiyonu yapılmıştır.

24.07.2008 tarihinde ……. Hastanesi Beyin Cerrahi Polikliniğinde yapılan muayenesinin ardından ***"sağ siyatik sinir hasarı" ön tanısı ile*** *....Hastanesi'ne EMG tetkiki yapılması için sevk edilmiştir.*

12.08.2008 tarihinde yapılan EMG tetkikinde, sağda fibular sinirin total lezyonu bulguları tespit edilmiştir.

……. Hastanesi'nde 13.08.2008 - 02.03.2009 tarihleri arasında çeşitli dönemlerde fizik tedavi uygulanmıştır.

08.01.2009 tarihli ***Sağlık Kurulu Raporunda "siyatik sinir lezyonu + sağ düşük ayak"*** *tanısı ile ayak bileği için 90 derecelik mold kullanmasının uygun olduğu belirtilmiştir. İdare Mahkemesinin, ……'ın, Temmuz 2008'de ve sonrasında ……. Devlet Hastanesi'nde gördüğü muayene, tetkik, rapor, EMG ve sair tüm sağlık işlemlerinin ve küçüğe ait hasta dosyasının onaylı suretlerinin eksiksiz olarak dosyaya sunulması istemli 23.08.2011 ve 20.10.2011 tarihli ara kararlarına cevaben …… Hastanesi Baştabipliği tarafından* ***dosyaya sunulan tıbbi kayıtların tetkikinde, küçüğe 21-22.07.2008 tarihlerinde yapılan enjeksiyon uygulamalarına ilişkin olarak, enjeksiyonu yapan kişi, uygulanan ilaçların dozu vs. bilgileri içerir herhangi bir kayıt bulunmadığı,*** *Adli Tıp Kurumu tarafından, olayla ilgili değerlendirme yapmak için enjeksiyonu yapan hemşirenin enjeksiyonu hangi bölgeden, nasıl yaptığı sorulmak suretiyle ayrıntılı ifadesinin alınarak gönderilmesinin istenilmesi üzerine Mahkemece 23.08.2011 ve 20.10.2011 tarihli ara kararlar ile adı geçen hastane baştabipliğinden****, enjeksiyonu yapan hemşirenin tespit edilip konuya ilişkin ifadesinin alınarak dosyaya sunulmasının istenildiği, hastane baştabipliği tarafından enjeksiyonu yapan hemşirenin belirlenemediği ve ara kararlarına cevaben 17.11.2011 tarihli yazı ile 21-22.07.2008 tarihlerinde nöbetçi olan sağlık görevlilerinin isimlerinin bildirildiği görülmüştür.*

Olaya ilişkin olarak ***Adli Tıp 3. İhtisas Kurulu*** *tarafından, dosyada mevcut bulunan kayıtlar değerlendirilerek, ".....Hastanesi'nde tam olarak tarihi belirlenemeyen* ***enjeksiyon uygulaması sonrası gelişen bulguların enjeksiyon nöropatisi ile uyumlu olduğu, ancak tıbbi belgelerde enjeksiyonun yanlış yere uygulandığına dair kayıt bulunmadığı, enjeksiyonun doğru yere uygulanması***

[455] Danıştay Kararları. sinerjimevzuat.com (i.e: 28.12.2021).

durumlarında da ödem, hematom, ilacın difüzyon yoluyla sinire toksik etkisi, vücut yapısı, siyatik sinirin anatomik lokalizasyon farkı gibi nedenlerle nöropatinin gelişebileceği, nöropatinin, enjeksiyon uygulamalarının beklenebilir komplikasyonu olarak değerlendirildiği*, davalı idareye yönelik hizmet kusuru tespit edilmediği " yönünde görüş verilmiştir. Söz konusu* ***raporda çocukta meydana gelen arazın enjeksiyondan kaynaklı olduğu belirlenmiş ancak enjeksiyon uygulamasına ilişkin tıbbi kayıtlardaki eksiklikler nedeniyle olayda*** *idarenin hizmet kusurunun olmadığı açıkça ortaya konulamamış, olay bir komplikasyon olarak değerlendirilmiştir.*

Dava konusu olayda idarenin hizmet kusurunun tespit edilememesinin tıbbi kayıt eksikliğinden kaynaklandığı gözetildiğinde, küçüğün tedavi sürecinde gelişen olaylarla ilgili maddi gerçeğe (rahatsızlığının nedenine) hiçbir zaman ulaşamayacağı ve ömür boyu şüphe duyacağı açıktır.

Bu durumda; .....'ın sakat kalmasında davalı idarenin hizmet kusurunun bulunduğu açıkça ortaya konulamadığından maddi tazminata hükmedilmesi koşulları oluşmamakla birlikte, tıbbi kayıtların eksik tutulması ve enjeksiyon uygulaması öncesinde aydınlatılmış onamın alınmamış olması nedeniyle uğranılan manevi zararın, manevi tazminatın zenginleşme aracı olamayacağı ilkesi de gözetilerek makul ölçüde tazmini gerekirken manevi tazminat talebinin reddinde hukuka uyarlık görülmemiştir. …… İdare Mahkemesi'nin kararının, manevi tazminat talebinin reddine ilişkin kısmının BOZULMASINA, Maddi tazminat isteminin reddine ilişkin kısmının ONANMASINA"

Hasta, boğaz ağrısı ve ateş şikâyetiyle hastaneye başvurmuş olup hemşire tarafından yapılan enjeksiyondan dolayı sakat kaldığı iddialarından doğan uyuşmazlık nedeniyle dava açılmıştır. 21.07.2008 tarihinde tanı olarak tonsillofarenjit denilir ve tedaviye yönelik olarak da penbisin, avil primperan iğnelere İM olarak uygulanır. 22.07.2008 tarihinde tekrar aynı hastaneye başvurduğunda bu kez farenjit tanısıyla miyadren İM yapılır. 24.07.2008 tarihinde de sağ siyatik sinir hasarı tanısı konulur. 12.08.2008 tarihinde EMG tetkik sonucu olarak sapta fibular sinirin total lezyonu bulgularına rastlanır. 2009 tarihinde de Sağlık Kurul Raporunda siyatik sinir lezyonu ile beraber sap düşük ayak tanıları konulur. İdare mahkemesinde yapılan yargılamada hastane hastaya(küçük) yapılan enjeksiyon işlemini kimin yaptığının belirlenemediği, ilaç dozuna ait herhangi bir verinin olmadığı dosyaya eklenmiştir. Bunlara dair herhangi bir tıbbi evrak dosyaya sunulamamıştır. Buna karşın ATK Adli Tıp Kurulu 3. İhtisas Raporunda enjeksiyon işlemi sonrasında gelişen bulguların enjeksiyon nöropatisiyle uyumlu olduğu, tıbbi evrakta enjeksiyonun hatalı uygulandığına dair herhangi bir evrakın olmadığı, kaldı ki doğru uygulansa dahi çok çeşitli nedenlerle enjeksiyon nöropatisinin gelişebileceği bunun kabul edilebilir risk (komplikasyon) olduğu mütalaa edilmiştir. Raporda küçüğe yapılan enjeksiyona bağlı olarak arazın

oluştuğu tespit edilmesine rağmen yapılan enjeksiyona dair herhangi bir tıbbi evrak bulunamamıştır.

Danıştay hükme esas alınan ATK 3. İhtisas Dairesi eksik evraka dayanılarak bilirkişi mütalaası sunmaktadır. Her ne kadar eksik evrak gereği maddi tazminata hükmedilemezse dahi anayasamızca belirlenen idareye güven ilkesi gereği idarenin kendi sorumluluğu altındaki evraka dayanılarak karar verilmesini hatalı bulmaktayız. Çünkü idare hem kusur sorumluluğu gereği hem de kusursuz sorumluluk gereği bir sonuca bağlıdır. Kararda kendisinden kaynaklı evrakı eksikliğinden ötürü zenginleşmeye sebep verilmeden bir manevi tazminata hükmedilmesi hukuka uyarlılık bulunmaktadır. Danıştay kararında bilgilendirilmiş rıza olmaması, olayın var olan evrak üzerinden sadece komplikasyon olarak alınması hukuka aykırılık oluşturmaktadır. Kişi bedeni üzerinde her türlü tasarruf hakkına sahiptir ve vücut bütünlüğünü ihlal edilen durumlarda bunu hukuka uygun getiren şey bilgilendirilmiş rıza. Kararımızda bilgilendirilmiş rızanın dosyada bulunmadığından bahisle eksik evrakla karar verilmesinden dolayı bozulma kararına katılmaktayız.

Davalı idarenin enjeksiyon işleminden önce muhakkak işlem hakkında bilgilendirilmesi gerektiği, komplikasyonlar hakkında bilgilendirmeyle beraber rızanın alınmış olması gerekmektedir. Uyuşmazlıkta davalı idare tarafından bilgilendirilmiş rıza evrakının olmadığından dolayı yükümlülüğün yerine getirilmediği aşikârdır. Bu durum sağlık hizmetinin yeterli yürütülmediğinin bir kanıtıdır.

Maddi tazminat isteminin reddi onaması kararına da yazar katılmakta. Olayın kaynağının sebebi evrak ancak kanıtlanacağı hususu göz ardı edilemez.

Karar-3: D. 10. D. 26.04.2021 T., 2020/3001 E., 2021/1888 K.[456]

"Davacı tarafından, davalı idareye bağlı …… Hastanesinde uygulanan ***göz ameliyatı sırasında gerekli dikkat ve özenin gösterilmediği, sağlık hizmeti sonrası durumunun takip edilmediği, bu nedenle sol gözünde hasar oluşmasına sebebiyet verildiğinden bahisle*** *uğradığı zarara karşılık maddî, manevî tazminat Davacının 03/01/2005 tarihinde ……. Hastanesine başvurduğu, burada yapılan muayene ve biyomikroskopik kontrol sonucu bilateral arka kortikol katarakt saptandığı, ameliyata alınmasına karar verildiği ve 04/01/2005 tarihinde sol Fako+ İol+ On Vitrektomi ameliyatı yapıldığı,*

[456] Danıştay Kararları. sinerjimevzuat.com (i.e: 12.12.2021).

ameliyattan 1 gün sonraki muayenesinde enfeksiyon bulguları saptanarak konjonktiva altına tedavi amaçlı ilaç enjeksiyonu yapılarak 05/01/2005 tarihinde taburcu edildiği, 3 gün sonraki muayenesinde ağır göz içi iltihabı saptanması sebebiyle yatarak takip ve tedavi altına alındığı, değişik tarihlerde, değişik hastanelerde tedavi amaçlı muhtelif ameliyatlar uygulandığı, şikâyetlerinin geçmemesi üzerine de anılan hastanede uygulanan göz ameliyatı sırasında gerekli dikkat ve özenin gösterilmediği, sağlık hizmeti sonrası durumunun takip edilmediği, bu nedenle sol gözünde hasar oluşmasına sebebiyet verildiğinden bahisle uğradığı zararların tazmini *istemiyle 04/01/2006 tarihinde davalı idareye başvuru yapıldığı, bu başvurunun 14/02/2006 tarihli işlem ile reddi üzerine de bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.*

*Uyuşmazlıkta, hizmet kusuru bulunup bulunmadığı hususuna yönelik olarak **Adli Tıp 3. İhtisas Kurulunca hazırlanan raporda**, "şahsın sol gözüne yapılan katarakt ve lens koyma ameliyatından 1 gün sonra yapılan muayenesinde enfeksiyon bulguları saptanarak konjonktiva altına tedavi amaçlı ilaç enjeksiyonu yapıldığı, 3 gün sonra yapılan muayenesinde ağır göz içi iltihabı saptandığı, değişik tarihlerde, değişik hastanelerde tedavi amaçlı muhtelif ameliyatlar uygulandığı cihetle sol gözde çok erken dönemde **(24 saat içinde) iltihabın görülmesinin ameliyat sırasında mikrop bulaşması olasılığını düşündürdüğü,** hastaya ilk ameliyat yapan hekimle diğer ameliyatları yapan hekimlerin tıp kurallarına uygun davrandığı, **adı geçen göz iltihap sürecinde şahısta uzun yıllar bulunan, vücut direncini azalttığı bilinen şeker hastalığının katkısı olabileceği"** yönünde görüş bildirildiği, Mahkemece bu rapora istinaden daha önce verilen davanın reddi yolundaki kararın temyiz incelemesi neticesinde Danıştay (Kapatılan) On beşinci Dairenin 21/05/2014 tarih ve E:2013/10484, K:2014/3958 sayılı kararıyla, rapordaki 'değişik hastanelerde tedavi amaçlı muhtelif ameliyatlar uygulandığı cihetle sol gözde çok erken dönemde (24 saat içinde) iltihabın görülmesinin ameliyat sırasında mikrop bulaşması olasılığını düşündürdüğü' ifadesinden yola çıkarak sol Fako+ İol+ On Vitrektomi yapılan hastada enfeksiyona sebep olan olguyu tespit etme adına aynı gün yapılan diğer göz ameliyatlarında herhangi bir enfeksiyon bulgusuna rastlanıp rastlanmadığının açıklığa kavuşturulması gerektiği, vücut direncini azalttığı bilinen diyabet hastalığının ameliyat öncesi tespit edilmesinin gerekip gerekmediği, hastanın bu durumunun bilinmesi halinde enfeksiyon riskine karşı vücut direncinin artırılması noktasında gerekli önlemlerin alınmasının gerekip gerekmediği, dava konusu olayda bu konuda ne tür önlemlerin alındığının araştırılması gerektiği, bu durumda, hastada meydana gelen enfeksiyona sebep olan durumun tam olarak tespit edilemediği, bir başka ifade ile nedenin doyurucu şekilde açıklanmadığı, soyut ifadelerle yetinildiği, **raporun konu ile ilgili uzman (enfeksiyon hastalıkları uzmanı) üyelerin katılımı olmadan düzenlendiği, eksik, soyut ifadelerle yetinilerek hazırlanmış olan rapor esas alınarak karar verildiği,** Adli Tıp Genel Kurulu'ndan açıklamalı ve gerekçeli yeni bir rapor alınarak olayda hizmet kusurunun bulunup bulunmadığının yeniden irdelenmesi gerektiği gerekçesiyle bozulduğu görülmüştür.*

*Anılan bozma kararından sonra Mahkemece bozma kararına uyularak, muhtelif tarihli ara kararlarla davalı idareden, hastada enfeksiyona sebep olan olguyu tespit etme adına aynı gün yapılan diğer göz ameliyatlarında herhangi bir enfeksiyon bulgusuna rastlanıp rastlanmadığı sorularak bu hususa ilişkin tüm bilgi ve belgelerin istenildiği, ara karar cevabıyla birlikte dosyanın Adli Tıp Kurumuna gönderildiği, sonrasında **Adli Tıp 3. Üst Kurulunca** hazırlanan raporda ise özetle,*

"04/01/2005 tarihinde kişinin …….. Hastanesinde sol FAKO + İOL + ön vitrektomi ameliyatı yapıldığı, kişinin sol gözüne ameliyatından 1 gün sonra yapılan muayenesinde enfeksiyon bulguları saptanarak konjonktiva altına tedavi amaçlı ilaç enjeksiyonu yapıldığı, üç gün sonra yapılan muayenesinde ağır göz içi iltihabı saptandığı, 13/01/2005 tarihinde aynı hastanede sol göze pars plana vitrektomi, lens üzerindeki bantın temizlenmesi ve korneaya sütür atılması işlemi, 25/01/2005 tarihinde sol vitreoretinal cerrahi yapıldığı, sonrasında değişik tarihlerde, farklı hastanelerde tedavi amaçlı ameliyatlar yapıldığı anlaşılmakla; diyabet öyküsü bulunan hastaya muayene ve tetkikler sonrası 04/01/2005 tarihinde açlık kan şekeri 107 mg/dl iken yapılan sol FAKO + İOL + ön vitrektomi operasyonunun endikasyon ve tekniğinin uygun olduğu, ***ameliyat sonrası 1. günde yapılan muayene de enfeksiyon saptandığı, bunun bir komplikasyon olduğu, tedavisinde supkonjunktival enjeksiyon ve sonrasında vitreoretinal cerrahi yapıldığı, yapılan işlemlerin uygun olduğu, dolayısıyla komplikasyon yönteminin uygun olduğu, diyabetin (şeker hastalığı) enfeksiyona yatkınlığı arttırdığı tıbben bilinmekle birlikte ameliyat öncesi kan şekerinin normal olduğu, dolayısıyla ameliyata engel bir durum teşkil etmediği****" yönünde görüş bildirildiği görülmektedir.*

Dava dosyasındaki bilgi belgeler ile anılan raporların birlikte değerlendirilmesinden, diyabet öyküsü bulunan davacıya 04/01/2005 tarihinde ……..Hastanesinde açlık kan şekeri 107 mg/dl iken uygulanan sol FAKO + İOL + ön vitrektomi ameliyatının endikasyon ve tekniğinin tıp kurallarına uygun olduğu, ameliyattan bir gün sonraki muayenede saptanan enfeksiyonun, gerçekleştirilen ameliyatın bir komplikasyonu olarak meydana geldiği, komplikasyonun da tıp kurallarına uygun şekilde yönetildiği, dolayısıyla dava konusu olayda davalı idareye atfedilebilecek bir hizmet kusuru tespit edilmediği anlaşılmaktadır. İdare Mahkemesinin ... tarih ve E:..., K:... sayılı temyize konu kararının davanın kısmen reddine ilişkin kısmının yukarıda belirtilen gerekçe ile gerekçede oy çokluğu esasta oy birliğiyle ONANMASINA, kısmen kabulüne ilişkin kısmının oy çokluğuyla BOZULMASINA, Uyuşmazlıkta, İdare Mahkemesinin davanın reddi yolundaki önceki kararının Danıştay (Kapatılan) On beşinci Dairesinin 21/05/2014 tarih ve E:2013/10484, K:2014/3958 sayılı kararıyla bozulması üzerine ve bozma kararına uyularak verilen temyize konu kararına esas teşkil eden Adli Tıp 3. Üst Kurulunca hazırlanan ... tarih ve ... sayılı raporda, nihai olarak, davacıya yapılan müdahale ve uygulamaların tıp standartlarına ve kurallarına uygun olduğu yönünde görüş bildirilmiş ise de; davacıda görme kaybına sebep olan enfeksiyonun, kişinin hastanede kaldığı süre içerisinde ve ameliyattan hemen sonra 24 saat içerisinde meydana gelmesi sebebiyle, söz konusu hastanede sağlık hizmetinin eksik ve kusurlu işletildiği yönünde oluşan üzüntü ve ıstırabına kısmen de olsa giderilmesi amacıyla davacının uğradığı manevi zararın tazmin edilmesi gerektiği sonucuna varılmakta olup, tarafların temyiz istemleri reddedilerek temyize konu İdare Mahkemesi kararının aynen onanmasına karar verilmesi oyuyla, aksi yöndeki Daire kararına katılmıyorum."

Hasta Göz Hastanesine başvurmasıyla göz ameliyatı olmakta sağlık personellerinin gerekli dikkat ve özeni göstermedikleri, ameliyat sonrası takiplerinin yapılmadığı bundan dolayı da sol gözünde hasar oluştuğu bahisle uyuşmazlık mahkemeye intikal etmiştir. Fako+İol+On Vitrektomi ameliyatının yapıldığı tespit edilmiştir. İddialara göre ameliyattan yirmi dört saat sonra hastanın muayene olduğu

ve hastanın gözünde enfeksiyon saptandığı, buna bağlı olarak konjonktivite tanısı konularak tedavi amaçlı enjeksiyon yapılıp hastanın taburcu olduğu saptanmıştır. 3 gün sonra göz muayenesinde ağır göz iltihabı saptandığı için yatarak tedavi edilmiştir. Adli Tıp 3. İhtisas Kurulunca yirmi dört saat zaman zarfında enfeksiyonun görülmesi operasyon esnasında enfeksiyon bulaşma olasılığını düşündürdüğü, ilgilide görülen uzun süreli göz hastalığının şeker hastalığına sebep olabileceği mütalaa edilmiştir. Danıştay (Kapatılan) On beşinci Dairenin hasta aynı gün yapılan diğer göz ameliyatlarında da benzer enfeksiyonların görülüp görülmediği, şeker hastalığının ameliyat öncesi saptanıp saptanamayacağı, hastanın bu durumu bilinseydi eğer enfeksiyona karşı vücut direncini artırıcı önlemlerin alınması gerekip gerekmediği konusunda bilgilerin açığa kavuşması gerektiği konusunda net bir bilginin ortaya konulmamasından dolayı bozma kararı vermiştir. Kurul raporunda enfeksiyon uzmanı olması gerektiği ve kurulda bir enfeksiyon uzmanı olmaması bahisle Adli Tıp Genel Kurulundan yeni bir mütalaa istenmiştir.

Adli Tıp 3. Üst Kurulunca yeni bir mütalaa düzenlenmiş olup raporda; Operasyon sonrası 1. gün yapılan muayenede enfeksiyon olduğu bunun ameliyat sonrası görülen bir komplikasyon olduğu belirtilmiştir. Supkonjunktival enjeksiyon ve sonrasında vitreoretinal cerrahi yapıldığı bu işlemlerin tıp kuralına uygun yapıldığı şeker hastalığının da enfeksiyona yakalanmanın daha yüksek ihtimal yarattığı tıbben bilinmektedir. Hastanın ise operasyon öncesi kan şeker değeri normal sınırlarda olduğu saptanmıştır.

Mahkeme kararında maddi tazminat reddedilmiş olup manevi tazminat kısmının ‘onam kısmı’ bozulmasına karar verilmiştir. Anılan Danıştay kararına katılmamakla beraber karşı oy kısmına katılmaktayız. Her ne kadar ameliyat tıp kurallarına uygun yapılmış olsa dahi görmede hasar oluşturan enfeksiyonun varlığı, gözde beliren enfeksiyonun ameliyattan hemen sonra görülmesi kusur oluşturduğu kanaatindeyiz. Sağlık hizmeti sunulurken eksik ve kusurlu olmasından dolayı ortada bir hizmet kusurunun varlığı nedeniyle manevi zarara hükmedilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Karar-4: D. 15. D. 14.02.2017 T., 2016/2124 E., 2017/665 K.[457]

*“Dava, T. K.'ın 20.03.2010 tarihinde grip şikâyeti ile gittiği .....**Hastanesinde uygulanan yanlış teşhis ve tedavi sonucu 12.04.2010 tarihinde beyin faaliyetleri tamamen bozulmuş bir şekilde***

[457] Danıştay Kararları. sinerjimevzuat.com (i.e:17.11.2021).

taburcu edilmesi neticesinde uğradığı *maddi, manevi tazminatın eylem tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte tahsili istemiyle açılmıştır*

İdare Mahkemesince; ***Adli Tıp Kurumu Başkanlığı 2.İhtisas Kurulunun*** *06/03/2015; 22.03.2010 Tarihinde* ***nefes darlığı, bacaklarında şişlik yakınması nedeni ile Kardiyoloji kliniği birimine yatışının olduğu, 25.03.2010 tarihinde her iki alt ekstremitede var olan ödemin devam ettiği ve önceki muayeneden farklı olarak kızarıklığın ve ısı artışının başlaması üzerine selülit ön tanısıyla öncesine dair ilaç alerjisi olmadığı teyit edilerek sulbaktam ampisilin öncelikle doktor gözetiminde hemşire tarafından test dozunun yapıldığı, testin sonucu menfi olduğu, ampislin-sulbaktamın (Duocid) ilk dozun yapılmasından sonra kızarıklığı ve kaşıntısının olduğu, 1.dakika içerisinde ilk müdahalenin yapıldığı, stridoruda başlayan kişiye airway takıldığı, medikal tedavinin uygulandığı, solunum durması geliştikten 1 dakika sonra kişinin entübe edilerek yoğun bakım ünitesinde takip edildiği, çekilen kranial MR incelemesinde hipoksik bulguların olduğunun saptandığı, söz konusu olay tarihinden 3.5 ay sonra yapılan EKO incelemesinde sol ventrikül sistolik fonksiyonlarının normal olduğunun tespit edildiği, frontal işlevlerde ve bellekte ağır kusur nedeniyle %90 özür oranının olduğunun anlaşıldığı, kişiye ait laboratuvar tetkik ve görüntüleme incelemelerinin bütün olarak değerlendirildiğinde kişinin nonkritik koroner arter hastalığı, diabetis mellitus, hipertansiyon, muhtemel üst solunum yolu enfeksiyonu sonrası geçirilmiş myokardite bağlı dilate kardiomyopati tanılarının koyulmasının ve uygulanan tedavilerin tıbben doğru olduğu, enfeksiyöz bir hastalık olan sellülitin uygulanan tedavilerden kaynaklanmadığı, penicilin grubu ilaçlara karşı alerji hikâyesi olmayan kişilerde alerji için rutin deri testi önerilmemekle birlikte allerjik reaksiyonların deri testi negatif olanlarında, daha önceki kullanımlarında olmayıp sonra gelişebileceğinin tıbben bilindiği, penisilin grubu ilacın İV (karın bölgesine değil) uygulanmasına bağlı gelişen anaflaktik reaksiyonun her türlü özene rağmen oluşabilen herhangi bir tıbbi ihmal ve kusura izafe edilemeyen komplikasyon olarak** *nitelendirildiği, komplikasyon yönetiminin tıp kurallarına uygun gerçekleştirildiği, kardiyomyopatinin bir kısmının kısmen veya tamamen düzelebileceğini tıbben bilindiği, kişinin sonraki takiplerinde yapılan tetkiklerde kalp atım fonksiyonunun (enjeksiyon fraksiyonu) normal seyretmesinin kişide gelişen söz konusu kardiyomyopatinin düzeldiğinin anlaşıldığı cihetle, ilgili sağlık personellerine atfı kabil bir kusur tespit edilmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.*

Davacı tarafça, hükme esas alınan Adli Tıp Raporunun idarenin tek taraflı açıklama ve kayıtlarına istinaden düzenlendiği, müdahale öncesi hastanın muvafakatinin alınmadığı, gerekli ve yeterli aydınlatmanın yapılmadığı, olayda bu yönüyle hizmet kusuru bulunduğu gerekçesiyle Mahkeme kararının bozulması istenilmektedir.

Dosyanın incelenmesinden, İdare Mahkemesince, tedaviyi düzenleyen ve uygulayan sağlık ekibinin, anamnez çerçevesinde kendi sağlık geçmişi hakkında hastaya ya da yakınlarına soru sormadığı, ilgiliyi penisilin tedavisinin muhtemel risklerine dair bilgilendirmediği ve yürürlükte olan mevzuat ve düzenlemeye rağmen hastanın rızasını almadığı yönünde davacı tarafça ileri sürülen başlıca iddiaların ele alınmadığı görülmektedir.

Adli Tıp Kurumunun raporunda, davanın bu yönlerinden bahsedilmemekte ve tedavi sonrası oluşan arazın, tedavinin risklerinden kaynaklandığı belirtilmektedir. Ancak hasta dosyanın incelenmesinden, 25.03.2010 tarihli epikrizde; selülit ön tanısıyla, öncesine dair ilaç alerjisi olmadığı

tekrardan teyit edilerek sulbaktam ampisilin öncelikle doktor gözetiminde hemşire hanımca test dozu yapıldı. Test dozuna müteakip geçen 30 dakika içerisinde herhangi bir sıkıntı saptanmayan ve şikâyeti olmayan hastaya, test sonucu menfi kabul edilerek 1gr 2x1 iv başlandı. İlk dozun yapılmasını müteakip kızarıklığı ve kaşıntısı belirlenmesi üzerine hemşire hanım tarafından derhal tarafımıza haber verildi tespiti yer almakta iken, Hemşire Gözlem Notunda; saat 10:00 hastaya Duocid test dozu yapıldı. Test (-) H.Ö. saat 11:20 duocid 1 gr iv yapıldıktan hemen sonra anafilaksi gelişti. Hastada kaşıntı ve kızarıklık gelişince hastaya 1 amp Avil, 40 mg Dekort, 1 amp Adrenalin yapıldı tespiti yer almaktadır

Hemşire gözlem notunda doktora danışılarak yapılan işlemlerin yanına ilgili doktorun adı da yazılmak suretiyle kayıt tutulduğu, doktorlar tarafından düzenlenen ***epikrizde hastaya doktor gözetiminde test dozunun uygulandığı belirtilmesine rağmen hemşire gözlem notunda testin doktor gözetiminde yapıldığına ilişkin bir kaydın bulunmadığı*** *görülmektedir. Ayrıca epikrizde hastaya test dozunu müteakip 30 dakika içinde herhangi bir şikâyeti bulunmayan hastaya İV. penisilin enjekte edildiği belirtildiği halde, hemşire* ***gözlem notunda saat 11:20 de hastaya 10:00 tedavilerinden Duocid 1 gr iv yapıldıktan hemen sonra anafilaksi geliştiği notu bulunduğu ve nottaki 11:20 ibaresinde gözle görülür bir düzeltmenin olduğu, epikriz ile hemşire gözlem notundaki bilgilerin tutarlı olmadığı ve birbirleriyle çeliştiği, hastanın penisilin alerjisine ilişkin öyküsünün alındığına ve hastanın penisilin uygulaması sonrası gelişebilecek muhtemel risklere ilişkin bilgilendirildiğine ilişkin bir kayıt bulunmadığı görülmektedir****.*

Hemşire gözlem notu ile hasta epikrizi arasındaki çelişkiler ile hastanın penisilin alerjisi geçmişine ilişkin hasta öyküsünün alındığına ilişkin kayıtların ve hastanın penisilin uygulamasının olası risklerine ilişkin bilgilendirildiğine ilişkin kayıtların sunulamamasının, sunulan kamu hizmetinin kötü işlediğini ve ortada bir hizmet kusurunun bulunduğunu gösterdiğinden davacıların bu olay nedeniyle maruz kaldıkları manevi elem ve ıstırabı giderecek şekilde olayın meydana geliş şekli de dikkate alınarak hakkaniyete uygun bir manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken, manevi tazminatın reddedilmesi hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Maddi tazminat açısından ise Adli Tıp Kurumu Raporunda, hastaya konulan tanı ve uygulanan tedavilerin tıbben doğru olduğu ve ***penisilin grubu ilaçlara karşı alerji hikâyesi olmayan kişilerde alerji için rutin deri testi önerilmemekle birlikte, alerjik reaksiyonların deri testi negatif olanların da, daha önceki kullanımlarında olmayıp sonra gelişebileceğinin tıbben bilindiği, penisilin grubu ilacın İV uygulanmasına bağlı gelişen anaflaktik reaksiyonun, her türlü özene rağmen oluşabilen herhangi bir tıbbi ihmal veya kusura izafe edilemeyen komplikasyon*** *olarak nitelendirildiği, komplikasyon yönetiminin tıp kurallarına uygun olduğu ve ilgili sağlık personeline atfı kabil bir kusur tespit edilmediği belirtildiğinden, maddi tazminatın reddedilmesinin hukuka uygun olduğu anlaşılmaktadır. 3. İdare Mahkemesinin kararının maddi tazminatın reddine ilişkin kısmının ONANMASINA oyçokluğuyla, manevi tazminatın reddine ilişkin kısmının BOZULMASINA oybirliğiyle karar verilmiştir."*

Hasta nefes darlığı, bacaklarda görülen şişlik nedenleriyle Kardiyoloji kliniğine başvurmaktadır. Selülit ön tanısıyla ilaç alerjisi olmadığı testi yapılmış olan Sulbaktan Ampisilin ilaç uygulanmasından kaynaklı uyuşmazlıktır. Hemşirenin sulbaktam

ampisilin uygulamadan önce test yapıldığı ve sonucunun negatif olduğu, duocidin yapılmasıyla beraber ilk 1 dakika içinde alerjik reaksiyonların baş gösterdiği tespit edilmiştir. Yoğun bakıma alınan hastanın MR sonucunda hipoksi bulguları bulunmuştur. Penisiline alerjisi olmayan hastalarda deri testinin yapılmadığı, test sonucu negatif olsa dahi alerjik reaksiyonun gelişebileceği tıbben bilinmektedir. Her türlü dikkat ve özene rağmen anaflaktik reaksiyon her hastada görülebilir denilerek mütalaa edilmiştir. Hekim/doktor ve hemşire tıbbi evrakında çelişkiye rastlanılmıştır. Hasta muhtemel görünür riskler konusunda aydınlatıldığına dair herhangi bir evrak dosyaya sunulmamıştır.

Danıştay kararımızda penisilinle ilgili gerekli testlerin yapıldığı, penisilin grubuna ait alerjinin herkeste çıkabileceği, penisilin grubunun komplikasyon olarak anafilaksiye sebep verileceği bilinmektedir. Kararımızda penisilin gibi anaflaktik şoka sebep veren bir ilacın uygulanmasından önce muhakkak bir bilgilendirilmiş rızanın alınması gerektiği, eğer kişi komplikasyonlarını bilseydi bu ilacı uygulamayacağı, oluşacak riskler konusunda bilgilendirilmesi, vücut bütünlüğü hakkındaki kararı hastaya bırakmak gerektiği aşikârdır. İlgili sağlık personeli hasta yerine geçerek hastanın iradesini sakata uğratmak, fesada uğratmak gibi eylemlerden kaçınmalıdır.

Sağlık hizmeti yürüten idarelerde her türlü İM. uygulamalarda muhakkak hastaya bilgi verilmesi, komplikasyon hakkında geniş bilgilendirmesi akabinde her İM. uygulamaya uygun düşecek bilgilendirilmiş rızanın alınması şart görünmektedir.

7.1.3. Usulden bozma

Karar-1: D. 10. D. 17.06.2021 T., 2020/5607 E., 2021/3442 K.[458]

"Davacılardan …'in 21/07/2012 tarihinde doğum sancılarının artması üzerine ……. Hastanesi'ne başvurduğu, 22/07/2012 tarihinde ebeler tarafından yaptırılan normal doğum sırasında bebeğin baş doğumunu takiben omuzlarının çıkmaması üzerine nöbetçi doktorlar nezaretinde 23/07/2012 tarihinde doğumun gerçekleştirildiği, bebeğin 4.900 gr ağırlığında dünyaya geldiği, uzun süren ve zor gerçekleşen doğumun ardından kalp atımı ve solunumu olmayan bebeğe ilk müdahalenin nöbetçi anestezi ve çocuk doktoru tarafından yapıldığı, müdahale sonrası kalp atımı sağlanan bebeğin ilk muayene ve tedavisinin ardından yenidoğan yoğun bakım ünitesine yatırıldığı, genel durumu kötü olan bebeğe beyin soğutma tedavisinin uygulanmak istendiği, ancak doğumun üzerinden 24 saat geçmiş

[458] Danıştay Kararları. sinerjimevzuat.com (i.e: 10.11.2021).

olması nedeniyle bu tedavi için geç kalındığı, 23/07/2012 tarihinde bebek ve annenin taburcu edildiği, davacılar tarafından olayda idarenin hizmet kusuru bulunduğundan bahisle …….

İdare Mahkemesince yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu ATK ... İhtisas Kurulu tarafından hazırlanan 06/11/2015 tarihli raporda, mevcut bulgulara göre kişiye ***normal doğum yaptırılmasının doğru bir yaklaşım olduğu, küçükte saptanan sinir zedelenmesinin normal doğum eylemi sırasında tüm özenin gösterildiği durumlarda dahi bebeğin vajinal yoldan çıkartılması sırasındaki manevralara bağlı olarak görülebildiği ve öngörülemeyen ve önlenemeyen bir komplikasyon*** *olarak nitelendirildiği, bununla birlikte* ***asfiktik doğan bebekte doğumdan sonra hipotermi tedavisinin uygulanması gerektiğinin tıbben bilindiği, mevcut tıbbi evrakta hitopermi uygulaması yapıldığına dair kayıt bulunmadığından hipotermi tedavisi uygulamayan ilgili çocuk sağlığı ve hastalıkları hekiminin uygulamasının tıp kurallarına uygun olmadığı yönünde görüş bildirildiği görülmektedir.***

Dosyada bulunan ve mahkemelerce hükme esas alınan ATK raporunda, sağlık hizmetini sunan idare ajanlarından olay tarihinde görevli çocuk hekimi ...'e, hipotermi tedavisi uygulamamasının tıp kurallarına uygun olmadığı gerekçesiyle kusur izafe edilmesine karşın, idare tarafından adı geçene dava bildirilmediği gibi Mahkemeden de talep edilmediği, ayrıca İdare Mahkemesi tarafından da re' sen davanın ihbar edilmediği, Bölge İdare Mahkemesi aşamasında davanın adı geçene ihbar edildiği, ancak müdahale isteminin kabulüne karar verildikten sonra itiraz ve savunmalarını sunması için süre verilmediği görülmektedir.

Bu itibarla, belirtilen usul hükümleri gözetilmeksizin davanın esası hakkında karar veren ... Bölge İdare Mahkemesi ... İdari Dava Dairesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır. Davanın kısmen kabulü, kısmen reddine ilişkin ... İdare Mahkemesi kararına yönelik olarak yapılan istinaf başvurusunun reddi yönündeki temyize konu ... Bölge İdare Mahkemesi ... İdari Dava Dairesi'nin sayılı kararının BOZULMASINA"

Doğum sancıları sebebiyle hastaneye başvuran ilgili hekim/doktor denetiminde normal doğum yaptırıldığı, bebek başının geldiği lakin bebeğin omzunun çıkmadığı, zor doğum olduğu, bebek doğduktan sonra solunumunun ve kalp atımının olmadığı, yenidoğan yoğun bakım servisine yatışı yapıldığının, bebeğe *beyin soğutma* tedavisi için geç kalındığından bahisle tazminat talepli uyuşmazlık mevcuttur.

ATK raporunda; normal doğum yaptırma eyleminde bir hata olmadığı, doğum eylemi esnasında sinir zedelenmesinin komplikasyon olarak görülebileceği, bebeğin vajinal doğum esnasında yapılan hareketlere bağlı olarak gelişeceği, herhangi bir kusur izafesinin yapılamayacağı mütalaa edilmiştir. Tıbben bilinen oksijensizlikten boğulma vakalarında ilk yirmi dört saate hipotermi tedavisinin verilmesi gereklidir. Tıbbi evraktan bu vakaya hipotermi tedavisi yapıldığına dair herhangi bir emareye rastlanılmadığından bahisle çocuk uzmanına kusur izafesinde bulunulmuştur.

ATK raporuna dayanılarak hekim/doktora kusur izafe edilmesine rağmen idarenin hüküm kurulmasına rağmen idarenin ilgili hekim/doktora davayı bildirmediği, mahkeme tarafından da resen bildirim yapılmadığı, BİM aşamasında ilgili hekim/doktorun davadan haberi olduğu ve savunma için kendisine süre verilmediğinden bahisle dosya bozulmuştur.

Malpraktis kavramında rücu müessesi devreye girdiğinden dolayı İYUK'e göre davanın ihbarı önem arz edecektir. Mahkemece menfaat açısından zarara uğrama ihtimali olan hekim/doktora davanın resen bildirilmesi gerekmektedir. Bu durum ayrıca adil yargılanma ve hukuki dinlenilme hakları açısından da bozma gerekçesi olmaktadır.

Hukuk sistemlerinde usule uyulmadan esastan verilmiş kararların hükmü geçerli değildir. Usul işlemleri hukuk sistemlerin mihenk taşıdır. Danıştay kararında "usul esasa mukaddemdir" ilkesi gereği bozma hükmüne katılmaktayız[459].

7.1.4. Bilgilendirilmiş Rıza eksikliği

Karar-1: D. 10. D. 12.04.2021 T., 2020/2975 E., 2021/1742 K.[460]

"Davacılar tarafından, davacılar ... ve ...'in oğlu olan diğer davacı ...'in, ***evde düşme nedeniyle ve bel ağrısı şikâyetiyle****, 29/09/2013 tarihinde başvurduğu ……. Devlet Hastanesi'nde, ...'e* ***hatalı enjeksiyon uygulanması nedeniyle, sağ ayağında %23 oranında özür oluştuğunun,*** *……. maddi ve manevi, …….ödenmesine karar verilmesi istenilmektedir.*

Davacı ...'in, 29/09/2013 tarihinde ***6 yaşında iken evde yüksekten düşme nedeniyle ve bel ağrısı şikâyetiyle****…. Devlet Hastanesi acil polikliniğine götürüldüğü, görevli hekim tarafından, küçüğün yapılan muayenesinde herhangi bir patoloji saptanmaması nedeniyle küçüğe yumuşak doku bozuklukları tanısıyla 1/3 dikloron ampül uygulanmasına karar verildiği, ilacın sağlık görevlisi (hemşire) tarafından çocuğa uygulandığı, 30/09/2013 tarihinde miyalji tanısıyla sevk yapıldığı, ……. Hastanesinin 21/10/2013 tarihli EMG raporunda bulguların sağ siyatik sinir lezyonu ile uyumlu olduğunun belirtildiği, küçüğe 21/10/2013-28/11/2013 tarihleri arasında ……. Devlet Hastanesinde, 02/12/2013-03/12/2013 tarihleri arasında Ankara Fizik Tedavi ve Rehabilitasyon Eğitim ve Araştırma Hastanesinde, 04/03/2014-19/04/2014 tarihleri arasında ise özel bir sağlık kuruluşunda fizik tedavi programı uygulandığı, ……. Hastanesinin 08/05/2014 tarih ve 57655 sayılı engelli sağlık kurulu raporuna göre küçüğün %23 oranında vücut fonksiyon kaybının bulunduğu, sonrasında davacılar*

[459] Danıştay Kararları. Bkz; D. 10. D. 16.02.2021 T., 2019/10269 E., 2021/530 K. D. 10 D. 21.09.2020 T., 2019/6336 E., 2020/3078 K. sinerjimevzuat.com (i.e: 21.09.2021).

[460] Danıştay Kararları. sinerjimevzuat.com (i.e: 21.09.2021).

tarafından, enjeksiyonun uygulanması akabinde sağ ayağının engelli hale geldiği, yapılan tıbbi müdahalede idarenin hizmet kusuru bulunduğu belirtilerek maddi ve manevi zararlarının tazmini istemiyle davalı idareye yapılan başvurunun zımnen reddi üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

*Uyuşmazlıkta, olaya yönelik olarak **Adli Tıp 2. İhtisas Kurulu** tarafından hazırlanan 11/03/2016 tarih raporda **"enjekte edilen ilaçların doku içi yayılımı ile sinir hasarına neden olabileceklerinin tıbben bilindiği, bu durumun enjeksiyonların tekniğine uygun yapılması durumunda da daha önceden öngörülemeyecek ve önlenemeyecek arazlara sebep olabildiği, mevcut tablonun her türlü özene rağmen oluşabilecek, herhangi bir kusur ve ihmalden kaynaklanmayan komplikasyon** olarak nitelendirildiği, tüm bulgular bir bütün olarak değerlendirildiğinde enjeksiyonu uygulayan sağlık personeli ile enjeksiyon yapılma talimatını veren ilgili hekime herhangi bir kusur izafe edilemediği" yönünde; **Adli Tıp Genel Kurulu t**arafından hazırlanan 10/08/2017 tarih ve 1070 sayılı raporda ise, "**küçüğe gluteal bölgeden intramusküler enjeksiyonun uygulandığı, kullanılan ilacın endikasyonunun bulunduğu, kullanılan dozun uygun olduğu, enjekte edilen ilaçların doku içi yayılımı ile sinir hasarına neden olabileceklerinin tıbben bilindiği, enjeksiyonun tekniğinin uygun olsa da önceden öngörülemeyecek önlenemeyecek arazların ortaya çıkabildiği, bu durumun her türlü tıbbi özene rağmen herhangi bir kusur ve ihmalden kaynaklanmayan komplikasyon** olarak nitelendirildiği, tüm bulgular bir bütün olarak değerlendirildiğinde enjeksiyonu uygulayan sağlık personeli ile enjeksiyon yapılma talimatını veren ilgili hekime herhangi bir kusur izafe edilemediği" yönünde görüş bildirilmiştir.*

*Bakılan davada, idarenin yürütmekle yükümlü olduğu sağlık hizmetini gereği gibi eksiksiz olarak sunup sunamadığı hususunun manevi tazminat takdirinde önem arz ettiği de gözetildiğinde, olay tarihi itibarıyla 6 yaşında olan ...**'e uygulanan Dikloron isimli ilacın kullanma talimatında "Dikloron, çocuklara ve ergenlere (18 yaş altı) verilmemelidir." denilmekte olup, küçüğe Dikloron ampul uygulanmasının tıp kurallarına uygun olup olmadığı, çocukta gelişen sinir hasarının, kullanılması önerilmeyen ilacın özelliklerinden mi kaynaklandığı hususlarının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.***

*Bu amaçla, **Tıbbi Farmakoloji uzmanının da katılımının sağlandığı ilgili Adli Tıp Üst Kurulundan konu hakkında rapor alınarak enjeksiyon uygulamasında** idarenin hizmet kusuru bulunup bulunmadığı belirlenmeli, hizmet kusurunun bulunduğu sonucuna varılması halinde davalı idarenin kusur durumu da dikkate alınarak manevi tazminat tutarı takdir edilmelidir.*

Bu durumda, uyuşmazlığın çözümü için yeterli olmayan bilirkişi raporuna dayalı olarak verilen Bölge İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Temyize konu ... Bölge İdare Mahkemesi ... İdare Dava Dairesinin kararının BOZULMASINA"

6 yaşında olan küçüğün yüksekten düşme ve bel ağrısı şikâyetleri sebebiyle hastaneye başvurduğu dosya kapsamında anlaşılmaktadır. Küçüğe burada yumuşak doku bozuklukları tanısı konulmuş olup 1/3 oranında dikloron ampül hemşire

tarafından uygulanmaktadır. Yapılan enjeksiyona bağlı olarak sağ ayağında %23 oranında hasar meydana geldiği bahisle uyuşmazlık yargıya intikal etmiştir.

Adli Tıp 2. İhtisas Kurulu raporunda enjeksiyon işlemine bağlı olarak sinir hasarının oluşabileceği, kurallarına uygun yapılan enjeksiyon işlemlerinde dahi bu durumun yaşanabileceği, bütün dikkat ve özenin gösterilmesine rağmen arazların oluşabileceği tıbben bunun kabul edilen risk olduğu mütalaa edilmiştir.

Adli Tıp Genel Kurulu raporunda da durum aynı şekilde dile getirilip mütalaa edilmiştir. Mütalaalar hükme esas alınıp maddi taleplerinin reddine ve manevi tazminat taleplerinin kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Dikloron adlı ilacın prospektüs kısmında ise 18 yaş altı bireylerde kullanılmaması gerekli olan uyarı yer almaktadır. Danıştay'ın bozma kararına katıldığımız nokta yeni bir bilirkişi mütalaasında dikloron adlı ilacın prospektüsünde yer alan uyarıya rağmen dikloronun kullanılmasının tıp kurallarına uygunluğunun belirlenmesi, sinir hasarına bağlı arazların görülmesinin nedeni olarak kullanılmaması gereken ilacın özelliklerinden kaynaklanıp kaynaklanmadığının açıklanması ve en son olarak da bir farmakoloji uzmanının heyete olmasının daha doğru ve net bir şekilde sorulara yanıt alınacağı, bilgilendirilmiş rıza olup olmaması, rıza işleminin alınıp alınmaması belirlendikten sonra manevi tazminata hükmedilmesi hukuka uyarlılık bulunacaktır.

Karar-2: D. 10. D. 24.12.2019 T., 2019/6253 E., 2019/10834 K.[461]

"Davacılardan ..., 27/11/2010 tarihinde saat 03.00 sıralarında ***kulak ağrısı şikâyetiyle*** *……. Devlet Hastanesine götürülmüş,* ***"otit" tanısı konularak 1 ampul miyadren kas içine uygulanmıştır. Enjeksiyon sonrasında sol bacağında ağrı ve uyuşukluk gelişmiş, aynı gün 19.30 sıralarında …..Hastanesine çocuk nörolojisi bölümüne sevk edilmiştir. Adı geçen hastanede peroneal sinir yaralanması ve düşük ayak tanısı ile yatırılarak ilaç tedavisi başlanmış,*** *01/12/2010 tarihinde taburcu edilmiştir. 07/12/2010 tarihinde ……. Hastanesinde yapılan muayenesinin ardından ev egzersizi ve gece moldu kullanması önerilmiştir. 12/12/2010 - 13/01/2011 tarihleri ……. Hastanesinde 22 seans fizik tedavi uygulaması yapılmış, 06/01/2011 tarihinde …….Hastanesinde yapılan* ***EMG tetkikinde sol siyatik sinirde ağır şiddette nöropati bulguları tespit edilmiştir.***

[461] Danıştay Kararları. sinerjimevzuat.com (i.e: 10.11.2021).

*İdare Mahkemesince, olayda idarenin hizmet kusuru olup olmadığının tespitine yönelik olarak **Adli Tıp 2. İhtisas Kurulundan** alınan 16/09/2013 tarihli raporda; **"İntramüsküler yolla enjekte edilen ilaçların doku içi yayılımı ile sinir hasarına neden olabileceklerinin, enjeksiyonların tekniğine uygun yapılması durumunda da daha önceden öngörülemeyecek ve önlenemeyecek arazların ortaya çıkabileceğinin tıbben bilindiği, bu olguda enjeksiyonun yapılış tekniği ve uygulanan bölgenin uyumsuzluğu yönünden tıbbi bir delil tanımlanmadığı, miyadren ampulün çocuklarda da uygulanabildiği ancak uygulama dozunun bu çocuğun yaş grubu ve kilosuna göre 1/2 (yarım) ampul olması gerektiği, ancak hastaya uygun olmayan dozda kullanıldığının belirlendiği, bununla birlikte ortaya çıkan sinir hasarının ilacın dozundan kaynaklanıp kaynaklanmadığının bilinemeyeceği, tüm bulgular bir bütün olarak değerlendirildiğinde, enjeksiyonu uygulayan sağlık personeline herhangi bir kusur izafe edilemediği, enjeksiyon nöropatilerinde sinir hasarının 3 - 5 gün içinde yerleştiği, takip eden 18 aylık sürece kadar da dejenerasyonun yerini rejenerasyona bıraktığı, burada iyileşmenin sağlam olan liflerle ilişkili olduğu ve uygulanacak fizik tedavinin iyileşme sürecini hızlandırabileceği, çocuğun nöropatik şikâyetleri geliştiği zaman hastaneye başvurusunda ileri bir merkeze sevk edildiği, bu merkezde gereken tıbbi tedavinin yanında Fizik Tedavi konsültasyonu da yapılarak egzersiz programı önerilmesinin nöropatinin bu aşamasında yapılması gereken tıbbi uygulamalar olduğu"** yönünde görüş verilmiştir.*

*Enjeksiyonun yapıldığı tarihte 10 yaşında olan bir çocuğa intramüsküler miyadren ampul uygulanması olayıyla ilgili olarak **Adli Tıp Genel Kurulu** tarafından düzenlenen 23/06/2016 tarih ve 1097 karar numaralı raporda; "**doz gücünden dolayı miyadren ampulün çocuk ve ergenler için uygun bir tercih olmadığı"** belirtilmişken, olay tarihinde 7 yaşında olan bir çocuğa aynı ilacın uygulanmasıyla ilgili olarak Adli Tıp Genel Kurulu tarafından düzenlenen 01/09/2016 tarih ve 1389 karar numaralı raporda; "**miyadren ampulün (diklofenak sodyum) çocuklarda güvenilirliği ve etkinliği hakkında yeterli literatür bilgisi olmadığı, ancak kesin kullanılmaması gerektiğine dair bir bilginin de bulunmadığı, hekimin tercihi halinde kullanılabildiğinin tıbben bilindiği" belirtilmiştir. Miyadren ampulün kullanma talimatında da, "Miyadren, çocuklara ve ergenlere (18 yaş altı) verilmemelidir**." denilmektedir.*

Sözü edilen Adli Tıp Genel Kurulu raporları, dava konusu olaya ilişkin olarak Adli Tıp 2. İhtisas Kurulu tarafından düzenlenen rapor ve ilacın kullanma talimatında yer alan uyarı birlikte değerlendirildiğinde, olay tarihinde 9 yaşında olan ...'a miyadren ampul uygulanmasının doğru bir tıbbi uygulama olup olmadığı konusunda tereddütte düşülmüştür. Olayda; çocuklarda miyadren uygulamasına ilişkin bilimsel kaynaklar hakkında bilgi verilmek suretiyle ...'ın tedavisinde miyadren ampul kullanılmasının doğru bir tıbbi yaklaşım olup olmadığı, çocukta gelişen sinir hasarının neye bağlı oluştuğu, ilacın özelliğinden ya da dozunun fazla uygulanmasından mı kaynaklandığı hususlarının açık ve anlaşılır şekilde cevaplandığı, Tıbbi Farmakoloji uzmanının da katılımının sağlandığı ilgili Adli Tıp Üst Kurulundan rapor alınarak küçüğe uygulanan tedavide idarenin hizmet kusuru bulunup bulunmadığı belirlenmelidir.

Bu durumda; uyuşmazlığın çözümü için yeterli olmayan bilirkişi raporuna dayalı olarak eksik inceleme sonucu verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir. ....İdare Mahkemesinin kararının BOZULMASINA,

KARŞI OY (X)

Bakılmakta olan davada, Mahkemece, olayda idarenin hizmet kusuru bulunup bulunmadığının tespitine yönelik olarak Adli Tıp 2. İhtisas Kurulundan alınan 16/09/2013 tarihli raporda; küçük B.K'nın kilosu ve yaşına göre 1/2 ampul miyadren uygulanması gerekirken ilacın uygun dozda uygulanmadığı tespit edilmiş olup, bu tespite göre, küçüğe uygulanan tedavinin hatalı olduğu, olayda idarenin hizmet kusurunun bulunduğu açık olup olay nedeniyle uğranılan zararın karşılanması gerekirken davanın reddi yolunda verilen kararda hukuki isabet bulunmadığı, Mahkeme kararının belirtilen gerekçe ile bozulması gerektiği görüşüyle çoğunluk kararına katılmıyorum."

Kulak ağrısı şikâyetiyle hastaneye başvuran hastaya otit tanısı konulduktan sonra 1 ampul miyadren adlı ilaç uygulanır. Miyadren ilaç uygulandıktan sonra hastada bacakta ağrı ve uyuşukluk başlamıştır. Bunun üzerine aynı gün çocuk nöroloji bölümünde muayene edilir. Nöroloji hekimi tarafından hastaya poreneal sinir yaralanması ve düşük ayak tanısı konulmak suretiyle tedavi altına alınır. EMG tetkiki ile de sol siyatik sinirde baş gösteren ağır nöropati bulgularına rastlanır.

Adli Tıp 2. İhtisas Kurulu raporunda İM (intramusküler) yapılan enjeksiyonlarda sinir hasarı görülebileceği bunun komplikasyon olarak alındığı, önlenemeyecek ve öngörülemeyecek bir durum olduğu belirlenmiştir. Çocuklarda da miyadren adlı ilacın kullanılabileceği lakin yaş ve kilonun önemli olduğu belirtilmiştir. Hastada yapılması ön görülen miyadrenin ½ oranında alınması gerektiği lakin hasta için uygun olmayan dozun yapıldığı, yine de çıkan arazın uygulanan dozdan kaynaklanıp kaynaklanmadığının bilinemediğinden bahisle kusur izafesinin yapılamayacağı mütalaa edilmiştir.

Miyadren adlı ilacın yapıldığı dönemde 10 yaşında olan küçük için Adli Tıp Genel Kurulu tarafından hazırlanan raporda doz gücünden dolayı küçüklerde (18 yaş altı) uygulanmasının tercih olmadığı, güvenirliği hakkında literatürde yeterli bir bilginin olmadığı lakin hekimin isteğiyle tercih edile bilineceği mütalaa edilmiştir.

Adli Tıp Üst Kurulunda var olan çelişkilerin giderilmesi adına mütalaa istenmesi, mütalaa hazırlayacak olan heyet içinde farmakoloji uzmanının olması gerekliliği, riskleri bünyesinde taşıyan Miyadren adlı ilaç uygulamadan önce bilgilendirilmiş rızanın olup olmadığı, yapılacak işlemden önce bilgilendirilmiş rızanın varlığının araştırılmasından dolayı bozma kararına katılmaktayız.

Danıştay'ın bilgilendirilmiş rıza varlığının araştırılıp manevi tazminat açısından hüküm kurulmasından dolayı hukuka uyarlılık bulmayıp bozması kararına katılmakla birlikte bahsi geçen olayda sadece bilgilendirilmiş rıza unsuru tek başına bir gerekçe

olmayacağı kanısındayız. Karşı oyda belirtilen gerekçede olayın ATK raporunda belirtilen çocuklarda miyadren adlı ilacın uygun dozda kullanılmadığının belirtildiği buna bağlı olarak da bu olayın komplikasyon değil de malpraktis olarak ele alınması gerektiği kanaatindeyiz. Şöyle ki; Kullanım prospektüsünde 18 yaş altı kullanıma uygun olmaması, ATK 2. İhtisas Kurulun raporunda bunun yaygın olan bir komplikasyon olarak ele alındığı. Miyadren adlı ilacın ilgili çocukta 1/2 oranında kilo ve boyuna uygun olarak kullanılabileceği lakin uygun olmayan dozun kullanıldığı ama ortaya çıkan sinir hasarının uygun dozdan kaynaklı olup olunamayacağının bilinemeyeceği yönünde verilen raporda, ATK Genel Kurulu raporunda ise literatürde yeterli derecede miyadren adlı ilacın çocuklarda uygulanıp uygulanmamasıyla ilgili bir verinin olmadığı, lakin çocuklarda uygulanmasıyla ilgili kesin bir yasaklayıcı emrin olmaması ve kullanımının hekim/doktor istemine bırakıldığı görülmektedir. İki rapor birlikte değerlendirildiğinde konuyla ilgili çelişkili ve eksik kalan tarafların 3. bir bilirkişi heyet raporuyla değerlendirilmenin yapılması, kurulda bir farmakoloji uzmanın da bulundurulması ile mütalaadan sonra manevi tazminata hükmedilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Hükmedilecek olan manevi tazminatın zenginleşme aracı olamayacağı muhakkak göz önünde bulundurulur.

Karar-3: D. 15. D. 26.11.2018 T., 2018/4621 E., 2018/4686 K.[462]

"Davacı davasında 16 yaşından beri göğsünde fibroadenom bulunmasından dolayı ameliyat olmaya karar verdiğini, bu ameliyatı davalının yaptığını, ameliyat sonrası bir gün hastanede kaldıktan sonra taburcu edildiğini, taburcu olup eve gitmesinden sonra 3-4 gün boyunca vücudunda anormal morarmalar ve şişlikler belirdiğini, çektiği bu acı ve ızdırabın ameliyattan sonra yaklaşık 1 ay boyunca devam ettiğini, bu süreç içinde haftada en az 2 defa muayene gittiğini, daha sonra şekil bozukluklarının meydana geldiğini ve 2009 yılında müvekkilinin göğsünün çok çirkin bir görüntü aldığını, bir süre sonra lenf bezlerinde şişmelerin oluştuğunu, çekilen ultrason sonucunda; göğsünde bir şeyin sızma yaptığını, vücudun kendini korumak için harekete geçtiğini bu sebeple lenf bezlerinin şiştiğinin anlaşıldığını, davalının yaptığı ameliyattan sonraki dönemde ***iki kez daha ameliyat olmak zorunda kaldığını, sonuçta göğsünde nükseden rahatsızlıkların sebebinin davalı tarafından yapılan ilk ameliyatla takılan protezin hatalı ve kullanılması gereken materyalin vücut yapısına uygun olmayan yanlış ve daha büyük boyutta takılmış olmasından kaynaklandığını****, yaklaşık beş senedir göğsündeki şekil bozuklukları sebebiyle elem ve üzüntü içerisinde olduğunu belirterek …….*

Mahkemece … ve … Üniversitesi'nden alınan bilirkişi raporlarına göre ilk ameliyatın belgeleri ve fotoğraflarının incelenmesi ile yapılan inceleme sonucunda uygulanan yöntemin ve ortaya

[462] Danıştay Kararları. sinerjimevzuat.com (i.e: 26.01.2022).

çıkan sonucun ***hatalı olmadığı, morarma ve ağrıların her ameliyat sonucu olabilecek komplikasyonlar*** *olduğu bu sonuçların davalının özensizliğini göstermediği sonradan yapılan ameliyatların her bir ameliyat sonrası halinin ilk ameliyata bağlı olarak hatalı olduğunun kabul edilemeyeceği….*

Mahkemece alınan ... Raporunda ameliyat öncesi ve sonrası fotoğraflara göre ameliyattan sonra oluşan ..., morarma ve şişliğin her cerrahi girişimden sonra beklenebilir durumlar olduğu davalının kusurlu olmadığı açıklamış, ... Fakültesinden alınan raporda da benzer açıklama yapılmıştır.

Somut olay değerlendirildiğinde, davacıya yapılan estetik müdahalenin sonucu itibariyle iş sahibi yararına sonuç vermediği gibi, ***1. operasyon öncesi aydınlatma yükümlülüğünün yeterince yerine getirilmediği ve kayıtların tam olarak tutulmadığı, eser sözleşmesi niteliği gereğince yüklenicinin edimini tam olarak yerine getirdiğinden söz edilemeyeceği ve kusurlu bulunduğu, komplikasyon konusunda aydınlatılmanın yetersiz olduğu gibi, komplikasyon yönetiminin de yeterli olmadığı dosya kapsamı ile anlaşıldığından,*** *yeterli gerekçe içermeyen bilirkişi raporlarına dayanılması hatalı olmuştur……. davacı yararına BOZULMASINA"*

Dosyaya intikal eden bilgi-belgeler incelendiğinde hastanın göğsünde fibroadenom olduğundan operasyon için hekime başvurduğu, operasyon sonra bir ay boyunca göğsünde morluk, şişlik oluştuğu, acı çektiği, akabinde şekil bozukluğu oluştuğu, lenf bezlerinde şişlikle beraber akıntının başladığı, operasyondan sonra iki kez daha operasyon geçirdiği, takılan protezin hatalı takıldığı, son beş senedir şekil bozukluğu iddialarından dolayı uyuşmazlığın mahkeme önüne geldiği anlaşılmıştır.

Konuyla ilgili bilirkişi raporunda ağrı ve şişliğin komplikasyon olarak ele alınacağı tespiti yapılmıştır.

Yapılan müdahale hastane ortamında yapıldığından 1279 Sayılı Yasa'nın Madde 70 ve HHY Madde 7 ve 16. mevzuat gereğinde hastadan onam alınması zorunludur. Dosya kapsamında operasyonun estetik amaçlı yapıldığı ve bundan dolayı da TBK Madde 470 gereği *"Eser sözleşmesinin niteliği gereği yüklenici sonucu garanti etmektedir. kararlaştırılan amaca uygun güzel bir görünüm sağlanmasının taraflar arasındaki eser sözleşmesinin konusu olduğu açıktır"* denilmektedir.

Sözleşme niteliğine bakıldığında eser sözleşmesi olarak ele alındığından aydınlatma yükümlülüğü geniş bir şekilde ele alınması gerektiği tartışmadan varestedir. Buna rağmen dosya incelendiğinde aydınlatılma yükümlülüğünün yerine getirildiğine dair herhangi bir tıbbi evrakın dosyaya intikal etmediği görülmüştür.

Yazar; Bilgilendirilmiş Rıza eksikliğinden bahisle Danıştay'ın bozma kararını yerinde bulmaktadır.

7.1.5. Üniversite hastanesinden görüş alınması

Karar-1: D. 10. D. 15.09.2021 T., 2019/6644 E., 2021/4081 K.[463]

*"Davacı tarafından; çocuğunun ateş, kusma, baş ağrısı ve şuur bulanıklığı şikâyetleriyle başvurduğu ..... Hastanesinde uygulanan tanı ve tedavi işlemlerinde davalı idarenin hizmet kusurunun bulunduğu ileri sürülerek tazminat ödenmesi istemiyle ……İdare Mahkemesince; **Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulunca** .... raporda; 04/08/2009 tarihinde acil servise ateş ve ishal şikâyeti ile başvuran davacının kızına 07/08/2009 tarihinde ensefalit tanısı konulduğu, **özgün olmayan şikâyetlerle başvuran hastalarda ensefalit tanısının ilk planda akla gelmeyebileceği, bu tanı akla gelse bile MR görüntülemesi ve polimeraz zincir reaksiyonu ile beyin omurilik sıvısının değerlendirilmesiyle tanının netleştirilebileceği, erken tanı konup tedavi başlanan vakalarda bile yüksek oranda sekel kaldığının bilindiği,** .... yeniden bilirkişiliğine başvurulan Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulunca davacının kızının muayenesi üzerine hazırlanan ... tarihli raporda da ilk rapora eklenecek bir husus olmadığı..... davanın reddine karar verilmiştir.*

Davacının 1985 doğumlu kızı ...'in 03/08/2009 tarihinde ateş, kusma, baş ağrısı ve şuur bulanıklığı şikâyetiyle ..... Hastanesine başvurduğu ve burada kalçadan diazem ve novaljin enjekte edilerek evine gönderildiği iddia edilmekte, ancak bu hususa ilişkin bir tıbbi kayıt bulunmadığı görülmektedir.

Davacının kızı, 04/08/2009 tarihinde saat 09:21'de aynı şikâyetlerle ..... Hastanesi dâhiliye polikliniğine başvurmuş ve burada kendisine akut gastro enterit teşhisi konularak reçete düzenlenmek suretiyle tedavisi sonlandırılmıştır. Bu başvuruya ilişkin reçete dışında tetkik, tahlil veya hasta öyküsüne ilişkin bir tıbbi kaydın dosyada bulunmadığı görülmektedir. Aynı gün genel durumunun kötüleşmesi üzerine bu defa.....Hastanesi acil servisine müracaat etmiştir. Burada yapılan muayenesinde depresyon tanısı konularak psikiyatri servisi olan bir hastaneye sevki uygun görülmüştür. Bu başvuruya ilişkin de sevk evrakı dışında tetkik, tahlil veya hasta öyküsüne ilişkin bir tıbbi kaydın dosyada bulunmadığı görülmektedir.

05/08/2009 ..... Numune Hastanesi Dr. ... tarafından muayene edilmiş ve muayene kaydında şikâyet olarak "sıkıntı, stres" kaydına yer verilmiştir. Ayrıca hastanın genel durumunun iyi, şuurunun açık ve koopere olduğu notu da yer almaktadır. Muayene neticesi hastaya akut psikotik bozukluk tanısı konularak acil serviste 2 ampul Nörodol ve 1 ampul Akineton uygulanmış ve reçete verilerek hasta evine gönderilmiştir.

Davacının kızının genel durumunun iyice kötüleşmesi ve şuurunun tümüyle kapalı hale gelmesi üzerine 07/08/2009 tarihinde tekrar…. Hastanesi acil servisine müracaat edilmiş, çekilen beyin tomografisi neticesinde menenjit-ensefalit şüphesiyle….. Hastanesine ambulans ile sevki gerçekleştirilmiştir.

[463] Danıştay Kararları. sinerjimevzuat.com (i.e: 01.02.2022).

Adli Tıp 3. İhtisas Kurulunun raporu genel olarak davacı iddiaları, davalı idare savunmaları ve tedavi süreçlerinde yer alan tabiplerin ifadesine dayanmaktadır. ***Raporu düzenleyen Kurulda enfeksiyon hastalıkları uzmanı yer almamaktadır****.*

"Klasik bilgilerimize göre Herpes Ensefaliti tedavi edilmediği takdirde % 70 ölümcül, tedavi verilenlerde de sekel bırakabilen ciddi bir beyin iltihabıdır. Asiklovir tedavisinin erken başlanılması prognozu değiştirebilir. Asiklovir viral ensefalit düşünülen olgularda hemen başlanılmalı, tanı için Beyin biyopsi ya da BOS'da HSV DNA gösterilip doğrulaması yapılmalıdır. Yine klasik bilgilerimize göre ateş, baş ağrısı, şuur bozuklukları ya da daha önceden var olmayan davranış değişikliklerin de menenjit, ensefalit ya da ensefalopati düşünülmelidir. Görüntüleme serebral tutulumu göstereceği için önemlidir." *kaydı yer almaktadır.*

Mevcut her iki Adli Tıp Kurulu raporunda, davacının kızının şikâyetlerinin yeterince kayıt altına alınmaması, aynı gün konulan iki farklı teşhisin nedenleri, hastanın başvurularında herhangi bir tetkik, tahlil istenmemesinin bir eksiklik olup olmadığı ve tutulan tıbbi kayıtların objektif bir denetime elverip elvermediği hususlarının irdelenmediği, raporun genel olarak tarafların iddia, savunma ve ifadelerine dayandığı ve heyette konuyu değerlendirmesi gereken enfeksiyon hastalıkları uzmanının bulunmadığı görülmektedir. Bu itibarla, hastanın ilk başvurusundaki şikâyetlerinin, nihai olarak konulan teşhisle uyumlu olup olmadığı, hastalığın erken teşhisi halinde iyileşme imkânının bulunup bulunmadığı hususları da dâhil olmak üzere davacının tüm iddia ve itirazlarını karşılayacak bir bilirkişi raporu alınmaksızın hüküm kurulmasında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Adli Tıp Kurulu raporunun yukarıda sayılan kriterleri karşılamadığı açık olup, konu ile ilgili uzman akademisyenlerden oluşacak Adli Tıp Üst Kurulundan veya üniversite öğretim üyelerinden teşkil edilecek yeni bir bilirkişi heyetinden…. Davanın reddine ilişkin temyize konu İdare Mahkemesinin kararının BOZULMASINA"

Hastanın şuurunda var olan bulanıklık, kusma, baş bölgesinde mevcut ağrı, ateşten dolayı sağlık hizmet çalışması yürüten idareye 04.08.2009 tarihinde ilgilinin başvurduğu dosya kapsamında anlaşılmaktadır.

En son 01.09.2009 tarihinde eğitim araştırma hastanesi tarafından hastanın %70 engelli olduğu raporlanmıştır.

ATK tarafından iki kez rapor düzenlendiği, kusur izafesinin yapılmadığı, var olan semptomlarla ensefalit tanısının konulamayacağı, tanı için gerekli tetkik ve işlemlerin sayıldığı, kurulda enfeksiyon hastalıkları uzmanı olmadığı dosya kapsamında sunulan tıbbi evraktan anlaşılabilmektedir.

ATK ihtisas dairesi raporunda 'Ensefalit' için ölümcül olma seviyesinin %70 olduğu, erken tanı ile Asiklovir adlı ilacın başlanılması gerektiği, Asiklovir adlı ilacın ciddi sekel bırakan ensefalit için prognozu değiştiren etkide bulunduğu mütalaa edilmiştir.

ATK bilirkişi mütalaasında enfeksiyon hastalıkları uzmanı olmaması, olaya bilimsel yaklaşılmadığı tartışmadan varestedir.

Olayın açıklığa kavuşturulması adına üniversite bünyesinde görevli, en az profesör unvanında, enfeksiyon uzmanının da içinde bulunduğu heyet tarafından değerlendirilmesinin yapılması kanaatimizce daha doğru olacaktı. ATK tarafından iki kez rapor verildiği göz önünde bulundurularak sadece üniversiteden görüş alınması kararı verilmesi gerekirken kararda "*Adli Tıp Üst Kurulundan veya üniversite öğretim üyelerinden"* denilmek suretiyle hüküm kurulmasını kararına yazar katılmamaktadır.

Bilirkişi raporlarında sadece iddia ve savunmalar dikkate alınarak karar verilmesi bilimle çeliştiği düşünüldüğünde bu tarz mütalaaların geçerlilik şartlarını taşımadığından bahisle butlan olduğu kabul edilmelidir. Bilimsellikten uzak bilirkişi raporları sunan bilirkişiler için eğitime tabi tutulması kararı verilmesi hukuka uyarlılık adına doğru olacağı kanaatine yazar varmaktadır.

Karar-2: D. 10. D. 14.12.2020 T., 2019/6371 E., 2020/6208 K.[464]

"Davacılar tarafından, 28/10/2012 tarihinde ..... Hastanesi'nde ***gerçekleşen erken doğum sonucu bebeğin hayatını kaybettiği, anne …'in ise rahminin alındığı*** *ve meydana gelen olayların davalı idarenin hizmet kusurundan kaynaklandığı iddia edilerek, …….manevi tazminatın ödenmesine karar verilmesi istenilmiştir.*

…… Hastanesi'nde yapılan muayenesinde ***29 haftalık gebelik ve vajinal kanama teşhisi ve doğum sancılarının başlamış olması nedeniyle doğuma alınmış, aynı gün saat 22:10'da normal yolla 1.800 gr ağırlığında bir bebek doğurtulmuş ve prematüre bebek olması nedeniyle transport kuvözde takip edilmesinin ardından saat 00:00'da sevk edilmiş****, sevk edildiği …… Hastanesinde 08/11/2012 tarihinde hayatını kaybetmiştir*

Doğum sonrasında meydana gelen kanama nedeniyle yapılan müdahalelere rağmen kanama kontrolünün sağlanamaması nedeniyle davacılardan ...'in saat 00:00'da yapılan ameliyatla rahmi alınmış, yapılan ameliyattan sonra yoğun bakım takibi için *……Hastanesine sevk edilmiş ve 02/11/2012 tarihinde şifa ile taburcu edilmiştir.*

Dosyanın incelenmesinden, ***Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulunun*** *raporu uyarınca davanın reddine karar verildiği görülmekle birlikte; anılan raporda, 29 haftalık gebelikten prematüre bir bebeğin doğurtulduğu ve gebenin doğum öncesi kanamasının olduğu dikkate alındığında, doğumdan önce gebeye suni sancı verilerek doğumun gerçekleştirilmeye çalışılması yoluna gidilmesinin tıbbi açıdan doğru bir yaklaşım olup olmadığı ve doğumun, gebenin hastaneye gelmiş olduğu süreçteki*

[464] Danıştay Kararları. sinerjimevzuat.com (i.e: 10.11.2021).

bulgularla ertelenme ihtimalinin olup olmadığı; prematüre bir bebek doğurtulacağı göz önüne alındığında, doğum ve doğumdan sonraki süreçte meydana gelmesi muhtemel sorunların önceden değerlendirilerek sevkin doğumdan önce sağlanmasının gerekip gerekmediği; davacıların iddia ettikleri üzere, ……. gibi bir ilde özellikle kadın hastalıkları ve doğum için hizmet vermek üzere oluşturulmuş bir hastanede prematüre doğan bir bebek ve doğum sonrası kanaması durdurulamayan bir hastanın tedavi edilemeyerek başka hastanelere sevkinin sağlanmasının hizmetin işleyişinde bir eksiklik oluşturup oluşturmadığı hususlarının değerlendirilmediği anlaşılmaktadır.
İdare Mahkemesince, yukarıda belirtilen eksikliklerin giderilmesini teminen ***Adli Tıp Kurumu Üst Kuruluna yaptırılacak inceleme veya üniversitelerin tıp fakültelerinde görevli kadın hastalıkları ve doğum branşında uzman olan öğretim üyelerinden oluşturulacak bir kurula yaptırılacak inceleme neticesinde hazırlanacak olan bilirkişi*** *raporu uyarınca karar verilmesi gerekmektedir. Davanın reddine ilişkin ... İdare Mahkemesinin ... BOZULMASINA"*

Hastanın 29 haftalık gebe olduğu, vajinal kanama ve doğum sancılarının varlığı nedeniyle hastaneye başvurduğu dosyadan anlaşılmaktadır. Saat 22:10'da normal doğum yapan hasta 1.800 gr ağırlığında bir bebek dünyaya getirmiştir. Bebeğin prematüre olmasından dolayı kuvöze alınıp 00.00'da sevk işlemi yapılmıştır. Anne ise yoğun kanamasının olduğu ve kanamanın da kontrol altına alınamamasından dolayı rahmi alınmış olup yoğun bakıma tedavi amaçlı sevk edilmiştir.

Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulunun raporu yerel mahkemece hükme esas alınmıştır. Danıştay'ın yerel mahkemece hükme esas alınan kararının bozma gerekçesinde gebenin 29 hastalık olması ve vajinal kanamasının olması dikkate alınarak normal doğum yaptırılmasının tıp kurallarına uygun olup olamayacağı, prematüre bir bebeğin doğurtulması söz konusu olacağından sevk işleminin doğumdan önce yapılmasının gerekip gerektirmeyeceği gibi soruların değerlendirilmesi, soruların dosya kapsamınca değerlendirilmesi gerekmektedir.

Danıştay'ın bozma kararında Adli Tıp Üst Kurulundan rapor istendiği veya üniversite öğretim görevlilerinden oluşan heyet içinde kadın doğum uzmanının olması gerektiği gözlemlenmiştir. Kararda yazara göre Adli Tıp Üst Kurulunda da kadın doğum uzmanı görüşünün çok önemli olduğu ve bu bilginin de mahkeme bozma kararı içinde olması gerektiğidir.

Karar-3: D. 15. D. 20.12.2018 T., 2016/10078 E., 2018/8418 K.[465]

"23/07/2005 tarihinde meydana gelen doğumunda ve sonrasında uygulanan tanı ve tedavilerdeki tıbbi kusur nedeniyle davacının engelli kaldığından bahisle uğranıldığı ileri sürülen

[465] Danıştay Kararları. sinerjimevzuat.com (i.e: 10.10.2021).

maddi, manevi zararın tazmini istemiyle açılmıştır. ……. 5. İdare Mahkemesince; .....'ın ……'nde ***23/07/2005 tarihinde meydana gelen doğumunda ve sonrasında uygulanan tanı ve tedavilerin tıp kurallara uygun olup olmadığının tespiti için bilirkişi incelemesi yaptırılmasına karar verilmiş****, bu maksatla hazırlanarak dosyaya sunulan* ***Adli Tıp Kurumu 2. Adli Tıp İhtisas Kurulu'nun*** *04/05/2015 tarih raporunda "23.07.2005 Tarihinde vajinal spontan yolla doğduğu, doğumdan sonra mikrosefali, mental retardasyon ve serebral palsi tanılarıyla takip edildiği bildirilen 2005 doğumlu 'a ait adli ve tıbbi belgelerin değerlendirilmesinde; 23.07.2005 Tarihinde saat 05:00'de kişinin miad gebelik tanısıyla yatırıldığı, çocuk kalp sesi 125, geliş B6, poş +-, efasman % 80, dilatasyon 7 cm, baş stage +1, saat 05:30'de fetal kalp atımı 120, geliş B6, poş -, efasman tam, dilatasyon tam, baş stage + 2, saat 05:45'de başın defekasyonuyla perineden sıyrılarak doğması ve vücudun doğurtulduğu, yapılan bebek muayenesinde; doğuştaki nefes alması derhal, üst solunum yolu aspirasyonunun yapıldığı, su kesesinin yırtılma zamanı 05:00, müdahale amniotomi olduğu, forseps veya vakum uygulanmadığı, doğumun bitişi saat 05:45, bebek canlı, amnion mayi berrak, genel durumu iyi, turgor, tonus normal, apgar skoru 1. dakika 8, 5. dakika 10 olduğunun tespit edildiği, 24.07.2005 tarihinde anne ve bebek iyi olduğu, taburcu edildiği, aynı gün küçüğün morarması olması üzerine ilgili sağlık kuruluşunun acil bölümüne başvurduğu ve acil müdahaleye gerek olmadığı ve sabah çocuk polikliniğine gelinmesi önerilerek küçüğün taburcu edildiğinin iddia edildiği, ilgili sağlık kuruluşunun kayıtlarında o tarihte küçüğe ait düzenlenmiş tıbbi evrakın bulunmadığının belirtildiği, 25.07.2005 tarihinde küçüğün 3. gününde morarması ve kasılması olması üzerine yatırıldığı, genel durumu kötü, siyanotik görünümde, apne atakları, solunum düzensiz, cilt perfuzyonu bozuk, %12 kilo kaybı olduğu, ağız şapırtma ve apne şeklinde nöbetleri olduğunun saptandığı, glisemi 26 mg/dl olduğu, tedavisinin düzenlendiği, lökosit 17700, çekilen beyin BT incelemesinde; oksipital hornlarda serebral hemisferik kortikal sulkus ve fissürlerde interhemisferik fissürde hiperdens kan değerleri olduğu, her iki serebral hemisferde yaygın ödem olduğunun tespit edildiği, idrar kültüründe enterekok ürediği, takiplerde Tandem MS ve kromozom analizinin yapıldığı, serebral palsi, mental retardasyon, optik atrofi ve mikrosefali tanılarıyla küçüğün takip edildiğinin anlaşıldığı, normal doğum endikasyonunun bulunduğu, kişinin doğum eyleminin ileri safhasında sağlık kuruluşuna başvurduğu, doğum eyleminde uzama veya aksaklık bildirilmediği, müdahaleli doğum olmadığı, küçüğün Apgar skorunun iyi olduğu, küçükte tespit edilen patolojiyi açıklayacak yeterli tıbbi delil bulunmadığı, doğum esnasında ve doğumdan hemen sonra yapılan herhangi bir tıbbi ihmal veya kusura atfedilemeyen uygulamalar ile küçükte saptanan söz konusu patoloji arasında illiyet bağı kurulamayacağı " kanaati bildirilmiş, idare mahkemesince anılan raporda yer alan tespit ve kanaatlere istinaden davanın reddine karar verilmiştir.*

Davacılar tarafından mahkeme kararının hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek kararın bozulması istenilmektedir.

Dosyanın incelenmesinden; ***gebelik takipleri.....'nce yapılan ve bu süreçte bebeğe ait herhangi bir anomalinin saptanmadığı bildirilen davacı …..'ın 23/07/2005 (Cumartesi) tarihinde (saat:05.00)....Kliniğine başvurduğu, saat:05.45'te nöbetçi doktor tarafından normal vajinal yolla doğum yaptırıldığı, 24/07/2005 (Pazar) tarihinde davacı ve bebeğin birlikte taburcu edildiği, davacılar tarafından bebeğin taburcu olduktan bir kaç saat sonra kasılmaya ve kriz geçirmeye başladığı,***

bebeğin anılan hastanenin acil servisine götürüldüğü, yapılan muayene sonrasında durumunun normal olduğu bildirilen bebeğin ertesi gün Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Kliniği'ne gösterilmesinin söylendiğinin belirtildiği*, İdare Mahkemesi'nce ara kararı ile sorulması üzerine davalı idarece davacıların* ***24/07/2005 tarihli herhangi bir başvurusunun bulunmadığının bildirildiği, 25/07/2005 (Pazartesi) günü anılan hastanenin Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Kliniği'ne getirilerek muayene ve tetkikleri yapılan bebekte anomali (mikrosefali, mental retardasyon, serebral palsi) saptandığı, yedi gün süreyle yenidoğan yoğun bakım ünitesinde yatırılarak tedavi altına alındığı ve 01/08/2005 tarihinde taburcu edildiği, davacılar tarafından doğum esnasında yapılan hatalı uygulamalar nedeniyle bebeğin sakat kaldığından*** *……davanın açıldığı anlaşılmıştır.*

Davacı tarafça; doğum sonrası bebeği gören davacı annenin bebeğin renginin mora yakın olduğunu doğumu yapan doktora bildirdiği, doktorun ise bebeğin sağlıklı olduğu, endişelenecek bir durumun bulunmadığını söyleyerek bebeği muayene etmediği, hiçbir tetkik, izlem, sevk işlemini yapmayarak doğumhaneyi terk ettiği, taburcu oluncaya kadarki yaklaşık 1,5 günlük sürede de bebeğin yenidoğan doktorlarınca muayenesinin yapılmadığı, hafta sonu tatili nedeniyle yenidoğan kliniğinin kapalı olmasından dolayı bebeğin bu bölüme sevk edilerek gerekli tedavilerin uygulanamadığı, bebeğin davalı idarece sunulan sağlık hizmetindeki kusurlar nedeniyle özürlü kaldığı iddia edilmektedir.

Davalı idarece yapılan ve dosyaya sunulan İdari Tahkikat Raporu'nda, her ne kadar Kadın Hastalıkları ve Doğum Kliniği'nde doğan her bebeğin Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları ABD'de görevli bir doktor tarafından anne yanında muayenesinin yapıldığı, bunun yıllardır rutin bir uygulama olduğu belirtilmişse de; dosyadaki belgeler incelendiğinde doğumdan sonra taburcu oluncaya kadar geçen yaklaşık 1,5 günlük sürede bebeğin çocuk hekimlerince muayene edildiğine dair herhangi bir kayda rastlanmadığı, yine taburcu evrakının kadın doğum servisinde görevli hekimlerce düzenlenerek anne ve bebeğin bu klinik hekimlerince taburcu edildiği görülmüştür. *Dosya kapsamında alınan* ***Adli Tıp Raporunda da, doğum sonrası taburcu edilinceye kadarki süreçte bebeğin çocuk hekimlerince muayene edilip edilmediği, bu muayene yapılmadan bebeğin taburcu edilmesine karar verilmesinin tıbben uygun olup olmadığı, şayet bu muayene yapılmamış ise bu durumun bebekte oluşan araza etkisinin olup olmadığı hususlarında herhangi bir değerlendirme yapılmamıştır.***

İdare Mahkemesince, yukarıda belirtilen hususlarda yeterli tespit ve değerlendirmeleri içermeyen, davacı iddialarını da tam olarak karşılamayan Adli Tıp Raporu hükme esas alınarak karar verilmesinde hukuken isabet görülmemiştir.

Bu durumda, İdare Mahkemesince öncelikle bebeğini doğumdan sonra taburcu edilinceye kadarki süreçte çocuk hekimlerince muayene edilip edilmediği ile bebeğin taburcu edilmesine çocuk hekimlerince karar verilip verilmediğinin araştırılarak somut biçimde ortaya çıkartılması, daha sonra elde edilen verilere göre ***üniversite bünyesinde görev yapan ve profesör seviyesinde en az 3 öğretim görevlisinin de içinde yer aldığı bilirkişi heyetinden****, şayet böyle bir muayene yapılmamış ve* ***çocuk hekiminin onayı olmaksızın bebek taburcu edilmiş ise bunun tıbben kabul edilip edilemeyeceğinin, bebeğin çocuk hekimlerince muayene edilmiş ve bu suretle taburculuğuna karar verilmiş olduğunun somut biçimde ortaya konulması durumunda ise, gerek doğum sonrası hastanede kalınan süreçte gerekse taburcu edildiği tarihte bebeğe ait tıbbi veriler uyarınca bebekteki anomaliye sebep olabilecek***

herhangi bir nedenin bulunup bulunmadığının, söz konusu veriler ışığında bebeğin taburcu edilmesinin tıbben uygun olup olmadığının, bebekteki anomalinin nedeninin tam olarak neden kaynaklandığının açıkça ortaya konulacağı yeni bir rapor alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekmektedir. *Açıklanan nedenlerle, ... 5. İdare Mahkemesi'nin .... kararının BOZULMASINA"*

Doğum ve doğum sonrasında uygulanan tedavilerin ve konulan tanının tıp ilkelerine aykırılığı iddiasıyla uyuşmazlık yargıya intikal etmiştir. Uyuşmazlıkla ilgili Adli Tıp Kurumu 2. Adli Tıp İhtisas Kurulunun raporunda gebenin takiplerinin yapıldığı bebekte herhangi bir anomalinin olmadığı belirtilmiştir. Gebenin vajinal doğum yaptığı ve ertesi gün bebekle birlikte taburcu olduğu mütalaa edilmiştir. İdareden istenen tıbbi evrak doğrultusunda 24.07.2021 tarihinde ilgili şahsa ait herhangi bir başvurunun yapılmadığı 25.07.2021 tarihinde ilgililerin Çocuk hekimine muayene olduğu ve muayene esnasında yenidoğana mikrosefali, mental retardasyon, serebral palsi tanısı konulduğu belirtilmiştir. Yenidoğan yoğun bakıma alınarak tedavi edilmiştir.

İdari tahkikat raporunda her bebeğin çocuk hekim/doktoru tarafından muayenesinin yapıldığı bunun rutin yapılan işlem olduğu belirtilmiştir. Mahkeme dosyasındaki tıbbi evrak incelendiğinde doğumdan taburculuğuna kadar (1.5 gün) yenidoğanı muayene eden herhangi bir çocuk hekim/doktoru verilerine rastlanılmamıştır. Anne ve bebeği muayene eden kadın doğum servisindeki hekim/doktorlar olduğu, taburculuk evrakının da yine kadın doğum servisinde çalışan hekim/doktorlar tarafından yapıldığı dosyaya sunulan evraktan tespit edilmiştir.

Lakin bebeğin taburculuğundan önce çocuk hekim/doktoru tarafından muayenesinin yapılması gerektiğinden dolayı idarenin hizmeti geç işlemesinden ötürü kusurlu olduğu ilgili raporlarda çocuğun eve taburculuğu sonrası gelişen patolojinin doğum ve doğumdan hemen sonraki süreçlerle ilgili olup olmadığı ya da evde yaşanılan bir durumun bunu tetikleyip tetiklemediği, bahse konu anomalinin nedeninin açıkça ortaya konulması gerektiği, mahkemenin yeni bir bilirkişi mütalaasına(üniversite bünyesinde en az profesör unvanıyla 3 kişilik heyet) ihtiyaç duyması kararına yazar katılmaktadır.

Karar-4: D. 15. D. 28.11.2017 T., 2016/8632 E., 2017/6996 K.[466]

[466] Danıştay Kararları. sinerjimevzuat.com (i.e: 07.02.2022).

"... Tıp Fakültesi'nde davacının gözüne müdahale edilerek tedavi ve tetkik uygulandıktan sonra ... Hastanesine sevk edildiği, ancak .... Fakültesinde, ***davacının demir batan sol gözüne primer (ilk) onarımı yapılmadığı, davacının sol gözünün görme fonksiyonunu kaybetmesinde, ilk onarım tedavisinin uygulanmamasının etkili olduğu, davalı idarenin sağlık hizmetlerinin sunulmasında gerekli dikkat ve ihtimamı göstermediği****, zararın meydana gelmesinde idarenin hizmet kusuru bulunduğu, davacıya uygulanan tedavideki eksiklik ile davacının gözünde meydana gelen görme kaybı (%32) arasında illiyet bağı bulunduğu anlaşıldığından, davacının sol gözündeki görme kaybı nedeniyle uğradığı zararın davalı idarece karşılanması gerektiği sonucuna varılarak davanın kısmen kabulü ile ..... maddi, ... manevi tazminatın adli yargıda açılan dava (27.07.2012) tarihinden itibaren…… fazlaya ilişkin maddi-manevi tazminat isteminin ise reddine karar verilmiştir.*

ATK Başkanlığı 2.İhtisas Kurulu'nun *raporunda "Sol orbita konturu bozulmuş olup yaygın hiperdens, heterojen görünümde olduğu, solda lens izlenmediği, solda periorbital yumuşak doku şişliği ve amfizen olduğu, şahsın 11.02.2015 tarihinde yapılan muayenesinde sağ görme 10/10, sol görmenin olmadığı, sağda glob hareketleri normal, ortibat ritm intakt, sağ göz doğal, solda ptozis, ftizis bulbi olduğu, sol gözüne demir çarpması nedeniyle gözü yaralanan hastanın ...* ***Tıp Fakültesinde göz perforasyon tamiri uygulanarak vitreoretinal cerrahi için ileri bir merkeze sevkinin uygun olduğu, ancak primer onarımı uygulamayan kurumun(üniversitenin) kusurlu olduğu, ancak göz içi yabancı cisim varlığında fonksiyonel sonuçların her zaman çok iyi olmayabileceği****"*

Üniversite tarafından, davacının tedavisinde kusurları olduğu iddia edilen hekimler hakkında açılan soruşturma kapsamında .... Tıp Fakültesi Göz Hastalıkları ABD'de görevli Öğretim Üyeleri Raporunda "'in ... Tıp Fakültesi Hastanesi'nde ***ilk ameliyatının yapılmama gerekçesi olarak, göz içindeki yabancı cisim şüphesi nedeniyle geniş kapsamlı bir ameliyat gerekeceği düşüncesiyle, "vitrektomi ekipman yetersizliği"*** *gösterilmektedir.* ***Her ne kadar göz içi yabancı cisim olasılığı nedeniyle hastanın ekipmanın yeterli olduğu ileri bir merkeze gönderilmesi doğru ise de, uzak mesafenin dikkate alınarak hastanın primer tamirinin yapılıp öyle gönderilmesi ileride yapılacak diğer ameliyatlara iyi bir zemin oluşturması açısından önemlidir****' de meydana* ***gelen görme kaybının ameliyatın gecikmesine bağlı olmadığı kanaatindeyiz."*** *bu rapora istinaden haklarında soruşturma açılan hekimlerle ilgili olarak davalı üniversitenin yetkili kurulunca "Men-i Muhakeme" kararı verildiği ve bu kararın da Danıştay Birinci Dairesi'nin onandığı anlaşılmaktadır.*

Bu durumda, davacının tedavisine ilişkin süreç bir bütün olarak ele alınıp hukuki sorumluluğun tam ve doğru olarak tespiti bakımından, davacının olay sonrası ilk müracaat ettiği ve sevk ile gönderildiği ... Hastanesi'nde yapılan tıbbi ameliyelere ilişkin tüm bilgi-belgeler de temin edilerek ile davalı idareye bağlı .... Tıp Fakültesi Hastanesi'nde uygulanan tıbbi ameliyelerde eksiklik olup olmadığı, idare tarafından davacının primer (ilk) onarımının yapılmaksızın sevk işleminin davacıda oluşan görme kaybına olan etkisi ve derecesinin ne olduğu, davacının yaralanma şekli ve seviyesi dikkate alındığında primer (ilk) onarımın yapılarak sevk edilmesi halinde bu durumun meydana gelen olumsuz sonucu nasıl etkileyeceği, yani görme kaybının şimdiki seviyesinden daha iyi bir durumda olup olmayacağı, ekipman yetersizliği gerekçesi ile primer (ilk) onarım yapılmadan gerçekleştirilen sevk işleminin davacının ileri merkeze bir an önce ulaştırılarak tedavi sürecini hızlandırdığı savının kabul edilip edilemeyeceği, davacının hastaneye ilk başvurusu ile sevkle

gönderildiği ....Hastanesi'nde ameliyata alındığı saate kadar arada geçen sürenin dava konusu olayda bir gecikme olarak kabul edilip edilemeyeceği, ... Hastanesi'nde gerçekleştirilen ameliyat ve devamındaki diğer tıbbi uygulamaların tıp kurallarına uygun olup olmadığı, burada yapılan tıbbi uygulamaların meydana gelen olumsuz sonuçta katkısının bulunup bulunmadığı ile varsa bu katkının derecesinin ne olduğu hususlarının alınacak yeni bir bilirkişi raporu açıklığa kavuşturularak sonucuna göre hüküm kurulması gerekmektedir.

Üniversite bünyesinde görev yapan ve gözün arka segmenti (viteorenital cerrahi) konusunda uzmanlaşmış en az 3 öğretim görevlisinden oluşacak bir bilirkişi heyetinden rapor alınarak hizmet kusurunun araştırılması, şayet ile ....Hastanesi'nde yapılan tıbbi ameliyelerde de hizmet kusuru tespit edilirse ilgili idareler de hasım mevkiine alınmak suretiyle bir karar verilmesi gerekirken, ... İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir. ... 2. İdare Mahkemesi'nin kararının BOZULMASINA"

Göze yabancı cisim batmasından kaynaklı gelişen uyuşmazlıkta ilgilinin başvurduğu ilk hastanede yeterli vitrektomi ekipman yokluğundan dolayı hasta operasyon geçirmeden tıp fakültesine sevki gerçekleşmiş. ATK 2. İhtisas raporunda ilk cerrahi onarımı yapmayan kurumun kusurlu olduğu tespiti yapılmıştır.

Üniversite tarafından yapılan ön incelemede dosyaya sunulan bilirkişi mütalaasında her ne kadar vitrektomi ekipmanın yokluğundan dolayı ileri merkeze sevk işlemi uygun olsa da hastanın ilk operasyonun gerçekleştirilip sevk işleminin yapılmış olması gerektiği, bunun nedeni olarak da yapılması gereken ikinci operasyon için zemin hazırlayacağı mütalaa edilmiştir. Rapor karar aşamasında göz önünde bulundurularak hekimler hakkında soruşturma kararı da Danıştay tarafından onanmıştır.

ATK raporlarında sıklıkla konuyla ilgili yetkili uzman bulunmadığından Danıştay tarafından bilirkişi mütalaaları hükme esas alınmadığı görülmektedir.

Yazara göre uyuşmazlığa uygun düşecek ilgili dal uzmanları tarafından heyetçe görüş bildirilmesi kararına katılmaktadır.

Uyuşmazlıklarda hukuka uyarlılık için bahse konu olaylarda dal uzmanlarından görüş alınması gerektiği düşüncesine katılmakla beraber ATK'nin bu konuda yetersiz kaldığı sonucuna varmaktayız.

7.1.6. Sağlık yönetiminin özensiz ve denetimsiz yapılması

Karar-1: D. 15. D. 20.03.2018 T., 2013/12447 E., 2018/2783 K.[467]

" Davacının 06.08.2010 tarihinde ... Devlet Hastanesi Acil Servisi'nde yapılan ***hatalı enjeksiyon nedeniyle maruz kaldığını ileri sürdüğü zarara*** *karşılık maddi, manevi tazminat istemiyle açılmıştır.*

... İdare Mahkemesince; dosyada yer alan Adli Tıp Raporundaki tespitler dikkate alınarak, davalı idarenin davacının rahatsızlığının meydana gelmesinde ağır hizmet kusurunun olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Davacı tarafından, mahkeme kararının hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek, temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Dava dosyasının incelenmesinden; davacının ***sol omuzunda oluşan ağrı şikâyeti ile 06.08.2010 tarihinde ..... Devlet Hastanesi Acil Polikliniği'ne müracaat ettiği ve anılan hastanede sağ kalçasından enjeksiyon uygulandığı, sonrasında, davacının ... Devlet Hastanesi'nde hatalı enjeksiyon yapılması nedeniyle sağ bacağında incelme meydana geldiği, yürüyemeyecek ve çalışamayacak hale gelmesine sebebiyet verilmesi sonucu fiziki ve psikolojik sıkıntılara maruz kaldığından*** *bahisle, maddi, manevi olmak üzere …….davanın açıldığı anlaşılmaktadır.*

İdare Mahkemesi tarafından; davacıya uygulanan tıbbi girişimlerde davalı idarenin hizmet kusurunun bulunup bulunmadığının tespiti için dava konusu olayla ilgili olarak ... Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 2010/... esasına kayden açılan soruşturma kapsamında ***Adli Tıp Kurumu 3. Adli Tıp İhtisas Kurulunca hazırlanan*** *../08/2012 tarih ve ... karar sayılı rapor dosya kapsamına alınmış, anılan raporda yer verilen "davacıya ... Devlet Hastanesi'nde uygulandığı belirtilen enjeksiyon sonucu gelişen bulguların* ***enjeksiyon nöropatisi ile uyumlu olduğu ancak tıbbi belgelerde enjeksiyonun yanlış yere uygulandığına dair kayıt bulunmadığı, enjeksiyonun doğru bölgeye uygulanması durumlarında da ödem, hematom, ilacın difüzyon yoluyla sinir toksik etkisi, vücut yapısı, siyatik sinirin anatomik lokalizasyon farkı gibi nedenlerle nörapatinin gelişebileceği, nöropatinin enjeksiyon uygulamalarının beklenebilir komplikasyonu*** *olarak değerlendirildiği, uygulanan tedavinin tıp kurallarına uygun olduğu" tespitlere istinaden, davalı idarenin davacının rahatsızlığının meydana gelmesinde ağır hizmet kusurunun olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.*

Dava konusu olayda, ***davacının şikâyeti üzerine yapılan ön inceleme sonucuna göre olay günü anılan hastanede görevli sağlık çalışanları hakkında soruşturma izni verilmesine dair ... Valiliği'nin .... tarih ve .. sayılı kararında, doktor tarafından öngörülen tedavi için yardımcı personel tarafından yapılan enjeksiyon (IM) uygulamasının, bu işi yapabilecek yetkiye sahip sağlık görevlisi tarafından ya da gözetiminde stajyer sağlık personeli tarafından yapılması gerektiği halde, enjeksiyonun staj yapan bir öğrenci tarafından gözetimsiz olarak yapıldığı, enjeksiyon yapılırken yetkili bir sağlık görevlisinin bulunmadığı gibi bu işlemi kimin yaptığına dair resmi bir kayıtta***

[467] Danıştay Kararları. sinerjimevzuat.com (i.e: 19.09.2021).

tutulmadığı belirtilmiş, davalı idarece dosyaya sunulan savunma dilekçesinde de, davacıya uygulanan enjeksiyonu yapan sağlık personelinin tespit edilemediği, stajyer öğrenci tarafından yapıldığı hususu kabul edilmiştir.

Her ne kadar, ***hükme esas alınan Adli Tıp Raporunda, davacıda oluşan arazın enjeksiyon uygulamalarının beklenebilir bir komplikasyonu olduğu belirtilerek, uygulanan tıbbi işlemlerin tıp kurallarına uygun olduğu yönünde görüş bildirilse de, doktor tarafından düzenlenen enjeksiyon (IM) uygulamasının yetkili bir sağlık personelince veya onun gözetimi ve denetimi altında yapılması gerekirken, bu uygulamanın denetim ve gözetim altında olmaksızın stajyer öğrenci tarafından yapılması ve yine uygulamayı yapan kişinin tespit edilememiş olması, sunulan sağlık hizmetinin özensiz ve denetimsiz biçimde kusurlu olarak işletildiğini göstermekte ve oluşan zararın idarece tazmin edilmesini gerekli kılmaktadır.***

Bu durumda, İdare Mahkemesince davalı idarenin olayda hizmet kusuru bulunması nedeniyle, davacının uğradığı iddia edilen zararlar araştırılıp sonucuna göre maddi ve manevi tazminat istemleri hakkında bir karar verilmesi gerekirken, davanın reddi yolunda verilen kararda hukuki isabet bulunmamaktadır. ..... İdare Mahkemesi'nin ..... kararının BOZULMASINA"

Sağlık personelleri insan vücudu üstünde vücudu tedavi etmek, iyileştirme vs. adı altında ilgilinin de bilgilendirilmiş rızasını almak koşuluyla işlem tesis etmekle görevlidir.

Danıştay kararında davacının İM yöntemle kendisine enjeksiyon yapıldığı bu yapılan enjeksiyon sonucunda da bacakta incelmeye sebep olduğu, yürümede güçlük çektiğine dair şikâyetlerden dolayı maddi manevi tazmin talepli uyuşmazlık olduğu tespit edilmiştir.

Adli Tıp Kurumu 3. Adli Tıp İhtisas Kurulu tarafından enjeksiyon (İM) işleminden kaynaklı enjeksiyon nöropatisi ile uyumlu ve enjeksiyon işleminin yanlış bir yere uygulandığına dair herhangi bir emarenin olmadığı, yine de bu olayın alınan risk kavramına girdiği mütalaa edilmiştir. Her ne kadar uygulanan enjeksiyon işlemi alınan risk kavramına giriyor olsa dahi sağlık mensupları kendilerine verilen görevi yapmakla veya yapılan işlemleri gözlemlemekle yükümlüdür. Çekişmeli olayımızda enjeksiyon işleminin stajyer öğrenci tarafından yapıldığı ve yetkili hemşire tarafından da herhangi bir gözlem yapılmadığı dosya kapsamından anlaşılmaktadır.

Her ne kadar stajyer öğrenci bu işlemi yapmaya yetkili olsa dahi bu yetki yetkilendirilmiş hemşirenin denetim ve gözetimde yapılması esastır. Dikkat ve özenin ihmalinden dolayı sağlık hizmetinin kusurlu olduğu, enjeksiyon yapmaya yetkili hemşirenin belirlenemediğinden bahisle Danıştay'ın verilen bozma kararına katılmaktayız.

Karar-2: D. 15. D. 10.03.2016 T., 2015/8936 E., 2016/1604 K.[468]

"Davacıya, 17.05.2012 tarihinde, ……. Hastanesi Plastik Cerrahi Servisinde uygulanan ameliyat sonrasında, davacının görme yeteneğini kısmen kaybetmesinden dolayı uğranıldığı ileri sürülen maddi, manevi tazminatın, tazminine karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

……. 2. İdare Mahkemesi'nce, uyuşmazlığın çözümü bakımından, Adli Tıp Kurumunca düzenlenen bilirkişi raporunda; davacıya, ……. Hastanesi Plastik Cerrahi Servisinde 17.05.2012 tarihinde uygulanan pitozis düzeltme ameliyatı sonucu davacının göz kapaklarında kapanmama ve görme kaybı şikâyetlerinin her türlü özene rağmen görülebilen, ameliyatın niteliğinden kaynaklanan ve ikincil bir müdahale ile giderilebilecek bir komplikasyon niteliğinde olduğu ve davalı sağlık kuruluşunda yapılan işlemlerin tıp kurallarına uygun olduğu belirtildiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Dava dosyasının incelenmesinden; davacının 24.04.2012 tarihinde ……. Hastanesi Plastik Cerrahi Servisi'ne "her iki göz kapağındaki düşüklük" şikâyetiyle başvurduğu, 17.05.2012 tarihinde "Bilateral pitozis cerrahisi" operasyon planı ile ameliyat edildiği, uygulanan ameliyat sonrasında, davacının görme yeteneğini kısmen kaybettiği iddia edilmiştir.

Davacıya 17.05.2012 tarihinde ……. Hastanesi Plastik Cerrahi Servisi'nde uygulanan ameliyatta, davalı idarenin hizmet kusurunun bulunup bulunmadığı, davacının görme yeteneğini kaybedip kaybetmediği, kaybetmiş ise kayıp ve özürlülük oranının saptanabilmesi amacıyla Mahkemenin 17.07.2013 tarihli ara kararıyla Adli Tıp Kurumu marifetiyle bilirkişi incelemesi yaptırılmasına karar verildiği, ***Adli Tıp Kurumu 2. Adli Tıp İhtisas Kurulu Başkanlığı*** *tarafından düzenlenen 22.01.2013 tarih ve 439 sayılı bilirkişi raporunda; 17.05.2012 tarihinde konjenital pitozis nedeniyle ……. Fakültesi, Plastik ve Rekonsrüktif Cerrahi Anabilim Dalı'ndan Prof. Dr. M.Y. tarafından bilateral pitoz düzeltme cerrahisi uygulanan davacı adına düzenlenmiş adli ve tıbbi belgelerde kayıtlı bulguların birlikte değerlendirilmesinden; sol göz kapağında daha fazla olmak üzere her iki gözde konjenital pitozis olan kişiye yapılan pitozis düzeltme cerrahisi sonrası göz kapaklarında kapanmama ve görme kaybı şikâyetleri olduğu, kişide ameliyat sonrası meydana gelen göz kapağının yukarı kalkması (overconnection) durumunun, pitoz düzeltme ameliyatları sonucu her türlü özene rağmen görülebilen, ameliyatın niteliğinden kaynaklanan ve ikincil bir müdahale ile giderilebilecek bir komplikasyon olarak nitelendirildiği, ilgili hekime atfı kabil kusur bulunmadığı görüşlerine yer verilmiştir.*

Bakılmakta olunan davada, davacının her iki göz kapağındaki düşüklük şikâyetiyle yaptığı başvuru nedeniyle davalı idarece, 17.05.2012 tarihinde "Bilateral bitoz cerrahisi" ile yapılan operasyon sonrasında davacının göz kapağının yukarı kalkması (overconnection) nedeniyle göz kapaklarının tam kapanmaması ve görme bozukluğu oluştuğu görülmüştür. Pitozis düzeltme operasyonunu icra edecek bir uzmanın göz kapağını ne kadar yukarı kaldırması gerektiğini öngörmesi

[468] Danıştay Kararları. sinerjimevzuat.com (i.e: 23.09.2021).

uzmanlığının bir gereği olmalıdır. Operasyon sonrası göz kapağının kapanamayacak bir şekilde yukarı kalkması öngörülemeyen veya öngörülse bile önlenemeyecek olan bir sonuç değildir.

Öte yandan, yapılan operasyonun birden fazla aşamalı olmayıp tek süreçte sonlandırılabilen bir operasyon olması nedeniyle adli tıp kurumunca ikinci bir müdahale ile giderilebilecek olunmasının, durumu bir komplikasyon olmaktan çıkardığı da tartışmasızdır. Bu durumda operasyonda göz kapaklarına yapılan müdahalenin tıbbi standart dışına çıkılarak cerrahi müdahalenin kusurlu yapılması nedeniyle oluştuğu açık olup anılan tıbbi olumsuzlukların hizmet kusuru kavramının niteliği dikkate alındığında komplikasyondan öte, gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesi ve meslekte acemilikten doğduğu sonucuna varılmıştır.

*Bu veriler ışığında; **Adli Tıp Kurumu 2. Adli Tıp İhtisas Kurulu'nun** raporunda; her ne kadar meydana gelen sonuç komplikasyon olarak nitelendirilmiş ise de mevcut verilere göre olayda idarenin sunduğu hizmeti kusurlu yürüttüğü görüldüğünden, İdare Mahkemesince, davanın reddi yolunda verilen kararda hukuki isabet bulunmamaktadır.……2. İdare Mahkemesi'nin .....kararının, BOZULMASINA"*

İlgilinin her iki gözünde konjenital pitozis olduğu, bilateral pitozis cerrahisi uygulandığı, ameliyattan sonra göz kapaklarının kapanmaması, görmede sorun yaşandığı bahisle maddi-manevi tazminat talepli bir dava olduğu görülmektedir.

Adli Tıp Kurumu 2. Adli Tıp İhtisas Kurulunun pitozis düzeltme cerrahisinin komplikasyonları arasında göz kapaklarının yukarı kalkması olayının komplikasyon arasında sayıldığı ve ikincil bir müdahalenin gerektiği mütalaa edilmiştir.

Plastik cerrahide pitozis düzeltme ameliyatını yapan sağlık görevlisinin uzman hekim tarafından gerçekleştirildiği, tek bir aşamadan ibaret olan işlemin ikincil bir işlemle düzeltilme işlemine ihtiyaç duyulması komplikasyon olmaktan çıkardığı dosya kapsamında anlaşılmaktadır.

Yazarca; Yapılan operasyonda göz kapaklarına yapılan tıbbi müdahalede tıbbi standartlara uyulmadığı, hekim tarafından gerekli dikkat ve özenin gösterilmediği ve meslekte acemilikten kaynaklı bir hizmet kusurunun varlığından bahisle Danıştay'ın bozma kararına katılmaktadır.

Karar-3: D. 15. D. 03.04.2014 T., 2013/11061 E., 2014/2456 K.[469]

[469] Danıştay Kararları. sinerjimevzuat.com (i.e: 29.11.2021).

"Davacının kulağındaki rahatsızlık nedeni ile başvurduğu …… Hastanesinde yapılan ameliyatta yeterli dikkat ve özenin gösterilmeyerek yüz sinirlerinin zedelendiği ve yüz felci geçirmesine yol açıldığı maddi manevi ……ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

….. 1. İdare Mahkemesince, dava dosyasında yer alan bilgi ve belgeler ile 3. Adli Tıp İhtisas Kurulu'nun raporunun birlikte değerlendirilmesinden; sağ kulağında ağrı ve işitme kaybı şikâyetiyle davalı idareye başvuruda bulunan davacıya uygulanan tedavi sürecinde davalı idareye yüklenilebilecek bir kusur bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı tarafından, mahkeme kararının hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Davacının sağ kulağında ağrı ve işitme kaybı şikâyetiyle 21/02/2000 tarihinde davalı ……. Hastanesine başvurduğu, ameliyat harici yollarla tedavisinin mümkün olmadığının anlaşılması üzerine orta kulak iltihabı tanısıyla ameliyat edildiği, bu ameliyat sırasında yüz siniri kılıfının zedelenmesi sonucu yüz felci geliştiğinin tespiti üzerine davacının aynı gün yeniden ameliyata alındığı ve yapılan tedavi sonucu 23/01/2001 tarihinde taburcu edildiği, bu tarihten sonra davacının kontrol muayenelerine düzenli olarak devam ettiği, davacının 08/04/2002 tarihinde davalı idareye yüz felci şikâyeti ile başvuruda bulunduğu, 16/01/2004 tarihinde durumunun KBB Cerrahi Konseyinde görüşüldüğü, söz konusu konseyin kulak ameliyatı sahasının iltihaptan tamamen temizlendiği, yüz siniri fonksiyonlarında da belirgin bir düzelme olduğu yolunda görüş bildirdiği, davacı tarafından 12/01/2005 tarihinde davalı idare kayıtlarına giren dilekçe ile hatalı ameliyat sonucu yüz felci geçirmesine neden olunduğundan bahisle uğradığı zararın tazmininin istendiği, bu başvurunun reddi üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmıştır.

Adli Tıp Kurumu 3. Adli Tıp İhtisas Kurulu tarafından yapılan inceleme sonucu hazırlanan 23/11/2012 tarihli raporun sonuç kısmında "kulak enfeksiyonlarında öncelikli amacın duymayı iyileştirmek değil enfeksiyonu tedavi etmek, enfeksiyon odağı olabilecek dokuları ortadan kaldırmak olduğu, ameliyat esnasında fasyal sinir trasesindeki granülasyon dokusunun enfeksiyon odağını ortadan kaldırma amacı ile alınmasının tıp kurallarına uygun olduğu, temizlenmesi sırasında fasyal sinir hasarlanmasının bir komplikasyon olduğu göz önüne alındığında davalı idareye atfı kabil bir kusur bulunmadığı" yönünde kanaat bildirilmiştir.

Olayda ise, 18.1.2001 tarihinde yapılan kulak ameliyatı sonrasında davacıda yüz siniri zedelenmesi nedeniyle fasial paralizi (yüz felçi) ortaya çıktığı ve aynı gün ikinci bir ameliyat yapılarak hasarın onarılmaya çalışılsa da davacı da kalıcı araz oluştuğu görülmüştür. Adli Tıp raporunda da davacıda oluştuğu saptanan fasial sinir hasarının, kulak ameliyatının doğal bir sonucu olmadığı, gereken dikkat ve özenin gösterilmemesi sonucu ortaya çıktığı, davacının önlenemese bile öngörülmesi tabii olan bu sonuç hakkında yazılı olarak onayının alınmamış olması idarenin hizmet kusurunu doğurmuştur.

Bu durumda, tıbbi uygulama hatası nedeniyle hizmet kusuru bulunan davalı idarenin davacının zararlarını tazmin sorumluluğu bulunduğundan, davanın reddi yönünde verilen mahkeme kararında hukuki isabet bulunmamaktadır……1. İdare Mahkemesi'nin … kararının BOZULMASINA"

Davacının kulağından rahatsızlığı bulunduğu, buna karşın olarak ameliyat olduğu, ameliyata bağlı bir tıbbi hata olduğu, operasyona bağlı bu tıbbi hatanın yüz sinirlerinde zedelenmeye sebep olduğu ve yüz felci geçirdiği iddialarıyla maddi ve manevi tazminat davası açıldığı görülmektedir.

Adli Tıp Kurumu 3. Adli Tıp İhtisas Kurulu kulak iltihaplanmasında amacın ilk başta duymayı iyileştirmek değil de enfeksiyonu düzetmeye yönelik olduğu, enfeksiyona sebep olabilecek faktörleri ortadan kaldırmak amacıyla "fasial sinir trasesindeki granülasyon" alınmasının tıbbi kurallar çerçevesinde olduğundan fasial sinir hasarının yaşanması komplikasyon kavramında yer bulmuştur. Hastanın aynı gün ikincil bir ameliyat geçirdiği fasial paralizinin kalıcı hasar bıraktığı, bahse konu fasial paralizinin kulak ameliyatının komplikasyonları arasında olmadığı, dikkat ve özensizlikten kaynaklanan bir durum oluştuğu, ameliyat için yazılı onayının olmadığından bahisle Danıştay'ın bozma kararlarına katılmaktayız.

7.1.7. İdarenin kusursuz sorumluluğu

Karar-1: D. 15. D. 30.05.2016 T., 2015/9957 E., 2016/3880 K.[470]

"Davacılardan Y.M.Ç……. Acil Servisi'nde 07/03/2013 tarihinde yapılan ***enjeksiyon sonucu bacağında kas erimesinin başlaması ve aksayarak yürümesine neden olunduğundan bahisle*** *uğranıldığı ileri sürülen maddi ve manevi zararlarının istemiyle açılmıştır.*

…… İdare Mahkemesi'nce; uyuşmazlık konusu olayda ***Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Kurulu*** *raporunda, Y.M.Ç. düşme nedeniyle kırılmış olan kolunun tedavisi amacıyla 07/03/2013 tarihinde annesi tarafından götürüldüğü …… Acil Servisi'nde* ***sol kalçadan yapılan ağrı kesici iğne nedeniyle sol bacağında siyatik sinir hasarına bağlı olarak sol bacağında (baldır bölgesinde) sağa göre oluşan 1,5-2 cm incelme ile sol ayak bileğindeki 0,5 cm incelmenin ve sol ayağını aksatarak yürümesi nedeniyle oluşan yürüme bozukluğuna ilişkin olarak enjekte edilen ilaçların doku içi yayılımı ile sinir hasarına neden olabileceklerinin tıbben bilindiği****, bu durumun enjeksiyonların tekniğine uygun yapılması durumunda da daha önceden öngörülemeyecek ve önlenemeyecek arazlara sebep olabildiği ve bu durumun her türlü özene rağmen oluşabilecek herhangi bir kusur ve ihmalden kaynaklanmayan komplikasyon olarak nitelendirildiği, enjeksiyonun yapılış tekniği ve uygulanan bölgenin uyumsuzluğu yönünden tıbbi bir delil de tanımlanmadığından, tüm bulgular bir bütün olarak değerlendirildiğinde, enjeksiyonu uygulayan sağlık personeline ve enjeksiyon yapılma talimatı veren*

[470] Danıştay Kararları. sinerjimevzuat.com (i.e: 08.08.2021).

ilgili hekime herhangi bir kusur izafe edilemediği mütalaa edilerek idareye atfı kabil kusur bulunmadığının belirtildiği görülmekle birlikte, görevin yürütümü sırasında meydana gelen zararın ilgilinin üzerinde bırakılmayıp, ***kusursuz sorumluluk ile hak ve nefaset ilkeleri uyarınca davalı idarece tazmini gerektiği gerekçesiyle maddi ve manevi tazminat isteminin kabulüne karar verilmiştir.***

Olayda, Adli Tıp Kurumu 2. Adli Tıp İhtisas Kurulu'ndan alınan 15/05/2015 tarihli raporda, davacının kalçasına intramüsküler enjeksiyon yapıldığının belirlendiği, enjekte edilen ilaçların doku içi yayılımı ile sinir hasarına neden olabileceklerinin tıbben bilindiği, bu durumun enjeksiyonların tekniğine uygun yapılması durumunda da daha önceden öngörülemeyecek ve önlenemeyecek arazlara sebep olabildiği, bu durumun her türlü özene rağmen oluşabilecek herhangi bir kusur ve ihmalden kaynaklanmayan komplikasyon olarak nitelendirildiği, enjeksiyonun yapılış tekniği ve uygulanan bölgenin uyumsuzluğu yönünden tıbbi bir delil de tanımlanmadığından, tüm bulgular bir bütün olarak değerlendirildiğinde, enjeksiyonu uygulayan sağlık personeline ve enjeksiyon yapılma talimatı veren ilgili hekime herhangi bir kusur izafe edilemediği belirtilmektedir. ..... İdare Mahkemesi'nin kararının BOZULMASINA"

Bilindiği üzere kusur kavramı kusursuz sorumlulukta bir takım olayların dayandığı nedenlerden oluşur. Burada unsurdan değil olgulardan bahsederiz. Bu olgularda hakkaniyet, tehlike sorumluluğu ve özen olarak sıralanmıştır.

Kusursuz sorumluluk kavramında rücu müessesi olmamasından ötürü zararın bütün topluma paylaştırılması gündeme geleceğinden kural değil istisnadır. Bütün kamunun zararı ödeyeceği düşünüldüğünde ve kusur sorumluluğunu (hizmet kusuru) da daraltacağından mümkün olduğu kadar kusursuz sorumluluk kavramına sık sık gidilmemesi önem arz edecektir. Çünkü ortada kamuya yüklenecek bir meblağ vardır ve bu durum kamunun yararına kullanılmasına mümkün mertebe dikkat edilmelidir.

Danıştay'ın kararını irdelediğimizde ATK 2. Adli Tıp İhtisas Kurulu raporunca olayın İM enjeksiyondan kaynaklandığı, enjekte edilen ilacın doku içinde hasara, sinir hasarına neden olabileceği, bu durumun tıbben bilindiği, durumun önlenmeyecek öngörülemeyecek durumda olduğu, dikkat ve özenin gösterilmesi durumunda dahi önlenemeyeceği, kast veya ihmal varlığının olmadığı mütalaadan anlaşılıyor.

Komplikasyon; Basit tanımıyla kabul edebileceğimiz, bilgilendirilmemiz dâhilinde olası olarak çıkabilecek riskli durumu baştan kabul etme durumudur. İnsan bedenini matruşkaya benzetebiliriz. Bu matruşka gibi kişinin bedeni aynı olaya farklı cevaplar da verebilir. Hesaplanması ve öngörülmesi olanaksız olan bu olaylar karşısında sağlık personelleri görev ifasını yapamayacak ve sağlık hizmetleri tıkanma noktasına gelecektir. Sağlık Hizmet Sisteminde en ufak bir işleyişte aksama insanların

hayatları üzerinde büyük kayıplara sebep olacaktır. Bundan dolayıdır ki komplikasyon kavram önem arz edecektir. Komplikasyon kavramında dikkat edilecek en önemli husus yazara göre aydınlatılmış, bilgilendirilmiş rıza kavramıdır.

Bundan dolayıdır ki Danıştay'ın bu bozma kararına gerekçesini yukarıda saymış olduğumuz nedenlerden dolayı yazar katılmamakta. Her ne kadar komplikasyon olarak kabul edilen bir olayın idareye kusursuz sorumluluk adı altında sorumlu tutulmaya çalışılması kamu yararı adına büyük zararlara sebep olacak olsa da Sosyal Devlet olarak bunun karşılanması gerektiği görüşündeyiz. Sağlık hizmeti yürüten idarede görevli personellerin de çalışırken çekinik davranabilecekleri gibi kaçınma, kaçma davranışları sonucu defansif tıbba yönelmenin artabileceği endişesi de mevcuttur.

Sağlık hizmeti yürüten idareden yararlanan ilgililerin zarara uğramaları halinde uğranılan muhtel zararların tazmini için idarenin bir hizmet kusuru işlendiğinin tespitine bağlıdır. Lakin muhtel zarar gören hastaların komplikasyon kavramına bağlı oluşan olayların seyrinde personellere kusur izafesi yapılamadığı durumlarda Gerek hasta adına gerek sağlık hizmet personelleri adına Sosyal Devlet olması düşüncesinden ötürü idare tarafından karşılanacak bir manevi tazminatla ödemenin yapılması gerektiği görüşünü yazar savunmakta.

Karar-2: D. 15. D. 29.09.2016 T., 2016/3335 E., 2016/4715 K.[471]

"Müdahale imkânına sahip en yakın yer olan servis muayene odasına alınarak doğum eyleminin gerçekleştirildiği ve akabinde bebeğin vefat ettiği anlaşılmakta olup, sancılı ve sorunlu bir gebelik yaşayan davacının 14/08/2012 tarihinde sezaryen ile doğum kararı alınmasına rağmen 14/08/2012 tarihinde saat 11:00 civarında yapılan muayenesinde bebeğin kordon ve ayaklarının çıktığının görülmesi ve akabinde doğum eylemini gerçekleştirmek üzere en yakın yer olan servis odasına alınması ve davacıların bu süreçte yaşadığı travma bir arada değerlendirildiğinde, bu durumun davacılarda, gebelik takibinin gerektiği gibi yürütülmediği yönünde şüphe, endişe ve üzüntüye yol açtığı görüldüğünden, davacıların manevi zararının karşılanması gerekmektedir. Bu nedenle, idare mahkemesi kararının manevi tazminat isteminin kısmen kabulüne ilişkin kısmı sonucu itibariyle yerinde görülmüştür.

….. 8.İdare Mahkemesi'nce; annenin doğum öncesi ve sonrasında yapılan tedavi ve tetkiklerde herhangi bir hata olmadığı, uygulamaların bilimsel ve tıbbi kurallara uygun olduğu Adli Tıp Kurumu raporunda ortaya konulduğundan maddi tazminat isteminin reddi, her ne kadar bilirkişi raporunda annenin doğum öncesi ve sonrasında yapılan tedavi ve tetkiklerinde hata olmadığı belirtilmiş ise de; tüm dosya

[471] Danıştay Kararları. sinerjimevzuat.com (i.e: 01.02.2022).

kapsamından ve bilirkişi raporundan davacı annenin hastaneye gelişi, doğum ve doğum sonrası yaşadığı travmaların Devletin vatandaşına sağlaması gereken sağlık hizmetlerinin kusurlu veya ***kusursuz sorumluluk ilkesi aranmaksızın doğrudan 1982 Anayasası´nın 2. maddesinde öngörülen Sosyal Devlet olma ilkesi kapsamında toplumla paylaşılması gerektiği sonucuna varılmakla*** *.....manevi tazminatın yasal faiziyle birlikte ödenmesi, fazlaya ilişkin manevi tazminat isteminin reddi yolunda karar verilmişti.*

Adli Tıp Kurumu 1. Adli Tıp İhtisas Kurulu'nun *raporunda özetle* ***''erken membranrüptürü nedeniyle hastaneye müracaat etmiş olan*** *gebenin ayrıntılı anamnezi alınarak, muayenesi USG incelemesi, NST tetkiki, laboratuvar tetkikleri yapılarak servise yatırıldığı, günlük muayene takiplerinin, NST ve USG incelemelerinin yapıldığı, bebeğin akciğerlerinin gelişimi için steroid tedavisi başlandığı, gebeye kanı sulandırıcı ilaç tedavisine devam edildiği, erken membran rüptürüne bağlı enfeksiyonu önlemek için antibiyotik tedavisi uygulandığı, kasılması olmadığından doğumun planlanarak sezaryen ile yapılmasına karar verildiği, doğum hazırlıkları yapılırken kendiliğinden hızlı bir şekilde doğumun başladığı, yan duruşta olan bebeğin makat gelişe döndüğü, makat geliş manevraları ile bebeğin çıkartılmaya çalışıldığı, manevralarla gerçekleşmeyince rahim ağzına kesi ve ardından yine manevra ile doğumun sağlanılmış olduğu ve bebeğin çıkartılmasından sonra gebenin ameliyathaneye alınarak mevcut kesiklerinin dikildiği, acil doğum eylemi nedeniyle vücudunun bir bölümü çıkmış olan bebeğin bir an önce doğumunun gerçekleştirilmesi gerektiği, bu nedenle en yakın uygun yerde doğumun gerçekleştirilmiş olduğu, yapılan manevraların ve doğum işleminin tıbben doğru olduğu, bebeğin anne karnındaki duruş pozisyonunun her an değişebileceği, yapılan manevralar sırasında bebeğin yüzünde oluşan kesinin bir komplikasyon olduğu, bebeğin doğumundan sonra uygun resüsitasyon işlemlerinin yapılmış olduğu cihetiyle; gebenin muayenesinde, takibinde ve doğumunda görev alan doktorlara, yardımcı sağlık personeline ve idareye kusur atfedilemeyeceği" belirtilmiştir.*

Olayda, 'ın 10/08/2012 tarihinde 33 hafta 5 günlük prematüre, transvers (yan) duruş, kötü obstetrik öyküsü (12 haftanın altında iki gebelik kaybı ve bir dış gebelik öyküsü) ve erken membranrüptürü (37. gebelik haftasından önce doğum eylemine girmeden bebeğin sularının gelmesi ve gebelik kesesi bütünlüğünün bozulması) *olan gebe olarak davalı idare hastanesine yatırıldığının anlaşıldığı, hastanedeki takip ve tedavisinin tıp kurallarına uygun olduğu Adli Tıp Kurumu raporunda belirtilmiş ise de, olay tarihi olan* ***14/08/2012 tarihinde saat 01:30'da hastanın rahim kasılması hissettiğini ilgililere bildirmesi üzerine yapılan muayenesinde doğum eyleminde olmadığının belirlendiği, sabah 08:00'de şikâyetinin olmadığını bildirdiği, sezaryen için hazırlıklara başlandığı, saat 11:05'te sezaryen katındaki odasında doğumunun başladığı sezaryen servis hemşireleri tarafından haber verildiği, kordonun sarktığı söylenildiği, saat 11:20'de hastanın ağrısının olduğunu tarif etmesi üzerine muayene için odasına gidildiği,*** *kordonun vagenden sarktığı, bebeğin ayaklarının vagen çıkımında olduğunun görülmesi üzerine ilgili doktorlara haber verildiği, müdahale imkânına sahip en yakın yer olan servis muayene odasına alınarak doğum eyleminin gerçekleştirildiği ve akabinde bebeğin vefat ettiği anlaşılmakta olup, sancılı ve sorunlu bir gebelik yaşayan davacının 14/08/2012 tarihinde sezaryen ile doğum kararı alınmasına rağmen 14/08/2012 tarihinde saat 11:00 civarında yapılan muayenesinde bebeğin kordon ve ayaklarının çıktığının görülmesi ve akabinde doğum*

eylemini gerçekleştirmek üzere en yakın yer olan servis odasına alınması ve davacıların bu süreçte yaşadığı travma bir arada değerlendirildiğinde, bu durumun davacılarda, gebelik takibinin gerektiği gibi yürütülmediği yönünde şüphe, endişe ve üzüntüye yol açtığı görüldüğünden, davacıların manevi zararının karşılanması gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle….. 8. İdare Mahkemesi'nin kararının maddi tazminat isteminin reddi ile manevi tazminat isteminin kısmen reddine ilişkin kısımlarının ONANMASINA, manevi tazminat isteminin kısmen kabulüne ilişkin kısmının yukarıda belirtilen gerekçeyle ONANMASINA"

Karar-1'de benzer olay incelenirken aynı yıl aynı Danıştay dairesi tarafından alınan kararları görmekteyiz.

Karar-1'de yaşanılan olay Danıştay 15. Dairesince kusursuz sorumluluk kapsamında değerlendirilip maddi ve manevi hüküm tesis edilmiştir. Hüküm evresinde ideal bir hukuk devleti düşüncesi ortaya konulmuş hak kavramı göz önünde bulundurulmuştur. Özellikle enjeksiyondan kaynaklı yaşanılan bu tarz durumların çoğunlukta olduğu göz önünde bulundurulmalıdır.

Türkiye Devleti milletinin refah ve huzuru için, dayanışma ve birlik, ha-adalet kavramına bağlı, insan haklarına saygılı devlet olmasından dolayıdır (T.C. Anayasası M. 2) ki bir sosyal devlet anlayışı gütmektedir.

Komplikasyon kavramı tıp biliminin gelişmesine paralel olarak değişime denk gelecektir lakin insan bedeni fonksiyon gereği aynı ilaca yine farklı tepkiler vermeye devam edecektir.

Yazara göre kusursuz sorumluluk ilkesi şartlarını taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın komplikasyon olarak ele alınabilecek tıbbi müdahalelerin bütününde Sosyal Devlet anlayışından dolayı muhtel zarar görenlerin zararlarının manevi tazminat adı altında karşılanması gerektiği düşüncesinde.

Karar-3: D. 15. D. 19.12.2017 T., 2015/6230 E., 2017/7584 K.[472]

*"Hemşire olarak görev yapan ...'nın **kırım kongo kanamalı ateşi hastalığı nedeniyle** 13.07.2006 tarihinde gerçekleşen ölümünde idarenin ihmali ve ağır hizmet kusuru bulunduğu iddiası maddi, manevi, tazminen ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılmıştır.*

Adli Tıp Kurumu Adli Tıp 1.İhtisas Kurulu'nun raporda; hemşire ...'ya uygulanan tıbbi ameliyelerin ….'nca önerilen standartlara ve tıp kurallarına uygun olduğu kanaati bildirilmiş, bu tespit ve kanaatlere istinaden İdare Mahkemesi'nce davanın reddine karar verilmiştir. Bahse konu mahkeme kararının Dairemizce temyizen bozulması üzerine, mahkemece bozmaya uyularak toplam …. maddi

[472] Danıştay Kararları. sinerjimevzuat.com (i.e: 10.02.2022).

(destekten yoksun kalma) ..... manevi tazminatın yasal faizi ile birlikte davacılara ödenmesine karar verilmiştir.

Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulu'nun Mahkeme kararına esas alınan raporunda hemşire olarak görev yapan davacılar ***murisinin bir hastadan kan alımı sırasında enjektör ucu ile kolundan yaralanması ile başlayan ve sevk edildiği….. Numune Hastanesi'nde kırım kongo kanamalı ateşi hastalığından vefatı ile sona eren süreçte*** *yapılan işlemlerin önerilen standartlara ve tıp kurallarına uygun olduğu mütalaa edilerek idareye atfı kabil kusur bulunmadığı belirtilmekte ise de, bir kamu görevin ifası sırasında meydana gelen zararın ilgilinin üzerinde bırakılmayıp* **kusursuz sorumluluk** *ilkesi uyarınca davalı idarece tazmin edilmesi gerektiği izahtan varestedir.*

Dosyanın incelenmesinden; Dairemiz bozma kararı üzerine İdare Mahkemesi'nce yakınlarının vefatı nedeniyle davacıların uğradıkları zararın tespiti amacıyla bilirkişi incelemesi yaptırılmış ve bu kapsamda dosyaya sunulan hesap bilirkişisi raporunda; destek süresinin 34,81 yıl olduğu ve rapor tarihindeki yaşı ve çocuk sayısı dikkate alınarak evlenme ihtimalinin bulunmadığı kabul edilen davacı (eş) ....'nın destekten yoksun kalma zararı .....olarak hesaplanmış ve bu tutar adı geçen davacı yararına mahkemece hüküm altına alınmıştır.

…….yapılan incelemede, davacı….. 'nın 02.02.2017 tarihinde yeniden evlendiği tespit edilmiştir.

Bir kamu görevinin ifası nedeniyle eşi vefat eden davacı ....'nın, dava konusu olay nedeniyle uğradığı zararın **kusursuz sorumluluk** *ilkesi gereğince tazmin edilmesi gerektiğinde şüphe bulunmamakla birlikte, adı geçen davacı yararına ancak ölen eşin desteğinden mahrum kaldığı süre ile sınırlı olarak tazminata hükmedileceğinde de duraksama bulunmamaktadır. Başka bir deyişle, sağ kalan eşin yeniden evlenmesi durumunda, ölen eşin desteğine olan ihtiyacı yeni evlilik ile sona ereceğinden, sağ kalan eş yararına sadece yeniden evlenme tarihine kadar olan süre ile sınırlı olarak destekten yoksun kalma tazminatı hükmedilmesi gerekmektedir.*

Dosyanın incelenmesinden, dava konusu olayda davalı idarenin hizmet kusurunun bulunup bulunmadığının tespiti için alınan bilirkişi raporunda, davacılar yakınına uygulanan teşhis, tetkik ve tedavilerin önerilen standartlara ve tıp kurallarına uygun olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla olayda davalı idarenin hizmet kusurundan bahsedilemeyecektir.

İdare Mahkemesince, her ne kadar Dairemiz bozma kararına uyularak .... manevi tazminatın davacılara ödenmesine karar verilmiş ise de; yukarıda izah edildiği üzere bakılan davada, davalı idarenin **kusursuz sorumluluk** *ilkesi gereğince tazminle yükümlü kılındığı hususu dikkate alındığında, hükmedilen manevi tazminatın zenginleşmeye sebep olmayacak ve makul bir düzeye indirilmesi gerekeceğinden, temyiz istemine konu kararın manevi tazminata ilişkin kısmında hukuka uyarlık bulunmamıştır. Açıklanan nedenlerle, davalı tarafın temyiz isteminin kabulü ile .... İdare Mahkemesi'nin kararının BOZULMASINA"*

Sağlık hizmeti bünyesinde tehlike ve riskler barındırmaktadır. Sağlık hizmet çalışması yürüten idareler çalışan personeller açısından her zaman bu riskli durumlar

mevcut olduğu sağlık hizmet çalışanları için mesleki risk kavramın göz önünde bulundurulması bir gereklilik arz etmektedir.

Yazara göre kamu yararı göz önünde bulundurulduğunda Sağlık hizmet çalışması yürüten idarelerin sosyal risk bakımından değil de kusursuz sorumluluk açısından ele alınmasını gerektiği kanaatindeyiz.

Karar-4: D. 15. D. 30.11.2017 T., 2016/6965 E., 2017/7122 K.[473]

" Davacının, ... Devlet hastanesinde 29.04.2006 tarihinde yapılan enjeksiyon sonrasında oluştuğu belirtilen zararlarına karşılık, olayda davalı idarenin ağır hizmet kusuru bulunduğu ileri sürülerek maddi ve manevi tazminatın istemiyle açılan dava sonucunda .... İdare Mahkemesi'nce; Dairemizin 15/05/2014 tarih ve E:2013/4157, K:2014/3746 sayılı bozma kararına uyularak, tarafından tanzim olunan 18.12.2009 ve 23.07.2010 tarihli bilirkişi raporlarında özetle; davacının sağ ayağında meydana gelen güçsüzlüğün 29.04.2006 tarihinde yapılan enjeksiyon sonucu ortaya çıktığı, davacıdaki hasarın enjeksiyon nöropatisi ile uyumlu olduğu, ancak enjeksiyonun yanlış yere yapıldığını gösterir bir bulguya rastlanılmadığı, bu durumun komplikasyon olarak kabul edildiği, davalı idarece yapılan işlemlerin tıp kurallarına uygun olduğu belirtilmiş ve bu rapor hükme esas alınarak davacının maddi ve manevi tazminat istemlerinin reddi yolunda verilen kararın, davacı tarafından hukuka uygun olmadığı ileri sürülerek temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir. ..... temyiz isteminin reddine, ... İdare Mahkemesi'nin kararının ONANMASINA"

"KARŞI OY: *Dava konusu olayda, davacıya rahatsızlığı nedeniyle başvurduğu…. Hastanesi'nde iğne enjekte edilmiştir. Yapılan enjeksiyondan sonra davacıda enjeksiyon nöropatisi arazı gelişmiştir.*

Dosya kapsamında ……ndan alınan bilirkişi raporlarında da, davacıda meydana gelen arazın uygulanan iğne sonucu gelişen enjeksiyon nöropatisi olduğu teyit edilmiş ancak tıbbi belgelerde enjeksiyonun yanlış yere yapıldığına ilişkin bir kaydın bulunmadığı, enjeksiyonun doğru yere yapılmış olması halinde de önlenemez ve öngörülemez bazı tıbbi nedenlerle nöropatinin gelişebileceği, nöropatinin enjeksiyon uygulamalarının beklenebilir komplikasyonu olduğu belirtilerek idareye yönelik hizmet kusuru tespit edilmediği belirtilmiştir.

Her ne kadar Adli Tıp Raporunda, davacıda oluşan arazın bir komplikasyon olduğu, bu nedenle idareye herhangi bir kusur atfedilemeyeceği belirtilmiş ve bu doğrultuda İdare Mahkemesince de davanın reddi yönünde karar verilmiş ise de; davacıda oluşan arazın uygulanan enjeksiyon sonucu geliştiği, yapılan enjeksiyondan önce herhangi bir sakatlığı bulunmayan davacının bu enjeksiyon sonucu sakatlandığı açık olduğundan, sunulan sağlık hizmetine kusur atfedilememesi nedeniyle davacıdan uğradığı zarara katlanmasını beklemeye hukuken imkân bulunmamaktadır.

[473] Danıştay Kararları. Bkz. D. 15. D. 30.11.2017 2016/8172 E., 2017/7132 K. sinerjimevzuat.com (i.e: 04.02.2022).

Bu nedenle kusur sorumluluğu ilkesi çerçevesinde tazmin edilemeyen davacının zararlarının yine idare hukukunun temel ilkelerinden birisi olan kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca tazmin edilmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenle, davacının temyiz isteminin kabulü ile mahkeme kararının bu gerekçeyle bozulması gerektiği görüşüyle çoğunluk kararına katılmıyorum."

Uyuşmazlık konusunda ATK raporuyla tespit edilmiş olan komplikasyon kavramından dolayı kusur izafesinin yapılamayacağı tespiti yapılmıştır.

Yazar; Komplikasyon olarak tespiti yapılan olaylarda kusursuz sorumluluk kavramının devreye giremeyeceği lakin her zaman var olan risk kavramının devletin de sosyal devlet olmasından kaynaklı zararı karşılaması gerektiği kanaatinde.

Yazar; Her ne kadar komplikasyon beklenen risk olarak biliniyor olsa da hakkaniyet gereği bir miktar manevi tazminata hükmedilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

7.2. Onama Kararları

Karar-1: D. 10. D. 29.03.2021 T., 2019/6531 E., 2021/1444 K.[474]

*"Davacı tarafından, davalı idarece **lenfoma şüphesiyle yapılan lenf bezi biyopsisindeki hizmet kusuru nedeniyle sırtında ve kürek kemiğindeki ağrıların artarak devam ettiği, köprücük kemiğinde öne doğru bir ilerleme ve yine kürek kemiğinde dışa doğru çıkıntı yapma şeklinde doğal olmayan rahatsızlıklar belirmeye başladığı, sol kolunu kullanamama noktasına geldiğinden bahisle** uğranılan zarara karşılık olarak ……ödenmesine karar verilmesi istenilmektedir. İlk Derece Mahkemesi kararının özeti: ... İdare Mahkemesinin kararıyla; olaya yönelik olarak **Adli Tıp 2. İhtisas Kurulunca hazırlanan** raporda, davacıya 27/12/2012 tarihinde .....Hastanesi **KBB Hastalıkları Anabilim Dalında lokal anestezi altında sol servikal eksizyonel lenfadenopati biyopsisi yapıldığı, histopatolojik incelemenin akut süpüratif lenfadenit ile uyumlu bulunduğu, biyopsi işleminden 27 gün sonra polikliniğe başvurduğu, bundan 10 gün sonra yapılan EMG incelemesinde sol supraskapular sinir trasesinde akut dönem denervasyon bulguları saptandığının bildirildiği, boynun 4 ve 5. bölgelerine yapılan müdahalelerde brakial pleksus ve bunun dallarının yaralanma riski altında olabileceğinin, burada meydana gelen sinir hasarının cerrahi travma veya injeksiyona bağlı gelişebileceğinin, bu tip sinir yaralanmalarının, bu bölgeye yönelik girişimlerin tanımlanan komplikasyonları arasında olduğunun tıbben bilindiği,** bu duruma göre kişiye söz konusu hastanede yapılan cerrahi girişim sonucu gelişen sinir hasarı nedeniyle ilgili hekim ve diğer sağlık görevlilerine atfı kabil herhangi bir kusur saptanmadığı yönünde görüş bildirildiği, dava dosyasında mevcut bilgi ve belgeler ile bilirkişi raporunun birlikte değerlendirilmesinden davacının uğradığını ileri sürdüğü zarar ile davalı idare*

[474] Danıştay Kararları. sinerjimevzuat.com (i.e: 20.12.2021).

eylemi arasında illiyet bağı bulunmaması ve davalı idarede yapılan işlemlerin de tıp kurallarına uygun olması nedeniyle, davalı idarenin maddi ve manevi tazmin sorumluluğunun doğduğunun kabulüne hukuken olanak bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davalı idare tarafından, davacının daha önce başka hastanelerdeki tetkiklerinden sonra lenfoma şüphesiyle davalı idareye bağlı hastaneye gönderildiği, burada yapılan operasyon sırasında sinir yapısının kesilmesinin söz konusu olmadığı, erken dönemde herhangi bir sinir hasarı tablosunun izlenmediği, davacının sinir iletim testlerinde herhangi iletim bozukluğu saptanmadığı, dolayısıyla tamamen iyileştiği, boyun bölgesine yönelik girişimlerden sonra bu tip yaralanmaların görülebildiği ve bilinen komplikasyonlardan olduğu, dosyadaki bilirkişi raporlarının da bu yönde olduğu, temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır. Davanın reddi yolundaki ..... İdare Mahkemesinin temyize konu kararının hüküm fıkrasındaki ……..DÜZELTİLEREK ONANMASINA"

Hasta lenfoma şüphesiyle hastaneye başvuru yapmıştır. Lenf bezi biyopsi işlem sonucunun hatalı olmasından dolayı sırtında, kürek kemiğinde ağrıların baş gösterdiği, köprücük kemiğinde şekil değişikliği olduğu, sol kolunu kullanamaz hale geldiği iddiasıyla uyuşmazlık mahkemeye intikal etmiştir.

İdare tarafından yapılan operasyonla ilgili herhangi bir sinir kaybının olmadığı, sinir kaybına ait bir verinin olmadığı, sinir iletiminde de herhangi bir bozukluğa rastlanılmadığı iddia edilmektedir.

Adli Tıp 2. İhtisas Kurulu raporunda lenfodenopati biyopsisinin yapıldığı "*histopatolojik incelemenin akut süpüratif lenfadenit ile uyumlu bulunduğu"* aradan geçen süre içinde EMG tetkiki yapıldığı sinirlerde erken dönemde denervasyon saptanmıştır. Boyun bölgesinin 4 ve 5. bölümlerine yapılan müdahaleler esnasında yaralanma riskinin yüksek olduğu ve vuku bulan sinir hasarının **cerrahi işlemler veya enjeksiyondan kaynaklanan buna bağlı oluşabilecek** bir durum olduğu ve bu durumun komplikasyon olarak alındığı mütalaa edilmiştir.

Danıştay'ın onama kararına yazarın katılmamasının nedenleri arasında ATK raporu da idarenin savunmasını destekleyecek herhangi bir bulguya rastlanılmadığı gibi ATK raporunda sinir denervasyonu saptandığı ve cerrahi işleme bağlı yaşanılan bir durum olduğu mütalaa edilmiştir.

Yazar; Her ne kadar yapılan işlem komplikasyon olarak anılsa bile bir miktar manevi tazminata hükmedilmemesi hukuka uyarlılık bulunmadığı görüşündeyiz. İdareye güven ilkesi gereği idare tarafından üstlenilecek manevi tazminat hakkaniyet gereği elzem görülmektedir.

Karar-2: D. 15. D. 27.12.2018 T., 2018/8543 E., 2021/1444 K.[475]

"Davacı tarafından, 02/11/2007 tarihinde ***sol diz altının odun motoru ile kesilmesi üzerine müracaat ettiği…….. Devlet Hastanesi'nde yapılan tedavideki eksiklikler sonucu sakat kaldığından*** *ve olayda hizmet kusuru bulunduğundan bahisle maddi ve manevi tazminatın istemiyle açılmıştır.*

……. İdare Mahkemesi'nce, davacının ayağının sakat kalmasında hizmet kusurunun bulunup bulunmadığının tespiti için bilirkişi incelemesi yaptırılmış, bu kapsamda hazırlanarak dosyaya sunulan ***Adli Tıp Kurumu 3. Adli Tıp İhtisas Kurulu'nun*** *16/12/2011 tarihli raporunda; "****Parçalı kirli yaralanmalarda, iyileşme sürecinde kötü granulasyon dokusunun oluşabileceği, yaralanma çevresindeki adale, tendon ve diğer dokulara yapışmalar oluşabileceğinin bilindiği, kişinin olaydan sonra yürüdüğü, olay tarihinin 02/11/2007 olduğu, 'patellar tendon kesisi?' teşhisinin de 05/12/2008 tarihinde kayıtlı olduğu göz önüne alındığında, 02/11/2007 tarihli acil tedavi notlarında patellar tendon kesisine yönelik not bulunmadığı, tendonun kötü yapışıklıklarından dolayı da zaman içinde kullanmaya bağlı olarak kopabileceği" yönünde görüş bildirilmiş, İdare Mahkemesince anılan raporda yer alan tespitlere istinaden uygulama ve tedavi açısından eksik bir eylem bulunmadığı****, isteme esas olan zararın doğmasında davalı idarenin tazmin sorumluluğunu gerektirecek nitelikte hizmet kusurunun bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine, ……. İdare Mahkemesi'nin kararının ONANMASINA"*

Hasta diz altının yaralanmasıyla hastaneye başvurmuştur. Yapılan tedavilerden dolayı sakat kaldığı iddiasıyla uyuşmazlık mahkemeye intikal etmiştir.

Adli Tıp Kurumu 3. Adli Tıp İhtisas Kurulu raporunda bu tarz (odun motoruyla kesi işlemi mevcut) parçalı yaralanmalarda yaralandığı bölge etrafında dokulara yapışma olabileceği kötü bir yapışma neticesinde kullanıma bağlı olarak kopuklukların yaşanıla bilineceği savunulmuştur. Hastanın tıbbi evrakın hastalık tanısı olarak "patellar tendon kesisi" teşhisinin olmasına rağmen acil tedavi bilgilerinin arasında buna dair herhangi bir bilginin yer almadığı ve bölgenin kullanılmasından belli süre sonra da kopma yaşana bilineceği ATK raporunda mütalaa edilmiştir. Danıştay dairesi ATK'nin raporu esas alarak kararı onamıştır.

Yazar; Tıbbi evrakın eksik olması, hastanın sakat kalmasına direk sebep olunmamış olsa dahi hastaya yapılan bilgilendirilmenin yapılmamış olmasından dolayı bir miktar manevi tazminata hükmedilmesi gerektiği, Danıştay'ın onama kararına katılmamakla birlikte eksik inceleme ile dosyanın bozulması gerektiği kanaatindeyiz.

[475] Danıştay Kararları. sinerjimevzuat.com (i.e: 27.08.2021).

Karar-3: D. 15. D. 06.06.2018 T., 2015/84 E., 2018/5698 K.[476]

"Dava konusu olayda, savcılık aşamasında yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucunda dosyaya sunulan ***Adli Tıp Kurumu 3. Adli Tıp İhtisas Kurulu'nun*** *26.10.2011 tarihli raporunda, kurula görüş bildirmesi için .....Fakültesi Romatoloji Anabilim Dalı Başkanı tarafından verilen görüşte;* ***kişisel deneyimim ve literatür kortizon kullanımının 1 ay içinde de osteonekroza yol açabileceği yönünde olduğu****, aynı üniversitenin* ***Fiziksel Tıp ve Rehabilitasyon Anabilim dalında görevli hekim tarafından davacını yaşadığı aseptik femurbaşı nekrozunun kortizon kullanımın bağlı çok nadir görülen bir yan etki olduğu, bu arada ortaya çıkan bel ağrısı nedeniyle ….. Hastanesi fizik tedavi uzmanı hekim tarafından muayene edilen hastaya bel fıtığı konmuş ve buna uygun tedavi yapılmış olduğu, fizik tedavinin bu hastalığa neden olmayacağı ve zarar vermeyeceği, daha sonraları hastaya çekilen MR'da bunu destekleyen bulgu olmadığı, bel ağrısı çeken her hastada bel fıtığı olmayabileceği, mekanik nitelikteki bel ağrılarına da fizik tedavi uygulanabileceği, hastada tümör, enfeksiyon enflamasyon bulunmadığı için fizik tedavi ile zarar oluşmayacağı, bu süreçte fizik tedavi uzmanının hastanın aseptik femurbaşı nekrozuna teşhis koyamamış olmasının bir eksiklik olduğu fakat baş sorumlunun fizik tedavi uzmanı olduğuna hükmetmenin hakkaniyetli olmayacağı, fizik tedavi uzmanının fizik tedavi ve olası yan etkilerinden sorumlu olacağı, fizik tedavi bu hastalığa yol açmadığı gibi herhangi bir yan etkisinin de söz konusu olmadığı, tanı konulmasında en az sorumlu olan fizik tedavi uzmanının 1/16 kusurlu olduğu, belirtildikten sonra sonuç bölümünde davacının 21.03.2006 tarihinde yüz felci şikâyetiyle müracaat ettiği*** *..... Hastanesi'nde Nöroloji uzmanı ..... tarafından kortizon içeren Dekort tedavisine başlanıldığı, yapılan tedavi yaklaşımının ve önerilen dozun tıp kurallarına uygun olduğu, 31.08.2007 tarihinde çekilen MR tetkikinde kalça nekrozu tespiti ile ..... Hastanesinde ortopedi kliniğinde kalça nekrozu tanısı ile ameliyatının yapıldığı, davacının ifadesinde kortizon tedavisinden 5 ay sonra femur başlarında nekroz geliştiği iddiası bulunmakla birlikte ……* ***Hastanesi poliklinik kayıtlarında zaman zaman lomber disk bozuklukları kodu ile belden tedavi gördüğü,*** *2.11.2006 tarihli* ***Lomber MR normal değerlendirildiği, kişide disk sorunu olmadığı bu bölgeye ve kasılmasına ilişkin rahatsızlıklarının disk bulgusuna benzer bulgular ile karışabileceği, ortopedi ve fizik tedavi uzmanının verdiği ifadelerinde hastanın bel ağrısı nedeniyle başvuru yaptığını belirttikleri, kalça ile ilgili başvurusunun olmadığını ifade ettikleri poliklinik kayıtlarında kalça ile ilgili başvurusunun bulunmadığı yapılan inceleme sonucunda ortopedi, fizik tedavi ve nöroloji uzmanlarının kusuru bulunmadığı olayın kortizon uygulamasının öngörülemeyen komplikasyonlarından olduğu görüşlerine yer verilmiştir.***

Adli Tıp Raporunda davacıda gelişen durumun kortizon uygulamalarının komplikasyonu olarak kabul edilmesi karşısında, idari eylemle zarar arasında nedensellik bağı kurulamadığından maddi tazminata hükmedilmesinin koşulları oluşmamakla birlikte, kortizon uygulamasından önce yan etkilerinin anlatılıp davacıya aylık kontrol önerilmesi gerektiği bilirkişi raporunda Romatoloji Anabilim Dalı Başkanının da belirttiği gibi kortizonun 1 ay içerisinde bu yan

[476] Danıştay Kararları. sinerjimevzuat.com (i.e: 10.11.2021).

etkiye başlayacağının bilindiği bu riski ilk tedaviyi veren nöroloji doktorunun hastaya belirterek takibinin sağlamasının gerektiği, bilirkişi raporunda görüşüne başvurulan Fiziksel Tıp ve Rehabilitasyon Anabilim dalında görevli hekim tarafından davacının yaşadığı aseptik femurbaşı nekrozunun kortizon kullanımın bağlı çok nadir görülen bir yan etki olduğu, *bu arada ortaya çıkan bel ağrısı nedeniyle ……. Hastanesi fizik tedavi uzmanı hekim tarafından muayene edilen hastaya bel fıtığı konmuş ve buna uygun tedavi yapılmış olduğu, fizik tedavinin bu hastalığa neden olmayacağı ve zarar vermeyeceği, daha sonraları hastaya çekilen MR'da bunu destekleyen bulgu olmadığı, bel ağrısı çeken her hastada bel fıtığı olmayabileceği, mekanik nitelikteki bel ağrılarına da fizik tedavi uygulanabileceği, hastada tümör, enfeksiyon enflamasyon bulunmadığı için fizik tedavi ile zarar oluşmayacağı, bu süreçte fizik tedavi uzmanının hastanın aseptik femurbaşı nekrozuna teşhis koyamamış olmasının bir eksiklik olduğunun belirtildiği hususları da dikkate alınırsa belirtilen bu eksikliklerin yürütülen sağlık hizmetinin gereği gibi işletilmediği konusunda davacıda endişe ve üzüntüye yol açacağından davacının manevi tazminat talebinin, manevi tazminatın zenginleşme aracı olamayacağı ilkesi de gözetilerek değerlendirilmesi gerekmektedir.*

……. İdare Mahkemesince; davacının 21.03.2006 tarihinde ***yüz felci geçirmesi üzerine ..... Devlet Hastanesi'ne başvurduğu, burada nöroloji uzmanı tarafından yüz felcine yönelik kortizon tedavisinin başlanıldığı kullanmaya başladıktan 5 ay sonra ağrılarının başladığı ve en son olarak ilacın yan etkisi olarak kalçasında kemik erimesine bağlı çökme neticesinde 2007 yılında ameliyat olduğu bir bacağının diğerinden iki cm kısa kaldığı geç ve yanlış teşhis tedavinin bu sonuca neden olduğu iddialarıyla açılan davada, ... Hastanesindeki nöroloji, ortopedi ve fizik tedavi hekimleri hakkında savcılığa yapılan şikâyet neticesinde*** *.....Cumhuriyet Başsavcılığı'nın yaptığı soruşturma esnasında Adli Tıp Kurumu Başkanlığı 3. İhtisas Kurulu'na yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen 26/10/2011 tarih ve 9455 sayılı raporda özetle: davacının 21/03/2006 tarihinde yüz felci şikâyeti ile müracaat ettiği ……. Devlet Hastanesi'nde nöroloji uzmanı doktor* ***U.A. tarafından kortizon içeren "dekort" tedavisi uygulandığı, yapılan tedavi yaklaşımının ve önerilen dozun tıp kurallarına uygun olduğu,*** *..... Görüntüleme Merkezinin 31/08/2007 tarihli* **her iki kalça MR tetkikinde bilateral evre 111-IV avasküler nekroz (perthes) ile uyumlu bulgular tespit edilerek, ...Eğitim ve Araştırma Hastanesi ortopedi kliniğine 10/09/2007 tarihinde yatış yapılarak bilateral avasküler nekroz tanısı ile kortizon tedavisinden 5 ay sonra femur başlarında nekroz geliştiği iddiası bulunmakla beraber ..... Hastanesi Poliklinik başvuru kayıtlarında zaman zaman "Lomber ve diğer intervertebral disk bozuklukları,radikülo" tanı kodu ile tedavi görmüş olduğu anlaşıldığı**, *ancak 02/11/2006 tarihli* **Lomber MR normal olarak değerlendirildiğine göre kişide disk patoloji olmadığı, vertebral bölgeye ve kasılmasına ilişkin bazı rahatsızlıkların disk bulgularına benzer bulgular ile karışabileceği, ayrıca ortopedi uzmanı Dr.S.S. ve Fizik Tedavi Uzmanı Dr. M.T.B.'nın alınan ifadelerinden de kişinin bel ağrısı nedenli başvuru yaptığı kalça ile ilgili hastanın müracaat etmediği beyanları ve tıbbi kayıtlar dikkate** *alındığında hastaya yaptıkları uygulamalarından dolayı Nöroloji Uzmanı Dr.U.A.'na, Ortopedi Uzmanı Dr. S.S. ve Fizik Tedavi Uzmanı Dr. M.T.B.'ya kusur atfedilemeyeceği şeklinde görüş verildiği görülerek, davalı idareye bağlı ..... Hastanesinde davacının tedavisinde herhangi bir hizmet kusurunun bulunmadığı anlaşıldığından davacının öne sürdüğü zarar ile idari eylem arasında tazmin yükümlüğünü gerektirecek nitelikte illiyet bağı kurulamadığı*

gerekçesiyle davanın reddine……..yönünde karar verilmiştir……. 1. İdare Mahkemesi'nin kararının ONANMASINA"

Hasta yüz felci geçirmesinden dolayı hastaneye başvurmuş ve hastalığına yönelik olarak kortizon tedavisi almıştır. Kortizon tedavisinden takribi 5 ay sonra ağrıya eşlik eden kalçada çökme ve erime şikâyetiyle operasyon geçirmiştir. Operasyona bağlı olarak bacaklarınınım boyunca asimetrik oluştuğu, yanlış tedavi aldığından dolayı uyuşmazlık mahkemeye intikal etmiştir.

Üniversite Romatoloji Anabilim Dalı başkanından görüş alınmış. Görüşte kendi deneyimleriyle beraber literatüre de değinen bilirkişi kortizon adlı ilacın 1 ay gibi bir sürede osteonekroza (kemik hücrelerinin ölmesinden dolayı kemiğin çökmesi) neden olabileceği vurgulanmış ve aynı görüş doğrultusunda Fiziksel Tıp ve Rehabilitasyon dalında da görüş bildiriminde durumun komplikasyon olduğu yönünde mütalaa verildiği tespit edilmiştir. Mütalaada ayrıca bel fıtığı tanısıyla hastanın tedavi aldığı, hastada herhangi bir enfeksiyon olmadığı, fizik tedavi uzmanının femur başı nekrozuna tanı konulamamasını eksikli olduğu bundan dolayı 1/16 oranla kusurlu olduğu mütalaada tespit edilmiştir.

Lomber MR'ın normal olduğu, bel ağrısı şikâyeti ile başvurunun yapıldığı, kalça ile ilgili herhangi başvurunun yapılmadığı tıbbi kayıt ve fizik tedavi uzmanı ile beraber ortopedi uzmanının da ifadelerinde kalça ile ilgili herhangi bir problemden bahsedilmediği belirlenmiştir.

Adli Tıp Kurumu 3. Adli Tıp İhtisas Kurulu'nun raporunda kortizon kullanımıyla kortizon adlı ilaç arasında illiyet rabıtasının kurulamadığından dolayı maddi tazminatın reddedilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Bunun yanında hastanın tedavisine ilk başlayan nöroloji uzmanının kortizondan kaynaklı bilinen bu yan etkinin hastaya bilgi vermek suretiyle yapması gerektiği ayrıca hekim/doktorun hastayı takip etmesi gerektiği mütalaa edilmiştir.

Danıştay'ın ATK raporunda nöroloji uzmanının tıbbi evraktan kortizon ile ilgili bilgilendirilme ve takip önerilerinin yapılıp yapılmadığı tespit edildikten sonra mütalaanın tamamlanması yazara göre eksik inceleme denilip bozma gerekçesidir.

Yazar; Üniversite hastanesinden nöroloji, ortopedi, fizik tedavi uzmanlarının görev alacağı bir heyet tarafından mütalaa alınması gerektiği gerekçesiyle bozma kararı verilmesi hukuka uyarlılık bulunacaktı.

7.3. Anayasa Mahkemesi Kararları

Anayasa Mahkemesi Kararı-1: Başvuru Numarası(BN): 2018/11847., 16.06.2021 Karar Tarihi(KT)., Resmi Gazete(RG.) ve Sayı:17/09/2021-31601[477].

"Başvurucu soğuk algınlığı ve yüksek ateş şikâyeti var. Muayene sonucunda başvurucuya antibiyotik içeren iğne reçete edilmiştir. Başvurucu 7/4/2014 tarihinde yeniden hastaneye gitmiş ve reçetenin verilmesinden sonra kendisine kurum çalışanı hemşire tarafından reçetedeki iğnenin yapıldığını iddia ederek iğne sonrasında kalçasında yoğun ağrı şikâyetlerinin olduğunu beyan etmiştir. Başvurucu, hastanedeki muayenelerden sonra EMG ….sevk edilmiş; bu hastanede yapılan tetkikler sonucunda başvurucunun sağ ayak siyatik sinirinde meydana gelen hasar nedeniyle düşük ayak oluştuğu belirlenmiştir.

Davacı; hatalı tıbbi müdahale sonucunda çalışma gücünü %46 oranında kaybettiği, desteksiz yürüyemez hâle geldiği, psikolojisinin bozulduğu, enjeksiyon kaydı olmadığına……

ATK 5/8/2016 tarihli raporda; başvurucunun ***sağ siyatik sinirinde hasar olduğu****, buna karşın* ***sağlık kuruluşunda enjeksiyon yapıldığına dair tıbbi kayıt bulunmadığı belirtilmiştir.*** *Aynı raporda başvurucuya hastanede enjeksiyon yapıldığının kabul edilmesi hâlinde ise enjekte edilen ilaçların sinir hasarına yol açma ihtimali olduğu, bu durumun önceden bilinmesinin mümkün olmadığı…….*

Mahkeme 8/6/2017 tarihinde maddi tazminat talebinin reddine, manevi tazminat talebinin kısmen kabulüne karar vermiştir. Kararın gerekçesinde; bilirkişi raporunun yerinde olduğu, başvurucuya enjeksiyon yapılıp yapılmadığının belli olmadığı, enjeksiyon yapılması hâlinde ise sağlık personeline kusur izafe edilmeyeceği belirtilerek maddi tazminat talebi reddedilmiştir. Mahkeme manevi tazminata ilişkin değerlendirmesinde idarenin ***hizmet kusurunun tespit edilememiş olmasının kayıtların tam ve doğru bir şekilde tutulduğunun anlaşılamamasından ve yeterli incelemenin yapılmamış olmasından kaynaklandığını belirtmiştir****. Bu tespitten hareketle başvurucunun maddi gerçeğe hiçbir zaman ulaşamayacak olmasının meydana getirdiği ruhsal ve psikolojik çöküntünün neticesi olarak başvurucuya …… manevi tazminat ödenmesine karar vermiştir.*

…… Bölge İdare Mahkemesi Altıncı İdare Dava Dairesi (Daire) 6/2/2018 tarihinde ***maddi tazminatın reddi kararını onamış, buna karşın manevi tazminata ilişkin kararı kaldırarak davanın manevi tazminat talebi yönünden kesin olarak reddine karar vermiştir.*** *Gerekçede; idarenin maddi-manevi tazmin sorumluluğundan bahsedilebilmesi için hizmet kusurunun belirlenmesi gerektiği, ATK'nin düzenlediği raporda enjeksiyonun hatalı uygulandığı yönünde bir tespit bulunmadığı sonucuna yer verilmiştir.*

Anayasa Mahkemesine başvuru nedeni: *Başvurucu; hatalı yapılan enjeksiyon nedeniyle %46 engelli hâle geldiğini, oluşan sakatlığı nedeniyle ağrı şikâyetlerinin devam ettiğini, dengesiz şekilde attığı her adımda bu olayın aklına gelmesi ile psikolojik olarak da yıprandığını ifade*

[477] Anayasa Mahkemesi Kararları, BN: 2018/11847, T: 16.06.2021, Resmi Gazete (R.G.) ve Sayı:17/09/2021-31601 https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2018/11847 (i.e: 25.01.2022).

etmiştir. Bu olaydan sonra işletmekte olduğu marketi kapatmak zorunda kaldığını, eşinin kendisini terk ederek üç çocuğu ile bıraktığını belirtmiştir. Mahkemenin hastane kayıtlarının gereği gibi tutulmaması ile ilgili bir araştırma yapmadığını, hizmet kusurunun ispat edilememe sebebinin de bu durumdan kaynaklandığını vurgulamıştır. Enjeksiyon işleminin yapıldığı sırada yanında bulunan arkadaşını tanık olarak bildirmesine rağmen Mahkemenin eksik inceleme ile karar verdiğini belirten başvurucu, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

Anayasa Mahkemesi Sonucunda: *Tıbbi müdahale sonucunda vücutta sakatlık ya da maddi ve manevi varlığı zedeleyen diğer rahatsızlıkların meydana geldiği vakıalarda müdahalenin* ***tıp biliminin güncel ve genel kabul gören kurallarına uygun olarak gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin tespiti büyük ölçüde teşhis ve tedavi sürecindeki kayıtların incelenmesiyle mümkün olabilmektedir. Bu nedenle bu kayıtların tutulması, saklanması ve gerektiğinde yargısal mercilere ibraz edilmesi büyük önem taşımaktadır. Teşhis ve tedavi sürecindeki verilerin kaydedilmesi ve makul bir süre saklanması sorumluluğu, tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren sağlık kuruluşuna aittir.***

Somut olayda dosyaya sunulan ATK raporu ve tarafların müşterek beyanları uyarınca başvurucunun 1/4/2014 tarihinde hastane acil servisine giderek muayene olduğu ve kendisine reçete verildiği sabittir. Buna karşın hastane kayıtlarında ***başvurucuya uygulanan tedavi ve saati ile tedaviyi uygulayanın adı ve soyadı bölümünün boş bırakıldığı hatta sonraki hasta kaydında da hiçbir bilginin yer almadığı görülmektedir. Dolayısıyla tıbbi kayıtların başvurucu hakkında hangi tedavinin uygulandığını, bu tedavinin ehil kişiler tarafından yapılıp yapılmadığını tespite elverişli nitelik taşımadığı değerlendirilmiştir***

Nitekim Mahkeme hastane kayıtlarının doğru tutulmamasının sonucu olarak manevi tazminat ödenmesine karar vermiştir. Daire kararında ise kayıtların tutulmamasının hemşirenin ve sağlık kuruluşunun sorumluluğuna ne yönde etki edeceği değerlendirilmemiştir. Kararda, ***hasta dosyasının tutulması yükümlülüğünün sağlık kuruluşuna ait olduğu hususunun gözetilmediği, bu konuda bir tespit içermeyen ATK raporunun hükme esas alındığı anlaşılmıştır. Daire, hasta hakkında tutulan tüm tıbbi kayıtları saklama ve istendiğinde yetkili mercilerin incelemesine sunma yükümlülüğünün sağlık kuruluşuna ait olduğu hususunu gözetmeden ve bu durumun kusur sorumluluğuna ne yönde etki edeceğini değerlendirmeden ATK raporu doğrultusunda hüküm kurmuştur.*** *Netice itibarıyla yargısal süreç içinde başvurucunun esaslı iddialarına karşı makul ve yeterli ölçüde yanıt verilmemesi nedeniyle Daire tarafından yapılan incelemenin etkili yargısal sistem kurma yükümlülüğüne uygun bir nitelik taşımadığı belirlenmiştir. Sonuç olarak……1. İdare Mahkemesine GÖNDERİLMESİNE*"

2014 tarihinde başvurucu soğuk algınlığı ve yüksek ateş şikâyetiyle hastaneye başvuru yapmış olup muayene sonucunda kendisine antibiyotik reçete edilmiştir. Yapılan enjeksiyon sonucunda yoğun olan ağrıdan dolayı tekrar muayene olup EMG tetkiki yapılmış olup sağ ayakta siyatik sinirde zarar tespiti yapılmıştır.

Başvurucu tıbbi müdahalenin yanlış yapıldığı, %46 oranında çalışma gücünde kayıp yaşadığını, yapılan enjeksiyona ait herhangi bir tıbbi evrakın hastanede bulunmadığı iddialarından dolayı tazmin talepli uyuşmazlık mevcuttur.

ATK tarafından tanzim edilen raporda sağlık hizmet sunucusunda enjeksiyon işlemine ait tıbbi bir evrakın bulunmadığı, enjeksiyon yapılmış olsa dahi bunun bir komplikasyon olduğu mütalaa edilmiştir. 2017 senesinde mahkeme maddi tazminat talebin reddine manevi tazminat talebin kısmen kabulüne tıbbi evrakın tam ve doğru tutulduğuna dair herhangi bir verinin olmamasından dolayı karar vermiştir.

Buna karşın Bölge İdare Mahkemesi (BİM) manevi tazminat talebin kısmen kabul kararını idarenin hizmet kusuruna rastlanılmadığından ATK raporunda enjeksiyonun yapıldığına dair tıbbi tespit edilemediğinden dolayı kararın bozulması hükmü tesis edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi kararında; Vücutta bir sakatlık hali kalmışsa veya maddi-manevi durumu bozacak bir rahatsızlık durumunda tıbbi müdahalelerin güncel olması gerektiği ve buna genel anlamda kabul gören kurallarla bağdaşması gerektiği vurgusu yapılmıştır. Bunun içinde işlemin yapıldığına dair tıbbi evrakın, kayıtların; tam, doğru ve eksiksiz tanzim edilmesi gerektiği kanaatine varılmıştır. Tıbbi evrakın muhafazasından ve gerektiği zaman da yargı mercilerine sunulmasında sorumluluğun sağlık hizmeti yürüten idarelerinde olduğuna karar verilmiştir.

Sonuç olarak hasta dosyasını tutmakla sorumluluk altında bulunan idarenin yükümlülüklerini yerine getirmediğinden bahisle ilgilinin maddi, manevi durumun korunamadığından yeniden yargılama yapılmasına karar verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi Kararı-2: BN: 2016/4642., 20.11.2019 T[478].

"2008 tarihinde doğum belirtilerinin başlaması üzerine …… Hastanesine başvurup bir kız çocuğu dünyaya getirmiştir.

Başvurucu 22/4/2010 tarihinde .....1. İdare Mahkemesinde manevi tazminat davası açmışlardır. ***Bebeğin başı çıkımda göründüğü hâlde doğumun gerçekleşmesi için gerekli müdahalenin yapılmadığı, kayıt altına alınan teknik verilerin gereği gibi değerlendirilmediği, normal yoldan doğum için iki saat kırk beş dakika bu şekilde beklendiği, suni sancıyla doğurtulan bebeğin ağlama tepkisi vermediği ve emme refleksinin olmadığı, doğum öncesi kontrollerinde sağlıklı olan bebeğin doğum sırasındaki gecikme nedeniyle sakat kaldığı belirtilmiştir****. İdare Mahkemesi 18/3/2011*

[478] Anayasa Mahkemesi Kararları, BN: 2016/4642, T: 20.11.2019, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/4642, (i.e: 25.01.2022).

tarihli ATK raporunu temin edip inceledikten sonra 16/11/2012 tarihli kararıyla davayı reddetmiştir. Karar gerekçesinde Kurulca hazırlanan bilirkişi raporu hükme esas alınarak olayda ***idarenin tazmin sorumluluğunu gerektirecek ağır hizmet kusurunun bulunmadığı*** *belirtilmiştir.*

Başvurucu NST kayıtları olmadan hazırlanan bilirkişi raporuna itibar edilemeyeceği iddiasıyla temyiz edilen karar, Danıştay On beşinci Dairesinin 12/6/2014 tarihli toplantısında onanmış, karar düzeltme istemi de Dairenin 17/12/2015 tarihli kararıyla reddedilmiştir.

Anayasa Mahkemesi Kararında; *Somut olayda bebeğin doğumdaki sağlık durumunun takibi amacıyla NST ve ÇKS olmak üzere iki ayrı kayıt tutulduğu anlaşılmaktadır.* ***ATK yaptığı incelemede dosyada bulunmayan NST kayıtlarına ihtiyaç duyarak bu kayıtların temin edilmesini talep etmiştir.*** *Bu durum ATK'nın konuya ilişkin değerlendirmesinde NST kayıtlarına bir değer atfettiğini göstermektedir. Bununla birlikte* ***ATK, bahse konu kayıtların hastane arşivinde mevcut olmadığının bildirilmesi üzerine dosyada bulunan ÇKS kayıtlarını incelemek suretiyle kanaatini oluşturmuştur. ATK bu noktada NST kayıtlarının niteliği, olayı aydınlatmadaki elverişliliği, bu kayıtların temin edilememesinin yapılan değerlendirmeye etkisi ile ÇKS kayıtlarının NST ile aynı işlevi görüp görmediği hususlarında bir açıklama yapmamıştır.*** *Diğer taraftan derece mahkemeleri, hasta hakkında tutulan tüm tıbbi kayıtları saklama ve istenildiğinde yetkili mercilerin incelemesine sunma yükümlülüğünün sağlık kuruluşuna ait olduğu hususunu gözetmeden ve bu durumun kusur sorumluluğuna ne yönde etki edeceğini değerlendirmeden ATK raporu doğrultusunda hüküm kurmuştur. Netice itibarıyla kararlarda başvurucunun esaslı iddialarına karşı makul ve yeterli ölçüde yanıt verilmemiştir.*

Başvuruda, başvurucunun doğuma ilişkin tıbbi ihmal iddiası yönünden derece mahkemelerince konuyla ilgili ve yeterli bir gerekçe ortaya konulmadığından kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkının ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere….. 1. İdare Mahkemesine (E.2010/436, K.2012/1423) GÖNDERİLMESİNE"

2008 tarihinde doğum nedeniyle hastaneye başvuran başvurucu bebeğin çıkımda olması, NST verilerinin anormal olması, doğumun seyrinde anormallik olmasına rağmen sağlık personellerinin gerekli müdahaleyi yapmayarak bebeğin sakat kalmasına neden oldukları iddialarıyla uyuşmaz idari yargıya intikal etmiştir.

ATK raporunda; idareden NST tetkik sonuçları istenildiği bu tetkik sonuçlarının dosyada olmamasından dolayı NST yerine ÇKS kayıtlarının incelendiği ve rapor doğrultusunda da hüküm kurulduğu tespit edilmiştir.

İdare mahkemesi ATK raporunu hükme esas alarak idarenin ağır hizmet kusuru olmamasından bahisle hüküm kurulmuştur.

Başvurucu NST sonucu olmadan karar verilmesini her ne kadar temyiz etmişse de Danıştay idare mahkemesinin kararını onamak suretiyle hüküm altına almıştır.

Anayasa Mahkemesi; Hastane arşivinde bulunmayan NST kayıtlarının olayı aydınlatmasında ne kadar etkili olduğu, NST yerine ÇKS verileriyle aynı işlevi görüp görmediği, ATK raporunda eksikliklerine değinmiştir.

Anayasa Mahkemesi kararı gerekçesinde ATK raporunun uyuşmazlığı bütünüyle ele alınmadığı, eksik verilerle raporlamanın yapıldığı, yeterli gerekçenin olmadığı bahisle yeniden yargılama yapılmasına karar verilmiştir.

Genel itibariyle yargı kararlarına bakıldığında bilirkişilerin eksik evrakla mütalaa verdikleri görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi Kararı-3: BN: 2014/13327., 08.03.2018 T., RG.- S: 30/03/2018-30376.[479]

" Çocuğu prematüre olarak dünyaya gelmiştir. Çocuk hekimi tarafından bebeğin "ileri derecede prematüre, 1090 g ağırlık, solunum sıkıntılı" durumda olduğu değerlendirildiğinden bebek, ... Devlet Hastanesinin yenidoğan ünitesinde bakıma alınmış ve dört haftalık olduğunda taburcu edilmiştir.

Bebek beş aylık olduğunda devlet hastanesinde bebeğe prematüre retinopatisi teşhisi konulmuş ve erken doğuma bağlı olarak bebeğin her iki gözünde de görme yetisinin olmadığı tespit edilmiştir.

Adli Tıp Kurumu 3. Adli Tıp İhtisas Kurulu** tarafından hazırlanan 18/7/2007 tarihli bilirkişi raporunda; **prematüre bir bebekte doğumdan sonraki dört ile altıncı haftalar arasında ilk göz muayenesinin yapılması gerektiği, bebek dört haftalıkken bebeğin taburcu edilmesinden sonraki ilk iki hafta içinde göz muayenesinin yapılmasının uygun olduğu ve bu hususun aileye bildirilmiş olması gerektiği belirtilmiştir. Raporda ayrıca taburcu belgesinde bebeğin genel kontrole çağrıldığının kayıtlı olduğu ancak kontrole geldiğine dair bir tıbbi kaydın bulunmadığı bildirilmiştir. Hekimin aileye göz muayenesi hakkında öneride bulunduğuna dair beyanının mahkemece kabulü hâlinde idarenin hizmet kusuru bulunmadığı ifade edilmiştir.

*Mahkeme 23/1/2008 tarihinde davayı reddetmiştir. Karar gerekçesinde, Adli Tıp Kurumu Başkanlığı tarafından düzenlenen raporun hükme esas alındığı belirtilmiş ve bu rapora göre **bebeğin hastalığının teşhis ve tedavisinde idarenin ağır hizmet kusurunu gerekli kılacak koşulların bulunmadığı belirtilmiştir**.*

*Karar, Danıştay Onuncu Dairesinin 27/1/2012 tarihli kararıyla kısmen bozulmuştur. Karar gerekçesinde **göz muayenesine ilişkin durumun davacılara bildirildiğine ilişkin herhangi bir kayıt bulunmadığı, dolayısıyla hatırlatma görevinin yerine getirilmediği ve ilk muayenede geç kalınması nedeniyle olayda hizmet kusurunun bulunduğu belirtilmiştir**. Bu sebeple idarenin uyarı görevini*

[479] Anayasa Mahkemesi Kararları, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/13327, (i.e: 26.01.2022).

gereğince yerine getirmemesinden kaynaklanan hizmet kusuru nedeniyle meydana gelen manevi zararın tazmini gerektiği vurgulanmıştır. Ancak bebeğin taburcu edildiği tarihte dört haftalık olması nedeniyle bu tarihte göz muayenesi yapılması şeklinde tıbbi bir gereklilik bulunmadığı, dolayısıyla idare aleyhine maddi tazminat koşullarının oluşmadığı ifade edilmiştir. Sonuç olarak derece mahkemesi kararının maddi tazminat talebinin reddine ilişkin kısmı onanmış, manevi tazminat isteminin reddine dair kısmı ise bozulmuştur.

Başvuruculların karar düzeltme talepleri, aynı Dairenin 24/1/2014 tarihli kararıyla oyçokluğuyla reddedilmiştir.

Karşı oy görüşünde, ***erken doğum nedeniyle göz yönünden karşılaşılabilecek sorun konusunda başvuruculların gereği gibi bilgilendirilmediği açık olduğundan maddi tazminat yönünden de kararın bozulması gerektiği ifade edilmiştir****."*

Anayasa Mahkemesi Kararında***; Tıbbi müdahaleden önce kişinin gerektiği şekilde bilgilendirilerek rızasının alınmaması, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkının ihlaline sebep olabilir. İstisnai hâller dışında tıbbi müdahale, ilgili kişinin ancak bilgilendirilip rızası alındıktan sonra yapılabilir.*** *Hastaların durumun farkında olarak karar verebilmelerini sağlamak için uygulanması düşünülen tedavi ve bununla bağlantılı riskler hakkında kendilerine bilgi verilmiş olmalıdır. Bunun yanı sıra yapılan bilgilendirme ile tıbbi müdahale arasında hastanın sağlıklı bir kanaate varmasını sağlayacak kadar uygun bir zaman aralığı bırakılmış olmalıdır (Ahmet Acartürk, § 56).*

Görme yetisini tamamen kaybetmiş olmanın kişide iş gücü kaybı, yaşam boyu bakım giderleri gibi maddi zararlara sebep olacağı bilinen bir olgudur. Bunun *doğal sonucu olarak* ***çocuğun görme yetisini tamamen kaybetmiş olduğu dikkate alındığında yalnızca manevi zararın değil maddi zararın da meydana geldiği anlaşılmaktadır. Bu zararın idarenin hizmet kusuru sonucu ortaya çıktığı konusundaki derece mahkemelerinin kabul ve tespitleri dikkate alındığında sadece manevi tazminat verilmesinin ihlalin sonuçlarının giderilmesi bakımından yeterli olmadığı, maddi tazminat da verilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.***

Bu durumda derece mahkemesi kararlarında kamu makamlarının ihmali sonucu teşhis ve tedavide gecikme olduğu kabul edilmesine karşın başvuruculların bebeğinin manevi zararlarının yanı sıra maddi bakımdan da zarara uğradığı hususunun dikkate alınmadığı, söz konusu maddi zararların tespiti ve hesaplanması konusunda gerekli araştırma ve incelemenin yapılmadığı anlaşılmaktadır. Danıştay kararında, bebeğin taburcu edildiği tarihte göz muayenesi yapılması yönünde idarenin bir yükümlülüğünün olmadığı belirtilmekle beraber bu gerekçenin somut olaya uygun bulunmadığı görülmektedir. Zira olayda ***idarenin hizmet kusuru, hekimin bilgilendirme ödevini yerine getirmemiş olması nedeniyle başvuruculların bebeğinin rahatsızlığının zamanında tespit ve tedavi edilmemesinden kaynaklanmıştır.*** *Bu yüzden talep sonucunu etkileyen temel iddiaların gerekçede karşılanmaması nedeniyle derece mahkemesi kararlarının konuyla ilgili ve yeterli gerekçe içermediği kabul edilmelidir. Kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere .... 1. İdare Mahkemesine GÖNDERİLMESİNE"*

Yargıya intikal eden uyuşmazlığı incelediğimizde prematüre olarak dünyaya gelen bebek dört hafta tedavi aldıktan sonra taburcu edilmiştir. Beş aylık olan bebeğe "prematüre retinopatisi" teşhisi konulmuş olup her iki gözde görme kaybı olduğu tespit edilmiştir.

ATK 3. Adli Tıp İhtisas Kurulu raporunda; 4 ve 6.cı haftalar arasında bebeğe göz muayenesinin yapılmış olması gerektiği, taburculuk belgelerinde kontrol isteminin olduğu, 4 haftalık iken taburcu olan bebeğin kontrol muayenesinin ilk iki hafta içinde yapılması gerektiği, idarenin hizmet kusuru olmadığı mütalaa edilmiştir.

Mahkeme ATK raporunu hükme esas alarak idarenin ağır hizmet kusurunun bulunmadığı bahisle davanın reddi hüküm tesis edilmiştir.

Danıştay kararı kısmen bozmuş bozma gerekçesinde başvuruculara göz muayenesi hakkında hekim/doktor tarafından bilgilendirildiğine dair herhangi tıbbi bir belgenin olmadığı, ilk olayda da olaya müdahalede geç kalındığından bahisle maddi tazminat istem reddini onayıp, manevi tazminat istemi kısmını da bozarak hüküm tesis edildiği tespit edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi Kararında; Tıbbi müdahalelerden önce ilgililere yeteri kadar süre tanınarak ve yapılacak tıbbi müdahale hakkında bilgilendirilmek suretiyle rızaları alındıktan sonra yapılması gerektiği vurgulanmaktadır. Kararda hizmet kusuru olarak hekimin bilgilendirmeyi yapmamasından kaynaklı olarak hastalığın zamanında tespit edilmesi ve tedavide gecikmenin varlığı olarak hüküm tesis edip yeniden yargılama için idare mahkemesine dosya gönderilmiştir.

Anayasa Mahkemesi Kararı-4: BN: 2017/17753., 10.02.2021 T., RG.-S:03/03/2021-31412[480].

"Başvurucu, ***boyun tutulması şikâyetiyle hastaneye giden başvurucun hatalı yapılan iğne nedeniyle sol bacağının sinirlerinin zedelendiğini belirtmiş; hemşirenin iğneyi yanlış yere uygulaması, başvurucunun ikazına rağmen uygulamaya devam etmesi sonucu başvurucunun sol bacağında sinir zedelenmesi ve buna bağlı olarak bacakta zamanla incelme meydana geldiğini vurgulamıştır.***

..... 2. İdare Mahkemesi 12/11/2010 tarihli ara kararıyla Sulh Ceza Mahkemesinden adli tıp raporunu istemiş ve 26/5/2011 tarihinde de bu rapordaki tespitlere dayanarak davanın reddine

[480] Anayasa Mahkemesi Kararları, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2017/17753, (i.e: 26.01.2021)

karar vermiştir. Kararın gerekçesinde; ceza davası sürecinde hazırlanan 24/5/2010 tarihli bilirkişi raporunun kapsam ve içerik yönünden hükme esas alınabilecek nitelikte olduğu vurgulanmıştır. Bu rapor gözetilerek uygulanan tedavinin tıp kurallarına uygun olduğu, verilen sağlık hizmetinde idarenin kusurunun olmadığı değerlendirmesine yer verilmiştir.

Danıştay 15.D. 18/4/2016 tarihinde derece mahkemesinin kararını onamıştır. 26/9/2007 tarihli ön inceleme raporu incelendiğinde başvurucuya yapılan enjeksiyon sonrası müdahale eden doktorların, konuyla ilgili uzman kişilerin ve enjeksiyonu yapan hemşirenin görüşlerine yer verildiği, özellikle ***doktor görüşlerinde başvurucunun çok zayıf olması gözetilerek enjeksiyonun biraz daha yukarı ve dış tarafa doğru yapılması gerektiğinin belirtildiği görülmüştür. Bazı tetkik raporları da gözetilerek iğnenin sinir içine yapıldığı ve bu durumun enjeksiyonun kötü uygulanması olarak nitelendirildiği, sinir harabiyetinin enjeksiyonun mutat komplikasyonu sayılamayacağı değerlendirmesine yer verildiği anlaşılmaktadır****. Sonuç olarak olayın sıcağıyla hazırlanan ve olaya müdahil olanların ifadeleri ile tıbbi belgelere dayanılarak tespitler yapan ön inceleme raporunun davanın esasına etki edecek bilgi ve görüşler içerdiği söylenebilir.*

Öte yandan hem ceza yargılamasında hem de tam yargı davasında 24/5/2010 tarihli Kurul raporu hükme esas alınmıştır. Anılan raporda yukarıda bahsedilen ön inceleme raporunun tespitleri, rapordaki başvurucunun iddialarını destekleyen görüşler ile bu görüşleri doğruladığı iddia edilen tıbbi belgeler gözetilerek değerlendirme yapılmamıştır. Ayrıca ***tıbbi belgeler üzerinden enjeksiyonun hatalı yere yapılıp yapılmadığına dair bir inceleme yapılmadığı da anlaşılmaktadır****. Bu şekliyle Kurul raporunun eksik olduğu,* ***her iki rapor arasındaki çelişkinin yeni bir raporla giderilmesi gerektiği*** *yönündeki başvurucunun ciddi itirazları ve taleplerinin de yargı makamları tarafından herhangi bir gerekçe sunularak karşılanmadığı anlaşılmaktadır.*

İncelenen başvuruda, bilirkişi raporları arasındaki çelişki giderilmeden ve başvurucunun esaslı itirazlarını karşılayacak şekilde gerekçe sunulmaması, dolayısıyla özenli bir yargılama yapılmaması nedeniyle ihlal kararı verilmiştir. …… yeniden yargılama yapılmak üzere ….. 2. İdare Mahkemesine GÖNDERİLMESİNE"

Başvurucu boyun ağrısı şikâyetiyle hastaneye başvurmuş olup tedavi olarak enjeksiyon uygulaması yapıldığı ve enjeksiyondan kaynaklı tıbbi hata uygulandığı iddialarından dolayı uyuşmazlık baş göstermiş.

Derece mahkemesi Sulh Ceza Mahkemesinde hazırlanan bilirkişi raporunu hükme esas alıp davayı reddetmiştir. Danıştay yerel mahkemenin ret kararını onadığı görülmektedir.

İlgililerle yapılan ön inceleme raporunda hekim/doktordan alınan ifade tutanağında hastanın çok zayıf olduğu, enjeksiyon işleminin biraz dış tarafa yapılması gerektiği, enjeksiyonun sinire yapıldığı ve bu enjeksiyon komplikasyonları arasında var olan bir durum olmadığı ifade edilmiştir. Ön inceleme raporunda alınan ifadeler ve

tıbbi evrakın göz önünde bulundurularak davanın esasına yönelik olduğu tespit edilmiştir.

Kurul raporunda enjeksiyonun hangi bölgeye yapıldığıyla ilgili veya enjeksiyon işleminin hatalı yapılıp yapılmadığıyla ilgili herhangi bir değerlendirmeye değinilmediği, ön inceleme raporu ve kurul raporu arasındaki çelişkinin giderilmediğinden bahisle yeniden yargılama yapılması kararına katılmaktayız.

Anayasa Mahkemesi Kararı-5: BN: 2016/6776., 17.01.2020 T., RG-S:25.02.2020-31050.[481]

"Dokuz yaşında olan başvurucuya, ... 9/2/2006 tarihinde enjeksiyonla ağrı kesici ilaç verilmiştir.

24/5/5007 tarihinde..... 4. İdare Mahkemesine ***hatalı tıbbi müdahale sonucu birinci başvurucunun sakat kaldığı, ağrılar nedeniyle sinir krizleri geçirdiği, çocuklarının küçük yaşta sakat kalması ve tedavi sürecinde yaşadıkları zorluklar nedeniyle anne ve babanın da psikolojilerinin bozulduğu ve tedavi masraflarını ödemek zorunda kaldıkları*** *belirtilmiştir. ATK raporda; başvurucunun sol* ***ayağında oluşan güçsüzlüğün enjeksiyon nöropatisi ile uyumlu olduğu****, olay tarihli* ***epikrizde enjeksiyon bölgesinin sol dış kadran olduğu yönünde kayıt olduğu*** *dikkate alındığında, enjeksiyonun bu bölgeden yapılmasının genel tababet kuralları içinde olduğu vurgulanmıştır. Gelişen rahatsızlığın komplikasyon .....*

.... 4. İdare Mahkemesi 2/10/2009 tarihinde bilirkişi raporunu hükme esas alarak davanın reddine oyçokluğuyla karar vermiştir. Karşı oy görüşünde, başvurucunun rapordaki "sol ayak parmak ucunda dikelebildiği, uyuşukluğun düzeldiği" şeklindeki tespitin gerçeği yansıtmadığı yönündeki itirazlarının karşılanması için yeniden bilirkişi raporu alınması gerektiği belirtilmiştir.

Danıştay 15.D. 3/6/2014 tarihinde …….usul ve hukuka uygun olması nedeniyle onanmasına karar vermiştir.

Somut olayda tam yargı davasında ve ceza davasında hükme esas alınan bilirkişi raporlarında, tarafların iddiaları ile tıbbi belgelerin incelendiği ve enjeksiyonun tıp kurallarına uygun olarak doğru bölgeye yapıldığı, başvurucuda gelişen bulguların enjeksiyon nöropatisi ile uyumlu olduğu, tıbbi belgelerde enjeksiyonun yanlış uygulandığına dair kayıt bulunmadığı tespitlerine yer verildiği görülmüştür. Raporlarda sonuç olarak, başvurucuda gelişen rahatsızlığın enjeksiyon uygulamalarının beklenebilir komplikasyonu olduğu ifade edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi Kararında; *Derece mahkemesi, olayda idarenin kusurunun bulunmadığı yönünde görüş bildiren ATK raporuna dayanarak davanın reddine karar vermiştir. Hükme esas alınan ATK raporunda tarafların iddialarının, kişi hakkında düzenlenen tıbbi belgelerdeki bulgular ve genel tıp kuralları gözetilerek değerlendirildiği görülmüştür. Buna göre derece*

[481] Anayasa Mahkemesi Kararları, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/6776, (i.e: 26.01.2022).

mahkemesince yapılan yargılamada ve uzman bilirkişi raporunda yeterli somut bulgu ve tespitlere yer verilerek başvuruculaların iddialarının ayrıntılı bir biçimde tartışıldığı ve karşılandığı söylenebilir

Sonuç olarak başvurucunun vücut bütünlüğüne yönelik ***tıbbi müdahale öncesinde tıp kurallarına göre öngörülebilir nitelikte komplikasyon ve riskler hakkında yeterli bir biçimde aydınlatılmadığı iddiası yönünden mahkeme kararlarında konuyla ilgili ve yeterli bir gerekçe ortaya konulmadığı anlaşılmaktadır****.*

Başvurucunun vücut bütünlüğüne yönelik tıbbi müdahale öncesinde tıp kurallarına göre öngörülebilir nitelikteki komplikasyon ve riskler hakkında yeterli bir biçimde aydınlatılmadığı iddiası yönünden mahkeme kararlarında konuyla ilgili ve yeterli bir gerekçe ortaya konulmadığı gerekçesiyle kişinin maddi ve manevi varlığının korunması hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır. .... yeniden yargılama yapılmak üzere….4. İdare Mahkemesine GÖNDERİLMESİNE"

Küçüğe ağrı kesici ilaç İM. şekilde yapılmıştır. İdare Mahkemesine yapılan başvuruda yapılan tıbbi müdahaleden kaynaklı sakat kaldığı iddiaları uyuşmazlık konusu olmaktadır.

ATK raporunda ayaktaki güçsüzlüğün sebebi olarak enjeksiyon nöropatisi gösterilmiş ve İdare Mahkemesi ATK raporunu hükme esas alıp davayı reddetmiştir. Danıştay idare mahkemesinde verilen ret kararını onadığı görülmüştür.

Anayasa Mahkemesi kararında tıbbi müdahaleden önce hastanın aydınlatılmadığı iddialarına gerekçe sunulmadığından bahisle kararı bozulması yönünde hüküm tesis edilmiştir.

Tıp biliminde komplikasyon 'olasılıklı risk' olarak ele alınıyor olunsa dahi mutlaka bilgilendirilmiş rızanın olması gereklidir. Duruma, hastalığa, kişinin yaşam koşulları, kişinin eğitimi vs. göz önünde bulundurularak bir aydınlatılmanın yapılması bir gereklilik arz etmektedir.

Anayasa Mahkemesi Kararı-6: BN: 2018/33307., 28/12/2021 T., RG-S: 26.01.2022-31731[482].

"Başvurucu 11/10/2018 tarihinde ***Sağ ayak aşil tendonunun kopması sebebiyle*** *.....hastanesine müracaat etmiştir. 27/10/2018 tarihinde gerçekleşen operasyonda başvurucunun aşil tendonu dikilmiş, müdahale edilen ayak beş ay boyunca alçıda kalmıştır.*

Hastane Baştabipliği tarafından 13/12/2008 tarihli konsültasyon raporunda ***yara yerindeki akıntı kültüründe MRSA virüsü(hastane enfeksiyonu) tespit edildiği belirtilmiştir.*** *Başvurucuya ait yatan hasta epikriz formlarında ;* ***devam eden süreçte başvurucunun sağ ayak***

[482] Anayasa Mahkemesi Kararları, https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2022/01/20220126-8.pdf(i.e: 30.01.2022).

bileğinde ağrı, şişlik, akıntı ve yüksek ateş şikâyetiyle hastaneye başvurduğu, başvurucuya ilaç tedavisi ve günlük yara yeri tedavisi uygulandığı ifade edilmiştir.

……13.İdare Mahkemesi ***ATK 2. İhtisas Kurulu*** *raporda;****aşil tendonu ameliyatı sonrasında yara yeri enfeksiyonunun oluşabileceği, sağlık personellerine kusur izafe edilmediği, …..enfeksiyona yönelik tedavi uygulandığı…..***

….13. İdare Mahkemesi ATK raporunun hükme esas alındığı……gerçekleşen zararda idareye yüklenebilecek ağır hizmet kusurunun bulunmadığı hususlarına yer verilmiştir.

….BİM 8. Dava Dairesi tarafından 19/09/2018 tarihinde mahkeme kararı hukuka uygun bulunduğundan…..istinaf başvurusunun reddine karar verilmiş."

Anayasa Mahkemesi Kararında; *Buna göre başvurucunun hastane enfeksiyonundan kaynaklanan nedenlerle zarar gördüğüne ilişkin temel bir iddiası bulunmasına rağmen ATK raporunda bu hususta sadece ameliyat sonrasında ortaya çıkan yara yeri enfeksiyonunun bu tür ameliyatlardan sonra ortaya çıkabilen herhangi bir tıbbi kusur ya da ihmalden kaynaklanmayan bir durum olduğu şeklinde bir gerekçe sunulmuştur. Bununla beraber hastane baştabipliğinin 13/12/2008 tarihli konsültasyon raporunda hastane enfeksiyonunun varlığına ilişkin tespitin bulunduğu dikkate alındığında Hastane Baştabipliğinin bu enfeksiyonu önleme yükümlüğünün olup olmadığının da irdelenmesi gerekmektedir. Netice itibariyle ATK raporundaki söz konusu ifadelerin başvurucunun temel iddiasını karşılayacak mahiyette olmadığı, derece mahkemelerince de bu rapor esas alınarak karar verildiği anlaşılmıştır. Bu bağlamda başvurucunun somut olay nedeniyle maddi ve manevi yönden zarar gördüğüne ilişkin iddialarının, yargılamanın sonucunu etkileyebilecek mahiyette olmasına rağmen ATK raporunda ve derece mahkemelerince yapılan yargılamada değerlendirilmediği ve bu hususta bir gerekçe sunulmadığı görülmektedir. ……yeniden yargılama yapılmak üzere …13. İdare Mahkemesine GÖNDERİMESİNE"*

Başvurucu sağ ayak aşil tendonunun kopmasından dolayı hastaneye başvuruda bulunuyor. Gerekli tedaviler yapılıyor. Başvurucu hastanede yattığı süre zarfında MRSA virüsünden dolayı tedavi almak zorunda kalıyor.

ATK raporunda; bu tarz durumların yaşanabileceği, enfeksiyon için de gerekli tedavinin uygulandığı mütalaa edilmiştir. İstinaf ve idare mahkemesi ATK raporuna dayanılarak davayı reddetmiştir.

Anayasa Mahkemesince karar bozulmaktadır. Hastane Baştabipliğince tespit edilen MRSA virüsü olduğu hastaya bu yönde bir tedavi uygulandığı tıbbi evrakın anlaşılmaktadır. ATK raporunda bu durumların görülebilineceği vurgulanmakta lakin hastane yöneticiliğinin bu tarz enfeksiyonu önleme sorumluluğunun olup olmadığıyla ilgili herhangi bir durum tespiti yapılmadığından raporu eksik bulmaktadır.

Başvurucunun iddialarında hastaneden MRSA bulaştığı, buna bağlı bir dizi ameliyat geçirdiği, beş yıl boyunca yarasının kapanmadığı, MRSA virüsüyle ilgili yeterince bilgilendirilmediği iddiaları mevcut iken ATK raporunda bu iddiaların

cevaplandırılmadığı tespit edilmiştir. Her şeyden önce rızaya dayalı aydınlatılmanın ayrıntılı olması gerektiği aşikâr bir durumdur. MRSA virüsü gibi ciddi bir enfeksiyon için ayrıntılı bir aydınlatma gereklidir. Matbu hazırlanmış bir aydınlatmanın bu tarz dirençli ve uzun süreli yaşam kalitesini bozabilecek bir enfeksiyon durumunda davanın reddi hukuka uyarlılık bulunmayacaktır. Yazar; Hastane enfeksiyonu olarak bilinen bir virüs için hastane yönetimi bu sorumluluğu üstlenmesi gerektiği düşüncesinde.

8. SONUÇ VE ÖNERİLER

Günümüz Türkiye'sinde tıbbi uygulama hatası (malpraktis) iddiasıyla yapılan şikâyet ve açılan dava sayılarında son yıllarda belirgin artış meydana gelmiştir. Yasal mevzuat ve yargı kararları neticesinde, kişisel kusur-hizmet kusuru ayırımından dönülmüş ve meydana geldiği belirtilen zarar kişisel kusura bağlı da olsa hizmet sunumu sırasındaki tüm zararlar nedeniyle davaların idareye açılması söz konusu olmuştur.

Ülkemizde sağlık hizmetinin çok büyük bir kısmı Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşları ile devlet ve vakıf üniversiteleri hastanelerinde yerine getirilmektedir. Yargı kararı sonucunda vakıf üniversitelerinde meydana gelen sağlık hizmetindeki aksaklığa bağlı oluştuğu iddia edilen zararlardan doğan tıbbi uygulama hataları sonucu açılan davalar da idare mahkemelerine taşınmıştır. Böylece, idare mahkemelerinin yükü artmış ve beraberinde özel ve uzmanlık gerektiren bu davalarda tıbbi bilirkişilik kurumundan yararlanma ihtiyacının da giderek artması söz konusu olmuştur.

Bilirkişilik kavramına geniş çerçeveden bakıldığında hakim yardımcısı, teknik bilgisiyle hakimi aydınlatan, ön hakim vs. gibi bir çok kavramla bilirkişi ifade edilmeye çalışılır. Yargılama makamı için bilirkişiye başvurmak her ne kadar (istisnaları saklı tutmak koşuluyla) ihtiyari bir durum olsa dahi gerek mevzuat olsun gerekse de yargı kararları olsun genel itibariyle bilirkişinin verdiği mütalaa doğrultusunda karar verilmektedir. Hal böyle olunca yargı kararlarının vazgeçilmezleri bilirkişi ve bilirkişilik kurumları olmaktadır. Yargı makamlarınca bu kadar sık başvurulan bilirkişilik kurumu ve bilirkişiler, haliyle çok önemli bir konumda bulunmaktadırlar. İncelediğimiz yüksek mahkeme kararlarına baktığımızda ise bilirkişi ve bilirkişilik kurumlarının yeterli performansı göstermedikleri sonucuna varabilmekteyiz.

Türk yargı erklerinde önemi bariz bir şekilde ortada olan bilirkişilerin mütalaaları hüküm evresinde 'eksik inceleme' denilerek BOZMA'ya sebep olmaktadır. Yüksek mahkeme kararlarında bilirkişi;

-Dosyayı bir bütün olarak ele almama

-Hukuki değerlendirme

-Yeterince konunun aydınlatılmaması

-Görev alanının dışına çıkma

-Bilirkişinin çekilmesinden yararlanarak iş yükünün fazlalığını göstererek imtina etme

-Sağlık problemlerini delillendirmeden imtina etme

-Kendisine verilen süreyi aşması gibi olumsuz bir çok faktör rol oynamaktadır. Adil yargılanma hakkının baltalanmaması adına yukarıda saymış bulunduğumuz maddelere gerekli önemin verilmesi elzemdir.

Danıştay bilirkişilik kurumu olarak neredeyse vazgeçilmezi ATK olmaktadır. Karar incelemelerinde çoğunlukla BOZMA kararları olduğu tespit edilmiştir. Buna bakarak ATK'nin ciddi bir revizyona ihtiyaç olduğu görülmektedir. Bedensel zararları konu edinen 7. ve 8. Adli Tıp İhtisas Daireleri kurul üyeleri her ne kadar ATK Kanunu'na göre belirlenmiş olsalar da dosya kapsamında malpraktis iddialarına yeterince cevap alabileceği tüm branşların kurullara dâhil olması gerekmektedir. Böylece yargılamaların uzun sürmesinin önüne geçileceği, hak ihlallerinin daha az yaşanacağı, adaletin tecelli etmesi adına yapılacak bir revizyonla olabileceğini düşünmekteyiz. Mevcut haliyle ATK malpraktis iddiaları açısından profesyonel bir yaklaşım sergilememekte ve yargılamanın uzamasına neden olmaktadır. Bu durum ATK'ye olan güveni zedelemektedir.

Adli mercilerin söz konusu iddialar karşısında adil ve yeterli değerlendirme yapabilmesi, ayrıca eksik inceleme vb. sorunlar nedeniyle tekrar bilirkişi başvurularının önlenmesi ve böylece başta zaman kaybı olmak üzere birçok açıdan tıbbi bilirkişi tercihi büyük önem taşımaktadır. Açılan davalarda muhakemenin hızla tamamlanabilmesi için bilirkişi görüşüne gereksiz yere başvurulmasının önüne geçilmesi gerekmekte, aksi durumda gerek yargılama sürecinin uzaması gerekse de zarar görenin zararının karşılanmasının gecikmesi söz konusu olabilmektedir.

Bütün bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde; nasıl ki bilirkişilikte yetkinlik ve bahse konu iddialar konusunda uzmanlık gerektirmekte ise tıbbi bilirkişilikte de tıbbi uygulama hatası iddialarının tıp/sağlık hukuku alanında yetkin kişilerce değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Sunulan çalışmada 2014-2022 yılları arasında tıbbi uygulama hatası iddiasıyla ülkemiz idari yargının en yüksek organı olan Danıştay'da açılan tam yargı davaları incelenmiştir. İncelenen kararlardan anlaşıldığı üzere Danıştay'ın daha sık olarak bozma kararı verdiği, bu kararların da yerel mahkemece istenen tıbbi bilirkişiliklerde yapılan incelemelerin eksik olduğu, usul hatası bulunduğu, maddi tazminat gerekmese de manevi tazminata hükmedilmesi gerektiği, bilirkişilikler arası çelişki olması nedeniyle bir üniversite hastanesinden bilirkişi incelenmesi istendiği, yerel mahkeme değerlendirmesinde sıkça atlanan bir konu olan bilgilendirilmiş rıza eksikliği, kusur sorumluluğunun söz konusu

olmadığı durumlarda organizasyon nedeniyle idarenin kusursuz sorumluluğu ilkesinin yerine getirilmesi ile sağlık kurumları yönetiminin özensiz ve denetimsiz yapılmasından bahisle verildiği tespit edilmiştir.

Malpraktis iddialarının artış göstermesiyle birlikte gözler sağlık hizmet idareleri ve sağlık hizmet görevlilerine çevrilmiş durumdadır. Hal böyle olunca sağlık hizmet görevlileri yasal mevzuatlara takılmamak adına çekinik davranmaya veya gerekmemesine rağmen fazladan sağlık hizmeti sunmaktadır. Malpraktis iddialarından kaçınmak adına gösterilen bu davranışlar tıp biliminde defansif tıp olarak kendine yer bulmakta yer malpraktisin kendisi olmaktadır. Her ne kadar sağlık personelleri bağımsız olarak karar alıyor ya da alması gerekiyor denilse de uygulamada bunun yaşanmadığı bilinmektedir. Öncelikle sağlık personellerinin bağımsız bir şekilde karar alınması adına çalışmalar ve yeni düzenlemeler yapılması gerekmektedir. Her malpraktis iddiasının acı faturası sağlık hizmet görevlilerine yöneltilmemelidir. En başta;

- Personelin çalışma sürelerinde düzenlemelerin yapılması,
- Hizmet içi eğitimlerin arttırılması,
- Mental yorgunluğun önüne geçilmesi adına branşlaşmanın sağlanması,
- Personel inceleme veya ön inceleme tehdidiyle gerekmediği sürece yüz yüze gelmemesi,
- Sağlık personellerinin bürokratik işlemlerle olan zaman kaybının en aza indirilmesi
- Sağlık personelin gereksiz yer değişikliklerinin önüne geçilmesi
- Zaman kaybetmeden Malpraktis Kanunu'nun hayata geçirilmesi gibi durumlara dikkat edilmesi halinde açılan veya açılacak olan davaların sayısında bir azalmaya sebep olacağı kanaatindeyiz.

Her şeyden önce halen yüksek yargı kararlarında bilgilendirilmiş rıza kavramından kaynaklı BOZMA ile hüküm tesis edilmiş kararların olduğu tespit edilmiştir. Sağlık Bakanlığı nezdinde bilgilendirilmiş rıza ile ilgili gerekli çalışmaların yapılması gerekmektedir. Sosyal Devlet gereği bu yükümlülük Sağlık Bakanlığının üstlenilmesi gereken bir konudur. Bilgilendirilmiş rızayla ilgili gerekli revizyon işleminden sonra sağlık kurumlarına bildirimin yapılması, akabinde sağlık kurumlarında branş bazında gerekli düzenlemelerin yapılmasının, malpraktis iddialarının önüne geçilmesi açısından etkili olacağı kanaatindeyiz. Bilgilendirilmiş rızadan kaynaklanan şikayet ve davalarda ilk fırsatta

acı külfetin sorumlusu olarak sağlık personellerinin yargı önüne getirilmesi nedeniyle sağlık hizmetinde gerilemelerin meydana geleceği ve insani bir dürtü olan savunma mekanizmalarının devreye gireceği kanaatindeyiz.

Malpraktis iddialarının azaltılması amacıyla tıp fakültelerinde gerekli görülen hukuk derslerinin verilmesi, daha fazla sayıda tıp/sağlık hukuku uzmanı yetiştirilmesi, yargı önüne taşınmış olaylarda bilirkişi olarak çoğunlukta tıp/sağlık hukuku uzmanının tercih edilmesi gerektiği Danıştay'ın BOZMA gerekçelerinden çıkardığımız sonuçlardan bazılarıdır. Günümüzde malpraktis iddiasıyla yapılan şikâyet ve açılan davaların sona ermesi pek mümkün olmamakla birlikte, Danıştay kararlarından çıkardığımız sonuçlarla ilgili düzenlemelerin yapılması halinde, bu şikayet ve dava sayılarında belirgin ölçüde azalmanın sağlanabileceği kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

[1] Acurman, O. (2020). Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Taksirli Sorumluluğu. İstanbul: 125-126.

[2] Adli Tıp Ders Kitabı İstanbul Üniversitesi Tıp Fakültesi. (2011). VI, 733 s.:res.,şkl., 24 cM., İstanbul Üniversitesi Yayınları:4898, Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Yayınları 281, ISBN 978-975-404-855-1, 597.

[3] Adli Tıp Kurumu İdari Yapı-Genel Kurul. https://www.atk.gov.tr/adli-tip-genel-kurulu.html(i.e: 01.02.2022).

[4] Akgül, A. (2009). Tam Yargı Davalarında Zararın, Zarar Görenin Kendi Kusurundan Kaynaklanması. Terazi Dergisi, Yıl:4, S:32, 113.

[5] Akgül, A.(2010). Tıbbi Uygulamalara İlişkin Uyuşmazlıklarda İdari Yargı. www.ttb.org.tr, 85-86.

[6] Akgül, A. (2012). Yargı Kararları Işığında Gebelik ve Doğum Sürecinde Sağlık Hizmet Kusurundan Kaynaklanan Tam Yargı Davaları, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl-3, Sayı:10. 485-498.

[7] Akgül, A. (2016). İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazmin Sorumluluğu ve Danıştay'ın Yeni Yaklaşımı. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XX, S.1. 270.

[8] Akıllıoğlu, T. (2013). Bilirkişilik ve Doğru Yargılama, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ord. Prof. Dr. Sıddık Sami Onar İdare Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi Onar-Sarıca-Duran Hukuk Devleti Günü. İdari Yargıda Açısından Bilirkişi. İstanbul: 65.

[9] Akpınar, A. (2013). Aydınlatılmış Onam Asistan Eğitimi. 1-35. http://www.deontoloji.hacettepe.edu.tr/ekler/pdf/aset_13_guz/sunular/aydinlatilmis_onam.pdf (i.e: 29.09.2021).

[10] Aktuna, M. (2019). İdari Yargıda Bilirkişinin Yasaklı Olması ve Reddi. 145.

[11] Altun, Z. (2019). Plastik Cerrahın Estetik Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğunun Sözleşmesel Bağlamda İncelenmesi. İstanbul: 92-93.

[12] Anayasa Mahkemesi Kararı, 2009/69 E., 2010/79 K., 03.06.2010 T. https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/10/20101022-10.htm, (i.e: 20.10.2021).

[13] Arıtürk, R. (2020). Tarihte Hukuk Eğitimi. İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C-5, S-8, 43-48.

[14] Arslan, F. (2020). Legal Nature of the Relationship Between Physician and Patient in Determining the Responsibility of the Physician, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C-26, Sayı-1, 400-422.

[15] Atabek, R. Sezen, M. (1954). Hekimin Mes'uliyeti. İstanbul Barosu Dergisi, C-28, S-2, İstanbul: 135-165.

[16] Aydoğdu/Türkiye Davası (Başvuru No. 40448/06), STRAZBURG 30 Ağustos 2016, https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:[%22aydo%C4%9Fdu%20karar%C4%B1%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-168621%22]}(i.e: 17.09.2021).

[17] Ayan, M. (2016). Borçlar Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Seçkin Yayıncılık. 36.

[18] Aykın, A.C. Çınarlı, S. (2016). Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu. Ankara: Seçkin Yayınları. 355.

[19] Barlıoğlu, C.H. (2020). Defansif Tıp Unsuru Olarak Tıbbi Malpraktis. Ankara: Seçkin Yayıncılık. 121-124.

[20] Bilirkişilik Temek Eğitimi Katılımcı El Kitabı Bilirkişilik Daire Başkanlığı, 35. https://bilirkisilik.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/372020143342temelegitimkatilimci.pdf . (i.e:13.07.2021).

[21] Blomeyer, J.: Schadenersatzansprüche des im Unterlegenen wegen Fehlerverhaltens Dritter, Köln Berlin Bonn München 1972, s.129-130, s.171 vd. (Aktaran:Tanrıver, S. (2010). Hukuk Yargısı Bağlamında Bilirkişilikle İlgili

Temel Problemler ve Çözüm Arayışları. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C-11, Özel sayı 2009, 575-594.

[22] Can, İ. Ö. ve ark., (2002) Kusur ve Kusur Oranlarının Belirlenmesinde Bilirkişilerin Fonksiyonu. Adli Bilimler Dergisi- 1, 63-76.

[23] Canatan, H. Erdoğan, A. Yılmaz, S. (2015). A research on sorts and reasons of medical errors made in hospitals: suggestions for solutions and a questionnaire study in a private hospital in Istanbul, Sağlık Akademisyenleri Dergisi, C-2, S-2, 82-89.

[24] Celbiş, O. (2020). Bilgilendirilmiş Onam Alımı ve Hukuki Boyutu. İnönü Üniversitesi Tıp Fakültesi, 1-22. https://nefroloji.org.tr/uploads/pdf/kongre2012/Salon2/Osman%20celbis.pdf, (i.e: 17.11.2021)

[25] Çankaya, F. (2019). Estetik Diş ve Estetik, Plastik ve Rekonstrüktif Cerrahide Hekimin Hukuki Sorumluluğu. İstanbul: 244.

[26] Çavdar, P. Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü. Cevdet Yavuz'a Armağan. 745. https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/333895 (i.e: 27.09.2021).

[27] Çeker, M. (2017). 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa göre Sigorta Hukuku. Adana: Karahan Kitabevi. 296. Bkz. Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Kurum Katkısına İlişkin Usul ve Esaslara İlişkin Tebliğ.

[28] Çelik, A. Adli Tıp Kurumuna Başvurmak Zorunlu Değildir. ss. 1-3. https://www.tazminathukuku.com/dosyalar/369_adli-tip-kurumu-hakkinda.pdf. (i.e: 20.02.2022).

[29] Çetin, G. Yorulmaz, C. (2006). Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu. Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi. İstanbul: Onaltı Kitabevi. 16.

[30] Çınarlı, S. (2013). İdarenin Sağlık Hizmetinin Sunumundan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu, Ankara: Orion Kitabevi. 20.

[31] Çınarlı, S. Avcıoğlu, E. Kızılkaya, A.S. (2013). Plastik ve Rekonsrüktif Cerrahinin İçerisinde Yer Alan Estetik Operasyonların Hukuki Olarak

Nitelendirilmesi ve İdari Yargı Sürecine Etkileri, Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C-1, S-1, 231.266.

[32] Çınarlı, S. Ermumcu, F. Meral, O. (2020). Tıbbi Uygulamadan Doğan İdari Yargı(Tam Yargı) Davalar. Ankara: Adalet Yayınevi. 99.

[33] Çoltu, A. (2012). I. Tıp Hukuku Günleri, Tıbbi Uygulama Hataları, Av. Dr. Hasan Çankaya Anısına, İstanbul, İstanbul Tabip Odası, (Editör Koç S.). 1-98.

[34] Çölçü, K. (2019). Malpraktis- Komplikasyon ayrımının hekimin tazminat Sorumluluğu Açısından Önemi. https://colakogluhukuk.com/BlogDetay.aspx?ID=1010 (i.e: 19.12.2021).

[35] Dağlı, S.S. (2020). Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü(Aydınlatılmış Onam). https://daglilegal.com/hekimin-hastayi-aydinlatma-yukumlulugu-aydinlatilmis-onam/#_Toc36822575, (i.e: 28.11.2021).

[36] Danzon, Patricia M. (1991). Liability for Medical Malpractic, Journal of Economic Perspectives, Volume 5, S-3, 51-69.

[37] Değdaş, U. C. (2018). Incorrect Medical Application (Malpractics) Caused Legal And Criminal Responsibility, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C-1, S-6, 63.

[38] Delice, O. Tekin, E. Yılmaz, S. Defensive Medicine in the Emergency Department: A Cross-sectional Study from the Perspective of Emergency Medical Specialists, Eurasıan Journal Of Emergency Medicine, DOI: 0.4274/eajeM.galenos.2019.49404, 1-7.

[39] Demircan, F. (2019). Yargıtay Kararlarında Bilinçli Taksir ve Olası Kast Ayrımı. Konya. 118.

[40] Demirhan Erdemir, A. (1994). Tıp Tarihi ve Deontoloji Dersleri Bursa: 160

[41] Deryal, Y. Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Şartı Olarak Hastanın Rızası. https://sbu.saglik.gov.tr/hastahaklari/riza2.htm

[42] Diken Gültekin, M. N. (2018). Ceza Hukukunda Taksire Dayalı Sorumluluk. İstanbul: 343.

[43] Doğan, B. https://barandogan.av.tr/blog/vergi-ve-idare-hukuku/tam-yargi-davasi-ve-idareye-tazminat-davasi-nasil-acilir.html. (i.e: 12/12/2021).

[44] Doğan, C. (2015). Uluslararası Sağlık Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği ve Kıbrıs Türk Barolar Birliği. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları 306. (Editör Hakeri H.), 391-488.

[45] Dokgöz, H. (2019). Adli Tıp ve Adli Bilimler Ankara: Akademisyen Kitabevi. 71-91.

[46] Doktorun Hayatını Karartan Karar, https://www.hurriyet.coM.tr/avrupa/doktor-hatasi-doktoru-komaya-soktu-41613956 (i.e:12.12.2021).

[47] Dülger, M. Özkan, O. Bakdur, M. (2021). Error in Criminal Law and Consequences Related to Error. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl 12, S-45, 260.

[48] Dünya Tabipler Birliği Tokyo Bildirgesi – Gözaltında ve Mahkumiyette İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ya da Aşağılayıcı Muamele veya Cezalar Konusunda Hekimler için Kılavuz, https://www.ttb.org.tr/images/stories/haberler/file/DTB_Tokyo_Bildirgesi_2016.pdf. (i.e: 06.02.2021).

[49] Elyıldırım, H. (2021). Hukuk Yargılamasında Uzman Görüşü (Özel Bilirkişilik). Ankara: 146.

[50] Emine Yıldız Başvurusu, B. No: 2014/12324, 01.02.2017, 32 https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/12324?BasvuruAdi=EM%C4%B0NE+YILDIZ. (i.e:15.10.2021).

[51] Eralp, E. Nizam, E. (2017). Türk Hukukunda Yansıma Zarar, Artıcletter/Summer 2017, Part 8, 117-130.

[52] Ercan, I. (2019). Öldürmeye Teşebbüs ve Kasten Yaralama Suçu Bağlamında Kastın Tespiti. İstanbul: 18.

[53] Erdem, Ü. Doğramacı, Y. G. (2020). Malpraktis Davalarında Bilirkişi Raporları Nasıl Olmalı? Legal Yayıncılık. İstanbul: 251.

[54] Erdoğan, İ. (1990). Haksız Fiilde Kusurlu Sorumluluk ve Özellikle Kusur Unsuru. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C-3,S-1, 109-134.

[55] Eren, F. (2016). Borçlar Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Yetkin Yayıncılık. 535.

[56] Eren, F. (2019). Borçlar Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Yetkin Yayınları. 605.

[57] Eren, F. (2019). Borçlar Hukuku Özel Hükümler. Ankara: Yetkin Yayınları. 897-918.

[58] Erman, B. (2012). Sürekli Tıp Eğitimi Etkinliği, Hekimlik Uygulamalarının Adli Tıbbi Güncellemesi, İstanbul üniversitesi Cerrah Paşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri Sempozyum Dizisi No-78, Ankara: 32.

[59] Erol, A. (2012). Mükellef Hakkı Olarak Mücbir Sebepler ve Sonuçları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S-103, 200-222.

[60] Gezer, A. (2013). Ethical and Law Problems In Electıve Procedures For Chılbırth, 4. Internatıonal Congress on Medikal Ethıcs and Law Woman Health From the Poınt of Medıcal Ethıcs and Law, 89.

[61] Gillon, R. (1985). Philosophical Medical Ethics-Paternalism and Medikal Ethics, Brıtısh Medıcal Journal, 290(6486), Volume 290, 1971-1972.

[62] Günday, R. (2012). Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk. Ankara: Adalet Yayınevi. 3.

[63] Günday, M. (2015). İdare Hukuku. Ankara: İmaj Yayınevi. 13.

[64] Gözler, Kemal. (2021). Hukuka Giriş. Bursa: 18. Baskı. Ekin Yayınevi.

[65] Gözler, K. Bilirkişilerin Bilirkişilikten Çekinme Nedenleri. https://www.idare.gen.tr/gcd-bk-cekilme.htm, (i.e:12.09.2021).

[66] Hak; https://sozluk.adalet.gov.tr/HAK (i.e: 12.09.2021).

[67] Hakeri, H. (2007). Tıp Hukuku. Ankara: Seçkin Yayınları. 94.

[68] Hakeri, H. (2008). Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları ve Hekimin Yükümlülükleri-Tıbbi Uygulama Hataları (Malpraktis) Komplikasyon ve Sağlık Mensuplarının Sorumluluğu. İstanbul: 15. https://gkda.org.tr/congress/21/sunumlar/scolakoglu.pdf.

[69] Hakeri, H. (2010). https://www.medimagazin.coM.tr/authors/hakan-hakeri/tr-yuksek-saglik-srasinin-resmi-bilirkisilik-gorevi-sona-erdi-72-64-2592.html, (i.e: 14.08.2021).

[70] Hakeri, H. (2015). Tıp Hukuku. 9.Baskı. Ankara: Seçkin Yayınları. 382.

[71] Hakeri, H. (2016). Ceza Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Adalet Yayınevi. 355.

[72] Hakeri, H. Akbulut, B. Aksan, M. (2017). Ceza Hukuku Genel Hükümler Pratik Çalışmaları. Ankara: Seçkin Yayıncılık. 97.

[73] Hakeri, H. (2020). Tıp Hukuku El Kitabı. Ankara: Seçkin Yayıncılık. 450-453.

[74] Harmancı, F. (2019). Tıbbi Bilirkişi. Gaziantep. 144.

[75] Hatemi, H. (1994). Borçlar Hukuku Genel Hükümler-Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku. İstanbul: Filizkitabevi. 20.

[76] Hekimin Hukuki Sorumluluğu. https://www.optikgazete.com/haberler/malpraktis-hekimin-hukuki-sorumlulugu-h3394.html (i.e: 10.02.2022).

[77] Hızal, A. (2015). Hatalı Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklı Tam Yargı Davaları. İzmir: 60.

[78] Hoffman, E.D. Herring, B. (2015). Report to the Maryland Health Servıces cost Revıew Commısıon on Defensıve Medıcıne. https://hscrc.maryland.gov/Documents/commission-meeting/2015/03-11/Defensive-Medicine-Final-Report-3-16-15.pdf (i.e: 20.09.2021).

[79] Hukuk, https://tr.wikipedia.org/wiki/Hukuk (i.e: 24.11.2021).

[80] Hukukta Kusurluluk Nedir? http://www.bireyselbasvuru.coM.tr/kusur-ne-demek-hukukta-kusur-nedir/ (i.e: 24.11.2021).

[81] Işık, O. (2010). Yargıtay Kararları Işığında Hekimin Hukuki Sorumluluğu. Erzurum: 93.

[82] İlliyet Bağını Kesen Sebepler, https://tr.wikipedia.org/wiki/%C4%B0lliyet_ba%C4%9F%C4%B1 (i.e: 02.09.2021).

[83] İnceoğlu, S. (2019). Adil Yargılanma Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi. 2. Baskı. Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi. https://rM.coe.int/04-adil-yargilanma-hakki-ikincibaski/1680934d70, Bkz. (Bonish/Austria, §§ 31-34; Brandstetter/Austria, Appl. No: 11170/84 12876/87 13468/87, 28.08.1991, §§ 61-63).

[84] Kaçar, Y.N. (2018). Yanlış Tıbbi ve Tedavide Hekimin Hukuki Sorumluluğu. İzmir: 21.

[85] Kahveci, Y. (2014). Yargıtay Kararları Işığında Olası Kast ve Bilinçli Taksir. Ankara: 160.

[86] Kale, S. (2010). Medeni Yargılamada Taraf Ehliyeti. İstanbul: 12 Levha Yayınları. 1.

[87] Karaaslan, V. (2014). Hâkimin Tarafsızlığı İlkesi İle Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi Arasındaki İlişki, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Mihbir Özel Sayısı, Cilt-4, Sayı-2, II. Oturum, Isparta, 124.

[88] Kayalıoğlu, D. (2019). Türk İdari Yargılama Hukukunda Bilirkişi. Ankara: 6.

[89] Kesinlikle hayata döndürmeyin dövmesi. https://evrimagaci.org/kalbi-duran-bir-hastanin-gogsunden-kesinlikle-hayata-dondurmeyin-dovmesi-cikarsa-ne-yapardiniz-3307. (i.e: 30.11.2021).

[90] Kılıç, G. (2016). Hekimin Hukuki Sorumluluğu. İstanbul: Legal Yayıncılık. 80-81.

[91] Koç, S. (2014). Adli Tıbbi Açıdan Malpraktis ve Hekim Sorumluluğu Toraks Cerrahisi Bülteni, Vol. 5 Issue 1, 14-22. 9p. http://www.toraks.org.tr. (i.e: 21.11.2021).

[92] Koçak, U. Erbay, H. (2013). medıcolegal ıssuesnexperıenced during forensıc examınatıon of sexual assault vıctıms : a revıew from the vıempoınt of law and medıcal ethıcs, 4. Internatıonal congress on medikal ethıcs and law woman health from the poınt of medıcal ethıcs and law , 114.

[93] Koru, O. (2021). Tıbbi Müdahalenin Huhuka Uygunluğu: Endikasyon Şartı, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C-12, S-2, 491-500.

[94] Koşar, G. (2019). Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur ve Etkisi. Ankara: 267.

[95] Kök, A. N. (2014). Türk Ceza Adalet Sisteminde Adli Tıp Uygulamaları. Ankara: Seçkin Yayınları. 39.

[96] Kökcü, H. (2016). Paternalizm Kavramı ve Örnek Uygulamalar. Trabzon: 123-127.

[97] Kurt, M. (2020), Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C-2020, S-146, 187-218.

[98] Kurtulan, G. (2017). Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C-23, S-1, 465-504.

[99] Malpraktis Nedir? https://www.bilgichukuk.com/tibbi-malpraktis-doktor-hatasi-davalari/ (i.e: 09.02.2022).

[100] Malpraktis ve Komplikasyon Farkı. https://slideplayer.biz.tr/amp/9095946/ (i.e: 10.02.2022).

[101] McQuade, JS. (1991). The medical malpractice crisis-reflections on the alleged causes and proposed cures: discussion paper. Jf R Soc Med 1991, volüm-84, 408-4011.

[102] Meral, O. Çınarlı, S. Aktaş, Ö. (2016). İdari Yargıda Tıbbi Uygulama Hatalarından Kaynaklanan Davalarda Bilirkişi Raporlarının İncelenmesi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Tıp Hukuku Araştırmaları Birimi Yayını, Tıp Hukuku Dergisi, Yıl-5,S-9, 117-168.

[103] Mıhcı, M. https://mihci.av.tr/tam-yargi-davasi/ , (i.e: 12.12.2021).

[104] Musa'nın 2'nci İşareti: Yasa, https://turk.incil.cloud/2019/11/19/sign-2-of-musa-the-law/ (i.e: 27.01.2021).

[105] Neuenschwander, Schlechtterfüllung, s.43, Naklen Aktaran: Özel, Ç. Cansel, E. (2014). Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt -1. Ankara: Seçkin Yayınları. 312.

[106] Oğuz, P. (2015). Tıbbi Uygulama Hataları. Ankara: Seçkin Yayınları. 21-36.

[107] Oğuz, H. (2016). Sorumluluk Hukukunda Kusur. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S-28, 273-286.

[108] Oğuzman, M.K. Öz, T. (2013). Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, İstanbul: Vedat Kitapçılık. 488-495.

[109] Orhun, Y.M. (2016). Ağrı Çeken Hastanın Rıza Ehliyetine İlişkin Koblenz Yüksek Eyalet Mahkemesi Kararı'nın Çeviri ve Değerlendirmesi(5 U 463/14 Sayı ve 01.10.2014 Tarihli Karar), Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Dergisi, S-1, 377.

[110] Özbek, V. Doğan, K. Bacaksız, P. (2019). Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Seçkin Yayınları. 253.

[111] Özcan, Z. Özcanoğlu, B.A. (2020). Yargıtay İçtihatları Işığında Malpraktis Komplikasyon Ayrımına Bağlı İspat sorunları, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl-8, S-16, 289-315.

[112] Özçetin, E. (2016). Sağlık Alanında Malpraktis. İstanbul. 15.

[113] Özdemir, H. (2016). Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Erciyes Hukuk Dergisi, C-11, S-1, 75.

[114] Özekes, M. Türkiye Adalet Akademisi HMK Toplantısı, Hukuk Yargılamasında Yeni Kanun Yolu Sistemi, 12. http://web.e-baro.web.tr/uploads/25/9.pdf (i.e: 12.02.2022).

[115] Özel, Ç. Cansel, E. (2014). Borçlar Hukuku Genel Hükümler II Ders Notları Ankara: Seçkin Yayınları. 16.

[116] Özel, Ç. Cansel, E. (2014). Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1. Ankara: Seçkin Yayınları. 312.

[117] Özer, Ö. ve ark., (2015). Tıbbi Hatalı Uygulamalar Malpractise, Dicle Tıp Dergisi / 2015; 42 (3): 394-397 10.5798/diclemedj.0921.2015.03.0597.

[118] Özkarslı, O. (2008). İdarenin Kusursuz Sorumluluğu ve Risk İlkesi. Afyonkarahisar: 94.

[119] Özkök, N. A. (2006). İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Komisyonu, III. Ulusal Sağlık Hukuku Sempozyumu, Yeditepe Üniversitesi. https://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=19191

[120] Öztürkler, C. (2006). Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları. Ankara: Seçkin Yayıncılık. 415-416.

[121] Pekcanıtez, H. Atalay, O. Özekes, M. (2016). Medeni Usul Hukuku Pekcanıtez/Atalay/Özekes Temel Bilgiler. Ankara: Yetkin Yayınları. 10. Baskı. 293.

[122] Pekcanıtez, H. Atalay, O. Özekes, M. (2019). Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık. 406.

[123] Petek, H. (2012.) Sportif Faaliyetlere İlişkin Seyirci Sözleşmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 12(Özel Sayı), 65–71.

[124] Platon. (2021). Sokrates'in Savunması. İstanbul: Doğan Egmont Yayıncılık ve Yapımcılık Tic. A.Ş. (Çeviren Okur S.). 1-15.

[125] Polat, O. Pakiş, I. (2011). Tıbbi Uygulama Hatalarında Hekim Sorumluluğu. Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi Cilt: 2, Sayı: 3, 119-125.

[126] Polat, O. (2015). Tıbbi Uygulama Hataları. Ankara: Seçkin Yayınları. 23-27.

[127] Polat, O. (2018). Göğüs Hastalıklarında Bilirkişilik, Tıbbi Uygulama Hataları, İstanbul, Türkiye Solunum Araştırmaları Derneği, TÜSAD Eğitim Kitapları-21, (ed. Mirici, A. Kalkan, Akgül E.). 7-19.

[128] Primum non nocore, https://www.oxfordreference.com/view/10.1093/oi/authority.20110803100345841, (i.e: 05.09.2021).

[129] Reisoğlu, S. (1983). Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, İstanbul: ss.27-28.

[130] Saraç, L. (2020). Sözleşmeli Aile Hekimleri ve Aile Hekimliği Uzmanlarının Defansif Tıp Uygulamaları Konusundaki Tutum ve Davranışları. Ankara: 80.

[131] Sarıbaş, N. (2020). Hekimin Tıbbi Uygulama Hatalarından Doğan Hukuki Sorumluluğu. İzmir: 83-86.

[132] Sarıtaş, H. (2005). Hasta Hakları Açısından Hekim Sorumluluğu. Ankara: Bilge Yayınevi. 4.

[133] Savaş, H. (2006). Ülkemizde Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Cezai Sorumluluğu İstanbul: 152.

[134] Savaş, H. (2007). Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Müdahaleden Doğan Sorumlulukları. Ankara: Seçkin Kitapevi. 55-58.

[135] Savaş, H. (2013). Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları. Ankara: Seçkin Yayınları. 27-28.

[136] Sayek, F. (2011). Füsun Sayek TTB Raporları/Kitapları-2010 Hasta Güvenliği: Türkiye ve Dünya, Ankara, Tabipler Birliği Yayınları. https://www.ttb.org.tr/kutuphane/fsayek10_hastaguvenlik.pdf (i.e: 18.02.2022).

[137] Schön, O. (2013). Bilirkişilik ve Doğru Yargılama, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ord. Prof. Dr. Sıddık Sami Onar İdare Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi Onar-Sarıca-Duran Hukuk Devleti Günü, İdari Yargıda Açısından Bilirkişi. İstanbul: 78.

[138] Serozan, R. (2006). Borçlar Hukuku Özel BölüM. İstanbul: Filiz Kitabevi. 73.

[139] Somer, P. (2013). Tıp Hukukunda Özerklik ve Kadın Bedeni, ss 4. Internatıonal Congress on medikal ethıcs and law woman health from the poınt of medıcal ethıcs and law, 151.

[140] Sözüer, A. (2015). Ceza Hukuku Uygulama Rehberine Giriş ve Pratik Çalışma Notu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi, 23.

[141] Studdert, DM. ve ark., (2005). Defensive Medicine Among High-risk Specialist Physicians in a Volatile Malpractice Environment. Journal of the American Medical Association, 293(21), 2609–2617.

[142] Summerton, N. (1995). Positive and Negative Factors in Defensive Medicine: A Questionnaire Study Ofgeneral Practitioners, BMC, Volume-310, 27-29.

[143] Şahin, B. Alcalı, Ö. (2020). Defense Medical Concept and the Effect of Defensive Medical Applications on the Legal Liability of The Physician, 25-28.

[144] Şahin, F.M. (2019). Hekimin Gerçek Vekaletsiz İş Görmeden Kaynaklanan Sorumluluğu, Ankara Sosyal Bilimler Hukuk Fakültesi Dergisi, S-1, 146.

[145] Şahsuvaroğlu, B. Özen, C. (1974). Dünyada ve Yurdumuzda Adli Tıbbın Tarihçesi ve Gelişmesi. İstanbul: Serme Matbaası. 14-15.

[146] Şeker, Z. (2020). Malpraktis Davalarında Aydınlatılmış Onam İle İlgili Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi. Ankara: 69.

[147] Tacir, H. (2010). Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı (Patient's of Self Determination). İstanbul: 106.

[148] Tahir Gökatalay başvurusu, (Tahir Gökatalay, B. No: 2013/1780, 20/3/2014, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/(i.e: 15.10.2021).

[149] Tam Yargı Davaları Nedir? https://kadimhukuk.coM.tr/makale/tam-yargi-davasi-idari-yargida-tazminat-davalari/(i.e: 22.01.2022).

[150] Tanrıver, S. (2002). Bilirkişinin Hukuki Statüsü, Yükümlülükleri, Yetkileri ve Sorumluluğu. Ankara: Yetkin Yayıncılık. 30.

[151] Tanrıver, S. (2010). Hukuk Yargısı Bağlamında Bilirkişilikle İlgili Temel Problemler ve Çözüm Arayışları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C-11, Özel sayı 2009, 575-594.

[152] Toroslu, N. Feyzioğlu, M. (2016). Toroslu-Feyzioğlu Ceza Muhakeme Kanunu. Ankara; Savaş Yayınevi. 200-207.

[153] Tuers, DM. (2013). Defensive Medicine in the Emergency Departmen Increasing Health Care Costs Without Increasing Quality? Nurs Adm Q, 37.

[154] Tunalı, G.I. (2019). Hekimin Tıbbi Müdahalede Bulunma Yükümlülüğünün Sınırları. Ankar:, Seçkin Yayınevi. 554-588.

[155] Turabi, S. (2012). Kusurluluk ve Kusurluluğu Etkileyen Haller, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C-101, 272.

[156] Turan, F.O. Roma-İsviçre-Türk-ve-İngiliz-Hukukunda-Haksız-Fiil-Sorumluluğu. http://osmanfiratturan.av.tr/wp-content/uploads/2014/04/Roma-%C4%B0svi%C3%A7re-T%C3%BCrk-ve-%C4%B0ngiliz-Hukukunda-Haks%C4%B1z-Fiil-sorumlulu%C4%9Fu.pdf. (i.e: 16.08.2021).

[157] Türk Dil Kurumu Sözlükleri, https://sozluk.gov.tr/ (i.e: 12.10.2021).

[158] Türkiye İnsan Hakları Vakfı İstanbul Protokolü, İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesi İçin El Kitabı. (2003). Türkiye İnsan Hakları Vakfı Yayınları-24. (İngilizceden Çevr: Eryilmaz, H. Korur Fincanci. S, Özkalipçı Ö. Paker, M.).

[159] Uluslararası Katılımlı 10. Anadolu Adli Bilimler Kongresi, İnönü Üniversitesi Adli Bilimciler Derneği, Kongre Özet Kitabı, 2013, Malatya.

[160] Uslu, S. (2018). Taksirle Öldürme Suçu. İstanbul: 109.

[161] Ünal, Ö. (2020). Defansif Tıp Uygulamaları, Öncülleri ve Sonuçları. Sakarya: 141-143.

[162] Üstündağ, M.E. (2012). Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C-2, S-2, 87-93.

[163] Vale, HM. Miyazaki, MC de OS. (2019). Defensive Medicine: a Practice in Whose Defense? Revista Bioética, 27(4), 747–755.

[164] Yenisey, F. (2006). Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre Tıbbi Deliller ve Bilirkişi İncelemesi. (Ed. Budak, A.) Yeditepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD)-Özel Sayı, Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, C-III, S-2, 309-310.

[165] Yeşiller, B.F. (2019). Hekimlik Sözleşmesi ve Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu. Ankara: 113.

[166] Yılmaz, Işık Ş.B. (2012). Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü (The Obligation Of Informing The Physıcıan Of Medical Inverventıon), Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S-98, 390-409.

[167] Yücel, A.R. (2011). Yeni 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Yasasında Bilirkişilik. TMH-468, 2011/4, 76.

EKLER

EK-1

HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU, "TANIKLIKTAN ÇEKİNME HAKKI

MADDE 247- (1) Kanunda açıkça belirtilmiş olan hâllerde, tanık olarak çağrılmış bulunan kimse, tanıklık yapmaktan çekinebilir. (2) Kişisel nedenlerle tanıklıktan çekinme sebeplerinin varlığı hâlinde, hâkim tanık olarak çağrılmış kimsenin çekinme hakkı bulunduğunu önceden hatırlatır. Kişisel nedenlerle tanıklıktan çekinme

MADDE 248- (1) Aşağıdaki kimseler tanıklıktan çekinebilirler: a) İki taraftan birinin nişanlısı. b) Evlilik bağı ortadan kalkmış olsa dahi iki taraftan birinin eşi. c) Kendisi veya eşinin altsoy veya üstsoyu. ç) Taraflardan biri ile arasında evlatlık bağı bulunanlar. d) Üçüncü derece de dâhil olmak üzere kan veya kendisini oluşturan evlilik bağı ortadan kalkmış olsa dahi kayın hısımları. e) Koruyucu aile ve onların çocukları ile koruma altına alınan çocuk. Sır nedeniyle tanıklıktan çekinme

MADDE 249- (1) Kanun gereği sır olarak korunması gereken bilgiler hakkında tanıklığına başvurulacak kimseler, bu hususlar hakkında tanıklıktan çekinebilirler. Ancak, 19.3.1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu hükmü saklı kalmak üzere sır sahibi tarafından sırrın açıklanmasına izin verildiği takdirde, bu kimseler tanıklıktan çekinemezler. Menfaat ihlali tehlikesi nedeniyle tanıklıktan çekinme

MADDE 250- (1) Aşağıdaki hâllerde tanıklıktan çekinilebilir: a) Tanığın beyanı kendisine veya 248'inci maddede yazılı kimselerden birine doğrudan doğruya maddi bir zarar verecekse. b) Tanığın beyanı kendisinin veya 248'inci maddede yazılı kimselerden birinin şeref veya itibarını ihlal edecek ya da ceza soruşturmasına veya kovuşturmasına sebep olacaksa. c) Tanığın beyanı, meslek veya sanatına ait olan sırların ortaya çıkmasına sebebiyet verecekse.

Tanıklıktan çekinme hakkının istisnaları

MADDE 251- (1) 248 ve 249'uncu maddeler ile 250'nci maddenin (a) bendindeki hâllerde; a) Bir hukuki işlemin yapılması sırasında tanık olarak

bulundurulmuş olan kimse o işlemin esası ve içeriği hakkında, b) Aile bireylerinin doğum, ölüm veya evlenmelerinden kaynaklanan olaylar hakkında, c) Aile bireyleri arasında, ailevi ilişkilerden kaynaklanan mali uyuşmazlıklara ilişkin vakıalar hakkında, ç) Taraflardan birinin hukuki selefi veya temsilcisi olarak kendisinin yaptığı işler hakkında, tanıklıktan çekinilemez.

EK-2

BİLGİLENDİRİLMİŞ RIZANIN BELGESİ

BİLGİLENDİRİLMİŞ RIZANIN BELGESİ

..... HASTANESİ

Tanısal, Tedavi Amaçlı Girişim ve Tedaviler İçin

Ad-Soyadı: ..…..…….....

Doğum Tarihi: ….……

Adresi: ….……

Tel. No: …….…….

Acil Durumlarda Onam Alınacak Yasal Temsilcisinin Adı-Soyadı: .....

Adresi: …..……

Tel. No: ..……

Kanuni Yeterliliği Olmayan Hastalar İçin Veli/Vasinin Adı-Soyadı: ..…..…….....

Adresi: ..…..…….....

Tel. No: ……

Sayın hastamız lütfen bu belgeyi dikkatlice okuyunuz.

Tıbbi durumunuz ve hastalığınızın tedavisi için size önerilen işlem/ tedaviler hakkında bilgi sahibi olmak en doğal hakkınızdır.

Bu açıklamaların amacı sağlığınız ile ilgili konularda sizi bilgilendirmek ve bu sürece sizi daha bilinçli bir biçimde ortak etmektir.

Burada belirtilenlerden başka sorularınız varsa bunları cevaplamak görevimizdir. Bizler size yardım için buradayız.

Tanısal girişimlerin, tıbbi ve cerrahi tedavilerin yararlarını ve olası risklerini öğrendikten sonra yapılacak işleme rıza göstermek ya da göstermemek kendi kararınıza bağlıdır.

Arzu ettiğiniz takdirde sağlığınız ile ilgili tüm bilgi ve dokümanlar size veya uygun göreceğiniz bir yakınınıza verilebilir.

Okuma-yazma sorunu yaşıyorsanız ya da size yapılacak işlemlere izin verme sürecine sizin belirleyeceğiniz bir kişinin daha katılmasını istiyorsanız, görüşme tanığı olarak belirlediğiniz kişinin katılmasına izin verebilirsiniz.

Yasal ve tıbbi zorunluluk taşıyan durumlar dışında bilgilendirmeyi reddedebilirsiniz.

İstediğiniz zaman verdiğiniz izni geri çekme hakkına sahipsiniz. Bu durum sizin bundan sonraki tedavinizi hiçbir şekilde aksatmayacaktır. Ancak, yasal açıdan bu hakkınız "tıbbi yönden bir sakınca bulunmaması" şartına bağlıdır. Bu durum gerçekleştiğinde, Bilgilendirilmiş Rıza Geri Çekme Tutanağı düzenlenerek bu belgenin arkasına eklenecektir.

1.BİLGİLENDİRME

Bilgilendirme sürecinde, tıbbi terimlerden olabildiğince kaçınarak ve sade bir dille, hastanın durumunu anlamasının sağlanması (aydınlatma) hekimin sorumluluğundadır.

HASTAYI / YASAL TEMSİLCİSİNİ / VASİSİNİ

Hastalığın ön tanısı / tanısı ve özellikleri;

Önerilen işlemin/tedavinin adı, uygulanış biçimi, beklenen yararları, sıklıkla karşılaşılan ciddi riskleri;

Önerilen işlemi / tedaviyi ertelemenin ya da almamanın sonuçları;

Girişim / tedavi sırasında gereksinim duyulabilecek ek girişimler ve riskleri;

Varsa uygun diğer işlem / tedavi seçenekleri, bu seçeneklerin yararları ve riskleri;

Hastanede tahmini kalış süresi ve hastaya getireceği mali yük konusunda gerekli açıklamaları yaparak bilgilendirdim ve bu bilgileri anlamasını sağladım.

Özellikle kaygı duyduğu şeyler konusunda soru sormasını sağladım.

Hastayı bilgilendirme amacıyla aşağıdaki broşürler sağlandı.

……..……

……

……

……

……

Önerilen işlem / tedavi süreci:

Genel ve / veya bölgesel anestezi uygulanmasını gerektiriyor

Lokal anestezi uygulanmasını gerektiriyor

Sedasyon uygulanmasını gerektiriyor

Diğer bilgiler:

.....

.....

.....

.....

Tarih: ……

HASTADAN SORUMLU HEKİMİN

Adı-Soyadı: ..…..…….....

Kurum Sicil No: ..…..…….....

İmza: ..…..…….....

Tarih: ..…..…….....

ONAM (RIZA, İZİN)

Doktorumdan tıbbi durumumun tanı ve tedavisi ile ilgili yapılacak tıbbi / cerrahi tedavi veya tanı amaçlı girişimler konusunda bilgi aldım.

Tedavi sırasında oluşabilecek olumsuzluklar ve olası riskleri ayrıntıları ile anlatıldı.

Bana önerilen tanı ve tedavi yöntemlerini reddettiğim zaman sağlığımı tehdit edici başka hangi risklerin olabileceği, bu tedavi yerine uygulanabilecek bir başka tedavi yönteminin bulunup bulunmadığı konusunda bilgilendirildim.

Doktorlarımın planladıkları girişim ve/veya tedavilerde, planladıklarına ek girişim ve tedaviler gerektirebilecek durum ya da durumlar ile karşılaşabileceğimi biliyorum.

Hastalığım nedeni ile hastanede uygulanacak tüm tanı ve tedavi yöntemlerinin olası maliyeti konusunda gerekli bilgiler bana anlatıldı.

Bu formda tanımlananlar dışında yapılacak herhangi bir ek girişimin, yalnızca sağlığıma yönelik ciddi zararların önlenmesi ve yaşamımın kurtarılması için uygulana bilineceği bana anlatıldı.

Özel muayene isteminde bulunan hastalar için: Girişimin/tedavinin bir öğretim üyesi/görevlisi tarafından uygulanacağı bana garanti edildi.

Anestezi alacak hastalar için: Durumum aciliyet göstermediği sürece, işlemden önce anestezinin ayrıntılarını bir anestezi uzmanı ile tartışma fırsatım olduğu ve bunun için ayrı bir belge düzenleneceği bana anlatıldı.

Bu belgede tanımlanan girişimin / tedavinin uygulanmasını:

KABUL EDİYORUM / KABUL ETMİYORUM

Kimliğimin gizli tutulması ve yalnızca eğitim ve araştırma amaçlı kullanılması koşulu ile bana uygulanacak girişim/tedavi sırasında fotoğraf çekilmesine ya da kayıt yapılmasına:

İZİN VERİYORUM / İZİN VERMİYORUM

Kimliğimin gizli tutulması ve yalnızca eğitim, araştırma ve bilimsel amaçlı kullanılması koşulu ile tıbbi kayıtlarımdaki bilgiler ile tanı/tedavi amacıyla vücudumdan alınan hücre, doku ya da sıvı örneklerinin kullanılmasına, bilimsel toplantı ve dergilerde sunulmasına:

İZİN VERİYORUM / İZİN VERMİYORUM

Tarih: ..…..…….....

HASTANIN:

Adı-Soyadı: ..…..…….....

İmza: ..…..…….....

HASTANIN VELİSİ / YASAL VASİSİNİN:

Adı-Soyadı: ..…..…….....

İmza: ..…..…….....

BİLGİLENDİRİLMİŞ RIZA GERİ ÇEKME TUTANAĞI

..... HASTANESİ

Tanısal, Tedavi Amaçlı Girişim ve Tedaviler İçin

Hastanın Adı-Soyadı: ..…..…….....

Doğum Tarihi: ..…..…….....

Adresi: ..…..…….....

Tel. No: ..…..…….....

Kanuni Yeterliliği Olmayan Hastalar İçin Veli/Vasinin Adı-Soyadı: ..…..…….....

Adresi: ..…..…….....

Tel. No: ..…..…….....

Sayın Hastamız lütfen bu belgeyi dikkatlice okuyunuz.

İstediğiniz zaman verdiğiniz onamı (rızayı) geri çekme hakkına sahipsiniz. Ancak, yasal açıdan bu hakkınız "tıbbi yönden bir sakınca bulunmaması" şartına bağlıdır.

Bilgilendirilmiş Rıza Geri Çekme Tutanağı'nı sizin belirleyeceğiniz bir görüşme tanığının da imzalaması gerekmektedir.

Bilgilendirilmiş Rıza Belgesinde tanımlanan girişimin/tedavinin uygulanması için verdiğim izni, sağlığım açından oluşabilecek tüm olumsuz etkiler ve risklerin farkında ve bilincinde olarak kendi rızamla geri çekiyorum.

Tarih: ..…..…….....

HASTANIN:

Adı-Soyadı: ..…..…….....

İmza: ..…..…….....

HASTANIN VELİSİ / YASAL VASİSİNİN:

Adı-Soyadı: ..…..…….....

İmza: ..…..…….....

HASTADAN SORUMLU HEKİMİN

Adı-Soyadı: ..…..…….....

İmza: ..…..…….....

GÖRÜŞME TANIĞI:

Adı-Soyadı: ..…..…….....

Adresi: ..…..…….....

Tel. No: ..…..…….....

İmza:..…..…….....