

DANIŞTAY KARARLARI IŞIĞINDA SAĞLIK KAMU HİZMETİNDEN KAYNAKLANAN TAM YARGI DAVALARI

FULL JUDGMENT CASES ARISING FROM THE HEALTH PUBLIC SERVICE IN THE LIGHT OF THE COUNCIL OF STATE DECISIONS

Gözde DAĞLI*

ÖZ

Bu çalışmada, idarenin mali sorumluluğuna yol açan sağlık kamu hizmetinin yürütülmesi esnasında hangi durumların kusurlu ve kusursuz sorumluluğa yol açacağı ele alınmış olup, sağlık hizmetinin kamusal boyutu, sağlık kamu hizmeti kusur türleri, idarenin kusur sorumluluğu bağlamında sağlık kamu hizmetinde hizmet kusuru türleri ve sağlık kamu hizmetinde idarenin kusursuz sorumluluğu ve dava açma süresi ile bağlantılı olan eylemin idariliğinin çıkış anı konularına değinilmiştir. Sorumluluk hukuku bağlamında özel sektöre ait veya kamuya ait hastanelerde verilen sağlık kamu hizmetinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda hangi yargı organlarının görevli olduğu, sorumluluğun kanuni dayanakları, sağlık hizmeti sırasında oluşan zararlarda Danıştay'ın sorumluluğa bakış açısı içtihatlar üzerinden ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Sağlık Hizmetinin Kamusal Boyutu, İdarenin Mali Sorumluluğu, Sağlık Kamu Hizmetinde Kusur Türleri, Görevli Yargı Kolu

Makalenin Geliş Tarihi : 21.03.2022

Makalenin Kabul Tarihi : 07.06.2022

* Danıştay Tetkik Hakimi

gdagli9111@gmail.com ORCID ID: 0000-0002-6701-2351

ABSTRACT

In this article, it has been discussed that which situations will lead to faulty and strict liability during the execution of the health public service that leads to the financial responsibility of the administration, the public dimension of the health service, the types of health public service faults, the types of service faults in the health public service in the context of the fault liability of the administration and the health public service. In the service of the administration, the issues of strict liability of the administration are mentioned. In the context of liability law, which jurisdictions are responsible for the disputes regarding the health and public services provided in private and public hospitals, the legal basis of responsibility, and the perspective of the Council of State on liability for damages incurred during the health service are explained through the jurisprudence.

Keywords: The Public Dimension of Health Service, Financial Responsibility of the Administration, Types of Faults in Health Public Service, Competent Judicial Branch

1. GİRİŞ

İdarenin tazmin sorumluluğu kapsamında en çok karşılaşılan sorun, sağlık kamu hizmetinin ifası sırasında doğan hukuka aykırılıklardır. Dolayısıyla sağlık kamu hizmetinin önemine binaen Anayasanın devletin temel nitelikleri arasında yer alan “sosyal devlet” anlayışı gereği devlet, sağlık hizmetinin kuruluşunda, işleminde aktif olarak yer almaktadır. Gerek kamu sektöründe gerekse özel sektör tarafından yürütülen sağlık hizmetine yönelik olarak çıkarılan kanun, yönetmelik gibi düzenleyici işlemler ile bu alan düzenlemekte ve kontrol edilmektedir. Anayasanın genel esaslar kısmında yer verilen sosyal devletin de temelini oluşturan anlayış gereği devlet, kamu yararının gerçekleştirilmesi için bireylerin sağlık hizmeti ihtiyaçlarını karşılamakta olup, sağlık hizmetinin idare tarafından sunulmaya başlanması ile hizmetten kaynaklanan zararların da karşılanması sorunu gündeme gelmektedir. Kamusal yönü ağır basan ve bünyesinde risk taşıyan sağlık hizmetinin sunumu sırasında hizmetten faydalanan durumunda olan bireylerin uğradıkları zararın, idare tarafından karşılanması hukuk devleti ilkesinin olmazsa olmaz koşuludur.

2. SAĞLIK KAMU HİZMETLERİNDE İDARENİN MALİ SORUMLULUĞU

İdare hukukunun yapıtaşlarından biri olan idarenin kamusal nitelikli hizmetleri, 1800’lü yılların ikinci yarısında ve 1900’lü yılların başlarında Batı ülkelerinde egemen olan liberal iktisat ve sosyal düzene uygun olarak ortaya çıkmış ve en eski anlayışa göre kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla idare tarafından kamusal usuller izlenerek yürüttüğü faaliyet olarak tanımlanmıştır. Fakat 2. Dünya Savaşından sonra kamu hizmeti kavramı bunalım geçirerek gerçek değeri anlamında İdare Hukukunda yerini almıştır. Devlet müdahaleciliğinin gittikçe artması sonucu kamu hizmeti kavramının bütün unsurlarında gelişme ve değişimler olduğu görülmektedir¹. Kamu hizmeti, diğer ülkelerdeki gelişim ve önemi doğrultusunda Türk İdare Hukuku tarihçesinde de yerini almıştır. Onar, kamu hizmetini, “devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararını ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinlikler”² olarak, Karahanoğulları ise, “siyasal alanda faaliyette bulunan devlet örgütünce üretim ilişkilerinin getirdiği birtakım zorunluluklardan ayrılarak üstlenilen kamusal alana dahil edilen faaliyetler” olarak³, Çal ise, “rekabete yönelik ilişkiler sebebiyle toplumsal bir gereksinim esas itibarıyla tam bir şekilde karşılanamaması halinde söz konusu toplumsal ihtiyaçların gerçekleştirilmesi hasebiyle rekabet faktörünün kamusal güvenlik nedeniyle aranmayacağı durumlar da dahil edilerek idari makamlarca ya bizzat yürütülen ya da denetim ve gözetim yükümlülüğü dahilinde özel sektörce kurulan sözleşme ilişkisi ile gördürülen faaliyetler bütünü” olarak tanımlamıştır⁴. Bir hizmetin kamu hizmeti olarak değerlendirilmesi için hizmetin, yapıldığı toplum için niteliği gereği zorunlu olarak değerlendirilen gereksinimler olması

¹ DURAN, Lütfi, İdare Hukuku, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s.303.

² ONAR, Sıddık, Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, Hak Kitabevi, İstanbul, 1966, s.13.

³ KARAHANOGULLARI, Onur, Kamu Hizmeti Kavram ve Hukuksal Rejim, Turhan Kitapevi, Ankara, 2002 s. 65.

⁴ ÇAL, Sedat, “Kamu Hizmeti: Bir Tanım Denemesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Sayı 1-2, 2007, Ankara, s. 615.

gerekliliği savunulmaktadır⁵. Anayasa Mahkemesi, kamu hizmetinin devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından idarenin dışı yansıyan faaliyetleri içerisinde genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetlerin dışına taşan ve geniş bir alana yayılan bir kapsamı olduğuna ve hizmetin kapsamının da git gide genişlediğine kararlarında yer vermektedir.⁶ Kamu hizmeti kavramının içinin hukuki kıstaslar kullanılarak doldurulmasından ziyade, döneme göre değişen ihtiyaçlar doğrultusunda doldurulması yolu tercih edilmiştir.

Bu kapsamda hukuk devletinin önem arz eden ilkelerinden bir tanesi “*devletin faaliyetlerinin belirli olması ilkesine dayanan belirlilik ilkesi*” olduğuna göre, kamu hizmeti alanının belirsiz ve geniş oluşu, idare edilenler yönünden sıkıntılı sonuçlar ortaya çıkmasına neden olmaktadır.

İdare tarafından sunulan ve kapsamı genişleyen kamu hizmetleri sırasında birçok eylem ve işlem tesis edilebilir. Dolayısıyla hizmetten yararlanan bireylerin de maddi ve manevi zarara uğraması söz konusu olabilecektir. Kişilerin uğradığı zararlar, idarenin faaliyeti çerçevesinde değerlendirme yapıldığında, idareye atfedilecek bir kusur sorumluluğundan doğabileceği gibi idareye atfedilebilecek kusur olmasa dahi idarenin sorumluluğu devam edecektir. Bu sebeptendir ki idarenin yürüttüğü kamusal faaliyetlerden ötürü oluşacak zararların, faaliyeti yürüten idarece karşılanması gerekecektir. Tüm bu açıklamaların ışığında, idarenin kusurlu veya kusursuz gerçekleştirdiği faaliyetlerinden kaynaklanan zararlara katlanmasına idarenin sorumluluğu denir. Bu kapsamda bütün gelişmiş ülkelerde kabul edilen husus, Devlet ya da devlet dışındaki kamu tüzel kişilerin ifa edilen kamusal hizmetten ötürü kişilerin uğradığı zararların karşılanmasıdır⁷.

İdarenin sorumluluğu konusunda Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 01.02.1873 tarihli Blanco kararında, “*kamu hizmeti nedeniyle verilen zararlardan devletin sorumlu olacağı*” hususu vurgulanarak idarenin sorumluluğu ilkesi kabul edilmiş, bu sorumluluğun genel hukuki sorumluluktan ayrılan kendine özgü

⁵ KARAHANOĞULLARI, a.g.e., s. 152.

⁶ AYM, E:1994/71, K:1995/23, K.T. 28.06.1995.

⁷ DURAN, Lütfi, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, Sevinç Matbaası, Ankara, 1974, s. 11.

kurallarının bulunduğu ve sadece idari yargı hâkimi tarafından işletilebileceğine vurgu yapılmıştır⁸. Günümüzde devlet faaliyetlerinin sayısındaki artış ve bu artışa nazaran faaliyetlerin geniş bir alana yayılması sonucu idarenin mali sorumluluğu kavramı önem kazanmıştır. İdarenin sorumluluğunun geçmişi çok eskilere dayanmamaktadır. 1900'lü yılların ikinci yarısına kadar dünya genelinde idarenin faaliyetleri sonucunda meydana gelen zararlardan devletin sorumlu olmayacağı anlayışı hâkimdi. 1900'lü yılların ikinci yarısından sonra “herkes neden olduğu zararı gidermek zorundadır.” anlayışına dayanan sorumluluk ilkesinin, idare hukukunda da kabul edilmesiyle birlikte idarenin sorumluluğu ilkesi önem kazanmaya başlamıştır. Bu sorumluk önceleri özel hukukun etkisi ile idarenin haksız fiil sorumluluğu olarak nitelendirilmiştir. Ancak bu niteleme, özel hukuk kurallarının idarenin sorumluluğu konusunda idare hukukunun kendine has özellikleri nedeniyle kavramsal ve kurumsal olarak tam anlamıyla karşılayamadığı gerekçesiyle terk edilmiş, bu konudaki uyuşmazlıklar idare hukuku kurallarına göre çözümlenmeye başlanmıştır. Bu kapsamda önce idarenin hizmet kusuru nedeniyle sorumluluğu ilkesi, zaman içerisinde de kusursuz sorumluluğu ilkeleri kabul edilmiştir.

Atay/Odabaşı/Gökhan'a göre, “İdarenin mali sorumluluğu idarenin işlem ve eylemleriyle neden olduğu zararları tazmin etmesi anlamına gelmekte olup, hukuk devleti ilkesinin unsurları arasında yer almaktadır. İdare, bilerek ya da bilmeyerek, kusurlu ya da kusursuz yapılan birtakım işlem ve eylemler yoluyla çeşitli zararlara sebebiyet verebilir. İdarenin faaliyetleri neticesi ortaya çıkan zararlar, kişilerin malvarlıklarına yönelik olabileceği gibi kişilik haklarına yönelik de olabilir.”⁹

Bu bağlamda idarenin sorumluluk değerlendirilmesi yapılırken önemli olan husus, bireylere sunulan hizmet sonucu meydana gelen herhangi bir zarardan yine idarenin sorumlu olacağı yani idarenin

⁸ ESİN, Yüksel, Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, 2. Kitap: Esas, İdarenin Hukuki Sorumluluğu, Ankara, 1973, s.17.

⁹ ATAY E. Ethem, ODABAŞI Hasan, GÖKCAN Hasan Tahsin, Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003. s. 35.

bireylere karşı tazmin yükümlülüğü içerisinde olmasıdır.¹⁰ Bu sebeple, idarenin tazmin sorumluluğu kapsamında sunulan hizmet neticesinde şahıslarda meydana gelen gerek malvarlığı gerekse şahıs varlığı zararları yönünden idare ile bireyler arasındaki dengenin idare açısından olumlu yönde bireyler açısından olumsuz yönde bozulması durumunda bu dengenin tekrar sağlanması amacıyla gereken tüm şartları ve kuralları içinde barındırması gerekmektedir¹¹.

1982 Anayasası'nın 125. maddesinde ve Danıştay içtihatlarında da vurgulanan husus, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğudur. İdarenin gerek kusura dayalı gerekse kusursuz sorumluluğunun ortaya çıktığı durumlarda zarara uğrayan bireyler idareye karşı tam yargı davası açılabilir ve uğradıkları zararın tazminini yargı organı aracılığıyla idareden talep edeceklerdir.

İdare tarafından sunulan ve mali sorumluluğuna neden olan sağlık kamu hizmeti kavramı pozitif statü haklarından olan devlete olumlu müdahalede bulunma yükümlülüğü yükleyen sağlık hakkı ile bağlantılıdır. Sağlık hakkı ile ilgili olarak, 1982 Anayasası'nın temel hak ve özgürlükler bölümünde yer alan 56. maddesinde, “Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir. Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir.” düzenlemesine yer verilmiştir. Bu düzenlemeden görüleceği üzere, devlete sağlık hakkı kapsamında pozitif ödevler yüklenmiştir.

¹⁰ ATAY, E. Ethem “İdarenin Sorumluluğu”, in Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 1061; GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, Cilt: 2, Ekin Yayınevi, Bursa, 2009, s. 1015.

¹¹ ÇAĞLAYAN, Ramazan, Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2007, s. 20- 21; ESİN, Yüksel, s. 14; DEMİRKOL, Selami, BAŞ, B, Zuhul, Teori ve Pratikte İdari Yargıda Dava Açma ve Davaların Takip Usulü, Beta, İstanbul, 2007, s. 232.

İdare Hukukunda en sık kullanılan mefhumlardan olan kamu hizmeti¹² içinde yer alan sağlık kamu hizmeti özel sağlık kuruluşları tarafından da görülmesi bakımından tekelli kamu hizmetlerinden sayılmamakta olup¹³, idari kamu hizmetlerinden olması hasebiyle bu bakımdan kamu hukuku esaslarına göre idarenin sıkı bir biçimde denetim ve gözetim yükümlülüğünde görülmektedir¹⁴. Anayasa Mahkemesi “sağlık hizmetleri nitelikleri gereği diğer kamu hizmetlerinden farklıdır. Sağlık hizmetinin temel hedefi olan insan sağlığı sorunu, ertelenemez ve ikame edilemez. Bilime dayalı olması gereken tanı ve tedavi metotlarının insan yararına sürekli yenilik ve gelişme göstermesi, hizmet kalite ve beklentilerini çağın koşullarına yaklaştırmayı gerektirmektedir. Bu yönüyle sağlık hizmetleri, kendi iç dinamikleri ve nitelikleri gereği üretilmesi ve halk yararına sunulmasında özel sektörün kazanç, rekabet ve büyüme dinamiklerinden yararlanacak türdeki hizmetlerdendir.”¹⁵ hususlarını vurgulayarak, sağlık hizmetlerinin yaşam hakkı ile sıkı ilişkisi ve sürekli gelişim ve değişim içerisinde olması nedeniyle diğer kamu hizmetlerinin görülme usullerinden farklı usullere tabi olduğu, idarenin bizzat kendi personeli ile klasik idari usullerle görülmesi gerekmediğini ifade etmiştir. Sağlık hizmeti kavramı tıp alanındaki gelişmeler doğrultusunda kapsam olarak genişlemiştir. Tıp alanında meydana gelen gelişmelerin bireylere kaliteli ve niteliği iyileştirilmiş sağlık hizmeti olarak yansıtılması amacıyla yoğun yasalaşma süreci de yaşanmaktadır. Bu pozitif düzenlemelere rağmen, tıbbın ulaştığı en son nokta dikkate alınarak hangi zararların sorumluluk doğuracağı, hangi zararların doğurmayacağı yasal düzenlemelere konu olmamıştır. Bu nedenle idari sorumluluk kurumunun yapısına uygun düşen özel hukuk verileri de dikkate alınarak yargı içtihatlarıyla ortaya konulmaya başlanmıştır.

3. HATALI SAĞLIK HİZMETİ SUNUMUNDA UYGULAMADAN DOĞAN SORUMLULUK

İdarenin yürüttüğü kamu hizmetinin kurulmasında, düzenlenmesinde veya işlenmesi esnasında oluşan objektif nitelikli

¹² GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınları, Ankara, 2013, s.329.

¹³ GÜNDAY, Metin, a.g.e., s.337.

¹⁴ GÜNDAY, Metin, a.g.e., s.32.

¹⁵ Anayasa Mahkemesi, E. 2004/114, K. 2007/85, K.T. 22.11.2007.

bozukluk, aksaklık veya boşluk olarak tanımlanan hizmet kusuru; hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde gerçekleşmekte ve idarenin mali sorumluluğuna sebebiyet vermektedir. Dolayısıyla hizmet kusuru, özel hukuktaki kusur kavramının kullanılış şekllinden farklılaşarak, idare hukukunda nesnelleşen, anonimleşen bir içeriğe sahip, bağımsız, asli ve birincil kusur türü¹⁶ olarak karşımıza çıkmaktadır. Hizmet kusuruna dayalı olan sorumluluk, idarenin faaliyetleri çerçevesinde ortaya çıkan sorumluluğunun doğrudan birincil sebebini oluşturmaktadır. İdarelerin kamu hizmetinin gereği gibi işlemesini sağlamak amacıyla yeterli araç ve gereçle donatılmış bina, tesis ve araçlarla hizmetin özelliğine uygun olarak seçilen ve yetişmiş personelle hizmeti yürütmek, organizasyonunu iyi yapmak yükümlülüğünün bulunduğu da açıktır. Nitekim konuya ilişkin olarak Danıştay tarafından¹⁷, *“Sağlık Bakanlığının kan ve kan ürünlerinin güvenliğinin sağlanması hususunda sorumlu olduğu, bu alandaki düzenlemeler ile hizmet birimlerinin yükümlülüklerinin ve uygulanmalarının en ince ayrıntıya kadar belirlendiği, hizmet birimlerinin de bu düzenlemelere uygun çalışma yürüttükleri halde hastalık taşıyan kanın sisteme girişinin engellenemediği, bilimsel verilere göre HIV virüsü bulunan kanın tespiti konusunda daha gelişmiş ve ileri tekniklerin kullanılması imkanı varken, olay tarihindeki mevcut tarama testlerinin kullanılmış olması, kan ve kan ürünleri ile ilgili sistemin kurulmasında tam güvenli bir organizasyonun planlanmadığının göstergesi olması hasebiyle sorumluluğunu gereği gibi yerine getirmeyen idarenin Kızılay ile birlikte sorumlu olduğu hizmeti kusurlu işletildiği”* yönünde karar verilerek, sağlık hizmeti alanında denetim ve gözetim yükümlülüğü bulunan Sağlık Bakanlığı’nın, sağlık tesislerinde hizmetin ifası esnasında gelişmiş ve doğru sonuç veren araç, gereç kullanılmaması akabinde ortaya çıkan zararlı sonuçlardan organizasyonu iyi yapmaması nedeniyle sorumlu tutulmuştur.

¹⁶ AKYILMAZ, Bahtiyar, “Sağlık Kamu Hizmetini Yürüten Kamu Görevlilerinin Neden Olduğu Zararlardan Devletin Sorumluluğu”, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Lefke Avrupa Üniversitesi II. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 17-18 Mayıs 2010, Editör: Nilgün Sarp, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 106.

¹⁷ Danıştay Onbeşinci Dairesi, E:2017/2712, K:2018/2120, K.T. 27.02.2018. (Danıştay kararları Uyap ortamından alınmıştır.)

Sağlık hizmeti sunumu esnasında yapılan tıbbi girişimlerin bireylerin yaşam hakkını doğrudan etkilemesi ve söz konusu girişimin risklerine karşı bireyleri korumanın esas olması sebebiyle, girişimden kaynaklanan istenmeyen sonuçların bertaraf edilmesi açısından gerekli bilgilendirilmenin yapılması ve her türlü tedbirin alınması tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk sınırları içerisinde kalmasını sağlayacak ve hizmet kusuru bağlamında sorumluluk doğmayabilecektir. Öte yandan, bünyesinde risk taşıyan sağlık kamu hizmetinin ifası sırasında hizmetten yararlanan bireylerin uğradığı zarar karşısında idarenin tazmin yükümlülüğünün ve sorumluluğunun doğması için; zararın, idarenin hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir. Sorumluluk hukukunda zarardan idarenin sorumlu tutulması için kusur, zarar, idari işlem veya eylem ve uygun illiyet bağı bulunması şartları aranmaktadır. Sağlık hizmeti sunumu esnasında, bireyler maddi ve manevi zararlara uğrayabilmektedir. Bu bakımdan, Mahkemeler tarafından, bireylerin uğradığı zararların, idarenin sorumluluğunu hangi noktada doğuracağı hangi noktada doğurmayacağı hususunun tespiti ve bu tespitin nasıl yapılacağı önemli hale gelmektedir. Adli yargı mercilerinden farklı bir şekilde idare mahkemeleri, sağlık hizmetinin sunumunda idarenin sorumluluğuna neden olacak tıbbi uygulama hatalarını idari yargıya özgü olarak içtihatlarla getirilen hizmet kusuru kavramı ile değerlendirmektedir. Bu kapsamda, mahkemeler “*hatalı tıbbi müdahale*” iddiasına dayanan zararlarda, sağlık kamu hizmetindeki kusurun tespiti tamamen özel ve teknik bir konu olduğundan bilirkişi görüşü ile sorunu çözüme kavuşturmaktadır. Bilirkişi görüşüne çözümünü yargıç tarafından bilinmeyen özel ve teknik bilginin gerekli olduğu durumlarda başvurulduğundan, yargıç tarafından bilirkişilerin seçiminde dikkatli davranılması ve hangi hususların araştırılmasının istendiğinin açık biçimde bilirkişiye bildirilmesi, davaların uzamaması ve usul ekonomisi gereği de önemlidir. Sağlık hizmetinin sunumu sırasında, meydana gelen uygulama hataları konusunda resmi bilirkişilik yapan kurumlar Yüksek Sağlık Şurası ve Adli Tıp Kurumudur. Resmi bilirkişilere başvurmak zorunluluğu bulunmasa bile genellikle görüşlerine başvurulmakta, eksik hususlar görülürse Üniversitelerden de görüş alınarak eksik ve çelişkili hususlar açıklığa kavuşturulmaktadır.

Bu doğrultuda, Danıştay’ın eski tarihli bir kararında¹⁸, “*olayda hizmet kusuru bulunup bulunmadığının ve kusur varsa kusur oranının, davacıların iddiaları da dikkate alınarak, hakimın genel hukuk bilgisi ile çözümlenemeyeceği özel bilgi gerektiren konularda bilirkişilik görevi yapmak üzere kurulan resmi bilirkişilik görevi olan Adli Tıp Kurumuna inceleme yaptırılarak tespitinden sonra karar verilmesi gerekirken, uyuşmazlığın çözümünde hükme esas alınabilecek nitelikte görülmeyen, davalı idare savunması ve hastanın daha sonra götürüldüğü Dokuz Eylül Üniversitesi Tıp Fakültesindeki tedavisine ilişkin bilgi ve belgeler değerlendirilmek suretiyle verilen Mahkeme kararında hukuka uygunluk bulunmadığı*” ifade edilerek, resmi bilirkişi olması hasebiyle Adli Tıp Kurumundan rapor alınması hususuna değinilmiştir. Sağlık hizmet kusuruna dayalı açılan davalarda alınan raporların Adli Tıp Kurumu ya da Yüksek Sağlık Şurasından alınmasına vurgu yapılması söz konusu kurumların resmi bilirkişi olmasına dayanmaktadır.

Yeni tarihli kararında ise¹⁹, “*her ne kadar hükme esas alınan Adli Tıp Kurumu raporunda gelişen durumun komplikasyon olduğu ve komplikasyon yönetiminin yerinde olduğu görüşü verilmiş ise de, ameliyat sonrası ilk iki gün antibiyotik verilmediği, kan ve idrar tetkikinin yapılmadığı, batın grafisinde yaygın hava sıvı seviyesi görülmesine rağmen buna yönelik herhangi bir müdahalenin gerçekleştirilmediği, ertesi gün yapılan tomografi incelemesinde bağırsak tıkanıklığı ve cilt altı hava tespit edilmesine rağmen yine müdahale edilmediği, bu hususların ölüm hadisesinin meydana gelmesine ne şekilde etki ettiğinin, komplikasyon yönetiminin tıbben uygun yapıp yapılmadığının açıklığa kavuşturulması gerektiğinden alanında uzman en az üç üniversite öğretim üyesinin yer aldığı bilirkişi heyetinden sorulan soruların tereddüte yer vermeyecek şekilde açıklandığı, tutarlı, anlaşılır ve bilimsel değerlendirmeler içeren bir rapor alınarak idarenin hizmet kusuru bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerektiği*” gerekçesiyle Adli Tıp Kurumu zorunluluğu aranmayarak, üniversitelerin ilgili bölümlerinden konunun uzmanı kişilerden rapor alınması ve bilirkişinin görevini yaparken yargı mercilerince sorulan soruları açık ve net olarak cevaplandırması

¹⁸ Danıştay Onuncu Dairesi, E:2008/10149,K:2012/3381, K.T. 10.07.2012.

¹⁹ Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/6826,K:2021/6201, K.T 13.12.2021.

gerektiği hususuna değinilmiştir. Bu durum, hukukilik denetiminde, uyuşmazlık konusunun uzmanlık gerektirmesi sebebiyle yargıcın, kendi hukuki bilgisi ile çözümleyemeyeceği hususların konunun uzmanlarınca genel, soyut ifadelerden ziyade, sorulan soruların tek tek cevaplandırıldığı, ifadelerin somut ve net olarak kullanıldığı raporlar ile açıklığa kavuşturulması akabinde maddi gerçeğin en kısa sürede ortaya çıkmasını da sağlayacağından, usul ekonomisi açısından da önemlidir. Öte yandan, bu durum adil yargılanma hakkının alt ilkelerinden olan makul sürede yargılanmayı da sağlamış olacaktır.

Söz konusu kararlardan da görüldüğü üzere, Danıştay eski içtihatlarında, Adli Tıp Kurumu dışında alınan görüşlere dayalı mahkeme kararlarını resmi bilirkişi görüşüne başvurulmaması sebebiyle bozma eğilimindeyken, yeni tarihli kararlarında Adli Tıp Kurumu raporlarında eksiklik olması durumunda herhangi bir tıp fakültesi aracılığıyla bilirkişi incelemesi yaptırılarak alanında uzman kişilerden oluşan heyetten alınan raporların da hükme esas alınabileceği, sadece resmi kurumların bilirkişilik müessesesine bağlı kalınması yönündeki içtihadından ayrılmıştır.

Kanımızca, somut olay adaleti ve maddi gerçeğin ortaya çıkması esas olduğundan, ilk derece mahkemeleri, Adli Tıp Kurumundan alınan raporun yetersiz olduğu durumlarda araştırılmasını istediği hususları ayrıntılı olarak yazmak ve toplu bir cevap yerine tek tek her bir soruya ayrı cevap verilmesi gerektiği uyarısı ve olayla ilgili uzmanlık dalındaki hekimlerin katılımının da sağlanması açıklaması yapılarak Adli Tıp İhtisas Kurulu'ndan ya da üniversitelerin ilgili bölümlerinden rapor temin edebilir. Burada önemli olan husus, uyuşmazlığın çözümü açısından ilgili uzmanlık dalına sahip bilirkişilerin heyete katılması şartı ve sorulan sorulara ayrıntılı ve tek tek cevap verilmesi gerektiğidir. Aksi halde maddi gerçeğin tam olarak ortaya çıktığından bahsedilemeyeceği gibi hukukilik denetimi de yapılamamış olacaktır.

Sağlık hizmet kusuruna dayalı açılan tazminat davalarında, gerçek zararın ve maddi gerçeğin ortaya çıkması esastır. Bu kapsamda, maddi gerçeğin özel ve teknik bilgi gerektirmesi halinde, görüşüne başvuru makam resmi bilirkişi olsa dahi görüşleri somut verilere dayanmıyorsa ve Mahkeme tarafından açıklığa kavuşmasının istendiği hususları açık ve net olarak ortaya koymamışsa, sırf resmi bilirkişi olması sebebiyle görüşü hükme esas alınmadan yeni bilirkişi tayin edilmesi ve bu konuda

uzman olan üniversitelerin tıp fakültelerinin ilgili bölüm başkanlarının veya öğretim üyelerinin de görüşüne başvurulması gerekmektedir. Bu husus adil yargılanma hakkı ve hak arama özgürlüğü kapsamında, bireylerin ihlal edilen haklarına da güvence sağlanmış olacaktır. Çünkü bu davalar yaşam hakkı kapsamında sağlıklı yaşamak hakkının da ihlalinin denetiminin yapıldığı davalardır.

Öte yandan, Adli Tıp Kurumu'ndan alınan raporda konunun uzmanı olan hekimler olmadan görüş verilmişse ya da alınan raporlarda çelişki veya yetersizlik görülürse, bu durumun hukukilik denetiminde maddi gerçeğin ortaya çıkmasını engellemesi sebebiyle daha geniş katılıma haiz Adli Tıp Üst Kurulundan ve konunun uzmanlarının da katılımı sağlanarak rapor alınması gerektiği içtihatlarla yansımaktadır. Konuya ilişkin olarak,²⁰ *“Mahkeme kararına esas alınan Adli Tıp Kurumu raporunda, ameliyatı gerçekleştiren sağlık personelinin, mesleki anlamda yetkin bir sağlık profesyonelinden beklenilmesi gereken azami dikkat ve özeni gösterip göstermediği noktasında bir değerlendirme yapılmadığı, heyette sadece bir genel cerrahi uzmanı bulunduğu, ses tellerinde oluşan hasarın sebebini değerlendirebilecek bir kulak burun boğaz uzmanının bulunmadığı, bilirkişi heyetinin dava konusu uyuşmazlığı her yönüyle değerlendirecek bir yapıda ses tellerinde oluşan hasarın sebebini değerlendirebilecek bir kulak burun uzmanının da içinde bulunduğu birden çok uzmanı barındıracak Adli Tıp Üst Kurulundan sorulan hususların açık ve anlaşılır bir şekilde cevaplandırıldığı yeni bir rapor alınması gerektiğine”* karar verilmiştir.

Ayrıca konuya ilişkin olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi²¹, *“Adli Tıp Kurullarında ilgili branştan yalnız bir kişinin bulunmasını eleştiri konusu yapılarak, uyuşmazlıkların çözümünde tarafların tüm iddia ve itirazlarını karşılayacak yetkinlikte bir bilirkişi heyeti kurulmaması ve bu heyetin tıbbi hataya ilişkin yapacakları değerlendirmelere esas alınacak kriterlerin; davaya ilişkin alanda tek bir uzmanın katılımı, tıbbi bilirkişi raporunu düzenlemek için yetersiz olduğu, üniversiteler arasından, güçlü bir akademik kariyere sahip, belirli bir alanda uzmanlaşmış olan kişileri görevlendirmek gerektiği,*

²⁰ Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/3481, K:2021/3574, K.T. 23.06.2021.

²¹ Aydoğdu / Türkiye, Başvuru No: 40448/06, 30.08.2016, §§ 118-122.

bir tıbbi bilirkişi incelemesinin, suçlanan doktorun iddia edilen zarardan sorumlu tutulup tutulmayacağı hususuna cevap vermediği takdirde yetersiz olacağı, güvenilir ve ikna edici olması için bilirkişi raporunun davanın konusuyla örtüşmesi, olayları aydınlatmaya çalışması ve tarafların argümanlarına cevap vermesi gerektiği, tıbbi bilirkişi incelemesinin, hastanın teşhisi ve takibine ilişkin bilimsel unsurları ve özellikle, bu durumda kabul edilen tedavi stratejisinin uygunluğunu değerlendirmesi gerektiği, tedavinin komplikasyonlarının neler olduğunu, diğer tedavi yöntemlerinin bulunup bulunmadığını ya da daha iyi ve donanımlı bir hastanede nelerin yaşanacağını açıklamaksızın, soyut bir şekilde, komplikasyonun mevcut olduğu sonucuna varan yetersiz bir rapordan hareketle hüküm kurulamayacağı, yalnızca suçlanan idarenin veya doktorun ifadelerine dayanan ve soyut, gerekçelendirilmeyen ve desteklenmeyen iddialar içeren bir raporun güvenilir olamayacağı, ihtilaf konusu ameliyatın tıp kurallarına uygun olduğu ve doktora veya idareye herhangi bir hatanın atfedilemeyeceği sonucuna varmak için tıbbi bir hata yapılmış olabileceğini belirten unsurları dikkate almayan bir bilirkişi raporunun da güvenilir olmadığı” hususlarını vurgulayarak, alınacak raporun taşınması gereken özellikler, bilirkişilerin rapor düzenlerken dikkat etmesi gerekenler ve Mahkemelerce bilirkişi raporlarının hukukilik denetiminde hükme esas alınabilecek nitelikte olup olmadığının değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulacağı hususlar belirlenmiştir.

Sağlık hizmetinin sunulması sırasında söz konusu hizmete yönelik olarak yapılan muayene, teşhis, tedavi, ameliyat, enjeksiyon, acil gelen hastaya süresi içerisinde müdahalede bulunmama, yanlış teşhis koyma, yanlış tedavi yöntemi uygulama, tanıda hataya düşme, sevk zincirine uymama ve söz konusu zinciri geç işletme, konunun uzmanı icapçı hekime haber vermeme, uzmanlık alanı dışında müdahalede bulunma gibi eylemler sağlık hizmetinin ifası esnasında oluşan idari eylemdir. İdari eylemler, idare adına tasarrufta bulanabilmek konusunda yetkilendirilmiş kişilerce, idari hizmet sunumu sırasında meydana gelmektedir. Örneğin, hekimin görevi esnasında yaptığı kalp masajı idari eylem iken, tatilde olduğu sırada boğulmakta olan birine yapılan müdahale özel hukuk kapsamında hukuki ilişki olacaktır.

Bireylerin sağlık hizmeti almak için hastaneye başvurdukları anda hasta ile hastane arası hukuki ilişki kurulmaktadır. Sağlık kamu hizmeti

kamuya ait sağlık kuruluşları ve özel sağlık kuruluşlarınca yerine getirildiğinden, hizmetin alındığı yer kamuya ait ise hasta ile sağlık kuruluşu arası ilişki sözleşme ilişkisi dışında kamu hukuku ilişkisi kurulmuş olacaktır. Dolayısıyla kamu hastanesine sağlık hizmeti almak için başvuran birey kamu hizmetinden faydalanan kişi olduğundan, kendisine sunulan sağlık hizmetinden dolayı zarar görmesi durumunda devlet veya ilgili kamu tüzel kişisi aleyhine Anayasanın 40. maddesi ve 129. maddesinin 5. fıkrası hükümleri uyarınca idare hukuku esaslarına göre dava açabilecektir.

Bu noktada, devletin, il özel idarelerinin, belediyelerin üniversitelerin ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının bünyesinde başka bir deyişle, kamu yönetiminin içinde yer alan ve vatandaşlara sağlık hizmeti sunmak için kurulmuş olan kamu hastanesinde, tıbbi tanı, teşhis, muayene, ameliyat gibi işlemleri de kapsayan girişimlerde bulunan hekim tarafından gerçekleştirilen işlem ve eylemler kamu personeli statüsü dahilinde yerine getirilmektedir. Buna karşılık gerçek kişi, adi ortaklık, dernek vakıf ve Türk Ticaret Kanunu kapsamında ticari şirketler tarafından kurulan ve işletilen hastaneler özel hastane statüsünde olup, bu yerlerden de sağlık hizmeti alınmaktadır. Söz konusu özel sağlık tesislerinde görevli hekimlerin gerçekleştirdiği işlem ve eylemler özel hukuk ilişkisi dahilinde yerine getirilmektedir. Bu ayırım söz konusu yerlerde verilen hizmet sonucu zarara uğrayanların açacağı davalar bakımından önem arz etmektedir.

Bireylerin sağlık hizmeti almak için özel bir sağlık kuruluşuna başvurması halinde, hasta olan birey ile sağlık hizmeti veren yer arasında sözleşme ilişkisi kurulacaktır. Sağlık hizmeti almak için hekime başvurulmuşsa hekim ile hasta arasında sözleşme (vekâlet, eser), haksız fiil veya vekaletsiz iş görme ilişkisi kurulacaktır. Sorumluluk açısından, özel hukuk kurallarına göre, sözleşmeye aykırı davranış halinde, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu sözleşmeye aykırılık hallerinin düzenlendiği 112. maddeye, aynı zamanda eylem haksız fiil teşkil ediyorsa, haksız fiil hükümlerine, 502.-514. maddeler arasında düzenlenen vekâlet sözleşmesine, vekaletsiz iş görmenin düzenlendiği 527. madde hükümlerine ya da eğer şartları oluşmuşsa da Borçlar Kanunu'nun 66. maddesine göre özel hastaneye adam çalıştıran sıfatıyla talepler yöneltilebilecektir. Özel hastanede çalışan ve ifa yardımcısı durumunda olan hekime karşı da Borçlar Kanunu 116. maddesine göre

adli yargıda talepler yöneltilebilecektir. Fakat burada önemle bahsetmek gereken husus ise, özel sağlık kuruluşları üzerinde Sağlık Bakanlığı'nın denetim ve gözetim yükümlülüğüdür. Söz konusu hususa yönelik olarak Anayasa'nın 56. maddesinde yer alan düzenlemeler incelendiğinde, Devlete, *“herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenlemek ve bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak onları denetleyerek yerine getirmek”* ile ilgili pozitif bir yükümlülük getirildiği, Ayrıca, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun Ek 11. maddesinde de, denetleme yetkisi ve uygulanacak yaptırımlara ilişkin düzenlemelere yer verilmek suretiyle denetim ve gözetim yükümlülüğünün hukuki dayanakları ortaya konulmuştur.

Özel sağlık kuruluşları üzerinde idarenin ruhsatlandırılması, kurulması ve işletilmesi aşamasında denetim ve gözetim yükümlülüğüne bağlı olarak yaptırım uygulama yetkisi bulunmaktadır. Bu kapsamda özel sağlık kuruluşunda sunulan bir sağlık hizmeti sırasında zarar meydana geldiği takdirde denetim ve gözetim yükümlülüğü sınırları içinde kalan ve bu yükümlülüğün yerine getirilmemesinden doğan zararlardan idarenin tazmin sorumluluğu doğacaktır. Örneğin; özel sağlık kuruluşlarının tabi oldukları mevzuat bakımından, özel sağlık kuruluşu binasının, istihdam edilen personelin yetersiz ya da niteliksiz olduğu ya da tıbbi araç ve gereçlerin hijyenik olmadığı durumların idare tarafından yapılan denetimlerde saptanması gerekirken gözden kaçırılması veyahut bu eksikliklerin saptanmasına rağmen gerekli tedbirlerin alınmadığı haller söz konusu olduğunda idarenin denetim görevini gereği gibi ya da hiç yapmamasından doğan hizmet kusuru sebebiyle sorumluluğu cihetine gidilebilecektir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi *Mehmet Işıltan / Türkiye* davasında, sağlık hizmeti sunan sağlık kuruluşlarına yönelik olarak devlet organlarının yapacağı düzenlemeler ile bireylerin yaşam haklarının korunmasının sağlanması gerektiği, Komisyon'a göre devlet mekanizmasının pozitif yükümlülükleri kapsamında sağlık kuruluşlarında meydana gelen ölümlerin sebeplerini ve hastanede meydana gelen ölüm olaylarının nedenlerini ve bu ölüm olaylarında ilgili sağlık personellerinin sorumluluğu olup olmadığının ortaya

çıkması açısından etkili bir adli sistem kurması gerektiğini vurgulamış, *Calvelli ve Ciglio / İtalya* kararında da, sözleşmeye taraf olan devletlerin bireylerin yaşam haklarının korunmasına yönelik pozitif yükümlülükler kapsamında kamuya ait sağlık tesisleri yanında özel sektöre ait sağlık tesislerinde sağlık hizmeti alan bireylerin yaşamlarının korunmasının sağlanması açısından söz konusu tesislerin tedbirler ve önlemler almalarını sağlayan yasal düzenlemeler yapmasının şart olduğu ifade edilmiştir²².

Konuya ilişkin olarak²³, “sağlık hizmetlerini kamu hizmeti ruhsatı ile yürüten özel sağlık kuruluşları üzerinde idarenin içselleştirilmiş bir denetim ve gözetim yetkisi bulunduğu, Sağlık Bakanlığı sağlık hizmetlerinin asli sahibi ve nihai sorumlusu olarak bu hizmetler üzerindeki sıkı ve içselleştirilmiş denetim ve gözetim yetkisine bağlı olarak idari para cezası, faaliyet durdurma, ruhsatın askıya alınması ve iptali gibi yaptırımlar uygulama kudretini elinde bulundurduğu, idarenin hizmetle bağı koparılmadığı, özel sağlık hizmetleri alanında idarenin sorumluluğunun, özel sağlık kuruluşlarına ruhsat vermede veya bunları denetlemede gündeme geleceği, bu nedenle, idarenin özel sağlık hizmetlerinin denetim ve gözetimi görevini yerine getirmemesinden doğan sorumluluğunun kaynağı hekimlerin faaliyetinden ziyade idarenin sağlık kamu hizmeti faaliyeti; bir başka deyişle kamu hizmetine ilişkin yürüttüğü denetim ve gözetimi; dolayısıyla kendi işlem ya da eylemi olduğu, kamu dışındaki sağlık hizmeti faaliyetlerini yürütenler özel hukuk kişileri ve bunlarla hastalar arasındaki ilişki bir özel hukuk ilişkisi olup, tarafların hak ve borçları ve dolayısıyla meydana gelen zarardan sorumluluğun bu ilişki kapsamında değerlendirileceği, dolayısıyla açılacak tazminat davalarında adli yargının görevli olacağı, ancak özel sağlık kuruluşlarının faaliyetlerinin özel hukuka tabi olmasının özel kişileri ruhsatname düzenleyerek görevlendiren ve denetim ve gözetim yetkisini elinde tutan ve hizmetin asıl sorumlusu olan idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı, idarenin denetim ve gözetim yükümlülüklerini yerine getirmemesinden kaynaklı

²² KARAKUL, Selman, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı” İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3 (2), Güz,2016, s.177.

²³ Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/6908, K:2021/6225, K.T. 13.12.2021.

sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için hizmet kusuru işlenmiş olmasının yanında, aynı zamanda bir zararın da ortaya çıkması gerektiği, zarar, idarenin denetim görevini yerine getirmemesinden veya yapılan denetim sonucunda aykırılıkların bulunmasına rağmen gerekli tedbirlerin alınmamasından kaynaklanmakta ise, idarenin hizmet kusurunun bulunduğu kabulü gerekeceği, tababet icra etme yetkisi ve dolayısıyla çalışma belgesi bulunmayan yabancı uyruklu şahıs tarafından hasta muayene ve tedavisinin gerçekleştirildiği; ayrıca 09/03/2000 tarih ve 23988 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan ve tıbbi müdahale tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkındaki Yönetmeliğe göre bir özel sağlık kuruluşu olan polikliniklerde cerrahi müdahalelerde bulunulamayacağı dikkate alındığında; söz konusu usulsüzlüklerin davalı Sağlık Bakanlığı yönünden bir denetim kusuru oluşturduğu,” hususları vurgulanmak suretiyle, özel sağlık kuruluşları üzerinde idari makamların denetim ve gözetim yükümlülüğü, bu yükümlülüğün kapsamı, idarenin sorumluluğuna, etkisine değinilmiştir.

Bu kapsamda, bireylerin kamuya ait bir sağlık tesisinde meydana gelen zararlarının bulunması halinde idari yargıda idare aleyhine dava hakkı doğacaktır. İdare sorumluluğuna neden olan fiili icra eden kamu görevlisine de kusurlu bulunması halinde ve kusuru oranında adli yargıda rücu davası açılacaktır. Bu sebeptendir ki, ileride açılacak rücu davasına binaen savunma hakları kapsamında iddia ve savunmalarını yapmaları için söz konusu davalar ilgili sağlık görevlilerine ihbar edilmektedir. İhbar yapılmadan karar verilmesi halinde temyiz aşamasında karar bozulmaktadır. Konuya ilişkin olarak Danıştay tarafından²⁴, “davacı tarafından oğlunun ameliyatında ve sonrasında davalı idarenin hizmet kusurunun bulunduğu iddiasıyla davalı idare aleyhine açılan tam yargı davasında yapılacak yargılama sonucunda idarenin tazmin yükümlülüğünün olduğuna hükmedilmesi halinde, davalı idarenin dava konusu olaya ilişkin olarak sorumluluğu olan kişi veya kişilere rücu edebileceği dikkate alındığında bu kişilerin menfaatlerinin etkileneyeceği, bu itibarla; yukarıda belirtilen Kanun hükümlerinde öngörülen davanın ihbarı için geçerli koşulların oluştuğu anlaşılmakta olup, Mahkemece, esastan yeniden karar verilirken dava

²⁴ Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/6540, K:2020/6842, K.T.23.12.2020.

konusu olayda idare ile arasında rücu ilişkisi doğabilecek kişi veya kişilerin tespit edilerek davanın res'en ilgililere ihbar edilmesi gerektiğinden bu husus gözetilmeksizin yapılan yargılama sonucunda verilen kararda hukuka uygunluk bulunmadığı” hususları vurgulanarak, ihbar usulüne uymayan Mahkeme kararı bozulmuştur. Söz konusu karar, adil yargılanma hakkının alt ilkesinden olan silahların eşitliği, çelişme (karşıtlık) ilkelerinin bir gereği olarak, ileride idare tarafından sağlık görevlisine karşı açılabilir olan rücu davasının öncesinde söz konusu davada savunma ve itirazlarını sunabilmeleri açısından sağlık personeline hukuki koruma sağlaması açısından önemlidir.

Öte yandan, sağlık hizmetinden kaynaklanan tazminat davalarında karşılaşılan bir diğer husus da şudur: Aynı zamanda ilgili hekime adli yargıda açılan davada adli yargı mercilerince alınan bilirkişi raporlarının idari yargı mercilerince de hükme esas alınması durumunda söz konusu raporların taraflara tebliğ edilmeden esas hakkında karar verilmesidir. Mahkeme tarafından, hükme esas alınan raporların tebliğ edilmemesi sonucunda itiraz hakkını kullanamayan tarafların hukuki dinlenilme hakkının kısıtlanması sonucunu doğurmasının yanında adil yargılanma hakkı kapsamında çelişmeli yargılama ilkesine aykırı sonuçlar doğacağından Danıştay tarafından bu durumda bozma sebebi olarak görülmektedir.

Nitekim konuya ilişkin olarak Danıştay tarafından²⁵, *“Mahkemelerce esas hakkında karar verilmeden önce, bilirkişi raporunun birer örneğinin taraflara tebliğ edilmesi ve bilirkişi raporuna tarafların itiraz edebilmelerine olanak tanınması, uygulanması zorunlu bir usul kuralı olduğu, tazminatın ödenmesine karar verilmesi isteminden kaynaklanan işbu davanın ihbarı için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesi ile anılan maddenin atıfta bulunduğu 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 61. ve devamı maddeleri hükümleri uyarınca gerekli koşulların oluştuğu anlaşılmakta olup, Mahkemece, esastan yeniden karar verilirken dava konusu olayda idare ile arasında rücu ilişkisi doğabilecek kişi veya kişilerin tespit edilerek davanın res'en ilgililere davaya müdahil olabilme haklarını kullanabilmelerini teminen davanın ihbarı gerekeceği, söz konusu*

²⁵ Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/6629, K:2021/1920, K.T. 26.04.2021.

birlikçi raporlarının taraflara tebliğ edilmesi ve rücu ilişkisi olacak sağlık personeline de davanın ihbarı usulü işletilmeden verilen İdare Mahkemesi kararında bu yönlerden hukuki isabet bulunmadığı” yönünde karar verilmiştir.

Bireylerin birbirlerine verdikleri zararlar haksız fiil kapsamında kusura dayanan sorumluluk esaslarına göre tazmin edilmekteyken²⁶, idarenin verdiği zararlardan kaynaklanan sorumluluğunun temelleri Anayasanın 125. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme gereğince idari makamlar işlem ve eylemleri nedeniyle meydana gelen zararlardan sorumludur. Sağlık kamu hizmetini idare yapmış olduğu bir idari eylem veya tesis ettiği idari işlem ile sunabilmektedir. Bu kapsamda hizmetin ifası esnasında meydana gelen maddi ve manevi zararlardan idari makamların sorumluluğuna gidilebilmesi için hizmetin ifasına yönelik hukuk dünyasında hukuki sonuç meydana getiren hukuka aykırı bir fiil veya hukuka aykırı bir işlem neticesinde oluşan zararın fiil ile uygun illiyet bağı içerisinde olması gerektiridir. Her ne kadar Anayasanın 125. maddesinde idarenin sorumluluğunda kusura değinilmemiş olsa da, tazminat istemi ile açılan tam yargı davalarında da tazminat hukukunda geçerli olan kusur varsa sorumluluk doğacağı esasına dayanan kusur sorumluluğudur. Öte yandan, bazı durumlarda kusur olmasa dahi kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince meydana gelen zararlardan sorumlu olunabilmektedir. Kusursuz sorumluluk halleri özel hukukta istisnaidir. Kanunda açıkça düzenlemesi gerekmektedir. Fakat idare hukuku içtihatlar hukukuna dayandığından kusursuz sorumluluk ilkesi de yargı içtihatları ile geliştirilmiştir. Bu nedenle özel hukuktaki gibi yasal dayanak aranmamaktadır. Tam yargı davaları, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda “*idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan*” davalar olarak tanımlanmış olup medeni yargılamadaki edim davalarına benzemektedir.²⁷Bu davalar, idari işlem veya eylem nedeniyle kişisel hakları ihlal edilenlerin söz konusu haklarının korunmasını ve hakkın çekirdeğini oluşturan edimin yerine getirilmesini sağlamaktadır²⁸. Tam yargı davalarının bireylerin taleplerine göre, istirdat (geri alma) davaları,

²⁶ ULUSOY, Ali, Yeni Türk İdare Hukuku, Yetkin Yayınları, 2021, Ankara, s.569.

²⁷ GÜNDAY, Metin, İdari Yargılama Hukuku, Turhan Kitabevi, 2022, s.121.

²⁸ GÜNDAY, İdari Yargılama Hukuku, s.121.

idari sözleşmeden kaynaklı tam yargı davaları, vergi uyuşmazlıklarından kaynaklanan tam yargı davaları ve tazminat davaları olarak türleri bulunmaktadır. Sağlık hizmeti sunumundan doğan zararların karşılanması istemiyle açılan tazminat istemli davalar başka bir deyişle tazminat davaları tam yargı davalarının özel bir görünümü olduğundan bu davalarda da asıl olan kusurdur. Fakat bu kusur özel bir kusur hali olan hizmet kusurudur. Hizmet kusuru, özel hukukta haksız fiillerden sorumluluk halinde aranan kusur türünden farklı olarak idare hukukunun kendine has özelliklerini bünyesinde barındıran, kamu görevlilerinin görevinden ayrılmayan, anonimleşmiş, birincil kusur türüdür²⁹. Danıştay kararlarında hizmet kusuruna yönelik³⁰, “*idarenin yürütmekle görevli olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık veya boşluk olarak tanımlanabilen hizmet kusuru; hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde gerçekleşmekte ve idarenin tazmin yükümlülüğünün doğmasına yol açtığı, bu bağlamda hizmet kusuru, özel hukuktaki anlamından uzaklaşarak nesnelleşen, anonim bir niteliğe sahip, bağımsız karaktere büründüğü*“ ifadeleri kullanılmaktadır. Asli sorumluluk nedeni hizmet kusuru olması hasebiyle uyuşmazlıklarda önce hizmet kusuru ardından kusursuz sorumluluk halleri irdelenmektedir.

Kendine özgü özellikleri olan hizmet kusuru, hizmetin hiç işlememesi, geç işlemesi, kötü işlemesi olarak sınıflandırılmakta olup sağlık hizmeti sunumunda özel görünüm biçimlerine sahip olmaktadır. Bu kapsamda, Danıştay sağlık hizmet kusuru tanımını kararlarına yansıtmaktadır. Bu doğrultuda Danıştay kararları ışığında sağlık hizmet sunumundaki kusura değinmekte fayda vardır.

4. SAĞLIK HİZMETİNDE KUSUR

İdarenin tazminat sorumluluğunun temel unsuru olan hizmet kusur türleri; hizmetin kötü işlemesi olarak örneğin; hastanın ameliyatı esnasında karnında ameliyat makası unutulması, hizmetin geç işlemesi olarak; örneğin; kalp krizi geçiren bir hastaya hizmet için gerekli olan

²⁹ GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, Ekin Yayınları, Cilt II, 2019, s.1156., ÖZDEMİR, Necdet, Hizmet Kusuru Teorisine ve İdarenin Sorumluluğu, Yeni Desen Matbaası, Ankara, 1963, s.35.

³⁰ Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/6753, K:2021/6169, K.T. 13.12.2021.

makul kabul edilemeyecek sürede müdahale edilmesi, hizmetin hiç işlememesi olarak; örneğin; sevk zincirini işletmeme olarak ortaya çıkabilecektir. İdare hukukunda esas olan sorumluluk hizmet kusuruna dayalı sorumluluktur. Bu kusur hizmetin her aşamasında ortaya çıkan her türlü bozukluk aksaklık ve eksiklik olarak ortaya çıkabilecektir. Hizmet kusuruna dayalı olarak idarenin sorumluluğunun bulunup bulunmadığı da idari yargıya özgü bir dava türü olan tam yargı davası ile ortaya konulmaktadır. Söz konusu dava aslında tazminat davasının özel bir türü olarak, kendine özgü özellikleri hasebiyle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinde düzenlenmiştir.

İdarenin tazmin sorumluluğunun asli nedenini hizmet kusuru oluşturduğundan, bu kavramın tanımı ve türlerinin net bir şekilde açığa kavuşturulması idarenin tazmin sorumluluğu bağlamında oldukça ehemmiyetlidir. Özellikle sürekli gelişim içinde bulunan tıp biliminin uygulandığı sağlık hizmeti bakımından bu husus ayrıca önem taşımaktadır.

Sağlık alanındaki hizmet kusuru, “sağlık kurum ve kuruluşlarının (idarenin) yerine getirmekle yükümlü olduğu herhangi bir sağlık kamu hizmetinin kurulumunda, düzenlenmesinde veya teşkilatlanmasında, yapısında, personeline veya işleyişinde gereken emir, direktif ve talimatın verilmemesi, gözetim, denetim ve teftişin icra olunmaması, hizmete tahsis olunan araçların yetersiz, elverişsiz, kötü olması, gereken tedbirlerin alınmaması, geç, vakitsiz hareket edilmesi şeklinde ortaya çıkan bir takım aksaklık, aykırılık, bozukluk, düzensizlik, eksiklik, sakatlıktır.”³¹ olarak doktrinde tanımlanmıştır.

Sağlık hizmeti sunumunda idareye düşen yükümlülük hizmet için gereken nitelik ve nicelikte olan ehil personel ve ekipmanla hizmetin sunulup sunulmadığının, bunların temininde gerekli dikkat ve özenin gösterilip gösterilmediğinin, hastanelerde yapılacak olan girişimlerin tıp hukukun gerektirdiği kurallar çerçevesinde gerçekleştirilip

³¹ GÜNDAY, Rezzan. Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s. 244; AYAN, Mehmet. Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Kazancı Yayınları, Ankara 1991, s. 175; KAYA, Cemil. İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetim, XII Levha Yayınları, İstanbul 2014, s. 231.

gerçekleştirilmediğinin denetlenmesidir. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi hizmet kusuru niteliğinde olup, idarenin tazmin sorumluluğu doğuracaktır.

Bu kapsamda, Danıştay, sağlık hizmetinin kusurlu yürütülmesine dayalı olarak açılan tam yargı davalarında idarenin tazmin sorumluluğu için “*ağır hizmet kusuru*” koşulunu aramaktayken bu içtihadını 2015 yılından itibaren değiştirerek içinde basit kusuru bile barındıran “*hizmet kusurunu*” yeterli kabul etmektedir. Söz konusu içtihat değişikliği de yerinde olmuştur. Zira kamu gücü ayrıcalıkları ile donatılan idare, zayıf konumdaki bireyler karşısında ağır hizmet kusuru aranmak suretiyle daha da güçlü bir konuma getirilmiş, bireyler açısından ise hak arama özgürlüğü kapsamında uğradıkları zararların giderilmesi ağır şartlara bağlanarak idarenin mali sorumluluğu ilkesi ile ulaşılmak istenen amaçtan uzaklaşmıştır.

Sağlık hizmetlerinde dikkat edilmesi gereken önemli bir husus da, sağlık hizmetinin bireylerin yaşam hakkı ile bağlantılı olması ve tıbbi girişimlerin riskler taşıması sebebiyle sorumluluğun yorum yoluyla oldukça genişletilmesi halinde hekimlerin sorumluluktan kurtulmak adına yapacağı defansif tıp uygulamalarının bireylere vereceği zararlardır. Defansif tıp uygulamaları, tıbbi uygulama hatalarına dayalı olarak ileride açılacak tazminat ve rücu davalarından kendini koruma içgüdüsüyle hekimlerin ya da diğer sağlık görevlilerinin normal şartlarda başvurmayacağı bir işleme sırf sorumluluktan kurtulmak maksadıyla gereksiz yere başvurusudur. Sağlık personeli hatalı tıbbi uygulamaya dayalı malpraktis davası açılma olasılığı yüksek olan riskli faaliyetlerin sorumluluğunu reddedebilecek, başka uygulamalara yönelebilecektir. Bu durumda ortaya zararlı bir sonuç çıkarsa söz konusu yaklaşımların yargı mercilerince hizmet kusuruna sebebiyet verip vermediği titizlikle irdelenmelidir. Bu bağlamda idarenin mali sorumluluğuna neden olan hizmet kusuru sağlık hizmetinin niteliği gereği özel görünüm biçimlerine bürünmekte, sağlık hizmetine özel kusur türleri olarak ortaya çıkmaktadır.

4.1. Sağlık Hizmetinde Kusur Türleri

Sağlık hizmeti sunulurken birçok tıbbi müdahalelerde bulunmaktadır. Bunlar insan sağlığını koruyan, tedavi eden, rehabilite eden hizmetler olmak üzere ayrılmakla birlikte, tıbbi müdahale

kavramına yönelik doktrinde tanımlamalar yapılmıştır³². Tıbbi müdahale, bireylerin sağlıklarını korumaya, onları gerek bedenen gerek ruhen tedavi ve rehabilite etmeye yönelik tam bir iyilik hali sağlanması amacıyla yetkin sağlık personeline tıp biliminin gerektirdiği standartlar içinde yapılan tüm müdahaleler olarak tanımlanabilir. Tıbbi müdahaleden kaynaklı sorumluluk doğmaması için hukuka uygunluk şartının sağlanması gerekmektedir. Anayasanın 17. maddesinin 2. fıkrasında kanunda sayılı hallerde ve tıbbi zorunluluk halinde yapılan müdahalelerin hukuka uygun olduğu düzenlenmiştir. Bunun nedeni bireylerin yaşam hakkı kapsamında yüksek menfaatlerini korumaktır³³. İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'nin 2. maddesinde, “herkesin yaşam hakkının yasanın korunması altında olduğu” belirtilmekle, yaşam hakkının korunması gerekli bir hak olduğu ve devletlere bu hakkın korunmasının yükümlülük olarak öngörüldüğü açıktır.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 3., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 2., Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 6. ve

³² GÖKCAN, Hasan Tahsin, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Seçkin Yayınları, Şubat 2013, s. 39, AYAN, Mehmet, a.g.m.,s. 5., Rezzan Günday, a.g.m., s.3., YILMAZ, Battal, Açıklamalı-İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 1., YENERER, Çakmut, Özlem, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, Legal Yayınevi, İstanbul 2003, s.24., YENERER, Çakmut, Özlem. “Sağlık Hukukunun Temel Esasları ve Özellikle Aydınlatılmış Onam”, “Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk”, Sempozyum 16-17 Ocak 2009 Mersin, Bildiriler, Mersin Barosu Yayınları, s. 4., SAVAŞ, Halide, Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları, Seçkin Yayınları, Ankara 2013, s. 26., ERSÖZ, Kürşat, “Tıbbi Müdahale Kavramı ve Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları”, Terazi Hukuk Dergisi, Yıl: 5, Sayı: 45, Mayıs 2010, s. 106., ER, Ünal, Sağlık Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2008, s. 59., GENÇER, Zafer Adem, Ceza Hukuku Kapsamında Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Bilge Yayınevi, Ankara 2014, s. 17., TANERİ, Gökhan, Hasta Hakları, Bilge Yayınevi, Ankara 2014, s. 39., TÜRKMEN, Ali, Hasta ve Hekim Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 40., ÖZPINAR, Berna, “Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamadan Doğan Hukuki Sorumluluğun Sebepleri ve Sonuçları”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:66, Sayı:3 Yaz 2008, s. 91. CANBOLAT, Ferhat, “Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Kaynaklanan Sorumluluğunun Dayanağı”, TBB Dergisi, Sayı:80, Ankara 2009.s.159.

³³ BELGESAY, Mustafa Reşit, Tıbbi Mesuliyet, M. Sıralar Matbaası, İstanbul 1954, s. 65.

Anayasanın 17. maddesine göre, “Her insanın doğuştan gelen yaşama hakkına sahip olduğu ve bu hakkın yasalarla korunmasının gerektiği” düzenlenmiştir. Yaşam hakkının önemi ve diğer hakların varlık sebebi olduğu ve devletin söz konusu hakkın korunmasına yönelik alacağı önlemlerin gerekliliği açısından Danıştay³⁴, “insan hakları içinde değer sırası bakımından ilk sırada yer alan ve en temel insan hakkı olarak kabul edilen yaşama hakkının diğer tüm hakların varlık sebebi olduğu ve bu hakların kullanımının yaşama hakkına bağlı olduğu, bu bakımdan bu hakkın kullanımı için devletin yalnızca insan yaşamına saygı gösterme anlamında negatif bir yükümlülük altında olmadığı, aynı zamanda insan yaşamını etkin olarak korumak için gerekli adımları atmak, bu kapsamda bireyleri diğer kişilerin yaşamsal tehlike yaratan eylemlerinden korumak için uygun önlemleri almak, yaşama kasteden eylemleri caydırıcı ve etkin şekilde cezalandırmak için kanunlarında gerekli yaptırımlara yer vermek, bu hükümlerin ihlal edilmesini önlemeye ve cezalandırmaya yönelik ceza kovuşturmasını etkili şekilde organize etmek ve kişinin bizzat kendi yaşamına son vermesinin önüne geçmek için gerekli tedbirleri almak gibi pozitif yükümlülüklerinin de olduğu” hususlarını vurgulayan bir karar vermiştir.

Yaşam hakkı ve maddi manevi varlığın korunmasını isteme hakkı sıkı ilişkide olan haklardan olması nedenleriyle devlete de bu anlamda negatif ve pozitif yükümlülükler yüklemektedir. Negatif yükümlülük, yetkisi dahilindeki bireylerin yaşamına kasıtlı ve hukuka aykırı olarak son vermeme, pozitif yükümlülük ise, yetkisi dahilinde olan bireylerin yaşam hakkını gerek kamusal niteliğe haiz makamların, gerek özel sektörde faaliyet gösteren kurum ve kuruluşların gerekse diğer bireylerin ve son olarak da kişinin kendisinin eylemlerinden kaynaklanacak tehlike ve risklere karşı korunmasıdır.

Bu kapsamda, devleti oluşturan üç erkten biri olan yürütme organının dışa yansıyan faaliyetlerinde görevli olan idari makamların sunduğu (gözetim ve denetim yükümlülüğü kapsamındaki özel sağlık tesislerinde sunulan sağlık hizmeti de dahil) sağlık kamu hizmeti sunumu esnasında sağlık personeli tarafından yapılan tıbbi müdahalelerin sorumluluk doğurmaması için hukuka uygun olması

³⁴ Danıştay Onuncu Dairesi, E:2015/23, K:2017/6112, K.T.26.12.2017.

gerekmektedir. Bu kapsamda hukuka aykırı olarak yapılan tıbbi müdahale esasen hizmet kusuruna sebep olacaktır. Bu hatalı müdahale neticesinde meydana gelen zarar uygun illiyet bağı içerisinde ise sorumluluk doğacaktır. Ayrıca hukuka aykırı olan tıbbi müdahalenin hastaya, hasta yakınına, sağlık personeline ekonomik açıdan olmak üzere birçok olumsuz sonucu meydana gelmektedir³⁵. Asıl olan sorumluluk türü kusur sorumluluğu olduğundan sağlık hizmet kusur türlerinin belirlenmesi ve sınıflandırılması gerekmektedir. Ancak, sağlık biliminin sürekli gelişmesi ve yenilenmesi hasebiyle söz konusu sınıflandırma ve belirleme kolay değildir. Klasik ayrımların dışında tıbbi gelişmelerde dikkate alınarak pozitif hukuk çerçevesinde yeni sağlık hizmet kusuru tasnifleri doğmaktadır. Sağlık hizmetinin kurulumunda, düzenlenmesinde, teşkilatlanmasında bünyesindeki personeline veyahut işleyişinde aksaklık, aykırılık, eksiklik veya sakatlık taşınması olarak tanımlanan sağlık hizmet kusurunun yanında, tıp biliminin gerektirdiği şekilde hareket etmesi gereken hekimin ve diğer sağlık personelinin bu yükümlülüklerle aykırı davranması da sağlık hizmetinde hizmet kusuru olarak kabul edilecektir.

4.1.1. Tıbbi Hatalı Uygulama (Tıbbi Malpraktis) ve Görünüm Biçimleri

Malpraktis kelime anlamı olarak Latince “male” ve “praxis” kelimelerinden türemiştir. Batıda “malpraktis” kavramı hukukun bir parçasına dönüşmüştür. Latin kökenli olan “malpraktis” iki kelimededen oluşmuştur. Bunlar “male” – kötü ve “praxis” uygulamadır. Sözün anlamı görevi kötü icra etme, bir mesleğin kötü ve hatalı uygulamalarıdır.

En yaygın hizmet kusuru türü olan “hizmetin kötü işleminin” bir türü olarak, sağlık hizmeti alanında “tıbbi uygulama hataları” (malpraktis) karşımıza çıkmaktadır. Tıbbi uygulama hataları, bireylerin yaşayacakları her türlü rahatsızlıkları (bunların içinde vücut ve ruhsal bozukluklar da dahil olmak üzere) teşhis ederek buna uygun tedaviyi uygulamak yerine, hastalıkla alakasız tedavileri uygulamak, şayet

³⁵ TOP, Mehmet, GİDER, Ömer, TAŞ, Yunus, ÇİMEN, Seher, “Hekimlerin Tıbbi Hatalar Neden Olan Faktörlere İlişkin Değerlendirmeleri”, Kocaeli İlinde Bir Alan Çalışması, Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, C:11, Sayı:2, 2008, s. 164.

teknolojik gelişmelerin ışığında tedavisi mümkün olmadığı takdirde hastalığın sebep olduğu zararları hafifletmek ya da acıları en azından dindirebilecek tedavileri yapmayarak başka tedavileri uygulamak, veyahut kişileri rahatsızlıklardan korumak adına tıp mesleğinin ve tıp hukukunun esaslarına ve kurallarına uygun olarak gerçekleştirecekleri, en basitinden, en ağırına kadar uygulanan teşhis, tedavi, cerrahi müdahalelerin kusurlu ifasına bağlı olarak ortaya çıkan sonuçlardır. Hekimin ya da diğer sağlık personelinin gördükleri eğitimin ya da uzmanlıkla ilgili bilgilerini hastanın tedavisinde yeteri kadar göstermeyerek ülkedeki mevcut tıbbi hizmet standartlarının altında bir hizmet vermesi tıbbi hata olarak kabul edilecektir. Tıbbi uygulama hatası (malpraktis), meslek hatası, hekim hatası olarak tanımlansa da, Dünya Tabipleri Birliği'nin 1992 yılında yapılan 44. Genel Kurulu'nda kabul edilen bildirmede³⁶, "*doktorun tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarar*" olarak tanımlanmıştır³⁷.

Tıbbi malpraktis, tıbbi hata ya da tıbbi kötü uygulama, Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 13. maddesinde tanımlanmaktadır. Tıp biliminin bünyesinde bulunan esaslara, standart uygulamalara ve mesleğin gerektirdiği tecrübeye göre gösterilmesi gerekli özenin gösterilmemesinden kaynaklı her türlü hekim müdahalesine uygulama hatası (malpraktis) nitelendirilmesi yapılmaktadır. Başka bir deyişle tanımlamak gerekirse, bir tabibin hasta olduğu iddiası ile kendisine başvuran bireye teşhis ve tedavinin bünyesinde barındırdığı standartlara uygun hareket etmemesi ve bir hekim olarak alanında kendisinden beklenen bilgi ve beceriye sahip olmaması ve tüm bunlarla beraber hastalığın teşhis ve tedavisini doğru bir şekilde ortaya koyamamasından dolayı uygun tedavinin de yapılamaması, yanlış tedavilerin yapılması tıbbi hata çerçevesinde değerlendirilebilir. Bu noktada hatalı tıbbi uygulama sonucu doğacak sorumluluk "*kusura dayalı genel sorumluluk*"tur.

³⁶ ÖZPINAR, Berna, a.g.m., s.92.

³⁷ "Sağlıkla İlgili Uluslararası Belgeler", "Dünya Tabipler Birliği Avrupa Konseyi Birleşmiş Milletler Unesco Avrupa Tabip Birlikleri Forumu", Yayına Hazırlayan: SAYEK, Füsün, Haziran, 1998, s.46. https://www.ttb.org.tr/kutuphane/uluslararasi_belgeler.pdf, (Erişim Tarihi:15.05.2022)

Bu noktada, tıbbi uygulama hatası bağlamında, hekimin yapmış olduğu faaliyet içerisinde sorumlu olabilmesi için tecrübeli olması ve alanında uzman hekim olması gerekmektedir. Hekimin sorumluluk değerlendirmesinde, hastanın sıhhatinde olumsuz sonuçlara sebep olacak bir zararın ortaya çıkmasından evvel bu durumu öngörebilme olasılıklarının bütününe, sübjektif değerlendirme standartlarına sahip olması gerekmektedir. Hekimden beklenen, olayların normal döngüsü içerisinde kendisinden beklenen objektif özen yükümlülüğünü de yerine getirmiş olmasıdır. Dolayısıyla hekimlerde aranan hususlara aykırılıklar ve ihlaller çoğunlukla karşımıza üç farklı şekilde çıkmaktadır. Bunlardan ilki, hekimin uzmanlık alanıyla ilgili kendisine başvuran hastaya yönelik olarak hastalığın teşhisi, oluşabilecek olası endikasyonları, uygulanacak tıbbi girişimin hekim tarafından seçimi, bu girişimin uygulanması, tedavi yahut cerrahi müdahalenin söz konusu olduğu durumlardan sonraki bakım da dahil, bu alanlarda yapılan aykırılıklar ve ihlallerdir. İkinci ihlal ise, hastanın hekim veya sağlık personeli tarafından uygulanacak tüm tedavi hakkında bilgi sahibi olmasının sağlanmaması ve hastanın öyküsünün (anamnez) alınması gerekirken alınmamasıdır. Diğer ihlal ise, hastanın tedavisi sırasında müdahalenin içerisinde yer alacak personelin taşınması gereken nitelikler ile personel sayısı ve hekimlerin kendi aralarındaki yardımlaşma başka bir ifadeyle işbirliği (Konsültasyon) alanına uyulmaması, konsültasyonun yapılmaması veya yanlış yapılmasıdır. Bu üç ihlali sırasıyla uygulama kusuru (tanı ve tedavide hata), aydınlatma kusuru ve organizasyon kusuru olarak değerlendirmek mümkündür. Bu üç kusura "Tıbbi Uygulama Hatası" (Tıbbi Malpraktis) adı da verilmektedir. Örneğin; enjeksiyonla verilen ilacın hastanın bedeninde yanlış yere ya da organa yapılması, enjeksiyonun hastanın sinirine denk getirilmesi, kırık bir kemiğin gereği gibi doğru olarak tespit edilememesi, yatan hastanın emniyetinin sağlanmaması nedeniyle yataktan düşmesi birer uygulama hatası olarak kabul edilir.

Tıbbi uygulama hatasında önemli olan diğer bir husus, sağlık personeline sunulan hizmette mesleğin gerektirdiği standartların yakalanmış olmasıdır. Bu standardın altında ve dışında hizmet sunulduğu takdirde tıbbi uygulama hatası ortaya çıkacaktır. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi madde 13'te, "*hekim tıbbin gereklerine göre teşhis koymakla yükümlü olup tıbbin kurallarına aykırı tedavi ve teşhis yasaklanmakta*" olup, esasında tıbbi standart ile ifade edilmek istenen

tıp biliminin yeryüzündeki varlığından günümüze kadar kabul görmüş meslek kurallarının tamamıdır. Yaşam hakkı kapsamında, hekim tıbbi standartları takip etmeli ve uygulamalıdır. Ülke standartlarında bir hekimden beklenen dikkat ve özen yükümlüğü bunun sınırınıdır. Tıp biliminin gerektirdiği bu standartların ihlali durumunda (ilk akla gelenler teşhis, tedavi, endikasyon eksikliği, yanlış tedavi yönteminin seçimi ve müdahale sonrası bakım yönetiminin eksik yapılması) tıbbi uygulama hatası sebebiyle hizmetin kusurlu ifası neticesinde hizmet kusuru meydana gelecektir. Fakat, hekimin tedavi amacıyla önerdiği ilaç ya da diğer uygulamaların olağan yan etkileri çıkması ve bazı hastalıkların özelliği gereği tedavi esnasında veya sonrasında komplikasyon meydana gelmesinin tıbbi hata olarak değerlendirilmemesi gerekmektedir. Önemle belirtmek gerekir ki, sağlık personelinin sahip olması gereken mesleki bilgi düzeyine göre öngörülemeyecek ve engellenemeyecek hatalar (komplikasyonlar) kapsam dışında kalacaktır. Tüm bu açıklamalar ışığında tıbbi standardın ne demek olduğunu ve bu noktada da komplikasyonun ne demek olduğunu ifade etmekte fayda vardır.

Bu kapsamda komplikasyon kavramına değinmek gerekirse; hekimlerin tıbbi müdahaleleri sırasında ve sonrasında meydana gelebilecek öngöremediği, öngörse dahi önlemesinin imkânsız olduğu durumlar komplikasyon olarak ifade edilmektedir. Bu bağlamda, ortaya çıkan istenmeyen sonucun hekimden beklenen bilgi ve beceri noksanlığının zorunlu bir neticesi olmaması gerekmektedir. Dolayısıyla aslında her tıbbi müdahalede tıbbi müdahalenin bünyesinden kaynaklanan olabilecek risk ve sapmalar kapsamında değerlendirilebilecek sonuçlar olabileceğinden, söz konusu sonuçların sorumluluk kapsamında değerlendirilmemesi gerekmektedir. Bu noktada komplikasyondan kaynaklanan sorumluluğun doğmaması ve tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması için hastaya kendisine uygulanacak tıbbi müdahale öncesinde ya da sonrasında bilgilendirilme yapılması ve oluşabilecek komplikasyonları öğrenmesi ve buna rağmen tıbbi müdahaleye onay vermesinin sağlanması gerekliliğidir. Aksi halde tıbbi müdahaleler hukuka aykırı olacak ve sorumluluk doğacaktır. Danıştay'ın buna ilişkin bir içtihadında³⁸; “*Adli Tıp Kurumu raporunda, uygulanan enjeksiyonun yetkisiz kişilerce ya da yanlış bölgeye uygulandığına dair*

³⁸ Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/6823, K:2021/5465, K.T. 11.11.2021.

bilgi olmadığından davacıda gelişen siyatik sinir hasarının enjeksiyon uygulamasının komplikasyonu olması hasebiyle meydana gelen sinir hasarının oluşmasında davalı idarenin hizmet kusurunun bulunduğu açıkça ortaya konulmadığından maddi tazminata hükmedilmesi koşulları oluşmamakla birlikte, enjeksiyon uygulamasından önce oluşabilecek komplikasyonların/risklerin anlatılıp yazılı onamın alınmamış olması neticesinde davacının aydınlatılarak onay verme hakkı elinden alınmış olacağı dosya içerisinde yer alan hastane kayıtları incelendiğinde, enjeksiyon uygulamasına ilişkin bir onam belgesinin olmadığı, bu durumda Mahkemece, davalı idare tarafından davacıya enjeksiyonun sonuçlarının ve olası komplikasyonlarının anlatıldığına ve davacının bu işleme rıza gösterdiğine dair yazılı ve imzalı aydınlatılmış onamının alınıp alınmadığı araştırılarak sonucuna karar verilmesi gerekirken, bu durum araştırılmadığı” hususuna vurgu yapılarak, onam konusundaki eksiklikler bozma sebebi olarak görülmüştür. Onamın alınıp alınmadığının araştırılması hastanın yaşam hakkı, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı, kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında önemli bir konudur.

Öte yandan, alınan onamın mevzuatın aradığı şekil şartlarını ve içeriklerini taşıması gerektiği, matbu onamların yeterli olmayacağı, her tıbbi müdahaleye has çıkabilecek komplikasyonların açıkça anlaşılır bir biçimde onamda yazılması ve hastanın buna vakıf olmasının sağlanması gerekmektedir. Konuya ilişkin olarak³⁹, “*hastane kayıtlarının tetkikinde davacının bu işleme rıza gösterdiğine dair yazılı imzalı onamının bulunmadığı ancak hastanın tıbbi müdahale öncesi bilgilendirilmesi içerikli hemşire M.A. imzalı Hasta Bilgilendirme Formunun hazırlandığı, bilgilendirme formunda hasta veya velisinin imzasının olmadığı yönünde açıklamada bulunulmuş, bahsi geçen evrak dosyaya sunulmuş, dosyaya sunulan hasta bilgilendirme formunun davacı tarafından imzalanmadığı, dosyada bu evrak dışında ameliyatın risklerine yönelik aydınlatılıp rızanın alındığına ilişkin başkaca bir belgenin de bulunmadığı, bu durumda; yukarıda aktarılan 1219 sayılı Kanun'un 70. maddesi hükmü ve diğer mevzuat hükümleri çerçevesinde hastanın aydınlatılarak rıza alınması yükümlülüğünün yerine getirilmemiş olduğu” hususları vurgulanmıştır. Söz konusu karardan da*

³⁹ Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/6122, K:2019/9350, K.T. 05.12.2019.

görülebileceği üzere, onam alınmasının amacı, hastanın tıbbi müdahale öncesi oluşabilecek komplikasyonlar hakkında tam anlamıyla bilgilendirilmesi suretiyle kendi geleceğini belirleme hakkını sağlamaktır. Mevzuatta bazı durumlarda rızanın alınamayacağı ya da bizzat hasta tarafından onamın imzalanmaması durumunda da geçerli olacağı hallerin düzenlendiği görülmektedir. Fakat somut olayda böyle bir durum söz konusu olmadığından, başkası tarafından imzalanan onam formu yeterli bilgilendirme amacını sağlamayarak tıbbi müdahaleyi hukuka aykırı hale getirmektedir.

Tıbbi müdahale sonrası bir komplikasyon gelişmiş ise, komplikasyon sonrası süreçte uygulanan teşhis ve tedavinin de tıp kurallarına uygun olması gerekmektedir. Komplikasyon sonrası yapılan müdahaleler “komplikasyon süreç yönetimi” olarak nitelendirilmektedir. Bu noktada sürecin iyi işletilmesi ve yönetilmesi gerekmektedir. Bu durum da hizmet kusurunun varlığını tespit etme bakımından önem arz etmektedir. Nitekim konuya ilişkin olarak, ⁴⁰ “...tedavi süreci bir bütün olarak ele alınıp sunulan sağlık hizmetlerinde komplikasyon yönetiminin iyi yapılıp yapılmadığının detaylıca incelenerek bir sonuca ulaştırılması” gerektiğine değinilerek, komplikasyon yönetiminde ortaya çıkan aksaklıklardan da idarenin sorumlu olacağına vurgu yapılmıştır.

4.1.1.1. Uzmanlık (Yetki) Sınırının Aşılması

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olarak değerlendirilmesi için müdahaleyi yapacak sağlık personelinin (ebe-hemşire-hekim) söz konusu müdahale açısından yetkinlik şartını taşıması ön koşulu aranmaktadır. Bir hekim almış olduğu tıp eğitimi sonrasında mevzuatın aradığı koşulları başarı ile sağladığı takdirde uzmanlık belgesinin sağladığı hak ve sorumluluğa sahip olmaktadır. Bu sebeple kendi uzmanlık alanı ile ilgili müdahalelerde bulunması gerekmektedir. Alanı dışındaki konularda yapılan her tıbbi girişim yetki/uzmanlık sınırının aşılması olarak değerlendirilecektir. Söz konusu durum diğer sağlık görevlileri açısından da (ebe, hemşire, sağlık memuru vb.) geçerlidir. Sağlık personeline, mesleki yeterliliklerini sağlamadan ya da alanları dışında yaptıkları tıbbi işlemlerden sorumlu olunacaktır. Örneğin; hasta

⁴⁰ Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/6252, K:2019/11154, K.T. 31.12.2019.

bakıcının enjeksiyon yapması, genel cerrahi uzmanının sezaryen ameliyatını yapması gibi.

Danıştay'ın bir kararında konuya ilişkin olarak⁴¹, “yapılan apandisit ameliyatında yumurtalıklarının alındığı, alınan raporlarda genel cerrah olan doktorun yaptığı işlemin kendi uzmanlık alanına girmediği, kadın hastalıkları doğum uzmanının alanına girdiği ve hastanın rızası olmadığı halde operasyonla endikasyonsuz olarak yumurtalık overlerinin çıkarılması ve çıkarılan parçaların patolojiye gönderilmemesi nedeniyle olayda 8/8 oranında kusurlu olduğu tüm bu hususlar göz önüne alındığında davalı idare tarafından davacıya sunulan kamu hizmetinin kötü işlediği...” hususuna vurgu yapılmıştır. Diğer bir kararında ise, staj aşamasındaki bir sağlık meslek lisesi öğrencisine tek başına kas içi enjeksiyon uygulatılması neticesinde oluşan zarar açısından⁴², “stajyer öğrencinin henüz mesleği ile ilgili alanda eğitim aldığı, yetkin ve yetkili bir sağlık personeli olmadığı, yetkin bir sağlık personelinin gözetimi olmaksızın tek başına enjeksiyon uygulamasını yapamayacağı, mesleki eğitim için öğrenci kabul eden idarece görevlendirilmiş mesleki yeterliğe sahip bir personel gözetiminde mesleki uygulamaları yapabileceği, olayda, doktor tarafından düzenlenen kas içi enjeksiyon uygulamasının yetkili bir sağlık personeline veya onun gözetimi ve denetimi altında yapılması gerekirken, bu uygulamanın denetim ve gözetim altında olmaksızın bir stajyer öğrenci tarafından yapılması, sunulan sağlık hizmetinin özensiz ve denetimsiz biçimde kusurlu olarak işletildiğini göstermekte olduğu” ifade edilerek, tıbbi girişimi yapacak sağlık personelinin söz konusu alanda yetkin olma şartını sağlaması aksi durumun ortaya çıkaracağı zararlardan idarenin sorumlu olacağı vurgulanmıştır.

4.1.1.2. Bilgilendirme Eksikliği ve Rıza Sınırının Aşılması

Tıbbi müdahale öncesi hastanın rızasının alınmasına “hastanın onamı” veya “aydınlatılmış onam” denilmektedir. Hastanın rızasının alınmasının nedeni yapılan tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirmektedir. Bu şart aynı zamanda hastanın kendi geleceğini belirleme hakkından kaynaklanmaktadır. Aydınlatılmış onam, insan onurunu

⁴¹ Danıştay Onbeşinci Dairesi, E:2013/3957 ve K:2014/2049, K.T. 20.03.2014.

⁴² Danıştay Onbeşinci Dairesi, E:2014/1928, K:2019/97, K.T. 15.01.2019.

korumayı, bireye saygı ilkesini hayata geçirmeyi hedeflemektedir. Bilgilendirme, hekimin vereceği bilgilerle hastaya uygulanması düşünülen tedavi yöntemi hakkında hastayı serbestçe karar verecek duruma getirmektir. Yeterince bilgilendirilen hasta önerilen tedaviye razı olup olmama konusunda serbestçe karar verme iradesine sahip olacaktır. Olumlu ya da olumsuz yönlerini bilmeden tedaviye rıza gösteren hastanın kendi iradesiyle karar verdiğinden söz edilemez. Serbest iradeye dayanan rıza, tıbbi müdahalenin hukuka uygun olmasının temel şartıdır. Bilgilendirme amaçlı hastaya yapılacak bu açıklamaların hastanın anlayabileceği düzeyde olması gerekmektedir. Aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilmeden alınan rızaya dayalı yapılan tıbbi müdahale, hastanın geleceğini tayin etme iradesine ve şahsiyet hakkına müdahale olarak değerlendirilecektir. Hasta haklarına ilişkin mevzuatta rızanın alınamayacağı acil haller düzenlenmekle birlikte, bu durumlara girmese dahi hastanın kendisine ya da yakınlarına üzüntü verecek, kriz geçirmelerine neden olacak aydınlatmaların yapılmaması bu ilkenin istisnası olabilir. Rızanın aranmasına imkân olmayan acil durumlarda, kamu düzenin gerektirdiği hallerde, ameliyatının genişletilmesinin hastanın sağlığı için zorunlu olduğunda aydınlatma yükümlülüğünden bahsedilemeyecektir. Rızanın kabul edilebilmesi için tedavi amacına yönelik alınması ve rıza gösterenin iradesine müdahale edilmemesi gerekmektedir. Hasta Hakları Yönetmeliği'nde düzenlenen rıza, yazılı veya sözlü olabilir. Fakat Tababet ve Şuabatları Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesine göre büyük cerrahi operasyonlarda yazılı rıza şartı aranmaktadır. Bu kapsamda trafik kazası sonucunda bilincini kaybeden yaralıya hekimin yaptığı müdahalede tıbbi müdahaleye maruz kalanın mutlaka rıza göstereceği hallerde “varsayımsal rızanın” olduğu kabul edilmektedir.

Danıştay konuya ilişkin bir kararında⁴³, “2002 yılında Roma’da imzalanan Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü ve Hasta Hakları Yönetmeliği uyarınca hastaya yapılacak müdahalede rızasının alınması ve rızaya aykırı tedavi yapılmaması gerektiğini, hastanın ikazına rağmen yeni bir muayene yapılmadan başka bir müdahalede bulunulmasının hasta haklarına aykırı olduğu ve hizmet kusuru oluşturduğunu” kabul

⁴³ Danıştay Onuncu Dairesi, E:2007/6322,K:2010/5981, K.T. 13.07.2010.

etmiştir. Güncel bir kararda da⁴⁴, “damardan serum uygulamasının sonuçlarının ve olası komplikasyonlarının anlatıldığına ve bu işleme rıza gösterdiğine dair yazılı ve imzalı aydınlatılmış onamın bulunmadığı, ayrıca 09/02/2015 tarihli "gereken tıbbi ve cerrahi tedavileri kabul ettiğini" bildiren hasta yatış kabul belgesinde davacının velisinin imzasının bulunmadığı, davacıda gelişen arazın damardan serum uygulamalarının komplikasyonu olarak kabul edilmesi karşısında, damardan serum uygulamasından önce risklerin anlatılıp davacıdan yazılı onamın alınmadığı, davacının aydınlatılma ve onay verme hakkı elinden alındığından manevi zararın karşılanması gerektiği” hususuna yer vermiştir. Söz konusu kararlardan da görüleceği üzere, vazgeçilmez bir hak olan yaşam hakkını ilgilendirmesi sebebiyle yapılacak tıbbi müdahaleler öncesinde, Hasta Hakları Sözleşmesi ve Hasta Hakları Yönetmeliği kapsamında rızanın alınamayacağı acil durumlar haricinde, hastanın yeterli açıklıkta bilgilendirilerek rızasının alınması ve bu rızaya aykırı tedavinin yapılmaması bireylerin özerkliğine saygı ve adalet ilkesi gereğidir.

Sağlıklı yaşam hakkı kapsamında cerrahi girişimler öncesinde onam alınması uygulaması varken, ilaçlar açısından buna uyulmamaktadır. Fakat özellikle penisilin tarzı alerjik reaksiyona neden olabilecek ilaçlarda bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmesi gerekmektedir. Kullanılan ilaca ilişkin olarak bilgilendirme yapılmaması açısından⁴⁵, “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 sunulmamasının, sunulan kamu hizmetinin kötü işlediğini ve ortada bir hizmet kusurunun bulunduğu” hususları vurgulanarak, söz konusu hususa uyulmaması hizmet kusuru olarak görülmüştür.

Aynı husus enjeksiyon açısından da geçerlidir. Enjeksiyona ilişkin olarak Danıştay kararında⁴⁶, “bilirkişi raporlarında, davacıda gelişen siyatik sinir hasarının enjeksiyon uygulamasının komplikasyonu olarak kabul edilmesi ve enjeksiyonun hatalı bölgeye uygulandığına dair dosya

⁴⁴ Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/11260, K:2021/1597, K.T. 05.04.2021.

⁴⁵ Danıştay Onbeşinci Dairesi, E:2016/2124,K:2017/665, K.T. 14.02.2017.

⁴⁶ Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/6569, K:2020/4979, K.T. 17.11.2020.

içerisinde delil bulunmaması karşısında, davacıda meydana gelen sinir hasarının oluşmasında davalı idarenin hizmet kusurunun bulunduğu açıkça ortaya konulmadığından maddi tazminata hükmedilmesi koşulları oluşmamakla birlikte, enjeksiyon uygulamasından önce risklerin anlatılıp davacıdan yazılı onamın alınmamış olması durumunda, yukarıda aktarılan mevzuat hükümleri uyarınca davacının aydınlatılarak onay verme hakkı elinden alınmış olacağı, dosya içerisinde yer alan hastane kayıtları incelendiğinde, tıbbi ve cerrahi girişimler için düzenlendiği anlaşılan onay formu bulunduğu, bu belgede "bana yapılmasına lüzum gösterilen cerrahi ameliyat/tıbbi girişim ve diğer işlemler (ambulans hizmetleri vb) için ayrıca sonrasında oluşabilecek komplikasyonların (problemlerin), tedavim ve zorunluluk halinde uygulanmasına muvafakat ederim" ibaresine yer verilmekle birlikte, tedavi programı kapsamında davacıya uygulanacak enjeksiyonun sonuçlarının ve olası komplikasyonlarının anlatıldığına dair bir ibareye yer verilmediği, dolayısıyla enjeksiyon uygulamasına ilişkin bir onam belgesinin olmadığı, bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi nedeniyle uğranılan manevi zararın takdiren belirlenecek makul bir miktarın ödenmesine hükmedilmesi suretiyle karşılanması gerektiği," hususları vurgulanarak bilgilendirmenin önemi ve gerekliliği ortaya konulmuştur.

Enjeksiyon sonrası oluşan siyatik siniri zedelenmesi (enjeksiyon nöropatisi) zararına yönelik olarak; Danıştay eski tarihli içtihatlarında, Adli Tıp raporlarında bu durumun makul görülebilecek, beklenebilir bir komplikasyon olarak değerlendirilmesi neticesinde idarenin sorumluluğuna gidilemeyeceği sonucuna varmaktaydı. Fakat uyuşmazlıklarda raporlarda ya da dosya kapsamında yapılan inceleme neticesinde, enjeksiyonun ehil olmayan kişiler tarafından yapılması ya da enjeksiyon tekniğine aykırı olarak yapılması durumları tespit ediliyorsa, idarenin kusur sorumluluğuna gidilebilmekte olup, enjeksiyon öncesi komplikasyonlar konusunda bilgilendirme hususu değerlendirilmemekteydi. Güncel kararlarında ise, enjeksiyon ehil kişiler tarafından, tekniğine uygun olarak yapılsa dahi işlem öncesinde ortaya çıkabilecek olası komplikasyonlar hakkında bilgilendirme yapılarak yazılı onam alınmaması halinde bilgilendirmenin eksik yapılmasından kaynaklı manevi tazminata hükmedilmesi gerektiği ifade edilmektedir.

Enjeksiyon cerrahi bir işlem olması sebebiyle belirli riskleri bünyesinde taşımaktadır. Bireyler, enjeksiyon sonrası oluşan siyatik siniri hasarı başka bir deyişle düşük ayak sendromu neticesinde, hayatları boyunca eforlarını önemle oranda etkileyen durumlarla karşılaşmaktadırlar. Dolayısıyla riskli bir işlem olan enjeksiyonun bireylerde meydana getirdiği zararlar komplikasyon kavramı içerisinde makul görülebilecek bir durum olarak değerlendirilmemelidir. Sağlıklı yaşam hakkının bir gereği olarak işlem öncesi bilgilendirmenin sağlanması, işlemin kim tarafından yapıldığının, nasıl yapıldığının kaydının tutulması, yapılan tıbbi girişimin hukuka uygunluğunu sağlayacaktır.

4.1.1.3. Tanı/Teşhis Hatası ve Gecikmesi

Tanı, bir kişide bulunan rahatsızlığı bulma ve tanımlama faaliyetini ihtiva eden süreçtir. Hekimin hastalığa doğru teşhis koyması mesleki yükümlülüğün bir gereğidir. Hekimin teşhis koyarken tıp biliminin bilinen kurallarına riayet etmiş olması, gerekli tüm dikkat ve zamanı harcayarak, hasta kayıt ve dosyalarını incelemesi, hastalık öyküsünü alması ve bu doğrultuda da teşhis konulması halinde tanı hatasından bahsedilemeyecektir. Hekimin tıp alanında sınırsız doğru bilgiye sahip olması beklenemez. Zorunlu olarak kullanılması gereken tanı yöntemi ve araçlarının kullanılmaması, konsültasyon gereken hallerde bu yola gidilmemesi, eksik araştırma yapılması, hastalık öyküsünün alınmaması, bir hastalığın karakteristik özelliği araştırılmadan ayırıcı tanı netleştirilmeden hatalı sonuca varılması durumları tanı hatasıdır. Bu kapsamda tanının/teşhisin netleştirilmesi için gereken tahliller, tetkikler yaptırılmalı, konsültasyonlar istenmeli, hasta öyküsü doğru alınmalı, tetkik sonuçları doğru okunmalı, netleşmeyen durumlarda tetkikler tekrarlanmalıdır. Öte yandan, tanı ve teşhiste gecikme halinde de bu durumun bireylerde meydana getirdiği zarar nispetinde sorumluluk doğacaktır. Danıştay'ın bu konudaki bir kararında⁴⁷, "*bilirkişi raporundan dava konusu olayda Sağlık Bakanlığı çalışanlarının eylemlerinin tıp kurallarına uygun olmadığı anlaşılma birlikte, aynı raporda davacıda mevcut olan sakatlığın geç teşhis edilmesi ve tedaviye geç başlanması sebebiyle ortaya çıkan zararda*

⁴⁷ Danıştay Onuncu Dairesi, E:2020/3612, K:2021/548, K.T. 17.02.2021.

davalı idarenin yanı sıra özel hastane çalışanlarının da kusurlu olduklarının tespit edilmiş olması karşısında, zararın meydana gelmesinde davalı Sağlık Bakanlığının ve özel hastanenin ayrı ayrı hangi oranda kusurlu olduklarının açıkça ortaya konulması ve davalı idare aleyhine kusuru oranında tazminata hükmedilmesi gerektiği“ vurgulanmıştır. Ayrıca, Danıştay kararlarında yanlış teşhis sonucu psikiyatrik tedavi görülmesi, hastalıkların karıştırılması hizmet kusuru sayılarak meydana gelen zararlardan idare sorumlu görülmüştür.

Tanı hatasına ilişkin olarak, Danıştay⁴⁸, “*mide rahatsızlığı şikayetiyle Hastaneye başvuran davacıdan alınan kan örneğinin tetkikinde, şahısta HIV virüsünün (AIDS) bulunduğu tespit edildiği, fakat sonrasında bu raporun yanlışlığının ortaya çıktığı, tanı hatası nedeniyle şahsın AIDS hastası olduğunun sanıldığı süreçte uğranıldığı ileri sürülen manevi dünyasında meydana gelen zararlara karşılık tazminat istemiyle açılan dava sonucunda, davacının AIDS testlerinin yapılmasına ilişkin süreç konusunda aydınlatılmaması ve kesin sonuç veren doğrulama testinin ilk baştan yapılmamasından dolayı olayda idarenin hizmet kusuru bulunduğu” yönünde karar vermiş, ultrason sonucunun doğru okunmaması sonucu sağ böbreği olduğu halde “olmadığı” söylenerek hastanın stres içinde yaşamasına ilişkin bir olayda da⁴⁹, “*sağ böbreğine doğru şiddetli bel ağrısı sebebiyle başvuran ve sağ böbreğinin doğuştan olmayabileceği (sağ renal agenezis) teşhisiyle ameliyat edilen davacının, ameliyat sırasında sağ böbreğine rastlanmamış olması nedeniyle sağ böbreğinin olmadığı, doğuştan tek böbrekli olduğu, tek böbrekle yaşayacağı için dikkatli olması, üşütmemesi gerektiği yönünde bilgilendirilmesi sonrasında, kontrol için gittiği aynı kurumda ultrason istenilmesi nedeniyle çekilen ultrason sonucunda sağ böbreğinin olması gereken yerden biraz aşağıda olduğunun ve normal çalıştığıının belirtilmesi üzerine; yanlış tanı, teşhis sonucunda yapılmaması gereken bir ameliyata ve risklerine maruz bırakılması, davalı idare personeli doktor tarafından doğru teşhis yapılarak tespit edilemediği ve davacıya tıp kurallarına aykırı tanı konularak davacının ameliyat edildiğinin anlaşılması karşısında, davalı idarenin olayda hizmet kusuru bulunduğu” yönünde karar verilmiştir.**

⁴⁸ Danıştay Onuncu Dairesi, E:2007/4589, K:2011/776, K.T. 28.02.2011.

⁴⁹ Danıştay Onbeşinci Dairesi, E:2013/4284, K:2014/5322, K.T. 13.06.2014.

Söz konusu kararlardan görüleceği üzere, sağlık görevlileri tarafından, hastanın öyküsü alınarak ayırıcı tanıya ulaşmada gerekli tetkikler hastalar istemese dahi yapılmalı, ilgili uzmanlık dallarından konsültasyon (diğer uzmanlık dallarına danışma) istenmeli, tetkikler özenle değerlendirilmelidir. Aksi halde tanı ve teşhis de gecikme meydana geleceği gibi yanlış tanı/teşhis konulmak suretiyle hastalar üzerinde istenmeyen sonuçların doğmasına sebebiyet verilebilecektir. Burada önemli olan husus, hekimin ve diğer sağlık personelinin tanı/teşhis koymada, tedavi yöntemini belirlemede özen yükümlülüğünü yerine getirmesi gerekliliğidir.

4.1.1.4. Tedavi Hatası ve Tedavinin Gecikmesi

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi 13. maddesinde, “*Tabip, ilmi icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muaheze edilemeyeceği*” düzenlenmiştir. Tanı yöntemleri arasından seçim yapılırken hastanın özellikleri dikkate alınmalı, yeteri kadar denenmemiş tedavi yöntemi uygulanacaksa hastaların bu konuda uyarılarak rızalarının alınması gerekmektedir. Birden fazla tedavi yöntemi söz konusu ise, uzun zamandan beri uygulanan yöntemlere öncelik verilmelidir. Bu kapsamda da idarenin sorumluluğu ancak uygulanan yöntemlere göre mutad olmayan tedavi hataları için doğacaktır. Hastaya en çok yararı ve en az zararı olacak yöntemin tercih edilmesi ve bu yöntem uygulanırken bir zarar ortaya çıktığında da hizmet kusuru olarak kabul edilmemesi gerekmektedir. Fakat sunulan sağlık hizmeti kapsamında hekim uygulayacağı tedavi yönteminde açık ve bariz bir hata yaptığında sorumluluk doğacaktır. Örneğin; el üstünden uygulanan serumun deri altına sızması sonucu şişerek kangren olan parmakların kesilmesi, sezaryen sırasında karında gazlı bez unutulması durumları gibi. Bunlar idarenin sorumluluğuna neden olacak birer tedavi hatasıdır.

Konuya ilişkin olarak, Danıştay bir kararında⁵⁰, “*ilk başvurudaki şikayetleri ile nihai olarak konulan teşhisin uyumlu olup olmadığı ve hastalığın erken teşhisi halinde iyileşme imkânının bulunup bulunmadığı*” hususuna vurgu yaparak, sağlık hizmeti almak amacıyla

⁵⁰ Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/6437, K:2020/7028, K.T. 28.12.2020.

başvuran bireylerin şikayetlerine yönelik doğru teşhislerin konulup konulmadığı hususunun araştırılmamasını bozma sebebi olarak görmüştür.

Danıştay, ameliyat bölgesinde gazlı bez unutulması olayını, tampon sayımını doğru yapmayan sağlık görevlisinin hizmetten kaynaklanan kusuru kapsamında görerek idareyi sorumlu tutmuş, söz konusu sorumluluk açısından ayrıca⁵¹, “*bu kapsamda her ne kadar kişiye yapılan ameliyat esnasında ameliyat edilen bölgede (sol akciğerde) gazlı bez (spanç) unutulması hizmet kusuru olsa da öncelikle hastada ameliyat esnasında sargı bezi unutulmamış olsaydı ameliyat öncesi var olan bu durumun sol akciğer alt lobuna etkisinin ne oranda olacağı, alt lobun alınması sonucunun doğru olmayacağı, sargı bezi unutulmasının davacıdaki durumu ne oranda etkilediği, alt lobun işlev kaybına etkisi, sargı bezi unutulmamış olsaydı söz konusu ameliyat sonrası davacının iş gücü kaybı oranının ne olacağı, sargı bezi unutulmasının bu orana ek bir katkısının olup olmadığı, sol akciğer alt lobun alınmasının unutulmuş sargı bezinden mi kaynaklandığı, yoksa davacıdaki mevcut rahatsızlığın zaten bu sonucu doğurup doğurmayacağı hususlarının araştırılması gerektiği*” hususunu vurgulayarak, yapılan tıbbi müdahalelerde bireylerin vücudunda spanç/tampon/sütür iğnesi gibi ameliyat materyallerinin unutulmuş olması başlı başına hizmet kusuru sayılmıştır. Ayrıca, her ne kadar konulan teşhis ve ameliyat kararı yerinde olsa da, ameliyat öncesi ve sonrası gazlı bez sayımının ameliyat hemşiresi tarafından yapılması, ameliyat sahası kapatılmadan önce de operatör hekim tarafından ameliyat sahasının dikkatle eksplore edilmesi (incelenmesi temizlenmesi), tampon ve gazlı bezlerin rutin kullanımda sayıldığına dair tutanak düzenlenmesi gerekliliği ifade edilmiştir. Olayda bu hususların olmaması nedeniyle uygulamaların tıp kurallarına aykırı olduğuna değinilmiştir. Ayrıca, cerrahinin temel uygulamalarından olan ameliyat öncesi ve sonrası gazlı bez sayılması ve bu yönde tutanak düzenlenmesi işlemlerinin rutin uygulama olarak yaptırılmamasının idarenin denetim ve gözetiminde yürütülen sağlık hizmetindeki bir eksiklik olduğu vurgulanmıştır.

⁵¹ Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/6926, K:2021/1746, K.T. 12.04.2021.

Ayrıca başka bir kararında⁵², “çektirilen tomografiye göre karın sol yan bölümünü dolduran büyük boyutlu sıvı saptanmasına rağmen hemen ameliyata alınması gerekirken 3 gün sonra ameliyata alınmasında doktorların tıbben kusurlu olduğu, uyuşmazlıkta davacıların yakının ölüm sebebinin yapılan laparoskopik operasyon sırasında ortaya çıkan ince bağırsak yaralanması ve gelişen komplikasyonlar olduğu, hastanın teşhis ve takip bulgularına göre geç ameliyat edilmesi, hastanın tedavisini yapan doktorların tıbben hatalı tedavide bulunması, kamu hizmetinin işlemlerini sağlayacak idarenin hizmetin yürütülmesi için seçtiği personelin eğitim ve takibini yaparak gerekli tedbirleri almakta ya da uygun personeli seçmekle yükümlü olduğundan hizmeti yürütmekle görevli idare elemanlarının hatalı uygulamalarının idareye atfedilecek hizmet kusurunu oluşturduğu” ifade edilmek suretiyle, tedavide gecikme ve tedavi hatası vurgulanarak söz konusu hususların da idare açısından hizmet kusuruna sebebiyet vereceğine değinilmiştir.

4.1.1.5. Özen Eksikliği

Tıbbi müdahalenin her aşamasında, hastanın sağlık hizmetine duyduğu ihtiyacın karşılanmasında gerekli özenin gösterilmesi gerekmektedir. Özen borcu etik kurallardan ve hukukun genel ilkelerinden doğmaktadır. Tıbbi özenin gerektirdiği bir durumda hastaya özen gösterilmemesi idare açısından hizmet kusuru sayılacaktır. İdare sahip olduğu tıbbi donanım, istihdam ettiği hekim, sağlık personeli ve mali imkânları oranında özen gösterme sorumluluğu ile yükümlüdür.

Danıştay⁵³, “ameliyatta anestezi indüksiyonu sırasında oksijen yerine azot protoksit verilmesi neticesi meydana gelen hipoksi(dokuların yeterince oksijen alamaması) ve gelişen komplikasyonları sonucu kişinin yaşamını yitirmesi olayında anestezi uzmanı ve anestezi teknisyeni denetiminde olmadan hastabakıcı tarafından cihaz bağlantılarının söküm ve montajının yapıldığı, anestezi başteknisyeninin cihazın sökülme ve montaj aşamasında cihazın yanında olup, söküm ve montajın doğru yapılıp yapılmadığını kontrol etmesi ve anestezi uzmanını da bu yönde bilgilendirmesi gerekirken yapmadığı, ayrıca sekiz yataklı yoğun

⁵² Danıştay Onuncu Dairesi, E:2007/8645,K:2011/1570, K.T. 22.04.2011.

⁵³ Danıştay Onuncu Dairesi, E:2008/7693,K:2012/5954, K.T. 22.11.2012.

bakım ünitesi olan hastanede sadece bu konu ile ilgilenen birden fazla anestezi uzmanı bulunması gerektiği, bulunan tek anestezi uzmanının uhdesinde ayrıca başhekimlik görevinin de bulunmasının anestezi uzmanı eksikliğini daha da belirginleştireceği, bu idari eksikliğin anestezi uzmanı olarak denetim ve uygulamalarda aksaklık yaratacağı, bu denetim eksikliğinin de cihazın hatalı montajına katkısı bulunduğu tüm bu hususların hizmet kusuruna sebebiyet verdiği” hususlarını vurgulayarak, somut olayda sağlık görevlilerinin özen eksikliğine ve bu durumun idare açısından doğurduğu kusur sorumluluğuna değinilmiştir.

Danıştay konuya ilişkin başka bir kararında ise⁵⁴, “*davacının, yapılan karaciğer biyopsisi sonucunda, karaciğerden parça alınması gerekirken yanlışlıkla böbrekten parça alınması ile neticelenen olayda idarenin hizmet kusurunun bulunduğu*”, hususlarına vurgu yaparken, diğer bir kararında özen eksikliğine ilişkin olarak,⁵⁵ “*yapılan ameliyat sırasında kullanılan koter cihazının arızalı olması nedeniyle davacının vücudunun yanmasında ameliyat sırasında kullanılan koter cihazının elektrik devresinin tamamlayıcısı olan ve hastanın bacağına uygulanan nötr plağın bulunduğu yerde yanık oluştuğu, koter yanığının oluşumuna neden olan durumun cihazın arızalı olmasına rağmen kullanılmaya devam edilmesi olduğundan bu durumun idarenin hizmet kusuruna sebebiyet verdiği”*ne, yeni tarihli bir kararında da⁵⁶, “*doz gücünden dolayı miyadren ampulün çocuk ve ergenler için uygun bir tercih olmadığı, ayrıca ameliyat sonrası 1. günde damar yolu açık olan çocuğa enjeksiyon nöropatisi oluşturabilme ihtimali öngörülerek ağrı kesici olarak İ.V. yoldan analjezik verilmesi daha uygun iken, gluteal bölgeden intramüsküler (kas içi) miyadren ampul yapılmasının özen eksikliği olarak değerlendirildiği, dolayısıyla enjeksiyon yapılması talimatını veren hekimin bu yönden tıbben kusurlu bulunduğu”* yönünde görüş verildiği, dosyadaki bilgi ve belgelerle Adli Tıp Genel Kurulu raporu birlikte değerlendirildiğinde, dava konusu olayda davalı idarenin hizmet kusurunun bulunduğu” hususlarını belirtmiştir.

Söz konusu kararlar incelendiğinde varılacak sonuç şudur: Sağlık personeli sadece mesleki değil, genel hayat tecrübesinin gerektirdiği,

⁵⁴ Danıştay Onuncu Dairesi, E:2008/11112, K: :2009/2529, K.T.31.03.2009.

⁵⁵ Danıştay Onuncu Dairesi, E:2007/6785, K:2010/2168, K.T. 29.03.2010.

⁵⁶ Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/7573, K:2021/3727, K.T. 30.06.2021.

herkesin göstermesi gereken dikkat ve özeni göstermelidir. Tıbbi girişimlerin konusu bireylerin sağlığı başka bir ifade ile yaşam hakkı oluşturmaktadır. Bu bakımdan yaşam hakkını doğrudan etkileyen söz konusu girişimlerde en hafif kusurlu davranıştan dahi ağır sonuçlar meydana gelebilmektedir. Bu sebeptendir ki hekim ve diğer sağlık personeli en hafif kusurundan da sorumludur. Dolayısıyla azami dikkat ve özen yükümlülüğüne uyulması her tıbbi girişim açısından önemlidir. Nitekim Biyotip Sözleşmesinin 4. maddesinde, sağlık alanında yapılacak olan her türlü tıbbi girişimin mesleki yükümlülük ve tıbbi standartlara uygun olarak yapılması gerekliliği düzenlenmek suretiyle, tıbbi uygulama hatalarının azalması açısından sağlık personelinin eylemlerinde sınırların ne olması gerektiği belirlenmiştir.

4.1.2. Sır Saklama Yükümlülüğüne Uyulmaması

1981 yılında yayınlanan Lizbon Bildirgesi'nin 4. maddesinde, *“hasta, hekiminin kendi tıbbi bakımı ve kendisiyle ilgili edindiği bilgilerin gizliliğine saygı göstermesini bekleme hakkına sahiptir.”* düzenlemesine yer verilmiştir. 1994 yılında Amsterdam'da II. Avrupa Hasta Haklarını Geliştirme Bildirgesinin 4.1. maddesinde, *“hastanın sağlık durumu, tıbbi durumu, tanısı, prognozu, tedavisi hakkındaki ve kişiye özel diğer tüm bilgiler, ölümünden sonra bile korunmalıdır.”*, 4.2. maddesinde ise, *“hastaya ait bu bilgiler, yalnızca hastanın açık izni veya mahkemenin kesin isteği üzerine açıklanabilir.”* şeklinde bir açıklık getirilmiştir.

Bir hastanın başkaları tarafından bilinmesini ve duyulmasını istemediği, diğer bireylerce hoş karşılanmayacak özellikleri ve hastalıkları onların sırrı olarak kabul edilmektedir. Yasal olmayan kürtaj, evli olmayan kadının çocuk doğurması, düşürmesi gibi toplum içinde kişinin onur ve saygınlığını zedeleyecek durumlar sırdır. Sır niteliğinde olmayan, herkes tarafından bilinen durumlar dahi gizli tutulması istenmişse, bunlar da sırdır. Tedavinin gereği zorunlu kılmadıkça sır niteliğindeki bilgiler diğer hekimlerle ve hasta yakınları ile paylaşılmamalıdır. Umumi Hıfzısıhha Kanunu, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi, Hasta Hakları Yönetmeliği ve alt düzenlemeler hekim ve diğer sağlık personelinin meslek ve sanatlarının uygulanması sırasında öğrendikleri sırların kanuni zorunluluk olmadıkça ifşa edilemeyeceğini kural altına almıştır. Bu yükümlülüğün istisnasını “halk sağlığı için tehlikeli olan bulaşıcı bir hastalığı öğrenen sağlık mensubunun durumu

yetkili yerlere bildirmesi zorunluluğu” oluşturur. 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanununa göre kolera, veba, sıtma, karahumma gibi bulaşıcı hastalıklarla zührevi hastalıkların varlığına vakıf olan hekim ve diğer sağlık personelinin, durumu yasada belirlenen makamlara hemen iletmesi bir zorunluluk olarak öngörülmüştür. Bu yükümlülüğün bir diğer istisnası ise, hastanın onay vermesidir. Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kurallarında, hastanın onam vermesi durumunda sırrının açıklanabileceği düzenlenmektedir. Burada önemli olan husus, hastanın izin verdiği sınırlar içerisinde sırrının açıklanabileceğidir. Açıklamanın kapsamı, onamın çizdiği sınırı aşması halinde de bu yükümlülük ihlal edilmiş olacaktır. Bu yükümlülüğün diğer bir istisnası ise mahkemelerin bilgi istemesi, tanıklık yapılmasının zorunlu olması ve adli soruşturma halinde söz konusu olacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, *I v. Finlandiya* kararında, tıbbi verilerin gizliliği konusu ele alınmıştır. Mahkeme, “*başvurucu bir devlet hastanesinde hemşire olarak görev yapmaktadır. Aynı hastanede yaptığı tetkiklerde HIV pozitif olduğu ortaya çıkmıştır. Başvurucu, hastalığına ilişkin tıbbi bilgilerin yer aldığı kayıtlara, ilgili bölümde çalışan personel dışında hastane dışında çalışan personelin de rahatlıkla ulaşabileceğinden şikâyetçi olmuştur. Şikâyet üzerine hastane gerekli önlemleri almış ve hastanın sahte isim ve sosyal güvenlik numarasıyla kaydı yapılmış ayrıca tedaviyi yapan personel dışında diğer personelin bu kayıtlara ulaşması yasaklandığı, söz konusu hastanenin devlet hastanesi olması nedeniyle fiillerinden devletin sorumlu olduğunu ve tıbbi kayıtların gizliliğinin hastane personeline karşı korunmasında gerekli önlemlerin yapılan şikâyet üzerine gerçekleştirilmesinden dolayı bu önlemlerin alınmasında başvurucu açısından geç kalındığı belirtilerek, başvurunun özel yaşam hakkına saygının güvence altına alınabilmesi için Sözleşme’nin 8. maddesinin yüklemiş olduğu pozitif yükümlülüğü devletin yerine getirmediği*” yönünde karar vermiştir⁵⁷.

Ayrıca, Mahkeme *S. ve Marper v. Birleşik Krallık* kararında, “*S, 19 Ocak 2001 tarihinde (henüz 11 yaşındayken) hırsızlığa teşebbüs suçundan yakalanmış ve yürütülecek olan ceza davası için parmak izleri*

⁵⁷ ATAK, Songül, “Avrupa Konseyi’nin Kişisel Veriler Açısından Sağladığı Temel Güvenceler”, TBB Dergisi, S.87, 2010., s.28.

ve DNA örnekleri alınmıştır. Daha sonrasında S, ceza davasından beraat etmiştir. Marper ise, 13 Mart 2001 tarihinde partnerine tecavüz suçundan yakalanmış, parmak izi ile DNA örnekleri alınmış ve yargılama sonucunda Marper'in partneri ile uzlaşması neticesinde dava düşmüştür. Başvurucular yakalandıkları dönemde kendilerinden alınan parmak izi, hücre örnekleri ve DNA profillerinin devletin veri tabanında bulunmasının Sözleşme'nin 8. maddesine aykırı olduğunu ileri sürerek şikâyetçi olmuşlardır. Mahkeme, kişinin sağlığı ile ilgili bilgiler barındırmakla birlikte, DNA profillerinin çok hassas bilgiler içerdiğini belirterek kişinin özel hayatına saygı hakkının ihlal edildiği" yönünde karar vermiştir⁵⁸.

Kararlardan da görüleceği üzere hastanın mahremiyet alanına ilişkin olarak sağlık personeli ile arasında oluşan güvene istinaden paylaştığı ya da sağlık hizmetinin niteliği gereği sağlık görevlilerince öğrenilen hassas kişisel veri olan sağlık verilerinin gizli kalması gerekmektedir. Söz konusu verilerin üçüncü kişiler ile paylaşılmasının bir takım sonuçları doğmaktadır. Uygulamada en çok rastlanılan tıbbi hata türlerinden olan sır saklama yükümlülüğünün ihlalinin idare açısından hizmetin kusurlu işletilmesine sebep olacaktır. Hekim açısından da cezai ve hukuki sonuçları olmasının yanında, hastalar açısından ise, özel yaşam alanındaki bir takım ruhsal ve bedensel rahatsızlıklarını toplum tarafından lekelenecikleri düşüncesi ile tedaviyi uygulayacak olan ilgili sağlık personelinin saklanması sonucunu doğurabilecektir. Bu durumda tıbbi müdahalenin bir parçası olan hastanın öyküsü eksik alınmış olacak, tanı ve tedavi açısından gecikmeler, eksiklikler ve yanlış tedavi uygulanması durumları ile karşılaşılabilir. Bu durumlar da tıbbi uygulama hatasına sebebiyet verecek olup idarenin sorumluluğu gündeme gelecektir.

4.1.3. Kişisel Verilerin Korunmaması, Muhafaza Edilmemesi, Eksik Tutulması ve Açıklanması

Kişisel veri, belirli ya da belirlenebilir nitelikteki bir kişiye ilişkin her türlü bilgiyi ifade etmekte olup, bireyin şahsi, mesleki ve ailesine

⁵⁸ DÜLGER, Murat Volkan, "Sağlık Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Hasta Mahremiyeti", Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1 (2), İstanbul, 2015, s.58.

ilişkin özelliklerini gösteren o bireyi diğer bireylerden ayıran niteliklerini ortaya koymaktadır. Anayasal bir temel hak olan bireyin kişisel verilerinin korunması hakkı, ilgilinin rızası bulunmaksızın kişisel verilerine yapılan müdahaleler karşısında bireyin korunmasını ve kişisel verileri hakkında karar verme özgürlüğünün teminat altına alınmasını amaçlamaktadır. Bireylerin sağlık verileri Avrupa Birliği uygulamasında hassas kişisel veriler içerisinde yer alarak yüksek düzeyde koruma sağlanmaktadır. Hukukumuzda da konu, Kişisel Verileri Koruma Kanunu başta olmak üzere birçok mevzuat düzenlemesinde yer alıp, söz konusu hakkın korunmasına yönelik kurallar belirlenmiştir. İdare tarafından, yasal dayanak olmaksızın kişisel sağlık verilerinin korunması hakkına yönelik olarak yapılacak düzenlemeler, bu hakkın kullanılmasına getirilecek sınırlamalar hukuka aykırı olabilecektir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, *I v. Finlandiya* kararında da belirtildiği üzere, HIV virüsü enfeksiyonu nedeniyle kişiye yapılan testin pozitif çıkması durumunda, hassas kişisel sağlık verisi niteliğindeki söz konusu hususun açıklanması kişinin özel hayatını, toplum içindeki yerini zedeleyecek olup, idarenin sorumluluğunu gündeme getirecektir.

Danıştay, sağlık kamu hizmetinin sunumunda hasta kayıtlarının tutulması ve muhafazası açısından, sağlık hizmetinden yararlananlarla ilgili olarak tutulan kayıtlardaki eksiklikleri, yapılan tedavilerin kayıt altına alınmamasını, tetkik ve inceleme sonuçlarının muhafaza edilmemesini hizmetin kusurlu işletildiğinin kabulü için yeterli görmektedir. Danıştay, konuya yönelik olan bir kararında⁵⁹, “*meydana gelen trafik kazasından sonra hastanedeki yanlış tıbbi müdahale sonucu felç olması olayında yapılan tıbbi müdahaleye ilişkin tüm film, grafi, ve tomografiler mahkeme tarafından birkaç kez istenmesine rağmen Hastane tarafından çekilen servikal BT'lerin mevcut olmadığı bildirilmesi üzerine Adli Tıp Kurumu tarafından, çekilen servikal BT'ler mevcut dosya içerisinde bulunmadığından, doktorun uyguladığı teşhis ve tedavinin kusurlu olup olmadığı yönünde bir görüş bildirilemeyeceğinin belirtildiği, tıbbi müdahalenin irdelenememesine yol açan bilgisayarlı tomografilerin muhafaza edilememesi şeklinde hizmet kusurunun tezahür ettiği*” hususu, Konuya ilişkin olarak diğer bir kararda,⁶⁰ “*dava konusu*

⁵⁹ Danıştay Onuncu Dairesi, E:2008/950,K:2011/6169, K.T. 30.12.2011.

⁶⁰ Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/6692,K:2021/5902, K.T. 29.11.2021.

olayda, hastane arşivinde hasta dosyasının bulunmadığının, bu nedenle hasta dosyasının incelenemediğinin bildirildiği, ancak idarece hasta dosyasının müteveffa veya davacılar tarafından alındığı somut olarak ortaya konulamadığı gibi, hasta kayıtlarının tutulması ve muhafazası davalı idarenin sorumluluğunda olduğundan, bu hizmetlerdeki eksiklik dolayısıyla idarenin sorumluluğunun doğacağı” hususlarına vurgu yapmıştır. Danıştay’a göre, davacıya ait sağlık kayıtlarının korunmaması, öncelikle tıbbi müdahalenin yerinde olup olmadığı hususunun irdelenme imkânını ortadan kaldırması yönüyle hizmet kusurudur. Ayrıca sağlık verileri kaybolan bireyin sağlığına yönelik belirsizlik nedeniyle üzüntü duymasına neden olunması da olayın başka bir boyutudur.

Bireylerin sağlık hizmetinden faydalanmak üzere sağlık kuruluşlarına başvurdukları andan itibaren haklarında, hastalık ve şikâyetlerine yönelik ve onlara teşhis, tedaviye yönelik uygulanan işlemler de dâhil, birçok kayıt tutulmaktadır. Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği’nde, yatacak hastaların kabul şekli ve yapılacak işlemlere ilişkin kurallara yer verilmiştir. Anılan Yönetmelikte, başvuran ya da hariçten gönderilen hastalar hakkında görevli tabiplerce muayene ve hasta giriş kâğıdının tutulacağı kurala bağlanmıştır. Verilere ilişkin kayıtların eksik tutulmaması hastaların sağlık problemlerine uygulanacak tedaviyle ilgili olarak alınacak kararların sağlam ve kesin bilgilere dayandığını da bilmeleri açısından önemlidir.

Danıştay’ın konuya ilişkin bir kararında⁶¹, “*Adli Tıp Kurumunca tanı hatası olup olmadığı yönünde görüş bildirebilmesi için, tanı konusunu oluşturan patoloji örneklerini incelemesi gerektiği, olayda kanserli oluşumun gözlemlendiği kayıtlı olan 2 adet lamın blokları ve İİAB preparatların Hastane tarafından Kuruma gönderilmediğinden uyumsuzluğun konusunu oluşturan maddi olay aydınlatılamadığı, Adli Tıp Kurumu raporuna göre davacıya ait doku örnekleri dosyada bulunmadığı için tanı hatası olup olmadığının tespit edilemediği ve aynı Sağlık Kurumu tarafından aynı günlük iki farklı mastektomi raporu olduğu belirtildiğinden; sağlık hizmetinin, hasta kayıtlarının çelişkiye mahal vermeyecek şekilde doğru ve hatasız tutulmaması ve hastaya ait*

⁶¹ Danıştay Onbeşinci Dairesi, E:2013/4071, K:2014/2431, K.T. 03.04.2014.

örneklerin de hukuki denetime sunulmak üzere saklanmaması yönünden kusurlu işletildiği”, başka bir kararında⁶², “bilirkişi raporunda preparatlar incelenemediğinden doktorun tanı hatası olup olmadığının bilinemediği belirtilmekle birlikte, hasta kayıtlarının doktor tarafından değiştirilmesi ve preparat numunelerinin kaybolmasının hasta kayıtlarının gerçeğe uygun bir şekilde tutulmadığını gösterdiği, bu durumun hizmet kusuru teşkil ettiği” hususlarına vurgu yapılmak suretiyle, söz konusu durumların idarenin sorumluluğunu doğuracağı açıkça ifade edilmiştir.

Görüldüğü üzere Danıştay kararlarında, hastalığa yönelik tıbbi tanı, teşhis, tedaviye yönelik her türlü kaydın bulunduğu belgelerin tam ve eksiksiz tutulması hastanın kendisi hakkında uygulanan tedavi ve tedavi sırasında oluşacak zararlı sonuçların neyden kaynaklandığının öğrenilmesine yaradığı, bu kayıtlardaki eksikliğin hastanın doğruyu öğrenme hakkına engel olacağı vurgulanmaktadır⁶³.

Hastanın sağlık hizmeti almak amacıyla gerek özel gerekse kamu hukuku kurallarına göre kurulan bir sağlık kurumuna başvurduğu tarihin gün ve saat olarak kaydedilmesi, hastaya uygulanması planlanan ve fiilen uygulanan teşhis ve tedavinin ve bunları uygulamak hak ve yetkisinde olan hekim ve diğer sağlık personelinin isim ve unvanı, hastalığının veya şikayetlerin tedavisinde kullanılan ilaç ve diğer tıbbi malzemeler gibi her türlü bilgilerin hasta dosyasında yer alması, hasta haklarının zorunlu bir şartıdır. Her türlü hasta kaydının düzenli ve yeterli tutulmaması doğruyu öğrenme hakkının ihlali niteliğinde değerlendirileceğinden hizmet kusuruna sebep olacaktır.

Bireylerin özel hayatları içerisinde bulunan sır alanı, üçüncü kişilerden gizlenen ve yalnızca güven duyulan dolayısıyla sadece onlara açıklanan ve bu kişiler tarafından bilinmesi istenen, bu kişiler dışındaki kişilerce bilinmesi istenmeyen, onlara kapalı olan olay ve hareketlerden oluşan alandır. Kişisel verilerin hangi hallerde paylaşılacağına ilişkin olarak Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi 4. maddesinde, “*tabip ve dış tabibinin meslek ve sanatının icrası aracılığıyla öğrendiği bilgileri zorunluluk olmadıkça açıklamayacağı*”, Hasta Hakları Yönetmeliği

⁶² Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/3592, K:2019/4052, K.T. 15.05.2019.

⁶³ Danıştay Onbeşinci Dairesi, E:2013/4071,K:2014/2431 K.T. 03.04.2014.

20. maddesinde de, “*hastanın sağlık durumu hakkında kendisine veya ailesine veya yakınlarına bilgi verilmemesini isteme hakkının*”, 21. maddesinde de, “*Mahremiyete Saygı Gösterilmesi*” konusunun düzenlendiği görülmektedir.

İdare tarafından bireyin rızası olmaksızın sağlık verilerinin üçüncü kişilerle paylaşımı hizmet kusuruna yol açacaktır. Kişisel sağlık verilerinin açıklanmasının hizmet kusuru oluşturduğuna ilişkin olarak, Danıştay’ın eski bir kararında⁶⁴, “*aşçı olan davacının geçirdiği trafik kazasına bağlı rahatsızlıkları nedeniyle yatırıldığı Hastanede tedavisi esnasında rutin Elisa testi için kan alındığı ve yapılan test sonucunun pozitif çıkması üzerine ikinci kez davacıdan kan alındığı ve yapılan ikinci tespit sonucunun da pozitif çıkması, diğer bir ifade ile AIDS’li olduğunun anlaşılması üzerine üçüncü defa hastadan kan alınarak doğrulama testler için gönderildiği, yerel gazete muhabirlerince hastanedeki odasında davacıya bazı sorular sorularak fotoğraflarının çekildiği, birinci sayfa baş manşette resimlerde herhangi bir bandajlama, isim ve soyadında da kodlama yapılmaksızın davacının mesleğinin aşçılık olduğu belirtilerek yayınlandığı, Gazetede İzmir’de meşhur aşçı AIDS’li çıktı diye yayınlanması akabinde davacının AIDS’li olmadığını çıkması sonucunda AIDS gibi önemli bir hastalıkta yanlış teşhis konarak, henüz bu teşhisin kesinleşmesi beklenilmeksizin gazeteler aracılığıyla AIDS’li olduğunun duyurulmasından kaynaklı zararların tazmini istemiyle açılan davada, idarece olayın hastane görevlilerince basına intikal ettirilmediğinin savunulduğu, ancak davacının ismini, mesleğini bildirip, fotoğrafını çektirerek tüm yaşamında kendisinin aleyhine sonuçlar doğurabilecek biçimde AIDS hastalığı olduğunu basına duyurabileceği düşünülmemeyeceği gibi, davalı idare savunması içeriğinde de olayın basın mensuplarına hastane görevlileri tarafından iletildiğinin açıkça belirtildiği, yanlış olarak konulan AIDS teşhisi henüz kesinleşmeden hastalığın basına sızdırılması olayında davalı idarenin hizmet kusuru bulunduğu” hususu vurgulanarak, davacının kişisel sağlık verisi niteliğinde olan sağlık bilgilerinin basına verilmesinde hizmet kusuru nedeniyle idarenin tazmin sorumluluğunun bulunduğu değerlendirilmiştir.*

⁶⁴ Danıştay Onuncu Dairesi, E:1994/5314,K:1996/294, K.T. 31.01.1196.

Özel hayatın gizliliği, insan onuruna saygı, kişiliğin geliştirilmesi hakları ile ilişkili olan kişisel sağlık verileri, özünü mahremiyet mefhumundan almaktadır. Dolayısıyla özel niteliğe haiz hassas tıbbi verilerden sayılan sağlık verileri 108 sayılı Sözleşme, Veri Koruma Yönergesi, Kişisel Verileri Koruma Kanunu ve ilgili ikincil düzenlemeler ile hukuki koruma altına alınmıştır. Söz konusu sağlık verilerinin ihlal edilmemesinin yaşam hakkı açısından da önemi bulunmakta olup, sağlık verilerinin mevzuatla ve hukukun genel ilkeleri ile sağlanan hukuki korumanın dışına çıkılarak ihlal edilmesi halinde, bireylerin tedavi hakkından vazgeçerek yaşam haklarını tehlikeye sokmaları sonucu ile karşılaşılacaktır.

4.1.4. Sağlık Hizmetinin Kuruluşunda ve İşletilmesindeki Yetersizlikler

Sağlık Bakanlığı sağlık kamu hizmetinin kurulması, planlanması, koordine edilmesi ve işletilmesinden sorumlu idaredir. Anayasanın 56. maddesinde sağlık hizmeti sunma ödevi devlete yüklenmiş olup, 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi 352. madde ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununda sağlık alanında otoritenin Sağlık Bakanlığı olduğu vurgulanmıştır. Sağlık hizmetine ihtiyaç olan coğrafi alanlarda bu ihtiyacın giderilmesine yönelik teşkilatın kurulması gerekmektedir. Hangi yerleşim yerine nasıl bir sağlık teşkilatının kurulacağı bu görevi üstlenen idarenin görevidir. Sağlık hizmetlerinin acil durumlara gecikmesizin hizmet verecek şekilde yaygınlaştırılması gerekmektedir. Bu noktada idare tarafından, sağlık hizmeti kurulmasına rağmen yürütülmesi esnasında eksik donanım ve deneyimsiz/acemi personel istihdamı gibi durumlar ortaya çıkarsa hizmet kusuruna sebep olunacaktır. Örneğin, yoğun akrep ısırılmalarının olduğu yerde hastanelerde seruma ulaşılamaması sağlık hizmetinin işletilmesindeki eksikliklerdir.

Konuya ilişkin bir Danıştay kararında,⁶⁵ “yenidoğan ünitesinde tedavi görmekte olan bebeğin hastane enfeksiyonu kapması neticesinde solunum ve dolaşımının durması ile sonuçlanan olayda aynı tarihlerde vefat eden bebeklerin ölüm sebebi ile davacılar a ait bebeğin ölüm sebebinin aynı olduğu, bebeklerin ölümünde hastane ortamında yeterli

⁶⁵ Danıştay Onuncu Dairesi, E:2009/4058,K:2010/2357, K.T.31.03.2010.

koruyucu ve önleyici tedbirlerin alınmaması sonucu üreyen K.pneumoniae bakterisinin neden olduğu enfeksiyonun da katkısının bulunduğu, gereken önlemleri almayan ve yeterli personeli bulundurmayan idarenin hizmetin kötü işlemesi sonucu meydana gelen ölüm olayında hizmet kusuru bulunduğu” hususları belirtilerek, hastanede gerekli tedbirlerin alınmaması sebebiyle üreyen bakterinin sebep olduğu bebek ölümlerinde idarenin hizmet kusurunun bulunduğuna değinilmiştir. Söz konusu kusur, hizmeti kurma aşamasında yeterli personelin istihdam edilmemesi ve enfeksiyonun ortaya çıkmaması için alınması gereken tedbirlerin alınmaması buna yönelik organizasyonun kurulmaması sebebiyle hizmetin kurulumundan ve işlemesindeki eksiklikten ayrıca organizasyon eksikliğinden kaynaklanmaktadır.

5. SAĞLIK PERSONELİNİN İDARE İLE BİRLİKTE SORUMLULUĞU

Anayasanın 40. maddesi 2. fıkrasında ve 129. maddesinin 5. fıkrasında ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesinin 1. fıkrasında da ifade edildiği üzere, sağlık hizmeti sunumunda hizmet kusuru ile sağlık personelinin kişisel kusurunun birleştiği görev kusurlarında, kusuru oranında idare kusurlu personele rücu etmek hakkına sahip olmakla birlikte, zarar gören kişiler karşısında doğrudan idare sorumlu olacaktır. Teminat sistemi olarak da ifade edilen bu esas, zarar görenlerin hak kayıplarına uğramasını engellemek ve zararın olası tazmin edilmeme ihtimalini bertaraf etmek amacı ile geliştirilmiştir.

Bu kapsamda, ancak sağlık hizmeti sunumunda hizmetle, görevle, kurumla, resmi kimlikle doğrudan ya da dolaylı olarak hiçbir ilgi ve irtibat olmadan ortaya çıkan kişisel kusur hâllerinde kamu görevlilerinin haksız fiil esaslarına göre sorumluluğu ortaya çıkacak olup, bu halde adli yargıda aleyhlerine tazminat davası açılabilir. Kamu görevlilerinin suç teşkil eden davranışları, kötü niyetli eylem ve işlemleri, ağır kusurları genellikle kişisel kusur olarak değerlendirilmektedir. Kişisel kusurun bulunması idarenin sorumluluğunu kaldırmakta ise de, günümüzde kişisel kusur, hizmet kusuru lehine oldukça daralmıştır. Örneğin; cerrahın acil bir vakaya bakmaması gibi bir takım fiiller kişisel kusur olarak görünse de idare açısından bir nevi organizasyon kusuru olması sebebiyle idarenin sorumluluğu kalkmayacaktır.

Kişisel kusura ilişkin olarak Danıştay'ın bir kararında, “evlilik dışı beraberlikten hamile kalan kişinin ceninin 5,5-6 aylık iken aldirmek istediği, yasal kürtaj süresi dışında olmasına rağmen başvurulmuş kadın doğum uzmanının özel muayenehanesine gidildiği, yapılan muayene sonrası fiilen kamu görevi icra ettiği hastanede yıllık izinde olduğu dönemde hastane görevlilerini arayarak ameliyathaneyi hazırlattığı ve bu işlem hakkında Başhekimliğe bildirimde bulunmadığı, hastanede resmi hiçbir kayıt yapılmadan gebenin ameliyata alındığı, yapılan cerrahi müdahale sonrası cenin ve annenin hayatını kaybettikleri, doktor hakkında "kadının ölümüne neden olan rızaya dayalı çocuk düşürtme" suçu isnadıyla yapılan yargılama 5 yıl mahkumiyete karar verildiği, müteveffanın yakınları tarafından doktor ve ilgililer hakkında şikayette bulunulması üzerine soruşturma başlatıldığı, soruşturma neticesinde hekim hakkında kınama cezası tesisi edildiği ve idarenin herhangi bir kusurunun bulunmadığı kanaatine yer verildiği, müteveffanın doktor tarafından muayene edildikten sonra muayenehanesinde yapması gereken cerrahi müdahaleyi hastaneye taşıdığı, diğer bir ifade ile, ameliyatın doktorun yıllık izinde olduğu kamu hizmeti sunucusu olmadığı bir zamanda yapıldığı ve ameliyat için Hastane Başhekimliğine herhangi bir bilgi verilmediği, dolayısıyla, idare ajanının izinde olduğu dönemde, idaresine haber verilmeksizin gerçekleştirilen ve konusu suç teşkil eden (gebelik süresi 10 haftadan fazla olan ceninin alınması) cerrahi müdahaleden idarenin sorumlu tutulamayacağı, zararın kamu görevlisinin kamu gücünden aldığı yetkisini kullanırken meydana gelmediği, tamamen kendi kişisel kusurundan meydana geldiği, doktorun eylemi ile meydana gelen zarar arasında idare bakımından uygun illiyet bağının bulunmadığı, yani doktorun kişisel kusurunun bulunduğu, dolayısıyla, idarenin hizmet kusurunun bulunmadığı öte yandan, kişisel kusur nedeniyle adli yargıda ilgililer hakkında maddi manevi tazminat davası açılabileceği” hususlarına yer verilerek idarenin hizmet kusuru bulunmadığı ifade edilmiştir. Somut olayda hekimin eylemlerinin kişisel kusur olarak değerlendirilmesi oldukça ilginçtir. Olay incelendiğinde, hekimin mahkum olmasına neden olan ameliyat eylemini Sağlık Bakanlığı'na bağlı devlet hastanesinde ve söz konusu hastanede bulunan ameliyat ekipmanlarını kullanarak, hastanede görev yapan hemşire ve diğer çalışanlarla birlikte gerçekleştirdiği görülmektedir. Hekimin ameliyathaneyi tek başına hazırlamadığı, ameliyatı hekim sıfatıyla yalnız olarak yapmadığı, yıllık izinde olan hekimin, ameliyathaneyi

kullanabilmesine imkan sağlayacak, yönetim boşluğuna idarenin sebebiyet verdiği, tüm bu süreçte işleme katılan sağlık personellerinin bu durumu, hastane yönetimine bildirmediği, hastane yönetiminin kontrol ve murakabe görevini gereği gibi yapmadığı, hususları göz önüne alındığında, idareye bağlı devlet hastanesinde kamu görevi ifa eden hekimin eyleminden idarenin hizmet kusuru bağlamında sorumlu tutulması gerekmektedir⁶⁶.

Ayrıca, idarenin sorumluluğunun belirlenmesi için, öncelikle hizmet kusuru, bu bağlamda görev kusuru ve kişisel kusur kavramlarına da değinmek gerekmektedir. Soyut bir örgüt olan idarelerin organ ve ajanları (personeli) aracılığıyla hizmet sunabilmelerine bağlı olarak, idare hukukunda "hizmet kusuru", özel hukuktaki sübjektif niteliğinden uzaklaşarak nesnelleşen, anonim bir niteliğe bürünmektedir. Personelin faaliyeti (işlem veya eylemi), kamu hizmeti ve kamu yararı amacıyla yapıldığı için idari hizmet ile tam anlamıyla bütünleşip kaynaştığından, faaliyet sırasında işlenen kusur, artık bireysellikten uzaklaşacak, bağımsız olarak ortaya çıkmak suretiyle hizmetin kusurlu ifasına sebep olan kamu görevlilerine atfedilemeyecek, adına kamu hizmeti yürütülen idareye atfedilecektir⁶⁷. Bu bağlamda, hizmet kusuru, kamu adına hareket eden ajanların faaliyetlerinden çıkmakla birlikte, onların şahıslarına atfedilemeyen faaliyetler sırasında ortaya çıkmaktadır.

Kamu görevlilerinin görmüş oldukları hizmet, üstlendikleri görevle, çalıştıkları kurumla, resmi sıfatlarıyla ilgisi ve irtibatı olmayan kusurlu davranışları kişisel kusura sebebiyet vermektedir. Kişisel kusur halinde söz konusu görevlinin sıfatı ve kimliği en ufak bir rol oynamamakta, tesis edilen işlem ve eylemleri görevinden, yetkilerinden, hizmet araç ve gereçlerinden, resmi sıfatından ayrılmakta dolayısıyla kusurlu faaliyet sonucu oluşan zarar bakımından tümüyle kamu görevlisinin kişisel sorumluluğu doğmaktadır.⁶⁸

Görev kusuru, kamu görevlilerinin kamu hizmetini görürken, kamu görevini yerine getirirken veya idarenin araç ve gereçlerini

⁶⁶ Danıştay Onbeşinci Dairesi, E:2013/4111,K:2016/2803, K.T. 22.04.2016.

⁶⁷ ONAR, a.g.e., s.1697.

⁶⁸ GÜRAN, Sait, "Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu", Danıştay Dergisi, Sayı:46-47, s.17.

kullanıp olanaklarından yararlanırken, sonuç olarak resmi kimliği ile hareket ederken keyfi, yanlı, kasıtlı, ağır kusur içinde veya suç teşkil eden davranışları olması halinde idare ile kamu görevlisinin birlikte meydana getirdiği, her ikisinin ortak yapımının ürünü olan bir faaliyet ortaya çıkmaktadır⁶⁹. Bu hallerde kusur, hizmet kusurundan farklı olarak, anonim niteliğini yitirip hizmeti kusurlu işleyen ajana izafe edilebilir hale gelse bile kişisel kusurdan farklı olarak, idari faaliyetin içinde kalması hasebiyle idare ile illiyet bağı kesilmediğinden idarenin sorumluluğu da devam etmektedir. Dolayısıyla idarenin, görev kusuru işleyen elemanına zarara katkısı oranında rücu etme hakkı ve sorumluluğu doğmaktadır.

Esasen görev kusuru, kamu görevlisinin hizmetten ayrılamayan kişisel kusuru olup, bu nedenle "hizmet içi kişisel kusur" olarak da anılmakta ve bu özelliği gereği bir nevi hizmet kusuru ile kişisel kusurun kesişim kümesini oluşturmaktadır. Konuya ilişkin olarak sağlık tazminatı bağlamında olmasa da, açılan bir tazminat davasında⁷⁰, "*somut olayda, davalı idarenin kamu hizmetinin gereği gibi işlenmesini sağlayacak organizasyonları yaparak hizmetin özelliğine uygun seçilen, yetişmiş personelle hizmeti yürütme yükümlülüğüne aykırı hareket etmediği, başka bir ifadeyle bu yönüyle hizmeti kusurlu yürütmediği, kamu görevlisinin fiilinin görev kusuru mu, yoksa kişisel kusur mu teşkil ettiği hususuna gelince, olayın, kamu hizmetinin yürütülmesinin bir parçası olan ve kamu hizmetine tahsisli bulunan bir yerde, kamu görevlisi olan şahıs tarafından gerçekleştirildiği, bu duruma göre saldırının görev ve hizmet dışı bir sebeple değil, kamu görevlisinin göreviyle ilgili olarak,, personel servisini ve idarenin kendisine tahsis ettiği silahı kullanarak, başka bir ifadeyle, idarenin araç ve gereçlerini kullanıp olanaklarından yararlanarak gerçekleştirdiğinden, söz konusu eylemlerinin hizmetten ve idareden ayrılamayacak nitelikte kişisel kusur teşkil ettiği, başka bir ifadeyle görev kusuruna (hizmet içi kişisel kusur) bağlı olarak idarenin sorumluluğunu gerektirdiği*" hususuna değinilerek, görev kusuru vurgulanmıştır.

⁶⁹ GÜRAN, a.g.m., s.18.

⁷⁰ Danıştay Onuncu Dairesi, E:2017/4146, K:2021/5026, K.T. 25.10.2021.

Bu noktada, zarar kamu hastanesinde meydana gelse bile kamu görevlisinin görevden ayrılabilen salt kişisel kusuru bulunması halinde doğrudan hekime karşı adli yargıda dava açılabilmesine ilişkin Danıştay kararı da mevcuttur.⁷¹ Söz konusu kararda, “*dava konusu olayda, yapılan ameliyatın doktorun yıllık izinde olduğu kamu hizmeti sunucusu olmadığı bir zamanda yapıldığı ve ameliyat için Hastane Başhekimliğine herhangi bir bilgi verilmediği, dolayısıyla, idare ajanının izinde olduğu dönemde, idaresine haber verilmeksizin gerçekleştirilen ve konusu suç teşkil eden (gebelik süresi 10 haftadan fazla olan ceninin alınması) cerrahi müdahaleden idarenin sorumlu tutulamayacağı, diğer bir ifade ile, zararın kamu görevlisinin kamu gücünden aldığı yetkisini kullanırken meydana gelmediği, tamamen kendi kişisel kusurundan meydana geldiği, doktorun eylemi ile meydana gelen zarar arasında idare bakımından uygun illiyet bağının bulunmadığı, yani doktorun kişisel kusurunun bulunduğu, dolayısıyla, idarenin hizmet kusurunun bulunmadığı ve olayın idare açısından tazmini gerektirir bir yönünün bulunmadığı sonucuna ulaşıldığı, öte yandan, kişisel kusur nedeniyle adli yargıda ilgililer hakkında maddi manevi tazminat davası açılabilmesinin açık olduğu gerekçesiyle davanın reddi yönünde verilen kararın onanması gerektiği*” ifade edilmiştir. Kanımızca, olayda idarenin sorumluluğunu ortadan kaldıracak nitelikte bir kişisel kusur hali olmadığı, idarenin ajanı olan hekimin yıllık izinde olsa dahi görevin sağladığı ayrıcalıkla hastanenin araç ve gereçlerini, personelini kullanmak suretiyle hastanede zarar doğuran eylemi gerçekleştirmesi sebebiyle hizmet kusurunun doğacağından idarenin sorumluluğuna gidilebilmesi ve idari yargıda idareye karşı dava açılabilmesi gerekmektedir.

Sağlık hizmetinin, faaliyetini bağımsız olarak açtığı muayenehanesinde sunan hekimen alınması halinde bir zarar ortaya çıkarsa duruma göre vekâlet sözleşmesi, vekâletsiz iş görme ya da haksız fiil hükümlerine göre adli yargıda açılan dava ile söz konusu zararın tazmini istenebilecektir.

Anayasanın 56. maddesinde, “*bireylerin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu, Devletin, herkesin hayatını,*

⁷¹ Danıştay Onbeşinci Dairesi, E:2013/4111, K:2016/2803, K.T. 22.04.2016.

beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenleyeceği ve Devletin, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getireceği” kurala bağlanmış olup, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu ile halk sağlığının korunması, kamu ve özel hukuk tüzel kişileri ile gerçek kişiler tarafından açılacak sağlık kuruluşlarının denetlenmesi Sağlık Bakanlığı'nın görevi olarak belirtilmiştir. Söz konusu denetim görevinin yerine getirilmemesi idarenin hizmet kusuruna yol açabilecektir. Fakat idare tarafından, bireylerin yaşam hakkının korunmasına ilişkin pozitif yükümlülüğü doğrultusunda gerekli denetimler yapılarak, ihtarlarda bulunulmuşsa artık hukuken sorumluluğuna gidilemeyeceği açıktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Cavelli ve Ciglio v. İtalya kararında⁷², “sözleşmenin 2. maddesinin ilk cümlesini “kasten” adam öldürmekten alıkoymasının yanında, kendi alanında bulunan herkesin hayatının korunması için uygun hareket etmeye zorunlu kıldığını hatırlatır (vo-Fransa (BD), no:53924/00), ayrıca söz konusu pozitif yükümlüğün kamu sağlığı alanını da kapsadığını vurgular (Ayrıca Sevim Güngör Türkiye no:75173/01) kişilerin yaşam hakkının korunması kapsamında devletlerin pozitif sorumluluğu kavramının, ister kamuya isterse özel sektöre ait olsun hastanelerin, hastaların yaşamlarının korunması için uygun önlemleri almaları konusunda, üye devletler tarafından zorlayıcı düzenlemeler yapılmasını gerektirdiği” ifade edilmiş, bir başka kararda⁷³, “davacıların, 2007 yılında kalp rahatsızlığı sebebiyle kaldırıldığı hastanede tedavisi sırasında annelerine Hepatit B virüslü kan verilmesi suretiyle ölümüne neden olunduğu, hastane bünyesinde bulunan kan bankasının kaçak olarak faaliyet gösterdiğinden bahisle, denetim görevini yapmayan Sağlık Bakanlığı'nın hizmet kusuru işlediği ileri sürülerek manevi zararlarının tazmini istemiyle açılan davada, sağlık hizmeti veren özel tedavi kuruluşlarınınca

⁷² DUVAN, Özkan, Ayşe, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 2. Maddesi Çerçevesinde Yaşam Hakkının Korunmasında Devletin Yükümlülüğü” Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 24, Sayı 2, s. 668.

⁷³ Danıştay Onbeşinci Dairesi, E:2013/11018, K:2014/4704, K.T. 04.06.2014.

verilen sağlık hizmetinin kötü işlemesinden idarenin sorumluluğu kamu hizmetinin gözetim ve denetimi ile sınırlı olduğu, idarenin mali sorumluluğuna gidilebilmesi için tıbbi tedavi sonucunda ortaya çıkan zararın, özel tedavi kuruluşunun ilgili mevzuata uygun çalışmamasından, başka bir ifadeyle idarenin gözetim ve denetim görevini yerine getirmemiş olmasından dolayı meydana gelmiş olması gerektiği, olayla ilgili davacılar tarafından verilen şikayet dilekçesi sonrası hastanede yapılan denetim sonucu, İstanbul Valiliği'nce adı geçen hastanenin 5624 sayılı Kan ve Kan Ürünleri Kanununa aykırı olarak ruhsat almadan ve mevcut ruhsatın kapsamı dışında faaliyet gösterdiğinden ötürü, donasyon ünitesi faaliyetten men edilerek, para cezasına yönelik işlem tesis edildiği, bu itibarla, davalı idarenin denetim görevini yerine getirip getirmediği, buna ilişkin davalı idarenin hizmet kusuru bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerekirken, ilgili hastanenin tedaviye ilişkin hizmet kusurunun olmadığını belirten bilirkişi raporuna dayalı olarak verilen kararda hukuki isabet bulunmadığı” denetim ve gözetim yükümlülüğü tartışılmıştır.

Konuya ilişkin Danıştay⁷⁴, “Sağlık Bakanlığınca yapılan inceleme sonucu, yetkisiz bir şekilde obezite tedavisi yapılmaya devam edildiği tespit edilmesine rağmen, bu konuda idarenin bütünlüğü ilkesi çerçevesinde diğer Bakanlıklarla da irtibata geçilerek gerekli tedbirlerin alınmadığı, ölüm olayına kadar anılan tesisin faaliyetine engel olunmadığı, idari makamları gerekli dikkat ve özeni gösterme konusunda etkili biçimde uyarmak amacıyla, davacılar yakınının ölümüne doğrudan sebep olmasa da, devletin yaşam hakkının korunması hususundaki yükümlülüğüne karşın hareketsiz kalması nedeniyle dava konusu ölüm olayının gerçekleşmesinde sorumlu olduğu,” hususlarını vurgulanmıştır.

Söz konusu kararlarda, Sağlık Bakanlığının hastaneler üzerinde ister kamu ister özel olsun denetim ve gözetim yükümlülüğü kapsamında yaşam hakkının korunmasına yönelik tedbirler alması, mevzuatta düzenlemeler yapması gerektiği vurgulanmıştır. Bu kapsamda, özel sağlık kuruluşu olsa da ruhsatsız faaliyette bulunmasına rağmen denetimin ihlal edilmesi sebebiyle söz konusu tesiste bir zarar meydana

⁷⁴ Danıştay Onbeşinci Dairesi, E:2015/7128, K:2016/606, K.T. 04.02.2016.

gelirse idarenin sorumluluğu gündeme gelecektir. Nitekim bu durum kamuya ait sağlık kuruluşları açısından da söz konusu olacaktır. Hizmetin kaliteli sunumuna yönelik olarak belirlenen standartların gerektirdiği bir takım hususlar yerine getirilmeksizin faaliyette bulunulması halinde bir zarar meydana gelirse, söz konusu hususların sağlanmasına yönelik tedbirlerin alınmasını yaptığı denetimler ile ortaya koymayan idarenin sorumluluğu cihetine gidilebilecektir. Dolayısıyla, idarenin sağlık kamu hizmeti sunumunda görevli tesisler (kamu/özel) üzerinde denetim ve gözetim yükümlülüğü bulunduğundan, bu yükümlülüğün ihmal edilmesi halinde denetim ve gözetim yükümlülüğü kapsamında sunulan hizmetin kusurlu işletilmesine bağlı olarak ortaya çıkan zararlardan kaynaklanan sorumluluğu doğacaktır.

6. SAĞLIK HİZMETİNDEN KAYNAKLANAN DAVALARDA KUSURSUZ SORUMLULUK İLKESİ

Kusursuz sorumluluk ilkesi, idarece sağlanan hizmetinin ifası sırasında oluşan hizmetin direkt neticesi olan nedensellik bağı ile o hizmete bağlanabilen hizmetin bünyesinde barınan genel külfetler haricindeki bireylerin mal varlıklarında ve şahıs varlıklarında meydana gelen özel ve olağan dışı zararların idare tarafından karşılanması esasına dayanmaktadır. Kusursuz sorumluluk, anormal ve özel nitelikteki zararların tazmini amacıyla başvuru olan bir sorumluluk halidir.⁷⁵ Dolayısıyla sağlık hizmetlerinde kusur sorumluluğu ilkesine nazaran kusursuz sorumluluk ilkesi tali nitelik arz etmektedir.

Sorumluluk değerlendirmesi yapılırken, hizmet kusurunun aranıp aranmayacağı özellikle sağlık hizmeti sunulurken yapılan müdahaleler ve diğer tedavi ve bakım hizmetleri sırasında veya sonrasında oluşabilecek zararlardan idarenin sorumluluğuna gidilebilmesi için her olayın şartlarına göre ayrı bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Nükleer tıp uygulamaları, beyin ameliyatları, akıl hastalarının bakımı, muhafazası gibi temelinde oldukça büyük riskler taşıyan bir hizmet türü olması sebebiyle nedensellik bağı kurulan zararın karşılanmasında kusur sorumluluğundan ziyade kusursuz sorumluluk ilkesinin somut olaya tatbik edilmesi gerekmektedir. AIDS, Ebola, HIV, Sars ve özellikle günümüzde de kötü sonuçlar doğuran Covid-19 virüsü gibi önlem

⁷⁵ GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, 2019, C.II, s.1189.

alınması zor, yayılma hızındaki aşırılık sebebiyle engel olunamayan ve tüm bunların bir sonucu olan hasta kişi sayısındaki engellenemez yükseliş ve gen bilimindeki ilerlemeler ile teknolojinin de gelişmesinin etkisiyle kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanabilirlik alanının arttığı görülmektedir.

Bu konuyla ilgili bir kararda ⁷⁶, “*idari hizmetin içinde ve hizmetin görülmesi sırasında aniden ortaya çıkan ve aniden ortaya çıktığı için önlenemeyen olayları ifade eden beklenmeyen haller, aynı zamanda idarenin iradesi dışında, önceden bilinmesi olanağı bulunmayan bir olay biçiminde ortaya çıktığı, dolayısıyla hizmetin içinde meydana gelen olay sebebiyle fiilin idareye atıf ve isnat kabiliyeti devam ettiği*nden, idarenin kusura dayalı sorumluluğu kalksa da, kusursuz sorumluluğunun devam ettiği, bu nedenle beklenmeyen haller nedeniyle ortaya çıkan zararların idarenin kusursuz sorumluluğu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, davacıların çocuğunun, ameliyat sırasında, ameliyat masasındaki ısıtıcı cihazın arızalanarak fazla ısınması nedeniyle, çocuğun vücudunda yanma meydana gelmesinin, beklenmeyen bir durum olduğu, idare mahkemesince, dava konusu olayda zararın kusursuz sorumluluk ilkesine göre tazminine karar verilmesi gerekirken, zararın hizmet kusuru ilkesine göre tazmini gerektiği yolunda karar verilmesinin yerinde olmadığı” hususları belirtilerek, kusursuz sorumluluk ilkesine göre tazmin sorumluluğun esasları vurgulanmıştır.

Bir diğer kararda ⁷⁷, “*idarenin yürüttüğü hastalardan kan alma faaliyeti tehlikeli boyutlarda olabileceği gibi bu işlemlerin yapılması için tehlikeli araç ve gereçler kullanmasını gerektirebileceği, bu gibi durumlarda; bir zarar meydana gelmişse idarenin yürüttüğü faaliyette kusuru olup olmadığına bakmadan idareyi sorumlu tutmak gerekeceği, dava konusu olayda hastadan kan almakta iken kan aldığı iğne ucunun vücuduna batmasıyla hastadan kendine Hepatit C virüsünün bulaşması ve uzun süreli bir tedavi geçirmesi ve söz konusu hastalığın ömür boyu kontrol altında tutulması gereken bir durum olduğu göz önüne alındığında davacının yürüttüğü hizmetin sonucu olarak bir zarara uğradığı ve bu zararın da idarenin karşılaması gerektiği”* vurgulanarak

⁷⁶ Danıştay Onuncu Dairesi, E:2004/9232, K:2007/2720, K.T. 18.05.2007.

⁷⁷ Danıştay Onbeşinci Dairesi, E:2016/8172, K: 2017/7132, K.T. 30.11.2017.

kusur olmasa dahi riskli faaliyet yürüten personelin hizmet nedeniyle uğradığı zarardan idare sorumlu görülmüştür.

Aşı ile ilgili olarak ise⁷⁸, “davacıların çocuğuna sağlık ocağında uygulanan oral polio aşısı (OPV) nedeniyle oluşan çocuk felci ile neticelenen olayda ilk derece yargı yeri tarafından idarenin ajanı ile ifa ettiği sağlık hizmetinde kusur saptanamadığı fakat zarar ile idarenin eylemi arasında nedensellik bağının olması hasebiyle kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince davacılar zararının idarece tazmini gerektiği gerekçesiyle maddi ve manevi tazminat talebinin kabulüne karar verilmiş, Yüksek Mahkeme ise, bünyesinde riskli faktörler barındıran sağlığa ilişkin kamu hizmetinin yürüten idarenin, koruyucu sağlık hizmetleri kapsamında gerçekleştirdiği aşından kaynaklanan komplikasyon yönünden hizmet kusurunun mevcut olmadığına da Adli Tıp Kurumunca belirtildiğinden, davalı idarenin genel tababet kurallarına uygun olarak yürüttüğü tespit edilen hizmetten dolayı tazminat ödemekle sorumlu tutulamayacağı” gerekçesiyle idare mahkemesi kararının bozulmasına karar verilmiş; olayda alınan rapor incelendiğinde, sağlık ocağından sağlık hizmeti alındığı ve alınan bu hizmet sonrası zarara uğradığı açık olan davacıların, maddi ve manevi varlık alanında meydana gelen zarar ile idarenin eylemi arasında illiyet bağı bulunduğundan, kusursuz sorumluluğa dayalı olarak tazminata hükmedilmesine karar verilmiştir.

Söz konusu kararlardan da görüleceği üzere bazen riskli tıbbi işlemler neticesinde kusur saptanmasa dahi tehlike/risk ilkesi gereğince, idarenin kusuru bulunmasa dahi sorumluluğu doğabilecektir. Aksi halde söz konusu olayların meydana getirdiği risklere sadece bireyler katlanmış olacaktır. Belirli riskleri bünyesinde taşıyan tıbbi işlemlerin tüm risklerinin bireyler üzerinde bırakılması adalet ve hakkaniyet ilkesi gereğince de kabul edilmemesi gerekmektedir.

Sağlık hizmet sunumundan kaynaklanan tam yargı davalarında uyuşmazlık konusu hadisenin kendine has özellikleri ve tıp alanında meydana gelen gelişmelerin de göz önünde bulundurulması ve bazı durumlarda kusuru bulunmasa dahi idarenin sorumluluğu konusunda kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanması gerekecektir. Uygulanması

⁷⁸ Danıştay Onbeşinci Dairesi, E:2014/8633, K:2015/4625, K.T. 25.06.2015.

zorunlu tutulan aşılarda, AIDS ve Hepatit-C gibi bulaş riski yüksek olan ve sağlık açısından tehlike barındıran hastalıklar ile kan ürünlerinin nakli konusunda zararlı sonuçlanan durumlar ortaya çıktığı vakit, bu zararlı sonuç idareye uygun illiyet bağı kurularak yüklenebiliyorsa herhangi bir kusuru olmasa dahi hukuki açıdan kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince sorumlu tutulması gerekmektedir. Danıştay, bu nitelikteki davalarda, idarenin hizmet kusuru bulunup bulunmadığını enine boyuna incelemektedir. Ancak, bu tür davalarda, idarenin hizmet kusuru bulunmasa dahi, sağlık hizmeti almak amacıyla bu hizmeti yürüten idareye başvuran bireylerin zarara uğraması halinde, uğradıkları zararın karşılanması hakkaniyetin de bir gereğidir.

Bu bakımdan sağlık hizmetindeki gelişmeler neticesinde idarenin sorumluluğunun sadece kusura dayandırılması yetersiz kaldığı görülmüş ve kusursuz sorumluluk gündeme gelmiştir. Söz konusu sorumluluk için tıbbi girişim nedeniyle ortaya çıkan anormal nitelikte bir zararın girişim ile uygun illiyet bağı içerisinde olması gerekmektedir. Sağlık hizmetlerinde idarenin kusursuz sorumluluğunun da olması gerektiği anlayışının temelinde, sağlık hizmeti sunumundaki tıbbi girişimlerin doğası gereği taşıdığı riskler ve tıbbi girişimler esnasında kullanılan araç ve gereçlerin taşıdığı tehlikeler yatmaktadır. Söz konusu risklerden kaynaklanan bir takım istenmeyen sonuçlar/zararlar ortaya çıktığında, kusursuz sorumluluğun iki ilkesinden biri olan tehlike/risk ilkesi gereğince idarenin kusuru olmasa dahi kendisine atfedilmesi gerekmektedir. Örneğin; enjeksiyonun yetkili personel tarafından doğru bir şekilde uygulanması halinde dahi bireylerde enjeksiyon sebebiyle oluşan siyatik siniri hasarında ya da aşı uygulamalarında aşırıya bağlı olarak ortaya çıkan olağandışı zararlar söz konusu olduğunda idarenin kusuru bulunmasa dahi risk ilkesi gereğince sorumlu tutulabilmesi gibi. Danıştay kararlarında hizmet kusurunu tartışmakta olup, kusursuz sorumluluk açısından risk ilkesi değerlendirmesine girmemektedir. Kanımızca, hakkaniyet ilkesi ve somut olay ve karar adaleti gereğince yargı organlarının risk ilkesinin de kararlarda tartışılması ve sorumluluk hukukuna bu yönden de bakılması bireyler açısından adil sonuçlar doğmasını sağlayacaktır.

7. SAĞLIK HİZMETİNDEN KAYNAKLANAN TAM YARGI DAVALARINDA DAVA AÇMA SÜRESİNE DANIŞTAY'IN YAKLAŞIMI

Danıştay'a göre tam yargı davaları, “*idarenin faaliyetlerinden ötürü, hakları zarara uğrayanlar tarafından idare aleyhine açılan tazminat davalarıdır. Bu tür davalarda mahkeme, hem olayın maddi yönünü, yani zararı doğuran işlem ve eylemleri, hem de bundan çıkabilecek hukuki sonuçları tespit edecektir.*”⁷⁹ olarak nitelendirilmektedir.

Özel hukukta yer alan dava türlerinden nitelik olarak edim davasını andırıldığına daha önceki kısımlarda değindiğimiz tam yargı davası, idarenin faaliyeti içerisinde tesis ettiği işlem veya yapmış olduğu eylem sonucunda ortaya çıkan malvarlığına yönelik oluşan maddi ve malvarlığı alanı dışındaki kişilerin şahıs varlığı alanının ihlaline dayalı manevi zararların karşılanmasına yönelik olarak, bir hakkın ihlali neticesinde hak sahibinin tatmin ve telafisine yönelik bir kararı barındırması nedeniyle de tazminat davası türü olduğu savunulmaktadır,⁸⁰ Dolayısıyla denilebilir ki tam yargı davaları idari muhakeme hukukunda tazminat davası kimliğine bürünmüş yargısal korunma amacına hizmet etmektedir.⁸¹ Kanımızca, tam yargı davaları tazminat istemi dışında farklı taleplerle de açılabilceğinden tazminat davası türü olarak nitelememek gerekmektedir. Tazminat istemi ile açılan davalar tam yargı davalarının içinde yer almaktadır. Fakat tam yargı davaları bireylerin taleplerine göre, istirdat (geri alma) davaları, idari sözleşmeden kaynaklı tam yargı davaları, vergi uyuşmazlıklarından kaynaklanan tam yargı davaları ve tazminat davaları olarak ayrılmaktadır. Ayrıca, bir saldırının durdurulması, bir hakkın yerine getirilmesi gibi tazminat istemi dışındaki istemlerle de açılabilir. Sağlık hizmeti sunumundan doğan zararların karşılanması istemiyle

⁷⁹ Danıştay Onuncu Dairesi, E: 2009/6118, K:2013/4501, K.T. 15.05.2013.

⁸⁰ YILDIRIM Turan, YASİN Melikşah, KAMAN Nur, ÖZDEMİR H. Eyüp, ÜSTÜN Gül, TEKİNSOY, OKAY, Özge, İdare Hukuku, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2013, s.799.

⁸¹ AYANOĞLU, Taner “Yargısal Korunma İşlevi Bakımından Tam Yargı Davasının Niteliği”, Danıştay ve İdari Yargı Günü 135. Yıl Sempozyumu, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No:68, Danıştay Matbaası, Ankara, 2004, s.64-65.

açılan tazminat istemli davalar başka bir deyişle tazminat davaları tam yargı davalarının özel bir görünümüdür demek daha doğru bir yaklaşım olacaktır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinde, “tam yargı davaları idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan etkilenenler tarafından açılacağı” belirtildikten sonra, 13. maddesinde, idari eylem sonucu zarara uğrayanların bir ve beş yıllık süreler içerisinde idareye başvurarak ön karar alma zorunluluğu hususu vurgulanmış olup, idare tarafından başvurunun kısmen ve tamamen reddi halinde bunun tebliğinden ya da zımnen reddi halinde kanunda düzenlenen cevap verme süresinin bitiminden itibaren altmış gün içinde dava açılacağı düzenlenmiştir. Sağlık kamu hizmeti genellikle idari eylem şeklinde tezahür ettiği için ilgililer idareye başvurup zararın giderilmesi için ön karar almak zorundadır. Aksi halde başvuru yapılmadan açılan davalarda idari merci tecavüzü söz konusu olacak, Mahkemeler merciine tevdi kararı verecektir. Eğer sağlık hizmeti, hizmet kusuruna sebebiyet veren bir idari eyleme dayalı olarak ifa edilmiş ve zarar oluşmuşsa, ilgililer tarafından da dava idari yargı merciileri yerine adli yargıda açılmışsa bu durumda tam yargı davasının (görev yönünden/husumet yönünden) reddi halinde sonradan idari yargı merciine açılacak davada zorunlu ön karar alma şartı aranmayacaktır. Mahkeme işin esasına girecek, merciine tevdi kararı veremeyecektir. Ön karar alma ve bunun akabinde dava açma belirli sürelerle bağlanmış olup, söz konusu süreler içinde taleplerin öne sürülüp dava açılması gerekmektedir. Fakat açılan davalarda ön karar alma zorunluluğuna davacılar bazen uymadan idari yargı merciinde dava açabilmektedir. Bu bakımdan ön kararın hukuki niteliğine değinecek olursak, ön karar müessesesi sulh yoluyla uyuşmazlığın çözümlenmesine hizmet etmektedir. Bu aşamada uzlaşılsa başka bir deyişle idare zararı tazmin ederse bu durum açılacak davaların azalması ve yargılamanın belirli bir süreci kapsaması sebebiyle bireylerin haklarına kısa sürede kavuşması açısından önemlidir. Fakat idare uygulamada uzlaşmaya yönelik iradesini ortaya koymamakta, ön karar başvurularını reddetmektedir. Ön karar başvurusu yapılmadan açılmış bir davada, ilk derece mahkemesince dava dilekçesinin ilgili idareye tevdi kararı verilmeyerek, işin esası görülmüş ise, idare de savunmalarında sorumluluğu reddediyorsa temyiz incelemesi aşamasında temyiz merci tarafından, somut olayda başka hukuka aykırılıklar saptanmamışsa idari başvuru

yapılmadan açılan davada merciine tevdi kararı verilmeden işin esasının görüşülemeyeceği gerekçesine dayanılarak bu usul eksikliği bozma sebebi olarak değerlendirilmemelidir. Zira ön karar müessesesinin amacı sulhu sağlayarak uyuşmazlığın yargısal makamların önüne taşınmasını önlemek olduğundan, idare tarafından da yargılamada sunulan savunmalarda sorumluluk reddedilmekteyse işin esasına geçilip karar verilebilecektir. Bu bakımdan idari eylemden kaynaklanan tam yargı davalarındaki ön karar müessesesi, Kamu İhale Kanunu'nda düzenlenen zorunlu idari başvuru yolu ile aynı nitelikte görülmemelidir. Nitekim, yeni tarihli bir kararda,⁸² *“husumet yokluğu nedeniyle davanın reddine ilişkin kararın kesinleştiği tarih olan 26.11.2013 tarihinin eylemin idariliğinin anlaşıldığı tarih olarak kabul edilerek, uyuşmazlık konusu olayda bu tarihten itibaren yasal süresi içinde zararın tazmini için davalı idareye başvurulmamış olması nedeniyle dava dilekçesinin görevli idare merciine tevdi edilmesi gerekmez de, davalı idarenin İdare Mahkemesine sunduğu savunmasında açıkça tazminat talebini kabul etmediği, usul ekonomisi açısından savunmanın bu yönüyle 2577 sayılı Kanun'un 13. maddesi bağlamında bir ön karar niteliğinde olduğu dikkate alınarak, işin esasına girilerek bir karar verilmesi gerekirken davanın süre aşımı yönünden reddedilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığı”* hususu ifade edilerek, eylemin idariliğinin ortaya çıkış anı vurgulandıktan sonra, ön karar alınmadan açılan idari davada yargı merciince dava dilekçesinin ilgili idareye tevdi kararı verilmeden idarenin yaptığı savunmalar ön karar niteliğinde görülmüş ve işin esasına geçilmesine vurgu yapılmıştır. Öte yandan, tazminat istemi yanında, ön karar başvurusunun reddine dair işlemlerin iptalinin talep edilmesi durumunda, söz konusu işlemler idari davaya konu olabilecek bir işlem olarak değerlendirilmeyip, o kısım açısından istemin incelenmeksizin reddine kararı verilmektedir.

Tam yargı davalarında ön karar başvurusu açısından ve süreler açısından önemli olan bir diğer husus, sağlık hizmetinin görülmesi esnasında hizmet kusuruna sebep olan bir idari eylemin mevcudiyeti halinde idareye ön karar almak için başvurulma süresi olan bir yıllık sürenin, eylemin idariliğinin ve yol açtığı zararın ortaya çıkması ile başlayacağıdır. Eylemin idariliği ve yol açtığı zarar bazen eylemin

⁸² Danıştay Onbeşinci Dairesi, E:2015/7308, K:2017/555, K.T. 07.02.2017.

yapılmasıyla ortaya çıkmakta, bazen de çok sonra ortaya çıkmaktadır. Kamu görevlisine karşı açılan ceza yargılamasında düzenlenen Adli Tıp Kurumu, Yüksek Sağlık Şurası gibi kurumlardan alınan bilirkişi raporları ile, kamu görevlisine karşı açılan ceza davasının kesinleşmesi ile, adli yargıda açılan bir davada alınan bilirkişi raporu ile, adli yargı mercisinin verdiği görev yönünden davanın reddine ya da doktora karşı açılan davada verilen husumet yönünden davanın reddine ilişkin kararlarda hizmet kusuru kavramına vurgu yapıp idari yargıda dava açılacağı belirtilmesi ile ortaya çıkabilmekte, dolayısıyla bir yıllık sürenin başlangıç tarihi olarak söz konusu durumlar esas alınabilmektedir. Eylemin idariliği, bazen kamu görevlilerinin görevden ayırt edilemeyen şahsi kusurları olduğunda zararın tazmini için açılan tam yargı davalarında, bazen de kamu görevlisine açılan ceza davasında personelin şahsi kusuru sonucu mu yoksa görev kusuru sonucu mu zararın ortaya çıktığının belirlenmesinden sonra saptanabilmektedir. Yargı mercilerince, eylemin idariliğinin yani idareye atfedilebilirliğinin ya da zararın ortaya çıktığı bu tarihlerin sürelerin başlangıcında esas alınmayarak dava açma hakkını ortadan kaldıracak şekilde katı bir yorum yapılırsa dava açma hakkının kullanılamaması sonucu doğacaktır. Ayrıca, süreler konusunda yargı mercilerince yapılan katı yorumlar Anayasal temelleri olan adil yargılanma hakkı ve bu haktan doğan mahkemeye erişim hakkı ve hak arama özgürlüğü bakımından yargı kararı ile temel hak ve özgürlüklere getirilen ölçsüz bir sınırlamaya sebebiyet verebilecektir.

Danıştay söz konusu hususlara yönelik olarak⁸³, “*idari eylem nedeniyle uğranılan zararın tazmini talebiyle tam yargı davası açılabilmesi için, zarara sebep olan eylemin ve maddi olayın idariliğinin ve yol açtığı zararın kesin olarak ortaya çıkması gerektiği, zararın varlığı, niteliği ve esaslı unsurları hakkında bir dava açmaya, o davayı ciddi ve objektif bir şekilde desteklemeye, gerekçelerini göstermeye elverişli yeterli hal ve şartların öğrenilmesi halinde zararın öğrenilmiş sayılacağı kabulü gerektiği, zarara sebep olan eylemin idariliği ve yol açtığı zarar bazen eylemin yapılmasıyla veya olayın gerçekleşmesiyle birlikte ortaya çıkarken, bazen de çok sonra, değişik araştırma, inceleme ve hatta ceza yargılaması sonucu, disiplin*

⁸³ Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/5978, K:2021/3356, K.T. 16.06.2021.

soruşturması sonucu, adli yargıda açılan dava yollarının tüketilmesi sonucu ortaya çıkabileceği, esasen, idari eylemin tamamlandığı ve zararın tam olarak ortaya çıktığı tarih dikkate alınmadan 2577 sayılı Kanun'un 13. maddesinde öngörülen bir ve beş yıllık sürenin hesaplanması, bazı hallerde dava açma hakkının kullanılmaması sonucunu doğuracağı, zararın ortaya çıkmasıyla kullanılması mümkün olan dava açma hakkını ortadan kaldırır biçimde süre hesabı yapılmasının ise hak arama özgürlüğüyle bağdaşmayacağı, somut olayda davacı açısından eylemin idariliği ceza yargılamaları sonucunda tam olarak ortaya çıkararak kesinlik kazandığı, bu itibarla, 05/10/2015 tarihinde onanarak kesinleşen karardan sonra süresinde yapılan 18/11/2015 tarihli başvurunun reddi üzerine süresinde açılan davanın esasının incelenerek karar verilmesi gerekirken olayın üzerinden beş yıl geçtikten sonra başvuru yapıldığı gerekçesiyle davanın süre aşımı nedeniyle reddine karar verilmesinde hukuki isabet bulunmadığı” yönünde karar vererek, eylemin idariliğini ceza yargılamasının kesinleşmesine bağlamış,⁸⁴ hatta ceza yargılamasında alınan bilirkişi raporlarının dahi eylemin idariliğinin ortaya çıkmasında baz alınamayacağını kabul edip, cezanın kesinleşmesini arayarak, mahkemeye erişim hakkı noktasında sürenin başlangıcı açısından sürenin kamu düzeninden olması sebebiyle daraltıcı yorumlamadan ayrılarak bireylerin özgürlükleri lehine yorum yapmıştır.

Bir başka Danıştay kararında⁸⁵, “uyuşmazlıkta, davacı çocukların tedavisinin zaman zaman devam ederek sürdüğü, gerçek zararlarını kesin olarak ortaya koyabilecek nitelikte kesin bir sağlık raporunun ise dosyada bulunmadığı, buna göre, öncelikle davacı çocukların güncel sağlık durumunu gösterir kesin bir raporun olup olmadığının araştırılması, haklarında henüz bu nitelikte bir rapor düzenlenmemişse, tam teşekküllü bir sağlık kuruluşuna sevklerinin sağlanarak kesin sağlık kurulu raporu düzenlenmesi üzerine davanın esasının incelenmesi gerekirken; zararın, kesin olarak ortaya çıkmadığı Gülhane Askeri Tıp Akademisi Hastanesi'nde gerçekleştirilen operasyonla öğrenildiğinden bahisle 15/06/2013 tarihi esas alınmak suretiyle davanın süre aşımı

⁸⁴ Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/9409, K:2021/2962, K.T. 02.06.2021.

⁸⁵ Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/5981, K:2021/3355, K.T. 16.06.2021.

yönünden reddi yolundaki kararın yerinde olmadığı” hususları vurgulanarak, eylemin idariliği sağlık kurulu raporuna bağlanmıştır.

Danıştay başka bir uyuşmazlıkta⁸⁶, ”*uyuşmazlıkta, davacının şikâyeti üzerine soruşturma izni verilmemesine ilişkin karara yapılan itirazın Bölge İdare Mahkemesince kabul edildiği tarihin eylemin idariliğinin öğrenildiği tarih olarak kabul edilmesi gerektiği, idari eylemden doğduğu ileri sürülen zararın tazmini istemiyle açılan davada, davacının eylemin idariliğini öğrendiğini ileri sürdüğü Samsun Bölge İdare Mahkemesi kararının verildiği tarihten itibaren, 2577 sayılı Yasanın 13. maddesinde öngörülen bir yıllık süre içerisinde idareye başvurarak, başvurusunun reddi üzerine süresinde dava açtığı tartışmasız olduğundan, davanın süre aşımı nedeniyle reddi yolunda verilen kararda hukuki isabet görülmediği*” yönünde karar vererek, somut olayda eylemin idariliğinin ortaya çıktığı tarih olarak, soruşturma izni verilmemesine yapılan itirazın mahkemece kabul edildiği tarih olacağını ifade etmiştir. Dolayısıyla eylemin idariliğinin ortaya çıkış anı her somut olay bazında değerlendirilmekte olup, hak arama özgürlüğü kapsamında mahkemeye erişim hakkının ölçüsüz bir şekilde sınırlandırılması sonucunu doğuran süre hususu Danıştay tarafından birçok olayda özgürlükler yönünde karar verilmek suretiyle çözümlenmektedir.

8. SONUÇ

İdare hukuku içtihatlar hukuku olması sebebiyle idarenin mali sorumluluğu yargı içtihatları ile gelişmiştir. Bu gelişmede idarenin yargı yolu ile denetiminde iptal davaları kadar tam yargı davaları da etkili olmuştur. İdarenin sorumluluğu idare hukukunun kendine has yapısı gereğince özel hukuktaki sorumluluktan farklılaşmaktadır. İdare tarafından sunulan sağlık hizmetinin yürütülmesi esnasında bireyler bir takım maddi ve manevi zararlara uğrayabilmektedir. Bu zararların karşılanması gerek sosyal devlet gerek hukuk devleti ilkesi açısından zorunlu bulunmaktadır. Dolayısıyla, idare sunduğu kamusal faaliyet ve hizmetler ile uygun nedensellik bağı içerisinde yer alan zararları tazminle yükümlüdür. Bu kapsamda, idareye yüklenebilecek bir fiil ve/veya idari bir işlemde kaynaklanan zararlı sonuçların, idarenin

⁸⁶ Danıştay Onuncu Dairesi, E:2007/3247, K:2010/1023, K.T. 10.02.2010.

faaliyet alanını düzenleyen hukuk kuralları içerisinde öncelikle hizmet kusuru esaslarına göre, kusur yoksa kusursuz sorumluluk ilkeleri gereği karşılanması zorunluluğu bulunmaktadır.

Sağlık kamu hizmeti kavramı tıp alanındaki gelişmelere uygun olarak genişlemekte olup, özellikle bünyesinde risk taşıyan bu kamu hizmeti kapsamında idarenin sorumluluğu ve kusur türleri her somut olaya özgü yargı içtihatlarında tartışılmaktadır. Sağlık hizmetinden kaynaklanan zararların idare tarafından mali sorumluluk kapsamında karşılanması, idari yargıya mahsus olan niteliği itibarıyla özel hukuktaki genel tazminat davasına benzeyen fakat ondan belli başlı özellikleri ile farklılaşan tam yargı davası ile sağlanmaktadır. Dolayısıyla bu davalar ile karşılaşılan mahkemeler, zararlı neticeye sebep olan işlem veya eylemlerin hukukilik denetimini yaparken işlem ve eylemin doğurduğu hukuki sonuçları ve ortaya çıkan gerçek zararları tespit etmektedir. Hukukilik denetiminde, olayın oluş şekli ve zararın niteliği ortaya konulduktan sonra somut olayda idare tarafından sunulan hizmette bir kusur olup olmadığı araştırılmakta, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkelerinin uygulanıp uygulanmayacağı incelenmektedir. Ayrıca, meydana gelen zararların giderilmesi açısından tazmin ile sorumlu tutulacak olan idare yönünden dayanılan sorumluluk sebebi de kararda açıkça gösterilmektedir. Öte yandan, söz konusu davalarda sağlık hizmetinden kaynaklı kusurun ortaya çıkış anı da her olay özelinde değiştiğinden süreler bireylerin özgürlükleri lehine yorumlanmaktadır.

Sağlık hizmetlerinin yaşam hakkı ile ilişkisi ve bireylere yönelik tıbbi girişimlerin birçok öngörülemeyecek risk içermesi sebebiyle, Danıştay'ın eski içtihatlarında sorumluluk için ağır hizmet kusuru kriteri aranmaktaydı. Fakat yeni içtihatlarında sağlık hizmetindeki en küçük hatanın bile ağır sonuçlara neden olacağından basit bir kusur bile hizmet kusuru olarak yorumlandığı görülmektedir. Ayrıca, sağlık hizmetleri sunumunda başvuru bazı tıbbi girişimler neticesinde ortaya çıkan zararlı sonuçlardan idare kusuru bulunmasa dahi sorumlu olmaktadır. Kusura dayanmayan bu sorumluluğun amacı, sağlık hizmetinin ifası esnasında başvuru tıbbi girişimlerin, kullanılan ilaçların taşıdığı birçok riskin ortaya çıkardığı külfetin/risklerin sadece bireyler üzerinde bırakılmaması gerekliliğidir. Sağlık hizmeti sunumundan kaynaklı zararların karşılanması talebiyle açılan tam yargı davalarında Danıştay

kararlarında sağlık hizmetlerinde, kusursuz sorumluluk açısından hakkaniyet ve nesafet ilkelerine vurgu yapıldığı görülmektedir. Kanımızca, hakkaniyet ve nesafet ilkesinden ayrı olarak sağlık hizmetlerinde, meydana gelen zarar, riskli bir tıbbi girişimden kaynaklanmıyorsa, kusursuz sorumluluğun türü olan tehlike/risk ilkesinin yargı mercilerince tartışılması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler

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

ATAK, S. (2010), TBB Dergisi, S.87, s. 90-120.

ATAY, E. E., ODABAŞI, H., GÖKHAN, H. T., (2003), Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları. Ankara: Seçkin Yayınevi.

ATAY, E. E. (2006). “İdarenin Sorumluluğu”, in Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan. Ankara: Turhan Kitabevi.

AYAN, M. (1991). Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk. Ankara: Kazancı Yayınları.

AYANOĞLU, T. (2004). “Yargısal Korunma İşlevi Bakımından Tam Yargı Davasının Niteliği”, Danıştay ve İdari Yargı Günü 135. Yıl Sempozyumu, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No:68, Ankara: Danıştay Matbaası.

BELGESAY, M.R. (1954) Tıbbi Mesuliyet, Sıralar Matbaası, İstanbul

CANBOLAT, F. (2009) “Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Kaynaklanan Sorumluluğunun Dayanağı”, TBB Dergisi, Sayı:80, Ankara, ss.156-181.

ÇAĞLAYAN, R. (2007). Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu, Ankara, Asil Yayın Dağıtım.

ÇAL, S., (2007) “Kamu Hizmeti: Bir Tanım Denemesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Sayı 1-2, Ankara, s. 615.

DEMİRKOL, S., BAŞ, B. Z., (2007). Teori ve Pratikte İdari Yargıda Dava Açma ve Davaların Takip Usulü, İstanbul: Beta.

DURAN, L. (1974). Türkiye İdaresinin Sorumluluğu. Ankara: Sevinç Matbaası.

DURAN, L. (1982). İdare Hukuku. İstanbul: Fakülteler Matbaası.

DUVAN, A. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 2. Maddesi Çerçevesinde Yaşam Hakkının Korunmasında Devletin Yükümlülüğü” Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 24, Sayı 2, s.660-68.

DÜLGER, M. V. (2015). “Sağlık Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Hasta Mahremiyeti” Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1 (2), ss. 43-80.

ER, Ü., (2008) Sağlık Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara.

ERSÖZ, K., (2010) “Tıbbi Müdahale Kavramı ve Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl 5, Sayı 45, Mayıs, ss. 105-122.

ESİN, Y. (1973). Danıştay’da Açılacak Tazminat Davaları, 2. Kitap: Esas, İdarenin Hukuki Sorumluluğu,. Ankara, Balkanoğlu Matbaacılık.

GENCER, Z. A., (2014) Ceza Hukuku Kapsamında Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Bilge Yayınevi, Ankara.

GÖKCAN, H. T., (2010) Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara.

GÖZLER, K. (2009). İdare Hukuku, Cilt: 2, İkinci Bası, Bursa: Ekin Yayınevi.

GÖZLER, K.(2019) İdare Hukuku, Ekin Yayınları, Cilt II.

GÜNDAY, M. (2013). İdare Hukuku, İmaj Yayınları, Ankara.

GÜNDAY, R. (2012). Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk, Adalet Yayınevİ, Ankara.

GÜRAN, S., “Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu”, Danıştay Dergisi, Sayı:46-47.

KARAHANOĞULLARI, O. (2002). Kamu Hizmeti – Kavram ve Hukuksal Rejim, Ankara: Turhan Kitabevi.

KARAKUL, S., (2016) “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı” İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3 (2), Güz, ss.169-206.

KAYA, C. (2014). İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetim. İstanbul: XII Levha Yayınları.

ONAR, S. S. (1966) İdare Hukukunun Umumi Esasları, Hak Kitabevi, 3.Cilt,

ÖZDEMİR, N., (1963), Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu, Yeni Desen Matbaası, Ankara.

ÖZPINAR, B., (Yıl:66, Sayı:3 Yaz 2008). “Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamadan Doğan Hukuki Sorumluluğun Sebepleri ve Sonuçları”, Ankara Barosu Dergisi, ss.90-103.

SAVAŞ, H., (2013) Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları Tıbbi Malpraktis Tıbbi Davaların Seyri ve Sonuçları, Seçkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara, Haziran.

TANERİ, G., (2014) Hasta Hakları, Bilge Yayınevi, Ankara.

TOP M., GİDER Ö., TAŞ Y., ÇİMEN S., (2008), “Hekimlerin Tıbbi Hatalar Neden Olan Faktörlere İlişkin Değerlendirmeleri”, Kocaeli İlinde Bir Alan Çalışması, Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, C:11, Sayı:2, s. 161-199.

TÜRKMEN, A.,(2013) Hasta ve Hekim Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara.

ULUSOY, A., (2021)Yeni Türk İdare Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara.

YENERER ÇAKMUT, Ö.,“Sağlık Hukukunun Temel Esasları ve Özellikle Aydınlatılmış Onam”, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, Sempozyum 16-17 Ocak 2009 Mersin, Bildiriler, Mersin Barosu Yayınları, ss. 1-40.

YILDIRIM, T, YASİN M., KAMAN, N., ÖZDEMİR, H. E., ÜSTÜN, G., TEKİNSOY, Ö., (2013), İdare Hukuku, İstanbul: XII Levha Yayınları.

YILMAZ, B., (2010) Açıklamalı-İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ekim.

İnternet Kaynakları

“Sağlıkla İlgili Uluslararası Belgeler”, “Dünya Tabipler Birliği Avrupa Konseyi Birleşmiş Milletler Unesco Avrupa Tabip Birlikleri Forumu”, Yayına Hazırlayan: Sayek, Füsün, Haziran, 1998, s.46. https://www.ttb.org.tr/kutuphane/uluslararasi_belgeler.pdf, (Erişim Tarihi:15.05.2022)

Mahkeme Kararları

AYM, E. 2004/114, K. 2007/85 K.T. 22.11.2007., R.G.24.12.2007, Sayı.26736.

AİHM I. v. Finland, Başvuru No: 20511/03 K.T. 17.17.2008.

Aydoğdu / Türkiye, Başvuru No: 40448/06, 30.08.2016, §§ 118-122.

Danıştay Onuncu Daire Kararları (Danıştay kararları Uyap bilişim sisteminden alınmıştır.)

Danıştay Onuncu Dairesi, E:1994/5314,K:1996/294, K.T. 31.01.1996

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2004/9232, K:2007/2720, K.T. 18.05.2007

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2009/11126,K:2009/9810, K.T. 18.11.2009

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2008/11112,K: :2009/2529, K.T.31.03.2009

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2007/6785, K:2010/2168,K.T. 29.03.2010

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2009/4058,K:2010/2357, K.T. 31.03.2010

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2007/6322,K:2010/5981, K.T. 13.07.2010.

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2007/3247, K:2010/1023, K.T. 10.02.2010

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2010/4158, K:2010/11525, K.T. 29.12.2010

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2007/6785, K:2010/2168, K.T.29.03.2010

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2007/4589, K:2011/776, K.T. 28.02.2011

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2008/950,K:2011/6169, K.T. 30.12.2011

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2007/8645,K:2011/1570, K.T. 22.04.2011

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2008/10149,K:2012/3381, K.T. 10.07.2012

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2008/7693,K:2012/5954, K.T.22.11.2012

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2008/10149,K:2012/3381, K.T. 10.07.2012.

Danıştay Onuncu Dairesi, E: 200 9/6118, K:2013/4501, K.T.15.05.2013.

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/3592, K:2019/4052, K.T. 15.05.2019.

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/6122, K:2019/9350, K.T. 05.12.2019.

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/6252, K:2019/11154, K.T. 31.12.2019.

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/6569, K:2020/4979, K.T. 17.11.2020.

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/6437, K:2020/7028, K.T.
28.12.2020.

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/6540, K:2020/6842,
K.T.23.12.2020.

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/6826,K:2021/6201, K.T
13.12.2021.

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/6753, K:2021/6169, K.T.
13.12.2021.

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/3481, K:2021/3574, K.T.
23.06.2021

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/6908, K:2021/6225, K.T.
13.12.2021.

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/6629, K.2021/1920, K.T.
26.04.2021

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/6823, K:2021/5465, K.T.
11.11.2021.

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/11260, K:2021/1597, K.T.
05.04.2021

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2020/3612, K:2021/548, K.T.
17.02.2021.

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/6926, K:2021/1746, K.T.
12.04.2021.

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/7573, K:2021/3727, K.T.
30.06.2021.

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/6692,K:2021/5902, K.T.
29.11.2021.

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2017/4146,k:202175026, K.T.
25.10.2021.

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/5978, K:2021/3356, K.T.
16.06.2021.

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/5978, K:2021/3356, K.T.
16.06.2021.

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/9409, K:2021/2962, K.T.
02.06.2021.

Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/5981, K:2021/3355, K.T.
16.06.2021.

Danıştay Onbeşinci Daire Kararları

Danıştay Onbeşinci Dairesi, E:2013/3957 ve K:2014/2049, K.T.
20.03.2004.

Danıştay Onbeşinci Dairesi, E:2013/4071, K:2014/2431, K.T.
03.04.2014.

Danıştay Onbeşinci Dairesi, E:2013/4071,K:2014/2431, K.T.
03.04.2014

Danıştay Onbeşinci Dairesi, E:2013/11018, K:2014/4704, K.T.
04.06.2014.

Danıştay Onbeşinci Dairesi, E:2013/4284, K:2014/5322,
K.T.13.06.2014

Danıştay Onbeşinci Dairesi, E:2014/8633, K:2015/4625, K.T.
25.06.2015

Danıştay Onbeşinci Dairesi, E:2013/4111, K:2016/2803, K.T.
22.04.2016.

Danıştay Onbeşinci Dairesi, E:2015/7128, K:2016/606, K.T.
04.02.2016.

Danıştay Onbeşinci Dairesi, E:2013/4111,K:2016/2803,
K.T.22.04.2016

Danıştay Onbeşinci Dairesi, E:2015/7308, K:2017/555, K.T.
07.02.2017.

Danıştay Onbeşinci Dairesi, E:2016/2124,K:2017/665, K.T.
14.02.2017.

Danıştay Onbeşinci Dairesi, E:2016/8172, K: 2017/7132, K.T.
30.11.2017.

Danıştay Onbeşinci Dairesi, E:2017/2712, K:2018/2120, K.T.
27.02.2018.

Danıştay Onbeşinci Dairesi, E:2014/1928, K:2019/97, K.T.
15.01.2019.