

T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

İDARENİN SAĞLIK HİZMETLERİNİN
YÜRÜTÜLMESİNDEN KAYNAKLANAN
SORUMLULUĞU

DOKTORA TEZİ

Cihan YÜZBAŞIOĞLU

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Erdoğan BÜLBÜL

TEMMUZ 2019

ÖNSÖZ

İnsanı korumayı amaç edinen iki bilim dalı: tıp ve hukuk. Birbirini bütünlemesi mi gerekir yoksa sınırlaması mı? Birbirini desteklemesi mi gerekir yoksa çekişmesi mi? İnsanın korunması amaç olduğunda cevap açık olsa da uygulamanın biraz farklı şekilde gelişmekte olduğu görülmektedir. Başta hekimler olmak üzere sağlık çalışanları hukuku fiziki çalışma koşullarından habersiz, tıbbi girişimleri sınırlayan bir tazminat tehdidi gibi görmekte; hukukçular ise tıbbi, başına buyruk hale gelmiş, insan haklarını gözetmeyen ve sınırlandırılması gereken bir alan olarak algılamaktadır. Günümüzde medya ve iletişim sektörünün hızla gelişmesine de bağlı olarak her iki algının da arttığı, bu durumun tıp ve hukuk bilimleri arasındaki uçurumu derinleştirdiği şüphesizdir. Öyle ki, bazı hukukçular hastane koridorlarını potansiyel gelir kaynağı olarak benimsemekteyken, hekimler dava tehdidi nedeniyle hastalara bakmaktan el çekmekte ya da gereksiz yere tıbbi müdahaleler gerçekleştirmektedir. Her iki ihtimalde de etkili tedavi imkanından yoksun kalan hasta zarara uğramaktadır. Başka bir ifadeyle insanı korumayı amaç edinen iki bilim dalının mücadelesi hastayı mağdur konumuna getirmektedir. Bu bakımdan hekim ve diğer sağlık çalışanlarının yetki ve sorumluluk alanının sınırlarının çizilmesi, kişilerin başta maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi olmak üzere, temel haklarının korunması bakımından elzemdir.

Sahip olduğu insan kaynakları ile tesis ve malzemeler göz önünde bulundurulduğunda ülkemizdeki en büyük sağlık hizmeti sunucusunun Devlet olduğu tartışmasızdır. Her ne kadar kamu hizmeti yürütmekte olsalar da, ticari işletmecilik anlayışıyla ve kar elde etmek amacıyla faaliyet yürüten özel sağlık kuruluşlarının, bu amaçları doğrultusunda belli coğrafi alanlarda yoğunlaştığı, ülke

sathına yayılmadığı gözlenmektedir. Hatta bu durum bazı bölgelerde sağlık hizmetinin yalnızca kamusal sağlık kuruluşları tarafından sunulmasına dahi yol açmaktadır. Keza sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan sorumluluğun kaynağı çoğunlukla idarenin eylemleridir. Dolayısıyla, sağlık hukukundan kaynaklanan yetki ve sorumlulukların tespiti bakımından, idarenin sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan sorumluluğun bütüncül bir yaklaşımla incelenmesi önemli bir ihtiyaçtır.

Hukuksal bir ihtiyaç olmanın yanında bu çalışmanın yapılması benim için duygusal da bir ihtiyaçtı. Hukukçu perspektifiyle kural, yetki ve sorumluluk sacayağı üzerine şekillenen bir anlayışla yaşamını sürdüren bir akademisyenin ömrünü genç ve meraklı bir hekimle bir yapması; uygulama ve sorunlar hakkında bilgi sahibi olması, endişelerini görmesi, böyle kapsamlı ve karmaşık bir alanda bütüncül bir çalışmanın yapılmasını elzem hale getirdi. Hayatıma girerek bana gerek tüm hayatım ve gerek bu çalışmada her zaman günışığı olan, bu çalışmanın hazırlanması sürecinde benim bırakmak zorunda kaldığım boşlukları sabırla ve güler yüzle dolduran en yakın arkadaşım, sevgili eşim Dr. Merve YÜZBAŞIOĞLU'na en içten şükranlarımı sunuyorum.

Her zaman örnek bir akademisyen, ideal bir baba olan, yalnızca iyi bir akademisyen değil; vicdanlı bir insan olabilmek için de kendisinden feyz aldığım, bu çalışma için bana kesintisiz olarak yol gösteren, yeni ufuklar açan ve her vazgeçmemde arkamda duran hocam ve babam sayın Prof. Dr. Necmi YÜZBAŞOĞLU'na en derin saygı ve teşekkürlerimi sunarım.

Bir akademisyen için hoca çok şey ifade eder. Hoca bir öğretmendir, bir ailedir ve hatta bir rol modelidir. İstisnalar mutlaka vardır, ancak hoca nasıl bir insansa asistan da çoğunlukla öyle olur. Yalnızca bu çalışma bakımından değil, bir hukukçu olarak gelişimim bakımından, bazen eleştirel, bazen öğretici ve çoğu zaman da sahiplenici bir yaklaşımla, nicelik anlayışının kalite ve özen kavramlarını sorgulanır

hale getirdiği günümüzde, kaliteli bir akademisyen, kaliteli bir öğrenci, kaliteli bir hoca ve kaliteli bir eser yazarı olabilmek için bana örnek olan, danışmanım, anabilim dalı başkanım ve sayın hocam Prof. Dr. Erdoğan Bülbül'e, gerek bu çalışma boyunca bana sürekli olarak verdiği destek, katkı ve ilgi, gerek bana öğrettikleri ve gerek ileride öğretecekleri için sonsuz hürmet ve şükranlarımı sunarım.

Tezimin yazımı aşamasında özellikle Anayasa hukukuna ilişkin içine düştüğüm çıkmazlarda bana yol gösteren, mevcut hukuk normlarını uygulamanın yanında bunları sorgulamamı sağlayan sayın hocam Prof. Dr. Şule ÖZSOY BOYUNSUZ'a; gerek tez konuma ilişkin literatüre kazandırmış olduğu çok sayıdaki çalışmasıyla ve gerek tez izleme toplantılarında bana kattığı farklı bakış açılarıyla tezimde büyük emeği ve katkısı olan sayın hocam Prof. Dr. Turan YILDIRIM'a teşekkürlerimi sunmayı bir borç bilirim.

Tez yazım sürecim boyunca sorularıma sabırla yanıt veren, manevi desteklerini ise her zaman hissettiğim, bana yol gösterici olan ve yeni ufuklar açmamı sağlayan, akademik çalışmalarım daha iyi olabilmem için bana devamlı olarak katkıda bulunan kürsü hocalarım sayın Doç. Dr. Çağla TANSUĞ ve Dr. Öğr. Üyesi Özge AKSOYLU'ya; anayasa hukukuna ilişkin konularda her zaman kapısını çalabildiğim bir rehber olan hocam sayın Doç. Dr. Özen ÜLGEN'e teşekkürlerimi sunarım.

Ailenin tek çocuğu yalnız büyür, oyunlarını yalnız oynar, yalnız sevinir ve üzülür. Her şeyini yalnız yapmaya alışkındır. Daha da kötüsü birisinin kendisine ayna tutmasını sevmez. Üniversite hayatıma kadar yaşadığım yalnızlığı değiştiren, gerek bu çalışmada ve gerek tüm hayatımda kendimi sorgulamamı sağlayan bir ayna olan, bu çalışmayı kendi eseriymişçesine sahiplenene, gerek kaynak ve gerek içerik yönünden bir arkadaştan beklenenin çok üstünde katkıları olan ve bu çalışmanın bütün halini eleştirel bir gözle ilk defa okuyan kardeşim Arş. Gör. Burcu ALKIŞ'a çok teşekkür ederim.

Bir tezin temel malzemesi kitaplar ve diğ er kaynaklardır. Bir idare hukuku tezi için en elzem malzeme olan Danıştay kararlarına ulaşılamadığı günümüz Türkiye’sinde, gerek kitap ve gerek makale temini bakımından bana her türlü kolaylığı sağlayan, bitmeyen taleplerimi yanıtsız bırakmayan Huriye  ELEB  ve İsmail Kemal ES NER’e en içten teşekkürlerimi sunarım.

Son olarak, doktora eğitim sürecim boyunca bana maddi destek veren, bursiyeri olduğum Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu’na (T B TAK) teşekkürlerimi sunarım.

Cihan YüZBAşIOğLU
Temmuz 2019 - Ortaköy

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	ii
İÇİNDEKİLER.....	vi
KISALTMALAR.....	xi
RESUME.....	xv
ABSTRACT.....	xxiv
ÖZET.....	xxxii
GİRİŞ.....	1
BİRİNCİ BÖLÜM: SAĞLIK HİZMETLERİNİN YÜRÜTÜLMESİNDEN KAYNAKLANAN SORUMLULUĞUN TEMELLERİ.....	50
I. BİZATİHİ SAĞLIK KAMU HİZMETİNDEN KAYNAKLANAN SORUMLULUK.....	51
A. İdare Tarafından Yürütülen Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Sorumluluk.....	53
1. Sağlık Hizmetlerinin Tanzimi ve Sorumluluk.....	55
2. Sağlık Hizmetlerinin Etkin Personel Tarafından Yürütülmesi ve Sorumluluk.....	67
a. Yeterli Sayıda Personel Temini ve Sorumluluk.....	68
b. Yeterli Nitelikte Personel Temini ve Sorumluluk.....	74
3. Yeterli Miktar ve Nitelikte Malzemenin Sağlanması ve Sorumluluk.....	78
4. Hizmetin Güvenli Bir Ortamda Sunulması ve Sorumluluk.....	88
a. Sağlık Kuruluşundaki Fiziksel Ortamın Güvenli Olması.....	89
i. Sağlık Kuruluşlarının Mekansal Anlamda Güvenli Olması.....	89
ii. Sağlık Kuruluşlarının İnsan Kaynaklı Tehlikeler Yönünden Güvenli Olması.....	92

b. Sağlık Kuruluşlarının Tıbbi Yönden Güvenli Olması.....	100
B. Özel Kişiler Tarafından Yürütölüp İdare Tarafından Denetlenen	
Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Sorumluluk.....	105
1. Sağlık Hizmetinin Tek Yanlı İşlemler Çerçevesinde Özel Hukuk	
Kişileri Eliyle Yürütülmesi ve İdarenin Sorumluluğu.....	108
2. Sağlık Hizmetinin Sözleşmesel İlişki Çerçevesinde Özel Hukuk	
Kişileri Eliyle Yürütülmesi ve İdarenin Sorumluluğu.....	120
a. Sağlık Hizmetinin İdari Sözleşme ile Özel Hukuk Kişisine	
Devredilmesi Halinde Sorumluluk.....	121
i. Sağlık Hizmetlerinin Özel Hukuk Kişisine Devri Bakımından	
Kabul Görmemiş Bir Sözleşme Tipi: İmtiyaz Sözleşmeleri.....	122
ii. Sağlık Hizmetinin İşletme Hakkının Devri Sözleşmesiyle Özel	
Hukuk Kişisine Devredilmesi Halinde İdarenin Sorumluluğu.....	124
b. Sağlık Hizmetinin Özel Hukuk Sözleşmesi ile Özel Hukuk	
Kişisine Devredilmesi Halinde Sorumluluk.....	126
II. SAĞLIK PERSONELİNİN EYLEMLERİNDEN KAYNAKLANAN	
SORUMLULUK.....	138
A. Sağlık Personelinin Hukuka Aykırı Eylemlerinden Kaynaklanan	
Sorumluluk.....	139
1. Sağlık Hizmetinin Mahremiyet İlkesine Uygun Sunulmaması	
ve Sorumluluk.....	140
2. Sağlık Personelinin Kişisel Verileri Koruma Yükümlülüğüne	
Uymaması ve Sorumluluk.....	145
a. Kişisel Sağlık Verilerinin Tutulması Yükümlülüğünün Yerine	
Getirilmemesi ve Sorumluluk.....	149
b. Kişisel Verilerin Korunması Yükümlülüğünün İhlali ve Sorumluluk.....	158
c. Kişisel Sağlık Verilerine Erişebilme ve Düzeltilmesini Talep Etme	
Hakkının İhlali ve Sorumluluk.....	176
3. Aydınlatılmış Onama Uygun Tedavi Görme Hakkının İhlali	
ve Sorumluluk.....	182
a. Aydınlatma Yükümlülüğünün İhlali ve Sorumluluk.....	187
b. Onama Uygun Tedavi Yükümlülüğünün İhlali ve Sorumluluk.....	204

B. Sağlık Personelinin Tıbbi Standartlara Aykırı Eylemlerinden Kaynaklanan Sorumluluk.....	223
1. İdarenin Hekimin Faaliyetlerinden Kaynaklanan Sorumluluğu.....	227
a. İdarenin Tıbbi Uygulama Hatalarından Kaynaklanan Sorumluluğu.....	228
i. İdarenin Koruyucu Hekimlik Faaliyetleri Sırasında Yapılan Tıbbi Uygulama Hatalarından Kaynaklanan Sorumluluğu.....	232
ii. İdarenin Teşhis Sırasında Yapılan Tıbbi Uygulama Hatalarından Kaynaklanan Sorumluluğu.....	241
iii. İdarenin Tedavi Sırasında Yapılan Tıbbi Uygulama Hatalarından Kaynaklanan Sorumluluğu.....	259
A) Sıradan Tedavi Faaliyetleri Sırasında Yapılan Tıbbi Uygulama Hataları ve Sorumluluk.....	261
B) Tıbbi Operasyonlar Sırasında Yapılan Tıbbi Uygulama Hataları ve Sorumluluk.....	276
1) İdarenin Olağan Tıbbi Operasyonlar Sırasında Yapılan Tıbbi Uygulama Hatalarından Kaynaklanan Sorumluluğu.....	277
2) Özel Nitelikli Tıbbi Operasyonlar Sırasında Yapılan Tıbbi Uygulama Hataları ve Sorumluluk.....	286
i) Estetik Operasyonlar.....	287
ii) Cinsiyet Değişikliğine Yönelik Tıbbi Operasyonlar.....	292
iii) Cinsel Faaliyete İlişkin Müdahaleler.....	295
iv) Gebeliğin Sona Erdirilmesi.....	297
v) Organ Nakli Faaliyetleri.....	301
b. İdarenin Tıbbi Müdahale Benzeri Faaliyetlerden (Çekinik Tıp Uygulamalarından) Kaynaklanan Sorumluluğu.....	306
i. Pozitif Çekinik Tıp Faaliyetlerinden Kaynaklanan Sorumluluk.....	309
ii. Negatif Çekinik Tıp Faaliyetlerinden Kaynaklanan Sorumluluk.....	315
2. İdarenin Diğer Sağlık Çalışanlarının Faaliyetlerinden Kaynaklanan Sorumluluğu.....	318
a. İdarenin Diğer Sağlık Çalışanlarının Yetki Alanlarını Aşmalarından Kaynaklanan Sorumluluğu.....	319

b. İdarenin Diğer Sağlık Çalışanlarının Yetki Alanları İçinde Kalan Faaliyetlerinden Kaynaklanan Sorumluluğu.....	325
i. Hekim Gözetiminde Yürütülen Faaliyetlerden Kaynaklanan Sorumluluk.....	325
ii. Bizzat Diğer Sağlık Çalışanlarınca Yürütülen Faaliyetlerden Kaynaklanan Sorumluluk.....	331
İKİNCİ BÖLÜM: İDARENİN SAĞLIK HİZMETLERİNİN YÜRÜTÜLMESİNDEN KAYNAKLANAN SORUMLULUĞUNUN KOŞULLARI.....	337
I. SORUMLULUĞUN TEORİK OLARAK ORTAYA ÇIKMASININ KOŞULLARI.....	338
A. Kusur.....	339
1. Kusur Sorumluluğunun Esas Olması.....	340
2. Kusursuz Sorumluluk Esasının Kabul Edilmemesi.....	354
3. Kusursuz Sorumluluk Esasına Geçiş Bağlamında Kusur Karinesinin Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Sorumluluk Bakımından Uygulanabilirliği....	378
B. Zarar.....	386
1. Tazmin Edilebilir Nitelikte Zararın Olması.....	388
a. Tazmin Edilebilir Zararın Taşınması Gereken Özellikler.....	388
b. Tazmin Edilebilir Zararın Türleri ve Belirlenmesi.....	400
i. Maddi Zararlar.....	401
A) Ölüme Bağlı Zararlar.....	405
B) Cismani Zararlar.....	414
C) Diğer Maddi Zararlar.....	427
ii. Manevi Zararlar.....	428
A) Hizmetten Yararlananın Uğradığı Manevi Zarar.....	433
B) Üçüncü Kişilerin Uğradığı Manevi Zarar.....	441
2. Zararın İdareye Atfedilebilir Olması.....	449
a. İdarenin Faaliyeti ile Zarar Arasında İliyet Bağının Bulunması.....	450

b. İdarenin Faaliyeti ile Zarar Arasındaki İlliyet Bağını Kopartan Hallerden Birinin Bulunmaması.....	458
i. Mücbir Sebep.....	459
ii. Beklenmeyen Hal.....	462
iii. Zarar Görenin Eylemi.....	466
iv. Üçüncü Kişinin Eylemi.....	471
II. SORUMLULUĞUN SOMUTLAŞMASININ KOŞULLARI: ZARARIN TAZMİNİNE İLİŞKİN KARAR GEREKLİLİĞİ.....	476
A. İdari Kararla Tazmin.....	476
1. İdari Merciyeye Başvurunun Niteliği ve Sonuçları.....	478
2. İdari Merciyeye Başvurunun Süresi.....	482
B. Yargı Kararıyla Tazmin.....	487
1. İdari Yargıda Açılacak Tam Yargı Davası.....	488
a. Davanın İdari Yargı Düzeninde ve İdare Aleyhine Açılmış Olması.....	490
b. Davanın Görevli ve Yetkili İdari Yargı Mercii Önünde Açılmış Olması..	512
c. Dava Dilekçesinin İYUK'un 3. ve 5. Maddelerine Uygun Şekilde Düzenlenmiş Olması.....	515
2. Sağlık Hizmetlerine İlişkin Uyuşmazlıklarda Yargılama Sürecindeki Bazı Usuli Müesseseler.....	517
a. Davanın Islahı.....	518
b. Bilirkişi.....	523
c. Üçüncü Kişilerin Davaya Müdahalesi.....	532
i. Davanın İhbarı.....	533
ii. Davaya Katılma.....	538
SONUÇ.....	547
KAYNAKÇA.....	561
ÖZGEÇMİŞ.....	585

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
age	: Adı geçen eser
agm	: Adı geçen makale
ags	: Adı geçen sözleşme
AİHK	: Avrupa İnsan Hakları Komisyonu
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AJDA	: Actualité juridique droit administratif
AYİM	: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi
AYİMD	: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi
AYİMDK	: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Daireler Kurulu
B.	: Bölüm
BB.	: Bireysel Başvuru
BİM.	: Bölge İdare Mahkemesi
Bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
BN.	: Başvuru Numarası

Bull.	: Bulletin
C.	: Cilt
CA	: Cour d'appel
CAA	: Cour administrative d'appel
CBK	: Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi
CD	: Ceza Dairesi
CE	: Conseil d'Etat
CGK.	: Ceza Genel Kurulu
Çev.	: Çevirmen
D.	: Daire
Dan.	: Danıştay
DD	: Danıştay Dergisi
DKD	: Danıştay Kararlar Dergisi
dn.	: Dipnot
DMK	: Devlet Memurları Kanunu
E.	: Esas Numarası
HD	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
Gaz. Pal.	: Gazette du palais
İYUK	: İdari Yargılama Usulü Kanunu

İBGK	: İctihadı Birleştirme Genel Kurulu
İDD	: İdari Dava Dairesi
İDDK	: İdari Dava Daireleri Kurulu
İDDGK	: İdari Dava Daireleri Genel Kurulu
JCP	: Jurisclasseur periodique
K.	: Karar Numarası
L.	: Loi
md.	: Madde
n°	: Numara
RDCE	: Recueil des d�cisions du Conseil d'Etat
RDP	: Revue de droit public
RDSS	: Revue de droit social et sanitaire
Rec.	: Recueil
RFDA	: Revue française de droit administratif
R.	: Reglement
RG.	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: sayfa
ss.	: sayfaları arasında
T.	: Tarih
TA	: Tribunal administratif
TBK	: Türk Borçlar Kanunu

TBMM : Türkiye Büyük Millet Meclisi

TC : Tribunal de conflits

TCK : Türk Ceza Kanunu

TMK : Türk Medeni Kanunu

vb. : ve bunun gibi

vd. : ve devamı

Y. : Yıl

Yar. : Yargıtay



RÉSUMÉ

L'élaboration du concept des droits de l'homme visant à inclure les droits sociaux et la marchandisation des activités liées à la santé ont transformé la santé en un droit revendicable. La relation entre le patient et le médecin, qui reposait sur une compréhension paternaliste dans le cadre du principe du "*primum non nocere*" (d'abord, ne pas nuire) depuis Hippocrates, s'est construite sur l'axe des droits et des obligations. Le manque ou mauvaise exécution de ces droits et obligations ont conduit à l'émergence de différends et à la responsabilité des prestataires de soins de santé.

Il ne fait aucun doute que la relation de responsabilité entre le patient et le médecin sera différente selon la prestation des services de soins de santé par des établissements privés ou publics. En cas de litiges découlant des services de santé fournis par des établissements de santé publics, les principes du droit administratif sont appliqués et de ceux découlant des services de santé fournis par des personnes de droit privé, le droit des obligations est appliqué. Dans cette étude dans laquelle la responsabilité de l'administration découlant de l'exécution des services de santé a été examinée, la responsabilité découlant des services de santé fournis dans le cadre d'une relation publique a été évaluée.

Selon l'article 125 de la Constitution, qui constitue le fondement constitutionnel de la responsabilité de l'administration, celle-ci est tenue de payer les dommages résultant de ses actes et décisions. Étant donné que les services de santé sont souvent fournis sous la forme d'actions de l'administration, il est clair que la

réparation des dommages résultant de ces services est une obligation constitutionnelle.

L'établissement de la responsabilité de l'administration dépend de la réalisation d'une activité illégale qui constitue la base de cette responsabilité. Bien que les activités licites de l'administration puissent entraîner une responsabilité conformément aux principes d'équité et de justice, le fondement de la responsabilité repose principalement sur des actes illicites de l'administration. La responsabilité découlant de l'exécution des services de santé peut être basée sur les actes illicites de l'agent public, ainsi que sur la structure ou l'organisation du service lui-même, qui ne peut être attribuée à l'action d'un agent public particulier.

Cette distinction est importante pour la détermination de la responsabilité de l'administration dans des litiges concrets. C'est-à-dire que, dans les litiges qui ne découlent pas de l'activité d'un agent public particulier, mais qui résultent des insuffisances du service lui-même, les autorités judiciaires ont tendance à restreindre la responsabilité de l'administration en se référant à l'article 65 de la Constitution.

Selon l'article 352 du décret présidentiel n°1, il incombe à l'administration *“d'assurer l'économie des ressources humaines et matérielles et d'accroître l'efficacité, de garantir une répartition équilibrée des ressources de santé dans tout le pays et de garantir une présentation égale, de qualité et d'efficacité des services de santé en réalisant la coopération entre toutes les parties prenantes.”* À cet égard, il incombe à l'administration de garantir un nombre suffisant de personnel qualifié pour la fourniture de services de santé publique, le matériel nécessaire pour l'exécution efficace du service et l'organisation d'un nombre et d'une quantité suffisants de personnel et de matériel conformément à la législation et aux normes médicales. En outre, le fait que les établissements de santé ne répondent pas aux exigences minimales de sécurité physique et médicale est un autre motif de responsabilité.

L'échec de l'administration à satisfaire à ces exigences en matière de fourniture de services de santé, qui ne peut être attribuée à l'action d'un agent public particulier, rend le service illégal. L'administration devra être tenue responsable de tout dommage causé par ces raisons. Cependant, les autorités judiciaires ont interprété la responsabilité de l'administration de manière restrictive dans cette circonstance en raison de l'article 65 de la Constitution. Le Conseil d'État a établi une jurisprudence selon laquelle l'administration ne peut être tenue responsable des dommages résultant des insuffisances du service en termes de personnel, de matériel et d'organisation, sauf en cas de très grave illégalité, en soulignant que la fourniture de services de santé, qui est une obligation constitutionnelle de l'État dans le domaine social, devrait être remplie dans la mesure où ses ressources financières le lui permettent. À notre avis, la conformité de cette jurisprudence à l'article 125 de la Constitution pourrait être mise en question.

En outre, la responsabilité de l'administration, dans certaines limites, s'applique aux services de santé fournis par des personnes de droit privé dans le cadre des dispositions du droit des obligations. L'administration est tenue d'assurer la surveillance et l'inspection effective des services de santé, car ils ne perdent pas la qualité du service public même quand ils sont fournis par des personnes de droit privé. À cet égard, l'administration est responsable des dommages causés par le manquement à l'obligation de supervision et de contrôle conformément à la loi. Dans ce cas, la responsabilité ne repose pas principalement sur les actes de personnes de droit privé ; mais sur l'insuffisance ou l'illégalité des activités de supervision et d'inspection de l'administration.

L'étendue de l'obligation de surveillance et d'inspection incombant à l'administration et sa responsabilité varient à l'égard de l'autorisation des personnes de droit privé selon la procédure unilatérale, statutaire ou selon la procédure contractuelle. À cet égard, il convient de noter que le champ de responsabilité découlant de l'obligation de surveillance et de contrôle des services de santé effectuée par des personnes de droit privé mandatées selon des procédures

administratives unilatérales est interprété plus largement par la doctrine et le Conseil d'État. Dans tels cas, il apparaît que l'administration est tenue responsable, ainsi que la personne de droit privé, de l'organisation du service et du respect de l'obligation de fournir le personnel et le matériel suffisants en nombre et en qualité.

En revanche, la personne de droit privé est responsable dans le cadre des dispositions du droit des obligations pour des services de santé transférés par la procédure contractuelle et principalement, il n'ya pas de responsabilité de l'administration si ce n'est pour l'exécution illégale de l'obligation de surveillance.

L'exécution des services de santé est basée principalement sur les actions d'agents publics. La base de la responsabilité découlant de l'exécution des services de santé repose principalement sur les activités d'agents publics contraires à la loi ou aux standards médicales. Au vu de la jurisprudence du Conseil d'État, il apparaît que les dommages résultant d'actes d'agents publics sont indemnisés dans le cadre du principe de l'État de droit et de l'article 125 de la Constitution. En d'autres termes, dans ce cas, l'insuffisance de ressources financières ne réduit ni ne supprime la responsabilité de l'administration.

La responsabilité de l'administration peut découler des actes d'agents publics qui sont contraires à la loi, mais également aux normes médicales. Dans le premier cas, le fait d'exécuter des activités en contradiction avec les règles concernant les services de santé constituera en soi une illégalité. Dans les cas où la vie privée du patient ou les données personnelles sur la santé ne sont pas protégées et où l'obligation d'éclairer n'est pas remplie, qui sont des actes ne pouvant être qualifiés d'interventions médicales, mais qui y sont directement liés, sont réglés en tant qu'illégaux par la législation. Par conséquent, le non-respect de ces obligations entraînera la responsabilité de l'administration sans aucune évaluation médicale.

Dans le second cas, la responsabilité de l'administration découlera des activités médicales du personnel de santé qui sont contraires aux normes médicales. Ici, l'activité de l'agent public n'est pas clairement en contradiction avec la législation, mais le service de santé fonctionne de manière incomplète ou défectueuse en raison du non-respect des normes médicales. Par conséquent, l'activité est réalisée en violation des normes médicales, qui la rend illégale. D'autre part, comme il n'est pas possible de déterminer les normes médicales par le juge qui est expert uniquement dans le domaine du droit, l'aide d'un expert médical est souvent nécessaire. En outre, l'application de la classification classique de la responsabilité en droit administratif : *“fonctionnement mal ou tardif ou non fonctionnement du service”* n'est pas utile pour déterminer la responsabilité résultant d'activités médicales. De même, l'absence d'intervention médicale dans les délais impartis cause le même résultat que si le service n'avait jamais fonctionné. En outre, une exécution tardive du service peut entraîner une incapacité à effectuer le traitement à temps; cela conduirait à un mauvais fonctionnement du service car ici le traitement ne donne pas de résultats efficaces.

Par ailleurs, lors de l'examen de la jurisprudence du Conseil d'État relative aux activités d'intervention médicale, il convient de noter que principes différents de responsabilité sont appliqués selon le type médical de l'intervention. Au fur et à mesure que le pouvoir discrétionnaire du médecin augmente dans les activités médicales, il apparaît que la responsabilité des dommages causés par l'intervention diminue. Dans ce contexte, il est admis que le médecin dispose d'une plus grande discrétion dans le choix de la méthode à appliquer aux activités thérapeutiques, tandis qu'un régime de responsabilité beaucoup plus strict a été adopté pour les dommages résultant des services de santé préventifs, qui sont généralement assurés pour des personnes en bonne santé. Pour ces raisons, conformément à la jurisprudence du Conseil d'État, il serait plus approprié de classer les activités de l'administration en tant qu'activités de protection, de diagnostic et de traitement dans la détermination de la responsabilité résultant de l'exécution de services de santé.

Les activités de l'agent public ou la réalisation de la base de responsabilité découlant de la structure ou du fonctionnement du service de santé, qui ne peut être attribuée à une personne spécifique, n'entraînent pas la responsabilité de l'administration à lui seul. Si d'autres conditions entraînant la responsabilité sont remplies, l'obligation d'indemnisation de l'administration peut être engagée. Pour que l'administration soit théoriquement responsable de l'exécution des services de santé, il ne suffit pas que l'activité soit illégale ; mais l'utilisateur doit également subir un dommage et l'administration doit être en faute.

Bien que la faute ne soit pas un élément obligatoire de la responsabilité de l'administration en principe, elle est une condition de la responsabilité qui découle des services de santé, où le principe de la responsabilité sans faute est clairement nié. Même s'il existe des approches contradictoires dans la doctrine, la responsabilité sans faute de l'administration a été clairement entravée pour les services de santé comportant des risques dans la jurisprudence du Conseil d'État. En cas de responsabilité pour faute, la condition de faute grave qui était requise dans les arrêts anciens, n'est requise que pour la responsabilité résultant d'opérations médicales dans la jurisprudence actuelle. Le droit français ainsi que le nôtre exigeaient la faute grave pour que l'administration soit tenue responsable des services de santé au début des années 1900; mais cette condition a été complètement abandonnée, en particulier au début des années 1990, à l'exception de quelques situations très limitées. En outre, on constate qu'en droit français, le principe de la responsabilité sans faute a été accepté par le biais de réglementations et de la jurisprudence dans différents domaines liés aux services de santé. En revanche, en droit français, la charge de la preuve est renversée contre l'administration en cas de litige découlant de certaines activités médicales par l'application de la présomption de faute. Il ne fait aucun doute que l'adoption de ce principe par le Conseil d'État est utile dans les cas où il est souvent impossible pour l'utilisateur de prouver la faute de l'administration.

Il faut qu'il y ait un dommage pour engager la responsabilité pour les activités illicites de l'administration de manière fautive. On peut comprendre d'après l'article

125 de la Constitution que la responsabilité de l'administration vise principalement à éliminer les dommages subis par les personnes du fait des actes ou décisions de l'administration. À cet égard, le dommage est une condition indispensable de la responsabilité. Les dommages résultant de l'exécution de services de santé peuvent être causés aux usagers ou à des tiers, et ces dommages peuvent être matériels ou moraux.

La jurisprudence du Conseil d'État a été développée conformément aux décisions de la Cour de Cassation par la mise en œuvre des dispositions du Code des obligations turc en ce qui concerne les pertes pécuniaires; alors qu'il a été développé différemment en termes de dommages non pécuniaires. C'est-à-dire que les demandes en réparation du préjudice moral ne furent acceptées que dans le cas de souffrances physiques dans la jurisprudence antérieure, mais dans les décisions actuelles, ils sont acceptés indépendamment des souffrances physiques et même spirituelles. Dans les décisions récentes, il a été observé que le Conseil d'État appliquait l'indemnisation du préjudice moral afin de punir les administrations qui agissaient contre la loi. Il ne serait pas faux de dire que cette attitude rend la condition de dommage indispensable en termes de détermination de la responsabilité.

L'émergence de l'obligation de compensation de l'administration qui est théoriquement responsable des dommages résultant de l'exécution des services de santé dépend de l'utilisation des recours administratifs et judiciaires. En d'autres termes, pour que l'administration qui est substantiellement responsable de payer les dommages-intérêts dans le cadre de l'article 125 de la Constitution, les recours judiciaires doivent d'abord être épuisés. Conformément à l'article 13 du Code de procédure administrative, il est obligatoire de s'adresser à l'administration pour l'indemnisation des dommages causés par les actes de l'administration ; en cas de rejet explicite ou implicite de cette demande, il sera possible de saisir le tribunal. Au cas où les recours administratifs et judiciaires ne sont pas dûment épuisés, il n'y aura aucune obligation d'indemniser des dommages, même si l'administration est théoriquement responsable.

En raison du fait que la responsabilité découlant de l'exécution des services de santé est principalement basée sur les actions des agents publics qui violent la loi ou les normes médicales, il existe des hésitations dans la pratique concernant la détermination de l'ordre juridictionnel ou et contre qui on doit intenter le procès. En vertu de l'article 129 de la Constitution, les actions en indemnisation pour dommages résultant des fautes commises par des agents publics dans l'exercice de leurs fonctions ne doivent être intentées que contre l'administration. Cette disposition constitutionnelle, qui semble très clair et compréhensible à première vue, est interprété depuis de nombreuses années par la Cour de cassation et le Conseil d'État de différentes manières ; dans certains cas, cette situation a empêché la personne d'exercer son droit de recours juridique. Dans leurs arrêts actuels, la Cour de cassation et le Conseil d'État agissent de manière plus cohérente. En conséquence, si des agents publics portent atteinte à des tiers dans le cadre de leurs fonctions publiques, leur responsabilité personnelle est totalement éliminée, ces dommages ne peuvent être demandés qu'à l'administration. D'autre part, il sera possible de porter l'affaire devant l'agent public en raison d'activités complètement séparées du service devant les juridictions civiles. Il est admis que seule la juridiction administrative peut déterminer quelles activités pourraient être dissociées du service.

Une autre conséquence procédurale du fait que les différends relatifs aux services de santé reposent principalement sur les actions du personnel de santé, est la nécessité de mettre en œuvre la procédure de l'intervention judiciaire. En vertu de l'article 129 de la Constitution, les actions en indemnisation pour dommages résultant des fautes commises par des agents publics dans l'exercice de leurs fonctions ne doivent être intentées que contre l'administration et la réparation versée par l'administration sous réserve d'action récursoire contre l'agent public. Par conséquent, on se trouve dans une situation dans laquelle un agent public qui doit couvrir le dommage à la fin ne peut pas participer à la procédure judiciaire. Le Conseil d'État, qui vise à protéger le droit de recours juridique de l'agent public, a adopté une jurisprudence en vertu de laquelle l'application des procédures de la notification de procès et de l'intervention judiciaire est devenue quasi obligatoire.

Selon ces explications, on peut dire que le principe de “*primum non nocere*” appliqué depuis Hippocrate est devenu inadéquat en termes de relation médecin-patient qui a acquis une dimension juridique. Cependant, il convient de noter qu’en matière des conflits découlant des services de santé, qui est un service public ayant des caractéristiques inhérentes, les principes classiques de responsabilité administrative et les règles de procédure ne sont pas suffisantes. On croit qu’il est nécessaire que les questions liées à la base de la responsabilité et à la procédure, dont certaines pourraient être discutées dans cette étude, seront examinées avec une approche critique par les autorités législative et judiciaires.



ABSTRACT

The development of the concept of human rights to include social rights and commodification of health-related activities have brought about the demand for health as a right. The relationship between the patient - physician, which had been based on a paternalistic understanding within the framework of “*primum non nocere*” (first, do no harm) principle since Hippocrates, has been constructed on the axis of rights and obligations. Inadequate or poor fulfillment of these rights and obligations has led to the emergence of disputes and the responsibility of health care providers.

There is no doubt that the relationship based on responsibility between the patient and the physician will differ according to the provision of health care service by private or public institutions. In the case of disputes arising from the health services carried out by public health institutions, the principles of administrative law are applied and in those arising from the health services provided by private law persons, the law of obligations is applied. This study, in which the responsibility of the administration arising from the execution of health services is examined, evaluates the responsibility arising from the health services provided within the public relationship.

According to article 125 of the Constitution, which provides for the responsibility of the administration, the administration is obliged to pay the damages resulting from its actions and acts. Given that the health services are often carried out in the form of actions of the administration, it is clear that the compensation of the damages resulting from these services is a constitutional obligation.

The establishment of the responsibility of the administration depends on the realization of an illegal activity that constitutes the basis of this responsibility. Although lawful activities of the administration may lead to responsibility in accordance with the principles of equity and justice, the responsibility is mostly based on unlawful acts of the administration. The basis of the responsibility arising from the execution of health services may stem from the unlawful actions of the public agent, as well as the structure or organization of the service itself, which can't be attributed to the action of a particular public agent.

This distinction is important in determination of the responsibility of administration in concrete disputes. That is to say, in disputes that do not arise from the activity of a particular public agent, but from the deficiencies of the service itself, the judicial authorities tend to restrict the responsibility of the administration by referring to article 65 of the Constitution.

According to article 352 of the Presidential Decree no. 1, it is the responsibility of the administration *“to ensure savings in human resources and materials and increase efficiency, to ensure a balanced distribution of health resources throughout the country and to ensure an equal, high quality and efficient presentation of health services by realizing cooperation among all stakeholders.”* In this respect, it is the responsibility of the administration to ensure a sufficient number of qualified personnel for the provision of public health service, necessary materials for the effective performance of the service and organization of adequate number and quantity of personnel and materials in accordance with the legislation and medical standards. In addition, health institutions not meeting the minimum physical and medical safety requirements is another reason for responsibility.

The failure of the administration to meet these requirements in the provision of health services that can't be attributed to the action of a particular public agent, will render the service unlawful. The administration will have to be held responsible for any damages caused by these reasons. However, the judicial authorities have

narrowly interpreted the responsibility of the administration in such cases because of the article 65 of Constitution. In its case law, the Council of State has established that the administration cannot be held responsible for damages resulting from the insufficiencies of the service in terms of personnel, material and organization except in cases of very gross fault, by emphasizing that the provision of health services, which is a constitutional obligation of the State in the social sphere, should be fulfilled within the capacity of financial resources. In our opinion, the conformity of this case-law with Article 125 of the Constitution could be questioned.

In addition to this, the responsibility of the administration continues, albeit more limited, on the health services provided by private law entities within the scope of the provisions of obligations law. It is the obligation of the administration to ensure the effective supervision and inspection of health services as a result of the fact that it does not lose the quality of public service when it is provided by private law persons. In this respect, the administration is responsible for the damages caused by the failure of aforesaid obligation of supervision and inspection in accordance with the law. In this case, the responsibility is not mainly based on the actions of private law persons; but on the inadequacy or unlawfulness of supervision and inspection activity of administration. The scope and responsibility of the administration's supervision and inspection obligation differs according to the authorization of the private law persons by unilateral, statutory relationship or the contractual procedure. In this regard, it is noteworthy that the field of responsibility arising from the obligation of supervision and inspection in health care services carried out by private law persons assigned by unilateral administrative procedures is interpreted more widely by the doctrine and the Council of State.

In such cases, it is seen that the administration is held responsible first hand as well as the private law person for the organization of the service and the fulfilment of the obligation to provide the personnel and equipment with sufficient numbers and qualifications. On the other hand, the private law person is held responsible for the health services transferred by the contractual procedure within the framework of the

provisions of the law of obligations and principally there is no responsibility of the administration except for the unlawful execution of the supervision obligation.

The execution of health services is mostly based on the actions of public agents. Therefore, the basis of the responsibility arising from the execution of health services is mostly based on the activities of public agents which are contrary to the law or to medical standards. Considering the case law of the Council of State, it is seen that the damages arising from the actions of public agents are compensated according to the rule of law principle and article 125 of the Constitution. In other words, in this case, insufficiency of financial resources does not reduce or remove the responsibility of the administration. The responsibility of the administration caused by the actions of public agents can be because of their illegal activities but also because of their activities against medical standards. In the first probability, conduction of the activities in contradiction with the regulations concerning health care service shall constitute unlawfulness by itself. In cases where the patient privacy or personal health data is not protected and the obligation to enlighten is not fulfilled, which are acts that do not qualify as medical intervention, but that are directly related to medical intervention, are directly considered illegal by legislation. Therefore, failure to meet these obligations will lead to the responsibility of the administration without making any medical evaluation.

In the second case, the responsibility of the administration will stem from medical activities of the health personnel that are carried out against medical standards. Here, the activity of the public agent is not clearly in contradiction with the legislation, but the health care service is functioning irregularly or defectively because of the non-compliance with the medical standards. Therefore, the activity is carried out in violation of medical standards, which makes it unlawful. On the other hand, since the determination of the medical standards by the judge, who is an expert only in the field of law, is impossible, the help of a medical expert is often needed. In addition, the application of the usual classification of responsibility in administrative law: *“poor or late functioning of the service or not functioning at all”* is not useful in

determining the responsibility arising from medical activities. Likewise, failure to perform medical interventions within the due period have the same result as if the service has never worked. Also, late execution of the service may result in failure to perform the treatment on time; this would lead to poor functioning of the service as if the treatment does not produce effective results

On the other hand, when the case law of the Council of State concerning medical intervention activities is examined, it is noteworthy that different principles of responsibility are applied depending on the medical type of the intervention. As the discretion of the physician increases in medical activities, it is seen that the responsibility for the damages caused by the intervention decreases. In this context, it is accepted that the physician has a greater discretion in choosing the method to be applied in therapeutic activities while a much stricter responsibility regime has been adopted for damages resulting from preventive health services, which are generally applied to healthy people. For these reasons, in accordance with the case law of the Council of State, it would be more appropriate to classify the activities of the administration as protective, diagnostic and therapeutic activities in determining the responsibility arising from the execution of health services.

The activities of the public agent or realization of the basis of responsibility arising from the structure or functioning of the health service, which cannot be attributed to a specific person, do not lead to the responsibility of the administration alone. In the event that other conditions that lead to liability are fulfilled, indemnity obligation of the administration may arise. In order for the administration to be held theoretically responsible for the execution of health services, it is not enough that the activity is unlawful; but also the user of the service should suffer damage and the administration should be faulty.

Although, in principle, the fault is not a compulsory element of the responsibility of the administration, it is a condition for the fulfilment of the responsibility arising from health services, where the principle of liability without

fault is clearly denied. Even though there are contradictory approaches in the doctrine, in the case law of the Council of State, the liability without fault of administration has been clearly obstructed for health services that are carrying risks. In the case of liability of fault, the condition of gross fault that is sought in the old decisions is required only for the responsibility arising from medical operations in the current case law. French law as well as our law, used to require a gross fault in the early 1900s to hold the administration accountable for health services; but this condition has been completely abandoned, especially in the early 1990s, with the exception of a few very limited situations. In addition to this, it is seen that in French law, the principle of responsibility without fault has been accepted through legal regulations and case-law in different areas related to health services. On the other hand, in French law, the burden of proof is reversed against the administration in case of disputes arising from certain medical activities by the application of the presumption of fault principle. There is no doubt that the adoption of this principle by the Council of State is beneficial in such possibilities where it is often impossible for the user of the public service to prove the administration's fault.

Damage should be incurred in order to cause liability for the unlawful activity performed by the administration in a faulty manner. It can be understood from the regulation in article 125 of the Constitution, the main purpose of the responsibility principle of the administration is to eliminate the damages suffered by the people as a result of the actions or acts of the administration. In this respect, damage is an indispensable condition for the liability. The damages arising from the execution of health services may be incurred on the users or on third parties and these damages may be material or moral. The case law of the Council of State, which was developed in accordance with the decisions of the Court of Cassation through the implementation of the provisions of the Turkish Code of Obligations in respect of pecuniary losses; while it was developed differently in terms of non-pecuniary damages. That is to say, the claims for non-pecuniary damage, were accepted only in the case of physical sufferings in the previous case-law, but in the current decisions, they are accepted independently from physical and even moral sufferings. It is observed in the recent decisions that the Council of State operates the compensation

of non-pecuniary damages in order to punish administrations that act against the law. It would not be wrong to say that this attitude makes the damage condition dispensable in terms of determination of responsibility.

The emergence of the compensation obligation of the administration that is theoretically responsible for damages arising from the execution of health services depends on the use of recourse to administrative and judicial remedies. In other words, in order for the administration which is substantially responsible to pay the damages in the context of article 125 of the Constitution, the legal remedies must first be exhausted. In accordance with Article 13 of the Administrative Procedure Code, it is obligatory to apply to the administration in order to compensate the damages caused by the actions of the administration; in case of explicit or implicit rejection of this application, it will be possible to take bring a lawsuit before a court. In the event that the administrative and judicial remedies are not duly exhausted, there will be no obligation to compensate the damages, even though the administration is theoretically responsible.

Because of the fact that the responsibility arising from the execution of health services is mostly based on the actions of the public agents that violate law or medical standards, there are hesitations in practice regarding the determination of the judicial order in which the case will be examined and of the adversary. According to article 129 of the Constitution, compensation suits concerning damages arising from faults committed by public agents in the exercise of their duties shall be filed only against the administration. This constitutional provision, which seems very clear and apprehensible at first sight, has been interpreted for many years by the Court of Cassation and the Council of State in different ways; in some cases this situation has prevented the prejudiced person from using the right to legal remedies. In their current decisions, the Court of Cassation and the Council of State displays a consistent case law. Accordingly, if public agents harm third parties in relation to their duties, their personal responsibilities are completely eliminated, these damages can only be claimed from the administration. On the other hand, it will be possible to

bring a case before the public agent before the judicial courts due to the activities that are completely separated from the service. It is accepted that only the administrative courts can determine which activities might be separable from the service.

Another procedural consequence of the fact that disputes arising from health services are mostly based on the actions of health personnel, is the requirement for the implementation of the judicial intervention. According to article 129 of the Constitution, compensation suits concerning damages arising from faults committed by public agents in the exercise of their duties shall be filed only against the administration and the compensation paid by the administration is recouped to the public agent. Consequently, there is a situation in which public agent who has to cover the damage as a result cannot participate in the judicial proceedings. The Council of State, which aims to protect right to legal remedies of the public agent, has adopted the case law by which the notification of the case and the application of the procedures for participation in the case, making it almost obligatory.

According to these explanations, it can be said that the principle of “*primum non nocere*” adopted since Hippocrates has become inadequate in terms of the patient-physician relationship which has taken a legal dimension. However, it should be noted that in terms of resolving conflicts arising from health services, which is a public service that has inherent characteristics, classical administrative responsibility principles and procedural rules are not adequate. We believe that the issues relating to the basis of the responsibility and to the procedure of which some could be identified in this study, need to be reviewed with a critical approach by the legislative and judicial authorities.

ÖZET

İnsan hakları alanının sosyal hakları da içine alacak şekilde gelişimi ve sağlığa yönelik faaliyetlerin metalaştırılması, sağlığın bir hak olarak talep edilebilir hale gelmesini beraberinde getirmiştir. Hipokrat’tan bu yana “*primum non nocere*” (önce zarar verme) prensibi çerçevesinde paternalist bir anlayış temeline oturan hasta – hekim ilişkisi günümüzde haklar ve yükümlülükler ekseninde kurgulanmıştır. Bu hak ve yükümlülüklerin eksik ya da kötü yerine getirilmesi ise uyuşmazlıkların ortaya çıkmasına ve sağlık hizmeti sunan kişilerin sorumluluğunun doğmasına sebep olmuştur.

Hasta ile hekim arasındaki sorumluluk ilişkisinin, sağlık hizmetinin özel ya da kamusal kuruluşlar tarafından sunumuna göre farklılıklar göstereceği şüphesizdir. Kamusal sağlık kuruluşları tarafından yürütülen sağlık hizmetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda idare hukuku, özel hukuk kişileri tarafından sunulan sağlık hizmetlerinde ise borçlar hukuku esasları uygulanmaktadır. İdarenin sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan sorumluluğunun incelendiği bu çalışmada, kamusal ilişki çerçevesinde sunulan sağlık hizmetlerinden kaynaklanan sorumluluk değerlendirme konusu yapılmıştır.

İdarenin sorumluluğunun anayasal temeli olan Anayasa’nın 125. maddesine göre, idare kendi eylem ve işlemleri sonucunda oluşan zararı ödemekle yükümlüdür. Sağlık hizmetlerinin yürütülmesinin çoğunlukla idarenin eylemleri şeklinde ortaya

çıktığı göz önünde bulundurulduğunda, bu hizmetlerden kaynaklanan zararların idare tarafından giderilmesinin anayasal bir zorunluluk olduğu açıktır.

İdarenin sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için öncelikli olarak, bu sorumluluğa temel oluşturacak hukuka aykırı bir faaliyetin gerçekleşmesi gerekmektedir. Her ne kadar idarenin hukuka uygun faaliyetleri de hakkaniyet ve adalet ilkeleri çerçevesinde sorumluluğa yol açabilmekteyse de, sorumluluğun temelinde esas olarak idarenin hukuka aykırı fiilleri yer almaktadır. Sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan sorumluluğun temeli, kamu görevlisinin hukuka aykırı eylemlerine dayanabileceği gibi, belli bir kamu görevlisinin eylemine atfedilemeyecek şekilde bizzat hizmetin kendi yapısından ya da örgütlenmesinden de kaynaklanabilmektedir.

Bu ayırım idarenin somut uyuşmazlıklardaki sorumluluğunun tespiti bakımından ayrı bir önem arz etmektedir. Şöyle ki, belli bir kamu görevlisinin faaliyetine atfedilemeyen, bizzat hizmetin kendi eksikliklerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda yargı makamları Anayasa'nın 65. maddesi çerçevesinde idarenin sorumluluğunu kısıtlama yönünde bir eğilim sergilemektedir.

1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 352. maddesine göre, sağlık kamu hizmetinin “*insan gücünde ve maddî kaynaklarda tasarruf sağlamak ve verimi artırmak, sağlık insan gücünün ülke sathında dengeli dağılımını sağlamak ve bütün paydaşlar arasında işbirliğini gerçekleştirmek suretiyle yurt sathında eşit, kaliteli ve verimli*” şekilde sunumunu sağlamak idarenin yükümlülüğüdür. Bu doğrultuda, sağlık kamu hizmetinin sunumunda yeterli nitelik ve nicelikte personel istihdam edilmemesi, hizmetin etkili bir şekilde yerine getirilmesi için ihtiyaç duyulan malzemenin bulunmaması veya yeterli sayı ve nicelikteki personel ve malzemenin mevzuat ve tıbbi standartlara uygun şekilde organize edilmemesi idarenin sorumluluğuna yol açmaktadır. Ayrıca, sağlık kuruluşlarının gerek fiziki ve gerek

tıbbi yönden asgari güvenlik koşullarını karşılamaması da bir diğer sorumluluk sebebidir.

İdarenin sağlık hizmetlerinin sunumunda, anılan koşulları sağlayamaması, her ne kadar belli bir kamu görevlisinin eylemine atfedilemese de, hizmeti hukuka aykırı hale getireceğinden, bu sebeplerle meydana gelen zararlardan idarenin sorumlu tutulması gerekecektir. Ancak yargı makamları söz konusu ihtimaldeki sorumluluğu Anayasa'nın 65. maddesi çerçevesinde dar yorumlamaktadır. Devlet'in sosyal alandaki anayasal bir yükümlülüğü olan sağlık hizmetlerinin sunumunu mali kaynakların yeterliliği ölçüsünde yerine getireceğini vurgulayan Danıştay, hizmetin personel, malzeme ve organizasyon yönünden yetersiz olması sonucunda meydana gelen zararlardan, çok ağır hukuka aykırılık halleri dışında, idarenin sorumlu tutulamayacağı yönünde bir içtihat oluşturmuştur. Bu içtihadın Anayasa'nın 125. maddesine uygunluğu kanaatimizce tartışmalıdır.

Bunun yanında, özel hukuk kişileri tarafından, borçlar hukuku hükümleri çerçevesinde sunulan sağlık hizmetlerinden de, daha sınırlı olmakla birlikte, idarenin sorumluluğu devam etmektedir. Özel hukuk kişileri eliyle sunulması ihtimalinde de kamu hizmeti niteliğini kaybetmemesinin bir sonucu olarak, sağlık hizmetlerinin denetimi ve gözetiminin etkin şekilde yapılması idarenin yükümlülüğüdür. Bu bakımdan, söz konusu gözetim ve denetimin hukuka uygun şekilde yapılmaması ya da yetersiz kalması sebebiyle meydana gelen zararlardan idarenin sorumluluğu gündeme gelmektedir. Bu ihtimalde sorumluluğun temelinde esas olarak, özel hukuk kişilerinin fiilleri değil; idarenin kendi faaliyeti olan gözetim ve denetiminin yetersizliği veya hukuka aykırılığı yer almaktadır.

İdarenin gözetim ve denetim yükümlülüğünün kapsamı ile sorumluluğu ise, özel hukuk kişinin tek taraflı, statüsel bir ilişki doğrultusunda ya da sözleşmesel usulle görevlendirilmesi bakımından farklılık arz etmektedir. Bu doğrultuda, tek taraflı idari işlemle görevlendirilen özel hukuk kişileri tarafından yürütülen sağlık

hizmetlerinde, gözetim ve denetim yükümlülüğünden kaynaklanan sorumluluk alanının öğreti ve Danıştay tarafından daha geniş yorumlandığı dikkat çekmektedir. Keza bu hallerde, hizmetin organizasyonu ile yeterli sayı ve nitelikteki personel ve malzeme ile sunumu yükümlülüğünün yerine getirilmesinden özel hukuk kişinin yanında idarenin de ilk elden sorumlu tutulduğu görülmektedir. Buna karşılık, sözleşmesel usulle özel hukuk kişisine devredilen sağlık hizmetlerinden esas olarak özel hukuk kişisi borçlar hukuku hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulmakta, denetim yükümlülüğünün hukuka uygun şekilde yerine getirilmesi durumunda idarenin sorumluluğu gündeme gelmemektedir.

Sağlık hizmetlerinin yürütülmesi çoğunlukla kamu görevlilerinin eylemlerine dayanmaktadır. Bu nedenle sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan sorumluluğun temelini çoğunlukla kamu görevlilerinin hukuka ya da tıbbi standartlara aykırı faaliyetleri oluşturmaktadır. Danıştay'ın yerleşik içtihadı dikkate alındığında, kamu görevlilerinin eylemlerinden kaynaklanan zararların, hukuk devleti ilkesi ve Anayasa'nın 125. maddesi çerçevesinde tazmin edildiği görülmektedir. Başka bir ifadeyle, bu ihtimalde mali kaynakların yetersiz oluşu idarenin sorumluluğunu azaltmamakta ya da kaldırmamaktadır.

İdarenin sorumluluğu kamu görevlilerinin hukuka aykırı eylemlerinden kaynaklanabileceği gibi, tıbbi standartlara aykırı eylemlerini de temel alabilir. İlk ihtimalde, sağlık hizmetine yönelik olarak mevzuatta yer alan düzenlemelere aykırı şekilde faaliyet yürütülmesi tek başına hukuka aykırılık oluşturacaktır. Hasta mahremiyetinin veya kişisel sağlık verilerinin korunmaması, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi gibi hallerde, tıbbi müdahale niteliği taşımayan, ancak tıbbi müdahale ile doğrudan ilişkili olan bazı davranışların hukuka aykırı olacağı doğrudan mevzuatta düzenlenmiştir. Dolayısıyla, söz konusu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi, herhangi bir tıbbi değerlendirme yapılması gerekmeksizin idarenin sorumluluğuna sebep olacaktır.

İkinci ihtimalde ise, sağlık personelinin tıbbi nitelikte olan faaliyetlerinin, standartlara aykırı şekilde yerine getirilmesi idarenin sorumluluğuna sebep olmaktadır. Burada kamu görevlisinin faaliyeti mevzuata açıkça aykırılık taşımamakta, tıbbi standartlara uygun olmaması nedeniyle faaliyet kötü işlemiş ya da hiç işlememiş olmaktadır. Dolayısıyla, bu hallerde faaliyeti hukuka aykırı hale getiren, tıbbi standartlara aykırı şekilde gerçekleştirilmiş olmasıdır. Öte yandan, tıbbi standartların tespitinin hukuk alanında uzman olan hakim tarafından belirlenmesi mümkün olmadığından, bu ihtimalde sorumluluğun tespitinde çoğunlukla tıbbi bilirkişiden yardım alınmaktadır. Bunun yanında, tıbbi nitelikteki faaliyetlerden kaynaklanan sorumluluğun tespitinde, idare hukukunda klasikleşmiş olan “*hizmetin kötü veya geç işlemesi ya da hiç işlememesi*” sınıflandırmasının uygulanması bir yarar sağlamamaktadır. Keza, tıbbi müdahale niteliğindeki faaliyetlerin süresi içinde gerçekleştirilmemesi, hizmetin hiç işlememiş olmasıyla aynı sonucu doğuracaktır. Yine, hizmetin geç işlemesi tedavinin zamanında gerçekleştirilememesine yol açabilecek, bu durum tedavinin etkili sonuç doğurmaması nedeniyle hizmetin kötü işlemesine yol açacaktır.

Öte yandan, Danıştay’ın tıbbi müdahale niteliğindeki faaliyetlere ilişkin içtihadı incelendiğinde, müdahalenin türüne bağlı olarak farklı sorumluluk esaslarının uygulandığı dikkat çekmektedir. Tıbbi faaliyetlerde hekimin takdir yetkisi arttıkça, söz konusu müdahale nedeniyle oluşan zararlardan sorumluluğun azalmakta olduğu görülmektedir. Bu bağlamda, tedavi niteliğindeki tıbbi müdahalelerde hekimin uygulayacağı yöntemi seçme hususunda daha geniş bir takdir yetkisinin bulunduğu kabul edilmekte iken, çoğunlukla sağlıklı kişilere uygulanan koruyucu sağlık hizmetlerinden kaynaklanan zararlarda daha sıkı bir sorumluluk rejimi benimsenmiştir. Bu doğrultuda Danıştay içtihadına paralel olarak, sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan sorumluluğun tespitinde, idarenin faaliyetlerini koruyucu, teşhis edici ve tedaviye yönelik faaliyetler şeklinde sınıflandırmak daha isabetli olacaktır.

Kamu görevlisinin faaliyetleri veya belli bir personele atfedilemeyen, sağlık hizmetinin yapısı ya da işleyişi kaynaklı sorumluluk temellerinin gerçekleşmesi tek başına idarenin sorumluluğuna yol açmamaktadır. Ancak sorumluluğun doğmasına yol açacak diğer koşulların gerçekleşmesi durumunda idarenin tazmin yükümlülüğü doğacaktır. İdarenin sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden teorik anlamda sorumlu tutulabilmesi için faaliyetin hukuka aykırı olması yeterli olmamakta, hizmetten yararlananın zararının ve idarenin kusurunun bulunması gerekmektedir.

Kusur idarenin genel anlamdaki sorumluluğunun zorunlu bir unsuru değilse de, kusursuz sorumluluk esasının açıkça reddedildiği sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan sorumluluğun gerçekleşmesinin bir koşuludur. Öğretide aksi yönde görüşler bulunsun da Danıştay'ın yerleşik içtihadında, niteliği gereği riskler taşıyan sağlık hizmetlerinde idarenin kusursuz sorumluluğu esasının açıkça önü kapatılmıştır. Kusur sorumluluğu esası bakımından ise eski tarihli kararlarda aranan ağır kusur şartı, mevcut içtihadta yalnızca tıbbi operasyon niteliğindeki müdahalelerde uygulama bulmaktadır. Hukukumuzdaki durumla benzer şekilde, Fransız hukukunda 1900'lerin başında sağlık hizmetleri nedeniyle idarenin sorumlu tutulabilmesinde ağır kusur şartı aranmışsa da özellikle 1990'ların başından itibaren, çok sınırlı birkaç alan dışında, bu koşul tamamen terk edilmiştir. Bunun yanında, Fransız hukukunda sağlık hizmetlerine ilişkin pek çok alanda kusursuz sorumluluk esasının gerek yasal düzenlemeler ve gerek içtihat yoluyla kabul edildiği görülmektedir. Öte yandan, Fransız hukukunda uygulanan kusur karinesi ilkesi doğrultusunda bazı tıbbi faaliyetlerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda ispat yükü idare aleyhine ters çevrilmektedir. Hizmetten yararlananlar bakımından idarenin kusurluluğunun ispatının çoğu zaman imkansız hale geldiği söz konusu ihtimallerde uygulanan bu ilkenin Danıştay tarafından da kabulünün yararlı olacağı şüphesizdir.

İdarenin kusurlu şekilde gerçekleştirdiği hukuka aykırı davranışının sorumluluğa yol açması için zararın oluşması gerekmektedir. Zira Anayasa'nın 125. maddesindeki düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere idarenin sorumluluğu prensibinin esas amacı, idarenin eylem veya işlemleri sonucunda kişilerin uğradıkları zararın

giderilmesidir. Bu bakımdan zarar, sorumluluğun olmazsa olmaz koşuludur. Sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan zararların, hizmetten yararlananlar veya üçüncü kişiler üzerinde gerçekleşmesi mümkün olduğu gibi bu zararlar maddi ya da manevi nitelikte de olabilmektedir. Maddi zararlar bakımından Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanması suretiyle Yargıtay kararlarıyla çoğunlukla uyumlu şekilde gelişen Danıştay içtihadı; manevi zararlar bakımından farklı bir gelişim kaydetmiştir. Şöyle ki, başta yalnızca kişinin fiziksel acılarının bulunması halinde kabul gören manevi zarar talepleri, güncel içtihatla fiziksel ve hatta manevi acılardan dahi bağımsız şekilde kabul edilmektedir. Yeni tarihli kararlarında Danıştay'ın manevi tazminat müessesesini adeta hukuka aykırı hareket eden idareleri cezalandırma aracı olarak işlettiği gözlenmektedir. Bu tutumun sorumluluğun tespiti bakımından zarar koşulunu saydamlaştırdığını söylemek yanlış olmayacaktır.

Sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan zararlardan teorik olarak sorumlu olan idarenin, söz konusu zararı tazmin borcunun doğması, usulüne uygun olarak idari ve yargısal yollara başvurulmasına bağlıdır. Başka bir deyişle, maddi anlamda sorumlu olan idarenin, Anayasa'nın 125. maddesi bağlamında zararı ödemesi için öncelikle hukuki yolların usulüne uygun olarak işletilmesi gerekmektedir. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 13. maddesi uyarınca idarenin eylemleri nedeniyle oluşan zararların giderilmesi için öncelikle idareye başvuru yapması zorunlu olup, söz konusu başvurunun açıkça ya da zımnen reddi durumunda tam yargı davası açılması mümkün olacaktır. Söz konusu idari ve yargısal yollara usulüne uygun şekilde başvurulmaması durumunda ise her ne kadar maddi anlamda sorumluluk doğsa da, zararın idare tarafından tazmini yükümlülüğü oluşmayacaktır.

Sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan sorumluluğun temelinde çoğu zaman sağlık personelinin hukuka ya da tıbbi standartlara aykırı eylemi bulunmakta olduğundan, davanın açılacağı yargı düzeni ve hasımın tespitine ilişkin olarak uygulamada tereddütler ortaya çıkmaktadır. Anayasa'nın 129. maddesine göre, kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları idare aleyhine açılabilir. İlk bakışta son derece açık görünen söz

konusu anayasal düzenleme Yargıtay ve Danıştay tarafından uzun yıllar farklı şekillerde yorumlanmış, bu durum bazı hallerde zarar gören kişinin hak arama hürriyetini kullanamamasına sebep olmuştur. Güncel kararlarında ise Yargıtay ve Danıştay birbiri ile tutarlı bir tutum sergilemişlerdir. Buna göre kamu görevlilerinin görevleriyle ilişkili olarak üçüncü kişilere zarar vermeleri durumunda, şahsi kusurları nedeniyle sorumlulukları tamamen ortadan kalkmış olup, söz konusu zararlar nedeniyle yalnızca idare aleyhine tam yargı davası açılabilmektedir. Buna karşılık, hizmetten tamamen ayrılan faaliyetler nedeniyle ancak kamu görevlisi aleyhine adli yargıda dava açılması mümkün olacaktır. Hizmetten ayrılabilir faaliyetlerin tespiti ise ancak idari yargı tarafından yapılabileceği anlayışı benimsenmiştir.

Sağlık hizmetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çoğunlukla sağlık personelinin fiillerini temel almasının usul hukuku bakımından bir diğer sonucu da, yargılamaya müdahale kurumunun uygulanmasına duyulan gereksinimdir. Anayasa'nın 129. maddesi doğrultusunda kamu görevlisinin eylemleri sonucunda meydana gelen zararların tazmini için idare aleyhine dava açılmakta, idare tarafından ödenen tazminat için ise kusurlu personele rücu edilmektedir. Dolayısıyla, zararı nihai olarak karşılamak durumunda kalan kamu personelinin, yargılamaya katılamaması gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Kamu personelinin hak arama hürriyetini korumayı amaçlayan Danıştay ise, bu ihtimalde davanın ihbarı ve davaya katılma usullerinin uygulanmasını içtihat yoluyla adeta zorunlu hale getirmiştir.

Bu açıklamalar doğrultusunda, Hipokrat'tan bu yana benimsenen “*primum non nocere*” prensibinin, hukuki bir boyut kazanmış olan hasta – hekim ilişkisi bakımından yetersiz kaldığı görülmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, niteliği gereği özellikler taşıyan bir kamu hizmeti olan sağlık hizmetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü bakımından klasik idari sorumluluk esasları ile yargılama usulü kuralları da yetersiz kalmaktadır. Bu çalışmada yalnızca bir kısmını tespit edebilmiş olduğumuz sorumluluğun esasına ve yargılama usulüne ilişkin ihtimallerin yasa koyucu ve yargısal makamlarca eleştirel bir yaklaşımla yeniden gözden geçirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

GİRİŞ

“Önce zarar verme !” (*primum non nocere*) Hippokrates zamanından beri tıbbın en temel kuralı olan bu ilke, tıp ve hukuk bilimlerinin gelişmeleri karşısında günümüzde yeterli olmaktan uzaklaşmıştır. Tarih boyunca hekim olmanın özel bir anlamı olagelmiş, kişiler acı ve ızdıraptan kurtulmak ve sağlıklarına tekrar kavuşmak amacıyla hekimlere başvurmuşlardır. Hekimlerin kendilerine zarar vermekten kaçınacağına ve en iyisini yapacağına ilişkin güven, hasta - hekim arasındaki olası uyumsuzlukları adeta perdelemiştir.

Özellikle 19. yüzyıl itibariyle gerek ulusal ve gerek uluslararası düzeyde, temel hak ve özgürlüklerin hukukla tanınması ve güvence altına alınmasının sonucu olarak, öncelikle kişinin yaşamı ile maddi ve manevi varlığının korunması kişilerce ileri sürülebilen bir hak haline gelmiş, ilerleyen süreçte ise sağlığın korunması bağımsız bir hak olarak varlık kazanmıştır. Kişi sağlığının hukuk tarafından güvence altına alınması ise hekim ile arasındaki güven ilişkisinin hasta tarafından sorgulanabilir hale gelmesini beraberinde getirmiştir. Bu durum ise, hekim ile hasta arasındaki sorumluluk ilişkisinin ele alındığı sağlık hukukunun ortaya çıkmasına yol açmıştır. Başka bir deyişle, kişinin sağlığının korunması bağlamında tıp ve hukuk bilimlerinin birbiriyle karşı karşıya gelmesi gibi bir sonuç ortaya çıkmıştır. Bu doğrultuda hukuk tarafından kapsamı belirlenen sağlık hakkının, hekimin tedavi serbestisi çerçevesinde yürüttüğü faaliyetlerin sınırını oluşturduğunu söylememiz mümkündür.

Sağlık, bir hak olarak Anayasa’nın “*Sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması*” başlıklı 56. maddesinde düzenlenmiştir¹. Söz konusu düzenlemede herkesin sağlıklı

¹ VIII. Sağlık, çevre ve konut

A. Sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması

MADDE 56- Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. (...)

bir şekilde yaşama hakkının bulunduğu açıkça ifade edilmekle birlikte, sağlığın tanımı yer almamaktadır. Anayasal düzenlemenin daha anlamlı ve uygulanabilir hale gelmesi amacıyla öncelikle sağlık kavramının tanımlanması, başka bir ifadeyle içinin doldurulması gerekmektedir.

Sağlık kavramı gerek ulusal ve gerek uluslar üstü metinlerin yanında, farklı yargı makamları tarafından verilen kararlarda çeşitli şekillerle tanımlanmıştır. Öte yandan, tarihsel, ekonomik, siyasal, kültürel ve sosyal gelişmelere bağlı olarak sağlık kavramına yüklenen anlamın farklılaştığı da söylenebilir. Sağ olma halinden türediği düşünüldüğünde, yaşamakta olma veya sağlam olma hali olarak sağlık kavramı en basit şekilde “*vücudun hasta olmaması durumu, vücut esenliği*” olarak tanımlanmaktadır². Günlük dildeki, anılan kullanım özellikle sağlıklı vücut bütünlüğüne indirgemesi nedeniyle eleştirilere hedef olmuştur. Daha geniş bir alana tekabül ettiği kabul edilen sağlık kavramı “*bedensel ve ruhsal yönden tam bir iyilik hali içinde bulunma*” olarak tanımlanmıştır. Sosyal bir varlık olan insanın, içinde bulunduğu toplumun bir üyesi olarak toplumla sürekli iletişim ve etkileşim içinde bulunmasının da “*sağlıklı olma*” halinin bir unsuru olduğunu vurgulayan Dünya Sağlık Örgütü ise bu kavramı, “*yalnızca hastalık veya sakatlık hali değil, bedensel, ruhsal ve sosyal yönden tam bir iyilik hali*” olarak tanımlamıştır³.

Günümüzde halen bu haliyle kabul edilmekte olan sağlık kavramı, 224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun’un “Terimler” başlıklı 2. maddesinde benzer ifadelerle, “*Sağlık, yalnız hastalık ve malûliyetin yokluğu olmayıp beden, ruhen ve sosyal bakımdan tam bir iyilik halidir.*” şeklinde tanımlanmaktadır.

Sağlık kavramının yukarıda anılan şekilde içinin doldurulmasının ardından, Anayasal bir hak olan sağlık hakkının daha açık bir şekilde tanımlanması mümkün

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.

² Türkçe Sözlük, Dil Derneği, Ames Matbaacılık, Ekim 2012.

³ Dünya Sağlık Örgütü Anayasası, https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf

hale gelmektedir. Yukarıda zikredilen tanımın, Anayasal düzenleme içine yerleştirilmesi durumunda sağlık hakkı, kişinin sahip olduğu bedensel, ruhsal ve sosyal yönden tam bir iyilik hali içinde yaşama hakkı olarak tanımlanabilir⁴. Özsoy Boyunsuz sağlık hakkı kavramını, toplumda sağlığı koruyucu koşulları talep etme yetkisi şeklinde Devlete pozitif edim ödevi yükümleyen bir hak olarak tanımlamıştır⁵.

Anayasa Mahkemesi tarafından, “*insanların sağlıklarının korunması, hastalandıklarında iyileşmeleri, tıbbi bakım görebilmeleri ve tedavi edilebilmeleri için Devletin sağladığı her türlü imkandan yararlanma*” imkanı olarak tanımlanan⁶ sağlık hakkı, milletlerarası metinlerde farklı kapsamı içine alacak şekilde ve farklı ifadelerle tanımlanmıştır.

Sağlık hakkı kavramı en genel haliyle Dünya Sağlık Örgütü Anayasası’nın⁷ başlangıç kısmında “*Erişilebilecek en yüksek düzeyde sağlıktan yararlanmak, ırk, din, politik inanç, ekonomik ve sosyal koşullar gözetmeksizin her insanın temel haklarından biri*” olarak tanımlanmıştır. Söz konusu düzenleme, en yüksek sağlık imkanlarından yararlanmayı bir insan hakkı olarak öngörmekle beraber, bu hakkın kapsamından ziyade ayrımcılık gözetilmeden uygulanması gerektiğine vurgu yapmaktadır. Düzenleme, sağlık hakkı kavramına ilk defa bir uluslararası metinde yer vermiş olması nedeniyle önem taşımaktadır.

Avrupa Konseyi üyesi Devletlerin yaşam standartlarını ve sosyal refah düzeyini yükseltmek amacıyla imzaladığı Avrupa Sosyal Şartı⁸, sağlık hakkına ilişkin düzenleme getiren bir diğer uluslararası sözleşmedir. Şart’ın “*Sağlığın korunması hakkı*” başlıklı 11. maddesinde Devlete sağlığın bozulmasına yol açan nedenleri ortadan kaldırma, sağlıklı olmayı teşvik etmek ve sağlık konularında kişisel sorumluluk duygusunu geliştirmek üzere eğitim ve danışma hizmetleri sağlama,

⁴ Nilgün Sarp, “İnsan Hakkı Olarak Sağlık Hakkı”, **Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Girne - Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu**, Adalet Yayınevi, 2010, s. 39.

⁵ Şule Özsoy Boyunsuz, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Kapsamında Sağlık Hakkı”, **Güncel Hukuk**, S. 124, 2014, s. 52.

⁶ AYM, 03.10.2013, E. 2012/103, K. 2013/105, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası.

⁷ Türkiye’nin 1946 yılında imzaladığı Dünya Sağlık Örgütü Anayasası, 9 Haziran 1947 tarih ve 5062 sayılı Kanunla onaylanarak yürürlüğe girmiştir. (RG. 17.06.1947, S. 6634.)

⁸ 26 Şubat 1965 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa Sosyal Şartı’nı Türkiye 3581 sayılı ve 16 Haziran 1989 tarihli Kanun ile onaylamıştır. (RG. 04.07.1989, S. 20215.)

salgın, yöresel ve diğer hastalıkları önlemek üzere tasarlanmış uygun önlemleri alma yükümlülüğü getirilmiştir. Madde başlığından da anlaşılacağı üzere Şart, sağlığın korunmasını isteme hakkına dair düzenlemeler içermekte olup, tedaviye ilişkin sağlık hizmetlerine erişimi ise sağlık hakkı bağlamında güvence altına almamıştır. Bu nedenle düzenlemenin salt koruyucu sağlık hizmetlerini kapsadığı söylenebilir.

Avrupa Sosyal Şartı'nın 11. maddesinde yer alan düzenlemede dikkat çekici olan bir diğer husus da, sağlık hizmetlerinin sunumunda Devletin yanında özel hukuk kişilerinin de rol alabilmesidir. “(...) *sağlığın korunması hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla, ya doğrudan ya da kamusal veya özel örgütlerle işbirliği içinde (...) önlemler alma (...)*” ifadesi açıkça Devletin koruyucu sağlık hizmetlerini özel hukuk kişileri eliyle de yürütebilmesine imkan sağlamaktadır. Düzenlemenin bu halinin, aşağıda incelenecek olan Anayasa'nın 56. maddesinde yer alan Devletin sağlık hakkından kaynaklanan edim sunma yükümlülüğüyle benzeştiği söylenebilir.

Birleşmiş Milletler Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin⁹ “*Sağlık standardı hakkı*” başlıklı 12. maddesinde sağlık hakkı “*mümkün olan en yüksek seviyede fiziksel ve ruhsal sağlık standartlarına sahip olma hakkı*” olarak tanımlanmaktadır¹⁰. Sağlık hakkına soyut bir tanımla yer verilmesine karşılık, Sözleşme’de sağlık hakkı kapsamında Devlet tarafından sunulması gereken edimler sıralanmıştır. Buna göre, Devlet mevcut doğum oranının ve bebek ölümlerinin düşürülmesi ile çocukların sağlıklı gelişmelerinin sağlanması, sanayi kirliliğinin önlenmesi ve çevre sağlığının korunması, salgın hastalıkların, yöresel hastalıkların,

⁹ Sözleşme Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 16 Aralık 1966 tarihli ve 2200 A (XXI) sayılı Kararıyla kabul edilmiş ve imzaya, onaya ve katılmaya açılmış, 3 Ocak 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye’nin 15 Ağustos 2000 tarihinde imzaladığı Sözleşme, 4 Haziran 2003 tarihli ve 4867 sayılı Kanunla onaylanmaya uygun bulunmuştur. (RG. 18.06.2003, S. 25142.) Sözleşme Türkiye bakımından 23 Aralık 2003 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir.

¹⁰ “*Sağlık standardı hakkı*”

Madde 12 - 1. Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, herkesin mümkün olan en yüksek seviyede fiziksel ve ruhsal sağlık standartlarına sahip olma hakkını tanır.

2. Bu Sözleşmeye Taraf Devletlerin bu hakkı tam olarak gerçekleştirmek amacıyla alacakları tedbirler, aşağıdakiler için de alınması gerekli tedbirleri içerir:

a) Varolan doğum oranının ve bebek ölümlerinin düşürülmesi ile çocukların sağlıklı gelişmelerinin sağlanması;

b) Çevre sağlığını ve sanayi temizliğini her yönüyle ileriye götürme;

c) Salgın hastalıkların, yöresel hastalıkların, mesleki hastalıkların ve diğer hastalıkların önlenmesi, tedavisi ve kontrolü;

d) Hastalık halinde her türlü sağlık hizmetinin ve bakımının sağlanması için gerekli şartların yaratılması”

mesleki hastalıkların ve diğer hastalıkların önlenmesi, tedavisi ve kontrolü, hastalık halinde her türlü sağlık hizmetinin ve bakımının sağlanması koşullarının yaratılması için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. Sayılan yükümlülükler, sağlık hakkının kapsamı ve Devletin ödevlerinin tespiti yönünden önem taşımaktadır. Bu yükümlülükler kendi içinde ikili olarak gruplandırılabilir. Ana - çocuk sağlığının korunması ile salgın ve mesleki hastalıkların önlenmesi yükümlülüğünün bireysel ve toplumsal sağlığın korunmasına ilişkin olduğu; hastalık halinde her türlü sağlık hizmetinin sunumu yükümlülüğünün ise tedaviye dönük sağlık hizmeti olduğu söylenebilir. Bunun yanında, Sözleşme'nin temel metninde yer almayan, yiyecek, beslenme, konut, güvenli ve içilebilir su kaynaklarına erişim, yeterli sağlık koşulları, güvenli ve sağlıklı çalışma koşulları ve sağlıklı bir çevrenin sağlanması da Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi'nin 2000 yılında, 22. oturumunda yaptığı 14 No'lu Genel Yorum'da sağlık hakkı kapsamında değerlendirilmiştir ¹¹.

Sağlık hakkının çerçevesi ve niteliğinin, belirlenmesi yönünden en geniş kapsamlı uluslararası metin olan 14 No'lu Genel Yorum'da, sağlık hakkı bakımından Devletlere *saygı duyma, koruma ve yerine getirme (gerçekleştirme)* olmak üzere üç tür yükümlülük yüklenmektedir. İlk olarak, *saygı duyma* yükümlülüğü, kişilerin sağlık hakkını kullanmasına Devletlerin doğrudan ya da dolaylı olarak müdahale etmekten imtina etmelerini; *koruma* yükümlülüğü, sağlık hakkına üçüncü kişilerce müdahale edilmesini önleyecek tedbirler alınmasını içermektedir. *Yerine getirme yükümlülüğü* ise, Devletlerin sağlık hakkının tam anlamıyla gerçekleştirilmesi için uygun yasal, idari, bütçesel, yargısal, geliştirici ve diğer tedbirleri almalarını gerekli kılmaktadır¹². Görüldüğü gibi 14 No'lu Genel Yorum sağlık hakkını, saygı duyma ya da müdahale etmeme şeklinde gerçekleşen negatif boyutu ve korumak, sağlamak, geliştirmek ve yerine getirmek şeklinde gerçekleşen pozitif boyutu olan bir hak olarak sunmaktadır.

¹¹ Sözleşmenin 12. maddesinin 1. paragrafında “ (...) mümkün olan en yüksek seviyede fiziksel ve ruhsal sağlık standartları”na yapılan atıf, yalnızca sağlık bakımı hakkı ile sınırlandırılmamaktadır. Bilakis, 12. Maddenin 1. Paragrafının hazırlanış tarihçesi ve tam lafzı, sağlık hakkının, insanların sağlıklı bir yaşam yaşamasını sağlayacak koşulları geliştiren, ve yiyecek, beslenme, konut, güvenli ve içilebilir su kaynaklarına erişim ve yeterli sağlık koşulları, güvenli ve sağlıklı çalışma koşulları ve sağlıklı bir çevre gibi sağlığın belirleyici temel unsurlarını kapsayan geniş çaplı sosyoekonomik etmenleri içerdiğini kabul etmektedir.”denmektedir. Sözleşme'nin 12 No'lu Genel Yorumu'nun tam metni için, <http://www.ihop.org.tr/2007/12/11/ekonomik-sosyal-ve-kultuerel-haklar-komitesi> (Erişim Tarihi: 24.07.2017.)

¹² Ags., paragraf 33.

Sağlık hakkına ilişkin olarak, 14 No'lu Genel Yorum'da yer alan bir diğer husus da hakkın esas unsurlarıdır. Burada Devlete yüklenen pozitif ve negatif yükümlülüklerin yerine getirilmesinde uyulması gereken esaslar sıralanmıştır. Bu kapsamda yeterli sayı ve nitelikte sağlık tesislerinin mevcut olması, sağlık hizmetlerine erişimde bireyler arasında oluşabilecek fiziksel, ekonomik ve diğer her türlü ayrımcılığın önüne geçilmesi, sağlık tesisleri ve personelinin tıp etiğine saygılı, tıbben ve bilimsel olarak iyi kalitede olması gerekmektedir¹³. Sayılan bu unsurları karşılamayan sağlık hizmetinin Sözleşme'de öngörülen sağlık hakkına uygun olduğunu söylemek mümkün olmayacaktır¹⁴.

¹³ “Sağlık hakkı, her türlü biçim ve düzeyde, zaruri ve birbiriyle ilgili aşağıdaki unsurları içermektedir; (...)

(a) Mevcudiyet. Genel sağlık ve sağlık bakım tesislerinin, sağlıkla ilgili mal ve hizmetlerin ve ayrıca programların işleyişinin, taraf Devletin sınırları içerisinde mevcut olması gerekir. Bu tesis, mal ve hizmetlerin kesin niteliği taraf Devletlerin kalkınma düzeyi de dâhil olmak üzere pek çok etmene bağlı olarak farklılıklar gösterecektir. Yalnız bunlar(...) yeterli sağlık koruma koşullarını, hastane, klinikler ve diğer sağlık yapılarını, ülke koşullara göre rekabet edebilir maaş alan uzman sağlık personeli ve diğer profesyonel personelleri (...) içermektedir;

(b) Erişilebilirlik. Sağlık tesisleri, mal ve hizmetlerinin taraf Devletlerin yargı yetkisi dâhilinde, ayrımcılık olmaksızın herkesin erişimine açık olması gerekmektedir. (...)

Ayrımcılık olmaması: sağlık tesisleri, mal ve hizmetleri yasaklanmış alanların hiçbirine dayalı ayrımcılık olmadan herkesin erişimine ve özellikle de genel nüfusun en savunmasız veya dışına itilmiş kesimlerine hem hukuken hem fiilen açık olmalıdır;

Fiziksel erişim: sağlık tesisleri, mal ve hizmetleri toplumun tüm kesimlerinin ve özellikle de etnik azınlıklar ve yerel halklar, kadınlar, çocuklar, ergenler, yaşlılar, engelli kişiler ve HIV/AIDS'li kişiler gibi genel nüfusun en savunmasız veya dışına itilmiş kesimlerinin güvenli fiziksel erişimine açık olmalıdır. Erişilebilirlik, ayrıca, sağlık hizmetlerinin (...) yeterli sağlık koruma koşulları gibi sağlığın belirleyici etmenlerinin kırsal kesimlerde yaşayan kişiler dâhil herkesin erişimine açık olması anlamına gelmektedir.

Ekonomik erişim (karşılanabilirlik): sağlık tesisleri, mal ve hizmetleri herkesin ekonomik olarak karşılayabileceği şekilde olmalıdır. Sağlık bakım hizmetlerinin ve ayrıca sağlığın belirleyici etmenlerinin ücretlendirilmesi denklik ilkesine dayanmalı; ve böylelikle, kamu veya özel olsun bu hizmetlerin, toplumsal olarak dezavantajlı gruplar da dahil herkes tarafından karşılanabilir olması güvence altına alınmalıdır(...)

Bilgiye erişim: sağlıkla ilgili konularda, bilgi ve fikir isteme, alma ve verme haklarını içerir. Ancak, bilgiye erişebildik, mahremiyetin söz konusu olduğu kişisel sağlık verilerine sahip olma hakkını ihlal etmemelidir;

(c) Kabul edilebilirlik. tüm sağlık tesisleri, mal ve hizmetleri tıp etiğine saygılı ve kültürel açıdan uygun olmalıdır; yani bireylerin, azınlıkların, halk ve toplulukların kültürlerine saygılı, toplumsal cinsiyete ve yaşam döngüsünün gerekliliklerine duyarlı olmalı, ve ayrıca mahremiyete saygı duyacak ve ilgili kişilerin sağlık durumunu iyileştirecek biçimde düzenlenmelidir.

(d) Kalite. Kültürel olarak kabul edilebilir olan sağlık tesisleri, mal ve hizmetleri aynı zamanda tıbben ve bilimsel olarak da uygun ve iyi kalitede olmalıdır. Bu, diğer şeyler bir yana, nitelikli sağlık personelinin, bilimsel olarak onaylanan ve tarihi geçmemiş ilaç ve hastane ekipmanını, güvenli ve içilebilir içme suyunu ve yeterli sağlık koruma koşullarını gerekli kılmaktadır.”. (<http://www.ihop.org.tr/2007/12/11/ekonomik-sosyal-ve-kultuerel-haklar-komitesi>, Erişim Tarihi: 24.07.2017.)

¹⁴ Yukarıda sayılan ve Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası metinler dışında Avrupa Temel Haklar Bildirisi'nin 35. maddesinde de sağlık hakkına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Buna göre, “Herkes ulusal yasalar ve uygulamalarda belirtilen şartlar çerçevesinde koruyucu sağlık hizmetlerinden ve tıbbi tedaviden yararlanma hakkına sahiptir. Bütün Birlik politikaları ve faaliyetlerinin tanımlanmasında ve uygulanmasında yüksek düzeyde bir insan sağlığı korunması sağlanmalıdır.”

Öğretide Üzeltürk, sağlık hakkının kapsamında esasen üç çekirdek hakkın bulunduğunu savunmaktadır. Bunlar, önleyici ve koruyucu sağlık hakkı, tıbbi kaynaklara ulaşma hakkı ve sağlık hizmeti yararlanıcılarının sağlık hizmeti sağlayıcılarına ileri sürebilecekleri haklardır. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin ana metninden yola çıkarak yapılan ikili (bireysel ve toplumsal sağlığın korunması - hastalık halinde sağlık hizmetlerine erişim hakkı) sınıflandırmaya ek olarak sağlık hizmeti sağlayıcısından talep edilebilecek haklar olarak ayrı bir sağlık hakkı kategorisi bulunmaktadır. Tıbbi kaynakların gizliliği hakkı, kişisel tıbbi kayıtlara giriş hakkı, neden ve nasıl bir tıbbi muameleye uğranılacağını bilme ve belli bir tedaviyi reddetme hakkı ve tedavi başlamadan önce onay verme hakkı bu üçüncü kategoriyi oluşturan haklardır¹⁵.

Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 12. maddesinde yer alan düzenleme ile bu düzenlemeye ilişkin 14 No'lu Genel Yorum birlikte değerlendirildiğinde, sağlık hakkının pozitif ve negatif yönünün bulunduğu söylenebilir. Hakkın negatif yönü kapsamında Devlete saygı duyma, müdahale etmeme, karışmama ödevi yüklenmektedir. Söz gelimi, tedavi olmak isteyen hastanın kendi ekonomik olanaklarıyla tedavi olmasına müdahale etmeme, tedavi olmak istemeyen bir hastaya zorla tedavi uygulamama ya da birden fazla yöntem doğrultusunda tedavisi yapılabilecek bir hastanın seçim hakkına müdahale edilmemesi Devletin negatif yükümlülüğü kapsamındadır¹⁶. Bunun yanında, birey ve toplum sağlığına zararlı faaliyetin devlet eliyle yapılmaması ve üçüncü kişiler eliyle yapılmasının engellenmesi de sağlık hakkının bir diğer negatif yönünü oluşturmaktadır¹⁷. Öte yandan, sağlık hakkı esas olarak Devlete pozitif edimde

¹⁵ Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, **Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı, (Ulusal ve Uluslararası Boyutuyla)**, Legal Yayıncılık, 2012, s. 18. Aynı ayırım öğretide başka yazarlar tarafından da aynen kabul edilmektedir. Bkz. Özgür Temiz, "Bir Temel Hak Olarak Sağlık Hakkı", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 69, S. 1, 2014, s. 174.

¹⁶ Adil Şahin, "Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Ekonomik Sosyal ve Kültürel Hakların Niteliği Bağlamında Sağlık Hakkının Kapsamı Üzerine Bir İnceleme", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 59, S. 4, 2010, s. 740. Temiz'e göre, Devletin negatif yükümlülüklerine örnek olarak, ayrımcılık yapmama, hizmete erişimi engellememe ve kısıtlamama, geleneksel tedavi usullerini yasaklamama, üreme sağlığı ve cinsel sağlık konularında bireyin özerkliğine saygı gösterme gibi ödevler gösterilebilir. (Temiz, **agm.**, s. 178.)

¹⁷ Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 14. No'lu Genel Yorumu'nda aynı yaklaşım, "Sağlık hakkı, hem hakları hem de özgürlükleri içermektedir. Buradaki özgürlükler, cinsel ve üremeyle ilgili özgürlükler dahil kişinin kendi sağlık ve bedenini kontrol etme hakkını ve müdahaleye maruz kalmama hakkını; örneğin, işkence görmeme hakkı, rıza olmadan tıbbi tedavi ve işleme tabi tutulmama hakkını içermektedir. Buna karşılık haklar, mümkün olan en yüksek

bulunma ödevi yüklemektedir. Başka bir deyişle, Devlet bireylerin bedensel, ruhsal ve sosyal bakımdan iyi bir halde bulunmalarına yönelik faaliyetlerde bulunmakla yükümlüdür.

Sağlık hakkının gerçekleştirilmesi bakımından pozitif edim yükümlülüğü kapsamında Devletten talep edilebilecek haklar ise ikiye ayrılmaktadır. Bunlar bireysel ve toplumsal koruyucu sağlık hizmetlerinin sağlanması hakkı ile hastalık ve ihtiyaç halinde sağlık imkanlarından yararlanma hakkıdır. Kanaatimizce, sağlık hizmeti sağlayıcısından talep edilebilecek haklar ayrı bir kategori oluşturmamakta olup, bu haklardan bir kısmı Devlete karşı ileri sürülebilecek negatif haklar (örneğin tedaviyi reddetme hakkı) arasında değerlendirilebilecekken, diğerleri Devletten pozitif edimde bulunmasının talep edilmesinin isteneceği hakların alt unsurunu oluşturmaktadır. Söz gelimi, kişisel sağlık verilerinin korunması hakkı, etkin ve kaliteli tedavi görme hakkının bir uzantısı niteliğindedir. Dolayısıyla bu hakların diğer iki hak kategorisi içinde de değerlendirilebileceği kanaatindeyiz.

Sağlık hakkı kavramının tanımı ve içeriğine değinildikten sonra belirtilmesi gereken önemli bir husus, sağlık hakkı kavramının sağlıklı olma hakkı anlamına gelmediğidir. Başka ifadeyle sağlık hakkı, sağlıklı olma hakkını kapsamamaktadır. “Sağlıklı olma” öğretide, “bireyin olağan yaşamını ve sorumluluklarını düzgün bir biçimde yerine getirmesine engel olabilecek hastalık ve hastalığa dair emarelerden arınmış olmak” şeklinde tanımlanmıştır¹⁸. Gerek koruyucu sağlık hizmetlerinin toplum veya bireylere sunumu ve gerek hastalık halinde tedaviye yönelik tıbbi edimlere erişim bakımından Devletin yükümlülüğü “mümkün olan en yüksek seviyedeki sağlık standardı” sağlamakla sınırlıdır¹⁹. Sağlık hakkının pozitif yönü, Devletin kalite ve nicelik standartlarını karşılayan sağlık edimini sunmasından ibarettir. Buna karşılık, edim sonucunda hizmetten yararlanan kişinin sağlığına kavuşması ya da sağlıklı olması yalnızca birey-Devlet ilişkisi içinde değerlendirilemeyecek olan biyolojik bir olgudur. Benzer şekilde, özellikle sağlığın

seviyedeki sağlık durumuna ulaşabilmeleri için insanlara eşit imkanlar sunan bir sağlık koruma sistemine sahip olma hakkını içermektedir.” ifadeleriyle benimsenmiştir.

¹⁸ Halit Yılmaz, **Sağlık Hizmetlerinden Yararlanmanın Kısıtlanması ve Kısıtlamanın Yargısal Denetimi**, Seçkin Yayınevi, 2011, s. 48.

¹⁹ Nazmi Zengin, “Sağlık Hakkı ve Sağlık Hizmetlerinin Sunumu”, **Sağlıkta Performans ve Kalite Dergisi**, C. 1, S. 1, 2010, s. 47. Bu doğrultuda, Yılmaz, Anayasa’nın 56. maddesinde düzenlenen sağlık hakkının, sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkı olarak anlaşılması gerektiğini savunmaktadır. (Yılmaz, **age.**, s. 40.)

korunmasına ilişkin edimler bakımından, iyi sağlık halinin sağlanması veya kötü sağlık durumunun her türlü muhtemel nedenine karşı bir korunma Devletin tek başına temin edebileceği bir edim değildir. Özellikle, genetik nedenler, insanların hastalıklardan kolay etkilenebilir olması ve kişilerin sağlıksız veya riskli hayatlar yaşıyor olması, bireylerin sağlık durumunu etkileyen önemli etmenlerdir. Bu nedenle, sağlık hakkı, sağlığın korunması ve tedaviye ilişkin mal ve hizmetlerden mümkün olan en yüksek seviyede sağlık standardını gerçekleştirecek şekilde yararlanma hakkı olarak anlaşılmalıdır²⁰.

Öte yandan sağlık hakkı, öğretide “*sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan fertlerin sırf insan olmaları sebebiyle sahip bulundukları haklar*” olarak tanımlanan²¹ hasta haklarından da farklı bir alana karşılık gelmektedir. Hasta hakları, sağlık durumu bozulan kimselerin Devlet tarafından yürütülen sağlık hizmetlerinden yararlanırken sahip oldukları haklardır. Başka bir deyişle, sınırları çizilmiş olan tedaviye yönelik sağlık hizmetlerinin sunumunun tabi olduğu hukuki rejim hasta hakları kapsamında yer almaktadır. Buna karşılık, sağlık hakkı kapsam yönünden çok daha geniş bir alanı içine almaktadır. İlk olarak, yalnızca sağlık durumu bozulmuş olan kişilerin tedavisine yönelik faaliyetler değil, toplumsal ve bireysel sağlığın korunmasına yönelik önleyici faaliyetler de sağlık hakkı kapsamındadır. İkinci olarak, hasta haklarının sağlık hizmetinin gerçekleştirilmesine yönelik edimlerin yerine getirilmesine ilişkin kurallara tekabül etmesine karşın, sağlık hakkı bireylerin bedensel, ruhsal ve sosyal yönden tam bir iyilik hali içinde bulunması için Devlet tarafından yerine getirilmesi gereken pozitif ve negatif edimlerin sınırlarını ortaya koymaktadır. Bu doğrultuda, sağlık hakkının hasta haklarının da içinde olduğu bir alan kapsadığı kuşkusuzdur.

Ulusal hukukumuzda ise sağlık hakkı Anayasa’nın farklı maddelerinde dayanak bulmaktadır. Anayasa’nın “*Cumhuriyetin nitelikleri*” başlıklı 2. maddesinde yer alan düzenlemede Türkiye Cumhuriyeti’nin “*(...) insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devleti*” olduğu vurgulanmış; “*Devletin temel*

²⁰ <http://www.ihop.org.tr/2007/12/11/ekonomik-sosyal-ve-kultuerel-haklar-komitesi>, Paragraf 9 (Erişim Tarihi: 24.07.2017.)

²¹ Korkut Kanadoğlu, “Türk Anayasa Hukukunda Sağlık Alanında Temel Haklar”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 119, 2015, s. 12.

amaç ve görevleri” başlıklı 5. maddesinde ise, “kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak”, Devletin amaç ve görevleri arasında sayılmıştır.

Sosyal devlet niteliğine vurgu yapan söz konusu düzenlemeler, Devlete bireylerin huzur ve refahını sağlamak, maddi ve manevi varlıklarını geliştirmeleri için gerekli şartları hazırlamak ve insan haklarının hayata geçirilmesine engel olan sosyal engelleri kaldırmak ödevlerini yüklemektedir. Bu bağlamda Devlet aktif bir rol üstlenmekte ve bireylere edimler sunmaktadır. Bireyin refah ve huzurunun sağlanmasını, maddi ve manevi varlığının korunmasını, geliştirilmesini etkileyen en önemli faktörlerden biri de toplum ve kişi sağlığıdır. Dolayısıyla sağlığın korunması Anayasa’nın 5. maddesinden kaynaklanan bir ödevdir. Sağlığın temel bir sosyal hak olması sebebiyle “Sağlık hakkı” Anayasa’nın 56. maddesinde ayrıca ve ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir.

Anayasa’nın “Sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması” başlıklı 56. maddesinde yer alan düzenlemenin birinci fıkrasında sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşamak hak olarak düzenlenmektedir. Madde metni lafzi olarak yorumlandığında, ilk fıkra sağlık hakkı ile dengeli bir çevrede yaşama hakkının hak olarak tanındığı; ikinci fıkra dengeli bir çevrenin sağlanması için Devlete ve vatandaşlara yüklenen ödevlerin; üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkra ise sağlığın korunması ve sağlık imkânlarına erişilmesinde Devlete yüklenen ödevlerin düzenlendiği görülmektedir. Anayasa’nın 56. maddesinin birinci fıkrasında yer alan muğlak düzenleme farklı yorumlamalara da açıktır²². Sağlığın korunmasının bir hak olmadığı, yalnızca

²² Anayasa’nın 56. maddesinin birinci fıkrasındaki düzenleme, yalnızca çevre hakkını düzenleyecek şekilde “sağlıklı ve dengeli” bir çevrede yaşama hakkı şeklinde okunabileceği gibi; “ve” bağlacı esas alınarak ayrılması suretiyle “herkesin sağlıklı yaşama hakkına sahip olması” ile “herkesin dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olması” şeklinde okunması da mümkündür. İlk ihtimalde, birinci fıkra yalnızca çevre hakkı düzenlenmiş olmakta ikinci fıkra ise, çevre hakkının gerçekleştirilmesi için Devlet ve vatandaşlara yüklenen ödevlere yer verilmektedir. Bu ihtimalde sağlık bir hak olarak düzenlenmemekte, ilgili düzenlemenin üç, dört ve beşinci fıkralarında yalnızca Devlete sağlığın korunmasına yönelik ödevler yüklenmektedir. İkinci ihtimalde ise, sağlık hakkı ve çevre hakkı ayrı birer hak şeklinde düzenlenmekte, devam eden fıkra düzenlemelerinde bu hakların hayata geçirilmesi için Devlet ve vatandaşa yüklenen ödevler öngörülmektedir. İkinci ihtimalin kabulünün daha isabetli olacağını ileri sürerken öncelikle Anayasa’nın lafzına ve sistematığına dikkat edilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. İlk olarak, Anayasa’nın “Sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması” başlıklı 56. maddesi “Sağlık, çevre ve konut” üst başlığı altında düzenlenmektedir. Konut ve çevrenin

Devlete yüklenmiş bir ödev olduğu yönünde öğretide görüşler²³ bulunmaktadır. Buna karşın, gerek Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik içtihadı²⁴, gerek öğretideki ağırlıklı olarak kabul edilen görüş²⁵ ayrı bir sağlık hakkının varlığını kabul etmektedir.

Anayasa'nın 56. maddesinin birinci fıkrasının yukarıda bahsedildiği şekilde okunması, 1961 Anayasası'nın 49. maddesinde yer alan düzenlemedeki eksikliği de gidermiş olacaktır. Anılan maddenin başlığı “*Sağlık hakkı*” olmakla birlikte, bu hüküm sağlık hakkının kapsamını düzenlemekten ziyade, bireysel ve toplumsal sağlığı sağlamak ve korumak bakımından Devletin ödevlerini içermektedir²⁶. Bu durum özellikle sağlık hizmetlerinden yararlanmanın vatandaş açısından talep edilebilir bir hak mı, yahut salt Devletin bir yükümlülüğü mü olduğu sorusunu gündeme getirecektir. Bu husus özellikle sağlık hizmetlerinin yerine getirilmemesi durumunda Devletin sorumluluğunun tespitinde önem taşımaktadır.

Öte yandan sağlık hakkına ilişkin her iki Anayasa'da yer alan düzenleme özellikle hakkın kapsamı ve Devletin bu hakkı sunuş biçimi yönünden de farklılıklar taşımaktadır. İlk olarak, sağlık hakkının sosyal boyutunu da içine alan 1982 Anayasası'nın 56. maddesindeki düzenlemeden farklı olarak, 1961 Anayasası'nın 49. maddesinde yer alan düzenleme sağlık hakkını beden ve ruh sağlığının korunması ile tıbbi bakım görme hakkı ile sınırlandırmaktadır. Bu fark kanaatimizce

Anayasa'nın 56. ve 57. maddelerinde bir hak olarak düzenlenmiş olmasına karşılık, hak olarak öngörülmeyle sağlığın bu başlık altında yer alması Anayasa'nın sistematığına aykırıdır. Öte yandan, başlıkta sağlık, çevre ve konut sırasıyla sayıldıktan sonra madde metninde bu sıralamanın değiştirilmesi suretiyle çevre hakkı, sağlık ödevi ve konut hakkı şeklinde bir sıralamanın benimsenmesi kanaatimizce Anayasa'nın sistematığı ile bağdaşmayacaktır. İkinci olarak, birden fazla hakkın aynı maddede yer aldığı, Anayasa'nın 23. maddesindeki yerleşme ve seyahat özgürlüğüne ilişkin düzenlemenin ilk fıkrasında yerleşme özgürlüğü ve seyahat özgürlüğünün bir hak olarak düzenlendiği, devam eden fıkralarda her bir hakka ilişkin ayrı düzenlemeler getirildiği görülmektedir. Kendi sistematığı içinde tutarlı olması bakımından, Anayasa'nın 56. maddesinin birinci fıkrasında yer alan düzenlemenin de aynı şekilde okunması gerekir. Dolayısıyla bu fıkra da sağlık hakkı ile dengeli bir çevrede yaşama hakkının ayrı birer hak olarak düzenlendiğinin kabulü gerekecektir.

²³ Tanör, sağlık hakkına ilişkin 1961 Anayasası'nın 49. maddesinde yer alan düzenlemenin salt Devlete yetki vererek ödev yükleyen bir kural olduğunu savunmaktadır. Söz konusu kural bireylere talep etme hakkı vermemekte olup yalnızca Devlete belli bir plan doğrultusunda edimde bulunma ödevi yüklemektedir. (Bülent Tanör, **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, May Yayınları, 1978, s. 194.)

²⁴ AYM, 30.12.2010, E. 2007/78, K. 2010/120, R.G. 05.02.2011 S. 27837.

²⁵ Üzeltürk, **age.**, s. 134.

²⁶ “VII. Sağlık hakkı.

MADDE 49.- Devlet, herkesin beden ve ruh sağlığı içinde yaşayabilmesini ve tıbbi bakım görmesini sağlamakla ödevlidir.

Devlet, yoksul veya dar gelirli ailelerin sağlık şartlarına uygun konut ihtiyaçlarını karşılayıcı tedbirleri alır.”

sağlık kavramının zaman içinde içerik ve tanım yönünden değişen ve gelişen bir kavram olmasından kaynaklanmaktadır.

İkinci olarak, İkinci Dünya Savaşı'ndan beri süregelen Devletlerin kamu hizmetlerini doğrudan kendi eliyle sunması anlayışı özellikle 1980'li yılların başından itibaren terk edilmiş; Devletin kamu hizmetlerinin sunumunu özel hukuk kişileri (ya da özel sermaye) ile paylaşması ve düzenleyici, denetleyici bir rol üstlenmesi anlayışı idare hukukunda baskın hale gelmiştir. Bu anlayışın, sağlık hakkının hayata geçirilmesinde ve sağlık hizmetlerinin sunumunda değişiklik yarattığı şüphesizdir. 1961 Anayasası'nın 49. maddesinde bireylerin beden ve ruh sağlığının korunması ile ihtiyaç halinde tıbbi bakım sunulması Devlete ödev olarak yüklenmişken; 1982 Anayasası'nın 56. maddesinde yer alan düzenleme uyarınca Devletin ödevi, bireylerin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak amacıyla kamu ve özel sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenlemek ve denetlemektir. Dolayısıyla sağlık hakkının hayata geçirilmesinde Devletin hizmet sunucusu şeklinde tezahür eden rolü, hizmet düzenleyicisine dönüşmüştür²⁷.

Anayasa'nın "*Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler*" başlıklı üçüncü bölümünde düzenlenen sağlık hakkının pozitif statü hakları arasında yer aldığı söylenebilir. Anayasa'daki sosyal haklar arasında yer alan sağlık hakkı Devlete, yalnızca sağlığını korumak isteyen bireylere müdahale etmemeyi değil; bireysel ve genel sağlığın korunması, sağlığın bozulması ihtimalinde ise tıbbi yardımın sağlanması ödevini de yüklediği açıktır. Başka bir ifadeyle, sağlık hakkının hayata geçirilmesinde Devletin aktif bir rol üstlenmesi Anayasal bir gerekliliktir.

Tarihsel sınıflandırmaya tabi tutulduğunda ikinci kuşak haklar arasında yer alan sağlık hakkı, Anayasa'da Devlete verilen yükümlülükler yönünden pozitif statü hak²⁸

²⁷ Dan.15.D., 06.03.2018, E. 2014/6132, K. 2018/2209, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

²⁸ Negatif statü hakları, bireyin belirli bir özgürlük alanına sahip olmasına yöneliktir. Bunlar, kişinin devlet tarafından aşılamayacak ve dokunulamayacak özel alanının sınırlarını çizen hak ve özgürlüklerdir. Bu haklar devlete karışmama ödevi yüklerler. Pozitif statü hakları ise bireylere devletten olumlu bir davranış, bir hizmet ve yardım isteme imkanı tanır. Bu kapsamda Devlete sosyal alanda bir takım ödevler yükler. (Birden Güngören Bulgan, **Georg Jellinek'in Hak ve Devlet Kuramı**, 12 Levha Yayıncılık, 2017, s. 50 vd.)

yönü ağır basan bir temel haktır²⁹. Nitekim gerek öğretideki ağırlıklı görüş³⁰ ve gerek yargı kararlarındaki³¹ genel kabul, sağlık hakkının sosyal nitelikli bir pozitif statü hakkı olduğu yönündedir.

Sağlık hakkının bir sosyal hak olması, bu hakkın tabi olduğu hukuki rejime yansımaktadır. Her ne kadar Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti bir sosyal devlet olarak nitelendirilmiş, Anayasa'nın 5. maddesinde ise sosyal devlet ilkesi kapsamında Devlete vatandaşların huzur ve refahının sağlanmasına yönelik ödevler yüklenmişse de Anayasa'nın "*Devletin iktisadî ve sosyal ödevlerinin sınırları*" başlıklı 65. maddesi Devletin bu yükümlülüklerine birtakım sınırlamalar getirmektedir. Buna göre, "*Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.*" Söz konusu düzenlemenin lafzından, Devletin sosyal ve ekonomik alandaki ödevlerini yerine getirme yükümlülüğünün ekonomik olanaklarıyla sınırlı olduğu anlaşılmaktadır. Anayasa'nın 65. maddesindeki bu düzenleme, 5. maddede geçen "*gerekli şartları hazırlamaya çalışmak*" ifadesi ile de tutarlılık oluşturmaktadır. 1961 Anayasası'nın "*Başlangıç*" bölümünde, "*sosyal adâleti, ferdin ve toplumun huzur ve refahını gerçekleştirmeyi ve teminat altına almayı mümkün kılacak demokratik hukuk devletini bütün hukukî ve sosyal temelleriyle kurmak*" ifadeleriyle son derece kesin bir biçimde Devlete yüklenen sosyal hakların yerine getirilmesi ödevi, 1982 Anayasası'nın 5. maddesindeki anılan ifadeyle yumuşatılmış; Devlete adeta bu alanlarda elinden geldiği kadarını yapma ödevi yüklenmiştir. Anayasa'nın 65. maddesinin sosyal haklardan kaynaklanan ödevlerini yerine getirmeyen Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin sorumluluğunu sınırlayan bir hüküm olup olmadığı; bu ödevlerin yerine getirilmesinin Devletin takdir yetkisine bırakılıp bırakılmadığı gibi hususlar öğreti ve yargı kararlarında sıkça tartışılmıştır³².

²⁹ Oktay Uygun, "İnsan Hakları Kuramı", **Kamu Hukuku İncelemeleri**, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2013, s. 19.

³⁰ Tanör, **age.**, s. 102; Üzeltürk, **age.**, s. 136; Güngören Bulgan, **age.**, s. 52; Temiz, **agm.**, s. 168.

³¹ AYM, 17.01.1991, E.1990/27, K.1991/2, RG, 19.08.1991, S. 20965.

³² Örneğin Sağlık Uygulama Tebliğinde yapılan değişikliğin sosyal güvenlik ve sağlık hakkı yönünden kısıtlamaya sebep olduğu bir uyuşmazlığın çözümünde Danıştay, "*sosyal güvenlik kapsamındaki kişilerin tüm sağlık giderlerini ödeme gibi bir yükümlülüğü bulunmadığını*" vurguladıktan sonra, Anayasa'nın 65. maddesi kapsamındaki sosyal güvenlik sisteminin sürdürülebilirliği ile sağlık hizmetine erişim hakkı arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerektiğini ortaya koymuştur. (Dan.15.D., 21.11.2017, E. 2015/679, K. 2017/6784, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Öğretide *Günday*, idarenin mevzuat gereğince görevli olduğu faaliyet ve

Yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda sağlık hakkının ikinci kuşak, bir sosyal hak olduğu ve Devlete edimde bulunma ödevi yüklediği şüphesiz olmakla birlikte; birinci kuşak haklarla konusu ve kapsamı bakımından yakın ilişki içinde olması, hatta zaman zaman çakışması nedeniyle, bu ilişik, çakışık olduğu durumlarda klasik sosyal haklardan ayrıştığını söylemek yanlış olmaz. Keza bu hallerde birinci kuşak haklara yaklaşmakta olan sağlık hakkına bu hakların tabi olduğu rejim uygulanmaktadır.

İlk olarak, sağlık hakkı ile Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen kişi dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı arasında çoğu zaman yakın bağlantı kurulabilmektedir³³. Sağlık hakkının ihlal edildiği durumların önemli bir kısmında hakkın konusu gereği kişinin vücut bütünlüğüne dokunulmakta, hatta kişinin yaşam hakkı ihlal edilebilmektedir. Bu hallerde esasen bir sosyal hak olan sağlık hakkının ihlali, maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkının da ihlali anlamına gelebilmektedir³⁴. Nitekim Anayasa Mahkemesi de konuya ilişkin pek çok kararında söz konusu bağlantıya vurgu

hizmetleri mali ve teknik imkanları bulunmadığı gerekçesiyle yerine getirmekten kaçınmayacağını, aksi durumda idarenin her zaman mali kaynaklarının yetersizliğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulabileceğini ileri sürmektedir. Dolayısıyla idare tarafından kurulduktan sonra, mali kaynaklar gerekçe gösterilerek hizmetin yerine getirilmesinden kaçınılması mümkün olmayacaktır. (Metin Günday, **İdare Hukuku**, 10. baskı, İmaj Yayınları, 2010, s. 372. Aynı yönde Atay, **age.**, s. 750; Ramazan Yıldırım, "İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan İdare Hukuku Kapsamındaki Sorumluluğu", **VIII. Türk - Alman Tıp Hukuku Sempozyumu**, Adalet Yayınevi, 2012, s. 202; Mesut Gülmez, "Türkiye'de Sosyal Haklar: Sosyal Şart Açısından Anayasa'da Sosyal Devlet ve Sosyal Haklardaki Uyumsuzluklar", **Anayasal Sosyal Haklar**, Ed. İbrahim Kaboğlu, Legal Yayıncılık, 2012, s. 144; Abdullah Hızal, **Hatalı Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Tam Yargı Davaları**, İzmir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Programı Yüksek Lisans Tezi, 2015, s. 46.) *Oder* ise, sosyal haklara Anayasa'nın 65. maddesine dayanılarak getirilen sınırların da Anayasa'nın 13. maddesindeki sınırlama koşullarına tabi olduğunu vurgulamış, bu hakların özüne dokunacak şekilde kullanımının kısıtlandığı hallerin Anayasa'ya aykırılık teşkil edeceğini ileri sürmüştür. (Bertil Emrah Oder, "Devletin Olumlu Edimini Gerektiren Sosyal Hakların Anayasal Düzeyde Korunması ve Yargısal Tutumlar", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2008/1, s. 221.) *Aydın* da öncelikli ve temel nitelikte bir kamu hizmeti olan sağlık hizmetlerinin sunulmasının Anayasal bir zorunluluk olduğunu vurgulamış, hizmetin bu niteliği uyarınca planlama, bütçe ve kaynak ayrılması hususunda öncelikli bir statüde bulunması gerektiğini ileri sürmüştür. Bu doğrultuda, tali kaynaklara ayrılacak bütçenin yönünün değiştirilmesi suretiyle, sağlık hizmetlerine ayrılan bütçenin ihtiyaca uygun hale getirilmesini savunmuştur. (Nizamettin Aydın, "Hasta Haklarının Hukuki Boyutu ve Korunma Yolları", **Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, S. 22, 2008.) Bu görüşü destekleyen Danıştay kararı için bkz. Dan.10.D., 12.11.1996, 6939/7395, aktaran Tevfik Karataş, **İdare Hukukunda İdarenin Hizmet Kusuru Dolayısıyla Sorumluluğu**, Abant İzzet Baysal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006, s. 41.)

³³ Kanadoğlu, **agm.**, s. 13.

³⁴ AYM, 28.03.2013, E. 2011/65, K. 2013/49; AYM, 16.07.2010, E. 2010/29, K. 2010/90, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası.

yapmıştır³⁵. Bu kararlarda Mahkeme'nin yerleşik içtihadı, Anayasanın 56. maddesi ile 17. maddesi hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi yönündedir. Benzer şekilde Danıştay da, Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen yaşama hakkının yalnızca “yaşamını sürdürmek” anlamında değil, “sağlıklı yaşama hakkına sahip olmak” olarak anlaşılması gerektiğini bir kararında açıkça vurgulamıştır³⁶. Yüksek Mahkeme yaşama hakkı içinde değerlendirdiği sağlık hakkını adeta birinci kuşak hak statüsüne sokmaktadır. Öte yandan, Mahkeme bu kararlarında yaşama hakkının önceliğine vurgu yaparak, Devletin mali gücünden kaynaklanan zorunlulukları gerekçe göstererek bu hak yönünden kişiler bakımından sınırlamaya gidemeyeceğini açıkça vurgulamıştır³⁷.

Sağlık hakkı ile doğrudan ilişkili olan bir diğer temel hak ise, Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması hakkıdır. Söz konusu düzenlemeye göre, “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. (...) Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar.(...)” Kişinin sağlık durumuna ilişkin bilgi ve veriler doğrudan özel hayata ilişkindir³⁸. Sağlık verilerinin toplanması, saklanması, işlenmesi ve açıklanması ile hastanın bu bilgilere ulaşabilmesi ve gerektiğinde düzeltilmesini talep edebilmesi sağlık hakkının yanında kişisel verilerin korunması hakkıyla da doğrudan

³⁵ “Sağlık hakkı Anayasanın 17 nci maddesinde düzenlenen yaşama, maddi ve manevi ve varlığını koruma hakkı ile çok sıkı bağlantı içindedir. Dolayısıyla Devlet ekonomik ve sosyal alandaki görevlerini yerine getirirken uygulayacağı sınırlamalarda yaşama hakkını ortadan kaldıran düzenlemeler yapamayacaktır. (...) Sağlık hizmetleri, doğrudan yaşam hakkı ile ilgili olması nedeniyle diğer kamu hizmetlerinden farklıdır. Sağlık hizmetinin temel hedefi olan insan sağlığı, mahiyeti itibarıyla ertelenemez ve ikame edilemez bir özelliğe sahiptir. (...)” (AYM, 16.07.2010, E. 2010/29, K. 2010/90, RG, 04.12.2010, S. 27775.) Aynı doğrultudaki Anayasa Mahkemesi kararı için bkz. AYM, 17.01.1991, E.1990/27, K.1991/2, RG, 19.08.1991, S. 20965.

³⁶ “(...) tüm yurttaşların yaşama haklarının, Devlet güvencesi ve onun pozitif yükümlülüğü kapsamı içinde koruma altında olduğu anlaşılmaktadır. Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen yaşama hakkı yalnızca yaşamını sürdürmek anlamında değil sağlıklı yaşama hakkına sahip olmak anlamındadır. Kişilerin sağlıklı olma hakkı bir kamusal korumaya tabi olduklarını ortaya koymaktadır. Sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkı, bir ekonomik ve sosyal haktır. Bu yönüyle kamuya ya da Anayasada geçen biçimiyle Devlete belli yükümlülükler öngörür. Devlet bu ödevleri altına imza attığı Ekonomik, Sosyal, Kültürel Haklar Sözleşmesinin de bir gereği olarak yerine getirmek ve herkesin sağlık hizmetlerinden yararlanması için gerekli tedbirleri almak, kişilerin sağlık hizmetlerinden gecikmeksizin yararlanmasını sağlamak durumundadır.” (Dan.8.D., 28.11.2011, E. 2011/5155, K. 2011/6094, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

³⁷ AYM, 17.01.1991, E.1990/27, K.1991/2, RG, 19.08.1991, S. 20965.

³⁸ AYM, 28.09.2017, E. 2016/125, K. 2017/143, RG., 28.09.2017, S. 30310. Aynı yönde AYM, 25.12.2014, E. 2014/74, K. 2014/201, RG. 23.05.2015, S. 29364.

ilişkilidir. Benzer şekilde, teşhis ve tedavi faaliyetleri sırasında mahremiyetin sağlanması da özel hayatın gizliliği hakkı kapsamında değerlendirilebilir.

Sosyal bir hak olan sağlık hakkı ile kişi haklarının somut durumda çakışmasının en önemli sonucu, bu hallerde sosyal haklara ilişkin rejimin değil, daha güvenceli bir statü öngören kişi hakları rejiminin uygulanmasıdır. Yukarıda açıklandığı üzere Anayasa'nın "*Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler*" başlıklı üçüncü bölümünde düzenlenen haklar Anayasa'nın 65. maddesindeki istisnaya tabi olup, bu haklar yönünden Devletin ödevleri ve sorumluluğu sınırlandırılmıştır. Anayasa Mahkemesi'ne göre, devletin sosyal haklardan kaynaklanan yükümlülüklerini sınırlandıran 65. madde hükmü, sağlık hakkının Anayasa'nın 17. maddesiyle de korunan kısmı bakımından uygulanmayacaktır³⁹. Başka bir ifadeyle, sağlık hakkının yalnızca 56. madde kapsamında korunan boyutu bakımından Anayasa'nın 65. maddesi bağlamında Devletin edim yükümlülüğü sınırlandırılabilirken; hem 17. hem de 56. madde kapsamında korunan boyutu yönünden 65. maddedeki sınırlayıcı düzenleme uygulanmayacaktır⁴⁰. Bu kapsama girmeyen hallerde ise Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 65. maddesini uygulamak suretiyle ülkenin ekonomik gücünün yetersizliğini ileri sürerek hakkın sınırlandırılmasına yol açan düzenlemelerin Anayasa'ya aykırılık oluşturmayaacağına karar vermiştir⁴¹. Başka bir

³⁹ "Anayasa'nın insan sağlığı ile ilgili 56. maddesinde de Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içerisinde sürdürmesini sağlamakla görevli tutulmuştur. Devletin, vatandaş sağlığını koruma görevini Anayasa'nın 17. maddesi çerçevesinde de üstlenmiş bulunduğunu kabul etmenin önemi şuradadır: Anayasa'nın sosyal ve ekonomik hakların sınırı başlıklı 65. maddesine göre, Devlet sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini mali kaynakların yeterliliği ölçüsünde yerine getirir. Anayasanın madde sıralamasına ve bölümleri arasındaki düzenlemeye bağlı kalınırsa (...) Anayasa'nın 17. maddesi Sosyal Haklar ve ödevler bölümünde yer almadığı için bu maddenin Devlete yüklediği sağlık hizmeti 65. maddenin öngördüğü ölçüye bağlı değildir." (AYM, 17.01.1991, E.1990/27, K.1991/2, RG, 19.08.1991, S. 20965.)

⁴⁰ AYM, 17.01.1991, E.1990/27, K.1991/2, RG, 19.08.1991, S. 20965. Aynı yönde AYM, 16.10.1996, E. 1996/17, K. 1996/38, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası)

⁴¹ "Anayasamız, iktisadi ve sosyal amaçları, koşulları ne olursa olsun, derhal yerine getirilmesini zorunlu kılan sert kurallara bağlamamış, bunların, ülkenin sosyal ve iktisadi gelişmesine eşit olarak ve aşama aşama sağlanacak ereklere olduğunu açıkça belirtmiştir". (AYM, 21.10.1963, E.1963/172, K.1963/244, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası) "Devlet, sosyal güvenlik hakkını, şimdiki ekonomik gücü ve toplumun genel ekonomik dengesi ile orantılı olarak sağlayabilir." (AYM, 06.06.1972, E.1972/44, K.1972/29, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası) "Devlet, ekonomik gelişmeye ve mali kaynaklarının gücüne göre sosyal sigortalar ve sosyal yardım örgütlerini ya kendisi kurmak, ya da kaynakları yeterlilik göstermiyor veya güvenliğin daha elverişli olarak sağlanacağı anlaşıyorsa, kurdurmak ve onu gözetip denetlemek ödevi altındadır" (AYM, 25.01.1977, E. 1977/36, K. 1972/2, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası) Buna karşılık, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Devletin mali imkanlarına dayanarak yaptığı sınırlamalara yönelik içtihadı çelişkilidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de bir kararında, davalı Devletin davacının ilaç giderlerinin büyük bir kısmını karşılamasına rağmen bu giderlerin %30'unu karşılamıyor olmasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesi bakımından ihlal oluşturmayaacağına karar vermiştir. (AİHM, Zdzislaw Nitecki / Polonya, BN. 65653/08, T. 21.03.2002, Hudoc.echr.coe.int.) Başka bir

kararında da Yüksek Mahkeme, sağlık hakkının Anayasa'nın 65. maddesindeki mali kaynaklar ölçütüne dayanılarak, “zayıflatılmış, eksik koruma potansiyelli haklar” kategorisine sokulamayacağını açıkça ortaya koymuştur⁴².

Sosyal hakların Anayasa'nın 65. maddesindeki sınırlamaya uygun yorumu, Anayasa'yla tanınmış bir hakkın yasama ve yürütme organlarınca yapılacak sınırlayıcı düzenlemelerle kullanılamaz hale getirilmesine neden olabileceği ve bu doğrultuda hakkın özüne de dokunulacak şekilde sınırlandırılabilmesi gerekçesiyle öğretide eleştirilmektedir⁴³. Nitekim, Anayasa'da yer almakla beraber, ihlali durumunda yargı yoluyla elde edilemeyen ya da hak sahibinin ihtiyacı doğrultusunda ve onun istemi üzerine kullanılamayan düzenlemelerin hak olarak kabul edilmesi gerçekte bir anlam ifade etmeyecektir.

Sağlık hakkı salt kişi hakları ile değil, farklı sosyal haklarla da etkileşim içinde olan bir haktır. Başka bir ifadeyle, sağlık hakkı ile doğrudan ilişkili olan pek çok durumda başka sosyal hakların da uygulanması gündeme gelmektedir.

Sağlık hakkıyla en sıkı bağlantısı olan sosyal hak kuşkusuz ki sosyal güvenlik hakkıdır. Anayasa'nın 60. maddesinde güvence altına alınan sosyal güvenlik hakkı kapsamında Devlete bireylerin sosyal güvenliğini sağlayacak tedbirleri alma ve

kararında ise Mahkeme, kanser hastası olan başvurucuya iç hukuk kuralları uyarınca ücretsiz tedavi ve ilaç sağlanması gerekirken tedavi için gerekli olan ilacın ücretsiz olarak verilmemesinin ve ilaç giderlerinin karşılanmamasının Sözleşme'nin 2. maddesi yönünden ihlal oluşturacağına hükmetmiştir. (AİHM, *Punaitescu / Romanya*, BN. 30909/06, T. 10.04.2012, Hudoc.echr.coe.int.)

⁴² AYM, 12.04.1990, E. 1990/4, K. 1990/6, RG. 18.06.1990, S. 20551.

⁴³Kanadoğlu, **agm.**, s. 18; İbrahim Şahbaz, “Bir Sosyal Hak Olarak Sağlık Hakkı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 86, 2009, s. 419; Gülmez, **agm.**, s. 143. Nitekim Anayasa Mahkemesi bir kararında ihtiyaç duyulduğu anda sağlık hizmetlerine ulaşım gerekli oranda bu hizmetlerden yararlanmayı zorlaştırıcı ya da zayıflatıcı düzenlemelerin Anayasa'ya aykırılık oluşturacağına hükmetmiştir: “Bu hükümlerin birlikte değerlendirilmesinden çıkan sonuç şudur: Aile hekiminin hasta sevk oranının, Sağlık Bakanlığınca belirlenen oranın üzerinde olması halinde, aile hekimine 3 üncü madde uyarınca yapılacak ödeme tutarından brüt ücretin % 20'sine kadar indirim yapılacaktır. Bu durumda aile hekimi hasta sevkı yaparken uygulayacağı koruyucu hekimlik hizmetleri yanında Sağlık Bakanlığınca belirlenen hasta sevk oranlarını gözeterek ve kendisinin hasta sevk oranının söz konusu oranı aştığını gördüğü takdirde, sağlık kurum ve kuruluşlarına sevkı zorunlu olan bir hastayı da ücretinden indirim yapılmaması için, sevken kaçınabilecektir. Aile hekiminin sevkini alamadan acil ve mücbir sebepler dışında sağlık kurum ve kuruluşlarına başvurma zorunda bırakılan hastalar da, 5258 sayılı Kanun'un 5 inci maddesi hükmüne göre katkı payı ödemekle yükümlü tutulacaklardır. 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un 3 üncü maddesinin son fıkrasındaki iptali istenen ibare; aile hekiminin sevkı zorunlu olan bir hastayı sağlık kurum ve kuruluşlarına sevkini engelleyip zorlaştırıcı bir nitelik taşıdığından sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkını da Anayasanın 13 üncü maddesindeki ölçülülük ilkesine aykırı olarak ve özünü zedeler nitelikte sınırlandırmıştır. Böyle bir düzenlemenin Anayasanın 56 ncı maddesine de aykırı düşeceği açıktır.” (AYM, 21.02.2008, E. 2005/10, K. 2008/63, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası)

gerekli teşkilatı kurma ödevi yüklenmiştir. Sağlık hizmetinden yararlanan bireylerin harcamalarının karşılanması, bu haktan gerçek anlamda yararlanılması bakımından büyük önem taşımaktadır. Etkin bir sosyal güvenlik sisteminin kurulmaması, sağlık hakkının soyut kalmasına sebep olacak; ekonomik imkansızlıklar nedeniyle bireyler tıbbi hizmetlere ulaşmaktan yoksun kalacaktır⁴⁴. Nitekim sağlık hakkı ile sosyal güvenlik hakkının birbirinden ayrılmaz niteliği Anayasa'nın 56. maddesinin beşinci fıkrasında açıkça ortaya konulmuştur⁴⁵.

Benzer şekilde, Anayasa'nın 41. maddesinde düzenlenen ailenin korunması hakkı da sağlık hakkı ile ilişki halinde olan bir sosyal haktır. Özellikle koruyucu sağlık hizmetleri kapsamında aile planlaması ile anne ve çocuk sağlığının korunmasına yönelik faaliyetler ailenin korunması hakkıyla da yakından ilişkilidir.

Sağlık hakkı bu sayılanların yanında, konut hakkı, çevre hakkı, temiz gıda ve suya erişim hakkı, endüstriyel atıkların uygun şekilde imhası gibi Devlete pozitif edimler yükleyen birtakım hak ve ödevlerle de doğrudan ilişkilidir. Nitekim bu edimlerin etkili şekilde yerine getirilmemesi durumunda insan sağlığı zarara uğramakta, Devlet sağlığı korumaya yönelik ödevini yerine getirememiş olmaktadır. Bu nedenle sağlığın korunmasına yönelik kamu hizmetinin esasen bu faaliyetleri de kapsayacak şekilde geniş olarak yorumlanması da mümkündür. Kanaatimizce sağlığın korunması, bu faaliyetlerin esas amacı değil bir sonucudur. Keza sağlıklı bir çevrenin ya da konutun sağlanması sonucunda gerek toplumsal ve gerek kişisel sağlık da korunmuş olacaktır. Dolayısıyla bu haklarla sağlık hakkı arasında esasen neden sonuç ilişkisi bulunmaktadır. Sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan idarenin sorumluluğunun incelendiği bu çalışmada ise doğrudan doğruya sağlığı korumaya ve bozulan sağlığın geri kazandırılmasına yönelik faaliyetler inceleme konusu yapıldığından, yukarıda sayılanlar ile sağlık hakkıyla ilişkili olan diğer hak ve ödevler, yalnızca doğrudan sağlık hizmetlerinin yürütülmesini etkilediği ölçüde irdelenecektir.

Sağlığın bir hak olarak ileri sürülebilirliği ve bu hakkın kapsamı belirlenirken milletlerarası sözleşmelerin ulusal hukuktaki yerine ilişkin Anayasa'nın

⁴⁴ Şahbaz, **agm.**, s. 410.

⁴⁵ Anayasa madde 56/5: "sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir."

90. maddesinin beşinci fıkrasındaki düzenlemenin de ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Söz konusu düzenleme uyarınca, usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası sözleşmeler kanun hükmündedir. Bunun yanında, temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası sözleşmelerle kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası sözleşme hükümleri esas alınır. Anayasal düzenleme temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşmeleri doğrudan ulusal hukukun içinde ve normlar hiyerarşisinde Anayasa'nın altında, kanunların üzerinde bir yere koymaktadır. Bu çerçevede ülkemizin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerde yer alan sağlık hakkına ilişkin düzenlemeler de en azından kanun gücünde bağlayıcıdır.

Avrupa Konseyi tarafından hazırlanarak 1950 yılında kabul edilen ve 1953 yılında yürürlüğe giren İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi'ni Türkiye 04.11.1950 tarihinde imzalamış olup, 19.03.1954 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 6366 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunmuştur. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) olarak bilinen bu Sözleşme'ye yönelik denetim sürecine ilişkin bireysel başvuru hakkı 1987'de ve Sözleşme'nin yargı makamı olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) zorunlu yargı yetkisi ise 1990'da ülkemiz tarafından kabul edilmiştir. Sözleşme'de esas olarak Anayasa'nın "*Kişî Hakları ve Ödevleri*" başlığı altında yer alan haklar güvence altına alınmaktadır. Sosyal hakların pek çoğu gibi sağlık hakkı da AİHS ve Sözleşme'ye ek protokoller kapsamında doğrudan korunmamakla birlikte, AİHM kararlarında sağlık hakkına ilişkin uyuşmazlıkları bu hak ile bağlantılı ve Sözleşme'de güvenceye alınmış haklar kapsamı içinde değerlendirerek denetim yapmaktadır. Başka bir ifadeyle AİHM, Sözleşme'de düzenlenmiş haklar yönünden yaptığı denetimi sağlık hakkını da içine alacak şekilde genişletmektedir. Bu nedenle özellikle sağlık hakkının kapsam ve sınırlarının belirlenmesi ile sağlık hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde AİHM içtihadının da dikkate alınması gerekmektedir.

AİHM önüne gelen davalarda sağlık hakkıyla ilişkili uyuşmazlıkları AİHS ve ek protokollerde güvence altına alınan yaşama hakkı⁴⁶, işkence, insanlık dışı ve

⁴⁶ AİHM, *Mehmet Şentürk, Bekir Şentürk / Türkiye*, BN. 13423/09, T. 09.04.2013; AİHM *Asiye Genç / Türkiye*, BN. 24109/07, T. 27.01.2015; AİHM, *Punaitescu / Romanya*, BN. 30909/06, T. 10.04.2012; AİHM, *Zdzislaw Nitecki / Polonya*, BN. 65653/08, T. 21.03.2002, Hudoc.echr.coe.int.

aşağılayıcı muamele yasağı⁴⁷, kişi özgürlüğü ve güvenliği⁴⁸, adil yargılanma hakkı⁴⁹, özel hayat ve aile hayatına saygı hakkı, düşünce ve ifade⁵⁰, din ve vicdan özgürlüğü, etkili başvuru hakkı⁵¹, ayrımcılık yasağı, serbest dolaşım özgürlüğü kapsamında incelemiştir⁵². Başka bir deyişle, AİHM somut olayda Sözleşme'den kaynaklanan hakları sağlık hakkını da içine alacak şekilde genişletici yorumla uygulamıştır.

AİHM'nin konuya ilişkin içtihadı değerlendirildiğinde, sağlık hakkının kapsam ve sınırlarının bu hakkın süjesi bakımından ikili bir ayırım yapılmak suretiyle ele alındığı dikkat çekmektedir. Şöyle ki, Mahkeme tutuklu, hükümlü ve yardıma muhtaç kişiler bakımından sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkını yaşama hakkı ile insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele görme yasağı kapsamı içinde değerlendirerek adeta Sözleşme'de korunmakta olan bir hak gibi güvence altına almaktadır⁵³. Bu hallerde Mahkeme, sağlık hizmetlerinin kusurlu şekilde sunulmasının doğrudan Sözleşme'ye aykırılık oluşturacağına hükmetmektedir⁵⁴. Buna karşılık, diğer hallerde Mahkeme, istisnai bazı kararları dışında ulusal yargı makamlarına geniş bir takdir alanı bırakmakta, Devletleri yalnızca düzenleme ve denetleme faaliyetlerini veya sağlık hizmetlerine ilişkin uyuşmazlıklarda etkili yargı yolu işletme ödevini yerine getirmemesi sebebiyle tazminata mahkum etmektedir⁵⁵.

AİHM *Kıbrıs / Türkiye* Kararında, taraf devletlerin ülke genelinde sağlık bakımını etkili şekilde yerine getirmeyerek, bireylerin hayatını riske sokmasını Sözleşme'nin ikinci maddesi kapsamında yaşama hakkının ihlali olarak nitelendirmiştir⁵⁶. Bu kararıyla Mahkeme, sağlık hizmetlerinin yeterli şekilde sunulmaması hallerinin tümünün AİHS madde 2 bakımından ihlal oluşturacağı

⁴⁷ AİHM, *X. / Almanya*, BN. 10565/83, T. 09.05.1984; AİHM, *Herczegfalvy / Avusturya*, BN. 10533/83, T. 24.09.1992, Hudoc.echr.coe.int.

⁴⁸ AİHM, *Varbanov / Bulgaristan*, BN. 31365/96, T. 05.10.2000, Hudoc.echr.coe.int.

⁴⁹ AİHM, *Mantovanelli / Fransa*, BN. 21497/93, T. 18.03.1997, Hudoc.echr.coe.int.

⁵⁰ AİHM, *Open Door and Dublin Well Woman / İrlanda*, BN. 12234/88, T. 29.10.1992; AİHM, *Women on Waves ve Diğerleri / Portekiz*, BN. 31276/05 T.03.02.2009, Hudoc.echr.coe.int.

⁵¹ AİHM, *Aydoğdu / Türkiye*, BN. 40448/06, T. 30.10.2016; AİHM, *Altuğ ve Diğerleri*, 30.06.2015, BN. 32086/07; AİHM, *Oyal / Türkiye*, BN. 4864/05, T. 23.03.2010, Hudoc.echr.coe.int.

⁵² Selman Karakul, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı 1", **Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 3, S. 2, 1016, s. 170 vd.; Ulaş Karan, "Sosyal Hakların Güçlendirilmesi Açısından Bir İmkan Bütüncül Yaklaşım", **Amme İdaresi Dergisi**, C. 40, S. 3, 2007, s. 45.

⁵³ Şahin, **agm.**, s. 749.

⁵⁴ AİHM, *Khudobin / Rusya*, BN. 59696/00, T. 26.10.2006, Hudoc.echr.coe.int.

⁵⁵ Akif Yıldırım, "Anayasa Mahkemesinin Tıbbi Hatadan Kaynaklı Uyuşmazlıklara Bakışı", **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Seçkin Yayıncılık, C. 9, S. 92, Nisan 2014.

⁵⁶ AİHM, *Kıbrıs / Türkiye*, BN. 25781/94, T. 10.05.2001, Hudoc.echr.coe.int.

sonucunu ortaya koymuştur. Mahkeme esas olarak, korunmaya muhtaç kişiler, göçmenler, tutuklu ve hükümlüler bakımından yeterli sağlık hizmetlerinde bulunma yükümlülüğünü en geniş şekilde uygulamıştır⁵⁷. Bu kişiler bakımından sağlık hizmetlerinin kötü işlemesi, geç işlemesi ya da hiç işlememesinin AİHS madde 2 ve madde 3 kapsamında doğrudan Devletin sorumluluğuna neden olacağı kabul edilmektedir⁵⁸. Yine, psikiyatrik veya fiziksel rahatsızlıkları bulunan tutuklu ve hükümlülerin bu rahatsızlıkları dikkate alınmadan ceza veya güvenlik tedbiri uygulanması da Devletin sorumluluğuna yol açmaktadır. Söz konusu ihtimallere ilişkin olarak Devlet aleyhine kusur karinesi uygulayan AİHM, bu kişilerin sağlık durumlarının kötüleşmesinden, aksini ispatlamadıkça Devletin sorumlu olacağını kabul etmiştir⁵⁹.

Bunun yanında Mahkeme aydınlatılmış onam alınmadan yapılan tıbbi müdahaleler ile kişisel sağlık verilerinin gizliliğinin korunmasıyla ilişkili uyuşmazlıkları Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında incelemektedir⁶⁰.

Buna karşılık, taraf devletlerde meydana gelen sağlık alanındaki hizmet kusurları ile tıbbi uygulama hataları Mahkeme tarafından doğrudan yaşama hakkı kapsamında değerlendirme konusu yapılmamaktadır. Devletlerin yükümlülüğü kişilerin tıbbi uygulama hatalarından korunmasına yönelik sağlıkla ilgili standartları koymak ve bunların tüm sağlık kuruluşlarında uygulanmasını sağlamaktır⁶¹. Bunun yanında, kişileri kötü tedavi ve tıbbi ihmalden korumaya yönelik yargısal ve idari mekanizmaları kurmak ve yeterli şekilde işletmek de Devletin görevleri arasında sayılmaktadır⁶². Bu mekanizmalar tarafından yapılan yargılamanın en hızlı şekilde sonlandırılmaması Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlali anlamına geleceğinden

⁵⁷ Claudine Bergoignan Esper / Pierre Sargos, **Les grands arrêts du droit de la santé**, 2e édition, Dalloz, 2016, s. 564.

⁵⁸ AİHM, *Centre for Legal Resources on Behalf of Malacu and Others / Romanya*, BN. 55093/09, T. 7.09.2016; AİHM, *Arutyumyan / Rusya*, BN. 48977/09, T. 10.01.2012; AİHM, *Vladimir Vasilyev / Rusya*, BN. 28370/05, T. 10.01.2012; AİHM, *Khudobin / Rusya*, BN. 59696/00, T. 26.10.2006; AİHM, *Mouisel / Fransa*, BN. 67263/96, T. 14.11.2002, Hudoc.echr.coe.int.

⁵⁹ AİHM, *Çoşelau / Türkiye*, BN. 1413/07, T. 09.10.2012; AİHM, *Renoide / Fransa*, BN. 5608/05, T. 16.10.2008; AİHM, *Khudobin / Rusya*, BN. 59696/00, T. 26.10.2006, Hudoc.echr.coe.int.

⁶⁰ AİHM, *Codarcea / Romanya*, BN. 31675/04, T. 02.06.2009, Hudoc.echr.coe.int. Aynı hususun vurgulandığı karar için bkz. AİHM, *Trocellier / Fransa*, BN. 75715/01, T. 05.10.2006, Hudoc.echr.coe.int.

⁶¹ AİHM, *Kudra / Hırvatistan*, BN. 13904/07, T. 18.12.2012, Hudoc.echr.coe.int.

⁶² Özsoy Boyunsuz, **agm.**, s. 52. Bu yöndeki AİHM kararı için bkz. AİHM, *Trocellier / Fransa*, BN. 75725/01, T. 05.10.2006, Hudoc.echr.coe.int.; AİHM, *Mehmet Işıltan / Türkiye*, BN. 20948/92, T. 22.05.1995; AİHM, *Kudra / Hırvatistan*, BN. 13904/07, T. 18.12.2012, Hudoc.echr.coe.int.

Devletin sorumluluğunu gündeme getirecektir⁶³. Tıbbi uygulama hatasının etkilerinin giderilmesine yönelik tazminat veya ceza hukuku tedbirlerinin en kısa sürede ve etkili şekilde gerçekleştirilmesinin zorunlu olduğu kabul edilmiştir⁶⁴.

Sağlık hakkı Sözleşme'nin 14. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağı kapsamında da sözleşmesel olarak korunmaktadır. Şöyle ki ayrımcılık yasağı tüm haklar bakımından öngörülmüş, uygulama alanı sözleşmesel haklarla sınırlı tutulmamıştır. Bu doğrultuda, esasen sosyal bir hak olan ve Sözleşme kapsamında güvence altına alınmamış olan sağlık hakkı, bu hakka ilişkin faaliyetlerde ayrımcılık yapılıyor olması durumunda AİHM önüne taşınabilmektedir⁶⁵. Bunun yanında AİHM bazı kararlarında, Devletin etkili soruşturma yükümlülüğünü geniş şekilde yorumlamak suretiyle, mağdura ödenen tazminatın oluşan zararı karşılamak bakımından yeterli olmadığı gerekçesiyle Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır⁶⁶. Bu hallerde AİHM, adeta ulusal yargı makamı, gibi esastan inceleme yaparak ödenen tazminat miktarını hesaplamakta, bu meblağın hukuka aykırı faaliyet nedeniyle oluşan giderleri karşılamaması durumunda Devletin pozitif yükümlülüğünün yerine getirmemiş olduğuna karar vermektedir.

Öte yandan, taraf devletlerin kendi yasama organlarının kabul ettiklerinin üzerinde mali yük getirebilecek olan ücretsiz sağlık hizmetleri ile ücretsiz ilaç temini ve bakım gibi hizmetler Sözleşme ile koruma altına alınmamıştır⁶⁷. Ancak tutuklu ve hükümlüler ile yardıma muhtaç diğer kişiler bakımından bazı sağlık hizmetlerinin ücretsiz şekilde sunulmamasının Devletin sorumluluğuna yol açacağının kabul edildiği kararlar da bulunmaktadır⁶⁸.

Anayasa Mahkemesi ve AİHM içtihadı da dikkate alındığında, pozitif statü hakkı olması sonucunda, Anayasa'da hak olarak düzenlenerek Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen sınırlandırma rejimine tabi tutulması, sağlık hakkının hayata geçirilebilmesi için yeterli olmamaktadır. Yasa koyucunun, bu hakkın hayata

⁶³ AİHM, *Silih / Slovenya*, BN. 71463/01, T. 09.04.2013, Hudoc.echr.coe.int. Aynı yönde AİHM, *Zafer Öztürk / Türkiye*, BN. 25774/09, T. 21.07.2015, Hudoc.echr.coe.int.

⁶⁴ AİHM, *Silih / Slovenya*, BN. 71463/01, T. 09.04.2013, Hudoc.echr.coe.int.

⁶⁵ Karan, **agm.**, s. 54.

⁶⁶ AİHM, *Oyal / Türkiye*, BN. 4864/05, T. 23.03.2010, Hudoc.echr.coe.int.

⁶⁷ Özsoy Boyunsuz, **agm.**, s. 52.

⁶⁸ AİHM, *V.D. / Romanya*, BN. 7078/02, T. 16.02.20120, Hudoc.echr.coe.int.

geçirilmesi amacıyla, Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerine yüklenen görevleri düzenlemesi; kural ve ilkeler koyması, gerekli idari teşkilatı kurması gerekmektedir.

Sağlık hakkının pozitif yönü olan bireylerin ve toplumun sağlığının korunması ile sağlık hizmetlerinin sunulması ödevinin yerine getirilmesine ilişkin yasal düzenlemelerin hiç ya da yeterli şekilde yapılmaması durumunda Devletin yasama faaliyetlerinden dolayı sorumluluğunun oluşup oluşmayacağı öğretide tartışmalıdır⁶⁹. Anayasa Mahkemesi ise söz konusu hallerin kendi denetim yetkisi dışında kaldığı gerekçesiyle, bu yöndeki taleplerle yapılan başvuruları reddetmektedir⁷⁰.

Yürütme organının ise, kanunlara uygun olarak öncelikle daha ayrıntılı düzenlemeleri yapması ve gerekli altyapı, personel ile araç gereç ihtiyacını karşılaması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, yasama organı tarafından soyut şekilde oluşturulan sağlık faaliyetinin toplum ve bireylere sunulan bir kamu hizmeti haline getirilmesi gerekmektedir. Özellikle sağlık hizmetinin ülke çapında uygulanmasının zorunlu olmasının bir sonucu olarak, bu faaliyetin planlanması ve organizasyonu ile ekonomik kaynakların etkili şekilde kullanımının sağlanması da yürütme organına düşen diğer görevlerdir.

Sağlık kamu hizmeti anayasal dayanağını Anayasa'nın 56. maddesinin 3 ve 4. fıkrasında bulmaktadır. Ancak bu düzenlemeler, bireylere doğrudan ve açık şekilde sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkı tanımaktan ziyade, sağlık hizmetlerinin planlanması, düzenlenmesi, denetlenmesi ve yürütülmesi hususunda Devlete verilen ödevleri içermektedir⁷¹.

Kamu hizmeti kavramı en genel ifadeyle doğrudan idare tarafından ya da idarenin sıkı gözetimi ve denetimi altında özel hukuk kişileri tarafından yapılan ve toplumun vazgeçilmez, müşterek ihtiyaçlarını karşılayan faaliyetler olarak

⁶⁹ Lütfi Duran, **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu**, Sevinç Matbaası, 1974, s. 303; Turan Yıldırım / Melikşah Yasin / Nur Kaman / H. Eyüp Özdemir / Gül Üstün / Özge Okay Tekinsoy, **İdare Hukuku**, 5. Baskı, XII Levha Yayıncılık, 2013, s. 421; Korkut Kanadoğlu, **Anayasa Mahkemesi**, Beta Yayınevi, 2004, s. 150; İbrahim Ö. Kaboğlu, **Anayasa Yargısı**, İmge Yayınevi, 2000, s. 92.

⁷⁰ AYM, 18.01.1989, E. 1988/3, K. 1989/4, RG. 03.05.1989, S. 20157. Aynı yönde AYM, E. 1981/13, K. 1981/8, RG. 09.04.1984, S. 18367.

⁷¹ Yılmaz, **age.**, s. 60.

tanımlanabilir⁷². Söz konusu tanımdan hareketle, kamu hizmetinin iki temel unsurunun bulunduğu, bunların organik unsur olan faaliyetin idare tarafından ya da idarenin sıkı gözetiminde yapılması ile maddi unsur olan faaliyetin içeriğinin vazgeçilmez ve müşterek toplumsal ihtiyaçların sağlanması olduğu söylenebilir.

Öğretide ağırlıklı olarak kabul edilen görüş, kamu hizmetini ortaya koyan tek geçerli ölçütün, onu kuranların iradesi olduğunu ileri sürmektedir. Başka bir ifadeyle, bir hizmetin kamu hizmeti niteliğine bürünmesinde kanun koyucunun iradesi esas rol oynamaktadır. Buna göre Anayasa'ya uygun olmak koşuluyla, kamusal gereksinimlerin zorunlu kıldığı durumlarda yasama organı herhangi bir alanı yasal statü içine alarak kamu hizmeti kurabilir⁷³. Dolayısıyla bir faaliyetin kamu hizmeti niteliği taşımasının esas unsuru, bu alanın kamusal bir faaliyet olarak kanunla öngörülmüş olmasıdır⁷⁴. Bu yaklaşımın bir sonucu olarak, kanunla kamu hizmeti olarak düzenlenmeyen faaliyetlere, esas niteliği ne olursa olsun kamu hizmetinin tabi olduğu hukuki rejim uygulanamayacaktır. Keza, kanun koyucunun iradesine bağlı olarak faaliyetin kamu hizmeti niteliğinin sona erdirilmesi her zaman mümkündür⁷⁵.

Bu yaklaşım, faaliyetin kanunda düzenlenmiş olmasını kamu hizmetinin üçüncü unsuru, “*kanuni unsur*” olarak kabul etmektedir. Nitekim Anayasa'nın

⁷² Anayasa Mahkemesi'ne göre kamu hizmeti, “Devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir.” (AYM, 28.06.1995, E. 1994/71, K. 1995/23, RG. 20.03.1996, S. 22586. Benzer tanımlar için bkz. AYM, 21.10.1992, E. 1992/13, K. 1992/50, RG. 30.06.1993, S. 21623; AYM, 09.12.1994, E. 1994/43, K. 1994/42, RG. 24.01.1995, S. 22181.) Danıştay da Devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimi altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı veya çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli hizmetleri kamu hizmeti olarak nitelendirmektedir. (Dan.13.D., 28.11.2008, E. 2008/5151, K. 2008/6509, DD, S. 120, s. 420; aynı tanımın yer aldığı başka bir karar için bkz. Dan.2.D., E. 2008/3392, K. 2001/5944, DD, S. 129, s. 115; Dan.1.D., 24.09.1992, E. 1992/232, K. 1992/294, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

⁷³ Dolayısıyla kamu hizmetlerinin kapsamı ve yürütülüş usulleri zamana, mekana, siyasi iktidarın ideolojik anlayışına göre değişebilecektir. (Yıldırım/ Yasin / Kaman / Özdemir / Üstün/, Okay Tekinsoy, *age.*, s. 415.)

⁷⁴ Nitekim Danıştay'ın ağırlıklı içtihadı da bu yöndedir: “bir hizmetin kamu hizmeti sayılabilmesi için, onun tekel altında yürütülmesi de gerekmez. Kamu hizmeti kurmak ya da özel bir faaliyeti kamu hizmeti haline getirmek ise yasa koyucuya ait bir yetkidir. Bir kamu hizmeti doğrudan doğruya kanunla kurulabileceği gibi kanunun verdiği yetkiye dayanarak yürütme organınca da kurulabilir.” (Dan.1.D., 24.09.1992, E. 1992/232, K. 1992/294, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

⁷⁵ Bu yaklaşımdan hareketle öğretide Yasin kamu hizmetini “kamu tüzel kişileri veya kamu tüzel kişilerinin denetim ve gözetimi altında özel hukuk kişileri tarafından yerine getirilen ve giderilmesinde kamu yararı bulunduğu siyasi organlar tarafından kabul edilen, toplumun genel ve ortak ihtiyaçlarının karşılanmasına yönelik faaliyetler” olarak tanımlamıştır. (Yıldırım/ Yasin / Kaman / Özdemir / Üstün/, Okay Tekinsoy, *age.*, s. 412.)

123. maddesine göre idarenin kuruluşu ve görevlerinin kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. İdarenin kanuniliği olarak adlandırılan bu ilke uyarınca, idare kanundan almadığı hiçbir yetkiyi kullanamaz. Kamu hizmetlerinin herbiri esasen farklı idari birimler için öngörülmüş edimlerden oluşmaktadır⁷⁶. Başka bir deyişle, kamu hizmetleri idarelerin görevleri arasındadır. Dolayısıyla hangi faaliyetlerin idare tarafından doğrudan ya da özel hukuk kişileri eliyle kamunun müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere sunulacağının kanunda öngörülmesi gerekmektedir⁷⁷.

Buradaki kanun kavramının 2017 yılında 6771 sayılı Kanun'la yapılan Anayasa değişikliği ile hukukumuzda giren ve yürütmeye asli düzenleme yetkisi veren Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini de içine alacak şekilde yorumlanması gerekmektedir⁷⁸. Anayasa'nın 123. maddesi idarenin kanunla düzenlenmesi

⁷⁶ Duran, **age.**, s. 304; Yıldızhan Yayla, **İdare Hukuku**, Beta Yayıncılık, 2009, s. 84; Yıldırım/ Yasin / Kaman / Özdemir / Üstün/, Okay Tekinsoy, **age.**, s. 418; Turgut Tan, **İdare Hukuku**, 6. bası, Turhan Kitabevi, 2017, s. 359; Atay, **age.**, s. 598. Anayasa Mahkemesi'nin de bu yaklaşımı benimsediği kararları bulunmaktadır: AYM, 26.11.1985, E. 1985/7, K. 1985/22, RG. 21.01.1996, S. 18995.

⁷⁷ Öte yandan bir alanın kamu hizmeti olarak düzenlenmesi, o alanda faaliyet yürütmek isteyen özel hukuk kişilerinin çalışma, girişim ve sözleşme hürriyetine sınırlama getirmektedir. Hatta söz konusu kamu hizmetinin tekel şeklinde kurulmuş olması ihtimalinde, bu alan özel girişimciye tamamen kapatılmış olmaktadır. Bu nedenle, bir alanın kamu hizmeti olarak düzenlenmesinin, o alanda faaliyet yürütecek kişilerin temel hak ve özgürlükleri bakımından sınırlama getireceği şüphesizdir. Anayasa'nın 13. maddesi gereğince temel hak ve özgürlükler ancak kanunla sınırlanabileceğinden, kamu hizmetlerinin de mutlaka kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. (Yayla, **age.**, s. 84; Yıldırım/ Yasin / Kaman / Özdemir / Üstün/, Okay Tekinsoy, **age.**, s. 418; Tan, **age.**, s. 365; Atay, **age.**, s. 599; Turgut Tan, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı", **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt 8, Yıl 1991, s. 235; Onur Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti**, 3. bası, Turhan Kitabevi, 2015, s. 260.) Bunun yanında Anayasa Mahkemesi'ne göre, "*kamu hizmetinin kurulması Devlet gücünün kullanılması ile bütçe usullerine göre kaynak ayrılması ve bütün kamu yönetiminin temeli olan görev ve yetkinin yasayla berirlenmesi*" ile olur. (AYM, 09.12.1994, E. 1994/43, K. 1994/42-2, RG. 24.01.1995, S. 22181.) Dolayısıyla yürütülebilmesi için harcama yapılması zorunlu olan kamu hizmetlerinin harcamalarının da mutlaka kanunda öngörülmesi gerekmektedir.

⁷⁸ 2017 yılında 6771 sayılı Kanun'la yapılan Anayasa değişikliği, Anayasa'nın 123. maddesinde düzenlenen idarenin kanuniliği ilkesi üzerinde yeni açılımlara sebep olmuş, bu durum kanunla kurulması ve düzenlenmesi gerektiği kabul edilen kamu hizmetleri bakımından da sonuçlar yaratmıştır. Anayasa'nın 104. maddesine göre, Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin tüm konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisini haizdir. Yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılabilme yetkisinin sınırı ise, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevlerdir. Söz konusu alanlar Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Bunun yanında, Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular ile daha önceden kanunla düzenlenmiş konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Öte yandan, Anayasa'nın 106. maddesinin son fıkrasına göre, bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.

Kamu hizmetlerinin büyük bir kısmının, bakanlıklar tarafından yürütüldüğü ve bakanlıkların görevleri arasında yer aldığı dikkate alındığında, Anayasa'nın 106. maddesi uyarınca bakanlıklarca yürütülen kamu hizmetlerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Anayasa'nın 123. maddesinde ise idarenin kanunla düzenlenmesi gerektiği açıkça öngörülmüştür. Dolayısıyla Anayasa'nın 106. maddesinde yer alan hükümle Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenebilecek alanlara sınırlama getiren Anayasa'nın 104. maddesindeki

gerektiğini belirtmiş olsa da 106. madde bakanlıkların görev ve yetkilerinin cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebileceğini açıkça ortaya koymaktadır. Dolayısıyla bakanlıklar tarafından yürütülmekte olan kamu hizmetleri bakımından Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenme olanağı tanınmıştır. Bu doğrultuda, bir faaliyet kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kamu hizmeti olarak düzenlenebilmekte ve kamu hizmetinin tabi olduğu hukuki rejime sokulabilmektedir⁷⁹.

Buna karşılık, Anayasa Mahkemesi'nin bazı kararlarında yukarıda yer alan açıklamalardan farklı değerlendirmeler yapıldığı dikkat çekmektedir. Mahkeme, bir faaliyetin kamu hizmeti olup olmadığını saptarken, bu faaliyetin niteliğine bakılması gerektiğini kabul etmektedir. Bu doğrultuda, nitelik yönünden kamusal olan bir faaliyetin özel kesimce yürütülmesi, onun kamu hizmeti niteliğini etkilemez. Kararının gerekçesinde Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 47. maddesinde, "*kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüslerin*" devletleştirilebileceği öngörülerek, kamu hizmetlerinin özel teşebbüslerce de yürütülebileceğinin işaret edildiğini vurgulamıştır. Bu yaklaşımdan hareketle Anayasa Mahkemesi bazı hizmetlerin niteliği gereği kamu hizmeti olduğunu ortaya koyarak, bu faaliyetlerin kanunla düzenlenmesinin inşai değil izhari olduğunu kabul etmektedir⁸⁰.

Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik içtihadında kullanılan "*niteliği gereği kamu hizmeti*" kavramı sağlık hizmetleri bakımından da uygulanmaktadır. Mahkeme pek çok kararında sağlık hizmetlerini niteliği gereği kamu hizmeti olarak

düzenlemenin bağdaşırılığı ise ayrıca tartışmalıdır. (Özge Aksoylu Ürger, "Son Anayasa Değişiklikleri Uyarınca Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Türk Hukukundaki Yeri", Alanya Alaaddin Keykubat Üniversitesi, **4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 3-4-5 Mayıs 2018**, Asoscongress, 2018, s. 136 vd.; Artuk Ardiçoğlu, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", **Ankara Barosu Dergisi**, Y. 2017, S. 3, s. 38.) Öğretide yasamanın genelliği ilkesinin devam ettiğini savunan görüşler (Turan Yıldırım, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 23, S. 2, 2017, s. 26; Ardiçoğlu, **age.**, s. 38.) ve münhasıran Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebilecek bir alanın bulunduğunu kabul eden görüşler (Aksoylu Ürger, **age.**, s. 144.) bulunmakla birlikte, anılan anayasal düzenlemelerin arasındaki öncelik ilişkisi hala tartışmalıdır. Çalışmamızın alanının dışında kalan bu tartışmalara yer vermeyecek olmakla birlikte, bakanlıklar tarafından yürütülmekte olan kamu hizmetlerinin hem Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle hem de kanunla düzenlenebileceği kanaatinde olduğumuzu belirtmekle yetineceğiz. Nitekim sağlık hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin olarak hem 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı kararnamesinde, hem de 663 sayılı KHK'de düzenlemeler yer almaktadır.

⁷⁹ Atay, **age.**, s. 599.

⁸⁰ AYM, 28.06.1995, E. 1994/71, K. 1995/23, RG. 20.03.1996, S. 22586; AYM, 09.12.1994, E. 1994/43, K. 1994/42-2, RG. 24.01.1995, S. 2181. Anayasa Mahkemesi'nin, kanun koyucunun iradesinin esas alınması gerektiğini vurguladığı aksi yöndeki kararı için bkz. AYM, 28.11.1985, E. 1985/7, K. 1985/22, RG. 21.01.1986, S. 18995.

nitelendirmiştir⁸¹. Anayasa Mahkemesi'nin bu kavramı bazı faaliyetlerin kanunla kamu hizmeti olmaktan çıkarılmasını önlemek amacıyla kullandığı açıktır. Kanaatimizce Mahkeme'nin bu nitelendirmeye gerek duymadan da, sağlık hizmetinin Anayasa'da düzenlenmiş olmasından hareketle aynı sonuca ulaşması mümkündür⁸². Başka bir ifadeyle, Anayasa'da düzenlenmiş olan sağlık hizmetlerinin kanunla kamu hizmeti olmaktan çıkarılması Anayasa gereği mümkün değildir. Öğretideki bir görüş de bazı faaliyetlerin “*niteliği gereği kamu hizmeti*” olduğunu kabul ederken, bu faaliyetlerin her zaman ve her koşulda kamu hizmeti olarak yürütülmesi gerektiğini ileri sürmektedir⁸³.

Öğretide yer alan görüşler ile Anayasa Mahkemesi'nin içtihadı birlikte değerlendirildiğinde, kurulması bakımından kamu hizmetleri üçe ayrılmaktadır. İlk olarak, bazı kamu hizmetleri⁸⁴ anayasal nitelikte olduğundan bunların kurulması zorunludur⁸⁵. Bu kamu hizmetleri bir defa kanunla kurulduktan sonra kanunla kaldırılması da mümkün değildir. Dolayısıyla bu faaliyetlerin Anayasa'nın 47. maddesi çerçevesinde özelleştirilerek kamusal faaliyet olmaktan çıkarılması mümkün olmayacaktır⁸⁶.

⁸¹ “Kamu hizmeti, geniş tanımıyla, Devlet ya da diğer kamu tüzelkişileri tarafından ya da bunların denetim ve gözetimleri altında, ortak gereksinimleri karşılamak ve kamu yararını sağlamak için topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir. Toplumsal yaşamın zorunlu gereksinimlerinden olan düzenlilik ve süreklilik isteyen sağlık hizmeti de niteliği gereği kamu hizmetidir.” (AYM, 23.07.2009, E. 2005/145, K. 2009/112, RG. 31.03.2009, S. 27538.) Aynı nitelendirmeyi yapan Anayasa Mahkemesi kararı için bkz. AYM, 21.02.2008, E. 2005/10, K. 2008/63, RG. 21.02.2007, S. 27047.

⁸² Yılmaz da “*niteliği gereği kamu hizmeti*” kavramının son derece belirsiz ve ucu açık olduğunu vurgulayarak; sağlık hizmetinin tanımlanmasında bu kavram yerine, “*Anayasal kamu hizmeti*” kavramına referans yapılmasının daha yerinde olacağını savunmaktadır. (Yılmaz, *age.*, s. 66.) Anayasal kamu hizmetlerinin kanunla kamu hizmeti olmaktan çıkarılamayacak olduğuna ilişkin olarak bkz. Karahanoğulları, *age.*, s. 268.

⁸³ Yıldırım/ Yasin / Kaman / Özdemir / Üstün/, Okay Tekinsoy, *age.*, s. 422.

⁸⁴ Anayasa'nın 42. maddesinde düzenlenen eğitim, 56. maddesinde düzenlenen sağlığın ve çevrenin korunması, 58. maddesinde düzenlenen gençliğin korunması, 59. maddesinde düzenlenen sporun geliştirilmesi, 60. maddesinde düzenlenen sosyal güvenliğin sağlanması, 61. maddesinde düzenlenen korunmaya muhtaç kişilere yönelik tedbirlerin alınması, 64. maddesinde düzenlenen sanat ve sanatçının korunması, 130. madde ve devamında düzenlenen yükseköğretim faaliyeti, 133. maddesinde düzenlenen radyo ve televizyonculuk faaliyeti, 168. maddesinde düzenlenen ormanların korunması ile tabii servetlerin korunması ve işletilmesi gibi faaliyetler Anayasa'da öngörülmüş olan kamu hizmetleridir.

⁸⁵ Yayla, *age.*, s. 87. Anayasa gereğince kurulması zorunlu olan kamu hizmetleri bakımından yasama organının bu yükümlülüğünü ihmal etmesi durumunda ise uygulanabilecek bir yaptırım bulunmamaktadır. Başka bir deyişle, Anayasa Mahkemesi'nin yargı yoluyla kanun koyucuyu söz konusu kamu hizmetlerini düzenlemeye zorlaması mümkün değildir. (Yıldırım/ Yasin / Kaman / Özdemir / Üstün/, Okay Tekinsoy, *age.*, s. 421. Aksi yönde görüş için bkz. Kanadoğlu, *age.*, s. 150.)

⁸⁶ Bu gerekçenin eleştirisi için bkz. Atay, *age.*, s. 596.

İkinci grup kamu hizmeti ise, Anayasa’da açıkça öngörülmemiş olmakla birlikte, kamu hizmetinin maddi unsurlarını taşıyan faaliyetlerdir. Bu faaliyetlerin Anayasa Mahkemesi’nin yukarıda anılan içtihadı uyarınca ikili bir ayrıma tabi tutulması gerekmektedir. Toplumun genel ve ortak gereksinimlerini karşılamaya, kamu yararı ya da çıkarını sağlamaya yönelik faaliyetlerin bazıları “*niteliği gereği*” kamu hizmetidir. Niteliği gereği kamu hizmetlerinin kurulması hususunda anayasal bir zorunluluk bulunmadığından, kanun koyucunun geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Ancak Anayasa Mahkemesi’nin içtihadından hareketle bu faaliyetlerin bir defa kamu hizmeti niteliği kazandıktan sonra özelleştirilmek suretiyle kamu hizmeti olmaktan çıkarılamayacağının kabulü gerekmektedir. Bu faaliyetlerin kamu hizmeti olmaktan çıkarılmasına yönelik kanun koyucu tarafından yapılan düzenlemeler, söz konusu faaliyetin niteliği gereği kamu hizmeti olduğu gerekçesiyle, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmektedir⁸⁷.

Öte yandan Anayasa’da açıkça düzenlenmemiş olan ve kamu hizmetinin maddi koşullarını taşıyan, ancak niteliği gereği kamu hizmeti olarak değerlendirilemeyen faaliyetler bakımından kanun koyucu en geniş takdir yetkisine sahiptir. Şöyle ki, bu faaliyetlerin kamu hizmeti olarak düzenlenmesi bakımından kanun koyucuyu zorlayan bir anayasal düzenleme bulunmadığı gibi; bu faaliyetler kanun koyucunun takdirine bağlı olarak özelleştirilerek kamu hizmeti olmaktan çıkarılabilmektedir. Bu faaliyetlerin kamu hizmeti olarak kanunla öngörülmesinde Devletin mali imkanları, zamansal ve mekânsal ihtiyaçlar ile politik tercihler etkili olmaktadır.

İdare tarafından sunulan sağlığa ilişkin faaliyetlerin kamu hizmeti olduğu Anayasa’da açıkça düzenlenmektedir. Anayasa’nın 56. maddesinin üçüncü fıkrası ve devamında, Devlete herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak amacıyla özel ve kamusal sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenleme ödevi yüklenmiştir⁸⁸. Yine aynı maddede, kamusal ve özel sağlık kuruluşları tarafından sunulacak sağlık hizmetlerinin etkin ve yaygın bir

⁸⁷ AYM, 09.12.1994, E. 1994/43, K. 1994/42-2, RG. 24.01.1995, S. 2181. Aynı yönde AYM, 28.06.1995, E. 1994/71, K. 1994/23, RG. 20.03.1996, S. 22586.

⁸⁸ Danıştay’a göre de, “(...) Anayasa’nın bu [56. maddesindeki] hükmüyle sağlıklı yaşamak ve sağlık hizmetinden yararlanmak temel bir sosyal hak olarak kabul edilirken Devlet de bu hakkı sağlamakla yükümlü tutulmuştur. Devlet görevi olarak belirlenmesindeki temel amaç ise hiç şüphesiz kamu hizmeti niteliğini bütün gerçeğiyle ve boyutlarıyla vurgulamaktır.” (Dan.1.D., 28.06.1990, E. 1990/94, K. 1990/109, Danıştay Bilgi Bankası)

şekilde yerine getirilmesi için Devlet kanunla genel sağlık sigortası kurmak ve işletmekle görevlidir.

Yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda sağlık hizmetlerinin kurulması ve yürütülmesine ilişkin düzenleme yapma yetkisine sahip olan Devletin geniş bir takdir yetkisinin bulunduğu, bu yetkinin Anayasa'nın 65. maddesinde öngörülen mali olanaklardan kaynaklanan sınırlamalar kapsamında ve sağlık hizmetlerinin etkin ve yaygın olarak sunumuna imkan sağlayacak şekilde kullanılması gerektiği anlaşılmaktadır. Sağlık hizmetlerinin Anayasa'da öngörülen sosyal devlet ilkesi ile temel hak ve özgürlükleri korumaya yönelik şekilde düzenlenmesi de Devletin ayrı bir anayasal yükümlülüğüdür. Sağlık hizmetlerinin kurulmasına yönelik yasama işlemleri, sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan sorumluluğun değerlendirildiği bu çalışmanın doğrudan kapsamına girmemektedir. Buna karşılık, söz konusu faaliyetin anayasal ilkelere uygun şekilde kurulmaması bazı hallerde hizmetin aksak yürütülmesine ya da hiç yürütülememesine sebep olabilmektedir. Dolayısıyla sağlık hizmetlerinin gerek organizasyon, gerek personel ve gerek mallar bakımından yetersiz şekilde kurulması, hizmetin yürütülmesini aksattığı hallerle sınırlı olarak inceleme konusu yapılacaktır.

Sağlık hizmeti organik ölçüte göre değerlendirildiğinde, faaliyetin doğrudan idare tarafından ya da idarenin sıkı gözetim ve denetiminde özel hukuk kişilerince sunulması gerekmektedir. Gerek doğrudan kendisi ve gerek onun gözetiminde özel hukuk kişilerince sunulduğu hallerde sağlık hizmetinin başında idare bulunmaktadır. Ancak Anayasa'da sağlık hizmetlerini yürütecek teşkilatın niteliğine ilişkin bir belirleme yapılmamış olup, bu yetki kanun koyucu ve cumhurbaşkanlığına bırakılmıştır.

1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 352. maddesine göre, *herkesin bedenî, zihnî ve sosyal bakımdan tam bir iyilik hâli içinde hayatını sürdürmesini sağlamak* Sağlık Bakanlığı'nın görevidir. Sağlık hizmetlerinin planlanması, düzenlenmesi, uygulanması ve denetlenmesi yetkilerinin Sağlık Bakanlığı ile Bakanlığa bağlı kuruluşlar arasında paylaştıran 663 sayılı KHK'de yer alan mülga

düzenlemeden⁸⁹ farklı olarak, 1 sayılı CBK’de sağlık hizmetlerinin doğrudan Sağlık Bakanlığı tarafından planlanması, düzenlenmesi, teşkilatlanması, uygulanması, uygulatılması ve denetlenmesini öngörülmüş olup, 181 sayılı mülga Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında KHK’deki düzenlemeye geri dönülmüştür.

1 sayılı CBK’nin 352. maddesinin birinci fıkrası uyarınca Sağlık Bakanlığı halk sağlığının korunması ve geliştirilmesi, hastalık risklerinin önlenmesi için çalışmalar yapmak, teşhis, tedavi ve rehabilite edici sağlık hizmetlerini yürütmek, sağlık hizmetlerinde kullanılan ilaçlar, özel ürünler, ilaç üretiminde kullanılan etken ve yardımcı maddeler, ve tıbbî cihazların güvenli ve kaliteli bir şekilde piyasaya sunulması için çalışmalar yapmak, sağlık hizmetlerinin personel ve maddî kaynaklar bakımından tasarruflu ve verimli yürütülmesi ile sağlık personelinin ülke sathında dengeli dağılımını sağlamak, kamusal ve özel sağlık kuruluşları arasında işbirliğini gerçekleştirmek suretiyle yurt sathında eşit, kaliteli ve verimli hizmet sunumunu sağlamak, bu kuruluşların ülke sathında planlanması ve yaygınlaştırılması için çalışmalar yapmak, sağlık sistemini yönetmek ve politikalar belirlemekle görevli ve yetkilidir.

Buna göre, sağlık hizmetlerine ilişkin planlamaların yapılması, stratejilerin belirlenmesi, düzenlemelerin yapılması ve koordinasyonun sağlanması Bakanlığın görevidir. Planlama ve düzenleme faaliyetinin yanında Bakanlık koruyucu, teşhis, tedavi ve rehabilite edici sağlık hizmetlerini bizzat kendisi kurmakta ve yürütmekte, bu kapsamda kamusal ve özel sağlık kuruluşları arasında işbirliği ve denge sağlamaktadır.

1 sayılı CBK’nin 361. maddesine göre, Bakanlık bünyesinde yer alan Türkiye Halk Sağlığı Genel Müdürlüğü, halk sağlığının korunması ve geliştirilmesi, sağlık

⁸⁹ 663 sayılı KHK’nin 02.07.2018 tarihli ve 703 sayılı KHK’nin 25. maddesiyle değiştirilmesinden önceki düzenlemede sağlık hizmetlerinin planlanması ile kamusal ve özel sağlık kuruluşları arasındaki koordinasyonu Sağlık Bakanlığı tarafından yerine getirilmekle birlikte; sağlık hizmetleri Sağlık Bakanlığına bağlı ve ayrı kamu tüzel kişilikleri bulunan Türkiye Halk Sağlığı Kurumu, Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu, Türkiye Hudut ve Sahiller Genel Müdürlüğü ve Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu tarafından yürütülmekteydi. Dolayısıyla, sağlık hizmetlerinin sunumu, bağlı kuruluşlar arasında paylaşılmış olup, Bakanlık bu kuruluşların tümünü çatısı altında toplamakta, politikalar belirlemekte, gerekli koordinasyon ve denetimi sağlamaktaydı. Bunun yanında bazı sağlık hizmetleri doğrudan Sağlık Bakanlığına bağlı olarak yürütülmekteydi.

için risk oluşturan faktörlerle mücadele edilmesi ile birinci basamak sağlık hizmetlerinin yürütülmesi, bulaşıcı, kronik hastalıklar ve kanser ile anne, çocuk, ergen, yaşlı ve engelli gibi risk gruplarıyla ilgili olarak izleme, araştırma, bağışıklama ve kontrol çalışmaları yapmak, yaşam kalitesini yükseltecek alışkanlıkları kazandırarak toplumdaki tüm bireylerin sağlığını geliştirmekle görevlidir. Aynı CBK'nin 362. maddesine göre, ikinci ve üçüncü basamak sağlık hizmetlerini vermek üzere hastanelerin, ağız ve diş sağlığı merkezlerinin ve benzeri sağlık kuruluşlarının açılması, işletilmesi, faaliyetlerinin izlenmesi, değerlendirilmesi ve denetlenmesi, bu hastanelerde her türlü koruyucu, teşhis, tedavi ve rehabilite edici sağlık hizmetlerinin verilmesini sağlamak Türkiye Kamu Hastaneleri Genel Müdürlüğü'nün görevidir.

1 sayılı CBK'nin 356. maddesinin birinci fıkrasına göre acil durum ve afet hallerinde ülke genelinde sağlık hizmetlerini planlamak ve yürütmek, hastane öncesi acil sağlık hizmetlerine ait birimleri kurmak ve işletmek, gerektiğinde hastane acil servisleri ile entegre etmek, ilgili birimlerin faaliyetlerini izlemek, değerlendirmek, hasta nakil ve sevk koordinasyonunu sağlamak, kara, hava ve deniz ambulanslarının temin, tahsis, sevk ve idaresini sağlamak, Acil Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğünün görevidir. Nitekim söz konusu faaliyetler 663 sayılı KHK'de yer alan mülga düzenlemede de doğrudan Bakanlık tarafından yürütülmekteydi.

Yukarıda yapılan ayırmadan sağlık hizmetlerinin koruyucu sağlık hizmetleri ile birinci, ikinci ve üçüncü basamak sağlık hizmetleri olmak üzere dörde ayrıldığını, bunlardan koruyucu sağlık hizmetleri ve birinci basamak sağlık hizmetlerinin Bakanlık bünyesinde Türkiye Halk Sağlığı Genel Müdürlüğünün görev alanında olduğu, ikinci ve üçüncü basamak sağlık hizmetlerinin sunumundan ise Türkiye Kamu Hastaneleri Genel Müdürlüğünün sorumlu olduğu anlaşılmaktadır. Acil durum ve doğal afet halleri ile hastane öncesi acil sağlık hizmetlerinin yürütülmesi görevi ise doğrudan Acil Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğüne aittir. Görüldüğü üzere 663 sayılı KHK'de yer alan mülga düzenlemeden farklı olarak 1 sayılı CBK'de yalnızca sağlık hizmetlerinin planlanması ve düzenlenmesi değil, aynı zamanda kamusal makamlar tarafından yürütülen sağlık hizmetleri de Sağlık Bakanlığı bünyesinde tek elde toplanmıştır. Kanaatimizce 181 sayılı mülga KHK'de yer alan düzenlemeye geri dönülmesinin ardında, sağlık hizmetlerinin ayrı kamu tüzel

kişilikleri bulunan Türkiye Halk Sağlığı Kurumu ile Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu arasında paylaştırılması sonucunda oluşan koordinasyon sıkıntısı ve yetki çatışmaları yer almaktadır. Her iki kurum tarafından birbirinden bağımsız şekilde yürütülmekte olan sağlık hizmetleri Sağlık Bakanlığı bünyesinde tek elde toplanarak, sağlık kuruluşları arasında işbirliği ile insan ve maddî kaynaklar bakımından tasarruf ve verimliliğin sağlanması amaçlanmaktadır.

1 sayılı CBK'nin 371. maddesine göre, Sağlık Bakanlığı taşra teşkilatı kurmaya yetkilidir. Bakanlığın taşra teşkilatı il ve ilçe sağlık müdürlüklerinden oluşur; bu birimler Toplum Sağlığı Genel Müdürlüğü ve Kamu Hastaneleri Genel Müdürlüğünün görevli olduğu sağlık hizmetlerinin yerel düzeyde personel ile maddi kaynaklar yönünden verimlilik içinde çalışması ve koordinasyon içinde sunulması ile görevlidir. Ayrıca acil sağlık hizmetleri de il ve ilçe düzeyinde taşra teşkilatı tarafından yerine getirilmektedir. Bu müdürlükler söz konusu hizmetlerin yürütülmesi için kamu ve özel hukuk kişilerine ait kuruluşlarının sevk ve idaresinden sorumludur.

Sunumu biçimleri bakımından sağlık hizmetlerinin yalnızca idare ya da yalnızca özel hukuk kişileri tarafından sunulduğu Devletlerin yanında, ülkemizin de aralarında yer aldığı, karma sistemin benimsendiği Devletler de bulunmaktadır⁹⁰. İkinci grupta yer alan Devletlerin çoğunda ise sağlık hizmetleri basamaklandırılmış bir yapı içinde sunulmaktadır. Devletlerin benimsemiş olduğu sağlık politikaları sonucunda veya sosyal, demografik, ekonomik ya da coğrafi sebeplerle sağlık hizmetleri iki, üç hatta dört basamak halinde sunulmaktadır. Basamaklandırılmış sağlık sistemini kabul eden ülkemizde ise sağlık sistemi üç basamaklı bir yapıya sahiptir⁹¹.

Birinci basamak sağlık hizmeti, kişilerin başvurdukları ilk sağlık kurumunda verilmekte olup, ayakta sunulan sağlık hizmetini ifade etmektedir. Birinci basamak

⁹⁰ Ülkemizde olduğu gibi Fransız hukukunda da sağlık hizmetlerinin kamu ve özel sağlık kuruluşları tarafından koordinasyon içinde sunulması öngörülmüştür. Yürütülen sağlık hizmetinin alanına göre farklılıklar bulunmakla birlikte; kamusal sağlık kuruluşlarının gerek sunulan hizmetin kapsamı ve gerek tesis ve personel sayısı bakımından özel sektöre nazaran daha ön planda olduğu görülmektedir. (Claudine Bergoignan Esper / Marc Dupont, **Droit hospitalier**, 9e édition, Dalloz, 2014, s. 206 vd.)

⁹¹ Asuman Altay, "Sağlık Hizmetlerinin Sunumunda Yeni Açılımlar ve Türkiye Açısından Değerlendirilmesi", **Sayıştay Dergisi**, S. 64, 2007, s. 45.

sağlık kuruluşunda koruyucu, tedavi edici ve rehabilite edici sağlık hizmetleri verilmekte olup, bu hizmetler, aile sağlığı merkezleri, toplum sağlığı merkezleri, aile planlaması merkezleri, ana- çocuk sağlığı merkezleri, kuduz tedavi merkezleri, sigara bıraktırma merkezleri ve dispanserlerde sunulmaktadır. Yine, halk sağlığı laboratuvarları, acil sağlık hizmetleri komuta kontrol merkezleri ile acil sağlık hizmet istasyonları da birinci basamak sağlık hizmetleri sunmaktadır⁹². Birinci basamak özel sağlık kuruluşları ise işyeri hekimlikleri ile Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik⁹³ kapsamında açılan poliklinikler ile Ağız ve Diş Sağlığı Hizmeti Sunulan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik⁹⁴ kapsamında açılan ağız ve diş sağlığı merkezleridir. Her ne kadar Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliği'nde sayılmamış olsalar da özel muayenehanelerin de birinci basamak sağlık hizmeti sunucusu oldukları kabul edilmektedir⁹⁵.

İkinci basamak sağlık hizmetleri, hastaların yatırılarak teşhis ve tedavisinin yapıldığı kurum ve kuruluşlardaki sağlık hizmetlerini kapsamaktadır. Söz konusu sağlık hizmetleri eğitim ve araştırma hastanesi olmayan devlet hastaneleri ile bu hastanelere bağlı semt poliklinikleri, Sağlık Bakanlığı dal hastaneleri, entegre ilçe hastaneleri ve ağız ve diş sağlığı merkezlerinde doğrudan kamu eliyle sunulmaktadır. İkinci basamak sağlık hizmeti sunan özel kuruluşlar ise Özel Hastaneler Yönetmeliği⁹⁶ kapsamında açılan hastaneler ile Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik kapsamında Sağlık Bakanlığı tarafından ruhsatlandırılan tıp merkezlerinden oluşmaktadır.

Üçüncü basamak sağlık hizmetleri ise, ikinci basamak sağlık hizmeti sunucuları tarafından teşhis ve tedavisi yapılamayan ya da daha ileri araştırma gerektiren, karmaşık tedavi yöntemlerinin uygulandığı veya salt özel bir alana mahsus tedavilerin yapıldığı faaliyetleri kapsamaktadır. Üçüncü basamak sağlık hizmeti sunucuları, Sağlık Bakanlığına bağlı eğitim ve araştırma hastaneleri, özel dal eğitim ve araştırma hastaneleri ile bu hastanelere bağlı semt poliklinikleri, üniversite

⁹² Sağlık Bakanlığı Birinci Basamak Sağlık Kuruluşlarına Ad Verilmesi Hakkında Yönetmelik madde 4/1 - d. (Saglik.gov.tr.)

⁹³ RG.15.02.2008, S. 26788.

⁹⁴ RG. 03.02.2015, S. 29256.

⁹⁵ Serkan Çınarlı, Sevinç Arslan Hızal, **Özelleştirme Uygulamaları ve Sağlık Hizmetlerinin Özelleştirilmesi**, Leges Yayınları, 2014, s. 106.

⁹⁶ RG. 27.03.2002, S. 24708.

hastaneleri ile bu hastanelere bağılı sağıık uygulama ve araştırma merkezleri, enstitüler ve semt poliklinikleridir. 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu kapsamında kurulan vakıf üniversitelerinin tıp fakültesi hastaneleri de üçüncü basamak sağıık hizmeti sunucusu olarak kabul edilmektedir.

Yukarıda sayılan kuruluşlar tarafından üç basamaklı olarak sınıflandırılarak sunulan sağıık hizmetleri Anayasa'nın 56. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca Sağıık Bakanlığı ve bağılı kuruluşlar tarafından planlanmakta, kurulmakta, işletilmekte ve denetlenmektedir.

Sağıık hizmetlerinin teşkilatlanması, organizasyonu ve işletilmesi bakımından ulusal hukukumuzla en çok benzerlik taşıyan sistem Fransız hukukunda benimsenmiştir. Keza, Fransa uygulamasında da sağıık hizmetleri merkezden yönetim tarafından planlanarak koordine edilmekte, esas olarak kamusal kuruluşlar tarafından yürütölmekte, izin ya da sözleşme yoluyla görevlendirilen özel hukuk kişileri ise hizmeti idarenin gözetimi ve denetimi altında yürötmektedir. Öte yandan, gerek sağıık hizmetlerinin teşkilatlanmasındaki basamaklaştırılmış yapının ve gerek sorumluluğı ilişkin yasal düzenlemeler ile içtihadın tarih içinde gösterdiği gelişmeler dikkate alındığında, Fransız hukukunun sağıık kamu hizmetinin yürütölmesi bakımından ulusal hukukumuza pek çok yönden ışıık tuttuğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bu nedenle çalışmamızda, başta tartışmalı alanlarda olmak üzere, yer yer Fransız hukukundaki düzenleme ve uygulamalara ilişkin açıklamalara yer verilecektir.

Üç basamaklı sistemin 1941 yılından bu yana uygulandığı Fransa'da sağıık kuruluşlarının basamaklandırılması ve kategorizasyonu, bu kuruluşların organizasyonu, personel ile tıbbi araçlarının sayısı ve nitelikleri bakımından belirleyici olmaktadır. 1991 yılında benimsenen iki basamaklı yapı (hastaneler “*centres hospitaliers*” ve yerel hastaneler “*hopitaux locaux*”) 2014 tarihli ve 2014 - 1554 sayılı Kanunla yerini üç basamaklı yapıya bırakmıştır. İlk basamak sağıık hizmetlerinin, ölkemizdeki aile sağıığı merkezlerine benzer nitelikte faaliyet yüröten “*hopitaux de proximité*”, ikinci basamak sağıık hizmetlerinin “*centres hospitaliers*” ve üçüncü basamak sağıık hizmetlerinin ise bölge hastaneleri “*centres hospitaliers*

regionaux” veya üniversites hastaneleri “*centres hospitaliers universitaires*” tarafından yürütülmesi öngörülmüştür.

Fransız Toplum Sağlığı Kanunu’nun (*Code de la santé publique*) L 6111-3-1 hükmü uyarınca, birinci basamak sağlık kuruluşu olan “*hopitaux de proximité*” cerrahi müdahaleler ile kadın doğum faaliyetleri dışında kalan ve uzmanlık gerektirmeyen tıbbi müdahalelerin gerçekleştirildiği sağlık merkezleridir. Ulusal sağlık sistemimizde yer alan aile sağlığı merkezlerine benzer yapısı ve fonksiyonları olan “*hopitaux de proximité*” herhangi bir hastaneye bağlı olmayıp, otonom şekilde ve doğrudan bölgesel sağlık ajanslarına (*agence regionale de santé*) bağlı olarak faaliyet yürütmektedir. Ayrıca, bu sağlık kuruluşlarının doğrudan devlete bağlı olması veya devletin sıkı denetim ve gözetiminde özel kişiler tarafından işletiliyor olması mümkündür.

Fransız Toplum Sağlığı Kanunu’nun L 6141 – 2 hükmüne göre, her bir bölgesel sağlık ajansının faaliyet yürüttüğü coğrafi alanda kural olarak bir tane olmak üzere, üçüncü basamak sağlık kuruluşları olan bölge hastaneleri (*centres hospitaliers regionaux*) faaliyet yürütmektedir. Bu sağlık kuruluşlarında kural olarak yalnızca uzmanlık gerektiren ve ikinci basamak sağlık kuruluşlarında etkili şekilde sunulamayan sağlık hizmetleri sunulmakta iken, bölge hastanelerinin bulunduğu yerde ikamet eden hastaların olağan teşhis ve tedavi faaliyetlerinin de bu hastanelerde yürütülmesi öngörülmüştür. Dolayısıyla bölge hastanelerinin uzmanlık gerektiren sağlık hizmetlerinin yanında, salt o yerde ikamet eden kişiler yönünden olağan tedavi faaliyetlerini de yürüttüğü söylenebilecektir. Fransız Toplum Sağlığı Kanunu’nun L 6142 hükmünde düzenlenen üniversite hastaneleri, ulusal hukukumuzdan farklı olarak ancak bölge hastaneleri ile yaptığı sözleşme çerçevesinde faaliyet yürütmektedir⁹⁷. Anılan Kanun’un L 6142 – 3 hükmünde, kendisine bağlı tıp ya da eczacılık fakültesi olan üniversitelerin, bulundukları şehirde faaliyet yürüten bölge hastanesi ile sözleşme yapması ve tedavi hizmetlerinin, eğitim ve araştırma faaliyetlerinin birlikte yürütülmesi öngörülmüştür. Faaliyetin ortak yürütülmesinin bir sonucu olarak bu sağlık kuruluşları üniversite ve Sağlık Bakanlığı tarafından birlikte finanse edilmektedir.

⁹⁷ Fransız Toplum Sağlığı Kanunu’nun L 6142 – 1 maddesinde üniversite hastaneleri, tıp ve eczacılık lisans ve uzmanlık eğitimlerinin verildiği tıbbi ve farmasotik araştırmaların yapıldığı ve bu faaliyetler doğrultusunda teşhis ve tedavi hizmetleri sunulan sağlık merkezleri olarak tanımlanmıştır.

Ulusal hukukumuzda da tıp fakülteleri ile eğitim ve araştırma hastanelerinin veya vakıf üniversitesi tıp fakülteleri ile özel hastanelerin işbirliği yaparak faaliyet yürütmesine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun Ek madde 9 düzenlemesi uyarınca, Sağlık Bakanlığına bağlı hastaneler ile üniversitelerin tıp ve diş hekimliği alanında lisans ve uzmanlık eğitimi veren kurumları; eğitim, araştırma ve sağlık hizmeti sunumu için insan gücü, mali kaynak, fiziki donanım, bina, tıbbi cihaz ve diğer kaynakları karşılıklı olarak birlikte kullanabilir⁹⁸. Büyükşehir olan illerde Sağlık Bakanlığı ile üniversitelerin işbirliği yapmak suretiyle sağlık hizmetlerini yürütmesi zorunlu olmamakta, tarafların karşılıklı istemine tabi tutulmaktadır. Buna karşılık, büyükşehir olmayan illerde, tıp eğitimi ve araştırma hizmetlerinin, Sağlık Bakanlığı eğitim ve araştırma hastanesi veya üniversite sağlık uygulama ve araştırma merkezlerinden yalnızca biri tarafından yürütülmesi zorunludur. Bu illerde Bakanlık ile üniversiteler, tıp lisans eğitimi veya tıpta uzmanlık eğitimi için ortak kullanım ve işbirliği yaparlar.

Anılan düzenleme büyükşehir olmayan illerde eğitim ve araştırma hastaneleri ile üniversite hastanelerinin birlikte bulunmalarının önünü kapatmakta, bunlardan yalnızca birinin eğitim ve öğretim faaliyetleri yürütmesine cevaz vermektedir. Buna karşılık, büyükşehir olan illerde üniversite hastanelerinin yanında eğitim ve araştırma hastaneleri bünyesinde de tıp eğitimi verilmesi mümkündür. Tarafların istemi halinde ise tıp eğitimi üniversite hastaneleri ile eğitim ve araştırma hastanelerinde işbirliği içinde yürütülebilmektedir.

Birlikte kullanımdaki sağlık tesisleri ve ilgili birimlerde görevli öğretim elemanları dâhil tüm personel; ihtiyaç duyulan tıbbi ve bilimsel danışmanlık, nöbet, konsültasyon ve diğer sağlık hizmetlerini yerine getirmekle ve bu kapsamda

⁹⁸ Söz konusu düzenleme idari fonksiyonu ve yapısı farklı iki birimin kendi kuralları ve yapısı korunmaksızın birleştirilmesine neden olduğu, tıp eğitimi ve tıpta uzmanlık eğitiminin temel olarak Bakanlığa ilişkin bir düzenlemeyle yapılmasının anayasal statüleri ihlal etmesinin ötesinde üniversite eğitiminin gereklerinin bir kenara bırakılarak personel ve ödeme düzenlemesiyle yetinilmesinin iş birliği ve ortak kullanımdan beklenen yararın sağlanmasını da önleyeceği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi önüne getirilmişse de Anayasa Mahkemesi bu başvuruyu reddetmiştir: “(...) artan sağlık hizmeti talebini en doğru şekilde karşılamak, sürekli yenilenen teknolojileri kullanmak, sağlık hizmetlerini yurt genelinde eşit ve kaliteli olarak sunmak, maliyetleri asgari düzeye indirmek, mesleki olarak yeterli, sayıca kısıtlı yetişmiş insan gücünü dengeli bir şekilde dağıtmak, değişen şartlara göre planlama yapmak, hizmet kalitesini yükseltirken maliyeti düşürmek ve buna rağmen etkin, verimli, süratli, kesintisiz bir sağlık hizmeti sunmak, gereksiz bina ve cihaz alımı yapmamak, kurumlar arası iş birliği ve halkın sosyal memnuniyetini artırmak sağlık hizmetleri yönünden Devlet için bir kamusal zorunluluk ve sosyal Devlet olmanın gereğidir.” (AYM, 20.12.2018, E. 2016/181, K. 2018/111, RG. 05.04.2019, S. 30736.)

kendilerine yapılan davete icabet etmekle yükümlüdür. Birlikte kullanımdaki sağlık tesislerinde tıpta uzmanlık ve lisans eğitimleri, tıp fakültesi dekanının yetki ve sorumluluğunda yürütülür. Başhekim aynı zamanda üniversite yönünden sağlık uygulama ve araştırma merkezi müdürü sayılır. Birlikte kullanıma geçilen sağlık tesisleri, Bakanlığın tâbi olduğu mevzuat uyarınca işletilir ve tesis, üniversitenin görüşü alınarak Bakanlıkça atanan başhekim tarafından yönetilir.

Bunun yanında, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun Ek madde 15 düzenlemesine göre, tıp veya diş hekimliği fakültesi bulunan ancak sağlık uygulama ve araştırma merkezi bulunmayan ya da sağlık uygulama ve araştırma merkezinde yeterli kapasite ve eğitim altyapısı bulunmayan vakıf üniversiteleri; tıp ve diş hekimliğinde lisans eğitimi, tıp, diş hekimliği ve eczacılıkta uzmanlık eğitimi ile araştırma faaliyetleri için yeterli kapasite ve eğitim altyapısı bulunan özel hastaneler ile bütçeleri ayrı olmak şartıyla işbirliği yapabilir. Bunun için vakıf üniversitesi ile özel hastane arasında protokol imzalanarak Sağlık Bakanlığı ile Yükseköğretim Kurulu'nun onayıyla uygulamaya konulur⁹⁹.

Bu durumda işbirliği yapılan özel hastane, üniversite için sağlık uygulama ve araştırma merkezi kabul edilir. Burada fiilen görev yapacak olan üniversite öğretim elemanları, 2547 sayılı Kanun'a bağlı olarak ve ilgili dekan ve hastane yöneticisinin talebi üzerine rektör tarafından görevlendirilerek faaliyet yürütür. Öte yandan, işbirliği yapılan özel hastane, öğretim üyelerinin faaliyetleri ile üniversitenin eğitim ve araştırma işlevleri dışında kendi mevzuatına tabi olarak faaliyetine devam eder¹⁰⁰.

⁹⁹ “Afiliye, bağlantılı anlamına gelmekte olup, Tıpta sıkça kullanılan kelimelerden biridir. Olayda davacı şirkete ait Özel Medikal Park İzmir Hastanesinin, vakıf üniversitesi olarak faaliyet gösteren İzmir Üniversitesi Tıp Fakültesi ile afiliye olduktan sonra davaya konu protokolün imzalandığı belirlenmiştir. Kamu hizmetlerinin yürütülmesi için ihtiyaç duyulan mal ve hizmet temini sırasında “idarede kanunilik” ilkesi gereğince idarenin belli usul ve esaslara uyması zorunlu olup; işin sözleşmeye bağlanmasından önce geçen bu süreçte tesis edilen işlemlerin, kamu gücüne dayalı, resen ve tek yanlı olması nedeniyle idari işlem niteliği taşıması karşısında, yargısal denetiminin idare hukuku ilkelerine göre idari yargı yerlerinde yapılacağı tartışmasızdır. (...) Mevcut uyuşmazlıkta, taraflar arasında imzalanan protokolde yer alan şartlara ilişkin bir değişiklik bulunmadığı gibi, şartların değişikliğinden kaynaklanan bir feshin de söz konusu olmadığı görülmektedir. Bu durumda protokolün idari sözleşme vasfında olduğu tartışmasızdır. Bu sebeple taraflar arasındaki idari nitelikteki sözleşmenin uygulanmasından doğan uyuşmazlığın idari yargı yerinde çözülmesi gerekmektedir.” (UM, 29.01.2018, E. 2017/798, K. 2018/29, Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası)

¹⁰⁰ Öğretim üyeleri tarafından yürütülmekte olan sağlık hizmetlerinin karşılığı olan ve hastane ile vakıf üniversitesi arasında yapılan protokolde karşılaştırılan ücretler öğretim üyelerine verilmek üzere özel hastane tarafından vakıf üniversitesinin hesabına aktarılır. Ayrıca, öğretim üyeleri ile özel hastane

Bu kapsamda üniversite öğretim üyeleri dışında kalan ve özel hastane kadrolarında çalışmakta olan hekimler hizmet akdi çerçevesinde faaliyet yürütmektedir.

Lisans ve uzmanlık öğrencileri, eğitimleri gereği her türlü uygulamayı protokol yapılan hastanede gerçekleştirmektedir. Eğitim faaliyetlerinin yürütülmesinden fakülte dekanı sorumludur. Buna karşılık, uzmanlık öğrencileri uzmanlık eğitimi uygulamasından sayılmayan işlerde görevlendirilemez. Başka bir ifadeyle, uzmanlık öğrencileri kural olarak özel hastane bünyesinde yapılan ve eğitim faaliyeti dışında kalan teşhis ve tedavi işlemlerine katılamayacaktır.

Vakıf üniversitesinin işbirliği yapacağı özel hastanenin taşınması gereken koşullar ile bu koşulların bulunmaması ya da ortadan kalkmasının sonuçları Sağlık Bakanlığı tarafından hazırlanan Vakıf Üniversiteleri ile Özel Hastanelerin İşbirliği Usul ve Esaslar¹⁰¹'in 8. maddesinde düzenlenmiştir. YÖK tarafından oluşturulacak denetleme komisyonu, işbirliği yapılan hastaneyi her eğitim ve öğretim yılı içinde en az bir kez bu usul ve esaslarda belirtilen şartlar açısından denetlemektedir.

İstisnai haller dışında vakıf üniversiteleri ancak bir özel hastane ile işbirliği protokolü imzalamak suretiyle faaliyet yürütebilir. İşbirliği protokolünün süresi beş yıldır. Ancak taraflardan birinin bu sürenin bitiminden en az bir yıl önce protokolü sonlandırdığını karşı tarafa bildirmemesi durumunda protokol aynı süreyle uzamış sayılır. Tarafların iki yıl önceden haber vermek şartıyla beş yıllık süre dolmadan önce de tek taraflı olarak protokolü sonlandırması mümkündür.

Yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda, sağlık hizmetlerinin kamusal ve özel sağlık kuruluşları tarafından yatay ve dikey işbölümü içinde yürütülmekte olduğu söylenebilir. Ancak sağlık hizmetleri bu kuruluşlar tarafından sunulan edimlerle de sınırlı değildir. Devletin sağlık hizmetleri kapsamında yürüttüğü faaliyetlerin bir diğeri de sağlık kolluğudur. Geniş anlamda kamu hizmeti kapsamında yer alan kolluk faaliyetleri, kamu düzeninin sağlanması ve korunması amacıyla bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin kısıtlanması şeklinde tezahür ettiğinden dar anlamdaki kamu hizmetleri dışında kalan bir faaliyet türüdür. Toplum

arasında yapılan işbirliği dışında, üniversite öğretim üyeleri ile özel hastane arasında ayrıca hizmet akdi kurulamayacaktır.

¹⁰¹ Saglik.gov.tr

sağlığının korunması amacıyla bireylerin temel hak ve özgürlükleri idare tarafından sınırlanabilmektedir. Sağlık kolluğu faaliyetinin amacı da toplumun bulaşıcı ve yaygın hastalıklardan korunması ve uygun sağlık koşulları içinde yaşamını sürdürmesinin sağlanmasıdır.

Sağlık kolluğu faaliyeti, sağlık kamu hizmetinden farklı olarak daha dağınık bir mevzuata sahip olup, birbirinden ayrı idareler tarafından bağımsız şekilde yürütülmektedir¹⁰². Bu alanda yer alan faaliyetler genel olarak, güvenilir gıda ve içme - kullanma suyu sağlanmasına yönelik faaliyetler, tıbbi ürünler ile ilaçların güvenilirliğinin sağlanmasına yönelik faaliyetler, bulaşıcı hastalıkların yayılmasının önlenmesine yönelik faaliyetler, çevre sağlığının korunmasına yönelik faaliyetler şeklinde sıralanabilir. Ancak belirtmek gerekir ki sağlık kolluğu faaliyetleri bu sayılanlarla sınırlı değildir.

Sağlık kolluğu esas olarak bireysel sağlığın korunması için edim sunmaya yönelik olmadığından ve idareye özel hukuk kişileri üzerinde kanunlarda sayılan hallerle sınırlı bir denetim yetkisi verdiğiinden, bu faaliyetlerin dar anlamda sağlık hizmetleri kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Esas olarak dar anlamda kamu hizmeti niteliğinde olan sağlık faaliyetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan idarenin sorumluluğunun incelendiği bu çalışmada sağlık kolluğu faaliyetleri ayrıntılı olarak incelenmeyecektir. Nitekim sağlık kolluğu faaliyetleri bakımından idarenin sorumluluğunun şartları ve kapsamı da daha farklı esaslara tabidir. Buna karşılık, bireysel sağlığın korunması ile toplum sağlığının korunması amaçlarının zaman zaman çakıştığı koruyucu sağlık hizmetlerinin incelenmesinde sağlık kolluğuna ilişkin değerlendirmelere de yer verilecektir. Yine, toplum sağlığının korunması amacıyla, kişisel sağlık verilerinin gizliliğinin korunması ile hastanın aydınlatılmış onamının alınması yükümlülüklerine getirilen sınırlamalar da kolluk faaliyeti ile ilişkili olduğundan, söz konusu sınırlamalar kolluk faaliyeti perspektifinden de değerlendirilecektir. Buna karşılık, bu çalışmada esas olarak idarenin doğrudan ya da özel hukuk kişilerini denetlemek suretiyle edim sunduğu koruyucu, teşhis, tedavi ve

¹⁰² Söz gelimi gıda güvenliğine yönelik kolluk faaliyetleri Tarım ve Orman Bakanlığı, belediyeler, il özel idareleri tarafından yerine getirilmektedir. Benzer şekilde bulaşıcı hastalıkların yayılmasının önlenmesine yönelik kolluk faaliyetleri Sağlık Bakanlığının dışında Hudut ve Sahiller Genel Müdürlüğü tarafından da yürütülmektedir. Çevre sağlığının korunmasına yönelik faaliyetler ise, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, Sağlık Bakanlığı, belediyeler ve il özel idareleri tarafından yürütülmektedir.

rehabilite edici bireysel sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan sorumluluk inceleme konusu olacaktır.

Benzer şekilde ceza yargılaması kapsamında tutuklu veya hükümlülerin rızası hilafına yapılan tıbbi muayene ve müdahaleler de kişinin sağlığı ve vücut bütünlüğüne ilişkin olmakla birlikte, söz konusu faaliyetler kamu hizmeti olmaktan ziyade adli kolluk kapsamında yürütülen faaliyetlerdir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin çok sayıda kararına konu olan gözaltı ve tutuklama aşamalarında yapılan adli muayenelerin kişinin rızası hilafına gerçekleşmesinin, ölçülülük ilkesine uygun olduğu sürece Sözleşme'ye aykırılık teşkil etmeyeceğine karar verilmiştir¹⁰³. Sağlık kamu hizmetlerinin esas olarak incelendiği bu çalışmada, yalnızca tutuklu ve hükümlülere yönelik kamu hizmeti niteliğindeki müdahaleler inceleme konusu yapılacaktır.

Anayasa'nın 56. maddesinin dördüncü fıkrasına göre Devlet, sağlık hizmetlerini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirmektedir¹⁰⁴. Aynı maddenin üçüncü fıkrasındaki düzenlemeyle birlikte değerlendirildiğinde, Devletin sağlık hizmetini tekel şeklinde bizzat yürütmekle değil; esasen kamu ve özel sektördeki sağlık kuruluşları tarafından yürütülen faaliyetleri planlamak ve düzenlemekle görevli olduğu anlaşılmaktadır. Buna karşılık, sağlık hizmetlerinin sunumunun kamusal makamalarca terk edilerek, tamamen özel sektöre bırakılması da mümkün değildir¹⁰⁵. Anayasal düzenleme,

¹⁰³ AİHM, *Juhnke / Türkiye*, BN. 52515/99, T. 13.05.2008; AİHM, *Bogumil / Portekiz*, BN. 35228/03, T. 07.10.2008; AİHM, *Jalloh / Almanya*, BN. 54810/00, T. 11.07.2006, Hudoc.echr.coe.int.

¹⁰⁴ İdarenin özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri tarafından yürütülmekte olan sağlık hizmetleri üzerindeki gözetim ve denetim yetkisi kolluk faaliyeti kapsamında değerlendirilemeyecektir. İdare, sağlık hizmetini yürüten özel hukuk kişisini, hizmetten yararlananlardan alınacak ücret, personel nitelik ve sayısı, çalışma koşulları yönünden devamlı olarak denetlemektedir. 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun 3. maddesinde öngörüldüğü üzere, idarenin, sağlık hizmeti yürütmekte olan özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri üzerindeki denetim yetkisi kolluk denetimini aşan, hizmetin ne şekilde görülmesi gerektiği hususundaki ayrıntılı esaslara uygunluğu da kapsayan, içeriksel bir denetimdir. Söz gelimi, anılan Kanun'un 3. maddesinin (c) bendine göre, *gerek görüldüğünde özel sağlık kuruluşlarının her türlü ücret tarifeleri Sağlık Bakanlığı tarafından onaylanmaktadır*. Aynı maddenin (i) bendine göre ise, sağlık hizmetlerinin yurt çapında istenilen seviyeye ulaştırılması amacıyla; kamu ve özel sağlık kuruluşları arasında koordinasyon ve işbirliği yapılmakta olup, bu kuruluşlar coğrafi ve fonksiyonel hizmet alanları, verecekleri hizmetler, yönetim, hizmet ilişki ve bağlantıları gibi konularda idarece tespit edilen esaslara uymak, verilen görevleri yapmakla yükümlüdür. 3359 sayılı Kanun'un 9. maddesinde ise, özel sağlık kuruluşlarının tesis, hizmet, personel, kıstaslarının sınıflandırmasının, hizmet içi sevk zinciri ve teşkilatlanmasının, çalışma ve hizmet standartlarının idare tarafından tespit edileceği düzenlenmektedir. Açıklanan nedenlerle, özel hukuk kişileri tarafından yürütülen sağlık hizmetleri de kamu hizmeti faaliyeti niteliğindedir.

¹⁰⁵ Yılmaz, *age.*, s. 63.

planlayıcı ve düzenleyici rolde olan Devletin, kamusal sağlık kuruluşlarından da yararlanarak sağlık hizmetlerini yerine getireceğine açıkça vurgu yapmaktadır. Bu düzenleme aksi durumu da, yani sağlık hizmetlerinin tekel olarak kamu kesimi tarafından sunulmasını da engellemektedir¹⁰⁶. Nitekim, Anayasa Mahkemesi de kararlarında sağlık hizmetlerinin özel sektör tarafından sunulmasının, hizmetin yeterli ve kaliteli bir şekilde yürütülmesi bakımından bir gereklilik olduğunu vurgulamaktadır¹⁰⁷. Buna göre, sağlık kamu hizmetinin sunumu ve yürütülmesi Devlet tarafından planlanarak düzenlenecek; buna karşılık hizmet kamusal ve özel kuruluşlar eliyle Devletin gözetiminde yerine getirilecektir¹⁰⁸.

Sağlık hizmetlerinin kamu hizmeti olmasının önemli sonuçlarından biri de, özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri tarafından yürütülmekte olan sağlık hizmetlerinin Devlet tarafından ayrıntılı olarak düzenlenmesi ve sıkı bir şekilde denetlenmesidir¹⁰⁹. Bir faaliyetin kamu hizmeti olarak nitelendirilebilmesi için idare ile sıkı bir bağlantısının bulunması, bu faaliyet üzerinde kolluk denetimini aşar nitelikte ve faaliyetin doğrudan içeriğine yönelik bir düzenleme, kontrol ve denetim yetkisinin olması gerekmektedir¹¹⁰. Başka bir deyişle, özel hukuk kişisince yürütülen faaliyetin idare tarafından denetleniyor olması bu faaliyeti tek başına kamu hizmeti haline getirmemektedir. Kanun ve idari işlemlerle söz konusu faaliyetin kamusal ihtiyaçlara özgü olarak, ayrıntılı şekilde düzenlenmiş olması ve devamlılık içinde sıkı bir denetim altında yürütülüyor olması gerekmektedir.

¹⁰⁶ “Maddede yer alan Devletin bu görevini kamu ve özel kesimdeki sağlık ve sosyal kurumlardan yararlanarak onları denetleyerek yerine getireceğine ilişkin kural da bu görüşü doğrulamakta, tüm sağlık hizmetlerinin sadece Devlet tarafından değil, fakat onun gözetim ve denetimi altında aynı alanda hizmet veren kurum ve kuruluşlarca da görülebileceğini ortaya koymaktadır.” (AYM, 15.12.2006, E. 2006/111, K. 2006/112, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası)

¹⁰⁷ “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.” (AYM, 22.11.2007, E. 2004/114, K. 2007/85, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası)

¹⁰⁸ AYM, 03.10.2013, E. 2012/103, K. 2013/105, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası.

¹⁰⁹ Söz gelimi 3359 sayılı Kanun’un 3. maddesinin (c) bendine göre, gerek görüldüğünde özel sağlık kuruluşlarının her türlü ücret tarifeleri Sağlık Bakanlığınca onaylanır. Kamu kurum ve kuruluşlarına ait sağlık kuruluşları veya sağlık işletmelerinde verilen her türlü hizmetin fiyatı Sağlık Bakanlığınca tespit edilir. Anayasa Mahkemesi, yalnızca “gerek görüldüğünde” fiyatların Bakanlıkça belirleniyor olmasının, özel hukuk kişileri eliyle yürütülen sağlık hizmetlerini kamu hizmeti olmaktan çıkarmayacağına, ücret tarifelerinin mutlaka tekel şeklinde Devlet tarafından belirlenmesinin zorunluluk olmadığına karar vermiştir. (AYM, 19.04.1988, E. 1987/16, K. 1988/8, RG.24.12.2007, S. 26736.)

¹¹⁰ Yıldırım/ Yasin / Kaman / Özdemir / Üstün/, Okay Tekinsoy, *age.*, s. 414.

Her ne kadar sağlık hizmeti özel kişiler tarafından yerine getirilmekte ise de, faaliyet kamu hizmeti niteliğini korumaktadır ve kamu hizmetinin tabi olduğu ilkelere uygun şekilde sunulması gerekmektedir¹¹¹. Keza anayasal düzenleme de sağlık hizmetlerinin serbest teşebbüs alanına sokulmasının ve bu kapsamda kamu hizmeti alanından çıkarılmasının açıkça önünü kapatmaktadır¹¹².

Kamu hizmetinin tabi olduğu ilkeler sağlık hizmetleri bakımından da uygulama bulmaktadır. Sağlık hizmetleri Anayasa’da açıkça kamu hizmeti olarak öngörülmüş faaliyetler olduğundan, bu faaliyetlerin kamu hizmetinin tabi olduğu ilkelere uygun şekilde yerine getirilmesi gerekmektedir. Türk hukukunda kamu hizmetlerinin süreklilik ve düzenlilik¹¹³, eşitlik¹¹⁴, uyarlama¹¹⁵, bedelsizlik ilkelerine

¹¹¹ “Anayasa ve yasada kamu hizmeti olduğu belirtilen bir hizmetin, özel hukuk hükümlerine tabi gerçek ve tüzel kişilerce veyahutta bunların çalışanlarıca görülmesi, bu kişilerce görülen hizmetin, kamu hizmeti olduğu gerçeğini değiştirmeyeceği gibi, kamu hizmeti gören kişinin kamu hizmeti görevlisi kabul edilmesine de bir engel oluşturmamaktadır.” (Dan.10.D., 15.09.2009, E. 2009/11303, K. 2009/8021, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

¹¹² Aynı yönde Yılmaz, **age.**, s. 64.

¹¹³ Kamu hizmetlerinin süreklilik ve düzenlilik içinde sunulmasının bir faaliyetin kamu hizmeti olarak nitelendirilmesinin koşulu olarak dahi gören Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararları bulunduğu hareketle (AYM, 28.06.1995, E. 1994/71, K. 1995/23, RG. 20.03.1996, S. 22586; AYM, 21.10.1992, E. 1992/13, K. 1992/50, RG. 30.06.1993, S. 21623. Aynı yönde Danıştay kararı için bkz. Dan.13.D., 28.11.2008, E. 2008/5151, K. 2008/6509, **DD**, S. 120, s. 420.), süreklilik ve düzenlilik şartlarının kamu hizmetinin en temel ilkeleri olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Nitekim bu faaliyetlerin özel hukuk kişilerinin alanından alınarak kamusal alana sokulmasının arkasında söz konusu faaliyetlerin düzenlilik ve süreklilik içinde sunulması bulunmaktadır. (Dan.10.D., 06.02.2002, E. 11999/2407, K. 2002/347, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Duran, **age.**, s. 309.) Kelime anlamından farklı olarak, süreklilik ilkesi çerçevesinde bir kamu hizmetinin yedi gün yirmi dört saat devamlı ve kesintisiz şekilde sunulması gerektiği anlaşılmamaktadır. Buna karşılık söz konusu hizmetten ihtiyacın hissedildiği anda yararlanılabilmesi, faaliyetin ulaşılabilir durumda olması anlaşılmaktadır. Söz gelimi sağlık hizmetlerinin sürekli olarak sunulması, tüm sağlık personelinin ve sağlığa ilişkin tüm faaliyetlerin yirmi dört saat kesintisiz olarak etkin olmasını gerektirmez. İhtiyaca yönelik olarak hizmetin kesintisiz şekilde devamının sağlanması yeterlidir. Bu doğrultuda mesai saatleri dışında ve tatil günlerinde yürütülen kamu hizmetleri ile bu hizmetleri yürüten personel azalmakta, ancak acil sağlık hizmetleri gibi devamlı olarak ihtiyaç duyulan faaliyetler kesintisiz şekilde ve yeterli sayıda personelle yerine getirilmektedir. (Yayla, **age.**, s. 74.) Dolayısıyla hizmetin sürekliliğinin derecesi, faaliyetin niteliğine göre değişmektedir. (Atay, **age.**, s. 604.) Süreklilik ilkesinin etkinleştirilmesi bakımından olmazsa olmaz nitelikte olan bir diğer ilke ise düzenlilik ilkesidir. Kamu hizmetinin düzenli şekilde yürütülmesinden anlaşılmaması gereken, bu faaliyetin önceden belirlenmiş olan koşullara uygun şekilde sunuluyor olmasıdır. Söz gelimi sağlık hizmetleri bakımından tıbbi müdahalenin zamanında yapılması, yeterli personel ve araç – gereç kullanılarak yapılması hizmetin düzenli işlemesi bakımından doğrudan etkili olmaktadır. Nitekim kamu hizmetlerinin düzenli bir şekilde sunulması amacıyla personele (örneğin grev yasağı) ve mallara yönelik özel bir rejim öngörülmüştür. Örneğin kamu personelinin grev yasağı ile kamu mallarının haczedilemezliğinin temelinde kamu hizmetinin düzenliliği ve sürekliliğinin yatması yer almaktadır.

¹¹⁴ Dan.12.D., 22.02.2006, E. 2004/4382, K. 2006/589; Dan.10.D., 23.06.1999, E. 1996/993, K. 1999/627, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Eşitlik ilkesinden anlaşılmaması gereken husus, Anayasa’nın 10. maddesinden kaynaklanan eşitlik ilkesinin kamu hizmetlerinin sunumu bakımından uygulanmasıdır. Bu doğrultuda kamu hizmetlerinin sunumunda aynı statüde olan kişilere karşı aynı, farklı statüde bulunan kişilere karşı farklı muamele yapılması eşitlik ilkesinin gereğidir. Yine, eşitlik ilkesinin uygulanabilmesi için kamu hizmetinden kimlerin ve hangi şartlarla yararlanabileceklerinin önceden objektif düzenlemelerle öngörülmesi gerekmektedir. Başka bir deyişle, hizmetlerin

uygun şekilde yerine getirilmesi gerektiği içtihat ve öğretide kabul edilmektedir¹¹⁶. Zaman içinde geçirdiği değişim bakımından bedelsizlik ilkesinin ayrı bir konumu bulunmaktadır. Kamu hizmeti anlayışının ilk ortaya çıktığı dönemde geçerli olan bedelsizlik (*meccanilik*) anlayışı zaman içinde yerini kamu hizmetlerinden yararlananlardan katılım payı alınması ve hatta ücret alınması anlayışına bırakmıştır¹¹⁷. Bu doğrultuda, kamusal mal ve hizmetlerden doğrudan doğruya yararlananların, olası yararlanıcılardan daha fazla ve ayrı bir bedel ödemeleri anlayışı benimsenmiştir¹¹⁸. Nitekim Anayasa Mahkemesi de kamu hizmetinden özel olarak yararlanan kişiler ile yararlanmayan kişiler arasında adil bir eşitliğin sağlanması amacıyla, kamu hizmetlerinden yararlananlardan bedel alınmasının hukuka aykırılık

sunumunda farklı uygulamaları gerektirecek objektif statülerin önceden düzenlenmesi gerekmektedir. (Yıldırım/ Yasin / Kaman / Özdemir / Üstün/, Okay Tekinsoy, *age.*, s. 432.) Öte yandan, Anayasa'nın 10. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında toplumsal hayatta daha az avantajlı olarak addedilen bazı kesimler bakımından pozitif ayrımcılık yapılabileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla kamu hizmetlerinin sunumu bakımından da bu kişilere öncelik veren ya da koruyucu nitelik taşıyan uygulamalar eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz.

Aynı hukuki statüde bulunan kişiler bakımından eşitliğin sağlanması için sağlık hizmetlerinin ülke genelinde dengeli dağılımının sağlanması ve yaygınlaştırılması gerekmektedir. Bu doğrultuda sağlık kurum ve kuruluşlarının ülke genelinde araç – gereç, fiziksel altyapı, personel bakımından dağılımında eşitlik ilkesine uygun hareket edilmesi gerekmektedir. (Yayla, *age.*, s. 78.) Nitekim sağlık hizmetlerinin eşitlik ilkesini sağlayacak şekilde personel, araç – gereç yönünden ülke genelinde dağılımının sağlanmamasının hizmet kusuru oluşturacağı Danıştay içtihadında kabul edilmektedir. (Dan.5.D., 13.05.1998, E. 1997/1129, K. 1998/1411, **DD**, S. 98.)

¹¹⁵ Uyarılma ilkesinin temelinde kamu hizmetinin bilim, teknoloji, ekonomik, sosyal ve demografik koşulların gelişmesine bağlı olarak yenilenmesi ve geliştirilmesi anlayışı yer almaktadır. Sağlık hizmetleri bakımından kullanılan tıbbi cihaz, araç - gereç ve yöntemlerin zamanın koşullarına bağlı olarak yenilenmesi ve geliştirilmesinin yanında, bu hizmetlere duyulan ihtiyaç karşısında hizmeti yürüten personel veya araç gerecin de nitelik ve nicelik yönünden artması ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. (Dan.DDK., 20.01.1967, E. 1964/2070, K. 1967/19, aktaran Güven Dinçer, Erol Çırakman, Nejat Necipoğlu, **Danıştay Kararları 1967 – 1968 – 1969**, Yarıcaık Cezaevi Matbaası, 1969, s. 302; Dan.10.D., 26.10.1990, E. 1987/87, K. 1990/372, **DD**, S. 80, s. 388; Dan.11.D., 04.05.1977, E. 1974/4855, K. 1977/1704, **DD**, S. 28-29, s. 604.) Bu ihtimalde idarenin karşılaştığı en temel sorun, mali kaynaklarının sınırlı oluşudur. Nitekim Anayasa'nın 65. maddesine göre Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir. Bu kapsamda idarenin sağlık hakkını etkili bir şekilde yerine getirmeye yönelik sağlık hizmetlerinin yürütülmesi ile mali kaynakları arasında denge kurma zorunluluğu bulunmaktadır. Yayla, buradaki idareye verilen takdir yetkisinin çok geniş olduğunu vurgulamış, halkın sağlık hizmetlerini vermekle yükümlü olan idarenin, sağlık kuruluşlarında yapılacak müdahalelerin tıbbi esaslara uygun biçimde, hizmetin gerektirdiği yeterliliğe sahip personelle ve gerekli dikkat ve özen gösterilerek yapma yükümlülüğünün mali kaynaklar ölçüsünde devam edeceğini savunmuştur. (Yayla, *age.*, s. 86.) Bu yöndeki Danıştay içtihadı için bkz. Dan.5.D., 14.06.1995, E. 1994/8773, K. 1995/2208, **DD**, S. 91, s. 438.)

¹¹⁶ AYM, 28.06.1995, E. 1994/71, K. 1995/23, RG. 20.03.1996, S. 22586; Dan.13.D., 28.11.2008, E. 2008/5151, K. 2008/6509, **DD**, S. 120, s. 420; Dan.10.D., 23.06.1999, E. 1996/993, K. 1999/3627, Kazancı İctihat Bilgi Bankası. Öğretideki görüşler için bkz. Yayla, *age.*, s. 75 vd.; Yıldırım/ Yasin / Kaman / Özdemir / Üstün/, Okay Tekinsoy, *age.*, s. 431 vd.

¹¹⁷ AYM, 19.04.1988, E. 1987/16, K. 1988/8, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası. Sağlık hizmetlerinin özel hukuk kişilerine devredilmesi sonucunda bedel ödenmesinin esas hale gelmesine yönelik dönüşüme ilişkin olarak bkz. Atay, *age.*, s. 67.

¹¹⁸ Yıldırım / Yasin / Kaman / Özdemir / Üstün / Okay Tekinsoy, *age.*, s. 437; Yayla, *age.*, s. 79; Atay, *age.*, s. 613; Karahanoğulları, *age.*, s. 233; Faruk Atay, "Kamu Hizmetlerinin Metalaştırılması ve Sağlıktaki Yansımaları", **Toplum ve Hekim**, C. 20, S. 1, 2005, s. 67.

yaratmayacağını kararlarında kabul etmiştir¹¹⁹. Danıştay da kanunla açıkça öngörülme şartıyla kamu hizmetlerinden bedel alınmasının mümkün olduğunu kabul etmiştir¹²⁰. Anayasa Mahkemesi burada alınan bedelin niteliğinin hizmetin giderlerinin yanında belli bir karı da kapsayacak şekilde fiyat olarak belirlenmesine yönelik düzenlemeleri hukuka uygun bulmuştur¹²¹.

Doğrudan insan yaşamına ilişkin olması ve hizmetin geç ya da yetersiz işlemesi durumunda zararın doğrudan bireylerin yaşam hakkı üzerinde meydana gelecek olması nedeniyle, sağlık hizmetleri diğer kamu hizmetlerinden belirgin farklılıklar içermektedir. Bu bakımdan öncelikle, sağlık hizmetlerinin ertelenemez ve ikame edilemez bir kamu hizmeti olduğu söylenebilir¹²². Özellikle ekonomik gerekçelerle sağlık hizmetlerinin kısıtlanmasına dair düzenlemelerin uyumsuzluk konusu edildiği kararlarında gerek Anayasa Mahkemesi ve gerek Danıştay sağlığın ve yaşam hakkının ikame edilemez yönünü vurgulayarak, söz konusu kısıtlamaların hukuka aykırı olduğuna karar vermektedir¹²³.

İkinci olarak, sağlık hizmetlerinin toplum ve bireyler tarafından tüketimi rastlantısaldır¹²⁴. Hizmetten yararlanacak olan kişilerin sayısını ve ihtiyaç duyulacak

¹¹⁹ AYM, 25.02.1975, E. 1973/38, K. 1975/23, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası; AYM, 18.02.1985, E. 1984/9, K. 1985/4, RG. 26.06.1985, S. 18793; AYM, 25.02.1975, E. 1973/38, K. 1975/23, RG.03.02.1975, S. S. 15431; AYM, 26.03.1974, E. 1973/32, K. 1974/11, RG. 21.6.1974, S. 14922. Buna karşılık Anayasa Mahkemesi'nin sosyal Devlet ilkesini ileri sürerek bazı kamu hizmetlerinden ücret alınmasını Anayasa'ya aykırı bulduğu kararları da vardır. (AYM, 12.01.1971, E. 1969/31, K. 1971/3, RG. 26.3.1971, S. 13790.) Nitekim Anayasa Mahkemesi sağlık hizmetlerinden yararlananlardan da belli bir meblağın bedel olarak alınmasının hukuka aykırı olmadığına karar vermiştir. (AYM, 19.04.1988, E. 1987/16, K. 1988/8, RG. 23.08.1988, S. 19908.)

¹²⁰ Dan. İDDGK, 03.07.2000, E. 2000/401, K. 2000/938, DD, S. 104, s. 57.

¹²¹ AYM, 18.02.1985, E. 1984/9, K. 1985/4, RG. 26.06.1985, S. 18793. Aynı yönde AYM, 19.04.1988, E. 1987/16, K. 1988/8, RG. 23.08.1988, S. 19908. Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesi de bir kararında kamu hizmeti karşılığında yararlananlardan alınacak ücretin karı da kapsayacak şekilde belirlenebileceğini açıkça ortaya koymuştur. (UM, 17.06.1996, E. 1996/33, K. 1996/76, RG. 08.07.1996, S. 22690.)

¹²² 5371 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu, Sağlık Personelinin Tazminat ve Çalışma Esaslarına Dair Kanun, Devlet Memurları Kanunu ve Tababet ve Şuabatı Sanatların Tarzı İcrasına Dair Kanun ile Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un genel gerekçesinde bu husus açıkça ortaya konulmuştur: “Sağlıklı yaşama ve sağlık hizmetine ulaşma hakkı insanın doğuştan sahip olduğu en temel haklardandır. Kişinin ihtiyaç duyduğu tıbbi yardımı alamaması telafisi imkansız sonuçlar ortaya çıkarabilmektedir. Devletin sunmakla yükümlü olduğu sağlık hizmeti mahiyeti gereği geciktirilemez, ertelenemez ve ikame edilemez niteliktedir.”

¹²³ AYM, 22.11.2007, E. 2004/114, K. 2007/85, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası; Bu yönde Danıştay kararı için bkz. Dan.10.D., 16.06.2010, E. 2010/6009 (YD), Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹²⁴ Serkan Çınarlı, **İdarenin Sağlık Hizmetinin Sunumundan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu**, Orion Kitabevi, 2013, s. 69; Altay, **agm.**, s. 38.

hizmetin miktarını önceden kesin olarak belirlemek çoğunlukla mümkün olmaz. Bunun yanında sağlık, bünyesinde riskler taşıyan bir kamu hizmetidir. Dolayısıyla özellikle hizmetin kuruluşunda hizmete yönelik beklenenin üzerindeki taleplerin de dikkate alınması gerekmektedir. Bu nedenle idarenin sağlık hizmetlerinden kaynaklanan sorumluluğunun tespiti yapılırken, gerek kusursuz sorumluluk esasının uygulanabilirliği ve gerek aranacak kusurun derecesi yönünden¹²⁵ diğer kamu hizmetlerinden farklı bir anlayış benimsenmiştir. Yine, sağlık hizmetlerinin niteliği gereği özel bir kamu hizmeti olduğunu vurgulayan Danıştay, söz konusu farklılık nedeniyle bu hizmeti yürüten personelin statüsünün diğer kamu görevlilerinden ayrı şekilde düzenlenmesinin hukuka aykırılık oluşturmayacağına hükmetmiştir¹²⁶.

Kamusal ve özel sağlık kuruluşları tarafından sunulmakta olan sağlık hizmetlerinin kamu hizmetlerinin tabi olduğu ilkelerin yanında yukarıda açıklanan ve sağlık hizmetinin kendine has özelliklerine uygun şekilde sunulmaması sonucunda hizmetten yararlananlar zarar görebilecektir. Bireysel sağlığı korunamayan ya da bozulan sağlığı tedavi edilemeyen kişilerin uğradıkları zararlar ise idarenin sorumluluğuna yol açacaktır.

İdarenin sorumluluğu kavramını, en genel ifadeyle, idarenin yol açtığı zararı tazmin etme yükümlülüğü olarak tanımlayabiliriz. Türk hukukunda idarenin sorumluluğu Anayasa'nın 125. maddesinin son fıkrasında düzenlenmiştir¹²⁷. Buna göre, *“İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.”* Anılan hüküm idarenin hem kamu hukukuna tabi faaliyetlerinden kaynaklanan, hem de özel hukuk ilişkilerinden kaynaklanan sorumluluğunu kapsamaktadır. İdare hem özel hukuk kişisi gibi hareket ettiği durumlarda yol açtığı zararları hem de kamusal usullerle yürüttüğü faaliyetlerinden kaynaklanan zararı gidermekle yükümlüdür.

¹²⁵ Dan. İDDK, 18.10.2007, E. 2004/721, K. 2007/2030, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹²⁶ *“Sağlık hizmetleri doğrudan yaşam hakkı ile ilgili olması nedeniyle diğer kamu hizmetlerinden farklıdır. Sağlık hizmetinin temel hedefi olan insan sağlığı, mahiyeti itibarıyla ertelenemez ve ikame edilemez bir özelliğe sahiptir. İnsanın en temel hakkı olan sağlıklı yaşam hakkı ile bu yaşamın sürdürülmesindeki yeri tartışmasız olan hekimin statüsünün de bu çerçevede değerlendirilerek diğer kamu görevlileri ile bu yönden farklılığının gözetilmesi gerekir.”* (Dan.10.D., 29.06.2011, E. 2011/6191(YD), Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

¹²⁷ Yayla, Anayasa'nın 125. maddesindeki söz konusu düzenlemenin olmaması ihtimalinde dahi, Anayasa'nın 2. maddesinde yer verilen sosyal hukuk Devleti ilkesinin, idarenin yürüttüğü faaliyetleri nedeniyle sorumluluğunun bulunması için yeterli olduğunu savunmaktadır. Buna karşılık, müellife göre söz konusu düzenlemenin asıl getirisi idarenin kusurlu sorumluluğun yanına kusursuz sorumluluğunu eklemesidir. (Yıldızhan Yayla, **İdare Hukuku** 1, 2. Bası, Filiz Kitabevi, 1990, ss. 146 - 174.)

Keza Anayasa'nın 40. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan, “*Kişinin, resmî görevliler tarafından vâki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir.(...)*” düzenlemesi uyarınca da kamu personelinin yürüttüğü idari faaliyetler kapsamında kişilerin zarara uğraması halinde, söz konusu zarar Devlet tarafından tazmin edilecektir. Nitekim hukuka aykırı faaliyetleri sonucunda zarara yol açan idarenin bu zararı gidermesi Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir.

Anayasa'nın 40. ve 125. maddelerine konu olan sorumluluğun, idarenin işlemlerinden, bu işlemlerin uygulanmasından, eylemlerinden ya da idareye bağlanabilen eylemlerden kaynaklanması mümkündür. Sağlık kamu hizmeti bakımından idarenin sorumluluğu çoğunlukla eylemlerden kaynaklanmakla beraber, özellikle sağlık hizmetlerinin kısıtlanmasına yönelik olanlar olmak üzere idari işlemler de sorumluluğa yol açmaktadır¹²⁸. Bu hallerde idarenin işlemlerinin sorumluluğa yol açması için, söz konusu işlemin hukuka aykırı olması dahi gerekmemektedir. Hukuka uygun şekilde tesis edilen işlemler nedeniyle ilgisinin zarara uğraması ihtimalinde, bazı koşulların gerçekleşmesi durumunda, kusuru bulunmayan idare sorumlu tutulabilmektedir.

Sağlık hizmetlerinin yürütülmesi esas olarak idarenin eylemleri şeklinde tezahür etmekte, idari işlemler ise daha ziyade hizmetin kuruluşu, kaldırılması, kısıtlanması hallerinde karşımıza çıkmaktadır. Buna karşılık, sağlık hizmetinin organizasyon, personel, araç – gereç yönünden kurulmasına, yenilenmesine veya geliştirilmesine yönelik birtakım idari işlemler hizmetin hukuka ve tıbbi standartlara uygun şekilde yürütülmesi bakımından doğrudan etkili olmaktadır. Bu bakımdan kamu personelinin faaliyetleri dışında kalan ve bizatihi hizmetin kendi yapısı, oluşumu ve organizasyonundan kaynaklanan sebeplerle hizmetin yürütülmesinin kusurlu olduğu hallerin tespitinde idarenin işlemlerinin de yeri geldikçe değerlendirilmesi önem taşımaktadır. Ancak Anayasa'nın 65. maddesi sebebiyle, sağlık hakkının da içinde yer aldığı sosyal ve ekonomik hakların Devletin mali imkanlarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirileceği göz önünde bulundurulduğunda söz konusu idari

¹²⁸ Söz gelimi, hastanın ücretsiz ilaç alma hakkına sınırlama getirilmesi, alınabilecek ilaç sayısının ya da bu ilaçların sunulacağı işletmelerin sınırlamaya tabi tutulması, yaşamsal öneme sahip ilaçların sunumunda öncelik sıralaması yapılması, kimi sağlık gereçlerinin temininin hastaya yüklenmesi, ilaç veya diğer tıbbi malzemeler için hastalardan yüksek oranlı katkı payları talep edilmesine yönelik yapılan işlemler bu kapsamda yer almaktadır.

işlemlerin iptal davasına konu edilmesi durumunda, çok bariz hukuka aykırılıklar bulunmadıkça bir sonuca ulaşılamayacağı açıktır¹²⁹. Bu nedenle, söz konusu idari işlemler sebebiyle hizmetin eksik veya yetersiz kalması sonucu zarar oluşması ihtimalinde de, ancak idarenin kusurlu şekilde yürüttüğü hizmete karşı tam yargı davası açılması durumunda idarenin sorumluluğunun gündeme getirilmesi mümkün olacaktır. Öte yandan, sağlık hizmetleri kapsamında kamu görevlilerinin yürüttüğü faaliyetler ise neredeyse tümüyle eylem şeklinde gerçekleşmektedir. Dolayısıyla sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan idarenin sorumluluğu incelenirken, esas olarak idarenin eylemleri ve bu eylemlerden kaynaklanan sorumluluk rejimi üzerinde durulacaktır. İdarenin sağlık hizmetleri kapsamındaki işlemleri ise, özellikle bizatihi hizmetin yapısı ve organizasyonundan kaynaklanan idarenin sorumluluğunun incelendiği bölümde değerlendirme konusu yapılacaktır.

İdarenin sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan sorumluluğu en genel çerçevede iki şekilde ortaya çıkmaktadır. Bazı hallerde sağlık hizmetlerini yürütmekte olan personelin herhangi bir hukuka aykırı fiili olmaksızın, hizmetin teşkilatının, organizasyonunun bozuk olması ya da hizmetin personel ve araç – gereçler ile maddi olanaklar yönünden yetersiz olması sonucunda hizmet kötü işlemekte ya da yetersiz kalmaktadır. Bu hallerde belli ya da belirlenebilir olan kamu personeline yüklenebilir bir kusur bulunmamaktaysa da, sorumluluğun anonimliği ilkesi gereğince idare sorumlu olacaktır. Nitekim özel sağlık kuruluşları tarafından yürütülmekte olan sağlık hizmetlerinin gözetimi ve denetimi Anayasa'nın 56. maddesi gereğince Devletin sorumluluğunda olduğundan, bu yükümlülüğün eksik veya kötü yerine getirilmesi, belli bir kamu personeline ziyade Devletin sorumluluğuna yol açacaktır. Keza bu hallerde de çoğu zaman kusurlu olan kamu personelinin belirlenmesi de mümkün olmamaktadır. Açıklanan bu hallerde, bizatihi kamu hizmetinin kötü ya da yetersiz şekilde işliyor olması idarenin sorumluluğuna yol açmaktadır.

Bunun yanında, sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan zararların çok büyük bir kısmı bu hizmeti yürütmekte olan kamu personelinin hukuka ya da tıbbi standartlara aykırı faaliyetlerinden kaynaklanmaktadır. Bu faaliyetlerin doğrudan tıbbi müdahale niteliğinde olmasının yanında tıbbi müdahale ile ilişkili olması da

¹²⁹ Ersöz, **age.**, s. 208.

mümkündür. Başka bir ifadeyle, sağlık personelinin tıbbi müdahale niteliğindeki faaliyetlerinin yanında, hizmet kapsamındaki tıbbi müdahale dışındaki faaliyetleri sonucunda da zarar oluşabilmektedir. Bu hallerin tümü sağlık hizmetinin yürütülmesine ilişkin olduğundan idarenin sorumluluğuna sebep olacaktır.

Bu açıklamalar doğrultusunda, idarenin sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan sorumluluğunun çok geniş bir yatay düzleme yayıldığı ve birbirinden farklı temellere dayandığı söylenebilir. İdarenin sorumluluğunun tespiti bakımından bu temellerin kendi içinde gruplandırılarak, ayrı ayrı incelenmesi önem taşımaktadır. Bu doğrultuda çalışmanın birinci bölümünde idarenin sağlık hizmetlerinden kaynaklanan sorumluluğunun temelleri incelenecektir.

Birinci bölümde tespit edilen hallerin varlığı ise tek başına sorumluluğa yol açmayacak, idarenin tazminat yükümlülüğünün doğması için birtakım koşulların gerçekleşmesi de ayrıca gerekecektir. Hukuka aykırı faaliyeti nedeniyle idarenin sorumlu tutulabilmesi için birtakım maddi koşulların somut olayda bulunması gerekmektedir. Öncelikli olarak söz konusu hukuka aykırı faaliyet sebebiyle bir zararın meydana gelmesi gerekir. Keza, idare hukukundaki sorumluluğun temel amacı idareyi cezalandırmak değil; kişinin uğradığı zararı gidermektir. Bu nedenle zararın varlığı sorumluluğun esas koşullarındandır. Öte yandan, temel olarak kusur sorumluluğunun benimsendiği idare hukukunda kusursuz sorumluluk istisnai olarak uygulanmaktadır. Sağlık hizmetleri gibi niteliği gereği riskli yapıda olan kamu hizmetlerinde ise kusurluluk, sorumluluğun temel şartları arasında kabul edilmektedir. Dolayısıyla sağlık hizmetleri nedeniyle idarenin sorumlu tutulabilmesi için hukuka aykırı bir faaliyeti sebebiyle bir zararın oluşmasının yanında idarenin kusurunun bulunması gerekmektedir.

Farklı temellere dayanan kusurlu faaliyetler sonucunda kişinin zararının oluşması durumunda idare teorik olarak sorumlu olacaktır. Buna karşılık, bu sorumluluğun gerçekte bir anlamının olması, söz konusu zararın giderilmesine bağlıdır. Süresi içinde ve usulüne uygun şekilde dava açılmaması durumunda, teorik anlamdaki sorumluluk fiili bir sonuç yaratmayacaktır. Zira bu hallerde usuli işlemlerin süresi içinde yapılmaması ve sorumlu idare aleyhine dava açılmaması durumunda zararın tazmini mümkün olamamaktadır. Bu nedenle hukuka aykırı faaliyeti nedeniyle zarara

yol açan, teorik anlamda sorumlu idare aleyhine usulüne uygun şekilde dava açılması da esasında sorumluluğun gerçek anlamda hayata geçirilmesi bakımından usuli bir koşul niteliği taşımaktadır. Bu doğrultuda idarenin sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan sorumluluğunun teorik ve usuli koşulları çalışmanın ikinci bölümünde inceleme konusu olacaktır.



BİRİNCİ BÖLÜM

SAĞLIK HİZMETLERİNİN YÜRÜTÜLMESİNDEN KAYNAKLANAN SORUMLULUĞUN TEMELLERİ

Anayasal bir kamu hizmeti olan sağlık hizmetlerinin kamu hizmetinin tabi olduğu genel ilkeler ile sağlık hizmetine has özel ilkelere uygun bir şekilde sunulması gerekmekte olup, aksi durum idarenin sorumluluğuna sebep olmaktadır. Sağlık hizmetlerinin amacının insan hayatını ve sağlığını koruma, bozulması durumunda ise yeniden sağlama olduğu gözetildiğinde, bu hizmetlerin sürekli ve düzenli bir şekilde sunulması esastır. Sağlık kurumlarının, sağlık hizmetlerinin idaresi, belgelendirilmesi, personel ve malzeme yönetimi gibi tıbbi hizmetlerle doğrudan ilişkili faaliyetlerinin yanında, yemek, temizlik, güvenlik gibi tıbbi hizmetlerin kalitesini, sürekliliğini ve düzenliliğini etkileyecek faaliyetlerin de süreklilik ve düzenlilik ilkelerini hayata geçirebilecek şekilde yerine getirilmesi gerekmektedir. Bunun yanında, anılan hizmetlerin gerek aynı sağlık kuruluşundan hizmet alan vatandaşlar ve gerek ülke sathındaki farklı sağlık kuruluşlarında hizmetten yararlanan kişiler arasındaki eşitlik gözetilerek sunulması esastır.

Sağlık hizmetlerinin, kamu hizmetinin tabi olduğu ilkelere, mevzuatın öngördükleri ile tıbbi standartlara¹³⁰ aykırı şekilde sunumu sağlık personelinin faaliyetinin haricinde, bizzat hizmetin oluşumundan ya da yürütülüşünden kaynaklanabilmektedir (I).

Sağlık hizmetinin bizatihi kendisinden kaynaklanan tıbbi uygulama hatalarının oluşumunda da sağlık personelinin fiilleri etkili olabilmektedir. Ancak bu ihtimallerde zarar, sağlık personelinin bilgi ve becerisinin eksik olması ya da

¹³⁰ Tıbbi standart kavramı, “hekimin önündeki somut olayda tıbbi tedavi etkinliğini en yararlı düzeyde yürütebilmesi ve tedavide güdülen amaca ulaşabilmesi için hastalığın olası tanısı ve terapisine özgü önlemleri alma ile tetkikleri uygulamasına yönelik gerçekleştireceği her türlü etkinliğe ve vereceği kararlara dayanak oluşturacak davranış kuralları” kapsamına almaktadır. (Mehmet Demir, **Tıbbi Organizasyon Kusuru Açısından Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu**, Turhan Kitabevi, 2010, s. 48.)

ihmalinden ziyade, hizmetin organizasyonunun ve işleyişinin kusurlu olması sebebiyle birden çok sayıda hasta üzerinde gerçekleşmektedir¹³¹. Dolayısıyla bu ihtimalde, hastanın kim olduğu ya da teşhis ve tedavi aşamasında yapılan işlemlerin niteliği önem taşımaksızın sağlık hizmetinin işleyiş biçimi nedeniyle zarar meydana gelmektedir¹³². Ancak belirtmek gerekir ki, bizatihi hizmetin oluşumu ve işleyişinden kaynaklanan zararlar, bu bölümün ikinci alt bölümünde incelenecek olan sağlık personelinin faaliyeti nedeniyle oluşan zararlara nazaran daha sınırlı hallerde idarenin sorumluluğuna neden olmaktadır. Bu durumun arkasında şüphesiz idarenin sosyal haklardan kaynaklanan sorumluluğunu sınırlayan Anayasa'nın 65. maddesinde yer alan düzenleme yatmaktadır.

Buna karşılık, idarenin sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan sorumluluğunun çok büyük bir kısmı sağlık personelinin eylemlerinden kaynaklanmaktadır. Bu kapsamda yer alan sorumluluk hallerinde ise mali yetersizlikleri ileri süren idarenin sorumluluktan kurtulması mümkün olmamakta; sorumluluğun diğer koşullarının da gerçekleşmesi durumunda kişinin zararı tazmin edilmektedir (II).

I. BİZATİHİ SAĞLIK KAMU HİZMETİNDEN KAYNAKLANAN SORUMLULUK

Kişilerin 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 Anayasa'nın 56. maddesi kapsamında Devletin görevidir. Bu görev kamu ve özel kesimlerdeki

¹³¹ Çınarlı, **age.**, s. 229.

¹³² *Atay ve Odabaşı*, kusur sorumluluğu hallerini hizmet kusuru ve hizmetin kusuru olmak üzere ikiye ayırarak incelemekte, bu kapsamda kusurun faili olan kişi veya kişilerin bilindiği durumlarda hizmet kusurunun, belirli bir sorumlunun tespit edilmesinin mümkün olmayıp, kamu hizmetinin kötü işlemesi durumunda hizmetin kusurunun söz konusu olacağını kabul etmektedir. Bu yaklaşımdan hareketle, sağlık hizmetlerinin bizatihi kendisinden kaynaklanan kusur hizmetin kusuru olarak nitelendirilebilecektir. (Ender Ethem Atay, Hasan Odabaşı, **Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2010, s. 61.) *Duran* da, hizmet kusuru kavramı ile hizmetin kusuru kavramlarının birbirinden ayrı olduğunu vurgulayarak, hizmet kusuru kavramının kamu personelinin salt kişisel kusurunun karşısı olduğunu; buna karşılık hizmetin kusuru kavramının kamu personelinin kusurundan ziyade hizmetin doğrudan kendisinden kaynaklandığını savunmuştur. Bu doğrultuda müellif, kusurlu sorumluluk hallerinin her iki görünüm biçimini de içine alacak şekilde “*idari kusur*” kavramının kullanılmasının daha yerinde olacağını ortaya koymuştur. (Lutfi Duran, “Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu Sorunu”, **Amme İdaresi Dergisi**, C. 17, S. 2, 1984, s. 27.)

sağlık ve sosyal yardım kurumları eliyle ve bu kurumların denetlenmesi suretiyle yerine getirilir.

Başka bir deyişle, sağlık hizmetlerinin bizzat idare (kamu) ya da özel hukuk kişilerince yürütülebileceği; gerek kamusal ve gerek özel sağlık kuruluşlarının Devlet tarafından denetlenmesinin ise bir zorunluluk olduğu anlaşılmaktadır.

İlk ihtimalde, Devlet kamu hizmetinin yürütülmesinden kaynaklanan zararların tümünden sorumlu tutulabilecektir. Bu durumda, hem kamusal sağlık kuruluşlarının denetiminin eksik veya kötü yerine getirilmesi, hem de tam ve eksiksiz olarak denetlenen faaliyetin yürütülmesinden kaynaklanan zararların idare tarafından tazmin edilmesi gerekecektir **(A)**. Özel hukuk kişileri tarafından yürütülmekte olan sağlık hizmetlerinde ise, sağlık kuruluşu ile hizmetten yararlanan arasında özel hukuk ilişkisi kurulacağından, bu faaliyetler kapsamında oluşan zararlardan hizmeti Devletin gözetiminde yürüten sağlık kuruluşu özel hukuk hükümlerine göre sorumlu olacaktır. Ancak bu halde de Devletin Anayasa'nın 56. maddesinden kaynaklanan yükümlülüğü devam edeceğinden, özel sağlık kuruluşunun denetiminin kusurlu ya da eksik yapılması ve bu kusur nedeniyle zarar oluşması ihtimalinde idarenin sorumluluğundan söz edilebilecektir. Bu ihtimalde Devletin sorumluluğu esas olarak denetim yükümlülüğü üzerine temellenecektir¹³³ **(B)**.

¹³³ Sağlık hizmetlerinin yürütülmesi bakımından yukarıda açıklanan hallerden farklılık arz eden iki ihtimal daha bulunmaktadır. Bu hallerde, sağlık kamu hizmetinin idare eliyle ve kamusal usullerle mi, yoksa özel hukuk ilişkisi kapsamında mı sunulmakta olduğu belirsizdir. İlk ihtimal Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin 64. maddesinde düzenlenen haldir. Buna göre, görevli uzman hekimin herhangi bir nedenle kurumda geçici olarak bulunmaması ihtimalinde, o mahalde aynı dalda başka bir resmi uzman hekim de bulunmamakta ise, yatan hastaların hayati tehlike içinde bulunmaları durumunda, başhekim tarafından, ilgili serbest uzmanlardan bir veya birkaçı kuruma davet edilebilir. Anılan Yönetmelik'in 64. maddesinde yer alan düzenlemede kamusal faaliyetler, zorunluluk nedeniyle Anayasa'nın 129. maddesi anlamında kamu personeli olmayan kişiler tarafından yerine getirilmektedir. Anayasa'nın anılan düzenlemesinin, söz konusu ihtimalde uygulanmadığının kabulü halinde, kamusal faaliyet kapsamında ortaya çıkan zarar nedeniyle idare aleyhine dava açılmaması, bu faaliyeti zorunluluk nedeniyle yerine getiren özel hukuk kişisine dava açılması gibi hakkaniyetle bağdaşmayan bir sonuçla karşılaşılacaktır. Nitekim öğretide de kamu kuruluşunun talebi üzerine çağrılan hekimin sunduğu tedavi ve bakım hizmetlerinden dolayı idarenin tıpkı kamu personeli hekimin faaliyetlerinde olduğu gibi sorumluluğu olacağı savunulmaktadır. (Mustafa Avcı, "Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Mali Sorumluluğu", **Ankara Barosu Dergisi**, S. 1, 2012, s. 133; Aziz Küçük, **İdarenin Tıbbi Hizmetlerin Yürütülmesinden Kaynaklanan Sorumluluğu**, Yüksek Lisans Tezi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, 2004, s. 55; Büşra Uysal, "İdarenin Sağlık Hizmetlerinde Kusurlu Sorumluluğu", **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hukuk Dergisi**, S. 77 - 78, 2011, s. 242.) Atabek ise, bu ihtimalde kamu görevlisi olmayan hekimin kusuru sonucunda zararın oluşması ihtimalinde sadece adli yargıda hekim aleyhine dava açılması gerektiğini ileri sürmektedir. (Reşat Atabek, "Hastanelerin Sorumluluğu", **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 60, S. 10 - 11 - 12, 1986, s. 641.)

A. İdare Tarafından Yürütülen Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Sorumluluk

Sağlık hizmetlerinin doğrudan idare tarafından yürütülmesi, kamu hastaneleri ile diğer kamusal sağlık kuruluşlarında yürütülen faaliyetlerin büyük bir kısmını içine almaktadır. Bu hallerde kamusal sağlık kuruluşundan hizmet alan kişinin, bu kuruluşla arasındaki ilişki bütünüyle kamu hukukuna tabi olmaktadır. Özel hukukta

İkinci ihtimal ise, Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin 63. maddesinde yer alan düzenlemeden kaynaklanmaktadır. Özel hastane bulunmayan yerlerde kamuya ait yataklı tedavi kurumları dışında faaliyet yürüten serbest uzman hekimler, acil müdahale gerektiren hallerde, yataklı tedavi kurumunda ilgili alanda uzman hekimin bulunmaması durumunda, ameliyat ve tedavilerini kendileri yapmak şartıyla özel hastalarını kamuya ait sağlık kurumlarına yatırabilirler. Serbest olarak faaliyet yürüten uzman hekimlerin bu gibi istekleri kesin gereklilik ve zorunluluk yönünden kurumun başhekimisi tarafından incelenmekte, gerekli görülen hallerde hasta kabul edilmektedir. Dolayısıyla söz konusu ihtimalde, özel hukuk hükümlerine tabi olarak sağlık edimi sunan serbest hekim, faaliyetini kamusal sağlık kuruluşunda yürütmektedir. Bu nedenle, faaliyet özel hukuk niteliğini taşımaya devam etmekte, yalnızca edim yer bakımından kamusal bir kuruluşta sunulmaktadır. Bu durumda hekimin teşhis ve tedaviye ilişkin bütün faaliyetleri nedeniyle özel hukuk sorumluluğu bulunmaktadır. Buna karşılık, hizmetin sunulduğu sağlık kuruluşunun kusurundan idare sorumlu kalmaya devam edecektir¹³³. Bu ihtimalde hekimin yanında tedaviye katılan diğer sağlık personelinin faaliyetleri nedeniyle idarenin sorumlu tutulup tutulmayacağı ise tartışmalıdır. *Avcı*, söz konusu ihtimalde hekimin özel hukuk hükümlerine göre sorumlu tutulacağını, hekime yardım eden diğer sağlık personelinin ise söz konusu hizmetin sunulması bakımından ifa yardımcısı olarak nitelendirileceğini ileri sürmektedir. Bu doğrultuda kamu personeli olan diğer sağlık personelinin faaliyetleri nedeniyle özel hukuk hükümlerine dayanılarak ancak adli yargıda dava açılabilir. Bunun yanında her ne kadar özel hukuk kişisi olarak hareket eden serbest hekimin yürüttüğü tedavi hizmeti kapsamında olsa da, söz konusu kamu personelinin faaliyetleri nedeniyle idare de sorumlu olmaya devam edecektir. (*Avcı, agm.*, s. 134.)

Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin 63. maddesinde öngörülen hizmet sunma biçimi Fransız hukukunda kabul edilen “serbest hekimlik adacıkları” (*ilots de médecine liberale*) sistemi ile benzeşmektedir. Fransız Toplum Sağlığı Kanunu'nun L 6154 – 2 hükmü uyarınca, kamusal sağlık kuruluşlarında tam zamanlı olarak faaliyet yürüten hekimlerin, faaliyet yürütmekte oldukları sağlık kuruluşunda, mesai saatleri dışında ve özel hukuk hükümlerine tabi olarak sağlık hizmetleri yürütmeleri mümkündür. Bunun için öncelikli olarak hekim ile sağlık kuruluşu arasında beş yıllık serbest hekimlik yürütme sözleşmesinin imzalanması ve bu sözleşmenin bölgesel sağlık ajansı tarafından onaylanması gerekmektedir. Öte yandan kamu personeli hekimin, serbest hekimlik faaliyeti yürüteceği süre haftalık çalışma süresinin %20'sini aşamayacaktır. Bu ihtimalde hekimin tıbbi faaliyetlerinden kaynaklanan zararlardan idare sorumlu tutulamayacak olup, söz konusu zararların tazmini için adli yargıda ve hekim aleyhine dava açılması gerekecektir. (CE, 30.09.2002, *Dupuy*, n° 220127, *AJDA*, 2003, *Dalloz.fr.*) Dolayısıyla bu kapsamda yapılmakta olan tedavilerde kamu personeli hekim, adeta serbest çalışan hekim gibi faaliyet yürütmektedir. Buna karşılık, hastanenin fiziksel yapısı ve kullanılan araç ve gereçlerden kaynaklanan zararlardan hizmetin asıl sahibi olan idare sorumlu olmaya devam edecektir. (Didier Truchet, **Droit de la santé publique**, 8e édition, *Dalloz*, 2013, s. 269; Marie Laure / Moquet Anger, **Droit Hospitalier**, 5 e édition, *LGDJ*, 2018, s. 486; Esper / Dupont, **age.**, s. 658; Esper / Sargos, **age.**, s. 393; Memetau / Girer, **age.**, s. 633; Jean - Paul Markus, “Responsabilité des établissements publics de santé - Fondements”, **Jurisclassseur**, Fascicule No: 906-10, 27.01.2010, *Lexisnexis.fr.*, s. 6.) Zararın kullanılan araçların kendisinin kusurlu olmasından kaynaklanmadığı, bu araçların kullanımından kaynaklandığı hallerde ise hekim özel hukuk hükümlerine göre sorumlu olacaktır. Önüne gelen bir uyuşmazlıkta Versailles İdari İstinaf Mahkemesi, kamu personeli hekim tarafından özel hukuk hükümlerine tabi olarak yürütülmekte olan sağlık hizmetleri sırasında hastaya enfeksiyon bulaşması nedeniyle oluşan zararın hizmetin örgütlenmesi ya da kullanılan araç gereçten değil, hekimin kusurundan kaynaklandığını vurgulayarak, hastane aleyhine açılan tam yargı davasının reddine karar vermiştir. (CAA Versailles, 10.04.2018, n° 5VE02984, **AJDA**, 2018, s. 1878, *Dalloz.fr.*)

olduğu gibi hekim ile hasta arasında doğrudan bir bağ ya da sözleşmesel ilişki bulunmamaktadır¹³⁴. Kamusal sağlık kuruluşlarından hizmet alan kişi ile idare arasında, mevzuatla düzenlenmiş statüsel bir ilişki bulunmaktadır. Bu doğrultuda tarafların hak ve yükümlülüklerinin ne olduğu mevzuatta açıkça düzenlenmiştir¹³⁵. Bu ilişkinin bir sonucu olarak, hekim ya da diğer sağlık personelinin fiiline atfedilemeyen hallerde dahi idarenin sorumluluğundan söz edilebilmektedir¹³⁶.

Danıştay bir kararında, “(...) idarenin kendisine verilen sağlık hizmetlerinin idamesi için öncelikle gerekli örgütü kurmak ve bu örgütün aynı, şahsi ve mali olanaklarıyla araçlarını hizmete hazır tutmakla yükümlü (...)” olduğunu vurgulayarak, tıbbi uygulama hataları dışında kalan ve doğrudan sağlık hizmetinin kendisinden kaynaklanan zararlardan doğan sorumluluğun temellerini ortaya koymuştur¹³⁷.

Danıştay’ın yerleşik içtihadı uyarınca idare, kendisine verilen kamu hizmetinin gereği gibi işlemlerini sağlayacak örgütü kurmak, araç – gereç ve personeli o hizmetin gereklerine uygun biçimde hazırlamakla yükümlüdür. Bu unsurlardaki eksiklikler nedeniyle hizmetin iyi işlememesi yüzünden kişilerin zarara uğramaları ihtimalinde idarenin sorumluluğu söz konusu olacaktır¹³⁸. Dolayısıyla bu anlayıştan

¹³⁴ CE, 04.10.1969, *Doukakis*, n° 71582, Rec. Lebon, 1968; CE, 23.02.1979, *Tolub*, n° 04467, Rec. Lebon, 1979; CE, 11.01.1991, *Mme. Biancale*, n° 93348, Rec. Lebon, 1991, Dalloz.fr.

¹³⁵ Truchet, *age.*, s. 269.

¹³⁶ Dan.15.D., 30.02.2016, E. 2015/2607 K. 2016/3893, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. “İdarenin (...) teşkilatı yetersiz kurması yahut tıbbi ameliyedeki organizasyon eksikliği sebebiyle tedavide aksamaya yol açması da bir tür hata olarak nitelendirilmekte; bakım, gözetim ve diğer yan yükümlülüklerin hiç veya gereği gibi yapılmaması sebebiyle oluşacak zararlarda idarenin sorumluluğundan söz edilmektedir. Somut olayda da hekim yahut diğer sağlık personeli doğrudan kusurlu bulunmasa dahi, idarenin organizasyon eksikliği bulunması halinde sağlık hizmetini gereği gibi işletmeyen sağlık idaresinin sorumluluğuna gidilebilecektir.” (Dan.15.D., 21.12.2017, E. 2017/61, K. 2017/7694, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

¹³⁷ Dan.12.D., 18.11.1968, E. 1967/2767, K. 1968/2118, **Danıştay 12. Daire Kararları, Birinci Kitap**, C. II, Güneş Matbaası, s. 676; “(...) idare kendisine verilen kamu hizmetlerini gereği gibi işlemesini sağlayacak örgütü kurmak, araç ve gereç, personeli o hizmetin gereklerine uygun biçimde hazırlamakla yükümlüdür. Hizmetin iyi işlememesi yüzünden kişilerin zarara uğramaları halinde idarenin hukuksal sorumluluğu söz konusu olur ve uğranılan zararın hizmeti yürütmekle görevli idarece tazmini gerekir.” (Dan.10.D., 0.10.1982, E. 1982/2613, K. 1983/1959, aktaran M. Savaş Bayındır, “Sağlık Hizmetlerinde İdarelerin ve Hekimlerin Sorumluluğu”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XI, S. 1-2, 2007, s. 558.) Aynı yönde karar için bkz. Dan.10.D., 05.07.2006, E. 2005/2442, K. 2006/48125, aktaran Aydın Akgül, “İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazmin Sorumluluğu ve Danıştayın Yeni Yaklaşımı”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XX, S. 1, 2016, s. 288.

¹³⁸ “(...)İdarenin, yürütmekle yükümlü olduğu bir kamu hizmetini gereği gibi yerine getirme, bu hizmetin işleyişini sürekli olarak kontrol etme, hizmetin yürütülmesi sırasında gerekli önlemleri alma, hizmeti yürütecek personelin ve hizmete özgülünen araçların seçiminde gerekli dikkat ve özeni gösterme ve denetimi yapma yükümlülüğünü ihlal etmesi neticesinde hizmetin hiç işlememesi, kötü

hareketle, kamu hizmetlerinin bizatihi kendisinden kaynaklanan sorumluluğun yeterli nitelik ve nicelikte personel istihdam edilmemesi, hizmetin etkili bir şekilde yerine getirilmesi için ihtiyaç duyulan malzemenin bulunmaması veya yeterli sayı ve nicelikteki personel (2) ve malzemenin (3) mevzuat ve tıbbi standartlara uygun şekilde organize edilmemesinden (1) kaynaklanması mümkündür. Ayrıca, sağlık kuruluşlarında sunulan sağlık hizmetlerinin gerek fiziki ve gerek tıbbi yönden asgari güvenlik koşullarını karşılamaması idarenin sorumluluğuna yol açacaktır (4).

1. Sağlık Hizmetlerinin Tanzimi ve Sorumluluk

Sağlık hizmetlerinin yürütülmesinde karşılaşılan kusurlu faaliyetlerin başında organizasyon eksikliği yer almakta olup, bu hallerde hizmetten yararlanan üçüncü kişilerin uğradıkları zararlar idarenin sorumluluğuna yol açmaktadır. Sağlık hizmetinin kuruluşu, organizasyonu ve işletilmesinde meydana gelen yetersizlikler, hizmetin tanziminden kaynaklanan kusurlar olarak nitelendirilebilecek olup, yeterli sayı ve nitelikteki personel ve araç gerecin kusurlu şekilde organize edilmesinden kaynaklanan zararlar nedeniyle idarenin sorumluluğu bu kapsamda incelenecektir¹³⁹.

Sağlık hizmetlerinin eşitlik ilkesi çerçevesinde sunulması, Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitliğe ilişkin genel düzenlemenin yanı sıra, sağlık hakkına ilişkin 56. maddesinde yer alan “herkesin” ifadesinden kaynaklanan bir kuraldır. Hizmetten eşit şekilde faydalanmak kural olmakla birlikte; bu kuralın istisnaları mevcuttur¹⁴⁰. Sağlık hizmetlerinin personel ve malzeme yönünden organizasyonunun temel amacı bireylerin sağlık hizmetlerinden eşitlik ilkesine uygun olarak ve etkili şekilde

veya geç işlemesi idarenin hizmet kusurunu oluşturur. (...) (Dan. 10.D., 03.03.2015, E. 2013/7812, K. 2015/854, DD, S. 139, s. 239.) “İdarenin araç/gereç/cihaz eksikliği, teşkilatı yetersiz kurması yahut tıbbi ameliyedeki organizasyon eksikliği sebebiyle tedavide aksamaya yol açması da bir tür hata olarak nitelendirilmekte, İdarenin sunduğu sağlık hizmetinin gereği gibi işlememesini ifade etmektedir.” (Dan.15.D., 30.02.2016, E. 2015/2607 K. 2016/3893, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Aynı hususa vurgu yapan kararlar için bkz. Dan.10.D., 22.01.2001, E. 1994/3467, K. 1997/5311; Dan.10.D., 26.10.1995, E. 1995/3321, K. 1995/4495, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Dan.10.D., 12.10.1999, E. 1997/3468, K. 1999/4782, DD, S. 103, s. 885

¹³⁹ Hizmetin tanziminden kaynaklanan sorumluluk hali öğretideki bazı yazarlar tarafından idari malpraktis olarak da nitelendirilmiştir. (Kaan Karadibak / Serkan Çınarlı, “İdarenin Sağlık Hizmeti Sunumunda Organizasyondan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu”, **Leges, İzmir Üniversitesi Sağlık Hukuku Dergisi**, Y. 2, S. 6, 2015, s. 77.)

¹⁴⁰ Yatarak Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin 11. maddesine göre, polikliniklere başvuran hastalara sıra numarası verilerek, muayene bu sırayla yapılır. Ağır, acil, yaşlı hastalarla sakatlar ve adli vak'alar ve tüberkülozlu hastalar için sıra gözetilmez. Ayrıca yataklı tedavi kurumlarına, sağlık ocaklarından, koruyucu sağlık hizmeti yapan kuruluşlardan sevk edilen hastalara polikliniklerde öncelik verilir.

yararlanmalarının sağlanmasıdır. Nitekim gerek kurumsal ve gerek coğrafi bazda yeterli organize edilmemesi, hizmetin bazı hallerde yetersiz kalmasına sebep olurken, bazı hallerde ise atıl olmasına yol açmaktadır. Bu bakımdan organizasyonun kurulmasında hizmete duyulan ihtiyaç ile personel ve maddi kaynakların yetersizliği arasında denge kurulması ayrıca önem taşımaktadır. 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun 3. maddesine göre de, sağlık kuruluşları ile sağlık personelinin ülke sathında dengeli dağılımı ve yaygınlaştırılması esastır. Sağlık kuruluşlarının kurulması ve işletilmesi bu esas içerisinde Sağlık Bakanlığı tarafından düzenlenir. Kanun'un Sağlık Bakanlığına yüklemiş olduğu bu organizasyon yükümlülüğünün yerine getirilmemesi kaçınılmaz olarak idarenin sorumluluğuna sebep olacaktır.

Karmaşık yapısı gereği çoğu zaman ekip halinde ya da birden fazla sağlık çalışanının fiili ile gerçekleştirilebilen sağlık hizmetlerinin sunumunun eksik ya da hatalı organize edilmesi hizmetin kusurlu işlemesine neden olacaktır. Öte yandan, tüm birimlere bağlı sağlık personelinin 24 saat kesintisiz olarak sağlık kuruluşunda bulunması işgücü kaybına neden olacağından ve söz konusu ihtimal Devlete ağır bir ekonomik yük getirecektir. Bu nedenle, birimler arasındaki ilişki de gözetilerek sağlık personelinin etkili biçimde faaliyet yürütecek şekilde organize edilmesi zorunluluğu doğmaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki organizasyon eksikliği ya da organizasyonun bozukluğu farklı şekillerle karşımıza çıkabilmektedir.

Organizasyon bakımından hizmet kusuru oluşturan hallerin başında, hekimler ve diğer sağlık çalışanlarının nöbetlerinin Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nde yer alan düzenlemeler ile tıbbi standartlara aykırı şekilde düzenlenmesi yer almaktadır. Söz konusu Yönetmelik'in 43. maddesi uyarınca hastanelerde faaliyet yürüten hekimler acil nöbeti, servis nöbeti ya da icap nöbetinde görevlendirilebilmektedirler¹⁴¹. Nöbetlerin mevzuata aykırı şekilde düzenlenmesi

¹⁴¹ Fransız hukukunda ise nöbet sistemi kural olarak gönüllülük esasına dayanmaktadır. Fransız Toplum Sağlığı Kanunu'nun L 4127-77 maddesi uyarınca, sağlık hizmetlerinin düzenliliğini ve sürekliliğini sağlamak amacıyla ihtiyaca bağlı olarak Bölgesel Sağlık Ajansları tarafından üç aylık nöbet listeleri hazırlanmaktadır. Ulusal hukukumuzdan farklı olarak nöbetlere kamusal ve özel hastanelerde çalışan hekimlerin yanı sıra serbest faaliyet yürüten hekimlerin de katılmaları mümkündür. Gönüllülük esasına göre yapılan başvurular üzerine hazırlanan listeler Bölgesel Sağlık Ajansı başkanının onayı ile kabul edilmektedir. Nöbet listesinde yeterli sayıda hekimin bulunmaması, bazı birimlerin boş kalması ihtimalinde, durum ajansın bağlı olduğu valiye bildirilmekte, hekim odaları tarafından hazırlanan ve bölgede faaliyet yürütmekte olan hekimlerin yer aldığı listede içinden zorunlu görevlendirme yapılmaktadır. Vali tarafından yapılan mecburi görevlendirmeye rağmen

Danıştay tarafından hizmet kusuru olarak nitelendirilmektedir. Yüksek Mahkeme önüne gelen bir olayda, kadın doğum uzmanı ve anestezi teknisyeninin servis nöbeti tutması gerekirken, icapçı olarak nöbet tutmaları nedeniyle sağlık hizmetinin geç işlemesi sonucunda oluşan zarardan idarenin sorumlu olacağı yönünde hüküm kurmuştur¹⁴². Danıştay önüne gelen başka bir uyuşmazlıkta ise, acil serviste genel cerrahın bulunmaması nedeniyle asistan tarafından müdahalede bulunulmasını hizmet kusuru olarak nitelendirmiştir¹⁴³.

Organizasyon kusurunun bir diğer görünüm biçimi ise, aynı sağlık tesisine bağlı farklı yerleşkeler arasında ya da aynı sağlık tesisi yerleşkesi içerisindeki birimler arasındaki organizasyon eksikliğidir¹⁴⁴. Sağlık hizmetlerinde çoğu zaman farklı uzmanlık dalına bağlı hekim ya da sağlık personelinin birlikte görev alması gerekmektedir. Bu hallerde farklı birimlerdeki sağlık personeli arasındaki koordinasyon, bilgi paylaşımı ve hatta doku ve organ transferi faaliyetlerinin bir düzen içinde, zamanında, tam ve eksiksiz bir şekilde yerine getirilmesi gerekmektedir. Aksi durum hizmetin kötü veya geç işlemesi nedeniyle idarenin sorumluluğuna yol açacaktır¹⁴⁵. Bu bakımdan sağlık kuruluşu içinde faaliyet yürüten birimlerin, aralarındaki ilişki dikkate alınarak konumlandırılması ve etkili bir şekilde iletişim kurmalarına imkan veren altyapının sağlanması da ayrıca önem taşımaktadır¹⁴⁶. Özellikle başka birimlerin ani müdahalesine ihtiyaç duyan birimlerin aynı binada ve hatta birbirine yakın konumlandırılması hizmetin etkili şekilde

nöbete katılmama halinde hekime disiplin cezası verilmesinin hukuka aykırılık oluşturmayacağına Fransız Danıştay tarafından karar verilmiştir. (CE, 23.01.2013, M. T., n° 344706, Dalloz.fr.)

¹⁴² Dan.15.D., 21.04.2015, E. 2014/5867, K. 2014/2320, aktaran Akgül, *agm.*, s. 290.

¹⁴³ “(...) baş dönmesi sonucu evinde düşen ve halsizlik ve bulantı şikayetleriyle hastaneye kaldırılan ilgilinin muayenesinde genel cerrahlara ihtiyaç duyulduğu halde genel cerrahların bulunamadığının, dahiliye asistanı tarafından muayyene edilen hastanın genel durumunun bozulduğunun ve sonrasında öldüğünün anlaşıldığı, mahkemelerince hizmet kusurunun belirlenmesi için dosyanın Yüksek Sağlık Şurası'na gönderildiği, Yüksek Sağlık Şurası'nca hastanın teşhis ve tedavisinin geciktirildiğine, bunda acil sorumlusunun 4/8, acilden sorumlu radyoloji sorumlusunun 4/8 ve acilden sorumlu genel cerrahi ekibinin 4/8 oranında kusurlu bulunduklarına karar verildiği, bu halde uğranılan zararın hizmeti yürüten İdarece tazmini gerektiği (...)” (Dan.10.D., 25.02.2003, E. 2001/323, K. 2003/703, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

¹⁴⁴ Markus, *agm.*, s. 24.

¹⁴⁵ Danıştay önüne gelen bir uyuşmazlıkta, bebeğin fetal kalp hızının çok düşmesine rağmen anestezi ekibinin hastanede bulunmaması nedeniyle acil sezaryen operasyonunun gecikmeli olarak yapılması, hastanenin acil ameliyat organizasyonunun kusurlu işlemesi olarak nitelendirilerek tazminata hükmedilmiştir. (Dan.10.D., 11.02.2011, E. 2007/8114, K. 2011/560, aktaran Aydın Akgül, “Yargı Kararları Işığında, Gebelik ve Doğum Sürecinde Sağlık Hizmet Kusurundan Kaynaklanan Tam Yargı Davaları”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 3, S. 10, 2012, s. 492.)

¹⁴⁶ Demir, *age.*, s. 83.

yürütülmesi bakımından önem taşımaktadır¹⁴⁷. Şehir hastaneleri olarak adlandırılan, çok yataklı ve geniş yerleşkelere sahip sağlık kampüslerinin ülkemizde yaygınlaşması sonucunda, sağlık birimleri arasındaki mesafe kaçınılmaz olarak artmıştır. Bu durumun, yukarıda açıklanan gerekçelerle hizmetin zamanında işlemesi bakımından etkisinin olması ve idarenin sorumluluğuna yol açması şüphesizdir. Bu nedenle birimler arasında hızlı ve etkili bir işbirliğini sağlamaya yönelik tedbirlerin alınması bir gerekliliktir.

Nitekim Fransız Danıştay bir kararında servisler arasındaki mesafenin fazla olması nedeniyle ani gelişen komplikasyona müdahalenin zamanında yapılmamasını hizmet kusuru olarak nitelendirerek idare aleyhine tazminata hükmetmiştir¹⁴⁸. AİHM ise önüne gelen bir uyuşmazlıkta, tekerlekli sandalyeye bağlı olan ve birçok sağlık sorunu bulunan hastanın, asansör bulunmayan bir hastanenin dördüncü katında tedavi görmesinin hizmeti kusurlu hale getireceğini vurgulayarak Sözleşme'nin 3. maddesine aykırılığa hükmetmiştir¹⁴⁹.

Organizasyon kusurunun ortaya çıktığı bir diğer hal ise hastanın zorunlu olarak başka sağlık kuruluşuna sevk edildiği durumlardır. Hastane imkanlarının gerek personel ve gerek araç gereç yönünden yetersiz olması nedeniyle hastanın başka hastaneye sevkinin zorunlu olduğu hallerde, sevk edilmemesi¹⁵⁰; sevk sürecinin eksik ya da kötü organize edilmesi ya da hiç organize edilmemesi de hizmet kusuru oluşturacaktır¹⁵¹. Sözgelimi Danıştay bir kararında Sağlık Bakanlığı'na bağlı hastanenin kendisine başvuran hastayı, hasta sevk faaliyetlerinin yönetim ve koordinasyonu ile görevli 112 Kontrol ve Komuta Merkezi'ne bildirim yapmaksızın sevk etmesini hizmet kusuru addederek hüküm kurmuştur¹⁵².

¹⁴⁷ CE, 25.07.2007, *CHG Avignon*, n° 274682, Rec. Lebon, 2007; CE, 15.03.2009, *CH Saint-Martin*, n°309144, Rec. Lebon, 2009, Dalloz.fr. Aynı yöndeki idari istinaf mahkemesi kararı için bkz. CAA Bordeaux, 12.05.2005, Min. de la Santé et des Solidarités, n° 03BX00077, Rec. Lebon, 2005, Dalloz.fr.

¹⁴⁸ CE, 25.07.2007, *CHG Avignon*, n° 274682, Rec. Lebon, JurisData no: 2007 – 072296, Dalloz.fr.

¹⁴⁹ AİHM, *Arutyunyan / Rusya*, BN. 48977/09, T. 10.01.2012, Hudoc.echr.coe.int.

¹⁵⁰ Dan.15.D., 11.03.2015, E. 2013/4509, K. 2015/1398, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası "(...) gerekliliğin anılan hastanede yapılmamasının cihaz eksikliği nedeniyle mümkün olmaması halinde hastayı ileri tetkik ve tedavi imkanlarına sahip bir merkeze sevk etmek gerekirken bunun yapılmadığı anlaşılmaktadır." (Dan.15.D., 11.03.2015, E. 2013/669, K. 2015/1396.)

¹⁵¹ İ. Hamit Hancı, **Malpraktis Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu**, Seçkin Yayıncılık, 2002, s. 51; Mustafa Kıcaloğlu, **Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları**, Adalet Yayınevi, 2011, s. 28.

¹⁵² Dan.15.D., 19.04.2018, E. 2013/11764, K. 2018/3886, DD., S. 149, s. 282.

Ayrıca bu hallerde hastaya öncelikle ilk müdahalenin yapılması gerekmekte olup, acil müdahale gerektiren hallerde hastanın durumu uygun ve stabil hale getirilmeksizin sevk edilmesi hizmet kusuru oluşturacaktır¹⁵³. Önüne gelen bir uyuşmazlıkta Danıştay, kadın doğum uzmanının hastanede bulunmaması nedeniyle sevk edilen hastanın, personel refakatinde ambulansla sevk edilmek yerine özel araçla gönderilmesi ve araçta yanlış teknikle taşınması sonucunda oluşan zararın hizmet kusuru oluşturacağına hükmetmiştir¹⁵⁴. Nitekim Nantes İdari İstinaf Mahkemesi de bir kararında kalbinde ritim bozukluğu bulunan hastanın yeterli bilgi ve uzmanlığa sahip personel refakatinde olmaksızın başka hastaneye sevk edilmesinin hizmet kusuru oluşturacağına karar vermiştir¹⁵⁵.

Bunun yanında, Hasta Hakları Yönetmeliği¹⁵⁶’nin 7. maddesine göre, mevzuatın belirlediği koşullara uygun olarak hasta, hizmet aldığı sağlık kuruluşunu değiştirme hakkına sahiptir. Ancak bu hakkın kullanılması durumunda dahi, sağlık kuruluşunun hayati tehlike bulunan hallerde hastanın sevkine izin vermemesi gerekmekte olup, aksi yöndeki tutumu sorumluluğa yol açacaktır¹⁵⁷. Ayrıca, hastaneler arasındaki sevk işlemlerinde gerekli koordinasyon kurulmaksızın, uygun hastanede yatak temin edilmeden hastanın sevk edilmesi de hizmet kusuru oluşturmaktadır¹⁵⁸.

¹⁵³ Dan.10.D., 15.05.2007, E. 2004/12641, K. 2007/2645.

¹⁵⁴ Dan.10.D., 18.02.2003, E. 2001/1446, K. 2003/506, aktaran Akgül, **agm.**, s. 492; Hülya Türkan, Harun Tuğcu, “2000 – 2004 Yılları Arasında Yüksek Sağlık Şurasında Değerlendirilen Acil Servislerle İlgili Tıbbi Uygulama Hataları”, **Gülhane Tıp Dergisi**, C. 46, S. 3, 2004, s. 230. Yüksek Sağlık Şurası önüne gelen bir olayda ise, ilçe hastanesinde yaptığı doğum üzerine, plesenta acreata tanısı konulan hasta il merkezindeki Devlet hastanesine sevk edilmiş, hemşirenin olmadığı ambulans ile yakınları eşliğinde nakli sağlanmıştır. Yolda ölen hastanın ölümünün hemşire ile gönderilmesi halinde dahi gerçekleşebileceğini vurgulayan Yüksek Sağlık Şurası ölüm ile hemşirenin görevlendirilmemesi arasında illiyet bağı olmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir. (Hancı, **age.**, s. 41.)

¹⁵⁵ CAA Nantes, 17.12.1998, *CPAM du Havre*, n° 047715, Rec. Lebon, 1998, Dalloz.fr. Aynı hususun vurgulandığı Anayasa Mahkemesi kararı için bkz. AYM, BB, *Esma Çelebi*, BN. 2014/17591, T. 19.04.2017, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası.

¹⁵⁶ RG. 01.08.1998, S. 23420.

¹⁵⁷ Sunay Akyıldız / Hasan Özkan, **Hasta – Hekim Hakları ve Davaları**, 2. baskı, Seçkin Yayıncılık, 2012, s. 44; Turan Yıldırım, “Hasta Hakları”, **Sağlık Hukuku Sempozyumu No: 1 ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler**, Marmara Üniversitesi 17.11.2006, 2007, s. 118.

¹⁵⁸ AİHM, *Centre For Legal Ressources on Behalf Of Valentin Campeanu / Romanya*, BN. 47848/08, T. 17.07.2014, Hudoc.echr.coe.int. Fatih Birtek “Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinde İdarenin Kusura Dayanan Sorumluluğu”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, S. 3-4, 2007, s. 94; Atabek, **agm.**, s. 637. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne gelen bir uyuşmazlıkta, çocuk yoğun bakım ünitesinde özel teknik cihazların bulunmaması nedeniyle, başka bir hastanenin yoğun bakım ünitesine sevk edilen hasta, bu üniteye yer olmaması nedeniyle bir gece bekletildikten sonra yoğun bakıma alınması sonucu solunum yetmezliği nedeniyle hayatını kaybetmiştir. Kararında ikili bir ayrıma giden Mahkeme, gerekli tedbirler alınmaksızın sevk işlemi yapan kamu personelinin kusuru nedeniyle idarenin sorumlu tutulması gerektiğini; söz konusu hukuka ve tıbbi gereklere aykırı sevk işlemlerinin süreklilik arz etmesi durumunda ise organizasyon kusuru nedeniyle idarenin

Buna karşılık, Danıştay hastanın sevk edilmesinin son çare olarak uygulanması gerektiğini ortaya koyduğu bir kararında, sevk edilmeden, başka bir yöntemle hastanın etkili bir şekilde tedavisinin mümkün olabildiği hallerde hastanın yine de sevk edilmesi tedavinin gecikmesine sebep olacağından hizmet kusuruna yol açmaktadır. Başka bir ifadeyle, alternatif çözüm yolları aranmaksızın hastanın tedavi talebinin geri çevrilmesi ve başka bir sağlık kuruluşuna sevki hizmet kusuru oluşturmaktadır¹⁵⁹.

Öte yandan sağlık hizmetlerinin coğrafi düzeyde personel ve araç gereç yönünden dengeli dağılımının sağlanamaması sonucunda, hizmetin sunumu bakımından sağlık kuruluşları arasındaki farklılaşmanın artması ve hastaların devamlı olarak başka sağlık kuruluşuna sevk ediliyor oluşu da hizmetin kötü işlemesine sebep olmaktadır¹⁶⁰. Zira bu hallerde hizmetin kötü organize edilmesi, devamlı olarak hastaların sevk edilmesine ve bu nedenle de hizmetin gecikmeli olarak işlemesine yol açmaktadır.

Sağlık hizmetlerinin organizasyonu bakımından bölgeselleşme ve kurumlar arası gruplaşma politikasının uygulandığı Fransız hukukunda sağlık hizmetleri bölgesel düzeyde organize edilmektedir. Ülkemizde uygulanan merkezileşmiş sağlık hizmetinden farklı olarak, sağlık hizmetleri yönünden coğrafi bölgeler oluşturulmuş

doğrudan tutulması gerektiğini ortaya koymuştur. (AİHM, *Aydoğdu / Türkiye*, BN. 40448/06, T. 30.10.2016, Hudoc.echr.coe.int.) Karara ilişkin değerlendirmeler için bkz. Serkan Seyhan, “Karar İncelemesi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) *Aydoğdu / Türkiye* Davası (Başvuru No: 40448/06) Karar Tarihi: 30.10.2016) Jurix.com.tr, (Erişim:24.0.2018.) Aynı yönde karar için bkz. “*Gümüşhane Devlet Hastanesi, küçük Tolga’nın bir başka hastaneye kabul edilmemesi durumunda yaşamının riske gireceğini göz ardı edemezdi. Bebeğin, derhal bakımının üstlenilmiş olması halinde hayatta kalma ihtimaline dayanmaya gerek kalmadan, Mahkeme, bu riske rağmen, bebeğin sevk edilmesi yönünde seçim yapmadan evvel, söz konusu personelin, hastanın KTÜ Farabi Devlet Hastanesi’nde bakımının üstlenileceğinin garanti altına alınması için gerekli tedbirleri almadığını kaydetmektedir. (...) Dosyada yer alan unsurlar göz önüne alındığında, Mahkeme, somut olayda hastaneler arasında koordinasyon olmaması ve müdahalede bulunmaları için çağrılan doktorlardan herhangi birisi tarafından yenidoğanın bakımının üstlenilmemesinin, basit bir yer olmayışıyla haklı gösterilemeyeceği kanaatindedir.*” (AİHM, *Asiye Genç*, BN. 24109/07, T. 27.01.2015, Hudoc.echr.coe.int.)

¹⁵⁹ “Sağlık Bakanlığına bağlı tam teşekküllü hastanelerde EKO olmaması, teşhis koymaya yetecek imkanların bulunmaması yanında, üniversite hastanesinin yenidoğan servisinde yeterli yatak bulundurulmaması, acil durumdaki bir hasta için ısrarla aranmasına rağmen ek yatak konulması, başka servislerde yatak ayarlanması ya da kısa süreli hastalar arası yer değişimi gibi alternatif çözüm yolları aranmaksızın talebin geri çevrilmesi gibi hususlar göz önünde bulundurulduğunda, olayda doktor kusuru bulunmasa bile, ertelenemez mahiyette olan sağlık hizmetinin kuruluşunda ve işleyişindeki eksiklik ve aksaklıklar nedeniyle hizmetin gereği gibi yürütülmediği ve bu durumun da hizmet kusuru oluşturduğu sonucuna ulaşılmıştır.” (Dan.15.D., 12.03.2014, E. 2013/3865, K. 2014/1691, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

¹⁶⁰ Markus, *agm.*, s. 21.

ve her bir bölgenin politikalarını belirlemek ve uygulamak üzere “Bölgesel Sağlık Ajansları” (*Agence regionale de santé –ARS*) kurulmuştur¹⁶¹. Fransız Toplum Sağlığı Kanunu’nun L 1411-1 hükmü uyarınca, herbir bölgesel sağlık ajansı merkezden yönetim tarafından belirlenmiş olan ulusal sağlık politikalarına aykırı olmayacak şekilde, insan sağlığına uygun yaşam koşullarının sağlanmasına, nüfusun sağlık durumunun iyileştirilmesine, sağlık hizmetlerinin eşitlik ilkesi çerçevesinde sunulmasına, koruyucu ve tedavi edici sağlık hizmetlerinin etkili bir şekilde sunumuna yönelik bölgesel sağlık politikaları belirlemekle yetkilidir¹⁶². Bu çerçevede her bölgesel sağlık ajansı, anılan Kanun’un L 1434-2 hükmüne göre, bir veya daha uzun süreli bölgesel sağlık projesi hazırlamakla yükümlüdür. Anılan düzenlemenin üçüncü fıkrası ve devamı uyarınca, bölgesel stratejik plan, kurum ve kuruluşlara ilişkin bölgesel organizasyon şemaları ve stratejik planın uygulamasına yönelik sözleşme ve programların bölgesel sağlık projesi içinde yer alması gerekir¹⁶³.

Sağlık hizmetlerini bölgeselleştiren Fransız sisteminin, hizmetin örgütlenmesi bakımından yerel özerkleşmelere sebep olduğu, bunun da anılan hizmetin eşitlik ilkesi çerçevesinde sunulması ilkesi ile bağdaşmadığı gerekçesiyle eleştirilmişse de, *Truchet* söz konusu örgütlenmenin sağlık politikalarının yerelleşmesini değil; ulusal sağlık politikalarının bölgeselleştirilmesini sağlayacağını ileri sürmüştür¹⁶⁴. Buna göre, merkezden yönetim tarafından ulusal düzeyde belirlenen sağlık politikalarının gerçek anlamda hayata geçirilmesi için bölgesel kuruluşların, yerel farklılıkları dikkate alarak düzenlemeler yapması ve bir organizasyon şeması belirlemesi daha etkili bir politika olarak nitelendirilmiştir.

Yerel düzeyde yapılandırılan sağlık hizmetleri de kendi içinde hizmet paylaşımı bölgelerine ayrılmaktadır. Fransız Toplum Sağlığı Kanunu’nun L 1434-9 hükmüne göre, yerel bölgeler tedavi hizmetlerinin yürütülmesi ve yüksek teknoloji gerektiren, “ağır” tıbbi cihaz ve malzemelerin kaynak israfına yol açmaksızın, daha etkin

¹⁶¹ 2010 yılından önceki dönemde ise, yalnızca kendi yetki alanlarındaki kamu ve özel hastanelerin faaliyetleri, personel ve hizmetlerine ilişkin düzenlemeler yapmak üzere herbiri kamu ütsel kişiliğini haiz Agence régionales de l’hospitalisation (ARH) kurulmuştu. Bölgesel sağlık ajanslarından farklı olarak bu birimlerin yetki alanı yalnızca hastaneler tarafından yürütülen sağlık hizmetleriyle sınırlıydı. (Esper / Dupont, *age.*, s. 68.)

¹⁶² Esper / Dupont, *age.*, s. 72; Johanne Saison, “Etablissements de santé- Organisation hospitaliere”, *Juriscasseur*, Fascicule No: 229-10, 15.10.2013, Lexisnexus.fr., s. 4.

¹⁶³ Esper / Dupont, *age.*, s. 75.

¹⁶⁴ Truchet, *age.*, s. 74.

sunumu amacıyla hizmet paylaşım bölgelerine (*zones de réparation*) ayrılmıştır. Söz konusu düzenleme uyarınca, yerel ihtiyaçlar dikkate alınarak her bir paylaşım bölgesi içinde faaliyet yürüten sağlık kurum ve kuruluşları, kapasite ve nitelik yönünden bir bütün olarak organize edilecek olup, sayıca az olan ve yüksek teknoloji gerektiren birtakım tıbbi cihaz ve malzemeler de bölgenin bütünü dikkate alınarak paylaştırılacaktır¹⁶⁵. Başka bir deyişle, hizmet paylaşım bölgesi adeta tek bir sağlık kuruluşunun bölümleriymişçesine gerek personel, gerek kapasite ve gerek araç gereç yönünden organize edilecektir. Kanun'un aynı maddesinde yer alan düzenleme uyarınca her bir hizmet paylaşım alanında, bölgedeki sağlık birimlerinin ihtiyaçlarını karşılamak üzere tıbbi laboratuvar kurulacaktır. Yine, sağlık kurum ve kuruluşlarının kapasite, malzeme yönünden yetersiz kaldığı durumlarda, hasta ancak paylaşım bölgesinde bulunan diğer sağlık kuruluşlarına sevk edilebilecek, teşhis ve tedavi hizmetleri aynı bölgede kalan kuruluşlar tarafından görev paylaşımı içinde yapılabilecektir¹⁶⁶.

Fransız Toplum Sağlığı Kanunu'nun L 1434. maddesine göre, her bir hizmet paylaşımı bölgesi için, yeterli sayıda birinci ve ikinci basamak sağlık kuruluşları, sunulacak sağlık hizmetleri ile ağır tıbbi cihazların sayısı, bölge içinde yer alan kuruluşlar arasındaki sevk ve organizasyon ilişkisi, patolojik inceleme ve laboratuvar hizmetlerinin sunumu Bölgesel Sağlık Ajansı tarafından belirlenmektedir. Bu doğrultuda sağlık hizmetlerinin organizasyonunun yeterliliği bakımından değerlendirme yapılırken her bir bölgenin bütünü dikkate alınarak sorumluluğun tespitini yapmak gerekecektir.

Sağlık hizmeti sunan kuruluşların gruplaşması suretiyle organize olmasına ilişkin bir diğer düzenleme de Fransız Toplum Sağlığı Kanunu'nun L 6132. maddesinde yer almaktadır. Yalnızca kamusal sağlık kuruluşlarını kapsamına alan bu düzenlemeyle Fransız kanun koyucusu sağlık hizmetlerinin gerek personel ve gerek tıbbi malzeme ve yatırım yönünden rasyonelleştirilmesi ile hizmetlerin coğrafi alan içinde eşitlik ilkesi çerçevesinde sunulmasını amaçlamaktadır¹⁶⁷. Buna göre, aynı bölgesel sağlık ajansının faaliyet alanında hizmet yürüten sağlık kuruluşlarının kendileri arasında yapacakları sözleşmenin, iki aylık süre içinde sağlık ajansı tarafından bölgesel sağlık

¹⁶⁵ Truchet, **age.**, s. 78.

¹⁶⁶ Esper / Dupont, **age.**, s. 73.

¹⁶⁷ Truchet, **age.**, s. 180.

projesine uygunluk yönünden denetlenip onaylanması üzerine bölgesel hastane toplulukları kurulmaktadır. Öte yandan adıgeçen Kanun'un 6132-6 hükmüne göre, bölgesel sağlık ajansının hastaneler arasında yapılan sözleşmenin içeriğinde değişiklik yapma yetkisi de bulunmaktadır¹⁶⁸. Dolayısıyla, her ne kadar Fransız Toplum Sağlığı Kanunu'nun L 6141 – 1 hükmüne göre kamu hastanelerinin ayrı bir kamu tüzel kişiliği bulunmakta ise de, bölgesel sağlık ajansı ile L 6132. madde çerçevesinde kurulan hastane toplulukları arasında hiyerarşi benzeri bir ilişkinin bulunduğu söylenebilecektir. Buna karşılık, bölgesel sağlık ajanslarının hastaneler ve diğer sağlık kuruluşları tarafından hastalara sunulan tıbbi hizmetlere hekimin tedavi özerkliğini kısıtlayacak şekilde müdahale etme yetkisi bulunmamaktadır¹⁶⁹.

Kanun'un L 6132 – 2 hükmüne göre, her bir hastane topluluğunda bir üniversite hastanesinin bulunması zorunlu olup, topluluk içinde olan hastaneler bakımından üçüncü basamak sağlık hizmetleri üniversite hastanelerince sunulmaktadır. Her bir hastane topluluğunun kaliteli ve erişilebilir sağlık hizmetlerinin eşit şekilde sunulmasını sağlamaya yönelik projesinin bulunması zorunlu olup, topluluk içindeki hastanelerde sağlık hizmetlerinin personel ve malzeme yönünden bir bütün halinde organize edilmesi esastır. Beş yıllık dönemler için yapılan bölgesel sağlık projeleri kapsamında tedavi hizmetlerinin organizasyonu, kuruluşlar arasındaki sevk ilişkisi, sağlık personeli ile ağır tıbbi cihaz ve ekipmanların sağlık kuruluşları arasındaki dağılımı başta olmak üzere, faaliyetin ortak yürütülmesinden kaynaklanan ayrıntılar yer almaktadır. Yine, görüntüleme sistemleri ile tıbbi biyolojik faaliyetlerin sağlık kuruluşları arasındaki dağılımı ve bu faaliyetler yönünden sağlık kuruluşları arasındaki sevk ilişkisi de bölgesel sağlık projesinde düzenlenmektedir.

Aynı bölgede yer alan sağlık kuruluşları arasındaki sevk ilişkisi ve bu kapsamdaki idari sorumluluk yargı kararlarına da konu olmuştur. Sevk faaliyetini farklı bir yönden değerlendiren Paris İdari İstinaf Mahkemesi ise bir kararında, sevk edilmeyerek yatış verilen hastaya bakacak yeterli sağlık personelinin bulunmaması nedeniyle oluşan zarar nedeniyle idarenin sorumlu olacağına karar vermiştir¹⁷⁰. Bu karardan hareketle, hastanede yeterli personel ve malzeme imkanlarının

¹⁶⁸ Esper / Dupont, *age.*, s. 75.

¹⁶⁹ CE, 27.11.2013, n° 373330, Rec. Lebon, 2013, Dalloz.fr.

¹⁷⁰ CAA Paris, 18.01.1985, D., 1985, aktaran Cyril Clement, **La Responsabilité du fait de la mission de soins des établissements publics et privés de santé**, BNDS, 2010, .s. 221.

bulunmaması ihtimalinde hastanın sevkini bir zorunluluk olduğu, aksi durumun sorumluluğa yol açacağı söylenebilecektir¹⁷¹.

Danıştay önüne gelen bir uyuşmazlıkta, bebeğin doğumundan sonra alınan kan örneklerinin tanı merkezine zamanında getirilmemesi ve getirilmesi sırasında da kayıtların eksik alınması nedeniyle bebekte bulunan ve ivedilikle başlaması gereken tedavisinin gecikmesi hizmet kusuru olarak kabul edilmiştir¹⁷². Başka bir kararında ise Yüksek Mahkeme, geçirdiği ameliyat sonrasında yoğun bakımda yer ayarlanmaması nedeniyle hastanın yoğun bakıma alınmaması sonucunda meydana gelen zararda idarenin hizmet kusuru bulunduğu yönünde hüküm kurmuştur¹⁷³.

Aynı sağlık kuruluşlarında faaliyet yürüten personelin etkin biçimde hizmet sunmasını sağlayacak şekilde organize edilmemesi de hizmet kusuru oluşturan bir diğer haldir. Söz konusu organizasyonun yatay ve dikey şekilde, hizmet gerekleri ve ihtiyaçlara uygun olarak yapılması gerekmektedir. Yine, hizmet alımı yoluyla temin edilecek personel ve araç gerecin taşınması gereken standart ve özelliklerinin belirlenmesi ve bu kapsamda alım yapılmasının da organizasyon kusuru kapsamında değerlendirilmesi gerektiği de savunulmaktadır¹⁷⁴.

Yatay organizasyon aynı seviyedeki, birbiriyle hiyerarşik ilişkileri bulunmayan birimler arasında söz konusu olan işbirliği ilişkisidir. Sağlık kuruluşu içindeki yatay organizasyon iki farklı şekilde tezahür etmektedir. İlk olarak tedavi birimleri, bakım birimleri ve idari – mali birimler arasında yatay organizasyon ilişkisi bulunmaktadır. Bu birimler tarafından yürütülen faaliyetler çoğunlukla birbirinden tamamen bağımsız olduğundan bunlar arasında organizasyon kusuru, ancak açıkça talimatlara aykırı faaliyet yürütülmesinden meydana gelecektir ki, bu durum yalnızca taraflardan

¹⁷¹ Esper / Dupont, **age.**, s. 652.

¹⁷² “(...) doğumundan iki ay sonra kan örneğinin alınarak ilgili tanı merkezine gönderilmesine rağmen hastalığın o aşamada teşhis edilemediği, hastalığa ilişkin kan örneklerinin alınması, bu örneklerin toplanması ve tanı merkezlerinde incelenmesi aşamalarında, her bir örnek açısından detaylı bir kayıt örneğinin uygulanmadığı, örneklerin öznel hale getirilmediği; dolayısıyla, erken ve sınırlı bir zaman diliminde teşhis edilip tedavisine başlanması gereken "fenilketonüri" hastalığının mücadele biçimine ilişkin kamu hizmetinin kötü işlemesi nedeniyle davacıların uğradığı zararın davalı idarece tazmini gerektiği (...)” (Dan10.D., 20.10.2006, E. 2003/3146, K. 2006/5850, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

¹⁷³ Dan.10.D., 20.03.2012, E. 2008/2668, K. 2012/1006, aktaran Akgül, **agm.**, s. 289.

¹⁷⁴ Pervin Somer, “Hastane Yönetiminin Sorumluluğu”, **Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Lefke Avrupa Üniversitesi 5. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu**, 8 – 9 Kasım 2013, Adalet Yayınevi, 2014, s. 256.

biri bakımından sorumluluk yaratmaktadır¹⁷⁵. Şöyle ki, tedavi birimi olarak faaliyet yürüten hekim tarafından belirlenen tedavi planının, bakım birimi olarak faaliyet yürüten hemşire tarafından yerine getirilmemesi durumunda ortada gerçek anlamda bir organizasyon kusuru oluşmayacak, salt hemşirenin yürüttüğü faaliyet hukuka aykırı olacaktır. Sağlık kuruluşlarında yatay organizasyon ilişkisi esas olarak farklı uzmanlık dallarının / anabilim dallarının birlikte yürüttüğü ya da yürütmesi gerektiği hallerde söz konusu olacaktır. Söz gelimi, kulak – burun – boğaz uzmanı ile plastik cerrahi uzmanının birlikte yürüttüğü burun ameliyatı veya onkoloji ve genel cerrahi uzmanının birlikte yürüttüğü kanser tedavisi bu hallere örnek gösterilebilir. Ayrıca bu ilişki geçici olarak salt konsültasyon isteme şeklinde gerçekleşebileceği gibi, tedaviyi başından itibaren birlikte yürütme şeklinde de gerçekleşebilir. Farklı anabilim dallarının birlikte yürüttüğü faaliyetlerde organizasyonun etkili şekilde sağlanamaması sonucunda bazen her bir anabilim dalı bakımından tıbbi standartlara uygun addedilen müdahaleler bir araya geldiklerinde hasta bakımından sakıncalı sonuçlara yol açabilmektedirler.

Demir bu ihtimale ilişkin şu örneği vermiştir: Bir göz hastalıkları uzmanının yürüttüğü operasyonda anesteziist tarafından verilen saf oksijen ile göz hekiminin kullandığı termokoterin bir araya gelmesi sonucunda hastanın yüzünde oluşan ağır yanıklar nedeniyle idarenin organizasyon kusuru sebebiyle sorumlu tutulması söz konusu olmaktadır. Nitekim herbir uzmanlık alanı bakımından tıbbi standartlara uygun olarak addedilen müdahalelerin birlikte yürütülmesi, tedavinin başarı şansını ortadan kaldırdığı gibi, hasta üzerinde daha büyük zararlara da yol açması mümkündür¹⁷⁶. Bu hallerde her bir uzmanlık alanının yürüttüğü faaliyet kendi içinde hukuka uygun gibi gözüксе de söz konusu tedavi yöntemleri birbiri ile bağdaşmadığından zarara yol açmaktadır. Yine, daha önceden by-pass operasyonu geçiren ve buna bağlı olarak kan sulandırıcı ilaçlar alan bir hastaya yapılacak olan başka bir cerrahi operasyon nedeniyle, bu ilaçların kesilmesi ya da dozunun azaltılması bakımından öncelikle kalp damar hastalıkları anabilim dalından konsültasyon alınması ve ilacın dozunun buna uygun şekilde düşürülmesi gerekmekte olup, aksi durumda hastanın operasyon sırasında ya da sonrasında emboli atması ve felç kalması gibi sonuçlar ortaya çıkabilecektir. Bu durum da her

¹⁷⁵ CE, 09.12.1988, *Bazin*, n° 53755, Rec. Lebon, 1988, Dalloz.fr.

¹⁷⁶ *Demir*, **age.**, s. 88.

ne kadar her bir uzmanlık alanı bakımından tıbbi standartlara uygun gözükse de yatay organizasyon kusuru sebebiyle idarenin sorumluluğuna yol açmaktadır. Bu hallerde sorumluluğun temelinde farklı uzmanlık alanlarının koordinasyon içinde çalışmaması yatmaktadır.

Bunun yanında, farklı uzmanlık dalları arasındaki işbirliği ilişkisinin kayıt ve tıbbi belgelere açıkça yansıtılması gerekmektedir. Her bir uzmanlık dalı tarafından hangi müdahalelerin yapıldığı, hangi ilaç ve tıbbi malzemelerin hasta üzerinde kullanıldığının hasta dosyasına açıkça yansıtılması gerekmektedir. Bu durum sorumluluğa ilişkin olarak ileride açılabilir olası dava bakımından ispat hususunda önem taşıdığı gibi, söz konusu dava sonucunda tazminat ödemek zorunda kalan idarenin rücu edeceği esas kamu görevlisinin belirlenmesi bakımından da gereklidir.

Dikey organizasyonda ise, yatay organizasyondan farklı olarak, birbirinden farklı ve bağımsız uzmanlık dalları arasında bir ilişkiden söz edilemez. Aynı uzmanlık dalı içinde ve birbiri ile hiyerarşik ilişkisi bulunan sağlık personeli arasındaki işbölümü ilişkisinin kurulmaması ya da yanlış kurulması durumunda dikey organizasyon kusurundan bahsedilebilecektir. Ayrıca belirtmek gerekir ki burada, sağlık personelinin kendi uzmanlık alanının dışına çıkarak hareket etmesi halinden de farklı bir ihtimal söz konusudur. Hekim tarafından yapılması gereken tıbbi müdahalelerin, hekim dışındaki personel tarafından yürütülmesi, uzman hekim tarafından yürütülmesi gereken faaliyetin, hekim bulunmadığı gerekçesiyle pratisyen hekim tarafından yürütülmesi halleri bu duruma örnektir. Bu hallerde somut koşullardaki yetersizlikler nedeniyle esasında yetkisiz olan sağlık personeli tarafından tıbbi müdahale gerçekleştirilmektedir.

İlk ihtimale örnek olarak, hekim tarafından sezaryen yoluyla gerçekleştirilmesi gereken doğumun, hekim bulunmaması sebebiyle mecburi olarak ebeye yaptırılması gösterilebilmektedir. Bu ihtimalde, hekim bulunmasına karşın ebenin yetki alanını aşarak müdahalede bulunması organizasyon kusuruna yol açmayacak olup, bu durumda ebenin faaliyeti nedeniyle sorumluluk ortaya çıkacaktır. Buna karşılık, hastanede hekim bulunmaması ve acil müdahaleler bakımından belirlenmiş bir sevk organizasyonunun kurulmamış olması sebebiyle, müdahalenin ebe tarafından yapılması organizasyon kusuruna neden olacaktır. İkinci ihtimale örnek olarak,

uzman hekim tarafından yürütülmesi gereken faaliyetin pratisyen hekim veya uzmanlık öğrencisi tarafından yürütülmesi ya da hekim tarafından yürütülmesi gereken faaliyetin tıp fakültesi son sınıf stajyer öğrencileri tarafından gerçekleştirilmesi gösterilebilir. Bu hallerde yeterli sayıda hekimin sağlık kuruluşunda hazır bulunmaması ya da müdahalede bulunmaktan kaçınması sebebiyle, yetkisiz personel ya da öğrenciler tarafından tıbbi müdahale gerçekleştirilmektedir. Müdahalenin yetkisiz kişi tarafından gerçekleştirilmesi de söz konusu faaliyeti kusurlu hale getirecektir¹⁷⁷.

Görüldüğü üzere sağlık hizmetinin organizasyonunun ve örgütlenmesinin kusurlu olması durumunda, yeterli sayıda sağlık personeli bulunmasına ve bu personelin yürüttüğü faaliyet esas olarak tıbbi standartlara uygun ve gerekli gibi gözükse de, söz konusu durum nedeniyle kişilerin uğradıkları zararlardan idare sorumlu tutulmaktadır. Bazı hallerde ise sağlık hizmetlerine özgülenmiş insan kaynaklarının yeterli sayı ve nitelikte olmaması nedeniyle organizasyon sağlanamamakta, zamanında ve etkili şekilde sunulamayan hizmet sonucunda kişiler zarara uğramaktadır.

2. Sağlık Hizmetlerinin Etkin Personel Tarafından Yürütülmesi ve Sorumluluk

Hekim ve diğer sağlık personelinin aktif bir rol üstlendiği sağlık kamu hizmetinin temel unsurlarının başında insan kaynakları yer almaktadır. Nitekim sağlık hizmetleri çoğu zaman hasta ile sağlık çalışanının birebir ilişki içinde olduğu bir ortamda sunulmaktadır. Sağlık hizmetinin kamu hizmetine dair ilkelere uygun olarak yürütülebilmesi bakımından hekim ve diğer sağlık personelinin uygun nitelik ve sayıda olması bir zorunluluktur. Nitekim sağlık hizmetlerinin insan ve madde gücünde tasarruf ve verim sağlayacak ve işbirliği gerçekleştirecek şekilde kurulması gerektiği Anayasa'nın 56. maddesinde düzenlenmiştir. Aynı şekilde 1 sayılı CBK'nin 352. maddesinin birinci fıkrasında “*insan gücünde ve maddî kaynaklarda tasarruf sağlamak ve verimi artırmak, sağlık insan gücünün ülke sathında dengeli dağılımını sağlamak ve bütün paydaşlar arasında işbirliğini gerçekleştirmek suretiyle yurt sathında eşit, kaliteli ve verimli hizmet sunumunu sağlamak*” Sağlık Bakanlığına görev olarak verilmiştir.

¹⁷⁷ Demir, **age.**, s. 91.

Söz konusu düzenleme uyarınca sağlık hizmetlerinin insan kaynaklarının sağlanmasında iki temel esas uygulanmaktadır. Bunlardan ilki, sağlık personelinin ülke sathında eşit, kaliteli ve verimli hizmet sunulması için coğrafi yönden dengeli dağılımının sağlanmasıdır. İkincisi ise, insan gücü ve maddi kaynakların tasarruflu şekilde kullanımıdır. Buna göre, sağlık hizmetlerinin insan unsurunun dağılımında atıl işgücü oluşumunun önlenmesi esastır. Anayasa'nın 65. maddesi kapsamında sosyal yükümlülükleri mali kaynakları ölçüsünde yerine getirecek olmasının bir sonucu olarak idarenin insan kaynaklarını etkili şekilde kullanması esası kabul edilmiştir.

Sağlık hizmetlerinin personel merkezli bir faaliyet olmasının sonucu olarak, bu hizmetleri yürütecek yeterli sayıda personelin mevcudiyeti ve ülke genelinde dengeli dağılımı **(a)** ve çağdaş tıbbi standartları karşılamak bakımından yeterli bilgi, beceri ile donatılmış olması **(b)**, sağlık hizmetlerinin eksiksiz ve verimli bir şekilde yürütülmesi bakımından bir gerekliliktir¹⁷⁸.

a. Yeterli Sayıda Personel Temini ve Sorumluluk

Sağlık hizmetlerinin düzenli ve süreklilik içinde ve eşitlik ilkesine uygun olarak yürütülmesinin ilk koşulu yeterli hekim ve sağlık personelinin istihdam edilmesidir. Yeterli sayıda personelin bulunmaması çoğu zaman sağlık hizmetinin geç işlemesine ya da kötü işlemesine neden olabilmektedir¹⁷⁹. Söz gelimi bir sağlık kuruluşunun acil servisinde yeterli sayıda hekimin bulunmaması, ertelenemez nitelikli olan acil sağlık hizmetinin yavaş işlemesine neden olabilecek, bunun sonucunda da hizmetten yararlanmak isteyen hastalar maddi veya manevi zarar görebilecektir.

Bazı hallerde ise, sağlık personelinin istihdam edilmemesi hizmetin hiç işlememesine sebep olmaktadır. Bu durum özellikle tek hekimin görev yapmakta olduğu anabilim dallarında, bu hekimin herhangi bir sebeple görevinde olmaması

¹⁷⁸ Hüseyin Melih Çakır, **Sağlık Hizmetlerinin Özel Hukuk Kişileri Tarafından Yürütülmesi**, XII Levha Yayıncılık, 2015, s. 107.

¹⁷⁹ “İdarenin, hizmetlerin zamanında görülebilmesi için gerekli araç ve olanakları sağlaması, yeterli önlemleri alması gerektiği açıktır. (...) Hizmetin geç ve kötü işlemesi sonucu uyumsuzluk konusu zararların meydana geldiği anlaşılmaktadır.” (Dan.10.D., 12.07.1995, E. 1994/7359, K. 1995/3559, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

halinde söz konusu olmaktadır¹⁸⁰. Başka bir ihtimalde ise, hastanede yeteri kadar yan dal uzmanı istihdam edilmediğinden, yan dal uzmanlığı olmayan uzman hekim gözetiminde yapılan tedaviden, hekimin mesleki yetersizliği nedeniyle beklenen sonucun elde edilememesi sağlık hizmetinin kötü işlemesine neden olabilmektedir¹⁸¹.

Danıştay önüne gelen bir olayda, emeklilik nedeniyle boşalan bir kadroya, dahiliye uzmanı kadrosu bulunmasına karşın atama yapılmadığı uyuşmazlık konusu olayda, yoğun bakım ünitesine bu süreç için başka bir dahiliye uzmanının görevlendirilmemiş olmasının, süreklilik gerektiren bu kamu hizmeti bakımından hizmet kusuru oluşturacağına hükmetmiştir¹⁸². Fransız Danıştay ise önüne gelen bir uyuşmazlıkta, aynı anda iki sezaryen ameliyatı yapılmakta olan hastanede yalnızca tek jinekoloğun bulunması sonucu geç müdahale nedeniyle meydana gelen zarardan, yeterli sağlık personeli bulundurmayan idarenin sorumlu olduğuna hükmetmiştir¹⁸³.

3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun 3. maddesinin (c) bendine göre, sağlık personelinin ülke sathında dengeli dağılımı ve yaygınlaştırılması esastır. Sağlık kurum ve kuruluşlarının kurulması bu esas içerisinde Sağlık Bakanlığınca düzenlenir¹⁸⁴. Sağlık personelinin yurt genelinde eşit ve dengeli dağılımının sağlanması, sosyal, ekonomik ve coğrafi koşullar gözetilerek hastanelerde yeterli

¹⁸⁰ “(...) Kadın ve Çocuk Hastalıkları Eğitim ve Araştırma Hastanesi'nde dahiliye uzmanı kadrosu bulunmasına karşın, emeklilik nedeniyle boşalan bu kadroya idarenin sürekliliği (kesintisizliği) ve düzenlilik ilkesi gereği sağlık hizmetleri gibi bir an olsun aksamaması gereken bu hizmetten yararlanan hastaların mağduriyetine sebep olunmayacak şekilde başka bir dahiliye uzmanının derhal görevlendirilmemiş (...) olması da hizmet kusurunun bulunduğu göstermektedir.” (Aktaran Akyıldız / Özkan, **age.**, s. 445.)

¹⁸¹ Türk hukukunda genel uzmanlığın çalışma alanı özel yan dal uzmanlık alanları yönünden sınırlanmamıştır. Başka bir ifadeyle, genel uzmanlık dallarında faaliyet yürüten uzman hekimlerin, bu alanlara bağlı yan dal uzmanlıkları kapsamındaki tedavileri yapması hizmet kusuru oluşturmamaktadır. Bu hususu Yargıtay bir kararında “(...) Davalı genel cerrahi uzmanıdır. Kural olarak ve bazı özel ayrıcalıklar dışında doktorluk mesleğinin uzmanlık nedeniyle sınırlanması söz konusu değildir. Bu nedenle, genel cerrah olan davalının varis ameliyatı yapması hukuka aykırı değildir. Ancak kendi içinde özel uzmanlık dallarına ayrılmış alanda tıbbi müdahalede bulunurken doktorun bu özel uzmanlık dalının gereği olan bilgiler ile araç ve gereçlere sahip olması gerekir. Bunlara sahip olmadan yapılacak tıbbi müdahaleden doğan zararlar hukuka aykırı bir hale gelebilir. (...)” ifadeleriyle ortaya koymuştur. (Hancı, **age.**, s. 89.)

¹⁸² Karar için bkz. Karadibak / Çınarlı, **agm.**, s. 90.

¹⁸³ CE, 20.01.1989, *Centre Hospitalier de Compeigne Hopital Saint – Joseph /Travers*, n° 60212 70213, Rec. Lebon, 1989; CE, 26.06.1959, *Reuzet*, **AJDA**, 1959, Dalloz.fr.

¹⁸⁴ Aynı maddenin (g) bendine göre ise Sağlık Bakanlığı, sağlık ve yardımcı sağlık personelinin yurt düzeyinde dengeli dağılımını sağlamak üzere istihdam planlaması yapar, ülke ihtiyacına uygun nitelikli sağlık personeli yetiştirilmesi amacıyla hizmet içi eğitim yaptırır. Bunu sağlamak amacıyla üniversitelerin, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile kamu kurum ve kuruluşlarının imkanlarından da yararlanır. Hizmet içi eğitim programını ne şekilde ve hangi sürelerle yapılacağı Sağlık Bakanlığınca çıkartılacak yönetmelikte tespit edilir.

sayıda hekim ve sağlık personelinin istihdam edilmesi, sayı ve dağılımının yetersizliğinden doğabilecek zararların engellenmesi için “sağlık insan gücü planlaması yapmak, sayı ve nitelik olarak ihtiyaca uygun insan gücü yetiştirilmesi için ilgili kurum ve kuruluşlarla işbirliği yapmak” ve “mevcut sağlık insan gücünü, kamu ve özel kurum ve kuruluşlar düzeyinde planlamak ve istihdamın bu plan çerçevesinde yürütülmesini denetlemek” Sağlık Bakanlığı Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğüne görev olarak verilmiştir. Dolayısıyla sağlık hizmetlerinin sunumunda yeterli personel istihdamının sağlanması Sağlık Bakanlığının gözetim ve denetiminde yürütülmektedir.

Herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olması karşısında, ülkenin her yöresinde sağlık hizmetlerinden yararlanılabilmesini sağlamak amacıyla, öngörülen düzenlemelerin başında hekimlerin Devlet hizmet yükümlülüğü yer almaktadır. Nitekim yukarıda incelediğimiz üzere sağlık hizmet birimleri ülkenin her bölgesinde dengeli bir şekilde kurulmuş olsa da, özellikle kırsal bölgelerle, başta ülkenin doğusunda kalan iller olmak üzere, ülke genelinde teşkilatlanmış sağlık hizmet birimlerinde yeterli personel çalıştırılmamaktadır. Dolayısıyla personel yoksunluğu nedeniyle etkin bir şekilde hizmet veremeyen sağlık birimleri yalnızca kâğıt üzerinde kurulmuş olmaktadır. Sağlık hizmetinin sunumu için gerekli olan tesislerin ülke sınırları içinde mevcut olması tek başına yeterli olmamakta, bu tesislerde yeterli sayıda ve uzmanlıkta personelin faaliyet yürütmesi gerekmektedir¹⁸⁵. İdare, Devlet hizmeti yükümlülüğünü işletmek yoluyla ülke sathına yayılmış sağlık kuruluşlarında oluşacak personel eksikliğini gidermektedir.

Devlet hizmeti yükümlülüğü 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu’nun Ek madde 3 ve devamı hükümlerinde düzenlenmiştir. Buna göre, yurt içinde veya yurt dışında öğrenimlerini tamamlayarak hekim, uzman hekim ve yan dal uzmanlık eğitimini tamamlayarak uzman ve yan dal uzmanı hekim unvanını kazananlar, her eğitimleri için ayrı ayrı olmak kaydı ile Kanun’da öngörülen gün

¹⁸⁵ Aynı yönde görüş için bkz. Çakır, **age.**, s. 107. Birleşmiş Milletler Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi’nin 14 No’lu Genel Yorumu’nun 12. paragrafında sağlık hizmetlerinin kurulmuş olabilmesi bakımından tesislerin varlığının yeterli olmadığına, uygun kalitede sağlık ekipmanı ile nitelikli ve uzman sağlık personelinin gerekli olduğuna vurgu yapılmıştır.

sayısı kadar Devlet hizmeti yapmakla yükümlüdürler¹⁸⁶. Yükümlülük kapsamındaki hekimler, bu görevlerini tamamlamadan mesleklerini icra edemezler.

Devletin sunmakla yükümlü olduğu sağlık hizmetinin geciktirilemez, ertelenemez ve ikame edilemez niteliği ve bu hizmetlerin önem ve önceliği, ihtiyaç duyulan sağlık personelinin istihdamını Devlet bakımından bir zorunluluk haline getirmektedir. Keza sağlık hizmetlerinin ülke sathına eşit ve dengeli bir şekilde dağıtılması Devletin ödevidir. Bu ödevin yerine getirilmesi için uygulanan Devlet yükümlülüğünün Anayasa'nın 18. maddesi kapsamında zorla çalıştırma ve angarya yasağı oluşturup oluşturmayacağı pek çok yargı kararına da konu olmuştur. Anayasa'nın 18. maddesinin ikinci fıkrasını dayanak gösteren Anayasa Mahkemesi pek çok kararında ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda vatandaşlık ödevi niteliğindeki Devlet hizmet yükümlülüğünün, angarya ya da zorla çalıştırma niteliği taşımadığını, hekim, uzman hekim ya da yan dal uzmanı hekim statüsünde faaliyet yürütebilmek isteyen kişilere mecburi hizmet öngörülmesinin Anayasa'ya uygun ve orantılı olduğuna hükmetmiştir¹⁸⁷.

Başka bir kararında ise Anayasa Mahkemesi, sağlık hizmetinin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile doğrudan ilişkili olduğunu vurgulamış, sağlık personelinin sunacakları hizmetlerden azami yararlanmanın önüne geçecek her türlü düzenlemenin sağlık hakkını ihlal edeceği yönünde karar vermiştir.

¹⁸⁶ 3359 sayılı Kanun'un Ek madde 4 düzenlemesi uyarınca, tıp fakülteleri dekanlıkları ve eğitim hastaneleri baştabiplikleri mezun olan veya uzmanlık ve yan dal uzmanlık öğrenimini tamamlayan hekim ve uzman hekimlerin isim ve adreslerini on beş gün içinde Sağlık Bakanlığına bildirmekle yükümlüdürler. Diploma ve uzmanlık belgelerinin Sağlık Bakanlığınca tescil işlemlerini müteakip en geç iki ay içerisinde, Devlet hizmeti yükümlülüğü olan personel, atama yerleri ve atama işlemine ilişkin süreç internet sayfasında ilân edilir.

¹⁸⁷ "(...) angarya, kişinin emeğinin karşılığını almadan zorla çalıştırılması olarak tanımlanmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli kararlarında da angarya, bir maldan ya da bir kişinin çalışmasından karşılıksız yararlanma olarak tanımlanmıştır. Devlet hizmeti yükümlülüğüne tabi tabiplerin sözleşmeli personel statüsünde bulunmaları ve hizmetlerinin karşılığında kendilerine ücret ödenmesi gözetildiğinde bu yükümlülük kapsamındaki çalışmalarının angarya olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Devlet hizmeti yükümlülüğünün getirilmesinin gerekçeleri gözetildiğinde Anayasa'nın 18. maddesinde yer alan "ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmaları, zorla çalıştırma sayılmaz." hükmü gereğince bu yükümlülüğün yerine getirilmesinin zorla çalıştırma olarak nitelenemeyeceği açıktır. Herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olması karşısında, Ülkenin her yöresinde sağlık hizmetlerinden yararlanılabilmesini sağlamak amacıyla tabiplerin Devlet hizmeti ile yükümlü kılındığı ve niteliği gereği sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesinde ortaya çıkacak eksiklik ve gecikmelerin telafisi olanaksız sonuçlara yol açacağı hususları dikkate alındığında, ülke ihtiyaçlarının söz konusu Devlet hizmeti yükümlülüğünü zorunlu kıldığının kabulü gerekmektedir." (AYM, 13.03.2006, E. 2006/21, K. 2006/38, RG. 11.12.2007, S. 26727.) Aynı yöndeki Anayasa Mahkemesi içtihatları için bkz. AYM, 30.12.2010, E. 2007/60, K. 2010/119, RG. 06.04.2011, S. 27897; AYM, 16.12.2010, E. 2007/24, K. 2010/113, RG. 26.02.2011, S. 27858.

Özellikle başta uzman sayısının sınırlı olduğu dallar olmak üzere hekimlerin kamusal ve özel sağlık kuruluşlarında çalışabilmelerine ya da çalışma saatlerine sınırlama getiren düzenlemelerin sağlık hakkını ihlal edeceği kararda açıkça vurgulanmıştır¹⁸⁸. Bu kararıyla Anayasa Mahkemesi'nin sınırlı sayıda olan sağlık personelinin birden fazla sağlık kuruluşunda faaliyet yürütmesinin önünü açtığı ve bu sayede sunulan sağlık hizmetlerini artırmayı amaçladığı söylenebilir¹⁸⁹.

Danıştay da sağlık hizmetlerinin ülke genelinde dengeli dağılımının ve yaygınlaştırılmasının sağlanmasında, en önemli unsurlardan birisinin, sağlık kurum ve kuruluşlarında faaliyet yürüten insan unsuru olduğunu vurgulamış, vazgeçilemez, geciktirilemez ve telafi edilemez nitelikte olan sağlık hizmetlerinin ülkenin her yöresinde adil bir şekilde sunulabilmesi için Sağlık Bakanlığı'nın sağlık hizmetleri sınıfına mensup personelinin günün ihtiyaçlarına uygun olarak, belli koşullarla nakle tabi tutmasını kamu hizmeti ilkesine uygun bulmuştur¹⁹⁰. Bu kararıyla Danıştay, sağlık hizmetlerinin yaygınlaşması ve ulaşılabilir hale gelmesi amacıyla idarenin sağlık çalışanlarının görev yerleri ve çalışma koşullarına ilişkin olarak düzenleyici işlem yapabilmesi yolunu açmaktadır. Kanaatimizce bu tarz bir yaklaşım kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceğine dair Anayasa'nın 128. maddesiyle bağdaşmamaktadır.

Bu doğrultuda İzmir Bölge İdare Mahkemesi bir kararda, geçici görevlendirmeyi haklı kılabilir, kamu yararı veya hizmet gereklerine yönelik bir gerekçe olmaksızın sağlık personelinin disiplin soruşturması gerekçe gösterilerek

¹⁸⁸ “Sağlık hizmetleri doğrudan yaşam hakkı ile ilgili olması nedeniyle diğer kamu hizmetlerinden farklıdır. Sağlık hizmetinin temel hedefi olan insan sağlığı, mahiyeti itibarıyla ertelenemez ve ikame edilemez bir özelliğe sahiptir. İnsanın en temel hakkı olan sağlıklı yaşam hakkı ile bu yaşamın sürdürülmesindeki yeri tartışmasız olan hekimin statüsünün de bu çerçevede değerlendirilerek diğer kamu görevlileri ile bu yönden farklılığının gözetilmesi gerekir. (...) bazı dallarda uzman olan hekimlerin sayıca az olması ve kamunun yanında özel sağlık kuruluşlarının da bu dallarda uzman hekimlere ihtiyaç duyması, bu hekimlerin mesleğini mesai saatleriyle sınırlı olmaksızın yaygın bir şekilde icra etmelerini gerekli kılabilir. Hekimlerin insan sağlığının gelişmesi ve yaşam haklarının korunması ile doğrudan ilgili olan bu konuları dikkate alınmaksızın çalışma koşullarının kuralda belirtildiği şekilde sınırlandırılması bireylerin yaşam hakkını zedeleyici nitelik taşımaktadır.” (AYM, 16.07.2010, E. 2010/29, K. 2010/90, RG. 04.12.2010, S. 27775.)

¹⁸⁹ Amerikan yargısına konu olan bir uyuşmazlıkta ise davacının sezaryenle doğan çocuğunda zeka geriliği tespit edilmesi üzerine açtığı davada, doğumu yapan hekimin üç ayrı hastanede çalıştığı, yoğun bir programı olduğundan yorgun olduğu ileri sürülmüşse de mahkeme hekimin birden fazla sağlık kuruluşunda faaliyet yürütmesiyle tıbbi uygulama hatası arasında uygun illiyet bağının bulunmadığına hükmetmiştir. (Çınarlı, **age.**, s. 250.)

¹⁹⁰ Dan.5.D., 13.05.1998, E. 1997/1129, K. 1998/1411, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

görevinden uzaklaştırılması amaçlı geçici görevlendirmesinin yapılmasının hukuka aykırılık oluşturacağına hükmetmiştir¹⁹¹. Dolayısıyla özellikle hizmetin sürekliliğinin sağlanabilmesi bakımından kamu görevlisinin ancak kamu yararı ve hizmet gerekleri doğrultusunda başka bir sağlık kuruluşunda görevlendirilmesi mümkün olacaktır. Yargı makamlarının, sağlık personelinin görevinin başında tutulması suretiyle sağlık hizmetlerinde sürekliliği sağlamayı amaçladığı söylenebilecektir.

Yeterli sayıda sağlık personelinin sağlanması amacıyla, hukuk sistemimizden farklı olarak teşvik edici politikaları benimseyen Fransız hukukunda farklı yöntemlerin uygulandığı gözlenmektedir. Code de l'éducation nationale (*Fransız Eğitim Kanunu*) madde L 632-6 hükmünde, tıp fakültesi ve diğer sağlık bilimlerine ilişkin bölümlerde eğitim gören öğrencilere belli süre idarenin belirleyeceği bölgelerde çalışmaları koşuluyla, eğitim ve stajları süresince burs ve diğer maddi olanakların sağlanması öngörülmüştür. Bunun yanında, Code de sécurité sociale (*Fransız Sosyal Güvenlik Kanunu*) madde L 162-14-1 düzenlemesine göre, idare tarafından belirlenen bölgelerde faaliyet yürüten hekim ve diğer sağlık personeline, yürütülen sağlık hizmetleri kapsamında sigorta tarafından daha fazla ödenek sağlanabilmektedir. Yine Code fiscale (*Fransız Vergi Kanunu*) madde 151 kapsamında, idare tarafından öngörülen bölgelerde faaliyet yürüten serbest hekimler hakkında vergi indirimleri uygulanacağı düzenlenmiştir. Tıp fakültesi öğrencileri ve hekimlere yapılan söz konusu teşvikler doğrultusunda yeterli sayıdaki sağlık personelinin ülke sathına dengeli şekilde yayılması amaçlanmıştır.

Niceliksel yönden sağlık personelinin varlığı hizmetin etkili şekilde yürütülmesi bakımından yeterli olmamakta, çoğu zaman bu personelin niteliksel koşulları da taşıması gerekmektedir. Teknik ve uzmanlık gerektiren bir faaliyet olmasının sonucu olarak sağlık personelinin de kendi içinde uzmanlaşması söz konusu olabilmektedir. Farklı uzmanlık dallarında uzman olan hekimlerin sağlık kuruluşlarında faaliyet yürütmesi ve hatta ülke düzeyinde yayılması hizmetin etkili şekilde yürütülebilmesi bakımından önem taşımaktadır. Keza, hekim dışındaki sağlık personelinin de kendi yürüttüğü tetkik ve bakım faaliyetleriyle ilişkili olarak yeterli donanıma sahip olması hizmetin etkililiğini doğrudan ilgilendirmektedir. Bu

¹⁹¹ İzmir BİM 1.İDD, 29.05.2017, E. 2017/697, K. 2017/666, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası

bakımdan yeterli sayıdaki sağlık personelinin, nitelik bakımından yeterliliği de ayrıca incelenmesi gereken bir husustur.

b. Yeterli Nitelikte Personel Temini ve Sorumluluk

Hizmetin kötü ya da geç işlemesi yeterli sayıda sağlık personelinin bulunmamasından kaynaklanabileceği gibi, bu personelin teknik ve uzmanlık yönünden yetersiz olmasından da kaynaklanabilir. Söz gelimi tedavisi uzmanlık gerektiren bir hastalığa ilişkin doğru teşhis, bu alanda uzman olan hekim tarafından pratisyen hekime nazaran daha hızlı ve isabetli olarak konulabilecektir. Keza tedaviyi yürüten sağlık personelinin uzmanlık düzeyinin artmasına bağlı olarak tedavinin hızı ve başarı şansı da artmaktadır.

Ancak yeterli nitelikte personel tarafından faaliyet yürütülmesinden, teşhis ve tedavi faaliyetlerinin tümünün uzman hekimler tarafından yürütülmesi sonucunun da çıkarılmaması gerekmektedir. Somut olay koşullarına göre hastaya uygulanması gereken teşhis ve tedaviye cevap verebilecek uzmanlıkta hekimin varlığı yeterli kabul edilmektedir.

Yerleşik içtihadında Danıştay, kamu personelinin sağlık taleplerine karşı zamanında ve etkili yanıt verebilecek nitelikte olmamasının hizmet kusuru oluşturacağına hükmetmiştir. Mahkeme bu hususu bir kararında¹⁹², “*Halkın sağlık hizmetlerini yürütmekle görevli olan idare, hastanelerde yapılacak tedavilerin (...) tıbbi esaslara uygun biçimde, hizmetin gerektirdiği yeterliğe sahip personelle (...) sağlamakla yükümlüdür.*” ifadeleriyle yalnızca hastaneler için öngörülmüş bir yükümlülük şeklinde ortaya koysa da, hastane dışında kalan kamusal sağlık kuruluşlarında da nitelik şartlarının sağlanmaması hizmet kusuru oluşturacaktır. Başka bir kararında ise Danıştay “*yetiştirilmiş personel eliyle sağlık hizmetini yürütmeyen davalı idarenin hizmet kusuru bulunduğu*” sonucuna vararak, hizmetin

¹⁹² Dan.10.D., 03.05.1995, E. 1994/3258, K. 1995/2379, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Aynı yönde Dan.10.D., 16.01.1985, E. 1982/2908, K. 1985/26, Dan.10.D., 09.12.1992, E. 1992/184, K. 1992/4321, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

kötü işlemesi nedeniyle meydana gelen zararın idarece ödenmesi gerektiğine karar vermiştir¹⁹³.

Yeterli nitelikteki personelin varlığı, sağlık hizmetinin sunulduğu kuruluşun niteliği ve ihtiyaç doğrultusunda tespit edilebilecektir. Başka bir deyişle, personelin yeterli nitelik taşıyıp taşımadığı her somut olay bakımından ayrıca değerlendirilmektedir. Nitekim yerleşik içtihadında Danıştay da, sağlık kuruluşlarında yürütülmekte olan her bir hizmetin, o faaliyet için gerekli nitelikleri taşıyan personel tarafından yerine getirilmesini yeterli bulmuştur¹⁹⁴. Provence Adli İstinaf Mahkemesi de, yeterli nitelikte hekimlerden oluşan ekip olmaksızın cerrahi müdahaleye başlanmasının faaliyeti kusurlu hale getireceğine hükmetmiştir¹⁹⁵.

Buna karşılık hizmetin yürütülmesi bakımından beklenen niteliklerin üzerinde olan personel tarafından faaliyetin yerine getirilmesi hukuka aykırılık oluşturmaz. Söz gelimi, pratisyen hekimin müdahalesinin yeterli kabul edildiği acil sağlık hizmetlerinin dahiliye uzmanı ya da uzman aile hekimi tarafından yerine getirilmesi hizmeti kusurlu hale getirmeyecektir. Paris Adli İstinaf Mahkemesi önüne gelen bir uyuşmazlıkta, esas olarak pratisyen hekimler tarafından sunulmakta olan acil sağlık hizmetlerinin ürolog tarafından verilmesinin hizmetin kusurlu şekilde işlediği anlamına gelmeyeceğine karar verilmiştir¹⁹⁶.

Uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir sorun da uzmanlık eğitimi almakta olan asistan hekimler tarafından, söz konusu uzmanlık alanına özgü teşhis ve tedavilerin yürütülmesidir. Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün 22/03/2011 tarihli ve 12894 sayılı, 2011/19 nolu Genelgesi ile Sağlık Eğitimi Genel Müdürlüğü'nün 15/04/2011 tarihli ve 5662 sayılı, 2011/33 nolu genelgesi uyarınca¹⁹⁷, asistanlar “*eğitim gören*” konumunda bulunduklarından ve uzman

¹⁹³ Dan.10.D., 01.07.2009, E. 2006/4777, K. 2009/7341, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Aynı yöndeki Fransız Danıştay kararı için bkz. CE, 08.10.1986, Langlet C/ CHG de Chateau – Thierry, n° 61503, 61495, Rec. Lebon, 1986, Dalloz.fr.

¹⁹⁴ “*Halkın sağlık hizmetlerini yürütmekle görevli olan davalı idare, hastanelerde yapılacak tedavilerin tıbbi esaslara uygun biçimde ve hizmetin gerektirdiği yeterliğe sahip personelle yapılmasını sağlamakla yükümlüdür. Anılan yükümlülüğün yerine getirilmesinde kusurlu davranılması idarenin tazmin sorumluluğunu doğurur.*” (Dan.10.D., 16.01.1985, E. 1982/2908, K. 1985/26, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

¹⁹⁵ CA d’Aix-en-Provence, 18.10.1989, Jurisdata no: 050659, aktaran Clement, **age.**, s. 222.

¹⁹⁶ CA Paris, 03.11.1989, Jurisdata no: 025395, aktaran Clement, **age.**, s. 221.

¹⁹⁷ Saglik.gov.tr

yetkisine sahip olmadıklarından, uzmanlık bilgi ve becerisi gerektiren tıbbi uygulamaları tek başlarına yapmaları mümkün değildir. Ancak her kurumun asistan eğitimlerini; eğitim görevlisi, başasistan ve uzman sayısına göre planlaması gerekmekte olup bir eğitim görevlisi, başasistan veya uzman birden fazla asistana nezaret edecek şekilde eğitimler organize edilebilecektir. Asistana nezaret eden ilgili eğitim görevlisi, başasistan ve uzmanın bilgisi ve değerlendirmesi bulunmadan hastalara tedavi planlanmayacaktır. Bu durumda, hastalara yapılan uygulamalar ile planlanan tedavilerden, asistana nezaret eden ilgili eğitim görevlisi, başasistan ve uzman sorumludur. Dolayısıyla asistan hekimlerin tıbbi müdahalede bulunmaları yasaklanmamış olmakla birlikte, söz konusu müdahalenin ancak uzman hekim ya da başasistanın yaptığı planlama doğrultusunda ve nezaretinde yürütülmesi gerekecektir¹⁹⁸. Yeterli uzman hekim bulunmaması ya da uzman hekimin sağlık kuruluşunda bulunmaması sebebiyle, tıbbi müdahalenin asistan hekim tarafından yürütülüyor olması hizmeti kusurlu hale getirecektir.

Öte yandan Anayasa Mahkemesi, bazı uzmanlık dallarında diğer alanlarda uzman olan hekimlerin belli bir eğitimi almaları durumunda faaliyet yürütebilmelerine imkan veren düzenlemelerin Anayasa’da öngörülen sağlık ve yaşama hakkı bakımından ihlal oluşturmayaacağına hükmetmektedir. Başka bir deyişle, bazı tıbbi branşların farklı branşlarda uzmanlığını tamamlamış hekimler eliyle yürütülmesine cevaz verilmesi Mahkeme tarafından hukuka uygun bulunmuştur. Bu yaklaşım özellikle farklı branşlarda rotasyon yaparak uzmanlık eğitimini tamamlayan hekimlere, kısa süreli bir eğitim almak suretiyle rotasyon yaptıkları bu alanlardan birinde de tıpkı bu alanda uzmanlığını tamamlamış gibi faaliyet yürütme imkanı tanımaktadır¹⁹⁹. Söz konusu düzenlemelerle hekimlerin

¹⁹⁸ Hasan Tahsin Gökcan, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 223.

¹⁹⁹ “Dava konusu kural, fiziksel tıp ve rehabilitasyon uzmanı olmayan ve fakat uzmanlık eğitimleri sırasında fiziksel tıp ve rehabilitasyon rotasyonu yapmış veya uzmanlık sonrasında ilgili dalın rotasyon süresi kadar fiziksel tıp ve rehabilitasyon eğitimi almış uzman tabipler yönünden incelendiğinde ise fizyoterapistlerin yetkilenen uzman tabiplerin kendi uzmanlık alanları ile ilgili teşhis ve tedavi için yönlendirmesine bağlı olarak hastalara gerekli uygulamayı yapabilecekleri anlaşılmaktadır. (...) Uzmanlık alanları “fiziksel tıp ve rehabilitasyon” olmayan uzmanların belirli bir süre “fiziksel tıp ve rehabilitasyon” uzmanlık alanında rotasyon yapmaları da, Tıpta Uzmanlık Kurulunca bu yönde alınan karara dayanmaktadır. (...) Kural, fiziksel tıp ve rehabilitasyon dalında eğitim gören diğer uzman doktorların kendi alanları ile ilgili teşhis ve tedavileri yönünden fizyoterapistleri yönlendirmesini öngörmekte ise de bu kural kapsamında bulunan doktorların uzmanlık alanlarını belirlememiştir. Tıpta Uzmanlık Kurulunun bu konuda aldığı kararlara göre dava konusu kuralın kapsamı da uygulamada belirlenecek ve bilimsel gelişme ve değişimlere paralel olarak bu alanda yetkin olan Kurul’un gelecekte alacağı kararlar da değişebilecektir. Fiziksel tıp ve

nitelik bakımından yetersiz oldukları branşlarda faaliyet yürütmelerine imkan sağlanarak, bu alanlardaki hekim açığının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır.

Uzmanlık gerektiren bir faaliyet olan sağlık hizmetlerinde çalışacak personelin nitelik bakımından yeterli olabilmesi çoğu zaman uzun bir eğitim sürecini gerektirmektedir. Buna karşılık hizmetin ikame edilemez niteliği, yeterli sayıdaki sağlık personelinin en hızlı şekilde istihdam edilmesini zorunlu kılmaktadır. Bu durum sağlık hizmetlerinin kuruluşu bakımından zorunlu olan yeterli sayıdaki personelin sağlanması ile yeterli nitelikteki personelin sağlanması ihtiyacının birbiriyle çatışmasına neden olabilmektedir. Bu doğrultuda kısa süreli ya da daha dar içerikli sağlık eğitimi alan kişilerin acele olarak istihdam edilmesi ve sağlık personeli olarak faaliyet yürütmesine imkan veren düzenlemeler yapılmaktadır. Söz konusu düzenlemelerin yeterli nitelikleri taşımayan kişilerin sağlık faaliyetleri yürütmesinin önünü açacağına ve sağlık hizmetlerinin kalitesini düşüreceğine yönelik itirazlar karşısında Anayasa Mahkemesi, devamlılığın asıl olduğuna, sağlık hizmetlerinde personelin mevcudiyetinin kalitesinden önce geleceğine karar vermiştir²⁰⁰.

Söz konusu içtihattan yola çıkıldığında mali kaynakların yetersizliği ve hizmet ihtiyacının aciliyeti sebebiyle personelin nitelikli olmasından ödün verildiği, nicelik yönünden yeterli sayıdaki personel eliyle faaliyetinin sürekliliğinin sağlanmasının amaçlandığı görülmektedir.

Sağlık hizmetlerinin etkili bir şekilde sunumu bakımından insan kaynağı önem taşısa da, bu hizmetlerinin esas kısmını oluşturan tıbbi müdahalelerin yürütülmesinde çoğu zaman teknik araç, gereç ve cihazın kullanılması gerekli ve hatta zorunlu olmaktadır.

rehabilitasyon uzmanlık alanı ile yakın ilgileri gözetilerek bu alanda kısmi süreli de olsa eğitim almaları zorunlu tutulan uzman doktorların, aldıkları bu eğitim sonrasında kendi alanları ile sınırlı olarak teşhis ve tedavilerinde fizyoterapistleri yönlendirebilmelerinin, kişinin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma hakkını ihlal ettiği, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesine engel oluşturduğu söylenemez.” (AYM, 28.03.2013, E. 2011/65, K. 2013/49, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası)

²⁰⁰ “Sağlık hizmetlerinin devamlılığı asıldır. Hemşirelik eğitiminde lisans ve lisansüstü eğitime geçiş bir süreci gerektirir. İptali istenilen kuralda hemşirelik eğitiminde lisans eğitimine geçiş sürecinde mevcut ve gelişmelere göre artan hemşire ihtiyacı gözetilerek geçici olarak beş yıl süreyle sağlık meslek liselerinin hemşirelik ve hemşireliğe eşdeğer sağlık programlarına öğrenci alınmasına devam olunması, sağlık ve yaşam hakkının korunması ve bu korumada sürekliliğin sağlanmasında Devlete verilen pozitif yükümlülüğün bir gereğidir. (...)” (AYM, 30.12.2010, E. 2007/78, K. 2010/120, RG. 05.02.2011, S. 27837.)

3. Yeterli Miktar ve Nitelikte Malzemenin Sağlanması ve Sorumluluk

Sağlık hizmetlerinin etkili, verimli ve sürekli bir şekilde sunulabilmesi için hizmetin günün koşullarına ve tıbbi standartlara uygun bir şekilde sunulmasına elverişli nitelikte ve yeterli sayıda araç, gereç ve ekipmanın hizmete tahsis edilmesi de gerekmektedir. Anayasa'nın sağlık hizmetlerinde madde gücünün verimli olmasını öngören 56. madde düzenlemesinin yanında, Birleşmiş Milletler Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 14. Genel Yorumu'nun 12. paragrafının (d) bendinde de sağlık hizmetlerinde kullanılacak araç gereç ve ekipmanın sayıca yeterli olmasının yanında kaliteli olması zorunluluğuna da vurgu yapılmıştır. Buna göre, sağlık tesisleri ile mal ve hizmetleri tıbben ve bilimsel olarak uygun ve iyi kalitede olmalıdır. Bu husus bilimsel olarak onaylanan ve tarihi geçmemiş ilaç ve hastane ekipmanını, ve yeterli sağlık koruma koşullarını gerekli kılmaktadır.

Sağlık hizmetlerinde kullanılan ilaç ve diğer malzemelerin yeterli sayıda olmaması, bir yandan hizmeti kusurlu hale getirecek, diğer yandan da faaliyeti yürütmekte olan sağlık personelinin de kusurlu davranmasına yol açabilecektir. Şöyle ki, malzemenin kusurlu ya da standartlar bakımından eksik olması durumunda, hekim tarafından yanlış veya eksik tanı konabileceği gibi, doğru tanı konulan hallerde de özellikle cerrahi müdahaleler etkili veya yeterli şekilde yerine getirilemeyebilecektir. Bu sebepler doğrultusunda Danıştay, teknik alet ve ekipmanların yetersiz olması nedeniyle ortaya çıkan tıbbi uygulama hatası sonucunda kişinin zarar görmesi durumunda idarenin sorumlu olacağı yönünde hüküm kurmaktadır²⁰¹.

Öte yandan, söz konusu malzemenin kusurlu olması doğrudan sağlık personeli üzerinde de zarara yol açabilecektir. Söz gelimi, kullanılan lateks eldivenlerin delik ya da kalitesiz olması nedeniyle, hastanın kanında bulunan bir mikrop sağlık personeline bulaşabilecektir. Yine, röntgen cihazının bakımının yapılmaması nedeniyle radyasyon yayması hastalardan ziyade, bu cihazı sürekli kullanmakta olan sağlık personeli üzerinde zarara yol açabilecektir. Nitekim bu durumlarda sağlık personelinin kendisinin dışında, yakınları ve ailesinin de dolaylı olarak zarara uğraması mümkündür.

²⁰¹ Dan.10.D., 13.07.2010, E. 2007/6540, K. 2007/4237, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

Kullanılan tıbbi malzeme ve cihazların yetersiz oluşunun, sağlık personelinin hata yapmasına sebep olduğunun ortaya konulması bakımından Danıştay 1. Dairesi'nin bir kararının değerlendirilmesi önem arz etmektedir. Kararında Yüksek Mahkeme sağlık personelinin kusurlu faaliyeti ile kullanılan aracın kusurlu oluşu arasındaki yakın bir ilişki olduğunu ortaya koymuştur: *“Pulse oksimetrenin, hastanın parmağına takılarak solunum durumunu tespit etmeye yarayan bir cihaz olduğu, anestezi uzmanına pratiklik, takip kolaylığı ve güven sağladığı, bu cihazın ameliyat esnasında olması baş ve boyun pozisyon değişikliklerinde entibasyon tüpünün yerinden çıkması halinde oksijen saturasyonunun düşmesini anında gösterek hastanın solunum durumu hakkında bilgi verdiği, ameliyat tarihinde hastanede 4 adet pulse oksimetre cihazının bulunduğu, bir tanesinin de anestezi servisine tahsis edildiği, ancak söz konusu cihazların hasta ile bağlantısını sağlayan probu olmadığı için devre dışı olduğu, atıl olarak bekletildiği ve hiçbir ameliyatta kullanılmadığı, ayrıca olay tarihinden önce anestezi birimince (...) 3 adet pulse oksimetre cihazının satın alınması için Hastane idaresine talepte bulunulduğu, Satın Alma Komisyonu (...) tarafından (...) söz konusu cihazların alımının bütçe imkanları doğrultusunda gerçekleştirilemeyeceğinin bildirildiği, (...)’ın ameliyatından sonra ameliyathaneye yeni pulse oksimetre cihazlarının alındığı, ancak söz konusu ameliyatta, pulse oksimetre cihazının ve bu cihazın monitöre girişini sağlayan probunun olmamasından dolayı hastanın solunumunun anestezi ekibince gözle kontrol edildiği, bu nedenle oksijen seviyesinin anlık olarak takip edilemediği, tüpün soluk borusundan çıkıp yemek borusuna girdiğinin erken tespit edilemediği, gerekli müdahalenin geciktiği, oksijensizliğe bağlı olarak hastanın sakat kaldığı, hastanın bu duruma gelmesinde Hastane ameliyathanesinde hasta takibine yarayan ve komplikasyonlara karşı erken uyarı sağlayan gerekli teknik ve elektronik donanımı kurmayan hastane idaresinin sorumlu olduğu (...)²⁰² Somut olayda oluşan komplikasyonun, hekimin durumu daha erken fark etmesi durumunda önlenebileceğini vurgulayan Danıştay, tıbbi cihazların yetersiz olması nedeniyle söz konusu müdahalenin yapılamadığından bahisle hizmetin kusurlu olduğuna karar vermiştir. Başka bir kararında ise Danıştay, Sağlık Bakanlığı’na bağlı, ilçede yer alan en büyük sağlık kuruluşunda kan alma ve tahlil merkezinin bulunmaması nedeniyle*

²⁰² Dan.1.D., 17.02.2011, E. 2011/74, K. 2011/300, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

hastaların diğer sağlık kuruluşlarına sevk ediliyor oluşunun başlı başına hizmet kusuru oluşturacağını ortaya koymuştur²⁰³.

Tıbbi malzemenin yeterli sayıda bulunmamasının bir sonucu da tek kullanımlık olan tıbbi malzemelerin birden fazla defa kullanımına yol açmasıdır. Stapler, eldiven ve enjektör, sonda gibi tek kullanımlık malzemelerin birden fazla kullanımı bir yandan enfeksiyon oluşumuna sebebiyet vermekteyken, diğer yandan araçta oluşan deformasyon nedeniyle tedavinin etkinliği azalabilmektedir²⁰⁴. Dolayısıyla, söz konusu araçlarla yapılan tıbbi müdahaleler hizmet kusuruna yol açacaktır.

Bunun yanında hizmette kullanılacak malzemenin mevcut olması da yeterli olmamakta, tam ve eksiksiz bir şekilde çalışır durumda olması da gerekmektedir²⁰⁵. Bu durum tıbbi operasyonlarda anlık olarak kullanımına ihtiyaç duyulan ve çoğunlukla yüksek teknoloji içeren cihazlar yönünden daha da önem taşımaktadır. Bu cihazların bakım ve kalibrasyonunun yapılmaması idarenin sorumluluğuna yol açacaktır²⁰⁶. Danıştay önüne gelen bir uyuşmazlıkta, kanamayı durduran koter cihazının arızalı olması nedeniyle bağlandığı hastanın sol el parmağının elektrik akımına kapılarak yanması sonucu kesilmesinde hizmetin kötü işlemesi nedeniyle idarenin sorumlu olduğuna karar verilmiştir²⁰⁷.

²⁰³ “İdarenin kamu hizmetlerinin gereği gibi işlemlerini sağlayacak organizasyonları yaparak yeterli araç ve gereçle donatılmış bina ve tesislerde, hizmetin özelliğine uygun olarak seçilen ve yetişmiş personelle hizmet yürütmekle yükümlüdür. Devlet Hastanesi statüsünde olmasa dahi, ilçede yer alan Sağlık Bakanlığına bağlı en büyük kuruluşta kan tahlilinin yapılamıyor olması başlı başına hizmet kusuru oluşturmaktadır.” (Dan.15.D., 30.01.2015, E. 2014/7136, K. 2015/413.)

²⁰⁴ “Tek kullanımlık aletler defalarca kullanılıyor, hayatlar kararıyor: Hastane alarmı”, Hürriyet Gazetesi, 28.07.2017.

²⁰⁵ “(...) Acil durumlarda her an serviste hazır bulunması gereken ambulansın bakımsızlık nedeniyle yolda bozulması (...) Devlet hastanesinde her türlü tıbbi imkan, doktor ve serum bulunduğu halde çeşitli sebeplerle bu serumun zamanında tatbik edilmemesi karşısında idarenin açık bir hizmet kusuru olduğu, halk sağlığı ve kamu hizmetlerinin gereği gibi yerine getirilmediği sonucuna varılmıştır. (...)” (Dan.12.D., 18.11.1968, E. 1967/2767, K. 1968/2118, aktaran Avcı, **agm.**, s. 127; “ (...) Safra kesesi ameliyatında kullanılan elektro koter cihazının arızalı olması nedeniyle uğranılan zarar için açılan davada; mahkeme, davacının safra kesesi ameliyatı sırasında kullanılan bir aletin arızalı olması sebebiyle meydana gelen olayda, cerrahın kusurundan söz edilmese bile hastaya elektrik veren cihazın arızasından dolayı davacının ayağında yanık oluşmasının idari hizmetin iyi oluşmamasından kaynaklanan bir hizmet kusuru oluşturduğu (...)” (Dan.10.D., 22.07.2009, K. 2009/7861, aktaran Karadibak / Çınarlı, **agm.**, s. 92, dn. 165.)

²⁰⁶ Demir, **agm.**, s. 291. Bu yöndeki Yargıtay kararı için bkz. Yar.13.HD, 31.05.2012, E. 2012/7386, K. 2012/14143, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

²⁰⁷ Dan.10.D., 31.03.2010, E. 2009/11271, K. 2010/2519. İdare Mahkemesi tarafından verilen bir kararda ise, uygun şekilde bakımı yapılmamış tıbbi cihaz nedeniyle kişinin uğradığı zarardan idarenin sorumlu olduğuna hükmedilmiştir: “(...) Bu durumda davalı idarenin kullandığı röntgen cihazının gözetimini ve bakımını düzenli yapıp doğru bir şekilde çalışmasını sağlayarak herhangi bir kazaya yol açmasına meydan vermemesi gerekirken, gözetim ve bakım ödevini yerine getirmeyerek hizmetin kötü işlemesi nedeniyle röntgen cihazının bir bölümünün davacının başına düşmesi sonucu alın kısmında

Sağlık tesislerinin bina ve araç, gereç yönünden belli standartları taşıması gerektiği ve bu standartların idare tarafından sağlanıp, denetleneceği şüphesizdir. İdare sağlık hizmetlerinin kuruluşunda söz konusu standartları ruhsatlandırma ve akreditasyon yoluyla denetlemektedir. Yine, yeterli miktar ve nitelikte malzeme, ilaç, araç ve gerecin belirlenmesinde, sağlık kuruluşunun bulunduğu yerin özellikleri ve bölgesel ihtiyaçların dikkate alınması gerekmektedir. Danıştay önüne gelen bir uyuşmazlıkta, böcek sokması nedeniyle zehirlenme olaylarının sıklıkla yaşanmakta olduğu bir sağlık kuruluşunda, gerekli ilaç ve avadanlığın bulundurulmamasını hizmet kusuru olarak nitelendirmiştir²⁰⁸.

Başka bir kararında ise Danıştay, tıbbi malzemenin bulunmadığının tedavi sırasında anlaşılması üzerine, söz konusu malzemelerin hasta yakınları tarafından temin edilmesinin istendiği uyuşmazlık konusu olayda hizmet kusurunun bulunduğuna karar vermiştir. Ayrıca Yüksek Mahkeme, müdahalenin aciliyeti nedeniyle malzemenin bu şekilde temin edilmek zorunda kaldığı hallerde malzemenin bedelinin tamamının idare tarafından ödenmesi gerektiğine karar vermiştir²⁰⁹.

Bunun yanında Danıştay bir kararında, hekim kusurunun bulunmadığı hallerde, salt tıbbi malzeme ve ekipman eksikliği nedeniyle dahi hizmet kusurunun oluşabileceğini açıkça ortaya koymuştur²¹⁰: “Sağlık Bakanlığına bağlı tam teşekküllü hastanelerde EKO olmaması, teşhis koymaya yetecek imkanların bulunmaması yanında, üniversite hastanesinin yenidoğan servisinde yeterli yatak bulundurulmaması (...) olayda doktor kusuru bulunmasa bile, ertelenmez mahiyette olan sağlık hizmetinin kuruluşunda ve işleyişindeki eksiklik ve aksaklıklar nedeniyle hizmetin gereği gibi yürütülmediği ve bu durumun da hizmet kusuru oluşturduğu sonucuna ulaşılmıştır.” Başka bir kararda ise davalı idareye ait hastanede ameliyat sırasında doğabilecek kan ihtiyacının önceden öngörülerek bu konuda gerekli

kalıcı iz bırakacak nitelikte kazaya sebebiyet anlaşılmıştır. (...) Açıklanan nedenlerle davanın kabulüne (...)” (Aktaran Akyıldız / Özkan, **age.**, s. 498.)

²⁰⁸ Dan.12.D., 24.10.1996, E. 1965/21, K. 1966/2928, **Danıştay 12. Daire Kararları, Birinci Kitap**, C. II, 1976. Aynı yönde karar için bkz. Dan.12.D., 20.03.1973, E. 1972/25, K. 1973/856; Dan.10.D., 16.01.2008, E. 2008/3916, K. 2008/12, aktaran Gökcan, **age.**, s. 1465.

²⁰⁹ Dan.10.D., 31.03.1998, E. 1997/737, K. 1998/1336, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Aynı yönde Dan.10.D., 08.02.2012, E. 2008/116, K. 2012/425, aktaran Gökcan **age.**, s. 1493.

²¹⁰ Dan.15.D., 12.03.2014, E. 2013/3865, K. 2014/1691, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

tedbirlerin alınmaması, bu nedenle ameliyat sırasında kan ihtiyacının giderilmesinde gecikmeye neden olunmasının hizmet kusuru oluşturacağına hükmedilmiştir²¹¹.

Başka bir kararında ise Danıştay, idareler bünyesinde faaliyet gösteren hastanelerde replantasyon ya da amputasyon ameliyatının teknik altyapı olmadığı, ameliyathanenin steril olmadığı, ameliyatı yapabilecek personel bulunmadığı gibi gerekçelerle müdahalenin yapılamamasının sorumluluğu ortadan kaldırmayacağına hükmetmiştir. Zira tedavi için gerekli olan ameliyathane ortamının işler durumda bulundurulması ve bu cihazları kullanabilecek eğitimli personelin hazır tutulması, davalı idarenin en önemli sorumluluklarından biridir. Bu doğrultuda, operasyonun yapılmasını sağlayacak teknik altyapı, cihaz ve uygun ekipman, teknik personel ya da yoğun bakımda yer bulunmadığı gerekçesiyle hastanın, sosyal devlet ilkesi uyarınca sunulan sağlık hizmetinden yararlandırılmaması ve hastanın özel bir hastanede ücretli olarak tedavi görmek zorunda bırakılmasının, hizmetin kötü işlediğini ortaya koyduğuna hükmedilmiştir²¹².

Sağlık hizmetlerinin yürütülmesinde gerekli olan en temel malzeme olan ilaçlar ile malzemeler bakımından yalnızca miktar olarak bulunma yeterli olmamakta, güncel tıbbi standartlar bakımından bu ilaçların kabul edilebilir nitelik taşıması gerekmektedir. Danıştay önüne gelen bir uyuşmazlıkta, koruyucu sağlık hizmetleri kapsamında kullanılacak aşılarda seçiminde hizmetten yararlananlar bakımından en az riskli olanın tercih edilmemesini hizmet kusuru olarak nitelendirilmiştir²¹³.

²¹¹ Dan.10.D., 20.03.2012, E. 2008//2668, K. 2012/1006, aktaran Akgül, **agm.**, s. 289.

²¹² “Ayrıca davacının başvurduğu her hastane tarafından çeşitli sebeplerle kabul edilmeyerek, özel sağlık kuruluşuna ücret ödemek zorunda bırakılması, sevk etmek suretiyle gerekli tıbbi girişimde bulunmama şeklinde ortaya çıkan idarenin eylemi/eylemsizliği ile özel sağlık kuruluşuna ödeme yapmak suretiyle ortaya çıkan maddi zarar arasındaki nedensellik bağının varlığını ortaya koymaktadır. Bu durumda davacının, Özel (...) Hastanesindeki tedavisi sırasında ödediği miktarın faturalandırılıp faturalandırılmadığı araştırılarak (...) hastaneye özel sağlık sigortası yahut genel sağlık sigortası kapsamında ödeme yapıp yapılmadığının da araştırılması sonrası davacı tarafından yapılmış bir ödeme varsa bu miktarın davacı taraf adına maddi tazminat olarak verilmesi gerekecektir. (...)” (Dan.15.D., 10.12.2015, E. 2015/407, K. 2015/8736 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

²¹³ “(...) davacıların yakınının ölüm nedeninin yerli kuduz aşısı sonrası geçirilen “Guillen Barre” olduğunun, ithal kuduz aşısı olan HDCV’nin en az komplikasyonu olan aşı olduğunun, bu aşıyla ilgili bildirilmiş bir ölüm olayının bulunmadığının belirtildiği, bu durum karşısında riski çok daha yüksek aşığı uygulayarak müşahade altında tutularak kuduz olmadığı anlaşılan bir kedi tarafından ısırılan ilgilinin yaşamını yitirmesine yol açan idarenin ağır hizmet kusuru bulunduğu (...)” (Dan.10.D., 14.11.1996, E. 1995/7086, K. 1996/7534, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

Yargıtay da bir kararında, kullanılan malzemenin kalitesinin düşük olmasının hastanın karnında malzeme unutulması kaynaklı zarara yol açtığını ortaya koymuştur. Bu kararında Yüksek Mahkeme kullanılan malzemenin kalitesizliğinin hekimi hata yapmaya ittiğini vurgulamıştır²¹⁴: “(...) dosya içerisinde bulunan raporlar neticesinde, davacının karnında pamuk elyafının tespit edildiği, davacı tarafın şikâyetlerinin davalı doktor tarafından yapılan ameliyat sonrasında ortaya çıktığı, ameliyat yapıldığı dönemde hastanede kullanılan gazlı bezlerin sıvı çektiğinde lime lime oldukları, apseye sebep olan yabancı cismin gazlı bez kalitesindeki düşüklüğe veya imalat hatasına bağlı olduğu hususları belirlendiğine göre, tek başına kalitesiz malzeme kullanılması dahi davalı yanın kusurlu olduğunu göstereceği (...)”

Sağlık hizmetlerinde kullanılan araçların güncel tıbbi standartlara uygun olması ve yeni teknolojilere bağlı olarak yenileniyor olması da kamu hizmetinin değişkenlik ve uyarılma ilkelerinin bir sonucudur²¹⁵. Anayasa Mahkemesi sağlık hizmetinin özelliklerine vurgu yaptığı bir kararında, hizmette kullanılan araçların değişen şartlara göre uyarlanması bir zorunluluk olduğunu ortaya koymuştur²¹⁶: “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. Bu çerçevede, artan sağlık hizmeti talebini en doğru şekilde karşılamak, yüksek sermaye grubuna dahil sürekli yenilenen teknoloji elde etmek ve cihaz-ekipman-sigorta-bakım-yenileme maliyetlerini minimize etmek (...) kaliteyi yükselten, maliyeti düşüren etkin, süratli, kesintisiz bir sağlık hizmeti sunmak, gereksiz bina ve cihaz alımının önüne geçmek (...) sağlık hizmetleri yönünden Devlet için bir kamusal zorunluluk ve sosyal devlet olmanın gereğidir.”

²¹⁴ Dan.10.D., 16.05.2001, E. 1999/1689, K. 2001/1839, aktaran Gökcan, **age.**, s. 1466. Aynı yöndeki Yargıtay içtihadı için bkz. Yar. HGK, 13.04.2011, E. 2010/13-717, K. 2011/129, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

²¹⁵ Hakan Hakeri, “Hastane Yönetiminin Sorumluluğu”, **Ankara Barosu Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Kurultayı** (1 - 3 Kasım 2007 Ankara), Ankara Barosu Yayınları, 2008, s. 167.

²¹⁶ AYM, 22.11.2007, E. 2004/114, K. 2007/85, RG. 24.12.2007, S. 26736

Öte yandan, sağlık merkezlerinde bulunan tıbbi malzeme, araç ve ekipmanın yetersiz ya da kalitesiz olması, hastanın zorunlu olarak başka sağlık kuruluşuna sevk edilmesine yol açtığından organizasyon kusuru riskini de beraberinde getirmektedir. Şöyle ki, içinde bulunduğu coğrafi alanda faaliyet yürüten sağlık kuruluşunun tıbbi cihaz ve ekipmanlarının bozuk ya da yetersiz olması sebebiyle hasta başka bir sağlık kuruluşuna sevk edilmekte, çoğu zaman sevk sürecinde ya da sevk edildiği hastaneye boş yatak olmadığı gerekçesiyle kabul edilmemesi nedeniyle acil müdahalenin yapılmaması sonucunda telafisi imkansız zararlara uğrayabilmektedir. Bu hallerde tıbbi malzemenin yetersiz olmasından kaynaklanan kusur organizasyon kusuru ile birleşmekte ve idarenin sorumluluğuna yol açmaktadır. Nitekim bir kararında AİHM bu hususu açıkça ortaya koymuştur²¹⁷: “*Mahkeme için olay akşamı, küçük (...)’nın dünyaya geldiği Gümüşhane Devlet Hastanesinde bulunan tek kuvöz arızalı olduğunu tespit etmek yeterlidir. Civardaki diğer hastanelerde bulunan teçhizatın sayısı ve durumu da tatmin edici olarak değerlendirilemez. Bu da, Devletin, devlet hastanesi hizmetinin ve daha genel olarak, sağlığın korunması sisteminin düzgün olarak organize edilmesiyle ve işleyişiyle yeterince ilgilenmediğini ve sadece hasta yoğunluğundan kaynaklanan öngörülemez bir yer olmayışına bağlı olmadığını göstermektedir.*”

Yeterli nitelik ve nicelikte tıbbi malzemenin sağlanması bakımından aile hekimlerinin statüsü ayrı bir özellik taşımaktadır. Kural olarak, sağlık hizmetleri için gerekli örgütün kurulması, gerekli ve yeterli bina ve araç gerecin hizmete hazır halde bulundurulması, bu faaliyetler kapsamında meydana gelebilecek zararların önlenmesi idarenin yükümlülüğündedir. Söz konusu tıbbi araç gereç ve tesisin sağlanmaması sağlık hizmetinin hiç işlememesine yol açacaktır. Buna karşılık, aile sağlığı merkezlerinin tesis ve araç gereç yönünden bizzat idare tarafından değil, bu tesislerde faaliyet yürütecek hekimler tarafından kurulması, idare tarafından denetlenmesi öngörülmüştür. İdarece özlük haklarına ek olarak aile hekimlerine verilen gider ödeneği ile sağlık hizmetinin bina ve araç gereç yönünden hekim tarafından sağlanması sistemi öngörülmüştür. İdare ise bu araç gerecin doğrudan sağlanmasından değil, hekim tarafından temin edilip edilmediğini denetlemekle yükümlüdür. Hizmetin devamı bakımından gerekli olan araç, gereç ve malzemenin sağlanmaması durumunda ise Sağlık Bakanlığına bağlı ekipleri tarafından yapılan

²¹⁷ AİHM, *Asiye Genç / Türkiye*, BN. 24109/07, T. 27.01.2015, Hudoc.echr.coe.int.

denetim üzerine hekimler aleyhine ihtar puanı verilmektedir²¹⁸. Bu ihtar puanlarının belli bir sayıya ulaşması durumunda ise aile hekimliği sözleşmesi idarece feshedilmektedir²¹⁹.

Sağlık Bakanlığı ile yaptığı sözleşme doğrultusunda faaliyet yürüten aile hekimlerinin kamu personeli olduğu, Anayasa Mahkemesi tarafından kabul edilmiştir²²⁰. Kamu personeli olan aile hekiminin gerekli araç gereç ve binayı temin etmemesi sonucunda hizmetten yararlananların zarara uğraması ihtimalinde Anayasa'nın 129. maddesi gereğince idare sorumlu olacaktır. Ayrıca idarenin hekim tarafından söz konusu malzemenin temin edilip edilmediğini, hizmetin etkili şekilde sunulup sunulmadığını denetleme yükümlülüğü de bulunmaktadır²²¹. Bu doğrultuda söz konusu denetimin yapılmaması idarenin ayrıca sorumluluğuna yol açacaktır.

Tıbbi malzemelerin kalitesinin yetersizliği nedeniyle sorumluluğa ilişkin olarak Fransız öğretisi ve yargı kararlarında ikili bir ayrımın benimsendiği gözlenmektedir. İlk ihtimalde, tıbbi malzeme, ekipman, ilaç ve diğer biyolojik materyalin kalitesiz olması ve bu malzemenin hekim tarafından kullanılması sonucunda hastada meydana gelen zarardan idare, hizmetin kötü işlemesi nedeniyle bizatihi sorumlu tutulmaktadır²²². Başka bir deyişle, kalitesiz tıbbi malzeme kullanan kamu personeli hekimin kusuru söz konusu olmayacaktır. Bu ihtimalin istisnası ise, elde kaliteli tıbbi malzemenin yeterli sayıda bulunmasına karşılık, kalitesiz malzemenin kullanılması halidir²²³. Bu durumda yanlış araç veya malzemeyi kullanan hekimin kusuru, bizatihi idarenin kusuru ile birleşecektir.

İkinci ihtimal ise, bazı tıbbi ilaç ve malzemelerin ancak hekim tarafından tıbbi işleme tabi tutulması ya da başka malzemeler ile birleştirilmesi suretiyle kullanılması durumundaki idarenin sorumluluğudur. Bu ihtimalde kalitesiz etken

²¹⁸ Ezgi Kızılkaya Doğru, "Aile Hekimliğinde Disiplin Hükümleri ve İhtar Puanları", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y. 7, S. 28, 2016, s. 481.

²¹⁹ Dan.5.D., 13.10.2015, E. 2013/1979, K. 2015/7838, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

²²⁰ AYM, 21.02.2008, E. 2005/10, K. 2008/63, RG. 07.11.2008, S. 27047. Aile hekiminin hukuki statüsü ve aile hekimliği sözleşmesinin idari sözleşme olduğuna yönelik ayrıntılı bilgi için bkz. Ramazan Çağlayan, "Aile Sağlık Merkezi Personelinin Hukuki Statüsü", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Y. 2016, S. 7, s. 404 vd.

²²¹ Karadibak / Çınarlı, **agm.**, s. 81.

²²² Cass 1ère civ, 22.10.2009, M.Y., n° 08-18601, Legifrance.gouv.fr.

²²³ Dianne Bandon Tourret, "Responsabilité d'un chirurgien dans l'utilisation d'un dispositif médical défectueux", **Gaz Pal**, 16.01.2010, n° GP20100116010, Lextenso.fr.

maddenin kullanılması sonucunda oluşan nihai tıbbi malzeme kusurlu olacağından, söz konusu malzemenin uygulanması hizmetin kusurlu işlemesine neden olabilecektir. Bunun yanında, kalite standartlarına uygun etken malzemenin hekim tarafından yanlış işlenmesi sonucunda, nihai malzemenin kusurlu olması da söz konusu olabilmektedir. Bu iki durumda, tıbbi standartlara aykırı nihai tıbbi malzemeyi hastanın tedavisinde kullanan hekimin kusuru nedeniyle idare sorumlu olacaktır²²⁴.

Tıbbi malzemeler bakımından idarenin sorumluluğuna yol açabilecek bir diğer ihtimal de ilaç ve diğer malzemelerin uygun koşullarda saklanması ve muhafaza edilmesidir. Bordeaux İdari İstinaf Mahkemesi önüne gelen bir uyuşmazlıkta, hastanın tedavisinde kullanılan kortikoid malzemenin uygun koşullar sağlanmadan saklanması sonucu hastada oluşan yan etkilerin yol açtığı zararlardan idarenin sorumlu olduğuna hükmedilmiştir²²⁵.

Tıbbi malzeme ve araç gerecin nitelik ve nicelik bakımından yetersiz olması sebebiyle idarenin sorumluluğunun tespitinde Danıştay, Anayasa'nın 65. maddesinde düzenlenen, idarenin mali kaynaklarının yetersizliği sınırlamasına sıklıkla atıf yapmaktadır²²⁶. Başka bir ifadeyle, idarenin araç gerecinin eksikliğinin mali kaynakların yetersizliğinden kaynaklandığını gerekçe gösteren Yüksek Mahkeme, hizmetin kusurlu olmadığı yönünde karar vermektedir. Bu durum sağlık hizmetlerinin malzeme yönünden yetersizliğinin Anayasa'nın 65. maddesiyle örtülmesi gibi bir sonuca yol açmaktadır.

Nitekim Danıştay önüne gelen bir uyuşmazlıkta, sağlık kuruluşunda tam teşekküllü bir yoğun bakım ünitesi ve bilgisayarlı tomografi cihazı bulunmaması

²²⁴ Tourret, **agm.**; Jean François Lachaume / Hélène Pauliat / Stéphane Braconnier / Clotilde Deffigier Droit administratif: **Les grandes décisions de la jurisprudence**, 17e édition, PUF, 2017, s. 813; Yvonne Lambert - Faivre / Stephanie Porchy – Simon, **Droit du dommage corporel**, 8e édition, Dalloz, 2016, s. 717. Fransız Yargıtayı'nın bu yöndeki görüşü destekleyen içtihadı için bkz. Cass 1ère civ, 09.11.1999, M.X., n° 98-10010; Cass 1ère civ, 17.01.1995, n° 93-13075, Legifrance.gouv.fr. Fransız Yargıtayı iki ihtimalin birbirinden ayrılması bakımından şu ayrımı yapmıştır: Hastaya protez takılmasına ilişkin tıbbi müdahalede, hazır olarak temin edilen protez diş hekimi tarafından yalnızca hastaya takılmakta olup, hekim tarafından herhangi bir tıbbi işlem yapılmamaktadır. Buna karşılık, protezin bizzat diş hekimi tarafından yapılmakta ve hastaya takılmakta ise tıbbi malzemenin kusurlu olması aynı zamanda hekimin faaliyetini kusurlu hale getirecektir. (Cass 1ère civ, 15.11.1988, n° 86-1644; Cass 1ère civ, 22.11.1994, n° 92-16423, Legifrance.gouv.fr.)

²²⁵ CAA Bordeaux, 15.02.1999, *CHRU de Toulouse c. Cauhape*, n° 041320, Rec. Lebon, Dalloz.fr.

²²⁶ Bu yöndeki tespitleri içeren Anayasa Mahkemesi kararı için bkz. AYM, BB, *Leyla Doğan Salih Doğan*, BN. 2015/4662, T. 10.10.2018, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası.

nedeniyle hastanın hayatını kaybetmesi ilk derece mahkemesi tarafından hizmet kusuru olarak nitelendirilmiş olmasına karşın, Danıştay bu kararı Anayasa'nın 65. maddesini gerekçe göstererek bozmuştur²²⁷: “ *T.C. Anayasası'nın 56. maddesinde, devletin herkesin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürmesini sağlamakla görevli olduğu, 65. maddesinde ise devletin, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, ekonomik istikrarın korunmasını gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getireceği belirtilmiştir. (...) Bu durumda Anayasa'nın 65. maddesi hükmü (...) karşısında idarenin ağır hizmet kusurundan söz etmeye imkan bulunmamaktadır.*”

Karardan da açıkça anlaşılacağı üzere sağlık hizmetlerinin araç, gereç ve donanım bakımından yetersizliği nedeniyle zarar oluşan hallerde Danıştay, Anayasa'nın 65. maddesinde yer alan düzenlemeyi gerekçe göstererek idareyi sorumlu tutmaktan imtina etmektedir. Danıştay'ın bu tutumu öğreti tarafından eleştirilmektedir²²⁸. Günday, idarenin mevzuat gereğince görevli olduğu faaliyet ve hizmetleri mali ve teknik imkanları bulunmadığı gerekçesiyle yerine getirmekten kaçınamayacağını, aksi durumda idarenin her zaman mali kaynaklarının yetersizliğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulabileceğini ileri sürmektedir. Dolayısıyla idare tarafından kurulduktan sonra, mali kaynaklar gerekçe gösterilerek hizmetin yerine getirilmesinden kaçınılması mümkün olmayacaktır²²⁹. Aydın da öncelikli ve temel nitelikte bir kamu hizmeti olan sağlık hizmetlerinin sunulmasının Anayasal bir zorunluluk olduğunu vurgulamış, hizmetin bu niteliği uyarınca planlama, bütçe ve kaynak ayrılması hususunda öncelikli bir statüde bulunması gerektiğini ileri sürmüştür. Bu doğrultuda, tali kaynaklara ayrılacak bütçenin yönünün değiştirilmesi suretiyle, sağlık hizmetlerine ayrılan bütçenin ihtiyaca uygun

²²⁷ Dan.10.D., 24.04.2001, E. 1998/7215, K. 2001/1531, aktaran Yakup Bal /Yahya Şahin / Mustafa Karabulut, **Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları**, Seçkin Yayıncılık, 2003.s. 100.

²²⁸ Ağırlıklı içtihadı bu yönde olmakla birlikte Danıştay bir kararında, mali kaynakların yetersizliği nedeniyle idarenin sorumsuzluğunun sınırlanması gerektiğine karar vermiştir. Başka bir ifadeyle, idarenin edim yükümlülüğü mali imkanlar ileri sürülerek sınırlanabilir. Ancak bu sınırlamanın da bir sınırı bulunmaktadır: “(...) yol yapımının maliyet unsuru nedeniyle gerçekleştirilememiş olması olayda idarenin sorumluluğunu ortadan kaldıracak bir neden olarak kabul edilemez.” (Dan10.D., 13.09.1993, E. 1993/724, K. 1993/146, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

²²⁹ Günday, **age.**, s. 372. Aynı yönde Atay, **age.**, s. 750; Abdullah Hızal, **Hatalı Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Tam Yargı Davaları**, İzmir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Programı Yüksek Lisans Tezi, 2015, s. 46; Serkan Kızılyel, “Sağlık Hizmeti Yönünden Hizmet Kusuru Kavramını Yeniden Düşünmek”, **Terazi Hukuk Dergisi**, S. 24, 2008, s. 144; Ersöz, **age.**, s. 208; Küçük, **age.**, s. 37; Furkan Medar, “Hizmet Kusuru ve Kişisel Kusur Bağlamında İdarenin Kusurlu Sorumluluğu”, **Jurix.com.tr**; Şahin, **agm**, s. 724.

hale getirilmesini savunmuştur²³⁰. Nitekim Fransız öğretisi ve yargı kararlarında da sağlık hizmetinin diğer kamu hizmetlerine göre öncelikli konumuna vurgu yapılarak, hizmet içinde yürütülen faaliyetlerin de mali kaynaklar dikkate alınarak öncelik sıralaması içerisinde organize edilmesi gerektiği kabul edilmiştir²³¹.

Kanaatimizce de Anayasa'nın 65. maddesi uyarınca hangi hizmetlerin kamu hizmeti olarak belirleneceği ve bu hizmetlerin kurulması hususunda mali kaynakların dikkate alınması gerekmektedir. Buna karşılık, bir faaliyetin kamu hizmeti olarak belirlenmesi durumunda bu faaliyetin etkili şekilde sunulmasını sağlayacak araç, gereç ve personelin sağlanması idarenin yükümlülüğündedir. Dolayısıyla belli bir kamu hizmetinin kurulması hususunda mali kaynaklar kapsamında takdir yetkisi bulunmaktaysa da, bir defa kurulmuş olan kamu hizmetinin gerekli araç, gereç ve personelle sunulmaması hizmet kusuru oluşturacaktır. Dolayısıyla, Anayasa'nın 65. maddesinde yer alan düzenleme kamu hizmetlerinin yeterli ve etkili şekilde sunulmaması bakımından özür olarak nitelendirilmemelidir²³². Aksi yöndeki bir yorum kamu görevlilerinin faaliyetlerinin yol açtığı zararlar dışında kalan hizmet kusuru hallerinin idarenin sorumluluğuna yol açmaması gibi bir sonuç yaratacaktır. Öte yandan sağlık hizmeti, doğrudan bireyin yaşamını ve maddi, manevi varlığını ilgilendirdiğinden diğer kamu hizmetlerine nazaran öncelikli bir konumda olmanın yanı sıra, açıkça Anayasa'da düzenlenmiş olan bir kamu hizmeti de olduğundan, söz konusu faaliyetin araç, gereç ve donanım yönünden, sağlık hakkının yerine getirilmesini etkileyecek düzeyde yetersiz olmasının ayrıca Anayasa'ya aykırılık oluşturacağı kanaatindeyiz.

²³⁰ Aydın, **agm.** Bu görüşü destekleyen Danıştay kararları için bkz. Dan.10.D., 12.11.1996, 6939/7395, aktaran Tevfik Karataş, **İdare Hukukunda İdarenin Hizmet Kusuru Dolayısıyla Sorumluluğu**, Abant İzzet Baysal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006, s. 41; Dan.12.D., 24.10.1966, E. 1965/21, K. 1966/2928, aktaran Yüksel Esin, **Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları - İkinci Kitap İdarenin Sorumluluğu**, Balkanoğlu Matbaacılık, 1973, s. 79.

²³¹ Guy Canivet, "Les Relations entre politique de concurrence et politique de santé", **La Régulation des secteurs de santé**, Ed. Marie Anne, Frison Roche, Vol. 9, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2011, s. 31.

²³² Aynı yönde görüş için bkz. Duran, **agm.**, s. 33; Miraç Çelik, **İdarenin Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Sorumluluğu**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013, s. 100 vd.

4. Hizmetin Güvenli Bir Ortamda Sunulması ve Sorumluluk

Sağlık hizmetlerinin güvenli bir ortam içerisinde sunulmaması da idarenin sorumluluğuna temel oluşturabilmektedir. Nitekim Hasta Hakları Yönetmeliği'nin “*Güvenliğin Sağlanması*” başlıklı 37. maddesine göre, herkesin sağlık kurum ve kuruluşlarında güvenlik içinde olmayı bekleme ve bunu istemek hakları vardır. Sağlık kurum ve kuruluşları, hastaların ve yakınlarının can ve mal güvenliklerinin korunması ve sağlanması için gerekli tedbirleri almak zorundadır.

Sağlık hizmetlerinin güvenlik ortamı içinde sunulmasının sağlanması amacıyla Hasta ve Çalışan Güvenliğinin Sağlanmasına Dair Yönetmelik²³³ çıkarılmıştır. Yönetmelik'te esas olarak tüm sağlık kurumlarında, hasta ve çalışan güvenliği için güvenli hizmet sunumu ve güvenli bir ortam sağlanmasına, hizmet sunumunda kalitenin artırılmasına, sağlık kurumunda hasta ve çalışanlar için muhtemel risklerin belirlenmesine, bu risklerin giderilmesi için uygun yöntem ve tekniklerin belirlenmesine dair esaslar yer almaktadır.

Sağlık kuruluşları gerek hizmetten yararlananların fiziksel ve ruhsal yönden içinde bulunduğu hassas durum ve gerek kullanılan yöntem ve araçların riskler taşıması sebebiyle tehlikelilik arz etmektedir. Bu bakımdan hizmetin sunumunda güvenliğin sağlanması idare bakımından ayrı bir yükümlülük oluşturmaktadır. Sağlık hizmetlerinin güvenlik içinde sunulması kapsamında idarenin gerek fiziksel ortama ilişkin risklerin **(a)** ve gerek tıbbi risklerin önlenmesine yönelik **(b)** tedbir alma yükümlülüğü bulunmaktadır.

a. Sağlık Kuruluşundaki Fiziksel Ortamın Güvenli Olması

Sağlık hizmetlerinin sürekli ve düzenli şekilde çalışabilmesi için öncelikle bu hizmetin verildiği tesislerin fiziksel ortamının güvenli olması gerekmektedir. Bu durum, bedensel ve ruhsal yönden güçsüzlük içinde bulunan hastaların gerek yaşayacakları olası kazaların önüne geçmek ve gerek üçüncü kişiler kaynaklı zarardan korunması bakımından önem taşımaktadır. Bu bakımdan sağlık tesislerinin mekânsal anlamda güvenli şekilde inşa ve dizayn edilmesi **(i)** ve hizmetten

²³³ RG. 06.04.2011, S. 27897.

yararlananların diğer hastalar ile üçüncü kişiler kaynaklı tehlikelerden korunması (ii) idarenin yükümlülüğüdür.

i. Sağlık Kuruluşlarının Mekansal Anlamda Güvenli Olması

Fiziksel güvenliğin sağlanması bakımından ilk olarak sağlık kuruluşlarına ait binaların fiziksel yapısının güvenli olması gerekmektedir. Hastane binalarının inşaat standartlarının yanında tıbbi standartlara da uygun olarak inşa ve muhafaza edilmesi gerekmektedir. Bu bakımdan öncelikle, hastalar ile yakınlarının içinde bulunduğu fiziksel ve psikolojik güçsüzlükler de göz önünde bulundurularak gerekli tedbirlerin alınması gerekmektedir²³⁴.

Sağlık tesislerine ait binalarının yapımına ilişkin olarak değinilmesi gereken hususlardan bir diğeri ise söz konusu yapıların günümüz bilimsel ve teknolojik imkânlarından yararlanılarak inşa edilmesidir. Sağlık hizmeti sunulan binaların bilimsel standartlara uygun olarak inşa edilmesi pek çok zararın önlenmesini sağlayacaktır.

Bu husus özellikle sağlık hizmetlerinin yürütülmesini etkileyecek mücbir sebeplerin gerçekleşmesi ihtimalinde önem taşımaktadır. Şöyle ki, deprem, sel, heyelan ve benzeri doğa olayları sonucunda sağlık tesisleri zarar görebilmekte ve bu nedenle hizmet aksayabilmekte, hizmetten yararlanan kişiler ve hatta sağlık personeli zarara uğramaktadır. Söz konusu ihtimaller idari sorumluluk hukukunda mücbir sebep teşkil etmekte ve kural olarak idarenin sorumluluğunu kaldırmaktadır.

Ancak, gerek Danıştay²³⁵ ve gerek Fransız Danıştayı'nın²³⁶ içtihadında sağlık tesisi inşa eden idarenin davranışının, söz konusu mücbir sebeple meydana gelen zararın artmasına neden olması ihtimalinde söz konusu artışın idarenin

²³⁴ Danıştay önüne gelen bir uyuşmazlıkta yeni açılmış olan kadın doğum polikliniğinin merdiven ve sahanlığının korkuluksuz olması ve herhangi bir uyarı levhasının da bulunmaması nedeniyle hastanın merdivenden düşerek hayatını kaybettiği uyuşmazlık konusu olayda idarenin hizmet kusurunun bulunduğu hükmetmiştir. (Dan.15.D., 14.04.2016, E. 2013/4232, K. 2016/2615, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

²³⁵ Dan.10.D., 28.12.1994, E. 1994/2060, K. 1994/6797, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Aynı yönde öğreti görüşü için bkz. Kahraman Berk, "Deprem ve İdarenin Sorumluluğu", **İBD**, Eylül 1999, C. 73, s. 7.

²³⁶ CE, 18.05.1971, *Barrage de Malpasset*, n° 76216, Rec. Lebon, 1971, Dalloz.fr.

sorumluluğuna yol açacağı kabul edilmektedir. İdarenin sağlık tesislerinin yapılacağı yeri seçmede ve bu yapıların niteliklerini belirlemede teknolojik ve bilimsel imkânlardan yararlanması gerekmektedir. Sağlık tesislerinin inşasında bilimsel ve teknolojik verileri dikkate almadan, standartlara aykırı bir şekilde yapılan sağlık tesislerinin doğa olayları nedeniyle zarar görmesi ve bu nedenle hizmetin aksaması durumunda idarenin sorumluluğu devam edecektir. Konuya ilişkin bir kararında Danıştay, kamu hizmetinde kullanılacak olan binanın birinci derece deprem bölgesinde bulunması ve hiçbir inceleme ve araştırma yapmadan satın alınmış olmasının hizmet kusuru oluşturacağına hükmetmiştir²³⁷. Dolayısıyla mücbir sebep teşkil eden hallerde dahi gerekli araştırmayı yapmayan, tedbirleri almayan idarenin sorumluluğu devam edecektir.

İdarenin sağlık tesislerinin inşasında güncel teknolojik ve bilimsel standartlara uyma yükümlülüğü idareye mali bir yük getireceğinden, söz konusu yükümlülüğün yerine getirilmesinde Anayasa'nın 65. maddesinin uygulanabilirliğinin de ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Kararlarında Danıştay, idarenin mali imkanları da dikkate alınmak suretiyle en uygun tedbirleri alması gerektiğini kabul etmiş, mali imkanların yetersizliğini adeta yukarıda belirtilen yükümlülüğün bir istisnası olarak nitelendirmiştir²³⁸.

Bunun yanında, sağlık tesisleri ile hizmete özgülenmiş araç ve gerecin fiziki açıdan güvenli olması da idarenin sorumluluğundadır²³⁹. Söz gelimi tedavi gören hastaların yataklarının düzenlenmesinde, düşmelerin veya diğer travmaların önlenmesine yönelik önlemlerin alınması gerekmektedir. Bu bakımdan hasta yataklarının sabitlenmesi, hasta odasında bulunan dolap, koltuk, sandalye, televizyon gibi donatının hastanın hareket etmesini zorlaştırmayacak şekilde dizayn edilmesi gerekmektedir. Hastane ortamının uygun ısı, nem ve ışıkla donatılması, gürültüyü önlemeye yönelik tedbirlerin alınması, donatı ve teçhizatın olası bir yangın, sel ve

²³⁷ “(...) bina kalıntılarında yapılan incelemede 1.derecede deprem bölgesi için gerek kolon kesiklerinin gerekse donatıların beton kalitesi ile birlikte yetersiz olduğu sonucuna ulaşıldığı, idare tarafından gönderilen işlem dosyasında (...) tarihinden özel bir şahıstan hiç bir teknik inceleme yapılmadan satın alındığının anlaşılması karşısında, birinci derecede deprem bölgesi olan ... İlinde gerekli inceleme ve araştırma yapılmadan söz konusu binanın satın alınmasında davalı idarenin hizmet kusurunun bulunduğu anlaşılması nedeniyle davacıya (...) tazminat ödenmesine karar verildiği (...)” (Dan. İDDGK, 17.01.1997, E. 1995/752, K. 1997/57, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

²³⁸ Dan.12.D., 06.04.1971, E. 1967/2437, K. 1971/876, aktaran Esin, age., s. 240.

²³⁹ H. Tamer İnal, “Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve İdari Sorumluluk Türlerinin Yakınlaştırılması”, **Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 6, 2013, s. 9.

yer sarsıntısı riskine uygun şekilde seçilmesi de güvenlik yükümlülüğünün yerine getirilmesi bakımından idarenin sorumluluğundadır²⁴⁰.

Benzer şekilde, hastaların içinde bulunduğu fiziksel güçsüzlük de dikkate alınarak sağlık kuruluşunun merdiven ve koridorlarında tutunabilecekleri trabzan ve korkulukların takılmış olması; gerektiğinde tekerlekli sandalye ve sedye taşınmasına müsait asansör veya benzeri mekanik aksamın oluşturulması; gerekli yerlere hastaların erişimini kolaylaştıracak yürüme rampası yapılması olası kazaların önlenmesi bakımından idare tarafından alınabilecek önlemlerdendir. Nitekim yataklı tedavi kurumlarının taşınması gereken fiziksel özellikler Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Söz konusu sağlık kuruluşlarının Yönetmelik'te öngörülen şartları taşımaması sonucunda kişilerin uğradıkları zararlar nedeniyle idarenin sorumluluğu gündeme gelecektir.

Sağlık kuruluşlarının mekânsal bakımdan güvenli olması, özellikle hizmetten yararlananların yaşayabilecekleri olası kazaların önlenmesi ve tıbbi müdahalelerin zamanında, hızlı bir şekilde yapılabilmesi bakımından önem taşımaktadır. Ancak mekânsal güvenlik tek başına yeterli olmamakta, hastaların üçüncü kişilere, diğer hastalara ve hatta kendilerine karşı korunmaları ihtiyacı da bulunmaktadır.

ii. Sağlık Kuruluşlarının İnsan Kaynaklı Tehlikeler Yönünden Güvenli Olması

Sağlık kuruluşlarının güvenli olabilmesi fiziksel ortamın güvenli olması kadar insan kaynaklı tehlikelerden de arındırılmış olmasına bağlıdır. Hasta ve yakınlarının, sağlık kurumunun içinden veya dışından²⁴¹ gelebilecek tehlikelere karşı korunması,

²⁴⁰ Demir, **age.**, s. 94.

²⁴¹ “Sosyal Sigortalar Kurumu (...) Hastanesi İntaniye Servisinde Hepatit B (sarılık) teşhisi ile yataklı tedavi gören davacının, (...) tarihinde saat 03.30 sıralarında doktor kıyafeti giymiş bir kişi tarafından bıçakla tehdit edilerek ırzına tecavüz etme teşebbüsünde bulunduğu, sanık kişinin davacının yatmakta olduğu ve hastanenin zemin katında bulunan odanın penceresinden içeri girmek suretiyle olayı gerçekleştirdiğinin, hastane personeli olmayıp kimliği belirsiz bir kişi olduğunun, hastanede gece güvenlik görevlisi ve otomatik gözetleme ve kontrol cihazı bulunmadığının, aynı hastanede bu olaydan bir süre önce (...) benzer bir olayın meydana gelmesine rağmen hastane yetkililerince bu tür olaylara karşı önleyici ve caydırıcı hiçbir güvenlik tedbirinin alınmadığının, davacının yattığı odanın penceresinin yere çok yakın olmasına rağmen pencerelerde emniyet tedbirlerinin bulunmadığının anlaşıldığı, bu arada, özellikle hastanede yataklı tedavi görmekte olan hastaların yangın, deprem, silahlı saldırı gibi her türlü tehdit ve tehlikeye karşı huzur ve güven içinde bulunabilmeleri için gerekli emniyet ve güvenlik tedbirlerinin alınması hastane yönetimini önem

hastaların birbirine, hasta yakınlarına (ziyaretçi veya refakatçi) ve hatta kendilerine karşı korunması için gerekli tedbirlerin alınması idarenin yükümlülüğüdür. Söz konusu yükümlülüğün yerine getirilmemesi ve bu nedenle hasta ya da yakınların zarara uğraması idarenin sorumluluğuna yol açacaktır²⁴².

Hastaların kendilerinden ve diğer hastalardan korunması hususu özellikle psikiyatri kliniklerinde yürütülen sağlık hizmetleri bakımından özellik ve önem arz etmektedir. Zira, hizmetten yararlanan kişilerin çoğu zaman bilincinin yerinde olmaması ya da kullanılan ilacın tesiri altında bulunması nedeniyle alelade bir hastaya nazaran daha fazla dikkat ve özen gösterilmesi ihtiyacı doğmaktadır. Bu doğrultuda psikiyatri kliniğinde tedavi gören hastalar bakımından, sağlık hizmetinin güvenliği daha sıkı koşullara tabi tutulmakta, hizmet ile zarar arasındaki illiyet bağı daha geniş yorumlanmaktadır.

İlk olarak, psikiyatri kliniklerinde hastaların kendilerine ya da diğer hastalara zarar verebilecekleri cisimlerin ortada bırakılması; hastaların eşya ve odalarında tehlike oluşturabilecek araçlardan arındırmak amacıyla gerekli taramaların yapılmaması; binanın fiziki yapısında hastanın kendisine ya da başka hastalara zarar vermesini önleyici tedbirlerin alınmaması²⁴³, hastaların kendileri bakımından yaşamsal tehlike arz eden diğer hastalarla aynı odada tedavi görmesi gibi hallerde hizmet kusuru nedeniyle idarenin sorumluluğu doğabilmektedir. Söz gelimi, intihar,

arzeden görevlerinden olduğu oysa ki, yataklı tedavi kurumu olan (...) Hastanesinde meydana gelen olayın bir tesadüf sonucu olmayıp, hastane binasının güvenlik yönünden hiçbir şekilde korunmadığı, hastane giriş ve çıkışlarında gerekli güvenlik kontrollerinin yapılmadığı ve özellikle zemin kattaki pencerelerden giriş ve çıkışı önleyici tedbirlerin alınmadığı, (...) yataklı bir tedavi kurumu olan hastanede emniyet ve güvenlik tedbirlerinin alınmamış olmasından dolayı meydana geldiği tartışmasız bulunan olayda davalı idarenin hizmet kusuru işlediğinin açık olduğu (...)" (Dan.10.D., 09.02.2000, E. 1998/4977, K. 2000/380, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

²⁴² Demir, **age.**, s. 94.

²⁴³ "(...) şizofren hastalığı tanısıyla Tıp Fakültesi Hastanesi Psikiyatri kliniğine yatırılan (...)’ın (...) odada kimsenin olmadığı bir zamanda, pencerenin havalandırma amaçlı kullanılan kısmından dışarı çıkarak, 7. kattan atlamak suretiyle öldüğü (...) bilirkişiler tarafından hazırlanan raporda, psikiyatri kliniğinde yer alan odalarda, havalandırma amaçlı kullanılan pencerelerin basit bir müdahale ile açılacak tarzda olmaması için gerekli tedbirleri almayan (...) psikiyatri kliniğinde yatan hastaların can güvenliklerinin sağlanması konusunda alınan önlemleri denetlemeyen Hastane Başhekimisi(...)’ın tali kusurlu olduğunun belirtildiği (...) Psikiyatri Ana Bilim Dalı Başkanlığınca, değişik zamanlarda hasta odalarının tadilatının yapılması için Sağlık Uygulama ve Araştırma Merkezi Müdürlüğüne müracaat edilmiş, (...) pencerelerin dış yüzeylerinin insan çıkışlarını engelleyecek şekilde demir çubuklarla kaynatılması istenmiştir. (...) geçen uzun süre içinde hem başhekimlik tarafından bu eksiklikler giderilmemiş (...) Hasta Hakları Yönetmeliğinin 37. maddesi gereğince hastaların can ve mal güvenliklerinin sağlanması için gerekli tedbirlerin alınması zorunlu olduğu; yönetmelikle öngörülen güvenlik önlemlerinin alınmaması sebebiyle (...) kamu davası açılması gerektiği (...)" (Dan.1.D., 02.06.2012, E. 2010/8183, K. 2010/900, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

öldürme veya yaralama gibi fiiller nedeniyle psikiyatri kliniğine yatırılan bir hastanın başta intihara meyilli hastalar olmak üzere, diğer hastalarla aynı odada tutulması sonucunda meydana gelen zarardan idare sorumlu tutulabilecektir. Benzer şekilde, bu hastaların odalarının cam ve kapılarında gerekli güvenlik tertibatının sağlanmaması da hizmeti kusurlu hale getirecektir²⁴⁴.

Hastaların kendileri ve diğer hastalar bakımından tehdit oluşturacak eşya veya ortamdaki korunmasının yanında, bazı hallerde hastanın gözlem altında tutulması da zorunluluk olarak karşımıza çıkabilmektedir. Söz konusu gözetimin yapılmaması nedeniyle hastaların kendilerine veya birbirlerine zarar vermesi durumunda hizmet kusuru oluşacaktır²⁴⁵. Bu ihtimalde hastaların sürekli gözlenebilmesine yönelik teknik tertibatın kurulması, yeterli sayıda personelin bulunması idare bakımından bir zorunluluktur. Yine, gözlem altında tutulması gereken hastanın sosyal salahlık bulduğu gerekçesiyle taburcu edilmesi sonucunda bu kişinin üçüncü kişilere vereceği zararlardan da idare sorumlu olacaktır²⁴⁶. Psikiyatrik tedavi gören hastaların gerek kendilerine ve gerek diğer hastalara ya da üçüncü kişilere zarar vermesi ihtimalinde, Fransız Danıştay'ın içtihadından farklı olarak idare ancak hizmetin kötü ya da yetersiz olması durumunda oluşan zarardan sorumlu tutulabilmektedir.

Hastanın gözlem altında tutulması yükümlülüğü bakımından Fransız hukukunda gerek sağlık kuruluşunun psikiyatrik tedavilere özgülenmiş dal hastanesi olup

²⁴⁴ Markus, **agm.**, s. 31.

²⁴⁵ “Maktulün gözlem odasında, yatak ve gömlek tespitli olarak bulunduğu, aynı odadaki diğer hastanın tespit gömleğini yırtarak ve duvardaki tahtaları, penceredeki pimaperleri kopartarak maktule saldırdığı, elindeki tahtalarla kafasına ve vücudunun diğer yerlerine defalarca vurduğu, kafa travması ve kalbin delinmesi sonucu ölümün meydana geldiği, sonuç olarak davacının oğlunun tedavi amacıyla davalı idarenin gözetim ve sorumluluğunda bulunduğu sırada bir başka hasta tarafından öldürüldüğü açıktır. Dava konusu olayda görevli personelin sayıca yetersiz olduğu, temizlik şirketi personeli yardımıyla hizmetin yürütülmeye çalışıldığı, (...) hasta daha önce aynı akşam iki kez tespit gömleğini yırtmış ve saldırgan davranışlar göstermiş olmasına rağmen gereken önlemlerin alınmadığı, nöbetçi hemşirenin ve asıl görevi temizlik işi olan şahsın acz içine düştükleri, yırtılmaması gereken tespit gömleğinin yırtıldığı, odadaki sökülebilir tahtalar ve etajyer gibi sabit olmayan eşyalar bulunduğu anlaşılmaktadır. (...) burada özel uzmanlık gerektiren akıl hastalarının tedavisi ve gözetimi konusundaki kamu hizmetinin kötü işlediği, davalı idarenin olayda ağır hizmet kusuru bulunduğu (...) sonucuna varılmaktadır. Dolayısıyla meydana gelen zararın davalı idarece tazmini gerekmektedir.” (Aktaran Akyıldız, Özcan, **age.**, s. 501.)

²⁴⁶ “Anayasal bir hak olarak her vatandaşın sağlık hizmetlerinden yararlanma durumu bulunduğu gibi, ruhsal hastalıkları nedeniyle topluma zarar verebilecek hastaların da tedavi yanında kontrol ve gözetim altında tutulması da ilgili idarenin sorumluluğundadır. İdarenin teknik yetersizliği ise bu sorumluluğu ortadan kaldıracak nitelikte bulunmamaktadır. Bu anlamda, iyileşme imkanı söz konusu olmayan “kronik psikoz” hastalığı nedeniyle 1991 yılından itibaren 14 kez hastaneye yatışı yapılan akıl hastası bir kişinin idarece tedavi, kontrol ve gözetim altında tutulması gerektiğinden, sosyal salahlık bulunduğu gerekçesiyle taburcu edilmesi neticesi ölüme sebebiyet vermesinde davalı idarenin hizmet kusurunun bulunduğu açıktır.” (aktaran Akyıldız / Özkan, **age.**, s. 450.)

olmaması ve gerek hastanın kendi rızası ile psikolojik tedavi görmesi (*soins psychiatriques libres*) ya da rızası dışında tedavi görmesi (*soins psychiatriques sous contrainte*) hallerinde farklı sorumluluk esasları benimsenmektedir.

Öncelikle, Fransız Toplum Sağlığı Kanunu'nun L 3211 – 2 hükmü uyarınca kural olarak ancak kişinin ya da kanuni temsilcisinin rızasının varlığı halinde psikiyatrik tedavi uygulanması mümkündür. Bu ihtimalde, kişinin istediği zaman söz konusu tedaviyi sonlandırma hakkı bulunmaktadır. İkinci ihtimalde ise, kişi üçüncü kişinin talebi üzerine ya da resen idarenin kararıyla tedavi altına alınmakta olup, söz konusu karar yargı makamlarınca denetlenmektedir²⁴⁷. Kişinin resen psikiyatrik tedavi altına alınması bakımından karar vermeye yetkili yargı kolu adli yargıdır²⁴⁸. Buna karşılık, kişinin tedavi altına alınmasından sonraki süreçte oluşan zararlar ile tedavi hizmetleri idari yargı düzeninde denetlenmektedir²⁴⁹. Bu kapsamda, Fransız Toplum Sağlığı Kanunu'nun L 3212 – 1 hükmü uyarınca, kişinin rızasının alınmadığı durumlarda ve yakınlarının talebi üzerine iki uzman hekimin vereceği rapor doğrultusunda psikiyatrik tedavi hizmeti sunan kuruluşun müdürü tarafından alınan kararla psikiyatrik tedavi uygulanması mümkündür. Anılan düzenlemenin uygulanması için iki koşulun gerçekleşmesi gerekmektedir. İlk olarak kişinin psikiyatrik tedavi altına alınmasının kaçınılmaz olması ve bunun yanında kişinin rızasının kesin olarak alınamıyor olması gerekmektedir²⁵⁰.

Bu ihtimal dahilinde olan bir diğer hal ise, kolluk yetkisi kapsamında kişiye psikiyatrik tedavi uygulanmasıdır. Fransız Toplum Sağlığı Kanunu'nun L 3213 – 1 hükmü uyarınca, kişinin akıl sağlığının tedaviyi zorunlu kıldığı ve bu durumun üçüncü kişiler ya da kamu düzeni bakımından tehlike yarattığı hallerde valinin vereceği kararla kişiye rızası olmaksızın psikiyatrik tedavi uygulanması mümkündür. Yine, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde bu karar belediye başkanı tarafından da verilebilmektedir²⁵¹. Bu ihtimalde her ay hastanın durumunun sağlık kuruluşu

²⁴⁷ Anne Laude / Bertrand Mathieu / Didier Tabuteau, **Droit de la santé**, THEMIS, 2012, s. 48; Laure / Anger, **age.**, s. 404.

²⁴⁸ Esper / Dupont, **age.**, s. 776.

²⁴⁹ CE, 03.03.2003, *Mme. B.P. et M.A.P.*, n° 254625, Rec. Lebon, 2003, Dalloz.fr.

²⁵⁰ CE, 05.07.2014, n° 79968, Rec. Lebon, 2014, Dalloz.fr.

²⁵¹ Kişiy e rızası olmaksızın psikiyatrik tedavi uygulanmasına ilişkin karar, kişinin iyileşmesi ihtimalinde, bu yönde verilecek tıbbi rapor üzerine idari makam tarafından kaldırılabil eceğ i gibi, bu tedbirin yargı önüne taşınması durumunda hakim kararı ile de kaldırılabil ektedir.

tarafından yeniden değerlendirilmesi suretiyle, tedavisinin devamı hakkında karar alınması gerekmektedir²⁵².

Psikiyatrik tedavi gören hastanın sağlık kuruluşunda intihar etmesi veya kendisine zarar vermesi nedeniyle idarenin sorumluluğunun tespitinde Fransız öğretisi ve içtihadı ikili bir ayrım yapmaktadır. Tedavinin psikiyatrik tedavilere özgülenmiş bir sağlık kuruluşunda yapılmıyor olması ihtimalinde, tedavinin devam ettirilmesi hususunda hastanın rızasının esas alınması gerektiği kabul edilmektedir. Başka bir deyişle, hasta dilediğinde söz konusu psikiyatrik tedaviyi sonlandırma imkanına sahiptir. Yukarıda açıklanan iki ihtimal dışında kalan hallerde hasta rızası dışında sağlık kuruluşunda tutulamayacaktır. Hastanın kendi rızası ile tedavi görmesi ihtimalinde, kural olarak kurum içinde gözetim altında tutulmasına ilişkin bir yükümlülük bulunmamaktadır²⁵³. Kendi rızası ile sağlık kuruluşunda tedavi gören hastanın intihar etmesi ya da kendisine zarar vermesi durumunda gözetim yükümlülüğü bulunmayan idarenin sorumluluğundan bahsedilemeyecektir. Buna karşılık, sağlık durumu göz önünde bulundurularak, gözetim altında tutulmasına hekim tarafından karar verilmesi halinde, söz konusu gözetimin eksik ya da hiç yerine getirilmemesi durumunda veya sağlık durumu gerektirmesine karşın hekim tarafından hastanın gözetim altında tutulmasına yönelik karar alınmaması durumunda idare sorumlu olacaktır²⁵⁴.

Fransız Danıştayı önüne gelen bir uyuşmazlıkta, daha önceden iki defa intihar teşebbüsünde bulunmuş olan bir hasta hakkında gözetim altında tutulmasına ilişkin karar alınmaması üzerine kişinin intihar etmesi sonucunda meydana gelen zarardan idarenin sorumlu olacağına hükmetmiştir²⁵⁵. Başka bir kararında ise Fransız Danıştayı, daha önceden intihar teşebbüsünde bulunmamış olsa dahi akli melekeleri zayıflayacak ölçüde buhran halinde bulunan hastanın herhangi bir gözetime tabi tutulmaksızın ve kapı ve camlarında herhangi bir güvenlik tertibatı bulunmayan bir

²⁵² Esper / Dupont, **age.**, s. 768.

²⁵³ Eric Pechillion, “La responsabilité administrative de l'établissement pratiquant du soin psychiatrique”, **CRDF**, n° 12, 2014, s. 75; Esper / Dupont, **age.**, s. 773.

²⁵⁴ Clement, **age.**, s. 266; Esper / Sargos, **age.**, s. 281; Lambert - Faivre / Porchy – Simon, **age.**, s. 724.

²⁵⁵ CE, 20.10.1971, *C.H.R. de Caen / Dame Desert*, n° 79968, Dalloz.fr. Aynı yönde CE, 03.07.1974, *Centre Hospitalier de Lagny*, n° 87938, 90199, Dalloz.fr. Bu hususa ilişkin diğer farklı kararlar için bkz. Esper / Sargos, **age.**, s. 282 vd.

odada tutulması sırasında intihar ettiği uyuşmazlık konusu olayda idarenin hizmet kusurunun bulunduğuna karar vermiştir²⁵⁶.

Buna karşılık, sözü geçen ihtimalde idare kusurlu olması ihtimalinde sorumlu olmaktadır. Fransız Danıştay bu ihtimalde kusursuz sorumluluk ya da kusur karinesi prensibinin uygulanamayacağına karar vermiştir²⁵⁷. Buna karşılık ileri düzeyde bunama şikayetiyle hastaneye başvuran ve gözetim altında tutulan kişinin hastaneden kaçması sebebiyle ailesinin idare aleyhine açtığı tam yargı davasında Bordeaux İdari İstinaf Mahkemesi kusur karinesinin uygulanmasına karar vermiş, her türlü gözetim ve denetimi yerine getirmediğini ispatlamadıkça idarenin sorumlu olacağına hükmetmiştir²⁵⁸.

Daha önceden intihar teşebbüsünde bulunmuş hasta bakımından gözetime ilişkin gerekli tedbirlerin alınmamasının sorumluluğa yol açacağına ilişkin olarak Yargıtay da Fransız Danıştay ile aynı yönde hüküm kurmuştur: “*Somut olayda davacıların murisi (...)’nın davalı hastaneye davacılar tarafından getirildiği, hastaneye yatırılmadan önce yapılan psikiyatrik muayenesinde murisin kendisini öldüreceğini söylediği, murisin eşinin de hastanın evde iken pencereden atlamaya çalıştığını belirttiği, alkol kullandığı için tedavi gördüğünün yazıldığı ve intihar düşüncesi içinde olması nedeniyle hastanın yakın gözleme alınması gerektiğinin belirtildiği ve buna ilişkin form düzenlendiği anlaşılmaktadır. Gece boyunca davalı hastanede de tek kişilik odada tutulan murisin (...) diğer hastalarla birlikte toplu olarak yemek yedikten sonra yemek bitiminde odasının yanında boş bir odaya girerek elbise dolabının arkasında bulunan TV anten kablosunu kullanmak suretiyle intihar ettiği (...) sabittir. Hemen belirtmek gerekir ki intihar etme düşüncesi bulunan ve bu nedenle yakın gözlem altında bulundurulması gereken kişi hakkında, yakın gözlemin de bu hususta ehil hastane personeline yapılması gerekir. Oysaki davalı hastanenin bu husustaki sorumluluğunu yerine getirmediği dosya kapsamından anlaşıldığı gibi, murisin odasının yanında bulunan boş odaya girmesine de engel olunmadığı ve bu*

²⁵⁶ CE, 01.03.1974, *Mourat*, n° 85140, Dalloz.fr. Aynı yönde karar için bkz. CE, 05.03.1975, *Dame Moulis*, n° 91211, Dalloz.fr.

²⁵⁷ CE, 31.03.1971, *Dame Veuve Petit*, n° 80082, Dalloz.fr.

²⁵⁸ CAA Bordeaux, 23.11.1993, *Consorts Barsotti*, n° 92BX01051, Dalloz.fr.

*odada bulunmaması gereken TV kablosunu kullanan murisin intihar etmesi nedeniyle kusur ve ihmalinin bulunduğu (...) kabulü zorunludur.”*²⁵⁹

Buna karşılık, psikiyatri tedavilerine özgülenmiş sağlık kuruluşlarında yürütülmekte olan tedaviler kapsamında ise idarenin gözetim ve denetim yükümlülüğü bakımından hem kusur sorumluluğu hem de kusursuz sorumluluk esasları benimsenmiştir²⁶⁰. Psikiyatri hastanelerinde yürütülen tedavi hizmetleri kapsamında gözetim yükümlülüğünden kaynaklanan sorumluluk Fransız Danıştay tarafından ikili bir ayırım yapılarak nitelendirilmektedir.

İlk olarak kendi isteği ile sağlık kuruluşuna başvurması ve tedavi görmesi ihtimalinde, hastanın gözetim altında tutulmaması kural olarak idarenin sorumluluğuna sebep olmamaktadır²⁶¹. Buna karşılık, tıpkı psikiyatri tedavilerine özgülenmemiş sağlık kuruluşlarında olduğu gibi, burada da hastanın intihar edeceği ya da başka bir surette kendisine zarar vereceğine yönelik emarelerin bulunması durumunda gözetim tedbirlerinin alınmaması ya da bu tedbirlerin eksik yerine getirilmesi idarenin sorumluluğuna yol açacaktır²⁶². Bu ihtimalde, idare aleyhine kusur karinesi ilkesinin uygulanması gerektiğini savunan görüşler²⁶³ bulunmaktaysa da, Fransız Danıştay yalnızca bir kararında söz konusu ihtimalde kusur karinesi prensibini işletmek suretiyle, kusursuzluğunu ispatlamadıkça idarenin sorumluluğunun devam edeceği yönünde hüküm kurmuştur²⁶⁴.

İkinci ihtimalde ise iradesi dışında tutulması durumunda, hastanın sağlık kuruluşundan çıkmasının mümkün olmadığını vurgulayan Fransız Danıştay, idarenin bu kişinin intihar etmesi veya başka bir şekilde kendisine zarar verecek faaliyetlerde bulunmasını engelleme yükümlülüğünün bulunduğu karar vermiştir. Bu kapsamda, gözetim yükümlülüğünün eksik yerine getirilmesi ya da hiç yerine

²⁵⁹ Yar.13.HD, 28.01.2008, E. 2007/12489, K. 2008/901, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

²⁶⁰ Markus, **agm.**, s. 29.

²⁶¹ CE, 18.01.1974, *Dame Veuve Hamadi*, n° 86594, Dalloz.fr. Aynı yönde başka bir karar için bkz. CE, 24.02.1982, *Duprat*, n° 23946, Dalloz.fr.

²⁶² CE, 07.01.1970, *Ville de Paris contre Dame Veuve Sandot*, n° 76278, Dalloz.fr. Aynı yönde CE, 29.01.1993, n° 135443, Dalloz.fr.

²⁶³ Demir, **age.**, s. 94; Clement, **age.**, s. 280.

²⁶⁴ CE, 23.12.1981, *Centre Hospitalier de Bayonne*, n° 18345, Dalloz.fr.

getirilmemesi durumunda idarenin mutlak surette sorumlu olacağına hükmedilmektedir²⁶⁵.

Burada tartışmalı olan husus, söz konusu ihtimalde kusursuz sorumluluk ve kusur karinesi prensiplerinin uygulanıp uygulanmayacağıdır. Fransız Danıştay bazı kararlarında kusur sorumluluğu ilkesini uygularken²⁶⁶, bazı kararlarında kusur karinesini işleterek sorumluluğa hükmetmiştir²⁶⁷. Buna karşılık sözü geçen ihtimalde kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanabilirliği kabul görmemiştir²⁶⁸. Yüksek Mahkeme kusur sorumluluğu ilkesini uyguladığı kararlarında kusurluluğun tespitinde kişinin rızası dışında tedavi altına alınmasının nedenlerinin, hastanın kişiliğinin, yeniden zararlı bir eylemde bulunabilirliğine dair öngörünün ve sağlık hizmetinin iç organizasyonunun yeterliliğinin dikkate alınması gerektiğine karar vermiştir²⁶⁹.

Psikiyatrik tedavi gören hastaların üçüncü kişilere veya birbirlerine zarar vermesi nedeniyle idarenin gözetim yükümlülüğünden kaynaklanan sorumluluğu bakımından ise Fransız Danıştay içtihadının zaman içinde gelişim gösterdiği gözlenmektedir. Buna karşılık, psikiyatrik tedavi gören kişilerin kendilerine zarar vermesinden kaynaklanan sorumluluktaki içtihadından farklı olarak, gerek birbirlerine ve gerek üçüncü kişilere verilen zararlarda, kişinin kendi rızasıyla tedavi görüp görmediği yönünden içtihadta herhangi bir farklılık bulunmadığı dikkat çekmektedir²⁷⁰.

İdarenin gözetim yükümlülüğünü yeterli şekilde yerine getirmemesi sonucunda psikiyatrik tedavi gören hastaların hasta yakınlarına ya da diğer üçüncü kişilere zarar vermesi durumunda Fransız Danıştay önceki tarihli içtihadında hizmetin zorluk taşıyan niteliğine atıf yaparak ancak belli bir ağırlıktaki kusurunun varlığı halinde idarenin sorumlu olacağına hükmetmekteydi²⁷¹. Ağır kusur şartını 1968 tarihli bir

²⁶⁵ CE, 12.05.1972, *Dame Veuve Immoula*, n° 80283; CE, 12.12.1979, *Centre Hospitalier de Sevrey*, n° 10706, Dalloz.fr.

²⁶⁶ CE, 12.05.1972, *Dame Veuve Immoula*, n° 80283, Dalloz.fr.; CE, 05.01.1966, *Hawezack*, Rec. Dalloz, 1966, s. 317.

²⁶⁷ CE, 12.12.1979, *Centre Hospitalier de Sevrey*, n° 10706, Dalloz.fr.

²⁶⁸ Pechillion, *agm.*, s. 78; Esper / Dupont, *age.*, s. 774.

²⁶⁹ CE, 23.03.2003, *Chabba*, n° 244663, Dalloz.fr.

²⁷⁰ Markus, *agm.*, s. 30 vd.

²⁷¹ CE, 24.06.1921, *Lupiac*, Rec. Lebon, 1921, s. 632. Nitekim Yüksek Mahkeme daha sonraki tarihli kararlarında bu koşulu ağır kusurun bulunması şartı olarak uygulamıştı. (CE, 27.01.1933, *de Bony*, Rec. Lebon, 1933, s. 135.)

kararına kadar uygulayan²⁷² Mahkeme, bu kararıyla içtihadını değiştirerek psikiyatri hastalarının üçüncü kişilere verdikleri zararlardan idarenin sorumlu tutulabilmesi için basit kusurun varlığını yeterli kabul etmiştir²⁷³. Güncel içtihadında ise Fransız Danıştay, psikiyatri hastalarının üçüncü kişilere zarar vermesi durumunun başlı başına idarenin gözetim yükümlülüğünü eksik ya da kötü yerine getirdiği anlamını taşıdığını vurgulayarak, kusur karinesi prensibini uygulamaktadır. Söz konusu yükümlülüğü yerine getirmek için her türlü tedbiri aldığını ispatlayamayan idarenin ortaya çıkacak zarardan sorumlu olacağına hükmedilmektedir²⁷⁴.

Gözetim yükümlülüğü kapsamında değerlendirilebilecek bir diğer hal ise, sağlık kuruluşunun bu yükümlülüğünü eksik yerine getirmesi sebebiyle, kurumdan kaçan psikiyatrik tedavi hastasının üçüncü kişilere zarar vermesidir. Söz konusu ihtimale ilişkin olarak Marseille İdari İstinaf Mahkemesi bir kararında, gözetim yükümlülüğü kaynaklı zararlar nedeniyle idarenin sorumlu tutulması için hastanın fiili ile zarar arasında nedensellik bağının bulunmasının yeterli olduğunu vurgulamış, gözetim yükümlülüğünün yerine getirilmemesinde idarenin kusurlu olmasının gerekmediğine karar vermiştir²⁷⁵. Başka bir deyişle, her türlü tedbiri almış olduğunu ve bu nedenle kusursuz olduğunu ispatlamış olsa dahi idare oluşan zarardan sorumlu olacaktır.

Benzer şekilde önceki tarihli kararlarında, psikiyatri hastalarının diğer psikiyatri hastalarına verdikleri zararlar nedeniyle idarenin gözetim yükümlülüğünden kaynaklanan sorumluluğunu ağır hizmet kusuru şartına bağlamakta olan Fransız Danıştay²⁷⁶, 1986 tarihli kararıyla bu içtihadını değiştirerek söz konusu ihtimalde kusur karinesi prensibini uygulamaya başlamıştır²⁷⁷. Dolayısıyla psikiyatri hastanelerinde hastaların birbirine verdikleri zararlardan kural olarak idare sorumlu tutulmakta olup, bu sorumluluk ancak gözetim yükümlülüğünün eksiksiz şekilde yerine getirildiğinin ispatlanması ile ortadan kalkmaktadır.

²⁷² CE, 03.02.1956, *Departement de la Somme*, Rec. Lebon, s. 50. Aynı yönde CE, 25.06.1965, *Departement de la Mayenne*, RDP, 1965, s. 1224.

²⁷³ CE, 27.11.1968, *Compagnie d'assurances "Le Nord"*, RDSS., 1969, s. 200. Aynı yönde CE, 30.06.1978, *Hopital psychiatrique de Rennes contre Dame Clotault*, Rec. Lebon, 1978, s. 288.

²⁷⁴ CE, 12.10.1983, *Consorts Rolland*, Rec. Lebon, 1983, s. 5591. Aynı yönde karar için bkz. CE, 20.01.1989, *Hopitaux civils de Thiers contre Mme Pinay*, Rec. Lebon, 1989, s. 909.

²⁷⁵ CAA Marseille, 01.10.2009, n° 07MA03488, Dalloz.fr.

²⁷⁶ CE, 10.04.1962, *Esteve*, RDP, 1963, s. 113; aynı yönde CE, 10.04.1970, *Sieur Chauvet*, RDSS, 1970, s. 405.

²⁷⁷ CE, 23.06.1986, *CHS de Maison – Blanche contre Consorts Gil – Garcia*, Rec. Lebon, 1986, s. 706; CE, 17.11.1997, *CHS Rennes*, n° 168606, Rec. Lebon, 1997, Dalloz.fr.

Sağlık kuruluşlarının güvenliğinin sağlanabilmesinin bir diğer boyutu da tıbbi güvenliğin sağlanmasıdır. Sağlık hizmetlerinin niteliği gereği, faaliyetin yürütüldüğü tesislerde mikrop ve benzeri zararlı maddeler sıklıkla bulunmakta, yeterli önlemlerin alınmaması durumunda bu maddeler sağlık kuruluşuna tedavi amaçlı olarak başvuran kişilerin sağlığını olumsuz yönde etkileyebilmektedir. Bu bakımdan kuruluşların tıbbi yönden güvenliğinin sağlanması ayrıca önem taşımaktadır.

b. Sağlık Kuruluşlarının Tıbbi Yönden Güvenli Olması

Sağlık hizmetinin tıbbi yönden güvenli olmasının en temel koşulu hizmetin gerekli temizlik ve hijyen şartlarını taşımasıdır²⁷⁸. Hastane temizliğinin yeterli düzeyde sağlanamaması bir yanıyla hem hasta, hem sağlık çalışanları, hem de hasta yakını üçüncü kişilerin sağlığı bakımından zararlı sonuçlara yol açabilmekte, diğer yanıyla hastaların tedavisinin etkili bir şekilde gerçekleşmesine engel olabilmektedir. Keza, hastanenin temizliğinin özel bir firmaya yaptırılıyor olması ihtimalinde de kuruluşun hijyen şartlarını taşımasından idare sorumlu olmaya devam edecektir²⁷⁹.

Bunun yanında, sağlık kuruluşuna başvuran kişilerin sağlık durumu göz önünde bulundurulduğunda, özellikle bekleme salonlarının hijyen koşullarını taşıması ayrı bir önem arz etmektedir. Keza, bulaşıcı hastalık taşıyan kişilerin bu salonlarda birbirlerine, hasta yakınlarına veya sağlık personeline hastalık bulaştırması mümkündür. Bu bakımdan söz konusu alanların temizliğinin daha sık şekilde yapılması, bu alanların sıklıkla havalandırılması ve hatta havanın sürekli olarak yenilenmesini sağlayacak ekipmanın kurulması idarenin sorumluluğundadır. Bu durum özellikle hastane enfeksiyonlarının yayılmaması bakımından da önem taşımaktadır.

Hastanenin fiziksel ortamının temiz olması, yalnızca hastalar ile üçüncü kişilerin mikroplara karşı korunmasını sağlamamakta, aynı zamanda çoğu zaman acele nitelik taşıyan bu hizmetlerin aksamadan, güven içinde yürütülmesi bakımından da etkili olmaktadır. Danıştay kararına konu olan ilginç bir olayda, hastane temizliğinin yeterli şekilde yapılmaması nedeniyle, koridorda bulunan muz kabuğuna basan

²⁷⁸ Mehmet Demir, “Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 57, S. 3, 2008, s. 277; Esper / Dupont, **age.**, s. 656.

²⁷⁹ Hakeri, **agm.**, s. 168.

hekim kayarak düşmüş, bunun sonucunda ise sakat kalmıştır. Sağlık kuruluşunun temizlik koşullarını taşınamaması nedeniyle Mahkeme tarafından idarenin sorumlu olduğu yönünde hüküm kurulmuştur²⁸⁰.

Bunun yanında, Hasta ve Çalışan Güvenliğinin Sağlanmasına Dair Yönetmelik'in 8. maddesinde sağlık kurumlarında hijyen sağlanmasına yönelik düzenlemeler yer almaktadır. Buna göre, sağlık kurumlarının hijyen koşullarının sağlanması, enfeksiyonların kontrolü ve önlenmesi için program hazırlaması, hastane enfeksiyonlarının izlenmesine yönelik sürveyans çalışmaları yapması, el hijyeninin sağlanmasına yönelik düzenlemeler yapması, izolasyon önlemleri alması; temizlik, dezenfeksiyon ve sterilizasyon uygulamalarını gerçekleştirmesi gerekmektedir.

Sağlık kuruluşlarının hijyen koşullarını sağlamamasının tıbbi sonuçlarının başında ise hastane enfeksiyonları yer almaktadır. Sağlık kuruluşlarının yeterli şekilde dezenfekte edilmemesi nedeniyle hijyen koşullarının, başka bir deyişle tıbbi güvenlik şartlarının karşılamaması sonucu ortaya çıkan hastane enfeksiyonları, Danıştay'ın önceki tarihli kararlarında tıbbi müdahalenin komplikasyonu olarak nitelendirilmekteydi²⁸¹. Başka bir ifadeyle, sağlık kuruluşuna tedavi için başvuran bir kişinin bir enfeksiyona maruz kalması, tedavi sürecinin öngörülemez bir sonucu olarak kabul edilmekte ve idarenin sorumlu olmadığı yönünde hüküm kurulmaktaydı. Bu ihtimalde ancak, enfeksiyonun açıkça idarenin kusurundan kaynaklandığının davacı tarafından ispatlanması durumunda sorumluluğa hükmedilmekteydi²⁸². Söz konusu ispat da, üst üste süregelen benzer vakaların ortaya çıkması ihtimali dışında, mümkün olamamaktaydı.

Daha yeni tarihli kararlarında ise Danıştay, hastane enfeksiyonlarının tıbbi müdahalenin öngörülemez bir sonucu olduğu anlayışını terk etmiştir. Sağlık kuruluşlarında hijyen ve tıbbi güvenliğin sağlanmasının hizmetin ayrılmaz bir unsuru olduğundan hareketle idarenin sorumluluğu bakımından değerlendirme yapılmaktadır. Bu yeni içtihadıyla Danıştay, hastane enfeksiyonlarının görülmesinin, sağlık kuruluşunun hijyen koşullarını sağlamadığını başlıbaşına ortaya koyduğunu,

²⁸⁰ Dan.10.D., 20.10.2006, E. 2003/41, K. 2006/5848; Benzer bir karar için bkz. Dan.10.D., 18.11.1970, E. 1969/957, K. 1970/2040, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

²⁸¹ Dan.10.D., 08.05.2009, E. 2006/5958, K. 2009/3736.

²⁸² Dan.10.D., 26.04.2002, E. 2000/5068, K. 2002/1257, aktaran Bal / Şahin / Karabulut, **age.**, s. 307.

dolayısıyla bu hallerde hizmetin kusurlu hale geleceğini vurgulamış; hizmet kusuru nedeniyle oluşan maddi ve manevi zararların idare tarafından ödenmesi gerektiğine karar vermiştir²⁸³.

Ulusal hukukumuzdan farklı olarak Fransız hukukunda, sağlık kuruluşlarının yeterli hijyen koşullarını taşınamaması nedeniyle, hizmetten yararlanan kişinin hastane enfeksiyonuna maruz kalması sonucunda uğradığı zararlardan idarenin sorumlu olduğu hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Hatta aşağıda daha kapsamlı şekilde incelenecek olduğu üzere, Fransız Danıştay sağlık kuruluşunda ortaya çıkan hastane enfeksiyonlarından kaynaklanan zararlardan, söz konusu enfeksiyonun dışsal kaynaklı olduğunu ispatlamadıkça, her halükarda idarenin sorumlu olacağını kabul etmiştir²⁸⁴. Başka bir deyişle, hastanın sağlık kuruluşuna başvurduğu anda enfeksiyonu taşıdığı ispatlanmadıkça, sağlık kuruluşunda ortaya çıkan enfeksiyonların hastane enfeksiyonu olduğu kabul edilmekte ve oluşan zararlardan idare sorumlu tutulmaktadır. Sağlık kuruluşu içinde enfeksiyonun ortaya çıkmasını, hijyen koşullarının sağlanamaması bakımından karine olarak nitelendiren Fransız Danıştay, hijyen koşullarının sağlanamamasını idarenin aksini ispatlamaması durumunda sorumluluk sebebi olarak kabul etmiştir²⁸⁵. Nitekim Fransız Yargıtayı da hastanın bünyesinde hastane enfeksiyonu belirtilerinin ortaya çıkmasının, hizmetin güvenlik ortamı içinde sunulması yükümlülüğüne aykırılık oluşturduğunu vurgulayarak hastanenin sorumluluğuna hükmetmiştir²⁸⁶.

Nitekim, Fransız Yargıtayı özellikle tıbbi müdahalelerde kullanılan araçların yeterli hijyen şartlarını taşınamamasından kaynaklanan zararlar bakımından sağlık kuruluşunun eser sözleşmesi hükümleri kapsamında sorumlu tutulacağını ortaya

²⁸³ Dan.15.D., 25.06.2015, E. 2013/6275, K. 2015/4430; Dan.10.D., 21.07.2009, E. 2009/8454, K. 2009/7726; Dan.10.D., 26.04.2002, E. 2000/5068, K. 2002/1257, aktaran Bal / Şahin / Karabulut, **age.**, s. 307.

²⁸⁴ CE, 18.11.1960, *Savelli*, Rec. Lebon, 1960, s. 640. Fransız Danıştay'ın hastane enfeksiyonları yönünden yerleşik içtihadı bu yönde olmakla birlikte aksi yönde vermiş olduğu kararlar da bulunmaktadır: CE, 25.01.1974, *Centre Hospitalier Sainte Marie d'Avignon*, Rec. Lebon, 1974, s. 74.

²⁸⁵ Cyril Clement, "La Responsabilite des etablissements de santé du fait des infections nosocomiales", **LPA**, n° PA199917502; Christine Paillard, "Les infections nosocomiales: de la definition a la reparation – Les Etats generaux du dommage corporel", **Gaz Pal**, n°GP20120616012, Lextenso.fr.; Markus, **agm.**, s. 15 vd. Aynı yönde Conseil d'Etat, **age.**, s. 7.

²⁸⁶ Cass Ière civ, 21.05.1996, Rec. Dalloz, 1997, s. 320. Aynı yöndeki istinaf mahkemesi kararları için bkz. CA Rouen, 13.04.1994, RDSS, 1995, s. 109; CA Paris, 17.10.1997, Rec. Dalloz, 1999, s. 224.

koyarak; oluşan zararın söz konusu aracın kullanılmasından kaynaklanmadığını ispat yükünü sağlık kuruluşuna vermiştir²⁸⁷.

Bunun yanında Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi, kamu hastanelerinde çalışan kamu personeli hekimlerin, yürütmekte oldukları serbest hekimlik faaliyetleri sırasında hastanın enfeksiyona maruz kalması durumunda, her ne kadar söz konusu faaliyet doğrudan hekim tarafından ve özel hukuk hükümlerine göre yürütülmekte ise de, yalnızca kamu hizmetinin asıl üstlenicisi olan idare aleyhine, idari yargıda tam yargı davası açılabilceğini kabul etmiştir²⁸⁸. Zira bu durumda kusurlu olan, özel hukuk hükümlerine göre faaliyet yürüten hekim değil, hastanenin yeterli hijyen koşulları içinde faaliyet yürütmesini sağlamayan idaredir.

Hastaların tıbbi güvenliğinin sağlanması bakımından önem taşıyan bir diğer husus da müşahade altında tutulması gereken hastalara yönelik gerekli tedbirlerin alınmasıdır. Söz gelimi sağlık kuruluşunun acil servisine başvuran ve durumunun stabil olmaması nedeniyle gözlem altında tutulması gereken bir hastanın, sağlık personelinin gözetiminde olmaksızın bekleme salonu ya da hasta odasında tutulması ve yeterli müdahale yapılamamış olması sonucunda oluşan zarardan idare sorumlu tutulacaktır²⁸⁹. Yine, sağlık durumu nedeniyle kesintisiz şekilde takibi gereken hastanın yoğun bakımda yeterli sayıda yatak bulunmaması nedeniyle normal odaya yatırılması sonucunda gerekli gözlemin yapılamaması sorumluluğa yol açacaktır.

Danıştay önüne gelen uyuşmazlık konusu bir olayda, göğüs ve kol ağrısı şikayetiyle sağlık kuruluşuna başvuran ve daha önce üç defa anjiyo yaptırmış olan kalp hastası kişi, ileri tetkik ve tedavi için dahiliye servisine yatırılmış, ancak bir süre sonra yakınları tarafından tuvalette baygın bulunmuştur. Uyuşmazlıkta Mahkeme, kişinin yakın takip ve yoğun bakım şartları altında tutulması gerekirken normal servis odasında tutulmasının hizmet kusuru oluşturacağı yönünde hüküm kurmuştur²⁹⁰. Başka bir kararında ise Danıştay, üst solunum yolu rahatsızlığı

²⁸⁷ Cass 1ère civ, 09.10.1985, Doer, Bull. Civ., n° 250, **RDSS**, n° 3, 1986, s. 456.

²⁸⁸ TC, 19.03.1979, Babsky, **AJDA**, 1980, s. 228.

²⁸⁹ CE, 24.07.1987, *CHR Angers*, n° 46974, Rec. Lebon, 1987, Dalloz.fr.

²⁹⁰ Dan.15.D., 21.05.2014, E. 2013/4135, K. 2014/3970. Başka bir kararında da Danıştay kriz halinde olan ve şuurlu hareket etmeyen hastanın gözlem altında tutulmaması sonucu meydana gelen zarardan idarenin sorumlu olduğuna karar vermiştir: "(...) geçirdiği epilepsi krizinin tedavisi amacıyla İzmir Devlet Hastanesine kaldırılmış, yatırıldığı acil serviste bir tekerlekli sandalyeye bileklerinden ve göğsünden bağlanarak serum ve kalp takviye edici ilaçlar verilmiş, ancak kriz sırasında hastalığın

nedeniyle hastaneye yatırılan yenidoğanın gözetim altında tutulmaması nedeniyle ellerinin bağlandığı iplerin boynuna dolanarak boğulmasında idarenin hizmet kusurunun bulunduğu karar vermiştir²⁹¹. Yargıtay ise bir kararında, saralı ve koma halinde olan hastanın uzun süre sandalyeye bağlı ve kontrolsüz şekilde yalnız bırakılmasının sorumluluğa yol açacağına karar vermiştir²⁹².

Bu bakımdan sağlık durumu nedeniyle devamlı takibi gereken hastanın yeterli gözetim altında tutulmaksızın yürütülen tedavisi tıbbi yönden güvenli addedilmemekte olup, bu hallerde oluşan zarardan idare sorumlu tutulmaktadır²⁹³.

İdare yalnızca bizzat kamusal kuruluşlarca yürütülen sağlık hizmetlerinden sorumlu olmamakta, özel hukuk kişileri tarafından yürütülmekte olan sağlık hizmetlerinden de gözetim ve denetim yükümlülüğü kapsamında sorumlu tutulmaktadır. Faaliyetin esasında kamu hizmeti olmasının bir sonucu olarak, her ne kadar özel hukuk kişisi eliyle yürütülüyor olsa dahi, bu faaliyetten kaynaklanan zararlardan idarenin sorumluluğu da devam etmektedir. Zira bu hallerde hizmetin esas sahibi yine idaredir. Bu nedenle özel hukuk kişileri tarafından yürütülmekte olan sağlık hizmetleri bakımından sınırlandırılmış da olsa idarenin sorumluluğunun devam edeceği şüphesizdir.

B. Özel Kişiler Tarafından Yürütülüp İdare Tarafından Denetlenen Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Sorumluluk

Bireylerin yaşamlarını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak amacıyla insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek suretiyle kamu ve özel kesimlerdeki sağlık kuruluşlarının tek elden

*özellliği nedeniyle yaptığı şüursuzca hareketler yüzünden göğüs bandı sağ koltuk altına kayarak burada yaptığı şiddetli tazyik sonucu koltuk altı sinirleri zedelenmiş bu arada serum damardan çıkarak cilt altına sızma yapmış bütün bu nedenlerle davacının sağ kolu sakat kalmış ve vücut çalışma gücünden kaybetmiştir. (...) sakatlığı doğuran olayın davacıya yapılan tedavinin etkili olmayışından değil doğrudan doğruya krizlerde şüurlu hareket edemediği bilinen bir hastalığa maruz kalan kişiye gösterilmesi gereken dikkat ve ihtimamın gösterilmemiş olması sonucu doğması karşısında (...) davacının gördüğü zararın idarece karşılanması gereklidir.” (Dan.12.D., E. 1975/1108, K. 1977/2103, aktaran Çetin Aşçıoğlu, **Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar**, Y.Y., 1993, s. 115.)*

²⁹¹ Dan.10.D., 12.04.2001, E. 1999/1315, K. 2001/1315, aktaran Bal / Şahin / Karabulut, **age.**, s. 355.

²⁹² Yar.4.HD, 27.04.1987, E. 1987/2594, K. 1987/8201, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

²⁹³ Esper / Dupont, **age.**, s. 656.

planlanması, düzenlenmesi ve denetlenmesinin Devletin yükümlülüğü olduğu Anayasa'nın 56. maddesinde öngörülmüştür.

Anılan düzenlemeden öncelikle sağlık hizmetlerinin sunumunun idarenin tekelinde olmadığı, Devletin gözetim ve denetimi altında özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri tarafından da bu hizmetin sağlanabileceği sonucu çıkarılabilmektedir. Sağlık alanındaki hizmetlerin mutlaka klasik idari usullerle, bizzat idare tarafından ve kamu personeli eliyle yürütülmesi yönünde bir anayasal zorunluluk bulunmamaktadır²⁹⁴. Sağlık hizmetlerinin sunumu kamusal ve özel kuruluşlarca yapılabilenken; bu hizmetlerin düzenlenmesi ve denetiminin Devlet tarafından yapılmasının bir zorunluluk olduğu anayasal düzenlemeden anlaşılmaktadır²⁹⁵.

Sağlık hizmetlerinin yürütülmesinin düzenlenmesi ve denetlenmesi faaliyetlerini tekel olarak yürüten Devletin, söz konusu hizmetin özel hukuk kişileri tarafından yürütülmesi ihtimalinde dahi, bu faaliyetlerden kaynaklanan sorumluluğu devam edecektir. Başka deyişle, kamusal kuruluşlarca yürütülmekte olan sağlık hizmetlerinin düzenlenmesi, denetlenmesinin yanında sunumundan da sorumlu olan idare; özel kişilerce yürütülen sağlık hizmetlerinin yalnızca düzenlenmesi ve denetlenmesinden sorumlu olacaktır²⁹⁶. Dolayısıyla özel hukuk kişilerince yürütülmekte olan sağlık hizmetlerinin tıbbi standartlara ve mevzuata uygun şekilde yürütülmesinden idarenin sorumluluğu devam etmektedir.

Anayasal düzenlemede yer alan bir diğer husus da, özel hukuk kişileri eliyle yürütülen sağlık hizmetlerinin, tıpkı kamu kuruluşlarınca yürütülmesinde olduğu

²⁹⁴ AYM, 14.02.2013, E. 2011/150, K. 2013/30, RG. 14.02.2013, S. 28688; AYM, 15.12.2006, E. 2006/111, K. 2006/112, RG. 30.12.2006, S. 26392.

²⁹⁵ İdarenin sağlık hizmetlerinin denetimi yükümlülüğü esas olarak özel hukuk kişileri eliyle sunulan sağlık hizmetleri bakımından dikkat çekmekte ise de, idare eliyle ve kamusal usullerle sunulan sağlık hizmetlerinin hukuka ve tıbbi standartlara uygun bir şekilde yürütülüp yürütülmediğinin denetlenmesi de idarenin bir ödevidir. Bu yükümlülüğün eksik yerine getirilmesi ya da hiç gerçekleştirilmemesi idarenin sorumluluğuna yol açacaktır. (Dan.15.D., 26.02.2015, E. 2014/6402, K. 2015/1178; aynı yönde Dan.15.D., 08.04.2015, E. 2013/5507, K. 2015/2024.) Nitekim Danıştay 8. Dairesi 1983 tarihli bir kararında idarenin denetim ve kontrol yükümlülüğünün önemini, “Kamu idareleri, yapmakla yükümlü bulundukları kamu hizmetlerini gereği gibi ifa etmekle beraber bu hizmetin işleyişini sürekli olarak kontrol etmek ve hizmetin yürütülmesi sırasında gerekli önlemleri almakla da yükümlüdür. İdarenin bu yükümlülüğünü yerine getirmemek suretiyle hizmetin kötü veya geç işlemesi, gereği gibi işlememesi ve bu yüzden bir zarara sebebiyet verilmiş olması idareye meydana gelen zararları tazmin sorumluluğu yükler.” ifadeleriyle vurgulamaktadır. (Dan.8.D., 26.01.1983, E. 1982/2490, K. 1983/120, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

²⁹⁶ Dan.15.D., 26.02.2015, E. 2014/6402, K. 2015/1178; Dan.15.D., 08.04.2015, E. 2013/5507, K. 2015/2024.

gibi, gerek personel, gerek malzeme, araç gereç ve gerek organizasyon yönünden tasarruflu, verimli ve yeterli olmasının sağlanmasının da idarenin sorumluluğunda olmasıdır. Ayrıca söz konusu hizmetlerin, başta süreklilik ve düzenlilik olmak üzere, kamu hizmetlerinin tabi olduğu ilkelere uygun bir şekilde verilmesini sağlamak da idarenin yükümlülüğüdür²⁹⁷. Kolluk denetimini aşan ve faaliyetin kamu hizmetlerinin tabi olduğu ilkelere uygunluğunun sağlanmasını da kapsayan bu içeriksel denetimin, idari vesayete nazaran daha geniş kapsamlı işlevsel bir denetim olduğu savunulmaktadır²⁹⁸.

Sağlık hizmetlerinin Devletin gözetim ve denetiminde özel hukuk gerçek ve tüzel kişiler eliyle sunulması ihtimalinde, öncelikli olarak özel hukuk kişisi yürüttüğü faaliyetten kaynaklanan zararlardan sorumlu olacaktır. Söz gelimi özel hastanede tedavi gören bir hastanın hekim ya da hastanenin kusuru nedeniyle zarara uğraması durumunda, kural olarak hizmeti yürüten özel hukuk kişisi sorumlu olacaktır. Buna karşın, hizmetten yararlananların zararları nedeniyle sağlık hizmetini sunan özel hukuk kişisini denetleyen idarenin sorumluluğu da devam edecektir. Bu kapsamda, faaliyet kamu hizmeti niteliğini sürdürmekte²⁹⁹ olduğundan, kamu yararı amacına uygun şekilde yürütülmesi gerekecek; ancak bu amaca ters düşmeyecek ölçüde özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerinin serbestlik alanı bulunacaktır. Bu nedenle, hizmetin kamu yararı amacına uygun bir şekilde yürütülüp yürütülmediğine ilişkin denetimini yapmayan ya da eksik veya kötü yapan idare, bu hizmet nedeniyle oluşan zararlardan sorumlu olacaktır³⁰⁰.

²⁹⁷ AYM, 22.11.2007, E. 2004/114, K. 2007/85, RG. 24.12.2007, S. 26736.

²⁹⁸ Aydın Gülan, “Kamu Hizmeti Kavramı”, **İHİD**, C. 9, S. 1 – 3, s. 150; Ramazan Yıldırım, “İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan İdare Hukuku Kapsamındaki Sorumluluğu”, **8. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu**, 07 – 08 Ekim 2011, Adalet Yayınevi, 2012, s. 198.

²⁹⁹ Pertev Bilgen, “Kamu Hizmeti Hakkında” **İHİD**, C. 1, S. 1, 1980, s. 115; A. Ülkü Azrak “Millileştirme ve Kamu Hizmeti”, **İÜHF**, C. 36, S. 1-4, 2011, s. 64. “(...) kamusal hizmet ünitelerinin nitelik ve özellikleriyle uyushabildiği ölçüde, kamu ve özel hukuk kurallarından oluşan karma nitelikte yapılandırılmaları mümkündür. Bu sebeptendir ki, kamu hizmetleri ne suretle yürütülürse yürütülsün kamu kurum ve kuruluşlarının gözetim ve denetimleriyle hizmeti yönlendirme yetkileri var olduğu sürece, hizmet kamusal niteliğini korumuş olur.” (AYM, 12.04.1990, E. 1990/4, K. 1990/6, RG. 18.06.1990, S. 20551.)

³⁰⁰ Turan Yıldırım, “Sağlık Kurum ve Kuruluşlarının Hukuki Sorumluluğu”, **Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 201. 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu’nun 33. maddesine göre, özel hastanelerin fenni ve idari işlemleri ve her türlü sağlık şartları Sağlık Bakanlığı’nın denetimi altında olup, Özel Hastaneler Yönetmeliği’nin 62. maddesine göre bu denetim il ya da ilçe sağlık müdürlüğüne bağlı olarak faaliyet yürüten denetçiler tarafından yerine getirilmektedir. Ayakta teşhis ve tedavi hizmeti sunulan ve hastane haricindeki diğer sağlık kuruluşu olarak tanımlanan tıp merkezleri, poliklinikler, laboratuvar, müessese ve muayenahanelerin denetimi ise Ayakta Teşhis ve Tedavi Hizmeti Sunulan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik’in 32. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, sağlık kuruluşları, il

İdarenin kamu hizmeti üzerindeki gözetim ve denetim yetkisinin kapsamı, bu hizmetin özel hukuk kişisine hangi usulle devredildiğine göre farklılık arz edecektir. Kamu hizmetleri tek taraflı görevlendirme (*statüsel ilişki*) ya da sözleşme yoluyla özel hukuk kişisi üzerine bırakılabilir. Statüsel ilişki temelde özel hukuk kişisinin idareden izin alması şeklinde gerçekleşmektedir³⁰¹. Bu ihtimalde hizmet, mevzuatta öngörülen şartları taşıyan özel hukuk kişisi tarafından ve çoğu zaman belli bir süre için verilen izin doğrultusunda idarenin gözetimi ve denetiminde yürütülmektedir (1). Ayrıca bu halde, hizmetin taşınması gereken özellikler idare tarafından tek yanlı olarak belirlenmekte ve her zaman değiştirilebilmektedir. Bunun yanında, Anayasa'nın 47. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca kamu hizmetleri idari sözleşme veya özel hukuk sözleşmesiyle özel hukuk kişilerine yaptırılabilir. Bu ihtimalde ise, faaliyet yine kamu hizmeti niteliğini koruyacak olmakla birlikte, idare ile özel hukuk kişisi arasındaki ilişkinin tabi olacağı kurallar sözleşmenin hukuki niteliğine göre değişecektir (2).

1. Sağlık Hizmetinin Tek Yanlı İşlemler Çerçevesinde Özel Hukuk Kişileri Eliyle Yürütülmesi ve İdarenin Sorumluluğu

Sağlık hizmetlerinin statüsel ilişki çerçevesinde özel hukuk kişileri tarafından yürütülmesi temelde iki ayrı şekilde karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan ilkinin oluşturan özel hastanelerin kendine özgü mevzuatı bulunmakta olup³⁰², bu mevzuat çerçevesinde faaliyet yürütmektedirler³⁰³. İkinci grup sağlık kuruluşu ise, ayakta

ya da ilçe sağlık müdürlüğünce oluşturulan bir ekip tarafından düzenli olarak denetlenir. Müdürlükçe yapılacak denetimlerin sıklığı, kullanılacak denetim formlarına ilişkin hususlar Sağlık Bakanlığı tarafından belirlenmektedir. Gerek Özel Hastaneler Yönetmeliği ve gerek Ayakta Teşhis ve Tedavi Hizmeti Sunulan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik, özel sağlık kuruluşlarının denetimine ilişkin ayrıntılı esasların Sağlık Bakanlığı tarafından düzenlenmesini öngörmüş, bu doğrultuda Özel Sağlık Kurum ve Kuruluşlarının İl Sağlık Müdürlüklerince Denetimine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönerge Bakanlıkça 2014 yılında yürürlüğe konulmuştur. Buna karşılık, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun madde 9/c hükmüne göre, özel sağlık kuruluşlarının koordineli çalışma ve hizmet standartlarının tespiti ve denetimi Sağlık Bakanlığınca, çıkarılacak yönetmelikle tespit edilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla her iki Yönetmelikte yer alan ve sağlık kuruluşlarının denetimine dair esasların Bakanlıkça çıkarılacak alt düzenleyici işlemlerle düzenlenmesine ilişkin hükümler, 3359 sayılı Kanun'un 9/c hükmü ile bağdaşmamaktadır.

³⁰¹ Karahanoğulları, *age.*, s. 324.

³⁰² Özel hastaneler 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu'nun yanı sıra, Özel Hastaneler Tüzüğü (RG. 10.01.1983, S. 17924.) ve Özel Hastaneler Yönetmeliği'ne (RG. 27.03.2002, S. 24708.) uygun olarak faaliyet yürütmekle yükümlüdür.

³⁰³ Özel Hastaneler Yönetmeliği'nin 5. maddesinde, asgari olarak öngörülen bina, hizmet ve personel standartlarını haiz olmak kaydıyla, yirmi dört saat süreyle sürekli ve düzenli olarak, bir veya birden fazla uzmanlık dalında hastalara ayakta ve yatırarak muayene, teşhis ve tedavi hizmeti veren kuruluşlar özel hastane olarak tanımlanmaktadır.

teşhis ve tedavi faaliyetleri yürüten sağlık merkezleri olup, A, B ve C tipi tıp merkezleri, A ve B tipi poliklinikler ile muayenahaneler³⁰⁴ bu kapsamda yer almaktadır³⁰⁵. Özellikle kurulması ve faaliyetlerinin denetimi bakımından önemli benzerlikler taşıyan özel kişilere ait söz konusu kuruluşlar, yürütülen faaliyetin yoğunluğu, kapsamı; hizmet veren birimler ile bu birimlerde faaliyet yürüten personelin sayısı ve niteliği; bulunması zorunlu tıbbi araç ve ekipmanın niceliği ve özellikleri bakımından birbirinden ayrılmaktadır. Ancak, özel hastanelerden farklı şekilde, kural olarak ayakta teşhis ve tedavi kurumlarında hastalar yatırılmaksızın, poliklinik faaliyetleri kapsamında sağlık hizmetinden yararlanmaktadır.

2219 sayılı Özel Hastaneler Kanunu'nun 3. maddesine göre özel hastaneler, Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik'in 13. maddesine göre ise tıp merkezleri, poliklinikler ve muayenahaneler valiliğe yapılacak başvuru üzerine Sağlık Bakanlığı tarafından verilecek izinle açılmaktadır³⁰⁶. Özel hastanenin açılacağı yerin valiliğine yapılacak olan söz konusu izin başvurusunda, açılmak istenen sağlık kuruluşunun yeri, hizmetin verileceği tesislerin nitelikleri, kabul edilecek hastaların niteliği, hangi orandaki hastanın parasız olarak görüleceği, yatak sayısı, hastanenin kurulması için ayrılan ödeneğin miktarı ve mesul müdürü kimliğinin yer alması gerekmektedir. Valiliğe yapılacak olan izin başvurusu üzerine, öncelikle Sağlık Bakanlığı'na bağlı mühendisler tarafından tesislerin fiziki yapısı bakımından denetim yapılarak dosya Bakanlığa

³⁰⁴ Bu kuruluşların taşınması gereken özellikler, yürüttükleri faaliyetin kapsamı, kuruluşu, denetimi ve bu kuruluşlarda çalışacak personel gibi hususlara ilişkin ayrıntılı düzenlemeler 15.02.2008 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik'te yer almaktadır.

³⁰⁵ Ayakta teşhis ve tedavi hizmeti sunan kuruluşlar sayılanlarla sınırlı olmayıp Diyaliz Hizmetleri Hakkında Yönetmeliğe (RG. 01.03.2019, S. 30701.) göre kurulan diyaliz merkezleri, genetik hastalıklara karşı prenatal veya postnatal tanı koymak için Genetik Tanı Merkezleri Yönetmeliği'ne (RG. 10.06.1998, S. 23368.) uygun olarak kurulan genetik tanı merkezleri, basınç odası kullanılarak yapılan hiperbarik oksijen tedavi yöntemi ile tedavi uygulayan ve Hiperbarik Oksijen Tedavisi Uygulanan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmeliğe (RG. 01.08.2001, S. 24480.) uygun olarak kurulan sağlık kuruluşları, kalıtsal kan hastalıklarından talasemi ve orak hücre anemisi başta olmak üzere anormal hemoglobinlerin koruyucu sağlık hizmetleri kapsamında önlenmesi ve mücadele edilmesine yönelik olarak, Kalıtsal Kan Hastalıklarından Hemoglobinopati Kontrol Programı ile Tanı ve Tedavi Merkezleri Yönetmeliği (RG. 24.10.2002, S. 24916.) kapsamında faaliyet yürüten hemoglobinopati tanı ve tedavi merkezleri, Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik (RG. 30.09.2014, S. 29135.) kapsamında kurulan üremeye yardımcı tedavi merkezleri ile ağız ve diş sağlığı merkez ve poliklinikleri de kendi özel mevzuatlarına uygun olarak faaliyet yürüten ayakta sağlık hizmeti veren kuruluşlardır.

³⁰⁶ Farklı özel sağlık kuruluşlarının açılmasına yönelik ruhsat usullerine dair ayrıntılı bilgi için bkz. Demir, **age.**, s. 62 vd.

gönderilmekte, Bakanlıkça yapılan inceleme³⁰⁷ üzerine ruhsat başvurusu hakkında karar verilmektedir³⁰⁸.

2219 sayılı Kanun'un 13 ve devamı maddelerinde özel hastanelerde çalışacak asgari sağlık personeli sayısının³⁰⁹ yanında, eczane, laboratuvar, arıtma merkezi, hasta odaları ve benzeri birimler ile, röntgen ve görüntüleme cihazı, hasta yatağı ve tıbbi eşya, alet, ilaçlar ve benzeri malzemenin asgari adedi ve niteliğini³¹⁰ belirleme hususunda Sağlık Bakanlığına düzenleme yapma yetkisi verilmiştir³¹¹. Ayrıca özel hastanelerin bina ve tesislerinin taşınması gereken fiziki özellikler ile tıbbi birimlerin bu tesislerdeki yerleşimleri, bu hastanelerde tutulacak tıbbi kayıtlar ile müşahedelere dair usul ve esaslar Sağlık Bakanlığınca belirlenmektedir³¹². Son olarak, özel hastanelerde yatan hastalardan sınıflarına göre alınacak günlük ücretin de Sağlık Bakanlığınca belirlenen miktarın üzerinde olması mümkün değildir. Sayılan bu hususlar özel hastaneler üzerinde Sağlık Bakanlığının sıkı bir düzenleme yetkisi bulunduğunu açıkça ortaya koymaktadır³¹³.

³⁰⁷ Özel Hastaneler Yönetmeliği'nin 15. ve Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik'in 14. maddesi uyarınca Sağlık Bakanlığı tarafından yapılan inceleme sırasında teknik inceleme ekibi kurulması ve açılmak istenen özel sağlık kuruluşunun denetiminin yapılması mümkündür.

³⁰⁸ Dan.10.D., 21.11.2000, E. 1997/6531, K. 2000/5843, aktaran Yakup Bal / Mustafa Karabulut / Yahya Şahin, **Danıştay 10. Daire Kararları**, C. 1, Turhan Kitabevi, 2003, s. 223. Özel Hastaneler Yönetmeliği'nin "Ruhsatlandırma" başlıklı 15. maddesinin dördüncü fıkrasına göre, özel hastaneye ruhsat verilmesinden sonra personelin sayısı, ismi, unvanı, uzmanlık dalı veya meslekî diğer kariyerleri ile ilgili bilgileri ihtiva eden personel listesi, kısmi zamanlı çalışan tabipler de dahil tabiplerle yapılmış sözleşmelerin aslı veya mesul müdür tarafından tasdikli örnekleri il sağlık müdürlüğü aracılığıyla Sağlık Bakanlığınca verilir. Bütün bu işlemlerin tamamlanmasından sonra, Bakanlıkça Faaliyet İzin Belgesi düzenlenir ve özel hastane hasta kabul ve tedavisine başlar. Aynı şekilde Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik'in 13. maddesi uyarınca tıp merkezleri, poliklinik ve muayenahaneler ancak Bakanlıktan alacakları faaliyet izni ile sağlık hizmeti yürütmeye başlayabilmektedir.

³⁰⁹ Özel Hastaneler Tüzüğü Ek 1 sayılı Cetvel.

³¹⁰ Özel Hastaneler Tüzüğü Ek 2 ve 3 sayılı Cetveller.

³¹¹ Söz gelimi, Özel Hastaneler Tüzüğü'nün "Hastalara düşecek alanlar" başlıklı 6. maddesine göre, "Tek yataklı odaları en az 9 m²; birden çok yataklı odalarda hasta başına en az 7 m², çocuk hastalar için 6 m², çocuğu ile yatan loğusalar için tek yataklı odalarda 12 m², birden çok yataklı odalarda 10 m² alan bulunacaktır." Bunun gibi, aynı Tüzüğü'nün 7. maddesinde koridorlar; 8. maddesinde merdiven ve asansörler; 9. maddesinde ısıtma, 10. maddesinde ise havalandırma ve aydınlatmaya ilişkin ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır. Aynı şekilde, Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik'in 12 ve devamı maddelerinde ayakta teşhis ve tedavi kuruluşlarının taşınması gereken özelliklere ilişkin ayrıntılı düzenlemeler yer almaktadır.

³¹² Dan.10.D., 24.01.2001, E. 2000/669, K. 2001/234, aktaran Bal / Karabulut / Şahin, **age.**, s. 212.

³¹³ Bunun yanında, 2219 sayılı Kanun'un 30. maddesi uyarınca, yatırılan hastaların idareye bildirim yapılmaksızın başka hastanelere gönderilemeyecek oluşu; aynı Kanun'un 31. maddesinde düzenlenen belli orandaki yatağın ücretsiz hasta kabulü için saklı tutulmasına dair zorunluluk; 32. maddede uyarınca, acil tıbbi müdahale görmesi gereken hastaların ücretsiz şekilde bakılmasının zorunlu olması, özel hastanelerde yürütülen faaliyetin idarenin sıkı gözetimi altında yürütülen bir kamu hizmeti olduğuna işaret etmektedir. Aynı şekilde, Özel Hastaneler Tüzüğü'nün 34. maddesine göre, bu hastanelerde yatan hastalardan alınacak günlük ücretler Sağlık Bakanlığının uygun gösterdiği miktarı

Ayrıca 2219 sayılı Kanun'un 33. maddesi uyarınca özel hastaneler, Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik'in 32. maddesine göre ise tıp merkezleri, poliklinikler ve muayenahaneler Sağlık Bakanlığının denetiminde olup, bu denetim gerekli görülen hallerde Sağlık Bakanlığı müfettişleri veya il sağlık müdürlüğü tarafından yapılmakta³¹⁴, mevzuata aykırılıkların tespiti halinde aykırılıkların giderilmesi için süre verilmesine, hasta kabulünün durdurulmasına, ruhsatının geri alınmasına, sağlık kuruluşunun kapatılmasına ya da idari para cezasına karar verilmektedir³¹⁵. Sağlık Bakanlığı bünyesinde yapılan bu denetimlerin, denetlenen kuruluşun iç işleyişine müdahale edilmeyecek ve hastaların hizmet alması aksatılmayacak şekilde yapılması gerekmektedir³¹⁶.

geçemeyecek olup, hastanelerdeki yatakların en az %5'inin parasız tedavi görecektir hastalar için ayrılması zorunludur.

Bunun yanında, 2008/13 sayılı Başbakanlık genelgesi ve bu genelgede değişiklik yapan 2010/16 sayılı Başbakanlık Genelgesi'ne göre SGK ile sözleşmeli özel sağlık kuruluşlarının acil servislerde verdiği hizmetler karşılığında hastadan herhangi bir ücret talep etmeksizin Sağlık Uygulama Tebliği hükümleri çerçevesinde SGK'dan tahsil edilecek ve hastadan veya SGK'dan ayrıca ilave ücret talep edilmeyecektir. (D. Çiğdem Sever, **Kamusal Faaliyetlerin Özel Kişilere Gördürülmesi: Özel Güvenlik ve Özel Sağlık**, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2013, s. 371.)

³¹⁴ Özel Sağlık Kurum ve Kuruluşlarının İl Sağlık Müdürlüklerince Denetimine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönerge'nin 6. maddesi uyarınca il sağlık müdürlüğünün sahip olduğu denetim yetkisinin, aynı Yönerge'nin 7. maddesi uyarınca ilçe sağlık müdürlüklerine devredilmesi de mümkündür.

İl ya da ilçe sağlık müdürlüğü tarafından birisi hekim olmak üzere en az 2 kişiden oluşan yeteri kadar denetim ekibi kurulur ve bir kişi başkan olarak belirlenir. Ekip başkanı ekipten ve çalışmalardan birinci derecede sorumludur. (Özel Sağlık Kurum ve Kuruluşlarının İl Sağlık Müdürlüklerince Denetimine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönerge madde 9.) Denetim ekibi, denetim konusu ile ilgili olarak her türlü bilgi, belge ve kayıtların ibrazını talep etmek, bunları incelemek, gerektiğinde tasdikli örnek veya fotokopilerini almakla yetkilidir.

³¹⁵ Özel hastaneler ile ayakta teşhis ve tedavi kuruluşları üzerinde ruhsata esas denetim, hizmete esas denetim, seviyelendirme ve tescil denetimi olmak üzere amacına göre üç türlü denetim yapılır. İlgili mevzuata göre ruhsatlandırılan özel sağlık kuruluşlarının, ruhsata esas şartları taşıyıp taşımadıklarına yönelik yapılan ruhsata esas denetim özel hastaneler ve tıp merkezlerinde yılda en az bir defa, polikliniklerde en az iki yılda bir defa, muayenahanelerde ise en az yılda bir defa yapılmaktadır. Özel sağlık kurum ve kuruluşlarının hizmet sunumlarının mevzuat ve düzenlemelerine uygunluğunun değerlendirildiği hizmete esas denetim özel hastaneler ve tıp merkezlerinde yılda en az iki defa, poliklinikler ve muayenahanelerde ise yılda en az bir defa gerçekleştirilmektedir. Bunun yanında, özelliği birimlerin tescil edildikleri seviyelerin şartlarını taşıyıp taşımadıkları yönünden, ilgili mevzuatı çerçevesinde yapılan seviyelendirme ve tescil denetimi ise, komisyonunca en az iki yılda bir defa rutin olarak yapılmaktadır. Sayılan bu üç tür denetimin dışında, şikâyet binaen veya resen yapılan olağan dışı denetimler de bulunmaktadır. Olağan dışı denetimlerin, ihbar ve şikâyetin Müdürlük kayıtlarına girdiği tarihten itibaren en çok bir ay içerisinde tamamlanması gerekmektedir. Ruhsata esas denetimler ile seviyelendirme ve tescil denetimi dışındaki denetimlerin, denetimi yapılacak kuruluşa önceden bildirilmeden yapılması esastır. Denetim ekibi tarafından yapılan denetimlerin sonucunda Özel Sağlık Kurum ve Kuruluşlarının İl Sağlık Müdürlüklerince Denetimine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönerge'ye ekli matbu formlar düzenlenerek il sağlık müdürlüklerine teslim edilir.

³¹⁶ Özel Sağlık Kurum ve Kuruluşlarının İl Sağlık Müdürlüklerince Denetimine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönerge madde 22/1.

Sağlık Bakanlığı ve il sağlık müdürlüğü müfettişleri tarafından yapılan denetim kapsamında, sağlık kuruluşunun ruhsatnamesinin bulunup bulunmadığı, sağlık hizmetlerinin ruhsatnameye esas bina ve tesislerde sunulmakta olup olmadığı, sağlık kuruluşunda çalışan görevlilerin adlarına düzenlenmiş çalışma belgesinin varlığı, hekim unvanı kazanmamış intern, stajyer öğrenciler ve ilgili mevzuat hükümlerine göre çalışma yetkisi bulunmayan sağlık çalışanları ile gerekli izinleri olmayan sağlık çalışanlarının görev yapıp yapmadığı³¹⁷, ruhsatnamede belirtilen uzmanlık dalları haricindeki diğer uzmanlık dallarına dair hizmet yürütülüp yürütülmediği, sağlık kuruluşunda görev yapan hekimlerin bir başka tıp dalının görev alanına giren işlerin uzmanı olduğu ilan edilerek faaliyet yürütmekte olup olmadığı³¹⁸, hekim dışındaki sağlık çalışanlarının hekim talimatı olmaksızın hastalara doğrudan tıbbi hizmet sunup sunmadığı, sağlık çalışanı dışındaki kişilerin denetlenen sağlık kuruluşunda faaliyet yürütüp yürütmediği ve sağlık kuruluşunda bulunan tıbbi cihazların düzenli olarak bakım, kontrol ve kalibrasyonunun yapıp yapılmadığı gibi hususlar incelenmektedir³¹⁹. Görüleceği üzere çok geniş bir denetim yetkisi bulunan idare, hizmeti adeta kendisi doğrudan yürütüyormuşçasına gözetim altında tutmaktadır³²⁰.

Özel hastane, poliklinik ve tıp merkezlerinde bulunması zorunlu olan mesul müdür, özel sağlık kuruluşunun en üst yetkili kişisi olup, 2219 sayılı Kanun'un 23. ve Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik'in 16. maddesi uyarınca, denetim ve gözetim faaliyetleri kapsamında Sağlık Bakanlığına; yürütülen idari ve tıbbi faaliyetler bakımından hizmetten yararlananlar ile üçüncü kişilere karşı sorumludur.

Özel hukuk kişileri tarafından yürütülmekte olan sağlık hizmetlerinden idarenin sorumluluğunun kaynağı ise, yukarıda sözü geçen gözetim ve denetim faaliyetlerinin

³¹⁷ Dan.10.D., 26.10.2000, E. 1997/2503, K. 2000/5426, aktaran Bal / Karabulut / Şahin, **age.**, s. 216. Aynı yönde Dan.10.D., 26.06.2000, E. 1998/5633, K. 2001/426, aktaran Bal / Karabulut / Şahin, **age.**, s. 231.

³¹⁸ Dan.10.D., 22.10.2002, E. 2000/261, K. 2002/4011, aktaran Bal / Karabulut / Şahin, **age.**, s. 219.

³¹⁹ Dan.10.D., 07.02.2001, E. 1998/5927, K. 2001/377, aktaran Bal / Karabulut / Şahin, **age.**, s. 213. Söz konusu denetim kapsamında idare, sağlık hizmetini yürüten özel hukuk kişinin uygulayacağı ücret, personel niteliği ve sayısı, çalışma saatleri gibi hizmetin işleyişini etkileyen hususlara dair denetim yapmakta, adeta söz konusu sağlık kuruluşu kamu kurumuymuşçasına faaliyetlerin tümü sıkı bir şekilde gözetim altında tutulmaktadır. Esas itibarıyla bu gerekçeden hareketle idarece yapılan bu denetimin kolluk denetimini aşan ve hizmete doğrudan yön veren bir denetim olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Aynı yöndeki öğretideki görüşler için bkz. Çakır, **age.**, s. 305; Bora Demir, **Sağlık Hizmetlerinin Özel Sektör Tarafından Yürütülmesi**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2011, s. 55.

³²⁰ Dan.10.D., 14.11.2000, E. 1998/1607, K. 2000/5689, aktaran Bal / Karabulut / Şahin, **age.**, s. 218.

eksik ya da kötü yerine getirilmesi ya da hiç yerine getirilmemesi haliyle sınırlı olduğu öğreti³²¹ ve yargı makamlarınca kabul edilmektedir. Bir kararında Danıştay, *“Sağlık hizmeti veren özel tedavi kuruluşlarınca verilen sağlık hizmetinin kötü işlemlerinden idarenin sorumluluğu kamu hizmetinin gözetim ve denetimi ile sınırlıdır. Yani 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 gerekmektedir.”* ifadeleriyle bu hususu açıkça ortaya koymuştur³²².

Yukarıda ilgili kısmına yer verilen Danıştay kararından, özel hukuk kişilerince yürütülen sağlık hizmetlerinden kaynaklanan zararlardan birincil olarak özel hukuk kişinin sorumluluğu olduğu anlaşılmaktadır. Başka bir ifadeyle, hizmetin yürütülmesinden kaynaklanan zararların tazmini için, kural olarak adli yargıda özel hukuk hükümlerine göre dava açılması gerekmektedir. İdarenin sorumlu olduğu haller ise, hizmetin mevzuata uygun bir şekilde yürütülüp yürütülmediğinin gözetimi ve denetimi faaliyetlerinin eksik veya kötü yapılması ya da hiç yapılmaması halleriyle sınırlıdır³²³. Nitekim Danıştay’ın denetim ve gözetim görevinin etkili şekilde yerine getirilmemesi sonucunda hizmeti yürüten özel hukuk kişilerinin yol açtıkları zararlardan idarelerin sorumlu tutulması gerektiği yönünde kararları bulunmaktadır³²⁴. Yine, idarenin yaptığı denetimler sonucunda tespit ettiği hukuka

³²¹ Bayındır, **agm.**, s. 563; Sever, **age.**, s. 385; Aydın, **agm.**

³²² Dan.15.D., 04.06.2014, E. 2013/11018, K. 2014/4704, aktaran Çakır, **age.**, s. 304 – 305. Danıştay bu kararında, mevzuata aykırı bir şekilde özel hukuk kişilerince işletilmekte olan bir sağlık kuruluşunda hizmetten yararlananların uğramış olduğu zararın, söz konusu mevzuata aykırılıktan kaynaklanıp kaynaklanmadığı, başka bir ifadeyle idarenin gözetim ve denetim eksikliğinden kaynaklanıp kaynaklanmadığına dair inceleme yapılmadan hüküm kurulmasının hukuka aykırı olacağını ayrıca vurgulamıştır. Bu karardan hareketle özel hukuk kişilerince yürütülmekte olan sağlık hizmetlerinden kaynaklanan uyumsuzluklara ilişkin olarak idari yargıda açılan davalarda, öncelikle özel hukuk kişinin mevzuata uygun bir şekilde faaliyet yürütüp yürütmediğinin tespit edilmesi; faaliyetin mevzuata aykırı yürütülüyor olması ihtimalinde, davacının zararının söz konusu mevzuata aykırılıktan kaynaklanıp kaynaklanmadığının belirlenmesi gerektiğini, mevzuata aykırılık ya da aykırılıkla ilişkili zararın bulunmaması durumunda sorumluluğun sadece hizmeti yürüten özel hukuk kişisine ait olacağı söylenebilecektir.

³²³ Melikşah Yasin, “Tıbbi Hatalardan İdarenin Sorumluluğu”, **Sağlık Hukuku Sempozyumu No: 1 ve Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler**, Marmara Üniversitesi, 2007, s. 245; Çelik, **age.**, s. 142.

³²⁴ Dan.10.D., 22.01.2001, 198/143, aktaran Atay / Odabaşı / Gökcan, **age.**, s. 333. Aynı yönde başka kararlar için bkz. Dan.10.D., 04.12.1997, E. 1994/3467, K. 1997/5311, **DD**, S. 96, s. 594; Dan.13.D., 06.12.2006, E. 2006/2249, K. 2006/4664, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Dan.10.D., 25.05.2007, E. 2004/12187, K. 2007/3052 aktaran Gültezer Hatırnaz Erol, **Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları**, 3. baskı, Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 399.

aykırılıklar hakkında tedbir almaması ya da yaptırım uygulamaması da sorumluluğa yol açacaktır³²⁵.

Kararda ortaya konulan ikinci husus ise idarenin gözetim ve denetim faaliyetlerinin yerine getirilmesi ile hizmeti yürüten özel tedavi kuruluşunun mevzuata uygun çalışması hallerinin özdeşleştirilmiş olmasıdır. Başka bir ifadeyle, Danıştay'a göre hizmeti yürüten özel hukuk kişinin mevzuata aykırı faaliyetleri sonucunda hizmetten yararlananlar ya da üçüncü kişilerin zarara uğraması ihtimalinde idare sorumlu olacaktır. Dolayısıyla, özel hukuk kişinin mevzuata aykırı şekilde faaliyet yürütmesi, idarenin bu durumu tespit ederek gerekli tedbirleri almaması ve bunun sonucunda hizmetten yararlananlar ya da üçüncü kişilerin zarara uğraması şartlarının bir arada bulunması ihtimalinde idarenin sorumluluğu söz konusu olacaktır. Bu açıklamalar göstermektedir ki, özel hukuk kişinin mevzuata aykırı olmakla birlikte, hizmetten yararlananlar ya da üçüncü kişiler üzerinde zarara yol açmayan faaliyetleri idarenin sorumluluğuna yol açmayacaktır. Söz gelimi bir tıp merkezindeki laboratuvarın ruhsatsız bir şekilde işletiliyor olması tek başına idarenin sorumluluğuna yol açmayacak, laboratuvarın ruhsatsız olması nedeniyle hizmetten yararlananlar ya da üçüncü kişilerin zarara uğraması halinde sorumluluk oluşacaktır.

Karar özellikle Anayasa'nın 56. maddesi uyarınca sağlık hizmetlerinin asli yükümlüsü olan idarenin, sağlık hizmetlerinin özel hukuk kişilerince yürütülüyor olması gerekçesiyle sorumluluktan kaçmasının önünü kapatması bakımından olumlu olsa da, kanaatimizce idarenin bu hizmetler nedeniyle sorumlu olacağı alanın sınırları bakımından belirsiz, idarenin de sorumlu tutulması yoluyla bu hizmetlerden yararlanan kişilere sağlanan güvence bakımından ise yetersizdir. Şöyle ki, kararda özel hukuk kişinin sağlık hizmetini mevzuata aykırı şekilde yürütüyor olması ihtimali gözetim ve denetim yükümlülüğünün eksik ya da kötü bir şekilde yerine getirilmesi ile özdeşleştirilmiştir. Nasıl ki, yukarıda açıklandığı üzere her mevzuata aykırılık hali denetim ve gözetim yükümlülüğünün yerine getirilmesinde kusurluluk anlamı taşımıyorsa; faaliyetin mevzuata uygun bir şekilde yerine getiriliyor oluşu da tek başına gözetim ve denetim yükümlülüğünün tam ve eksiksiz yerine getirildiğini ortaya koymamaktadır. Gerçekten, görünüşte mevzuata uygun olan ve idarenin

³²⁵ Serkan Kızılyel, **İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Sorumluluğu**, Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı 2006, s. 231; Yıldırım, **agm.**, s. 202.

gözetim ve denetim yükümlülüğünü tam ve eksiksiz bir şekilde yerine getirmesi durumunda önüne geçilebilecek olan zararlar bulunmaktadır ki, bu zararlar bakımından idarenin sorumlu tutulması gerekeceği kanaatindeyiz³²⁶.

Ayrıca idarenin yükümlülüğünü özel hukuk kişinin faaliyetini mevzuata uygun yürütmesine indirmek, denetim yükümlülüğü bakımından bir ölçüde³²⁷ kabul edilebilir olsa da gözetim yükümlülüğünü karşıladığı söylenemez. Hizmetin asli sahibi olan idarenin, özel sağlık kuruluşlarında yürütülen faaliyetleri adeta kendisi yürütüyormuşçasına sıkı bir gözetim altında tutması gerekmektedir ki bu gözetimin salt mevzuata aykırılık halleriyle sınırlı olduğuna dair herhangi bir kısıtlama da bulunmamaktadır.

Öğretide ağırlıklı olarak kabul edilen görüşe göre de kural olarak özel hukuk kişinin borçlar hukuku hükümlerine göre sorumlu olduğu sağlık hizmetlerinden, idare yalnızca sağlık kuruluşunun kurulması ve işletilmesi aşamalarında gerekli gözetim ve denetim yükümlülüklerini yerine getirmemesi veya eksik yerine getirmesi ya da gözetim ve denetim sonucunda aykırılıkların tespit edilmesine karşın gerekli tedbirlerin alınmaması halinde hizmetin kusurlu işlemesi nedeniyle sorumlu olacaktır³²⁸. Söz gelimi, tıbbi cihazların standartlara aykırı veya bakımsız olduğunun, gerekli nitelikleri taşımayan sağlık personelinin istihdam edildiğinin, hastane binalarının hizmetin sunumu açısından yetersiz olduğunun tespit edilmesi halinde, denetim yapan idarenin gerekli tedbirleri alması; hukuka ve tıbbi standartlara aykırı

³²⁶ Bu hususa ilişkin olarak *Çakır*'ın belirtmiş olduğu bir ihtimal dikkat çekicidir. Sağlık hizmeti sunucusu özel hukuk kişinin hizmetin sunumundan vazgeçerek hizmeti sonlandırmasına ilişkin olarak mevzuatta herhangi bir düzenleme bulunmamakta olduğundan yetki ve usulde paralellik ilkesi uyarınca bu kuruluşların açıldıkları usulle kapatılabilmeleri gerekmektedir. Ayrıca bu sağlık kuruluşlarının faaliyetlerine iradi olarak son vermelerine ilişkin herhangi bir sınırlama da öngörülmemiştir. (Çakır, *age.*, s. 333.) Gerekli başvuruların mevzuata uygun şekilde yapılması suretiyle hizmet sunumuna son veren özel sağlık kuruluşlarının hukuka aykırı faaliyet yürüttüğü söylenemeyecektir. Buna karşılık, bu kuruluşlardan hizmet alan kişilerin sağlıklı yaşama hakkının güvenceye alınması, hizmetin asli sahibi olan idarenin görevi olmaya devam edecektir. Dolayısıyla, hukuka uygun bir şekilde faaliyetini sona erdiren özel hukuk kişilerine ait sağlık kuruluşlarından hizmet alan kişiler hakkında yeterli tedbirlerin alınması da idarenin gözetim yükümlülüğü kapsamında yer almaktadır ki, bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi ihtimalinde idarenin sorumluluğu doğacaktır.

³²⁷ Nitekim mevzuatta açıkça düzenlenmeyen ya da hizmeti yürüten özel hukuk kişisine takdir yetkisi bırakılan alanlarda, açıkça mevzuata aykırılık taşımayan faaliyetin, hizmet gereklerine aykırı şekilde yürütülmesi söz konusu olabilmektedir.

³²⁸ Demir, *age.*, s. 72; Sever, *age.*, s. 385; Zehra Odyakmaz, "Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kurumsal Sorumluluğu Açısından Avukatın Gözönünde Bulundurması Gereken Hususlar", **Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu** (16 - 17 Ocak 2009) Mersin Barosu Şen Matbaa, 2009, s. 219.

hizmet sunan özel sağlık kuruluşunun hizmeti bu şekilde yürütmeyi sürdürmesinin ve olası tıbbi uygulama hatalarının önüne geçmesi gerekmektedir³²⁹. Bu yöndeki tedbirlerin eksik veya geç alınması ya da hiç alınmaması hizmet kusuru nedeniyle sorumluluğa yol açacaktır.

Ayrıca özel hukuk kişinin mevzuata aykırı şekilde faaliyet yürüttüğünü tespit ederek gerekli tedbirleri almaması tek başına idarenin sorumluluğuna yol açmamakta, bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi sonucunda hizmetten yararlananlar ya da üçüncü kişilerin zarara uğraması da gerekmektedir³³⁰.

Kanaatimizce, özel hukuk kişinin mevzuata aykırı faaliyetlerinden idarenin sorumlu tutulabilmesi için söz konusu faaliyet nedeniyle bir zararın oluşması şartının aranması, idarenin sorumluluğunun hukuka aykırı şekilde sınırlandırıldığını düşündürebilir. Bu yaklaşım doğrultusunda, denetim ve gözetim yükümlülüğünü yerine getirmeyen idare, somut olaya özgü olarak ya da tesadüfi olarak zarar oluşmaması nedeniyle sorumluluktan kurtulabilmektedir. Oysaki, Anayasa'nın 56. maddesi uyarınca herkes sağlıklı yaşama hakkına sahiptir. Bu hakkın yerine getirilmesi için kamu ve özel sağlık kuruluşlarından yararlanarak gerekli tedbirleri almak Devletin görevidir. 3359 sayılı Kanun'un "*Temel Esaslar*" başlıklı 3. maddesine göre de, kamu ve özel sağlık kuruluşlarınca sunulan hizmetin verimli ve hizmet kalitesine uygun olarak verilmesini sağlamak Sağlık Bakanlığının görevidir³³¹. Mevzuata aykırı faaliyet yürüten özel sağlık kuruluşlarının, söz konusu faaliyeti bu şekilde sürdürebiliyor olmaları dahi, hizmetin kaliteli ve verimli bir

³²⁹ Kızılyel, *age.*, s. 231. Aynı yönde Cahid Doğan, "İdarenin Kusur Sorumluluğunda Rücu", **8. Türk – Alman Tıp Hukuku Sempozyumu**, 07 – 08 Ekim 2011, Adalet Yayınevi, 2012, s. 105; Uysal, *agm.*, s. 251. Öğretide Kızılyel, idarenin gözetim ve denetimdeki kusurları sebebiyle hizmetten yararlananlar üzerinde zararın meydana gelmesi ihtimalinde idare sorumlu olsa bile bu sorumluluğun sağlık hizmeti sorumluluğu olmadığını ileri sürmektedir. Özel sağlık hizmetleri bakımından idareye verilen gözetim ve denetim yetkisi sağlık hizmeti olmadığından, bu sorumluluğun genel tazminat esasına tabi tutulması gerekmektedir. (Serkan Kızılyel, "İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu", **Ankara Barosu - Ankara Üniversitesi Sağlık Hukuku Kurultayı**, (1 - 3 Kasım 2007), Ankara Barosu Yayınları, 2008, s. 232.) Özel hukuk kişileri tarafından yürütülmekte olan sağlık hizmetlerinin asıl sahibinin idare olması Anayasa'nın 56. maddesinin bir gereği olduğu göz önünde bulundurulduğu ve hizmetin kamu hizmeti niteliğini sürdürmekle birlikte idarenin sıkı gözetim ve denetiminde sunulduğu dikkate alındığında söz konusu hizmetlerden kaynaklanan sorumluluğun sağlık hizmeti sorumluluğu olmadığını söylemek yerinde olmayacaktır. Nitekim bu hallerde idare gözetim ve denetim yükümlülüğünü yerine getirmediğinden ya da eksik yerine getirdiğinden dolayı sorumlu olmayacak, söz konusu yükümlülüğü gerektiği gibi yerine getirmediğinden üçüncü kişilerin uğramış olduğu zararlar nedeniyle sorumlu olacaktır.

³³⁰ Demir, *age.*, s. 77.

³³¹ Aynı şekilde 663 sayılı KHK'nin 2. maddesine göre kaliteli ve verimli bir sağlık hizmetinin verilmesi için gerekli tedbirleri almak Sağlık Bakanlığının görevleri arasında sayılmıştır.

şekilde sunulmadığı anlamına gelmektedir. Mevzuatta öngörülen ve günümüzün tıbbi standartlarının karşılanması için gerekli, hatta zorunlu olan koşulların sağlanmaması durumunda sağlık hizmetinin kaliteli ve verimli bir şekilde sunulduğu söylenemeyecektir. Bu ihtimalde, somut olayda kendisine uygulanan hukuka aykırı teşhis ve tedavi faaliyeti kaynaklı maddi bir zarara uğramayan kişinin, Anayasa'nın 56. maddesi kapsamında korunan verimli ve kaliteli bir sağlık hizmetinden yararlanma hakkı zarar görmüş olacaktır.

Gerçekten de sağlık hizmetlerinin teknik ve uzmanlık gerektirdiği ve hizmetten yararlananların çoğu zaman kendilerine uygulanan teşhis ve tedavi faaliyetlerinin standartlarını bilemeyecekleri de dikkate alındığında, bu kişilerin hukuka aykırı şekilde faaliyet yürüten bir özel sağlık kuruluşundan hizmet almayı tercih etmeyecekleri şüphesizdir. Açıklanan nedenlerle hukuka aykırı şekilde faaliyet yürüttüğünü bilmeksizin özel sağlık kuruluşlarından hizmet alan kişilerin, bu faaliyet nedeniyle zarara uğramamış olması ihtimalinde dahi idarenin sorumluluğunun devam edebileceği düşünülebilir.

Ancak bu yorum bir başka yönden de eleştiriye açıktır. Şöyle ki, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesine göre tam yargı davaları "*idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından*" açılabilir. Tanımdan anlaşılacağı üzere, idare aleyhine tam yargı davası açılabilmesinin iki ön koşulu, bir zararın oluşması ve bu zararın kişisel hakkın ihlalinin kaynaklanmasıdır. Hukuka aykırı bir şekilde faaliyet yürüttüğünü bilmeksizin özel sağlık kuruluşlarından hizmet alan kişilerin, yapılan tıbbi müdahale nedeniyle zarara uğraması durumunda idare aleyhine tam yargı davası açmasının gerek hak ihlalinin yokluğu ve gerek zararın yokluğu nedeniyle mümkün olamayacağı ileri sürülebilecektir. Bu ihtimale ilişkin olarak öncelikle belirtmek gerekir ki, tıbbi müdahale sonucunda bir zararın oluşmaması nedeniyle, hizmetten yararlanan kişinin yaşama hakkı, vücut bütünlüğünün korunması hakkı ve hatta mülkiyet hakkı bakımından bir ihlal oluşmamaktadır³³². Ancak Anayasa'nın

³³² Nitekim Danıştay da sağlık hizmetlerinin hukuka aykırı şekilde işlemesine karşın zarar oluşmayan hallerde idarenin tazmin yükümlülüğünün oluşmayacağına karar vermektedir. (Dan.10.D., 19.10.1999, E. 1997/3565, K. 1999/5224.) Hukuka aykırı faaliyetin her zaman zarar doğurmayacağı, idarenin hukuka aykırı faaliyeti sonucunda zarar oluşmaması durumunda sorumluluğun da söz konusu olamayacağı, idari sorumluluğun temel amacının cezalandırmak değil zararın tazmini olduğu öğretide de kabul edilmektedir. (Murat Yaman, "Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında İdare

56. maddesinde güvence altına alınan, sağlıklı yaşama ve sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkının ihlal edildiği düşünülebilir. Zira mevzuata aykırı şekilde, kalite ve verimlilik standartlarından yoksun faaliyet yürüten sağlık kuruluşlarından hizmet alınması sağlık hizmetlerinin hukuka uygun bir şekilde sunulmadığını ortaya koymaktadır ve bu durum Anayasa'nın 56. maddesi yönünden kişisel hakkın ihlali olarak değerlendirilebilir. Buna karşılık, hizmetten yararlanan kişinin zararının bulunmaması, açılacak tam yargı davasının 2577 sayılı Kanun'un 14. maddesi uyarınca subjektif menfaat yokluğu nedeniyle reddedilmesine sebep olacaktır. Zira, söz konusu ihtimalde mevzuata aykırı şekilde faaliyet yürüten özel sağlık kuruluşunun faaliyeti nedeniyle kişinin maddi zararı oluşmadığı gibi, manevi zararının varlığı da kesin değildir. Bu ihtimalde özel sağlık kuruluşunun faaliyeti nedeniyle idarenin sorumluluğunun oluşmayacağı kanaatindeyiz.

Değinilmesi gereken bir diğer husus ise, özel hukuk kişilerinin yürüttüğü sağlık hizmetlerinden idarenin sorumluluğunun salt hukuka uygun şekilde denetim yapılması ile sınırlı olup olmadığı hususudur. Başka bir deyişle, mevzuatta öngörülen şartlara uygun bir şekilde denetim yapan idare, bu denetimlere rağmen gerçekleşecek zararlardan sorumlu tutulabilecek midir sorusu akla gelmektedir. Sağlık hizmetlerinin asli sorumlusunun idare olması ve idarenin özel hukuk kişisi üzerinde salt denetim değil sıkı bir gözetim yükümlülüğünün de bulunması, denetim yükümlülüğünü hukuka uygun şekilde yerine getiren idarenin, kusursuz sorumluluk esasları kapsamında özel hukuk kişisi tarafından verilen zararlardan sorumlu tutulabileceği ihtimalini düşündürmektedir.

Danıştay da yerleşik içtihadında, özel kişiler eliyle yürütülmekte olan sağlık hizmetlerinin sunumundan kural olarak özel hukuk gerçek veya tüzel kişinin sorumlu olduğunu, ancak bu durumun hizmet üzerindeki gözetim ve denetim yükümlülüğünü yerine getirmeyen idarenin sorumluluğunun ortadan kalkacağı anlamına gelmediğini kabul etmektedir. Mahkeme bir kararında, özel sağlık kuruluşlarının mevzuata aykırı şekilde faaliyet yürütmeye devam etmeleri ve bu

kapsamda hizmetten yararlananların zarara uğramasını, gözetim ve denetim yükümlülüğünün ihlali olarak nitelendirmiştir³³³.

Özel hukuk kişileri eliyle yürütülmekte olan sağlık hizmetleri bakımından Devletin sorumluluğunun gözetim ve denetim yükümlülüğü ile sınırlı olduğu kabul edilmekle birlikte, öğretide bazı yazarlar hizmetin esas sahibi olan idarenin, özel hukuk kişisine eşdeğer düzeyde sorumlu tutulması gerektiğini ileri sürmektedir³³⁴. *Avcı*, sağlık hizmetlerinin idarenin gözetim ve denetiminde özel kişiler tarafından sunulduğu hallerde, hizmetin sunumundan kaynaklanan zararlardan özel hukuk kişisi ile birlikte idarenin de sorumlu tutulabileceğini ileri sürmektedir³³⁵.

Her kamu hizmetinin nihai olarak bir kamu otoritesinin sorumluluğunda olduğuna vurgu yapan *Ulusoy*, özel hukuk kişisi tarafından yürütülen kamu hizmetinde, hizmetin düzgün işlememesinden dolayı, hizmeti yürüten özel hukuk kişisinin sorumluluğu saklı kalmak şartıyla, asli sorumluluğun hizmetin nihai sorumlusu olan kamu otoritesine ait olduğunu ileri sürmüştür. Bu doğrultuda müellif, özel hastanede sağlık hizmetinin hukuka ve tıbbi standartlara uygun şekilde sunulmaması ihtimalinde, zarar gören kişinin bu zararın tazminini adli yargıda, hizmeti yürüten özel hastaneden isteyebileceği gibi; sağlık kamu hizmetinin nihai sorumlusu olan Sağlık Bakanlığından da isteyebileceğini savunmuştur³³⁶.

³³³ “(...) [Davacıların] 2007 yılında kalp rahatsızlığı sebebiyle (...) Hastanesindeki tedavisi sırasında anneleri (...)’a Hepatit B virüslü kan verilme suretiyle ölümüne neden olduğu, hastane bünyesinde bulunan kan bankasının kaçak olarak faaliyet gösterdiğinden bahisle, denetim görevini yapmayan Sağlık Bakanlığı’nın hizmet kusuru işlediği ileri sürülerek [açılan davada], (...) sağlık hizmeti veren özel tedavi kuruluşlarınca verilen sağlık hizmetinin kötü işlemesinden idarenin sorumluluğu kamu hizmetinin gözetim ve denetimi ile sınırlıdır. Yani 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 gerekmektedir. (...) hastanenin 5624 sayılı Kan ve Kan Ürünleri Kanununa aykırı olarak ruhsat almadan ve mevcut ruhsatın kapsamı dışında faaliyet gösterdiğinden ötürü, (...) davalı idarenin denetim görevini yerine getirip getirmediği buna ilişkin davalı idarenin hizmet kusuru bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerekirken (...)” (Dan.15.D., 04.06.2014, E. 2013/11018, K. 2014/4704, aktaran Çakır, *age.*, s. 304 – 305. Aynı yönde başka bir karar için bkz. Dan.15.D., 26.02.2015, E. 2014/6402, K. 2015/1178; Dan.15.D., 08.04.2015, E. 2013/5507, K. 2015/2024.

³³⁴ Demir, *age.*, s. 75.

³³⁵ Avcı, *agm.*, s. 128.

³³⁶ Ali Ulusoy, *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, 1. Baskı, Ülke Kitapları, 2004, s. 32; Aynı yönde Yıldırım, *agm.*, s. 199; Somer, *agm.*, s. 259; Aşçıoğlu, *age.*, s. 116.

Evren de Danıştay'ın bir kararından hareketle³³⁷, idarenin esasen kendisi yapması gereken bir hizmeti özel hukuk kişisine yaptırmayı sırasında meydana gelen zararlardan idarenin de sorumlu tutulması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, bir hizmetin özel hukuk kişisine yaptırılması, bu hizmetin esas sahibinin idare olduğu ve kamu hizmeti niteliğinde olduğu gerçeğini değiştirmeyecektir. Özel hukuk kişisine devretmiş olması halinde dahi idarenin söz konusu faaliyet nedeniyle sorumluluğu devam etmektedir³³⁸.

Fransız hukukunda da özel hukuk kişisine devredilmiş olan kamu hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan zararlardan asli olarak özel hukuk kişinin sorumlu olacağı, idarenin ikincil sorumluluğunun ise devam edeceği kabul edilmektedir. Bu kapsamda, zarara uğrayan kişi öncelikle özel hukuk kişisine başvuracak, bu kişiden zararını tazmin edememesi ihtimalinde idare sorumlu tutulacaktır³³⁹. Nitekim Fransız Danıştayının içtihadı da bu yöndedir³⁴⁰.

Kanaatimizce özel hukuk kişileri tarafından yürütülmekte olan sağlık hizmetlerinden kaynaklanan sorumluluk hallerinin tümünde özel hukuk kişinin yanında idarenin de sorumlu tutulması idareyi çok ağır bir tazminat yükü altında bırakacaktır. Bu yaklaşımın savunulması idareyi adeta özel hukuk kişinin sigortacısı konumuna getirmektedir. Keza, Anayasa'nın 129. maddesinde yalnızca kamu görevlilerinin eylemlerinden kaynaklanan zararlar bakımından idarenin asli şekilde sorumlu olduğu öngörülmüştür. Bu bakımdan özellikle özel sağlık kuruluşlarında çalışan personelin eylemlerinden kaynaklanan zararlardan idarenin sorumlu tutulması Anayasa'nın 129. maddesi ile oluşturulmak istenen güvenceyi anlamsız kılmaktadır³⁴¹. Nitekim Devletin de, gözetim ve denetim faaliyetleri kapsamında özel sağlık kuruluşunda çalışan personeli ayrı ayrı denetlemesi beklenemez. Bu bakımdan, özel sağlık kuruluşlarında yürütülmekte olan sağlık

³³⁷ Dan.10.D., 16.12.2003, E. 2002/7475, K. 2003/5193, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Konuya ilişkin Yargıtay'ın tutumu ise çelişkilidir. Bir kararında Mahkeme, özel hukuk kişisi tarafından yürütülen kamu hizmetlerine karşı ancak adli yargıda, sözleşmeci özel hukuk kişisi aleyhine dava açılabilirliğini kabul etmişken; (Yar.17.HD, 28.12.2004, E. 2004/6630, K. 2004/14233, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) başka bir kararında bu hallerde gözetim ve denetim yetkisi bulunan idare aleyhine dava açılabilirliğine hükmetmiştir. (Yar.4.HD, 21.05.2003, E. 2003/458, K. 2003/6581, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

³³⁸ Çınar Can Evren, "Hizmet Kusuru – Haksız Fiil Ayrımı ve Yargı Düzeni", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 95, 2011, s. 181.

³³⁹ René Chapus, **Droit administratif général**, Tome 1, 15e edition, Montchrestien, 2001, s. 1283.

³⁴⁰ CE, 19.12.1969, *Delannoy*, n° 74793, Rec. Lebon, 1969, Dalloz.fr.

³⁴¹ Sever, **age.**, s. 385.

hizmetlerinin bizatihi kendisinden, yani organizasyon, personel ve malzeme bakımından kusurlu olmasından kaynaklanan zararlardan, gözetim ve denetim yükümlülüğünün geniş şekilde yorumlanması suretiyle idarenin sorumlu tutulması gerektiğini savunmaktayız³⁴². Sağlık personelinin eylemlerinden kaynaklanan zararlarda ise esas olarak özel hukuk kişisi sorumlu tutulmalıdır.

2. Sağlık Hizmetinin Sözleşmesel İlişki Çerçevesinde Özel Hukuk Kişileri Eliyle Yürütülmesi ve İdarenin Sorumluluğu

Kamu hizmetlerinin statüsel ilişki ile olduğu gibi sözleşmesel ilişki yoluyla da özel hukuk kişisine gördürülmesi mümkündür. Nitekim, Anayasa'nın 47. maddesinde yer alan *"Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabilir veya devredilebileceği kanunla belirlenir."* düzenlemesi bir yanıla kamu hizmetlerinin sözleşme ilişkisi çerçevesinde özel hukuk kişilerine gördürülmesine dayanak oluştururken, diğer yandan söz konusu sözleşmelerin hukuki niteliğine ilişkin esasları düzenlemektedir. Buna göre, kamu hizmetlerinin idari sözleşmeler ile özel hukuk kişilerine devredilmesi kural olmakla birlikte **(a)**, kanunun açıkça öngördüğü hallerde özel hukuk sözleşmesiyle de bu hizmetler özel hukuk kişilerine gördürülebilmektedir **(b)**.

a. Sağlık Hizmetinin İdari Sözleşme ile Özel Hukuk Kişisine Devredilmesi Halinde Sorumluluk

Taraflarından en az biri idare olan ve konusu kamu hizmeti, kamu malı ya da kamu personeli olan sözleşmeler Anayasa'nın 47. maddesi uyarınca aksi kanunla öngörülmedikçe idari sözleşme olarak addedilmektedir³⁴³. İdari sözleşme dendiğinde ise akla ilk olarak, konusu idarenin yürütmekle görevli olduğu kamu hizmetinin özel hukuk kişisi tarafından kurularak işletilmesi ya da yalnızca işletilmesi olan imtiyaz sözleşmeleri gelmektedir. İmtiyaz sözleşmeleri idare ile özel hukuk kişisi arasında yapılmakta olup, idarenin yürütmekle görevli olduğu kamu hizmeti kendi kar ve

³⁴² Bu yöndeki Danıştay tetkik hakimi görüşü için bkz. Dan.15.D., 26.02.2015, E. 2014/6402, K. 2015/1178.

³⁴³ UM. 18.11.1991, E. 1991/41, K. 1991/42, Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası; Dan.13.D. 22.11.2011, E. 2011/3899, K. 2011/5211, DD., S. 129.

hesabına özel hukuk kişisi tarafından işletilmektedir³⁴⁴. Kamu hizmetinin özel hukuk kişisine gördürülmesine ilişkin en klasik yöntem olan imtiyaz usulü sağlık hizmetleri bakımından Danıştay tarafından reddedilmişse de söz konusu içtihadın günümüzdeki uygulanabilirliği tartışmaya açıktır **(i)**. Kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerine gördürülmesine ilişkin imtiyaz dışındaki sözleşme tipleri sınırlı sayıda olmamakla birlikte, bu bölümde halihazırda uygulanmakta olan kamuya ait sağlık kuruluşlarının işletme hakkının devredilmesi yoluyla sağlık hizmetlerinin özel hukuk kişilerine gördürülmesi usulü değerlendirilecektir **(ii)**.

i. Sağlık Hizmetlerinin Özel Hukuk Kişisine Devri Bakımından Kabul Görmemiş Bir Sözleşme Tipi: İmtiyaz Sözleşmeleri

Kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerine sözleşme ilişkisi çerçevesinde gördürülmesinin en tipik usulü, Anayasa’da da düzenlemesi olan imtiyaz usulüdür. Hatta 1999 Anayasa değişikliği öncesindeki dönemde gerek Anayasa Mahkemesi ve gerek Danıştay içtihadına göre imtiyaz sözleşmesi, kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerine sözleşmesel yolla gördürülmesinin yegane usulüydü. Buna karşılık, Danıştay İdari İşler Kurulu 1990 tarihli bir kararında sağlık hizmetlerinin imtiyaz sözleşmesi yoluyla özel hukuk kişilerine devredilmesinin hukuka aykırılık oluşturacağı yönünde karar vererek bu yolun açıkça önünü kapatmıştır³⁴⁵.

Yüksek Mahkemeye göre, niteliği gereği öncelikle Devletin yükümlülüğünde olan sağlık kamu hizmetinin sunumunda özel hukuk kişilerinden yararlanılması usulleri arasında imtiyaz usulünün açıkça sayılmamış olması ve sağlık hizmetlerinin

³⁴⁴ Dan.İDDK. 16.09.2009, E. 2009/1533, K. 2009/1729, Kazancı İçtihat Bankası

³⁴⁵ Danıştay İdari İşler Kurulunca incelenen olayda Sağlık Bakanlığı’na bağlı teşhis, tedavi ve rehabilitasyon kurumlarında teşhis ve tedavi sistemleri oluşturmak ve bu sistemleri işletmek imtiyazını Tedavi Hizmetleri Vakfına vermek isteyen Bakanlık, bu Vakıf aracılığı ile "kur-işlet-devret" modelinin uygulanıp uygulanamayacağını Başbakanlık kanalı ile Danıştay’a sormuştur. İnceleme konusu olan sözleşme tasarısına göre, imtiyaz on yıl için verilmekte, gerekirse yirmi yıla kadar uzatılabilmektedir. Teknik sözleşmelere göre kurulacak tesislerde kullanılacak teknik cihazlar ile teşhis ve tedavi standartları Bakanlık tarafından belirlenecektir. Bunun yanında, hizmetin yürütüleceği gerekli taşınmaz ve mekanlar ile aydınlatma, ısıtma, temizlik, su gibi giderler Bakanlık tarafından karşılanacaktır. Sistemde çalışılacak personelin nitelik ve sayısı da Bakanlık tarafından belirlenecektir. Vakıf, teşhis ve tedavi hizmetlerinin karşılığı olarak alınacak bedel, kamusal sağlık kuruluşlarında uygulanan ücretler göz önünde bulundurularak maliyet ve makul karı da kapsayacak şekilde her takvim yılında Bakanlıkça belirlenecektir. Sözleşme sona erdiğinde, vakıf tarafından kurulan tesisler iyi ve işler durumda idareye teslim edilecektir. (Dan.İİK., 28.06.1990, E. 1990/94, K. 1990/109, aktaran Turgut Tan, "Kamu Hizmeti İmtiyazından "Yap – İşlet – Devret" Modeline", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 47, S. 2 -4, s. 316.) Aynı yönde başka bir karar için bkz. Dan.İİK., 25.10.1990, E. 1990/90, K. 1990/73, aktaran Atay, **agm.**, s. 69.

Devletin asli görevi olması sebebiyle, sıkı bir gözetim ve denetim altında sunulması ihtiyacı bu hizmetlerin özel hukuk kişilerine imtiyaz usulü ile gördürülmesini olanaksız hale getirmektedir³⁴⁶.

Kanaatimizce kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerine gördürülmesi usullerinin başında yer alan imtiyaz yolunun sağlık hizmetleri bakımından uygulanmasında herhangi bir hukuki engel bulunmamaktadır. Şöyle ki, özel hukuk kişinin hizmetin yerine getirilmesi sırasında tabi olacağı esaslar ile idarenin gözetim ve denetim yetkisinin sözleşmede ayrıntılı şekilde düzenlenmesi ihtimalinde, Devletin asli yükümlülüğü olan sağlık hizmetlerinin gözetim ve denetiminden yoksun kalacağı ileri sürülemeyecektir. Nitekim sağlık hizmetlerinin ruhsat usulü ile özel hukuk kişilerine gördürülmesi ihtimalinde de Devletin kapsamlı ve içeriksel bir denetim yetkisi bulunmakla beraber, hizmet esasında özel hukuk kişileri eliyle yürütülmektedir. Bunun yanında, gerek 1 sayılı CBK ve gerek 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nda sağlık hizmetlerinin imtiyaz usulüyle özel hukuk kişilerine gördürülebileceğine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, hizmetin gördürülmesi usulünü belirlemek bakımından, kaynak israfı ve atıl kapasiteye yol açılmamak şartıyla idareye takdir yetkisi verilmiştir. Dolayısıyla idarenin takdir yetkisi kapsamında sağlık hizmetlerini imtiyaz sözleşmesi yoluyla özel hukuk kişilerine gördürmesi de mümkün olacaktır³⁴⁷.

Karşılaştırmalı hukuk bakımından değerlendirme yapıldığında ise, Fransız hukukunda özel sağlık kuruluşlarının Devlet ile yaptığı imtiyaz sözleşmesi kapsamında kamu hastanelerindeki bir veya daha fazla uzmanlık dalına ait hizmetlerin yürütülmesi faaliyetini belli bir süreyle devralabileceği öngörülmüştür³⁴⁸. Nitekim günümüzde yaygın şekilde kullanılmakta olan, sağlık tesislerinin kamu özel ortaklığı yöntemiyle kurulması ve işletilmesinin de imtiyaz sözleşmesinin özel bir

³⁴⁶ Mehmet Akif Özer, "Sağlık Sektöründe Yeni Bir Hizmet Sunum Modeli: Kamu Özel Ortaklığı", **Sosyal Güvenlik Dergisi**, C. 6, S. 1, 2016, s. 30.

³⁴⁷ Aynı yönde Çakır, **age.**, s. 353 – 356. Tan ise, Danıştay İdari İşler Kurulu'nun vermiş olduğu kararın, sağlık hizmetlerinin hizmet alımı usulü ile özel hukuk kişilerine gördürülmesine imkan tanıyan Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın aşağıda yer verilecek kararları doğrultusunda geçerliliğini yitirdiğini, pekala sağlık hizmetlerinin de imtiyaz sözleşmesi yoluyla özel hukuk kişilerine devredilmesinin mümkün olduğunu, bu usulün uygulanması suretiyle, hizmet alımı yöntemine nazaran idareye daha üstün ve ayrıcalıklı yetkiler sağlanabileceğini savunmuştur. (Turgut Tan, "Sağlık Hizmeti İhale Yoluyla Satın Alınabilir Mi? (Kamu hizmetinin özelleştirilmesi konusunda örnek bir olay)", **İÜHF**, C. 69, S. 1-2, 2011, s. 297.)

³⁴⁸ Saison, **agm.**, s. 8.

görünüm biçimi olduğunu ve imtiyaz usulünün sağlık hizmetlerinin yürütülmesinde uygulanabileceğini ileri süren görüşler de bulunmaktadır³⁴⁹.

Bu nedenle, eğitim ve güvenlik gibi anayasal kamu hizmetlerinin sözleşmeyle özel hukuk kişisine devredilmek suretiyle yürütüldüğü ve izin usulünün çoğunlukla yerini sözleşme usulüne bıraktığı günümüz kamu hizmeti anlayışında sağlık hizmetlerinin imtiyaz sözleşmesiyle özel hukuk kişilerine devredilmesinin önünü kapatan bir hukuki düzenleme bulunmamaktadır. Kaldı ki, aşağıda daha ayrıntılı olarak inceleneceği üzere, temel sağlık hizmetlerinin dahi yürütülmesinde hizmet alımı yapılabilecek, bu faaliyetler özel hukuk hükümlerine tabi olan kamu özel ortaklığı sözleşmesiyle özel hukuk kişisine devredilebilecektir. Bu doğrultuda, özel hukuk sözleşmelerine nazaran hizmet üzerinde daha etkin ve ayrıcalıklı bir denetim imkanı sağlayan imtiyaz usulünün sağlık hizmetleri bakımından da uygulanabilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla Danıştay İdari İşler Kurulu'nun yukarıda sözü geçen içtihadının günümüz kamu hizmeti anlayışı bakımından uygulanabilirliğini yitirdiği kanaatindeyiz.

ii. Sağlık Hizmetinin İşletme Hakkının Devri Sözleşmesiyle Özel Hukuk Kişisine Devredilmesi Halinde İdarenin Sorumluluğu

4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un "Kamu Hizmetlerinin Gördürülmesinin Özelleştirilmesi" başlıklı 15. maddesine göre, kamu hizmeti gören kuruluşların mülkiyet devri suretiyle özelleştirilmesine ilişkin ayrı kanunlarla düzenleme yapılmasına ilişkin şartlar saklı kalmak üzere, genel bütçeli idarelerin mal ve hizmet üretim birimleri ve varlıklarının işletme haklarının verilmesi yöntemiyle özelleştirilmesi mümkündür³⁵⁰. Genel bütçeli idarelerin sadece tekel niteliğindeki mal ve hizmet üretim faaliyetlerinin devrine ilişkin sözleşmeler imtiyaz addolunur. İşletme hakkının verilmesi, kiralama veya benzeri yöntemlerle kullanma hakkının devri süresi 49 yılı geçemez. Genel bütçe kapsamında olan Sağlık

³⁴⁹ Karahanoğulları, *age.*, s. 402; Çelik, *age.*, s. 41.

³⁵⁰ 4046 sayılı Kanun'un 18. maddesinde düzenlenen işletme hakkının devri sözleşmesi "kuruluşların bir bütün olarak veya aktiflerindeki mal ve hizmet üretim birimlerinin, mülkiyet hakkı saklı kalmak kaydıyla bedel karşılığında belli süre ve şartlarla işletilmesi hakkının verilmesi" olarak tanımlanmıştır.

Bakanlığı'na bağlı yataklı tedavi kurumları ile diğer tedavi kuruluşlarının³⁵¹, bu madde kapsamında özelleştirilmesi mümkün olmakla birlikte bu usulün uygulandığı herhangi bir örneğe rastlanmamıştır³⁵².

İşletme hakkının devri sözleşmelerinin tabi olduğu hukuki rejime ilişkin olarak 4046 sayılı Kanun'da herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Buna karşılık, kamu hizmeti görmek üzere idare tarafından kurularak işletilen tesislerin işletme hakkının özel hukuk kişisine geçirilmesi sözleşmesinin, taraflarından birinin idare olması, sözleşmenin konusunun belli bir kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olması ve idarenin üstün konumda bulunması sebebiyle idari sözleşme olarak nitelendirilmesi gerekmektedir³⁵³.

İşletme hakkının devri usulünde kamuya ait tesislerin mülkiyeti yine kamuda kalmakta, buna karşılık söz konusu tesislerin bakım, onarım ve işletmesi sözleşmenin tarafı özel hukuk kişisi tarafından yerine getirilmektedir. Dolayısıyla işletme hakkı devredilen hizmet üretim birimlerinin gerek işletme hakkının devredildiği süre ve gerek sözleşme sonrasında aidiyeti kamuda kalmaktadır. İmtiyaz sözleşmesiyle benzerlikler taşımakla beraber, işletme hakkının devri sözleşmesinin konusu esasında belli bir faaliyetin devrinden ziyade, belli bir kamu hizmetine özgülenmiş olan mal ve tesislerin, mülkiyeti idarede kalmak şartıyla işletilmesinin özel hukuk kişilerine geçirilmesidir³⁵⁴. Ancak, hizmete ait tesis ve malların işletme hakkının özel hukuk

³⁵¹ 4046 sayılı Kanun'un madde 15/a düzenlemesinde genel ve katma bütçeli idarelerle bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların mal ve hizmet üretim birimlerinin işletme hakkının devri suretiyle özel hukuk kişilerine devredilebileceği öngörülerek bu kapsamda yataklı tedavi kurumlarının yer aldığı açıkça belirtilmişse de genel ve katma bütçe kapsamında yer alan yataklı tedavi kuruluşları dışındaki sağlık birimlerinin de işletme hakkının devri yöntemiyle özel hukuk kişilerine devredilmesi gerektiği kabul edilmektedir. (Melikşah Yasin, "Sağlık Hizmetlerinin Özelleştirilmesi", **Sağlık Hukukunda Dünyadaki Son Gelişmeler**, İstanbul, 2009, s. 123.)

³⁵² Çakır, **age.**, s. 360.

³⁵³ Anayasa'nın 47. maddesinin lafzından hareketle *Bülbül*, idare tarafından yürütülen hizmetlerin tümünün (kamu hizmeti niteliğinde olan ve olmayan) özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerine kural olarak idari sözleşme ile gördürüleceği, istisnai olarak özel hukuk sözleşmesiyle gördürülmesinin ise ancak kanunla özel bir düzenleme yapılması koşuluyla mümkün olabileceğinin anlaşılması gerektiğini savunmaktadır. Bundan hareketle, sözleşmenin konusunun kamu hizmetine ilişkin olması ile idarenin üstün ve ayrıcalıklı konuma sahip olması koşullarının sözleşmenin hukuki nitelendirilmesi bakımından önemini yitirdiğini ortaya koymaktadır. (Erdoğan Bülbül, **Kamu İştirakleri**, Beta Yayıncılık, 2004, s. 138.)

³⁵⁴ Ancak 4046 sayılı Kanun'un 15. maddesinde yer alan düzenleme uyarınca, tekel niteliğindeki hizmet üretim tesislerinin işletme hakkının devri sözleşmesiyle özel hukuk kişilerine devredilmesi mümkün olmayacaktır. Tekel niteliğindeki kamu hizmetlerine ait tesis ve malların özel hukuk kişilerine devredilmesinin ancak imtiyaz sözleşmesi yoluyla yapılabileceği açıkça düzenlenmiştir. Yataklı tedavi kurumları başta olmak üzere kamuya ait sağlık kuruluşlarının tekel olarak yürüttüğü birtakım hizmetlerin işletme hakkının devri sözleşmesiyle özel hukuk kişilerine devri ihtimalinde söz

kişisine geçmesiyle birlikte, faaliyetin kendiliğinden özel hukuk kişi tarafından yürütülmesi mümkün hale gelmeyecektir. Zira özel kişiye devredilen, hizmetin kendisi değil; yürütülmesinde kullanılan mamelektir. Bu ihtimalde, tesis ve malların işletme hakkını elinde bulunduran kişinin idareden ruhsat alarak faaliyet yürütmesi mümkün olacaktır. Başka bir ifadeyle, mülkiyeti idareye ait olan tesis ve mallar kullanılarak özel hukuk kişisi tarafından yürütülen sağlık hizmeti, tıpkı hizmetin statüsel ilişki çerçevesinde özel hukuk kişileri eliyle görülmesi ihtimalinde olduğu gibi idarenin gözetim ve denetiminde kurulacak ve yürütülecektir³⁵⁵.

Bu bakımdan işletme hakkının devri sözleşmesiyle özel hukuk kişisine bırakılan sağlık tesislerinde sunulan sağlık hizmetlerinden kaynaklanan zararlardan idare yalnızca denetim ve gözetim faaliyeti kapsamında sorumlu tutulacaktır³⁵⁶.

b. Sağlık Hizmetinin Özel Hukuk Sözleşmesi ile Özel Hukuk Kişisine Devredilmesi Halinde Sorumluluk

Sağlık hizmetlerinin özel hukuk kişilerine gördürülmesinde kullanılan yöntemlerden biri de hizmet alımı yöntemidir. Kamunun ihtiyaç duyduğu hizmet işlerinin ihale yoluyla temin edilmesi olarak tanımlanan³⁵⁷ hizmet alımları, kural olarak Kamu İhale Kanunu hükümleri doğrultusunda yürütülmektedir. Nitekim 4734 sayılı Kanun'un 2. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi uyarınca, genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri tarafından yapılan mal veya hizmet alımı işlerinin ihaleleri bu Kanun hükümlerine göre yürütülmektedir. Dolayısıyla genel bütçe kapsamında olan Sağlık Bakanlığına bağlı hastaneler için yapılan mal ve hizmet alımlarında 4734 sayılı Kanun hükümleri uygulanacaktır³⁵⁸.

konusu sözleşme imtiyaz sözleşmesi olarak nitelendirileceğinden, yukarıda açıklanan, sağlık hizmetlerinin imtiyaz sözleşmesiyle özel hukuk kişilerine devredilmesinin mümkün olmadığını ortaya koyan, Danıştay İdari İşler Kurulu'nun kararının mevcut kanuni düzenleme ile bağdaştığını söylemek mümkün olmayacaktır.

³⁵⁵ Yasin, **agm.**, s. 254.

³⁵⁶ Aynı yönde görüş için bkz. Aydın, **agm.**; Çelik, **age.**, s. 143.

³⁵⁷ Muzaffer Akdoğan, **Avrupa Birliği Uyum Sürecinde Türk İhale Rejiminin Şeffaflık Açısından Değerlendirilmesi**, XII Levha Yayıncılık, 2010, s. 47.

³⁵⁸ Buna karşılık aynı Kanun'un "*İstisnalar*" başlıklı 3. maddesinin (h) bendi uyarınca, Kanun kapsamındaki idarelerin kendi özel mevzuatı uyarınca hak sahiplerine sağlayacakları teşhis ve tedaviye yönelik hizmet alımları ile tedavisi kurumlarınca üstlenilen kişilerin ayakta tedavisi sırasında reçeteye bağlanan ilaç ve tıbbî malzemelerin kişilerce alımları, sağlık hizmeti sunan bu Kanun kapsamındaki idarelerin teşhis ve tedaviye yönelik olarak birbirlerinden yapacakları mal ve hizmet alımlarında 4734 sayılı Kanun uygulanmayacaktır.

3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun 3. maddesinin (b) bendi uyarınca, kamu sağlık kuruluşlarının kaynak israfı ve atıl kapasiteye yol açılmaksızın gerektiğinde hizmet satın alınarak işletilmesi mümkündür. Aynı şekilde, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 36. maddesine göre, sağlık hizmetleri personeli tarafından yerine getirilmesi gereken faaliyetlerin, gerekli görülen hallerde bedeli döner sermaye gelirlerinden ödenmek şartıyla, hizmet satın alınması yoluyla gördürülmesi mümkündür³⁵⁹. Anılan düzenlemeler bir arada değerlendirildiğinde, Sağlık Bakanlığına bağlı kuruluşlarda sunulmakta olan teşhis, tedavi ve diğer tıbbi faaliyetler ile bunlarla ilişkili hizmetlerin doğrudan kamu personeli eliyle ya da hizmet satın alınması yoluyla gördürülmesi yönteminin tercih edilmesinin Sağlık Bakanlığı'nın takdir yetkisinde olduğu söylenebilecektir³⁶⁰. Ancak söz konusu takdir

³⁵⁹ Söz konusu düzenlemenin Anayasa'nın 128. maddesiyle bağdaşmadığı gerekçesiyle yapılan itiraz başvurusunda Anayasa Mahkemesi, *Anayasa gereği herkesin, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olması karşısında, ülkenin her yöresinde sağlık hizmetlerinden tam olarak yararlanılabilmesini sağlamak amacıyla niteliği gereği sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesinde ortaya çıkacak eksiklik ve gecikmelerin telafisi olanaksız sonuçlara yol açabilmesi, kamunun iktisadi ve teknik yetersizliği, teknolojik gelişme ve kullanıcıları ve hizmet sunucu ve donanımlarına olan ihtiyaç, görev ve yer yönünden erişim zorlukları, sağlık hizmetlerinin ertelenemez ve ikame edilemez özellikleri, doğal afet, salgın hastalıklar ve acil durumlar sağlık hizmetlerinin hizmet satın alma yoluyla karşılanmasını zorunlu kıldığını* belirtmiş; sağlık hizmetleri ve yardımcı sağlık hizmetleri sınıfına dahil personel tarafından yerine getirilmesi gereken hizmetlerin, ücretleri döner sermaye gelirlerinden karşılanmak kaydıyla, lüzumu halinde hizmet satın alınması yoluyla gördürülmesini olanaklı hale getiren itiraz konusu kuralın Anayasa'ya uygun olduğuna hükmetmiştir. (AYM, 22.11.2007, E. 2004/114, K. 2007/85, RG. 24.12.2007, S. 26736.)

³⁶⁰ Söz konusu kanuni düzenlemelerin kamu görevlilerine ilişkin Anayasa'nın 128. maddesiyle bağdaşır olduğu hususunda ise tereddüt duymaktayız. Anayasa'nın 128. maddesine göre, Devletin ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür. “Kişi” esas alındığında, kamu görevlisi kavramının tanımı olarak nitelendirilebilecek olan söz konusu hükmün, “faaliyet” esas alındığında farklı şekilde okunarak kamu hizmetlerinin özel hukuk kişileri tarafından yürütülmesinin sınırı olarak da nitelendirilmesi mümkündür.

Şöyle ki, söz konusu Anayasa hükmünden, idarenin genel idari esaslara tabi olarak yürütmekte olduğu faaliyetlerin ancak kamu görevlileri eliyle yürütülebileceği de anlaşılmaktadır. Başka bir ifadeyle, idarenin yürütmekle görevli olduğu faaliyetlerden genel idari esaslara tabi olan, asli ve sürekli faaliyetler ancak kamu görevlileri tarafından yürütülebilmekte; bunlar dışında kalanlar ise doğrudan idare ya da idarenin gözetim ve denetimi altında özel hukuk kişileri tarafından yürütülebilmektedir. Bu açıklamalar göstermektedir ki, idarenin yürütmekle görevli olduğu faaliyetlerin doğrudan idare eliyle yürütülmesi zorunluluğunun tespitindeki temel ölçüt, söz konusu faaliyetin genel idari esaslara tabi olup olmamasıdır.

Nitekim Anayasa Mahkemesi tarafından da “*Kamu hukukunun genel ilkeleri gereğince, kamu hizmet ve faaliyetlerinin bizzatihi idare kuruluş ve kurumları eliyle, kamusal yönetim biçimine göre yürütülmesi asıl ve olağandır. Ancak, bu hizmet ve faaliyetlerden kamu gücüne özgü olmayanlar ile özel yönetim biçimiyle gerçekleştirilmeye elverişli bulunanlar, tüm sorumluluk gene ilgili idare üzerinde kalmak kaydıyla, onun sürekli gözetimi ve denetimi altında, belli yasal usullerle özel müteşebbislere yaptırılabilir. Özel yönetim biçimiyle yürütülmeye elverişli olan kamu faaliyet ve hizmetlerinin, özel teşebbüse gördürülebilmesi ise bunun kanunlarda öngörülüş bulunmasına bağlıdır.*” denilmek suretiyle aynı husus vurgulanmaktadır. (AYM, 07.05.2002, E. 2000/17, K. 2002/46.)

Görüldüğü gibi, genel idari esaslara tabi olmayan, kamu gücüne özgü olmayan ve özel yönetim biçimiyle yürütülmeye elverişli olan hizmetlerin yürütülmesinin özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerine devredilmesi mümkün olacaktır. Bu durumda, sağlık hizmetlerinin kamu gücüne özgü olup olmadığı

yetkisi sınırsız olmayıp, kamu yararı amacı ve hizmet gerekleri ile sınırlanmış olup, hizmet alımı usulünün lüzumunun varlığı somut olaya özgü olarak yargı mercileri tarafından denetlenmektedir³⁶¹.

Her şeyden önce belirtilmelidir ki, sağlık kamu hizmetleri kapsamında hizmet alımı öncelikle tıbbi olmayan hizmetler bakımından uygulamaya girmiştir. Gerçekten, temizlik, güvenlik, otomasyon, bilgi-işlem, teknik bakım ve onarım, yemek, yönlendirme ve danışmanlık gibi tıbbi olmayan hizmetlerin satın alınmasını, bilgisayarlı tomografi, (BT) manyetik rezonans (MR), laboratuvar, kan alma, ambulans ve yoğun bakım gibi tıbbi faaliyetlerle ilişkili hizmetler takip etmiştir³⁶². Bu kapsamda özellikle teknik ve uzmanlık gerektiren hizmetler yönünden hizmet satın alınması yönteminin tercih edildiği dikkat çekmektedir³⁶³. Günümüzde çekirdek

ya da özel yönetim biçimlerine elverişli olup olmadığının tespiti, anılan kanuni düzenlemelerin Anayasa'ya uygunluğu bakımından hayati bir önem taşımaktadır. Anayasa Mahkemesi 657 sayılı DMK'nin 36. maddesinde yer alan sağlık hizmetlerinin hizmet alımı usulüyle özel hukuk kişilerine gördürülmesine ilişkin düzenlemenin hukuka uygunluğunu incelediği kararında, "*Anayasa'nın 47. maddesi ile 128. maddesi birlikte değerlendirildiğinde, sağlık hizmetlerinin bütünüyle Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu bir kamu hizmeti şeklinde nitelendirilmesi olanaklı değildir. Dolayısıyla sağlık hizmetinin tamamının salt memur ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerektiğinden söz edilemeyeceği gibi, 47. maddesinde öngörülen hizmet kapsamında bunun özel hukuk sözleşmeleri ile üçüncü kişilere yaptırılabilmesi olanaklıdır.*" ifadeleriyle tartışmaya son noktayı koymuştur.(AYM, 22.11.2007, E. 2004/114, K. 2007/85, RG. 24.12.2007, S. 26736.) Bu kararla Anayasa Mahkemesi'nin, sağlık hizmetlerinin tümüyle genel idari esaslara göre yürütülmesi gereken bir kamu hizmeti olduğuna ilişkin önceki içtihadından vazgeçtiği dikkat çekmektedir. Anayasa Mahkemesi, 1988 tarihli bir kararında ise, "*sağlık işletmelerinin, [Sağlık Bakanlığının] gözetim ve denetiminde bulunduğu anlaşılmaktadır. (...) Bakanlar Kurulu'nca çıkarılan 26.11.1975 günlü, 7/10986 sayılı Kararname'de Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı, Devlete verilen aslî ve sürekli görevleri genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü kurumlar arasında gösterildiğinden, bu bakanlığın yönetim ve denetiminde bulunan ve yer alan, sağlık işletmeleri de bir kamu hizmeti olan sağlık hizmetlerini genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü kuruluşlardan sayılmalıdır.*" denilmek suretiyle sağlık hizmetlerinin sözleşme yapılarak özel kişilere gördürülmesinin Anayasa'ya aykırı olacağı yönünde hüküm kurmuştu. (AYM, 19.04.1988, E. 1987/16, K. 1988/8, RG. 23.08.1988, S. 19908.) Bu açıklamalar ışığında, sağlık hizmetleri kapsamında yer alan faaliyetlerin tümünün hizmet satın alınması yoluyla özel hukuk kişilerine devredilebilirliği hususundaki tereddütlerin sona erdiği söylenebilir. (Aynı yönde görüş için bkz. Yasin, *agm.*, s. 125.)

³⁶¹ Dan.5.D., 05.12.2007, E. 2004/4439, K. 2007/6598, Ankara 9. İdare Mahkemesi, 06.03.2009, E. 2009/2399, K. 2009/477, aktaran Çakır, *age.*, s. 414 vd.; Dan13.D., 13.06.2008, E. 2006/3097, K. 2008/4811, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası.

³⁶² KİK., 25.10.2010, K. 2010/UH.I-3298; KİK., 02.10.2013, K. 2013/UH.II-3833; KİK., 24.02.2011, K. 2011/UH.I-827; KİK., 23.03.2010, K. 2010/UH.II-862; KİK., 31.07.2013, K. 2013/UH.II-3120; KİK., 28.08.2013, K. 2013/UH.I-3415, Kanunum İçtihat Bilgi Bankası.

³⁶³ KİK., 13.01.2011, K. 2011/UH.II-199, Kanunum İçtihat Bilgi Bankası. Sağlık Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı'nın 27.06.2003 tarihli ve 2003/70 sayılı Genelgesi'nde, tıbbi cihazların yüksek fiyatları nedeniyle yeterli sayıda temin edilememeleri, teknolojilerinin hızla değişmesi, bu cihazların alımına yönelik ödenek tahsisi yapılamaması, bakım ve destek hizmetlerinin kurumlarca sağlanamaması, bu cihazları işletecek eğitimli personel konusunda sıkıntı yaşanması, sayıca az olan bu cihazlarla sunulan tetkik ve tedavi hizmetlerinde uzun sıralar oluşması gibi nedenlerle tetkik ve tedavi amacıyla kullanılan tıbbi cihazların hizmet satın alımı yoluyla teminine karar verilmiş, aynı

sağlık hizmetleri niteliğindeki tıbbi faaliyetlerin (teşhis³⁶⁴, tedavi ve rehabilitasyon gibi) dahi hizmet alımı yoluyla yürütülmesi mevzuata aykırılık taşımamaktadır³⁶⁵.

Hizmet alımı usulüyle yürütülmekte olan sağlık hizmetleri, idareye ait sağlık kuruluşlarında gerçekleştiğinden, hizmeti görmekte olan ve kamu personeli olarak nitelendirilemeyecek özel hukuk kişileri tarafından yürütülen faaliyetler, hizmetten yararlananlar açısından idari eylem izlenimi yaratacaktır. Ancak bu durum, sağlık hizmetinin özel hukuk kişisi tarafından hizmet alımı yoluyla sunulduğu gerçeğini de değiştirmeyecektir³⁶⁶.

Sağlık hizmetleri 4734 sayılı Kanun'da öngörülen usullerle satın alınmakta olup³⁶⁷, idare ile özel hukuk kişisi arasında bu Kanun kapsamında yapılan

Genelge'nin (g) bendinde ise, cihazların işletilmesi için gerekli olan uzman personel ve teknisyen düzeyindeki personel ile birlikte hizmet satın alınabileceği öngörülmüştür. (Saglik.gov.tr)

³⁶⁴ “Tıbbi tetkik ve tanı hizmetlerinin, hasta ile özel sağlık kuruluşu arasında herhangi bir maddi ilişki oluşturulmaksızın bizzat hastane idaresince satın alınmasının ve yine aynı hastane bünyesinde konuşlandırılan merkezlerde zaman ve kaynak israfına yol açılmaksızın idarenin denetim ve gözetimi altında sunulmasının, hizmet bedellerinin döner sermaye işletmesi gelirlerinden karşılandığı da gözönüne alındığında, kamu yararına ve hizmet gereklerine uygun olduğu (...)” (Dan.13.D., 06.05.2009, E. 2007/7931, K. 2009/4977, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

³⁶⁵ Danıştay 13. Dairesi bir kararında iki radyoloji uzmanı, yeteri kadar röntgen teknisyeni, sekreter ve temizlik elemanının çalıştırılması konulu hizmet alım ihalesi ile bu ihaleye dayanak oluşturan, sağlık hizmetinin hizmet satın alınması yoluyla gördürülmesini düzenleyen genelgenin yürütmesini durdurmuştur. Gereğesinde Danıştay, Sağlık Bakanlığının genel idare esaslarına göre yürütmekte olduğu sağlık hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlilerince yerine getirilmesinin Anayasanın 128. maddesinin gereği olduğunu vurgulamış; nitekim dava konusu genelgenin dayanağı olan 657 sayılı DMK'nin 36. maddesinin Anayasa Mahkemesi önünde incelenmekte olduğunu ortaya koymuştur. (Dan.,08.01.2007, E. 2006/3097, (YD), Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Buna karşılık, DMK madde 36 düzenlemesinin Anayasa Mahkemesi tarafından hukuka uygun bulunması üzerine Danıştay 13. Dairesi, “Tıbbi tetkik ve tanı hizmetlerinin, hasta ile özel sağlık kuruluşu arasında herhangi bir maddi ilişki oluşturulmaksızın bizzat hastane idaresince satın alınmasının ve yine aynı hastane bünyesinde konuşlandırılan merkezlerde zaman ve kaynak israfına yol açılmaksızın idarenin denetim ve gözetimi altında sunulmasının, hizmet bedellerinin döner sermaye işletmesi gelirlerinden karşılandığı da göz önüne alındığında, kamu yararına ve hizmet gereklerine uygun olduğu “ gerekçesiyle iptal istemini reddetmiştir. (Dan.13.D., 13.06.2008, E. 2006/3097, K. 2008/4811, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası) Aynı yönde Danıştay kararı için bkz. Dan.13.D., 06.05.2009, E. 2007/7931, K. 2009/4977, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Kamu İhale Kurumu'nun aynı hususu vurgulayan kararı için bkz. KİK.,04.02.2010, K. 2010/UH.I-453.

³⁶⁶ Çakır idare hukuku öğretisinde henüz kabul görmemekle birlikte, söz konusu kanuni düzenlemeler ile Anayasa Mahkemesi ve Danıştay içtihadı dikkate alınarak, hizmet alım yönteminin kamu hizmetinin görülme usulleri arasında ayrı bir başlık altında ele alınması gerektiğini savunmaktadır. (Çakır, age., s. 398.)

³⁶⁷ 4734 sayılı Kanun'un 1. maddesine göre, kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde uygulanacak esas ve usuller bu Kanun'da düzenlenmiş olup, aynı Kanun'un 2. maddesine göre, genel bütçe kapsamındaki kamu idarelerinin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihaleleri bu Kanun hükümlerine göre yürütülecektir. Bu hükümden hareketle, genel bütçe kapsamında olan Sağlık Bakanlığı'nın taraf olduğu ihalelerde 4734 sayılı Kanun'un uygulanacağı söylenebilecektir. Öte yandan, 4734 sayılı Kanun'un “Hizmet” tanımı yapan 4. maddesinde, sağlık hizmetleri açıkça yer almamakla birlikte, “diğer hizmetler” şeklinde, ucu açık bırakılan hizmet kapsamında sağlık hizmetlerinin de yer alabileceği söylenebilir. Nitekim Kamu İhale

sözleşmenin özel hukuk hükümlerine tabi olduğu, öğretideki farklı görüşlere³⁶⁸ rağmen, yargı kararlarında kabul edilmektedir³⁶⁹. Öte yandan, hizmeti yürüten ve kamu görevlisi olmayan özel hukuk kişisi ile hizmetten yararlananlar arasındaki da kamusal bir ilişki bulunmamaktadır³⁷⁰.

Bu durum, hizmet alımı yoluyla gördürülen kamu hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından ikili bir ayırım yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Şöyle ki, idarenin hizmet alımı yaptığı tıbbi faaliyet ya da tıbbi faaliyetle ilişkili hizmetlerin sunumundan kaynaklanan zararlardan kural olarak hizmeti sunan özel hukuk kişisi sorumlu tutulacak, idare ise yalnızca gözetim ve denetim faaliyeti kapsamında sorumlu kalmaya devam edecektir. Buna karşılık, hizmetin bizatihi kendisinden kaynaklanan uyuşmazlıklar ile hizmet alımı yapılmayan faaliyetlerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda doğrudan idare sorumlu olacaktır. Söz konusu ayırım özellikle sorumluluk hukuku bakımından dikkat çekicidir. Şöyle ki, idare sağlık hizmetleri kapsamında yürütmekte olduğu faaliyetlerin bazılarını hizmet alımı yoluyla özel hukuk kişisine devretmek suretiyle hem iş yükünü hafifletmiş olacak, hem de söz konusu faaliyetlerden kaynaklanacak

Kurulu'nun bir kararında, sağlık hizmetlerinin çekirdeğini oluşturan teşhis ve tedavi hizmetlerine ilişkin ihalelerin 4734 sayılı Kanun'a tabi olduğu açıkça ortaya konulmuştur. (KİK., 04.02.2010, K. 2010/UH.I-453, KİK Uyuşmazlık Kararları Arşivi.) Konuya ilişkin Danıştay kararı için bkz. Dan.13.D., 02.06.2009, E. 2008/11630, K. 2009/6010, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

³⁶⁸ Tekinsoy, Anayasa'nın 47. maddesi kapsamında yaptığı değerlendirme doğrultusunda, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda bu Kanun'a göre imzalanan sözleşmelerin özel hükümlerine tabi olduğunu öngören bir düzenleme bulunmaması nedeniyle, söz konusu sözleşmelerin idari sözleşme olarak nitelendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. (Ayhan Tekinsoy, "İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu", **AÜHFD**, C. 55, S. 2, 2006, s. 191.) *Yayla* ise, idarenin taraf olduğu, kamu hizmeti faaliyetine doğrudan katılmayı içermeyen sözleşmelerin idari olmayan sözleşme olarak nitelendirilebileceğini, buna karşılık, kamu hizmetinin yürütülmesi ile doğrudan ilişkili olan faaliyetlerin idari sözleşme olarak nitelendirilmesi gerektiğini savunmaktadır. (Yıldızhan Yayla, **İdare Hukuku**, Beta Yayınları, 2009, s. 165; Sağlık hizmeti alımına dair sözleşmelerin idari sözleşme olarak nitelendirilmesi gerektiğine ilişkin bir diğer görüş için bkz. Çakır, **age.**, s. 435. Benzer şekilde, Kamu İhale Kurumu önüne gelen bir uyuşmazlığa ilişkin verilen kararın karşı oyunda da kamu hizmeti sırasında hastanenin bir yıl süreyle gereksinim duyacağı tetkik ve tahlillerin, cihaz ekipman, uzman personel ve teknisyen ile diğer işçilerinin hizmet alımı yoluyla sağlanmasının kamu hizmetinin özel hukuk kişisine gördürülme biçimi olduğuna vurgu yapılarak, bu içerikteki hizmet alımı sözleşmelerinin imtiyaz sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerektiği ortaya konulmuştur. (KİK., 08.02.2005, K. 2005/UH.Z – 239.)

³⁶⁹ Gerek Uyuşmazlık Mahkemesi, gerek Danıştay ve gerek Yargıtay'ın yerleşik içtihadında, 4734 sayılı Kanun kapsamında yapılan hizmet alım sözleşmelerin uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıklar özel hukuk hükümlerine tabi olup, görevli yargı kolu adli yargıdır (UM, 30.12.2013, E. 2013/1485, K. 2013/1785, RG. 21.02.2014, S. 28922 Mükerrer; UM, 30.11.2015, E. 2015/707, K. 2015/762, RG. 30.11.2015, S. 29578; UM, 27.01.2014, E. 2014/50, K. 2014/59; UM, 06.07.2009, E. 2008/238, K. 2009/176, UM, 01.07.2004, E. 2004/31, K. 2004/40, Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası; Dan. İDDGK, 07.03.2003, E. 2002/725, K. 2003/88, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası; Yar.11.HD, 03.07.2012, E. 2011/4622, K. 2012/11732, Kazancı İçtihat Bilgi bankası.

³⁷⁰ TC, 12.01.1987, Mme. Launay, n° 02436, Legifrance.gouv.fr.

sorumluluktan kurtulmuş olacaktır. Bu noktada idarenin sorumluluğunun yalnızca gözetim ve denetim faaliyetiyle sınırlı tutulması aşağıda ayrıntılı olarak yer verilecek birtakım problemleri de beraberinde getirmektedir.

Bunun yanında, klasik kamu hizmeti anlayışının yerini işletme yöntemiyle kamu hizmeti sunumuna bırakmasının bir sonucu olarak, kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinde yeni usuller ortaya çıkmıştır. Sağlık hizmetleri yönünden bu usullerin en güncel ve kendine özgü olanı kamu özel ortaklığı yöntemidir³⁷¹. Bu yöntem en genel şekilde, *“bir sözleşmeye dayalı olarak yatırım ve hizmetlerin, projeye yönelik maliyet, risk ve gelirlerinin kamu ve özel sektör arasında paylaşılması yoluyla gerçekleştirilmesi”* olarak tanımlanabilir³⁷².

Hukukumuzda kamu özel ortaklığı usulü 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İşbirliği Modeli ile Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’da düzenlenmiştir³⁷³. Anılan düzenleme incelendiğinde kamu özel ortaklığının, kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerine gördürülmesine ilişkin farklı yöntemlerin bir araya getirilmesi yoluyla oluşmuş melez bir usul olduğu söylenebilecektir. Nitekim, bu usul kapsamında, sağlık tesislerinin yapımı veya yenilenmesi faaliyetlerinin özel hukuk kişisine gördürülmesi yapım işi; tıbbi araç ve malzemelerin temin ettirilmesi mal alımı; sağlık hizmeti kapsamında olup, tıbbi olmayan hizmetler ile tıbbi hizmetlerle ilişkili hizmetlerin gördürülmesi ise hizmet alımı olarak nitelendirilebilir. Ayrıca, çekirdek hizmetler olarak nitelendirilen tıbbi

³⁷¹ Kamu özel ortaklığı yöntemi ilk olarak İngiltere’de ortaya çıkmış olmakla birlikte özellikle 1990’lı yıllarda Batı Avrupa ülkelerinin büyük bir bölümünde başta bayındırlık ve ulaştırma olmak üzere farklı kamu hizmetlerinin gördürülmesinde uygulanmıştır.

³⁷² Dünyada ve Türkiye’de Kamu Özel İşbirliği Uygulamalarına İlişkin Gelişmeler, T.C. Kalkınma Bakanlığı Yatırım Programlama İzleme ve Değerlendirme Genel Müdürlüğü, Kasım 2012, s. 6. Anayasa Mahkemesi ise bu yöntemi bir kararda, *“özel sektörle kamu idaresi arasında, bir hizmetin tasarlanması, yapımı, kiralanması, ortaklık kurulması ve finansmanının sağlanması, işletilmesi gibi unsurların bileşiminden oluşan ve özel hukuk hükümlerine tabi sözleşmeler üzerinden uygulanan bir işbirliği modeli”* olarak tanımlamıştır. (AYM, 14.02.2013, E. 2011/150, K. 2013/30, RG. 25.06.2013, S. 28688.)

³⁷³ Bu kanundan önce kamu özel ortaklığı 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu’na 2005 yılında ilave edilen Ek madde 7’de düzenlenmekteydi. 3359 sayılı Kanun’un ek madde 7 hükmünde yer alan düzenleme özellikle çerçeve nitelikli oluşu ve idareye içerik bakımından düzenleme yapma hususunda geniş bir takdir alanı bırakıyor oluşu nedeniyle öğretide eleştirilmekteydi. (Onur Karahanoğulları, Kamu Hizmeti Piyasa İlişkisinde Dördüncü Tip: Eksik İmtiyaz (Kamu – Özel Ortaklığı)”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 66, S. 3, Y. 2011, s. 184.) Gerçekten de 3359 sayılı Kanun’un ek madde 7 düzenlemesinin uygulaması döneminde yönetmelikte belirlenmiş olan pek çok hususun, 6428 sayılı Kanun’da ayrıntılı şekilde yer alması dikkat çekicidir:

faaliyetler dışında kalan sağlık hizmetlerinin sözleşmecı özel hukuk kişisi tarafından idarenin gözetim ve denetimi altında sunumuna izin verilmesi, sağlık hizmetinin özel hukuk kişisine gördürülmesi niteliği taşımaktadır³⁷⁴. Başka bir ifadeyle, kamu özel ortaklığında farklı usuller bir araya getirilerek kamu hizmetinin özel hukuk kişisine gördürülmesine ilişkin yeni bir usul oluşturulmuştur³⁷⁵. Bu melez usulü, kamu hizmetlerinin özel hukuk kişisine gördürülmesinde en klasik usul olan imtiyazdan ayıran ise, çekirdek kamu hizmeti olarak da nitelendirilen, tıbbi faaliyetlerin özel hukuk kişisine devredilmeyerek bizzat idare tarafından üstlenilmesidir³⁷⁶. Keza sözleşme kapsamında yürütülen faaliyet tümüyle özel hukuk kişisine devredilmediğinden, söz konusu usulün özelleştirmenin bir türü olarak da nitelendirilmesi kural olarak mümkün olmayacaktır³⁷⁷.

Farklı mal ve hizmet alımı usullerinin bir araya getirildiği bu modelde, yapılmasının gerekli olduğuna Yüksek Planlama Kurulu tarafından karar verilen sağlık tesisleri, Sağlık Bakanlığınca belirlenecek ön proje ve temel standartlar çerçevesinde, Hazineye ait taşınmazlar üzerinde ihaleyle özel hukuk kişilerine 30 yılı geçmeyen belirli bir süre ve bedel üzerinden kiralama karşılığı yaptırılmaktadır. Bu amaçla, Maliye Bakanlığınca, gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine Hazineye ait taşınmazlar bedelsiz olarak devredilmektedir. Bu model çerçevesinde yaptırılan tesislere ilişkin kira bedelleri Sağlık Bakanlığına bağlı döner sermaye işletmelerince özel hukuk kişisine ödenir. Özel hukuk kişisi ise sözleşme süresi boyunca tesisin bakım ve onarımını yerine getirmekle yükümlüdür. Ayrıca inşaatı tamamlanan tesislerdeki tıbbi hizmet alanları dışındaki hizmet ve alanların işletilmesi de özel hukuk kişisine devredilmektedir³⁷⁸. Kamu özel ortaklığı modelinin bir diğer görünüm biçimi de Sağlık Bakanlığının kullanımında bulunan sağlık tesislerinin, öngörülecek proje ve belirlenecek esaslar doğrultusunda yenilenmesi; tesislerdeki tıbbi hizmet alanları dışındaki hizmet ve alanların işletilmesi karşılığında, sözleşmeyle gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine yaptırılmasıdır. İlk ihtimalden farklı olarak, bu ikinci

³⁷⁴ AYM, 01.04.2015, E. 2013/50, K. 2015/38, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası.

³⁷⁵ AYM, 14.02.2013, E. 2011/150, K. 2013/30, RG. 25.06.2013, S. 28688.

³⁷⁶ Koray Karasu, “Sağlık Hizmetlerinin Örgütlenmesinde Kamu Özel Ortaklığı”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi** C.66, S. 3, 2011, s. 226.

³⁷⁷ Uysal Kerman / Yakup Altan / Mehmet Aktel / Erdal Eke, “Sağlık Hizmetlerinde Kamu Özel Ortaklığı Uygulaması”, **Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, C. 17, S. 3, 2012, s. 5.

³⁷⁸ Sözleşme süresi sonunda sağlık tesisi binalarının idareye teslim edilmesinden kaynaklanan sorunlar ve eleştirilere ilişkin olarak bkz. Karasu, **agm.**, s. 254.

ihtimalde sözleşmeci özel hukuk kişisi halihazırda faaliyette olan sağlık tesisinin bakımı ve yenilenmesini üstlenmekte, bunun karşılığında çekirdek sağlık hizmetleri dışında kalan faaliyetleri yürütmektedir.

Kamu özel ortaklığı usulünde, sağlık tesislerinde yürütülecek tıbbi faaliyet kapsamında olmayan salt ticari faaliyetler; tıbbi faaliyetlerin dışında olup sağlık hizmetiyle ilişkili olan faaliyetler; tıbbi faaliyet kapsamındaki çekirdek tıbbi hizmet dışında kalan tıbbi hizmetle ilişkili faaliyetler ile belli teknik araç ve donanımların sağlanarak işletilmesi faaliyetleri sözleşmenin tarafı özel hukuk kişisi tarafından üstlenilmektedir³⁷⁹. Bunun yanında, sağlık tesislerinin yapılması ya da mevcut sağlık tesislerinin yenilenmesi de sözleşme kapsamında yüklenici tarafından yerine getirilen faaliyetlerdir. İdare ise, sözleşme süresince tesisler için belli bir kira bedelini yükleniciye ödemekte ve çekirdek tıbbi hizmetleri doğrudan kendi personeli eliyle yürütmektedir. 6428 sayılı Kanun'un 4. maddesine göre, kamu özel ortaklığı sözleşmeleri özel hukuk hükümlerine tabi olup, sözleşme kapsamında özel hukuk kişisi yüklenici sözleşme süresince hizmetten yararlananlar ile üçüncü kişilere verdiği zarardan sorumludur. Aynı madde uyarınca idare de yüklenicinin yürütmekte olduğu faaliyetin gözetim ve denetiminden sorumludur.

Yürütmekte olduğu gözetim ve denetim faaliyeti doğrultusunda idare, sözleşme kapsamındaki taahhütlerini yerine getirmeyen yüklenicilerin ortaklık yapısında değişiklik yaptırabileceği gibi; söz konusu taahhütleri başka bir özel hukuk kişisine, yüklenicinin hesabına hizmet alımı yoluyla yaptırabilir. Hizmetin sürdürülemez hale gelmesi ihtimalinde sözleşmeyi feshedebilir. 6428 sayılı Kanun'un 4. maddesinde yer alan düzenlemeden, idarenin kamu özel ortaklığı sözleşmeleri üzerinde sıkı bir denetiminin olduğu, bu denetim kapsamında faaliyetlerin yerine getirilmesinde aksama olduğunun tespit edilmesi ihtimalinde, sözleşmeyi olabildiğince ayakta tutarak, hizmet alımı yoluyla faaliyetin sürdürüleceği, hizmetin sürdürülemez hale gelmesi halinde ise idarenin sözleşmeyi derhal feshetmesinin mümkün olduğu anlaşılmaktadır.

³⁷⁹ Özer, **agm.**, s. 23; Selime Güzelsarı, "Sağlık Sisteminde Yeniden Yapılanma ve Kamu Özel Ortaklıkları", **Amme İdaresi Dergisi**, C. 45, S. 3, 2012, s. 42; Karasu, **agm.**, s. 227.

Sağlık hizmetlerinin hizmet alımı yoluyla özel hukuk kişisine devredilmesi usulü ve kamu özel ortaklığı şeklinde gördürülmesi usulü, söz konusu hizmetlerden kaynaklanan sorumluluğu idare ile hizmeti sunan sözleşmeci özel hukuk kişisi arasında paylaştırmakta, sözleşme kapsamında özel hukuk kişisine devredilen faaliyetlerden kural olarak özel hukuk kişisi sorumlu tutulmakta, idare ise yalnızca gözetim ve denetim faaliyetlerinin hukuka uygun şekilde yerine getirilmesinden sorumlu olmaktadır. Buna karşılık, hizmet alımı usulünün uygulandığı hallerde özel hukuk kişisine devredilmemiş olan hizmetler ile, kamu özel ortaklığı usulünün uygulandığı hallerde çekirdek kamu hizmetinin yürütülmesinden kaynaklanan zararlardan idare sorumlu olacaktır. Bunun yanında, her iki usulde de hizmetin bizatihi kendisinden özellikle organizasyonundan kaynaklanan zararlardan idare sorumlu kalmaya devam edecektir. Söz gelimi, sözleşme ya da ihale yoluyla temin edilen personel veya araç gerecin sayı ya da nitelik yönünden yetersiz olması durumunda idare sorumlu olacaktır.

Kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmesiyle özel hukuk kişilerine gördürülme usulleri olan hizmet alımı ve kamu özel ortaklığı usulü, yürütülen sağlık hizmeti kapsamındaki faaliyetlerin uygulanacak sorumluluk hukuku esasları bakımından ayrışmasına yol açmaktadır. Bu faaliyetlerin bazılarında idari sorumluluk, bazılarında ise özel hukuka dair sorumluluk esasları uygulanmakta, bazı ihtimallerde ise idare hukuku ve özel hukuk esaslarının birlikte uygulanması gerekmekte, bu durum sorumluluk hukuku bakımından karmaşayı beraberinde getirmektedir. Bu açıklamalar doğrultusunda gerek hizmet alımı ve gerek kamu özel ortaklığı usulüyle yürütülmekte olan sağlık hizmetlerinden kaynaklanan zararlar bakımından sorumluluk ihtimalleri üçlü bir ayrım kapsamında değerlendirilebilir.

İlk ihtimalde, zarar bizatihi sağlık hizmetinin kendisinden kaynaklanmakta, yani personel ya da tıbbi araç gereç ve malzemenin sayısı ve niteliğinin yetersiz olması veya yeterli olmakla birlikte mevzuata ve tıbbi standartlara uygun şekilde yapılandırılmaması durumunda gerek idare tarafından doğrudan yürütülen ve gerek yürütülmesi özel hukuk kişilerine bırakılan faaliyetlerden idare sorumlu olacaktır. Söz gelimi, idarenin hizmet alımı kapsamında yetersiz sayıda röntgen teknisyeni veya röntgen cihazı temin etmesi durumunda, hastada oluşan zararın personel ya da cihaz eksikliğinden kaynaklanması halinde, hizmetin kusurlu işlemesi nedeniyle

idare sorumlu olacaktır. Keza hizmet alımı yoluyla temin edilen cihazların nitelik bakımından yetersiz ya da tıbbi standartlara aykırı olması ihtimalinde de söz konusu cihazların kullanımından kaynaklanan zararlardan idare sorumlu olacaktır. Bunun yanında, gerek hizmet alımı yapılan sağlık kuruluşlarında kamu personeli eliyle yürütülmeye devam eden faaliyetler ve gerek kamu özel ortaklığı usulü ile yürütülen hizmetlerde kamu personeli tarafından yürütülmekte olan çekirdek sağlık hizmetlerinden kaynaklanan zararlardan Anayasa'nın 128. maddesi kapsamında idare sorumlu kalmaya devam edecektir.

İkinci ihtimalde, yalnızca hizmet alımı yoluyla yürütülen sağlık faaliyetinden ya da kamu özel ortaklığı usulünde çekirdek sağlık hizmetleri dışında kalan ve sözleşmeci özel hukuk kişisi tarafından yürütülen tıbbi faaliyetler ile sağlık hizmeti kapsamında olup da tıbbi nitelik taşımayan faaliyetlerden kaynaklanan zararlar bakımından kural olarak sözleşmeci özel hukuk kişinin özel hukuk hükümlerine tabi olarak sorumlu olduğu, idarenin ise bu faaliyetler yönünden yalnızca denetim ve gözetim yükümlülüğü kapsamında sorumlu tutulabileceği kabul edilmektedir³⁸⁰. Buna karşılık, zararın gözetim ve denetim sonucunda aykırılıkların belirlenmesine rağmen gerekli tedbirlerin alınmamasından kaynaklanması ihtimalinde hizmet kusurunun bulunduğu kabul edilmektedir³⁸¹.

Bu ikinci ihtimalde, hizmet alımı ya da kamu özel ortaklığı usulü ile yürütmekle görevli olduğu sağlık hizmetlerinin bir kısmını özel hukuk kişisine devretmek suretiyle, idarenin söz konusu faaliyetlerden kaynaklanan sorumluluktan da kendini bağışık tuttuğu düşünülebilir. Başka bir deyişle, idare söz konusu hizmetleri devrederek sorumluluk alanını oldukça daraltmış olmaktadır. 3359 sayılı Kanun'un 3. maddesi ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 3. maddesinde yer alan düzenlemeler uyarınca tıbbi faaliyetlerin tümünün hizmet alımı yoluyla yürütülebileceği göz önünde bulundurulduğunda, hizmet alımı usulü ile sunulan

³⁸⁰ Danıştay içtihadında ise, idarenin buradaki gözetim ve denetim yükümlülüğünün geniş yorumlanarak, adeta hizmet bizzat idare tarafından veriliyormuşçasına özel hukuk kişisince hizmet alımı yoluyla gördürülen hizmetlerden idarenin sorumlu tutulması gerektiği kabul edilmektedir. Uyuşmazlık konusu olan bir olayda, karayollarının bakım ve onarımını üstlenen taşeron firmanın karayolunu herhangi bir işaretleme yapılmaksızın ve keyfi şekilde kapatması nedeniyle karayolunu kullanmakta olan kişinin kaza yaparak zarara uğraması durumunda, özel hukuk kişisi taşeron firmanın faaliyeti nedeniyle idarenin sorumlu olduğuna hükmetmiştir. (Dan.15.D., 24.05.2017, E. 2016/9665, K. 2017/2974. Aynı yöndeki öğretideki görüş için bkz. Atay, **age.**, s. 601; Karadibak / Çınarlı, **agm.**, s. 84; Aydın, **agm.**, Çelik, **age.**, s. 42.

³⁸¹ Karadibak / Çınarlı, **agm.**, s. 83.

kamu hizmetlerinin tabi olduğu hukuki rejimin sağlık hizmetlerinde uygulanması ihtimalinde, idareye sağlık alanındaki tüm faaliyetleri özel hukuk kişisine devrederek sorumluluktan kurtulma yolunda imkan tanındığı düşünülebilir³⁸². Söz konusu durum ise, kamuya ait sağlık kuruluşuna başvuran hastanın idarenin gözetim ve denetiminde ve fakat özel hukuk kişileri tarafından ve özel hukuk rejimine bağlı olarak tedavi görmeleri gibi bir sonuç yaratmaktadır. Bu ihtimalde faaliyet görünüşte idari kalmaya devam etmekteyse de özel hukuk hükümlerine tabi olmakta, uyuşmazlıkların çözümünde adli yargıya başvurulmaktadır.

Yukarıda zikredilen ihtimalin önüne geçilmesi bakımından, kamu hastanesine başvuran hastaların çoğu zaman yürütülen faaliyetin hukuki rejimini bilemeyecek durumda oldukları da göz önünde bulundurularak, idarenin gözetiminde hizmet alımı yoluyla yürütülen sağlık hizmetleri ile kamu özel ortaklığı çerçevesinde özel hukuk kişisine devredilen sağlık hizmetleri kapsamında ortaya çıkacak zararlarda öncelikle idarenin sorumlu tutulması gerektiği, idare aleyhine tazminata hükmedilmesi ihtimalinde ise sözleşmesel ilişki çerçevesinde idarenin özel hukuk kişisine rücu etmesi gerektiği kanaatindeyiz³⁸³. Nitekim gerek hizmet alımı ve gerek kamu özel ortaklığı sözleşmesi yoluyla özel hukuk kişisine gördürülsün hizmetin asıl sahibi idare kalmaya devam edecektir. Hizmetin asıl sahibi idare olduğundan ve söz konusu hizmet kamusal sağlık kuruluşunda sunulmakta olduğundan, faaliyeti yürüten kişiler kamu personeli olmasa dahi, bu faaliyetlerden idare sorumlu olacaktır.

Danıştay da bir kararında bu hususa açıkça vurgu yapmaktadır. Kararında Yüksek Mahkeme, “(...) Meydana geldiği ileri sürülen ve tazmini istenilen zararın ve olayın geçtiği yerin hastane ve özellikle yoğun bakım servisi olması, olayın davacının kamu hizmeti olan sağlık hizmetinden yararlandığı esnada meydana gelmesi dikkate alındığında, hastanın güvenliğinin tam olarak sağlanmasının davalı idarenin gözetim ve sorumluluğunda bulunduğu, Devlet hastanesi ile (...) şirketi arasında imzalanan sözleşmenin davalı idarenin kamu hizmetinin yürütülmesinden

³⁸² Tan, hizmet alımı yönteminin sağlık hizmetini tümüyle kamusal alandan çıkarıp özel sektörün faaliyet alanına sokmak şeklinde kullanılmasının mümkün olmadığını, bu yöntemin altyapı eksikliği ile beraber uzman açığını karşılamak için getirilen geçici bir usul olduğunu vurgulayarak bu kapsamda tüm faaliyetlerin özel hukuk kişisinden hizmet alımı yoluyla temin edilemeyeceğini savunmuştur. (Tan, **agm.**, s. 296.)

³⁸³ Bu görüşümüzü destekleyen Danıştay içtihadı için bkz. Dan.15.D., 24.05.2017, E. 2016/9665, K. 2017/2974. Aynı yönde öğretideki görüş için bkz. Çelik, **age.**, s. 145; Yasin, **agm.**, s. 254; Özer, **age.**, s. 20; Kerman / Altan / Aktel / Eke, **agm.**, s. 5.

*kaynaklanan sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı, davalı idarenin sorumluluğun şirkette olduğu iddiasının yerinde olmadığı, nitekim; davalı idarenin kamu hizmetinin eksiksiz olarak yerine getirilip getirilmediğine ilişkin gözetim görevinin sürekli olduğu, buna göre meydana gelen olayda davalı idarenin hizmet kusuru işlediği ve sorumluluğunun bulunduğu sonucuna varılmakta olup (...)*³⁸⁴

Danıştay'ın bu kararından hareketle, idarenin gözetim ve denetiminde hizmet alımı yoluyla yürütülmekte olan sağlık hizmetlerinden kaynaklanan zararlardan hastane içinde sağlık hizmetinin güven içinde sağlamakla yükümlü olan idarenin sorumlu tutulduğu, ayrıca Yüksek Mahkeme'nin idarenin gözetim yükümlülüğünü, özel hukuk kişilerince yürütülmekte olan hizmetten kaynaklanan zararlardan idareyi sorumlu tutacak ölçüde geniş yorumladığını söyleyebiliriz. Kanaatimizce de faaliyetin bir kamu kuruluşunda yürütülüyor olmasından hareketle, Anayasa'nın 128. maddesinde yer alan düzenlemenin, özel hukuk kişileri tarafından yürütülen faaliyetler bakımından da kıyasen uygulanması isabetli olacaktır.

Üçüncü ihtimalde ise, zarar özel hukuk kişisi tarafından yürütülmekte olan sağlık hizmeti ile bizzatıhi sağlık hizmetinin kendisi veya kamu personelinin kusurunun birleşmesinden kaynaklanabilmektedir. Başka bir ifadeyle, özel hukuk kişisi tarafından kusurlu şekilde yürütülen faaliyetin, hizmetin organizasyonun ya da kamu personelinin kusuru ile birleşmesi sonucu zararın oluşması halinde, sorumluluğun hangi esaslara tabi olacağı da belirsizdir.

Açıklanan bu ihtimal, niteliği gereği karmaşık yapıda olan sağlık hizmetleri kapsamında oluşan zarardan kaynaklanan sorumluluğun tespitinde güçlük yaratmaktadır. Şöyle ki, teşhis ve tedavi faaliyetleri çoğu zaman birden fazla birimin birlikte ve hatta eşgüdümlü şekilde hareket etmesini gerektirebilmektedir. Söz gelimi, röntgen cihazı ve teknisyeninin hizmet alımı yoluyla temin edildiği bir hastanede, kötü çekilen röntgen sonucunda hekim tarafından yanlış teşhis konulması ihtimalinde, hizmetten yararlanan kişinin yanlış teşhis koyan hekimin faaliyeti

³⁸⁴ Dan.15.D., 12.05.2016, E. 2013/4183, K. 2016/3527. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne gelen bir uyuşmazlıkta, özel hukuk kişilerince yürütülmekte olan sağlık hizmetlerinde tıbbi bir hatanın ya da hastane hizmetindeki eksikliğin doğrudan idarenin sorumluluğuna yol açması gerektiği yönündeki iddiaların Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceğini ortaya koyarak, bu yöndeki yaklaşımı desteklememiştir. (AİHM, Yardımcı / Türkiye, BN. 25266/05, T. 05.01.2010, Hudoc.echr.coe.int.)

nedeniyle idari yargıda mı, yoksa röntgen teknisyenine karşı adli yargıda mı dava açması gerekeceği hususunda tereddütler oluşabilecektir. Başka bir örnekte ise, göğüs cerrahisi uzmanının hizmet alımı yoluyla çalıştırıldığı bir kamu hastanesinde faaliyet yürüten pediatri uzmanının, önüne gelen vakıayı çözmek için göğüs cerrahından konsültasyon istediği, ancak icapçı hekim olarak hastane dışında bulunan göğüs cerrahının gecikmeli olarak konsültasyon verdiği ve bunun sonucunda pediatri uzmanının yanlış teşhis koyması sebebiyle hastanın zarara uğradığı vakıada, kusurlu faaliyetin hizmet alımı yoluyla temin edilen hekime ya da hastane personeli olan hekime atfedilmesi, davanın görüleceği yargı düzenini de doğrudan etkileyecektir. Hatta bu ihtimalde, her iki hekimin de kusurunun bulunması halinde uyuşmazlığın birden fazla yargı düzeninde çözümlenebilmesi gibi bir sonuç da ortaya çıkabilecektir. Bu bakımdan sorumluluk hukukuna ilişkin bu belirsizliğin kanuni düzenleme ile ortadan kaldırılması gerekmektedir.

Kanaatimizce, bu üçüncü ihtimalde zararla idarenin faaliyeti arasındaki nedensellik bağı daha belirgindir. Zira bu ihtimalde, ikinci ihtimalden farklı olarak kamu personeli hekimin de faaliyetinin devreye girmesi sonucunda zarar meydana gelmektedir. Bu bakımdan, her ne kadar kamu personeli olmayan, özel hukuk hükümlerine göre faaliyet yürüten personelin fiili zararlar nedensellik ilişkisi içinde olsa da, hizmet kamusal sağlık kuruluşunda ve kamu personeli olan sağlık personeli ile işbirliği içinde gerçekleştirilmekte olduğundan, meydana gelen zarardan hizmetin esas sahibi olan idare sorumlu olacaktır.

Bu bölümde ayrıntılı olarak incelendiği üzere kamu kuruluşlarınca sunulmakta olan sağlık hizmetlerinin organizasyonunun, insan ve malzeme kaynaklarının yetersiz veya tıbbi standartlara aykırı olması hizmeti kusurlu hale getireceğinden, bu yetersizliklerden kaynaklanan zararlardan idare sorumlu olacaktır. Yine, bu yetersizliklerin özel hukuk kişileri tarafından yürütülmekte olan sağlık hizmetlerinde söz konusu olması durumunda, idare gözetim ve denetim yükümlülüğünü yerine getirmemesi sebebiyle sorumlu tutulmaktadır. Ancak, teknik ve uzmanlık gerektiren sağlık hizmetlerinin idare tarafından yeterli personel ve malzeme ile organize edilmiş olmasına karşın, sağlık personelinin bu hizmeti yürütürken gerçekleştirdiği kusurlu davranışlar da hizmetten yararlananların zarara uğramasına sebep olabilecektir. Keza, bu hallerde Anayasa'nın 65. maddesinde öngörülen mali yetersizliklerden

kaynaklanan sorumsuzluk imkanı da uygulanamadığından, idarenin sağlık hizmetlerinden kaynaklanan sorumluluğunun çok büyük bir kısmının sağlık personelinin eylemlerinden kaynaklandığını söylemek yanlış olmayacaktır.

II. SAĞLIK PERSONELİNİN EYLEMLERİNDEN KAYNAKLANAN SORUMLULUK

Sağlık hizmetlerinin sunumunun en önemli kaynağının insan unsuru, yani sağlık personeli olduğu göz önünde bulundurulduğunda, bu hizmetler kapsamında ortaya çıkan zararların önemli bir kısmının sağlık personelinin kusurundan kaynaklanması şaşırtıcı olmayacaktır. Ancak bu durum kamu personelinin doğrudan sorumluluğuna yol açmamaktadır. Zira, Anayasa'nın 129. maddesine göre, kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir. Bu doğrultuda, sağlık personelinin hizmet kapsamında yürüttüğü eylemler sonucu oluşan zararlar da idarenin sorumluluğuna sebep olacaktır³⁸⁵.

Sağlık personelinin zarara yol açan eylemi, kişisel sağlık verilerinin korunmaması, tıbbi müdahale öncesinde aydınlatılmış onam alınmaması gibi bazı hallerde mevzuatta açıkça düzenlenmiş olan koşulların yerine getirilmemesinden

³⁸⁵ Öğretide farklı görüşler bulunmakla birlikte, kamu personelinin görevleri sırasında kusurlu davranışları sonucunda verdikleri zararlar görev kusuru olarak nitelendirilmekte ve bu zararlar hizmet kusuru çerçevesinde idare tarafından tazmin edilmektedir. Danıştay da, görev kusuru olarak nitelendirilen hallerde hizmetin kötü işlenmesinin söz konusu olduğunu vurgulayarak bu hallerin hizmet kusuru teşkil ettiğini ortaya koymuştur: “Kamu görevlilerinin görevlerini yerine getirirken mevzuatın, üstlenilen ödevin ve yürütülen hizmetin kural, usul ve gereklerine aykırı olarak, kendilerine izafe edilebilecek boyutta ve biçimde, ancak gene de resmi yetki, görev ve olanaklardan yararlanarak onları kullanarak hareket ettikleri, bu nedenle de idaresiyle bütünleştiği, idaresinden ayrılmasını önleyen ve engelleyen görev kusurları, sonuç olarak hizmetin yürütülmesi sırasında ortaya çıktığından, idare yönünden de "hizmet kusuru"nu oluşturmaktadır. Başka bir deyişle, kamu görevlilerinin görev kusurları nedeniyle, yürütülen kamu hizmeti işlememekte, geç işlemekte ya da kötü işlemektedir. Bu nedendir ki konu, kamu hizmetinin işleyişinin ve gereklerinin değerlendirilmesinde, hukuka uygunluğunun denetlenmesinde yetkili ve uzman olan idari yargı yeri önüne getirilmektedir.” (Dan.10.D., 20.10.1999, E. 1997/21, K. 1999/5266, Danıştay Bilgi Bankası. Aynı görev kusuru tanımının yer aldığı başka bir karar için bkz. Dan.10.D., 02.11.1999, E. 1999/1746, K. 1999/5376, **DD**, S. 103, s. 857.) Kamu personelinin görevleri ile ilgili olarak yol açtıkları zararlar bakımından, hizmet kusurunun anonimliği ilkesinin de bir görünüm biçimi olan “*teminat esasını*” benimseyen Anayasa'nın 129. maddesindeki düzenleme uyarınca kamu personelinin görevinin ifası sırasında, hizmetten yararlananlara ya da üçüncü kişilere verdiği zararların tazmini için doğrudan kamu görevlisine dava açılmayacak, öncelikle idareden tazminat talebinde bulunulacak, ödemiş olduğu tazminat için ise idare kusurlu kamu personeline rücu edecektir.

kaynaklanmaktadır³⁸⁶ **(A)**. Bazı hallerde ise, eylemin tıbbi standartlara uygun olmaması, idarenin sorumluluğunu gündeme getirmektedir³⁸⁷ **(B)**.

A. Sağlık Personelinin Hukuka Aykırı Eylemlerinden Kaynaklanan Sorumluluk

Sağlık personelinin hizmetin yürütülmesine ilişkin olarak tabi olduğu, kapsamı ve normlar hiyerarşisindeki konumu bakımından farklı mevzuat düzenlemeleri bulunmaktadır. Bu düzenlemelerin bir kısmı ayrıntılı kurallar koyarken, diğerleri son derece soyuttur. Hizmetin söz konusu mevzuata aykırı şekilde yürütülmesinin hukuka aykırılık oluşturacağı şüphesizdir. Sağlık hizmetleri bakımından en somut ve ayrıntılı düzenlemeler ise Hasta Hakları Yönetmeliği'nde yer almaktadır.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nde yer alan düzenlemeler incelendiğinde ise, hizmetin gizlilik içinde sunulması ile kişinin kendi geleceğini tayin etme hakkının somutlaşmış biçimini oluşturan aydınlatılmış onam alınmaksızın tedavide bulunma yasağının daha kapsamlı ve ayrıntılı şekilde düzenlendiği görülmektedir. Keza, Danıştay önüne gelen uyuşmazlıklar ve öğretideki tartışmalar dikkate alındığında, somut olay bazındaki uyuşmazlıklarda mevzuata aykırılık iddialarının neredeyse tümünün bu iki yükümlülüğe dayandığını söylemek yanlış olmayacaktır. Bu bakımdan, sağlık hizmetlerinin mahremiyet içinde sunulmaması **(1)**, kişisel sağlık verilerinin korunmaması **(2)**, aydınlatılmış onam alınmadan tıbbi müdahalede bulunulması yasağına uyulmamasından **(3)** kaynaklanan zararlar nedeniyle idarenin sorumluluğu bu bölümde ayrıntılı olarak incelenecektir.

1. Sağlık Hizmetinin Mahremiyet İlkesine Uygun Sunulmaması ve Sorumluluk

Sağlık hizmetlerinin mahremiyet ilkesine uygun şekilde sunulması gerekmektedir. Bu husus özel hayatın gizliliği hakkı ve aşağıda ayrıntılı şekilde değinilecek olan kişisel sağlık verilerinin korunması ile doğrudan ilişkilidir.

³⁸⁶ Laude / Mathieu / Tabuteau, *age.*, s. 475.

³⁸⁷ Bu bakımdan, idarenin kusurunun açık ve net bir şekilde ayırt edilebildiği ilk ihtimaldeki sorumluluğun, tümevarım yöntemiyle olaya özgü değerlendirme yapılması suretiyle sorumluluğun tespit edilebildiği ikinci ihtimalden ayrı şekilde incelenmesi gerekecektir. Nitekim bu iki ihtimal, sorumluluğun koşulları ve tespit ediliş yöntemi bakımından da birbirinden ayrılmaktadır.

Mahremiyet ilkesi kapsamında ulaşılmak istenen amaç tıbbi müdahalenin tüm süreçlerinde hastanın kendisini güvende ve rahat hissetmesinin sağlanmasıdır. Bu durum hastanın sağlık durumunu ve tedavinin sonuçlarını tüm ayrıntılarıyla hekimiyle paylaşması bakımından önem taşımaktadır.

Mahremiyetin hastadan bilgi alınması ile başlayıp, tedavinin tamamlanmasına kadar devam eden tıbbi müdahale sürecinin tamamında korunması esastır. Bu amaçla, kural olarak hekim ile hastanın süreç boyunca yalnız olması ve tedavi ile ilgisi olmayan üçüncü kişilerin müdahalenin yapıldığı yerde bulunmaması gerekmektedir.

Sağlık hizmetlerinin mahremiyet ilkesi çerçevesinde sunulmasına dair temel düzenlemeler, Hasta Hakları Yönetmeliği³⁸⁸’nde yer almaktadır. Söz konusu Yönetmelik’in “İlkeler” başlıklı 5. maddesinin (f) bendi uyarınca, “*tıbbi zorunluluklar dışında, hastanın özel hayatının ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.*” Kişisel sağlık verilerinin korunması ile de ilişkili olan bu düzenleme doğrultusunda söz konusu verilerinin gizliliğinin sağlanması, öncelikle sağlık hizmetlerinin gizlilik ortamında sunulmasını gerektirmektedir. Teşhis, tedavi ve diğer sağlık hizmetlerinin gizlilik içinde sunulmaması kişisel sağlık verilerini daha baştan aleni hale getirecektir. Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 21. maddesi hasta mahremiyetinin sağlanmasına ilişkin hususları düzenlemektedir. Buna göre, her türlü tıbbi müdahale hastanın mahremiyetine saygı gösterilerek icra edilmelidir. Mahremiyet kapsamında hastanın, sağlık durumu ile ilgili tıbbi değerlendirmelerin gizlilik içerisinde yürütülmesi, muayenenin, teşhisin, tedavinin ve hasta ile doğrudan teması gerektiren diğer işlemlerin makul bir gizlilik ortamında gerçekleştirilmesi ve tedavisi ile doğrudan ilgili olmayan kimselerin, tıbbi müdahale sırasında bulunmaması gerekmektedir³⁸⁹. Hastanın ölümü ihtimalinde dahi mahremiyetin korunması esastır.

³⁸⁸ R.G. 01.08.1998, S. 23420

³⁸⁹ Aynı düzenlemenin 35. maddesinde tutuklu kişilerin kişisel sağlık verilerinin gizliliğinin sağlanmasına ayrıca yer verilmiştir. Devletin gözetim ve denetimi altında bulunan hükümlülerin kişilik haklarının korunması bakımından Devletin daha hassas bir rolü bulunmaktadır. Buna göre, “*Tutuklu ve hükümlülerin muayenesi de öteki hastalarinki gibi, kişilik haklarına saygılı, hekimlik sanatını uygulamaya elverişli koşullarda yapılır ve onların gizlilik hakları korunur. (...)*”

Sağlık hizmeti sağlayan kurumların mahremiyet ilkesine uygun fiziksel yapıya sahip olması, teşhis ve tedavi hizmetlerinin özel hayata saygı ilkesi çerçevesinde sunulması gerektiği 1994 tarihli Avrupa Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi'nin 4. maddesinde de açıkça öngörülmüştür³⁹⁰. Bu bakımdan hasta odaları, poliklinikler, ameliyathaneler gibi tıbbi müdahalelerin yürütülmekte olduğu alanlarda gizliliğin korunması esası; buna karşılık bekleme odası, hasta kayıt birimi gibi alanların ise toplumsal alan olduğu benimsenmiştir³⁹¹. Söz gelimi, hasta muayenesinin başkasının göremeyeceği bir muayene odasında yapılması, muayene sırasında odanın kapısının kapalı tutulması, odada birden fazla kişinin bulunması durumunda muayenenin gizlilik içinde yapılmasını sağlayacak fiziksel tertibatın (perde, paravan) bulunması gerekmektedir. Mahremiyet ilkesinin sonuçlarından biri de hastaların kural olarak teker teker muayene edilmesidir³⁹². Yine, 2002 tarihli Hasta Hakları Avrupa Statüsü'nün 6. maddesi uyarınca, hastalar tıbbi ve cerrahi müdahale sırasında kişisel gizliliğe saygı gösterilmesini, söz konusu tedavilerin buna uygun ortamda ve gerçekten orada bulunması gerekli olan kişiler nezdinde yapılmasını isteme hakkına sahiptir³⁹³.

Kural sağlık personeli ile hastanın gizlilik ortamı içinde, yalnız olması ve üçüncü kişilerin tıbbi müdahale sırasında bulunmaması olmakla birlikte, bazı ihtimallerde hastanın yanında tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren personel dışındaki kişilerin bulunması da mümkün olabilmektedir. Sağlık hizmeti veren kuruluşlarda, sağlık hizmetinin verilmesi sırasında eğitim alan tıp fakültesi intern öğrencilerinin tıbbi müdahale sırasında yer alması bu ihtimallerin ilkinin oluşturmaktadır. Hastaya ait bilgilerin tıbbi eğitim amacıyla kullanılmasının mahremiyet ilkesi ile bağdaşmadığı açıktır. Zira somut örnekte tıp fakültesi öğrencileri tedavi amacıyla değil, eğitim

³⁹⁰ Amsterdam Bildirgesi'nin 4. maddesinin sekizinci fıkrasında, "Sağlık kurumlarına başvuran hastalar, özellikle sağlık personelinin kişisel bakımlarını veya muayene ve tedavilerini yapacağı durumda kurumların özel hayatlarının korunmasını sağlayan fiziksel özelliklere sahip olmasını bekleme hakkına sahiptir."

³⁹¹ Esper / Dupont, *age.*, s. 748.

³⁹² Hasta Hakları Yönetmeliği'nde açıkça düzenlenen mahremiyet içinde tedavi görme hakkına, Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin 7. maddesinde de yer verilmiştir. Buna göre, "Poliklinik muayenelerinde gizlilik prensiblerine riayet esastır. Burada, halkın gelenek ve ahlak kurallarına saygı gösterilir. Hastalar teker teker muayene edilir. Muayene esnasında poliklinik odasında tıp ve yardımcı tıp meslekleri personelinin başka kimsenin bulunmaması gerekir. Ancak hasta isterse ailesinden biri veya bir yakını bulunabilir."

³⁹³ Laure / Anger, *age.*, s. 444.

amacıyla tıbbi müdahale ortamında bulunmaktadır³⁹⁴. Eğitim verilen sağlık kurum ve kuruluşlarında, hastanın tedavisi ile doğrudan ilgili olmayanların tıbbi müdahale sırasında bulunması gerekli ise, bu hallerde önceden veya en geç tedavi sırasında bunun için hastanın rızası alınır³⁹⁵. Tıbbi müdahaleye hastanın onamı olmaksızın tıp fakültesi öğrencilerinin alınması ise hizmeti kusurlu hale getireceğinden sorumluluğa yol açacaktır³⁹⁶. Bu kapsamda hastanın, tıbbi müdahalenin yalnızca bazı aşamaları için rıza göstermesi de mümkündür. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 21. maddesinin ikinci fıkrasının (d) bendi uyarınca hastanın, tedavisi ile ilgili olmayan şahısların tedavi sürecine katılmalarını reddetme hakkı bulunmaktadır. İkinci ihtimalde ise, tıbben sakınca olmayan hallerde hastanın istemi halinde yanında bir yakınının bulunmasına izin verilmektedir.

Sağlık hizmetlerinin mahremiyet içinde yürütülmesiyle ilişkili bir düzenleme de Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 9. maddesinde yer almaktadır. Buna göre, *“Hekim ile muayene edilen şahsın yalnız kalmaları, muayenenin hekim hasta ilişkisi çerçevesinde yapılması esastır. Ancak, hekim kişisel güvenlik endişesini ileri sürerek muayenenin kolluk görevlisinin gözetiminde yapılmasını isteyebilir. Bu istek belgelendirilerek yerine getirilir. (...)”* Bu düzenleme hastanın muayenesinin mahremiyet ilkesi çerçevesinde hekim ile hasta baş başa olacak şekilde yapılmasına istisna getirmektedir. Düzenleme uyarınca somut olayda kendisine takdir yetkisi tanınan hekim, dilerse muayeneyi hasta ile yalnız kalarak yapabileceği gibi, kolluk görevlilerinin nezaretinde yapılmasını da talep edebilir. Hasta Hakları Yönetmeliği ile örtüşmediği açık olan bu düzenleme Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu önünde uyuşmazlık konusu yapılmış, Kurul davacının temyiz istemini hukuka uygun bularak Danıştay 10. Dairesinin red kararının bozulmasına karar vermiştir³⁹⁷.

³⁹⁴ Akyıldız / Özkan, *age.*, s. 54; Laure / Anger, *age.*, s. 445; Ayşe Palandüz, “Hasta Hakları Özelinde Mahremiyet Hakkının Değerlendirilmesi”, **Uluslararası Türk - Amerikan Tıp Hukuku ve Etiği Sempozyumu**, Ed. Çağlar Özel, Burcu Gülseren, Özcan Büyüktanır, Seçkin Yayınları, 2014, s. 228. *Karasu*, söz konusu ihtimalde hastanın mahremiyet hakkı ile tıp öğrencilerinin eğitim hakkının çatıştığını, böyle bir durumda daha üstün bir menfaat olan özel hayatın gizliliğinin korunmasına öncelik verilmesi gerektiğini, nitekim eğitim verilen hastanelerdeki asıl hizmetin sağlık eğitimi olmayıp, sağlık hizmeti sunumu olduğunu savunmaktadır. (Karasu, *agm.*, s. 135 - 136.)

³⁹⁵ Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 21. maddesi çerçevesinde, eğitim verilen sağlık kuruluşlarından sağlık hizmeti alan hastaların, tıbbi müdahale sırasında eğitim alan tıp öğrencilerinin de bulunmasına ayrıca ve açıkça rıza göstermesi gerekli olup, sağlık kuruluşunun eğitim verdiğinin hasta tarafından biliniyor olması, söz konusu rızanın alınmaması için gerekçe oluşturmaz.

³⁹⁶ AIHM, *Kononova / Rusya*, BN. 37873/04, T. 09.10.2014, Hudoc.echr.coe.int.

³⁹⁷ Dan. İDDK, 09.10.2003, E. 2000/1104, K 2003/696, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

Aynı konuya ilişkin bir kararında AİHM, cezaevi doktoru tarafından ultrason çekilmek üzere hastaneye sevk edilen hükümlünün, paravanın arkasında da olsa, üç erkek ve bir kadın kolluk görevlisinin bulunduğu hastane odasında muayene edilmesini, alternatif imkanlar bulunmasına karşın kişinin mahremiyetinin ihlal edildiğini vurgulayarak Sözleşme'nin ihlali olarak nitelendirmiştir³⁹⁸. Dolayısıyla AİHM de Danıştay İdari Dava Kurulu'nun içtihadıyla benzer şekilde, kural olarak tutuklu ve hükümlü kişilerin sağlık muayenelerinde hasta mahremiyeti ilkesinin sınırlandırılmayacağını, söz konusu sınırlandırmanın, ancak güvenliğin sağlanabilmesi bakımından başka bir imkan bulunamaması durumunda ve son çare olarak gerçekleştirilebileceğini kabul etmiştir.

Mali kaynakların yetersizliği sebebiyle kamu hastanelerinde birden fazla hastaya çoğu zaman aynı odada tıbbi müdahale uygulanmaktadır. Yine, koğuş sisteminin uygulandığı hastanelerde ve hastanelerin acil servislerinde çok sayıda hasta aynı odada kalmakta, muayene, pansuman, bilgilendirme gibi birçok işlem diğer hastaların yanında yapılmaktadır. Bu durum hasta mahremiyeti ilkesinin yanı sıra, kişinin sağlığı ile ilgili kişisel bilgilerin odada bulunan diğer kişilerin öğrenilmesine sebep olduğu için kişisel verilerin gizliliği ile de bağdaşmamaktadır³⁹⁹. Sağlık personelinin kusurundan ziyade sağlık kuruluşunun fiziksel olanaklarından kaynaklanan bu durum ise, Anayasa'nın 65. maddesiyle öngörülen sosyal haklara yönelik edim yükümlülüğüne getirilen sınırlama nedeniyle tek başına hukuka aykırılık yaratmayacaktır. Buna karşılık, birden fazla hastanın aynı odada tedavi gördüğü hallerde, asgari düzeyde de olsa mahremiyeti sağlamaya yönelik ekipman ve donanımın sağlanmaması ise sağlık hizmetinin kusurlu işlemesine sebep olacaktır.

Öte yandan, tıbbi müdahalenin yapıldığı alanlar hem hastanın hem de doktorun mahremiyet alanını oluşturmaktadır. Bu alanlarda kamera kaydının alınması, hasta mahremiyeti hakkının ve özel hayatın gizliliğinin açık ihlalidir. Hastanın fiziksel mahremiyeti ihlal edilmemiş olsa dahi, kameralar vasıtasıyla elde edilen ve kişinin hangi poliklinikte muayene olduğunu gösteren görüntüler dahi

³⁹⁸ AİHM, *Filiz Uyan / Türkiye*, BN. 7496/03, T. 08.01.2009, Hudoc.echr.coe.int.

³⁹⁹ Palandüz, *agm.*, s. 226; Aslı Yeşilyurt, "Hastanın Kişisel Verilerinin Korunması ve İdarenin Yükümlülükleri", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2, 2014, Jurix.com.tr;

kişisel veri kapsamında değerlendirilmelidir⁴⁰⁰. Kişisel verilerin korunması açısından kameralar hastanenin her yerini göstermemelidir. Muayene odası, poliklinik önü gibi alanlar kamera görüş alanı dışında bırakılmalıdır. Bunun yanında, sağlık kuruluşlarında basın mensuplarının fotoğraf ve kamera çekimi yapması Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün 2008/4 sayılı Genelgesiyle⁴⁰¹ hasta mahremiyetinin korunması amacıyla yasaklanmıştır.

Bu açıklamalar doğrultusunda, tıbbi müdahalelerin hasta mahremiyetini sağlamaya yönelik yeterli tedbirler alınmaksızın yürütülmesinin idarenin sorumluluğuna yol açacağı söylenebilecektir. Söz konusu mahremiyetin sağlanmaması çoğunlukla kişinin şahıs varlığına yönelik zarar oluşturacağından, bu ihtimalde idare aleyhine manevi tazminata hükmedilmesi söz konusu olmaktadır. Ancak şahıs varlığına yönelik bu müdahalenin aynı zamanda kişinin ekonomik geleceği bakımından da etki doğurması durumunda maddi tazminata hükmedilmesi mümkün olacaktır. Hastanın özel hayatının gizliliğinin korunması bakımından fiziksel mahremiyetinin sağlanması kadar önem taşıyan bir diğer husus da kişisel sağlık verilerinin korunmasıdır. Nitekim söz konusu verilerin aleni hale getirilmesi çoğu zaman kişinin şahıs varlığı bakımından olumsuz sonuçlara neden olabilmektedir.

2. Sağlık Personelinin Kişisel Verileri Koruma Yükümlülüğüne Uymaması ve Sorumluluk

Sağlık verilerinin hekimler veya hastane idaresi tarafından tutulması ve arşivlenerek saklanması, hastalara daha hızlı tanı konulması ve müdahalede bulunulabilmesi bakımından yararlı sonuçlar sağlasa da, kişisel veri niteliğinde olan sağlık bilgilerinin üçüncü kişilerce erişilebilir hale gelmesi nedeniyle, özel hayatın gizliliğinin ve kişisel verilerin korunması hakları yönünden sakıncalı neticelere yol açabilmektedir.

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 3. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde kişisel veri, *“kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye*

⁴⁰⁰ Yeşilyurt, **agm.**

⁴⁰¹ Saglik.gov.tr.

ilişkin her türlü bilgi” olarak tanımlanmıştır⁴⁰². Bu verilerin en temel özelliği, ilgili oldukları kişiyi belirlenebilir kılıyor olması, onu diğerlerinden ayırarak kendine has özelliklerini ortaya koyması⁴⁰³ ve bu kişi hakkında topluma yansımamış, gizli tutulan bilgileri açığa çıkarabilir nitelikte olmasıdır. Ayrıca doğrudanlığa vurgu yapmayan söz konusu tanımdan hareketle, bir kişiyi dolaylı olarak belirlenebilir kılan veriler de kişisel veri olarak nitelendirilebilecektir.

Sağlık personelinin korumakla yükümlü olduğu veriler hemen yukarıda belirtilen nitelikte klasik anlamıyla veriler olabileceği gibi, sağlık verisi niteliğinde de olabilir. Kişisel sağlık verileri ise, Dünya Hekimler Birliği'nin Sağlık Veri Tabanları ile İlgili Etik Düşünceler Bildirgesinde, *“bireyin kimliğini ortaya koyan fiziksel ve mantal sağlığı ile ilgili kayıtlı tüm bilgiler”* şeklinde tanımlanmıştır⁴⁰⁴. Yine, Avrupa Birliği'nin 2016/679 sayılı Yönetmeliğinde *gerçek kişilere ait fiziksel ve psikolojik sağlık durumuna ilişkin olan veriler ile kişinin sağlık durumunu yansıtan, tedavi hizmetlerine ilişkin sağlık yardımları içeren veriler* kişisel sağlık verisi olarak tanımlanmıştır.

Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında Yönetmelik'in 3. maddesinde ise, *“kimliği belirli ya da belirlenebilir gerçek kişinin fiziksel ve ruhsal sağlığına ilişkin her türlü bilgi ile kişiye sunulan sağlık hizmetiyle ilgili bilgileri”* kişisel sağlık verisi olarak nitelendirilmiştir. Hekim randevuları, sağlık geçmişine ilişkin bilgiler, tahlil sonuçları, konulan tanılar ve bunlara ilişkin

⁴⁰² Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik madde 3, 95/46/EC sayılı “Bireylerin Kişisel Verilerinin İşlenmesi ve Serbestçe Dolaşımı Karşısında Korunmasına İlişkin Direktif madde 2/a, Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair 108 sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesi madde 2/a. Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Bu Tür Verilerin Serbest Dolaşımına Dair Bireylerin Korunması Hakkındaki 95/46/EC sayı ve 24 Ekim 1995 tarihli Avrupa Birliği Konseyi ve Avrupa Birliği Parlamentosu Direktifi'nin 2. maddesinde, kişisel veri kavramı daha ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Buna göre, kişisel veri, *fiziksel, fizyolojik, zihinsel, ekonomik, kültürel veya sosyal kimliğine özel bir veya daha fazla faktöre veya bir kimlik numarasına atıf başta olmak üzere doğrudan veya dolaylı olarak tespit edilebilen bir tespit edilebilir kişi; tespit edilmiş veya tespit edilebilir gerçek kişiye ilişkin herhangi bir bilgi anlamına gelmektedir.* Veri kavramı ise öğretilde, *“tek başına anlam ifade etmeyen veya kullanılmayan, bununla birlikte enformasyona ve bilgiye temel oluşturan ilişkilendirilmeye, gruplandırılmaya, yorumlanmaya, anlamlandırılmaya ve analiz edilmeye gereksinim duyulan ham bilgi”* olarak tanımlanmıştır. (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content>)

⁴⁰³ AYM, 25.12.2014, E.2014/74, K.2014/201; AYM, 09.04.2014, E.2013/122, K.2014/74; AYM, 02.10.2014, E.2014/149, K.2014/151; AYM, 04.12.2014, E.2013/84, K.2014/183; AYM, 19.03.2015, E.2014/180, K.2015/30, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası. Aynı yöndeki öğretiyi bkz. Yeşilyurt, **agm.**; Aydın Akgül, “Danıştay Kararları Işığında Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması”, **Danıştay Dergisi**, S. 133, 2013, s. 23.

⁴⁰⁴ **Sağlıkla İlgili Uluslararası Belgeler**, Füsün Sayek TTB Raporları, 2009, s. 178.

tedavi ve ilaçlar, bu tedavilerin süresi ve reçeteler sınırlı sayıda olmamakla birlikte kişisel sağlık verilerinden en sık rastlananlarıdır⁴⁰⁵. Kişisel sağlık verilerinin, bireyin geçmişi, mevcut andaki ya da gelecekteki fiziksel ve zihinsel sağlığına ilişkin olması mümkündür⁴⁰⁶.

Kişisel verilerin korunmasına ilişkin ulusal⁴⁰⁷ ve uluslararası⁴⁰⁸ düzenlemelerde sağlık verileri hassas kişisel veri olarak nitelendirilmiş olup, bu verilerin korunması ve gizliliğinin sağlanması bakımından diğer kişisel verilere nazaran daha etkin ve sıkı güvencelerin getirildiğini söylemek mümkündür.

Özel nitelikli bir kişisel veri türü olan sağlık verilerinin kapsamının belirlenmesi bakımından değinilmesi gereken bir husus da, söz konusu verilerin biyolojik kişisel verilerle büyük ölçüde çakışmakla birlikte, bu verilere nazaran daha dar kapsamlı oluşudur. Şöyle ki, kişisel sağlık verileri kişinin fiziksel ve ruhsal yapısına ilişkin olmanın yanı sıra sağlığıyla da ilişkilidir. Bu doğrultuda, parmak izi tanıma, avuç içi tarama, el geometrisi tanıma, iris tanıma, yüz tanıma, retina tanıma, DNA tanıma gibi yöntemler biyolojik kişisel veri olarak nitelendirilebilse de, sağlığa ilişkin olmadıklarından kişisel sağlık verisi olarak kabul edilemezler.

Kişisel verilerin korunması kapsamında farklı uluslararası örgütler bünyesinde çok sayıda düzenleme yapılmıştır. Avrupa Konseyi bünyesinde 1981 yılında hazırlanan Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulma Sürecinde Bireylerin Korunmasına İlişkin 108 sayılı Sözleşme başta olmak üzere, Avrupa Birliği ve Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü tarafından çok sayıda metin hazırlanmıştır⁴⁰⁹. Bunun yanında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin “*özel hayatın gizliliği hakkı*” kapsamında değerlendirdiği kişisel verilerin korunması yükümlülüğüne ilişkin vermiş olduğu çok sayıda karar, gerek hakkın içeriğinin

⁴⁰⁵ Elif Küzeci, **Kişisel Verilerin Korunması**, Turhan Kitabevi, 2010, s. 337; Yeşilyurt, **agm.**

⁴⁰⁶ Akgül, **agm.**, s. 24.

⁴⁰⁷ 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu madde 6.

⁴⁰⁸ Avrupa Birliği'nin 95/46/EC sayılı Bireylerin Kişisel Verilerinin İşlenmesi ve Serbestçe Dolaşımı Karşısında Korunmasına İlişkin Direktif madde 8.

⁴⁰⁹ Söz konusu metinlere ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için bkz. Songül Atak, “Avrupa Konseyi'nin Kişisel Veriler Açısından Sağladığı Temel Güvenceler”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 87, 2010, ss. 90-120. Ayrıca bkz. Zeybek Ünsal, “Google'ın Yeni Gizlilik Politikası Google Inc. Tarafından 1 Mart 2012 Tarihinde Yayımlanan Politikasının Kişisel Verilerin Korunması İlkeleri İle Uyumluluğu Ve Avrupa Birliği'nin 95/46/Ec Sayılı Veri Koruma Direktifi Açısından Değerlendirilmesi”, **Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 3 (1), 2013.

belirlenmesi ve gerek sınırlandırılması bakımından bazı esaslar ortaya koymaktadır⁴¹⁰. Uluslararası metinler bir bütün halinde değerlendirildiğinde, kişisel verilerin işlenmesi ve korunması bakımından birtakım ilkeler belirlendiği, kişisel verilerin kural olarak ilgilinin rızasıyla işlenebileceği, işlenmiş olan kişisel verilerin korunması, değiştirilmesi ve silinebilmesi bakımından taraf devletlere birtakım ödevler yüklendiği anlaşılmaktadır. Ayrıca söz konusu metinlerde, devletlere kişisel verilerin ulusal bazda korunabilmesini sağlayacak idari otoriteler kurulması yükümlülüğü verildiği de dikkat çekmektedir⁴¹¹.

Kişisel verilerin korunması, Türk hukukunda 2010 yılı Anayasa değişikliği ile anayasal güvence altına alınmış olup, Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenmiştir⁴¹². Anayasal hüküm kişisel verilerin korunmasına ve kullanımının şartlarına ilişkin ayrıntılı düzenlemeler içermektedir. Buna göre, kişisel verilerin korunması kapsamında dört temel hak anayasal koruma altına alınmıştır: kişisel verilerin kanuni düzenleme veya ilgisinin rızası olmaksızın işlenememesi ve saklanamaması, kişisel verilerin gizliliğinin sağlanması hakkı, kişisel verilere erişebilme hakkı, kişisel verilerin düzeltilmesi ya da silinmesini talep etme hakkı.

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 5. maddesine göre de, kişinin açık rızası ya da ikinci fıkradaki hallerden⁴¹³ biri olmaksızın kişisel veriler

⁴¹⁰ AİHM, *Perry / Birleşik Krallık*, BN. 63737/00, T. 17.07.2003; AİHM, *Peck / Birleşik Krallık*, BN. 44647/98, T. 28.01.2003; AİHM, *Z. / Finlandiya*, BN. 22009/93, T. 25.02.1997; AİHM, *M.S. / İsveç*, BN. 34209/96, T. 02.07.2002; AİHM, *S. ve Marper / Birleşik Krallık*, BN. 30562/04 30566/04, T. 04.12.2008; AİHM, *Rotaru / Romanya*, BN. 28341/95, T. 04.05.2000; AİHM, *Leander / İsviçre*, BN. 9248/81, T. 26.03.1987; AİHM, *Amann / İsviçre*, BN. 27798/95, T. 16.02.2000; AİHM, *Segerstedt-Wiber ve Diğerleri / İsveç*, BN. 62332/00, T. 06.06.2006, Hudoc.echr.coe.int.

⁴¹¹ Bu yükümlülük doğrultusunda ülkemizde 6698 sayılı Kanun'un 19. maddesiyle Kişisel Verileri Koruma Kurumu bağımsız idari otorite olarak kurulmuştur. Benzer şekilde Fransa'da da "*Commission nationale de l'informatique et libertes*" (Bilişim ve Özgürlükler Ulusal Komisyonu) oluşturulmuştur. Komisyonun oluşumu ve çalışma usullerine ilişkin olarak bkz. Çağla Tansuğ, "Fransız Hukukunda Kişisel Verileri Koruma Otoritesi: CNIL", **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Vol. XIV, S. 2, 2017.

⁴¹² "Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak, kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir."

⁴¹³ "Kişisel verilerin işlenme şartları

MADDE 5- (...) (2) Aşağıdaki şartlardan birinin varlığı hâlinde, ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın kişisel verilerinin işlenmesi mümkündür:

a) Kanunlarda açıkça öngörülmesi.

işlenemez. Aynı Kanun'un "Özel nitelikli kişisel verilerin işlenme şartları" başlıklı 6. maddesinde, kişilerin sağlığı ve cinsel hayatı ile ilgili verileri ile genetik verileri özel nitelikli kişisel veriler arasında sayılmış; bu verilerin ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebileceği düzenlenmiştir⁴¹⁴.

Anılan düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde özel nitelikli kişisel veri olarak kabul edilen ve daha sıkı bir korumaya tabi tutulan kişisel sağlık verilerinin işlenerek kayıt altına alınması bakımından yükümlülükler getirilmiş **(a)**, söz konusu verilerin üçüncü kişilerle paylaşılması kural olarak yasaklanmış **(b)**, ve nihayet bu verilere erişim ve müdahale bakımından veri sahibine birtakım güvenceler tanınmıştır **(c)**.

a. Kişisel Sağlık Verilerinin Tutulması Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi ve Sorumluluk

Sağlık verilerinin işlenmesi, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nda düzenlenmiştir. Kanun'un "Temel Esaslar" başlıklı 3. maddesinin (f) bendine göre, *herkesin sağlık durumunu takip edebilmek için gerekli kayıt ve bildirim sistemi kurulur*. Bu düzenleme Sağlık Bakanlığı'na sağlığa ilişkin verileri işlemek ve bu verileri paylaşabilmek için gerekli altyapıyı kurma hususunda yetki vermektedir. 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'da sağlık verilerinin işlenmesine dair herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Buna karşılık, 1 sayılı CBK'nin "Bilgi toplama, işleme ve paylaşma yetkisi" başlıklı 378. maddesine

b) *Füili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması. (...)*

e) *Bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işlemenin zorunlu olması.*

f) *İlgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması."*

⁴¹⁴ Aynı şekilde sağlık verileri Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme'nin 6. maddesi ile "özellikli veri" olarak nitelendirilmiş olup, bu verilerin işlenebilmesi için ek güvenceler öngörülmüştür. Özel nitelikli ya da özellikli kişisel veriler temelde kişinin mağduriyetine yol açabilecek ve ayrımcılığa maruz kalmasına neden olabilecek verilerdir. Bu nedenle söz konusu verilerin korunması ve gizliliği ve korunması bakımından daha katı düzenlemeler öngörülmüştür.

göre, sağlık hizmetinin verilmesi, kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi ile sağlık hizmetlerinin planlanması ve maliyetlerin hesaplanması amacıyla Sağlık Bakanlığı, hizmeti almak üzere, kamu veya özel sağlık kuruluşları ile sağlık mesleği mensuplarına müracaat edenlerin, sağlık hizmetinin gereği olarak vermek zorunda oldukları veya kendilerine verilen hizmete ilişkin kişisel verileri alarak işleyebilir⁴¹⁵. Aynı maddede toplanan kişisel sağlık verilerinin ilgili kişilerin kendisinin ya da yetki verdikleri üçüncü kişilerin erişebilmesini sağlayacak sistemleri kurma görevi de Sağlık Bakanlığına yüklenmiştir. Anılan düzenlemeden anlaşılabacağı üzere kişisel sağlık verilerinin toplanması bakımından Sağlık Bakanlığı'nın temelde iki görevi bulunmakta olup, bunlardan ilki gerek kamu ve gerek özel sağlık birimlerine başvuran kişilere ait sağlık verilerinin toplanması, diğeri ise toplanan bu verilerin, ilgili olduğu kişiler tarafından erişilebilirliğinin sağlanmasıdır.

Yine, 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanunu'nun “Amaç ve Kapsam” başlıklı 1. maddesinde, Kanun'un amaçları arasında kişisel sağlık kayıtlarının tutulması ve bu hizmetlere eşit erişimin sağlanmasına da yer verilmiştir. Kanun'un 5. maddesinin 3. fıkrasında ise, aile hekimlerinin kayıtlarının ilgili il ve ilçe sağlık idare birimlerinde tutulacağı düzenlenmiştir⁴¹⁶.

Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin 71. maddesine göre, hasta dosyaları tıbbi müşahade muayene kağıdı, derece kağıdı ve hasta tabelasından oluşmaktadır. Müşahade-muayene ve derece kağıdına hastaların kurumda saptanan bütün müşahadeleri ve yapılan klinik, fiziki, kimyasal ve bakteriyolojik bütün muayeneleri ile bunların sonuç ve bulguları, hastanın tedavisi ile sağlık durumundaki günlük değişiklikler yazılır⁴¹⁷. Bunun yanında hasta tabelasına, hastalara içeriden ve dışarıdan verilen, kullanılan ve uygulanan bütün ilaçlar ve tedbirlerle, gündelik iâşe

⁴¹⁵ Söz konusu düzenlemenin, toplanacak ve işlenecek kişisel sağlık verilerine yönelik bir sınırlama çizilmeksizin ve bu verilerin toplanması ve işlenmesinin kapsam ve koşulları belirlenmeksizin her türlü kişisel verilerinin toplanması ve işlenmesine olanak tanınması nedeniyle Anayasa'nın 20. maddesine ve hukuka aykırı olduğu öğretide ileri sürülmektedir. (Akgül, **agm.**, s. 30.)

⁴¹⁶ Hastaların sağlık verilerine ilişkin kayıtların tutulmasına dair ayrıntılı bilgi için bkz. Aile Hekimliği Uygulama Yönetmeliği m. 30 ve takip eden maddeler. (RG. 25.01.2013, S. 28539.)

⁴¹⁷ Yataklı Tedavi Kurumları Tıbbi Kayıt ve Arşiv Hizmetleri Yönergesi'nin 12. maddesinde göre hasta dosyasında, hasta kabul kağıdı, tıbbi müşahade ve muayene kağıdı, derece kağıdı, hasta tabelası, röntgen istek kağıdı ve raporları, laboratuvar istek kağıdı ve tetkik raporları, ameliyat kağıdı, hastanın muayene istek formu, hasta çıkış özeti bulunması zorunludur. Yönerge'nin 14. maddesi uyarınca, hastanın yatmasından taburcu olmasına kadar kullanılan bütün formlar ile biyopsi, EKG, röntgen, anestezi gibi raporların hasta dosyasına konulması ve takibi servis sekreterinin görevidir.

maddeleri yazılır. Tabelada yazılı ilaç, tedavi ve sair tedbirleri hastalara uygulayan hemşireler, uygulama sonuçlarını zamanında ve düzenli olarak hemşire defterine işlemekle yükümlüdür⁴¹⁸. Hasta dosyalarının yanında, uygulanacak tedaviler ile teşhis, ameliyat ve müdahaleler için yapılacak hazırlıkların, laboratuvar tetkik isteklerinin takibi ve uygulanması, nöbet ve vardiya devirlerine ilişkin kayıtlar ve fişlerin düzenlenmesi de zorunludur.

Kişisel sağlık verileri kapsamında hasta dosyasına, hastayı tanıtıcı bilgiler, hastaya dair risk faktörleri, sağlık problemleri, alerji ve ilaç reaksiyonlarının yanında hastanın daha önceden geçirmiş olduğu hastalıklar ve tıbbi operasyonlar; muayene, test ve konsültasyon bulguları ile hastanın hikayesi, hastaya uygulanacak tedavi planı ile ilaçların yanında tedavi sırasındaki hastalığın seyrine dair notların kaydedilmesi gerekmektedir⁴¹⁹. Başka bir ifadeyle hastalığın teşhisine ilişkin olarak elde edilen tüm veriler ile uygulanacak tedavi ve bu tedavinin seyrine dair tüm bilgilerin hasta dosyasında bulunması gerekmektedir⁴²⁰.

Nitekim Anayasa Mahkemesi de bir kararında kişisel sağlık verilerinin muhafaza edilmesinin öneminin vurgulamış, söz konusu yükümlülüğün yerine getirilmemesinin idarenin sorumluluğunu gündeme getireceğini ortaya koymuştur⁴²¹: “*Tıbbi müdahale sonucunda vücutta sakatlık ya da maddi ve manevi varlığı zedeleyen diğer rahatsızlıkların meydana geldiği vakıalarda müdahalenin tıp biliminin güncel ve genel kabul gören kurallarına uygun olarak gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin tespiti büyük ölçüde teşhis ve tedavi sürecindeki kayıtların incelenmesiyle mümkün olabilmektedir. Bu nedenle bu kayıtların tutulması, saklanması ve gerektiğinde yargısal mercilere ibraz edilmesi büyük önem taşımaktadır. Teşhis ve tedavi sürecindeki verilerin kaydedilmesi ve makul bir süre saklanması sorumluluğu, tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren sağlık kuruluşuna aittir.*”

⁴¹⁸ Aynı Yönetmeliğin 32. maddesi uyarınca, yataklı tedavi kurumlarında merkezi tıbbi arşiv kurularak, servis ve polikliniklerde işi biten dosyalar, hastaların diğer müracaatlarında kullanılmak üzere muhafaza edilir.

⁴¹⁹ Altundış, **agm.**, s. 325; Hakan Hakeri, **Tıp Hukuku**, 13. baskı, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 688.

⁴²⁰ Öğretide bir görüş, teşhis ve tedavi faaliyetleri kapsamına girmeyen, danışma amaçlı kayıtların dahi tutulması gerektiğini savunmaktadır. (Özyurt, **age.**, s 39; Selma Aydaş, **Hekimlerde Malpraktis Kaynaklı Defansif Tıp Davranışları**, Yüksek Lisans Tezi, Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Yönetimi Anabilim Dalı Hastane ve Sağlık Kurumları Yönetimi Bilim Dalı, 2014, s. 32.)

⁴²¹ AYM, BB, Eyüp Kurt, BN. 2015/6926, T. 04.04.2019, RG, 08.05.2019, S. 30768.

Yerleşik içtihadında Danıştay, hizmetten yararlananlara ait sağlık dosyalarının gerektiği şekilde tutulmaması veya muhafaza edilmemesinin, bu dosyaların kaybedilmesinin idarenin hizmet kusuruna yol açacağına hükmetmektedir. Danıştay’a göre, *“hastanın sağlık kuruluşuna başvurduğu gün ve saatin, hastaya uygulanan tedavinin, tedaviyi uygulayan doktor ve sağlık personelinin adının, kullanılan ilaç gibi bilgilerin”* hasta dosyasında yer alması hasta haklarının bir gereği olup, bu kayıtların düzenli⁴²² ve yeterli tutulmaması⁴²³, kişinin *“doğruyu öğrenme hakkına”* engel olduğundan hizmet kusuru oluşturmaktadır. Nitekim Fransız Toplum Sağlığı Kanunu’nun R 1112 hükmünde de tüm kişisel sağlık verilerinin hasta dosyasına anlık olarak işlenmesi gerektiği öngörülmüştür. Aynı Kanun’un R 1112-7. maddesine göre hastanın taburcu edilmesinden itibaren yirmi yıl süreyle sağlık verilerinin saklanması gerekmekte olup, R 1112-3 hükmü uyarınca söz konusu yükümlülüğün yerine getirilmemesi idarenin sorumluluğuna yol açmaktadır⁴²⁴.

Bu hallerde, ilgilinin maddi zararının bulunmaması ihtimalinde dahi, Mahkeme manevi zarar olduğu gerekçesiyle idarenin sorumluluğuna hükmetmektedir⁴²⁵.

⁴²² Kayıtların düzenli tutulması yükümlülüğü kapsamında söz konusu kişisel sağlık verilerinin zamanında tutulması da gerekmektedir. Yargıtay önüne gelen bir uyuşmazlıkta, belgelerin ameliyattan sonra tutulması, ameliyat bülteni, anestezi formu gibi ameliyat öncesi düzenlenmesi gereken belgelerin ameliyattan sonra düzenlenmesinin tazminat sorumluluğuna yol açacağına karar verilmiştir. (Yar.13.HD, 07.02.2005, E. 2004/12088, K. 2005/1728, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

⁴²³ İstanbul BİM 8.İDD, 07.03.2017, E. 2017/5, K. 2017/305, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası.

⁴²⁴ CE, 4e et 6e ss.-sect., 28.04.2003, n° 238181, Rec Lebon 2003, Dalloz.fr.

⁴²⁵ *“(…) davacıya 3 kez tıbbi müdahale uygulanmasına karşın, hastaya ait grafiğin gerekli şekilde muhafaza edilmemesi ve hastaya ait dosyanın kaybedilmesinin, sağlık hizmetinin işletilmesine ilişkin ağır hizmet kusuru teşkil ettiği; diğer taraftan, idarece tıbbi kayıt ve belgelerin ibraz edilememesinin, meydana gelen zarar nedeniyle idarenin sorumluluğunun bulunup bulunmadığının yargısal denetimini de engellediği açık olduğundan maddi tazminatın reddedilmesinde hukuka aykırılık bulunmamakta ise de, oluşan bu durum sonucu meydana gelen manevi zararın idarece tazmini yolunda karar verilmesi gerekirken (...)”* (Dan.10.D., 29.04.2008, E. 2007/3301, K. 2008/2939, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Aynı yöndeki Danıştay kararları için bkz. Dan.10.D., 09.07.2012, E. 2010/111, K. 2012/3358; Dan.10.D., 27.10.2009, E. 2007/305, K. 2009/9183; Dan.10.D., 29.04.2008, E. 2007/3301, K. 2008/2939, aktaran Akgül, **agm.**, s. 290; Dan.10.D., 27.12.2011, E. 2009/9151, K. 2011/5976, aktaran Gökcan, **age.**, s. 1385. Bir kararında ise Danıştay, hastanın sağlık kuruluşuna başvurduğu gün ve saatin, hastaya uygulanan tedavinin, tedaviyi uygulayan doktor ve sağlık personelinin adının, kullanılan ilaç gibi bilgilerin hasta dosyasında bulunmasının zorunlu olduğunu vurguladıktan sonra, söz konusu kayıtların düzenli ve yeterli tutulmamasının hastanın doğruyu öğrenme hakkına engel olacağını belirterek hizmet kusuru bulunduğuna karar vermiştir. (Dan.15.D., 15.04.2015, E. 2014/5076, K. 2015/2184, aktaran Akgül, **agm.**, s. 291.) Hasta kayıtlarının doğru, eksiksiz ve ayrıntılı şekilde tutulması zorunluluğuna ilişkin bir kararında Yargıtay, hastaya takılan kalp pilinin marka, model ve aksesuar özelliklerinin dosyada yer almamasını bozma sebebi olarak nitelendirmiştir. (Yar. HGK, 20.03.1996, E. 1996/4-21, K. 1996/191, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Başka bir kararında ise Yargıtay, ameliyat sırasında tutulması gereken kayıtların tutulmayarak, bu kayıtların 7-8 ay sonra tamamlanmasının sorumluluğuna yol açacağına karar vermiştir. (Yar.13.HD, 07.02.2005, E. 2004/12088, K. 2005/1728, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

Danıştay pek çok kararında tıbbi kayıtların eksik tutulması ya da hiç tutulmaması nedeniyle idarenin manevi tazminat ödemesi gerektiği yönünde hüküm kurmuştur⁴²⁶. Öğretide de tıbbi kayıt tutma yükümlülüğünün eksik ya da kötü yerine getirilmesinin, maddi zararın varlığı gerekmezsin tazminat sorumluluğuna yol açacağı kabul edilmektedir⁴²⁷.

Ancak Danıştay, tıbbi uygulama hatası yapıldığı iddiasıyla açılan davalarda, kaybedilmesi ya da eksik tutulmuş olması sebebiyle, dosyada olması gereken verilere ulaşılamaması ihtimalinde, davacı tarafından ileri sürülen ve ancak dosyada yer alması gereken bilgiler ışığında çözülebilecek iddialar yönünden tıbbi uygulama hatası nedeniyle sorumluluğa ilişkin yargısal denetimin yapılamayacağını gerekçe göstererek maddi tazminat istemlerini reddetmektedir⁴²⁸. Nitekim istinaf yolu kapsamında aynı hukuki sorunu inceleyen bölge idare mahkemelerinin kararları da bu yöndedir⁴²⁹. Bu içtihat, tıbbi uygulama hatasının bulunduğu hallerde, yüksek meblağlar içeren maddi tazminattan kaçmak isteyen idarelere sorumluluktan kaçma imkanı sağlamaktadır. İdareler hasta dosyalarının kaybedilmesi suretiyle, maddi tazminat yönünden inceleme yapılmasını engelleyerek daha düşük meblağlara hükmedilen manevi tazminat kapsamında sorumlu tutulabilmektedir⁴³⁰.

⁴²⁶ Dan.15.D., 12.11.2015, E. 2014/10100, K. 2015/7481, aktaran Gökcan, **age.**, s. 1407; Dan.10.D., 28.12.2007, E. 2007/8407, K. 2007/6526; Dan.10.D., 29.04.2008, E. 2007/3301, K. 2008/2939. Aynı yönde Bölge İdare Mahkemesi içtihadı için bkz. Erzurum BİM 2.İDD, 31.05.2017, E. 2017/318, K. 2017/809, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası. Aynı yöndeki Yargıtay kararları için bkz. Yar.4.HD, 30.01.2007, E. 2006/13993, K. 2007/700; Yar.13.HD, 29.01.2009, E. 2008/6139, K. 2009/784, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁴²⁷ Mehmet Altundış, “Tıbbi Kişisel Verilerin Tutulması ve Korunması Yükümlülüğü ve İdarenin Bu Yükümlülüğünü Yerine Getirmesinden Doğan Sorumluluğu”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y. 7, S. 28, 2016, s. 323.

⁴²⁸ Dan.10.D., 27.12.2011, E. 2009/9151, K. 2011/5976; Dan.10.D., 30.12.2011, E. 2008/950, K. 2011/6169, aktaran Akgül, **agm.**, s. 36; Dan.10.D., 26.04.2002, E. 2000/1184, K. 2002/1249, Bal / Şahin / Karabulut, **age.**, s. 303. “(...) NST grafiplerinin kaybolmasını engellemede gerekli özeni göstermeyen ve hastane âcil ameliyat koşullarının organizasyonunda eksikliği bulunan hastane idaresi de kusurludur. Yüksek Sağlık Şurası’nın yaptığı tespitlere göre, davalı idarenin yürüttüğü sağlık hizmetinin kuruluşunda ve işleyişinde ağır hizmet kusuru bulunmaktadır. Manevi tazminatın zenginleşmeye yol açmayacak şekilde belirlenmesi gerekmede ise de (...) takdir edilecek miktarın aynı zamanda idarenin kusurunun ağırlığını ortaya koyacak bir oranda olması gerekmektedir. (...) İdare mahkemesinin kararının manevi tazminata faiz yürütülmemesine ilişkin kısmının bozulmasına” (Dan.10.D., 30.05.2007, E. 2004/6540, K. 2007/4237, aktaran Odyakmaz, **agm.**, s. 23.) Aynı yönde, “Dosyanın kaybedilmesi ağır hizmet kusuru teşkil eder (...) İdarenin belgeleri ibraz edememesi, meydana gelen zarar nedeniyle idarenin sorumluluğunun bulunup bulunmadığının yargısal denetimini engellediği için idare mahkemesinin maddi tazminatı reddetmesinde hukuka aykırılık yoktur. Manevi zararın idare tarafından tazmini yolunda karar verilmesi gerekirdi (...)” (Dan.10.D., 29.04.2008, E. 2007/3301, K. 2008/2939, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.)

⁴²⁹ İzmir BİM 6.İDD, 01.06.2017, E. 2017/731, K. 2017/854, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası.

⁴³⁰ Danıştay’ın söz konusu içtihadına yönelik eleştiriler için bkz. Zehra Odyakmaz, “İdare Hukuku Açısından Hasta Uygulamaları”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, C. 1, S. 5, 2011, s. 33. Yargıtay

Nitekim, davacıya ait hasta dosyası ve diğer kişisel sağlık verilerine ulaşamıyor olması sebebiyle, yapılan tıbbi müdahalenin tıbbi standartlara uygun olup olmadığının tespit edilemediği gerekçesiyle reddedilen bir uyuşmazlık, Anayasa'nın 17. maddesiyle öngörülen pozitif yükümlülüğün ihlal edildiği gerekçesiyle yakın tarihte Anayasa Mahkemesi önünde bireysel başvuru konusu edilmiştir. Kararında Anayasa Mahkemesi hasta dosyasında yer alması gereken bilgilerin dosyasının tutulması veya saklanması sebebiyle yargı mercilerine ibraz edilmediği ve bu sebeple sağlık kuruluşunun tıbbi sorumluluklarına uygun davranıp davranmadığının değerlendirilemediği hâllerde bu durumun davacı aleyhine yorumlanamayacağına hükmetmiştir⁴³¹: *“Zira bu konuda başvuru sahipleri sağlık kuruluşuna nazaran oldukça zayıf konumda yer almakta ve başvuru sahiplerinin açacağı bir davadaki başarı şansı çoğunlukla davalı taraf olan sağlık kuruluşunun bu konudaki yükümlülüğünü yerine getirmesine bağlı olmaktadır. Dolayısıyla sağlık kuruluşunun elinde bulunan belgeleri mahkemeye sunmamış olmasının başvuru aleyhine yorumlanması başvuru açısından aşırı külfet doğurucu ve adil olmayan bir durum oluşturacaktır.”* Anayasa Mahkemesi'nin bu kararından hareketle, kişisel sağlık verilerinin tutulmaması ya da saklanmaması sonucunda, zararın komplikasyondan mı, yoksa tıbbi uygulama hatasından mı kaynaklandığının tespit edilemediği durumlarda idare aleyhine kusur karinesinin benimsenmesi gerektiği açıktır. Bu durumda kusursuzluğunu ispatlayamayan idare oluşan zarardan sorumlu tutulacaktır.

Sağlık verilerinin tutulması ya da arşivlenerek saklanması hastalara daha kolay teşhis konulması ve müdahalede bulunulabilmesi bakımından yararlı sonuçlar sağlamakla birlikte; tıbbi uygulama hatası nedeniyle, aleyhine dava açılması ihtimalinde idarenin kendini savunması bakımından da büyük önem taşımaktadır⁴³². Hukuk usulünde olduğu gibi⁴³³ idari yargılama usulünde de tarafların kendi iddiasını ispatlamakla yükümlü olduğu kabul edilmektedir⁴³⁴. Bu doğrultuda, sağlık

ise kayıt tutma yükümlülüğünün yerine getirilmediği uyuşmazlık konusu olaylarda, ispat yükünü ters çevirmek suretiyle tıbbi uygulama hatası bulunmadığını ispatlama yükümlülüğünün hastaneye ait olacağına karar vermektedir. (Yar.13.HD, 13.12.2013, E. 2013/29954, K. 2013/31321, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.)

⁴³¹ AYM, BB, *Eyüp Kurt*, BN. 2015/6926, T. 04.04.2019, RG, 08.05.2019, S. 30768. Anayasa Mahkemesi'nin aynı yönde verdiği başka bir karar için bkz. AYM, BB, Hamdullah Aktaş ve Diğerleri, BN 2015/10945, T. 19.07.2018, RG. 05.10.2018, S. 30556.

⁴³² Kıcalıoğlu, *age.*, s. 124.

⁴³³ Hakan Pekcanıtez / Oğuz Atalay / Muhammet Özkes, **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, 6. basık, Vedat Kitapçılık, 2018, s. 437.

⁴³⁴ Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, C.2, 2. baskı, Ekin Yayıncılık, 2009, s. 1083; Hakeri, *age.*, s. 686.

hizmetlerinin yürütülmesi sırasında zarara uğrayan kişinin kural olarak zararını ve bu zararın idarenin eyleminden kaynaklandığını ispatlaması gerekmektedir. Bunun yanında, adli yargıdan farklı olarak idari yargıda geçerli olan resen araştırma ilkesinin sonucu olarak, hakimın davacının iddialarını makul görmesi durumunda ispat yükünü ters çevirmesi ya da davanın çözümü bakımından gerekli bilgi ve belgeleri idareden istemesi mümkündür⁴³⁵. Dolayısıyla ispat yükünün davacıda olduğuna ilişkin kural idari yargılama hukukunda sıkı şekilde uygulanmamaktadır. Buna karşılık esas olarak Fransız hukukunda kabul edilen⁴³⁶ kusur karinesi usulünün ulusal hukukumuzda henüz açık bir uygulamasının bulunduğu söylenemez.

Güran, davacının açtığı davanın ciddiliği ve olayla ilintisi bulunduğu hakkında ilk bakışta olumlu izlenim yaratılan hallerde, kusursuzluğunu ispatlama yükümlülüğünün idareye ait olacağını ileri sürmektedir⁴³⁷. Başka bir ifadeyle, böyle bir durumda ispat külfeti idare aleyhine ters çevrilmektedir. Danıştay, özellikle içeriği çelişkili olan hasta dosyalarında yer alan verilerin idare lehine delil olarak kabul edilemeyeceği, böyle bir durumda idare tarafından tıbbi müdahaleye ilişkin belgeler sunulamamış olacağı gerekçesiyle, hizmet kusuru oluşacağı yönünde hüküm kurmuştur⁴³⁸.

Bunun yanında kişisel verilerin elektronik ortamda kayıt altına alınması da mümkündür. Kişisel sağlık verilerinin elektronik ortamda kaydedilmesi suretiyle kişisel sağlık veri bankaları oluşturulması başta acil vakalar olmak üzere, teşhis ve tedavi faaliyetlerinde hız ve verimi artırmakta, tetkik ve testlerin yinelenmesini ya da tıbbi uygulama hatalarını engellemekte ve sağlık hizmetinin daha iyi planlanmasını sağlamaktadır. Bunun yanında, söz konusu verilerin süreklilik içinde gözlemlenebilmesi, hastaya birden fazla hekimin tedavi uygulaması ihtimalinde

⁴³⁵ Birtek, **agm.**, s. 119. Nitekim tıbbi sorumluluk hukuku bakımından, adli yargıda da davacının ispat yükümlülüğünün sıkı şekilde uygulanmamasını savunan görüşler bulunmaktadır. (Demir, **agm.**, s. 272.)

⁴³⁶ CE, 23.02.1962, *Meier*, n° 35778, Rec CE 1962, Dalloz.fr.

⁴³⁷ Güran, **agm.**, s. 87; Gürsel Kaplan, “İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler,” *İdare.gen.tr.*; Hancı, **agm.**, s. 134; Ahmet Kürşat Ersöz, “Sağlık Hizmetleri Açısından Hizmet Kusurunun Ağırlığı ve İspat Problemi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXIX, S. 1-2, 2011, s. 933; Abdullah Hızal / Serkan Çınarlı, “Hatalı Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Tam Yargı Davalarında Bilirkişilik Uygulamaları”, *Jurix.com.tr.*; Ersöz, **age.**, s. 232; Altundış, **agm.**, s. 323; Nilgün Sarp, “Hekimin Tıbbi Özen Yükümlülüğü”, **Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Lefke Avrupa Üniversitesi, V. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu**, (8 - 9 Kasım 2013), Ed. Nilgün Sarp, Cahid Doğan, Adalet Kitabevi, 2014, s. 50.

⁴³⁸ Dan.15.D., 25.04.2016, E. 2013/4472, K. 2016/2826, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

verilerin hızlı şekilde paylaşılabilmesi ve erişimi de mümkün hale gelmektedir. Ayrıca, elektronik sağlık bilgi sistemleri, kurumların ve hastaların harcamalarının etkin şekilde izlenmesini sağladığından hizmet kalitesinin artmasına ve maliyetin azalmasına imkan vermektedir⁴³⁹.

Sağlık Bakanlığının sağlıkta dönüşüm programı kapsamında hazırladığı Sağlık.NET sistemi, sağlık kurumlarında elektronik ortamda üretilen verileri, doğrudan üretildikleri yerden standartlara uygun şekilde toplamayı, toplanan verilerden tüm paydaşlar için uygun bilgiler üreterek birinci, ikinci ve üçüncü basamak sağlık hizmetlerinde verim ve kaliteyi arttırmayı hedefleyen, entegre, güvenli, hızlı ve genişleyebilen bir bilgi ve iletişim platformu olarak tanımlanmaktadır⁴⁴⁰. Söz konusu sistemin amacı, sağlık hizmetlerinin sorunları ve önceliklerinin belirlenmesi, önlemlerin alınması, kaynakların, çalışma ve yatırımların planlanması, sunulan sağlık hizmetlerinin kalitesinin değerlendirilmesi bakımından idareye yol göstermektir. Sistemin toplayıp merkeze göndermekle yükümlü tuttuğu bilgiler yalnızca bildirim zorunlu hastalıklar olmayıp, kimlik, adres, iletişim bilgileri, hamilelik testleri, sağlık geçmişi, özürlülük durumu, medeni hal, alkol-madde-sigara kullanımı, iş, meslek, öğrenim durumu, eğitim kurumuna devam etme durumu, gelir durumu, ailesinde intihar girişimi, cinsel partner bilgileri, kişisel bakım, kişisel hijyen, mahkumiyet, tutukluluk durumu, hastalık şikayetleri, hastanın öyküsü, bütün tetkik sonuçları, tetkik istenen kurumlar, 15-49 yaş arası kadınların doğum, düşük türü ve sayıları, kadın sağlığı işlemleri, kullanılan aile planlaması yöntemi, gebelik tespiti sonuçları, son adet tarihi, babanın kan grubu, gebe olduğu tespit edilmiş olsun ya da olmasın, doğum ya da düşükle sonuçlanan tüm gebelikler, ağız ve diş sağlığı ile ilgili tüm koruyucu hekimlik, teşhis ve tedavi işlemleri ve daha pek çok bilgi yer almaktadır⁴⁴¹.

Bunun yanında, Sağlık Bakanlığı ile Sosyal Güvenlik Kurumu'nun işbirliğinde yürütülmekte olan MEDULA sistemi ile sağlık tesislerinden, sigortalı ve diğer hak sahipleri için verilen sağlık hizmeti için ödemeye esas fatura bilgisi otomatik olarak genel sağlık sigortası istemine aktarılmakta ve fatura bedellerinin sağlık

⁴³⁹ Altundiş, **agm.**, s. 326.

⁴⁴⁰ Yeşilyurt, **agm.**; Altundiş, **agm.**, s. 326.

⁴⁴¹ İstanbul Tabip Odası Hukuk Bürosu, "25 Soruda Sağlık.NET 2 Sistemi", www.istabip.org.tr. (Erişim Tarihi: 28.03.2018.)

kuruluşlarına ödenmesi sağlanmaktadır. Bu noktada, söz konusu sistemin kişilerin sağlık hizmetleri kapsamında yaptıkları tedavi ve ilaç harcamalarının kaydedildiği otomasyon sistemi olduğu söylenebilir. Yine, özellikle aile sağlık merkezleri tarafından etkin olarak kullanılan GEBESİS, aile hekimlerinin kendilerine kayıtlı olan nüfusları içerisinde, aile sağlığı merkezleri dışında yürütülmekte olan hamilelikler, gebelik kontrolleri ve doğumlar kaydedilmektedir. Bu sayede aile hekimlerinin kendilerine bağlı nüfusta yeni doğan bebeklerin etkin takibi amaçlanmaktadır.

Hastanın tedavisi ve hatta sağlık hizmetiyle doğrudan ilgisi olmayan verilerin hastanın rızası olmaksızın toplanarak merkezde kaydedilmesi, kanaatimizce verilerin işlenebilmesine imkan sağlayan mevzuat düzenlemelerinin amacıyla bağdaşmamaktadır⁴⁴². Bu durum aynı zamanda, özel hayatın gizliliğinin korunması hakkının ölçsüz bir şekilde sınırlandırılmasına sebep olmaktadır. Nitekim Danıştay da kararlarında, yalnızca hizmetin yürütülmesi için gerekli olan bilgilerin, sınırlı olarak işlenebileceğini ortaya koymaktadır⁴⁴³.

Fransız hukukunda ise kişisel sağlık verilerinin elektronik ortamda işlenmesi bakımından ikili bir ayırım yapıldığı görülmektedir⁴⁴⁴. Öncelikli olarak Fransız Toplum Sağlığı Kanunu'nun L 1111-8 hükmüyle herbir sağlık kuruluşuna hastaya ait sağlık verilerinin kaydedileceği bilgi işlem sistemini kurma yükümlülüğü öngörülmüştür. Söz konusu sisteme ancak verileri girecek olan sağlık personeli ile hasta ya da hastanın belirleyeceği kişilerin girebilmesi mümkündür. Bu kapsamda herbir hastanın elektronik sağlık dosyası (*dossier médical personnel*) bulunmakta olup, kişisel sağlık verilerinin tümü bu dosyaya işlenmektedir⁴⁴⁵. İkinci olarak, aynı Kanun'un R 1112-2 hükmüne göre, paylaşımlı sağlık dosyaları sistemiyle sağlık kuruluşlarının hastaya ait diğer sağlık kuruluşlarında yer alan kişisel sağlık verilerine erişebilmesi imkanı sağlanmıştır. Buna göre, hastaya ait kişisel sağlık verilerini

⁴⁴² Aynı yönde Yeşilyurt, **agm.**; Akgül, **agm.**, s. 30.

⁴⁴³ “Kamu kurum ve kuruluşlarının yürüttükleri kamu hizmeti sırasında, hizmetten yararlanan kişilerin bazı kişisel verilerine ulaşmaları hizmetin yürütülebilmesi için zorunluluk taşımaktadır. (...) tüm kişisel bilgilerin, her zaman, yürütülen hizmet için gerekli olduğundan söz edilemeyeceği açıktır. Bu durumda, sadece hizmetin yürütülebilmesi için gerekli olan bilgilerle ilgili olarak bir sınırlama getirilmeksizin, özel hayat ve aile hayatına ilişkin bilgilerin kartekse işlenemeyeceği belirtilmeksizin (...) tüm kişisel verilerin kartekslere işlenmesini düzenleyen Yönerge'nin 8. maddesinin (...) hukuka uygunluk bulunmamaktadır.” (Dan.10.D., 14.10.2011, E. 2011/7001, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

⁴⁴⁴ Esper / Dupont, **age.**, s. 702.

⁴⁴⁵ Esper / Dupont, **age.**, s. 702.

Kanun'un L 1111-8 hükmü doğrultusunda sağlık kuruluşundaki sisteme giren hekime, ancak hastanın rızası bulunması ihtimalinde bu verileri paylaşımlı sağlık dosyalarına da kaydetme yükümlülüğü öngörülmüştür. Paylaşımlı sağlık dosyalarına diğer sağlık kuruluşlarında görev yapmakta olan sağlık personeline de erişilebileceğinden, söz konusu dosyalarda yer alan veriler ışığında diğer hekimlere de teşhis ve tedavi yürütme imkanı sağlanmıştır⁴⁴⁶. Bu sayede bir yandan tıbbi faaliyetlerin yürütülmesi hızlandırılırken, diğer yandan gereksiz şekilde tetkik ve tanı işlemlerinin tekrarlanmasının önüne geçilmek istenmiştir. Ancak tekrarlamak gerekir ki paylaşımlı sağlık dosyalarına hastaya ait sağlık verilerinin girilmesi, ancak hastanın rızasının bulunması halinde mümkündür.

Anılan düzenlemenin bir diğer sonucu da diğer sağlık kuruluşlarında görev yapmakta olan sağlık personeline, paylaşımlı dosyada yer alan verileri dikkate alma zorunluluğu yüklemesidir. Başka bir deyişle, paylaşımlı dosyada yer alan veriler dikkate alınmaksızın teşhis ve tedavi faaliyetlerini yürüten ve bu nedenle zarara yol açan sağlık personeli idarenin sorumluluğuna sebep olacaktır⁴⁴⁷.

Fransız hukukunda yer alan bu uygulama, hukukumuzda öngörülenden farklı olarak, kişisel sağlık verilerinin dosyalanması ve işlenmesi faaliyetlerini birleştirmekte, işlenen bu verilerin sağlıkla ilgili diğer kuruluşlarla paylaşılmasında ise hastaya mutlak bir tercih imkanı sağlamaktadır. Bu bakımdan hukukumuzdakine nazaran kişisel verilerin korunması bakımından daha etkin bir güvence öngörüldüğü dikkat çekmektedir. Sağlık verilerinin işlenmesi zorunluluğu mevzuatta açıkça öngörülmüş olmakla birlikte, idarenin ayrıca söz konusu verilerin gizliliğini sağlama yükümlülüğü de bulunmaktadır.

b. Kişisel Verilerin Korunması Yükümlülüğünün İhlali ve Sorumluluk

Kişisel sağlık verileri kapsamında idarenin temel yükümlülüklerinin başında kişilere ait sağlık verilerinin üçüncü kişilerle paylaşılması yasağı yer almaktadır. Sır saklama yükümlülüğü olarak da adlandırılan, sağlık verilerinin paylaşılması yasağına

⁴⁴⁶ Truchet, *age.*, s. 264.

⁴⁴⁷ *Ibid.*

göre, sağlık hizmetinden yararlanan kişilere ait bilgiler kural olarak üçüncü kişilere açıklanamaz⁴⁴⁸.

Kişisel sağlık verilerinin gizliliğinin korunması esas olarak Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde korunan özel yaşam ve aile hayatının gizliliği hakkından yararlanabilmenin temel gereklerindendir. Bunun yanında, bu verilerin üçüncü kişilere ifşa edilmesi çoğu zaman kişinin saygınlığına zarar verebilmekte, toplumdan dışlanmasına sebep olabilmekte ve hatta çalışma hayatını olumsuz yönde etkileyebilmektedir⁴⁴⁹. Söz gelimi HIV taşıyıcısı olduğu bilinen bir kişinin çalışma hayatında ayrımcılığa uğraması sıklıkla karşılaşılabilen bir durumdur⁴⁵⁰. Bu bakımdan, kişisel sağlık verilerinin gizliliğinin sağlanması pek çok hakkın yerine getirilmesi bakımından önem taşımaktadır. Kişisel sağlık verilerinin gizliliğinin korunmasına ilişkin olarak ulusal ve uluslararası mevzuatta, birbirinden farklılıklar da içeren çok sayıda düzenleme bulunmaktadır.

Başta hekim olmak üzere tüm sağlık çalışanlarının kişisel sağlık verilerini koruma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu yükümlülüğün kapsamı ve sınırlarına ulusal ve uluslar üstü mevzuatta geniş bir şekilde yer verilmiştir. Dünya Tabipler Birliği Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi'nin "*Gizlilik hakkı*" başlıklı 8. maddesine göre, "*Hastanın sağlık durumu, tıbbi durumu, tanısı, prognozu, tedavisi ve kişiye özel diğer tüm bilgiler ölümünden sonra bile gizli olarak korunmalıdır. İstisna olarak hasta yakınlarının kendileri ile ilgili sağlık risklerini öğrenmeleri açısından bu bilgilere ulaşabilme hakkı olabilir.*" Aynı düzenlemenin devamı hükümleri uyarınca, gizli bilgiler yalnızca hastanın açık izni veya mahkemenin kesin istemi üzerine açıklanabilir. Hastanın açık olarak izin vermediği hallerde bu bilgilerin yalnızca tedavi kapsamında bilgilendirilmesi gereken diğer sağlık personeline verilmesi mümkün olacaktır. Anılan düzenlemede dikkat çeken bir diğer husus da hasta

⁴⁴⁸ Karasu "sır" kavramını, "*herkes tarafından bilinmeyen ve açıklanması sahibinin şeref ve menfaatine zarar verme tehlikesi gösteren hususlar*" şeklinde tanımlamıştır. Bu kapsamda zararlı karakter unsurları, psişik anormallikler, bedensel özellikler, hastalık bulguları sağlık hizmetleri kapsamında sır olarak nitelendirilmektedir. (Sinem Karasu, **Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü**, Vedat Yayıncılık, 2009, s. 44.) Doğan ise, söz konusu kavramı, şahsın toplum içerisindeki onur ve saygınlığına gölge düşürerek toplum tarafından ayıplanmasına sebep olan ya da şahsın sosyo-ekonomik durumunu etkileyen olaylar şeklinde tanımlamıştır. (Cahid Doğan, "Sağlık Haklarından Hekimlerin Sır (Kişisel Veri) Saklama Mükellefiyeti", **Sağlık Hukuku Kurultayı 1 – 3 Kasım 2006 Ankara**, Ankara Barosu Yayınları, 2007, s. 105.)

⁴⁴⁹ AYM, BB, T.A.A., BN. 2014/119081, T. 01.02.2017, RG. 10.03.2017, S. 30003.

⁴⁵⁰ Karakul, **agm.**, s. 190. Bu ihtimale ilişkin olarak AIHM önüne gelen uyuşmazlık için bkz. AIHM, I.B. / Yunanistan, BN. 552/10, T. 03.10.2013, Hudoc.echr.coe.int.

yakınlarının bilgilendirilme hakkına ilişkindir. Hasta yakınlarının kendi sağlıklarını da ilgilendiren riskleri öğrenmeleri bakımından, rızasına ihtiyaç duyulmaksızın hastaya ait kişisel sağlık verilerine erişmesi mümkündür.

1994 tarihli II. Avrupa Hasta Hakları Gelişme Bildirgesi'nin "*Mahremiyet ve özel hayat*" başlıklı 4. maddesine göre ise, hastanın sağlık durumu, tıbbi durumu, tanısı, prognozu, tedavisi hakkındaki ve kişiye özel tüm bilgiler, ölümden sonra bile gizli olarak korunmalıdır. Hastaya ait bu bilgiler, yalnızca hastanın açık izni veya mahkemenin istemi üzerine açıklanabilir. Bunun yanında, Biyotıp Sözleşmesi⁴⁵¹'nin "*Özel yaşam ve bilgi edinme*" başlıklı 10. maddesine göre, *herkes, kendi sağlığıyla ilgili bilgiler bakımından, özel yaşamına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.*

Yukarıda anılan uluslararası metinler dikkate alındığında tıbbi girişimlerin ancak kişinin özel hayatına saygı gösterilmesi şartıyla gerçekleştirilebileceği anlaşılmaktadır. Bunun anlamı, yapılan müdahaleler sırasında elde edilen kişisel sağlık verilerinin korunmasının ve hastanın onayı olmadıkça gizli tutulmasının zorunlu olduğu, söz konusu bilgilerin hastanın tedavisi ile ilişkisi olmayan sağlık personeli de dahil olmak üzere üçüncü kişilerle paylaşılmayacağıdır⁴⁵². Öte yandan bu zorunluluk hastanın ölümü ile sona ermemekte olup, hasta öldükten sonraki süreçte dahi kişisel sağlık verilerinin üçüncü kişilerle paylaşılması mümkün olmayacaktır⁴⁵³. Bunun yanında, sağlık kurumlarına başvuran hastalar, özellikle sağlık personelinin kişisel bakımlarını veya muayene ve tedavilerini yapacağı durumlarda, kurumların özel hayatlarının korunmasını sağlayan fiziksel özelliklere sahip olmasını bekleme hakkına sahiptirler. Yukarıda ayrıntılı olarak incelenmiş olan mahremiyet hakkının kişisel sağlık verilerinin korunması ile doğrudan ilişkili olduğu

⁴⁵¹ Avrupa konseyi bünyesinde 4 Nisan 1997 tarihinde imzalanmış olan Biyotıp Sözleşmesi'ni Türkiye 16.03.2004 tarih ve 2004/7024 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla onaylamıştır. (RG. 20.04.2004, S. 25439.)

⁴⁵² AİHM, I. / Finlandiya, BN. 20511/03, T. 17.07.2008, Hudoc.echr.coe.int.

⁴⁵³ Fransız öğretisinde *Truchet*, hayatta iken aksi yönde beyanı bulunmadıkça, ölenin ölüm sebebine ilişkin sağlık verilerinin yakınları ile paylaşılmasının sır saklama yükümlülüğüne aykırılık oluşturmayacağını ileri sürmüştür. (Truchet, **age.**, s. 260. Aynı yönde öğretideki görüş için bkz. Esper / Dupont, **age.**, s. 688.) Yine, alt soyunun sağlığının korunması bakımından söz konusu verilerin açıklanmasının zorunlu olduğu durumlarda, bu verilerin aile üyelerine bildirilmesi hukuka aykırılık oluşturmayacaktır. (Yusuf Büyükay, "Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü", **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8, s. 1-2, 2004, s. 395.) Bu durum özellikle genetik hastalıklar bakımından söz konusu olabilmektedir. (Gökcan, **age.**, s. 117.)

kanaatindeyiz. Zira aleni bir ortamda yapılan teşhis ve tedavi faaliyetlerinin sonuçlarının gizli kalması da uygulamada mümkün gözükmemektedir.

Kişisel sağlık verilerinin korunmasına ilişkin ulusal düzenlemelerin ilki, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi⁴⁵⁴, nin 4. maddesinde yer almakta olup; buna göre hekimler ve diş hekimleri, mesleklerinin icrası sebebiyle öğrenmiş oldukları sırları, kanuni mecburiyet olmadıkça, açıklayamayacaklardır.

Bu husus, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin "*Bilgilerin Gizli Tutulması*" başlıklı 23. maddesinde, "*Sağlık hizmetinin verilmesi sebebiyle edinilen bilgiler, kanun ile müsaade edilen haller dışında, hiçbir şekilde açıklanamaz.*" ifadeleriyle açıkça öngörülmüştür⁴⁵⁵. Bunun yanında, Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın "*Sır Saklama Yükümlülüğü*" başlıklı 9. maddesine göre hekim, mesleğinin icrası sırasında hastasından öğrendiği sırları açıklayamaz⁴⁵⁶. Konuya ilişkin bir diğer düzenleme, İşyeri Hekimi ve Diğer Sağlık Personelinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmeliğin⁴⁵⁷ 11. maddesinde yer almaktadır. Buna göre, "*İşyeri hekimleri, (...) işverenin ve işyerinin meslek sırları, ekonomik ve ticari durumları hakkındaki bilgiler ile çalışanın kişisel sağlık dosyasındaki bilgileri gizli tutmakla yükümlüdürler.*"⁴⁵⁸ Açıklanan düzenlemeler bir arada değerlendirildiğinde sağlık personelinin, mesleğinin icrası sırasında öğrendiği bilgileri gizli tutmasının kural olduğu, ancak kanunla bu kurala istisnalar getirilebileceği anlaşılmaktadır. Henüz kanunlaşmamış olan Malpraktis Kanun Tasarısı'nda da hekimin sır saklama yükümlülüğü, mevcut düzenlemelere paralel

⁴⁵⁴ R.G. 19.02.1960, S. 10436.

⁴⁵⁵ 1981 yılında Dünya Tabipler Birliği'nin 34. Genel Kurulu'nda kabul edilen Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi'nin 4. maddesinde sır saklama yükümlülüğü, "*Hasta hekimden tüm tıbbi ve özel hayatına ilişkilerin gizliliğine saygı duyulmasını bekleme hakkına sahiptir.*" şeklinde düzenlenmiş olup, söz konusu Bildirge'nin 1995 yılında yeniden gözden geçirilmesi üzerine yeni metnin 8. maddesinde bu yükümlülük "*Hastaların sağlık durumu, tıbbi durumu, tanısı, prognozu, tedavisi ve diğer bütün kişisel bilgiler ölümünden sonra bile gizli tutulmalıdır.*" ifadeleriyle düzenlenmiştir. Hekimin sır saklama yükümlülüğüne yer veren bir diğer metin ise Amsterdam Bildirgesi olarak adlandırılan, Avrupa'da Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi'dir. Söz konusu Bildirge'nin 4. maddesine göre, "*Hastanın sağlık durumu, tanısı, prognozu, tedavisi hakkındaki ve kişiye özel tüm bilgiler, ölümünden sonra bile gizli olarak korunmalıdır.*" Aynı maddenin devamında söz konusu bilgilerin yalnızca hastanın açık izni veya mahkemenin istemi üzerine açıklanabileceği öngörülmüştür.

⁴⁵⁶ Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 4. maddesinin 2. fıkrasında yer alan düzenleme uyarınca, hastalar hakkında edinilen bilgilerin tıbbi toplantılar ve mesleki yayınlarda dahi açıklanması yasaktır. Bu bilgiler ancak hastanın kimliğinin gizlenmesi şartıyla tıbbi toplantılarda, ve bilimsel araştırma ve eğitim programlarında kullanılabilir.

⁴⁵⁷ R.G. 20.07.2013, S. 28713.

⁴⁵⁸ Nitekim hekimlik andında da *hizmet bekleyen kimselerin sırlarına saygılı olunacağı ve onların sırlarının saklanacağına* vurgu yapılmaktadır.

şekilde düzenlenmiş, söz konusu yükümlülüğün kapsamı ve sınırları sayma şeklinde sıralanmıştır⁴⁵⁹. Tasarı’da adli vakalar ile bulaşıcı hastalıkların yetkili makamlara bildirilmesi halleri, sır saklama yükümlülüğünün istisnası olarak öngörülmüştür. Görüleceği üzere, sağlık hizmetleri kapsamında hizmetten yararlanan kişilerden toplanan verilerin gizli tutulması ve bunların üçüncü kişilerle paylaşılmaması hem hekimler hem de diğer sağlık çalışanlarına getirilmiş bir yükümlülüktür. Tedaviyi bizzat yürüten hekim sır saklama yükümü altında olmakla birlikte konsültan hekimler, tıbbi müdahaleye katılan asistanlar, ebe, hemşire, hasta bakıcı ve idari memurlar da söz konusu yükümlülüğe tabidir. Benzer şekilde, Fransız Toplum Sağlığı Kanunu’nun L 1110-4 hükmü uyarınca, sağlık hizmeti sunumuna katılan personelin tümü ile sağlık kuruluşu ile ilişkili olan tüm organ ve kurumların sır saklama yükümlülüğüne tabi olduğu öngörülmüştür⁴⁶⁰.

Sağlık verilerinin gizli tutulması yönünden diğerlerine nazaran daha hassas olan grup ise psikiyatri hastalarıdır. Psikiyatrik tedavi gören hastalar hekimlerine kişisel, ailevi, sosyal yaşantılarına dair en özel bilgileri vermekte, hatta çoğu zaman bu bilgilerin eksiksiz ve bütünlük içinde verilmesi hastalığın tedavisi yönünden elzem olmaktadır. Bu bakımdan, psikiyatristler, teşhis ve tedavisini yaptıkları hastaların özel hayatına ilişkin çok geniş kapsamlı bilgiler edinebilmektedir⁴⁶¹. Ruh Hekimliği (Psikiyatri) Meslek Etiği Kuralları’nın “*Sır saklama yükümlülüğü*” başlıklı 6. maddesine göre, psikiyatrik muayene yapılan kişiyle ilgili bütün bilgiler saklı tutulmalıdır. Bu bilgi yalnızca hastanın ruh sağlığını korumak ve geliştirmek amacıyla, hastanın oluru alınarak ve hastanın yararı için gereken ölçüyle sınırlı olarak aile ile ya da başka uzman hekimlerle konsültasyon amaçlı paylaşılabilir⁴⁶². Ruh hekimlerinin kendi siyasal, yönetsel, medyatik ya da maddi çıkarları, akademik,

⁴⁵⁹ Malpraktis Kanun Tasarısı madde 10/4 uyarınca, “*Hastanın yazılı izni dışında, tıbbi hizmetlerin verilmesi sırasında öğrenilen sırlar ile hastanın kimliği, tıbbi amaçlı olsun veya olmasın toplantı ve yayınlarda açıklanamaz. Hasta ile ilgili tıbbi kayıtlar, test sonuçları, hatırlanan konuşmalar, olaylar ve tedavisi ile ilgili bütün belge ve bilgiler hastanın yazılı izni olmaksızın açığa vurulamaz. Adli vakalar ve bildirimi zorunlu hastalıkların yetkili makamlara bildirilmesi yükümlülüğünün ihlali sayılmaz.*”

⁴⁶⁰ Laude / Mathieu / Tabuteau, **age.**, s. 326.

⁴⁶¹ Laude / Mathieu / Tabuteau, **age.**, s. 324; Büyükcay, **agm.**, s. 385; Sarp, **agm.**, s. 12.

⁴⁶² Avrupa İnsan Hakları Komisyonu da bir kararında, psikiyatri hastasına ilişkin olarak klinikte tutulmuş olan dosyanın ancak görevli sağlık ekibi ve kanunla açıkça belirtilmiş sınırlı sayıda kişiye gösterilmesinin Sözleşme’nin 8. maddesine uygun olacağını, aksi durumun özel hayatın gizliliğinin korunması hakkı ile bağdaşmayacağını vurgulamıştır. (AİHK, Chave / Fransa, 09.07.1991, BN. 14461/88, Hudoc.echr.coe.int.)

mesleki veya kişisel yararları doğrultusunda hastasıyla ilgili bilgileri açıklamaları ise açıkça yasaklanmıştır⁴⁶³.

Hekimin sır saklama yükümlülüğü bakımından sırrın hasta tarafından bizzat verilmesi ya da hekim tarafından yapılan tetkikler sonucunda ortaya çıkması önem arz etmemektedir. Her iki durumda da öğrenilen bilgilerin gizli tutulması zorunludur. Sağlık personelinin sır saklama yükümlülüğü yalnızca hastanın hayatta olması durumunda değil, ölümü halinde öldükten sonra da devam edecektir. Başka bir ifadeyle, ölen hastalara ait kişisel sağlık verilerinin de gizli tutulması gerekecektir⁴⁶⁴. Öte yandan, sır saklama yükümlülüğü kapsamındaki verinin içeriğinin hastaya ilişkin olması da zorunlu değildir. Sağlık personelinin yürüttüğü faaliyet dolayısıyla hasta dışındaki üçüncü kişinin faaliyetlerini öğrenmesi durumunda da söz konusu bilgileri gizli tutması gerekmektedir⁴⁶⁵.

Ayrıca hastanın tedavisinde birden fazla sağlık biriminin faaliyetinin gerektiği hallerde, her bir birim yalnızca kendi alanını ilgilendiren sağlık verileri hakkında bilgilendirilmekte yetkili olup, uygulayacağı tedavinin kapsamı dışına çıkan hususlar bakımından bilgilendirilmesi özel hayatın gizliliğine ölçsüz bir sınırlama getirecektir⁴⁶⁶. Ayrıca yukarıda belirtildiği üzere, yalnızca hastanın tedavisinde görev alan sağlık çalışanlarının hastaya ait sağlık verilerine erişmesi hukuka uygun olacaktır. Bunun yanında, hekimlik faaliyetleri kapsamında hastanın tedavisinde görev alacak diğer sağlık personeline tedavi amacıyla sınırlı olarak verilen bilgiler ile uzman hekimin asistan ya da stajyer hekimlere hastalık hakkında yaptığı açıklamalar sır saklama yükümlülüğünün ihlali niteliği taşımamaktadır⁴⁶⁷. Ayrıca, bilginin gerçekliği ve doğruluğu kanıtlanmamış olsa dahi, kişisel veri olarak kabul edilmekte ve bu kapsamda korunmaktadır⁴⁶⁸. Dolayısıyla teşhis ve tedavinin

⁴⁶³ Aynı düzenlemenin 7. maddesi ise, ruh hekimlerinin muayene etmedikleri kişilerle ilgili olarak, kitle iletişim araçları üzerinden yorum ya da tanıda bulunmalarını yasaklamaktadır.

⁴⁶⁴ Esper / Dupont, *age.*, s. 719; Memetau / Girer, *age.*, s. 297. Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları madde 9/1; Hasta Hakları Yönetmeliği madde 21/2. Bu ihtimale ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı için bkz. AİHM, *Plon / Fransa*, BN. 58148/00, T. 27.05.2003, Hudoc.echr.coe.int.

⁴⁶⁵ Pervin Yıldız, “Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, **Adli Bilimciler Derneği I. Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi**, (Marmaris 01 - 04 Mayıs 2014), Ed. İ. Hamit Hancı, Cahid Doğan, Seçkin Yayıncılık, Nisan 2015, s. 201. Aksi yönde görüş için bkz. Karasu, *age.*, s. 47.

⁴⁶⁶ Laude / Mathieu / Tabuteau, *age.*, s. 330; Gökcan, *age.*, 104; Esper / Dupont, *age.*, s. 718; Memetau / Girer, *age.*, s. 691.

⁴⁶⁷ Truchet, *age.*, s. 259; Avcı, *agm.*, s. 237.

⁴⁶⁸ Yeşilyurt, *agm.*

yanlış ya da tıbbi standartlara aykırı olması, kişisel verilerin üçüncü kişilere açıklanmasını hukuka uygun hale getirmeyecektir.

Herkes tarafından bilinen ya da bilinmesi mümkün olan, özellikle fiziksel sağlığa ilişkin sağlık bilgileri niteliği gereği sır olarak değerlendirilemeyeceğinden, bu bilgilerin üçüncü kişilere aktarılması söz konusu yükümlülüğün ihlali niteliği taşımayacaktır⁴⁶⁹.

Yukarıda yer verilen mevzuat hükümleri dikkate alındığında, hekimlerin ve diğer sağlık personelinin, meslekleri dolayısıyla öğrenmiş oldukları kişisel verileri üçüncü kişilere açıklamaları kesin olarak yasaklanmıştır⁴⁷⁰. Ancak, sağlık personelinin hizmetten yararlananlardan öğrendikleri tüm bilgilerin gizlilik kapsamına girip girmediği hususunda öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Söz gelimi, koruyucu aile hekimliği faaliyeti kapsamında yaptığı serviks kanseri taraması sırasında hekimin, bir hastanın cinsel partnerinin çok eşli ilişkisi olduğunu öğrenmesi durumunda söz konusu bilginin sır saklama yükümlülüğü doğrultusunda gizli tutulup tutulmayacağı bu kapsamda değerlendirilebilir.

Öğretideki bir görüş, hastalığın teşhisi ve tedavisi ile doğrudan ilişkili olan verilerin sır saklama yükümlülüğü kapsamında gizliliğinin sağlanması gerektiğini; teşhis ve tedavi ile doğrudan ilgisi olmamakla birlikte, hastadan öğrenilen diğer bilgilerin gizliliğinin sağlanması bakımından sağlık çalışanlarının yükümlülük altında bulunmadıklarını kabul etmektedir⁴⁷¹. Yine, hekimlik sıfatını kullanmaksızın

⁴⁶⁹ Hancı, **agm.**, s. 93; Gökcan, **age.**, s. 100. Buna karşılık, hizmetten yararlanan kişinin bu bilgilerin dahi gizli tutulmasını açıkça talep etmesi durumunda, söz konusu bilgilerin de sır saklama yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmesi gerekeceği öğretide ileri sürülmektedir. (Serkan Kızılyel, “Sağlık Hizmetlerinin Sunumunda Sır Saklama Yükümlülüğünün İdare Hukukuyla Etkileşimi Üzerine”, **Sağlık Hukuku Digestası**, S. 1, 2009, s. 331). Karasu, toplumun üzerinde durmayacağı ve her yerde söyleneblen, nezle grip gibi alelade hastalıkların sır saklama yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmeyeceğini ileri sürmektedir. Kanaatimizce hastalıklar arasında böyle bir ayrımın yapılması tamamen sübjektif ölçütlere dayanacağından uygulanması adil olmayan sonuçlar yaratabilecektir. Keza toplumun geneli bakımından önem taşımayan bir hastalığın belli bir kişi bakımından gizli tutulmasında yarar olabilmektedir. (Karasu, **age.**, s. 66.)

⁴⁷⁰ Hastalara ait kişisel sağlık verilerinin üçüncü kişilerle paylaşılması aynı zamanda Türk Ceza Kanunu’nun 258. maddesi uyarınca suç teşkil etmektedir. Söz konusu düzenleme uyarınca, görevi nedeniyle kendisine verilen veya aynı nedenle bilgi edindiği ve gizli kalması gereken bilgileri açıklayan veya ne suretle olursa olsun başkalarının öğrenmesini kolaylaştıran hekim hapis cezası ile cezalandırılır.

⁴⁷¹ Karasu, **age.**, s. 46; Mehmet Özgür Avcı, “Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, **Sağlık Hukukunda Dünyadaki Son Gelişmeler**, İstanbul, 2009, s. 235; Bu hususa ilişkin olarak Doğan, “meslek sırasında öğrenilmiş olma” ve “meslek sebebiyle öğrenilmiş olma” ifadeleri arasında ayırma

öğrenilen bilgiler de hekimin sır saklama yükümlülüğü kapsamında değildir⁴⁷². Diğer görüş ise, sağlık personelinin mesleki faaliyetleri kapsamında öğrendikleri tüm bilgilerin sır saklama yükümlülüğü çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Bu ikinci görüşe göre, korunması gereken husus hasta ile hekim arasındaki güven ilişkisi olup, hastanın hekime güvenerek tüm bilgilerini aktarması için gizlilik yönünden bilgiler arasında ayırım yapılmaması gerekecektir. Bu kapsamda, hastalığın türü, anamnez, teşhis, tedavi, muayene ve tetkik sonuçları gibi hastalığa ait bilgilerin yanında; hastanın kişisel, ailevi, mesleki, sosyal ve ekonomik hayatına dair bilgiler de sır saklama yükümlülüğü kapsamında korunacaktır⁴⁷³. Hatta hastanın hekime başvurmuş olması dahi başlıbaşına sır kapsamında yer almaktadır⁴⁷⁴.

Gerek Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi ve gerek Amsterdam Bildirgesi'nde yer alan düzenlemeye göre, yalnızca hastanın sağlık durumu, tanısı, tedavisi hakkındaki bilgilerin değil, hastaya ait tüm bilgilerin sır saklama yükümlülüğü kapsamında korunması gerekmektedir. Bunun yanında Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 23. maddesinde “*kişisel sağlık verileri*” değil, “*sağlık hizmetinin verilmesi sebebiyle edinilen bilgiler*” ifadesinin tercih edilmiş olması, hastadan öğrenilen tüm kişisel bilgilerin korunması gerektiğine işaret etmektedir⁴⁷⁵. Bu sebeple, kanaatimizce hastaya ait tüm kişisel verilerin sır saklama yükümlülüğü

gidilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. “*Meslek sırasında öğrenme*” zamansal bir kavram olup, “*meslek sebebiyle öğrenmiş olma*”yı da içine alan bir kavramdır. Düzenlemeye yer alan “*meslek sebebiyle öğrenilmiş olma*” ifadesinden mesleğin yürütülmesi sırasında öğrenilen tüm bilgilerin değil, yalnızca mesleğin yapılması sebebiyle öğrenilen bilgilerin anlaşılması gerektiğini savunmuştur. (Doğan, **agm.**, s. 108.)

⁴⁷² Söz gelimi hekimin akrabalık ya da başka bir kişisel ilişkisi kapsamında üçüncü kişilerden edindiği sağlık verileri sır saklama yükümlülüğü kapsamında sorumluluk yaratmayacaktır.

⁴⁷³ Karadibak / Çınarlı, **agm.**, s. 67; Hakeri, **age.**, s. 704; Yıldız, **agm.**, s. 201; Yeşilyurt, **agm.**, Hancı, **agm.**, s. 136; Hızal, **age.**, s. 28; Aşçıoğlu, **age.**, s. 47; Aydaş, **age.**, s. 37; Nilgün Sarp, “Hekimlerin Sır Saklama Yükümlülüğü”, “Hekimlerin Sır Saklama Yükümlülüğü”, **Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Lefke Avrupa Üniversitesi II. Sağlık Hukuku Sempozyumu**, Adalet Yayınevi, 2011, s. 10; Ali Cem Budak, “İspat Hukuku Açısından Hekimin Meslek Sırrı”, **Sağlık Alanında Etik ve Hukuk Uluslararası Sempozyumu**, Yeditepe Üniversitesi ve Roche Müstahzarları Sanayi A.Ş., 2008, s. 547. Fransız hukukundaki aynı yöndeki görüş için bkz. Sylvie Welsch, **Responsabilité du medecin**, 2e edition, Utec Groupe Lexisnexis, 2003, s. 151; Memetau / Girer, **age.**, s. 691; Laure / Anger, **age.**, s. 421; Markus, **agm.**, s. 28; Laude / Mathieu / Tabuteau, **age.**, s. 325; Esper / Dupont, **age.**, s. 711.

⁴⁷⁴ Veysel Başpınar, “Tıp Etiği ve Bilgi Edinme Hakkı Açısından Meslek Sırrı”, **Sağlık Alanında Etik ve Hukuk Uluslararası Sempozyumu**, Yeditepe Üniversitesi ve Roche Müstahzarları Sanayi A.Ş., 2008, s. 583; Hızal, **age.**, s. 29.

⁴⁷⁵ Keza Hipokrat Andı'nda, yer alan “*Tedavi sırasında ya da hatta tedavi dışında, insanların yaşamlarına ilişkin, dışarıya yayılmaması gereken şeyler görür ya da işitirsem, bunları kendime saklayacağım ve sözünü etmeyi ayıp sayacağım.*” ifadesinden de hekimlerin yalnızca kişisel sağlık verilerini değil, teşhis ve tedavi sırasında öğrendikleri tüm kişisel verilerin gizli tutmakla yükümlü olduğu anlamı çıkarılabilmektedir.

kapsamında korunması daha yerinde olacaktır. Türkiye'nin taraf olduğu yukarıdaki uluslararası metinlerde yer alan düzenlemeler bir yana, ulusal düzenlemelerde de “*tıbbi veriler*” ile “*diğer özel veriler*” arasında ayrıma gidilmediğinden tüm verilerin korunmasının zorunlu tutulduğu anlaşılmaktadır.

Ancak, sağlık çalışanlarının yürüttükleri faaliyetler nedeniyle öğrendikleri bilgilerin tümünün gizli tutulmasının öngörülmesi, bu kişileri ağır ve ölçsüz bir kısıtlama altına alacaktır. Yürüttükleri faaliyet nedeniyle öğrendikleri tüm bilgilerin değil, ancak gerçek anlamda sır niteliği taşıyan bilgilerin açıklanması, bu yükümlülüğün ihlali olarak değerlendirilmelidir⁴⁷⁶. Yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda, sağlık personelinin kişisel sağlık verilerini saklama yükümlülüğünün olması için ilgisinin söz konusu bilginin toplum tarafından öğrenilmesini istemediğinin varsayılabilir olması ve söz konusu bilginin henüz toplum tarafından bilinmiyor olması gerekmektedir⁴⁷⁷.

Sır saklama yükümlülüğü bakımından tartışmalı olabilecek bir diğer husus da, sağlık hizmetlerinin sunumu sırasında hekim tarafından öğrenilen hasta dışındaki üçüncü kişilere ait bilgilerin saklanması zorunlu olup olmadığıdır. Şöyle ki, hasta üzerinde özellikle genetik veya cinsel yollarla bulaşan hastalıklar olmak üzere birtakım hastalıklar hakkında teşhis konulması ihtimalinde, sağlık personeli hastanın başta alt ve üst soy olmak üzere yakınlarına ya da cinsel ilişki yaşadığı kişilere ait sağlık verilerine de sahip olabilmektedir. Yine, psikolojik hastalıkların tedavisi sırasında yapılan terapi ve diğer müdahaleler sırasında da hasta dışındaki üçüncü kişilere ait bilgiler hekim tarafından edinilebilmektedir. Böyle bir durumda sır saklama yükümlülüğünün üçüncü kişilere ait sırları da kapsayıp kapsamadığı ayrıca önem taşımaktadır. Öğretide *Avcl*, hekimin mesleğini icra ederken ilişki kurduğu hasta dışında kalan kişilere ait öğrenmiş olduğu bilgilerin meslek sırrı niteliği taşımayacağını, bu kuralın tek istisnasının bulaşıcı hastalıkları hastaya taşıyan

⁴⁷⁶ Sır saklama yükümlülüğünün kapsamı bakımından daha sübjektif bir yaklaşım ileri süren *Deryal*'a göre de, hasta tarafından hekime anlatılan ya da hekim tarafından yapılan muayene ve tahliller sonucunda elde edilen bilgilerin tümünün sır olarak nitelendirilmesi yerine açıklanmamasında hastanın menfaatinin bulunduğu verilerin sır saklama yükümlülüğü kapsamında korunması gerekmektedir. (Yahya Deryal, “Hastanın Özel Yaşamına Saygı Hakkının İki Boyutu: Hasta Sırrının Korunması ve Beden Mahremiyeti”, **Sağlık Hukuku Kurultayı 1 – 3 Kasım 2006 Ankara**, Ankara Barosu Yayınları, 2007, s. 78; Aynı yönde görüş için bkz. Doğan, *age.*, s. 106.)

⁴⁷⁷ Pervin Yıldız, “Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, **Adli Bilimciler Derneği I. Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi**, (Marmaris 01 - 04 Mayıs 2014), Ed. İ. Hamit Hancı, Cahid Doğan, Seçkin Yayıncılık, Nisan 2015, s. 203; Başpınar, *agm.*, s. 584; Doğan, *agm.*, s. 107.

kişilere ait bilgiler olduğunu ileri sürmektedir⁴⁷⁸. Kanaatimizce bu yaklaşım isabetli değildir. Sağlık verilerinin gizli tutulması yükümlülüğüne ilişkin düzenlemelerin yukarıda açıklanan lafzi yorumunun yanında, başta psikolojik hastalıkların tedavisi olmak üzere pek çok tıbbi müdahale sırasında hasta dışındaki üçüncü kişilere ait bilgiler hekim tarafından kaçınılmaz şekilde öğrenilmektedir. Bu verilerin gizliliğinin sağlanmaması hastadan ziyade üçüncü kişinin sağlık verilerinin korunması yükümlülüğünün ihlaline sebep olacaktır⁴⁷⁹.

Sağlık verilerinin gizliliğinin ihlali sağlık çalışanının bir eylemi⁴⁸⁰, eylemsizliği⁴⁸¹ ya da ihmali sonucunda gerçekleşebilir. Burada önemli olan verilerin gizliliğinin ortadan kalkmış olmasıdır. Dolayısıyla gerek sırrın açıklanma biçimi ve gerek kullanılan araç önem taşımamaktadır. Söz gelimi hekimin hastaya ait verilerin yer aldığı dosyayı üçüncü kişilerin ulaşabileceği bir ortamda açık bir şekilde bırakması, hastaya ait sağlık bilgilerini yazılı ya da sözlü bir şekilde üçüncü kişilerle paylaşması hekimin sorumluluğuna yol açacaktır.

Üçüncü kişi konumunda olan hasta yakınlarına hastaya ait kişisel sağlık verilerinin açıklanmasının mümkün olup olmadığı ise tartışmalıdır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin "*Bilgi Verilmesini Yasaklama*" başlıklı 20. maddesine göre, kişinin sağlık durumu hakkında kendisinin, yakınlarının ya da hiç kimsenin bilgilendirilmemesini talep etmesi mümkündür⁴⁸². Böyle bir durumda, hasta yakınlarına bilgi verilmesi mümkün olmayacaktır. Hastanın böyle bir talebinin olmadığı durumda ise *Karasu*, tedavinin gereği zorunlu kılmadıkça sağlık verilerinin yakınlarla bildirilmemesi gerektiğini; buna karşılık ailesinin gözetiminde tedavi gören hastanın ailesine yapılan bildirimlere rızasının varlığının kabul edilmesi

⁴⁷⁸ Avcı, **agm.**, s. 236, Karasu, **age.**, s. 47.

⁴⁷⁹ Aynı yönde Başpınar, **agm.**, s. 590; Yıldız, **agm.**, s. 201; Memetau / Girer, **age.**, s. 277.

⁴⁸⁰ Uyuşmazlık Mahkemesi önüne gelen bir olayda, sağlık kuruluşunda bilgisi dışında çekilen çıplak fotoğrafları internette yayınlanması sonucunda hastanın uğramış olduğu zarardan hizmet kusuru nedeniyle idarenin sorumlu olduğuna karar verilmiştir. (UM, 22.10.2018, E. 2018/462, K. 2018/565, RG. 20.11.2018, S. 30601.)

⁴⁸¹ Söz gelimi, hasta dosyasının hastanın yatağının kenarında bırakılması, hastayı ziyarete gelen kişilerin dosyaya ulaşarak inceleyebiliyor durumda olması kişisel sağlık verilerinin saklanması yükümlülüğünün ihlaline neden olabilecektir. (Hancı, **agm.**, s. 137.)

⁴⁸² Öğretide Başpınar ise, kişinin sağlık durumu hakkında bilgi edinmekten tümüyle vazgeçemeyeceğini, böyle bir durumun kişinin kendi geleceğini belirleme hakkını ölçsüz şekilde sınırlayacağını ileri sürmüştür. (Başpınar, **agm.**, s. 589.)

gerektiğini ileri sürmektedir⁴⁸³. Mümeyyiz küçüklerin sağlık bilgilerinin yasal temsilcilerine verilmesi sır saklama yükümlülüğünün ihlaline yol açmamaktadır⁴⁸⁴.

Kişisel sağlık verilerinin gizli tutulması kuralının bazı istisnaları bulunmaktadır. Dolayısıyla sır saklama yükümlülüğü mutlak nitelikli bir kural değildir. İlk olarak, hastanın rızasının bulunduğu hallerde sağlık verilerinin üçüncü kişilere açıklanması sağlık çalışanının sorumluluğuna yol açmayacaktır⁴⁸⁵. Sağlık verilerinin gizliliği kural, açıklanması istisna olduğundan; ancak hastanın izin verdiği kadar bilginin, izin verdiği kişilere açıklanması mümkün olacaktır⁴⁸⁶. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 23. maddesinin ikinci fıkrasına göre, kişinin rızası bulunsa dahi, kişilik haklarından bütünüyle vazgeçilmesi veya aşırı şekilde sınırlandırılması neticesini doğuran hallerde bilginin açıklanması bunları açıklayanın sorumluluğuna neden olacaktır. Dolayısıyla hastanın kendi rızasıyla dahi, tüm kişisel sağlık verilerinin açıklanmasına izin vermesi mümkün değildir. Böyle bir durumda sağlık verilerini ifşa eden sağlık çalışanının sorumluluğu devam edecektir⁴⁸⁷. Ayrıca, açıklamanın zararlı sonuçlar doğuracağı durumlarda hastanın rızası bulunsa dahi sağlık verilerinin gizli tutulması gerektiği öğretide savunulmaktadır⁴⁸⁸.

Öğretide *Yeşilyurt*, hastaya durumuyla ilgili olarak üçüncü kişilere bilgi verilip verilmeyeceğinin tedavi öncesinde, onam alma aşamasında sorulması ve bu

⁴⁸³ Karasu, *age.*, s. 71.

⁴⁸⁴ "(...) başvurunun ameliyat olmadan önce birçok kez ilgili doktorlar tarafından muayene edildiği ve hastanın bilgilendirildiğine dair ve onay formlarının başvurunun eşi ve kızı tarafından imzalanmış olduğu anlaşılmaktadır. Buna karşılık, ameliyatlara girmeden önce bilincinin kapalı veya karar veremeyecek bir durumda olması yahut ameliyatın acilen yapılması gerektiği gibi bir durumdan da söz edilemediği görülmektedir. Dolayısıyla neden başvuru yerine yakınlarının bu formları imzaladığı hususu ilgili doktorlar ve hastane tarafından açıklanamamıştır." (AYM, BB, *Fındık Kılıçaslan*, 11.10.2018, BN. 2015/97, bkz. Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası) Karasu, mümeyyiz küçükler için kişisel verilerin korunmasında ikili bir ayırım yapılması gerektiğini ileri sürmektedir. Buna göre, tedavi sürecinde anne ve babanın müdahalesinin gerekmediği hallerde çocuğun ergin kabul edilerek sağlık verilerinin gizli tutulması gerektiğini; buna karşılık gizliliğin çocuğun sağlığı yönünden tehlike yaratacağı hallerde verilerin anne babası ile paylaşılması gerektiğini savunmaktadır. (Karasu, *age.*, s. 72; aynı yönde Avcı, *agm.*, s. 238.)

⁴⁸⁵ Türk Hekimler Birliği Meslek Etiği Kuralları madde 9/2; Hasta Hakları Yönetmeliği madde 23/2. Aynı husus Amsterdam Bildirgesi'nin 4. maddesi ile Lizbon Bildirgesi'nin 8/b hükmünde düzenlenmektedir. Buna karşılık, Fransız Yargıtayı'nın Ceza Dairesi'nin verdiği bir kararda, hastanın rızası bulunan hallerde dahi hekimin sır saklama yükümlülüğüne uygun hareket etmesi gerektiği ortaya konularak, hastanın rıza verdiği halleri hükmünde sır saklama yükümlülüğünün istisnası olarak öngören Fransız Toplum Sağlığı Kanunu'nun L 1110-4 düzenlemesinin aksi yönünde karar verilmiştir. (Cass crim, 5 juin 1985 : Bull. Crim. no 218; aktaran Truchet, *age.*, s. 260.)

⁴⁸⁶ Yıldız, *agm.*, s. 203. Malpraktis Kanun Tasarısı'nın 10. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan düzenlemede bu rızanın yazılı olarak verilmesi gerektiği düzenlenmiştir.

⁴⁸⁷ Aynı yönde, *Yeşilyurt*, *agm.*, Doğan, *agm.*, s. 130.

⁴⁸⁸ Karasu, *age.*, s. 109.

husustaki rızanın hastane yatış kağıdına yazılması gerektiğini ileri sürmektedir⁴⁸⁹. Ancak Yönetmelik'te söz konusu rızanın alınma usulü ve alınacağı zamana ilişkin herhangi bir düzenleme olmamasından hareketle, rızanın tedavinin her aşamasında verilebileceğini söyleyebiliriz.

Mümeyyiz küçükler de sağlık verilerinin açıklanmasına rıza gösterebilirler. Nitekim 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 16. maddesi uyarınca, ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, kural olarak yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, hukuki işlemlerde bulunamazlar. Ancak kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir. Kişinin sağlık verileri doğrudan kendi özel hayatına ilişkin olduğundan bu verilerin korunmasının kişiye sıkı surette bağlı olduğu şüphesizdir. Bu bakımdan söz konusu rızanın mutlaka kişinin kendisi tarafından verilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Böyle bir durumda, mümeyyiz küçük ile veli ya da vasisinin sağlık verilerinin açıklanması hususundaki iradelerinin çatışması durumunda hangi iradenin esas alınacağı belirsizdir. Konuya ilişkin bir Alman Federal Mahkemesi kararında mümeyyiz küçüğün veli ya da vasisinin iradesine öncelik verilmesi gerektiğine hükmedilmiştir⁴⁹⁰. Kanaatimizce böyle bir durumda dahi küçüğün rızasının tamamen dışlanması, kendisine sıkı surette bağlı bir hakkının kişiden alınmasına sebep olacağından ölçüsüz bir sınırlama teşkil edecektir⁴⁹¹. Buna karşılık, rıza göstermemesi nedeniyle ailesine bildirim yapılmayan sağlık durumunun küçüğün yaşamsal tehlike içine düşmesine neden olması durumunda, yaşam hakkının ön planda tutulması suretiyle sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranılması hukuka aykırılık oluşturmamalıdır. Başka bir Alman Federal Mahkemesi kararına konu olayda, küçük kız çocuğunun hamileliği hakkında hekim tarafından ailesine bildirim yapılmamış, hekimin tavsiyelerine uymayan çocuk hastaneye başvurmaması nedeniyle oluşan komplikasyon nedeniyle hayatını kaybetmiştir. Kararında Mahkeme, hekimin kız çocuğunu korumak amacıyla ailesine bildirimde bulunmamasının hukuka aykırılık oluşturacağına karar vermiştir⁴⁹².

⁴⁸⁹ Yeşilyurt, **agm.**

⁴⁹⁰ Yıldız, **agm.**, s. 204.

⁴⁹¹ Aynı yönde görüş için bkz. Büyükay, **agm.**, s. 392.

⁴⁹² Büyükay, **agm.**, s. 391.

Halk sağığının korunması, kişisel sağık verilerinin gizliliğı kuralının bir diğerk istisnasını oluşturmaktadır. Halk sağığı ile hastanın özel hayatının gizliliğinin çatışması ihtimalinde, toplum sağığına öncelik verilecek olup, bu kapsamda hastaya ait sağık verilerinin ifşası sorumluluk yaratmayacaktır. Özellikle bulaşıcı hastalıklara yakalanan kişilerin yetkili makamlara ihbar edilmesi idarenin gerekli tedbirleri alması bakımından önem taşımaktadır. Bu kapsamda, 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nun "*Memleket dahilinde sari ve salgın hastalıklarla mücadele*" başlıklı 57. maddesine göre kolera, veba, tifüs, tifo, çiçek, difteri, menenjit, uyku hastalığı, dizanteri, lohusa humması, ruam, kızıl, şarbon, çocuk felci, kızamık, cüzam, döneş ateş ve brusellos hastalıklarından biri ortaya çıkar, bunların birinden şüphe edilir, bu hastalıklardan ölüm meydana gelir veya ölümün bu hastalıklardan biri sebebiyle meydana geldiğinden şüphe olunursa durumun haber verilmesi zorunludur⁴⁹³. Ayrıca aynı Kanun'un 108. maddesi uyarınca zührevi bir hastalığa sahip olup, tedavisini yarıda bırakan hastaların da hekim tarafından idari makamlara ihbar edilmesi bir yükümlülüktür⁴⁹⁴. Benzer bir düzenleme Fransız Toplum Sağığı Kanunu'nun L 3113 hükmünde yer almaktadır. Buna göre, hekimin toplum sağığı bakımından tehlike oluşturabilecek bulaşıcı hastalıkları yerel makamlara ihbar etme yükümlülüğü bulunmaktadır⁴⁹⁵.

Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nda yer almamakla birlikte cinsel yolla ya da kan aktarımı yoluyla bulaşabilecek AIDS, hepatit gibi hastalıkların bildiriminin yapılp yapılmayacağı hususu belirsizdir. Söz konusu hastalıklar özellikle eşlerden birbirine kolayca bulaşabildiğinden, bu kapsamda en azından hasta olmayan eşe bildirim yapılmasında yaşam hakkının korunması bağlamında idarenin pozitif yükümlülüğünün bulunduğu görüşündeyiz⁴⁹⁶. Keza bu hallerde sağıklı eşin yaşam hakkı ile hasta olan eşin özel hayatın gizliliğı hakkının çatışması söz konusu

⁴⁹³ 1593 sayılı Kanun'un 58. maddesine göre bu bildirimin hükümet veya belediye tabibine, bunların bulunmadığı hallerde ise polis veya jandarma karakoluna şifahen yapılması gerekmektedir. Ayrıca Özel Hastaneler Tüzüğü'nün "*Bildirme yükümü*" başlıklı 40. maddesi uyarınca bildirilmesi zorunlu hastalığa yakalanmış olan kimselerin, iyileşmeden sağık kurumundan çıkması ihtimalinde durumun yetkili mercilere bildirilmesi zorunludur.

⁴⁹⁴ Amerika Birleşik Devletleri'nde Amerikan Hastaneler Birliğince düzenlenen Hasta Hakları Uygulama Bildirgesi'nin 6. maddesine göre, halk sağığının korunması bakımından bildirilmesi zorunlu olan hastalıkların yetkili makamlara bildirilmesi, sır saklama yükümlülüğünün ihlalini oluşturmayacaktır.

⁴⁹⁵ Laude / Mathieu / Tabuteau, **age.**, s. 327; Esper / Dupont, **age.**, s. 713.

⁴⁹⁶ Aynı yönde Büyükay, **agm.**, s. 389.

olmaktadır⁴⁹⁷. Bu hallerde yaşam hakkına öncelik verilmesi kanaatimizce daha isabetli olacaktır. Nitekim Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu’nun İkinci Uluslararası HIV / AIDS ve İnsan Hakları Toplantısı sonucunda alınan karar uyarınca, sağlık personelinin “*HIV pozitif bireylerin özgün durumlarını ve mensubu oldukları mesleğin etik ilkelerini göz önüne alarak durumdan HIV pozitif bireylerin eşini haberdar etmeleri*” kararlaştırılmıştır⁴⁹⁸. Konuya ilişkin bir Alman Federal Mahkemesi kararının gerekçesinde ise, HIV virüsü taşıyan kişinin eşine durumun bildirilmesinin sır saklama yükümlülüğü kapsamında sorumluluk yaratmayacağı belirtilmiştir⁴⁹⁹.

Kamu düzeni ile hasta mahremiyetinin çatışması ihtimalinde de kanun koyucu kamu düzenine öncelik vermektedir⁵⁰⁰. Türk Ceza Kanunu’nun 280. maddesinde düzenlenen sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu, kanun koyucunun kamu düzeninin korunması amacıyla kişisel sağlık verilerinin ihbar yoluyla yetkili makamlara bildirilmesine imkan sağlamaktadır⁵⁰¹. Buna göre, “*Görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmeyen veya bu hususta gecikme gösteren sağlık mesleği mensubu, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” Dolayısıyla konusu suç teşkil eden sağlık verilerinin yetkili makamlara bildirilmesi gizlilik ilkesinin ihlalini oluşturmamaktadır. Kanun maddesinin lafzından sağlık hizmetinden yararlanan kişinin suçun faili ya da mağduru olması arasında ayırım gözetilmediği dikkat çekmektedir. Başka bir ifadeyle gerek suçun failinin ve gerek suçun mağdurunun sağlık hizmeti almak üzere karşısına gelmesi durumunda, hekimin ihbar

⁴⁹⁷ Öğretide *Avcı*, hastalığının saklanması yakın çevresinin sağlığı bakımından büyük tehlike oluşturduğu hallerde, hastanın onayı alınmaksızın durumun yakınlarına bildirilmesinin sır saklama yükümlülüğüne aykırılık oluşturmayaacağı ileri sürmektedir. (Avcı, **agm.**, s. 239.)

⁴⁹⁸ Aynı yönde görüş için bkz. Karasu, **age.**, s. 160.

⁴⁹⁹ Hakeri, **age.**, s. 260; Yıldız, **agm.**, s. 205; Büyükay, **agm.**, s. 391. Fransız hukukunda ise Toplum Sağlığı Kanunu’nun R.1131-20-1 hükmü uyarınca böyle bir ihtimalde ancak hastanın onam vermesi durumunda eşine bildirim yapılmasının mümkün olabileceği öngörülmüştür. (Esper / Dupont, **age.**, s. 719.)

⁵⁰⁰ Nitekim söz konusu hakların çatışması ihtimalinde AİHM’in tercihi de bu yöndedir: AİHM., Z. / Finlandiya, BN. 22009/93, T. 25.02.1997, Hudoc.echr.coe.int.

⁵⁰¹ Ayrıca Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği’nin 86. maddesine göre, yataklı tedavi kurumlarında muayene ve tedavi edilen vakalarda, bir suçun işlendiğine dair bir belirti ile karşılaşılması halinde gecikmeksizin Cumhuriyet savcılığına veya adli kolluğa haber verilmesi zorunludur. Benzer şekilde, Özel Hastaneler Tüzüğü’nün 32. maddesi uyarınca, durumundan kuşku duyulan, kimliği belli olmayan hastalar ile adli olayların güvenlik makamlarına bildirilmesi zorunludur.

yükümlülüğü bulunmaktadır⁵⁰². Öte yandan, sağlık personelinin bildirim yükümlülüğünün olduğu suçların, mağdurun vücut bütünlüğüne yönelik olması da gerekli olmayıp, mesleğin icrası sırasında işlendiği tespit etmiş olunan her türlü suçun bildirilmesi zorunludur. Söz gelimi, hakaret suçunun işlenmesini müteakip fail ile mağdur arasında çıkan kavgada yaralanan failin hekim tarafından muayenesi sırasında hakaret suçunu işlemiş olduğunun öğrenilmiş olması ihtimalinde, bu durumun yetkili makamlara bildirilmesi zorunluluğu doğacaktır. Örnekten de anlaşılacağı üzere, TCK madde 280 hükmünün geniş yorumlanması, sağlık çalışanlarını çok geniş ve ölçüsüz bir ihbar yükümlülüğü altında bırakacaktır. Öte yandan bu ihbar yükümlülüğü hastaların sağlık kurumlarına başvurmadan imtina etmesine de sebep olabilecektir. Söz gelimi madde bağımlısı olan hastanın, durumunu ilgili mercilere ihbar edeceği endişesiyle hekime başvurmadan kaçınması ve bu nedenle tedaviden yararlanamaması mümkündür.

Öğretide *Karasu* ise, suçun hastanın yakını tarafından işlenmiş olması ve mağdurun suçun gizli kalmasını istediği hallerde dahi adli makamlara bildirim yapılmasının zorunlu olduğunu ileri sürmektedir⁵⁰³. Kanaatimizce böyle bir durumda ikili bir ayırım yapılması, kovuşturması şikayete bağlı olan suçların ihbarında mağdurun rızasına öncelik verilmesi, şikayete bağlı olmayan suçlarda ise durumun mutlaka adli makamlara bildirilmesi gerekmektedir. Yine, mahkemelerin, hakim ya da savcılarının yargılama kapsamında hekimlerden istemiş oldukları belgelerin gönderilmesi de sır saklama yükümlülüğünün ihlali niteliği taşımayacaktır. Buna karşılık, söz konusu bilgilerin hasta mahremiyetini koruyacak şekilde ve yargılama ile ilgili olduğu ölçüde yargı makamları ile paylaşılması gerekmektedir⁵⁰⁴.

Hekimin kendisini⁵⁰⁵, üçüncü kişileri⁵⁰⁶ ya da hastanın hayatını veya sağlığını korumak amacıyla hastaya ait kişisel sağlık verilerini yetkili mercilere ileterek

⁵⁰² 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan düzenlemeden farklı olarak, 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun 530. maddesine göre, ihbarın hasta aleyhine bir takibat yapılmasına neden olması ihtimalinde hekimin sır saklama yükümlülüğü devam edecek ve ihbar yükümlülüğü bulunmayacaktır. 5237 sayılı TCK'da yer alan düzenlemenin suç faillerinin sağlık hizmetlerinden yararlanmaktan kaçınmalarına yol açacağı, bu durumun da başta maddi ve manevi varlığı koruma olmak üzere Anayasal hakların uygulanması yönünden sorunlara yol açacağı gözetildiğinde, 765 sayılı TCK'da yer alan düzenlemenin sağlık hakkının korunması bakımından daha isabetli olduğu kanaatindeyiz.

⁵⁰³ Karasu, *age.*, s. 81; Aynı görüşte Hancı, *agm.*, s. 97.

⁵⁰⁴ Yıldız, *agm.*, s. 211.

⁵⁰⁵ Söz gelimi yaptığı hatalı tıbbi müdahale nedeniyle hakkında dava açılması ihtimalinde hekimin kendisini savunmak için hastaya dair birtakım sağlık verilerini mahkemeye açıklaması sır saklama

bildirimde bulunması mümkündür. Bu ihtimal hekimin zorunluluk hali olarak da nitelendirilmektedir⁵⁰⁷. Söz gelimi, görme yeteneğinin sürücü belgesi alamayacak ölçüde bozuk olmasına karşın bir şekilde sürücü belgesi almış olan hastanın durumunu askerlik muayenesi sırasında fark eden aile hekiminin, durumu yetkili makamlara bildirmesi ve bunun sonucunda sürücü belgesinin geri alınması gerek hastanın kendi sağlığı ve gerek toplumun güvenliği bakımından hukuka uygun olacaktır⁵⁰⁸.

Benzer bir düzenleme 2002 tarihli Fransız Toplum Sağlığı Kanunu'nda da yer almaktadır. Anılan Kanun'un L 4127-44 hükmüne göre, silah sahibi olduğu bilinen bir hastanın gerek kendisi ve gerek üçüncü kişiler bakımından tehlike oluşturduğunun tespit edildiği hallerde durumun hekim tarafından valiye haber verilmesi zorunludur. Anılan Kanun'un L 226-14 düzenlemesine göre kişinin akıl sağlığı yönünden kendisi veya üçüncü kişiler bakımından tehlike oluşturduğunun tespit edildiği hallerde ve ayırt etme gücü bulunmayan kişiler ile küçüklerin cinsel ya da psikolojik yönden tehdit altında olduklarının tespiti halinde, hekimin durumu adli ve idari makamlara bildirmesi zorunludur. Kanunla öngörülmüş olan söz konusu bildirimin yapılması, sır saklama yükümlülüğünün ihlali olarak nitelendirilemeyecektir⁵⁰⁹.

Nitekim Dünya Tabipler Birliği'nin Uluslararası Hekimlik Etiği Kuralları'nın “*Hekimlerin Hastalarına Karşı Görevleri*” başlıklı ikinci kısmının dördüncü bendine göre de, “*Hasta (...) ya da diğer kimseler için gerçek ve olası bir tehlike bulunuyorsa*

yükümlülüğünün ihlali olarak nitelendirilemez. Bu ihtimali *Karasu* hekimin ıztırar hali olarak nitelendirmekteyse de (*Karasu*, **age.**, s. 106.) *Doğan*, bu hallerde hastanın sırlarının açıklanmasına zımni olarak rıza gösterdiğinin kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. (*Doğan*, **agm.**, s. 128.) Aynı istisnai durum Fransız hukukunda da kabul görmektedir. (*Welsch*, **age.**, s. 160.) Kanaatimizce burada hekimin savunma hakkının icrasından kaynaklanan bir hukuka uygunluk hali bulunmaktadır. Nitekim somut örnekte hekimin hastaya ait sağlık verilerini mahkeme önünde paylaşmaksızın savunma hakkını kullanması mümkün olmayacaktır.

⁵⁰⁶ Amerikan yargısı önüne gelen bir olayda, ABD'nin Kaliforniya eyaletinde sürekli olarak psikoterapiste giden bir hasta, psikoterapi seansı sırasında Bayan Tarasoff'u öldüreceğini söylemesine karşın bu durum terapist tarafından kendisiyle paylaşılmayan Bayan Tarasoff kısa bir süre sonra hasta tarafından öldürülmüştür. Mahkeme bu kararda hekimin başkalarının hayatını tehdit eden bilgileri paylaşmamasının sorumluluğa yol açacağı yönünde hüküm kurmuştur. (*Doğan*, **agm.**, s. 140.)

⁵⁰⁷ Başpınar, **agm.**, s. 596; Yeşilyurt, **agm.**

⁵⁰⁸ Aynı yönde görüş için bkz. *Karasu*, **age.**, s. 78. Benzer şekilde silah ruhsatı alan bir kişinin, ruh sağlığının bozulduğunun hekim tarafından tespit edilmesi halinde, durumun yetkili mercilere bildirilmesi sır saklama yükümlülüğünün ihlali olmayacaktır. (*Doğan*, **agm.**, s. 110.)

⁵⁰⁹ Truchet, **age.**, s. 258; Laude / Mathieu / Tabuteau, **age.**, s. 340; Memetau / Girer, **age.**, s. 279; Esper / Dupont, **age.**, s. 714; Büyükay, **agm.**, s. 390.

ve bu tehdit ancak gizliliğin bozulması ile ortadan kaldırılabiliyorsa, özel bilgiyi açıklamak etikdir.” ifadeleriyle hastanın veya üçüncü kişilerin sağlığının korunması amacıyla kişisel verilerinin açıklanmasının mümkün olduğu ortaya konulmuştur⁵¹⁰.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun 78. maddesinde Sosyal Güvenlik Kurumu ile sözleşmesi olan, tüm sağlık hizmeti sunucularına, sağlık hizmeti sunduğu tüm kişilere ait sözleşme hükümlerinde yer verilen sağlık bilgilerini, belirlenen yöntemlere ve süreye uygun biçimde elektronik ortamda veya yazılı olarak göndermek zorunluluğu öngörülmüştür. Bu bilgiler gönderilmeksizin talep edilen sağlık hizmeti bedellerinin, bilgiler gönderilinceye kadar ödenmeyeceği düzenlenmiştir. Kanunun öngördüğü zorunluluk kapsamında hastalara ait bazı sağlık verilerinin Sosyal Güvenlik Kurumu ile paylaşılması, kişisel sağlık verilerinin gizliliği kuralının istisnasını oluşturmaktadır⁵¹¹. 5510 sayılı Kanun’da yer alan düzenlemenin benzeri Fransız Sosyal Güvenlik Kanunu’nun (Code de sécurité sociale) L 161-29 hükmünde yer almaktadır. Sosyal güvenlik kurumları sağlık kuruluşlarından ve medikososyal birimlerinden kişilere ait sağlık verilerini, ancak sağlık harcamalarının hesaplanması ve düzenlenmesi amacıyla elde edilebilmektedir⁵¹². Ancak bu ihtimalde Sosyal Güvenlik Kuruluşu da bu bilgileri gizli tutmakla yükümlü olacaktır⁵¹³.

Son olarak hastaya ait sağlık verilerinin gizliliğinin korunması kuralının bir istisnası da Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 19. maddesinin üçüncü fıkrasında yer almaktadır. Buna göre, tedavisi olmayan bir teşhis, ancak bir tabip tarafından ve tam bir ihtiyat içinde hastaya hissettirilebilir veya bildirilebilir. Bu durumlarda, hastanın aksi yönde bir talebinin bulunmaması veya açıklanacağı şahsın önceden

⁵¹⁰ Türk Tabipler Birliği (TTB), Dünya Tabipler Birliği’nin Venedik Bildirgesi (Dünya Tabipler Birliği’nin Uluslararası Hekimlik Etiği), **Fusun Sayek TTB Raporları / Kitapları, Sağlıkla İlgili Uluslararası Belgeler**, 2. Baskı, 2009, www.ttb.org.tr, Erişim: 14.09.2017, s. 174.) Karşılaştırmalı hukukta da bazı bulaşıcı hastalıkların başta eş olmak üzere, hasta yakınlarına da bildirilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Söz gelimi, Alman Federal Mahkemesi bir uyuşmazlıkta, hastada HIV bulgusuna rastlanması ihtimalinde, durumun diğer eşe bildirilmesi gerektiğine, aksi durumun tedavi kusuru sayılacağına karar vermiştir. (Boran, **age.**, s. 97.)

⁵¹¹ Önüne gelen bir uyuşmazlıkta AİHM, kişisel sağlık verilerinin, yalnızca kurum faaliyetleri kapsamında kullanılmak üzere ve gizlilik içinde sunulması halinde Sosyal Güvenlik Kurumu ile paylaşılmasının özel hayatın gizliliği hakkının ihlalini oluşturmayaacağına karar vermiştir. (AİHM, *MS. / İsveç*, BN. 34209/96, T. 02.07.2002.)

⁵¹² Truchet, **age.**, s. 262; Laure / Anger, **age.**, s. 422; Welsch, **age.**, s. 154; Laude / Mathieu / Tabuteau, **age.**, s. 327; Esper / Dupont, **age.**, s. 714.

⁵¹³ AİHM, *M.S. / İsveç*, BN. 20837/92, T. 27.08.1997; AİHM, *L.L. / Letonya*, BN. 52019/07, T. 29.04.2014, Hudoc.echr.coe.int.

belirlenmemesi halinde, böyle bir teşhis ailesine bildirilir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında yer alan düzenleme gereği hekimin hastaya teşhisini söyleyip söylememe hususunda takdir yetkisine sahip olduğu söz konusu hastalıklar, hastanın aksi yönde bir talebi olmadıkça ailesine bildirilmektedir⁵¹⁴.

Fransız Toplum Sağlığı Kanunu'nun L 1111 – 1 hükmüne göre kişinin yaşamsal tehlike halinde bulunması ihtimalinde, aksi yönde bir iradesi bulunmadıkça, sağlık durumu hakkında yakınlarına haber verilmesi kişisel verilerin gizliliğine aykırılık oluşturmayacaktır⁵¹⁵. Nitekim, Bordeaux İdari İstinaf Mahkemesi önüne gelen bir uyuşmazlıkta hastanın aksi yönde beyanının bulunmamasına karşın, içinde bulunduğu yaşamsal tehlike hakkında eşi ve çocuklarına bilgi verilmekten imtina edilmesinin hizmet kusuru oluşturacağına karar vermiştir⁵¹⁶.

Danıştay önüne gelen bir uyuşmazlıkta, AIDS teşhisi konulan davacı, sağlık durumunun henüz bu teşhisin kesinleşmesi dahi beklenmeksizin gazeteden duyurulması üzerine işsiz kalmış, uğramış olduğu maddi ve manevi zararın tazmini için dava açmıştır. Mahkeme, hastanın sağlık durumunun hastane görevlileri tarafından basın mensuplarına iletildiğini, kesinleşmemiş olan sağlık durumunun basına sızdırılmasında idarenin hizmet kusurunun bulunduğunu vurgulayarak, davacının işsiz kalması nedeniyle uğradığı maddi zarar ile duyduğu elem ve üzüntü sonucu uğradığı manevi zararın tazmininin gerektiğine karar vermiştir⁵¹⁷.

Danıştay'ın yukarıdaki kararının, sonucu itibarıyla kişisel verilerin gizliliğinin sağlanması yönünden isabetli olmakla birlikte, gerekçesi yönünden tartışmalı olduğu kanaatindeyiz. Şöyle ki, davacının kişisel sağlık verilerinin henüz kesinleşmemiş olmasına Mahkeme tarafından ısrarla vurgu yapılması, söz konusu verilerin kesinleşmiş olması ihtimalinde açıklanmasının hukuka uygun kabul edileceği gibi Hasta Hakları Yönetmeliği'ne ve hukuka aykırı bir yoruma sebep

⁵¹⁴ Karasu, söz konusu düzenlemenin hastanın mahremiyet hakkını açıkça ihlal ettiğini ileri sürmekte, bu hallerde dahi hastanın rızasının alınması gerektiğini savunmaktadır. (Karasu, **age.**, s. 133.)

⁵¹⁵ Truchet, **age.**, s. 256; Welsch, **age.**, s. 150.

⁵¹⁶ CAA Bordeaux, 25.09.2018, n° 16BX03700, **AJDA**, 2018, s. 2478, Dalloz.fr.

⁵¹⁷ Dan.10.D., 31.01.1996, E. 1994/5314, K. 1996/294, aktaran Akgül, **agm.**, s. 40. Başka bir kararında ise Yüksek Mahkeme, hastanın muayenesi sonucu düzenlenen "*Askerliğe Elverişli Değildir*" şeklindeki raporun bazı basın yayın organları tarafından elde edildiği olayda idarenin hassas kişisel veri niteliği taşıyan sağlık raporunun muhafazasında, kusuru bulunduğu gerekçesiyle manevi tazminat ödemesine karar vermiştir. (Dan.15.D., 08.02.2016, E. 2015/10101, K. 2016/664, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

olabilecektir. Kişisel sağlık verilerinin kesinleşmiş olup olmaması ya da gerçeği yansıtıp yansıtmadığı gözetilmeksizin, söz konusu verilerin hukuka aykırı şekilde açıklanması nedeniyle idarenin sorumlu tutulması gerektiği kanaatindeyiz.

Kişisel sağlık verilerinin gizliliğinin AİHS madde 8 kapsamında koruma altında olduğunu kabul eden AİHM ise, bir kararında söz konusu verilerin gizliliğinin yalnızca hastanın mahremiyet hakkıyla ilgili olmadığını, bunun yanında bireylerin sağlık hizmetlerine güveniyle de ilişkili olduğunu belirtmiştir. Şöyle ki, gizliliğin sağlanamaması, tıbbi yardıma ihtiyaç duyan hastaların özellikle teşhis aşamasında gerekli olan kişisel bilgileri hiç ya da gerektiği gibi açıklamamasına sebep olabilecektir. Hatta bu durum, başta cinsel yaşamı olmak üzere, sağlık durumuna ilişkin bilgilerin açığa çıkmasından çekinen kişilerin sağlık kurumuna başvurmasını dahi caydıran sonuçlar doğurabilir. Söz konusu ihtimallerde, gerek tedavisi eksik yapılan ya da hiç yapılmayan kişinin sağlığı ve gerek bulaşıcı hastalıklar söz konusu olduğunda toplum sağlığı tehlike altında kalabilecektir⁵¹⁸. Hasta mahremiyetinin yanında kişi ve toplum sağlığının korunmasının sözleşmesel bir yükümlülük olduğuna vurgu yapan AİHM, kişisel sağlık verilerinin ancak kamu yararı ve kamu güvenliği amacıyla paylaşılabilirliğine hükmetmektedir⁵¹⁹.

Kişisel sağlık verilerinin üçüncü kişilere karşı gizliliğini sağlamakla yükümlü olan idarenin, istem halinde bu verileri veri sahibine ulaştırılması da bir zorunluluktur. Başka bir deyişle kişinin kendisine ait sağlık verilerine erişiminin sağlanması da idarenin sorumluluğundadır.

c. Kişisel Sağlık Verilerine Erişebilme ve Düzeltilmesini Talep Etme Hakkının İhlali ve Sorumluluk

Kişinin kendisine ait sağlık verilerine erişebilme ve gerektiğinde bu verilerin düzeltilmesini talep edebilme hakkına ilişkin olarak ulusal ve uluslararası mevzuatta farklı düzenlemeler bulunmaktadır. 1994 tarihli II. Avrupa Hasta Hakları Gelişme Bildirgesi'nin "*Mahremiyet ve özel hayat*" başlıklı 4. maddesine göre, hastalar tanıları, tedavileri ve bakımları ile ilgili kayıtlara, diğer dosyalara, teknik kayıtlara ve

⁵¹⁸ AİHM, Z. / Finlandiya, BN. 22009/93, T. 25.02.1997, Hudoc.echr.coe.int.

⁵¹⁹ AİHM, S. Marper / Birleşik Krallık, BN. 30562/04, T. 04.12.2008, Hudoc.echr.coe.int.

tıbbi dosyalarına erişebilme ve kendi dosyaları ile kayıtlarının kopyasını alabilme hakkına sahiptir. Hastalar, kendileriyle ilgili tıbbi ve kişisel bilgilerin uygunsuz, eksik, çift anlamlı, eski olması veya tanı, tedavi ve bakım amacıyla ilgili olmaması durumunda bu bilgileri yenileme, daha açık hale getirme, bazı kısımlarını çıkarma, tamamlama, düzeltme hakkına sahiptir⁵²⁰. Biyotıp Sözleşmesi'nin 10. maddesine göre de, *herkes, kendi sağlığı hakkında toplanmış herhangi bir bilgiyi öğrenme hakkına sahiptir*. Bunun yanında, Amsterdam Bildirgesi'nin 4. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan düzenlemeye göre hastalar, tanıları, tedavileri ve bakımları ile ilgili kayıtlara ve diğer dosyalara, teknik kayıtlara ulaşma ve kendi dosyalarının ve kayıtlarının kopyasını alabilme hakkına sahiptir.

Ulusal hukukumuzada ise, Anayasa'nın “Dilekçe, Bilgi Edinme ve Kamu Denetçisine Başvurma Hakkı” başlıklı 74. maddesine göre, *“Vatandaşlar ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye’de ikamet eden yabancılar kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında, yetkili makamlara (...) yazı ile başvurma hakkına sahiptir. Kendileriyle ilgili başvuruların sonucu, gecikmeksizin dilekçe sahibine yazılı olarak bildirilir. Herkes, bilgi edinme (...) hakkına sahiptir.”* Bu düzenleme ile kişilerin bir yandan dilekçe hakkı, diğer yandan ise bilgi edinme hakkı güvence altına alınmıştır.

4982 sayılı Bilgi Edinme Kanunu'nun “Bilgi ve Belgeye Erişim” başlıklı 10. maddesine göre, kurum ve kuruluşlar başvuru sahibine istenen belgenin onaylı bir kopyasını verirler. Aynı Kanun'un 11. maddesine göre ise, başvuru üzerine istenen bilgi veya belgeye erişimin on beş iş günü içinde sağlanması, bu bilgi ve belgelerin yazılı olarak ya da elektronik ortamda başvuru sahibine bildirilmesi gerekmektedir. Söz konusu düzenleme kişinin idareden her türlü bilgi ve belgeyi isteyebilmesine ilişkin genel bir düzenleme niteliği taşımaktadır. Ancak kişisel sağlık verilerine erişebilme bakımından özel düzenlemeler de bulunmaktadır.

Kişisel sağlık verilerine erişim hakkı ulusal hukukumuzda Hasta Hakları Yönetmeliği'nin “Kayıtları İnceleme” başlıklı 16. maddesinde düzenlenmiştir. Buna

⁵²⁰ Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın “Kişisel Bilgilerin Korunması” başlıklı 8. maddesine göre, *“Herkes, kendisine ilişkin kişisel bilgilerinin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu tür bilgiler, belirtilen amaçlar için ve ilgili kişinin muvafakatine veya yasada öngörülen başka meşru temele dayalı olarak adil şekilde kullanılmalıdır. Herkes, kendisi hakkında toplanmış olan bilgilere erişme ve bunlarda düzeltme yaptırma hakkına sahiptir.”*

göre hasta, sağlık durumu ile ilgili bilgiler bulunan dosyayı ve kayıtları, doğrudan veya vekili ya da kanuni temsilcisi vasıtası ile inceleyebilir ve bir suretini alabilir. Aynı Yönetmeliğin “*Hastayla ilgili bilgilerin hastaya verilmesi ve kullanımı*” başlıklı 31. maddesindeki düzenlemeye göre, hasta dosyalarındaki bilgilerin geniş bir özeti ile bilgi ve belgelerin örnekleri, isteği durumunda hastaya verilir⁵²¹.

Hasta kayıtlarının incelenmesi ve örnek alınması hakkı kapsamında bu kayıtların kural olarak yalnızca hastanın kendisinin ya da vekili veya kanuni temsilcisinin erişimine açılması mümkündür. Yönetmelikte yer alan düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, erişim yönünden kişisel sağlık verileri bakımından herhangi bir ayırım yapılmadığı, dosyada yer alan verilerin tümünün, talep halinde hastanın erişimine açılması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır⁵²².

Kişilerin kendilerine ait sağlık verilerine erişimini sağlamaya yönelik yeterli nitelik ve nicelikte personel bulunmaması, söz konusu erişimin engellenmesi ya da geciktirilmesi Danıştay tarafından hizmet kusuru olarak nitelendirilmiştir. Bu hallerde ortada herhangi bir maddi zarar oluşmamış olması halinde dahi idarenin manevi tazminat ödemekle yükümlü olduğuna karar vermiştir⁵²³. Yine, hasta veya

⁵²¹ Özel Hastaneler Tüzüğü’nün 37. maddesi uyarınca da, hastanede kullanılıp bedeli ödenen ilaç ve malzeme listesinin, film, tahlil ve laboratuvar raporlarının, reçetelerin, hastaya ait klinik ve laboratuvar bulguları, teşhis, tedavi ve sonucuna dair çıkış özeti halinde hastaya verilmesi gerekmektedir.

⁵²² Gökcan, *age.*, s. 117; Memetau / Girer, *age.*, s. 703.

⁵²³ “İdare tarafından bilgi edinme birimlerinde yeterli sayıda ve kalitede personel istihdam edilmemiş olması, personelin gerekli eğitime sahip olmaması, personelin hizmetin görülmesinde gerekli dikkat ve özeni göstermemiş olması, taleplere yanlış/hatalı veya eksik cevap verilmesi gibi durumlarda hizmetin kötü işlemesinden dolayı idarenin kusuru doğacaktır. Yine bilgi edinme hakkının kullanımına ilişkin başvuruların, yasal süresi geçirildikten sonra cevaplandırılması hizmetin geç işlediğinin göstergesi olacaktır. Bilgi edinme hakkı, temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bağlamında vazgeçilmez haklardan biridir. Bu hakkın kullanımı bireylerin, kamu kurum ve kuruluşların tarafından iş ve işlemlerle ilgili olarak bilgi edinebilmesi, kamu yönetiminde ve sunulan hizmetlerde şeffaflığın sağlanması bakımından da önem arz etmektedir. (...) Manevi tazmin ile amaçlanan sadece bir nebze olsun rahatlama duygusu vermek değil, hizmet kusuruyla zarar veren idareyi, gerekli dikkat ve özeni gösterme konusunda etkili biçimde uyardır. Dava konusu olayda, bilgi edinme hakkının kullanılması kapsamında talep edilen başta hasta dosyası olmak üzere, epikriz ve ölüm raporlarının davacı tarafa süresinde verilmemesinin çocukları ölü olarak doğan anne ve baba nezdinde, sağlık uygulamalarının kusurlu işletildiği hususunda yaratılan şüphe ve ruhsal çöküntü manevi tazmin talebinin karşılanması gereğini ortaya koymaktadır.” (Dan.15.D., 15.04.2015, E. 2014/5076, K. 2015/2184 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Nitekim AİHM de, söz konusu ihtimalde kişinin etkili ve erişilebilir usul aracılığı ile ilgili kayıtlara erişimini sağlama yükümlülüğünü yerine getirmeyen Devletin Sözleşme’nin 8. maddesine aykırı hareket ettiği gerekçesiyle sorumlu tutulması gerektiğine karar vermiştir. (AİHM, *Roche / Birleşik Krallık*, BN. 10454/83, T. 07.07.1989, Hudoc.echr.coe.int.)

yakınları tarafından talep edilen bilgilerin eksik ya da maddi gerçeği gizleyecek şekilde sunulmasının da hizmet kusuru oluşturduğu kabul edilmektedir⁵²⁴.

Fransız Toplum Sağlığı Kanunu'nun L 1111-7 hükmü uyarınca da, kişilerin her ne sebeple olursa olsun, sağlık durumları hakkında tutulan verilere erişim hakkı bulunmaktadır. Bu kapsamda, sağlık kuruluşlarının hasta dosyası ile her türlü yazılı kayıt ve evrakı talep halinde hastaya sunması zorunludur⁵²⁵. Ancak hekimlerin hasta hakkında tuttukları kişisel notlar ve üçüncü kişilerden toplanan hasta hakkındaki bilgiler bu kapsamda yer almamakta olup⁵²⁶, bu verilerin hastaya talep halinde verilmesinden imtina edilebilir⁵²⁷.

Fransız Toplum Sağlığı Kanunu'nun L 1110-4 hükmü uyarınca, hastanın ölümü durumunda ailesinin yalnızca ölüm nedeninin belirlenmesi ile maddi ve manevi tazminat hakkını kullanabilmesi amacıyla sınırlı olarak sağlık kayıtlarına erişebilecekleri düzenlenmiştir⁵²⁸. Hastanın küçük ya da ayırt etme gücünden yoksun olması durumunda ise, hastanın veli ya da vasisinin kayıtları incelemesi mümkün olacaktır⁵²⁹. Buna karşılık öğretide, veli ya da vasisinin onamı alınmaksızın tedavi görebildiği hallerde, hastanın açık izni olmaksızın hasta dosyasının yasal temsilcisine gösterilmesinin mümkün olmadığı da ileri sürülmektedir⁵³⁰.

2002 tarihli Fransız Toplum Sağlığı Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde ise, hasta dosyası ile kayıtların ancak bir hekimin gözetiminde hastaya sunulabileceği öngörülmekteydi. Başka bir ifadeyle, hastanın doğrudan ve tek başına söz konusu kayıtlara erişmesine izin verilmemekteydi⁵³¹. 2002 tarihli Kanun'la birlikte, hastaların bizzat ya da kendi seçtikleri bir hekimle birlikte kayıtlara ulaşabilmeleri mümkün hale geldi⁵³². Bunun yanında, hastanın istemi halinde kişisel sağlık verilerinin incelenmesine yardımcı olmak amacıyla idarenin bir hekimi

⁵²⁴ Dan.15.D., 15.04.2015, E. 2014/5076, K. 2015/2184.

⁵²⁵ Welsch, **age.**, s. 87; Esper / Dupont, **age.**, s. 704; Esper / Sargos, **age.**, s. 425; Laure / Anger, **age.**, s. 426.

⁵²⁶ Esper / Dupont, **age.**, s. 705; Esper / Sargos, **age.**, s. 425; Memetau / Girer, **age.**, s. 294; Demir, **agm.**, s. 245; Hakeri, **age.**, s. 700.

⁵²⁷ Truchet, **age.**, s. 257; Laude / Mathieu / Tabuteau, **age.**, s. 371.

⁵²⁸ Esper / Sargos, **age.**, s. 429. TA Dijon, 18.07.2006, Mme J.K. n° 05-02-995, Rec. Lebon, 2006, Dalloz.fr.; Laure / Anger, **age.**, s. 433.

⁵²⁹ Esper / Dupont, **age.**, s. 707.

⁵³⁰ Welsch, **age.**, s. 86.

⁵³¹ Esper / Dupont, **age.**, s. 703.

⁵³² Laude / Mathieu / Tabuteau, **age.**, s. 370; Esper / Sargos, **age.**, s. 426; Laure / Anger, **age.**, s. 431.

görevlendirmesi zorunludur⁵³³. Ancak psikiyatri hastaları bakımından yukarıda belirtilen kısıtlama halen uygulanmaktadır. Fransız Toplum Sağlığı Kanunu'nun R 1111-5 hükmüne göre, psikiyatri hastalarının ancak kendilerinin seçtiği ya da idare tarafından belirlenen bir hekimin eşliğinde kendilerine ait dosyaları incelemeleri mümkündür⁵³⁴.

AİHM de 2009 yılında vermiş olduğu bir kararında kişinin kendisine ait sağlık verilerini inceleme ve bunlardan örnek alma hakkının hiçbir surette kısıtlanamayacağını, söz konusu hakkın kişinin kendisi tarafından doğrudan ya da yetkilendirmiş olduğu üçüncü bir kişi aracılığı ile kullanabileceğini açıkça ortaya koymuştur⁵³⁵.

Kişisel sağlık verilerine erişim hakkı bakımından farklı bir ihtimal ise Fransız hukukunda kabul edilmiş olan “*anonim doğumlardan*” (*l'accouchement sous X*) kaynaklanmaktadır. 2002 tarihli Fransız Toplum Sağlığı Kanunu'nda annenin kimliğinin gizli tutulması ve çocuk ile anne arasında soybağı kurulmaksızın doğum yapma hakkı öngörülmüştür. Söz konusu düzenleme bir yandan doğum yapan annenin kimliğinin gizli tutulması suretiyle annenin kişisel sağlık verilerinin saklanması imkanı sağlarken, diğer yandan çocuğun kişisel sağlık verileri kapsamında değerlendirilebilecek biyolojik kökenine ulaşmasını engellemiştir⁵³⁶. Dolayısıyla bu düzenleme ile annenin kişisel sağlık verilerinin korunması amacıyla çocuğun kendi kişisel verilerine ulaşma imkanı elinden alınmıştır. Bu ihtimalde çocuk ancak annenin buna rıza vermesi durumunda ve Kişisel Kökenlere Erişim Ulusal Konseyi'ne (*Conseil national pour l'accès aux origines personnelles*) başvurmak suretiyle biyolojik annesine ulaşma imkanına sahip olacaktır⁵³⁷. Söz konusu düzenleme, AİHS madde 8 kapsamında çocuğun özel hayatının korunması hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle AİHM önüne getirilmişse de, AİHM bu düzenlemenin Sözleşme'nin 8. maddesi bakımından bir ihlal teşkil etmediğine karar vermiştir⁵³⁸. Dolayısıyla bu ihtimalde kendisine ait doğum kayıtlarına ulaşmak

⁵³³ Welsch, *age.*, s. 86; Esper / Dupont, *age.*, s. 704; Esper / Sargos, *age.*, s. 426.

⁵³⁴ Esper / Sargos, *age.*, s. 426.; Memetau / Girer, *age.*, s. 703.

⁵³⁵ AİHM, *K.H. ve Diğerleri / Slovakya*, BN. 32881/04, T. 28.04.2009, Hudoc.echr.coe.int.

⁵³⁶ Esper / Dupont, *age.*, s. 752; Laure / Anger, *age.*, s. 449.

⁵³⁷ Truchet, *age.*, s. 261.

⁵³⁸ AİHM, *Odievre / Fransa*, BN. 42326/98, T. 13.02.2003, Hudoc.coe.int. Nitekim Fransız Anayasa Mahkemesi de söz konusu düzenlemenin Fransız Anayasasına aykırı olmadığına karar vermiştir. (CC, 16.05.2012, n° 2012-248, QPC, Conseil-constitutionnel.fr)

isteyen çocuğun, yukarıda sözü geçen istisnai hal dışında bu verilere erişim imkanı kapatılmıştır.

Benzer şekilde, Fransız Medeni Kanunu'nun (*Code civil*) madde L 16-8 düzenlemesi ve Fransız Toplum Sağlığı Kanunu'nun L 2141-6 düzenlemesinde, organ nakli faaliyetlerinde organ nakli yapılan kişiler ile vericinin birbirinin kimliğini öğrenmemeleri öngörülmüştür. Buna karşılık, tıbbi zorunluluk bulunması halinde alıcı ve vericinin hekimlerinin diğer tarafa ilişkin kimlik verilerine ulaşmasına imkan tanınmıştır⁵³⁹.

Kişisel sağlık verilerine erişim hususunda Alman hukukunda kabul edilen ilginç bir uygulama ise hasta dosyalarına erişimdeki teropatik sınırlamalardır. Buna göre, hastanın kendisi hakkında düzenlenen sağlık verilerine erişmesinin iyileşmesi bakımından zararlı sonuçlara yol açması ya da sağlığı yönünden olumsuz etki doğurması ihtimallerinde, hekime sağlık verilerine erişimi kaldırma yetkisi verilmektedir⁵⁴⁰. Söz gelimi, ileri aşamada kanser teşhisi konulmuş olan hastaya sağlık verilerinin sunulması hastanın psikolojisini olumsuz yönde etkileyebilecek, hastalığın ilerlemesine sebep olabilecektir. Bu bakımdan Alman hukukunda hekime sahte belge düzenleyerek hastaya sunma ya da belgelere erişimi engelleme hususunda takdir yetkisi verilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁵⁴¹.

Anayasal bir hak olan kişisel verilerin korunması, yalnızca sağlık verilerinin gizli tutulması ve hasta bakımından erişilebilir olmasını güvence altına almamakta, bunun yanında hastaya, yanlış tutulmuş sağlık verilerinin düzeltilmesini veya sağlık durumunda meydana gelen değişikliklere uyarlanarak değiştirilmesini isteme hakkı da vermektedir.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 17. maddesine göre hasta, sağlık kurum ve kuruluşları nezdinde bulunan kayıtlarında eksik, belirsiz ve hatalı tıbbi ve şahsi bilgilerin tamamlanmasını, açıklanmasını, düzeltilmesini ve nihai sağlık durumu ve

⁵³⁹ Truchet, *age.*, s. 261.

⁵⁴⁰ Gökcan, *age.*, s. 117.

⁵⁴¹ Ergun Özsunay, "Alman ve Türk Hukukunda Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları" **Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, MHAUM, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu**, Fakülteler Matbaası, 1983, s. 48.

şahsi durumuna uygun hale getirilmesini isteyebilir. Bunun yanında, hastanın sağlık durumu ile ilgili raporlara itiraz ve başka sağlık kuruluşlarında durumu hakkında yeni rapor düzenlenmesini isteme hakkı da bulunmaktadır. Kanaatimizce hastanın Sağlık Bakanlığı bünyesinde toplanan ve kurulacak sistem yoluyla ilgililerin erişimine sunulan kişisel sağlık verilerinin de bu madde kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Ayrıca bu hak kapsamında hasta, sağlık kurumlarında kendisi hakkında düzenlenen sağlık raporlarına itiraz edebileceği gibi, başka sağlık kuruluşlarında yeni bir rapor düzenlenmesini de isteyebilmektedir.

Bunun yanında, Amsterdam Bildirgesi'nin 4. maddesinin beşinci fıkrasında yer alan düzenlemeye göre de hastalar, kendileri ile ilgili tıbbi ve kişisel bilgilerin uygunsuz, eksik, çift anlamlı, eski olması veya tanı, tedavi ve bakım amacıyla ilgili olmaması durumunda bu bilgileri yenileme, daha açık hale getirme, bazı kısımlarını çıkarma, tamamlama ve düzeltme hakkına sahiptir.

Kişisel sağlık verilerinin düzeltilmesi talebinin yerine getirilmemesi durumunda, gerek aynı kurum içinde ve gerek farklı sağlık kuruluşlarında yürütülecek daha sonraki teşhis ve tedavi faaliyetlerinde kişiye hatalı tıbbi uygulama yapılması söz konusu olabilecektir. Söz gelimi, daha önceden farklı bir sağlık kuruluşunda yapılan hatatı tetkikleri dikkate alarak, yeni bir araştırma yapmaksızın tedavi uyguayan hekimin faaliyeti, ilk tetkiklerin hatalı olması ve talep üzerine düzeltilmemiş olması durumunda tıbbi uygulama hatası oluşturabilecektir.

Sağlık kayıtlarının temel amacının teşhis ve tedavi faaliyetlerinin gerek hızlı bir şekilde yürütülmesini sağlamak ve gerek bu faaliyetlerin gereksiz yere yinelenmesini engelleyerek sağlık hizmetlerinde tasarruf sağlamak olduğundan, önceki tıbbi faaliyetlere ilişkin kayıtların doğru olması ve yanlış olması durumunda düzeltilebilmesi, söz konusu hizmetlerinin etkin ve hukuka uygun şekilde yürütülmesi bakımından elzem bir nitelik taşımaktadır.

3. Aydınlatılmış Onama Uygun Tedavi Görme Hakkının İhlali ve Sorumluluk

Tıbbi müdahalelerin hukuka uygun olabilmesi için öncelikle söz konusu müdahalenin ilgisinin (çoğunlukla sağlık hizmetinden yararlanan kişinin)

aydınlatılmış onamının alınması gerekmektedir. Kavramın lafzı incelendiğinde, “*Aydınlatma*” sözcüğünün, “*bir konu üzerinde açık seçik bilgi vermek*”; “*onam*” sözcüğünün ise, “*uygun görme, olur verme*” anlamına geldiği anlaşılmaktadır⁵⁴². Dolayısıyla “*aydınlatılmış onam*” kavramını en genel şekliyle “*bir konuda açıkça bilgilendirilmiş olan kişinin bu konu hakkında olur vermesi*” olarak tanımlayabiliriz⁵⁴³. Sağlık hukuku bağlamında ise aydınlatılmış onam kavramından, üzerinde tıbbi müdahale yapılacak kişinin, müdahale hakkında bilgilendirilerek, olurunun alınması anlaşılmaktadır⁵⁴⁴.

Yargıtay bir kararında doğrudan tanımını vermediği aydınlatılmış onam kavramının taşıması gereken unsurları ortaya koymuştur. Buna göre, “*rızanın hukuken geçerli olabilmesi için kişinin, sağlık durumunu, yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile sonuçlarını bilmesi, bu konuda yeteri kadar aydınlanması ve iradesini bildirirken baskı altında kalmaması, serbest olması gerekir*.”⁵⁴⁵ Tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getiren onamın geçerli kabul edilebilmesi için kişinin sağlık durumu ve uygulanacak tedavi hakkında yeteri kadar aydınlatılmış olması ve serbest iradesi ile tedaviye olur vermesi gerekmektedir. Bu unsurları taşımayan onam geçersiz olacağından tıbbi müdahaleyi de hukuka aykırı hale getirecektir.

Aydınlatılmış onam alınmasının temel fonksiyonu, hastanın kendi maddi ve manevi varlığı üzerinde karar vermesini, tasarruf yetkisini kullanmasını sağlamaktır. Kişinin kendi geleceğini belirleme hürriyeti ve bedeni üzerindeki tasarruf yetkisinin görünüm biçimlerinden biri olan aydınlatılmış onama, başta Anayasa olmak üzere ulusal ve uluslar üstü mevzuatta ayrıntılı şekilde yer verilmiştir. Anayasa’nın 17. maddesine göre, tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz. Bu düzenleme, tıbbi müdahalelerin ancak tıbbi

⁵⁴² Türkçe Sözlük, Dil Derneği, 3. baskı, 2012, s. 136, 1209.

⁵⁴³ Çınarlı, aynı kavramı “*kişinin kendisi ile ilgili bir konuda başka bir kişinin tasarrufta bulunmasına izin vermesi durumu*” olarak tanımlamıştır. (Çınarlı, **age.**, s. 290.)

⁵⁴⁴ Aydınlatma kavramı Özsunay tarafından, hastaya tıbbi müdahale yapılmadığı takdirde sağlığını tehdit eden tehlikelerin anlatılması, tıbbi müdahalenin türü, biçimi, içeriği, ivediliği ve tehlikeleri hakkında bilgi verilmesi suretiyle hastanın tıbbi müdahale hakkında serbestçe karar verebilecek duruma getirilmesi olarak tanımlanmıştır. (Özsunay, **agm.**, s. 32.) Erol ise söz konusu yükümlülüğü, hekimin vereceği bilgilerle hastanın uygulanması düşünülen tıbbi teşhis ve tedavi üzerinde serbestçe karar verebilir duruma getirilmesi olarak tanımlanmıştır. (Gültezer Hatırnaz Erol, “Özel Hastanelerde Hastanın Aydınlatılması Yükümlülüğü ve Yargılama Süreci Tamamlanmış Dava Örnekleri”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 11, S. 119, 2016, s. 92; Tuğçe Oral, “Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümü”, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 2, 2011, s. 188.)

⁵⁴⁵ Yar.4.HD, 07.03.1977, E. 1976/6297, K. 1977/2541, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

zorunluluk halinde ve kanuna uygun olarak yapılması durumunda kişinin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına uygun addedilebileceğini açıkça ortaya koymaktadır⁵⁴⁶. Aynı hükümde rızası olmadan kimsenin bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamayacağı düzenlenmektedir. Anayasal hüküm tıbbi müdahaleler bakımından değerlendirildiğinde, tıbbi zorunluluk bulunması halinde müdahalenin hukuka uygun olacağına vurgu yapıldığı, buna karşılık onama ilişkin açık bir düzenleme yapılmayarak bu konunun düzenlemesinin kanun koyucuya bırakıldığı görülmektedir⁵⁴⁷. Buna karşılık onam, kişinin vücut bütünlüğünü ilgilendiren deneyler ve bilimsel çalışmalar açısından anayasal korumaya tabi tutulmuştur. Kanaatimizce söz konusu düzenlemeden tıbbi araştırma ve deneylerin insan vücudu üzerinde ancak ilgilinin rızası halinde yapılabileceğinin mümkün olduğu, ancak tıbbi zorunluluğun varlığı halinde yapılabilecek olan tıbbi müdahalelerin ilgisinin onamı üzerine yapılıp yapılmayacağı hususunda ise kanun koyucuya takdir yetkisi verildiği anlaşılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi yerleşik içtihadında, bireyin maruz kalacağı sağlık risklerini değerlendirmesini sağlayacak bilgilere erişmesinin ve kendisine uygulanacak tedavinin seçimine katılması için rızasının alınmasının, Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen maddi ve manevi varlığı koruma hakkı ile AİHS'in 8. maddesinde öngörülen özel hayatın korunması hakkının bir gereği olduğunu vurgulamıştır⁵⁴⁸. Fransız Yargıtayı da 1942 tarihli *Tyessier* kararında tıbbi müdahale öncesinde aydınlatılmış onam alınmasının insan onuru ve kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının getirdiği bir zorunluluk olduğunu vurgulamıştır⁵⁴⁹. Bu doğrultuda her ne kadar Anayasa'nın 17. maddesinden açıkça anlaşılsa da, Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik içtihadı göz önünde bulundurulduğunda, tıbbi müdahaleler öncesinde aydınlatılmış onam alınmasının zorunlu olduğunu, bazı tıbbi müdahalelerin ilgisinin onamı gerekmeksizin

⁵⁴⁶ Gökcan, *age.*, s. 140.

⁵⁴⁷ Gökcan, *age.*, s. 139.

⁵⁴⁸ AYM, BB, *Mehmet Çolakoğlu*, 21.02.2018, BN. 2014/15355, RG. 28.03.2018, S. 30374. Aynı yönde AYM, BB, *Ahmet Acartürk*, 15.10.2015, BN. 2013/2084, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası. Aynı hususa vurgu yapılan AİHM kararı için bkz. AİHM, *Codarcea / Romanya*, 02.06.2009, BN. 31675/04; AİHM, *Altuğ ve Diğerleri / Türkiye* 30.06.2015, BN. 32086/07, Hudoc.echr.coe.int.

⁵⁴⁹ Cass 1ère civ, 28.01.1942, *Parcelier c/ Teyssier*, **Gaz Pal** 17 avr. 1942, p. 177, aktaran Alice Minet Leleu, "Le contentieux du défaut d'information médicale, symbole de l'indulgence excessive du juge administratif ?", **AJDA**, 2016 s. 362, Dalloz.fr.

yapılabilmesine dair düzenleme yapma hususunda ise kanun koyucunun takdir yetkisinin bulunduğunu söylemek mümkündür.

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesinde hekimlerin yapacakları her tür tıbbi müdahale öncesinde hastanın; hasta küçük veya hacir altında ise veli veya vasisinin olurunun alınması zorunluluk olarak öngörülmüştür⁵⁵⁰. Aynı hükmün devamında veli veya vasisi bulunmaması veya üzerinde müdahale yapılacak kişinin bilincinin yerinde olmaması durumunda olur alınmasının zorunlu olmadığına düzenlenmiştir. Bu hüküm ve anayasal düzenleme birlikte değerlendirildiğinde, tıbbi müdahalenin hukuka uygun kabul edilmesi için ortada tıbbi bir zorunluluğun bulunması ve kural olarak hastanın, hasta küçükse veli ya da vasisinin söz konusu müdahale için olurunun alınması gerekmektedir.

Türk Medeni Kanunu'un 24. maddesinde yer alan *“kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır”* ifadesinden de, kişinin vücut vücut bütünlüğü üzerinde sonuç yaratacak tıbbi müdahaleler bakımından kişinin rızasının alınmasının zorunlu olduğu anlaşılmaktadır⁵⁵¹.

Aydınlatma yükümlülüğüne Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 14. maddesinde de yer verilmiş olmakla birlikte, söz konusu yükümlülüğe ilişkin ayrıntılı düzenleme, aşağıda ayrıntılı şekilde incelenecek olan Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 15. maddesi ve devamı hükümlerinde yer almaktadır.

Fransız hukukunda ise ilk olarak 29 Temmuz 1994 tarihli biyoetik kanunlarıyla gündeme gelen aydınlatılmış onam şartı, 1994 yılında yapılan değişiklikle Fransız Medeni Kanunu'nun madde 16-3 hükmünde açıkça

⁵⁵⁰ Benzer bir düzenleme 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'un 7. maddesinde yer almaktadır. Buna göre, organ ve doku vericisine organ ve doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler ile bunun tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları ve organ naklinin alıcıya sağlayacağı yararlar hakkında bilgi verilmesi gerekmektedir.

⁵⁵¹ Türk Tabipler Birliği Meslek Etiği Kuralları'nın 26. maddesinde de aydınlatma yükümlülüğüne yer verilmiştir: *“Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığının yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır. (...)”*

öngörülmüştür. Buna göre, hastanın rızasının alınamadığı acil haller dışında, tıbbi müdahale yapılmadan önce hastanın aydınlatılmış onamının alınması zorunludur⁵⁵². Yine Fransız Toplum Sağlığı Kanunu'nun L 1111-4 hükmüne göre de, herkesin durumuna ilişkin olarak aydınlatıldıktan sonra sağlık personeli ile birlikte kendi sağlığı hakkında karar verme hakkı bulunmaktadır. Bu düzenlemeden tıbbi müdahale öncesinde söz konusu müdahalenin yapılmasına ilişkin olarak sağlık personeli ile hasta tarafından ortak bir karar alınması gerektiği anlaşılmaktadır.

Tıbbi müdahaleler bakımından aydınlatılmış onamı AİHM de, AİHS'nin 8. maddesinde düzenlenen özel yaşamın korunması hakkından kaynaklanan bir zorunluluk olarak kabul etmiştir. Buna göre, müdahalenin acil ve zorunlu olduğu ve onam alınmasının mümkün olmadığı haller dışında tıbbi müdahalelerin aydınlatılmış onam alınmadan yapılması mümkün değildir. Bu onamın açık ve anlaşılır bir biçimde ve gerekli bilgilendirmeler yapıldıktan sonra verilmesi gerekmektedir⁵⁵³.

Maddi ve manevi varlığını koruma hakkı kapsamında, kişinin kendisine uygulanacak müdahaleyi kabul etme ya da reddetme hakkı bulunmaktadır. Başka bir ifadeyle, onam vermeyerek tedavi olmama hakkını kullanan bir hastaya kanunda öngörülen sınırlı sayıdaki zorunluluk halleri dışında tıbbi müdahale yapılamayacaktır⁵⁵⁴. Buna karşılık, 1994 yılında verilmiş bir Fransız Danıştay kararında, tedaviyi ret hakkını kullanan hastanın tedavisini sonlandıran hekime tabip odası tarafından verilen disiplin cezasının hukuka aykırı olmadığına hükmedilmiştir⁵⁵⁵. Kararında Yüksek Mahkeme, kişinin yaşamının korunması ile yaşamı üzerinde tasarruf yetkisinin korunması haklarının çatışması durumunda kişinin yaşamının korunmasına öncelik verilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Kanaatimizce böyle bir karar Fransız Toplum Sağlığı Kanunu'nun L 1111-4 hükmüne açıkça aykırılık teşkil edecektir.

⁵⁵² Yine, 6 Mayıs 1995 tarihli ve 95-22 sayılı hasta haklarına ilişkin sirkülerde kamu hastanelerinde yapılan tıbbi müdahalelerden önce hastanın onamının alınması gerektiği öngörülmüştür.

⁵⁵³ AİHM, *Moskova Yehova Şahitleri / Rusya*, BN. 302/02, T. 10.06.2010, Hudoc.echr.coe.int.

⁵⁵⁴ Cyril Clement, **La Responsabilité du fait de la mission de soins des établissements publics et privés de santé**, These de droit public soutenue a l'universités de Paris VIII, BNDS, 2010, s. 71.

⁵⁵⁵ CE, 29.07.1994, *M. Garnier*, n° 146978, Rec. Lebon, 1994, Dalloz.fr. Aynı hukuki soruna ilişkin olarak Fransız Danıştay'nın aksi yönde verdiği kararlar da bulunmaktadır: CE, 06.03.1981, *M. Pech*, n° 25105, Rec. Lebon, 1981, Dalloz.fr. Kararın eleştirisi için bkz. Christophe de Bernardinis, **Les droits du malade hospitalisé**, Heures du France, 2006, s. 98.

Aydınlatma yapılmaksızın onam alınarak kişiye tedavi uygulanması, hastanın tedaviden yararlanmama imkanını da ortadan kaldıracaktır⁵⁵⁶. Başka bir ifadeyle, hastanın olası komplikasyonları öğrenmiş olması ihtimalinde tedaviyi reddedebileceği durumlarda, eksik bilgilendirilmiş olması ya da hiç bilgilendirilmemesi tedaviye rıza göstermeme veya tedaviden yararlanmayı reddetme hakkını da elinden almaktadır⁵⁵⁷. Fransız Danıştay'ın içtihadı da bu yöndedir⁵⁵⁸.

Yukarıda yapılan tanımdan da anlaşılacağı üzere aydınlatılmış onam kavramının iki unsuru içinde bulundurduğu söylenebilir. Her iki şart birlikte gerçekleşmeksizin yapılan tıbbi müdahaleler, kendiliğinden hizmet kusuru oluşturacaktır. Bunlardan ilki, tıbbi müdahale hakkında bilgilendirme yapılması **(a)**, ikincisi ise, söz konusu bilgilendirme üzerine müdahalenin ilgisinin bu müdahaleye olur vermesidir⁵⁵⁹ **(b)**.

a. Aydınlatma Yükümlülüğünün İhlali ve Sorumluluk

Aydınlatılmış onam kavramına özellikle yargı kararlarında sıkça yer verilmesine karşılık⁵⁶⁰, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına

⁵⁵⁶ Yargıtay da aydınlatma yapılmasının onam bakımından zorunlu olduğunu ilkesel hale gelmiş bir kararında açıkça vurgulamaktadır: “Tıbbi müdahaleler ve hekimin girişeceği diğer eylemler, kişinin sağlığını, vücut bütünlüğünü ilgilendirdiği, muhtemel tehlikeleri meydana getirici nitelikte olduğu için, bunların gerçekleştirilmesine karar verme yetkisi hekime değil, müdahalelere maruz kalacak kişiye (hastaya) aittir. Yalnız bu rızanın geçerli olması için kişinin, sağlık durumunu, yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile sonuçlarını bilmesi, bu konuda yeterli kadar aydınlanması gerekir.” (Yar.4.HD, 07.03.1977, E. 1976/6297, K. 1977/2541, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

⁵⁵⁷ “(...) davacının(...) ilacın yan etkilerinin daha fazla olabileceği hususunun davacıya bildirilmemesi, böylece tehlikeye atılmama hakkının tanınmaması(...) ağır hizmet kusuru oluşturmaktadır.” (Dan. İDDGK, 07.03.2003, E. 2002/716, K. 2003/91, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Nitekim Anayasa Mahkemesi de hastanın tıbbi müdahale ve komplikasyonlara ilişkin tüm hususlar bakımından aydınlatılmamış olması ve riskin gerçekleşmesi ihtimalinde hizmet kusurunun oluşacağına hükmetmiştir. (AYM, BB, Ahmet Acartürk, BN. 2013/2084, T. 15.10.2015, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası)

⁵⁵⁸ CE sect, 05.01.2000, *Consorts T*, n° 181899, Rec. Lebon, 2000, Dalloz.fr.

⁵⁵⁹ Aydınlatma kavramı içinde hastaya verilecek bilgilerin tasnif edilmesi suretiyle aydınlatma türlerinin sınıflandırılması gerektiği öğretide savunulmaktadır. Bu görüşe göre, aydınlatma kavramı kendi içinde, güvenlik - tedavi aydınlatması, karar aydınlatması, ilaç aydınlatması ve risk aydınlatması olmak üzere dört gruba ayrılmaktadır. (Hatırnaz Erol, *agm.*, s. 93.) Başka bir görüş ise aydınlatma yükümlülüğünü, teşhis, süreç ve riziko aydınlatması olmak üzere dört alt gruba ayırarak incelemektedir. (Oral, *agm.*, s. 190.) Kanaatimizce söz konusu ayırım yapılmasının uygulama üzerinde bir etkisi yoktur. Hekimin aydınlatma yükümlülüğü kapsamında dört kategoride sınıflandırılmış olan bu bilgilerin tümü bakımından hastayı bilgilendirmesi zorunludur. Öte yandan teşhis ve tedavi sürecinin bütünlüğü nedeniyle anılan kategorilerin birbirinden tamamen soyutlanarak değerlendirilmesi de uygulamada mümkün olmayacaktır.

⁵⁶⁰ “(...) hastaya muhtemel sağlık geçmişinin sorulması, tedavi, fiziksel bütünlükle ilgili tahmin edilemez olası bir risk taşıdığına, hekimlerin, hastalarını aydınlatarak rıza göstermelerine imkân

Dair Kanun'un 70. maddesinde yer alan düzenlemenin bu kavramın “*olur alma*” şartını içermekle birlikte, “*aydınlatma*” şartını içermemesi dikkat çekicidir⁵⁶¹. Fransız Medeni Kanunu'nun (Code Civil) 16-3. maddesinin ikinci fıkrasında da tıbbi müdahale öncesinde hastanın onamının alınmasının zorunlu olduğu ortaya konulmuş, ancak aydınlatma yükümlülüğüne yer verilmemiştir. 1219 sayılı Kanun'un alt düzenleyici işlemi niteliğinde olan Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 15 ve 18. maddelerinde ise hukuka uygun onamın alınma usulü ayrıntılı olarak düzenlenmiştir⁵⁶².

Buna göre, hasta tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından tıbbi müdahale hakkında sözlü olarak bilgilendirilir. Ancak zorunluluk halinde, hastaya açıklama yapılmak suretiyle bilgilendirme yeterliliğine sahip başka bir sağlık personeli tarafından da bilgilendirme yapılabilir⁵⁶³. Hastanın teşhisi koyan ve tedaviyi yapan hekimin farklı olması ihtimalinde ise, tedaviyi uygulayacak olan

sağlayacak şekilde kendilerini önceden bu tedavi hakkında bilgilendirmeleri gerekmektedir.” (Dan.15.D., 14.02.2017, E. 2016/2124, K. 2017/665, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de bir kararında, uygulanması düşünülen tıbbi müdahalenin hastaların fiziksel bütünlüğüyle ilgili olarak meydana getirebileceği öngörülebilir sonuçlar hakkında hekimlerin sorgulanmaları, hastaları aydınlatmaları ve tıbbi müdahale hakkında önceden bilgilendirilmeleri amacıyla gereken düzenleyici yasal tedbirleri almak yönünde taraf Devletlere pozitif yükümlülük öngörmüştür. (AİHM, *Codarcea / Romanya*, BN. 31675/04, T. 02.06.2009, Hudoc.echr.coe.int.) Aynı hususun vurgulandığı karar için bkz. AİHM, *Trocellier / Fransa*, BN. 75715/01, T. 05.10.2006, Hudoc.echr.coe.int.)

⁵⁶¹ Aydınlatma yükümlülüğü ve bu yükümlülüğün sınırlarına ilişkin bir diğer düzenleme de Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 14. maddesinde yer almaktadır. Buna göre, hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi gerekmektedir. Ancak, hastalığın, vahim görülen durum ve seyrinin saklanması uygundur. Söz konusu düzenleme, hastanın tedaviden önce sağlık durumu ve uygulanacak tedavi hakkında bilgilendirilmesinin kural olduğunu, bilgilendirmenin hasta üzerinde olumsuz etki yaratması sonucu hastalığın ilerlemesi ihtimali bulunan hallerde ise aydınlatma yükümlülüğünün bulunmadığını ortaya koymaktadır.

⁵⁶² Aydınlatılmış onama dair benzer içerikli düzenleme, Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının 26. maddesinde yer almaktadır. 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'un 6. maddesine göre, organ ve doku alacak olan hekimlerin, vericiyi organ ve doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler, bunların tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları ile söz konusu organın alıcıya sağlayacağı yararlar hakkında aydınlatması gerekmektedir.

⁵⁶³ Öğretide *Zeytin*, aydınlatma yükümlülüğünün hemşire ya da hasta bakıcıya devredilemeyeceğini, mutlaka bir hekim tarafından yapılması gerektiğini ileri sürmektedir. Zira böyle bir ihtimalde, gerekli mesleki eğitim ve bilgiye sahip olmayan yardımcı personelin, hastayı etkin şekilde bilgilendirmesi ve hasta tarafından sorulacak soruları gereği gibi cevaplayabilmesi beklenemez. (Zafer Zeytin, “Hasta - Hekim İlişkisinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, **VIII. Türk - Alman Tıp Hukuku Sempozyumu**, Adalet Yayınevi, 2012, s. 15. Aynı yönde görüş için bkz. Özlem Yenerer Çakmut, “Sağlık Hukukunun Temel Esasları ve Özellikle Aydınlatılmış Onam”, **Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu** (16 - 17 Ocak 2009), Mersin Barosu Yayınları, 2009, s. 20; Halil Kalabalık, “Sağlık Hukukunda Kamu Görevlilerinin Sorumluluğu”, **Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Lefke Avrupa Üniversitesi III. Sağlık Hukuku Sempozyumu**, Adalet Yayınevi, 2012, s. 302.)

hekimin yeniden aydınlatma yapması gerekmektedir⁵⁶⁴. Böyle bir durumda, aydınlatma yükümlülüğünün tam ve eksiksiz bir şekilde yerine getirilmesinden her iki hekim de sorumlu olacaktır⁵⁶⁵.

Hastanın kendisinin bilgilendirilmesi esas olup, bu kuralın istisnası hastanın kendi yerine bir başkasının bilgilendirilmesini talep etmesidir⁵⁶⁶. Böyle bir durumda bilgilendirilecek kişilerin mutlaka hasta tarafından belirlenmesi gerekir. İstisnai bir diğer durum ise, anne karnındaki bebek üzerinde doğum öncesinde yapılan teşhis ve tanı faaliyetleridir. Şöyle ki, anne karnındaki bebeğin belli kalıtsal hastalıkları taşıdığına tespit edilmesi halinde, özellikle gebeliğin devamı bakımından, yalnızca annenin mi bildirileceği, babaya da bilgilendirme yapılmasının bir gereklilik olup olmadığı önem taşımaktadır. Öğretide gebelik öncesi ve doğum aşamasında doğacak bebeğin sağlığı üzerine yalnızca annenin bilgilendirilmesinin yeterli olmadığı, babanın da bilgilendirilmesinin gerektiği kabul edilmektedir⁵⁶⁷.

Buna karşılık, küçükler ile ayırt etme gücü bulunmayan kişilerin aydınlatılması ayrı bir özellik arz etmektedir. Aydınlatmanın yapılacağı kişinin üçlü bir ayırım doğrultusunda tespit edilmesi kanaatimizce daha uygun olacaktır. Hastanın ayırt etme gücüne sahip ergin olması durumunda aydınlatma doğrudan hastaya yapılacak, diğer kişilere bilgi verilmesi ise hastanın takdirinde olacaktır. İkinci ihtimalde, hasta ayırt etme gücüne sahip olmayan erişkin ya da küçüktür. Bu ihtimalde aydınlatma hastanın veli ya da vasisine yapılacaktır⁵⁶⁸. Üçüncü ihtimal ise,

⁵⁶⁴ Nitekim Alman Federal Mahkemesi'nin 1980 tarihli bir kararında, aydınlatma yükümlülüğünün tedaviyi yapacak hekime ait olduğu vurgulanmış, bu hekimin hastayı kendisine gönderen hekimin aydınlatma ödevini yerine getirip getirmediğini kontrol etmekle de ayrıca yükümlü olduğunu ortaya koymuştur. (Özsunay, *agm.*, s. 49.)

⁵⁶⁵ Welsch, *age.*, s. 91.

⁵⁶⁶ Hastanın mümeyyiz küçük olması durumunda bilgilendirme kanuni temsilciye de yapılması gerekmektedir. Hasta Hakları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelikle (RG. 08.05.2014, S. 28994.) 08.05.2014 tarihinde yapılan değişiklikten önceki düzenlemede hastanın mümeyyiz küçük olması durumunda aydınlatmanın doğrudan velisi ya da vasisine yapılacağı öngörülmekteydi. Anılan değişiklik sonucunda aydınlatma yükümlülüğünün mümeyyiz küçük hasta ve kanuni temsilcisine yapılacağı düzenlenmiştir. Nitekim Biyotıp Sözleşmesi'nin 6. maddesinin ikinci fıkrasında aydınlatma sürecine mümeyyiz küçüğün de katılması gerektiği öngörülmüştür.

⁵⁶⁷ Selin Sert, "Türk Hukukunda Kadın Doğum Hastalıkları Hekimlerinin Gerçekleştirdiği Müdahaleler ve Hekimlerin Yükümlülükleri", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı*, C. 1, 2015, s. 155. Buna karşılık, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu bir kararında kürtaj için babanın rızasının alınmamış olmasının Sözleşme'nin ihlali anlamına gelmeyeceğine hükmetmiştir. (Özsoy Boyunsuz, *agm.*, s. 53.)

⁵⁶⁸ Alman hukukunda ise ayırt etme gücüne sahip olmayan ergin kişiye ivedi müdahalenin gerekmediği hallerde bir kayyum atanması ve aydınlatmanın bu kayyuma yapılarak rıza alınması gerektiği savunulmaktadır. (Özsunay, *agm.*, s. 51.)

hastanın küçük olmakla birlikte ayırt etme gücüne sahip olması durumudur. Bu ihtimalde ise, hem ayırt etme gücüne sahip küçüğün hem de kanuni temsilcinin aydınlatılması gerekmektedir⁵⁶⁹.

Hastanın tıbbi müdahaleye olur vermeden önce aydınlatılması gerekir. Tıbbi müdahaleden önce aydınlatmadan ne anlaşılması gerektiği ise gerek ilgili mevzuat ve gerek konuya ilişkin içtihat bakımından tartışmalıdır. Şöyle ki, *hasta olmayan kişilerin sağlığının korunması, hasta olan kişilerinse iyileştirilmesi ve tedavi edilmesine yönelik olarak, yetkili kişiler tarafından, tıp bilimi kurallarına göre yapılan faaliyetler* olarak aşağıda tanımlayacağımız tıbbi müdahale hem teşhis, hem de tedavi faaliyetlerini kapsamına almaktadır. 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatların Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesinde, “*her türlü tıbbi müdahale*” öncesinde onam alınmasının zorunlu olduğu düzenlenmiştir. Yine, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 15. maddesinde yer alan düzenlemede de “*tıbbi işlemler*” ve “*tıbbi müdahaleler*” öncesinde onam alınması gerektiği öngörülmüştür. Aynı maddede, hastaya uygulanabilecek diğer tanı ve tedavi seçeneklerinin de aydınlatma kapsamında açıklanması gerektiğine vurgu yapılarak, aydınlatmanın teşhis ve tedavi faaliyetlerinden önce yapılması gerektiğine işaret edilmiştir. Dolayısıyla söz konusu düzenlemelerden hareketle, tıbbi müdahale öncesinde onam alınması yükümlülüğü doğrultusunda gerek teşhis ve gerek tedavi faaliyetleri öncesinde hastadan onam alınması gerektiği ileri sürülebilecektir⁵⁷⁰. Buna karşılık, Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 26. maddesindeki düzenlemeden aydınlatmanın teşhisten sonra, tedaviden önce yapılacağını kabul edildiği anlaşılmaktadır⁵⁷¹. Söz konusu düzenlemede, hastanın sağlık durumunun yanında, hastaya konulan tanının da aydınlatma yükümlülüğü kapsamında olduğu açıkça ortaya konulmuştur. Teşhise

⁵⁶⁹ Bayraktar, **age.**, s. 128; Oral, **agm.**, s. 191; Özsunay, **agm.**, s. 51.

⁵⁷⁰ Bu yönde görüş için bkz. Battal Yılmaz, **Açıklamalı – İctihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2010, s. 42; Hakeri, **age.**, s. 272; Aşçıoğlu, **age.**, s. 31; Hatırnaz Erol, **age.**, s. 130. Bu yöndeki Fransız öğretisindeki görüş için bkz. Laure / Anger, **age.**, s. 378.

⁵⁷¹ Öğretide bir görüş de aydınlatmanın teşhisten sonra, tedaviden önce yapılması gerektiğini, bu kapsamda teşhis ve tedaviye ilişkin açıklamalar verilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. (Hancı, **agm.**, s. 52; Özge Karaege, “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusurlu Sorumluluğu”, Celal Bayar Üniversitesi Yayınları, **Yönetim ve Ekonomi**, C. 8, S. 2, 2001, s. 118; Erhan Temel, “Alman Hukukuna Göre Çocuklarda Aydınlatılmış Rıza”, **Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Lefke Avrupa Üniversitesi, V. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu**, (8 - 9 Kasım 2013), Ed. Nilgün Sarp, Cahid Doğan, Adalet Kitabevi, 2014, s. 36; Berna Özpınar, **Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları**, Ankara Barosu Yayınları, 2007, s. 36; İlhan Gülel, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 125; Ahmet Çolak, “Hizmet Kusurundan Malpraktise” **Türk Nöroşirurji Derneği Bülteni**, Tturknorosir urji.org.tr.) Nitekim Fransız öğretisinin görüşü de bu yöndedir. (Welsch, **age.**, s. 58.)

ilişkin faaliyetler yapılmaksızın tanı konulamayacağından hareketle, aydınlatma yükümlülüğünün tedaviden önce yerine getirilmesinin yeterli olduğu yönünde yorum yapılabilmektedir. Konuya ilişkin içtihadın da çelişkili olması, bir sonuca varmamıza imkan vermemektedir⁵⁷².

Mevzuattaki düzenlemeleri normlar hiyerarşisi kapsamında değerlendirerek, 1219 sayılı Kanun'da yer alan düzenlemenin Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'ndaki düzenlemeye göre üst norm niteliği taşıdığını söylemek, gerek teşhis ve gerek tedavi faaliyetleri öncesinde aydınlatılmış onam alınması gerektiğini kabul etmek, kanaatimizce basit ancak gerçekçi olmayan bir yaklaşım olacaktır. Aydınlatılmış onamın alınmasının kaynağında kişinin vücut bütünlüğünün korunması hakkı ile maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının yer almasından hareketle, Anayasa Mahkemesi'nin de içtihadında belirttiği "*vücut bütünlüğüne yönelik tıbbi müdahaleler*" öncesinde onam alınması ölçütünün uygulanmasının daha yerinde olacağını düşünüyoruz. Şöyle ki, tedavi faaliyetlerinin tümünün, ruh sağlığını da içine alan geniş anlamda vücut bütünlüğü üzerinde etki doğurduğunda şüphe bulunmamaktadır. Buna karşılık teşhis faaliyetlerinin tümü, kişinin vücut bütünlüğü üzerinde etki yaratmamaktadır. Söz gelimi, hastadan anamnezinin (hasta öyküsünün) alınması ve hastalığına dair sorular sorulması ya da genel fiziksel muayenesinin yapılması hastanın vücut bütünlüğü üzerinde etki yaratmadığından ve risk ya da olası tehlike taşımayan söz konusu faaliyetler nedeniyle herhangi bir olumsuz netice meydana gelemeyecek olduğundan, bu faaliyetler öncesinde hastadan onam alınmasına ihtiyaç olmayacaktır⁵⁷³. Buna karşılık, kan alma, vücuda tıbbi ilaç

⁵⁷² Yargıtay bir kararında, aydınlatmanın müdahale öncesinde yapılması gerektiği yönünde hüküm kurarken, teşhis ve tedavi faaliyetleri arasında ayırım yapmadan, her türlü tıbbi işlem öncesinde aydınlatma yapılması gerektiğini ortaya koymuştur. (Yar.4.HD, 07.03.1977, E. 1976/6297, K. 1977/2541, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Danıştay ise kararlarında, aslında anlam ve kapsamı farklı olan, "*tıbbi müdahale*" ve "*tıbbi tedavi*" faaliyetlerini birlikte kullanarak, bu faaliyetler öncesinde aydınlatılmış onam alınması gerektiğini kabul etmiştir. (Dan.15.D., 14.02.2017, E. 2016/2124, K. 2017/665, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Bireysel başvuruya konu bir uyuşmazlığın çözümünde ise Anayasa Mahkemesi, "*vücut bütünlüğüne yönelik tıbbi müdahale*" kavramını kullanarak, teşhis faaliyetlerinden ziyade tedavi faaliyetleri öncesinde aydınlatılmış onam alınması yönünde bir tutum sergilemiştir. Nitekim başvuruyu konu olayda da teşhis aşamasında değil, ameliyat öncesi onam alınmamasının hukuka aykırılık oluşturacağına vurgu yaparak hüküm kurmuştur. (AYM, BB, Mehmet Çolakoğlu, 21.02.2018, BN. 2014/15355, RG. 28.03.2018, S. 30374.)

⁵⁷³ Ancak bu faaliyetler bakımından da aydınlatılmış onam alınması yükümlülüğünün tamamen dışlanmaması, risk veya olası tehlike taşıyan fiziksel teşhis faaliyetleri öncesinde de hastadan onam alınması gerekmektedir. (AYM, BB, Mehmet Çolakoğlu, 21.02.2018, BN. 2014/15355, RG. 28.03.2018, S. 30374.)

enjekte etme, vücuttan parça ya da doku alma⁵⁷⁴, sondayla idrar alma, endoskopi, kolonoskopi, bronkoskopi, anjiyografi, histeroskopi ve efor testi gibi teşhis yöntemleri doğrudan kişinin vücut bütünlüğü üzerinde etki doğurmanın yanı sıra, yürütülmesinde risk ve olası tehlikeler içeren faaliyetlerdir. Söz konusu teşhis yöntemleri sonucunda hastanın komplikasyona uğraması da mümkün olduğundan bu faaliyetler öncesinde onam alınması gerektiği kanaatindeyiz⁵⁷⁵.

Aydınlatmanın, acil haller dışında, hastanın kendisine yapılan açıklamada yer alan hususları düşünüp, makul bir karar vererek olur vermesine imkan tanıyacak süreyi de içine alacak bir zamanda yapılması gerektiği öğretide⁵⁷⁶ ve yargı kararlarında kabul edilmektedir⁵⁷⁷. Bu süre hastanın müdahale ve sonuçlarını düşünmesi, gerektiğinde alternatif tedavi yöntemleri ile karşılaştırması ve karar vermesi bakımından önem taşımaktadır. Yine, bu süre içinde hasta, aynı şikayeti ile ilgili olarak bir başka hekimden de sağlık durumu hakkında ikinci bir görüş almayı da talep edebilmelidir. Ancak aydınlatmanın uzun bir süre önce yapılmış olması ihtimalinde onam alınmadan önce yeni bir aydınlatma yapılması gerektiği de öğretide kabul edilmektedir⁵⁷⁸.

Belirtilmesi gereken bir diğer husus ise, aydınlatılmış onamın hekim tarafından yapılacak olan tedavi planı açıklamasından farklı bir yükümlülük olduğudur. Sağlık kurum ve kuruluşlarında yatırılarak tedavisi tamamlanan hastaya,

⁵⁷⁴ Biyopsi yapma, kemik iliği aspirasyonu, lomber ponksiyonla ile bos örneklemesi gibi teşhise yönelik tıbbi faaliyetler, teşhis amaçlı vücuttan doku ve parça alma hallerine örnek olarak gösterilebilir.

⁵⁷⁵ Gökcan, **age.**, s. 154. Bazı hastalıkların teşhisi için ameliyata gereksinim duyulabilmektedir. Bir şüphe ve olasılığa göre, teşhis için eksploratis ameliyatlara gereksinim duyulan hallerde, söz konusu ameliyattan önce de hastanın onamının alınması gerektiği öğretide ileri sürülmektedir. (Hancı, **agm.**, s. 84.)

⁵⁷⁶ AYM, BB, *Mehmet Çolakoğlu*, 21.02.2018, BN. 2014/15355, RG. 28.03.2018, S. 30374. Aynı yönde öğretideki görüşler için bkz. Hatırnaz Erol, **agm.**, s. 96; Hakeri, **age.**, s. 293. *Çınarlı*, tıbbi müdahalenin yapılması ile hastanın aydınlatılması arasında en az 24 - 48 saat bulunması gerektiğini ileri sürmektedir. (Çınarlı, **age.**, s. 292.) Avrupa Birliği hukukunda hasta haklarını incelediği çalışmasında *Poroy*, onam ile aydınlatma arasında 24 saat süre olması gerektiğini ileri sürmüştür. (Mehmet Akif Poroy, “Avrupa Birliği’nde Hasta Hakları”, **Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Lefke Avrupa Üniversitesi, V. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu**, (8 - 9 Kasım 2013), Ed. Nilgün Sarp, Cahid Doğan, Adalet Kitabevi, 2014, s. 150. Aynı yöndeki görüş için Bkz. Hatırnaz Erol, **age.**, s. 154) Alman hukukunda bu sürenin ivedilik arz etmeyen haller için en az üç gün olması gerektiği kabul edilmektedir. (Özsunay, **agm.**, s. 50.)

⁵⁷⁷ AYM, BB, *Menekşe Alkan ve Mehmet Cemal Alkan*, 08.03.2018, BN. 2014/13327; AYM, BB, *Hilmi Düzgüner*, BN. 2014/9690, T. 11.05.2017; AYM, BB, *Emrah Egeç*, BN. 2015/9714, T. 11.12.2018; AYM, BB, *Ahmet Acartürk*, BN. 2013/2084, T. 15.10.2015, Bkz Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası.

⁵⁷⁸ Özsunay, **agm.**, s. 44.

genel sağlık durumu, ilaçları, kontrol tarihleri diyet ve sonrasında neler yapması gerektiği gibi bilgileri içeren taburcu sonrası tedavi planı sağlık personeli tarafından sözel olarak anlatılarak, bu tedavi planının bir nüshası verilir⁵⁷⁹. Nitekim, Fransız Toplum Sağlığı Kanunu'nun L 1111-2 hükmü uyarınca, teşhis ve tedavi faaliyeti tamamlandıktan sonra, hastanın sağlık durumu bakımından yeni risklerin oluşması durumunda, özellikle tedavi sonrası kaçınması gereken fiil ve davranışlar hakkında da hastaya bilgi verilmesi zorunludur⁵⁸⁰.

Tedavi planı aydınlatılmış onamdan farklı olarak, tedavi yapıldıktan sonra hastaya açıklanmaktadır. Taburculuk sonrası tedavi planını da aydınlatma yükümlülüğü kapsamında değerlendiren Danıştay, hastanın gerekli olan kontrol, muayene günü belirtilmeden ve hasta yakınları gereği kadar bilgilendirilmeden taburcu edildiği uyuşmazlık konusu olayda idarenin hizmet kusurunun bulunduğunu tespit ederek manevi tazminat ödenmesine karar vermiştir⁵⁸¹. Fransız Danıştay'ı da tedavi aydınlatmasının eksik yerine getirilmesinin idarenin sorumluluğuna yol açacağını kabul etmektedir⁵⁸².

Buna karşılık Danıştay bir kararında, taburcu edilirken aydınlatmanın yapılmaması sebebiyle hastanın ileri tetkikleri yapamamış olması nedeniyle zarara uğramasının organizasyon kusurundan kaynaklandığını vurgulayarak idare aleyhine tazminata hükmetmiştir⁵⁸³. Danıştay'ın bu kararından tedavi sonrası

⁵⁷⁹ Temel, **agm.**, s. 35. Alman hukukunda tedavisi tamamlanan hastanın iyileşme sürecine aktif olarak katılımının sağlanması ve bu süreçte sağlığını tehlikeye sokacak davranışlardan kaçınması için yapılan bu bilgilendirme “*güvenlik aydınlatması*” olarak nitelendirilmiş ve ayrıca düzenlenmiştir. Bu kapsamda hekim, hastanın tedavi boyunca kaçınması gereken davranışları bildirme ve ilaçların dozu, zamanı ile beslenme şekli hakkında açıklama yapma yükümlülüğü bulunmaktadır. (Temel, **agm.**, s. 35.)

⁵⁸⁰ Laude / Mathieu / Tabuteau, **age.**, s. 343.

⁵⁸¹ Dan.15.D., 30.01.2015, E. 2014/7136, K. 2015/413, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁵⁸² CE, 02.09.2009, n° 292783, www.legifrance.gouv.fr.

⁵⁸³ “*Dosyada mevcut bilgiler, prematüre bebeklere yapılması gereken tıbbi işlemlerde sağlık birimlerinin takip sisteminin kusursuz işlemlerini zorunlu kılmaktadır. Bu gereklilik, sadece anne ve babaya önerilerde bulunulması ile sınırlı kalmamalıdır. Bu işlemlerin yapılıp yapılmadığının da, hasta dosyası incelenerek, kontrolü gerekir. Somut olayda, davacıların bebeklerinin doğumu davalı İdareye bağlı hastanede yapılmıştır. Prematüre doğumun yaratabileceği risklerin takibi ve bertaraf edilmesi görevi sadece anne ve babaya değil, böyle bir doğumun ve tedavi sürecinin sonuçlarını izlemesi gereken İdareye de aittir. Dosyadan, çeşitli tarihlerde muayeneye gitmelerine rağmen, davacıların bebeklerinin ROP muayenesinin yapılıp yapılmadığının kontrol edilmediği, bu konuda ailenin uyarılmadığı anlaşılmaktadır. (...) Bu durumda tıbbi ameliye kapsamında dahil edilemeyecek bir takım bakım, gözetim ve diğer yan yükümlülüklerin hiç veya gereği gibi yapılmaması sebebiyle oluşacak zararlarda, hekim yahut diğer sağlık personeline doğrudan kusur atfedilemeyecekse de, İdarenin sorumluluğundan söz edilebilecektir. Somut olayda da hekime yahut diğer sağlık personeline doğrudan kusur atfedilemeyecekse de yenidoğan organizasyon eksikliği sebebiyle sağlık hizmetini*”

aydınlatmanlarda ikili bir ayrıma gidildiği, ilk ihtimalde hastaya ileri tetkik yöntemlerine başvurması gerektiğinin açıklanmasının yeterli olduğu; buna karşılık özellikli nitelik arz eden bazı müdahalelerde ileri tetkik ve tedavilerin yapılması hususunda hastaya açıklama yapılmasının yanında hastanın bu tetkik ve muayeneleri yaptırıp yaptırmadığının da ayrıca kontrol edilmesi ve gerektiğinde hastanın uyarılması gerektiği anlaşılmaktadır. Kanaatimizce söz konusu ayrımın yapılması oldukça güçtür. Her iki ihtimalde de, idarenin hizmet kusuru nedeniyle sorumluluğu oluşacağından, uygulamada bir fark yaratmayacak olan bu ayrımın isabetsiz olduğu görüşündeyiz. Nitekim söz konusu ayrım, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesini bizatihi hizmet kusuru kapsamına sokarak, kusurlu kamu personeline idarenin rücu imkanının da önünü kapatacaktır.

Aydınlatma kapsamında hastaya, hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği, tıbbi müdahalenin kim tarafından, nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi, diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri, muhtemel komplikasyonları, reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskler, kullanılacak ilaçların önemli özellikleri⁵⁸⁴, sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri, gerektiğinde aynı konuda tıbbi yardıma nasıl ulaşabileceği, hususlarında açıklama yapılır⁵⁸⁵. Bunun yanında teşhis ya da tedavi hizmetlerinin sunumuna tıbbi müdahaleyi yürüten hekim dışındaki sağlık personelinin de katılması durumunda, bu

gereği gibi işletmeyen sağlık idaresinin sorumluluğuna gidilebilecektir.” (Dan.15.D., 30.02.2016, E. 2015/2607 K. 2016/3893, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Aynı yöndeki Fransız Danıştay kararı için bkz. CE, 18.10.1989, *Odet Desbans*, aktaran Lachaume / Pauliat / Braconnier / Deffigier, **age.**, s. 806.

⁵⁸⁴ Hatırnaz Erol, **age.**, s. 164. Basına yansıyan bir olayda hastanın PVC kaplı ilacı ambalajıyla beraber yutması üzerine ilaç takıldığı yemek borusundan tıbbi operasyonla çıkarılmıştır. (“Doktorları şaşkına çeviren olay... Hapı ambalajıyla yuttu!”, Hürriyet Gazetesi, 13.11.2017.) Görüleceği üzere ilaç tedavilerinde özellikle hastanın eğitim ve bilinç düzeyine bağlı olarak farklı zararlar ortaya çıkabilmektedir. Bu nedenle tedaviye ilişkin olarak aydınlatma yapılırken, hastanın içinde bulunduğu sübjektif durumun da dikkate alınması gerekmektedir.

⁵⁸⁵ Hasta Hakları Yönetmeliği madde 15., Aydınlatma kapsamında verilecek bilgiler Hekimlik Meslek Etiği Kuralları’nın 26. maddesinde de sıralanmış olup, söz konusu düzenleme Hasta Hakları Yönetmeliği’ndeki hüküm ile benzeşmekle beraber önemli farklılıklar da içermektedir. Hasta Hakları Yönetmeliği ile büyük ölçüde örtüşen söz konusu düzenlemede, Yönetmelik’ten farklı olarak, aydınlatmanın teşhisten sonra, tedaviden ise önce yapılacağı kabul edilmiş olduğundan hastanın sağlık durumunun yanında hastaya konulan tanı aydınlatma kapsamında öngörülmüştür, Alman Federal Mahkemesi’nin bir kararında aydınlatma yükümlülüğünün kapsamında “(...) *müdahalenin zorunluluğu ivediliği ve tedavinin başarı şansı (...) hastanın yaşamını sürdürmesini etkileyebilecek risklerin ağırlığı*” gibi hususlara yer verilmesi gerektiği ortaya konulmuştur. (BGH VI ZR 198/07, aktaran Oral, **agm.**, s. 191.)

kişinin müdahaleye katılmasının sebebi hakkında da hastaya bilgi verilmesi gerektiği Fransız Danıştayı tarafından kabul edilmiştir⁵⁸⁶.

Aydınlatılma yükümlülüğünün yerine getirilmesinde olası komplikasyonların hastaya bildirilmesi zorunluluk olmakla birlikte⁵⁸⁷, “*olası*” ölçütünün tespiti bakımından öğreti ve yargı kararlarında birlik bulunmamaktadır. Başka bir ifadeyle, hangi düzeydeki ihtimallerin “*olası*” olarak nitelendirileceği tartışma konusudur⁵⁸⁸. Yargıtay’ın her iki yönde de kararı bulunmakla birlikte⁵⁸⁹ öğretide bir görüş, tıbbi müdahalenin genel risklerinin yanında, somut olayın özelliklerinden kaynaklanabilecek tehlikelerin de hastaya anlatılması gerektiğini; buna karşılık gerçekleşme ihtimali çok nadir olan risklerin bildirilmesinin zorunlu olmadığını ileri sürmektedir⁵⁹⁰. Öğreti ve yargı kararlarında baskın olan diğer görüş ise, tıbbi müdahalenin nadiren gerçekleşebilecek olanlar da dahil olmak üzere tüm risklerinin hastaya bildirilmesinin zorunlu olduğunu savunmaktadır⁵⁹¹.

Ağırlıklı olarak kabul edilen görüş ise, kendi içinde ikiye ayrılmakta olup, bunlardan ilki hastanın somut olaydaki sağlık durumu dikkate alınarak görülme

⁵⁸⁶ CE, 19.09.2014, *M. Huynh*, n° 361534, Rec. Lebon, 2014, Dalloz.fr.

⁵⁸⁷ AYM, BB, *Hilmi Düzgüner*, BN. 2014/9690, T. 11.05.2017, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası; Gaziantep BİM 3.İDD, 02.03.2017, E. 2016/248, K. 2017/226, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası.

⁵⁸⁸ Hakeri, *age.*, s. 296.

⁵⁸⁹ Yar.4.HD, 07.03.1977, E. 1976/6297 K. 1977/2541, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Aksi yönde karar için bkz. Yar.4.HD, 12.05.1964, E. 1954/6458 K. 1964/4925, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁵⁹⁰ Mehmet Ayan, *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Kazancı Hukuk Yayınları, 1991, s. 74; Hancı, *agm.*, s. 55; Hatırnaz Erol, *age.*, s. 132; Murat B. Alkanat, “Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk”, *Ttb.org.tr/STED/sted0502/tibbi.pdf*. Feridun Yenisey, “Tedavi Açısından İlgilinin Rızası”, *Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008, s. 872; Yenerer Çakmut, *agm.*, s. 12.

Aynı yönde Fransız öğretisi için bkz. Leleu, *agm.* Bu yöndeki Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 1964/6458 esas sayılı kararı, aktaran Mine Kaya, “Türk ve Amerikan Hukukunda Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğünün Kapsamı” *Tıp Hukuku Dergisi*, S. 1, 2012, s. 152. Hastayı aydınlatma yükümlülüğünü kişinin kendisi hakkında karar verme hakkı kapsamında değerlendiren Alman hukukunda, hekimin tıbbi müdahalenin tipik tehlikelerini bildirmesinin zorunlu olduğu, buna karşılık ender olarak rastlanan sonuçlar bakımından hastanın aydınlatılmasının gerekmediği kabul edilmektedir. (Özsunay, *agm.*, s. 36.) Bu kapsamda, %3 oranında gerçekleşme ihtimali bulunan rizikonun hastaya bildirilmemesinin sorumluluğa yol açacağı kabul edilmiştir. (Aşçıoğlu, *age.*, s. 30.)

⁵⁹¹ René Savatier / Jean – Marie Aubry / Jean Savatier / Henri Pequignot, *Traité du Droit Medical*, Libraires Technique, 1956, s. 228; AYM, BB, *Mehmet Çolakoğlu*, 21.02.2018, BN. 2014/15355, RG. 28.03.2018, S. 30374; Yar.4.HD, 07.03.1977, E. 1976/6297, K. 1997/2541, *YKD.*, C. 4, 1978, s. 905 - 910. Ağır ve tamamen hayati tehlike sonucu doğuran her komplikasyon hakkında, söz konusu komplikasyonun tıp literatüründe yer alması durumunda gerçekleşme oranı dikkate alınmaksızın hasta açıklanması gerektiği de öğretide savunulmaktadır. (Boran, *age.*, s. 102.)

ihtimali olan tüm riskler hususunda bilgilendirilmesi gerektiğini savunurken⁵⁹²; ikinci görüş, somut koşullar gözetilmeksizin görülme ihtimali en uzak olan riskler hakkında dahi bilgi verilmesi gerektiğini ileri sürmektedir⁵⁹³. “Olası” olarak nitelendirilecek komplikasyonların hastaya açıklanmamış olması ise tıbbi uygulama hatasına yol açacaktır⁵⁹⁴. Yine, “olası” risklerin kapsamının tespitinde somut olayın objektif özelliklerinin de dikkate alınması gerekmektedir⁵⁹⁵. Öğretide Zeytin bu hususa ilişkin olarak şu örneği vermiştir: Bir mankenin yüzünde gerçekleştirilecek operasyon sonucunda iz kalma riskinin bulunması durumunda, kişinin mutlaka

⁵⁹² Bayraktar, *age.*, s. 126; Hatırnaz Erol, *agm.*, s. 93; Hakeri, *age.*, s. 268; Özsunay, *agm.*, s. 50, Oral, *agm.*, s. 191; Truchet, *age.*, s. 256; Aşçıoğlu, *age.*, s. 34; Oğuz Polat, *Tıbbi Uygulama Hataları*, 2. baskı, Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 48; Gökcan, *age.*, s. 151. Karşılaşılabilen tüm risklerin değil, somut olayda gerçekleşme ihtimali daha yüksek olan risklerin açıklanması gerektiğini savunan Bayraktar, tüm olası risklerin sayılmasının hekimin serbest hareket imkanını kısıtlayanın yanında hastanın tedavi görmekten kaçınması gibi bir sonuca da yol açabileceğini vurgulamıştır. (Bayraktar, *age.*, s. 127.) 1985 tarihli *Sidaway* kararı ile birlikte, İngiliz hukukunda paternalist bir yaklaşımla hekime aydınlatmanın kapsamını belirleme bakımından geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır. Bu doğrultuda, hasta için özel olanlar da dahil olmak üzere tüm riskleri bildirme yükümlülüğü olan hekim, söz konusu bilgilerin hastaya zarar verebileceğine kanaat getirdiğinde söz konusu bilgileri aydınlatma dışında bırakabilmektedir. Buna karşılık 1990’lı yıllarda *Sidaway* kararındaki içtihadından vazgeçen İngiliz yargısı 2000’li yılların başından itibaren tam bilgilendirme yükümlülüğü esasını kabul etmiştir. (Hazel Biggs, “Aydınlatma ve Sır Saklama Yükümlülüğü: Uygulama ve Malpraktis”, *Sağlık Hukuku Kurultayı 1 – 3 Kasım 2007 Ankara*, Ankara Barosu Yayınları, 2008, s. 56.) Amerikan hukukunda ise aydınlatmanın kapsamının belirlenmesinde, “makul hasta” ölçütü uygulanmaktadır. Bu doğrultuda hekimin makul bir hastanın isteyeceği kadar bilgilendirmeyi yapması gerekmektedir. (Hamide Tacir, *Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı*, 12 Levha Yayıncılık, 2011, s. 156; Hakeri, *age.*, s. 297.)

⁵⁹³ Ünal Er, *Sağlık Hukuku*, Savaş Yayınevi, 2008, s. 88; Karaege, *agm.*, s. 118; Birtek, *agm.*, s. 114; Kıcalıoğlu, *age.*, s. 103; Tacir, *age.*, s. 167.

⁵⁹⁴ “(...) kulak zarının delik olduğunu bilen doktor, ilâcın yan etkisinin daha fazla olabileceği hususunu davacıya bildirmemiş, ilâç dozunu ayarlamada gerekli özeni göstermemiş ve ağır hizmet kusuru oluşmuştur. (...)” (Dan. İDDK, 07.03.2003, E. 2002/716, K. 2003/91, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Yargıtay ise aydınlatma kapsamındaki “olası” komplikasyonları daha geniş ele almaktadır: “(...)davalı hekim tarafından muayene edilmek üzere odaya alınmış ve jinekolojik muayenesi sırasında davalı hekim tarafından rektal tuşe yapılmış bu sırada baş parmağı ile hymene tazyik etmek suretiyle annüler olan kızlık zarının saat 6 hizasında yırtılmasına sebep olmuştur. (...)Davalının, rızasının bulunduğu kabul edilse dahi az yukarıda açıklanan şekilde muayenenin muhtemel sonuçları, riski davacıya bildirilmemiştir. Bu yönün ispatı davalı doktora düşer. Çünkü bu tür muayenelerde bazen kızlık zarının bozulabileceği tıbbi adli raporunda açıklanmıştır. Diğer bir deyimle bu muayene sonunda her halde kızlık zarının bozulacağı tıbben kabul edilmemiştir. O halde nadiren de olsa bu böyle bir sonucun yani riskin meydana geleceği açık olarak davacıya bildirilmeliydi. Olayımızda davalı hekim, aydınlatma görevini yerine getirdiğini, bütün veri ve sonuçları tıp bilimine uygun olarak davacının anlayacağı biçimde bildirdiğini iddia ve ispat etmediğine göre meydana gelen ve Türk Ceza Kanununda da mayubiyet olarak nitelenen zararlı sonuçtan sorumludur. (Bayraktar - age - 127 vd.). Kaldı ki, olayın özelliği davacının bu riski bilmesi gerektiği sonucunu kabule de olanak vermemektedir. Zira, tuşe rektumdan yapılmıştır. (...)” (Yar.4.HD, 07.03.1977, E. 1976/6297, K. 1977/254, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Aynı yönde, Yar.13.HD, 01.11.2013, E. 2013/19634, K. 2013/26901; Yar.13.HD, 11.09.2013, E. 2012/26593, K. 2013/21129; Yar.13.HD, 28.10.2013, E. 2013/17027, K. 2013/26132, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Anayasa Mahkemesi’nin bu yöndeki içtihadı için bkz. AYM, BB, Ahmet Acartürk, BN. 2013/2084, T. 15.10.2015, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası.

⁵⁹⁵ Özlem Yenerer Çakmut, “ “Hastanın Tedaviyi Reddetme veya Durdurma Hakkı”, *Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Girne - Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu* (2 - 3 Mart 2009), Adalet Yayınevi, 2010, s. 67.

aydınlatılması gerekmektedir. Buna karşılık, bir bisikletçinin geçireceği menisküs ameliyatı sonucunda dizinin arkasında bıçak izinin kalacağı hususunda ayrıca aydınlatılması gerekmemektedir⁵⁹⁶. Ancak bu anlayış, aydınlatmanın kapsamını sübjektif temellere dayandırdığından, hekime çok geniş bir takdir yetkisi bırakmaktadır.

Kanaatimizce somut gerçekler de dikkate alındığında öncelikle hastanın somut koşulları dikkate alınmadan, söz konusu müdahaleye ilişkin tüm risklerin ve alternatiflerin açıklanması aşırı bir zaman kaybına yol açacağı gibi, bu açıklamaların çoğu zaman hastanın kafasını karıştırması ve hasta tarafından anlaşılamaması gibi sonuçlar da ortaya çıkabilecektir. Bu nedenle öncelikle salt hastanın sağlık durumu ile doğrudan ilişkili olan risklerin aydınlatma kapsamında olduğu kanaatindeyiz. İkinci olarak, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 15. maddesi bir bütün halinde okunduğunda, tedaviye dair risklerin, komplikasyonların ve etkilerin yalnızca “muhtemel” olanlarının aydınlatma kapsamında hastaya açıklanması gerektiği görülmektedir. Söz konusu ibarenin bir anlam taşıması, ancak tüm risklerin değil yalnızca gerçekleşmesi olası olan risklerin hastaya açıklanıyor olması durumunda mümkündür. Dolayısıyla, hastanın somut durumu dikkate alınarak gerçekleşmesi muhtemel olan risklerin açıklanması, buna karşılık en uzak risklerin aydınlatma dışında tutulması hukuka aykırılık oluşturmazdır.

Ayrıca, yapılan tetkikler sonucunda mevcut tıbbi standartlara göre tedavisi bulunmayan bir hastalığın teşhisinin konulması durumunda dahi hastanın kural olarak bilgilendirilmesi gerekmektedir⁵⁹⁷. Nitekim, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 19. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, tedavisi olmayan bir teşhis, hekim tarafından ve tam bir ihtiyat içinde hastaya hissettirilebilir veya bildirilebilir. Ancak maddenin lafzından açıkça anlaşılabileceği üzere, söz konusu hallerde hekimin takdir yetkisini, hastaya bilgi vermeme yönünde kullanması da mümkündür.

Fransız Danıştay da 1997 öncesindeki içtihadında müdahalenin yalnızca istisnai nitelikte olmayan riskleri hakkında hastanın aydınlatılmasını yeterli kabul

⁵⁹⁶ Zeytin, **agm.**, s. 23. Aynı yöndeki görüşler için bkz. Yenerer Çakmut, **agm.**, s. 12; Hakeri, **age.**, s. 296; Tacir, **age.**, s. 165.

⁵⁹⁷ Buna karşılık Danıştay'ın aksi yönde kararı bulunmaktadır. (Dan.10.D., 12.06.2001, E. 1999/2351, K. 2001/2240, aktaran Gökcan, **age.**, s. 1409.)

etmekteyken, içtihadını değiştirerek tüm riskler hakkında hastaya bilgi verilmesi halinde aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmiş olacağına karar vermiştir⁵⁹⁸. Daha yeni tarihli kararlarında ise Fransız Yargıtay'ının içtihadı ile paralel olarak⁵⁹⁹, Fransız Danıştay'ının ikili bir ayırım yaptığı dikkat çekmektedir. Buna göre, gerçekleşmesi öngörülebilen risklerin tümünün hastaya bildirilmesi gerektiği kabul edilirken, istisnai risklerden yalnızca ağır zararlara yol açabilecek nitelikte olanların bildirilmesi öngörülmüştür⁶⁰⁰. Başka bir deyişle, istisnai nitelikte olmakla birlikte ağır sonuçlara yol açmayacak olan riskler hususunda hastanın aydınlatılmamaması idarenin sorumluluğuna yol açmayacaktır⁶⁰¹. Buna karşılık, öğretide yalnızca istisnai olmayan risklerin aydınlatma kapsamında olduğu da savunulmaktadır⁶⁰².

Tıbbi müdahalenin ivediliği de aydınlatmanın kapsamının belirlenmesinde etkisi olan faktörlerdendir. Buna göre, müdahalenin ivediliği arttıkça aydınlatmanın kapsamı daralmaktadır⁶⁰³. Söz gelimi estetik operasyonlar ile yapılması tavsiye edilmekle birlikte zorunlu olmayan müdahalelerde hekimin geniş bir aydınlatma yükümlülüğü bulunmaktadır⁶⁰⁴. Buna karşılık, hastanın yaşamını etkileyen ve sağlığı

⁵⁹⁸ CE sect, 05.01.2000, *Consorts Telle*, n° 181899, Rec. Lebon, 2000; CE, 09.01.1970, *Carteron*, *Caisse régionale de sécurité sociale de Paris*, *Caisse primaire centrale de sécurité sociale de la région parisienne*, n° 73067, Rec. Lebon, 1970; CE, 01.03.1989, *Gélineau*, n° 68434, Rec. Lebon; CE, 17.02.1974, *Centre hospitalier régional de Nancy*, n° 71974, Rec. Lebon, 1974, Dalloz.fr. CE, 17.03.2000, *Canas*, JCP, 2001, aktaran Chapus, **age.**, s. 1308; Esper / Sargos, **age.**, s. 13; Laude / Mathieu / Tabuteau, **age.**, s. 340.

⁵⁹⁹ Nitekim Fransız Yargıtay'ının içtihadı da istisnai olanlar da dahil olmak üzere tüm risklerin hastaya bildirilmesi yönündedir. (Cass 1ère civ, 08.07.1997, Meurice et Rocq, JCP, 1997, s. 435 vd.)

⁶⁰⁰ CE sect, 05.01.2000, *Consorts Telle*, n° 181899, Rec. Lebon, 2000, Dalloz.fr.; Aynı yönde CE, 5e et 7e ss-sect., 27.09.2002, *Mme. Martine N.*, n° 211370, Rec. Lebon, 2002, Dalloz.fr. Bu yöndeki içtihadı ilişkin değerlendirmeler için bkz. Markus, **agm.**, s. 26.

⁶⁰¹ Pierre Tifine / Hugues Rabault, "Chronique des arrêts de la Cour administrative d'appel de Nancy (septembre 2008 – mars 2009)", **LPA**, 28.10.2009, n° PA200921506, s. 10, Lextenso.fr.; Welsch, **age.**, s. 77; Laure / Anger, **age.**, s. 379; Memetau / Girer, **age.**, s. 700; Lambert - Faivre / Porchy – Simon, **age.**, s. 729; Laude / Mathieu / Tabuteau, **age.**, s. 341, Esper / Dupont, **age.**, s. 685; Esper / Sargos, **age.**, s. 46. Aynı yönde Hakeri, **age.**, s. 266.

⁶⁰² Yves Gaudemet, **Droit Administratif**, 21e edition LGDJ, 2015, s. 175.

⁶⁰³ Er, **age.**, s. 89; Demir, **age.**, s. 36; Hakeri, **age.**, s. 296; Halide Savaş, "Tıbbi Malpraktis ve Komplikasyondan Doğan Sorumluluklar", **Sağlık Hukuku Makaleleri 1**, İstanbul Barosu Yayınları, 2012, s. 270; Ahmet Kürşat Ersöz, "Tıbbi Müdahale Kavramı ve Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları", *Terazi Hukuk Dergisi*, Y. 5, S. 45, 2010, s. 114; Özpinar, **age.**, s. 26; Polat, **age.**, s. 49; Yenerer Çakmut, **agm.**, s. 15; Aşçıoğlu, **age.**, s. 30; Hancı, **agm.**, s. 54; Gökcan, **age.**, s. 151; Alkanat, **agm.**

⁶⁰⁴ Welsch, **age.**, s. 73; Laure / Anger, **age.**, s. 380; Lambert - Faivre / Porchy – Simon, **age.**, s. 730; Esper / Sargos, **age.**, s. 50; Conseil d'Etat, **age.**, s. 8.. Nitekim Fransız Danıştay'ı estetik müdahaleler bakımından sonuçlarının ağırlığı gözetilmeksizin her türlü risk bakımından hastanın aydınlatılması gerektiğini kabul etmiştir. (CE, 15.03.1996, *Mlle Durand*, n° 136692, Rec. Lebon, 1996, Dalloz.fr.) Nitekim Alman Federal Mahkemesi'nin kararları da bu yöndedir. (Hakeri, **age.**, s. 269.)

bakımından yapılması zorunlu olan müdahalelerde makul bir hastanın gerekli riskleri alacağından bahisle daha dar kapsamlı bir aydınlatma yeterli kabul edilmektedir⁶⁰⁵.

Aydınlatmanın yapılış biçimi, içeriği ve kapsamı ise üzerinde durulması gereken bir diğer husustur. Hukukumuzda aydınlatmanın sözlü olarak yapılacağı öngörülmüştür⁶⁰⁶. Karşılaştırmalı hukukta, matbu formun ya da hastalığa ilişkin temel bilgiler içeren broşürün hastaya sunulması şeklinde gerçekleştirilen aydınlatma yükümlülüğü bakımından ulusal hukukumuzda herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir⁶⁰⁷. Aydınlatmanın sözlü olarak yapılmasını yeterli bulan düzenleme öncelikle ispat bakımından sorunlara yol açabilmektedir. 2000 yılı sonrasındaki Fransız Danıştay içtihadı⁶⁰⁸ ile paralel olarak Fransız öğretisi de aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiğinin ispat yükünün idarede olduğunu kabul etmektedir⁶⁰⁹. Sözlü olarak yapılan aydınlatmalarda ise hekimin söz konusu yükümlülüğü tam ve eksiksiz olarak yerine getirdiğinin ispatlanması mümkün

⁶⁰⁵ Bayraktar, **agm.**, s. 128; Özsunay, **agm.**, s. 40; Boran, **age.**, s. 99.

⁶⁰⁶ Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalındaki hekimler üzerinde yapılan bir araştırmada, hekimlerin %39,4'ünün tıbbi müdahale öncesinde onam almadıkları, %31'inin çalıştıkları kurumca düzenlenmiş formlar ile onam aldıkları, % 12'sinin yazılı ve sözlü olarak onam aldığı; buna karşılık %9,1'inin yalnızca büyük ameliyatlarda yazılı şekilde, diğer hallerde ise sözlü olarak onam aldığı tespit edilmiştir. Buna karşılık, araştırmaya katılan hekimlerden yalnızca %8,5'inin kendi hazırladıkları yazılı form ile bilgilendirme yaparak onam aldıkları görülmüştür. (Günday, **age.**, s. 105.)

⁶⁰⁷ Buna karşılık, öğretilerde hekim tarafından hazırlanan matbu formların aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi bakımından yeterli olmadığı kabul edilmektedir. (Hakeri, **age.**, s. 303; Ersöz, **agm.**, s. 119; Tacir, **age.**, s. 182; Hatırnaz Erol, **age.**, s. 152; Gülel, **age.**, s. 127; Aşçıoğlu, **age.**, s. 28; Gökcan, **age.**, s. 161; Zeytin, **agm.**, s. 20.) Nitekim Türk Tabipler Birliği tarafından yayımlanan Aydınlatılmış Onam Kılavuzunda da bu husus açıkça belirtilmiştir: “*Aydınlatılmış Onam alma sürecini kolaylaştırıcı çeşitli araçlar kullanılabilir. Bunlar arasında en yaygın olanları bilgilendirici broşürler / kitapçıklardır. Bunların yanı sıra, çeşitli tablolar içeren kartlar veya konu ile ilgili kimi önemli bilgileri içeren CD’lerden de yararlanılabilir. Burada önemle üzerinde durulması gereken nokta, bunların sadece aydınlatılmış onam alma ve genel olarak hasta ve sağlık ekibi arasındaki iletişim sürecine yardımcı gereçler olmasıdır. Tek başına bu araçların kullanılması hiçbir zaman hasta için özgün ve insani bir nitelik taşıması gereken onam alma eyleminin yerine geçmez. Hekim (veya sağlık ekibinin diğer üyeleri) iletişimin kimi açılardan daha kolay yürütülebilmesi için bu araçlardan yararlanabilir, ancak bilgilendirme hasta birey ile uygun bir ortamda ve yeterli süre ayırarak yüz yüze görüşme ile yapılmalıdır. Bu koşul sağlanmadan alınmış onamlar geçersiz kabul edilmelidir.*” (Ttb.org.tr.)

⁶⁰⁸ CE, 05.01.2000, AP – HP Paris, n° 198530, Rec. Lebon, 2000, Dalloz.fr.

⁶⁰⁹ Leleu, **agm.**, Welsch, **age.**, s. 64; Laure / Anger, **age.**, s. 389; Memetau / Girer, **age.**, s. 669; Lambert - Faivre / Porchy – Simon, **age.**, s. 732; Laude / Mathieu / Tabuteau, **age.**, s. 352; Esper / Sargos, **age.**, s. 60; Esper / Dupont, **age.**, s. 686. Nitekim Alman hukukunda aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiğini ispat yükü hekime aittir. Bu kapsamda öncelikle hekim tarafından bilgilendirici matbu formların hastaya sunulması, ardından ise hekim – hasta görüşmesi yapılması suretiyle tedavi süreci ve olası riskler hakkında hastanın bilgilendirilmesi esası kabul edilmektedir. (Temel, **agm.**, s. 38; Zeytin, **agm.**, s. 34.) Hastayı usulüne uygun şekilde aydınlattığını ispatlayamayan hekim, söz konusu tıbbi müdahale nedeniyle oluşabilecek zararlardan sorumlu tutulmaktadır. İsviçre hukukunda ise aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmediğinin ispat yükü hastaya aittir. (Hancı, **agm.**, s. 61.)

olamamaktadır⁶¹⁰. Nitekim, Tıbbi Müdahalelerde Bilgilendirilmiş Rıza Alınması Yönetmeliği Taslağı'nda da aydınlatmanın yazılı şekilde yapılması gerektiği açıkça ortaya konulmuştur. Taslak metninde *aydınlatma* kavramı, “*Bireyin sağlık durumu, kendisine uygulanacak vücut bütünlüğüne müdahale gerektiren tanı ve tedavi yöntemleri, tedavinin kabul edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçları ve hastalığın seyri, neticeleri ve öngörülemez acil durumlarda önerilen tedavinin dışına çıkma konularında ayrıntılı ve yazılı olarak bildirilmesi*” olarak tanımlanmıştır.

Uygulamada ise, aydınlatıldığının yazılı olduğu hastadan alınan yazılı kağıtlar dahi, tek başına delil olarak kabul edilmemekte, ispat yükümlülüğünü ters çeviren mahkeme hekime söz konusu ödevi yerine getirdiğini ispatlama yükümlülüğü öngörmektedir⁶¹¹. Ayrıca, hastadan alınan yazılı kağıtta tıbbi müdahale ve komplikasyonlar hakkında kendisine bilgi verildiği, bu belgeyi okuduğu ve anlatılanları anladığı, kendisine uygulanacak işlemlere yönelik onay verdiği yönünde beyan ile hastanın imzasının bulunması da gerekmektedir⁶¹². Buna karşılık, hekim tarafından tek taraflı olarak düzenlenen raporlar aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiğinin ispatı bakımından yeterli kabul edilmemektedir⁶¹³.

Özsunay, hekimin söz konusu yükümlülüğü öncelikle sözlü olarak yerine getirmesini, ardından durumun kağıda geçirilmesini ve özellikle sözlü açıklamanın ikinci bir hekim ve hemşirenin huzurunda yapılmasını ispat yükünün yerine getirilmesi bakımından çözüm oluşturacağını ileri sürmüştür⁶¹⁴. Kanaatimizce önerilen çözüm özellikle hastanelerin iş yükü bakımından uygulamaya elverişli değildir. Müdahalenin ivedilik arz ettiği hallerde çoğu zaman hastanın aydınlatmasının dahi gerçekleştirilemediği durumlarda, hastaya uzun bir zaman

⁶¹⁰ Welsch, **age.**, s. 67.

⁶¹¹ AYM, BB, *Ahmet Acartürk*, BN. 2013/2084, T. 15.10.2015, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası. Aynı yönde, Yar.13.HD, 14.02.2000, E. 2000/8582, K. 2000/10298; Yar.13HD, 28.04.2009, E. 2008/15195, K. 2009/5671; Yar.13.HD, 20.11.2007, E. 2007/12837, K. 2007/13884, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Ancak aksi yönde kararlar da bulunmaktadır: İstanbul BİM 8.İDD, 26.04.2017, E. 2017/609, K. 2017/655, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası.

Fransız içtihadında hastaya imzalatılan matbu metinlerin ispat yükümlülüğü bakımından yeterli olduğunu kabul eden kararlar bulunmakla birlikte, aksi yönde içtihat da kabul edilmiştir. Öğretide ise, hastaya imzalatılan matbu metinlerin aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiğinin ispatı bakımından yeterli olmadığı ileri sürülmektedir. (Welsch, **age.**, s. 70.)

⁶¹² AYM, BB, *Ahmet Acartürk*, BN. 2013/2084, T. 15.10.2015, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası.

⁶¹³ **Ibid.**

⁶¹⁴ Özsunay, **agm.**, s. 55.

ayrılarak aydınlatmanın sözlü ve yazılı olarak yapılması mümkün olamayacaktır. Öte yandan, aydınlatmanın başka bir hekim ya da hemşire önünde yapılması özellikle kişisel sağlık verilerinin korunması ve mahremiyeti bakımından özel hayatın gizliliği ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Buna karşılık, hasta onamının görüntü ve ses kaydı alınarak alınması ve üçüncü kişilerin erişemeyeceği şekilde hasta dosyasına eklenmesi alternatif bir çözüm olarak ileri sürülebilir.

Aydınlatmanın öncelikle hastanın zeka ve eğitim düzeyine uygun olması gerekmektedir. Bilgi, mümkün olduğunca sade şekilde, tereddüt ve şüpheye yer verilmeden, hastanın sosyal ve kültürel düzeyine uygun olarak, anlayabileceği şekilde verilir⁶¹⁵. Bunun yanında, aydınlatma yapılırken hastanın mevcut sağlık durumunun dikkate alınması, buna göre kapsamın geniş veya dar tutulması gerekir⁶¹⁶. Ancak, hastanın hangi müdahaleye rıza gösterdiğinin de açık ve anlaşılabilir olması gerekmektedir. Öte yandan, bu bilgilendirme uygun ortamda ve hastanın mahremiyeti korunarak yapılır.

Aydınlatma yükümlülüğünün istisnası, hastanın manevi yapısı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimalinin bulunması ve hastalığın seyrinin ve sonucunun vahim görülmesi halleridir⁶¹⁷. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 19. maddesine göre, hastanın manevi yapısı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihmalinin bulunması ve hastalığın seyrinin ve sonucunun vahim görülmesi hallerinde, teşhisin saklanması mümkündür. Bu hallerde hasta ve yakınlarına, hastanın sağlık durumu hakkında bilgi verilip verilmemesi hekimin takdirine bağlıdır⁶¹⁸. Ayrıca, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 20. maddesine göre,

⁶¹⁵ Buna karşılık, hekimin teknik terimler kullanarak aydınlatma yapması sonucunda hasta tarafından yeterli şekilde anlaşılmamış olmasının tek başına hizmeti kusurlu hale getirmeyeceği öğretide kabul edilmektedir. (Julie Holzem, "Les limites du consentement éclairé, *AJDA*, 2016, s. 364, Dalloz. fr.)

⁶¹⁶ Aynı yönde Hatırnaz Erol, *agm.*, s. 99; Gülel, *age.*, s. 131.

⁶¹⁷ "Davalıya yöneltilen kusur, ameliyatın küçümsenerek muhtemel sonuçların davacıya anlatılmamış olmasıdır. Davalının bu yolda hareket etmesinin hastanın maneviyatını kuvvetlendirmek bakımından faydalar sağlayacağı genel olarak kabul edilmektedir." (Yar.4.HD, 12.05.1964, E. 1954/6458 K. 1964/4925, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

⁶¹⁸ Yıldırım, *agm.*, s. 119; Hakeri, *age.*, s. 313; Kızılyel, *agm.*, s. 150; Tacir, *age.*, s. 178; Yenisey, *agm.*, s. 873. Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 14. maddesine göre de, hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı hallerde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça açıklanması gerekmektedir. Ancak, hastalığın, vahim görülen akibet ve seyrinin saklanması mümkündür. Alman hukukunda "teropatik suskunluk" olarak kabul edilen uygulamada, hastanın aydınlatılmasının sağlığı ve yaşamı için tehlike oluşturması ihtimalinde hekime aydınlatma ödevinden kaçınma imkanı tanınmaktadır. Yine Alman hukukunda kabul gören "teropatik ayrıcalık" uygulamasına göre, hastaya teşhis hakkında bilgi verilmesinin üçüncü kişiler bakımından

hastanın kendisinin veya yakınlarının hastalık ya da tedavisi hakkında bilgilendirilmemesini talep etme hakkı da bulunmaktadır⁶¹⁹. Bu kapsamda hastalık hakkında bilgi almak istemeyen hastanın aydınlatılmaması, hizmet kusuru oluşturmayacaktır⁶²⁰.

Fransız Deontoloji Kanunu'nun (Code de déontologie) L 35 maddesi, hastanın menfaatinin ve haklı sebebin varlığı halinde, tespit etmiş olduğu teşhisi hastaya açıklamaktan kaçınma hususunda hekime takdir yetkisi vermektedir⁶²¹. Nitekim aynı husus daha yeni tarihli Fransız Toplum Sağlığı Kanunu'nun L 1111-2 hükmünde de düzenlenmiştir. Ancak bu ihtimalin söz konusu olabilmesi için konulan teşhisin sonuçlarının ağır olması ve hastanın tedavisini olumsuz yönde etkileyebilecek olması gerekmektedir⁶²².

Bunun yanında, ölmek üzere olan bir hastaya acılarının hafifletilmesi için yapılan tıbbi müdahalelerde⁶²³, hastanın kendisinin hekim ya da hemşire olması ihtimalinde⁶²⁴ ya da başka bir şekilde sağlık durumu hakkında bilgi sahibi olduğunun varsayılabilirdiği hallerde⁶²⁵, hastanın başka bir hekim tarafından daha önceden

tehlike yarattığı hallerde hekime aydınlatma yükümlülüğünden kaçınma hakkı bulunmaktadır. Bu durum özellikle akıl hastaları bakımından önem arz eden bir ihtimaldir. (Özsunay, **agm.**, s. 46 - 47.)

⁶¹⁹ Aynı hak Fransız Deontoloji Kanunu'nun 35. maddesinde de yer almaktadır. Ancak bu ihtimalde hastanın aydınlatma yükümlülüğünden genel olarak vazgeçemeyeceği, ancak belli bir müdahaleye özgü olarak vazgeçmesinin mümkün olduğu savunulmaktadır. (Zeytin, **agm.**, s. 25; Hakeri, **age.**, s. 309.)

⁶²⁰ Ancak hastanın aydınlatılmama talebine ilişkin kararının yazılı olarak alınması gerekmektedir. (Hatırnaz Erol, **agm.**, s. 95.) Bu husus özellikle aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediğinin tespitinin yapılması aşamasında yargı makamları önünde ispat bakımından önem taşımaktadır. Nitekim Alman Federal Mahkemesi de hastanın aydınlatılma hakkından vazgeçme iradesinin açıkça belirtilmiş olması gerektiğini kabul etmektedir. (Özsunay, **agm.**, s. 44.)

⁶²¹ Bu ihtimalde hekime takdir yetkisi verilmesinin Türk hukukunda da uygulanması gerektiğini savunan görüşler de bulunmaktadır. (Dural, **agm.**, s. 253.)

⁶²² Welsch, **age.**, s. 88; Esper / Sargos, **age.**, s. 55; Laure / Anger, **age.**, s. 388.

⁶²³ Er, **age.**, s. 90; Hancı, **agm.**, s. 59; Demir, **agm.**, s. 240.

⁶²⁴ Özsunay, **agm.**, s. 45; Kıcıoğlu, **age.**, s. 109; Hakeri, **age.**, s. 311; Hancı, **agm.**, s. 57; Gülel, **age.**, s. 132; Zeytin, **agm.**, s. 28.

⁶²⁵ Mustafa Dural, "Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", **Uluslararası 1. Sağlık Hukuku Sempozyumu**, 24 - 25 Nisan 2008 İstanbul, XII Levha Yayınları, Ocak 2011, s. 254; Ersöz, **agm.**, s. 115; Yenerer Çakmut, **agm.**, s. 16; Bayraktar, **age.**, s. 129; Er, **age.**, s. 90; Gülel, **age.**, s. 125; Zeytin, **agm.**, s. 27; Yılmaz, **age.**, s. 43. Alman yargısı önüne gelen bir uyuşmazlıkta ise Mahkeme, davacıya ameliyat ve sonuçları hakkında farklı hekimlerce daha önceden defalarca aydınlatma yapılmış olmasına rağmen, ameliyat olmak için yatmış olduğu hastanede yeniden aydınlatma yapılmamış olmasının tıbbi uygulama hatası oluşturacağı yönünde hüküm kurmuştur. (Özsunay, **agm.**, s. 42.) Yargıtay eski bir kararında son derece sübjektif bir ölçüt ortaya koymak suretiyle, hastanın sağlık durumu hakkında bilgi sahibi olduğunun varsayılabilirdiği hallerde ayrıca aydınlatılmasının gerekli olmadığına karar vermiştir: "(...) Davacı ve eşinin sosyal düzeyi itibarıyla ameliyatın ağır ve mühim bir ameliyat olduğunu bilmemelerine imkan yoktur. Davacı buna rağmen ameliyat masasına yatmıştır. Bu itibarla rızanın alınacağına dair 1219 sayılı Kanun'un 70. maddesine aykırı bir eylem

ayrıntılı olarak aydınlatıldığı durumlarda, hekimin aydınlatma yükümlülüğü olmadığı da savunulmaktadır⁶²⁶. Benzer şekilde, hastanın aile hekimi tarafından başka bir uzmanlık dalındaki hekime sevk edilmesi durumunda, tedavinin geri kalnını üstlenen hekimin, aile hekimi tarafından daha önceden aydınlatma yapılmış olması ihtimalinde dahi, aydınlatma yükümlülüğü bulunmaktadır⁶²⁷. Öte yandan Alman Federal Mahkemesi bir kararında, tedavide kullanılan ilacın yan etkilerinin prospektüsünde yazıyor olmasının, bu etkilerin hekim tarafından açıklanması yükümlülüğünü ortadan kaldırmadığına hükmetmiştir⁶²⁸.

Alman hukukunda kabul görmekle birlikte hukukumuz bakımından tartışmalı olan iki ihtimal daha bulunmaktadır. İlk ihtimal, tıbbi müdahale sonucunda zorunlu olarak ortaya çıkan ve makul bir hasta tarafından kabul edilmesi olağan görülebilecek tehlikeler hakkında aydınlatma yapılmasının zorunlu olmamasıdır⁶²⁹. İkinci hal ise, hastaya tıbbi müdahalenin tehlikeleri hakkında bilgi verilmesi durumunda yaşayacağı panikle kendisine kesin olarak yapılması gereken tedavinin gerçekleştirilmesine onam vermemesi ihtimalidir⁶³⁰. Alman hukukunda da söz konusu hallerde hekimin aydınlatma yükümlülüğünün kalkacağı kabul edilmekteyse de⁶³¹, kanaatimizce anayasal bir hakkı sınırlandırıcı nitelikte olan bu yöndeki

*söz konusu değildir. (...)” (Yar.4.HD, 17.04.1964, E. 1964/6458, K. 1964/4925, aktaran Hancı, **agm.**, s. 128.)*

⁶²⁶ Hatırnaz Erol, **age.**, s. 141; Özsunay, **agm.**, s. 45; Gülel, **age.**, s. 136. Kanaatimizce Anayasal bir hak olan kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve özel hayatın gizliliği hakkının bir uygulaması niteliğinde olan aydınlatılmış onam alma yükümlülüğüne kanunda öngörülmeleyen bu istisnaların getirilmesi temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimine aykırılık oluşturacağı gibi, hastanın yaşama ve maddi ve manevi varlığını koruma hakkı üzerinde doğrudan hekime tasarruf yetkisi vermektedir. Nitekim öğretide savunulan bu hallerde aydınlatılma yapılıp yapılmayacağı tamamen hekimin takdirine bağlı olacak olup, bu hallerde hasta bilgisi dahilinde olmayan tıbbi müdahalelere maruz bırakılabilecektir. Ayrıca hastanın sağlık durumu hakkında bilgi sahibi olması ya da başka bir hekim tarafından aydınlatmanın yapılmış olması, gerek aydınlatma yapılıp yapılmadığı ve gerek aydınlatmanın tüm unsurları hakkında hastanın bilgi sahibi olup olmadığının ispatı bakımından sorunlara yol açabilecektir. Şöyle ki, hastanın aynı zamanda hekim olmasına karşılık uzmanlığının farklı bir alanda olması nedeniyle tedavinin olası komplikasyonları hakkında yeterli bilgiye sahip olmaması mümkündür. Yine, daha önceden başka bir hekim tarafından aydınlatma yapılan hallerde, bu hekimin aydınlatmayı tam ve eksiksiz şekilde yaptığı da kesin değildir. Bu nedenle her bir tıbbi müdahale öncesinde hekim tarafından aydınlatmanın tam ve eksiksiz olarak yapılması gerektiğini savunmaktayız.

⁶²⁷ Zeytin, **agm.**, s. 7.

⁶²⁸ Gökcan, **age.**, s. 153; Zeytin, **agm.**, s. 8; aynı yönde öğretideki görüş için bkz. Hakeri, **age.**, s. 274.

⁶²⁹ Nitekim ulusal öğretide de tehlikenin aynı durumda, anlayışlı ve akli başında bir hastanın vereceği karara etkili olmayacağı hallerde aydınlatma yapılmasının zorunlu olmaması gerektiği savunulmaktadır. (Yılmaz, **age.**, s. 43.)

⁶³⁰ Kızılyel, **agm.**, s. 211; Hakeri, **age.**, s. 309; Er, **age.**, s. 90; Boran, **age.**, s. 101; Gülel, **age.**, s. 138; Yenerer Çakmut, **agm.**, s. 18.

⁶³¹ Özsunay, **agm.**, s. 39, 47; Aşçıoğlu, **age.**, s. 35.

uygulamada hekimin bu denli geniş bir takdir yetkisinin varlığının kabulü yerinde olmayacaktır⁶³².

Hastanın zamanında ve yeterli şekilde aydınlatılmasındaki esas amaç kişinin tıbbi müdahale hakkında vereceği onamın sağlıklı, bilinçli ve etkili olmasıdır. Keza, uygulanacak müdahalenin sebebini ve sonuçlarını bilmeksizin verilen onam uygulamada bir anlam da ifade etmeyecektir. Bu bakımdan bu bölümde incelediğimiz aydınlatma yükümlülüğünün, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartı olan onam alma yükümlülüğünün ön koşulu olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

b. Onama Uygun Tedavi Yükümlülüğünün İhlali ve Sorumluluk

Tıbbi müdahalelerde hastanın rızasının alınması esastır. Hastanın rıza göstermediği ya da açıkça karşı çıktığı tıbbi müdahalenin⁶³³ yine de gerçekleştirilmesi ihtimalinde idarenin sorumluluğu doğacaktır⁶³⁴. Sağlıkla ilgili her türlü girişim, kişinin özgürce verdiği aydınlatılmış onamı ile yapılabilir. Alınan

⁶³² Teyin ve Çınarlı da aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi durumunda hastanın tedavisini olumsuz yönde etkileyebileceğinin ancak bilirkişi raporuyla belirlenmesi durumunda söz konusu ihtimalin kabul edilebileceğini, aksi durumda hekime çok geniş bir takdir alanının bırakılacağını savunmaktadır. (Aslıhan Teyin / Serkan Çınarlı, “İdarenin Sağlık Hizmeti Sunumunda, Tıbbi Müdahale Öncesinde Hastanın Bilgilendirilmesi Yükümlülüğü Karşısında Müdahalenin Genişletilmesi Uygulamasının Tartışılması”, **Adli Bilimciler Derneği 2. Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi**, 23 – 25 Nisan 2015, Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 159.) Söz konusu ihtimalin ancak oldukça sınırlı hallerde uygulanabileceğine yönelik öğretilerdeki görüş için bkz. Tacir, **age.**, s. 180.

⁶³³ “‘Hasta Hakları Sözleşmesi’ ve ‘Hasta Hakları Yönetmeliği’ nin (...) hükümleri uyarınca hastaya yapılacak müdahalede hastanın rızasının alınması ve bu rızaya aykırı tedavi yapılmaması gerekmektedir. Hastanın ikazına rağmen, yeni bir muayene yapılmadan, film çekilerek dişlerin çekilip çekilmeyeceğine karar verilmesi gerekirken, önceki barkot üzerine, diş hekimince başkaca bir muayene yapılmadan ve hastanın itirazına rağmen diş çekimi yapması hasta haklarına aykırı olup aynı zamanda hizmet kusuru oluşturmaktadır. (...) Bu sebeple davacının çekilen dişlerinin ağzının ön kısmında bulunduğu, davacının bundan rahatsızlık duyduğu, manen etkilendiği ve olaydaki hizmet kusurunun ağırlığı dikkate alınarak, bir miktar manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken (...)” (Dan.10.D., 13.07.2010, E. 2007/6322, K. 2010/5981, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

⁶³⁴ Bayraktar, hastanın onam vermediği tıbbi müdahaleler bakımından ikili ayırım yapılması gerektiğini savunmakta, yapılmaması durumunda yaşamsal tehlike olan tıbbi müdahaleleri ceza hukukunda uygulama bulan “üçüncü kişi lehine ıztırar hali” olarak nitelendirmekte, bu müdahalelerin hastanın rızasının bulunmadığı hallerde dahi yapılması gerektiğini; diğer müdahalelerin ise onam alınmaksızın gerçekleştirilmesinin hukuka aykırılık oluşturacağını ileri sürmektedir. (Bayraktar, **agm.**, s. 133.) Kanaatimizce onam alınmadan yapılan tıbbi müdahaleler için ceza hukuku bakımından bir hukuka uygunluk sebebi olan “üçüncü kişi lehine ıztırar hali” aydınlatılmış onam alınmasına ilişkin açık kanuni düzenleme karşısında, idare hukuku kapsamında uygulanması mümkün olmayacaktır. Aksi yönde bir yaklaşım kanuna uygun hareket etmekle yükümlü olan idarenin her somut olayda geniş bir takdir yetkisi kullanmasına sebep olacaktır ki bu durum kanunilik ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

onam, baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alındıysa geçersizdir⁶³⁵.

Bunun yanında, tıbbi müdahaleye kural olarak yalnızca hastalığın tedavisi amacıyla onam verilebilmektedir. Başka bir deyişle, tedavi ya da iyileştirme amaçlı olmayan tıbbi müdahaleler hastanın onamının bulunması ihtimalinde dahi hukuka aykırı olacaktır⁶³⁶. Nantes İdari İstinaf Mahkemesi, tıbbi gereklilik bulunmayan hallerde hastanın ısrar etmiş olması ihtimalinde dahi müdahalenin yapılmaması gerektiğini, aksi durumda hizmet kusuru oluşacağını ortaya koymuştur⁶³⁷.

Tıbbi müdahale niteliğinde olup olmadıkları dahi tartışmalı olmakla birlikte, genel ahlak ve kamu düzeni bakımından da tartışmalı olan birtakım müdahalelerin ilgisinin onamı dahilinde dahi yapılamayacağı Fransız hukukunda açıkça düzenlenmiştir. Fransız Yargıtayı ve Fransız Danıştay tarafından hukuka aykırı kabul edilen⁶³⁸ taşıyıcı annelik uygulamasına ilişkin yasaklama 1994 yılında yapılan değişiklikle Fransız Medeni Kanunu'nun L 16-7 hükmünde açıkça düzenlenmiştir. Böylece taşıyıcı annenin onamının bulunması ihtimalinde dahi taşıyıcı annelik uygulaması yapılması mümkün olmayacaktır⁶³⁹. Fransız Danıştay önüne gelen bir uyuşmazlıkta, mevzuat uyarınca hukuka uygun kabul edilmeyen taşıyıcı annelik faaliyetlerine ilişkin olarak, kişinin vermiş olduğu rızanın tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirmeyeceğine karar vermiştir⁶⁴⁰.

Benzer şekilde cinsel aktivite yeteneğini ortadan kaldıran sterilizasyon müdahalelerinin yalnızca tıbbi zorunluluk halinde yapılması mümkün olabilmekte,

⁶³⁵ Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları madde 26. Bu yönde AİHM içtihadı için bkz. AİHM, Y.F. / Türkiye, BN. 24209/94, T. 22.07.2003; aynı yönde AİHM, Juhnke / Türkiye, BN. 52515/99, T. 13.05.2008, Hudoc.echr.coe.int.

⁶³⁶ Esper / Sargos, *age.*, s. 82; Serkan Çınarlı / Selçuk Sinan Çelik / Aslıhan Teyin, "İdarenin Tıbbi Uygulama Hatalarında Sorumluluğa Etkisi Bakımından Hastanın Kusuru", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 11, S. 119, 2016, s. 18; Boran, *age.*, s. 86; Hakeri, *age.*, s. 415; Akyıldız / Özkan, *age.*, s. 48. Özellikle ticari amaçlı olarak yapılan tıbbi müdahalelerdeki amaç ilgisinin iyileştirilmesi ya da tedavisi olmadığından, bu hallerde onamın bulunması söz konusu onamı hukuka uygun hale getirmeyecektir. Nitekim Fransız Medeni Kanunu'nun L 1128. maddesi insan bedeni hakkında her türlü ticari sözleşmenin yapılmasını yasaklamaktadır. (Clement, *age.*, s. 67.)

⁶³⁷ CAA Nantes, 03.07.2007, *M. Camille X.* n° 03NT00641, Rec. Lebon, 2007, Dalloz.fr. Nitekim hastanın kendisinin de sağlık mensubu ya da hekim olması durumu değiştirmemektedir. (CAA Lyon, 15.05.2007, *Macon*, n° 04LY00116 05LY01022, Rec. Lebon, 2007, Dalloz.fr.)

⁶³⁸ Clement, *age.*, s. 73.

⁶³⁹ Truchet, *age.*, s. 243.

⁶⁴⁰ CE, 22.01.1988, RDSS., S. 24/2, 1988.

tıbbi zorunluluk bulunmaması durumunda ilgilinin onamının bulunması halinde dahi söz konusu müdahale yapılamamaktadır⁶⁴¹. Son olarak, ilgisinin onamı ötanazi amaçlı tıbbi müdahalelerin yapılmasını da hukuka uygun hale getirmeyecektir.

Buna karşılık tıbbi zorunluluk bulunmamasına karşın kişinin rızasının bulunması halinde bazı tıbbi müdahalelerin yapılabileceği kanunda açıkça öngörülmüştür⁶⁴². Kimlik veya soybağının tespitine yönelik genetik araştırmalar⁶⁴³, genetik yapının analiz edilmesine yönelik müdahaleler, vericisi bakımından organ aktarma faaliyetleri, tıbbi araştırmalar kapsamında yapılan müdahaleler ve estetik operasyonlar kanunlarla öngörülmüş olan ve tıbbi zorunluluk içermeyen müdahalelere örnek olarak sayılabilir⁶⁴⁴.

Bu doğrultuda kural olarak aydınlatılmış onamın tıbbi gereklilik nedeniyle yapılan müdahaleleri hukuka uygun hale getirdiği, tıbbi gereklilik bulunmayan hallerde ise söz konusu müdahalenin yapılmasının ancak kanunda buna cevaz veren düzenleme bulunması durumunda mümkün olduğu söylenebilecektir.

Onamın kendisine tıbbi müdahale yapılacak olan kişiden alınması esastır⁶⁴⁵. Hastanın küçük veya ayırt etme gücünden yoksun olması ihtimalinde, onam kanuni temsilciden alınır. Kanuni temsilcinin olurunun yeterli olduğu bu hallerde, anlatılanları anlayabilecekleri ölçüde, küçük veya kısıtlı olan hastanın dinlenmesi suretiyle mümkün olduğu kadar bilgilendirme sürecine ve tedavisi ile ilgili alınacak kararlara katılımı sağlanır⁶⁴⁶. Dolayısıyla kanuni düzenlemenin onamın alınması bakımından ikili bir ayırım yaptığı, ayırt etme gücüne sahip erginlerden onam bizzat alınırken; ayırt etme gücüne sahip olmayan kişiler ile küçükler üzerinde yapılacak

⁶⁴¹ TA Strasbourg, 21.04.1994, Hospices civils Colmar, n° 912471 **AJDA**, 1994, Dalloz.fr. Aynı yönde, Arnaud de Lajartre, La responsabilité hospitalière face au diagnostic prénatal erroné, **Revue juridique de l'Ouest**, S. 3, Y. 1997, s. 265. Aynı yönde Hızal, **age.**, s. 18.

⁶⁴² Gökcan, **age.**, s. 146.

⁶⁴³ TMK madde 284.

⁶⁴⁴ Truchet, **age.**, s. 242.

⁶⁴⁵ Ancak Yargıtay bir kararında, hastanın yakınları tarafından imzalanmış olan muvafakat belgesinin aydınlatılmış onam yükümlülüğünün yerine getirilmiş olduğunun ispatı bakımından yeterli bulmuştur. (Yar.13.HD, 05.02.2007, E. 2007/16180, K. 2007/1248, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

⁶⁴⁶ 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 6. maddesinde gebeliğin sonlandırılması bakımından kadının izninin esas olduğu, küçüklerde küçüğün rızası ile velinin iznine, vesayet altında bulunup da reşit veya mümeyyiz olmayan kişilerde reşit olmayan kişinin ve vasisinin rızası ile birlikte sulh hakiminin izin vermesine bağlıdır. Dolayısıyla gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin tıbbi müdahalelerde vesayet altındaki kişilerin vasisinin rızası yeterli olmamakta, ayrıca mahkeme izninin alınması gerekmektedir.

tıbbi müdahalelerde ise kanuni temsilciden rıza alınacaktır⁶⁴⁷. Buna karşılık, ayırt etme gücüne sahip olmayan erginler ile küçüklerin organ vermesine yönelik tıbbi müdahalelerin kanuni temsilcisinin rızası bulunsa dahi yapılması mümkün değildir⁶⁴⁸.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 16. maddesi uyarınca, ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler. Buna karşılık, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir. 1219 sayılı Kanun'un 70. maddesinde yer alan düzenleme ayırt etme gücüne sahip küçüklerden onam alınması bakımından Türk Medeni Kanunu'nun 16. maddesinde yer alan düzenleme ile örtüşmemektedir. 1219 sayılı Kanun'un 70. maddesine göre, ayırt etme gücüne sahip olup olmadığına bakılmaksızın küçükler hakkında yalnızca kanuni temsilcilerin onam verme yetkisi bulunmaktadır. Buna karşılık, Türk Medeni Kanunu'nun 16. maddesine göre, kişiye sıkı surette bağlı haklar bakımından ayırt etme gücüne sahip olan küçükler kural olarak tek başına tasarruf yetkisini haizdir. Bu hakların kullanımı bakımından yasal temsilcinin rızası kural olarak aranmaz.

Daha özel kanun niteliği taşıyan 1219 sayılı Kanun'un öncelikli olarak uygulanması gerektiğinin kabulü ihtimalinde, tıbbi müdahale için ayırt etme gücüne sahip küçüğün onamına ihtiyaç duyulmayacak, yalnızca kanuni temsilcisinin rızasının varlığı halinde müdahale yapılabilecektir⁶⁴⁹. Kanaatimizce yaşama hakkı ile maddi ve manevi varlığı koruma hakkıyla doğrudan ilişkili ve şahsa bağlı bir hak

⁶⁴⁷ Fransız Medeni Kanunu'nun L 16 – 3 hükmünde yer alan düzenleme öğretide ikili bir ayrıma tabi tutulmuş, ayırt etme gücüne sahip olmayan erginler ile ayırt etme gücüne sahip olmayan küçükler bakımından onam alınmasında farklı esaslar kabul edilmiştir. Buna göre, ayırt etme gücüne sahip olmayan küçükler hakkında onam verme yetkisi mutlak olarak kanuni temsilciye aittir. Ayırt etme gücüne sahip olmayan erginler ise akılcı onam verip veremeyeceği hususunda değerlendirmeye tabi tutulmakta, akılcı onam verebilecek durumda olanlar bakımından hem hastanın kendisinin hem de kanuni temsilcisinin onamı aranmakta; buna karşılık akılcı onam veremeyecek düzeyde ayırt etme gücü bulunmayan erginlerde yalnızca kanuni temsilcinin iradesine ihtiyaç duyulmaktadır. (Clement, **age.**, s. 78.) Bireysel özerkliği ön planda tutan İngiliz hukukunda ise, akıl hastalığı yüzünden ehliyetsiz olan yetişkinlerin tıbbi müdahaleyi kabul etme ve seçme konusunda mutlak bir seçim hakkının bulunduğu kabul edilmektedir. (RE T. (1992) 4 All ER 649, Aktaran Biggs, **agm.**, 54.)

⁶⁴⁸ Buna karşılık, ayırt etme gücüne sahip küçüklerin kanuni temsilcilerinin onamı bulunan hallerde kardeşlerine verilmek üzere organ vermeleri mümkündür. (Fransız Toplum Sağlığı Kanunu madde 1231 – 2, 3.)

⁶⁴⁹ Bu kuralın sıkı şekilde uygulanmasını savunan görüş için bkz. Bayraktar, **age.**, s. 135; Dural, **agm.**, s. 250; Hakeri, **age.**, s. 341; Polat, **age.**, s. 47. Öğretide Gökcan, 15 yaşından büyük çocukların tıbbi müdahaleye rızasının kabul edilebileceğini, 15 yaşından küçük çocukların ise yalnızca basit hastalıklar ve yaralanmalar bakımından onam verebileceğinin kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. (Gökcan, **age.**, s. 143.)

olan sağlık hakkının kullanımında mşdahaleye maruz kalacak olan kşşşğşn iradesinin tamamen dışlanması yerinde olmayacaktır⁶⁵⁰. Yine, 1219 sayılı Kanun'un 70. maddesinde dşzenlendiği şzere ayırt etme gşcşne sahip kşşşğşn yalnızca gşrşşşnşn alınması ve nihai kararın kanuni temsilciye bırakılması da yeterli korumayı sağlamayacaktır. Bu bakımdan ayırt etme gşcşne sahip kşşşğşn şzerinde yapılacak tıbbi mşdahalelerde, hem kşşşğşn hem de kanuni temsilcisinin onamının alınması her iki kanuni dşzenlemeye uygun olacağı gibi, kşşşğşn şahsa bağlı en temel hakkı olan sağlık hakkı bakımından da daha etkili bir koruma sađlayacaktır⁶⁵¹.

Karşılaştırmalı hukukta ayırt etme gşcşne sahip kşşşğşn bazı tıbbi mşdahalelere, yasal temsilcilerinin ayrıca izni alınmaksızın onam verebilecekleri kabul edilmektedir⁶⁵². şrneğin Bazı ABD eyaletlerinde 18 yaşından kşşşğşn ilaç bağımlılığını, cinsel bulaşıcı hastalıkları ve akıl hastalıklarını tedaviye yşnelik tıbbi mşdahaleler ile doğum kontrolş ve gebeliğin sona erdirilmesi gibi uygulamalar bakımından tek başına onam verme yetkisine sahip oldukları kabul edilmektedir⁶⁵³. Fransız hukukunda da sağlık hakkının şahsa bağlı bir hak olduğundan hareketle, kanuni temsilcisinin bilgilendirilmesine kşşşğşn tarafından açıkça karşı çıkılan hallerde, kşşşğşn sağlığının korunmasına yşnelik tıbbi mşdahalelerin yasal temsilcinin rızası alınmaksızın da yapılabileceği kabul edilmiřtir⁶⁵⁴. Bu ihtimal ancak yasal temsilciye bilgi verilmesi için kşşşğşn rızasını almaya yşnelik her tşrlş imkânın denenmesi, ancak kşşşğşn yine de rıza gşstermemesi durumunda sşz konusu olabilmektedir⁶⁵⁵.

⁶⁵⁰ Aynı yşnde Er, **age.**, s. 80; Gşlel, **age.**, s. 108; Ersşz, **agm.**, s. 115; Poroy, **agm.**, s. 150; Yenerer akmut, **agm.**, s. 27; Akyıldız / şzkan, **age.**, s. 59. Bu ihtimalde kşşşğşn ile kanuni temsilcinin rızalarının şrtşşmemesi durumunda ise, kanuni temsilcinin iradesine şncelik verilmesi gerektiği savunulmaktadır. (Zeytin, **agm.**, s. 17.) Buna karşılık řđretide *Tacir*, kşşşğşn ile kanuni temsilcisinin rızasının şrtşşmemesi durumunda, somut olaydaki koşullar dikkate alınarak tedavinin yapılıp yapılmaması hususunda karar verilmesi gerektiğini savunmaktadır. (Tacir, **age.**, s. 127; aynı yşnde Hakeri, **age.**, s. 345.)

⁶⁵¹ Nitekim Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sşzleşmesi'nin 6. maddesinin 2. fıkrasına gşre, kşşşğşn yasal olarak mşdahaleye rıza gşsterme yaşına sahip değilse, bu mşdahale ancak yasal temsilcinin izni ile gerçekleştirilebilir. Buna karşılık, kşşşğşn iradesi de, yaşı ile orantılı şekilde artacak şekilde, belirleyici olacaktır. Avrupa Konseyi tarafından kabul edilen bu esası savunan bir gşrşş kşşşğşn, yaşı ve ayırt etme gşcş dikkate alınarak, tıbbi mşdahale şncesinde iradesine başvurulması gerektiğini savunmaktadır. (Boran, **age.**, s. 87.)

⁶⁵² Yenisey, **agm.**, s. 879.

⁶⁵³ Tacir, **age.**, s. 127; Boran, **age.**, s. 88. Temel, **agm.**, s. 42; Demir, **age.**, s. 63.

⁶⁵⁴ Welsch, **age.**, s. 54; Laude / Mathieu / Tabuteau, **age.**, s. 354; Esper / Sargos, **age.**, s. 52.

⁶⁵⁵ Turchet, **age.**, s. 247; Esper / Dupont, **age.**, s. 760; Memetau / Girer, **age.**, s. 710; Laure / Anger, **age.**, s. 400.

Aydınlatılmış onam alınmadan ya da yukarıda açıklanan şartları taşımayan bir onam alınarak yapılan tıbbi müdahaleler Danıştay tarafından hukuka aykırı olarak nitelendirilmekte ve hizmet kusuru oluşturduğu yönünde hüküm kurulmaktadır⁶⁵⁶. Yine, aydınlatılan hastanın açıkça karşı çıkmasına rağmen tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesi de hizmet kusuru olarak nitelendirilmiştir⁶⁵⁷. Bunun yanında Mahkeme, hukuka ve tıbbi standartlara uygun şekilde aydınlatılmış onam alınmaksızın tıbbi müdahale uygulanması ihtimalinde, zararın her türlü özene rağmen oluşabilen, herhangi bir tıbbi ihmal veya kusura izafe edilemeyen komplikasyon olarak nitelendirildiği, komplikasyon yönetiminin de tıp kurallarına uygun olduğu ve ilgili sağlık personeline atfı kabil bir kusur tespit edilmediği hallerde maddi tazminat taleplerinin reddedilmesine, buna karşılık maruz kalınan manevi elem ve ıstırapı giderecek şekilde manevi tazminat ödenmesine karar vermektedir⁶⁵⁸.

Fransız öğretisinde ise aydınlatma yükümlülüğünün ihlali, tıbbi müdahalenin kusurlu olduğunun ispat edilemediği ya da zararın komplikasyondan kaynaklandığı hallerde hastanın zararının giderilmesine yönelik ikinci bir imkan olarak kabul edilmektedir⁶⁵⁹. Nitekim Fransız Danıştayı da tıbbi uygulama hatasının bulunmadığını tespit ettiği pek çok kararında aydınlatma yükümlülüğünün eksik ya da hiç yerine getirilmemesi sebebiyle idare aleyhine tazminata hükmetmiştir⁶⁶⁰. Buna karşılık Danıştay içtihadından farklı olarak Fransız Danıştayı, aydınlatma yükümlülüğünün eksik yerine getirilmesi ihtimalinde, riskin gerçekleşmesi

⁶⁵⁶ Dan.15.D., 14.02.2017, E. 2016/2124, K. 2017/665, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁶⁵⁷ “*Hastanın ikazına rağmen, yeni bir muayene yapılmadan, film çekilerek dişlerin çekilip çekilmeyeceğine karar verilmesi gerekirken, önceki barkot üzerine, diş hekimince başkaca bir muayene yapılmadan ve hastanın itirazına rağmen diş çekimi yapması hasta haklarına aykırı olup aynı zamanda hizmet kusuru oluşturmaktadır.*” (Dan.10.D., 13.07.2010, E. 2007/6322, K. 2010/5981, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Aynı yöndeki Yargıtay içtihadı için bkz. Yar.13.HD, 09.04.2014, E. 2013/30822, K. 2014/10772, **Leges İzmir Üniversitesi Sağlık Hukuku Dergisi**, Y. 2, S. 6, Nisan-Mayıs-Haziran 2015, s.116.

⁶⁵⁸ Dan.15.D., 09.05.2018, E. 2018/1434, K. 2018/4646, **DD.**, S. 149, s. 291; Dan.15.D., 14.02.2017, E. 2016/2124, K. 2017/665, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Kararın karşı oyunda ise, hastalarını aydınlatarak rıza göstermelerine imkân sağlayacak şekilde kendilerini önceden tedavi hakkında bilgilendirmeleri gerektiği vurgulanarak, söz konusu bilgilendirmenin yapılmaması durumunda öngörülebilir bir tehlikenin gerçekleşmesi halinde, idarenin bu bilgilendirme eksikliği sebebiyle sorumlu tutulması gerektiği belirtilmiş; hastanın onamı alınmadan yapılan tıbbi müdahalenin hukuka aykırı olacağı ve hizmet kusuru oluşturacağından, söz konusu hukuka aykırı tıbbi müdahale nedeniyle oluşan maddi zararın da ödenmesi gerektiği savunulmuştur.

⁶⁵⁹ Alice Minet Leleu, “Le contentieux du défaut d’information médicale, symbole de l’indulgence excessive du juge administratif?” **AJDA**, 2016, s. 362 vd., Dalloz.fr.; Tifine / Rabault, **agm**.

⁶⁶⁰ CE, 08.11.1935, *Bianchi*, n° 69336, Rec. Dalloz, 1935; CE, 19.05.2004, n° 216039, Rec. Lebon, 2004, Dalloz.fr.

durumunda hastanın uğramış olduğu gerek maddi ve gerek manevi zararların tazmin edilmesi yönünde hüküm kurmaktadır⁶⁶¹. Dolayısıyla söz konusu ihtimalde komplikasyondan kaynaklanan zararlar da dahil olmak üzere hastanın uğramış olduğu zararların tümünün tazmini gündeme gelmektedir.

Aydınlatılmış onam alınması şartının bir diğer sonucu da hastanın onam vermemesi ya da müdahaleyi reddetmesi sebebiyle, tedavisi yapılmayan kişinin uğrayacağı zarardan idarenin sorumlu olmamasıdır. Hastaya tıbbi müdahalenin tüm yarar ve risklerinin anlatılmış olmasına karşın, onam vermemesi durumunda hekimin müdahalede bulunması sorumluluk yaratacağından, bu ihtimalde hastaya müdahaleden kaçınılması zorunlu olacaktır⁶⁶².

Müdahalenin yapılmaması durumunda hastanın yaşamını sürdürmesinin mümkün olmayacağının kesin olduğu hallerde onam verilmemesi halinde, hekimin tedaviyi gerçekleştirip gerçekleştirmeyeceği sorusu insan onuru ile yaşam hakkının karşı karşıya gelmesine sebep olabilmektedir⁶⁶³. Söz gelimi, kişinin solunumunun ve dolaşımının suni yöntemlerle sağlanabildiği hallerde, tedavinin açıkça reddedilmesi durumunda solunum ve dolaşımı sağlayan araçların kapatılması hastanın kesin olarak ölümüne sebep olacaktır. Söz konusu ihtimale ilişkin olarak Fransız hukukunda 2016 tarihli kanun değişikliğiyle, şerefli ölme hakkı kapsamında, hastanın onurunun korunmasına yaşam hakkına nazaran öncelik tanınmıştır⁶⁶⁴. Buna göre, suni tıbbi yöntemler olmaksızın hayatta kalmasının mümkün olmadığı hallerde, hastanın bilinçli olduğu dönemde iradesini açıkça ortaya koymuş olması durumunda tedavinin durdurulması hukuka aykırı olarak nitelendirilmeyecektir⁶⁶⁵.

⁶⁶¹ CE sect, 05.01.2000, *Consorts Telle*, n° 181899, Rec. Lebon, 2000; CE, 06.12.1978, *Giral*, n° 05768, Rec. Lebon, 1978, Dalloz.fr.

⁶⁶² Ersöz, **agm.**, s. 112; Esper / Dupont, **age.**, s. 694; Laure / Anger, **age.**, s. 3385; Memetau / Girer, **age.**, s. 708; Lambert - Faivre / Porchy – Simon, **age.**, s. 736; Yenerer Çakmut, **agm.**, s. 58. Aksi yönde görüş için bkz. Günday, **age.**, s. 100. Ancak Fransız Danıştay bir kararında aksi yönde sonuca ulaşmıştır. Uyuşmazlık konusu olayda, tedaviyi ret hakkını kullanan hastanın tedavisinden el çeken hekime tabip odası tarafından disiplin cezası verilmiştir. Söz konusu disiplin cezasının hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle açılan davada Fransız Danıştay, disiplin cezasının hukuka uygun olduğuna karar vermiştir. (CE, 29.07.1994, *M. Garnier*, n° 146978, Rec. Lebon, 1994, Dalloz.fr.)

⁶⁶³ Laure / Anger, **age.**, s. 414 vd.

⁶⁶⁴ Memetau / Girer, **age.**, s. 721; Lambert - Faivre / Porchy – Simon, **age.**, s. 738; Laure / Anger, **age.**, s. 412.

⁶⁶⁵ Fransız Toplum Sağlığı Kanunu L 1110-5. Aynı yöndeki Amerikan hukuku içtihadından örnekler için bkz. Tacir, **age.**, s. 141 vd.

2002 tarihli Fransız Toplum Sağlığı Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önceki içtihadında Fransız Danıştay, Yehova Şahitliği tarikatına mensup olmaları sebebiyle her türlü kan ürünü aktarımını reddeden hastalara yapılan kan aktarımlarının, söz konusu kan nakli işleminin kişinin hayatta kalması bakımından son çare olması durumunda idarenin sorumluluğuna yol açmayacağına hükmetmiştir⁶⁶⁶. Hastanın kendi geleceğini tayin etme hakkını güçlendiren ve insan onuru kavramını esas alan 2002 tarihli Kanun'da yer alan ve tıbbi müdahaleler bakımından hastanın iradesine öncelik veren düzenleme göz önünde bulundurularak Fransız Danıştay'ın bu içtihadının hala geçerli olup olmadığı öğretilde tartışmalıdır. İnanç özgürlüğü ile yaşam hakkının çatıştığı söz konusu ihtimalde, kişinin hayatta kalması amacıyla iradesine aykırı olarak tıbbi müdahale yapılmasının inanç özgürlüğünün ihlali olarak nitelendirilemeyeceği kabul edilmiştir⁶⁶⁷. Aynı hususa ilişkin olarak önüne gelen uyuşmazlıkta AİHM ise ihlal kararı vermiştir. Kararında Mahkeme, Yehova şahidi olan annenin, küçükten kan alınmasına izin vermemesi üzerine velayetin babaya verilmesinin Sözleşme'nin 14. maddesinde güvence altına alınan ayrımcılık yasağına aykırılık oluşturacağına karar vermiştir⁶⁶⁸.

Nitekim tıbbi müdahalenin yapılmasının hastanın hayatta kalması bakımından zorunlu olduğu hallerin dahi onam alma yükümlülüğünün istisnasını oluşturmayacağını benimseyen Fransız Yargıtayı içtihadının⁶⁶⁹ aksine önceki tarihli kararlarında Fransız Danıştay, tedavinin zorunlu olduğu hallerde onam alma yükümlülüğünün ihlal edilmesinin idarenin sorumluluğuna yol açmayacağını kabul etmekteydi⁶⁷⁰. Buna karşılık, daha yeni tarihli kararlarda onam alma yükümlülüğünün tedavinin zorunluluğu gerekçesiyle kısıtlanamayacağı kuralı, Fransız Danıştay tarafından da Fransız Yargıtayı'na nazaran daha esnek şekilde de olsa benimsenmiştir⁶⁷¹.

⁶⁶⁶ CE, 26.10.2001, *Senanyaké*, n° 198546, Conseil-etat.fr.

⁶⁶⁷ Truchet, **age.**, s. 246; Welsch, **age.**, s. 104; Memetau / Girer, **age.**, s. 708; Lambert - Faivre / Porchy – Simon, **age.**, s. 736; Esper / Sargos, **age.**, s. 72. Bu yöndeki Amerikan hukukundaki içtihat için bkz. Hakeri, **age.**, s. 665.

⁶⁶⁸ AİHM, *Hoffmann / Almanya*, BN. 34045/96, T. 11.01.2002, Hudoc.echr.coe.int. Aynı yöndeki Los Angeles Yüksek Mahkemesi kararı için bkz. SC Los Angeles Country, n° C500735, aktaran Tacir, **age.**, s. 120.

⁶⁶⁹ Cass 1ère civ, 19.03.1997, n° 93-10914, Rec. Dalloz, 1988, Dalloz.fr.

⁶⁷⁰ CE, 06.12.1978, *Giral*, n° 05768, Rec. Lebon, 1978, Dalloz.fr.;

⁶⁷¹ Tifine / Rabault, **agm.**; Welsch, **age.**, s. 106; Markus, **agm.**, s. 27; Laude / Mathieu / Tabuteau, **age.**, s. 356. Kişinin hayat ve vücut bütünlüğünü önemli derecede zedeleyecek tasarruflara hakkının bulunmadığını savunan *Bayraktar* da hayati tehlike bulunan hallerde hastanın açıkça karşı koymasına

Hukukumuzda tedaviyi reddetme hakkının uygulaması özellikle cezaevlerindeki ölüm oruçlarında karşımıza çıkmaktadır. 5275 sayılı İnfaz Kanunu'un 82. maddesi uyarınca, hükümlünün ölüm orucu tutmak suretiyle beslenmeyi reddetmesi durumunda, infaz kurumu hekiminin kararıyla öncelikle psikososyal birim tarafından bu hareketinden vazgeçmesi hususunda çalışmalar yapılır, girişimin başarısız olması ve hükümlünün hayatî tehlikeye girmesi veya bilincinin bozulması durumunda rızası hilafına müdahale uygulanır⁶⁷². Öte yandan aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre, herhangi bir sağlık sorunu olup da muayene ve tedaviyi reddeden hükümlülerin hayatlarının ciddi tehlike içinde olması veya ceza infaz kurumunda bulunanların sağlık veya hayatları için tehlike oluşturan bir durumun oluşturması hâlinde de rızası hilafına tedavi uygulanması zorunludur⁶⁷³. Dolayısıyla, hükümlülerin tedaviyi reddetmek suretiyle kendi hayatlarını sona erdirmeye ve vücut bütünlüklerine bilerek zarar verme imkanı kanunla açıkça kapatılmıştır. Bu düzenleme doğrultusunda yasa koyucunun kişinin maddi ve manevi varlığının korunmasını, kendi geleceğini belirleme hakkından üstün tuttuğunu açıkça ortaya koymaktadır. Buna karşılık, söz konusu müdahale yapılırken kişinin onur kırıcı, küçük düşürücü duruma sokulması da sorumluluğa yol açacaktır⁶⁷⁴.

Yukarıda anılan mevzuat hükümleri ile ulusal ve uluslararası içtihat birlikte değerlendirildiğinde aydınlatılmış onamın, tıpkı tıbbi gereklilik şartı gibi, tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getiren bir şart olduğunu savunmaktayız. Dolayısıyla aydınlatılmış onam alınmaksızın yapılan tıbbi müdahale hukuka aykırı hale gelecektir. Müdahalenin hukuka aykırı olması nedeniyle, ondan kaynaklanan zararların hizmet kusuru kapsamında tazmin edilmesi Anayasa'nın 125. maddesinin bir gereğidir. Bu nedenle maddi zararların sorumluluktan bağışık tutulmasına yönelik Danıştay içtihadına katılmıyoruz. Bunun yanında, onam aşamasında yapılan aydınlatma kapsamında olası komplikasyonların da hastaya bildirilmesinin zorunlu olduğu gözetildiğinde, hastaya bildirilmemiş bir komplikasyonun gerçekleşmesinden kaynaklanan riskin hastaya yüklenmesi, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve

rağmen hekimin müdahalede bulunmasının hukuka aykırılık yaratmayacağını savunmaktadır. (Bayraktar, **age.**, s. 131. Aksi yönde görüş için bkz. Dural, **agm.**, s. 256.)

⁶⁷² Özsoy Boyunsuz, **agm.**, s. 55; Gökcan, **age.**, s. 179; Karakul, **agm.**, s. 183; Özpınar, **age.**, s. 27.

⁶⁷³ AİHM, *Schneider / İsviçre*, BN. 63062/00, T. 31.03.2005; aynı yönde AİHM, *Storck / Almanya*, BN. 61603/00, T. 16.06.2005; AİHM, *X. / Almanya*, BN. 10565/83, T. 09.05.1984; AİHM, *Herczegfalvy / Avusturya*, BN. 10533/83, T. 24.09.1992, Hudoc.echr.coe.int.

⁶⁷⁴ AİHM, *Nevmerzhiysky / Ukrayna*, BN. 54825/00, T. 05.04.2005, Hudoc.echr.coe.int.

gerçekleştirme hakkıyla bağdaşmayacaktır⁶⁷⁵. Keza, söz konusu bildirimin yapılmaması, komplikasyonlardan kaynaklanan riski göze alamayan hastaların tedaviyi reddetme hakkını da elinden almaktadır. Açıklanan gerekçelerle, hukuka ve tıbbi standartlara uygun şekilde aydınlatılmış onam alınmaksızın tıbbi müdahale uygulanması ihtimalinde hem maddi hem de manevi zararların tazmin edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Rıza olmaksızın tıbbi müdahalede bulunma yasağı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin de pek çok kararına konu olmuş, Mahkeme bulaşıcı hastalık riskine karşı yapılan kan testleri ve çekilen röntgenler, jinekolojik muayene, psikiyatrik muayene ve tedavi, fiziksel tedavi ve ilaç tedavisi gibi kişiye rızası olmaksızın uygulanan tıbbi muameleleri, fiziksel ve ruhsal özerkliğe yönelik hukuka aykırı müdahale olarak nitelendirmiştir⁶⁷⁶. Nitekim Danıştay uygulamasından farklı olarak AİHM, komplikasyon niteliğinde olan öngörülebilir riskler hakkında aydınlatma yapılmaması durumunda, söz konusu risklerden kaynaklanan maddi ve manevi zarardan idarenin sorumlu tutulması gerektiğine karar vermiştir⁶⁷⁷.

Tıbbi müdahalenin komplikasyonları hakkında aydınlatma yapılmaması nedeniyle davacının zarara uğradığı uyuşmazlık konusu olaya ilişkin olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, hastanın önceden bilgilendirilmesi söz konusu olmadan yapılan tıbbi müdahalede öngörülebilir nitelikte bir riskin ortaya çıkması durumunda idarenin bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi nedeniyle sorumlu olduğuna karar vermiştir⁶⁷⁸.

⁶⁷⁵ Hastanın olası riskler ve oluşabilecek komplikasyonlar hakkında bilgilendirilmemesinin başlı başına hizmet kusuru oluşturduğunu vurgulayan *Hatırnaz Erol da*, hastanın gerektiği şekilde bilgilendirilmediği durumlarda, öngörülebilir bir tehlikenin gerçekleşmesi halinde oluşan zarardan idareni sorumlu tutulması gerektiğini ileri sürmüştür. (Gültezer Hatırnaz Erol, "Kamu Hastanesi Hekiminin, Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Danıştay 15. Hukuk Dairesi Başkanlığı'nın, 2016/2124 E., 2017/665 K., 14.02.2017 T. Karar İncelemesi" Jurix.com.tr.

⁶⁷⁶ Söz konusu kararlar için bkz. AİHM, *Codarcea / Romanya*, BN. 31675/04, T. 02.06.2009; AİHM, *Altuğ ve Diğerleri / Türkiye*, BN. 32086/07, T. 30.06.2015; AİHM, *Schmidt / Almanya*, BN. 32352/02, T. 05.01.2006; AİHM, *X / Avusturya*, BN. 8278/78, T. 13.12.1979; AİHM, *Glass / Birleşik Krallık*, BN. 61827/00, T. 09.03.2004; AİHM, *Y.F. / Türkiye*, BN. 24209/94, T. 22.07.2003; AİHM, *Solomakhin / Ukrayna*, BN. 24429/03, T. 15.03.2012, Hudoc.echr.coe.int.

⁶⁷⁷ AİHM, *Codarcea / Romanya*, BN. 31675/04, T. 02.06.2009; AİHM, *Altuğ ve Diğerleri / Türkiye*, BN. 32086/07, T. 30.06.2015, Hudoc.echr.coe.int.

⁶⁷⁸ AİHM, *Şerif Gecekuşu / Türkiye*, BN. 28870/05, T. 25.05.2010; aynı yönde AİHM, *Trocellier / Fransa*, BN. 46156/11, T. 21.05.2013, Hudoc.echr.coe.int.

Anayasa Mahkemesi de 2018 yılında vermiş olduğu bir bireysel başvuru kararında, aydınlatma yapılmaksızın taburcu edilen hastanın sağlık kuruluşuna başvurmaması sonucunda görme yetisini tamamen yitirmesinin uyuşmazlık konusu olduğu olayda, görme yetisinin kaybının kişide iş gücü kaybı, yaşam boyu bakım giderleri gibi maddi zararlara da sebep olacağını vurgulamış, yalnızca manevi zararın giderilmesine hükmedilmesinin hizmet kusuru sonucunda meydana gelen ihlalin sonuçlarının giderilmesi bakımından yeterli olmadığına, maddi tazminata da karar verilmesi gerektiğine karar vermiştir⁶⁷⁹.

Burada tartışılacak bir diğer husus da, hukuka ve tıbbi standartlara uygun bir onam alınmaksızın tıbbi müdahale uygulanması, buna karşılık hastanın herhangi bir tıbbi uygulama hatası ya da komplikasyona maruz kalmaması ihtimalidir. Başka bir ifadeyle, aydınlatılmış onam alınmaksızın yapılan tıbbi müdahalenin başarılı sonuçlanması ve hastanın herhangi bir maddi zarara da uğramaması ihtimalinde, sırf onam alınmadan tedavi uygulanması bir tazminat sebebi oluşturacak mıdır sorusu akla gelebilmektedir. Kanaatimizce bu ihtimalde, hastanın tedaviyi reddetme hakkının içinde yer aldığı maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkına müdahale söz konusudur. Ancak söz konusu müdahale bir zarara yol açmamaktadır. Nitekim, tıbbi standartlara uygun, başarılı bir tıbbi müdahale geçiren kişinin elem ve ıstıraba maruz kaldığı da ileri sürülemeyecektir. Bu nedenle, söz konusu ihtimalde, zarar şartı gerçekleşmemiş olduğundan idarenin sorumlu olması gerektiği söylenemeyecektir⁶⁸⁰.

Bazı istisnai hallerde ise hastanın kendisinin ya da kanuni temsilcisinin rızası olmasa dahi tıbbi müdahale yapılması hukuka uygun olacaktır. İlk olarak, tıbbi müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbi müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekleri göz önüne alınır⁶⁸¹. Ancak, isteğini açıklayabilme yeterliğinin zaman zaman kaybedildiği tekrarlayıcı

⁶⁷⁹ AYM, BB, *Menekşe Alkan ve Mehmet Cemal Alkan*, BN. 2014/13327, T. 08.03.2018, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası. Benzer bir uyuşmazlığı inceleyen İstanbul Bölge İdare Mahkemesi, yapılan safra kesesi ameliyatından sonra patoloji raporlarının takibi hususunda herhangi bilgi verilmemesi nedeniyle söz konusu raporlara uygun şekilde tedavi yolu izlenmesi imkanından hastanın mahrum bırakılmasının aydınlatma yükümlülüğüne aykırı olduğuna ve bu durumun hizmet kusuru oluşturduğuna karar vermiştir. (İstanbul BİM, 8.İDD, 26.04.2017, E. 2017/609, K. 2017/655; İstanbul BİM 8.İDD, 26.04.2017, E. 2017/609, K. 2017/655, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası)

⁶⁸⁰ Aksi yönde görüş için bkz. Hızal, *age.*, s. 17; Tacir, *age.*, s. 185; Zeytin, *agm.*, s. 32; Savaş, *agm.*, s. 268.

⁶⁸¹ Demir, *age.*, s. 61; Tacir, *age.*, s. 137 vd.

hastalıklarda, hastadan yeterliliğinin olduğu dönemde onu kaybettiği dönemlere ilişkin olarak rıza alınabilir.

İkinci ihtimalde, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24. maddesine göre, yanında velisi veya vasisi hazır bulunmayan hastalar ile özellikle bilinci kapalı olduğundan ifade gücü olmaması nedeniyle rızası alınamayan hastaların acil hallerde, hayati tehlikesinin bulunması ya da bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde, hastaya tıbbi müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir⁶⁸². Bu ihtimal daha çok acil servislere yapılan başvurularda karşımıza çıkmaktadır⁶⁸³. Örneğin travmaya bağlı olarak hastanın nefes borusunun tıkanması ya da şoka girmesi hallerinde bilinci kapalı olan hastanın hayatta tutulmasına yönelik tıbbi müdahale yapılırken ayrıca rızası aranmamaktadır. Keza, hastanın rızasının aranmayacağı bu haller, acil ve hayati tehlike bulunan durumlarla sınırlıdır⁶⁸⁴. Başka bir ifadeyle hastanın hayati bir tehlikede bulunmadığı hallerde hekimin farazi muvafakate dayanarak müdahalede bulunması hukuka aykırılık oluşturacaktır. Bu durumlarda hastaya gerekli tıbbi müdahale yapılarak durum kayıt altına alındıktan sonra hastanın yakını veya kanuni temsilcisi bilgilendirilir. Hastanın bilinci açıldıktan sonraki tıbbi müdahaleler için ise, hastanın yeterliği ve ifade edebilme gücüne bağlı olarak rıza işlemlerine başvurulur. Ayrıca söz konusu durumlarda hekimin aydınlatma yükümlülüğü de kalkmaktadır⁶⁸⁵. Fransız Danıştay'ı da hastanın rızasının alınamadığı ve acil müdahale gereken

⁶⁸² Nitekim Türk Medeni Kanunu'nun 24. maddesinin ikinci fıkrasına göre, kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte yararlarla haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır. Hastanın bilincinin kapalı olduğu ve yaşamsal tehlike bulunan hallerde rıza alınmaksızın tıbbi müdahale yapılabileceğine ilişkin olarak Yargıtay bir kararında “ (...) *davacının böbreğindeki taşı almak için yapılan ameliyata böbreğin arz ettiği iltihabi durum karşısında tasın alınmasının davacının sağlığını tehlikeye koyacağına, böbreğinin alınmasının tıbbi bir zaruret olduğuna, normal ve gerekli olanın yapılmış olduğuna, yaranın kapatılıp izin istihali ile ikinci bir ameliyata geçilmesinin sağlık bakımından sakıncalı görüldüğüne göre doktorun sorumlu olmadığına ve açılan manevi tazminat talebinin reddine...*” şeklinde hüküm kurmuştur. (Yar.4.HD, 05.03.1971, E. 1970/1053, K. 1971/2096, aktaran Hancı, **age.**, s. 130.) Bu ihtimale ilişkin karşılaştırmalı hukuktan örnekler için bkz. Hakeri, **age.**, s. 357. Fransız Medeni Kanunu'nun L 16 – 3 düzenlemesi uyarınca, hastanın onam verebilme imkanının bulunmaması ve hayati tehlikesinin bulunması şartlarının birlikte bulunduğu hallerde onam alınmaksızın tıbbi müdahale yapılabilmektedir.

⁶⁸³ Yapılan bir çalışmada acil serviste müdahale edilecek hastaların %66'sının ağrıdan dolayı yapılan aydınlatmayı algılayamadığı, %7'sinin verilen ağrı kesicilerin yol açtığı istenmeyen etkiler nedeniyle algı problemi yaşadığı tespit edilmiştir. (Ali Rıza Tümer, “1995-2000 Yılları Arasında Yüksek Sağlık Şurasına Gelen Ortopedi Vakalarının Değerlendirilmesi”, **Artroplastik Artroskopik Cerrahi Dergisi**, C. 14, S. 3, 2003, s. 183.)

⁶⁸⁴ Aynı görüşte Hatırnaz Erol, **agm.**, s. 94; Dural, **agm.**, s. 250; Aşçıoğlu, **age.**, s. 41; Yenisey, **agm.**, s. 877; Laude / Mathieu / Tabuteau, **age.**, s. 363; Laure / Anger, **age.**, s. 387.

⁶⁸⁵ Özsunay, **agm.**, s. 43.

hallerde onam alınmaksızın yapılan tıbbi müdahalenin hukuka aykırılık taşımayacağını kabul etmiştir⁶⁸⁶. Nitekim AİHM içtihadı da bu yöndedir⁶⁸⁷.

Bu ihtimale paralel olarak, onam alınıp tıbbi müdahale başladıktan sonra, hasta ancak bu halin yaşamsal tehlike yaratmaması durumunda tıbbi müdahale için vermiş olduğu rızayı geri alabilecektir. Tedavi başladıktan sonra ise, onamın geri alınması ancak tedavinin yarıda kesilmesinin kişi bakımından yaşamsal tehlike yaratmamasına bağlıdır.

Üçüncü ihtimalde, kanuni temsilci tarafından rıza verilmeyen velayet veya vesayet altındaki hastaya, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ve zorunlu ise, Türk Medeni Kanunu'nun 346. ve 487. maddeleri uyarınca mahkeme kararı ile tıbbi müdahale yapılabilir⁶⁸⁸. Buna karşılık, tıbbi müdahalenin yapılması hususunda hekim ile çocuğun kanuni temsilcisinin iradelerinin çatıştığı söz konusu ihtimalde, acil durumlar ile çocuğun bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24. maddesi doğrultusunda, onam alınmaksızın müdahale yapılabilecektir⁶⁸⁹. Buna karşılık, müdahalenin acil olmamakla birlikte gerekli olması durumunda ancak hakim kararı alınması suretiyle tıbbi müdahale yapılabilecektir⁶⁹⁰. Bu doğrultuda, çocuğun menfaati ve gelişimi tehlikeye düştüğü takdirde çocuğun korunması için uygun önlemler de hâkim kararı ile alınabilir.

Dördüncü ihtimal ise onamın genişletilmesi ihtimalidir. Belli bir tıbbi müdahale için aydınlatılan ve onamı alınan hasta üzerinde müdahale yapılırken,

⁶⁸⁶ CE, 17.02.1988, *Mme Morette Bourny*, n° 76417, Rec. Lebon, 1988, Dalloz.fr. Aynı yönde karar için bkz. CA Paris, 20.02.1946, Rec. Dalloz, 1948, s. 337.

⁶⁸⁷ AİHM, *Gennadi Naumenko / Ukrayna*, BN. 42023/98, T. 10.02.2004, Hudoc.echr.coe.int.

⁶⁸⁸ Aynı husus Fransız Medeni Kanunu'nun L 375 ve 375 – 1 hükmünde düzenlenmiştir. ABD'de ise yasal temsilcinin onamı bulunmamasına rağmen yine de tıbbi müdahale yapılabileceği içtihat yoluyla kabul edilmiştir. Küçüğün hayati tehlikesinin bulunması ve ailenin müdahaleye onam vermemesi halinde, durumun bildirilmesi üzerine mahkeme hastane çalışanlarından birini küçüğe vasi olarak atamaktadır. Ayrıca acil hallerde bu işlemin telefonla dahi yapılabileceği kabul edilmektedir. (Boran, *age.*, s. 90.)

⁶⁸⁹ Hekim ile çocuğun kanuni temsilcisinin iradesinin çatıştığı bir diğer ihtimal ise, tıbbi müdahalenin hekim tarafından gerekli görülmemesine karşılık, çocuğun kanuni temsilcisi tarafından talep edilmesi durumudur. Tıbbi gerekliliğin varlığının, hukuka uygun tıbbi müdahalenin bir şartı olduğu gözetildiğinde, tıbbi standartlar doğrultusunda gerekli olmayan tedavinin kanuni temsilcinin ısrarına rağmen yapılması gerekmektedir. Aksi durum tıbbi müdahaleyi hukuka aykırı hale getireceğinden sorumluluğa sebep olacaktır. (Bayraktar, *age.*, s. 135.)

⁶⁹⁰ Yenisey, *agm.*, s. 878.

teşhisin yanlış ya da eksik yapıldığının tespit edilmesi veya müdahale sırasında hastanın sağlığını etkileyen başka bir olumsuz durumun oluşması ve bilinci kapalı olması nedeniyle hastanın onam veremediği hallerde, hekimin müdahale edebilmesi için yeni bir onam almasının gerekip gerekmediği de belirsizdir. Söz konusu ihtimalde ikili bir ayrım yapılması gerekmekte olup, acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde mefruz rızasının varlığının kabul edilmesi gerektiği⁶⁹¹; buna karşılık yaşamsal tehlike bulunmayan, ancak yalnızca tıbbi gereklilik taşıyan hallerde müdahalenin durdurularak hastadan yeni bir onam alınması kabul edilmektedir⁶⁹². Bunun yanında, tıbbi operasyonun genişletilmesi ihtimalinin, müdahale öncesinde de öngörülebilir olduğu hallerde hastanın müdahale öncesinde rızasının alınması gerektiği öğretide savunulmaktadır⁶⁹³.

Onam alma yükümlülüğünün istisnasının söz konusu olduğu son ihtimal ise, toplum sağlığını tehdit eden hastalıklardır. Fransız hukukunda olduğu gibi⁶⁹⁴ hukukumuzda da sağlık kolluğu olarak nitelendirilen önleyici sağlık hizmetlerinin sunumunda ilgilinin onamı alınmaksızın tıbbi müdahale yapılabilir⁶⁹⁵. Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 26. maddesinde, tedavisi yasalarla zorunlu kılınan hastalıklar toplum sağlığını tehdit ettiği için hasta veya yasal temsilcisinin aydınlatılmış onamı alınmasa dahi gerekli tedavilerin yapılacağı düzenlenmiştir. Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nun 57. maddesinde sayılan hastalıkların⁶⁹⁶ tedavisi ile 7402 sayılı Sıtmanın İmhası Hakkında Kanun'un 7. maddesi kapsamında teşhis amaçlı olarak yapılan tıbbi müdahaleler onam

⁶⁹¹ Varsayılan rızanın kabul edilebilmesi için 3 koşulun birlikte gerçekleşmesi gerektiği öğretide kabul edilmektedir. Hastanın acil bir tehlikede bulunması, tehlikenin derhal müdahale edilmesini gerektirmesi ve söz konusu müdahalenin hastanın başka bir hukuki menfaatini tehlikeye düşürmemesi koşullarının bir arada bulunması halinde mefruz rızasının varlığı kabul edilen hastaya onam alınmadan müdahale yapılabilecektir. Ayrıca mefruz rızanın kullanılmasında tıp ilminin gereklerine uygun davranılması ve hastanın yaşamının korunması ile kendi geleceğini belirleme hakkı arasındaki menfaatler dengesinin doğru kurulması gerekmektedir. (Boran, *age.*, s. 94 - 95.)

⁶⁹² Teyin / Çınarlı, *agm.*, s. 143; Tacir, *age.*, s. 134; Yılmaz, *age.*, s. 44; Hızal, *age.*, s. 22; Aşçıoğlu, *age.*, s. 39; Savatier / Auby / Savatier / Pequignot, *age.*, s. 225.. Bu yöndeki Yargıtay kararları için bkz. Hakeri, *age.*, s.425 vd.

⁶⁹³ Hakeri, *age.*, s. 422; Yılmaz, *age.*, s. 45; Lambert - Faivre / Porchy – Simon, *age.*, s. 734.

⁶⁹⁴ Clement, *agm.*, s. 86; Laude / Mathieu / Tabuteau, *age.*, s. 363.

⁶⁹⁵ AİHM, *Enhorn / İsveç*, BN. 56529/00, T. 25.01.2005; AİHM, *Carlo Baffa ve Diğer 13 Başvuru / San Marino*, BN. 26536/95, T. 15.03.2012; AİHM, *Solomakhin/Ukrayna*, BN. 24429/03, T. 15.03.2012, Hudoc.echr.coe.int.

⁶⁹⁶ 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nun 57. maddesinde sayılan bu hastalıklar, kolera, veba, lekeli humma, karahumma, paratifoit humması veya her nevi gıda maddeleri tesemmümüatı, çiçek, difteri, sari beyin humması, uyku hastalığı, dizanteri, lohusa humması, ruam, kızıl, şarbon, çocuk felci, kızamık, cüzam, hummai racia, malta humması ve kuduzdur.

alınmaksızın yapılabilecektir. Bu hastalıklar hakkında inceleme yapan hekim hastayı ve gerektiğinde diğer ev sakinlerini muayeneye yetkilidir. Bunun yanında, sayılan hastalıklardan birine yakalanan hastaya gerekli serum veya aşı uygulanabilir ve kişi gözetim altında tutularak tedavisi yapılabilir. Bunun yanında, bazı psikiyatri hastalarının da üçüncü kişilerin istemi üzerine ya da resen idare tarafından iradesi hilafna akıl hastanesine yatırılarak tedavi uygulanması mümkündür⁶⁹⁷.

Doğum ve evlilik öncesi yapılan zorunlu kontroller ile zorunlu aşılama da, Fransız hukukunda onam gerekmeksizin gerçekleştirilebileceği kabul edilen diğer önleyici sağlık hizmetleridir⁶⁹⁸. Buradaki amaç kamu sağlığını korumak olduğundan, kişinin kendisine uygulanacak tedaviyi seçme hakkına kısıtlama getirilmiştir.

Tıbbi müdahale öncesinde onam alınmasının kanuni bir zorunluluk olduğu açık olmakla birlikte bu onamın hangi şekilde alınacağı hususu belirsiz ve tartışmalıdır. Onamın alınma şekline ilişkin bir düzenleme 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesinde yer almaktadır: *“Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır.”* ifadesiyle tıbbi müdahaleler bakımından ikili bir ayırım yapılmış olup, büyük çaplı müdahalelerde yazılılık şartı öngörülmüşken, daha basit müdahaleler bakımından herhangi bir şekil şartı aranmamıştır⁶⁹⁹. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 28. maddesinde ise aksi öngörülmedikçe onamın herhangi bir şekil şartına tabi olmadığı belirtilmiştir⁷⁰⁰. Fransız hukukunda olduğu gibi⁷⁰¹ hukukumuzda da onamın

⁶⁹⁷ Laude / Mathieu / Tabuteau, *age.*, s. 363.

⁶⁹⁸ Clement, *agm.*, s. 89 – 94.

⁶⁹⁹ Gülel, büyük ameliyeler kavramından, genel anestezi ve reanimasyon eşliğinde yapılan tıbbi operasyonların anlaşılması gerektiğini savunmaktadır. (Gülel, *age.*, s. 69.) Kadın doğum operasyonlarını büyük operasyonlar kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savunan Sert, doğum öncesi anneden yazılı onam alınması gerektiğini ileri sürmektedir. (Sert, *agm.*, s. 157.)

⁷⁰⁰ Yönetmeliğin 26. maddesinde ise, uyumsuzluğa mahal vermesi tibben muhtemel görülen tıbbi müdahaleler için sağlık kurum ve kuruluşunca rıza formu hazırlanacağı, rıza formunda yer alan bilgiler; sözlü olarak hastaya aktarılacak hastaya veya kanuni temsilcisine imzalatılacağı, iki nüsha olarak imza altına alınan rıza formunun bir nüshasının hastanın dosyasına konulacağı, diğerinin ise hastaya veya kanuni temsilcisine verileceği düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 26. ve 28. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, rızanın kural olarak herhangi bir şekil şartına tabi olmadığı, ancak tıbbi müdahalenin uyumsuzluğa mahal vermesi ihtimalinin bulunduğu durumlarda yazılı rıza formu alınması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Bu bakımdan tıbbi müdahalenin rıza formu doldurulması gerekip gerekmediği hususunda ise hekimin takdir yetkisi bulunmaktadır. *Hakeri* ise, Yönetmeliğin 26. ve 28. maddelerinde yer alan bu düzenlemelerin birbiri ile çelişkili olduğunu 26. maddenin gereklilik halinde hem aydınlatma hem de rızanın yazılı olması gerektiğini; 28. maddenin ise hem rıza hem de aydınlatma bakımından herhangi bir şekil şartı bulunmadığını öngördüğünü ileri sürmüştür. (Hakan Hakeri, “Hasta Hakları Yönetmeliği’ndeki Değişiklikler”,

sözlü, yazılı ve hatta örtülü şekilde alınması mümkündür⁷⁰². Buna karşılık, Fransız Toplum Sağlığı Kanunu'nun L 1231-1 hükmü uyarınca, organ nakli operasyonları öncesinde vericinin rızasını Asliye Hukuk Mahkemesi (*Tribunal de grande instance*) önünde beyan etmesi zorunludur⁷⁰³. Bunun yanında rızanın belli bir tıbbi müdahaleye yönelik olarak verilmesi zorunlu olup, kişinin her türlü tıbbi müdahaleye cevaz veren genel rızası geçerli sayılmamaktadır⁷⁰⁴.

Buna karşılık Anayasa Mahkemesi, onamın yazılı olarak alınması ve belli şekil şartlarını taşıması gerektiğini bir kararında açıkça ortaya koymuştur. Sözü geçen karara konu olayda, başvuru ve eşi invitro fertilizasyon ve embriyo transferi işlemine izin verdiklerine dair bir belge imzalamış olup, bu belgede sözü geçen müdahalelerin sonuçları ve muhtemel komplikasyonlarının, müdahalenin taşıdığı risklerin başvuru ve eşine anlatıldığı belirtilmiştir. Yapılan müdahalede gelişen komplikasyon sonucu çıkan uyuşmazlık nedeniyle önüne gelen bir başvuruda Anayasa Mahkemesi, sözü geçen belgede başvuru belgeyi okuduğu, anlatılanları anladığı ve uygulanacak işlemlere onay verdiğine ilişkin beyanı bulunmadığı gerekçesiyle hukuka uygun bir aydınlatılmış onamın somut olayda bulunduğu ispatlanmadığı yönünde hüküm kurmuştur. Ayrıca kararında Mahkeme, hastalara uygulanacak her türlü tıbbi işlem yönünden hastanın aydınlatıldığı ve rızasının bulunduğu ispatlanması yükümlülüğünün hekim ya da hastaneye ait olduğunu vurgulayarak, müdahalenin riskleri hakkında hastanın aydınlatıldığına dair belgenin dava dosyasına eklenmesinin hastane veya hekimin yükümlülüğü olduğunu ortaya koymuştur⁷⁰⁵.

Anayasa Mahkemesi bu kararıyla, aydınlatılmış onamın hukuka uygun şekilde yapıldığının belgeyle ispatlanmasını hekim ve hastanenin yükümlülüğünde

Medimagazin.com.tr/authors/hakan-hakeri/tr-hasta-haklari-yonetmeligindeki-degisiklikler-72-64-3641.html.)

⁷⁰¹ Clement, **age.**, s. 76; Laude / Mathieu / Tabuteau, **age.**, s. 357.

⁷⁰² Oral, **agm.**, s. 199. Fransız Danıştay da somut olayın koşulları dikkate alınarak rızanın örtülü şekilde verilebileceğini kabul etmektedir. (CE, 13.07.1961, *Delanoé*, Rec. Lebon, 1961, 1175.)

⁷⁰³ Organ nakline ilişkin tıbbi müdahalelere dair onam Fransız Toplum Sağlığı Kanunu'nun L 1231-1 hükmü uyarınca Asliye Hukuk Mahkemesi önünde verilmesi zorunludur.

⁷⁰⁴ Dural, **agm.**, s. 255; Hakeri, **age.**, s. 364; Er, **age.**, s. 82; Savatier / Auby / Savatier / Pequignot, **age.**, s. 227.

⁷⁰⁵ AYM, BB, *Ahmet Acartürk*, BN. 2013/2084, T. 15.10.2015, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası. Fransız hukukunda ise rızanın bulunmadığının ispatlanması yükünün hastaya ait olduğu kabul edilmektedir. (Clement, **age.**, s. 75.) Nitekim Yargıtay içtihadı da bu yöndedir. (Yar.4.HD, 07.03.1977, E. 1976/6297, K. 1977/2541, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

olduğunu öngörerek, onamın yazılı şekilde alınması gerektiğini zımni olarak ortaya koymuştur. Diğer yandan, Mahkeme yazılı şekil şartı bakımından bir adım daha ileri giderek yalnızca hastadan onam verildiğine ilişkin belge alınmasının yeterli olmadığını, söz konusu belgenin altına hastanın el yazısı ile bu belgenin okunduğuna ve anlaşıldığına ilişkin emare konulmasının da ayrıca gerektiğini vurgulamıştır. Bu yolla Mahkemesi'nin hastane ve hekimlerin, matbu onam formları hazırlayıp hastalara imzalatmak suretiyle onam almasının önüne geçmeyi amaçladığı açıktır.

Aydınlatmanın hukuka uygun bir şekilde yapılmış olduğunu ispatlama yükümlülüğü hekime aittir⁷⁰⁶. Özellikle müdahale sonucu oluşması muhtemel komplikasyonlar hususunda hastanın aydınlatılmış olduğunun ispatı bakımından rızanın yazılı olması gerektiği öğretide savunulmaktadır⁷⁰⁷. Nitekim Yargıtay da kararlarında söz konusu rızanın varlığının ispatında yazılı belgenin hekim tarafından sunulması gerektiği yönünde hüküm kurmuştur⁷⁰⁸.

Benzer şekilde, Fransız Toplum Sağlığı Kanunu'nun madde L 1111-2 hükmü uyarınca da, hukuki uyumsuzluk oluşması durumunda aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispatlama yükümlülüğünün sağlık kuruluşuna ait olduğu düzenlenmiştir⁷⁰⁹.

Nitekim hukukumuzda yazılılık şartı alt düzenleyici işlem olan Hasta Hakları Yönetmeliği'nde düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 26. maddesine göre, mevzuatta öngörülen durumlar ile uyumsuzluğa mahal vermesi tıbben muhtemel görülen müdahaleler için sağlık kurum ve kuruluşunca Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 15. maddesindeki bilgileri içeren rıza formu hazırlanır. Rıza formunda yer alan bilgiler sözlü olarak hastaya aktarılarak, hastaya ya da kanuni temsilcisine

⁷⁰⁶ Yar.4.HD, 07.03.1997, E. 1976/6297, K. 1977/2541, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Yar.13.HD, 15.05.2007, E. 2007/2942, K. 2007/6736, Kanunum İçtihat Bilgi Bankası.

⁷⁰⁷ Çnarlı, **agm.**, s. 292; Er, **age.**, s. 91; Hatırnaz Erol, **agm.**, s. 98; Kıcılhoğlu, **age.**, s. 69. Özsunay ise, aydınlatmanın sözlü olması gerektiğini, sözlü açıklamaların kağıda geçirilmesi gerektiğini, bu formun hasta tarafından imzalanması gerektiğini savunmaktadır. Ayrıca müellife göre, daha riskli olan tıbbi müdahalelerde aydınlatmanın ikinci bir hekim veya hemşirenin huzurunda yapılması gerekmektedir. (Ergun Özsunay, "Hekimin Hukuki Sorumluluğu", **Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu - Sorumluluk Hukukundaki Gelişmeler 5. Sempozyumu**, Ankara 12 - 13 Mart 1982, Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi, Fakülteler Matbaası, 1983, s. 54.)

⁷⁰⁸ Yar.13.HD, 18.09.2008, E. 2008/4519, K. 2008/10750; Yar.13HD, 20.11.2000, E. 2000/8582, K. 2000/10298, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁷⁰⁹ Nitekim Alman Medeni Kanunu'nun 630. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan düzenleme de bu yöndedir. (Temel, **agm.**, s. 43.)

imzalatılır. Acil durumlarda tıbbi müdahalenin hasta tarafından kabul edilmemesi halinde, bu beyan imzalı olarak alınır, imzadan imtina edilmesi halinde ise durum tutanak altına alınır. Rıza formu bilgilendirmeyi yapan ve tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından imzalanır. Ancak kanaatimizce bu düzenlemede de yazılı şekil şartının tıbbi müdahaleler bakımından mutlak surette öngörüldüğü söylenemez. Zira hükmün lafzından anlaşıldığı üzere yalnızca uyuşmazlığa mahal vermesi tıbben muhtemel görülen müdahaleler bakımından onamın yazılı şekilde alınması zorunludur. Burada hekime müdahalenin niteliğini dikkate alarak takdir yetkisi kullanma imkanı verilmiştir. Dolayısıyla ancak hekimin gerekli görmesi durumunda onamın yazılı olarak alınması mümkün olacaktır.

Ulusal hukukumuzda yer alan düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, büyük çaplı tıbbi müdahaleler ile uyuşmazlığa mahal verecek nitelikteki tıbbi müdahalelerde sözlü rıza yeterli olmayıp, yazılı rızanın alınması zorunludur. Ancak gerek müdahalenin büyüklüğü ve gerek uyuşmazlığa mahal verecek olmasının tespiti bakımından hekime geniş bir takdir yetkisi verildiği söylenebilir. Kanaatimizce yoğun koşullar altında çalışan hekimlerin her somut olay için böyle bir takdir yetkisini kullanmasını beklemek gerçekçi bir yaklaşım olmayacaktır. Nitekim yargı mercilerinin ispat yüküne ilişkin olarak yukarıda açıklanan kararları göz önünde bulundurulduğunda, Fransız hukukunda olduğu gibi hukukumuzda da onamın yazılı olarak alınması gerektiği kanaatindeyiz.

Bazı özel nitelikli tıbbi müdahalelerde ise onamın şekil şartına tabi olduğu açıkça kanunda öngörülmektedir. Söz gelimi Türk Medeni Kanunu'nun 23. maddesine göre, insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılınması ve nakli ancak yazılı onam alınması halinde mümkündür. Benzer şekilde, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun'un 29. maddesine göre vücuttan organ veya doku alınması, saklanması ya da naklini içeren tıbbi müdahaleler ancak yazılı onam alındıktan sonra yapılabilecektir. Fransız Toplum Sağlığı Kanunu'nun L 1231 – 1 hükmü uyarınca, yaşayan kişilerin organ vermeye ilişkin onamının mutlaka Asliye Hukuk Mahkemesi başkanı ya da onun belirleyeceği üye önünde verilmesi gerekmektedir. İvedilik taşıyan hallerde ise bu rızanın savcı önünde verilmesi de mümkündür. Aynı Kanun'un madde L 1241 – 10 hükmüne göre, bir kadının üçüncü bir kişiden alınan spermle hamile bırakılmasına ilişkin tıbbi

müdahalelerde, mutlaka eşin ya da birlikte yaşadığı kişinin (*concubin*) hakim ya da noter önünde vereceği onamı alınmalıdır⁷¹⁰.

Bazı müdahalelerin gerçekleştirilmesi bakımından ise hastanın rızasının yanında başka bir kişi ya da idarenin de onamının bulunması gerekmektedir. Örneğin, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 30. maddesine göre, gebeliğin sona erdirilmesine ilişkin tıbbi müdahalelerde ayrıca eşin de rızasının alınması zorunludur⁷¹¹. Buna karşılık, annenin küçük olması durumunda ise yasal temsilcilerden birinin rızası yeterli kabul edilmektedir. Fransız hukukunda ise gebeliğin sona erdirilmesine ilişkin tıbbi müdahalelerde yalnızca annenin rızasının varlığı yeterli kabul edilmektedir⁷¹².

Hastanın onamının alınması yükümlülüğü bakımından özellik arz eden tıbbi araştırma niteliğindeki müdahalelerde ise ikili ayırım yapılmaktadır. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 32. maddesine göre, tıbbi araştırmanın ayırt etme gücüne sahip ergin kişiler üzerinde yapılması ancak kişinin rızasının yanında Sağlık Bakanlığının da söz konusu araştırmaya izin vermesi durumunda mümkündür. Aynı Yönetmeliğin 34. maddesine göre, ayırt etme gücüne sahip olmayan kişiler ile ayırt etme gücüne sahip küçükler üzerinde tıbbi araştırma yapılabilmesi için kanuni temsilcisinin de rıza göstermesi zorunludur⁷¹³. Benzer bir düzenleme ilaçların araştırma konusu olarak kullanılması durumunda da söz konusudur. Buna göre henüz deneme aşamasında olan ilaçlar ancak ayırt etme gücüne sahip ergin kişiler üzerinde, kişinin onamı ve Sağlık Bakanlığı'nın izni alınarak tedavi amaçlı kullanılabilir⁷¹⁴.

Kişi üzerinde her türlü tıbbi faaliyetin gerçekleştirilebilmesi için alınması zorunlu olan aydınlatılmış onamın hukuka uygun tıbbi müdahalenin ayrılmaz parçasını oluşturduğu kanaatindeyiz. Zira, söz konusu onamın alınmamış ya da eksik alınmış olması durumunda tıbbi müdahale, aşağıda açıklanacak olan diğer tüm

⁷¹⁰ Clement, **agm.**, s. 76.

⁷¹¹ Gülel, **age.**, s. 51. Buna karşılık, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu gebeliğin sonlandırılmasına yönelik müdahaleler bakımından eşin rızasının alınmamasının tek başına Sözleşme'ye aykırılık oluşturmayacağına karar vermiştir. (AİHK, X / Birleşik Krallık, BN. 8416/78, aktaran Özsoy Boyunsuz, **agm.**, s. 53.)

⁷¹² Truchet, **age.**, s. 247.

⁷¹³ Fransız hukukunda ise, küçükler üzerinde tıbbi araştırma yapılabilmesi için yalnızca yasal temsilcinin onamının varlığı yeterli kabul edilmemekte, ayrıca küçüğün de söz konusu müdahaleye onay vermesi gerekmektedir. (Truchet, **age.**, s. 248.)

⁷¹⁴ Hasta Hakları Yönetmeliği madde 37.

koşulları sağlasa dahi hukuka aykırı hale gelecektir. Ancak belirtmek gerekir ki onamın alınması, müdahaleye tıbbi müdahale niteliği kazandırmamakta; zaten tıbbi müdahale olarak addedilen faaliyeti hukuka uygun hale getirmektedir⁷¹⁵. Bu sebeple, aydınlatılmış onamın alınmasının tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu bakımından bir ön koşul olduğunu söyleyebiliriz. Buna karşılık, aydınlatılmış onamın hukuka uygun şekilde alınmış olduğu hallerde dahi tıbbi müdahalenin kusurlu şekilde yürütülmesi idarenin sorumluluğuna neden olabilecektir.

B. Sağlık Personelinin Tıbbi Standartlara Aykırı Eylemlerinden Kaynaklanan Sorumluluk

İdare tarafından sunulan sağlık hizmetlerinin en yaygın görünüş biçimi tıbbi müdahalelerdir. Nitekim sağlık hizmetlerinin sunumu nedeniyle idare aleyhine açılan davalara konu uyuşmazlıkların çok büyük bir kısmı da tıbbi müdahalelerden kaynaklanmaktadır. Öğretide daha dar kapsamlı tanımları yapılmakla beraber⁷¹⁶,

⁷¹⁵ Nart ise, tıbbi müdahale kavramının üç unsurunun bulunduğunu, bunların müdahalenin hekim tarafından yerine getirilmesi, tıbbi standartlara uygun bir müdahale yapılması ve aydınlatılmış onam alınmış olması olduğunu savunmaktadır. (Serdar Nart, **Hekimin İlaç Tedavisinden Doğan Sorumluluğu**, Adalet Kitabevi, 2014, s. 5 vd.) Konuya ilişkin olarak Yargıtay ise, hekimin tıp mesleğini icraya kanunen yetkili olması, hastanın rızasının bulunması ve eylemin tıp bilimi sınırları içinde gerçekleştirilmesini tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartları olduğunu benimsemektedir. (Yar.4.HD, 07.03.1977, E. 1976/6297, K. 1977/2541, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

⁷¹⁶ Tıbbi müdahale kavramı Ayan tarafından, “*tıp mesleğini icraya yetkili bir kişi tarafından, doğrudan veya dolaylı olarak tedavi amacına yönelik olarak gerçekleştirilen her türlü faaliyet*” şeklinde tanımlanmıştır. (Ayan, **age.**, s. 5; aynı yönde Bayındır, **age.**, s. 560.) Canbulat ise yalnızca hekim tarafından gerçekleştirilen ve tedavi amacına yönelik faaliyetlerin tıbbi müdahale olarak nitelendirilebileceğini ileri sürmüştür. (Ferhat Canbulat, “Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğunun Dayanağı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 80, 2009, s. 159.) Bu tanım Birtek tarafından, tıbbi müdahalelerin yalnızca hekim ya da hekimin gözetimi altında yapılması halleri ile sınırlandırıldığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Buna göre, tıbbi müdahaleler yalnızca hekim tarafından yapılmamakta, özellikle acil durum hallerinde olmak üzere, diğer sağlık çalışanlarının da kendi inisiyatifleri doğrultusunda müdahalede bulunma yetkisi bulunmaktadır. Bu açıklamalardan hareketle, bir girişimin tıbbi müdahale olarak nitelendirilebilmesi için ilk olarak, resmi ehliyetli kişiler tarafından yapılması, ikinci olarak doğrudan ya da dolaylı şekilde hastanın tedavisine yönelik olması ve son olarak müdahalenin müdahaleyi yapan kişinin mesleki bilgisi çerçevesinde olması gerekmektedir. (Birtek, **agm.**, s. 108.) Daha ayrıntılı bir tanım yapan Savaş ise, “*kişileri hastalık, sakatlık ve diğer istenmeyen tıbbi durumlardan koruma, bu durumlar oluşmuşsa teşhis ve tedavi etme, bundan sonraki iyilik halinin devamını sağlama gibi sebeplerle, yetkili kişiler tarafından tıp bilim ve tekniği çerçevesinde yapılan, kişinin ruh ve beden sağlığını bütünüyle etkileyen fiilleri*” tıbbi müdahale olarak nitelendirmiştir. (Halide Savaş, **Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale** Hataları, Seçkin Yayınevi, 2. baskı, 2011, s. 25.) Çınarlı ise tıbbi müdahale kavramını, “*mevzuatta yetkili kılınmış sağlık personeli tarafından ve tıbbi amaç, gereklilik doğrultusunda gerçekleştirilen koruyucu, düzeltici, tanı ve tedavi gibi işlemler*” olarak tanımlamıştır. (Çınarlı, **age.**, s. 220. Benzer tanım için bkz. Demir, **agm.**, s. 234) Yenerer Çakmut, tıbbi müdahale kavramını, “*kişilerin bedensel, fiziksel veya psikolojik bir hastalığını, noksanlığını teşhis ve tedavi etmek veya bu mümkün olmadığı takdirde hastalığı hafifletmek ya da acılarını dindirmek veya onları böyle bir rahatsızlıktan korumak ya da nüfus planlaması amacı için, tıp mesleğini icraya kanunen yetkili kimseler tarafından, tıp biliminin genel kabul görmüş kural ve esaslara uygun olarak*

tıbbi müdahale kavramını, “*hasta olmayan kişilerin sağlığının korunması, hasta olan kişilerinse iyileştirilmesi ve tedavi edilmesine yönelik olarak, yetkili kişiler tarafından, tıp bilimi kurallarına göre yapılan faaliyetler*” olarak tanımlayabiliriz.

Yapmış olduğumuz bu tanımdan hareketle tıbbi müdahalenin, tıbbi gereklilik halinde⁷¹⁷, tıp mesleğini yapmaya yetkili kişiler tarafından⁷¹⁸, tıp bilimine uygun olarak, kişilerin fiziksel ve ruhsal durumlarının iyilik hali içinde bulunması amacıyla yapılan, koruyucu⁷¹⁹, teşhis ve tedavi edici faaliyetler olduğunu söyleyebiliriz. Dolayısıyla tıbbi müdahalenin yetki koşulu “*tıp mesleğini yapmaya yetkili kişiler tarafından yerine getirilmesi*”, sebep koşulu, “*tıbbi gereklilik (endikasyon)*”, konu koşulu “*tıp bilimi ve tekniği çerçevesinde müdahale yapılması*” ve amaç koşulu “*kişilerin fiziksel ve ruhsal yönden iyilik halini sağlamak*” olarak belirlenebilir⁷²⁰.

Tıbbi müdahale kural olarak hekim tarafından gerçekleştirilmektedir. Buna karşılık, özellikle takip gerektiren tedaviler ile bazı teşhis faaliyetleri ve koruyucu sağlık hizmetleri hekimin gözetiminde diğer sağlık çalışanları tarafından da

gerçekleştirilen, en basit teşhis ve tedavi yöntemlerinden başlayarak en ağır cerrahi müdahalelere kadar uzanan her çeşit faaliyet” olarak tanımlayarak, bir yandan hekimler dışında kalan ve kanunen yetkilendirilmiş sağlık personeli tarafından yürütülmekte olan faaliyetleri tıbbi müdahale kapsamına alırken; diğer yandan doğrudan tedavi amacına yönelik olmayan nüfus planlaması amaçlı müdahaleleri de kapsamına alarak, tıbbi müdahale kavramını organik ve fonksiyonel yönden genişletmiştir. (Özlem Yenerer Çakmut, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, Legal Yayıncılık, 2003, s. 24.) Türmen ise tıbbi müdahale kavramını, yalnızca “*hastalığı, anormalliği veya eksikliği gidermek ya da en aza indirmek amacıyla yapılan müdahaleler*” şeklinde daha dar kapsamlı olarak tanımlamıştır. (Ali Rıza Türmen, **Hasta ve Hekim Hukuku**, 2. baskı, Adalet Yayınevi, 2013, s. 40.)

⁷¹⁷ Fransız Medeni Kanunu’nun L 16 – 3 hükmünde, tıbbi müdahalenin ancak tıbbi gereklilik halinde yapılabileceği açık şekilde öngörülmüştür.

⁷¹⁸ Tıbbi müdahaleyi kimlerin yapabileceği 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San’atların Tarzı İcrasına Dair Kanun’un 3. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, hekimler, diş hekimleri, hemşireler, ebeler, sağlık memurları, sünnetçiler, diş protez teknisyenleri ve hasta bakıcılar tıbbi müdahale yapmaya yetkilidir. Yine, acil durumlarla sınırlı olarak, acil tıp teknikerleri de tıbbi müdahalede bulunabilir.

⁷¹⁹ Tıbbi müdahale yalnızca hasta kişilere yapılmamakta olup, bireysel veya toplumsal olarak hastalıklardan korunmak ya da sağlığın geliştirilmesi amacıyla da tıbbi müdahale yapılması mümkündür. Dolayısıyla hastalık öncesi yapılan faaliyetler de tıbbi müdahale kapsamında değerlendirilebilir. (Mücahit Kelek, **Hekimlerin Tıbbi Müdahalesinden Dolayı İdarenin Sorumluluğu**, Yüksek Lisans Tezi, Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi, 2015, s. 56, 57.)

⁷²⁰ Aynı yönde, Hızal, **age.**, s. 4. Yargıtay da bir kararında tıbbi müdahalenin şartlarını benzer şekilde sıralamıştır: “*Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu için bazı şartların gerçekleşmesi öngörülmüştür. Bunlar sırasıyla A) Hekimin tıp mesleğini icraya kanunen yetkili olması, B) Hastanın rızası bulunması, C) Eylemin tıp biliminin objektif ve subjektif sınırları içinde kalmasıdır.*” (Yar.4.HD, 07.03.1977, E. 1976/6297, K. 1977/2541, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Öğretide Er, hastanın rızasının alınmış olmasının da tıbbi müdahalenin bir koşulu olduğunu ileri sürmekteyse de kanaatimizce, hastanın rızasının varlığı müdahalenin niteliği ile değil, hukuka uygunluğu ile ilgili bir husustur. Bu nedenle aydınlatılmış onam alınmaksızın yapılan ve diğer unsurları taşıyan müdahalelerin de tıbbi müdahale olarak nitelendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. (Er, **age.**, s. 61.)

yürütülebilmektedir⁷²¹. Bu ihtimalde, diğer sağlık personelinin hekimin emir ve talimatına aykırı ya da yetki alanını aşan şekilde faaliyet yürütmesi ise söz konusu faaliyeti tıbbi müdahale olmaktan çıkarmamakta, ancak hukuka aykırı hale getirmektedir. Dolayısıyla, diğer sağlık personeli tarafından yürütülen ve diğer unsurları taşıyan faaliyetler de tıbbi müdahale olarak nitelendirilmektedir.

Nitekim, Fransız öğretisinde *Chapus* de tıbbi müdahale kavramını, organik yönden tanımlayarak sağlık hizmeti kapsamında yürütülen diğer faaliyetlerden ayırmaktadır. Buna göre, doğrudan hekim ya da hekimin gözetim, denetim ve talimatları doğrultusunda diğer sağlık personeli tarafından, hastalığın teşhisine, tedavisine yönelik olarak yapılan faaliyetler tıbbi müdahale olarak nitelendirilmektedir⁷²². Fransız Danıştay içtihadının tanımı da bu unsurları kapsamaktadır⁷²³.

Tıbbi müdahalenin ikinci koşulu olan, tıbbi gereklilik kavramının kapsamının hastalık, sakatlık haliyle sınırlı şekilde kabul edilmesi karşısında, neyin hastalık olarak nitelendirildiğinin belirlenmesi ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Öğretide hastalık kavramı, iç ve dış nedenlerle vücutta meydana gelen fonksiyonel bozukluklar, yaralanmalar ve her türlü anormal değişiklikler olarak tanımlanmıştır⁷²⁴. Bu tanımdan hareketle hastalığın kişinin fiziksel bütünlüğünde meydana gelen eksilme ve azalmaların yanında, kişinin psikolojik bütünlüğünde oluşan bozulmaları da kapsadığı söylenebilir. Dolayısıyla, kişinin ruh sağlığının korunması, bozulmuşsa yeniden tesis edilmesine yönelik faaliyetler de tıbbi müdahale kapsamındadır⁷²⁵.

Tıbbi müdahale, hastadan hekim ya da görevlendirdiği sağlık personeli tarafından bilgi alınması ile başlayıp tedavinin sonuna kadarki süreçte yürütülen faaliyetlerin tümünü kapsayan bir kavramdır. Hastanın fiziksel ya da psikolojik muayenesinin yanında, sağlıklı veya işlevini yerine getiremeyen bir organın ilaçla

⁷²¹ Tıbbi müdahalenin yalnızca hekim tarafından gerçekleştirilmediği yönündeki görüş için bkz. Çelik, **age.**, s. 112; Er, **age.**, s. 61; Ersöz, **agm.**, s. 108.

⁷²² Chapus, **age.**, s. 1305. Nitekim Auby da organik yönüyle tanımladığı tıbbi müdahale kavramının hekim ve hekimin gözetim ve denetimi altında yapılan vücut bütünlüğüne yönelik müdahaleler olarak tanımlamıştır. (Savatier / Auby / Savatier / Pequignot, **age.**, s. 11.)

⁷²³ Kararlar için bkz. Jean François Lachaume / Helene Pauliat / Stephane Braconnier / Clotilde Deffigier, **Droit Administratif - Les grandes décisions de la jurisprudence**, 17e édition, PUF, 2017, s. 805.

⁷²⁴ Clement, **age.**, s. 37.

⁷²⁵ Aynı yönde görüş için bkz. Kelek, **age.**, s. 56; Aşçıoğlu, **age.**, s. 36.

tedavi edilmesi ya da bu organdan teşhis amaçlı parça alınması (biyopsi) ve cerrahi müdahaleler (ameliyat ve operasyonlar) tıbbi müdahale çerçevesinde değerlendirilebilecek örneklerdir.

Günümüzde tıbbi gereklilik kavramının daha geniş yorumlandığı dikkat çekmektedir Söz gelimi verici bakımından her türlü organ ve doku nakilleri, sterilizasyon, kastrasyon (kısırlaştırma), tıbbi zorunluluk olmaksızın gerçekleştirilen kürtaj gibi cinsel hayatı ilgilendiren müdahaleler ile cinsiyet değiştirmeye yönelik operasyonlar ve salt estetik amaçlı faaliyetler de tıbbi müdahale kapsamında değerlendirilmektedir. Bu hallerde müdahalenin süjesi bakımından herhangi bir tıbbi zorunluluk bulunmamasına karşın, gerek nüfus planlaması, gerek başkasının sağlığının korunması ve gerek psikolojik sağlığın dolaylı olarak korunması amacıyla söz konusu müdahaleler gerçekleştirilmektedir⁷²⁶. Bu bakımdan tıbbi gereklilik kavramının yalnızca sakatlık ve hastalıkların tedavisi ile sınırlı şekilde yorumlanmaması gerektiği, kanunun cevaz vermesi durumunda farklı saiklerle yapılan tıbbi müdahalelerin de hukuka uygun olacağı söylenebilir.

Tıbbi müdahalenin amaç unsuru ise kişinin fiziksel ve ruhsal yönden iyilik halinin sağlanmasıdır. Bu koşul temelde sağlığın tekrar kazanılması ya da zararlı durumun ortadan kaldırılması olarak anlaşılmakta ise de kanaatimizce kişinin iyilik halinin sağlanması daha geniş bir alana tekabül etmektedir. Kişide ortaya çıkan hastalığın iyileştirilmesine yönelik faaliyetlerin yanında, bu hastalıkların oluşmasının önüne geçmek için yapılan faaliyetler de aslında tıbbi bir gerekliliktir⁷²⁷. Bu nedenle, kişinin vücut bütünlüğünde meydana gelecek olası bozulmaların önüne geçmek amacıyla yapılan önleyici müdahaleler de tıbbi müdahale olarak nitelendirilebilecektir⁷²⁸. Söz gelimi, koruyucu hekimlik kapsamında yer alan aşılamalar, kanser taramaları ve izlem protokolleri bu kapsamda yer almaktadır.

⁷²⁶ Ersöz, **agm.**, s. 107. Gülel, **age.**, s. 26; Laude / Mathieu / Tabuteau, **age.**, s. 303. Öğretide *Demir* de, tıbbi gereklilik kavramının yalnızca tıbbi endikasyonları kapsamadığını, sosyal, psikolojik, dinsel, etik veya genetik endikasyonlarla yapılan müdahalelerin de tıbbi müdahale olarak nitelendirilebileceğini ileri sürmektedir. (Demir, **age.**, s. 38. Ayn yönde, bkz. Pervin Somer, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, **Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu** (24 - 25 Nisan 2008), XII Levha Yayınları, 2011, s. 42.)

⁷²⁷ Cass crim, 09.10.1973, **Gaz. Pal.**, 1974, aktaran Clement, **age.**, s. 108.

⁷²⁸ Aynı yönde Hızal, **age.**, s. 5; Gökcan, **age.**, s. 136.

Sağlık personelinin hukuka aykırı faaliyetlerinden farklı olarak tıbbi müdahale niteliğindeki eylemlerin hangi hallerde hukuka uygun olacağına ilişkin olarak kanunda açık düzenleme bulunmamaktadır. Hekimin özen borcuna uygun şekilde faaliyet yürütmesine atıf yapılsa da, hekimin özen borcunun kapsamı ve sınırlarının yazılı hukuk kuralları ile tespit edilmesi mümkün olmamakta, somut olayın koşulları dikkate alınarak sorumluluğun tespit edilmesi gerekmektedir⁷²⁹. Nitekim bu hallerde sorumluluğun tespiti bakımından çoğunlukla hakim hukuki bir değerlendirme yapması yeterli olmamakta, konunun uzmanı olan tıbbi bilirkişilerin görüşüne ihtiyaç duyulmaktadır. Bu bakımdan sağlık personelinin tıbbi müdahale niteliğindeki faaliyetlerinden kaynaklanan sorumluluğunun tespiti ve tasnifi, yukarıda açıklanan ve doğrudan hukuka aykırılık oluşturan hallere nazaran daha karmaşıktır.

Tıbbi müdahale kapsamında yürütülen faaliyetlerden doğan sorumluluk hekimin ya da diğer sağlık personelinin fiillerinden kaynaklanabilir. 2002 ila 2006 yılları arasında Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulu tarafından verilen görüşlerin incelendiği bir çalışmada, ülkemizdeki sağlık hizmetlerinin yürütülmesi sırasındaki kusurlu faaliyetlerin %86'sının hekimler tarafından gerçekleştirildiği tespit edilmiştir.⁷³⁰ Bu doğrultuda hekimin sorumluluğunun (1) diğer sağlık personelinin (2) ayrı olarak incelemesi gerekmektedir.

1. İdarenin Hekimin Faaliyetlerinden Kaynaklanan Sorumluluğu

Hekim olabilme ve hekimlik mesleğini icra edebilmenin şartları 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun ile 6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu'nda düzenlenmektedir. Buna göre bir kişinin hekim olabilmesi için, Türkiye Cumhuriyeti⁷³¹'ndeki bir tıp fakültesini başarılı şekilde bitirmiş olması⁷³² ve hekimlik mesleğinin icrasına sürekli ya da geçici şekilde engel

⁷²⁹ Kıcılıoğlu, age., s. 63.

⁷³⁰ Nesrin Özkaya Özyurt, 2002 – 2006 Yılları Arasında Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulunca Görüş Bildirilen Pediatrik Malpraktis İddiası İçeren Kararların İncelenmesi ve Tıbbi Hataların Tespiti, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Sosyal Bilimler Anabilim Dalı, 2008, s. 70.

⁷³¹ 1219 sayılı Kanun'un 1. maddesinde 663 sayılı KHK'nın 58. maddesinin sekizinci fıkrasıyla yapılan değişiklikle hekimlik yapabilmek için Türk vatandaşı olma şartı kaldırılmıştır. Dolayısıyla, Türkiye Cumhuriyeti'ndeki bir tıp fakültesinden mezun olmuş yabancıların da ülkemizde hekimlik yapması mümkün hale gelmiştir.

⁷³² 1219 sayılı Kanun'un 2. maddesine göre, tıp fakültesi diplomasının geçerli olması için diploma sahibinin Devlet hizmet yükümlülüğünü tamamlamış ve diplomasının Sağlık Bakanlığı'na onaylatmış

olacak bir durumunun bulunmaması gerekmektedir. Görüleceği üzere söz konusu koşullar genel olarak hekimlik mesleğini yürütmeye ilişkindir. Kişinin kamu kuruluşlarında hekim olarak faaliyet yürütebilmesi için ayrıca 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 48. maddesinde öngörülen şartları da taşıması gerekir.

Tıbbi müdahale niteliğindeki eylemler çoğunlukla hekimler tarafından yürütülse de hekimler tarafından yürütülen faaliyetlerin tümü tıbbi müdahale kavramının yukarıda açıklanan unsurlarını karşılamamaktadır. Tıbbi müdahaleler sırasındaki, tıbbi uygulama hatası olarak nitelendirilen davranışlar, hekimin faaliyetlerinden kaynaklanan sorumluluğunun en temel görünüm biçimini oluşturmaktadır **(a)**. Bunun yanında, hekim tarafından yürütülen bazı faaliyetler, tıbbi müdahalenin amaç unsurunu karşılamamakta olduğundan, söz konusu faaliyetlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların tıbbi uygulama hatası olarak nitelendirilebilirliği kanaatimizce belirsizdir. Keza, yalnızca kişinin fiziksel ve ruhsal yönden iyilik halinin sağlanmasına yönelik faaliyetlerin tıbbi müdahale olarak kabul edildiği varsayıldığında, bu amaçlar dışında yapılan müdahaleler tıbbi müdahale kavramının tanımıyla bağdaşmayacaktır. Bu nedenle söz konusu faaliyetlerden kaynaklanan sorumluluğun ayrıca incelenmesi daha isabetli olacaktır **(b)**.

a. İdarenin Tıbbi Uygulama Hatalarından Kaynaklanan Sorumluluğu

Hekim tarafından yürütülen faaliyetlerin tıbbi standartlara aykırı olanları tıbbi uygulama hatası oluşturmaktadır. Bu doğrultuda öncelikle tıbbi uygulama hatası kavramının netleştirilmesi gerekmektedir. Tıbbi uygulama hatası (malpraktis) kavramı, Dünya Tabipler Birliği'nin 1992 yılında yayınladığı 44. Genel Kurul Bildirgesi'nde, "*hekimin tedavisi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarar*" olarak tanımlanmıştır⁷³³. Buna göre, tıbbi uygulama hatasının ancak hekim tarafından gerçekleştirilebilecek; hekim dışındaki sağlık personelinin yol açtığı zararlar tıbbi uygulama hatası olarak

olması gerekmektedir. Bunun yanında Devlet hizmet yükümlülüğünü ifa etmekte olan hekimler bu süre içinde hekimlik mesleği yapabilirler.

⁷³³ Sağlık Kuruluşlarının Akreditasyonuna İlişkin Ortak Komisyon (The Joint Commission on Accreditation of Healthcare Organisations) ise tıbbi uygulama hatası kavramını, "*çoğunlukla halka sağlık hizmeti verilen merkezlerde bir profesyonelin uygun ve etik olmayan bir davranışta bulunması, mesleki uygulamalarda yetersiz ve ihmalkar davranması*" şeklinde tanımlamıştır. (Mehmet Selçuk, **Çekinik (Defansif) Tıp**, Yüksek Lisans Tezi, İzmir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sağlık Hukuku Anabilim Dalı, 2015, s. 4.)

nitelendirilemeyecektir. Bunun yanında, tedavi sırasında oluşan zararın tıbbi uygulama hatası kapsamında hekimin sorumluluğuna yol açması için, standart sağlık uygulamasının yapılmamış olması, hekimin beceri eksikliği ya da tedavinin verilmemiş olmasından kaynaklanması gerekmektedir⁷³⁴. Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 13. maddesinde ise tıbbi uygulama hatası, “bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesi” şeklinde tanımlanmıştır⁷³⁵. Bu tanımın, Dünya Tabipler Birliği tarafından yapılan tanımdan farklı olarak hekimlerle diğer sağlık personeli arasında ikili ayırım öngörmemesi dikkat çekicidir⁷³⁶.

Danıştay ise tıbbi uygulama hatalarını üçlü bir ayırımla tasnif etmiştir: “*Tıp biliminin standartlarına ve tecrübelerine göre gerekli olan özenin bulunmadığı ve bu nedenle de olaya uygun gözükmeyen her türlü hekim müdahalesi uygulama hatası (malpraktis) olarak anlaşılmaktadır. Diğer bir ifadeyle, hastanın tanı ve tedavisi sırasında standart uygulamanın yapılmaması, bilgi ve beceri eksikliği, hastaya uygun tedavi uygulanmaması tıbbi hata olarak tanımlanabilir. (...) Hekimin özen yükümlülüğünün ihlali, üç alanda yoğunlaşmaktadır; birincisi, hastanın tedavisinde yani teşhis, endikasyon, tıbbi tedbirin seçimi, bu tedbirin uygulanması, tedavi yahut cerrahi girişim sonrası bakım alanındadır, ikincisi, hastanın aydınlatılması ve anamnez alınmasıdır. Üçüncüsü, klinik organizasyonu alanında personelin niteliği, yeterli sayıda personel bulundurulması, hekimlerin birbiriyle işbirliğidir. Bu üç alandaki kusuru, sırasıyla uygulama kusuru (tedavide hata), aydınlatma kusuru ve*

⁷³⁴ Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi'nin bir kararında da tıbbi uygulama hatasının, “*hekimin açık hatasından, açıkça uygun olmayan tedaviden, meslek kurallarının açık bir şekilde çiğnenmesinden veya tıp biliminin genellikle bilinen verilerinin bilinmemesinden*” kaynaklanabileceği vurgulanmıştır. (Zuhal Bereket Baş, “Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesi Sonucu Ortaya Çıkan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 135. Yıl Sempozyumu**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No:68, 2004, s. 74.)

⁷³⁵ Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı'nda ise tıbbi uygulama hatası, “*sağlık personelinin kasıt veya ihmal ile standart uygulamayı yapmaması, bilgi ve beceri eksikliği ile yanlış veya eksik teşhiste bulunması veya yanlış tedavi uygulaması veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan ve zarar meydana getiren fiil ve durum*” şeklinde tanımlanmıştır. (Çelik, **age.**, s. 124.)

⁷³⁶ Ülkemizdeki tıbbi uygulama hatalarının görüldüğü sağlık kuruluşları, uzmanlık dalları ve söz konusu uygulama hatalarının sonuçlarına ilişkin istatistiksel çalışmalar için bkz. Mehmet Top / Ömer Gider / Yunus Taş / Seher Çimen “Hekimlerin Tıbbi Hatalara Neden Olan Faktörlere İlişkin Değerlendirmeleri: Kocaeli İlinden Bir Alan Çalışması”, **Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi**, C. 11, S. 2, 2008.

organizasyon kusuru olarak değerlendirmek mümkündür. Bu üç kusura ‘Tıbbi Uygulama Hatası’ (Malpraktis) adı verilmektedir.’”⁷³⁷

Kanaatimizce Danıştay organizasyon kusuru ile aydınlatma kusurunu da tıbbi uygulama hatası kapsamına alarak, söz konusu ihtimalin uygulanma alanını oldukça genişletmiştir. Aydınlatma yükümlülüğünün eksik yerine getirilmesi ya da hiç yerine getirilmemesi ve tıbbi faaliyetlerin organizasyonundan kaynaklanan zararlar sağlık hizmetleri kapsamında idarenin sorumluluğuna yol açmakla beraber, bu hallerin tıbbi uygulama hatası olarak nitelendirilmesi isabetsizdir. Şöyle ki, Danıştay’ın yaptığı tanımda “*hastanın tanı ve tedavisi sırasında standart uygulamanın yapılmaması, bilgi ve beceri eksikliği, hastaya uygun tedavi uygulanmaması*” olarak tanımlanan tıbbi uygulama hatası kavramı yalnızca teşhis ve tedaviye ilişkin tıbbi müdahaleleri içine almaktadır. Aydınlatma, tıbbi müdahale öncesinde yapılması gereken bir yükümlülük iken, organizasyon kusuru bilgi ve beceri eksikliğinden ziyade sağlık hizmetinin personel ve malzeme yönünden yapılandırılmasından kaynaklanmaktadır. Bu hallerin tıbbi uygulama hatası olarak nitelendirilmesi mümkün olmayacaktır.

Öğretide tıbbi uygulama hatası kavramını, tıbbi müdahale uygulanan hastada zarara yol açan, hekim veya diğer sağlık personeli tarafından yapılan tıbbi kurallara uygun olmayan davranışlar ile işleyiş kusurları olarak tanımlamıştır. Buna göre tıbbi uygulama hatasının pasif veya aktif davranışla şeklinde gerçekleşmesi mümkündür. Pasif hata, yapılması gereken müdahalenin ihmal edilerek yapılmaması şeklinde oluşurken; aktif hata, gerekli işlemin yapılmaması ya da gereksiz işlemler yapılması şeklinde gerçekleşebilmektedir⁷³⁸.

Tıbbi uygulama hatası ile sıkça karıştırılan bir kavram olan komplikasyon ise, tıbbi müdahale sırasında ya da sonrasında oluşan, öngörülemez, öngörülse dahi önlem alınması suretiyle engellenemeyen ve hasta üzerinde olumsuz sonuç yaratan durumdur⁷³⁹. Komplikasyon kavramına öğretide “*izin verilen risk*” de

⁷³⁷ Dan.15.D., 11.03.2015, E. 2013/4509, K. 2015/1398 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Bu tanımda olduğu gibi tıbbi uygulama hatası kavramının alanını genişleten öğretideki görüş için bkz. Çınarlı / Çelik / Teyin, **agm.**, s. 22 vd. Öğretide de, genişletici yorum yaparak sağlık hizmetinin kuruluş ve sistem eksiklikleri nedeniyle oluşan zararların da tıbbi uygulama hatası kavramı kapsamına alan bir görüş de bulunmaktadır. (Selçuk, **age.**, s. 4.)

⁷³⁸ Çınarlı, **age.**, s. 220.

⁷³⁹ Danıştay komplikasyon kavramını bir kararında ayrıntılı olarak tanımlamıştır: “*Komplikasyon ise, tıbbi girişim sırasında öngörülmez, öngörülse bile önlenemeyen durum, istenmeyen sonuçtur; ancak*

denilmektedir⁷⁴⁰. Sağlık hizmetleri bünyesinde risk taşıyan faaliyetlerdir. Bu faaliyetler kapsamında sağlık personelinin herhangi bir kusuru ya da standart uygulamaya aykırı davranışı olmamasına rağmen hizmetten yararlanan üzerinde olumsuz sonuçlar meydana gelebilmektedir⁷⁴¹. Riskli bir nitelik taşıyan tıbbi müdahalelerde sağlık personelinin tıbbi kurallara uygun davranmış ve önlemi almış olsa dahi öngörmesi ve önlemesi mümkün olmayan bu zararlar izin verilen risk kapsamına girmektedir. Bu kapsamdaki zararlar sorumluluğa neden olmayacaktır⁷⁴².

Komplikasyon teşhis ve tedavi aşamasında karşılaşılabilen bir durumdur⁷⁴³. Bazı hastalıklar özellikleri gereği kendini gizleyebilmekte, farklı hastalıklarla benzer belirtileri ortaya çıkarabilmekte ya da atipik ilerleme gösterebilmektedir. Dolayısıyla söz konusu hastalıkların zamanında ve doğru şekilde teşhisi güçlük arz edebilmekte, hatta bazı hallerde bu hastalıklar hiç teşhis edilememektedir. Mahkemenin başvurduğu bilirkişi tarafından verilen raporda uyumsuzluğa konu hastalığın bu kapsama girdiğinin tespit edildiği hallerde Danıştay idarenin sorumluluğunun

*bunun bilgi ve beceri eksikliği sonucu olmaması gerekir. Bu tanıma göre, hekimin tıbben kabul ettiği normal risk ve sapmalar çerçevesinde davranarak gerekli dikkat ve özeni göstermesine rağmen ortaya çıkan istenmeyen sonuçlardan yasal olarak sorumlu olmayacağı belirtilmektedir. Hasta tıbbi uygulama sırasında ve sonrasında kusur olmadan da oluşabilecek istenmeyen sonuçları, komplikasyonları bilirse ve uygulamaya onay verirse tıbbi müdahale hukuka uygun olur. Hastada oluşan zararlı sonuç öngörülebilir ve önlenemiyorsa veya öngörülebilir bile önlenemiyorsa bu durumun komplikasyon olarak kabulü gerekmektedir. Yine bu noktada, tıbbi standartlardan sapılmaması, mesleki tecrübe kurallarına riayet edilmiş olması gereklidir. Yine meydana gelen komplikasyon sonrası süreçte de uygulanan teşhis ve tedavinin de tıp kurallarına uygun olması gerekmektedir. Bu noktada komplikasyon sonrası yönetim süreci de hizmet kusurunun varlığını tespit etme adına önem arz etmektedir.” (Dan. 15.D., 11.03.2015, E. 2013/4509, K. 2015/1398 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Komplikasyon kavramı İsviçre Federal Mahkemesi’nin bir kararında ”hekimin açık hatasından, açıkça uygun olmayan tedaviden, meslek kurallarının açıkça çiğnenmesinden veya tıp biliminin genellikle bilinen verilerinin bilinmemesinden” dolayı oluşan zarar şeklinde tanımlamıştır. (Bereket Baş, **agm.**, s. 74.)*

⁷⁴⁰ Savaş, komplikasyon kavramını, tıp biliminin yapısından kaynaklanan, kusur bulunmaksızın meydana gelen istenmeyen zararlı sonuçlar olarak tanımlamıştır. (Savaş, **agm.**, s. 272.)

⁷⁴¹ Kelek, **age.**, s. 58; Hatırnaz Erol, **age.**, s. 354.

⁷⁴² Esasında komplikasyonun bir alt türü olarak nitelendirilmesi gerektiğini savunduğumuz iyatrojeneik müdahale kavramı öğretide ayrı bir kategoride incelenmektedir. (Günday, **age.**, s. 95.) İyatrojen, hastanın tedavisi sırasında uygulanan bir ilaç ya da tıbbi müdahale nedeniyle bir başka hastalığın oluşmasıdır. Başka bir ifadeyle, tıbbi müdahale sırasında hasta üzerinde bu müdahaleye bağlı olarak yeni bir hastalığın ortaya çıkmasıdır. Bu ihtimalde de tıpkı komplikasyon - malpraktis ayrımında yapılan değerlendirmeye göre sorumluluğun tespiti gerekmektedir. Hekimin kusuru bulunmamasına karşın, uygulanan tedavinin öngörülebilir ve hasta tarafından izin verilen bir neticesi olan iyatrojenler komplilasyon olarak nitelendirileceğinden sorumluluk oluşmayacaktır. İyatrojenin tıbbi uygulama hatasından kaynaklanması durumunda ise sorumluluk gerçekleşecektir.

⁷⁴³ Uygulamada hücre kanlanması, kemik kırılması, kan pıhtılaşmaları (trombozlar), damar tıkanıklıkları (emboliler), sinir ve iç organ zedelenmeleri, damar zedelenme ve ezilmeleri, bağırsak tıkanmaları gibi beklenmedik sonuçlar komplikasyon olarak ortaya çıkan başlıca hallerdir. (Demir, **age.**, s. 118. Farklı ihtisas dallarında görülen komplikasyon örnekleri için bkz. Polat, **age.**, s. 105 vd.)

bulunmadığına hükmetmektedir⁷⁴⁴. Benzer şekilde tedavi aşamasında da bazı hastalıklar standartlara uygun tıbbi müdahalelere olumlu tepki vermeyebilmekte ya da yan etkiler oluşabilmektedir. Bu haller izin verilen risk ya da komplikasyon kapsamında olacağından idarenin sorumluluğu doğmayacaktır⁷⁴⁵.

Hekimler tarafından yürütülmekte olan faaliyetler 224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun'un 2. maddesinde kendi içinde dört grupta sınıflandırılmıştır: *“insan sağlığına zarar veren çeşitli faktörlerin yok edilmesi ve toplumun bu faktörlerin tesirinden korunması, hastaların tedavi edilmesi, bedeni ve ruhi kabiliyet ve melekeleri azalmış olanların işe alıştırılması (rehabilitasyon) için yapılan tıbbi faaliyetler”* Buna göre hekimler tarafından yürütülen sağlık hizmetleri, koruyucu sağlık hizmetleri, tedavi edici sağlık hizmetleri, rehabilite edici sağlık hizmetleri ve sağlığın geliştirilmesi olmak üzere gruplandırılabilir⁷⁴⁶.

Tıbbi uygulama hatası yukarıda açıklanan anlamıyla hekimin koruyucu sağlık faaliyetleri (i), teşhis faaliyetleri (ii) ve tedavi ve rehabilitasyon faaliyetlerinden (iii) kaynaklanabilmektedir.

i. İdarenin Koruyucu Hekimlik Faaliyetleri Sırasında Yapılan Tıbbi Uygulama Hatalarından Kaynaklanan Sorumluluğu

Toplum sağlığının korunması, hastalıkların önlenmesi, toplum sağlığına zarar veren etkenlerin ortadan kaldırılması amacıyla yürütülen faaliyetler koruyucu sağlık

⁷⁴⁴ Dan.10.D., 30.3.2009, E.2007/7210, K.2009/2438, aktaran Odyakmaz, **agm.**, s. 36.

⁷⁴⁵ “Davacıda gelişen mevcut bulguların enjeksiyon nöropatisi ile uyumlu bulgular olduğu, ancak tıbbi belgelerde enjeksiyonun yanlış yere yapıldığına dair tıbbi kayıt bulunmadığı, enjeksiyonun doğru yere yapılması durumunda da kanama, ödem gibi nedenlerle; sinire bas olabileceği dikkate alındığında, gelişen mevcut durumun enjeksiyon uygulamalarının komplikasyonu olarak değerlendirildiği, bu nedenle sağlık hizmetinde hizmet kusuru bulunmadığı (...)” (Dan.15.D., 18.04.2016, E. 2013/4486, K. 2016/2662, Aktaran Ümit Erdem, **Danıştay Onbeşinci Daire (2016) Kararlarında Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Tazminat Sorumluluğu**, Legal Yayıncılık, 2017, s. 115.)

⁷⁴⁶ Kanun’da sayılan sağlık hizmetlerinden sağlığın geliştirilmesi faaliyeti hasta olmayan ya da hastalık riski taşımayan kişilere yönelik olarak ve sağlığın daha iyi bir hale getirilmesi için yapıldığından, tıbbi müdahale kavramının “tıbbi zorunluluk bulunması” koşulunu taşımamaktadır. Bu nedenle sağlığın geliştirilmesine ilişkin faaliyetlerden kaynaklanan sorumluluğa tıbbi müdahale başlığı altında değinilmeyecektir. Yine, Kanun’un ayrı birer sağlık hizmeti olarak düzenlediği tedavi ve rehabilitasyon faaliyetlerinin amacı hastalık veya kaza sonucunda bedensel, ruhsal ya da sosyal yönden sağlığı bozulan kişilerin iyileştirilmesidir. Dolayısıyla hasta kişilerin iyileştirilmesine ilişkin olan ve birbirini tamamlayan tedavi ve rehabilitasyon faaliyetlerinin aynı başlıkta incelenmesi daha isabetli olacaktır.

hizmetleri kapsamına girmektedir⁷⁴⁷. Bu hizmetler kapsamında öncelikle bir bütün olarak toplum sağlığının korunması, bunun için de tek tek bireylerin sağlığının korunmasına ilişkin faaliyet yürütülmektedir.

Tedavi edici ve rehabilite edici sağlık hizmetlerinden farklı olarak, koruyucu sağlık hizmetleri hasta olmadan önce, hastalığın önlenmesi amacıyla sunulmaktadır. Koruyucu sağlık hizmetlerinin amacı öncelikle toplum sağlığını ve bunun gerçekleşmesi için de birey sağlığını korumaktır. Toplumu bulaşıcı hastalıklar başta olmak üzere hastalığa neden olan faktörlerden korumak, bireyleri hastalıklara karşı dirençli kılmak ve hastalıkların erken dönemde teşhis edilerek erken tedavisini sağlamak koruyucu sağlık hizmetlerinin temel amacıdır. Koruyucu sağlık hizmetlerinin toplum temelli olmasının en önemli sonucu, bu hizmetlerin kural olarak Devlet tarafından sunuluyor olmasıdır. Bir diğer sonucu ise, bu hizmetlerden tüm toplumun yararlanıyor oluşudur.

Koruyucu sağlık hizmetleri esas olarak aile sağlığı merkezleri ve toplum sağlığı merkezlerinde sunulmaktadır. Bu hizmetler kapsamında bağışıklama (aşılama), yeterli beslenme, hastalıklarda erken tanı, aile planlaması ve ana - çocuk sağlığı ile zararlı alışkanlıklarla mücadele hizmetleri sunulmaktadır⁷⁴⁸. Erken tanıya yönelik faaliyetler özellikle kronik hastalıkların teşhisinin erken süreçte yapıp tedavi sürecine geçilmesine imkan sağlamakta, tedaviyi kolay ve ucuz hale getirmekte ve komplikasyon risklerini azaltmaktadır. Genellikle aile sağlığı merkezlerinde yapılmakta olan gaitada gizli kan testi, HPV testi, servikal smear ve PSA bakılması gibi faaliyetler erken tanıya yönelik hizmetler kapsamındadır. Bunun yanında, koruyucu sağlık hizmetleri kapsamında sağlık ve hijyen eğitimi, obezite ile mücadele, spora teşvik, çocuk – ergen izlemleri ile 15 – 49 yaş kadın izlemleri gibi faaliyetler de yürütülmektedir.

⁷⁴⁷ Birtek, **agm.**, s. 86.

⁷⁴⁸ Birtakım koruyucu sağlık hizmetleri ise çevreye yönelik olarak sunulmakta olup, çevre sağlığını olumsuz etkileyen faktörlerin giderilmesi suretiyle sağlıklı bir çevresel ortam yaratılması hizmetlerini kapsamaktadır. Çevredeki olumsuz biyolojik, fiziksel, kimyasal faktörlerin yok edilmesi veya düzeltilmesi, insanların bunlardan etkilenmelerinin önlenmesine yönelik faaliyetler bu kapsamda yer almaktadır. Bu faaliyetler öğretilde “*çevre sağlık hizmetleri*” olarak adlandırılmaktadır. Temiz su kaynaklarının sağlanması ve denetimi, katı atıkların denetimi, zararlı canlılar ile mücadele, gıdaların denetimi, hava ve gürültü kirliliğinin önlenmesine yönelik faaliyetler, radyolojik zararlıların denetimi ve radyasyonla savaş bu faaliyetlere örnek olarak sayılabilir. (Karadibak / Çınarlı, **agm.**, s. 71.)

Koruyucu sağlık hizmetlerinin en sık rastlanan görünüm biçimi bağışıklamadır. Aktif ve pasif olmak üzere iki türü olan bağışıklama faaliyeti kapsamında aşılama⁷⁴⁹ aktif, antikör içeren serum uygulanması ise pasif bağışıklama sağlamaktadır. Buna göre, aşılama faaliyeti sağlıklı kişilerin hastalıklardan korunması amacıyla yapılmaktayken, serum uygulama faaliyeti hasta olan kişilerin tedavisi ve bu kişilerin temas kurduğu üçüncü kişilerin korunması amacıyla yapılmaktadır.

Kişilerin vücut bütünlüğüne müdahale niteliği taşıyan bir koruyucu bağışıklama faaliyeti olan aşılamanın zorunlu tutulup tutulamayacağı ise özellikle idarenin sorumluluğunun tespiti yönünden tartışmalı bir husustur. Şöyle ki, hukuka uygun bir tıbbi müdahale kural olarak tıbbi gereklilik halinde ve ilgilinin aydınlatılmış onamının alınması suretiyle gerçekleştirilebilmektedir. 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nda sayılan hallerin⁷⁵⁰ dışında kalan ve Sağlık Bakanlığının öngördüğü Genişletilmiş Bağışıklama Programı kapsamında yapılan aşılama faaliyetlerinin zorunlu olup olmadığı hususunda ise açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Genişletilmiş Bağışıklama Programı kapsamında, boğmaca, difteri, tetanoz, kızamık, kızamıkçık, kabakulak, tüberküloz, poliomyelit (çocuk felci), hepatit A, hepatit B ve hemofilus influenza hastalıklarını kontrol altına almak ve hatta tamamen ortadan kaldırmak amacı ile hassas yaş gruplarına⁷⁵¹ enfeksiyona yakalanmalarından önce ulaşılp, belli periyotlarla bağışıklamalarını sağlamak aile hekimliklerine görev olarak verilmiştir⁷⁵². Uygulamada özellikle sosyal ve dini gerekçelerle ebeveynlerin bebek ve çocuklarının aşılmasına rıza göstermemesi söz

⁷⁴⁹ Anayasa Mahkemesi bir kararında aşılama kavramını “*birtakım hastalıklara karşı bağışıklık sağlamak için o hastalığın mikrobuyla hazırlanmış eriyik*” maddenin vücuda aktarılması olarak tanımlamıştır. (AYM, BB, Halime Şare Aysal, BN. 2013/1789, T. 11.11.2015, RG. 24.12.2015, S. 29572.)

⁷⁵⁰ 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nun 67. ve 72. maddelerinde yer alan düzenlemede, bulaşıcı hastalıkların ortaya çıkması halinde hastanın muayene edilmesi, hastalığın yayılmasını önleyici gerekli tedbirlerin alınması ile gerekli aşı ve serumun uygulanması yükümlülük olarak öngörülmüştür. 1593 sayılı Kanun'da yer alan bu düzenlemelerden yola çıkıldığında bağışıklama faaliyetinin kolluk olduğu anlaşılmaktaysa da, anılan hükümlerde yer alan düzenlemelerin yalnızca hastalanan kişiler üzerinde yapılacak bağışıklama faaliyetini kapsadığı açıktır. Keza bu düzenlemeden aynı Kanun'un 57. maddesinde sayılan hastalıklardan birine yakalandığı tespit edilen bireyler üzerinde aşılama yapılması zorunluluğu çıkarılmakta olup, söz konusu düzenleme hasta olmayan bireylerin önleyici amaçlı aşılmasını kapsamadığı gibi Kanun'un 57. maddesinde sayılanlar dışındaki bulaşıcı hastalıkları da dışlamaktadır.

⁷⁵¹ Her bir aşı bakımından hassas yaş grupları ile söz konusu aşılamanın yapılacağı yaş sınırları ve periyotlar için bkz. Sağlık Bakanlığı Genişletilmiş Bağışıklama Programı ([http://dosyasb.saglik.gov.tr/Eklenti/1117,gbpgenelge 2008pdf.pdf](http://dosyasb.saglik.gov.tr/Eklenti/1117,gbpgenelge%2008pdf.pdf), Erişim: 15.10.2017.)

⁷⁵² Aile Hekimliği Uygulama Yönetmeliği'nin 7. maddesine göre, bağışıklama hizmetleri aile hekimi tarafından yürütülmektedir. Genişletilmiş bağışıklama programı kapsamında veya Sağlık Bakanlığı tarafından yürütülen kampanyalar doğrultusunda ihtiyaç duyulan aşılar, bölgesindeki toplum sağlığı merkezi tarafından aile hekimlerine ulaştırılır.

konusudur. Böyle bir durumda ise aile hekiminin aileyi aşılama yaptırmaya zorlamak bakımından elinde herhangi bir imkan bulunup bulunmadığı ise açık değildir. Bu tartışma aynı zamanda aşılamanın kolluk mu, yoksa kamu hizmeti faaliyeti olarak mı nitelendirilmesi gerektiği sorusunu da beraberinde getirmektedir.

Aşılama faaliyeti bireyin sağlığının korunması amacını taşımakla birlikte, aşılansak bağışık hale gelmiş bireylerin oluşturduğu toplumlar hastalıkların yayılmasına karşı direnç gösterirler. Bu yolla henüz aşılansmamış, aşılansmaya engel oluşturan bir hastalığı olanlar da korunmuş olur. Aşılama, bulaşıcı hastalıkların toplumda ortaya çıkmasını ve yayılmasını önlemekte olduğundan bir yönüyle kamu sağlığının korunmasına ilişkin bir kolluk faaliyeti olarak nitelendirilebilir. Kişilerin bireysel sağlığının korunması amacını taşıması ise, bağışıklamanın toplumun müşterek ihtiyacını gidermeye yönelik dar anlamda kamu hizmeti faaliyeti olarak nitelendirilmesine neden olmaktadır. Gerek kolluk ve gerek kamu hizmeti olarak nitelendirilmesi ihtimalinde, aşılama faaliyetinin yürütülmesinde ortaya çıkan zararlardan idare sorumlu olacaktır.

Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin de bir kararında ortaya koyduğu üzere koruyucu sağlık hizmeti olan aşılamanın etkili ve verimli şekilde organize edilmesi ve sunulması hususunda Devletin pozitif yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu kapsamda öncelikle bulaşıcı hastalığın görülmesi halinde bu durumu tespit etmeye elverişli bir sistemin kurulması ve bu vakanın salgına dönüşmesinin engellenmesine yönelik önlemlerin alınması gerekmektedir. Bu doğrultuda normal dönemde yüksek aşılama oranlarına ulaşılması ve toplumun bağışıklığının güçlendirilmesi yönünde pozitif yükümlülük bulunmakla birlikte, bu yükümlülüğün kapsamı bulaşıcı hastalığa dair bir vakanın ortaya çıkması durumunda daha geniş olacaktır⁷⁵³. Başka bir deyişle, normal dönemde toplumun genel bağışıklığının sağlanmasına yönelik yürütülmesi zorunlu olan aşılama faaliyetinin, bulaşıcı hastalıkların ortaya çıkması durumunda daha da genişletilerek uygulanması gerekmektedir. Aksi durum idarenin sorumluluğuna yol açacaktır.

⁷⁵³ AYM, BB, *Leyla Doğan ve Salih Doğan*, BN. 2015/4662, T. 10.10.2018, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası.

İdarenin sorumlu tutulabilirliği bakımından farklılık yaratmamakla birlikte; bağışıklama faaliyetinin kolluk faaliyeti olarak nitelendirilmesi, toplum sağlığının korunması amacıyla kişilerin kendilerinin ya da veli veya vasilerinin rızası hilafına dahi olsa aşılmasının önünü açacaktır. Buna karşılık, bu faaliyetin kamu hizmeti olarak nitelendirilmesi, aşılama yararlanıp yararlanmama hususunda bireylere tercih hakkı verecek olup, kişiler dilerse bu hizmetten yararlanabilecektir. İdarenin yerleşik uygulaması yukarıda anılan Program kapsamındaki aşılama faaliyetini idari kolluk olarak nitelendirilmektedir⁷⁵⁴. Bunun yanında, Aile Hekimliği Ödeme ve Sözleşme Yönetmeliği'nin⁷⁵⁵ 18. maddesine göre, program kapsamındaki aşılarda zamanında yerine getirilmemesi performans eksikliği olarak nitelendirilmekte ve aile hekiminin maaşında kesintiye neden olmaktadır. Dolayısıyla söz konusu aşılama faaliyetinin tam ve zamanında yerine getirilmesi hekim bakımından bir zorunluluk olarak öngörülmüş, aksi durumda yaptırım uygulanması düzenlenmiştir. Bu kapsamda bebek ve çocuklar başta olmak üzere hassas yaş gruplarına belli periyotlarla yapılması öngörülen aşılarda zorunlu olduğundan, bu aşılarda ebeveynlerin reddetmesi nedeniyle yapılmaması idarenin sorumluluğuna neden olacaktır. Ancak kanaatimizce aşılama faaliyetlerinin kamu hizmeti olarak nitelendirilmesi ve uygulanmasının hastanın veya kanuni temsilcisinin rızasına bağlanması ile söz konusu aşılama yapılmaması nedeniyle aile hekimlerine uygulanan performans kesintilerine dair düzenleme birbiriyle çelişkilidir. Zira, bu ihtimalde, ailenin izin vermemesi sebebiyle aşılanmanın yapılamaması sonucunda, esasında herhangi bir takdir yetkisi ya da kusuru bulunmayan hekim üzerinde yaptırım uygulanmaktadır.

⁷⁵⁴ “Ebeveynler tarafından, Genişletilmiş Bağışıklama Programında yer alan aşılarda önemiyle alakalı yapılacak açıklama ve eğitime rağmen çocuklarına aşı uygulanmasına izin verilmemesi halinde, velayetin gereği olan bakım görevinin layıkıyla yerine getirilmemesi söz konusu olacağından, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun ilgili hükümleri çerçevesinde hareket edilmesi gerekecektir. Zira, 5395 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin birinci alt bendi ile, bedensel, zihinsel, ahlaki, sosyal ve duygusal gelişimi ile kişisel güvenliği tehlikede olan, ihmal veya istismar edilen ya da suç mağduru çocuğun korunma ihtiyacı olan çocuk olarak kabul edileceğine yer verilmiş, aynı Kanunun ‘Temel ilkeler’ başlıklı 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi ile, çocuğun yaşama, gelişme, korunma ve katılım haklarının güvence altına alınması, (b) bendi ile de, çocuğun yarar ve esenliğinin gözetilmesi güvence altına alınmıştır. Mezkur Kanunun ‘Koruyucu ve destekleyici tedbirler’ başlıklı 5 inci maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde, çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması ve tedavisi için gerekli geçici veya sürekli tıbbî bakım ve rehabilitasyonuna, bağımlılık yapan maddeleri kullananların tedavilerinin yapılmasına karar verilmesi sağlık tedbiri olarak belirlenmiş olup, koruyucu sağlık hizmetleri kapsamında yer alan aşı uygulamasının da önemli bir sağlık tedbiri olduğu, aşı uygulamasına izin verilmemesinin sağlık tedbiri açısından ihmal teşkil ettiği hususunda şüphe bulunmamaktadır.

Bu sebeple, aşı uygulamasına izin verilmemesi durumunda çocuk hakimince sağlık tedbiri alınabilmesini teminen sosyal hizmetler ve çocuk esirgeme kurumu il müdürlüğüne bildirimde bulunulmasının uygun olacağı düşünülmüştür.” (Sağlık Bakanlığı Temel Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün 04.08.2011 tarihli ve 25316 sayılı yazısı, Saglik.gov.tr)

⁷⁵⁵ RG. 30.12.2010, S. 27801.

İdarenin yukarıda sözü edilen yerleşik uygulamasına karşılık yargı merciilerinin söz konusu aşılardan zorunlu olup olmadığı hususundaki tutumu net değildir. Anayasa Mahkemesi bir kararında, kanunla düzenlenmesi ihtimalinde zorunlu aşılamanın gerek iç hukuk ve gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadına⁷⁵⁶ aykırı olmayacağını vurgularken, mevcut iç hukukumuzda yer alan düzenlemelerin zorunlu aşılama uygulamasına imkan verecek kanunilik şartını sağlamadığına hükmetmiştir⁷⁵⁷. Bu nedenle aşılama faaliyetinin hukuki niteliği ile zorunluluğu hususu hala tartışmalıdır. Kanaatimizce yukarıda sözü geçen program kapsamında yapılan aşılama faaliyetlerinin temel amacı birey sağlığının korunmasından öte, söz konusu hastalıkların toplum içinde ortaya çıkmasının engellenmesidir. Nitekim bu hastalıklar bireylerde ortaya çıktıktan sonra toplum içinde hızla yayılmakta ve toplum sağlığı bakımından büyük zararlara neden olabilmektedir. Nitekim aile hekimlerinin söz konusu aşılama periyotlarını kaçırmaları ihtimalinde yaptırım öngören Aile Hekimliği Ödeme ve Sözleşme Yönetmeliği'nin 18. maddesinde yer alan düzenleme de bu faaliyetlerin zorunlu yönünü açıkça ortaya koymaktadır.

Buna karşılık, yukarıda zikredilenler dışında yapılan aşılama faaliyetlerinde temel amacın toplumun korunmasından ziyade bireyin sağlığının korunması olduğu dikkate alındığında bu faaliyetin kamu hizmeti yönünün daha ağır bastığı söylenebilir. Dolayısıyla bu faaliyetler yönünden ilgilinin rızası esas olup, hastanın talebi halinde hekim ancak bu faaliyetleri yerine getirmemesi ya da kötü ifa etmesi ihtimalinde sorumlu tutulabilecektir.

Aşılama faaliyetleri kapsamında hastaya yanlış aşı yapılması ya da vücuda zerk edilen ilacın miktarında hata yapılması idarenin sorumluluğuna yol açacaktır⁷⁵⁸.

⁷⁵⁶ AİHM, *Carlo Boffa ve Diğerleri/San Marino*, BN. 26536/95, T. 15.01.1998; AİHM, *Solomakhin/Ukrayna*, BN. 24429/03, T. 15.03.2012, Hudoc.echr.coe.int.

⁷⁵⁷ “Zorunlu aşı uygulaması ebeveyn tarafından reddedilen çocukların, 5395 sayılı Kanun kapsamında korunmaya muhtaç çocuk olarak değerlendirilmesi noktasında da kamu makamları ve başvuru arasında görüş birliği bulunmamakla birlikte, esasen uygulanacak tıbbi müdahalenin türü ve kapsamı hakkında bir açıklamada bulunulmaksızın çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması ve tedavisi için gerekli geçici veya sürekli tıbbi bakım ve rehabilitasyonunu içerecek şekilde, genel olarak sağlık tedbirine hükmedileceğine işaret eden söz konusu düzenlemenin, somut başvuruda olduğu gibi doğan her çocuğa belirli bir yaş periyoduna bağlı olarak ve ebeveynin rızası hıfına, ilgili idarece belirlenecek olan her türlü aşının tatbiki yetkisi verildiği şeklinde anlaşılması olanaklı değildir. Aksinin kabulü hâlinde uygulanacak tıbbi müdahalenin tür ve kapsamı belirsiz olacak şekilde, rıza verilmeyen müdahale türlerinin gündeme gelmesi muhtemeldir.” . (AYM, BB, Halime Sare Aysal, BN. 2013/1789, T. 11.11.2015, RG. 24.12.2015, S. 29572.)

⁷⁵⁸ Konuya ilişkin olarak Yargıtay önüne gelen bir uyuşmazlıkta, “Sağlık ocağında görevli hemşire ve ebe olan sanıkların vücuda enjeksiyon biçimi farklı olan kızamık aşısı yerine gerekli dikkat ve özeni

Yine, birden fazla dozda yapılması gereken aşılardan tek dozda yapılması hizmetin eksik yerine getirilmesine sebep olacağından idarenin sorumluluğuna yol açacaktır. Öte yandan, birden fazla dozda yapılması gereken bu aşılardan hastanın kendisine veya varsa yasal temsilcisine durumun bildirilmesi, aşılanmanın yapılmaması durumunda bağışıklamanın etkili olmayacağını açıklanması gerekmektedir⁷⁵⁹. Bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi ve hastanın devam eden dozların uygulanması için sağlık kuruluşuna başvurmaması durumunda hizmet kusuru oluşacaktır. Buna karşılık, aşılanmanın tıp standartlarına uygun olarak ve yeterli dozda yapılmış olmasına karşın kişinin yeterli bağışıklık düzeyine ulaşamamış olması durumunda hizmet kusuru oluşmamaktadır⁷⁶⁰.

Koruyucu sağlık hizmetlerinin bir diğer görünüm biçimi bireylerin kalıtsal kan hastalıklarına karşı korunmasıdır. Bireylerin kalıtsal kan hastalıklarına karşı korunması 3960 sayılı Kanun'un birinci maddesinde Devlete görev olarak verilmiştir. Buna göre Devlet, kalıtsal kan hastalıklarından talasemi ve orak hücreli anemi dahil olmak üzere, bütün kalıtsal kan hastalıklarıyla ve engelliliğe yol açan diğer kalıtsal hastalıklarla koruyucu sağlık hizmetleri kapsamında mücadele etmekle görevlidir⁷⁶¹. Kalıtsal Kan Hastalıklarından Hemoglobinopati Kontrol Programı ile Tanı ve Tedavi Merkezleri Yönetmeliği'nin 6. maddesi ve devamındaki hükümler uyarınca birinci basamak aile sağlığı merkezleri, ana çocuk ve aile planlaması merkezleri ile ikinci ve üçüncü basamak hastaneler kalıtsal kan hastalıklarına karşı koruyucu sağlık hizmeti yürütmekle görevlidir.

Kalıtsal kan hastalıklarından korunma hizmetlerinden bireylerin en sık yürütülme biçimi evlilik öncesi yapılan zorunlu testlerdir⁷⁶². Evlilik öncesi testlerin yapılma

göstermeyerek kızamık suyu ile sulandırılmış verem aşısı yapmaları nedeniyle bebeklerden ...'nin bir yıl süreyle gözlem altına tutulmalarına yol açma ve kolunda iltihaplı ceviz büyüklüğünde şişlik oluşturma eylemleri (...)" sağlık çalışanının kusurlu eylemi olarak nitelendirilmiştir. (Yar.4.CD, 02.05.2006, E. 2004/18181, K. 2006/10269, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

⁷⁵⁹ Gaziantep BİM 3.İDD, 11.04.2017, E. 2017/515, K. 2017/417, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası.

⁷⁶⁰ AYM, BB, *Leyla Doğan ve Salih Doğan*, BN. 2015/4662, T. 10.10.2018, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası.

⁷⁶¹ Aynı hükmün ikinci fıkrasında, kalıtsal hastalıklarla koruyucu sağlık hizmetleri kapsamında mücadele için gerekli önlemler ve bu konuda uygulanacak usul ve esaslara ilişkin yönetmelik yapma yetkisi Sağlık Bakanlığı'na verilmiş olup, Bakanlık 2002 tarihli Kalıtsal Kan Hastalıklarından Hemoglobinopati Kontrol Programı ile Tanı ve Tedavi Merkezleri Yönetmeliği'ni çıkarmıştır. (RG. 24.10.2002, S. 24916.)

⁷⁶² Kalıtsal Kan Hastalıklarından Hemoglobinopati Kontrol Programı ile Tanı ve Tedavi Merkezleri Yönetmeliği'nin 12. maddesine göre de, evlilik öncesi yapılan taramalarda bireylerin kalıtsal kan hastalığı taşıyıcısı olup olmadığının tespit edilmesi zorunludur.

zorunluluğu 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 136. ile 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nun 122. maddesinden kaynaklanmaktadır⁷⁶³. Evlenmeye engel hastalığının bulunmadığını gösteren sağlık raporu olmadan evlilik başvurusunda bulunulması ihtimalinde, aynı Kanun'un 137. maddesi uyarınca evlenme başvurusu reddolunarak durum evlenecek kişilere bildirilir. Ayrıca 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nun 123 ve 124. maddelerinde belirtilen hastalıkların taraflardan birinde olması evlenmeye engel teşkil etmektedir. Bu hastalıklar, frengi, bel soğukluğu, yumuşak şankr ve cüzzam ile akıl hastalıklarıdır. Bu hastalıklar usulüne uygun bir şekilde tedavi edilip hastanın iyileştiğine dair hekim raporu ibraz olunmadıkça tarafların nikahı kısılamaz. İlerlemiş tüberküloz hastalarının ise nikahı öncelikle ertelenmekte olup, erteleme üzerine sağlık durumlarında herhangi bir iyileşme olmaması durumunda, hastalığın etki ve sonuçları hakkında tarafların hekimce bilgilendirilmesi üzerine evlenme mümkün olabilmektedir. Dolayısıyla evlilik öncesi testler evlenecek çiftlerin sağlık durumları ve kalıtsal hastalıkları konusunda karşılıklı bilgilenmelerini sağlayan yasal bir zorunluluktur.

Yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda, evlilik öncesi testlerin doğru ve eksiksiz yapılmasının bir yandan tarafların birbirinin sağlık durumu hakkında bilgi sahibi olması imkanını tanıyarak kendilerinin ve doğması muhtemel çocuklarının sağlığını korumaya yönelik tedbir almalarını sağlaması, diğer yandan evliliğe engel hastalıkların taraflarda bulunmadığını kanıtlaması suretiyle evliliği mümkün kılması yönünden iki boyutunun bulunduğu söylenebilir. Bu husus eşlerden birinin kalıtsal hastalık taşıyıcısı olması durumunda ayrıca önem arz edecektir. Hasta olmamakla birlikte hastalık taşıyıcısı olan eşlerin testlerinin eksik yapılması ve bu suretle taşıyıcılık durumunun tespit edilememesi sonucunda evlilik sonrası doğan çocukların kalıtsal hastalığa yakalanmasının söz konusu olduğu bir uyuşmazlıkta Danıştay, koruyucu sağlık hizmeti niteliğinde olan evlilik öncesi testlerin eksik veya hatalı yapılmasının hizmet kusuru oluşturacağına hükmetmiştir⁷⁶⁴.

⁷⁶³ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu

“III. Belgeler

Madde 136- Erkek ve kadından her biri, nüfus cüzdanı ve nüfus kayıt örneğini, önceki evliliği sona ermiş ise buna ilişkin belgeyi, küçük veya kısıtlı ise ayrıca yasal temsilcisinin imzası onaylanmış yazılı izin belgesini ve evlenmeye engel hastalığının bulunmadığını gösteren sağlık raporunu evlendirme memurluğuna vermek zorundadır.”

⁷⁶⁴ “(...) ve (...)’ın orak hücreli anemi taşıyıcısı olmasına rağmen davalı idare tarafından yapılan test sonucunda kişilerin sağlıklı olduğu yönünde rapor tanzim edildiği, dolayısıyla davalı idare tarafından kişilerin test sonuçlarının yanlış yorumlandığı ve bunun idare açısından bu durum hizmet kusuru

Buna karşılık, Fransız hukukunda olduğu gibi⁷⁶⁵ ulusal hukukumuzda da evlilik öncesi testlerin sonuçları yalnızca kişinin kendisine gösterilmekte olup, müstakbel eş sonuçları öğrenememektedir. Bu durum özellikle AIDS, hepatit, frengi gibi cinsel ilişki yoluyla bulaşan hastalıkları taşıyan eş adaylarının özel hayatının korunması hakkı ile karşı tarafın sağlığının korunması hakkının çatışmasına yol açabilmektedir. Söz konusu düzenlemenin amacından hareketle, burada diğer eş ve gelecek nesillerin sağlığının korunması için eş adayının özel hayatının gizliliğinin korunması hakkından ödün verilmesi gerekeceği kanaatindeyiz. Nitekim Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nun yukarıda incelenen 57. maddesinde sayılan bulaşıcı hastalıklar bakımından öngörülen bildirim yükümlülüğü de üçüncü kişilerin sağlığının korunması amacıyla kişisel sağlık verilerinin gizliliğinin sınırlandırılması niteliğindedir. Bu düzenlemenin amaçsal yorumla evlilik öncesi testler bakımından da uygulanması kanaatimizce isabetli olacaktır.

Fransız hukukunda kabul edilen bir diğer koruyucu sağlık hizmeti de postnatal kontrollerdir. Fransız Toplum Sağlığı Kanunu'nun L 2132-1 hükmüne göre, doğumla birlikte her çocuk için sağlık karnesi düzenlenmekte olup, altı yaşından küçük çocukların öngörülen program uyarınca zorunlu kontrollerinin yapılması gerekmektedir. Çocuk ve ailenin korunmasını amaçlayan zorunlu sağlık kontrollerinin temel amacının toplum sağlığının korunması olduğundan hareketle, bu faaliyetlerin de kolluk olarak nitelendirilmesi gerekmektedir⁷⁶⁶. Benzer şekilde Fransız Toplum Sağlığı Kanunu'nun L 2132-1 maddesinin devamında altı ila on iki yaşları arasındaki çocuklar bakımından zorunlu dış kontrolü yaptırılması yükümlülüğü de öngörülmüştür. Ulusal hukukumuzda da çocuk ve gençlere özgü benzer protokoller Sağlık Bakanlığınca yürürlüğe sokulmakta ve her yıl güncellenmektedir⁷⁶⁷.

*teşkil ettiği açık olup; Adli Tıp Kurumu tarafından sunulan raporda, hastalığın tespitinde kullanılan yöntemlerden elde edilen sonuçların güvenilirliğinin oldukça yüksek olduğu, tahlil yapılmasına rağmen hastalığın tespit edilmeme olasılığının çok düşük de olsa olabileceği belirtilmekte ise de, söz konusu hatanın hem hem de için gerçekleşmiş olması karşısında, bu hatanın öngörülebilir bir hata kapsamında değerlendirilemeyeceği, her iki kişi için de orak hücreli anemi taşıyıcısı olmalarına rağmen, kişilerin taşıyıcı olmadıklarına dair rapor düzenlenmesi sebebiyle davalı idarenin olayda hizmet kusuru bulunduğu sonucuna varılmıştır.” (Dan.15.D., 11.04.2016, E. 2013/4465, K. 2016/2460, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Aynı yönde karar için bkz. Akyıldız / Özkan, **age.**, s. 460.*

⁷⁶⁵ Fransız Kamu Sağlığı Kanunu madde L 2121-1.

⁷⁶⁶ Truchet, **age.**, s. 102.

⁷⁶⁷ Bebek, Çocuk Ergen İzlem Protokolleri, Sağlık Bakanlığı Halk Sağlığı Genel Müdürlüğü, 2018, Hsgm.saglik.gov.tr.

Aşılama faaliyetleri ile diğer koruyucu sağlık hizmetleri ulusal hukukumuzdan farklı olarak Fransız hukukunda dar anlamda kamu hizmeti olarak nitelendirilmemekte, kolluk faaliyetlerinin hukuki rejimine tabi tutulmaktadır⁷⁶⁸. Bu bakımdan bulaşıcı veya genetik hastalıklardan üçüncü kişilerin korunması için kişinin özel hayatın gizliliği ve maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının sınırlandırılabilmesi mümkün olmaktadır. Söz konusu faaliyetlerin ulusal hukukumuzda kamu hizmeti yönü ağır basan şekilde düzenlenmesi aynı yorumu kolayca yapabilmemize engel oluşturmaktadır. Buna karşılık, idare tarafından yürütülmekte olan teşhis ve tedavi faaliyetlerinin kamu hizmeti niteliğinde olduğunda şüphe bulunmamaktadır. Bu faaliyetlerin eksik veya kötü yerine getirilmesi ya da hiç yerine getirilmemesi idarenin sorumluluğuna yol açmaktadır.

ii. İdarenin Teşhis Sırasında Yapılan Tıbbi Uygulama Hatalarından Kaynaklanan Sorumluluğu

Kişide var olduğu düşünülen fiziksel ya da psikolojik rahatsızlığı aramak, tespit etmek ve eğer böyle bir problem varsa buun ne olduğunu belirleyebilmek için tıp bilimine uygun olarak yapılan faaliyetler teşhis kapsamında yer almaktadır⁷⁶⁹. Hastanın maruz kaldığı fiziksel ya da psikolojik hasarın sebebini ortaya çıkarmayı mümkün kılan tüm eylemler teşhis faaliyeti olarak nitelendirilmektedir⁷⁷⁰. Teşhis faaliyeti kapsamında hekim hastalığın ne olduğunun tespit edilmesi amacıyla gerekli tetkik ve incelemeleri yapmaktadır. Teşhis faaliyetleri kural olarak hekim ya da uzman hekim tarafından yapılmaktadır. Teşhis aşamasında hemşire, fizyoterapist ve beslenme uzmanı gibi yardımcı personel de hekimle birlikte faaliyet yürütecek olmakla birlikte, teşhis mutlaka hekim tarafından yapılmalıdır⁷⁷¹.

⁷⁶⁸Laude / Mathieu / Tabuteau, *age.*, s. 37.

⁷⁶⁹ Battal Yılmaz, *Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, Adalet Yayınevi, 2010, s. 5.

⁷⁷⁰ Clement, *age.*, s. 106. *Hızal* ise teşhis faaliyetini, bir hastalığı bulma, tanımlama, ilerleme derecesini anlayabilme faaliyetini içine alan süreç olarak tanımlamıştır. (Hızal, *age.*, s. 10.)

⁷⁷¹ “Bir teşhis ve tedavi kurumunun gereğince çalışabilmesi yalnız uzman hekim işi değildir, uzman hekim ile birlikte çeşitli dallarda yetişen sağlık memurları, diyetçi, narkozatör, fizyoterapist, eczacı, laborant, masör ve öteki yardımcı personelle birlikte ve bir bütün halinde kamu hizmeti yürütmektedir. Ancak sağlık çalışmalarının başında ve yol gösterici olarak uzman kişilerin görev almaları, teşhis ve tedavinin başlıca koşuludur.” (AYM, 15.06.1978, E. 1978/13, K. 1978/41, RG. 23.1.1979, S. 16528.) Amerikan yargısında uyuşmazlık konusu olan bir olayda, sinüzit teşhisi konulmuş olan hasta, baş ağrısı devam ettiği için hastaneyi arayarak ilaçlarının tekrar reçete edilmesini istemiş, hekime ulaşamayan sekreter tarafından hastaya aspirin alınması tavsiye edilmiştir. Aspirine alerjisi olan hasta üzerinde ilaç zarara yol açmış açılan davada hastane tazminata mahkum edilmiştir. (Çınarlı, *age.*, s. 229.)

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 13. maddesine göre, hekim ilmî icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi uygular. Bu faaliyetlerinin mutlak surette başarılı şekilde sonuçlanmamasından dolayı hekim sorumlu tutulamaz. Düzenlemeden anlaşılabileceği üzere hekimin teşhis faaliyetinden kaynaklanan yükümlülüğü kesin olarak doğru teşhisi koymak değil; teşhisin doğru bir şekilde konulabilmesi için tıp biliminin öngördüğü tüm girişimlerin yapılması ve elde edilen verilerin tıbbi standartlara uygun şekilde yorumlanarak gerekli teşhisin konulmasıdır. Bünyesinde risk taşıyan tıbbi faaliyetler kapsamında hekim tüm tetkikleri yapmış olsa dahi doğru teşhis konulamamışsa, oluşacak zarar izin verilen risk kapsamında kalacağından hekimin sorumluluğunu doğurmayacaktır. Buna karşılık mevcut veriler bakımından konulması gereken teşhisin çok açık olduğu hallerde, teşhisin yanlış konulması hizmeti kusurlu hale getirecektir⁷⁷².

Teşhis faaliyeti kapsamında hekim ilk olarak hasta anamnezini almakla yükümlüdür. Hastanın hastalığı ile ilgili bilgilerin ayrıntılı olarak alınması işlemine anamnez alma denmektedir⁷⁷³. Anamnezin doğru ve eksiksiz bir şekilde alınması gerek teşhisin doğru yapılması ve gerek doğru tedavinin uygulanması bakımından büyük önem taşımaktadır⁷⁷⁴. Anamnez kapsamında hastaya, kimliği, şikayetleri, hastalığın hikayesi, özgeçmişi, soy geçmişi, sosyal durumu, alışkanlıkları, kullandığı ilaçlar, beden fonksiyonları, sistemlerin sorgusu, genel durumu ile ilgili sorular, solunum sistemi ile ilgili sorular, kardiyovasküler sistem ile ilgili sorular, gastrointestinal sistemle ilgili sorular, üriner sistemle ilgili sorular, lokomotor sistemle ilgili sorular, sinir sistemi ile ilgili sorular sorulmalıdır. Ayrıca anamnez kapsamında hastanın ilaçlara karşı olası bünyesel alerjik reaksiyonları hakkında da bilgi alınır⁷⁷⁵. Bu sayede hastanın kullandığı ilaçlara karşı ters reaksiyon gösterecek

⁷⁷² AYİM 2.D, 18.03.2009, E. 2004/96, K. 2009/318, **AYİMD**, S. 25, s. 800. Aynı yöndeki Fransız Danıştay kararı için bkz. CE, 17.01.1986, *Centre hospitalier régional de Toulouse Ranguel c/ Clamens*, n° 46744, Rec. Lebon, 1986, Dalloz.fr.

⁷⁷³ M. Akif Karan, Abdülkadir Kaysı, Emine Koçyiğit, Mehmet Meriç, Senay Molvalılar, Atilla Ökten, Neşe Özbey, Kaynak Selekler, Mehmet Şükrü Sever, İlkay Şimşek, Ahmet Tunalı, Hasan Yazıcı, **İç Hastalıkları (Semiyoji)**, 5. Baskı, Alfa Yayınları, 2010, s. 3. Anamnez kavramı, hastanın hastalığı ve çevresi hakkında verdiği bilgi olarak da tanımlanmaktadır. (Türkçe Sözlük, Dil Derneği, 3. baskı, 2012.)

⁷⁷⁴ Öğretide *Hakeri*, anamnez kapsamında hastadan edinilen bilgileri biyografik öykü, aile öyküsü ve ilaç öyküsü olmak üzere kendi içinde sınıflandırılabilirliğini vurgulamıştır. da (Hakeri, **age.**, s. 637.) Ancak hukuksal nitelikleri bakımından söz konusu bilgiler arasında bir farklılık bulunmamaktadır.

⁷⁷⁵ Dan.15.D., 14.02.2017, E. 2016/2124, K. 2017/665, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Nart, **agm.**, s. 97. Ayrıca anamnez kapsamında hastanın kimliği, hikayesi, özgeçmişi, soy geçmişi, sosyal durumu, alışkanlıkları, beden fonksiyonları ve temel vücut sistemlerinin sağlıklı olup olmadığı hususunda bilgi

ilaçların ya da hastaya zarar verecek ilaçların tedavi aşamasında kullanılmasının önüne geçilecektir. Danıştay anamnezin eksik alınmasını tıbbi uygulama hatası olarak nitelendirmekte ve idare aleyhine tazminata hükmetmektedir⁷⁷⁶.

Benzer şekilde, hastanın yabancı olması ya da dil problemi yaşaması ihtimalinde hastanın anamnezinin eksiksiz şekilde alınabilmesine yönelik gerekli tedbirlerin alınması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, hasta ile iletişim kapsamında ortaya çıkan sorunlar anamnezin alınmaması için bir gerekçe oluşturmayacaktır⁷⁷⁷.

Buna karşılık, hastanın bilincinin kapalı olduğu ve yakınlarından bilgi alınamadığı haller ile müdahalenin yapılmasının acil olduğu hallerde anamnez alınmaksızın tıbbi müdahale yapılması hukuka aykırılık oluşturmamaktadır. Bu hallerde anamnezin alınması ertelenebilmekte olup, hastanın durumunun stabilleşmesi itibarıyla anamnezinin alınması zorunludur⁷⁷⁸.

Anamnezin hukuka ve tıbbi standartlara uygun bir şekilde alınmasına dair karşılaşılan problemlerin başında hasta kaynaklı olarak anamnezin eksik ya da yanlış alınması bulunmaktadır⁷⁷⁹. Hastanın durumu ile ilgili olarak hekime eksik bilgi vermesi ve bu nedenle hekimin gerekli tetkikleri yapmaması veya eksik yapması

alınır. Anamnez kapsamında hastaya sorulması gereken hususlara ilişkin olarak bkz. Karan / Kayısı / Koçyiğit / Meriç / Molvalılar / Ökten / Özbey / Selekler / Sever / Şimşek / Tunalı / Yazıcı, **age.**, s. 2.

⁷⁷⁶ “davacı (...)’ın hamileliği sebebiyle (...) tarihinde (...) Devlet Hastanesi bünyesinde ilk tedavisine başlandığı ve takiplerin Doktor (...) tarafından gerçekleştirildiği, hamileliğin 9-10. haftalarında rahatsızlığı sebebiyle hastaneye yatırıldığı ve hasta günlük izlem formunda yaşı gereği hastaya üçlü tarama testi ve amniyosentez tetkiki önerisinde bulunulduğunun yazılı olduğu, erken doğum tehdidi sebebiyle (...) ikinci kez hastaneye yatışının yapıldığı, burada yapılan tetkiklerde hasta dosyasına süresinde önerilen testlerin yapılmadığı ya da görülemediğinin not edildiği (...)hasta dosyasına 4.5.2009 tarihinde, üçlü tarama testi ve amniyosentez tetkiki yapılmadı ya da görülemedi şeklinde düşülen notun hastanın anamnezinin alınmasında gerekli özenin gösterilmediğini göstermektedir.” (Dan.15.D., 09.05.2016, E. 2013/4524, K. 2016/3302, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) *Türkan ve Tuğcu* tarafından yapılan bir çalışma kapsamında, Yüksek Sağlık Şurasınca değerlendirilen acil servislerle ilgili tıbbi uygulama hataları incelenmiş, idarenin kusurunun % 63’ünün teşhis aşamasında yapılan hatalardan oluştuğu tespit edilmiştir. Bu kapsamda, dikkatli muayene ve iyi değerlendirme yapılmaması, hastanede yeterli sürede takip yapılmadan hastanın taburcu edilmesi, gerekli tetkik ve konsültasyonların istenmemesi, hastanın tedavisinden kaçınmak amacıyla farklı uzmanlık birimleri arasında çok sayıda konsültasyon isteminde bulunulması, konsültasyon istenen hekimin hastane dışında bulunması, hastanın uygunsuz şekilde sevk edilmesi teşhis aşamasında rastlanan tıbbi uygulama hataları olarak belirlenmiştir. (Türkan / Tuğcu, **age.**, s. 228.)

⁷⁷⁷ Dan.15.D., 30.01.2015, E. 2014/7136, K. 2015/413.

⁷⁷⁸ Hakeri, **age.**, s. 638; Aydaş, **age.**, s. 25.

⁷⁷⁹ Er, **age.**, s. 74; Türmen, **age.**, s. 80; Rezzan Günday, **Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk**, Adalet Yayınevi, 2012, s. 51; Gökcan, **age.**, s. 209; Lambert - Faivre / Porchy – Simon, **age.**, s. 727.

halinde hekimin yanlış teşhis nedeniyle oluşacak zarardan sorumlu tutulup tutulmayacağı sıkça karşılaşılan bir sorundur⁷⁸⁰.

Kanaatimizce tıbbi müdahalelerde hasta ile hekim arasında, güvene dayalı ve interaktif bir ilişki bulunduğundan, hekimin sorularını doğru ve eksiksiz bir şekilde cevaplamak hasta bakımından da bir yükümlülüktür. Tıbbi standartlara uygun bir teşhisin gerektirdiği soruları sormak hekim bakımından, bu soruların doğru ve eksiksiz bir şekilde yanıtlanması ise hasta bakımından yükümlülük oluşturacaktır. Dolayısıyla anamnez alınırken hastanın eksik ya da yanlış bilgi vermesi, hekimin teşhis yapmasını veya teşhisin yapılabilmesi için daha ileri tetkikler yapmasını engelleyeceğinden, hastanın kendi kusuru nedeniyle oluşacak zarardan idare sorumlu olmayacaktır.

Anamnez kapsamında alınan bilgiler dikkate alınmaksızın teşhis konulması da tıbbi uygulama hatası oluşturacaktır. Danıştay önüne gelen bir uyuşmazlıkta hastanın sağlık kuruluşuna başvurmamasından önce gördüğü tedavi hakkında bilgi vermesine ve raporları hekime sunmasına karşın, söz konusu verilerin dikkate alınmaması nedeniyle yanlış teşhis konulması hizmet kusuru olarak nitelendirilmiştir⁷⁸¹.

⁷⁸⁰ Amerikan yargısı önüne gelen bir uyuşmazlıkta hasta acil servise öksürük ve üşütme şikayeti ile gelmiş, muayene öncesi hemşireye sağ göğsünde bir yanma olduğunu söylemiş, ancak bunu muayene yapan doktora söylememiştir. Bunun yanında anamnez aşamasında hasta, geçmişinde yaşadığı kalp rahatsızlığı ve sigara tüketimine dair bilgileri de eksik vermiştir. Hekim tarafından yapılan testlerde davacının yaşamsal belirtileri normal ölçümlenmiş, daha fazla test yapılmadan bronşit tanısı konulan hasta taburcu edilmiştir. Ancak üç gün sonra kalp krizi belirtileri gösterdiği tespit edilen hastaya yapılan müdahale yeterli olmamış ve hastanın vücudunun sol tarafı kalıcı olarak fonksiyon kaybına uğramıştır. (Çınarlı, **age.**, s. 252.)

⁷⁸¹ “(...) Tıp Fakültesi Üroloji Bölümünde tedavi görmekte iken (...) tarihinde mide delinmesinden dolayı vefat eden hastanın, üroloji servisine gelmeden önce Özel... Hastanesine başvurduğu ve burada yapılan tetkiklerde midesinin sıvıyla dolu olduğunun tesbit edildiği, söz konusu tetkiklerin ... Tıp Fakültesinde hastanın tedavisini yapan ...’ e gösterilmesine ve mide ağrısına dikkat çekilmesine karşın, bu tetkikler dikkate alınmadan ve mideyle ilgili herhangi bir araştırma yapılmadan hastaya sadece böbrek rahatsızlığı teşhisinin konularak, buna yönelik bir tedavinin uygulandığı, teşhis ve tedavinin yanlış yapılması nedeniyle de hastanın mide delinmesi sonucu vefat ettiği iddiasıyla şikayette bulunduğu, soruşturmada ise hastanın değerlendirilmesi ve tedavisinde bir eksikliğin bulunmadığı sonucuna varıldığı (...) Bu durumda tanının zamanında yapılamamasının ve buna uygun tedavi uygulanmamasının hastanın ölümüne yol açtığı sonucuna varıldığından (...) kamu davasının açılmasını gerektirecek yeterli kanıtın dosyada mevcut olduğu anlaşıldığı (...)” (Dan.1.D., 01.11.2007, E. 2007/1183, K. 2007/1294, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Aynı yönde Yargıtay kararı: “Basit bir parmak muayenesiyle biyopsi yapmadan, rektum kanseri teşhisi konularak gereksiz yere yapılan ameliyat sonucu ömrünün sonuna kadar, büyük abdestini karnından yapmak durumunda bırakılmasında davalı hekim (...) kusurludur.” (Yar. HGK, 16.02.1972, E. 1971/4-137, K. 1971/105, Bkz Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

Hastanın fizik muayenesinin eksik yapılması ya da hiç yapılmaması teşhis sırasında yapılan bir diğer tıbbi uygulama hatasıdır. Hastanın fizik muayenesi dört teknik uygulanarak yapılabilmekte olup bunlar, inspeksiyon (hastanın salt bakarak, gözlemleyerek yapılan muayenesi), palpasyon (elleyerek yapılan muayene), perküsyon (vücudun bazı bölgelerine küçük darbelerle vurulması şeklinde yapılan muayene) ve oskültasyon (iç organların husule getirdiği seslerin dinlenmesi ve değerlendirilmesi) şeklinde sıralanabilir⁷⁸². Söz konusu muayene tekniklerinin tümünün yapılması zorunlu olmakla birlikte, yapılış sırası muayenenin bölgesine göre değişiklik gösterebilmektedir.

Muayenenin eksik ya da özensiz şekilde yapılması veya hiç yapılmaması nedeniyle yanlış teşhis yapılması ve bunun sonucunda yanlış tedavi uygulanması veya hastanın tedavi görmeden taburcu edilmesi tıbbi uygulama hatasına neden olmaktadır⁷⁸³. Hekimler çoğu zaman yoğun iş yükü nedeniyle hastaların anamnezini aldıktan sonra muayene yapmaksızın doğrudan teşhis koymakta ve tedavi aşamasına geçmektedir. Bu durumla süratli bir şekilde hizmet verilmesinin gerektiği ve yirmi

⁷⁸² Karan / Kaysı / Koçyiğit / Meriç / Molvalılar / Ökten / Özbey / Selekler / Sever / Şimşek / Tunalı / Yazıcı, **age.**, s. 9 vd. Yüksek Sağlık Şurası önüne gelen bir uyuşmazlıkta, hastaya ait dosyada tetkik amacıyla yapılan filmlerin olmadığı, yapılan otopside ölüm olayının künt beden travmasına bağlı olarak çok sayıda kaburga kemiği kırığı ile iç organ yaralanması sonucu oluşan iç kanamadan meydana geldiği anlaşılmış, hekimin hastayı dikkatli muayene etmediğinden ve toraks travmasının iyi değerlendirilmediğinden dikkatsizlik ve tedbirsizlik nedeniyle kusurunun bulunduğu anlaşılmış ve tazminata hükmedilmiştir. (Sermet Koç, “Adli Tıbbi Açından Malpraktis ve Hekim Sorumluluğu”, *Toraks.org.tr*, s. 21.)

⁷⁸³ Dan.15.D., 11.03.2015, E. 2013/669, K. 2015/1396; Aynı yönde Dan.15.D., 04.02.2016, E. 2014/3213, K. 2016/607, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Aynı yönde Dan.10.D., 14.06.2001, E. 1999/4088, K. 2001/2336, aktaran Gökcan, **age.**, s. 1455. “(...) davacıların murisinin bıçaklı bir saldırı sonucunda yaralandığı ve yaralının Numune Hastanesi Hariciye Acil polikliniğine getirildiği, acil serviste muayeneyi yapan doktorun yaralıda hayatı tehlike olmadığını belirten bir rapor verdiği ve yaralının eve götürüldüğü, ancak bir gün sonra fenalaşarak tekrar hastaneye götürüldüyse de kurtarılamayarak öldüğü anlaşılmaktadır. (...) Adli Tıp Meclisi Başkanlığının kararında da, yaranın durumu hakkında doğru bilgi edinilerek gereğinin yapılması halinde kurtulması kuvvetle muhtemel ve mahalli şartların da buna müsait olduğu belirtilmektedir. Bu haliyle meydana gelen olayda ajanın kusurlu harekete tazmini gerekmektedir.” (Dan.10.D., 11.05.1983, E. 1982/2483, K. 1983/1106, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Başka bir uyuşmazlığa konu olayda ise, davacıların murisi rahatsızlığı nedeniyle Eğitim ve Araştırma Hastanesine götürülmüş, yeterli tetkik ve tedavi yapılmamış, taburcu edilmiş, sonra da kalp krizi geçirerek tekrar kaldırıldığı aynı hastanede ölmüştür. Teftiş Kurulu, raporunda doktorun, hastanın ayrıntılı muayenesini yapmadığını belirlemiş, Danıştay da bu rapora uygun olarak idarenin sorumluluğuna hükmetmiştir. (Dan.10.D., 26.12.2008, E.2006/7081, K.2008/9468, aktaran Odyakmaz, **agm.**, s. 40.) Başka bir kararında ise Danıştay, elde ettiği verilere karşın hastalıkları karıştırarak yanlış tanı koyan hekimin fiilinin hizmet kusuru oluşturacağına hükmetmiştir. (Dan.10.D., 15.01.2001, E. 1998/2222, K. 2001/37, aktaran Bal / Şahin / Karabulut, **age.**, s. 320.) Aynı yönde karar için bkz. Dan.10.D., 24.02.1998, E. 1996/2967, K. 1998/808; Dan.10.D., 25.05.2001, E. 1998/1973, K. 2001/235, aktaran Bal / Şahin / Karabulut, **age.**, s. 346. Aynı yöndeki Bordeaux İdari İstinaf Mahkemesi kararı için bkz. CAA Bordeaux, 22.06.1998, *Centre hospitalier de la Rochelle*, n° 046214, Rec. Lebon, 1998, Dalloz.fr.

dört saat kesintisiz olarak faaliyet yürütülen acil sağlık hizmetlerinde karşılaşılmaktadır⁷⁸⁴. Ancak acil sağlık hizmetlerinde meydana gelen tıbbi uygulama hatalarına ilişkin Danıştay içtihadı incelendiğinde, Mahkeme'nin teşhis hatalarından kaynaklanan sorumlulukta kusurluluk eşiğini daha yüksek tuttuğunu, bu hizmetlerde daha ağır kusurun varlığı halinde tazminata hükmettiği dikkat çekicidir⁷⁸⁵.

Muayenenin hukuka uygun bir şekilde yapılabilmesi için mevcut tıbbi standartlara uygun şekilde ve somut durumun koşulları dikkate alınarak gerekli tetkiklerin istenmesi gerekmektedir⁷⁸⁶. Tetkiklerin eksik olması ya da tıbbi standartlara uygun yapılmaması hizmet kusuru oluşturmaktadır⁷⁸⁷. Aynı şekilde,

⁷⁸⁴ Yüksek Sağlık Şurası'nın önüne gelen bir olayda, trafik kazası geçiren hastaya, kaldırıldığı hastanede acil servis hekimi tarafından müdahale edilmiş, hastanın hayati tehlikesinin olmadığını belirten rapor verilerek evine yollanmış, ancak hasta aynı gün hayatını kaybetmiştir. Yüksek Sağlık Şurası, hastanın dosyasında röntgen filmlerinin olmadığı, ölümün beden travmasına bağlı çok sayıda kaburga kırığı ve iç organ yaralanması sonucu gelişen iç kanamadan kaynaklandığı, hekimin hastayı dikkatli muayene etmemesi ve tranks travmasının iyi değerlendirmemesi nedeniyle sağlık hizmetinin sunumunda kusurun bulunduğu yönünde karar vermiştir. (Türkan / Tuğcu, **age.**, s. 228.)

⁷⁸⁵ Uyuşmazlık konusu olayda davacıya acil serviste tifo teşhisi konularak, taburcu işlemi yapılmış; ancak aynı gün ayaklarında yaşadığı güç kaybı nedeniyle gittiği Tıp Fakültesinde yapılan tetkiklerde akut omurilik iltihabı tespit edilmiştir. Danıştay acil sağlık hizmeti sırasında yapılan teşhis hatasının sorumluluk gerektirecek ağır hizmet kusuru olmadığına hükmetmiştir. (Dan.10.D., 17.01.2001, E. 1998/2968, K. 2001/91, aktaran Bal / Şahin / Karabulut, **age.**, s. 319.)

⁷⁸⁶ Tıbbi standartların kalite ve ölçüsünün sağlık hizmetinin sunulduğu kuruluşa göre de görelilik arz edeceğini ileri süren Hancı, bir sağlık ocağı, poliklinik ya da muayenehanede verilen sağlık hizmeti ile ikinci veya üçüncü basamak sağlık kuruluşlarında verilen sağlık hizmetlerinin ayrı standartlara göre değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Şöyle ki, bir sağlık ocağında adrenalin, kortizon, antistamik gibi temel ilaçlar ve kalp masajı, suni solunum gibi yöntemlerin uygulanmasına rağmen hastanın hayatını kaybettiği olayda hizmet kusuru bulunmadığı tespit edilen idarenin, aynı faaliyetin ikinci veya üçüncü basamak sağlık kuruluşunda gerçekleşmesi ve daha ileri tetkik ve tedavi yöntemlerinin kullanılmaması ihtimalinde sorumlu tutulması mümkün olmaktadır. Dolayısıyla tıbbi müdahalenin yeterli olup olmadığı ve tıbbi standartlara uygunluğunun tespitinde, söz konusu hizmetin sunulduğu ortam ile kullanılan araç gerecin de dikkate alınması önem taşımaktadır. (İ. Hamit Hancı, "Hekimin Tıbbi Kötü Uygulamadan Kaynaklanan Sorumluluğu", **Sağlık Hukuku Kurultayı 1 – 3 Kasım 2007 Ankara**, Ankara Barosu Yayınları, 2008, s. 305.) Aynı yönde görüş için bkz. Gürsel Çetin, "Tıbbi Malpraktis" **Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi**, Sempozyum Dizisi N. 48, 2006, s. 35. Nitekim Fransız hukukunda daha tıbbi standartlara uygunluk değerlendirmesi yapılırken, sağlık kuruluşunun gelişmişlik düzeyinin de dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir. (Clement, **age.**, s. 359.) Aynı yöndeki Fransız Danıştay içtihadı için bkz. CE, 20.03.1970, *Epoux Martin*, n° 76365, Rec. Lebon, 1970, Dalloz.fr.

⁷⁸⁷ Dan.10.D., 22.04.2011, 2007/8645, K. 2011/1570; Aynı yöndeki Bölge İdare Mahkemesi kararı için bkz. İzmir BİM 6.İDD, 25.05.2017, E. 2017/590, K. 2017/799, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası. Aynı konudaki Danıştay kararı için bkz. "(...) dosyada mevcut 3 adet EKG ve 1 adet enzim sonucu dışında seri EKG ve enzim takibi olmadığı, yukarıda bahsedilen EKG değişikliklerinin akut myokard enfarktüsü habercisi olabileceği cihetle kişinin daha yakın takibi ve yoğun bakım şartlarında müşahade altında tutulması gerektiği (...)" (Dan.15.D., 21.05.2014, E. 2013/4135, K. 2014/3970, aktaran Akgül, **agm.**, s. 294.) Danıştay'ın başka bir kararında ise, "(...) dosya kapsamında davacının düzenli olarak aynı hastanenin aynı servisine 4 defa muayene olduğu halde, davacı için doğru teşhisin konulmadığı, bu hususa hastanede gerekli cihazın bulunmamasının katkısı olduğu düşünülse de, aynı şikayetlerle başvurduğu anlaşılan hasta için durumunun düzelmediği değerlendirilerek hastalığı için altta yatan gerçek nedeni içeren patolojinin araştırılması yoluna gidilmediği, bu gerekliliğin anılan hastanede yapılmamasının cihaz eksikliği nedeniyle mümkün olmaması halinde hastayı ileri tetkik ve

hastalığın teşhisi bakımından zorunlu olarak kullanılması gereken tanı yöntemi ve araçlarının kullanılmaması hizmet kusuru oluşturmaktadır⁷⁸⁸. Hastanın içinde bulunduğu endikasyona uygun olmayan bir tetkik yönteminin kullanılması ve bu sebeple eksik teşhis konulan hastanın sağlık sorunu bulunmadığı gerekçesiyle taburcu edilmesi de hizmeti kusurlu hale getirmektedir⁷⁸⁹. Göğüs ağrısı nedeniyle hastaneye başvuran hastanın elektrokardiyografisi çekilmeden; geçirdiği trafik kazası üzerine acil servise başvuran hastanın görüntüleme yöntemi kullanılmadan evine gönderilmesi sonucu oluşan zararlar hizmet kusuru olarak nitelendirilmektedir⁷⁹⁰.

Bu durum hastaya daha önceden tetkik yapılmış olması durumunda ayrı bir özellik arz etmektedir. Önceki tetkiklerin kullanılıp kullanılmayacağı, yeni tetkiklere ihtiyaç duyulup duyulmadığı hususunda hekimin takdir yetkisi bulunmakla birlikte söz konusu takdir yetkisinin hizmet gereklerine ve tıbbi standartlara uygun şekilde kullanılması gerekmektedir⁷⁹¹. Aksi durumda hizmetin kötü işlemesi sonucu idarenin tazmin yükümlülüğü doğacaktır⁷⁹². Hastalık hakkında teşhis konulabilmesi için yeterli olmamakla birlikte, şüphe uyandıracak nitelikteki bulgular üzerine ileri tetkiklerin yapılmayarak teşhis konulamadığı gerekçesiyle hastanın taburcu

tedavi imkanlarına sahip merkeze sevk etmek gerekirken bunun yapılmadığı” gerekçesiyle, hizmet kusuru nedeniyle tazminata hükmedilmiştir. (Dan.15.D., 11.03.2015, E. 2013/7669, K. 2015/1396, aktaran Akgül, **agm.**, s. 295.) Aynı yönde Danıştay kararı için bkz. Dan.10.D., 27.03.2002, E. 2004/6540, K. 2007/4237, aktaran Akgül, **agm.**, s. 296. Yüksek Sağlık Şurası önüne gelen bir olayda, genel vücut travması geçiren ve kanama şüphesi bulunan hastanın peritoneal lavaj veya acil laparastomi yapılmadan ve dalak bölgesindeki kanama durdurulmadan taburcu edilmesinin tıbbi standartlara aykırı olduğu gerekçesiyle hekimin kusurlu olduğuna karar verilmiştir. (Türkan / Tuğcu, **age.**, s. 229.)

⁷⁸⁸ Hancı, **agm.**, s. 79; Türmen, **age.**, s. 81. Nitekim İngiliz hukukunda da, tetkikler tam ve eksiksiz yapılması halinde dahi teşhisin doğru yapılacağı kesin olmadığı durumlarda dahi tetkik yöntemlerinin eksik şekilde uygulanmasının müdahaleyi kusurlu hale getireceği öngörülmüştür. (Anh Vu T. Nguyen, Dung A. Nguyen, **Learning From Medical Errors**, Radcliffe Publishing, 2005, s. 15.)

⁷⁸⁹ İngiltere’de meydana gelen uyuşmazlık konusu bir olayda, şiddetli karın ağrısı şikayeti ile sağlık kuruluşuna başvuran hastaya, ultrason cihazını kullanan teknisyenin hastanede bulunmaması nedeniyle tomografi çekilmek suretiyle teşhis konulmuş, eksik müdahale nedeniyle hastanın durumu ağırlaşmıştır. Mahkeme yetersiz teşhise dayalı olarak hastanın taburcu edilmesinin faaliyeti kusurlu hale getireceğine karar vermiştir. (Nguyen / Nguyen, **age.**, s. 17.)

⁷⁹⁰ Birtek, **agm.**, s. 112. Benzer şekilde AYİM, penisilin iğnesinden önce yapılan penisilin testinin sonucu beklenmeden yapılan enjeksiyon sonucunda erin ölümünden, rahatsızlığı nedeniyle test yapılmadan penisilin iğnesi vurulan astsubayın ölümünden idarenin sorumlu olacağına karar vermiştir. (Kararlar için bkz. AYİM 3.D, 09.12.1975, E. 1974/2236, K. 1975/2263; AYİM 3.D, 10.04.1979, E. 1977/8711, K. 1979/167.)

⁷⁹¹ Hakeri, **age.**, s. 640.

⁷⁹² “(...)Yüksek Sağlık Şurası daha önceki tetkikleri normal kabul ederek, daha ileri tetkik ve tedaviye gerek görmeyen hekimlerin kusurlu olduklarına, hastanın antenetal kayıtlarını ve testlerini incelemiden normal doğuma yönlendirerek, sıkıntıya neden olan doktorun kusurlu olduğuna karar vermiştir. (...)” (Dan.10.D., 30.05.2007, E. 2004/6540, K. 2007/4237, aktaran Odyakmaz, **agm.**, s. 22.)

edilmesini Danıştay hizmet kusuru olarak nitelendirmiştir⁷⁹³. Dolayısıyla eldeki verilere göre hastalık şüphesi bulunan hallerde ileri tetkiklerin yapılarak teşhisin tamamlanması hekimin görevidir⁷⁹⁴. Buna karşılık, ileri tetkiklerin yapılmış olması durumunda dahi aynı zararın gerçekleşeceği hallerde hizmet kusuru oluşmayacaktır⁷⁹⁵. Buna karşılık, daha basit yöntemlerle teşhis konulması mümkün iken, hastanın vücut bütünlüğüne daha fazla zarar verecek yöntemin uygulanması da hizmeti kusurlu hale getirecektir⁷⁹⁶.

Bazı hastalıklar bakımından ise tetkiklerin ihtisaslaşmış kurumlarda yapılması zorunludur. Bu hallerde hastalık şüphesi bulunan kişiyi söz konusu kuruma sevk

⁷⁹³ “(...) hastanın öyküsü ile birleştirildiğinde bunun gastrointestinal sistemden bir kanamaya işaret ettiği, her ne kadar tansiyon ve nabız ve hematokrit değerlerinin o anda ciddi bir kanamayı düşündürmese de bu şekilde başvuran bir hastanın gidişatının yakından incelenmesi ve kanama odağının saptanması, ayrıca tekrar ciddi bir kanama olması durumunda gerekli müdahalenin yapılabilmesi için yatırılmasının gerekli olduğu, bu cihetle (...) tarihinde (...) Eğitim ve Araştırma Hastanesinde Dr. (...)’ın yaptığı eylemlerin tıp kurallarına uygun olmadığı (...) davalı idarenin, hizmetin işleyişinde kusuru bulunduğu” (Dan.15.D., 05.05.2016, E. 2013/4360, K. 2016/3216, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Aynı yöndeki Paris İdari İstinaf Mahkemesi kararı için bkz. CAA Paris, 20.10.1998, *Centre hospitalier de Saint- Denis*, n° 045752, Rec. Lebon, 1998, Dalloz.fr.

Anayasa Mahkemesi de bir kararında hekimin asgari düzeyde dahi olsa tereddüt yaratan durumlarda bu tereddütün ortadan kaldırılmasına yönelik araştırmalar yapılmadan teşhis koyulmasının ihlal oluşturacağına yer vermiştir. (AYM, BB, Ahmet Acartürk, BN. 2013/2084, T. 15.10.2015, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası)

⁷⁹⁴ Er, **age.**, s. 74; Aşçıoğlu, **age.**, s. 81; aynı yönde Markus, **agm.**, s. 13. “Doktor, tıbbi çalışmalarda bulunurken, bazı mesleki şartları yerine getirmek, hastanın durumuna değer vermek, tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak, tedaviyi her türlü tedbirlerini alarak yapmak zorundadır. Doktor, ufak bir tereddüt gösteren durumlarda, bu tereddütü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada koruyucu tedbirler almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında seçim yaparken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmalı, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınılmalı ve en emin yolu tercih etmelidir.” (Yar.13.HD, 26.03.2013, E. 2013/391, K. 2013/7544, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Aynı yöndeki Yargıtay içtihadı için bkz. Yar. HGK, 13.04.2011, E. 2010/13-717, K. 2011/129; Yar.13.HD, 16.02.2012, E. 2011/19947, K. 2012/3097; Yar.13.HD, 01.11.2013, E. 2013/19634, K. 2013/26901; Yar.13.HD, 23.03.20120, E. 2009/13214, K. 2010/3694, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁷⁹⁵ Welsch, **age.**, s. 231. Nitekim yargı kararları da bu yöndedir. (CAA Bordeaux, 01.02.1999, *Delhon*, n°040506, Rec. Lebon, 1999; CAA Nantes, 01.10.1998, *Cherier*, n° 045698, Rec. Lebon, 1998, Dalloz.fr.) Bu durumda ikili bir ayrımın yapılması yerinde olacaktır. İleri tetkiklerin yapılması suretiyle hastalığın erken teşhis edilmesi sonucu iyileşme ihtimalinin artması durumunda, tetkiklerin yapılmaması hizmet kusuru yaratacak; erken teşhis konulsa dahi iyileşme ihtimalinin çok düşük olması durumunda idare sorumlu tutulmayacaktır. “(...) verem savaş ekiplerince çekilen röntgen filminin tek başına kanser teşhisi koyduracak bir belge olmadığı, fakat şüphe uyandıracak ileri tetkiki gerektirecek bir bulgu olduğu (...) filmin çekildiği tarih itibariyle tanı konma olasılığının bulunması halinde bile akciğer kanseri tedavisinde tam şifa bulma oranının çok düşük olması ve (...) erken teşhisin tedavi olanaklarını çok fazla değiştirmeyeceği hususu dikkate alındığında (...) hizmet kusuru sonucu öldüğünü kabul etmek de hukuken mümkün değildir. (...) ” (Dan.10.D., 12.06.2001, E. 1999/2351, K. 2001/2240, aktaran Bal / Şahin / Karabulut, **age.**, s. 333.) (

⁷⁹⁶ “Basit bir parmak muayenesiyle biyopsi yapmadan rektum kanseri tanısı konularak gereksiz yere yapılan ameliyat sonucu ömrünün sonuna kadar büyük aptestini karnından yapmak durumunda bırakılmasında davalı yüzde yüz kusurludur.” (Yar. HGK, 16.02.1972, E. 1971/4, K. 1972/105, aktaran Aşçıoğlu, **age.**, s. 81.)

etmeyerek standart tetkik yöntemleri doğrultusunda tedaviye geçilmesi hizmet kusuru oluşturmaktadır⁷⁹⁷.

Buna karşılık, olumsuz yan etkileri bulunan bazı tetkik yöntemlerinin hastalar üzerinde gereksiz yere ya da yanlışlıkla uygulanması da hizmet kusuru olarak nitelendirilebilmektedir. Fransız Danıştayı önüne gelen bir uyuşmazlıkta, stajyer hekimin hatası nedeniyle hasta fişinde yapılan değişiklik sonucunda hastanın radyolojik incelemeye tabi tutulmasının hizmet kusuru oluşturacağına karar vermiştir⁷⁹⁸.

Teşhis aşamasında yürütülen başka bir faaliyet türü ise tahlillerdir. Hekim hastalığın teşhisi için kan, idrar ve benzeri tahlilleri isteyerek hastanın fizyolojik durumunu inceleyebilir. Tahlillerin, mevcut tıp bilimi ve tıbbi standartlara göre eksik ya da yanlış istenmesi, yanlış icra edilmesi, sonuçlarının karıştırılması ya da yanlış değerlendirilmesi teşhisin hatalı hale gelmesine ve dolayısıyla tedavinin başarısız olmasına yol açacağından tıbbi uygulama hatası niteliği taşımaktadır⁷⁹⁹.

Teşhis faaliyetleri kapsamında hekimin yerine getirmesi gereken bir diğer yükümlülük gerekli ve yeterli konsültasyonların yapılmasıdır. Konsültasyon yapmak, “birkaç hekimin bir hastalığa tanı koymak için bir araya gelmesi” anlamına gelmektedir⁸⁰⁰. Hastanın tanı, tedavi ve takibi için gerekli görülen hallerde sorumlu

⁷⁹⁷ Yılmaz, *age.*, s. 55; Gökcan, *age.*, s. 220. “Davacılar yakını A. Bolu Köroğlu Devlet Hastanesinde hemşire olarak çalışmakta iken S. A. isimli hastadan kırım kongo kanamalı ateşi hastalığı bulaşması sebebiyle vefat ettiğinden bahisle maddi ve manevi zararlarının tazmini istemiyle açılan davada; Sakarya 1. İdare Mahkemesince, ülkemizde herhangi birini kene ısırması sonucu KKKA (kırım kongo kanamalı ateşi) virüsüne yakalanıp yakalanmadığının kesin olarak anlaşılabilmesi için Hastanelerde yapılan kan tahlillerinin yeterli olmadığı, kesin teşhisin Refik Saydam Hıfzısıhha Merkezi Başkanlığının ilgili uzman bölümüne konulduğu, buna rağmen, olayda hastanede yapılan tahlillere itibar edilmek suretiyle kendisini kene ısırın kişinin KKKA virüsü taşıyıp taşımadığı kesin olarak belirlenmeden herhangi bir tecrit önlemi alınmaksızın tedavi hizmeti verilmesinde idarenin açıkça hizmet kusuru bulunduğu (...)” Dan.15.D., 04.04.2016, E. 2013/4467, K. 2016/2286, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

⁷⁹⁸ CE, 08.01.1959, *Sieur Chirpatris*, Legendre, Rec. Lebon, 1959, s. 19.

⁷⁹⁹ Hakeri, *sg.*, s. 644.

⁸⁰⁰ Türk Tabipler Birliği'nin 02.01.2009 tarihli Bildirgesi'nde, konsültasyon ile ilgili yapılan açıklama şöyledir: “Bilimsel bilginin gelişmesine paralel olarak günümüzde uzmanlık alanlarının sayısı giderek artmaktadır. Bu nedenle bir vakaya bütüncül yaklaşabilmek için, birden fazla tıp alanının birlikte çalışması kaçınılmaz olmuştur. İsbetli bir tanı ve tedavi amacıyla günümüzde her uzmanlık alanındaki hekim, mesleğini uygularken diğer alanların bilgi ve teknik desteğine de gereksinim duymaktadır. Hekimin hasta merkezde olmak üzere, farklı bir alanda çalışan hekimlerden bilimsel ve teknik açıdan aldığı yardım ya da danışmanlık, konsültasyon ya da danışım olarak adlandırılmaktadır.”

hekimin diğer uzmanlık dalları ile görüş alışverişinde bulunmasıdır⁸⁰¹. Konsültasyona özellikle hastalığın teşhis koymakta olan hekimin uzmanlık alanının dışına taşması durumunda ihtiyaç duyulmaktadır. Bazı hastalıklar yalnızca belli bir uzmanlık alanının ilmi ve tecrübesi ile teşhis edilebilirken, bazı karmaşık nitelikli hastalıkların teşhisi için birden fazla uzmanlık dalında faaliyet yürüten hekimin bir araya gelmesi gerekebilir. Böyle bir durumda konsültasyon eksik alınarak ya da hiç alınmadan teşhis yapılması⁸⁰² veya konsültasyon dikkate alınmadan teşhis yapılması hekimin sorumluluğuna neden olacaktır⁸⁰³. Ayrıca Danıştay, konsültasyon gereken hallerde hastanın yalnızca konsültan hekime yönlendirilmesini yeterli bulmamakta, yönlendirilen hastanın konsültasyonu yapılmaksızın tedavi uygulanmasının hizmet kusuru oluşturacağı yönünde hüküm kurmaktadır⁸⁰⁴. Bunun yanında Danıştay bir kararında, konsültasyon yapılması gerektiği halde yapılmayarak teşhis konulmasını idare bünyesinde sunulan sağlık hizmetinin organizasyonundaki hata olarak kabul etmiş ve bu durumun tek başına idarenin manevi tazminat ödemesine yol açacağına hükmetmiştir⁸⁰⁵.

Konsültasyonun yapılış usulü Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin 65. maddesi ile Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 19. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde düzenlenmiştir. Buna göre,

⁸⁰¹ Dan.15.D., 11.03.2015, E. 2013/4509, K. 2015/1398 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Aynı yönde tanım için bkz. Dan.15.D., E. 2014/5867, K. 2015/2320.

⁸⁰² Dan.15.D., 11.03.2015, E. 2013/4509, K. 2015/1398, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası “Yüksek Sağlık Şurasının (...) sayılı kararıyla davacıların çocuğu Y.A.’nın akut apendisit sonrası appendiks peritofasyonu ve buna bağlı gelişen peritonit + septik şok nedeniyle vefat ettiği, (...) çalıştığı ortamda bu yönde bir şüphe bulunması durumunda konsültasyon isteyebileceği uzman hekimler bulunmasına rağmen bu yola başvurmamış ve sonuçta yapılması gereken ameliyatın geç yapılması ve patolojinin ağırlaşmasına neden olduğunun saptandığı (...) idarenin (...) hizmet kusuruna dayalı olarak tazminle sorumlu bulunduğu (...)” (Dan.10.D., 24.02.1998, E. 1996/2967, K. 1998/808, aktaran Bal / Şahin / Karabulut, **age.**, s. 345.) Yüksek Sağlık Şurası önüne gelen bir uyumsuzlukta, lökosit yüksek olan hastayı hastaneye yatırmadan ve çocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanından görüş istemeyen hekimin kusurlu olduğuna karar verilmiştir. (Türkan / Tuğcu, **age.**, s. 229.)

⁸⁰³ Dan.15.D., 21.04.2015, E. 2014/5867, K. 2015/2320.

⁸⁰⁴ “Tüm bu veriler ışığında hastada meydana gelen durum bir komplikasyon olarak ifade edilmiş olsa da, hastanın Cuma günü hastaneye başvurduğu ve araya hafta sonu girmesi nedeniyle poliklinik muayenesinin en yakın pazartesi günü yapılabilecek olması göz önüne alındığında hasta için gereken ortopedi konsültasyonunun yaptırılması gerektiği, yalnızca ortopedi polikliniğine yönlendirilmiş olmasıyla yetinilemeyeceği açıktır.” (Dan.15.D., 21.04.2015, E. 2014/5867, K. 2015/2320.) Aynı yönde karar için bkz. Dan.10.D., 20.03.2012, E. 2008/2688, K. 2012/1006, aktaran Akgül, **agm.**, s. 289. Fransız hukukunda da konulan teşhis hakkında hekimin şüphe duymasına karşın konsültasyon istememesinin hizmet kusuru oluşturacağı kabul edilmiştir. (Truchet, **age.**, s. 252.) 2002 – 2006 yılları arasında adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulu tarafından verilen görüşlerin incelendiği bir çalışmada, kusurlu bulunan müdahalelerin %22’sinin konsültasyon istenmemesinden kaynaklandığı ortaya konulmuştur. (Özyurt, **a.g.e.**, s. 74.) Aynı yönde idare mahkemesi kararı için bkz. Akyıldız / Özkan, **age.**, s. 462.

⁸⁰⁵ Dan.15.D., 21.04.2015, E. 2014/5867, K. 2015/2320.

konsültasyon yapılmasına kural olarak hastaya bakan hekim karar vermektedir. Kurumda yatan ve tedavi gören hasta veya ailesinden birisi, bir veya birkaç uzmanla konsültasyon yapılmasını istediği takdirde ise görevli hekimin onayı, başhekimin izniyle ücretleri hasta veya sahipleri tarafından ödenmek şartıyla, istenen uzmanların hastayı görmesine müsaade edilir. Bunun yanında konsültasyonun, uzmanlık bilgisinin gerektiği servisin uzman ya da yan dal uzman hekiminden alınması gerekmektedir. Uzman hekimin bulunmaması nedeniyle servis asistanından konsültasyon alınması hizmet kusuru oluşturmaktadır⁸⁰⁶.

Konsültasyonun yazılı olarak istenmesi ve bu istemde hastanın özellikleri, konsültasyon isteğinin nedenleri açık ve anlaşılır biçimde belirtilir. Davet edilen bilimsel ve teknik bilgiye sahip konsültan hekimin gelmesi zorunlu olup, bu hekim de konsültasyon sürecinde esas hekim gibi teşhis faaliyetinden sorumludur⁸⁰⁷.

Konsültan hekim tarafından bizzat yapılan muayene ve değerlendirme sonucunda konsültasyon raporu hazırlanması gerekmektedir⁸⁰⁸. Konsültasyon sonrasında, konsültasyonun gerekçesi ve sonuçları, açık ve anlaşılır biçimde bir tutanak ile belgelenerek, hasta yeterli ölçüde bilgilendirilir. Konsültasyonun sonucunda hastanın tedaviyi yürüten hekimi ile konsültan hekimin görüş ve kanaatleri arasında fark olması durumunda hangi tedavi yönteminin uygulanacağı hususunda hastanın aydınlatılmış onamı alınır. Bu durumda hasta konsültan hekimin önerilerini kabul ederse, hastanın tedaviyi yürüten hekimi tedaviyi bırakabilir. Buna karşılık, kurumun görevli hekimi, yapılan konsültasyona uygun olsa da, kendi özel görüş ve kanaatine aykırı tedavi ve ameliyata zorlanamaz. Dolayısıyla konsültasyon yapıp yapılmayacağı, yapılması ihtimalinde tedavinin alınan karara uygun şekilde gerçekleşip gerçekleşmeyeceği hususunda takdir yetkisi hastaya bakan hekime aittir.

⁸⁰⁶ Çetin, **agm.**, s. 37.

⁸⁰⁷ Türkan / Tuğcu, **age.**, s. 230.

⁸⁰⁸ Yüksek Sağlık Şurası önüne gelen bir uyuşmazlıkta, nefes darlığı şikayeti ile acil servise getirilen hasta pratisyen hekim tarafından muayene edildikten sonra astım ve hipertansiyon teşhisi konmuş, hastanın uygulanan tedavi sonucunda rahatlaması üzerine göğüs hastalıkları uzmanından telefonla alınan konsültasyon doğrultusunda hasta oksijene bağlı olarak, üniversite hastanesine sevk edilmiş, ancak bu sırada solunumu durmuş ve resüsitasyona cevap alınamamıştır. Yüksek Sağlık Şurası, somut olayda pratisyen hekimin konsültasyon talebinin tıbbi standartlara uygun olduğuna vurgu yaparak, telefonla hasta hakkında bilgi aldıktan sonra hastaneye gelmeden konsültasyon veren hekimin kusurlu olduğu yönünde karar vermiştir. (Türkan / Tuğcu, **age.**, s. 228.) Buna karşılık Fransız Yargıtayı konsültan hekimin uzaktan teşhis koymasının tıbbi uygulama hatası oluşturmayacağı yönünde hüküm kurmaktadır. (Cass crim, 02.11.1971, Bull.crim., no: 290, aktaran Clement, **age.**, s. 106.

Bazı kararlarında ise Danıştay, konsültasyonların eksik yapılmasının tek başına tıbbi uygulama hatası oluşturmayacağına karar vermektedir. Mahkeme konsültasyon alınmış olması ihtimalinde zarara yol açan etkenlerin tespit edilerek hastanın kurtulmasının kesin olmadığı hallerde, konsültasyon alınmamış olmasının ağır hizmet kusuru oluşturmayacağına hükmetmektedir⁸⁰⁹. Niteliği gereği risk taşıyan sağlık hizmetlerinin sunumunda hukuka ve tıbbi standartlara uygun teşhis ve tedavi faaliyetlerinin yapılması ihtimalinde dahi hastanın iyileştirilmesi kesin olmamaktadır. Nitekim hekimin görevi hastanın iyileştirilmesi olmayıp, hastanın iyileşmesi için gerekli faaliyetleri yürütmekle sınırlıdır. Hangi hastalıkların teşhisinde hangi konsültasyonların yapılması gerektiği ise tıp standartları çerçevesinde belirlenmekte olup; hekimin gerekli konsültasyonları yapmaması sonucu zarar oluşması, hizmetin gerektiği şekilde yürütülmediğini ortaya koymakta olup hizmet kusuru oluşturacaktır. Bu nedenle, hizmet kusurunun oluşması bakımından ayrıca “konsültasyon yapılması halinde hastanın kurtulmasının kesin olması” şartının eklenmesi hizmet gerekleri ile bağdaşmamaktadır⁸¹⁰.

Yukarıdaki şartları taşıyan teşhis faaliyetinin hukuka uygun addedilebilmesi için ayrıca zamanında konulması da gerekir. Sağlık hizmetinin hangi süre içinde icra edilmesi gerektiği açıkça düzenlenmişse, bu süre içinde teşhisin konulmaması hizmetin geç işlemesine neden olacaktır⁸¹¹. Öte yandan, öngörülen süre aşılmamış olsa dahi hizmetin yeterli çabuklukta yapılmamış olması da hizmet kusuruna yol

⁸⁰⁹ “Devlet Hastanesinde yapılan uygulamaların tıp kurallarına uygun olduğu, multipl travmatik bir kişiye uygulanması gereken konsültasyonlar açısından genel cerrahi konsültasyonu yapılmamasının bir eksiklik olduğu fakat genel cerrahi konsültasyonu yapılarak ölüme neden olan patoloji zamanında tespit edilmiş olsa dahi kişide saptanan patolojinin ağırlığı da gözönüne alındığında kurtulmasının kesin olmadığı, davalı idareye yüklenebilecek herhangi bir kusurun bulunmadığı (...)” (Dan.15.D., 05.05.2016, E. 2013/4253, K. 2016/3225, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

⁸¹⁰ Nitekim bir üst dipnotta incelenen kararın karşı oyunda gerekli konsültasyon alınmadan hastanın sevk edildiği olayda hizmet kusurunun bulunduğu ileri sürülmüştür. “Uyuşmazlık konusu olayda Mahkeme tarafından alınan ek bilirkişi raporunda da belirtildiği üzere, davacıların yakını olan şahıstaki travmalarda düşünülmesi gereken konsültasyonlardan birinin de genel cerrahi konsültasyonu olduğu açıktır. (...) Devlet Hastanesi'nde acilen genel cerrahi konsültasyonu yapıp ameliyata alınması gerekirken bunun hekimlerce düşünülmediği ve göğüs cerrahisi konsültasyonu için sevkine karar verildiği, sevk karar verilirken sevk prosedürüne de uyulmadığı sabittir. (...) bu durumun hizmetin işleyişinde bir eksiklik olduğu, acilde görevli hekiminde sevk prosedürüne uymamasının özen eksikliği olduğu sonucuna varılmıştır.” (Dan.15.D., 05.05.2016, E. 2013/4253, K. 2016/3225, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

⁸¹¹ Yeni doğan bebeklere doğumu takiben belli süreler içinde yapılması gereken testler, belli süre içinde yapılması gereken tıbbi müdahalelerdendir. Söz konusu testlerin yapılmaması ya da geç yapılması sonucunda teşhisin geç konulması hizmet kusuruna yol açmaktadır. Danıştay önüne gelen bir uyuşmazlıkta, hastanede doğan bebekten fenilketonüri tarama programı çerçevesinde kan örneği alınmaması sonucunda geç tanı konularak tedaviye gecikmeli olarak başlanmasını hizmet kusuru olarak nitelendirilmiştir. (Dan.10.D., 17.02.2009, E. 2006/5287, K. 2009/1085, aktaran Akgül, **agm.**, s.492.)

açacaktır. Başka bir deyişle, hizmet için belli bir sürenin öngörölmüş olması, faaliyetin yürütölmesinin bu sürenin sonuna kadar geciktirilebileceği anlamına gelmemektedir⁸¹². Buna karşılık, hizmetin icrası için belli bir sürenin öngörölmemiş olması durumunda, hizmetin geç işleyip işlemediği, teşhis konulacak hastalığın özellikleri ve idarenin sahip olduğu olanaklara göre belirlenecektir⁸¹³.

Hekimin elinde yeterli imkanın bulunmasına rağmen teşhisin geç konulması ve bu nedenle tedavinin gecikmeli olarak yapılması sonucu oluşan zararlar idarenin sorumluluğuna neden olacaktır⁸¹⁴. Buna karşılık Danıştay, erken teşhis konulsa dahi

⁸¹² Cüneyt Ozansoy, **Tarihsel ve Kuramsal Açıdan İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu**, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1989, s. 272; aynı yönde Çelik, **age.**, s. 92; Kızılyel, **agm.**, s. 142.

⁸¹³ Veli Durmuş, “İdarenin Sağlık Hizmetinden Doğan Kusursuz Sorumluluğu, **Sağlık Hukuku Makaleleri 2**, İstanbul Barosu Yayınları, 2012, s. 201. Aynı yönde Markus, **agm.**, s. 12. Nitekim Fransız Danıştay tıbbi müdahaleyi gerektiren her türlü hal için belli teşhis süresi standardının belirlenmesinin mümkün olmadığını vurgulamış, kaza nedeniyle hastaneye gelen ve vücudunda çok sayıda kırık bulunan hastanın radyoloji raporlarının geç incelenmesi sebebiyle teşhisin geç konulmasının somut olay koşulları gözetildiğinde tıbbi uygulama hatası olarak nitelendirilemeyeceğine karar vermiştir. (CE, 13.10.1971, *Maubec*, n° 80125, Rec. Lebon, 1971, Dalloz.fr.)

⁸¹⁴ “(...) *gebelik takiplerinin anılan hastanede yapıldığı bildirilen davacı ...'ın hastaneye ilk başvurusu (saat:16.39) esnasında yapılan muayene ve ultrason sonuçlarına göre iri bebek tanısı konulmamasına rağmen ilerleyen saatlerde tekrarlanan ultrasonlarda bebeğin ağırlığının 4100+400 gr olarak tespit edilmesi ve buna göre (saat:00.40) sezeryan kararının verilmiş olmasının açıkça çelişki oluşturduğu, bu durumun davacı tarafta sezeryan kararının alınmasında yaklaşık 8 saat geç kalındığı ve bu suretle bebeğin sakat kalmasına neden olduğu yönünde haklı bir kanaat oluşturduğu, öte yandan tekrarlanan ultrasonlarla bebek ağırlığının opsiyonlu olarak maksimum 4500 gr (4100+400) ölçülmesine rağmen gerçek doğum ağırlığının 4900 gr olmasının da sunulan hizmetin kusurlu işletildiği (...)*” (Dan.15.D., 08.02.2018, E. 2017/722, K. 2018/1324, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Aynı yöndeki başka bir karar için bkz. Dan.10.D., 24.02.1998, E. 1996/2967, K. 1998/808, aktaran Bereket Baş, **agm.**, s. 76. Danıştay önüne gelen bir uyuşmazlıkta, davacının yakının mide perforasyonu geçirdiği halde bu durumu fark etmeyerek böbrek taşı tanısı konulması sonucu geç müdahale edilmesi nedeniyle oluşan zararda ağır hizmet kusuru bulunduğu yönünde hüküm kurulmuştur. (Dan.10.D., 09.04.2008, E. 2007/8357, K. 2008/2064, aktaran Akgöl, **agm.**, s. 293; Dan.10.D., 24.02.1998, E. 1996/2967, K. 1998/808, aktaran Bereket Baş, **agm.**, s. 76. Yüksek Sağlık Şurası önüne gelen bir olayda, şiddetli karın ağrısı olan hastanın getirildiği hastanenin acil servisinde yapılan müdahaleye rağmen ağrısının devam etmesi, daha önceden iki kez ameliyat edildiği bağırsak bölgesinde düğümlenme olabileceği hususunda hasta yakınları tarafından hekimin uyarılmasına karşılık hastanın uzman hekime ertesi gün sevk edilmesinde sağlık hizmetinin zamanında işlemediği ve kusurlu olduğu yönünde karar verilmiştir. (Türkan / Tuğcu, **age.**, s. 229.) AYİM önüne gelen bir uyuşmazlıkta ise, rahatsızlığı nedeniyle sekiz kez viziteye çıkan ve iki kez askeri hastaneye sevk edilmesine rağmen hastalığı teşhis edilmeyen erin ölümünden idarenin sorumlu olduğuna karar verilmiştir. (AYİM 3.D., 07.04.1977, E. 1975/564, K. 1975/5542, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Başka bir kararında ise AYİM, askeri hastaneye sevk edilen erin, muayene saatleri içinde gelmediği gerekçesiyle ilgili tabipçe muayene edilmeyip kıtasına geri gönderilmesi sonucunda hastalığının ilerlemesinde idarenin kusur sorumluluğunun bulunduğu karar vermiştir. (AYİM 3.D., 09.04.1981, E. 1980/41, K. 1981/69, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Aynı yönde başka bir karar için bkz. AYİM 2.D., 19.04.1989, E. 1986/108, K. 1989/115, aktaran Serdar Özgüldür, **Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları**, Yetkin Yayıncılık, 1996, s. 307.) Özellikle başka bir tedavi seçeneğinin olmadığı, zorunlu olarak yapılan tıbbi müdahalelerin derhal yapılmamış olması hizmet kusuru oluşturmaktadır. (CE, 05.01.1962, *Sieur Legendre*, Rec. Lebon, 1962, s. 1105; CE, 24.04.1964, *Hopital – Hospice de Voiron*, Rec. Lebon, 1964, s. 259.)

sonucun değişmeyeceğinin tespit edildiği hallerde idarenin kusurlu fiili ile zarar arasındaki illiyet bağı kopacağından sorumluluğa hükmedilemeyeceğine karar vermiştir⁸¹⁵. Anılan Danıştay içtihadını eleştiren Çınarlı ise, hastanın erken teşhis konulsa dahi iyileşemeyecek olmasının sübjektif bir husus olduğunu savunmaktadır. Buna göre, erken teşhis yapılmış olması durumunda sonucun değişmeyecek olduğu ihtimallerde dahi, teşhisin kusurlu bir şekilde gecikmesi idarenin sorumluluğuna yol açacaktır⁸¹⁶. Yine, teşhisin geç konulmasının yalnızca hastadan kaynaklanması ihtimalinde de zarar ile idarenin faaliyeti arasındaki illiyet bağı kopacağından idare aleyhine sorumluluk oluşmayacaktır⁸¹⁷. Başka bir kararında ise Danıştay, teşhisin geç konulmasının standart tıbbi verilerdeki yanlışlardan kaynaklanması durumunda sağlık hizmetinin kusurlu işlemiş sayılamayacağı gerekçesiyle tazminat istemini reddetmiştir⁸¹⁸.

Teşhisin geç konulması nedeniyle hizmet kusurunun saptanmasında, gecikme halinin olayın gelişim biçimi ve çevre koşullarının değerlendirilmesi suretiyle yapılması gerekmektedir⁸¹⁹. Söz gelimi çocuğun çamaşır suyu içmesi şikayeti ile aile sağlık merkezine yapılan başvuru üzerine, yeterli tıbbi malzeme yokluğu sebebiyle hastaneye sevk yapılması ihtimalinde, olağan sevk süresinin geçmesi hizmetin geç işlemesi anlamına gelmeyecektir⁸²⁰. Ancak bu ihtimalde, arada geçen sevk süresinin

⁸¹⁵ “(...) davacıların desteği olan (...)’in boğazında hissettiği ağrılar ve yutkunma zorluğu nedeniyle davalı idare bünyesindeki (...) Hastanesine gittiği, belirli aralıklarla muayene ve tetkiklerinin ve tedavinin yapıldığı, (...) tarihinde ise öldüğü, ölümle sonuçlanan hastalığın tanı ve tedavisinde gerekli özenin gösterilip gösterilmediği yanlıgı ya da eksik inceleme, tedavide çelişkiler ve zaman yönünden gecikmeler bulunup bulunmadığı konularında Yüksek Sağlık Şurasına yaptırılan inceleme sonucu düzenlenen raporda; bir hastaya gösterilmesi gereken ortalama özenin gösterildiği, ayrıca hastaya erken teşhis konulsa da sonucun değişmeyeceğinin belirlendiği, olayda herhangi bir ihmâl ve kusurun söz konusu olmadığı sonucuna ulaşıldığı bu durumda davalı idarenin hizmet kusurundan söz etme olanağı bulunmadığı (...)” (Dan.10.D., 26.05.1999, E. 1998/4814, K. 1999/2945, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

⁸¹⁶ Çınarlı, **age.**, s. 188.

⁸¹⁷ Uyuşmazlık konusu bir olayda Danıştay, sağlık personeli tarafından bebeğin topuk kanının alınması için iki kez evine gidilmesine rağmen, aile tarafından teşhisin yapılabilmesi için zorunlu olan kanın alınmasına izin verilmemesi nedeniyle teşhisin geç yapılması ihtimalinde, zarar ile idari faaliyet arasındaki illiyet bağının kopacağı yönünde hüküm kurmuştur. (Dan.10.D., 23.11.2010, E. 2009/11302, K. 2010/9108, aktaran Akgül, **agm.**, s. 492.)

⁸¹⁸ Dan.10.D., 16.02.2009, E. 2009/599, K. 2009/10539, aktaran Akgül, **agm.**, s. 495.

⁸¹⁹ Karaage, **agm.**, s. 112; Birtek, **agm.**, s. 96; Küçük, **age.**, s. 34; Özpınar, **age.**, s. 47; Uysal, **agm.**, s. 215. “(...) olay incelendiğinde davacının parmağına konulan tanı ve ilk müdahale işleminde eksiklik olduğunun ve bu durumdan dolayı ortaya çıkan 12 günlük bir gecikmenin söz konusu olduğunun bilirkişi raporu ile de belirtilmesi(...) göz önüne alındığında(...) davalı idarenin ağır hizmet kusuru bulunduğu sonucuna varılmış olup (...)” (Aktaran Akyıldız / Özkan, **age.**, s. 494.)

⁸²⁰ CE, 20.03.1970, *Epoux Martin*, n° 76365, Rec. Lebon, 1970, Dalloz.fr. Buna karşılık söz konusu ihtimalde hastanın sevkı için yeterli zamanın bulunmaması, acil müdahale edilmemesi halinde hayati sonuçların gerçekleşebilecek olması durumunda, aile hekiminin tıbbi müdahalede bulunması zorunlu olacaktır. (Birtek, **agm.**, s. 110.)

normal ve makul olması gerekmekte olup, olağan sevk süresinin aşılması, teşhisin gecikmesine yol açacağından hizmet kusuruna sebep olacaktır⁸²¹.

Fransız Danıştayı önüne gelen bir uyuşmazlıkta, hastanın sol bacağına meydana gelen his kaybının hastanenin acil servisinde yapılan ilk müdahale sırasında nöbetçi hekime bildirilmiş olmasına rağmen teşhisin ancak 48 saat sonra konulmuş olması hizmet kusuru olarak nitelendirilmiştir⁸²². Paris İdari İstinaf Mahkemesi önüne gelen bir uyuşmazlıkta, hastanın hastaneye başvurusundan iki saat sonra teşhisin konulabilmiş olmasının hizmet kusuru oluşturmayacağına karar verilmiştir⁸²³.

Teşhisin geç konulduğu hallerde, zarar gören kişinin dava açmadan önce idareye yapılması zorunlu olan başvurunun süresinin hangi tarihten itibaren işletilmeye başlayacağı, özellikle zarar görenin dava açma hakkının korunması bakımından önem arz etmektedir. Şöyle ki, İYUK madde 13 kapsamında davacının tam yargı davası açabilmesi için eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak zararının tazminini istemesi gerekmektedir. Doğrudan tam yargı davası açılması durumunda ise İYUK madde 15 kapsamında idari merci tecavüzü nedeniyle dilekçe reddedilerek, ilgili idari makama gönderilecektir. İdarenin kusurlu eylemi sonucunda teşhisi geç konulan hastanın idareye başvuru süresinin eylemin gerçekleştiği tarih olan yanlış teşhisin konulma tarihinden başlatılması, davacının hizmet kusuruna karşı dava açma imkanını elinden alarak ikinci bir mağduriyete uğramasına sebep olmaktadır. Hatta söz konusu uygulama, yanlış teşhis konulduğunun ancak ilk teşhisten beş yıl sonra anlaşılması ihtimalinde, dava açma hakkını tamamen ortadan kaldırmaktadır. Bu duruma dikkat çeken Danıştay, İYUK madde 13 düzenlemesini sağlık hizmetinin gereklerine uygun şekilde yorumlayarak beş yıllık sürenin doğru teşhisin konulmasından itibaren başlatılması gerektiğine hükmetmiştir⁸²⁴. Kanaatimizce de idarenin eylemi sonucunda zarar gören kişilerin

⁸²¹ Dan.10.D., 09.12.1992, E. 1992/184, K. 1992/4321, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Dan.12.D., 18.11.1968, E. 1967/2767, K. 1968/2118, Aktaran Karaege, *agm.*, s. 113.

⁸²² CE, 16.11.1998, *Reynier*, n°051247, Rec. Lebon, 1998, Dalloz.fr.

⁸²³ CA Paris, 17.11.1998, *Kamseu*, n° 047101, Rec. Lebon, 1998, Dalloz.fr.

⁸²⁴ “Anılan Yasa hükmünde idareye başvuru için öngörülen en geç beş yıllık sürenin, idari eylemin tamamlandığı ve yol açtığı zararın ortaya çıktığı tarihten itibaren hesaplanması gerekir. Esasen idari eylemin tamamlandığı ve zararın ortaya çıktığı tarih dikkate alınmadan beş yıllık sürenin hesaplanması bazı hallerde zarar ortaya çıktığında idareye başvuru süresinin dolayısıyla dava açma süresinin geçmiş olması, dava açma hakkının kullanılmaması sonucunu doğuracaktır. Zararın ortaya çıkmasıyla kullanılması mümkün olan dava açma hakkını ortadan kaldırır biçimde süre hesabı yapılmasının hak arama özgürlüğüyle bağdaştırılamayacağı açıktır. Bu itibarla, idareye başvurma ve

hak arama hürriyetinin korunması bakımından bu içtihat son derece yerinde olmuştur.

Teşhisin geç konulmasına ilişkin olarak önem arz eden bir husus da icapçı nöbetçi hekimin durumudur. Bir sağlık kuruluşunda personel sayısının yeterli olmaması nedeniyle, hekimlerin hastane nöbeti yerine ev nöbeti (icap nöbeti) tutuması durumunda, mesai saatleri dışında, nöbet süresinde meydana gelen zararlardan icapçı hekimin sorumlu tutulabilmesi için hastaneye makul süre içinde ulaşmamış olması gerekmektedir⁸²⁵. Hekimin makul sürede hastaneye ulaşmasına rağmen zararın meydana gelmesi durumunda hekimin geç müdahalesi nedeniyle idarenin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır⁸²⁶. Konuya ilişkin bir kararında Danıştay, icap nöbeti tutulan hallerde hekimin hastaneye ulaşabilir konumda olmamasını ve bu sebeple zamanında müdahale edememesini hizmet kusuru olarak nitelendirerek tazminata hükmetmiştir⁸²⁷. Nantes İdari İstinaf Mahkemesi önüne gelen bir uyuşmazlıkta ise, icap nöbeti tutan anestezi uzmanının hastanın uyanması aşamasında hastanede bulunmaması hizmet kusuru olarak nitelendirilmiştir⁸²⁸. Nitekim Fransız Danıştay'ı da icapçı hekimin hastaneye gelmemesinin hizmet kusuru oluşturacağına karar vermiştir⁸²⁹.

dava süresinin başlangıcına yalnızca eylem tarihini almak yerine, o zararın o eylemden kaynaklandığının öğrenildiği tarihi esas almak hakkaniyete daha uygun olacaktır. Olayda davacının tazminat istemine dayanak aldığı hatalı teşhis ve tedavi 20.8.1996 tarihinde yapılmış olmakla birlikte, eylemin 24.1.2002 tarihinde tamamlandığı ve zararın bu tarihte ortaya çıktığı çekişmesizdir. Bu itibarla, 2577 sayılı Yasanın 13. maddesinde öngörülen beş yıllık sürenin 24.1.2002 tarihinden itibaren başlaması gerekir.” (Dan.10.D., 20.12.2006, E. 2004/2931, K. 2006/7287, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Hatalı teşhis konulması nedeniyle yanlış ya da gereksiz tedaviye maruz kalan hastanın idareye başvuru süresinin, teşhisin hatalı olduğunun öğrenilmesinden itibaren hesaplanması gerektiğine ilişkin olarak bkz. Dan.10.D., 12.03.2007, E. 2005/896, K. 2007/899, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁸²⁵ Markus, **agm.**, s. 21.

⁸²⁶ Çınar Can Evren, “Hizmet Kusuru - Haksız Fiil Ayrım ve Yargı Düzeni”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 95, 2011, s. 189.

⁸²⁷ “*Polis memuru olan davacılar murisinin saat (...) sularında acil servise getirildiği, görevli doktorlarca EKG grafsine ve klinik bulgulara göre Lateral Enfarktüs tanısı konularak o günün icapçı dahiliye uzmanının çağırıldığı, anılan doktorun gelmediği, hastanın ağırlaşması üzerine başka bir dahiliye uzmanının müdahale ettiği (...) sonuç ölümlü olsun olmasın eğer bir uzman hekim mevcutsa, uzman hekimin ulaşabildiği en erken zamanda hastaya müdahale etmesi gerektiği (...) bu durumda idarenin hizmet kusuru bulunduğu anlaşıldığı (...)*” (Dan.10.D., 13.02.2001, E. 2001/3789, K. 2001/487, aktaran Bal / Şahin / Karabulut, **age.**, s. 323.) Aynı yönde Dan.15.D., 10.03.2016, E. 2015/8936, K. 2016/1604, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası.

⁸²⁸ CAA Nantes, 22.02.1989, n° 89NT00011, Rec. Lebon, 1989, Dalloz.fr. Mahkemenin benzer bir tutum sergilediği Lyon İdare Mahkemesi kararı için bkz. TA Lyon, 28.03.1990, Mme Adams, Rec. Lebon, 1990, Dalloz. fr.

⁸²⁹ CE, 03.11.1982, *Hopital-hospice de Sainte-Foy-les-Lyon*, n° 17703, Rec. Lebon, 1982, Dalloz.fr.

İcapçı hekimin sağlık kuruluşuna geç gelmesi ya da hiç gelmemesi teşhis konulmasını geciktiren faktörlerden biridir. Pek çok Danıştay kararına konu olan bu husus Mahkeme tarafından tıbbi uygulama hatası olarak nitelendirilmektedir⁸³⁰. Mahkeme özellikle acil vakalarda icapçı hekimin mutlaka hastaneye gelmesi ve gerekli müdahaleyi yapmasının bir zorunluluk olduğunu vurgulamaktadır. Şu kadar ki, hastane koşullarının hastaneye getirilen hastaya müdahale edilmesi bakımından yetersiz olması, yeterli uzmanlıkta hekimin bulunmaması ihtimalinde dahi bu durum değişmemektedir. Acil servisler, hastaya hastane öncesi bakım sağlayan ambulans hizmetlerini desteklemek ve gerekirse tıbbî yönlendirme sağlamakla yükümlüdür. İlk tıbbî müdahale yapıldıktan sonra ileri tıbbi bakım ve tedavi konusunda yetersizlik söz konusu ise, sevki uygun görülen hastane ile koordinasyon sağlanarak verilen tıbbi bakımın tamamı ilgili birim sorumlusu tarafından yazılı olarak belgelendirilir⁸³¹. İcapçı hekim arandığı anda hastaneye gelerek ilk tıbbi müdahaleyi yaptıktan sonra hastanenin yetersizliği söz konusu ise sevki uygun gördüğü hastane ile koordinasyonu sağlayıp, yapılan tıbbi müdahale ve hastanın öyküsünün bulunduğu ayrıntılı raporla belgelendirilip nakli yapılacak yere hastayla birlikte göndermesi gerekmektedir⁸³².

Teşhisin yanlış konulmasının bir diğer sonucu ise, doğru teşhis konuluncaya kadar geçen süre içinde kişiye yanlış tedavi uygulanması sonucu oluşan maddi ve manevi zararlardır⁸³³. Bu durum özellikle tahlil, röntgen ve testlerin eksik ya da

⁸³⁰ Dan.10.D., 13.02.2001, E. 1998/3789, K. 2001/487, aktaran Bal / Şahin / Karabulut, *age.*, s. 323.

⁸³¹ Türkan / Tuğcu, *age.*, s. 230.

⁸³² “Acil servisler, hastaya hastane öncesi bakım sağlayan ambulans hizmetlerini destekler ve gerekirse tıbbî yönlendirme sağlar. İlk tıbbî müdahale yapıldıktan sonra ileri tıbbî bakım ve tedavi konusunda yetersizlik söz konusu ise, sevki uygun görülen hastane ile koordinasyon sağlanarak verilen tıbbî bakımın tamamı ilgili birim sorumlusu tarafından yazılı olarak belgelendirilir. Bu belge nakil yapılacak kuruma hasta ile birlikte gönderilir. Nakil ancak, stabilizasyon sağlandıktan sonra veya hayati tehlike veya sakatlık tehlikesi taşıyan hastaların uygun bakımlarının, stabilizasyonlarının ve tedavilerinin mevcut tıbbî-teknik imkanlar ile gerçekleştirilemeyeceğinin tespit edilmesi halinde yapılır. ” düzenlemesi yer almaktadır. İcapçı hekim konumundaki Kadın Hastalıkları uzmanının arandığı anda hastaneye gelerek ilk tıbbi müdahaleyi yaptıktan sonra Hastanenin yetersizliği söz konusu ise sevki uygun gördüğü Hastane ile koordinasyonu sağlayıp, yapılan tıbbi müdahale ve hastanın öyküsünün bulunduğu ayrıntılı epikriz raporuyla belgelendirilip nakli yapılacak yere hastayla birlikte göndermesinin gerektiği, hekiminin olayda sonuca etki eden bir kusuru bulunmaması da bu konularda özen eksikliği bulunduğu açıktır.” (Dan.15.D., 05.05.2016, E. 2013/4019, K. 2016/3223, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

⁸³³ Danıştay 10. Dairesi önüne gelen bir uyuşmazlıkta, tıp fakültesi hastanesine başvurmuş olan hastaya acilen hemodiyaliz tedavisi görmesi gerektiği yolunda rapor verilmiş, bunun üzerine sekiz ay tedavi gören davacının bu teşhisinin hatalı olduğu, hiper tansiyon ve diyabetik nefropati tanısı konulması gerektiği ve davacının hemodiyaliz tedavisi görmesinin gerekmediği anlaşıldığından bahisle, uğranılan zararın tazmini istemiyle dava açılmıştır. Danıştay söz konusu uyuşmazlıkta teşhisin geç konulmuş olması ve bu süreçte hastaya hatalı tedavinin uygulanmasını hizmet kusuru

yanlış incelenmesi suretiyle uygulanan tedavilerde karşımıza çıkmaktadır. Öte yandan, söz konusu yanlış teşhis nedeniyle, sağlık durumu bakımından gerekli olmayan hatta zararlı olabilecek ilaç ve tıbbi yöntemlerin hasta üzerinde uygulanması suretiyle zararın oluşması da söz konusu olabilmektedir⁸³⁴. Yanlış teşhis nedeniyle başlatılan tedavi ile doğru teşhisin konulmasına kadar geçecek süre içinde hastalık ilerleyebilmekte, tedavisi imkansız hale gelebilmektedir. Bu haller Danıştay tarafından hizmet kusuru olarak nitelendirilmekte ve tazminata hükmedilmektedir⁸³⁵. Bunun yanında teşhisin yanlış konulduğuna ilişkin emarelerin tedavi sırasında ortaya çıkması durumunda söz konusu teşhiste ısrar edilerek, tetkiklerin yenilenmesinden kaçınılması durumunda da hizmet kusurlu hale geleceğinden idare sorumlu olacaktır⁸³⁶.

Teşhis sonucu hazırlanan raporun hastanın sağlık durumunu tam ve eksiksiz bir şekilde yansıtması gerekir. Yapılan tetkikleri eksik ya da gerçek dışı yansıtan raporlar hekimin sorumluluğuna yol açacaktır. Hatta söz konusu gerçeğe aykırı raporun hastanın rızasıyla ya da talebi üzerine hazırlanmış olması dahi hekimi sorumluluktan kurtarmayacaktır⁸³⁷.

Teşhis faaliyetleri hukuka ve tıbbi standartlara uygun şekilde yürütülse dahi, tedavinin söz konusu teşhise veya tıbbi standartlara uygun şekilde yürütülmemesi idarenin sorumluluğuna yol açacaktır. Teşhis faaliyetlerinden farklı olarak tedavi faaliyetleri somut olayın koşullarına göre daha fazla farklılık arz edecektir. Bu bakımdan teşhis faaliyetlerine nazaran tedavi faaliyetlerinde hekimin

olarak değerlendirmiştir. (Dan.10.D., 12.03.2007, E.2005/896, K.2007/899, aktaran Odyakmaz, **agm.**, s. 19.) Aynı yönde karar için bkz. Dan.10.D., 22.04.2011, E. 2007/8645, K. 2011/1570; Dan.10.D.,17.01.2001, E. 1998/2968, K. 2001/91, aktaran Bereket Baş, **agm.**, s. 76; Dan.10.D., 27.10.2009, E. 2007/305, K. 2009/9183, aktaran Akgül, **agm.**, s. 469.

⁸³⁴ CAA Bordeaux, 10.12.2002, *CHRU de Bordeaux*, n° 202649, Rec. Lebon, 2002, Dalloz.fr.

⁸³⁵ Dan.10.D., 17.01.2001, E. 1998/2968, K. 2001/91. Aynı yönde Fransız Danıştay kararı için bkz. CE, 11.10.1963, *Compagnie La France*, Rec Lebon, 1963. s. 485. “(...) davacının kolunun kırılmasına neden olduğu, kırık ihtimali üzerine psikiyatri servisinde (...) tarihinde radyolojik tetkikin yapılması için röntgene gönderildiği ve çekilen filmin ismi okunamayan bir doktor tarafından incelenmesi sonucu ‘hastanın grafisinde patoloji tesbit edilmedi’ raporu verildiği, dolayısıyla gerekli tedavi yapılmayarak davacının kolunun sakat kalmasına yol açıldığı olayda idarenin ağır hizmet kusuru bulunduğu gerekçesiyle (...) tazminatın ödenmesine (...)” (Dan.10.D., 09.10.1995, E. 1994/2110, K. 1995/4255, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

⁸³⁶ Dan.15.D., 11.03.2015, E. 2013/669, K. 2015/1396. Aynı yöndeki Fransız öğretisi için bkz. Diane Bandon Tourret, “La faute de diagnostic: quelle responsabilité pour l’établissement public de santé en 2008?”, **Gaz. Pal.**, 30.12.2008, n° GP20081230014, s. 47, Lextenso.fr; Welsch, **age.**, s. 232. Bu yöndeki Marsilya İdari İstinaf Mahkemesi kararı için bkz. CAA Marseille, 28.12.1998, *Spadari c. Centre hospitalier de Pertuis*, n° 0055422, Rec. Lebon, 1998, Dalloz.fr. Aynı yönde Hızal, **age.**, s. 12.

⁸³⁷ Selçuk, **age.**, s. 13.

daha geniş bir takdir yetkisinin bulunduğu söylenebilecektir. Bu bakımdan tedavi faaliyetleri bakımından kusurun tespiti daha güçtür.

iii. İdarenin Tedavi Sırasında Yapılan Tıbbi Uygulama Hatalarından Kaynaklanan Sorumluluğu

Hastalığı iyileştirmek, hafifletmek ya da süresini kısaltmak amacıyla yapılan her türlü kimyasal, fiziksel, biyolojik ve psikolojik müdahale olarak tanımlanan⁸³⁸ tedavi edici sağlık hizmetleri, hasta olduktan sonraki süreçte ve doğrudan bireye yönelik şekilde sunulan faaliyetlerdir⁸³⁹. Bu tanımdan hareketle tedavi faaliyetlerinin hastanın iyileştirilmesi (küratif tedavi) ya da yalnızca acılarının dindirilmesi için (*palyatif tedavi*) yapılan müdahaleler olduğu söylenebilir⁸⁴⁰.

Rehabilite edici sağlık hizmetleri ise, geçirilen bir hastalık ya da kaza sonucunda bedensel, ruhsal veya sosyal yönden sakat kalan kişilerin günlük yaşamlarını başkalarının desteği olmaksızın sürdürebilmelerini, kaybettikleri bedensel, ruhsal ya da sosyal yetileri tekrar kazanabilmelerini, sosyal hayata entegre olabilmelerini amaçlayan faaliyetlerdir⁸⁴¹. Rehabilite edici sağlık hizmetleri kendi içinde tıbbi rehabilitasyon ve sosyal rehabilitasyon olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Tıbbi rehabilitasyon, bedensel ya da ruhsal yönden kalıcı bozuklukların düzeltilmesi, hafifletilmesi ve bu sayede kişinin başkalarına bağımlı olmasının önüne geçilmesine yönelik faaliyetlerdir. Sosyal rehabilitasyon ise, geçirdiği hastalık veya sakatlık nedeniyle eski işinde çalışamayacak olan kişilerin yeni beceriler kazandırılarak toplumsal hayata aktif olarak katılabilmesini sağlamaya yönelik faaliyetlerdir.

Kanaatimizce burada da geçirdiği hastalık ya da fiziksel veya psikolojik travma sonucunda hasara uğrayan kişinin iyileştirilmesi, olabildiğince eski haline kavuşturulması amaçlandığından rehabilitasyon hizmetleri de tedavi faaliyetlerinin özel bir görünümünü oluşturmaktadır. Dolayısıyla, öğretilerde teşhis ve tedaviden farklı

⁸³⁸ Clement, **age.**, s. 108.

⁸³⁹ Er ise tedavi faaliyetlerini, bedensel ve ruhsal hastalıkların iyileştirilmesi, hastalık niteliği taşımayan bedensel şikayetlerin ortadan kaldırılması ve hastalık olarak görülmeyen fiziksel bozuklukların giderilmesi şeklinde tanımlamıştır. (Er, **age.**, s. 75.)

⁸⁴⁰ Er, **age.**, s. 77; Yenerer Çakmut, **agm.**, s. 45.

⁸⁴¹ Birtek, **agm.**, s. 86; Karadibak / Çınarlı, **agm.**, s. 73.

bir tıbbi müdahale türü olduğu savunulan⁸⁴² rehabilite edici sağlık hizmetleri, kanaatimizce tedavi faaliyetlerinin bir alt türünü oluşturmaktadır. Bu nedenle, tedavi faaliyetlerinden kaynaklanan sorumluluk esaslarının rehabilitasyon faaliyetlerinde de uygulanması gerekmektedir.

Tedavi faaliyetleri yönetsel olarak kendi içinde ilaç tedavisi, ilaç dışı tedaviler, vücuttan organ ya da doku alınması şeklinde gerçekleşen tedaviler ile cerrahi müdahaleler (tıbbi operasyonlar) olmak üzere dörde ayrılmaktadır. Bu faaliyetlerden cerrahi müdahalelerin ve bu operasyonların özel bir alt türü olan vücuttan doku ve organ alınmasına yönelik müdahalelerin taşıdığı risk ve faaliyetin zorluğu dikkate alınarak diğer tedavi faaliyetlerinden farklı bir hukuki rejime tabi tutulması öğreti ve yargı kararlarında kabul edilmektedir⁸⁴³. Bu nedenle tıbbi operasyonlar ayrı bir başlıkta incelenmiştir. Bu doğrultuda, sıradan tedavi hizmetlerinden kaynaklanan sorumluluğa ilişkin birinci bölümde ilaç tedavisi ve ilaç dışı tedavilere ilişkin sorumluluk rejimi **(A)**; ikinci bölümde ise daha özel nitelikli tıbbi müdahaleler olan tıbbi operasyonlardan kaynaklanan idarenin sorumluluğu **(B)** değerlendirme konusu yapılacaktır.

A) Sıradan Tedavi Faaliyetleri Sırasında Yapılan Tıbbi Uygulama Hataları ve Sorumluluk

Tıbbi operasyonlar dışında kalan tedavi hizmetleri ayakta tedavi ve yatarak tedavi olmak üzere iki şekilde yürütülmektedir. Ayakta tedavi hizmetleri, hastanın hastaneye yatırılmasını gerektirmeyen, hekim tarafından poliklinik faaliyeti kapsamında yürütülen faaliyetlerdir. Yatarak tedavi ise, ikinci ve üçüncü basamak sağlık kuruluşlarında, hastanın yatırılarak belli bir süre müşahede altında tutulmasını gerektiren tedavi hizmetleridir.

⁸⁴² Karadibak / Çınarlı, **agm.**, s. 73.

⁸⁴³ Yılmaz, sıradan tedavi hizmetlerinden kaynaklanan sorumluluğun medikasyon hatası olarak adlandırılması gerektiğini ileri sürmüştür. Buna göre medikasyon hataları, ilgili sağlık personeli tarafından bir ilacın verilmesi, dozunun ayarlanması konusunda yanlışlık yapılması sonucu hastanın zarar görmesi olarak tanımlanmıştır. (Kerem Yılmaz, **Defansif Tıp - Hekimin Tıbbi Uygulamalarda Sorumluluktan Kaçması Durumunda Ortaya Çıkan Problemler**, Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 84.) Müellif tarafından yapılan bu tanım sıradan tedavi hizmetlerinden kaynaklanan zararların önemli bir kısmını kapsamına almakla beraber, cerrahi müdahaleler dışında kalan tıbbi uygulamaların yalnızca ilaç tedavisi ile sınırlandırılmaması gerektiği kanaatindeyiz. Nitekim, pek çok hastalığın tedavisinde, beslenme sistemi değişikliği, belli egzersizlerin yapılması ya da belli davranışlardan kaçınılması gibi yöntemler sıkça uygulanmaktadır.

Tedavi edici sağlık hizmetleri aile sağlığı merkezlerinde, ana - çocuk sağlığı merkezlerinde, Devlet hastaneleri ve özel hastanelerde, dal hastanelerinde, eğitim ve araştırma hastanelerinde ve üniversite hastanelerinde yürütülmektedir. Hasta sevk zincirinin mutlak şekilde uygulanmadığı ülkemizde, sağlık hizmetinden yararlanmak isteyen kişiler yukarıda sayılan sağlık kuruluşlardan herhangi birine doğrudan başvurarak sağlık hizmetinden yararlanabilirler. Ancak yukarıda ayrıca açıklandığı üzere sevk zincirine uyulmadan, doğrudan ikinci veya üçüncü basamak sağlık kuruluşlarına başvurulması ihtimalinde ücret farklılığı öngörülmüştür. Sevk sistemine ilişkin benzer bir düzenleme Fransız hukukunda da bulunmaktadır. Fransız Toplum Sağlığı Kanunu'nun L 1411-12 hükmüne göre, kişinin bağlı olduğu hekim tarafından muayene edilip sevk edilmeden ikinci basamak sağlık kuruluşunda tedavi görmesi mümkün değildir⁸⁴⁴. Böyle bir durumda, doğrudan ikinci basamak sağlık kuruluşuna başvuran hastadan ilave fark ücret alınması söz konusudur⁸⁴⁵.

Tedavinin kusurlu bir şekilde yapılıp yapılmadığının, dolayısıyla hizmetin kötü işleyip işlemediğinin tespitinde hangi standartların aranacağını tespiti ise ayrıca önem taşımaktadır. *Güran*, her olayda çağdaş düzenli bir idarenin tutum ve davranışlarının nasıl olması gerektiğine bakılarak standartların belirlenmesi gerektiğini savunmaktadır. Buna göre söz konusu ölçüt, ne ideal bir idarenin düzeyi ne de standartların altındaki fiili durumdur. Kendi kategorisine giren, personel ve malzeme yönünden içinde bulunduğu koşullara sahip bir kuruluştan beklenen tutum ve davranış çerçevesinde belirlenecektir⁸⁴⁶. Ayrıca sağlık hizmetinin konusunu oluşturan müdahalenin güçlüğü ve teknik gerekliliğine bağlı olarak uygulanacak tıbbi standartların seviyesinin de artması gerekecektir⁸⁴⁷.

Fransız Deontoloji Kanunu'nun L 32 hükmünde de güncel bilimsel standartlara uygunluk, hekimin tedavi faaliyetlerinin sınırı olarak öngörülmüştür.

⁸⁴⁴ Fransız Toplum Sağlığı Kanunu'nun L 162/5-3. maddesi uyarınca 16 yaşından büyük her Fransız vatandaşının bir hekiminin olması zorunludur. Bu hekimin pratisyen ya da uzman olması mümkündür. Yine, ulusal hukukumuzdan farklı olarak kişilerin bağlı olduğu bu hekim kamu görevlisi olabileceği gibi özel hastanede ya da serbest şekilde hekimlik faaliyeti de yürütmesi de mümkündür.

⁸⁴⁵ Truchet, *age.*, s. 253.

⁸⁴⁶ Güran, *agm.*, s. 84; Oğuz Polat / Işıl Pakiş, "Tıbbi Uygulama Hatalarında Hekim Sorumluluğu", *Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi*, C. 2, S. 3, 2011, s. 120. Karadibak / Çınarlı, *agm.*, s. 66. *Hızal* da tıbbi standardın belirlenmesinde "bilim ve tekniğin son durumunun" değil, tıp biliminin genel olarak bilinen ve tanınan tedavi yönteminin esas alınması gerektiğini savunmaktadır. (*Hızal*, *age.*, s. 9.)

⁸⁴⁷ Bereket Baş, *agm.*, s. 74; Koç, *agm.*, s. 17.

Buna karşılık, Fransız Danıştayı bir kararında müdahalenin aciliyeti ile uygulanacak tıbbi standart ve hekimden beklenen özen arasında ters orantılı bir ilişki olduğunu ortaya koymuştur. Bu kapsamda, olağan koşullarda tıbbi uygulama hatası olarak nitelendirilebilecek bir fiilin, müdahalenin aciliyeti dikkate alınarak komplikasyon olarak nitelendirilebileceğini kabul etmiştir⁸⁴⁸. Müdahalenin aciliyetinin artmasına bağlı olarak uygulanacak tıbbi standardın düşeceğinin kabulü, kanaatimizce hekime çok geniş bir takdir alanı bırakmanın yanında, somut olay adaleti bakımından hukuka aykırı müdahaleler sonucunda oluşan zararların giderilmemesine de yol açabilecektir. Keza hangi müdahalelerin aciliyet taşıdığı da ayrı bir belirsizlik taşımaktadır. Bu doğrultuda, müdahalenin aciliyetinin kusurluluğun belirlenmesi bakımından değil ve fakat tazminat miktarının belirlenmesi aşamasında dikkate alınması gerektiği kanaatindeyiz.

Kural olarak tıp biliminin standart uygulamalarına göre kabul gören tedavi yöntemleri dışındaki faaliyetler hizmet kusuru oluşturacaktır. Buna karşılık, aynı hastalığın tedavisi bakımından birden fazla yöntemin bulunması halinde hekimin, hastanın içinde bulunduğu somut koşulları da gözeterek uygun yöntemi belirleme hakkı bulunmaktadır⁸⁴⁹. Mevcut tıbbi ve bilimsel standartların dışında kalan klasik olmayan tedavi metotlarının kural olarak hastalara uygulanması yasaktır.

Buna karşılık, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 11. ve Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 27. maddesinde yer alan düzenlemelere göre, klinik veya laboratuvar muayeneleri sonucunda bilinen klasik tedavi metotlarının hastaya fayda vermeyeceğinin sabit olması ve daha önce deney hayvanları üzerinde yeterli derecede tecrübe edilmiş olması şartıyla faydalı tesirlerinin anlaşılması ve hastanın rızasının bulunması şartları birlikte mevcut olduğunda, bilinen klasik tedavi metotları yerine başka bir tedavi usulü uygulanabilir. Ayrıca, bilinen klasik tedavi metodu dışındaki bir metodun uygulanabilmesi için, hastaya faydalı olacağının ve bu tedavinin bilinen klasik tedavi usullerinden daha elverişsiz sonuç vermeyeceğinin muhtemel olması da şarttır. Kişiler üzerinde tedavi amaçlı tıbbi deney yapılmasına ilişkin bu şartlar aynı zamanda Türkiye'nin de tarafı olduğu 1997 tarihli Biyoloji ve

⁸⁴⁸ CE, 29.01.1982, *Mlle Ciacchi*, n° 20775, Rec. Lebon, 1982, Dalloz.fr. Nitekim Fransız öğretisinde de tıbbi standartlara uygunluğun kişinin sağlık durumu ve müdahalenin aciliyeti dikkate alınarak tespit edilmesi gerektiği kabul edilmektedir. (Truchet, **age.**, s. 251.)

⁸⁴⁹ Markus, **agm.**, s. 13.

Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 15. ve devamı maddelerinde de öngörülmüştür.

Anılan düzenlemeler uyarınca, hastaya güncel tıbbi ve bilimsel standartların dışında olan ya da henüz tıbben kabul edilmiş olma niteliği kazanmamış tedavi yöntemlerinin uygulanması istisnai olarak, ancak bazı şartların bir arada bulunması halinde mümkün olacak; bu şartlar sağlanmaksızın söz konusu yöntemlerin uygulanması tıbbi uygulama hatası niteliği taşıyacaktır⁸⁵⁰. Buna karşılık, hukukumuzda salt bilimsel amaçlı olan, tedavi amacı taşımayan deneylerin insan üzerinde uygulanması kabul edilmemektedir⁸⁵¹.

Klasik tedavi yöntemlerinin dışındaki bir uygulamanın yapılabilmesi için ilk olarak mevcut, kabul edilmiş yöntemlerin uygulanmasının hastanın tedavisi bakımından bir faydasının olmayacağını kesin olması gerekmektedir. Bu doğrultuda, klasik yöntemlerle daha yavaş ya da daha zahmetli bir tedavi süreci sonunda hastanın iyileşmesi ihtimali bulunmakta ise, olağan dışı yöntemler uygulanamayacaktır. İkinci olarak, söz konusu olağan dışı tedavi yöntemlerinin hayvanlar üzerinde denenmiş olması ve faydalı sonuçlar vereceğine dair yeterli verinin elde edilmiş olması gerekmektedir. Söz konusu olağan dışı tedavi yönteminin, hasta üzerinde uygulanmasından önce hayvanlar üzerinde denenmesi gerekmekte olup, halen deneme aşamasında olan ve sonuçları henüz tam olarak bilinmeyen yöntemlerin uygulanması mümkün değildir. Ayrıca hayvanlar üzerindeki denemenin sayısal olarak yeterli düzeyde yapılması, tedavi bakımından faydalı sonuçlar vereceği hususunda tereddütleri kaldırmış olması gerekmektedir. Son olarak, bilinen klasik tedavi metodu dışındaki metodun hastaya faydalı olacağının ve bu tedavinin bilinen klasik tedavi usullerinden daha elverişsiz sonuç vermeyeceğinin muhtemel olması da aranmaktadır. Başka bir ifadeyle, elde bulunan verilerin olağan dışı yöntemin uygulanması ihtimalinde iyileşme sağlanacağına, en azından klasik yöntemlerin uygulanmasından daha elverişsiz bir sonuca yol açmayacağına işaret etmesi gerekmektedir⁸⁵². AİHM de içtihadında henüz deneme aşamasında olan tıbbi yöntemlerin uygulanmasını sınırlama hususunda Devletin geniş bir takdir yetkisinin

⁸⁵⁰ Ersöz, **agm.**, s. 121; Er, **age.**, s. 120.

⁸⁵¹ Gülel, **age.**, s. 71.

⁸⁵² Dan.1.D., 30.10.2008, E. 2008/789, K. 2008/1091, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

bulunduğunu kabul ederek, bu yöntemlerin yasaklanmasının Sözleşmenin 2. ve 8. maddeleri yönünden ihlal oluşturmayacağına karar vermiştir⁸⁵³.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi ve Hasta Hakları Yönetmeliği'nde yer alan düzenlemelerde klasik tıbbi uygulamanın dışında kalan tedavi yöntemlerinin uygulanmasında “*hastanın rızasının olması*” şartı ayrıca düzenlenmiştir. Tıbbi müdahalelerin tümü bakımından hastanın aydınlatılmış onamının alınması zorunlu olduğundan, burada rızanın ayrıca düzenlenmesinin gerekli olmadığı düşünülebilirse de, kanaatimizce burada özel nitelikli bir rıza söz konusudur. Klasik olmayan bir tedavi yönteminin hastaya uygulanmasında aydınlatma sırasında hastaya, klasik tedavi yönteminin ne olduğu, bu yöntemden neden fayda sağlanamayacağı, uygulanacak yöntemin olağan dışı bir tedavi olduğu ve yapılan deneyler doğrultusunda bu yöntemin uygulanması durumunda tedavideki başarı şansına ilişkin olarak ayrıntılı bilgi verilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla klasik dışı tedavi yöntemlerinin uygulanmasında hastanın tedavi yönteminin olağan dışılığıının bilincinde olarak onam vermesi gerekmektedir.

Hastaya klasik dışı tedavi yöntemi olarak henüz Sağlık Bakanlığı tarafından onaylanmamış bir ilacın kullanılması ihtimalinde ise klinik araştırmalara ilişkin usulün uygulanması gerektiği Danıştay tarafından kabul edilmektedir⁸⁵⁴. Buna göre, olağan dışı tedavi yönteminin uygulanmasında, hastaya henüz onaylanmamış bir ilacın verilmesi için Hasta Hakları Yönetmeliği'nin klinik araştırmalara ilişkin 32. ve devamı maddelerinde yer alan kurallara uygun müdahale yapılması gerekmektedir.

⁸⁵³ AİHM, Hristozov / Bulgaristan, BN. 47039/11 ve 358/12, T. 13.11.2012, Hudoc.echr.coe.int.

⁸⁵⁴ “(...) tedavi amaçlı denemenin suç olmadığı belirtilmiş ise de, söz konusu mevzuat hükümlerinde ve bilirkişi raporunda belirtildiği üzere, hasta üzerinde bu denemeyi yapabilmek için heyet raporu alınması, araştırma protokolü düzenlenmesi, Sağlık Bakanlığından izin alınması ve uygulama için hasta ve yakınlarına harcama yaptırılmaması gerektiği açıktır. (...)’e yapılan aşı uygulamasında şüpheliler tarafından heyet raporu alınmadığı, onkoloji konseyine ve etik kurullara başvurulmadığı, araştırma protokolü düzenlenerek Bakanlıktan izin alınmadığı, uygulanan aşı konusundaki bilimsel çalışmaların bilinmediği, şüphelilerin birçok hasta için aşı ürettikleri dikkate alındığında, ruhsatı bulunmayan bu aşıyla ilgili deneme çalışmalarından yetkili kurul ve makamların haberdar edilmediği, uygulamaların amacı tedavi amaçlı deneme dahi olsa sözkonusu uygulamaların ilaçla ilgili araştırmalar kapsamında, yetkili kurul ve makamların denetimi dışında gerçekleştirildiği, bu nedenlerle şüphelilerin üstlerine atılı suçu işlediklerini doğrulayacak ve haklarında kamu davasının açılmasını gerektirecek yeterli kanıtın dosyada mevcut olduğu anlaşıldığından (...) men-i muhakeme kararının bozulmasına (...)” (Dan.1.D., 30.10.2008, E. 2008/789, K. 2008/1091, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

Buna göre, klinik araştırmalar ancak Sağlık Bakanlığının izni ve hastanın onamının bulunması halinde yapılabilir⁸⁵⁵. Araştırmalarda, gönüllünün sağlığına ve diğer kişilik haklarına zarar verilmemesi için gerekli tüm tedbirler alınır. Araştırmanın gönüllüye vereceği muhtemel zararlar önceden tespit edilemediği takdirde; gönüllü, rızası bulunsa dahi, araştırma konusu yapılamaz. Gönüllü ancak, araştırmanın maksadı, usulü, muhtemel faydaları ve zararları ve araştırmaya iştirak etmekten vazgeçebileceği ve araştırmanın her safhasında başlangıçta verdiği rızayı geri alabileceği hususlarında, önceden yeterince bilgilendirilip yazılı onamı alındıktan sonra klinik araştırmaya tabi tutulabilir.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 35. maddesine göre, ergin ve mümeyyiz olmayanlara, kendilerine faydası olmadan, sırf tıbbi araştırma amacı güden tıbbi müdahaleler hiçbir surette tatbik edilemez. Faydaları bulunması şartı ile reşit ve mümeyyiz olmayanlar üzerinde tıbbi araştırma yapılması, velilerinin veya vasilerinin rızasına bağlıdır. Dolayısıyla rıza verme ehliyeti bulunmayan küçükler ile ayırt etme gücü bulunmayan kişiler bakımından da ancak tedavi amaçlı olarak deneysel yöntemlerin uygulanması mümkündür.

Hekimin tedavi yükümlülüğü hastaya tıbbi standartlara uygun tedavi yöntemlerini uygulamakla sınırlıdır. Buna karşılık, hastanın sağlık durumunun iyileştirilmesi ya da tedavinin başarılı sonuçlanması bakımından hekimin herhangi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır⁸⁵⁶. Tıbbi müdahaleler sonucunda oluşan komplikasyonlar izin verilen risk kapsamında olduğundan kural olarak hekimin sorumluluğuna yol açmamaktadır⁸⁵⁷.

855 Ayrıca, klinik araştırmalara ilişkin olarak İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik'in (RG. 13.04.2013, S. 28617) 5. maddesinde, herhangi bir ilaç konusunda bilimsel amaçla klinik araştırma yapmak isteyenlerin bu Yönetmeliğe uygun olarak yerel etik kurul aracılığıyla, araştırma protokolü ve diğer dokümanlarla birlikte Sağlık Bakanlığına başvurarak izin almak zorunda olduğu; aynı Yönetmeliğin 6. maddesinde, henüz Bakanlıkça ruhsatlandırılmamış ilaçlarla yapılan tüm klinik araştırmalar için Bakanlıktan izin alınması gerektiği, bu Yönetmeliğin 8 inci maddesinde I., II., III. dönem denemelerin gönüllülerde ve kişinin yazılı rızasıyla yapılacağı, araştırmaların kapsamı, amacı, zarar ve tehlikelerinin tam ve yazılı olarak anlatılacağı, araştırmanın her türlü hukuki ve mali sorumluluğunun araştırmayı yapan ve destekleyenlere ait olduğu düzenlenmiştir.

⁸⁵⁶ Gökcan, **age.**, s. 215.

⁸⁵⁷ Dan.15.D., 28.04.2016, E. 2016/2956, K. 2016/3012; Dan.15.D., 30.05.2016, E. 2015/9957, K. 2016/3880, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası;“ (...) *mahkemece yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen raporda, Castelloni solüsyonunun antimikrobal bir madde olduğu, içerdiği fuksin nedeniyle antifungal (mantara karşı) etkisinden yararlanıldığı, dış kulak yolundan damlatılıp orta kulağa her türlü sıvı gibi bu ilacın da toksik (zehirleyici) etki yapabileceği, diğer antifungal ilaçlardan daha az yan etkiye sahip olduğu için yaygın bir şekilde kullanıldığı, dış kulak yolunda bulunan inatçı*

Buna karşılık, gelişen komplikasyon karşısında hekimin oluşacak zararı en aza indirecek ya da önleyecek nitelikli müdahaleyi yapması gerekmektedir. Söz konusu müdahalenin geç yapılması⁸⁵⁸ veya hiç yapılmaması tıbbi uygulama hatası olarak nitelendirilmekte ve sorumluluğa yol açmaktadır⁸⁵⁹. Başka bir kararında ise

ve çeşitli yan etkileri olabilecek bir mantar enfeksiyonunu tedavi etmek için ister istemez yan etkileri olan ilaçların kullanılmasının zorunlu olduğu, Castelloni solüsyonunun da bunlardan bir tanesi olduğu, bu durumda kullanılması gerekli olan bu ilacın yan etkisinin hastada olup olmayacağının ancak ilacın uygulanması ile ortaya çıkabileceği, davacının şikayetleri üzerine yeterli ve gerekli müdahalenin yapıldığı sonucuna varıldığı (...) meydana geldiği ileri sürülen zararın idarenin ağır hizmet kusuru sonucu oluştuğu sonucuna varılmamıştır." (Dan.10.D., 04.06.2001, E. 1999/4912, K. 2001/2042, aktaran Bal / Şahin / Karabulut, **age.**, s. 316.) Ancak Danıştay 10. Dairesi'nin vermiş olduğu bu karar üzerine ilk derece mahkemesinin direnme kararı vermesi nedeniyle Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu tarafından verilen kararda, davacının kulak zarının delik olduğunun bilindiği halde ilacın yan etkilerinin daha fazla olabileceği hususunda hastanın aydınlatılmamasının hizmeti kusurlu hale getireceği ortaya konularak, idarenin sorumluluğu yönünde hüküm kurulmuştur. (Dan. İDDGK, 07.03.2003, E. 2003/716, K. 2003/91, aktaran Akyıldız / Özkan, **age.**, s. 508.) Başka bir kararında ise Danıştay, bademcik ameliyatından sonra teste gidilmeden penisilin yapıldığı ve ilacın bayat olduğu ileri sürülerek açılan tam yargı davasında, ilaca bağlı olarak oluşan görme bozukluğunu "*nadir bir ihtilat [karmaşıklık] hali*" olarak nitelendirmiştir. Kamu hizmetinden yararlananların hizmetin tabiatında olan kaçınılmaz risklere katlanmaları gerektiğine değinerek, hizmet kusurunun bulunmadığına hükmetmiştir. (Dan.12.D., 12.06.1975, E. 1971/1212, K. 1975/1317, aktaran Kazım Yenice / Yüksel Esin, **Açıklamalı - İçtihatlı - Notlu İdari Yargılama Usulü**, Arsan Matbaacılık, 1983, s. 92.)

⁸⁵⁸ Dan.15.D., 07.05.2018, E. 2013/10719, K. 2018/4518, **DD.**, S. 149, s. 288. "*(...) doğum kontrolü sağlamak amacıyla yapılan tüp bağlama ameliyatı sırasında meydana gelen ince bağırsak yırtılması sonrasında, bilgisayarlı tomografiye göre karın sol yan bölümünü dolduran büyük boyutlu sıvı saptanmasına rağmen hastanın hemen ameliyata alınması gerekirken 3 gün sonra ameliyata alınmasında (...) hizmet kusurunun varlığı (...)*" (Dan.10.D., 28.02.2007, E. 2007/8645, K. 2011/1570, aktaran Akgül, **agm.**, s. 296.); Dan.10.D., 24.02.1998, E. 1996/2967, K. 1998/808; Dan.10.D., 13.02.2001, E. E. 1998/3789, K. 2001/487, aktaran Gökcan, **age.**, s. 1455. Aynı yönde Birtek, **agm.**, s. 110; Odyakmaz, **agm.**, s. 216.

⁸⁵⁹ Koç, **agm.** Aynı yönde Çelik, **age.**, s. 120; Gökcan, **age.**, s. 239; Savaş, **agm.**, s. 273; Sunay Akyıldız, "Tibbin Uygulanmasından Doğan Tazminat Davaları ve Temel Unsurları", **Tıp Hukuku Dergisi**, C. 1, S. 1, 2012, s. 212. "*(...) davacının Mersin Devlet Hastanesinde yapılan sol diz dış yan bağ ameliyatı sonrasında bacağının alçıya alındığı, ameliyatın ertesi günü hastanın ayağının şiş ve mor olduğunu, ızdırap çektiğini görmesi üzerine hemşirenin tedbir olarak alçıyı açtığı ve hafta sonu olması nedeniyle nöbetçi doktora durumu bildirdiği, doktorun ise ameliyatı yapan doktora haber verilmesini söylediği, sonuçta doktorun pazartesi gününe kadar gelmediği, bu arada hastaya yalnızca hemşire tarafından normal tedavi yapılmaya devam edildiği, hasta iki gün sonra doktor tarafından görülünce müdahale edildiği, ancak, başarı elde edilememesi üzerine sevk edildiği (...) Hastanesinde bacağının kesildiği, olayda alçıya ait komplikasyon geliştiği, fakat nöbetçi doktor, ameliyatı yapan doktor ve hastane arasında irtibat kurulamadığı için komplikasyona zamanında müdahale edilemediği, ameliyat sonrasında tedavi ve bakımın aksadığı, gerekli tedavinin yapılmadığı hususlarının belirlendiği, bu durumda hizmet kusuru açık bulunan idarece, (...) tazminat isteminin kabulü (...)*" (Dan.10.D., 09.12.1992, E. 1992/184, K. 1992/4321, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); "*(...) streptomisin enjeksiyonundan sonra enjeksiyona bağlı olarak gelişebileceği ve ölüme yol açabileceği kabul edilen şokun önlenmesi için yeterli gözlemlerin yapılmadığı anlaşıldığından olayda davalı idarenin ağır hizmet kusuru bulunduğu (...)*" Dan.10.D., 09.03.1998, E. 1997/1531, K. 1998/1053, aktaran Bal / Şahin / Karabulut, **age.**, s. 344.) "*(...) deride ilaç testi yapılmamış olsa bile enjeksiyondan sonra hastanın belli aralıklarla izlenmesi ve enjeksiyona bağlı olarak gelişebilecek şoka karşı yeterli ve etkili önlemlerin alınması gerekmektedir. Davacıların yakınlarına yapılan streptomisin enjeksiyonundan sonra enjeksiyona bağlı olarak gelişebileceği ve ölüme yol açabileceği kabul edilen şokun önlenmesi amacıyla yeterli gözlemlerin yapılmadığı anlaşıldığından, bunun sonucunda meydana gelen ölüm olayında davalı idarenin ağır hizmet kusurunun bulunduğu sonucuna varılmıştır. (...)*" (Dan.10.D., 01.06.1994, E. 1993/363, K. 1994/2502, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Aynı yönde, Dan.10.D., 31.03.1997, E. 1995/7754, K. 1997/1071, aktaran Bal / Şahin / Karabulut, **age.**, s. 350.

Danıştay, meydana gelebileceği önceden öngörülen komplikasyonların önlenmesi için gerekli tedbirlerin alınmamasını hizmet kusuru olarak nitelendirmiştir⁸⁶⁰.

Hekim gözetiminde bedensel ve psikolojik tedavi amacıyla en sık kullanılan yöntem ilaç tedavisidir. İlaç tedavisi, farmasötik etkili ilaçların kullanılması yoluyla⁸⁶¹ veya farmakolojik etkisi olmayan ilaçların kullanılması yoluyla gerçekleştirilebilmektedir. İlaç tedavisi sırasında ortaya çıkan hatalar gerek tespiti ve gerek önlenmesi bakımından daha basit ve açık olmakla beraber, bu hatalara uygulamada sık şekilde rastlanmaktadır.

İlacın⁸⁶² ya da hastaya uygulanacak dozun yanlış seçilmesi, hekim tarafından bizzat hazırlanması durumunda, hazırlama yöntemlerine uyulmaması, hastanın gösterebileceği alerjik reaksiyonlar veya diğer yan etkiler⁸⁶³ dikkate alınmaksızın ilacın reçete edilmesi⁸⁶⁴, birlikte alınması hasta sağlığı bakımından tehlike oluşturacak ilaçların hastaya verilmesi⁸⁶⁵ ya da uygun olmayan aralıklarla hastaya

⁸⁶⁰ Dan.10.D., 09.10.1995, E. 1994/2110, K. 1995/4255, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Aynı yönde, Dan.15.D., 25.06.2015, E. 2013/6275, K. 2015/4430.

⁸⁶¹ Tıp biliminin genel olarak kabul edilmiş ve sürekli bir kullanıma kavuşmuş ilaçlar farmasötik etkili ilaçlar olarak tanımlanmaktadır. Bu ilaçlar, içerdikleri maddeler yoluyla doğrudan hastalığın tedavisini sağlamaktadır. Buna karşılık, farmakolojik etkisi ve tedavi edici niteliği olmayan plasebo niteliğindeki ilaçların kullanılması yoluyla da hastaların tedavisi gerçekleştirilebilmektedir. (Er, **age.**, s. 100.)

⁸⁶² Dan.10.D., 08.12.1997, E. 1996/2121, K. 1997/5476, aktaran Bal / Şahin / Karabulut, **age.**, s. 347.

⁸⁶³ Dan.10.D., 16.05.2001, E. 1999/1689, K. 2001/1839, aktaran Bal / Şahin / Karabulut, **age.**, s. 328.

⁸⁶⁴ “(...) davacıya verilen ilaçlar arasında bulunan ‘Exen Forte tablet’ adlı ilacın mide hassasiyeti olan hastalarda yan etkisinin olabileceğini, ancak davacıya sorulmasına rağmen böyle bir hassasiyeti olduğunu bildirmediğini savunmuştur. Davacı, davalı tarafından bu ilaçla ilgili olarak kendisinin uyarılmadığını ve mide şikayeti ile ilgili soru sorulmadığını bildirmiştir. Diğer yandan, hükme esas alınan Üroloji uzmanı Op. Dr. D.A. tarafından hazırlanan bilirkişi raporunda; ağrı kesici etkisi yönüyle kullanıldığı anlaşılan Exen Forte tablet türü ilaçların mide bağırsak sisteminde rahatsızlığı bulunan hastalarda dikkatli kullanılması, mümkünse kullanımından kaçınılması, mide kanamasının bu tür ilaçların beklenebilecek yan etkisi olduğundan, kullanılması zorunluluk arz ediyorsa mide koruyucu bir ilaçla birlikte kullanılmasının uygun olacağı şeklinde görüş bildirilmesine rağmen; hekimin beyanı gözetilerek hastanın önceden uyarılmış olduğunun kabulü ile ortaya çıkan komplikasyonların tamamen ilacın yan etkisi olup, davalıların kusurlarının olmadığı kanaatine varılmıştır. Davalı tarafından davacının bu konuda bilgilendirildiğine ve gerekli önlemlerin alındığına ilişkin davalı doktorun mücerret beyanı dışında dosyada herhangi bir bulgu ve belge yoktur. Ayrıca, tedavi öncesi mide şikayeti olan davacının bu konuda uyarılmasına ve soru sorulmasına rağmen, kendi sağlığını riske atacak şekilde bu durumu bildirmeyerek ve ısrarla bu ilacı 9 gün kullanarak mide kanaması geçirmesine sebebiyet vermesi de hayatın olağan akışına uygun düşmemektedir.” (Yar.13.HD, 19.10.2006, E. 2006/10057, K. 2006/13842, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

⁸⁶⁵ “Davacıların çocuğu ‘geniz ameliyatı’ şikayeti ile üniversite hastanesine başvurmuş, ancak ameliyat öncesinde uygulanan anestezi neticesinde Yüksek Sağlık Şurası’nın raporuna göre periton boşluğunun mayi ile dolu olduğunun görüldüğü, kullanılmadığı bildirilmesine rağmen iç organ parçalarının sistematik toksitolojik incelenmesinde barbiturat grubundan pentobal etken maddesinin bulunduğu tespit edilmiştir. Bu itibarla davalı idarenin ağır hizmet kusurunun bulunduğu açıktır.” (Dan.10.D., 01.02.1996, E. 1994/7433, K. 1996/318, aktaran Bal / Şahin / Karabulut, **age.**, s. 350.)

ilaç verilmesi gibi haller ilaçlı tedaviler sırasında en sık karşılaşılan hatalardır. Buna karşılık, hekimin ilacın içeriğini ayrıca denetlemesi mümkün olmadığından, kullanma talimatına uygun bir şekilde ilacın hastaya verilmesine karşın ilacın olumsuz etkiler yaratması ihtimalinde hekimin kusurlu davranışından söz edilemeyecektir⁸⁶⁶.

İlaç tedavisine ilişkin olarak uygulamada ortaya çıkan önemli sorunlardan biri de endikasyon olmaksızın ilaç kullanımıdır. Başka bir deyişle, kişinin sağlık durumunun bunu gerektirmemesine karşın, kendiliğinden ya da hastanın ısrarı üzerine hekimin reçete etmesi üzerine ilaç kullanımı tıbbi uygulama hatası oluşturmaktadır. Zira bu hallerde tıbbi müdahalenin şartlarından olan tıbbi gereklilik koşulu karşılanmamış olacağından verilen ilaç, kişinin maddi varlığına müdahale niteliği taşıyacaktır⁸⁶⁷.

Tedavi amaçlı olarak vücuda enjekte edilen serum, ilaç ve diğer tıbbi maddelerin gerekli şartları taşıması, güncel tıp standartlarına uygun olması ve hastaya yeterli ölçüde verilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda hekim tarafından hastaya yanlış enjeksiyon yaptırılması tıbbi uygulama hatası olarak nitelendirilmektedir⁸⁶⁸. Bunun yanında Danıştay, enjeksiyon sonucunda meydana

Aynı yönde, “(...) çocuk olan hastanın yaşı ve kilosu ile genel anestezi altında olduğu ve verilen ilaçların birbirini etkileyip hastaya daha fazla tesir edebileceği hususlarının nazara alınmadığı, dolayısıyla ameliyat sırasında doktorların gerekli özen ve ciddiyeti göstermedikleri sabit olduğundan, olayda davalı hastane ve doktorların kusurlu oldukları (...)” (Yar.13.HD, 07.02.2005, 12088/1728, aktaran Ersöz, **agm.**, s. 67, dn. 13.)

⁸⁶⁶ A. Kürşat Ersöz / Halid Özkan, “Hekim ve Eczacının İlacın Kullanılmasından Kaynaklanan Yasal Sorumluluğu”, **Tıp Hukuku Dergisi**, Y. 3, S. 5, 2014, s. 65.

⁸⁶⁷ Ersöz, **agm.**, s. 71.

⁸⁶⁸ “(...) davacının çocuğunun sol el 4. parmağındaki siğilin tedavisi için (...) Devlet Hastanesine müracaatı üzerine, siğilin çıkarılması amacıyla enjekte edilmesi gereken ve doktor tarafından reçeteye yazılan ‘Mercaine’ isimli ilaç yerine ‘İL 33’ isimli ilacın görevli hemşire tarafından enjektöre çekilip, görevli doktor tarafından enjekte edilmesi sonucu kangren olan sol el 4. parmağın kesilmesi (...) olayda da yanlış ilaç enjekte edilerek ilgilinin parmağının kangren olması sonucu kesilmesine sebep olan idarenin hizmet kusurunun açık olduğu (...)” (Dan.10.D., 08.12.1997, E. 1996/2121, K. 1997/5476, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) “Devlet hastanesinde, tedbirsizlik ve meslekte acemilik nedeniyle hatalı enjeksiyon yapılarak davacının kolunun kangren olmasına ve kesilmesine yol açılması karşısında, dava konusu olayda davalı idarece yürütülmekte olan sağlık hizmetinin işleyişindeki yetersizlik olarak ortaya çıkan hizmet kusurunun kabulü zorunlu olup; davacının olay nedeniyle uğradığı zararların hizmeti kusurlu işleten davalı idarece tazmini gerekmektedir.” (Dan.10.D., 16.01.1985, E. 1982/2908, K. 1985/26, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); “(...) potasyum klorürün yavaş olarak verilmesi gereken bir ilaç olduğu, ancak davacıların çocuğuna setten hızla verilmiş olması nedeniyle ölüme neden olduğunun belirtildiği anlaşılmaktadır. (...) potasyum klorürün setten hızla verilmesi sonucu ölüm olayı meydana geldiğinden idarenin ağır hizmet kusuru nedeniyle tazmin sorumluluğunun bulunduğu kabulü gerekmektedir.” (Dan.10.D., 27.03.2002, E. 2000/1010, K. 2002/852, aktaran Bal / Şahin / Karabulut, **age.**, s. 307.)

gelebilecek risklere karşı etkili şekilde önlem alınmamasının da hizmet kusuru oluşturacağını bir kararında vurgulamıştır⁸⁶⁹. Benzer şekilde, tedavi amaçlı olarak hastanın vücuduna enjekte edilen ilacın tedaviyle ilgisinin bulunmaması, yanlış ilacın verilmesi⁸⁷⁰ ya da enjekte edilen ilacın dozunun yanlış ayarlanması hizmetin kötü işlemesi nedeniyle idarenin sorumluluğuna yol açacaktır⁸⁷¹. Bunun yanında, hastanın tedavisi için elverişli olan ve daha az risk taşıyan ilaçlar yerine riskli ilaçların kullanılması da hizmet kusuru oluşturmaktadır⁸⁷².

Bazı ilaçlar ise farmasötik nitelikleri gereği alerjik reaksiyonlara neden olabilmektedir. Söz konusu ilaçların uygulanmasından önce hastanın anamnezinin eksiksiz şekilde alınması zorunludur. Yine bu hallerde, ilacın uygunluğu konusunda testler yapılmadan doğrudan hasta üzerinde uygulanması da gerek Danıştay⁸⁷³ ve gerek Yargıtay⁸⁷⁴ tarafından tıbbi uygulama hatası olarak nitelendirilmiştir. Buna karşılık, uygulamada hastanın alerji öyküsünün bulunması ihtimalinde, başka bir tedavi yöntemine geçilmeyerek hastaya “*test dozu ile*” alerjik ilacın verilmesi söz konusu olabilmektedir. Böyle bir durumda reçeteye konulan söz konusu “*test dozuyla verilmesine*” dair not hizmet kusurunu ortadan kaldırmamaktadır⁸⁷⁵.

Hekimin tıbbi bilgisini ve uzmanlığını aşan bir alanda tedavi uygulaması sonucu oluşan zararlar tıbbi uygulama hatasına neden olmaktadır⁸⁷⁶. Bu husus cerrahi müdahaleler bakımından 1219 sayılı Kanun’un 3. maddesinde açıkça düzenlenmiştir.

⁸⁶⁹ Dan.10.D., 01.06.1994, E. 1993/363, K. 1994/2402, **DD**, S. 90, s. 1088.

⁸⁷⁰ “(...) davacıların çocuğunun fare zehri içtiği şüphesiyle kaldırıldığı (...) Devlet Hastanesinde yanlış ilaç verilmesi sonucu vücut tamlığının yitirdiğinden dolayı uğranıldığı ileri sürülen (...) zararın tazmin istemiyle açılmış (...) dava konusu olayda gerekli dikkat ve özeni göstermeyip yanlış ilaç verilmesi nedeniyle ağır hizmet kusuru işlediği sonucuna varıldığı (...)” (Dan.10. D., 13.10.1999, E. 1997/2731, K. 1999/4835, aktaran Bal / Şahin / Karabulut, **age.**, s. 341.) Aynı yönde karar için bkz. “(...) olayda da yanlış ilaç enjekte edilerek ilgilinin parmağının kangren olması sonucu kesilmesine sebep olan idarenin hizmet kusurunun açık olduğu (...)” (Dan. 10. D., 08.12.1997, E. 1996/2121, K. 1997/5476, aktaran Bal / Şahin / Karabulut, **age.**, s. 348.); Dan.10.D., 13.10.1999, E. 1997/2731, K. 1999/4835, aktaran Bal / Şahin / Karabulut, **age.**, s. 341.

⁸⁷¹ Dan. İDDK, 07.03.2003, E. 2002/716, K. 2003/91, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Aynı yönde, CE, 10.04.1992, *M. et Mme. V.*, n° 79027, Dalloz.fr.; Çevirisi için bkz. Erdoğan Bülbül, “Fransız Danıştay (Conseil d’Etat) Kararı”, **Argumentum**, Y. 3, S. 28, 1992, s. 476.

⁸⁷² Ersöz, **agm.**, s. 68; Günday, **age.**, s. 64.

⁸⁷³ Dan.10.D., 01.06.1994, E. 1993/363, K. 1994/2502, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁸⁷⁴ Yar.13.HD, 19.09.2006, 6680/12109, aktaran Ersöz, **agm.**, s. 71, dn. 29.

⁸⁷⁵ Hancı, **agm.**, s. 91.

⁸⁷⁶ Er, **age.**, s. 96; Demir, **agm.**, s. 262. Sağlık Meslek Mensupları ile Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmeliğin Ek 1 düzenlemesine göre, hekim tıp ve uzmanlık eğitimi sırasında kazanmış olduğu bilgi, beceri ve tutum çerçevesinde, tıbbi ilke ve yöntemleri uygulayarak tanı, tedavi ve rehabilitasyon uygulamaları yapar, olası komplikasyonların önlenmesi için tedbirler alır ve gerektiğinde hastayı sevk eder. Ayrıca hekim, gerekli gördüğü durumlarda diğer tabip, uzman tabip veya birimden konsültasyon ister.

“Önemli cerrahi müdahalelerin yapılması” ihtisas koşuluna bağlanmıştır. Uzman cerrah olmayan hekim tarafından bu tip cerrahi müdahalelerin yapılması, faaliyetin tıbbi standartlara uygun olup olmadığına bakılmaksızın hukuka aykırı olacaktır. Yine bu kapsamda, pratisyen hekimin uzmanlık gerektiren bir alanda tedavi uygulaması⁸⁷⁷, hekimin kendi uzmanlık alanının dışına çıkan konularda ilaç yazması tıbbi uygulama hatası yaratmaktadır⁸⁷⁸. Bu ihtimallerde hasta üzerinde acil müdahaleler yapıp, durumu stabil hale getirildikten sonra görevli uzman hekime sevk edilmesi gerekmektedir⁸⁷⁹. Bu halde sevk aşamasında hastanın durumunun daha kötü hale gelmesini engelleyecek tedbirlerin alınmaması ya da acil müdahalelerin yapılmaması hizmet kusuru oluşturacaktır⁸⁸⁰. Buna karşılık, herhangi bir uzmanlık gerektirmeyen, pratisyen hekim tarafından yürütülebilmekte olan tıbbi müdahalelerin uzman hekim tarafından yerine getirilmesi durumunda hizmet kusuru oluşmayacaktır⁸⁸¹.

Yukarıda sözü geçen ihtimallere ek olarak, uzman hekimin yan dal uzmanının müdahalesinin gerekli olduğu bir alanda faaliyet yürütmesinin de tıbbi uygulama hatası oluşturacağı düşünülebilir. Ancak, Tıpta Uzmanlık Kurulu’nun 14.11.2012 tarihli ve 321 sayılı kararıyla anadal uzmanının yan dal uzmanının alanına giren, yan dal uzmanının ise anadal uzmanının alanına giren tıbbi müdahaleler bakımından da

⁸⁷⁷ Yüksek Sağlık Şurası önüne gelen bir olayda, göz uzmanı hekim, bir gözündeki tümör nedeniyle endüasyona tabi tutulacak hastanın ameliyatına asistanını göndermiş, asistan tarafından hasta dosyası özensiz şekilde incelendikten sonra ameliyata girilmesi sonucunda hastanın yanlış gözü ameliyat edilmiştir. Uzman hekim ve asistan hekimin söz konusu faaliyeti ağır kusurlu bulunarak tazminata hükmedilmiştir. (Hancı, **agm.**, s. 31.)

⁸⁷⁸ Karadibak / Çınarlı, **agm.**, s. 57; Kıcalıoğlu, **agm.**, s. 28. Dan.15.D., 26.02.2016, E. 2013/2150, K. 2016/1221, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Aynı yöndeki Yargıtay kararı için bkz. 4.CD, 30.05.2007, E. 2007/1624, K. 2007/5160, Tiphukuku.org.tr.

⁸⁷⁹ Türkan / Tuğcu, **age.**, s. 230. Bu kapsamda, özellikle kaza ve künt travmalarda, acil servise başvuran hastaların tam bir muayenesinin yapılması, ağız içi, burun içi, kulak arkası, saçlı deri, boyun ve genital bölgelerinin incelenmesi, olası lezyonlarının aranması gerekmektedir.

⁸⁸⁰ “(...) davacının akciğer grafilerinde çok sayıda kot kırıkları ve pronötoraks saptanmasına karşın, toraks tüpü takılmadan ve stabil hale getirilmeden sevk edilmesi” Danıştay tarafından hizmet kusuru olarak nitelendirilmiştir. (Dan.10.D., 15.05.2007, E. 2004/12641, K. 2007/2645, aktaran Akgül, **agm.**, s. 296.) Başka bir kararında ise Danıştay hayati tehlikesi bulunan hastanın içinde hekim olmayan ambulansla ve hemşire eşliğinde sevk edilmesinin hizmet kusuru oluşturacağına hükmetmiştir: “hastada aniden bradikardi (kalp atımının düşmesi) gelişmesine bağlı olarak kalbinin durduğu, acil müdahale sonrası tekrar çalıştırıldığı, hastanede yoğun bakım ünitesi olmaması sebebiyle Erzurum Atatürk Üniversitesi Hastanesine sevkine karar verildiği, hastanın ambulans ile hemşire refakatinde, doktor olmaksızın sevk sırasında yine kalbinin durduğu, Erzurum Atatürk Üniversitesi Hastanesine ulaştıklarında ise ölmüş olduğunun tespit edildiği anlaşılmaktadır. (...) sevk sırasında ambulansla doktor bulundurulması gerekirken, sadece hemşire refakatinde sevk edilmesi hizmet kusuru oluşturmaktadır.” (Dan.15.D., 26.06.2014, E. 2013/4048, K. 2014/5742 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Yargıtay da bir kararında bu hususu vurgulamıştır: “(...) Bir çene cerrahinin kendi uzmanlık alanı dışına çıkarak, hastalarına röntgen ışınları uygulaması, hukuka aykırı bir davranıştır.” (Yar.4.HD, 17.12.1976, E. 1976/962, K. 1976/11046, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

⁸⁸¹ Kızılyel, **agm.**, s. 149.

yetkili olacağı düzenlenmiştir. Başka bir deyişle, söz konusu düzenleme ile uzmanlığın daha nitelikli bir türü olan yan dal uzmanı tarafından yürütülmesi gereken faaliyetlerin, bu alanda uzmanlaşmamış, ana dal uzman hekimleri tarafından yürütülmesi mümkün hale gelmiştir⁸⁸². Öte yandan, ana dal uzmanlarının görev alanının yan dal uzmanları lehine daralmasına ve yan dal uzmanlarına mahfuz tedavi alanı tanınmasına yönelik düzenlemeler, anadal uzmanının çalışma özgürlüğünü kısıtladığı gerekçesiyle Danıştay tarafından hukuka aykırı bulunarak iptal edilmiştir⁸⁸³. Dolayısıyla, hastalığın teşhis ve tedavisinin yan dal uzmanlığı alanına girmesi durumunda, uzman hekimin hastayı sevk etmemesi ya da hastaya herhangi bir açıklamada bulunmaksızın tedaviyi gerçekleştirmesi hukuka uygun olacaktır. Karşılaştırmalı hukukta tıbbi uygulama hatası olarak nitelendirilen bu ihtimal doktrin tarafından da eleştirilmektedir⁸⁸⁴. Ayrıca söz konusu ihtimalde, uzman hekimin durumu açıklayarak, yan dal uzmanına başvurma hususunda hastaya seçim hakkı vermesi gerektiğini savunan görüşler de bulunmaktadır⁸⁸⁵. Kanaatimizce bu ihtimalde, Tıpta Uzmanlık Kurulu’nun anılan kararı gereğince hekimin hastayı sevk etme yükümlülüğü bulunmamaktadır⁸⁸⁶. Dolayısıyla hastayı yan dal uzmanına sevk etmeyen ya da yan dal uzmanından konsültasyon istemeyen hekimin herhangi bir sorumluluğu oluşmayacaktır. Buna karşılık, teşhisi koyan uzman hekimin, tıpkı farklı

⁸⁸² “Davaya konu olayı vatani görevini yapmakta olan erin davalı doktor tarafından ‘biteral varis’ tanısı ile askeri hastanede ameliyat edilmesi sonucu gerçekleşmiştir. Davalı genel cerrahi uzmanıdır. Kural olarak ve bazı özel ayrıcalıklar dışında doktorluk mesleğinin ‘uzmanlık nedeniyle sınırlandırılması’ söz konusu değildir. Bu nedenle genel cerrah olan davalının varis ameliyatı yapması hukuka aykırı değildir. Ancak kendi içinde özel uzmanlık dallarına ayrılmış alanda tıbbi müdahalede bulunurken; doktorun bu özel uzmanlık alanının gereği olan bilgiler ile araç ve gereçlere sahip olması gerekir. Bunlara sahip olmadan yapılacak tıbbi müdahaleden doğan zararlar hukuka aykırı hale gelebilir.” (Yar.4.HD,06.05.1991, E. 1990/5104, K. 1991/429, aktaran Aşçıoğlu, **age.**, s. 45.)

⁸⁸³ Dan.10.D., 21.12.2012, E. 2012/2474, Ttb.org.tr. (Erişim Tarihi: 07.02.2019)

⁸⁸⁴ Amerikan yargısında uyuşmazlık konusu olan bir olayda, bir aile doktoru çalışma alanında birçok tüberküloz örneği gördüğü ve bu konuda uzman olduğu düşüncesiyle hastaya tüberküloz teşhisi koyarak bir yıl süreyle tedavi uygulamıştır. Bir yılın sonunda başka bir doktora başvuran hastanın gerçekte tüberküloz olmadığını öğrenmesi üzerine açılan davada mahkeme sağlık hizmetini kusurlu bulmuş ve tazminata hükmetmiştir. (Aktaran Çınarlı, **age.**, s. 192.) Kızılyel, hekimin uzman olmamasına rağmen kendi uzmanlık alanının dışında ya da bu alanın kapsamını aşan komplike vakalara müdahale etmesinin fevkalade ve çok ağır bir kusurluluk hali olduğunu vurgulayarak, bu hallerde salt kişisel kusuru nedeniyle adli yargıda hekim aleyhine dava açılabileceğini ileri sürmüştür. Buna karşılık müellif, belli bir ağırlık düzeyinde olmayan ve ancak detaylı inceleme yapılması halinde anlaşılabilen yetki aşımından yalnızca hizmet kusurunun oluşacağını savunmaktadır. (Kızılyel, **agm.**, s. 210.) Ntekim Yargıtay da bir kararında genel cerrahın, hastayı sevk etmeyerek özel uzmanlık gerektiren bir tıbbi müdahaleyi doğrudan kendisinin yapmasını tıbbi uygulama hatası olarak nitelendirmiştir. (Yar.4.HD, 06.05.1991, E. 1990/5104, K. 1991/429, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

⁸⁸⁵ Hızal, **age.**, s. 15.

⁸⁸⁶ Hızal ise bu ihtimalde ikili bir ayırım yapılması gerektiğini vurgulamakta, aynı sağlık kuruluşunda yan dal uzmanının bulunması halinde hastanın sevk edilmesi gerektiğini, aksi durumda ise hastanın aydınlatılmasının yeterli olduğunu ileri sürmektedir. (Hızal, **age.**, s. 16.)

tedavi seçeneklerinin bulunması halinde hastayı aydınlatmasının zorunlu olduğu gibi, bu ihtimalde de yan dal uzmanına başvuru yapma hususunda hastayı aydınlatması gereklidir. Aksi durumda tedavi sonucunda oluşacak zarardan aydınlatma yükümlülüğünün ihlali nedeniyle idarenin sorumluluğu ortaya çıkacaktır.

Söz konusu duruma ilişkin bir başka ihtimal ise, lisans eğitimini tamamlamak için sağlık kuruluşlarında staj yapmakta olan tıp fakültesi öğrencileri tarafından müdahale yaptırılmasıdır. Zorunlu hallerde ve hekimin gözetimi altında stajyerler tarafından tıbbi müdahale yapılabileceği kabul edilmektedir. Bu koşulların birlikte gerçekleşmemesi durumunda ise yapılan müdahale hukuka aykırılık oluşturacaktır. Nitekim Fransız Toplum Sağlığı Kanunu'nun L 6153 hükmüne göre de stajyerin ancak hekim gözetim ve denetiminde tıbbi müdahalelere katılması mümkündür⁸⁸⁷. Bu ihtimalde stajyer hekimin yürüttüğü faaliyetlerden denetimi altında olduğu hekim sorumlu olmaktadır⁸⁸⁸. Buna karşılık, tıbbi müdahalenin doğrudan ve tek başına stajyer hekim tarafından yapılması ise hizmet kusuru oluşturmaktadır⁸⁸⁹. Benzer şekilde 10 Kasım 1999 tarihli ve 99-930 sayılı Kararname uyarınca, stajyer hekimlerin ancak hekimlerin gözetim ve denetimi altında önleyici sağlık hizmetleri

⁸⁸⁷ Ulusal mevzuatımızda yer alan düzenlemeden farklı olarak Fransız hukukunda stajyer hekim (intörn) ve stajyer öğrenci birbirinden farklı kavramlara tekabül ettiğinden farklı sorumluluk rejimine tabi tutulmaktadır. Fransız Toplum Sağlığı Kanunu'nun L 6153 – 2 hükmü uyarınca, belli bir uzmanlık dalına ilişkin olarak üniversite hastanesinde ya da bölge hastanesinde eğitim görmekte olan hekimler stajyer hekim olarak kabul edilmektedir. Ulusal hukukumuzda uzmanlık eğitimi alan hekim olarak kategorize edilebilecek olan bu grupta faaliyet yürüten hekimler yalnızca sorumlu hekimin gözetim ve denetimi altında faaliyet yürütebilmektedir. Buna karşılık, stajyer öğrenciler henüz tıp fakültesinden mezun olmamış, lisans eğitimi kapsamında tıbbi müdahalelere katılan hekim adayları olarak tasnif edilebilir. Stajyer öğrencilerin tıbbi müdahalelere eğitim amaçlı olarak katılmaları mümkün olmakla birlikte, doğrudan ya da sorumlu hekimin gözetim ve denetiminde tıbbi müdahalede bulunamazlar. (Truchet, *age.*, s. 190.)

⁸⁸⁸ Ersöz, *agm.*, s. 109; Gökcan, *age.*, s. 161.

⁸⁸⁹ CE, 06.11.1959, *Sieur Sarotti*, Rec., s. 591, aktaran Bereket Baş, *agm.*, s. 75; CE, 25.06.1954, *Dame Forcina*, Rec. Lebon, 1954., s. 388; CE, 18.12.1953, *Sieur Fresnais*, Rec. Lebon, 1953, s. 568. Bu ihtimalde hekimlerin öncelikle söz konusu müdahalenin hiçbir tehlike taşımayacağından emin olmaları gerekmekte olup, tıbbi faaliyetlerin ciddiyetine ters düşmemesi koşuluyla istisnai olarak stajyer öğrencileri görevlendirebilecekleri kabul edilmektedir. (CE, 04.10.1969, *Doukakis*, n° 71582, Rec. Lebon, 1968, Dalloz.fr.)

Bu ihtimalde stajyer hekimin yürüttüğü faaliyet nedeniyle hizmetten yararlananın zarara uğraması durumunda tazminat ödemek zorunda kalan idarenin, bu meblağı için kime rücu edeceği ayrı bir hukuki sorun yaratmaktadır. Zira bu ihtimalde stajyer hekim kamu personeli olarak nitelendirilemeyeceğinden, idarenin Anayasa'nın 129. maddesi doğrultusunda kendisine rücu etmesi mümkün olmayacaktır. Bu durumda zararın idarenin üzerinde kalması gibi bir sonuç ortaya çıkacaktır. Ersöz, bu ihtimalde denetim ve gözetim yükümlülüğünü etkili şekilde yerine getirmeyen, stajyer hekimden sorumlu hekime söz konusu zarar için rücu edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. (Ersöz, *agm.*, s. 109.)

ile teşhis ve tedavi faaliyetlerini yürütebilecekleri öngörülmüştür⁸⁹⁰. Acil haller ile mücbir sebep oluşturan hallerde ise stajyer hekimlerin hekimin gözetiminde olmaksızın tıbbi müdahale yapabilmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir⁸⁹¹.

Hekimin uzmanlık alanını aşması hizmetin geç ya da kötü işlemesine de yol açabilmektedir. Zira bu ihtimalde söz konusu hastalık ve tedavi bakımından daha az yeterli donanımda olan hekimin, uygulayacağı tedavi daha uzun zaman alabilecektir. Danıştay bu ihtimallerde oluşan zarardan idarenin sorumlu tutulacağı yönünde hüküm kurmaktadır⁸⁹².

Bunun yanında, tedavi yöntemini seçme hususunda hekimin geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Buna karşılık, ilaç tedavisi ile geçmesi mümkün olan hastalıklar bakımından doğrudan ameliyata girişilmesi ya da daha hafif yan etkileri bulunan bir tedavi yöntemi yerine hastanın sağlığı yönünden daha ağır sonuçları olan tıbbi müdahalelerin uygulanmasının hizmet kusuru oluşturacağı kabul edilmektedir⁸⁹³. Bu kapsamda, yatırılarak tedavi edilmesi gereken hastanın ayakta tedavi edilerek taburcu edilmesi Danıştay tarafından hizmet kusuru olarak nitelendirilmektedir⁸⁹⁴. Ancak hangi faaliyetin daha etkili olacağının belirlenmesi teknik bilgi ve uzmanlık gerektirdiğinden, bu hallerin tespitinde çoğunlukla tıbbi bilirkişiye başvurulması ihtiyacı doğmaktadır.

Teşhis faaliyetlerinde olduğu gibi tedavi faaliyetlerinin de zamanında yapılmaması hizmet kusuruna yol açmaktadır. Bu durum özellikle acil müdahale

⁸⁹⁰ 1953 tarihli *Sieur Fresnais* kararında Fransız Danıştay, acil durum ve mücbir sebepler dışında, tıbbi müdahalenin önemi veya büyüklüğü dikkate alınmaksızın, tüm müdahalelerin ancak uzman ve asistan hekimler tarafından yapılabileceğini belirtmiştir. Buna karşılık, her tıbbi müdahale bakımından ayrıca ve açıkça belirtilmesi halinde, stajyer hekimlerin de hekim ve asistan hekimin gözetim ve denetimi altında tıbbi müdahalelere katılabilmeleri mümkündür. (CE, 18.12.1953, *Sieur Fresnais*, Rec. Lebon, 1953., s. 568.) Aynı yönde başka bir Fransız Danıştay kararı için bkz. CE, 09.11.1959, *Sarotte*, Rec. Lebon, 1959, s. 591.

⁸⁹¹ CAA Nancy, 10.07.1990, *Marty*, n° 89NC01018, Rec. Lebon, 1990, Dalloz.fr.

⁸⁹² “*Smear testinin yapılmamış olması nedeniyle herhangi bir uzman hekim gözetimi olmaksızın aile hekimliği asistanı müdahil tarafından muayene odasına alınmış, bu testin uzman hekim nezaretinde, önce hymenin durumunun gözle kontrol edilmesi ve zedelenmeye yol açmayacak şekilde küçük boy bir spekulum kullanılarak yapılması gerekirken, bu hususlara dikkat edilmeden yapılan müdahale ile davacının bekâreti bozulmuştur. İdarece yürütülen sağlık hizmetinin kusurlu işletilmesi sonucunda davacıda oluşan manevi zararın tazmini[ni] (...) kabul etmiştir.*” (Dan.10.D., 31.12.2009, E. 2009/822, K. 2009/11619, aktaran Odyakmaz, **agm.**, s. 17.)

⁸⁹³ Hancı, **age.**, s. 81; Er, **age.**, s. 76. Söz gelimi laparaskopi yoluyla yapılabilecek olan safra kesesi ameliyatının, bu yöntem hakkında hastaya herhangi bir bilgi verilmeksizin olağan cerrahi usullerle yapılması hizmet kusuru oluşturacaktır. (Çetin, **agm.**, s. 39.)

⁸⁹⁴ Dan.10.D., 14.06.2001, E. 1999/4088, K. 2001/2336, aktaran Bal / Şahin / Karabulut, **age.**, s. 332.

gerektiren hallerde daha sık ortaya çıkmaktadır. Danıştay önüne gelen bir uyuşmazlıkta, yaralı olarak hastaneye başvuran kişinin getirildiği hastanede kaldığı süre içinde yeterli tıbbi müdahale yapılmaması sonucunda meydana gelen zararda idarenin sorumluluğuna hükmetmiştir⁸⁹⁵. Yine, ameliyatın zamanında yapılmayarak hastanın uygunsuz koşullarda bekletilmesi ve ameliyata alınmadan önceki süreçte hastaya herhangi bir sağlık personelinin refakat etmemesi sonucunda zararın meydana gelmesi durumunda Mahkeme hizmet kusurunun bulunduğu yönünde hüküm kurmaktadır⁸⁹⁶.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne gelen bir başvuruda ise, ağırları olduğu şikayetiyle bir üniversite hastanesine başvuran ve hamile olan başvuru önce acil servis doktoru tarafından muayene edilmiş, daha sonra kadın hastalıkları ve doğum servisine sevk edilerek muayene edilmiştir. Burada yapılan ultrasonografiden sonra, taşıdığı bebeğin ölü olduğu ve ölü bebeğin alınması için hemen ameliyat edilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. Daha sonra, hastaneye yatırılma ve cerrahi müdahalenin ücretli olduğu ve 600 veya 700 milyon Türk Lirası tutarında bir depozitonun hastane döner sermayesine yatırılması gerektiği kendisine bildirilmiştir. Bu meblağı ödeyemeyen başvuru eşi hastaneye yatırılmamış ve tıbbi personel olmaksızın özel ambulans ile başka bir Devlet hastanesine sevk edilmiştir. Uyuşmazlığı Sözleşme'nin 2. maddesi bakımından değerlendiren AİHM, hastanın tıbbi müdahalesini yapmaksızın transferini gerçekleştirmek suretiyle ölümüne sebebiyet veren ve ameliyat ücretini ödeyemeyen hastayı tedaviden kaçınan Ege Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesi doktorlarının mesleki ödevlerini yerine getirmediklerini tespit etmiştir. Hastanın hastaneye varışı sırasındaki sağlık durumunun ağırlığı ve yapılmadığı takdirde son derece ağır sonuçlara yol açabilecek acil bir ameliyatın gerekliliğini dikkate alan Mahkeme, başvuru tıbbi bakıma

⁸⁹⁵ Dan.10.D., 09.12.1992, E. 1992/184, K. 1992/4321; Dan.10.D., 09.11.1999, E. 1997/4839, K. 1999/5475, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁸⁹⁶ "(...) ateş ve lökosit miktarına nazaran, acilen müdahaleyi gerektiren bir vak'ada hastanın nöbetçi tabip tarafından hastane görevlilerinden birisinin nezaretinde olmaksızın hariciye servisine gönderilmesinde ve hariciye servisinde hastanın muayene edilmiyerek uzun süre bekletilip tekrar birliğine geri gönderilmesinde (...) idarenin hizmet kusuru bulunduğu (...)" (Dan.12.D., 25.12.1968, E. 1967/788, K. 1968/2448, aktaran Esin, **age.**, s. 46.) "cerrahi durum gelişebileceğinden şüphe edilen hastanın takipten uzaklaştırılmaması gerektiği halde takipten uzak tutan doktorların kusurlu oldukları, (...) kesin ölüm nedeni belirlenememiş olmakla beraber (...) hastaneye her iki müracaatında da yeterli takip ve araştırma yapılmadığı, uygulanan tedavi yöntemlerinin yetersiz olduğu belli olduğuna göre, hastayı yatıp gerekli takip ve özeni göstermediklerinden hastayı muayene eden üç doktorun (...) kusurlu bulunduğu (...)" (Dan.10.D., 27.04.1999, E. 1997/4741, K. 1999/1950, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

erişim hakkından mahrum kaldığı gerekçesiyle Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir⁸⁹⁷.

Tedavinin geç yapılmasında olduğu gibi zamanından önce yapılması durumunda ortaya çıkan zararlar da idarenin sorumluluğuna yol açacaktır. Sözgelimi, henüz doğum aşamasına gelmemiş bir hamilenin tıbbi bir zorunluluk bulunmamasına karşın annenin ısrarı üzerine suni sancı ile doğurulması sonucunda, bebeğin erken doğmasından kaynaklanan zararlar idarenin sorumluluğuna yol açacaktır. Programlanmış doğum olarak nitelendirilebilen söz konusu haller hizmetin kötü işlemesine yol açmaktadır⁸⁹⁸.

Sağlık hizmetlerinin ertelenemez ve ikame edilemez niteliğinin bir sonucu olarak hekimlerin teşhis ve tedavi sürecinde yaptıkları tıbbi uygulama hatalarının hizmet kusurunun klasik sınıflandırmasına tabi tutulması çoğu zaman mümkün olamamaktadır. Söz gelimi acil bir vakıya hekimin zamanında müdahale etmemesi ve bunun sonucunda kişinin hayatını kaybetmesi durumunun hizmetin geç işlemesi olarak nitelendirilmesi ilk başta akla gelse de, söz konusu durum aynı zamanda hizmetin kötü işlemesi hatta hiç işlememesi olarak da nitelendirilebilir. Zira, sağlık kuruluşlarında tedavinin zamanında yapılmamış olması ile hiç yapılmamış olması özellikle acil vakalarda aynı sonucun doğmasına yol açmaktadır. Yine, zamanında yapılmayan müdahaleler sonucunda etkili bir tedavi uygulanamamakta ve bunun sonucunda hizmet kötü işlemiş olmaktadır. Bu nedenle sağlık hizmetlerinde hizmet kusurundan doğan sorumluluk hallerini kendi içinde sınıflandırmak çoğunlukla mümkün olmamaktadır⁸⁹⁹. Nitekim, Danıştay da yalnızca hizmet kusuru bulunduğu gerekçesiyle ve herhangi bir alt sınıflandırma yapmayarak hüküm kurmakta⁹⁰⁰, ya da hizmet kusurunun görünüm biçimlerinin tümünü zikrederek karar vermektedir⁹⁰¹.

⁸⁹⁷ AIHM, *Mehmet Şentürk, Bekir Şentürk / Türkiye*, BN. 13423/09, T. 09.04.2013, Hudoc.echr.coe.int.

⁸⁹⁸ Hakeri, *age.*, s. 651.

⁸⁹⁹ Sağlık hizmetleri yönünden söz konusu ayırım ve sınıflandırmanın yapılmasının güç olduğu ve söz konusu teorik ayırımın tıbbi müdahaleler bakımından yetersiz kaldığı öğretide de ileri sürülmektedir. (Betül Çatak Iruz, *Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu*, Adalet Yayınevi, 2011, s. 31; Kızılyel, *agm.*, s. 145. Aynı yöndeki görüş ve farklı bir sınıflandırma için bkz. Odyakmaz, *agm.*, s. 213.)

⁹⁰⁰ Dan.10.D., 09.12.1992, E. 1992/184, K. 1992/4321, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁹⁰¹ Dan.15.D., 30.11.2016, E. 2013/1236, K. 2016/5776, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

Kanaatimizce salt teorik nitelik taşıyan ve hizmet kusurunun somut olayda tespit edilmesi bakımından zorunlu olmayan söz konusu üçlü ayrımın özellikle tıbbi müdahaleler bakımından aranması yersiz bir çabadır⁹⁰². Her türlü hizmet kusurunda söz konusu ayrımın kaldırılması gerektiğine ilişkin öğretide ileri sürülen görüşler⁹⁰³ de göz önünde bulundurulduğunda, sağlık hizmeti gibi karmaşık nitelik taşıyan faaliyetlerde bu ayrımın hizmet kusurunun bir unsuru gibi görülerek mutlak suretle aranması somut olaydaki sorumluluğun tespitini zorlaştıracaktır.

Aynı durum daha özel nitelikli tıbbi müdahaleler olan tıbbi operasyonlardan kaynaklanan idarenin sorumluluğunda da söz konusudur. Tıbbi operasyonun eksik ya da geç yerine getirilmesi çoğu zaman hiç yerine getirilmemesiyle aynı sonuca yol açmaktadır. Yine, müdahalenin hatalı şekilde yapılması da yaşanan gecikme nedeniyle doğru müdahalenin yapılmasını imkansız kılabilmektedir. Bu nedenle söz konusu ayrımın tıbbi operasyonlar bakımından da çoğu zaman bir yararı bulunmamaktadır.

B) Tıbbi Operasyonlar Sırasında Yapılan Tıbbi Uygulama Hataları ve Sorumluluk

Ameliyat olarak da adlandırılan tıbbi operasyonlar, tedavi amacıyla doğrudan doğruya organ ve dokular üzerinde fiziki değişiklikler meydana getirmek üzere girişilen tıbbi müdahalelerdir. Bu müdahaleler organ ve dolayısıyla organizmada yer alan bozuklukları gidermeye yöneliktir⁹⁰⁴. Tıbbi operasyonlar genellikle cerrahi ve invazif yöntemlerle yerine getirilmektedir.

Tıbbi operasyonların çoğunda kişinin organik yapısında meydana gelen bozulmalar onarılmaktadır. Burada kişinin doğuştan ya da sonradan olan organik

⁹⁰² Irız, söz konusu üçlü ayrımın yetersizliğini vurgulayarak, sağlık hizmetlerinden kaynaklanan hizmet kusuru hallerini, sağlık hizmetlerinin kuruluşu ve işletilmesinde yetersizlik ve tıbbi uygulama hataları olmak üzere ikili olarak sınıflandırmış; tıbbi uygulama hatalarının kendi içinde, uzmanlık sınırının aşılması, bilgilendirme eksikliği, tanı hatası, tedavi hatası, özen eksikliği ve sır saklama yükümlülüğüne uyulmaması olmak üzere altı alt başlıkta tasnif edilebileceğini savunmuştur. (Irız, **agm.**, s. 32.)

⁹⁰³ Gözler, **age.**, s. 1060.

⁹⁰⁴ Bunun yanında söz konusu müdahaleler koruma amaçlı da yapılabilmektedir. Şöyle ki, henüz tam anlamıyla hastalıklı görünmeyen bir organ, ileride meydana gelecek bir bozukluktan korunmak amacıyla cerrahi müdahaleye tabi tutulabilmektedir. (Nevzat, Gürelli, "Hukuk Açısından Cerrahi Müdahalenin Sınırları", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 41, S. 1-2, 1975.)

bozukluklarının düzeltilmesi amaçlanmaktadır. Teşhis konulan hastalık ya da sakatlığın tedavisi bazı hallerde salt ilaç tedavisi ya da diğer fiziksel egzersizlerle giderilemeyebilmekte, cerrahi müdahale yapılmak suretiyle doku ya da biyolojik oluşumun alınması veya onarılması gerekmektedir. Bu ihtimalde, tıbbi operasyonların tıpkı olağan tedavi yöntemleri gibi tedavi amacıyla yapıldığı açıktır **(1)**. Bazı tıbbi operasyonlar ise ilk bakışta onarım amaçlı görünmeyebilir. Söz gelimi estetik amaçlı tıbbi operasyonlar onarım amacı dışında, salt güzel görünmek ya da sağlıklı olan dış görünüşü değiştirmek amacıyla da gerçekleştirilebilmektedir. Yukarıda açıklandığı üzere tıbbi müdahalelerin salt tıbbi gereklilik halinde yapılması anlayışı, yerini psikolojik ve hatta sosyal gereklilik halinde de yapılabilme anlayışına bırakmıştır. Bu doğrultuda, kanunun izin vermesi durumunda tedavi amacının açık olmadığı hallerde de tıbbi müdahalenin yapılması mümkün olacaktır. Ancak bu müdahaleler doğrudan kişinin yaşamına sağlıklı bir şekilde devam etmesine yönelik olmadığından, Anayasa'nın 17. maddesiyle güvence altına alınan kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının sağlanması amacıyla bu operasyonlar daha sıkı şartlara tabi tutulmaktadır. Bu operasyonlarda hekimin özen yükümlülüğü, sorumluluğu genişletecek şekilde daha sıkı yorumlanmaktadır **(2)**.

1) İdarenin Olağan Tıbbi Operasyonlar Sırasında Yapılan Tıbbi Uygulama Hatalarından Kaynaklanan Sorumluluğu

Sosyal ve psikolojik gereklilikler sebebiyle gerçekleştirilen tıbbi operasyonlardan farklı olarak olağan tıbbi operasyonlar olarak sınıflandırdığımız tıbbi müdahalelerin temel amacı hastalık ya da kaza sonrasında kişinin bedensel bütünlüğünde meydana gelen bozulmaların onarılması ve oluşacak zararın en aza indirilmesidir. Dolayısıyla söz konusu operasyonların kural olarak bedensel bakımdan sağlıklı kişilere yapılması gerekmektedir. Tıbbi operasyonların diğer tıbbi müdahalelerden temel farkı ise, hastanın bedensel bütünlüğüne girişimsel müdahale yapılması suretiyle gerçekleştiriliyor olmalarıdır. Başka bir deyişle, kişinin bedensel bütünlüğünde fiziksel bir bozulmanın meydana gelmesi tıbbi operasyonların kaçınılmaz bir sonucudur. Fiziksel bütünlükte meydana gelen bozulmalar ise kaçınılmaz olarak hasta üzerinde daha fazla riskin oluşabilmesine neden olmaktadır. İnsan vücudunun biyolojik yönden karmaşık yapısı da dikkate alındığında bir yandan tıbbi operasyonlarda belli bir başarı şansı garanti

edilememekte, diğer yandan ise belli bir organ ya da dokuya yönelik müdahale diğer organ ve dokular üzerinde zararlı sonuçlara yol açabilmektedir.

Yukarıda açıklanan zorluklar dikkate alınarak tıbbi operasyonlar bakımından, diğer müdahalelere nazaran daha farklı bir sorumluluk rejimi öngörülmekte, bu faaliyetler nedeniyle sorumluluğun oluşması için daha nitelikli bir kusurluluk hali aranmaktadır. Bu doğrultuda, öğretilerde bir görüş, hastanelerde yürütülen tıbbi faaliyetlerde ikili ayırım yaparak, tıbbi operasyon niteliğindeki faaliyetlerden sorumluluk doğması için ağır kusurun bulunması gerektiğini, diğer tıbbi müdahalelerde ise basit kusurun yeterli olduğunu ileri sürmüştür⁹⁰⁵. Diğer görüş ise, hekimler tarafından yürütülen faaliyetleri kendi içinde ayırma tabi tutmamakta, hastane hizmetleri olarak bilinen hastanelerin kuruluş ve işleyişine ilişkin işlerde sorumluluk için basit kusuru yeterli bulurken, hekimlik hizmeti olarak nitelendirdiği ve örnek olarak ameliyat, ilaç verme ve iğne yapma gibi faaliyetleri gösterdiği hizmetlerde ağır kusurun aranması gerektiğini ileri sürmüştür⁹⁰⁶.

Başta tüm tıbbi faaliyetler yönünden idarenin sorumlu tutulabilmesi için ağır kusur şartını arayan Danıştay, aşağıda daha ayrıntılı olarak inceleneceği üzere, sorumluluk bakımından giderek basit kusuru yeterli bulmaya başlamıştır. Nitekim günümüzde tıbbi operasyonların dışında kalan müdahalelerde basit kusurun varlığı halinde idarenin sorumluluğuna hükmedilmektedir. Buna karşılık diğer tıbbi müdahalelere nazaran bünyesinde daha fazla risk taşıyan ve öngörülemeyen sonuçları sıklıkla içinde barındıran tıbbi operasyonlar bakımından idarenin sorumlu tutulabilmesi için hekimin kusurunun belli bir ağırlık derecesinde olması gerektiği kabul edilmiştir⁹⁰⁷. Öte yandan sağlık personelinin bu alanda sorumluluk almaktan

⁹⁰⁵ Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. 3, 3. baskı, İsmail Akgün Matbaası, 1966, s. 1741. *Güran*, sunulan sağlık hizmeti veya tıbbi müdahale “olağan” nitelikte ise idarenin basit kusurundan dahi sorumluluğunun doğacağını; buna karşılık söz konusu faaliyetlerin yürütülmesini veya tıbbi faaliyetin türü ve boyutları “olağan dışı” ise, belli zorluklar, karmaşıklık ve mesleki takdire açık unsurlar taşıyorsa idarenin sorumluluğunun ancak ağır ve bariz kusur halinde söz konusu olabileceğini savunmaktadır. (Sait Güran, “Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu”, DD, Y. 12, S. 46 - 47, 1982, s. 20.) Aynı yönde görüş için bkz. Yasemin Kılıç Öztürk, “Sağlık Hizmet Sunumunda İdarenin Kusur Sorumluluğu”, **Ankara Medicine. Journal**, Y. 15, S. 4, 2015, s. 241.

⁹⁰⁶ Esin, **age.**, s. 54; Yayla, **age.**, s. 364; Karaeage, **agm.**, s. 115. *Onar* ise yalnızca akıl hastanelerinde sunulan sağlık hizmetinin daha riskli nitelik taşıdığını, bu nedenle bu hizmetlerden kaynaklanan zararlardan idarenin sorumlu tutulabilmesi için ağır kusurun bulunması gerektiğini savunmaktadır. (Onar, **age.**, s. 1741.)

⁹⁰⁷ “(...) davacıların çocuğunun rahatsızlanması nedeniyle (...) Tıp Fakültesine başvurmaları üzerine bademcik ameliyatı yapılmasına karar verildiği (...) yapılan ameliyat sırasında %5'lik dekstroz yerine dikkatsizlik ve tedbirsizlik sonucu %50'lik dekstroz (serum) takılması sonucunda, %80-110 mg.

çekinmesi ve bu nedenle hizmeti yürütmekten kaçınmayı tercih etmesi ihtimali de ağır kusur şartı aranmasının bir diğer sebebidir⁹⁰⁸.

Danıştay bir kararında, hekimin kusurlu davranmasının kaçınılmaz olduğu cerrahi müdahalelerde hizmet kusurunun tespitinin daha güç olduğunu vurgulayarak sorumluluk için ağır bir kusurun bulunması gerektiğini ortaya koymuştur⁹⁰⁹: “(...) *sağlık hizmetlerinin bünyesinde risk taşıdığı, tedavi ve cerrahi müdahalelerde meydana gelen komplikasyonlarda hizmet kusurunun tespit edilmesinin güç olduğu (...) safra kesesi taşına bağlı olarak gelişen patolojilerin bazen cerrahın safra kanalını ayırt etme olasılığını ortadan kaldırdığı ve safra kanallarının yaralanmasının kaçınılmaz bir hal aldığından ameliyatı yapan cerrahın hata oranını tespit etmenin mümkün olmadığı (...) bu durumda ameliyat sonrası meydana gelen rahatsızlıklardan dolayı hekim hatasından doğan hizmet kusurundan söz edilemeyeceği, meydana gelen sağlık sorunlarının ise hizmetin taşıdığı risklerden kaynaklandığının anlaşıldığı gerekçesiyle (...) kararın onanmasına (...) karar verilmiştir.*” Bazı kararlarında ise Mahkeme, tıbbi operasyonlardan kaynaklanan zararların tazminine ilişkin davalarda ağır kusur ölçütüne değinmeksizin doğrudan hizmet kusuruna dayanarak sorumluluğa hükmetmiştir⁹¹⁰.

civarında olması gereken kan şekerinin %1000 mg. seviyesine yükseldiği, bu nedenle hastanın önce bitkisel hayata girdiği, yapılan insülin tedavisine karşın serumda bulunan ve kana karışan yüksek dozdaki şekerin düşürülemediği ve hiper glisemi koması ve komplikasyonları sonucu öldüğü, (...) Adli Tıp Kurumunca yapılan inceleme sonucu düzenlenen rapordan, kan ve iç organ parçalarının makroskopik, mikroskopik ve toksikolojik incelemesinden elde edilen bilgi ve bulgulara göre, çocuğun ölümünün hiperglisemi koması ve komplikasyonlarından meydana geldiğinin anlaşıldığı, bu durumda olayda ağır hizmet kusuru nedeniyle davacıların uğradığı zararın idarece tazmini gerektiği (...)” (Dan.10.D., 13.11.1996, E. 1996/1091, K. 1996/7530, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Aynı yönde bkz. Dan.15.D., 12.12.2013, E. 2013/4237, K. 2013/10653. *Çağlayan*, yürütülen sağlık hizmetinin olağan nitelikte olması durumunda basit kusurun yeterli olduğunu; buna karşılık tıbbi faaliyetin türü, niteliği ve boyutlarının olağanın dışına çıktığı durumlarda olması ya da belli nitelikler, zorluklar ve mesleki takdire açık unsurlar içermesi durumunda ağır kusurun aranması gerektiğini savunmaktadır. (Çağlayan, *age.*, s. 273. Aynı yönde Hızal, *age.*, s. 40.) *Yaşar* ise, kusursuz sorumluluğun uygulama alanının giderek genişlemesi ile birlikte ağır kusur kavramının da önemini yitirdiğini vurgulamış, kusurun ağırlığının yalnızca tazminatın miktarının belirlenmesi bakımından kıtas olarak kullanılabileceğini ileri sürmüştür. (Hasan Nuri Yaşar, “İdarenin Sorumluluğu Üzerine Düşünceler”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXVII, S. 1, 2008, s. 215.)

⁹⁰⁸ Hızal, *age.*, s. 49.

⁹⁰⁹ Dan.10.D., 21.12.1995, E. 1994/5037, K. 1995/6647, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Dan.10.D., 19.02.2001, E. 1998/4750, K. 2001/622, aktaran Bal / Şahin / Karabulut, *age.*, s. 324. Aynı yönde karar için bkz. Dan. 10.D., 25.12.1995, E. 1995/3058, K. 1995/6698, aktaran Bereket Baş, *agm.*, s. 84.

⁹¹⁰ “(...) olayda gözündeki rahatsızlık nedeniyle (...) Hastanesine başvuran davacının sol göz üst kapağında bulunan şalozyon (arpacık) nedeniyle ameliyat yoluyla tedavisine karar verilerek (...) ameliyat edildiği, ameliyat esnasında lokal anestezi uygulanmasında kullanılan 22 numaralı anestezi iğnesinin davacının sol göz saat altı katranına isabet ettiği, bu nedenle davacının sol gözünün görme yeteneğini tamamen kaybettiği hususlarının davalı idarece de kabul edildiği (...) ortada sol gözün tamamen yitirilmesi sonucunu doğuran bir zararın varlığının kuşkusuz olduğu (...) davalı idarece

Fransız Danıştayı ise, başta tıbbi müdahaleler dışında kalan sağlık hizmetleri ile tıbbi operasyonlar dışında kalan tıbbi müdahalelerde kabul ettiği basit kusuru, özellikle 1990'lı yıllardan sonra tıbbi operasyonlarda da kabul etme yönünde eğilim sergilemiştir⁹¹¹. Buna karşılık, aciliyet gerektiren, zorunluluk hallerinde yapılan tıbbi operasyonlarda ağır kusur esası benimsenmeye devam edilmiştir⁹¹².

Yukarıda yapılan açıklamalar ve yer verilen yerleşik içtihadı karşın Danıştay'ın daha yeni tarihli bazı kararlarında tıbbi operasyonlarda idarenin sorumluluğunun belirlenmesinde ağır hizmet kusurunu aramadığı, hekimin en basit hatasından dolayı dahi idarenin sorumluluğuna hükmettiği de dikkat çekmektedir⁹¹³. Danıştay'ın bu yeni içtihadına paralel olarak *Odyakmaz*, hastanın hakları söz konusu olduğunda değil ağır kusur aranması, hiç kusur olmasa dahi sosyal risk ilkesi ve idarenin kusursuz sorumluluğundan hareketle tazminat talebinin kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir⁹¹⁴.

Bunun yanında, ağır kusurun tespitinde tıbbi operasyonların niteliği ile işin güçlüğünün de göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bu kapsamda daha tehlikeli nitelik taşıyan tıbbi operasyonlarda diğerlerine nazaran daha yüksek bir

yürütülmekte olan sağlık hizmetinin işleyişinden ortaya çıkan bu zararın hizmet kusurlu işleten idarece tazmini gerektiği (...)" (Dan.10.D., 22.11.1999, E. 1998/190, K. 1999/6198, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Aynı yönde kararlar için bkz. Dan.10.D., 12.11.2007, E. 2005/7349, K. 2007/5057; Dan.10.D., 22.11.2012, E. 2008/7693, K. 2012/5954, aktaran Akgül, **agm.**, s. 282; Dan.15.D., 18.02.2015, E.2013/4361, K. 2015/890.)

⁹¹¹ Bülbül, **agm.**, s. 475; Gaudemet, **age.**, s. 176; Lambert - Faivre / Porchy - Simon, **age.**, s. 710; Esper / Sargos, **age.**, s. 249; Lachaume / Pauliat / Braconnier / Deffigier, **age.**, s. 807. Fransız Danıştayı tıbbi müdahaleler bakımından istisnai olarak, yalnızca tıbbi operasyonlardan kaynaklanan zararlara ilişkin uyuşmazlıklarda ağır kusur şartını aramıştır. (CE, 09.01.1957, *Assistance publique de Marseille*, **AJDA**, 1957, s. 76; CE, 04.03.1988, *Mme. Pierdet*, n° 55612, Rec. Lebon, 1989, Dalloz.fr.

⁹¹² Chapus, **age.**, s. 1306; Gaudemet, **age.**, s. 176; Pierre-Laurent Frier, Jacques Petit, **Droit administratif**, 9e édition, LGDJ, 2014, s. 559; Bertrand Seiller, **Droit administratif**, 2. L'action administrative, 6e édition, Champs université, 2001, s. 301.

⁹¹³ "septorinoplasti ameliyatı sırasında sol gözde görme kaybı geliştiği bildirilen S.Ö.'ye ait (...) evrakın tetkikinden, ameliyatı yapan doktorun operasyon sırasında özensiz ve dikkatsiz davranışı nedeniyle beyindeki kanama ve görme kaybına neden olduğu (...) ancak kırık hattının optik siniri de zedelemesi göz önüne alındığında kusur oranının 2/8 (sekizde iki) olduğu belirtilmiştir. Sağlık hizmetlerinde tazmin sorumluluğunun bulunduğu söz edilebilmesi için hizmet kusurunun belirli bir ağırlıkta olması şartının aranması, bu tür hizmetlerin bünyesinde zaten bir risk unsuru taşıdığı bilinmesindendir. Sağlık hizmeti sunumunda, sağlık personelinin en küçük kusuru bile kalıcı sakatlıklara, arızalara, hatta ölümlere yol açabilmektedir." (Dan.10.D., 23.06.2008, E.2006/5165, K.2008/4726, aktaran Odyakmaz, **agm.**, s. 10.); "Zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumunda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı sağlık hizmetinde, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için; zararın, idarenin hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir." (Dan.15.D., 09.05.2016, E. 2013/4524, K. 2016/3302, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

⁹¹⁴ Odyakmaz, **agm.**, s. 11.

ihdimanın gösterilmesinin gerektiği öğretide savunulmaktadır⁹¹⁵. Buna göre, kusurun ağırlığının tespiti bakımından tıbbi operasyonlar arasında da bir kademelendirme yapılması gerekmektedir.

Tıbbi operasyonlar da kendi içinde ağırlık derecelerine göre sınıflandırmaya tabi tutulabilmektedir. Bu operasyonlardan bazılarının laparoskopik cerrahi (kapalı ameliyat) ya da mikrocerrahi usulüyle gerçekleştirilmesi mümkünken, diğerlerinin açık ameliyat usulüyle gerçekleştirilmesi söz konusu olabilmektedir. Bunun yanında söz konusu operasyonlarda kişiye tam anestezi uygulanabileceği gibi, epidural ya da lokal anestezi yönteminin de uygulanması söz konusu olabilmektedir. Bu bakımdan gerek hastanın uyuşturulması ve gerek uygulanacak operasyon usulü bakımından hekimin geniş bir takdir alanının bulunduğu söylenebilir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, hekimin tedavi yöntemini seçme konusundaki takdir yetkisinden hareketle Danıştay, güncel bilimsel ve teknolojik olanaklara uygun şekilde tıbbi operasyon yöntemini belirleyen hekimin salt bundan kaynaklı bir sorumluluğunun bulunmayacağı, takdir hakkının kullanılması suretiyle operasyon yönteminin değiştirilmesinin ağır hizmet kusuru olarak nitelendirilemeyeceği yönünde hüküm kurmaktadır⁹¹⁶. Aynı şekilde tıbbi operasyonlardan kaynaklanan sorumlulukta hekimlerin el becerisi olarak nitelendirilen tıbbi faaliyetlerin tıp standartlarına uygunluğunun tespitinde orta düzeyde bir hekimin olağan davranışı esas alınarak değerlendirme yapılması gerektiği kabul edilmektedir⁹¹⁷.

Buna karşılık, Danıştay'ın yerleşik içtihadında tıbbi operasyon sırasında hastanın vücudunda ameliyat aleti unutulması⁹¹⁸ ya da hastaya oksijen yerine

⁹¹⁵ Bereket Baş, **agm.**, s. 74.

⁹¹⁶ Dan.10.D., 02.11.1999, E. 1997/3111, K. 1999/5383, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁹¹⁷ Bereket Baş, **agm.**, s. 76.

⁹¹⁸ Dan.10.D., 19.10.1999, E. 1997/3565, K. 1999/5224, **DD**, S. 103, s. 889; Dan.10.D., 08.12.2009, E. 2009/7969, K. 2009/10233, aktaran Akgül, **agm.**, s. 297; Dan.10.D., 27.05.2011, E. 2010/14788, K. 2011/2042, aktaran Akgül, **agm.**, s. 496; Dan.10.D., 14.03.2001, E. 2000/5558, K. 2001/791, aktaran Bal / şahin / Karabulut, **age.**, s. 327. Aynı yönde Bölge İdare Mahkemesi kararı için bkz. İstanbul BİM 8.İDD, 15.02.2017, E. 2016/254, K. 2017/188, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası. Konuya ilişkin Danıştay'ın bir kararında uyuşmazlık konusu yapılan olayda davacılar, miras bırakan M.E.'nin bir Devlet Hastanesinde yapılan ameliyatında karın boşluğunda havlu unutulması sonucu öldüğünü belirterek Sağlık Bakanlığından tazminat isteminde bulunmuşlardır. Mahkeme, ölümün yapılan göbek fitiğı ameliyatının tıbbi sonucu değil, ameliyatı yapanların karın boşluğunda yabancı madde bırakmaları ve daha sonra hastanın başvurusunu hiç dikkate almamalarından meydana geldiğini, zararın idarenin ağır hizmet kusuruna dayandığından bahisle manevi tazminat ödenmesine karar vermiştir. (Dan.12.D., 18.03.1981, E. 1979/3926, K. 1981/518, aktaran Yenice / Esin, **age.**, s. 92.) Aynı yöndeki Yargıtay içtihadı için bkz. Yar.4.HD, 11.12.1976, E. 1976/4260, K. 1976/1393; Yar.4.HD, 16.05.1968, E. 1968/4365, K. 1968/4310.

karbondioksit gazı verilmesi⁹¹⁹, narkozun soluk borusu yerine yemek borusuna verilmesi⁹²⁰ ağır hizmet kusuru olarak kabul edilmektedir. Aynı şekilde Mahkeme, hasta ameliyat edilmediği halde buna ilişkin rapor düzenlenmesini, tıbbi operasyon sırasında gerçekleştirilmemiş olan müdahalenin gerçekleştirildiği yönünde hastanın bilgilendirilmesini ağır hizmet kusuru olarak nitelendirmiştir⁹²¹. Bu hallerde Mahkeme söz konusu ihmal nedeniyle ortada maddi bir zarar olup olmadığına bakmaksızın idarenin sorumluluğu nedeniyle tazminata hükmetmektedir.⁹²² Nitekim Fransız Danıştay da kompres bezi, şiş gibi ameliyat sırasında kullanılan malzemenin hastanın vücudunda unutulmasının hizmet kusuru oluşturacağına karar vermiştir⁹²³.

Danıştay, önüne gelen bir uyuşmazlıkta aynı hastanede birden fazla tıbbi operasyon geçiren hastanın karnında unutulmuş olduğu tespit edilen ameliyat aletinin, hangi ameliyatta unutulmuş olduğu önem taşımaksızın idarenin hizmet kusuruna yol açacağı hususunda hüküm kurmuştur⁹²⁴. Kanaatimizce bu karar söz konusu uygulama hatası nedeniyle oluşan zararın tazmini için İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) 13. maddesi kapsamında açılacak tam yargı davası bakımından ayrı bir önem arz etmektedir. Şöyle ki, İYUK madde 13 düzenlemesi uyarınca tam yargı davası açılabilmesi için dava açılmadan önce, dava konusu eylemin yazılı bildirim veya başka şekilde öğrenildiği tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurularak ön karar alınması gerekmektedir. 659 sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli

⁹¹⁹ “davacılarından birinin eşi diğerlerinin annesi olan ilgilinin, ameliyat sırasında oksijen yerine karbondioksit gazı verilmesi sonucu ölümünde idarenin ağır hizmet kusuru nedeniyle tazmin sorumluluğunun bulunduğu tartışmasızdır.” (Dan.10.D., 03.05.1995, E. 1994/3258, K. 1995/2379, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Aynı yönde AYİM 2.D, 02.11.1994, E. 1992/97, K. 1994/1644, AYİMD, S. 9, 1995, s. 682 vd.

⁹²⁰ Hancı, **agm.**, s. 29.

⁹²¹ Dan.10.D., 02.11.1999, E. 1997/3111, K. 1999/5383, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁹²² Aynı yöndeki Fransız Danıştay kararı için bkz. CE, 09.01.1957, *Assistance publique de Marseille*, **AJDA**, 1957.

⁹²³ CE, 13.10.1965, *Sieur Impagliazzo*, Rec. Lebon, 1965; CE, 13.07.1966, *Departement du Haut-Rhin*, Rec. Lebon, 1966, Dalloz.fr.

⁹²⁴ “sfinkter onarımı ve sezaryen ameliyatını davalı idareye bağlı hastanelerde olan, bu hastanelere başvurup tedavi olduğu anlaşılan davacının, özel veya üniversite hastanelerinde operasyon geçirdiği yolunda davalı Bakanlıkça herhangi bir iddia öne sürülmemekte, belirtilen konuda tıbbi bir tespit de bulunmamaktadır. Dolayısıyla davacının karnında unutulmuş spançin davalı idareye bağlı hastanelerde yapılan tıbbi operasyonlardan herhangi birinde unutulduğunun kabulü zorunludur. Bu durumda, davalı Bakanlığa bağlı hastanelerde tıbbi operasyonlar geçiren davacının, yine davalı Bakanlığa bağlı bir hastanede geçirdiği operasyonda karnından spanç çıkarılması, spançin önceki operasyonlardan herhangi birinde unutulduğunun açık olması karşısında, olayda davalı idarenin ağır hizmet kusuru ve tazmin sorumluluğu bulunmaktadır.” (Dan.10.D., 25.06.2008, E. 2007/2965, K. 2008/4831, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Aynı yönde Fransız öğretisi için bkz. Jean - Paul Markus, “Responsabilité des établissements publics de santé - Préjudice”, JCP, Dalloz.fr. s. 13; Fransız Danıştay kararı için bkz. CE, 29.06.2009, *AP-HP*, n° 285383, Rec. Lebon, 2009, Dalloz.fr.

İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname kapsamındaki idarelerde ise aynı süre içinde bu KHK'nin 12. maddesinde düzenlenen sulh başvurusunun yapılması zorunludur.

Her iki başvuruda da idare tarafından verilecek karar üzerine dava açma süresi içinde zararın tazmini amacıyla tam yargı davası açılması mümkündür. Anılan düzenlemelerden anlaşılacağı üzere, idarenin zarar doğuran eyleminin gerçekleştiği tarih idareye başvuru tarihinin son gününün, dolayısıyla da dava açma süresinin tespitinde belirleyici olmaktadır. Hastanın geçirmiş olduğu birden fazla tıbbi operasyon sonucunda karnından ameliyat aleti unutulması ihtimalinde, hangi operasyonda unutulduğu önem taşımaksızın, son operasyon tarihine göre idarenin sorumlu tutulması, yukarıda sözügeçen idareye başvuru tarihinin son gününün tespitinde davacı lehine bir sonuç yaratacaktır. Söz gelimi hastanın beş yıl arayla iki ayrı ameliyat geçirmesi ve bu operasyonlardan birinde hastanın karnında ameliyat aleti unutulması ihtimalinde, hastanın ikinci ameliyat tarihinden itibaren beş yılın sonuna kadar idareye başvurarak zararını istemesi mümkün olacaktır. Bu bakımdan zararın meydana geldiği tarihin belirlenemediği durumlarda son operasyon tarihinin esas alınması davacının lehine sonuç yaratmaktadır.

Tıbbi operasyonlar sırasında meydana gelen zararların başında damar yaralanmaları yer almaktadır. Söz gelimi, hastaya yapılan disk ameliyatı sırasında, disk dokuları çıkarılırken, diske yakın damarlarda yaralanmaya sebep olunması halinin meslekte acemilik olarak mı yoksa, komplikasyon olarak mı değerlendirileceği sorumluluk hukuku bakımından önem taşımaktadır. Kanaatimizce, damar yaralanmaları bakımından ikili bir ayırım yapılması gerekmekte olup, operasyon yapılan dokuya bitişik olan ve yapılan müdahaleden etkilenmesi kaçınılmaz olan yaralanmaların komplikasyon olarak kabul edilmesi, ameliyat sahasına uzak olan bir damarın hasara maruz bırakılması ise meslekte acemilik olarak nitelendirilerek tazminata hükmedilmesi gerekmektedir⁹²⁵.

Tıbbi operasyonlar kapsamında sık karşılaşılan bir diğer uygulama hatası ise hekimin hatalı olarak hastanın sağlıklı organı ya da dokusuna tıbbi müdahalede bulunmasıdır. Söz konusu müdahale sonucunda organ ya da doku tamamen ya da

⁹²⁵ Benzer görüş için bkz. Birtok, **agm.**, s. 112.

kısmen işlevsiz hale gelebilmekte ve hatta hasta üzerinde yaşamsal zararlara neden olabilmektedir. Yanlış organ ya da dokunun vücuttan alınması veya tıbbi operasyona konu olması Danıştay tarafından ağır hizmet kusuru olarak nitelendirilmektedir⁹²⁶. Buna karşılık, hekimin hastaya ait organ ya da dokuyu eksik alması kanaatimizce her zaman ağır hizmet kusuru olarak nitelendirilemeyecektir. Şöyle ki, tıbbi operasyon kapsamında hekimin hastalıklı organın tümünün alınmasını ya da müdahaleye maruz bırakılmasını gerekli görmemesi, vücut bütünlüğünde daha hafif bir müdahale uygulayarak hastayı tedavi etmeye çabalaması hekimin tedavi yöntemini belirlemede özerkliği kapsamındadır. Söz gelimi, doğuştan orak hücre anemi hastalığı olan bir kişinin dalağının bir bölümünün tedavi amaçlı olarak alınması, ancak şikâyetlerin devam etmesi nedeniyle tekrar operasyon yapılarak organın geri kalanın da alınmak zorunda kalması ihtimalinde kanaatimizce ağır hizmet kusurunun varlığından bahsedilemeyecektir. Ancak hekimin tedavi özerkliği ilkesi ile hizmetin eksik işlemesi kavramlarının somut olay bakımından ayırt edilmesi gerekmektedir. Hekim özerkliği ilkesi kapsamında organ ya da dokunun eksik alınması ihtimalinde hekim hastalıklı organa uygulayacağı müdahalenin büyüklüğünü tıp standartlarına uygun bir şekilde ve bu standartların belirlediği takdir alanı içinde belirlemektedir. Dolayısıyla güncel tıbbi uygulamalara aykırı bir davranış oluşmamaktadır. Buna karşılık, tıbbi operasyonun eksik yapılması ihtimalinde hekim güncel tıp uygulamasını yerine getirmemektedir.

Farklı uzmanlık dalına mensup birden fazla hekimin müdahalesinin gerekli olduğu tıbbi operasyonlarda yeterli sayıda hekimin hastanede mevcut bulunmaması durumunda hekimin tıbbi operasyon yapmaktan kaçınması ve hastayı uygun nitelikte hekimin bulunduğu hastaneye sevk etmesi gerekmekte olup, aksi durumda bu operasyondan kaynaklanan zararlar ağır hizmet kusuru olarak nitelendirilecek ve

⁹²⁶ Dan.10.D., 29.12.1999, E. 1997/6600, K. 1999/7409, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Dan.10.D., 10.10.1996, E. 1995/934, K. 1996/5933, **DD**, S. 93, s. 523. “*Karaciğer rahatsızlığı nedeniyle Üniversite Hastanesinde tedavisi yürütülen davacının (...) karaciğer biopsisi sonucunda, karaciğerden parça alınması gerekirken, yanlışlıkla böbrekten parça alınması nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen (...) zararın, yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle açılan davada, (...) Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulu'na yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucunda hazırlanan bilirkişi raporunda davacıya, ultrasonografi eşliğinde karaciğer biyopsisi yapıldığının bildirildiği, ultrasonografi altında karaciğer biyopsisinin hem interkostal hem de subkostal yapılabileceği, biyopsinin karaciğer yerine böbrekten alınmasının beklenen bir durum olmadığı; bu nedenle davalı idarenin hizmet kusurunun bulunduğu (...)*” (Dan.10.D., 31.03.2009, E. 2008/11112, K. 2009/2529, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

idare sorumlu tutulacaktır⁹²⁷. Lyon İdari İstinaf Mahkemesi bir uyuşmazlıkta anestezi uzmanının hastanede bulunmaması nedeniyle hemşire gözetiminde anestezi uygulanması suretiyle tıbbi operasyonun gerçekleştiği olayda, idarenin hizmet kusurunun bulunduğu yönünde hüküm kurulmuştur⁹²⁸. Kararında Mahkeme söz konusu operasyonun anestezi uzmanının gözetiminde yapılmasının gerekli olduğunu, anestezi uzmanının operasyon sırasında bulunmaması durumunda ise en azından sağlık kuruluşunda ve ulaşılabilir olmasının bir zorunluluk olduğunu belirtmiştir⁹²⁹.

Tıbbi operasyonlar sırasında karşılaşılan bir diğer durum da yapılan teşhis doğrultusunda tıbbi operasyon başlatıldıktan sonra hasta anestezi altında iken teşhisin eksik ya da hatalı olduğunun anlaşılması ihtimalidir. Söz gelimi endikasyonun kaynağının teşhis edilenden farklı bir organ ya da dokuda olduğunun veya bir kısmının alınması öngörülen organ ya da dokunun tümünün alınması gerektiğinin anlaşılması durumunda hekimin doğru teşhis doğrultusunda operasyonu sürdürüp sürdürmeyeceği problem oluşturan bir durumdur. Konuya ilişkin bir kararında Yargıtay, tıbbi operasyonun durdurularak bu konuda hastanın rızası alındıktan sonra yeniden operasyon yapılmasının tıbbi açıdan sakıncalı olduğu hallerde, hastanın aydınlatılmış onamı alınmayarak doğru teşhise göre operasyonun sürdürülmesi gerektiği yönünde hüküm kurmuştur⁹³⁰. Doğru teşhise dayalı olarak ameliyatın sürdürülmesinin acil olması ya da hayati önem taşıması durumlarında da tıbbi operasyona hastanın onamı aranmaksızın devam edilecektir. Aynı şekilde tıbbi operasyon başlatıldıktan sonra operasyon yönteminin ya da içeriğinin değiştirilerek hastanın iyileşmesi bakımından daha başarılı olacağı düşünülen yöntemin uygulanması tek başına tıbbi uygulama hatası oluşturmamaktadır⁹³¹.

⁹²⁷ “(...) üçüz gebeliklerde sezaryen endikasyonu ihtimalinin yüksek olduğu ve çocukların prematüre doğma ihtimalinin olduğu bu tür gebelikler için gereken anestezi uzmanının (...) Hastanesinde bulunmadığı, yenidoğan bakımı için gerekli teknik donanımlardan olan küvez ve prematüre çocuklarının bakımını sağlayacak ve takip edecek pediatri uzmanının bulunmadığının belirtildiği, tüm bu eksikliklere rağmen hekim müdahale etseydi sorumluluğunun doğacağını ve icapçı hekimin hastaneye gelmeksizin telefonla talimat vererek yönlendirmesinin tıp kurallarına uygun olduğu (...)” (Dan.15.D., 05.05.2016, E. 2013/4019, K. 2016/3223, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

⁹²⁸ CAA Lyon, 19.11.1998, *Centre hospitalier de Saint Marcelin c. Centre hospitalier spécialisé de Saint Egreve*, n° 0481138, Rec. Lebon, 1998, Dalloz.fr.

⁹²⁹ Lambert - Faivre / Porchy – Simon, **age.**, s. 723.

⁹³⁰ Yar.4.HD, 05.03.1971, E. 1970/19853, K. 1971/2096, aktaran Hatırnaz Erol, **agm.**, s. 95.

⁹³¹ “(...) hastaya ‘Koroner By Pass’ ile birlikte, ‘Anevrizmektomi’ ameliyatının yapılmasının planlandığı, ancak ameliyatı yapacak olan cerrahın takdiri ile Koroner Arterlerin ‘By Pass’ yapmaya uygun görülmediği ve bu işlemde vazgeçilerek usulüne ve zamanın bilimsel teknolojik imkanlarına göre yalnızca ‘Anevrizmektomi’ ameliyatı yapıldığı, ‘By Pass’ ameliyatı yapılmak üzere bacadan çıkarılan damarın eski yerine takılmasının imkansız olduğu dosyadaki bilgi ve belgelere göre bu

Yapılan açıklamalar doğrultusunda, tıbbi müdahalelerden farklı olarak operasyonlarda gerek uygulanacak yöntem ve gerek müdahalenin kapsamı bakımından hekime daha geniş bir takdir yetkisi verildiği dikkat çekmektedir. Bunun yanında, incelenen yargı kararlarından hareketle, tıbbi operasyonlar sırasında meydana gelen zararlardan, ancak çok açık ve bariz hataların bulunması durumunda idarenin sorumlu tutulduğu dikkat çekmektedir. Ancak bu içtihadın yalnızca doğrudan tıbbi gereklilik sebebiyle yapılan operasyonlar bakımından geçerli olduğunu söylememiz gerekir. Aşağıda ayrıntılı şekilde incelenecek olan bazı tıbbi operasyonlarda gerek müdahalenin kapsamı ve gerek hekimin özen yükümlülüğü bakımından daha sıkı bir sorumluluk rejiminin uygulandığı görülmektedir. Nitekim bu operasyonlarda hekimin takdir yetkisi de oldukça sınırlandırılmaktadır.

2) Özel Nitelikli Tıbbi Operasyonlar Sırasında Yapılan Tıbbi Uygulama Hataları ve Sorumluluk

Tıbbi müdahalelerin özel bir görünüm biçimi olan tıbbi operasyonlar, biyolojik bütünlüğü bozuk olan kişilere girişimsel müdahale yapılması suretiyle bozuk olan organ ya da dokuların düzeltilmesi amacıyla yapılmaktadır. Bu bakımdan, organ veya doku yönünden kişinin sağlığının bozulmuş olması ve kişinin sağlıklı bir şekilde yaşamını sürdürmesi bakımından bu bozukluğun düzeltilmesi ihtiyacı tıbbi operasyonların gereklilik koşulunu oluşturmaktadır. Kişinin sağlıklı bir şekilde yaşamını sürdürmesi bakımından düzeltilme ihtiyacının bulunması olarak tanımladığımız tıbbi gereklilik koşulu, özellikle tıbbi müdahale tanımının zaman içerisinde geçirdiği gelişim doğrultusunda psikolojik gereklilik ve hatta sosyal gereklilik hallerini de içine alacak şekilde yorumlanmıştır⁹³². Başka bir deyişle, içinde bulunduğu psikolojik veya sosyal durum, kişinin bedensel bütünlüğü üzerinde yapılacak girişimsel bir müdahale ile değişiklik yapılması bakımından haklı bir neden olarak kabul görmektedir. Öte yandan gerek psikolojik ve gerek sosyal ihtiyaçların sübjektif niteliği ve geniş yorumlanabileceği dikkate alındığında, bu ihtimallerden kaynaklanan tıbbi müdahalelerin yapılabileceği hallerin ve yapılış usullerinin kanunla ve yargı kararlarıyla sınırlandırılması yoluna gidilmiştir.

durumun normal sayılacağı sonucuna ulaşıldığı (...)"(Dan.10.D., 02.11.1999, E. 1997/3111, K. 1999/5383, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

⁹³² İlhan Gülel, "Tıbbi Müdahale Sözleşmesine Uygulanacak Hükümler" **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, C. 1, Y. 2, S. 5, 2011, s. 586.

Açık bir tıbbi gereklilik olmaksızın yapılabilecek tıbbi müdahalelerin bazıları psikolojik endikasyonlardan kaynaklanabilmektedir. Bu kapsamdaki en temel müdahaleler estetik operasyonlar **(i)** ile cinsiyet değişikliğine yönelik operasyonlardır **(ii)**. Bunun yanında, cinsel faaliyetin sınırlandırılmasına yönelik bazı operasyonlar **(iii)** ile gebeliğin sona erdirilmesine yönelik müdahaleler **(iv)** ise sosyal saiklerle gerçekleştirilebilmektedir. Bazı hallerde ise herhangi bir sağlık problemi olmayan kişi, salt üçüncü kişilerin yaşamını sağlıklı bir şekilde sürdürebilmesi için tıbbi operasyonun süjesi olabilmektedir. Vericinin (donör) organ aktarma faaliyetleri bakımından herhangi bir tıbbi endikasyonu bulunmamaktaysa da, bu faaliyetler koşullara uygun yürütülmesi durumunda hukuka uygun sayılmaktadır **(v)**.

i) Estetik Operasyonlar

Estetik müdahaleler, doğuştan sahip olunan ya da sonradan oluşan, kişinin dış görünümünü bozduğu düşünülen, ben, kıl, sarkık ya da farklı renkteki deri, derideki yağ kümeleri, sivilce, kırmızı damar ucu, beden veya yüzdeki sakatlık, olağandan farklı şekil, deformasyon, yara izi, asimetrik, ortalamanın üzerinde veya altındaki uzuvların düzeltilmesi ya da kapatılması amacıyla yapılan girişimsel tıbbi operasyonlardır⁹³³. Ancak estetik operasyonlar kişinin hayatını kurtarmak amacıyla yapılan ya da kişinin yaşamının devamı bakımından zorunluluk arz eden müdahaleler değildir. Burada amaç, kişinin insanlık onuruna yakışır, beden tamlığı ve fiziksel görüntüsüne vücut ahengi bozulmaksızın ulaştırılmasıdır⁹³⁴.

İnsan bedeninde kaza veya başka sebeplerle oluşan hasar ve yaralanmaların fiziksel olarak düzeltilmesi ya da salt güzelleşmek amacıyla doğuştan sahip olunan dış görünüme ait birtakım unsurların değiştirilmesine yönelik olarak yapılan estetik müdahaleler, olağan tıbbi operasyonlara nazaran farklı özellikler taşımaktadır⁹³⁵. Buna karşılık, hukukumuzda hekimin, estetik müdahalelerden kaynaklanan sorumluluğuna ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu müdahalelerin

⁹³³ Nurten Fidan, “Hekimin Tıbbi Müdahaleleri Nedeniyle Sorumluluğu”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, C. 1, Y. 1, S. 3, 2010, s. 356; Aşçıoğlu, **age.**, s. 51.

⁹³⁴ Serkan Çınarlı / Ezgi Avcıoğlu / Ali Rıza Kızılkaya, “Plastik ve Rekonstrüktif Cerrahinin İçinde Yer Alan Estetik Operasyonların Hukuki Olarak Nitelendirilmesi ve İdari Yargı Sürecine Etkileri”, **Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, S. 1, 2013, s. 194.

⁹³⁵ Mustafa Reşit Belgesay, **Tıbbi Mesuliyet**, M. Sıralar Matbaası, 1953, s. 75; Hakeri, **age.**, s. 533; Ayan, **age.**, s. 34; Hasan Petek, “Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8, S. 1, 2006, s. 185.

taşıdığı özellikli nitelik başta Yargıtay olmak üzere, mahkemelerin içtihadından kaynaklanmaktadır.

Estetik müdahalelerin kamusal veya özel sağlık kuruluşlarında gerçekleştirilmesi mümkündür. Ancak uygulamada kamu hastanelerinden ziyade özel hastanelerde daha sık gerçekleştirildikleri göz önüne alındığında, bu operasyonlar hakkında Yargıtay'ın daha geniş ve kapsamlı içtihadının bulunduğu söylenebilir. Nitekim bu operasyonların kamusal sağlık kuruluşlarında yapılması durumunda tedavi masrafları Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanmamaktadır⁹³⁶. Bu bakımdan estetik müdahaleler klasik anlamdaki kamu hizmetlerinden farklılık göstermektedir. Bu faaliyetlerden kaynaklanan sorumluluğun tespitinde Yargıtay içtihadından yararlanılması idarenin sorumluluğunun tespiti bakımından da yararlı olacaktır.

Öncelikli olarak, Fransız hukukunda estetik müdahaleler ikili bir ayrıma tabi tutularak incelenmiştir. Bu operasyonlardan bazıları rekonstrüktif amaçlı yapılmakta olup, kişinin geçirdiği bir kaza ya da travma sonrasında bozulan vücut bütünlüğünün onarılması söz konusu olmaktadır. Diğer operasyonlar ise salt estetik amaçlı yapılmakta olup, bu müdahalelerin yapılmasında fiziksel bir tıbbi gereksinim bulunmamaktadır. Fransız hukukunda başta yalnızca rekonstrüktif amaçlı estetik operasyonların yapılması kabul edilmekte iken, daha sonra estetik tıbbi operasyon ile elde edilecek psikolojik sonucun kişinin bedensel bütünlüğüne dokunulması bakımından ölçülü olması durumunda söz konusu müdahalelerin hukuka uygun olacağı kabul edilmiştir⁹³⁷.

Ulusal hukukumuzda da estetik operasyonlar öğretide ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Bu operasyonlardan bazıları, sadece güzel görüntü sağlayarak hastanın ruh sağlığını korumaya değil, hastanın sağlıklı bir şekilde yaşamını sürdürmesine, çektiği bazı fiziksel acıları dindirmeye yönelik olarak yapılmaktadır. Söz gelimi, yaşadığı bir kaza sonucu burnunda şekil bozukluğu oluşan ve bu yüzden nefes alma zorluğu çeken hastanın yapılacak operasyonla bir yandan dış görünümü düzeltilecek, diğer yandan da nefes alırken çektiği zorluk giderilerek daha sağlıklı şekilde

⁹³⁶ Dan.15.D., 12.02.2016, E. 2013/12, K. 2016/846, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁹³⁷ Truchet, **age.**, s. 242.

yaşaması sağlanacaktır. Bazı estetik operasyonlar ise salt güzelleşmek amaçlı olarak yapılmaktadır. Bu ihtimalde fiziksel sağlığı bakımından herhangi bir endikasyon bulunmayan kişinin doğuştan ya da kaza sonucunda dış görünümünde bulunan ve memnun olmadığı bedensel bir özelliğin değiştirilmesi ya da ortadan kaldırılması söz konusu olmaktadır. Söz gelimi, dudaklarını ince bulan bir kişiye yapılan dolgu operasyonu salt güzelleşmek amaçlı olarak gerçekleştirilmektedir. Dolayısıyla bu müdahalelerin esas amacı kişinin yaşamını tehdit eden ya da zorlaştıran fiziksel bozukluğun giderilmesi olmayıp, görünüşü nedeniyle yaşadığı psikolojik acıların ortadan kaldırılmasıdır⁹³⁸. Ancak bu ikili ayrımın kesin şekilde kabulü de kanaatimizce yerinde olmayacaktır. Zira, bazı estetik operasyonların aynı zamanda hasta üzerinde fizyolojik yararları da olabilmektedir. Örneğin meme küçültme operasyonu geçiren bir hastanın söz konusu müdahale sayesinde omuz ve sırt kamburluğunda düzelme, sırt ağrılarında azalma gerçekleşebilmektedir⁹³⁹.

Kişinin bozulan fiziksel sağlığının düzeltilmesini de amaçlayan estetik operasyonların tıbbi gereklilik doğrultusunda yapıldığı, bu yapılırken psikolojik endikasyonun da sağlandığı söylenebilir. Buna karşın, salt güzellik amacıyla yapılan estetik müdahaleler, özellikle hukuka uygun kabul edilen tıbbi müdahalelerin tıbbi gereklilik koşulu bakımından tartışma konusu olmaktadır. Bu müdahalelerin ilk bakışta tedavi amaçlı olmadığı düşünülebilse⁹⁴⁰ de, bu operasyonlar sonucunda hastaların kendisini ruhsal yönden rahatsız eden bir sıkıntıdan kurtulması, bu müdahalelerin de tedavi amaçlı olarak yapıldığını ortaya koymaktadır⁹⁴¹. Bu müdahalelerde, fiziksel yapısındaki anormalliğin kişinin psikolojisinde oluşturduğu bozuklukların giderilmesi ve ruhsal kişiliğinin onarılması amaçlanmaktadır. Nitekim bu anlayış, kişinin bedenen sağlıklı olmasının yanında ruhen de sağlıklı olmasını sağlığın ayrılmaz bir unsuru olarak öngören Dünya Sağlık Örgütü'nün yaklaşımı ile de daha tutarlıdır.

⁹³⁸ Aşçıoğlu, **age.**, s. 52; Petek, **agm.**, s. 182.

⁹³⁹ Çınarlı / Avcıoğlu / Kızılkaya, **agm.**, s. 195.

⁹⁴⁰ Güreli, **agm.**, s. 271.

⁹⁴¹ Akyıldız, **agm.**, s. 209; Er, **age.**, s. 118; Ayan, **age.**, s. 34; Türmen, **age.**, s. 45; Petek, **agm.**, s. 183; Fidan, **agm.**, s. 356.

Yerleşik içtihadında Yargıtay⁹⁴², salt estetik kaygılarla gerçekleştirilen ve tedavi amacı bulunmayan tıbbi operasyonlardan kaynaklanan uyuşmazlıklarda eser sözleşmelerine ilişkin sorumluluk rejiminin uygulanması gerektiğini kabul etmektedir⁹⁴³. Bu doğrultuda sözleşmenin niteliğine bağlı olarak hekim ya da özel sağlık kuruluşu, tıbbi gereklere uygun şekilde elinden geleni yaptığını ispatlayarak borçtan kurtulamamakta, sözleşmede öngörülen sonucun gerçekleşmemesi durumunda sorumlu olmaktadır⁹⁴⁴. Yine, kişinin yaşamının devamı bakımından zorunlu olmadığı kabul edilen salt güzelleştirme amaçlı estetik müdahalelerin tehlikesinin arttığı oranda bu müdahalelere izin verilmemesi gerektiği öğretide savunulmaktadır. Başka bir ifadeyle, söz konusu müdahalelerin yaşamsal komplikasyonlar taşıması durumunda gerçekleştirilmesinden imtina edilmesi gerekmektedir⁹⁴⁵. Olağan tıbbi müdahalelerde esas alınan yarar – zarar dengelenmesi estetik operasyonlar bakımından uygulama bulmayacaktır. Yargıtay'ın bu operasyonlarda eser sözleşmesi hükümlerini uyguladığı içtihadı da dikkate alındığında, bu müdahaleler sonucunda meydana gelen komplikasyonların da sorumluluğa yol açacağı açıktır. Dolayısıyla estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde hekimin takdir yetkisinin daha dar, sorumluluk alanının ise daha geniş yorumlandığı söylenebilecektir.

⁹⁴² Yar.15.HD, 23.01.2019, E. 2017/1486, K. 2019/326; Yar.15.HD, 14.01.2019, E. 2018/5312, K. 2019/139; Yar.15.HD, 07.01.2019, E. 2018/5219, K. 2019/46, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁹⁴³ Yar.15.HD, 03.11.1999, E. 1997/4007, K. 1999/3868, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Nitekim öğretide de ağırlıklı görüş estetik müdahalelerin eser sözleşmesi kapsamında sorumluluk yüklediğini ileri sürmektedir. (Ayan, **age.**, s. 56; Petek, **agm.**, s. 191; Gülelli, **age.**, s. 609.) Ancak estetik müdahalelerde dahi sonucun hekim tarafından garanti edilemeyeceği gerekçesiyle bu müdahalelerin de vekalet sözleşmesi hükümlerine tabi olduğunu savunan yazarlar da bulunmaktadır. (Çınarlı / Avcıoğlu / Kızılkaya, **agm.**, s. 214; Fidan, **agm.**, s. 357.)

⁹⁴⁴ “*tafırlar arasında estetik ameliyat yapılmak suretiyle davacının karın yağlarının alınması ve göğüs küçültme işleminin yapılması hususunda anlaşma yapıldığı, ameliyat sonrasında davacının karın örtüsünde apse oluştuğı ve yeniden ameliyat olmak zorunda kaldığı anlaşılmaktadır. Davacı iddiası ve davalı savunmasından estetik ameliyat yapılmak suretiyle istenilen ve kararlaştırılan amaca uygun güzel bir görünüm sağlanmasının tafırlar arasındaki sözleşmenin konusu olduğu açıktır. Burada sözleşme yapılmasının nedeni belli bir sonucun (eserin) ortaya çıkmasıdır. Eser, yüklenicinin sanat ve becerisini gerektiren, bir emek sarfı ile gerçekleştirilen sonuçtur. O halde, tafırlar arasındaki ilişki BK’nun 355 ve devamı maddelerinde düzenlenen sözleşme ilişkisidir. Yüklenicinin eseri iş sahibinin yararına olacak şekilde ve ona hiçbir zarar vermeden meydana getirmesi davalı yüklenicinin hem sadakat, hem de özen borcunu kapsar. Bu kural gereğince, yüklenici iş sahibinin yararına olan şeyleri yapmak ve zararına olan şeylerden kaçınmak zorundadır. İş sahibi ortaya çıkacak eserde belli niteliklerin bulunmasını arzu eder. Meydana getirilen eserin iş sahibinin beklentisini karşılamaması halinde sözleşmedeki yarar dengesi iş sahibi aleyhine bozulur. Bu bakımdan eserin fen ve sanat kurallarına uygun, iş sahibinin beklentilerini karşılar özelliğı taşıması gerekir. Aksi halde, ayıplı olduğu kabul edilir. Yüklenici meydana getirdiğı eserde ortaya çıkan ayıp ve eksikliklerden (...) sorumludur.*” (Yar.13.HD, 21.05.2012, E.2012/11359, K. 2012/12808, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Aynı yönde Yar.15.HD, 08.06.2006, E. 2005/7988, K. 2006/3417; Yar.13.HD, 05.04.1993, E. 1993/131, K. 1993/2741; Yar.13.HD, 04.07.2000, E. 2000/4427, K. 2000/6584, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁹⁴⁵ Petek, **agm.**, s. 185.

Yargıtay'ın bu içtihadının kamu kuruluşlarında gerçekleştirilen estetik müdahalelerden kaynaklanan sorumluluk hallerinde de kıyasen uygulanması durumunda, yukarıda açıklandığı üzere tedavinin yöntemi ve kapsamı bakımından geniş takdir yetkisine sahip olduğu tıbbi operasyonlardan farklı olarak estetik müdahalelerde hekimin yalnızca taahhüt edilen sonucun gerçekleştirilmesi ile sınırlı bir yetkisi bulunmaktadır. Başka bir deyişle, hekim ancak hastanın gerçekleştirilmesi için onam verdiği sonucun gerçekleşmesi durumunda sorumluluktan kurtulmaktadır. Bunun yanında, salt estetik amaçlı yapılan müdahalelerin kişinin sağlıklı bir şekilde yaşamını sürdürmesi amacıyla yapılmadığı göz önünde bulundurulduğunda, söz konusu operasyonların yaşamsal risk arz etmesine karşın gerçekleştirilmesi de idarenin sorumluluğuna yol açacaktır. Başka bir deyişle, bu müdahalelerde tıbbi uygulama hatalarının yanında yaşamsal komplikasyonlar da idarenin sorumluluğuna yol açacaktır. Bu bakımdan uygulamada estetik operasyonun tehlikeli sonuçlar doğurmaya elverişli hâle gelmesi durumunda müdahalenin hastaya zarar vermeyecek şekilde sona erdirilmesi idarenin sorumluluğundadır⁹⁴⁶.

Yukarıda ayrıca belirtildiği üzere, estetik müdahaleler öncesinde hastaya yapılacak aydınlatmanın kapsamı, olağan tıbbi müdahalelere nazaran oldukça geniştir. Tıbbi bir endikasyonu olmaksızın gerçekleştirilen bu operasyonların taşıdıkları en uzak risk dahi müdahale öncesinde kişiye aktarılacak suretiyle onam alınmalıdır⁹⁴⁷.

Yargıtay içtihadında olduğu gibi Danıştay içtihadında da estetik müdahalelerin diğer tıbbi operasyonlardan farklı bir hukuki rejime tabi tutulması gerektiği kabul edilmektedir⁹⁴⁸. Tıbbi operasyonlar bakımından aranan ağır kusur şartı estetik operasyonlar bakımından kabul görmemektedir⁹⁴⁹. Zira, söz konusu tıbbi müdahalelerde hekim belli bir sonucun gerçekleşeceğini garanti etmekte ve hastanın onamını bu doğrultuda almaktadır. İkinci olarak, hastanın estetik müdahale öncesindeki fiziksel görüntüsünün zaten kötü olması, bu müdahalenin başarısız geçmesi ihtimalinde sorumluluğu kaldıran bir sebep olarak kabul edilmemektedir. Başka bir deyişle, estetik müdahale sebebiyle sorumluluğun tespitinde hastanın

⁹⁴⁶ Petek, **agm.**, s. 186.

⁹⁴⁷ Aynı yönde Petek, **agm.**, s. 205; Aşçıoğlu, **age.**, s. 31.

⁹⁴⁸ Dan.15.D., 10.03.2016, E. 2015/8936, K. 2016/1604, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁹⁴⁹ Aksi yöndeki öğretideki görüş için bkz. Çınarlı / Avcıoğlu / Kızılkaya, **agm.**, s. 218.

müdahale öncesindeki durumuna göre değil, başarılı geçen müdahale sonucunda oluşacak dış görüntü nazara alınarak değerlendirme yapılmaktadır.

Gerek Yargıtay içtihadının kıyasen uygulanması ve gerek Danıştay içtihadı dikkate alındığında estetik müdahalelerin olağan tıbbi operasyonlardan farklı bir hukuki rejime tabi olduğu; bu kapsamda hekimin sorumluluk alanının gerek kusur ve gerek faaliyetin sonuçları bakımından daha geniş olduğu; buna karşılık oldukça sınırlı bir takdir yetkisi tanındığı anlaşılmaktadır. Kanaatimizce her iki Yüksek Mahkeme'nin içtihadının da oluşumunda söz konusu müdahalelerin tıbbi gereklilik olmaksızın yapılıyor olması etkili olmaktadır.

ii) Cinsiyet Değişikliğine Yönelik Tıbbi Operasyonlar

Cinsiyet değişikliğine yönelik operasyonlar en genel anlamıyla, cerrahi müdahale sonucunda erkeğin kadın, kadının erkek cinsine dönüştürülmesine yönelik tıbbi müdahaleler olarak tanımlanmaktadır⁹⁵⁰. Bir kimsenin anatomik yapısı itibarıyla cinsiyet özelliklerinin belirgin olmaması ihtimalinde bu özellikleri açığa çıkarmaya yarayan veya anatomik olarak belirgin olan cinsiyet özelliklerinin kaldırılarak karşı cinse ait özelliklerin kazandırılmasına yönelik operasyonlar da tıbbi operasyonların özel bir görünümünü oluşturmaktadır. Söz konusu müdahalelerdeki temel amaç, kişinin fiziksel yapısı ile psikolojik yapısı arasındaki uyumsuzluğun giderilmesi yoluyla sağlıklı ve uyumlu bir yaşama kavuşturulmasıdır⁹⁵¹.

Cinsiyet değiştirmeye yönelik tıbbi müdahaleler iki ihtimalde karşımıza çıkmaktadır. İlk olarak, her iki cinsin de fiziksel özelliklerini taşıyan şekilde doğan hermafroditlerin psikolojik yönden olması gereken cinsiyete kavuşmalarına ilişkin olarak tıbbi müdahale yapılmaktadır. Başka bir deyişle, fiziksel olarak iki cinsiyetli doğan kişilere, aslında olmaları gereken cinsin fiziksel görünümünün oluşturulmasına yönelik operasyonlardır. İkinci tür cinsiyet değiştirmeye yönelik müdahale ise, fiziksel olarak belirgin olan cinsel kimliği ile psikolojik yapısı zıtlık taşıyan kişilerin fiziksel görünümünü ruhsal yapısına uygun hale getirmeye yönelik

⁹⁵⁰ Er, **age.**, s. 113.

⁹⁵¹ Özlem Yenerer Çakmut, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, Legal Yayıncılık, 2003, s. 66; Hakeri, **age.**, s. 588.

operasyonlardır. İlk ihtimalden farklı olarak burada, kişinin doğuştan belirgin bir cinsel anatomik yapısı bulunmakta olup, uyumsuzluk fiziksel değil psikolojiktir⁹⁵².

Cinsiyet değiştirmeye yönelik operasyonlar, hukuka uygun kabul edilen tıbbi müdahalelerin gereklilik koşulu bakımından tartışma konusu olmaktadır. Başka bir deyişle, cinsiyet değiştirmeye yönelik ihtiyaç, kişinin fiziksel varlığına müdahaleyi tıbbi yönden gerektirip gerektirmediği üzerinde görüş birliği bulunmamaktadır⁹⁵³. Hermafroditler, yapılacak müdahale sonucunda gerçek cinsel kimliğini bulacağından, bu kişilere yönelik olarak yapılan cinsiyet belirleme operasyonlarının hem kişisel hem de toplumsal gerekliliğinin bulunduğu görüş birliği bulunmaktadır⁹⁵⁴. Diğer haller bakımından ise, öğretideki ağırlıklı olarak kabul edilen görüş, cinsel kimliğin duygusal yapı ile zıt olmasının kişinin psikolojik dengesini bozacağını, bu nedenle büyük bir depresyon, travma yaşayan kişinin kendisine yapılacak müdahale ile bu rahatsızlıktan kurtarılmasının tedavi amaçlı müdahaleyi gerekli kıldığını kabul etmektedir⁹⁵⁵.

4721 sayılı Medeni Kanun'un 40. maddesine göre, cinsiyetini değiştirmek isteyen kimse, başvuruda bulunarak mahkemeden cinsiyet değişikliğine izin verilmesini isteyebilir. Bunun için istem sahibinin on sekiz yaşını doldurmuş bulunması ve evli olmaması; ayrıca transseksüel yapıda olup, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmî sağlık kurulu raporuyla belgelemesi şarttır⁹⁵⁶. Başka bir ifadeyle cinsiyet değiştirme müdahaleleri için ilgilinin rızası yeterli olmamakta, bu kişinin fiziksel yapısı ile psikolojik yapısı arasında uyumsuzluk bulunduğu resmi sağlık raporu ile ortaya konulmuş olması gerekmektedir⁹⁵⁷. Medeni Kanun'da yer alan söz konusu düzenlemeden önce ise, Yargıtay kanunun açıkça yer vermediği hallerde kişilerin

⁹⁵² Gökcan, **age.**, s. 319.

⁹⁵³ Yenerer Çakmut, **age.**, s. 175; Er, **age.**, s. 114.

⁹⁵⁴ Aydın Zevkliler, "Medeni Kanun ve Cinsiyet Kargaşası", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 2, 1988, s. 268; Yenerer Çakmut, **age.**, s. 114; Er, **age.**, s. 114.

⁹⁵⁵ Er, **age.**, s. 114.

⁹⁵⁶ Gülel, **age.**, s. 57. 20.03.2018 tarihli ve 30366 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Anayasa Mahkemesi'nin 29.11.2017 tarihli ve E. 2017/130, K. 2017/165 sayılı kararı ile, cinsiyet değişikliği operasyonları bakımından aranan kişinin "üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu" ispat etme şartı iptal edilmiştir. Nitekim söz konusu ibare daha önceden Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Y.Y. / Türkiye kararıyla Sözleşme'ye aykırı da bulunmuştur. (AİHM, Y.Y. / Türkiye, BN. 14793/08, T. 10.03.2015, Hudoc.echr.coe.int.) Aynı yöndeki bireysel başvuru kararı için bkz. AYM, BB, M.K., BN. 2015/13077, T. 12.06.2018, RG. 26.07.2018, T. 30490.

⁹⁵⁷ Bu düzenlemenin yetersiz ve eksik olduğu gerekçesiyle eleştiren görüş için bkz. Aşçıoğlu, **age.**, s. 59.

bedenleri üzerinde tasarruf hakkının bulunmadığını kabul etmekteydi⁹⁵⁸. Dolayısıyla anılan düzenleme sayesinde Yargıtay'ın önünü kapattığı cinsiyet değiştirmeye yönelik tıbbi müdahaleler hukuki dayanak kazanmıştır.

Cinsiyet değiştirmeye yönelik tıbbi operasyonlardan kaynaklanan sorumluluğun esaslarını inceleyebileceğimiz bir Danıştay veya Yargıtay kararına rastlamadık. Ancak yargı makamlarının estetik müdahalelere yönelik sorumluluğun tespitinde benimsemiş olduğu sorumluluk esaslarının, aslında estetik müdahalenin özel bir görünümü olan cinsiyet değiştirmeye yönelik operasyonlarda da uygulayacağı kanaatindeyiz. Zira, bu ihtimalde de kişinin psikolojik gereksinimleri doğrultusunda bedensel bütünlüğüne yönelik müdahale gerçekleştirilmektedir. Buradaki özellikli olan tek husus, psikolojik ihtiyacın kaynağında cinselliğin bulunmasıdır. Bu bakımdan söz konusu müdahalelerde ikili bir ayırımın benimsenmesi, tıbbi bir zorunluluk olan hermafroditlere yönelik müdahalelerde olağan tıbbi operasyonlara ilişkin hukuki rejimin uygulanması, diğer cinsiyet değiştirmeye yönelik müdahalelerde ise estetik operasyonlar için benimsenen esasların uygulanması kanaatimizce isabetli olacaktır.

iii) Cinsel Faaliyete İlişkin Müdahaleler

Cinsel faaliyete ilişkin tıbbi operasyonların en sık uygulanan biçimleri sterilizasyon (kısırlaştırma) ve kastrasyon (hadım etme) müdahaleleridir. Bireyin testislerinin alınması ve bu yolla kesin ve geri dönüşümü olmaksızın testosteron hormonu salgılamasının önüne geçilmesine yönelik müdahaleler cerrahi kastrasyon olarak isimlendirilmektedir⁹⁵⁹. 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 4. maddesinde düzenlenen sterilizasyon ise, cinsel arzu ve cinsel ilişkide bulunma yeteneğini kaldırmaksızın üreme yeteneğini ortadan kaldıran tıbbi müdahaledir⁹⁶⁰.

Üreme yeteneğini kaldırması nedeniyle birbiriyle benzer nitelikte olan sterilizasyon ve kastrasyon operasyonlarının hukuka uygunluğu farklı esaslara tabi tutulmuştur. 2827 sayılı Kanun'un öngördüğü üzere, sterilizasyon müdahalelerinin

⁹⁵⁸ Yar.2.HD, 27.03.1986, E. 1986/651, K. 1986/3256, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁹⁵⁹ Caner Yenidünya / Yusuf Yaşar, "Kastrasyon Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilecek Uygun Bir Yaptırım mıdır?", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 4, S. 14, Temmuz 2013, s. 175.

⁹⁶⁰ Ayan, *age.*, s. 25; Er, *age.*, s. 108; Aşçıoğlu, *age.*, s. 60.

yalnızca ilgilinin reşit olması ve aydınlatılmış onamının alınması ihtimalinde yapılması mümkündür⁹⁶¹. İlgilinin rızasının bulunmadığı ya da reşit olmadığı durumlarda ise söz konusu operasyonun yapılması mümkün olmayacaktır. Nitekim 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 101. maddesinde de rızası olmaksızın bir kimseyi kısırlaştırmak suç olarak düzenlenmiştir. Öte yandan anılan Kanun'un 6. maddesine göre, kişinin evli olması ihtimalinde sterilizasyon operasyonu öncesinde eşin de rızasının alınması zorunludur. Bu maddede düzenlenen kısırlaştırma suçu kanaatimizce sterilizasyon şeklinde yürütülen faaliyetleri kapsamına almaktadır. Zira, aşağıda incelenecek olan kastrasyondan farklı olarak yalnızca sterilizasyona ilişkin müdahaleler ilgilinin rızası halinde gerçekleştirilebilmektedir.

Kısırlaştırma operasyonunun başarısız olması durumunda, söz gelimi kadının hamile kalması durumunda, bu sonucun komplikasyon olarak değerlendirilemediği hallerde tıbbi uygulama hatası nedeniyle sorumluluk gündeme gelecektir⁹⁶². Buna karşılık, bebeğin doğumunun zarar olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği tartışmalı bir husustur. Bu tartışmalara zarara ilişkin bölümde ayrıntılı şekilde yer verileceğinden bu kısımda ayrıca değerlendirme yapılmayacaktır. Öte yandan sterilizasyon operasyonu öncesinde hastaya bu müdahalenin %100 sonuç vermeyeceğinin bildirilmemesi durumunda, aydınlatma yükümlülüğünün eksik yerine getirilmesi sonucunda sorumluluk doğacaktır⁹⁶³.

Buna karşılık, kastrasyon operasyonları 2827 sayılı Kanun'un 4. maddesinin üçüncü fıkrasında kural olarak yasaklanmıştır. Yalnızca tıbbi operasyonun seyri sırasında tıbbi zaruret nedeniyle bir hastalığın tedavisi için kastrasyon gereken hallerde, kişinin rızasına bakılmaksızın kastrasyon ameliyesi yapılabilir⁹⁶⁴. Başka bir ifadeyle, kural olarak ilgilinin rızasıyla dahi yapılması yasak olan kastrasyon operasyonlarının, tıbbi operasyonun seyri esnasında tıbbi zaruret halinde ve yalnızca tedavi amaçlı olarak ilgilinin rızası gerekmeksizin yapılması mümkün olacaktır⁹⁶⁵. Türk hukukundan farklı olarak Alman hukukunda kastrasyon da tıpkı sterilizasyon

⁹⁶¹ Nitekim Alman Medeni Kanunu'nun 1631/c hükmü uyarınca da reşit olmayan kişilerin rızalarıyla dahi sterilizasyon yaptırımları yasaklanmıştır. (Gülel, **age.**, s. 53.)

⁹⁶² Hakeri, **age.**, s. 621; Gökcan, **age.**, s. 311.

⁹⁶³ Hakeri, **age.**, s. 276.

⁹⁶⁴ Er, **age.**, s. 110; Gülel, **age.**, s. 60; Hakeri, **age.**, s. 626.

⁹⁶⁵ Ayan, kastrasyonun yalnızca tıbbi operasyonlar sırasında değil, operasyon öncesinde de tıbben zorunlu olan hallerde yapılması gerektiğini, zira buradaki ölçütün tıbbi zorunluluk olduğunu ileri sürmektedir. (Ayan, **age.**, s. 27.)

gibi ilgilinin rızasına bağlı tutulmuştur. Buna göre tıbbi zorunluluk ya da tıp biliminin anlayışına göre anormal cinsel eğilimlere bağlı olarak ağır hastalıkların ortaya çıkması ihtimalinde, ilgilinin rızası alınarak kastrasyon yapılması mümkündür⁹⁶⁶.

Fransız hukukunda ise 4 Temmuz 2001 tarihli Fransız Toplum Sağlığı Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde, yalnızca tıbbi gerekler doğrultusunda sterilizasyona yönelik müdahalelerinin yapılabileceği kabul edilmekteydi⁹⁶⁷. Nitekim tıbbi gereklilik olmaksızın söz konusu müdahalenin yapılması Fransız Ceza Kanunu'nun (*Code penal*) L 310 hükmünde suç olarak düzenlenmişti. Fransız Toplum Sağlığı Kanunu'nun L 2123-1 hükmüyle, aydınlatılmış onamı alınan ergin kişiler üzerinde sterilizasyon yapılması hukuka uygun hale getirilmiştir⁹⁶⁸.

iv) Gebeliğin Sona Erdirilmesi

En genel şekliyle ana rahminde şekillenmekte olan ceninin bir tıbbi operasyon ile anne karnından alınarak ortadan kaldırılması olarak tanımlanan⁹⁶⁹ gebeliğin sona erdirilmesine yönelik müdahaleler de tıbbi operasyonların özel bir görünüm biçimini oluşturmakta ve farklı hukuki esaslara tabi tutulmaktadır.

Öncelikle 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 5. maddesi ve Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük⁹⁷⁰'ün 3. maddesine göre, gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar kadının sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde ve istek üzerine rahim tahliyesi yapılabilmektedir⁹⁷¹. Bu ihtimalde gebeliğin sona erdirilmesine yönelik

⁹⁶⁶ Er, **age.**, s. 109; Ayan, **age.**, s. 28; Gökcan, **age.**, s. 314.

⁹⁶⁷ Welsch, **age.**, s. 126.

⁹⁶⁸ Kimyasal kastrasyonun gönüllülük esasına bağlı olarak kabul edildiği karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeler için bkz. Hakeri, **age.**, s. 622 vd.

⁹⁶⁹ Er, **age.**, s. 111; Ayan, **age.**, s. 28; Gökcan, **age.**, s. 306. *Aşçıoğlu* ise bu müdahaleleri, “kadının döl yatağının içinin kazınıp dölütü alma” şeklinde gerçekleşen tıbbi müdahaleler olarak tanımlamıştır. (Aşçıoğlu, **age.**, s. 57.)

⁹⁷⁰ RG. 18.12.1983, S. 18255.

⁹⁷¹ Benzer hukuki düzenleme Fransız hukukunda da yer almaktadır. Fransız Toplum Sağlığı Kanunu'nun L 2212- 1 hükmü uyarınca, hamile olan kadının ilk 12 hafta içinde herhangi bir sebep göstermeksizin gebeliğini sonlandırması mümkündür. Buna karşılık, aynı Kanun'un L 2213-1 hükmüne göre, bu süre geçtikten sonra ancak anne veya bebeğin sağlığı yönünden bir tehlikenin oluşması durumunda gebelik sonlandırılabilir.

operasyonun yapılması için evli olan kadının eşinin de rzasının bulunması zorunludur⁹⁷².

On hafta dolduktan sonra ise ancak, Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'e ekli (2) sayılı listede sayılan hastalıklardan birinin bulunması ihtimalinde rahim tahliyesi yapılabilmektedir⁹⁷³. Bunun yanında, derhal müdahale edilmediği takdirde kadının hayatını ya da hayati organlarından birini tehdit eden acil haller veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı tespit edilen hallerde de rahim tahliye edilebilmektedir⁹⁷⁴. Bu ihtimalde ayrıca eşin rzası aranmaz. Nitekim Fransız hukukunda da ancak tıbbi zorunluluk halinde yapılan gebeliğin sona erdirilmesine yönelik müdahaleler hukuka uygun kabul edilmektedir⁹⁷⁵. Bu ikinci ihtimalde operasyon yapılacak olan kadının rzası gerekmemekle birlikte, bu müdahale yapılmadan önce veya mümkün olmadığı hallerde müdahaleden itibaren en geç yirmi dört saat içinde müdahale yapılan kadının kimliği, yapılan müdahale ile müdahaleyi gerektiren gerekçelerin illerde sağlık müdürlüklerine, ilçelerde hükümet tabipliklerine bildirilmesi zorunludur.

Gebeliğin sona erdirilmesine ilişkin olarak sık rastlanan uygulama hatalarının başında pre-natal (doğum öncesi) tetkiklerin eksik ya da yanlış yapılması yer almaktadır⁹⁷⁶. Doğum öncesi anne ve bebeğin kontrollerini yapan hekimin söz konusu faaliyeti eksik ya da kötü yapması sonucunda, bebeğin taşıdığı başta kalıtsal ve genetik olmak üzere hastalıklar gecikmeli olarak ve hatta doğum sonrasında tespit edilebilmekte, müdahalenin geç yapılması veya hiç yapılamaması sonucunda bebekte

⁹⁷² 2827 sayılı Kanun madde 6/2.

⁹⁷³ Böyle bir durumda söz konusu hastalığın, kadın hastalıkları ve doğum uzmanıyla bu hastalığın ilişkin olduğu uzmanlık dalından bir hekimin birlikte hazırlayacakları, kesin klinik ve laboratuvar bulgulara dayanan, gerekçeli raporlarla saptanması zorunludur. (Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük madde 5/2)

⁹⁷⁴ 2827 sayılı Kanun'un 5. maddesinde yer alan bu düzenlemeden farklı olarak, Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'ün 7. maddesinde yalnızca kadının hayatını ya da hayati organlarından birini tehdit eden acil hallerde rahimin tahliye edilebileceği öngörülerek sözü geçen kanuni düzenlemeden daha sınırlayıcı bir düzenleme yapılmıştır. Kanaatimizce kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkı ile doğrudan ilişkili olan gebeliğin sona erdirilmesi faaliyetine yönelik olarak kanunda öngörülenden daha sınırlayıcı bir kısıtlamanın tüzükle yapılmış olması hukuka aykırılık oluşturmaktadır. Kanun ile tüzüğün çatıştığı söz konusu durumda, gebeliğin devamının doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hallerde de rahim tahliyesinin yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

⁹⁷⁵ TA Strasbourg, 21.04.1994, Mme M. / Hospices civils de Colmar, **AJDA**, 1994, Dalloz.fr.

⁹⁷⁶ Delphine Thomas Taillandier, " Le régime de responsabilité des professionnels de santé en cas de privation du choix d'avorter", **Gaz Pal**, 11.08.2015, s. 17, Lextenso.fr.; Esper / Dupont, **age.**, s. 879.

yaşam boyu sürecek kalıcı hastalıklar görülebilmektedir⁹⁷⁷. Bunun yanında, başta detaylı ultrasonografi olmak üzere, doğum öncesi tetkiklerin eksik yapılması sonucunda annenin Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'ün ilgili maddelerine dayanan, kalıtsal hastalıklar nedeniyle gebeliğini sonlandırma hakkı da elinden alınmaktadır⁹⁷⁸.

Benzer içerikli düzenleme Fransız Sosyal Eylem ve Aile Kanunu (*Code de l'action sociale et des familles*) L 114 – 5 hükmünde de yer almaktadır. Söz konusu tetkiklerin yapılmaması veya geç yapılması durumunda annenin sağlığı ve vücut bütünlüğünde bir zarar oluşmamakla birlikte, genetik hastalığı olan ya da engelli bebekler dünyaya gelmektedir ki bu durum da gerek bebeğin bakımı ve gerek yapılacak ilaç ve tıbbi malzeme masrafı nedeniyle anne – baba üzerinde mali külfete sebep olmaktadır. Açıklanan nedenlerle, doğum öncesi dönemde tetkik ve testlerin eksik ya da kötü yapılması durumunda sağlık hizmetleri gereği gibi işlememiş olacağından idarenin sorumluluğu söz konusu olacaktır⁹⁷⁹. Buna karşılık, nadir

⁹⁷⁷ Yargıtay önüne gelen bir uyuşmazlıkta, davacının başvurusu üzerine özel bir tüp bebek merkezinde bir çeşit tüp bebek yöntemi olan mikroenjeksiyon yöntemi ile hamile kalması sağlanmış, bebeğin anne karnındaki gelişimi düzenli olarak kontrol edilmiş, anne karnında 6. aya gelindiğinde renkli ve detaylı ultrasonu çekilmiş ve doğum gerçekleşmiştir. Doğumu müteakip yapılan düzenli kontrollerde ilk olarak bebeğin göz bebeklerinin göz içinde döndüğü tespit edilmiş, daha sonra ise bebeğin oturma ve emeklemesinde problemler ortaya çıkmış olmasına karşılık, durumun normal olduğu hekim tarafından davacıya bildirilmiştir. Davacının başka bir hekime başvurması üzerine, bebeğin 6. aya tekabül eden haftalarda gelişimini tamamlarken iki beyinciği birbirine bağlayan ve görme sinirlerinin de üzerinden geçtiği, algılamayı da sağlayan köprünün yarım kaldığı tespit edilmiş, hayati olan bu problemin anne karnında özellikle 6. ayda çekilen renkli ultrasonda anlaşılabilecek bir durum olduğu, beyne giden tüm damarların bu ultrasonda görülebilecek olduğu ve bu şekilde tüm problemlerin teşhis ve tanısının mümkün olduğu ortaya konulmuştur. Kararında Yargıtay doğum öncesinde tanı ve tedavi faaliyetlerinin eksik ve özen yükümlülüğüne aykırı olduğu gerekçesiyle hekim aleyhine tazminata hükmetmiştir. (Yar.13.HD, 03.07.2014, E. 2013/22814, K. 2014/2861, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Aynı yönde başka bir karar için bkz. Yar.13.HD, 07.07.2006, E. 2006/6143, K. 2006/11224, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁹⁷⁸ Bu durumun Sözleşme'nin 8. maddesinde düzenlenen özel hayata saygı hakkını ihlal edeceğini vurgulayan AİHM, söz konusu ihtimalde Devletin sorumlu olacağına karar vermiştir. (AİHM, R. R. / Polonya, BN. 27617/04, T. 26.05.2011, Hudoc.echr.coe.int.) Ayrıca bkz. “(...) teşhis üzerine 13.10.2000 tarihinde İstanbul Üniversitesi Çapa Tıp Fakültesi Çocuk Hastalıkları ve Çocuk Nörolojisi Bölümünde Prof. Dr. Selçuk Apak'a gidildiğini ve E.'nin nörolojik muayenesine başlandığını ve E.'nin motor merkezinin düzgün çalışmadığının, hareket sisteminde bir bozukluk olabileceğinin saptandığını ve 'spastik diparezi' ön tanısının konulduğunu, tüm bu araştırma ve muayene sonucunda E.'nin anne karnında 6. aya tekabül eden haftalarda gelişimini tamamlarken iki beyinciği birbirine bağlayan görme sinirlerinin de üzerinden geçtiği, algılamayı sağlayan 'korpus kallozum' şeklinde tanımlanan köprünün yarım kaldığı sonucuna ulaşıldığını, hayati olan bu problemin anne karnında özellikle 6. ayında çekilen renkli ultrasonun davalı doktor A. N. tarafından incelenmesinde görülecek bir problem olduğunu, beyne giden tüm damarların bu ultrasonda gözüktüğünü ve bu şekilde tüm problemlerin teşhis ve tanısının mümkün olabildiğini, gerekli özenin gerek doğum öncesinde gerekse doğum sırasında ve gerekse doğum sonrasında hem tanı, hem teşhis ve hem de tedavide gösterilmediği (...)” (Yar.13.HD, 03.07.2014, E. 2013/22814, K. 2014/2861.)

⁹⁷⁹ Dan.10.D., 19.09.2007, E. 2004/6540, K. 2007/4237; Aynı yöndeki Yargıtay içtihadı için bkz. Yar.13.HD, 21.12.2001, E. 2001/19800, K. 2001/11883, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Aynı yönde

görülen ve teşhisi mümkün olmayan bir hastalığın anneden çocuğa geçmesi ihtimalinde, idarenin kusurunun bulunmadığı kabul edilmiştir⁹⁸⁰.

Bunun yanında, doğum öncesi kontrollerin hukuka ve tıbbi standartlara uygun şekilde yapılması ve bebeğin taşıdığı genetik hastalıkların tespit edilmesi ihtimalinde, durumun anneye açıklanmaması, gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin operasyon ve bu operasyonun riskleri bakımından yeterli bilgi verilmemesi durumunda, annenin gebeliği devam ettirme ya da sonlandırmaya yönelik karar verme hakkı elinden alınacağından idare sorumlu olacaktır⁹⁸¹. Uyuşmazlık konusu olan bir olayda Danıştay, doğum öncesi tetkikler sırasında down sendromu ile ilgili testler hakkında aileye yeterli bilgilendirme yapılmaması sonucunda, amniosentez testi yapılmamış olması ve down sendromlu bebeğin dünyaya gelmesi sonucunda oluşan zarardan idarenin sorumlu olduğu yönünde hüküm kurmuştur⁹⁸².

Fransız Toplum Sağlığı Kanunu'nun L 162-17 hükmünde, bazı hallerde pre-natal tetkiklerin yapılmasının zorunlu olduğu düzenlenmiştir. Buna göre, anne ve babada genetik bir hastalığın bulunması ve bu hastalığın iyileştirilemez nitelikte olması durumunda, hekimin hastanın onamı aranmaksızın bebeğin hasta doğup doğmayacağına dair ileri tetkikler yapması zorunludur. Hekimin buradaki yükümlülüğü teşhis koymaktan ibaret olup, hamileliğin devamına ilişkin karar verme yetkisi ailede kalmaya devam etmektedir⁹⁸³. Dolayısıyla bu hallerde anne babaya testlerin yapılmaması sonucunda genetik hastalık taşıyan bebeğin doğması hizmet kusuru nedeniyle idarenin sorumluluğuna yol açmaktadır.

idare mahkemesi kararı için bkz. Akyıldız / Özkan, **age.**, s. 491. Bu yöndeki Fransız Danıştay kararı için bkz. CE sect., 14.02.1997, CHR de Nice / Epoux Quarez, Rec. Lebon, 1997, Dalloz.fr. Bu ihtimalde ağır hizmet kusuru oluşacağını ortaya koyan Paris İdari İstinaf Mahkemesi kararı için bkz. CAA Paris, 24.06.2008, n° 04PA00885, aktaran Tourret, **agm.**)

⁹⁸⁰ CAA Bordeaux, 09.09.2008, n° 06BX01490, aktaran Tourret, **agm.** Nitekim Paris İstinaf Mahkemesi de aynı içtihadı 06.10.2008 tarihli bir kararında sürdürmüştür. (Tourret, **agm.**)

⁹⁸¹ Türmen, **age.**, s. 81; Truchet, **age.**, s. 292; Laure / Anger, **age.**, s. 383; Taillandier, **agm.** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Costa ve Pavan / İtalya* kararında, embriyoların yalnızca sağlıklı olanların ya da belli özellikte olanlarının anne adayına transferine yönelik tüp bebek tedavisi yöntemlerinin yasaklanmasına ilişkin düzenleme Sözleşme'nin 8. maddesi bakımından orantısız bir müdahale olarak nitelendirilmiştir. (AİHM, *Costa ve Pavan / İtalya*, BN. 54270/10, T. 28.08.2012, Hudoc.echr.coe.int.)

⁹⁸² Dan.10.D., 30.11.2007, E. 2007/4318, K. 2007/5846, aktaran Gökcan, **age.**, s. 1397; Dan.15.D., 08.04.2015, E. 2013/4351, K. 2015/2019, aktaran Gökcan, **age.**, s. 1401. Yargıtay da kararlarında, gebelik öncesi testlerin eksik yapılması ya da yanlış yorumlanması sonucunda, hastalık taşıyan bebeğin dünyaya gelmesinde hekimin sorumluluğunun bulunduğu hükmetmiştir. (Yar. HGK, 11.12.2002, E. 2002/13-11011, K. 2002/1047, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

⁹⁸³ Clement, **age.**, s. 90.

Gerek ulusal hukukumuzda ve gerek Fransız hukukundaki düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde gebeliğin sona erdirilmesine yönelik müdahaleler, hamileliğin süresi esas alınarak iki ayrı döneme ayrılmakta ve her iki dönem bakımından farklı hukuki rejim öngörülmektedir. Bu doğrultuda, hukukumuzda gebeliğin ilk on haftasını kapsayan dönemde gebeliğin sona erdirilmesine ilişkin olarak anneye çok geniş bir takdir yetkisi bırakılmıştır. Bu dönemde annenin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile özel hayatının korunması hakkına, bebeğinkine nazaran öncelik tanınmış, anneye hiçbir gerekçe göstermeksizin gebeliği sonlandırma hakkı verilmiştir⁹⁸⁴. Keza, bu dönemde genetik hastalıkların tespitine yönelik olarak bebeğe testler yapılması öngörülmüştür. Söz konusu testlerin yapılmaması ya da hatalı yapılması sonucunda annenin gebeliği sona erdirmeye hakkının elinden alınmasının hizmet kusuru oluşturacağı Danıştay ve Fransız Danıştay içtihadında kabul edilmiştir. Dolayısıyla bu dönemde esas olarak gebeliğin sona erdirilmesi hakkının kullanımını engelleyen faaliyetlerin hizmet kusuru oluşturduğu söylenebilir.

İkinci dönemde ise, mevzuatta açıkça gebeliğin sona erdirilmesine ilişkin müdahaleleri kısıtlayıcı bir yaklaşımın benimsendiği görülmektedir. Bu dönemde ancak bazı genetik hastalıkları taşıması durumunda annenin istemi üzerine ya da hamileliğin bebek veya annenin sağlığı bakımından yaşamsal tehlike yaratması durumunda annenin onamı dahi gerekmeksizin gebeliğe son verilmesi mümkündür. Bu iki ihtimal söz konusu olmaksızın gebeliğin sonlandırılması ise, annenin rızası bulunsa dahi hukuka aykırılık oluşturacaktır. Dolayısıyla gebeliğin sonlandırılmasına yönelik tıbbi operasyonların hukuka uygunluğunun tespitinde, yukarıda yapılan dönemsel ayrımın dikkate alınması önem taşımaktadır.

v) Organ Nakli Faaliyetleri

Fonksiyonunu yerine getiremez hale gelmiş hücre, doku ya da bir organın çıkarılarak yerine yeni bir hücre, doku ya da organın⁹⁸⁵ yerleştirilmesine ilişkin

⁹⁸⁴ Esper / Dupont, **age.**, s. 877.

⁹⁸⁵ Canlı bir organizmanın, dokulardan oluşan, belirli bir görevi olan ve sınırları kesin olarak tespit edilebilen kısmına organ; aynı yapısal özellikleri taşıyan ve aynı işleri yerine getirmek üzere bir araya toplanan hücreler doku olarak tanımlanmaktadır. (Gökcan, **age.**, s. 291.)

müdahaleler şeklinde tanımlanan⁹⁸⁶ organ nakli faaliyetleri tıbbi operasyonların özel bir görünümünü oluşturmaktadır⁹⁸⁷. Organ nakli faaliyeti kural olarak insandan insana yapılmakla birlikte, gerektiğinde hayvandan insana organ aktarılmasının da hukukten mümkün olduğunu savunan görüşler öğretilde bulunmaktadır⁹⁸⁸. 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'un 1. maddesi uyarınca hastalığın teşhis ve tedavisi ya da bilimsel çalışma amacıyla vücuttan organ alınması mümkün olabilmektedir. Tıbbi müdahalenin özel bir görünümü olan tıbbi operasyonlar kapsamında organ alınması bir hastalığın teşhisi veya tedavisi amacıyla yapılmaktadır.

Yukarıda yapılan tanımdan hareketle tıbbi müdahalelerin (ve bu kapsamda tıbbi operasyonların) ancak tıbbi zorunluluk halinde ve tedavi amacıyla yapılmasının mümkün olduğu, aksi bir durumun Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen ve vazgeçilemez nitelikte olan kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkına aykırılık oluşturacağı açıktır. Organ nakli operasyonlarında ise, alıcı bakımından tıbbi bir zorunluluk ile tedavi amacı bulunmakla birlikte, vericinin sağlığı yönünden herhangi bir endikasyon bulunmamaktadır. Dolayısıyla tedavi amacı yalnızca alıcı bakımındandır. Bir kimsenin kendi organını veya dokusunu başkasına vermesi, kendi sağlığı yönünden tıbbi zorunluluk bulunmaması nedeniyle hukuka aykırı gözükmemektedir⁹⁸⁹. Bu yönüyle diğer tıbbi müdahalelerden ayrılan organ nakline ilişkin faaliyetleri hukuka uygun hale getiren unsur ise, 2238 sayılı Kanun'da öngörülmüş olan alıcının tedavisi amacıdır. Bu amacın dışında yapılacak organ nakli faaliyetleri Anayasa'nın 17. maddesine aykırılık teşkil edecektir⁹⁹⁰. Dolayısıyla sağ kişiden organ alınması faaliyeti ancak alıcı bakımından tıbbi zorunluluk bulunması ve yapılan naklin alıcıyı sağlığına kavuşturmaya elverişli olması durumunda hukuka

⁹⁸⁶ Ayan, **age.**, s. 17.

⁹⁸⁷ Organ aktarım faaliyeti Gülel tarafından, “tedavisi mümkün olmayacak şekilde normal işlevini yerine getirmeyen veya olağanın dışında görünen organ veya dokuların yerine, alıcının bünyesiyle uyumlu ve sağlam olan, canlı ve ölmüş donörden alınanların konulması amacıyla gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler” şeklinde tanımlanmıştır. (Gülel, **age.**, s. 76.)

⁹⁸⁸ Hakeri, **age.**, s. 492; Gülel, **age.**, s. 76.

⁹⁸⁹ Hakeri, **age.**, s. 464; Aşçıoğlu, **age.**, s. 54; Gökcan, **age.**, s. 292; Özpinar, **age.**, s. 39.

⁹⁹⁰ Ayan, **age.**, s. 20. Nitekim 2238 sayılı Kanun'un 3. maddesi bedel veya çıkar amaçlı olarak organ ve doku aktarımını açıkça yasaklamıştır. Fransız hukukunda da organ aktarma faaliyetlerinin verici yönünden tıbbi zorunluluk taşıması sebebiyle, tıbbi müdahale olarak değerlendirilebilirliği tartışmalıdır. Hukukumuzda olduğu gibi Fransız hukukunda da söz konusu faaliyet Toplum Sağlığı Kanunu'nda hukuka uygun hale getirilmiştir. (Truchet, **age.**, s. 241.)

uygun olacaktır⁹⁹¹. Bunun yanında söz konusu organ aktarma faaliyetinin vericiyi yaşamsal tehlikeye düşürmüyor olması da ayrıca gerekmektedir⁹⁹².

2238 sayılı Kanun uyarınca ölüden⁹⁹³ veya on sekiz yaşını doldurmuş ve mümeyyiz canlı kişilerden organ alınması mümkündür⁹⁹⁴. Buna karşılık kişiden alınan bir dokunun yine aynı kişinin vücudunun başka bir yerine yerleştirilmesine ilişkin operasyonlar organ aktarımı olarak nitelendirilmemektedir⁹⁹⁵. On sekiz yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olan bir kişiden organ ve doku alınabilmesi için ise vericinin önceden en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak yazılı ve imzalı tutanak düzenlemiş olması ya da en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanması zorunludur⁹⁹⁶. Ayrıca tüm tıbbi müdahalelerde olduğu gibi, yukarıda anılan tutanak düzenlenmeden önce, vericiye uygun bir biçimde ve organ ve doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler ile bunun sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi verilmesi gerekmektedir⁹⁹⁷. Bunun yanında, canlı vericilerden hayati önem taşıyan organ ya da dokuların alınması da mümkün değildir.

⁹⁹¹ Gökcan, **age.**, s. 293; Esper / Dupont, **age.**, s. 840.

⁹⁹² Esper / Dupont, **age.**, s. 838; Gökcan, **age.**, s. 296.

⁹⁹³ Ölüm anının belirlenmesi hususu üzerinde tıp öğretisinde henüz bir görüş birliği bulunmamaktadır. Mevzuat hükümleri ve Yüksek Sağlık Şurası kararları dikkate alındığında hukukumuzda kişinin dolaşım, solunum ve sinir sisteminin durduğu fizyolojik ölümden ziyade; beyin fonksiyonlarının tam ve geri dönüşü olmayan biçimde kaybı şeklinde tanımlanan beyin ölümü, ölüm anının tespitinde esas alınmaktadır. (Er, **age.**, s. 104; Hakeri, **agm.**, s. 74; Gökcan, **age.**, s. 293.) Nitekim, 2238 sayılı Kanun'un 11. maddesine göre, tıbbi ölümün gerçekleştiğine, biri nörolog veya nöroşirürjiyen, biri de anesteziyoloji ve reanimasyon veya yoğun bakım uzmanından oluşan iki hekim tarafından kanıta dayalı tıp kurallarına uygun olarak oy birliği ile karar verilir.

⁹⁹⁴ Ülkemizin de taraf olduğu Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 19. maddesinin birinci fıkrasına göre, yaşayan bir kimseden nakil amacına uygun organ veya doku alınması, yalnızca ölmüş bir kimseden uygun organ veya doku bulunamamış olması ve karşılaştırılabilir nitelikte başka bir tedavi yönteminin bulunmaması ihtimalinde mümkündür.

Fransız Toplum Sağlığı Kanunu'nun madde L 1231 düzenlemesinde 2004 ve 2011 yılında yapılan değişikliklerden önce kişinin yalnızca anne ve babasından; acil hallerde ise eşinden de organ nakli yapılabilmesi öngörülmekteydi. Anılan değişikliklerle birlikte organ nakli gerçekleştirilebilmesi için aranan akrabalık şartı kaldırılmıştır. Bu doğrultuda, kendisine organ nakledilecek kişi ile en az iki yıl süreyle yakın bir ilişkisi olan kişilerden organ aktarımı yapılabilmektedir. (Esper / Dupont, **age.**, s. 841.) Öte yandan Fransız Toplum Sağlığı Kanunu'nun L 1231-2 hükmü uyarınca mümeyyiz ve ergin olmayan kişilerden organ alınması hukuka aykırılık oluşturmaktadır.

⁹⁹⁵ Ayan, **age.**, s. 17.

⁹⁹⁶ Fransız Toplum Sağlığı Kanunu'nun L 1231-1 hükmü uyarınca, organ nakli operasyonları öncesinde vericinin rızasını Asliye Hukuk Mahkemesi önünde beyan etmesi zorunludur.

⁹⁹⁷ Esper / Dupont, **age.**, s. 836. Vericinin evli olması durumunda, eşine de aynı aydınlatmanın yapılması zorunludur. (2238 sayılı Kanun madde 7/d.)

Kanuni düzenlemenin yanında Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği'nin 16. maddesinde de organ nakli faaliyetleri bakımından birtakım sınırlamalar öngörülmüştür. Buna göre, “*canlıdan organ nakli; alıcının en az iki yıldan beri fiilen birlikte yaşadığı eşi ile dördüncü dereceye kadar (dördüncü derece dâhil) kan ve kayın hısımlarından*” yapılabilir. Bunlar dışında kalan kişilerden organ nakli yapılabilmesi için naklin yapılacağı ilde oluşturulacak etik komisyonun onayı gerekir⁹⁹⁸.

Öte yandan belli bir bedel karşılığında organ veya doku bağışlanması 2238 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle açıkça yasaklanmıştır. Bu doğrultuda söz konusu tıbbi müdahaleye bedel karşılığında onam verildiğinin öğrenilmesi durumunda, organ aktarımının yapılmaması gerekmektedir. Aksi durumda kamu görevlisinin kanuna aykırı fiil nedeniyle idarenin sorumluluğu gündeme gelecektir. Yine, Fransız Toplum Sağlığı Kanunu'nun L 1211-9-1 hükmü uyarınca organ aktarma faaliyetlerinin belli bir bedel karşılığında yapılması açıkça yasaklanmıştır. Buna karşılık, organ veren kişinin hastane ve tedavi masraflarının alıcı tarafından karşılanması bedel olarak kabul edilmemektedir⁹⁹⁹. Bedelsizliğin kesin olarak sağlanabilmesi bakımından Fransız Toplum Sağlığı Kanunu'nun L 1211-5 hükmü uyarınca organ alıcısı ve vericisinin birbirinin kimliğini öğrenmemeleri esası öngörülmüştür.

Organ nakli faaliyetine ilişkin bu ayrıntılı düzenlemelere karşın Danıştay bir kararında, yukarıda açıklanan usuli işlemlerin yapılmamış olmasının hizmet kusuru oluşturmayacağına hükmetmiştir¹⁰⁰⁰: “*Olayımızda ise verici (...)’ın Bağkur borçlarının ödenmesi, bir miktar para ve bir adet tarla karşılığı olarak karaciğerinin bir kısmını bağışlama konusunda (...)’ün kardeşi ile anlaştığı, (...)’ün yakınları tarafından, ameliyatı yapacak doktora da 6.000 TL tutarında para verilerek, kardeşlerinin ameliyata hazır hale gelmesini sağladıkları, bu olay sebebiyle de (...)’ün kardeşinin organ nakline aracılık yapma suçundan yargılanarak ceza aldığı açıktır. Bu bakımdan, her ne kadar davalı idarenin, 2238 sayılı Kanunda organ bağışlayanların haklarını korumaya yönelik getirilmiş düzenlemeler kapsamında, bahsi geçen ameliyatın başlatılması öncesinde, verici tarafın mağduriyetine yol*

⁹⁹⁸ Yönetmelikte öngörülen sınırlamaya yönelik eleştiriler için bkz. Hakeri, **age.**, s. 489.

⁹⁹⁹ Esper / Dupont, **age.**, s. 837.

¹⁰⁰⁰ Dan.15.D., 29.05.2014, E. 2013/3962, K. 2014/4444, **Leges İzmir Üniversitesi Sağlık Hukuku Dergisi**, Y. 2, S. 6, Nisan-Mayıs-Haziran 2015.

açabilecek birtakım usuli eksiklikleri olsa da, esasen alıcının yakınlarının mevzuata aykırı hareket ettikleri; organ bağışlayıcısını ve ameliyatı yapacak doktoru para karşılığı ayarladıkları görüldüğünden, ilgililerin kendi kusurlu davranışları nedeniyle ortaya çıktığı iddia edilen zararlardan dolayı davalı idarenin kusurlandırılması mümkün değildir. Bu durumda, davacıların manevi tazminat taleplerinin de kabulüne imkan bulunmadığından, idare mahkemesi kararının kabule yönelik kısmında hukuki isabet görülmemiştir.”

Bu kararıyla Danıştay organ nakli faaliyetinde öngörülen usul kurallarının esas amacının alıcı ve vericinin rızasının sağlıklı olarak alınması olduğunu vurgulamış, söz konusu usul kurallarına bizzat organ nakli faaliyetinden yararlanan taraflarca uyulmaması durumunda, mağdurun kendi kusurunun zarar ile idarenin faaliyeti arasındaki illiyet bağıını koparacağını ortaya koymuştur. Buna karşılık, mağdurun kendi davranışının idarenin sorumluluğunu kaldırdığını vurgulayarak aslında Danıştay, organ nakli faaliyetlerinin usul kurallarına aykırı şekilde yürütülmesinden esas olarak idarenin sorumlu olacağını da ortaya koymuş olmaktadır. Bu bakımdan somut olayda mağdur, hukuka aykırı davranışıyla idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmıştır.

Ölüden organ alınmasında ise kişinin sağlığında vücudunun tamamını veya organ ve dokularını, tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlar için bıraktığını resmi veya yazılı bir vasiyetle belirtmiş ya da bu konudaki isteğini iki tanık huzurunda açıklamış olması ihtimalinde bu beyana uygun şekilde organ ve doku alınacaktır¹⁰⁰¹. Böyle bir beyanın bulunmaması ihtimalinde, sırasıyla ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin; bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının muvafakatiyle ölüden organ veya doku alınabilir¹⁰⁰². Ancak ölenin açıkça yasaklamış olması durumunda, yakınlarının rızası bulunan hallerde dahi organ nakli yapılamayacaktır¹⁰⁰³. Buna karşılık aksi bir vasiyet beyanı bulunmadığı hallerde ölüden kornea gibi ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan

¹⁰⁰¹ Fransız hukukunda ise, Toplum Sağlığı Kanunu’nun L 1232-1 ve L 1232-4 hükümlerine göre, yaşamı sırasında organ naklini açıkça reddetmemiş olan kişilerin ölümünden sonra tedavi veya bilimsel amaçlı olarak organ ve doku alınması mümkündür.

¹⁰⁰² Hukukumuzdan farklı olarak Alman hukukunda ölenin beyanının bulunmaması ihtimalinde, üçüncü kişinin hayatını kurtarma veya zaruret halinin varlığında yakınlarının rızası alınmaksızın organ naklinin yapılabilceği kabul edilmektedir. (Ayan, **age.**, s. 24.)

¹⁰⁰³ Gökcan, **age.**, s. 294; Hakeri, **age.**, s. 474; Esper / Dupont, **age.**, s. 843.

dokular alınabilir¹⁰⁰⁴. Ölüden alınan organın ceset üzerinde değişiklik yarattığı durumlarda ise rızanın alınması zorunludur¹⁰⁰⁵. Uygulamada ise hastanın sağlığında onam vermiş olması durumlarında dahi, organ alınması öncesinde ailesine başvurularak onların muvaffakiyeti aranmaktadır. Böyle bir durumda ise ailenin izin vermemesi sebebiyle, organ alımının yapılmaması 2238 sayılı Kanun'da yer alan düzenlemeye aykırılık oluşturacaktır.

Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği'ne¹⁰⁰⁶ göre, organ ve doku nakilleri yalnızca kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek veya tüzel kişiler tarafından, bunlara ait genel ve özel hastaneler bünyesinde bir ünite biçiminde Sağlık Bakanlığının vereceği faaliyet izni ile kurulan organ ve doku nakli merkezlerinde yapılabilmektedir. Organ dağıtımı Sağlık Bakanlığınca oluşturulan, ülke genelinde tüm organ ve doku bağışları ile nakil bekleyen hasta bilgilerini, verici kayıtlarını ve gerçekleşen nakillere ait alıcı ve verici izlem bilgilerini içeren veri tabanı sisteminden yapılmakta olup, çıkarılan organ ve dokular ile nakil yapılacak hastaların merkezlere nakilleri Sağlık Bakanlığına bağlı Bölge Koordinasyon Merkezleri tarafından yapılmaktadır. Yaşayan kişiler arasındaki organ nakli ise, dördüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımları arasında, organ ve doku nakli merkezlerinde yapılabilmektedir. Diğer kişilerden organ ya da doku alınması ise ancak hastane etik kurulunun izni ile mümkündür.

Organ ve doku nakillerine ilişkin uygulamada karşılaşılan sorunlardan biri, hekimlerin gerek beyin ölümü kavramını manevi olarak benimsememesi ve gerek

¹⁰⁰⁴ Ayrıca yataklı tedavi kurumlarında ölen veya bunların morglarına getirilen ve kimsenin sahip çıkmadığı ölü muayenesi veya otopsi işlemi tamamlanmış cesetler aksine bir vasiyet olmadığı takdirde 6 aya kadar muhafaza edilmek ve bilimsel araştırma için kullanılmak üzere ilgili yükseköğretim kurumlarına verilebilirler.

¹⁰⁰⁵ “ölen hastanın gözlerinin değil sadece kornea tabakalarının alınmış bulunması, ilgilinin sağlığında aksine bir vasiyet veya beyanının olmaması ve kornea dokusunun yetkili kişilerce usulüne uygun biçimde alınmasının mevzuat karşısında suç teşkil etmediği, belirtilerek şüpheliler hakkında men-i muhakeme kararı verilmiş ise de, cenazenin defnedilmesi aşamasında gözlerinin tamamen alındığının fark edilmesi üzerine (...) tarihli dilekçe ile (...) Cumhuriyet Başsavcılığına müracaat edildiği (...) sayılı talimat üzerine polis memurlarınca (...) Gasilhanesine gidilerek, cesedin sol göz kapağının kaldırıldığında sol gözün tamamen boş olduğunun, sağ göz kapağının ise dikili olduğunun (...) saptandığı, bu tutanakla ölünün gözünün alındığının tespit edildiği anlaşılmıştır. (...) gözün sadece korneasının alınmasının, izne tabi olmadığı belirtilmesine rağmen, (...) cesedin sol gözünün tamamının alındığı, sağ gözünün kapağının ise dikili olduğunun saptandığı, (...) Kanun hükmüne aykırı olarak ölüden gözün tamamının izisiz olarak alındığı konusunda yeterli şüphenin oluştuğu, şüphelilerin üstlerine atılı suçu işlediklerini doğrulayacak ve haklarında kamu davasının açılmasını gerektirecek nitelikte kanıtın dosyada mevcut olduğu anlaşıldığından (...)” (Dan.1.D., 07.02.2007, E. 2006/1270, K. 2007/101, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

¹⁰⁰⁶ RG. 01.02.201, S. 28191.

hukuki sorumluluk korkusu ile ölümleri zamanında bildirmemesidir. Hekimin ölümü zamanında bildirmemesi nedeniyle nakle konu olabilecek organ ve dokuların işlevini yitirmesine sebep olması idarenin sorumluluğuna yol açacaktır¹⁰⁰⁷. Yine, ölenin bedeni üzerinde otopsi yapılması gereken hallerde ivedilik ve zorunluluk bulunması durumunda, bu işlem organ aktarım faaliyetinden sonra gerçekleştirilmektedir¹⁰⁰⁸. Özellikle ölen kişiden organ nakli yapılabilmesi bakımından ölümlerin zamanında bildirilmesi ve hızlı harekete geçilmesi bir zorunluluktur. Bunun yanında yukarıda sayılan koşulları taşımayan kişilerin donör olarak belirlenmesi suretiyle yapılan organ aktarım faaliyetleri, tıbbi standartlara uygun şekilde yürütülse dahi idarenin sorumluluğuna yol açacaktır.

b. İdarenin Tıbbi Müdahale Benzeri Faaliyetlerden (Çekinik Tıp Uygulamalarından) Kaynaklanan Sorumluluğu

Çekinik tıp uygulamaları, gerek tıbbi müdahale olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğinin belirsiz oluşu ve gerek tıbbi uygulama hatası teşkil edip etmeyeceği yönünden pek çok sorunu içinde barındıran faaliyetlerdir. Ayrıca tıbbi müdahaleden kaynaklanan sorumluluk hallerinin tespitinde kullanılan ölçütler çekinik tıp faaliyetleri bakımından farklılık arz etmektedir. Bu sebeple söz konusu uygulamalar, klasik anlamda tıbbi müdahalelerden ayrı olarak incelenmelidir.

Tıbbi uygulama hatalarına ilişkin tazminat davalarının nicelik yönünden artmasıyla birlikte, 1970’li yılların başından itibaren başta Amerika Birleşik Devletleri ile pek çok Avrupa ülkesinde ortaya çıkan çekinik tıp faaliyetleri, hekimin kendisini dava tehdidine karşı korumak amacıyla teşhis ve tedaviye yönelik işlemleri gereksiz kullanması veya tazminat davası ile sonuçlanma riski yüksek olan tıbbi müdahaleleri reddetme uygulamaları şeklinde tanımlanmıştır¹⁰⁰⁹. Çekinik tıp olarak zikrettiğimiz uygulamaları “*defansif tıp*” olarak adlandıran Çınarlı ise kavramı “*hastanın aşırı ve gereksiz bakımdan zarar görme ihtimali olsa bile, doktorların tıbbi*

¹⁰⁰⁷ Hakeri, **agm.**, s. 77.

¹⁰⁰⁸ Gökcan, **age.**, s. 296; Hakeri, **age.**, s. 475.

¹⁰⁰⁹ Polat, **age.**, s. 246; Yusuf Aynacı, **Hekimlerde Defansif (Çekinik) Tıp Uygulamalarının Araştırılması**, Tıpta Uzmanlık Tezi, Selçuk Üniversitesi Meram Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı, 2008, s. 2; Gökhan Akdur, **Tıp Fakülteleri ve Eğitim Araştırma Hastaneleri Acil Servislerinde Çalışan Acil Tıp Uzmanları ve Araştırma Görevlilerinin Çekinik Tıp Uygulamaları Hakkında Görüşler**, Tıpta Uzmanlık Tezi, Trakya Üniversitesi Tıp Fakültesi Acil Tıp Anabilim Dalı, 2013, s. 3.

kötü uygulamadan (malpraktis) doğacak sorumluluk çekincesiyle, gerekli olmadığı halde tetkik ve işlem yapması veya yüksek riskli hasta bakmaktan ve diğer işlemlerden kaçınması” olarak tanımlamıştır¹⁰¹⁰. Yukarıdaki tanımdan çekinik tıp¹⁰¹¹ uygulamalarının hekimin tıbbi müdahalelerin hukuki sorumluluğundan kaçınmak için, gerekli olmadığı halde teşhis veya tedaviye yönelik faaliyetlerde bulunması ya da riskli olduğunu düşündüğü hastalıkların tedavisinden kaçınması şeklinde gerçekleşebilmekte olduğu anlaşılmaktadır¹⁰¹².

Çekinik tıp faaliyetinin ortaya çıkışı sağlık hizmetlerinden kaynaklanan zararların tazmini için açılan tazminat davalarının artışına dayanmaktadır. Yürüttükleri faaliyetin büyük bir bölümü risk taşıyan hekimler, söz konusu riskin gerçekleşmesi nedeniyle ağır tazminat yükümlülüğü altında bırakılmışlardır. Bunun yanında sigorta şirketleri özellikle belli uzmanlık alanlarında faaliyet yürüten hekimlere mesleki sorumluluk sigortası yapmaktan kaçınmaya başlamış ya da bu hekimlerden yüksek sigorta primi talep etmiştir. Son olarak, hastalar ve yakınları tarafından maruz kaldıkları sözlü ve fiziksel şiddet ile şikayet edilme tehdidi de sağlık personelinin standart tıbbi uygulamanın dışında müdahalelerde bulunmaya zorlamaktadır¹⁰¹³. Bu gelişmeler hekimleri faaliyetlerini yürütürken kendilerini hukuki korumaya alacak tedbirler almaya sevk etmiştir¹⁰¹⁴.

Tıbbi gereklilik halinde, tıp bilimine uygun olarak, kişilerin fiziksel ve ruhsal durumlarının iyilik hali içinde bulunması amacıyla yapılan faaliyetler olarak tanımladığımız tıbbi müdahale kavramının çekinik tıp uygulamalarını kapsayıp kapsamadığı belirsizdir. Şöyle ki, çekinik tıp uygulamaları çoğu zaman tedavinin tıp bilimine aykırı hale gelmesine yol açmaktadır. Hekim tıp standartlarına uygun olarak yapması gereken müdahaleyi ya yapmaktan kaçınmakta ya da hastayı söz konusu standartlarda öngörülenden daha fazla müdahaleye maruz bırakmaktadır. Bu

¹⁰¹⁰ Çınarlı, **age.**, s. 12; Selçuk, **age.**, s. 9.

¹⁰¹¹ Bunun yanında söz konusu faaliyet öğretide “savunmacı tıp” ya da “temkinli tıp” uygulamaları şeklinde de adlandırılmaktadır. (Aynacı, **age.**, s. 3.)

¹⁰¹² Temelde hekimin hukuken kendini koruma davranışı olarak gerçekleşen çekinik tıp uygulamaları, sağlık kuruluşları tarafından da bir yöntem olarak izlenebilmektedir. Bu nedenle öğreti, çekinik tıp uygulamalarını hekim ve hastanelerin tıbbi uygulama hatası suçlaması ile karşılaşmamak için tıbbi işlemlerini kısıtlamaları ya da gereksiz olarak uygulamaları olarak tanımlamıştır. (Selçuk, **agm.**, s. 8.)

¹⁰¹³ Akdur, **agm.**, s. 22.

¹⁰¹⁴ Selçuk, çekinik tıp uygulamalarının nedenlerini yargılanma korkusu, maddi çıkar dürtüsü, hasta-hekim arasındaki iletişimdeki bozukluklar, medyada olumsuz şekilde gündeme gelme korkusu, hekimlerin performans ölçütlerini yerine getirme zorunluluğu ve hekimler arasındaki çıkar-rekabet ilişkisi olarak sınıflandırmıştır. (Selçuk, **age.**, s. 16.)

bakımdan, çekinik tıp uygulamalarının tıbbi standartlara uygun bir teşhis ve tedavi yöntemi olmadığı açıktır. Bu husus söz konusu uygulamaları tıbbi uygulama hatası olarak nitelendirmemize yol açarak faaliyeti hukuka aykırı hale getirmektedir. Bu uygulamaların tıbbi müdahale olarak nitelendirilebilirliği bakımından esas sorun, faaliyetin amacından kaynaklanmaktadır. Yukarıda yaptığımız tanım uyarınca tıbbi müdahale, kişilerin fiziksel ve ruhsal durumlarının iyilik hali içinde bulunması amacıyla yapılan faaliyetlerdir. Çekinik tıp uygulamalarında ise esas amaç hastanın iyileştirilmesi olmayıp, hekimin kendisini güvence altına almasıdır¹⁰¹⁵. Dolayısıyla bu faaliyetlerin tıbbi müdahale amacıyla yapıldığı söylenemeyecektir¹⁰¹⁶.

Tıbbi uzmanlık alanlarının neredeyse tümünde çekinik tıbbi uygulamalar gerçekleştirilmekle birlikte bu uygulamaların özellikle acil servis, cerrahi, pediatri, radyoloji, ortopedi ve kadın doğum gibi bünyesinde risk taşıyan branşlarda görülmektedir¹⁰¹⁷. Yapılan bir araştırmada riskli uzmanlık alanlarında faaliyet yürüten hekimlerin % 93'ünün çekinik tıp uygulamaları yaptığı saptanmıştır¹⁰¹⁸.

Çekinik tıp uygulamaları kendi içinde pozitif çekinik tıp uygulamaları ve negatif çekinik tıp uygulamaları olmak üzere iki kategoride sınıflandırılabilir. Nitekim yukarda yapmış olduğumuz tanımda da hekimin tıbbi standartlara göre fazla aktif olduğu veya söz konusu standartları uygulamadan kaçındığı faaliyetlerin çekinik tıp uygulaması olarak nitelendirilebileceği belirtilmiştir. Hekimin sağlık hizmetleri kapsamında yürüttüğü faaliyetin gereğinden fazla müdahale içermesi ya da söz konusu müdahalenin yetersiz olmasının belirlenmesinde ise mevcut tıbbi standartlar ölçüt olacaktır¹⁰¹⁹. Tıbbi standart uygulamalarının ne olduğunun belirlenmesi ise güçlük arz eden bir husustur¹⁰²⁰.

¹⁰¹⁵ Polat, **age.**, s. 262.

¹⁰¹⁶ Akdur, kabul edilmiş sağlık bakım ve beceri standartlarını sağlamada, bakım hizmetleri sunumunda başarısızlık ve yanlış uygulama niteliği taşıdığını ileri sürdüğü çekinik tıp uygulamalarının tıbbi uygulama hatası olduğunun kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır. (Akdur, **agm.**, s. 6.)

¹⁰¹⁷ Branşlara bağlı olarak uygulamadaki çekinik tıbbi uygulamaların görünüş biçimlerine ilişkin bkz. Çınarlı, **age.**, s. 15 vd.

¹⁰¹⁸ Akdur, **agm.**, s. 5.

¹⁰¹⁹ AİHM, *G.N.*, / *İtalya*, BN. 43134/05, T. 01.12.2009, Hudoc.echr.coe.int.

¹⁰²⁰ Pek çok teşhis ve tedavi yöntemi bakımından minimum standartlar belirlenmiş olmasına karşın, ideal standardın neleri kapsadığı açıklığa kavuşmamıştır. Yine, bazı tıbbi faaliyetlerin uygulanmasının yararlı olup olmadığı hususunda da tıp öğretisinde görüş birliği bulunmamaktadır. *Aynacı*, uygulanan tedavi standardının bölge koşullarını da gözetererek ülke çapında kabul görmüş tıbbi uygulamaya göre belirlenmesi gerektiğini ileri sürmüştür. (Aynacı, **age.**, s. 17.)

Bu doğrultuda hekimin müdahaleyi mevcut tıbbi standartların dışına çıkaracak düzeydeki aşırı müdahalesi pozitif çekinik tıp **(i)**, yetersiz düzeydeki tıbbi müdahalesi ise negatif çekinik tıp **(ii)** uygulaması oluşturacaktır.

i. Pozitif Çekinik Tıp Faaliyetlerinden Kaynaklanan Sorumluluk

Pozitif çekinik tıp, hekimin kendisini dava tehdidinden korumak için hastanın menfaatinin dikkate alınmaksızın tıbben gereksiz veya çok da gerekli olmayan tıbbi faaliyetlerde bulunması ve prosedürler uygulaması ya da standart tıbbi uygulamaların abartılı bir özen içinde yürütülmesi olarak tanımlanabilir¹⁰²¹. Hekimin amacı teşhis ve tedavi aşamalarında hiçbir eksikliğin yapılmadığını, tüm standartların *fazlasıyla* yerine getirildiğini ortaya koymaktır¹⁰²².

Pozitif çekinik tıp faaliyetlerini öğretide bir görüş, kötü neticelerin ortaya çıkmasını engellemek için yapılan uygulamalar, hastaları tıbbi uygulama hatası iddialarından caydırmak için yapılan uygulamalar ve açılacak olası tazminat davasında standart tedavinin verildiğine dair kanıt hazırlamak için yapılan uygulamalar olmak üzere üçe ayırmaktadır¹⁰²³. Kanaatimizce söz konusu teorik ayrım anlamlı değildir. Şöyle ki, sayılan üç ihtimalde de hekim tıbben gerekli olmayan teşhis ve tedavi yöntemlerini, kendini hukuken güvence altına almak için kullanmaktadır. Öte yandan aynı çekinik tıp uygulamasının yukarıda sayılan amaçlardan birkaçı için gerçekleştirilmesi de mümkündür. Dolayısıyla söz konusu ayrımın yapılmasının uygulamada bir sonucu olmayacaktır.

Tıbbi gerekliliği olmayan ilaçların reçete edilmesi¹⁰²⁴, gerekli olmadığı halde konsültasyon istenmesi ya da görüntüleme tekniklerine (röntgen, tomografi, BT, MR [Magnetikrezonans], ultrasonografi gibi) başvurulması¹⁰²⁵, gerekli olmayan tahlil ve

¹⁰²¹ Çınarlı ise bu kavramı, istenmeyen kötü sonuçları azaltmaya yönelik, malpraktis iddialarını ortadan kaldıracak nitelikte, hukuk açısından standart tedavinin yapıldığı konusunda delil sunmaya yönelik ek uygulamalar olarak tanımlamıştır. (Çınarlı, **agm.**, s. 12.)

¹⁰²² Aydaş, **age.**, s. 70.

¹⁰²³ Aynacı, **agm.**, s. 9.

¹⁰²⁴ Ayrıca ilaçların gereksiz şekilde yazılması tıbbi müdahalenin unsuru olan tıbbi gereklilikle bağdaşmadığından bu ilaçlar sonucunda oluşan zararların komplikasyon olarak nitelendirilmesi mümkün olmayacak, söz konusu zararlar hekimin sorumluluğuna yol açacaktır. (Selçuk, **age.**, s. 44.)

¹⁰²⁵ Acil servislere istenen gereksiz görüntüleme tekniklerine ilişkin örnekler için bkz. Akdur, **agm.**, s. 8.

testlerin talep edilmesi¹⁰²⁶, endikasyonu bulunmayan hastalar için yatarak tedavi öngörülmesi, hasta takibinin gerekli olmadığı düzeyde sıklaştırılması, kayıt tutma yükümlülüğünün abartılı şekilde yerine getirilmesi ya da hastanın sağlık durumuyla ilgili olarak gereğinden fazla bilgilendirilmesi, uygulamalarda geriye dönük denetlemelerin artırılması, hasta ile daha fazla zaman geçirme ya da daha fazla ziyaret yapma gibi davranışlar pozitif çekinik tıp uygulamaları kapsamında değerlendirilmektedir¹⁰²⁷. Ayrıca gereğinden fazla cerrahi girişimsel işlemler, biyopsi ya da kanser taraması yapmak, normal doğum yerine sezaryen yöntemini tercih etmek¹⁰²⁸ de pozitif çekinik tıp uygulaması olarak kabul edilmektedir¹⁰²⁹.

Negatif çekinik tıp uygulamalarından farklı olarak, pozitif çekinik tıp faaliyetlerinin tıbbi uygulama hatası niteliğinde olup olmadığı hususunda da öğreti ve yargı kararlarında görüş birliği bulunmamaktadır¹⁰³⁰. Hekimin kendisini hukuken koruma altına almak için gereksiz yere, fazladan tetkik istediği durumlarda beklenmedik bir hastalığın erken tespit edilmesi ve daha etkili bir tedavi uygulanması halinde, söz konusu çekinik faaliyetin tıbbi uygulama hatası teşkil etmeyeceği öğretide savunulmaktadır¹⁰³¹. Bu görüş çekinik tıp uygulamalarının yarattıkları sonuca önem vermekte olup, sonucu itibarıyla hastanın zararına olmamakta ve hatta şüphe edilmeyen bir hastalığın tespit edilmesini sağlamaktaysa, tıbbi uygulama hatası olarak kabul edilemeyeceğini; hastanın sağlığında zarara yol açması durumunda ise sorumluluğa yol açacağını savunmaktadır. Diğer görüş ise, çekinik tıp uygulamalarının hastada herhangi bir zarara yol açmasa dahi tıbbi gereklerle örtüşmediği ve sağlık hizmetlerinin sunumunu kalitesizleştirdiği için tıbbi uygulama hatası niteliğinde olduğunu savunmaktadır¹⁰³². Keza, hastanın vücut bütünlüğüne zararı olmayan birtakım gereksiz tıbbi müdahalelerin hastanın psikolojisi üzerinde

¹⁰²⁶ Akdur, tanısal testlerin artırılmasının hekim tarafından yapılan kaçınma davranışı olduğunu savunmakta ve bu uygulamaların negatif çekinik tıp olarak kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. (Akdur, **agm.**, s. 5.)

¹⁰²⁷ Kerem Yılmaz / Oğuz Polat / Begüm Kocamaz, “Defansif Tıp Uygulamalarının Hukuksal Açıdan İncelenmesi”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y. 5, S. 16, 2014, s. 22; Aynacı, **age.**, 12; Zehra Karakuş Işık, **Defansif Tıp Uygulamalarında İdarenin Sorumluluğu**, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2018, s. 43 vd.

¹⁰²⁸ Yılmaz, **age.**, s. 152.

¹⁰²⁹ Çınarlı, **age.**, s. 12.

¹⁰³⁰ Aynı yönde Akdur, **agm.**, s. 4; Polat, **age.**, s. 247; Karakuş Işık, **age.**, s. 42; Serkan Çınarlı / Pınar Hanife Kara, “Amerika Birleşik Devletlerinde Defansif Tıbbın Hukuki Boyutu ve Çözüm Önerileri”, **LEGES Kamu Hukuku Dergisi**, S. 4, 2013, s. 12.

¹⁰³¹ Aynacı, **age.**, s. 17.

¹⁰³² Yılmaz / Polat / Kocamaz, **agm.**, s. 27; Aydaş, **age.**, s. 71.

zarara yol açması da mümkündür¹⁰³³. Çınarlı ise, pozitif çekinik tıbbın sağlık hizmetinin kalitesini artıran ve azaltan yönleri olduğunu, gereksiz olarak addedilen ek tetkiklerin daha fazla uzmanlaşmış tıbbi branşlar bakımından gerekli olduğunu ve sağlık hizmetinin kalitesini artırdığını, diğer branşlar bakımından ise komplikasyon riski taşıdığı için zararlı sonuçlara yol açabildiğini vurgulamıştır¹⁰³⁴. Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 24. maddesi uyarınca, hekim hasta üzerindeki etkisini tıbbi amaçlar dışında kullanamaz. Dolayısıyla tıbbi gereklilikler dışındaki amaçlarla yapılan müdahalelerin hukuka uygun olduğu söylenemeyecektir.

Pozitif çekinik tıp uygulamalarının yol açtığı en belirgin problem sağlık masraflarındaki artıştır. Keza hastalığın tedavisi için gerekli olmayan tetkiklerin yapılması ve hastalığın iyileştirilmesi bakımından etkisi olmayacak ilaçların verilmesi sağlık harcamalarında gereksiz bir artış meydana getirecektir. Bu durum sağlık masraflarının büyük bir kısmının genel sağlık sigortası kapsamında karşılandığı ülkemizde bireyleri doğrudan, aşırı şekilde etkilemese de özellikle kamusal kaynaklar üzerinde büyük bir yük oluşturacağı kesindir. Ancak ödemiş oldukları katılım payı ölçüsünde, bu faaliyetlerin hizmetten yararlananların malvarlığında yol açtığı zarar da açıktır¹⁰³⁵.

Bunun yanında pozitif çekinik tıp uygulamaları tıbbi faaliyetin niteliğinden kaynaklanan farklı boyutlarda komplikasyon ve beklenmeyen riski de içinde barındırmaktadır. Keza pek çok teşhis ve tedavi yöntemi içinde riskler taşımaktadır. Söz gelimi radyolojik teşhis yöntemlerinin uygulanması sırasında hasta radyasyona maruz bırakılmakta olup, hastadan gereksiz yere radyolojik tetkik istenmesi durumunda söz konusu uygulama hastanın tedavisine değil; sağlığının zarar görmesine sebep olacaktır¹⁰³⁶. Aynı şekilde gereksiz yere hastalara verilen ilaçlar

¹⁰³³ Selçuk, **age.**, s. 11. *Selçuk*, belgelerin düzenli tutulması, hasta sırlarının sıkı bir şekilde saklanması, hukukun yasakladığı tıbbi faaliyetlerden mutlak şekilde kaçınılması gibi davranışların hukuka aykırılık oluşturmayan çekinik tıp uygulaması olarak nitelendirmektedir. (Selçuk, **age.**, s. 31.)

¹⁰³⁴ Ayrıca müellif bilgilendirme yükümlülüğünün daha ayrıntılı ve kapsamlı bir şekilde yerine getirilmesi ve hasta kayıtlarının daha düzenli tutulması şeklinde cereyan eden pozitif çekinik tıp uygulamalarının tıbbi uygulama hatası oluşturmayacağını savunmaktadır. (Çınarlı, **age.**, s. 13.)

¹⁰³⁵ Polat, **age.**, s. 253; Hatırnaz Erol, **age.**, s. 488.

¹⁰³⁶ AİHM, Vasileva / Bulgaristan, BN. 23796/10, T. 17.03.2016, Hudoc.echr.coe.int. Radyolojik tetkiklerin hastanın yaşına bağlı olarak kanser riskinde yarattığı artışın sayısal verilere ilişkin bkz. Amy Berrington de Gonzalez, Mahadevappa Mahesh, Kwang-Pyo Kim, Mythreyi Bhargavan, Rebecca Lewis, Fred Mettler, Charles Land, "Projected Cancer Risks From Computed Tomographic Scans Performed in the United States in 2007", Jamanetwork.com/journals/

hastanın sağlığına kavuşmasında yarar sağlamadığı gibi aksine bünyesinde geçici ya da kalıcı zararlar oluşmasına neden olacaktır¹⁰³⁷. Dolayısıyla çekinik tıp uygulamalarının çoğu zaman hastaları gereksiz teşhis ve tedaviler sonucu oluşan komplikasyonlara maruz bıraktığı açıktır.

Komplikasyon ve riskleri barındıran pozitif çekinik tıp faaliyetleri kanaatimizce tıbbi uygulama hatası niteliğindedir. Şöyle ki, tanımında da açıkça belirttiğimiz üzere tıbbi müdahale, tıp bilimine uygun olarak ve kişilerin fiziksel ve ruhsal durumlarının iyilik hali içinde bulunması amacıyla yapılan faaliyetlerdir. Pozitif çekinik tıbbi uygulamalar ise hastanın iyileştirilmesinden ziyade hekimin olası tazminat davalarına karşı kendini hukuken koruma altına almak üzere yaptığı faaliyetlerdir. Dolayısıyla söz konusu müdahalelerin hastanın sağlığının kazandırılması için yapılmadığı açıktır. Kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkını düzenleyen Anayasa'nın 17. maddesine göre, tıbbi zorunluluklar dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz. Anayasal düzenleme uyarınca yalnızca tıbbi zorunluluklar kapsamında yapılan müdahaleler kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkını ihlal etmezken, tıbbi zorunluluklar gereği olmayan ya da tıbbi gereklilikleri aşan müdahaleler Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan düzenlemeye aykırılık oluşturacaktır¹⁰³⁸. Söz gelimi gereksiz yere uygulanan biyopsi alma ve sezaryen gibi invaziv müdahaleler hastanın cismani bütünlüğüne doğrudan zarar vermekte olan tıbbi uygulamalardır. Nitekim Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 11. ve 12. maddelerinde de gereksiz tıbbi müdahalelerin yapılması açıkça yasaklanmıştır¹⁰³⁹. *Selçuk* ise, tıbbi gereklilik olmaksızın yapılan girişimler bilerek ve

jamainternalmedicine/fullarticle/415368, (Erişim Tarihi: 23.08.2017.). Aynı yönde Akdur, **agm.**, s. 12; Aydaş, **age.**, s. 73; Karakuş Işık, **age.**, s. 39.

¹⁰³⁷ Amerika Birleşik Devletleri'nde yapılan bir çalışmada 1993 yılından 2007 yılına kadarki süreçte bilgisayarlı tomografi kullanımının üç kat arttığı tespit edilmiş, 2007 yılında yaklaşık 72 milyon bilgisayarlı tomografi uygulandığı, bunun da gelecekte 30.000 kanser vakasına sebep olacağı tamnininde bulunulmuştur. Bunun yanında, bir hastanın 12 defa bilgisayarlı tomografi cihazına girmesi durumunda Hiroşima ve Nagazakhi'de maruz kalınan radyasyona eşit veya daha fazla radyasyonun vücuda etki edeceği ortaya konulmuştur. (Polat, **age.**, s. 254.)

¹⁰³⁸ Aynı yönde Mehmet Selçuk, Serkan Çınarlı, Abdullah Hızal, "Çekinik (Defansif) Tıp", **Leges İzmir Üniversitesi Sağlık Hukuku Dergisi**, Y. 2, S. 6, Nisan-Mayıs-Haziran 2015, s. 33; Aydaş, **age.**, s. 85. Bu durum aynı zamanda Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 11. maddesinde düzenlenen tıbbi standartlara uygun tedavi görme hakkı ile 14. maddesinde düzenlenen tıbbi özen gösterilme hakkı bakımından da aykırılık oluşturmaktadır.

¹⁰³⁹ *Tıbbi Gereklere Uygun Teşhis, Tedavi ve Bakım*

Madde 11- Hasta, modern tıbbi bilgi ve teknolojinin gereklerine uygun olarak teşhisinin konulmasını, tedavisinin yapılmasını ve bakımını istemek hakkına sahiptir.

Tababetin ilkelerine ve tababet ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı (...) teşhis ve tedavi yapılamaz.

Tıbbi Gereklilikler Dışında Müdahale Yasağı

isteyerek yapıldığından, söz konusu hukuka aykırı faaliyetlerin Türk Ceza Kanunu'nun 86. maddesi anlamında kasten yaralama suçu oluşturacağını ileri sürmektedir¹⁰⁴⁰.

Öte yandan, tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması bakımından alınması zorunlu olan aydınlatılmış onamın yalnızca hastalığın giderilmesine, sağlığın geri kazanılmasına ilişkin müdahaleler için verilmekte olduğu göz önünde bulundurulduğunda, hastalığın teşhis ve tedavisi amacını aşan müdahaleler bakımından da onam verilmiş olduğu söylenemez. Hekimin tıbben gerekli olmayan bir uygulamayı salt kendi hukuki güvenliği için gerçekleştirdiğini hastalara açıkça söylemeyecek olduğu dikkate alındığında, söz konusu müdahale için hasta tarafından verilen onamın hukuka uygun olduğu söylenemeyecektir¹⁰⁴¹. Bu durum tıbbi müdahaleler bakımından aydınlatılmış onam alınmasını zorunlu kılan 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesinin yanında, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 15., 18. ve 28. maddelerine de aykırıdır. Açıklanan nedenlerle pozitif çekinik tıp uygulamalarının mevzuata aykırı olduğu; kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkını ve hatta yaşam hakkını ihlal ettiği de açıktır. Ayrıca hastadan gereksiz tıbbi müdahaleler için alınmış onam da söz konusu faaliyetleri hukuka uygun hale getirmeyecektir¹⁰⁴².

Pozitif çekinik tıp faaliyetlerinin görünüş biçimlerinden biri olan hastadan ayrıntılı bilgi alınması ile teşhis ve tedavi gereklerini aşan sorular sorulması ise Anayasa'nın 20. maddesiyle korunan özel hayatın gizliliği hakkına müdahale teşkil edecektir. Şöyle ki hastadan alınan anamnez çoğunlukla kişisel ve ailevi verileri kapsamaktadır. Söz konusu verilerin hastalığın teşhis ve tedavisi amacını aşan düzeyde detaylı ve kapsamlı şekilde alınması hastanın özel hayatının gizliliğinin ihlalini oluşturacaktır. Yine, gereksiz yere konsültasyon istenmesi durumunda da,

Madde 12- Teşhis, tedavi veya korunma maksadı olmaksızın, ölüme veya hayati tehlikeye yol açabilecek veya vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek (...) hiçbir şey yapılamaz ve talep de edilemez.

¹⁰⁴⁰ Selçuk, **age.**, s. 42.

¹⁰⁴¹ Fransız Yargıtayı önüne gelen bir uyuşmazlıkta, kanser enstitüsünde asistan olan davalı hekim, hastaya yaptığı klinik muayene üzerine kanser teşhisi koymuştur. Sonradan yapılan biyopsilerde ise, menfi netice elde edilmesine karşın davalı hekim hastaya biyopsi raporlarının şüpheli olduğunu ve bunun kendi tanısını kuvvetlendirdiğini söyleyerek radyoterapi önermiştir. Hastanın onam vermesi üzerine yapılan tedavi sonucunda hastanın durumu daha da ağırlaştırılmıştır. Başka bir klinikte yapılan tedavi sonrasında durumun anlaşılması üzerine açılan davada, hastanın onamının aldatılarak alındığı vurgulanarak hekimin hukuka aykırı el atma nedeniyle sorumlu tutulacağı ortaya konulmuştur. (Aşçıoğlu, **age.**, s. 27.)

¹⁰⁴² Selçuk, **age.**, s. 12.

hastaya ait sağlık verileri tıbbi mşdahale ile aslında ilgisi bulunmayan hekimlerle paylaşılmakta ve bu suretle şzel yaşamın gizliliği hakkı ihlal edilmektedir.

Bunun yanında endikasyonu bulunmayan hastalar işin yatarak tedavi şngörşlmesi şeklinde gerşekleşen çekinik tıp uygulamaları ise Anayasa'nın 19. maddesinde dşzenlenen kişi řzgřrlřđř ve gşvenliği hakkı ile 23. maddede dşzenlenen seyahat hşrriyetini ihlal etmektedir. Hastalığın tedavisi yşnşnden zorunlu olmamakla birlikte salt hekimin kendisini hukuken gşvence altına alması amacıyla hastanın sağlık kuruluşuna yatırılması ve tedavisinin yatarak sşrdşrşlmesi kişinin serbest hareket etme hşrriyeti ve gşvenliği yşnşnden hukuka aykırı bir sınırlama getirecektir¹⁰⁴³.

Gşrşleceği şzere Anayasa'nın farklı hşkşmleri bakımından ihlal oluşturan çekinik tıp uygulamaları esasen tedavi amacıyla yapılmaması ve yşrştşlen tıbbi mşdahale bakımından gereksiz olması sebebiyle hukuka aykırı nitelik taşımaktadır. Bu gereksiz mşdahaleler nedeniyle kişilerin uğradığı bedensel zararlar ile şdediği katkı payı sebebiyle uğradıkları malvarlıksal zararlardan idarenin sorumlu tutulması gerekmektedir.

ii. Negatif çekinik Tıp Faaliyetlerinden Kaynaklanan Sorumluluk

Negatif çekinik tıp ise, hekimlerin kendilerini açılacak olası tazminat davalarından korumak işin, sonucunda dava aşılma riski yşksek olan teşhis ve tedavi yşntemlerini uygulamaktan ve tedavisi yşksek risk taşıyan hastalara bakmaktan kaçınması olarak tanımlanabilir. Negatif çekinik tıp uygulamaları hekimin hastaya bakmaktan kaçınması, mşdahale etmemesi ve bşylece daha az sayıda hastaya bakması şeklinde niceliksel olarak veya hekimin baktığı hastalarda risk taşıdığını dřřřndřđř tedavi yşntemlerini uygulamaması ve bşylece tedavinin eksik yapılması şeklinde niteliksel olarak karşımıza ıkılabilmektedir¹⁰⁴⁴.

¹⁰⁴³ Aynı yşnde gşrşş işin bkz. Selçuk, **age.**, s. 42; Mehmet Selçuk / Serkan çınarlı / Sevinç Arslan Hızal, "çekinik (Defansif) Tıp", **Leges, şzmir şniversitesi Sağlık Hukuku Dergisi**, Y. 2, S. 6, 2015, s. 33.

¹⁰⁴⁴ Aynacı, **age.**, s. 12.

Öğretide, yaşamsal risk taşıyan hastalardan kaçınma, komplikasyon ihtimali yüksek hastalardan kaçınma, agresif ve dava açma ihtimali yüksek olan hastalardan kaçınma, hastayı başka bir sağlık kurumuna sevk etmek suretiyle tedaviden kaçınma halleri negatif çekinik tıp uygulamalarına örnek olarak gösterilmektedir¹⁰⁴⁵. Bunun yanında tıbbi standartlara göre hastanın iyileştirilmesi için gerekli olan, ancak yüksek risk taşıyan tıbbi yöntemleri uygulamaktan kaçınma da negatif çekinik tıbbi uygulama olarak nitelendirilmektedir¹⁰⁴⁶.

Hekimin hastaya müdahale etmekten çekindiği ya da riskli teşhis ve tedavi yöntemlerini uygulamaktan kaçındığı her durum negatif çekinik tıp faaliyeti olarak nitelendirilemez. Birçok teşhis ve tedavi yöntemi hastanın sağlığı için tehlikeli olabilecek ciddi komplikasyonlar taşımaktadır. Hastanın sağlığının korunması ya da daha kötü hale gelmemesi amacıyla, hekimin birtakım teşhis ve tedavi yöntemlerinden kaçınması bir gerekliliktir. Söz gelimi ameliyatında tam anestezi yapılması risk taşıyan yaşlı hastalarda, lokal anestezi yönteminin kullanılması çekinik uygulamadan ziyade tıbbi bir gerekliliktir¹⁰⁴⁷. Bunun yanında, hekimlerin kendi uzmanlık alanlarının dışında kalan ya da dışına taşan hastaları tedavi etmekten kaçınarak uzman hekime sevk etmesi de çekinik tıbbi uygulama olarak nitelendirilemez¹⁰⁴⁸. Başka bir ifadeyle, hastaya uygulanacak tedavinin kalitesinin artırılması amacıyla hastaya müdahale edilmekten kaçınılması olağan tedavi yönteminin eksik uygulanması anlamına gelmeyecektir. Yine, sevk zincirine uygun olarak uzmanlık gerektiren tıbbi müdahalelerden pratisyen hekimlerin kaçınması da negatif çekinik tıp uygulaması olarak nitelendirilmeyecektir. Zira bu hallerde sevk amacı hastaya bakmaktan kaçınmaktan ziyade daha etkili bir tıbbi müdahale sunulmasıdır¹⁰⁴⁹. Ayrıca gerek hastaya bakmaktan kaçınma ve gerek riskli nitelik

¹⁰⁴⁵ Yılmaz / Polat / Kocamaz, **agm.**, s. 24; Selçuk, **age.**, s. 13; Aydaş, **age.**, s. 86. *Aynacı* ise çekinik tıp uygulamalarını, komplikasyon riski yüksek tedavi yöntemlerinin uygulanmasından kaçınma, dava etme olasılığı yüksek hastalara bakmaktan kaçınma, kompleks medikal problemleri olan hastalardan kaçınma, hastayı başa bir hekime sevk etme, komplike problemleri olan hastaları acil servise kabul etmeme, riskli hastaları kabul etmeyerek listeden çıkarma şeklinde tasnif etmiştir. (Aynacı, **age.**, s. 16.)

¹⁰⁴⁶ Çınarlı, **age.**, s. 13; Karakuş Işık, **age.**, s. 53; Aydaş, **age.**, s. 83. Tıbbi müdahale öncesinde olası olumsuz neticelerin veya yan etkilerin hasta ve yakınlarına abartılı şekilde açıklanması da öğretilerde negatif çekinik tıp uygulaması olarak nitelendirilmektedir. (Selçuk, **age.**, s. 13.)

¹⁰⁴⁷ Ayan, **age.**, s. 90; Polat, **age.**, s. 248.

¹⁰⁴⁸ Nitekim Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 18. maddesine göre hekim tıbbi görevlerini yerine getirirken, zorunlu durumlar dışında, özel bilgi, beceri gerektiren bir girişimde bulunamaz. Dolayısıyla kendi bilgi ve beceri düzeyini aşan tıbbi müdahalelerden kaçınılması hekim için bir zorunluluktur. (Ttb.org.tr/mevzuat.)

¹⁰⁴⁹ Selçuk, **age.**, s. 15; Karakuş Işık, **age.**, s. 59 vd.

taşıyan tedavi yöntemlerinin uygulanmamasının çekinik tıp uygulaması olup olmadığı hususunun değerlendirilmesinde, hastanın durumu, hastane koşulları ile hekimin içinde bulunduğu özel durumların da değerlendirilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla çekinik tıp faaliyetlerini hekimin tedavi yöntemini seçmedeki takdir yetkisinden ayıran temel husus, söz konusu müdahalenin yapılma saikidir. Bu nedenle pozitif çekinik tıp uygulamalarından farklı olarak bu ihtimalin varlığının somut olayda tespiti oldukça güçtür¹⁰⁵⁰.

Hekimin hastayı muayene etmekten ya da tedavi etmekten kaçınması şeklinde cereyan eden çekinik tıp uygulamalarında sağlık hizmetinin kurulmuş olmakla beraber hiç işlememesi söz konusudur¹⁰⁵¹. Buna karşılık, hekim hastası için gerekli olan tıbbi yöntemleri tehlikeli olduğu ya da ileride tazminat davası açılmasına sebep olabileceği gerekçesiyle yapmaktan kaçınır, hastanın sağlığı yönünden daha az yarar sağlayacak ve daha az riskli yöntemleri uygularsa hizmet kötü işlemiş olacaktır. Her iki ihtimalde de hizmetin gerek hiç işlememesi ve gerek kötü işlemesi sonucu oluşan zarardan idare sorumlu olacaktır¹⁰⁵². Negatif çekinik tıp uygulamaları doğrultusunda sağlık hizmetinin kötü işlemesi veya işlememesi Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 11. maddesinde yer alan tıbbi gereklere uygun tedavi görme hakkına ve 14. maddesinde düzenlenen sağlık personelinin özen gösterme yükümlülüğüne aykırıdır¹⁰⁵³. Buna göre, sağlık personelinin hastanın durumunun gerektirdiği tıbbi özeni göstermesi, hayatını kurtarmak veya sağlığını korumak mümkün olmadığı takdirde dahi hastanın ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışması zorunludur.

¹⁰⁵⁰ Aydaş, **age.**, s. 84.

¹⁰⁵¹ Fransız Danıştayı önüne gelen bir uyuşmazlıkta, hastanede boş yatak bulunmasına karşın, yatak bulunmadığı gerekçesiyle hastaya bakılmaktan kaçınılması ve hastanın başka bir sağlık kuruluşuna sevk edilmesi tıbbi uygulama hatası olarak nitelendirilmiştir. (CE, 18.11.1966, *Consorts Gojat*, n° 63783, Rec. Lebon, 1966. Aynı yönde karar için bkz. CE, 25.02.1976, *Min. de la Santé publique et min. de l'Education nationale*, Rec. Lebon, 1976, Dalloz.fr.) Öğretide, hizmetten kaçınma davranışının hizmetlerin birden fazla uzman elinde yoğunlaşmasına ve hizmet kalitesinin artmasına yol açtığı hallerde çekinik tıbbi uygulamaların tıbbi uygulama hatası olarak nitelendirilmeyeceğini savunan görüşler de bulunmaktadır. Başka bir ifadeyle, hekimin kaçınma davranışı sonucunda hastaya uygulanan tedavi standardının artması halinde hasta zararına bir durum söz konusu olmayacağından tıbbi uygulama hatası oluşmayacaktır.

¹⁰⁵² AİHM, *Centre For Legal Resources on Behalf of Valentin Campeanu / Romanya*, BN. 47848/08, T. 17.07.2014, Hudoc.echr.coe.int. Aynı yönde CAA, Douai, 10.04.2007, *CHRU Lille*, n° 06DA01021, Rec. Lebon, 2007, Dalloz.fr.

¹⁰⁵³ “(...) davalıların hastaya bakmamaları ve bakım işini birbirlerinin üzerine atmaları yüzünden geç kalıp hastanın öldüğünün ileri sürülerek (...) manevi tazminat ödenmesi istenmiştir. Yerel mahkemece davanın kabulü ile (...) manevi tazminatın davalı hekimlerden müteselsilen tahsiline karar verilmiş (...)” (Yar.4.HD, 09.11.1967, E. 1967/2548, K. 1967/84400, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

Bu doğrultuda hasta, modern tıbbi bilgi ve teknolojinin gereklerine uygun olarak teşhisinin konulmasını, tedavisinin yapılmasını ve bakımını istemek hakkına sahiptir. Tıbbi standartlar dikkate alınmaksızın salt hekimin kendisini hukuken koruma altına almak için hastanın tedavisinden kaçınması ya da standarda aykırı tedavi uygulaması Yönetmelik'in 6. maddesine de aykırılık oluşturacaktır¹⁰⁵⁴. Keza, aynı Yönetmelik'in 6. maddesinde güvence altına alınan, adalet ve hakkaniyet ilkeleri çerçevesinde sağlık hizmetlerinden faydalanma hakkı doğrultusunda, hastalara ayırım gözetilmeksizin hizmet sunulması bir zorunluluktur. Risk taşıyan hastalıklara müdahale edilmekten kaçınılması ise, açıkça ayrımcılık oluşturacağından hukuka aykırıdır.

Ayrıca belirtmek gerekir ki hekimin negatif çekinik tıbbi müdahalede bulunurken, hastaya uygulanması gereken prosedürün uygulanmamasına ilişkin onam alması da uygulamayı tıbbi uygulama hatası olmaktan çıkarmamaktadır. Başka bir ifadeyle, hekimin hastadan riskli teşhis ve tedavi yöntemlerinin uygulanmamasına ilişkin belge alması kendisini sorumluluktan kurtarmayacaktır. Zira böyle bir durumda aydınlatılmış bir onamdan bahsedilemeyecek, hastanın hekim tarafından kandırılması sonucunda onam elde edilmiş olacaktır. Böyle bir onama dayanılarak yapılan tıbbi müdahale ise hukuka aykırılık oluşturacaktır.

Çekinik tıp uygulamalarının bir sonucu da hastaya doğru teşhis ve tedavinin yapılmasının geciktirilmesidir. Riskli görülen hastaların başka bir sağlık kuruluşuna sevk edilmesi ya da bu hastaları tedavi etmekten kaçınmaya yönelik davranışlar, hastanın süresi içinde tıbbi müdahale görmesine engel oluşturmakta ve böylece sağlık hizmetinin geç işlemesine yol açmaktadır.

Pozitif çekinik tıp uygulamalarından farklı olarak, negatif çekinik tıp uygulamalarının tümü hizmetin eksik veya kötü işlemesine sebep olduğundan hukuka aykırılık oluşturdıkları kesindir¹⁰⁵⁵. Bu ihtimalde hastanın zaman kaybı yaşaması ya da maddi külfet altına girmesi dahi tıbbi standartlara uygun tedavi hakkı

¹⁰⁵⁴ Ayrıca Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 6. maddesine göre hasta, adalet ve hakkaniyet ilkeleri çerçevesinde sağlık hizmetlerinden ihtiyaçlarına uygun olarak faydalanma hakkına sahiptir. İhtiyacına uygun teşhis ve tedavi yönteminin uygulanmaması ya da muayeneden kaçınılması durumunda, hastanın sağlık hizmetinden adalet ve hakkaniyete uygun şekilde yararlanmış olduğu söylenemeyecektir.

¹⁰⁵⁵ Polat, *age.*, s. 261.

ile sağlık hizmetlerinden adalete uygun şekilde yararlanma hakkına zarar verecektir. Söz konusu faaliyetler nedeniyle ise idarenin sorumluluğu söz konusu olacaktır.

2. İdarenin Diğer Sağlık Çalışanlarının Faaliyetlerinden Kaynaklanan Sorumluluğu

Tıbbi müdahaleler kural olarak hekim tarafından yapılmakla birlikte, gerek 1219 sayılı Kanun'da yer alan ve gerek Sağlık Meslek Mensupları ile Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik'te¹⁰⁵⁶ yer alan düzenlemeler hekim dışındaki sağlık personeline de tıbbi müdahaleye ilişkin birtakım faaliyetlerde bulunma yetkisi tanımaktadır¹⁰⁵⁷. Bunun yanında, tıbbi müdahale dışında kalmakla birlikte sağlık hizmeti kapsamında yer alan bazı faaliyetler hekim dışındaki sağlık personeli tarafından yerine getirilmektedir¹⁰⁵⁸.

Temelde hekim tarafından yapılabilenekte olan teşhis ve tedavi faaliyetleri kapsamında diğer sağlık çalışanları yardımcı kişi olarak faaliyet yürütmektedir. Hekim dışında kalan diğer sağlık çalışanlarının yetkisi kural olarak hekim tarafından verilen talimatları (*order*) yerine getirmekle sınırlıdır. Bunun yanında, teşhis ve tedavi faaliyeti ile doğrudan ilişkili bulunmamakla birlikte, özellikle hastanın bakımı ve beslenmesi gibi alanlarda diğer sağlık çalışanları faaliyet yürütmektedir. Uygulamadan örnekler dikkate alındığında, bu sağlık çalışanlarının faaliyetlerinden kaynaklanan hizmet kusurunun temelde ikiye ayrıldığını söylemek mümkündür. Bunlardan ilki, diğer sağlık personelinin kendi yetki alanının dışına çıkarak hekim ya

¹⁰⁵⁶ R.G. 22.05.2014, S. 29007.

¹⁰⁵⁷ Diğer sağlık personeline mevzuatta tanınan görev ve yetkilere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. İnal, **agm.**, s. 26 vd.

¹⁰⁵⁸ Sağlık Meslek Mensupları ile Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik uyarınca sağlık mesleği mensupları, hekim, uzman hekim, diş hekimi, uzman diş hekimi, eczacı, ebe, hemşire, klinik psikolog, fizyoterapist, odyolog, diyetisyen, dil ve konuşma terapisti, podolog, sağlık fizikçisi, radyoterapi teknikeri, anestezi teknikeri, tıbbi laboratuvar teknisyeni, patoloji teknisyeni, tıbbi görüntüleme teknisyeni, ağız ve diş sağlığı teknikeri, diş protez teknikeri, tıbbi protez ve ortez teknikeri, ameliyathane teknikeri, adli tıp teknikeri, diyaliz teknikeri, perfüzyonist, eczane teknikeri, iş ve uğraşı terapisti, elektronörofizyoloji teknisyeni, mamografi teknikeri, optisyen, acil tıp teknikeri, hemşire ve ebe yardımcısı, sağlık meslek teknisyeninden oluşmaktadır. Bunun yanında psikolog, biyolog, çocuk gelişimcisi, sosyal hizmet uzmanı, sağlık eğitimcisi, sağlık idarecisi, çevre sağlığı teknisyeni, yaşlı bakım teknisyeni, biyomedikal cihaz teknisyeni ile tıbbi sekreter sağlık hizmetlerinde faaliyet yürüten diğer meslek mensuplarını oluşturmaktadır.

Yukarıda sıralanmış olan ve tıbbi müdahalede bulunmaya yetkili kılınan sağlık personelinin yanında, hasta bakıcı, temizlik görevlisi, güvenlik görevlisi ve idari personel tarafından sağlık hizmetleri kapsamında yer alan yan hizmetler yürütülmektedir.

da başka bir sağlık personeli tarafından gerçekleştirilmesi gereken, teknik ve uzmanlık gerektiren faaliyetleri gerçekleştirmesi ihtimalidir **(a)**. Bunun yanında, gerek hekimler tarafından verilen talimatların eksik ya da geç yerine getirilmesi veya hiç yerine getirilmemesi ve gerek hekim talimatı gerekmeksizin yapılması gereken hasta bakım faaliyetlerinin hukuka ve tıbbi gerekliliklere aykırı şekilde yerine getirilmesi de idarenin sorumluluğunun söz konusu olacağı bir diğer ihtimaldir **(b)**.

a. İdarenin Diğer Sağlık Çalışanlarının Yetki Alanlarını Aşmalarından Kaynaklanan Sorumluluğu

Hemşirelerin sağlık hizmetleri yönünden yetki alanı 6283 sayılı Hemşirelik Kanunu'nda, diğer sağlık personelinin görev ve yetkileri ise 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'da düzenlenmiştir. Bunun yanında Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nde diğer sağlık çalışanlarının yetki alanına ilişkin ayrıntılı düzenlemeler yer almaktadır.

İlk olarak, hekim haricindeki sağlık görevlilerinin kendi yetki alanının dışında kalan ya da yetkisini aşan, özellikle teşhis ve tedaviye ilişkin alanlarda faaliyet yürütmesi idarenin sorumluluğuna yol açmaktadır. Bu ihtimalde sağlık çalışanları, hekimin görev alanına giren bir faaliyet yürütebileceği gibi, başka bir sağlık çalışanının yürütmesi gereken bir alanda da faaliyette bulunabilir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 1. maddesine göre, Türkiye Cumhuriyeti dâhilinde hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesinden mezun olmak şarttır. Teşhis faaliyetleri de hastayı tedavi etmenin bir parçasını oluşturduğundan bu faaliyetlerin de hekim tarafından yerine getirilmesi gerektiği kuşkusuzdur. Söz konusu düzenlemenin lafzından, hekim olmayan sağlık personelinin hiçbir şekilde teşhis ve tedavi faaliyeti yürütmesinin mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. Söz gelimi hemşire ya da diğer sağlık çalışanları bizzat reçete yazıp hastalara ilaç veremezler.

Bu durum, teşhis ve tedaviye ilişkin tüm faaliyetlerin doğrudan hekimler tarafından mı yerine getirilmesi gerektiği, sorusunu gündeme getirmektedir. Başka bir ifadeyle, hekim tarafından yerine getirilmesi gereken teşhis ve tedavi faaliyetinin

bizzat hekim tarafından uygulanmasının zorunluluk mu olduğu; hekimin bu faaliyetleri yardımcı personel eliyle yerine getirebilmesinin mümkün olup olmadığının değerlendirilmesi gerekecektir.

6283 sayılı Hemşirelik Kanunu'nun 4. maddesine göre hemşire, hekim tarafından acil haller dışında yazılı olarak verilen tedavileri uygulamak, hemşirelik tanılama süreci kapsamında belirlenen ihtiyaçlar çerçevesinde hemşirelik bakımını planlamak ve uygulamakla görevli sağlık personelidir. Bunun yanında hemşire aile hekimliği uygulamasına ilişkin mevzuatta yer alan görevleri de yapar. Anılan düzenlemede hemşirenin görevleri ikili bir ayrıma tabi tutulmuş; hastalara tedavi uygulama faaliyetlerinin hekimin gözetiminde ve talimatları doğrultusunda yerine getirileceği; tedavi dışında kalan, hastaların bakımı ve gözetimi faaliyetinin ise münhasıran hemşireler tarafından yerine getirileceği öngörülmüştür.

Benzer şekilde, 1219 sayılı Kanun'un 51. maddesi uyarınca ebeler, hamilelerin muayenesiyle doğumun kolaylaştırılmasına ve bu esnada yapılacak basit manevraların ve çocuk için lazım gelen ilk tedbirlerin ifasına yetkili olmakla birlikte, acil hallerdeki normal doğumlar dışında doğrudan doğum yaptırmaları ve bu amaçla her tür tıbbi alet ve aracı kullanmaları yasaktır¹⁰⁵⁹. Doğumun başlaması durumunda ebelerin hekim çağırması zorunlu olup, böyle bir doğumun ebe tarafından sürdürülmesi hizmeti kusurlu hale getirecektir¹⁰⁶⁰. Ancak Anayasa Mahkemesi

¹⁰⁵⁹ Yüksek Sağlık Şurası önüne gelen bir olayda, günün geçmesi sebebiyle doğumun sonlandırılması amacıyla doğum servisine getirilen hastanın hekim tarafından muayene edilmeksizin ebe tarafından taburcu edilmesi ağır hizmet kusuru olarak nitelendirilmiştir. (Hancı, **agm.**, s. 32.)

¹⁰⁶⁰ Dan.10.D., 27.10.2009, E. 2007/305, K. 2009/9183; Dan.15.D., 10.03.2016, E. 2015/8936, K. 2016/1604; Gaziantep BİM 3.İDD, 10.02.2017, E. 2017/37, K. 2017/60, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası; AYM, BB, Hamdullah Aktaş ve Diğerleri, BN 2015/10945, T. 19.07.2018, RG. 05.10.2018, S. 30556. Aynı yöndeki idare mahkemesi kararı için bkz. Akyıldız / Özkan, **age.**, s. 447. Yargıtay önüne gelen bir uyuşmazlıkta, ebenin hekim çağırarak yerine vakum ve dikiş kullanmak suretiyle doğumu bizzat yaptırması nedeniyle anne ve bebeğin ölümüne sebep olmasının taksirle öldürme suçu niteliğinde olduğuna hükmedilmiştir. (Yar.2.CD, 18.03.1993, E. 1993/2776, K. 1993/3801, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.)

Fransız Danıştay'ı önüne gelen bir uyuşmazlıkta, ebenin gözetiminde başlatılmış olan doğumun yaşanan gelişmeler nedeniyle tehlike arz etmesi üzerine ebe tarafından jinekolog hekime haber verilmiş, üç defa yapılan çağrıya rağmen hekimin gelmemesi üzerine doğumun ebe tarafından gerçekleştirilmesi nedeniyle zarar meydana gelmiştir. Fransız Danıştay'ı, hekime haber veren ve gelmemesi üzerine doğumu gerçekleştiren ebenin fiilinin hukuka aykırı olmadığına, buna karşılık kendisine yapılan çağrıya rağmen gelmeyen hekimin davranışının kusurlu olduğu ve idarenin sorumluluğuna yol açacağına hükmetmiştir. (CE, 19.12.1973, *Epoux Le Fers*, n° 82323, Rec. Lebon, 1973, Dalloz.fr.) Buna karşılık, başka bir uyuşmazlıkta tehlike arz eden doğumu kendisi devam ettiren ve hekime geç haber veren ebenin fiili hizmet kusuru olarak nitelendirilmiştir. (CAA Nantes, 29.11.1989, *Centre hospitalier régional universitaire de Caen / Epoux Abraham*, n° 89NT00518,

bireysel başvuru yoluyla önüne gelen bir uyuşmazlıkta, bilirkişi raporunun esasına ilişkin olarak yaptığı değerlendirmede, doğumun ebe tarafından yapılmasından, ancak hekim tarafından yapılmış olması halinde dahi aynı komplikasyonun meydana gelebilecek olduğu ihtimalinde oluşan zarardan, idarenin sorumlu tutulamayacağına karar vermiştir¹⁰⁶¹. Kanaatimizce söz konusu karar, idarenin sağlık hizmetlerinin yürütülmesi sırasında, tıbbi müdahaleden kaynaklananlar dışındaki tüm kusurlu davranışlarının komplikasyon kavramı içine alınabilmesine imkan tanımaktadır ki bu durum komplikasyon kavramının tanımıyla bağdaşmamaktadır¹⁰⁶². Zira, komplikasyon kavramından anlaşılması gereken, tıbbi müdahale sonucunda ortaya çıkan olası olumsuz neticeler değildir. Bir sonucun komplikasyon olarak nitelendirilebilmesi için tıbbi müdahalenin hukuka ve tıbbi standartlara uygun şekilde yürütülmesine karşın söz konusu zararın oluşması gerekmektedir. Dolayısıyla hukuka aykırı şekilde yürütülen bir tıbbi müdahalenin, hukuka uygun şekilde yürütülse dahi aynı sonucun gerçekleşme olasılığının bulunduğundan bahisle komplikasyon olarak nitelendirilmesi kanaatimizce yalnızca idarenin hukuka aykırı faaliyetleri nedeniyle sorumluluğun kalkmasına yol açacaktır. Böyle bir yorumun hukuk devleti ilkesi ile bağdaştığı söylenemez.

Bunun yanında, ebelerin ilaç yazması da mümkün değildir¹⁰⁶³. Dolayısıyla, tıpkı hemşirelerde olduğu gibi, ebelerin görevlerinin de ikili bir ayrıma tabi tutulduğu; doğrudan doğum yaptırma faaliyeti dışında kalan doğuma yardımcı faaliyetleri bizzat

Rec. Lebon, 1989, Dalloz.fr.) Nitekim Fransız Yargıtayı'nın benzer uyuşmazlıklara ilişkin içtihadı da bu yöndedir. (Cass 1ère civ, 09.05.1973, J.C.P., 1974, s. 17643.)

¹⁰⁶¹ AYM, BB, *Tevfik Gayretli*, BN. 2014/18266, T. 25.01.2018, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası.

¹⁰⁶² Aynı yöne Demir, *age.*, s. 46.

¹⁰⁶³ 1219 sayılı Kanun'un bazı diğer sağlık çalışanlarının görev alanını düzenleyen Ek 13. maddesine göre, klinik psikolog, hastalık olarak tanımlanmayan durumlarda psikoterapi işlemleri yapar. Hastalık durumlarında ise ancak ilgili uzman tabibin teşhisine ve tedavi için yönlendirmesine bağlı olarak psikoterapi uygulamalarını gerçekleştirir. Benzer şekilde, fizyoterapistler, hastalık durumları dışında, kişilerin fiziksel aktivitelerini düzenlemek ve hareket kabiliyetlerini arttırmak için koruyucu ve geliştirici protokolleri belirler, planlar ve uygular. Hastalık durumlarında ise fiziksel tıp ve rehabilitasyon uzmanı tabibin kendi uzmanlık alanları ile ilgili teşhisine ve tedavi için yönlendirmesine bağlı olarak hastaların hareket ve fiziksel fonksiyon bozukluklarının ortadan kaldırılması veya iyileştirilmesi amacıyla gerekli uygulamaları yaparlar. Dolayısıyla hekime yardımcı diğer sağlık personelinin faaliyetlerinin ikili bir ayrıma tabi tutulabileceğini, hastalığın teşhisi ve tedavisi niteliğinde olmayan görevlerin bağımsız bir şekilde yerine getirileceği, teşhis ve tedaviyle ilişkili faaliyetlerin ise ancak ilgili uzman hekimin gözetim ve denetiminde gerçekleştirilebileceğini söylemek mümkündür. Ek madde 13'te düzenlenen odyolog, diyetisyen, dil ve konuşma terapisti, podolog, sağlık fizikçisi ve perfüzyonist ile anestezi, tıbbi laboratuvar ve patoloji, tıbbi görüntüleme, ağız ve diş sağlığı, ameliyathane, tıbbi protez ve ortez, adli tıp, odyometri, radyoterapi, diyaliz, elektrofizyoloji ve mamografi teknisyenleri ilgili uzman hekime yardım etmekte olup, teşhis ve tedaviye yönelik yardımcı hizmetleri bu hekimin gözetim ve denetiminde yürütmektedir.

yerine getirebilecekleri, doğum halinde ise acil hallerde yapılan normal doğumlar dışında, yalnızca hekime yardımcı olabilecekleri söylenebilir¹⁰⁶⁴.

Anılan düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, kural olarak hekim dışındaki sağlık personelinin tıbbi müdahale dışında kalan sağlık hizmetleri bakımından yetkili olduğu, tıbbi müdahalelerde ise ancak hekimin gözetim ve denetiminde görev alabileceği görülmektedir¹⁰⁶⁵. Danıştay önüne gelen bir uyuşmazlıkta, ilk muayeneyi yapan hekimin pansuman, yara bakımı ve dikiş için teknisyene yönlendirdiği hastanın dikiş atılırken başında bulunmamasını hizmet kusuru olarak nitelendirmiştir¹⁰⁶⁶.

Buna karşılık, söz konusu kurala istisna getiren, diğer sağlık personelinin doğrudan tıbbi müdahalede bulunmasına izin veren düzenlemeler de bulunmaktadır. 1219 sayılı Kanun'un 3. maddesinin ikinci fıkrasına göre, acil tıbbi yardım ve bakım ile sınırlı kalmak kaydıyla acil tıp teknikerlerinin tıbbi müdahalede bulunması mümkündür. Aynı Kanun'un Ek 13. maddesine göre, acil tıp teknikeri acil tıbbi yardım ve bakım ile sınırlı kalmak kaydıyla hastaya tıbbi müdahale yapma yetkisini haizdir. Benzer şekilde, 1219 sayılı Kanun'un Ek madde 13 düzenlemesine göre, psikoloji eğitimi üzerine Sağlık Bakanlığınca uygun görülen psikolojinin tıbbi uygulamalarıyla ilgili sertifikalı eğitim almış psikologlar, sertifika alanlarındaki tıbbi uygulamalarda görev alabilirler.

Diğer sağlık personelinin bizzat ve doğrudan tıbbi müdahalede bulunma yetkisine ilişkin bir diğer tartışmalı husus da 6283 sayılı Kanun'un 4. maddesinde geçen

¹⁰⁶⁴ Buna karşılık, Danıştay'ın bir kararı ebelerin de belli koşullarda bizzat doğum yaptırabileceklerine işaret etmektedir. Danıştay önüne gelen uyuşmazlıkta, yüksek doğum tartılı olan bebeklerin doğumu sırasında sinir felcinin komplikasyon olarak nitelendirilebileceği, buna karşılık bebeğin yüksek tartılı şekilde doğacağı ve sezaryen olanağının kalmadığı açıkken, anne ve bebek açısından risk taşıdığı belirgin olan doğumun uzman doktora haber verilmeksizin ebe tarafından yapılmasının hizmet kusuru oluşturabileceğini ortaya koymuştur. (Dan.10.D., 29.01.2010, E. 2008/6720, K. 2010/160, aktaran Akgül, **agm.**, s. 494.) Danıştay'ın bu kararından hareketle, doğumlar bakımından ikili bir ayrım yapıldığı, basit ve olağan doğumların bizzat ebeler tarafından gerçekleştirilmesinin mümkün olduğu, sezaryen gerektiren ya da olağan dışı nitelik arz eden doğumlarda ise mutlaka uzman hekimin gözetim ve denetiminde doğumun yapılması gerektiği anlaşılmaktadır. Bu doğrultuda, normal başlayan doğumun, olağan dışı ya da riskli şekilde gelişmesi ihtimalinde de ebenin tek başına doğuma devam etmemesi ve uzman hekime durumu haber vererek onun gözetim ve denetiminde doğumun sürdürülmesi gerekmektedir.

¹⁰⁶⁵ 1219 sayılı Kanun'un 25. maddesine göre ise, diploması olmadığı hâlde, menfaat temin etmek amacına yönelik olmasa bile, hasta tedavi eden veya hekim unvanını takınan kişi hapis ve adli para cezası ile cezalandırılmaktadır.

¹⁰⁶⁶ Dan.15.D., 10.11.2016, E. 2013/4251, K. 2016/5328, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

“hemşirelik tanısı” kavramıdır¹⁰⁶⁷. Söz konusu düzenlemeye göre, hemşirelik tanılama süreci kapsamında belirlenen ihtiyaçlar çerçevesinde hemşirelik bakımını planlamak, uygulamak, denetlemek ve değerlendirmek hemşirelerin görevidir. Bu doğrultuda, hemşirelerin bazı hallerde, tıpkı hekimler gibi, tanı koyup tedavi uygulamasının mümkün olup olmadığı sorusu gündeme gelebilecektir. Anılan kanuni düzenlemenin iki şekilde yorumlanması mümkündür. İlk yorumda, tıbbi müdahaleler ikili ayrıma tutulmakta, bu müdahalelerin büyük kısmı hekimler tarafından yerine getirilmekte, diğerleri ise hemşirelerin gördükleri eğitim ve tecrübeleri doğrultusunda, hekime başvurulmaksızın yapabileceği tedavi faaliyetleridir. İkinci yorumda ise, yalnızca hemşirelik bakım ve gözetim görevi çerçevesinde yapılan müdahaleler hemşirelik tanı faaliyeti olarak nitelendirilmektedir¹⁰⁶⁸.

Sağlık çalışanlarının kendi görev alanlarının dışına çıkarak, hekim dışında kalan diğer sağlık çalışanlarının görev alanına giren bir faaliyeti yürütmesi de sağlık hizmetlerinin kötü işlemesine neden olan bir diğer ihtimaldir.

Bu ihtimalin en sık rastlanan örneği, başta hemşireler olmak üzere, stajyer sağlık çalışanlarının, görevli ve yetkili sağlık personelinin gözetim ve denetiminde olmadan tıbbi müdahale uygulamasıdır. Özellikle iş yoğunluğu sebebiyle hemşireler tarafından yürütülmesi gereken başta tıbbi müdahaleler olmak üzere, bakım ve gözetim faaliyetleri stajyer hemşireler tarafından yerine getirilmektedir. Teknik ve uzmanlığın yanında pratik ve tecrübe de gerektiren ilaç uygulamalarının kural olarak hemşireler tarafından yerine getirilmesi gerekir. Stajyer hemşireler ise ancak yanında eğitim gördüğü sorumlu hemşirenin gözetim ve denetimi altında faaliyet yürütebilmekte olup, tek başına faaliyet yürütmeleri tıbbi uygulama hatası oluşturmaktadır¹⁰⁶⁹.

¹⁰⁶⁷ *Hemşirelik tanısı* kavramı öğretide, “hemşirelik uygulamaları ile çözülebilecek mevcut ya da olası sağlık sorunlarının çözümlenmesi ve bakım gereksinimlerinin karşılanması” olarak tanımlanmıştır. (Asuman Gündüzeri, **Hemşirelerin Sağlık Sistemindeki Konumu ve Hukuki Sorumlulukları**, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2013, s. 27.)

¹⁰⁶⁸ *Gündüzeri*, bu ihtimale ilişkin olarak verdiği örnekte, bir trafik kazası sonucunda omurilik felci olan hastaya tedavi uygulanması tıbbi tanı olarak nitelendirileceğinden hekimin sorumluluğunda olduğunu; buna karşılık, aynı hastanın uzun süre yatağa bağlı kalması sonucunda derisinde oluşan yaraların iyileştirilmesine ilişkin uygulanacak tedavi hemşirelik tanısı olarak nitelendirileceğini belirtmektedir. (Gündüzeri, **age.**, s. 28.) Kanaatimizce müellif, bakım ve gözetim yükümlülüğü çerçevesinde hastada oluşabilecek yan hasarların tedavisine yönelik faaliyetleri hemşirelik tanısı olarak nitelendirmektedir.

¹⁰⁶⁹ CE, 06.11.1959, *Sieur Sarotti*, Rec., s. 591, aktaran Bereket Baş, **agm.**, s. 75.

Teşhis ve tedavi faaliyetlerinin yerine getirilmesi gibi, bu faaliyetlerin sonuçlarının hasta veya yakınlarına açıklanması yetkisi de hekime aittir. Bu bakımdan, hekim dışındaki sağlık çalışanlarının teşhis veya tedavi sonucuna ilişkin açıklamalarda bulunması hukuka aykırılık oluşturacaktır. Danıştay'ın bir kararında doğrulama testi yapılmaksızın laboratuvar teknisyeni tarafından hastaya HIV pozitif olduğunun bildirilmesi nedeniyle idare aleyhine tazminata hükmedilmiştir¹⁰⁷⁰.

Bu kararda hekim dışındaki sağlık personelinin hasta ve yakınlarına kesin teşhis olmaksızın bilgi vermesinin ya da bilgi sahibi olmadığı, görev alanının dışında kalan hususlarda hastayı yönlendirmesinin idarenin sorumluluğuna yol açacağı belirtilmiştir. Ayrıca diğer sağlık personelinin de tıpkı hekimler gibi faaliyetlerinde hasta mahremiyetine uygun bir şekilde davranması gerektiği kararda vurgulanmış, aksi durumun hizmet kusuru oluşturacağı ortaya konulmuştur.

b. İdarenin Diğer Sağlık Çalışanlarının Yetki Alanları İçinde Kalan Faaliyetlerinden Kaynaklanan Sorumluluğu

Diğer sağlık çalışanlarının yürütmekte yetkili oldukları faaliyetleri eksik ya da kötü bir şekilde yerine getirmesi veya hiç yerine getirmemesi de idarenin sorumluluğuna yol açabilmektedir. Yukarıda kısaca belirtildiği üzere, diğer sağlık çalışanlarının doğrudan tıbbi müdahaleye ilişkin, hekim talimatları doğrultusunda ve gözetiminde yerine getirmesi gereken faaliyetlerinin (i) yanında münhasıran yetkili

¹⁰⁷⁰ “HIV testinin sonucunun doğrulama testi yapılmadan hiç kimseye açıklanmaması ve ilgilinin doğrulama testi için bir üst basamak sağlık kuruluşuna sevk gerektiği yolundaki Sağlık Bakanlığının 29.4.1993 tarihli 05300 Sayılı yazısı ve de (her ne kadar olaydan sonra düzenlenmiş ise de uyuşmazlığın çözümüne etkisi açık olan) 4.12.2008 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Kan ve Kan Ürünleri Yönetmeliği uyarınca düzenlenen Ulusal Kan ve Kan Ürünleri Rehberinde, ‘ilk çalışmada reaktif olarak belirlenen bağışlara ait örneklerin, üretici firma talimatında aksi belirtilmedikçe ikinci defa çalışılacağı, tekrar edilen testlerin herhangi biri reaktif bulunursa bu kanın ‘tekrarlayan reaktif’ olarak kabul edileceği, HIV için doğrulama laboratuvarına gönderileceği, pozitifliği doğrulandığı takdirde bağışçı ile görüşüleceği ve bağışçı-sonuç bağlantısını doğrulamak amacıyla yeni bir serum örneği alınması’ yolundaki düzenleme karşısında, davalı idarenin doğrulama testinden önce davacıya HIV pozitif olduğuna dair sonucu açıklamakla hizmet kusuru işlediği, kişinin yaşadığı üzüntü ve korku sebebiyle doğan zararlar idari faaliyet arasında uygun illiyet bağı bulunduğu açıktır. Bu durumda, davacının ölümcül AIDS hastalığını taşıdığını zannederek, doğrulama testi sonuçlarını alana kadar kuvvetli bir korku ve derin bir üzüntüye kapıldığı açık olup, uğradığı bu manevi zarardan dolayı bir miktar manevi tazminata hükmedilmesi gerektiği açık olup, mahkeme kararında bu yönlerden hukuka ve hakkaniyete uyarlık görülmemiştir.” (Dan.15.D., 22.04.2016, E. 2013/4226, K. 2016/2798, Bkz Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Aynı yönde karar için bkz. Dan.10.D., 28.12.2007, E. 2005/8407, K. 2007/6526; Dan.15.D., 14.04.2016, E. 2013/4196 K. 2016/2612, Bkz Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Aynı yönde idare mahkemesi kararı için bkz. Akyıldız / Özkan, *age.*, s. 484.

olduğu tıbbi müdahale dışında kalan, hastanın bakım ve gözetimine ilişkin görevleri de bulunmaktadır¹⁰⁷¹ (ii).

i. Hekim Gözetiminde Yürütülen Faaliyetlerden Kaynaklanan Sorumluluk

Teşhis ve tedavi faaliyetlerine ilişkin, hekim tarafından verilen talimatların uygun şekilde yerine getirilmemesi nedeniyle kusur, tıbbi müdahale öncesinde, müdahale sırasında ya da sonrasında ortaya çıkabilmektedir. Yukarıda daha ayrıntılı olarak açıklandığı üzere teşhis ve tedavi faaliyetleri kural olarak hekim tarafından yerine getirilmekteyse de, bu faaliyetlerin gerçekleştirilmesinde diğer sağlık çalışanlarının da ödev ve yükümlülükleri bulunmaktadır. Gerçekten de hekim gözetiminde olsa da tıbbi müdahaleyle doğrudan ilişkili pek çok faaliyet hekim dışındaki sağlık personeli tarafından yerine getirilmektedir. Dolayısıyla, tıbbi müdahale niteliğindeki faaliyetler kapsamında gerek hekimin ve gerek onun talimatları doğrultusunda faaliyet yürüten diğer sağlık çalışanlarının kusurlu eylemleri idarenin sorumluluğuna yol açabilmektedir¹⁰⁷².

Hekim tarafından teşhis ve tedavinin her aşamasında verilen talimatın¹⁰⁷³ kötü bir şekilde yerine getirilmesi, zamanında veya hiç yerine getirilmemesi ihtimalinde sağlık personelinin kusuru nedeniyle idarenin sorumluluğu oluşacaktır. Bu kapsamda yanlış veya uygun olmayan malzeme, alet¹⁰⁷⁴ ya da serum kullanımı, söz konusu aletlerin kullanımında hata, sterilizasyon şartları sağlanmaksızın müdahale yapılması, tedavi sırasında vücutta yabancı cisim unutulması en sık rastlanan tıbbi uygulama hatalarıdır¹⁰⁷⁵. Bunun yanında, diğer sağlık çalışanlarının, özellikle komplikasyon

¹⁰⁷¹ Nitekim Fransız hukukunda da 93-345 sayılı ve 15 Mart 1993 tarihli kararname yapmış olduğumuz bu ayrıma benzer şekilde, hemşirelik faaliyetleri arasında ikili bir ayrım yapmakta, bu faaliyetlerin bir kısmının yalnızca hekimin her an müdahale edebileceği şekilde ve onun gözetimi ve denetimi altında yapılabileceğini, diğer faaliyetlerin ise gerektiğinde hekimin müdahale edeceği şekilde bizzat hemşireler tarafından yapılabileceğini öngörmektedir. (Clement, *age.*, s. 112.)

¹⁰⁷² Hemşirelik faaliyetlerini nitelik bakımından sınıflandıran öğretideki bir görüş, hekim gözetiminde yürütülen bu faaliyetleri hemşirenin bağımlı görevleri olarak nitelendirmiştir. (Gündüzeri, *age.*, s. 34.)

¹⁰⁷³ Hastanın adı, istemin tarihi, verilecek ilacın dozu, zamanı ile hastanın takibine dair hususların yer aldığı istemin hekim tarafından mutlaka imzalanmış olması da gerekmektedir.

¹⁰⁷⁴ Amerikan yargısı önüne gelen bir uyuşmazlıkta, rektoskopi uygulanacak bir hasta işleme hazırlanırken, rektoskopi masasının hemşire tarafından uygun olmayan şekilde ayarlanması nedeniyle hastaya yanlış pozisyon verilmesi sonucunda boyun yaralanması meydana gelmiş, Mahkeme hemşirenin faaliyetini tıbbi uygulama hatası olarak nitelendirerek tazminata hükmetmiştir. (Gündüzeri, *age.*, s. 88.)

¹⁰⁷⁵ Bu kapsamda özellikle ameliyat ve diğer tıbbi operasyonların sonunda, müdahalede kullanılan malzemelerin sayılması ve eksiklik fark edilmesi ihtimalinde durumun hekime bildirilmesi hemşirelerin görevleri arasında yer almaktadır. (Gündüzeri, *age.*, s. 83.)

gelişen hastalarda, hekimin talimatı olmaksızın teşhis koyarak tedavi uygulamaları sonucu oluşan zararlar da hizmet kusuru oluşturmaktadır¹⁰⁷⁶.

Hekimin gözetiminde diğer sağlık çalışanları tarafından en sık şekilde yürütülmekte olan faaliyet ilaç uygulamalarıdır. Hastalara verilecek ilaçların hazırlanması ve güvenli şekilde uygulanması, ilaç uygulandıktan sonra hastanın durumunun izlenmesi ve gerektiğinde hekime bildirilmesi faaliyetleri başta hemşireler olmak üzere diğer sağlık personeli tarafından yerine getirilen sağlık hizmetleridir¹⁰⁷⁷.

Hastalara uygulanacak ilaçlara ilişkin talimatların (order) hekim tarafından sağlık personeline yazılı olarak verilmesi esas kural olmakla birlikte, acil durumlarda bu talimatlar sözlü olarak da verilebilmektedir¹⁰⁷⁸. Tıbbi uygulamaya ilişkin olarak telefonla talimat verilmesi, acil durumlar dışında, hukuka aykırılık oluşturmaktadır¹⁰⁷⁹. Bu husus ayrıca olası tıbbi uygulama hatası nedeniyle açılacak davalarda hekimin kendisini savunabilmesi bakımından da önem arz etmektedir. Bu nedenle, hekimler tarafından sözlü şekilde verilen talimatların hemşire tarafından

¹⁰⁷⁶ Danıştay önüne gelen bir olayda, “(...) doğum sırasında perine yırtığının fark eden ebenin bu durumu nöbetçi doktora bildirmeyerek kendisinin müdahalede bulunması (...) bunun sonucunda gerekli tedavinin uygulanamaması” hizmet kusuru olarak nitelendirilerek idare aleyhine tazminata hükmedilmiştir. (Dan.10.D., 27.10.2009, E. 2007/305, K. 2009/9183, aktaran Akgül, **agm.**, s. 297.)

¹⁰⁷⁷ Bu husus Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği’nin 132. maddesinde yer alan hemşirelerin yükümlülükleri arasında düzenlenmiştir. Buna göre hemşireler, hastaların tedavisi için gerekli bütün kayıt, bakım ve tedavi uygulamalarını hekimlerin tariflerine göre yapmakla yükümlüdürler. Bu kapsamda, hastaların ilaçlarını, içten ve dıştan olmasına göre bizzat içerir ve tatbik ederler, enjeksiyonları yaparlar ve bunları hemşire notuna miktar ve zaman belirterek kaydedip imzalarlar. Ayrıca, kendilerine bırakılan pansuman ve tedavileri bizzat yaparlar.

¹⁰⁷⁸ Özellikle hemşirelerin ilaç uygulamasındaki hatalarına ilişkin olarak yapılan bir çalışmada, söz konusu hataların büyük bir kısmının hekimlerin acil durumlar dışında da ilaç talimatlarını sözlü olarak yapmalarından kaynaklandığı tespit edilmiştir. Aynı çalışmada söz konusu hataların diğer önemli sebebinin ise hemşirelerin devamlı olarak farklı kliniklerde nöbet tutmaları sonucu hasta bakımı ve gözetiminde sürekliliğin sağlanamaması olduğu anlaşılmıştır. (Çetinkaya, **age.**, s. 68.) Tespit edilen ilk durumda ilaç uygulamasındaki kusur hekim ve hemşirenin faaliyetinden kaynaklanmaktadır. Bu ihtimalde hekim hukuka aykırı şekilde talimat vermesi, hemşire ise hukuka aykırı şekilde verilen talimatı doğrudan uygulaması nedeniyle kusurlu olacaktır. Bu husus özellikle idare tarafından ödenen tazminatın kusurlu kamu görevlisine rücu edilmesi aşamasında önem taşımaktadır. Bu ihtimalle ilişkili olduğunu düşündüğümüz, yargı önüne gelen bir olaydaki tıbbi müdahale sırasında hekim tarafından öngörülen kloroform tedavisinin uygulamasını bilmeyen hemşire müdahale sırasında durumu el kol hareketleri ile hekime anlatmak istemiş, ancak başarılı olamamıştır. Yanlış şekilde uygulanan tedavi sonucunda hasta aşırı doz kloroform sonucunda hayatını kaybetmiştir. Uyuşmazlığın çözümünde mahkeme, hemşireyi bilmediği tedaviyi uygulamaktan, hekimi ise tedaviyi kontrol etmemesinden dolayı sorumlu tutmuştur. (Çetinkaya, **age.**, s. 74.) Hemşirelere farklı kliniklerde görev verilmek suretiyle bakım ve gözetim hizmetlerinin sürekliliğinin sağlanamadığı ikinci ihtimalde ise, hemşirenin kusurunun yanında organizasyon kusuru söz konusu olacaktır. Bu ihtimal de özellikle rücu aşamasında hemşirenin sorumluluğunda indirim yapılmasına sebep olacaktır.

¹⁰⁷⁹ Dan.15.D., 10.03.2016, E. 2015/8936, K. 2016/1604, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası.

yazılı hale getirilerek hekime imzalatılması gerektiği de öğretide savunulmaktadır¹⁰⁸⁰. Fransız Toplum Sağlığı Kanunu'nun L 6316 hükmünde hangi tıbbi faaliyetlerin telefonla verilecek talimatlar yoluyla gerçekleştirilebileceğine dair bir liste verilmiş olup, bu kapsamda hasta takibi ve konsültasyon işlemlerinin telefon yoluyla yapılabilmesine olanak sağlanmıştır¹⁰⁸¹. Dolayısıyla hukukumuzda kabul edilmeyen ve uygulama hatası olarak nitelendirilen telefonla hasta takibi ya da konsültasyon isteme gibi faaliyetler Fransız hukukunda uygulanabilmektedir.

Hekim tarafından verilen bu talimatların sağlık personeli tarafından hatalı uygulanması, uygulama prosedürüne uyulmaması, hekim talebinin yanlış yorumlanması, ilacın zamanında ya da hiç uygulanmaması, ilacın dozunun aşılması ya da yanlış ayarlanması¹⁰⁸², yanlış hastaya yanlış ilaç verilmesi¹⁰⁸³, gerekenden

¹⁰⁸⁰ Çetinkaya, **age.**, s. 82; Hakeri, **age.**, s. 646; Gündüzeri, **age.**, s. 79. Yüksek Sağlık Şurası önüne gelen bir olayda, ilk gören pratisyen hekimin hastaya gerekli alakayı göstererek doğru tedavi uyguladığı ve uygun konsültasyon istediği, öneri doğrultusunda hastayı zamanında sevk ettiğinden sorumluluğunu yerine getirdiği anlaşılmış, göğüs hastalıkları uzmanının telefonla hasta hakkında bilgi aldıktan sonra hastaneye gelmemesi ve hastanın durumunu değerlendirmesinin kusurluluk oluşturduğu yönünde karar verilmiştir. (Koç, **agm.**, s. 21.)

¹⁰⁸¹ Truchet, **age.**, s. 252.

¹⁰⁸² Bu ihtimale ilişkin belirtilmesi gereken önemli bir husus da bebek ve çocuklara uygulanan ilaçların dozunun yetişkinlere nazaran daha düşük tutulması zorunluluğudur. Uyuşmazlık konusu yapılan bir olayda, mahkeme yeni doğan bebeğe yapılan kızamık aşısının sulandırılmadan, doğrudan enjekte eden hemşirenin kusurlu olduğu yönünde hüküm kurmuştur. (Vildan Akçakaya İnan, **İlaç Uygulamalarında Kamu Hastanelerindeki Hemşirelerin Yasal Sorumlulukları**, Yüksek Lisans Tezi, İzmir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sağlık Hukuku Anabilim Dalı, 2015, s. 86.) Hemşirelik Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmeliğin (RG. 19.04.2011, S. 27910.), yoğun bakım hemşirelerinin görev, yetki ve sorumluluklarını düzenleyen Ek 2 A.2.(d) bendine göre, “Her yaş grubuna özgü uygulanması gereken ilaç çeşitlerini, farklı dozlarını ve olabilecek yan etkilerini bilir; ilaç uygulamaları ve ilaç güvenliği ilkelerine bağlı kalarak, hekim istemine göre hastaya enteral, parenteral ve haricen verilecek ilaçları verir; uygulanan ilaç ve tedavilerin etki ve yan etkilerini, hastanın tedavi ve bakıma verdiği yanıtları gözler.” İlacın dozunun yanlış ayarlanmasından kaynaklanan zararlara ilişkin basında yer verilmiş olaylardan örnekler için bkz. Akçakaya İnan, **agm.**, s. 88 - 89.

¹⁰⁸³ Dan.10.D., 11.04.2000, E. 2000/218, K. 2000/1439, aktaran Gökcan, **age.**, s. 1471; Dan.10.D., 13.10.1999, E. 1999/2731, K. 1999/4835, aktaran Gökcan, **age.**, s. 1473; AYİM 2.D, 25.12.1996, E. 1995/597, K. 1996/1146, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Adli Tıp 3. İhtisas Kurulu önüne gelen bir olayda, aynı hastanede meydana gelen iki doğum sonrasında bebeklerin kuvöze alındığı, doğumun ertesi günü anneler bebeklerinin yanına çıktıkları sırada kadın doğum servisinde görevli hemşirenin annelere uygulanacak ilaçları enjektöre çekip akıtma uygulaması için annelerin bulunduğu çocuk servisi katındaki hemşireye teslim ettiği, çocuk servisi katında görev yapan hemşirenin yoğunluk sebebiyle katta görev yapan stajyer hemşireye oda numarasını söyleyerek enjeksiyonları yapmasını söylediği, enjektörleri alan stajyer hemşirenin tek başına odaya giderek annelere yapılması gereken enjeksiyonları kuvözdeki çocuklara uyguladığı anlaşılmıştır. Bu vakada Adli Tıp 3. İhtisas Kurulu annelere uygulanması gereken ilacın bebeklere uygulanmasının yanında, stajyer hemşirenin sorumlu hemşire eşliğinde olmadan enjeksiyon uygulamasının tıbbi uygulama hatası niteliği taşıdığına karar vermiştir. (Çetinkaya, **age.**, s. 76.) “(...) davacının çocuğunun sol el 4. parmağındaki siğilin tedavisi için (...) Devlet Hastanesine müracaatı üzerine, siğilin çıkarılması amacıyla enjekte edilmesi gereken ve doktor tarafından reçeteye yazılan ‘Mercaïne’ isimli ilaç yerine ‘İL 33’ isimli ilacın görevli hemşire tarafından enjektöre çekilip, görevli doktor tarafından enjekte edilmesi sonucu kangren olan sol el 4. parmağın kesilmesi (...) olayda da yanlış ilaç enjekte edilerek ilgilinin parmağının kangren

farklı ilacın verilmesi¹⁰⁸⁴, süresi dolmuş ilacın verilmesi¹⁰⁸⁵, ilacın yanlış yolla verilmesi, ilacın yanlış hızda verilmesi¹⁰⁸⁶, ilacın hatalı şekilde uygulanması¹⁰⁸⁷, birbiriyle etkileşime giren ilaçların birlikte verilmesi¹⁰⁸⁸, ilaç uygulandıktan sonra atıkların yeterli şekilde uzaklaştırılmaması ve hastaya uygulanan ilaçların kaydının eksik ya da yanlış tutulması ilaç uygulaması bakımından en sık karşılaşılan kusurlu davranışlardır. Bunun yanında, hastaya uygulanacak ilacın hatalı olduğunun anlaşılması durumunda hemşire ya da diğer sağlık personelinin hekim direktifine bağlı kalarak söz konusu ilacı hastaya uygulaması da tıbbi uygulama hatası niteliği taşımaktadır.

Danıştay içtihadından farklı olarak Fransız hukukunda gerek idari yargıda ve gerek adli yargıda yardımcı sağlık personelinin hekim gözetiminde yürüttüğü sağlık hizmetleri sırasında meydana gelen zararlarda hasta lehine kusur karinesi uygulanmaktadır¹⁰⁸⁹. Başka bir ifadeyle, hekimin gözetiminde ve talimatları

olması sonucu kesilmesine sebep olan idarenin hizmet kusurunun açık olduğu (...)" (Dan.10.D., 08.12.1997, E. 1996/2121, K. 1997/5476, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

¹⁰⁸⁴ Dan.15.D., 03.11.2014, E. 2013/4285, K. 2014/7782, aktaran Akgül, **agm.**, s. 297.

¹⁰⁸⁵ Birtok, **agm.**, s. 93.

¹⁰⁸⁶ Bu ihtimalden kaynaklanan zararlara ilişkin olarak basına yansımış olay örnekleri için bkz. Akçakaya İnan, **agm.**, s. 87.

¹⁰⁸⁷ Dan.10.D., 16.01.1985, E. 1982/2908, K. 1985/26, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Yüksek yargı kararlarında hastaya uygulanacak ilacın vücuda zerk edileceği yerin doğru şekilde belirlenmesi gerektiği, aksi durumun sorumluluğa neden olacağına vurgu yapan kararlar bulunmaktadır. (AYİM 2.D, 30.09.1987, E. 1987/29, K. 1987/133, aktaran Özgüldür, **age.**, s. 307; Yar.13.HD, 04.11.2010, E. 2010/13528, K. 2010/14640, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Enjeksiyonun yanlış yere yapılmasından kaynaklanan zararlara ilişkin olarak basına yansımış olay örnekleri için bkz. Akçakaya İnan, **agm.**, s. 89.) Bu ihtimalin en sık rastlanan örneği, özellikle kas içi enjeksiyonlarda sinirler kontrol edilmeksizin ilacın uygulanması sonucunda oluşan sinir zedelenmesi ve fonksiyon kayıplarıdır. Yine, özellikle çocuk hastalarda doğrudan damar içine yapılan enjeksiyonlarda, toplardamar yerine atardamarlara ilacın uygulanması sonucunda oluşan kanamalar ilacın uygulamasından kaynaklanan sorumluluğa yol açmaktadır. Başka bir ihtimal ise, çocuk hastalara uygulanacak enjeksiyon iğnesinin büyüklüğünün doğru seçilmemesi sonucunda vücuda kalıcı hasar verilmesidir. (Çetinkaya, **age.**, s. 73.) Adli Tıp 3. İhtisas Kurulu önünde gelen bir uyuşmazlıkta, nefes alma sıkıntısı çeken iki çocuğun servise yatırılarak nebulizatörle tedavi uygulandığı, servisteki hemşireler ile stajyerler tarafından servisteki tüm hastaların ilaçlarının enjektörlere çekilerek isimlerinin yazıldığı, stajyer hemşirelerin sorumlu hemşirelerin izni doğrultusunda ilaç uyguladığı, ancak söz konusu ilacın nebulizatör yerine damar yolundan uygulandığı, durumun sorumlu hemşireler tarafından öğrenilmesi üzerine çocukların yoğun bakıma kaldırıldığı anlaşılmıştır. Somut olayda Kurul, ilacın nebulizatör yerine damar yoluyla vücuda zerk edilmesinin tıbbi uygulama hatası oluşturacağına karar vermiştir. (Çetinkaya, **age.**, s. 84.)

¹⁰⁸⁸ Gündüzeri, **age.**, s. 81; Gökcan, **age.**, s. 163; Lambert - Faivre / Porchy – Simon, **age.**, s. 714. Bu yöndeki Yargıtay kararı için bkz. Yar.13.HD, 19.10.2006, E. 2006/10057, K. 2006/13842, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Buna karşılık, ilacın prospektüsünde yazılı olanlar dışında bir yan etkinin meydana gelmesi durumunda, böyle bir etkinin önceden tahmin edilebilir olduğu ispatlanmadıkça, hekimin faaliyet kusurlu hale gelmeyecektir. (Günday, **age.**, s. 70; Somer, **agm.**, s. 56.)

¹⁰⁸⁹ CE, 08.12.1989, *Mme. Hairon Lescure*, n° 80341, Rec. Lebon, 1989, Dalloz.fr.; Cass 1ère civ, 20.03.1989, Jurisdata 001227, aktaran Clement, **age.**, s. 158. Aynı yönde, CA Bordeaux, 27.10.1986, Jurisdata 043367, aktaran Clement, **age.**, s. 158. Buna karşılık, hastaya ameliyat sonrasında uygulanan tedaviler başta olmak üzere bazı faaliyetlerde kusurun ispatlanması gerektiğini kabul eden Fransız

doğrultusunda hemşire ya da diğer sağlık personeli tarafından yürütülen faaliyetler sonucunda zarara uğrayan kişinin, ayrıca sağlık personelinin kusurunu ispatlama yükümlülüğü bulunmamakta olup, kusursuzluğunu ispatlama yükü sağlık çalışanına aittir.

Yine, hekim tarafından verilen talimatların yerine getirilmesi bakımından Anayasa’da düzenlenen kanunsuz emir müessesesinin uygulanabilirliği de değinilmesi gereken bir diğer husustur. Gerçekten de kendisine verilen talimatın, hukuka ya da tıbbi gerekliliklere aykırı olduğunu düşünen hemşire veya diğer yardımcı sağlık personelinin söz konusu müdahaleyi gerçekleştirip gerçekleştirmeyeceği ya da söz konusu müdahaleyi gerçekleştirmesinin hukuki sorumluluk yaratıp yaratmayacağı da tartışma yaratan bir husustur. 1219 sayılı Kanun’un 3. maddesinde açıkça belirtildiği üzere tedavi faaliyetleri hekim tarafından yürütüleceğinden, bu faaliyetler sırasında kendi gözetiminde, ona yardımcı faaliyet yürüten personel ile hekim arasında hiyerarşik ilişki bulunduğu da şüphesizdir. Hekim ile hemşire arasındaki hiyerarşik, emir - talimat ilişkisi 6283 sayılı Kanun’un 4. maddesinde açıkça ortaya konulmuştur. Buna göre, hekim tarafından verilen talimatları yerine getirmek hemşirenin yükümlülüğüdür.

Hekim tarafından hemşire veya diğer sağlık çalışanlarına verilen talimatın hukuka aykırı olması durumunda hiyerarşi ilişkisi kapsamındaki üstün emrine itaat kuralının istisnasını oluşturan kanunsuz emir müessesesinin uygulanması söz konusu olacaktır¹⁰⁹⁰. Anayasa’nın “*Kanunsuz Emir*” başlıklı 137. maddesine göre, kamu hizmetlerinde çalışmakta olan kişilerin üstünden aldığı emri, yönetmelik, tüzük, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görmesi ihtimalinde, söz konusu emri yerine getirmeyerek bu aykırılığı emri veren üste bildirmesi gerekir. Bu ihtimalde, hiyerarşik üstün emrinde ısrar etmesi ve bu emri yazılı olarak yenilemesi durumunda, astın emri yerine getirmesi zorunludur. Bu durumda, emri yerine getiren ast sorumlu olmayacaktır. Ancak konusunun aynı zamanda suç teşkil etmesi durumunda bu emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kişi sorumluluktan kurtulamaz. Söz konusu kuralın hekim ile diğer sağlık personeli arasında uygulanması durumunda ise, teşhis ve tedavi faaliyetine ilişkin olarak kendisine verilen talimatın hukuka aykırı

Yargıtay’ın, kusur karinesini uygulamak yönünden Fransız Danıştay’na nazaran daha isteksiz olduğu da öğretide ileri sürülmektedir. (Clement, **age.**, s. 161.)

¹⁰⁹⁰ Kalabalık, **agm.**, s. 288.

olduğunu tespit eden sağlık personelinin, bu emri yerine getirmeyerek durumu hekime bildirmesi, hekimin talimatını yazılı olarak yenilemesi durumunda ise emri yerine getirmesi gerektiği anlaşılmaktadır¹⁰⁹¹. Bunun yanında hekim tarafından verilen talimatın aynı zamanda içerik olarak suç teşkil ettiği durumlarda ise, sağlık çalışanın hiçbir şekilde talimatı yerine getirmemesi gerekmektedir.

Hukuka ya da tıbbi standartlara aykırı hekim talimatlarının sağlık çalışanı tarafından uygulanıp uygulanmayacağı hususu ise açık değildir. *Çetinkaya*, hukuka veya tıbbi standartlara aykırı hekim talimatları arasında bir ayırım yapılması gerektiğini, ortada hemşirenin kolaylıkla anlayabileceği bariz bir hatanın bulunması ihtimalinde, söz konusu talimatın yerine getirilmemesini, diğer hallerde ise hatalı talimatların uygulanmasından yalnızca hekimin sorumlu tutulabileceğini ileri sürmektedir¹⁰⁹². Buna karşılık, kanaatimizce kanunda hemşireye böyle bir takdir alanı bırakılmamıştır. Hekim ile hemşire arasında 6283 sayılı Kanun'dan kaynaklanan hiyerarşi ilişkisi bulunduğu dikkate alındığından, söz konusu ihtimalde de Anayasa'nın 137. maddesinde öngörülmüş olan kanunsuz emir düzenlemesinin uygulanmasında bir engel bulunmamaktadır. Bu durumda, hekimin yazılı şekilde ısrar etmesi durumunda hemşirenin hekim tarafından belirlenen tedaviyi uygulaması bir zorunluluktur. Ancak hekimin kasıtlı olarak yanlış tedavi uyguladığının hemşire tarafından tespit edildiği durumlarda, söz konusu talimat konusu suç teşkil edeceğinden bu talimatın kesin olarak yerine getirilmemesi gerekecektir.

Bunun yanında hekim tarafından verilen talimatın açık olmaması ya da karışıklığa meydan verecek nitelikte olması ihtimallerinde, sağlık çalışanın hekimden açıklama istemesi ve talimatı açıklığa kavuşturmadan herhangi bir müdahalede bulunmaması gerekmektedir.

ii. Bizzat Diğer Sağlık Çalışanlarınca Yürütülen Faaliyetlerden Kaynaklanan Sorumluluk

Diğer sağlık çalışanlarının münhasıran ve doğrudan yürütmekle yetkili oldukları hastanın bakımı ve gözetimi faaliyetlerinin eksik ya da kötü bir şekilde

¹⁰⁹¹ Aynı yönde Gündüzeri, *age.*, s. 41.

¹⁰⁹² *Çetinkaya*, *age.*, s. 74.

yerine getirilmesi veya hiç yerine getirilmemesi de idarenin sorumluluğuna yol açabilmektedir¹⁰⁹³. Hastaların güvenliğinin sağlanması, fizyolojik gereksinimlerinin karşılanması¹⁰⁹⁴ ve bu gereksinimleri karşılayabilecek durumda olmasını sağlamaya yönelik faaliyetlerin bakım ve gözetim yükümlülüğü kapsamında yer aldığı söylenebilir. Bakım ve gözetim yükümlülüğünü tıbbi müdahale kapsamı dışında gören Danıştay, yerleşik içtihadında, bu yükümlülüğün yerine getirilmemesinden kaynaklanan sorumluluğun tespitinde basit kusurun varlığını yeterli bulmuş, sağlık çalışanının bu faaliyetler nedeniyle sorumlu tutulabilmesi için kusurun belli bir ağırlıkta olmasını gerekli görmemiştir¹⁰⁹⁵.

Sağlık çalışanlarının bakım ve gözetim yükümlülüğünün olumlu ve olumsuz edimde bulunma şeklinde iki ayrı görünüm şekli bulunmaktadır. Sağlık çalışanının bir yandan hastaya zarar verecek eylemlerden kaçınması, bakımını üstlendiği hastanın durumunun daha kötü bir hal almasını engellemesi gerekmekte iken; diğer yandan hastanın gerek kendisi ve gerek üçüncü kişiler kaynaklı her türlü tehlikeden korunmasını sağlama yükümlülüğü bulunmaktadır. Başka bir ifadeyle, hastanın bakım ve gözetiminin yapılması yeterli olmamakta, hastanın kendisi ya da dışarıdan gelecek olası tehditlere karşı korunması da gerekmektedir. Bunun yanında sağlık personelinin, hastanın her türlü kazaya uğramasını engellemek amacıyla gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü de bulunmaktadır.

Bakım ve gözetim yükümlülüğünün yerine getirilmemesinden kaynaklanan idarenin sorumluluğu, özen eksikliği, hasta bakım standardına uyulmaması, kullanılan araçların uygun olmaması ya da doğru şekilde kullanılmaması, yetersiz

¹⁰⁹³ Hemşirelerin faaliyetlerini sınıflandıran bir görüş, hekim talimatı olmaksızın doğrudan ve bizzat hemşireler tarafından yerine getirilen bakım ve gözetim faaliyetleri hemşirelerin bağımsız görevleri olarak nitelendirilmektedir. (Gündüzeri, **age.**, s. 34.)

¹⁰⁹⁴ Sağlık durumları sebebiyle kendi fizyolojik gereksinimlerini karşılamaktan yoksun hastaların bu gereksinimlerinin karşılanması hemşirelerin yükümlülükleri arasında yer almaktadır. Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin 132. maddesinin (c) bendine göre, servislerdeki yemek dağıtımının, hastaların yemek yemelerinin gözetimi ile kendisi yemek yiyemeyecek durumda olan hastaların yemeğinin yedirilmesi hemşirelerin görevleri arasında yer almaktadır. Benzer şekilde, banyo yapacak hastaların yardımcı hizmetli ile banyoya gönderilmesi ile gidemeyenlerin yataklarında temizliğinin yaptırılması hemşirenin yükümlülükleri arasında sayılmıştır.

¹⁰⁹⁵ "(...) idarenin tazmin sorumluluğunun doğması için aranılan 'ağır hizmet kusuru'; riskli tıbbi müdahaleler ve operasyonlar bakımından geçerli olup; sağlık hizmeti içinde değerlendirilmekle beraber, tıbbi operasyon kapsamına dahil edilemeyecek birtakım bakım, gözetim ve yan müdahalelerin hiç veya gereği gibi yapılmaması dolayısıyla oluşan zararlar, idarenin sorumluluğundan söz edebilmek için ağır hizmet kusurunun aranmasına gerek bulunmamaktadır. (...) " (Dan.10.D., 24.09.2007, E. 2005/3719, K. 2007/4316, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

izlem¹⁰⁹⁶, tıbbi kayıtların eksik tutulması¹⁰⁹⁷, iletişim eksikliği gibi doğrudan hastanın bakımının kusurlu yapılmasından kaynaklanabileceği gibi; bakım yükümlülüğü ile dolaylı ilişki içinde, hasta ve yakınlarının bilgilendirilmesinde eksiklik ya da sır saklama yükümlülüğüne uyulmaması şeklinde de karşımıza çıkabilmektedir.

Hastanın bakımı yükümlülüğünü yerine getirmekte olan sağlık personelinin, aynı zamanda tıbbi müdahalede kullanılacak alet, ilaç ve malzemeleri koruma¹⁰⁹⁸ ve

¹⁰⁹⁶ Hasta izlemi özellikle risk taşıyan belli ilaç ya da tedavi yöntemlerinin hastada uygulanması üzerine oluşabilecek komplikasyonun erken tespiti ve tedavisi bakımından önem taşımaktadır. Söz konusu uygulamalarda, hekim tarafından hasta üzerinde yapılan tıbbi müdahale üzerine başta hemşire olmak üzere sağlık çalışanlarının sık ve düzenli gözetim faaliyeti yürütmesi gerekmekte, aksi durum hizmet kusuru oluşturmaktadır. Bu husus Danıştay'ın bir kararında *“Deride ilaç testi yapılması gerekmekte ise de, dava konusu olayda olduğu gibi deride ilaç testi yapılmamış olsa bile enjeksiyondan sonra hastanın belli aralıklarla izlenmesi ve enjeksiyona bağlı olarak gelişebilecek şoka karşı yeterli ve etkili önlemlerin alınması gerekmektedir. Davacıların yakınlarına yapılan streptomisin enjeksiyonunun sonradan enjeksiyona bağlı olarak gelişebileceği ve ölüme yol açabileceği kabul edilen şokun önlenmesi amacıyla yeterli gözlemlerin yapılmadığı anlaşıldığından, bunun sonucunda meydana gelen ölüm olayında davalı idarenin ağır hizmet kusurunun bulunduğu sonucuna varılmıştır. (...)”* ifadeleriyle açıkça ortaya konmuştur. (Dan.10.D., 01.06.1994, E. 1993/363, K. 1994/2502, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Amerikan yargısı önüne gelen bir uyuşmazlıkta, serviste yatmakta olan hastanın bacağına meydana gelen his kaybının hemşireler tarafından kayda geçirilmemiş ve hekime bildirilmemiş olması nedeniyle teşhisin gecikmesi sonucunda hastanın felç kaldığı uyuşmazlık konusu olayda Mahkeme, hemşirelerin tıbbi uygulama hatası yaptığı yönünde hüküm kurmuştur. (Gündüzeri, **age.**, s. 85.) Bunun yanında tedavisi devam etmekte olan ve serviste yatan hastaların ateş ve nabız ölçümü ile kan ve idrar örneklerinin alımı gibi belli ve düzenli aralıklarla sürekli şekilde yapılması gereken faaliyetlerin hiç yapılmaması ya da eksik veya geç yapılması durumunda etkili bir tedavi uygulanamayacak, hatta tedavi sonucunda beklenmeyen komplikasyonlar gerçekleşebilecektir. Uyuşmazlık konusu olan bir olayda hastanın yapılmamış olan takiplerinin yapılmış gibi gösterilerek dosyaya kaydedilmesi Yargıtay tarafından tıbbi uygulama hatası olarak nitelendirilmiş ve tazminata hükmedilmiştir: *“(...) hemşire karaciğer hastası olan bir kimsenin idrarını alması gerekirken bunu da saat 10.00 da almış gibi göstermiş ve akşamdan kalma idrarı kayıtlara dayanak yapmıştır. (...) sağlık sorunlarının özenle ele alınması ve bunların takibi hayati bir önem taşımaktadır. (...) Açıklanan nedenlerden dolayı tüm isteklerin reddine karar verilmesi gerekirken kabulü doğru değildir.”* (Yar. HGK, 26.06.2002, E. 2002/9-550, K. 2002/561, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

¹⁰⁹⁷ Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin 132. maddesinin (b) bendine göre, hemşireler hastaların ilaçlarını, içten ve dıştan olduğuna göre bizzat içirmekle, enjeksiyonlarını yapmakla görevli olup, bu uygulamaların hemşire notuna miktar ve zaman belirtilerek kaydedilmesiyle yükümlüdür. Benzer şekilde, Nüfus Planlama Hizmetleri Yürütecek Personelin Eğitimi Görev Yetki ve Sorumlulukları Hakkında Yönetmelik'in 19. maddesine göre, hemşireler yürüttükleri nüfus planlaması hizmetleri ile ilgili bilgileri kaydetmekle yükümlüdür. Bunun yanında, Ana Çocuk Sağlığı ve Aile Planlaması Merkezleri Yönetmeliği'nin 32. maddesinin (f) bendine göre, hemşire ve ebeler verdikleri hizmete ilişkin kayıtları tutmak ve düzenli olarak raporlar hazırlamakla yükümlüdür. Nitekim Danıştay da bir kararında hastaya ait grafilerin gerekli şekilde muhafaza edilmemesinin hizmet kusuru oluşturacağı yönünde hüküm kurmuştur. (Dan.10.D., 29.04.2008, E. 2007/3301, K. 2008/2939, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

¹⁰⁹⁸ Özellikle ilaç ve aşıların belli bir hava sıcaklığında devamlı olarak tutulması şeklinde gerçekleştirilen soğuk zincir uygulamasında meydana gelen kusur, ilacın etkinliğine zarar vereceğinden, söz konusu ilaçların doğru muhafaza edilmeden kullanımı tıbbi uygulama hatası oluşturmaktadır. Bunun yanında koruma yükümlülüğü kapsamında sağlık personelinin ilaçların gerek hastalar ve gerek diğer sağlık çalışanları tarafından geliş güzel şekilde kullanımının önüne geçecek şekilde saklaması ve bu yönde gerekli tedbirleri alması gerekmektedir. Bu husus özellikle kötüye kullanmaya müsait bağımlılık yapan ya da narkotik ilaçlar bakımından önem taşımaktadır. 2012 yılında Kamu Hastaneleri Kurumu tarafından yayımlanan Tıbbi Hizmetler Sunum Rehberi'nin

eksikliklerinin tamamlanmasını talep etme yükümlülüğü bulunmaktadır¹⁰⁹⁹. İlaç veya malzemelerin eksik ya da uygunsuz durumda olması ihtimalinde sağlık çalışanının durumu derhal hastane idaresine bildirmesi ve söz konusu eksiklik ya da uygunsuzluğun giderilmesi gerekmektedir. Böyle bir durumda, eksiklik idare tarafından giderilmezse, oluşacak zarardan sorumlu tutulacak idare sağlık çalışanına rücu edemeyecek, aksi durumda ise sağlık çalışanı idareye karşı sorumlu hale gelecektir¹¹⁰⁰. Ayrıca tıbbi araç ve malzemeler nedeniyle enfeksiyonların oluşmasını önlemek amacıyla, sterilizasyonlarının yapılması, son kullanma tarihlerinin kullanılmadan önce kontrol edilmesi ve her türlü şüpheli ilaç ya da aletin kullanımından kaçınılması sağlık çalışanlarının yükümlülüğündedir¹¹⁰¹. Aksi durumda hizmetin kötü işlemesi nedeniyle idare sorumlu tutulacaktır¹¹⁰².

Bunun yanında, hastanın güvenliği ve korunmasıyla ilgili yükümlülüklerle uyulmaması gözetim yükümlülüğünün kusurlu bir şekilde yerine getirilmesine neden olmaktadır. Gözetim yükümlülüğü kapsamında ilk olarak hastanın kendi sağlığına zarar verebilecek eylemlerine karşı gerekli tedbirlerin alınması gerekmektedir¹¹⁰³. Bu kapsamda hastanın davranışı doğrudan kendine zarar verme amacı taşıyabileceği gibi¹¹⁰⁴, dikkatsizlik ya da kaza sonucunda da ortaya çıkabilmektedir.

3.1. bölümünde yeşil ve kırmızı reçeteye tabi ilaçların kilit altında tutulmaları, bu ilaçlardan tedavi sonrasında artan miktarın kalması durumunda derhal imhasının yapılması gerektiği düzenlenmiştir. (Ayrıntılı bilgi için bkz. Kızılkaya Doğru, **agm.**, s. 487.)

¹⁰⁹⁹ Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin 132. maddesinin (e) bendine göre, kendilerine teslim edilen demirbaş eşya ile alet, ilaç vesair malzemeyi iyi bir şekilde saklamak ve bunları yerine göre kullanmak, hekim tarafından istendiği zaman hazır bulundurmak, bunların boşa gitmesini önlemek hemşirelerin görevidir. Benzer şekilde Hemşirelik Yönetmeliği'nin 10. maddesine göre, eczane tarafından kliniğe gönderilen ilaçların güvenli bir şekilde korunması ve kullanımının sağlanması hemşirelerin görevidir. Aynı yükümlülük Kamu Hastaneleri Kurumu tarafından yayınlanan Tıbbi Hizmetler Sunum Rehberi'nin 13.1.6 maddesinde yinelenmiştir.

¹¹⁰⁰ Dan.10.D., 31.03.2009, E. 2009/11271, K. 2010/2519, aktaran Akgül, **agm.**, s. 296; Aynı yönde Akçakaya İnan, **agm.**, s. 83.

¹¹⁰¹ Gündüzeri, **age.**, s. 82.

¹¹⁰² Dan.10.D., 08.05.2009, E. 2006/5958, K. 2009/3736.

¹¹⁰³ Yüksek Sağlık Şurası önüne gelen bir olayda, embesil düzeyde zeka geriliği olan anne adayı hasta kendi annesiyle birlikte kadın doğum uzmanının muayenehanesine getirilir. Muayenehanede hekim tarafından tıbbi ehliyeti olmayan bir hizmetliye, sancısı artarsa kendisine haber verilmek üzere emanet edilen hasta hizmetlinin yanından kaçarak kendisini tualete kilitler. Kapı kırılıp içeri girildiğinde bebeğin doğmuş şekilde beton üzerinde olduğu görülür. Olayda zeka geriliği olan hastanın hizmetliye bırakılarak, gerekli tedbirlerin alınmamasının tazminata yol açacağına karar verilmiştir. (Hancı, **agm.**, s. 41.)

¹¹⁰⁴ Danıştay önüne gelen bir uyuşmazlıkta, yoğun bakım ünitesinde tedavi görmekte olan hasta sık sık kendisini solunum cihazına bağlayan maskeyi çıkarmaya çalışmış ve olay tarihinde de solunum maskesini çıkarması sonucu hayatını kaybetmiştir. Daha önce çeşitli kereler maskeyi çıkarmaya çalıştığı hastane personeline bilinen hastaya, solunum maskesini çıkarmasını engelleyecek ek müdahalelerde bulunmamak suretiyle yeterli dikkat ve özeni göstermeyen idarenin bu tutumu Danıştay tarafından hizmet kusuru olarak nitelendirilerek tazminata hükmedilmiştir. (Dan.10.D.

Kendisine tıbbi müdahale yapılan hasta bedensel güçsüzlük ya da bilinçsel zayıflık yaşayabilmektedir. Bu durumdaki hastalarda sık olarak düşme vakılarıyla karşılaşılabilir. Hastanın düşmesi ya da her türlü dışsal travmaya karşı korunabilmesi için hasta odalarında aydınlatmanın sağlanması, tehlike yaratabilecek veya hareketlerine engel oluşturacak cisimlerin kaldırılması¹¹⁰⁵, başta çocuk hastalar olmak üzere, hasta yataklarının kenarlıklarının hastanın düşmeyeceği bir konumda ayarlanması¹¹⁰⁶, hasta yatakları ve tekerlekli sandalyelerin kilitli konumda tutulması, acil durumlarda hastanın ihtiyaç duyacağı malzeme ve cihazların ulaşılabilir bir yerde konumlandırılması¹¹⁰⁷ ve gerektiğinde ayağa kalkan hastalara destek olunması gerekmektedir¹¹⁰⁸. Hastayı korumaya yönelik bu faaliyetlerin yerine getirilmemesi sebebiyle oluşan zararlardan idare sorumlu tutulacaktır.

Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, buradaki koruma ve gözetim faaliyetinin, bu çalışmanın birinci bölümünde incelenen sağlık hizmetlerinin güvenli bir şekilde yürütülmesi yükümlülüğünden farklı bir alana karşılık geldiğidir. Birinci bölümde ayrıntılı şekilde incelendiği üzere, sağlık hizmetlerinin güvenli bir ortamda sunulmaması kamu görevlisinin kusurlu fiilinden bağımsız olarak, bizzatıhi sağlık kamu hizmetini kusurlu hale getireceğinden idarenin sorumluluğuna neden

24.09.2007, E. 2005/3719, K. 2007/4316, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; aynı yöndeki Fransız Danıştay kararı için bkz. CE, 19.02.2003, *CHS de Saint Egreve*, n° 203890, Rec. Lebon, 2003, Dalloz.fr.) Yargıtay da bir kararında, intihar eğiliminde olan hastanın yanında sağlık personeli bulundurulmaması sonucu intihar ederek öldüğü uyuşmazlık konusu olayda sağlık hizmetinin kusurlu bir şekilde yürütüldüğü yönünde hüküm kurmuştur. (Yar. HGK, 07.10.1987, E. 1986/13-640, K. 1987/701, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

¹¹⁰⁵ Fransız Yargıtayı önüne gelen bir uyuşmazlıkta, ameliyat sonrasında hasta odasına yatırılan hastanın yatağının yanına konulan sıcak su dolu şişeye hastanın çarpması sonucu üzerine dökülen sıcak su nedeniyle ağır yanıklar oluşması sebebiyle hastane aleyhine tazminata hükmedilmiştir. (Cass 1ère civ, 11.06.1963, J.C.P., 1963, s. 13371, aktaran Clement, *age.*, s. 160.)

¹¹⁰⁶ Hakeri, *agm.*, s. 168.

¹¹⁰⁷ “(...) yoğun bakım ünitesinde tedavi gören ve ajitasyon içinde bulunan hastanın düşme tehlikesi altında olduğunun davalı idarece bilindiği ve daha özenli bir biçimde bakım ve takibi gerektiği halde, bu özen ve takibin yapılmayarak davacının annesinin yataktan düştüğü olayda idarenin hizmet kusurunun açık olması nedeniyle davacının uğradığı zararın idarece tazmini gerektiği” (Dan.10.D., 13.10.2006, E. 2003/4864, K. 2006/5652.) Uyuşmazlık konusu başka bir olayda ise, yoğun bakımdan çıkarılarak servis odasına alınan hastanın solunum sıkıntısı yaşaması üzerine hekim tarafından arter gazının bakılması talimatı verilir. Söz konusu talimat üzerine hemşire arter gazı almakla görevli sağlık personelinin çağırması için odadan çıktığında, odada yalnız kalan hasta hemşireyi çağırması için butona basmaya çalışırken düşerek kalçasını kırar. Somut olayda mahkeme gözetim ve denetim yükümlülüğünün kusurlu bir şekilde yerine getirildiği gerekçesiyle tazminata hükmeder. (Çetinkaya, *age.*, s. 88.)

¹¹⁰⁸ Dan.10.D., 13.10.2006, E. 2003/4864, K. 2006/5652, aktaran Akgül, *agm.*, s. 297. Danıştay, önüne gelen bir uyuşmazlıkta, sağlıklı doğan bebeğin sağ kolunun bir travmaya maruz kalması sonucu oluşan kırık nedeniyle kesilmesinde bakım yükümlülüğünün eksikliği nedeniyle hizmetin kusurlu işlediği yönünde hüküm kurmuştur. (Dan.10.D., 06.03.2004, E. 2002/1220, K. 2004/1420, aktaran Akgül, *agm.*, s. 496.)

olmaktadır. Dolayısıyla bu ihtimalde sağlık hizmetinin yapısı, ortamı, organizasyonu, malzeme ve teçhizatı başı başına güvensizdir. Belli bir kamu personeline izafe edilemeyen bir kusurluluk hali söz konusudur. Buna karşılık, bu bölümde incelediğimiz koruma ve gözetim faaliyetinden kaynaklanan sorumluluk hali, yeterli organizasyon ve teçhizatın bulunmasına karşın, personelin üzerine düşen yükümlölükleri yerine getirmemesinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla buradaki sorumluluk hizmetin yapısından değil, kamu görevlisinin fiilinden kaynaklanmaktadır.

Diğer sağlık çalışanlarının münhasıran yürüttüğü tıbbi müdahale dışında kalan faaliyetlerde, idarenin klasik sorumluluk rejiminin uygulandığı dikkat çekmektedir. Zira, söz konusu faaliyetler teknik ve uzmanlık gerektirmeyen otelcilik faaliyetleri ile gözetim faaliyetlerinden ibarettir. Dolayısıyla tıbbi müdahale niteliğindeki hizmet kusurlarından farklı olarak, bu faaliyetlerde hizmetin hiç işlememesi, geç işlemesi ya da kötü işlemesi şeklinde yapılan klasik ayrımın sorumluluğun tespiti bakımından uygulanabilir olduğu kanaatindeyiz. Yine, bu faaliyetler kendi içinde belli bir zorluk ve karmaşı taşımadığından bu faaliyetler nedeniyle idarenin sorumlu tutulabilmesi için kusurun belli bir ağırlıkta olması da gerekmemektedir. Bu doğrultuda söz konusu faaliyetlerin, sağlık hizmetlerinin yürütölmesinde kamu görevlilerinin faaliyetlerinden kaynaklanan diğer sorumluluk hallerinden ayrıştığı söylenebilir.

İKİNCİ BÖLÜM

İDARENİN SAĞLIK HİZMETLERİNİN YÜRÜTÜLMESİNDEN KAYNAKLANAN SORUMLULUĞUNUN KOŞULLARI

İdarenin sorumluluğu temelde Anayasa'nın 125. maddesinin son fıkrasına dayanmaktadır¹¹⁰⁹. Buna göre, idare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür. Anılan düzenlemede sorumluluğun esası bakımından herhangi bir dışlama yapılmadığından, idarenin hem özel hukuk hem de idare hukuku kapsamında yürüttüğü faaliyetlerinden doğan zararları karşılama yükümlülüğü bu hükümden çıkarılabilmektedir. Ancak bu durum idarenin özel hukuk ve idare hukuku sorumluluğunun farklı esaslara tabi tutulacağı gerçeğini de değiştirmemektedir.

İdarenin idare hukuku anlamında sorumluluğu özel hukuktaki sorumluluk kavramından (sözleşmesel, haksız fiil ya da vekaletsiz iş görme yoluyla oluşan) farklıdır. Özel hukukta kişinin sorumluluğundan bahsedilebilmesi için taraflar arasında çoğunlukla sözleşmesel bir ilişki ya da haksız fiil ilişkisi bulunması gerekmektedir. Buna karşılık, idare hukuku anlamında sorumluluğun söz konusu olabilmesi için hizmetten yararlanan ile idare arasında sözleşmesel bir ilişkinin kurulması gerekmez. Keza, zarara yol açan fiili gerçekleştiren kamu personeli ile hizmetten yararlanan arasında Anayasa'nın 129. maddesi sebebiyle doğrudan bir ilişkiden de bahsedilemez. Bu bakımdan idarenin sorumluluğu kendine özgü kuralları olan farklı bir alana inhisar etmektedir.

İdarenin sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, kural olarak yürütülen faaliyetin idari nitelik taşıması, bu faaliyet sonucunda bir zararın oluşması ve söz

¹¹⁰⁹ *Yayla*, Anayasa'nın 125. maddesinde yer alan bu düzenleme bulunmasa dahi 2. maddede geçen “sosyal hukuk Devleti” ilkesinden hareketle, faaliyetleri sonucunda zarara yol açan idarenin, bu zararı ödemekle yükümlü olduğunun kabulünün gerektiğini belirtmiştir. (Yıldızhan Yayla, **İdare Hukuku**, Beta Yayıncılık, 2009, s. 359.)

konusu zararın idarenin fiiline atfedilebiliyor olması gerekmektedir¹¹¹⁰. Başka bir ifadeyle, zarar idarenin faaliyetinden kaynaklanıyor olmalıdır. Aksi durumda istisnai bir durum dışında, idarenin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır¹¹¹¹. Kanaatimizce, zararın idareye atfedilebiliyor oluşu, fiil ile zarar arasında nedensellik bağı bulunmasından daha geniş bir ilişkilendirmeye işaret eder. Söz gelimi, idarenin fiilinin doğrudan bir sonucu olmamakla birlikte, bu fiilin etkisiyle meydana gelen zararlardan dahi idare sorumlu tutulabilmektedir. Nitekim Danıştay içtihadında da nedensellik bağına idareyi sorumlu tutmak yönünde oldukça genişleten bir tutum sergilenmektedir¹¹¹².

Sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan sorumluluğun temelinde idarenin hukuka ya da tıbbi standartlara aykırı eylemi bulunmaktadır. İdare tarafından yürütülen bu faaliyetler sonucunda zararın oluşması Anayasa'nın 125. maddesi anlamında teorik yönden sorumluluğa yol açacaktır **(I)**. Ancak, Anayasa'nın 125. maddesinde geçen “*ödeme yükümlülüğünün*” gerçekleşmesi için teorik anlamda sorumluluk tek başına yeterli olmamaktadır. Bu doğrultuda, maddi koşulların gerçekleşmesi sonucu oluşan teorik anlamdaki sorumluluk, zararın tazminine yönelik idari veya yargısal kararlarla somutlaşmaktadır **(II)**.

I. SORUMLULUĞUN TEORİK OLARAK ORTAYA ÇIKMASININ KOŞULLARI

Anayasal düzenlemede açıkça ortaya konulduğu üzere idareye atfedilebilir faaliyetler sonucunda zararın meydana gelmesi durumunda idarenin sorumluluğu ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla idareye yüklenebilir faaliyet sonucunda kişinin zarara uğraması idarenin sorumluluğunun anayasal koşuludur. Zarar olmadan sorumluluk söz konusu olmaz.

Borçlar hukukuna özgü rejimde tarafların sorumluluğu gerek sözleşme ve gerek haksız fiil ilişkisinde kusurluluk şartına bağlanmıştır. Kusur şartının gerçekleşmemiş olması durumunda kural olarak sorumluluktan da söz edilemeyecektir. Kusursuz sorumluluk esası özel hukukta çok dar bir alanda uygulama bulabilmektedir. Buna

¹¹¹⁰ Jean Rivero, Jean Waline, **Droit administratif**, 19e edition, Dalloz, 2002, s. 269.

¹¹¹¹ Dan.10.D., 25.02.2003, E. 2001/4795, K. 2003/696, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹¹¹² Dan.10.D., 18.12.2007, E. 2005/8407, K. 2007/6526, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

karşılık, kusur idare hukukundan kaynaklanan sorumluluğunun temel şartı değildir. İdarenin kusur sorumluluğunun yanında çok geniş bir kusursuz sorumluluk alanı da bulunmaktadır. İdarenin kusurunun bulunmadığı, hatta her türlü önlemi almış olması durumunda zararın meydana geldiği bazı ihtimallerde dahi sorumlu tutulması mümkündür. Ancak bu durum idare hukukundaki temel sorumluluk rejiminin hizmet kusuru olarak da adlandırılan kusur sorumluluğu esasına dayandığı gerçeğini değiştirmemektedir. Keza, kusursuz sorumluluk ancak sınırlı hallerde ve bazı içtihadi koşulların gerçekleşmesi durumunda uygulama bulmaktadır.

Bu doğrultuda, sorumluluğun temelini oluşturan hukuka veya tıbbi standartlara aykırı hallerin gerçekleşmesi tek başına idarenin sorumluluğuna yol açmayacak, gerçekleşmesinde kural olarak idarenin kusurunun arandığı bu haller sonucunda kişinin bir zarara uğramış olması gerekecektir. Başka bir ifadeyle, sağlık hizmetlerinin hukuka ya da tıbbi standartlara aykırı şekilde yürütülmesinde idarenin kusurunun bulunması **(A)** ve bu faaliyetler sonucunda bir zararın oluşması durumunda sorumluluktan söz edilebilecektir **(B)**.

A. Kusur

Hizmet kusuru olarak da adlandırılan idarenin kusur sorumluluğu gerek Fransız Danıştayı ve gerek Türk Danıştayı tarafından idarenin temel sorumluluk biçimi olarak kabul edilmektedir. Kamu idarelerinin yürütmekle görevli oldukları faaliyetleri gerektiği şekilde yerine getirmemek suretiyle hizmetin kötü veya geç işlemesine ya da hiç işlememesine sebep olması ve bunun sonucunda zarar verilmiş olması durumunda hizmet kusuru oluşacaktır¹¹¹³ **(1)**.

Bunun yanında, eylem ve işlemleri sonucunda oluşan zararlardan, söz konusu eylem ve işlemlerin hukuka aykırı olup olmadığı ya da kusurlu olup olmadığı gözetilmeksizin idarenin sorumlu tutulacağını öngören anayasal düzenleme, kusursuz sorumluluk ilkesinin de uygulanabilmesine imkan tanımaktadır. İhtihatla belirlenen sınırlı hallerde hukuka aykırı olmayan eylem veya işlemi nedeniyle zarara yol açan idarelerin, söz konusu zararı tazmin etme yükümlülüğünün bulunduğu kabul

¹¹¹³ Dan.10.D., 24.11.1997, E. 1995/6440, K. 1997/4796, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

edilmiştir¹¹¹⁴. Bu hallerde idarenin faaliyeti ile zarar arasında nedensellik bağının kurulması yeterli olup ayrıca idarenin davranışının kusurlu olması aranmaz. İstisnai bir sorumluluk esası olan kusursuz sorumluluk ilkesinin, özellikle sağlık gibi bünyesinde risk taşıyan kamu hizmetleri bakımından uygulanabilirliği tartışmalıdır (2). Nitekim, Danıştay sağlık hizmetlerinin yürütülmesinde kusursuz sorumluluk esasının uygulanmasına farklı gerekçelerle menfi yaklaşmaktadır. Bu bakımdan özellikle Fransız hukukunda yer bulmuş olan kusur karinesi içtihadının, kusur sorumluluğu ile kusursuz sorumluluk esasları bakımından bir ara çözüm olarak sağlık hizmetlerinde uygulanması düşünülebilir (3).

1. Kusur Sorumluluğunun Esas Olması

Kusur sorumluluğu kavramı Danıştay'ın yerleşik içtihadında¹¹¹⁵, “İdarenin yürütmekle yükümlü olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık veya boşluk” olarak tanımlanmakta; hizmet kusuru olarak da adlandırılan bu ihtimal “hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde gerçekleşmekte ve idarenin tazmin yükümlülüğünün doğmasına yol açmaktadır.” Daha yeni tarihli kararlarında ise Danıştay hizmet kusuru kavramını ayrıntılı şekilde ortaya koymaktadır¹¹¹⁶. Buna göre hizmet kusuru, idarenin yapmakla yükümlü olduğu bir kamu hizmetinin kuruluşunda, teşkilat yapısında, personelde ya da işleyişinde gereken emir, direktif ve talimatların verilmemesi, nezaret ve denetiminin yapılmaması, hizmete özgülünen araçların yetersiz, elverişsiz ve kötü olması, gereken tedbirlerin alınmaması, geç, vakitsiz

¹¹¹⁴ Ayrıca içtihat, aksi yönde bir tutumun idarenin hukuka uygun olarak tesis ettiği tüm işlemler bakımından da uğranılan zararların tazmin edilmesi sonucuna yol açacağını vurgulayarak, kusursuz sorumluluk hallerinin gerek sebep ve gerek uğranılan zararın büyüklüğü yönünden sınırlandırılması gerektiğini ortaya koymuştur. “Anayasa’nın [1961 Anayasası] 114 üncü maddesinde ‘idare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararları ödemekle yükümlüdür.’ hükmü yer almış ise de, bu hükmü mutlak ve sınırsız olarak uygulamak mümkün değildir. Bu maddenin mutlak anlamda değerlendirilmesi halinde, idarenin kanuna uygun olarak tesis ettiği bütün işlem ve eylemlerden doğan zararları, istisnasız, tazmin etmesi gibi sınırsız bir sorumluluğa yol açacaktır. Bu bakımdan maddenin, idare hukukunun idarenin sorumluluğunu belirten ilkeleri ile sınırlandırılması ve buna göre uygulanması gereklidir.” (Dan.DDK, 25.06.1971, E. 1971/270, K. 1971/709, DD, S. 5, s. 155.)

¹¹¹⁵ Dan.10.D., 03.03.2015, E. 2013/7812, K. 2015/854, DD, S. 139, s. 239.

¹¹¹⁶ Dan.15.D., 05.05.2016, E. 2013/4019, K. 2016/3223, Dan.10.D., 29.04.2008, E. 2007/3301, K. 2008/2939, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Başka bir kararında ise Danıştay hizmet kusurunu, “bir kamu hizmetinin kuruluş ve işleyişindeki aksaklık ve bozukluk” olarak tanımlamıştır. İdarenin uygunsuz, iyi olmayan bir etkinliği, kusurlu bir davranışı, hizmetin gereği gibi yapılamaması, idarenin yeterli olanaklara sahip olmaması, kullanmak zorunda olduğu yetkiyi kullanmamak ve harekete geçmemek suretiyle zarara sebebiyet vermesi; kamu hizmetinin işlemesinde olağan sayılmayacak bir gecikme, işin gerektirdiği çabukluğun gösterilmemesi hallerinde idarenin hizmeti kusurlu işlettiği kabul edilmektedir. (Dan.10.D., 12.07.1995, E. 1994/7359, K. 1995/3559, DD, S. 91.)

hareket edilmesi veya hiç faaliyette bulunulmaması sonucu oluşan birtakım aksaklık, aykırılık, bozukluk, özensizlik, eksiklik, sakatlıktır¹¹¹⁷. Bu hallerde idare, hizmetten faydalanan veya hizmete yabancı kişilerin uğradığı zararları tazmin etmek zorundadır. Bu içtihadıyla Danıştay, Anayasa'nın 129. maddesinin beşinci fıkrasında yer alan düzenleme ile paralel şekilde, hizmetin doğrudan kendisinin kuruluş ya da işlemesinden kaynaklanan zararların yanında, hizmeti yürütmekle görevli kamu personelinin kusurlu faaliyetlerinden kaynaklanan zararlardan da idarenin sorumlu olacağını ortaya koymuştur.

Hizmet kusuru olarak da adlandırılan idarenin kusur sorumluluğu *Sarıca* tarafından çok geniş kapsamlı olarak tanımlanmıştır: “(...) idarenin ifa ile mükellef olduğu herhangi bir amme hizmetinin ya kuruluşunda, tanzim veya tertibinde veya teşkilatında, bünyesinde, personeline yahut işleyişinde - gereken emir, direktif ve talimatın verilmemesi, nezaret, murakabe, teftişin icra olunmaması, hizmete tahsis olunan vasıfların kifayetsiz elverişsiz, kötü olması, icap eden tedbirlerin alınmaması, geç, vakitsiz hareket edilmesi şeklinde tecelli eden - birtakım aksaklık, aykırılık, bozukluk, intizamsızlık, eksiklik, sakatlık arz etmesi (...)” Müellif kusurlu sorumluluğa yol açan ihtimalleri sayma yoluna giderek kavramı tarif etmiştir. Öğretide farklı ifadelerle tanımlanan¹¹¹⁸ hizmet kusurunun nitelikleri üzerinde yargı kararlarıyla da uyumlu şekilde görüş birliği bulunmaktadır¹¹¹⁹.

¹¹¹⁷ Aynı tanımın benimsendiği Danıştay içtihadı için bkz. Dan.10.D., 17.10.1983, E. 1982/185, K. 1983/1984, **DD**, S. 54-55, s. 388. Tanımlarda da görüleceği üzere, idarenin sorumluluğunu gerektiren “kusur” kavramı, özel hukuktakinden farklı olarak, objektif nitelik taşımaktadır. Şöyle ki, kasıt, ihmal, özensizlik, ihmal, dikkatsizlik gibi sübjektif unsurların varlığına ilişkin değerlendirme yapılmadan, hizmetin mevzuat ve hizmet standart ve gerekliliklerine aykırı şekilde gerçekleştiğinin tespiti halinde kusur sorumluluğundan bahsedilebilecektir. (Duran, **age.**, s. 24.) Öte yandan faaliyetin kusurlu olması için, üçüncü kişilere zarar verme niyetini içermesi de gerekli değildir. Basit bir özensizlik sonucunda da faaliyet kusurlu hale gelebilir. (Turgut Candan, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Yetkin Kitabevi, 2017, s. 179.)

¹¹¹⁸ Öğretide bazı yazarlar hizmet kusuru kavramını, bu sorumluluk tipinin objektif olmasına dayanarak tanımlamaktadır. Başka bir deyişle, faaliyetinin yapısının veya yürütülüşünün objektif olarak kusurlu sayılabildiği hallerde hizmet kusuru oluşmaktadır. Dolayısıyla hizmetin dış dünyaya yansımada yetersizliğin tespit edildiği hallerde idare sorumlu tutulabilecektir. Bu doğrultuda *Yayla*, “idarenin yürüttüğü kamu hizmet ve faaliyetlerinin idarenin kusurlu sayılmasına yol açacak şekilde yetersiz bulunması sonucunda zarara yol açması” durumunda hizmet kusurundan söz edilebileceğini vurgulamıştır. (Yayla, **age.**, s. 361. Aynı yöndeki tanımlama için Onar, **age.**, s. 1695; Yıldırım / Yasin / Kaman / Özdemir / Üstün / Okay Tekinsoy, **age.**, s. 837; Tan, **age.**, s. 475; Günday, **age.**, s. 369. Aynı yöndeki Fransız öğretisindeki görüş için bkz. Seiller, **age.**, s. 298.) Diğer yazarlar ise hizmet kusuru kavramını, belli bir kamu görevlisine bağlanamayacak olma esasına dayandırmaktadır. Hizmet kusuru sayılan hallerin bir kısmı belli kamu görevlilerinin davranışına mal edilememekteyken, diğerlerinin öznesini tespit etmek mümkündür. Ancak her iki halde de sorumluluğun kamu görevlisine yönlendirilmesi mümkün değildir. Zira kamu görevlileri esasında tüzel kişilik olan idarenin ayrılmaz bir unsurunu oluşturmaktadır. (Tuncay Armağan, **İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları**, Seçkin Yayıncılık, 1997, s. 17. Aynı yönde Gözler, **age.**, s. 1132; Candan, **age.**, s. 182; Kızılyel, **agm.**,

Hizmet kusurunun ilk özelliği anonim olmasıdır. Bu ilkeye göre, hizmetin işleminde bir bozukluk ya da aksaklık olması halinde, bu aksaklığın belli bir kamu personelinin öznel kusurundan kaynaklanması ayrıca aranmaksızın idarenin sorumluluğu söz konusu olmaktadır¹¹²⁰. Kusur, hizmetin bünyesi ile kaynaşmış durumda olduğundan objektifleşmiştir. Başka bir ifadeyle, zarara yol açan idare personelinin kimliğinin belirlenebilirliği ya da kusurunun varlığından ziyade, zararın idarenin faaliyetine atfedilebilir olması gerekmektedir. Zira, hizmet kusurundan dolayı hakkında yargılama yapılacak olan kişi kamu görevlisi değil, doğrudan doğruya idaredir¹¹²¹. Bu nedenle sorumluluğun oluşması için zararın kamu hizmetindeki aksaklık ya da bozukluktan kaynaklanması yeterli olup, zararın belli bir personelin kusurundan kaynaklanması gerekmemektedir. Yine bu özelliğin bir sonucu olarak, idare kamu görevlisinin yetersiz ya da ehliyetsiz olduğunu gerekçe göstererek sorumluluktan kurtulamayacaktır¹¹²².

Fransız Danıştay 1975 tarihli bir kararında, prematüre doğmuş olan bir yenidoğana çocuk polikliniğinde ekip halinde uygulanan tıbbi müdahalenin eksik olması nedeniyle teşhisin geç konulması sonucu zararın oluştuğu uyuşmazlık konusu olayda, kusurun çocuk polikliniğinde görev yapmakta olan hangi sağlık çalışanının fiilinden kaynaklandığının tespit edilemediğini belirttikten sonra, hizmetin kusurlu işlediğinden bahisle idarenin sorumluluğuna hükmetmiştir¹¹²³.

s. 139.) Nitekim Fransız öğretisinde *Vedel* de hizmet kusuru esasını kamu görevlisinin kişisel kusuru ile hizmet kusurunun birleşmesi (*cumul de responsabilités*) üzerine yapılandırmıştır. (Georges Vedel, **Droit Administratif**, 6e édition, PUF, 1976, s. 365; Jean François Lachaume / Helene Pauliat / Stephane Braconnier / Clotilde Deffigier, **Droit administratif - Les grandes décisions de la jurisprudence**, 17e édition, PUF, 2017, s. 790; Gaudemet, **age.**, s. 165; Jacqueline Morand – Deviller, **Droit Administratif**, LGDJ, 14e édition, 2015, s. 717. Aynı yönde Rivero / Waline, **age.**, s. 278.)

¹¹¹⁹ Onar, **age.**, s. 1696.

¹¹²⁰ Ozansoy’a göre, “anonimlikten anlaşılması gereken, ajanın olayda kaybedilmesi değildir; hizmet kusurunda yargılanan objenin memurun kusuru değil, fakat hizmete ilişkin davranış olmasıdır. Bu nedenlerle, anonimlik niteliğinin, bilinmeyen bir ajanın kusuruna zorlamayla bağlanması anlamsızdır. Burada önemli olan, ajanın belirlenmemesi değildir; önemli olan böyle bir saptamanın sorumluluğa hükmetmek için zorunlu olmayışıdır. Çünkü hizmet kusurunu oluşturan her hal, sonuçta ajanların kusurlarından oluşur. Bu açıdan bakıldığında, ortada somut bir kusur ve bu kusurun somut bir faili ajan bulunabilir; bu durumun her halde hizmet kusurunun varlığını önleyeceğini ileri sürmek anlamsızdır.” (Ozansoy, **age.**, s. 264.)

¹¹²¹ Dan.15.D., 20.3.2018, E. 2013/12447, K. 2018/2783, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹¹²² Atay, **age.**, s. 740.

¹¹²³ CE, 09.07.1975, *Grand - Clement*, Rec. Lebon, 1975, s. 421.

İkinci olarak, hizmet kusuru idarenin birinci derece sorumluluğuna sebep olmaktadır¹¹²⁴. Başka bir ifadeyle, idare hizmetin işlemesindeki aksaklık nedeniyle doğrudan doğruya sorumlu tutulmaktadır. Bu husus özellikle kamu personelinin görevini kusurlu bir şekilde yerine getirmesi sonucu oluşan zararlar bakımından önem taşımaktadır. Kamu personelinin görevi ile ilgili faaliyetleri kusurlu bir şekilde yerine getirmesine öğretide ve yargı kararlarında görev kusuru denmektedir¹¹²⁵. Görev kusurunun söz konusu olduğu, yani kusurun belli bir personele atfedilebiliyor olduğu hallerde dahi Anayasa'nın 129. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca söz konusu zarardan idare sorumlu tutulmaktadır¹¹²⁶. Zira, idarenin bir parçası olan personel idare içinde kaybolmakta, idare içinde vücut bulmakta olduğundan, personelin kusuru idarenin faaliyetini kusurlu hale getirmektedir. Anayasa'nın 129. maddesindeki düzenleme, idareye doğrudan doğruya sorumluluk yüklediğinden, özel hukuktaki “*adam çalıştıranın sorumluluğundan*” da farklıdır. Hizmet kusuru doğrudan nitelik taşımaktayken, adam çalıştıranın sorumluluğu dolaylı bir sorumluluk türüdür¹¹²⁷.

İdarenin sorumluluğu bağlamında belirtilmesi gereken bir diğer husus da, hizmet kusurunun asliliği ilkesidir. Başka bir ifadeyle, somut olayda idarenin yürüttüğü hizmetin kusurlu olduğunun tespit edilmesi halinde kusur sorumluluğu söz konusu olacak, başka bir sorumluluk esası aranmayacaktır¹¹²⁸. Bu nedenle, kusur sorumluluğu öğretide idarenin asli ve genel sorumluluk esası olarak kabul edilmektedir¹¹²⁹. Kusur sorumluluğunun asliliğinin sonucu olarak, ancak bu sorumluluk esasının bulunmadığı hallerde kusursuz sorumluluk yönünden

¹¹²⁴ “(...) hizmet kusurundan dolayı sorumluluk idarenin sorumluluğunun doğrudan doğruya ve asli nedenini oluşturmaktadır.” (Dan.10.D., 29.04.2008, E. 2007/3301, K. 2008/2939, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

¹¹²⁵ “(...)Bir kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında kişilere verilen zarar, kamu görevlisinin görevinde kullandığı yetkilerden ve resmi sıfatından ayrılamıyor, aksine bunlarla sıkı sıkıya ilgili ve bağlantılı biçimde doğuyor ise, personel bakımından ‘görev kusuru’ olarak tanımlanan bu kusurun, idare yönünden nesnel nitelik taşıyan ‘hizmet kusuru’ kapsamında idare hukuku esaslarına tabi olduğu (...)” (Yar. HGK, 30.04.2003, E. 2003/4-334, K. 2003/313, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Aynı yönde UM, 04.04.1997, E. 1997/16, K. 1997/15; UM, 05.06.2006, E. 2006/26, K. 2006/75, Uyuşmazlık Mahkemesi İçtihat Bilgi Bankası) Görev kusuruna ilişkin öğretideki tanımlar için bkz. Gözler, *age.*, s. 1132; Tan, *age.*, s. 460.

¹¹²⁶ Atay / Odabaşı, *age.*, s. 62.

¹¹²⁷ Karaeage, *agm.*, s. 108; Kızılyel, *agm.*, s. 140.

¹¹²⁸ Yayla, *age.*, s. 363; Ahmet Yayla, *İdarenin Kusursuz Sorumluluğu*, , XII Levha Yayıncılık, 2015, s. 27; Atay, *age.*, s. 740; Karaeage, *agm.*, s. 109.

¹¹²⁹ Onar, *age.*, s. 1698; Yayla, *age.*, s. 363.

değerlendirme yapılması mümkün olacaktır¹¹³⁰. Nitekim Danıştay'ın yerleşik hale gelmiş içtihadı da böyledir¹¹³¹.

İdarenin işlem ve eylemlerinden kaynaklanan zararların tazmininde hizmet kusuru kavramı giderek daha fazla uygulanmaya başlamış, farklı görünüm biçimleriyle idareye tazminat yükümlülüğü getirilmiştir. Ancak öğreti ve yargı kararlarında hizmet kusurundan doğan sorumluluk halleri hizmetin hiç işlememesi, geç işlemesi ve kötü işlemesi olarak üç ana başlıkta sınıflandırılmaktadır¹¹³². Ancak söz konusu klasik sınıflandırmanın, sağlık hizmetleri kapsamındaki kusurlu sorumluluk hallerinin tasnifi bakımından yararlı ve yeterli olmayacağı kanaatindeyiz¹¹³³. Keza, bu sınıflandırma Fransız hukukunda da büyük ölçüde terk edilmiştir¹¹³⁴. Şöyle ki, insan hayatını doğrudan ilgilendiren ve çoğunlukla gecikmesi sakınca yaratacak olan sağlık hizmetlerinin geç işlemesi ile hiç işlememiş olması arasında bir fark bulunmamaktadır. Söz gelimi, hastanenin acil servisine getirilen kişiye, tedavinin derhal uygulanmaması, niteliği gereği acil şekilde yerine getirilmesi gereken hizmetin sunulmadığı anlamına gelecektir. Dolayısıyla söz konusu

¹¹³⁰ “(...) İdare mahkemesince, davalı İdarenin tazmin sorumluluğu belirlenirken hem hizmet kusuru ilkesine, hem de kusursuz sorumluluk ilkesine dayanılmıştır. Oysa hem kusur, hem de kusursuz sorumluluk ilkesine dayanılarak idarenin tazmin sorumluluğuna gidilmesi hukuken mümkün değildir. Olayın oluşumu ve zararın niteliği irdelenip önce hizmet kusuru araştırılarak, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanıp uygulanmayacağını incelemek suretiyle idarenin tazmin sorumluluğunun belirlenmesi gerekmektedir.” (Dan.10.D., 10.04.1996, E. 1995/53, K. 1996/1913, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Aynı yönde karar için bkz. Dan.10.D., 18.03.1998, E. 1996/10292, K. 1998/1190, **DD**, S. 97, s. 678; Dan.10.D., 20.10.1999, E. 1997/721, K. 1999/5266, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

¹¹³¹ Dan.12.D., 19.10.1971, E. 1968/2891, K. 1971/2272, aktaran Esin, **age.**, s. 255; Dan.15.D., 20.03.2018, E. 2013/12447, 2018/2783, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹¹³² Paul Duez, **Mukavele Dışında Amme Kudretinin Mesuliyeti**, Çev. İbrahim Şenil, Güney Matbaacılık Gazetecilik, 1950, s. 24; Yıldırım / Yasin / Kaman / Özdemir / Üstün / Okay Tekinsoy, **age.**, s. 837; Tan, **age.**, s. 472; Atay, **age.**, s. 743 vd.; Candan, **age.**, s. 185. Günday, **age.**, s. 370; Ahmet Bozdağ, “İdare Hukukunda İdarenin Hizmet Kusuru ve Danıştay Uygulaması”, **Türk İdare Dergisi**, S. 468, 2010, s. 40 vd. “(...) kamu hizmetlerini yerine getirmekle yükümlü olan idarelerin, kuruluş, işleyiş ve etkinliklerinde görülen eksiklik, hata, aksaklık, düzensizlik, boşluk ve bozukluk olarak tanımlanabilecek olan kusur kavramı idarenin sorumluluk nedeni olarak kabul edilmekte, hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi gibi haller hizmet kusuru sayılan durumlar olarak kabul edilmektedir.” (Dan.10.D., 11.07.2005, E. 2003/4798, K. 2005/4018, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Öğretide bir görüş ise, hizmet kusurunun bu üç hal ile sınırlı tutulmamasını, mevcut bir ödevin yerine getirilmesindeki eksiklik halinin hizmet kusuru oluşturacağını ileri sürmüştür. (Chapus, **age.**, s. 1294; Gözler, **age.**, s. 978; Birtek, **agm.**, s. 92.)

¹¹³³ Sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan sorumluluğun klasik sınıflandırmaya tabi tutularak tespit edilmesi gerektiği yönündeki öğretideki görüşler için bkz. Ramazan Çağlayan, “Sağlık Hizmetlerinden İdari Sorumluluk” **Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Girne - Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu**, (2 - 3 Mart 2009), Adalet Yayınevi, 2010, s. 100; Kalabalık, **agm.**, s. 281; Küçük, **age.**, s. 31 vd.

¹¹³⁴ Morand – Devillers, **age.**, s. 717.

durumlarda, hizmetin geç işlemesi ve hizmetin işlememesi nedeniyle idarenin kusuru birbirleriyle çakışacaktır.

Başka bir örnekte ise, teşhis ve tedavi faaliyetlerine geç başlanması, aynı zamanda sunulan sağlık hizmetinin başarıya ulaşma şansını da azaltacağından, hizmetin kötü işlemesine neden olabilecektir. Bu ihtimalde de, hizmetin geç işlemesi ile kötü işlemesi hallerinin aynı olay bakımından iç içe geçmesi söz konusu olabilmektedir. Yukarıda sözünü ettiklerimize benzer pek çok örnek, kusur sorumluluğuna ilişkin klasik ayrımın sağlık hizmetlerinden kaynaklanan sorumluluk hallerinde uygulanmasının yararlı olmayacağını düşündürmektedir. Bu bakımdan idarenin sorumluluğunun, sağlık hizmetinin teknik özellikleri, sunuluş biçimi ve tabi olduğu Anayasal ilkeler dikkate alınarak tasnif edilmesinin daha isabetli olacağı kanaatindeyiz.

Danıştay'ın önceki tarihli içtihadında zararın, faaliyetin kendisinden veya örgütlenmesinden ya da faaliyeti yürüten personelin fiilinden kaynaklanması ihtimalleri için herhangi bir ayrım yapılmaksızın, ancak ağır kusurun varlığı halinde idarenin sorumluluğuna hükmedilmekteydi¹¹³⁵: *“İdare hukuku ilkeleri ve Danıştay'ın yerleşik içtihatlarına göre, zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumunda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı hallerde, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için zararın idarenin ağır hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir. Bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetlerinden yararlananın zarara uğraması halinde bu zararın tazmini, ancak idarenin ağır hizmet kusurunun varlığı halinde mümkün olabilmektedir.”* Başka bir ifadeyle, sağlık hizmetlerinden kaynaklı bir zararın oluşması durumunda tazminata hükmedilmesi her ihtimalde ağır kusurun bulunmasına bağlıydı¹¹³⁶. Söz konusu

¹¹³⁵ Dan.10.D., 04.06.2001, E. 1999/4912, K. 2001/2042, aktaran Bal / Şahin / Karabulut, **age.**, s. 316. Aynı yönde karar için bkz. *“(…) hasta ile acil ameliyat koşullarının organizasyonunda eksikliği bulunan (...) davalı idarece yürütülen sağlık hizmetinin kuruluşunda ve işleyişinde ağır hizmet kusurunun bulunduğu açıktır.”* (Dan.10.D., 19.09.2007, E. 2004/6540, K. 2007/4237, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

¹¹³⁶ Dan.10.D., 09.10.1995, E. 1994/2110, K. 1995/4255, **DD**, S. 91, s. 1118; Dan.10.D., 03.05.1995, E. 1994/3258, K. 1995/2379, **DD**, S. 91, s. 1118; Danıştay'ın aynı tutumu sergilediği daha yeni tarihli karar için bkz. Dan. İDDGK, 18.10.2007, E. 2004/721, K. 2007/2030, **DD**, S. 118, s. 78; Dan. İDDK, 24.11.2011, E. 2007/2113, K. 2011/1468, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Dan.15.D., 12.12.2013, E. 2013/4237, K. 2013/10653; Dan.15.D., 23.01.2014, E. 2012/12332, K. 2014/116; Dan.15.D., 23.09.2014, E. 2013/4116, K. 2014/6354; Dan.15.D., 24.12.2014, E. 2013/4440, K. 2014/10032, aktaran Akgül, **agm.**, s. 279. Bazı kararlarında ise Danıştay, sağlık hizmetleri nedeniyle idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için *“açık ve belli bir ağırlıktaki hizmet kusuru”* gerektiğini

içtihadında Danıştay, sağlık hizmetinin niteliği gereği bünyesinde riskler taşımakta olduğunu vurgulayarak, bu hizmetlerden yararlanmak isteyen kişilerin belli düzeydeki risklere katlanmayı kabul ettiğini, sağlık hizmetinde çalışan personelin her derecedeki kusurundan sorumlu tutulması durumunda, personelin çekinceleri nedeniyle hizmetin yürütülmesinin oldukça zorlaşacağını, bu nedenle idarenin basit kusurdan sorumlu tutulmaması gerektiğini kabul etmekteydi¹¹³⁷. Nitekim bir kararında Danıştay, idarenin faaliyetinin kusurlu olduğunu açıkça tespit etmiş olmasına rağmen, somut olayda tazmin sorumluluğunu gerektirecek derecede ağır bir hizmet kusuru bulunmadığı gerekçesiyle başvuruyu reddetmiştir¹¹³⁸.

İdare hukuku öğretisindeki ağırlıklı görüş¹¹³⁹ ve Danıştay'ın yerleşik içtihadına göre, bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden yararlanan kişilerin zarara uğraması ihtimalinde, bu zararın tazmini ancak idarenin ağır kusurunun varlığı halinde mümkündür¹¹⁴⁰. Başka bir ifadeyle, idarenin bünyesinde risk taşıyan bazı faaliyetlerinin yürütülmesi sırasında oluşan zararlardan idarenin sorumlu tutulabilmesi için idarenin kusurlu olması yeterli olmamakta, söz konusu kusurun derecesinin de ağır olması gerekmektedir. Başta bu çalışmanın konusunu oluşturan sağlık hizmeti olmak üzere, kolluk¹¹⁴¹, cezaevlerinin yönetimi, akıl hastalarının tıbbi

vurguladıktan sonra, bu açıklamayla çelişkili şekilde “*hizmet kusuru*” nedeniyle tazminata hükmetmekteydi. (Dan.10.D., 30.12.2011, E. 2008/950, K. 2011/6169, aktaran Akgül, **agm.**, s. 282.)

¹¹³⁷ Dan.10.D., 29.09.2010, E. 2007/8477, K. 2010/7191, **DD**, S. 136, s. 230. *Çınarlı* ise, ağır kusur şartının varlık nedeni olarak üç neden ortaya koymaktadır. Bunlardan ilki sağlık hizmetinin yürütülmesindeki güçlükler nedeniyle bazı kusurların mazur görülebilir olmasıdır. Bunun yanında, basit kusurun ölçüt olarak kabul edilmesinde özellikle kusurun tespiti bakımından uygulamada sorunların oluşması mümkündür. Son olarak, basit kusurun kabulü halinde bünyesinde risk taşıyan sağlık hizmetlerini yürüten personelin harekete geçme hususunda çekince kalmaması söz konusu olabilecek, bu durum hizmette aksamalara yol açabilecektir. (Çınarlı, **age.**, s. 194.) Aynı şekilde *Ersöz* de sağlık hizmetlerinden kaynaklanan sorumluluğun tespitinde basit kusur ölçütünün uygulanmasının hizmetin yerine getirilmesini zorlaştıracağını, ağır kusur öngören Danıştay içtihadının hizmetin niteliği ile daha uyumlu olduğunu savunmaktadır. (Ersöz, **agm.**, s. 933.)

¹¹³⁸ Dan.10.D., 17.01.2001, E. 1998/2968, K. 2001/91, aktaran Bal / Şahin / Karabulut, **age.**, s. 319.

¹¹³⁹ Yayla, **age.**, s. 364; Tan, **age.**, s. 476. Ancak Fransız hukukunda olduğu gibi Türk hukukunda da idarenin sorumluluk alanının genişletilmesine yönelik yaklaşımın sonucu olarak, kusurun ağırlığının, sorumluluğun tespiti bakımından önemini yitirmekte olduğu dikkat çekmektedir. (Candan, **age.**, s. 192 – 193; Aynı yönde Duran, **agm.**, s. 37.)

¹¹⁴⁰ Danıştay kararlarında yapılan ayırmadan hareketle öğretide idarenin kusurluluğunun üç şekilde görülebileceği, bunların hafif kusur, ağır kusur ve fevkalade ağır kusur oldukları kabul edilmiştir. (Ragıp Sarıca, **Hizmet Kusuru ve Karakterleri**, İsmail Akgün Matbaası, 1949, s. 11.) Bu doğrultuda ağır kusur, vasat bir idarenin işlemeyeceği kusur olarak tanımlanmış olup, kamu hizmetinin yürütülmesinde idarenin normal davranış göstermeyerek hizmeti aksatması sonucunda zarara sebep olması halinde ağır kusurun oluştuğu kabul edilmektedir.

¹¹⁴¹ Dan.10.D., 20.04.1989, E. 1988/1042, K. 1989/857, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

kontrol ve muayenesi¹¹⁴² gibi hizmetler bünyesinde risk taşıyan faaliyet olarak değerlendirilmektedir.

Danıştay'ın bu içtihadı öncelikli olarak sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan zararların tazmini bakımından kusursuz sorumluluk esasının önünü kapatmaktadır. Sağlık hizmetlerinden idarenin sorumluluğu çoğunlukla kusur sorumluluğu şeklinde karşımıza çıkmakla birlikte, kusursuz sorumluluk ilkesinin bu hizmetlerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda uygulanabileceği de öğretide savunulmaktadır¹¹⁴³. Danıştay'ın yerleşik içtihadı uyarınca idarenin sorumluluğunun temel dayanağı kusur sorumluluğu olmakla birlikte, kusur sorumluluğuna hükmedilemeyen bazı istisnai hallerde idarenin kusursuz sorumluluğu oluşabilmektedir. Ancak yukarıda anılan içtihadıyla Danıştay sağlık hizmetleri bakımından kusursuz sorumluluğun uygulanabilirliğine son noktayı koymuştur. Fransız Toplum Sağlığı Kanunu'nun L 1142-1 düzenlemesinde de her türlü koruyucu, teşhis ve tedavi edici sağlık hizmetleri bakımından idarenin sorumluluğunun kural olarak kusur esasına dayandığı açıkça ortaya konulmuştur¹¹⁴⁴. Danıştay'ın yukarıda anılan içtihadından farklı olarak Fransız hukukunda yer alan bu düzenleme kusursuz sorumluluk esasını sağlık hizmetleri bakımından açıkça dışlamamıştır.

Yukarıda sözü geçen içtihadın bir diğer yönü de sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan zararlarda basit kusur halinde idarenin sorumluluğunun oluşmayacak olmasıdır. Danıştay'ın anılan yerleşik içtihadı, özellikle zararın belli bir kamu görevlisinin kişisel kusuruna indirgenemediği haller ile hizmetin organizasyonu, yapısı ve genel işleyişinden kaynaklanan zararlarda da ağır kusur şartının aranması nedeniyle eleştirilmekteydi¹¹⁴⁵. Bu görüşe göre, ağır

¹¹⁴² Dan.10.D., 10.04.1990, E. 1989/303, K. 1990/2083, DD, S. 82 – 83, s. 993.

¹¹⁴³ Yıldırım / Yasin / Kaman / Özdemir / Üstün / Okay Tekinsoy, **age.**, s. 894; Güran, **agm.**, s. 22.

¹¹⁴⁴ Laude / Mathieu / Tabuteau, **age.**, s. 453; Lambert - Faivre / Porchy – Simon, **age.**, s. 707.

¹¹⁴⁵ Çınarlı, **age.**, s. 185; Özgüldür, **age.**, s. 843, *Yılmaz*, sağlık hizmetleri kapsamında yer alan ve hekimler tarafından yapılan ve niteliği gereği risk taşıyan teşhis ve tedavi amaçlı tıbbi müdahalelerde ağır kusur şartının aranması gerektiğini, bunlar dışında kalan faaliyetlerde ise basit kusurun yeterli olduğunu ileri sürmüştür. (Mustafa Yılmaz, "İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Kusur Sorumluluğu", **Sağlık Hukuku Sempozyumu (Erzincan 15 – 16 Mayıs 2006)**, Ed. Cem Baygın, Yetkin Yayıncılık, 2007, s. 140.) Bu görüşün hekimler tarafından yerine getirilenler haricindeki tıbbi müdahaleleri de içine alarak basit kusurun uygulama alanını oldukça genişlettiği söylenebilir. *Akgül* ise, sağlık hizmetleri bakımından temel sorumluluk esasının basit kusura dayanması gerektiğini vurgulayarak, yüksek risk içeren tıbbi müdahaleler ve operasyonlardan meydana gelebilecek

kusurun yalnızca sağlık personelinin tıbbi müdahale niteliğindeki eylemlerinde aranması; buna karşılık sağlık hizmetinin organizasyonu ve işletilmesinden kaynaklanan zararlarda idarenin basit kusurundan dahi sorumlu tutulması daha isabetli olacaktır¹¹⁴⁶.

Öğretide *Yıldırım* ise, Anayasa'nın 129. maddesindeki düzenlemenin kamu görevlilerinin kusurlarından doğan tazminat davaları bakımından kusurun derecesine ilişkin bir ayırım yapmadığını vurgulayarak, kusurlu olunan tüm hallerde idarenin sorumlu olacağını, zararın tazmini için ayrıca kusurun ağırlığının değerlendirilmesinin isabetli olmadığını savunmaktadır¹¹⁴⁷. Bu bakımdan sağlık hizmetleri kapsamında yürütülen faaliyetlerin tümü bakımından sorumluluğun tespitinde basit kusur yeterli olmalıdır.

Anayasal düzenlemede ağır kusur - hafif kusur ayrımı yapılmadığından, idarenin bazı faaliyetlerinde “*hafif*” kusurun hoş görülmesinin Anayasa'nın 125. maddesi hükmüyle bağdaşmadığı kanaatindeyiz. Bunun yanında, idarenin zarar verme riski taşıyan, tehlikeli faaliyetlerinden dolayı oluşan zararlarda kusursuz sorumluluğun dahi kabul ediliyor olması, bu hizmetler kapsamında gerçekleşen kusur sorumluluğunun ağır kusur şartına bağlı tutulması ile çelişki oluşturmaktadır.

2015 yılında yaptığı içtihat değişikliği ile birlikte, Danıştay'ın ağır kusuru yalnızca tıbbi müdahalenin özellikli bir görünüm biçimi olan tıbbi operasyonlardan kaynaklanan zararlara ilişkin sorumluluğa hükmederken aramakta olduğu; buna karşılık gerek hizmetin organizasyon ve genel işleyişinden ve gerek tıbbi operasyon dışında kalan müdahalelerde idarenin basit kusurunun varlığı halinde tazminata hükmettiği görülmektedir¹¹⁴⁸.

zararlarda ağır kusur aranmasının sağlık hizmetlerinin niteliği ile bağdaşır olduğunu ileri sürmüştür. (Akgül, *agm.*, s. 284)

¹¹⁴⁶ Duran, *agm.*, s. 36; Bayındır, *agm.*, s. 558; Lale Burcu Önüt, “An Evaluation Related to the Health Public Services in the Context of Recent Council of State's Decisions”, **Uluslararası Hemşirelik Uygulamalarında Etik Kongresi Bildiri Kitabı**, 2017.

¹¹⁴⁷ Turan Yıldırım, “Sağlıkta İdarenin Sorumluluğu”, **Tıp Hukuku Atölyesi 2**, Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 165. Benzer görüş için bkz. Bahtiyar Akyılmaz, “Sağlık Kamu Hizmetini Yürüten Kamu Görevlilerinin Neden Olduğu Zararlardan Devletin Sorumluluğu”, **Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Lefke Avrupa Üniversitesi II. Sağlık Hukuku Sempozyumu**, Adalet Yayınevi, 2011, s. 111; Uysal, *agm.*, s. 212; Kalabalık, *agm.*, s. 292.

¹¹⁴⁸ “(...) İdare hukuku ilkeleri ve Dairemizin içtihatlarına göre, zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumunda olduğu ve hizmetin riskli nitelik taşıdığı hallerde, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için; zararın idarenin hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması

Tıbbi operasyon niteliğinde olmayan tıbbi müdahaleler bakımında idarenin sorumlu tutulabilmesi için Danıştay önceki içtihadında ağır hizmet kusurunun bulunması gerektiğini kabul etmekteyken¹¹⁴⁹, güncel içtihadında hizmet kusurunun bulunmasını yeterli saymıştır¹¹⁵⁰. Danıştay, yapmış olduğu bu içtihat değişikliği ile tıbbi müdahalelerden kaynaklanan sorumluluk bakımından hafif kusuru dahi yeterli bulan Yargıtay içtihadıyla paralellik de sağlamıştır¹¹⁵¹. Öğretide de tıbbi operasyon

gerekmektedir. Bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetinden yararlananın zarara uğraması halinde, bu zararın tazmini, idarenin hizmet kusuru halinde mümkün olabilir.” (Dan.15.D., 18.02.2015, E. 2013/4361, K. 2015/890, aktaran Akgül, **agm.**, s. 279; Danıştay’ın bu yöndeki içtihadı için bkz. Dan.10.D., 24.09.2007, E. 2005/3719, K. 2007/4316; Dan.15.D., 21.04.2015, E. 2014/5867, K. 2015/2320; Dan.15.D., 13.05.2015, E. 2014/7569, K. 2015/2820; Dan.15.D., 04.06.2015, E. 2014/5822, K. 2015/3658; Dan.15.D., 25.06.2015, E. 2013/6275, K. 2015/4430, aktaran Akgül, **agm.**, s. 280; Aynı yönde Dan.15.D., 12.03.2014, E. 2013/3865, K. 2014/1691, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Aynı Yöndeki Bölge İdare Mahkemesi İçtihadı için bkz. Erzurum BİM 2.İDD, 31.05.2017, E. 2017/318, K. 2017/809, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası. Tıbbi operasyonlarda da basit kusurun yeterli kabul edilmesi gerektiğini savunan görüş için bkz. Polat, **age.**, s. 265.

2015 yılı öncesinde de Danıştay’ın istisnai olarak bu yönde verdiği kararlar mevcuttur. Ancak bu kararlarında Yüksek Mahkeme, sağlık hizmetlerinden sorumluluğun esas olarak ağır kusurunun varlığı halinde gerçekleşeceğini vurgulamakta, basit kusuru ise istisnai olarak uygulamaktaydı. *“İdare Hukuku ilkeleri ve Danıştay’ın yerleşik içtihatlarına göre, sunulan hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı durumlarda, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için, zararın, idarenin ‘ağır hizmet kusuru’ sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir. Bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmeti nedeniyle uğranılan zararın tazmini de, kural olarak, ancak idarenin ağır hizmet kusurunun varlığı halinde mümkündür. Bununla birlikte, idarenin tazmin sorumluluğunun doğması için aranılan ‘ağır hizmet kusuru’; riskli tıbbi müdahaleler ve operasyonlar bakımından geçerli olup; sağlık hizmeti içinde değerlendirilmekle beraber, tıbbi operasyon kapsamına dahil edilemeyecek birtakım bakım, gözetim ve yan müdahalelerin hiç veya gereği gibi yapılmaması dolayısıyla oluşan zararlarda, idarenin sorumluluğundan söz edebilmek için ağır hizmet kusurunun aranmasına gerek bulunmamaktadır.”* (Dan.10.D., 24.09.2007, E. 2005/3719, K. 2007/4316, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

¹¹⁴⁹ Dan.10.D., 01.06.1994, E. 1993/363, K. 1994/2502, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹¹⁵⁰ Dan.10.D., 11.05.1983, E. 1982/2483, K. 2006/5856, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. *“Zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumunda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı sağlık hizmetinde, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için; zararın, idarenin hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir.”* (Dan.15.D., 25.04.2016, E. 2013/4472, K. 2016/2826, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Bunun yanında, Danıştay’ın tıbbi müdahaleler bakımından ağır hizmet kusurunu aramayı sürdürdüğü kararlarında ise, tıbbi standartlara uygun bir şekilde gerçekleştirilmeyen müdahalelerin ağır hizmet kusuru oluşturacağı yönünde hüküm kurulmuştur. Başka bir deyişle, tıbbi müdahalelere ilişkin her türlü kusurlu davranış ağır hizmet kusuru olarak nitelendirilerek hizmet kusuru ile ağır hizmet kusuru arasındaki ayrım pratikte ortadan kaldırılmıştır. Mahkeme bir kararında bu hususu, *“Halkın sağlık hizmetlerini yürütmekle görevli olan davalı idare; hastanelerde yapılacak tedavilerin ve cerrahi müdahalelerin tıbbi esaslara uygun biçimde, hizmetin gerektirdiği yeterliliğe sahip personelle ve gerekli dikkat ve özenin gösterilmesi suretiyle yapılmasını sağlamakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi ağır hizmet kusuru. niteliğinde olup; idarenin tazmin sorumluluğunu doğurur.”* ifadeleriyle açıkça ortaya koymaktadır. (Dan. İDDK, 18.10.2007, E. 2004/721, K. 2007/2030, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası)

¹¹⁵¹ Ancak tıbbi operasyonlar bakımından hala ağır kusur ölçütünü uygulamaya devam eden Danıştay’ın, özellikle hekimler bakımından Yargıtay içtihadına nazaran daha geniş bir güvence sağladığı söylenebilir. *“Davacı, davalı doktor tarafından ameliyat olmak zorunda kaldığını ileri sürerek maddi ve manevi tazminat istemiştir. Davanın temeli vekillik sözleşmesi olup, özen borcuna aykırılığa dayandırılmıştır. Vekil vekalet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur. Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır. Vekil işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, en hafif kusurundan bile sorumludur. O nedenle doktor meslek alanı içinde*

niteliği taşımayan sıradan tıbbi müdahalelerden kaynaklanan zararlarda basit kusurun idarenin sorumluluğunun ortaya çıkması için yeterli olduğu savunulmaktadır¹¹⁵². Böylece sağlık hizmetleri bakımından sorumluluğun tespitinde ağır kusurun aranması yalnızca tıbbi operasyon niteliğindeki daha özellikli olan tıbbi müdahalelerle sınırlandırılmıştır.

6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un yürürlüğe girmesiyle kaldırılan Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin (AYİM) 2017 yılına kadar süren yerleşik içtihadında ise sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan sorumluluğun tespitinde basit kusur – ağır kusur ayrımı yapılmadığı, alelade kusurluluk halinin yeterli kabul edildiği dikkat çekmektedir. Nitekim AYİM söz konusu kararların gerekçesinde ağır kusur kavramına ayrıca vurgu yapmamış, hizmet kusuru nedeniyle idare aleyhine tazminata hükmetmiştir¹¹⁵³. Anılan kararlarda, gerek sağlık hizmetinin organizasyonu, gerek sıradan tıbbi faaliyetler ve gerek tıbbi operasyonlar nedeniyle oluşan zararlarda, idarenin sorumluluğunun tespiti bakımından basit kusuru yeterli bulunmuştur¹¹⁵⁴.

Fransız Danıştay'ın 2 Kasım 1935 tarihli kararına konu uyuşmazlıkta, Paris'te bir hastaneden sağlık hizmeti alan davacının kendisine yeterli tedavinin uygulanmadığı ve bu nedenle taburcu olduktan sonra hastalığının devam ettiği gerekçesiyle açtığı dava idarenin ağır hizmet kusurunun bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir¹¹⁵⁵. Kararında Mahkeme sağlık personelinin tıbbi müdahale niteliğindeki eylemlerinde ağır kusurun aranması gerektiğini vurgulamış, sağlık

olan bütün kusurları, hafif de olsa, sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir." (Yar. HGK, 13.04.2011, E. 2010/13-717, K. 2011/129, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) (Yar.13.HD, 01.11.2013, E. 2013/19634, K. 2013/26901; Yar.13.HD, 10.03.2006, E. 2005/4854, K. 2006/3416, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

¹¹⁵² Bereket Baş, **agm.** s. 75; Bayındır, **age.**, s. 560. Birtek, **agm.**, s. 109; Kıcıoğlu, **agm.**, s. 23. Buna karşılık, sağlık hizmeti kapsamında yürütülen faaliyetler, niteliği, türü ve boyutlar yönünden "olağandışı" nitelik taşımakta ya da belli incelikler, zorluklar, karmaşıklık ve mesleki takdire açık unsurları taşımakta ise, bu durumda idarenin sorumluluğuna ancak ağır ve bariz kusur bulunan hallerde hükmedilebilmelidir. (Güran, **agm.**, s. 82.)

¹¹⁵³ AYİM 3.D, 09.12.1975, E. 1974/2236, K. 1975/2263; AYİM 3.D, 07.04.1977, E. 1975/564, K. 1977/5542; AYİM 3.D, 09.11.1978, E. 1977/9746, K. 1978/4348; AYİM 3.D, 25.04.1978, E. 1977/894, K. 1978/4209; AYİM 3.D, 14.05.1986, E. 1986/91, K. 1986/71, Kararlara ilişkin daha ayrıntılı açıklamalar için bkz. Özgüldür, **age.**, s. 306 vd.

¹¹⁵⁴ AYİM 2. D, 02.11.1994, E. 1992/97, K. 1994/1644, **AYİMD**, S. 9, 1995, s. 682 vd.; AYİM 2.D, 21.06.1995, E. 1994/797, K. 1995/555, bkz. Özgüldür, **age.**, s. 307, dn. 495.

¹¹⁵⁵ CE, 08.11.1935, *Dame Philipponeau*, n° 31999, <http://www.revuegeneraledudroit.eu> (Erişim Tarihi: 10.08.2017.)

hizmetinin organizasyonu ve işletilmesinden kaynaklanan zararlardaysa idarenin basit kusurunun dahi sorumluluğa yol açabileceğine hükmetmiştir¹¹⁵⁶.

Ancak 1992 tarihli *Epoux V.* kararıyla Fransız Danıştayı ağır kusurdan vazgeçerek sağlık hizmetlerinden idarenin sorumlu tutulması için basit kusurun yeterli olduğuna karar vermiştir¹¹⁵⁷. Hatta Lyon İdari İstinaf Mahkemesinin bir kararında, sağlık hizmetlerinin niteliği gereği riskli faaliyetler olduğu belirtildikten sonra, bu faaliyetler bakımından kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanması gerektiği ortaya konulmuştur¹¹⁵⁸. Nitekim Fransız Danıştayı da, öngörülebilir ancak gerçekleşmesi istisnai olan komplikasyonların da risk sorumluluğu çerçevesinde idare tarafından tazmin edilmesi gerektiğine hükmetmiştir¹¹⁵⁹.

Önceki içtihadında Fransız Danıştayı, tıbbi müdahaleden kaynaklanan zararlar ile sağlık hizmetinin organizasyonundan kaynaklanan zararları birbirinden ayırırken temel ölçüt olarak söz konusu kusurlu faaliyetin hekim tarafından yerine getirilmiş olup olmadığını esas almaktaydı. Bu kapsamda mahkeme yalnızca hekimler tarafından teşhis ve tedavi hizmetleri kapsamında yapılan kusurlu davranışlar sonucunda zarar oluşması durumunda ağır kusur aramakta, diğer hallerde basit kusuru yeterli bulmaktaydı¹¹⁶⁰. Ancak önceki içtihadın kabul edildiği dönemde dahi Fransız Danıştayı'nın bazı kararlarında hekimler tarafından yürütülen tıbbi müdahalelerden kaynaklanan zararlarda basit kusurun varlığını yeterli kabul ettiği¹¹⁶¹ göz önünde bulundurulduğunda, aralarındaki sınırın belirlenmesinin çoğu zaman güç olduğu organizasyon ile tıbbi müdahale nedeniyle meydana gelen zararların tümü bakımından basit kusurun aranmasının isabetli olduğu kanaatindeyiz.

Tıbbi müdahaleden kaynaklanan zararlar bakımından aranması gereken zararın derecesine ilişkin olarak Fransız öğretisinde ise farklı görüşler bulunmaktadır. Fransız Danıştayı'nın içtihadını esas alan ilk görüş, sağlık hizmetleri bakımından

¹¹⁵⁶ CE, 08.11.1935, *Dame Philipponeau*, n° 31999, <http://www.revuegeneraledudroit.eu> (Erişim Tarihi: 10.08.2017.)

¹¹⁵⁷ CE, 10.04.1992, *Epoux V.*, n° 79027, Rec. Lebon, 1992, p. 171, <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Les-decisions-les-plus-importantes-du-Conseil-dEtat/10-avril-1992-Epoux-V.> (Erişim: 23.07.2018)

¹¹⁵⁸ CAA, Lyon, 21.12.1990, n° 89LY01742 Rec. Lebon, 1990, Dalloz.fr.

¹¹⁵⁹ CE, 03.11.1997, *Hopital Joseph Imbert d'Arles*, n° 153686, *AJDA*, 1997, s. 959, Dalloz.fr.

¹¹⁶⁰ CE, 08.11.1935, *Dame Philipponeau*, n° 31999, <http://www.revuegeneraledudroit.eu> (Erişim Tarihi: 10.08.2017)

¹¹⁶¹ CE, 21.07.1939, *Lemaire*, Rec. Lebon, 1939, s. 510.

hafif – ağır kusur ayrımının öngörülmemiş olduğundan hareketle basit kusur halinde dahi idarenin sorumlu tutulması gerektiğini ileri sürmektedir¹¹⁶². Hangi hukuka aykırı fiillerin ağır kusur olarak nitelendirileceği hususunda hakime geniş bir takdir yetkisi bırakıldığını ve söz konusu kavramın son derece kaygan ve muğlak nitelikte olduğunu vurgulayan Fransız öğretisindeki bu görüş¹¹⁶³ sağlık hizmetlerinden kaynaklanan sorumluluğunun tespitinde ağır kusur kavramının kullanılmasının uygulamada belirsizliklere yol açabileceğini savunmaktadır.

Sağlık hizmetlerinin niteliği gereği içinde riskler taşıdığından hareket eden diğer görüş ise, tıbbi müdahalelere ilişkin her türlü kusurluluk halinin idarenin sorumluluğuna yol açmayacağını savunmaktadır¹¹⁶⁴. Bu kapsamda sağlık hizmetlerinde basit kusurun varlığı halinde sorumluluğun kabulü, idarenin sorumluluk alanını ölçüsüz şekilde genişletebilecek, sağlık personelinin ise dava edilme korkusuyla faaliyette bulunmaktan kaçınmasına yol açabilecektir. Tıbbi müdahalelerin taşıdığı riskler nedeniyle sorumluluğun ağır kusur şartına indirgenmesinin hakkaniyete aykırı sonuçlar yaratacağını, buna karşılık hekimin her türlü kusurlu davranışının sorumluluğa yol açmasının da tıp mesleğinin karmaşık niteliğiyle bağdaşmadığını savunan bir diğer görüş ise, ağır – basit kusur ayrımının tıbbi müdahale hataları bakımından uygulanmasının mümkün olmadığını, özel bir kusurluluk tipi olarak tıbbi kusur kavramının kabul edilerek, her somut olayın koşullarına göre değerlendirme yapılması gerektiğini ileri sürmektedir¹¹⁶⁵.

¹¹⁶² Truchet, **age.**, s. 283; Morand – Deviller, **age.**, s. 724; Rivero, Waline / **age.**, s. 281; Laude / Mathieu / Tabuteau, **age.**, s. 473; Esper / Dupont, **age.**, s. 918; Esper / Sargos, **age.**, s. 255. Sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan zararlarda idarenin sorumlu tutulabilmesi için basit kusurun varlığını yeterli kabul eden *Truchet*, söz konusu basit kusurun somut olayda tespiti bakımından yargı makamlarının kullanması gereken birtakım ölçütler olduğunu ortaya koymuştur: Somut olayın özellikleri, zarara yol açan sağlık personelinin uyması zorunlu olan kural ve yükümlülükler, hastanın sağlık durumu, uygulanacak tedavinin zorluk derecesi ve alternatif tedavi imkanlarının bulunup bulunmadığı, güncel bilimsel gelişmeler, sağlık personelinin tabi olduğu protokol ve iyi çalışma ilkelerine uygun davranmış olup olmadığı, tıbbi araç ve gerecin yeterliliği ve ulaşılabilirliği, uygulanan tedavi yöntemi sonucunda kişinin iyileşme şansı ile tedavinin risklerinin karşılaştırılması, müdahalenin aciliyeti. (Truchet, **age.**, s. 284.)

¹¹⁶³ Rivero / Waline, **age.**, s. 281; Gaudemet, **age.**, s. 176.

¹¹⁶⁴ Chapus, **age.**, s. 1263.

¹¹⁶⁵ Clement, **age.**, s. 325; Memetau / Girer, **age.**, s. 666; Laure / Anger, **age.**, s. 489; Lambert - Faivre / Porchy – Simon, **age.**, s. 713; Markus, **agm.**, s. 11. Aynı yönde Uysal, **agm.**, s. 223; İnal, **agm.**, s. 12. Nitekim Fransız Danıştay da bir kararında tıbbi müdahalelerden kaynaklanan sorumluluğun tespitinde sıradan bir kişinin dikkat ve özen yükümlülüğü gözetilerek ağır ya da basit kusurun varlığının tespit edilmesinin hakkaniyete aykırı sonuçlar yaratacağını, belirterek tıbbi kusur ölçütü doğrultusunda hüküm kurmuştur. (CE, 27.06.1997, *Mme. Guyot*, n° 138003 Rec. Lebon, 1997, Dalloz.fr. Aynı yönde Fransız Yargıtayı kararı için bkz. Cass Ière civ, 18.10.1937, D.H., 1937, s. 549, aktaran Clement, **age.**, s. 383.)

Danıştay'ın sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan sorumluluğa ilişkin tazminata hükmettiği kararları birlikte değerlendirildiğinde ağır kusur kavramını Fransız Danıştayı'ndan farklı kullandığı dikkatimizi çekmektedir. Şöyle ki, Fransız içtihadında kusurun belli bir ağırlıkta olması idarenin sorumlu tutulması bakımından şarttır. Dolayısıyla idarenin kusurlu olmasının yanında bu kusurun belli bir ağırlıkta olmaması durumunda idare tazminata mahkum edilemeyecektir. Buna karşılık Danıştay söz konusu kavramı, bazı kararlarında tıbbi uygulama hatalarını komplikasyonlardan ayırmak amacıyla kullanırken¹¹⁶⁶, bazı kararlarında ise zaten kusurluluğuna hükmettiği idarenin kusurunun derecesini belirlemek amacıyla kullanmaktadır¹¹⁶⁷.

Her iki durumda da ağır kusur, idarenin sorumluluğunun tespitinin koşulu olmaktan çıkmaktadır. İlk ihtimalde, basit kusur niteliğindeki uygulama hataları komplikasyon kavramı ile özdeşleştirilerek, komplikasyon niteliğinde olmayan tıbbi uygulama hatalarının tümü ağır kusur kapsamına alınmakta ve tazminata yol açmaktadır. Bu durum bir yandan aslında hukuka uygun olan komplikasyon hallerinin daha az kusurlu faaliyet olarak nitelendirilmesine yol açarken, diğer yandan ayırım gözetmeksizin gerçek anlamdaki tüm tıbbi uygulama hatalarında ağır kusurun olduğu gerekçesiyle idarenin sorumluluğuna sebep olmaktadır. Dolayısıyla sorumluluğun tespitinde uygulanan ağır kusur şartı gerçekte bir sonuç yaratmamaktadır.

İkinci ihtimalde ise Danıştay ağır kusur kavramını, zaten idarenin kusurlu olduğunun tespit ettiği ve tazminata hükmettiği uyuşmazlıklarda söz konusu kusurun derecesini tazminat miktarını belirlemek için kullanmaktadır. Başka bir deyişle, Danıştay herhangi bir kusuru nedeniyle idare aleyhine tazminata hükmettikten sonra, tazminatın miktarını belirlerken kusurun ağırlığına vurgu yapmaktadır. Nitekim bu

¹¹⁶⁶ Dan.10.D., 19.02.2001, E. 1998/4750, K. 2001/622, Bal / Şahin / Karabulut, *age.*, s. 324.

¹¹⁶⁷ Yılmaz, *agm.*, s. 139. Örneğin bir kararında Danıştay, “*Halkın sağlık hizmetlerini yürütmekle görevli olan idare, hastanelerde yapılacak tedavilerin ve cerrahi müdahalelerin tıbbi esaslara uygun biçimde, hizmetin gerektirdiği yeterliliğe sahip personelle ve gerekli dikkat ve özenin gösterilerek yapılmasını sağlamakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi ağır hizmet kusuru olup, idarenin tazmin sorumluluğunu doğurur.*” diyerek, sağlık hizmetlerinin yürütülmesi sırasındaki tüm kusurluluk hallerinin ağır hizmet kusuru olarak nitelendirilmesi gerektiğini ortaya koymuştur. (Dan.10.D., 03.05.1995, E. 1994/3258, K. 1995/2379, **DD**, S. 91, s. 1118.) Bu yaklaşım söz konusu hizmetlerin yürütülmesinde basit kusur – ağır kusur ayrımının yapılmasını anlamsız kılmakta, her türlü kusurluluk halini ağır kusur olarak nitelendirerek idarenin sorumluluğuna yol açmaktadır. (Benzer nitelikte görüş için bkz. Çelik, *age.*, s. 110.)

hallerin pek çoğunda da aslında idarenin kusurluluğunun belli bir ağırlıkta olmadığı gözlemlenmektedir¹¹⁶⁸.

Bu açıklamalar doğrultusunda, Danıştay'ın sağlık hizmetlerinden kaynaklanan sorumluluğa ilişkin önceki içtihadında da esas olarak basit kusur şartını uyguladığını, ancak söz konusu faaliyetin riskli bir yapıda olması sebebiyle kararlarında lafzi olarak bu durumu vurgulamaktan kaçındığı söylenebilir. Esasen basit kusur niteliğindeki fiilleri ağır kusur olarak addeden Danıştay bu hizmetlerde halen ağır kusur şartını uyguladığı şeklinde görüntü sergilemektedir. Buna karşılık, ağır kusur şartı tıbbi operasyonlar bakımından daha isabetli şekilde uygulanabilmektedir. Şöyle ki, insanın biyolojik yapısının karmaşıklığının bir sonucu olarak hekim her türlü özene rağmen tıbbi müdahale sırasında belli bir ölçüye kadar hatalı uygulama yapılabilir. Bu doğrultuda daha basit nitelikte olan uygulama hataları bakımından idarenin sorumlu tutulmaması hekimin de daha az baskı altında kalarak faaliyet yürütmesine imkan sağlayacaktır.

Sağlık hizmetlerinin yürütülmesinde ağır kusur – hafif kusur ayrımına ilişkin Danıştay içtihadı yukarıda açıklandığı şekilde evrilmiş olmakla birlikte, kusursuz sorumluluk esasının dışlanması yönelik yaklaşım halen varlığını sürdürmektedir. Fransız öğretisinde ağırlıklı olarak kabul edilen görüş ise, riskli faaliyet olarak nitelendirilen tıbbi müdahaleler bakımından kusursuz sorumluluk esasının da benimsenmesi gerektiğini ileri sürmektedir¹¹⁶⁹. Bu kapsamda hekim ya da diğer sağlık personelinin kusurunun bulunmadığı hallerde dahi idarenin yürüttüğü riskli faaliyetten kaynaklanan zarardan sorumluluğu söz konusu olacaktır. Bu bağlamda Fransız Danıştay içtihadı doğrultusunda yasa koyucunun yaptığı düzenlemelerle sağlık hukukuna ilişkin farklı alanlarda kusursuz sorumluluk esasının benimsendiği dikkat çekmektedir. Bu ihtimallerden bazılarının ulusal hukukumuz bakımından da uygulanabilirliği kanaatimizce sorgulanabilir.

¹¹⁶⁸ Dan.10.D., 19.09.2007, E. 2004/6540, K. 2007/4237, aktaran Odyakmaz, **agm.**, s. 22.

¹¹⁶⁹ Gaudemet, **age.**, s. 180; Clement, **age.**, s. 398.

2. Kusursuz Sorumluluk Esasının Kabul Edilmemesi

İdarenin sağlık hizmetlerinin yürütülmesinde kusurlu davranması halinde oluşan zarardan sorumlu olacağı açık olmakla birlikte, hizmet kusuruna nazaran idare hukukunda daha yakın tarihten itibaren yer bulmuş olan kusursuz sorumluluk esasının sağlık hizmetleri kapsamında uygulanabilirliği halen tartışmalı bir konudur.

Yürüttüğü faaliyetler kapsamında zararın olduğu bazı ihtimallerde kusuru bulunmasa dahi idare sorumlu tutulabilmektedir. Başka bir deyişle, idarenin hukuka uygun bir şekilde yürütmekte olduğu, ancak ilgililer üzerinde zarara yol açan faaliyetlerden kaynaklanan zararlar da idareye tazmin ettirilebilmektedir. Danıştay'ın kusursuz sorumluluk ilkesine dayanarak verdiği kararlarda, “*adalet*”¹¹⁷⁰, “*hakkanîyet ve nesafet*”¹¹⁷¹, “*risk*”¹¹⁷², “*kamu külfetleri karşısında eşitlik*”¹¹⁷³ gibi ilkelerin yanında “*objektif sorumluluk esası*”¹¹⁷⁴ gibi kavramlara atıf yaptığı dikkat çekmektedir¹¹⁷⁵. İdarenin kusursuz sorumluluğuna yol açan ihtimaller içtihat yoluyla ortaya çıkmış olup, kendi içinde esas olarak risk sorumluluğu ve kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi kapsamında sorumluluk şeklinde tasnif edilebilir.

Risk sorumluluğu öğretide, “*idarenin hiçbir kusuru olmasa bile, yürüttüğü tehlikeli faaliyetler veya kullandığı tehlikeli araçlar nedeniyle ortaya çıkan zararı tazmin etme yükümlülüğü*” olarak tanımlanmıştır¹¹⁷⁶. Risk sorumluluğu idarenin

¹¹⁷⁰ Dan.6.D., 17.01.1952, E. 1950/1631, K. 1952/84, **DKD**, S. 54-57, s. 486.

¹¹⁷¹ Dan.10.D., 22.05.1985, E. 1982/3322, K. 1985/1065, **DD**, 60-61, s. 463.

¹¹⁷² Dan.12.D., 30.11.1971, E. 1969/3328, K. 1971/2770, aktaran Esin, **age.**, s. 138.

¹¹⁷³ Dan. İDDGK, 16.02.1962, E. 1960/177, K. 1962/108, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹¹⁷⁴ Dan.12.D., 31.05.1977, E. 1976/179, K. 1977/1454, **DD**, S. 28-29, s. 675.

¹¹⁷⁵ Tan, **age.**, s. 479; Ramazan Çağlayan, **Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**, Asil Yayın Dağıtım, 2007, s. 254-255. *Duran* ise, idarenin hem kusur hem de kusursuz sorumluluğunun temelinde imkan ve fırsat eşitliğinin korunması ilkesinin bulunduğunu kabul etmektedir. Buna göre, Devletin bireyler arasında fırsat eşitliğini sağlama yönünde, maddi imkanları ölçüsünde taşıdığı pozitif edimde bulunma yükümlülüğünün yanında, hiçbir maddi sınırlama gözetilmeksizin yerine getirmekle yükümlü olduğu, bireylerin fırsat eşitliğini bozacak davranışlardan kaçınma yükümlülüğü bulunmaktadır. Söz konusu olumsuz edim yükümlülüğü kapsamında, faaliyetleri sonucunda bireyler arasındaki fırsat eşitliğine zarar veren Devletin, yol açtığı eşitsizliği giderme borcu bulunmaktadır. (*Duran, agm.*, s. 19 vd.)

¹¹⁷⁶ Çağlayan, **age.**, s. 256. *Yayla* ise, risk ilkesinin idarenin faaliyeti sırasında iradesi dışında gerçekleşen kaza ve benzeri tesadüfi olaylardan kaynaklanan uyuşmazlıklarda uygulanan bir sorumluluk prensibi olduğunu ileri sürmektedir. (*Yayla, age.*, s. 43.) Bu tanımdaki risk ilkesinin uygulama alanı ile beklenmeyen hal nedeniyle kusur sorumluluğunun ortadan kalktığı haller çakışmaktadır. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi bir kararında risk ilkesini, “*tehlike taşıyan hizmetlerde araç ve gereçlerden sağlanan yarar nasıl bunların sahibine ait oluyor ise doğan zararın da onların sahibine ait olması*” şeklinde tanımlamıştır. (AYİM 2.D, 04.11.1998, E. 1997/666, K. 1998/6610, www.msb.gov.tr., (Erişim Tarihi: 12 Kasım. 2017.)

yürüttüğü faaliyetin doğrudan kendisinin ya da bu faaliyet sırasında kullanılan araçların riskli olmasından kaynaklanmaktadır¹¹⁷⁷. Öğretide, itfaiye, bayındırlık işleri, akıl hastanesi yönetimi, acil servis hizmetleri riskli faaliyet olarak nitelendirilmektedir. Risk sorumluluğunun ikinci koşulu ise, meydana gelen zararın olağanüstü nitelik taşımasıdır. Söz konusu zararın kamu hizmetlerinin hukuka uygun şekilde sunulması sırasında karşılaşılabilecek, katlanılabilir ve olağan zararı aşan ağırlıkta olması gerekmektedir¹¹⁷⁸. Bunun yanında söz konusu zararın kişiye özel ya da istisnai olması gerekmektedir. Herkesin katlandığı zarardan idare sorumlu tutulamayacaktır¹¹⁷⁹. İdare, yürüttüğü bu riskli faaliyetleri sonucunda oluşan zararlardan, herhangi bir kusuru olmasa dahi sorumlu tutulmaktadır¹¹⁸⁰.

İdarenin kusursuz sorumluluğuna kaynaklık eden bir diğer ilke ise kamu külfetleri karşısında eşitlik¹¹⁸¹. Anılan ilke uyarınca, hukuka uygun ve tüm toplum için yarar sağlayan faaliyetlerinden bazı kimselerin özel ve aşırı¹¹⁸² bir zarara

¹¹⁷⁷ Morand – Deviller, **age.**, s. 730; Seiller, **age.**, s. 308.

¹¹⁷⁸ CE, 24.06.1949, *Consorts Lecomte*, n° 87335, Rec. Lebon, 1949, Dalloz.fr.

¹¹⁷⁹ Yıldırım / Yasin / Kaman / Özdemir / Üstün / Okay Tekinsoy, **age.**, s. 895. Tan, **age.**, s. 480. Riskli faaliyetler nedeniyle idarenin kusursuz sorumluluğunun doğması bakımından Fransız Danıştay'ı yukarıda sayılanların yanında zararın başka bir yolla tazmin edilememesi şartını da aramaktadır. Nitekim Paris İstinaf Mahkemesi'nin 1998 tarihli bir kararında ameliyat sırasında doktora bulaşan virüs nedeniyle oluşan zararın tazmini için açılan tam yargı davasında, zararın sosyal güvenlik kurumu tarafından giderilmiş olması durumunda risk sorumluluğunun uygulanamayacağını kabul etmiştir. (CAA Paris, 05.05.1998, *Centre Hospitalier de Poissy-Germain en Loye*, n° 97PA02455 97PA02529, Rec. Lebon, 1998, Dalloz.fr.)

¹¹⁸⁰ “Gelişen teknoloji ve ihtiyaçlara bağlı olarak idarenin yürüttüğü hizmetlerin bazılarının, bünyesinde risk taşıdığı görülmektedir. İşte içinde hizmetin özelliğinden kaynaklanan risk bulunan faaliyetlerden dolayı gerek bu faaliyeti yürüten idare ajanlarının gerekse hizmetten yararlananların ya da üçüncü kişilerin uğradıkları zararların kusursuz sorumluluk ilkesine göre tazmini gerekmektedir. (...) riskli hizmetlerdir. Yani idarece bütün önlemler, araç, gereç ve personel sağlansa bile aynı sonuç doğabilecektir. Bu nedenle (...) nedeniyle meydana gelen ölüm olayından dolayı ilgililerin uğradığı zararın idare mahkemesi kararında belirtildiği gibi hizmet kusuru ilkesine göre değil, yukarıda açıklanan kusursuz sorumluluk ilkesine göre tazmini gerekmektedir. (...)” (Dan.10.D., 23.06.1997, E. 1996/3996, K. 1997/2544, **DD**, S. 95, s. 637. Aynı yönde AYİM içtihadı için bkz. “Gerek öğretide ve gerekse yargı kararlarında kabul edildiği üzere, (...) bazı hizmetlerle, hizmetin ifasında kullanılan (...) araç ve gereçler yapıları gereği hem ilgililer hem de üçüncü kişiler için tehlike arz ederler. Bunların taşıdığı tehlikelerin ne zaman ortaya çıkacağını tahmin edip önceden tedbir olarak önlemek mümkün olamaz. İşte bu gibi tehlike taşıyan hizmetlerde araç ve gereçlerden sağlanan yararlar nasıl bunların sahibine ait oluyor ise, doğan zararlar da onların sahibine ait olmalıdır şeklinde ifade edilebilecek olan risk ilkesinin bir gereği olarak davacıların uğradığı zararların hizmetin sahibi idare tarafından karşılanması gerektiği (...)” (AYİM 2.D, 31.10.2001, E. 2001/553, K. 2001/813, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

¹¹⁸¹ “(...) idarenin kamu yararı ve düzeni düşüncesiyle yaptığı hizmetler idareye isnat edilebilecek bir kusur olmadan da bazı kişilerin veya kişilerin malvarlıklarının özel bir zarara uğramasına sebep olabilir. Bu zararın karşılanması kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinin bir sonucudur. Böylece meydana gelen bir zararın belli kişiler tarafından çekilmesi bu ilkeye aykırı olabileceği gibi hakkaniyete de uygun düşmez. Bu gibi özel zararların kusursuz sorumluluk esasına dayanarak idarece karşılanması gerekir.” (Dan.12.D., 15.12.1978, E. 1975/805, K. 1978/262, **DD**, 32-33, s. 799.)

¹¹⁸² Morand – Deviller, **age.**, s. 728. “(...) Kamu hizmetinin yürütülmesinin neden ve etkisinden kaynaklanan bir zararın doğmaması için idarece her türlü tedbir alınmasına rağmen, hizmetin doğal

uğraması ihtimalinde, kusuru bulunmasa dahi idarenin sorumluluğu doğmaktadır¹¹⁸³. Özü itibariyle hakkaniyet ilkesine dayanan kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi, idarenin eylem ve işlemleri nedeniyle somut olayda ortaya çıkabilecek adaletsizliklerin önüne geçilmesini, zarara uğrayan kişinin ağır bir yük altında bırakılmamasını amaçlamaktadır. Öğretide bir görüş kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinin uygulama alanının kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulama alanı ile çakıştığını, risk sorumluluğunu da içine alan genel bir ilke olduğunu savunmaktadır¹¹⁸⁴. Diğer görüş ise, kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulama alanının kesin çizgilerle ayrılması gerektiğini, kusur sorumluluğunun uygulanamadığı durumlarda, idarenin riskli faaliyetlerinden kaynaklanan zararlarda risk ilkesinin uygulanacağını, geri kalan hukuka uygun işlem ve eylemlerden kaynaklanan zararlarda ise kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine başvurulabileceğini savunmaktadır. Başka bir ifadeyle, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinin uygulandığı hallerde ortada riskli bir faaliyet bulunmamasına karşılık idare sorumlu tutulmaktadır¹¹⁸⁵. Buna karşılık Danıştay içtihadı incelendiğinde, Mahkeme'nin risk ilkesi ile kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesini kesin çizgilerle birbirinden ayırmadığı da dikkat çekmektedir¹¹⁸⁶.

Sağlık hizmetlerinden kaynaklanan idarenin sorumluluğuna dair yerleşik içtihadında Danıştay, kusursuz sorumluluk ilkesinin bu hizmetler yönünden uygulanmasını kabul etmemektedir. Kararlarında Yüksek Mahkeme, kamu hizmetinden yararlananların hizmetin tabiatında olan risklere katılmalarının zorunlu

ve zorunlu bir sonucu olarak ortaya çıkan, hizmetten yararlananlar yönünden genel ve olağan nitelikteki bir külfetten kaynaklanan zararın, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi uyarınca idarece karşılanmasına olanak bulunmamaktadır. Kamu hizmetinin yürütülmesinden kaynaklanan bir zararın, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi uyarınca idarece karşılanabilmesi için, uğranıldığı ileri sürülen zararın kamu külfeti olmaktan çıkıp, hizmetten yararlananlar yönünden özel ve olağandışı bir niteliğe dönüşmüş olması gerekir.” (Dan.10.D., 19.03.2012, E. 2008/188, K. 2012/934, **DD**, S. 130, s. 180.) Aynı yönde, AYİM 2.D, 14.01.1993, E. 1992/625, K. 1993/178, **AYİMD**, S. 8, s. 662. Konuya ilişkin Fransız Danıştay'ının bir kararında, zararın anormal olmaması durumunda kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinin uygulanamayacağına hükmedilmiştir. (CE, 24.07.1931, *Commune de Fic-Fezensac*, n° 99872, RDCE 1931, Dalloz.fr.

¹¹⁸³ Yıldırım / Yasin / Kaman / Özdemir / Üstün / Okay Tekinsoy, **age.**, s. 895; Tan, **age.**, s. 481; Morand – Deviller, **age.**, s. 733; Seiller, **age.**, s. 312. *Çağlayan*, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesini, idarenin hizmet kusuru olmadan ve bünyesinde risk taşımayan, yürüttüğü bir faaliyetten, bazı kişiler bakımından anormal ve özel bir zarar doğması halinde, bu zararın hiç kusuru olmasa dahi idare tarafından karşılanması, bu sayede nimetler gibi külfetlerin de pay edilmesi olarak tanımlamıştır. (Çağlayan, **age.**, s. 341.)

¹¹⁸⁴ Yayla, **age.**, s. 65.

¹¹⁸⁵ Çağlayan, **age.**, s. 343; Morand – Deviller, **age.**, s. 728.

¹¹⁸⁶ Dan.10.D., 12.10.1999, E. 1997/3198, K. 1999/4799, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Aynı yönde Askeri Yüksek İdare Mahkemesi karar için bkz. AYİM 2.D, 23.12.1998, E. 1998/142, K. 1998/812, www.msb.gov.tr. (Erişim Tarihi: 12.11.2017.)

olduğunu, kusursuz sorumluluğa gitmeninse hizmet gerekleriyle bağdaşmayacağına hükmetmektedir¹¹⁸⁷. Nitekim Mahkeme bir kararında, “(...) *İdare hukuku ilkelerine göre yerine getirmekle yükümlü oldukları hizmetleri noksan, yetersiz ve kusurlu biçimde yürütmeleri veya kusursuz sorumluluk esasının uygulanmasına olanak sağlayan koşulların varlığı halinde, kamu idarelerinin hukuki sorumluluklarının doğmuş olduğunun kabulü gerekir. Yapısında risk oranı yüksek sağlık hizmetleri nedeniyle idarenin hukuki sorumluluğunun kabulü ise, yürütülen hizmetin niteliği itibarıyla ancak hizmetin kusurlu işletildiğinin açık bir hizmet kusurunun bulunduğu saptanması halinde mümkündür.*” ifadeleriyle kusursuz sorumluluk ilkesinin sağlık hizmetleri yönünden uygulamasının önünü açıkça kapatmaktadır¹¹⁸⁸. Bu tutumuyla Danıştay, niteliği gereği içinde riskler taşıyan sağlık hizmetlerinden yararlanan kişilerin söz konusu risklerden kaynaklanabilecek zararları da baştan kabul etmiş olduklarını varsaymaktadır.

Bir kararında ise Danıştay, tıbbi risk olarak nitelendirilebilen komplikasyonların tüm özenin gösterildiği hallerde dahi ortaya çıkabileceğinden bahisle davacının uğradığı zarar ile idarece sunulan sağlık hizmeti arasında herhangi bir illiyet bulunmadığı gerekçesiyle tazminat isteminin reddedilmesi gerektiğine karar vermiştir¹¹⁸⁹. Komplikasyon olarak nitelendirilen hallerde de zararın idarenin yürütmekte olduğu sağlık hizmetinden kaynaklandığı açık olduğundan, Danıştay’ın anılan gerekçesinin kabulü oldukça güçtür.

¹¹⁸⁷ Dan.15.D., 18.06.2015, E. 2014/9364, K. 2015/4241; Dan.15.D., 18.06.2015, E. 2014/7296, K. 2015/4171, aktaran Akgül, **agm.**, s. 281; Dan.12.D., 12.06.1975, E. 1971/1212, K. 1975/1317, aktaran, Yenice / Esin, **age.**, s. 92.

¹¹⁸⁸ Dan.10.D., 23.01.1986, E. 1982/2696, K. 1986/73, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Başka bir kararında ise aynı hususu Danıştay, “(...) *İdare hukukunun ilkeleri ve Danıştay’ın yerleşik içtihatlarına göre, zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumunda olduğu ve hizmetin riskli nitelik taşıdığı hallerde, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için, idarenin ağır hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir. Bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetinden yararlananın zarara uğraması halinde, bu zararın tazmini, ancak idarenin ağır hizmet kusurunun varlığı halinde mümkün olabilecektir.*” ifadeleriyle ortaya koymuştur. (Dan.10.D., 29.12.1999, E. 1997/6600, K. 1997/409, aktaran Zuhale Bereketo Baş, **Türk Hukukunda İdari Yargı Kararları Işığında Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Kamu Gücünün Kusursuz Sorumluluğu**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2002, s. 218; Dan. 10.D., 25.12.1995, E. 1995/3058, K. 1995/6698, aktaran Bereketo Baş, **agm.**, s. 84; Dan.10.D., 29.12.1999, E. 1997/6600, K. 1999/7409, aktaran Bereketo Baş, **agm.**, s. 77; Dan.10.D., 11.10.2000, E. 1999/3878, K. 2000/5121, Gökcan, **age.**, s. 1376; Dan.10.D., 29.12.1999, E. 1997/6600, K. 1997/7409, Gökcan, **age.**, s. 1379.

¹¹⁸⁹ Dan.15.D., 21.02.2017, E. 2016/7912, K. 2017/841, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

Kanaatimizce Danıştay’ın anılan içtihadında sağlık hizmetlerine ilişkin tüm faaliyetler bakımından kusursuz sorumluluk esasını dışlarken, söz konusu faaliyetlerin riskli olmasını gerekçe göstermesi isabetli olmamıştır. Zira sağlık hizmetleri kapsamında yer alan faaliyetlerin tümünün risk taşıdığı söylenemez. Söz gelimi hastanede, tüm bakımları yapılmış olmasına karşın, elektrik kontağından çıkan yangın sonucunda bazı hastaların zarar görmesi ihtimalinde sağlık hizmetlerinin yürütülmesi sırasında meydana gelen bir “beklenmedik hal” söz konusudur. Bu ihtimalde kusursuz sorumluluk esasının kabul edilmeyerek tazminata hükmedilmemesi, söz konusu faaliyetin riskli olması gerekçesi ile bağdaşmayacaktır. Benzer şekilde, hastalara ait kişisel sağlık verilerinin gizliliğinin sağlanması, mahremiyet esasına uygun şekilde faaliyet yürütülmesi gibi yükümlülüklerin yerine getirilmemesinden kaynaklı zararlar bakımından da, faaliyetin taşıdığı risk nedeniyle kusursuz sorumluluğun uygulanamayacağı gerekçesi yerinde olmayacaktır. Açıklanan nedenlerle, Danıştay içtihadının tıbbi müdahale niteliğindeki sağlık hizmetlerinde kusursuz sorumluluk esasının dışlanması şeklinde okunmasının daha isabetli olacağı kanaatindeyiz. Bu doğrultuda, tıbbi müdahale niteliğinde olmayan sağlık hizmetleri bakımından ise kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanabilir olduğunu savunmaktayız.

Sağlık hizmetlerinin bazı alanlarında idarenin sorumluluğu bakımından ağır kusurun varlığını ölçüt koymaya devam eden Danıştay’ın¹¹⁹⁰ kusursuz sorumluluk ilkesini bu hizmetler yönünden dışlaması şaşırtıcı olmamıştır¹¹⁹¹.

Danıştay içtihadıyla aynı yönde öğretide Yasin, sağlık hizmetlerinin niteliği gereği riskli bir faaliyet olmasının, bu hizmetler bakımından kusursuz sorumluluk esasının benimsenmesi için yeterli olmadığını vurgulamaktadır; faaliyetlerden ortaya çıkan yarar hizmetten yararlananın kendisine ait olduğu gibi, hizmet sonucu oluşan zarara da kendisi katlanması gerektiğini savunmaktadır¹¹⁹². Bu görüşü savunanlara

¹¹⁹⁰ Dan.10.D., 01.06.1994, E. 1993/363, K. 1994/2502, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹¹⁹¹ “Ağır hizmet kusuru ile kusursuz sorumluluk hükmü arasındaki ayrıma yönelik Danıştay’ın kararında, şaşılık ameliyatı sonrası %60 oranında görme kaybı ve işgücü kaybı yaşayan davacının zararlarının tazmini amacıyla açılan davada zararın ağır hizmet kusuru sonucu oluşması gerektiğinden tazmini istenilen zararın kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca tazminine karar verilmesini hukuka aykırı bulmuştur.” (Dan.10.D., 27.03.2007, E. 2002/10, K. 2007/852, aktaran Perihan Çetinkaya, **Hemşirelikte Tıbbi Uygulama Hataları ve Hukuki Sonuçları**, Seçkin Yayınevi, 2016, s. 166.)

¹¹⁹² Yasin, **agm.**, s. 250.

göre kusursuz sorumluluk halleri arasında olan risk sorumluluğu ilkesi idarenin tüm riskli faaliyetleri bakımından uygulama bulamamaktadır. İdarenin salt bireysel riskleri de içine alacak şekilde tüm riskli faaliyetlerinde kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanması, bireylerin her koşulda uğradıkları zararın karşılanması gibi bir sonuca yol açacaktır. Oysa, risk ilkesi idarenin yalnızca toplumun tamamına yarar sağlamaya yönelik olarak yürüttüğü riskli faaliyetlerinde uygulanabilmektedir. Dolayısıyla neredeyse tümüyle riskli faaliyet olarak nitelendirilebilecek olan sağlık hizmetleri bakımından, adeta hayat sigortası niteliği taşıyacak olan kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanması mümkün değildir¹¹⁹³.

Risk ilkesinin uygulanmasında hizmetten yararlananların uğradıkları zararlar ile hizmetin tamamen dışındaki üçüncü kişilerin uğradıkları zararlar bakımından ayırım gözetilmesi Fransız hukukunda da kabul edilmekteydi. Bu kapsamda yalnızca hizmetten yararlanan kişilerin dışındaki üçüncü kişilerin söz konusu hizmetin yerine getirilmesi sonucunda zarara uğraması durumunda idarenin sorumluluğunun gündeme geleceği, buna karşılık hizmetten yararlananların yalnızca kusur sorumluluğu kapsamında zararının giderilebileceği kabul edilmekteydi. Buna karşılık, söz konusu ayırım günümüzde terk edilmiş, gerek hizmetten yararlananların ve gerek üçüncü kişilerin kusursuz sorumluluk esassından yararlanabilmesi yaklaşımı benimsenmiştir¹¹⁹⁴.

Buna karşılık, öğretide başta *Esin* olmak üzere bazı yazarlar, Danıştay'ın iki kararından yola çıkarak Mahkeme'nin sağlık hizmetleri yönünden kusursuz sorumluluk ilkesine tamamen kapısını kapatmadığını, bu ilkeyi istisnaen de olsa uyguladığını ileri sürmüştür. Bahse konu ilk kararda Danıştay, Refik Saydam Hıfzısıhha Enstitüsü'nde çalışan bir kamu görevlisinin kamu görevi sırasında uğradığı zarardan idarenin “*objektif sorumluluk*” ilkesi kapsamında sorumlu tutulacağına karar vermiştir¹¹⁹⁵. İkinci kararda ise Yüksek Mahkeme, idarenin

¹¹⁹³ Çelik, **age.**, s. 169. Buna karşılık, aşılama ve akıl hastalıklarının tedavisi gibi bireysel olmaktan öte, tüm toplumun yararına olan sağlık hizmetlerinden kaynaklanan, zararlarda kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanması mümkün olmalıdır. (Çelik, **age.**, s. 171. Aynı yönde Yıldırım, **agm.**, s. 206.)

¹¹⁹⁴ Frier / Petit, **age.**, s. 568.

¹¹⁹⁵ “*Refik Saydam Hıfzısıhha Enstitüsünde hademe olarak tavla hizmetlerinde çalışan davacının (...) serum hayvanları için ot alırken, yığın halindeki ot balyalarının üzerine yıkılması sonucu boyun atlas kemiği kırıldığı (...) hayatını çalışarak kazanamayacak derecede arızalandığı ve olayda kendisine atfi mümkün bir kusur bulunmadığı (...) olayda idareye atfi mümkün bir hizmet kusuru mevcut olmasa*

istihdam ettiği ambulans şoförünün kusurlu hareketi sonucunda kişilerin uğramış olduğu zarardan ayrıca kusuru aranmaksızın idarenin sorumlu tutulacağına hükmetmiştir¹¹⁹⁶.

Kanaatimizce her iki karar yönünden de Danıştay'ın kusursuz sorumluluk ilkesini sağlık hizmetleri bakımından kavramsal düzeyde uygulaması söz konusu olsa da, kararlara konu olaylar ile karar gerekçeleri birlikte değerlendirildiğinde sorumluluğun kaynağının objektif sorumluluk ya da kusursuz sorumluluk ilkesi olmadığı anlaşılmaktadır¹¹⁹⁷. İlk karara konu uyuşmazlıkta, zarar gören kişi görevini ifa etmekte iken üzerine ot balyası düşmesi sonucunda yaralanan bir kamu görevlisidir. Dolayısıyla bünyesinde risk taşıyan bir hizmetin yürütülmesi nedeniyle hizmetten yararlananların ya da üçüncü kişinin zarara uğramasından ziyade, kararda mesleki risk kapsamında oluşan zarardan idarenin sorumlu tutulması söz konusudur. Yürütülmekte olan kamusal görevin yerine getirilmesi sırasında kamu görevlisinin uğradığı zararın kusur şartı aranmaksızın idareden tazmin edilebilmesinin, yararlanıcılarının sağlık hizmetinin yürütülmesi sırasında oluşabilecek zararlardan idarenin kusursuz sorumluluğunun varlığının tespiti bakımından tek başına yeterli bir zemin oluşturmayacağı kanaatindeyiz.

İkinci karara konu uyuşmazlıkta ise, idarenin istihdam ettiği ambulans şoförünün görevinin ifası sırasındaki kusurlu eylemi sırasında zarara yol açması ve bu zararın idareden tazmin edilmesi söz konusudur. Danıştay bu kararında, idare bünyesinde faaliyet yürüten kişilerin görevleri sırasındaki kusurlu eylemlerinden, idarenin sorumlu tutulabilmesini kusursuz sorumluluk ilkesine dayandırmaktadır. Başka bir ifadeyle, idare bünyesinde faaliyet yürüten personelin görevini ifa ederken kusurlu eylemi nedeniyle zarara yol açması durumunda idareye ancak kusursuz sorumluluk

dahi, zararın objektif sorumluluk esasına göre hizmetin sahibi idarelerce tazmini gerekeceğinden (...)” (Dan.12.D., 08.07.1969, E. 1968/1296, K. 1969/1401, aktaran Esin, **age.**, s. 180.)

¹¹⁹⁶ “(...) İdari hizmetlerin kuruluşunda ve işleyişinde mevcut kusurlardan dolayı idarenin sorumlu olacağı aşikar bulunduğu gibi, kamu hizmetlerinin ifası sırasında bir görevle ilgili olarak genel külfetler dışında ferdi mülkiyete ve fertlere iras olunan hasar ve zararların fiille zararlı sonuç arasında illiyet rabitası olması şartıyla ayrıca kusur aranmaksızın tazmin edilmesi hukukun genel ilkeleri ile hakkaniyet ve nesafet kuralları gereğidir. Nitekim Anayasa'nın 114 üncü maddesinin son fıkrasında kusur dahi aranmadan ‘İdare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararları ödemekle yükümlüdür.’ yolundaki hüküm de bu esasın anayasal bir ifadesidir. Bu itibarla (...) idarenin istihdam ettiği şoförün kusurlu hareketi sonunda fakat amme hizmetlerinin ifası sırasında vuku bulan olay sonucu davacıların maruz kaldıkları maddi ve manevi zararların idarece tazmini gerekmektedir (...)” (Dan.12.D., 19.01.1971, E. 1969/3710, K. 1971/96, aktaran Esin, **age.**, s. 181.)

¹¹⁹⁷ Aynı yönde görüş için bkz. Güran, **agm.**, s. 84, dn. 11; Çağlayan, **age.**, s. 274.

ilkesi kapsamında dava açılması mümkün olabilecektir. Kamuda çalışan kişilerin görev kusuru oluşturan işlemlerinin hizmeti kusurlu hale getirdiği ve bu durumda idareye doğrudan dava açılabilmesi yönündeki Anayasa'nın 129. maddesinin 4. fıkrası hükmü¹¹⁹⁸ ve Danıştay'ın yerleşik içtihadı dikkate alındığında, ikinci kararda Mahkeme'nin neden hizmet kusuruna dayanarak sorumluluğa hükmetmediği ve zorlama bir yorumla kusursuz sorumluluk ilkesini uyguladığı belirsizliğini korumaktadır. Diğer bir deyişle, ikincil nitelikteki kusursuz sorumluluk ilkesine başvurulmaksızın hizmet kusuru kapsamında çözülebilecek olan uyuşmazlığın çözümünde hizmet kusuruna atıf yapılmaması Anayasa hükmü ve yerleşik Danıştay içtihadı ile tezat oluşturmaktadır¹¹⁹⁹.

Bereket Baş ise, bir kararından yola çıkarak Danıştay'ın üstü kapalı olarak kusursuz sorumluluk ilkesini uyguladığını ileri sürmüştür¹²⁰⁰. Söz konusu karardaki¹²⁰¹ Danıştay'ın, “(...) Hastane personelinin şahsi kusur işlemiş olmaları keyfiyeti, amme hizmetinin fena işlemlerinden hasıl olan zararı tazmin etmeye idarenin mahkum edilmesini önleyemez.” ifadelerinin kusursuz sorumluluğa işaret ettiğini ileri süren müellifin görüşüne katılmak güçtür. Zira, davaya konu olayda hastane personelinin yanlış tedavisinden kaynaklanan sorumluluğun idare tarafından karşılanması gerektiği ortaya konularak, kamu personelinin kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında görev kusuru niteliğindeki eylemlerinden idarenin sorumlu tutulacağı vurgulanmış, kusursuz sorumluluk uygulamasına dair herhangi bir açıklama ya da emareye yer verilmemiştir.

Yayla ise, Devlet faaliyeti dışında ortaya çıktığı düşünülebilecek olan kuş gribi, deli dana, AIDS gibi bulaşıcı hastalıklar da dahil olmak üzere, idarenin yürüttüğü

¹¹⁹⁸ “Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.” (Anayasa madde 129/4.)

¹¹⁹⁹ Nitekim *İrız* da, Danıştay'ın sağlık hizmetlerinde kusursuz sorumluluğu kabul etme eğiliminde olmadığını, öğretide verilen örneklerin daha ziyade hizmet kusurunun kişisel kusur aleyhine alanını genişletme eğiliminin Danıştay kararlarına yansımaları oluşturduğunu ileri sürmektedir. Bu hallerde kamu personelinin kişisel kusuru idarenin sorumluluğunu kaldırmayacağından idare kusursuz sorumluluğa gidilmesine ihtiyaç duyulmaksızın hizmet kusuru nedeniyle sorumlu olacaktır. (İrız, *age.*, s. 49.) Aynı yönde görüş için bkz. *Bereket Baş*, *age.*, s. 80.

¹²⁰⁰ *Bereket Baş*, *age.*, s. 83.

¹²⁰¹ Danıştay 8. Dairesi'nin 08.11.1968 tarihli ve 1968/2394 karar sayılı kararı, aktaran *Bereket Baş*, *age.*, s. 83.

sağlık hizmetleri ile nedensellik bağı kurulabilen zararlardan idarenin kamu külfetleri karşısında eşitlik kapsamında sorumlu tutulabileceğini savunmaktadır¹²⁰².

Sağlık hizmetleri yönünden Danıştay içtihadında kabul görmeyen kusursuz sorumluluk esası, Fransız Danıştay tarafından sağlık hizmetleri kapsamında yürütülen bazı faaliyetlerden doğan zararlarda uygulama alanı bulmuştur. Fransız Danıştay'ın 1995 yılında verdiği bir kararda, idare bünyesinde faaliyet gösteren kan aktarım merkezlerince sağlanan kan ürünlerinin kalitesinin kötü olması nedeniyle, kendisine kan nakledilen hastanın zarara uğraması ihtimalinde, kusur şartı gözetilmeksizin idareye sorumluluk yüklenmiştir¹²⁰³. Söz konusu kararda Yüksek Mahkeme, kan ve kan ürünlerinin¹²⁰⁴ aktarımının yapıldığı merkezlerde nakledilen

¹²⁰² Yayla, **age.**, s. 118. Danıştay da bir kararında, sağlık hizmetleri kapsamında ortaya çıkan zararlarda kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi doğrultusunda kusursuz sorumluluğa hükmedilmesi gerektiğine karar vermiştir. Kararında Danıştay, "(...) davacılar yakının Tıp Fakültesi Beyin Cerrahi Bölümü kapısı önündeyken başına saç dolap rafı düşmesi sonucu ölmesi nedeniyle uğranılan (...) zararın tazmini talebiyle açılmıştır. (...) Kamu hizmetlerinin yürütülmesi sırasında bu hizmetlerle ilgili olarak genel külfetler dışında kişilerin uğradığı zararların olay ile zararlı sonuç arasında nedensellik bağının bulunması koşuluyla ayrıca idarenin hizmet kusuru aranmadan hizmet sahibi idarelerce karşılanması hukukun genel kuralları [gereğidir.] Bu durumda olay ile zararlı sonuç arasında uygun bir nedensellik bağının kurulabilmesi, idarenin kamu yararı düşüncesiyle yaptığı hizmetler dolayısıyla idareye yükletilebilecek bir kusur olmasa dahi özel bir zarara uğrayan kişilerin bu zararlarının tazminine karar verilebilmesi için yeterlidir. Bu zararın karşılanması kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinin bir sonucu olup, bu tür zararların zarar görenler üzerinde bırakılması hakkaniyete de uygun düşmez. Davalı idarenin bir birimi olan Tıp Fakültesi Hastanesi Beyin Cerrahi Bölümünde meydana geldiği tartışmasız olan olayda davacıların, yakınlarının ölmesi nedeniyle uğramış oldukları zararların davalı idarece tazmini gerekmektedir." ifadelerine yer vermiştir. (Dan.10.D., 15.06.1983, E. 1982/3852, K. 1983/1515, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Ancak bu karara konu uyumsuzluk doğrudan tıbbi müdahaleden kaynaklanmayan bir zarara ilişkin olduğundan, bu ilkenin tıbbi müdahale sonucunda oluşan zararlar bakımından da uygulanabilirliği hususunu henüz aydınlığa kavuşturmamıştır.

¹²⁰³ Camille Broyelle, Responsabilité en matière de santé publique, **Jurisclasser**, Fascicule No: 903, s. 5, <http://www.lexisnexis.fr>, (Erişim Tarihi: 15.08.2017.); Esper / Dupont, **age.**, s. 903; Esper / Sargos, **age.**, s. 473; Chapus, **age.**, s. 1340. 1998 tarihli kanunla kurulan Fransa Kan Kurumu (*L'établissement français du sang*) idareye bağlı kan aktarım merkezleri ile özel kişilerce işletilmekte olan kan aktarım merkezlerini tek bir çatı altında toplamıştır. Bu değişiklik gerek idare bünyesinde faaliyet yürüten ve gerek özel kişilerce işletilen kan aktarım merkezlerinin Fransa Kan Kurumu'nun gözetim ve denetimi altında faaliyet yürütmesi öngörülmüştür. Söz konusu faaliyetlerden kaynaklanan zararlar bakımından Fransa Kan Kurumu da kusursuz sorumluluk ilkesi kapsamında sorumlu tutulmaktadır. (Broyelle, **agm.**, s. 6.)

¹²⁰⁴ Fransa'da 1998 yılına kadar kan ürünleri, kamuya ve özel kişilere ait kan aktarım merkezlerinde toplanmakta ve sağlanmaktaydı. Yine, kamusal ve özel hastanelerin bazıları da kan ürünlerinin sağlanmasını ve aktarımını gerçekleştirmekteydi. Bu dönemde, kan ürünü sağlayıcısı kamusal ve özel kuruluşların bu ürünlerin tedarikinin hızlı ve güvenilir şekilde sağlanmasından kusursuz sorumluluğu gerek idari ve gerek adli yargı makamları tarafından kabul edilmekteydi. (CE, 26.05.1995, *Cts. Pavan*, n° 151798, Rec. Lebon, 1995, Dalloz.fr. Aynı yönde Fransız Yargıtayı içtihadı için Cass Ière civ, 12.04.1995, *Consorts Martial c. Centre régional de transfusion sanguine de l'hôpital Purpan*, n° 92-20.747.) Fransız Kan Kurumu'nun kurulmasından önceki dönemde ise ikili bir ayırım yapılmakta, kan merkezi kamuya ait ise, idarenin kusursuz sorumluluğuna idari yargıda hükmedilmekte; özel teşebbüse ait olması durumunda ise, adli yargı mercileri tarafından kusursuz sorumluluk yönünde hüküm kurulmaktaydı. (Çağlayan, **age.**, s. 272.) Kusursuz sorumluluğun yargı makamlarınca kabul edilmesinin temelinde, zarara yol açan fiilin cezalandırılması değil, kan aktarımı nedeniyle

kanın her türlü zararlılıktan uzak olmasının idare bakımından bir yükümlülük olduğunu vurgulamış, kişilerin söz konusu kan aktarımı nedeniyle zarara uğraması ihtimalinde kusursuz dahi olsa idarenin sorumlu tutulacağına hükmetmiştir¹²⁰⁵. Ayrıca bu ihtimalde söz konusu kan aktarımı faaliyeti nedeniyle hastanın ölümü durumunda tazminat hakkı mirasçı tarafından kullanılabilecektir¹²⁰⁶.

Bunun yanında 31.12.1991 tarihli Kanunla Fransa’da, kan ürünlerinin aktarımı yoluyla bulaşan hastalıkların yol açtığı zararların karşılanması için ayrı bir fon kurulmuş ve zarara uğrayanlara idare dışında bu fona başvurarak da zararını tazmin etme imkanı sağlanmıştır¹²⁰⁷. Fona başvuran kişilere 3 ay içinde cevap verilmesi zorunlu olup, başvurunun reddi halinde zarar görenin fon aleyhine idari yargıda dava açma hakkı da ayrıca bulunmaktadır. Keza, zarar görenin zararının tazmini için fona başvurmuş olması, idare aleyhine dava açma hakkını engellememekte her iki usul

gerçekleşen olağan dışı zararın giderilmesi yatmaktadır. Yine bu dönemde, kan ürünlerinin sağlayıcısının hastane olması durumunda, idarenin söz konusu ürünün kalitesinden kusursuz sorumluluğu bulunmaktaydı. (CE ass, 26.05.1995, *Consorts N’Guyen*, n° 143238, Rec. Lebon, 1995, Dalloz.fr.) Buna karşılık, hastane söz konusu kan ürününü başka bir merkezden tedarik etmekteyse, bu durumda hastanenin bu kan ürünün kalitesinden ayrıca sorumluluğu bulunmamaktaydı. (CE, 26.05.1995, *Cts. Pavan*, n° 151798, Rec. Lebon, 1995, Dalloz.fr.) Buna karşılık, hastanın tedavisi sırasında kullanılan kan ürününü kendisinin de aralarında yer aldığı birden fazla merkezden tedarik etmesi ihtimalinde, hastane tüm kan ürünlerinin kaliteli ve güvenilir olmasından sorumlu tutulmaktaydı. (CE, 15.01.2001, *Assistance Publique-Hopitaux de Paris*, n° 208961, aktaran Didier Chavaux, “La responsabilité du fait de la transfusion sanguine. Elaboration de produits sanguins par plusieurs centres de transfusion”, **RFDA**, 2002, s. 139.) Öte yandan idarenin ayrıca özel kişiler tarafından sunulan kan tedariki hizmetlerinin gözetim ve denetiminden kaynaklanan sorumluluğu da bulunmaktaydı. (CE, 22.07.1994, *Maryam X*, n° 146583, Rec. Lebon, Dalloz.fr.; CAA Paris, 23.07.1994, *Consorts X*, n° 93PA00869, Rec. Lebon, 1994, Dalloz.fr.) Denetim yükümlülüğü kapsamında, gereken tedbirlerin alınmaması, kan ürünlerinin sistematik şekilde kusurlu temin ediliyor olması hallerinde idare sorumlu tutulmaktadır. Bunun yanında kan ürünlerinin yeterli ısıda korunmaması, aktarım kuruluşlarına gerekli testler yapılmadan iletiliyor olması ve bu hallerin süreklilik arz etmesi durumunda idarenin sorumluluğu söz konusu olmaktadır. (CAA Paris, 16.06.1992, *M. X*, n° 92PA00050, Rec. Lebon, 1992, Dalloz.fr.; CE ass, 09.04.1993, *M.G. M. B. M.D.*, n° 138653, Rec. Lebon, 1993, Dalloz.fr.) 01.07.1998 tarihli ve 98 – 535 sayılı Kanunla, kan tedarik hizmetleri, kamu tüzel kişiliğini haiz Fransız Kan Kurumu bünyesinde birleştirildi. Bu doğrultuda, kan ürünlerinden kaynaklanan zararlar nedeniyle sorumluluk bu Kurum’a karşı ileri sürülebilmektedir. (CE avis, 20.10.2000, n° 222675, Rec. Lebon, 2000, Dalloz.fr.) Fransız Kan Kurumu’na karşı idari yargıda açılan tam yargı davalarında hastalığın başka yolla bulaşmasının mümkün olmadığından davacı tarafından ortaya konulması yeterli olup, kusurunun bulunmadığını ispatlama yükümlülüğü Kurum’a aittir.

¹²⁰⁵ CE ass, 26.05.1995, *Consorts N’Guyen*, n° 143238, Rec. Lebon, 1995, Dalloz.fr. Bu kararında Fransız Danıştay’ı kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanması bakımından daha da ileri giderek kan yoluyla bulaşan, ancak yapılan kan aktarımından sonra tıp literatüründe keşfedilmiş olan hastalıkların naklinden dahi idarenin sorumlu tutulabileceğini ortaya koymuştur. Aynı yönde Fransız Danıştay’ı içtihadına ilişkin olarak bkz. Chapus, **age.**, s. 1341; Lachaume / Pauliat / Braconnier / Deffigier, **age.**, s. 813.

¹²⁰⁶ CAA Paris, 12.02.1998, *Consorts Peltier*, **AJDA**, 1998, Dalloz.fr.

¹²⁰⁷ Rivero / Waline, **age.**, s. 275; Gaudemet, **age.**, s. 191; Frier / Petit, **age.**, s. 574; Memetau / Girer, **age.**, s. 674; Laure / Anger, **age.**, s. 499.

birlikte işletilebilmektedir¹²⁰⁸. Her iki usulün birlikte işletilmesi halinde ise aynı zarar nedeniyle iki defa tazminat ödenemeyeceğinden, fon tarafından zarar görene ödenen meblağ, mahkeme tarafından belirlenecek tazminat miktarından düşülecektir¹²⁰⁹. Buna karşılık, Fransız Yargıtayı zarar görenin önce fona başvurusu ihtimalinde fonun ödemediği meblağ için dava açma hakkını yitireceğini kabul ederek fona başvuru hakkı ile hastane aleyhine dava açılmasını seçimlik usuller olarak kabul etmiştir¹²¹⁰. Zararın fon tarafından karşılanması durumunda, fon, zarar görenin alacağına halef olmakta ve idare aleyhine idari yargıda dava açarak ödediği miktarı tazmin edebilmektedir¹²¹¹.

Nitekim kan nakli yoluyla bulaşan bazı hastalıklardan dolayı idarenin kusursuz sorumlu olduğu hususu, 4 Mart 2002 tarihli Fransız Toplum Sağlığı Kanunu ile yasal dayanak da kazanmıştır. Anılan Kanun'un L. 102. maddesi uyarınca, kan nakli üzerine kişide Hepatit C virüsü görülmesi ihtimalinde idarenin kusursuz sorumluluğu bulunmaktadır¹²¹². Böyle bir ihtimalde, idare aleyhine dava açan zarar görenin, kan nakli gerçekleştiğini ve bu nakilden sonra hastalığa yakalandığına dair emareleri mahkemeye sunması yeterli olup, söz konusu hastalığın kan nakli ya da enjeksiyondan kaynaklanmadığını ispatlama yükümlülüğü idareye aittir¹²¹³. Ancak Fransız Danıştay kararlarında, Kanun'un 102. maddesinde öngörülen söz konusu kusur karinesinin davacının ispat yükünü tamamen ortadan kaldırmadığına, kan nakli ile hastalığın bulaşması arasındaki ilişkiyi ortaya koyacak yeterli delilin davacı

¹²⁰⁸ CE, 16.06.1997, *Assistance Publique – Hopitaux de Paris*, n° 158969, Rec. Lebon, 1997, Dalloz.fr.

¹²⁰⁹ CE avis, 15.10.1993, *Consorts Jezquel et Valleé*, n° 148888 148889, Rec. Lebon, 1993, Dalloz.fr.; CE, 16.06.1997, *Assistance Publique – Hopitaux de Paris*, n° 158969, Rec. Lebon, 1997, Dalloz.fr.

¹²¹⁰ Cass 2ème civ, 26.01.1994, JurisData: no: 1994 – 000355. Fransız Yargıtayı'nın bu içtihadı dava açma hakkının sınırlandığı gerekçesiyle AİHM önüne getirilmiş, başvuru Mahkeme tarafından reddedilmiştir. (AİHM, *Bellet / Fransa*, BN. 23805/94, T. 04.12.1995; AİHM, *F.E. / Fransa*, BN. 38212/97, T. 30.10.1998, Hudoc.echr.coe.int.)

¹²¹¹ CE, 23.09.1998, *Assistance Publique – Hopitaux de Paris*, n° 184162, Rec. Lebon, 1998, Dalloz.fr. Ayrıca belirtmek gerekir ki, fon tarafından ödenen meblağı tazmin etmek için idareye başvurulması zorunlu olup, fon aleyhine idari yargıda açılan davada mahkeme ayrıca halefiyet bakımından resen hüküm kurmamaktadır. (CE, 27.02.2002, *Assistance Publique de Marseille*, n° 184009 184306, Rec. Lebon, 2002, Dalloz.fr.)

¹²¹² Benzer sorunun yaşandığı Hepatit B hastalığında ise Fransız Danıştay kusur karinesi prensibini açık şekilde değil, üstü kapalı olarak kabul etmektedir. Kan nakli üzerine hepatit – B hastalığına yakalandığını ispat eden davacı ispat yükünü yerine getirmiş sayılmakta, hastalığın kan naklinden kaynaklanmadığını ispatlama yükümlülüğü idarede kalmaktadır. (CE, 09.03.2007, *S.*, n° 267635, Rec. Lebon, 2007, Dalloz.fr.) Konuya ilişkin Fransız Yargıtayı'nın içtihadı da aynı yöndedir. (Cass 1ère civ, 22.05.2008, JCP G 2008, II.10131)

¹²¹³ CE, 19.12.2007, *M. A.*, n° 289924, Inédit au Rec. Lebon, 2007, Dalloz.fr.; CE, 10.10.2003, *Arcangela T. et a.*, n° 249416, Rec. Lebon, 2003, Dalloz.fr.; CE, 16.03.2011, *M. Francisco A.*, n° 320734, Rec. Lebon, 2011, Dalloz.fr.; Cass 1ère civ, 05.03.2009, n° 08 – 14.729: JCP, n°15, 2009 –s. 45.

tarafından mahkemeye sunulması gerektiğine karar vermiştir¹²¹⁴. Öte yandan Fransız Danıştay'ının konuya ilişkin içtihadı incelendiğinde, kan naklinin yapıldığı tarih ile hastalığın ortaya çıktığı süre arasında geçen sürenin uzunluğunun idarenin sorumluluğu bakımından herhangi bir öneminin bulunmadığı dikkat çekmektedir. Bu süre birkaç haftadan ibaret olabileceği gibi¹²¹⁵, birkaç yıl da olabilmektedir¹²¹⁶. Buna karşılık, kusur karinesinin varlığını sürdürmesi için kan naklinin yapıldığı ve hastalığın ortaya çıktığı tarihler arasında hastaya başka bir benzer girişimsel müdahalenin yapılmamış olması¹²¹⁷ ya da zarar görenin hastalık bakımından herhangi bir risk oluşturacak davranışta bulunmaması gerekmektedir¹²¹⁸. Paris İdari İstinaf Mahkemesi tarafından 1998 yılında verilen bir kararda kan temin edilen kişilerin tümünün söz konusu hastalığı taşımadığının ispatlanmadığı durumlarda, tek bir sağlayıcının dahi test edilememiş olması ihtimalinde dahi idare aleyhine kusur karinesinin devam edeceğine karar verilmiştir¹²¹⁹.

Kanaatimizce, idareye böyle bir ispat imkanının tanındığı söz konusu ihtimali, kusursuz sorumluluk halinden ziyade, kusurluluk karinesi ya da ispat yükümlülüğünün ters çevrilmesi olarak nitelendirmek daha yerinde olacaktır. Zira bu durumda zararın kan naklinden kaynaklanmadığını ispatlayabilen idarenin sorumluluğu ortadan kalkabilecektir. Keza, esasen bu ihtimalde de idare kusuru nedeniyle tazminat ödemek zorunda kalmaktadır. Ancak çoğu zaman yukarıda öngörülen ispat yükümlülüğünün uygulamada yerine getirilememesi sebebiyle bu haller kusursuz sorumluluğa benzer sonuçlar yaratmaktadır.

Danıştay içtihadında ise, kan ürünlerine ilişkin hizmetlerin sunumundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda hizmet kusuru esasları uygulanarak hüküm

¹²¹⁴ CE, 29.06.2009, *Mlle. Sylvie A*, n° 285383, Rec. Lebon, 2009, Dalloz.fr.; TA Grenoble, 21.02.2000, *M. Syord*, n° 962624, *AJDA*, 2000, Dalloz.fr. Bu kapsamda davacının müdahalenin tarihi, hastalığın tespit edildiği tarihleri ortaya koyan delilleri mutlaka mahkemeye sunması gerekmektedir.

¹²¹⁵ CE, 19.10.2007, *Mme Marcelle C et a.*, n° 288224, Rec. Lebon, 2007, Dalloz.fr.

¹²¹⁶ CE, 10.10.2003, *Arcangela T. et a.*, n° 249416, Rec. Lebon, 2003, Dalloz.fr.

¹²¹⁷ CAA Bordeaux., 09.07.2009, n° 08BX00633, Rec. Lebon, 2009, Dalloz.fr. Buna karşılık, aynı sağlık kuruluşunda birden fazla girişimsel müdahale yapılması durumunda, zararın hangi müdahale sonucu oluştuğunun belirlenemediği hallerde, idarenin kusur karinesi ortadan kalkmayacaktır. (CE, 29.06.2009, *Mlle. Sylvie A*, n° 285383, Rec. Lebon, 2009, Dalloz.fr.)

¹²¹⁸ CAA Bordeaux, 29.10.2009, n° 08BX01861, Rec. Lebon, 2009, Dalloz.fr.

¹²¹⁹ CAA Paris, 12.02.1998, n° 050464, Rec. Lebon, 1998, Dalloz.fr.

kurulmaktadır¹²²⁰. Kan ürünlerinin aktarımında idare gerekli dikkat ve özeni göstermez ve bu nedenle söz konusu aktarım faaliyeti nedeniyle zarar meydana gelirse bu durumda hizmet kusuru oluşacaktır. Buna karşılık, kan ürünleri üzerinde gerekli tüm inceleme ve tetkiklerin özenli bir şekilde yapılması ihtimalinde zarar yine de gerçekleşmiş ise zarar, zarar görenin üzerinde kalacaktır.

Fransız hukukunda sağlık hizmetlerinden kaynaklanan kusursuz sorumluluğun kabul edildiği bir diğer faaliyet alanı ise zorunlu aşılamalardır. Fransız hukukunda kolluk faaliyeti olarak nitelendirilmekte olan zorunlu aşılamaların bir kısmı toplumun tümü bakımından uygulanmakta iken, diğerleri belli bir yaş, meslek ya da risk grupları bakımından zorunlu nitelik arz etmektedir¹²²¹. Çocuklar ve bebekler bakımından zorunlu tutulan aşilar ile aşılama takvimi Yüksek Sağlık Konseyi tarafından belirlenmektedir. Bazı aşilar ise, belli coğrafi bölgede yaşayan kişiler bakımından zorunlu olarak öngörülmüştür¹²²². Öte yandan, Fransız Toplum Sağlığı Kanunu'nun L 3111 - 7 hükmü uyarınca, Sağlık Bakanlığı'nın belli bir coğrafi alanda ve belli bir süreyle sınırlı olarak bazı aşiların zorunlu olarak uygulanmasına karar verme yetkisi bulunmaktadır. Buna karşılık, idare zorunlu aşılamaların belirlenmesinde anayasal bir gereklilik olan kamu sağlığının korunması amacıyla ve ölçülülük ilkesiyle sınırlandırılmıştır. Bu sınırların dışına çıkacak şekilde yapılan düzenlemeler ise Fransız Danıştayı tarafından iptal edilmektedir¹²²³.

Kolluk faaliyeti olarak kabul edilmesinin bir sonucu olarak, kişinin temel hak ve özgürlükleri bakımından bir sınırlama niteliği taşıyan zorunlu aşılama hallerinin mutlaka kanunda öngörülmesi gerekmektedir. Önüne gelen bir uyuşmazlıkta Fransız Danıştayı, kanuni bir düzenleme olmaksızın Tarım Bakanlığı tarafından zorunlu aşılama öngörülmesine ilişkin idari işlemin hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir¹²²⁴. Nitekim Anayasa Mahkememiz de bireysel başvuru yoluyla önüne

¹²²⁰ Dan.10.D., 22.11.1999, E. 1997/5590, K. 1999/6207, aktaran Bereket Baş, *age.*, s. 225. Yargıtay önüne gelen benzer bir uyuşmazlıkta, Sağlık Bakanlığı'na bağlı bir hastanede sezaryen ameliyatı sırasında verilen AIDS virüsü taşıyan kanın nakledilmesi sonucunda davacının AIDS hastalığına yakalanması nedeniyle oluşan zarar talep edilmiş, davayı idari yargının görev alanına girdiği gerekçesiyle reddetmeyen Yargıtay, söz konusu hizmetin kusurlu olduğu yönünde hüküm kurmuştur. (Yar.4.HD, 23.10.2001, E. 2001/7908, K. 2001/10071, aktaran Bereket Baş, *age.*, s. 81.)

¹²²¹ Truchet, *age.*, s. 102; Memetau / Girer, *age.*, s. 675.

¹²²² Laude / Mathieu / Tabuteau, *age.*, s. 37.

¹²²³ CE, 26.11.2001, n° 222741, www.legifrance.fr.

¹²²⁴ CE, 15.11.1996, *Association "Liberté, information, santé"*, n° 172806, Rec. Lebon, 1996, Dalloz.fr. Başka bir kararında ise Fransız Danıştayı, kreşlerde bazı aşiların zorunlu olarak yapılmasını

gelen bir uyuşmazlıkta aşılama faaliyetinin ancak kanunla öngörüldüğü hallerde zorunlu şekilde yerine getirilebileceğini vurgulamıştır¹²²⁵.

Zorunlu aşılama faaliyetleri olarak nitelendirilmesinin bir diğer sonucu da söz konusu müdahaleye rıza göstermeyen kişilerin birtakım yaptırımlara maruz bırakılmasıdır¹²²⁶. Örneğin, Fransız hukukunda aşılama ailesi tarafından onam verilmemesi nedeniyle zorunlu aşılama yapılamayan çocukların okula kaydı yasaklanabildiği gibi, aileler için ayrıca idari para cezası öngörülebilmektedir¹²²⁷. Öte yandan, Fransız Toplum Sağlığı Kanunu'nun L 3111-11 hükmü uyarınca zorunlu aşılar ücretsiz olarak yapılmaktadır.

Yukarıda daha ayrıntılı olarak incelendiği üzere Türk hukukunda bazı istisnai haller dışında bebek, çocuk ve yetişkinlerin bağışıklama kapsamında aşılama zorunlu değildir. İlginin rızası olmaksızın kural olarak aşılama yapılamaz. Buna karşılık, Fransız hukukunda 1 Temmuz 1964 tarihli kanun kapsamında bazı aşılama zorunlu olduğu kabul edilmiştir¹²²⁸. Bu Kanun'dan önceki dönemde ise aşılama faaliyetleri bakımından kusur sorumluluğu esas benimsenmiş olmakla birlikte, Fransız Danıştay bu kuralı kusur karinesi prensibini uygulamak suretiyle esnetmekteydi¹²²⁹.

Fransa'da 1964 tarihli Kanunla birlikte zorunlu aşılama faaliyetleri kapsamında kişilerin uğradıkları zararlardan idarenin kusursuz sorumluluğunun bulunması esas benimsenmiştir. 4 Mart 2002 tarihinde yürürlüğe giren Fransız Toplum Sağlığı Kanunu da, zorunlu aşılama faaliyetleri sonucunda ilgililerin zarara uğraması durumunda idarenin kusuru bulunmasa dahi sorumlu tutulacağı öngörülmüştür¹²³⁰. İliyet bağı bakımından zarara uğrayan kişinin aşılama faaliyeti sonucunda söz konusu zararın gerçekleştiğini ortaya koyması yeterlidir¹²³¹.

öngören idari işlemin kolluk işlemlerinin kanuniliği unusrunu taşımadığı gerekçesiyle iptal edilmesine karar vermiştir. (CE, 29.07.1994, *Courty*, n° 102334, Dalloz.fr.)

¹²²⁵ AYM, BB, *Halime Sare Aysal*, BN. 2013/1789, T. 11.11.2015, RG. 24.12.2015, S. 29572.

¹²²⁶ Laude / Mathieu / Tabuteau, *age.*, s. 39.

¹²²⁷ CE, 01.04.1977, *Deleersnyder*, n° 00941, Rec. Lebon, 1977, Dalloz.fr.

¹²²⁸ Code de la santé publique madde R3111-9. 2018 yılı için Fransa'da zorunlu aşılama kapsamındaki aşılama listesi için <http://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F724> (Erişim: 15.10.2017.)

¹²²⁹ CE ass, 07.03.1958, *Sec. d'Etat a la santé c. Dejours*, Rec. Lebon, 1958, s. 152.

¹²³⁰ Code de la Sante Publique Art. R3111-27.

¹²³¹ Cass 1ère civ, 23.09.2003, SAS Laboratoire Glaxo-Smith-Kline n° 020386, www.lexisnexis.com/fr (Erişim Tarihi: 16.10.2017.)

9 Ağustos 2004 tarihli Kanunla, Fransız Toplum Sağlığı Kanunu'nun L 3111. maddesinde yapılan değişiklikle, zorunlu aşılama faaliyetlerinden kaynaklanan zararların Devlet adına Ulusal Tazminat Ofisi (ONIAM) tarafından karşılanacağı öngörülmüştür¹²³². Bu durum esas zarara sebep olan idareyi sorumluluktan bağışık tutmamakta olup, tazminatı ödeyen Tazminat Ofisi zarar görenin alacaklarına halef olmaktadır. 2004 tarihli Kanun'un getirdiği bir diğer yenilik de Fransız Toplum Sağlığı Kanunu'nun L 3111-1. maddesiyle, başbakana verilmiş olan kanunda öngörülen zorunlu aşılama faaliyetlerini durdurma veya erteleme yetkisidir. Bu hüküm çerçevesinde başbakan kanunda zorunlu şekilde öngörülmüş olan bir aşının yapılmasını idari işlemle durdurabilmektedir¹²³³. Her ne kadar söz konusu yetki başbakana kanunla verilmiş de olsa, kanaatimizce bu düzenleme kolluk faaliyetinin kanuniliği ilkesi bakımından tartışma yaratabilecektir.

Aşılama faaliyetleri sonucunda idarenin kusursuz sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için içtihat yoluyla öngörülmüş olan iki şartın gerçekleşmesi gerekmektedir. İlk olarak, aşılama ile hastalığın belirtilerinin ortaya çıktığı tarih arasında yeterli sürenin bulunması gerekmektedir. İctihatta bu süre ortalama üç ay olarak öngörülmüştür. İkinci olarak, zarar görenin aşılama faaliyeti öncesinde sağlık durumunun yerinde olması ve ortaya çıkan hastalığa dair herhangi bir emarenin ortaya çıkmamış olması gerekmektedir¹²³⁴. Buna karşılık zorunlu aşılama kapsamında yer almayan aşılama faaliyetleri bakımından idarenin kusur sorumluluğu esası uygulanmaya devam edecektir.

Türk hukukunda ise, Danıştay içtihadında aşılama faaliyetleri kapsamında oluşan zararlarda kusur sorumluluğunun uygulandığı, kusursuz sorumluluk ilkesinin kabul görmediği görülmektedir¹²³⁵. Aşılama ve enjeksiyon faaliyetleri bakımından, ilk derece mahkemelerinin farklı gerekçelerle özellikle manevi zararlar bakımından

¹²³² Laude / Mathieu / Tabuteau, **age.**, s. 39. ONIAM'ın uyuşmazlık çözüm usulüne ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Esper / Dupont, **age.**, ss. 913-914; Markus, **agm.**, s. 18; Lambert - Faivre / Porchy – Simon, **age.**, s. 767.

¹²³³ Truchet, **age.**, s. 104; Morand – Deviller, **age.**, s. 715; Frier / Petit, **age.**, s. 574; Esper / Dupont, **age.**, s. 912.

¹²³⁴ CE, 09.03.2007, *Nadine S.*, n° 267635, Rec. Lebon, 2007, Dalloz.fr.; CE, 24.07.2009, *Hospices civils Lyon*, n° 308876, Rec. Lebon, 2009, Dalloz.fr.; TA Marseille, 05.11.2002, Molard, n° 01-5367, **AJDA**, 2002, s. 1502, Dalloz.fr.

¹²³⁵ Dan.10.D., 25.12.1995, E. 1995/3058, K. 1995/6698, aktaran Bereket Baş, **age.**, s. 84; Dan.15.D., 25.06.2015, E. 2014/8633, K. 2015/4625, aktaran Akgül, **agm.**, s. 287; Dan.10.D., 10.10.2000, E. 1999/3878, K. 2000/5131, aktaran Bal / Şahin / Karabulut, **age.**, s. 376.

kusursuz sorumluluk prensibini kabul ettikleri görülmekteyse de bu kararlar Danıştay tarafından bozulmaktadır. Danıştay önüne gelen bir uyuşmazlıkta, ilk derece mahkemesinin kararında davacıya uygulanan enjeksiyonun hatalı olduğuna ilişkin somut ve kesin delil bulunmadığı, enjeksiyonun doğru uygulanması durumunda dahi oluşan zararın ihtimal dahilinde bir komplikasyon olduğu vurgulandıktan sonra maddi tazminat talebi reddedilmiş, ancak manevi tazminat ödenmesi gerektiğine hükmedilmiştir. Danıştay ise idarenin hizmet kusurundan kaynaklanan bir zarar bulunmadığından bahisle maddi ve manevi zarara hükmedilmesinin mümkün olmadığına karar vermiştir¹²³⁶.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin bir kararında aşılama faaliyetine ilişkin olarak idarenin kusursuz sorumluluğu bulunduğu hükmedilmiştir¹²³⁷. Söz konusu karara konu olayda nöbet sırasında kuduz köpek tarafından ısırılan bir asker, askeri hastanede gerekli aşlamalar yapıp taburcu edildikten sonra hayatını kaybetmiştir. Önüne gelen uyuşmazlıkta Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, “(...) *Meydana gelen ölüm olayında idareye atfı kabil bir hizmet kusuru bulunmasa dahi ölüm olayının nöbet hizmeti esnasında meydana geldiği, hizmetle ölüm arasında illiyet bağı bulunduğu dikkate alınarak davacıların zararlarının, davacılar üzerinde bırakılmayarak tüm topluma yayılmasının hakkaniyete uygun olacağı düşünüldükçe meydana gelen zararın idarece kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca karşılanmasının gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.*” ifadelerine yer verdiği kararında tazminata hükmetmiştir. Kanaatimizce söz konusu kararda hükmedilen tazminatın dayanağı idarenin yürüttüğü aşılama faaliyetinin risk taşımasından ziyade, askerlik hizmetinin içinde barındırdığı mesleki risktir. Dolayısıyla karardan yola çıkarak Mahkeme'nin sağlık hizmetlerinde kusursuz sorumluluğu kabul ettiği sonucuna ulaşmak yerinde olmayacaktır.

Buna karşılık, aşılama bakımından, yürüttüğü riskli faaliyet nedeniyle oluşan zararlarda idarenin kusursuz sorumluluk esasları kapsamında tazminat ödemesi gerektiğine ilişkin görüş yargı kararlarında yer bulmaktadır. Hatay İdare Mahkemesi

¹²³⁶ Dan.15.D., 18.06.2015, E. 2014/9364, K. 2015/4241. Aynı yönde Dan.15.D., 25.06.2015, E. 2014/8633, K. 2015/4625.

¹²³⁷ AYİM 2.D, 01.10.2003, E. 2003/583, K. 2003/701, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Aşılama faaliyetine yönelik olarak aynı yöndeki Danıştay kararı için bkz. Dan.12.D., 28.04.1971, E. 1969/2929, K. 1971/1107, aktaran Esin, **age.**, s. 526; Dan.10.D., 13.01.1989, E. 1988/31, K. 1989/452, aktaran Karaeğ, **agm.**, s. 123.

tarafından verilen 2013 tarihli bir kararın azlık oyunda, başka olaylar ve durumlar için geçerli olan risk ilkesine dayanan kusursuz sorumluluk müessesesinin sağıktaki aşılama faaliyetlerinde de uygulanmasına bir engel bulunmadığı ve bu kapsamda idarenin sorumlu tutulması gerektiği açıkça ortaya konulmuştur¹²³⁸.

Sağık hizmetlerinde kusursuz sorumluluk esasının tartışmalı olduğu bir diğer alan ise akıl hastalarının tedavisidir. Akıl hastalarının tedavisinde idarenin kusursuz sorumluluğunun sorgulandığı bir kararında Danıştay, sağık kurumundaki tedavisi tamamlanan ve “sosyal şifa” durumunda bulunması gerektiğine dair sağık kurulu raporu üzerine serbest bırakılan akıl hastasının üçüncü kişileri yaraladığı uyuşmazlıkta, idarenin kusursuz sorumluluğuna hükmetmemiştir. Anılan kararda Mahkeme, tıbbi kontrol ve muhafaza altında tutulması gereken akıl hastasının serbest bırakılmasında idarenin ağır hizmet kusurunun bulunduğuna karar vermiştir¹²³⁹. Yayla ise, Danıştay’ın iki kararından hareketle akıl hastalarının tedavisi ve toplum içinde üçüncü kişilere verdikleri zararlar yönünden kusur şartı aranmaksızın idarenin sorumluluğuna gidilmesinin mümkün olduğunu ileri sürmektedir¹²⁴⁰.

¹²³⁸ “(...) her ne kadar genel olarak sorumluluk hukukunda, özel olarak da idarenin sorumluluğu bağlamında kusurlu sorumluluğun esas olduğu, kusursuz sorumluluğun ise istisnai durumlarda söz konusu olduğu bilinmekte ise de, yukarıda bahsedildiği üzere enjeksiyon uygulamalarının tam ve doğru olarak yapıldığında dahi komplikasyon olarak maddi / manevi daimi bir risk unsuru barındırdığı ve (tam yargı davaları kategorisinde de oldukça sık görüldüğünden) söz konusu risk unsurunun düşük önemsiz bir oranda olduğunun iddia edilemeyeceği açıktır. Netice olarak, sağıktaki enjeksiyon uygulamasının kendi bünyesinde bir risk (tehlike) içerdiği, yukarıda aktarılan bilimsel raporlar ile de sabittir.

O halde, idare hukukunda, başka olaylar ve durumlar için geçerli olan risk (tehlike) ilkesine dayanan kusursuz sorumluluk müessesesinin sağıktaki enjeksiyon uygulamalarına da uyarlanmasına engel bir durum bulunmamaktadır. Şöyle ki, eğer sağıktaki enjeksiyon uygulamaları (doğru yapıldığında dahi) kişilerde kalıcı veya geçici hasar bırakma riski taşıyorsa, hasar/zarar ile enjeksiyon uygulaması arasında bir nedensellik bağının mevcudiyeti, başka bir deyişle hasarın / zararın yapılan enjeksiyondan kaynaklandığının ortaya konulması halinde, idarenin enjeksiyon uygulamasından dolayı bir hizmet kusuru bulunmasa dahi, riske dayalı kusursuz sorumluluk ilkesi çerçevesinde ilgilinin zararları karşılanmalıdır. Bu doğrultuda sağıktaki enjeksiyon uygulamalarını da riske dayalı kusursuz sorumluluk bağlamı içinde ele almak hakkaniyete ve Anayasada tanımlanan sosyal Devlet ilkesine de uygun olacaktır.” (Hatay İdare Mahkemesi, 12.12.2013, E. 2009/1406, K. 2013/2294, Hakim Levent Akdoğan’ın azlık oyu.)

¹²³⁹ “(...) toplumsal güvenlik yönünden gerekli olduğu saptanmasına rağmen akıl hastası ilgilinin tıbbi kontrol ve muhafaza altında tutulmasını sağlamayan davalı idarelerin, akıl hastası kişinin tabancayla ateş etmesi sonucu davacının yaralanması olayında ağır hizmet kusurları bulunmaktadır. Dolayısıyla, olayda, (...) kusursuz sorumluluk esasına göre değil, fakat ağır hizmet kusuru nedeniyle davalı idarelerin tazmin sorumluluğu bulunduğunun kabulü gerekir.” (Dan.10.D., 04.11.1997, E. 1997/980, K. 1997/4114, aktaran Atay / Odabaşı, *age.*, s. 650.

¹²⁴⁰ Yayla, *age.*, s. 59. Aynı yönde görüş için bkz. Mustafa Köksal, “Risk İlkesinin İdareye Yüklediği Külfetler ve Güncel Yargı Kararları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 85, 2009, s. 260.

Fransız Danıştayı¹²⁴¹, akıl hastalarının tedavisinde topluma uyum sağlama ve sosyalleşme kapsamında hastaneden deneme amaçlı olarak çıkarılma sırasında üçüncü kişilerin uğrayacakları zararlarda da kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanacağını kabul etmiştir¹²⁴². Fransız Toplum Sağlığı Kanunu’nun L 3211–12 hükmü uyarınca, akıl hastalarının sosyalleştirilmesi ve topluma kazandırılması amacıyla 12 ila 48 saat süreyle, yalnız veya sağlık personelinin eşliğinde deneme çıkışı yapılması mümkündür. Deneme çıkışlarına ilişkin içtihadını geliştiren Fransız Danıştayı 1987 tarihli bir kararında ise, akıl hastalarının sağlık kuruluşu denetiminde koruyucu aile gözetimine verilmesi ihtimalinde de idarenin kusursuz sorumluluk ilkesi kapsamında sorumlu tutulacağına hükmetmiştir¹²⁴³. Buna karşılık, akıl hastanesi servisinde yatmakta olan hastalar bakımından kusursuz sorumluluk ilkesi kabul edilmemektedir¹²⁴⁴. Dolayısıyla akıl hastalarının üçüncü kişilere vereceği zararlar yönünden idarenin yalnızca deneme çıkışları ile sınırlı olarak kusursuz sorumluluğunun bulunduğu söylenebilecektir¹²⁴⁵.

Sağlık hizmetlerinde kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulama alanını en kapsamlı şekilde genişleten karar ise Fransız Danıştayı’nın vermiş olduğu *Bianchi* kararıdır¹²⁴⁶. Bu kararda Mahkeme, tedavi için zorunlu görülmekle birlikte sonucu tam olarak bilinmeyen tıbbi yöntemlerin uygulanmasından kaynaklanan zararlardan idarenin kusursuz da olsa sorumlu tutulması gerektiği yönünde hüküm kurmuştur¹²⁴⁷. Ancak, söz konusu tedavi sonrasında ortaya çıkan zarar olağanüstü ve anormal bir

¹²⁴¹ CE, 13.07.1967, *Département de la Moselle*, n° 65735, Rec. Lebon, 1967, Dalloz.fr.)

¹²⁴² Eric Péchillon, “La responsabilité administrative de l’établissement pratiquant du soin psychiatrique”, *CRDF*, N. 12, 2014, s. 82; Truchet, *age.*, s. 289; Laure / Anger, *age.*, s. 500; Helene Pauliat, “Le risque thérapeutique et la responsabilité medicale et hospitaliere sans faute”, *LPA*, 13.06.1994, n° PA199407002, Bkz. Lextenso.fr.

¹²⁴³ CE, 13.05.1987, *Mme Piollet*, n° 49199, Rec. Lebon, 1987, Dalloz.fr.

¹²⁴⁴ CE sect, 30.06.1978, *Mme Clotault*, n° 99514 01582, Rec. Lebon, 1978, Dalloz.fr. Aynı yönde öğretideki görüşler için bkz. Chapus, *age.*, s. 1343; Péchillon, *age.*, s. 79; Çağlayan, *age.*, s. 283.

¹²⁴⁵ CE, 22.12.1936, *Dame Veuve Apard*, Rec. Lebon, 1936, s. 1144; CE, 02.12.1936, *Dame Veuve Brun*, Rec. Lebon, 1936, s. 1054; CE, 20.01.1937, *Sieur Guillet*, Rec. Lebon, 1937, s. 79; CE, 03.02.1937, *Hospices Civils de Montpellier*, Rec. Lebon, 1937, s. 149. Buna karşılık, Fransız Danıştayı’nın akıl hastalarının tedavisi faaliyetini kolluk faaliyeti olarak nitelendirerek, bu faaliyetler kapsamında sorumluluğun söz konusu olabilmesi için ağır kusurun aranması gerektiğini kabul ettiği kararları da bulunmaktadır. (CE, 19.01.1945, *Département des Basses-Pyrénées contre Sieur Prat*, Rec. Lebon, 1945, s. 20.) Ancak Mahkeme, ağırlıklı içtihadında bu faaliyetlerin kolluk faaliyetinden ziyade kamu hizmeti olarak nitelendirilmesi gerektiğini kabul etmektedir. (CE, 04.11.1955, *Demoiselle Magnan*, Rec. Lebon, 1955, s. 522.)

¹²⁴⁶ CE, 08.11.1935, *Bianchi*, n° 69336, Rec. Dalloz, 1935, Dalloz.fr. Aynı yönde CE, 09.07.2003, *AP-HP*, n° 220437, Rec. Lebon, 2003; CE, 27.10.2000, *CH Aubagne*, n° 201790, *AJDA*, 2003; CAA, Lyon, 13.02.1997, *CH Thonon - les- Bains*, n°94LY0232, Rec. Lebon, 1997, Dalloz.fr.

¹²⁴⁷ Lachaume / Pauliat / Braconnier / Deffigier, *age.*, s. 811; Memetau / Girer, *age.*, s. 678; Lambert - Faivre / Porchy – Simon, *age.*, s. 754; Seiller, *age.*, s. 311; Esper / Dupont, *age.*, s. 924; Esper / Sargos, *age.*, s. 328, Pauliat, agm.

durum oluşturmuyor ise, idarenin kusursuz sorumluluğundan bahsedilmesi mümkün olmayacaktır¹²⁴⁸.

Bunun yanında, olağan dışı ve tehlikeli tıbbi yöntemlerden kaynaklanan zararlardan da kusursuz sorumluluk kapsamında idarenin sorumlu tutulabileceğine hükmedilmektedir. Lyon İdari İstinaf Mahkemesi'nin 1990 yılında verdiği bir kararında, olağan uygulama dışında ve tehlikeli olan ancak kişinin yaşamını tehdit etmeyen tıbbi yöntemler sonucunda kişinin ağır ve olağan dışı zararının oluşması ihtimalinde idare, kusuru olmasa dahi sorumlu tutulmaktadır¹²⁴⁹. Buna karşılık, daha önceden denenmiş olan ve sonuçları bilinen tedavi yöntemleri ancak idarenin kusur sorumluluğuna yol açabilecektir¹²⁵⁰.

Gerek sonucu bilinmeyen tedavi yöntemlerinin ve gerek olağan dışı ve tehlikeli tedavi yöntemlerinin uygulanmasında idarenin kusursuz sorumluluk esası çerçevesinde tazminat ödemesi için üç temel şartın bir arada bulunması gerekmektedir: Tedavi yönteminin olağan dışı olması, olağan tedavi yöntemleriyle hastanın iyileştirilmesinin mümkün olmaması ve uygulanacak olağan dışı tedavinin hastaya daha büyük zarar vereceğine dair herhangi bir emarenin somut olayda bulunmaması gerekmektedir¹²⁵¹. Türk öğretisinde de, ciddi derecede tehlike arz eden tıbbi yöntemlerin kullanılması halinde oluşan özel ve anormal zararlardan idarenin kusursuz sorumlu tutulması gerektiğini ileri süren görüşler bulunmaktadır¹²⁵².

Sağlık hizmetlerinin bünyesinde risk taşıması nedeniyle kusursuz sorumluluk esasının benimsenmesine ilişkin olarak Fransız Danıştay'ının 2012 tarihli bir kararı sorumluluk alanı bakımından oldukça genişletici bir yaklaşım ortaya koymuştur. Sağlık hizmetlerinde kullanılan ve niteliği gereği riskler taşıyan tehlikeli araç, gereç ve ekipmanın kullanılmasından kaynaklanan zararlar bakımından idarenin kusurunun

¹²⁴⁸ Gözler, **age.**, s. 1192; İnal, **agm.**, s.19.

¹²⁴⁹ CAA Lyon, 21.12.1990 *Consorts Gomez*, n° 89LY01742, Rec. Lebon, 1990, Dalloz.fr.

¹²⁵⁰ CAA Lyon, 17.10.1990, *M. Stefani M. Longin*, aktaran Jean-Pierre Jouguelet, François Loloum "Régime de la responsabilité sans faute de l'Etat en cas de préjudice corporel subi par les appelés du contingent effectuant leur service militaire", **AJDA**, 1991. Aynı yönde görüş için bkz. Çağlayan, **age.**, s. 284; Bereket Baş, **age.**, s. 81.

¹²⁵¹ Chapus, **age.**, s. 1343; Lambert - Faivre / Porchy – Simon, **age.**, s. 759; Ramazan Çağlayan, "Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusursuz Sorumluluğu", **Sağlık Hukuku Sempozyumu (Erzincan 15 – 16 Mayıs 2006)**, Ed. Cem Baygın, Yetkin Yayıncılık, 2007, s. 131.

¹²⁵² Arzu Dilaveroğlu, "İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Çerçevesinde Tehlike ve Sosyal Risk İlkesi", **Journal of History Culture and Art Research**, 6(3), s. 1375, <http://dx.doi.org/10.7596/taksad.v6i3.1008>, (Erişim Tarihi: 16.10.2017.)

bulunmadığı, ancak zarar ile fiil arasında illiyet bağının kurulabildiği hallerde idarenin kusursuz sorumluluğunun bulunacağı kabul edilmiştir¹²⁵³. Bu kararından hareketle, Fransız Danıştayı'nın risk sorumluluğu olarak yukarıda açıkladığımız kusursuz sorumluluk tipini tam olarak benimseme yönünde eğilim sergilediğini söyleyebiliriz.

Keza, Fransız Danıştayı bünyesinde risk taşıyan sağlık hizmetlerinin yürütülmesinde görevli sağlık personelinin temas kurduğu üçüncü kişilerin veya ailesinin, söz konusu hizmet nedeniyle zarara uğraması ihtimalinde idarenin kusursuz sorumlu tutulacağına hükmetmektedir¹²⁵⁴. Başka bir ifadeyle, sağlık hizmetlerinin yürütülmesi nedeniyle sağlık hizmeti personeli ve hizmetten yararlananlar dışında kalan üçüncü kişilerin uğramış olduğu zararlardan idarenin kusursuz sorumluluğu söz konusu olacaktır. Ulusal hukukumuzda da bazı kamu görevlilerinin yürüttükleri hizmet nedeniyle uğradıkları zararların tazminine yönelik farklı kanuni düzenlemeler yapılmıştır. Söz konusu düzenlemelerin temel gerekçesi, kamu görevlisinin yürüttüğü hizmeti nedeniyle bir zarara uğrarken, toplumun tümü ya da bir kısmının bu hizmetten yararlanmakta olduğudur. Bu zararın yalnızca kamu görevlisinin üzerinde bırakılmaması gerekmektedir¹²⁵⁵. Buna göre, kamu hizmetinde çalışan bir kişinin görevi sırasında ya da görevi sebebiyle bir zarara uğraması durumunda bu zarar hizmetin kaçınılmaz riski olarak kabul edilmektedir¹²⁵⁶. Danıştay da yerleşik hale gelmiş olan içtihadında, kamu görevlilerinin görevlerini yürütürken uğradıkları zararlar konusunda kusursuz sorumluluk esasını, “*mesleki risk*” olarak benimsediği ve idarenin tazminat ödemesine hükmettiği görülmektedir¹²⁵⁷. Bu kapsamda

¹²⁵³ CE, 12.03.2012, *Centre hospitalier universitaire de Besançon*, n° 327449, Rec. Lebon, 2012; Aynı yönde CE, 25.07.2013, *Falempin*, n°339922, *AJDA*, 2013, Dalloz.fr.

¹²⁵⁴ TA de Paris, *Epoux B.*, 20.12.1990, www.legifrance.gouv.fr. (Erişim Tarihi: 10.10.2017.) Söz konusu kararda mahkeme tedavi ettiği bir hastadan kendisine AIDS virüsü bulaşan bir hemşirenin bu virüsü eşine bulaştırması sonucunda eşinin uğramış olduğu zarar bakımından idarenin kusursuz sorumlu olduğuna hükmetmiştir.

¹²⁵⁵ Köksal, *agm.*, s. 261.

¹²⁵⁶ Günday, *age.*, s. 380; Çağlayan, *agm.*, s. 108.

¹²⁵⁷ “*Gelişen teknoloji ve ihtiyaçlara bağlı olarak idarenin yürüttüğü hizmetlerin bazılarının, bünyesinde risk taşıdığı görülmektedir. İşte içinde hizmetin özelliğinden kaynaklanan risk bulunan faaliyetlerden dolayı gerek bu faaliyeti yürüten idare ajanlarının gerekse hizmetten yararlananların ya da üçüncü kişilerin uğradıkları zararların kusursuz sorumluluk ilkesine göre tazmini gerekmektedir. (...) ilgililerin uğradığı zararın idare mahkemesi kararında belirtildiği gibi hizmet kusuru ilkesine göre değil, kusursuz sorumluluk (mesleki Risk) ilkesine göre tazmini gerekmektedir.*” (Dan.10.D., 23.06.1997, E 1996/3996, K 1997/2544, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Aynı yönde karar: “*(...) kamu görevlilerinin hizmet sırasında ve hizmetten doğan bir sebeple uğradıkları zararların, hizmetin sahibi olan idarece karşılanıp giderilmesi idare hukuku esaslarındandır. (...)*” (Dan.12.D., 22.12.1970, E. 1968/989, K. 1970/2493, aktaran Esin, *age.*, s. 291. Tıp fakültesi binasında görevli

Danıştay, tazminat olarak belirlediği tutardan varsa mevzuat kapsamında kamu görevlisine yapılan ödemeler düşüldükten sonra nihai meblağı belirlemektedir¹²⁵⁸.

Son olarak, Fransız Toplum Sağlığı Kanunu'nun L 1113-1 hükmünde, hastalara ait eşyaların kamu hastanelerinde çalınması, kaybolması ya da zarara uğraması durumunda idarenin kusursuz sorumluluk ilkesi çerçevesinde tazminat ödemekle yükümlü olduğu öngörülmüştür. Ancak söz konusu düzenleme yalnızca hizmetten yararlananlara ait eşyaları kapsamakta olup, hasta yakınları ya da üçüncü kişilerin uğradıkları zararlarda kusur sorumluluğu uygulanmaya devam etmektedir¹²⁵⁹.

Güran, toplumsal yaşam ve Devlet etkinliklerinin taşıdığı risklerin artması nedeniyle bu tehlikelerden doğan zararın belli kişilerin omuzlarına bırakılmayıp Devlet hazinesinden ödettirilmesinin külfetlerin dengelenmesi bakımından hakkaniyete ve sosyal Devlet ilkesine daha uygun olacağını vurgulamış; niteliği gereği riskler taşıyan sağlık hizmetleri alanında idarenin kusursuz sorumluluğunun derhal yürürlüğe sokulması gerektiğini savunmuştur¹²⁶⁰. Müellif özellikle nükleer tıp uygulamaları, beyin ameliyatları, akıl hastalarının bakımı ve muhafazası gibi özünde risk taşıyan sağlık hizmetlerinde oluşan zararın kusursuz sorumluluk kapsamında idare tarafından karşılanması gerektiğini belirtmiştir¹²⁶¹. Buna karşılık *Çınarlı*, kusursuz sorumluluk ilkesinin sağlık hizmetlerinden kaynaklanan zararlarda uygulanmasının kural olarak mümkün olmadığını, akıl hastalarının tedavisi gibi

hekimin başına raf düşmesi sonucunda ölümünün uyuşmazlık konusu olduğu bir kararda Danıştay, "(...) olay ile zararlı sonuç arasında uygun bir nedensellik bağının kurulabilmesi, idarenin kamu yararı düşüncesiyle yaptığı hizmetler dolayısıyla idareye yükletilebilecek bir kusur olmasa dahi özel bir zarara uğrayan kişilerin bu zararlarının tazminine karar verilebilmesi için yeterlidir. Bu zararın karşılanması kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinin bir sonucu olup, bu tür zararların zarar görenler üzerinde bırakılması hakkaniyete de uygun düşmez" gerekçesiyle idarenin kusursuz sorumluluğuna hükmetmiştir. (Dan.10.D., 15.06.1983, E. 1982/3852, K. 1983/1515, aktaran Bayındır, **agm.**, s. 562.

¹²⁵⁸ Dan.10.D., 18.03.2008, E. 2007/8532, K. 2008/1231; Dan.10.D., 16.09.2002, E. 2000/6171, K. 2002/2822; Dan.10.D., 23.06.1999, E. 1997/2596, K. 1999/3630, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Aynı yöndeki AYİM kararı için bkz. AYİM 2.D, 09.11.2005, E.2004/489, K.2005/785, **AYİMD**, S. 21.

¹²⁵⁹ Truchet, **age.**, s. 290; Welsch, **age.**, s. 238; Markus, **agm.**, s. 35.

¹²⁶⁰ Güran, **agm.**, s. 85 - 86. Aynı yönde görüş için bkz. Zuhale Bereket Baş, "Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesi Sonucu Ortaya Çıkan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu", **Danıştay ve İdari Yargı Günü 135. Yıl Sempozyumu**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No:68, 2004, s. 81; Avcı, **agm.**, s. 131; Akgül, **agm.**, s. 288; Köksal, **agm.**, s. 255.

¹²⁶¹ Güran, **agm.**, s. 22.

istisnai tıbbi faaliyetler bakımından idarenin kusursuz sorumluluğunun söz konusu olabileceğini ileri sürmektedir¹²⁶².

Kanaatimizce de sağlık hizmetleri bakımından kusursuz sorumluluk esaslarının uygulanmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Yukarıda açıklandığı üzere idarenin kusursuz sorumluluk esasları arasında yer alan risk ilkesi, idare tarafından yürütülmekte olan riskli faaliyetler nedeniyle olağan dışı zarara uğrayan kişilerin zararının, kusursuz dahi olsa idare tarafından karşılanmasına imkan vermektedir. Bu bakımdan niteliği gereği risk taşıyan sağlık hizmetlerinin hukuka ve tıbbi standartlara uygun şekilde sunumu sırasında hizmetten yararlananların ya da üçüncü kişilerin olağan dışı zarara uğraması durumunda, söz konusu zararın Devlet tarafından karşılanması, risk sorumluluğunun bir gereğidir. Ayrıca, sağlık hizmetlerinden kaynaklanan zararlarda ağır hizmet kusuru şartını öngördüğü içtihadının gerekçesinde sağlık hizmeti kapsamındaki faaliyetlerin niteliği gereği risk taşıdığına vurgu yapan Danıştay'ın, kusursuz sorumluluk esaslarını uygulamakta çekingen davranmasının da kendi içinde çelişki oluşturduğu görülmektedir.

Danıştay yukarıda anılan, kusursuz sorumluluk esasını dışladığı içtihadında niteliği gereği riskler taşıyan sağlık hizmetlerinden yararlanan kişilerin, söz konusu riskler hakkında bilgi sahibi olduklarını, tıbbi müdahaleye onam vermekle olağan ve öngörülebilir riskleri de kabul etmiş olduklarını ortaya koymuştur. Başka bir deyişle, hizmetten yararlanan kişi tarafından izin verilen riskin gerçekleşmesi durumunda idarenin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Kanaatimizce anılan gerekçe, kusursuz sorumluluk esaslarının sağlık hizmetleri bakımından tamamen dışlanması için yeterli değildir. Şöyle ki, sağlık hizmetleri kapsamında riskin gerçekleşmesi ve zararın oluşması halinde, ancak zarara uğrayanın söz konusu risk hakkında aydınlatılması ve riskin gerçekleşmesine izin vermesi durumunda idarenin riskli faaliyetten kaynaklanan sorumluluğu ortadan kalkacaktır¹²⁶³. Dolayısıyla, ilgilinin aydınlatılmamış olması durumunda söz konusu risk bakımından geçerli bir izni olmayacağından idarenin kusursuz sorumluluğu devam edecektir. İkinci olarak, aydınlatma yükümlülüğü kapsamında kişiye olağan ve öngörülebilir riskler hakkında bilgi verilmekte ve kişinin rızası alınmaktadır. Buna karşılık, öngörülemeyen, olağan

¹²⁶² Çnarlı, **age.**, s. 258. Aynı yönde Hızal, **age.**, s. 52.

¹²⁶³ Somer, **agm.**, s. 48.

dışı ya da bilinmeyen bir riskin gerçekleşmesi durumunda söz konusu risk komplikasyon olarak nitelendirilemeyeceğinden idarenin kusursuz sorumluluğu yine söz konusu olabilecektir. Zira bu ihtimalde, öngörülebilir bir risk söz konusu olmadığından kişi aydınlatılamayacak ve bu riske onam veremeyecektir¹²⁶⁴. Bu açıklamalar doğrultusunda, niteliği gereği içinde riskler taşıyan sağlık hizmetleri kapsamında, hizmetten yararlananların zarara uğraması ihtimalinde kusursuz sorumluluk esasının uygulanması gerektiğini savunmaktayız.

Nitekim, Danıştay kamu düzeninin sağlık unsurunun gerçekleştirilmesi kapsamında yürütülen kolluk faaliyetleri nedeniyle oluşan zararlarda idarenin faaliyeti ile zarar arasında nedensellik bağının bulunmasını sorumluluğun oluşması bakımından yeterli kabul etmiştir¹²⁶⁵. Sıtma Savaş Başkanlığı tarafından yapılan ilaçlama sırasında davacının iki ineğinin ölmesi nedeniyle oluşan zararın uyuşmazlık konusu yapıldığı kararda Danıştay, “(...) kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi sırasında fertlere ve özel mülkiyete verilen zararların fiil ile zararlı sonuç arasında illiyet bağının bulunması şartıyla ayrıca idarenin kusuru aranmadan hizmet sahibi idarelerce tazmin edilmesi hukukun genel ilkeleri ile hakkaniyet ve nesafet kuralları gereği olduğu gibi (...) Anayasa’nın 125. maddesine göre, idare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı gidermek zorundadır. Bu durumda olayla zarar arasında bir nedensellik bağı bulunması yeterlidir. Zira idare kamu yararı düşüncesi ile yaptığı hizmetler dolayısıyla, idareye yüklenebilecek bir hizmet kusuru olmadan da bazı kişilerin veya malların özel bir zarara uğramasına sebep olabilir. Bu zararın karşılanması kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinin bir sonucu” olduğu gerekçesiyle, kamu düzeninin sağlık unsurunun gerçekleştirilmesi amacıyla yürütülmekte olan kolluk faaliyetleri kapsamında, idarenin kusursuz sorumluluğunun söz konusu olabileceğini ortaya koymuştur.

Gerek içtihadın kendi içinde uyumunun ve gerek sosyal adaletin sağlanması bakımından kusursuz sorumluluk ilkesinin sağlık hizmetleri bakımından

¹²⁶⁴ Bir kararında Danıştay ameliyat sırasında ameliyat masasındaki ısıtıcı cihazın arızalanarak fazla ısınması nedeniyle hastanın vücudunda meydana gelen yanma olayında kusursuz sorumluluk ilkesine göre tazminata karar verilmesi gerekirken zararın hizmet kusuru ilkesine dayanılarak hüküm kurulmasının hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir. (Dan.10.D., 18.05.2007, E. 2007/9232, K. 2007/2720, aktaran Gökcan, **age.**, s. 1374.)

¹²⁶⁵ Dan.10.D., 21.02.1983, E. 1982/3142, K. 1983/322, aktaran Bayındır, **age.**, s. 561; Ayşe Almira Pazarcı, **Hasta Hakları ve İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Sorumluluğu**, Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2007, s. 123.

uygulanabilmesine imkan tanınması, bu yapılmıyorsa da *Duran*'ın ifade ettiği “*kusur karinesi*” esasının¹²⁶⁶ sağlık hizmetleri bakımından uygulanmasının yararlı olacağı kanaatindeyiz.

3. Kusursuz Sorumluluk Esasına Geçiş Bağlamında Kusur Karinesinin Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Sorumluluk Bakımından Uygulanabilirliği

Kusur sorumluluğunun uygulandığı hallerde esas olarak idarenin faaliyetinin hukuka uygun yürütüldüğü kabul edilmekte, aksinin zarar gören tarafından ispat edilmesi durumunda idare sorumlu tutulmaktadır. Kusur karinesinin kabul edildiği hallerde ise, yürüttüğü hizmet nedeniyle oluşan zararlardan idare kusurlu kabul edilmekte, zararın oluşumunda kusurunun bulunmadığının ispat yükü idareye bırakılmaktadır¹²⁶⁷. Bu karine, idarenin özellikle risk esasına göre sorumluluğuna neden sayılan tehlikeli faaliyet ve hizmetlerinde uygulanabilmektedir.

İdare hukukuna ilişkin ulusal mevzuatımızda ve Danıştay kararlarında kusur karinesi kavramı açıkça zikredilmemiştir. Fransız hukukunda ise sağlık hizmetlerine ilişkin bazı faaliyetlerde kusur karinesinin bulunduğu kabul edilmektedir¹²⁶⁸. Olağan tedavi yöntemlerinin uygulanmasına karşılık olağan dışı sonuçların ortaya çıkması¹²⁶⁹, hastalarda açıklanamayan, anormal lezyonların ortaya çıkması¹²⁷⁰,

¹²⁶⁶ Fransız Danıştay'ı kamu hastanelerinde yapılan tıbbi müdahale ve operasyonlardan idarenin esas olarak kusurunun varlığı halinde sorumlu olabileceğini ortaya koyarken, tıbbi müdahaleler kapsamında uygulanan ilaç ve yöntemler sonucunda hizmetten yararlananın sağlığında öngörülenin dışında yahut beklenenden daha ağır neticelerin meydana gelmesi halinde kusur karinesini uygulamaktadır. (Chapus, *age.*, s. 1299; Duran, *agm.*, s. 41.) Kusur karinesini sağlık hizmetleri bakımından savunan diğer görüşler için bkz. Ersöz, *agm.*, s. 933; Yılmaz, *agm.*, s. 137. ABD'nin bazı eyaletlerinde uygulanan *resipsaloquitur* prensibi de kusur karinesi ilkesi ile büyük ölçüde örtüşmektedir. Buna göre davacının, ihmal olmaması durumunda zararın ortaya çıkmayacağına ilişkin delilleri ortaya koyması yeterli olup, kusursuzluğunu ispat yükümlülüğü hastaneye ait olmaktadır. Buna karşılık, Amerikan mahkemeleri, kusurun çok açık ve belirgin olduğu hallerde söz konusu prensibi dahi uygulamaksızın tazminata hükmetmeyi tercih etmektedir. İsviçre ise sağlık hizmetlerinden kaynaklanan sorumluluk davalarında kanıt kurallarını en katı uygulayan ülkelerin başında gelmekte olup, davacının hekimin hatasını, zararını ve illiyet bağıını ispatlama yükümlülüğü sıkı şekilde aranmaktadır. (Hızal / Çınarlı, *agm.*)

¹²⁶⁷ Morand – Deviller, *age.*, s. 722; Rivero / Waline, *age.*, s. 284; Frier / Petit, *age.*, s. 567.

¹²⁶⁸ CE, 21.03.2008, n° 266154, Rec. Lebon, 2008, Dalloz.fr. Nitekim Fransız Danıştay'ı da sağlık hizmetleri alanında 1955'ten bu yana sürdürdüğü içtihadında kusur karinesini benimsemiştir. Bu kapsamda Mahkeme, idarenin ancak gerekli önlemleri aldığını, kusurunun bulunmadığını kanıtlamak suretiyle sorumluluktan kurtulabileceğini ortaya koymuştur. (Kaplan, *agm.*)

¹²⁶⁹ CE, 23.02.1962, *Meier*, n° 35778, Rec CE 1962; CAA Lyon, 11.05.1994, *Perrin*, n° 046740, Dalloz.fr. Bu ihtimalin gerçekleşmesi için üç koşulun bir arada bulunması gerekmektedir. Hastanın sonuçları itibarıyla ağır olmayan bir hastalık nedeniyle hastaneye gelmiş olması, söz konusu hastalıkla ilgisi olmayan birtakım semptomların hastada gerçekleşmesi ve bu gelişen semptomlar nedeniyle hastanın anormal bir zarara uğraması gerekmektedir. (Clement, *age.*, s. 147.) Başta anestezi olmak

psikiyatri hastane ve servislerinde ortaya çıkan beklenmedik durumlarda¹²⁷¹ idare aleyhine kusur karinesinin bulunduğu kabul edilmektedir. Yukarıda daha ayrıntılı olarak belirttiğimiz üzere, psikiyatrik tedavi sunan sağlık kuruluşlarının hastalar üzerinde gözetim ve denetim yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu doğrultuda sağlık kuruluşu içinde hastaların birbirlerine ya da kendilerine zarar vermesi durumunda idarenin sorumlu olduğu kabul edilmekte, idare bu sorumluluktan ancak her türlü tedbiri aldığını ve hiçbir kusurunun bulunmadığını ispatlaması durumunda kurtulabilmektedir¹²⁷².

Yukarıda açıkladığımız üzere Fransız Toplum Sağlığı Kanunu'un L 102. maddesi çerçevesinde, kan ürünlerinin nakli sırasında bulaşan hastalıklardan dolayı idarenin kusursuz sorumlu olduğu öğreti ve yargı kararlarında kabul edilmektedir¹²⁷³. Ancak Fransız Danıştay bu ihtimalde, söz konusu hastalığın kan nakli ya da enjeksiyondan kaynaklanmadığını ispatlama yükümlülüğünün idareye ait olduğunu kabul etmiştir¹²⁷⁴. İdareye kusursuzluğunu ispatlayarak sorumluluktan kurtulma imkanının verilmiş olması ise, buradaki sorumluluk türünün kusursuz sorumluluk olarak değil, kusur sorumluluğu olarak nitelendirilmesini gerektirmektedir. Zira bu durumda zararın kan naklinden kaynaklanmadığını ispatlayabilen idarenin sorumluluğu ortadan kalkabilecektir. Kusursuz sorumlulukta ise hiçbir kusuru bulunmayan idarenin, esas olarak hukuka uygun olan eylemli nedeniyle oluşan zararı gidermesi söz konusudur. Bu nedenle yukarıda zikredilen Kanun hükmünün Fransız

üzere insan vücuduna tıbbi madde zerk edilmesi suretiyle gerçekleştirilen tedavilerde de Fransız Danıştay kusur karinesi ilkesini uygulamıştır. (CE, 08.12.1989, Mme. Hairon Lescure, n° 80341, Rec. Lebon, 1989, Dalloz.fr.)

¹²⁷⁰ CE, 01.03.1989, *Epoux P*, n° 67255, Rec. Lebon, 1989, Dalloz.fr.

¹²⁷¹ CE, 09.03.2009, *CHS Saint Venant*, n° 303983, Rec. Lebon, 2009, Dalloz.fr.

¹²⁷² CE, 23.06.1986, *CHS de Maison – Blanche contre Consorts Gil – Garcia*, Rec. Lebon, 1986, s. 706; CE, 12.10.1983, *Consorts Rolland*, Rec. Lebon, 1983, s. 5591; CE, 20.01.1989, *Hopitaux civils de Thiers contre Mme Pinay*, Rec. Lebon, 1989, s. 909.

¹²⁷³ CE, 09.03.2007, *S.*, n° 267635, Rec. Lebon, 2007, Dalloz.fr. Konuya ilişkin Fransız Yargıtayı'nın içtihadı da aynı yöndedir. Cass 1ère civ, 22.05.2008, JCP G 2008, II.10131. Bu yöndeki öğretideki görüşler için, bkz. Chapus, *age.*, s. 1341; Memetau / Girer, *age.*, s. 673; Lachaume / Pauliat / Braconnier / Deffigier, *age.*, s. 813; Rivero / Waline, *age.*, s. 275; Gaudemet, *age.*, s. 191; Frier/ Petit, *age.*, s. 574.

¹²⁷⁴ CE, 19.12.2007, *M. A.*, n° 289924, Inédit au Rec. Lebon, 2007, Dalloz.fr.; CE, 10.10.2003, *Arcangela T. et a.*, n° 249416, Rec. Lebon, 2003, Dalloz.fr.; CE, 16.03.2011, *M. Francisco A.*, n° 320734, Rec. Lebon, 2011, Dalloz.fr.; Cass 1ère civ, 05.03.2009, n° 08 – 14.729; JCP, n°15, 2009 –s. 45. Bu yöndeki içtihadı ilişkin değerlendirme için bkz. Conseil d'Etat, "L'Engagement de la responsabilité des hopitaux publics", *Les dossiers thématiques du Conseil d'Etat*, 2015, Conseil-etat.fr., s. 5 vd.

Danıştayı uygulaması ile birlikte değerlendirilmesi durumunda buradaki sorumluluk esasının da kusur karinesine dayandığını söylemek mümkündür¹²⁷⁵.

Yine, Fransız Danıştayı ağırlıklı içtihadında hastane enfeksiyonu nedeniyle kişinin zarara uğraması ihtimalinde kusur karinesinin uygulanması suretiyle idare aleyhine tazminata hükmetmektedir¹²⁷⁶. 2002 tarihli Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce Fransız Danıştayı tarafından içtihat yoluyla benimsenen¹²⁷⁷ hastane enfeksiyonundan kaynaklanan zararlarda kusur karinesi, anılan Kanun'un L 1142-1 hükmünde kanuni dayanak bulmuştur¹²⁷⁸. Buna göre, koruyucu, teşhis ve tedavi edici sağlık hizmetlerinin yürütülmesi sırasında sağlık kuruluşlarında ortaya çıkan hastane enfeksiyonlarından kaynaklanan zararlardan, söz konusu enfeksiyonun dışsal kaynaklı olduğunu ispatlamadıkça idare sorumlu olacaktır¹²⁷⁹.

Hastane enfeksiyonu sebebiyle idare aleyhine kusur karinesinin oluşması için iki temel şartın birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Kişinin hastaneye yattığı tarihte enfeksiyonu taşıdığına dair herhangi bir emarenin bulunmaması ve söz konusu zararın mikrop hücrelerinin kişinin vücuduna girmesinden kaynaklanmış olması durumunda kusur karinesi gerçekleşecektir¹²⁸⁰. Aksi halde kusur karinesinin uygulanması mümkün olmayacaktır. Bu kapsamda idare, hastanın sağlık kuruluşuna başvurmadan önce söz konusu mikrobu taşıdığını ispatlamadığı sürece zarardan sorumlu olmaktaydı¹²⁸¹.

¹²⁷⁵ Aynı yönde Laude / Mathieu / Tabuteau, *age.*, s. 464.

¹²⁷⁶ CE, 30.04.2014, n° 357046, Rec. Lebon, 2014; CE, 09.12.1988, *Cohen*, n° 65087, *AJDA*, 1989, Dalloz.fr.; CE, 01.03.1989, Bailly, n° 61406, *AJDA*, 1991, Dalloz.fr.; CE, 25.01.1974, *Centre hospitalier Sainte – Marthe – d'Avignon*, n° 85307, Rec. Lebon, 1974, Dalloz.fr.; CAA Bordeaux, 02.02.1998, *Consorts Fraticola c/ Département de l'Aude*, *AJDA*, 1998, Dalloz.fr.; CE, 14.06.1991, *Maalem*, n° 65459, Rec. Lebon, 1991, Dalloz.fr.; CE, 18.11.1960, Savelli, n° 27844, Rec. Lebon, 1960, Dalloz.fr. Bunun yanında öğretide, hastane enfeksiyonu nedeniyle kişinin zarara uğradığı hallerde idarenin risk sorumluluğu kapsamında kusursuz sorumluluğunun kabul edilmesi gerektiğini ileri süren görüşler de bulunmaktadır.(Clement, *age.*, s. 241)

¹²⁷⁷ CE, 18.11.1960, Savelli, n° 27844, Rec. Lebon, 1960, Dalloz.fr. Ancak 2002 tarihli Kanun'dan önceki dönemde Fransız Danıştayı'nın kusur karinesini benimsemediği, hastane enfeksiyonları bakımından da kusur sorumluluğunu sıkı şekilde uyguladığı kararları da bulunmaktadır. (CE, 25.01.1974, *Centre hospitalier Sainte-Marthe d'Avignon*, n° 85307, Rec. Lebon, 1974, Dalloz.fr.

¹²⁷⁸ Önceki içtihat döneminde verilen karar örnekleri için bkz. Esper / Saros, *age.*, ss. 483-487.

¹²⁷⁹ Cyril Clement, "La responsabilité des établissements de santé du fait des infections nosocomiales", *LPA*, 02.09.1999, n° PA199917502, s. 12, Lextenso.fr.; Laude / Mathieu / Tabuteau, *age.*, s. 459; Esper / Sargos, *age.*, s. 488.

¹²⁸⁰ CE, 27.09.2002, n° 211370, Rec. Lebon, 2002, Dalloz.fr.; CE, 25.10.2006, n° 257700, Rec. Lebon, 2006, Dalloz.fr. Aynı yönde CAA, Nancy, 05.04.2007, n°06NC01191, Rec. Lebon, 2007, Dalloz.fr.; TA Rennes, 28.04.1993, Caroff, req. No: 901297, aktaran Clement, *age.*, s. 247.

¹²⁸¹ CE, 06.03.2015, n° 368520, *AJDA*, 2015, Dalloz.fr.; CE, 17.02.2012, n°342366, Rec. Lebon, 2012, Dalloz.fr.; CAA Versailles, 19.11.2013, n° 12VE4186, *AJDA*, 2013, Dalloz.fr.

2011 tarihli içtihat değişikliği ile Fransız Danıştay kusur karinesini bir adım daha ileri götürerek, hastanın sağlık kuruluşuna başvurmamasından önce vücudunda mikrobun pasif olarak bulunduğu hallerde dahi, tıbbi müdahale sonrasında enfeksiyonun aktif hale gelmesi durumunda idarenin sorumluluğunun bulunduğu karar vermiştir¹²⁸². Başka bir deyişle, bu ihtimalde tıbbi müdahale hastanın vücudunda bulunan, ancak zarar oluşturmeyen mikrobu aktif hale getirerek zarara yol açmıştır. Bu içtihadıyla Fransız Danıştay, hastane enfeksiyonlarına ilişkin uyuşmazlıklarda idarenin sorumluluktan kurtulmasını oldukça güçleştirmiş, adeta kusursuz sorumluluk benzeri bir uygulama benimsemiştir. Buna ek olarak, Fransız Danıştay, hastanın kuruluşa yatırıldığındaki sağlık durumunun ciddi düzeyde kötü olmasının, enfeksiyondan kaynaklanan sorumluluğu ortadan kaldıran dışsal bir etken olarak kabul etmemiştir¹²⁸³.

Bunun yanında Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi, “*serbest hekimlik adacıkları*” kapsamında özel hukuk hükümlerine tabi olarak kamusal sağlık kuruluşlarında faaliyet yürüten kamu personeli hekimlerin yürüttükleri tedavi faaliyetleri sırasında hastaya hastane enfeksiyonu bulaşması durumunda, sağlık kuruluşunun idari sorumluluğunun bulunacağına hükmetmiştir¹²⁸⁴. Zira bu durumda kusurlu olan hekim değil, sağlık hizmetinin kendisidir.

Nitekim Fransız Yargıtay da hastane enfeksiyonları bakımından önceki tarihli kararlarında¹²⁸⁵ reddettiği kusur karinesini, daha yeni tarihli kararlarında uygulamıştır¹²⁸⁶. İlk kararlarında yalnızca hastaya ameliyathanede bulaşan mikroplardan kaynaklanan enfeksiyonlar bakımından kusur karinesini benimseyen

¹²⁸² CE, 10.10.2011, *Centre hospitalier universitaire d'Angers*, n° 328500, Rec. Lebon, 2011; CE, 25.07.2013, *M.A.*, n° 345646, Rec. Lebon, 2013, Dalloz.fr.

¹²⁸³ CE, 17.02.2012, n° 342366, Rec. Lebon, 2012, Dalloz.fr.

¹²⁸⁴ TC, 19.03.1979, Babsky, n° 02106, *AJDA*, 1980, Dalloz.fr. Aynı yönde Paris İdari İstinaf Mahkemesi kararı için bkz. CAA Paris, 21.10.1997, *De Cambonne*, n° 95PA03986, Rec. Lebon, 1997, Dalloz.fr.

¹²⁸⁵ Cass 1ère civ, 19.02.1991, Jurisdata no: 001245; Cass 1ère civ, 09.10.1985, Jurisdata no: 002622, aktaran Clement, *age.*, s. 249. Aynı yöndeki idari istinaf mahkemesi kararı için bkz. CA Rouen, 13.04.1994, n° 043168, RDSS 1995, Dalloz.fr.

¹²⁸⁶ Cass 1ère civ, 21.05.1996, *La clinique Bouchard et Autre*, n° 001983, **Revue de Responsabilité Civile et Assurance**, n° 6, 1996. Ancak burada belirtmek gerekir ki kusur karinesini uygulayan Fransız Yargıtay, kararlarında bu kavramı açıkça zikretmekten kaçınmaktadır. Fransız Yargıtay'ın içtihadı incelendiğinde uygulanan kusur karinesinin aksinin ispatlanması oldukça zor olan özel hukuktaki karineyi değil; aksinin ispatlanmasını idareye yükleyen idare hukuku anlamındaki karineyi çağrıştırdığını söylemek yanlış olmayacaktır. Bu doğrultuda Yüksek Mahkeme'nin kararlarında bu kavramı açıkça kullanmaması bilinçli bir tercihtir.

Fransız Yargıtayı¹²⁸⁷, daha sonraki tarihli kararlarında sağlık kuruluşunda bulaşan tüm enfeksiyonlar bakımından kusur karinesini uygulamaya başlamıştır¹²⁸⁸. Fransız Danıştay'ının içtihadında olduğu gibi, Fransız Yargıtayı da enfeksiyonun dışsal bir etkenden kaynaklanmadığını ispatlayamayan sağlık kuruluşunun oluşan zarardan sorumlu olacağı yönünde hüküm kurmaktadır¹²⁸⁹.

Öte yandan Fransız Toplum Sağlığı Kanunu'nun L 1142 – 17 hükmünde hastane enfeksiyonundan kaynaklanan zararlar bakımından yukarıda açıklanan haller dışındaki ihtimaller için de ayrı bir tazminat rejimi öngörülmüştür. Buna göre, idarenin kusurlu olmaması ve Kanun'un L 1142 – 1 maddesi çerçevesinde enfeksiyonun dışsal bir etkenden kaynaklandığının idare tarafından ispatlanması durumunda hastanın ağır bir zararının oluşması ihtimalinde¹²⁹⁰, söz konusu zarar ulusal dayanışma prensibi kapsamında ONIAM tarafından karşılanacaktır¹²⁹¹. Oluşan zararının bu kapsamda tazmini için kişinin bedensel bütünlüğünün en az, %25'inin kaybı ya da kişinin yaşamını yitirmesi gerekmektedir¹²⁹². Ayrıca söz konusu oranın belirlenmesinde yalnızca zararın ilk oluştuğu andaki büyüklüğü değil, olası gelişimi sonucunda oluşabilecek zararların da dikkate alınması gerekmektedir¹²⁹³. Dolayısıyla Kanun'da hastane enfeksiyonundan kaynaklanan zararların tazmini bakımından ikili bir ayırım yapıldığı, mikrobun dışsal kaynaklı olduğunun ispatlanamadığı hallerde kusur karinesi çerçevesinde idarenin sorumlu olacağı, mikrobun dışsal kaynaklı olduğunun ispatlanması halinde ise, zararın belli bir ağırlıkta olması durumunda

¹²⁸⁷ Cass 1ère civ, 21.05.1996, Bonnici, n° 94-16586, Rec. Dalloz, 1997, Dalloz.fr.

¹²⁸⁸ Cass 1ère civ, 16.06.1998, Clinique Belledonne, n° 97-18.481, 97-18.509, 97-19.131, Rec. Dalloz, 1998, Dalloz.fr. Fransız Yargıtayı'nın hastane enfeksiyonlarından kaynaklanan zararların tazmini bakımından kusurun ispatlanması zorunluluğunu terk ederek kusur karinesine evrilen içtihadına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Hubert Groutel, "Chronique: La responsabilité des cliniques en cas d'infection contractée par un patient", **Revue de Responsabilité Civile et Assurance**, n° 6, 1996.

¹²⁸⁹ Cass 1ère civ, 29.06.1999, n° 97-15.818, Rec. Dalloz, 1999, Dalloz.fr. Aynı yöndeki istinaf mahkemesi kararı için bkz. CA Paris, 19.03.1999, n° 022958, Rec. Dalloz, 1999, Dalloz.fr.

¹²⁹⁰ Fransız Danıştay'ının kararlarında "ağır zarar" koşulunun dar yorumlanması suretiyle ONIAM'ın tazminat yükünü azaltma yönünde eğilim sergilendiği dikkat çekmektedir. Bazı kararlarında Mahkeme, zararın ağırlığının tespitinde, kişiye hiç tıbbi müdahale yapılmaması ihtimalinde oluşacak durumla, müdahaleden sonra oluşan durumu kıyaslamak suretiyle hüküm kurmuştur. (Kararlar için bkz. Esper / Sargos, **age.**, s. 556.)

¹²⁹¹ Morand – Deviller, **age.**, s. 715; Esper / Sargos, **age.**, s. 555; Laure / Anger, **age.**, s. 522; Audrey Margraff, Mikael Benillouche, George Faure, Jacqueline Flauss-Diem, Florence Jamay, Gaetan Guerlin, Cecile Manaouil, "Chronique de droit des Patients II", **LPA**, 01.03.2016, n°PA201604303, Lextenso.fr..

¹²⁹² Paillard, **agm.**; Esper / Dupont, **age.**, s. 903; Esper / Sargos, **age.**, s. 489; Christophe Alonso, "Infections nosocomiales: a qui la faute?", **LPA**, 22.06.2011, n° PA201112305, s. 13, Lextenso.fr.; Laude / Mathieu / Tabuteau, **age.**, s. 460; Laude / Mathieu / Tabuteau, **age.**, s. 531; Lambert - Faivre / Porchy – Simon, **age.**, s. 764.

¹²⁹³ Margraff / Benillouche / Faure / Flauss-Diem / Jamay / Guerlin / Manaouil, **agm.**

ulusal dayanışma kapsamında tazminat ödeneceği söylenebilecektir¹²⁹⁴. Fransız Toplum Sağlığı Kanunu'nun L 1142 – 21 hükmü uyarınca, ONIAM'ın yalnızca idarenin kusurlu olması durumunda ödediği tazminatı sağlık kuruluşuna rücu etme imkanı bulunduğundan, bu ihtimalde ONIAM tarafından ödenen tazminatın sağlık kuruluşuna rücu edilmesi de mümkün olmayacaktır¹²⁹⁵. Bu kapsamda, sağlık personelinin kullanılan araç ve tıbbi cihazların sterilizasyonuna ilişkin kurallara uymaması, hijyen protokollerini ihlal etmesi ya da hastane enfeksiyonlarına ilişkin riskler bakımından hastayı aydınlatmaması hallerinde hizmetin kusurlu olduğu kabul edilmektedir¹²⁹⁶. Bu hallerde hastanın zararını tazmin eden ONIAM, ödediği miktarı sağlık kuruluşuna rücu edebilecektir.

Fransız hukukunda kusur karinesinin benimsendiği bir diğer durum da hastanın aydınlatılmış onamının alındığının açıkça ortaya konulamadığı hallerdir¹²⁹⁷. Şöyle ki, acil haller ile onam alınmasının mümkün olmadığı durumlar dışında, tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getiren aydınlatılmış onam yükümlülüğünün yerine getirildiğini ispatlama yükü idareye aittir. Bu bakımdan, aydınlatılmış onam alınmaksızın tıbbi müdahale gerçekleştirildiği iddiasıyla açılan davalarda, davacı lehine kusur karinesi işletilmekte, aydınlatmanın yapıldığını ve onamın alındığını ispatlamak idareye yüklenmektedir¹²⁹⁸.

Sayılan bu hallerde ortaya çıkan zararlardan kusursuzluğunu ispatlamadığı sürece idare sorumlu olacaktır. Buna karşılık, kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulandığı hallerden farklı olarak, bu ihtimallerde idarenin sorumluluktan kurtulma imkanı da sürmektedir.

Ulusal hukukumuzda ise, hastane enfeksiyonlarından kaynaklanan zararlar nedeniyle açılan tam yargı davalarında Danıştay içtihadında esas olarak hizmet kusuru prensibinin uygulandığı görülmektedir. Başka bir deyişle, söz konusu enfeksiyonun idarenin kusurundan kaynaklandığı ispatlanmadıkça idare sorumlu

¹²⁹⁴ Buna karşılık, bazı idari istinaf mahkemesi kararlarında, mahkemenin hukuki hataya düşerek Kanun'un L 1142 – 21 hükmünün uygulandığı hallerde de zararın belli bir ağırlıkta olması şartını aradıkları dikkat çekmektedir. Ancak Fransız Danıştay bu kararları hukuka aykırı bularak bozmuştur. (CE, 21.03.2011, *Centre hospitalier de Saintes*, n° 334501, Rec. Lebon, 2011, Dalloz.fr.)

¹²⁹⁵ Alonso, **agm.**

¹²⁹⁶ Alonso, **agm.** ; Laude / Mathieu / Tabuteau, **age.**, s. 537.

¹²⁹⁷ Frier / Petit, **age.**, s. 566; Memetau / Girer, **age.**, s. 670; Laure / Anger, **age.**, s. 495.

¹²⁹⁸ CE, 05.01.2000, *Consorts T*, n° 181899, Rec. Lebon, 2000, Dalloz.fr.

tutulamayacaktır¹²⁹⁹. İdare hukuku anlamında gerek öğreti ve gerek Danıştay kararlarında açıkça zikredilmeyen kusur karinesi kavramı ulusal hukukumuzda üstü örtülü şekilde uygulanmaya başlamıştır¹³⁰⁰. Fransız hukukunda olduğu gibi, hastane ortamında ortaya çıkan enfeksiyonlar nedeniyle hizmetten yararlanan kişilerin uğradıkları zararlardan, aksini ispat etmedikçe, idarenin sorumlu olduğu Danıştay tarafından da kabul edilmiştir. Nitekim, bir kararında Danıştay kusur karinesini üstü örtülü şekilde uygulamıştır¹³⁰¹: “*Davacı tarafından, annesinin ameliyat esnasında bu bakteriyi kapıldığı, bu nedenle manevi tazminat istemiyle bakılan davanın açıldığı, davacı yakınının (...) ameliyat öncesinde, farklı enfeksiyonlara neden olabilen MRSA adli bakteriyi taşıdığına ilişkin haerhangi bir tıbbi kaydın bulunmadığı görülmektedir. Bu durumda, davacı yakınının, davalı idareye ait hastanede, farklı enfeksiyonlara neden olabilen MRSA adli bakteriyi kapmasında gerekli özen gösterilmeyerek sebep olunduğu anlaşılmaktadır. Bu veriler ışığında, meydana gelen ölüm olayı ile MRSA bakterisi arasında uygun illiyet bağı kurulamamış ise de; davacı yakınının hastane enfeksiyonu kapmaması adına hastane uygulamalarında oluşan eksiklik nedeniyle, davacı yakınında meydana gelen şüpheden kaynaklı manevi zararın giderilmesi gerekmektedir.*”

Danıştay’ın bu kararında “şüpheden kaynaklı manevi zarar” kavramının Fransız Danıştayı tarafından kabul edilen kusur karinesi ile örtüştüğü şüphesizdir. Nitekim her iki halde de hastanın sağlık kuruluşuna başvurmadan önce söz konusu hastalığı taşıdığını ve dolayısıyla kusursuz olduğunu ispatlayarak şüpheyi ortadan kaldıramayan idare, enfeksiyondan kaynaklanan zararlardan sorumlu olmaktadır. Zarar ile idarenin fiili arasındaki illiyet bağını bu şekilde kuran Danıştay’ın, Fransız Danıştayı’ndan farklı olarak neden yalnızca manevi zararları tazminat kapsamında tuttuğu ise karardan anlaşılamamaktadır.

¹²⁹⁹ “(...) klinik ameliyathane ve yoğun bakım bölümü çalışanlarının ifadelerinde, enfeksiyon çıkmasından takriben 3 ay öncesine kadar ameliyathane ve yoğun bakım ünitelerinin havasının dezenfekte edilmediği (formellenmediği) nin ve bu durumdan klinik şefinin haberdar olduğunun belirtildiği (...) ikinci enfekte vakiasının ortaya çıkmasından sonra klinik şef yardımcısının, klinik şefine, ‘enfeksiyon var, ameliyathaneyi kapatalım’ önerisine rağmen ameliyathane ve yoğun bakım ünitelerinin kapatılmayarak açık kalp ameliyatlarına devam edildiği ve 4 hastanın daha ameliyat enfeksiyonu kapmasına neden olduğu (...) hizmeti kusurlu yürüttüğü saptanmış olması karşısında, enfeksiyon nedeniyle ölüm olayında idarenin hizmet kusurunun bulunmadığı gerekçesiyle bir davanın reddi yolunda verilen temyize konu mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir.” (Dan.10.D., 26.04.2002, E. 2000/5068, K. 2002/1257, aktaran Bal / Şahin / Karabulut, **age.**, s. 307.)

¹³⁰⁰ Öğretide Demir ise, hastane enfeksiyonlarına ilişkin ciddi emarelerin somut olayda bulunması durumunda ispat yükünün davacıdan alınarak ters çevrilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. (Demir, **agm.**, s. 283.)

¹³⁰¹ Dan.15.D., 04.06.2015, E. 2014/5822, K. 2015/3658.

Başka bir kararında ise hastane enfeksiyonundan kaynaklanan zararın idare tarafından tazmin edilmesi gerektiğine hükmeden Danıştay, bu kararını hastane enfeksiyonunun gerçekleşmesinin her durumda hizmet kusuru teşkil edeceğine dayandırmıştır. Mahkeme, enfeksiyonların hiçbir şekilde komplikasyon olarak nitelendirilemeyeceğini, zira komplikasyonun tedavinin riskli olmasından kaynaklandığını, buna karşılık enfeksiyonun tedaviden bağımsız olarak sağlık kuruluşunun steril olmamasından kaynaklandığını ortaya koymuştur¹³⁰². Enfeksiyonun komplikasyon olarak nitelendirilmesi ihtimalinde ise, idarenin sorumluluğunun ortadan kalkması için hastanın bu enfeksiyon hakkında aydınlatılması ve onamının alınması gerekmektedir. Zira, komplikasyon kavramı izin verilen risk olarak nitelendirilmektedir. Bu nedenle hastaya bildirilmeyen ya da onam alınmaksızın gerçekleşen komplikasyonlardan idare sorumlu tutulmaktadır. Hastanın kendisine bildirilerek gerçekleşme riski bakımından onamının alınmadığı enfeksiyonlar idarenin sorumluluğuna sebep olacaktır. Açıklanan gerekçelerle Danıştay hastane enfeksiyonunun ortaya çıkmasının her halükarda hizmeti kusurlu hale getireceğini vurgulayarak, hizmet kusuru nedeniyle oluşan maddi ve manevi zarardan idarenin sorumlu tutulması gerektiğine hükmetmiştir¹³⁰³.

Bu kararıyla Danıştay sağlık hizmetlerinde tıbbi uygulama hatası ile hizmet kusuru hallerini açıkça ayırtmıştır. Uygulamada, gerçekte hizmet kusuru oluşturan haller, tedavinin içinde taşıdığı riskleri kapsayan komplikasyon kavramı içine sokularak, idarenin sorumluluk alanı dışına çıkarılmaktadır¹³⁰⁴. Oysa ki komplikasyon olarak nitelendirilen haller yalnızca sağlık personeli tarafından, tıbbi müdahaleye yönelik olarak gerçekleştirilen müdahaleler bakımından söz konusu olabilmektedir. Bu kapsam dışında olan hizmet kusurlarının komplikasyon olarak nitelendirilmesi, hizmet sonucunda meydana gelen zararların, idarenin her türlü tedbiri olsa dahi gerçekleşebilecek olduğu gerekçesiyle reddedilmesine yol açacaktır.

¹³⁰² “(...) yukarıda açıklamasına yer verilen ‘tıbbi uygulama hatası – komplikasyon’ ayrımına ilişkin açıklamalar dikkate alındığında; oluşan durumun, hizmet kusuru kavramının niteliği dikkate alındığında komplikasyondan öte, davalı idareye ait hastanede hijyen şartları açısından gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesi sonucu doğduğu anlaşılmaktadır. Bu bağlamda, idare tarafından sunulan sağlık hizmetinin kusurlu işletildiği anlaşıldığından (...)” (Dan.15.D., 08.10.2015, E. 2015/6119, K. 2015/5733, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası) Aynı yöndeki başka bir Danıştay kararı için bkz. Dan.15.D., 12.12.2014, E. 2013/12131, K. 2014/9635, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹³⁰³ Dan.15.D., 25.06.2015, E. 2013/6275, K. 2015/4430; Dan.10.D., 21.07.2009, E. 2009/8454, K. 2009/7726.

¹³⁰⁴ Dan.10.D.,08.05.2009, E. 2006/5958, K. 2009/3736.

Bu yorum idarenin sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan sorumluluğunu oldukça daraltmaktadır.

Yukarıda sözü geçen ikinci kararın ilkinde göre idarenin sorumluluğunu oldukça genişlettiği dikkat çekmektedir. İlk kararda, hastanın sağlık kuruluşuna başvurmadan önce söz konusu hastalığı taşıdığını ispatlayamadığı takdirde idare sorumlu tutulabilmekte iken, ikinci kararda enfeksiyonun hastanede ortaya çıkması başlı başına sorumluluk sebebi olarak kabul edilerek, bu ihtimalde idarenin kusursuz dahi olsa sorumlu tutulacağı benimsenmiştir. Bunun yanında, ilk karardakinden farklı olarak ikinci kararında Danıştay hastane enfeksiyonu sebebiyle ortaya çıkan manevi zararların yanında maddi zararların da idare tarafından karşılanması gerektiğine hükmederek sorumluluğun kapsamını da genişletmiştir. Dolayısıyla bu kararlardan hareketle, Mahkeme'nin hastane enfeksiyonları bakımından kusur karinesi esasının da ötesine giderek kusursuz sorumluluk ilkesine göre hüküm verme eğiliminde olduğunu söyleyebiliriz.

B. Zarar

Zarar kavramının çerçevesi, yalnızca maddi zararları kapsayacak şekilde dar anlamda ya da manevi zararları da içine alacak şekilde geniş anlamda çizilebilmekte olup; bu kavram öğretide esas olarak *bir kimsenin maddi veya manevi varlığında istemi dışında meydana gelen kayıp ve eksilmeler* şeklinde tanımlanmaktadır¹³⁰⁵. Zarar kişinin malvarlığında ya da şahıs varlığında meydana gelen eksilme olup, bu eksilme idari eylemin meydana gelmesinden önceki ve sonraki durumların karşılaştırılması suretiyle tespit edilebilmektedir.

Zarar kavramı ilk bakışta mağduriyet durumu ile örtüşür gibi gözüke de, mağduriyete göre daha sınırlı bir alanı ifade etmektedir¹³⁰⁶. Başka bir ifadeyle, her zarar bir mağduriyet iken, her mağduriyet zarar teşkil etmemektedir. Bu iki kavramın

¹³⁰⁵ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Yetkin Yayınları, 2012, s. 545; M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 2, 12. bası, Vedat Kitapçılık, 2016, s. 39; Esin, **age.**, s. 213.

¹³⁰⁶ Gözler, **age.**, s. 1279; Abdullah Hızal / Serken Çınarlı, "Hatalı Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Tam Yargı Davalarında Tazmin Borcunun Kapsamı", **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, S. 1, 2015, s. 156.

birbirinden ayrıştırılması bakımından Fransız Danıştay'ının 1982 tarihli *Mlle R.* kararı yol gösterici olabilecektir¹³⁰⁷.

Söz konusu karara konu olan olayda, Bayan R. çocuk aldirmek üzere usulüne uygun şekilde devlet hastanesine başvurmuş, hastanede gerekli müdahaleler tıbbi standartlara uygun şekilde yapılmasına rağmen kürtaj başarısız olmuş, bebek dünyaya gelmiştir. Olayı değerlendiren Mahkeme, çocuğun doğumunun aileye mali külfet getireceğini ve belli mağduriyetlere yol açabileceğini kabul etmekle beraber, söz konusu durumun zarar olarak nitelendirilemeyeceği yönünde hüküm kurmuştur¹³⁰⁸. Ancak öğretide, hekimin kürtajın başarılı olup olmadığını kontrol etmesi gerektiğini, söz konusu kontrolün yapılmamış olması durumunda annenin zararının karşılanması gerektiğini ileri süren müellifler de bulunmaktadır¹³⁰⁹. Alman Federal Yüksek Mahkemesi ise, istenmeyen çocuğun yapılan kürtaj operasyonuna rağmen dünyaya gelmesini ve bunun sonucunda oluşan masrafları zarar olarak nitelendirmekte, söz konusu hallerde sorumluluğa hükmetmektedir¹³¹⁰. Kanaatimizce bebeğin dünyaya gelmesinin zarar olarak nitelendirilmesinin hekimin kontrol yükümlülüğünü yerine getirmemesinden kaynaklanan kusurluluğuna bağlanması isabetli olmamıştır. Nitekim söz konusu operasyonun başarısız olduğu hallerin önemli bir kısmında hekimin kusurlu olması kaçınılmazdır. Dolayısıyla yalnızca kontrol yükümlülüğünü yerine getirmemiş olması ihtimalinin ayrılarak diğer hallerde zarar oluşmayacağının benimsenmesi tutarlı olmayacaktır.

Benzer şekilde, suni dölleme yönteminin uygulanması sırasında dondurulmuş yumurtanın yok olması zarar olarak nitelendirilmemiştir. Mahkeme sunni döllemeye tabi tutulan yumurtanın henüz insan olarak nitelendirilemeyeceğini,

¹³⁰⁷ CE, 02.07.1982, *Mlle R.*, n° 23141, Rec. Lebon, 1982, Dalloz.fr.

¹³⁰⁸ Strasbourg İdare Mahkemesi önüne gelen başka bir uyuşmazlıkta ise, bir Devlet hastanesinde kısırlaştırma operasyonuna tabi tutulan davacının, söz konusu operasyona rağmen bebeği dünyaya gelmiştir. Olayda Mahkeme davacının başvurusunu, gerçekleşmiş bir zarar bulunmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. (TA Strasbourg, 21.04.1994, Hospices Civils de Colmar, n° 912471, Dalloz.fr.) Aynı yöndeki Yargıtay içtihadı için bkz. Yar.13.HD, 17.05.2006, E. 2006/5557, K. 2006/8023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹³⁰⁹ Taillandier, **agm.**

¹³¹⁰ Temel, **agm.**, s. 80.

anneninin vücudundan zaten alınmış olduğu için ise annenin vücut bütünlüğü bakımından da bir zarar yaratmadığına karar vermiştir¹³¹¹.

Buna karşılık kişinin hayati tehlikede bulunduğu ve tedavi edilmesi durumunda çok ağır engelli ya da anomalili olacağının kesin olduğu hallerde, hekimin olağan yöntemlerin dışına çıkarak normalin üzerinde tıbbi müdahalede bulunmak suretiyle kişiyi hayatta tutması sonucunda oluşan zararlardan idarenin sorumlu olduğuna karar verilmiştir. Bu hallerde kişinin ağır engelli şekilde hayata devam etmesi nedeniyle yakınlarının yaptığı harcamaların tazminat kapsamında olduğuna hükmedilmiştir¹³¹². Hastanın hayatta kalması durumunda çok ağır engelli olacağının tespit edildiği hallerde, reanimasyon faaliyetlerinin yoğun şekilde yapılması suretiyle hayatta tutulması sonucu oluşan zararın tazmin edilmesi gerekmektedir¹³¹³.

İdarenin faaliyetlerinden kaynaklanan zararın giderilmesi yükümlülüğü, Anayasa'nın 125. maddesinden kaynaklanmaktadır. Buna karşılık, bu düzenlemede hangi zararların ödeme yükümlülüğü kapsamında tutulduğu hususunda açıklık yoktur. İdarenin faaliyetlerinden kaynaklanan her türlü mağduriyetin tazmin edilmeyeceği içtihat ve öğretide kabul edilmektedir. Mağduriyet kavramı ile zarar kavramı arasında ayrıma giden içtihat, ancak belli nitelikleri taşıyan zararların tazmin edilebilir olduğunu kabul etmiştir (1). Bu nedenle “zarar” yerine “tazmin edilebilir zarar” ifadesinin kullanılmasının daha yararlı olacağı kanaatindeyiz. Bunun yanında söz konusu zararın tazmin edilebilir olması için mutlaka idarenin yürüttüğü faaliyetlerden kaynaklanması ya da idareye yüklenebilir olması gerekmektedir (2).

¹³¹¹ CAA Douai, 06.12.2005, *M. Et Mme. X*, n° 04DA00376, Rec. Lebon, 2005, Dalloz.fr.

¹³¹² Markus, *agm.*, s. 9.

¹³¹³ Yargı önüne gelen olayda doğum sırasında ölü olarak dünyaya gelen bebeğin durumu ailesine bildirilmiş, bu esnada diğer hekimler tarafından yaklaşık 25 dakika reanimasyon faaliyeti sürdürülmüştür. Bunun sonucunda kalbi çalışan bebek % 80 oranında engelli şekilde hayatta kalmıştır. Olayda Mahkeme, ağır sonuçları bilmesine karşılık tıbbi müdahalenin sürdürülmesinin deontoloji kurallarına aykırılık oluşturacağını vurgulayarak idare aleyhine tazminata hükmetmiştir. (TA Nimes, 02.06.2009, n° 0622251, Dalloz.fr.)

1. Tazmin Edilebilir Nitelikte Zararın Olması

Zarardan söz edilebilmesi için bir kimsenin maddi veya manevi varlığında istemi dışında bir eksilmenin meydana gelmesi gerekir. Buna karşılık, her eksilme idarenin tazmin yükümlülüğüne yol açmamakta, sorumluluk hukuku bakımından zararın belli koşulları taşıması gerekmektedir **(a)**. Bu koşulları taşıyan zararlar ise gerek tespiti ve gerek hesaplanması bakımından kendi içinde farklı kurallara tabi tutulmaktadır. Bu doğrultuda tazmin edilebilir zararların kapsamı, kendi içinde sınıflandırılmak suretiyle belirlenecektir **(b)**.

a. Tazmin Edilebilir Zararın Taşınması Gereken Özellikler

Tazmin borcunun oluşabilmesi için zararın varlığı tek başına yeterli olmayıp, bu zararın belli koşulları taşıması gerekmektedir. Öte yandan tazmin edilecek meblağ belirlenirken dikkat edilmesi gereken tek husus, kişinin uğramış olduğu zararın bütünü giderilmiş olmasıdır. Başka bir ifadeyle, idarenin hukuka aykırı fiili nedeniyle kişinin ne yoksullaşması ne de zenginleşmesidir¹³¹⁴. Bu nedenle, zararın tam ve eksiksiz şekilde giderilmesi gerekmektedir.

Öncelikli olarak zararın kesin şekilde ortaya çıkmış, gerçek bir zarar olması gerekmektedir. Gerçek zarar kavramından öncelikli olarak gerçekleşmiş olan zararlar anlaşılmaktadır. Zarar doğuran fiil sonucunda gerçekleşmiş olan zararların karşılanması esastır. Zira idare hukukunda, ceza hukukundan farklı olarak sorumluluğun sebebi müeyyide değil, zararın tazminidir¹³¹⁵. Dolayısıyla sorumluluk fiilin gerçekleşmesine değil, zararın doğmasına dayanmaktadır. Buna karşılık, gerçekleşmemiş olmakla birlikte ileride gerçekleşecek olan zararlar ise ancak koşulların varlığı halinde tazmin edilebilecektir¹³¹⁶.

¹³¹⁴ Chapus, **age.**, s. 1260.

¹³¹⁵ Gözler, **age.**, s. 1304.

¹³¹⁶ “İdarenin tazminle yükümlü tutulması, ancak bir maddi zararın kesin olarak ortaya çıkmış, belirgin hâle gelmiş olması halinde mümkündür. Kişinin isteği dışında maddi varlığında meydana gelen kayıp ve eksiklikler ile çoğalma olanağından yoksunluk olarak tanımlanan maddi zarar, henüz kesin olarak ortaya çıkmamış, belirgin hale gelmemiş ise, bu aşamada idarenin tazmin

Gerçekleşecek olan zararların kendi içinde ikili bir ayrıma tutularak incelenmesi suretiyle tazmin yükümlülüğünün belirlenmesi kanaatimizce yerinde olacaktır. Zarar henüz doğmamış olmakla birlikte ileride doğma ihtimalinin bulunması, tazmin yükümlülüğünün doğması için yeterli değildir. Bu kapsamda, fiil nedeniyle ileride gerçekleşmesi muhtemel (ihtimali) olan zararlar kural olarak tazminat kapsamında değildir¹³¹⁷. Buna karşılık, henüz doğmamış olmakla birlikte, ileride doğacağı kesin olarak bilinebilen zararlar tazmin edilecek zararlar kapsamına girmektedir¹³¹⁸. Dolayısıyla gelecekte meydana gelecek zararların, tazminat kapsamına giren gerçekleşmesi muhakkak zararlar ile tazminat kapsamına girmeyen, gerçekleşmesi ihtimali olan zararlar olarak ikiye ayrıldığı söylenebilecektir.

İdarenin fiili nedeniyle gelecekte oluşacak zararın kesin mi, yoksa muhtemel mi olduğunun tespitinde, kişinin ailevi, sosyal, mesleki, ekonomik durumunun dikkate alınması ve buna dayanarak zararların tazmin kapsamına alınması gerekmektedir. Örneğin zararın oluştuğu anda hiçbir meslek icra etmeyen bir kişinin ileride meslek sahibi olamaması ya da kazanç elde edebilme şansını yitirmesi muhtemel bir zarar gibi gözüktüğü de, bu kişinin belli bir eğitim almış olması, staj yapıyor olması ve ekonomik durumu da dikkate alınarak işgücü kaybı nedeniyle kesin olarak zararının oluşacağını söylemek mümkün olabilecektir. Söz gelimi, tıp eğitimini tamamlamış ve atama bekleyen bir hekimin ileride zarara uğrayacak oluşu kesin niteliktedir. Bu bakımdan, kanaatimizce zararın niteliğinin tespitinde her somut olayın koşullarının ayrı şekilde değerlendirilmesi gerekmektedir.

yükümlülüğüne gidilmesine olanak bulunmamaktadır.” (Dan. İDDGK, 28.04.2011, E. 2008/909, K. 2011/278, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

¹³¹⁷Dan.10.D., 15.01.2001, E. 1998/2222, K. 2001/37, aktaran Bal / Şahin / Karabulut, **age.**, s. 320; Dan.10.D., 16.09.2005, E. 2004/ 4147, K. 2005/5012, aktaran Atay, **age.**, s. 718. Aynı yönde Dan.10.D., 15.09.1990, E. 1987/1324, K. 1990/278, **DD**, S. 80, s. 416. Söz gelimi, tıbbi müdahale sonucunda sakat kalan çocuğun ileride ailesine bakacağından bahisle anne babası için destekten yoksun kalma tazminatına hükmedilemeyecektir. Zira bu örnekte gerçekleşmesi kesin olan bir zarar olmayıp, ancak muhtemel bir zararın varlığı kabul edilebilecektir. (CE, 21.02.1991, *Veuve Lion*, RDCE, 1991, aktaran Gözler, **age.**, s. 1306.)

¹³¹⁸ Dan.10.D., 02.05.1998, E. 1996/4835, K. 1998/703, **DD**, S. 98, s. 670. Bu yöndeki öğretideki görüşler için bkz. Chapus, **age.**, s. 1236; Rivero / Waline, **age.**, s. 269; Frier / Petit, **age.**, s. 590; Gözler, **age.**, s. 1305. Ancak Danıştay’ın zarar oluşmasaydı çocuğun ileride çalışıp anne ve babasına bakacağından bahisle muhtemel zararlar için tazminat ödenmesi gerektiğini kabul ettiği kararları da bulunmaktadır. (Dan.10.D., 15.05.2001, E. 2000/4007, K. 2001/1796, aktaran Bal / Şahin / Karabulut, **age.**, s. 890.)

Fransız Danıştayı önüne gelen bir uyumsuzlukta, Devlet hastanesinde geçirdiği operasyon sonucunda sakat kalan çocuğun ileride meslek hayatında işgücü kaybı çekeceğinin kesin olduğuna hükmeden Mahkeme, gelecekte meydana gelecek zararlar için tazminat ödenmesi gerektiğine karar vermiştir. (CE, 12.06.1981, *Centre hospitalier de Lisieux c. Harel*, n° 02569, Rec. Lebon, 1981, Dalloz.fr.)

Manevi zararlar bakımından ise gerçek zararın belirlenmesi daha büyük bir güçlük arz etmektedir. Zira, her bir somut olaydaki fiil karşısında kişilerin duyacağı acı ve üzüntü birbirinden farklı olabilmekte; hatta aynı fiil farklı kişiler bakımından farklı boyutta manevi zarara sebep olabilmektedir. Bu bakımdan kişinin içinde bulunduğu kişisel ve sosyal durumun da dikkate alınarak manevi zararın hesaplanması gerekmektedir. Ancak, manevi zararın tazmini kapsamında belirlenen bedelin zarar görenin acısını sevince dönüştürmemesi, zenginleşmeye sebep olmayacak tutarda belirlenmesi gerekmektedir. Maddi tazminattan farklı olarak manevi tazminat miktarı doğrudan mahkeme tarafından belirlenmekte olup, bilirkişiye başvurulmasına ihtiyaç bulunmamaktadır.

Özellikle idarenin sağlık hizmetlerinden kaynaklanan zararlara ilişkin olarak kesin zararlar ile muhtemel zararlar arasında bir diğer kategori daha bulunmaktadır ki, bu zararların gerçekleşme ihtimali muhtemel zararlara nazaran daha ciddi olduğundan tazminat kapsamına alınmaktadır. Öğretide *şans kaybı* olarak nitelendirilen bu ihtimalde, kişinin kesin olmamakla birlikte, ciddi bir şansı kaybetmesi sonucunda bir zararı oluşmaktadır¹³¹⁹. Şans kaybı kavramını tanımlayan *Truchet*, sağlık çalışanının ya da sağlık hizmetinin bizatihi kendisinin kusurlu olması nedeniyle, hastanın iyileşme ya da hayatta kalma ihtimalinin ortadan kalktığı haller ile aydınlatma yükümlülüğünün eksik yerine getirilmesi ya da hiç yerine getirilmemesi sonucunda hastanın uygulanacak tedaviyi reddetmek suretiyle bu müdahalenin risklerinden kaçınabilmesi imkanının elinden alındığı hallerin bu kapsamda yer aldığını ileri sürmektedir¹³²⁰.

Fransız Danıştayı önüne gelen bir uyuşmazlıkta, davacının hastalığına Devlet hastanesinde konulan hatalı teşhis nedeniyle tedavi gecikmeli olarak uygulanmış, bunun sonucunda iyileşme şansı ortadan kalkmıştır. Mahkeme bu olayda, zamanında yapılacak olan tedavi sonucunda hastanın iyileşeceğinin ve dolayısıyla zararın oluşacağını kesin olmadığını belirtmiş, buna karşılık hatalı tıbbi uygulama sonucunda iyileşme şansı ciddi oranda ortadan kalkan hastanın zararının tazmin

¹³¹⁹ Morand – Deviller, *age.*, s. 739; Lambert - Faivre / Porchy – Simon, *age.*, s. 741; Savatier / Aubry / Savatier / Pequignot, *age.*, s. 229; Gözler, *age.*, s. 1307; Esper / Sargos, *age.*, s. 360.

¹³²⁰ Morand – Deviller, *age.*, s. 739; Lambert - Faivre / Porchy – Simon, *age.*, s. 741; Truchet, *age.*, s. 291; Esper / Sargos, *age.*, s. 76; Esper / Sargos, *age.*, s. 362. Bu tanımı ortaya koyan Fransız Danıştay kararına bkz. CE, 24.09.2012, *Mlle Pichon*, n° 339285, Rec. Lebon, 2012, Dalloz.fr.

edilmesi gerektiğine karar vermiştir¹³²¹. Başka bir kararda ise, aileye eksik bilgi verilmesi sebebiyle, tıbbi müdahalenin daha uygun ve etkili şekilde yapılabileceği sağlık kuruluşuna getirilmemesi sonucunda çocuğun tedavi şansını yitirmesi sebebiyle oluşan zarardan idarenin sorumlu tutulması gerektiğine karar verilmiştir¹³²².

Öte yandan kişinin hayatta kalması bakımından başka bir tedavi yönteminin yarar sağlayamayacak olduğu, diğer bir deyişle tedavi yöntemini seçim hakkının bulunmadığı hallerde, kaybedilen bir şans bulunmadığından hareketle, riskin gerçekleşmesi sonucunda oluşan zarardan idarenin sorumlu tutulamayacağına hükmedilmektedir¹³²³. Bu bakımdan şans kaybı çerçevesinde muhtemel zararların karşılanabilmesi için, kişinin seçme imkanının bulunması ve bu imkanın idarenin kusuru nedeniyle elinden alınması gerekmektedir.

Buna karşılık, kesin zararlara göre daha belirsiz nitelikte olan şans kaybı ihtimalinde, mahkemenin gerçekleşecek zarara nazaran daha düşük bir meblağa hükmetmesi gerekeceği Fransız Danıştay ve Yargıtayı tarafından kabul edilmektedir¹³²⁴. Teşhis hatası nedeniyle tıbbi operasyon yapılmasının anlamsız hale gelmesi veya kişinin iyileşebilme şansının ortadan kalkması durumunda şans kaybı

¹³²¹ CE, 02.12.1977, *Mme. Rossier*, n° 00700, Rec. Lebon, 1977, Dalloz.fr. Aynı yönde başka bir karar için bkz. CE, 24.07.2009, *Mme. Sylvie A*, n° 292159, Rec. Lebon, 2009, Dalloz.fr. Başka bir kararında ise Fransız Danıştay idari karışıklık nedeniyle hasta kayıtlarında yaşanan aksaklık sonucunda teşhisin geç konulmuş olması sebebiyle oluşan şans kaybını tazminat sebebi olarak nitelendirmiştir. (CE, 20.03.1991, *CHR Toulouse*, n° 53128, Rec Lebon, 1991; aynı yönde CE, 19.03.2003, *CHU*, n° 195007; CE, 14.01.2009, n° 297118, Dalloz.fr.)

¹³²² CE, 09.07.1975, n° 93206, Rec. CE 1975, Dalloz.fr. Yeterli bilgi verilmemesi nedeniyle tedavi şansının yitirilmesi sonucu oluşan zararın tazminine ilişkin olarak ayrıca bkz. CE, 21.12.2007, *CH Vienne*, n° 289328, Dalloz.fr.

¹³²³ CAA Nancy, 09.04.2009, *Mme.X*, n° 07NC01468, Rec. Lebon, 2009, Dalloz.fr. Aynı yönde öğretideki görüş için bkz. Tifine / Rabault, **agm.**; Markus, **agm.**, s. 10; Emeric Nicolas, Audrey Margraff, Damien Grimaud, Mikael Benillouche, Georges Faure, Jacqueline Flauss Diem, Cecile Manaouil, Florence Jarnay, Gaetan Guerlin, “Chronique de droit des patients”, **LPA**, 27.11.2014, n° PA201423706, s. 6, Lextenso.fr; Welsch, **age.**, s. 234; Esper / Sargos, **age.**, s. 377; Lambert - Faivre / Porchy – Simon, **age.**, s. 742.

¹³²⁴ CE, 21.12.2007, *CH de Vienne*, Rec. Lebon, 2007, Dalloz.fr. ; CE, 19.05.2004, n° 216039, **AJDA**, 2004, Dalloz.fr.; CE, 17.03.1972, *Jarrige*, n° 80583, Rec. Lebon, 1972, Dalloz.fr.; CE, 03.11.1971, *Cannac*, n° 82509, Rec. Lebon, 1971, Dalloz.fr.; CE, 22.01.1986, *Grellier*, n° 51300, Rec. Lebon, 1986, Dalloz.fr.; CE, 23.04.1997, *Saint – Arroman*, n° 146778, Rec. Lebon, 1997, Dalloz.fr.; CE, 21.09.1992, *Comm. de Bagnols-sur-Ceze*, n° 111555, Rec. Lebon, 1992, Dalloz.fr. Aynı yöndeki Fransız Yargıtayı kararı için Bkz Cass 1ère civ, 13.03.2007, n° 05-19.020, Bull. civ. I, n° 118, Dalloz.fr.; Cass 1ère civ, 07.07.2011, *Société le Sou médical*, n° 10-19.766, Bull. civ. I, n° 146, Dalloz.fr.; Cass 1ère civ, 28.06.2007, n° 06-13.859, Dalloz.fr. Fransız Yargıtayı’nın bu yönde verdiği diğer kararlar için bkz. Esper / Sargos, **age.**, ss. 363- 367.

söz konusu olacaktır¹³²⁵. Buradaki tazmin edilmesi gereken miktar şansın gerçekleşmesi halinde sağlayacağı yarara göre değil, şansın kaybedilmesi nedeniyle oluşan duruma göre belirlenmesi gerekmektedir¹³²⁶. Bunun sonucunda, iyileşmesi ihtimal dahilinde olup, hatalı tıbbi uygulama nedeniyle bu şansı kaybeden hastaya ödenecek tazminatın belirlenmesinde, hastanın iyileşmiş olması haline göre hesaplanacak zarardan indirim yapılması gerekecektir.

Buna karşılık, Danıştay şans kaybı ihtimalinde zararın muhtemel nitelikli olduğuna işaret ederek, kesin zarar kavramını dar yorumlamakta ve tazminata hükmetmemektedir¹³²⁷. Şans kaybının kural olarak muhtemel zarar olarak nitelendirilmesi gerektiğini kabul eden Danıştay çok sınırlı hallerde şans kaybı nedeniyle tazminat hakkının doğabileceğini kabul etmektedir. Danıştay'ın bu tutumu başta *Gözler* olmak üzere öğretilde müellifler tarafından eleştirilmektedir. *Gözler*, Fransa uygulamasında olduğu gibi, “*kesin ve gerçekleşmiş*” bir zararın olmadığı bazı hallerde “*ciddi şans kaybı*” olup olmadığının mahkeme tarafından değerlendirilmesi ve buna göre tazminata hükmedilmesi gerektiğini ileri sürmüştür¹³²⁸.

Fransız hukukunda kabul edilen, şans kaybı nedeniyle oluşan zarara benzer nitelik taşıyan bir diğer zarar türü de tıbbi müdahaleyi reddetme hakkının yitirilmesinden kaynaklanan zararlardır. Bu zarar tipi, hastanın eksik ya da kötü aydınlatılması sonucunda kendisine uygulanacak tedavinin risklerini öğrenememesi ve bu nedenle tedaviyi reddetme imkanını kaybetmesinden kaynaklanmaktadır¹³²⁹.

¹³²⁵ Diane Bandon Tourret, “La perte de chance de survie: quelles conditions d’indemnisation?” **Gaz Pal**, 15.01.2011, n° GP20110115013, s. 42, Lextenso.fr.; Lambert - Faivre / Porchy – Simon, **age.**, s. 741; Chapus, **age.**, s. 1236; Frier / Petit, **age.**, s. 592.; Tourret, **agm.**; Esper / Sargos, **age.**, s. 9. Markus, **agm.**, s. 11. Bu yöndeki Fransız Danıştay kararları için bkz. CE, 21.12.2007, *Joncart / Centre hospitalier de Vienne*, n° 289328, Rec. Lebon, 2008; CE, 02.12.1977, *Mme. Rossier*, n° 00700, Rec. Lebon, 1977; CE, 19.12.1984, *Boehrer*, n° 29047, Dalloz.fr.

¹³²⁶ CE, 28.03.2008, *CHG Haugenau*, n° 279755, Rec. Lebon, 2008, Dalloz.fr.; CE, 28.11.2008, *CPAM Creuse*, n° 283237 293930, Rec. Lebon, 2008, Dalloz.fr.; CAA Bordeaux, 10.06.2008, n° 02BX01490, aktaran Tourret, **agm.** Aynı yöndeki Fransız Yargıtay içtihadı için bkz. Cass Ière civ, 06.07.1998, JCP, 1998; CE, 05.01.2000, *Consorts T*, n° 181899, Rec. Lebon, 2000, Dalloz.fr. Aynı yönde Chapus, **age.**, s. 1237.

¹³²⁷ Dan.8.D., 13.06.1973, E. 1973/1076, K. 1973/2502, aktaran *Gözler*, **age.**, s. 1309. Dan.10.D., 15.09.1990, E. 1987/1324, K. 1990/278, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Dan.8.D., 18.11.1997, E. 1995/376, K. 1997/3431, **DD**, S. 96, s. 447.

¹³²⁸ *Gözler*, **a.g.e.**, s. 1307.

¹³²⁹ CE, 19.05.2004, n° 216039, **AJDA**, 2004, Dalloz.fr.; CE, 05.01.2000, *Consorts T*, n° 181899, Rec. Lebon, 2000, Dalloz.fr. Aynı yönde CE, 17.02.1988, n° 71974, Rec. Lebon, 1988, Dalloz.fr.; CE, 24.04.1964, *Hopital – Hospice de Voiron*, Rec. Lebon, s. 259. Buna karşılık Fransız Danıştay, 2000 yılından önceki tarihli kararlarında, aydınlatma yükümlülüğünün eksik şekilde yerine getirilmesi

Başka bir deyişle zarar gören, gerekli aydınlatma yapılmadığından risk taşıyan tedaviyi reddetme hakkını yitirmekte, söz konusu riskin gerçekleşmesi nedeniyle zarara uğramaktadır¹³³⁰. Dolayısıyla, eksik ya da yanlış bilgi verilmesinin sonuçlarına zarar gören katlanmak zorunda kalmaktadır. Fransız Danıştay bu ihtimalde zararın tümünün idareye yüklenemeyeceğine karar vermektedir. Zira bu durumda, bir yandan hastanın bilgilendirilmesi durumunda tedaviyi reddedeceği hususu kesin olmamakta, diğer yandan olası bir şans kaybından bahsedilememektedir. Burada ödenecek tazminatın oluşan zarara oranı, bilgilendirme eksikliğinin önemi ve tedaviyi kabul etme bakımından belirleyiciliğine göre saptanmaktadır¹³³¹. Yine, bu belirleme yapılırken hastalığın patolojisi, alternatif tedavi imkanlarının olup olmadığı¹³³², hastanın tedaviyi reddetme imkanının bulunup bulunmadığı, riskin büyüklüğü gibi hususlar doğrultusunda risk ile tedavi arasındaki menfaat dengesinin varlığına dair değerlendirme yapılması gerekmektedir¹³³³. Bu kapsamda aydınlatma yükümlülüğü eksiksiz şekilde yerine getirilmeksizin gerçekleştirilen tedavi faaliyetinin hastanın hayatta kalması bakımından gerekli ya da kaçınılmaz olması durumunda tazminat sorumluluğu azalmakta ya da ortadan kalkmaktadır.

Bu olasılıkta salt bilgi verilmemesinden kaynaklanan zarar için tazminat ödenmekte olduğundan, hangi ihtimalle zarar görenin söz konusu tedaviyi reddedeceğinin belirlenmesi gerekmektedir. Müdahalenin taşıdığı riskler hakkında bilgilendirmenin eksiksiz yapılması durumunda zarar görenin söz konusu müdahaleden kaçınacağı kesin olduğu hallerde, zararın tümünün tazminat olarak ödenmesine karar verilmektedir. Buna karşılık, zarar görenin tedaviyi reddederek başka bir tedavi yöntemini tercih etme imkanının bulunmadığı hallerde, riskten

durumunda, riskin gerçekleşmesinden kaynaklanan zararların tümünün idare tarafından tazmin edilmesi gerektiğine hükmetmekteydi. (CE, 06.12.1978, *Giral*, n° 05768, Rec. Lebon, 1978, Dalloz.fr.) Aynı yöndeki diğer kararlar için bkz. CAA Nancy, 29.01.1998, *Centre hospitalier d'Arras*, n° 94NC01404, Rec. Lebon, 1998; CAA Bordeaux, 26.04.1999, *Bouabcha*, n° 96BX01753, Rec. Lebon, 1999, Dalloz.fr. Ayrıca bu yöndeki Fransız Yargıtay kararı için bkz. Cass 1ère civ, 11.02.1986, n° 84-10.845, Bull. civ. I, n° 24, Dalloz.fr.

¹³³⁰ Cass 1ère civ, 09.10.2001, n° 00 – 14.564, Bull. des arrêts de cassation, Cha.civ., 2001, s. 421.

¹³³¹ CE sect, 05.01.2000, *Consorts T*, n° 181899, Rec. Lebon, 2000, Dalloz.fr. Aynı yöndeki Fransız Yargıtay kararı için Bkz Cass 1ère civ, 16.07.1998, n° 306, Bull. des arrêts de cassation, Cha.civ., 1998, n° 1, s. 182.

¹³³² Bu kapsamda yalnızca yerleşmiş tedavi yöntemlerinin hastaya açıklanması yeterli olup, henüz deneme aşamasındaki tedavi yöntemlerinin hastaya bildirilmesi gerekmemektedir. (Hakeri, *age.*, s. 264.)

¹³³³ Welsch, *age.*, s. 96; Lambert - Faivre / Porchy – Simon, *age.*, s. 743.

kaçınma olanağı bulunmadığından tazminata da hükmedilememektedir¹³³⁴. Yine, risklerin bilinmesi durumunda dahi kişinin müdahaleden kaçınmayacağıının somut olay koşullarından açık şekilde anlaşılabilirdiği hallerde tazminat hakkının doğmayacağı kabul edilmektedir¹³³⁵. Bu iki durumun dışındaki hallerde ise Mahkeme, müdahalenin taşıdığı risk ile zarar görenin bu riskli müdahaleden kaçınması halinde karşılaşılabilecek durum arasında hakkaniyete uygun bir değerlendirme yaparak tazminat konusu olacak zarar oranını belirlemektedir¹³³⁶.

Belirtmek gerekir ki, zararın gelecekte meydana gelecek olmasının kesin olması yeterli olup, bu zararın miktarının kesin olarak belirlenebilir olması tazminat yükümlülüğünün bir koşulu değildir¹³³⁷. Nitekim bu husus sağlık hizmetlerinden kaynaklanan zararlar bakımından ayrı bir önem arz etmektedir. Şöyle ki, sağlık hizmetinin kusurlu şekilde sunumu nedeniyle cismani zarara uğrayan kişinin işgücü kaybının sürekli ya da geçici olduğunun tespit edilemediği haller ile sürekli şekilde bakım ve tedaviye bağımlı kalması hallerinde oluşan zararın meblağ bakımından kesin şekilde tespit edilmesi mümkün olamayabilmektedir. Bu bakımdan söz konusu zararın ileride doğacağıının kesin olması sorumluluğun tespiti bakımından yeterlidir.

Zarar miktarının kesin olarak belirlenebilir olamamasına ilişkin bir diğer ihtimal ise, enfeksiyon ya da bulaşma yoluyla hastada görülen ancak ne şekilde ilerleyeceği belli olmayan hastalıklara ilişkin tazminatın belirlenmesi hususudur. Fransız Danıştay tarafından özel bir zarar tipi olarak belirlenen ve “*bulaşıcı hastalıklardan kaynaklanan zarar*” olarak tercüme edebileceğimiz bu zarar tipinde, hastaya tıbbi uygulama hatası sonucunda bir hastalık bulaşmakta, ancak bu hastalığın gelişip ilerleyecek oluşu muğlaklığını korumaktadır. Başka bir ifadeyle, kişi hastalığın taşıyıcısı haline gelmekle birlikte, henüz fiziksel bir zarara da uğramamaktadır¹³³⁸. Bu ihtimalde en kötü senaryoyu dikkate alarak tazminata hükmedilmemesi anlayışını benimseyen Fransız Danıştay, hastalığın beklenen ve

¹³³⁴ CE, 25.10.2006, *CHRU Caen*, n° 281933, Rec. Lebon, 2006, Dalloz.fr.; CE, 09.12.2009, *CPAM Yvelines*, n° 308914, Rec. Lebon, Dalloz.fr.

¹³³⁵ CAA Lyon, 06.02.2007, *Hospices civils Lyon*, n° 03LY00229, Rec. Lebon, Dalloz.fr.

¹³³⁶ CE, 06.08.2008, *Assistance Publique – Hopitaux de Paris*, n° 301012, Rec. Lebon, Dalloz.fr. Aynı yönde CE, 06.08.2008, *Assistance Publique – Hopitaux de Marseille*, n° 301012, Rec. Lebon, Dalloz.fr.

¹³³⁷ Onar, *age.*, s. 1716; Şenel Sarsıkoğlu, “İdarenin Mali Sorumluluğu Açısından Zarar Kavramı” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 65, S. 4, 2016, s. 2413.

¹³³⁸ Markus, *agm.*, s. 4; Lambert - Faivre / Porchy – Simon, *age.*, s. 199.

olağan seyri dikkate alınarak belirlenen tazminat miktarından, somut olayın koşullarına bağlı olarak belli bir indirim yapılması gerektiğini kabul etmektedir¹³³⁹. Fransız Danıştay'ının bu içtihadının yarattığı en temel problem, kendisine enfeksiyon bulaşan hastayı, hastalığın ilerlemesine bağlı olarak ortaya çıkan zararlar için tekrar idari yargı önünde dava açmak zorunda bırakıyor oluşudur. Hastalığın ilerlemesine bağlı olarak ileride açılacak davalar bakımından, ilk karar kesin hüküm teşkil etmeyeceğinden, mahkemenin oluşan yeni zararlar için tazminata hükmetmesi mümkün olmaktadır¹³⁴⁰.

Söz konusu ihtimale ilişkin olarak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 75. maddesinde özel bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre, bedensel zararın kapsamının karar tarihinde tam olarak belirlenememesi durumunda, kararın kesinleşmesinden başlayarak iki yıl içinde, tazminat hükmünü değiştirme yetkisi hakim tarafından saklı tutulabilmektedir. Dolayısıyla, iki yıllık süre içinde hastalığın ilerlemesi durumunda, zararın kapsamı bu yeni duruma göre belirlenebilmektedir. Ancak 2577 sayılı İYUK'ta benzer bir düzenleme bulunmadığından, bu imkanın idarenin sorumluluğu hakkında hüküm kurulurken uygulanması mümkün gözükmemektedir.

İkinci olarak, bir zararın tazmin edilebilir nitelikte sayılabilmesi için, hukuken korunan bir menfaate dönük olması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, ancak korunan bir menfaate yönelik zararların tazmin edilebilmesi mümkündür¹³⁴¹. Menfaatin hukuken korunabilir olup olmadığı, fiilin muhatabının ya da üçüncü kişilerin idarenin fiili nedeniyle zarara uğraması ihtimallerinde farklılık arz edecektir.

Öncelikle, zarar görenin hukuka aykırı ya da tıbbi gereklilik olmaksızın müdahale talep etmesi ve bu müdahalenin başarısız olması durumunda, idarenin fiili nedeniyle hukuken korunan bir menfaati zarar görmeyen kişinin uğradığı menfaat kaybı tazmin edilmeyecektir. Örneğin, kanuni sürenin dolmasına rağmen

¹³³⁹ Uyuşmazlık konusu olayda kan aktarımı sırasında yapılan tıbbi uygulama hatası neticesinde, kendisine hepatit C virüsü bulaşan hastada henüz hastalık oluşmamasına ya da herhangi bir semptom görülmemesine karşın Mahkeme, düzenli şekilde muayene olmak zorunda kalınması ve ileride meydana gelebilecek olası fiziksel eksilmeler dikkate alınarak tazminata hükmedilmesi gerektiğine karar vermiştir. (CE, 19.12.2007, *Mme. Nicolas et Gabriel A*, n° 289922, , Rec. Lebon, 2007, Dalloz.fr.)

¹³⁴⁰ CE, 10.04.2009, *CH Mulhouse*, n° 296630, Rec. Lebon, 2009, Dalloz.fr.

¹³⁴¹ Eren, *age.*, s. 552; Hızal, *age.*, s. 71.

sterilizasyon yaptırmak isteyen bir kadın üzerinde yapılan müdahalenin başarısız olması ve bebeğin dünyaya gelmesi ihtimalinde, zarar görenin hukuken korunmakta olan bir menfaati zarara uğramış olmayacağından, oluşan zararın tazmini mümkün olmayacaktır¹³⁴². Başka bir ihtimalde ise, yeterli koşulları taşınamaması nedeniyle tıbbi uygulama hatası yapan ve zarar görene tazminat ödemek zorunda kalan özel hastanenin, denetim yükümlülüğünü etkili şekilde yerine getirmediği gerekçesiyle idare aleyhine dava açarak tazminat talep etmesi mümkün olmayacaktır. Zira, mevzuata ve tıbbi standartlara aykırı şekilde hizmet sunan özel hastanenin hukuken korunan bir menfaatinin bulunmadığı somut olay yönünden açıktır. Lyon İdari İstinaf Mahkemesi önüne gelen bir uyuşmazlıkta ise, dini sebepler gerekçe gösterilerek erkek jinekoloğa muayene ettirilmesi eşi tarafından engellenen kadının bebeğinin sakat doğduğu ve geri dönülmez, kalıcı hasarın meydana geldiği olayda, söz konusu zararın tamamen zarar görenin eşinin davranışından meydana geldiği gerekçesiyle davayı reddetmiştir¹³⁴³. Başka bir uyuşmazlıkta Paris İdari İstinaf Mahkemesi, Yehova Şahitleri tarikatına mensup olması nedeniyle kan naklini reddeden ve tıbbi müdahaleye izin vermeyen hastanın uğramış olduğu zarardan idarenin sorumlu olmadığına hükmetmiştir¹³⁴⁴.

Keza, idarenin fiili nedeniyle zarara uğrayan kişi ile arasında hukuken korunan bir menfaati olmayan kişilerin uğradıkları zararların da tazmini söz konusu olmayacaktır. Başka bir deyişle, idarenin fiili nedeniyle zarara uğrayan kişi ile ancak hukuken korunan bir ilişki içinde bulunan üçüncü kişilerin zararının tazmini mümkün olabilecektir¹³⁴⁵. Bu ihtimal bakımından gerek ulusal içtihadımızda ve gerek Fransız içtihadında tartışma konusu edilen durum, nikahsız kadının destekten yoksun kalma hakkının olup olmadığı hususudur. Zira bu ihtimalde zarar gören kişi ile kadın arasındaki ilişki hukuken korunmayan bir nitelik taşımaktadır. Buna karşılık Danıştay ve Fransız Danıştay bu ihtimalde nikahsız kadının destekten yoksun kalma

¹³⁴² Fransız hukukunda sterilizasyon operasyonunun eksik ya da yanlış yapılması nedeniyle sakat olan bebeğin doğması hizmet kusuru olarak nitelendirilmemektedir. Zira bu hallerde bebeğin doğumu zarar olarak nitelendirilmemektedir. (CAA Nancy, 30.04.1997, *Marie – Louise M*, n° 94NC00922, Rec. Lebon, 1997, Dalloz.fr.; TA Strasbourg, 21.04.1994, *Hospices civils Colmar*, n° 912471, **AJDA**, 1994, Dalloz.fr.

¹³⁴³ CAA Lyon, 10.06.2008, *CH Bourg – en Bresse*, n° 05LY01218, Rec. Lebon, 2008, Dalloz.fr.

¹³⁴⁴ CAA Paris, 09.06.1998, *Mme Donyoh et Mme Sananayake*, aktaran Mireille Heers, “Responsabilité médicale et transfusion sanguine contre la volonté du patient”, **RFDA**, 1998, s. 1231, Dalloz.fr.

¹³⁴⁵ Eren, **age.**, s. 783; Sarsıkoğlu, **agm.**, s. 2415; Ramazan Çağlayan, “İdarenin Sorumluluğu Anlamında Bedensel Zarar Kavramı ve Uygulaması”, **Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2016, s. 233.

tazminatı hakkının bulunduğu karar vermiştir¹³⁴⁶. Buna karşılık, benzer bir uyuşmazlık önüne gelen Yargıtay, evli bir kişi ile ilişki yaşayan üçüncü kişinin, destekten yoksun kalma tazminatı istemesinin mümkün olmayacağına karar vermiştir¹³⁴⁷.

Başka bir uyuşmazlıkta ise Fransız Danıştay, geçirdiği hatalı tıbbi müdahale nedeniyle yeniden anne olamayacak olan, kadının çocukları bakımından, yeni kardeşleri olamayacağı sebebiyle tazminat talep etme hakkının bulunmadığına karar vermiştir¹³⁴⁸.

Üçüncü olarak, tazminat hakkının doğabilmesi için zararın özel nitelikli ve normalin dışında olması gerekmektedir¹³⁴⁹. Başka bir ifadeyle, olağan kabul edilebilecek ya da herkesi içine alan bir kamu külfeti niteliğinde olan zararların tazmini mümkün değildir. Özel zarar, toplumun geneline yayılmamış olmayı ifade etmektedir. Başka bir deyişle, genel külfet niteliğindeki zararlar tazminat kapsamında yer almamaktadır¹³⁵⁰. Kamu külfeti olarak ortaya çıkan zararlar herkesi içine aldığından idarenin sorumluluğuna yol açmamaktadır. Buna karşılık, herkesin katlanmak zorunda kaldığı genel külfet belirli kişi ya da kişiler bakımından diğerlerine nazaran çok daha ağır bir külfet haline gelirse, yani özelleşirse idare bu zararı tazmin etmekle yükümlü olacaktır¹³⁵¹. Söz gelimi, hastanede yeterli hekim çalıştırılmaması nedeniyle kontrol randevularının olağandan daha ileri tarihlere verilmesi ya da poliklinik faaliyetleri kapsamında hastaların sıra beklemesi sağlık personeli ve bütçesinin sınırlı olmasından kaynaklanan bir toplumsal külfettir. Buna karşılık, yeterli sayı ve nitelikte hekimin bulunmaması nedeniyle kişiye acil tıbbi

¹³⁴⁶ CE, 03.03.1978, *Veuve Muesser*, n° 94827, Rec. Lebon, 1978, Dalloz.fr.; Dan. İDDGK, 17.10.1997, E. 1995/79, K. 1997/479, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Aynı yönde AYİM 3.D, 17.06.1975, E. 1974/395, K. 1975/1363, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Bu yöndeki diğer AYİM kararları için bkz. Özgüldür, **agm.**, s. 28. Yargıtay'ın içtihadı da bu yöndedir: Yar.9.HD, 08.03.1984, E. 1984/1330, K. 1984/2509, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹³⁴⁷ Yar.4.HD, 09.11.2010, E. 2009/14285, K. 2010/11605, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹³⁴⁸ CE, 27.06.2005, *CH Albertville*, n° 261574, Rec. Lebon, 2005, Dalloz.fr.)

¹³⁴⁹ Öğretide *Frier* ve *Petit*, zararın anormal ve özel nitelikli olması koşulunun yalnızca kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi uyarınca tazminat ödenen hallerde aranması gerektiğini, diğer sorumluluk hallerinin oluşması bakımından zorunlu olmadığını savunmaktadır. (*Frier / Petit, age.*, s. 591.)

¹³⁵⁰ Ancak Danıştay'ın genel külfet niteliğindeki bazı zararlardan dahi idarenin sorumlu tutulmasının gerektiği yönünde kararları da bulunmaktadır. Örneğin Yüksek Mahkeme bir kararında, genel külfet bakımından kişilere yeterli bilgilendirme yapılmamış olmasının sorumluluğa yol açacağına karar vermiştir. (Dan.10.D., 16.10.2008, E. 2007/5777, K. 2008/6696, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

¹³⁵¹ Atay, **age.**, s. 721; Sarsıkoğlu, **agm.**, s. 2415.

müdahalenin yapılmaması durumunda özel ve olağan dışı bir zarar oluşacağından idarenin sorumluluğu ortaya çıkacaktır. Olağan dışı zarar ise hizmetin yürütülmesi sırasında kişilerin katlanmasının beklenemeyeceği zararlardır¹³⁵². Tıbbi müdahale sırasında öngörülebilir, ancak her türlü ihtimama rağmen önlenmesi mümkün olmayan komplikasyonlar, öngörülebilir nitelikte olan ve kişilerin onam vererek katlanmaya razı oldukları zararlardır. Dolayısıyla bu zararlardan idare sorumlu tutulmayacaktır. Buna karşılık, komplikasyon kapsamına girmeyen ve tıbbi ihmalden kaynaklanan zararlar tazminat sorumluluğuna yol açmaktadır.

Dördüncü olarak, zararın parayla ölçülebilir nitelikte olması gerekmektedir. Özel hukuktakinden farklı olarak, idare hukukunda zararın aynen tazmin edilmemesi esastır¹³⁵³. Aynen tazmin usulünün idare hukuku bakımından kabul edilmesi, mahkemenin idareye emir vermesi sonucunu yaratmaktadır ki bu durum Anayasa'nın 125. maddesine aykırılık oluşturur. Belirlenen parasal tazminatın sermaye şeklinde tek bir seferde ödenmesi mümkün olabileceği gibi, taksitler halinde de verilmesi mümkündür¹³⁵⁴. Bu ikinci ihtimal özellikle tıbbi müdahale nedeniyle kalıcı şekilde zarar gören kişinin tedavi, ilaç ve bakıcı masraflarının tazmininde gerçekleşebilmektedir. Zira bu hallerde çoğu zaman zarar gören kişinin hangi süreyle söz konusu zarara maruz kalacağından baştan belirlenmesi mümkün olamamaktadır. Nitekim Fransız hukukunda da özellikle bedensel bütünlüğe dair zararların taksitler halinde de tazmin edilebileceği kabul edilmektedir¹³⁵⁵.

Zarar görenin maddi kaybının parayla ölçülebilmesi manevi zarara nazaran daha açık ve kolaydır. Tıbbi müdahale nedeniyle vücut bütünlüğünde zarar meydana gelen kişinin durumunun önceki haline getirilmesi ya da tedavisine yönelik masraflar ile söz konusu müdahale sebebiyle mahrum kaldığı ya da kalacak olduğu gelirlerin tazmini para ile ölçülebileceğinden, maddi tazminat yoluyla giderilebilmektedir. Dolayısıyla, zarar görenin uğradığı malvarlıksal eksilme, çoğunlukla bilirkişi tarafından hesaplanmakta ve bu meblağın tümü tazmin edilerek hukuka aykırı tıbbi müdahaleden kaynaklanan olumsuz sonuçlar ortadan kaldırılmaktadır. Buna karşılık, manevi zararlar soyut nitelik taşımaktadır. Tıbbi müdahale ya da diğer hizmet

¹³⁵² Atay, **age.**, s. 721.

¹³⁵³ Gözler, **age.**, s. 72.

¹³⁵⁴ Frier / Petit, **age.**, s. 592.

¹³⁵⁵ Chapus, **age.**, s. 1233.

kusurları nedeniyle kişinin acı, elem ve ıstırap yaşadığının gerek tespiti ve gerek malvarlıksal karşılığının hesaplanması maddi zararlara nazaran daha belirsizdir. Bu zararların varlığı ve miktarı somut olarak ortaya konulamadığından, söz konusu zararın parasal karşılığı somut olayın koşulları dikkate alınarak mahkeme tarafından belirlenmektedir.

Bu kısımda incelemiş olduğumuz dört koşulu birlikte sağlayan zararlar idare tarafından tazminat olarak ödenmektedir. Ancak bu koşulları sağlayan zararlar farklı görünümlemlerle karşımıza çıkabileceği gibi, söz konusu zararlar farklı özelliklere de sahiptir. Bu bakımdan her bir zarar türü bakımından sorumluluk rejimi farklılık arz etmektedir.

b. Tazmin Edilebilir Zararın Türleri ve Belirlenmesi

İdarenin sorumluluk esaslarının içtihat yoluyla belirlenmesinin sonucu olarak tazmin edilebilir zararların türleri ve kapsamı da çoğunlukla içtihat yoluyla ortaya konulmuştur. Ancak bu alanın tümüyle kanun dışında düzenlendiği de söylenemez¹³⁵⁶. Türk Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinin ikinci fıkrasına göre, idari eylem ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda tazminat miktarının belirlenmesinde Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanmaktadır. Bu hüküm doğrultusunda idari eylemlerden kaynaklanan bazı zararların tespiti ve tasnifinde özel hukuk esaslarından da yararlanılacağı anlaşılmaktadır.

İdari eylemler sonucunda ölümden veya vücut bütünlüğünün bozulmasından kaynaklanan zararlardan dolayı sorumluluğunun belirlenmesi bakımından idare hukuku anlamında kusur sorumluluğu ve kusursuz sorumluluk esasları uygulanmaktayken, uğranılan zararın miktarının tespitinde yargı mercileri Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan hükümleri esas almaktadır. Dolayısıyla zararın belirlenmesinde Türk Borçlar Kanunu'nun 51. maddesi ve devamı hükümleri

¹³⁵⁶ Dan.15.D., 25.05.2016, E. 2015/3117, K. 2016/3761; Dan.15.D., 18.04.2016, E. 2015/7589, K. 2016/2661, Lexpera İctihat Bilgi Bankası.

uygulama bulacaktır. Ayrıca, zararın belirlenmesine ilişkin Yargıtay içtihadından da yararlanılması Danıştay uygulaması bakımından yol gösterici olabilecektir¹³⁵⁷. Keza, Yargıtay içtihadının zararın tespiti ve tasnifi bakımından, Danıştay kararlarına göre daha gelişmiş ve ayrıntılı olduğu da dikkat çekmektedir. Bu bakımdan Danıştay içtihadında rastlayamamış olduğumuz ihtimaller ile söz konusu içtihattan ayrılmış olan durumlar yönünden Yargıtay kararlarına da yer vereceğiz.

Kanuni düzenleme ve içtihat birlikte değerlendirildiğinde idarenin faaliyeti sonucunda kişi üzerinde meydana gelen eksilmenin maddi zarar ya da manevi zarar şeklinde ortaya çıkabildiği görülmektedir. *Maddi zarar*, kişinin malvarlığının azalması ya da yok olması veya kazançtan yoksun kalması şeklinde karşımıza çıkabilmektedir **(i)**. *Manevi zarar* ise, kişinin onur, şeref gibi manevi değerlerinde meydana gelen eksilme, ya da duyduğu acı ve üzüntü nedeniyle yaşama sevincinde meydana gelen azalma olarak tanımlanabilmektedir¹³⁵⁸ **(ii)**.

i. Maddi Zararlar

Bir kimsenin malvarlığında iradesi dışında meydana gelen eksilme maddi zarar olarak tanımlanmaktadır. Maddi zarar kişinin malvarlığında meydana gelen eksilme şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, malvarlığının artmasına engel olma ya da pasifinin artması şeklinde de görülebilmektedir¹³⁵⁹. Buna göre maddi zarardan söz edilebilmesi için, ortada bir malvarlığının olması, malvarlığında eksilme olması ve söz konusu eksilmenin zarar görenin iradesi dışında gerçekleşmesi gerekmektedir¹³⁶⁰.

¹³⁵⁷ Ancak bu durum Danıştay'ın adli yargı kararlarıyla tümüyle bağlı olduğu şeklinde de yorumlanmamalıdır. (Serdar Özgüldür, "İdare Hukukunda Tazminat Hesabının Unsurları ve Hesaplama Yöntemi: AYİM Uygulaması", *AYİMD*, S. 11, s. 10.)

¹³⁵⁸ Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, hangi zararların maddi hangilerinin manevi olduğunun nitelendirilmesinde, zarara yol açan davranışın kişinin maddi veya manevi varlığına yönelik olup olmadığının değil; oluşan zararın maddi bir eksilmeden mi, yoksa manevi bir eksilmeden mi kaynaklandığının belirlenmesi gerektiğidir. Başka bir deyişle, kişinin maddi varlığına yönelik bir fiil sonucunda manevi zarar oluşabileceği gibi; manevi varlığına (şahıs varlığına) yönelik bir fiil de malvarlıksal sonuçlara yol açabilmektedir. (Aynı yönde Candan, *age.*, s. 174.) Bu nedenle, oluşan zararın malvarlıksal ya da şahıs varlığına yönelik olup olmadığının değerlendirilmesi suretiyle tasnif yapılması gerekmektedir.

¹³⁵⁹ Eren, *age.*, s. 545; Gözler, *age.*, s. 1280.

¹³⁶⁰ Malvarlığında meydana gelen azalmanın zarar görenin iradesi dışında olması, rızası hilafına ya da rızası olmaksızın meydana gelmesi gerekmektedir. Yani, zararın oluşması ya da artması zarar görenin kendi davranışından kaynaklanmaktaysa, bu ihtimalde tazmin edilmesi gereken bir maddi zarardan söz edilemez. (Oğuzman / Öz, *age.*, s. 40.) Bu ihtimale örnek olarak Eren, haksız bir fiil sonucunda

Bir kişinin malvarlığı aktif ve pasifinde yer alan, ekonomik (para ile ölçülebilir) değer arz eden hukuki varlıkları bir bütünü oluşturmaktadır¹³⁶¹. Bu kapsamda mülkiyet hakkının yanı sıra, zarar görenin ekonomik geleceği, hatta kişinin malvarlığını etkileyecek nitelikte olan kişilik hakkına ilişkin değer ve varlıklar da malvarlığı kapsamında değerlendirilmektedir¹³⁶². Buna karşılık, kişilik varlığında meydana gelen eksilmenin aynı zamanda malvarlığında bir eksilmeye yol açmadığı durumlarda, maddi tazminat isteme hakkı da oluşmayacaktır.

Zarar görenin malvarlığında bir eksilme olması halinde tazminat hakkından söz edilebilecektir. Malvarlığında meydana gelen eksilme, zarara yol açan fiil gerçekleşmeseydi oluşacak olan durum ile zarar sonucunda oluşan durumun karşılaştırılması yoluyla hesaplanabilmektedir¹³⁶³. Başka bir ifadeyle, malvarlığındaki zarara yol açan fiilden önceki ve sonraki halin karşılaştırılması değil, zarar doğuran fiil gerçekleşmeseydi gelecekte meydana gelecek durum da dikkate alınarak belirlenen azalma malvarlığındaki eksilme olacaktır¹³⁶⁴.

İdarenin fiili nedeniyle kişinin malvarlığında meydana gelen eksilmenin hangi tarihteki değere göre hesaplanacağı ise bir diğer önem taşıyan konudur. Başka bir deyişle, malvarlığında meydana gelen eksilmenin değerinin zararın meydana geldiği tarih ile tazminata ilişkin hükmün kurulduğu tarihte farklı olması ihtimalinde hangi tarihin esas alınacağı tespit edilmesi gereken bir husustur. Özellikle paranın değerinin değiştiği, yüksek enflasyon oranlarının ortaya çıktığı dönemlerde çoğu zaman malvarlığında meydana gelen eksilmenin değeri dava sürecinde artabilmektedir¹³⁶⁵. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 75. maddesi uyarınca zararın miktarının belirlenmesinde hakimın kararını verdiği tarih esas alınmaktadır. Danıştay da, tazmini gereken zarar miktarının, zararın dava edildiği tarihteki tutarının tazmini gerekli görülen kısmının hüküm tarihindeki gerçek değeri karşılığı

hastanede tedavi gören hastanın olağan tedavi giderlerinin tazminat kapsamında olduğunu, buna karşılık normalin üzerindeki giderlerin hastanın iradesi doğrultusunda gerçekleşmesi nedeniyle zarar olarak nitelendirilemeyeceğini ileri sürmüştür. (Eren, **age.**, s. 549.)

¹³⁶¹ Eren, **age.**, s. 521.

¹³⁶² Onar, **age.**, s. 1717; Eren, **age.**, s. 546; Oğuzman / Öz, **age.**, s. 40; Gözler, **age.**, 1281.

¹³⁶³ Serdar Özgüldür, "Zararın Hesabında Yöntem ve Uygulama Sorunlarına İlişkin Bir Değerlendirme", **AYİMD**, S. 14, s. 60.

¹³⁶⁴ Yar.4. HD. 27.02.1975, E. 1973/13954, K. 1975/2496, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹³⁶⁵ Oğuzman / Öz, **age.**, s. 88; Mehmet Ünlüçay, "İdarenin Tazmin Borcu ve Enflasyon Olgusu", **DD**, S. 94, s. 7.

olduğunu kabul etmektedir. Söz konusu tarih ilk derece mahkemesinin hüküm verdiği tarihtir¹³⁶⁶. Bu doğrultuda, talep edilen zarar miktarının kabul edilen kısmının gerçek değerinin tespitinde Devlet İstatistik Enstitüsü'nün toptan eşya fiyat endeksleri esas alınmaktadır¹³⁶⁷.

Fransız Danıştayı ise söz konusu ihtimalde ikili bir ayırım öngörmektedir¹³⁶⁸. Buna göre, eşya üzerinde meydana gelen zararlarda zararın ortaya çıktığı tarihteki¹³⁶⁹; kişiler üzerinde ortaya çıkan zararlarda ise karar tarihindeki değer üzerinden tazminat miktarının hesaplanması gerektiği kabul edilmiştir¹³⁷⁰. Bu doğrultuda, zararın kişiler üzerinde meydana geldiği tıbbi uygulama hatalarında, tazminat miktarının karar tarihindeki değere göre tespit edilmesi gerektiği söylenebilecektir.

Maddi zararlar bakımından önem taşıyan bir diğer husus da, mahkeme tarafından tazmini öngörülen zararlar hakkında hangi tarihten itibaren faiz uygulanacağıdır. Öğretide maddi zararlar bakımından faizin, zararın meydana gelmesinden itibaren hesaplanması gerektiğini savunan görüşler bulunmaktadır¹³⁷¹. Danıştay ise, uyuşmazlık konusu olan zararın idare tarafından en erken davacının idareye İYUK madde 13 ya da 659 sayılı KHK'nin 13. maddesi kapsamında başvurusu üzerine öğrenilebileceğinden hareketle, ön karar için idareye başvuru tarihi itibarıyla maddi zararlar bakımından faiz yürütülmesi gerektiğini yerleşik içtihadında kabul etmiştir¹³⁷². Burada hükmedilecek olan faiz kanuni faiz oranına göre

¹³⁶⁶ Eren, **age.**, s. 753; Sait Güran, "Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması", **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu** (Ankara 12 - 13 Mayıs 1979), Fakülteler Matbaası, 1980, s. 167; Çağlayan, **agm.**, s. 254. Ancak Yargıtay'ın zarar verici olayın meydana geldiği tarihi esas almak suretiyle zararı belirlediği kararları da bulunmaktadır. (Yar.4.HD, 23.12.1982, E. 1982/7190, K. 1982/11637, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

¹³⁶⁷ Dan.10.D., 24.11.1997, E. 1995/6440, K. 1997/4796.

¹³⁶⁸ Morand – Deviller, **age.**, s. 739; Rivero / Waline, **age.**, s. 273; Frier / Petit, **age.**, s. 593.

¹³⁶⁹ CE, 05.03.1965, *Perrot*, n° 61257, Rec. Lebon, 1965, Dalloz.fr.

¹³⁷⁰ CE, 30.12.1998, *CPAM de l'Essonne*, n° 129401, Rec. Lebon, 1998; aynı yönde CE, 21.03.1947, *Veuve Aubry, Veuve Lefevre, Veuve Pascal*, n° 80338, RDCE 1947, Dalloz.fr.

¹³⁷¹ Eren, **age.**, s. 753.

¹³⁷² "En basit biçimiyle, idarenin tazmin borcu bağlamında faiz; kişilerin, idarenin eylem ve/veya işlemlerinden dolayı uğradıkları zararların giderilmesi istemiyle başvurularına karşın, idarenin zararı kendiliğinden ödemeyip, yargı kararıyla tazminata mahkûm edilmesi sonucunda, tazminatın ödendiği tarihe kadar geçen süre için 3095 sayılı Yasaya göre hesaplanacak tutarı ifade etmektedir. (...) idari eylemler nedeniyle uğranılan zararın tazmini için idareye başvuruda bulunulmasının, dava ön şartı olarak öngörülmesi ve zararın idare tarafından en erken bu tarihte ödenebilecek olması nedeniyle yargı yerince hükmedilecek tazminat miktarına, ön karar için idareye yapılan başvuru tarihi itibarıyla yasal faiz uygulanması Danıştay'ın yerleşik içtihatlarıyla kabul edilmiştir." (Dan.10.D.,

belirlenecektir¹³⁷³. Öte yandan İYUK madde 9 düzenlemesi uyarınca, idareye başvurulmaksızın görevsiz yargı düzeninde dava açılması ve bu yargı düzeninde verilen görevsizlik kararının kesinleşmesi üzerine idari yargı mercii önünde açılan davalarda hükmedilen tazminata işletilecek yasal faizin başlangıcının, görevsiz yargı yerinde davanın açıldığı tarih olduğu kabul edilmektedir¹³⁷⁴. Benzer uyuşmazlıklarda Fransız Danıştay'ı da, zararın tazmini için idareye yapılan başvuru ile birlikte faizin de işlemeye başlayacağını kabul etmektedir. Dolayısıyla idareye yapılacak ön başvuru tarihi esas alınarak faiz miktarı hesaplanmaktadır¹³⁷⁵.

İdare hukuku ilkelerine göre maddi zarar, idari işlem veya eylem nedeniyle kişinin malvarlığının aktifinde meydana gelen azalma sonucu uğranılan zarar ile elde edilmesi kesin olan gelirden yoksun kalma sonucu uğranılan zarardır¹³⁷⁶. Bedensel nitelikteki maddi zarar ise, kişinin sağlığına kavuşmak için yaptığı tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalması ya da yok olması veya ekonomik geleceğin sarsılması nedeniyle elde edeceği gelirden meydana gelen azalmayı ifade etmektedir¹³⁷⁷. Öte yandan, maddi zarara uğrayan kişi her zaman idarenin eylemine doğrudan muhatap olan kişi olmayabilir. “Yansıma zarar” olarak nitelendirdiğimiz hallerde, idarenin eylemi sonucunda kişinin bedensel zarara uğraması, bu kişi ile hukuki ya da sosyal ve ekonomik ilişki halinde olan üçüncü kişilerin de malvarlıksal olarak zarara uğramasına yol açabilmektedir.¹³⁷⁸ Bu hallerde zarara uğrayan, idari eylemin muhatabı olan kişinin yanında veya tek başına üçüncü kişidir. Kişinin ölümü ya da

30.12.2008, E. 2008/4286, K. 2008/9585, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Aynı yönde kararlar için bkz. Dan.15.D., 21.04.2014, E. 2013/4135, K. 2014/3970; Dan.15.D., 30.05.2015, E. 2014/7136, K. 2015/413; Dan.10.D., 22.01.2009, E. 2009/3519, K. 2009/73, aktaran Gökcan, **age.**, s. 1444. Maddi tazminat bakımından faizin başlangıcı olarak karar tarihinin esas alınması gerektiğine ilişkin aksi yöndeki Danıştay içtihadı için bkz. Dan.10.D., 21.07.2009, E. 2009/8454, K. 2009/7726. Yine önceki tarihli bazı kararlarında Danıştay, tazminat için faizin başlangıcı olarak idarece açık veya zimnen cevap verilmeyerek başvuruyu reddettiği tarihi esas almaktaydı. (Dan.10.D., 26.05.1982, E. 1982/1267, K. 1982/1445; Dan.10.D., 07.06.1990, E. 1989/2476, K. 1990/1342; Dan.11.D., 16.09.2008, E. 2007/2109, K. 2008/7719, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

¹³⁷³ Dan.10.D., 12.10.1999, E. 1997/3198, K. 1999/4799, **DD**, S. 103, s. 867.

¹³⁷⁴ Dan.15.D., 28.03.2016, E. 2016/93, K. 2016/2088, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹³⁷⁵ CE, 06.05.1983, *Société Distrelec*, n° 28-850, RDCE, 1983, Dalloz.fr.

¹³⁷⁶ Yvonne Lambert - Faivre / Stéphanie Porchy – Simon, **Droit du dommage corporel**, 8e édition, Dalloz, 2016, s. 144.

¹³⁷⁷ Dan.15.D., 12.12.2013, E. 2013/4237, K. 2013/10653. Aynı yönde Dan.15.D., E. 2010/11290, K. 2014/5905, aktaran Hızal / Çınarlı, **agm.**, s. 159.

¹³⁷⁸ Yansıma zarar kavramı öğretide Oğuzman ve Öz tarafından, “bir hukuka aykırı fiile maruz kalan kimseden başka bir kişinin de bu fiil yüzünden uğradığı zarar” olarak tanımlanmıştır. (Oğuzman / Öz, **age.**, s. 43.)

cismani zarara uğramış olması ihtimallerinde, kişinin kendisinin uğradığı zararlar ile üçüncü kişilerin uğradıkları yansıma zararlar birbirinden farklılık arz etmektedir.

Bunlardan ölüme bağlı zararlar esas olarak tıbbi müdahalenin süjesi olan kişinin yakını üçüncü kişiler üzerinde gerçekleşmektedir **(A)**. Cismani zararlara ise, çoğunlukla tıbbi müdahalenin tarafı olan kişi uğramakta olsa da; istisnaen yansıma zararlar nedeniyle üçüncü kişilerin de tazminat hakkı doğabilmektedir **(B)**. Öte yandan, bazı malvarlıksal zararlar ise, beden bütünlüğüne yönelik bir ihlal olmaksızın doğrudan kişinin malvarlığında eksilmeye yol açmaktadır **(C)**.

A) Ölüme Bağlı Zararlar

Hatalı tıbbi uygulama sonucunda kişinin hayatını kaybetmesi durumunda, hangi maddi zararların tazmin edilebileceğinin yanında bu zararların kim ya da kimler tarafından talep edileceği tespit edilmesi gereken hususlardır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, ölüm halinde idareden tazminat talep edilebilecek hak sahipleri zararın türüne ve oluşum şekline göre farklılık arz etmektedir. Aşağıda daha ayrıntılı olarak inceleneceği üzere, her bir zarar türü bakımından tazminat talep edebilecek hak sahipleri birbirinden farklı olacaktır.

Ölüme bağlı maddi zararlar kapsamında Borçlar Kanunu'nun 53. maddesine göre, esas olarak cenaze giderleri, ölümün hemen gerçekleşmemiş olması ihtimalinde tedavi giderleri ve bu süreçte çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar, ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar yer almaktadır. Ancak kanun metninde yer alan “*özellikle*” ibaresi ölüme bağlı olarak ortaya çıkan başka zararların da maddi tazminat kapsamında değerlendirilebileceğine işaret etmektedir. Buna karşılık Danıştay, idarenin faaliyeti sebebiyle çocuğun ölümü durumunda, ailesi tarafından o zamana kadar yapılmış olan yetiştirme masraflarının tazminat kapsamında olmadığına hükmetmiştir¹³⁷⁹.

¹³⁷⁹ Dan.10.D., 13.02.2001, E. 1998/5075, K. 2001/476, aktaran Bal / Şahin / Karabulut, **age.**, s. 186. Aynı yönde AYİM kararı için bkz. AYİM, 3.D., 10.03.1976, E. 1975/220, K. 1976/1692, aktaran Özgüldür, **agm.**, s. 9.

Ölüme bağlı maddi zararlar doğrudan ölen kişinin malvarlığı üzerinde gerçekleşebileceği gibi, yansıma zarar şeklinde üçüncü kişiler üzerinde de gerçekleşebilmektedir¹³⁸⁰. Bu ihtimalde zararın bizzat ölen kişi üzerinde gerçekleşmesi ancak ölümün idarenin eylemi nedeniyle derhal vuku bulmamış olması durumunda mümkündür. İdarenin eylemi sonucunda kişinin derhal ölmesi durumunda ise, zarar ancak üçüncü kişilerin malvarlığı üzerine gerçekleşecektir. Bu bakımdan ölümün gerçekleşme şekli ve zamanı, zararın muhatabının belirlenmesi bakımından önem taşımaktadır.

Hatalı tıbbi uygulama sonucunda kişinin ölümü halinde ilk olarak, ölüm öncesinde yapılan tedavi harcamaları maddi tazminat kapsamında tazmin edilmektedir. Bu ihtimalin söz konusu olabilmesi için ölümün, hatalı tıbbi uygulamanın neticesinde derhal gerçekleşmemesi, belli bir süre tedavi uygulanmasına karşılık kişinin kurtarılamamış olması gerekmektedir¹³⁸¹. Tedavi giderlerinin hatalı tıbbi uygulama nedeniyle kişinin cismani zarara uğraması durumunda daha sık şekilde ortaya çıkması nedeniyle, söz konusu masrafların hesaplanmasındaki esaslar ve uygulamalara bir sonraki başlıkta ayrıntılı şekilde yer verilmiştir. Ancak söz konusu açıklamaların, ölüm halinde ortaya çıkan tedavi masrafları bakımından da aynı şekilde geçerli olduğunu söyleyebiliriz.

Hatalı tıbbi uygulama üzerine ölümün gerçekleşmesi halinde, tedavi masraflarından kaynaklanan zarar iki farklı şekilde ortaya çıkabilmektedir. İlk ihtimalde, tıbbi uygulama hatası nedeniyle zarara uğrayan kişinin henüz tedavi edilirken idareye başvurup tam yargı davası açtıktan sonra ancak henüz hüküm verilmeden önce ölümü durumunda, 2577 sayılı İYUK madde 26 hükmü uyarınca davayı takip hakkı mirasçılara geçecek olup, bu ihtimalde davayı takip hakkı kendisine geçenin başvurmasına kadar dosyanın işleminden kaldırılmasına mahkemece karar verilmektedir. Mirasçının başvurusu üzerine dava incelenmeye devam edilir. Dolayısıyla bu ihtimalde tedavi masrafları doğrudan ölenin malvarlığı üzerinde azalmaya sebep olmakta, üçüncü kişiler mirasçı sıfatıyla davayı takip ederek söz

¹³⁸⁰ Lambert - Faivre / Porchy – Simon, **age.**, s. 222.

¹³⁸¹ Haluk Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 15. bası, Beta, 2017, s. 246; Eren, **age.**, s. 778; Hızal / Çınarlı, **agm.**, s. 160.

konusu zararların tazminini talep edebilmektedir. İkinci ihtimalde ise, tıbbi uygulama hatası nedeniyle zarara uğrayan kişi tedavi aşamasında idare aleyhine dava açmamış, yapılan tedavi giderleri malvarlığının aktifinde azalma ya da pasifinde artış meydana getirmiş ve henüz İYUK madde 13'te öngörülen idareye başvuru süresi dolmadan ölmüştür. Bu ihtimalde de zarar doğrudan ölen kişinin malvarlığında azalmaya sebep olmakla birlikte, idare aleyhine tam yargı davası, mirasçılık yoluyla hak sahibi haline gelen üçüncü kişiler tarafından açılmaktadır. Ancak tekrar belirtmek gerekir ki bu ihtimalin gerçekleşmesi için ölümün İYUK madde 13'te öngörülen idareye başvuru süresinden önce gerçekleşmesi gerekmektedir. Buna karşılık, hatalı tıbbi uygulama meydana geldikten sonra tedavi uygulanan kişinin ölümünün İYUK madde 13'te öngörülen süreler dolduktan sonra gerçekleşmesi ve bu süre içinde ölenin idareye başvuruda bulunmaması durumunda dava açma hakkı ortadan kalkacaktır.

Ölümden önceki tedavi giderlerinin Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanması durumunda, ölenin ya da mirasçıların uğradıkları bir zarar söz konusu olmayacağından herhangi bir maddi tazminat talebinde bulunulması mümkün olmayacaktır¹³⁸². Nitekim Türk Borçlar Kanunu'nun 55. maddesine göre, kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler¹³⁸³, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez. Hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılmaz veya azaltılamaz. Bu kapsamda ancak zarar verene rücu edilebileceği öngörülmüş olan ödemelerin tazminat miktarından düşürülmesi mümkün olmakla birlikte, zarar verene rücu edilemeyecek olan ödemeler tazminat miktarından düşürülmeyecektir¹³⁸⁴. Aksi durumda zarar verenin iki defa tazminat ödemesi söz konusu olacaktır.

¹³⁸² Dan.10.D., 14.11.1996, E. 1995/3626, K. 1996/7545, aktaran Bal / Şahin / Karabulut, **age.**, s. 765.

¹³⁸³ "*İfa amacını taşımayan ödemeler*" kavramından anlaşılması gereken oluşan zarar nedeniyle aralarında müteselsil sorumluluk doğan kişilerden biri tarafından borcun gereği olarak yapılan ifa amaçlı ödemeler ile zarardan sorumlu bulunanlar dışındaki üçüncü kişilerin zarardan sorumlu olanın borcunu ödemek amacıyla yaptığı ödemeler dışındaki ödemelerdir. (Dan.15.D., 25.05.2016, E. 2015/3117, K. 2016/3761, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası)

¹³⁸⁴ Nomer, **age.**, s. 236; Güran, **agm.**, s. 165; Hakeri, **age.**, s. 904; Özgüldür, **agm.**, s. 47 vd.; Özge Okay Tekinsoy, "AYİM Kararlarında Bedensel Zararların Tazmini", **Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2016, s. 334.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 21. maddesinde bu Kanun kapsamında yapılan ödemelerin zarara sebep olan üçüncü kişilere rücu edileceği açıkça öngörülmüştür.¹³⁸⁵ Dolayısıyla bu Kanun kapsamında yapılan ödemeler tazminat miktarından düşürülecektir.¹³⁸⁶ Buna karşılık, 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu kapsamında yapılan bakım giderlerinin zarar verene rücu edilebileceğine dair herhangi bir düzenleme bulunmadığından bu Kanun kapsamında yapılan ödemeler zarar görene ödenecek tazminattan düşürülmeyecektir.¹³⁸⁷ Öte yandan, ödeme kastı dışında kalan saikle yapılan ödemeler (yardım ve benzeri ödemeler) de denkleştirme kapsamında yer almamaktadır.¹³⁸⁸ Söz gelimi sivil toplum kuruluşları ya da dernekler tarafından toplanarak ölen ya da mirasçılarına yapılan yardımlar da tazminat miktarından düşürülmeyecektir.¹³⁸⁹ Yine idari eylemin doğrudan sonucu olmayan emekli, dul ve yetim aylıkları da idarenin ödeyeceği tazminat miktarından düşürülmemektedir.¹³⁹⁰

Öte yandan, zarar görenin taraf olduğu sigorta sözleşmeleri kapsamında yapılan ödemeler nedeniyle sigorta şirketi zarar verene karşı, zarar görenin haklarına halef olmadığından, bu tür sigorta tazminatları zarardan düşülmeyecektir.¹³⁹¹ Keza, bu ihtimalde sigorta şirketi, ödediği primlerin karşılığı olarak zarar görene tazminat vermektedir. Bu nedenle özel hukuk kişisi sigorta şirketi tarafından sözleşmesel ilişkinin sonucu olarak yapılan ödemeler, idarenin tazminat sorumluluğu kapsamındaki meblağdan indirilmeyecektir. Dolayısıyla hatalı tıbbi uygulama sonucunda zarar gören kişi, hem sigorta şirketiyle yapmış olduğu kaza, hayat ya da hastalık sigortası kapsamındaki tazminatı alacak hem de söz konusu uygulama nedeniyle uğramış olduğu zararın tümünü idareden ayrı ayrı talep edebilecektir.

¹³⁸⁵ Eren, **age.**, s. 761; Oğuzman / Öz, **age.**, s. 92; Hızal / Çınarlı, **agm.**, s. 160.

¹³⁸⁶ Dan.15.D., 25.05.2016, E. 2015/3117, K. 2016/376; Dan.15.D., 18.04.2016, E. 2015/7589, K. 2016/2661, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası. Aynı yönde AYİM 2.D, 03.06.1987, E. 1986/113, K. 1987/80, aktaran Armağan, **age.**, s. 245. Bu yöndeki idare mahkemesi kararı için bkz. Akyıldız / Özkan, **age.**, s. 477. Bu yöndeki Yargıtay içtihadı için bkz. Yar.21.HD, 30.04.2014, E. 2014/1774, K. 2014/9623; Yar.21.HD, 11.09.2013, E. 2013/4010, K. 2013/15663, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹³⁸⁷ Dan.15.D., 25.05.2016, E. 2015/3117, K. 2016/376, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası. Dan.10.D., 28.03.1984, E. 1983/945, K. 1984/663; Dan.10.D., 26.10.1995, E. 1995/3321, K. 1995/4995, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹³⁸⁸ Dan.15.D., 18.04.2016, E. 2015/7589, K. 2016/2661; Dan.15.D., 25.05.2016, E. 2015/3117, K. 2016/3761, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası. Aynı yönde Yargıtay içtihadı için bkz. Yar.4.HD, 09.05.1980, E. 1980/3094, K. 1980/6086; Yar. HGK, 28.11.2979, E. 1977/4-1110, K. 1979/1395, Bkz Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹³⁸⁹ Nomer, **age.**, s. 242; Eren, **age.**, s. 759; Oğuzman / Öz, **age.**, s. 91.

¹³⁹⁰ Dan.10.D., 23.06.1997, E. 1996/3996, K. 1997/2544, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹³⁹¹ Eren, **age.**, s. 763; Oğuzman / Öz, **age.**, s. 90.

Fransız hukukunda da sosyal sigorta kapsamında yapılan ödemelerin tazminat miktarından düşürülmesi gerektiği kabul edilmiştir¹³⁹². Bu kapsamda kişiye ödenen tazminat, ikramiye, aylık ve benzeri ödentiler idarenin ödeyeceği tazminat miktarından düşürülecektir¹³⁹³. Bu ihtimalde sosyal güvenlik kuruluşu ödediği meblağı sorumlu idareye rücu edecektir. Buna karşılık, zarar gören kişiye yapılan diğer sosyal yardımlar ile geri ödemeli şekilde verilen meblağların tazminat miktarından düşürülmeyeceği Fransız Danıştayınca kabul edilmektedir¹³⁹⁴.

Tedavi giderlerinin yanında, hatalı tıbbi uygulama sonucunda ölümün hemen gerçekleşmemiş olması ihtimalinde, tıbbi uygulama ile ölüm arasındaki süreçte kişinin uğramış olduğu çalışma gücü ve kazanç kaybı da maddi zararların kapsamında tazmini gerekmektedir. Zira, sağlık hizmetinin hukuka ve tıbbi standartlara uygun olarak yürütülmesi durumunda kişi çalışmaya devam edecek ve belli bir kazanç elde edecektir. Bu nedenle, kişinin ölüm tarihine kadarki süreçte söz konusu faaliyet nedeniyle yaşadığı kazanç kaybının de zarar kapsamına alınması gerekmektedir.

Öte yandan, ölüm nedeniyle yapılan gömme ve defin harcamaları da maddi zararlar kapsamında tazmin edilmektedir¹³⁹⁵. Cenaze ve defin giderleri kapsamında cenazenin taşınması, yıkılması, defnedilmesi, mezar yerinin satın alınması, dinsel tören yapılması gibi işler için yapılan ödemeler yer almaktadır. Keza, yerel inanç ve töreler gereğince yapılan bazı masrafların da (dua okutulması, yemek verilmesi gibi) idareden talep edilebileceği kabul edilmektedir. Ayrıca, cenaze ve defin giderlerinin hesaplanmasında ölen kişinin sosyal ve ekonomik durumunun dikkate alınması da gerekmektedir¹³⁹⁶. Bu nedenle söz konusu masraflar kişiden kişiye farklı şekilde hesaplanabilmektedir. Buna karşılık, kişinin ölümü nedeniyle yapılan noter

¹³⁹² CE, 08.03.2013, *Doget*, n° 361273, Rec. Lebon, 2013, Dalloz.fr.; CE, 03.02.1984, *Loubat*, n° 32421, Rec. Lebon, 1984, Dalloz.fr.

¹³⁹³ Frier / Petit, **age.**, s. 592; Esper / Sargos, **age.**, s. 345; Lambert - Faivre / Porchy – Simon, **age.**, s. 145.

¹³⁹⁴ CE sect, 02.10.1970, *Ep.Pol.*, n° 76987, RDSS, 1971, Dalloz.fr.; CE, 14.10.1974, *Medjebeur*, n° 92643, Rec. Lebon, 1974, Dalloz.fr.

¹³⁹⁵ Dan.12.D., 18.11.1968, E. 1967/2767, K. 1968/2118, aktaran Esin, **age.**, s. 80.

¹³⁹⁶ Aynı yönde Eren, **age.**, s. 777; Hızal, **age.**, s. 74; Hızal / Çınarlı, **agm.**, s. 160.

masraflarının tazminat kapsamına girmeyeceği kabul edilmektedir¹³⁹⁷. Tedavi giderlerinde olduğu gibi, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanmakta olan cenaze giderleri de idareden talep edilemeyecektir. Buna karşılık, özel hukuk kişisiyle yapılan sigorta sözleşmesi nedeniyle yapılan ödemeler tazminat miktarından indirilemeyecek olduğundan, idareden ayrıca talep edilmesi mümkündür.

Yukarıda belirttiğimiz gibi, tıbbi uygulama hatası sonucunda kişinin ölümü halinde bazı durumlarda zarar, doğrudan ölenin malvarlığında meydana gelmemekte; yansıma zarar şeklinde üçüncü kişilerin malvarlığında azalma şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu kapsamda yer alan ve tazmin edilmesi gereken bir diğer maddi zarar türü ölen kişiden halen alınmakta olan ya da ileride alınacak olan yardımdan, başka bir ifadeyle ölenin desteğinden mahrum kalma nedeniyle oluşan maddi kayıplardır¹³⁹⁸. Destekten yoksun kalma¹³⁹⁹ tazminatının temel amacı, ölüm nedeniyle desteğini yitiren kişinin, kendisine destek olan kişinin ölümünden önceki sosyal ve ekonomik yaşam düzeyini sürdürmesinin sağlanmasıdır¹⁴⁰⁰. Ancak bu ihtimalin söz konusu olabilmesi için, hatalı tıbbi müdahale nedeniyle ölüm anında üçüncü kişinin öleden halihazırda destek alıyor olması ya da destek alacağını

¹³⁹⁷ CAA Lyon, 08.10.2009, *Pascaline*, n° 06LY00982, Rec. Lebon, Dalloz.fr.)

¹³⁹⁸ “Destekten yoksun kalma tazminatıyla, ölenin (desteğin) gelecekte elde etmesi muhtemel gelirin güncelleştirilerek, destekten yoksun kalanın ölüm olayından önceki sosyal ve ekonomik yaşam düzeyinin devamını sağlayacak gelire kavuşturulması amaçlanmaktadır.” (Dan. İDDGK, E. 2008/909, K. 2011/278, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Aynı yöndeki AYİM kararı için bkz. AYİM, 2.D., 28.12.1988, E. 1988/290, K. 1988/290 aktaran Özgüldür, *agm.*, s. 12.

¹³⁹⁹ “Bir kimseye fiilen sürekli ve düzenli bir şekilde bakan ve olayların olağan akışına göre ona bu tarzda ileride bakması kuvvetle tahmin edilen kimse o kişinin desteğidir.” (Oğuzman / Öz, *age.*, s. 103.)

¹⁴⁰⁰ Gözler, *age.*, s. 1293; Özgüldür, *age.*, s. 339; Sarsıkoğlu, *agm.*, s. 2404. Buna karşılık, hatalı tıbbi müdahale nedeniyle cismani zarar oluşan hallerde üçüncü kişi destekten yoksun kalma tazminatı hakkı elde edemeyecektir. Zira bu ihtimalde vücut bütünlüğü zarar gören kişinin gerek ekonomik geleceğinin sarsılması ve gerek işgücü kaybı nedeniyle oluşan zararı giderilmiş olacağından, dolaylı olarak üçüncü kişilerin uğrayacağı yansıma zararlar da karşılanmış olacaktır. Dolayısıyla ölüm dışındaki hallerde, destekten yoksun kalma tazminatı istenmesi mümkün değildir. Nitekim idarenin fiili nedeniyle cismani zarar gören kişinin yakınlarının maddi tazminat talebi AYİM tarafından “(...) BK’nın 46. Maddesinde cismani zarara uğrayan kimsenin çalışma gücünü yitirmesinden, iktisadi geleceğinin sarsılmasından doğan zararı tazmin edebilmektedir. Bu maddeye göre, maddi zarar isteyebilecek olan kişi, cismani zarara uğrayan, bu nedenle çalışma gücünü kaybeden ve iktisadi geleceği sarsılan kişidir.” şeklindeki gerekçeyle reddedilmiştir. (AYİM 2.D., 15.03.1995, E. 1994/1334, K. 1995/192, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Kanaatimizce bu yorum cismani zarara uğrayan kişinin, bu zararın tazminini istememesi, bu hakkından vazgeçmesi ya da dava açma süresinin dolması durumunda, bu kişinin malvarlığında meydana gelen azalma nedeniyle destekten yoksun kalarak dolaylı zarar gören kişiler bakımından hakkaniyete aykırı sonuçlara yol açabilecektir. Şöyle ki, bu ihtimalde cismani zarara uğrayan kişinin işgücü kaybına uğraması ve bu nedenle üçüncü kişinin, zarar görenin desteğinden mahrum kalması durumunda, uğradığı zararın tazminini idareden isteyemeyecektir ki kanaatimizce bu durum Anayasa’nın 125. maddesinde yer alan idarenin sorumluluğuna ilişkin düzenleme ile bağdaşmayacaktır.

muhtakkak olması gerekmektedir. Ayrıca, ölen kişinin ekonomik yönden üçüncü kişiye bakım gücünün, üçüncü kişininse desteğin yardımına ihtiyacının bulunması gerekmektedir¹⁴⁰¹.

Danıştay esas olarak ölen kişinin anne ve babası, eşi¹⁴⁰² ve çocuklarının¹⁴⁰³ destekten yoksun kalma tazminatı isteyebileceğini kabul etmekle beraber¹⁴⁰⁴, kardeşlerinin tazminat hakkının, ancak ölmeden önce düzenli ve devamlı şekilde kendisine yardım yapılıyor olması ihtimalinde mümkün olacağını kabul etmektedir¹⁴⁰⁵. Destekten yoksun kalan kişi, tazminat hakkını doğrudan doğruya asli şekilde kazanmakta olup, bu hak üzerinde desteğin ya da mirasçılarının herhangi bir tasarruf hakkı bulunmamaktadır¹⁴⁰⁶. Ayrıca, aralarında destek olma ilişkisi bulunmayan hallerde, tıbbi müdahale sonucunda ölen kişinin mirasçılarının, salt mirasçılık sıfatına dayanarak ölen kişinin ileride elde edeceği gelirleri talep etme

¹⁴⁰¹ Eren, **age.**, s. 784.

¹⁴⁰² Eş lehine destekten yoksun kalma tazminatına hükmedilmesi durumunda, tazminat miktarı belirlenirken eşin yeniden evlenmiş olup olmadığı (Yar.21.HD, 29.03.2016, E. 2016/264, K. 2016/5478; Yar.17.HD, 02.05.2014, E. 2013/6045, K. 2014/6926, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) ve olay tarihindeki yaşı (Yar.17.HD, 18.04.2017, E. 2016/16805, K. 2017/4181, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) da hesaba katılarak evlenme ihtimali göz önünde bulundurularak miktarın belirlenmesi gerekmektedir. Tazminat miktarının tespitinde Yargıtay imam nikahlı eşe ödenecek meblağın resmi nikahlı eşe nazaran daha düşük olması gerektiğini kabul ederek, belirlenen tazminat miktarında indirim uygulamaktadır. (Yar.21.HD, 28.05.2007, E. 2007/289, K. 2007/8718, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Buna karşılık AYİM, tazminat miktarının belirlenmesinde eşin resmi nikahlı – imam nikahlı olması bakımından herhangi bir ayırım yapmamaktaydı. (AYİM, 2.D., 19.01.1992, E. 1991/432, K. 1992/42, aktaran Özgüldür, **agm.**, s. 28.) Bunun yanında Yargıtay, ölen kişinin evli olması ve aynı zamanda üçüncü kişi ile ilişkisinin bulunması durumunda, üçüncü kişinin destekten yoksun kalma tazminatı isteme hakkının bulunmadığına karar vermiştir. (Yar.4.HD, 09.11.2010, E. 2009/14285, K. 2010/11605, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

¹⁴⁰³ Çocuklar lehine hükmedilecek destekten yoksun kalma tazminatının miktarının belirlenmesinde çocukların eğitim durumları, askerlik süreleri gibi özel durumlar dikkate alınmaktadır. Özel bir durumun bulunmaması ihtimalinde ise muhtaçlık sınırının en geç 22 yaşında sona ereceği kabul edilmektedir. (Dan.10.D., 13.11.1996, 1996/1091, K. 1996/7530, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Bu sınır kırsal kesimde yaşayanlar bakımından 18 yaşa kadar indirilmektedir. (Nomer, **age.**, s. 245; Özgüldür, **agm.**, s. 72; Lambert - Faivre / Porchy – Simon, **age.**, s. 234.) Buna karşılık, eğitim durumları nedeniyle söz konusu yaş sınırının en çok 25 yaşa kadar yükseltilebilmesi de mümkündür. (Yar.10.HD, 10.12.2013, E. 2013/4608, K. 2013/23944, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

¹⁴⁰⁴ Dan.10.D., 21.07.2009, E. 2009/8454, K. 2009/7726.

¹⁴⁰⁵ Dan.10.D., 11.05.1983, E. 1982/2483, K. 1983/11076, **DD**, S. 52 – 53. Nitekim Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin içtihadı da bu yöndeydi. (AYİM 3.D, 10.10.1977, E. 1977/8705, K. 1977/11576, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Benzer kararlar için bkz. Özgüldür, **agm.**, s. 15.) Aynı yönde Yar. HGK, 16.01.2013, E. 2012/17-1491, K. 2013/74; Yar.17.HD, 02.05.2014, E. 2013/6045, K. 2014/6926, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Ölenin birden fazla kişiye destek olması durumunda tazminatın pay edilme oranı somut olayın koşullarına göre bilirkişi tarafından belirlenmektedir. AYİM ise, 1992 yılında hazırladığı “Tazminat Hesaplarında Gözönünde Bulundurulması Gereken Hususlar” başlıklı liste doğrultusunda söz konusu paylaşımı yapmakta ve bu sayede bilirkişinin tazminat oranını belirlemeye yönelik takdir alanını daraltmaktaydı. (Özgüldür, **agm.**, s. 30.)

¹⁴⁰⁶ Eren, **age.**, s. 778.

hakkının bulunmadığı kabul edilmektedir¹⁴⁰⁷. Önceki içtihadında¹⁴⁰⁸ yalnızca ölenin bakmakla yükümlü olduğu kişilerin (başta alt soy, üst soy ve kardeşler olmak üzere) destekten yoksun kalma tazminatı isteyebileceğini kabul eden Fransız Danıştay'ı ise, 1951 yılında vermiş olduğu bir kararla bu içtihadından vazgeçmiş, desteğin ispatlanması ihtimalinde diğer kişilerin de tazminat isteme hakkının bulunduğunu kabul etmiştir¹⁴⁰⁹.

Fransız Danıştay içtihadı ile benzer şekilde, destekten yoksun kalma tazminatı talep etme hakkına sahip üçüncü kişilerin sınırlı sayıda olmadığını vurgulayan Danıştay, somut olayın koşulları dikkate alınarak, ölenin sağlığında desteğinden yararlandığını ispatlayan diğer kişilerin de destekten yoksun kalma tazminatı isteme hakkının bulunduğunu kabul etmektedir¹⁴¹⁰. Başka bir deyişle, olağan ya da kanuni olarak destek alan kimselerin herhangi bir ispat yükümlülüğü olmaksızın destekten yoksun kalma tazminatı isteme hakkı bulunmakta iken, bunların dışında kalan kimselerin desteğin varlığını ve yoksunluğu ispatlaması ihtimalinde tazminat hakkı doğacaktır¹⁴¹¹. Böylece, kanuni ya da sözleşmesel bir yardım yükümlülüğü olmadan yapılan yardım ve bakımlar da destek olarak nitelendirilmiştir. Burada tazminat talebinde bulunan üçüncü kişinin ispatlaması gereken husus yardımın sürekli, düzenli olması ve ileride devam edecek oluşudur.

¹⁴⁰⁷ CE, 24.10.2008, Mme B, n° 301851, Rec. Lebon, 2008, Dalloz.fr. Aynı yönde Yar. HGK, 18.04.2007, E. 2007/4-22, K. 2007/222, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁴⁰⁸ CE, 11.05.1928, *Dille Rucheton*, Rec. Dalloz, s. 607.

¹⁴⁰⁹ CE ass, 28.07.1951, Rec. CE, 1951, s. 473. Aynı yönde CE, 25.01.1952, *Simon et cons. Lassale – Barriere*, Rec. Dalloz, 1952, aktaran Chapus, *age.*, s. 1258 – 1259; CE, 03.03.1978, *Veuve Muesser*, n° 94827, Rec. Lebon, 1978, Dalloz.fr.,

¹⁴¹⁰ Dan. İDDGK, 17.10.1997, E. 1995/79, K. 1997/479, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. “*Davacı ... ile ...'ın birlikte yaşamalarını, hukuken geçerli ya da hukuken korunması gerekli bir evlilik olarak kabul etmek mümkün olmamakla beraber, müşterek çocukları olan, çocukları nüfusta üzerlerine kayıtlı bulunan ve müşterek geçimleri ölen ... tarafından sağlanan bu birliktelikte, ...'ın ölümü nedeniyle duyulan elem ve üzüntü ile destekten yoksun kalmanın giderilmesini teminen bilirkişi incelemesi ile tesbit edilen maddi ve takdir edilen manevi zararın tazminine hükmedilerek davayı kısmen kabul kısmen retle sonuçlandıran mahkeme kararında hukuka aykırılık bulunmamıştır.*” (Dan. İDDGK, 17.10.1997, E. 1995/79, K. 1997/479, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Aynı yönde Askeri Yüksek İdare Mahkemesi içtihadı için bkz. AYİM.3.D., 17.06.1975, E. 1974/395, K. 1994/1799, aktaran Özgüldür, *age.*, s. 336. Nitekim Yargıtay da destek olunan kişileri geniş şekilde yorumlamıştır. (Yar. 11.HD, 21.11.1965, E. 1965/1914, K. 1965/3002; Yar.4.HD, 02.01.1965, E. 1965/8350, K. 1965/327, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Buna karşılık Danıştay bir kararında, üvey anne lehine destekten yoksun kalma tazminatına hükmedilemeyeceğine karar vermiştir. (Dan.10.D., 22.05.1985, E. 1982/3322, K. 1985/1065, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

¹⁴¹¹ Frier / Petit, *age.*, s. 587; Lambert - Faivre / Porchy – Simon, *age.*, s. 224; Er, *age.*, s. 335; Nomer, *age.*, s. 244; Oğuzman / Öz, *age.*, s. 103.

Süreklilik koşulunun sağlanabilmesi için yardımın belli ve düzenli aralıklarla yapılması gerekmemekle birlikte, devamlı şekilde yapılıyor olması aranmaktadır. Söz gelimi, üçüncü kişiye verilen hediyeler kural olarak destek kapsamında değerlendirilemeyecektir¹⁴¹². Yine, bir defa yardım yapılmış olması da desteğin varlığını ortaya koymamaktadır. Ayrıca, ne zaman yapılacağı belli ve anlaşılabilir olmayan yardımların da destek olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Söz konusu desteğin tabi olduğu belli bir şekil söz konusu olmayıp, aylık, konut sağlama, aynı yardım, yiyecek ve giyecek temini, ilaç temini gibi farklı şekillerde olması da mümkündür. Desteğin bir kimseye hizmet görme şeklinde olması da mümkündür¹⁴¹³.

Üçüncü kişilerin destekten yoksun kalma tazminatı isteyebilmeleri için desteğin, ölenin ölümünden önce başlamış olması ve ölüm anında halen devam ediyor olması gerekmektedir¹⁴¹⁴. Buun yanında destek sağlayan kişinin bir işte çalışıyor olması da zorunlu değildir. Burada ispatlanması gereken husus, desteğini yitiren kişinin, ölümün meydana gelmesinden önce bulunduğu sosyal ve ekonomik yaşam düzeyinin azalmasıdır. Nitekim, Danıştay idarenin sorumluluğuna hükmettiği bir kararında çalışmayan ev hanımı olan kişinin eve maddi katkısının olmadığı kabul edilmesinin mümkün olmadığını vurgulayarak, bu katkının hesaplanmasında asgari ücretin brüt tutarının esas alınması gerektiğine karar vermiştir¹⁴¹⁵.

Buna karşılık, ölüm anında aralarında destek ilişkisi bulunmamasına karşın, kişi ölmeseydi ileride kurulacağı muhtemel olan destek ilişkilerinin maddi tazminat kapsamına alınıp alınmayacağı açık değildir¹⁴¹⁶. Söz gelimi tıbbi müdahale sonucunda ölen çocuğun, ölmemiş olması ihtimalinde gelecekte anne ve babasına

¹⁴¹² Eren, **age.**, s. 781.

¹⁴¹³ Oğuzman / Öz, **age.**, s. 104.

¹⁴¹⁴ Dan.10.D., 06.12.1993, E. 1992/4392, K. 1993/4999, **DD**, S. 89, s. 595.

¹⁴¹⁵ “(...) destekten yoksun kalma tazminatının amacı; desteğini yitiren kimsenin, ölümün meydana gelmesinden önce bulunduğu sosyal ve ekonomik yaşama düzeyinin devamını sağlayacak geliri temin etmesidir. Ayrıca, çalışmayan, ev hanımı olan kişinin, eve maddi katkısının bulunmadığını kabul etmek mümkün değildir. Bu gibi hallerde en azından, ölen şahsın, ölüm olayından önce evde gerçekleştirildiği hizmetin üçüncü bir kişi tarafından yapılması halinde ödenecek meblağ kadar katkısı olduğunun kabulü gerekmektedir. Her ne kadar, bu katkının somut olarak davacı tarafından ispatı mümkün değilse de, işin uzmanı olan bilirkişilere zararın hesaplatılması ve bu hesap yapılırken asgari ücretin brüt tutarının esas alınması gerekmektedir.” (Dan.10.D., 29.01.2007, E. 2004/7285, K. 2007/212, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Aynı yönde Hatırnaz Erol, **age.**, s. 407.

¹⁴¹⁶ Eren, **age.**, s. 760; Aksi yönde görüş için bkz. Er, **age.**, s. 323.

bakacağı muhtemeldir¹⁴¹⁷. *Hızal*, hayatın olağan akışına göre muhtemel olarak değerlendirilebilen desteklerin farazi destek kabul edilmesi ve tazminat kapsamına alınması gerektiğini savunmaktadır. Kanaatimizce çocuğun büyüüp belli bir yaşa geleceği, anne ve babasına destek olabilecek maddi güce sahip olacağı ve anne babasına bakacağı gibi hususların kesin olarak addedilmesi mümkün olmadığından, bu ihtimalde kesin zararın varlığı koşulu gerçekleşmeyecektir. Bu nedenle söz konusu muhtemel zararlar tazminat kapsamında değildir¹⁴¹⁸. Ancak Danıştay'ın çocuğu farazi destek olarak kabul ederek anne baba lehine destekten yoksun kalma tazminatına hükmettiği kararları bulunmaktadır¹⁴¹⁹.

Destekten yoksun kalma tazminatının miktarı belirlenirken öncelikle ölen kişinin mali durumu ve geliri göz önünde bulundurulur. Bunun yanında, üçüncü kişinin bakım ihtiyacının da belirlenmesi gerekmektedir¹⁴²⁰. Söz gelimi, desteğin ölümü ile birlikte eşinin ya da çocuklarının sosyal seviyesinde bir değişiklik olmaması durumunda, desteğe ihtiyaç bulunmadığından tazminata hükmedilemeyecektir. Kişi ölmeden önce destek vermekteyse, bu destek ölümünden sonraki meblağ hesaplanırken de esas alınmaktadır. Diğer durumlarda ise, desteğin mali gücü, üçüncü kişinin hayat seviyesi ve aralarındaki ilişki göz önünde bulundurularak destek miktarı belirlenir¹⁴²¹. Buna karşılık, destek miktarının ölenin gelirinin tamamını kapsayacak şekilde belirlenmesi de mümkün olmayacaktır. Zira, bir kişinin gelirinin tümüyle üçüncü bir kişiye destek sağlaması hayatın olağan akışında beklenebilir bir durum değildir.

B) Cismani Zararlar

Hatalı tıbbi uygulama üzerine kişide bedensel (cismani) zararların oluşması da mümkündür. Cismani zarar esas olarak vücut bütünlüğünde meydana gelen bozulma

¹⁴¹⁷ Dan.10.D., 23.10.1996, E. 1996/5056, K. 1996/6395, aktaran Atay / Odabaşı / Gökcan, **age.**, s. 238.) Nitekim Yargıtay bir kararında çocuğun anne ve babasına ileride destek olacağından bahisle, çocuğun ölümü nedeniyle anne ve babaya tazminat ödenmesi gerektiğini kabul etmiştir. (Yar.4.HD, 21.10.2010, E. 2009/13638, K. 2010/10663, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Danıştay'ın da bu yönde bir kararı bulunmaktadır; AYİM'in de önceki içtihadında kabul etmediği bu tutumu daha yeni tarihli kararlarında benimsediği görülmektedir. (Özgüldür, **agm.**, s. 14.)

¹⁴¹⁸ Güran, **agm.**, s. 155; Hızal / Çınarlı, **agm.**, s. 161. Aynı yönde Gözler, **age.**, s. 76.

¹⁴¹⁹ Dan.10.D., 25.02.2009, E. 2009/2371, K. 2009/1339, aktaran Gökcan, **age.**, s. 1391.

¹⁴²⁰ Küçük, **age.**, s. 92; Lambert - Faivre / Porchy – Simon, **age.**, s. 232 vd.

¹⁴²¹ Eren, **age.**, s. 784; Oğuzman / Öz, **age.**, s. 108.

sebebiyle oluşmakla birlikte, bu zararın kapsamına salt organ ve dokularda meydana gelen tahribat değil, sinir bozuklukları ile kişinin psikolojik ve sosyal yapısında meydana gelen eksilmelerin de gireceği kanaatindeyiz¹⁴²². Zira bu ihtimallerde de aşağıda açıklanacak olan malvarlığına yönelik kayıpların gerçekleşmesi mümkündür. Bu bakımdan cismani zarara ilişkin açıklamalarımızın fiziksel sağlığın zarar gördüğü hallerin yanında, ruh sağlığının zarar görmesi ihtimallerini de kapsayacak şekilde değerlendirilmesi gerekmektedir.

Cismani zarar oluşması ihtimalinde, zarar görenin yeniden sağlığına kavuşması ya da oluşan zararın en aza indirilmesi için yapılan tedavi giderleri ile bakıcı masrafları, zarar gören kişinin çalışma gücünün azalması ya da yok olması nedeniyle oluşan iş gücü kaybı ile efor kaybı, kişinin ekonomik geleceğinin sarsılması veya güçleşmesi nedeniyle oluşan zararlar maddi zarar kapsamında değerlendirilebilmektedir¹⁴²³. Buna karşılık, cismani zarar oluşması durumunda üçüncü kişilerin yansıma zarar yoluyla tazminat talep etme hakkının oluşmadığı kabul edilmektedir¹⁴²⁴.

Fransız hukukunda tıbbi uygulama hataları sonucunda oluşan malvarlıksal zarar – şahsi zarar ayrımı 21.12.2006 tarihli Kanunla öngörülmüş olmasına karşın, bu ayrımın nasıl yapılacağı, hangi zararların malvarlıksal zarar kapsamında değerlendirileceğinin tespiti yargı makamlarına bırakılmıştır. Uyuşmazlık konusu bir olayda ilk derece mahkemesinin talebi üzerine verilmiş olan Fransız Danıştay'ının görüşü bu hususa aydınlık getirmektedir. Cismani zarara uğrayan kişinin mevcut ve gelecekte ortaya çıkacak ilaç, tedavi, bakım ve hastane masrafları olarak tanımlanabilecek sağlık harcamalarının yanında; kişinin engelli ya da sakat kalması durumunda oluşacak olan engellilik durumuna uygun konut veya araç sağlanmasına ilişkin engele bağlı harcamalar ile gerektiğinde bakıcı masrafları bu kapsamda yer almaktadır¹⁴²⁵. Ayrıca, tıbbi uygulama hatası nedeniyle mağdurun uğradığı ya da

¹⁴²² Aynı yönde Oğuzman / Öz, *age.*, s. 94; Eren, *age.*, s. 769.

¹⁴²³ TBK'nin 54. maddesine göre de, bedensel zararlar özellikle tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar ile ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplardan oluşmaktadır. Sayılan bu zararlar sınırlı sayıda olmayıp, kişinin bedensel bütünlüğünün zarara uğramasından kaynaklı tüm kayıplar bu kapsama girmektedir.

¹⁴²⁴ Yar.4.HD, 28.03.2012, E. 2011/1706, K. 2012/5122, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁴²⁵ Lambert - Faivre / Porchy – Simon, *age.*, s. 148.

uğrayacağı gelir kaybı sonucu oluşan zararlar ile kişinin iş hayatında meydana gelen ekonomik sarsılma da tazmin edilmesi gereken malvarlıksal zararlar arasında sayılmıştır. İş hayatına ilişkin önemli bir şansı elde etme imkanını kaybetmesi, engellilik durumu nedeniyle kişinin iş hayatında farklı bir pozisyonunda görev almak zorunda kalması sonucunda oluşan zararlar; işyerinde farklı bir pozisyona atanması ihtimalinde uyum sürecinde uğrayacağı maddi zararlar ile emekli aylığında meydana gelebilecek azalmalar kişinin ekonomik geleceğinde meydana gelen eksilme halleri arasında sayılabilir. Bunun yanında, onur, şeref, haysiyet gibi esasında kişisel değerlerde meydana gelen eksilmelerin kişinin ekonomik geleceğine zarar vermesi durumunda da malvarlıksal zararın oluşacağına karar verilmektedir. Son olarak, bedensel zarara bağlı olarak ortaya çıkan, destek veya danışmanlık masrafları da tazmin kapsamında değerlendirilmektedir¹⁴²⁶.

Hatalı tıbbi uygulama nedeniyle oluşan cismani zararların başında, tedavi ve bakım giderleri yer almaktadır¹⁴²⁷. Tedavi giderleri, cismani bütünlüğü ihlale uğrayan kişinin eski hale getirilmesi, iyileştirilmesi ya da hastalık ve sakatlığının artmasının engellemesine yönelik harcamalardır¹⁴²⁸. Tedavi giderlerini, doğrudan tedavi giderleri, tedavi sırasında yapılması zorunlu harcamalar, tedavi sonrasında yapılması zorunlu dolaylı harcamalar ile ileride yapılacak olan tedavi masrafları oluşturmaktadır¹⁴²⁹. Bunun yanında, söz konusu harcamaların halihazırda yapılmış olması da gerekmemekte olup, kişinin eski haline getirilmesi için yapılmasının gerekli olması yeterlidir¹⁴³⁰. Hatta Fransız hukukunda, kişinin tedaviyi açıkça reddetmesi ihtimalinde dahi, tedavi giderleri nedeniyle tazminat ödenmesi gerektiği

¹⁴²⁶ Frier / Petit, **age.**, s. 592.

¹⁴²⁷ 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nun 46. maddesinde geçen "*bütün masraflar*" ibaresi yerine 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda "*tedavi giderleri*" tazmin edilecek zararlar arasında sayılmıştır. Bu durum doğrudan tedaviye yönelik olmamakla birlikte diğer bakım giderlerinin karşılanıp karşılanmayacağına sorgulanmasına yol açmıştır. Bu değişikliğin, karşılanacak zararların sınırlandırılmasına yönelik bilinçli bir tercih olduğu düşünülebilse de, metinde yer alan "*bedensel zararlar özellikle şunlardır*" ifadesinden, bu sayılanlar dışındaki zararların da tazmin edilebileceği görülmektedir. Bu bakımdan doğrudan tedavi amaçlı olmayan bakım giderlerinin de tazminat kapsamında olduğu söylenebilecektir. (Nomer, **age.**, s. 235.)

¹⁴²⁸ Hizmetten yararlananın sağlığına kavuşturulmasına yönelik olarak yapılan ambulans, muayene, tahlil, teşhis, tedavi, protez, psikolojik destekler, fizik tedavi, kaplıca ve benzeri konularda yapılan giderler dahil edilebilecektir. (Sarsıkoğlu, **agm.**, s. 2401.)

¹⁴²⁹ Lambert - Faivre / Porchy – Simon, **age.**, s. 158.

¹⁴³⁰ Yar.4.HD, 15.11.2012, E. 2012/11674, K. 2012/17068, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Bu yöndeki öğretilerdeki görüş için bkz. Hızal / Çınarlı, **agm.**, s. 162.

kabul edilmektedir¹⁴³¹. Ayrıca tedavi giderlerini yalnızca hastayı tamamen iyileştiren giderler olarak da görmemek gerekmektedir. Ağrıyı ve acıyı azaltmak için yapılan masraflar ile iyileşme mümkün olmayacaksa kalan ömrünü daha iyi geçirmesini sağlamaya yönelik bakım ve rehabilitasyon masrafları da tedavi giderleri kapsamında yer almaktadır¹⁴³².

Hizmet kusuru oluşturan tıbbi faaliyetin zararlarının ortadan kaldırılması ya da en aza indirilmesi amacıyla yapılan tedaviler ve bu esnada kişinin geçici ya da sürekli bakıma ihtiyaç duyması nedeniyle yapılan masraflar tedavi giderlerini oluşturmaktadır. Bu kapsamda, muayene, ulaşım, ameliyat, bakıcı tutma¹⁴³³, röntgen ve diğer tetkik masrafları ile ilaç giderleri¹⁴³⁴ başlıca tedavi masraflarındandır. Yine, zarar görenin bir organını kaybetmiş olması durumunda, bunun yerine kendisine sağlanan takma organ ya da protezler nedeniyle yapılan harcamalar da tedavi masrafı olarak nitelendirilmektedir¹⁴³⁵. Bedensel bütünlüğe yönelik ihlalin tedavi dışında yol açtığı masraflar da zarar kapsamına girer. Hastaneye gelip gitme masrafları, devamlı bir kişinin yardımına muhtaç olmanın gerektirdiği masraflar da bu kategoridedir¹⁴³⁶. Bunun yanında, kişinin tedavi görmesi sebebiyle sağlık kuruluşunda yattığı sürece yemek, ısınma, elektrik gibi evinde günlük yaşamda karşılaştığı giderlerden yapmış olduğu tasarrufların tazminat miktarından düşürülmesi gerektiği öğretide savnulmaktadır¹⁴³⁷. Burada önemle belirtmek gerekir ki, tedavi giderlerinin tazminat kapsamına girmesi bakımından, söz konusu tedavinin başarılı sonuçlanması zorunlu olmayıp, iyileşme meydana gelmese dahi iyi niyetle yapılan tedavi amaçlı masrafların tazminat kapsamında karşılanması gerekmektedir.

¹⁴³¹ Esper / Saros, **age.**, s. 341.

¹⁴³² Dan.15.D., 25.05.2016, E. 2015/3117, K. 2016/3761; Dan.15.D., 18.04.2016, E. 2015/7589, K. 2016/2661, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁴³³ Dan.10.D., 28.09.2007, E. 2004/11213, K. 2007/4449, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Nitekim Danıştay hasta ile beraber sağlık kuruluşuna gelen refakatçinin ulaşım giderlerinin de davalı idare tarafından karşılanması gerektiğine karar vermiştir. (Dan.10.D., 22.11.1999, E. 1998/190, K. 1996/6198, aktaran Akyıldız / Özkan, **age.**, s. 509.)

¹⁴³⁴ Bu kapsamda ileride gerçekleşeceği kesin olan ilaç ve tedavi giderlerinin de tazminat kapsamında dikkate alınması gerekmektedir. (CAA Bordeaux, 23.10.2007, n° 04BX01643, Rec. Lebon, 2007, Dalloz.fr.)

¹⁴³⁵ Eren, **age.**, s. 771.

¹⁴³⁶ Oğuzman / Öz, **age.**, s. 95.

¹⁴³⁷ Eren, **age.**, s. 755.

Tedavi kapsamında yapılan tüm harcamaların zarar kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ise önemli bir tartışma konusudur. Tıbbi olanakların artması ile birlikte, tedavi amaçlı çok sayıda ve farklı nitelikte müdahalede bulunulması imkanı doğmuştur. Bu yöntemlerin tümünün uygulanması sonucunda oluşan masrafların zarar kapsamına alınıp alınmayacağı, belli bir sınırlama getirilip getirilmemesi, zarar miktarının tespiti bakımından önemlidir.

Öğreti ve içtihatla tedavi giderlerinin kapsamı geniş şekilde yorumlanmaktadır. Kişinin sağlığına kavuşturulmasına yönelik, başarı şansı olan tüm müdahalelere ilişkin harcamalar tedavi gideri kapsamında değerlendirilmektedir. Nitekim söz konusu tedavinin yurt içinde ya da yurt dışında yapılması bakımından da herhangi bir ayırım yapılmamış olup, kişinin sağlığına kavuşturulması bakımından elverişli ve gerekli olması yeterlidir¹⁴³⁸. Yargıtay da bir kararında, kişinin eski sağlığına kavuşması için en ileri tıbbi ve teknik imkânlardan yararlanmasının bir hak olduğunu vurgulayarak, bu haktan ancak yurt dışında yararlanmasının mümkün olduğu hallerde yapılan masrafların tazminat kapsamının belirlenmesinde dikkate alınması gerektiğini ortaya koymuştur¹⁴³⁹. Tedavinin kişinin sağlığına kavuşması bakımından elverişli ve gerekli olmasına vurgu yapan Yargıtay, ancak bu doğrultuda değerlendirilebilecek tedavi giderlerinin tazminat kapsamında olacağını bir kararında şu şekilde açıkça ortaya koymuştur¹⁴⁴⁰: “(...)ilk ameliyatın bir an için kusurlu kabul edilip ikinci ameliyat hasıl olduğunda ikincisinin mutlaka İsveç’te gerekip gerekmeyeceği incelenmeli, sonunda davalının eylemiyle zararlı sonuç arasında gerçek bir bağ varsa bu açık ve kesin olarak belirlenmelidir.”

¹⁴³⁸ Yılmaz, **age.**, s. 76.

¹⁴³⁹ “Yüksek Sağlık Şurası’nın (...) sayılı kararının 2. bendinde aynen “...daha ileri tetkik düşüncesi ile yurtdışına gönderilmesinin düşünüldüğü, bunun geçerli olduğu...” hususuna açıkça işaret edilmiştir. Ana babanın, çocuklarının gözünün görmesi ve eski sağlığına kavuşması için en ileri tıbbi ve teknik imkân, çare ve tedbir ve tedavilere başvurularından daha doğal ve özellikle insancıl bir tutum ve davranış düşünülemez. (...) Bunun aksini düşünmek doğal ve normal olmayı kabul etmek olur ki, bu da insan yaradılışına, mantığa ve dolayısıyla hukuka uygun düşmez. O halde, Yüksek Sağlık Surası raporunda da açıkça “...mağdur küçüğün yurtışına, daha teknik imkanların sağlanması düşüncesi ile gönderilmesinin yararlı olacağı...” önerildiğine göre, davacı ana ve babanın bu öneri doğrultusunda çocuklarını tedavi için yurtdışına götürmelerinde, tazminat hukuku ile bağdaşmayan bir yön yoktur.” (Yar.4.HD, 11.03.1981, E. 1981/1247, K. 1981/3013, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

¹⁴⁴⁰ Yar.4.HD, 17.10.1964, E. 1964/6459, K. 1964/4925, aktaran Yılmaz, **age.**, s. 81.

Bu tartışmaya ilişkin olarak *Kızılyel*, yalnızca makul ve olağan olarak uygulanan tedavilere ilişkin harcamaların tazminat kapsamında ödenmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Buna karşılık, deneme aşamasında olan, kişiye çare olup olmayacağı kesin ve açık olmayan ve belli meblağın üzerindeki yöntemlerin uygulanması nedeniyle yapılan masraflar zarar kapsamında değerlendirilemeyecektir¹⁴⁴¹. *Eren* ise, lüks bir hastanede kalıp bakım ve tedavi görmesi durumunda, olağan bir sağlık kuruluşu yerine lüks bir hastanede tedavi görmesi sonucu meydana gelen zararın kişinin kendi iradesiyle meydana geldiğini vurgulayarak, yalnızca normal bakım ve tedavi giderlerinin tazminat kapsamında olduğunu ileri sürmüştür¹⁴⁴². Söz gelimi, Yargıtay bakıcı giderlerinin brüt asgari ücret üzerinden hesaplanması gerektiğini öngörerek¹⁴⁴³, aslında daha yüksek miktarda ücret alan bakıcının masrafına zarar görenin katlanması gerektiğini ortaya koymuştur¹⁴⁴⁴.

Danıştay önüne gelen bir uyuşmazlıkta, sağlık hizmetinin tıp kurallarına uygun olarak işletilmemiş olması sebebiyle durumu ağırlaşan hasta ambulans uçakla Fransa'daki bir hastaneye götürülmüştür. Hastanın içinde bulunduğu klinik tablo ve yeterli tedavinin Türkiye'de uygulanamayacağını dikkate alan mahkeme, ambulans uçak kiralanması karşılığında davacı yakınları tarafından ödenen meblağın idare tarafından tazmin edilmesi gerektiğine karar vermiştir¹⁴⁴⁵. Kanaatimizce tazmin edilecek zararların kapsamının belirlenmesi bakımından kararda yer alan en önemli husus söz konusu tedavi yöntem ya da aracının hastanın sağlık durumunun iyileşmesi bakımından gerekli ve hatta zorunlu olmasıdır. Söz gelimi, karar konusu olayda aynı tedavinin ülkemizde de uygulanabileceği ve aynı sonucun alınabileceği hallerde hastanın yine de yurt dışına götürülerek tedavi edilmesi durumunda, zarar ile sağlık hizmetinin kusurlu işlemesi arasındaki illiyet bağı zayıflayabilecek, hatta kopacaktır.

Danıştay bir kararında da hastanın kopan parmaklarına ilişkin gerekli tedavinin yapılması için başvurduğu sağlık kuruluşları tarafından çeşitli sebeplerle geri çevrilmesi üzerine özel sağlık kuruluşuna başvurmak ve ücret ödemek zorunda

¹⁴⁴¹ Kızılyel, *age.*, s. 226.

¹⁴⁴² Eren, *age.*, s. 549; Oğuzman / Öz, *age.*, s. 96.

¹⁴⁴³ Yar.21.HD, 05.10.2010, E. 2010/2446, K. 2010/9450, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁴⁴⁴ Aynı yöndeki AYİM uygulaması için bkz. Özgüldür, *agm.*, s. 42.

¹⁴⁴⁵ Dan.15.D., 13.05.2015, E. 2014/7569, K. 2015/2820.

kaldığı uyuşmazlık konusu olayda, idarenin tıbbi girişim noktasında kusurlu olmasa dahi, tedaviden kaçınarak geri çevirdiği hastanın özel sağlık kuruluşunda tedavisi için ödediği miktarı karşılaması gerektiği yönünde hüküm kurmuştur¹⁴⁴⁶.

Cismani zarar oluşan hallerde ileride gerçekleşeceği kesin olan ilaç ve tedavi masraflarının peşin olarak mı ödenmesi gerektiği yoksa zarar görene aylık bağlanması suretiyle taksitler halinde mi ödeneceği bir diğer tartışmalı husustur¹⁴⁴⁷. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 51. maddesine göre, tazminatın peşin olarak sermaye şeklinde ya da taksitler halinde irat şeklinde ödenmesine karar verme hususunda hakimın takdir yetkisi bulunmaktadır¹⁴⁴⁸. Yerleşik içtihadında Fransız Danıştayı kişiye aylık bağlanmasından ziyade peşin ödeme yapmak suretiyle ileride doğacağı kesin olan ilaç ve tedavi giderlerinin tazmin edilmesi gerektiğini kabul etmektedir¹⁴⁴⁹. Buna karşılık Danıştay, yakın tarihli bir kararında tazminatın toplu olarak ödenmesine karar verilen durumlarda, bakıma muhtaç kişinin hesaplanan muhtemel yaşam süresinden daha erken bir tarihte vefatı halinde, idare aleyhine bir sebepsiz zenginleşme ortaya çıkabilmekte olduğunu vurgulayarak, bakıcı giderine dair maddi tazminat hesabına ilişkin birtakım ilkeler belirlemiştir¹⁴⁵⁰.

Buna göre; bakımı üstlenilen ağır engelli hastanın hayatta olduğunun belgelendirildiği sürece bakıcı giderlerinin ödenmesine karar verilmesi gerekmekte olup bu kapsamda ödemeleri her takvim yılı başında yıllık peşin olarak yapılacaktır. Ayrıca, bakımı üstlenilen ağır engelli hastanın bakıcı giderine dair maddi tazminat tutarının, aylık brüt asgari ücret üzerinden hesaplanması öngörülmektedir. Buna karşılık, olay tarihi ile mahkemece verilecek karar tarihi arasında geçen süre için bakıcı gideri ise bir bütün olarak hesaplanacak olup, bu tutarın yasal faiziyle birlikte tazminat olarak ödenmesine karar verilecektir¹⁴⁵¹. Başka bir kararında ise Danıştay,

¹⁴⁴⁶ Dan.15.D., 04.02.2016, E. 2015/2459, K. 2016/604, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁴⁴⁷ Tazminatın peşin olarak ödenmesi ve taksitler halinde verilmesini savunan görüşler ve gerekçelere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, **age.**, s. 802.

¹⁴⁴⁸ Öğretideki ağırlıklı görüş ise, tazminatın sermaye şeklinde ödenmesinin zarar gören bakımından daha avantajlı olduğunu vurgulayarak, zararın tam olarak giderilebilmesi bakımından peşin olarak ödenmesi gerektiğini savunmuştur. (Eren, **age.**, s. 804; Nomer, **age.**, s. 212; Güran, **agm.**, s. 169.)

¹⁴⁴⁹ CE, 10.04.2009, *CH Mulhouse*, n° 296630, Rec. Lebon, 2009, Dalloz.fr.

¹⁴⁵⁰ AYİM ise tam yargı davalarında verdiği kararların çoğunda tazminatın sermaye şeklinde ödenmesi yönünde hüküm kurmaktaydı. (Özgüldür, **agm.**, s. 20.)

¹⁴⁵¹ Dan.15.D., 22.02.2018, E. 2017/583, K. 2018/2047, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

ileride doğacak olan bakıcı masraflarını maddi zararın koşulu olan kesin olarak ortaya çıkma, belirgin hale gelmiş olma yönünden değerlendirmiş, hastanın yaşamı boyunca bir başkasının desteği olmaksızın günlük yaşam aktivitelerini yerine getiremeyeceğinden, bakımının bir başkası tarafından üstlenilmesi sebebiyle ekonomik açıdan pasiflerinin artacağı sonucuna ulaşmıştır¹⁴⁵². Ayrıca belirtmek gerekir ki, bakıcı giderine hükmedilmesi için, gerçekte mutlaka bir bakıcının istihdam edilmesi de zorunlu değildir. Kişinin tek başına yaşamını sürdüremeyecek oluşu ve bakıma muhtaç hale gelmesi durumunda bakıcı giderine hükmedilir. Söz gelimi bakıma muhtaç hale gelen kişiye aile birliği içinde bakılması durumunda da bakıcı ücretine tazminat kapsamında hükmedilecektir¹⁴⁵³.

Öte yandan Danıştay, karar tarihinden önceki, peşin olarak hesaplanacak bakıcı giderleri için nisbi vekalet ücretine hükmedilmesi gerektiğini kabul etmekle birlikte, karar tarihinden sonraki dönemler için yapılacak bakıcı gideri tazminatına dair ödemeler açısından maktu vekalet ücretine hükmedilmesi gerektiğini kabul etmektedir¹⁴⁵⁴. Kanaatimizce Danıştay'ın bu içtihadının tıbbi müdahale sonucunda geçici ya da sürekli olarak zarara uğrayan kişilerin tedavi ve ilaç giderleri bakımından da benimsenmesi mümkündür.

İdarenin hukuka aykırı faaliyeti sonucunda cismani zarara uğrayan kişinin tazmin edilmesi gereken maddi zararlarının bir diğeri de çalışma gücünün azalması ya da kaybolması sonucu oluşan zararlardır. Çalışma gücü (işgücü) *Eren* tarafından, *beden ve fikir gücünün kazanç getirici şekilde kullanılması* olarak tanımlanmıştır¹⁴⁵⁵. Çalışma gücünün azalması ya da ortadan kalkmasından kaynaklanan zararların işgücü kaybı ve efor kaybı nedeniyle oluşan zararlar olmak üzere ikiye ayrılması mümkündür¹⁴⁵⁶. Gerek işgücü ve gerek efor kaybı nedeniyle oluşan zararın parayla

¹⁴⁵² Dan.15.D.,02.06.2016, E. 2015/4914, K. 2016/3966, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁴⁵³ Buna karşılık, kişinin bakımının aile birliği içinde yapılması ve bakan kişinin yardım yükümlülüğünün bulunması durumunda, brüt asgari ücrete göre belirlenen bedel üzerinden indirim yapılmaktadır. (Yar.4.HD, 13.03.2007, E. 2006//4654, K. 2007/3161, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

¹⁴⁵⁴ Dan.15.D., 22.02.2018, E. 2017/583, K. 2018/2047, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁴⁵⁵ Eren, *age.*, s. 771.

¹⁴⁵⁶ Dan.15.D., 25.05.2016, E. 2015/3117, K. 2016/3761, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası.

ölçülmesi teknik ve uzmanlık gerektirdiğinden, söz konusu zararların tespiti teknik bilirkişi incelemesini gerektirmektedir¹⁴⁵⁷.

İşgücü kaybı olan hallerde zarar görenin malvarlığında meydana gelecek olan artışlar, zarara yol açan fiil nedeniyle azalmakta ya da tamamen ortadan kalkmaktadır. Başka bir deyişle, kişinin işgücünün azalması ya da tamamen ortadan kalkması sebebiyle çalışamaması sonucunda, malvarlığının aktifinde meydana gelmesi kesin olan müstakbel artış gerçekleşmemektedir. Buna karşılık Danıştay bir kararında, uyuşmazlık konusu olayda kişinin tıbbi müdahale nedeniyle kalıcı bedensel zarara uğramış olmasına karşılık kazancında herhangi bir azalma meydana gelmediği gerekçesiyle işgücü kaybı nedeniyle maddi tazminat talebini reddetmiştir¹⁴⁵⁸. Bu doğrultuda Danıştay'ın işgücü kaybına ilişkin tazminat miktarını belirlerken objektif değerlendirme yerine, somut olaydaki koşullara göre inceleme yaptığı söylenebilir.

Danıştay önüne gelen bir uyuşmazlıkta, ameliyat sırasında karnında ameliyat pensi unutulması nedeniyle hastaya ikinci kez ameliyat yapılmış, iyileşme süresi ikinci ameliyat sonucunda hastaneden taburcu edildiği tarihe kadar uzamıştır. Danıştay, evlerde günlük temizlik işlerinde çalışmakta olan davacının, ikinci ameliyat sonrasındaki iyileşme süreci boyunca elde edeceği gelirlerden mahrum kalması nedeniyle maddi zararının tazmin edilmesi gerektiğine karar vermiştir¹⁴⁵⁹.

İşgücü kaybının tam ya da kısmi olması mümkün olduğu gibi, geçici (kazanç kaybı) ya da sürekli olması da mümkündür. Kararlarında Danıştay işgücü kaybının

¹⁴⁵⁷ “İşgücü kaybına uğrayan davacının, yaşamını, kaybı oranında daha zor idame ettirebileceği kuşkusuz olup, bunun davacıya getireceği maddi yükün yapılacak bir bilirkişi incelemesiyle de ortaya konulması mümkündür. Bu durumda, davacı için işgücü kaybının meydana getirdiği bir zararın olup olmadığı ve zararın miktarının belirlenmesi suretiyle maddi tazminata yönelik bir karar verilmesi gerekirken böyle bir inceleme yapılmaksızın eksik incelemeye dayalı olarak maddi tazminatın reddi yolunda verilen idare mahkemesi kararının bu kısmında hukuka uyarlık görülmemiştir.” (Dan.10.D., 06.02.2003, E. 2001/3091, K. 2003/476, Bkz Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Aynı yönde Yar.4.HD, 21.10.2003, E. 2003/11276, K. 2003/12088; Yar.4.HD, 28.01.2015, E. 2015/4241, K. 2015/1075, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁴⁵⁸ Dan.10.D., 05.07.2006, E. 2005/2442, K. 2006/4812.

¹⁴⁵⁹ Yine aynı kararda, ikinci ameliyatın sonuna kadarki süreçte uğramış olduğu üzüntü ve sıkıntı nedeniyle hastaya manevi tazminat ödenmesi gerektiğine karar verilmiştir. (Dan.10.D., 10.11.2008, E. 2006/6098, K. 2008/7590, aktaran Gökcan, *age.*, s. 1432.

oranını belirledikten sonra bu oranı dikkate alarak tazminata hükmetmektedir¹⁴⁶⁰. Öte yandan, özellikle sürekli şekilde işgücü kaybı oluşması halinde davacının zararının olay tarihi esas alınarak hesaplanması gerekecektir¹⁴⁶¹. Başka bir deyişle, işgücünün fiziksel olarak kaybının gerçekleştiği an itibariyle yapılan aktüerya hesabına göre kişinin zararı hesaplanacaktır. Zira, kişinin kazancı bu tarih itibariyle azalmış ya da ortadan kalkmıştır. Önüne gelen bir uyuşmazlıkta Danıştay, işgücü kaybını Adli Tıp Kurumu raporunun mahkemeye ulaştığı tarihi esas alarak hesaplayan ilk derece mahkemesinin kararını, zarar sürelerinin davacının olay tarihindeki yaşına göre belirlenmediği gerekçesiyle bozmuştur¹⁴⁶².

Geçici işgücü kaybı, idari eylemin gerçekleştiği tarih ile kişinin işgücünü geri kazandığı tarih arasındaki döneme göre hesaplanmaktadır¹⁴⁶³. Buna karşılık, sürekli işgücü kaybının tespiti daha karmaşıktır. Sürekli işgücü kaybında, öncelikle zarar gören kişinin muhtemel çalışma süresi tespit edilmekte daha sonra eylemin gerçekleştiği tarih ile bu belirlenen tarih arasındaki kayıp hesaplanmaktadır¹⁴⁶⁴. Buna karşılık zarar görenin küçük olması durumunda, işgücü kaybı 18 yaşından itibaren çalışmaya başlayacağı esas alınarak hesaplanmaktadır¹⁴⁶⁵. Uygulamada söz konusu meblağ hesaplanırken, kişinin mevcut kazancına göre belirlenen yıllık geliri her yıl %10 oranında artacak şekilde toplam tazminat miktarı belirlenmekte, daha sonra bu

¹⁴⁶⁰ “(...) olayda da yanlış ilaç enjekte edilerek ilgilinin parmağının kangren olması sonucu kesilmesine sebep olan idarenin hizmet kusurunun açık olduğu, uğranılan maddi zararın saptanabilmesi için yaptırılan bilirkişi, incelemesi sonucu düzenlenen (...) raporda, davacının çocuğunun belirlenen %3 işgücü kaybı nedeniyle (...) lira zararının olduğu” (Dan.10.D., 08.12.1997, E. 1996/2121, K. 1997/5476, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

¹⁴⁶¹ Nomer, **age.**, s. 236.

¹⁴⁶² Dan.15.D.,18.06.2015, E. 2014/7296, K. 2015/4171.

¹⁴⁶³ Geçici işgücü kaybının hesabında, varsa çalışmadığı dönemde kendisine işveren tarafından yapılan ödemeler kişiye verilecek tazminat miktarından düşülmektedir. (Yar.21.HD,23.11.2015, E. 2015/5928, K. 2015/20734, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Aynı yöndeki Fransız Danıştay kararları için bkz. CE, 07.10.2013, *Ministre de la Defense c/Hamblin*, n° 337851, Rec. Lebon, 2013, Dalloz.fr.; CE, 04.07.2003, n°211106, Rec. Lebon, 2003, Dalloz.fr.

¹⁴⁶⁴ Fransız hukukunda kişinin muhtemel yaşam ve çalışma süresi 1931 tarihli P:M:F: (*Population Masculine et Feminine*) cetvellerine göre belirlenmektedir. (Lambert - Faivre / Porchy – Simon, **age.**, s. 154; Özgüldür, **agm.**, s. 39.) Hukukumuzda ise, Hacettepe Üniversitesi, Marmara Üniversitesi ve Başkent Üniversitesi’nin de katkısıyla hazırlanan “*TRH2010*” isimli ulusal mortalite tabloları, kişilerin ortalama yaşam sürelerinin belirlenmesinde esas alınmaktadır. (Nomer, **age.**, s. 238; Okay Tekinsoy, **agm.**, s. 336; Filiz Berberoğlu Yenipınar, **Tıbbi Sorumluluk**, 12 Levha Yayıncılık, 2017, s. 27 vd. Bu yöndeki Yargıtay kararı için bkz. Yar.10.HD, 06.02.2019, E. 2016/13915 K. 2019/853, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Yargıtay başka bir kararında ise, 60 - 65 yaşını azami çalışma süresi olarak tespit etmek suretiyle tazminat miktarını belirlemiştir. (Yar. HGK, 24.03.1976, E. 1974/9-660, K. 1976/1157, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Yargıtay’ın benimsediği bu ölçüte ilişkin öğretideki görüş için bkz. Oğuzman / Öz, **age.**, s. 98; Özgüldür, **agm.**, s. 68.

¹⁴⁶⁵ Eren, **age.**, s. 775; Oğuzman / Öz, **age.**, s. 98; Lambert - Faivre / Porchy – Simon, **age.**, s. 166.

bedelin kişiye peşin olarak ödeneceği göz önünde bulundurularak indirim uygulanmaktadır¹⁴⁶⁶. Buna karşılık, söz konusu meblağın tespitinde kişinin net gelirin mi yoksa brüt gelirin mi esas alınması gerektiği konusunda Yargıtay içtihadı çelişkilidir. Mahkeme bazı kararlarında brüt geliri dikkate alarak hüküm kurarken¹⁴⁶⁷, diğer kararlarında net gelire göre zararı tespit etmektedir¹⁴⁶⁸.

Bunun yanında işgücü kaybı her zaman çalışamamaktan kaynaklanan bir ücret, maaş veya ticari mesleki gelir kaybı şeklinde anlaşılmamalıdır. Kişinin vücut bütünlüğünün ihlali sebebiyle yapılan farklı masraflar sonucunda oluşan gelir kayıpları da işgücü kaybı kapsamında değerlendirilebilir. Söz gelimi, beden bütünlüğü ihlal edilen bir ev kadınının, kocasını hizmetçi ya da bakıcı tutmaktan kurtarmak suretiyle aile bütçesine yaptığı katkıdan mahrum kalınmasının da işgücü kaybı olarak nitelendirilmesi gerekmektedir¹⁴⁶⁹.

İşgücü kaybı nedeniyle oluşan zararın tespitinde kişinin mevcut gelirin yanında, ileride gerçekleşecek gelir olanaklarının da dikkate alınması gerekmektedir¹⁴⁷⁰. Bu noktada kişinin halihazırda çalışmıyor olmasına karşın, eğitim durumu dikkate alınarak ileride gerçekleşecek olan çalışma imkanının ortadan kalkması sonucu oluşan zarar da işgücü kaybı nedeniyle idarenin sorumluluğuna sebep olacaktır¹⁴⁷¹. Ancak burada tazminatın belirlenmesinde muhtemel ve soyut olanlar da dahil tüm çalışma olanaklarının kaybı değil; kişinin mevcut sosyal, ekonomik ve lisans durumu dikkate alınarak belirlenen somut olanakların hesaba katılması gerekmektedir¹⁴⁷².

¹⁴⁶⁶ Nomer, *age.*, s. 237; Özgüldür, *agm.*, s. 69; Küçük, *age.*, s. 120. İşgücü kaybına ilişkin zararın matematiksel hesabı bakımından yaşa göre gelir artış oranını değiştiren, farklı bir değerlendirme için bkz. Eren, *age.*, s. 774.

¹⁴⁶⁷ Yar.21.HD, 06.02.2012, E. 2010/5783, K. 2012/1081; aynı yönde Yar.21.HD, 24.06.2008, E. 2008/2802, K. 2008/9720, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁴⁶⁸ Yar.17.HD, 26.01.2017, E. 2014/14164, K. 2017/574, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Aynı yöndeki AYİM içtihadı için bkz. Özgüldür, *agm.*, s. 36.

¹⁴⁶⁹ Oğuzman / Öz, *age.*, s. 96.

¹⁴⁷⁰ Eren, *age.*, s. 771. Eren, yoksun kalınan gelir kaybının hukuk ve ahlaka uygun olması halinde tazminat kapsamına girebileceğini, aksi durumda tazminat hakkının oluşmayacağını ileri sürmüştür. (Eren, *age.*, s. 528.)

¹⁴⁷¹ Lambert - Faivre / Porchy – Simon, *age.*, s. 165.

¹⁴⁷² Yar.21.HD, 16.01.2017, E. 2016/7742, K. 2017/78; Yar.21.HD, 27.09.2016, E. 2015/21771, K. 2016/11771, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Farazi gelirin daha yüksek olacağının tespit edilemediği durumlarda kişinin 18 yaşından itibaren asgari gelir düzeyinde ücret alacağı esas alınarak tazminat miktarı hesaplanmaktadır. (Yar.17.HD, 19.10.2010, E. 2010/5213, K. 2010/8521, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

Fransız Danıştayı da işgücü kaybının oranı ve kişinin sosyal ekonomik durumunu göz önünde bulundurarak, gelir olanaklarının kaybı nedeniyle gelecekte doğacak zararları bakımından tazminata hükmetmektedir¹⁴⁷³.

Kişinin işgücü kaybı olmaksızın efor kaybı nedeniyle de tazminat hakkı ortaya çıkabilmektedir¹⁴⁷⁴. Kişinin kalıcı sakatlıkları sonucunda oluşan beden gücü kaybı nedeniyle, gelirinde ve dolayısıyla mal varlığında bir eksilme meydana gelmemiş olsa dahi, beden gücü kaybına uğrayan kişinin aynı işi zarardan önceki durumuna ve diğer kişilere göre daha fazla güç sarfıyla yapmasından kaynaklanan efor tazminatı işgücü kaybından ayrı bir tazminat kalemi oluşturmaktadır¹⁴⁷⁵. Danıştay bir kararında, davacının 73 yaşında olduğu ve bu yaştaki bir insanın çalışma gücüne tam olarak sahip olmadığı hususlarını dikkate alarak, işgücü kaybının bulunmadığına; ancak herhangi bir işte çalışmasa bile, şayet katarakt ameliyatı sebebiyle davacının işgücü kaybına uğradığı saptanırsa, işgücü kaybı oranında gündelik ihtiyaçlarını karşılarken dahi emsallerine göre daha fazla efor sarf etmek zorunda kalacağından hareketle maddi tazminat ödenmesine karar vermiştir¹⁴⁷⁶. Ancak Danıştay'ın efor tazminatına ilişkin talepleri kabul etmediği kararları da bulunmaktadır¹⁴⁷⁷. Buna karşılık, Yargıtay yerleşik içtihadında efor kaybı nedeniyle tazminat hakkının oluşacağını kabul etmektedir¹⁴⁷⁸.

¹⁴⁷³ Uyuşmazlık konusu bir olayda Fransız Danıştayı, 34 yaşındaki bir kişinin kalça kemiğinde yapılan hatalı tıbbi operasyon nedeniyle % 45 oranında malul hale gelmesi sonucu oluşan işgücü kaybı ile yeni bir işe girmede uğrayacağı geniş şans kaybının da dikkate alınarak gelecekteki zararlar bakımından tazminata hükmedilmesi gerektiğine karar vermiştir. (CE, 10.11.1976, *CPAM Montbeliard*, n° 97760 97787; CE, 05.05.1982, *Hospices civils Lyon*, n° 20419 Rec. Lebon, 1982, Dalloz.fr.)

¹⁴⁷⁴ Lambert - Faivre / Porchy – Simon, *age.*, s. 168; Özgüldür, *agm.*, s. 18. Bu yöndeki yargı kararları için bkz. Dan.15.D., E. 2010/11290, K. 2014/5905, aktaran Hızal / Çınarlı, *agm.*, s. 159. Aynı yönde Dan.15.D., 25.05.2016, E. 2015/3117, K. 2016/3761, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası. Ancak Danıştay'ın aynı konuda aksi yönde vermiş olduğu kararlar da bulunmaktadır. (Dan.10.D., 14.06.2001, E. 2001/4209, K. 2001/2319, aktaran Atay / Odabaşı / Gökçen, *age.*, s. 228.

¹⁴⁷⁵ Yar.4.HD, 19.04.1982, E. 1982/3059, K. 1982/3938, Kararara.com.

¹⁴⁷⁶ Dan.15.D., 28.01.2016, E. 2015/1122, K. 2016/294. Başka bir kararında ise Danıştay, “emekli ve 60 yaşın üstünde olsa, emekli olduktan sonra herhangi bir işte çalışmasa bile, şayet katarakt ameliyatı sebebiyle davacının iş gücü kaybına uğradığı saptanırsa, iş gücü kaybı oranında gündelik ihtiyaçlarını karşılarken dahi emsallerine göre daha fazla efor sarf etmek zorunda kalacağı kuşkusuzdur. Bu nedenle, 60 yaş üstü (emeklilik dönemi) için zarar hesabı yapılmaması hukuka uygun değildir. Şu halde, varsa davacının iş gücü kaybı oranında, bakiye ömür sonuna kadar, asgari ücretten hesap yapılarak zarar kapsamı belirlenmeli ve oluşacak sonuca göre karar verilmelidir.” demiştir. (Dan.15.D., 28.01.2016, E. 2014/2256, K. 2016/297, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

¹⁴⁷⁷ Dan.10.D., 31.03.1997, E. 1995/7754, K. 1997/1071, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁴⁷⁸ Yar.17.HD, 26.11.2015, E. 2015/6762, K. 2015/12852; Yar.21.HD, 26.06.2008, E. 2008/3448, K. 2008/9720; Yar.21.HD, 11.12.2006, E. 2006/16464, K. 2006/15348, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

Zarar gören kişinin ekonomik geleceğinin sarsılması, işgücü kaybından bağımsız olarak kişinin mevcut olmayan ancak ileride gerçekleşeceği muhakkak olan ekonomik, mesleki, sosyal ilişkilerinin güçleşmesi ya da gerçekleşmesinin imkansız hale gelmesi sonucunda uğranan maddi kayıptır. Buradaki zarar bedensel olarak çalışma gücünün kalkması dışındaki bir sebeple kişinin ekonomik bir kayba uğramasıdır¹⁴⁷⁹. Danıştay bir kararında kişinin uğradığı zarar sonucunda ileride girebileceği meslek gruplarının sınırlandırılması, ekonomik geleceğin sarsılması olarak nitelendirilerek tazminat ödenmesi gerektiği yönünde hüküm kurmuştur¹⁴⁸⁰. Söz gelimi yüz şeklinin bozulması ya da uzuv kaybına uğraması nedeniyle esasında çalışma gücünü kaybetmemiş olan bir kişinin dış görüntüsü nedeniyle iş bulma imkanı zayıflamaktadır. Başka bir kararında ise Danıştay, kişinin görünüşünde meydana gelen zararın, ileride gireceği sosyal ilişkilerde yaratacağı olumsuzlukları da ekonomik geleceğin sarsılması kapsamında değerlendirilerek, maddi tazminat ödenmesi yönünde hüküm kurmuştur¹⁴⁸¹.

Bazı hallerde idarenin eylemi nedeniyle kişilik haklarında meydana gelen eksilme aynı zamanda malvarlıksal zarara da yol açabilmektedir. Şöyle ki, kişilik hakkı zarara uğrayan, şeref ve onuru zedelenen bir kimsenin sosyal ve ekonomik ilişkilerinde de sarsılma olması mümkündür. Söz konusu hallerin de kişinin ekonomik geleceğini sarsacağı kuşkusuzdur. Bu ihtimalde, manevi tazminat hakkından bağımsız olarak ayrıca maddi tazminat isteme hakkı da doğabilecektir. Anılan bu ihtimal özellikle kişisel sağlık verilerinin gizliliğinin korunması yükümlülüğünün yerine getirilmediği hallerde karşımıza çıkmaktadır. Söz gelimi, cinsel yollarla bulaşan bir hastalık sebebiyle sağlık kuruluşuna başvuran bir kişinin, bu hastalığı evlilik dışı ilişki yaşadığı kişiden aldığı tespit edilmesi ve buna ilişkin raporların gizliliğinin korunmaması, kişinin ekonomik ya da ticari yaşamı bakımından olumsuz sonuçlara yol açabilecektir. Yine, kişinin HIV virüsü taşıdığına ilişkin tıbbi verilerin gizli tutulmaması, yapacağı iş başvurularında olumsuz netice alması ihtimalini kuvvetlendirmektedir. Söz konusu ihtimallerde, esasen kişinin şahıs

¹⁴⁷⁹ Nomer, **age.**, s. 243; Eren, **age.**, s. 775; Oğuzman / Öz, **age.**, s. 100.

¹⁴⁸⁰ Dan.10.D., 18.02.1998, E. 1996/4835, K. 1998/703, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Aynı kararda Danıştay ayrıca zarar görenin fiziksel görüntüsünde oluşan zarar nedeniyle ileride evlenebilme şansının azalmasını da ekonomik geleceğin sarsılması olarak değerlendirmiş ve tazminat ödenmesi gerektiğine hükmetmiştir. Nitekim Yargıtay'ın da aynı yönde kararı bulunmaktadır. (Yar.4.HD, 20.09.2004, E. 2004/9196, K. 2004/10137, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

¹⁴⁸¹ Dan.6.D., 25.11.1992, E. 1991/3205, K. 1992/4470, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

varlığına yönelik zarar yaratan fiiller aynı zamanda ekonomik geleceğinin sarsılmasına da yol açmaktadır. Dolayısıyla somut olayda ispatlanması durumunda bu kayıplar da maddi zarar kapsamında idare tarafından tazmin edilecektir.

C) Diğer Maddi Zararlar

Sağlık hizmetlerinden yararlanan kişilerin ölümü ya da cismani zarara uğraması dışında, bu kişilerin mallarına verilen hasar sonucu oluşan kayıplar da maddi zarar kapsamında yer almaktadır. Bu malların ekonomik değerinin düşmesi ya da ekonomik değerinin tamamen ortadan kalkması veya tamir masrafının kendi değerini aşacak boyutta olması halinde zarar oluşmaktadır. Kişilerin vücut bütünlüğünde meydana gelen zararlara nazaran daha nadir olarak karşımıza çıkan mallara yönelik zararlar doğrudan sağlık personelinin fiili ile gerçekleşebileceği gibi, idarenin yeterli tedbirleri almaması sonucunda da ortaya çıkabilmektedir.

Sağlık hizmetinden yararlanan kişilerin kullanmakta olduğu veya vücuduna kalıcı olarak yerleştirilen protez ve organlar üzerinde de kişilik hakkı bulunması nedeniyle, bunlara verilen zararların cismani zarar kapsamında değerlendirileceği kabul edilmektedir¹⁴⁸². İnsan bedennine yerleştiren ve onunla bütünlük oluşturan organ ve protezler bakımından bu görüşün benimsenmesi mümkünse de, iştme cihazı, elektronik şeker ölçüm cihazı ve insülin pompası gibi, insan vücuduyla bu ölçüde bütünlük oluşturmayan cihazların kişinin cismani bütünlüğü kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Bu nedenle söz konusu tıbbi araçlara sağlık personeli tarafından verilen zararların malvarlıksal zarar olarak nitelendirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Sağlık hizmetlerinin yürütülmesi sırasında meydana gelen malvarlıksal zararlar doğrudan idarenin personelinin fiillerinden kaynaklanabileceği gibi, idarenin gerekli tedbirleri almaması sonucunda idarenin dışında olan kişilerin eylemlerinden de kaynaklanabilmektedir.

¹⁴⁸² Sarsıkoğlu, **agm.**, s. 2400; Oğuzman / Öz, **age.**, s. 95.

İlk ihtimalde, sağlık personelinin dikkatsizliği ya da tedbirsizliği sonucunda hizmetten yararlananların veya yakınlarının ya da hizmetten tamamen ayrıışık üçüncü kişilerin mallarının zarara uğraması durumunda, söz konusu kusurlu davranış sebebiyle idare asli olarak sorumlu olacaktır. Söz gelimi, sağlık personeli tarafından tedavinin yürütülmesi sırasında hasta veya yakınlarının giysi ya da diğer kişisel eşyalarına ihmal ve dikkatsizlik sonucu zarar verilmesi durumunda idarenin sorumluluğu oluşabileceği gibi, sağlık kuruluşlarının tıbbi atıklarını mevzuata uygun olarak tahliye etmemesi nedeniyle sağlık kuruluşu çevresindeki taşınmaz maliklerine ait arazilerde zarar oluşabilmektedir. Bu hallerde hizmetten yararlananlar ve üçüncü kişilerin mallarına verilen zararlardan idare sorumlu olacaktır.

İkinci ihtimalde ise, idarenin yeterli tedbirleri almaması nedeniyle üçüncü kişilerin, hizmetten yararlananların ya da yakınlarının malvarlıklarında eksilmeye sebep olması söz konusu olmaktadır. Bu ihtimalin en temel örneği sağlık kuruluşlarında meydana gelen hırsızlık ve gasp vakalarıdır. Bu ikinci ihtimale ilişkin olarak Fransız hukukunda kusursuz sorumluluk esasının uygulanması benimsenmiştir. Şöyle ki, kamusal sağlık kuruluşunda hizmet alan kişilerin mallarına yönelik bir zararın meydana gelmesi durumunda, her türlü tedbiri almış olduğunu ispatlamış olması halinde dahi idarenin zararı tazmin etmekle yükümlü olduğu kabul edilmiştir.¹⁴⁸³ Dolayısıyla sağlık hizmetlerinden yararlanan kişilerin beraberinde getirmiş olduğu malları kuruluşa başvurusu ile birlikte idarenin güvencesi altına alınmaktadır. Ulusal hukukumuzda ise bu hallerde kusur sorumluluğu esasının uygulanması gerektiği kabul edilmektedir¹⁴⁸⁴.

ii. Manevi Zararlar

Genel bir ifadeyle, *bir kimsenin şahıs varlığında iradesi dışında meydana gelen eksilme* şeklinde tanımlanabilecek olan manevi zararların kapsamında esas olarak kişilik değerlerinde meydana gelen zararlar yer almaktadır. Manevi zararın tazminindeki temel amaç maruz kalınan fiil nedeniyle kişinin hayatında oluşan

¹⁴⁸³ Truchet, *age.*, s. 290; Welsch, *age.*, s. 238.

¹⁴⁸⁴ Dan.10.D., 09.02.2000, E. 1998/4977, K. 2000/380, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

kargaşanın belli ölçüde de olsa giderilerek normale dönmesinin sağlanmasıdır¹⁴⁸⁵. Dolayısıyla manevi zarar, malvarlığında meydana gelen bir eksilmeyi karşılamaya yönelik bir tazmin aracı değil tatmin aracıdır. Meydana gelen olay nedeniyle duyulan elem ve ızdırabın kısmen de olsa hafifletilmesi amaçlanmaktadır¹⁴⁸⁶.

Kişilik değerlerinde oluşan zararın başka türlü giderim yollarının bulunmayışı ya da yetersiz kalması sebebiyle, manevi tazminatın parasal olarak belirlenmesi zorunlu hale gelmiştir¹⁴⁸⁷. Manevi tazminat, zarara yol açan fiilin gelişimi ve sonuçları ile ilgililerin durumu gözetilerek mahkeme tarafından takdir edilmektedir. Takdir edilen meblağın tazmininin esas amacının zarar gören kişinin tatmin edilmesi olduğundan, ilgilinin zenginleşmesine yol açmayacak miktarda¹⁴⁸⁸; ancak idarenin olaydaki kusurunun niteliğini, ağırlığını ortaya koyabilecek ve zarar görenin uğradığı acı ve üzüntüyü kısmen de olsa giderecek şekilde belirlenmesi gerekmektedir¹⁴⁸⁹. Başka bir ifadeyle, idarenin işlem veya eylemi nedeniyle manevi değerlerinde zarar meydana gelen; duyduğu acı, üzüntü ve sarsıntı nedeniyle yaşama zevki azalan kişiye manevi tazminat adıyla bir meblağ ödenerek tatmin edilmesi amaçlanmaktadır¹⁴⁹⁰. Bunun yanında, kişide henüz oluşmamış olmakla birlikte, zamanla çekeceği veya katlanacağı kesin olan manevi zararlar da tazminat kapsamındadır¹⁴⁹¹.

Objektif teorinin kabul edildiği ağırlıklı içtihat¹⁴⁹² ve öğretideki görüşler uyarınca¹⁴⁹³, kişilik değerlerine saldırıda bulunulması durumunda manevi zararın

¹⁴⁸⁵ K. Eren Gönen, “İdari Yargıda Manevi Tazminat Meselesi”, **DD**, S. 108, s. 24.

¹⁴⁸⁶ Dan.15.D., 12.12.2013, E. 2013/4237, K. 2013/10653; Dan.10.D., 23.06.1997, E. 1997/3996, K. 1997/2544.

¹⁴⁸⁷ Lambert - Faivre / Porchy – Simon, **age.**, s. 310.

¹⁴⁸⁸ Dan.10.D., 02.05.1995, E. 1994/985, K. 1995/2355, aktaran Bal / Şahin / Karabulut, **age.**, s. 1012.

¹⁴⁸⁹ Dan.10.D., 13.07.2010, E. 2007/6540, K. 2007/4237; Dan.10.D., 29.04.2008, E. 2007/3301, K. 2008/2939; Dan.10.D., 10.04.1992, E. 1990/3954, K. 1992/1362; Dan.10.D., 07.11.1996, E. 1995/4650, K. 1996/7153; Dan.10.D., 18.03.1998, E. 1996/10292, K. 1998/1190; Dan.5.D., 10.10.1997, E. 1995/3611, K. 1997/2485, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁴⁹⁰ Dan.5.D., 18.05.1990, E. 1988/470, K. 1990/929, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁴⁹¹ Pazarcı, **age.**, s. 164; Lambert - Faivre / Porchy – Simon, **age.**, s. 197.

¹⁴⁹² Dan.10.D., 19.09.2007, E. 2004/6540, 2007/4237; Dan.15.D., 08.02.2018, E. 2017/722, K. 2018/1324, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Dan.15.D., E. 2010/11290, K. 2014/5905, aktaran Hızal / Çınarlı, **agm.**, s. 166. Danıştay içtihadından farklı olarak AYİM, manevi tazminat hakkının tespitinde sübjektif teoriyi benimsemektedir. Söz gelimi Mahkeme, idarenin faaliyeti nedeniyle kişinin ölümü halinde, ileri derecede zeka geriliği olan kardeşinin çektiği manevi acı nedeniyle tazminat hakkının bulunmadığına karar vermiştir. (AYİM 2.D, 01.05.1991, E. 1990/393, 1991/147, Özgüldür, **age.**, s. 359.) Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise bir kararında, manevi tazminata ilişkin hüküm kurulurken tarafların ekonomik durumunun da dikkate alınması gerektiğini vurgulayarak sübjektif

oluştugu kabul edilmekte ve doğrudan tazminat borcu doğmaktadır¹⁴⁹⁴. Başka bir ifadeyle, söz konusu saldırının ispatlanması durumunda, bu saldırı nedeniyle somut olayda kişilik değerlerinde azalma olduğunun, kişinin acı ve ıstırap duyduğunun ayrıca ispatlanmasına gerek olmaksızın manevi tazminata hükmedilebilecektir¹⁴⁹⁵. Öte yandan, idarenin manevi zarardan kaynaklanan sorumluluğu yönünden objektif teorinin kabulü, zarar karinesinin dahi ötesine geçmekte, idarenin kişinin gerçekte manevi zarara uğramadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulma imkanını dahi ortadan kaldırmaktadır¹⁴⁹⁶. Buna karşılık, subjektif teoriye göre manevi zarar kişilik haklarının ihlali nedeniyle kişinin duygularında meydana gelen, acı, üzüntü, sıkıntı, keder şeklinde ortaya çıkan zarardır. Subjektif görüşün kabulü halinde ise, kişi somut olayda yaşadığı üzüntü, keder veya sıkıntıyı ortaya koymadıkça manevi zararın varlığından bahsedilemeyecektir. Yine bu görüşün kabulü halinde, manevi zarar görme kabiliyeti olmayan kişilerin manevi zararı da oluşamayacaktır. Bu yaklaşım, ayırt etme gücü bulunmayan kişilerin manevi tazminat talep etme hakkının açıkça önünü kapatmaktadır¹⁴⁹⁷.

Yakın tarihli kararları incelendiğinde Danıştay'ın manevi zararın amacı ve kapsamı bakımından yeni bir yaklaşım benimsediği görülmektedir. Manevi tazminat miktarının belirlenmesinde kişinin yaşadığı elem ve üzüntünün tatmin edilmesi anlayışının yerini, olayın ağırlığı ortaya konularak benzer olayların bir daha yaşanmaması için caydırıcılık sağlama anlayışı almıştır¹⁴⁹⁸. Başka bir deyişle, kişide

teoriyi benimsediğini ortaya koymuştur.(Yar. HGK, 23.06.2004, E. 2004/13-291, K. 2004/370, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası.)

¹⁴⁹³ Eren, **age.**, s. 558; Nomer, **age.**, s. 264; Gözler, salt bilinç sahibi olanların acı çekebileceklerini ve manevi zarara uğrayabileceklerini ileri süren subjektif teorinin benimsenmesinin idarenin sorumluluğu bakımından çelişkilere yol açabileceğini vurgulamıştır. (Gözler, **age.**, s. 1297.)

¹⁴⁹⁴ Buna karşılık subjektif görüşe göre, manevi tazminatın gerçekleşmesi için yalnızca kişilik hakkının haksız saldırıya uğraması, yani objektif unsurun sağlanması yeterli olmamakta, zarar görenin bu fiil nedeniyle kişiliğinde eksilme yaşaması, acı, elem ve ıstırap duyması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, kişilik hakkına yönelik saldırı zarar görenin kişilik değerleri üzerinde somut bir eksilme yaratmalıdır.

¹⁴⁹⁵ Hızal / Çınarlı, **age.**

¹⁴⁹⁶ Sarsıkoğlu, **agm.**, s. 2396.

¹⁴⁹⁷ Hızal, **age.**, s. 79.

¹⁴⁹⁸ “İdarenin, sunduğu sağlık hizmetinden sorumluluğu noktasında, maddi tazminat talepleri için doğrudan tıbbi uygulama neticesinde meydana gelen zarar ile idarenin eylemi arasında doğrudan illiyet bağının varlığı gerekli ise de, manevi tazmin noktasında böyle bir gereklilik yoktur. Manevi tazminata hükmedilebilmesi için sunulan sağlık hizmetindeki bir takım eksiklikler yeterli olacaktır.” (Dan.15.D., 21.12.2017, E. 2017/61, K. 2017/7694, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.) Aynı yönde kararlar için bkz. Dan.15.D., 13.05.2015, E. 2014/7569, K. 2015/2820; Dan.10.D., 13.10.2006, E. 2003/4864, K. 2006/5652.

oluşan üzüntünün tatmin edilmesi yerine hukuka aykırı davranan idarenin davranışının cezalandırılması suretiyle hukuka aykırılıkların önlenmesi prensibi benimsenmiştir¹⁴⁹⁹. Nitekim bu yaklaşım, önceki içtihat döneminde de öğretide savunulmaktaydı¹⁵⁰⁰. Bu doğrultuda, hukuka aykırı davranan idarenin cezalandırılması suretiyle eğitilmesi anlayışı benimsenmiştir¹⁵⁰¹. Bu yeni içtihat doğrultusunda Danıştay, sağlık hizmetlerinin yürütülmesinde idarenin hukuka aykırı davranması ihtimalinde, zarar koşulunun gerçekleşip gerçekleşmediğini dikkate almaksızın tazminat ödenmesi yönünde kararlar vermiştir¹⁵⁰².

Öğretide ise bir görüş, tıbbi müdahaleyi hukuka aykırı kılan hallerden birinin somut olayda bulunmasına karşın bir zarar oluşmamış olması durumunda, hukuka aykırı idari eylemin yine de idarenin sorumluluğuna yol açacağını ileri sürmektedir¹⁵⁰³. Aksi yöndeki görüş ise, idare hukukundaki sorumluluğun amacının idarenin cezalandırılması değil, oluşan zararın karşılanması olduğunu vurgulayarak zarar doğurmayan haller ile zarar vermeye teşebbüs niteliğindeki hallerin tazminat ödenmesine yol açmayacağını savunmuştur¹⁵⁰⁴.

Maddi tazminatlarda olduğu gibi manevi tazminatin miktarının belirlenmesinde de oluşan zarara eklenecek faizin de hesaplanması gerekmektedir. Önceki içtihadından farklı olarak¹⁵⁰⁵ mevcut içtihadında Danıştay maddi tazminatta olduğu

¹⁴⁹⁹ “Manevi tazminat, evrensel hukukta eski kalıplarından çıkarılarak caydırıcılık unsuru da ön plana alınmaktadır. Gelişen hukuktaki bu yaklaşım, kişilerin bedenine ve ruhuna karşı yöneltilen haksız eylemlerde, tatmin alma duygusu yanında caydırıcılık uyandıran oranlarda manevi tazminat takdir edilmesi gerektiğini de ortaya koymakta ve vücut bütünlüğü yanında ruh sağlığını da içeren kişi haklarının önemini vurgulamaktadır. Manevi tazmin ile amaçlanan sadece bir nebze olsun rahatlama duygusu vermek değil, hizmet kusuruyla zarar veren idareyi, gerekli dikkat ve özeni gösterme konusunda etkili biçimde uyarmaktır.” (Dan.15.D., 21.04.2015, E. 2014/5867, K. 2015/2320.) Aynı yönde karar için bkz. Dan.15.D., 15.04.2015, E. 2014/5076, K. 2015/2184; Dan.15.D., 25.06.2015, E. 2013/6275, K. 2015/4430. Aynı yönde Dan.15.D., 19.04.2018, E. 2013/11764, K. 2018/3886, **DD**, S. 149, s. 282.

¹⁵⁰⁰ Turan Yıldırım, **İdari Yargı**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010, s. 341; Candan, **age.**, s. 205.

¹⁵⁰¹ Atay, **age.**, s. 705.

¹⁵⁰² Danıştay içtihadından farklı olarak Yargıtay, manevi zararın amacının hukuka aykırılığın cezalandırılması olmadığını, eylem nedeniyle zarara uğrayan kişinin duyduğu elem ve üzüntünün tatmin edilmesi olduğu yönündeki önceki içtihadını sürdürmekte ve zarar koşulunu sorumluluğun tespitinde uygulamaktadır. (Yar. HGK, 23.06.2004, E. 2004/13-291, K. 2004/370, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası)

¹⁵⁰³ Hızal, **age.**, s. 54; Karakuş Işık, **age.**, s. 117.

¹⁵⁰⁴ Atay, **age.**, s. 717.

¹⁵⁰⁵ Dan.10.D., 04.10.1995, E. 1994/6566, K. 1995/6344, aktaran Bal / Şahin / Karabulut, **age.**, s. 84; Dan.10.D., 11.03.1998, E. 1996/9720, K. 1998/1097, aktaran Bal / Şahin / Karabulut, **age.**, s. 118;

gibi hükmedilen manevi tazminata da faiz uygulanması gerektiğini kabul etmiştir¹⁵⁰⁶. Ağırlıklı içtihadında Danıştay, manevi zararlar bakımından faizin başlangıcında zararın tazmini için idareye başvuru tarihinin esas alınması gerektiğini kabul etmiştir¹⁵⁰⁷. İdareye başvurulmaksızın doğrudan adli yargıda dava açılması durumunda ise İYUK madde 9 gereğince manevi tazminata, davanın açıldığı tarih itibarıyla kanuni faiz uygulanmaktadır¹⁵⁰⁸. Buna karşılık, Danıştay'ın manevi tazminata yürütülecek faizin başlangıcı bakımından olay tarihini esas aldığı kararları da bulunmaktadır¹⁵⁰⁹. Manevi zararın varlığının ve miktarının başvuru yapılmadan önce idare tarafından belirlenmesi ve ödenmesi mümkün olmayacağından, idareye başvuru yapılmadan önceki dönemde ödemede gecikmeden de bahsedilmesi mümkün olmayacaktır. Bu nedenle, eylemin gerçekleştiği tarihle idareye başvuru tarihi arasındaki dönem için manevi tazminata faiz uygulanmasının mümkün olmadığı kanaatindeyiz¹⁵¹⁰.

Hatalı tıbbi uygulama sonucunda cismani zarara uğrayan kişi çoğunlukla söz konusu zarar nedeniyle acı ve üzüntü de yaşamakta olduğundan, manevi değerlerinde eksilme meydana gelmektedir. Keza, bedensel bütünlüğü zarar görmüş bir kişinin bundan acı çekmemesi, manevi kaybının oluşmaması ihtimali neredeyse imkansızdır. Sağlık hizmetlerinin hukuka aykırı şekilde yürütüldüğü bazı hallerde ise kişinin

Dan.10.D., 06.12.2000, E. 2000/2926, K. 2000/6227, aktaran Bal / Şahin / Karabulut, **age.**, s. 148; Dan.10.D., 13.02.2001, E. 1998/3789, K. 2001/487, aktaran Bal / Şahin / Karabulut, **age.**, s. 322; Dan.10.D., 16.01.1985, E. 1982/2908, K. 1985/26, **DD**, S. 60-61, s. 462.

¹⁵⁰⁶ Dan.10.D., 08.12.2009, E. 2009/7969, K. 2009/10233; Dan.10.D., 19.09.2007, E. 2004/6540, K. 2007/4237.

¹⁵⁰⁷ Dan.10.D., 12.10.2005, E. 2003/3172, K. 2005/5931, aktaran Atay, **age.**, s. 716; Dan.15.D., 30.01.2015, E. 2014/7136, K. 2015/413; Dan.15.D., 22.02.2018, E. 2017/743, K. 2018/2046, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Aynı yönde Dan.10.D., 08.02.2006, E. 2003/4859, K. 2006/907; Dan.15.D., 29.09.2004, E. 2004/1224, K. 2004/3364; Dan.15.D., 21.04.2016, E. 2014/633, K. 2016/2747; Dan.15.D., 17.12.2015, E. 2014/10106, K. 2015/8975; Dan.15.D., 04.02.2016, E. 2014/3213, K. 2016/607; Dan.15.D., 28.03.2016, E. 2016/93, K. 2016/2088; Dan.10.D., 25.03.2003, E. 2002/4177, K. 2003/1089, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Nitekim öğretide Kaplan da manevi tazminata faiz işletilmesi gerektiğini savunurken bu faizin idareye başvuru tarihi esas alınarak hesaplanması gerektiğini ileri sürmüştür. (Gürsel Kaplan, "Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Manevi Tazminata Faiz Yürütülmesi Sorunu" **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 55, S. 2, s. 139.)

¹⁵⁰⁸ Dan.10.D., 20.03.2006, E. 2003/630, K. 2006/1981; Dan.10.D., 08.02.2006, E. 2005/6753, K. 2006/906; Dan.10.D., 12.01.2004, E. 2002/2036, K. 2004/91; Dan.8.D., 30.06.2003, E. 2002/3101, K. 2003/3190; Dan.10.D., 16.04.2002, E. 2001/1396, K. 2002/2298, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁵⁰⁹ Dan.8.D., 12.11.2010, E. 2010/5626, K. 2010/6024; Dan.15.D., 31.03.2016, E. 2013/4386, K. 2016/2236; Dan.10.D., 25.02.2003, E. 2001/323, K. 2003/703, Bkz Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Öğretide Gözler de manevi zarar bakımından da zarar tarihi esas alınarak faizin hesaplanması gerektiğini ileri sürmektedir. (Gözler, **age.**, s. 1407.)

¹⁵¹⁰ Müzeyyen Eroğlu Durkal, "Tam Yargı Davalarında Manevi Tazminat", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 131, 2017, s. 203.

cismani bir zararı olmaksızın doğrudan manevi değerlerinde eksilme meydana gelebilmektedir. Bu doğrultuda manevi tazminat hakkının esas olarak hukuka aykırı şekilde yürütülen sağlık hizmetinden yararlanan kişiye ait olduğu söylenebilir **(A)**. Ancak, başta hukuka aykırı şekilde yürütülen sağlık hizmeti sonucunda kişinin ölümü durumu olmak üzere, bazı hallerde üçüncü kişilerin manevi değerlerinde de eksilme söz konusu olabilmektedir. Bu hallerde, esasen tıbbi müdahalenin süjesi olan kişinin yakınlarının kendi yaşadıkları acı ve üzüntünün; kendi manevi değerlerinde meydana gelen eksilmenin giderilmesi için tazminat talep etmesi söz konusu olabilmektedir **(B)**.

A) Hizmetten Yararlananın Uğradığı Manevi Zarar

Sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan manevi zararlar tıbbi müdahalelerden kaynaklanabileceği gibi sağlık hizmetine ilişkin, tıbbi müdahale dışında kalan faaliyetlerden de kaynaklanabilmektedir. Tıbbi müdahale dışında kalan sağlık hizmetlerinden kaynaklanan manevi tazminat çoğunlukla doğrudan kişilerin manevi değerlerinde eksilme yaratan fiillerden kaynaklanmaktadır. Buna karşılık, tıbbi uygulama hatalarından kaynaklanan manevi tazminat ise çoğunlukla kişinin ölümü veya vücut bütünlüğünde meydana gelen cismani zararlar ilişkili olarak ortaya çıkmaktadır. Bu bakımdan manevi zararların görünüş biçimlerinin ayrı ayrı incelenmesi, bunların doğru tespiti bakımından kolaylık sağlayacaktır.

Manevi tazminat kapsamında idareden talep edilebilecek zararların ilki, şan, şeref ve doğrudan kişilik haklarına verilen zararlardır¹⁵¹¹. Bu kapsamda Fransız Danıştayı zührevi bir hastalığa yakalandığı şüphesiyle hukuka aykırı şekilde tıbbi incelemeye tabi tutulan bir genç kızın, söz konusu faaliyet nedeniyle şerefının zedelendiğini vurgulayarak tazminat ödenmesi gerektiğine karar vermiştir¹⁵¹². Salt kişilik haklarına yönelik zarar olarak da nitelendirilebilecek olan bu kategorideki zararlar özgürlük, namus, şeref, onur, anı gibi değerler, kişinin özel hayatı ve ailesine dair sırlar, meslek sırları, resim, isim ve fotoğrafları üzerindeki hakları, ticari, mesleki saygınlığı, sosyal

¹⁵¹¹ CE, 14.06.1999, *Conseil de fabrique de la cathedrale de Strasbourg*, n° 181023, Rec. Lebon, 1999, Dalloz.fr.

¹⁵¹² CE, 05.07.1957, *Département de la Sarthe, c. Diel Artus*, RDCE, aktaran Gözler, **age.**, s. 1283.

ve siyasal haklarına yönelik saldırılar nedeniyle duyulan acı ve üzüntü sonucunda oluşan manevi eksilmeleri kapsamaktadır. Kişinin şan, şeref, onur gibi doğrudan şahsına bağlı haklarda oluşan eksilmenin tıbbi müdahale nedeniyle ya da sağlık hizmeti kapsamındaki diğer fiiller çerçevesinde ortaya çıkması mümkündür. Nitekim bu ihtimal çoğunlukla kişisel sağlık verilerinin gizliliğinin korunmaması durumunda ortaya çıkmaktadır. Söz gelimi, cinsel yollarla bulaşan bir hastalığa yakalanan kişinin sağlık verilerinin aleni hale gelmesi, bu kişinin sosyal ve ticari itibarı bakımından olumsuz sonuçlara neden olabilecektir. Yine, özellikle psikiyatrik tedavilere ilişkin kayıtların gizliliğinin sağlanmaması, kişinin mesleki ve sosyal itibarı bakımından olumsuz neticeler yaratabilecektir. Bu hallerde kendisine ait sağlık kayıtlarının ifşası, kişinin toplumdaki itibarı bakımından olumsuz etki yaratabilecektir.

Hatalı tıbbi müdahale nedeniyle fiziksel bütünlüğü zarara uğrayan kişinin estetik görünümünün bozulmasından kaynaklı acıları da tazmini talep edilebilecek bir diğer manevi zarar halidir¹⁵¹³. Söz gelimi, tıbbi müdahale sonucunda kişinin yüzü veya vücudunda bir iz oluşması ya da bir uzvunun diğerinden kısa kalması gibi hallerde söz konusu cismani zarar nedeniyle kişinin, işgücü ya da ekonomik geleceğinde meydana gelen eksilme dışında ayrıca manevi acı da çekeceği şüphesizdir. Tıbbi müdahaleler nedeniyle vücutta meydana gelen geçici ya da kalıcı izler ve yaralar sonucu kişide oluşan acı ve ıstırapın manevi tazminat kapsamında karşılanması gerektiği Danıştay içtihadında kabul edilmektedir¹⁵¹⁴. Bu hallerde kişide oluşan cismani zararın aynı zamanda estetik görüntüsüne de zarar vermesi sonucunda, yeni görüntüsü nedeniyle kişinin yaşadığı manevi üzüntünün tazminat yoluyla giderilmesi gerektiği kabul edilmiştir.

Başta sadece estetik değerler bakımından vücut bütünlüğünde meydana gelen fiziksel zararların kişide manevi acı ve ıstırap yarattığını kabul etmekte olan

¹⁵¹³ CE, 16.11.1998, *Mlle. Reynier*, Rec. Lebon, 1998, Dalloz.fr.

¹⁵¹⁴ Dan.10.D., 10.04.1992, E. 1990/3954, K. 1992/1362, **DD**, S. 86, s. 583 - 585. Aynı yönde Dan.10.D., 16.01.1985, E. 1982/2901, K. 1985/26, **DD**, S. 60-61, s. 461. Dava konusu edilen bir olayda Devlet hastanesinde kendisine hatalı ilaç verilen davacının parmağı kangren olmuş ve kesilmiş, kararında Danıştay davacının söz konusu hatalı tıbbi müdahale nedeniyle uğradığı acı ve üzüntünün giderilebilmesi için manevi tazminat ödenmesi gerektiğine karar vermiştir. (Dan.10.D., 08.12.1997, E. 1996/2121, K. 1997/5476, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

Danıştay, daha sonra bu içtihadını estetik bozulma şartı gözetilmeksizin kişinin fiziksel bütünlüğüne zarar veren tüm hatalı tıbbi müdahalelerde kişide manevi zarar oluşabileceği ve bu zararların tazmin edilmesi gerektiği şeklinde genişletmiştir¹⁵¹⁵.

Bu doğrultuda, manevi tazminat ödenmesini gerektiren bir diğer hal, hatalı tıbbi uygulamanın kendisi ya da bu uygulamanın olumsuz sonuçlarının tedavisi için yapılan müdahaleler nedeniyle kişinin fiziksel acılar yaşamasıdır¹⁵¹⁶. Manevi tazminat hakkının bu şekilde genişletilmesi, uygulamada tıbbi uygulama hatası niteliğindeki tüm hizmet kusurlarından maddi tazminatın yanında manevi tazminat da talep edilebilmesinin önünü açmıştır. Bu içtihadın, tıbbi uygulama hataları nedeniyle cismani zarara uğrayan kişiye maddi zararının yanında otomatik olarak manevi zarar talep edebilme imkanı sağladığı kuşkusuzdur. Bu durumda kişi, söz konusu hatalı tıbbi müdahale nedeniyle estetik görüntüsünde geçici ya da sürekli bir bozulma meydana gelmesi dahi gerekmeksizin manevi tazminat talep edebilmektedir.

Öğretide Eren de, maddi kişilik değerleri kapsamında olan vücut bütünlüğüne yönelik cismani zararların otomatik olarak kişinin manevi zararının oluşmasına yol açacağını savunmaktadır¹⁵¹⁷. Bu bakımdan hatalı tıbbi müdahale sonucunda cismani zarara uğrayan kişinin aynı zamanda manevi zarara uğraması kaçınılmazdır. Fransız Danıştayı hukuka aykırı tıbbi müdahale sebebiyle çekilen fiziksel acıların para ile tazmin edilemeyeceğine ilişkin yerleşik içtihadından 1942 tarihli *Morelle* kararı ile vazgeçmiş¹⁵¹⁸, kişinin hatalı tıbbi müdahale veya bu müdahalenin yol açtığı olumsuz

¹⁵¹⁵ Dan.10.D., 22.11.1999, E. 1998/190, K. 1999/6198, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Başka bir kararında ise Danıştay, manevi tazminatın yalnızca kişinin şeref ve haysiyet gibi manevi değerlerini değil, yaşam, beden bütünlüğü, sağlık gibi kişilik haklarına dahil olan bedensel değerlerin ihlali halinde de ilgilinin duyduğu elem ve üzüntünün giderilmesini sağlayan bir tatmin aracı olduğunu vurgulamıştır. (Dan.10.D., 12.10.1999, E. 1997/324, K. 1999/4801, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

¹⁵¹⁶ Rivero / Waline, *age.*, s. 270; Lambert - Faivre / Porchy – Simon, *age.*, s. 174; Gönen, *agm.*, s. 29. “diğer yandan olay nedeniyle davacının uğradığı cismani zararın ağız bölgesinde meydana getirdiği durumun, idare tarafından gerekli cerrahi müdahale yapılarak tedavi edildiği, tedavisinin yerine getirildiği ancak, olay nedeniyle davacının hekim tarafından bilgilendirilmemesinin kendisinde yarattığı endişe ve korku ile durumun açıklığa kavuşturulması bakımından arayış içine girdiği ve yaranın iyileşmesi sürecinde duyduğu acı, konuşma zorluğu, yeme – içme güçlüğü gibi bedensel bütünlüğe bağlı manevi dünyasında manevi yönden zararların olduğu da tartışmasıdır.” (Aktaran Akyıldız / Özkan, *age.*, s. 698.) Aynı yönde Yargıtay kararı için bkz. Yar. HGK, 11.04.1979, E. 1978/4-188, K. 1979/375, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁵¹⁷ Eren, *age.*, s. 559.

¹⁵¹⁸ Esper / Saros, *age.*, s. 339.

neticelerin tedavisi aşamasında çektiği fiziksel acılar nedeniyle tazminat ödenmesi gerektiğine hükmetmeye başlamıştır¹⁵¹⁹. Ancak *Morelle* kararında Mahkeme, yalnızca istisnai ağırlıkta olan fiziksel acılar bakımından manevi tazminat hakkının doğacağını kabul etmiştir. Buna karşılık Fransız Danıştay, 1958 tarihli daha yeni bir kararında ağırlığın “*istisnai*” olması şartından da vazgeçerek, kabul edilebilir olanın ötesindeki tüm fiziksel acılardan idarenin sorumlu tutulabileceğine hükmetmiştir¹⁵²⁰.

Danıştay ise bir kararında, tıbbi operasyon sırasında hastanın karnında unutulmuş gazlı tamponun süresinde çıkarılmaması nedeniyle olay süresince çekilen acı ve elem karşılığı manevi tazminat ödenmesi gerektiğine karar vererek fiziksel acılar bakımından Fransız Danıştay’na paralel bir içtihat oluşturmuştur¹⁵²¹. Başka bir kararında ise, taşıdığı HIV virüsünün sağlık kurumu tarafından tespit edilmesine karşılık, durumun kendisine bildirilmemesi sonucunda hastalığın ilerlemesi ve tedavi şansının azalması sonucunda hastanın duyduğu elem ve üzüntü nedeniyle idarenin manevi tazminat ödemesi gerektiğine hükmetmiştir¹⁵²².

Hatalı tıbbi müdahale nedeniyle tazmin edilmesi gerektiği kabul edilen bir diğer manevi zarar türü ise fiziksel acılardan bağımsız olarak kişinin yaşadığı karmaşa, endişe ve üzüntüden kaynaklanan zararlardır¹⁵²³. Şöyle ki, hatalı teşhis veya tıbbi müdahale sonucunda ciddi bir hastalık ya da ölüm tehdidi altında kalan hastanın endişe ve karmaşa yaşaması kaçınılmaz olmaktadır. Bu ihtimalde, kişinin daha sonradan yapılacak müdahale sonucunda sağlığına kavuşması ihtimalinde dahi idarenin oluşan manevi zarar sebebiyle sorumluluğu doğacaktır¹⁵²⁴. Dolayısıyla, hatalı tıbbi uygulama sonucunda kişinin cismani bir zarara uğramamış olması durumunda dahi, söz konusu hukuka aykırılık nedeniyle kişinin manevi yönden karmaşık bir duruma sokulmasının tek başına manevi kayıp oluşturduğu kabul

¹⁵¹⁹ CE, 24.04.1942, *Morelle*, RDCE, 1942, s. 136, aktaran Gözler, *age.*, s. 1285; Aynı yönde karar için bkz. CE, 16.11.1998, *Mlle. Reynier*, Rec. Lebon, 1998, Dalloz.fr.

¹⁵²⁰ CE, 06.06.1958, *Commune de Grigny*, RDCE 1958, s. 323, aktaran Chapus, *age.*, 1239.

¹⁵²¹ Dan.10.D., 19.10.1999, E. 1997/3565, K. 1999/5224, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Aynı yöndeki İstanbul Bölge İdare Mahkemesi kararı için bkz. İstanbul BİM 8.İDD, 06.06.2017, E. 2017/463, K. 2017/938, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁵²² Dan.15.D., 19.02.2015, E. 2014/4911, K. 2015/943, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁵²³ Rivero / Waline, *age.*, s. 270; Gözler, *age.*, s. 1286.

¹⁵²⁴ Sarsıkoğlu, *agm.*, s. 2408.

edilmiştir. Danıştay bu ihtimali bir kararında açıkça ortaya koymuştur¹⁵²⁵: “Manevi zarar, kişinin fizik yapısını zedeleyen, yaşama gücünü azaltan olaylar sebebiyle duyulan acıyı, ıstırapı veya kişilik haklarının zedelenmesi sebebiyle şeref ve haysiyetin rencide edilmesini ifade ettiği gibi; günlük yaşamı zorlaştıran belli ağırlıktaki her türlü üzüntü ve sıkıntıyı da kapsamaktadır.” Danıştay önüne gelen bir uyuşmazlıkta, apandisit ameliyatı olan davacı tarafından, batın bölgesinde unutulmuş gazlı bezin ikinci bir ameliyatla çıkarılmasına kadar geçen süre içinde yaşadığı fiziksel acıdan bağımsız şekilde, salt yaşadığı ruhsal karmaşa, acı ve üzüntü esas alınarak manevi tazminat ödenmesine karar verilmiştir¹⁵²⁶.

Daha ilginç bir olayda ise, Danıştay gerçekte bulguları ortaya konulmamış olan vücuttaki tümör oluşumuna ilişkin sağlık raporunun hasta tarafından öğrenilmesi üzerine, gerçek durumu yansıtan sağlık raporunun düzenlenmesine kadar olan süreçte kişinin yaşamış olduğu sıkıntı ve üzüntü nedeniyle idarenin manevi tazminat ödemesi gerektiği yönünde hüküm kurmuştur¹⁵²⁷. Dolayısıyla hatalı tıbbi müdahale sonucunda zarar oluşmaması ya da oluşmasının engellenmesi durumları ile, tıbbi müdahale dışındaki sağlık hizmetine ilişkin faaliyetlerin hukuka aykırı şekilde işlemesi durumunda kişinin yaşadığı manevi kayıplar, endişe ve karmaşa manevi tazminat sebebi olarak kabul edilmiştir.

¹⁵²⁵ Dan.15.D., 04.03.2014, E. 2013/3258, K. 2014/1371, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Aynı yöndeki Yargıtay içtihadı için bkz. Yar.13.HD, 30.10.2003, E. 2003/8062, K. 2003/12846, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁵²⁶ Dan.15.D., 31.03.2016, E. 2013/4386, K. 2016/2236, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Hastanın karnında ameliyat makası unutulması sebebiyle yaşanan acı ve üzüntü sebebiyle manevi tazminat ödenmesi gerektiği, buna karşılık uzuv ya da işgücü kaybı oluşmaması nedeniyle maddi tazminat ödenmesine yer olmadığına ilişkin karar için bkz. Dan.15.D., 21.01.2016, E. 2013/4033, K. 2016/77, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Aynı yöndeki Fransız Danıştay içtihadı için bkz. CE, 27.10.2000, *Centre hospitalier de Seclin*, n° 208640, Rec. Lebon, 2000, Dalloz.fr.; CAA Paris, 24.03.1998, *Assistance publique – Hôpitaux de Paris*, n° 96PA02373 96PA02385, Rec. Lebon, Dalloz.fr. Yargıtay da bir kararında hastaya yapılan burun ameliyatı sırasında kırılan iğne ucunun bulunamaması nedeniyle ikinci bir burun ameliyatının yapıldığı uyuşmazlık konusu olayda, hastanın ikinci ameliyata kadar geçecek sürede içinde bulunduğu durumu dikkate alarak manevi tazminat ödenmesi gerektiğine karar vermiştir. (Yar.13.HD, 06.11.2000, E. 2000/8590, K. 2000/9569, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Öğretide de hatalı tıbbi uygulama nedeniyle fiziksel bütünlükte bir zarar oluşmasa dahi manevi değerler üzerinde olumsuz etki oluşabileceğinden bahisle, bu hallerde tazminat sorumluluğunun doğacağı kabul edilmektedir. (Yılmaz, **age.**, s. 79.)

¹⁵²⁷ Dan.15.D., 31.03.2016, E. 2013/4336, K. 2016/2244, aktaran Gökcan, **age.**, s. 1415. Benzer bir karar için bkz. Dan.10.D., 17.01.2001, E. 1998/2968, K. 2001/91, aktaran Gökcan, **age.**, s. 1405.

Kanaatimizce Danıştay'ın bu içtihadı manevi zarar miktarının tespiti bakımından 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 56. maddesinde yer alan düzenlemeden ayrılmaktadır. Şöyle ki anılan maddede yer alan düzenlemeye göre, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verilebilmektedir. Dolayısıyla düzenlemenin lafzından açıkça anlaşılacağı üzere manevi zararın tazmin edilmesinin ön koşulu ortada bedensel bir zararın bulunmasıdır. Bedensel zarardan bağımsız şekilde manevi zarara hükmedilemeyecektir. Dolayısıyla yukarıda anılan içtihadıyla Danıştay, Türk Borçlar Kanunu'nda öngörülen manevi tazminat miktarını davacı lehine genişletmiştir.

Başka bir kararında ise Danıştay'ın Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan düzenlemeyi esas alarak hüküm kurduğu görülmektedir. Kararında Mahkeme, manevi tazminata hükmedilebilmesi için, idarenin hukuka aykırı eylem ve işlemi sonucunda kişinin fizik yapısını zedeleyen, yaşama ve kazanma gücünü azaltan olayların meydana gelmesi ve bunun sonucunda ağır bir elem ve üzüntünün bulunması gerektiğini ortaya koymuştur¹⁵²⁸. Dolayısıyla Danıştay, manevi tazminata hükmedilebilmesi için, elem ve üzüntü ile kişinin fizik yapısının zedelenmesi koşullarının birlikte bulunmasının bir zorunluluk olduğunu vurgulamıştır¹⁵²⁹.

Manevi zarar kavramını kişinin yaşadığı endişe ve üzüntüden dahi daha geniş yorumlayan İzmir Bölge İdare Mahkemesi'nin bir kararında ise, kişisel sağlık verilerinin düzenli ve yeterli tutulmaması nedeniyle kişinin doğruyu öğrenme hakkını kullanamamış olmasının tek başına hizmet kusuru oluşturacağına ve manevi tazminat ödenmesini gerektireceğine hükmedilmiştir¹⁵³⁰. Danıştay da bir kararında hastaya ait grafilerin gerekli şekilde muhafaza edilmemiş olması ve dosyaların kaybedilmesinin ağır hizmet kusuru teşkil ettiğini belirterek idarenin manevi tazminat ödemesi gerektiği yönünde hüküm kurmuştur¹⁵³¹. Bu kararlardan hareketle idarenin yürüttüğü faaliyetin kusurlu olması durumunda kişinin fiziksel bir zarara uğraması ve hatta acı

¹⁵²⁸ Eren, **age.**, s. 815.

¹⁵²⁹ Dan.10.D., 12.10.2005, E. 2003/3172, K. 2005/5931, aktaran Atay, **age.**, s. 717.

¹⁵³⁰ İstanbul BİM 8.İDD, 07.03.2017, E. 2017/5, K. 2017/305, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁵³¹ Dan.10.D., 29.04.2008, E. 2007/3301, K. 2008/2939. Aynı yönde Dan.15.D., 29.09.2016, E. 2016/33354, K. 2016/4715, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

ve üzüntü yaşaması dahi gerekmeksizin manevi tazminata hükmedilebileceği sonucu ortaya çıkmaktadır¹⁵³². Dolayısıyla sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan sorumluluk bakımından zararın bulunması koşulu belirsizleşmektedir¹⁵³³.

Buna karşılık, İstanbul Bölge İdare Mahkemesi tarafından 2017 yılında verilen bir kararda, gerçekleşmiş bir zararın varlığının tam yargı davası açılabilmesinin ön koşulu olduğu vurgulanmış, zararın açıkça ortaya konulamadığı hallerde idarenin hizmet kusurunun bulunup bulunmadığı yönünden başvurunun incelenmesine gerek bulunmadığı sonucuna varılmıştır¹⁵³⁴. Buna karşılık Mahkeme manevi zararın gerçekleşmiş olduğunun davacı tarafından nasıl ortaya konması gerektiğine ya da manevi zararın hangi hallerde söz konusu olabileceğine dair herhangi bir değerlendirme yapmamıştır.

İstanbul Bölge İdare Mahkemesi'nin bu değerlendirmesinin sıkı şekilde uygulanması, özellikle ispatı güç olan manevi zararlar bakımından tazminat hakkını oldukça sınırlandıracaktır. Buna karşılık, Danıştay ve İzmir Bölge İdare Mahkemesi tarafından benimsenen içtihat ise, idarenin her türlü hukuka aykırı davranışı nedeniyle doğrudan manevi tazminat ödemesi gibi, zarar koşulunu tamamen ortadan kaldıran bir sonuca yol açacağından bu içtihadın kabul edilmesi mümkün olmayacaktır. Bu nedenle kanaatimizce, idarenin hukuka aykırı eylemleri nedeniyle manevi tazminata hükmedilmesi için, somut koşullar gözetilerek en azından kişiyi belli bir düzeyde elem ve üzüntü içine düşürebilecek bir durumun varlığının aranması daha isabetli olacaktır.

Fiziksel acılardan bağımsız olarak yaşanan elem ve üzüntüler nedeniyle tazminat taleplerini önceki kararlarında¹⁵³⁵ reddeden Fransız Danıştay'ı ise 1961 tarihli *Letisserand* kararı ile salt manevi acı kaynaklı zararların da tazminat kapsamında

¹⁵³² Hakeri, *age.*, s. 908.

¹⁵³³ Aynı yöndeki Ankara Bölge İdare Mahkemesi'nin kararı için bkz. Ankara BİM 10.İDD, 18.05.2017, E. 2017/192, K. 2017/458, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁵³⁴ İstanbul BİM 8.İDD, 26.04.2017, E. 2017/609, K. 2017/655, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁵³⁵ CE, 29.10.1954, *Bondurand*, Rec. Dalloz, 1954, aktaran Chapus, *age.*, s. 1239.

bulunduğunu kabul etmiştir¹⁵³⁶. Bu karardan önceki dönemde ise Mahkeme “gözyaşlarının parayla ölçülemeyeceği” gerekçesiyle manevi tazminat taleplerini reddetmekteydi¹⁵³⁷. Kişinin yaşadığı fiziksel acıdan bağımsız olarak içine düştüğü karmaşa, endişe ve üzüntüden kaynaklanan zararlar kapsamında farklı bir manevi zarar ihtimali de Fransız Danıştay tarafından öngörülmüştür¹⁵³⁸.

Şans kaybı nedeniyle oluşan zararın manevi yönünün değerlendirildiği bu ihtimalde, kişinin müdahalenin olumsuz riskine hazırlanamamaktan kaynaklanan psikolojik zararlarının (*prejudice d'impreparation*) tazmin edilmesi gerektiği kabul edilmiştir¹⁵³⁹. Aydınlatma yükümlülüğünün eksik yerine getirilmesi ya da hiç yerine getirilmemesi sonucunda, uygulanacak tıbbi müdahalenin riskleri ve olası sonuçları hakkında bilgi sahibi olamayan kişi, bu olumsuz sonuçlar bakımından kendisini psikolojik yönden hazırlayamamış olacağından, olumsuz sonucun gerçekleşmesi durumunda uğrayacağı elem ve acının giderilmesi gerektiği Fransız Danıştay tarafından kabul edilmiştir¹⁵⁴⁰. Bu ihtimalde, şans kaybı sonucunda kişinin ölmesi durumunda manevi tazminat isteme hakkının mirasçılara geçeceği kabul edilmektedir¹⁵⁴¹. Buna karşılık, aydınlatma yükümlülüğünün eksik yerine getirilmesi ya da yanlış teşhis konulması sonucunda hastanın yaşadığı şans kaybı nedeniyle yakınlarının ayrı bir manevi tazminat hakkı bulunmamaktadır¹⁵⁴².

Son olarak, Fransız hukukunda kişinin tıbbi müdahale nedeniyle yaşam şeklinde, aktivitelerinde, ilgi alanlarında yapmak zorunda kaldığı değişikliklerin yol açtığı

¹⁵³⁶ CE, 24.11.1961, *Letisserand*, n° 48841, RDCE 1961, Dalloz.fr.

¹⁵³⁷ Lambert - Faivre / Porchy – Simon, *age.*, s. 238; Armağan, *age.*, s. 223.

¹⁵³⁸ Fransız Danıştay'ının bu yöndeki 3 Haziran 2004 tarihli *Thomas* kararı için bkz. Morand – Deviller, *age.*, s. 739.

¹⁵³⁹ Truchet, *age.*, s. 291; Lambert - Faivre / Porchy – Simon, *age.*, s. 743; Esper / Sargos, *age.*, s. 380. Bu yöndeki Fransız Danıştay kararı için bkz. CE, 10.10.2012, *Beaupere et Lemaitre*, n° 350426, Rec. Lebon, 2012, Dalloz.fr.; CE, 18.10.1989, *Odet Desbans*, aktaran Lachaume / Pauliat / Braconnier / Deffigier / *age.*, s. 811. Bu çerçevede, şans kaybından kaynaklanan manevi zarar, tıbbi müdahale nedeniyle yaşanan acı ve kederden bağımsız, otonom bir manevi zarar biçimini oluşturmaktadır. (Tourret, *agm.*; Tifine / Rabault, *agm.*) Fransız Yargıtayı'nın yerleşik içtihadı da bu yöndedir. (Cass 1ère civ, 12.07.2012, n° 11-17510, Rec. Dalloz, 2012, Dalloz.fr.)

¹⁵⁴⁰ CE, 10.10.2012, *B. et Mme Lemaitre*, n° 350426, Rec. Lebon, 2012; CAA Douai, 03.07.2013, n° 12DA01368, Rec. Lebon, 2013, Dalloz.fr.

¹⁵⁴¹ Tourret, *agm.*; Nicolas / Margraff / Grimaud / Benillouche / Faure / Diem / Manaouil / Jamay / Guerlin, *agm.*

¹⁵⁴² Nicolas / Margraff / Grimaud / Benillouche / Faure / Diem / Manaouil / Jamay / Guerlin, *agm.* Bu yöndeki Fransız Danıştay kararı için bkz. CE, 24.10.2008, n° 301851, Rec. Lebon, Dalloz.fr.

elem ve üzüntünün de manevi zarar kapsamında tazmin edilmesi gerektiği kabul edilmektedir¹⁵⁴³. Söz gelimi, amatör olarak futbol oynayan bir kişinin hatalı tıbbi uygulama sonucunda bacağında meydana gelen zarar sebebiyle futbol oynamayı bırakmak zorunda kalması üzerine yaşadığı üzüntü ve elem nedeniyle ayrıca tazminat talep etme hakkı doğacaktır¹⁵⁴⁴. Kanaatimizce bu son ihtimalin, kişinin manevi değerlerinde hem fiziksel zarar nedeniyle oluşan; hem de cismani zarar dışında oluşan eksilmeler kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Bu nedenle söz konusu hallerin ayrı bir manevi tazminat kalemi teşkil etmeyeceği kanaatindeyiz.

B) Üçüncü Kişilerin Uğradığı Manevi Zarar

Tıbbi uygulama hatası sonucunda kişinin ölümü ya da cismani zarara uğraması nedeniyle üçüncü kişilerin de acı, üzüntü ve yaşama sevincinde azalma yaşayabilecekleri dikkate alınarak, söz konusu manevi eksilmenin giderilmesi için üçüncü kişilere de manevi tazminat ödenmesi gerektiği kabul edilmiştir¹⁵⁴⁵. Ancak tıbbi müdahalenin süjesi olan kişinin manevi tazminat hakkından farklı olarak, üçüncü kişilerin manevi tazminat talebinde bulunabilmesi için mutlaka bedensel bütünlük üzerinde bir zararın oluşması gerekmektedir. Tıbbi müdahalenin süjesinin bedensel bütünlüğünün bozulması dışındaki bir sebeple içine düştüğü karmaşa ve üzüntü üçüncü kişiler bakımından manevi tazminat talep etme imkanı yaratmayacaktır.

Hatalı tıbbi uygulama sonucu ölen kişinin kendisinin kural olarak manevi zarar talep edemeyeceği göz önünde bulundurulduğunda, bu ihtimalde ölüm nedeniyle yakınlarının uğramış olduğu manevi acının tatmin edilmesi söz konusu olmaktadır¹⁵⁴⁶. Buna karşılık, cismani zararın söz konusu olduğu hallerde hem zarar gören kişinin kendisinin hem de yakınlarının manevi tazminat talep etmesi mümkün olmaktadır. Burada ayrıca belirtmek gerekir ki, ölen kişinin yakınlarının manevi tazminat hakkı, ölen kişi adına doğup miras yoluyla yakınlarına geçmemekte,

¹⁵⁴³ Chapus, **age.**, s. 1238; Esper / Sargos, **age.**, s. 343; Lambert - Faivre / Porchy – Simon, **age.**, s. 175.

¹⁵⁴⁴ Cass 2ème civ, 28.02.2013, n° 11-21.015, Bull. civ. II, n° 48, aktaran Esper / Sargos, **age.**, s. 343.

¹⁵⁴⁵ CE ass, 24.11.1961, *Consorts Letisserand*, n° 48841, Rec, Lebon, 1961, Dalloz.fr.

¹⁵⁴⁶ Rivero / Waline, **age.**, s. 270.

doğrudan yakınları üzerinde doğmaktadır. Keza, üçüncü kişilerin manevi tazminat talebi, hatalı tıbbi müdahalenin muhatabının talebinden bağımsız şekilde değerlendirilmektedir. Bir kararında Danıştay, olaydaki gelişmeler kapsamında teşhisin eksik konulmasının, bilirkişi raporunu da dikkate alarak, hizmet kusuru oluşturmadığına ve zarar gören adına yapılan maddi ve manevi zarar talebinin reddine karar verirken, hasta yakınlarının söz konusu tedavi sürecinde uğramış olduğu üzüntü ve elem nedeniyle oluşan manevi zararının tazminine karar vermiştir¹⁵⁴⁷.

Hatalı tıbbi uygulamanın ölüme derhal sebep olmadığı, hastanın bir süre tedavi gördükten sonra hayatını kaybettiği hallerde manevi zarar bakımından birden fazla ihtimal ortaya çıkabilmektedir. Zira, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 25. maddesinde yer alan düzenleme manevi tazminat hakkının mirasçılara geçmesine yönelik birtakım sınırlamalar getirmektedir. Söz konusu düzenlemeye göre, manevi tazminat istemi miras bırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçı tarafından kullanılamayacaktır. İlk ihtimalde, zarar gören ölümünden önce manevi zararlarının tazmini için idari yargıda dava açmış, ancak dava sonuçlanmadan hayatını kaybetmiş olması durumunda, İYUK madde 26 hükmüne uygun olarak mirasçılar ölen tarafından açılan davanın tarafı olabilmektedir¹⁵⁴⁸. Dolayısıyla söz konusu ihtimalde ölenin manevi tazminat hakkı miras yoluyla yakınlarına geçmektedir. Ayrıca bu ihtimalde ölenin yakınlarının, ölüm sebebiyle duydukları acı, üzüntü ve manevi eksilme nedeniyle kendi adlarına manevi tazminat talep etme hakkı da bulunmaktadır¹⁵⁴⁹.

¹⁵⁴⁷ “bilirkişi raporunda da davacıların yakınına uygulanan tedavide gecikme olduğu, USG ve BBT'sinin çekilmesi gerektiği, bunun yapılmamış olmasının eksiklik olduğunun belirtildiği bu sebeplerle olayda davalı idarenin hizmet kusurunun bulunduğu ancak sağlık hizmetinin geç işletilmesinin davacılar murisinin ölümüne neden olduğunun Adli Tıp Kurumu incelemesi sonucu ortaya konulmaması karşısında, davacıların murislerinin ölümü sebebiyle maddi ve ölüme bağlı manevi zararın tazminine olanak bulunmamakla birlikte; sağlık hizmetinin geç işletilmesi, murislerine tıbbi müdahalenin gecikmesi sebebiyle davacıların duydukları acı ve üzüntü sebebiyle manevi zararların tazmini gerekmektedir.” (Dan.15.D., 04.03.2014, E. 2013/3258, K. 2014/1371, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

¹⁵⁴⁸ Frier / Petit, **age.**, s. 588; Lambert - Faivre / Porchy – Simon, **age.**, s. 222; Nomer, **age.**, s. 263; Oğuzman / Öz, **age.**, s. 287.

¹⁵⁴⁹ CE, 29.01.1971, Assoc.Jeunesse et Reconstruction, n° 74941, Rec. Lebon, 1971, Dalloz.fr.; CE, 08.11.1968, Comm. De Mounes-Prohencaux, n° 68823, Rec. Lebon, 1968, Dalloz.fr.

İkinci ihtimalde ise, zarar görenin hayatta iken idare aleyhine tam yargı davası açmaması durumunda, mirasçılardan ölenin manevi tazminat hakkını ileri sürmeleri mümkün olmayacaktır. Zira, manevi tazminat isteme hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan ancak kişinin kendisi tarafından kullanılabilir¹⁵⁵⁰. Dolayısıyla ölüm anından önce kullanılmaması durumunda bu hak ortadan kalkacaktır. Kanaatimizce, manevi tazminat hakkının mirasçılara geçebileceği hallerin, ölmeden önce dava açılmış olmasıyla sınırlandırılması kanun maddesinin lafzıyla örtüşmemektedir. Türk Borçlar Kanunu’nun 25. maddesinde “*miras bırakan tarafından ileri sürülmüş*” olan manevi tazminat hakkının mirasçılara geçeceği öngörülmüştür. Kanun metninde “*dava açılmış*” olması yerine “*ileri sürülmüş*” olması ibaresinin kullanılması bilinçli bir tercihtir. “*İleri sürülmüş olma*” ibaresi dava açma halini de içine alan daha geniş bir alana tekabül etmektedir. Bu bakımdan kanaatimizce kişinin ölümünden önce idareye başvuru yaparak manevi tazminat talebinde bulunması ancak, henüz dava açılmadan önce hayatını kaybetmiş olması ihtimalinde de manevi tazminat isteme hakkı mirasçılara geçecektir¹⁵⁵¹. Buna karşılık, kişinin ölüm anına kadar manevi tazminat istemine yönelik herhangi bir beyanda bulunmaması durumunda, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olan manevi tazminat isteme hakkı ortadan kalkacaktır. Bu durumda ölenin yakınları ve mirasçılar yalnızca kendi manevi eksilmeleri nedeniyle tazminat isteme hakkına sahip olacaktır.

Ulusal hukukumuzdan farklı olarak, Fransız hukukunda tıbbi müdahale nedeniyle belli bir süre tedavi gördükten sonra ölen kişinin idareye karşı doğmuş olan manevi tazminat davası açma hakkının yukarıda sözü geçen her iki ihtimalde de mirasçılara geçeceği kabul edilmektedir¹⁵⁵².

¹⁵⁵⁰ Eren, *age.*, s. 813; Küçük, *age.*, s. 105.

¹⁵⁵¹ Dan.10.D., 11.02.1998, E. 1998/7766, K. 1998/608, aktaran Gökcan, *age.*, s. 1424.

¹⁵⁵² CE, 29.03.2000, *Assistance Publique – Hopitaux de Paris*, n° 195662, Rec. Lebon, 2000, Dalloz.fr. Buna karşılık Fransız Danıştay’ının önceki içtihadında, zarar görenin hayatta iken açmış olduğu maddi ve manevi tazminat davalarının mirasçıları tarafından sürdürülebileceği; hayatta iken dava açmamış olması durumunda ise, mirasçılara yalnızca maddi tazminat davası açma hakkının geçeceği kabul edilmekteydi. (CE, 29.01.1971, *Assoc. Jeunesse et Reconstruction*, n° 74941, Rec. Lebon, 1971, Dalloz.fr.) Ancak 29.03.2000 tarihli kararıyla Yüksek Mahkeme bu içtihadını değiştirerek her iki durumda da gerek maddi ve gerek manevi tazminat hakkının mirasçılara geçeceğini kabul etmiştir. (CE, 29.03.2000, *Assistance Publique – Hopitaux de Paris*, n° 195662, Rec. Lebon, 2000, Dalloz.fr. Aynı yönde karar için bkz. CE, 24.10.2008, *CH. Draguignan*, n° 301851, Rec. Lebon, 2008, Dalloz.fr.) Daha sonraki içtihadta da “*yaşamını sürdürme imkanının kaybı*” kapsamında ölen kişinin manevi tazminat talep etme hakkının da yasal mirasçılara geçeceği yönünde kararlar verilmiştir. (CAA Lyon, 29.06.2004, *CPAM, Saint – Etienne*, n° 00LY01637, Rec. Lebon, Dalloz.fr.) Nitekim özel hastanelerde görülmekte olan sağlık hizmetlerinden kaynaklanan zararlar

Tıbbi uygulama hatası nedeniyle üçüncü kişilerin (*dolaylı mağdur*) manevi tazminat talebinde bulunabilmeleri için, zarar gören kişi ile aralarında belli bir yakınlığın, sosyal, ekonomik ya da ailevi ilişkinin bulunması gerekmektedir¹⁵⁵³. Önceki içtihadında Fransız Danıştay, yalnızca zarar gören kişinin yasal mirasçılarının manevi tazminat hakkının bulunduğunu kabul etmekteyken, daha yeni tarihli kararlarında ölen ya da cismani zarara uğrayan kişi ile dolaylı mağdur niteliğindeki üçüncü kişi arasında hukuki bir ilişkinin bulunmasının zorunlu olmadığını kabul etmiştir¹⁵⁵⁴. Buna karşılık, tıbbi müdahaleden zarar gören kişi ile dolaylı mağdur arasındaki yakınlığın ya da ilişkinin varlığının her somut olayın koşullarına göre ayrı şekilde değerlendirilerek manevi tazminata hükmedilmesi gerekmektedir¹⁵⁵⁵. Dolayısıyla, ancak zarar gören ile arasındaki yakınlık mahkeme tarafından kabul edilen üçüncü kişilerin manevi tazminat talepleri kabul edilecektir¹⁵⁵⁶.

Dolaylı mağdurların kapsamına ilk olarak zarar gören ile hukuki bağ içinde olan kişilerin girdiği kabul edilmektedir¹⁵⁵⁷. Zarar görenin eşi, çocukları, üst ve alt soyu ile kardeşleri bu kapsamda yer alır¹⁵⁵⁸. Bu kişilerin manevi tazminat hakkının doğması, zarar gören kişiyle aralarındaki ilişkinin yakınlığını ispatlamalarına bağlı değildir¹⁵⁵⁹. Bunlar dışında kalan kimseler ise, ancak yakınlığı ispat etmesi şartıyla tazminat hakkı elde etmektedir¹⁵⁶⁰.

ilişkin olarak açılan tazminat davalarında Fransız Yargıtayı'nın içtihadı da bu yöndedir. (Cass Ière civ, 13.03.2007, n° 05 – 19.020, JCP, n° 16, 2007, s. 49.)

¹⁵⁵³ Dan.10.D., 01.06.1994, E. 1993/363, K. 1994/2502, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁵⁵⁴ CE, 03.03.1978, *Veuve Muesser*, n° 94827, Rec. Lebon, 1978; CE, 24.11.1961, *Letisserand*, n° 48841, Rec. Lebon, 1961, Dalloz.fr. Aynı yönde Gözler, **age.**, s. 1293; Onar, **age.**, s. 1717; Gönen, **agm.**, s. 27; Dan.15.D., E. 2010/11290, K. 2014/5905, aktaran Hızal / Çınarlı, **agm.**, s. 166.

¹⁵⁵⁵ CE, 09.12.1970, *Ministre de l'équipement et du logement c. Epoux Losser*, n° 79808, Rec. Lebon, 1970, Dalloz.fr.

¹⁵⁵⁶ Bir kararında Fransız Danıştay, annesi ile soybağı kurulmamış olan bir çocuğun, annesinin ölümü nedeniyle manevi tazminat isteme hakkının oluşacağı yönünde hüküm kurmuştur. (CE, 18.11.1960, Savelli, n° 27844, Rec. Lebon, 1960, Dalloz.fr.) Başka bir kararında ise Yüksek Mahkeme, evlilik dışı şekilde birlikte yaşadığı kişinin idarenin fiili sonucunda ölümü nedeniyle kişinin manevi tazminat hakkının doğacağını kabul etmiştir. (CE, 03.03.1978, *Veuve Muesser*, n° 94827, Rec. Lebon, 1978, Dalloz.fr.)

¹⁵⁵⁷ Rivero / Waline, **age.**, s. 271; Lambert - Faivre / Porchy – Simon, **age.**, s. 226; Frier / Petit, **age.**, s. 587; Oğuzman / Öz, **age.**, s. 288.

¹⁵⁵⁸ Dan.10.D., 28.03.1984, E. 1983/945, K. 1984/663, **DD**, S. 56-57, s. 409; Aynı yönde AYİM içtihadı için bkz. AYİM 3.D, 21.05.1974, E. 1974/1414, K. 1974/1164, aktaran Özgüldür, **age.**, s. 359; Aynı yönde AYİM 2.D, 15.03.1995, E. 1994/1334, K. 1995/192, **AYİMD**, S. 10, s. 901.

¹⁵⁵⁹ Aksi yöndeki Danıştay kararı için bkz. Dan.15.D., E. 2010/11290, K. 2014/5905, aktaran Hızal / Çınarlı, **agm.**, s. 167: "(...) ölümlü olaylarda özellikle akrabaların az ya da çok üzüntü ve acı duyması tabiidir. Ancak, mücerret böyle bir acı için manevi tazminat gerekmez. Bu tazminatta hukuki ölçü,

Tıbbi müdahale nedeniyle ölen kişinin yakınlarının manevi tazminat isteme hakkı bakımından Danıştay içtihadının zaman içinde değişim gösterdiği söylenebilecektir. Fransız içtihadına benzer şekilde, önceki kararlarında Danıştay ölüm olayında ölenin annesinin, babasının, kardeşlerinin, eşinin, çocuklarının ya da nişanlısının¹⁵⁶¹ yaşadığı elem ve üzüntüyü manevi tazminat sebebi olarak kabul etmekte ve yalnızca bu kişilerin talebi halinde manevi tazminata hükmetmekteydi¹⁵⁶². Diğer akraba ve yakınlar bakımından ise manevi acı çektiklerinden bahisle tazminat hakkının oluşmayacağı yönünde hüküm kurmaktaydı¹⁵⁶³. Buna karşılık daha yeni tarihli kararlarda, somut olayın özellikleri, ailevi ve duygusal ilişkinin niteliği göz önünde bulundurularak manevi tazminat hakkı yönünden hüküm kurulması gerektiği kabul edilmiştir¹⁵⁶⁴. Yargıtay da üçüncü kişilerin manevi tazminat isteme hakkının, mağdur ile arasındaki yakınlığın somut olayda ortaya konulmuş olmasına bağlı olduğunu içtihadında kabul etmiştir¹⁵⁶⁵. Nitekim öğretide de manevi tazminat isteme hakkının kural olarak aile ve yakınlarla verilmiş bir hak olduğu, diğer üçüncü kişilerin ancak mağdur ile arasındaki sevgi bağını kanıtlaması ihtimalinde manevi tazminata hak kazanacağı kabul edilmektedir¹⁵⁶⁶. Yargıtay bir kararında ise, ölen kişinin mirasını reddeden

duyulan acının niteliği ve süresi yönünden istek sahibinin tüm benliğini sarar şekilde kapsamış olmasıdır. Yoksa sadece amca, teyze, dayı, üvey anne gibi ölenin yakını olmak, mahiyeti belirtilen acıların duyulduğuna delil sayılmayacağı gibi manevi tazminat isteyen kimselerin acı, ıstırap ve elem gibi duyguları idrak edebilecek yaş ve akli yeterlilikte bulunmaları da şarttır.”

¹⁵⁶⁰ CAA Paris, 06.06.1995, CHS Esquirol, n° 94PA01382, Rec. Lebon, 1970, Dalloz.fr. Zarar gören kişi ile hukuki ilişki içinde olmayan dolaylı mağdurların manevi tazminat hakkı bakımından Fransız Danıştay “yeterli düzeyde sağlam ve devamlı ilişki” ölçütünü uygulayarak tazminat hakkında hüküm kurmaktadır. (CE, 03.03.1978, Veuve Muesser, n° 94827, Rec. Lebon, 1978, Dalloz.fr.) Bu ölçüt oldukça subjektif ve somut olayın özelliklerine göre değişken olmakla birlikte, son derece sınırlı hallerde uygulanmaktadır. (CAA Paris, 21.01.1992, CHG Meaux, n° 90PA00692, Rec. Lebon, 1992, Dalloz.fr.)

¹⁵⁶¹ AYİM 2.D, 23.03.1994, E. 1993/159, K. 1994/1058, AYİMD, S. 9, s. 630.

¹⁵⁶² Nitekim Danıştay’ın kardeşlerin manevi tazminat isteme hakkı bakımından içtihadı da zaman içinde değişim göstermiştir. Önceki tarihli kararlarında Mahkeme kardeşlerin manevi tazminat taleplerini reddetmekteyken, (Dan.10.D., 04.02.1984, E. 1982/4417, K. 1985/148; Dan.10.D., 30.03.1983, E. 1982/206, K. 1983/665; Dan.10.D., 09.05.1983, E. 1982/2426, K. 1989/1089, aktaran Armağan, *age.*, s. 225 vd.) daha yeni tarihli kararlarında söz konusu istemleri kabul etmiştir. (Dan.10.D., 04.02.1984, E. 1982/1417, K. 1985/148; Dan.10.D., 14.01.1985, E. 1982/4103, K. 1985/3, aktaran Armağan, *age.*, s. 229 vd.)

¹⁵⁶³ Dan.10.D., 09.11.1999, E. 1997/4839, K. 1999/5475, DD, S. 103, s. 884.

¹⁵⁶⁴ Gözler, *age.*, s. 1297; Çağlayan, *agm.*, s. 251; Hızal, *age.*, s. 81. Manevi tazminat hakkı bakımından yakınlık ilişkilerinin değerlendirildiği karar örnekleri için bkz. Özgüldür, *age.*, s. 337 vd.

¹⁵⁶⁵ “davacı (...) ölenin gelini ve yeğenidir. Adı gecen davacının eşi çok önceden ölmüş olmasına rağmen, dava konusu olay sonucu ölen kayınpederi ile kişisel ilişkilerini sıkı şekilde devam ettirdiği, hatta iki çocuğunun ölen tarafından bakılıp büyütüldüğü anlaşılmaktadır. Böylece aralarındaki akrabalık bağları ve kişisel ilişkilerin derecesi gözetildiğinde davacı (...) yararına da manevi tazminat taktiri gerekir.” (Yar.4.HD, 09.05.2005, E. 2004/10862, K. 2005/5058, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

¹⁵⁶⁶ Bu yöndeki karar örnekleri için bkz. Yılmaz, *age.*, s. 79; Gönen, *agm.*, s. 26.

yakınlarının dahi ölenle düzenli ve yakın ilişkisini ispatlaması durumunda, manevi tazminat talep etme haklarının bulunduğunu kabul etmektedir¹⁵⁶⁷.

Ölenin kardeşlerinin manevi tazminat hakkı bakımından ise halihazırda kaldırılmış olan Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM) farklı bir yaklaşımı benimsemektedir. Buna göre, kardeşlerin manevi tazminat hakkı bakımından yaşlarına göre ayırım yapılmaktaydı. 10 yaşın altında olan kardeşlerin manevi acı çekemeyeceğini gerekçe gösteren Yüksek Mahkeme, bu kardeşler bakımından manevi tazminata karar vermemekte, bu yaş sınırının üzerinde kalan kardeşler bakımından ise acı ve üzüntü çekebileceklerinden bahisle manevi tazminata hükmetmekteydi¹⁵⁶⁸. AYİM daha sonraki kararlarında ise bu yaş sınırını 5 yaşa indirmiştir¹⁵⁶⁹. Mahkeme'nin bu içtihadı, manevi tazminat hakkını subjektifleştirerek o anda manevi eksilme yaşama kabiliyetine sahip kişilere indirgediği gerekçesiyle öğretide *Gözler* tarafından eleştirilmiştir¹⁵⁷⁰. Kanaatimizce de, ölüm anında belli bir yaşın altında olan kardeşlerin gelecekte yaşayacakları manevi acı ve üzüntünün tazminat kapsamı dışında kalması sonucuna yol açan böyle bir ayırımın yapılması isabetli olmamıştır¹⁵⁷¹. Keza, bu yaklaşım manevi tazminat bakımından objektif zarar esasını benimseyen Danıştay içtihadıyla da çelişmektedir. Başka bir kararında ise AYİM, büyük ebeveyn ve torunların eylemli bir bakım ve emekleri olmadıkça birbirlerinin ölümü halinde manevi tazminat istenemeyeceğine karar vererek, “*zarar görenin yakınları*” alanını dar yorumlamıştır¹⁵⁷².

Bunun yanında ölüm nedeniyle manevi zararın, ölüm anında ve derhal oluşması da zorunlu değildir. Manevi eksilmenin sonradan oluşacak olmasının kesin olduğu hallerde de üçüncü kişi lehine manevi tazminata hükmedilebilecektir¹⁵⁷³. Bu durum, manevi tazminat yönünden objektif zarar anlayışının benimsenmesinin bir sonucudur. Danıştay bir kararında, babasının ölümü nedeniyle yaşı henüz küçük olan çocuğun daha sonra ve hatta ömür boyu acı ve üzüntü yaşayacağını kesin olduğunu

¹⁵⁶⁷ Yar.3.HD, 29.03.2010, E. 2010/4314, K. 2010/5297, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁵⁶⁸ AYİM 2.D, 30.03.1994, E. 1994/669, K. 1994/583, aktaran Özgüldür, *age.*, s. 359.

¹⁵⁶⁹ AYİM 2.D, 03.10.2001, E. 2001/640, K. 2001/688.

¹⁵⁷⁰ *Gözler*, *age.*, s. 1297. Aynı yönde Armağan, *age.*, s. 225 - 226.

¹⁵⁷¹ Aynı yöndeki görüş için bkz. Gönen, *agm.*, s. 28.

¹⁵⁷² AYİM 2.D, 15.03.1995, E. 1994/1334, K. 1995/192, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁵⁷³ Yar.4.HD, 12.10.1983, E. 1983/7784, K. 1983/8331, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

vurgulayarak, çocuk lehine manevi tazminat ödenmesi gerektiğine karar vermiştir¹⁵⁷⁴. AYİM de bir kararında ameliyat sırasında yanlış gaz verilmesi sebebiyle akıl hastalığına düşen olan kişinin, ileride duyacağı acı ve ızdırabın karşılanması için manevi tazminat ödenmesi gerektiğine hükmetmiştir¹⁵⁷⁵.

Hatalı tıbbi uygulama nedeniyle kişinin cismani zarara uğraması halinde ise üçüncü kişilerin manevi tazminat hakkının bulunup bulunmadığı tartışmalıdır. Danıştay, kişilerin uğradıkları cismani zarar sonucunda yakınlarının uğramış olduğu manevi acının da tatmin edilmesi gerektiğini içtihadında kabul etmektedir¹⁵⁷⁶. Başka bir ifadeyle, idarenin fiili nedeniyle bir kimsenin cismani zarara uğraması durumunda, bu kişinin yakınlarının söz konusu zarar kaynaklı olarak duyduğu acı ve üzüntü de tazminat yoluyla tatmin edilmektedir¹⁵⁷⁷. Bunun için, üçüncü kişinin cismani zarara uğrayan kişinin çok yakını olması ve manevi yönden acı ve ıstırap duyduğunu kanıtlaması gerekmektedir¹⁵⁷⁸.

Hatalı tıbbi uygulama sonucunda ölüm halinden farklı olarak bu ihtimalde, manevi zarara uğrayan üçüncü kişilerin tümünün söz konusu cismani zarar nedeniyle acı ve üzüntü duyduklarını ayrıca ortaya koymaları tazminata hükmedilmesinin koşuludur. Ayrıca, bu ihtimalde zarar görenin annesi, babası, kardeşleri, eşi, çocukları, nişanlısı gibi yakın ailesi dışında kalan ve zarar görenle yakınlığını ayrıca ispatlaması gereken üçüncü kişilerin tazminat hakkı bulunmamaktadır¹⁵⁷⁹. Buna

¹⁵⁷⁴ Dan.10.D., 04.10.1996, E. 1996/970, K. 1996/5777, aktaran Atay / Odabaşı / Gökcan, **age.**, s. 260. Yargıtay içtihadı da bu yöndedir: (Yar.4.HD, 05.03.1979, E. 1979/9773, K. 1979/2900, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Bu yöndeki AYİM içtihadı için bkz. AYİM 3.D, 20.01.1976, E. 1993/159, K. 1994/1058, aktaran Özgüldür, **age.**, s. 359.

¹⁵⁷⁵ AYİM 2.D, 02.11.1994, E. 1992/97, K. 1994/1644, **AYİMD**, S. 9, s. 982.

¹⁵⁷⁶ Dan.10.D., 20.10.1999, E. 1997/721, K. 1999/5266, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁵⁷⁷ Dan.10.D., 11.06.1996, E. 1996/4313, K. 1996/3477; Dan.10.D., 20.10.1999, E. 1997/721, K. 1999/5266, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Nitekim Yargıtay'ın içtihadı da bu yöndedir: "(...) davacıların oğulları (...) hastanede iki aylık tedavisi esnasında iki defa ameliyat edilmesine rağmen iyileşememiş ve 3-4 sene sonra yeniden ameliyatının gerektiğinin bildirilmiş olduğu (...) anlaşılmaktadır. Çocuklarının bu derecede ağır vücut bütünlüğünün ihlali olayının davacılar ana ve babanın gözleri önünde cereyan etmesi, küçüğün geçirdiği ameliyatlar ve henüz tedavi edilememesi gibi durumlar hep birlikte gözetildiğinde; onun çok yakını olan davacıların ruhi ve asabi sağlık bütünlüğünün (...) ağır şekilde ihlal edildiği kabul edilmelidir. Aksinin kabulü ise hayatın olağan akışı ile bağdaşmaz. (...)" Yar. HGK, 26.04.1995, E. 1995/11 – 12, K. 1995/430; aynı yönde başka bir karar için bkz. Yar.4.HD, 18.02.1992, E. 1992/12641, K. 1992/1813, Kanunum İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁵⁷⁸ Dan.10.D., 14.06.2001, E. 1999/2948, K. 2001/2375, aktaran Bal / Şahin / Karabulut, **age.**, s. 330. Aynı yöndeki öğretide yer alan görüş için bkz. Er, **age.**, s. 337.

¹⁵⁷⁹ Oğuzman / Öz, **age.**, s. 283.

karşılık buradaki “*yakın olma*” koşulunun salt aile ile sınırlı şekilde yorumlanmaması gerektiğini savunan görüşler de bulunmaktadır¹⁵⁸⁰. Cismani zarar oluşması halinde yalnızca kişiyle çok yakın bağı olan kişilerin manevi tazminat isteme hakkı bulunmaktadır. Buna karşılık, AYİM içtihadında, cismani zarara yol açan fiil nedeniyle yalnızca mağdurun manevi tazminat isteyebileceği, yakınlarının ise manevi tazminat hakkının bulunmadığı kabul edilmiştir¹⁵⁸¹.

Öte yandan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 56. maddesinde, cismani zararların belli bir ağırlıkta olması durumunda, zarar görenin yakınlarının manevi tazminat talep edebileceği öngörülmüştür. Bu doğrultuda Yargıtay, cismani zarara uğrayanın yakınlarının manevi zarar talep edebilmeleri için zararın belli bir ağırlıkta olmasını aramaktadır¹⁵⁸². Kanaatimizce Türk Borçlar Kanunu’nda ayrıca belirtilmiş olan bu şart, Danıştay’ın kabul ettiği manevi yönden acı ve ıstırap duyduğunu kanıtlama şartıyla benzerlik göstermektedir. Keza hatalı tıbbi müdahale sonucunda kişinin cismani zarara uğraması ihtimalinde, bu durumun yakınları üzerinde acı, üzüntü ve manevi eksilme yaratabilmesi için söz konusu zararın belli bir ağırlıkta olması zorunludur¹⁵⁸³. Keza, kişinin basit bir cismani zarara uğraması durumunda, üçüncü kişilerin bu nedenle elem ve üzüntü yaşadıklarını ispatlaması güçlük arz edecektir. Hatalı tıbbi uygulama nedeniyle kişinin cismani zarara uğraması

¹⁵⁸⁰ Oğuzman / Öz, *age.*, s. 285.

¹⁵⁸¹ “(...) Cismani zarar halinde manevî tazminatı düzenleyen BK. nun 47 nci maddesi ise; ‘Hakim hususi halleri nazara alarak cismani zarara düşen kimseye tazminat verilmesine karar verebilir.’ demek suretiyle, cismani zarar halinde manevî tazminatı sadece cismani zarara uğrayan, örneğin ameliyat edilen, herhangi bir uzvunu kaybeden, vücudunda sabit iz kalan, yaralanan, dolayısıyla bir süre acı çeken kimsenin isteyebileceğini açıkça ifade etmiştir. Öğreti ve yargı kararlarında da cismani zarar halinde manevî tazminat isteme hakkı, doğrudan doğruya beden tamlığı ihlal edilen kişiye tanınmaktadır. Yansıma yoluyla acı duyan kişiler manevî tazminat isteyemezler. (...)” (AYİM 2.D, 13.07.1994, E. 1993/848, K. 1994/1449; AYİM 2.D, 03.12.2001, E. 2000/642, K. 2001/900, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) AYİM, üçüncü kişilerin uğramış olduğu yansıma manevi zararları tek bir halde kabul etmektedir. Yüksek Mahkeme bir kararında, idarenin fiili sonucunda kişinin erkeklik gücünü kaybetmesi ihtimalinde diğer eşin manevî tazminat isteyebileceğine karar vermiştir. (AYİM 2.D, 03.05.1989, E. 1987/46, K. 1989/13, aktaran Armağan, *age.*, s. 239.)

¹⁵⁸² “Bu özelliklerin başında manevi zararın önemli olması gerekir. Eli çizilen bir kimseye cismani zarara uğradı diye kural olarak manevi zarara hükmedilmesi icap etmez. Demek ki (...) önemli bir manevi zarar husule gelmeli, yani gerçekten manevi bir tatmin ihtiyacı doğmuş bulunmalıdır.” (Yar. İBGK, 22.06.1966, E. 1966/7, K. 1966/7, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Aynı yönde başka kararlar için bkz. Yar. HGK., 26.04.1995, E. 1995/11, K. 1995/430, aktaran Armağan, *age.*, s. 241; Yar.21.HD, 15.06.2000, E. 2000/4733, K. 2000/4833; Yar.4.HD, 11.12.2000, E. 2000/8317, K. 2000/11334, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁵⁸³ Oğuzman / Öz, *age.*, s. 285; Zarife Şenocak, “Ağır Bedensel Zarar ve Ölüm Halinde Yakınların Manevi Tazminat Talebi”, **Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini**, Türkiye Barolşar Birliği Yayınları, 2016, s. 603.

s. 603. Aynı yöndeki Fransız hukukunda kabul edilen görüş için bkz. Lambert - Faivre / Porchy – Simon, *age.*, s. 242.

durumunda zarar görenin kendisinin manevi tazminat talep etme hakkının devam ettiği gözetildiğinde, söz konusu ihtimalde idarenin ölçüsüz bir tazminat yükü altında bırakılmamak istendiğinin amaçlandığı söylenebilir. Zira, en basit cismani zararlarda dahi herhangi bir sınırlama getirilmeksizin zarar görenin yakınlık ilişkisinin olduğu tüm üçüncü kişilere manevi tazminat ödenmesinin kabulünün, idareyi çok ağır bir tazminat yükü altında bırakacağı kuşkusuzdur.

2. Zararın İdareye Atfedilebilir Olması

Sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan zarardan idarenin sorumlu tutulabilmesi için zararın varlığı yeterli olmamakta, idarenin fiili ile zarar arasında illiyet (*nedensellik*) bağının bulunması da gerekmektedir¹⁵⁸⁴. Bu şart gerçekleşmeksizin idarenin hukuka aykırı faaliyeti olsa bile bu faaliyet sorumluluğa yol açmayacaktır. En genel şekilde nedensellik bağı idarenin faaliyeti ile zarar arasındaki sebep - sonuç ilişkisi olarak tanımlanabilir¹⁵⁸⁵.

Esas olarak özel hukuk ilişkilerinden kaynaklanan sorumluluk hallerinde gündeme gelen illiyet bağı, idari sorumluluk hallerinde daha karmaşık bir nitelik taşımaktadır. Şöyle ki, sorumluluk alanının daha geniş yorumlandığı idare hukukunda, bazı hallerde zarar doğrudan idarenin faaliyetinden kaynaklanmasa dahi, idarenin faaliyetiyle ilişkilendirilebilmektedir. Bu hallerde zarar doğrudan kendi faaliyetinden kaynaklanmayan idarenin, illiyet bağının bulunmadığını ileri sürerek

¹⁵⁸⁴ Dan.10.D., 19.10.1999, E. 1997/3565, K. 1999/5224, aktaran Bayındır, **age.**, s. 563. Dan.15.D., 16.05.2010, E. 2013/4529, K. 2016/3553, aktaran Erdem, **age.**, s. 61; “davacı tarafından, (...) Hastanesi’nde kalp krizi sonucu vefat etmesine (...) isimli ilacın sebep olduğu, bu ilacın kullandırılmasına izin verilmesi sebebiyle ölüm olayının gerçekleştiği ve davalı idarenin hizmet kusuru bulunduğu ileri sürülerek manevi zararının tazmini istemiyle açılan dava sonucunda, (...) kişinin ölümünün myokard infarktüsü ve gelişen komplikasyonlardan kaynaklandığı, sildenafil etken maddesi ihtiva eden (...) marka ilacın kardiyovasküler morbidite ve mortaliteyi arttırdığı tıbben bilinmekle birlikte dosyada kişinin adı geçen ilacı en son ne zaman, ne miktarda aldığına dair tıbbi belge bulunmadığı, ayrıca zamanında otopsi yapılarak kişinin kanında ve organ parçalarında ilaç etken maddesi bulunup bulunmadığı araştırılmamış olduğundan, (...) marka ilacın kullanılması ile ölüm arasında illiyet bağı bulunup bulunmadığı hususunda mevcut verilerle kanaat bildirilemeyeceği (...) davacının annesinin ölümü ile (...) adlı ilacın kullanılması arasında illiyet bağının tartışmaya yer vermeyecek biçimde ortaya konulamadığı, bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetinden yararlanan konumunda olan davacının annesinin ölümü sebebiyle oluşan manevi zarar ile nedensellik bağı kurulabilen bir idari eylem ortaya konulamadığından (...) davacının uğradığını ileri sürdüğü zararının idare hukuku ilkeleri çerçevesinde idarece tazminine olanak bulunmadığı (...)” (Dan.15.D., 14.04.2016, E. 2014/2232, K 2016/2474, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

¹⁵⁸⁵ Eren, **age.**, s. 561.

sorumluluktan kurtulması mümkün olmamaktadır. Bu doğrultuda, idarenin idare hukuku anlamındaki sorumluluğunun tespitinde nedensellik ilişkisi değil; zararın bir şekilde idarenin faaliyetine atfedilebilir olup olmadığı dikkate alınarak değerlendirme yapılması gerekmektedir. Bu bakımdan, illiyet bağına ilişkin olarak yapacağımız açıklamalar, idare hukuku anlamındaki nedensellik, yani idareye atfedilebilirlik çerçevesinde anlaşılmalıdır.

Bu açıklamalar doğrultusunda hukuka aykırı faaliyeti nedeniyle idarenin sorumluluğunun gündeme gelebilmesi için öncelikli olarak zararın idarenin faaliyetinden kaynaklanması **(a)**, bunun yanında idarenin faaliyeti ile zarar arasındaki nedensellik ilişkisinin kopmamış olması **(b)** gerekmektedir.

a. İdarenin Faaliyeti ile Zarar Arasında İlliyet Bağının Bulunması

Tazmin borcunun meydana gelebilmesi için idarenin hukuka aykırı fiili ile zarar arasında illiyet bağının bulunması esastır. Başka bir deyişle, kişinin zararının idarenin yürüttüğü faaliyete atfedilebiliyor olması gerekmektedir. Ancak fiilin idareye atfedilebiliyor olması sorumluluğun şartlarından biri olup, sorumluluğun doğması için diğer şartların da gerçekleşmesi gerekmektedir.

Gerek hukukumuzda ve gerek Fransa uygulamasında zarara yol açan her türlü fiilin değil, ancak uygun illiyet kapsamında yer alan fiillerin tazminata yol açabileceği kabul edilmektedir¹⁵⁸⁶. Zarar ile fiil arasındaki basit bir nedensellik ilişkisi olarak açıklanabilecek şart teorisine göre, bir olayın var olma nedeni o olayı meydana getiren tüm sebeplerin gerçekleşmesi halinde mümkündür. Bu sebeplerden her biri, sonucun gerçekleşmesi bakımından şarttır. Dolayısıyla, sonucun meydana gelmesinde bu şartların tümü sorumluluk yaratmaktadır¹⁵⁸⁷. Şart teorisinin sorumluluk alanını neredeyse sınırsız ölçüde genişlettiği açıktır. Uygun illiyet bağı

¹⁵⁸⁶ Chapus, **age.**, s. 1245; Markus, **agm.**, s. 11; Candan, **age.**, s. 176; Çınar Can Evren, “İdarenin Sorumluluğunu Etkileyen Neden Olarak Mücbir Sebep”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIV, S. 1, Y. 2010, s. 265; Eren, **age.**, s. 566; Demir, **agm.**, s. 248. Bu yöndeki Danıştay kararları için bkz. Dan.8.D., 17.09.1990, E. 1989/353, K. 1990/909; Dan.10.D., 02.02.1995, E. 1994/4934, K. 1995/5487, , Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁵⁸⁷ Oğuzman / Öz, **age.**, s. 45; Eren, **age.**, s. 564.

teorisine göre ise, zararın meydana gelmesine katkıda bulunan tüm koşulların değil, sadece olayın normal akışına ve genel tecrübelerle göre söz konusu zararı meydana getirmeye elverişli olan sebeplerin zararlar nedensellik bağının bulunduğu kabul edilmektedir. Uygun illiyet bağı kavramı öğretide “*somut olayda gerçekleşecek türden bir sonucu, olayların normal akışına ve hayat tecrübelerine göre, niteliği ve ana temayülü itibarıyla meydana getirmeye genel olarak elverişli olan veya bu türden bir sonucun gerçekleşme ihtimalini objektif olarak artırmış bulunan zorunlu şart ile sonuç arasındaki bağ*” olarak tanımlanmıştır¹⁵⁸⁸.

Şart teorisinden farklı olarak uygun illiyet teorisine göre, tıbbi müdahale ile normal, beklenen, mantıklı bir ilişki içinde olan zararlardan idarenin sorumlu tutulabileceği kabul edilmekte olup, olağan dışı ve beklenmeyen zararlar tazminat kapsamı dışında tutulmaktadır¹⁵⁸⁹. Bu bakımdan uygun illiyet bağı şart ilişkisine nazaran daha dar bir sorumluluk alanı oluşturmaktadır. Şöyle ki, şart teorisine dayanan nedensellik ilişkisi zarara yol açan olay ya da olaylarla zararlı sonuç arasındaki bağı ifade eder. Uygun illiyet bağında ise zararın idareye yüklenebilirliği değerlendirme konusu yapılmaktadır. Zararlı sonuç ile bu sonucun ortaya çıkmasına sebep olan ilişki ya da kişiler değerlendirme konusu yapılmaktadır¹⁵⁹⁰. Bu bakımdan nedensellik ilişkisi yalnızca maddi olay ve olguların saptanmasından ibaret iken, uygun illiyet bağının tespitinde olguların saptanmasının yanında hukuki bir değerlendirme de yapılmaktadır. Dolayısıyla, meydana gelen bir zarardan idarenin sorumlu tutulabilmesi için zarar doğurucu davranışın idareye yüklenebilmesi, idare tarafından veya idare adına yapılmış olması gerekmektedir.

Bu bakımdan uygun illiyet teorisinin somut olaydaki uygulaması için öncelikle zararı meydana getiren sebeplerin tümünün tespit edilmesi gerekmekte olup, bu tespit yapıldıktan sonra söz konusu sebeplerin zararlı sonucun uygun sebebi olup olmadığı

¹⁵⁸⁸ Eren, **age.**, s. 565; Oğuzman / Öz, **age.**, s. 46.

¹⁵⁸⁹ Nitekim Fransız hukukunda da uygun illiyet teorisine göre sorumluluğun tespit edilmesi gerektiği kabul edilmektedir. (Morand – Deviller, **age.**, s. 741; Frier / Petit, **age.**, s. 584.) Marsilya İdari İstinaf Mahkemesi önüne gelen bir uyuşmazlıkta, zarar gören kişiye uygulanan tıbbi müdahale nedeniyle, eşinin depresyona girmesi ve psikolojik tedaviye başlaması ile idarenin faaliyeti arasında uygun illiyet bağının bulunmadığına karar vermiş ve başvuruyu reddetmiştir. (CAA Marseille, 12.06.2008, *CH Gap*, n° 07MA01877, Rec. Lebon, 2008, Dalloz.fr.)

¹⁵⁹⁰ Laude / Mathieu / Tabuteau, **age.**, s. 496; Duez, **age.**, s. 98; Esper / Sargos, **age.**, s. 335.

araştırılmaktadır. Bu değerlendirme yapılırken ise, hayatın normal akışına ve hayat tecrübelerine göre söz konusu sebebin, gerçekleşen türde bir zararı meydana getirmeye elverişli olup olmadığ, kolaylaştırıp kolaylaştırmadığ ya da artırıp artırmadığ araştırılmaktadır¹⁵⁹¹. Yapılan değerlendirme sonucunda ise yalnızca uygun görülen sebepler nedeniyle tazminata hükmedilmektedir.

Bazı kararlarında Fransız Danıştay fiil ile zarar arasında geçen sürenin, illiyet bağının tespiti bakımından önem taşıdığını kabul etmiş, bu sürenin uzun olması halinde illiyet bağının kopacağını ortaya koymuştur¹⁵⁹². Kanaatimizce tıbbi uygulama hatası sonucu kişilerin vücut bütünlüğünde meydana gelen zararların etkilerinin çok ileri tarihlerde ortaya çıkabildiğ sağlık hizmetleri bakımından söz konusu içtihadın kabulü mümkün gözükmemektedir¹⁵⁹³. Uygun illiyet teorisi kapsamında fiil ile zarar arasında geçen sürenin uzun olmasının bir önemi bulunmamakta olup, etkileri çok ileri tarihlerde ortaya çıkabilen AIDS ve hepatit C gibi hastalıklarda illiyet bağı varlığını sürdürmektedir. İdarenin fiili ile zarar arasında illiyet bağının bulunduğunu ispatlama yükümlülüğü kural olarak davacıya aittir¹⁵⁹⁴.

İdarenin faaliyeti ile zarar arasında illiyet bağının bulunmaması halinde tazminat sorumluluğu oluşmayacaktır¹⁵⁹⁵. Danıştay önüne gelen bir uyuşmazlıkta göz tansiyonu bulunan bir hastanın, kendisine yapılan enjeksiyon sonucunda gözünü kaybettiğ ileri sürülerek açılan tam yargı davasında, yanlış enjeksiyon yapılmış olsa dahi bunun göze hiçbir etkisinin bulunmayacağı, ayrıca göz tansiyonunun dünyada körlüğe sebep olan iç hastalıkların başında bulunduğ gerekçesiyle idarenin fiili ile zarar arasında illiyet bağı bulunmadığından davanın reddine karar verilmiştir¹⁵⁹⁶.

¹⁵⁹¹ Eren, **age.**, s 567.

¹⁵⁹² CE sect, 21.03.1969, *Montreer*, n° 66816, Rec. Lebon, 1969, Dalloz.fr.; CE, 10.03.1985, *Mme Ramade*, n° 48517, Rec. Lebon, 1985, Dalloz.fr.; CE, 27.03.1985, *Mme. Henry*, **RFDA** 1985, s. 575.

¹⁵⁹³ Öğretide *Evren* de, fiil ile zarar arasında geçen sürenin illiyet bağının tespiti bakımından önem taşımadığını vurgulamış, ister olayın hemen ardından isterse uzun bir zamandan sonra meydana gelsin, ortada bir zarar mevcutsa ve bu zarar idarenin davranışından meydana gelmişse bu zararın idarece tazmininin gerekeceğini savunmuştur. (Evren, **agm.**, s. 270.)

¹⁵⁹⁴ CE, 25.07.2007, *Mme. Marie Louise A*, n° 271247, Rec. Lebon, 2007, Dalloz.fr.; CE, 20.02.2008, *Mme Mylène B et M. Jean-Michel A*, n° 286505, Rec. Lebon, 2008, Dalloz.fr.; CE, 21.10.2009, *CPAM Seine Saint Denis*, n° 309022, Rec. Lebon, 2009, Dalloz.fr.

¹⁵⁹⁵ Dan. İDDGK, 24.02.2011, E. 2007/1884, K. 2011/88, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁵⁹⁶ Dan.12.D., 26.01.1967, E. 1965/3277, K. 1967/77, aktaran Atay, **age.**, s. 728. Aynı yönde Dan.10.D., 26.06.2012, E. 2008/625, K. 2012/3090, aktaran Gökcan, **age.**, s. 1427; Dan.10.D., 30.12.2011, E. 2008/950, K. 2011/169, aktaran Gökcan, **age.**, s. 1431; Dan.10.D., 20.10.1998,

Başka bir kararında ise Mahkeme, idarenin sevk sırasında ambulans tahsis etmemesi sebebiyle hasta yakınına ait şahsi araçla naklinin yapılması sırasında yaşanan trafik kazası sonucunda hayatını hastanın kaybettiği uyuşmazlık konusu olayda, illiyet bağına dar yorumlayarak idarenin sorumlu olmadığı yönünde hüküm kurmuştur¹⁵⁹⁷.

Danıştay, başka bir kararında ise yürütülen sağlık hizmetinin kusurlu olduğu gerekçesiyle sağlık personeline disiplin cezası verilen hallerde, sunulan sağlık hizmetinin kusurlu olduğunun idare tarafından kabul edildiğini vurgulayarak, ayrıca illiyet bağı yönünden değerlendirme yapılmasına gerek olmaksızın idarenin sorumlu tutulması gerektiğine karar vermiştir¹⁵⁹⁸.

Öte yandan pek çok Danıştay kararında, sağlık hizmetinin risk taşıyan bir faaliyet olduğu vurgulanarak, idarenin eyleminin kusurlu olmaması ihtimalinde dahi aynı zararın oluşacağı hallerde, kusurlu eylem ile zarar arasındaki illiyet bağının kopacağı kabul edilmekte ve bu hallerde idare aleyhine tazminata hükmedilmemektedir¹⁵⁹⁹. Kanaatimizce bu gerekçe illiyet bağı kavramının tanımıyla dahi bağdaşmamaktadır¹⁶⁰⁰. Şöyle ki, illiyet bağı fiil ile zarar arasındaki somut bir ilişkidir. Zararın fiilden kaynaklanması durumunda illiyet bağı da oluşmaktadır. Zararın, idarenin fiilinden kaynaklanmaması ya da idarenin faaliyeti ile başta ilişkili olmakla birlikte, başka fiil ve olayların araya girmesi sonucunda idarenin faaliyeti ile ilişkisinin kopması durumunda illiyet bağından bahsedilemeyecektir. Kararında Danıştay'ın, zararın idarenin kusurlu faaliyetinden kaynaklandığını, yani illiyet

E. 1997/3322, K. 1998/5088, aktaran Gökcan, **age.**, s. 1451. Aynı yöndeki Askeri Yüksek İdare Mahkemesi içtihadı için bkz. AYİM 2.D, 23.01.2002, E. 2001/226, K. 2002/102, **AYİMD**, S. 17, s. 1072.

¹⁵⁹⁷ Dan.10.D., 31.03.2009, 991/2519, aktaran Hakeri, **age.**, s. 915.

¹⁵⁹⁸ “(...) Adli Tıp Kurumuna yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucunda hazırlanan raporda, davacının sol bacak güçsüzlüğünün davacıya yapılan enjeksiyonun bir komplikasyonu olduğu ve davalı idareye atfı – kabil bir kusurun bulunmadığı belirtilmekte ise de olayla ilgili davalı idarece yapılan idari soruşturma nedeniyle düzenlenen (...) raporda sağlık hizmetinin kusurlu olduğu, davalı idarece kabul edilerek ilgili hakkında disiplin cezası verilmiş olduğundan, davalı idarenin olayla ilgili tazmin sorumluluğu bulunduğu görülmektedir.” (Dan.15.D., 24.12.2014, E. 2013/4440, K. 2014/10032.)

¹⁵⁹⁹ “(...) davacıların yakını Fatma'nın ölüm nedeni olan 'subaraknoidal beyin kanamasının' niteliği gereği ambulansın zamanında yerine gitmesi durumunda da sonucun değişmeyeceğine dair bilirkişi raporu da gözönünde bulundurulduğunda; Fatma'nın yaşadığı rahatsızlığın sonucu gerçekleşen ölüm ile davalı idarenin hizmet kusuru arasında 'nedenselliğin' ortadan kalktığı kabulüyle davanın maddi tazminat istemine dair kısmının reddi (...)” (Dan.15.D., 16.05.2016, E. 2013/4511, K. 2016/3548, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Aynı yöndeki başka bir karar için bkz. Dan.10.D., 26.12.2008, E. 2008/7081, K. 2008/9468, aktaran Gökcan, **age.**, s. 1483.

¹⁶⁰⁰ Aynı yönde görüş için bkz. Hakeri, **age.**, s. 914.

bağının varlığını, açıkça ortaya koyduktan sonra; söz konusu faaliyetin kusursuz olarak yürütülmesi ihtimalinde dahi zararın meydana gelebileceğinin ihtimal dahilinde olmasına vurgu yapılarak illiyet bağının olmadığına hükmetmesi kanaatimizce açıkça dayanaktan yoksundur.

Zarar ile tıbbi uygulama hatası arasında bulunması gereken uygun illiyet bağının tespiti bakımından Fransız Danıştay'ının 1992 tarihli *Quarez* kararının da incelenmesi yol gösterici olacaktır. Karara konu olayda, bir Devlet hastanesinde yapılan ultrason sırasında anne karnında bulunan bebeğin genetik bir anomali olan trizomik olduğu tespit edilemeyerek, anne ve baba uyarılmamıştır. Çocuğun genetik anomalili doğumu üzerine anne ve baba, durum hakkında kendilerini uyarmayan idarenin kusurlu olduğunu ileri sürerek hem kendileri hem de çocuk için maddi tazminat talebinde bulunmuştur. İdarenin yürüttüğü faaliyetin kusurlu olduğuna hükmeden Fransız Danıştay anne ve babanın uğradığı zarar için tazminat ödenmesine karar vermiş; buna karşılık çocuk için talep edilen tazminat bakımından zarar ile kusurlu fiil arasında illiyet bağının bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Kararın gerekçesinde Mahkeme, çocuğun anomalisinin idarenin fiilinden kaynaklanmadığını, kendi genetik yapısından kaynaklandığını ortaya koymuş, idarenin fiili nedeniyle çocuk üzerinde herhangi bir zarar doğmadığına hükmetmiştir¹⁶⁰¹. Aynı hukuki soruna ilişkin olarak Fransız Yargıtayı 17.06.2000 tarihli *Perruche* kararında, kürtaj yapma hakkı elinden alınmış olan anne babaya tazminat ödenmesi gerektiğinin yanında, anomalili doğan çocuğun da tazminat hakkına sahip olduğuna karar vermiştir¹⁶⁰².

Fransız Yargıtayı ve Danıştay'ının anılan içtihadı nedeniyle doğum öncesi tetkiklerin eksik yapılması veya hiç yapılmaması sonucu oluşan zararlar sebebiyle

¹⁶⁰¹ CE, 14.02.1992, *CHR Nice c/ Quarez*, n° 133238, Rec. Lebon, 1997, Dalloz.fr.

¹⁶⁰² Morand – Deviller, **age.**, s. 741; Rivero / Waline, **age.**, s. 272; Lambert - Faivre / Porchy – Simon, **age.**, s. 749; Taillandier, **agm.**; Esper / Dupont, **age.**, s. 901; Markus, **agm.**, s. 7; Esper / Sargos, **age.**, s. 140. Cass ass plénière, 17.11.2000, 99-13.701, Dalloz, 2000, I.R. s. 295 (*Perruche*); www.courdecassation.fr. Aynı yönde başka bir Fransız Yargıtayı kararı için Bkz Cass 1ère civ, 26.03.1996, www.courdecassation.fr (Erişim Tarihi: 05.12.2018.) Aynı yönde Cass 1ère civ, 25.06.1991, Dame X., Rec. Dalloz, 1991; CE, 27.09.1989, *Mme. X*, Rec. Dalloz, 1990, Dalloz.fr. Fransız Yargıtayı, ultrason yönteminin eksik ya da hatalı uygulanması sonucunda anomalili çocuğun dünyaya gelmesi ihtimalinde, çocuğun engelli olması nedeniyle ailenin fazladan yaptığı masrafların tazminat kapsamında olduğuna ilişkin hüküm kurmaktadır. (Cass 1ère civ, 26.03.1996, D. 1997, aktaran Chapus, **age.**, s. 1247.)

idarenin ağır bir tazminat yükü altında kalması üzerine, 4 Mart 2002 tarihli ve 2002 – 303 sayılı Kanun’la söz konusu ihtimale ilişkin düzenleme yapılarak bir yandan içtihatla getirilen düzenlemeye kanuni dayanak kazandırılmış; diğer yandan idare üzerindeki sorumluluk sınırlandırılmıştır. Bu düzenleme, illiyet bağının ve bu bağın kesildiği hallerin, açıkça kanunla öngörülmüş olması nedeniyle, ayrıca özellik arz etmektedir.

Kanuni düzenlemeye göre ilk olarak, bir kimsenin salt doğumundan kaynaklanan zararı talep etme hakkının bulunmadığı öngörülmüştür. Böylece, doğum öncesi dönemde yapılan tetkik hatası nedeniyle engelli olarak dünyaya gelen bir kişinin, engellilik halinin idarenin faaliyetinden kaynaklanmaması ihtimalinde, salt engelli olmasına rağmen dünyaya gelmesine yol açıldığı gerekçesiyle dava açma hakkının bulunmadığı kabul edilmiştir¹⁶⁰³. Başka bir deyişle, anomalili doğan çocuğun, bu şekilde doğması nedeniyle idareden tazminat talep etme hakkı bulunmamaktadır¹⁶⁰⁴. Anılan kurala aynı maddenin ikinci fıkrasında yer alan düzenleme ile istisna getirilmiş, kişinin engellilik halinin doğrudan doğum öncesi yapılan tetkiklerden kaynaklanmış olması durumunda idarenin tazminat sorumluluğunun devam edeceği öngörülmüştür¹⁶⁰⁵. Başka bir deyişle, sağlıklı olarak anne karnında bulunan bebeğin doğum öncesi tetkikler nedeniyle engelli olarak dünyaya gelmesi halinde oluşan zarardan idare sorumlu olacaktır¹⁶⁰⁶. Dolayısıyla, kanuni düzenlemenin, içtihat yoluyla kabul edilen kuralı istisnalar öngörerek kabul ettiği söylenebilecektir. Öte yandan, anne baba dışında kalan yakınların, bebeğin engelli olarak doğması ihtimalinde manevi tazminat talep etme hakkının bulunup bulunmadığı hususunda içtihat birliği bulunmamaktadır¹⁶⁰⁷.

¹⁶⁰³ Taillandier, **agm.** Nitekim, Fransız Yargıtayı’nın yukarıda anılan içtihadı özellikle radikal dinci gruplar tarafından yoğun şekilde eleştirilmiş olup, bazı hayatların yaşanmaya değer olup olmadığının sorgulanmasına yol açtığı ileri sürülmüştür.

¹⁶⁰⁴ Rivero / Waline, **age.**, s. 271; Esper / Sargos, **age.**, s. 141. Bu yöndeki Fransız Danıştay kararı için bkz. CE, 14.02.1997, *C.H.R. de Nice*, **RDP**, 1997, s. 1147.

¹⁶⁰⁵ CE, 27.09.1989, *Mme Karl*, Rec. Lebon, 1989, Dalloz.fr.

¹⁶⁰⁶ Truchet, **age.**, s. 292; Taillandier, **agm.**; Laude / Mathieu / Tabuteau, **age.**, s. 491; Lambert - Faivre / Porchy – Simon, **age.**, s. 712.

¹⁶⁰⁷ Bordeaux İdari İstinaf Mahkemesi önüne gelen uyuşmazlığa konu olayda ise, doğum öncesi tetkiklerin eksik yapılması nedeniyle üçüz bebeklerden iki tanesinin genetik hastalık taşıdığı anlaşılamaması üzerine bebekler engelli olarak dünyaya gelmiştir. Somut olayda Mahkeme, söz konusu ihtimalde yalnızca anne ve babanın tazminat talep etme hakkının bulunduğu, buna karşılık sağlıklı olarak dünyaya gelen kardeşin tazminat talep edemeyeceğine hükmetmiştir. (CAA Bordeaux, 04.12.2018, n° 16BX02831, **AJDA**, 2018, s. 242, Dalloz.fr.) Nantes İdari İstinaf Mahkemesi ise, doğum öncesi tetkiklerin eksik yapılması nedeniyle bebeğin engelli olarak dünyaya gelmesi

Ailenin tazminat isteme hakkı bakımından ise kanunda içtihadı nazaran daha fazla sınırlama öngörülmüştür. Şöyle ki, yukarıda anılan içtihat uyarınca her türlü tetkik ya da tanı hatası nedeniyle engelli bebeğin dünyaya gelmesi durumunda oluşan zararlardan idare sorumlu olacak ve ailenin tüm zararları bu sorumluluğun kapsamı içinde kalacaktır. Kanunda yer alan düzenlemenin üçüncü fıkrasında ilk olarak, ancak söz konusu tetkik hataları bakımından hekimin ağır ihmalinin bulunması durumunda sorumluluğun oluşacağı kabul edilmiş; ikinci olarak yalnızca genel zararlar tazminat kapsamında tutularak, engellilikten kaynaklanan olağan dışı ve özel zararların tazmin edilemeyeceği öngörülmüştür. Bu doğrultuda, gerek ailenin tazminat isteyebileceği hallerin ve gerek tazminat tutarının içtihadta öngörülen düzenlemeye nazaran kısıtlandığı söylenebilecektir. Ayrıca kanun koyucu bu düzenlemenin devam etmekte olan yargılamalara da uygulanacağını öngörerek, dava açmış olan ailelerin dahi tazminat hakkını kısıtlamıştır. Bu düzenleme sonucu oluşan durumun AİHM önüne getirilmesi üzerine mahkeme, söz konusu ihtimalde ailelerin mülkiyet hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle, Sözleşme'ye aykırılık bulunduğu karar vermiştir¹⁶⁰⁸. Dolayısıyla sorumluluğun tespiti ve tazminatın miktarının belirlenmesinde içtihadta kabul edilen ölçütlere geri dönülmesi kaçınılmazdır¹⁶⁰⁹.

Bunun yanında, güncel tıbbi standartlar uyarınca tedavisi bulunmayan birtakım hastalıklar nedeniyle sağlık kuruluşuna başvuran kişilere uygulanan teşhis amaçlı tetkiklerin geç ya da eksik uygulaması ihtimalinde, bu faaliyetlerin zamanında yapılmış olması durumunda dahi aynı zararın meydana geleceğinden bahisle, zararlar idarenin hukuka aykırı fiili arasında illiyet bağı bulunmadığı kabul edilmektedir¹⁶¹⁰. Zira bu ihtimalde idarenin faaliyetinin hukuka uygun olup olmaması uygulamada bir sonuç yaratmamaktadır. Keza, hekim tarafından hukuka uygun şekilde yapılan aydınlatmaya karşın hastanın tedaviyi reddetmesi ve bunun sonucunda zararın

durumunda anne baba dışında kalan yakınlarının da manevi tazminat isteme hakkı bulunduğunu kabul ederek, bebeğin üç yaşındaki ablasına da yaşadığı acı ve üzüntü nedeniyle tazminat ödenmesi gerektiğine karar vermiştir. (CAA Nantes, 05.10.2018, n° 16NT03990, **AJDA**, 2018, Dalloz.fr.)

¹⁶⁰⁸ AİHM, *Draon / Fransa*, BN. 1513/03, T. 06.10.2005, Hudoc.echr.coe.int.

¹⁶⁰⁹ Laude / Mathieu / Tabuteau, **age.**, s. 493; Esper / Sargos, **age.**, s. 151.

¹⁶¹⁰ CAA Paris, 06.09.2006, *CH Creteil*, n° 04PA00427, Rec. Lebon, Dalloz.fr.

meydana gelmesi ihtimalinde, esasında hukuka aykırı olan tedavinin yapılmaması faaliyeti ile zarar arasında illiyet bağının kesildiği kabul edilmektedir¹⁶¹¹.

Benzer şekilde Paris İstinaf Mahkemesi önüne gelen uyuşmazlıkta, hastaya daha önceden uygulanmış olan bir tedavi yöntemine bağlı olarak gelişen komplikasyonlar sonucu oluşan zarar ile mevcut olarak sunulan sağlık hizmeti arasında illiyet bağı bulunmadığından sorumluluğun oluşmayacağına karar verilmiştir¹⁶¹². Yine Paris İstinaf Mahkemesi başka bir kararında, hastanın tedavisine başlanmadan önceki süreçte hastalığı sebebiyle vücut bütünlüğü üzerinde oluşan zarar ile sağlık hizmeti arasında illiyet bağının bulunmadığına karar vermiştir¹⁶¹³. Nitekim bu ihtimalde zarar, sağlık hizmetinin kötü işlemesinden değil, zarara uğrayanın kendi biyolojik yapısından kaynaklanmaktadır.

Sağlık hizmetinin hukuka aykırı şekilde yürütülmesiyle zarar arasındaki illiyet bağının tespiti bakımından özellik taşıyan bir diğer ihtimal de farazi illiyet ilişkisidir. Gerçekleşen zararı meydana getirmeye elverişli birden çok sebebin somut olayda bulunması, ancak bu sebeplerden yalnızca birinin zarara yol açması sonucunda diğer sebeplerle zarar arasında oluşan ilişki öğretide farazi illiyet olarak tanımlanmıştır¹⁶¹⁴. Bu ihtimalde zarara yol açabilecek birden fazla sebep somut olayda bulunmakta, ancak sebeplerden biri diğerlerinden önce gerçekleşmektedir. Bununla birlikte, söz konusu sebep gerçekleşmemiş olsaydı, diğer sebepler de aynı zararı kesin olarak meydana getirebilecek niteliktedir¹⁶¹⁵. Bu durumda yalnızca zararın gerçekleşmesine neden olan sebep gerçek sebep niteliğinde olacak, zarar zaten gerçekleşmiş olduğundan diğer sebepler farazi sebep olarak kabul edilecektir. Bu ihtimalde gerçek sebep farazi sebepten önce zarara yol açtığından, aslında farazi sebebin gerçekleşmesine engel olmaktadır. Bu durumda farazi sebeple zarar arasındaki illiyet bağı kopacağından, sorumluluk söz konusu olmayacaktır¹⁶¹⁶. Söz gelimi, karın bölgesinde ağır yaralanma nedeniyle sağlık kuruluşuna başvuran hastanın geri

¹⁶¹¹ CAA Paris, 06.10.2008, *M. Et Mme. X*, n° 07PA03630, Rec. Lebon, 2008, Dalloz.fr.; TA Rennes, 08.02.2007, n° 031472, Dalloz.fr.

¹⁶¹² CAA Paris, 22.11.1998, *Lombard*, n° 046349, Rec. Lebon, 1998, Dalloz.fr.

¹⁶¹³ CAA Paris, 20.08.1998, *Valibouse*, n° 047718, Rec. Lebon, 1998, Dalloz.fr.

¹⁶¹⁴ Oğuzman / Öz, *age.*, s. 48.

¹⁶¹⁵ Eren, *age.*, s. 575.

¹⁶¹⁶ Oğuzman / Öz, *age.*, s. 48.

döndürülemez bir şekilde hayatını kaybetmiş olduğunun fark edilmeyerek hekim tarafından tıbbi müdahale uygulanması ve söz konusu müdahalenin kusurlu şekilde gerçekleştirilmesi durumunda, hatalı tıbbi uygulama ile zarar arasında farazi illiyet ilişkisi kurulabilecekse de bu ihtimalde idarenin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Zira müdahalenin yapılmaya başladığı anda kişinin zaten geri döndürülemez şekilde ölümü gerçekleşmiştir. Bu durumda kişi zaten ölmüş olduğundan, her ne kadar tıbbi müdahale hukuka aykırı ve zarar doğurmaya elverişli olsa da idare sorumlu olmayacaktır.

Sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan zararlar nedeniyle idarenin sorumlu tutulabilmesi için zararlar idari faaliyet arasında nedensellik ilişkisinin bulunması yeterli olmamakta, bu ilişkinin kopmamış da olması gerekmektedir.

b. İdarenin Faaliyeti ile Zarar Arasındaki İlliyet Bağını Kopartan Hallerden Birinin Bulunmaması

İdarenin sağlık hizmetlerini yürütmesi sırasında ortaya çıkan zarar bazı hallerde idare tarafından yürütülen faaliyetin dışında kalan bir olay veya fiilden kaynaklanabileceği gibi; bazı hallerde ise idarenin faaliyeti ile ilgisi olmakla birlikte araya giren bir unsur bu faaliyet ile zarar arasındaki nedensellik bağını zayıflatabilmekte, koparabilmekte ve hatta yeni bir nedensellik ilişkisine yol açabilmektedir.

İdarenin fiili ile zarar arasındaki illiyet bağının zayıfladığı ya da tamamen koptuğu hallerde, idarenin sorumluluğu da azalmakta ya da tamamen ortadan kalkmaktadır. İdarenin sorumluluğunu azaltan ve kaldıran haller olarak da isimlendirilen bu haller kendi içinde dörde ayrılmakta olup; bunlar mücbir sebep **(i)**, beklenmeyen hal **(ii)**, zarar görenin kusuru **(iii)** ve üçüncü kişinin kusurudur **(iv)**.

i. Mücbir Sebep

İdarenin iradesi dışında meydana gelen, önceden öngörülmesi mümkün olmayan, öngörülse dahi önlenemeyecek, karşı konulmaz ağırlıktaki olaylar mücbir sebep olarak adlandırılmaktadır. Bu tanımdan yola çıkıldığında, mücbir sebebin varlığından söz edebilmek için, dışsallık (idareye atfı kabil olmama ya da idarenin faaliyeti dışında cereyan etme), öngörülemezlik ve karşı konulamazlık koşullarının somut olayda birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir¹⁶¹⁷. Buna karşılık *Armağan*, tamamen öngörülemez olan, benzerleri yaşanmamış, tamamen rastlantısal hallerin gerçekte neredeyse imkansız olduğunu vurgulamış, mücbir sebep hallerinin kökeninin esas olarak doğa olayları ile açıklanması gerektiğini savunmuştur¹⁶¹⁸.

Fransız Danıştayı ise bunların yanına, bu koşulları da kapsar nitelikte olan, benzer olayın daha önceden aynı koşullarda gerçekleşmemiş olması şartını da eklemiştir¹⁶¹⁹. Başka bir ifadeyle, daha önceden aynı koşullarda meydana gelen istenmedik sonuçlar nedeniyle zararın oluşumu mücbir sebep olarak nitelendirilemeyecektir¹⁶²⁰. Hatta Fransız Danıştayı bir adım daha ileri giderek, daha önceden bir kere bile gerçekleşmiş bir olayın mücbir sebep olarak nitelendirilemeyeceğine karar vermiştir¹⁶²¹.

Öngörülmeyizlik, mücbir sebep niteliği tartışılan olayın meydana geleceğinin önceden tahmin edilebilir olmamasıdır¹⁶²². Başka bir deyişle, meydana gelebileceği bilinen ya da tahmin edilebilir olan olaylar mücbir sebep niteliği taşımayacaktır¹⁶²³. Zararı doğuran olayın karşı konulamaz olarak nitelendirilebilmesi için, idarenin

¹⁶¹⁷ Rivero / Waline, *age.*, s. 276; Frier / Petit, *age.*, s. 586; Chapus, *age.*, s. 1248; Yıldızhan Yayla, “İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1980, s. 50; Atay, *age.*, s. 778.

¹⁶¹⁸ Armağan, *age.*, s. 249.

¹⁶¹⁹ CE, 22.02.1967, *Ville de Royan*, n° 64329, RDCE 1967, Dalloz.fr.

¹⁶²⁰ CE, Sect., 29.07.1953, *Epoux Glasner*, Dalloz.fr.; CE, 22.02.1967, *Ville de Royan*, n° 64329, Rec. Lebon, 1967, Dalloz.fr.; CE, 14.03.1986, *Commune de Val d’Isere*, n° 96272 99725, Rec. Lebon, 1986, Dalloz.fr.; CE, 25.03.1988, *Territoire de la Nouvelle Calédonie*, n° 73479, Rec. Lebon, RDP 1989, Dalloz.fr.; CE, 14.02.1986, *Syndicat interdépartemental d’assainissement de l’agglomération parisienne*, DA, 1986, aktaran Chapus, *age.*, s. 1249.

¹⁶²¹ CE, 09.04.1962, *Dame Bosvy*, aktaran Armağan, *age.*, s. 250, dn. 286; aynı yönde CE, 14.03.1986 *Commune de Val d’Isere*, n° 96272, 99725, **RDCE**, 1986, Dalloz.fr.

¹⁶²² Dan.10.D., 18.11.1999, E. 1999/1138, K. 1999/6177, aktaran Bal / Şahin / Karabulut, *age.*, s. 809.

¹⁶²³ Armağan, *age.*, s. 253.

ortaya çıkan zararı önlemek için, her türlü tedbiri almasına karşın söz konusu zararın meydana gelecek olması gerekmektedir¹⁶²⁴. Yani, idare tarafından öngörülse dahi önlenemeyecek olması gerekmektedir. Bunun için de, mücbir sebep oluşturan durumun olağanüstü ağırlıkta olması gerekmektedir. Olağanüstü ağırlıkta olmayan ve idare tarafından alınacak tedbirlerle önlenabilir olan dışsal etkenler önlenemezlik ve karşı konulmazlık şartını sağlayamayacağından, bu hallerde mücbir sebebin varlığından söz edilemez¹⁶²⁵. Örneğin öngörülmez bir sel olayı yaşanmasına karşın, büyüklüğü itibariyle sağlık kuruluşunun girişlerine kum torbası veya barikat konulması gibi basit önlemlerle zarar vermesi engellenebilecek olan doğa olayı mücbir sebep olarak nitelendirilmeyecektir. Bu ihtimalde söz konusu önlemleri almayarak hizmetin aksamasına yol açan idare sorumlu olacaktır.

Söz gelimi, deprem olaylarının sıklıkla meydana geldiği bir alana idare tarafından kamu hizmeti yürütmek amacıyla bina ve yapıların yapılması ve gerçekleşen deprem nedeniyle kamu hizmetinin devam edemez hale gelmesi ya da binaların yıkılması sonucunda, bu binalarda bulunan kişilerin ölümü halinde öngörülemez ve karşı konulamaz bir dışsal etkenden bahsedilemeyeceğinden, bu hallerde idarenin sorumluluğu devam edecektir¹⁶²⁶. Bu durumda, depremlerin sıklıkla meydana geldiği ya da aşırı yağış nedeniyle sel yaşanan bir alana kurulmuş olan devlet hastanesinin, yaşanan deprem veya aşırı yağış nedeniyle kullanılamaz hale gelmesi ve bunun sonucunda hizmetten yararlananların zarar görmesi veya hizmetin devam edemez hale gelmesi nedeniyle oluşan zarardan idare sorumlu olacaktır¹⁶²⁷. Buna karşılık, her türlü tedbirin alınmış ve binanın mücbir sebep teşkil

¹⁶²⁴ Chapus, *age.*, s. 1248; Yayla, *agm.*, s. 55; Gözler, *age.*, s. 1331.

¹⁶²⁵ CE, 23.01.1981, *Ville de Royan*, n° 64329, Rec. Lebon, 1981; CE, 14.03.1986, *Comm. De Val Isere*, n° 96272 99725, Rec. Lebon, 1986; CE, 25.05.1990, *Abadie*, n° 39460, **RDCE**, 1986, Dalloz.fr.

¹⁶²⁶ Yayla, *age.*, s. 371; Gözler, *age.*, s. 1333; Çelik, *age.*, s. 188. Aynı yöndeki Danıştay içtihadı için bkz. “(...) 1.derecede deprem bölgesi için gerek kolon kesiklerinin gerekse donatıların beton kalitesi ile birlikte yetersiz olduğu sonucuna ulaşıldığı, idare tarafından gönderilen işlem dosyasında ise lojmanın (...) özel bir şahıstan hiç bir teknik inceleme yapılmadan satın alındığının anlaşılması karşısında, birinci derecede deprem bölgesi olan ... İlinde gerekli inceleme ve araştırma yapılmadan söz konusu binanın satın alınmasında davalı idarenin hizmet kusurunun bulunduğu (...)” (Dan. İDDGK, 17.01.1997, E. 1995/752, K. 1997/57, **DD**, S. 93, s. 99.) Benzer bir gerekçenin yer aldığı AYİM kararı için bkz. AYİM 2.D, 14.04.1993, E. 1993/6, K. 1993/147, **AYİMD**, S. 8, s. 675.

¹⁶²⁷ CE, 23.01.1981, *Ville de Vierzön*, n° 13130, **RDCE**, 1981, Dalloz.fr.

eden doğa olayına karşı dayanıklı şekilde yapılmış olmasına karşılık zararın oluşması ihtimalinde mücbir sebep nedeniyle idarenin sorumluluğu ortadan kalkacaktır¹⁶²⁸.

İdarenin alacağı her türlü önleme rağmen önlenemeyecek olma ölçütü incelenirken, idarenin sahip olduğu mali ve teknik imkanların da dikkate alınması gerekmektedir¹⁶²⁹. Söz gelimi üç hekimin faaliyet yürüttüğü bir aile sağlık merkezinin girişinin yoğun kar yağışı nedeniyle kapanması ve kuruluşun hizmet veremez hale gelmesi nedeniyle oluşan zararda, eldeki imkanlar doğrultusunda aile sağlık merkezinin kapısının önündeki karların temizlenmesi mümkün olmakla birlikte, kapanan yolların kuruluşta çalışan kişilerce açılması suretiyle faaliyetin sürdürülmesi mümkün gözükmemektedir. Buna karşılık, döviz kurunda meydana gelen değişimler ile olağan düzeydeki ekonomik olaylar Danıştay tarafından mücbir sebep olarak nitelendirilmemektedir¹⁶³⁰. Dolayısıyla, söz konusu ekonomik gerekçeler ileri sürülerek idarenin hizmetin aksaması nedeniyle oluşan sorumluluktan kurtulması mümkün değildir.

Mücbir sebebin sel, fırtına, yoğun yağış gibi doğa olaylarından kaynaklanması mümkün olduğu gibi, ihtilal, ağır ekonomik kriz, grev gibi insana bağlı olarak da ortaya çıkması mümkündür¹⁶³¹. Söz gelimi, sağlık kamu personeli tarafından yapılan grev nedeniyle sağlık hizmetlerinin yavaş işlemesi idare bakımından mücbir sebep oluşturabilecektir. Buna karşılık, kesintisiz olarak devam etmesi gereken acil sağlık hizmetlerinin insani faktörler nedeniyle işlememesi ya da kötü işlemesi halinde gerekli tedbirleri almayan idarenin sorumluluğunun devam etmesi gerekmektedir.

Mücbir sebep olarak nitelendirilen hallerde idarenin fiili ile zararın arasına dışsal kaynaklı, yabancı nitelikli bir olay gireceğinden ve zarar doğrudan bu olaydan kaynaklanacağından, zarar ile idarenin faaliyeti arasındaki illiyet bağı kopacaktır. Ortada idarenin faaliyetine yabancı bir unsurdan kaynaklanan zarar olacağından, esas

¹⁶²⁸ Dan.10.D., 31.10.1984, E. 1982/4517, K. 1984/1780; Dan.10.D., 24.05.1982, E. 1982/1687, K. 1982/1388; Dan.10.D., 25.02.2003, E. 2001/257, K. 2003/702, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁶²⁹ Yayla, **age.**, s. 156.

¹⁶³⁰ Dan.İDDK, 10.04.1970, E. 1966/174, K. 1970/283, aktaran Esin, **age.**, s. 501.

¹⁶³¹ Atay, **age.**, s. 779; Esin, **age.**, s. 238; Candan, **age.**, s. 199; Karadibak / Çınarlı, **agm.**, s. 96.

olarak, idarenin hizmet kusuru ve kusursuz sorumluluğu ortadan kalkacaktır¹⁶³². Yine, bu ihtimalde kusur karinesinin de uygulanamayacağı kabul edilmektedir¹⁶³³. *Gözler* ise, bazı hallerde mücbir sebebin idarenin sorumluluğunu kaldırmamakla birlikte azaltılabileceğini savunmaktadır¹⁶³⁴. Şöyle ki, zararın meydana gelmesinde ya da artmasında mücbir sebep halinin yanında idarenin bir kusurunun da katkıda bulunması durumunda idarenin sorumluluğu kalkmamakla birlikte azalacaktır¹⁶³⁵.

Mücbir sebebin idarenin yol açtığı zararı ağırlaştırması ihtimalinde, idarenin her iki tür sorumluluğu da ortadan kalkmayacak, ancak mücbir sebebin ağırlığı ölçüsünde azalacaktır. Söz gelimi, kamu hastanesinde yürütülen hizmet sırasında hatalı tıbbi uygulama yapılması ve bu müdahalenin zararlı sonuçlarının giderilmesine yönelik tedavi uygulanması sırasında, mücbir sebep niteliğinde bir olayın meydana gelmesi nedeniyle etkin tedavinin uygulanamaması durumunda, mücbir sebep niteliğindeki olay idarenin kusuru sonucunda meydana gelen zararın ağırlaşmasına sebep olacağından, idarenin sorumluluğu devam edecektir. Ancak bu halde mücbir sebebin oluşan zarara etkisi ölçüsünde idarenin sorumluluğu azalacaktır.

İdarenin sorumluluğunu ortadan kaldıran hal olarak mücbir sebep tespiti ve sonuçları bakımından diğer hallere nazaran daha belirgindir. Buna karşılık, bazı hallerde öngörülmeleyen olay idarenin faaliyetinin bizzat kendisinden kaynaklanabilir.

ii. Beklenmeyen Hal

İdarenin faaliyeti içinde olup, önceden öngörülmesi mümkün olmayan ve bu nedenle önlenemeyen olaylar beklenmeyen hal olarak nitelendirilmektedir¹⁶³⁶.

¹⁶³² Yayla, **age.**, s.155; Günday, **age.**, s. 385; Candan, **age.**, s. 178; Armağan, **age.**, s.255. Buna karşılık, AYİM bir kararında somut olaydaki mücbir sebebi tespit etmiş olmakla birlikte idarenin kusursuz sorumluluk ilkesi çerçevesinde sorumlu tutulması gerektiğine karar vermiştir. (AYİM 2.D, 14.04.1993, E. 1993/6, K. 1993/147, **AYİMD**, S. 8, s. 656.) Mücbir sebep hali zararlı idari faaliyet arasındaki illiyet bağı ortadan kaldırmaktadır. Bu bakımdan karardaki olayda idarenin faaliyeti ile ilişkilendirilemeyen zarar nedeniyle idarenin kusursuz olarak sorumlu tutulması isabetli olmamıştır.

¹⁶³³ Atay, **age.**, s. 780.

¹⁶³⁴ Gözler, **age.**, s. 1334; aynı yönde Chapus, **age.**, s. 1251.

¹⁶³⁵ CE, 12.12.1956, *Commune de Villeneuve - Loubet*, **RDCE**, 1956, aktaran Chapus, **age.**, s. 1334.

¹⁶³⁶ Tan, **age.**, s. 502; Armağan, **age.**, s. 263.

İdarenin faaliyeti kapsamında meydana gelen ve beklenmedik hal olarak nitelendirilen durumun oluşabilmesi için içsellik (idarenin yürüttüğü faaliyet alanı içinde cereyan etme), öngörülmezlik ve önlenemezlik koşullarının somut olayda birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir¹⁶³⁷. Bir zararın idarenin faaliyeti içinde olmakla beraber öngörülebilir nitelikte olması durumunda ise beklenmeyen halin varlığından söz edilemeyecektir. Ayrıca gerekli tedbirlerin alınması halinde zararın gerçekleşmesinin önüne geçilebileceği durumlarda idarenin kusur sorumluluğu söz konusu olacağından bu haller beklenmedik hal olarak addedilemeyecektir¹⁶³⁸. Beklenmeyen hal ile yukarıda açıklanan mücbir sebep arasındaki en temel fark, beklenmeyen halin idare tarafından yürütülen faaliyetin içinde ve idarenin eylemi sonucunda ortaya çıkmasıdır¹⁶³⁹.

İdare hukukunda beklenmeyen haller idarenin kusur sorumluluğunu ortadan kaldırmakla birlikte¹⁶⁴⁰ bu hallerde kusursuz sorumluluk prensibi uygulanmaya devam edecektir¹⁶⁴¹. Örneğin, her türlü bakımı tıbbi standartlara uygun şekilde yapılmış olan radyoloji cihazının bilinmeyen sebeple yaydığı radyasyon sonucunda hastanın zarara uğraması durumunda, idarenin faaliyeti içinde meydana gelen bir teknik arızadan kaynaklanan zarar söz konusu olacağından, beklenmedik hal ilkesi çerçevesinde idarenin kusur sorumluluğu uygulanamayacak olmakla birlikte, risk ilkesi çerçevesinde kusursuz sorumluluğu gündeme gelebilecektir. Benzer şekilde, hastanın sevki sırasında ambulansın lastiğinin patlaması nedeniyle sağlık hizmetinin gecikmeli olarak işlemesi ihtimalinde, beklenmedik hal nedeniyle kusuru bulunmayan idarenin oluşan zarardan kusursuz sorumluluğu ortaya çıkabilecektir.

Sağlık hizmetlerinin yürütülmesinde kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanabileceğini savunduğumuz bölümde açıkladığımız bir ihtimalde de beklenmeyen hal durumunun söz konusu olduğu kanaatindeyiz. Yapılan teşhis ve uygulanacak tedavi hakkında yapılan aydınlatmada, söz konusu hastalık veya rahatsızlığın tedavisi sırasında meydana gelebileceği öngörülen ve bilinen riskler

¹⁶³⁷ Chapus, **age.**, s. 1250.

¹⁶³⁸ Yayla, **age.**, s.370.

¹⁶³⁹ Armağan, **age.**, s.263; Tan, **age.**, s. 502; Gözler, **age.**, s. 1337.

¹⁶⁴⁰ CE, 28.11.1986, *Communauté urbaine de Lille*, n° 57715, Rec. Dalloz, 1986, Dalloz.fr.

¹⁶⁴¹ Aynı yöndeki görüş için bkz. Chapus, **age.**, s. 1250; Çelik, **age.**, s. 122; Armağan, **age.**, s. 263.

hastaya açıklanmaktadır. Buna karşılık, daha önceden bilinmeyen ve bu nedenle de öngörülebilir olmayan diğer riskler hakkında bilgilendirme yapılmamaktadır. Bu risklerin gerçekleşebileceği öngörülebilir olmadığından, komplikasyon olarak nitelendirilmeleri de mümkün değildir. Komplikasyon olarak nitelendirilemeyen bu durumlarda ise idarenin sorumluluğu ortaya çıkacaktır. Ancak söz konusu hallerin öngörülemez niteliği, bunların beklenmeyen hal olarak nitelendirilmesine sebep olacağından idarenin kusur sorumluluğu ortadan kalkmaktadır.

Tıbbi müdahale kapsamında yer alan komplikasyonların beklenmeyen hal olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği ise kanaatimizce ayrıca incelenmesi gereken bir husustur. Komplikasyonların gerçekleşme ihtimalinin olduğu tedaviden önce öngörülebilme olmasına rağmen hekim ve hastanın onayı doğrultusunda söz konusu tedavi gerçekleştirilmektedir. Tedavinin sağlık hizmeti kapsamında bir faaliyet olduğu dikkate alındığında, idarenin faaliyet alanı içinde cereyan eden komplikasyonların öngörülebilir nitelikte oluşu, bu hallerin beklenmedik hal kapsamında değerlendirilmesinin önüne geçmektedir. Dolayısıyla, komplikasyon hallerinin idare bakımından sorumluluk yaratmaması, beklenmedik hal kapsamında yer almalarından kaynaklanmamakta, hastanın rızası nedeniyle hukuka uygun olarak nitelendirilmektedir¹⁶⁴².

Buna karşılık yargı mercileri, tıbbi müdahaleler sonucunda gerçekleşen, önceden öngörülemez ve önlenemez olan, her türlü özene rağmen gerçekleşebilecek zararları da komplikasyon olarak tanımlamaktadır. Bu doğrultuda esasen beklenmeyen hal kapsamında yer alan ihtimallerin tümünü komplikasyon olarak nitelendirmektedir¹⁶⁴³. Kanaatimizce yargı mercilerinin bu yöndeki tutumu isabetli

¹⁶⁴² Nitekim Fransız öğretisinde *Waline* ve *Rivero* da, ilgilinin rızasının bulunmasının sorumluluğu azaltan ya da ortadan kaldıran ayrı bir neden olarak nitelendirmiştir. (Rivero / Waline, **age.**, s. 277.)

¹⁶⁴³ Dan.15.D., 10.03.2016, E. 2015/8936, K. 2016/1604; Dan.15.D., 16.05.2016, E. 2013/4526, K. 2016/3551; İzmir BİM 6.İDD, 08.06.2017, E. 2017/777, K. 2017/900, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası; Dan.15.D., 11.03.2015, E. 2013/4509, K. 2015/1398, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Dan.10.D., 18.01.2001, E. 1998/3587, K. 2001/110, aktaran Bal / Şahin / Karabulut, **age.**, s. 123.Yine, Anayasa Mahkemesi de öngörülemez hallerin de komplikasyon kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini bir kararında vurgulamıştır. (AYM, BB, *Hilmi Düzgüner*, BN. 2014/9690, T. 11.05.2017, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası) Bu yöndeki öğretideki görüş için bkz. Kızılyel, **agm.**, s. 148; Çınarlı / Çelik / Teyin, **agm.**, s. 24; Yener Ünver, “Doktorların Malpraktis Nedeniyle Ceza Hukuku Sorumluluğu ve Malpraktis - Komplikasyon Ayrımı”, **Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk**, Mersin Barosu, Şen Matbaa, 2009, s. 154.

değildir. Yukarıda daha ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, aydınlatma yükümlülüğü kapsamında hekimin hastaya vereceği bilgiler arasında tıbbi müdahalenin olası komplikasyonları da yer almaktadır. Nitekim olası komplikasyonlar hakkında hastaya bilgi verilmemesi Danıştay'ın yerleşik içtihadında hizmet kusuru olarak nitelendirilmiştir. Bu doğrultuda, gerçekleşmesi öngörülemez olan bir sonucu hekimin hastaya açıklaması pek de mümkün gözükmemektedir. Dolayısıyla öngörülmez olan sonuçların komplikasyon olarak nitelendirilmesi kendi içinde çelişki oluşturmaktadır.

Kanaatimizce komplikasyon kavramının, tıbbi müdahalenin öngörülebilir olan ancak her türlü özene rağmen önlenemeyen riskli sonuçları olarak kabul edilmesi daha isabetli ve tutarlı olacaktır. Nitekim Danıştay da bir kararında komplikasyon kavramını bu görüşümüzü destekler şekilde tanımlamıştır: “*Komplikasyon, tıbbi standarda uygun bir müdahale yapılmasına rağmen, ortaya çıkabileceği tıp çevreleri tarafından kabul edilen ve her türlü tedbir alınmasına rağmen kaçınılmaz olarak meydana gelen zararlar olarak tanımlanmaktadır.*”¹⁶⁴⁴ Bu çerçevede bir zararın komplikasyon olarak nitelendirilebilmesinin ön koşulu gerçekleşebilecek olduğunun tıp çevreleri tarafından öngörülebilir olmasıdır¹⁶⁴⁵. Dolayısıyla beklenmeyen hal kapsamına giren durumlarla komplikasyonların birbirinden ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu noktada, tıbbi müdahale sonucunda, öngörülebilir olan ve hastanın bilgilendirildiği bir riskin gerçekleşmesi durumunda komplikasyon söz konusu olacak ve riskli müdahaleye hasta tarafından onam verildiğinden hizmet kusuru oluşmayacaktır¹⁶⁴⁶. Buna karşılık, tıbbi olarak öngörülemez bir neticenin gerçekleşmesi ihtimalinde, beklenmeyen hal söz konusu olacağından ve bu ihtimalde hastanın söz konusu riske ilişkin onamı da bulunmayacağından, söz konusu riski önlemeye yönelik her türlü özeni gösteren idarenin kusur sorumluluğu ortadan

¹⁶⁴⁴ Dan.15.D., 12.12.2014, E. 2013/12131, K. 2014/9635, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁶⁴⁵ “*Mahkeme tarafından Sağlık Bakanlığı Yüksek Sağlık Şura Başkanlığından bilirkişi raporu alınmıştır. Yüksek Sağlık Şura Başkanlığının (...) raporunda, estetik olarak uygulanan meme küçültme ameliyatında meydana gelen deformasyonun komplikasyon olduğu ve komplikasyon yönetiminin yerinde olduğu belirtilmiştir. Raporda; tıp terminolojisi yönünden, komplikasyonun hastanın ya da doktorun elinde olmadan gelişen, istenmeyen, öngörülebilir fakat önlenemeyen gelişmeler anlamına geldiği, dolayısıyla hekimin eylemi ile meydana gelen olay arasında illiyet bağı kurulamayacağından ameliyatı gerçekleştiren doktora tıbbi kusur atfedilemeyeceği ifade edilmiştir.*” (AYM, BB, B.K., BN. 2014/14189, T. 25.10.2017, RG. 16.11.2017, S. 30242.)

¹⁶⁴⁶ Hızal, **age.**, s. 32; Işıl Pakiş, **Ölüm Ya Da Ölü Doğumla Sonuçlanan Tıbbi Uygulama Hatalarına Yaklaşımda Adli Otopsinin Rolü**, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, 2006, s. 6; Savaş, **agm.**, s. 273.

kalkacak, ancak kusursuz sorumluluk prensibi çerçevesinde tazminat ödemesi gerekecektir¹⁶⁴⁷.

Komplikasyon ve beklenmeyen hal niteliğindeki durumların birbirinden doğru şekilde ayrılması idarenin sorumluluğunun tespiti bakımından doğrudan etki yaratmaktadır. Komplikasyon olarak nitelendirilen hallerde sağlık hizmeti hukuka uygun olarak yürütüldüğünden ortada zaten kusur da yoktur. Tıbbi müdahaleye onam veren kişi, hukuka uygun şekilde yürütülen sağlık hizmetinin öngörülebilir sonuçlarına katlanmaktadır. Buna karşılık, beklenmeyen hal olarak nitelendirilen hallerde sağlık hizmeti esasında kusurlu işlemiştir. Ancak söz konusu durum idare tarafından öngörülebilir ya da önlenemez olmadığından burada kusur sorumluluğunun ortadan kalkması söz konusu olmaktadır. Keza bu ihtimalde meydana gelen öngörülemez netice bakımından zarar görenin vermiş olduğu bir onam da bulunmamaktadır. Beklenmeyen haller yalnızca kusur sorumluluğunu ortadan kaldırmakta olduğundan, bu hallerde idarenin kusursuz sorumluluğu devam etmektedir. Bu açıklamalar doğrultusunda, sağlık hizmetinin yürütülmesi sırasında gerçekleşen istenmeyen sonuçların kendi içinde ikili bir ayırım yapılması suretiyle sorumluluğun tespit edilmesinin daha isabetli olacağı kanaatindeyiz.

iii. Zarar Görenin Eylemi

İdarenin faaliyeti ile zarar arasındaki nedensellik bağı bazı hallerde zarar görenin bir davranışı nedeniyle kopabilmekte ya da zayıflayabilmektedir. Bu hallerde idarenin sorumluluğu azalmakta ya da tamamen ortadan kalkmaktadır. Bazı durumlarda ise zarar görenin davranışı zararın artmasına ya da önlenmesinin engellenmesine sebep olmaktadır. Bu ihtimalde de zararın artışıyla orantılı şekilde idarenin sorumluluğu azalmaktadır¹⁶⁴⁸. Başka bir deyişle, sağlık hizmetinin yürütülmesi nedeniyle zarara uğrayan kişiye idarenin ödeyeceği tazminat miktarında indirim yapılacaktır.

¹⁶⁴⁷ Nitekim Danıştay da bir kararında sağlık hizmetlerinin yürütülmesinde beklenmeyen halin söz konusu olabileceğini, bu ihtimalde idarenin kusursuz sorumluluğuna hükmedilmesi gerektiğini ortaya koymuştur. (Dan.10.D., 18.05.2007, E. 2007/9232, K. 2007/2720, aktaran Gökcan, **age.**, s. 1374.)

¹⁶⁴⁸ Nomer, **age.**, s. 249.

İlk ihtimal olarak, zarar görenin davranışının zararın oluşumuna veya artışına katkıda bulunması durumunda, idare ile hizmetten yararlananın müterafık kusuru bulunacağından sorumluluk her ikisi arasında paylaştırılacaktır. Dolayısıyla, zarar görenin zararın oluşumuna katkısındaki artışa bağlı olarak idarenin sorumluluğu azalacaktır¹⁶⁴⁹. Söz gelimi, hukuka aykırı olarak kabul edilen bir tıbbi müdahalenin yapılmasının hasta tarafından açıkça talep edilmesi durumunda, zarar görenin kendisi de hekimle birlikte kusurlu hale geleceğinden hekimin sorumluluğu azalacaktır¹⁶⁵⁰.

İkinci ihtimalde ise, zarara uğrayan kişinin davranışı zarar ile idarenin faaliyeti arasındaki nedensellik ilişkisini koparmakta ve tamamen yeni bir nedensellik ilişkisi yaratmaktadır. Bu halde idari faaliyet zararın doğrudan sebebi olma niteliğini yitireceğinden idarenin sorumluluğu tamamen ortadan kalkacaktır¹⁶⁵¹. Söz gelimi, tedavi sonrası aydınlatmasının tam ve eksiksiz şekilde yapılmış olmasına karşın, hastanın hekim tarafından verilen direktiflere uymaması ya da tedaviye ilişkin eylem ve davranışlardan kaçınması sonucunda birtakım olumsuz yan etkilerin ortaya çıkması durumunda, idarenin faaliyeti ile zarar arasındaki illiyet bağı kopacağından idare sorumlu tutulamayacaktır¹⁶⁵². Benzer şekilde hastanın, hekim tarafından verilmiş tedavi programına uymayarak ilave ilaç alması nedeniyle ilaçların karşı reaksiyona geçmesi sonucunda meydana gelen zararlar da hastanın davranışı, idari faaliyet ile zarar arasındaki illiyet bağını koparmaktadır.

¹⁶⁴⁹ Dan.10.D., 08.10.1996, E. 1995/1508, K. 1996/5887, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Aynı yönde Dan.8.D., 25.10.2016, E. 2016/9335, K. 2016/7895, **DD**, S. 146, s. 131; Dan. İDDK, 03.11.2014, E. 2012/1657, K. 2014/3421, **DD**, S. 127, 2011, s. 323; AYİM 2.D, 10.11.1993, E. 1992/277, K. 1993/672; aynı yönde AYİM 2.D, 15.03.1995, E. 1994/1361, K. 1995/191, **AYİMD**, S. 9, s. 615; AYİM 2.D, 15.03.1995, E. 1994/1361, K. 1995/191, **AYİMD**, S. 10. AYİM'in bu yöndeki benzer kararları için bkz. Özgüldür, **age.**, s. 320 vd.

¹⁶⁵⁰ Dan.15.D., 02.04.2014, 4458/2342, aktaran Hakeri, **age.**, s. 916.

¹⁶⁵¹ Dan.10.D., 08.02.2012, E. 2008/5366, K. 2012/423, **DD**, S. 131, s. 187. Aynı yönde Dan.10.D., 02.11.1993, E. 1992/3677, K. 1997/4203, **DD**, S. 89, s. 597; Dan.10.D., 24.11.1998, E. 1997/4889, K. 1998/6084, **DD**, S. 100, s. 517; Dan.10.D., 26.02.1998, E. 1996/4007, K. 1998/905, **DD**, S. 97, 1999, s. 692.

¹⁶⁵² "(...) davacının askerlik hizmetini yapan oğlunun fitişının çıkması sebebiyle acilen ambulansla askeri hastaneye nakledilmesi üzerine hastanede gerekli müdahalenin yapıldığı, teşhis konduğu ve geceyi kontrol altında geçirdiği, kendisine su içmemesi bildirilmesine ve yapılan ikaz ve uyarılara rağmen gizli surette üç sürahiye yakın su içmesi ve kendi kusurlu hareketi yüzünden kurtarılamayarak vefat etmesi nedeniyle idareye atfı mümkün ve idarenin tazminat ödemesini gerekli kılan bir hizmet kusuru ve diğer hukuki bir neden bulunmadığı anlaşıldığından (...)" (Dan.12.D., 22.12.1969, E. 1968/626, K. 1969/2312, aktaran Irız, **age.**, s. 73.)

Başka bir örnekte ise, daha ileri tetkik ve tedavi yöntemlerinin uygulanması hususunda hastaya gerekli aydınlatmaların hekim tarafından yapılmasına karşın, hastanın bu talimatlara uymayarak sağlık kuruluşlarına başvurmadan kaçınması sonucunda zararın meydana gelmesi durumunda, idare tarafından yürütülen faaliyet ile oluşan zarar arasındaki nedensellik bağı kopacaktır¹⁶⁵³. Buna karşılık Danıştay bir kararında, taburcu edilirken aydınlatmanın yapılmaması sebebiyle hastanın ileri tetkikleri yapamamış olması nedeniyle zarara uğramasının hizmet kusuru oluşturacağına hükmetmiştir¹⁶⁵⁴.

Danıştay önüne gelen bir uyuşmazlıkta, organ aktarımına yönelik tıbbi müdahale bakımından öngörülen rızaya ilişkin nitelikli koşullar somut olayda gerçekleşmemiş olmasına rağmen, mağdurun talebiyle tıbbi müdahale gerçekleştirilmiş ve bu müdahale sırasında oluşan komplikasyon nedeniyle ölüm olayı meydana gelmiştir. Müdahaleye ilişkin usuli koşulları yerine getirmeyen mağdurun, söz konusu müdahale nedeniyle hayatını kaybetmesi üzerine yakınları tarafından talep edilen manevi zarar, somut olayda mağdurun kusurunun bulunduğu gerekçesiyle Danıştay tarafından reddedilmiştir¹⁶⁵⁵.

Bazı hallerde ise zarar, idarenin faaliyeti ile ilişkili olarak, ancak yalnızca zarar görenin davranışı ile gerçekleşmektedir. Bu hallerde idare, herhangi bir fiilde bulunmamasına rağmen, zarar göreni yanlış yönlendirerek zarara neden olan fiilleri gerçekleştirmesine yol açmaktadır. Bu ihtimal daha çok teşhis faaliyetlerinin eksik ya da kötü yerine getirilmesi durumunda oluşmaktadır. Söz gelimi, yanlış teşhis konulan kişinin, ileride doğacak hastane masraflarının karşılanması amacıyla sahip olduğu taşınmazı acil olarak değerinin çok altında bir fiyata elden çıkarması ihtimalinde, zarara yol açan fiil idare tarafından değil, zarar gören tarafından gerçekleştirilmiştir. Ancak bu halde idare kusurlu eylemi ile kişiyi zararlı eylemde bulunmaya yönlendirmiş olduğundan, oluşan zarardan sorumlu tutulacaktır. Yine başka bir örnekte, yanlış teşhis konulması sonucunda ağır bir hastalığının olduğunun kişiye

¹⁶⁵³ Bu hallere ilişkin karşılaştırmalı hukuktaki karar örnekleri için bkz. Çınarlı / Çelik / Teyin, **agm.**, s. 29 vd.; Karakuş Işık, **age.**, s. 130.

¹⁶⁵⁴ Dan.15.D., 30.02.2016, E. 2015/2607 K. 2016/3893, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁶⁵⁵ Dan.15.D., 29.05.2014, E. 2013/3962, K. 2014/4444, **Leges İzmir Üniversitesi Sağlık Hukuku Dergisi**, Y. 2, S. 6, Nisan-Mayıs-Haziran 2015.

açıklanması üzerine, bu kişinin daha ileri tetkikler yaptırmak için britakım masraflar yapması sonucunda uğramış olduğu zarardan, yanlış teşhis sonucunda zarara yol açan idare sorumlu olacaktır.

Yanlış teşhisin kişiye açıklanması nedeniyle, zarar görenin kendi davranışı sonucunda davaya konu zararın oluştuğu uyuşmazlıkta Danıştay *“Zararın, zarara uğrayanın tutum ve davranışından kaynaklanması halinde, idarenin tazmin sorumluluğu tamamen ortadan kalkabileceği gibi, durumuna göre idarenin kısmen sorumlu olacağı da tazminat hukukunun bilinen ilkelerindendir. Ancak, dava konusu olayın oluş şekli, hastalığın niteliği ve özelliği dikkate alındığında, davacılar yakının idarenin ağır hizmet kusurunun neden ve etkisiyle intihar etmek suretiyle yaşamını yitirmesi sonucunda doğan zarar ile idari faaliyet arasında uygun nedensellik bağı bulunmaktadır.”* ifadeleriyle idarenin hizmet kusuru bulunduğu hükmetmiştir¹⁶⁵⁶.

Zarar ile idarenin faaliyeti arasındaki illiyet bağının zayıflaması ya da kopması yönünden zarar gören kişinin davranışının kusurlu olup olmadığı ya da zarar görenin ayırt etme gücüne sahip veya küçük ya da çok yaşlı olup olmadığı¹⁶⁵⁷ önem arz etmemektedir¹⁶⁵⁸. Söz gelimi, hastanın kendi dikkatsizliği nedeniyle damaryolunun bağlı olduğu tüpü çıkarması sonucunda ilacın dışarıya akması ihtimalinde, sağlık personelinin ayrıca gözetim yükümlülüğünden kaynaklanan bir kusurunun bulunmaması durumunda idarenin sorumluluğu azalabilecek, hatta ortadan kalkabilecektir.

Buna karşılık akıl hastalarının tedavisinde, kişinin kendisine ve diğer kişilere verdiği zararlar bakımından daha farklı illiyet bağı ve sorumluluk esaslarının

¹⁶⁵⁶ Dan.10.D., 18.12.2007, E. 2005/8407, K. 2007/6526, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁶⁵⁷ Dan.12.D., 20.10.1980, E. 1978/2465, K. 1980/4023, aktaran Gözler, *age.*, s. 1341, dn. 1422. Aynı yönde başka bir karar için Dan.10.D., 09.11.1999, E. 1997/6014 K. 1999/5492, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁶⁵⁸ Karadibak / Çınarlı, *agm.*, s. 98; Gözler, *age.*, s. 1341; Esin, *age.*, s. 362; Uysal, *agm.*, s. 235. Öğretide Hızal ise, zarar görenin davranışı nedeniyle idarenin ödeyeceği tazminat miktarında indirim yapılmasının söz konusu davranışın kusurlu olması halinde mümkün olduğunu ileri sürmektedir. (Hızal, *age.*, s. 86. Aynı yönde Armağan, *age.*, s.265; Tan, *age.*, s. 503.) Fransız öğretisinde Waline ve Rivero da ancak zarar görenin kusurlu olması durumunda idarenin sorumluluğunun zayıflayacağını savunmaktadır. (Rivero / Waline, *age.*, s. 276; aynı yönde Frier / Petit, *age.*, s. 584.)

benimsendiği gözlenmektedir. Fransız hukukunda, psikiyatrik tedavi gören bir kişinin sağlık kuruluşundan taburcu edilmesinden sonra tedavi gördüğü hastalıkla ilişkili olarak intihar etmesi durumunda sağlık kuruluşunun sorumlu olup olmayacağı tartışma konusu olmaktadır. Söz konusu ihtimalde, intihar olayı ile sağlık hizmeti arasında nedensellik bağının bulunup bulunmadığı hususunda Fransız içtihadı ve öğretisi ikili bir ayırım yapmaktadır.

Kendi rızası ile tedavi gördüğü hallerde, hastanın dilediği zaman tedaviyi sonlandırma ve sağlık kuruluşundan taburcu olma ihtimali bulunmaktadır. Bu ihtimalde, sağlık kuruluşunun acil haller dışında hastayı tedaviye zorlaması mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla hastanın kendi rızası ile tedaviyi yarıda bırakarak sağlık kuruluşundan ayrıldıktan sonra, söz konusu hastalıkla bağlantılı bir nedenle intihar etmesi durumunda idarenin sorumlu olmayacağı kabul edilmektedir¹⁶⁵⁹. Bu ihtimalde, hastanın zorla tutulması hususunda karar alması için yetkili idari makamlara bildirimde bulunmaması ya da yeterli tetkikler yapılmaksızın hastanın salıverilmesi durumlarında sağlık kuruluşunun kusurlu sayılabilmesi söz konusu olacaktır¹⁶⁶⁰.

Dolayısıyla, zarar görenin davranışının bulunduğu hallerde idare ile zarar arasındaki nedensellik bağının her zaman kesileceğine ilişkin olarak bir genelleme yapmak yerinde değildir. Somut olayın koşulları dikkate alınarak idarenin hizmet kusuru ile zarar arasındaki ilişkinin incelenmesi gerekmektedir.

Zarar görenin davranışının idarenin sorumluluğunu kaldırması veya azaltması hem kusursuz hem de kusurlu sorumluluk hallerinde söz konusu olmaktadır¹⁶⁶¹. Başka bir deyişle, kusursuz sorumluluk esaslarına göre idarenin tazminat ödemek zorunda kaldığı hallerde de zarar görenin davranışının ağırlığı oranında indirim yapılması gerekecektir. Buna karşılık, Danıştay zarar görenin kusurunun bulunması ihtimalinde yalnızca maddi zarar bakımından tazminatta indirim yapılabileceğini,

¹⁶⁵⁹ Pechillion, **agm.**, s. 75. Bu yöndeki Lyon İdari İstinaf Mahkemesi kararı için bkz. CAA Lyon, 29.06.2010, n° 08LY02790, Dalloz.fr.

¹⁶⁶⁰ CAA Lyon, 12.01.2012, n° 11LY00331, Dalloz.fr.

¹⁶⁶¹ Chapus, **age.**, s. 1251; Gözler, **age.**, s. 1341.

aynı indirimin manevi tazminatlar bakımından uygulanamayacağını kabul etmektedir¹⁶⁶².

iv. Üçüncü Kişinin Eylemi

Zarar gören dışındaki üçüncü bir kişinin davranışının da idarenin faaliyeti ile zarar arasındaki illiyet bağına kesmesi ya da zayıflatması mümkündür. Yukarıda zarar görenin davranışına ilişkin başlık altında değindiğimiz gibi, zarara yol açan veya zararı ağırlaştıran üçüncü kişinin davranışının kusurlu ya da bilinçli olup olmamasının illiyet bağının kesilmesi ya da zayıflaması yönünden bir önemi bulunmamaktadır¹⁶⁶³.

Ancak üçüncü kişinin kusurlu fiili nedeniyle idarenin sorumluluğunun zayıflaması ya da ortadan kalkması için, bu kişinin idareyle hiçbir hukuki ilişki içinde olmaması gerekmektedir¹⁶⁶⁴. Şöyle ki, sağlık hizmetlerinin bir kısmı idare tarafından hizmet satın alınması yoluyla yürütülmektedir. Yine, kamu özel ortaklığı çerçevesinde de teşhis ve tedavi faaliyetleri idare ile özel hukuk kişisi tarafından birlikte yürütülebilmektedir. İlgili bölümde daha kapsamlı olarak değerlendirdiğimiz üzere, bu hallerde özel hukuk kişisi tarafından yürütülmekte olan faaliyetler bakımından idarenin sorumluluğu devam edecektir¹⁶⁶⁵. Dolayısıyla söz konusu ihtimallerde sözleşmeci üçüncü kişiler tarafından yürütülmekte olan faaliyet nedeniyle zararın oluşması durumunda idarenin sorumluluğu azalmayacaktır. Buna karşılık, idare ödemek zorunda kaldığı tazminat için sözleşme ilişkisi çerçevesinde özel hukuk kişisine rücu edebilecektir.

Bazı hallerde, üçüncü kişinin davranışı, zarar ile idarenin faaliyeti arasındaki nedensellik bağına tamamen kesmekte ve zararın oluşumu bakımından yeni bir

¹⁶⁶² Dan.10.D., 08.10.1996, E. 1995/1508, K. 1996/5887, Kanunum İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁶⁶³ Gözler, **age.**, s. 1351; Dan.15.D., E. 2010/11290, K. 2014/5905, aktaran Hızal / Çınarlı, **agm.**, s. 171. Üçüncü kişinin davranışının kusurlu olması gerektiğini savunan görüş için bkz. Armağan, **age.**, s.279.

¹⁶⁶⁴ Frier / Petit, **age.**, s. 585; Yıldırım, **agm.**, s. 183; Esin, **age.**, s. 233.

¹⁶⁶⁵ Esin, **age.**, s. 233.

nedensellik bağı oluşturmaktadır¹⁶⁶⁶. Söz gelimi hekim tarafından tıbbi standartlara uygun bir şekilde teşhis konulup reçete yazılan hastaya eczacı tarafından farklı veya yanlış ilaç verilmesi sonucunda tedavinin başarısız olması ya da yan etkilerin meydana gelmesi durumunda kamu personeli hekimin fiili ile zarar arasındaki nedensellik ilişkisi tamamen kesilecektir¹⁶⁶⁷. Zira bu halde zarar, hekimin yanlış teşhis koymasından değil, tamamen eczacının kusurundan kaynaklanmaktadır. Bu ilk ihtimalde zararlar idari faaliyet arasındaki nedensellik bağı tamamen kopacağından idare sorumlu olmayacaktır. Yine sık olarak verilen bir örnekte, hasta ziyaretine gelen bir hasta yakının ameliyat direni üzerine oturması ve direnin tıkanması sonucunda damar tıkanıklığının oluşması nedeniyle oluşan zararda idarenin sorumluluğunun üçüncü kişinin davranışı sebebiyle ortadan kalkacağı kabul edilmektedir¹⁶⁶⁸.

Üçüncü kişinin fiilinin idarenin yol açtığı zararlar birleşmesi ya da zararı arttırması durumunda ise idare ile üçüncü kişinin müterafik kusuru söz konusu olacaktır. Müterafik kusurun bulunduğu hallerde, idarenin sorumluluğu hafifletilerek, idare ile üçüncü kişi arasında paylaştırılmaktadır. Söz gelimi üçüncü bir kişinin hastaneye gizlice girmesi ve hasta ya da yakınlarına ait eşyaları çalması veya cinsel nitelikli saldırılarda bulunması durumunda, böyle bir durumun oluşmasını önlemeye yönelik gerekli tedbirleri almayan idare sorumlu olacağı gibi, söz konusu hukuka aykırı fiilde bulunan üçüncü kişinin de sorumluluğu gündeme gelecektir. Bu ihtimalde, üçüncü kişinin sorumluluğunun büyüklüğü ölçüsünde idarenin sorumluluğu azalacaktır¹⁶⁶⁹.

¹⁶⁶⁶ Dan.10.D., 04.03.1998, E. 1997/1726, K. 1998/1002, aktaran Bal / Şahin / Karabulut, *age.*, s. 798. Aynı yönde Dan.12.D., E. 1971/503, K. 1972/1756, **Danıştay On İkinci Daire Kararları**, Birinci Kitap, C. 1, 1976, s. 301.

¹⁶⁶⁷ Chapus, *age.*, s. 1251; Gözler, *age.*, s. 1348.

¹⁶⁶⁸ Çelik, *age.*, s. 194.

¹⁶⁶⁹ Dan.10.D., 09.10.2000, E. 1998/4977, K. 2000/308, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Ancak Danıştay bir kararında, davalı idarenin yalnızca yürütülen hizmetin gerekliliği ölçüsünde güvenlik tedbiri almasının gerektiğini, ancak sağlık kurumlarında hizmet alan kişilerin tam bir güvenlik içinde olmasını sağlama hususunda garanti yükümlülüğünün bulunmadığını ileri sürerek, gerekli tedbirleri almasına rağmen suçun oluşumunu engelleyemeyen idarenin sorumlu olmadığına karar vermiştir. (Dan.10.D., 09.05.2001, E. 1999/1655, K. 2001/1696, aktaran Atay / Odabaşı, *age.*, s. 324.)

Özel hukukta düzenlenen müteselsil sorumluluk kurumu ise, idare hukukunda kabul edilmemektedir¹⁶⁷⁰. Bu doğrultuda, zarar gören kişi yalnızca idarenin sorumlu olduğu kısım bakımından idare aleyhine tam yargı davası açarak tazminat talebinde bulunabilecektir¹⁶⁷¹. Buna karşılık, geriye kalan ve üçüncü şahsın yol açtığı kısım için ise, ancak adli yargıda dava açılması mümkündür.

Burada ayrıca belirtmek gerekir ki, üçüncü kişinin fiilinin müterafik kusur yaratması durumu yalnızca idarenin kusur sorumluluğunun bulunduğu hallerde söz konusu olmaktadır. Buna karşılık, müterafik kusur kurumu idarenin kusursuz sorumluluğunun varlığı ihtimalinde uygulama alanı bulmamaktadır¹⁶⁷². İdarenin kusursuz sorumluluğunu gerektiren bir halin varlığı halinde üçüncü kişinin fiili idarenin sorumluluğunu azaltmamakta ya da kaldırmamaktadır¹⁶⁷³. Bu durumda idare zararın tümünü kusursuz sorumluluk esaslarına göre tazmin etmekle yükümlüdür. Ancak bu durumun varlığı halinde, zararın tamamını ödeyen idarenin, kusuru bulunan üçüncü kişiye adli yargıda dava açarak ödediği miktarın bir kısmını rücu etme imkanı bulunmaktadır¹⁶⁷⁴.

Bunun yanında sağlık personelinin yürüttüğü faaliyet sırasında zarara uğraması durumunda yine idarenin mesleki risk çerçevesinde kusursuz sorumluluğu bulunmaktadır¹⁶⁷⁵. Söz konusu zararın faaliyetin kendisinden değil, üçüncü kişiden kaynaklanması durumunda ise, hem idarenin kusursuz sorumluluğu hem de üçüncü kişinin müterafik kusuru söz konusu olabilecektir. Söz gelimi, psikiyatri hastanesinde tedavi görmekte olan hastanın sağlık personeline vereceği bedensel ve psikolojik

¹⁶⁷⁰ Armağan, **age.**, s.279. Buna karşılık Özey müteselsil sorumluluk esasının idare hukukunda da uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir. Buna göre, idarenin ve üçüncü kişinin davranışının birleşmesiyle oluşan zararlarda zarara uğrayan kişi zararın tamamı için de idareye dava açabilir. Bu durumda tazminat miktarının tümünü ödeyen idare, sorumluluğu ölçüsünde üçüncü kişiye rücu imkanını kullanabilecektir. (İl Han Özey, **Günüşünde Yönetim**, Alfa Yayınları, 4. baskı, 2002, s. 877.)

¹⁶⁷¹ Gözler, **age.**, s. 1349.

¹⁶⁷² CE, 02.07.1971, *Le Piver*, n° 76533, **RDCE**, 1971, Dalloz.fr. Bu yöndeki AYİM kararları için bkz. Özgüldür, **age.**, s. 323 vd. Danıştay'ın aksi yöndeki kararı için bkz. Dan.10.D., 22.04.1992, E. 1990/3968, K. 1992/1573, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁶⁷³ Frier / Petit, **age.**, s. 585; Chapus, **age.**, s. 1252; Gözler, **age.**, s. 1350; Dan.15.D., E. 2010/11290, K. 2014/5905, aktaran Hızal / Çınarlı, **agm.**, s. 171.

¹⁶⁷⁴ Yıldırım, **agm.**, s. 210; Armağan, **age.**, s.279; Esin, **age.**, s. 233; Tan, **age.**, s. 504.

¹⁶⁷⁵ Dan.10.D., 18.03.2008, E. 2007/8532, K. 2008/1231, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Aynı yönde Dan.10.D., 16.09.2002, E. 2000/6171, K. 2002/2822, aktaran Köksal, **agm.**, s. 264.

zararlar bu kapsamda değerlendirilebilmektedir. Yine, sağlık hizmeti yürütmekte olan personelin, hastalar ya da yakınları tarafından şiddete maruz kalması durumunda, görev sırasında üçüncü kişi tarafından zarara uğranılması söz konusu olmaktadır. Bu hallerde aynı zamanda idarenin kusursuz sorumluluğu da bulunmakta olduğundan, bu çerçevede tazminatın tümünü karşılamakla yükümlü olan idarenin zararı gerçekleştiren üçüncü kişiye rücu etmesi gerekecektir.

Müterafık kusur halinde idare hukukunda kabul edilmeyen müteselsil sorumluluk esasının özel hukukta uygulanmakta oluşu uygulamada birtakım sorunları da beraberinde getirebilecektir. Şöyle ki, ilk davanın idari yargıda idare aleyhine açılması ya da adli yargıda üçüncü kişi aleyhine açılması durumunda mahkemenin vereceği karar ile usuli süreç birbirinden farklılık arz edecektir¹⁶⁷⁶.

Müterafık kusur nedeniyle zarar görenin idari yargıda dava açması ihtimalinde, mahkeme idarenin ve üçüncü kişinin faaliyeti arasında ayırım yapacak, idareyi yalnızca kendi yol açtığı ya da ağırlaştırdığı zarar oranında sorumlu tutacak ve sorumlu olduğu oranda idare aleyhine tazminata hükmedecektir¹⁶⁷⁷. Bu durumda idare ortaya çıkan zararın bir kısmını ödeyecek, geriye kalan kısım için adli yargıda üçüncü kişi aleyhine dava açılması gerekecektir.

Bu ihtimalde adliye mahkemesinin önüne gelen uyuşmazlıkta üçüncü kişiyi kusursuz görmesi ya da idare mahkemesinin öngördüğünden daha az oranda kusurlu görmesi de mümkündür. Zira, adliye mahkemesi, idari yargıda verilen kararlarla bağlı değildir. Böyle bir durumda ise, zarar görenin zararının eksik tazmin edilmesi söz konusu olabilecektir.

İkinci ihtimalde ise, davacının ilk olarak adliye mahkemesinde dava açması söz konusu olmaktadır. Bu durumda adliye mahkemesinin özel hukukta uygulanmakta olan müteselsil sorumluluğa hükmetmesi durumunda idarenin nasıl bir yol izleyeceği

¹⁶⁷⁶ Gözler, **age.**, s. 1350.

¹⁶⁷⁷ Chapus, **age.**, s. 1252.

belirsizlik oluşturacaktır. Müteselsil sorumluluk söz konusu olan hallerde zarara yol açan taraflardan birinin zararın tümünü ödemesine hükmedilmekte, bu kişi zararın tümünü ödedikten sonra zarara yol açan diğer sorumlulara rücu etme hakkını elde etmektedir. Bu durumda, müterafik kusur bulunan hallerde, zarar görenin öncelikle üçüncü kişi aleyhine adli yargıda dava açması ve mahkemenin müteselsil sorumluluk esasını işleterek zararın tümünün üçüncü kişiden tahsil edilmesine karar vermesi durumunda, üçüncü kişinin kusuru oranında idareye rücu etme hakkı doğacaktır¹⁶⁷⁸.

Bu ihtimalde üçüncü kişi öncelikle idari başvuru yoluyla idareden zararının tazmini talep edecek, başvurusunun reddedilmesi durumunda tam yargı davası açarak zararını tazmin edecektir. Ancak bu ihtimalde de, idari yargı makamının idarenin kusurunun bulunmadığı ve kusursuz sorumluluk esasının uygulanamayacağı gerekçesiyle davayı reddetmesi de mümkündür. Bu ihtimalde de esasında oluşan zarardan kısmen sorumlu olan üçüncü kişinin tazminatın tümüne katlanması gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır.

Müterafik kusur bulunan hallerde, tarafların öncelikle gerek idari yargıya ve gerek adli yargıya zararın tazmini için başvurması durumunda, tazminatın idare ile üçüncü kişi arasında kusurları oranında paylaştırılmasında sorunlar yaşanması ihtimal dahilindedir. Bu durum idari yargı ve adli yargı mercilerinin birbirinin kararları ile bağlı olmamasının bir sonucudur. Özellikle öncelikle idari yargıda dava açılması ihtimalinde, zarara uğrayan kişinin mağduriyetine sebep olabilecek olan bu durumun engellenmesi bakımından, tazminat miktarı bakımından olmasa bile, kusurun varlığının tespiti yönünden adli yargı ve idari yargı makamlarının birbirinin kararını dikkate alarak hüküm kurması gerektiğini savunmaktayız.

II. SORUMLULUĞUN SOMUTLAŞMASININ KOŞULLARI: ZARARIN TAZMİNİNE İLİŞKİN KARAR GEREKLİLİĞİ

İdarenin sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan sorumluluğundan söz edebilmek için hukuka ya da tıbbi standartlara aykırılık oluşturan temellerin yanı

¹⁶⁷⁸ Chapus, *age.*, s. 1402; Gözler, *age.*, s. 1350.

sıra kusur ve zarar olarak incelediğimiz maddi koşulların bulunması zorunludur. Bu şartların tümünün birlikte gerçekleşmesi durumunda teorik anlamda sorumluluk söz konusu olabilmektedir. Buna karşılık, bu sorumluluğun hayata geçirilmesi ancak idarenin tazmin yükümlülüğünü yerine getirmesi durumunda mümkün olmaktadır. Başka bir ifadeyle, sorumluluk ancak idareye karşı ileri sürülerek, zararın tazmininin sağlanması durumunda gerçek bir anlam ifade edecektir.

Bu husus idarenin eylemleri sonucunda zarara uğrayan kişilerin bu zararın giderilmesi için idari ve yargısal başvuru yollarını ancak belli süreler içinde kullanabiliyor olması nedeniyle ayrıca önem arz etmektedir. Aşağıda incelenecek olan süreler içinde ve usulüne uygun şekilde idari ve yargısal başvuruların yapılmaması durumunda, her ne kadar idarenin teorik anlamda sorumluluğu söz konusu olabilse de, tazmin edilebilir bir zarardan bahsedilemeyecektir. Bu nedenle, zararın tazminine yönelik işlemlerin usulüne uygun şekilde yapılması da sorumluluğun hayata geçirilmesinin bir şartıdır.

İdarenin eylemleri nedeniyle hakları zarar gören kişilerin, öncelikle idari başvuru yollarını kullanarak zararın tazminini istemesi gerekmektedir **(A)**. Bu başvurunun sonuçsuz kalması ihtimalinde yargısal makamlara başvurulması suretiyle zararın giderilmesi mümkün olmaktadır **(B)**.

A. İdari Kararla Tazmin

İdarenin eylemleri nedeniyle bir hakkı zarar gören kişinin, söz konusu zararın giderilmesi için tam yargı davası açması gerekmektedir. Tam yargı davaları İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 13. maddesinde düzenlenmektedir: Buna göre, *idari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olan kimselerin idari dava açmadan önce bu eylemlerin gerçekleştiğini öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri* gerekmektedir. Bu talebin idare tarafından tamamen ya da kısmen reddi halinde, bu ret işleminin ilgiliye tebliğini izleyen günden itibaren veya

talebe altmış gün içinde cevap verilmemesi suretiyle zımnen reddi üzerine, bu tarihten itibaren dava açma süresi olan altmış gün içinde tam yargı davası açılması mümkündür.

Kanun metninden anlaşılabacağı üzere, idarenin bir eylemi sonucunda kişinin bir hakkının zarara uğraması halinde, bu zararın giderilmesi için İYUK madde 13'te öngörülen usul uygulanarak idare aleyhine tam yargı davası açılabilir¹⁶⁷⁹. Dolayısıyla idari eylemlerden kaynaklanan zararların giderilmesi için doğrudan dava açılması mümkün olmayacaktır. Öncelikle idareye başvurularak “ön karar” alınması gerekmektedir.

Anayasal bir kamu hizmeti olan sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan zararlar nedeniyle idarenin sorumluluğuna hükmedilebilmesi için İYUK madde 13'te yer alan usulün uygulanması gerekecektir. Bu doğrultuda, zarara uğrayan kişinin öncelikle idari başvuruyu (1) belli süreler içinde (2) yapması gerekecek, idare tarafından alınan ön karar sonucunda başvurusunun açıkça ya da zımnen reddedilmesi durumunda tam yargı davası açma hakkı doğacaktır.

¹⁶⁷⁹ Anılan düzenlemede yer alan idari eylem kavramı kanun koyucu tarafından tanımlanmamış olup, bu kavramın kapsamının belirlenmesi içtihat ve öğretiyeye bırakılmıştır. Danıştay bir kararında idari eylemi “*idarenin kamu hukuku kapsamında ve kamu hizmetine yönelik maddi anlamdaki fiil ve hareketleri*” olarak tanımlamıştır. (Dan.10.D., 01.02.1994, E. 1992/2572, K. 1994/392, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.) Danıştay’ın bu tanımından hareketle idarenin maddi anlamda gerçekleştirdiği tüm fiilleri içine alacak şekilde geniş yorumlanması gerektiğini savunan görüşler (Taner Ayanoglu, **Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemin Tanımlanması**, Legal Yayınevi, 2004, s. 49; Selami Demirkol, “İdare Hukukunda İdari Eylemler Olgusu”, **Sayıştay Dergisi**, S. 40, 2001, Jurix.com.) bulunmakla birlikte; idari eylem kavramının, Kanun’un sistematik yorumundan hareketle, idari işlemlerin icrası niteliğindeki fiilleri dışlayacak şekilde yorumlanması gerekmektedir. (Candan, **age.**, s. 499.) Keza, idari işlemin icrası niteliğindeki fiillerden kaynaklanan zararların tazmini için İYUK madde 12’de ayrı bir düzenleme öngörülmüştür. Dolayısıyla yalnızca ifasıyla görevli olduğu kamu hizmetlerinin yerine getirilmesine yönelik olarak idarenin gerçekleştirdiği fiillerin idari eylem olarak kabul edilmesi mümkündür. Nitekim Danıştay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu’nun bir kararında idari eylem; öncesinde, temelinde bir idari karar veya işlem olmayan, bütünüyle, salt idari eylem olarak ortada olan idari faaliyet olarak tanımlanmıştır. (Dan. İBGK, 14.4.1973, E. 1972/2, K. 1973/10, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.) Bu doğrultuda idarenin yürütmekle görevli olduğu kamu hizmetlerini idare edilenlerin haklarını ihlal edecek şekilde ifa etmesi ya da hiç ifa etmemesi sonucunda ilgililerin hak kaybına uğraması durumunda İYUK madde 13 kapsamında tam yargı davası açma hakkı ortaya çıkmaktadır.

1. İdari Merciyeye Başvurunun Niteliği ve Sonuçları

İdari eylemler hakkında tam yargı davası açılmadan önce idareye başvuru yapılması İYUK madde 13 düzenlemesi uyarınca bir zorunluluktur. Başka bir ifadeyle, doğrudan doğruya idare aleyhine tam yargı davası açılması mümkün değildir. İdari eylem nedeniyle zarara uğrayan kişinin doğrudan tam yargı davası açması ihtimalinde mahkeme, bu başvuruyu “*idari merci tecavüzü*” sayarak, İYUK madde 15/1-e hükmü uyarınca, dilekçenin görevli idare merciine tevdiine karar verecektir¹⁶⁸⁰. Bu karar kural olarak ilk inceleme aşamasında verilmekle birlikte, mahkeme tarafından daha sonra fark edilmesi durumunda yargılamanın tüm evrelerinde bu yönde hüküm kurulabilir. Söz konusu başvurunun amacı, yol açtığı zararı tazmin etmesi için idareye bir imkan tanınması, bu sayede gerek ilgilinin zararının daha erken giderilmesinin ve gerek mahkemenin iş yükünün hafifletilmesinin sağlanmasıdır.

Tam yargı davalarında idareye başvurularda ön karar alınmaksızın doğrudan tam yargı davası açılabilmesi ise ancak İYUK madde 13/2 hükmünde öngörülen ihtimalde mümkündür. Buna göre, zarara uğrayan kişinin davasını görevli olmayan adli yargı merciinde açması ve açılan davanın görev yönünden reddinin kesinleşmesi durumunda, sonradan idari yargı mercilerinde açılacak davalarda, idareye başvurma şartı aranmaksızın doğrudan tam yargı davası açılması mümkün olabilmektedir. Nitekim İYUK madde 9/1 düzenlemesi uyarınca, çözümlenmesi idari yargının görevine girdiği halde, adli yargı yerlerinde açılmış bulunan davaların görev noktasından reddi halinde, bu husustaki kararların kesinleşmesini izleyen günden itibaren otuz gün içinde ilgilinin görevli idari yargı yeri önünde dava açması mümkündür¹⁶⁸¹. Bu ihtimalde, görevsiz yargı merciine başvurma tarihi, idareye başvurma tarihi olarak kabul edilir. Her iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde, idari eylem nedeniyle zarara uğrayan kişinin adli yargı mercileri önünde idare aleyhine dava açmaları durumunda, bu mercilerin vereceği görevsizlik kararının kesinleşmesinden itibaren 30 gün içinde doğrudan tam yargı davası açma imkanının bulunduğu söylenebilecektir. Ancak bunun için adli yargı merciindeki bu davanın, ön

¹⁶⁸⁰ Dan.10.D., 12.11.2001, E. 2001/92, K. 2001/3861, aktaran Gökcan, **age.**, s. 1372. Aynı yönde Dan.10.D., 11.12.2001, E. 2001/3947, K. 2001/4725, aktaran Gökcan, **age.**, s. 1373.

¹⁶⁸¹ Dan.10.D., 09.03.2009, E. 2009/6645, K. 2009/1514, aktaran Gökcan, **age.**, s. 1365.

karar almak için idareye başvuru süresi olan bir ve beş yıllık süreler içinde açılmış olması gerekmekte olup, bu süreler dolduktan sonra adli yargı önünde açılan davalar sonucunda verilecek görevsizlik kararının kesinleşmesi üzerine idari yargıda tam yargı davası açma hakkı doğmayacaktır.

Bu başvuru üzerine idarenin ön kararının açık veya zımni olması mümkündür. Şöyle ki, idareye başvuru yapılmasından itibaren 60 gün içinde talebin kabul edilmesi ya da reddedilmesi gerekecektir. 60 gün içinde idarenin bir cevap vermemesi halinde ise başvuru zımnen reddedilmiş sayılacaktır. Bu ihtimalde 60. gün başvuru reddedilmiş gibi kabul edilerek, bu tarihin ertesi gününden itibaren tam yargı davası açma süresi başlayacaktır. Öte yandan, İYUK'un 10. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen kesin olmayan cevaba ilişkin usul İYUK madde 13 başvurularında uygulanamayacaktır. Dolayısıyla, idarenin 60 günlük zımni ret süresi içinde başvurucuya kesin olmayan bir cevap vermesi ihtimalinde, bu cevap ret anlamına gelmeyeceği gibi, dava açma süresi bakımından da bir sonuç yaratmayacaktır. Bu ihtimalde başvuru tıpkı bu cevap hiç verilmemiş gibi, başvuru tarihinden itibaren 60 gün sonra zımni ret işlemine karşı dava açabilecektir¹⁶⁸².

Yine aynı maddede yer alan, “*dava açılmaması veya davanın süreden reddi hallerinde*”, idari makamlarca cevap verilmesi durumunda, dava açma süresinin yeniden canlanmasına ilişkin düzenleme de İYUK madde 13 başvurularında uygulanamayacaktır. Dolayısıyla idarenin 60 günlük cevap süresi ya da dava açma süresi geçtikten sonra, ön karar hakkında olumlu ya da olumsuz cevap verilmesi dava açma süresi bakımından sonuç yaratmayacaktır.

İdari eylemler nedeniyle idarenin sorumluluğu bakımından öngörülmüş olan bir diğer zorunlu idari başvuru 659 sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname'nin 12. maddesinde düzenlenen sulh başvurusudur. Sözü geçen düzenleme uyarınca, bu KHK kapsamında olan idarelerin eylemleri nedeniyle

¹⁶⁸² Aksi yönde görüş için bkz. Hızal, **age.**, s. 70.

hakları ihlal edilenlerce, idari dava açılmadan önce İYUK madde 13 uyarınca yapılan başvurular sulh başvurusu olarak kabul edilir ve bu maddede yer alan hükümler çerçevesinde incelenir¹⁶⁸³. Dolayısıyla eylemleri ile kişiler üzerinde hak kaybına yol açan idarelere yapılacak zorunlu başvurular ikili bir ayrıma tabi tutulacaktır. 659 sayılı KHK kapsamındaki idarelerin eylemleri sonucunda zarara uğrayan kişilerin, bu KHK'nin 12. maddesinde düzenlenen sulh başvurusunu yapması, bu kapsamda yer almayan idarelerin eylemlerinden kaynaklanan zararlarda ise İYUK madde 13'te düzenlenen idari başvurunun yapılması zorunludur. Her iki başvuru durumunda idarece verilecek ön karar üzerine idari yargıda tam yargı davası açılması mümkün olacaktır.

659 sayılı KHK'nin 2. maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendi uyarınca, 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (I) ve (II) sayılı cetvellerde belirtilen kamu idareleri bu KHK kapsamında yer almaktadır. Sağlık Bakanlığı ek (I) sayılı cetvelde yer almakta olduğundan idarece sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan zararlar hakkında, İYUK madde 13/2 hükmünde öngörülen istisnai durum dışında, 659 sayılı KHK'nin 12. maddesinde düzenlenen sulh başvurusunun yapılması gerekmekte olup, ancak idare tarafından alınan ön karar ile sulh başvurusunun reddedilmesi durumunda idare aleyhine tam yargı davası açılması mümkün olacaktır¹⁶⁸⁴.

¹⁶⁸³ 659 sayılı KHK'nin 12. maddesine göre, sulh istemine ilişkin başvuruların idare tarafından 60 gün içinde sonuçlandırılması gerekmektedir. Aksi halde reddedilmiş sayılmaktadır. Başvurular ilgili idarenin Hukuki Uyuşmazlıklar İnceleme Kurulu tarafından değerlendirilmektedir. Ancak Kurul tarafından verilen karar, yetkili amirin onayı ile kesinleşmektedir. Başka bir ifadeyle, Kurul kararı tek başına yeterli değildir. Tarafların sulh yapması halinde durum tutanakla kesinleşir. Bu tutanak ilam hükmündedir. Sulh olunan uyuşmazlıklar hakkında idari yargıda dava açılması mümkün değildir.

¹⁶⁸⁴ 659 sayılı KHK'nin 12. maddesinde yer alan sulh başvurusuna benzer bir yargı öncesi çözüm yolu 663 sayılı KHK'nin mülga 24. maddesinde yer almaktaydı:

“Uzlaştırma prosedürü

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

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

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

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

Bakanlık tarafından uzlaşmaya davet edilir. Tarafların uzlaşma yolunu kabul etmeleri hâlinde, üzerinde anlaştıkları bir hukukçu uzlaştırıcı marifetiyle uzlaşma süreci başlatılır. Uzlaşma en fazla üç ayda sonuçlandırılır. Bu süre bilirkişi görüşleri alınmadığı hallerde tarafların kabulü ile altı aya kadar uzatılabilir. Uzlaşma müracaatı dava açma süresini durdurur. Uzlaşma sağlanamaması

İdari eylemlerden kaynaklanan zararların tazmini için açılacak tam yargı davalarından önce başvurulması zorunlu bir usul olan ön karar, Fransız İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (*Code de justice administrative*) R. 421. maddesinde de düzenlenmiştir. Fransız hukukunda, ancak bir idari karara karşı yargı yoluna başvurulabileceğinden hareketle¹⁶⁸⁵, idari eylemlerden kaynaklanan zararların tazmini için öncelikle idareye başvurulması gerektiği, idarenin bu başvuruyu açıkça ya da zımnen reddetmesi durumunda dava açılmak suretiyle zararın tazmin edilebileceği kabul edilmiştir¹⁶⁸⁶. Buna karşılık, söz konusu başvuru bakımından

hâlinde taraflarca tanzim edilecek tutanak veya taraflardan birinin talebi üzerine Bakanlık tarafından taraflara tebliğ edilerek verilecek belge tarihinden itibaren dava açma süresi yeniden başlar. Uzlaşma sağlanırsa, uzlaşma konusunu, yerini, tarihini, yerine getirilmesi gereken hususları içeren uzlaşma tutanağı tanzim edilir. Bu tutanak 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 38 inci maddesi anlamında ilâm niteliğindedir. Uzlaştırma masrafları ve arabulucu ücreti taraflarca karşılanır. Uzlaşma neticesinde belli bir bedel üzerinde uzlaşma sağlandığında bu bedel doğrudan sigortacı, sigortasının bulunmaması durumunda ilgili personel tarafından ödenir. Bakanlıkça bu madde kapsamında herhangi bir ödeme yapılmaz.

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

Söz konusu düzenleme, sağlık hizmetleri bakımından İYUK madde 13 veya 659 sayılı KHK'nin 12. maddesinde yer alan idari başvuruya verilen cevap üzerine uygulanabilecek ikinci bir yargı öncesi çözüm yolu olan uzlaşma usulünü öngörmektedir. Dava açma süresi içinde uzlaşma yoluna başvurulabiliyor olması, bu başvurunun ancak İYUK madde 13 veya 659 sayılı KHK'nin 12. maddesi başvurusunun idare tarafından açıkça ya da zımnen reddedilmesi halinde yapılabileceğini ortaya koymaktadır. Dolayısıyla uzlaşma yolu, idari başvurunun alternatifi değildir. Bu başvuru yolunun uygulanabilirliğinin sağlanması için Sağlık Mesleklerinin Uygulanmasından Dolayı Uğranılan Zararların Uzlaşma Yoluyla Halledilmesine İlişkin Yönetmelik yayımlanmıştır. (RG. 14.08.2012, S. 28384.)

663 sayılı KHK'nin ilk halinde yer alan düzenleme gerek zarara sebep olan eylemin kamusal ya da özel sağlık kuruluşunda yapıldığına bakılmaksızın uzlaşma başvurusunun her halükarda Bakanlığa yapıyor olması ve gerek uzlaşma sonucunda idarenin herhangi bir sorumluluğa tabi tutulmaksızın doğrudan sigorta şirketi ya da sağlık çalışanı tarafından ödeme yapılmasının düzenlenmiş olması sebebiyle eleştirilmekteydi. Ayrıca tarafların birden fazla kişiden oluşması durumunda ortak kararlar bir hukukçunun belirlenmesi söz konusu usulün uygulanmasını güçleştirmiştir. (Serkan Çınarlı, Aslıhan Teyin, “Tıbbi Uygulama Hatalarında Yargı Öncesi Çözüm Usulleri ve 663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamedeki Düzenlemenin Uygulanmama Nedenleri”, **Adli Bilimciler Derneği 1. Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi**, 01 – 04 Mayıs 2014, Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 47.) Uygulamanın başarısız olması sonucunda, uzlaşma usulüne ilişkin bu düzenleme 6514 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 2. maddesi ile 18.01.2014 tarihinde kaldırılmıştır. Sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan zararların tazmini için Fransız hukukunda da dava öncesi alternatif uyuşmazlık çözüm usulleri benimsenmiştir. 24 Nisan 1996 tarihli Bakanlar Kurulu kararnamesinden önceki dönemde yalnızca Paris ve Lyon'da faaliyet yürüten hastaneler için öngörülen uzlaşma usulü, anılan kararnameden sonra tüm ülkedeki hastanelerde kurulacak komisyonlar tarafından uygulanmaya başlanmıştır. (Esper / Dupont, **age.**, s. 886.) Fransız Toplum Sağlığı Kanunu'nun madde L 1142 hükmünde ise, tüm hastaneler için uzlaşma ve tıbbi uygulama hataları ile hastane enfeksiyonlarından kaynaklanan zararların tazmini için komisyon (*Commission de conciliation et d'indemnisation “CCI”*) kurulması öngörülmüştür.

¹⁶⁸⁵ Olivier Gohin / Florian Poulet, **Contentieux administratif**, 9e édition, LexisNexis, 2015, s. 292.

¹⁶⁸⁶ Anne Courreges / Serge Dael, **Contentieux administratif**, 4e édition, PUF, 2013, s. 109.

herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir¹⁶⁸⁷. Kanun'un R. 421-2 hükmüne göre, idareye başvuru yapıldıktan sonra iki ay içinde cevap verilmemesi durumunda, başvuru reddedilmiş sayılmakta olup R. 421-3 hükmü uyarınca bu tarihten itibaren iki ay içinde tam yargı davasının açılması mümkün olacaktır. Başvuruya cevap verilmesi durumunda ise, bu tarihten itibaren iki ay içinde tam yargı davası açılabilir. Hukukumuzda olduğu gibi, söz konusu başvurunun yapıp yapılmadığı mahkeme tarafından resen dikkate alınacak olup, yapılmadığının tespit edilmesi durumunda dava reddedilmektedir¹⁶⁸⁸.

2. İdari Mercie Başvurunun Süresi

Sulh başvurusunu düzenleyen 659 sayılı KHK'nin 12. maddesinde, İYUK madde 13 kapsamında yapılan zorunlu başvuruların KHK kapsamına giren idareler bakımından sulh başvurusu olarak kabul edileceği öngörülmüştür. Dolayısıyla idareye yapılacak sulh başvurularının da İYUK madde 13'te düzenlenen süreler içinde yapılması zorunludur. Süresi geçtikten sonra yapılmış olan sulh başvurusunun reddedilmesi durumunda tam yargı davası açma hakkı doğmayacaktır. İYUK madde 13'te yer alan düzenlemeye göre, idari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların bu eylemleri öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurması gerekmektedir. Madde metni süreler yönünden açık görünmekle birlikte, Danıştay'ın gerek eylemin öğrenilme tarihinin belirlenmesine ilişkin esasları ve gerek eylemden itibaren işleyecek azami beş yıllık süre içinde başvurma şartını, hak arama hürriyetini genişletecek şekilde esnettiğini söylemek mümkündür. Başka bir deyişle, içtihat mahkemesi olan Danıştay, Kanun'da yer alan sarıh düzenlemeye karşın hukuk yaratmak suretiyle idari başvuru süreleri bakımından farklı esaslar benimsemiştir.

İlk olarak İYUK madde 13 düzenlemesinin lafzından, idari eylemlerin yazılı olarak bildirilmesi ya da başka bir şekilde öğrenilmesinden itibaren bir yıl içinde idari başvurunun yapılması gerektiği sonucu çıkmaktadır. Bu tespit eylem, bu eylem

¹⁶⁸⁷ Daniel Chabanol / Baptiste Bonnet, **La pratique du contentieux administratif**, 12e édition, LexisNexis, 2018, s. 91; Courreges / Dael, **age.**, s. 112.

¹⁶⁸⁸ Gohin / Poulet, **age.**, s. 292. Bu yöndeki Fransız Danıştay kararı için bkz. CE, 29.11.2006, *Marseille*, n°273877, Rec. Lebon, 2006, Dalloz.fr.

sonucu oluşan zarar ve eylem ile zarar arasındaki nedensellik bağının aynı anda öğrenilmesi ihtimalinde bir sorun yaratmamaktadır¹⁶⁸⁹. Ancak, eylem sonucunda meydana gelen zararın başka bir tarihte öğrenilmesi ya da zararın da eylemle birlikte öğrenilmesine karşın, söz konusu zararın idarenin eylemine atfedilebilir olduğunun daha ileriki bir tarihte öğrenilmesi durumunda, hak arama hürriyeti bakımından olumsuz neticeler oluşabilmektedir¹⁶⁹⁰. Söz gelimi, tıbbi müdahale sonucunda zararın bir yıl sonra gerçekleşmesi ya da bir yıl içinde gerçekleşmekle birlikte bu zararın tıbbi uygulama hatasından kaynaklandığının bir yıllık sürenin dolmasından sonra öğrenilmesi durumunda, ilgilinin idari başvuru süresi geçirilmiş olabilecektir. Nitekim sağlık hizmetleri kapsamında yapılan hatalı uygulamalar sonucunda zarar çoğu zaman belli bir süre geçtikten sonra ortaya çıkmaktadır.

Söz konusu ihtimallerde ilgilinin hak arama hürriyetinin korunmasını amaçlayan Danıştay, başta sağlık hizmetlerinden kaynaklanan zararlara ilişkin uyuşmazlıklarda olmak üzere, bir yıllık idari başvuru süresinin eylemin öğrenilmesi tarihinden itibaren değil, zararın idareye atfedilebilir olduğunun öğrenilmesinden itibaren başlayacağını kabul etmiştir¹⁶⁹¹. Dolayısıyla zarar doğuran eylemin idariliğinin öğrenilmesi ile

¹⁶⁸⁹ “(...) idareye başvuru süresinin idari eylemden zarar gören kişilerin eylemi öğrendiği tarihten itibaren başlayacağı ve olayda bir yıllık başvuru süresinin başlangıcının ölüm olayının gerçekleştiği tarih olacağı, ölüm tarihinden itibaren en geç bir yıl içerisinde (...) tarihine kadar davanın açılması veya bu süre içerisinde tazminat talebiyle idareye başvurulması gerekirken bu süre geçirildikten sonra (...) tarihinde idareye başvurup (...) tarihinde açılan davanın süre aşımı sebebiyle esasının incelenmesi mümkün olmadığı” (Dan.15.D., 10.09.2015, E. 2015/6708, K. 2015/5042, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

¹⁶⁹⁰ Küçük, *age.*, s. 110.

¹⁶⁹¹ “(...) idareye başvuru süresinin, idari eylemlerden zarar gören kişilerin eylemi öğrendiği tarihten itibaren başlayacağı saptanmış olmaktadır. Bu haliyle başvurma süresine başlangıcı yalnızca eylem tarihi ve zararlı sonucun doğduğu tarihi esas almanın, zararın henüz ortaya çıkmadığı veya çıksa bile zararın çıkış sebebinin öğrenilemediği durumlarda dava açma süresinin çok kısılmasına yol açacağı ya da dava açma hakkını ortadan kaldıracığı ve hak arama özgürlüğüyle bağdaşmayacağı açıktır. Bundan dolayı zararın doğmasına sebep olan eylemin idariliğinin öğrenildiği tarihi esas almak gerekmektedir.” (Dan.15.D., 15.04.2015, E. 2014/9621, K. 2015/2146, **DD**, S. 139, s. 506.); “(...) Kanun maddesinde idareye başvuru süresinin, idari eylemlerden zarar gören kişilerin eylemi öğrendiği tarihten itibaren başlayacağı saptanmış olmaktadır. Bu haliyle başvurma süresine başlangıcı yalnızca eylem tarihi ve zararlı sonucun doğduğu tarihi esas almanın, zararın henüz ortaya çıkmadığı veya çıksa bile zararın çıkış sebebinin öğrenilemediği durumlarda dava açma süresinin çok kısılmasına yol açacağı yada dava açma hakkını ortadan kaldıracığı ve hak arama özgürlüğüyle bağdaşmayacağı açıktır. Bundan dolayı zararın doğmasına sebep olan eylemin idariliğinin öğrenildiği tarihi esas almak gerekmektedir. Eylemlerin idariliği ve doğurduğu zarar ise, bazen eylemin yapılmasıyla birlikte ortaya çıkarken, bazen de çok sonra, değişik araştırma, inceleme ve hatta ceza yargılamaları sonucu ortaya çıkabilmektedir.” (Dan.15.D., 15.04.2015, E. 2015/9621, K. 2015/2146, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Aynı yönde karar için bkz. Dan.15.D., 04.06.2014, E. 2014/2951, K. 2014/4699; Dan.15.D., 11.03.2014, E. 2013/3699, K. 2014/1681; Dan.10.D., 23.02.1998, E. 1996/2548, K. 1998/756; Dan.10.D., 15.04.2005, E. 2003/2198, K. 2005/1685, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Dan.10.D., 12.03.2007, E. 2005/896, K. 2007/899, **DD**, S. 116, s. 321 vd; Dan.10.D., 29.11.2011, E. 2008/9298, K. 2011/5197, aktaran Gökcan, *age.*, s. 1359; Dan.10.D.,

birlikte bir yıllık başvuru süresi başlayacaktır¹⁶⁹². Danıştay'ın bu içtihadının yerleşik hale gelmesine karşın aksi yönde verilen kararlar da bulunmaktadır¹⁶⁹³.

Sık karşılaşılan bir durum ise, kamu hastanesinde meydana gelen tıbbi uygulama hatası nedeniyle sağlık personeli aleyhine adli yargıda tazminat davası açılması ve bu davanın husumet yokluğundan reddedilmesi üzerine dava açma süresinin başlangıcının belirlenmesidir. Bu ihtimalde her ne kadar asliye hukuk mahkemesinde açılmış bir davanın reddi söz konusu olsa da, ortada idare aleyhine değil, sağlık personelinin kişisel kusuru nedeniyle açılmış bir dava olduğundan İYUK madde 9 düzenlemesi uygulanmayacaktır¹⁶⁹⁴. Bu ihtimalde zarar gören, davanın reddine dair verilen kararın tebliği ile eylemin idariliğini öğrenmiş olacağından, bu tarihten itibaren bir yıllık süre içinde idari başvuru yapması gerekecektir¹⁶⁹⁵.

Buna karşılık İzmir Bölge İdare Mahkemesi bir kararında yukarıda sözü geçen ihtimalde dava açma süresinin, İYUK madde 9 kapsamında incelenmesi gerektiğini ortaya koymuştur. Kararında Mahkeme, eylem tarihinden itibaren beş yıllık süre geçtikten sonra doğrudan adli yargı yerinde dava açılması ve davanın husumet yönünden reddi üzerine idari yargıda dava açılması durumunda, bu davanın süre aşımı nedeniyle reddedilmesi gerektiğine hükmetmiştir¹⁶⁹⁶.

İzmir Bölge İdare Mahkemesi tarafından verilen bu karar, idareye başvuru sürelerinin dolmuş olması nedeniyle idari dava açma imkanını kaçırmış olan kişilerin, idareye başvuru ve dolayısıyla dava açma süresini yeniden canlandırmak için adli yargıya başvurması imkanının önünü kapatmakla beraber, Danıştay'ın yukarıda anılan içtihadına aykırılık oluşturmaktadır. Ancak, İzmir Bölge İdare

13.03.2009, E. 2009/11808, K. 2009/30, aktaran Gökcan, **age.**, s. 1367; Dan.10.D., 24.03.2008, E. 2008/181, K. 2008/1378, aktaran Gökcan, **age.**, s. 1370. Nitekim Bölge İdare Mahkemeleri de bu yönde karar vermektedir. (Gaziantep BİM 3.İDD, E. 2017/642, K. 2017/682; Gaziantep BİM 3.İDD, 11.04.2017, E. 2017/515, K. 2017/417, Lexpera İctihat bilgi Bankası) Aynı yöndeki AİHM kararı için bkz. AİHM, *Canan Eyilmez ve Diğerleri / Türkiye*, BN. 74704/11, T. 01.07.2014, Hudoc.echr.coe.int.)

¹⁶⁹² Celal Karavelioğlu, **Açıklamalı İctihatlı ve İstinaf Kurumuyla İdari Yargılama Usulü Kanunu**, 9. baskı, Adalet Yayınevi, 2016, s. 563.

¹⁶⁹³ İzmir BİM 6.İDD, 25.05.2017, E. 2017/634, K. 2017/784, Lexpera İctihat Bilgi Bankası.

¹⁶⁹⁴ Dan.10.D., 25.11.1997, E. 1996/1707, K. 1997/4884, aktaran Bal / Karabulut / Şahin, **age.**, s. 222.

¹⁶⁹⁵ Nitekim benzer uyuşmazlıklara ilişkin Danıştay'ın yerleşik içtihadı da bu yöndedir: Dan.15.D., 11.03.2014, E. 2013/3699, K. 2014/1681, Kazancı İctihat Bilgi Bankası; Dan.10.D., 04.11.2011, E. 2008/7182, K. 2011/4711; Dan.10.D., 31.10.2011, E. 2008/5355, K. 2011/4534, aktaran Gökcan, **age.**, s. 1361. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin içtihadı da bu yöndedir. (AYM, BB, *Ahmet Sevim*, BN. 2013/474, T. 09.09.2015, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası)

¹⁶⁹⁶ İzmir BİM 6.İDD, 25.05.2017, E. 2017/598, K. 2017/783, Lexpera İctihat Bilgi Bankası.

Mahkemesi'nin bu içtihadının sıkı şekilde uygulanması da, zararın ya da tıbbi müdahale ile zarar arasındaki illiyet bağının beş yıllık süre geçtikten sonra öğrenilmesi ve hekim aleyhine adli yargıda dava açılması üzerine görevsizlik kararı verilmesi ve bu kararın kesinleşmesi durumunda idareye başvuru ve dolayısıyla idari yargıda tam yargı davası açılmasının önünü kapatmaktadır.

İkinci bir ihtimal ise, TBK'nin 72. maddesinde yer alan haksız fiillere ilişkin zamanaşımı süresi ile 2577 sayılı İYUK'un 13. maddesinde öngörülen idareye başvuru süresinin farklı olmasından kaynaklanmaktadır. Zarar görenin söz konusu zararın tıbbi müdahaleden kaynaklandığını eylem gerçekleştikten sonraki dördüncü yılda öğrenmesi ve haksız fiile ilişkin davasını TBK'nin 72. maddesine uygun olarak sürenin ikinci yılında adli yargıda açması durumunda, özel hukuk bakımından dava süresi içinde açılmış olmasına rağmen, İzmir Bölge İdare Mahkemesi'nin yukarıdaki içtihadı doğrultusunda, adli yargıda verilen ret kararına rağmen idari yargıda dava açma imkanı ortadan kalkacaktır.

Dolayısıyla, Danıştay tarafından sürelerle ilişkin olarak benimsenen bu içtihadın sağlık hizmetleri bakımından dava açma süresini, kötüye kullanılmaya elverişli olacak şekilde genişlettiği söylenebilir. Buna karşılık, karmaşık yapıda olan sağlık hizmetlerinde hekimin salt kişisel kusuru ile görev kusuru oluşturan hallerin birbirinden ayrılması çoğu zaman basit bir değerlendirme yoluyla mümkün olmamaktadır. Bu bakımdan İzmir Bölge İdare Mahkemesi'nin içtihadının esas alınması durumunda, idarenin faaliyeti sonucunda zarar gören kişilerin hak arama hürriyetini kullanamaması gibi bir sonuç ortaya çıkabilmektedir. Bu nedenle, dava açma hakkının esas olarak korunması gerektiğinden Danıştay uygulamasının daha isabetli olduğu kanaatindeyiz.

İdari başvuru süresinin hesaplanmasına ilişkin Danıştay'ın esnettiği bir kural da başvurunun azami sınırını oluşturan beş yıllık süredir. 2577 sayılı Kanun'un 13. maddesinin birinci fıkrasına göre, ilgililerin her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde idari başvuruyu yapması gerekmekte olup, eylemin gerçekleşmesinden itibaren beş yılın geçmesi ile birlikte idari başvuru ve idari yargıda dava açma hakkı ortadan kalkacaktır. Madde metninin aynen uygulanması durumunda, sağlık hizmetlerinden kaynaklanan zararlara ilişkin uyuşmazlıklarda, zararın tazmini için

hatalı tıbbi müdahalenin gerçekleşmesinden itibaren her halükarda beş yıllık süre içinde idari başvurunun yapılması gerekecektir. Aksi halde dava açma hakkı yitirilecektir. Bu durumda zararın beş yıllık süre dolduktan sonra ortaya çıkması ya da eylemin idariliğinin beş yıllık süre geçtikten sonra öğrenilmesi halinde zarar görenin dava açma hakkı ortadan kalkacaktır.

Hak arama özgürlüğünün korunması amacıyla usul kurallarının esnek yorumlanması gerektiğini ortaya koyan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadını¹⁶⁹⁷ dayanak alan Danıştay, eylem tarihinden itibaren beş yıllık azami sürenin dolmuş olması, ancak bu beş yıllık süre içinde eylemin idariliğinin öğrenilememiş olması ihtimalinde, eylemin idariliğinin öğrenilmesinden itibaren bir yıllık süre içinde idari başvuru yapılabileceğini kabul etmiştir¹⁶⁹⁸.

İdari başvuru bakımından 2577 sayılı Kanun'da öngörülen beş yıllık azami idari başvuru süresine ilişkin olarak AİHM bir kararında, idari eylem sonucunda zarar oluştuğunu veya oluşan zararın idarenin eyleminden kaynaklandığını bilmeyen kişinin, eylemden itibaren beş yıl içerisinde tazminat davası açmasının beklenmesinin makul olarak değerlendirilemeyeceğine hükmetmiştir. Dolayısıyla idari eylemler sonucu meydana gelen zararlar bakımından dava açma hakkının, uğranılan zararın ve bu zararın kaynağının gerçek anlamda öğrenilmesinden itibaren kullanılabilmesi gerekmektedir. Bu doğrultuda, zararın idareye atfedilebilirliğinin eylemden itibaren beş yıl içerisinde öğrenilememesi durumunda tazminat hakkının ortadan kalkmasının, Sözleşme'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkını ihlal edeceğine karar verilmiştir¹⁶⁹⁹. Nitekim Anayasa Mahkemesi de 2015 tarihli bireysel başvuru kararında, yalnızca idari eylemin gerçekleşmesinden itibaren

¹⁶⁹⁷ AİHM, *Mesutoğlu / Türkiye*, BN. 36533/04, T. 14.10.2008; AİHM, *Rodoplu / Türkiye*, BN. 41665/02, T. 23.01.2007; AİHM, *Walchli / Fransa*, BN. 35787/03, T. 26.07.2007, AİHM, *Efstathiou ve Diğerleri / Yunanistan*, BN. 36998/02, T. 27.07.2006, Hudoc.echr.coe.int. Nitekim Danıştay da bir kararında, AİHM kararları doğrultusunda 2577 sayılı Kanun'da yer alan usullere, hak arama hürriyetini kısıtlayacak ölçüde, sıkı sıkıya bağlı kalınarak verilen ilk derece mahkemesi kararının bozulmasına karar vermiştir. (Dan.6.D., 27.09.2012, E. 2012/4525, K. 2012/4622, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

¹⁶⁹⁸ Dan.10.D., 20.12.2006, E. 2004/2931, K. 2006/7287; Dan.10.D., 12.03.2007, E. 2005/896, K. 2007/899; Dan.10.D., 12.12.2005, E. 2004/446, K., 2005/7597, **DD**, S. 112, s. 314 vd.; Dan.10.D., 02.11.1999, E. 1999/1746, K. 1999/5376, **DD**, S. 103, s. 857 vd. Aynı yönde öğretideki görüş için bkz. Çınarlı, **age.**, s. 320; Hakeri, **age.**, s. 917; Hızal, **age.**, s. 68.

¹⁶⁹⁹ AİHM, *Eşim / Türkiye*, BN. 59601/09, T. 17.09.2013, Hudoc.echr.coe.int.

işleyecek beş yıllık süre esas alınmak suretiyle davanın reddedilmesinin mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir¹⁷⁰⁰.

Buna karşılık, idari eylemin gerçekleşmesinden itibaren işleyecek beş yıllık sürenin dolmasına bir yıldan az zaman kala söz konusu eylem sonucunda oluşan zararın idareye atfedilirliğinin ilgili tarafından öğrenilmesi halinde, idari başvurunun eylemden itibaren işleyecek olan beş yıllık süreden kalan zaman dilimi içinde yapılması gerekmektedir¹⁷⁰¹. Kanaatimizce de böyle bir uygulama yerinde olacaktır. Zira, İYUK madde 13 hükmünde yer alan sürelerle ilişkin düzenleme aştır. Buna karşılık gerek AİHM ve gerek Danıştay, somut olayda yaşanabilecek hakkaniyete aykırı durumların önüne geçilmesi amacıyla, bazı hallerde idari başvuru imkanı sağlayan ek süreler öngörmüştür. Dolayısıyla, içtihat yoluyla belirlenen bu sürelerin ancak esas kuralın uygulanamadığı durumlarda benimsenmesi yargı makamlarının kanuna uygun olarak karar vermesi yükümlülüğünün bir gereğidir.

Sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan zararların daha ileriki tarihlerde de ortaya çıkabileceği göz önünde bulundurularak hazırlandığını düşündüğümüz Fransız Toplum Sağlığı Kanunu'nun madde L 1142-28 hükmüne göre, önleyici, teşhis ve tedavi edici sağlık hizmetlerinden kaynaklanan zararların ortaya çıkmasından itibaren 10 yıl içinde idari başvurunun yapılabileceği öngörülmüştür¹⁷⁰².

B. Yargı Kararıyla Tazmin

İdarenin hukuki sorumluluğu, kamusal faaliyetler sonucunda, idare ile yönetilenler arasında yönetilenler aleyhine bozulan ekonomik dengenin yeniden kurulmasını, idari etkinliklerden dolayı bireylerin uğradığı zararın idarece tazmin edilmesini sağlayan hukuksal bir kurumdur. Bu kurum, kamusal faaliyetler sebebiyle yönetilenlerin malvarlığında ortaya çıkan eksilmelerin ya da çoğalma olanağından

¹⁷⁰⁰ “İlk Derece Mahkemesince, başvurunun sağlık durumunda meydana gelen değişikliklerin ve buna ilişkin sağlık raporlarının dava açma süresine etkisi hakkında bir gerekçeye yer verilmeksizin salt zararı doğuran olayın meydana geldiği tarihi baz alarak açılan davada süre aşımı bulunduğu şeklinde yapılan değerlendirmenin, başvurunun mahkemeye erişim hakkına yönelik katı bir yorum olduğu sonucuna varılmakla, başvurunun mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği anlaşılmıştır.” (AYM, BB, Hamza Küçük, BN. 2013/7400, T. 05.11.2015, RG. 15.01.2016, S. 29594.)

¹⁷⁰¹ Candan, **age.**, s. 505.

¹⁷⁰² Esper / Dupont, **age.**, s. 907.

yoksunluğun giderilebilmesi, karşılanabilmesi için aranılan koşulları, uygulanması gereken kural ve ilkeleri içine almaktadır. Dolayısıyla mahkeme tarafından tazmin edilmesine hükmolunması da idarenin sorumluluğunun koşuludur¹⁷⁰³.

Bu doğrultuda idarenin sorumluluğu nedeniyle oluşan mağduriyetin giderilebilmesi için idari yargıda usulüne uygun şekilde tam yargı davası açılması gerekmektedir (1). Ayrıca, söz konusu tam yargı davasının görülmesi sırasında uygulanan bazı usuli müesseseler kişinin gerçek zararının belirlenmesi ve karşılanmasını sağlarken; diğer bazı müesseseler sorumluluk ve tazminat ilişkisinin taraflarının yargılamaya aktif şekilde katılmasına, bu kapsamda iddia ve savunmalarını ileri sürmesine imkan yaratmaktadır. Sağlık hizmetlerinden kaynaklanan sorumluluğun çoğu zaman karmaşık bir yapıda olması, teknik bilgi gerektirmesi ve insan unsurunun ağır basmasının bir sonucu olarak, bazı usuli müesseselerin sağlık hizmetlerinden kaynaklanan tam yargı davalarında daha etkin, ayrı ve spesifik bir şekilde uygulanması gerekmektedir (2).

1. İdari Yargıda Açılacak Tam Yargı Davası

Tam yargı davasının açık bir tanımını İYUK'ta yer almamakla beraber, bu davanın hangi sebeplerle ve kimler tarafından açılabileceği Kanun'un 2. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, idari işlem ve eylemler sonucunda kişisel hakları muhtel olan kişilerin tam yargı davası açması mümkündür¹⁷⁰⁴. Başka bir deyişle, idarenin işlemleri ya da eylemleri sonucunda zarara uğrayan kişilerin, söz konusu zararın giderilmesi için tam yargı davası açmaları gerekmektedir. İptal davalarından farklı olarak, tam yargı davalarında amaç, hukuka aykırı işlemin hukuk düzeninden

¹⁷⁰³ “Tam yargı davalarında, öncelikle zarara yol açtığı öne sürülen idari işlem veya eylemin hukuka uygunluğunun denetlenmesi esas alındığından, olayın oluşumu ve zararın niteliği irdelenip, idarenin hizmet kusuru olup olmadığının araştırılması, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkelerinin uygulanıp uygulanmayacağına incelenmesi, tazminata hükmedilirken de her halde sorumluluk sebebinin açıkça belirtilmesi gerekmektedir. (...) Tam yargı davalarında yargı yeri, hem olayın maddi yönünü, yani zararı doğuran fiilleri, hem de bundan çıkması muhtemel hukuki sonuçları tespit etmelidir. Tam yargı davalarında yargı yerlerinin, araştırma, inceleme ve hüküm verme yetkisi, bu yönüyle iptal davasına göre çok daha geniştir.” (Dan.15.D., 04.03.2014, E. 2013/3258, K. 2014/1371, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

¹⁷⁰⁴ Öğretide Candan tam yargı davalarını, “idari nitelikteki işlem ve eylemlerden kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan ve idarenin, kamu hukuku kurallarına göre olan sorumluluğunu gündeme getirerek, doan zararın tazminine veya hakkın geri verilmesine mahkum edilmesi isteklerini konu edinen idari davalar” olarak tanımlamıştır. (Candan, age., s. 171.)

kaldırılması değil, hukuki işlem ya da eylem sonucunda meydana gelen zararın giderilmesidir.

Tam yargı davası açılabilmesi için öncelikle ortada idari nitelikte bir işlem ya da eylemin bulunması, bu işlem ve eylem nedeniyle kişinin bir hakkının zarara uğraması gerekmekte olup, dava yoluyla bu hakka dayalı durumun önceki haline getirilmesi amaçlanmaktadır¹⁷⁰⁵. Sağlık hizmetlerinin yürütülmesi kapsamında gerçekleştirilen faaliyetler çoğunlukla idari eylem şeklinde ortaya çıkmaktadır. Keza, bu faaliyetler kapsamında bireylere maddi bir edim sunulmaktadır. Söz konusu idari eylemlerin hukuka aykırı şekilde yürütülmesi sonucunda hizmetten yararlananların yaşamı, vücut bütünlüğü, maddi ve manevi varlığı ya da özel hayatının gizliliğinin korunması hakkı zarara uğrayabilmektedir. Bunun yanında, bu faaliyetler kapsamında vücut bütünlüğü zarara uğrayan kişilerin söz konusu zararların giderilmesi için ayrıca malvarlıksal zarara uğramaları da kaçınılmazdır. Dolayısıyla, sağlık hizmetlerinin hukuka aykırı şekilde yürütülmesi sonucunda bireyler zarara uğrayabilmektedir. İdarenin eylemleri sonucunda oluşan bu zararların giderilmesi için tam yargı davası açılması gerekmektedir.

Tam yargı davalarının İYUK madde 14'te öngörülen şartlara uygun şekilde açılması gerekmektedir. Aksi durumda davanın daha ilk inceleme aşamasında reddedilmesi söz konusu olacaktır. İlk inceleme aşamasında mahkeme yapılan başvuruyu sırasıyla görev ve yetki, idari merci tecavüzü yapıp yapılmadığı, ehliyet, idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı, süre, husumet ve dilekçenin İYUK madde 3 ve 5 düzenlemelerine uygun düzenlenip düzenlenmediği bakımından inceler. Bu şartlarda eksiklik ya da yanlışlık bulunması durumunda ise İYUK madde 15'te öngörülen usuli işlemler yapılır. Aksi durumda ise mahkeme dosyayı esastan incelemeye başlar Keza, bu aykırılıkların yargılama sırasında resen anlaşılması durumunda da mahkeme her zaman davayı reddedebilmektedir¹⁷⁰⁶.

¹⁷⁰⁵ Candan, **age.**, s. 170. Fransız hukukundan farklı olarak (Seiller, **age.**, s. 291.) hukukumuzda yalnızca tazminat ödenmesi yoluyla durumun önceki hale getirilmesi anlayışı benimsenmiştir¹⁷⁰⁵. Bu doğrultuda tam yargı davalarının ulusal hukukumuz açısından, idarenin işlem veya eylemleri nedeniyle kişisel hakları zarara uğrayan kişilerin, söz konusu zararın tazmin edilmesi için açtıkları davalar olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Nitekim İYUK'un bazı maddelerinde "*tam yargı davası*" kavramı yerine "*tazminat davası*" kavramına yer verildiği görülmektedir. (İYUK madde 28/6)

¹⁷⁰⁶ İdarenin eylemleri bakımından dava açma süresi ve bu sürenin başlangıcı İYUK madde 13 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre, zarar görenin idareye yaptığı başvuru üzerine isteklerinin

Sağlık hizmetlerinden kaynaklanan zararlara ilişkin tam yargı davalarında usule ilişkin genel kurallar çoğu zaman bir özellik arz etmemektedir. Bazı kuralların ise sağlık hukuku alanında kısmen özgünleştiğini söylemek mümkündür. Bunlar ise esas itibarıyla, idari yargı düzeni içinde ve idare aleyhine **(a)**, görevli ve yetkili yargı makamı önünde **(b)** ve İYUK madde 3 ve 5 düzenlemelerine uygun şekilde düzenlenmiş dilekçeyle **(c)** dava açılmasından ibarettir.

a. Davanın İdari Yargı Düzeninde ve İdare Aleyhine Açılmış Olması

Bizatihi hizmetin kendisinden, organizasyonu, personeli, kullanılan malzemelerinden kaynaklanan zararların yanında; sağlık personelinin görevi sırasında ve görevlerini yerine getirirken yapmış olduğu kusurlu fiillerden kaynaklanan zararlardan da idare sorumludur. Bu durum idarenin sorumluluğunun asliliğinden kaynaklanmaktadır. Nitekim Anayasa'nın 129. maddesinin beşinci fıkrasına göre, kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.

Yukarıda ayrıntılı olarak incelendiği üzere sağlık hizmetleri nedeniyle idarenin sorumluluğu çoğunlukla, başta hekim olmak sağlık personelinin fiilinden kaynaklanmaktadır. Anayasa'nın 129. maddesi ve bu doğrultuda idarenin sorumluluğunun asliliği ilkesi doğrultusunda, sağlık personelinin görevi sırasındaki fiilleri sonucunda oluşan zararların tazmini için idareye dava açılması gerekmektedir. Böyle bir durumda tazminat ödemek zorunda kalan idarenin, kusuruyla zarara yol açan personele rücu mekanizmasını işletmesi gündeme gelmektedir. Danıştay'ın aksi yönde kararları bulunmakla birlikte¹⁷⁰⁷ tam yargı davalarında, idare aleyhine

kısmen veya tamamen reddedilmesi durumunda, bu konudaki işlemin tebliğini izleyen günden itibaren veya istek hakkında altmış gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren, dava süresi içinde dava açılabilir. İYUK madde 7 hükmü uyarınca, özel kanunlarda ayrı süre gösterilmeyen hallerde Danıştay'da ve idare mahkemelerinde dava açma süresi 60 gündür. Bu doğrultuda, idareye yapılan İYUK madde 13 başvurusunun (sağlık hizmetleri bakımından 659 sayılı KHK'nin 12 maddesi kapsamındaki sulh başvurusunun) kısmen veya tamamen kabul edilmemesi ya da cevap verilmemek suretiyle zımnen reddedilmesi durumunda idarenin cevabının tebliği ya da 60 günlük zımnî ret süresinin dolduğu günden itibaren 60 gün içinde tam yargı davası açılması gerekmekte olup, bu süre geçtikten sonra açılan davalar İYUK madde 15 hükmü uyarınca reddedilecektir.

¹⁷⁰⁷ “(...) davalı idarece olayda kişisel kusuru bulunan kişi veya kişilere rücu edilmek kaydıyla davacının manevi tazminat isteminin kabulüyle (...) lira manevi tazminatın davalı idareden alınarak davacıya verilmesine; manevi tazminata faiz yürütülmesine ilişkin istemin ise reddine; olayda kişisel

tazminata hükmedilen hallerde, kişisel kusuru nedeniyle tazminat ödenmesine neden olan kamu personelinin kusurluluğu veya zararın rücu edilmesi hakkında hüküm kurulmamakta, rücu mekanizması ayrıca işletilmektedir¹⁷⁰⁸.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise 2001 tarihli bir kararında, kamu hastanesinde yapılan tıbbi müdahaleler sırasında hekimin bilgi ve dikkat eksikliğinden doğan zararlar arasında ikili bir ayırım yapılması gerektiğini, bu zararların bazıları bakımından asıl olarak idarenin sorumlu tutulacağını, diğerleri bakımından ise hekimin kişisel kusurunun gündeme geleceğini ortaya koymuştur. Kamu hastanesinde çalışan doktorla hasta arasında iki çeşit ilişki bulunduğunun ifade edildiği kararın gerekçesi, özellikle kamu görevlilerinin faaliyetleri nedeniyle asıl olarak idarenin sorumluluğunu düzenleyen Anayasa'nın 129. maddesi yönünden değerlendirildiğinde oldukça tartışmalıdır. Kamu hastanesinde görev yapmakta olan idare ile hasta arasındaki ilişkinin kamusal ilişki olduğunu vurgulayan Mahkeme, hekim ile hasta arasında ikinci bir ilişkinin bulunduğunu vurgulamıştır: *“İkinci ilişki ise sözleşme ilişkisi olup, bunun üzerinde de durmakta yarar vardır. Kişinin yaşam ve sağlığı onun kişisel değerlerini oluşturur. Kişilik hakkının koruduğu bu değerlere el atılması ancak tıbbi tedavi amacıyla ve doktorla hasta arasında oluşturulan bir sözleşmeyle yani izinle mümkündür. Bir hastaya tedavi amacıyla yapılan el atma ve yardım bir özel hukuk ilişkisi olan vekalet sözleşmesinin varlığını gerektirir. Tıbbi yardımın yapıldığı yer, doktorun görev ve sıfatı sonucu değiştirmeyeceği gibi doktor nerede ve ne sıfatla olursa olsun tıbbi el atma ve yardım yapma yetkisini kamu kurallarından değil hasta ile yaptığı özel hukuk sözleşmesinden alır. En önemlisi tedavi sırasında uygulanan kural ve yöntemleri idare hukuku değil tıp bilimi belirlemiştir ve tüm doktorlar tıbbi yardım yaparken öncelikle bu kurallarla bağlıdırlar. (...) O halde doktorla hasta arasındaki sözleşme ilişkisi kurulduktan*

kusuru bulunan kişi veya kişilere rücu edilmek için kararın bir örneğinin Maliye Bakanlığına tebliğine (...)” (Dan.5.D., 10.11.1997, E. 1995/3611, K. 1997/2485, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Daha önceki tarihli bir kararında ise Danıştay, *“duçar olduğu ıstırap ve huzursuzluğu karşılamak üzere manevi tazminat olarak takdiren ve maktuan (...) liranın davalı idareden alınarak davacıya verilmesine ve (...) kararın ittihazındaki ağır hizmet kusurunun husulüne Rektör (...) şahsi kusurunun (...) da yüzde kırk nisbetinde tesiri bulunduğu, olayın başlayış, akış ve kararın alınış ve uygulanış şekil ve seyrinden anlaşılmasına binaen davalı idarenin tazminat miktarının yüzde kırkı nisbetinde Rektörün şahsına rücu etmekte muhtar bulunmasına (...)”* ifadeleriyle, görmekte olduğu tam yargı davasında, kusuru nedeniyle idareyi zarara sokan kamu görevlisine rücu edilmesine dair açık şekilde hüküm kurmuştur (Dan.8.D., 12.02.1963, E. 1962/2867, K. 1963/1192, aktaran Bayındır, **age.**, s. 584.)

¹⁷⁰⁸ Rücu kavramı yargı kararlarında, *“bir ödemede bulunan kimsenin, bu bedeli asıl ödeme yapması gereken kişiden istemesi”* olarak tanımlanmıştır. (Dan.15.D., 25.05.2016, E. 2015/3117, K. 2016/3761, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası)

sonra Anayasa'nın 129/5 maddesinin uygulanmaması ve doktora karşı doğrudan dava açabilme olanağının varlığının kabulü gerekir. Çünkü zarar, memur ya da kamu görevlisi olan doktorun idari yetkilerini kullanırken değil tıp bilimi kurallarına göre yapılan tıp san'atının uygulanması sırasında meydana gelmektedir. Burada doktor özel hukuk sözleşmesine aykırı davranan kişi konumundadır.”¹⁷⁰⁹

Görüleceği üzere Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bu kararında, kamu görevlilerinin görevleri sırasında yol açtıkları zararlardan idarenin sorumlu tutulacağına ilişkin Anayasa'nın 129. maddesinde yer alan düzenlemeye, hekimlerin faaliyetleri yönünden bir istisna getirmiştir. Kararında Mahkeme, özellikle hekimin tıp biliminin kurallarına bağlı olarak hareket ettiğine vurgu yaparak, hekim ile hasta arasında olağan idare hukuku ilişkisinin dışına çıkan ayrı bir özel hukuk ilişkisinin bulunduğunu ortaya koymuştur. Gerek Anayasa'nın aşağıda incelenecek olan 40. ve 129. maddelerinde ve gerek Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesinde yer alan düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, Yargıtay'ın gerekçesinin dayanaktan yoksun ve Anayasa'ya aykırı olduğu açıktır¹⁷¹⁰.

Anayasa'nın 40.¹⁷¹¹ ve 129.¹⁷¹² maddesi kamu personelinin görevinin ifası sırasında yol açtığı zararlardan idarenin asli olarak sorumlu olduğunu düzenlemekte; idarenin ödemiş olduğu tazminatın ilgili personele rücu edilmesine ilişkin hükümler içermektedir. Her iki düzenlemenin ortak yönü, kamu personelinin hukuka aykırı fiilleri ile üçüncü kişilere zarar vermesi ihtimalinde, idarenin asli olarak sorumlu olması ve tazminat ödemek zorunda kalan idarenin, kusurlu kamu görevlisine rücu edebilme olanağına sahip olmasıdır. Ancak, söz konusu düzenlemeler kapsam ve içerik bakımından farklılıklar taşımaktadır.

¹⁷⁰⁹ Yar. HGK, 26.09.2001, E. 2001/4-595, K. 2001/643, aktaran Mustafa Kıcalıoğlu, “Yargı Kararları Işığında Doktorun (Hekimin) Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluğu”, **Terazi Hukuk Dergisi**, S. 4, 2006, s. 22. Aynı yönde başka bir Yargıtay kararı için bkz. Yar. HGK, 31.10.2007, E. 4-800, K. 2007/797; Yar. HGK, 15.11.2000, E. 2000/4-1650, K. 2000/1690, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁷¹⁰ Yargıtay'ın bu kararına yönelik eleştiriler için ayrıca bkz. Canbolat, **agm.**, s. 165.

¹⁷¹¹ Anayasa'nın 40. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, kişinin, resmî görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.

¹⁷¹² Anayasa'nın 129. maddesinin beşinci fıkrasına göre, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.

Anayasa'nın 40. maddesinde yer alan düzenleme, içerik yönünden herhangi bir ayırım yapmaksızın kamu görevlileri tarafından gerçekleştirilen tüm haksız eylemler bakımından idarenin sorumlu tutulacağını öngörmekte iken; Anayasa'nın 129. maddesinde yer alan düzenleme, yalnızca kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken gerçekleştirdikleri kusurlu eylemlerden kaynaklanan zararlarda idarenin asli olarak sorumlu olacağını düzenlemektedir. Dolayısıyla, kamu görevlilerinin kamusal yetkilerini kullanmadıkları sırada gerçekleştirdikleri haksız eylemlerden idarenin sorumlu tutulup tutulmayacağı yönünden, her iki düzenlemenin birbiri ile örtüşmediği söylenebilir. İkinci olarak, Anayasa'nın 40. maddesinde yer alan düzenlemede asli sorumluluğu kapsamında tazminat ödemek zorunda kalan idareye, ödemiş olduğu bu tazminatı kusurlu kamu görevlisine rücu edip etmeme hususunda takdir yetkisi verilmektedir. Söz konusu düzenlemede rücu yetkisi “saklı” tutulmakta, idare rücu etmeye zorlanmamaktadır. Buna karşılık, Anayasa'nın 129. maddesinde yer alan düzenlemede idarenin rücu yetkisi bağlı yetki olarak düzenlenmekte olup, kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, “*kendilerine rücu edilmek kaydıyla*” idare aleyhine açılabilir.

Kamu görevlilerinin kişisel kusurları nedeniyle yol açtıkları zararlardan idarenin asli sorumluluğu ve ilgili kamu personeline rücu hususuna ilişkin bir diğer düzenleme de 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 12. ve 13. maddesinde yer almaktadır. Anılan Kanun'un 13. maddesine göre, kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açılabilir. Böyle bir durumda idarenin genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır. Söz konusu düzenlemenin, idarenin asli sorumluluğunun kapsamına ilişkin olarak Anayasa'nın 129. maddesinde yer alan düzenlemeyle, rücu ilişkisi bakımından ise Anayasa'nın 40. maddesinde yer alan düzenlemeyle benzeştiği söylenebilir. İlk olarak, kanuni düzenlemede kamu görevlilerinin tüm haksız eylemleri değil; “*kamu hukukuna tabi görevleri ile ilgili olarak*” gerçekleştirdikleri eylemler kapsamında yol açtıkları zararlardan idare asli olarak sorumlu tutulmuştur¹⁷¹³. Dolayısıyla yürütülen kamu

¹⁷¹³ Anayasa'nın 129. maddesinde geçen “*yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlar*” ibaresi ile Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesinde geçen “*kamu hukukuna tabi görevleri ile ilgili olarak gerçekleştirdikleri eylemler*” ibaresinin birbiri ile örtüşürlüğü ise kanaatimizce tartışmalı bir husustur. Devlet Memurları Kanunu'nda yer alan düzenleme, kamu görevlilerinin yürütmekte oldukları kamu

görevi ile ilişkili olmayan eylemlerden kaynaklanan zararlarda idare sorumlu tutulamayacak olup, doğrudan kamu görevlisine tazminat talebinde bulunulabilecektir.

İkinci olarak, Anayasa'nın 129. maddesi hükmünden farklı olarak, Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesi, Anayasa'nın 40. maddesinde olduğu gibi tazminat ödeyen idareye rücu zorunluluğu öngörmemiş, rücu hakkını saklı tutarak idareye bu hakkı kullanma hususunda takdir yetkisi vermiştir. Madde metnindeki “*saklıdır*” ibaresinden rücu yetkisinin idarenin takdirinde olduğu sonucu çıksa da, madde gerekçesinde kamu personelinin idareye vermiş olduğu zarardan ötürü idareye karşı sorumluluğunun devam ettiği belirtilerek rücu konusunda idarenin takdir yetkisinin olmadığına işaret edilmiştir. Devlet Memurları Kanunu'nun 12. maddesinde yer alan düzenleme ise, idarenin rücu etmesinin zorunlu olup olmadığı hususunu daha da karmaşık hale getirmektedir. Anılan düzenlemeye göre, kamu görevlilerinin kasıt, kusur, ihmal veya tedbirsizliği sonucu idareyi zarara uğratması ihtimalinde, bu zararın ilgili memur tarafından ödenmesi esastır. Kamu görevlisinin kişisel kusuru nedeniyle idarenin tazminat ödemek zorunda kaldığı hallerde idare zarara uğramakta, dolayısıyla Devlet Memurları Kanunu'nun 12. maddesinde sözü geçen ihtimal gerçekleşmektedir¹⁷¹⁴. Bu doğrultuda zararı tazmin eden idarenin, kusurlu eylemi gerçekleştiren kamu görevlisine adli yargıda¹⁷¹⁵ rücu etmesinin kanuni bir zorunluluk olduğu söylenebilir¹⁷¹⁶. Rücu yoluyla kamu

göreviyle ilgi kurulabilen tüm kusurları nedeniyle oluşabilen zararlar bakımından idarenin asli olarak sorumluluğunu öngörerek, yalnızca kamusal yetkilerin kullanımı sırasında oluşan zararlardan idareyi asli sorumlu tutan Anayasal düzenlemeye nazaran idare aleyhine daha geniş bir asli sorumluluk alanı yaratmıştır. Bu bakımdan kamu görevlilerinin kamusal görevleri ile ilişkili olmakla beraber, kamusal yetkileri kullanmadıkları durumlardaki eylemlerinden kaynaklanan zararlardan idarenin asli olarak sorumlu tutulup tutulamayacağı hususu belirsizliğini korumaktadır.

¹⁷¹⁴ Ayrıca Anayasa'nın 40. maddesindeki düzenleme ile benzer şekilde Devlet Memurları Kanunu'nun 12. maddesinde, memurların görevleri arasında herhangi bir ayırım yapılmaksızın bunlardan kaynaklanan zarardan doğacak sorumluluk hakkında düzenleme getirilmiştir. Dolayısıyla kamu görevlisinin ister kamu hukukuna, isterse özel hukuka tabi görevleri kapsamında idareye verdiği zararlarda bu düzenleme uygulanmaktadır. (Bahtiyar Akyılmaz, **İdarenin Görev Kusurundan Doğan Tazmin Yükümlülüğü**, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 1990, s. 8.)

¹⁷¹⁵ Ramazan Yıldırım, “Sağlık Personelinin İdareye Karşı Sorumluluğu”, **Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu** (16 - 17 Ocak 2009) Mersin Barosu Şen Matbaa, 2009, s. 193; Hakeri, **age.**, s. 922. Bu yöndeki içtihat için bkz. UM, 12.06.2000, E. 2006/14, K. 2006/20, Uyuşmazlık Mahkemesi İçtihat Bilgi Bankası. Aynı yönde Yar.4.HD, 21.03.2007, E. 2006/4812, K. 2007/3621, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁷¹⁶ Rücu mekanizmasının işletilmesinin zorunlu olup olmadığı hususunda ise öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Akyılmaz, Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesindeki düzenlemenin salt kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak kamu personeli tarafından üçüncü kişilere verilen zararlar nedeniyle açılacak tazminat davalarında “*davalı*” tarafı düzenlemekten ibaret bir hüküm olmadığı,

personelinden talep edilebilecek olan meblağ idarenin ödediği tazminat miktarından hiçbir şekilde daha fazla olamayacak, kamu görevlisinin zararın oluşmasındaki kusuru oranına göre belirlenecektir¹⁷¹⁷.

Sağlık personelinin kusurlu fiilleri nedeniyle oluşan zararların giderilmesi için hangi yargı düzeninde dava açılması gerektiğinin tespiti için öncelikle, kamu görevlerinin hangi kişisel kusurlarının idarenin asli sorumluluğu kapsamında olduğunun incelenmesi gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, kamu görevlisinin göreviyle ilişki kurulabilen tüm kusurlu eylemlerinden idarenin sorumlu tutulup tutulamayacağının değerlendirilmesi gerekmektedir.

aynı zamanda personelin zarara uğrattığı idareye karşı sorumluluğunu da düzenlediği gerekçesiyle rücu yetkisinin kullanılması hususunda idarenin takdir yetkisinin bulunmadığını ileri sürmektedir. (Akyılmaz, **age.**, s. 37; Doğan, **age.**, s. 128. Anayasa'nın 40. ve 129. maddeleri ile Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesi arasındaki ilişkiye dair müellifin değerlendirmeleri için ayrıca bkz. Bahtiyar Akyılmaz, "İdarenin Kusurlu Personeline Rücu Sorunu", **Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2009, s. 540.) Yayla da, rücunun idarenin takdirine bırakılmadığını vurgulamış, rücu yoluna gitmeyen kamu görevlilerinin sorumluluğunun oluşacağını kabul etmiştir. (Yayla, **age.**, s. 363.) Demirkaya, Anayasa'nın 40. ve Devlet Memurları Kanunu'nun 12. maddesinde yer alan düzenlemelerin esasa ilişkin düzenlemeler olduğu, buna karşılık Anayasa'nın 129. ve Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesindeki düzenlemelerin ise usule ilişkin olduğunu vurgulayarak, idarenin rücu etmede takdir yetkisine dair değerlendirme yapılırken usule ilişkin kuralların uygulanması gerektiğini ileri sürmüştür. Bu açıdan bakıldığında ise üst hukuk normu olan Anayasa'nın 129. maddesinde yer alan düzenlemenin Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesine nazaran öncelikli olarak uygulanması gerekeceğinden, idarenin rücu etmede takdir yetkisinin bulunmadığının kabulü gerekecektir. (Serkan Demirkaya, "Tıbbi Uygulama Hatası, İdarenin Tazminat Sorumluluğu ve Kusurlu Personele Rücu", **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 11, S. 119, 2016, s. 86.) Danıştay da bir kararında, idare tarafından üçüncü kişilere ödenen tazminatın kusurlu kamu görevlisine rücu edilmesinin bir zorunluluk olduğunu, idarenin bu mekanizmayı işletmemesi durumunda ise her vatandaşın idareden bunu işletmesini talep etmesinin mümkün olduğu yönünde hüküm kurmuştur: "*Devlet memurunun kasıt, kusur, ihmal veya tedbirsizliği sonucu idare bir zarara uğratılmışsa, bu zararın ilgili memur tarafından ödenmesi temel bir kuraldır. (...) Anayasa hükmü, Hukuk Devleti ve hukukun üstünlüğü ilkesi ile rücuyla ilgili genel kurallar göz önünde tutulduğunda, zarara uğradığı yargı kararıyla saptanan kişiye Devlet tarafından tazminat ödendikten sonra sorumlu personele rücu edilmesinin, Hukuk Devleti ve hukukun üstünlüğü ilkesinin bir gereği olduğu ortaya çıkmaktadır. Rücu kurumunun işletilmesi, kamu görevlisinin kişisel kusurunun doğurduğu zararların yine kendisi tarafından karşılanmasını ve yargı kararının uygulanmaması ya da etkisiz bırakılması gibi hukuka aykırı eylem ve işlemlerden titizlikle kaçınılmasını amaçlar. Rücu mekanizmasının işletilmesi, kamu kurumunun yetkileri arasında bulunmakla birlikte, idarenin bunu kendiliğinden yapmadığı durumlarda, vatandaşların bunu sağlamak amacıyla idareye başvurmalarına bir engel bulunmamaktadır. Kamu hizmeti görevlilerinin kişisel kusurundan kaynaklanan zararın karşılığı olarak ulusal ya da uluslararası bir Mahkemece hükmedilen tazminat Devlet tarafından zarara uğrayan kişiye ödendikten sonra ilgili kamu kurumu tarafından sorumlu personele rücu edilmemesi, bu yükün toplum üzerinde bırakılması anlamına geleceğinden, her yurttaş ve özellikle kamu görevlilerinin kişisel kusuru nedeniyle zarara uğrayıp yargısal süreci başlatmış olan yurttaşlar, ilgili personele rücu edilmesini sağlamak amacıyla idareye başvurabilir ve bu başvurularının reddi üzerine de dava açma hakkını kullanabilirler. Kamu hizmeti görevlilerinin hukuka aykırı eylem ve işlemlerinden ve kendi kusurlarından doğan zararı toplum ödemek zorunda değildir.*" (Dan.5.D., 03.06.2008, E. 2007/7369, K. 2008/3234, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Kusurlu kamu görevlisine zararın rücu edilmesinin sorunlu olduğuna ilişkin başka bir Danıştay kararı için bkz. Dan.5.D., 10.11.1997, E. 1995/3611, K. 1997/2485, aktaran Bayındır, **agm.**, s. 568.

¹⁷¹⁷ Medar, **agm.**

Anayasa'nın 129. maddesi ve Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesi doğrultusunda, kamu görevlilerinin tamamen hizmetin dışında kalan kusurlu eylemlerinden dolayı, ancak kamu görevlisinden ve adli yargıda tazminat talebinde bulunulması mümkündür¹⁷¹⁸. Dolayısıyla kamu görevlisinin görevi dışında kalan kusurlu eylemleri idarenin sorumluluğuna yol açmayacaktır¹⁷¹⁹.

Kamu görevlisinin görevi ile ilişkili eylemlerinden kaynaklanan zararların tazminine ilişkin uyuşmazlıklarda ise, Danıştay'ın yerleşik içtihadında yalnızca idarenin sorumlu tutulması gerektiği kabul edilmekle birlikte¹⁷²⁰, bazı ihtimallerde hizmet içinde ve hizmetle ilgili davranışlar istisnai olarak doğrudan kamu görevlisinin özel hukuk sorumluluğuna yol açmaktadır¹⁷²¹. Bu ihtimallerden ilki kamu görevlisinin kusurlu eyleminin aynı zamanda suç teşkil eder nitelik taşımasıdır. Kamu görevlisinin görevi sırasında olmakla birlikte, kamu hizmetinin yürütülmesi ile arasında herhangi bir bağ bulunmayan kusurlu eylemleri de personelin şahsi kusuru olarak nitelendirilecektir¹⁷²². Bunların yanında, personelin kötü niyetle, salt karşı

¹⁷¹⁸ Yar.4.HD, 30.11.1998, E. 1998/6342, K. 1998/9531, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Aynı yönde öğretideki görüş için bkz. Ayhan Tekinsoy, "Anayasa Mahkemesinin Kamu Görevlilerinin Kişisel Sorumluluğu Konusundaki Yaklaşımının Muhtemel Sonuçları", **Ankara Barosu Dergisi**, 2013, S. 1, s. 26; Küçük, **age.**, s. 64. "Devletin sorumluluğunun diğer bir şartı da, zararın, memur ve diğer bir kamu görevlisi tarafından 'görevini yerine getirirken' ve 'görevle ilgili yetkilerini kullanırken' gerçekleştirilmiş olmasıdır. Şu halde görevin ifası 'Yetkinin kullanılması' ile gerçekleşen zarar arasında işlevsel (görevsel) bir bağ bulunmalı zarar, kamu görevi (kamu yetkisi) yerine getirilirken, bu görev ve yetki nedeni ile doğmuş olmalıdır. Memur ve diğer resmi görevlilerin kamu görevlisi sıfat ve kapasiteleri dışında özel bir kişi olarak, özel hukuk hükümlerine göre özel işlerini yaparken üçüncü kişilere verdikleri zarardan doğrudan doğruya kendileri sorumludur." (Yar. HGK, 01.02.2012, E. 2011/4-592, K. 2012/25, www.turkhukuk sitesi.com. Aynı yönde Yar.4.HD, 14.12.1985, E. 1985/7369, K. 1985/9399, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

¹⁷¹⁹ Kamu görevlisinin kusuru nedeniyle idare alyhine açılan davalarda kamu görevlisinin de hasım gösterilebileceğini savunan görüş için bkz. Sait Güran, "İdarenin ve Ajanının Sorumluluğunun Belirlenmesine İlişkin Düşünceler", **DD**, S. 34 - 35, 1979, s. 61.

¹⁷²⁰ Dan.10.D., 19.10.1999, E. 1997/3565, K. 1999/5224; Dan.10.D., 11.05.1983, E. 1982/2483, K. 1983/1106; Dan.10.D., 21.12.1995, E. 1994/5037, K. 1995/6647; Dan.10.D., 10.10.1996, E. 1995/934, K. 1996/5933; Dan.10.D., 13.11.1996, E. 1996/1091, K. 1996/7530, Dan.10.D., 15.06.1983, E. 1982/3852, K. 1983/1515; Dan.10.D., 06.10.1982, E. 1982/2613, K. 1983/1959; Dan.10.D., 16.01.1985, E. 1982/2908, K. 1985/26, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁷²¹ Truchet, **age.**, s. 278.

¹⁷²² "(...) Kamu hizmeti görevlilerinin, hizmet içinde eylemleri sonucu doğan zararların, zarara sebebiyet veren görevlinin şahsına mı, yoksa idareye mi raci olacağı konusunda bir ayırım yapılması gerekmektedir. Görevlinin tamamen kendi iradesi ile ve kasdi bir şekilde sebebiyet verdiği zararlarda fiil ile kamu hizmetinin yürütülmesi arasında herhangi bir bağ bulunmaması itibarıyla bu kabil zararlardan idarenin sorumlu tutulmayacağı tabii ise de (...)" (Dan.12.D., 21.10.1971, E. 1971/741, K. 1971/2319, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Aynı yönde Anayasa Mahkemesi içtihadına ilişkin bkz. AYM, 25.03.1975, E. 1974/42, K. 1975/62, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası. Bu kararında Anayasa Mahkemesi kişisel kusur kavramını "(...) kamu görevlilerinin açıkça ve kolayca hizmetten ayrılabilen tasarruf ve hatalarının kötü niyet ve maksatla ilgiliye zarar vermek veya kamu yararı dışında özel çıkar sağlamak için bilerek yani kasden yapılan işlem ve eylemlerle bağışlanamayacak ölçüde ağır kusur teşkil eden açık şekilde hukuka aykırı fiil ve muameleler" olarak tanımlayarak,

tarafa zarar vermek için¹⁷²³ kasten yaptığı kusurlu eylem ve işlemler¹⁷²⁴, yargı kararlarının uygulanmasından kaçınılması¹⁷²⁵, kamu hizmeti ile bağdaşmayacak ölçüde ağır kusur teşkil eden fiiller¹⁷²⁶ personelin şahsi kusuru olarak nitelendirilmektedir.

Öğretide *Sarıca* ise, kamu görevlisinin salt kişisel kusuru alanını genişleten bir tutum sergilemiş, kanuna ya da hiyerarşik üstün hukuka uygun emrine aykırı veya hiyerarşik üstün hukuka aykırı emrine uygun fiillerin de kamu personelinin salt kişisel kusuruna yol açacağını ve bu fiiller nedeniyle adli yargıda tazminat davası açılması gerektiğini ileri sürmüştür¹⁷²⁷. Kamu görevlisinin kişisel kusuru ve görev kusuru ayrımı kabul edilebilir olsa da müellif tarafından önceki Anayasa döneminde ileri sürülen bu görüşün, Anayasa'nın 129. maddesinde yer alan düzenleme ile bağdaştırılması güçtür.

kamu görevlilerinin görev kusurundan bağımsız ve özel hukuk hükümlerine tabi ayrı bir sorumluluk alanının bulunduğunu açıkça ortaya koymuştur.

¹⁷²³ 1998 tarihli bir kararında Yargıtay kişisel kusur kavramını, idare personelinin kin, hınc, düşmanlık ve benzeri duyguların etkisi altında kalarak işlediği fiiller olarak tanımlamıştır. (Yar. HGK, 11.02.1998, E. 1998/4-27, K. 1998/100, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

¹⁷²⁴ Yargıtay da bir kararında kamu görevlisinin ihmal suretiyle gerçekleştirdiği kusurlu eylemlerinden kaynaklanan zararlardan idarenin sorumlu tutulması gerektiğini, buna karşılık, kast şeklinde gerçekleşen kusurlu eylemlerden personelin şahsi kusurunun doğacağı yönünde hüküm kurmuştur. (Yar. HGK, 17.06.1998, E. 1998/10-457, K. 1998/510, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) “*Kamu görevlilerinin açıkça ve kolayca hizmetten ayrılabilen tasarruf ve hataları; kötü niyet ve amaçla ilgililere zarar vermek veya kamu yararı dışında özel çıkarlar sağlamak için, bilerek yani kasten yapılan işlem ve eylemlerle bağışlanmayacak ölçüde ağır kusur oluşturan açık biçimde hukuka aykırı eylem ve işlemlerden oluşur. Kamu personeli bilerek veya isteyerek yetkisini kötüye kullanır veya mevzuatta açık ve kesin olarak belirlenmiş bulunan görev ve yetki alanının aşar ya da yönetimin işlev alanının dışına çıkarsa, kişisel eylem ve kusur işlemiş ve kendi sorumluluğuna yol açmış sayılmaktadır.*” (AYM, 25.03.1975, E. 1974/42, K. 1975/62, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası)

¹⁷²⁵ Yayla, **age.**, s. 365; Tekinsoy, **agm.**, s. 39.

¹⁷²⁶ AYM, 25.03.1975, E. 1974/42, K. 1975/62, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası. Bu yöndeki Yargıtay kararı için bkz. Yar.4.HD, 23.10.2003, E. 2003/6623, K. 2003/12260, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi içtihadında hekimin tıbbi deontoloji kurallarına aykırı hareket etmesi, mazur görülemeyecek hata olarak nitelendirilmiş, bu hallerde doğrudan hekim aleyhine adli yargıda dava açılabilmesine karar verilmiştir. Bu doğrultuda Fransız Yargıtayı önüne gelen bir uyuşmazlıkta, doğum esnasında yangın çıkması üzerine hekimin hastayı yatağa bağlı şekilde bırakarak kaçması, salt kişisel kusur olarak nitelendirilmiş, hekim aleyhine tazminata hükmedilmiştir. (Yılmaz, **agm.**, s. 145.) Nitekim Fransız Yargıtayı, hizmetten ayrılabilir bir kişisel kusurun varlığının tespitinde, kusurun ağırlığının tek başına bir ölçüt olarak benimsenmemesi gerektiğini, söz konusu fiilin kamusal faaliyetten tamamen kopması durumunda kişisel kusurdan bahsedilebileceğini vurgulayarak, kendisine yapılan çağrıya rağmen gelmeyen icapçı hekimin kişisel kusurundan bahsedilemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. (Cass crim, 13.02.2007, no: 06-82.264, Bull. Crim. No: 45, **RSC**, 2007, s. 532, aktaran Esper / Sargos, **age.**, s. 5.)

¹⁷²⁷ Ragıp Sarıca, “İdare Ajan ve Memurlarının Şahsi Kusurlarından Dolayı Şahsen Mesul Tutulmalarının Hukuki Mesnetleri”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 15, S. 1, 1949, s. 41.

Öğretide bazı müelliflerin kabul ettiği şekilde¹⁷²⁸, kamu personelinin suç teşkil eden tüm fiillerinin kişisel kusur oluşturması ve bu fiiller nedeniyle adli yargıda dava açılabilceğinin kabulü yerinde değildir. Şöyle ki, özellikle sağlık hizmetlerinde kamu personelinin görevinin icrası sırasındaki kusurlu davranışlarının büyük bir kısmı, Türk Ceza Kanunu'nun 89. maddesinde düzenlenen taksirle yaralama suçunu oluşturmaya elverişlidir. Yargıtay da 2001 tarihli bir kararında, kamu görevlisi olan hekimin kusurlu fiili ile kişiye zarar vermiş olması nedeniyle ceza mahkemesinde yargılanmış ve ceza almış olması durumunda, Anayasa'nın madde 129/5 hükmündeki kamu görevlisini koruma amacının ortadan kalkacağını, zarar veren kamu görevlisinin kişisel sorumluluğu dolayısıyla, doğrudan adli yargıda dava açılabilceğini açıkça ortaya koymuştur¹⁷²⁹.

Dolayısıyla, sağlık personelinin suç teşkil eden fiillerinin tümünün kişisel kusur olarak değerlendirilmesi ve bu fiillerin idarenin kusur sorumluluğu alanının dışına çıkarılması, sağlık hizmetleri bakımından idarenin sorumluluğunu Anayasa'nın 129. maddesinin beşinci fıkrasında yer alan düzenlemeye aykırı şekilde sınırlandırılacaktır¹⁷³⁰. Bu nedenle, kanaatimizce kamu personelinin kişisel sorumluluk alanının, personelin yetkilerini bilerek ve isteyerek kötüye kullanması, kasten tıbbi standartlara aykırı hareket etmesi halleri ile sınırlı olarak belirlenmesi gerekir¹⁷³¹.

¹⁷²⁸ Günday, **age.**, s. 375; Kaplan, **agm.**; Atay, **age.**, s. 752; Ersöz, **agm.**, s. 928; Kıcılhoğlu, **age.**, s. 303; Yılmaz, **agm.**, s. 146.

¹⁷²⁹ "(...) davalı doktor kusurlu hareketiyle bireye zarar vermesi eylemi nedeniyle ceza mahkemesinde yargılanmış ve ceza almıştır. Doktor ceza mahkemesinde yargılanıp mahkum olduğuna göre artık Anayasa'nın 129/5 maddesinin uygulanacağına kuşku bulunmamaktadır. Ancak somut olay bu yönü ile de ele alındığında davalı doktor kusurlu hareketiyle bireye zarar vermesi eylemi nedeniyle ceza mahkemesinde yargılanmış ve ceza almıştır. Doktor ceza mahkemesinde yargılanıp mahkum olduğuna göre artık Anayasa'nın 129/5 maddesindeki memuru korumak amacı ortadan kalkmış, diğer taraftan da zarar gören kişi memura karşı kişisel sorumluluğa giderek dava açmıştır. Bu noktada sorunun anılan maddeye göre çözümlenmesi ötsel olmaktan çok biçimsel bir yorum olur. Yeri gelmişken şunu hemen ifade etmek gerekir ki, memurun kasıtlı eylemi ile taksirli eylemi arasında kişisel kusurun varlığı noktasında bir farklılık bulunmamaktadır. (...)” (Yar. HGK., 26.09.2001, E. 2001/4 – 595, K. 2001/643, aktaran Canbulat, **agm.**, s. 163, dn. 21.) Aynı yönde Yar.4.HD, 23.09.2003, E. 2003/4924, K. 2003/10461; Yar.13.HD, 19.04.2005, E. 2004/15895, K. 2005/6610, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁷³⁰ Yıldırım, **agm.**, s. 185.

¹⁷³¹ Aynı yönde Duran, **age.**, s. 106; Birtek, **agm.**, s. 104; Hancı, **agm.**, s. 1352; Kalabalık, **agm.**, s. 295; Gülel, **age.**, s. 43; Küçük, **age.**, s. 51; Yasin Söyler, “Yargıtay Kararları Işığında Kişisel Kusur”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIV, 2010, S. 2, s. 579. Yargıtay kararlarında da kasten işlenen fiiller bakımından kişisel kusurun kabul edilmesi ve uyumsuzluğun adli yargıda görülmesi gerektiği vurgulanmıştır. (Yar.4.HD, 28.03.2006, E. 2005/1946, K. 2006/3385, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

Daha yeni tarihli kararlarında ise Danıştay'ın, hizmet içinde veya hizmetle ilgili olan davranışlar bakımından görev kusuru - salt kişisel kusur ayrımını terk ettiği, hizmet içinde gerçekleşen kamu görevlisinin kişisel kusurlarında idarenin sorumluluğuna hükmettiği dikkat çekmektedir¹⁷³². Nitekim Danıştay, bir kamu görevlisinin görevi sırasında ve hizmet araçlarını kullanarak kasıtlı olarak dahi üçüncü kişilere zarar verdiği hallere hizmet kusurunun oluşacağına hükmetmiştir¹⁷³³. Buna karşılık, Danıştay bir kararında hekimin izinde olduğu bir zamanda ve başhekimliğe herhangi bir bildirimde bulunmaksızın kanunda öngörülen sürelerle aykırı şekilde gebeliğin sonlandırılmasına yönelik müdahalede bulunması sonucunda oluşan zararın hekimin salt kişisel kusuru olduğuna, bu sebeple söz konusu müdahale nedeniyle idarenin sorumlu tutulmaması gerektiğine karar vermiştir¹⁷³⁴. Bu karardan

¹⁷³² “Kamu görevlilerinin görevlerini yerine getirirken mevzuatın, üstlenilen ödevin ve yürütülen hizmetin kural, usul ve gereklerine aykırı olarak, kendilerine izafe edilebilecek boyutta ve biçimde, ancak gene de resmi yetki, görev ve olanaklardan yararlanarak onları kullanarak hareket ettikleri, (...) kusurları, sonuç olarak hizmetin yürütülmesi sırasında ortaya çıktığından, idare yönünden de hizmet kusurunu oluşturmaktadır. Başka bir deyişle, kamu görevlilerinin görev kusurları nedeniyle, yürütülen kamu hizmeti işlememekte, geç işlemekte ya da kötü işlemektedir.” (Dan.10.D., 20.10.1999, E. 1997/721, K. 1999/5266, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Aynı yönde öğretideki görüş için bkz. Günday, **age.**, s. 377; Medar, **agm.**; Güran, **agm.**, s. 63.

¹⁷³³ Dan.10.D., 20.04.1989, E. 1988/1042, K. 1989/857, **DD**, S. 76 – 77.

¹⁷³⁴ “(...) olay tarihinde doktor S.K.'nın yıllık izinde olduğu, şayet tıbbi bir müdahalede bulunulması ve bunun da hastanede yapılması gerekiyorsa hastane başhekimliğinden izin alınması gerektiği halde izin alınmadığı ve komuya dair herhangi bir onayın olmadığı, muayenehanesine gelen maktulenin 24 haftalık gebe olduğunu doktorun da kabul ettiği, yasalara göre anne ve babasının rızası ile yasal kürtajın 10 haftaya kadar olduğu, olayda, yasal kürtaj süresinin çok üzerinde olduğu, eğer tıbbi bir endikasyon varsa müdahale öncesi muhtemel sonuçların hastanın kendisine ve yakınlarına anlatılması ve sonrasında işleme rıza gösterdiklerine dair resmi yazı alınması gerektiği halde bu yönde herhangi bir işlem yapılmadığı, hastanın ex olması durumunda adli bir olay olması sebebiyle gecikmeksizin Cumhuriyet Savcılığına haber verilmesi ve yaralı ve delil niteliğindeki cesetten çıkarılan eşyanın adli makamlara teslim edilmesi gerekirken teslim edilmediği ve olayın ciddiyeti sebebiyle doktorun olay günü Şarkışla İlçesi'ni terkederek Sivas İli'ne gittiği, dolayısıyla, adli bir olayın gecikmesinde birinci derecede kusurlu olduğundan 657 Sayılı Kanun'un 125/B-a maddesinde belirlenen ‘... görev mahallinde kurumlarca belirlenen usul ve esasların yerine getirilmesinde...kusurlu davranmak’ fiilini işlediğinden bahisle kınama cezası ile cezalandırılması gerektiği teklifinin getirildiği ve idarenin herhangi bir kusurunun bulunmadığı kanaatine yer verildiği, Sivas 2. Ağır Ceza Mahkemesince Adli Tıp Kurumuna yaptırılan ve karar içerisinde alıntısına yer verilen raporda; olay tarihinde (...)’ün 24 haftalık gebe olduğu, 5-6 aylık çocuğu kürtaj yoluyla batın içerisinde göbek kordonunun kesilerek öldürüldükten sonra alet kullanıp dışarı çıkartıldığı, maktülün ölümünün ceninin aletle parçalanması sırasında oluşan uterus rüptürüne bağlı iç kanama sonucu meydana gelmiş olduğu ve hekimin eylemi ile ölüm arasında illiyet bağı bulunduğ, ceninin düşürülmesi ve gebeliğin sonlandırılması için tıbbi bir zorunluluğun bulunmadığının belirtildiğinin görüldüğü, bu durumda, doktor S.K.’nın 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 99/4.maddesindeki kadının ölümüne neden olan rızaya bağlı çocuk düşürme suçunu işlediğinin Mahkeme kararıyla da sabit olduğu, ölen (...) 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, 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

hareketle esas olarak terk edilen kişisel kusur – görev kusuru ayrımının Danıştay tarafından halen bazı istisnai hallerde uygulandığı söylenebilir.

Bir kararında ise Danıştay, gerek önceki ve gerek mevcut içtihadı ile tutarsız bir karar vererek, aynı kusurlu fiil nedeniyle hem doğrudan kamu görevlisi aleyhine adli yargıda dava açılabilceğini, hem de idari yargıda idarenin sorumluluğu bakımından hüküm kurulabileceğini kabul etmiştir. Uyuşmazlık konusu olayda, bir eğitim ve araştırma hastanesinde yapılan doğum sırasında, hekimin kusuru nedeniyle bebek oksijensiz kalarak kalıcı bedensel fonksiyon kaybına uğramıştır. Uğranılan zararın tazmini için hem adli yargıda hekim aleyhine, hem de idari yargıda Sağlık Bakanlığı aleyhine dava açılmıştır. Temyiz yoluyla önüne gelen uyuşmazlıkta Danıştay, her ne kadar somut olayda hizmet kusuru bulunsa da, aynı olay nedeniyle adli yargıda da dava açıldığı, Adli Tıp Kurumu raporu doğrultusunda hekim aleyhine tazminata hükmedildiği ve bu kararın kesinleştiğini vurgulayarak; Anayasa'nın 129. maddesi gereğince davanın asıl olarak idare aleyhine açılması ve idarenin ilgili hekime rücu hakkını kullanması gerektiğini gerekçe göstererek, idare aleyhine tazminatın mükerrerliğe yol açmayacak şekilde belirlenmesi gerektiğine karar vermiştir¹⁷³⁵. Başka bir deyişle mahkeme, hukuka aykırı şekilde adli yargıda açılan davada hekim aleyhine hükmedilen tazminat miktarının, idare aleyhine hükmedilecek meblağdan indirilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Bu kararıyla Danıştay, kamu görevlisinin yürütmekte olduğu faaliyet sırasında yol açtığı zararlar nedeniyle, ancak idare aleyhine dava açılabilceğine ilişkin düzenlemeye aykırı olan adli yargı kararını, hükmedilecek tazminat miktarının belirlenmesinde esas alarak, tamamen pragmatik amaçlarla Anayasa'nın 129. maddesine aykırı bir tutum sergilemiştir.

Kamu personelinin görev kusuru ile kişisel kusuru ayrımı Fransız hukukunda ise Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 30 Temmuz 1873 tarihli *Pelletier* kararından¹⁷³⁶ bu yana, idarenin sorumluluğunun kamu görevlisinin kişisel kusuru alanını daraltacak

kişisel kusurunun bulunduğu, dolayısıyla, idarenin hizmet kusurunun bulunmadığı ve olayın idare açısından tazmini gerektirir bir yönünün bulunmadığı sonucuna ulaşıldığı (...)" (Dan.15.D., 22.04.2016, E. 2013/4111, K. 2016/2803, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

¹⁷³⁵ Dan.15.D., 26.09.2013, E. 2013/9606, K. 2013/6422, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁷³⁶ Fransız hukukunda ise Fransız Danıştay tarafından verilen *Pelletier* kararında kamu görevlilerinin yalnızca hizmetle ilişkilendirilemeyen kusurlu faaliyetlerinden (*detachable de ses fonctions*) kişisel kusurunun oluşacağı, buna karşılık fiilin yürütülen kamu hizmeti sebebiyle yapılması durumunda ise, idarenin sorumluluğunun oluşacağı kabul edilmiştir. (Morand – Deviller, **age**, s.708.)

şekilde genişlemesi şeklinde bir gelişim göstermiştir¹⁷³⁷. *Laferriere* tarafından yapılan üçlü ayırım ise Fransız hukukunda halen geçerliliğini korumaktadır. Buna göre, kamu görevlilerinin kusurları üç şekilde gerçekleşebilmektedir. Birinci ihtimalde kusurlu fiil kamu hizmetinin tamamen dışında ve hizmetle tamamen ilgisizdir. Bu ihtimalde oluşan zarardan kamu görevlisi özel hukuk hükümlerine göre, kişisel olarak sorumludur¹⁷³⁸. İkinci ihtimalde, fiil kamu hizmetinin dışında olmakla birlikte, hizmetle ilişkilidir. Bu ihtimal kamu görevlisinin hizmete ait yetki veya araçları hizmetin dışında kullanması durumunda ortaya çıkmaktadır. Bu hallerde kişisel kusur ile hizmet kusurunun birleştiği kabul edilmekte (*cumul de responsabilité*), oluşan zararlardan idare de sorumlu tutulmaktadır. Üçüncü ihtimalde ise, fiil kamu hizmeti alanının içinde gerçekleşmekle birlikte, hizmetle ilişkili değildir. Kamu görevlisinin, hizmetin yürütülmesi sırasında şahsi saiklerle gerçekleştirdiği fiiller ile hizmetle ilişkisinin kopmasına yol açacak kadar ağır kusurlu fiiller bu kapsamda yer almaktadır. Bu hallerde de kamu görevlisinin kişisel kusurunun bulunduğu kabul edilmektedir¹⁷³⁹.

Ancak son iki ihtimal bakımından Fransız Danıştay'ın 3 Şubat 1911 *Anguet* kararıyla birlikte oluşturduğu yeni içtihadın uygulandığını ayrıca belirtmek gerekmektedir¹⁷⁴⁰. Şöyle ki, bu iki ihtimalde her ne kadar kusurlu fiil hizmetten ayrılrsa da, hizmet fiilden ayrılamamaktadır¹⁷⁴¹. Bu doğrultuda söz konusu iki ihtimalde zarara uğrayan kişinin ister adli yargıda kamu görevlisi aleyhine kişisel kusur sebebiyle, isterse idari yargıda idare aleyhine hizmet kusuru sebebiyle dava açma hakkı bulunmaktadır¹⁷⁴². Böylece Fransız Danıştay'ı bir yandan kusurlu kamu görevlisini şahsen sorumlu tutarken, diğer yandan bu kamu görevlisini seçen ve çalıştıran idarenin gözetim ve denetim yükümlülüğünü eksik yerine getirmesi

¹⁷³⁷ Seiller, *age.*, s. 290. Nitekim Fransız Yargıtayı da özellikle sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan sorumluluk hallerinde kişisel sorumluluk ihtimalini son derece dar yorumlamaktadır. (Laure / Anger, *age.*, s. 484.)

¹⁷³⁸ Vedel, *age.*, s. 351; Lachaume, *age.*, s. 793.

¹⁷³⁹ Rivero / Waline, *age.*, s. 264; Morand – Deviller, *age.*, s. 709; Frier / Petit, *age.*, s. 596; Seiller, *age.*, s. 287; Esper / Dupont, *age.*, s. 922; Memetau / Girer, *age.*, s. 661; Lambert - Faivre / Porchy – Simon, *age.*, s. 702.

¹⁷⁴⁰ CE, 03.02.1911, *Anguet*, n° 34922, Rec. Lebon, 1911; CE, 26.07.1918, *Lemonnier*, n° 49595 55240, Rec. Lebon, 1918; CE, 28.07.1951, *Delville et Laruelle*, n° 04032, Legifrance. gouv.fr

¹⁷⁴¹ Bu durum Léon Blum tarafından yukarıda tercüme ettiğimiz şekilde ortaya konulmuştur: “*La faute se détache peut être du service; c’est affaire aux tribunaux d’en décider; mais le service ne se détache pas de la faute.*” (Morand – Deviller, *age.*, s. 718.)

¹⁷⁴² Vedel, *age.*, s. 358; Rivero / Waline, *age.*, s. 263; Gaudemet, *age.*, s. 169; Frier / Petit, *age.*, s. 597; Seiller, *age.*, s. 287; Esper / Sargos, *age.*, s. 5.

nedeniyle sorumlu olacağını ortaya koymuştur. Böylece anılan hallerde zarara uğrayan bakımından ikili bir güvence sağlanmıştır.

Konuya ilişkin Yargıtay'ın güncel içtihadı da anılan ayrımı kabul etmemekte, kamu görevlilerinin görevleri sırasında işlemiş oldukları kusurlu fiiller nedeniyle yalnızca idari yargıda tam yargı davası açılabilceğini kabul etmektedir¹⁷⁴³.

Önceki tarihli kararlarında Yargıtay, kamu görevlilerinin kişisel kusurları nedeniyle doğrudan adli yargıda dava açılabilceğini, bu ihtimalde mahkemenin somut olaydaki eylemi değerlendirerek, salt kişisel kusur mu yoksa görev kusuru mu olduğunu tespit ederek hüküm kurması gerektiğini kabul etmekteydi¹⁷⁴⁴. Mahkemenin dava konusu eylemi görev kusuru olarak nitelendirmesi ihtimalinde dava reddedilecek, aksi durumunda dava görülerek tazminat talebine ilişkin hüküm kurulacaktır¹⁷⁴⁵. Bir kararında Mahkeme, kamu görevlisinin eyleminden kaynaklanan

¹⁷⁴³ “Sorun, kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken veya görevlerini yaparken, kişilerin zarar görmesi halinde, zarar görenin kamu görevlisinin şahsına karşı açtığı davada, kamu görevlisinin hizmet kusurundan ayrılabilen kişisel kast ve kusurunun araştırılmasına gerek olup olmadığı ve netice itibarıyla davanın esastan mı yoksa husumetten mi reddine veya kabulüne karar verileceği ve bu konuda yorum yolu ile sonuca ulaşmanın ve uygulama yapmanın mümkün olup olmadığına ilişkindir. Bu durumda, kamu görevlisinin görevini yaparken kusurlu davranışta bulunmasının hizmet kusuru mu yoksa hizmetten ayrılabilen kişisel kusuru mu olacağını tespiti gerekmektedir. Kamu kurumları kamu hizmeti yaparlar. Ancak kamu kurumları tüzel kişilik olduklarından ve bu kişilik maddi değil soyut bir kişilik olduğundan, kamu hizmetini bizzat yerine getiremezler. Kamu hizmeti, gerçek kişi konumunda olan kamu görevlileri ve bunların kullandıkları araç ve gereçlerle yerine getirilir. Bunun sonucu olarak, kamu görevlilerinin veya bunların kullandıkları araç ve gereçlerin kusur, ihmal ve hatalarından dolayı kamu hizmetinin yerine getirildiği sırada kişilerin zarar görmesi halinde meydana gelecek kusur kamu kurumunun hizmet kusurunu oluşturur. Burada, kamu görevlisinin hizmetten ayrılabilen kişisel kusurundan bahsetmek kesinlikle mümkün değildir. Kamu görevlisinin buradaki kusuru hizmet kusurunu oluşturur. Hizmetten ayrılabilen kişisel kusur ise kamu hizmeti ile ilgisi olmayan kamu görevlisinin özel hayatı ile tamamen özel tutum ve davranışlarından kaynaklanan bir kusurdur.

Konunun iyi anlaşılabilmesi için örnek vermek gerekirse: Sabahleyin aracı ile kamu hizmetini yapmak için çalıştığı hastaneye gelen doktorun, aracını park ederken kendisinden önce tedavi olmak için hastaneye gelmiş olan bir hastanın aracına çarpıp zarar vermesi halinde bu, doktorun kamu hizmetiyle alakalı olmayan kişisel kusurudur. Aynı doktorun aracını park ettikten, hastanedeki poliklinik odasına girdikten sonra görevi olan sağlık hizmeti ile ilgili yaptığı (teşhis, tedavi ve ameliyat gibi) eylemlerde bir kusur olursa bu kusur hizmet kusurudur.” (Yar.4.HD, 30.06.2011, E. 2011/6214, K. 2011/7671, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Aynı yönde karar için bkz. Yar.4.HD, 16.03.2011, E. 2010/9888, K. 2011/2680, Yar.4.HD, 01.11.2011, E. 2011/5994, K. 2011/11502, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁷⁴⁴ Yar.4.HD, 24.03.2009, E. 2009/951, K. 2009/4336; Yar.4.HD, 02.02.2007, E. 2006/1168, K. 2007/887, Bkz Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁷⁴⁵ Yar. HGK, 18.11.2009, E. 2009/448, K. 2009/545, Hukukmedeniyeti.org. Yar. HGK, 01.02.2012, E. 2011/4-592, K. 2012/25; Yar.4.HD, 23.05.1968, E. 1967/4325, K. 1967/4523; Yar.4.HD, 15.05.1970, E. 1969/5644, K. 1970/4549; Yar.4.HD, 14.01.1979, E. 1978/12904, K. 1979/146; Yar.4.HD, 13.05.1986, E. 1986/1995, K. 1986/4064; Yar. HGK, 18.11.2009, E. 2009/4-448, K. 2009/545, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. “(...) memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının, ancak idare aleyhine açılabilceği benimsenmiştir. Ne var ki, bu kural mutlak olmayıp; idari yetkilerin kullanılma alanı ile, eş anlatımla,

zararların tazminine ilişkin davalarda, adli yargı makamının davalı kamu görevlisinin salt kişisel kusurunun bulunup bulunmadığını değerlendirmesi gerektiğini kabul ederek, doğrudan husumet yokluğu nedeniyle davanın reddini hukuka aykırı bulmuştur¹⁷⁴⁶. Yargıtay bu dönemde verdiği bazı kararlarında ise, kamu görevi ile ilgili olan faaliyetler kapsamındaki kusurlu eylemler nedeniyle, doğrudan kamu personeline adli yargıda dava açılabileceğini kabul etmiştir¹⁷⁴⁷. Yargıtay'ın bu

idari işlem ve eylem niteliğini yitirmemiş davranışlar ile sınırlıdır. Özellikle, haksız eylemlerde; kamu görevlisinin, Anayasa'nın bu güvencesinden yararlanma olanağı bulunmamaktadır. Somut olayda, yukarıda adı geçen ve doktor olan davalıların kişisel kusuruna dayanılarak manevi tazminat isteminde bulunulmuştur. O nedenle, Anayasa'nın 129/5. maddesi hükmünün göz önünde tutulabilmesi söz konusu değildir. Mahkemece, işin esasının incelenmesi; davalıların kişisel kusurlarının bulunup bulunmadığının araştırılması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir. Açıklanan nedenlerle, yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir.” (Yar.4.HD, 14.06.2006, E. 2006/6510, K. 2006/7216, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Aynı yönde karar için bkz. Yar. HGK, 29.03.2006, E. 2006/4-86, K. 2006/111, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

¹⁷⁴⁶ Başka kararında da Mahkeme aynı tutumunu sürdürmüştür: “Anayasa m. 129/5'de; memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri - kusurlardan doğan tazminat davalarının, ancak idare aleyhine açılabilmesi benimsenmiştir. Ne var ki, bu kural mutlak olmayıp; idari yetkilerin kullanılma alanı ile, eş anlatımla, idari işlem ve eylem niteliğini yitirmemiş davranışlar ile sınırlıdır. Özellikle, haksız eylemlerde; kamu görevlisinin, Anayasa'nın bu güvencesinden yararlanma olanağı bulunmamaktadır. Somut olayda; davacı, (...) Hastanesinde sol el beşinci parmakta fonksiyon bozukluğu tanısı ile davalı Dr. (...) tarafından ameliyata alınmış ve genel durumunun iyi olduğu gerekçesi ile taburcu edilmiştir. Ameliyat sonrasında davacı ikinci, üçüncü ve dördüncü parmaklarını da kullanamaz hale gelmiştir. Dava dilekçesi ile, davalıların gereken dikkat ve özeni göstermedikleri belirtilerek Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulduğu ve takibatın devam ettiği belirtilmiştir. O halde davacının (...) açtığı davada şahsi kusura dayandığı anlaşılmaktadır. Mahkemece davalıların hizmet kusurundan ayrılabilen kişisel kusurunun bulunup bulunmadığı noktasında araştırma yapılmalı Adli Tıp Kurumundan kusur noktasında rapor alınmalı, Cumhuriyet Savcılığında devam etmekte olan soruşturma sonucu beklenmeli ve oluşacak sonuca göre hüküm kurulmalıdır.” (Yar.4.HD, 20.09.2007, E. 2007/8843, K. 2007/10537, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Ancak Yargıtay'ın konuya ilişkin çelişkili kararları da bulunmaktadır: “(...) personelin zarar doğuran eylem ve kusurunun göreve yabancı veya hizmetten ayrılabilen kişiye özgü bir eylem ve hata niteliğini taşıyıp taşımadığını inceleme ve takdir yetkisi ve görevi idari yargı yerine, yani Danıştay'a aittir. Kaldı ki 657 sayılı Yasa'nın 13. maddesi hizmet kusuru sayılması gereken davranışlar için bir yenilik getirmiş olmadığından, bu durumlarda kamu kuruluşu idari yargı önünde hesap vermek durumundadır.” (Yar.4.HD, 04.04.1979, E. 1979/2851, K. 1979/4299, aktaran Duran, **agm.**, s. 6.)

Uyuşmazlık Mahkemesi de bazı kararlarında aynı tutumu benimseyerek, kamu personeli hasım gösterilerek adli yargıda açılan davalarda, davanın esastan incelenerek reddedilmeyip, görevsizlik kararı verilmesinin hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir. Bir kararında Uyuşmazlık Mahkemesi, “Adliye Mahkemesinin görevsizlik kararı üzerine idari yargı merciinde yeniden açılan dava kamu tüzel kişilerinden herhangi birisi aleyhine değil de doğrudan doğruya kamu ajanları aleyhine açıldığına göre, idarenin bütünlüğü esasına istinaden 2577 sayılı Yasanın 15/c bendi uyarınca gerçek hasma tebligat suretiyle eksikliğin giderilmesi olanağı da yoktur. Bu durum karşısında davanın reddi gerekirken görevsizlik kararı verilmesi doğru değildir.” ifadeleriyle bu yöndeki tutumunu açıkça ortaya koymuştur. (UM, 18.05.1992, E. 1992/15, K. 1992/18; Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası) Uyuşmazlık Mahkemesi'nin bu yöndeki içtihadı için bkz. UM, 24.03.1997, E. 1997/15, K. 1997/14; UM, 08.07.1996, E. 1996/46, K. 1996/89, Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası)

¹⁷⁴⁷ “(...)Memur ve kamu görevlisi doktorla hasta arasında kabul edilen iki çeşit ilişki söz konusudur. Bunlardan ilki kamusal ilişkidir. Bu ilişkide memur olan doktor görevini yaparken bir takım idari kurullarla bağlıdır ve bu bağlılık hastayı tedavi zorunluluğunun kişinin rızasını gerektirmediği tıbbi el atmalar (...) ve tıbbi el atma ve yardımı gerektirmeyen rapor düzenlenmesi gibi hallerde söz konusudur. Bu gibi idari görev ve yetkilerini kullanırken doktor kusurlu eylemiyle bireylere zarar vermişse burada Anayasa'nın 129/5 maddesinin uygulanacağında kuşku bulunmamaktadır. Ancak somut olay bu yönü ile de ele alındığında davalı doktor kusurlu hareketiyle bireye zarar vermesi

içtihadı kamu görevlisinin salt kişisel kusuru alanını, Anayasa'nın 129. maddesi kapsamında düzenlenen görev kusuru ilkesini ortadan kaldıracak ölçüde genişletmektedir¹⁷⁴⁸. Şöyle ki, kamu görevlisinin gerek kast ve gerek ihmalinin söz konusu olduğu hallerde adli yargıda doğrudan tazminat davası açılması mümkün hale

eylemi nedeniyle ceza mahkemesinde yargılanmış ve ceza almıştır. Doktor ceza mahkemesinde yargılanıp mahkum olduğuna göre artık Anayasa'nın 129/5. maddesindeki memuru korumak amacı ortadan kalkmış, diğer taraftan da zarar gören kişi memura karşı kişisel sorumluluğa giderek dava açmıştır. Bu noktada sorunun anılan maddeye göre çözümlenmesi özel olmaktan çok biçimsel bir yorum olur. Yeri gelmişken şunu hemen ifade etmek gerekir ki, memurun kasıtlı eylemi ile taksirli eylemi arasında kişisel kusurun varlığı noktasında bir farklılık bulunmamaktadır. İkinci ilişki ise sözleşme ilişkisi olup, bunun üzerinde de durmakta yarar vardır. Kişinin yaşam ve sağlığı onun kişisel değerlerini oluşturur. Kişilik hakkının koruduğu bu değerlere el atılması ancak tıbbi tedavi amacıyla ve doktorla hasta arasında oluşturulan bir sözleşmeyle yani izinle mümkündür. Bir hastaya tedavi amacıyla yapılan el atma ve yardım bir özel hukuk ilişkisi olan vekalet sözleşmesinin varlığını gerektirir. Tıbbi yardımın yapıldığı yer, doktorun görev ve sıfatı sonucu değiştirmeyeceği gibi doktor nerede ve ne sıfatla olursa olsun tıbbi el atma ve yardım yapma yetkisini kamu kurallarından değil hasta ile yaptığı özel hukuk sözleşmesinden alır. En önemlisi tedavi sırasında uygulanan kural ve yöntemleri idare hukuku değil tıp bilimi belirlemiştir ve tüm doktorlar tıbbi yardım yaparken öncelikle bu kurallarla bağlıdırlar. (...) doktorla hasta arasındaki sözleşme ilişkisi kurulduktan sonra Anayasa'nın 129/5. maddesinin uygulanmaması ve doktora karşı doğrudan dava açılabilme olanağının varlığının kabulü gerekir. Çünkü zarar, memur ya da kamu görevlisi olan doktorun idari yetkilerini kullanırken değil tıp bilimi kurallarına göre yapılan tıp san'atının uygulanması sırasında meydana gelmektedir. Burada doktor özel hukuk sözleşmesine aykırı davranan kişi durumundadır. (...) Görülmektedir ki hangi açıdan bakılırsa bakılsın, ilişki ister kamusal ister akdi kabul edilsin her iki halde de davalı doktorun görevinden ayrılabilir nitelikte salt kişisel kusurunun somut olayda ağır bastığı sonucuna varılmaktadır. (...) Tüm bu açıklamalar ışığında mahkemece davalı doktorun eyleminin görevinden ayrılabilir bir eylem olmadığı, bu nedenle hakkında dava açılmayacağı, husumet ehliyetinin bulunmadığı gerekçesiyle verilen direnme kararı usul ve yasaya aykırı olup, bozulması gerekmiştir." (Yar. HGK, 26.09.2001, E. 2001/4-595, K. 2001/643, Kanunum İçtihat Bilgi Bankası) Nitekim öğretide de bu yaklaşımı savunan görüşler de bulunmaktadır. (Günday, *age.*, s. 109.) Aynı yönde Yargıtay kararı için bkz. Yar.4.HD, 07.02.2008, E. 2007/4492, K. 2008/1284, aktaran Demirkaya, *agm.*, s. 84, dn. 55; Yar.4.HD, 17.02.2005, E.2005/959, K. 2005/1401, aktaran Sarp, *agm.*, s. 51; Yar.4.HD, 23.10.2001, E. 2001/7908, K. 2001/10071; Yar. HGK, 31.10.2007, E. 2007/4-800, K. 2007/797; Yar. HGK, 15.11.2000, E. 2000/4-1650, K. 2000/1690; Yar.HGK., 11.02.1998, E. 1998/27, K. 1998/100; Yar. HGK, 18.11.2009, E. 2009/4-448, K. 2009/545; Yar.HGK, 28.11.2001, E. 2001/4-661, K. 2001/1074; Yar.HGK, 04.02.2009, E. 2005/4-650, K. 2009/711; Yar.4.HD, 08.07.2003, E. 2003/4358, K. 2003/9047; Yar.4.HD, 25.11.2004, E. 2004/14472, K. 2004/13410; Yar.4.HD, 06.05.2008, E. 2007/7855, K. 2008/6363; Yar.4.HD, 16.12.2008, E. 2008/4001, K. 2008/15365, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Aynı yöndeki Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı için ayrıca bkz. Yar. İBGK, 22.10.1979, E. 1978/7, K.1979/2, aktaran Tekinsoy, *agm.*, s. 37. Uyuşmazlık Mahkemesi'nin kamu personelinin görev kusuru bulunan hallerde adli yargıda dava açılması durumunda davanın husumetten reddedilmeyerek esastan görülmesi gerektiğine ilişkin kararı için bkz. UM, 05.06.2006, E. 2006/26, K. 2006/75, Uyuşmazlık Mahkemesi İçtihat Bilgi Bankası. Bu içtihadı yönelik Anayasa Mahkemesi'nin değerlendirmelerine ilişkin olarak bkz. AYM, BB, *Ahmet Sevim*, BN. 2013/474, T. 09.09.2015; AYM, BB, *İlker Başer* ve Diğerleri, BN. 2013/1943, T. 09.09.2015, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası. Ancak bu dönemde Yargıtay'ın söz konusu hallerde davanın husumet yokluğundan reddedilmesi gerektiği yönünde verdiği kararları da bulunmaktadır. (Yar.4.HD, 30.11.2000, E. 2000/7989, K. 2000/10883; Yar.4.HD, 14.11.2006, E. 2005/14392, K. 2006/12225; Yar.4.HD, 29.01.2008, E. 2007/6 K. 2008/755, Yar.13.HD, 19.04.2005, E. 2004/15895, K. 2005/6610; Yar.13.HD, 10.06.2002, E. 2002/5171, K. 2002/6918, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.)

¹⁷⁴⁸ Yargıtay'ın bu tutumunu eleştiren *Bayındır*, kamu görevlisinin az ya da çok kusurlu olmasının, ceza mahkemesinde yargılanmasının, hatta mahkum olmasının dahi öneminin olmadığını vurgulayarak, kusuru ağır dahi olsa kamu görevlisi aleyhine adli yargıda dava açılmayacağını, kusurun ağırlığının kamu hizmetinden ayrışma bakımından geçerli bir neden oluşturmayacağını savunmuştur. (*Bayındır*, *age.*, s. 579.)

gelmektedir. Kamu görevlisinin ancak açıkça hizmetten ayrılabilen ve kişiselleşen kusurlu eylemi ile zarara neden olması durumunda adli yargıda dava açılabilceğinin kabulü kanaatimizce daha isabetli olacaktır¹⁷⁴⁹.

Daha yeni tarihli kararlarında ise Yargıtay, kamu görevlisinin kişisel kusurunun dava konusu edildiği durumlarda da idareye hizmet kusuruna dayalı olarak dava açılması gerektiğini, hizmet kusuru bulunup bulunmadığını belirleme yetkisinin idari yargıya ait olduğunu kabul ederek, adli yargıda dava açılması ihtimalinde husumet yokluğu sebebiyle davanın reddi kararı verilmesi yönünde hüküm kurmuştur¹⁷⁵⁰. Kararının gerekçesinde Mahkeme, Anayasa'nın 129. maddesi

¹⁷⁴⁹ Bu ihtimalin kabulü halinde ortaya çıkabilecek bir sorun da zarar gören kişinin adli yargıda kamu görevlisi aleyhine kişisel kusur nedeniyle dava açması ve davanın kabulü halinde, tazminat ödemek zorunda kalan kamu görevlisinin, söz konusu zararın hizmet kusurundan kaynaklandığı gerekçesiyle idari yargıda dava açmasının mümkün olup olmadığı hususudur. Başka bir ifadeyle, adli yargıda kişisel kusur nedeniyle tazminat ödemesine hükmolunan kamu görevlisinin söz konusu zararın hizmet kusurundan kaynaklandığını ileri sürerek idari yargıda tam yargı davası açıp açamayacağı konusudur. Bu ihtimale ilişkin olarak *Bayındır*, adli yargının kişisel kusur nedeniyle kendini görevli kabul ettiği uyumsuzluklar sonucunda tazminat ödeyen kamu görevlisinin, idarenin sorumlu olduğu gerekçesiyle idari yargıda tam yargı davası açmasının mümkün olduğunu ileri sürmektedir. (Bayındır, *age.*, s. 585.) Sağlık hizmetleri kapsamında zararların kamu personelinin kusurunun yanı sıra, bizzat hizmetin kusurlu olmasından da kaynaklanabileceği yönünde yukarıda yaptığımız ayırım doğrultusunda, özellikle organizasyon, personel yetersizliği gibi, zararın doğrudan hizmetin kusurlu olması haliyle birleşen kamu görevlisinin kusurundan kaynaklanması halinde, kamu görevlisi zararın tümünden sorumlu olmayıp, yalnızca kendi kusuru kapsamında sorumlu tutulacaktır. Nitekim, bu ihtimalde idari yargıda açılacak tam yargı davası sonucunda tazminata hükmedilmesi halinde, kamu görevlisine yalnızca kendi kusuru oranındaki zarar idare tarafından rücu edilebilecektir. Bu nedenle, adli yargıda açılan tazminat davası sonucunda zararın tümünü ödemek zorunda kalan kamu görevlisinin, idare aleyhine tam yargı davası açmasının mümkün olduğu kanaatindeyiz.

¹⁷⁵⁰ Yar.4.HD, 07.03.2012, E. 2012/2639, K. 2012/3652, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. "SSK Hastanesi'nde, davalılardan Davut tarafından ameliyat edildiği sırada damarlarının kesilmesi nedeniyle kanamanın durdurulamaması sonucu kaldırıldığı başka bir hastanede öldüğü belirtilerek uğranılan zararın ödetilmesini istemişlerdir. Dava dilekçesindeki bu anlatım biçimine göre davacının, davalı idarenin hizmet kusuruna dayanarak dava açtığı anlaşılmaktadır. (...) idarenin hizmet kusuru niteliğindeki eylemleri nedeniyle meydana gelen zararlarından dolayı idareye karşı, idari yargı yerinde tam yargı davası açılması gerekir. O halde, yargı yolu bakımından mahkemenin görevsizliği nedeniyle dava dilekçesinin reddedilmesi gerekirken işin esası hakkında inceleme yapılarak davanın esastan reddedilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir." (Yar.4.HD, 08.07.2008, E. 2008/5432, K. 2008/9410, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); "Anayasa'nın 129/5 maddesi ile 657 sayılı Devlet Memurları Yasası'nın 13. maddesinin Borçlar Yasası'nın 41/1 maddesi ışığında yorumlayarak kamu görevlileri aleyhine kişisel kast ve kusurlarının varlığı halinde Adli Yargı'da dava açılabilceğinin kabulü mümkün değildir. Zira: Borçlar Yasası'nın 41/1 maddesi genel bir hüküm olup, yine genel olarak 'zarar ika eden şahsı' esas almış olup, kamu görevlisi veya memurdan bahsetmemektedir. Yukarıda açıklanan Anayasa'nın 129/5 ile 657 sayılı Devlet Memurları Yasası'nın 13. maddesi karşısında Borçlar Yasası'nın 41/1 maddesi esas alınarak kamu görevlilerinin kast ve kusurlarından dolayı kamu görevlileri aleyhine dava açılabilceğinin yorum yoluyla kabul edilmesi de mümkün değildir. Anayasa'nın 129/5 maddesiyle 657 sayılı Devlet Memurları Yasası'nın 13. maddesi, yorum gerektirmeyecek kadar açık, net ve amirdir. Diğer yandan yasalar iptal edilmedikçe veya değiştirilmedikçe yürürlükte dir. Ve mevcut hükümleri ile uygulanmaları gerekir. Yargı, uygulamaları ve bir kısım sosyal ihtiyaçlar nedeni ile yasaların yetersizliği veya değiştirilmesi gerektiği düşünce ve kanaatinde olsa dahi, yorum yolu ile yürürlükteki Anayasa ve yasa maddelerini uygulamayarak atıl bırakamaz. Yorum yolu ile Anayasa ve Yasalara aykırı uygulama yapamaz ve karar veremez. İhtiyaç varsa yeni yasal düzenlemeler yapılabilir. Ve yasal düzenleme

ve Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesinde yer alan düzenlemelerin Borçlar Kanunu'nun haksız fiile ilişkin düzenlemelerine nazaran özel kanun niteliğinde olduğunu vurgulamış, anayasal ve kanuni düzenlemede kamu görevlilerinin görevleriyle ilişkili eylemleri nedeniyle yol açtıkları zararlardan görev kusuru, kişisel kusur ayrımı yapılmaksızın idarenin sorumlu tutulduğunu, yargı kararı ile söz konusu düzenlemelere aykırı bir durumun yorum yoluyla yaratılmasının mümkün olmadığını ortaya koymuştur. Ayrıca mahkeme, kamu görevlisinin, hizmet içinde veya hizmetle ilgili olmak üzere tutum ve davranışının suç oluşturması ya da hizmeti yürütürken ağır kusur işlemesi hallerinin, yönetimin gözetim ve iyi eleman seçme yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle, hizmet kusuru olarak değerlendirilmesi, açılacak davanın idareye yöneltilmesi gerektiğini kabul etmektedir.¹⁷⁵¹

yapma yetki ve görevi T.B.M.M.'ne aittir. Sonuç olarak kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kasıtlarından ve kusurlarından dolayı doğan tazminat davalarında kamu görevlilerinin aleyhine değil ANCAK kamu idaresi aleyhine dava açılabilmesinin kabulü gerekir. Davaya konu edilen olayda davalı doktorun görevi sırasında gerekli tedaviyi uygulamadığı iddiasıyla tazminat istendiğine göre davanın husumetten reddine karar verilmesi gerekir.” (Yar.4.HD, 30.06.2011, E. 2011/6214, K. 2011/7671, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Bu yöndeki Yargıtay içtihadı için ayrıca bkz. Yar.4.HD, 04.06.1981, 1981/7226, K. 1981/8081; Yar.13.HD, E. 2002/5171, K. 2002/6918; Yar. HGK, 26.09.2001, E. 2001/4-595, K. 2001/643; Yar.4.HD, 26.06.2002, E. 2002/3974, K. 2002/8071; Yar.4.HD, 10.03.2003, E. 2002/12424, K. 2003/3216; Yar.4.HD, 24.01.2012, E. 2010/12270, K. 2012/765, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁷⁵¹ “(...) kamu görevlisinin, hizmet içinde veya hizmetle ilgili olmak üzere tutum ve davranışının suç oluşturması ya da hizmeti yürütürken ağır kusur işlemesi veya düşmanlık, siyasal kin gibi kötü niyetle bir kişiye zarar vermesi halinde dahi bu durum, aynı zamanda yönetimin gözetim ve iyi eleman seçme yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle hizmet kusuru da sayılmalı ve bu nedenle açılacak dava İdareye yöneltilmelidir. Tüm bu açıklamalar göstermektedir ki, kişilerin uğradığı zararla, zarara sebebiyet veren kamu personelinin yürüttüğü görev arasında herhangi bir ilişki kurulabiliyorsa orada görevle ilgili bir durum var demektir ve bu tür davranışlar kasten veya ihmalen işlenmesine bakılmaksızın, kamu personelinin hizmetten ayrılamayan kişisel kusurları olarak ortaya çıkmakta ve bu husus, 657 sayılı Yasanın 13 üncü maddesindeki ‘kişilerin kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlar’ ibaresinde ifadesini bulmaktadır. (...) kamu personelinin mali sorumluluğunu çözmek İçin ‘hizmet kusuru’ ve ‘kişisel kusur’ ayrımına gidilmiş olmasının yerinde olmadığı, zira yasada böyle bir unsur bulunmayıp; bunun tamamen idare ile memur arasında görülecek rücu davasının sorunu olduğu; öte yandan, Anayasa’nın 129/5 maddesinde sayılan görevlinin görevini yerine getirirken veya yetkilerini kullanırken kasten işlediği eylemin bu koruma altına girip girmeyeceğine ilişkin olarak da, yasanın ‘kusur’ ifadesi kullanması karşısında eylemin kasten veya ihmalen işlenmesine bakılmaksızın idarenin sorumluluğuyla güvence altına alındığı, ceza mahkemesinde yargılanmasının hatta ceza almasının dahi öneminin bulunmadığı, bunun da ancak rücu davasında dikkate alınacağı; sonuçta, memur ve kamu görevlisinin görevi sırasında hizmet araçlarını kullanarak yaptığı eylem ve işlemlerine ilişkin kişisel kusurunun kasti suç niteliği taşısa bile hizmet kusuru oluşturacağı bu nedenle açılacak davanın idare aleyhine açılması gerektiği; görev yapılan yerde dahi olsa memur ve kamu görevlisinin yaptığı iş ile ilgisi olmayan eylemlerin varlığı halinde ise bu eylemden memurun kişisel olarak sorumlu tutulacağı, bu nedenle açılacak davaların da ancak adli yargıda ve kamu görevlisi veya memur aleyhine açılabilmesi (...) davalı doktorun görevi sırasında kanamalı ve acil durumda olduğu halde destekleri olan hastaya müdahalede bulunmayıp, dış gebelik olan başka bir hastayla ilgilendiği; böylece, dikkatsizlik ve tedbirsizliği nedeni ile desteğin ölümüne neden olduğu iddiasıyla ve doktoru hasım göstererek eldeki tazminat davasını açmışlardır. (...) husumetin de idareye yöneltilmesi gerekir.” (Yar. HGK, 01.02.2012, E. 2011/4-592, K. 2012/25, Turkhukuksitesi.com. (Erişim: 14.11.2017.)) Yargıtay’ın önceki içtihadının geçerli olduğu 2009 tarihli

Uyuşmazlık Mahkemesi ise sağlık hizmetlerinin yürütülmesinde, kamu personelinin görev ve yetkilerini kullanması sırasında yol açtığı zararlardan, idarenin hizmet kusuru kapsamında sorumlu tutulmasına¹⁷⁵²; buna karşılık görev, yetki ve resmi sıfattan ayrılabilen, suç biçimine dönüşerek idari olma niteliğini yitiren zararların Anayasa'nın 129. maddesinin koruması dışında kaldığına, bu faaliyetler nedeniyle adli yargıda, kamu personeli aleyhine dava açılabilmesine karar vermiştir¹⁷⁵³. Bu durumda salt kişisel kusurun varlığını tespit eden mahkeme, kamu görevlisi hakkında tazminata hükmedecek, zararın hizmet kusurundan kaynaklandığının tespit edilmesi ihtimalinde ise davanın reddedilmesine karar verecektir. Bu içtihat Yargıtay'ın önceki dönemde verdiği kararlarla benzeşmektedir.

Daha yeni tarihli kararlarında ise Mahkeme'nin tıpkı Yargıtay'da olduğu gibi görüş değiştirdiği görülmektedir. Kararında Mahkeme bir kamu görevlisinin verdiği

bir kararının karşı oy yazısında da aynı hususa işaret edilerek davanın husumet yönünden reddedilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. (Yar. HGK, 18.11.2009, E. 2009/4-448, K. 2009/545, Kazancı İtihat Bilgi Bankası)

¹⁷⁵² UM, 28.04.2003, E. 2003/16, K. 2003/23; UM, 26.12.2005, E. 2005/65, K. 2005/114, Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası.

¹⁷⁵³ “Bir kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında kişilere verilen zarar, kamu görevlisinin görevinde kullandığı yetkilerden ve resmi sıfatından ayrılmıyor, aksine bunlarla sıkı sıkıya ilgili ve bağlantılı biçimde doğuyor ise, personel bakımından ‘görev kusuru’ olarak tanımlanan bu kusurun, idare yönünden nesnel nitelik taşıyan ‘hizmet kusuru’ kapsamında idare hukuku esaslarına tabi olduğu, gerek öğretide gerekse yerleşik yargısal içtihatlarla kabul edilmiş bulunmaktadır. Nitekim, Anayasa'nın 125. maddesinin son fıkrasında, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu kuralına yer verildikten sonra, 129. maddesinin beşinci fıkrasında, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilmesine işaret edilmiştir. Bu düzenleme ile, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken kusurlu davrandıklarından bahisle haklı ya da haksız olarak yargı mercileri önüne çıkarılmasını önlemek ve kamu hizmetinin sekteye uğratılmadan yürütülmesini sağlamak suretiyle kamu düzenini korumak amaçlanmıştır; aynı zamanda, zarara uğrayan kişi bakımından, memurlar veya diğer kamu görevlilerine oranla ödeme gücü daha yüksek olan bir sorumlu (idare) muhatap kılınmıştır. Buna göre, kural olarak, kamu görevlisinin görev ve yetkilerini kullandığı sırada doğan zararın giderilmesi istemiyle, görev kusurunu kapsayan hizmet kusuru esasına dayanılarak, idari yargıda ve ancak idare aleyhine dava açılabilir; yargı yerince tazminle yükümlü tutulması halinde idare, ilgili yasa kurallarının gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, sorumlu personeline rücu edebilecektir. Buna karşılık, kamu görevlisinin görev ve yetkilerinden, resmi sıfatından ayrılabilen; başka bir anlatımla, suç biçimine dönüşerek idari olma niteliğini yitiren eylem ve işlemlerinin, yukarıda belirtilen Anayasal korumanın dışında kaldığını ve dolayısıyla, doğrudan doğruya kamu görevlisine karşı şahsi kusuruna dayanılarak adli yargı yerinde tazminat davası açılabilme olanağı bulunduğunu da belirtmek gerekir. Olayımızda, adli yargı yerinde, tazminatın konusunu oluşturan zararın davalı doktorun kişisel kusurundan doğduğu iddiasıyla doğrudan doğruya doktora karşı dava açıldığı, idarenin sorumluluğunu gerektiren bir görev ya da hizmet kusurundan söz edilmediği anlaşılmıştır.” (UM, 05.06.2006, E. 2006/26, K. 2006/75, Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası. Aynı yönde karar için bkz. UM, 07.03.2011, E. 2010/107, K. 2011/39, Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası) Uyuşmazlık Mahkemesi bu yöndeki değerlendirmelerine 1961 Anayasası döneminde vermiş olduğu kararlarında yer vermiştir. (UM, 18.10.1978, E. 1978/30, K. 1978/32; UM, 11.04.1979, E. 1979/49, K. 1979/80, Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası)

zararda idarenin hizmet kusuru olup olmadığının tespitinin yetkili ve uzman olan idari yargı yerince yapılması gerektiğini ortaya koymuştur¹⁷⁵⁴. Bu durumda zararın hizmet kusurundan mı yoksa kişisel kusurdan mı kaynaklandığını tespit edecek yargı kolu idari yargıdır. Ancak hizmet kusurunun bulunmadığının idari yargı makamınca tespit edilmesi durumunda adli yargıya başvurulması mümkün olacaktır. Önüne gelen başka bir olumsuz görev uyuşmazlığında Uyuşmazlık Mahkemesi, kamu idaresi olan üniversite hastanelerinde görev yapan sağlık çalışanlarının, sağlık hizmetini gereği gibi yürütmediğinden kaynaklanan uyuşmazlığın çözümünde, doğrudan kamu görevlisine kişisel kusur kapsamında dava açılmasının mümkün olmadığına, kamu hizmetinin yöntemine ve hukuka uygun olarak yürütülüp yürütülmediğinin, hizmet kusuru veya başka nedenle idarenin sorumluluğu bulunup bulunmadığının idari yargıda saptanması gerektiğine hükmetmiştir¹⁷⁵⁵.

Anayasa Mahkemesi'nin 2015 tarihli bir bireysel başvuru kararı ise, Yargıtay tarafından 2012 yılından önce benimsenmekte olan içtihadın¹⁷⁵⁶ yeniden gündeme gelmesine sebep olmuştur. Kararında Yüksek Mahkeme, kamu hastanelerinde yürütülen sağlık hizmeti sırasında hekimin kusuru nedeniyle zararın oluşması durumunda hastanın seçimlik bir hakkının bulunduğunu, ister vekalet sözleşmesi hükümlerine dayanarak adli yargıda tazminat davası, isterse idarenin kusur sorumluluğuna dayanarak idari yargıda tam yargı davası açabileceğini kararında

¹⁷⁵⁴ “(...) davalı idarenin kamu hizmetini yürüttüğü sırada kişilere verdiği zararın tazmini istemiyle açılan bu davada, kamu hizmetinin yöntemine ve hukuka uygun olarak yürütülüp yürütülmediğinin, hizmet kusuru veya başka nedenle idarenin sorumluluğu bulunup bulunmadığının saptanması gerekmektedir. Bu hususların saptanması ise idare hukuku ilkelerine göre yapılabileceğinden, 2577 sayılı Yasa'nın 2. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi kapsamında bulunan tam yargı davasının görüm ve çözümünde idari yargı yerleri görevlidir.” (UM, 22.10.2018, E. 2018/410, K. 2018/564, RG. 20.11.2018.)

¹⁷⁵⁵ UM, 24.12.2012, E. 2012/283, K. 2012/294, Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası. Aynı yönde, UM, 04.04.1997, E. 1997/16, K. 1997/15, RG. 18.05.1997, S. 22993; UM, 15.11.1993, E. 1993/42, K. 1993/41, RG. 15.12.1993, S. 21789.

¹⁷⁵⁶ “personelin kişisel kusurları ile kişilere verdiği zarardan kendilerinin sorumlu olmaları ve tazminat borçlarını doğrudan doğruya ödemeleri Anayasa gereğidir. Bunun tersini düşünmek başka bir deyişle bu gibi hallerde zararı idareye ödetirmek ve idareye rücu hakkı tanımak Anayasa'nın 125. maddesiyle güdülen ereğe aykırı düşer. (...) Kamu görevlilerinin, açıkça ve kolayca hizmetten ayrılabilen tasarruf ve hatalarının kötü niyet ve maksatla ilgiliye zarar vermek veya kamu yaran dışında özel çıkarlar sağlanmak için bilerek yani kasten yapılan işlem ve eylemlerle bağışlanamayacak ölçüde ağır kusur teşkil eden açık şekilde hukuka aykırı fiil ve muamelelerden ibaret olduğu (...) kamu personeli bilerek ve isteyerek yetkisini kötüye kullanır veya mevzuata açık ve kesin olarak belirlenmiş bulunan görev ve yetki alanını ve sınırlarını aşar yahut idarenin işlev alanı dışına çıkarsa, kişisel eylem ve kusur işlemiş ve kendi sorumluluğuna yol açmış sayılmaktadır.” (AYM, 25.03.1975, E. 1974/42, K. 1975/62, RG. 03.06.1975, S. 15254.)

açıkça ortaya koymuştur¹⁷⁵⁷. Bu karar Yargıtay'ın yukarıda açıklanan güncel içtihadı ile Danıştay'ın yerleşik içtihadı ile açıkça çelişmektedir. Öte yandan, Anaayasa'nın 129. maddesi ile Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesinde yer alan düzenlemeler, böyle bir yorumun açıkça önünü kapatmaktadır. Sözügeçen kararın, Yargıtay'ın 2012 yılı öncesi çelişkili içtihadına geri dönüşe sebep olabileceğinden bahisle, isabetli olmadığı kanaatindeyiz.

Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesinin yorumuna ilişkin olarak öğretideki görüşler temelde ikiye ayrılmaktadır. İlk görüşe göre, kamu görevlilerinin görevleriyle ilişkili olarak üçüncü kişilere zarar vermeleri durumunda, şahsi kusurları nedeniyle sorumlulukları tamamen ortadan kalkmış olup, söz konusu zararlar nedeniyle yalnızca idare aleyhine tam yargı davası açılabilir. Dolayısıyla, kamu göreviyle ilişkili eylemleriyle üçüncü kişilere zarar veren kamu görevlisine adli yargıda, özel hukuk hükümlerine tabi olarak dava açılmayacak, söz konusu davanın muhatabı her ihtimalde ve yalnızca idare olacaktır¹⁷⁵⁸. İkinci görüş ise, Kanun'un 13. maddesi kapsamına giren durumlarda kamu görevlisinin şahsi kusurunun tamamen ortadan kalkmadığını, ancak büyük ölçüde daraldığını savunmaktadır¹⁷⁵⁹. Bu görüşe göre, kamu görevlisinin yürüttüğü hizmetle ilgili olan kusurlarından idare sorumlu tutulacak, hizmet sırasında, ancak hizmet ile ilgili

¹⁷⁵⁷ AYM, BB, *Kenan Sayın*, 14.10.2015, BN. 2013/5376, T. 14.10.2015, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası.

¹⁷⁵⁸ Balta, *age.*, s. 339; Yıldırım Uler, *İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1970, s. 139. *Avcı*, kamu hizmeti içinde ya da hizmetle ilgili olarak kamu görevlisinin fiilinin kişisel saiklerle gerçekleştirilmesi, konusunun suç teşkil etmesi ya da kasıtlı olarak yapılması gibi hizmetle bağının zayıfladığı hallerde dahi idarenin sorumluluğunun ortadan kalkmayacağını, personeli üzerinde denetim ve gözetim yükümlülüğünü yerine getirmemiş olan idarenin sorumlu tutulacağını ileri sürmektedir. (*Avcı*, *agm.*, s. 120.) *Güran*, kamu görevlilerinin faaliyetlerinin görevinden, yetkilerinden, hizmet araç ve gereçlerinden, resmi sıfatından tam ve mutlak surette ayrılan faaliyetler ve ayrılamayan faaliyetler olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmesi gerektiğini savunmaktadır. Buna göre resmi sıfattan mutlak suretle ayrılan faaliyetler bakımından kamu görevlisi salt şahsi kusurundan dolayı sorumlu tutulacakken, resmi sıfatla herhangi bir bağ bulunan faaliyetlerden idare asli surette sorumlu olacaktır. (*Güran*, *agm.*, s. 79.)

¹⁷⁵⁹ Onar, *age.*, s. 1207; Akyılmaz, *age.*, s. 75; Akyıldız / Özkan, *age.*, s. 554; Tekinsoy, *agm.*, s. 43; Mahmut Gökpınar, "Danıştay Kararlarında Hizmet kusuru – Kişisel Kusur", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 80, S. 5, 2006, s. 1943. *Duran* 1982 Anayasası'nın yapımı sürecinde Milli Güvenlik Konseyi'nin 129. maddeye ilişkin saikinın kamu personelinin üçüncü kişilere karşı sorumsuz olması ve korunması olduğunu vurgulamakla birlikte, söz konusu düzenlemenin lafzının 1961 Anayasası döneminde olduğu gibi, kamu görevlisinin hizmet kusuru ve salt kişisel kusuru olmak üzere ikili bir ayrımaya yol açtığını ortaya koymuştur. Nitekim 657 sayılı Kanun'dan da kaynaklanan bu ikili ayrımın göz ardı edilmesinin Anayasa'nın 137. maddesinde yer alan kanunsuz emir düzenlemesi ile 125. maddesi yönünden aykırılıklara ve birtakım sakıncalı sonuçlara yol açabileceğini belirtmiştir. (Lütfi Duran, "Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu", *Amme İdaresi Dergisi*, C. 17, S. 2, 1984, s. 14.)

olmayan kusurlu davranışlardan ise personelin şahsi sorumluluğu söz konusu olacaktır.

Hizmetle ilgili olma ya da hangi faaliyetlerin hizmetle ilişkilendirilebileceği ise bir diğer tartışmalı husustur. *Yayla*, anayasal düzenlemede yer alan “*yetkilerini kullanırken*” ibaresinin geniş yorumlanması gerektiğini, “*yetki kullanma*” gücüne sahip olan personelin sınırlı sayıda olduğunu, idarenin asli sorumlu olacağı hallerin yetki kullanma ihtimaliyle sınırlandırılması durumunda, yetki kullanmamakla birlikte idari faaliyet yürüten kamu görevlileri bakımından yeterli güvence sağlanamayacağını vurgulayarak, kamusal görev yerine getirilirken doğacak zararlardan idarenin asli olarak sorumlu tutulması gerektiğini savunmuştur¹⁷⁶⁰. *Onar*, hizmetle ilgili olma ifadesinden, hizmetten ayrılamayan kusurların anlaşılması gerektiğini savunmaktadır. Buna göre hizmetten ayrılabilen faaliyetlerden personel şahsen sorumlu olacaktır. Hizmetten ayrılamayan kusurlarda ise idare sorumlu tutulacak ve kamu görevlisine kusuru oranında rücu edilecektir¹⁷⁶¹. Başka bir görüş ise daha keskin bir ayırım yapmakta olup, salt hizmetle hiçbir ilişkisi olmayan faaliyetlerden doğan zararın şahsi kusur oluşturacağını, hizmetle en ufak ilgisi bulunan faaliyetler kapsamındaki zarardan ise idarenin sorumlu tutulması gerektiğini savunmaktadır¹⁷⁶².

Yukarıda açıklanan öğretisi ve yargı kararlarından anlaşıldığı üzere, kamu görevlilerinin sağlık hizmetlerinin yürütülmesi sırasında yol açtıkları zararlardan asli olarak idare sorumlu tutulmakta olup, söz konusu zararların giderilmesi için idare aleyhine ve idari yargı düzeninde dava açılması gerekmektedir. Bu kapsamda yer alan davaların adli yargı mercileri önünde açılması ihtimalinde, mahkeme husumet yokluğundan davanın reddine karar verecektir. Bu durumda görevli ve yetkili idari yargı makamı tarafından hizmet kusuru bulunup bulunmadığı hususunda değerlendirme yapılacaktır, kusurun şahsi kusur olarak nitelendirilerek görevsizlik kararı verilmesi ihtimalinde adli yargıda dava açılması mümkün olacaktır.

¹⁷⁶⁰ *Yayla*, **age.** s. 363; Aynı yönde *Evren*, **agm.**, s. 189; *Türmen*, **age.**, s. 60; *Çelik*, **age.**, s. 134; *Kalabalık*, **agm.**, s. 308.

¹⁷⁶¹ *Onar*, **age.**, s. 1208. Aynı yönde *Duran*, **age.**, s. 107.

¹⁷⁶² *Medar*, **agm.**; *Akyılmaz*, **agm.**, s. 116; Mehmet Akif Tutumlu, “Özel Hastanede Yanlış Teşhisten ve Tedaviden Kaynaklanan Tazminat Davasında Görevli Mahkeme Sorunu”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 9, S. 93, 2014, Jurix.com.tr.

Sağlık kamu hizmetinin yürütülmesinden kaynaklanan zararlarda başvurulacak yargı düzeni bakımından değinilmesi gereken son husus da, bu uyuşmazlıklar bakımından adli yargının görevli kılınmasına ilişkin kanuni düzenlemelerdir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) iptal edilen üçüncü maddesinde *her türlü idarî eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddî ve manevî zararların tazminine ilişkin davalara asliye hukuk mahkemelerinin* görevli olduğu düzenlenmekteydi.

Bu düzenlemenin, sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından açılacak davalarda, görevli mahkemenin belirlenmesi bakımından doğrudan uygulanabilir olduğu şüphesizdir. Zira, idare tarafından yürütülmekte olan sağlık hizmetleri sonucunda zarar kural olarak kişinin vücut bütünlüğünde ya da ölümü üzerine ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla, söz konusu düzenlemenin yürürlükte olması ihtimalinde, idarenin sağlık hizmetlerinin yürütülmesi sırasında ortaya çıkan zararlar nedeniyle adli yargıda dava açılması gerekecekti¹⁷⁶³. Ancak söz konusu düzenleme, *aynı idari eylem, işlem veya sorumluluk sebebinden kaynaklanan zararların tazminine ilişkin davaların farklı yargı yerlerinde görülmesinde kamu yararı ve haklı neden olduğu* gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.¹⁷⁶⁴ Sonuç olarak, gerek bizatihi

¹⁷⁶³ Buna karşılık, vücut bütünlüğünde zararın söz konusu olmadığı, ancak sağlık hizmetlerinin kötü işlediği haller ile sağlık hizmetlerinin yürütülmesi sırasında hizmetten yararlananların eşya ve malları üzerinde meydana gelen zararlar için idari yargıda dava açılması gerekecekti. Söz gelimi, kişinin sağlık verilerinin hukuka aykırı şekilde aleni hale getirilmesi ya da gizliliğinin sağlanamaması durumunda veya hasta ya da yakınlarının kişisel sağlık verilerini elde etme imkanını ortadan kaldırmaya yönelik faaliyetler bakımından idari yargı kolu yetkili olmaya devam edecektir. Dolayısıyla sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan zararların ölüm veya cismani zarar olması ile salt malvarlıksal zarar olması ihtimallerinde zararın tazmini için başvurulacak yargı kolu farklılık arz edecekti.

¹⁷⁶⁴ “Dava konusu kuralla, sadece kişinin vücut bütünlüğüne verilen maddi zararlar ile buna bağlı manevî zararların ve ölüm nedeniyle oluşan maddi ve manevî zararların tazmini konusunu kapsama alınmakta ve bu tazminat davalarına bakma görevi asliye hukuk mahkemelerine verilmektedir. Buna göre, aynı idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerden kaynaklanan zararlar kapsama alınmadığından, sorumluluk sebebi aynı olsa da bu zararların tazmini davaları idari yargıda görülmeye devam edecek, bu durumda, idarenin aynı yapı içinde aldığı kararın bir bölümünün idarî yargıda bir bölümünün adli yargıda görülmesi yargılamanın bütünlüğünü bozacaktır. Ayrıca iki ayrı yargı kolunda görülen davalarda, idarenin sorumluluğu, bu sorumluluğun kapsamı, idarenin tazmin yükümlülüğü konularında farklı sonuçlara ulaşılabilecektir. Esasen idare hukukunda var olan hizmet kusuru ve kusursuz sorumluluk kavramları, kişilerin gördüğü zararların tazmininde kullanılan ve kişilerin idare karşısında korunma kapsamını genişleten kavramlardır. İdare hukukunda, idarenin hiçbir kusuru olmasa da sosyal risk, terör eylemleri, fedakârlığın denkleştirilmesi gibi kusursuz sorumluluğa ilişkin kavramlara dayanılarak kişilerin uğradığı zararların tazmin edilmesi mümkündür. Özel hukuk alanındaki kusursuz sorumluluk halleri ise belirli konular için düzenlenmiş olup sınırlıdır. İdarenin idare hukuku esaslarına dayanarak tesis ettiği

kamu hizmetinin kendisinden ve gerek sağlık kamu personelinin kusurundan kaynaklanan zararlar bakımından görevli yargı kolu kural olarak idari yargıdır. Adli yargıya ise, ancak idari yargının görevsizlik kararı vermesi halinde başvurulması mümkün olacaktır.

b. Davanın Görevli ve Yetkili İdari Yargı Mercii Önünde Açılmış Olması

Sağlık personelinin görevleri ile ilgili olarak yol açtıkları zararlar ile bizatihi sağlık hizmetlerinden kaynaklanan zararların giderilmesi için idari yargıda dava açılması gerektiğinin tespitinden sonra, idari yargı içindeki hangi mahkemenin söz konusu zararlar bakımından görevli ve yetkili olduğunun incelenmesi gerekecektir. İdari yargıda görev kamu düzeni ile ilgili olduğundan, taraflarca ileri sürülmemesi halinde dahi mahkeme davanın her aşamasında görev ve yetki kurallarını re'sen dikkate almaktadır.

İdari yargı kolu içinde görevli mahkemeler, Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemeleridir. Bölge idare mahkemelerinde kural olarak ilk derece mahkemesi sıfatıyla dava açılmayacağından, sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda görevli mahkeme sıfatını taşıyamayacakları açıktır. Keza, sağlık kamu hizmetinin yürütülmesinden kaynaklanan zararların giderilmesi, 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 24. maddesinde sayılan ve Danıştay'ın ilk derece mahkemesi sıfatıyla yargılama yaptığı haller arasında da yer almamaktadır¹⁷⁶⁵. Öte yandan, vergi mahkemeleri 2576

tartışmasız bulunan eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerden kaynaklanan zararlarla ilişkin davaların idarî yargı yerlerinde görülmesi gerektiği kuşkusuzdur. Bu nedenle, yukarıda belirtildiği gibi aynı idari eylem, işlem veya sorumluluk sebebinden kaynaklanan zararların tazminine ilişkin davaların farklı yargı yerlerinde görülmesinde kamu yararı ve haklı neden olduğu söylenemez.” (AYM, 16.02.2012, E. 2011/35, K. 2012/23, RG. 19.05.2012, S. 28297.)

¹⁷⁶⁵ 2575 sayılı Danıştay Kanunu

“İlk derece mahkemesi olarak Danıştay’da görülecek davalar

Madde 24 –1. *Danıştay ilk derece mahkemesi olarak:*

- a) *Cumhurbaşkanı kararlarına,*
- b) *Cumhurbaşkanınca çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri dışındaki düzenleyici işlemlere,*
- c) *Bakanlıklar ile kamu kuruluşları veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarınca çıkarılan ve ülke çapında uygulanacak düzenleyici işlemlere,*
- d) *Danıştay İdari Dairesince veya İdari İşler Kurulunca verilen kararlar üzerine uygulanan eylem ve işlemlere,*
- e) *Birden çok idare veya vergi mahkemesinin yetki alanına giren işlere,*
- f) *Danıştay Yüksek Disiplin Kurulu kararları ile bu Kurulun görev alanı ile ilgili Danıştay Başkanlığı işlemlerine,*

sayılı Kanun'un 6. maddesi uyarınca vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezaları ile tarifelere ilişkin davalar ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun uygulanmasına ilişkin davalar bakımından görevlidir. Dolayısıyla sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden doğan uyuşmazlıklarda görevli mahkeme, genel görevli olan idare mahkemeleridir.

İdare mahkemeleri birden fazla sayıda olduğundan ve ülke sathında coğrafi olarak yayıldığından, sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde yetkili idare mahkemesinin belirlenmesi de gerekmektedir. Tam yargı davaları bakımından 2577 sayılı Kanun'un 36. maddesinde özel yetki kuralı öngörülmüştür. Buna göre, zararın bir hizmetten veya idarenin herhangi bir eyleminden doğmuş olması ihtimalinde, hizmetin görüldüğü veya eylemin yapıldığı yer mahkemesi yetkilidir. Bu doğrultuda, kural olarak sağlık hizmetinin yürütüldüğü yer mahkemesi yetkili olacaktır. Bu mahkeme de çoğu zaman sağlık kuruluşunun bulunduğu yerdeki idare mahkemesidir.

Yetki bakımından tartışma yaratabilecek bir ihtimal, sağlık hizmetinin farklı idare mahkemelerinin yargı çevresinde bulunan birden fazla sağlık kuruluşu tarafından yürütülmesi durumudur. Şöyle ki, teşhis ve tedavi hizmetleri kapsamında personel, malzeme ya da olanaklar sebebiyle birden fazla sağlık kuruluşu faaliyet yürütebilmektedir. Söz gelimi, kusurlu olarak yerine getirilen tetkik hizmetleri nedeniyle, farklı bir idare mahkemesinin yargı çevresinde bulunan sağlık kuruluşunda görevli hekim tarafından yanlış teşhis konulması ihtimalinde, hangi mahkemenin yetkili olacağı açık değildir. Yine, hastanın hukuka veya tıbbi standartlara aykırı şekilde farklı bir idare mahkemesinin yargı çevresinde bulunan sağlık kuruluşuna sevk edilmesi ihtimalinde, bu kuruluşta yapılan kusurlu tıbbi müdahale nedeniyle kişinin zarara uğraması durumunda, hangi idare mahkemesinin yetkili olacağı da tartışma yaratabilecektir.

Çok sayıda örnek verilebilecek olan bu ihtimallerde, zararın meydana geldiği sağlık kuruluşunun açık ve net olarak anlaşılabildiği hallerde, bu kuruluşun bulunduğu yer idare mahkemesinin yetkili olacağı şüphesizdir. Buna karşılık, farklı

idare mahkemelerinin yargı çevresinde bulunan sağlık kuruluşlarının kusurlarının iç içe geçmiş olması durumunda, davanın hangi mahkemede görüleceğinin belirlenmesinde, 2575 sayılı Kanun'un 24. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde yer alan düzenleme uygulanacaktır. Buna göre, uyuşmazlığın çözümünün birden çok idare mahkemesinin yetki alanına girmesi halinde, Danıştay ilk derece mahkemesi sıfatıyla yetkili olacaktır. Dolayısıyla farklı idare mahkemelerinin yargı çevresinde bulunan birden fazla sağlık kuruluşunun kusurlu faaliyeti sonucunda zararın oluşması ihtimalinde uyuşmazlık Danıştay önünde görülecektir.

Yukarıda açıklanan ihtimalde İYUK madde 44'te düzenlenen merci tayini yoluna başvurulması mümkün olmayacaktır. Zira bu yola ancak üç ihtimalde başvurulabilmektedir. Bunlar; yetkili mahkemenin bir davaya bakmasına fiili veya hukuki bir engel çıkması, iki mahkemenin yargı çevresi sınırlarında tereddüt edilmesi veya iki mahkemenin de aynı davaya bakmaya yetkili olduklarına karar vermesi halleridir. Bu hallerde, dava dosyaları tarafların veya mahkemelerin istemi üzerine merci tayini için, uyuşmazlığın aynı yargı çevresindeki mahkeme veya mahkemeler arasında çıkması halinde, o yargı çevresindeki bölge idare mahkemesine, diğer hallerde Danıştay'a gönderilecektir. Bu durumda dava, bölge idare mahkemesi ya da Danıştay'ın belirlediği idare mahkemesi tarafından görülecektir.

Bu kapsama giren hallerden, *“iki mahkemenin de aynı davaya bakmaya yetkili olduklarına karar vermesi”* ihtimalinde esasında davayı görmekle yetkili tek bir mahkeme bulunmasına karşın, bunun tespit edilememesi ya da yanlış tespit edilmesi nedeniyle dava birden fazla mahkemede açılmıştır. Aynı uyuşmazlığın çözümü bakımından iki ayrı yargılamanın yapılması mümkün olmadığından, esas yetkili mahkemenin belirlenmesi söz konusu olmaktadır. Oysaki, farklı idare mahkemelerinin görevli olduğu coğrafi sınırlardaki sağlık kuruluşlarının yürüttükleri sağlık hizmetlerinin her birinin ayrı ayrı kusurlu olması durumunda, idare mahkemelerinin her biri yargılama yapmak bakımından yetkilidir. Zira kendi yargı çevrelerinde faaliyet yürüten bir idarenin kusuru nedeniyle zarar meydana gelmiştir. Keza, bu mahkemelerin verecekleri kararın birbirini de etkileyeceği şüphesizdir. Bu davaların etkin ve uyumlu olarak yürütülebilmesi bakımından Danıştay'da görülmesi gerekmektedir.

c. Dava Dilekçesinin İYUK'un 3. ve 5. Maddelerine Uygun Şekilde Düzenlenmiş Olması

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 14. maddesinin üçüncü fıkrasının (g) bendi uyarınca, tam yargı davasının aynı Kanun'un 3. ve 5. maddelerinde öngörülen esaslara uygun şekilde açılması gerekir. Bu doğrultuda, dava dilekçesinde bulunması zorunlu unsurların yer aldığı İYUK madde 3 düzenlemesi uyarınca, tam yargı davalarında uyuşmazlık konusu edilen miktarın dava dilekçesinde belirtilmesi esastır. Başka bir deyişle, idareden tazmini istenen zarar miktarının mutlaka dava dilekçesinde yer alması gerekmektedir.

Talep edilen zarar miktarının dava dilekçesinde yer almamasının sonucu ise, aynı Kanun'un 15. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde düzenlenmiştir. Buna göre, dava dilekçesinin İYUK madde 3 ve 5 hükümlerine aykırı şekilde düzenlenmesi durumunda, dilekçe yeniden düzenlenmesi ya da noksanlıkların tamamlanması için reddedilmekte, davacıya geri gönderilmektedir. Bu ihtimalde davacının 30 gün içinde gerekli düzeltmeleri yapması veya noksanlıkları gidermesi durumunda dava, dilekçenin mahkemeye ilk defa verildiği tarihte açılmış sayılmaktadır. Buna karşılık, gerekli düzeltmelerin yapılmaması, noksanlıkların giderilmemesi veya yeniden verilen dilekçede aynı yanlışlıkların tekrarlanması durumunda dava reddedilmektedir.

Yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda, sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan zararların giderilmesi için açılan tam yargı davalarında, zarar görenin idareden talep ettiği meblağı dava dilekçesinde belirtilmesi zorunludur. Aksi durumda dilekçenin ve hatta davanın reddi söz konusu olabilecektir.

Talep edilen meblağın dilekçede gösterilmesi bakımından tartışma yaratabilecek bir husus da, tam yargı davası açılması için 659 sayılı KHK'nin 12. maddesi kapsamında idareye yapılan zorunlu sulh başvurusunda ya da İYUK madde 9 kapsamında görevsiz yargı yerinde açılan tazminat davasında, talep edilen zarar miktarı ile idari yargıda açılan tam yargı davasında gösterilecek zarar miktarının aynı olmasının zorunlu olup olmadığıdır. Başka bir deyişle, zarar görenin

sulh başvurusu kapsamında idareden talep ettiği tazminat miktarından farklı bir meblağı yargı yoluyla isteyip isteyemeyeceğinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Söz gelimi, zarara uğrayan kişinin, 659 sayılı KHK kapsamında yaptığı sulh başvurusu reddedildikten sonraki bir tarihte, zarar miktarını eksik ya da yanlış hesapladığını anlaması veya sulh başvurusu ile tam yargı davası açma tarihleri arasında zarar miktarının artması nedeniyle tam yargı davasında farklı bir tazminat miktarını talep etmesinin mümkün olup olmayacağı hususunda İYUK'ta açık bir düzenleme bulunmamaktadır.

Bu soruya olumsuz cevap verilmesi, zararın gerçek miktarının yeniden belirlenmesinden itibaren bir yıl ve her halde zararın ortaya çıkmasından itibaren beş yıllık süre içinde, bu belirlenen yeni meblağ için idareye yeni bir sulh başvurusu yapılması zorunluluğunu ortaya çıkaracaktır. Olumlu cevap verilmesi durumunda ise, sulh başvurusu yoluyla idareden talep edilmemiş olan bir meblağ için, doğrudan yargı yoluna başvurulması gibi kanunda yer alan düzenlemenin lafzına aykırı bir sonuç ortaya çıkacaktır.

Atay, sulh başvurusu yapıldıktan sonra zarar miktarının farklı olduğunun öğrenilmesi ya da zararın artması ihtimalinde, yeni bir idari başvuruya ihtiyaç duyulmaksızın tazmini gereken ek zararı da kapsayacak şekilde idari yargıda dava açılabileceğini ileri sürmektedir¹⁷⁶⁶. Başka bir ifadeyle, bu ek zarar için idareye yeniden başvuru yapılmasına gerek yoktur. Kanaatimizce bu görüş, özellikle hak arama hürriyetinin etkili şekilde korunması bakımından, zarar miktarının arttığı hallerde kabul edilebilir olsa da, zarar görenin talep ettiği meblağın azalması ihtimalinde uygulanmamalıdır. Şöyle ki, zarar görenin zarar meblağını yanlış hesaplaması sonucunda gerçek miktarın üzerinde bir meblağın talep edilmesi ve idare tarafından bu talebin reddedilmesi ihtimalinde, gerçek zarar miktarının talep edilmesi ve bu talebin idare tarafından kabul edilerek sulh yapılması mümkündür. Bu nedenle, açıklanan ikinci ihtimalde idareye yeni bir başvuru yapıldıktan sonra tam yargı davasının açılmasının daha isabetli olacağı kanatindeyiz. Buna karşılık, daha düşük bir meblağın tazmin edilmesine yönelik olarak yapılan sulh başvurusunu reddeden idarenin, daha yüksek meblağı ödemeyi kabul edeceğinin kabulü güçtür. Bu nedenle bu ilk ihtimalde, zararın daha yüksek olduğunun sulh başvurusu

¹⁷⁶⁶ Atay, *age.*, s. 726.

yapıldıktan sonra anlaşılması durumunda, doğrudan belirlenen bu yeni meblağ üzerinden tam yargı davasının açılması usul ekonomisinin sağlanması bakımından daha etkili olacaktır¹⁷⁶⁷.

Fransız hukukunda ise gerek öğretide¹⁷⁶⁸ ve gerek Danıştay içtihadında, açılacak tam yargı davasında ön karar için idareye yapılan başvuruda talep edilen meblağdan farklı tazminat talebinde bulunulmasının mümkün oluşu kabul edilmektedir¹⁷⁶⁹. Başka bir deyişle, zarar gören kişi idareye yaptığı başvuruda talep ettiği miktardan farklı bir tazminat miktarını mahkemeden talep edebilecektir. Buna karşılık, daha önceden idareye karşı ileri sürülmemiş olan bir sebebe bağlı olarak mahkeme önünde tazminat talebinde bulunulması mümkün değildir¹⁷⁷⁰. Yani, tazminata sebep olan hukuka aykırı faaliyet aynı kalmakla birlikte, tazminat miktarının değiştirilmesi mümkünken, yeni hukuka aykırı faaliyetler gerekçe gösterilerek tazminat talep edilemeyecektir. Bu durumda kişinin bu yeni sebepler için de idareye ön karar başvurusu yapması gerekmektedir.

2. Sağlık Hizmetlerine İlişkin Uyuşmazlıklarda Yargılama Sürecindeki Bazı Usuli Müesseseler

Sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan zararlar, yukarıdaki açıklama ve örneklerden de anlaşıldığı üzere çoğunlukla hekim ve diğer sağlık personelinin fiillerinden kaynaklanmaktadır. Bu fiillerden bazıları doğrudan mevzuata aykırı olduklarından sorumluluğa yol açmaktadır. Söz konusu fiiller nedeniyle açılan tam yargı davalarında hakimın yapacağı hukukilik denetimi ile bu fiillerin sorumluluk yaratıp yaratmadığı belirlenebilir. Tıbbi müdahale olarak nitelendirilen diğer fiillerin hukuka uygun olup olmadıklarının ise tıbbi standartlar

¹⁷⁶⁷ Davacının hatalı olarak adli yargıda dava açması ve mahkemenin verdiği görevsizlik kararının kesinleşmesi üzerine idari yargıda dava açması ihtimalinde, 30 günlük süre içinde idari yargıda dava açılırken talep edilen tazminat miktarında artırım yapıp yapılamayacağı hususunda ise Danıştay içtihadı çelişkilidir. Bazı kararlarında Danıştay, bu ihtimalde dava konusu edilen meblağın artırılmasını iddiaların genişletilmesi yasağı kapsamında değerlendirerek, artırılan bu meblağ bakımından hüküm kurulamayacağı yönünde karar vermiştir. (Dan.10.D., 16.06.1998, E. 1996/10203, K. 1998/2643, **DD**, S. 98, s. 552; Dan.12.D., 06.03.1966, E. 1966/468, K. 1966/866.) Ancak aksi yönde kararlar da bulunmaktadır. (Dan. İDDGK, 12.01.2001, E. 1999/1172, K. 2001/1; Dan.6.D., 26.06.2006, E. 2004/3762, K.2006/3413, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.)

¹⁷⁶⁸ Chabanol / Bonnet, **age.**, s. 91.

¹⁷⁶⁹ CE, 23.11.2011, *CHU de Brest*, n° 324669, Rec. Lebon, 2011; CE, 07.07.2004, *Assistance Publique a Marseille*, n°252869, Rec. Lebon, 2004, Dalloz.fr.

¹⁷⁷⁰ CE, 10.08.2005, *Maigret*, n° 266027, **AJDA**, 2005, s. 2412.

çerçevesinde incelenmesi gerektiğinden, hakimın yapacağı hukuki değerlendirme ile sorumluluk bakımından hüküm kurulması mümkün olmayacaktır. Bu nedenle özellikle tıbbi uygulama hatası niteliğindeki fiiller ile bu fiillerden kaynaklanan gerçek zararın tespitinde bilirkişiye başvurulması bir zorunluluk haline gelmiştir **(b)**. Tıbbi müdahalenin kusurluluğunun yanında gerçek zararın da ancak bilirkişi incelemesinin ardından belirlenebildiği göz önünde bulundurulduğunda, çoğu zaman dava dilekçesinde belirtilmiş olan zarar meblağının değiştirilmesi, artırılması ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Bu durum, davanın ıslahı usulünün sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan zararlara ilişkin tam yargı davalarında sıklıkla uygulanmasını gerektirmektedir **(a)**.

Öte yandan tıbbi uygulama hatası nedeniyle açılmış tam yargı davası sonucunda, idarenin ödemek zorunda kaldığı tazminat miktarının Anayasa'nın 129. maddesi gereğince kusurlu kamu görevlisine rücu edilmesinin zorunlu olması, bu kamu görevlisinin idare aleyhine yürütülmekte olan tam yargı davasına katılarak iddia ve savunmalarını ileri sürme, bu sayede nihai karardan sonra kendisine açılacak olası rücu davası bakımından daha avantajlı konuma gelmesi ihtiyacını doğurmaktadır. Bu bakımdan idare aleyhine açılan tam yargı davalarında kendisine ihbar yapılan hekimin davaya katılması usulünün işletilmesi hem hak arama hürriyeti bakımından bir zorunluluk hem de hekim yönünden bir ihtiyaçtır¹⁷⁷¹ **(c)**.

a. Davanın Islahı

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 3. maddesinin ikinci fıkrasının (d) bendi uyarınca, tam yargı davalarında uyuşmazlık konusu miktarın dava dilekçesinde gösterilmesi zorunludur. Söz konusu meblağın gösterilmemesi durumunda aynı Kanun'un 15. maddesine göre, otuz gün içinde yeniden düzenlenmek veya noksanları tamamlanmak üzere dilekçelerin reddine karar verilmektedir. Bu süre içinde de uyuşmazlık konusu meblağın dilekçede gösterilmemesi durumunda ise dava reddedilecektir. Sözügeçen Kanun'un

¹⁷⁷¹ Ancak belirtmek gerekir ki, aşağıda açıklanacak olan bazı idari yargılama usulü müesseselerinin tüm yönleriyle incelenmesinin bu çalışmanın konusunun dışına taşacağı açıktır. Keza, kanaatimizce bu usullerden her biri ayrı bir monografik çalışmanın konusu olabilecek düzeyde öneme sahiptir. Bu nedenle çalışmamızda, bu usuller tüm yönleriyle incelenmeyecek olup, sağlık hizmetlerinden kaynaklanan zararların tazmini için açılan tam yargı davaları bakımından önem arz eden yönleri değerlendirme konusu yapılacaktır.

16. maddesine göre ise taraflar, sürenin geçmesinden sonra verecekleri savunmalara veya ikinci dilekçelere dayanarak hak iddia edemezler¹⁷⁷².

Her iki düzenleme birlikte değerlendirildiğinde, tam yargı davaları bakımından iddia ve savunmaları genişletme yasağının kural olarak dava açma süresinin sonunda başlamakta olduğu anlaşılmaktadır¹⁷⁷³. Başka bir deyişle, davacının en geç dava dilekçesini verebileceği son tarih olan dava açma süresi içinde, talep edeceği tazminat miktarını belirlemiş olması gerekmekte, bu süre dolduktan sonra ise iddia ve talepler değiştirilememektedir¹⁷⁷⁴. Dolayısıyla, gerek savunmaya cevap dilekçesinde ve gerek mahkemeye sunulacak diğer ek dilekçeler ile iddia ve taleplerin genişletilmesi mümkün olmayacaktır¹⁷⁷⁵. Buna ek olarak yerleşik içtihadında Danıştay, “fazlaya ilişkin hakların saklı tutulması kaydıyla” dava açılması usulünün idari yargılama hukukunda uygulanamayacağını, aksi durumun dava açma sürelerinin aşılmasına yol açacağını kabul etmiştir¹⁷⁷⁶. Dolayısıyla söz

¹⁷⁷² Buna karşılık, Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu’nun 1983 yılında vermiş olduğu bir kararında, “ tam yargı davalarında uyuşmazlık konusu miktarın dava dilekçesinde gösterileceği yolundaki hükmün, zarar miktarının hesaplanabileceği durumlar için uygulanabileceği; kamu görevlilerini ilgilendiren mevzuat dolayısıyla zararın tesbit edilmesinin mümkün olmadığı hallerde dava dilekçesinde uyuşmazlık konusu miktar gösterilmeden tam yargı davası açılabileceği” sonucuna ulaşılmıştır. (Dan.İBK., 29.12.1983, E. 1983/1, K. 1983/10, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Dolayısıyla bu kararla, uyuşmazlık konusu meblağın dava dilekçesinde ve en son dava açma süresinin sonuna kadar gösterilmiş olması gerektiği, aksi halde söz konusu meblağda dava süresince herhangi bir değişiklik yapılamayacağına ilişkin kuralın, uyuşmazlık konusu meblağın hesaplanmasının çoğunlukla güçlük arz ettiği kamu görevlilerinin tabi olduğu mevzuattan kaynaklanan uyuşmazlıklarda uygulanmayacağı açıkça öngörülmüştür. Bu istisnai hal dışında ise uyuşmazlık konusu meblağın dava dilekçesinde gösterilmesi zorunludur.

¹⁷⁷³ Buna karşılık, davacının dava açma süresi içinde belli bir miktarı dava yoluyla talep ettikten sonra, henüz dava açma süresi dolmadan önce zararının fazla olduğu gerekçesiyle mahkemeye ek bir dilekçe vererek talep miktarını değiştirmesi mümkün olacaktır. Zira, talep ve iddiaları genişletme yasağı dava açma süresinin sonundan itibaren başlamaktadır. (Dan.12.D., 02.02.2005, E. 2002/2239, K. 2005/169, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Dava dilekçesini genişletme yasağının mutlak şekilde uygulandığı aksi yöndeki Danıştay kararı için bkz. Dan. İDDGK, 28.01.1969, E. 1969/192, K. 1969/843, **DKD**, 1970, S. 135-138, s. 66.

¹⁷⁷⁴ Buna karşılık Danıştay, dilekçe ret kararı üzerine yenilenen dilekçede ilk dilekçede yer alan taleplerin açılımı yer alıyorsa bunu davanın genişletilmesi yasağı kapsamında kabul etmemektedir. (Dan.10.D., 23.05.1990, E. 1988/2878, K. 1990/1143, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.)

¹⁷⁷⁵ Dan.5.D., 09.03.2009, E. 2009/973, K. 2009/1073, DD, Y. 2009, S. 122, s. 286. Aynı yönde Dan.5.D., 23.06.1999, E. 1998/126, K. 1999/2202, **DD**, Y. 2000, S.101, s. 385; Dan.10.D., 10.10.1996, E. 1995/934, K. 1996/5933; AYİM 2.D, 10.10.2000, E. 1996/100, K. 2000/635, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁷⁷⁶ “Davacının fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak açmış olduğu ilk tazminat davasında yaptırılan bilirkişi incelemesiyle saptanan zararın istemini aşan bölümünün tazmini istemiyle açtığı davayı; idari yargıda, idari eylem veya işlemlerden doğan zararın tazminin ancak süresi içinde açılacak davalar yoluyla istenebileceği, fazlaya ilişkin haklar saklı tutularak süresi geçirildikten sonra yeniden tam yargı davası açılmasına olanak bulunmadığı (...)” (Dan.10.D., 15.05.1992, E. 1991/2716, K. 1992/2050, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Aynı yönde karar için bkz. Danıştay 12.D., 15.01.1974, E. 1970/5100 K. 1974/22, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Dan.10.D., 14.06.2001, E. 1999/2948, K. 2001/2375, aktaran Gökcan, **age.**, s. 1441. Nitekim Askeri Yüksek İdare Mahkemesi’nin içtihadı da bu yöndeydi. (AYİM 1.D, 05.10.2005, E. 2005/686, K. 2005/728, Msb.gov.tr)

konusu kayda dava dilekçesinde yer verilmesi suretiyle de davanın ıslah edilmesi mümkün olmamaktaydı.

2577 sayılı Kanun'un 3. maddesinin ikinci fıkrasının (d) bendi hükmü gereğince, tam yargı davalarında tazminat miktarının dava dilekçesinde gösterilmesinin zorunlu olması karşısında, Danıştay'ın bu tutumunun hak arama özgürlüğünü kısıtlayacağından bahisle, öğretide zarar tutarında meydana gelen artışların da dilekçede belirtilen miktara ilave edilmesi suretiyle, hükmedilecek tazminat miktarının belirlenmesi gerektiğini savunan görüşler ileri sürülmüştür¹⁷⁷⁷.

İYUK'un ilk halinde bulunmayan davanın ıslahı müessesesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 2009 tarihli *Okçu* Kararı üzerine,¹⁷⁷⁸ 11.04.2013 tarihli ve 6459 sayılı Kanun'un 4. maddesiyle anılan Kanun'un 16. maddesine eklenen cümle ile tam yargı davaları bakımından mümkün hale gelmiştir¹⁷⁷⁹. Buna göre, davacının dava dilekçesinde talep edilen tazminat miktarını bir defaya mahsus olmak üzere artırma imkanı bulunmaktadır.

Böylece talep edilen meblağın yargılama sürecinde bir defa artırılması mümkün olmakla birlikte, bu miktarın da yeterli olmadığı gerekçesiyle tekrar artırma talebinde bulunulması mümkün değildir. Söz konusu artırma talebinin nihai karar verilinceye kadar yapılması zorunludur¹⁷⁸⁰. Dolayısıyla ilk derece yargılaması sonuna kadar artırma talebinde bulunulmaması durumunda, kanun yolu aşamasında kural olarak artırma isteminde bulunulması mümkün değildir.

Artırma talebinin mahkemeye sunulacak dilekçe ile yapılması gerekmektedir. Yazılı yargılama usulünün esas olduğu idari yargılama hukukunda ıslah istemleri de

¹⁷⁷⁷ Özgüldür, *age.*, s. 351; Cemil Kaya / Recep Akcan, "Medeni ve İdari Yargıda Dava ve Savunmanın Genişletilmesi Yasağı", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXII, S. 1 – 2, 2009, s. 136; Güran, *agm.*, s. 168; Ünlüçay, *agm.*, s. 6.

¹⁷⁷⁸ *Okçu* kararında AİHM, idari yargıda ıslah müessesesi bulunmaması nedeniyle, özellikle yargılamanın uzun sürmesi sonucunda zarar miktarının bu süreçte artması durumunda, davacının tazminat hakkının etkili bir şekilde yerine getirilemeyeceğini vurgulamış, bu durumun Sözleşme'nin Ek 1 nolu protokolü ile güvence altına alınan mülkiyet hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir. (AİHM, *Okçu / Türkiye*, BN. 39515/03, T. 21.07.2009 Hudoc.echr.coe.int.)

¹⁷⁷⁹ Nitekim Anayasa Mahkemesi de bireysel başvuru yoluyla önüne gelen uyuşmazlıklarda, söz konusu durumun mahkemeye erişim hakkına yönelik hukuka aykırı bir müdahale teşkil edeceğine hükmetmiştir. (AYM, BB, *Elif Mutlu ve Ferhat Mutlu*, BN. 2013/3711, T. 07.01.2016, RG. 22.03.2016, S. 29661.)

¹⁷⁸⁰ Candan, *age.*, s. 599; İbrahim Çınar, "Mahkemeye Erişim Hakkı Kapsamında İdari Yargıda Islah", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 7, 2016, s. 490.

ancak yazılı başvuru ile yapılabilmektedir. Artırma istemine ilişkin dilekçe kendisine ulaşan mahkeme, 30 gün içinde cevap verilmek üzere bu dilekçeyi karşı tarafa tebliğ eder. Karşı tarafın cevap vermesi durumunda, davacının karşı cevap verme imkanı bulunmamaktadır.

Ayrıca maddenin lafzından anlaşılabileceği üzere, ıslah imkanından yararlanılabilmesi için dava dilekçesinde belli bir meblağın tazminat olarak talep edilmesi gerekmektedir¹⁷⁸¹. Zira burada ilk defa tazminat talep etme değil, mevcut talepteki miktarın artırılması söz konusudur. Kanunda açık bir ayırım gözetilmediğinden maddi zararların yanında manevi zararların da dava sürecinde bir defaya mahsus artırılabilceği öğretide kabul edilmektedir¹⁷⁸².

Dava sırasında ara kararlar bilgi ve belgelerin getirilmesi, bilirkişi veya keşif incelemesi yaptırılması sonucunda uğranılan zararın dava konusu edilen miktardan daha fazla olduğunun öğrenilmesi mümkündür. Teknik ve uzmanlık gerektiren bir faaliyet olan sağlık hizmetleri bakımından, davacı gerçek zararı çoğunlukla bilirkişi incelemesi sonucunda tam olarak tespit edilebilmekte olduğundan, davacıya ıslah imkanının tanınması hak arama hürriyetinin gerçekleşmesi bakımından bir zorunluluktur. Öte yandan, faaliyetin karmaşık ve öngörülemez niteliğinin sonucu olarak, zararın miktarı da çoğu zaman davanın açıldığı tarihte açıkça öngörülememekte, yargılama sırasında dava konusu eyleme ilişkin olarak yeni zararlar ortaya çıkabilmektedir.

Mahkemenin dava dilekçesinde belirtilmiş olan meblağla sınırlı olarak hüküm kurması, çoğu zaman uzun süren yargılama süreci sırasında ve dava konusu faaliyete bağlı olarak ortaya çıkan zararların giderilmemesi gibi bir sonuca da yol açmaktadır. Bu ihtimalde, ancak idareye yeni bir başvuru yapılması ve bu başvurunun reddi üzerine yeni bir dava açılması suretiyle söz konusu zararların tazmin edilmesi mümkün hale gelmektedir.

Açıklanan gerekçelerle, sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan zararların tazminine ilişkin tam yargı davalarında, Adli Tıp Kurumu, Yüksek Sağlık

¹⁷⁸¹ Gürsel Kaplan, **İdari Yargılama Hukuku**, Ekin Yayınevi, 3. bası, 2018, s. 304.

¹⁷⁸² Kaplan, **age.**, s. 304.

Şurası ya da diğer bilirkişiler tarafından yapılan incelemenin sonucunda, davacının gerçek zarar miktarının talep edilenden daha yüksek olduğunun anlaşılması durumunda, bu zararın da tazminini isteyen davacının ıslah yoluna başvurması gerekecektir. Bunun için ise, öncelikle davacının söz konusu bilirkişi raporlarından haberdar olması gerekir. Ancak 2577 sayılı Kanun'da mahkemece verilen ara kararların taraflara tebliğine yönelik bir usul yer almamaktadır. Bu durumda, her ne kadar gerçek zararının, dava dilekçesinde talep edilenden daha fazla olduğu bilirkişi raporuyla sabit olsa da, söz konusu rapor kendisine tebliğ edilmeyen davacı ıslah imkanını pratikte kullanamamaktadır.

Söz konusu ihtimalde, davacının ıslah hakkını ve dolayısıyla hak arama özgürlüğünü kullanmasının engellendiğini vurgulayan Danıştay, bu hallerde davacının ıslah müessesesini işletebilmesi için ara kararının davacıya tebliğ edilerek cevabı alındıktan sonra veya cevap süresi geçtikten sonra karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir¹⁷⁸³. Böylece, her ne kadar bu hususta Kanun'da açık bir düzenleme bulunmasa da, Danıştay davacının gerçek zararını ortaya koyan bilirkişi raporlarının davacıya sunulmasının bir zorunluluk olduğuna karar vermiştir. Keza, Fransız hukukunda, sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan zararların tespitinde uyuşmazlığın taraflarının bilirkişi heyeti tarafından dinlendikten sonra raporun hazırlanması esası benimsenmiştir¹⁷⁸⁴.

Dolayısıyla, sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan zararların tazminine ilişkin uyuşmazlıklarda da Adli Tıp Kurumu veya diğer bilirkişiler

¹⁷⁸³ “Davacı, ara kararının kendisine tebliğ edilmemesi nedeniyle döner sermaye farkının 27.707,61 TL olduğunu öğrenemediğini ve dava konusu müddeabihî ıslah yoluyla artırma hakkını kullanamadığı belirterek, verilen kararın hukuka aykırı olduğunu; davalı idare ise maddi tazminata hükmedilmemesi gerektiğini öne sürerek İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedirler. (...)2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 16. maddesinin 2. fıkrasında ‘Davacının ikinci dilekçesi davalıya, davalının vereceği ikinci savunma da davacıya tebliğ edilir. Buna karşı davacı cevap veremez. Ancak davalının ikinci savunmasında, davacının cevaplandırmasını gerektiren hususlar bulunduğu, davanın görülmesi sırasında anlaşılırsa, davacıya cevap vermesi için bir süre verilir.’ hükmü yer almaktadır. (...) 2577 sayılı Kanun'un 16. maddesinin 2. fıkrasında ara kararların taraflara tebliğ edilmesi gerektiğine ilişkin bir düzenleme bulunmamakla birlikte, davanın görülmesi sırasında davacının durumunda değişiklik yaratabilecek yeni hususların ortaya çıkması durumunda davacıya cevap vermesi için süre verilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle, Mahkemece verilen ara karar sonucunda davacının yoksun kaldığı döner sermaye miktarının daha fazla olduğunun anlaşılması üzerine, davacının ıslah müessesesini işletebilmesi için ara kararının davacıya tebliğ edilerek davacının cevabı alındıktan sonra veya cevap süresi geçtikten sonra karar verilmesi gerekirken, bu usul uygulanmadan davacının dava dilekçesindeki talebi göz önünde bulundurularak karar verilmesinde hukuki isabet bulunmamaktadır.” (Dan.5.D., 20.10.2015, E. 2015/4089, K. 2015/8104, **DD**, S. 141.)

¹⁷⁸⁴ Lambert - Faivre / Porchy – Simon, **age.**, s. 692.

tarafından zarar miktarına ilişkin olarak hazırlanan raporun mahkeme tarafından davacıya ara karar şeklinde tebliğ edilmesi zorunlu olup, bu ara kararın tebliğ edilmesi üzerine, davacı nihai karar verilinceye kadarki süreçte ıslah imkanını kullanarak talep ettiği meblağı arttırabilecektir.

Yine, sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan zararların tazminine ilişkin uyuşmazlıklarda ıslah yolunun kullanılmasına ilişkin olarak Danıştay, İYUK'ta öngörülme­yen bir usul kuralını içtihat yoluyla benimsemiştir. Buna göre, bilirkişi raporunda belirlenen zarar miktarının dava dilekçesinde talep edilenden fazla olması ihtimalinde, söz konusu raporun davacıya tebliğinden sonra, eylemin idariliğinin öğrenilmesinden 1 yıl geçmiş dahi olsa, ilk açılan davanın derdest olması ve bu davada ıslah yolunun daha önceden kullanılmaması durumunda, fazlaya ilişkin miktarın ödenmesi istemiyle idareye yapılan başvurunun reddi üzerine, dava açma süresi içinde açılan ikinci davanın ilk dava kapsamında ıslah talebi niteliğinde değerlendirilmesi suretiyle karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir¹⁷⁸⁵. Başka bir deyişle, tam yargı davası sürerken, gerçek zararının daha fazla olduğunu öğrenen ve bu kısım için idareye başvuran, ancak reddedilen davacının, fazlaya ilişkin meblağ için süresi içinde açmış olduğu dava ilk dava bakımından ıslah talebi olarak nitelendirilerek her iki davada talep edilen toplam meblağa göre hüküm kurulacaktır.

Bu kararıyla Danıştay, esasında ıslah başvurusunda bulunması gereken davacının, bu yola başvurmamaya­rak yeni bir dava açması durumunda tek bir yargılama yapmak suretiyle usul ekonomisi sağlamayı amaçlamaktadır.

b. Bilirkişi

Sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan idarenin sorumluluk hallerinin bazılarının temelinde faaliyetin hukuka aykırı şekilde yürütülmesi yatmaktadır. Söz gelimi, aydınlatılmış onam alınmaksızın tedavi uygulanması ya da kişisel sağlık verilerinin gizliliğinin korunmaması hallerinde idare kamu hizmetini hukuka aykırı şekilde yürüttüğü için sorumlu olmaktadır. Bazı sorumluluk halleri ise tıbbi müdahalelerin standartlara uygun şekilde yürütülmemesinden

¹⁷⁸⁵ Dan.15.D., 17.02.2014, E. 2013/3669, K. 2014/760, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Buna karşılık Danıştay'ın aksi yönde vermiş olduğu önceki tarihli kararları da bulunmaktadır. (Dan.10.D., 17.12.2010, E. 2007/707, K. 2010/10822, Gökcan, *age.*, s. 1364.)

kaynaklanmaktadır. Faaliyetin hukuka aykırı şekilde yürütülmesinden farklı olarak bu ihtimalde, hakim yalnızca hukuk bilgisi doğrultusunda denetim yapması sorumluluğun tespiti bakımından yeterli değildir. Bu hallerde tıbbi müdahale ile zarar arasındaki illiyet bağı ve müdahale sonucunda oluşan zararın tespiti hakim hukuk bilgisinin ötesine geçmekte ve tıbbi uzmanlık gerektirmektedir. Komplikasyon ve tıbbi müdahale arasındaki ayrım bazı vakılarda hakim tarafından yapılabilmekteyken, teknik bilgi ve uzmanlık gerektiren söz konusu ayrımın yapılmasında çoğu zaman tıbbi bilirkişinin görüşüne ihtiyaç duyulmaktadır.

İdari yargılama hukukundaki ispat ve delil yöntemlerinden biri olan bilirkişi incelemesine dair usuller 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda düzenlenmemekle beraber, Kanun’un “*Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Vergi Usul Kanununun uygulanacağı haller*” başlıklı 31. maddesi, bilirkişi işlemlerinde 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)’nin ilgili hükümlerinin uygulanacağını öngörmüştür¹⁷⁸⁶.

HMK’nin 266. maddesine göre mahkeme, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verebilir. Anılan düzenlemeye göre, hakim tıbbi bilirkişiden görüş almak zorunda değildir. Bunun yanında, HMK madde 282 hükmü uyarınca mahkemenin görüş alması ihtimalinde, bu görüşe uygun karar verme yükümlülüğü de bulunmamaktadır¹⁷⁸⁷. Mahkeme bilirkişi raporunu serbestçe

¹⁷⁸⁶ Bilirkişi incelemesi HMK’nin 267. maddesi ve devamı hükümlerinde düzenlenmiştir. Buna göre, yalnızca çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınması mümkündür. Aynı şekilde bilirkişinin de kanunları yorumlayarak uygulaması mümkün değildir. Hakimin hüküm kurma görevini bilirkişiye devretmesi hukuka aykırılık oluşturacaktır. (Pekcanitez, Atalay, Özekes, **agm.**, s. 513; Hızal / Çınarlı, **agm.**)

¹⁷⁸⁷ “*Mahkemelerin Adli Tıp Kurumu Başkanlığı’nca hazırlanan raporlara itibar edilme zorunluluğu bulunmamakta olup Mahkemeler bilirkişi seçiminde özgürdürler ve aksi bir durum mahkemelerin bağımsızlığı ve adil yargılama ilkeleriyle bağdaşmama sonucunu doğuracaktır.*” (Dan.15.D., 27.05.2014, E. 2013/4101, K. 2014/4341 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Danıştay’ın bilirkişi raporunun aksi yönde vermiş olduğu başka bir karar için bkz. Dan.15.D., 11.04.2016, E. 2013/4465 K. 2016/2460, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Bu yöndeki AYİM içtihadı için bkz. Özgüldür, **agm.**, s. 61 vd. Sağlık personelinin kişisel kusuru nedeniyle tazminat ödemesi ihtimalinde, idarenin adli yargıda açtığı rücu davasında mahkemenin bilirkişi raporu ile bağlı olmaması yönündeki Yargıtay kararı için bkz. Yar.4.HD, 17.12.1976, E. 1976/692, K. 1976/11046, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Buna karşılık Hızal / Çınarlı, bilirkişi raporunun bağlayıcı olmamasından, bilirkişiye başvuran hakim söz konusu raporu tamamen gözardı ederek uyuşmazlığı kendi bilgisine göre çözebilmesinin anlaşılmasında gerektiğini ileri sürmüştür. Başka bir ifadeyle, bilirkişi görüşü alan hakim, raporu çelişkili ya da yetersiz gördüğünde doğrudan kendi bilgisi ile hüküm kurmaması, başka bir bilirkişiden yeni bir rapor talep etmesi gerekmektedir. Raporla bağlı olmaması, hakime keyfî karar verme yetkisi

değerlendirerek karar verir. Ancak, özellikle sağlık hukukuna ilişkin uyuşmazlıklardaki yerleşik içtihadında Danıştay, tıbbi bilirkişiden görüş alınmaksızın verilen ilk derece mahkemesi kararlarını salt bu sebeple bozmaktadır¹⁷⁸⁸. Nitekim Fransız Danıştay'ı da tıbbi uygulama hatalarına ilişkin olarak açılan tam yargı davalarında dosya bilirkişiye gönderilmeksizin verilen ilk derece mahkemesi kararlarını bozmuştur¹⁷⁸⁹. Ayrıca Mahkeme, aynı tıbbi uygulama hatasının adli yargıda dava konusu edilmesi ve bu davada bilirkişi incelemesi yapılması ihtimalinde, söz konusu bilirkişi raporu dikkate alınmaksızın hüküm kurulmasını da hukuka aykırı bulmuştur¹⁷⁹⁰.

İdare tarafından sunulan sağlık hizmetleri kapsamında zarara neden olan eylemin, tıbbi uygulama hatası olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği hususu ile nitelendirilmesi ihtimalinde oluşan zararın miktarının tespiti teknik bilgi ve uzmanlık gerektirdiğinden, bu hususlarda ülkemizde Adli Tıp Kurumu¹⁷⁹¹, Yüksek Sağlık

vermemektedir. Bunun yanında, bilirkişi raporu ile çelişkili karar verecek olan hakimin kararının gerekçesinde söz konusu çelişkinin nedenini ortaya koyması gerekmektedir. (Hızal / Çınarlı, **agm.**)

¹⁷⁸⁸ Dan.10.D., 10.04.2006, E. 2005/1870, K. 2006/2294; Dan.10.D., 25.02.2002, E. 2001/1698, K. 2003/692, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Dan.10.D., 16.04.2001, E. 1998/7339, K. 2001/1386, aktaran Bal / Şahin / Karabulut, **age.**, s. 312. Nitekim Yargıtay'ın içtihadı da bu yöndedir. (Yar. HGK, 26.09.2001, E. 2001/ 4 – 595, K. 2001/643.) Söz konusu içtihadın eleştirisi için bkz. Pekcanitez / Atalay / Özkes, **agm.**, s. 520. Buna karşılık Yargıtay'ın, tıbbi uygulama hatasının aşikar olduğu, hastanın vücudunda tıbbi malzeme unutulması gibi vakalarda, dosyanın bilirkişiye gönderilmesinin yersiz olduğu yönünde kararları da mevcuttur. (Yar.13.HD, 14.03.1983, E. 1982/7237, K. 1982/1783, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Anayasa Mahkemesi ise bir kararında, bilirkişi incelemesi yapılması gereken hususlar bakımından, söz konusu inceleme yapılmaksızın doğrudan mahkeme tarafından karar verilmesinin Anayasa'nın 17. maddesi kapsamındaki idarenin pozitif yükümlülüğüne aykırılık oluşturacağına karar vermiştir. (AYM, BB, *Zümriit Ağapınar*, BN. 2015/3747, T. 26.12.2018, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası)

¹⁷⁸⁹ CE, 27.11.1964, *Epoux Hulot*, Rec. Lebon, 1964, Dalloz.fr.

¹⁷⁹⁰ Dan.10.D., 15.02.2001, E. 1998/5580, K. 2001/582; Dan.10.D., 19.09.2007, E. 2004/6540, K. 2007/4237, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Dan.10.D., 13.10.1999, E. 1997/2556, K. 1999/4833, aktaran Bal / Şahin / Karabulut, **age.**, s. 326.

¹⁷⁹¹ 2959 sayılı Kanun'un 1. maddesine göre, adalet işlerinde bilirkişilik yapmak üzere Adalet Bakanlığı'na bağlı olarak kurulan Adli Tıp Kurumu 8 ayrı ihtisas kurulundan oluşmaktadır. İhtisas kurulları bir başkan ve iki adli tıp uzmanının yanında sayıları 8 ila 16 arasında değişen ve farklı tıbbi uzmanlık alanlarına mensup uzmanlardan oluşmaktadır. Adli Tıp İhtisas Kurulları işin niteliğine göre en az dört üye ile toplanır ve oy çokluğu ile karar alır. Üyelerden birinin mazeretinin bulunması veya yokluğu hâlinde eksikliği diğer kurullardan alınacak üye ile tamamlanır. Şu kadar ki tetkik edilecek konu, ilgili uzman üye hazır bulunmadıkça müzakere edilemez.

İhtisas Kurullarının bilirkişilik yapacağı alanlar 2959 sayılı Kanun'un 16. maddesinde düzenlenmiş olup; bu alanlar konu bazında ayrılmıştır. Adli Tıp İhtisas Kurulları kararını vermeden önce incelediği konu ile ilgili bulunan evrakın aslını ya da onanmış örneklerini mahallinden isteyebilir. İhtisas Kurulları ilgili kişileri gerektiğinde muayeneye çağırabilir ve bunları usulüne göre dinleyebilir, her türlü tetkikatı yapar veya yaptırabilir. Ayrıca incelenen konularla ilgili olarak Adli Tıp Kurumu'nda bulunmayan uzmanlık dallarında dışarıdan uzmanları bilirkişi olarak davet edilebilir.

Şurası¹⁷⁹², üniversite hastanelerinin tıp fakültelerinin ilgili anabilim dalları ve diğer bilirkişilerden rapor alınmaktadır¹⁷⁹³.

Her ne kadar sağlık hukuku uyumsuzluklarına ilişkin olarak görüş verme yetkisine sahip birden fazla makam bulunsa da Danıştay'ın Adli Tıp Kurumu tarafından verilen görüşlere öncelik verdiğini söylemek mümkündür¹⁷⁹⁴. Bu kapsamda, Mahkeme pek çok davada Adli Tıp Kurumu'ndan görüş alınmadığı için bozma kararı vermekte¹⁷⁹⁵ veya Yüksek Sağlık Şurası ya da diğer bilirkişiler tarafından verilen görüşle yetinmeyerek Adli Tıp Kurumu'ndan da ayrıca görüş almaktadır¹⁷⁹⁶. Bir kararında ise Danıştay, mahkeme tarafından daha önceden birbiri ile çelişkili olan iki farklı bilirkişi raporu alınması ihtimalinde, çelişkinin giderilmesi için dosyanın Adli Tıp Kurumu Genel Kurulu'na gönderilmesi gerektiğine hükmetmiştir¹⁷⁹⁷. Bu kararlardan yola çıkıldığında, Danıştay'ın sağlık hukukuna ilişkin teknik bilgi gerektiren uyumsuzluklarda Adli Tıp Kurumu tarafından verilen

¹⁷⁹² Dan.2.D., 19.10.1990, E. 1990/1381, K. 1990/2686, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Sağlık meslek mensuplarının mesleklerini icra ederken ortaya çıkan adli konularda mahkemelere görüş vermekle görevli, on beş üyeden oluşan Yüksek Sağlık Şurası 663 sayılı KHK'nin 21. maddesiyle kurulmuştur. Ancak Yüksek Sağlık Şurası 02.07.2018 tarihli ve 703 sayılı KHK'nin 25 maddesiyle kaldırılmıştır.

¹⁷⁹³ HMK'nin 268. maddesinin üçüncü fıkrasında göre, kanunların görüş bildirmekle yükümlü kıldığı kişi ve kuruluşlara görevlendirildikleri konularda bilirkişi olarak öncelikle başvurulur. Dolayısıyla tıbbi uygulama hatalarına ilişkin olarak öncelikle kanunla bilirkişilik yapmakla görevlendirilmiş olan Adli Tıp Kurumu ve üniversite tıp fakültelerine başvurulması gerekmektedir. Kanun'un 273. maddesine göre Mahkeme, bilirkişinin görevlendirilmesine ilişkin kararında, inceleme konusunu bütün sınırlarıyla ve açıkça belirleyerek bilirkişinin cevaplaması gereken sorular ile raporun verileceği süreye yer vermek zorundadır. Ancak kural olarak bu süre üç ayı geçemez.

¹⁷⁹⁴ Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin içtihadı da bu yöndedir: AYM, BB, *Melahat Sönmez*, BN. 2013/7528, T. 09.09.2015, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası.

¹⁷⁹⁵ Dan.10.D., 25.06.2008, E. 2007/2965, K. 2008/4831; Dan.10.D., 03.04.2001, E. 2000/27, K. 2001/1241, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Dan.10.D., 15.02.2008, E. 2005/8148, K. 2008/676, aktaran Orhan Meral, Serkan Çınarlı, Ekin Özgür Aktaş, "İdari Yargıda Tıbbi Uygulama Hatalarından Kaynaklanan Davalarda Bilirkişi Raporlarının İncelenmesi", *Tıp Hukuku Dergisi*, S. 9, 2016, s. 146; Dan.10.D., 25.01.2001, E. 1998/3624, K. 2001/246, aktaran Bal / Şahin / Karabulut, *age.*, s. 321. Daha eski tarihli kararlarında ise Danıştay'ın bilirkişi incelemesi yapılmak üzere dosyayı Yüksek Sağlık Şurası'na gönderdiği kararları da bulunmaktadır. Kararlardan örnekler için bkz. Dan.2.D., 16.12.1994, E. 1993/2401, K. 1994/2200; Dan.2.D., 19.10.1990, E. 1990/1381, K. 1990/2686, aktaran Meral / Çınarlı / Aktaş, *agm.*, s. 156 – 157.)

¹⁷⁹⁶ Dan.15.D., 05.03.2014, E. 2013/4312, K. 2014/1436, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Dan.10.D., 11.07.2005, E. 2002/3968, K. 2005/4042, aktaran Meral / Çınarlı / Aktaş, *agm.*, s. 143 – 144; Dan.10.D., 11.10.2000, E. 2000/1198, K. 2000/5132, aktaran Bal / Şahin / Karabulut, *age.*, s. 335. Nitekim Yargıtay'ın tazminat davalarına ilişkin vermiş olduğu kararlar da bu yöndedir. (Yar.13.HD, 07.12.2000, E. 2000/10347, K. 2000/11083; Yar.13.HD, 15.10.2002, E. 2002/7925, K. 2002/10687, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) *Hızal / Çınarlı*, Danıştay'ın bu içtihadının Anayasal mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkesinin yanında, Anayasa Mahkemesi'nin donanımlı tıbbi kurumlar bulunmasına karşın mahkemelerin Yüksek Sağlık Şurası'ndan görüş alınmasını zorunlu kılan düzenlemenin iptaline dair içtihadına da aykırılık oluşturacağını ileri sürmektedir. (*Hızal / Çınarlı, agm.*)

¹⁷⁹⁷ Dan.10.D., 03.04.2007, E. 2004/10493, K. 2007/1634; Dan.10.D., 25.12.2009, E. 2008/8514, K. 2009/10913, aktaran Meral / Çınarlı / Aktaş, *agm.*, s. 151 - 153.

raporlara, diğer bilirkişilik kurumlarının kararlarına nazaran öncelik verdiği dahi söylenebilir¹⁷⁹⁸. Sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda Danıştay'ın bilirkişi incelemeleri bakımından Adli Tıp Kurumu'na öncelik veren bu yaklaşımı, Kurum'da yer alan ihtisas kurullarının oluşumu sebebiyle öğretilde eleştirilmektedir. Şöyle ki, Adli Tıp Kurumu'ndan çıkan raporlar çoğu zaman uyuşmazlık konusu ile ilgili tek bir uzmanın katıldığı ya da ilgili alanın uzmanının hiç katılmadığı kurullarca yapılan toplantılar sonucunda verilmektedir. Bu durum uyuşmazlığa dair incelemenin yeterli teknik ve uzmanlığa sahip olmayan heyet tarafından yapılmasına yol açmakta ve söz konusu incelemenin güvenilirliğine gölge düşürmektedir¹⁷⁹⁹.

Karara dayanak teşkil eden bilirkişi raporlarının içeriği bakımından da değerlendirme yapan Danıştay, söz konusu raporlarda bilirkişiye sorulan soruların tümünün yanıtlanmış olması¹⁸⁰⁰, yanıtların uyuşmazlığın çözümü bakımından açık ve

¹⁷⁹⁸ “(...) bakanlıkça verilecek önemli sağlık konuları hakkında görüş bildirmek ve tababet şubeleri sanatlarını ifadan doğan adli konularda görüş vermek üzere kurulan, üyeleri Sağlık Bakanınca seçilen ve diğer hususların 1593 sayılı Yasada yer alan hükümlere göre yürütüleceği öngörülen Yüksek Sağlık Şurasınca verilen kararın (...) yetersiz olması karşısında, konunun tarafların tüm iddiaları da dikkate alınarak 2659 sayılı Yasa hükümleri uyarınca esas itibarıyla adalet işlerinde bilirkişilik görevi yapmak üzere kurulan Adli Tıp Kurumuna intikal ettirilmesi suretiyle uyuşmazlığın çözümlenmesi gerekmektedir.” (Dan.10.D., 23.10.1995, E. 1994/1725, K. 1995/4827, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

¹⁷⁹⁹ Danıştay'ın sağlık hukuku uyuşmazlıklarının çözümünde Adli Tıp Kurumu'nu öncelikli bilirkişi makamı olarak kabul etmesi öğretide çeşitli sebeplerle eleştirilmiştir. Tıbbi uygulama hatalarına ilişkin davalarda hekimin uygulamasının güncel tıbbi standartlara ve kabul edilen prensiplere uygunluğunun tespiti bakımından söz konusu uygulama ve prensiplerin ortaya konulduğu ve geliştirildiği üniversite hastaneleri ile eğitim ve araştırma hastanelerinin daha etkili ve yeterli olacağı ileri sürülmektedir. Bunun yanında, adli tıp ihtisas kurulunda dava konusu yönünden uzman en az bir hekimin bulunması zorunlu olmakla birlikte, kurulun çoğunluğu konu bakımından uzman olmayan hekimlerden oluşmakta, hatta bazı hallerde konunun uzmanının yokluğunda dahi toplanılarak karar verilmektedir. Bu durum Adli Tıp Kurumu tarafından verilen raporların ne kadar yeterli ve güvenilir olduğunu tartışma konusu yapmaktadır. Son olarak, Adli Tıp Kurumu'nun tek yetkili bilirkişilik makamı olarak kabul edilmesi Kurum'un iş yükünü arttırdığından mahkemelerin karar alma süreçlerinde de gecikmelere neden olmaktadır. (Hızal / Çınarlı, **agm.**) Nitekim bu durum Devlet Denetleme Kurulu tarafından 2010 yılında hazırlanan raporda, “Kurum bünyesindeki Genel Kurul ve ihtisas kurulları, çok çeşitli alanlarda uzmanlığı bulunan çok sayıda üyeden müteşekkildir. Bu kurulların oylama usulü ile karar vermekte olması, üyelerin uzman olmadıkları konularda alınacak kararlara da katılabilmeleri sonucunu doğurmakta olup, bu durum ‘bilirkişi’ faaliyetinin özüne aykırılık teşkil etmektedir.” ifadeleriyle açıkça ortaya konulmuştur. (Devlet Denetleme Kurulu 01.07.2010 tarihli ve 2010/12 sayılı raporu, Hızal / Çınarlı, **agm.**) Nitekim Yargıtay da bir kararında Adli Tıp Kurumu tarafından hazırlanan raporun yetersiz olması durumunda, dosyanın üniversitelerin ana bilim dallarından seçilecek uzmanlardan oluşacak bir bilirkişi heyeti tarafından değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir. (Yar. 13.HD, 22.01.2015, E. 2014/12438, K. 2015/935. Aynı yönde Yar.13.HD, 16.01.2014, E. 2013/17487, K. 2014/794; Yar.13.HD, 19.02.2015, E. 2014/10739, K. 2015/4990; Yar.13.HD, 05.02.2015, E. 2014/11049, K. 2015/2645, **Leges İzmir Üniversitesi Sağlık Hukuku Dergisi**, Y. 2, S. 6, Nisan-Mayıs-Haziran 2015, s. 107.)

¹⁸⁰⁰ Dan.10.D., 10.04.2006, E. 2005/1870, K. 2006/2294, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Aynı yönde Dan.15.D., 15.04.2015, E. 2014/5076, K. 2015/2184; Dan.1.D., 23.09.2010, E. 2010/1420, K. 2010/1337; Dan.1.D., 10.03.2010, E. 2010/282, K. 2010/418, aktaran Meral / Çınarlı / Aktaş,

anlaşılır olması¹⁸⁰¹ ve yeterli incelemenin yapılmış olması¹⁸⁰² gibi hususları da incelemektedir¹⁸⁰³. Yine, söz konusu raporların kendi içinde çelişkili olması bozma nedeni olarak kabul edilmektedir¹⁸⁰⁴. Hatta bazı kararlarında Danıştay bilirkişi tarafından yapılan tıbbi değerlendirmeyi dosyada yer alan veriler doğrultusunda inceleyerek, söz konusu değerlendirmenin tıbbi standartlarla örtüşmediğine karar vermiş ve hükmü yeni bir bilirkişi incelemesi yapılmak üzere bozmuştur¹⁸⁰⁵.

Nitekim Anayasa Mahkemesi de, özellikle sağlık hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda, ulusal yargı mercilerinin kararının eksik, gerekçesiz, çelişkili ya da uyuşmazlığın çözümü bakımından açık ve anlaşılır olmayan bilirkişi raporlarına dayanmasını Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi ve Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkından kaynaklanan Devletin pozitif yükümlülüğüne aykırılık teşkil edeceğine hükmetmiştir. Dolayısıyla önüne gelen uyuşmazlıklarda Anayasa Mahkemesi, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkı kapsamında yerine getirilmesi zorunlu olan usul yükümlülüklerinin, somut olayda yerine getirilip getirilmediğinin nesnel bir

agm., s. 160 - 161. Bu yöndeki Anayasa Mahkemesi içtihadı için bkz. AYM, BB, *Aysun Okumuş ve Aytekin Okumuş*, BN. 2013/4086, T. 20.04.2016; AYM, BB, *Zümrüt Ağapınar*, BN. 2015/3747, T. 26.12.2018; AYM, BB, Aydın Gür, BN. 2015/3640, T. 30.10.2018; AYM, BB, *Tevfik Gayretli*, BN. 2014/18266, T. 25.01.2018, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası.

6100 sayılı HMK'nin 281. maddesine göre mahkeme, bilirkişi raporundaki eksiklik yahut belirsizliğin tamamlanması veya açıklığa kavuşturulmasını sağlamak için, bilirkişiden, yeni sorular düzenlemek suretiyle ek rapor alabileceği gibi, tayin edeceği duruşmada, sözlü olarak açıklamalarda bulunmasını da kendiliğinden isteyebilir. Bunun yanında Mahkeme, gerçeğin ortaya çıkması için gerekli görürse, yeni görevlendireceği bilirkişi aracılığıyla yeni bir inceleme de yaptırabilir

¹⁸⁰¹ Dan.15.D., 27.05.2016, E. 2016/3514, K. 2016/3853, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Dan.15.D., 23.01.2014, E. 2012/12332, K. 2014/116.

¹⁸⁰² Dan.15.D., 11.03.2015, E. 2013/4509, K. 2015/1398, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Dan.15.D., 04.02.2016, E. 2015/455, K. 2016/601, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası; Dan.10.D., 11.07.2005, E. 2002/3968, K. 2005/4042, aktaran Meral / Çınarlı / Aktaş, **agm.**, s. 143; Yar.4.HD, 10.03.1972, E. 1971/14538, K. 1972/2058, aktaran Hancı, **agm.**, s. 26.

¹⁸⁰³ Burada ayrıca belirtmek gerekir ki, sağlık hukuku uyuşmazlıklarında bilirkişinin görevi sağlık personelinin fiilinin tıbbi standartlara uygun olup olmadığının tespiti ile sınırlı olup, söz konusu fiilin hizmet kusuru oluşturup oluşturmadığına hükmedecek olan hakimdir. (Hızal / Çınarlı, **agm.**)

¹⁸⁰⁴ Dan.15.D., 10.03.2016, E. 2015/8936, K. 2016/1604, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası; Yar.13.HD, 25.05.2000, E. 2000/2892, K. 2000/5141, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Yar.4.HD, 15.01.1976, 1975/10495, K. 1976/343, aktaran Hancı, **age.**, s. 26. Aynı yönde Anayasa Mahkemesi içtihadı için bkz. AYM, BB, *Emrah Egeç*, BN. 2015/9714, T. 11.12.2018, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası.

Yargıtay da tıbbi uygulama hataları nedeniyle açılan davalarda bilirkişi raporlarını içerik yönünden incelemekte, soyut ve gerekçesiz raporlara dayanılarak verilen ilk derece mahkemesi kararlarını bozmaktadır. (Necdet Şatır, "Yargı Kararlarında Özel Hastanelerde Çalışan Doktorların ve Diğer Sağlık Personelinin Sorumluluğu", **Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu (24 – 25 Nisan 2008 İstanbul)**, 12 Levha Yayıncılık, 2011, s. 82.)

¹⁸⁰⁵ Dan.15.D., 03.04.2018, E. 2013/8184, K. 2018/3299, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Nitekim Yargıtay'ın da bilirkişi raporunda yer alan tıbbi değerlendirmeleri hayatın olağan akışı kapsamında yeniden inceleyerek, bu raporda yer alan görüşün aksi yönde vermiş olduğu kararları da bulunmaktadır. (Yar.13HD, 14.03.1983, E. 1982/7237, K. 1983/1783, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

şekilde değerlendirilmesi bakımından derece mahkemelerinin bilirkişi raporlarına ilişkin takdir yetkilerinin doğru kullanılıp kullanılmadığını denetlemektedir¹⁸⁰⁶. Bu kapsamda ulusal yargı merciinin kararına dayanak oluşturan bilirkişi raporunun, uyuşmazlığın çözümü bakımından elverişli ve yeterli olması da Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan kişinin maddi varlığının korunması hakkı kapsamında yer almaktadır¹⁸⁰⁷.

Buna karşılık Anayasa Mahkemesi bir kararında, eksik ya da çelişkili olan bilirkişi raporunun dosyada yer almakla birlikte, karara esas dayanak teşkil etmemesi ya da başka delillerle desteklenmiş olması durumunda, yargılamanın hukuka aykırı hale gelmeyeceğini ve dolayısıyla Anayasa'nın 17. maddesinden kaynaklanan pozitif yükümlülüğün yerine getirilmemesi nedeniyle sorumluluk oluşmayacağını ortaya koymuştur¹⁸⁰⁸.

Danıştay bir kararında ise, dosyayı Adli Tıp Kurumu'na gönderirken uyuşmazlık konusu olaya ilişkin görüşünü de ortaya koymak suretiyle, Kurum'un raporunu hazırlarken bu açıklamaları dikkate alması gerektiğine işaret etmiştir¹⁸⁰⁹. Öğretide bilirkişinin raporunda teknik olarak çözümü net olmayan veya teknik olarak tespiti mümkün olmayan hususların da gerekçesi ile belirtilmesi, uyuşmazlığın çözümüne dair ihtimallerin bulunması halinde bu durumun da ayrıca ortaya konulması gerektiği savunulmaktadır¹⁸¹⁰. Yukarıda sayılan koşulları taşımayan

¹⁸⁰⁶ “Bu bağlamda derece mahkemesinin gerekçeleri, tarafların kanun yoluna başvuru imkanının etkili şekilde kullanabilmesini sağlayacak surette ayrıntılı olarak ortaya konulmalı; ulaşılan sonuçlar yeterli açıklıktaki bilimsel görüş ve raporlar gibi somut, nesnel verilere dayandırılmalıdır.” (AYM, BB, *Fındık Kılıçaslan*, 11.10.2018, BN. 2015/97, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası) Aynı yönde içtihat için bkz. AYM, BB, *Mehmet Şerif Karakoyun ve Diğerleri*, BN. 2015/12128, T. 17.04.2019, RG. 15.05.2019, S. 30775; AYM, BB, *Emrah Egeç*, BN. 2015/9714, T. 11.12.2018; aynı yönde AYM, BB, *Murat Atılğan*, BN. 2013/9047, T. 07.05.2015, AYM, BB, *Aysun Okumuş ve Aytekin Okumuş*, BN. 2013/4086, T. 20.04.2016, AYM, BB, *Zümrüt Ağapınar*, BN. 2015/3747, T. 26.12.2018; AYM, BB, *Aydın Gür*, BN. 2015/3640, T. 30.10.2018; AYM, BB, *Hilmi Düzgüner*, BN. 2014/9690, T. 11.05.2017, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası.

¹⁸⁰⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise, önüne gelen uyuşmazlıklarda bilirkişi raporlarını içerik yönünden denetlemekten kaçınmıştır. (AİHM, *Yardımcı / Türkiye*, BN. 25266/05, T. 05.01.2010, Hudoc.echr.coe.int.) Buna karşılık, Yüksek Mahkeme, tıbbi müdahaleden kaynaklananlar dışındaki, bizzat hizmetin organizasyonundan kaynaklanan zararlarda, idarenin kusurlu davranışlarının sağlık hizmetlerine erişim hakkı bakımından ihlal yaratıp yaratmadığını somut olay bakımından ayrı ayrı incelemektedir. (AİHM, *Mehmet Şentürk ve Bekir Şentürk / Türkiye*, BN. 13423/09, T. 09.04.2013, Hudoc.echr.coe.int.)

¹⁸⁰⁸ AYM, BB, *Yasin Çıldır*, BN. 2013/8147, T. 14.04.2016, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası.

¹⁸⁰⁹ Dan.15.D., 12.12.2014, E. 2013/12131, K. 2014/9635, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁸¹⁰ Pekcanitez / Atalay / Özkes, *age.*, s. 519.

bilirkişi raporlarına dayanarak hüküm kurmayan Mahkeme uyuşmazlığı ya bilirkişi raporunu dikkate almadan çözmekte ya da yeni bir bilirkişi raporu istemektedir.

Öte yandan Danıştay Adli Tıp Kurumu'ndan bilirkişi raporu alınan uyuşmazlıklarda, raporu hazırlayan kurulun oluşum biçimini de değerlendirmektedir¹⁸¹¹. Buna göre, tetkik edilecek olan konunun uzmanlarının bulunmadığı kurul tarafından müzakere edilen ve düzenlenen bilirkişi raporuna dayanarak hüküm tesis etmek, bilirkişiye başvurulmasındaki amaçla bağdaşmamakta olup, hukuka aykırı olacaktır¹⁸¹². Nitekim AİHM de bilirkişi incelemesini yapacak heyetin, davanın gerektirdiği nitelik ve becerilere sahip olmamasının etkili başvuru hakkını ihlal edeceğini vurgulayarak, Sözleşme'ye aykırılık teşkil edeceğini bir kararında ortaya koymuştur¹⁸¹³.

Sağlık hizmetlerinden kaynaklanan idarenin sorumluluğuna ilişkin uyuşmazlıklarda, özellikle illiyet bağı ve zarar miktarının tespiti için yaptırılan bilirkişi incelemesi bakımından önem arz eden bir diğer husus da, uyuşmazlık konusu olaya ilişkin önceden alınmış olan bilirkişi rapor veya raporlarının idare mahkemesi bakımından kullanılabilirliğidir. Söz gelimi, idari davaya konu olan uyuşmazlığın aynı zamanda suç oluşturması durumunda, ilgilinin idari yargılamanın yanında ceza davasını da başlatmış olması ihtimalinde, ceza mahkemesinin yaptırmış olduğu bilirkişi incelemesi sonucunda hazırlanan raporun, aynı uyuşmazlığa ilişkin idari yargıda devam eden davada kullanılıp kullanılamayacağı tartışılması gereken bir husustur.

¹⁸¹¹ Dan15.D., 12.12.2014, E. 2013/12131, K. 2014/9635, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Dan.15.D., 10.03.2016, E. 2015/8936, K. 2016/1604; Dan.15.D., 04.02.2016, E. 2015/455, K. 2016/601, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası; Dan.10.D., 07.03.2012, E. 2008/2842, K. 2012/753, aktaran Meral / Çınarlı / Aktaş, **agm.**, s. 155. Aynı yöndeki Bölge İdare Mahkemesi içtihadı için bkz. Gaziantep BİM 3.İDD, 20.04.2017, E. 2017/277, K. 2017/519, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası. Yargıtay'ın da bilirkişi heyetinin oluşumunun uyuşmazlığın çözümü bakımından yetersiz olduğu gerekçesiyle, bu heyetin raporuna göre kurulan hükmün bozulmasına ilişkin kararları bulunmaktadır. (Yar.13.HD, 15.11.2001, E. 2001/8025, K. 2001/10572, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

¹⁸¹² “*Dava konusu uyuşmazlıkta hastanın durumu pediatri bölümü kadar ortopedi ve travmatoloji ile enfeksiyon hastalıkları bölümlerini de ilgilendirmektedir. İdare Mahkemesi’nce hükme esas alınan raporu hazırlayanlar arasında ise, enfeksiyon hastalıkları ile ortopedi ve travmatoloji uzmanının bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu durum, yukarıda ifade edildiği üzere bilirkişiye başvurulmasındaki amaçla bağdaşmamaktadır. Bu durumda kanunun amir hükmü gözetilerek alanında uzman hekim bilirkişilerin katılımıyla teşkil edecek Adli Tıp Kurumu’nun ilgili ihtisas dairesi heyetinden, yukarıda yer verilen ... ‘a ait bebek izlem fişi ve (...) aşı kayıtlarının bulunmaması hususu da gözetilerek yeni bir rapor alınmalıdır.*” (Dan.15.D., 16.05.2016, E. 2016/5237, K. 2016/3596, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

¹⁸¹³ AİHM, *Aydoğdu / Türkiye*, BN. 40448/06, T. 30.10.2016, Hudoc.echr.coe.int.

Danıştay içtihadında idare mahkemesinin hizmet kusurunun bulunup bulunmadığına ilişkin olarak yaptığı değerlendirme sırasında, ceza davasında verilen karar ile bu karara dayanak oluşturan bilirkişi raporlarının da incelenerek karar verilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Kararında Mahkeme, hizmet kusuru bakımından değerlendirme yapacak olan idari yargı makamının, aynı uyumsuzluğa ilişkin olarak yürütülen ceza yargılamasını tamamen göz ardı edemeyeceğini ortaya koyarken, ceza yargılamasında kullanılan bilirkişi raporlarının idari yargılama bakımından da kullanılabilir olduğunu vurgulamıştır¹⁸¹⁴. Ancak bu karardan yola çıkarak idari yargı makamının, ceza yargılamasındaki bilirkişi raporu ile tamamen bağlı olduğu da söylenemeyecektir. Mahkemenin söz konusu raporu eksik ya da yetersiz bulması ihtimalinde yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırması da mümkündür.

Benzer şekilde zarar görenin adli yargıda hekim aleyhine dava açması, bu yargı mercii tarafından verilen görevsizlik kararının kesinleşmesi üzerine idari yargıda tam yargı davası açılması ihtimalinde, görevsizlik kararı verilmeden önceki süreçte alınmış olan bilirkişi raporlarının, idari yargı makamı tarafından hüküm verilirken kullanılması zorunlu olmamakla birlikte, bu raporlara dayanılarak hüküm kurulması mümkündür¹⁸¹⁵. Bilirkişi raporlarının hukuk bilgisinin dışındaki teknik ve uzmanlık gerektiren alanlara ilişkin olarak mahkemelerce alındığı dikkate alındığında, her ne kadar farklı hukuk dallarında farklı kurallar uygulansa da bu kuralların uygulanacağı maddi vakıalar tüm hukuk dalları bakımından aynıdır. Başka bir deyişle, ceza yargılaması ya da hukuk yargılamasında tıbbi standartlara uygun olarak kabul edilen bir müdahalenin idari yargılamada tıbbi uygulama hatası olarak değerlendirilmesi mümkün olmayacaktır¹⁸¹⁶. Keza, bilirkişi raporunda yansıtılan husus yalnızca maddi vakanın tıbbi yönden açıklanmasıdır. Bu nedenle, kanaatimizce de diğer yargı kollarında yürütülen yargılama faaliyetleri sırasında temin edilen bilirkişi raporlarının mahkeme bakımından bağlayıcı olduğunun kabulü gerekir.

¹⁸¹⁴ Dan.10.D., 19.09.2007, E. 2004/6540, K. 2007/4237; Aynı yönde Dan.10.D., 18.10.2010, E. 2007/5648, K. 2010/7983, aktaran Meral / Çınarlı / Aktaş, **agm.**, s. 148. Aynı yönde, Dan.10.D., 01.04.2009, E. 2009/4689, K. 2009/2584, aktaran Gökcan, **age.**, s. 1387; Dan.10.D., 17.04.2012, E. 2008/8441, K. 2012/1544, aktaran Gökcan, **age.**, s. 1497; Dan.10.D., 15.02.2002, E. 2008/405, K. 2012/578, aktaran Gökcan, **age.**, s. 1498.

¹⁸¹⁵ AYM, BB, *İlker Başer ve Diğerleri*, BN. 2013/1943, T. 09.09.2015, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası.

¹⁸¹⁶ Esper / Dupont, **age.**, s. 917; Hakeri, **age.**, s. 913.

c. Üçüncü Kişilerin Davaya Müdahalesi

Sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan zararların büyük kısmı, yukarıda ayrıntılı şekilde incelendiği üzere, sağlık personelinin eylemlerinden kaynaklanmaktadır. Anayasa'nın 129. maddesi uyarınca kamu personelinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ancak idare aleyhine açılabilir. Kamu görevlilerinin hizmetin yürütülmesi sırasındaki kusurlu davranışlarından idarenin asli olarak sorumlu olduğunu ortaya koyan bu düzenlemenin sonucu olarak, zarar gören kişiler yalnızca idare aleyhine dava açabilmekte olduğundan, zarara yol açan kamu görevlisi davalı sıfatına sahip olamamaktadır. Keza, idari faaliyetler nedeniyle açılacak tam yargı davalarında davalının ancak idare olması mümkündür.

Öte yandan, Anayasa'nın 129. maddesi uyarınca tam yargı davası sonucunda tazminat ödemek zorunda kalan idare, bu tazminat miktarını zarara yol açan kamu görevlisine rücu edecektir. Dolayısıyla tam yargı davasının idare aleyhine sonuçlanması ihtimalinde, tazminat konusu meblağ nihayetinde kamu görevlisinin malvarlığından eksilecektir. Bu nedenle, zarara yol açan kamu görevlisinin, taraf sıfatına sahip olmadığı tam yargı davasının idare lehine sonuçlanmasında açık bir menfaati bulunmaktadır. Tıbbi faaliyetlerin teknik ve uzmanlık gerektirmesi ve zarara yol açan fiilin doğrudan faili olması sebebiyle, kamu görevlisinin idare aleyhine açılan davaya katılarak iddia ve savunmalarını ileri sürmesi yararlı olacaktır. Bu sayede idare tam yargı davasında daha etkin bir savunma yapabilecek; kamu görevlisi ise tarafı dahi olmadığı bir yargılama nedeniyle tazminat ödemek durumunda kalmaktan kurtulabilecektir.

Kamu görevlisinin idare aleyhine açılan tam yargı davasında iddia ve savunmalarını ortaya koymasına imkan sağlayan iki temel imkan 2577 sayılı Kanun'un 31. maddesinde zikredilmiştir: Davaya katılma ve davanın ihbarı. Ancak 2577 sayılı Kanun'da gerek davanın ihbarı ve gerek davaya katılma ayrıca düzenlenmiş değildir. Anılan Kanun'un 31. maddesinde her iki hukuki imkan bakımından 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göndermede

bulunulmuştur¹⁸¹⁷. Bu doğrultuda, esasen adli yargıda uygulama bulan gerek davanın ihbarı (i) ve gerek davaya katılma usulleri (ii), niteliği elverdiği ölçüde idari yargılama hukukunda da uygulanacaktır.

i. Davanın İhbarı

Davanın ihbarı kavramı öğretide, “*davayı kaybettiği takdirde üçüncü kişiye ya da üçüncü kişinin kendisine rücu edebileceğini düşünen tarafın davadan bu kişiyi haberdar etmesi*” olarak tanımlanmıştır¹⁸¹⁸. Tanımdan da anlaşılacağı üzere, davanın ihbarı imkanıyla esas olarak davanın sonucundan etkilenecek üçüncü kişilerin korunması amaçlanmaktadır. Bunun yanında, davanın ihbarını talep eden tarafın dava sonuçlandıktan sonra açacağı olası rücu davasında kendi lehine sonuç yaratması da ihbar kurumuyla ulaşılmak istenen bir diğer amaçtır¹⁸¹⁹.

2577 sayılı Kanun’un 31. maddesinin birinci fıkrasında, davanın ihbarı ile ilgili olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na göndermede bulunulmuş, ayrıca aynı fıkranın son cümlesinde davanın ihbarının Danıştay, mahkeme ya da hakim tarafından resen yapılacağı öngörülmüştür. Dolayısıyla idari yargılama hukukunda

¹⁸¹⁷ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, başta iptal davası olmak üzere, idari davaların objektif niteliğini vurgulayarak, bu davaların çoğu kez davanın tarafı olmayan üçüncü kişileri de etkilediğini ortaya koymuştur. Hatta bu etki rücu ilişkisinden daha öte bir ilişkiye tekabül etmektedir. Bu bakımdan, üçüncü kişileri de ilgilendirecek olan bu davaların ihbar edilmesinin bir zorunluluk olduğunu vurgulamıştır. (Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, **Türk İdari Yargılama Hukuku**, Savaş Yayınevi, 2018, s. 733.) Candan ise, gerek davanın ihbarı ve gerek davaya katılma imkanlarının özel hukuk yargılamalarına özgü ve “*hakimin tarafların iddia ve savunmalarıyla bağlılığı*” ilkesinin sebebiyle davanın sonucundan etkilenen üçüncü kişileri korumaya yönelik olduğunu, “*resen araştırma*” ilkesinin uygulandığı idari yargılamalar bakımından her iki kuruma da esasında ihtiyaç bulunmadığını savunmaktadır. (Candan, **age.**, s. 786. Aynı yönde, M. İlhan Dinç, Turgut Candan, “İdari Yargılama Usulünde Davanın İhbarı”, **DD**, S. 84 – 85, s. 4) Bu yönde görüş bildiren öğretideki müelliflere göre, idarenin faaliyetinin hukuka uygunluğunun denetlendiği davada faaliyetin hukuka uygunluğunun ortaya konulması bakımından başka bir idareye ya da üçüncü kişiye ihbarda bulunulması düşünülemez. Bu nedenle, ihbar kurumunun uygulanması yargılamayı gereksiz yere uzatmaktan ileriye gitmemektedir. (Celal Erkut, “İdari Yargının Yeniden Yapılandırılmasında Yargılama Hukuku Kurallarının Etkinleştirilmesi Sorunu”, **İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırılmalı İdari Yargılama Usulü Sempozyumu Ankara 11 – 12 Mayıs 2001**, Danıştay Başkanlığı Yayınları, 2001, s. 95; Celal Erkut, Selçuk Soybay, **Anayasa ve İdari Yargılama Hukukuna İlişkin Kanunlar**, 5. bası, Beta Yayıncılık, 2001. Aynı yönde görüş için bkz. Metin Günday, “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İdari Yargıda Uygulanma Alanı”, **İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırılmalı İdari Yargılama Usulü Sempozyumu Ankara 11 – 12 Mayıs 2001**, Danıştay Başkanlığı Yayınları, 2001, s. 84.)

¹⁸¹⁸ Candan, **age.**, s. 787. Anayasa Mahkemesi de davanın ihbarı kurumunu “*bireyin tarafı olmadığı ancak sonucu itibarıyla menfaatlerini etkileyen bir davadan müdahale ve diğer yollarla haklarını kullanabilmesine imkan tanımak amacıyla haberdar edilmesini temin eden bir usul hukuku müessesesi*” olarak tanımlamıştır. (AYM, BB, Yusuf Bilin, BN. 2014/14498, T. 26.12.2017, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası)

¹⁸¹⁹ Akyılmaz / Sezginer / Kaya, **age.**, s. 734. Aynı yönde Kaplan, **age.**, s. 420.

tarafardan birinin talebi olmaksızın da yargı makamı tarafından kendiliğinden davanın üçüncü kişilere ihbar edilmesine karar verilebilmektedir.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 61. maddesine göre, *tarafardan biri davayı kaybettiği takdirde, üçüncü kişiye veya üçüncü kişinin kendisine rücu edeceğini düşünüyorsa, tahkikat sonuçlanıncaya kadar davayı üçüncü kişiye ihbar edebilir*. Hukuk yargılamasına göre açılmış bir davada bu düzenlemede yer alan iki ihtimalden birinin somut olayda bulunması durumunda davanın ihbarı “*tarafın istemi üzerine*” yapılacaktır. 2577 sayılı Kanun'un 31. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde belirtildiği üzere, hukuk yargılamalarından farklı olarak idari yargılama hukukunda ihbar yargı mercii tarafından *resen* de yapılabilmektedir¹⁸²⁰. Bunun yanında, davayı bir şekilde öğrenen üçüncü kişinin de HMK madde 61/2 düzenlemesi uyarınca kendisine rücu edecek olan ya da kendisinin rücu edeceği üçüncü kişiye davayı ihbar etmesi mümkündür.

İlk olarak, mahkeme *resen* ya da taraflardan birinin istemi üzerine davayı üçüncü kişiye ihbar edebilir. Bu ihtimalde, idari yargı makamı davanın ihbarını ara karar ile yapmaktadır. Bu ara kararda davanın tarafları ve konusunun yanında, ihbar sebeplerine de gerekçeli şekilde yer verilir¹⁸²¹. Taraflardan birinin istemi halinde mahkemenin davayı üçüncü kişiye ihbar etme hususunda takdir yetkisinin bulunup bulunmadığı bakımından Danıştay uygulaması çelişkilidir. Bazı kararlarda¹⁸²² üçüncü kişinin menfaatinin bulunup bulunmadığı hususunda değerlendirme yapılması gerektiğini savunan Yüksek Mahkeme; bazı kararlarında ise¹⁸²³, ihbar isteminin hukuken haklı olup olmadığının incelenip bu istemin kabulü ya da reddi yönünden karar verilmesinin kanuni düzenleme ile bağdaşmayacağına, taraflardan birinin istemi olması halinde ihbar kararı verilmesi gerektiğine hükmetmiştir¹⁸²⁴.

¹⁸²⁰ Dan.11.D., 12.07.2005, E. 2005/1023, K. 2005/4242, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁸²¹ Candan, **age.**, s. 788.

¹⁸²² Dan.6.D., 30.09.1983, E. 1982/1295 K. 1983/2959, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Aynı yönde başka bir karar için bkz. Dan.5.D., 15.06.2017, E. 2017/841, aktaran Akyılmaz / Sezginer / Kaya, **age.**, s. 735, dn. 89. Bu ihtimalde mahkemenin ihbar istemini reddetmesi durumunda, bunun sebebinin de esas hakkında vereceği kararda belirtmesi gerektiği kabul edilmiştir. (Dan.10.D., 26.09.2002, E. 2000/5976, K. 2002/3348, aktaran Yakup Bal, Mustafa Karabulut, Yahya Şahin, **İdari Yargılama Usulü ile İlgili Danıştay 10. Dairesinin Seçilmiş Kararları**, Seçkin Yayıncılık, 2003, s. 791.)

¹⁸²³ Dan.5.D., 17.11.1993, E. 1991/501, K. 1993/4530, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁸²⁴ Taraflardan birinin ihbar talebinde bulunması durumunda, mahkemenin ayrıca menfaate yönelik inceleme yapmasının gerekli olmadığı, bu ihtimalde davanın ihbar edilmesinin zorunlu olduğuna yönelik öğretideki görüş için bkz. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, **İdare Hukuku**, C. 2, 8. bası, Turhan Kitabevi, 2016, s. 799.

İkinci ihtimalde, HMK madde 61 uyarınca davacı ya da davalı idare de üçüncü kişilerin davaya katılmasının gerekli olduğu hallerde bu kişilere ihbarda bulunabilir. Bu ihtimalde ihbar doğrudan taraflarca yapılmakta olduğundan birtakım şekil şartlarına tabi tutulmaktadır. HMK madde 2 düzenlemesine göre, ihbar yazılı olarak yapılmakta olup, ihbar yazısında ihbar sebebinin gerekçeleriyle birlikte açıklanması ve yargılamanın hangi aşamada bulunduğu belirtilmesi gerekmektedir.

Öte yandan, ihbar kararında, davacıya davaya katılması için bir süre verilmesi gerektiği kanuni düzenlemede öngörülmemiştir. Dava kendisine ihbar edilen üçüncü kişi davaya katılabileceği gibi, gerekli görmüyorsa hareketsiz de kalabilir. Gerekli görmesi durumunda ise üçüncü kişi, davanın sonuçlanmasına kadar taraflardan birinin yanında davaya katılabilmektedir¹⁸²⁵. Dolayısıyla yargılama bittikten sonra kanun yolu aşamasında davanın ihbarı mümkün değildir. Ancak, kararın temyiz ya da istinafta bozulması sonucunda dosyanın ilk derece mahkemesine geri gönderilmesi ihtimalinde, mahkemece bozma üzerine yeni karar verilene kadar davanın ihbar edilmesi mümkün olacaktır¹⁸²⁶. HMK madde 62/2 düzenlemesi uyarınca, zorunlu sebeplerin varlığı halinde ihbar kararında katılma isteminde bulunma imkanı belli bir süreyle sınırlanabilmektedir.

Kendisine ihbar edilmesine rağmen davaya katılmaktan imtina eden üçüncü kişi, daha sonra açılacak rücu davasında kendisine ihbarda bulunan kişinin taraf olduğu ilk davada, uyuşmazlık hakkında mahkemece yanlış karar verildiği iddiasını ileri süremeyecektir¹⁸²⁷. Buna karşılık, kendisine ihbar yapılan kişi, söz konusu ihbarın zamanında yapılmaması nedeniyle davaya geç katıldığını ya da iddialarını ileri sürme imkanının elinden alındığını ileri sürebilecektir. Yine bu ihtimalde, ihbarda bulunulan üçüncü kişi, yanında davaya katıldığı tarafın yargılamayı hatalı yürüttüğünü de ileri sürebilecektir¹⁸²⁸.

Yargı yeri tarafından verilecek hüküm üzerine rücu ilişkisinin ortaya çıkacağı sağlık hizmetlerinden kaynaklanan tam yargı davalarında da ihbar kurumunun

¹⁸²⁵ Candan, **age.**, s. 789; Kaplan, **age.**, s. 421.

¹⁸²⁶ Karavelioğlu, **age.**, s. 1238.

¹⁸²⁷ Gözübüyük / Tan, **age.**, s. 801. Aynı yönde Hakan Pekcantez, Oğuz Atalay, Muhammet Özkes, **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, 6. bası, Vedat Kitapçılık, 2018, s. 173.

¹⁸²⁸ Akyılmaz / Sezginer / Kaya, **age.**, s. 734.

işletilmesi gerekeceği şüphesizdir¹⁸²⁹. Sağlık hizmetlerinin yürütülmesinde, kamu personelinin kusurundan kaynaklanan zararlardan, Anayasa'nın 129. maddesi gereğince asli olarak idare sorumlu olacağından, idare aleyhine tam yargı davası açılacak, tazminat ödemek zorunda kalan idare daha sonra bu meblağı kamu personeline rücu edecektir. İdare aleyhine açılan tam yargı davasının hekim ya da diğer sağlık personeline ihbar edilmemesi durumunda, söz konusu davayı tesadüfen öğrenmediği sürece kamu görevlisinin davaya katılarak iddia ve savunmalarını ileri sürme imkanı olmayacaktır. Böyle bir durumda davalı sıfatıyla idare yargılamanın tarafı olacak, kamu personeli ise tarafı olmadığı ve kendini savunmadığı bir yargılama sonucunda hükmedilen tazminatı ödemek durumunda kalacaktır. Nitekim uygulamada tam yargı davaları Sağlık Bakanlığı aleyhine açıldığından, çoğu kez hekimler söz konusu davadan ancak rücu aşamasında haberdar olabilmektedir. Bu durumun kamu personeli hekimin savunma hakkını zedelediği şüphesizdir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi konuya ilişkin bir kararında, tam yargı davası sonucunda menfaatleri etkilenecek olan üçüncü kişilere ihbarda bulunulmadan hüküm kurulmasının adil yargılanma hakkını ihlal edeceği yönünde hüküm kurmuştur¹⁸³⁰. Kararında Mahkeme, davanın sonucundan menfaatleri etkilenen kişilere davanın bildirilmemesi durumunda, davaya katılma, iddia ve savunmalarını ileri sürebilme haklarının ellerinden alınmış olacağını açıkça vurgulamıştır. Bu karardan hareketle, AIHM'nin İYUK madde 31 düzenlemesinin birinci fıkrasının son cümlesinde geçen davanın ihbar edilmesini, idari yargı makamları bakımından bir zorunluluk olarak yorumladığını söylemek yanlış olmayacaktır.

Aynı hukuki sorun bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesi önüne geldiğinde öncelikle, bireylerin menfaatlerini etkileyen işlemlere karşı dava açabilmelerinin yanı sıra, üçüncü şahıslarca açılmış ve doğrudan taraf olmadıkları, ancak sonucu itibarıyla menfaatlerini etkileyen bir davada, iddia ve savunmalarını

¹⁸²⁹ Pekcanitez / Atalay / Özekes, *age.*, s. 171.

¹⁸³⁰ "AIHM, yine 31. maddenin yerine getirilmemesi nedeniyle başvuranın tamamen davanın dışında kaldığını gözlemlemektedir. Valilik esas taraf olarak temyize gitmediği için başvuran, Danıştay önünde kendisini sınırlı bir şekilde savunma imkânı bile bulamamıştır. Yukarıda elde edilen bilgiler ışığında AIHM, ulusal mahkemelerin İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesindeki usul hükümlerini yerine getirmemesi nedeniyle, başvuranın hak ve yükümlülüklerini doğrudan etkileyen bir ihtilaf konusunda kendisini savunmadığı sonucuna varmaktadır. Bunun sonucu olarak başvuran mahkemeye erişim hakkından yoksun bırakılmış ve dolayısıyla AIHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrası ihlâl edilmiştir." (AIHM, Menemen Minibüsçüler Odası / Türkiye, BN. 44088/04, T. 09.12.2008, Hudoc.echr.coe.int.)

dile getirebilmeleri amacıyla, davaya katılma olanağının sağlanmasının da, mahkemeye erişim hakkı kapsamında yer aldığı Mahkemece ortaya konulmuştur. Bu doğrultuda, davanın sonucundan menfaati etkilenecek kişilerin, bu yargılama hakkında bilgi sahibi olabilmelerine, uyuşmazlığın çözümü için gerekli ve sonuca etkili olduğunu düşündükleri hususlarda açıklamada bulunabilmelerine, iddialarını ispata yönelik delil sunabilmelerine imkan sağlanması bir gerekliliktir. Dolayısıyla, davanın taraflarına ve müdahillere savunma hakkını kullanma imkanı vermeden, davanın esasıyla ilgili değerlendirme yapılması mahkemeye erişim hakkının ihlali anlamına gelecektir¹⁸³¹.

Buna karşılık, taraf olmayan üçüncü kişilerin davaya katılmaları bakımından bir zorunluluk olan davanın ihbarı mekanizmasının, davadan etkilenen tüm kişilere bildirim yapılması şeklinde yorumlanmasının, usul ekonomisi ve yargılamanın makul süre içinde, düzenli bir şekilde ve gereksiz gider yapılmadan yürütülmesi ilkelerine aykırılık oluşturacağını vurgulayan Anayasa Mahkemesi, usul ekonomisinin sağlanmasındaki kamusal yarar ile üçüncü kişilerin davaya katılmalarındaki bireysel yararları arasındaki dengenin kurulması suretiyle, davanın ihbarı mekanizmasının işletilmesi gerektiğini ortaya koymuştur. Buna ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin belirlemiş olduğu ölçüt, davanın sonucundan doğrudan etkilenme ve davaya katılması ihtimalinde ilave birtakım değerlendirme ve inceleme yapılmasını gerektirecek farklı iddialara yer verme potansiyeline sahip olma koşullarının somut olayda gerçekleşmiş olmasıdır. Bu iki koşulun birlikte bulunduğu uyuşmazlıklarda, mahkemenin ihbar görevini yerine getirmemesi sebebiyle üçüncü kişilerin davaya katılma imkanından yoksun bırakılması, mahkemeye erişim hakkının ihlalini oluşturacaktır¹⁸³².

Kanaatimizce Anayasa Mahkemesi'nin, AİHM kararında sınırsız bir şekilde güvence altına alınan, davanın ihbar edilmesi yoluyla üçüncü kişilerin davaya katılma hakkı bakımından getirdiği sınırlama isabetlidir. Hukuk yargılamalarından farklı olarak idari yargılama hukukunda mahkeme tarafından verilen kararlar, özellikle de iptal kararları, yalnızca davanın taraflarının değil, çoğu zaman sayısı

¹⁸³¹ AYM, BB, *Yusuf Bilin*, BN. 2014/4498, T. 26.12.2017, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası.

¹⁸³² AYM, BB, *Sema Calgav ve Oya Yamak*, BN. 2015/139/50, T. 24.05.2018, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası. Aynı yöndeki başka bir karar için bkz. AYM, BB, *Yusuf Bilin*, BN. 2014/4498, T. 26.12.2017, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası.

dahi belirlenemeyen üçüncü kişilerin menfaatlerini de etkilemektedir. Dolayısıyla, yalnızca menfaat ilişkisinin uygulanması suretiyle davanın ihbarı mekanizmasının işletilmesi, yargılamayı aşırı şekilde uzatabileceği gibi, menfaati olan kişilerin tümünün tespiti çoğu zaman imkansız olduğundan, uygulamada mümkün de değildir. Bu nedenle, davanın sonucunu etkileyecek iddia ve deliller sunma ölçütünün kullanılması kanaatimizce isabetli ve gerçekçi olmuştur.

Buna karşılık, sağlık hizmetlerinin yürütülmesinde kamu görevlisinin fiilinden kaynaklanan zararların tazminine ilişkin yargılamalarda, niteliği gereği teknik ve uzmanlık gerektiren bir faaliyete ilişkin uyuşmazlık söz konusu olduğundan, tıbbi müdahalenin faili olan hekimin somut olay koşulları doğrultusunda etkin savunma yapmasının, davanın seyrini doğrudan etkileyeceği şüphesizdir. Keza, söz konusu savunma yapılmaksızın salt dosyadaki veriler üzerinden maddi gerçeğin ortaya konulması da yetersiz kalacaktır. Öte yandan, tam yargı davası sonucunda idarenin tazminat ödemesi ihtimalinde, söz konusu meblağın sağlık personeline rücu edilmesi de Anayasa'nın 129. maddesinin getirdiği bir zorunluluktur¹⁸³³. Dolayısıyla yargılama sonucunda verilen karardan hekimin de doğrudan etkileneceği açıktır. Bütün bu nedenlerle, sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan zararlara ilişkin tam yargı davalarında, hekime davanın ihbarının yapılmasının bir zorunluluk olduğu, aksi durumun mahkemeye erişim hakkının ihlalini teşkil edeceği kanaatindeyiz.

ii. Davaya Katılma

Davanın ihbarında olduğu gibi davaya katılma usulü bakımından da İYUK'ta özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Esasında adli yargıda uygulama buluan davaya katılma (davaya müdahale) usulünün idari yargılama hukukunda uygulanabilmesine yönelik olarak Kanun'un 31. maddesinde 6100 sayılı HMK hükümlerine atıf yapılmıştır. Dolayısıyla hukuk yargılamalarında geçerli olan katılma usulüne ilişkin kurallar idari davalarda da uygulanma imkanı

¹⁸³³ Bu sakıncaların çözümü bakımından öğretide, idari işlem ve eylemler nedeniyle zarar gören kişilerin idareye karşı açacakları tam yargı davalarında idare yanında ayrıca zarar doğurucu işlem ve eylemin sahibi olan kamu görevlisine karşı da dava açabilmesi imkanının sağlanması gerektiğini savunan müellifler de bulunmaktadır. (Söyler, **agm.**, s. 584.)

bulmaktadır¹⁸³⁴. Ancak belirtmek gerekir ki, bu usul de idari yargılama hukukunun özelliklerine uygun olarak, adli yargıdaki uygulamadan farklılaşarak işletilebilmektedir. Bunun yanında, 2577 sayılı İYUK'un HMK'ye atıf yapan 31. maddesinde söz konusu usul “*davaya katılma*” olarak düzenlenmiş olmasına karşın, bu usul HMK’de “*davaya müdahale*” olarak adlandırılmıştır. Yargılama usulü kurallarını idare hukuku perspektifinden incelediğimiz bu çalışmada, İYUK’un lafzına uygun olarak “*davaya katılma*” kavramı kullanılacaktır.

Öncelikle, 6100 sayılı HMK’de iki ayrı davaya katılma usulü öngörülmüştür: Kanun’un 65. maddesinde “*asli müdahale*”, 66. maddesi ve devamında ise “*feri müdahale*” usulü düzenlenmiş olup, her iki katılma kurumu gerek koşulları ve gerek sonuçları bakımından birbirinden ayrılmaktadır.

Yargılamanın konusu olan hak veya şey üzerinde kısmen ya da tamamen hak iddia eden üçüncü kişiye, hüküm verilinceye kadar bu durumu ileri sürerek, yargılamanın taraflarına karşı aynı mahkemede dava açma imkanı sağlayan asli müdahale usulünün, idari yargılama hukukunun özellikleri sebebiyle idari davalarda uygulanamayacağını savunan görüşlerin yanında¹⁸³⁵; uygulanacaksa da idari yargılama hukukuna özgülenip farklılaşarak ve sınırlı şekilde uygulanması gerektiğini ileri süren görüşler¹⁸³⁶ de bulunmaktadır. Nitekim, asli müdahalenin yapılabildiği hallerde davaya katılan üçüncü kişi adeta davanın tarafı haline gelmekte ve tek başına usuli işlemler yapabilmekte, kanun yollarına başvurabilmektedir.

Danıştay 6. Dairesi ise 2017 yılında verdiği bir kararında, “*asli müdahale*” kavramını adeta idari yargılama hukukuna özgü şekilde yeniden tanımlamıştır. Buna göre, idari davalarda davalı idare yanında katılmanın “*asli müdahale*”, davacı yanında katılmanın ise “*feri müdahale*” olarak nitelendirilmesi gerektiğine

¹⁸³⁴ Hukuk muhakemelerinde uygulaması olan katılma usulünün idari yargılama hukukunda gerekli olmadığını savunan görüş için bkz. Günday, **agm.**, s. 84.

¹⁸³⁵ Kaplan, **age.**, s. 417.

¹⁸³⁶ Candan, **age.**, s. 791; Akyılmaz / Sezginer / Kaya, **age.**, s. 722; Ramazan Çağlayan, **İdari Yargılama Hukuku**, 5. bası, Seçkin Yayıncılık, 2011, s. 305; Karavelioğlu, **age.**, s. 1234. Buna karşılık, Çağlayan, iptal davaları bakımından ferî müdahale mekanizmasının kullanılmasının idari yargılama hukukundaki resen araştırma ilkesi sebebiyle bir önem taşımadığını, iptal davaları bakımından özellikle davacının feragat imkanını kullanması sebebiyle oluşacak menfaat kaybının önlenmesi bakımından asli müdahale usulünün uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir. (Çağlayan, **age.**, s. 306.) Asli müdahale mekanizmasının idari davalarda da işletilebileceğine ilişkin öğretideki görüş için bkz. Melikşah Yasin, “İdari Yargılama Usulünde Davaya Müdahale”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 69, S. 1-2, 2011, s. 442.

hükmetmiştir¹⁸³⁷. Bu içtihadın, “müdahale” kavramına idari yargılama hukuku bakımından yeni bir boyut kattığı açıktır. Ancak, bu kararda geçen özellikle “asli müdahale” kavramının HMK’de öngörülen usulden tamamen soyutlandığı, idari yargılama hukuku bakımından öngörülmüş yeni bir müessese olduğunu söylememiz yanlış olmayacaktır. Keza, Danıştay HMK hükümleri uyarınca “feri müdahale” olarak değerlendirilmesi gereken bazı katılma hallerini “asli müdahale” olarak nitelendirerek, bunlar bakımından daha etkin bir koruma sağlamıştır.

1086 sayılı mülga HUMK’de de yer alan “feri müdahale” usulü 6100 sayılı HMK’nin 66. maddesinde düzenlenmiş, davayı kazanmasında hukuki yararı bulunan taraf yanında ve ona yardımcı olmak amacıyla, davanın tarafı olmayan üçüncü kişiye tahkikat sona erinceye kadar, davada yer alma imkanı verilmiştir. Buna göre, üçüncü bir kişinin, tarafı olmadığı bir yargılamanın sonucundan etkilenmesi ya da taraflardan birinin lehine sonuçlanmasında menfaati bulunması durumunda davaya müdahale etme imkanı bulunmaktadır. İYUK madde 31 hükmünün yaptığı atıf doğrultusunda,

¹⁸³⁷ “Asli müdahale müessesesi idari davalar için gerekli ve idari davaların niteliğine medeni usul yargılamasına nazaran çok daha uygun bir müessesedir. Bir kere idari davalarda asli müdahilin derdest olan davada taraf olarak yer alması mümkündür. Zira menfaati birinci dereceden ve taraflardan birinin menfaatiyle uyumludur. Oysa medeni yargılamadaki asli müdahilin hak ve menfaati önceki davadaki tarafların her ikisi ile de çatışmaktadır. İdari yargıda görülen davalarda davaya konu işlemten yararlanan üçüncü tarafın menfaati davalı idarenin davanın reddiyle korunacak menfaatinden daha üstün nitelikte bir menfaattir. Bakılan davanın işlemin iptaline karar verilerek sonuçlanması idareye sadece yargılama giderlerine mahkum olma gibi hukuksal ve maddi bir külfet getirirken, davaya konu işlemten yararlanan dava dışı tarafın yargılama giderlerinden çok daha büyük maddi ve hukuki kayıplarına yol açmaktadır. İşte bu gibi hususlar nazara alınarak idari yargıda görülen davalarda davaya konu işlemle maddi ve hukuki menfaatleri etkilenen üçüncü kişilerin davaya müdahalesinin birinci dereceden yani asli müdahale olduğu ve asli müdahalenin idari davalarındaki müdahalenin nitelik ve mahiyetine daha uygun bulunduğu sonucuna varılmaktadır. İdari davalarındaki fer’i müdahale davacıların yanında davaya müdahil olanların konumuna uygun bir müessesedir. Zira davacı yanında davaya müdahil olanların dava açma süresi içinde dava açmaları davaya konu işlem ile menfaatlerinin ihlal edildiğini ortaya koymaları şartıyla mümkün bulunmaktadır. Her idari işlem bakımından kesin veya mutlak bir niteleme yapılmamak koşuluyla idari davalarda davalı idare yanında davaya müdahalede bulunulmasını asli müdahale, davacı yanında bulunulmasını fer’i müdahale olarak kabul etmek mümkündür. (...) Davanın sonucundan doğrudan etkilenme durumunda olan ve davanın aleyhe sonuçlanması halinde davanın konusu olan hakkını kaybedecek olan müdahilin, yanında davaya katıldığı davalıdan bağımsız olarak kanun yollarına başvuramaması ya da kanun yoluna başvurulmuş olmasına rağmen isteminin temyiz veya itiraz mercilerince incelenmemiş olması durumunda Anayasanın 36’ncı maddesiyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6’ncı maddesinde yer alan adil yargılanma hakkının sağlandığından söz edilemez. Taraflardan birinin istinaf safhasında sunduğu bir dilekçenin bir gerekçe olmaksızın reddedilmesi ya da incelenmemiş olması adil yargılanma hakkının bir alt başlığı olan mahkemeye erişim hakkına da aykırı düşmektedir. Bu nedenle, davanın konusunun müdahilin sahip olduğu hak ya da şey olduğu hallerde müdahilin tek başına kanun yollarına başvurabileceğinin kabulü gerekir. Bu durumda müdahil tarafından yapılan istinaf başvurusunun da bu kapsamda olduğu görüldüğünden, davanın tarafı olan davalı idarelerce istinaf yoluna başvurulmamış olması sebebiyle tek başına yaptığı istinaf başvurusunun incelenmesine olanak bulunmadığı gerekçesiyle davalı yanında yer alan müdahilin istinaf başvurusunun incelenmeksizin reddine karar verilmesinde hukuki isabet görülmemiştir.” (Dan.6.D., 12.04.2017, E. 2017/915, K. 2017/2524, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

idari yargılama hukukunda da üçüncü kişi ancak davanın taraflarından birinin yanında davaya katılabilmektedir. Katılan kişi davanın tarafı olmayacak, ancak yanında katılmak istediği taraf ile birlikte hareket edebilecektir¹⁸³⁸.

Davaya müdahalenin üç temel koşulu bulunmaktadır: İlk olarak, ortada açılmış bir dava olmalıdır. İkinci olarak, bu davayı taraflardan birinin kazanması hususunda üçüncü kişinin (*katılan*) menfaatinin bulunması gereklidir¹⁸³⁹. Son olarak, katılma isteminin dava sonuçlanmadan önce yapılması gerekmektedir¹⁸⁴⁰. Kanun yolu aşamasında yapılan katılma başvurusu mahkeme tarafından dikkate alınmayacaktır¹⁸⁴¹. Bu koşulların tümünün varlığı halinde, üçüncü kişinin yaptığı katılma talebinin mahkeme tarafından kabul edilmesi ile katılan sıfatı kazanılacaktır.

¹⁸³⁸ Dan.11.D., 24.02.2004, E. 2003/3720, K. 2004/896, **DKD**, S. 6, s. 297.

¹⁸³⁹ Dan. İDDK, 19.04.2012, E. 2009/1936, K. 2012/500, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. “*Davalı idare yanında müdahale isteminde bulunanın, ameliyatı yapan doktor olması ve bu davanın davalı Sağlık Bakanlığı aleyhine sonuçlanması halinde, Sağlık Bakanlığı’nca müdahale isteminde bulunan doktora rücu edilecek olması karşısında; müdahale istemi kabul edilip, savunma alınarak dosyanın usule uygun tekemmül ettirilmesi suretiyle davanın karara bağlanması gerekirken, müdahale istemi kabul edilmeksizin verilen temyize konu kararda usule uyarlık bulunmamaktadır.*” (Dan.10.D.,11.06.2010, E. 2007/4932, K. 2010/5301, aktaran Karavelioğlu, **age.**, s. 1236.) Öğretide bir görüş iptal davaları bakımından menfaat koşulunun, tam yargı davaları bakımından ise hakka ilişkin olma koşulunun aranması gerektiğini kabul etmektedir. Tam yargı davası açabilmek için yeterli kabul edilmeyen menfaat ihlali koşulunun katılma bakımından kabul edilmesinin bu imkanı ölçsüz şekilde genişleteceği ileri sürülmektedir. (Yasin, **agm.**, s. 444.)

¹⁸⁴⁰ Dan. İDDGK, 05.02.1954, 1953/131, K. 1954/31, **DKD**, S.64-65, s. 81. HMK’nin 66. maddesinin birinci fıkrasında “*tahkikat sona erinceye kadar*” katılma talebinde bulunulabileceği öngörülmüşse de idari yargılamada böyle bir safha yer almadığından, ilk derece mahkemesinin davayı karara bağlamasına kadarki süreçte katılma talebinin yapılabileceği kabul edilmektedir. (Akyılmaz / Sezginer / Kaya, **age.**, s. 729; Kaplan, **age.**, s. 417; aynı yöndeki görüş için Karavelioğlu, **age.**, s. 1238; Mehmet Tosun, Emre Tan, “İdari Yargıda Müdahale”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, 70. Yıl Armağanı, S. 5, 2015, s. 843.) Bu yöndeki Danıştay içtihadı için bkz. Dan.9.D., 11.03.1992, E. 1991/2374, K. 1992/796, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Buna karşılık Danıştay’ın temyiz aşamasında katılma talebini kabul ettiği kararları da bulunmaktadır. (Dan.14.D., 28.02.2017, E. 2016/9833, K. 2017/1093; Dan.13.D., 03.03.2017, E. 2016/4679, K. 2017/550; Dan. İDDK, 19.10.2015, E. 2013/1467, K. 2015/3598; Dan.15.D., 09.01.2017, E. 2013/6692, K. 2017/14; Dan.5.D., 21.12.2015, E. 2014/4817, K. 2015/10749, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Danıştay’ın bu uygulamasını destekleyen öğretideki görüş için bkz. Yasin, **agm.**, s. 447. Kanaatimizce Danıştay’ın resen araştırma ilkesine dayanan bu içtihadı HMK hükmünün lafzı ile açıkça çelişmektedir. Öğretide *Akyılmaz, Sezginer, Kaya* Danıştay’ın bu içtihadının istinaf kanun yolunun yürürlüğe girmesi ile birlikte değişmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Şöyle ki, istinaf kanun yolunun yürürlüğe girmesi ile birlikte Danıştay önünde yalnızca hukukilik denetimi yapılacağından, temyiz aşamasında maddi vakıa, delil araştırması ve değerlendirilmesi söz konusu olmayacaktır. Bu doğrultuda temyiz aşamasında yeni iddia ve delillerin de ileri sürülmesi ya da değerlendirilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla, Danıştay’ın resen inceleme ilkesine dayanarak tahkikat aşamasını ancak yeni delillerin ileri sürülebildiği ve delil incelemesinin yapıldığı istinaf aşamasının sonuna kadar uzatması mümkün olacaktır. Dolayısıyla Danıştay’ın bu içtihadının yalnızca, istinaf başvurusunun yapılamadığı İYUK madde 20/A ve 20/B kapsamında yürütülen yargılamalarda uygulanması mümkündür. (Akyılmaz / Sezginer / Kaya, **age.**, s. 731.) Nitekim hukuk yargılamalarında da istinaf aşamasında yeniden yargılama yapılan hallerde davaya katılmanın mümkün olduğu da ileri sürülmektedir. (Pekcanitez / Atalay / Özkes, **age.**, s. 165.)

¹⁸⁴¹ Dan.9.D., 11.03.1992, E. 1991/2374, K. 1992/796, **DD**, S. 86, s. 495.

Üçüncü kişi, mahkemeye vereceği dilekçe ile katılma talebinde bulunmakta olup, bu dilekçe mahkeme tarafından taraflara tebliğ edilmektedir. Dolayısıyla taraf sayısından bir fazla dilekçenin mahkemeye verilmesi zorunludur¹⁸⁴². Üçüncü kişinin müdahale gerekçelerini değerlendiren mahkeme katılma talebinin kabulü hakkında karar verir¹⁸⁴³. Mahkemenin davayı üçüncü kişiye ihbar etmesine karşılık, bu kişinin davaya katılmaması durumunda ayrıca karar verilmemektedir¹⁸⁴⁴. Hakimin müdahale talebini kabul edip etmeme hususunda takdir yetkisi bulunmaktadır¹⁸⁴⁵. Katılma talebi hakkında verilen karar, ara karar niteliğinde olduğundan, bu karara karşı kanun yoluna başvurulması mümkün değildir¹⁸⁴⁶. Davanın esasına ilişkin kararla birlikte bu karar hakkında da kanun yollarına gidilebilmektedir.

Buna karşılık, HMK'nin 67. maddesinde öngörülen, katılma talebi bakımından taraflar ve üçüncü kişinin katılımıyla yapılan duruşmanın, yazılı yargılama usulünün uygulandığı idari yargılamada uygulaması bulunmamaktadır. İdari yargılama usulünde katılma talebinde bulunulması halinde, mahkeme taraflara süre vererek katılma hakkındaki görüşlerini yazılı olarak talep etmektedir¹⁸⁴⁷. Kanaatimizce, İYUK madde 17 uyarınca tarafların istemi üzerine ya da resen mahkeme tarafından duruşma yapılmasına karar verilen hallerde, katılma başvurusunun duruşmadan hemen önce yapılması durumunda, katılmaya ilişkin olarak tarafların iddialarının dinlenmesi mümkün olmalıdır¹⁸⁴⁸.

Müdahale talebinin kabulü hâlinde müdahil, davayı ancak bulunduğu noktadan itibaren takip edebilir. Müdahil, yanında katıldığı tarafın yararına olan iddia veya savunma vasıtalarını ileri sürebilir; onun işlem ve açıklamalarına aykırı olmayan her

¹⁸⁴² Candan, **age.**, s. 792; Karavelioğlu, **age.**, s. 1234.

¹⁸⁴³ “Genel Müdürlüğünün davada taraf olma isteğini kapsayan dilekçesi, davalıya gönderildiğine göre, mahkemece, istemin kabulü veya reddi yolunda bir karar verilmesi gerekirken, böyle bir karar verilmeden davanın karara bağlanmasında usul kurallarına uyarlık bulunmamaktadır.” (Dan.8.D., 28.03.1991, E. 1990/817, K. 1991/617, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Mahkemenin katılma istemi hakkında karar vermeden esas hakkında vereceği hüküm hukuka aykırılık oluşturacaktır. (Dan.8.D., 28.05.2001, E. 2000/3857, K. 2001/2291; Dan.4.D., 28.05.2001, E. 2000/3857, K. 2001/2291, aktaran Karavelioğlu, **age.**, s. 1237.)

¹⁸⁴⁴ Dan.15.D., 04.10.2016, E. 2015/8848, aktaran Akyılmaz / Sezginer / Kaya, **age.**, s. 727.

¹⁸⁴⁵ Pekcanitez / Atalay / Özekes, **age.**, s. 167.

¹⁸⁴⁶ Dan. İDDGK, 19.04.2012, E. 2009/1936, K. 2012/500; Dan.10.D., 11.06.2010, E. 2007/4932, K. 2010/5301; Dan.5.D., 09.09.2015, E. 2015/3715, K. 2015/6922, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁸⁴⁷ Ankara 12. İdare Mahkemesi'nin 2012/546 esas sayılı ve 28.06.2012 tarihli kararı aktaran Akyılmaz / Sezginer / Kaya, **age.**, s. 727.

¹⁸⁴⁸ Bu yönde görüş için bkz. Gözübüyük / Tan, **age.**, s. 797. Nitekim Danıştay da bir kararında, duruşma sırasında yapılan katılma talebinin kabul edilebileceği yönünde karar vermiştir. (Dan.6.D., 02.04.1953, E. 1952/1651, K. 1953/922, **DKD**, S. 60, s. 165.

türlü usul işlemlerini yapabilir¹⁸⁴⁹. Buna karşılık, katılanın davanın yanında katıldığı taraftan bağımsız¹⁸⁵⁰ veya rızası hilafına istemde bulunması ya da usuli işlemler yapması mümkün değildir¹⁸⁵¹. Ayrıca mahkeme, katıldığı noktadan itibaren, taraflara bildirilen işlemleri müdahile de tebliğ eder¹⁸⁵². Buna karşılık, katılma talebinde bulunan kişi davada taraf olmadığından kendisi hakkında hüküm tesis edilmez¹⁸⁵³. Bunun sonucu olarak da, davaya katılan idari yargı merciinin verdiği karar hakkında tek başına kanun yoluna başvuramaz¹⁸⁵⁴. Ancak yanında katıldığı tarafın kanun yolu başvurusunda onunla birlikte hareket edebilmektedir. Nitekim Danıştay'ın içtihadı da bu yöndeydi¹⁸⁵⁵.

¹⁸⁴⁹ Nitekim Danıştay bir kararında katılanın, davalı taraf yerine duruşmaya gelmesi durumunda dinlenilmesi gerektiği yönünde hüküm vermiştir. (Dan.6.D., 03.02.2015, E. 2011/6116, K. 2015/386, **DD**, S. 139, s. 480.) *Pekcanitez, Atalay, Özekes*, davanın tarafının aksi yönde bir beyanı olmadıkça usul işlemlerinin katılan tarafından da yapılabileceğini, yalnızca davanın tarafının açıkça yapılmasına izin vermediği işlemlerin katılan tarafından yapılmasının önünün kapatılmış olduğunu ileri sürmektedir. Yine bu kapsamda davanın tarafının, müdahil tarafından yapılan işlemleri iptal edebileceği de kabul edilmektedir. (Pekcanitez / Atalay / Özekes, **age.**, s. 167.)

¹⁸⁵⁰ Dan.6.D., 27.09.1994, E. 1994/3246; Dan.6.D., 30.09.1983, E. 1983/1045, K. 1983/2971, aktaran Candan, **age.**, s. 793, dn.1196. Aynı yöndeki öğretideki görüşler için bkz. Gözübüyük / Tan, **age.**, s. 797; Akyılmaz, **agm.**, s. 731. Bu kapsamda, müdahil tek başına duruşma veya keşif yapılmasını talep edemeyeceği gibi, yürütmenin durdurulması isteminde de bulunamayacaktır. (Karavelioğlu, **age.**, s. 1235. Bu yöndeki Danıştay kararları için bkz. Dan.15.D., 17.11.2015, E. 2015/5863; Dan.15.D., 04.05.2016, E. 2016/3238, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

¹⁸⁵¹ Dan. İDDGK, 06.04.1973, E. 1971/788, **Amme İdaresi Dergisi**, C. 6, S. 2, 1973, s. 110. *Onar* ise, katılanın yeni iddia ve savunmalar ileri sürebileceğini, buna karşılık diğer hak ve yetkilerin, kanun yollarına başvurmak da dahil olmak üzere katılan tarafından kullanılamayacağını savunmaktadır. (Onar, **age.**, s. 1960.) *Erkut ve Soybay* ise, katılanın tek başına usulü işlemler yapma hakkından mahrum bırakılmasının, idari yargılama hukukunun genelliği ve özgünlüğü ilkeleriyle bağdaşmadığını ileri sürmektedir. (Erkut / Soybay, **age.**, s. 352.) Tartışma bakımından son noktayı koyan Anayasa Mahkemesi ise bir kararında, “*adil yargılanma hakkının davanın doğrudan tarafı olmayan ferî müdahile asıl tarafa sağlanan tüm imkan ve hakların mutlak ve koşulsuz olarak tanınmasını zorunlu kılacak nitelikte bir güvenceyi bünyesinde barındırdığı söylenemez. Bu bağlamda adil yargılanma hakkının ferî müdahilin yanında davaya katıldığı tarafın iradesiyle uyuşmayan usul işlemlerini yapabilmesini garanti altına almadığı ifade edilmelidir*” diyerek müdahilin ancak yanında katıldığı tarafa yardımcı olacak şekilde ve onun iradesine tabi olarak usuli işlemler yapabileceğini ortaya koymuştur. (AYM, BB, *Akdeniz İnşaat ve Eğitim Hizmetleri A.Ş.*, BN. 2015/2909, K. 19.07.2018, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası)

¹⁸⁵² Davaya katılan üçüncü kişi de taraflarla birlikte duruşmaya çağırılmaktadır. (Dan. İDDGK, 16.10.2003, E. 2003/512, K. 2003/738, **DKD**, S. 3, s. 63.)

¹⁸⁵³ Ancak mahkeme tarafından verilen kararda müdahilin de gösterilmesi zorunlu olup, kararda müdahilin gösterilmemesi ya da bu kararın müdahile de tebliğ edilmemiş olması Danıştay tarafından bozma sebebi olarak kabul edilmiştir. (Dan.13.D., 09.12.2015, E. 2015/3992, K. 2015/4441, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; aynı yönde Dan. İDDK, 16.10.2003, E. 2003/512, K. 2003/738, aktaran Karavelioğlu, **age.**, s. 727.)

¹⁸⁵⁴ Yasin, **agm.**, s. 449.

¹⁸⁵⁵ Katılanın tek başına kanun yollarına başvuru imkanının bulunmadığını kabul eden önceki tarihli Danıştay içtihadı için bkz. Dan.11.D., 24.02.2004, E. 2003/3720, K. 2004/896, **DKD**, S. 6, s. 296. Aynı yönde, Dan.10.D., 15.01.2001, E. 2000/6104, K. 2001/21, aktaran Erkut / Soybay, **age.**, s. 357; Dan.6.D., 11.03.1992, E. 1992/696, K. 1992/1005, aktaran Karavelioğlu, **age.**, s. 1237; Dan.15.D., 06.04.2016, E. 2016/2841, K. 2016/2326; Dan.15.D., 06.04.2016, E. 2016/2841, K. 2016/2326; Dan. İDDK, 27.02.2017, E. 2016/3252, K. 2017/851; Dan.6.D., 18.12.2014, E. 2014/8142, K. 2014/8976, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Danıştay'ın yerleşik içtihadı bu yönde olmakla birlikte, aksi yönde kararlar da bulunmaktaydı: Dan.17.D., 08.05.2015, E. 2015/9316, K. 2015/1943, **DD**, S. 139, s. 114; Dan.8.D., 25.11.1993, E. 1992/2953, K. 1993/3867, aktaran Erkut / Soybay, **age.**, s. 357.)

Danıştay, yukarıda bir yönüyle incelediğimiz yakın tarihli bir kararında, idari yargılama hukukunda da asli müdahale – ferî müdahale ayrımının olduğunu, vurgulayarak davalı idarenin yanında katılan üçüncü kişinin müdahalesinin asli müdahale, davacının yanında katılan kişinin ise ferî müdahale yapmış olacağını kabul etmiştir. Bu doğrultuda Yüksek Mahkeme, davalının yanında katılan üçüncü kişinin kanun yolu başvurusunun reddedilmesinin hukuka aykırı olacağını vurgulayarak, davalı idare yanında davaya katılan üçüncü kişilere tek başına kanun yoluna başvuru imkanı öngörmüştür¹⁸⁵⁶.

Davaya müdahale kurumu özellikle sonuçları bakımından önem arz etmektedir. Şöyle ki, idari davanın aleyhte sonuçlanması ihtimalinde, müdahil yanında katıldığı tarafla oluşacak rücu ilişkisinde, idari davadaki uyuşmazlık hakkında yanlış karar verildiği iddiasında bulunamayacaktır. Bu ihtimalde, müdahil ancak zamanında ihbar yapılmadığı için davaya geç katıldığını veya yanında katıldığı tarafın, kendisinin iddia ve savunma imkânlarını kullanmasını engellediğini ya da kendisince bilinmeyen iddia ve savunma imkânlarının, tarafın ağır kusuru sebebiyle kullanılmadığını gerekçe göstererek, yanında katıldığı tarafın yargılamayı hatalı yürüttüğünü ileri sürebilir.

İhbar usulü ile doğrudan ilişkili olan katılma mekanizmasının yargılama bakımından sonuçları üç ihtimalde değerlendirilebilir: İlk ihtimalde, ihbar usulünün işletilmemesi veya başka bir şekilde üçüncü kişinin idari davadan haberdar olmaması durumunda, davaya katılma imkanına sahip olamayan üçüncü kişinin, idari davanın aleyhte sonuçlanması durumunda açılacak rücu davasında, asıl davadaki uyuşmazlık hakkında yanlış karar verildiği iddiasında bulunması mümkün olabilecektir.

¹⁸⁵⁶ Dan.6.D., 12.04.2017, E. 2017/915, K. 2017/2524, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihadı da bu yöndeki bir kabule işaret etmektedir. (AİHM, *Menemen Minibüschüler Odası / Türkiye*, BN. 44088/04, T. 09.12.2008, Hudoc.echr.coe.int.) Buna karşılık Anayasa Mahkemesi, müdahilin tek başına kanun yollarına başvurma imkanının bulunmadığını kabul etmektedir: “(...) adil yargılanma hakkı müdahilin yanında davaya katıldığı tarafın yargılamayı sürdürmeme yolundaki iradesine rağmen yargılamaya devam edebilmesini güvence altına almamaktadır. Dolayısıyla müdahile, asıl tarafın iradesinden bağımsız olarak hükmü temyiz edebilme hakkı tanınması biçiminde bir anayasal zorunluluk bulunmamaktadır. Bu açıdan somut olayda, ilk derece mahkemesinde görülen davanın asıl tarafının (idarenin) aleyhine kurulan hükmü temyiz etmeyerek yargılamaya devam edilmesi yolunda bir iradesinin bulunmadığı gözetildiğinde ferî müdahil olan başvuruçunun tek başına yaptığı temyiz isteminin incelenmeksizin reddedilmesinin mahkemeye erişim hakkına ilişkin anayasal güvencelere müdahale teşkil eden bir yönü bulunmamaktadır.” (AYM, BB, *Akdeniz İnşaat ve Eğitim Hizmetleri A.Ş.*, BN. 2015/2909, T. 19.07.2018, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası)

Dolayısıyla üçüncü kişi idari davada mahrum kaldığı iddia ve savunma imkanlarını, rücu davasında borçtan kurtulabilmek için kullanabilecektir.

İkinci ihtimalde, kendisine idari dava ihbar edilen üçüncü kişinin bu davaya katılmaktan imtina etmesi durumunda, daha sonra açılacak rücu davasında, kendisine ihbarda bulunan kişinin taraf olduğu idari davada mahkemece yanlış karar verildiği iddiasını ileri süremeyecektir. Bu bakımdan ihbar üzerine katılma hakkının kullanılmaması, rücu davası bakımından da doğrudan sonuç doğuracaktır.

Son ihtimalde ise, üçüncü kişinin idari davadan kendisine ihbar edilmesi ya da başka bir suretle haberdar olması ve davaya katılması durumunda, daha sonradan açılacak rücu davasında kural olarak idari davada yanlış karar verildiğini ileri süremeyecektir. Yine, ilk davada verilen hükmün dayanağı olan maddi ve hukuki unsurların yanlış olduğu da rücu davasında ileri sürülemeyecektir¹⁸⁵⁷. Bu ihtimalde üçüncü kişi, yalnızca kendisine zamanında ihbar yapılmadığı için davaya geç katıldığını veya yanında katıldığı tarafın kendisinin iddia ve savunma imkânlarını kullanmasını engellediğini ya da kendisince bilinmeyen iddia ve savunma imkânlarının, tarafın ağır kusuru sebebiyle kullanılamadığını gerekçe göstererek rücu davasında savunma yapabilecektir¹⁸⁵⁸. Başka bir deyişle, kural olarak davaya katılan üçüncü kişi, idari davanın hukuka aykırı sonuçlandığı gerekçesiyle, daha sonradan açılacak rücu davasında savunma yapamayacaktır. Bu ihtimalde ancak, rücu koşullarının varlığı veya rücu edilebilecek miktar bakımından yapılan iddialar mahkeme tarafından dikkate alınacaktır.

Sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan tam yargı davalarında, davaya konu eylemi gerçekleştiren kamu personelinin davalı idare yanında davaya ferî müdahil olarak katılması mümkündür. Nitekim eylemiyle idarenin tazminat ödemesine yol açan kamu personelinin, uyuşmazlık konusu olayda hizmet kusurunun bulunmadığı yönünde davalı idareye önemli katkı sunması mümkün olacaktır. Ayrıca, HMK'nin 66. maddesi uyarınca ferî müdahil olarak katılma koşulları yönünden değerlendirmede bulunulduğunda, tam yargı davası sonucunda tazminat ödemek zorunda kalan idare, Anayasa'nın 129. maddesi uyarınca söz konusu

¹⁸⁵⁷ Pekcanitez / Atalay / Özkes, *age.*, s. 169.

¹⁸⁵⁸ Candan, *age.*, s. 794.

meblağı zarara yol açan kamu personeline rücu edecek olduğundan, bu personelin tam yargı davasının idare lehine sonuçlanması hususunda menfaatinin bulunduğu açıktır. Öte yandan, özellikle teknik ve uzmanlık gerektiren bir faaliyet olan tıbbi müdahaleler bakımından, söz konusu müdahaleyi gerçekleştiren kamu görevlisinin idareye nazaran daha etkili şekilde savunma yapabilecek olduğu da kuşkusuzdur.

Açıklanan gerekçelerle, kamu personelinin, sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan zararlar nedeniyle idare aleyhine açılan tam yargı davalarına katılması mümkün olup, bu hak yargılamanın sonuna kadar kullanılabilir¹⁸⁵⁹. Danıştay'ın yukarıda sözü geçen 2017 tarihli kararında yapılan ayrıma göre, hekimin katılma usulü davalı idarenin yanında olduğundan, “asli müdahale” olarak nitelendirilecektir. Bu ihtimalde hekim, tam yargı davası sonucunda verilen karara karşı tek başına kanun yoluna başvurabilecek, usuli işlemleri davalı idarenin rızası hilafına olmadığı sürece gerçekleştirebilecektir.

Bunun yanında, her ne kadar HMK'nin 66. maddesi uyarınca, hakimın katılma talebini kabul edip etmeme hususunda takdir yetkisi bulunmaktaysa da, idarenin sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan zararlara ilişkin tazminat davalarında, hekimin katılma talebinin reddedilmesi bozma sebebi olarak kabul edilmektedir¹⁸⁶⁰. Bu kapsamda tam yargı davasında idare aleyhine verilecek hüküm nedeniyle, rücu yoluyla tazminat ödemek zorunda kalma ihtimali bulunan hekime davaya katılma ve etkin bir savunma yapma imkanının öngörüldüğü açıktır.

¹⁸⁵⁹ Aynı yönde görüş için bkz. Tosun / Tan, **agm.** s. 836.

¹⁸⁶⁰ “(...) Üçüncü kişinin görülmekte olan bir davaya taraflardan biri yanında katılabilmesi; davacı ya da davalı konumunda olmamasına karşın tarafı olmadığı bir davanın sonucundan etkilenme olasılığının varlığı halinde mümkündür. Görülmekte olan davanın, yanında katılmak istediği tarafın aleyhine sonuçlanması durumunda, yanında katılmak istediği tarafın kendisine rücu etmesi veya hukuki durumunu etkileyen bir tasarrufta bulunabilecek olması halinde, üçüncü kişinin hakkı veya borcundaki etkilenmeden söz edilebilir. Davaya müdahale yoluyla, hakkı veya borcu davanın sonucuna bağlı olan üçüncü kişinin yanında katıldığı tarafla birlikte yargılamaya katkı sağlaması bu nedene dayanmaktadır. (...) yapılan ameliyatı sırasında sağ yerine sol kolunu ameliyat eden doktor olması ve bu davanın davalı Sağlık Bakanlığı aleyhine sonuçlanması halinde, Sağlık Bakanlığı'nca doktor (...)’a rücu edilecek olması karşısında; davalı idare yanında müdahale isteminde bulunan (...)’ın müdahale istemi kabul edilip savunması alınarak dosyanın usule uygun tekemmül ettirilmesi suretiyle davanın karara bağlanması gerekirken, davalı yanında müdahale istemi kabul edilmeksizin verilen temyize konu kararda usule uyarlık bulunmamaktadır.” (Dan.10.D., 11.06.2010, E. 2007/4932, K. 2010/5301, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

SONUÇ

İnsan hakları alanının sosyal hakları da içine alacak şekilde genişlemesinin sonucu olarak özellikle 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren sağlık hizmetlerinden etkili şekilde yararlanma da bir insan hakkı olarak ileri sürülebilir hale gelmiştir. Uluslararası metinlerin yanında, Anayasamızın da aralarında yer aldığı farklı devletlerin anayasalarında sağlığın korunmasına yönelik faaliyetlerde bulunma devlet bakımından bir ödev, sağlık hizmetlerinden yararlanabilme ise kişiler için bir hak olarak öngörülmüştür. Bu gelişmelere paralel olarak, özellikle 1980 sonrasında, daha önceden esas olarak Devlet veya kamu kuruluşları tarafından, kamusal usullerle sunulan sağlık hizmetlerinin özel hukuk kişileri eliyle ya da özel hukuk kişileriyle işbirliği ile yürütülmesi anlayışı benimsenmiş, bu durum ise sağlık hizmetlerinin metalaşmasını beraberinde getirmiştir. Başka bir ifadeyle sağlık, alınıp satılabilen, talep edilebilen bir olguya dönüşmüştür. Bu gelişmeler karşısında hekim ile hasta arasında söz konusu olan paternalist ilişki zayıflamış, hekim tarafından yürütülen faaliyetlerin hukuka ve tıbbi standartlara uygunluğu hasta tarafından sorgulanabilir hale gelmiştir. Bu durum esasen hekim ile hasta arasındaki sorumluluk ilişkisi üzerine kurulan sağlık hukukunun ortaya çıkmasına yol açmıştır.

Buna karşılık, çoğunlukla teknik bilgi ve uzmanlık gerektiren ve karmaşık nitelik taşıyan sağlık hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların çözümü, sorumluluğun gerek temelleri ve gerek gerçekleşme koşullarının tespiti ile uygulanacak yargılama usulü kuralları yönünden farklı hukuki esasların benimsenmesini beraberinde getirmiştir..

Sağlık hizmetlerinin doğrudan kamu kuruluşları tarafından yürütülmesinin yanında, Devletin gözetim ve denetiminde özel hukuk kişileri tarafından da sunulabilmesi, sağlık faaliyetlerine ilişkin uyuşmazlıklarının çözümünde farklı hukuk dallarının uygulanmasına neden olmuştur. Bu doğrultuda sağlık personelinin konusu suç teşkil eden fiillerinden kaynaklanan ceza hukuku uyuşmazlıkları bir kenara bırakıldığında, kamusal sağlık kuruluşlarında yürütülmekte olan sağlık hizmetlerine ilişkin uyuşmazlıklarda idari sorumluluk; özel hukuk kişileri tarafından sunulmakta

olan sağlık hizmetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda ise esas olarak özel hukuk sorumluluğu esasları uygulanmaktadır. Ancak burada önemle belirtmek gerekir ki, söz konusu sorumluluk esaslarının birbirinden tümüyle ayrıştıldığını söylemek de mümkün değildir. Söz gelimi, aynı şekilde icra edilen tıbbi müdahalenin idare hukuku anlamında hukuka aykırı, özel hukuk yönünden hukuka uygun addedilmesi çelişki oluşturacaktır. Bunun yanında tıbbi standartlara uygun şekilde yürütülmemesi, müdahaleyi hem özel hukuk hem de idare hukuku yönünden hukuka aykırı hale getirecektir. Bu bakımdan sağlık hukuku uyuşmazlıklarında, özellikle sorumluluğun temelleri yönünden Yargıtay ve Danıştay içtihadının birbirini etkilemesi kaçınılmazdır.

Sağlık kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin sorumluluğun temelleri, kamu personelinin eylemlerine dayanabileceği gibi, bizzatıhi hizmetin kendisinden de kaynaklanabilmektedir. Anayasa'nın 125. maddesi, 129. maddesi ile birlikte okunduğunda, gerek kamu hizmetinin bizzat kendisinden ve gerek kamu personelinin hukuka aykırı eylemlerinden kaynaklanan zararlardan idarenin asli olarak sorumlu olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Keza bu durum idari sorumluluk hukukuna egemen olan sorumluluğun asliliği ve anonimliği ilkesinin bir sonucudur.

İdarenin sağlık kamu hizmetinin gereği gibi işlemesini sağlayacak örgütü kurma, araç – gereç ve personeli o hizmetin gereklerine uygun biçimde hazırlama yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda, belli bir kamu personelinin hukuka aykırı eylemi bulunmasa dahi, hizmet kusurlu şekilde yürütülmüş olacağından sorumluluk doğacaktır. Bu bakımdan idarenin yeterli sayı ve nitelikteki sağlık personelinin istihdam etmesi, hizmetin yürütülmesi bakımından elverişli malzemeyi hazır bulundurması, sağlık hizmetlerinin etkin bir şekilde sunulmasına imkan verecek ortam ve organizasyonu sağlaması bir zorunluluktur. Yerleşik Danıştay içtihadı değerlendirildiğinde, kamu görevlilerinin eylemlerinin yol açtıkları dışında kalan, bizzat hizmetin yapısı ve organizasyonundan kaynaklanan sorumluluğun Anayasa'nın 65. maddesindeki düzenleme gerekçe gösterilerek sınırlandırıldığı görülmektedir. Başka bir deyişle, sağlık hizmetlerinin belirttiğiğimiz bu şartları tam ve eksiksiz şekilde taşınamaması nedeniyle kişilerin zarara uğraması durumunda, her ne kadar hizmet kusurunun bulunduğu açık olsa da, malî kaynakların yetersizliği gerekçe gösterilerek tazminata hükmedilmemektedir.

Bu içtihadı eleştiren öğretideki ağırlıklı görüşle paralel olarak, söz konusu hükmün idarenin sorumluluktan kurtuluş beyyinesi olarak uygulanamayacağı kanaatindeyiz. Şöyle ki, söz konusu anayasal düzenleme bir faaliyetin kamu hizmeti kapsamına alınıp alınmaması hususunda idareye mali kaynakları ölçüsünde takdir alanı bırakmaktadır. Buna karşılık, faaliyetin kamu hizmeti alanına alınması durumunda, hukuka ve hizmet gereklerine uygun şekilde sunulması bir zorunluluktur. Kamu hizmeti alanına alındıktan sonra hizmetten yararlananlara zarar verecek şekilde hukuka veya hizmet standartlarına aykırı şekilde sunulan faaliyetler nedeniyle, Anayasa'nın 125. maddesi kapsamında idarenin sorumluluğu devam etmekte olup, mali kaynakların yetersizliği sorumluluğun azalması ya da kalkması için bir gerekçe oluşturmayacaktır. Öte yandan, Anayasa'nın 65. maddesinde yer alan “*uygun öncelikleri gözeterek*” ibaresinden, bu hükmün uygulanması bakımından kamu hizmetleri arasında bir kademelendirme yapıldığı anlaşılmaktadır. Başka bir ifadeyle, kamu hizmetinin önceliği arttıkça mali kaynakların yetersizliği gerekçe gösterilerek söz konusu hizmetin sunumundan kaçınılması imkanı da ortadan kalkacaktır. Sağlık hizmetinin en temel ve öncelikli kamu hizmetlerinden olduğu Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik içtihadından açıkça anlaşılmaktadır. Bu bakımdan mali imkanların yetersiz oluşu, sağlık kamu hizmetinin yürütülmesinden kaynaklanan sorumluluğu azaltan veya kaldıran bir gerekçe olarak kabul edilemez. Kaldı ki bu tutum sağlık kamu hizmetinin yürütülüp yürütülmemesini belirleme hususunda idareye ölçsüz bir takdir alanı bırakacaktır. Dolayısıyla kamu hizmetlerinin sunumunun sınırlandırılmasını hukuka uygun hale getirebilen Anayasa'nın 65. maddesindeki düzenlemenin, sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan sorumluluğu azalttığı veya ortadan kaldırdığının kabulü mümkün değildir.

Sağlık hizmetlerinin idarenin gözetim ve denetimi altında özel hukuk kişileri tarafından sunulabiliyor olması, gözetim ve denetim yükümlülüğünün eksik veya kötü şekilde yerine getirilmesi sonucunda hizmetten yararlananların zararının oluşmasını, idarenin sorumluluğunun bir diğer temeli haline getirmektedir. Keza bu ihtimalde, idarenin özel hukuk kişilerini etkin şekilde denetlemek suretiyle hizmetin hukuka uygun olarak sunulmasını sağlama yükümlülüğü bulunmaktadır. Buradaki sorumluluk özel hukuk kişinin sorumluluğunun idare tarafından üstlenilmesi şeklinde cereyan etmemekte, gözetim ve denetimi hukuka uygun şekilde yerine

getirmemesi sebebiyle doğrudan idare üzerinde doğmaktadır¹⁸⁶¹. Dolayısıyla, bu ihtimalde idarenin sorumluluk alanı, doğrudan idare tarafından sunulan sağlık hizmetlerine nazaran daha dardır.

İdarenin sağlık hizmetlerinin yürütülmesini statüsel bir ilişki çerçevesinde tek taraflı işlemle ya da sözleşme yoluyla özel hukuk kişisine devretmesi mümkündür. Danıştay içtihadı ve öğretideki farklı görüşler dikkate alındığında, gerek gözetim ve denetim yükümlülüğünün kapsamının ve gerek bu yükümlülüğünden kaynaklanan idarenin sorumluluğunun kamu hizmetinin devredilme yöntemine göre farklılık arz ettiği anlaşılmaktadır. Bu doğrultuda, özel hukuk kişinin tek taraflı işlemle görevlendirilmesi ihtimalinde, kamu hizmeti alanını düzenlemek veya denetlemek bakımından daha geniş yetkileri olan idarenin gözetim ve denetim yükümlülüğünden kaynaklanan sorumluluk alanı da genişlemektedir. Zira bu ihtimalde idare, herhangi bir sözleşmesel sınırlamaya tabi olmaksızın kamu hizmetinin yürütülme koşullarını değiştirme, hizmeti devamlı surette denetleme ve sonlandırma yetkisine sahip olmaktadır. Keza, buradaki gözetim yetkisi, denetimi de içine alan, daha geniş kapsamlı bir yetkidir. Gözetim yükümlülüğünün etkili şekilde yerine getirilmesi bakımından, denetim yetkisinin hukuka uygun ve düzenli şekilde yerine getirilmesi tek başına yeterli olmamaktadır. Özel hukuk kişisi tarafından statüsel ilişki çerçevesinde yürütülen sağlık hizmetinden kaynaklanan zararlarda, idare yalnızca denetim yükümlülüğünü hukuka uygun şekilde yerine getirdiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulamamaktadır.

Özel hukuk kişileri tarafından statüsel ilişki çerçevesinde yürütülen sağlık hizmetlerinden kaynaklanan sorumluluğun tespitinde ikili bir ayrım yapıldığı görülmektedir: Sağlık personelinin eylemi sonucunda zararın doğması durumunda esas olarak özel hukuk kişinin sorumlu olduğu; buna karşılık hizmetin tanzimi, personel ve araç - gereç yönünden yetersiz olması durumunda ise hizmetin hukuka aykırı şekilde işlemesi nedeniyle özel hukuk kişinin yanında, gözetim yükümlülüğünü yeterli şekilde yerine getirmeyen idarenin de sorumlu tutulması anlayışı benimsenmiştir. Bu yaklaşım, her ne kadar yürütülmesi özel hukuk kişisine

¹⁸⁶¹ Dan.15.D., 26.02.2015, E. 2014/6402, K. 2015/1178; Dan.15.D., 08.04.2015, E. 2013/5507, K. 2015/2024.

devredilmiş olsa da hizmetin esas sahibinin idare olduğu gerçeği doğrultusunda kanaatimizce de isabetli olmuştur.

Sağlık hizmetlerinin yürütülmesinin sözleşme yoluyla özel hukuk kişisine devredilmesi durumunda ise sorumluluğun kapsamının ve esas sahibinin belirlenmesi daha karmaşık bir hal almaktadır. Gerekçesi yönünden kanaatimizce isabetli olmamakla birlikte yerleşik içtihadında Danıştay, sağlık hizmetlerinin imtiyaz sözleşmesiyle özel hukuk kişisine devredilmesinin açıkça önünü kapatmıştır. Sağlık kuruluşlarının işletme hakkının devredilmesi suretiyle özel hukuk kişisine devredilmesi halinde ise, esasen hizmetin kendisi değil; yürütülmesinde kullanılan mamelek özel hukuk kişisine devredilmektedir. Dolayısıyla, bu ihtimalde, tesis ve malların işletme hakkını elinde bulunduran kişinin idareden ruhsat alarak faaliyet yürütmesi mümkün olacak, sağlık hizmeti tıpkı hizmetin statüsel ilişki çerçevesinde özel hukuk kişileri eliyle görülmesi ihtimalinde olduğu gibi idarenin gözetim ve denetiminde kurulacak ve yürütülecektir. Buna karşılık, sağlık hizmetlerinin kamu - özel ortaklığı ya da hizmet alımı usulüyle özel hukuk kişilerine gördürülmesi durumunda hizmetin yürütülmesinden kaynaklanan sorumluluğun kime ait olduğu açık değildir. Şöyle ki, özel hukuk kişisine devredilen faaliyetlerde, özel hukuk kişisi ile hizmetten yararlanan arasındaki ilişkinin borçlar hukuku ilişkisi olduğu kabul edilmektedir. Buna karşılık, hizmetten yararlanan ile idare arasındaki kamusal ilişki varlığını sürdürmektedir.

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerine ilişkin içtihadında Danıştay, kamu hizmetinin yürütülmesinden kaynaklanan zararlarda esas olarak özel hukuk kişinin borçlar hukuku hükümlerine göre sorumlu olduğunu, idarenin ise ancak zararın özel hukuk kişisinden tazmin edilememesi durumunda sorumlu hale geleceğini kabul etmektedir. Bu doğrultuda kamu - özel ortaklığı veya hizmet alımı yoluyla özel hukuk kişisine devredilen faaliyetlerden kaynaklanan zararlardan da esas olarak idarenin sorumlu tutulmaması, yalnızca sözleşmeci özel hukuk kişinin gözetimi ve denetimiyle sınırlı bir sorumluluk alanının benimsenmesi düşünülebilir. Ancak imtiyaz usulünden farklı olarak, gerek hizmet alımı ve gerek kamu - özel ortaklığı usullerinde kamu hizmetinin kendisi özel hukuk kişisine devredilmemekte, hizmet emanet usulüyle idare tarafından sunulmakta, özel hukuk kişisinden ise yalnızca hizmet satın alınmaktadır. Bu nedenle, söz konusu hallerde hizmetten yararlanan kişi

ile sözleşmeci özel hukuk kişisi arasında doğrudan bir ilişki bulunmamakta, hizmet kamusal niteliğini korumaktadır. Dolayısıyla, bu faaliyetlerden kaynaklanan zararlardan hizmetin esas sahibi olan idare sorumlu olacaktır. İdarenin, aralarındaki sözleşmesel ilişkiye dayanarak sözleşmeci özel hukuk kişisine rücu edebileceğini savunmaktayız.

Özel hukuk kişileri tarafından yürütülen sağlık hizmetlerinden kaynaklanan zararlar dahi kendisine atfedilebilen idarenin sorumluluğunun en geniş temeli ise kamusal sağlık kuruluşlarında, kamu personeli tarafından gerçekleştirilen eylemlerdir. Zira bu ihtimalde idarenin sorumluluğu gerek idareye atfedilebilirlik ve gerek kapsam bakımından herhangi bir sınırlamaya tabi tutulmamaktadır. Ancak bu alanda idarenin sorumluluğunun iki yönden klasik anlayıştan ayrıştığı dikkat çekmektedir.

Öncelikle, sağlık personelinin tıbbi müdahale niteliğinde olmayan hukuka aykırı eylemleri sonucunda oluşan manevi zararların tazminat kapsamına alınması, maddi zarar taleplerinin ise reddedilmesi yönünde bir eğilim sergilenmektedir. Bu tutum özellikle tıbbi müdahale öncesinde aydınlatılmış onam alınması yükümlülüğünün yerine getirilmemesi durumunda birtakım sorunları beraberinde getirmektedir. Yerleşik içtihadında Danıştay aydınlatma yükümlülüğünün hukuka ve tıbbi standartlara uygun şekilde yerine getirilmemesi ve yapılan tıbbi müdahale sonucunda istenmeyen bir sonucun meydana gelmesi durumunda, zararın her türlü özene rağmen oluşabilen, herhangi bir tıbbi ihmal veya kusura izafe edilemeyen komplikasyon olarak nitelendirildiği, komplikasyon yönetiminin de tıp kurallarına uygun olduğu hallerde maddi tazminat taleplerinin reddedilmesine, maruz kalınan manevi elem ve ıstırap nedeniyle manevi tazminat ödenmesine karar vermektedir. Kanaatimizce bu içtihat, tıbbi müdahale sonucunda oluşan zararın hukuka aykırılığını kaldıran komplikasyon kavramının anlamıyla bağdaşmamaktadır. Şöyle ki, tıbbi müdahalenin öngörülebilir olan, ancak her türlü özene rağmen gerçekleşebilen risklerinin komplikasyon olarak nitelendirilmesinin temel şartı söz konusu istenmeyen sonuçlara hasta tarafından onam verilmiş olmasıdır. Komplikasyon olarak nitelendirilen hallerde de idarenin eylemi sonucunda hizmetten yararlanan kişilerin zarara uğraması söz konusu olmaktadır. Ancak bu hallerde hasta tarafından müdahale öncesinde verilen onam, söz konusu eylemleri hukuka uygun

hale getirmektedir. Keza, hastanın tıbbi müdahale öncesinde onam vermemek suretiyle tedaviyi reddetme hakkını kullanarak, söz konusu komplikasyondan kaçınabilmesi de mümkündür. Dolayısıyla öngörülebilir olan bu riskler bakımından hastanın onamının alınması, oluşan zararın komplikasyon olarak nitelendirilmesinin ve müdahalenin hukuka uygun kabul edilmesinin temel şartıdır. Oysaki Danıştay, onamın hukuka uygun şekilde alınması durumunda dahi her türlü özenin gösterilmesine karşın beklenmedik sonuçların meydana gelebileceğini ileri sürerek maddi tazminat istemine yönelik başvuruları reddetmektedir. Anılan içtihadta komplikasyon ile aydınlatılmış onam kavramları birbirinden tümüyle ayrıştırılarak hüküm kurulmaktadır. Oysaki aydınlatılmış onamın alınması hem zararın komplikasyon olarak nitelendirilmesinin hem de tıbbi müdahalenin şartıdır. Dolayısıyla aydınlatılmış onam alınmadan yürütülen tıbbi müdahalenin hukuka aykırı olarak nitelendirilmesi suretiyle manevi zarara hükmedilmesi, maddi zarar talebinin ise somut olayda komplikasyon gerçekleştiği gerekçesiyle reddedilmesi kendi içinde çelişki oluşturacaktır. Zannediyoruz ki bu durumu fark eden Anayasa Mahkemesi yakın tarihli bir kararında, aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilmeksizin yapılan tıbbi müdahale sonucunda, her türlü özene rağmen meydana gelebilecek bir riskin gerçekleşmesi durumunda, Fransız Danıştay içtihadıyla da paralel olarak, hem maddi hem de manevi zararın idare tarafından tazmin edilmesinin bir zorunluluk olduğunu ortaya koymuştur.

Öte yandan, hizmet kusurundan doğan sorumluluk hallerini hizmetin hiç işlememesi, geç işlemesi veya kötü işlemesi olarak üç ana başlıkta sınıflandıran öğreti ve yargı kararlarındaki genel kabulün sağlık hizmetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından uygulanması çoğu zaman mümkün olmamaktadır. Söz konusu klasik sınıflandırma, sağlık hizmetleri kapsamındaki kusurlu sorumluluk hallerinin tasnifi bakımından yararlı ve yeterli de değildir. Sağlık hizmetlerinin niteliği göz önünde bulundurulduğunda, faaliyetin geç işlemesi ile hiç işlememesi arasında çoğunlukla bir fark bulunmamaktadır. Keza bu hallerde süresi içinde işlememiş olan sağlık hizmeti, hiç işlememiş olmasıyla aynı sonucu doğuracaktır. Yine, hizmetin geç işlemesi tedavinin zamanında gerçekleştirilememesine yol açabilecek, bu durum tedavinin etkili sonuç doğurmamasına ve hizmetin kötü işlemesine yol açacaktır. Dolayısıyla sağlık hizmetlerine ilişkin, özellikle de tıbbi

müdahale niteliğindeki faaliyetlerde, hizmetin geç ya da kötü işlemesi veya hiç işlememesi nedeniyle idarenin sorumluluk halleri çakışacaktır.

Uygulama bakımından bir yararı olmayan klasik ayırım yerine, Fransız hukukunda da kabul edilen, tıbbi faaliyetin türüne göre yapılan üçlü ayırımının benimsenmesi kanaatimizce daha isabetlidir. Tıbbi faaliyetler fonksiyonel bakımdan koruyucu, teşhis ve tedavi edici faaliyetler olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Söz konusu faaliyetlerden kaynaklanan zararlar nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıklara ilişkin Danıştay içtihadı değerlendirildiğinde, sorumluluğun kapsamının belirlenmesinde farklı yaklaşımların benimsendiği görülmektedir. Bu doğrultuda, koruyucu sağlık hizmetleri bakımından idarenin sorumluluğunun en geniş şekilde değerlendirildiği görülmektedir. Bu ihtimalde, tıbbi müdahale sonucunda kişinin zarara uğraması durumunda, çoğu zaman fiil ile zarar arasında illiyet bağının bulunduğu tespiti halinde idarenin sorumluluğuna hükmedilmektedir. Nitekim, Fransız hukukunda da aşılama ve benzeri faaliyetlerde idarenin kusursuz sorumluluğu prensibi benimsenmiştir. Bu hallerde esasen sağlıklı bir kişiye tıbbi müdahale uygulandığından, söz konusu müdahaleden kaynaklanan zarardan idarenin sorumluluğunun daha katı şekilde uygulanması kaçınılmazdır.

Tedavi faaliyetlerinin aksine teşhis faaliyetlerinin tıbbi standartlara uygun şekilde yerine getirilip getirilmediğinin tespiti bakımından hekimin takdir yetkisi dar yorumlanmakta; tetkik yöntemlerinin tam ve eksiksiz şekilde yerine getirilmemesi durumunda idarenin sorumluluğuna hükmedilmektedir. Buna karşılık, özel nitelikli tıbbi operasyonlar şeklinde nitelendirdiğimiz, tıbbi gereklilik olmaksızın yapılan tıbbi müdahaleler dışındaki tedaviye yönelik faaliyetlerde, hekimin uygulayacağı tedavi yöntemini belirleme serbestisi doğrultusunda takdir yetkisi daha geniş yorumlanarak; idarenin sorumluluğunu sınırlanma yönünde eğilim sergilenmektedir. Keza, tedavi faaliyetlerinin tıbbi standartlara uygunluğu çoğunlukla bilirkişi yardımıyla belirlenmekte, bilirkişi raporlarında ise hekime tedavi yöntemini belirleme ve uygulama yönünde geniş bir takdir alanı bırakıldığı görülmektedir. Teşhise yönelik faaliyetlerde ise, hastanın sağlık durumunun tespitine yönelik tüm tetkik yöntemlerinin uygulanmamış olması dahi hekimin eylemini hukuka aykırı hale getirebilmektedir. Bu durum ise, açılacak olası davalarda kendini savunmak isteyen hekimin gereksiz teşhis ve tedavi yöntemlerini uygulamak ya da hastalara bakmaktan

sistematik olarak kaçınmak suretiyle sorumluluktan kurtulmaya yönelik, çekinik tıp olarak nitelendirdiğimiz, Anayasa'nın 17. maddesine aykırı eylemlerine yol açmaktadır.

Sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan sorumluluğun temelleri yönünden birbiriyle daha uyumlu bir içtihadı sahip olan adli yargı ve idari yargı mercileri, esas olarak sorumluluk alanının kapsamı bakımından birbirinden ayrılmaktadır. Ağırlıklı içtihadında Danıştay idarenin sorumluluk alanını genişleten bir tutum sergilemekte, idarenin faaliyetlerinden kaynaklanan zararların çoğu zaman idarenin kusuru olmasa dahi tazmin edilmesi yönünde hüküm kurmaktadır. Buna karşılık Mahkeme, sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, adli yargıya nazaran sorumluluğu sınırlayıcı bir eğilim göstermektedir. Şöyle ki, niteliği gereği riskler taşıyan sağlık hizmetlerinden kaynaklanan zararların tazmininde kusursuz sorumluluk esaslarından olan risk / tehlike sorumluluğu ilkesi hizmetten yararlananlar yönünden açıkça dışlanmıştır. Yerleşik içtihadının gerekçesinde Danıştay'ın sağlık hizmetlerinin içinde öngörülemez riskler taşıdığını belirttikten sonra, faaliyetin yapısındaki risk oranının yüksek olması nedeniyle ancak kusurun varlığı halinde idarenin sorumlu tutulabileceğini kabul etmesi açıkça çelişki oluşturmaktadır. Kanaatimizce bu içtihadın temelinde idareyi çok ağır bir tazminat yükünün altından kurtarma anlayışı yatmaktadır. Oysaki, bu çalışmada karşılaştırmalı olarak ele aldığımız Fransız hukukunda, sağlık hizmetlerinde idarenin kusursuz sorumluluk alanı gerek yasal boyutta ve gerek içtihat yoluyla giderek genişlemektedir. Öyle ki, sağlık hizmetlerine ilişkin bazı faaliyetlerde kişiler sağlık kuruluşunun kapısından girmekle birlikte idarenin güvencesi altına alınmaktadır. Bazı faaliyetlerde ise, ulusal hukukumuzda kabul görmeyen kusur karinesi prensibinin işletilmesi suretiyle kusursuzluğunu ispatlayamadığı sürece oluşan zarardan idarenin sorumlu tutulması esası benimsenmiştir. Buna karşılık ulusal hukukumuzda, ilk derece idare mahkemeleri tarafından kusursuz sorumluluk yönünde kurulan hükümler Danıştay tarafından bozulmaktadır. İlk derece mahkemelerinin kusursuz sorumluluk esaslarının işletilmesine yönelik ısrarcı tutumunun ise, gelecek bakımından umut vaad ettiğini düşünmekteyiz. Ayrıca Danıştay'ın da açıkça zikretmekten kaçındığı kusur karinesi prensibini özellikle hastane enfeksiyonlarından kaynaklanan uyuşmazlıklarda üstü

örtülü şekilde uygulaması, Mahkeme'nin kusur sorumluluğunu mutlak surette uygulama yönündeki tutumunu yumuşattığını ortaya koymaktadır.

Özel hukuk kişilerince yürütülen sağlık faaliyetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda adli yargı makamları, kusur yönünden herhangi bir derecelendirme yapmaksızın, hukuka veya hizmet gereklerine aykırı faaliyet nedeniyle oluşan zararın tazmin edilmesi gerektiği yönünde bir içtihat benimsemiştir. Başka bir deyişle, hekim ya da özel sağlık kuruluşu en basit kusurundan dahi sorumlu tutulmaktadır. Buna karşılık, Fransız hukukunda olduğu gibi ulusal hukukumuzda da uzun bir süre sağlık kamu hizmetinden kaynaklanan her türlü uyuşmazlık bakımından, tazminata hükmedilmesi için ağır kusur koşulu aranmıştır. Öğreti tarafından da yoğun şekilde eleştirilen bu içtihadın Anayasa'nın 125. maddesinin son fıkrasına uygun olduğunu söylemek güçtür. Şöyle ki anılan düzenlemede, idarenin eylemleri sonucunda oluşan zararı ödemekle yükümlü olduğu öngörülmüştür. Ancak sorumluluğa hükmedilebilmesi bakımından idarenin kusurunun ağırlığına ilişkin herhangi bir sınırlamadan söz edilmemiştir. Dolayısıyla, idarenin kusurlu eylemlerinin bazılarının içtihat yoluyla sorumluluk alanı dışına çıkarılması suretiyle zararın tazmininden kaçınılması Anayasa'ya aykırılık teşkil etmektedir. Kanaatimizce Danıştay da bu durumu göz önünde bulundurarak içtihadında değişikliğe gitmiş, tıbbi müdahale niteliğinde olmayan sağlık hizmetine ilişkin faaliyetler ile tıbbi müdahalenin özel ve nitelikli bir türü olan tıbbi operasyonlar dışında kalan müdahalelerde basit kusurun bulunması halinde dahi idarenin sorumlu olacağı yönünde içtihat benimsemiştir. Bu doğrultuda mevcut içtihadında Danıştay yalnızca tıbbi operasyonlar bakımından ağır kusur şartını ararken, sağlık kamu hizmetine ilişkin diğer faaliyetlerde basit kusuru yeterli kabul etmektedir.

Fransız hukukundakinin aksine önce sorumluluğun belirlendiği daha sonra kusurun derecesinin tayin edildiği Danıştay uygulamasının, ağır kusur şartını sorumluluğun tespitinde gerçek anlamda esas aldığını söylemek pek de mümkün gözükmemektedir. Nitekim Danıştay kararlarında esasen idarenin belli bir ağırlıkta olmayan kusuruyla gerçekleşen hukuka aykırı faaliyetleri, ağır kusurlu olarak addedilmek suretiyle tazminata hükmedilmektedir. Dolayısıyla kusurun belli bir ağırlıkta olması şartı fiiliyatta uygulama bulmamaktadır. Bu bakımdan, Fransız hukukunda kabul edildiği gibi, sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan

uyuşmazlıklarda sağlık hizmetinin kendine has özellikleri de gözetilmek suretiyle basit kusurun varlığı halinde tazminata hükmedilmesinin daha isabetli olacağı açıktır.

Sorumluluğun koşullarından kusur şartı bakımından Yargıtay uygulamasından ayrışan Danıştay, zarar şartı yönünden adli yargı uygulamasıyla büyük ölçüde paralel bir eğilime sahiptir. Bu durumun arkasında, idarenin eylemlerinin yol açtığı, kişinin vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda Türk Borçlar Kanunu'nun uygulanacağına ilişkin anılan Kanun'un 55. maddesinde yer alan düzenlemenin yattığı kuşkusuzdur. Bu sebeple, sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan zararların tespitinde özel hukuk hükümlerinden yararlanılması kaçınılmaz olacaktır. Ayrıca özel sağlık kuruluşları ile bağımsız faaliyet yürüten hekimlere karşı adli yargıda açılan davalarda yargı mercilerinin zararın tespitine yönelik tutumu da idari yargı bakımından yol gösterici olabilecektir.

Sağlık hizmetlerinin yürütülmesi sonucunda maddi zararın oluşması durumunda yaptığımız bu açıklamalar gerçeği yansıtmaya elverişli olsa da manevi zararlar bakımından birtakım tereddütler varlığını sürdürmektedir. İlk olarak, manevi zararın gerek varlığı ve gerek kapsamı maddi zararlar kadar açık değildir. Keza, Fransız hukukunda olduğu gibi ulusal hukukumuzda da, “*gözyaşlarının parayla ölçülemeyeceği*” prensibinin yakın zamana dek benimseniyor oluşu, sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda manevi zararların tazminini imkansız kılmaktaydı. Hangi duygusal acıların manevi tazminat kapsamında olduğunun ve bu tazminatın sınırlarının belirlenmesi bakımından Danıştay'ın gelişim gösteren bir içtihadının bulunduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Güncel kararlarda, manevi tazminat idarenin faaliyeti sonucunda yaşanan fiziksel acılardan tamamen ayrıştırılmış olup, sağlık hizmetlerinin hukuka aykırı şekilde yürütülmesi sonucunda kişinin endişe ya da karmaşa içine düşmüş olması durumunda dahi manevi tazminat hakkının oluştuğu kabul edilmektedir. Yakın tarihli kararlarında ise Danıştay daha da ileri giderek manevi tazminat hakkını, sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan sorumluluk bakımından zararın bulunması koşulunu ortadan kaldırarak ölçüde geniş yorumlamıştır. Danıştay sağlık hizmetlerinin yürütülmesinde idarenin hukuka aykırı davranması ihtimalinde, zarar koşulunun gerçekleşip gerçekleşmediğini dikkate almaksızın tazminat ödenmesi

gerektiğine karar vermek suretiyle, kişide oluşan üzüntünün tatmin edilmesi yerine hukuka aykırı davranan idarenin davranışının cezalandırılması prensibini benimsenmiştir. Söz konusu içtihat, tazminat ödemek zorunda kalan idarenin caydırıcılık yoluyla hukuka uygun davranmasını sağlamaya yönelik olsa da, sorumluluğun koşulu olan zarar unsurunu belirsizleştirmesi nedeniyle tartışmaya açıktır. Gerek idare hukuku ve gerek özel hukuk esaslarına göre, sorumluluğun söz konusu olabilmesi için kişinin zarara uğraması zorunludur. Nitekim sorumluluk hukukunun temel amacı, hukuka aykırı faaliyet sonucunda oluşan zararın giderilmesidir. Bu bakımdan, çalışmamızda da idarenin sağlık hizmetlerinden kaynaklanan sorumluluğunun bir şartı olarak nitelendirdiğimiz zarar koşulunun, sorumluluğun tespiti yönünden tamamen dışlanması isabetli olmayacağı kanaatindeyiz.

İdarenin tazmin yükümlülüğünün doğabilmesi için sorumluluğun koşullarının, sorumluluğa temel oluşturan haller üzerinde gerçekleşmesi zorunlu olmakla birlikte, tek başına yeterli de değildir. Sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan zararlardan maddi olarak sorumlu olan idarenin, söz konusu zararı tazmin borcunun doğması, usulüne uygun olarak idari ve yargısal yollara başvurulmasını gerektirmektedir. 2577 sayılı Kanun'da yer alan düzenlemeler, idarenin tüm faaliyetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklara yönelik genel kurallar içerdiğinden, bu düzenlemelerin pek çok yönden farklı usullerin uygulanmasına ihtiyaç duyulan sağlık hizmetlerine ilişkin uyuşmazlıklarda yetersiz kaldığı görülmektedir. Söz konusu yetersizliklerin başta yaşama, maddi ve manevi varlığın koruması hakkı ile hak arama hürriyetini ihlal etmesini önlemeyi amaçlayan Anayasa Mahkemesi, Uyuşmazlık Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay esasen kanunda olmayan yargılama usulü kurallarının içtihat yoluyla benimsenmesi yönünde bir eğilim sergilemektedir. Ancak bu tutumun da kanunilik ilkesiyle örtüşmeyeceği açıktır. Bu durum ise sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklara özgü farklı yargılama usulü kurallarının bir ihtiyaç olup olmadığı sorusunu akla getirmektedir.

Kamu personelinin eylemlerinden kaynaklanan zararlardan esas olarak idarenin sorumlu olması ve idari yargıda ancak idare aleyhine tam yargı davası açılabilmesi, bir yandan zararın hekimin kişisel kusurundan kaynaklandığı

düşüncesiyle adli yargıda dava açan kişinin idari yargıda dava açma hakkını kaybetmesine; diğer yandan Anayasa'nın 40. maddesinden kaynaklanan rücu ilişkisi doğrultusunda tazminatın nihai yükümlüsü olan kamu personeli hekimin idari yargıda yürütülen yargılamadan tamamen dışlanmasına sebep olmaktadır. Öte yandan, kamu personelinin kamusal görevlerinin yürütülmesi sırasında görev kusurunun yanında, kişisel kusurunun da oluşabileceğinin kabulü, sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların bazılarının adli yargıda görülmesi gibi bir kargaşaya sebep olmaktadır. Keza bu ihtimalde adli yargı ve idari yargı mercilerinin birbiriyle çelişkili kararlar vermesi de söz konusu olabilecektir. Bütün bunların yanında, özellikle tıbbi müdahale niteliğindeki faaliyetlerden kaynaklanan sorumluluğun tespitinde çoğu zaman bilirkişi yardımına başvurulduğu göz önünde bulundurulduğunda, çoğunlukla tıbbi açıklama ve veriler içeren bilirkişi raporlarının müdahaleyi gerçekleştiren sağlık personelinin de taraf olarak katılımıyla yürütülen yargılamada daha etkili şekilde değerlendirilebileceği şüphesizdir.

Mevcut çalışmamızın kapsam ve konusunu aşmakta olan söz konusu hususlar, başta sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda olmak üzere, idari yargılama usulünde kamu personelinin yargılamaya taraf olarak katılımının, adil yargılanma hakkının gerçekleştirilmesi bakımından bir gereklilik olup olmadığının sorgulanmasına yol açmaktadır. Zarar görenin yanında kamu görevlisi bakımından da bir güvence niteliğinde olan idarenin sorumluluğunun asliliği ilkesi, Anayasa'dan kaynaklanan rücu ilişkisi sebebiyle, kamu görevlisinin iddia ve savunmalarını ileri süremediği bir yargılama sonucunda tazminata mahkum olması gibi bir sonuca yol açmaktadır. Dolayısıyla anılan ilkenin kamu görevlisi yönünden güvence niteliğinde oluşu sorgulanabilir hale gelmiştir. Keza, söz konusu sorgulama çekinik tıp olarak nitelendirdiğimiz birtakım hukuka aykırı uygulamaların ortaya çıkmasına yol açmıştır. Bu bakımdan idarenin sorumluluğunun asliliği ilkesinin yargılama hukuku yönünden esnetilebilirliği bir çözüm önerisi olarak ileri sürülebilir. Başka bir deyişle, idari davalarda kamu personeli gerçek kişilerin de davalı sıfatını elde edebilirliği ayrıca değerlendirilmesi gereken bir husustur.

Hasta - hekim ilişkisinin paternalist bir anlayıştan ayrılıp, haklar ve yükümlülükler ekseninde kurgulanması, sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların mevcut hukuk kurallarıyla çözümünü zorunlu kılmıştır.

Yaptığımız bu tespitler ile ileri sürdüğümüz eleştiriler göstermektedir ki, niteliği gereği özellikli bir kamu hizmeti olan sağlık hizmetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü bakımından klasik idari sorumluluk esasları ile yargılama usulü kuralları yetersiz kalmaktadır. Nitekim, karşılaştırmalı hukukta sağlık hizmetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların gerek sorumluluğun teorik esası ve gerek uygulanacak yargılama usulü yönünden klasik kamu hizmeti anlayışından farklı bir hukuki rejime tabi tutulduğu görülmektedir. Bu bakımdan hukukumuzda da, sağlık hizmetlerinin bütüncül bir yaklaşımla, gerek teşkilat, gerek sorumluluk ve gerek uyuşmazlıklarda uygulanacak yargılama usulleri yönünden ayrı bir kanuni düzenlemeye tabi tutulması faydalı olabilecektir. Sağlık hizmetlerine yönelik ayrı bir hukuki rejimin tercih edilmemesi ihtimalinde ise, bu çalışmada yalnızca bir kısmını ortaya koyabilmiş olduğumuz sorumluluğun esasına ve yargılama usulüne ilişkin ihtimallerin yasa koyucu ve yargısal makamlarca yeniden gözden geçirilmesini beklemek kaçınılmaz olacaktır.

KAYNAKÇA

Kitaplar

AKDOĞAN, Muzaffer, **Avrupa Birliği Uyum Sürecinde Türk İhale Rejiminin Şeffaflık Açısından Değerlendirilmesi**, XII Levha Yayıncılık, 2010.

AKYILDIZ, Sunay / ÖZKAN, Hasan, **Hasta - Hekim Hakları ve Davaları**, Seçkin Yayıncılık, 2008.

AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil, **Türk İdari Yargılama Hukuku**, Savaş Yayınevi, 2018.

ARMAĞAN, Tuncay, **İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları**, Seçkin Yayıncılık, 1997.

AŞÇIOĞLU, Çetin, **Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar**, Y.Y., 1993.

ATAY, Ender Ethem, **İdare Hukuku**, 6. baskı, Turhan Kitabevi, 2018.

ATAY, Ender Ethem / ODABAŞI, Hasan, **Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları**, 2. baskı, Seçkin Yayıncılık, 2010.

AYAN, Mehmet, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Kazancı Hukuk Yayınları, 1991.

AYANOĞLU, Taner, **Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemin Tanımlanması**, Legal Yayınevi, 2004.

BAL, Yakup / ŞAHİN, Yahya / KARABULUT, Mustafa, **Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları**, Seçkin Yayıncılık, 2003.

BAL, Yakup / KARABULUT, Mustafa / ŞAHİN Yahya, **Danıştay 10. Daire Kararları**, C. 1, Turhan Kitabevi, 2003.

BELGESAY, Mustafa Reşit, **Tıbbi Mesuliyet**, M. Sıralar Matbaası, 1953.

BERBEROĞLU YENİPİNAR, Filiz Berberoğlu Yenipınar, **Tıbbi Sorumluluk**, 12 Levha Yayıncılık, 2017.

BERGOIGNAN - ESPER, Claudine / DUPONT, Marc, **Droit hospitalier**, 9e édition, Dalloz, 2014.

BERNARDINIS, Christophe, **Les droits du malade hospitalisé**, Heures du France, 2006.

BÜLBÜL, Erdoğan, **Kamu İştirakleri**, Beta Yayıncılık, 2004.

CANDAN, Turgut, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, 7. baskı, Yetkin Yayıncılık, 2017.

CHABANOL, Daniel / BONNET, Baptiste, **La pratique du contentieux administratif**, 12e édition, LexisNexis, 2018.

CHAPUS, René, **Droit administratif général**, 15e édition, Montchrestien, 2001.

CLEMENT, Cyril, **La Responsabilite du fait de la mission de soins des établissements publics et privés de santé**, BNDS, 2010.

COURREGES / Anne, DAEL, Serge, **Contentieux administratif**, 4e édition, PUF, 2013.

ÇAĞLAYAN, Ramazan, **Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**, Asil Yayın Dağıtım, 2007.

ÇAĞLAYAN, Ramazan, **İdari Yargılama Hukuku**, 5. baskı, Seçkin Yayıncılık, 2011.

ÇAKIR, Hüseyin Melih, **Sağlık Hizmetlerinin Özel Hukuk Kişileri Tarafından Yürütülmesi**, XII Levha Yayıncılık, 2015.

ÇAKMUT, Özlem Yenerer, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, Legal Yayınevi, 2003.

ÇATAK IRIZ, Betül, **Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu**, Adalet Yayınevi, 2011.

ÇINARLI, Serkan, **İdarenin Sağlık Hizmetinin Sunumundan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu**, Orion Kitabevi, 2013.

ÇINARLI, Serkan / ARSLAN HIZAL, Sevinç, **Özelleştirme Uygulamaları ve Sağlık Hizmetlerinin Özelleştirilmesi**, Leges Yayınları, 2014.

DEMİR, Mehmet, **Tıbbi Organizasyon Kusuru Açısından Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu**, Turhan Kitabevi, 2010.

DİNÇER, Güven / ÇIRAKMAN, Erol / NECİPOĞLU, Nejat, **Danıştay Kararları 1967 – 1968 – 1969**, Yarıaçık Cezaevi Matbaası, 1969.

DUEZ, Paul, **Mukavele Dışında Amme Kudretinin Mesuliyeti**, Çev. İbrahim Şenil, Güney Matbaacılık Gazetecilik, 1950.

DURAN, Lütü, **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu**, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, 1974.

ERDEM, Ümit, **Danıştay Onbeşinci Daire (2016) Kararlarında Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Tazminat Sorumluluğu**, Legal Yayınevi, 2017.

EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 23. baskı, Yetkin Yayıncılık, 2018.

ERKUT, Celal / SOYBAY, Selçuk, **Anayasa ve İdari Yargılama Hukukuna İlişkin Kanunlar**, 5. baskı, Beta Yayıncılık, 2001.

ER, Ünal, **Sağlık Hukuku**, Savaş Yayınevi, 2008.

ERSÖZ, A. Kürşat, **İlaç Hukuku Bağlamında İdarenin Sorumluluğu**, XII Levha Yayıncılık, 2016.

ESİN, Yüksel, **Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları - İkinci Kitap İdarenin Sorumluluğu**, Balkanoğlu Matbaacılık, 1973.

BERGOIGNAN - ESPER, Claudine / SARGOS, Pierre, **Les grands arrêts du droit de la santé**, 2e édition, Dalloz, 2016.

FRIER, Pierre – Laurent / PETIT, Jacques, **Droit administratif**, 9e édition, LGDJ, 2014.

GAUDEMET, Yves, **Droit administratif**, 21e édition, LGDJ, 2015.

GOHIN, Olivier / POULET, Florian, **Contentieux administratif**, 9e édition, LexisNexis, 2015.

GÖKCAN, Hasan Tahsin, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, Seçkin Yayıncılık, 2013.

GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku**, C.2, 2. baskı, Ekin Yayıncılık, 2009.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref / TAN, Turgut, **İdare Hukuku**, C. 2, 8. baskı, Turhan Kitabevi, 2016.

GÜLEL, İlhan, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, Seçkin Yayıncılık, 2018.

GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, 10. baskı, İmaj Yayınları, 2010.

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

GÜNGÖREN BULGAN, Birden, **Georg Jellinek'in Hak ve Devlet Kuramı**, XII Levha Yayıncılık, 2017.

HAKERİ, Hakan, **Tıp Hukuku**, 13. baskı, Seçkin Yayıncılık, 2018.

HANCI, İ. Hamit, **Malpraktis Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu**, Seçkin Yayıncılık, 2006.

HATIRNAZ EROL, Gültezer, **Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları**, 3. baskı, Seçkin Yayıncılık, 2013.

KABOĞLU, İbrahim Ö., **Anayasa Yargısı**, İmge Yayınevi, 2000.

KANADOĞLU, Korkut, **Anayasa Mahkemesi**, Beta Yayınevi, 2004.

KAPLAN, Gürsel, **İdari Yargılama Hukuku**, 3. baskı, Ekin Yayınevi, 2018.

KARAN, M. Akif / KAYSI, Abdülkadir / KOÇYİĞİT, Emine / MERİÇ, Mehmet / MOLVALILAR, Senay / ÖKTEN, Atilla / ÖZBEY, Neşe / SELEKLER, Kaynak / SEVER, Mehmet Şükrü / ŞİMŞEK, İlkey / TUNALI, Ahmet / YAZICI, Hasan, **İç Hastalıkları (Semioloji)**, 5. baskı, Alfa Yayınları, 2010.

KARAHANOGULLARI, Onur, **Kamu Hizmeti**, 3. bası, Turhan Kitabevi, 2015.

KARASU, Sinem, **Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü**, Vedat Kitapçılık, 2009.

KARAVELİOĞLU, Celal, **Açıklamalı İçtihatlı ve İstinaf Kurumuyla İdari Yargılama Usulü Kanunu**, 9. baskı, Adalet Yayınevi, 2016.

KICALIOĞLU, Mustafa, **Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları**, Adalet Yayınevi, 2011.

KÜZECİ, Elif, **Kişisel Verilerin Korunması**, Turhan Kitabevi, 2010.

LACHAUME, Jean François / PAULIAT, Hélène / BRACONNIER, Stéphane / DEFFIGIER, Clotilde / Droit administratif: **Les grandes décisions de la jurisprudence**, 17e édition, PUF, 2017.

LAMBERT - FAÏVRE, Yvonne / PORCHY – SÎMON, Stephanie, **Droit du dommage corporel**, 8e édition, Dalloz, 2016.

LAUDE, Anne / MATHIEU, Bertrand / TABUTEAU, Didier, **Droit de la santé**, Themis, 2012.

LAURE, Marie / ANGER Moquet , **Droit Hospitalier**, 5 e édition, LGDJ, 2018.

MEMETAU, Gérard / GIRER, Marion, **Cours de droit médical**, 5e édition, LEH édition, 2016.

MORAND – DEVILLER, Jacqueline, **Droit administratif**, 14e édition, LGDJ, 2015.

NART, Serdar, **Hekimin İlaç Tedavisinden Doğan Sorumluluğu**, Adalet Kitabevi, 2014.

NOMER, Haluk, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 15. baskı, Beta Yayıncılık, 2017.

NGUYEN, Anh Vu T. / NGUYEN, Dung A., **Learning From Medical Errors**, Radcliffe Publishing, 2005.

ONAR, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. 3, 3. baskı, İsmail Akgün Matbaası, 1966.

OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 2, 12. baskı, Vedat Kitapçılık, 2016.

ÖZGÜLDÜR, Serdar, **Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları**, Yetkin Yayıncılık, 1996.

ÖZPINAR, Berna, **Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları**, Ankara Barosu Yayınları, 2007.

PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet, **Medeni Usul Hukuku**, 10. baskı, Yetkin Yayıncılık, 2011.

PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet, **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, 6. basık, Vedat Kitapçılık, 2018.

POLAT, Oğuz, **Tıbbi Uygulama Hataları**, Seçkin Yayınları, 2005.

RIVERO, Jean / WALINE, Jean, **Droit administratif**, 19e édition, Dalloz, 2002.

Dünya Sağlık Örgütü, **Sağlık ve İnsan Hakları Üzerine 25 Soru 25 Cevap**, Toplum Sağlığı Araştırma ve Geliştirme Merkezi, 2002.

SARICA, Ragıp, **Hizmet Kusuru ve Karakterleri**, İsmail Akgün Matbaası, 1949.

SAVAŞ, Halide, **Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları**, 2. baskı, Seçkin Yayıncılık, 2011.

SAVATIER, René / AUBY, Jean – Marie / SAVATIER, Jean / PEQUIGNOT, Henri, **Traité du droit médical**, Libraires techniques, 1956.

SEILLER, Bertrand, **Droit administratif**, 2. L'action administrative, 6e édition, Champs université, 2001.

TACİR, Hamide, **Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı**, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2011.

TAHMAZOĞLU ÜZELTÜRK, Sultan, **Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı**, Legal Yayınevi, 2012.

TAN, Turgut, **İdare Hukuku**, 6. bası, Turhan Kitabevi, 2017.

TANÖR, Bülent, **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, May Yayınları, 1978.

TRUCHET, Didier, **Droit de la santé publique**, 8e édition, Dalloz, 2013.

TÜRMEN, Ali, **Hasta ve Hekim Hukuku**, 2. baskı, Adalet Yayınevi, 2013.

ULER, Yıldırım, **İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1970.

ULUSOY, Ali, **Kamu Hizmeti İncelemeleri**, Ülke Kitapları, 2004.

UYGUN, Oktay, **İnsan Hakları Kuramı, Kamu Hukuku İncelemeleri**, 2. baskı, XII Levha Yayıncılık, 2013.

VEDEL, Georges, **Droit administratif**, 6e édition, PUF, 1976.

WELSCH, Sylvie, **Responsabilité du médecin**, 2e édition, Utec Groupe Lexisnexis, 2003.

YAYLA, Ahmet, **İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**, XII Levha Yayıncılık, 2015.

YAYLA, Yıldızhan, **İdare Hukuku 1**, 2. baskı, Filiz Kitabevi, 1990.

YAYLA, Yıldızhan, **İdare Hukuku**, Beta Yayıncılık, 2009.

YENERER ÇAKMUT, Özlem, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, Legal Yayıncılık, 2003.

YENİCE, Kazım / ESİN, Yüksel, **Açıklamalı - İçtihatlı - Notlu İdari Yargılama Usulü**, Arsan Matbaacılık, 1983.

YILDIRIM, Turan, **İdari Yargı**, Beta Yayıncılık, 2010.

YILDIRIM, Turan / YASİN, Melikşah / KAMAN, Nur / ÖZDEMİR, H. Eyüp / ÜSTÜN, Gül / OKAY TEKİNSOY, Özge, **İdare Hukuku**, 7. baskı, XII Levha Yayıncılık, 2018.

YILMAZ, Kerem, **Defansif Tıp Hekimin Tıbbi Uygulamalarda Sorumluluktan Kaçması Durumunda Ortaya Çıkan Problemler**, Seçkin Yayıncılık, 2013.

YILMAZ, Halit, **Sağlık Hizmetlerinden Yararlanmanın Kısıtlanması ve Kısıtlamanın Yargısal Denetimi**, Seçkin Yayıncılık, 2011.

YILMAZ, Battal, **Açıklamalı – İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2010.

Tezler

AKDUR, Gökhan, **Tıp Fakülteleri ve Eğitim Araştırma Hastaneleri Acil Servislerinde Çalışan Acil Tıp Uzmanları ve Araştırma Görevlilerinin Çekinik Tıp Uygulamaları Hakkındaki Görüşleri**, Tıpta Uzmanlık Tezi, Trakya Üniversitesi Tıp Fakültesi Acil Tıp Anabilim Dalı, 2013.

AKÇAKAYA İNAN, Vildan, **İlaç Uygulamalarında Kamu Hastanelerindeki Hemşirelerin Yasal Sorumlulukları**, Yüksek Lisans Tezi, İzmir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sağlık Hukuku Anabilim Dalı, 2015.

AYDAŞ, Selma, Hekimlerde Malpraktis Kaynaklı Defansif Tıp Davranışları, Yüksek Lisans Tezi, Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Yönetimi Anabilim Dalı Hastane ve Sağlık Kurumları Yönetimi Bilim Dalı, 2014.

AYNACI, Yusuf, Hekimlerde Defansif (Çekinik) Tıp Uygulamalarının Araştırılması, Tıpta Uzmanlık Tezi, Selçuk Üniversitesi Meram Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı, 2008.

BEREKET BAŞ, Zuhâl, Türk Hukukunda İdari Yargı Kararları Işığında Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Kamu Gücünün Kusursuz Sorumluluğu, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2002.

ÇELİK, Miraç, İdarenin Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Sorumluluğu, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2013.

DEMİR, Bora, Sağlık Hizmetlerinin Özel Sektör Tarafından Yürütülmesi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2011.

HIZAL, Abdullah, Hatalı Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Tam Yargı Davaları, Yüksek Lisans Tezi, İzmir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sağlık Hukuku Anabilim Dalı, 2015.

KARAKUŞ IŞIK, Zehra, Defansif Tıp Uygulamalarında İdarenin Sorumluluğu, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2018.

KARATAŞ, Tevfik, İdare Hukukunda İdarenin Hizmet Kusuru Dolayısıyla Sorumluluğu, Yüksek Lisans Tezi, Abant İzzet Baysal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, 2006.

KELEK, Mücahit, Hekimlerin Tıbbi Müdahalesinden Dolayı İdarenin Sorumluluğu, Yüksek Lisans Tezi, Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi, 2015.

KIZILYEL, Serkan, İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Sorumluluğu, Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı 2006.

KÜÇÜK, Aziz, İdarenin Tıbbi Hizmetlerin Yürütülmesinden Kaynaklanan Sorumluluğu, Yüksek Lisans Tezi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, 2004.

OZANSOY, Cüneyt, Tarihsel ve Kuramsal Açından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 1989.

ÖZYURT ÖZKAYA, Nesrin, 2002 - 2006 Yılları Arasında Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulunca Görüş Bildirilen Pediatrik Malpraktis İddiası İçeren Kararların İncelenmesi ve Tıbbi Hataların Tespiti, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Sosyal Bilimler Anabilim Dalı, 2008.

PAKİŞ, Işıl, Ölüm ya da Ölü Doğumla Sonuçlanan Tıbbi Uygulama Hatalarına Yaklaşımında Adli Otopsinin Rolü, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, 2006.

PAZARCI, Ayşe Almira, Hasta Hakları ve İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Sorumluluğu, Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2007.

SELÇUK, Mehmet, Çekinik (Defansif) Tıp, Yüksek Lisans Tezi, İzmir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sağlık Hukuku Anabilim Dalı, 2015.

SEVER, D. Çiğdem, Kamusal Faaliyetlerin Özel Kişilere Gördürülmesi: Özel Güvenlik ve Özel Sağlık, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2013.

Makaleler

AKGÜL, Aydın, “Danıştay Kararları Işığında Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması”, DD, S. 133, 2013, ss. 21-50.

AKGÜL, Aydın, “İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazmin Sorumluluğu ve Danıştayın Yeni Yaklaşımı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XX, S. 1, 2016, ss. 269-302.

AKGÜL, Aydın, “Yargı Kararları Işığında Gebelik ve Doğum Sürecinde Hizmet Kusurundan Kaynaklanan Tam Yargı Davaları”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 3, S. 10, 2012, ss. 485-498.

AKSOYLU ÜRGER, Özge, “Son Anayasa Değişiklikleri Uyarınca Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Türk Hukukundaki Yeri”, Alanya Alaaddin Keykubat Üniversitesi, 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu (3-4-5 Mayıs 2018), Asoscongress, 2018, ss. 137-160.

AKYILDIZ, Sunay, “Tıbbın Uygulanmasından Doğan Tazminat Davaları ve Temel Unsurları”, Tıp Hukuku Dergisi, C. 1, S. 1, 2012, ss. 205-216.

AKYILMAZ, Bahtiyar, “İdare Hukukunda Kamu Görevlisine Rücu Sorunu”, Fikret Eren’e Armağan, Yetkin Yayıncılık, 2006, ss. 537-549.

AKYILMAZ, Bahtiyar, “Sağlık Kamu Hizmetini Yürüten Kamu Görevlilerinin Neden Olduğu Zararlardan Devletin Sorumluluğu”, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Lefke Avrupa Üniversitesi II. Sağlık Hukuku Sempozyumu, Adalet Yayınevi, 2011, ss. 105-122.

ALKANAT, Murat B., “Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk”, <http://www.ttb.org.tr/STED/sted0502/tibbi.pdf>, (Erişim: 17.07.2017).

ALONSO, Christophe, “Infections nosocomiales: a qui la faute?” LPA, 22.06.2011, n° PA201112305, s. 13, Lextenso.fr.

ALTAY, Asuman, “Sağlık Hizmetlerinin Sunumunda Yeni Açılımlar ve Türkiye Açısından Değerlendirilmesi”, Sayıştay Dergisi, S. 64, 2007, ss. 33-58.

ALTUNDİŞ, Mehmet, “Tıbbi Kişisel Verilerin Tutulması ve Korunması Yükümlülüğü ve İdarenin Bu Yükümlülüğünü Yerine Getirmemesinden Doğan Sorumluluğu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 7, S. 28, 2016, ss. 313-351.

ARDIÇOĞLU, Artuk, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, Ankara Barosu Dergisi, S. 3, 2017, ss. 19-51.

ATABEK, Reşat, “Hastanelerin Sorumluluğu” İstanbul Barosu Dergisi, Y. 1986, C. 60, S. 10-11, ss. 628-650.

ATAK, Songül, “Avrupa Konseyi’nin Kişisel Veriler Açısından Sağladığı Temel Güvenceler”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 87, 2010, ss. 90-120.

ATAY, Faruk “Kamu Hizmetlerinin Metalaştırılması ve Sağlıkta Yansımaları”, Toplum ve Hekim Dergisi, C. 20, S. 1, 2005, ss. 65-71.

AYDIN, Nizamettin, “Hasta Haklarının Hukuki Boyutları ve Korunma Yolları”, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S. 22, 2008, ss. 297-326.

AVCI, Mustafa, “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Mali Sorumluluğu” Ankara Barosu Dergisi, S. 1, 2012, ss. 105-140.

AVCI, Mehmet Özgür, “Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, Sağlık Hukukunda Dünyadaki Son Gelişmeler, ROCHE, 2009.

AZRAK, A. Ülkü, “Millileştirme ve Kamu Hizmeti”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 36, S. 1-4, 2011, ss. 44-78.

- BAYINDIR, M. Savaş, “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 1-2, 2007, ss. 551-589.
- BAŞPINAR, Veysel, “Tıp Etiği ve Bilgi Edinme Hakkı Açısından Meslek Sırrı”, Sağlık Alanında Etik ve Hukuk Uluslararası Sempozyumu, Yeditepe Üniversitesi ve Roche Müstahzarları Sanayi A.Ş., 2008, 575-603.
- BEREKET BAŞ, Zuhale, “Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesi Sonucu Ortaya Çıkan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu”, Danıştay ve İdari Yargı Günü 135. Yıl Sempozyumu, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No:68, Danıştay Matbaası, 2004, ss. 73-89.
- BERK, Kahraman, “Deprem ve İdarenin Sorumluluğu”, İBD, C. 3, 1999, ss. 610-620.
- BİLGİN, Pertev, “Kamu Hizmeti Hakkında”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, C. 1, S. 1, 1980, ss. 113-116.
- BİRTEK, Fatih “Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinde İdarenin Kusura Dayanan Sorumluluğu”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 3-4, 2007, ss. 81-128.
- BOZDAĞ, Ahmet, “İdare Hukukunda İdarenin Hizmet Kusuru ve Danıştay Uygulaması”, Türk İdare Dergisi, S. 468, 2010, ss. 33-48.
- BROYELLE, Camille, “Responsabilité en matiere de santé publique”, Jurisclasseur, Fascicule No: 903, Lexisnexus.fr.
- BUDAK, Ali Cem, “İspat Hukuku Açısından Hekimin Meslek Sırrı”, Sağlık Alanında Etik ve Hukuk Uluslararası Sempozyumu, Yeditepe Üniversitesi ve Roche Müstahzarları Sanayi A.Ş., 2008, ss. 545-555.
- BÜLBÜL, Erdoğan, “Fransız Danıştay (Conseil d’Etat) Kararı”, Argumentum, Y. 3, S. 28, 1992, ss. 31-34.
- BÜYÜKAY, Yusuf, “Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 1-2, 2004, ss. 383-396.
- CANBOLAT, Ferhat, “Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğunun Dayanağı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 80, 2009, ss. 156-181.
- CANIVET, Guy, “Les Relations entre politique de concurrence et politique de santé”, La Régulation des secteurs de santé, Ed. Marie Anne, Frison Roche, Vol. 9, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2011, ss. 21-28.

CHAVAUX, Didier, “La responsabilité du fait de la transfusion sanguine. Elaboration de produits sanguins par plusieurs centres de transfusion”, RFDA, 2002, Dalloz.fr.

CLEMENT, Cyril, “La responsabilité des établissements de santé du fait des infections nosocomiales”, LPA, n° PA199917502, 1999, s. 12, Lextenso.fr.

Conseil d’Etat, “L’Engagement de la responsabilité des hopitaux publics”, Les dossiers thématiques du Conseil d’Etat, 2015, Conseil-etat.fr.

ÇAĞLAYAN, Ramazan, “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusursuz Sorumluluğu”, Sağlık Hukuku Sempozyumu (Erzincan 15 - 16 Mayıs 2006), Yetkin Yayıncılık, 2007, ss. 117-133.

ÇAĞLAYAN, Ramazan, “İdarenin Sorumluluğu Anlamında Bedensel Zarar Kavramı ve Uygulaması”, Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2016, ss. 225-269.

ÇAĞLAYAN, Ramazan, “Aile Sağlığı Merkezi Personelinin Hukuki Statüsü”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S.7, 2016, ss. 399-415.

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

ÇETİN, Gürsel, “Tıbbi Malpraktis”, Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Sempozyum Dizisi No. 40, 2006, ss. 31-42.

ÇINAR, İbrahim, “Mahkemeye Erişim Hakkı Kapsamında İdari Yargıda Islah”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 7, 2016, ss. 479-506.

ÇINARLI, Serkan / AVCIOĞLU, Ezgi / KIZILKAYA, Ali Rıza, “Plastik ve Rekonstrüktif Cerrahinin İçinde Yer Alan Estetik Operasyonların Hukuki Olarak Nitelendirilmesi ve İdari Yargı Sürecine Etkileri”, Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, 2013, ss. 187-222.

ÇINARLI, Serkan / KARA, Pınar Hanife, “Amerika Birleşik Devletlerinde Defansif Tıbbın Hukuki Boyutu ve Çözüm Önerileri”, LEGES Kamu Hukuku Dergisi, S. 4, 2013.

ÇINARLI, Serkan / TEYİN, Aslıhan, “Tıbbi Uygulama Hatalarında Yargı Öncesi Çözüm Usulleri ve 663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamedeki Düzenlemenin Uygulanamama Nedenleri”, Adli Bilimciler Derneği 1. Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi, 01 – 04 Mayıs 2014, Seçkin Yayıncılık, 2015, ss. 39-50.

ÇINARLI, Serkan / ÇELİK Selçuk Sinan / TEYİN Aslıhan, “İdarenin Tıbbi Uygulama Hatalarında Sorumluluğa Etkisi Bakımından Hastanın Kusuru”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 11, S. 119, 2016, ss. 14 – 35.

ÇOLAK, Ahmet, “Hizmet Kusurundan Malpraktise”, Türk Nöroşirurji Derneği Bülteni, Turknorosirurji.org.tr/TNDDData/userfiles/file/hizmetkusuru.pdf (Erişim: 17.07.2017).

DEMİR, Mehmet, “Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 57, S. 3, 2008, ss. 225-252.

DEMİR, Mehmet, “Hekimin Hukuksal Sorumluluğunun Kaynakları Özel Hastane – Kamu Hastanesi Ayrımı”, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Seçkin Yayıncılık, 2009, ss. 263-281.

DEMİRKAYA, Serkan, “Tıbbi Uygulama Hatası, İdarenin Tazminat Sorumluluğu ve Kusurlu Personele Rücu”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 11, S. 119, 2016, ss. 77-90.

DEMİRKOL, Selami, “İdare Hukukunda İdari Eylemler Olgusu”, Sayıştay Dergisi, S. 40, 2001, Jurix.com. (Erişim: 26.11.2018)

DİLAVEROĞLU, Arzu, “İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Çerçevesinde Tehlike ve Sosyal Risk İlkesi”, Journal of History Culture and Art Research, S. 6(3), <http://dx.doi.org/10.7596/taksad.v6i3.1008>, (Erişim: 16.10.2017).

DİNÇ, M. İlhan / CANDAN, Turgut, “İdari Yargılama Usulünde Davanın İhbarı”, DD, S. 84 – 85, 1999, ss. 3-8.

DOĞAN, Cahid, “İdarenin Kusur Sorumluluğunda Rücu”, 8. Türk – Alman Tıp Hukuku Sempozyumu (07 – 08 Ekim 2011), Adalet Yayınevi, 2012, ss. 99-191.

DURAL, Mustafa, “Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu (24 - 25 Nisan 2008), XII Levha Yayıncılık, 2011, ss. 249-258.

DURAN, Lütfi, “Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu”, Prof. Dr. Tahsin Bekir Balta’ya Armağan, Sevinç Matbaası, 1974, ss. 59-120.

DURMUŞ, Veli, “İdarenin Sağlık Hizmetinden Doğan Kusursuz Sorumluluğu, Sağlık Hukuku Makaleleri 2, İstanbul Barosu Yayınları, 2012, ss. 195-212.

ERKUT, Celal, “İdari Yargının Yeniden Yapılandırılmasında Yargılama Hukuku Kurallarının Etkinleştirilmesi Sorunu”, İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırılmalı İdari Yargılama Usulü Sempozyumu (11 – 12 Mayıs 2001), Danıştay Başkanlığı Yayınları, 2001, ss. 87-104.

EROĞLU DURKAL, Müzeyyen, “Tam Yargı Davalarında Manevi Tazminat”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 131, 2017, ss. 179-210.

ERSÖZ, Ahmet Kürşat, “Sağlık Hizmetleri Açısından Hizmet Kusurunun Ağırlığı ve İspat Problemi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXIX, S. 1-2, 2011, ss. 927-934.

ERSÖZ, Ahmet Kürşat / ÖZKAN, Halid, “Hekim ve Eczacının İlacın Kullanılmasından Kaynaklanan Yasal Sorumluluğu”, Tıp Hukuku Dergisi, Y. 3, S. 5, 2014, ss. 63-102.

ERSÖZ, Ahmet Kürşat, “Tıbbi Müdahale Kavramı ve Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları”, Terazi Hukuk Dergisi, Y. 5, S. 45, 2010, ss. 105-122.

EVREN, Çınar Can, “Hizmet Kusuru - Haksız Fiil Ayrım ve Yargı Düzeni”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 95, 2011, ss. 175-196.

FİDAN, Nurten, “Hekimin Tıbbi Müdahale Nedeniyle Sorumluluğu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C. 1, Y. 1, S. 3, 2010, ss. 349-362.

Fusun Sayek TTB Raporları / Kitapları, Sağlıkla İlgili Uluslararası Belgeler, 2. baskı, 2009, www.ttb.org.tr. (Erişim: 14.09.2017)

GONZA'LEZ, Amy Berrington / MAHESH, Mahadevappa / KİM, Kwang-Pyo / BHARGAVAN, Mythreyi / LEWIS, Rebecca / METTLER, Fred, / LAND, Charles, “Projected Cancer Risks From Computed Tomographic Scans Performed in the United States in 2007”, <http://jamanetwork.com/journals/jamainternalmedicine/fullarticle>, (Erişim Tarihi: 23.08.2017)

GÖKPINAR, Mahmut, “Danıştay Kararlarında Hizmet Kusuru – Kişisel Kusur”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 80, S. 5, Y. 2006, ss. 1941-1945.

GÖNEN, K. Eren Gönen, “İdari Yargıda Manevi Tazminat Meselesi”, DD, S. 108, ss. 23 – 38.

GROUTEL, Hubert, “Chronique: La responsabilité des cliniques en cas d'infection contractée par un patient”, Revue de Responsabilité Civile et Assurance, S. 6, 1996, ss. 6-8.

GÜLAN, Aydın, “Kamu Hizmeti Kavramı”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, C. 9, S. 1 – 3, 1988, ss. 147-159.

GÜLEL, İlhan, “Tıbbi Müdahale Sözleşmesine Uygulanacak Hükümler”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C. 1, Y. 2, S. 5, 2011, ss. 385-644.

GÜLMEZ, Mesut, “Türkiye’de Sosyal Haklar: Sosyal Şart Açısından Anayasa’da Sosyal Devlet ve Sosyal Haklardaki Uyumsuzluklar”, Anayasal Sosyal Haklar, Ed. İbrahim Kaboğlu, Legal Yayıncılık, 2012, ss. 117-156.

GÜNDAY, Metin, “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İdari Yargıda Uygulanma Alanı”, İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırılmalı İdari Yargılama Usulü Sempozyumu (11 – 12 Mayıs 2001), Danıştay Başkanlığı Yayınları, 2001, ss. 79-86.

GÜRAN, Sait, “Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu”, DD, Y. 12, S. 46 - 47, 1982, ss. 16-22.

GÜRAN, Sait, “İdarenin ve Ajanının Sorumluluğunun Belirlenmesine İlişkin Düşünceler”, DD, S. 34 - 35, 1979, ss. 58-65.

GÜRAN, Sait “Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu (Ankara 12 - 13 Mayıs 1979), Fakülteler Matbaası, 1980, ss. 151-170.

GÜRAN, Sait, “Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu”, Sorumluluk Hukukundaki Gelişmeler, V. Sempozyum, (Ankara 12-13 Mart 1982), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1983, ss. 77-87.

GÜRELLİ, Nevzat, “Hukuk Açısından Cerrahi Müdahalenin Sınırları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 41, S. 1-2, 1975, ss. 267-275.

GÜZELSARI, Selime, “Sağlık Sisteminde Yeniden Yapılanma ve Kamu Özel Ortaklıkları”, Amme İdaresi Dergisi, C. 45, S. 3, 2012, ss. 29-57.

HAKERİ, Hakan, “Hasta Hakları Yönetmeliği’ndeki Değişiklikler” <https://www.medimagazin.com.tr/authors/hakan-hakeri/tr-hastahaklariyonetmeligin-deki-degisiklikler-72-64-3641.html> (Erişim: 27.11.2017).

HAKERİ, Hakan, “Hastane Yönetiminin Sorumluluğu”, Ankara Barosu - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Kurultayı (1 - 3 Kasım 2007 Ankara), Ankara Barosu Yayınları, 2008, ss. 161-170.

HATIRNAZ EROL, Gültezer, “Kamu Hastanesi Hekiminin, Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Danıştay 15. Hukuk Dairesi Başkanlığı’nın, 2016/2124 E., 2017/665 K., 14.02.2017 T. Karar İncelemesi”, Jurix.com.tr (Erişim: 24.07.2018).

HATIRNAZ EROL, Gültezer, “Özel Hastanelerde Hastanın Aydınlatılması Yükümlülüğü ve Yargılama Süreci Tamamlanmış Dava Örnekleri”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 11, S. 119, 2016, ss. 91-102.

HIZAL, Abdullah / ÇINARLI, Serkan, “Hatalı Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Tam Yargı Davalarında Tazmin Borcunun Kapsamı”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 1, 2015.

HIZAL, Abdullah / ÇINARLI, Serkan, “Hatalı Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Tam Yargı Davalarında Bilirkişilik Uygulamaları”, Jurix.com.tr (Erişim: 28.02.2018), ss. 143-184.

HOLZEM, Julie, “Les limites du consentement éclairé”, AJDA, 2016, Dalloz. fr.

İNAL, H. Tamer, “Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve İdari Sorumluluk Türlerinin Yakınlaştırılması”, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 6, 2013, ss. 3-45.

JOUGUELET, Jean-Pierre / LOLOUM, François, “Régime de la responsabilité sans faute de l’Etat en cas de préjudice corporel subi par les appelés du contingent effectuant leur service militaire”, AJDA, 1991, ss. 124-126.

KALABALIK, Halil, “Sağlık Hukukunda Kamu Görevlilerinin Sorumluluğu”, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Lefke Avrupa Üniversitesi III. Sağlık Hukuku Sempozyumu, Adalet Yayınevi, 2012, ss. 239-322.

KANADOĞLU, Korkut, “Türk Anayasa Hukukunda Sağlık Alanında Temel Haklar”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 119, 2015, ss. 11-34.

KAPLAN, Gürsel, “İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler”, www.idare.gen.tr (Erişim: 02.01.2017).

KAPLAN, Gürsel, “Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Manevi Tazminata Faiz Yürütülmesi Sorunu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 55, S. 2, 2006, ss. 117-141.

KARADİBAK, Kaan / ÇINARLI, Serkan, “İdarenin Sağlık Hizmeti Sunumunda Organizasyondan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu”, Leges, İzmir Üniversitesi Sağlık Hukuku Dergisi, Y. 2, S. 6, 2015, ss. 49-106.

KARAEĞE, Özge, “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusurlu Sorumluluğu”, Yönetim ve Ekonomi, C. 8, S. 2, 2001, ss. 107-124.

KARAHANOGULLARI, Onur, “Kamu Hizmeti Piyasa İlişkisinde Dördüncü Tip: Eksik İmtiyaz (Kamu – Özel Ortaklığı)”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 66, S. 3, 2011, ss. 177-215.

KARAKUL, Selman, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı 1”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 2, 2016, ss. 169-206.

KARAN, Ulaş, “Sosyal Hakların Güçlendirilmesi Açısından Bir İmkan: Bütüncül Yaklaşım”, Amme İdaresi Dergisi, C. 40, S. 3, 2007, ss. 31-62.

KARASU, Koray, “Sağlık Hizmetlerinin Örgütlenmesinde Kamu Özel Ortaklığı”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi C.66, S. 3, 2011, ss. 217-262.

KAYA, Cemil / AKCAN, Recep, “Medeni ve İdari Yargıda Dava ve Savunmanın Genişletilmesi Yasağı”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXII, S. 1 – 2, 2009, ss. 123-141.

KAYA, Mine, “Türk ve Amerikan Hukukunda Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğünün Kapsamı”, Tıp Hukuku Dergisi, S. 1, 2012, ss. 133-160.

KERMAN, Uysal / ALTAN, Yakup / AKTEL, Mehmet / EKE, Erdal, “Sağlık Hizmetlerinde Kamu Özel Ortaklığı Uygulaması”, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 17, S. 3, 2012, ss. 1-23.

KILIÇ ÖZTÜRK, Yasemin, “Sağlık Hizmet Sunumunda İdarenin Kusur Sorumluluğu”, Ankara Medicine. Journal, Y. 15, S. 4, 2015, ss. 235-243.

KIZILKAYA DOĞRU, Ezgi, “Aile Hekimliğinde Disiplin Hükümleri ve İhtar Puanları”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 28, Y. 7, 2016, ss. 471-494.

KIZILYEL, Serkan, “Sağlık Hizmetleri Yönünden Hizmet Kusurunu Yeniden Düşünmek”, Terazi Hukuk Dergisi, Y. 3, S. 24, 2008, ss. 137-156.

KIZILYEL, Serkan “İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu”, Ankara Barosu - Ankara Üniversitesi Sağlık Hukuku Kurultayı, (1 - 3 Kasım 2007), Ankara Barosu Yayınları, 2008, ss. 203-240.

KIZILYEL, Serkan, “Sağlık Hizmetlerinin Sunumunda Sır Saklama Yükümlülüğünün İdare Hukukuyla Etkileşimi Üzerine”, Sağlık Hukuku Digestası, S. 1, 2009, ss. 326-340.

KOÇ, Sermet, “Adli Tıbbi Açıdan Malpraktis ve Hekim Sorumluluğu”, Toraks.org.tr (Erişim: 01.04.2017).

KÖKSAL, Mustafa, “Risk İlkesinin İdareye Yükleridği Külfetler ve Güncel Yargı Kararları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 85, 2009, ss. 241-272.

LAJARTRE, Arnaud, “La responsabilité hospitalière face au diagnostic prénatal erroné”, Revue juridique de l'Ouest, S. 3, 1997, ss. 265-287.

LELEU, Alice Minet, “Le contentieux du défaut d’information médicale, symbole de l’indulgence excessive du juge administratif?”, AJDA, 2016, Dalloz.fr.

MARGRAFF, Audrey / BENILLOUCHE, Mikael / FAURE, George / FLAUSS-DIEM, Jacqueline / JAMAY, Florence / GUERLIN Gaetan / MANAOUIL, Cecile, “Chronique de droit des Patients II”, LPA, 01.03.2016, n°PA201604303, Lextenso.fr.

MARKUS, Jean - Paul, “Responsabilité des établissements publics de santé - Préjudice”, Jurisclasseur, Fascicule No: 906-20, Lexisnexus.fr.

MARKUS, Jean - Paul, “Responsabilité des établissements publics de santé - Fondements”, Jurisclasseur, Fascicule No: 906-10, 27.01.2010, Lexisnexus.fr.

MEDAR, Furkan, “Hizmet Kusuru ve Kişisel Kusur Bağlamında İdarenin Kusurlu Sorumluluğu”, Jurix.com.tr (Erişim: 20.04.2019).

MERAL, Orhan / ÇINARLI, Serkan / AKTAŞ, Ekin Özgür, “İdari Yargıda Tıbbi Uygulama Hatalarından Kaynaklanan Davalarda Bilirkişi Raporlarının İncelenmesi”, Tıp Hukuku Dergisi, S. 9, 2016, ss. 121-179.

NICOLAS, Emeric / MARGRAFF, Audrey / GRIMAUD, Damien / BENILLOUCHE, Mikael / FAURE, Georges / FLAUSS DIEM, Jacqueline / MANAOUIL, Cecile / JARNAY, Florence / GUERLIN, Gaetan, “Chronique de droit des patients”, LPA, 27.11.2014, n° PA201423706, s. 6, Lextenso.fr.

ODER, Bertil Emrah, “Devletin Olumlu Edimini Gerektiren Sosyal Hakların Anayasal Düzeyde Korunması ve Yargısal Tutumlar”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.1, 2008, ss. 199-232.

ODYAKMAZ, Zehra, “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kurumsal Sorumluluğu Açısından Avukatın Gözönünde Bulundurması Gereken Hususlar”, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu (16 - 17 Ocak 2009) Mersin Barosu, Şen Matbaa, 2009, ss 199-235.

ODYAKMAZ, Zehra, “İdare Hukuku Açısından Hasta Uygulamaları”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C. 1, S. 5, 2011, ss. 1-57.

OKAY TEKİNSOY, Özge, ”AYİM Kararlarında Bedensel Zararların Tazmini”, Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2016, ss. 329-354.

ORAL, Tuğçe, “Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümü”, Ankara Barosu Dergisi, S. 2, 2011, ss. 185-209.

ÖNÜT, Lale Burcu, “An Evaluation Related to the Health Public Services in the Context of Recent Council of State’s Decisions”, Uluslararası Hemşirelik Uygulamalarında Etik Kongresi Bildiri Kitabı, 2017.

ÖZER, Mehmet Akif, “Sağlık Sektöründe Yeni Bir Hizmet Sunum Modeli: Kamu Özel Ortaklığı”, Sosyal Güvenlik Dergisi, C. 6, S. 1, 2016, ss. 9-38.

ÖZGÜLDÜR, Serdar, “Zararın Hesabında Yöntem ve Uygulama Sorunlarına İlişkin Bir Değerlendirme”, AYİMD, S. 14, ss. 59 – 80.

ÖZGÜLDÜR, Serdar, “İdare Hukukunda Tazminat Hesabının Unsurları ve Hesaplama Yöntemi: AYİM Uygulaması”, AYİMD, S. 11, ss. 3 – 72.

ÖZSOY BOYUNSUZ, Şule, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Kapsamında Sağlık Hakkı”, Güncel Hukuk Dergisi, Y. 4, S. 124, 2014, ss. 52-55.

ÖZSUNAY, Ergun, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu - Sorumluluk Hukukundaki Gelişmeler 5. Sempozyumu, (12 - 13 Mart 1982), Fakülteler Matbaası, 1983, ss. 31-60.

PAILLARD, Christine, “Les infections nosocomiales: de la définition a la réparation – Les Etats généraux du dommage corporel”, Gaz Pal, 16.06.2012, n° GP20120616012, Lextenso.fr.

PALANDÜZ, Ayşe, “Hasta Hakları Özelinde Mahremiyet Hakkının Değerlendirilmesi”, Uluslararası Türk - Amerikan Tıp Hukuku ve Etiği Sempozyumu, Ed. Çağlar Özel, Burcu Gülseren, Özcan Büyüktanır, Seçkin Yayınları, 2014, ss. 219-236.

PAULIAT, Helene, “Le risque therapeutique et la responsabilité medicale et hospitaliere sans faute”, LPA, 13.06.1994, n° PA199407002, Lextenso.fr.

PECHILLION, Eric, “La responsabilité administrative de l’établissement pratiquant du soin psychiatrique”, CRDF, S. 12, 2014, ss. 73-85.

PETEK, Hasan, “Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 1, 2006, ss. 177-240.

POLAT, Oğuzhan / PAKİŞ, Işıl, “Tıbbi Uygulama Hatalarında Hekimin Sorumluluğu”, Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi, C. 2, S. 3, 2011, ss. 119-125.

POROY, Mehmet Akif, “Avrupa Birliği’nde Hasta Hakları”, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Lefke Avrupa Üniversitesi, V. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku

Sempozyumu, (8 - 9 Kasım 2013), Ed. Nilgün Sarp, Cahid Doğan, Adalet Kitabevi, 2014, ss. 147-154.

SAISON, Johanne, “Etablissements de santé- Organisation hospitaliere”, Jurisclasseur, Fasicule No: 229-10, 15.10.2013, Lexisnexis.fr.

SARICA, Ragıp, “İdare Ajan ve Memurlarının Şahsi Kusurlarından Dolayı Şahsan Mesul Tutulmalarının Hukuki Mesnetleri”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 15, S. 1, 1949, ss. 34-54.

SARP, Nilgün, “Hekimlerin Sır Saklama Yükümlülüğü”, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Lefke Avrupa Üniversitesi II. Sağlık Hukuku Sempozyumu, Adalet Yayınevi, 2011.

SARP, Nilgün, “İnsan Hakkı Olarak Sağlık Hakkı”, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Girne - Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu, Adalet Yayınevi, 2010, ss. 35-39.

SARP, Nilgün, “Hekimin Tıbbi Özen Yükümlülüğü”, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Lefke Avrupa Üniversitesi, V. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu, (8 - 9 Kasım 2013), Ed. Nilgün Sarp, Cahid Doğan, Adalet Kitabevi, 2014, ss. 45-60.

SARSIKOĞLU, Şenel, “İdarenin Mali Sorumluluğu Açısından Zarar Kavramı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 65, S. 4, 2016, ss. 2389-2422.

SAVAŞ, Halide, “Tıbbi Malpraktis ve Komplikasyondan Doğan Sorumluluklar”, Sağlık Hukuku Makaleleri 1, İstanbul Barosu Yayınları, 2012, ss. 259-294.

SELÇUK, Mehmet / ÇINARLI, Serkan / HIZAL, Sevinç Arslan, “Çekinik (Defansif) Tıp”, Leges, İzmir Üniversitesi Sağlık Hukuku Dergisi, Y. 2, S. 6, 2015, ss. 15-48.

SERT, Selin, “Türk Hukukunda Kadın Doğum Hastalıkları Hekimlerinin Gerçekleştirdiği Müdahaleler ve Hekimlerin Yükümlülükleri”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı, C. 1, 2015, ss. 149-165.

SEYHAN, Serkan, “Karar İncelemesi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Aydoğdu / Türkiye Davası (Başvuru No: 40448/06) Karar Tarihi: 30.10.2016”, Jurix.com.tr, (Erişim: 28.02.2018).

SOMER, Pervin, “Hastane Yönetiminin Sorumluluğu”, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Lefke Avrupa Üniversitesi, V. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu, (8 - 9 Kasım 2013), Ed. Nilgün Sarp, Cahid Doğan, Adalet Kitabevi, 2014, ss. 239-260.

SOMER, Pervin, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu (24 - 25 Nisan 2008), XII Levha Yayınları, 2011, ss. 41-57.

SÖYLER, Yasin, “Yargıtay Kararları Işığında Kişisel Kusur”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV, S. 2, 2010, ss. 555-592.

ŞAHBAZ, İbrahim, “Bir Sosyal Hak Olarak Sağlık Hakkı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 86, 2009, ss. 405-424.

ŞAHİN, Adil, “Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Ekonomik Sosyal ve Kültürel Hakların Niteliği Bağlamında Sağlık Hakkının Kapsamı Üzerine Bir İnceleme”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 59, S. 4, 2010, ss. 711-766.

ŞATIR, Necdet, “Yargı Kararlarında Özel Hastanelerde Çalışan Doktorların ve Diğer Sağlık Personelinin Sorumluluğu”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu (24 – 25 Nisan 2008), XII Levha Yayıncılık, 2011, ss. 77-88.

ŞENOCAK, Zarife, “Ağır Bedensel Zarar ve Ölüm Halinde Yakınların Manevi Tazminat Talebi”, Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2016, ss. 599-609.

TAILLANDIER, Delphine Thomas, “ Le régime de responsabilité des professionnels de santé en cas de privation du choix d’avorter”, Gaz Pal, 11.08.2015, s. 17, Lextenso.fr.

TAN, Turgut, “Sağlık Hizmeti İhale Yoluyla Satın Alınabilir mi?”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 69, S. 1 - 2, 2011, ss. 289-298.

TAN, Turgut, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 8, 1991, ss. 233-252.

TAN, Turgut, “Kamu Hizmeti İmtiyazından ‘Yap – İşlet – Devret‘ Modeline”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 47, S. 2 -4, 1992, ss. 307-325.

TANSUĞ, Çağla, “Fransız Hukukunda Kişisel Verileri Koruma Otoritesi: CNIL”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV, S. 2, 2017, ss. 121-134.

TEKİNSOY, Ayhan, “Anayasa Mahkemesinin Kamu Görevlilerinin Kişisel Sorumluluğu Konusundaki Yaklaşımının Muhtemel Sonuçları”, Ankara Barosu Dergisi, S. 1, 2013, ss. 19-55.

TEKİNSOY, Ayhan, “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 55, S. 2, 2006, ss. 181-227.

TEMEL, Erhan, “Alman Hukukuna Göre Aydınlatılmış Rıza”, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Lefke Avrupa Üniversitesi, V. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu, (8 - 9 Kasım 2013), Ed. Nilgün Sarp, Cahid Doğan, Adalet Kitabevi, 2014, ss. 31-44.

TEMİZ, Özgür, “Türk Hukukunda Bir Temel Hak Olarak Sağlık Hakkı”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 69, S. 1, 2014, ss. 165-188.

TEYİN, Aslıhan / ÇINARLI, Serkan, “İdarenin Sağlık Hizmeti Sunumunda, Tıbbi Müdahale Öncesinde Hastanın Bilgilendirilmesi Yükümlülüğü Karşısında Müdahalenin Genişletilmesi Uygulamasının Tartışılması”, Adli Bilimciler Derneği II. Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi, (23 - 25 Nisan 2015), Ed. İ. Hamit Hancı, Yener Ünver, Seçkin Yayıncılık, 2015, ss. 151-164.

TIFINE, Pierre / RABAULT, Hugues, “Chronique des arrêts de la Cour administrative d’appel de Nancy (septembre 2008 – mars 2009)”, LPA, 28.10.2009, n° PA200921506, s. 10, Lextenso.fr.

TOP, Mehmet / GİDER, Ömer / TAŞ, Yunus / ÇİMEN, Seher, “Hekimlerin Tıbbi Hatalara Neden Olan Faktörlere İlişkin Değerlendirmeleri: Kocaeli İlinden Bir Alan Çalışması”, Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, C. 11, S. 2, 2008, ss. 161-199.

TOSUN, Mehmet / TAN, Emre, “İdari Yargıda Müdahale”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 70. Yıl Armağanı, S. 5, 2015, ss. 827-877.

TOURRET, Diane Bandon, “La perte de chance de survie: quelles conditions d’indemnisation?”, Gaz Pal 15.01.2011, n° GP20110115013, s. 42, Lextenso.fr

TOURRET, Diane Bandon, “La faute de diagnostic: quelle responsabilité pour l’établissement public de santé en 2008?”, Gaz Pal, 30.12.2008, n° GP20081230014, s. 47, Lextenso.fr.

TOURRET, Dianne Bandon, “Responsabilité d’un chirurgien dans l’utilisation d’un dispositif médical défectueux”, Gaz Pal, 16.01.2010, n° GP20100116010, Lextenso.fr.

TUTUMLU, Mehmet Akif, “Özel Hastanede Yanlış Teşhisten ve Tedaviden Kaynaklanan Tazminat Davasında Görevli Mahkeme Sorunu”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 9, S. 93, 2014, ss. 172-175, Jurix.com.tr (Erişim: 28.02.2018).

TÜMER, Ali Rıza, “1995 - 2000 Yılları Arasında Yüksek Sağlık Şurasına Gelen Ortopedi Vakalarının Değerlendirilmesi”, Artroplastik Artroskopik Cerrahi Dergisi, C. 14, S. 3, 2003, ss. 182-187.

UYSAL, Büşra, “İdarenin Sağlık Hizmetlerinde Kusurlu Sorumluluğu”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hukuk Dergisi, S. 77 - 78, 2011, ss. 202-257.

ÜNLÜÇAY, Mehmet, “İdarenin Tazmin Borcu ve Enflasyon Olgusu”, DD, S. 94, 1998, ss. 3-10.

ÜNSAL, Zeybek, “Google’ın Yeni Gizlilik Politikası Google Inc. Tarafından 1 Mart 2012 Tarihinde Yayımlanan Politikasının Kişisel Verilerin Korunması İlkeleri ile Uyumluluğu ve Avrupa Birliği’nin 95/46/Ec Sayılı Veri Koruma Direktifi Açısından Değerlendirilmesi”, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S.1, 2013, ss. 99-123.

ÜNVER, Yener, “Doktorların Malpraktis Nedeniyle Ceza Hukuku Sorumluluğu ve Malpraktis - Komplikasyon Ayrımı”, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, Mersin Barosu, Şen Matbaa, 2009, ss. 149-177.

YAMAN, Murat, “Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında İdare Hukukunda Sorumluluk, Hizmet Kusuru ve Kusursuz Sorumluluk Kavramları”, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi, S. 18/1, 2003, ss. 71-100.

YASİN, Melikşah, “Tıbbi Hatalardan İdarenin Sorumluluğu”, Sağlık Hukuku Sempozyum No: 1 ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler, Marmara Üniversitesi, 2007, ss. 244-255.

YASİN, Melikşah, “İdari Yargılama Usulünde Davaya Müdahale”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 69, S. 1-2, 2011, ss. 439-452.

YASİN, Melikşah, “Sağlık Hizmetlerinin Özelleştirilmesi”, Sağlık Hukukunda Dünyadaki Son Gelişmeler, İstanbul, 2009.

YAŞAR, Hasan Nuri, “İdarenin Sorumluluğu Üzerine Düşünceler”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXVII, S. 1, 2008, ss. 201-220.

YAYLA, Yıldızhan, “İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1980, ss. 45-59.

YENERER ÇAKMUT, Özlem, “Hastanın Tedaviyi Reddetme veya Durdurma Hakkı”, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Girne - Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu (2 - 3 Mart 2009), Adalet Yayınevi, 2010, ss. 41-93.

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

YENİDÜNYA, Caner / YAŞAR, Yusuf, “Kastrasyon Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilecek Uygun Bir Yaptırım mıdır?”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 4, S. 14, Temmuz 2013, ss. 348-363.

YENİSEY, Feridun, “Tedavi Açısından İlgilinin Rızası”, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008, ss. 868-880.

YEŞİLYURT, Aslı, “Hastanın Kişisel Verilerinin Korunması ve İdarenin Yükümlülükleri”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2, 2014, ss. 215-277, Jurix.com.tr/articles (Erişim: 28.03.2018).

YILDIRIM, Akif, “Anayasa Mahkemesinin Tıbbi Hatadan Kaynaklı Uyuşmazlıklara Bakışı”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, C. 9, S. 92, 2014, ss. 119-122.

YILDIRIM, Ramazan, “Sağlık Personelinin İdareye Karşı Sorumluluğu”, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu (16 - 17 Ocak 2009) Mersin Barosu Şen Matbaa, 2009, ss. 179-198.

YILDIRIM, Ramazan, “İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan İdare Hukuku Kapsamındaki Sorumluluğu”, VIII. Türk - Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Adalet Yayınevi, 2012, ss. 193-216.

YILDIRIM, Turan, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 23, S. 2, 2017, ss. 13-28.

YILDIRIM, Turan, “Hasta Hakları”, Sağlık Hukuku Sempozyum No: 1 ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler, Marmara Üniversitesi, 2007, ss. 116-122.

YILDIRIM, Turan, “Sağlık Kurum ve Kuruluşlarının Hukuki Sorumluluğu”, Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2010, ss. 197-201.

YILDIRIM, Turan, “Sağlıkta İdarenin Sorumluluğu”, Tıp Hukuku Atölyesi 2, Seçkin Yayıncılık, 2014, ss. 160-198.

YILDIZ, Pervin, “Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, Adli Bilimciler Derneği I. Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi, (01 - 04 Mayıs 2014), Ed. İ. Hamit Hancı, Cahid Doğan, Seçkin Yayıncılık, 2015, ss. 191-214.

YILMAZ, Kerem / POLAT, Oğuz / KOCAMAZ, Begüm, “Defansif Tıp Uygulamalarının Hukuksal Açıdan İncelenmesi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 5, S. 16, 2014, ss. 19-51.

YILMAZ, Mustafa, “İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Kusur Sorumluluğu”, Sağlık Hukuku Sempozyumu, Yetkin Yayıncılık, 2007, ss. 135-146.

ZENGİN, Nazmi, “Sağlık Hakkı ve Sağlık Hizmetlerinin Sunumu”, Sağlıkta Performans ve Kalite Dergisi, C. 1, S. 1, 2010, ss. 44-52.

ZEYTİN, Zafer, “Hasta - Hekim İlişkisinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, VIII. Türk - Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Adalet Yayınevi, 2012, ss. 1-36.

ZEVKLİLER, Aydın, “Medeni Kanun ve Cinsiyet Kargaşası”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 2, 1988, ss. 258-285.



ÖZGEÇMİŞ

22.08.1988 tarihinde İstanbul’da doğan Cihan YÜZBAŞIOĞLU, 2006 yılında İstanbul Özel MEF Lisesi’nden okul birincisi olarak, 2012 yılında ise Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nden dönem birincisi olarak mezun olmuştur. 2012 yılında Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü’nde Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı’na başlayan YÜZBAŞIOĞLU, 2014 yılında bu programı *“Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumu ve Farklı Hukuk Dallarına Etkisi”* başlıklı teziyle tamamlayarak aynı yıl Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programına başlamış, 2016 yılında doktora yeterlilik sınavını oybirliğiyle geçmiştir. 2012 yılında Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu (TÜBİTAK) bursiyeri olmaya hak kazanan YÜZBAŞIOĞLU, 2013 yılı Aralık ayı itibarıyla Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalında araştırma görevlisi olarak faaliyetlerini sürdürmektedir.

Cihan YÜZBAŞIOĞLU 2011 yılında Hergüner Bilgen Özeke Avukatlık Ortaklığı’nda yaz stajı yapmış olup, İstanbul Barosu’nda 2012 yılında avukatlık stajına başlamış, aynı yıl Karakaya Avukatlık Bürosu’nda yasal avukatlık stajını tamamladıktan sonra, 2013 yılında avukatlık ruhsatı alarak İstanbul Barosu’na kaydolmuştur.

Özellikle idare, ceza, idari yargılama ve insan hakları hukukunda pek çok ulusal ve uluslararası organizasyon, sertifika programı ve çalışmaya katılmış olan Cihan YÜZBAŞIOĞLU’nun bu çalışma dışında, 2013 yılında yayınlanmış *“Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru”*, 2014 yılında yayınlanmış *“Karşılaştırmalı Hukukta Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolu”* , 2014 yılında yayınlanan *“Ceza Yargılamalarının Disiplin Yargılamaları Bakımından Etkisi”*, 2016 yılında yayınlanan *“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadının Danıştay Kararları Üzerindeki Etkilerine Dair Bir Değerlendirme”* başlıklı makaleleri bulunmaktadır. YÜZBAŞIOĞLU, İngilizce ve Fransızca bilmekte olup, Türk hukuku ve karşılaştırmalı hukuk alanındaki çalışmalarını sürdürmektedir.

TEZ ONAY SAYFASI

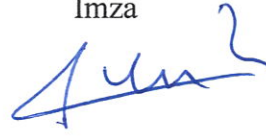
Üniversite : T.C. GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
Enstitü : SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Hazırlayanın Adı Soyadı : Cihan Yüzbaşıoğlu
Tez Başlığı : İdarenin Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Sorumluluğu
Savunma Tarihi : 05 / 09 / 2019
Danışmanı : Prof. Dr. Erdoğan BÜLBÜL

JÜRİ ÜYELERİ

Unvanı, Adı Soyadı

İmza

Prof. Dr. Turan YILDIRIM



Prof. Dr. Zehreddin ASLAN



Prof. Dr. Erdoğan BÜLBÜL



Prof. Dr. Şule ÖZSOY BOYUNSUZ



Doç. Dr. Ahmet YAYLA



Enstitü Müdürü

Prof. Dr. M. Yaman ÖZTEK

