

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

**SAĞLIK HİZMETİNİN YÜRÜTÜLMESİNDE
GÖREVLİ SAĞLIK KAMU PERSONELİNİN
EYLEMLERİNDEN KAYNAKLANAN İDARENİN
SORUMLULUK SEBEPLERİ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Muharrem CİVAN

Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi Cihan YÜZBAŞIOĞLU

OCAK 2022

ÖNSÖZ

Hata kabul etmeyen bir mesleğe sahip olan sağlık personeli, insanların derdine derman olmak adına riskin ve stresin yoğun olduğu bir ortamda çalışmaktadır. Kimi zaman bir insanı bir saniye daha fazla hayatta tutmak, kimi zaman yeni doğan bebeğin ilk merhabası, kimi zaman da hastasını sağlıklı bir gülüşe kavuşturmak onların emeklerinin karşılığı olmaktadır. Sağlık personelinin büyük bir kısmı kamu görevlisi olarak çalışmaktadır. Sağlık kamu personeli, idarenin sorumluluğuna neden olduğu takdirde daha sonrasında ödenen tazminat kendisine rücu edilmekte ve büyük bir külfet altında kalmaktadır. Gecesiyle gündüzüyle çalışan sağlık kamu personelinin hangi eylemlerinin idarenin sorumluluğuna neden olacağı noktasında mevzuat ve yargı kararlarının açık olmaması ve çelişkiler içermesi, sorumluluğun tespitini zorlaştırmaktadır.

Çalışmamın hazırlanma süreci boyunca bir sağlık personeli gözünden de inceleme yapmamı sağlayan, maddi ve manevi her konuda destek olan yol arkadaşım, kıymetli eşim Dr. Makbule CİVAN'a en kalbi teşekkürlerimi sunarım.

Çalışmamın yazım süreci boyunca yakından ilgilenen, düzeltme ve önerileriyle daima destek olan, bir hukukçu olarak kendisinden çok şey öğrendiğim değerli danışman hocam Dr. Öğr. Üyesi Cihan YÜZBAŞIOĞLU'na teşekkürü bir borç bilirim. Ayrıca yüksek lisans eğitimim süresince bana maddi destek sağlayan, bursiyeri olduğum Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu'na (TÜBİTAK) teşekkürlerimi sunarım.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	ii
İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR	v
RESUME	vi
ABSTRACT	xi
ÖZET	xvi
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM: SAĞLIK KAMU PERSONELİNİN HUKUKA AYKIRI EYLEMLERİNDEN KAYNAKLANAN İDARENİN SORUMLULUK SEBEPLERİ	16
I. Kişisel Sağlık Verilerinin Korunmamasından Kaynaklanan Sorumluluk Sebepleri	17
A. Kişisel Sağlık Verilerinin Muhafaza Edilmemesi veya Eksik Tutulması ...	23
B. Kişisel Sağlık Verilerinin Hukuka Aykırı Olarak Açıklanması	27
II. Aydınlatılmış Onamdan Kaynaklanan Sorumluluk Sebepleri	42
A. Aydınlatma Yükümlülüğü ve İdarenin Sorumluluk Sebepleri	45
B. Onam Alma Yükümlülüğü ve İdarenin Sorumluluk Sebepleri	58
III. Yetki Sınırının Aşılması	67
A. Hekimlerin Uzmanlık Sınırını Aşması	68
B. Diğer Sağlık Kamu Personelinin Yetki Sınırlarını Aşması	71
İKİNCİ BÖLÜM: SAĞLIK KAMU PERSONELİNİN TIBBİ STANDARTLARA AYKIRI EYLEMLERİNDEN KAYNAKLANAN İDARENİN SORUMLULUĞUNUN SEBEPLERİ	75
I. Tıbbi Standartlara Aykırı Eylem	79
A. Kapsam	79
B. Tespit Edecek Mercî	85

C.	Sorumluluğun Doğması Bakımından Aranan Kusur.....	89
II.	Kamu Sağlık Kuruluşlarında Karşılaşılan Tıbbi Uygulama Hataları.....	95
A.	Teşhis Hatası	102
1.	Teşhis Faaliyetinin Aşamalarındaki Uygulama Hataları	104
2.	Teşhisin Geç Konulması.....	112
3.	Konsültasyon ve Sevk Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi.....	116
B.	Tedavi Hatası.....	122
1.	Müdahalenin Hiç Yapılmaması Veya Geç Yapılması	126
2.	Tıbbi Müdahalenin Yanlış Yapılması.....	128
a.	İlaç ve Enjeksiyon Hataları	128
b.	Tıbbi Operasyonlar Sırasında Ortaya Çıkan Uygulama Hataları.....	132
C.	Diğer Yükümlülüklere Uyulmaması	135
	KAYNAKÇA.....	147
	ÖZGEÇMİŞ	Hata! Yer işareti tanımlanmamış.

KISALTMALAR

age.	: Adı geçen eser
agm.	: Adı geçen makale
AIHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AIHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BB	: Bireysel Başvuru
bkz.	: Bakınız
BN.	: Başvuru Numarası
C.	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
D.	: Daire
Dan.	: Danıştay
DD	: Danıştay Dergisi
DİBK	: Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu
E.	: Esas Numarası
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
İDDK	: İdari Dava Daireleri Kurulu
İDDGK	: İdari Dava Daireleri Genel Kurulu
K.	: Karar Numarası
md.	: Madde
RG.	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: sayfa
ss.	: sayfaları arasında
T.	: Tarih
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
UM	: Uyuşmazlık Mahkemesi
vb.	: ve bunun gibi
vd.	: ve diğerleri
Y.	: Yıl
Yar.	: Yargıtay

RESUME

Conformément à la compréhension de l'État social, l'administration est tenue d'assurer le service de santé. L'administration exerce généralement ce service dans les établissements publics et par l'intermédiaire des agents publics. Bien que les interventions médicales soient effectuées dans le but de guérir les personnes, les actions du personnel de la santé publique peuvent avoir des conséquences néfastes. L'administration est principalement responsable du résultat nocif.

La santé est réglementée en tant que droit humain dans la législation nationale et internationale, directement ou indirectement dans le contexte du droit à la vie. En outre, la santé est en relation étroite avec le droit à la sécurité sociale, le droit à la vie privée, le droit au travail, le droit à l'environnement et le droit au logement réglementés par la Constitution de 1982. Conformément au principe de l'État social, la santé est réglementée à l'article 56 de la Constitution en tant que service public que l'État est tenu d'assurer. Dans ledit article, il est indiqué que l'État a l'obligation de fournir des services de santé directement avec les établissements publics ou de contrôler et de superviser les services de santé fournis dans les établissements privés. Le ministère de la Santé a été créé pour remplir les obligations de l'État en matière de services de santé.

Bien que les services de santé puissent être fournis dans des établissements privés, le ministère de la Santé, en d'autres termes, l'administration remplit ses obligations à travers les établissements publics en général. L'administration étant une personne morale, elle exerce ce service public par l'intermédiaire d'agents publics conformément à l'article 128 de la Constitution. Par conséquent, les actions du personnel de la santé publique concernant la prestation des services de santé sont des actions administratives. Conformément aux articles 40, 125 et 129 de la Constitution et à l'article 13 de la loi n° 657 sur la fonction publique, l'administration est responsable au premier chef des dommages qui surviennent du fait des actes fautifs du personnel de santé publique lors de la prestation du service de santé. Même si les dommages causés par le personnel de santé publique dans l'exercice de ses pouvoirs, sont dus à des fautes personnelles, il s'agit d'une faute de service et l'administration est la première responsable. La présence ou l'absence de faute personnelle du personnel de santé publique est importante au regard du recours en justice du retour à intenter par l'administration contre laquelle une indemnité est octroyée. Cette conception de la responsabilité mise en avant par la Constitution et les dispositions de la loi, offre aux bénéficiaires du service la possibilité de percevoir une indemnisation de la part de l'administration, qui dispose d'une forte capacité de

paiement, en cas de dommage. De plus, cette situation empêche les agents publics d'être toujours sous la menace d'indemnisations et de poursuites de première main.

Selon les principes administratifs généraux, le non fonctionnement, le fonctionnement tardif ou le mauvais fonctionnement du service engage la responsabilité de l'administration. Cependant, dans les litiges liés au droit de la santé, la qualification classique de la faute de service basée sur le résultat de l'action est souvent insuffisante. Dans le cadre du droit de la santé, une action peut être évaluée à la fois comme un mauvais service et un service tardif. De plus, dans certains cas, la responsabilité de l'administration peut naître avec l'accomplissement de l'acte, quel qu'en soit le résultat. Au lieu de la classification classique des fautes de service, qui est dysfonctionnelle pour déterminer la responsabilité de l'administration dans le cadre des soins de santé, distinguer l'activité à laquelle l'action est destinée permettra de déterminer plus facilement si la responsabilité a été engagée.

Les actes du personnel de santé publique, qui engagent la responsabilité de l'administration, peuvent être directement illicites ou contraires aux normes médicales. En général, les actes illégaux peuvent être énumérés comme le défaut de conservation appropriée des données personnelles de santé ou la violation de la confidentialité, la violation de l'obligation de consentement éclairé et le non-respect de l'exigence d'autorisation. Les actes illégaux entraînent une responsabilité quel qu'en soit le résultat. Par exemple, si un consentement éclairé est requis et qu'une intervention médicale est effectuée en violant cette obligation, la responsabilité est engagée même si l'intervention est réussie. De même, si le médecin généraliste effectue une intervention chirurgicale sur le patient sauf en cas d'urgence, même si l'opération est extrêmement réussie, la responsabilité naît du fait d'une intervention non autorisée.

Afin d'assurer le service de santé de manière efficace et conformément à l'article 72 de la loi sur l'exécution de la médecine et des arts médicaux, les données personnelles de santé sont enregistrées, traitées et conservées pour une utilisation future. La tenue de dossiers aide à prendre des décisions saines concernant le diagnostic de la maladie et la méthode de traitement à déterminer, ainsi que de permettre le contrôle de ces décisions pendant le traitement. De plus, les dossiers sont utilisés comme moyen de preuve dans les litiges qui pourraient survenir à l'avenir. L'absence de conservation ou la conservation incomplète des dossiers engage la responsabilité de l'administration au motif qu'elle supprime la possibilité d'examiner l'intervention médicale. Dans les poursuites engagées contre l'administration avec allégation de dommages matériels dus à une intervention médicale défectueuse, les décisions sont prises en fonction des dossiers médicaux que l'administration est tenue de conserver. En cas de mauvaise tenue des dossiers médicaux, le Conseil d'État n'ordonne souvent que des dommages-intérêts moraux à l'administration au motif que la responsabilité du dommage matériel ne peut être déterminée. Cependant, il conviendrait d'établir le jugement en évaluant les réclamations concernant les faits matériels qui ont perdu la possibilité de prouver en

raison du manquement de l'administration à une bonne tenue des dossiers. Contrairement à la pratique du Conseil d'Etat, la Cour constitutionnelle se prononce dans ce sens.

Les données personnelles de santé sont appelées données sensibles. Les données sensibles, en revanche, font l'objet d'une protection plus efficace et particulière par rapport aux autres données personnelles. Le partage des données personnelles obtenues dans le cadre des services de santé par le personnel de santé publique, sauf cas exceptionnel, engage la responsabilité de l'administration.

Il est important de protéger la confidentialité de l'environnement dans lequel les données personnelles de l'individu sont partagées, ainsi que la protection de la confidentialité des données personnelles conservées. Assurer la confidentialité de cet environnement s'exprime avec le « droit à la vie privée ». Si la confidentialité n'est pas garantie, les données personnelles deviennent publiques dès le début. Il est indiqué que le patient dont la confidentialité et la confidentialité des données personnelles sont assurées se comportera de manière plus conforme pendant le processus de traitement, et les chances de succès du traitement augmenteront en conséquence.

Pour que l'intervention médicale soit conforme au droit, elle doit être réalisée après avoir obtenu le consentement éclairé du patient. En règle générale, l'information doit être effectuée avant l'intervention médicale pour l'intégrité corporelle de la personne destinataire de l'intervention. Le personnel de santé qui fournira une intervention médicale doit informer le patient de la raison, de la portée, de la nécessité, des risques, de la possibilité de succès, des alternatives, des coûts et des conséquences de la non-exécution de l'intervention médicale. À mesure que le facteur de risque de l'intervention augmente, la portée de l'information s'élargit. Dans les interventions qui doivent être effectuées d'urgence, la portée de l'information est réduite. Il est de la responsabilité de l'administration si le personnel de santé publique effectue des interventions médicales sans information ni consentement adéquats.

Une autre condition pour que l'intervention médicale soit conforme au droit est qu'elle soit effectuée par des personnes autorisées. Sauf en cas d'urgence, l'intervention effectuée à la fois par les médecins et les autres personnels de santé en dépassant les limites de leur autorité est illégale, qu'elle réussisse ou non. La responsabilité de l'administration se pose en raison de telles interventions effectuées par le personnel de santé publique et lorsqu'il y a un problème dans l'élément d'autorité.

Dans les procédures relatives aux actes illicites, la constatation de l'illégalité est faite par le juge du tribunal compétent et chargé. Cependant, en raison de la nécessité de connaissances spécialisées dans les procédures concernant des actes

contraires aux normes médicales, un expert est consulté pour déterminer la violation des normes médicales. Les actions contraires aux normes médicales se produisent principalement en relation avec les services de santé préventive, les activités de diagnostic et de traitement. Lors de l'exécution de ces activités, l'administration peut être responsable de l'action du personnel de santé publique en fonction du résultat de l'action. Par exemple, si le patient est correctement diagnostiqué à la suite de l'activité de diagnostic réalisée sans anamnèse, la responsabilité de l'administration n'est pas engagée. Dans de tels cas, même si l'action est contraire aux normes médicales, aucune responsabilité n'est engagée si un résultat indésirable ne se produit pas. De plus, si un résultat indésirable survient malgré l'intervention nécessaire conformément aux normes médicales, cette situation est considérée comme une complication et aucune responsabilité n'est engagée.

Les services de santé préventifs visent à protéger la santé de la société en protégeant la santé de l'individu. Dans ce contexte, des études sont menées pour prévenir la maladie avant qu'elle ne survienne. Le diagnostic précoce, la vaccination, la planification familiale, l'éducation nutritionnelle et sanitaire sont quelques-unes des études menées dans le cadre des services de santé préventifs. Par ailleurs, les activités de diagnostic et de traitement sont menées dans le but de détecter et/ou de guérir la maladie des personnes qui s'adressent aux établissements de santé. Dans le cadre de l'activité de diagnostic, l'anamnèse du patient doit d'abord être recueillie, puis l'examen physique doit être réalisé, enfin les tests nécessaires doivent être effectués. Le diagnostic doit être fait en fonction des informations obtenues à partir de ces étapes. Si le diagnostic effectué avec des outils de test insuffisants est suspect ou incertain, il est obligatoire d'orienter le patient vers l'établissement où des outils de test avancés sont disponibles. On ne s'attend pas à ce que tous les établissements de santé disposent d'outils d'examen avancés pour le diagnostic des maladies, et certains médecins ne sont pas censés avoir des connaissances sur des sujets qui ne relèvent pas de leur domaine d'expertise. Le médecin doit consulter le médecin spécialiste du domaine pour lequel il a besoin de connaissances. Cette situation s'appelle la concertation. L'administration est responsable des dommages résultant du non-respect par le personnel de santé publique de l'obligation d'orientation et de concertation.

Les médecins ne sont pas obligés de poser un diagnostic précis en termes d'activité diagnostique, mais ils ont l'obligation de se conformer aux normes médicales. En cas de non-respect de cette obligation par le personnel de santé publique, l'administration est responsable du dommage. Le fait que l'activité de diagnostic soit effectuée conformément aux normes médicales affecte l'activité de traitement et la possibilité de guérison du patient. Les médecins bénéficient de la liberté de traitement en termes d'activités de traitement, et le médecin n'a pas l'obligation de guérir le patient. L'obligation du médecin est de choisir et d'appliquer la méthode de traitement qui est appropriée en termes de normes médicales en fonction du patient dans la situation concrète. Par conséquent, en termes d'activité de traitement, on peut dire que les médecins se retrouvent avec un champ d'autorité plus large par rapport aux activités de diagnostic. Cependant, il convient de noter que la liberté de traitement n'est pas une liberté absolue, mais une liberté dans le cadre des

normes médicales. Tenter de guérir une maladie qui peut être traitée avec des médicaments par voie chirurgicale sera contraire aux normes médicales et la responsabilité de l'administration sera engagée. De même, l'administration peut être responsable des dommages pouvant survenir si les activités de diagnostic et de traitement ne sont pas du tout réalisées ou si elles sont réalisées tardivement.

La responsabilité en termes d'interventions médicales à risque a été imputée à l'existence d'une faute grave. Le Conseil d'État précise qu'au cas où ceux qui se trouvent en situation de bénéficier du service de santé comportant un risque au sein de sa structure, subissent un dommage, il doit exister une condition de faute grave de service pour que la responsabilité de l'administration soit engagée. Le fait que le personnel de santé publique accomplisse une action qui cause des effets néfastes par une simple faute n'est pas considéré comme suffisant en termes de responsabilité dans les interventions médicales à risque. Il serait injuste de rechercher la même densité de fautes à la suite d'interventions risquées et d'activités non risquées, "d'interventions avec possibilité de planification et de réflexion" et "d'interventions urgentes", en termes de responsabilité engagée. Le fait que la responsabilité soit acceptée comme une faute légère en termes d'interventions comportant des risques par essence amènera le personnel de santé publique à être sous pression, à être aliéné de la profession et à augmenter la tendance à agir sur la défensive. Il est donc de l'intérêt général de rechercher une faute de service lourde au regard de la responsabilité de l'administration du fait d'interventions à risque. Compte tenu des caractéristiques de l'événement concret, une évaluation du risque et de l'urgence doit être effectuée pour chaque litige. A mesure que le risque et l'urgence augmentent, parallèlement à cela, l'intensité de la faute recherchée devrait augmenter en termes de responsabilité de l'administration.

En revanche, si l'intervention n'est pas risquée et non urgente, une simple faute est considérée comme suffisante pour que la responsabilité soit engagée. Par exemple, alors que la condition de faute grave est recherchée dans les opérations médicales en termes de responsabilité, la faute simple est considérée comme suffisante en termes d'obligations secondaires telles que l'obligation de surveillance et l'obligation de soins. Le personnel de santé publique a l'obligation d'agir avec diligence dans chaque intervention médicale qu'il effectue. Le devoir de vigilance ne recouvre pas un processus précis et engage la responsabilité de l'administration même s'il est violé par simple faute.

ABSTRACT

As per the social state conception, the administration is obliged to conduct the health service. The administration generally fulfils such service in public institutions and through public officers. Although medical interventions are realized for the purpose of healing humans, health public personnel's actions may cause detrimental results. The administration, due to the harmful result, is liable primarily.

Health has been regulated under national and international legislation directly or indirectly in the context of the right of life, as a human right. Furthermore, health has a close link also with the right to social security, the right to privacy, the right to work, the right to the environment and the right to housing regulated under the Constitution 1982. In line with the social state principle, health has been regulated as a public service that the state is obliged to carry out under Article 56 of the Constitution. Such an article has stated that the state is obliged to provide the health service directly through its public institutions or to observe and audit the health service provided by the private institutions. In order to fulfil the obligations of the state regarding health service, the Ministry of Health has been established.

Although the health service can be provided in the private institutions, the Ministry of Health, in other words, the administration carries out its obligations generally through the public institutions. Since the administration is a legal entity, it carries out such public service through public officials as per Article 128 of the Constitution. Accordingly, the actions of the health public personnel regarding carrying out the health service are in the nature of administrative action. The administrative is primarily liable for damages that occurred due to the defective actions of the health public personnel during the provision of the health service as per Articles 40, 125 and 129 of the Constitution and Article 13 of the Code of State Officers numbered 657. The damage, caused by the health public personnel while using their authorizations, is in the nature of the service fault, even though it results from her/his personal fault, and the administration becomes primary responsible. As to whether the health public personnel has a personal fault is vitally important in terms of the lawsuit of recourse to be initiated by the administration against which compensation has been awarded. Such responsibility conception confessed by the provisions of the Constitution and the law; provides an opportunity to the ones which are in the status of benefiting from the service in case they are damaged to compensate from the administration which has strong payment ability. Furthermore, such circumstance also prevents the public officers from always being under the threat of compensation and first-hand lawsuit.

According to the general administrative principles, the failure of conducting the service, the delay of the service or its bad functioning cause the liability of the administration. However, in the disputes regarding health law, the classical classification of service fault made according to the result of the action is insufficient most of the time. An action under the scope of the health law can be evaluated both as the bad functioning of the service and as the delay of the service. However, under some circumstances, the liability of the administration can arise out of the processing of the action regardless of the result. In terms of the determination of the liability of the administration within the scope of the health service, instead of the classical classification of service default that is functionless, the making a distinction as to which activity the action is directed towards shall ease the determination as to whether the liability has arisen.

Actions of the health public personnel that caused the liability of the administration can be both directly against the law and contrary to the medical standards. Illegal actions can be counted generally as; not retaining or violating the confidentiality of the personal health data as required, violation of the clarified consent obligation and not complying with the authorization requirement. Illegal actions induce liability regardless of the result that emerged. For instance, in case a medical operation has been performed by violating the obligation of obtaining the clarified consent, the liability has arisen even though the operation has succeeded. Likewise, in case a practitioner physician performs an operation on the patient other than in emergency circumstances, the liability has arisen due to the unauthorized operation, even though the operation has extremely succeeded.

In order to perform the health service effectively and as per Article 72 of the Law on the Mode of Execution of Medicine and Medical Sciences; personal health data has been recorded, processed and retained in order to be used in the future. Keeping records aid to make a healthy decision in terms of the diagnosis of the disease and the determination of the treatment method as well as providing an opportunity to control such decisions during the treatment process. Furthermore, such records are used as proof in disputes that may arise in the future. Not keeping records at all or keeping incomplete records induces the liability of the administration on the grounds that the possibility of the inspection of the medical intervention has been removed. In the lawsuits initiated against the administration with the allegation of material damages that have been occurred due to the faulty medical intervention, the decision is rendered in line with the medical records that the administration is obliged to keep. The Council of State, in the circumstance where the medical records have not been kept as required, most of the time decides only non-pecuniary compensation against the administration with the justification that the liability could not have been determined in terms of the pecuniary damage. However, it would be appropriate to render a decision by evaluating the allegations regarding the material facts that have lost the opportunity of proving due to the failure of the administration to keep the records as required, against the administration. The Constitution Court, contrary to the Council of State's practice, has been expressing an opinion in this direction.

Personal health data is referred to as sensitive data. On the other hand, sensitive data is subject to more effective and special protection than that of other personal data. Sharing personal data obtained within the scope of health service by the health public personnel other than the exemptions causes the liability of the administration.

It is essential to protect the personal data retained as well as to protect the privacy of the media where the individual her/his personal data is shared. Ensuring the privacy of such an environment is referred to as "*the right to privacy*". In case privacy is not ensured, the personal data becomes public from the very beginning. It has been stated that the patient whose privacy and confidentiality of her/his personal data are ensured will act harmoniously during the treatment process and the chance of the success of the treatment will increase in such direction.

In order for the medical intervention to be legal, such intervention shall be carried out following the obtaining of the clarified consent of the patient. Principally, the clarification shall be made to the person on which the intervention will be carried out prior to the intervention directed to the physical integrity. The health personnel who will carry out the medical intervention shall clarify the patient regarding the reason for the medical intervention, its scope, its necessity, its risks, the chance of its success, its alternatives, its expenses, the results of not carrying out the medical intervention. As the risk factor of the intervention increases, the scope of the clarification expands. In the interventions that are required to be carried out urgently, the scope of the clarification is narrowed. Without clarification as required or without obtaining consent, the performance of the medical intervention of the health public personnel causes the liability of the administration.

The other requirement for the medical intervention to be in compliance with the law is the performance of such intervention by the authorized persons. Except for emergencies, the intervention performed both by physicians and by other health personnel by exceeding the authorization limits is in the nature of illegal regardless of whether the intervention has succeeded. Such kinds of interventions, which have been performed by health public personnel and have been in deformity of authorization element, cause the liability of the administration.

The determination of the illegality has been made by the judge of the competent and authorized court in the proceedings made regarding the illegal actions. However, in the proceedings made regarding the actions contrary to the medical standards, an expert is consulted for the determination of the contradiction to the medical standards due to the requirement of specialized knowledge. The actions contrary to the medical standards primarily emerge regarding the preventive health services, diagnosis and treatment activities. The administration may become determined as liable due to the action of the health public personnel during the performance of such activities depending on the result of such action. For instance, as a result of the diagnostic activity performed without taking a medical history, the administration may not be liable in case the patient has been diagnosed accurately. In such cases, although the action was contrary to the medical standards, the liability

does not arise in case an undesired result has not occurred. Furthermore, in case an undesired result has occurred even though the intervention required has been performed according to the medical standards, such circumstance is considered as a complication and no liability arises.

The preventive health services aim to protect the health of society health by protecting the individual's health. In this context, studies are carried out in order to prevent the disease prior to its occurrence. Some of the studies carried out within the scope of the preventive health services are early diagnosis, immunization, family planning, nutrition and health training. On the other hand, diagnostic and treatment activities are performed in order to detect and/or heal the disease of persons who apply to the health institutions. Within the diagnostic activity, first, the anamnesis shall be obtained previously and secondly, the physical examination shall be made and then the required detections shall be carried out. The diagnosis shall be made in line with the information obtained in such stages. In case the diagnosis, performed with insufficient detection tools, is suspicious, is not absolute, it is mandatory to refer the patient to an institution that has further degree detection tools. It is not expected from every health institution to have further degree detection tools in order to diagnose diseases and also not expected from some physicians to have knowledge on subjects that do not fall under her/his field of expertise. The physician shall exchange opinions with the specialist physician of the field for she/he needs knowledge. Such circumstance is referred to as "consultation". The administration is liable for damages that occurred due to the failure of the health public personnel to comply with the referral and consultation obligation.

In terms of diagnostic activity, physicians do not have the obligation to diagnose accurately but they have the obligation to comply with the medical standards. The administration is liable for damages that occurred due to the failure of the health public personnel to comply with such obligation. Whether the diagnostic activity is carried out in accordance with the medical treatment affects the treatment activity and the healing chance of the patient. The freedom of treatment has been granted to the physicians in terms of treatment activity and likewise, the physician does not have the obligation to cure the patient. The obligation of the physician is to choose and practice the treatment method that is appropriate in terms of the medical standards to the patient in the concrete situation. Therefore, it can be stated that the physicians are granted a wider authorization scope in terms of the treatment activity in comparison with the diagnostic activity. However, it is necessary to indicate that there is no absolute freedom also in the treatment activity and such freedom is to the extent of the medical standards. Attempting to cure a disease, which can be treated with medicine, by an operation will be contrary to the medical standards and the liability of the administration shall arise. Similarly, the liability of the administration may arise for damages that occurred due to the failure to carry out the diagnostic and treatment activity at all or carrying it out with delay.

The liability for hazardous medical interventions is subject to the existence of gross fault. The Council of State states that; in case those, who are in the position of the beneficiary of the health service which has risk in its structure, are damaged,

there is a requirement of gross service fault in order for the liability of the administration. The realization of the action of the health public personnel that caused damage with mere fault is not considered sufficient for the liability in the medical interventions with risk. It will be against the equity to seek the same density of fault in terms of the liability of the administration as a result of the "*interventions that have the opportunity to be planned and considered*" and "*the emergency interventions*" of the interventions with risk and activities without risk. In case accepting to seek the mere fault for the liability for the interventions with risk due to its essential nature shall induce the pressure over the health public personnel, departing from the profession and increase the defensive behaviour tendency. Therefore, seeking the gross service fault in order for the liability of the administration due to the interventions with risk serves the public interest. The risk and urgency shall be evaluated in each dispute by taking into account the concrete event. While the risk and urgency increase, the increase of the density of the fault required for the liability of the administration is required in parallel.

On the other hand, in case the intervention is not risky and not urgent, the mere fault in order for the liability of the administration is considered sufficient. For instance, although the gross fault requirement is sought in the medical operations in order for the liability of the administration, the mere fault is considered sufficient for the side obligations such as observance obligation, and the duty of care. The health public personnel has the duty of care in every medical intervention that they carried out. The duty of care does not cover a specific process and the liability of the administration arises out in case it is violated even with mere fault.

ÖZET

Sosyal devlet anlayışı gereğince idare, sağlık hizmetini yürütmekle mükelleftir. İdare bu hizmeti genellikle kamu kuruluşlarında ve kamu görevlileri eliyle yerine getirmektedir. Tıbbi girişimler her ne kadar insanları iyileştirme amacıyla gerçekleştirilse de sağlık kamu personelinin eylemleri, zararlı sonuca neden olabilmektedir. Zararlı sonuçtan dolayı ise idare, birinci dereceden sorumlu olmaktadır.

Sağlık, doğrudan veya yaşam hakkı bağlamında dolaylı olarak ulusal ve uluslararası mevzuatta insan hakkı olarak düzenlenmektedir. Ayrıca sağlık, 1982 Anayasası'nda düzenlenen sosyal güvenlik hakkı, özel hayatın gizliliği, çalışma hakkı, çevre hakkı ve konut hakkı ile de yakın ilişki içerisinde. Sosyal devlet ilkesi doğrultusunda sağlık, Anayasa'nın 56. maddesinde devletin yürütmekle mükellef olduğu bir kamu hizmeti olarak düzenlenmiştir. Söz konusu maddede devletin, sağlık hizmetini doğrudan kamu kuruluşlarıyla sunma veya özel kuruluşlarda sunulan sağlık hizmetini gözetim ve denetleme yükümlülüğü bulunduğu belirtilmiştir. Devletin sağlık hizmetine ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmek için Sağlık Bakanlığı kurulmuştur.

Sağlık hizmeti her ne kadar özel kuruluşlarda sunulabilse de Sağlık Bakanlığı bir başka deyişle idare, yükümlülüklerini genel olarak kamu kuruluşları vasıtasıyla yerine getirmektedir. İdare bir tüzel kişilik olduğu için bu kamu hizmetini Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca kamu görevlileri eliyle yürütmektedir. Dolayısıyla sağlık kamu personelinin sağlık hizmetinin görülmesine ilişkin eylemleri idari eylem niteliğinde olmaktadır. Sağlık hizmetinin görülmesi sırasında sağlık kamu personelinin kusurlu eylemleri neticesinde ortaya çıkan zararlardan ise Anayasa'nın 40., 125. ve 129. maddeleri ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesi uyarınca idare, birinci derecede sorumlu olmaktadır. Sağlık kamu personelinin yetkilerini kullanırken vermiş olduğu zarar, kişisel kusurlarından kaynaklansa dahi hizmet kusuru niteliğinde olmakta ve idare asli sorumlu olmaktadır. Sağlık kamu personelinin kişisel kusurunun bulunup bulunmaması, aleyhine tazminata hükmedilen idarenin açacağı rücu davası açısından önem arz etmektedir. Anayasa ve kanun hükümleriyle ortaya konulan bu sorumluluk anlayışı; hizmetten yararlanan konumunda olanlara, zarara uğramaları halinde güçlü bir ödeme kabiliyeti bulunan idareden tazmin edebilme olanağı tanımaktadır. Ayrıca bu durum, kamu görevlilerinin daima tazminat ve ilk elden dava tehdidi altında kalmalarını da engellemektedir.

Genel idari esaslara göre hizmetin; hiç işlememesi, geç işlemesi veya kötü işlemesi idarenin sorumluluğuna sebep olmaktadır. Ancak sağlık hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda, eylemin sonucuna göre yapılan klasik hizmet kusuru sınıflandırılması çoğu zaman yetersiz kalmaktadır. Sağlık hukuku kapsamında bir eylem hem hizmetin kötü işlemesi hem de hizmetin geç işlemesi altında değerlendirilebilmektedir. Ayrıca kimi durumlarda idarenin sorumluluğu, sonuçtan bağımsız olarak eylemin işlenmesiyle doğabilmektedir. İdarenin sağlık hizmeti kapsamındaki sorumluluğunun belirlenmesi açısından işlevsiz olan klasik hizmet kusuru sınıflandırılması yerine, eylemin hangi faaliyete yönelik olduğuna ilişkin ayırımın yapılması sorumluluğun doğru doğmadığının tespitini kolaylaştıracaktır.

İdarenin sorumluluğuna neden olan sağlık kamu personelinin eylemleri, doğrudan hukuka aykırı nitelikte olabileceği gibi tıbbi standartlara aykırı nitelikte de olabilmektedir. Hukuka aykırı nitelikteki eylemler genel olarak; kişisel sağlık verilerinin gerektiği gibi kayıt altına alınmaması veya gizliliğinin ihlal edilmesi, aydınlatılmış onam yükümlülüğüne aykırı hareket edilmesi ve yetki şartına uyulmaması olarak sayılabilir. Hukuka aykırı eylemler, ortaya çıkan sonuçtan bağımsız şekilde sorumluluğun doğmasına neden olmaktadır. Örneğin aydınlatılmış onamın alınması gerekirken bu yükümlülüğün ihlal edilerek tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesi halinde, müdahale başarılı olsa dahi sorumluluk oluşmaktadır. Aynı şekilde pratisyen hekimin acil durumlar dışında hastayı ameliyat yapması durumunda, ameliyat son derece başarılı geçse dahi yetkisiz müdahaleden dolayı sorumluluk doğmaktadır.

Sağlık hizmetinin etkili bir şekilde yürütülmesi adına ve Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 72. maddesi uyarınca; kişisel sağlık verileri kayıt altına alınmakta, işlenmekte ve ileride kullanılmak adına muhafaza edilmektedir. Kayıtların tutulması, hastalığın teşhisi ve belirlenecek tedavi yöntemi açısından sağlıklı karar verilmesine yardımcı olmasının yanı sıra tedavi süresince bu kararların kontrol edilmesine imkan sağlamaktadır. Ayrıca kayıtlar, ileride ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklarda ispat aracı olarak kullanılmaktadır. Kayıtların hiç tutulmaması veya eksik tutulması, tıbbi girişimin irdelenme olanağını ortadan kaldırdığı gerekçesiyle idarenin sorumluluğunun doğmasına neden olmaktadır. Hatalı tıbbi müdahale nedeniyle maddi zararın ortaya çıktığı iddiasıyla idare aleyhine açılan davalarda, idarenin tutmakla mükellef olduğu tıbbi kayıtlar doğrultusunda karar verilmektedir. Tıbbi kayıtların gerektiği gibi tutulmadığı durumlarda Danıştay, maddi zarar bakımından sorumluluğun tespit edilemediği gerekçesiyle çoğu zaman idare aleyhine yalnızca manevi tazminata hükmetmektedir. Ancak idarenin gerektiği gibi kayıt tutmamasından dolayı ispatlanma olanağı ortadan kalkan maddi olgulara ilişkin iddiaların, idare aleyhine değerlendirilme yapılarak hükmün kurulması yerinde olacaktır. Anayasa Mahkemesi, Danıştay uygulamasının tersine, bu yönde görüş bildirmektedir.

Kişisel sağlık verileri, özel nitelikli kişisel veri niteliğindedir. Özel nitelikli kişisel veriler, diğer kişisel verilere kıyasla daha etkin ve özel bir korumaya tabi tutulmaktadır. Sağlık hizmeti kapsamında elde edilen kişisel verilerin sağlık kamu

personeli tarafından istisnai haller dışında paylaşılması idarenin sorumluluğunun doğmasına neden olmaktadır.

Muhafaza altına alınan kişisel verilerin güvenliğinin sağlanması kadar, bireyin kişisel verilerinin paylaşıldığı ortamın gizliliğinin korunması da önem arz etmektedir. Bu ortamın gizliliğinin sağlanması “mahremiyet hakkı” ile ifade edilmektedir. Mahremiyetin sağlanmaması durumunda kişisel veriler en baştan aleni hale gelmektedir. Mahremiyeti ve kişisel verilerinin gizliği sağlanan hastanın tedavi sürecinde daha uyumlu davranacağı, tedavinin başarıya ulaşma şansının bu doğrultuda artacağı ifade edilmektedir.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması için hastanın aydınlatılmış onamı alındıktan sonra gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Aydınlatma kural olarak müdahalenin muhatabı olan kişiye, vücut bütünlüğüne yönelik tıbbi müdahaleden önce gerçekleştirilmelidir. Tıbbi müdahalede bulunacak sağlık personeli hastayı; tıbbi müdahalenin sebebi, kapsamı, gerekliliği, riskleri, başarıya ulaşma ihtimali, alternatifi, masrafları, tıbbi müdahalede bulunulmamasının sonuçları hakkında aydınlatmalıdır. Müdahalenin risk unsuru arttıkça aydınlatılmanın kapsamı genişlemektedir. İvedi şekilde gerçekleştirilmesi gereken müdahalelerde ise aydınlatmanın kapsamı daralmaktadır. Gerektiği gibi aydınlatma yapılmadan veya onam alınmadan sağlık kamu personelinin tıbbi müdahaleyi gerçekleştirmesi idarenin sorumluluğuna yol açmaktadır.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olmasının bir diğer şartı da yetkili kişiler tarafından gerçekleştirilmesidir. Acil durumlar dışında, gerek hekimlerin gerekse de diğer sağlık personelinin yetki sınırlarını aşarak gerçekleştirdikleri müdahale, başarıya ulaşp ulaşmamasından bağımsız olarak hukuka aykırı nitelikte olmaktadır. Sağlık kamu personeli tarafından gerçekleştirilen ve yetki unsurunda sakatlık bulunan bu tür müdahalelerden dolayı idarenin sorumluluğu doğmaktadır.

Hukuka aykırı eylemlere ilişkin yapılan yargılamada, hukuka aykırılığın tespiti yetkili ve görevli mahkemenin hakimi tarafından yapılmaktadır. Ancak tıbbi standartlara aykırı eylemlere ilişkin yapılan yargılamalarda, uzmanlık bilgisine ihtiyaç duyulduğundan dolayı tıbbi standartlara aykırılığının tespiti için bilirkişiye başvurulmaktadır. Tıbbi standartlara aykırı nitelikteki eylemler başlıca; koruyucu sağlık hizmetleri, teşhis ve tedavi faaliyetlerine ilişkin olarak ortaya çıkmaktadır. Bu faaliyetlerin yürütülmesi sırasında sağlık kamu personelinin eyleminde dolayı idare, eylemin sonucuna bağlı olarak sorumlu olabilmektedir. Örneğin anamnez alınmaksızın gerçekleştirilen teşhis faaliyeti sonucunda hastaya doğru teşhis konulursa idarenin sorumluluğu ortaya çıkmamaktadır. Bu tür durumlarda eylem, her ne kadar tıbbi standartlara aykırı olsa da istenmeyen bir sonucun ortaya çıkmaması halinde sorumluluk doğmamaktadır. Ayrıca tıbbi standartlar uyarınca gerekli müdahalenin gerçekleştirilmesine rağmen istenmeyen sonucun ortaya çıkması halinde bu durum komplikasyon olarak nitelendirilmekte ve sorumluluk ortaya çıkmamaktadır.

Koruyucu sağlık hizmetleri, bireyin sağlığını koruyarak toplumun sağlığının korunmasını amaçlamaktadır. Bu kapsamda, hastalığın ortaya çıkmadan önce engellenmesi adına çalışmalar yürütölmektedir. Erken teşhis, bağışıklama, aile planlaması, beslenme ve sağlık eğitimi koruyucu sağlık hizmetleri kapsamında gerçekleştirilen çalışmalardan bazılarıdır. Diğer yönden teşhis ve tedavi faaliyetleri, sağlık kuruluşlarına müracaat eden kişilerin hastalığının tespiti ve/veya iyileştirilmesi adına gerçekleştirilmektedir. Teşhis faaliyeti kapsamında önce hastanın anamnezi alınmalı sonra fizik muayenesi yapılmalı daha sonra ise gerekli tetkikler yapılmalıdır. Bu aşamalardan elde edilen bilgiler doğrultusunda da teşhis konulmalıdır. Yetersiz tetkik araçlarıyla gerçekleştirilen teşhisin; şüpheli olması, kesin olmaması durumunda hastanın ileri derecedeki tetkik araçlarının bulunduğu kuruma sevk edilmesi zorunludur. Her sağlık kurumunda hastalıkların teşhisi adına ileri derecedeki tetkik araçlarının bulunması beklenemeyeceği kimi hekimden de uzmanlık alanına girmeyen konularda bilgi sahibi olması beklenmemektedir. Hekim, bilgisine ihtiyaç duyduğu alanın uzman hekimiyle görüş alışverişinde bulunmalıdır. Bu durum konsültasyon olarak adlandırılmaktadır. Sağlık kamu personelinin sevk ve konsültasyon yükümlölüğüne uymaması neticesinde ortaya çıkan zarardan idare sorumlu olmaktadır.

Teşhis faaliyeti açısından hekimlerin doğru teşhis koyma yükümlölüğü bulunmamakla birlikte tıbbi standartlara uyma yükümlölüğü bulunmaktadır. Bu yükümlölüğe sağlık kamu personeli tarafından uyulmaması halinde ortaya çıkan zarardan idare sorumlu olmaktadır. Teşhis faaliyetinin tıbbi standartlara uygun olarak yapılıp yapılmaması tedavi faaliyetini ve hastanın iyileşme ihtimalini etkilemektedir. Tedavi faaliyeti açısından hekimlere tedavi serbestisi tanınmıştır ve aynı şekilde hekimin hastayı iyileştirme yükümlölüğü bulunmamaktadır. Hekimin yükümlölüğü, tıbbi standartlar açısından uygun olan tedavi yöntemini somut durumdaki hasta bakımından seçip uygulamaktır. Dolayısıyla tedavi faaliyeti bakımından teşhis faaliyetine kıyasla hekimlere daha geniş yetki alanı bırakıldığı söylenebilir. Ancak tedavi serbestisinin de mutlak bir serbestlik olmadığını, tıbbi standartlar ölçüsünde bir serbestlik olduğunu belirtmek gerekmektedir. İlaçla tedavisi mümkün olan bir hastalığın ameliyat yöntemiyle iyileştirilmeye çalışılması, tıbbi standartlara aykırı nitelikte olacak ve idarenin sorumluluğu ortaya çıkacaktır. Benzer şekilde teşhis ve tedavi faaliyetinin hiç yapılmaması veya geç yapılması durumunda ortaya çıkabilecek zarardan dolayı idare sorumlu olabilmektedir.

Riskli tıbbi müdahaleler bakımından sorumluluğun doğması, ağır kusurun varlığına bağlanmıştır. Danıştay; bünyesinde risk taşıyan sağlık hizmetinden yararlanan konumunda olanların zarara uğraması halinde, idarenin sorumluluğun doğması için ağır hizmet kusuru şartının bulunması gerektiğini belirtmektedir. Danıştay içtihadının, Anayasa'nın 125. maddesine sınırlama getirdiğini ve bu hükümle bağdaşmadığını düşünmekteyiz. Ek olarak, yüksek riskli ve/veya acil müdahaleler açısından sağlık personelinin hafif kusur ile sorumlu tutulmasının, hakkaniyete uygun olmayacağını ve olumsuz sonuçlar doğuracağı kanaatindeyiz. Riskli müdahaleler ile risk taşımayan faaliyetlerin, “*planlama ve düşünme imkanı bulunan müdahaleler*” ile “*acil müdahaleler*”in sonucunda sorumluluğun doğması bakımından aynı kusur yoğunluğunun aranması hakkaniyete aykırı olacaktır. Özü

gereği içerisinde risk taşıyan müdahaleler açısından hafif kusur bulunmasına rağmen rücu edilmesi halinde; sağlık kamu personelinin baskı altında kalacağını, meslekten soğuyacağını, defansif davranma eğiliminin artacağını düşünmekteyiz. Risk unsuruyla daralan hareket alanlarının ağır kusur koşuluyla bir nebze olsun genişletilmesi, tıbbi başarının sağlanması açısından da yerinde olacaktır. Riskli müdahalelerden kaynaklanan tazminatların ağır kusur şartıyla rücu edilmesinin kamu yararına hizmet edeceğini düşünmekteyiz. Somut olayın özellikleri dikkate alınarak her uyuşmazlıkta risk ve aciliyet değerlendirilmesi yapıldıktan sonra aranan kusurun yoğunluğu belirlenmelidir. Risk ve aciliyet durumu arttıkça buna paralel olarak rücu için aranan kusurun yoğunluğunun artması, hakkaniyetli ve kamunun yararına olacaktır.

Müdahalenin riskli ve acil olmaması halinde, sorumluluğun doğması bakımından basit kusur yeterli görölmektedir. Örneğin, sorumluluğun doğması bakımından tıbbi operasyonlarda ağır kusur şartı aranırken gözetim yükümlölüğu gibi yan yükümlölükler ile tıbbi özen gösterme yükümlölüğu açısından basit kusur yeterli görölmektedir. Sağlık kamu personelinin gerçekleştirdiği her tıbbi girişimde tıbbi özen gösterme yükümlölüğu bulunmaktadır. Tıbbi özen gösterme yükümlölüğu belirli bir sürece ilişkin olmayıp, sağlık hizmetinin tamamını kapsamaktadır. Dolayısıyla bu yükümlölüğe uyulmayan sağlık hizmetinin her faaliyetinde idarenin sorumluluğu söz konusu olabilmektedir.

GİRİŞ

“*Her Şeyin Başı Sağlık*”¹ adıyla kitap çıkaran Sakıp Sabancı gibi tüm bireyler, yaşamlarında öncelikli olarak sağlıklı olmayı amaçlamaktadır. Sağlıklı olmak, hem bir ihtiyaç hem de yaşam kalitesini yükselten önemli bir değerdir. Sağlıklı olmak denilince, yalnızca hasta olmamak anlaşılmamalıdır. Dünya Sağlık Örgütü, sağlık kavramını “*yalnızca hastalık veya sakatlık hali değil, bedensel, ruhsal ve sosyal yönden tam bir iyilik hali*” olarak tanımlamıştır.² Benzer olarak 224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun’un Terimler başlıklı 2. maddesinde de sağlık, “*Sağlık, yalnız hastalık ve malûliyetin yokluğu olmayıp beden, ruhen ve sosyal bakımdan tam bir iyilik halidir.*” şeklinde tanımlanmıştır.

Sağlıklı bir yaşama sahip olmak, gerek ulusal gerekse de uluslararası düzenlemelerde bir insan hakkı olarak düzenlenmiştir. Sağlık hakkı, ilk olarak 1946 yılında Dünya Sağlık Örgütü’nün tüzüğünde yer almıştır.³ 10 Aralık 1948 yılında, birçok devlet tarafından kabul edilen ve insan haklarına ilişkin düzenlemelerin temel dayanağı olan Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyanname’sinin 25. maddesinde, herkesin sağlık hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir.⁴

Ulusal mevzuatımızda ise başta Anayasa olmak üzere, sağlık hakkıyla ilgili birçok düzenleme mevcuttur. 1982 Anayasası’nın farklı maddelerinde doğrudan veya

¹ Sakıp Sabancı, **Her Şeyin Başı Sağlık**, Doğan Kitap, 2004.

² M. Savaş Bayındır, "Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu", **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 11, S.1-2, 2007, s. 552.

³ www.who.int (Erişim Tarihi:30.12.2021)

⁴ “*Her şahsın, gerek kendisi gerekse ailesi için, yiyecek, giyim, mesken, tıbbi bakım, gerekli sosyal hizmetler dahil olmak üzere sağlığı ve refahını temin edecek uygun bir hayat seviyesine ve işsizlik, hastalık, sakatlık, dulluk, ihtiyarlık veya geçim imkânlarından iradesi dışında mahrum bırakacak diğer hallerde güvenliğe hakkı vardır.*” (<https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/9a3bfe74-cdc4-4ae4-b876-8cb1d7eeae05.pdf> Erişim Tarihi: 24.10.2021); Ayrıca, Türkiye’nin de taraf olduğu Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi’nin 12. maddesi, “*Bu Sözleşme’ye Taraf Devletler, herkesin, ulaşılabilir en yüksek fiziksel ve zihinsel sağlık standardına sahip olma hakkını kabul ederler. herkesin, ulaşılabilir en yüksek fiziksel ve zihinsel sağlık standardına sahip olma hakkını kabul ederler.*” şeklindedir. (Yasemin Kılıç Öztürk, "Sağlık Hizmet Sunumunda İdarenin Kusur Sorumluluğu", **Ankara Medical Journal**, C. 15, S. 4, 2015, s. 236.)

dolaylı olarak sağlık hakkına ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir devlet olduğu düzenlenmiştir. Sosyal devlet ilkesi gereğince Devlet, vatandaşın refahının yükseltilmesi adına birtakım hizmetleri sunmakla yükümlüdür. Sağlık hizmetleri de sosyal devlet anlayışının uygulama alanlarının bir tanesidir. Anayasa'nın 5. maddesinde de devletin temel amaç ve görevleri arasında “*kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak*” ve “*insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak*” düzenlenmiştir. Devletin bu amaçlarına ulaşması hem bireylerin hem de toplumun sağlığının korunmasıyla mümkündür. Dolayısıyla bu düzenlemelerde dolaylı olarak sağlık hakkının düzenlendiği söylenebilir.

Anayasa'nın 17. Maddesinde düzenlenen yaşama hakkına ilişkin olarak Danıştay, “*Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen "yaşama hakkı" yalnızca yaşamını sürdürmek anlamında değil "sağlıklı yaşama hakkı"na sahip olmak anlamındadır.*”⁵ ifadelerini kullanmıştır. Dolayısıyla 17. maddenin doğrudan sağlık hakkıyla ilgili olduğu söylenebilir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de sağlık hakkına ilişkin önüne gelen uyuşmazlıklarda, 17. ve 56. maddeleri birlikte değerlendirerek karar vermektedir.⁶

Anayasa'nın *Sağlık Hizmetleri ve Çevrenin Korunması* başlıklı 56. maddesinde, sağlığın bir insan hakkı olduğu ve herkesin sağlıklı yaşamasının sağlanması adına Devletin pozitif yükümlülüğünün bulunduğu düzenlenmiştir.⁷

⁵ Dan. 15. D., 24.04.2017, E. 2013/2616, K. 2017/1913, Sinerji Mevzuat & İçtihat Programı; Benzer yönde bkz. Dan. 15. D., 13.10.2015, E. 2013/2969, K. 2015/5931, Sinerji Mevzuat & İçtihat Programı; Dan.8.D., 28.11.2011, E. 2011/5155, K. 2011/6094, www.hukukmedeniyeti.org Erişim Tarihi: 31.12.2021

⁶ “*Anayasa'nın 17. maddesinin amacı, esas olarak bireylerin maddi ve manevi varlığına karşı devlet tarafından yapılabilecek keyfi müdahalelerin önlenmesidir. Bunun yanı sıra devletin tıbbi müdahaleler nedeniyle kişilerin maddi ve manevi varlığını etkili olarak koruma, maddi ve manevi varlığına saygı gösterme şeklinde pozitif yükümlülüğü de bulunmaktadır. Nitekim Anayasa'nın 56. maddesinde de belirtildiği üzere pozitif yükümlülük, sağlık alanında yürütülen faaliyetleri de kapsamaktadır.*” (AYM, BB, Mustafa Biçer, B. No: 2018/22738, T. 20/10/2021, T.C. Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası.)

⁷ “*Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir. Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından*

Dolayısıyla sağlık, bu maddede doğrudan bir hak olarak düzenlenirken Devlet açısından ise birtakım yükümlülükler getirmektedir.

Sağlık hakkının, Anayasa’da düzenleme alanı bulan birçok hakla yakın ilişkisi bulunmaktadır. Anayasa’nın 60. maddesinde düzenlenen sosyal güvenlik hakkı doğrultusunda Devlet, sağlık hizmetinden yararlanan kişilerin giderlerini karşılayacak bir sistemi kurmakla yükümlüdür. Anayasa’nın 20. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliği doğrultusunda sağlık hizmetleri kapsamında ele edilen kişisel bilgilerin gizliliği korunmalıdır. Ayrıca sağlık faaliyetlerinde kişilerin mahremiyetinin sağlanması yine bu hakkın kapsamındadır. Anayasa’nın 49. maddesinde düzenlenen çalışma hakkı kapsamında devlete yüklenen “*çalışanların hayat seviyesini yükseltmek*” görevi yine sağlık hakkıyla ilişkilidir. Anayasa’nın 56. maddesinde düzenlenen çevre hakkı ve 57. maddesinde düzenlenen konut hakkı yine sağlık hakkıyla ilişkilidir. Dolayısıyla sağlığın kendisinin bir hak olmasının yanı sıra diğer hakların gereği gibi kullanılabilmesi açısından da önem arz ettiği söylenebilir.

AİHS’de sağlık hakkına ilişkin doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. AİHM sağlık hakkına ilişkin önüne gelen uyuşmazlıkları, Sözleşme’nin farklı maddeleri ile ilişkilendirerek karara bağlamaktadır. AİHM; sağlık hizmetinin yetersizliği nedeniyle ölüm iddialarını AİHS’nin 2. maddesinde düzenlenen yaşam hakkı bağlamında⁸, sağlık hizmetinin sunumunda kötü muamele iddialarını AİHS’nin 3. maddesinde düzenlenen işkence yasağı bağlamında⁹, sağlık hizmetinin sunumunda özel hayata müdahale iddialarını AİHS’nin 8. maddesinde düzenlenen özel hayata saygı hakkı bağlamında¹⁰ değerlendirmektedir. AİHM’ye göre yaşam hakkı yalnızca, taraf devletlere hukuka aykırı ve kasıtlı olarak bir kimsenin hayatına son vermekten kaçınmalarını yüklememektedir. Devletlere, bireylerin yaşamının koruması için

yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir. Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir”

⁸ AİHM, *Silih / Slovenya*, BN. 71463/01, T. 09.04.2013, hudoc.echr.coe.int.; Benzer yönde bkz. AİHM, *Zafer Öztürk / Türkiye*, BN. 25774/09, T. 21.07.2015, hudoc.echr.coe.int.; AİHM, *Eugenia Lazar / Romanya*, BN. 32146/05, T. 16.02.2010, hudoc.echr.coe.int.

⁹ AİHM, *D. / Birleşik Krallık*, BN. 30240/96, T. 02.05.1997, hudoc.echr.coe.int.; AİHM, *Paposhvili / Belçika*, BN. 41738/10, T. 13.12.2016, hudoc.echr.coe.int.

¹⁰ AİHM, *Erdinç Kurt vd. / Türkiye*, BN. 50772/11, T. 01.07.2017, hudoc.echr.coe.int.; AİHM, *Panteleyenko / Ukrayna*, BN. 11901/02, T. 29.06.2006, hudoc.echr.coe.int.

gerekli önlemlerin alınmasını da yüklemektedir.¹¹ Benzer olarak öğretide de, sağlık hakkının bulunmaması halinde, bireyin tam bir iyilik haline ulaşamayacağı ve yaşama hakkının da tam olarak var olamayacağı savunulmaktadır.¹²

Sağlığın bir hak olarak düzenlendiği Anayasa'nın 56. maddesinde, sağlık hizmetinin kamu hizmeti olarak Devlet tarafından gerçekleştirilmesi ve/veya denetlenmesi gerektiği belirtilmiştir. İlgili maddenin üçüncü ve dördüncü fıkrasında ise sağlık hizmetinin bir kamu hizmeti niteliğinde olduğu açıkça düzenlenmiştir.¹³

Anayasa Mahkemesi de sağlık hizmetinin kamu hizmeti niteliğinde olduğunu şu şekilde belirtmektedir: *“En geniş tanımı ile kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzelkişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri 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 nitelikleri gereği kamu hizmeti olarak değerlendirilmektedir.”*¹⁴ Anayasa Mahkemesi kararında, önce kamu hizmeti kavramının tanımı yapılmış daha sonra sağlık hizmetinin süreklilik ve düzenlilik niteliklerine vurgu yapılarak kamu hizmeti niteliğinde olduğu ifade edilmiştir.

Devlet, kamu hizmeti olarak sunduğu sağlık hizmetine ek olarak, genel sağlığın korunması amacıyla kolluk faaliyeti de gerçekleştirmektedir. Sağlık kolluğu olarak adlandırılan kolluk faaliyetinin amacı, toplumun bulaşıcı ve salgın hastalıklardan korunarak sağlıklı tutulmasıdır.¹⁵ Çalışmamızda kamu hizmetinde görevli sağlık kamu personelinin eylemleri ele alınacak olup genel sağlığın korunmasına yönelik

¹¹ Selman Karakul, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı, **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 3 S: 2, 2016, s. 175.

¹² Fatih Birtok, “Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinde İdarenin Kusura Dayanan Sorumluluğu”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, S. 3-4, 2007, s. 89.

¹³ “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.”

¹⁴ AYM, 22.11.2007, E.2004/114, K.2007/85, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası.; Aynı yönde bkz. AYM, 23.07.2009, E. 2005/145, K.2009/112, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası.

¹⁵ Turgut Tan, **İdare Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2016, s. 387.; Ramazan Çağlayan, **İdare Hukuku Dersleri**, Ankara, Adelet Yayınevi, 2019, s. 275.

gerçekleştirilen ve farklı esaslara tabi olan kolluk faaliyeti, çalışmamızın konusu kapsamında ele alınmayacaktır.

Sağlık hizmetinin, kamu hizmeti niteliğinde olmasından dolayı birtakım temel ilkeler çerçevesinde yürütülmesi gerekmektedir. Kamu hizmeti olmasından dolayı tabi olduğu başlıca ilkeler; eşitlik (tarafsızlık), süreklilik ve düzenlilik (devamlılık), uyarlanma (değişebilirlik) ve bedelsizlik (meccanilik) olarak sayılabilir.¹⁶

Eşitlik ilkesi uyarınca, eşit durumda bulunan kişilere eşit olarak farklı durumlarda olanlara farklı olarak sağlık hizmeti sunulmalıdır.¹⁷ Eşit durumda olanlar arasında ayrımcılık yapılarak sağlık hizmetinin sunulmaması veya farklı şekilde sunulması devletin sorumluluğuna neden olacaktır. Anayasa Mahkemesi bir kararında, “*Anayasa’nın 10. maddesi yer alan eşitlik... haklı nedenlerin varlığı durumunda farklı uygulamalara olanak veren uygulamadır.*”¹⁸ şeklinde belirtmiştir. Sağlık hizmeti uygulamasında, acil müdahaleye ihtiyaç duyulan kişilere öncelik verilmesi Anayasa Mahkemesi’nin bu kararıyla benzer doğrultudadır.

Süreklilik ilkesi uyarınca sağlık hizmeti, zaman itibarıyla kesintisiz ve istikrarlı bir şekilde sunulmalıdır.¹⁹ Sağlık hizmeti bir defaya mahsus olarak sunulmakla tükenmeyen, devamlı ihtiyaç duyulan bir hizmettir. İhtiyaç duyan bireylerin her an sağlık hizmetine başvurabilme olanağı bulunmalıdır. Sağlık hizmeti, bir an olsun dahi sunulmadığı anda devletin sorumluluğu doğabilecektir.

Uyarlanma ilkesi uyarınca sağlık kamu hizmeti, hem toplumun değişen ihtiyaçlarına cevap verebilmek hem de sürekli gelişen teknoloji ve bilimin toplum

¹⁶ Turan Yıldırım / Melikşah Yasin / Nur Kaman / H. Eyüp Özdemir / Gül Üstün / Özge Okay Tekinsoy, **İdare Hukuku**, 6. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015, ss. 503-504; Tan, **age.**, ss. 352-356.; Çağlayan, **age.**, ss. 243-249.

¹⁷ Tan, **age.**, s. 354.; Yıldırım/ Yasin / Kaman / Özdemir / Üstün/, Okay Tekinsoy, **age.**, ss. 503-504.

¹⁸ AYM, 28.06.1995, E. 1994/77, K. 1995/24 aktaran Çağlayan, **age.**, s. 247.

¹⁹ Çağlayan, **age.**, s. 244.; Tan, **age.**, s. 352.; Danıştay da bu doğrultuda, “*Kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli yürütülmesi asıldır*” şeklinde belirtmiştir. (Dan., 8. D., 22.05.1998, E. 1996/920, K. 1998/1846 aktaran (Yıldırım/ Yasin / Kaman / Özdemir / Üstün/, Okay Tekinsoy, **age.**, s. 505); Anayasa Mahkemesi de vermiş olduğu bir kararda sağlık hizmetinin kamu hizmeti niteliğine ve süreklilik ilkesine vurgu yapmıştır. (AYM, 22.11.2007, E.2004/114, K.2007/85, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası)

yararına sunulabilmesi adına kendisini geliştirmelidir.²⁰ Bir başka deyişle sağlık kamu hizmeti hem toplumun değişen ihtiyaçlarına hem de teknolojik ilerlemelere ayak uydurmalıdır. O halde sağlık kamu hizmeti, toplumun ihtiyaçlarına cevap verecek veya teknolojinin ilerlemesini yakalayacak ölçüde geliştirilemediği durumda idarenin sorumluluğu söz konusu olabilecektir.

Bedelsizlik ilkesi, eski zamanlardaki anlamını kaybetmiştir. Günümüzde kamu hizmetinin bedava olarak sunulması anlamına gelmemektedir. Anayasa Mahkemesi bir kararında, kamu hizmetinden yararlananlardan bedel alınmasının eşitlik ilkesinin bir gereği olduğuna hükmetmiştir.²¹ Her ne kadar sağlık hizmeti karşılığında bir bedel ödenmesinin hukuka uygun olduğu yargı organlarınca ifade edilmiş olsa da sağlık hizmetinin tüm giderlerinin yararlanan vatandaşa yüklenemeyeceği Danıştay tarafından belirtilmiştir. Danıştay önüne gelen bir uyuşmazlıkta; devletin bir görevinin de bireylerin sağlıklı yaşamalarının sağlanması olduğunu, tedavi giderlerinin tamamının hastaya veya bakmakla yükümlü olan kişilere bırakılmasının sağlıklı yaşama hakkı ve sosyal devlet ilkesi ile bağdaşmayacağını belirtmiştir.²² Eşitlik ilkesi uyarınca kamu hizmetinden yararlananlardan bir bedelin alınması, sağlıklı yaşama hakkı ve sosyal devlet ilkesi uyarınca da alınan bedelin bütün giderleri kapsayacak ölçüde olmaması gerekmektedir. Aksi uygulamalar devletin sorumluluğuna neden olabilecektir.

Bahsettiğimiz ilkelere uygun olarak sağlık hizmetinin sunulması devletin bir yükümlülüğüdür. Bu ilkelere uyulmadan sağlık hizmetinin sunulması halinde

²⁰ Tan, **age.**, s. 354.; Çağlayan, **age.**, s. 245.; Danıştay da bu ilkeyi şöyle ifade etmiştir: “...bir kamu kurumunun hizmetlerin artması, koşulların değişmesi karşısında kurumun dinamiğini günün koşullarına uydurması gerekirken, şehrin büyüdüğü, nüfusun arttığı ve bu durumda hizmeti karşılama olanağı bulunmadığından bahisle kurum olanaklarını değiştirmeyip dondurarak hizmetlerin sürüncemede kalmasına sebep olmak, kamu görevi ve kamu yönetimi kavramıyla bağdaştırılamaz.” (Dan.11.D., 04.05.1977, E. 1974/4855, K. 1977/1704, aktaran Yıldırım/ Yasin / Kaman / Özdemir / Üstün/, Okay Tekinsoy, **age.**, s. 508)

²¹ AYM, 18.02.1985, E. 1984/9, K. 1985/4 aktaran Yıldırım/ Yasin / Kaman / Özdemir / Üstün/, Okay Tekinsoy, **age.**, s. 514 .; Benzer doğrultuda Danıştay kararı için bkz. Dan. İDDGK, 03.07.2000, E. 2000/401, K. 2000/938, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası.

²² Dan. 10. D., 06.06.2010, E. 2010/6009 aktaran Özge Yücel / Gürkan Sert, **Sağlık Ve Tıp Hukukunda Sorumluluk Ve İnsan Hakları**, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 98.; Yine Danıştay önüne gelen uyuşmazlıkta, “Anayasa’da sosyal bir hak olarak düzenlenen sağlık hakkı, toplumun ve bireylerin sağlık yönünden güvenliğinin sağlanmasını ifade eder. Bu niteliğinden ötürü sağlık hakkı, günümüzde sosyal devlet ilkesinin bir unsuru olarak kabul edilmektedir.” şeklinde belirtmiştir. (Dan. 15. D., 08.03.2017, E. 2013/3792, K. 2017/1093 aktaran Yücel / Sert, **age.**, ss. 99-100.)

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak devletin sorumluluğu söz konusu olabilecektir. Sağlık kamu hizmetinin özel kuruluşlar tarafından sunulması durumunda da bu ilkeler geçerliliğini korumaktadır.²³ Hem kamu sağlık kuruluşlarından hem de özel sağlık kuruluşlarından kaynaklı olarak idarenin sorumluluğu ortaya çıkabilmektedir. Ancak çalışmamızda kamu kuruluşunda görev yapan sağlık kamu personelinin eylemleri ele alınacağı için idarenin özel sağlık kuruluşlarına ilişkin sorumluluğuna değinilmeyecektir.

Sağlık kamu hizmetinde idarenin yeterli personeli ve ekipmanı sağlamak, gerekli organizasyonu oluşturmak gibi yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu tür yükümlülükleri yerine getirmediği durumlarda idarenin sorumluluğu doğabilmektedir. Ayrıca idare, sağlık kamu hizmetinin sunumu sırasında bir zarara sebep olduğu takdirde, bu zararın idare tarafından giderilmesi hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir.²⁴ Nitekim Anayasa'nın 125. maddesinin yedinci fıkrası, "*İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.*" şeklinde düzenlenmiştir. Sağlık kamu hizmetinin sunumunda idarenin bir işlemi veya eylemi neticesinde zararın ortaya çıkması ihtimalinde idare, bu zararı ödemekle yükümlüdür. Hatta kimi zaman hukuka uygun şekilde gerçekleştirilen işlem ve eylemlerden dolayı zararın ortaya çıkması durumunda idare, kusursuz olsa dahi sosyal devlet ilkesi uyarınca sorumlu olabilmektedir.²⁵ Çalışmamızda idarenin kusurlu sorumluluğu kapsamına giren kamu personelinin eylemlerini inceleyeceğimiz için kusursuz sorumluluğa ilişkin değerlendirmelere yer verilmeyecektir.

Sağlık hizmetinin devlet tarafından yerine getirilmesi gereken bir hizmet olması, Anayasa'nın 2. maddesinde düzenleme alanı bulan sosyal devlet anlayışının bir gereğidir. Bu durum, devlet açısından yükümlülük birey için hak teşkil etmektedir.²⁶ Devlet, sağlık hizmetine ilişkin yükümlülüklerini Sağlık Bakanlığı eliyle

²³ Yıldırım/ Yasin / Kaman / Özdemir / Üstün/, Okay Tekinsoy, **age.**, s. 514.

²⁴ Aykut Cemil Aykın / Serkan Çınarlı, **Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 620.; Birtok, **agm.**, s. 92.

²⁵ Tan, **age.**, s. 441.

²⁶ Kılıç Öztürk, **agm.**, s. 238.

yerine getirmektedir.²⁷ Sağlık Bakanlığı bir başka deyişle idare ise kamu kuruluşlarındaki sağlık hizmetini Anayasası'nın 128. maddesinin birinci fıkrası uyarınca kamu görevlileri eliyle yürütmektedir. Sağlık hizmetinin sunulması kapsamında, kamu görevlilerinin gerçekleştirdikleri eylemler de idari eylem niteliğinde olmaktadır.

İdari eylem, idarenin bir kamu hizmetini yerine getirilmesi kapsamında idarenin ajanlarının yapmış olduğu bir hareket, tutum, olay ya da ortada herhangi bir idari işlem olmadan yapılan iş, ameliye ve hareket olarak tanımlanmaktadır.²⁸ Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu da idari eyleme ilişkin olarak, “*İdarenin idare etme fonksiyonu sırasında bir hareketi, bir olayı, bir tutumunu anlatır. İdari karar ve işlemle ilgisi olmayan idari de salt maddi bir tasarruftur. Öncesinde, temelinde, bir idari işlem olmayan bütünüyle idari eylem olarak ortada olan bir idari faaliyet söz konusudur.*” ifadelerini kullanmıştır.²⁹ Yargıtay’a göre ise idari eylem, “*kamu idare ve kurumlarının kamu görevine ilişkin, idare hukuku kural ve gereklerine göre yaptığı olumlu veya olumsuz davranıştır.*”³⁰ Uyuşmazlık Mahkemesi’ne göre hizmetten yararlanana yönelik eylemler, kamu hizmetinin etkisinden dolayı idari nitelikli olarak sayılmaktadır.³¹ Yine Uyuşmazlık Mahkemesi, sağlık hizmetlerinin kamu hizmeti kapsamında olduğunu ve sağlık hizmetinin sunumundan kaynaklanan uyuşmazlıklara ilişkin idarenin sorumluluğunun belirlenebilmesi adına yapılacak yargılamada idari yargının görevli olduğunu belirtmektedir.³²

İdarenin sorumluluğunun tespit edilebilmesi adına eylemleri, idari eylem niteliğinde olan kamu görevlilerinin kim olduğunun belirlenmesi gerekmektedir. Doktrinde, dar anlamıyla kamu görevlisi olarak tanımlanan kişilerin eylemi idari

²⁷ 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 13. bölümünde düzenleme alanı bulan Sağlık Bakanlığı’nın amacı 352. maddede, “*Herkesin bedenî, zihnî ve sosyal bakımdan tam bir iyilik hâli içinde hayatını sürdürmesini sağlamak*” olarak belirlenmiştir.

²⁸ Aykın / Çınarlı, *age.*, s. 650.

²⁹ DİBK, 14.04.1973, E. 1972/2, K. 1973/10 aktaran Aykın / Çınarlı, *age.*, s. 651.

³⁰ Yar. 4. HD, 22.01.1975, E. 1973/11399, K. 1975/903, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

³¹ UM, 14.10.1991, E. 1991/28, K. 1991/28 aktaran Taner Ayanoğlu, **Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemin Tanımlanması**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2004, s. 171.; UM, 28.11.1964, E. 1964/91, K. 1964/120 aktaran Ayanoğlu, *age.*, s. 279.

³² “*Kamu hizmeti 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 yapılabileceği...*” (UM, 18.10.1978, E. 1978/30, K. 1978/32 aktaran Bayındır, *agm.*, s. 573.)

eylem niteliğindedir. İdare hukukunun da konusunu oluşturan dar anlamıyla kamu görevlisi, “*bir kamu tüzel kişisi tarafından bir kamu hukuku bağıyla istihdam edilen görevliler*”³³ olarak tanımlanmaktadır. Dolayısıyla kamu tüzel kişisine bağlı olarak çalışma³⁴, bir kamu tüzel kişisi tarafından istihdam edilmiş olma³⁵ ve kamu hukuku bağıyla kamu tüzel kişisine bağlı olma³⁶ şartlarını sağlayan kişiler kamu görevlisi statüsündedir.³⁷

Çalışmamızın konusunu oluşturan kişiler, kamu görevlisi olmalarına ek olarak sağlık hizmetinin sunumunda görev yapmaktadırlar. Sağlık hizmetini yerine getiren personel, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda “*tabip, dış tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler*” olarak tanımlanmıştır.³⁸ Benzer olarak Hakeri de, “*sağlık hizmeti sunan sistemlerde çalışan kişiler*” olarak tanımlamıştır. Bu tanımlar hem özel kuruluşlarda hem de kamu kuruluşlarında çalışan kişilerin yanı sıra kamu kuruluşunda çalışmakla birlikte kamu görevlisi statüsünde olmayan kişileri de kapsamaktadır. Çalışmamızda sağlık hizmetinin sunumunda çalışan ve dar anlamıyla kamu görevlisi statüsünde olan kişilerin eylemleri ele alınacaktır. Bu kişiler çalışmamız boyunca sağlık kamu personeli olarak adlandırılacaktır.

Sağlık kamu personelinin vermiş olduğu zararlar, gerçekleştirmiş oldukları idari eylemlerden kaynaklandığı için idarenin sorumluluğuna neden olmaktadır. İdare; kendi seçmiş olduğu kamu personeli üzerinde denetim ve gözetim faaliyetini

³³ Kemal Gözler, **İdare Hukuku Cilt 2**, 3. Baskı, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2019, s. 657.; Benzer yönde bkz. Yıldırım/ Yasin / Kaman / Özdemir / Üstün/, Okay Tekinsoy, **age.**, s. 210.; Tan, **age.**, s. 487.; Çağlayan, **age.**, ss. 488-489.

³⁴ Bir kişi kamu hizmetini yerine getirse dahi kamu tüzel kişiliğine bağlı çalışmıyorsa kamu görevlisi değildir. Örneğin, serbest çalışan avukatlar her ne kadar kamuya bir hizmet sunsalar da kamu görevlisi değildirler. (Dan. 8. D., 27.01.1994, E. 1993/117, K. 1994/306 aktaran Gözler, **age.**, s. 657.)

³⁵ 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 36. maddesi uyarınca sağlık kamu personeli tarafından yerine getirilmesi gereken hizmetler, gerekli olduğu takdirde bedeli döner sermayeden karşılanması şartıyla satın alma yoluyla sunulabilmektedir. Hizmet alımı, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu uyarınca gerçekleştirilmektedir. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 36. maddesi uyarınca ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu çerçevesinde hizmet alımı yoluyla çalıştırılan kişilerin, kamu tüzel kişisi ile arasında istihdam ilişkisi bulunmadığından dolayı kamu görevlisi statüsü bulunmamaktadır. Örneğin hizmet alımı yoluyla çalıştırılan MR teknisyeni, kamu görevlisi değildir.

³⁶ Kamu tüzel kişilerinin özel hukuk bağıyla çalıştırmış oldukları kişiler kamu görevlisi statüsünde değildir. Bu kişiler işçi statüsündedir. İdare ile bu kişilerin arasındaki ilişki iş hukuku kapsamındadır. (Gözler, **age.**, s. 661)

³⁷ 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 4. maddesinde, “*Devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilenler*” olarak memur tanımı yapılmıştır.

³⁸ Hakan Hakeri, **Tıp Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 109.

yapabilmekte, bu görevlilere eğitim verebilmektedir. Dolayısıyla kamu personelinin hizmetin sunumu sırasındaki kusurlu davranışları idarenin görevlerini gerektiği gibi yerine getirmedeğini göstermektedir. Bu nedenle, kamu personelinin hizmetin sunumu sırasındaki kusurlu davranışı idarenin sorumluluğunun doğmasına neden olmaktadır.³⁹ Nitekim 1982 Anayasası'nın 40. maddesinin üçüncü fıkrası⁴⁰, 129. maddesinin beşinci fıkrası⁴¹, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesi⁴² uyarınca kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurların sonucunda vermiş oldukları zararların tazmini için ancak idare aleyhine dava açılabilir. Dolayısıyla idare, bu zararlı sonuçtan birinci dereceden sorumludur. Yargıtay vermiş olduğu bir kararda Anayasa hükümlerinin amacını şu şekilde açıklamıştır: *“Anayasa'nın bu hükümleri ile amaçlanan, memur ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken kusurlu davrandıklarından bahisle haklı ya da haksız olarak yargı mercileri önüne çıkarılmasını önlemek, kamu hizmetinin sekteye uğratılmadan yürütülmesini sağlamak ve aynı zamanda zarara uğrayan kişi yönünden de memur veya diğer kamu görevlisine oranla ödeme gücü daha yüksek olan devlet gibi bir sorumluyu muhatap kılarak kamu düzenini korumaktır.”*⁴³ Yargıtay'ın bu tespiti doğrultusunda hükümlerin, hem kamu görevlilerini hem de kamu hizmetinden yararlanan konumunda olanları koruduğu söylenebilir. Bu hükümler, kamu hizmetinden yararlanan konumunda olanlara zarar görmeleri halinde güçlü bir ödeme kabiliyeti bulunan idareden tazmin edebilme teminatı vermektedir. Ayrıca kamu görevlilerinin, daima tazminat ve ilk elden dava tehdidi altında kalmalarını da engellemektedir.⁴⁴

³⁹ Mustafa Avcı, “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Mali Sorumluluğu” **Ankara Barosu Dergisi**, S. 1, 2012, s. 121.; *Güran* da hizmet kusurundan dolayı kişilerin zarar görmesi halinde, bunun sorumlusunun yalnızca idare olduğunu ifade etmiştir. Kamu görevlilerinin bu sorumluluk meselesinin tamamen dışında olduğunu belirtmiştir. (Sait Güran, “Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu”, **Danıştay Dergisi**, S. 46-47, Y.12, s. 18.); *Kılıç Öztürk*, idarenin tüzel kişi olmasından dolayı, kusurunun esas olarak gerçek kişilerden oluşan organ ve personelinin kusurlu davranışları neticesinde meydana gelebileceğini ifade etmiştir. (Kılıç Öztürk, **agm.**, s. 240)

⁴⁰ *“Kişinin, Resmî görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.”*

⁴¹ *“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.”*

⁴² *“Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar.”*

⁴³ Yar. HGK, 01.02.2012, E. 2011/4-592, K. 2012/25, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁴⁴ Turan Yıldırım, “Sağlıkta İdarenin Sorumluluğu”, **Tıp Hukuku Atölyesi 2**, Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 187.

Anayasa hükümlerinde ve 657 sayılı Kanun hükmünde kamu görevlerinin “yetkilerini kullanırken” veya “görevlerini yerine getirirken” verdikleri zararlara ilişkin tazminat davalarının idare aleyhine açılabilceğı düzenlemiştir. Bu durumlar haricinde kalan kamu görevlilerinin eylemlerinden dolayı idare aleyhine dava açılmayacaktır.

Danıştay, idarenin yürütmekle mükellef olduğı kamu hizmeti kapsamında ortaya çıkan zarardan sorumlu olmasının nedenini ve hizmet kusurunun tanımını önüne gelen bir uyuşmazlıkta açıklamıştır: “İdare kural olarak, yürüttüğü kamu hizmetiyle nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlü olup; idari eylem ve/veya işlemlerden doğan zararlar, idare hukuku kuralları çerçevesinde, hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk ilkeleri gereğı tazmin edilmektedir...İdarenin hizmet kusuru sebebiyle sorumluluğı, idarece yürütölen hizmetin kuruluşunda, düzenlenmesinde veya işleyişinde ortaya çıkan her türlü bozukluk, aksaklık ve eksikliktir. Bu bağlamda hizmet kusuru, özel hukuktaki anlamından uzaklaşarak nesnelleşen, anonim bir niteliğe sahip, bağımsız karakteri olan bir kusurdur. Hizmet kusurundan dolayı sorumluluk, idarenin sorumluluğunun doğrudan doğruya ve asli nedenini oluşturmaktadır.”⁴⁵ Odyakmaz da hizmet kusurunu Danıştay ile benzer doğrultuda, “idarenin yürüttüğü bir hizmetin kurulmasında, düzenlenmesinde ve işleyişindeki bozukluk ve aksaklık” olarak tanımlamıştır.⁴⁶ Ayrıca hizmet kusuru kısaca, idarenin kusura dayanan sorumluluğı olarak da tanımlanmaktadır.⁴⁷ Kamu görevlilerinin kusurlu eylemleri idarenin sorumluluğına neden olduğı için hizmet kusurunun görünüm biçimlerinden birini oluşturmaktadır. Diğer yönden kamu görevlilerinin görevinden tamamen ayrılabilen kusurlarından dolayı ortaya çıkacak zarara ilişkin olarak adli yargıda kusurlu eylemi gerçekleştiren kişiye karşı tazminat davası açılabilir.

⁴⁵ Dan. 15. D., 04.03.2015, E. 2013/3258, K. 2014/1371 aktaran Aykın / Çınarlı, **age.**, ss. 624-626.; Benzer yönde bkz. Dan. 15. D., 12.03.2014, E. 2013/3865, K. 2014/1691 aktaran Aykın / Çınarlı, **age.**, ss. 628-629.; Dan. 10. D., 28.12.2007, E. 2005/8407, K. 2007/6526, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁴⁶ Zehra Odyakmaz, “İdare Hukuku Açısından Hasta Uygulamaları”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, C. 1, S. 5, 2011, s. 11.; Benzer yönde bkz. Ender Ethem Atay / Hasan Odabaşı, **Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğı ve Tazminat Davaları**, Seçkin Yayıncılık, 2010, s. 70.; Aydın Akgöl, “Danıştay Kararları Işığında Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması”, **Danıştay Dergisi**, S. 133, 2013, s. 33.

Kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken gerçekleştirdikleri kusurlu eylemler, kendilerine izafe edilebilecek nitelikte olsa dahi Danıştay tarafından görev kusuru olarak adlandırılmakta ve bu eylemlerden dolayı idarenin sorumlu olduğu ifade edilmektedir.⁴⁸ Ancak geçmiş tarihli Yargıtay ve Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarında, Danıştay'ın içtihadının aksine, kişisel kusur söz konusu olduğu zaman davanın idare aleyhine değil kişisel kusuru bulunan kamu personeli aleyhine açılacağı belirtilmektedir.⁴⁹ Yargıtay ve Uyuşmazlık Mahkemesi'nin geçmiş tarihli kararlarında belirtmiş olduğu bu görüşüne katılmak mümkün değildir. Anayasa'nın 40. 125. ve 129. maddeleri ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesi uyarınca kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken verdiği zararlar, kişisel kusur unsurundan bağımsız olarak idarenin sorumluluğuna neden olmaktadır. Hizmet kusuru ve kişisel kusur ayrımı; kamu görevlisinin kusurlu davranışı nedeniyle idarenin ödemek mecburiyetinde kaldığı tazminatın, kusura neden olan kamu görevlisine rücu edilip edilmeyeceği bakımından önem teşkil etmektedir.⁵⁰ Nitekim Yargıtay ve Uyuşmazlık Mahkemesi'nin de 2012 yılında vermiş oldukları

⁴⁷ Çağlayan, **age.**, s. 608

⁴⁸ "...kamu görevlilerinin idari bir tasarruf yaparken, mevzuatın, üstlenilen ödevin ve yürütülen hizmetin kural, usul ve gereklerine aykırı olarak, kendilerine izafe edilebilecek boyutta ve biçimde, ancak yine de resmi yetki, görev ve olanaklarından yararlanarak yaptıkları eylem ve işledikleri kusurları, idareden ayırlamamaları nedeniyle görevle ilgili olarak işlenen görev kusuru niteliğinde hizmet kusurunu oluşturmaktadır. Böyle bir durumda, zarar gören kişiler, idarenin personeline karşı değil, onları çalıştıran idareye karşı dava açmaları gerekmektedir. Çünkü, Anayasa'nın 125. maddesinin son fıkrasında, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu kuralına yer verildikten sonra, 129. maddesinin 5. fıkrasında da; 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 açılacağı hükme bağlanmıştır." (Dan. 10.D., 14.06.2010, E. 2008/643, K. 2010/5353 www.hukukmedeniyeti.org Erişim Tarihi: 01.01.2022); "Ayrıca, kamu görevlilerinin idari bir tasarruf yaparken, mevzuatın, üstlenilen ödevin ve yürütülen hizmetin kural, usul ve gereklerine aykırı olarak, kendilerine izafe edilebilecek boyutta ve biçimde, ancak yine de resmi yetki, görev ve olanaklarından yararlanarak yaptıkları eylem ve işledikleri kusurları, idareden ayırlamamaları nedeniyle görevle ilgili olarak işlenen "görev kusuru" niteliğinde hizmet kusurunu oluşturmaktadır." (Dan. İDDK, 15/10/2015, E. 2014/1989, K. 2015/3546, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.); Benzer yönde bkz. Dan. 10.D., 20.10.1999, E. 1997/721, K. 1999/5266 aktaran Birtek, **agm.**, s. 91.

⁴⁹ Yar. HGK, 31.10.2007, E. 2007/4-800, K. 2007/797, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; "...Anayasa'nın 129/5. maddesi gereğince memurların ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken meydana gelen zararlara ilişkin davaların idare aleyhine açılması gerekir. Ancak idare aleyhine dava açılabilmesi eylemin hizmet kusurundan kaynaklanmış olması koşuluna bağlıdır. Dava dilekçesindeki açıklamalara göre davacılar, davalı gerçek kişilerin kişisel kusuruna dayanmışlardır. Şu durumda mahkemece, öncelikle bu iddia doğrultusunda inceleme yapılmalı, bu bağlamda tarafların tüm delilleri toplanıp değerlendirilmeli, idarenin hizmet kusuru dışında, davalı gerçek kişilerin hizmetten ayrılabilen kişisel kusur oluşturabilecek davranışları bulunup bulunmadığı araştırılarak varılacak sonuca göre karar verilmelidir..." (Yar. HGK, 29.03.2006, E. 2006/4-86, K. 2006/111, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Benzer yönde bkz. Yar. HGK, 26.09.2001, E. 2001/4-595, K. 2001/643, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.; Uyuşmazlık Mahkemesi'nin bu yönde kararı için bkz. UM, 05.06.2006, E. 2006/26, K. 2006/75, Sinerji Mevzuat & İçtihat Programı.

kararlarında bu görüşlerini değiştirdiği ve Danıştay'ın içtihadına yaklaştığı görülmektedir.⁵¹ Söz gelimi, sağlık kamu personelinin zararlı sonuca kişisel kusuruyla sebep olduğu belirlenebiliyorsa dahi husumet, doğrudan kamu personeline yöneltilemeyecektir. Kişisel kusurun bulunması rücu davası açısından önem arz etmektedir. Aleyhine tazminata hükmedilen idare, sorumluluğun doğmasına kişisel kusuruyla neden olan sağlık kamu personeline kusuru oranında ödediği tazminatı rücu edebilmektedir.⁵² Diğer açıdan kamu görevlilerinin salt kişisel kusurları söz konusu olduğunda idarenin sorumluluğu söz konusu olmamaktadır.⁵³ Anayasa Mahkemesi'nin salt kişisel kusur kavramı yerine kişisel kusur kavramını kullandığı bir kararında, *"Kamu görevlilerinin, açıkça ve kolayca hizmetten ayrılabilen tasarruf ve hataları; kötü niyet ve amaçla ilgiliye 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*

⁵⁰ Avcı, **agm.**, s. 121.

⁵¹ "...bugüne kadar ki uygulamada, kamu personelinin mali sorumluluğunu çözmek için "hizmet kusuru" ve "kişisel kusur" ayırımı 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 islediği 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 kastî suç niteliği taşısa bile hizmet kusuru oluşturacağı bu nedenle açılacak davanın idare aleyhine açılması gerektiği..." (Yar. HGK, 01.02.2012, E. 2011/4-592, K. 2012/25, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); *"Davacılar zararının, kamu idaresi olan üniversite hastanelerinde görev yapan sağlık çalışanlarının sağlık hizmetini gereği gibi yürütmediğinden kaynaklandığını; dolayısıyla, idarelerin doğan zarardan hizmet kusuru ilkesi uyarınca sorumluluğunun bulunduğunu ileri sürmüşlerdir. Bu duruma göre, devlet hastanelerinin kamu hizmetini yürüttüğü sırada kişiye 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."* (UM, 24.12.2012, E. 2012/283, K. 2012/294 aktaran Serkan Çınarlı, **İdarenin Sağlık Hizmetinin Sunumundan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu**, Orion Kitabevi, 2013, ss. 210-211.)

⁵² Çınarlı, **age.**, s. 203.; Perihan Çetinkaya, **Hemşirelikte Tıbbi Uygulama Hataları Ve Hukuki Sonuçları**, Seçkin Yayıncılık, 2016, ss. 167-173.; Kılıç Öztürk, **agm.**, s. 242.; Buket, Deniz, "İdarenin Sorumluluğunu Doğuran Hizmet Kusuru ve Hizmet Kusuru – Kişisel Kusur Ayrımı", **TBB Dergisi**, S. 153., 2021, s. 231.; Birtek, **agm.**, s. 96.; Karşıt görüş bildiren Armağan, kamu görevlilerin idare fonksiyonlarını yerine getirirken doğrudan kendilerine bağlanan kusurlu fiili işlemleri halinde kişisel kusurun söz konusu olduğunu belirtmiştir. (Tuncay Armağan, **İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları**, Seçkin Yayıncılık, 1997, s. 83.) Benzer olarak Odyakmaz da, *"Kamu görevlisinin kişisel kusurundan idare sorumlu olmaz; o kusurlu tutum ve davranışı yapan kamu görevlisi sorumlu olur. Kamu görevlisi kişisel kusurundan dolayı, Borçlar Kanunu'nun 41. ve devamı maddelerinde düzenlenen "haksız fiil/haksız eylem" esasına göre sorumlu tutulur."* şeklinde görüş bildirmiştir. (Odyakmaz, **age.**, s. 28.)

⁵³ Birtek, **agm.**, s. 98.; Gözler ise bu kusuru saf kişisel kusur olarak adlandırmaktadır. (Gözler, **age.**, s. 1138)

*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.*⁵⁴ şeklinde belirtmiştir. Bu karardan hareketle sağlık kamu personelinin; açıkça hizmetten ayrılabilen eylemleri ile kötü niyetle ilgiliye zarar verme kastıyla gerçekleştirdiği eylemler idarenin sorumluluğuna neden olmamaktadır. Ayrıca sağlık kamu personelinin suç niteliğindeki eylemleri, ceza hukuku bağlamında ele alınmaktadır ve çalışmamızın konusu kapsamına girmemektedir.

Sağlık kamu personelinin idarenin sorumluluğunun doğmasına neden olan kusurlu davranışları, idarenin hizmet kusuru kapsamında değerlendirilmektedir.⁵⁵ Hizmet kusuruna bağlı olarak sorumluluğun doğabilmesi ise fiil, kusur, zarar ve nedensellik bağının bulunmasına bağlıdır.

Sorumluluğun doğması açısından ilk şart fiilin yani bir işlem veya eylemin bulunmasıdır. Aktif olarak gerçekleştirilen bir fiil olabileceği gibi yapılması gereken bir fiilin yapılmayarak hareketsiz kalınması şeklindeki pasif bir fiil de sorumluluğa neden olabilmektedir.⁵⁶ Sağlık kamu personelinin hukuka aykırı eylemleri neticesinde idarenin sorumluluğu ortaya çıkabileceği gibi hukuka aykırılığı doğrudan tespit edilemeyen tıbbi standartlara aykırı eylemlerinden dolayı da söz konusu sorumluluk ortaya çıkabilmektedir. Çalışmamızda sağlık kamu personelinin hangi eylemlerinin idarenin sorumluluğuna sebep olabileceği incelenecektir. Kusur sorumluluğunun doğması bakımında gerekli kusur, zarar ve nedensellik bağı unsurları ayrıca ve ayrıntılı olarak incelenmesi gereken unsurlar olduğu için bu çalışmanın konusu olmayacaktır.

Sağlık hizmetlerinde kamu personelinin hangi eylemlerinin, idarenin sorumluluğuna neden olacağının belirlenmesi adına birtakım kriterler getirilmesi zordur. Diğer bir açıdan yargı mercileri de bu konuya ilişkin olarak istikrarlı karar

⁵⁴ AYM, 25.03.1975, E. 1974/42, K. 1975/62 aktaran Birtek, **agm.**, s. 94.

⁵⁵ Tan, **age.**, ss. 457-459.; Çağlayan, **age.**, ss. 617-618.

⁵⁶ Bayındır, **agm.**, s. 563.; Aykın / Çınarlı, **age.**, s. 670.

verememiştir.⁵⁷ İdarenin sorumluluğunun ortaya çıkıp çıkmadığının tespit edilebilmesi için her somut olayın kendine has ölçütlerle değerlendirilmesi gerekmektedir. Somut değerlendirmeler yapabilmek adına, çalışmamızın birinci bölümünde sağlık kamu personelinin idarenin sorumluluğunun doğmasına neden olan hukuka aykırı eylemleri incelenecektir. İkinci bölümde ise sağlık kamu personelinin idarenin sorumluluğunun doğmasına neden olan tıbbi standartlara aykırı eylemleri incelenecektir.

⁵⁷ Bahtiyar Akyılmaz, “Sağlık Kamu Hizmetini Yürüten Kamu Görevlilerinin Neden Olduğu Zararlardan Devletin Sorumluluğu”, **Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Lefke Avrupa Üniversitesi II. Sağlık Hukuku Sempozyumu**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011, s. 108.

BİRİNCİ BÖLÜM

SAĞLIK KAMU PERSONELİNİN HUKUKA AYKIRI EYLEMLERİNDEN KAYNAKLANAN İDARENİN SORUMLULUK SEBEPLERİ

Kamu personelinin sağlık hizmetinin yürütülmesi sırasındaki eylemlerinin hukuka aykırı olduğu iddiası, idare aleyhine açılan dava nedenlerinden bir kısmını oluşturmaktadır. Kamu personeli, sağlık hizmetini; anayasa, kanunlar ve normlar hiyerarşisinde bulunan diğer düzenlemeler doğrultusunda yerine getirmekle yükümlüdür. Sağlık kamu personelinin bu yükümlülüklerine aykırı hareket etmeleri halinde, sağlık hizmetinin sunumuyla görevli olan idarenin sorumluluğu söz konusu olmaktadır.

Sağlık hizmetinin yürütülmesi kapsamındaki işlem ve eylemlerin hukuka uygun bir şekilde nasıl yerine getirileceği, hangi işlem ve eylemlerin hukuka aykırı nitelikte olduğu toplu bir halde düzenlenmemiştir. Hasta Hakları Yönetmeliği haricinde genel olarak soyut düzenlemeler içeren sağlık hizmetinin yürütülmesine ilişkin mevzuatın daha iyi anlaşılması adına Danıştay'ın uygulamadaki tutumunun ortaya konulması önem arz etmektedir. Bu doğrultuda hukuka aykırılık sebeplerinin sınıflandırılması, idarenin sorumluluğunun ortaya çıkıp çıkmadığının tespiti adına faydalı olacaktır.

Mevzuat ve Danıştay kararları göz önüne alındığında kamu sağlık kuruluşlarında sıklıkla karşılaşılan hukuka aykırı eylemlerin sınıflandırılabilmesi mümkündür. İdarenin sorumluluğuna sebep olan sağlık kamu personelinin hukuka aykırı eylemleri büyük ölçüde, kişisel sağlık verilerinin korunmaması (I) ve aydınlatılmış onam yükümlülüğüne uyulmaması (II) nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Ek olarak tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren kişinin mevzuatta öngörülen “yetki” sınırına uymaması (III) da hukuka aykırı eyleme ve dolayısıyla idarenin sorumluluğunun doğmasına sebebiyet vermektedir.

I. Kişisel Sağlık Verilerinin Korunmamasından Kaynaklanan Sorumluluk Sebepleri

Teknolojinin ilerlemesiyle birlikte bilgi paylaşımı oldukça artmıştır. Bireyler, kendilerine ait bilgileri kolayca paylaşır ve diğer bireylere ait bilgilere daha kolay ulaşır hale gelmişlerdir. Bu bilgilerin, kişinin iradesinden bağımsız olarak açıklanması kişinin zarar görmesine neden olabilmektedir. Bu tür zararların doğmasının önlenmesi amacıyla önceki dönemlerde, kişiye özgü ve kişinin menfaati olmadıkça kimseyle paylaşmayacağı bilgiler sır olarak adlandırılmaktaydı.⁵⁸ Günümüzde ise sır kavramı yerine daha geniş bir kavram olan kişisel veri kavramı kullanılmaktadır.⁵⁹ Kimliği belirli ya da belirlenebilir olan bir kişiye ait her türlü bilgi kişisel veri olarak değerlendirilebilmektedir. Bu bilgiler; belirli bir kimsenin kimliğine, etnik kökenine, öğrenim ve çalışma durumuna, fiziksel özelliklerine ilişkin olabileceği gibi bir kişinin bireysel ya da aile içi yaşantısına ilişkin ve başkaları ile gerçekleştirdiği haberleşmelere ilişkin de olabilmektedir. Ayrıca bir kimsenin ikamet, kredi kartı bilgileri, emniyet ile kişisel inanç ve düşünceleri hatta alışveriş alışkanlıklarına ilişkin bilgiler dahi kişisel veri kapsamına girmektedir.⁶⁰

Geniş bir alanı kapsayan kişisel veri kavramının kullanılması, kişisel bilgilerin korunmasına verilen önemin arttığının bir göstergesidir. Hem Dünya genelinde hem de ülkemizde, kişisel verilere ilişkin hukuki düzenlemeler oluşturulmakta ve devlet denetiminde olan belirli bir düzen içerisinde bu veriler korunmak istenmektedir. Kişisel verilerin korunma gereksinimi Avrupa ülkelerince temel bir insan hakkı

⁵⁸ Cahid Doğan, “Sağlık Haklarından Hekimlerin Sır (Kişisel Veri) Saklama Mükellefiyeti”, **Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007**, 1. Baskı, Ankara Barosu Yayınları, 2008, s. 106.; “Bir hastanın başkaları tarafından bilinmeyen ve duyulması hoş karşılanmayacak özellikleri ve hastalıkları sır olarak kabul edilir...Sır saklama yükümlülüğü anlamındaki sır, açıklanmamasında hastanın menfaati bulunan her şeydir.” (Serkan Kızılyel, “İdarenin Sağlık Hizmetinden Kaynaklanan Sorumluluğu”, **Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007**, 1. Baskı, Ankara Barosu Yayınları, 2008, ss. 214-215.); “Sahibinin açıklanmamasında yarar gördüğü her türlü bilgi” olarak kısaca tanımlanmaktadır. (Sabire Sanem Yılmaz, **Tıp Alanında Kişisel Verilerin Açıklanması Suçu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 31.)

⁵⁹ Örneğin 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda kullanılan “sır” kavramı yerine 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda “*kişisel veri*” kavramı kullanılmıştır.

⁶⁰ Hüseyin Can Aksoy, **Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması**, Ankara, Çakmak Yayınevi, 2010, s. 1.

olarak kabul edilmektedir. Hatta bazı ülke anayasalarında kişisel verilerin korunması hakkı, temel bir insan hakkı olarak düzenlenmiştir.⁶¹ Ülkemizde, Avrupa'daki ülkelere nazaran geç de olsa 2010 yılında Anayasa'nın 20. maddesine, "*Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.*"⁶² hükmü eklenmiştir. Anayasa hükmü doğrultusunda da 2016 yılında Kişisel Verilerin Korunması Kanunu çıkarılmıştır. 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 3. maddesinde de kişisel veri, "*kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi*" olarak geniş bir şekilde tanımlanmıştır.⁶³

Kişisel veri olarak adlandırılan verilerin bir kısmı, bireylerin temel hak ve özgürlükleri ile daha yakın ilişkisi olduğu gerekçesiyle özel nitelikli kişisel veri olarak adlandırılmaktadır. 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 6. maddesinde sayılan özel nitelikli kişisel veri kapsamında kişilerin sağlığı ve cinsel hayatına ilişkin veriler de bulunmaktadır.⁶⁴ Kişinin sağlığına ilişkin veriler, özel nitelikli kişisel veri kategorilerinden biri olması sebebiyle yüksek düzeyde koruma altına alınmıştır.⁶⁵ Diğer yönden 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 5. maddesi uyarınca kişisel veriler, ilgili kişinin açık rızası olmaksızın kural olarak işlenememektedir. Kişilerin sağlığı ve cinsel hayatına ilişkin veriler ise diğer kişisel verilerden farklı olarak "*kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik,*

⁶¹ 1831 tarihli Belçika, 1975 tarihli İsveç, 1976 tarihli Portekiz ve 1978 tarihli İspanya anayasalarında kişiler verilerin korunması hakkı düzenlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Akgül, **agm.**, s. 25.

⁶² Bu anayasal düzenleme öncesinde, 2003 yılında, sağlık verilerinin korunmasına ilişkin olarak ayrıntılı içeriğe sahip olmasa da bir sözleşmenin, TBMM tarafından çıkartılan onaylanmasının uygun bulunduğu dair 5013 sayılı Kanun ile hukukumuzda girdiği görülmektedir. Biyoloji Ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları Ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları Ve Biyotıp Sözleşmesi'nin *Özel Yaşam Ve Bilgilendirilme Hakkı* başlıklı 10. maddesindeki, "*Herkes, kendi sağlığıyla ilgili bilgiler bakımından, özel yaşamına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.*" hükmü ile sağlık verilerine ilişkin bir düzenleme Türk hukukunda yer almıştır. (RG. 09.12.2003, S. 25311)

⁶³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Aksoy, **age.**, ss. 11-34.

⁶⁴ "*Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veridir.*"

⁶⁵ Akgül, **agm.**, s. 27; Aksoy, **age.**, s. 30.

tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla” ilgilinin açık rızası bulunmamasına rağmen işlenebilmektedir.⁶⁶ Kişisel sağlık verilerinin kayıt altına alınmaları ve işlenmelerinin sağlık hizmetinin etkili şekilde yürütülmesi adına gerekli olduğu göz önüne alındığında, sağlık verileri açısından istisna tanıyan düzenlemenin yerinde olduğu söylenebilecektir.

Kişisel sağlık verisi, Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik’in 4. maddesinde, *“Kimliği belirli ya da belirlenebilir gerçek kişinin fiziksel ve ruhsal sağlığına ilişkin her türlü bilgi ile kişiye sunulan sağlık hizmetiyle ilgili bilgileri,”* olarak tanımlanmıştır. Ayrıca bireyin ölümüne ilişkin bilgilerin de kişisel sağlık verisi niteliğinde olduğu ifade edilmektedir.⁶⁷

Sağlık verilerinin kayıt altına alınması milattan önceki yıllara dayanmaktadır.⁶⁸ Aynı şekilde, hastalara ait bilgilerin gizli tutulmasının önemli olduğuna dair düşünce de milattan önce 5. yüzyıla kadar uzanmaktadır. O dönemde yaşamış olan Hipokrat’ın günümüzde hala kullanılan yemininde, *“Gerek sanatımın icrası sırasında, gerek sanatımın dışında insanlarla münasebette iken etrafımda olup bitenleri, görüp işittiklerimi bir sır olarak saklayacağım ve kimseye açmayacağım.”*⁶⁹ şeklinde yer alan cümlesi geçmişte de hekim ile hasta ilişkisinde öğrenilen bilgilerin gizli tutulmasına önem verildiğini göstermektedir.

Çağımızın getirdikleriyle birlikte sağlık hizmetinde kullanılan modern tıbbi metotlar, tıp bilimini daha karmaşık hale getirmiştir. Bu karmaşık yapıda düzenin ve tedavi başarısının sağlanması adına, hastalara ait bilgilerin tam ve ayrıntılı şekilde belgelenmesi gerekliliği ortaya çıkmıştır. Hastalara ait bilgilerin kayıt altına alınması, saklanması ve gerektiği zaman tekrardan kullanılması bir zorunluluk haline

⁶⁶ 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun 6. maddesinin üçüncü fıkrasındaki düzenleme bu yöndedir.

⁶⁷ Akgül, **agm.**, s. 22.

⁶⁸ Milattan önce 668-627 yılları arasında Mezopotomya’da yaşamış olan Kral Asurbanipal dönemine ait olduğu düşünülen tıbbi kayıtlar içeren 660 adet tablete ulaşılmıştır. (Mehmet Altundiş, “Tıbbi Kişisel Verilerin Tutulması ve Korunması Yükümlülüğü ve İdarenin Bu Yükümlülüğünü Yerine Getirmemesinden Doğan Sorumluluğu”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y. 7, S. 28, 2016, s. 322.)

⁶⁹ Yılmaz, **age.**, s. 28.

gelmiştir.⁷⁰ Dolayısıyla sağlık hizmetini yürüten idare, hizmetin yerine getirilmesi esnasında bireyler hakkında pek çok bilgi toplamakta, bu bilgileri kayıt altına almakta ve işlemektedir.

Kayıt altına alınan kişisel sağlık verilerine ilişkin bireylerin temel olarak iki hakka sahip oldukları, doktrinde bazı yazarlar tarafından savunulmaktadır. Bu haklardan ilki, bu verilerin gizliliğinin korunması; ikincisi ise bu kayıtların hangi bilgilere yönelik tutulduğunu bilme hakkı olarak ifade edilmektedir. Ayrıca verilerin gizliliğinin korunmasını isteme hakkının içerisinde, bilgilerin doğruluğunu kontrol etme ve bunları denetleme yetkisinin de bulunduğu belirtilmektedir.⁷¹ Bu güvence ile hasta, kişisel bilgilerini hekime daha rahat ve doğru bir şekilde iletecek, hastanın doğru tedaviye ulaşması kolaylaşacaktır.

Hastaların kendilerine ait tıbbi kayıtlara ilişkin bilgi edinme hakkının temel dayanağı, Anayasa'nın "*Dilekçe, Bilgi Edinme ve Kamu Denetçisine Başvurma Hakkı*" başlıklı 74. maddesidir.⁷² Anayasa hükmü doğrultusunda 4982 sayılı Bilgi Edinme Kanunu düzenlenmiştir. Kanunun "*Bilgi Verme Yükümlülüğü*" başlıklı 5. maddesinde, kurum ve kuruluşların istisnalar⁷³ dışında bilgi edinme başvurusunda bulunanlara hızlı ve doğru bir şekilde istenilen bilgileri verme yükümlülüğünün olduğu düzenlenmiştir.⁷⁴ Uluslararası mevzuat hükümleri de hastaların bilgilendirilme ve tıbbi kayıtlara erişim hakkına sahip olduğu yönündedir.⁷⁵

⁷⁰ Pervin Somer, "Tıbbi Kayıtlar", **III. Sağlık Hukuku Kurultayı 7-8 Mayıs 2010**, Ankara Barosu Yayınları, 2011, s.526.

⁷¹ Erkan Küçükgüngör, "Tıbbi Kayıtlarda Sır Saklama Yükümlülüğü", **III. Sağlık Hukuku Kurultayı 7-8 Mayıs 2010**, Ankara Barosu Yayınları, 2011, ss. 568-569.

⁷² "*Herkes, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkına sahiptir.*"

⁷³ İstisnaların neler olduğu Kanun'un "*Bilgi Edinme Hakkının Sınırları*" başlıklı dördüncü bölümünde açıklanmıştır. Devlet sırrına, ülkenin ekonomik çıkarlarına, istihbarata, idari soruşturmaya, adli soruşturmaya ve kovuşturmaya ilişkin bilgi veya belgeler ile yargı denetimi dışında kalan idari işlemlerden kişinin çalışma hayatını ve mesleki onurunu etkileyecek nitelikte olan bilgi ve belgeler istisna kapsamındadır. Ayrıca özel hayatın ve haberleşmenin gizliliğini ihlal edecek bilgi veya belgeler, fikir ve sanat eserleri, ticari sır niteliğindeki bilgi ve belgeler ile kurum içi düzenlemeler, kurum içi görüş ve tavsiyeler aynı şekilde istisna kapsamında kalmaktadır.

⁷⁴ "*Kurum ve kuruluşlar, bu Kanunda yer alan istisnalar dışındaki her türlü bilgi veya belgeyi başvuranların yararlanmasına sunmak ve bilgi edinme başvurularını etkin, süratli ve doğru sonuçlandırmak üzere, gerekli idari ve teknik tedbirleri almakla yükümlüdürler.*"

⁷⁵ Biyoloji Ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları Ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları Ve Biyotıp Sözleşmesi'nin *Özel Yaşam Ve Bilgilendirilme Hakkı* başlıklı

4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun *Bilgi Verme Yükümlülüğü* başlıklı 5. maddesinde, kurum ve kuruluşların bilgi edinme başvurusu yapanlara hızlı ve doğru bir şekilde istenilen bilgileri verme yükümlülüğü olduğu düzenlenmiştir.⁷⁶ 4982 sayılı Bilgi Edinme Kanunu'nun 10. ve 11. maddesi uyarınca, başvuru dilekçesinde istediği bilgi ve belgeleri açıkça belirten başvurucuya, kurum ve kuruluşlar istenilen bilgi ve belgelerin on beş iş günü içinde onaylı bir kopyasını verirler. Ancak niteliği gereği bilgi ve belgelerin kopyasının verilmesi mümkün değilse kurum ve kuruluşlar, başvurucunun not veya ses kaydı alabilmesini sağlarlar. Aynı kanunun 12. maddesi uyarınca başvuru dilekçesi ve başvuru cevabı, elektronik ortamda veya diğer iletişim araçları yoluyla gönderilebilmektedir. Başvurunun reddedilmesi halinde ise bu karar, gerekçesi ve karara karşı başvuru yolları ile birlikte başvurucuya gönderilmektedir.

Bilgi Edinme Kanunu, tüm kurum ve kuruluşlara ilişkin olarak genel nitelikte bir düzenlemedir. Bireylerin kendi sağlık verilerine ulaşmaları ve denetleme yetkisine sahip olduklarına ilişkin ayrıntılı düzenlemeler ise Hasta Hakları Yönetmeliği'nde bulunmaktadır. Yönetmeliğin, *Kayıtları İnceleme* başlıklı 16. maddesinde, hastanın doğrudan veya vekili veya kanuni temsilcisi vasıtasıyla kayıtları inceleme hakkına sahip olduğu belirtilmektedir.⁷⁷ Ayrıca Yönetmeliğin 17. maddesi uyarınca, Hastanın kayıtları incelemeye hakkı olduğu gibi kayıtların düzeltilmesini de talep etme hakkı bulunmaktadır. Bireyler, sağlık kurum ve kuruluşlarına vermiş oldukları kişisel sağlık verilerinin, idare tarafından hukuka uygun olarak işlenmesi ve muhafaza edilmesini isteme hakkına sahiptir. Kişisel sağlık verilerinin yanlış veya eksik tutulması halinde ise kişinin başvurması üzerine, verilerin düzeltilmesi idareye yüklenmiş bir yasal zorunluluktur.⁷⁸ Danıştay, bilgi edinme hakkının kullanılması çerçevesinde talep edilen hasta dosyası, ölüm raporu

10. maddesindeki “Herkes, kendi sağlığı hakkında toplanmış herhangi bir bilgiyi öğrenme hakkına sahiptir.”

⁷⁶ “Kurum ve kuruluşlar, bu Kanunda yer alan istisnalar dışındaki her türlü bilgi veya belgeyi başvuruların yararlanmasına sunmak ve bilgi edinme başvurularını etkin, süratli ve doğru sonuçlandırmak üzere, gerekli idari ve teknik tedbirleri almakla yükümlüdürler.”

⁷⁷ “Hasta, sağlık durumu ile ilgili bilgiler bulunan dosyayı ve kayıtları, doğrudan veya vekili veya kanuni temsilcisi vasıtası ile inceleyebilir ve bir suretini alabilir. Bu kayıtlar, sadece hastanın tedavisi ile doğrudan ilgili olanlar tarafından görülebilir.”

⁷⁸ Akgül, *Kişisel Sağlık*, s. 31.; Ayrıca, Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmeliği'nin “Kişisel sağlık verilerinin düzeltilmesi” başlıklı 13. maddesinde kişisel sağlık verilerinin düzeltilmesi işleminin usulüne ilişkin ayrıntılı düzenleme bulunmaktadır.

gibi belgeleri idarenin davacıya süresinde vermemesinden dolayı hizmet kusurunun bulunduğu hükmetmiştir. Bilgi edinme hakkının gerektiği gibi kullanılmasına idare tarafından engel olunmasının “*çocukları ölü olarak doğan anne ve baba nezdinde, sağlık uygulamalarının kusurlu işletildiği hususunda oluşturulan şüphe ve ruhsal çöküntü*” ye sebep olacağı gerekçesiyle manevi zararın tazminat yoluyla karşılanması gerektiğini belirtmiştir.⁷⁹

İdarenin, bilgi edinme kapsamında bilgileri doğru, kesin ve tam olarak verme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu şartlara uyulmadan bilgilerin verilmesi halinde idare, kişisel sağlık verilerini hukuka aykırı olarak açıklamış olacaktır. Nitekim Danıştay, sağlık verilerinin kesin ve tam olarak doğrulanmasının yapılmadan açıklanması halinde idarenin sorumlu olacağını belirtmektedir. Devlet hastanesinde yaptırmış olduğu HIV testinin pozitif çıktığını öğrenmesi nedeniyle intihar eden hastanın yakınları tarafından açılan davada Danıştay, test sonucunun doğrulama testi olmaksızın açıklanmasından dolayı idarenin ağır hizmet kusurunun bulunduğu hükmetmiştir.⁸⁰ Danıştay önüne gelen başka bir uyuşmazlık konusu olayda, davacıya ait AIDS testinin sonucunun pozitif çıktığı doğrulanmadan hastane görevlilerince basına sızdırılmıştır. Olay sonucu, aşçı olarak görev yapan davacının işsiz kalması nedeniyle uğradığı maddi zarar ve duyduğu üzüntü nedeniyle uğradığı manevi zararın idareden tazmini gerektiğine hükmedilmiştir.⁸¹

AİHM bir kararında, kişinin kendisine ait sağlık verilerini inceleme yetkisinin bulunduğunu ve bu kapsamda toplanan verilerden örnek alabileceğini, bu hakkın kişinin yetkilendirmiş olduğu kişiler tarafından da kullanılabileceğini belirtmiştir.

⁷⁹ Dan. 15. D., 15.04.2015, E. 2014/5076, K. 2015/2184 aktaran Aydın Akgül, "İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazmin Sorumluluğu ve Danıştayın Yeni Yaklaşımı" , **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 20, S. 1, 2016, s. 291.

⁸⁰ "...olayda, davacılar yakınının Devlet Hastanesinde yapılan ve pozitif çıkan HIV testinin sonucunun, davacıların yakını da dahil olmak üzere doğrulama testi yapılmadan hiç kimseye açıklanmaması ve ilgilinin doğrulama testi için bir üst basamak sağlık kuruluşuna sevkı gerekirken, laboratuvar teknisyeni tarafından doğrulama testi yapılmadan önceki aşamada pozitif çıkan test sonucunun açıklanmasının neden ve etkisiyle davacılar yakını intihar etmek suretiyle yaşamını yitirdiği, dava konusu olayın oluş şekli, hastalığın niteliği ve özelliği dikkate alındığında, davacılar yakınının idarenin ağır hizmet kusurunun neden ve etkisiyle intihar etmek suretiyle yaşamını yitirmesi sonucunda doğan zarar ile idari faaliyet arasında uygun nedensellik bağı bulunduğu..." (Dan. 10.D., 28.12.2007, E. 2005/8407, K. 2007/6526 aktaran Akgül, **Kişisel Sağlık**, ss. 40-41.)

⁸¹ Dan. 10.D., 31.1.1996, E:1994/5314, K:1996/294, aktaran Yakup Bal/Yahya Şahin/Mustafa Karabulut, **Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003, s. 351.

Tıbbi kayıtlara ilişkin belgelerin örneğinin almasının engellenmesi durumunda, AİHS'nin “*Özel Hayata Ve Aile Hayatına Saygı Hakkı*” başlıklı 8. maddesinin ve 6. maddesinde düzenlenen mahkemeye erişim hakkının ihlaline neden olacağı AİHM tarafından ifade edilmiştir.⁸²

Hastaların sahip olduğu bilgi edinme hakkının kullandırılmamasında olduğu gibi hastalara ait kişisel verilerin muhafaza altına alınmaması veya eksik olarak kayıt altına alınması durumunda idarenin sorumluluğu oraya çıkmaktadır(A). Benzer şekilde kayıt altına alınan verilerin gizliliğinin sağlanamaması da idarenin sorumluluğunu doğurmaktadır(B).

A. Kişisel Sağlık Verilerinin Muhafaza Edilmemesi veya Eksik Tutulması

Sağlık hizmetinin etkili bir şekilde yürütülmesi adına kişisel sağlık verileri kayıt altına alınmakta, işlenmekte ve ileride kullanılmak adına muhafaza edilmektedir. 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun *Temel Esaslar* başlıklı 3. maddesi ile idareye kişisel sağlık verilerinin tutulması, muhafazası ve işlenmesi yükümlülüğü verilmiştir.⁸³ İdare de bu yükümlülüğünü, sağlık kamu personeli eliyle yerine getirmektedir. Nitekim, Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı

⁸² “Başvuranlar hamilelikleri boyunca ve doğum yaptıkları sırasında doğu Slovakya'daki iki hastanenin kadın hastalıkları ve doğum bölümünde tedavi gören Roman kökenli sekiz Slovakya vatandaşıdır. Süregelen gebe kalma girişimlerine rağmen, başvuranların hiçbiri, hastanelerde son kaldıkları ve sezaryen operasyonu ile doğum yaptıkları tarihten sonra hamile kalamamıştır. Başvuranlar, kısırlıklarının operasyon esnasında bilgileri dışında kısırlaştırılmış olmalarından kaynaklandığından şüphelenmişlerdir. Mahkeme başvuranların tıbbi kayıtlarının fotokopilerini almalarının mümkün olmaması nedeniyle, Sözleşme'nin 8. maddesinin (özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı) ihlal edildiğine hükmetmiştir. Mahkeme ayrıca, başvuranların veya avukatlarının tıbbi kayıtların fotokopilerini alamamalarının mahkemeye etkin erişimlerini kısıtladığı gerekçesiyle Sözleşme'nin 6. maddesinin (mahkemeye erişim) ihlal edildiğine karar vermiştir. Son olarak, Mahkeme Sözleşme'nin 13. maddesinin bir kanuna itiraz etmek üzere bir hukuk yolunun bulunmasını güvence altına almadığı gerekçesiyle Sözleşme'nin 8. maddesiyle birlikte 13. maddesinin (etkili başvuru hakkı) ihlal edilmediğine hükmetmiştir.” (AİHM, K.H. ve Diğerleri / Slovakya, BN. 32881/04, T. 28.04.2009, https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Roma_TUR.pdf Erişim Tarihi: 10.07.2021)

⁸³ “Herkesin sağlık durumunun takip edilebilmesi ve sağlık hizmetlerinin daha etkin ve hızlı şekilde yürütülmesi amacıyla, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca gerekli kayıt ve bildirim sistemi kurulur.”

İcrasına Dair Kanun'un 72. maddesinde, sağlık hizmetini yerine getiren personelin kayıt tutmakla mükellef olduğu hükmü bulunmaktadır.⁸⁴

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 6. maddesinin üçüncü fıkrasında, kişilerin sağlığı ve cinsel hayatına ilişkin verilerin ilgilinin açık rızası bulunmamasına rağmen işlenebilmesi olanağının bulunduğu düzenlenmiştir. Bu doğrultuda söz konusu verileri işleme görevi de 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin "*Bilgi toplama, işleme ve paylaşma yetkisi*" başlıklı 378. maddesi uyarınca Sağlık Bakanlığı'na verilmiştir.⁸⁵ Diğer yönden Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliği⁸⁶ ve Aile Hekimliği Uygulama Yönetmeliği⁸⁷ gibi sağlık hizmetinin sunumunu düzenleyen yönetmelikler, sağlık personelinin tıbbi kayıt tutulma zorunluluğuna ilişkin benzer doğrultuda düzenlemeler içermektedir.

Kişilere ait tıbbi kayıtların tutulması, hem hastaya hem de tıbbi girişimleri gerçekleştiren sağlık personeline birçok yarar sağlamaktadır. Kayıtların tutulması, hastalığın teşhisi ve belirlenecek tedavi yöntemi açısından sağlıklı karar verilmesine yardımcı olmasının yanı sıra tedavi süresince bu kararların kontrol edilmesine imkan sağlamaktadır. Benzer veya birbiriyle ilişkili hastalıkların ileride görülmesi halinde, teşhis ve tedavi faaliyetini gerçekleştirecek hekime yardımcı olmaktadır. Ayrıca kayıtlar, ileride ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklarda ispat aracı olarak kullanılmaktadır.⁸⁸ Anayasa Mahkemesi; kayıtların tutulması ve saklanması,

⁸⁴ "İcrayı sanat eden tabipler, dış tabipleri, dişçiler ve ebeler numunesi veçhile Sıhhiye ve Muaveneti İçtimaiye Vekaleti tarafından tertip ve mahalli sıhhiye memurlarınca musaddak, hastaların isim ve hüviyetlerini kayda mahsus bir protokol defteri tutmağa mecburdurlar. Bu defterlerin kuyudu ücretten mütevellit davalarda Sahibi lehine delil itihaz olunabilir. Şu kadar ki müstenidi iddia olan kaydın hilafı vesaik veya delaili muteberei saire ile ispat edilebilir."

⁸⁵ "Sağlık 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 işlenebilir.

Sağlık hizmetinin verilmesi, kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi ile sağlık hizmetlerinin planlanması ve maliyetlerin hesaplanması amacıyla Bakanlık, birinci fıkra kapsamında elde edilen verileri alarak işleyebilir."

⁸⁶ Yönetmeliğin Kayıt ve bildirim başlıklı 33. maddesinde "Acil sağlık hizmetleri sunan bütün hizmet birimleri, Bakanlıkça hazırlanan kayıt formlarını doldurmak ve bildirim formları ile sundukları hizmet ile ilgili bilgileri Bakanlığa periyodik olarak bildirmek zorundadırlar." denilmiştir.

⁸⁷ Yönetmeliğin Kayıtların tutulma şekli ve muhafazası başlıklı 31. maddesinde "Aile hekimi kendisine kayıtlı kişilerin kişisel sağlık dosyalarını tutmakla yükümlüdür. Kayıtların güvenliği ve mahremiyeti aile hekiminin sorumluluğundadır." denilmiştir.

⁸⁸ Mehmet Ayan, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Kazancı Hukuk Yayınları, 1991, s. 95; Mehmet Demir, **Hekim ve Hastane Yönünden Tıbbi Sorumluluk Hukuku**, Yetkin Basımevi, 2018, ss. 169-170.

teşhis ve tedavi faaliyetlerinin tıbbi standartlar çerçevesinde yerine getirilip getirilmediğinin belirlenmesindeki rolünün önemli olduğunu bir kararında ifade etmiştir. Ayrıca tıbbi kayıtların tutulması, saklanması ve gerektiğinde yargısal mercilere ibraz edilmesi gibi sorumlulukların tıbbi müdahaleleri gerçekleştiren sağlık kuruluşuna ait olduğunu belirtmiştir.⁸⁹

Kişisel sağlık verilerine ilişkin kayıtların hiç tutulmaması veya eksik tutulması idarenin sorumluluğuna yol açmaktadır.⁹⁰ Hastaya ilişkin gerçekleştirilen tıbbi faaliyetlerin kayıtlarının gerektiği gibi tutulmaması, uygulanan tedavide zararlı bir sonucun meydana gelmesi halinde bu durumun sebebinin öğrenilmesine engel teşkil edecektir. Somut olayda şiddetli bel ağrısı şikayeti sonucu devlet hastanesine başvuran davacı enjeksiyon sonucu sol bacağına his kaybı oluştuğunu ileri sürmüştür. Ancak bu iddianın doğruluğu, kayıtların eksik tutulması nedeniyle tam olarak tespit edilememiştir. Danıştay, “...davacının, hakkında uygulanan tedavileri ve zararlı sonucun sebebinin öğrenmesine yarayacak tıbbi kayıtların noksan olması, dolayısıyla maddi gerçeğe (rahatsızlığının nedenine) hiçbir zaman ulaşamayacak ve ömür boyu şüphe duyacak olması nedeniyle uğradığı manevi zararının tazmini gerektiğine...” hükmetmiş ve idareyi sorumlu tutmuştur.⁹¹

Kişisel sağlık verilerinin gerektiği gibi muhafaza edilmemesi durumunda da Danıştay; tıbbi girişimin irdelenme olanağı ortadan kalktığı gerekçesiyle hizmetin kusurlu işletildiğine karar vermektedir. Bu tür durumlarda hastanın maddi bir zararı oluşmasa dahi ortaya çıkan belirsizlik nedeniyle hastanın duymuş olduğu üzüntünün hafifletilmesi gerekçesiyle idare aleyhine manevi tazminata hükmedilmektedir.⁹² Özellikle adli vakalar söz konusu olduğunda, hastaya ait tıbbi belgelerin

⁸⁹ “Tıbbi müdahale sonucunda vücutta sakatlık ya da maddi ve manevi varlığı zedeleyen diğer rahatsızlıkların meydana geldiği vakalarda 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.” (AYM, BB, Eyüp Kurt, BN. 2015/6926, T. 04.04.2019, RG, 08.05.2019, S. 30768; AYM, BB, Hatice Turhan, B. No: 2016/4642, T. 20/11/2019, T.C. Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası)

⁹⁰ Akgül, **Kişisel Sağlık**, s. 35.

⁹¹ Dan. 10.D., 09.07.2012, E. 2010/111, K. 2012/3358 aktaran Akgül, **Kişisel Sağlık**, s. 38.

⁹² Dan. 10.D., 27.12.2011, E. 2009/9151, K. 2011/5976 aktaran Akgül, **Kişisel Sağlık**, s. 36.

muhafazasına daha çok özen gösterilmesi gerektiği Danıştay tarafından ifade edilmektedir.⁹³

Tıbbi müdahaleler sonucu zarara uğranıldığı iddiası ile idare aleyhine hem maddi hem manevi tazminat istemiyle dava açılabilir. Bu gibi davalarda idari yargı organları; hastanın dava anındaki durumuna ilişkin olarak bilirkişi incelemesi yaptırabilirken geçmişe dair olarak en güçlü somut delil, sağlık kurumundaki hastanın tıbbi kayıtları olmaktadır. Ancak hastaya ait tıbbi kayıtlara her daim tam ve eksiksiz olarak ulaşılamamaktadır. Bu nedenle maddi zarara yol açan sorumluluğun tespiti bakımından bir takım zorluklar yaşanmaktadır. Hem maddi hem manevi tazminat istemi yönünden reddedilerek önüne gelen bir davada Danıştay; hastaya üç defa tıbbi müdahalede bulunulmasına rağmen hastanın grafilerinin hukuka uygun şekilde muhafaza edilmemesi ve hasta dosyasının kaybedilmesinin, sağlık hizmetinin işletilmesine ilişkin ağır hizmet kusuru teşkil ettiğini belirtmiştir. Hastaya ait tıbbi kayıtların idare tarafından mahkemeye ibraz edilememesinin, idarenin sorumluluğunun bulunup bulunmadığına ilişkin yargısal denetimi de engellediğini açıkça ifade etmiştir. Danıştay, maddi tazminatın reddedilmesi yönünden ilk derece mahkemesinin kararını hukuka uygun bulmuş ancak idare tarafından tazmin edilmesi gereken manevi zararın bulunduğu hükmetmiştir.⁹⁴ Her ne kadar Danıştay tarafından verilen kararda, ilk derece mahkemesinin aksine manevi tazminata hükmedilmiş olsa da inceleme yapılmadığı gerekçesiyle maddi tazminat yönünden davanın reddedilmesi bir takım sıkıntıları beraberinde getirmektedir. Maddi zarar,

⁹³ “...adli bir dosya olmasına rağmen önemli delillerin (NST grafileri) kaybolmasını engellemede gerekli özeni göstermediğinden Kadın Doğum Bölümünün kusurlu olduğuna, önemli delillerin (NST grafileri) kaybolmasını engellemede gerekli özeni göstermeyen ve hastane acil ameliyat koşullarının organizasyonunda eksikliği bulunan hastane idaresinin kusurlu olduğuna 30.5.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda, Yüksek Sağlık Şurası’na yapılan tespitler uyarınca, davalı idarece yürütülen sağlık hizmetinin kuruluşunda ve işleyişinde ağır hizmet kusurunun bulunduğu açıktır...” (Dan. 10. D., 27.03.2002, E. 2004/6540, K. 2007/4237, Sinerji Mevzuat & İçtihat Programı)

⁹⁴ Dan. 10. D., 29.04.2008, E. 2007/3301, K. 2008/2939 aktaran Muhammed Ali Aydın, **İdarenin Hizmet Kusurundan Doğan Sorumluluğu**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016, ss. 93-94.; Danıştay önüne gelen benzer bir uyuşmazlıkta, hastaya ait MR sonuçlarının kaybolmasından dolayı tıbbi müdahale irdelenememiş ve yalnızca manevi tazminata hükmedilmiştir: “Davalı idare tarafından hastaya ait MR’ların orjinalleri muhafaza edilmeyerek ibraz edilememesi nedeniyle, yapılan tıbbi müdahalenin yerinde olup olmadığının irdelenme imkânı ortadan kalktığından davacının mevcut belirsizlik ve şüpheden dolayı duyduğu üzüntü ve sıkıntının giderilebilmesi için manevi tazminat talebinin değerlendirilmesi gerekirken aksi kanaatle manevi tazminat talebinin reddi yönünde verilen mahkeme kararında hukuka uygunluk bulunmamıştır.” (Dan.15. D., 16.05.2017, E. 2013/6539, K. 2017/2532, Sinerji Mevzuat & İçtihat Programı)

çoğu zaman yalnızca idarenin elinde bulunan hastanın tıbbi kayıtları vasıtasıyla tespit edilebilmektedir. Bu kayıtların idare tarafından mahkemeye sunulmaması durumunda, maddi zarar bakımından sorumluluğun tespit edilemediği gerekçesiyle idare aleyhine maddi tazminata hükmedilmemektedir. İdarenin, hem davalı konumda olduğu hem de delil niteliğindeki evrakları tek başına elinde bulundurduğu unutulmamalıdır. Bu durum, Danıştay uygulaması ile birlikte düşünüldüğünde, idarenin maddi tazminattan kaçmak adına aleyhine olan belgeleri mahkemeye sunmaması sonucunu doğurabilecektir. Ülkemizde manevi tazminatlara, maddi tazminatlara nazaran oldukça düşük miktarlarda hükmedildiği de düşünüldüğünde, Danıştay uygulamasının adalet duygusuna zarar verdiği ve hakkaniyetten uzak olduğunu söylemek yerinde olacaktır. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin görüşü de idare tarafından mahkemeye sunulmamış olan belgelerin başvuru aleyhine yorumlanmasının adil olmayacağı yönündedir: “...*başvurucular sağlık kuruluşuna nazaran oldukça zayıf konumda yer almakta ve başvuru yapanların 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 oluşturmaktadır.*”⁹⁵ İdare aleyhine açılan maddi tazminat istemli davalarda, idarenin gereken kayıtları tutmaması sebebiyle maddi tazminatın reddedilmesi yönündeki Danıştay uygulaması yerinde değildir. İdarenin gerektiği gibi kayıt altına almamasından dolayı ispatlanma olanağı ortadan kalkan maddi olgulara ilişkin iddiaların, idare aleyhine değerlendirilme yapılarak hükmün kurulması yerinde olacaktır.⁹⁶

B. Kişisel Sağlık Verilerinin Hukuka Aykırı Olarak Açıklanması

İdarenin; hastaların sağlık verilerini tam ve eksiz olarak kayıt altına alma yükümlülüğüne ek olarak, bu verilerin gizliliğinin sağlanması yükümlülüğü de

⁹⁵ AYM, BB, *Eyüp Kurt*, BN. 2015/6926, T. 04.04.2019, RG, 08.05.2019, S. 30768; Benzer yönde bkz. AYM, BB, *Hasan Kamer*, BN. 2018/11847, T. 16/6/2021, RG, 17.09.2021, S. 31601.

⁹⁶ Benzer yönde bkz. Cihan Yüzbaşıoğlu, **İdare ve Personel Yönüyle Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Sorumluluk**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 157.

bulunmaktadır. Sağlık hizmetinden yararlanan birinin sırrının saklanmaması, başka bir deyişle kişisel bilgilerinin üçüncü kişilerle paylaşılması, öngörülen hukuki yükümlülüğe uyulmaması anlamına gelmektedir. Ortaya çıkan hukuka aykırı durumdan dolayı da sağlık hizmetini yürütmekle mükellef olan idare açısından sorumluluğun doğması söz konusu olmaktadır.⁹⁷

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun *Veri Güvenliğine İlişkin Yükümlülükler* başlıklı 12. maddesinde, kişisel verilere görevleri sebebiyle ulaşabilen kişilerin bu verileri açıklaması ve görev amaçları dışında kullanması yasaklanmıştır.⁹⁸ Görevi sebebiyle kişisel verilere ulaşma imkanı olan kişilere ilişkin genel hüküm içeren kanun hükmünün yanı sıra Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi⁹⁹, sağlık hizmeti kapsamında ulaşılan verilere ilişkin düzenleme içermektedir. Nizamnamenin 4. maddesi, hekim ve dış hekimlerinin görevlerinin icrası sırasında öğrendikleri bilgileri kanundan kaynaklanan bir zorunluluk olmadığı sürece paylaşamayacaklarını düzenlenmiştir.¹⁰⁰ Nizamnamenin söz konusu hükmü yalnızca hekim ve dış hekimlerine yönelik bir yükümlülük getirmiştir. Hasta Hakları Yönetmeliği'nde ise sağlık hizmetinde görev olan herkes için söz konusu yükümlülüğün bulunduğu düzenlenmiştir. Yönetmeliğin *Bilgilerin Gizli Tutulması* başlıklı 23. maddesi, sağlık hizmetinin verilmesi sebebiyle edinilen bilgilerin kanuni istisnalar dışında açıklanmasını yasaklanmıştır. Bireyin rıza göstermesi söz konusu olsa dahi kişilik hakları zarar görecektse kişisel bilgilerin açıklanmasından kaynaklanan sorumluluğun yine de doğacağı öngörülmüştür.¹⁰¹

⁹⁷ Serkan Kızılyel, "Sağlık Hizmetinin Sunumunda Sır Saklama Yükümlülüğünün İdare Hukukuyla Etkileşimi Üzerine", **Sağlık Hukuku Digestası**, Ankara Barosu Yayınları, Y:1, S:1, 2009, s. 338.; Altundış, **agm.**, s. 349.

⁹⁸ "Veri sorumluları ile veri işleyen kişiler, öğrendikleri kişisel verileri bu Kanun hükümlerine aykırı olarak başkasına açıklayamaz ve işleme amacı dışında kullanamazlar. Bu yükümlülük görevden ayrılmalarından sonra da devam eder"

⁹⁹ RG. 19.02.1960, S. 10436.

¹⁰⁰ "Tabip ve dış tabibi, meslek ve sanatının icrası vesilesiyle muttali olduğu sırları, kanuni mecburiyet olmadıkça, ifşa edemez."

¹⁰¹ "Sağlık hizmetinin verilmesi sebebiyle edinilen bilgiler, kanun ile müsaade edilen haller dışında, hiçbir şekilde açıklanamaz.

Kişinin rızasına dayansa bile, kişilik haklarından bütünüyle vazgeçilmesi, bu hakların başkalarına devri veya aşırı şekilde sınırlandırılması neticesini doğuran hallerde bilginin açıklanması, bunları açıklayanın hukuki sorumluluğunu kaldırmaz."; Ayrıca, Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın *Sır Saklama Yükümlülüğü* başlıklı 9. maddesi de hasta bilgilerinin açıklanmasına ilişkin olarak hekimler açısından ayrıntılı düzenleme içermektedir: "Hekim, hastasından mesleğini uygularken öğrendiği sırları açıklayamaz. Hastanın ölmesi ya da o hekimle ilişkisinin sona ermesi, hekimin bu yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Hastanın onam vermesi ya da sırrın saklanmasının hasta ya da

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 258. maddesinde düzenlenen genel kural ile görevi nedeniyle edinilen ve gizli kalması gereken bilgilerin kamu görevlileri tarafından paylaşılması yasaklanmıştır.¹⁰² Ceza Kanunu'nda kamu görevlilerine ilişkin öngörülen söz konusu ceza sorumluluğu, idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Çünkü idarenin sorumluluğu ceza sorumluluğundan farklı olarak ortaya çıkan hizmet kusurundan kaynaklanan bir sorumluluktur. Ceza kanunundaki düzenleme, kanun koyucunun bu konuya verdiği önemin bir göstergesidir. Kişisel verilerin korunması yükümlülüğüne uymayan sağlık personelinin cezai sorumluluğunun olmasının yanı sıra sağlık kamu personelini istihdam eden idareye karşı tazminat davası açılması da söz konusu olabilmektedir.¹⁰³

Hastaya ait verileri saklama yükümlülüğü, muayene ve tedavi aşamalarında aktif rol oynayan hekimlerin yanı sıra diğer sağlık personeli için de bir yükümlülüktür.¹⁰⁴ Sağlık hizmetinin sunumu sırasında öğrenilen bilgilerin kayıt altına alınması ve açıklanmaması; sağlık personeli veya idarenin takdirine bırakılmamıştır. Hastaya ait bilgi ve belgelerin üçüncü kişilerin kolayca erişebildiği herhangi bir koruyucu tedbir bulunmayan alanlarda bırakılması da doğrudan açıklanmasında olduğu gibi kişisel sağlık verilerinin gizliliğinin ihlal edilmesi anlamına gelmektedir. Örneğin sağlık personeli özellikle de hemşirelerin, hastaların sağlık verilerinin yer aldığı tıbbi çizelge benzeri belgeleri hasta odalarında veya halka açık diğer yerlerde bırakması ihlale sebep olabilecektir.

Dünya Hekimler Birliği'nin Hasta Hakları Bildirgesi'nde¹⁰⁵ *“Hastanın sağlık durumu, tıbbi durumu, tanısı, tedavisi, prognozu ve bireye özel diğer tüm bilgiler*

öteki insanların yaşamını tehlikeye sokması durumunda, hastanın kişilik haklarının zedelenmemesi koşuluyla, hekim bu sırrı saklamakla yükümlü değildir. Yasal zorunluluk durumlarında hekimin rapor düzenlemesi de, meslek sırrının açıklanması anlamına gelmez. Hekim, tanık ya da bilirkişi olarak mahkemeye çağrıldığında olayın meslek sırrı olduğunu ileri sürerek bu görevlerinden çekilebilir.”

¹⁰² “Görevi nedeniyle kendisine verilen veya aynı nedenle bilgi edindiği ve gizli kalması gereken belgeleri, kararları ve emirleri ve diğer tebligatı açıklayan veya yayınlayan veya ne suretle olursa olsun başkalarının bilgi edinmesini kolaylaştıran kamu görevlisine, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası verilir.”

¹⁰³ Kızılyel, **Sır Saklama Yükümlülüğü**, s. 330; Simge Demir, **Kamu Görevlisi Hekimlerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Sorumluluğu**, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 57.

¹⁰⁴ Küçükgüngör, **agm.**, s. 556.

¹⁰⁵ Santiago Bildirgesi olarak da bilinen söz konusu bildirme, Dünya Hekimler Birliği'nin 171. Konsey Oturumu'nda Ekim 2005'te kabul edilmiştir. (www.ttb.org.tr Erişim: 05.02.2021)

*ölümden sonra bile gizli olarak korunmalıdır.”*¹⁰⁶ şeklinde belirtmiştir. AİHM’ye göre de kişisel sağlık verilerinin gizliliğine saygı gösterilmesi, AİHS’yi imzalamış tüm ülkelerin hukuk sistemleri için oldukça önemli bir ilkedir. Bu ilke ile kişilerin sağlık hizmetine olan güveninin korunması amaçlanmaktadır. Hastanın kişisel bilgilerinin şüphesiz bireyin özel hayatıyla ilgili olduğunu ifade eden AİHM; kişisel sağlık verilerinin paylaşılmasına ilişkin iddiaları, AİHS’nin “*Özel Hayata Ve Aile Hayatına Saygı Hakkı*” başlıklı 8. maddesi kapsamında değerlendirmektedir.¹⁰⁷

Ulusal ve uluslararası mevzuat hükümleri bir bütün olarak incelendiğinde, üçüncü kişilerle paylaşılması yasaklanan bilgilerin; yalnızca kişisel sağlık verilerine ilişkin olmadığına “*mesleki görevin icrası sırasında öğrenilen bireye ait her türlü özel bilgi*” ye ilişkin olduğuna dikkat edilmelidir. Sağlık personelinin hasta sırları başta olmak üzere görevleri sebebiyle öğrendikleri bilgileri paylaşmaları yasaklanmıştır. Sağlık verilerinin idare tarafından üçüncü kişilerle paylaşılması, kanundan kaynaklanan istisnalar dışında hizmet kusuruna neden olmaktadır.

Kişisel sağlık verilerinin hukuka aykırı olarak açıklanması sonucunda, bu verileri öğrenen üçüncü kişinin kamu makamı olması durumunda dahi yargı organları, idarenin sorumluluğunun doğduğuna karar vermektedir. Rize İdari Mahkemesi’nin önüne gelen bir uyuşmazlıkta, lisede öğretmen olarak görev yapmakta olan davacı, çalıştığı kurumda ek ders ücretlerinin ödenmesi ile ilgili problem yaşaması üzerine okul müdürlüğüne başvurmuştur. Okul müdürlüğü, ilçe milli eğitim müdürlüğünün öğretmenin sevkli olduğu günlere ilişkin olarak 1. ve 2. basamak sağlık verilerinin incelenmekte olduğu bilgisini vermiştir. Davacı bunun üzerine sağlık verilerinin hukuka aykırı şekilde paylaşıldığı iddiası ile Sağlık Bakanlığı aleyhine manevi tazminat davası açmıştır. Rize İdare Mahkemesi kararında, “*Anayasanın “Özel Hayatın Gizliliği” başlıklı 20. maddesinin 3.*

¹⁰⁶ Bildirgenin devamında da hasta bilgilerinin gizli korunmasının istisnaları belirtilmiştir: “*Gizlilik kuralı ancak hastanın kendisine ya da çevresine ciddi bedensel, ruhsal ya da ekonomik zarar verme olasılığı varsa bozulabilir. Hasta yakınlarının kendileri ilgili sağlık risklerini öğrenmeleri açısından bu bilgilere ulaşabilme hakkı olmalıdır. Bu tür verilerin alındığı insan ürünleri de aynı şekilde korunmalıdır.*

Hasta ile ilgili tanı ve tedavi sürecine ilişkin tıbbi bilgiler sadece hastanın açık izni veya mahkemenin kesin isteği üzerine açıklanabilir. Hastanın açık olarak izin vermediği durumlarda bu bilgiler sadece bilgilendirilmesi gereken ve bilgiye erişim yetkisi ve sorumluluğu olan diğer yardımcı sağlık çalışanına hastanın yararı ilkesi gözetilerek açılabilir.”

fıkrasında, herkesin, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahip olduğu, bu hakkın; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsayacağı, kişisel verilerin, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebileceği...” ni belirttikten sonra “*Dava konusu olayda, kişisel veri niteliğindeki sevki olduğu günlere ilişkin 1.basamak ve 2. basamak sağlık verilerinin hukuka aykırı şekilde paylaşılmasının...*” hizmetin kusurlu işlemesine neden olduğuna hükmetmiştir.¹⁰⁸

Kayıt altına alınan kişisel verilerin güvenliğinin korunması kadar, bireyin kişisel verilerinin paylaşıldığı ortamın gizliliğinin korunması da önem arz etmektedir. Bu ortamın gizliliğinin sağlanması “*mahremiyet hakkı*” ile ifade edilmektedir. Mahremiyet kavramı ilk olarak 1890 yılında Amerikalı yargıçlar Brandeis ve Warren tarafından “*bireyin yalnız bırakılma hakkı*” olarak tanımlanmıştır.¹⁰⁹ Sağlık hizmetinden yararlanılma esnasında, hastanın başka bireylerle paylaşmayacağı gizli bilgileri hekimi ve diğer sağlık personeli tarafından öğrenilebilmektedir. Bazı durumlarda ise bireyin kendisinin dahi bilmediği, kendisiyle ilgili çok özel bir durumu hekim, sağlık hizmeti kapsamında öğrenmekte ve hasta ile paylaşmaktadır.¹¹⁰ Hastanın mahrem olarak adlandırılacak bedensel uzuvları, düşünceleri ve bilgilerin hekim ile hasta arasında paylaşıldığı, tıbbi müdahalenin gerçekleştirildiği ortamda üçüncü kişilerin bulunması hasta mahremiyetinin ihlal edilmesine neden olacaktır.

Mahremiyeti, özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması hakkından farklı düşünmemek gerekmektedir. Mahremiyet, sağlık hizmeti faaliyetlerinin tüm aşamalarında korunması gereken kişisel bir haktır. Sağlık hizmeti faaliyetlerinde hasta mahremiyetine dikkat edilmemesi, kişisel sağlık verilerinin en baştan gizliliğini ihlal edecektir. Diğer bir açıdan sağlık hizmeti faaliyetleri, hasta mahremiyetine özen gösterilerek tamamlansa dahi kişisel sağlık verilerinin korunma zorunluluğu devam

¹⁰⁷ AİHM, Z. / Finlandiya, BN. 22009/93, T. 25.02.1997, Hudoc.echr.coe.int.

¹⁰⁸ Rize İdare Mahkemesi, 08.10.2015, E. 2015/304, K. 2015/603 aktaran Altundiş, **agm.**, ss.346-348.

¹⁰⁹ Aksoy, **age.**, s. 48.

etmektedir. Kayıt altına alınan kişisel sağlık verilerini koruma yükümlülüğü kural olarak hastanın ölümünden sonra dahi devam etmektedir.¹¹¹ Özel hayatın gizliliği ve mahremiyet hakkına ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu bir kararında, “*Özel hayata saygı hakkı kapsamında korunan hukuksal çıkarlardan biri de bireyin mahremiyet hakkıdır. Özel hayata saygı hakkı, ilişki kurmak ve geliştirmek üzere çevresinde bulunanlarla temas kurma hakkını da içermektedir. Kişilerin mesleki hayatı özel hayatlarıyla sıkı bir irtibat içindedir.*”¹¹² şeklinde belirtmiştir. Bu karardan hareketle özel hayatın gizliliğinin, mahremiyet hakkını kapsar nitelikte üst bir hak olduğu söylenebilir. Benzer şekilde, kişisel veri kavramının altında yatan değer de özel hayatın gizliliği olduğu doktrinde ifade edilmektedir.¹¹³

Hastanın mahremiyetine saygı gösterilmesi gerektiği ve hastanın da bunu isteme hakkına sahip olduğu ayrıntılı bir şekilde Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 21. maddesinde düzenlenmiştir.¹¹⁴ Yönetmelik hükmü uyarınca, her türlü tıbbi müdahale esnasında hastanın mahremiyetine saygı gösterilme zorunluluğu bulunmaktadır. Sağlık hizmeti kapsamında mahremiyet, yalnızca belirli bir zaman diliminde değil gerçekleştirilen tüm faaliyetler esnasında korunması gereken bir kavramdır. İstisnalar dışında, sağlık hizmetinin yerine getirilmesi esnasında hastanın, hekim ve diğer sağlık personeli ile baş başa bulunması ve üçüncü kişilerin hastayla aynı ortamda bulunmaması esastır. Tıbben bir sakıncası bulunmayan durumlarda hastanın yanında bir yakınının bulunmasına izin verilmesi gerektiği Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 21. maddesinin ikinci fıkrasının (c) bendinde öngörülmüştür. Bu doğrultuda hastaya refakat edecek veya ziyaret edecek kişiler, hastanın izni doğrultusunda kabul edilmelidir. Ayrıca Yönetmeliğin 21. maddesinin dördüncü fıkrasında, tıp fakültesi veya sağlık bilimleri öğrencilerinin eğitim amacıyla tıbbi müdahalenin gerçekleştirildiği ortamda bulunmaları hastanın rıza göstermesine

¹¹⁰ Nesrin Çobanoğlu, “Tıp Etiği Açısından Verilerin Mahremiyeti”, **III. Sağlık Hukuku Kurultayı 7-8 Mayıs 2010**, Ankara Barosu Yayınları, 2011, s. 512.

¹¹¹ Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik’in 11. maddesinde ölmüş bir kimsenin sağlık verilerinin, en az yirmi yıl boyunca saklanacağı düzenlenmiştir.

¹¹² AYM, GK, *Bülent Polat*, BN. 2013/7666, T. 10.12.2015, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası.

¹¹³ Sinan Sami Akkurt, “Kişisel Veri Kavramının Hukuki Niteliğine İlişkin Yaklaşımlara Mukayeseli Bir Bakış”, **Kişisel Verileri Koruma Dergisi**, C: 2, S:1, s. 26.

¹¹⁴ Hasta Hakları Yönetmeliği’nin “*Mahremiyete Saygı Gösterilmesi*” başlıklı 21. maddesinde “*Hastanın, mahremiyetine saygı gösterilmesi esastır. Hasta mahremiyetinin korunmasını açıkça talep de edebilir. Her türlü tıbbi müdahale, hastanın mahremiyetine saygı gösterilmek suretiyle icra edilir.*”

bağlanmıştır.¹¹⁵ Tıp fakültesi veya sağlık bilimlerinde okuyan öğrencilerin, uygulamalı eğitimleri kapsamında hastanın rızası olmaksızın tıbbi müdahalenin gerçekleştirildiği ortamda bulunmaları mahremiyetin ihlal edilmesine sebep olacaktır.¹¹⁶ Ayrıca ölümün gerçekleşmesi halinde dahi hasta mahremiyetinin sağlanması gerektiği yine Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 21. maddesinde düzenlenmiştir.¹¹⁷

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin “*Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkı*” başlıklı 8. maddesinde herkesin özel hayatına saygı gösterilmesi hakkının bulunduğu belirtildikten sonra bu hakka yönelik kamu müdahalesinin ancak belirli istisnalar söz konusu olduğunda mümkün olabileceği düzenlenmiştir. Kamu makamlarının keyfi olarak bu hakka müdahalede bulunması yasaklanmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de bu doğrultuda vermiş olduğu bir kararda, “*Kamu makamlarının özel hayata saygı hakkına keyfi bir şekilde müdahale etmelerinin önlenmesi, Sözleşme'nin 8. maddesi ile sağlanan güvenceler kapsamında yer almaktadır.*” şeklinde belirttikten sonra, devletin özel hayata saygı hakkı kapsamında bulunan bir menfaate müdahale edip etmediğini tespit etmeye çalışmıştır. Mahkeme bu kapsamda; kamu makamlarının müdahalesinin yasal olarak bir dayanağının bulunup bulunmadığını, müdahalenin meşru amaçlara dayanıp dayanmadığını, demokratik bir toplumda gerekli ve öngörülen amaçla orantılı olup olmadığı koşullarını incelemiştir.¹¹⁸

AİHM; önüne gelen bir başvuruda, hastanın mahremiyet hakkını ihlal edecek derecede orantısız güvenlik tedbiri uygulanmasının Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir. Somut başvuruda başvuru kadını, cezaevi hekimi tarafından ultrason taramasından geçirilmek üzere hastaneye gönderilmiştir. Elleri kelepçelenmiş şekilde olan başvurucuya, bir kadın ve üç erkek güvenlik görevlisi

denilmiş ve maddenin devamında, hasta mahremiyetinin korunması amacıyla gizliliğin sağlanması ve hasta izninin alınmasına ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir.

¹¹⁵ “Eğitim verilen sağlık kurum ve kuruluşlarında, hastanın tedavisi ile doğrudan ilgili olmayanların tıbbi müdahale sırasında bulunması gerekli ise; önceden veya tedavi sırasında bunun için hastanın ayrıca rızası alınır.”

¹¹⁶ Diğer açıdan uzmanlık öğrencilerinin hastanın tedavi faaliyetlerini gerçekleştirmek amacıyla tıbbi müdahalenin gerçekleştirildiği ortamda bulunması için hastanın rızası aranmamaktadır.

¹¹⁷ Ayrıca, Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 9. maddesi de benzer bir düzenlemeye haizdir: “Hastanın ölmesi ya da o hekimle ilişkisinin sona ermesi, hekimin bu yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz.”

¹¹⁸ AİHM, *Olsson / İsveç*, BN. 10465/83, T. 24.3.1988, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası.

eşlik etmiştir. Başvuranın terör örgütüne üye olmaktan ağır hüküm giymesi, muayene edecek hekimin odasının zemin katta olması ve pencerelerde parmaklık bulunmamasından dolayı güvenlik riski olduğu gerekçesiyle başvurucuya eşlik eden güvenlik görevlileri, muayene esnasında başvurucunun kelepçelerini çıkarmamış ve muayene odasından ayrılmamıştır. AİHM, güvenlik riskinin bulunduğunu kabul etmiş ancak muayene odasında yalnızca kadın görevliyi içeride bırakarak ve jandarma görevlilerinden birini, odanın penceresinin önüne yerleştirerek farklı çözümlerin üretilebileceğini ifade etmiştir. Başvuranın kelepçelerinin jinekolog tarafından muayene edildiği sırada ısrarla çıkarılmamasının ve üç erkek güvenlik görevlisinin bir paravanın arkasına geçerek odada bulunmasının, orantısız güvenlik tedbirleri olduğunu belirtmiştir.¹¹⁹ AİHM'nin söz konusu olayda izlemiş olduğu inceleme metodu düşünüldüğünde, güvenlik riski bulunduğu durumlarda dahi mahremiyet hakkının ihlal edilmemesi adına diğer çözümlerin araştırılması ancak son çare olarak ve kısıtlı olarak hasta mahremiyetine müdahalenin gerçekleştirilebileceği sonucuna ulaşılabilir.

AİHM'nin önüne gelen olayın bir benzeri Danıştay tarafından incelenmiştir. Yakalama Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin *Sağlık Kontrolü* başlıklı 9. maddesindeki “*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.*” şeklindeki hüküm, hastanın mahremiyet hakkına getirilen sınırlamanın hekimin takdir yetkisine bırakılması gerekçesiyle Danıştay tarafından iptal edilmiştir. Kararda, gözaltında bulunan hastanın dahi muayenesi yapılırken hasta mahremiyetine önem verilmesi gerektiği, bu doğrultuda da hastanın muayene edildiği ortamda kolluk kuvvetlerinin bulundurulmayarak hastanın yalnız kalmasının sağlanması gerektiği belirtilmiştir.¹²⁰

¹¹⁹ AİHM, *Filiz Uyan / Türkiye*, BN. 7496/03, T. 08.01.2009, Hudoc.echr.coe.int.

¹²⁰ Dan. İDDGK., 09.10.2003, E. 2000/1104, K. 2003/696 aktaran Odyakmaz, **age.**, ss. 24-25.; Danıştay tarafından incelenen yönetmelik hükmü daha sonrasında, “*Hekim raporu üç nüsha hâlinde düzenlenir... Yakalama veya nezarethaneye giriş raporunun bir nüshası raporu tanzim eden sağlık kuruluşunda saklanır, ikinci nüshası gözaltına alınana, üçüncü nüsha ise soruşturma dosyasına eklenmek üzere ilgili kolluk görevlisine verilir.*” şeklinde düzenlenmiştir.

Gerek mevzuat hükümleri gerek Danıştay uygulamaları gerekse de AİHM içtihatları değerlendirildiği zaman mahremiyetin kişisel verilerin gizliliğinin korunmasına hizmet eden bir kavram olduğu söylenebilir. Sağlık hizmetinin idare tarafından yürütülmesi sırasında bireylerin mahremiyetinin sağlanmaması durumunda, kişisel verilerin gizliliği de ortadan kalkacağı için idarenin sorumluluğu söz konusu olabilecektir.

Mahremiyeti ve kişisel verilerinin gizliliği sağlanan hasta, kişisel bilgilerini sağlık personeliyle güven ilişkisine dayalı olarak paylaşmaktadır. Sağlık personeline güvenen hastanın tedavi sürecinde daha uyumlu davranacağı, tedavinin başarıya ulaşma şansının bu doğrultuda artacağı ifade edilmektedir.¹²¹ Diğer yönden, kişisel verilerin korunmasına ilişkin bir güvenin oluşmaması; hastaların sağlık hizmetine müracaat etmemelerine neden olabilmekte, sağlık kuruluşlarına başvuruların da tedavinin başarıya ulaşması adına sağlık personeline gerekli olan bilgileri vermelerini engellemektedir.¹²² Bir hak olarak düzenlenen kişisel verilerin korunması, sağlık hizmeti kapsamında yürütülen faaliyetlerin başarıya ulaşmasına da olumlu yönde etki etmektedir.

Kural olarak kişisel sağlık verilerinin gizli tutulması zorunlu olsa da birtakım istisnaların varlığı halinde bu zorunluluk ortadan kalkmaktadır. Bu istisnai hallerde, kişisel sağlık verileri izin verilen ölçüde paylaşılabilir ve paylaşımından dolayı idarenin sorumluluğu doğmayacaktır.

Kişisel verilerin gizliliğinin sağlanması ilkesinin ilk istisnası hastanın rızasının bulunması durumudur. Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın¹²³ *Sır Saklama Yükümlülüğü* başlıklı 9. maddesinde bu istisnai durum belirtilmiştir: *“Hastanın onam vermesi ya da sırrın saklanması hasta ya da öteki insanların yaşamını tehlikeye sokması durumunda, hastanın kişilik haklarının zedelenmemesi*

¹²¹ Somer, **agm.**, s. 527.; Yılmaz, **age.**, s. 141; Sinem Karasu, **Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, s. 61.

¹²² Küçükgüngör, **agm.**, s. 557.

¹²³ 10-11 Ekim 1998 tarihinde Türk Tabipler Birliği'nin 47.Büyük Kongresi'nde kabul edilmiş ve 01.02.1999 tarihinde yayınlanmıştır.(www.ttb.org.tr Erişim: 05.02.2021)

*koşuluyla, hekim bu sırrı saklamakla yükümlü değildir.”*¹²⁴ Bu düzenleme uyarınca hastanın rızası bulunsa dahi hastanın sırrının açıklanması, hastanın kişilik haklarına zarar verecek ise sır saklama yükümlülüğü devam etmektedir. Hastanın kişilik hakkına zarar verecek bir açıklama yapılması halinde, kişinin rızasının var olduğu iddiası sorumluluktan kurtulmak adına yeterli olmayacaktır. Kişilik haklarından tamamen vazgeçme anlamına gelen kişisel verilerin açıklanmasına izin veren rızaya hukuken onay verilmemektedir.¹²⁵ Aynı düzenleme içerisinde bulunan bir başka istisnai hal, hastaya ait kişisel sağlık verisinin paylaşılmaması durumunda hastanın veya diğer insanların yaşamını tehlikeye girmesi durumudur. Düzenlemede bu istisnai durumun da hastanın rıza verdiği duruma benzer şekilde hastanın kişilik haklarının zedelenmemesi koşuluna bağlandığı görülmektedir. Ancak hastanın rızasının varlığı halinden başka olarak bu durumda hakların yarışması söz konusu olmaktadır. Özel hayatın gizliliği hakkı ile hastanın veya diğer kişilerin yaşama hakkı arasında bir tercih yapılması gerektiği durumda, yaşama hakkının tercih edildiği görülmektedir. Dolayısıyla, diğer insanların veya hastanın kendi sağlığı söz konusu ise kişilik haklarına en az zararın verilmesi koşuluyla kişisel sağlık verilerinin gizliliği kuralı uygulanmayabilmektedir. Örneğin hekimin, psikolojik rahatsızlığını tespit ettiği silah bulundurma ruhsatına sahip hastasının bu durumunu yetkili makamlara bildirmesi, hastanın ve öteki insanların yaşamını korumak adına yerinde olacaktır.¹²⁶ Diğer yönden, hekimin yetkili makam haricindeki kişilere bu rahatsızlığı açıklaması kişisel sağlık verilerinin hukuka aykırı şekilde açıklanması anlamına gelecektir.

1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu’nun 57. maddesinde hastalık çeşitleri sayılmış, bu hastalıkların ortaya çıkması veya çıkma şüphesi olduğu takdirde, Kanun’un 58. maddesi uyarınca her hekimin maddede sayılan makamlara durumu iletmesi zorunlu kılınmıştır. Benzer şekilde, Kanun’un 104. ve 108. maddelerinde

¹²⁴ Ayrıca Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 23. maddesinde kişilik haklarından tamamen vazgeçilmesi sonucunu doğuran rızanın geçersiz olduğuna dair bir düzenleme bulunmaktadır: “*Kişinin rızasına dayansa bile, kişilik haklarından bütünüyle vazgeçilmesi, bu hakların başkalarına devri veya aşırı şekilde sınırlandırılması neticesini doğuran hallerde bilginin açıklanması, bunları açıklayanın hukuki sorumluluğunu kaldırmaz.*”

¹²⁵ Serkan Kızılyel, **Sır Saklama Yükümlülüğü**, s. 331; Benzer yönde bkz. Sermet Koç, “Sağlık Çalışanlarının Yasal Sorumlulukları ve Malpraktis”, **Tıp Hukuku Günleri**, Birinci Baskı, İstanbul, 2012, s. 40.

¹²⁶ Benzer yönde bkz. Yüzbaşıoğlu, **age.**, s. 176.

gösterilen makamlara bildirim yükümlülüğü düzenlemiştir. Kanundaki düzenlemelerde toplum sağlığını etkileyebilecek nitelikte bir hastalık olduğu takdirde hastalığın bildirimi açısından hastanın kişilik haklarının zedelenmemesi şartı aranmamıştır. Kanun'daki düzenleme ile Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 9. maddesindeki düzenleme ortak olarak düşünüldüğünde, hastanın toplum sağlığını ilgilendiren bir hastalığının bulunduğu takdirde yapılacak bildirimin kişilik haklarına en az düzeyde zarar verecek şekilde yapılması gerektiği sonucu çıkartılabilir. Ancak belirtmek gerekir ki, Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'ndaki ilgili hükümde, “*öteki insanların yaşamını tehlikeye sokması*” durumu ile “*kişilik haklarının zedelenmesi*” durumunun yeterince açıklanmamasından dolayı hukuken yerinde bir düzenleme olduğunu söylemek güçtür.

Tüm ülkeleri etkisi altına alan Covid-19 salgını da Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'ndaki “*öteki insanların yaşamını tehlikeye sokması*” durumu altında değerlendirilebilir. Covid-19 hastalığının bulaşma hızı ve öldürücü etkisi düşünüldüğünde, bu hastalığa yakalanan kişilerin yetkili makamlar ve hatta vatandaşlar tarafından bilinmesi hem diğer vatandaşların hastalıktan korunması hem de salgının sona ermesi açısından önem arz etmektedir. Ancak kişisel sağlık verilerinin hukuka uygun olarak paylaşılabilmesi, 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nun 57. maddesinde sayılan hastalık türlerinde olduğu gibi, yasal düzenleme ile gerekli istisnaların getirilmesine bağlıdır. Covid-19 hastalığına yakalanan kişilere ilişkin bilgilerin üçüncü kişiler tarafından öğrenilmesine neden olunması, özel hayatın gizliliğinin ihlaline sebep olacaktır. Meşru amaç bulunsa dahi yasal düzenleme olmaksızın Covid-19 hastalarına ilişkin bilgilerin üçüncü kişilerle doğrudan veya dolaylı olarak paylaşılması, temel hak ve özgürlüklerin sınırının ihlal edilmesine ve idarenin sorumluluğunun doğmasına neden olabilecektir. Uygulamada; temaslı kişilerin öğrenilmesi, hastalığın tedavisi kapsamında kullanılan ilaçların teslimi ve karantina şartlarının bildirilmesi için filyasyon ekipleri tarafından Covid-19 hastalığına yakalanan kişilerin evlerine gidilmektedir. Filyasyon ekiplerinin bu işlemler için evlere gitmesi, Covid-19 hastalığına yakalanan kişilerin kimliğinin çevredeki kişilerle dolaylı olarak paylaşılması anlamına gelmektedir. Bu durumun engellenmesi için temaslı kişilerin öğrenilmesi ve karantina şartlarının bildirilmesi

işlemlerinin, telefon veya diğer uzaktan iletişim araçları vasıtasıyla yapılması yerinde olacaktır. Ayrıca hastanın tedavi kapsamında ilaç kullanmayı istemesi halinde, hastanın rızası ile ilacın eve teslim edilmesi kişisel verilerin gizliliğinin sağlanması adına yerinde bir uygulama olacaktır.

Kişisel verilerin paylaşılmasına izin verilen bir diğer durum da, belirli şartların varlığı halinde teşhis sonucunun hastanın ailesine bildirilmesidir. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 19. maddesinde, hastanın rızası kuralı ters çevrilmiştir. Hastanın aksi yönde bir talebi olmaması halinde, hekimin takdir yetkisine bağlı olarak vahim gözükten hastalığın hastanın ailesine bildirilebileceği ifade edilmiştir.¹²⁷ Ancak takdir yetkisine bırakılması durumu dikkate alındığında, bu kuralın mutlak olmadığı, hastaya ait sağlık verisini açıklayan hekim ile idarenin sorumluluğunun doğabileceği ve hekimin bu takdir yetkisinin sorgulamaya açık olduğu savunulabilir. Ayrıca, her ne kadar yönetmelikte aksi yönde rıza aransa da aileye böyle bir açıklama yapılmadan önce hastanın rızasının alınması gerektiği, öğretide savunulmaktadır.¹²⁸ Ancak yönetmelik maddesiyle açıkça hekimin takdir yetkisine bırakılan durumda dahi hekimin ve idarenin sorumluluğunun ortaya çıktığının kabul edilmesi, sağlık hizmetinin yürütülmesine ciddi baskı oluşturacağı kanaatindeyiz ve öğretinin genel görüşüne katılmıyoruz. Ayrıca hekime takdir yetkisi tanıyan yönetmelik hükmünün aksi yönünde bir yargı kararının verilmesi, idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde karar verilmesi anlamına gelecektir. Yargı organlarının idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde kararı vermesi ise yasaklanmıştır.¹²⁹

Kimi durumlarda hastanın sağlığının korunması adına kişisel sağlık verileri paylaşılabilir. Örneğin hastanın tedavisini yerine getiren hekim; hastanın menfaati açısından meslektaşına danışmak maksadıyla hastanın durumu hakkında

¹²⁷ “Hastanın manevi yapısı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimalinin bulunması ve hastalığın seyrinin ve sonucunun vahim görülmesi hallerinde, teşhisin saklanması caizdir. Hastaya veya yakınlarına, hastanın sağlık durumu hakkında bilgi verilir verilmemesi, yukarıdaki fıkra belirtilen şartlar çerçevesinde tabibinin takdirine bağlıdır. Tedavisi olmayan bir teşhis, ancak bir tabip tarafından ve tam bir ihtiyat içinde hastaya hissettirilebilir veya bildirilebilir. Hastanın aksi yönde bir talebinin bulunmaması veya açıklanacağı şahsın önceden belirlenmemesi halinde, böyle bir teşhis ailesine bildirilir.”

¹²⁸ Karasu, **age.**, s. 133.

¹²⁹ İdarenin takdir yetkisi mutlak değildir ancak belirli sınırlar çerçevesinde denetlenmesi mümkündür. O sınırların aşılması durumunda idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde karar verilmemesi

bilgi verebilir, konsültasyon isteminde bulunabilir. Hasta sağlığı için kişisel sağlık verileri paylaşılabilir. ¹³⁰ Ancak bu verilerin paylaşım sınırına dikkat edilmesi gerekmektedir. Örneğin, hastanın menfaati için sağlık verilerini meslektaşıyla paylaşan hekimin, ihtiyaç dışında kalan bilgileri vermemesi gerekmektedir. Aksi takdirde kişisel sağlık verilerinin gizliliğinin ihlal edilmesinden dolayı sorumluluğun doğması söz konusu olabilecektir.

İdarenin sağlık hizmetinin sunumu sırasında elde etmiş olduğu kişiler bilgilerin gizliliğinin sağlanması kuralının bir diğer istisnası da kanunda öngörülmüş olan adli nitelikli olaylardır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 280. maddesinde, suçun işlendiğine ilişkin bir belirti ile karşılaşan sağlık personelinin, durumu yetkili makamlara bildirmesi gerektiği aksi halde, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılabilmesi öngörülmüştür. Benzer olarak, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 28. maddesinde de soruşturma, kovuşturma, yargılama veya infaz işlemlerine ilişkin durumlarda kanun hükümlerinin istisnai olarak uygulanmayacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla sağlık personelinin, suçu veya suçun işlendiğine dair emareyi yetkili makamlara bildirmesi kişisel verilerin ihlal edilmesine sebebiyet vermeyecektir. Ancak kanun hükmünde hastanın suçun mağduru veya faili olmasına ilişkin bir ayrım bulunmamaktadır. Bu konuya ilişkin bir ayrım yapılmadığından dolayı sağlık personelinin de bu ayrımı yapmaksızın suçu bildirmesi gerekmektedir.¹³¹ Benzer şekilde kanun hükmünde suçun taksirli veya kasten işlenip işlenmediğine dair de bir ayrım yapılmamıştır. Hem lafzi olarak ayrımın yapılmaması hem de suçun kasıtlı işlenip işlenmediğinin belirlenmesine ilişkin sağlık personelinin değerlendirme yapması beklenemeyeceğinden dolayı kasıtlı olup olmamasına bakılmaksızın suç bildirimini yapılmasını yerinde olacaktır. Söz konusu hüküm uyarınca sağlık çalışanları, her türlü darp, yaralanma, trafik ve iş kazası, zehirlenme, intihar veya kuşkulu ölümleri bildirmelidirler. Diğer yünden kanun hükmünde, suçun bildirilmesi bakımından kamu davası niteliğinde olma ve şikayete tabi olma ayrımı yapılmamıştır. Dolayısıyla sağlık personelinin bu ayrım olmaksızın tüm suçlar bakımından bildirim yükümlülüğünün bulunduğu söylenebilir.

ilkesine uyulmamış olacaktır. Yargı organlarının idarenin takdir yetkisini kaldırarak şekilde yargı kararı verilmesi yasaklanmıştır. (Tan, **age.**, ss. 898-900; Ayrıca bkz. Çağlayan, **age.**, ss. 403-407.)

¹³⁰ Karasu, **age.**, s. 78.

¹³¹ Yüzbaşıoğlu, **age.**, s. 175.

Fakat kamu davası konusu teşkil etmeyen, şikâyetle bağlı olarak soruşturulan suçların bildirilmesi bakımından da sağlık personelinin, bildirimının zorunlu tutulmasının ağır bir ihbar yükümlülüğü altına girmelerine neden olacağı düşüncesindeyiz.¹³² Ağır bir ihbar yükümlülüğünün oluşmasının engellenmesi adına suç bildiriminin, yalnızca şikayete tabi suçlar ile sınırlandırılması gerektiği kanaatindeyiz.

Sağlık mesleği mensuplarının meslek sırrı niteliğinde bilgilerine ilişkin kural olarak tanıklıktan çekinebileceği 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun *Meslek Ve Sürekli Uğraşları Sebebiyle Tanıklıktan Çekinme* başlıklı 46. maddesinde düzenlenmiştir.¹³³ Hukuk davaları söz konusu olduğunda tanıklıktan çekinebilen sağlık mesleği mensupları; ceza davalarında yargıcın, tanık olarak dinlenmeleri gerektiğine dair karar vermesi halinde veya sır sahibinin açık rızasının bulunduğu durumda tanıklıktan çekinememektedirler.¹³⁴ Ayrıca hekim bilirkişi sıfatıyla hastayı muayene etmiş ise hastaya ait sağlık verilerini mahkeme ile paylaşmak, raporunda aynen belirtmek zorundadır.¹³⁵ Hekim hastanın sağlığına ilişkin elde ettiği bilgileri, bilirkişilik faaliyetini yerine getirmek için elde ettiğinden dolayı bu bilgilerin mahkemeden gizli tutulması düşünülemez. Ancak davanın neticesini etkilemeyecek olan, davanın seyri açısından önem arz etmeyen hastaya ait kişisel sağlık verilerinin mahkeme ile paylaşılması kişisel sağlık verilerinin ihlaline sebebiyet vermektedir. Nitekim AİHM, ülkesinin ilk derece mahkemesi tarafından başvuranın ruhsal sağlığına ve tedavisine ilişkin gizli kalması gereken bilgilerin, ruh ve sinir hastalıkları hastanesinden temin edilerek kamuya açık bir duruşmada açıklanmasının başvuranın özel hayatına bir müdahale niteliğinde olduğunu tespit etmiştir. Özellikle bilgilerin soruşturma ve duruşmanın seyrini etkilemeyecek derecede önemsiz bilgiler söz konusu olduğundan bahisle AİHS'nin *Özel Hayata Ve Aile Hayatına Saygı Hakkı*

¹³² Bu doğrultuda görüşler için bkz. Koç, **agm.**, ss. 40-41; Karasu, **age.**, s. 81.

¹³³ “(1) Meslekleri ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinebilecekler ile çekinme konu ve koşulları şunlardır: b) Hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensuplarının, bu sıfatları dolayısıyla hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler.

(2) Yukarıdaki fıkranın (a) bendinde belirtilenler dışında kalan kişiler, ilgilinin rızasının varlığı halinde, tanıklıktan çekinemez.”

¹³⁴ İ. Hamit Hancı, **Malpraktis Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu**, Seçkin Yayınları, 2005, s. 120; Kızılyel, **Sır Saklama Yükümlülüğü**, s.331.

¹³⁵ Karasu, **age.**, ss. 104-105.

başlıklı 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.¹³⁶ Davanın seyri açısından önemli olmayan kişisel sağlık verilerinin paylaşılması özel hayatın gizliliğini ihlal edecektir. Ayrıca hekimin açıklama zorunluluğu bulunmamasına rağmen kişisel sağlık verilerini mahkeme ile paylaşması da özel hayatın gizliliğinin ihlaline neden olacaktır. AİHM'nin de görüşü düşünüldüğünde özellikle kamuya açık olarak yapılan yargılamalarda ve aleni olan mahkeme kararlarında, kişisel verilerin korunmasına daha çok özen gösterilmesi gerekmektedir. Bu doğrultuda mahkeme kararlarının, imkan ölçüsünde, kişisel bilgiler gizlendikten sonra açıklanması yerinde olacaktır.

Hasta tarafından hekim aleyhine dava açılmış olması durumunda, hekimin davada kendini savunmak amacıyla hastayla ilgili meslek sırrı niteliğindeki bilgileri açıklayabileceği öğretide savunulmaktadır.¹³⁷ Bu durum ıztırar (çaresizlik) hali olarak da adlandırılmaktadır. Örneğin sahte rapor düzenlediği veya gerçekleştirdiği operasyonun hatalı olduğu iddiasına karşı kendini savunmak adına hekim, hastaya ait sağlık verilerini mahkeme ile paylaşabilecektir.

Bir diğer istisna ise Sosyal Güvenlik Kurumu'nun faaliyetine ilişkindir. Bu istisna 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 78. maddesinde düzenlenmiştir: “*Kurum ile sözleşmesi olan, tüm sağlık hizmeti sunucuları, sağlık hizmeti sunduğu tüm kişilere ait sözleşme hükümlerinde yer verilen bilgileri, belirlenen yöntemlere ve süreye uygun biçimde elektronik ortamda veya yazılı olarak Kuruma göndermek zorundadır.*” Bu hüküm ile hastanın sigortadan yararlanabilmesi, kişisel verilerinin Sosyal Güvenlik Kurumu'yla paylaşılmasına bağlanmıştır. Bu hükme benzer doğrultudaki bir hükmün uygulanmasının, Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal ettiği gerekçesiyle AİHM'ye başvuru yapılmıştır. Somut olayda, başvuranın geçirdiği iş kazası nedeniyle tazminat verilmesine ilişkin şartların sağlanmış olup olmadığının belirlenmesi adına, başvuranın tıbbi kayıtları klinik tarafından sosyal güvenlik kurumuna iletilmiştir. AİHM; uygun ve yeterli gerekçenin mevcut olduğunu ve uygulanan tedbirin ülkenin refahının korunması için orantılı meşru amaç içerdiğini ifade ederek, hastanın kişisel

¹³⁶ AİHM, *Panteleyenko / Ukrayna*, BN. 11901/02, T. 29.06.2006, Hudoc.echr.coe.int.; Benzer yönde bkz. AİHM, *L.L. / Fransa*, BN. 7508/02, T. 10.10.2006, Hudoc.echr.coe.int.

sağlık verilerinin Sosyal Güvenlik Kurumu'yla paylaşılmasının ihlal teşkil etmeyeceğine karar vermiştir.¹³⁸ Sosyal Güvenlik Kurumu'nun amacı gereğince çalışabilmesi için hastaların tıbbi kayıtlarına ulaşması gerekmektedir ve kuruma tanınan bu istisnai durum yasal düzenleme ile getirilmiştir. Kurumun ülkeye ve vatandaşlara sağladığı yarar düşünüldüğünde, kurumun amacı doğrultusundaki bilgilere ulaşması ve bu bilgilerin gizliliğini sağlayarak bünyesinde muhafaza etmesi kişisel sağlık verilerinin gizliliğini ihlal etmeyecektir.

II. Aydınlatılmış Onamdan Kaynaklanan Sorumluluk Sebepleri

Tıbbi müdahalelerin hukuka uygun olarak gerçekleştirilmesinin temel dayanağını 1982 Anayasası'nın 17. maddesindeki hüküm oluşturmaktadır.¹³⁹ Anayasa hükmünde, kişilerin vücut bütünlüğünün dokunulmazlığına yönelik müdahalelerin yalnızca istisnai hallerde mümkün olabileceği düzenlenmiştir. Ayrıca bu istisnai hallerden birinin tıbbi zorunluluklar olduğuna yer verilmiştir. Ancak tıbbi zorunlulukların özelliklerine dair herhangi bir ifade kullanılmamıştır. Bu konuda ayrıntılı düzenlemeler kanun ve diğer mevzuatlara bırakılmıştır. 1219 Sayılı Tababet Ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesi, Anayasa hükmü doğrultusunda tıbbi müdahalelere ilişkin birtakım şartlar getirmiştir: "*Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar.*" Bu hükümle tıbbi müdahalelerden önce kural olarak hastanın, velinin veya vasisinin muvafakatının alınması şartı getirilmiştir. Ancak hükümde, yalnızca hastanın rızasından bahsedilmekle yetinilmiş, rızanın alınmadan önce aydınlatılması gerektiğine dair bir ibareye yer verilmemiştir.

Biyotıp Sözleşmesi'nin hastanın rızasına ilişkin genel kuralın düzenlediği 5. maddesinde, tıbbi müdahaleni yapılabilmesi için hastanın özgürce ve bilgilendirilmiş

¹³⁷ Ayan, **age.**, s. 99.; Koç, **agm.**, s. 41.; Karasu, **age.**, ss. 105-108.

¹³⁸ AİHM, *M.S. / İsveç*, BN. 34209/96, T. 02.07.2002, Hudoc.echr.coe.int.

¹³⁹ "*Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.*"

bir şekilde rıza göstermesi gerektiği ifade edilmiştir.¹⁴⁰ Bu sözleşme hükümlerine paralel olarak da Hasta Hakları Yönetmeliği'nin hükümleri düzenlenmiştir. Yönetmelikte, Anayasa ve kanun hükümlerine kıyasla hem daha ayrıntılı düzenlemeler bulunmakta hem de Biyotıp Sözleşmesi'ndeki hükümlere paralel olarak hastanın rızası alınmadan önce hastanın aydınlatılması gerektiği ifade edilmektedir.

AİHM, Sözleşme'nin 2. maddesi uyarınca sözleşmeye taraf olan devletlerin, hastaların yaşamını koruyacak tedbirlerin alması gerektiğini belirtmiştir. AİHM ayrıca, Sözleşme'nin 8. maddesi uyarınca tıbbi müdahalelerin gerçekleştirilmesinden önce hastaların aydınlatılmalarını ve rıza vermelerini sağlayacak biçimde devletlerin yasal tedbirler alma yükümlülüğü bulunduğunu ifade etmiştir.¹⁴¹

Tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesi için hastanın serbest iradesiyle rıza göstermesi zorunluluğunun temelini, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı oluşturmaktadır.¹⁴² Hasta, kendi geleceğini belirleme hakkı doğrultusunda bedenine yönelik gerçekleştirilecek her türlü müdahaleye ilişkin karar verebilme hakkına sahiptir. Kişi bu kararı, özgür iradesiyle etki veya baskı altında kalmadan vermelidir. Kişinin bu kararı özgürce verebilmesi, neye rıza gösterdiğini bilmesine bağlıdır.¹⁴³ Bir başka deyişle, hastanın kendi geleceği hakkında özgürce karar verebilmesi, kendisine gerçekleştirilecek olan tıbbi müdahale konusunda bilgi sahibi olmasıyla mümkün olmaktadır. Kendisine uygulanacak tıbbi müdahaleye ilişkin bilgi sahibi olan hastanın tıbbi müdahaleye rıza göstermesi, “*aydınlatılmış onam*” olarak adlandırılmaktadır. Aydınlatılmış onam alınmadan gerçekleştirilen müdahalelerde, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı elinden alınmış olmaktadır.

¹⁴⁰ “Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir. Bu kişiye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir.” (RG. 09.12.2003, S. 25311)

¹⁴¹ AİHM, *Codarcea/Romanya*, BN. 31675/04, T. 02.06.2009, Hudoc.echr.coe.int; Benzer yönde bkz. AİHM, *Şerif Gecekuşu/Türkiye*, BN. 28870/05, T. 25/05/2010, Hudoc.echr.coe.int;

¹⁴² Pelin Çavdar, “Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 22, S. 3, 2016, s. 738.; Benzer yönde bkz. Oğuz Polat, **Tıbbi Uygulama Hataları**, Seçkin Yayınları, 2015, s. 46.; Hakeri, **age.**, ss.131-132.; Cemal Öztürkler, **Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhisi, Tedavi Ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları**, Seçkin Yayıncılık, 2006, s. 65.; Ayrıntılı bilgi için bkz. Hamide Tacir, “Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı”, **III. Ulusal Sağlık Hukuku Kendi Geleceğini Belirleme ve Ötanazi Sempozyumu**, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2011, ss. 45-57

Aydınlatılmış onam kavramı iki ögeden oluşmaktadır. İlk öge, kısaca hastanın anlayabileceği şekilde bilgilendirilmesi anlamına gelen aydınlatma ögesidir. Aydınlatma ögesi, kişiye uygulanması söz konusu müdahalenin; kapsamını, yapısını, yararlarını, olası istenmeyen sonuçlarını, bu müdahalenin alternatiflerini ve bu seçenek tedavilerin yapısal ve sonuçsal özelliklerinin yanı sıra; herhangi bir tıbbî müdahale gerçekleşmediği takdirde, ortaya çıkması muhtemel olumsuz sonuçların tıbbi girişimden önce anlatılmasıdır.¹⁴⁴ Aydınlatma sonucunda hastanın kendisine uygulanması planlanan tıbbî müdahalenin uygulanıp uygulanmaması noktasında serbestçe karar verebilecek bir duruma gelmesi amaçlanmaktadır. *“Hastanın açık ya da zımni iradesinin hukuksal yönden geçerli olabilmesi, o kişinin sağlık durumunu; yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile sonuçlarını bütün ayrıntıları ile bilmesi, bu konuda yeteri kadar aydınlanması, iradesini baskı altında açıklamaması gerekir.”*¹⁴⁵ şeklinde hüküm kuran Yargıtay, hastanın irade açıklamasının geçerli olabilmesi için aydınlatılmanın hastaya yapılmış olması gerektiğini belirtmiştir.

Aydınlatılmış onam kavramının ikinci ögesi ise hastanın aydınlatıldıktan sonra tıbbi girişimi onaylaması anlamına gelen onam ögesidir. Tıbbi faaliyetler kapsamında onam kavramı, kişinin kendisine uygulanacak girişimleri kabul etmesi ya da reddetmesi olarak da tanımlanmaktadır.¹⁴⁶ İki öge için yapılan tanımlardan hareketle aydınlatılmış onam kavramı, kendisine gerçekleştirilmesi söz konusu olan tıbbi girişimin yararlarını, amacını, alternatifini ve risklerini anlayan hastanın kendi iradesiyle bu tıbbi girişimin uygulanmasına onay vermesi olarak tanımlanabilir.¹⁴⁷

¹⁴³ Hakeri, **age.**, s. 130.; Hancı, **age.**, s. 72; Çetin Aşçıgözü, **Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar**, Ankara, 1993, s. 27.; Çavdar, **agm.**, ss. 738-739.; Boran, **agm.**, s. 86.

¹⁴⁴ Nesrin Çobanoğlu, “Tıp Etiğinden Tıp Hukukuna Hasta Hakları Olarak Aydınlatılmış Onam”, **Sağlık Hukuku Digestası**, Ankara Barosu Yayınları, Y:1, S:1, 2009, s. 77.; Battal Yılmaz, “Aydınlatılmış Rıza”, **Sağlık Hukuku Digestası**, Ankara Barosu Yayınları, Y:1, S:1, 2009, s. 167.

¹⁴⁵ Yar. 4. H.D., 08.03.1977, E. 1976/6297, K. 1977/2541, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Benzer yönde bkz. Yar. 13. H.D., 09.04.2014, E. 2013/30822, K. 2014/10772 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Yar.13.H.D., 15.05.2007, E. 2007/2942 K. 2007/6736 aktaran Battal Yılmaz, **agm.**, s. 168.

¹⁴⁶ Çobanoğlu, **Aydınlatılmış Onam.**, s. 76.

¹⁴⁷ Hakeri, aydınlatılmış onam kavramını; “riskleri yararları ile alternatifleri ve onların da risk ve yararlarını kapsayan tedavi uygulamasının, hekim tarafından yeterli düzeyde ve uygun şekilde açıklanmasından ve hasta tarafından hiçbir tereddüde yer kalmayacak şekilde anlaşılmasından sonra tıbbi tedavinin, uygulamanın hasta tarafından gönüllü kabulü” olarak ayrıntılı bir şekilde tanımlamıştır. (Hakeri, **age.**, s. 131.)

İki ögeden meydana gelen aydınlatılmış onam kavramının sınırlarının daha iyi belirlenmesi adına, aydınlatma ögesi ve aydınlatma yükümlülüğünden kaynaklanan idarenin sorumluluk sebepleri (A) ile onam ögesi ve onam yükümlülüğünden kaynaklanan idarenin sorumluluk sebeplerinin (B) ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir. Ancak unutulmamalıdır ki bir ögedeki eksiklik aydınlatılmış onam yükümlülüğünün ihlaline ve idarenin sorumluluğuna neden olacaktır. Bu iki kavram birbirinden ayrı değil, birbirini tamamlayıcı niteliktedir.

A. Aydınlatma Yükümlülüğü ve İdarenin Sorumluluk Sebepleri

Sağlık kurum ve kuruluşlarına sağlığına kavuşmak, rahatsızlığından kurtulmak, iyilik haline ulaşmak amaçlarıyla başvuran hasta; hem genel sağlık durumu hem de rahatsızlığının seyri ve sonuçları hakkında bilgi sahibi değildir. Uzman olmadığı ve bilgisinin bulunmadığı konularda, hastanın aydınlatılması zorunluluktur.¹⁴⁸

Kendi geleceğini belirleme hakkı doğrultusunda, aydınlatmanın doğrudan tıbbi müdahalenin uygulanacağı kişiye yapılması esastır. Ancak istisnai durumlarda hasta dışındaki kişiler de hastaya uygulanacak tıbbi müdahaleye ilişkin yapılacak aydınlatmanın muhatabı olabilmektedir. Söz konusu istisnai durumların ilki hastanın talebi doğrultusunda ortaya çıkmaktadır. Hastanın talep etmesi halinde, yalnızca hastanın talep ettiği kişinin bilgilendirilebileceği Hasta Hakları Yönetmeliği'nin *Bilgi Vermenin Usulü* başlıklı 18. maddesinde düzenlenmiştir.¹⁴⁹ Sadece hastanın aydınlatılmasına ilişkin genel kuralın bir diğer istisnası da ayırt etme gücü bulunmayan veya yetişkin olmayan kişilerin hasta konumunda olması durumunda söz konusu olmaktadır. Ayırt etme gücü bulunmayan hastalarda aydınlatmanın muhatabı, kural olarak yalnızca hastanın yasal temsilcisidir. Ancak ayırt etme gücüne sahip küçüklerde, aydınlatma işleminin hem küçüğe hem de küçüğün yasal temsilcisine yapılması öngörülmüştür.¹⁵⁰ Diğer bir açıdan küçüğe yapılacak

¹⁴⁸ Battal Yılmaz, *agm.*, s. 172.

¹⁴⁹ “Hastanın kendisinin bilgilendirilmesi esastır. Hastanın kendisi yerine bir başkasının bilgilendirilmesini talep etmesi halinde, bu talep kişinin imzası ile yazılı olarak kayıt altına alınmak kaydıyla sadece bilgilendirilmesi istenilen kişilere bilgi verilir.”

¹⁵⁰ Hasta Hakları Yönetmeliği'nin *Hastanın Rızası ve İzin* başlıklı 24. maddesinin ikinci fıkrasında küçüklerin de belirli ölçüde bilgilendirilmesinin gerektiği düzenlenmiştir: “Kanuni temsilcinin

aydınlatmanın; küçüğün hastalığının seyrini kötüleştirecek, sağlığını tehlikeye atacak şekilde olmamasına ve küçük tarafından anlaşılabilir olması özen gösterilmelidir.

Aydınlatma işleminin muhatabının kim olduğu kadar bu işlemi kimin yerine getireceği sorusu da kimi zaman tartışmalara neden olabilmektedir. Başta hekimler olmak üzere tüm sağlık çalışanlarının, hastalardan onlara uygulanacak tıbbi girişimlerden önce aydınlatılmış onam almaları kural olarak hem etik hem de yasal bir yükümlülüktür.¹⁵¹ Bazı yazarlar, aydınlatılmış onamın yalnızca hekimlere ait bir yükümlülük olduğunu savunsalar¹⁵² da bu yükümlülük Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 18. maddesi uyarınca kural olarak tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık mensubuna ait bir yükümlülüktür. Hatta bazı durumlarda tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek kişi dışındaki sağlık mesleği mensupları da hastanın bilgilendirilme işlemini yerine getirebilmektedir.¹⁵³ Dolayısıyla aydınlatma işlemi genel olarak hekimler tarafından yerine getirilmesi gereken bir işlem olsa da bu işlemin her zaman hekimler tarafından yerine getirilmesinin gerektiğini söylemek yerinde olmayacaktır. Tıbbi girişimleri yerine getiren sağlık personeli, hekimden bir başka kişi olduğu takdirde, aydınlatma yükümlülüğü hekimde değil tıbbi girişimi yerine getiren sağlık personelinde olacaktır. Yardımcı sağlık personelinin kendi yetki alanına giren tıbbi girişimlerde aydınlatmalar, yardımcı sağlık personeli tarafından yerine getirilmektedir.¹⁵⁴ Örneğin ebe'nin normal doğum yaptırması ihtimalinde, doğuma ilişkin aydınlatma ebe tarafından gerçekleştirilecektir.

Aydınlatmaya ilişkin bir diğer husus da aydınlatmanın ne zaman yapılacağıdır. Aydınlatmaya konu olan tıbbi müdahaleden önce yapılması gerektiği açıktır. Burada

*rızasının yeterli olduğu hallerde dahi, anlatılanları anlayabilecekleri ölçüde, küçük veya kısıtlı olan hastanın dinlenmesi suretiyle mümkün olduğu kadar bilgilendirme sürecine ve tedavisi ile ilgili alınacak kararlara katılımı sağlanır.”; Ayrıntılı bilgi için bkz. Hancı, **age.**, s. 80.; Zafer Zeytin, “Hasta-Hekim İlişkisinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, **VIII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s. 17.*

¹⁵¹ Çobanoğlu, **Aydınlatılmış Onam.**, s. 86.

¹⁵² Yılmaz Yörtem, “Hekimin Hatalı Tıbbi Uygulamaya Bağlı Hukuki Sorumluluğu”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, S.39, Y. 2019, s. 142.; Hancı, **age.**, s. 79.

¹⁵³ Hasta Hakları Yönetmeliği'nin Bilgi Verme Usulü başlıklı 18. maddesinde bu durum düzenlenmiştir. “Hasta, tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından tıbbi müdahale konusunda sözlü olarak bilgilendirilir. Bilgilendirme ve tıbbi müdahaleyi yapacak sağlık meslek mensubunun farklı olmasını zorunlu kılan durumlarda, bu duruma ilişkin hastaya açıklama yapılmak suretiyle bilgilendirme yeterliliğine sahip başka bir sağlık meslek mensubu tarafından bilgilendirme yapılabilir.”

¹⁵⁴ Zeytin, **agm.**, s. 15.

tartışmalı husus tıbbi müdahaleden ne anlaşılması gerektiğidir. Bu tartışmaların ortaya çıkmasının başlıca nedeni mevzuattaki düzenlemelerin birbiriyle çelişkili ifadeler içermesidir. 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatların Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesinde her türlü tıbbi müdahaleye ilişkin hastanın rızasının alınması öngörülmüştür. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 15. maddesinde aydınlatmanın kapsamına ilişkin kullanılan *“Diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri”* ifadesi göz önüne alındığında aydınlatmanın hem teşhis hem de tedavi aşamasından önce yapılması gerektiği anlaşılmaktadır. Diğer bir açıdan aydınlatmanın kapsamının belirtildiği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 26. maddesindeki, *“Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır.”* ifadelerden aydınlatmanın teşhis aşamasından sonra gerçekleştirilmesi gereken bir işlem olduğu anlaşılmaktadır. Düzenlemelerdeki çelişkili ifadeler nedeniyle öğretilerde görüş birliği bulunmamaktadır. Öğretilerde bazı yazarlar Hasta Hakları Yönetmeliği'ndeki düzenleme doğrultusunda aydınlatma yükümlülüğünün teşhis ve tedavi aşamalarını kapsadığı yönünde görüş bildirmektedir.¹⁵⁵ Birtakım yazarlar ise Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'ndaki düzenleme doğrultusunda aydınlatmanın, teşhis aşamasından sonra gerçekleştirilmesi gereken bir yükümlülük olduğunu ifade etmektedir.¹⁵⁶ Aydınlatmanın ne zaman yapılması gerektiğine ve aydınlatma konusunu oluşturan tıbbi müdahale kavramından ne anlaşılması gerektiğine dair Anayasa Mahkemesi, *“vücut bütünlüğüne yönelik tıbbi müdahale”* ölçütünü kullanmaktadır.¹⁵⁷ Bu ölçüt uyarınca vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek nitelikteki tıbbi müdahalelerden önce aydınlatma yapılmalı ve onam alınmalıdır. Anayasa'nın 17. maddesinde koruma altına alınan *“vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı”* hakkının tıbbi müdahalenin

¹⁵⁵ Aşçıoğlu, **age.**, s. 31

¹⁵⁶ İlhan Gülel, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 125.

¹⁵⁷ *“...Başvurucunun vücut bütünlüğüne yönelik tıbbi müdahale öncesinde tıp kurallarına göre öngörülebilir nitelikte komplikasyon ve riskler hakkında yeterli bir biçimde aydınlatılmadığı iddiası yönünden mahkeme kararlarında komuyla ilgili ve yeterli bir gerekçe ortaya konulmadığı anlaşılmaktadır.”* (AYM, BB, *Alper Bahtım Kartal*, 30.06.2021, BN. 2018/2700, T.C. Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası); Benzer yönde bkz. AYM, BB, *Mehmet Çolakoğlu*, 21.02.2018, BN. 2014/15355, T.C. Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası.

kapsamını belirlemede ölçüt olması yerinde olacaktır. Girişimsel teşhis faaliyetleri kapsamında değerlendirilen anjiyo, biyopsi ve kolonoskopi gibi kişilerin vücut bütünlüğüne karşı müdahalelerin aydınlatılmış onam alınmadan gerçekleştirilmesi başta Anayasa hükmü olmak üzere hukuka aykırılık teşkil edecek ve kişilik hakkının ihlaline sebebiyet verecektir.¹⁵⁸ Dolayısıyla aydınlatma, teşhis faaliyetlerini de kapsayabilen, vücut bütünlüğüne yönelen tıbbi girişimlerden önce yapılması gereken bir yükümlülüktür.

Aydınlatma gerçekleştirildikten sonra hastaya karar verebilmesi için somut olayın özellikleri dikkate alınarak makul süre verilmesi gerekmektedir.¹⁵⁹ Ömrünün geri kalanını doğrudan etkileyecek bir konuda önemli bir karar vermek üzere olan hastadan acele karar vermesini beklemek yerinde olmayacaktır. Makul süre, somut olaydaki durumun acilliğine ve ağırlığına göre değişken olabilmektedir. İvedi şekilde müdahale yapılmasının hayati önem taşıdığı durumlarda aydınlatmanın geniş yapılması yerinde olmayacak ve hastaya karar vermesi için tanınacak süre de oldukça kısa olacaktır.¹⁶⁰ Diğer bir açıdan tıbbi müdahalenin ivedilikle yapılmasını gerektirecek bir durumun olmaması ancak tıbbi müdahalenin ağır sonuçlar doğurma ihtimalinin bulunduğu durumlarda (örneğin müdahale sonucunda sakat kalma veya ölüm riskinin söz konusu olması halinde) aydınlatmanın ayrıntılı bir şekilde yapılması¹⁶¹ ve hastaya da karar verebilmesi için daha geniş bir zamanın verilmesi gerekmektedir.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 15. maddesinde aydınlatmanın neler içermesi gerektiğine dair ayrıntılı bilgiler bulunmaktadır. Bu hüküm uyarınca hasta; hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği, tıbbi müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi, diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri, muhtemel komplikasyonları, reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri, kullanılacak ilaçların önemli özellikleri, sağlığı için

¹⁵⁸ Yüzbaşıoğlu, *age.*, s. 195

¹⁵⁹ AYM, BB, *Sultan Bulut vd.*, BN. 2017/37430, T. 20.10.2021, RG, 21.12.2021, S. 31696.

¹⁶⁰ Hancı, *age.*, s. 80.; Öztürkler, *age.*, s. 74.; Ayrıntılı bilgi için bkz. Zeytin, *agm.*, ss. 118-119.

¹⁶¹ Özlem Çakmut Yenerer, "Sağlık Hukukunun Temel Esasları ve Özellikle Aydınlatılmış Onam", *Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk*, Ankara, Mersin Barosu Şen Matbaa, 2009, s. 16.; Gülel, *age.*, s. 131.

kritik olan yaşam tarzı önerileri, gerektiğinde aynı konuda tıbbî yardıma nasıl ulaşabileceği hususlarında aydınlatılır.¹⁶² Öğretide de tıbbi müdahalede bulunacak sağlık personelinin hastayı; tıbbi müdahalenin sebebi, kapsamı, gerekliliği, riskleri, başarıya ulaşma ihtimali, alternatifi, masrafları, tıbbi müdahalede bulunulmamasının sonuçları hakkında aydınlatması gerektiği ifade edilmektedir.¹⁶³ Diğer yandan, tıbbi müdahalenin ivedi şekilde yapılmasını gerektirecek bir durum söz konusu ise aydınlatmanın kapsamı azalmaktadır.¹⁶⁴ Bir başka ifadeyle tıbbi müdahalenin başarıya ulaşması için müdahalenin ivedilik derecesi arttıkça aydınlatmanın kapsamı daralmaktadır. Ayrıca her ne kadar mevzuatta aydınlatmanın kapsamı belirtilmiş olsa da öğretide, aydınlatmayı yapacak kişiye, aydınlatma tarzı açısından bir takdir yetkisinin bırakılması gerektiği savunulmaktadır.¹⁶⁵

Hastanın tıbbi girişime ilişkin onamı alınmadan önce ortaya çıkabilecek komplikasyonlara ve tıbbi müdahalenin yapılmaması durumunda oluşabilecek risklere dair aydınlatılması oldukça önemlidir. Hastaların tıbbi müdahale öncesinde öngörülebilir risklere karşı bilgilendirilmediği durumlarda devletin sorumluluğunun doğabileceği AİHM kararlarında belirtilmektedir.¹⁶⁶ Ayrıca Danıştay ve Yargıtay kararlarında, ortaya çıkabilecek komplikasyonlara yönelik aydınlatılma yapılmasına ayrıca bir önem verildiği görülmektedir. Hastanın salt tıbbi müdahaleye ilişkin vermiş olduğu rızanın komplikasyonları kapsamadığı, ortaya çıkabilecek komplikasyonlara ilişkin aydınlatmanın ayrıca yapılmasının ve bu yöndeki onamın alınmasının gerekli olduğu Yargıtay kararlarında belirtilmektedir.¹⁶⁷ Aynı doğrultuda

¹⁶² Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın Aydınlatılmış Onam Başlıklı 26. maddesinde de benzer bir düzenleme bulunmaktadır: “*Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır. Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilir biçimde verilmelidir.*” Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'ndaki düzenleme Yönetmelik hükmünden farklı olarak teşhis aydınlatmasını içermekte ve aydınlatmanın hastanın subjektif özellikleri dikkate alınarak yapılması gerektiğini ifade etmektedir.

¹⁶³ Hakeri, **age.**, s.134.; Hancı, **age.**, s. 73.; Gülel, **age.**, s. 125.

¹⁶⁴ Ayan, **age.**, s. 78.; Çakmut Yenerer, **agm.**, s. 15.; Gülel, **age.**, s. 131.

¹⁶⁵ Hancı, **age.**, s. 81.

¹⁶⁶ AİHM, *Altuğ vd. / Türkiye*, BN. 32086/07, T. 30.06.2015, Hudoc.echr.coe.int

¹⁶⁷ “...Hastanın salt ameliyata rıza göstermesi yeterli değildir. Ayrıca, komplikasyonların da izah edilmesi yani bu rızanın da aydınlatılmış rıza olması, komplikasyonların da izah edilmesi yani bu rızanın da aydınlatılmış rıza olması gerekir. Aydınlatılmış onamda ise ispat külfeti hekim ya da hastanededir. Davalı tarafça davacıyı uygulanan müdahale sonrası oluşabilecek komplikasyonların anlatıldığına ilişkin dosyada bir bilgi ve belge bulunmamaktadır...” (Yar. 13. HD, 16.01.2014, E.

Danıştay da, tıbbi müdahaleye başlanılmadan önce kişilerin yapılacak işlemlerin sonuçları ve risklerine ilişkin aydınlatılarak rızalarının alınması gerektiğini ifade etmektedir.¹⁶⁸ Aydınlatma yapılmadan tıbbi müdahaleye ilişkin onam alınması, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı elinden alınmasına neden olmaktadır.

Aydınlatılma kapsamında ortaya çıkabilecek risk ve komplikasyonlardan hangilerinin anlatılmasının gerekli olduğu tartışma konusudur. Ortaya çıkabilecek her türlü risk ve komplikasyonun anlatılmasının gerektiği bazı yazarlarca savunulmaktadır. Bu görüşü savunanlar, hastaların ender de olsa ortaya çıkabilen her türlü komplikasyona karşı aydınlatılmalarının gerektiği kanaatindedir.¹⁶⁹ Yargıtay da önüne gelen bir uyuşmazlıkta, nadirde olsa dahi görülebilecek komplikasyonlara karşı hekimin hastayı aydınlatması gerektiğini belirtmiştir.¹⁷⁰ Ancak hastanın ortaya çıkma ihtimali olan her türlü risk ve komplikasyona karşı aydınlatılmasının beklenmesi, hastane ortamlarındaki yoğunluk da göz önüne alındığında gerçekçi olmayacaktır. Ayrıca bu durum aşırı bir zaman kaybına ve hastanın korkmasına neden olacaktır.¹⁷¹

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin *Bilgilendirmenin Kapsamı* başlıklı 15. maddesinde, “*muhtemel*” komplikasyon ve risklere ilişkin olarak hastanın bilgilendirilmesi öngörülmüştür.¹⁷² Buradaki muhtemel ibaresinden ne anlaşılması gerektiğine ilişkin ise öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüş, hastanın oluşma riskinin oransal olarak yüksek olan komplikasyonlar hakkında bilgilendirilmesinin yeterli olduğu yönündedir. Bu görüşün taraftarları ek olarak, söz

2013/17487, K. 2014/794 aktaran Çavdar, **agm.**, s.747.); Benzer yönde bkz. Yar. 13. HD, 18.09.2008, E. 2008/4519, K. 2008/10750 aktaran Gülel, **age.**, s. 91.

¹⁶⁸ Dan. 15. D., 03.10.2018., E. 2016/4247, K. 2018/6596, Sinerji Mevzuat & İctihat Programı; Benzer yönde bkz. Dan. 15. D., 17.04.2018, E. 2013/10806, K. 2018/3855, Sinerji Mevzuat & İctihat Programı.

¹⁶⁹ Öztürkler, **age.**, s. 74.

¹⁷⁰ “Gerçekten de; doktor hastasına uygun tedaviyi tavsiye etmek ve gerekli her türlü tedbirleri düşünüp alarak işi yapmak ve tamamlamak zorundadır. Özellikle, müdahale sırasında ameliyat tekniğinin, halin icaplarının, gerektirdiği bütün önlemleri almalı, bu tip sonuçlar nadir de görülebilecekse hastayı aydınlatıp uyarmalı ve onun rızasını muhakkak surette almalıdır. Ameliyatta rizikoları, muhtemel hasıl olacak sonuç ve komplikasyonlar hakkında yeterli derecede davacının aydınlatıldığı ve ona rağmen ameliyata bilerek rıza gösterdiği davalı tarafından savunulmamış kanıtlanmamıştır.” (Yar. 13. HD, 05.04.1993, E. 1993/131, K. 1993/2741 aktaran Halide Savaş, **Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları**, Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 302.)

¹⁷¹ Zeytin, **agm.**, s. 23.

¹⁷² “...Muhtemel komplikasyonları, Reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri...”

konusu tıbbi girişimin yapılmaması halinde hastanın yaşamının tehlikeye girme ihtimali bulunuyorsa bilgilendirmenin daha da kısıtlanması gerektiğini savunmaktadır.¹⁷³ Konuya ilişkin olarak başka bir görüş ise düşük ihtimalli risk ile söz konusu riskin makul bir hastanın kararını etkileyip etkilemeyeceğinin birlikte değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bu görüşe göre ortaya çıkma ihtimali düşük olan riskler, makul bir hastanın karar vermesinde etkili olmayacak nitelikte ise anlatılmasına da gerek yoktur.¹⁷⁴ Diğer bir görüşe göre ise aydınlatma kapsamına giren riskin düşük ihtimalli olmasına rağmen hasta açısından ağır sonuçlar barındırması halinde hastanın bilgilendirilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu görüşte risk, nadir olarak görülüyor olsa dahi bu risk hasta açısından önemli ağırlıkta ise hastanın bu risk hakkında bilgilendirilmesinin gerekli olduğu ileri sürülmüştür.¹⁷⁵ Örneğin tıbbi müdahale esnasında ölüm riski düşük olsa dahi hasta bilgilendirilmelidir.

Geniş bir aydınlatma yapılmasının hem sağlık personeli açısından hem de iyileşme amacıyla sağlık kurum ve kuruluşlarına başvuran hastalar bakımından olumsuz sonuçlar doğuracağı kanaatindeyiz. Bu konu hakkında yol gösterici düzenleme olan Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 15. maddesinde kullanılan “*muhtemel*” ifadesi doğrultusunda, olasılığı yüksek risklere karşı hastanın aydınlatılması ve nadir görülen risklere aydınlatmada yer verilmemesi yerinde olacaktır. Çok düşük ihtimali bulunan risklere aydınlatmada yer verilmesi, hastaların korkarak tıbbi müdahaleden kaçınmalarına neden olabilecektir. Ayrıca bu durum, sağlık personeli üzerindeki yükün ve baskının da artmasına yol açacaktır.¹⁷⁶ Mevzuatta öngörülen “*muhtemel*” ölçütüne ek olarak subjektif değerlendirmelerle aydınlatmanın içeriğinin belirlenmeye çalışılması, tutarlı bir uygulamanın oluşmasını engellemektedir. Tutarlı bir uygulamanın olmaması, hem hizmetten yararlanan konumunda olan hastaları hem de hizmetin sunumunda görevli olan personeli olumsuz etkileyecektir. Diğer bir açıdan estetik amaçlı gerçekleştirilen tıbbi operasyonlar gibi sağlık açısından zorunluluğu bulunmayan girişimlerde,

¹⁷³ Polat, **age.**, s. 48.; Hancı, **age.**, s. 74; Selin Sert / Vildan Eryılmaz / Esra Çimen / Berivan Bulut / Aslı Tuncay / Melis Uysal / Kübra Demir, **Farklı Çerçevelerden Tıp Hukuku Sorunları**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014, ss. 120-121.

¹⁷⁴ Çakmut Yenerer, **agm.**, s. 15.

¹⁷⁵ Hakeri, **age.**, s. 149.; Zeytin, **agm.**, s. 23.; Mehmet Demir, **age.**, 184.

¹⁷⁶ Yüzbaşıoğlu, **age.**, s. 201.

doğabilecek bütün risklere karşı hastanın aydınlatılmasının gerekli olduğu öğretide ortak olarak ifade edilmektedir.¹⁷⁷

Tıbbi müdahale öncesinde yapılan aydınlatmadan farklı olarak, tedavinin başarıya ulaşması adına hekimin hastaya bilgi vermesi söz konusu olabilmektedir.¹⁷⁸ Hekim, hastasının tedavisini etkili bir şekilde gerçekleştirebilmek adına hastasını tedavi planı hakkında aydınlayabilir. Ayrıca tedavi sonrasında hekim, sağlığını koruması adına hastasına birtakım bilgiler verebilmektedir. Bu bilgilendirmeler, hastanın sağlığına kavuşması amacıyla yapıldığı için öğretilerde bazı yazarlar tarafından tedavi aydınlatması olarak adlandırılmaktadır.¹⁷⁹ Aydınlatılmış onamdan farklı nitelikte ve amaçla yapılan bu aydınlatma, hekimin yükümlülüğü kapsamında değildir. Dolayısıyla hekimin bu aydınlatmayı gerçekleştirmemesi halinde idarenin sorumluluğu söz konusu olabilmektedir.

Aydınlatmaya ilişkin önemli olan bir diğer husus, aydınlatmanın ne şekilde yapılması gerektiğidir. Hasta Hakları Yönetmeliği'nde aydınlatmanın sözlü olarak gerçekleştirileceği düzenlenmiştir.¹⁸⁰ Ancak ispat kolaylığı sağlaması adına aydınlatmanın yazılı form yoluyla yapılması tercih edilebilmektedir ve böyle yapılması da kimi yazarlarca tavsiye edilmektedir.¹⁸¹ Diğer bir yandan ise, yalnızca yazılı formlar ile yapılan aydınlatmanın hastada güvensizlik oluşturacağı savunulmakta ve bu şekilde yapılacak aydınlatmalara karşı çıkılmaktadır.¹⁸² Hasta tarafından imzalanmış aydınlatma formları, aydınlatmanın gerektiği gibi yapıldığının ispatı için tek başına yeterli değildir. Formlara ek olarak hastanın anlamasını sağlayacak şekilde bilgilendirilmesi, hastaya soru sorması için fırsat verilmesi gerekmektedir.¹⁸³ Hasta Hakları Yönetmeliği'ndeki hüküm de göz önüne alındığında, hastaya yapılacak aydınlatmanın yazılı formun yanı sıra hastayla birebir temas

¹⁷⁷ Hancı, **age.**, s. 74.; Zeytin, **agm.**, s. 23; Öztürkler, **age.**, s. 74.; Hakeri, **age.**, s. 151.

¹⁷⁸ Öztürkler, **age.**, s. 73.; Aydınlatma kavramı, öğretilerde bazı yazarlar tarafından türlere ayrılmakta ve öyle incelenmektedir. Burada bahsetmiş olduğumuz aydınlatmaya ilişkin bilgiler kimi yazarlar tarafından tedavi aydınlatması türü altında incelenmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Hakeri, **age.**, ss. 142-144.; Sert vd. **age.**, ss. 120-121.; Zeytin, **agm.**, s. 6.; Gülel, **age.**, s. 125.

¹⁷⁹ Zeytin, **agm.**, s. 6.

¹⁸⁰ Hasta Hakları Yönetmeliği'nin *Bilgi Verme Usulü* başlıklı 18. maddesinde, hastaya yapılacak bilgilendirmenin sözlü olarak yapılabileceği belirtilmiştir: “*Hasta, tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından tıbbi müdahale konusunda sözlü olarak bilgilendirilir.*”

¹⁸¹ Çakmut Yenerer, **agm.**, s. 21.

¹⁸² Ayan, **age.**, s. 85.

kurularak gerçekleştirilmesinde yarar vardır. Türk Tabipler Birliği ise aydınlatılmış onama ilişkin olduğu yayınladığı kılavuzda, “*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.*” şeklinde belirtmiştir. Buradan hareketle aydınlatılmış onamın yerine getirilmesi için kullanılan yöntemlerde bir sınırın bulunmadığı ve hastanın aydınlatmayı anlamasının hangi yöntemin kullanıldığından daha önemli olduğu söylenebilir. Ancak mevzuattaki düzenlemelerin aksine içtihatlar, aydınlatmanın yazılı olarak yapılmasının gerekli olduğu yönündedir. Anayasa Mahkemesi önüne gelen yakın tarihli bir başvuruda, aydınlatmanın gerektiği gibi yapıldığına ilişkin yazılı bir delil sunulmamasının Anayasa’nın 17. maddesinde güvence altına alınan kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkının ihlaline neden olduğuna karar vermiştir.¹⁸⁴ Yargıtay bir kararında, ispat yükünün idarede olduğunu belirttikten sonra bu ispatın da ancak bir belge ile yapılabileceğini ifade etmiştir.¹⁸⁵ Danıştay da önüne gelen bir uyuşmazlıkta aynı şekilde, davacıya gerçekleştirilecek müdahalenin sonuçları ve olası komplikasyonlarının anlatıldığına ve davacının bu işleme rıza gösterdiğine dair yazılı ve imzalı aydınlatılmış onam alınmadığından bahisle idare aleyhine tazminata hükmetmiştir.¹⁸⁶ Her ne kadar mevzuatta bir zorunluluk öngörülme de Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay ortak olarak, gerçekleştirilen aydınlatmanın belge ile ispat edilmesini zorunlu tutmaktadır. Bu nedenle, herhangi bir uyuşmazlığın doğması ihtimaline karşı aydınlatmanın yazılı olarak yapılması, idarenin sorumluluğunun doğmasını önlemek adına yerinde olacaktır. Diğer bir açıdan, aydınlatmanın hasta tarafından anlaşılmasına özen gösterilmelidir.

¹⁸³ Zeytin, **agm.**, s. 19.

¹⁸⁴ AYM, BB, Sultan Bulut vd., BN. 2017/37430, T. 20.10.2021, RG, 21.12.2021, S. 31696.

¹⁸⁵ “Aydınlatılmış onamda ise ispat külfeti hekim ya da hastanededir. Davalı tarafça davacıyı uygulanan müdahale sonrası oluşabilecek komplikasyonların anlatıldığına ilişkin dosyada bir bilgi ve belge bulunmamaktadır...” (Yar. 13. HD, 16.01.2014, E. 2013/17487, K. 2014/794 aktaran Çavdar, **agm.**, s.747.)

¹⁸⁶ “Davalı idare tarafından davacıya enjeksiyonun sonuçları ve olası komplikasyonlarının anlatıldığına ve davacının bu işleme rıza gösterdiğine dair yazılı ve imzalı aydınlatılmış onam alınmadığından, Mahkemece manevi tazminat talebinin değerlendirilmesi gerekirken reddi yönünde verilen kararda hukuka uyarlık görülmemiştir.” (Dan. 15. D., 21.02.2019, E. 2018/5009, K. 2019/950, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası.)

Tedavi yöntemleri ve nedenleri bilinen bir hastalığa ilişkin olarak hastanın aydınlatılması, tıbbi girişimin hukuka uygun olabilmesi için bir gerekliliktir. Ancak tedavisi olmayan bir hastalığın hekim tarafından teşhis edilmesi halinde hastanın aydınlatılması hekimin takdirine bırakılmıştır.¹⁸⁷ Tedavisi mümkün olmayan hastalıkların teşhis edilmesi halinde, hastanın tedaviye ilişkin vereceği bir onam bulunmamaktadır. Bu tür durumlarda hastanın kendi geleceğini belirlemesine ilişkin olarak bir seçeneğinin olmaması ve aydınlatma yapılmasının hasta sağlığını kötü etkilemesi olasılığı düşünüldüğünde, teşhise ilişkin aydınlatma yapılıp yapılmaması takdirini hekime bırakan düzenlemenin yerinde olduğu söylenebilir. Ayrıca ölmek üzere olan hastanın acılarını dindirmek amacıyla yapılan müdahaleler için de hastaya aydınlatma yapılmayabileceği ifade edilmektedir.¹⁸⁸

Tedavisi bulunan hastalıklar açısından ise aydınlatmanın gerçekleştirilmesi halinde hastanın durumunun olumsuz etkileme ihtimali varsa aydınlatma yapılmayabilmektedir. Her ne kadar hekimin hastasına, bilgi verme zorunluluğu olsa da bazı hastalıkların öğrenilmesi olumsuzluklara yol açabilmektedir. Aydınlatmanın gerçekleştirilmesi, kimi durumlarda hasta psikolojisini olumsuz etkileyebilmekte ve dolayısıyla da hekimin uygulayacağı tedavinin başarıya ulaşmasını engelleyebilmektedir. Bu duruma öğretilde sıklıkla verilen örnek, kanser hastalığıdır.¹⁸⁹ Kanser hastalığı, hem toplum tarafından çok ağır bir hastalık olarak görülmekte ve hastanın büyük üzüntü duymasına sebep olmakta hem de kanserle mücadelede hastanın morali oldukça önemli rol oynamaktadır. Kanser örneğindeki gibi hastalıkların ortaya çıkması halinde, aydınlatmanın yapılıp yapılmayacağı

¹⁸⁷ Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 14. maddesinin ikinci fıkrası: “*Tabip ve dış tabibi, hastasına ümit vererek teselli eder. Hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır. Ancak, hastalığın, vahim görülen akıbet ve seyrinin saklanması uygundur.*” şeklindedir. Hasta Hakları Yönetmeliği’nin *Bilgi Verilmesi Caiz Olmayan ve Tedbir Alınması Gereken Haller* başlıklı 19. maddesi de benzer olarak, “*Hastanın manevi yapısı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimalinin bulunması ve hastalığın seyrinin ve sonucunun vahim görülmesi hallerinde, teşhisin saklanması caizdir. Hastaya veya yakınlarına, hastanın sağlık durumu hakkında bilgi verilip verilmemesi, yukarıdaki fıkra da belirtilen şartlar çerçevesinde tabibinin takdirine bağlıdır.*” şeklinde düzenlenmiştir. Ayrıca aynı maddenin üçüncü fıkrasında aydınlatmanın hastanın ailesine de yapılabileceği düzenlenmiştir: “*Tedavisi olmayan bir teşhis, ancak bir tabip tarafından ve tam bir ihtiyat içinde hastaya hissettirilebilir veya bildirilebilir. Hastanın aksi yönde bir talebinin bulunmaması veya açıklanacağı şahsın önceden belirlenmemesi halinde, böyle bir teşhis ailesine bildirilir.*”

¹⁸⁸ Sert vd., *age.*, s. 124.; Öztürkler, *age.*, s. 77.

¹⁸⁹ Hakeri, *age.*, s. 167.; Aşçıoğlu, *age.*, s. 34.; Ayan, *age.*, s. 81.

hekimin takdirine bırakılmıştır. *Öztürkler*, aydınlatma sonucunda hastada intihar düşüncesi doğabilecekse, hastanın korkuya kapılarak kalp krizi geçirme ihtimali varsa veya hastanın panikleyerek kesinlikle olması gereken tedaviyi engelleme ihtimali bulunuyorsa aydınlatmanın yapılmaması gerektiğini ifade etmiştir.¹⁹⁰ Bu tür bir hastalığın teşhis edilmesi halinde aydınlatmanın gerçekleştirilip gerçekleştirilmemesine ilişkin karar, kendi geleceğini belirleme hakkı ile hekimin tedavi yükümlülüğü kıyasen değerlendirilerek verilmelidir.¹⁹¹

Aydınlatma yükümlülüğünü kaldıran durumlardan bir tanesi de hastanın kendi rızasıyla aydınlatmadan vazgeçmesi durumudur. Bu durumda hasta feragat ettiğini yazılı olarak açıklamalıdır. Hasta her ne kadar aydınlatmadan vazgeçmiş ve bunu yazılı olarak açıklamış olsa da istediği zaman bu kararını değiştirerek aydınlatmanın yapılmasını talep edebilmektedir.¹⁹² Bu durumda aydınlatma hakkından serbest iradesiyle vazgeçen ancak kendisine tıbbi müdahalenin yapılmasını isteyen hastaya tıbbi müdahale yapılabilir mi sorusu akla gelmektedir. Bu konuya ilişkin hukuki düzenleme bulunmamakla birlikte öğretide de bu konu hakkında fikir birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre hasta, tıbbi müdahalenin yapılmamasını istiyorsa aydınlatılma hakkından vazgeçebilecekken tıbbi müdahalenin yapılmasını istiyorsa bu hakkından vazgeçemeyecektir.¹⁹³ Diğer bir görüşte ise kişinin, kendisi üzerindeki tasarruf hakkının bir sonucu olarak aydınlatma yükümlülüğünden vazgeçmesinin mümkün olduğu savunulmaktadır. Gerekçe olarak ise kişinin tedaviyi tüm ağır sonuçlarına rağmen reddedebilmesinin mümkün olmasına kıyasen kişinin aydınlatılma hakkından da vazgeçebileceği ileri sürülmüştür.¹⁹⁴ Konuya ilişkin olarak mevzuatımızda doğrudan düzenlenmiş bir hüküm bulunmamaktadır. Biyotıp Sözleşmesi'nin *Özel Yaşam Ve Bilgilendirilme Hakkı* başlıklı 10. maddesinin ikinci fıkrasında kişilerin bilgilendirilmeme isteklerinin gözetilmesi gerektiği ifade

¹⁹⁰ Öztürkler, *age.*, s. 76.

¹⁹¹ Çakmut Yenerer, *agm.*, s. 18.; Zeytin, *age.*, s. 28.

¹⁹² Hasta Hakları Yönetmeliği'nin *Bilgi Verilmesini Yasaklanma* başlıklı 20. maddesinde söz konusu durum doğrudan düzenlenmiştir: “İlgili mevzuat hükümleri ve/veya yetkili mercilerce alınacak tedbirlerin gerektirdiği haller dışında; kişi, sağlık durumu hakkında kendisinin, yakınlarının ya da hiç kimsenin bilgilendirilmemesini talep edebilir. Bu durumda kişinin kararı yazılı olarak alınır. Hasta, bilgi verilmemesi talebini istediği zaman değiştirebilir ve bilgi verilmesini talep edebilir.”

¹⁹³ Özge Yücel, “Medeni Hukuk Bakış Açısıyla Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları”, *Sağlık Ve Tıp Hukukunda Sorumluluk Ve İnsan Hakları*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, ss. 200-201.

¹⁹⁴ Zeytin, *agm.*, ss. 24-26.

edilmiştir.¹⁹⁵ Ayrıca kişinin yazılı bir kararla bilgilendirilme hakkından vazgeçebileceği Hasta Hakları Yönetmeliği'nin *Bilgi Verilmesini Yasaklama* başlıklı 20. maddesinde düzenlenmiştir.¹⁹⁶ Ancak aydınlatılma hakkından vazgeçmiş bir hastanın onamının geçerli olup olmayacağına dair doğrudan bir düzenleme yapılmamıştır. Hastanın aydınlatılmayı reddetmesine rağmen tıbbi müdahalenin yapılmasını istemesi durumunda, tıbbi müdahalenin yapılmasının gerektiği kanaatindeyiz. Her ne kadar onama ilişkin bir ifade bulunmasa da hastanın bilgilendirilmemeyi isteyebileceğine dair düzenlemeler dikkate alındığında tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesi yerinde olacaktır. Ek olarak aydınlatılmayı istemeyen bir kişinin zorunlu olarak aydınlatılmasını aramak, aydınlatmanın amacına ters düşecektir. Aydınlatmadaki amaç kişinin kendisine aktarılan bilgileri idrak etmesi ve bu bilgileri değerlendirerek özgürce kendi kararını vermesidir. Ancak bilgilendirilmeyi istemeyen bir kişinin bilgileri idrak edip değerlendirmesi mümkün olmayacaktır. Aydınlatma hakkından vazgeçerek tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesini talep eden hastanın irade açıklamasına saygı göstermek gerekmektedir. Aydınlatma hasta için bir yükümlülük değil haktır. Ancak belirtmek gerekir ki, aydınlatmanın yapılmamış olması, hastaya yapılacak müdahalenin tıbbi standartlara uygunluğunun denetlenmesini ortadan kaldırmamaktadır. Tıbbi standartlara aykırılığın ortaya çıkması durumunda, aydınlatmadan bağımsız olarak sorumluluğun doğması gündeme gelecektir.

Aydınlatma yükümlülüğü ortadan kaldıran bir diğer durum da hastanın aydınlatma yapılacak konuya ilişkin bilgisinin bulunması halidir. Örneğin hastanın hekim olması nedeniyle kendisine uygulanacak tıbbi müdahale konusunda bilgi sahibi olması halinde aydınlatma yapılmayabilecektir. Ancak uygulanacak tıbbi müdahale hekimin uzman olmadığı ve yeterli bilgi sahibi olmadığı bir alana ilişkinse hekime de aydınlatma yapılmalıdır.¹⁹⁷ Dolayısıyla hasta şayet hekim ise aydınlatma

¹⁹⁵ “Herkes, kendi sağlığı hakkında toplanmış herhangi bir bilgiyi öğrenme hakkına sahiptir. Bununla beraber, bireylerin, bilgilendirilmeme istekleri de gözetilecektir.”

¹⁹⁶ “İlgili mevzuat hükümleri ve/veya yetkili mercilerce alınacak tedbirlerin gerektirdiği haller dışında; kişi, sağlık durumu hakkında kendisinin, yakınlarının ya da hiç kimsenin bilgilendirilmemesini talep edebilir. Bu durumda kişinin kararı yazılı olarak alınır. Hasta, bilgi verilmemesi talebini istediği zaman değiştirebilir ve bilgi verilmesini talep edebilir.”

¹⁹⁷ Yargıtay bir kararında “Mahkeme davacının Tıp Araştırma Ürünleri Şirketi müdürü ve sahibi olduğu, ameliyat için gerekli rızası olduğuna dair belgeyi imzaladığı, Adli Tıp raporuna göre de flep kopmasının bu tür ameliyatlarda rastlanan bir durum olduğu belirtilerek davanın reddine karar

yükümlülüğünün her durumda kalktığını söylemek yerinde olmayacaktır. Ayrıca, hastaya daha önce uygulanan tıbbi müdahaleyle aynı tıbbi müdahale uygulanacaksa aydınlatmanın yapılmayabileceği ifade edilmektedir.¹⁹⁸ Ancak üzerinden zaman geçen tıbbi uygulamaya ilişkin aydınlatmanın hasta tarafından hatırlanması beklenemeyeceğinden dolayı aydınlatmanın yapılmasında yarar olacağını düşünüyoruz. Ayrıca ilk aydınlatma metninin eksik olması ve yeni komplikasyonların ortaya çıkma ihtimali düşünüldüğünde, yeni yapılacak tıbbi müdahaleye ilişkin aydınlatmanın yapılması hastanın hukuken geçerli bir onam vermesi adına yerinde olacaktır. Diğer bir yönden yeniden aydınlatmanın yapılmadığı tıbbi müdahaleye ilişkin bir uyuşmazlığın ortaya çıkması halinde idare, aydınlatmanın hukuka uygun olarak yapıldığına dair delil niteliğinde bir belge sunamayacaktır.

Zorunluluk durumunun ortaya çıkması halinde, aydınlatma yükümlülüğü ortadan kalkmaktadır. Bu tür durumlarda, derhal tıbbi müdahalede bulunulmadığı takdirde çok daha ağır sonuçlar ortaya çıkabilmektedir.¹⁹⁹ Acil haller zorunluluk durumuna örnek olarak verilebilir. Hasta trafik kazası sonucu bilinci kapalı olarak hastaneye getirilmişse aydınlatma yapılmadan tıbbi müdahale gerçekleştirilebilmektedir. Zorunluluk haline verilebilecek bir diğer örnek de doğal afet, savaş hali ve toplu kazalardır. Bu tür ivedilikle müdahalede bulunulmayı gerektiren durumlarda hekimin hastayı aydınlatma yükümlülüğü bulunmamaktadır.²⁰⁰

verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir. Ameliyatta rizikoları; muhtemel hasıl olacak sonuç ve komplikasyonlar hakkında yeterli derecede davacının aydınlatıldığı ve ona rağmen ameliyata bilerek rıza gösterdiği davalı tarafından kanıtlanması gerekir. Davacının tıbbi araç gereçlerle ilgili işte söz sahibi olması, her bir dalının bile kendi içerisinde ayrı uzmanlık gerektiren tıp ilminin bütün konularına vakıf olduğunu göstermez. Ayrıca ameliyat için rıza alınmış olması bu rızanın aydınlatılmış rıza olduğunu göstermez...” şeklinde belirtmiştir. (Yar. 13. HD, 16.09.2008, E. 2008/4219, K. 2008/10660, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

¹⁹⁸ Hakeri, **age.**, s. 166.; Ayan, **age.**, s. 79.; Aşçıoğlu, **age.**, s. 34; Çakmut Yenerer, **agm.**, s. 17.; Gülel, **age.**, ss. 135-136.; Zeytin, **age.**, s. 27.

¹⁹⁹ Çakmut Yenerer, **agm.**, s. 17.; Zeytin, **age.**, s. 27.

²⁰⁰ Hancı, **age.**, s. 74.; Gülel, **age.**, s. 135.

B. Onam Alma Yükümlülüğü ve İdarenin Sorumluluk Sebepleri

1219 Sayılı Tababet Ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesi, tıbbi müdahaleler öncesinde hastadan veya yasal temsilcisinden onam alınması gerektiğini düzenlemiştir.²⁰¹ Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24. maddesinde ise hastanın rızası bulunmadan tıbbi girişimin gerçekleştirilemeyeceği düzenlenmiştir.²⁰²

Aydınlatılmış onam alınmasının esas amacı tıbbi müdahalenin hukuka uygun hale getirilmesidir.²⁰³ Aydınlatma sonucunda alınan hasta onamı olmaksızın sağlık kamu personelinin tıbbi girişimlerde bulunması idarenin sorumluluğuna yol açabilmektedir. Hastanın itirazına rağmen dişinin çekilmesi olayında Danıştay, hizmetin kusurlu işlediğine hükmetmiştir.²⁰⁴

Karar verme yeterliliğine sahip olan hastaların, sakat kalmalarına hatta ölümlerine neden olacak dahi olsa tedaviyi reddetme hakkı olduğu öğretide savunulmaktadır.²⁰⁵ Hastanın rızasının var olmasının, kişisel faydasından bulunmasından daha önemli olduğu ifade edilmektedir.²⁰⁶ AİHM önüne gelen bir olayda, dini inançları gereği tıbbi tedavi amacıyla kendilerine kan nakli yapılmasını reddeden bir grup insanın, nakil yapılmasını kabul etmemelerinin intihar

²⁰¹ “Tabipler, diş tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar.”

²⁰² “Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gerekir. Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır. Hastanın, velisinin veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunmadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde, bu şart aranmaz.”

²⁰³ Aydınlatma yükümlülüğünün bir diğer amacının da hekim ve hasta arasındaki güven ilişkisinin oluşmasını sağlamak olduğu öğretide ifade edilmektedir. (Sert vd., **age.**, s. 124.)

²⁰⁴ “Bu durumda, Hasta Hakları Sözleşmesi ve Hasta Hakları Yönetmeliği'nin yukarıda belirtilen 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. Olay nedeniyle müdahaleyi yapan diş doktoruna uyarı cezası verilmiş olması da, idarece hizmetin kusurlu işletildiğinin kabul edildiğini göstermektedir. 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, davacının manevi tazminat isteminin reddine karar verilmesinde hukuki isabet bulunmamaktadır.” (Dan. 10. D., 13.07.2010, E. 2007/6322, K. 2010/5981, Sinerji Mevzuat & İçtihat Programı)

²⁰⁵ Boran, **agm.**, s. 97.

²⁰⁶ Çetinkaya, **age.**, s. 43.

sayılmayacağını tespit etmiştir. Daha sonra kişinin akıl sağlığı yerindeyse hayati önem arz eden tıbbi müdahaleleri dahi reddedebileceğini belirtmiştir. Mahkeme, kişinin reddetmesine rağmen müdahalenin gerçekleştirilmesinin, AİHS'nin 8. maddesini ihlal edeceğini ifade etmektedir.²⁰⁷

Aydınlatılmış onamın bulunmaması rağmen sağlık personeli, iyileştirme amacıyla dahi tıbbi girişimde bulunursa sorumluluğun doğması gündeme gelecektir. Aydınlatılmış onamı alınmaksızın ameliyat edilen hasta, iyileşmiş olsa dahi idari ve cezai sorumluluk söz konusu olacaktır.²⁰⁸ Aydınlatılmış onamdan yoksun olarak gerçekleştirilen müdahale, başarıya ulaşmasından bağımsız olarak hastanın vücut bütünlüğünü ihlal etmektedir. Danıştay yakın tarihli bir kararda; kişilerin aydınlatılarak işleme rıza gösterme haklarının ellerinden alınmış olmasının sorumluluğun doğması için tek başına yeterli olduğunu, aydınlatılmış onam alınmaksızın enjeksiyon yapılan kişilerin manevi zarara uğradığını ve bu zararın da idareden tazmin edilmesi gerektiğini belirtmiştir.²⁰⁹ Diğer yönden, hastanın aydınlatıldıktan sonra onam vermemesi bir başka deyişle tıbbi müdahaleyi reddetmesi durumunda, müdahalenin yapılmaması nedeniyle ortaya çıkacak zararlardan idare sorumlu olmayacaktır.

Aydınlatılmış onamın alınmış olması durumunda tıbbi girişimler, hastanın vücut bütünlüğünü ihlal etmeyecektir. Ancak onam verilen tıbbi müdahalenin hukuken yasaklanmış bir müdahale olmaması gerekmektedir. Hukuken yasaklı bir girişime verilen onam, tıbbi girişimi hukuka uygun hale getirmeyecektir. Hastanın bu

²⁰⁷ AİHM, Moskova Yehova Şahitleri / Rusya, BN. 302/02, T. 10.06.2010, Hudoc.echr.coe.int; Benzer yönde bkz. AİHM, *Pretty / the United Kingdom*, BN. 2346/02, T. 29.04.2002, Hudoc.echr.coe.int

²⁰⁸ Hakeri, **age.**, s. 134.; Abdullah Hızal, **Hatalı Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Tam Yargı Davaları**, Yüksek Lisans Tezi, İzmir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sağlık Hukuku Anabilim Dalı, 2015, s. 17.; Ayrıca usulüne uygun olarak alınmış hastanın aydınlatılmış onamı olmaksızın tıbbi girişimlerde bulunan hekime para cezası verilmesi, Türk Tabipleri Birliği Disiplin Yönetmeliği'nin 4. maddesinde öngörülmüştür.

²⁰⁹ Dan. 10. D., 24.12.2019, E. 2019/6253, K. 2019/10834, Sinerji Mevzuat & İçtihat Programı; Yine benzer nitelikte önüne gelen bir uyuşmazlıkta Danıştay, "...enjeksiyon öncesi enjeksiyonun komplikasyonları hakkında bilgi verilerek velisinin rızasının alındığına ilişkin aydınlatılmış onam belgesinin olmadığı görülmekte olup, belirtilen yükümlülüğün yerine getirilmemiş olmasının da sağlık hizmetinin gerektiği gibi yürütülmediği konusunda küçüğe endişe, üzüntüye yol açacağı açıktır." şeklinde gerekçelendirerek sadece aydınlatılmış onam alınmamasının davacıda manevi zarara neden olduğunu belirtmiş ve idare aleyhine manevi tazminata hükmetmiştir. (Dan 15. D., 19.12.2019, E. 2014/4404, K. 2019/768, Sinerji Mevzuat & İçtihat Programı)

tür girişimlere yönelik vermiş olduğu onam geçersizdir.²¹⁰ Ayrıca hastadan alınan onam; hata, hile, tehdit veya cebir gibi iradeyi sakatlayan nedenlerden birisinin etkisi altındayken alınmış ise geçersizdir. Benzer şekilde aydınlatılma olmaksızın veya eksik aydınlatma sonucu alınan onam da geçersiz niteliktedir.²¹¹

Aydınlatılmış onam kural olarak tıbbi müdahalenin uygulanacağı hastadan alınmalıdır. Dolayısıyla kural olarak hem aydınlatmanın muhatabı hem de onam alınacak kişi hastadır. Ancak mevzuatta öngörülen birtakım istisnaların ortaya çıkması halinde genel kural uygulanmamaktadır. Bilinci kapalı olan hastaya acil olarak müdahale edilmediği takdirde, bulunuyorsa onama gerek olmaksızın müdahalenin gerçekleştirilebileceği düzenlenmiştir. Diğer bir açıdan velisi veya vasisi yanında bulunmayan bir hastaya benzer nedenlerle acil olarak müdahale edilmesi gerekiyorsa aydınlatılmış onam olmaksızın müdahale gerçekleştirilebilecektir.²¹²

Acil olmayan müdahalelerin gerçekleştirilebilmesi için hastanın bilincinin açılması veya kural olarak veli ya da vasisinin rızasının alınması gerektiği 1219 Sayılı Tababet Ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesinde düzenlenmiştir.²¹³ Ancak bu hüküm 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun *Ayırt Etme Gücüne Sahip Küçükler Ve Kısıtlılar* başlıklı 16. maddesinde bulunan, ayırt etme gücüne sahip küçüklerin kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını veli ya da vasilerinin rızasına bağlı olmadan kullanabileceklerine ilişkin hüküm ile çelişmektedir.²¹⁴ Ayırt etme gücüne sahip küçüklerin kişiye sıkı sıkıya bağlı haklara ilişkin olduğu için tıbbi müdahalelere tek başlarına rıza gösterebilme yetkisi, Medeni Kanun'a göre bulunurken 1219 sayılı Kanun'a göre bulunmamaktadır. Özel kanun

²¹⁰ Polat, **age.**, s.47.; Çetinkaya, **age.**, s. 43.

²¹¹ Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın *Aydınlatılmış Onam* başlıklı 26. maddesi ilgili düzenlemeye haizdir.

²¹² Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24. maddesinde söz konusu müdahalelerin yapılırken rızaya ihtiyaç duyulmadığını düzenlenmiştir: "*Hastanın rızasının alınmadığı hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde, hastaya tıbbi müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir.*"

²¹³ "*Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar.*"

²¹⁴ "*Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler. Karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir.*"

niteliğinde olduğu için 1219 sayılı Kanun'un uygulanması gerektiği savunulabilecektir.²¹⁵ Ancak bu durum Medeni Kanun hükmünün ve müdahalenin gerçekleştirileceği ayırt etme gücüne sahip küçüğün iradesinin tamamen göz ardı edilmesine neden olacaktır. Diğer açıdan 1219 sayılı Kanun'a göre daha yeni tarihli olan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun uygulanması gerektiği de savunulabilecektir. Mevzuattaki bu farklılıklardan dolayı ayırt etme gücüne sahip küçüklere yönelik gerçekleştirilecek tıbbi müdahalelerde, hem yasal temsilcinin onayının alınması hem de şahsına sıkı sıkıya bağlı bir hakka ilişkin olduğu için küçüğün rızasının alınması daha doğru olacağı kanaatindeyiz.²¹⁶ Zeytin, ayırt etme gücüne sahip küçük ile yasal temsilcisinin rızalarının farklı olması durumunda, kanuni temsilcinin rızası ne yönde ise onu uygulanması gerektiğini belirtmiştir.²¹⁷ Ancak bu durum küçüğün geri kalan yaşamında önem arz eden bir konuda, iradesinin tamamen dışlanması anlamına gelecektir. Örneğin ayırt etme gücüne sahip küçüğün kendisinin istememesine rağmen yasal temsilcisinin iradesine bağlı olarak gebeliğinin sona erdirilmesi durumunda olduğu gibi rızaların uyuşmadığı müdahaleler hayati öneme sahip olabilmektedir. Küçük ile yasal temsilcisinin rızalarının uyuşmaması durumunda karışıklıkların önlenmesi adına mevzuattaki farklılıkların giderilmesi yerinde olacaktır.

Müdahalenin acil olarak gerçekleştirilmesinin gerekli olduğu ancak veli veya vasinin müdahaleye rıza vermemesi durumunda ise ayırt etme gücünden yoksun veya küçük olan hastanın hayati fonksiyonlarını korumak adına kademeli bir düzenleme öngörülmüştür. Hekimin müdahaleyi gerçekleştirmesi adına, öncelikle durumun adli mercilere bildirerek izin alınması, bu ihtimal mümkün olmadığı takdirde hekimin başka bir meslektaşından fikir alarak müdahaleyi gerçekleştirmesi öngörülmüştür. En son ihtimalde ise hekimin yalnızca hastanın hayatını kurtarıcı girişimleri yerine getirebileceği düzenlenmiştir. Bu tür acil durumlarda müdahale etme konusunda hekime takdir yetkisi tanınmıştır.²¹⁸

²¹⁵ Polat, *age.*, s. 49.

²¹⁶ Bu yönde bkz. Hakeri, *age.*, ss. 186-187; Gülel, *age.*, s. 108; Yüzbaşıoğlu, *age.*, s. 213.

²¹⁷ Zeytin, *agm.*, s. 17.

²¹⁸ Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın *Aydınlatılmış Onam* başlıklı 26. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen hükümde, "Hekim temsilcinin izin vermemesinin kötü niyete dayandığını düşünüyor ve bu durum hastanın yaşamını tehdit ediyorsa, durum adli mercilere bildirilerek izin alınmalıdır. Bunun mümkün olmaması durumunda, hekim başka bir meslektaşına danışmaya çalışır ya da yalnızca yaşamı kurtarmaya yönelik girişimlerde bulunur. Acil durumlarda müdahale etmek hekimin

Hastadan veya hastanın veli ya da vasisinden onam alınarak tıbbi müdahalede bulunulması kuralının bir diğer istisnası da yasalarda öngörülen ve toplum sağlığını tehdit eden hastalıkların tedavisine ilişkindir. Bu tür hastalıklarda aydınlatılmış onam aranmaksızın tedavi gerçekleştirilmektedir.²¹⁹ 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 57. maddesinde adı geçen kolera, veba, difteri gibi salgın hastalıklara ilişkin olarak tıbbi müdahalenin gerçekleştirmesinde onam aranmamaktadır. Düzenlemede toplum sağlığının korunmasının daha yerinde olacağı düşünülerek hastanın kişisel haklarının korunmasından feragat edilmiştir. Toplumun menfaati ve kişinin yaşam hakkı ile kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı arasından, hukuken yapılmış bir tercih söz konusudur.

1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 57. maddesinde veya diğer kanun hükümlerinde Covid-19 hastalığına, onam alınmaksızın müdahale yapılabilmesine ilişkin bir düzenleme, çalışmamız sırasında tespit edilememiştir. Yasal düzenleme olmaksızın Covid-19 hastalığına yakalanan kişilere müdahale edilmesi, Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan kişilerin maddi ve manevi varlığının korunması hakkının ihlaline sebep olacaktır. Dolayısıyla Covid-19, her ne kadar salgın hastalık olsa da salgın niteliğinde olmayan diğer hastalıklarda olduğu gibi hastanın rızası doğrultusunda tıbbi müdahaleler yapılabilecektir.

1219 Sayılı Kanun uyarınca Büyük cerrahi müdahaleler²²⁰ ile 2238 Sayılı Kanun uyarınca da organ ve doku nakillerine²²¹ ilişkin olarak onam, belirli şekil

takdirindedir. Tedavisi yasalarla zorunlu kılınan hastalıklar toplum sağlığını tehdit ettiği için hasta veya yasal temsilcisinin aydınlatılmış onamı alınmasa da gerekli tedavi yapılır.” şeklinde belirtilmiştir.

²¹⁹ Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın Aydınlatılmış Onam başlıklı 26. maddesinde söz konusu hastalıkların kanunlarda belirleneceğine atıf yapılmıştır: “*Tedavisi yasalarla zorunlu kılınan hastalıklar toplum sağlığını tehdit ettiği için hasta veya yasal temsilcisinin aydınlatılmış onamı alınmasa da gerekli tedavi yapılır.”*

²²⁰ 1219 Sayılı Tababet Ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesinde büyük cerrahi müdahaleler bakımından onamın yazılı olarak alınması gerektiği düzenlenmiştir: “*Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır.”*

²²¹ 2238 Sayılı Organ Ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması Ve Nakli Hakkında Kanun'un Muvafakat başlıklı 6. maddesinde söz konusu şekil şartları öngörülmüştür: “*Onsekiz yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olan bir kişiden organ ve doku alınabilmesi için vericinin en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanması zorunludur.”*

şartlarına bağlanmıştır. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin *Rızanın Şekli ve Geçerliliği* başlıklı 28. maddesinde ise mevzuatta aksi belirtilmediği sürece onamın alınması bakımından belirli bir şekil şartının bulunmadığı belirtilmiştir. Bu hükümden hareketle onamın sözlü olarak dahi alınabileceği söylenebilir. Aynı Yönetmeliğin 26. maddesinde, uyuşmazlığa neden olması tıbben muhtemel olan tıbbi müdahalelere ilişkin rıza formunun hastaya veya kanuni temsilcisine imzalatılacağı düzenlenmiştir. Bu iki hüküm kıyaslandığında, 26. maddede belirtilen “*Mevzuatta öngörülen durumlar ile uyuşmazlığa mahal vermesi tıbben muhtemel görülen tıbbi müdahaleler*” ifadesinin, 28. maddede geçen “*mevzuatın öngördüğü istisnalar dışında*” ibaresinden bahisle genel hükmün istisnası olduğunu düşünülebilir. Ancak hangi tıbbi müdahalelere ilişkin uyuşmazlık çıkabileceğinin önceden belirlenmesinin mümkün olmadığı düşünüldüğünde, söz konusu yönetmelik hükümlerinin şekil yönünden olmasa da işlevsel olarak çeliştiğini düşünmekteyiz.²²² Ayrıca Yönetmeliğin 26. maddesinde ki söz konusu hükümden, tıbbi müdahalelere ilişkin bir uyuşmazlık ortaya çıktığı takdirde onamın alındığına ilişkin ispatın yalnızca belge ile yapılabileceği sonucu çıkartılabilir. Dolayısıyla, hasta onamının yazılı olarak alınması, ileride ortaya çıkabilecek sorunların önlenmesi adına yerinde olacaktır. Nitekim Danıştay yakın tarihli kararlarında hüküm kurarken, yazılı ve imzalı aydınlatılmış onam belgesinin olup olmadığını sorgulamaktadır.²²³ Her ne kadar onamın yazılı olarak alınması ispat açısından önemli olsa da, onamının genel ve soyut yazılı formlara imza şeklinde alınmamasına dikkat edilmelidir. Matbu formlar şeklinde alınan aydınlatılmış onamın geçerliliği Danıştay ve Yargıtay tarafından kabul edilmemektedir.²²⁴ Ayrıca hastanın genel ve soyut nitelikte önceden vermiş

²²² Benzer yönde bkz. Yüzbaşıoğlu, *age.*, s. 224

²²³ Dan. 10. D., 24.12.2019, E. 2019/6253, K. 2019/10834, Sinerji Mevzuat & İçtihat Programı

²²⁴ “Bilgilendirilmiş onam formunun dosyada bulunmadığının Adli Tıp Raporu ile tespit edilmesi üzerine, davalı idare tarafından davacıya uygulanan tıbbi müdahaleye ilişkin “bilgilendirilmiş hasta onayı formu” dosyaya sunulmuş ise de; söz konusu form incelendiğinde, formda yalnızca davacının ad, soyad ve imzasının yer aldığı, bilgilendirmeyi yapan/yapması gereken sağlık personelinin kimlik bilgileri ile imzası ve tarih bilgilerinin eksik olduğu, bununla birlikte davacıya imzalatılan onay formunun tüm cerrahi müdahaleler için hazırlanmış matbu bir form olduğu, söz konusu formda davacıya uygulanacak tıbbi işlemlerin neler olduğu, bunların faydaları ile muhtemel sakıncaları, alternatif tıbbi müdahale usulleri, tedavinin kabul edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçları ve hastalığın seyri ve neticeleri hakkında yeterli açıklamaların bulunmadığı, nitekim söz konusu formda yer alan ve ameliyat sonrası gelişmesi beklenebilecek komplikasyonlar arasında davacıda ortaya çıkan gaz ve gaita tutamama şikayetine yer almadığı, yine davacıya uygulanan cerrahi girişimlere özgü olarak verilecek/verilmesi gereken bilgiler için formda ayrılan kısımların boş bırakıldığı, bu haliyle davacının kendisine uygulanan cerrahi girişimler hakkında yeterli biçimde aydınlatıldığının kabul edilemeyeceği anlaşılmıştır.” (Dan. 15. D., 20.12.2018, E. 2016/2055, K. 2018/8407, Sinerji Mevzuat & İçtihat Programı); “Davalının ameliyat öncesi muhtemelen hasıl

olduğu rızalar geçersiz olmaktadır. Tıbbi girişimin belirli olduğu durumda, hastanın vereceği somutlaşmış rıza, geçerli bir rıza olarak kabul edilmektedir.²²⁵ Anayasa Mahkemesi önüne gelen bir uyuşmazlıkta, ispat külfetinin hastada olmadığını belirtmiştir. Aydınlatmanın gerçekleştirildiğine dair ispatın ise hastanın “*belgeyi okuduğu, anlatılanları anladığı ve uygulanacak işlemlere onay verdiği yönünde beyanı veya imzası*” ile mümkün olacağını ifade etmiştir.²²⁶ Aydınlatma ve rızanın farklı metinlerde düzenlenmesine mevzuatta bir engel bulunmasa da Anayasa Mahkemesi’nin aydınlatma ve rızanın aynı metinde bulunması yönünde bir tercihinin bulunduğu söylenebilir.²²⁷

Her ne kadar onamın sözlü veya yazılı alınması esas olsa da bazı durumlarda hastanın zımni olarak tıbbi müdahalenin yapılmasına onay verdiği kabul edilmektedir. Rutin muayeneler, riskin söz konusu olmadığı tedavi yöntemleri gibi tıbbi faaliyetler söz konusu olduğunda hastanın hekime başvurusu ile hastanın zımni olarak muvafakat verdiği savunulmaktadır. Örneğin, kan alma işlemi sırasında hastanın kolunu açmasının onam niteliğinde olduğu ifade edilmektedir.²²⁸ Ancak her ne kadar muvafakatin zımni olduğu kabul edilse de, bu tür durumlarda aydınlatma yükümlülüğü devam etmektedir. Zımni muvafakatin verilmesinden önce aydınlatmayla yükümlü sağlık kamu personeli, hastayı gerçekleştirilmesi söz konusu işleme ilişkin olarak aydınlatmalıdır. Nitekim Yargıtay bir kararında, iradenin zımni olarak verilmesi ihtimalinde dahi rızanın geçerli olabilmesi için hastanın aydınlatılması gerektiğine karar vermiştir.²²⁹ Zımni olarak rıza verildiğinin kabul

olabilecek sonuç ve komplikasyonlar hakkında hastasını bilgilendirmesi BK.md.357.maddesine göre bir zorunluluktur. Mahkemenin de kabulünde olduğu gibi, dosyaya ibraz edilen onam formu matbu olup, davalı tarafın, davacıyı bu konuda bilgilendirdiği ve gerekçeli açıklamaları yaparak uyardığı hususu ve davacının yeterli derecede aydınlatılıp aydınlatılmadığı, operasyonun komplikasyonlarının bilinmesi halinde dahi bu operasyona davacının rıza gösterip göstermeyeceği konuları dosya içeriği ile anlaşılamamaktadır.” (Yar. 13. HD., 13.06.2013, E. 2013/14354, K. 2013/16113, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası); Benzer yönde bkz. Yar. 3. HD, 23.01.2014, E. 2013/16671 K. 2014/815 aktaran Hayrunnisa Özdemir, "Hekimin Hukuki Sorumluluğu", **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 11, S.1, 2016, s. 61.

²²⁵ Gülel, **age.**, s. 95.

²²⁶ AYM, BB, *Ahmet Acartürk*, BN. 2013/2084, T. 15.10.2015, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası

²²⁷ AYM, BB, *Sultan Bulut vd.*, BN. 2017/37430, T. 20.10.2021, RG, 21.12.2021, S. 31696.

²²⁸ Koç, **agm.**, s.42.; Çetinkaya, **age.**, s. 40; Hancı, **age.**, s. 87.

²²⁹ “*Hastanın açık ya da zımni iradesinin hukuksal yönden geçerli olabilmesi, o kişinin sağlık durumunu; yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile sonuçlarını bütün ayrıntıları ile bilmesi, bu konuda yeteri kadar aydınlanması, iradesini baskı altında açıklamaması gerekir.*” (Yar. 4. H.D., 08.03.1977, E. 1976/6297, K. 1977/2541, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

edildiği durumlarda uyuşmazlık çıktığı takdirde aydınlatmanın yapıldığı yazılı olarak ispat edilemeyecektir. Aydınlatmanın yapıldığının ispat edilemediği durumlarda ise idarenin sorumluluğu doğmaktadır. Dolayısıyla öğretide bazı yazarlar tarafından kabul edilen zımni rıza kavramı, uyuşmazlık ortaya çıktığı takdirde işlevsiz kalacaktır.

Hasta vermiş olduğu onamı istediği zaman geri alabilmektedir.²³⁰ Onamın geri alınmasından sonra hastaya yapılacak tıbbi girişimler, hukuka aykırı nitelikte olacaktır. Hastanın rızası alındıktan sonra başlanılan tıbbi girişim esnasında derhal müdahale edilmesini gerektiren bir durum ortaya çıktığı takdirde, söz konusu müdahale hastanın başlangıçta vermiş olduğu rızasının kapsamına girmese de müdahalenin gerçekleştirilebileceği ifade edilmektedir.²³¹ Örneğin ameliyata başladıktan sonra başlangıçta öngörülen durumdan farklı olarak alınması gereken ve hastayı tehlikeye atan bir kist tespit edildiği takdirde, o kistin alınması gerekmektedir. Burada üzerinde durulması gereken husus, hastanın o an rıza veremeyecek durumda olması ve sonradan tespit edilen durumun o anki müdahale esnasında gerçekleştirilmeyip sonraya bırakıldığı takdirde hastanın hayatını veya bir fonksiyonunu ya da organını kaybetme ihtimalinin bulunmasıdır.²³² Sonradan tespit edilen duruma o an müdahale edilmemesi hastayı tehlikeye atmıyorsa hastanın bilinci açıldıktan sonra hastanın aydınlatılmış onamı alınmalı ve müdahale gerçekleştirilmelidir. Yargıtay'ın önüne gelen bir uyuşmazlıkta; hastadan böbrek taşının alınması için aydınlatılmış onam alınarak gerçekleştirilen ameliyatta, böbreğin tamamı hekimler tarafından alınmıştır. Böbreğin iltihaplı olması nedeniyle tıbbi zaruret gereği gerçekleştirilen operasyonda, yalnızca böbrek taşının alınmasının hasta açısından riskli olduğu ayrıca aydınlatılmış onam almak için hastanın uyandırılıp yeniden ameliyat edilmesinin de tehlikeli olacağından bahisle yapılan işlem Yargıtay tarafından hukuka uygun bulunmuştur.²³³ Diğer bir yönden tıbbi müdahale esnasında tespit edilen durum, tıbbi standartlara göre önceden

²³⁰ Türk Tabipler Birliği Meslek Etiği Kuralları'nın *Aydınlatılmış Onam* başlıklı 26. maddesinin üçüncü fıkrası, "*Hasta vermiş olduğu aydınlatılmış onamı dilediği zaman geri alabilir.*" hükmüne haizdir.

²³¹ Kimi yazarlarca varsayılan rıza olarak da adlandırılan söz konusu durum hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gülel, *age.*, ss. 169-181.; Çakmut Yenerer, *agm.*, ss. 32-33.; Ayan, *age.*, s. 80.

²³² Polat, *age.*, s. 49.

²³³ Yar. 4. HD, 05.03.1971, E. 1970/10853, K. 1971/2096 aktaran Çavdar, *agm.*, s. 750.

öngörülebiyecek bir durum ise müdahale kapsamındaki bu ihtimale karşı da hastanın aydınlatılmış onamının alınması gerekmektedir.²³⁴ Aksi halde idarenin sorumluluğu ortaya çıkacaktır.

Aydınlatma yükümlülüğünde olduğu gibi onam alma yükümlülüğü de bazı hallerde ortadan kalkmaktadır. Aydınlatma yükümlülüğüne benzer şekilde zorunluluk durumu söz konusu ise hastadan onam alınmadan müdahale gerçekleştirilebilecektir. Hastaya derhal tıbbi müdahalede bulunulmadığı takdirde çok daha ağır sonuçların ortaya çıkma ihtimali varsa onam alınmaksızın müdahale gerçekleştirilmelidir.²³⁵ Hastanın hayati tehlikesi veya organ ya da fonksiyon kaybetme ihtimali bulunuyorsa zararlı sonuçların oluşmaması için onam alınmaksızın müdahale gerçekleştirilmektedir.

Onamın gerekli olmadığı bir diğer durum ise salgın hastalıkların önlenmesine ilişkin zorunlu aşı uygulamasıdır. Kamu düzeninden kaynaklandığı gerekçesiyle onam aranmaksızın aşının uygulanabileceği öğretide savunulmaktadır.²³⁶ Ancak çiçek aşısı dışında, zorunlu aşı uygulamalarına ilişkin olarak yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Anayasa'nın 13. maddesindeki temel hak ve özgürlüklerin yalnızca kanunla sınırlanabileceğine dair hüküm göz önüne alındığında, zorunlu aşı uygulamasının sadece kanunla getirilebileceği aksi uygulamaların Anayasa'ya aykırılık teşkil edeceği söylenebilir. Diğer bir açıdan zorunlu aşıya ilişkin kanuni bir düzenlemenin bulunduğu varsayımında, kanun kapsamında sayılacak zorunlu aşılardan uygulanmasından önce onam alınma zorunluluğu bulunmayacaktır.²³⁷

Aydınlatılmış onam alınması, tıbbi hatanın oluşması durumunda ortaya çıkan sorumluluğu ortadan kaldırmamaktadır. Aydınlatılmış onam; tıbbi müdahalenin hukuka uygun olmasını sağlamakta, müdahalenin kişilerin vücut bütünlüğünü ihlal etmesini engellemektedir.

²³⁴ Polat, **age.**, s. 49.

²³⁵ Çakmut Yenerer, **agm.**, s. 17.; Zeytin, **age.**, s. 27.

²³⁶ Hancı, **age.**, s. 93.

²³⁷ Zorunlu aşı uygulaması, *Kamu Sağlık Kuruluşlarında Karşılaşılan Tıbbi Uygulama Hataları* başlığı altında incelenen koruyucu sağlık hizmeti kapsamında ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

III. Yetki Sınırının Aşılması

Tıbbi girişimlerin hukuka uygun olmasının bir şartı da yetkili kişiler tarafından gerçekleştirilmesidir.²³⁸ Yetki sınırına uyulmaksızın gerçekleştirilen tıbbi girişimler, yetki unsurunun eksik olduğu idari eylemler gibi hukuk aykırı nitelikte olacaktır. Yetkili kişilerin kim olduğu 1219 Sayılı Tababet Ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'da belirtilmiştir. Hekimlere (m. 1-28), dış hekimlerine (m. 29-46), ebeler (m. 47-58), hasta bakıcı hemşirelere (m. 63-68), acil tıp teknikerlerine (m. 3), küçük sıhhiye memurlarına (m. 3), fizyoterapist ve odyologlar gibi diğer sağlık personellerine (ek m. 13) ilişkin düzenlemelere Kanun'da geniş şekilde yer verilmiştir. Kanun hükümlerinde, sağlık personelinin görev tanımları belirlenmiş ve yetki sınırları çizilmiştir. Belirlenmiş olan bu yetki alanlarına, sağlık kamu personeli tarafından riayet edilmediği takdirde tıbbi girişimin başarıyla sonuçlanmasından bağımsız olarak idarenin sorumluluğu ortaya çıkabilecektir. Ancak acil bir duruma yönelik gerçekleştirilen tıbbi girişimlerde, müdahalede bulunan kişiye yönelik olarak yetki şartı aranmayabilmektedir.²³⁹

1219 sayılı Tababet Ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 1. maddesi uyarınca tıp mesleğinin icra edebilmesi için tıp fakültesinden diplomaya sahip olma şartı aranmaktadır.²⁴⁰ Diploma kimi müdahalelerin gerçekleştirilebilmesi açısından yeterli iken bazı müdahalelerin gerçekleştirilebilmesi için tıp fakültesi diplomasına ek olarak ihtisas (uzmanlık) diploması aranmaktadır. Uzmanlık diploması gerektiren müdahaleler söz konusu olduğunda uzmanlık diplomasına sahip olmayan hekimlerin hastaya müdahalede bulunmaları, kendi yetki alanlarının dışına çıkması anlamına gelecektir ve idarenin sorumluluğu söz konusu olabilecektir. Kamu görevlisi hekimlerin yetkili olmadıkları alanlarda tıbbi müdahalelerde bulunmasında (A) olduğu gibi diğer sağlık kamu personelinin kendi yetki sınırlarını aşacak şekilde tıbbi müdahalede bulunmaları (B) da idarenin sorumluluğuna sebep olabilecektir.

²³⁸ Kızılyel, **İdarenin Sağlık Hizmetinden**, s. 210.; Simge Demir, **age.**, s. 45.; Aykın / Çınarlı, **age.**, s. 653.

²³⁹ Kalbi duran bir kişiye kalp masajı yapan kişinin yetkili olma şartının aranmadığı ifade edilmektedir. (Simge Demir, **age.**, s. 46.)

²⁴⁰ "Türkiye Cumhuriyeti dâhilinde tababet icra ve her hangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesinden diploma sahibi olmak şarttır."

A. Hekimlerin Uzmanlık Sınırını Aşması

Hekimlerin kendi aralarında yetki ayrımı bulunmakta, kural olarak her hekim tüm tıbbi müdahaleleri gerçekleştirmeye yetkili olmamaktadır. Hekimler tıp fakültesinden mezun oldukları zaman pratisyen hekim unvanıyla görev yapabilmektedir. Tıp fakültesi diplomasına ek olarak uzmanlık eğitimi tamamlayan hekimler ise uzman hekim unvanıyla görevlerini icra edebilmektedir.

Tıp fakültesindeki eğitimlerini tamamlayan hekimlerden uzman olarak görev yapmak isteyenler, tıpta uzmanlık sınavıyla kazandıkları ihtisas alanına ilişkin eğitim görmektedir. Uzmanlık eğitimi esnasında, uzmanlık öğrencisi veya asistan hekim unvanına sahiplerken eğitim sonunda uzman hekim unvanını kazanmaktadırlar. Asistan hekim, Tıpta Ve Diş Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliği'nin 11. maddesinde "*uzmanlık eğitimi gören, araştırma ve uygulama yapan kişiler*" olarak tanımlanmaktadır. Asistan hekimin görev ve yetkileri, Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin 118 ve 119. maddelerinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Asistan hekim, eğitimcilerin gözetiminde sağlık hizmetinin sunumunda görev alabilmektedir. Ancak herhangi bir hastayı tek başına üstlenebilme yetki ve sorumluluğu bulunmamaktadır.²⁴¹ Asistan hekimin yetki sınırını aşarak tek başına uzman hekim gibi tıbbi girişimlerde bulunması durumunda zararlı sonuç doğmasa dahi idarenin sorumluluğu ortaya çıkmaktadır. Nitekim Danıştay önüne gelen bir uyuşmazlıkta, "*...genel anestezi ile yapılan ameliyatın icapçı uzman hekim gözetiminde yapılması gerekirken, asistan doktor tarafından yapılmış olmasının davacılar murisinin ölümüne neden olmamış ise de, bu durumun davacılarda, çocuklarının tedavisinin gerektiği gibi yürütülmediği yönünde şüphe, endişe ve üzüntüye yol açtığı görüldüğünden, davacıların maruz kaldığı acı, elem ve üzüntünün hafifletilebilmesi amacıyla davacılar lehine manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken manevi tazminat isteminin reddi yolunda verilen Mahkeme kararında*

²⁴¹ "Net olarak anlaşılacağı gibi bir Eğitim ve Araştırma Hastanesinde uzmanlık eğitimi gören bir hekimin (asistanın) herhangi bir hastayı tek başına üstlenebilme yetki ve sorumluluğu yoktur." (Yar. 12. CD, 04.07.2017, E. 2015/16291, K. 2017/5821, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası.)

*hukuki isabet görülmemiştir.” şeklinde belirtmiştir.*²⁴² Bir başka uyuşmazlık konusu olayda Danıştay; uzman hekim tarafından yapılması gereken bir işlemin, yetki alanına girmemesine rağmen aile hekimi asistanı tarafından gerçekleştirilmesinden dolayı idare aleyhine manevi tazminata hükmetmiştir.²⁴³ Diğer bir yönden asistan hekim, tıp fakültesi diplomasına sahip olduğundan bahisle pratisyen hekim yetkisine sahiptir. Dolayısıyla asistan hekim, pratisyen hekimin yetkisi dahilindeki işlem ve eylemleri tek başına gerçekleştirmeye yetkiliyken uzman hekimin yetki alanına giren işlem ve eylemleri tek başına gerçekleştirememektedir.²⁴⁴

Birtakım tıbbi müdahalelerin veya işlemlerin hukuka uygun olarak gerçekleştirilmesi uzman hekim tarafından yerine getirilmesine bağlanmıştır. Örneğin uzman hekimin raporu olmaksızın birtakım ilaçlar, aile hekimleri veya pratisyen hekimler tarafından reçete edilememektedir.²⁴⁵ 1219 sayılı Kanun’un 3. ve 23. maddesinde önemli cerrahi müdahalelerin sadece uzman hekimler tarafından gerçekleştirilebileceği ifade edilmiştir. Acil haller dışında aksi yöndeki uygulamalar, idarenin sorumluluğuna sebep olmaktadır. Yargıtay; pratisyen hekimin uzman olmamasına rağmen rahim tahliye etmesi eylemini, yetki sınırını aştığı gerekçesiyle hukuka aykırı olarak nitelendirmiştir.²⁴⁶

Uzman hekimler uzmanlaştıkları alandaki, basit tıbbi müdahalelerden cerrahi müdahalelere kadar her türlü müdahaleyi icra etmeye yetkilidirler.²⁴⁷ Uzman hekim, Tıpta Ve Diş Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliği’nin 3. maddesinde *“uzmanlık eğitimini tamamlayarak o dalda sanatını uygulama hakkı ve uzmanlık unvanını kullanma yetkisi kazanmış olanlar”* olarak tanımlanmıştır. Belirli bir alanda uzmanlık unvanına sahip olan hekimler, acil durumlar dışında yalnızca kendi ihtisas

²⁴² Dan. 15. D., 26.11.2015, E. 2015/2622, K. 2015/7990 aktaran Gökcan, **age.**, s. 1506.; Benzer yönde bkz. Dan. 10. D., 26.12.2012, E. 2012/4714, K. 2012/6965, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

²⁴³ *“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.”* (Dan.10.D., 31.12.2009, E. 2009/822, K. 2009/11619, aktaran Odyakmaz, **age.**, s. 17.)

²⁴⁴ Aykın / Çınarlı, **age.**, s.473.

²⁴⁵ Örneğin, çocuklarda antibiyotik tedavisi kapsamında kullanılan “suprax” isimli ilaç, yalnızca uzman hekim reçetesiyle alınabilmektedir.

²⁴⁶ Yar. 8. CD, 06.05.1987, E. 1987/1586, K. 1987/4648, aktaran Aykın / Çınarlı, **age.**, ss. 271-272.

²⁴⁷ Simge Demir, **age.**, s. 47.

alanlarına giren konularda tıbbi müdahale yapmaya yetkilidirler. Bu yetkilerinin dışına çıkarak tıbbi müdahalede bulunmaları halinde, göz hekiminin kalp ameliyatı yapması durumunda olduğu gibi, idarenin sorumluluğunun doğması muhtemel olacaktır.

Bazı durumlarda hastalığın teşhisi veya tedavisi kapsamında, uzmanlık alanı farklı olan birden çok hekimin bilgisine ihtiyaç duyulabilmektedir. Bu tür durumlarda müdahalede bulunacak hekim, ihtiyaç duyduğu diğer uzmanlık alanına ilişkin bilgi sahibi olan meslektaşına danışarak hareket etmelidir. Farklı uzmanlık dallarındaki hekimlerin görüş alışverişinde bulunması konsültasyon olarak adlandırılmaktadır. Konsültasyonun gerekli olmasına rağmen hekimin, bu durumu göz önüne almaksızın tek başına müdahalede bulunması uzmanlık sınırının aşılması anlamına gelecektir. Yargıtay; önüne gelen bir uyuşmazlıkta, *“Gerektiği halde dahiliye konsültasyonu istemeyip hastanın şeker komasına girmesine yol açan bevliye uzmanı doktorun kusurlu eylemi ile sonuç arasında illiyet bağı bulunduğundan...”* şeklinde ifade ederek hekimin yetki sınırını aşmasının zararlı sonuca neden olduğu vurgulanmıştır.²⁴⁸ Sağlık kamu personeli olan hekimin uzmanlık sınırını aşan eylemlerinden dolayı idarenin sorumluluğu ortaya çıkacaktır.²⁴⁹

Acil durumlar söz konusu olduğunda ise hekimlerin yetki sınırları ortadan kalkmaktadır. Hekimlik Meslek Etiği Kuralları’nın 10. maddesinde, *“Hekim, görevi ve uzmanlığı ne olursa olsun, gerekli tıbbi girişimlerin yapılamadığı acil durumlarda, ilk yardımda bulunur.”* denilerek hekimler arasındaki yetki sınırı, acil durumlardaki ilk yardıma ilişkin olarak ortadan kaldırılmıştır.

²⁴⁸ Yar. 4. CD, 25.02.2008, E. 2006/8143, K. 2008/1835 aktaran Gökcan, **age.**, s. 251.; Benzer yönde bkz. Yar. 13. HD., 09.06.2014, E. 2014/3822, K. 2014/18314 aktaran Aykın / Çınarlı, **age.**, ss. 444-445.

²⁴⁹ *“Davada davalı çene cerrahisi olarak çalıştığı hastanede ameliyat ettiği hastanın çenesine röntgen ışınları uygularken ezmaya yarısına benzeyen bazı aşırı cilt ve adale bozuklukları meydana getirmiş ve bu kötü uygulama sonunda hasta kadının yüzünde sabit ve ağır izler kalmıştır. Hasta kadın Danıştay’a başvurmuş ve sonuçta 45.939,25 lira zarar idare tarafından hastaya ödenmiştir. Bu dava idarenin uğradığı bu zararın rücuuna ilişkindir. Davalı çene cerrahisi uzmanı bir hekimdir. Meydana getirdiği kötü durum uzmanlığı dışında fakat iddiaya göre yetkili olduğu cihazın kötü kullanılmasından doğmuştur... Esasen 3153 sayılı Yasanın açık buyruğuna aykırı hareket ederek*

B. Diğer Sağlık Kamu Personelinin Yetki Sınırlarını Aşması

Sağlık hizmetleri, sağlık personelinin birlikte uyumlu çalışmalarıyla yürütülmektedir. Her sağlık personelinin görev ve yetki alanı bir diğerinden farklılık arz etmektedir. Söz konusu görev ve yetki alanına ilişkin sınırlar, 1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun ve Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği başta olmak üzere mevzuatlarda düzenleme alanı bulmuştur. Mevzuatta öngörülen alanın dışına çıkılması, sağlık kamu personelinin yetki sınırını aşması anlamına gelecek ve idarenin sorumluluğunun doğmasına neden olacaktır.

Diğer sağlık kamu personeli, esas itibarıyla hekime bağlı olarak çalışmaktadır. Hekimin talimatları doğrultusunda tıbbi faaliyetlerini yerine getirmektedir.²⁵⁰ Hekimin görev alanına giren faaliyetleri gerçekleştirmeleri halinde yetki sınırının aşılması söz konusu olacaktır. 1219 sayılı Kanun'un 1. maddesinde, yalnızca hekimlerin hastaları tedavi etmeye yetkili oldukları düzenlenmiştir. Ek olarak teşhis faaliyeti de hekim tarafından yerine getirilmesi gereken bir yükümlülük olarak Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 13. maddesinde düzenlenmiştir.²⁵¹ Anayasa Mahkemesi de bir kararında sağlık kamu hizmeti sağlık kamu personeli tarafından bir bütün halinde yerine getirilse de teşhis faaliyetinin hekimin görevi olduğunu belirtmiştir.²⁵² Dolayısıyla diğer sağlık kamu personellerinin hekimin yerine geçerek teşhis veya tedavi faaliyetini gerçekleştirmesi, yetki sınırın aşılmasına neden olacaktır.

Diğer sağlık kamu personelleri arasında sayıca en çok olanı hemşirelerdir. 6283 sayılı Hemşirelik Kanunu'nun 4. maddesi uyarınca hemşireler; hekim tarafından acil haller dışında yazılı olarak verilen tedavileri uygulamakla görevlidir. Ayrıca hemşirelik tanılama²⁵³ süreci kapsamında belirledikleri ihtiyaçlar

kendi uzmanlığı dışında başka bir uzmanlık alanından çalışmıştır." (Yar. 4. HD, 17.12.1976, E. 1976/692, K. 1976/11046, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası.)

²⁵⁰ Aykın / Çınarlı, *age.*, ss. 270-271.

²⁵¹ "Tabip ve diş tabibi, ilmi icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muaheze edilemez."

²⁵² AYM, 15.06.1978, E. 1978/13, K. 1978/41, RG. 23.1.1979, S. 16528, s.20.

²⁵³ Hemşirelik tanısı; bir birey, aile veya toplumun mevcut ya da olası sağlık problemlerine, yaşam süreçlerine tepkileri hakkında klinik bir karar olarak tanımlanmaktadır. Tıbbi tanı, hekim tarafından

çerçevesinde hemşirelik bakımını planlamak, uygulamak, denetlemek ve değerlendirmek görevleri bulunmaktadır. Dolayısıyla hemşirelerin hekimin isteminin aksine teşhis ve tedavi faaliyetlerini yerine getirme yetkileri bulunmamaktadır. Aksi yöndeki uygulamalar yapılan faaliyetlerin hukuka aykırılığına ve idarenin sorumluluğunun doğmasına neden olacaktır.

Diğer sağlık personelleri arasında yer alan ebeler 1219 sayılı Kanun'un 51. maddesi uyarınca, gebeleri muayene edebilmekte ve doğum esnasındaki basit manevraları alet kullanmadan yapabilmektedir.²⁵⁴ Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin 133. maddesi de ebelerin, doğum öncesi hazırlıkları, anne ve çocuğun muayenesini ve normal doğumları yapabileceğini düzenlemiştir.²⁵⁵ Bu iki düzenleme, esas itibarıyla hekimin görevlerinden sayılan muayene faaliyetini, gebelere ilişkin olarak ebelerin de yapabileceğini düzenlemiştir. Dolayısıyla, ebenin gebe bir kişiyi muayene etmesi yetki sınırları içerisinde olacağından hukuka aykırılık teşkil etmeyecektir.

Normal doğumu ebelerin yetkisiz olarak yaptırdığı iddiasıyla bir uyuşmazlık Danıştay'ın önüne gelmiştir. Yüksek yargı organı, *"...doğum, icapçı doktora haber verilmeksizin bütünüyle tıp gereklerine aykırı olarak ebeler tarafından gerçekleştirilmiştir. Bu durum, davacıların çocuğunun fiziksel ve zihinsel özürülü olmasında etkili sebep olmasa bile, sağlık hizmetinin gereği gibi işlemediğini, hizmetin kusurlu işletildiğini ortaya koymaktadır. Dolayısıyla, davacıların yakını için sunulan yetersiz sağlık hizmetinden dolayı duyulan acı, elem ve üzüntünün kısmen de*

belirlenir ve hastalık veya patolojik bir duruma ilişkindir. Hemşirelik tanısı ise hemşireler tarafından belirlenir ve sağlıklı veya hasta bireyin gerçek ya da potansiyel problemlerine odaklanmaktadır. (Güliden Basit, "Bakım Rehberi: Hemşirelik Süreci", **Necmettin Erbakan Üniversitesi Genel Sağlık Bilimleri Dergisi**, C. 2, S. 2, Y. 2020. ss. 80-81.)

²⁵⁴ "Ebeler gebelerin muayenesiyle bunların hıfzıssıhhatlerine mütaallik tedabirin ifasına ve doğumun teshiline ve bu esnada yapılacak basit manevraların ve çocuk için lazım gelen ilk tedbirlerin ifasına salahiyyetlar iseler de her nevi alet ve saire tatbik etmeleri memnu ve sureti avarızı velade vekayinde behemahal bir tabip davetine mecburdurlar."

²⁵⁵ "Kurumlarda doğum işleriyle vazifelendirilmiş ebeler, müracaat eden kadınların fenni olarak doğuma hazırlanmaları için yetkileri dahilinde her türlü tedbirleri alır ve hazırlıkları yaparlar. Meslek ve sanatlarının gerektirdiği şekilde ana ve çocuğu muayene ederler. Özellikle çocuk kalp seslerini yakından izler, müşahadelerine yazarlar. Gerekli gördükleri hallerde her türlü jenikal muayeneleri de yaparlar, müşahadelerini bir not halinde de yazarak tespit ederler ve doğumun seyrini dikkatle ve sürekli bir şekilde izlerler. Normal doğumları kendileri yaparlar. Doğum güçlükleri veya arızaları mevcut olan veya durumunu kesin olarak tesbit edemedikleri vakaları uzman tabibe derhal haber verirler."

olsa hafifletilebilmesi amacıyla manevi tazminata hükmedilmesi gerekmektedir.” şeklinde hüküm kurmuştur.²⁵⁶ Danıştay’ın bu şekilde hüküm kurmasının yerinde olmadığını düşünüyoruz. Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği’nin 133. maddesinde, ebelerin normal doğum yaptırma yetkisinin bulunduğu düzenlenmesine rağmen Danıştay’ın normal doğum yaptırılan olaya ilişkin olarak *“bütünüyle tıp gereklerine aykırı olarak ebeler tarafından”* şeklinde değerlendirme yapmasının isabetli olmadığı kanaatindeyiz.²⁵⁷ Ebelerin normal doğum yetkisine sahip olduğu belirtildikten sonra somut olaydaki doğumun, hekim tarafından sezaryenle yaptırılması gereken bir doğum olup olmadığının tespit edilmesinin gerekli olduğunu düşünüyoruz.

Sağlık Meslek Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş Ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik’in Ek-1 maddesinde ebelerin; gebelik tanısını koyabileceği, yenidoğanın ilk muayenesini yapabileceği, normal doğumları yaptırabileceği ve gerektiğinde epizyotomi uygulayabileceği düzenlenmiştir.²⁵⁸ Düzenleme uyarınca gebe ve yenidoğan söz konusu olduğunda ebeler, muayene ve tanı faaliyetlerini gerçekleştirebilecekler ve bu durum hekimlerin yetki alanının ihlal edilmesine neden olmayacaktır. Diğer bir yönden yönetmelikteki ebelere ilişkin *“gerektiğinde epizyotomi uygular”* hükmünün, 1219 sayılı Kanun’daki *“her nevi alet ve saire tatbik etmeleri memnu”* şeklindeki düzenleme ile çeliştiği ifade edilmektedir.²⁵⁹ Epizyotomi; normal doğumda, doğumu kolaylaştırmak ve istenmeyen yırtıkların önlenmesi adına yapılan kesi olarak adlandırılmaktadır.²⁶⁰ Yönetmelikte ebelerin yetki alanından sayılan epizyotomi, alet kullanılarak gerçekleştirilen bir faaliyet olduğu için 1219 sayılı Kanun’daki alet kullanımını yasaklayan hüküm ile çeliştiği ve normlar hiyerarşisi gereğince, kanundaki hükmün esas alınması gerektiği düşünülebilir. Ancak önceden öngörülemeyen bir durum, alet kullanımını zorunlu kılıyorsa bebek ve anne sağlığı göz önüne alındığında ebelerin alet kullanılmasının hukuka uygun olduğu kanaatindeyiz. Yönetmelik hükmünde

²⁵⁶ Dan. 10. D., 17.12.2010, E. 2010/12346, K. 2010/10823, Sinerji Mevzuat & İçtihat Programı.

²⁵⁷ Benzer yönde bkz. Aykın / Çınarlı, **age.**, s. 657.

²⁵⁸ *“Gebelik tanısını koyar, normal gebe izlenimini ve gerekli muayenelerini yapar, riskli durumları erken dönemde belirler, gerekli önlemleri alarak sevk eder. Doğrum sürecini yönetir; travay sırasında anne ve bebeğin sağlığını izler, normal doğumları ve tabibin olmadığı hallerde acil makat doğumları yaptırır, gerektiğinde epizyotomi uygular.”*

²⁵⁹ Aykın / Çınarlı, **age.**, s. 60.

²⁶⁰ www.draltunyurt.com Erişim Tarihi: 10.12.2021

kullanılan “*gerektiğinde*” ifadesinin zorunlu durumlar için kullanıldığını düşünmekteyiz. Dolayısıyla yönetmelik hükmü; kanun hükmü ile çelişmemekte, zorunlu durumlar için bir istisna öngörmektedir.

Diğer sağlık kamu personelinin yetki alanı da kendi içlerinde ayrışmaktadır. Söz gelimi bir ebe ile bir fizyoterapistin yetki alanları farklıdır. Bir fizyoterapistin, ebe yerine geçerek işlem yapması durumunda yetki sınırının aşılması söz konusu olacak ve idarenin sorumluluğu gündeme gelecektir. Acil durumlar dışında, sağlık kamu personeli tarafından gerçekleştirilen ve yetki unsurunda sakatlık bulunan bu tür müdahalelerden dolayı idarenin sorumluluğu ortaya çıkabilmektedir.

İKİNCİ BÖLÜM

SAĞLIK KAMU PERSONELİNİN TIBBİ STANDARTLARA AYKIRI EYLEMLERİNDEN KAYNAKLANAN İDARENİN SORUMLULUĞUNUN SEBEPLERİ

Sağlık hizmetinden yararlanan konumunda olanlar ile sağlık hizmetini yürütmekle mükellef olan idare arasındaki uyuşmazlıkların birçoğu, tıbbi müdahalelerin hatalı gerçekleştirildiği iddiasına ilişkindir.

Tıbbi müdahale kavramı²⁶¹ 2014 yılında Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 4. maddesine eklenmiştir. Yönetmelikte *“Tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbın sınırları içinde gerçekleştirilen fizikî ve ruhî girişimi”* şeklinde tanımlanmıştır. Yönetmelikteki tanım; *“yetkili kişi”*, *“sağlığın korunması ve iyileştirilmesi”* ile *“yapılan müdahalenin bir takım yükümlülük ve standartlara uygun olması”* şeklinde üç temel unsur barındırmaktadır. Öğretide ise tıbbi müdahale kavramı için *“yetkili kişi”* unsuru yerine yalnızca *“hekim”*²⁶² tabirini kullananlar olduğu gibi *“sağlığın korunması ve iyileştirilmesi”*

²⁶¹ Savaş, tıbbi müdahale kavramını *“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”* şeklinde tanımlarken (Savaş, **age.**, s. 26.) Yenerer Çakmut ise tıbbi müdahaleyi, *“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 gerçekleştirilen, en basit teşhis ve tedavi yöntemlerinden başlayarak en ağır cerrahi müdahalelere kadar uzanan her çeşit faaliyet”* olarak ifade etmiştir. (Özlem Yenerer Çakmut, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, Legal Yayıncılık, 2003, s. 24.); Ayrıca bkz. Mevlüt Caymaz, *“Sağlık Personelinin Tıbbi Uygulama Hataları Üzerine Bir Araştırma”*, **Uluslararası Yönetim ve Sosyal Araştırmalar Dergisi**, C. 2, S. 4, 2015, s. 2.

²⁶² Bayındır yetkili kişi tabirinden hekimin anlaşılması gerektiğini belirtmiştir. *“Tıbbi müdahale, tıp mesleğini icraya yetkili bir kişi tarafından, doğrudan ya da dolaylı tedavi amacına yönelik olarak gerçekleştirilen her türlü faaliyet yani hekimin tedavi amacına yönelik etkinlikleridir.”* (Bayındır, **agm.**, s. 560.) Özay da yetkili kişi unsuru olarak yalnızca hekimi ön plana çıkarmıştır: *“Hekimin hasta üzerinde teşhis, tedavi veya sair amaçlarla yürüttüğü fiziki ve fıkri faaliyete tıbbi müdahale denir.”* (Mertter Özay, **Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006, s. 20) Yılmaz'ın da yetkili kişi unsuru konusunda benzer bir tanımla

yerine yalnızca “sağlığın iyileştirilmesi”²⁶³ amacının olduğunu ifade eden daha dar kapsamlı tanımlar da bulunmaktadır. Bu tanımların aksine “yetkili kişi” tabirinin içerisinde hekimin yanı sıra diş hekimleri, ebeler, sıhhiye memurları, acil tıp teknikerleri, hemşireler gibi sağlık hizmetinin sunumunda görevli olanların değerlendirildiği tanımlar da mevcuttur.²⁶⁴ Tıbbi müdahaleyi belki de en çok gerçekleştiren “yetkili kişi” lerden biri hekimler olsa da, tek yetkili kişinin onlar olduğunu söylemek yerinde olmayacaktır. Tıbbi müdahaleler, genelde birden fazla personel tarafından ekipçe gerçekleştirilmektedir.²⁶⁵ Ebenin doğum faaliyetlerinde hekime yardım etmesi bu duruma bir örnektir. Ayrıca hemşirenin enjeksiyon faaliyetleri, acil tıp teknisyeninin ilk yardım müdahalesi gibi diğer sağlık personelinin tek başına gerçekleştirebileceği tıbbi müdahaleler de bulunmaktadır. Tıbbi müdahaleden kaynaklanan sorumluluk denildiğinde yalnızca hekimin faaliyetlerinden doğan sorumluluk değil, diğer görevlilerin de gerçekleştirmiş olduğu tıbbi müdahalelerden doğan sorumluluğun anlaşılması gerekir.

Benzer şekilde tıbbi müdahalenin amacını daha geniş bir şekilde değerlendiren tanımlar da mevcuttur. Sağlığın iyileştirilmesi ve korunması amacının yanı sıra suç delillerinin toplaması, bilirkişilik faaliyetleri, bilimsel çalışmalar veya yalnızca güzelleşmek amacıyla tıbbi müdahalelerin gerçekleştirilebileceği ifade edilmektedir.²⁶⁶ Dolayısıyla tıbbi müdahalenin amacının geniş yorumlanması isabetli olacaktır. O halde tıbbi müdahale kavramını, “Yetkili kişiler tarafından tıbbi ve estetik yararın sağlanması ile bilirkişilik faaliyetlerinin yerine getirilmesi amacıyla

mevcuttur: “Hekimin hastasını sağlığına kavuşturmak için yaptığı her şey ... tıbbi müdahale olarak isimlendirilir.” (Battal Yılmaz, **Açıklamalı – İctihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu**, 2007, s.1.); Benzer tanım için bkz. Ayan, **age.**, s. 5.

²⁶³ Çetinkaya, tıbbi müdahaledeki temel amacın rahatsızlık duyulan hastalığın iyileştirilmesi olarak belirtmiştir. (Çetinkaya, **age.**, s. 38.); Benzer tanım için bkz. Battal Yılmaz, **age.**, s.1.

²⁶⁴ Simge Demir, **age.**, ss. 45-46; Benzer tanım için bkz. Çetinkaya, **age.**, 37.

²⁶⁵ Kimi sağlık hizmetlerinin ekip çalışması olarak gerçekleştirilmesine dair mevzuatta hükümler bulunmaktadır. Örneğin Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği’nin Servis Hizmetleri başlıklı 13. maddesinde, “Servis hizmetleri uzman, uzmanlık eğitimi görenler, hemşire ile eczacı, diyetisyen, fizyoterapist, psikolog gibi branşla ilgili diğer meslek mensupları tarafından birlikte yürütülen bir ekip çalışması olup, hastaya en iyi koşullarda, güvenilir araçlarla isabetli teşhisi koyarak, bakımının ve en kısa zamanda tedavisinin sağlanmasını, eğitim hastanelerinde ayrıca servis içi hasta başı eğitimlerini de gerçekleştirmeyi amaçlar.” ekip çalışmasıyla servis hizmetlerinin gerçekleştirileceği düzenlenmiştir.

²⁶⁶ Yücel / Sert, **age.**, s. 33. Hakeri de insan bedeni üzerinde tıbbın ve biyolojinin uygulanması amacıyla her türlü işlemin tıbbi müdahale olduğunu belirterek tıbbi müdahalenin yetkili kişi ve amaç unsurunu geniş yorumlamıştır. (Hakeri, **age.**, ss. 27-29.) Benzer doğrultuda geniş amaç içeren tanım

tıbbi standartlara ve kurallara uygun olarak yapılan fiziksel ve ruhsal müdahalelerdir.” şeklinde tanımlayabiliriz.

Yönetmelikteki tanımda adı geçen üçüncü unsur “*Tıbbi standartlara uygunluk*” unsurudur. Tıbbi standart kavramı²⁶⁷, “*Tıp biliminin genel olarak tanınıp kabul edilmiş kuralları yani denenmiş ve bilinen meslek kuralları*”²⁶⁸ olarak tanımlanabilir. Türk hukukunda bağlayıcı nitelikteki mevzuatlarda, tıbbi standart kavramının bir tanımı çalışmamız sırasında bulunamamıştır. Öğretide ise tıbbi müdahalenin tıbbi standart çerçevesinde, kurallara bağlı olarak yapılması konusunda görüş birliği olmasına rağmen söz konusu standartların kapsamına nelerin girdiği konusunda bir uzlaşma bulunmamaktadır. Tıbbi standart kavramının soyut bir tanımının yapılması ve bu tanım doğrultusunda her somut uyumsuzluğa hakimler tarafından uygulanması mümkün değildir. Bu durumun nedenlerinden biri, tıbbi standardın belirlenmesinin uzmanlık gerektiren bir faaliyet olmasıdır. Diğer bir nedeni ise tıbbi standartlara aykırılığın sağlık kamu personelinin eylemlerinin sonucuna bağlı olarak ortaya çıkmasıdır. Bir başka deyişle eylemin sonucundan bağımsız olarak tıbbi standartlara aykırı eylemin oluşup oluşmadığının belirlenmesi mümkün olmamaktadır. Ancak sağlık kamu personelinin hukuka aykırı eylemleri, sonuçtan bağımsız olarak eylemin işlenmesiyle ortaya çıkmakta ve öngörülen hukuki düzenlemeler çerçevesinde uzman görüşüne ihtiyaç duyulmadan hakim tarafından tespit edilebilmektedir. Örneğin aydınlatılmış onam alınmaksızın gerçekleştirilen tıbbi müdahale sonucunda, hasta iyileşse dahi idarenin sorumluluğu söz konusu olmaktadır.

Tıbbi müdahaleler, kişilerin vücut bütünlüğüne yönelik olarak gerçekleştirilen müdahalelerdendir. Bundan dolayı yönetmelikte tanımlanan tıbbi müdahale kavramının unsurlarına ek bir unsurun da 1982 Anayasası’nda düzenlenmiş olduğu söylenebilir. Anayasası’nın 17. maddesinde kişilerin vücut bütünlüğünün dokunulmazlığının bir istisnası olarak “*tıbbi zorunluluk*” kavramı öngörülmüştür. Anayasal düzenlemeden hareketle tıbbi müdahalelerin hukuka uygun olarak gerçekleştirilebilmesinin tıbbi zorunluluk şartına bağlanmış olduğu söylenebilir.

için bkz. Rezzan Günday, **Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk**, Adalet Yayınevi, 2012, ss.3-4.

²⁶⁷ Mehmet Demir, **age.**, ss. 88-91.

²⁶⁸ Atiye B. Uygur, “Hekimin Kusurunun Değerlendirilmesi”, **TBB Dergisi**, S. 144, 2019, s. 362.

Tıbbi zorunluluk şartı uyarınca hastanın isteği söz konusu olsa dahi herhangi bir teşhis, tedavi ve korunma maksadı olmaksızın tıbbi müdahalede bulunulması Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 13. maddesinde yasaklanmıştır.²⁶⁹

Tıbbi zorunluluk ve tıbbi gereklilik kavramları, tıp bilimi açısından endikasyon kavramı ile ifade edilmektedir.²⁷⁰ Sağlık kamu personelinin bir tıbbi müdahaleyi hukuka uygun olarak gerçekleştirmesi endikasyon unsurunun varlığına bağlıdır²⁷¹, aksi takdirde idarenin sorumluluğu gündeme gelecektir. Danıştay, önüne gelen uyuşmazlıklarda tıbbi müdahaleler açısından endikasyon şartının varlığını incelemektedir.²⁷² Öğretide endikasyonun; tıbbi, sosyal, psikolojik, kriminolojik, dinsel, etik gibi farklı türlerinin bulunduğu ifade edilmektedir.²⁷³ Çalışmamız kapsamında tıbbi endikasyon şartını taşıyan tıbbi girişimler incelenecektir. Psikolojik endikasyon içeren estetik ameliyatı veya sosyolojik endikasyon içeren sünnet operasyonu gibi tıbbi zorunluluk taşımayan tıbbi girişimler, çalışmamızın kapsamına girmemektedir.

²⁶⁹ Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 13. maddesi “*Tabip ve dış tabibi; teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın, hastanın arzusuna uyararak veya diğer sebeplerle, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak herhangi bir şey yapamaz.*” şeklinde düzenleme içermektedir. Bu düzenlemeye benzer olarak Hasta Hakları Yönetmeliği'nin “*Tıbbi Gereklilikler Dışında Müdahale Yasağı*” başlıklı 12. maddesi “*Teşhis, tedavi veya korunma maksadı olmaksızın, ölüme veya hayati tehlikeye yol açabilecek veya vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek veya akli veya bedeni mukavemeti azaltabilecek hiçbir şey yapılamaz ve talep de edilemez.*” şeklindedir.

²⁷⁰ Endikasyon terimi, kısaca, tıbben belli bir müdahalede bulunmayı gerektiren özel durum veya belirtileri ifade etmektedir. (Mehmet Demir, **age.**, s. 78)

²⁷¹ Simge Demir, **age.**, s. 53.

²⁷² “...Tatbik ettiği cerrahi müdahalede hizmet kusuru olmadığı, fakat ameliyat öncesi DVT önleyici ilaç kullanımı gibi evraklar olmadığından ameliyat endikasyonu açısından bir hizmet kusurunun olup olamayacağının belirtilemeyeceği hususuna yer verildiği göz önüne alındığında, davacıya Erzincan 13 Şubat Devlet Hastanesinde yapılan ameliyata ilişkin tahlil ve tetkikler ile tedavi evraklarının dosya kapsamında bulunmadığı, bu haliyle davacıya anılan hastanede uygulanan tıbbi ameliyelerin tıp kurallarına uygun olup olmadığının açık ve net olarak değerlendirilmediği, anılan bilirkişi raporunun, yeterli, objektif, bilimsel açıklama ve değerlendirmeleri içermediği ve hükme esas alınabilecek nitelikte bulunmadığı görülmektedir.” şeklinde ifade etmiş ve Danıştay, endikasyon değerlendirmesi yapılmayan ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur. (Dan. 10. D., 21.09.2020, E. 2019/6336, K. 2020/3078, Sinerji Mevzuat & İctihat Programı); Benzer şekilde Danıştay diğer bir kararında endikasyonun varlığını incelemiştir: “...davacının, daha önce tekniğe uygun yapılmayan total diz protezinin, tekrar yeni bir diz protezi ile revize edilmesinin tıbben uygun olup olmadığı, total diz protezinin endikasyonu olmadığı halde revize edilmesinin, zaten yetersiz olan yumuşak dokular ile revize edilmiş protezin enfekte olmasına, dolayısıyla davacının bacağına sol diz üstünden amputasyonuna sebep olup olmadığı, davacıya söz konusu hastanede gerçekleştirilen tıbbi ameliyelerin tıp kurallarına uygun şekilde yapılıp yapılmadığı hususlarının tereddüte yer vermeyecek şekilde açıklığa kavuşturulduğu, tutarlı ve anlaşılır bir rapor alınarak olayda davalı idarenin hizmet kusuru bulunup bulunmadığı belirlenmelidir.” (Dan. 10. D., 28.09.2020, E. 2019/6339, K. 2020/3267, Sinerji Mevzuat & İctihat Programı); Benzer yönde bkz. Dan. 10. D., 24.12.2019, E. 2019/6207, K. 2019/10825 4036, Sinerji Mevzuat & İctihat Programı.

²⁷³ Mehmet Demir, **age.**, ss., 78-79.; Aynı doğrultuda bkz. Simge Demir, **age.**, s. 53.

Tıbbi müdahalelerin tıbbi standartlara aykırı olarak gerçekleştirilmesi durumunda idarenin sorumluluğu gündeme gelecektir. Tıbbi standartlara aykırı eylemin tespiti adına her somut olay açısından değerlendirilme yapılması gerekmektedir. Bu bölümde sınırlarının çizilmesi zor olan tıbbi standartlara aykırı eylem kavramına (I) ve idarenin bu doğrultudaki sorumluluk sebeplerinin belirlenmesi adına sağlık kamu personeli tarafından yaygın olarak yapılan tıbbi uygulama hatalarına (II) değinilecektir.

I. Tıbbi Standartlara Aykırı Eylem

1982 Anayasası'nda öngörülen hukuk devleti ilkesi uyarınca tıbbi standart kavramının kapsamının belirlenmesi gerekmektedir. Bu kavramın sınırlarının belirli veya öngörülebilir olması hem sağlık hizmetinin sunumundan yararlananlar konumunda olan toplumun her ferdi hem de sağlık hizmetinin sunumunda görevli olan personel açısından önem arz etmektedir. Tıbbi standart kavramının kapsamının soyut düzenlemelerle belirlenmesi mümkün olmadığından dolayı belirsizliklerin önlenmesi ancak yargı organlarının tutarlı bir içtihat oluşturmasıyla mümkün olacaktır.

Tıbbi standartlara aykırı eylemlerin belirlenebilir olmasını sağlamak adına konuya ilişkin yargı kararlarından da yararlanılarak öncelikle tıbbi standartlara aykırı eylemlerin kapsamına (A) daha sonra söz konusu eylemleri tespit edecek mercie (B) ve son olarak da eylemin sorumluluğa sebep olabilmesi için aranan kusurun yoğunluğuna (C) değinilecektir.

A. Kapsam

Tıbbi uygulama hataları (malpraktis) sağlık hizmetinin sunumunda görevli kamu personelinin tıbbi standartlara aykırı eylemleri sonucu ortaya çıkan hatalardır. Sağlık hizmetinin sunumu sırasında idarenin sorumluluğunun doğmasına yol açan

sebeplerden biri olması sebebiyle tıbbi uygulama hatası kavramı önemlidir. 1992 yılında yayınlanan Dünya Tabipler Birliği'nin 44. Genel Kurulu'nda tıbbi uygulama hataları, “*hekimin tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarar*” olarak tanımlanmıştır.²⁷⁴ Türk Dil Kurumu tarafından ise “*özen göstermeksizin veya yanlış uygulanan tedavi sonucunda ortaya çıkan, görevi kötüye kullanma anlamına gelen hukuki durum*”²⁷⁵ şeklinde tanımlanan malpraktis kavramı, esas itibarıyla belirli bir meslek grubunun hatasına özgülenmemesine rağmen genel olarak uygulamada hekimlik mesleğine özgülenmiştir ve “*tıbbi uygulama hatası*” olarak kullanılmaktadır.²⁷⁶ Tıbbi uygulama hatası bir başka deyişle malpraktisin tanımı “*hastanın tanı ve tedavisi sırasında standart uygulamanın yapılmaması, bilgi ve beceri eksikliği, hastaya uygun tedavi uygulanmaması*”²⁷⁷ şeklinde yapılabilir.

Danıştay 2015 tarihli bir kararında malpraktis kavramının içeriğini oldukça genişletmiştir. Kavramı kısaca tanımladıktan sonra içeriğini üç gruba ayırmıştır. Danıştay'ın “*Tıbbi standartlara aykırı*” hekim müdahalesi olarak tanımladığı malpraktis kavramının içerisinde ilk olarak tedavi sırasındaki hekim hataları, ikinci olarak aydınlatılmış onamın alınmaması, üçüncü olarak da organizasyon kusuru değerlendirilmiştir.²⁷⁸ Aydınlatılmış onam; tıbbi standartlarla getirilmemiş, hukuki

²⁷⁴ Oğuzhan Polat / Işıl Pakiç, “Tıbbi Uygulama Hatalarında Hekimin Sorumluluğu”, **Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi**, C. 2, S. 3, 2011, s. 119

²⁷⁵ www.kelimeler.gen.tr Erişim Tarihi: 28.02.2021

²⁷⁶ Ayrıca, Türk Tabipleri Birliği tarafından düzenlenen Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın *Hekimliğin Kötü Uygulanması (Malpractice)* başlıklı 13. maddesinde “*Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesi "hekimliğin kötü uygulaması" anlamına gelir.*” denilmiştir.; Tıbbi malpraktis kavramı, hekimler dışındaki sağlık çalışanları tarafından gerçekleştirilen müdahalelere yönelik de bir dönem kullanılması gündeme gelmiş ancak uygulamada karşılığını bulamamıştır. Sağlık Bakanlığı tarafından hazırlanan fakat sonrasında gündemden düşürülen “*Tıbbi Yanlış Uygulama (Tıbbi Malpraktis) Kanun Taslağı*” içerisinde malpraktis kavramı, “*Hekim, dış hekim, eczacı, hemşire, ebe, sağlık memuru, diyetisyen, psikolog, çocuk gelişimcisi, fizyoterapist, biyolog, röntgen teknisyeni, tıbbi fizikçi, laboratuvar teknisyeni, protezci, diş teknisyeni, sünnetçi ve diğer sağlık hizmetleri çalışanlarının standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zararlar*” şeklinde tanımlanmıştır.(www.alirizaturmer.com.tr/komplikasyon-ve-malpraktis-ayrimi, Erişim Tarihi: 28.02.2021); Ayrıca bkz. Caymaz, **agm.**, s.3.

²⁷⁷ Filiz Berberoğlu Yenipınar, **Tıbbi Sorumluluk**, 12 Levha Yayıncılık, 2017, s. 43.

²⁷⁸ “*Tip 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*

düzenlemeler tarafından getirilmiş bir kavram olmasının yanı sıra tıbbi standartlarla getirilen yükümlülüklerden de farklı özellikler taşımaktadır. Ayrıca aynı kararın daha önceki bölümünde yapılmış olan tanımda malpraktis kavramı, teşhis ve tedavi sırasında ortaya çıkan bir tıbbi hata olarak tanımlanmıştır. Aydınlatılmış onam tedavi ve teşhis öncesinde alınması gereken bir yükümlülük olup bu yükümlülük yerine getirildikten sonra teşhis ve tedavi aşamalarına geçilmesi söz konusu olmaktadır. Organizasyon kusuru²⁷⁹ olarak adlandırılan kavram ise kullanılan ekipman ve görevli personelin nitelik ve sayı eksikliğinde kullanılan bir kavram olup tedavi ve tanı sırasında ortaya çıkan tıbbi standartlara aykırı müdahaleler kapsamına girmemektedir. Dolayısıyla söz konusu kararda ikinci olarak sayılan aydınlatma kusuru ve üçüncü olarak sayılan organizasyon kusuru kavramlarının, malpraktis kavramının özüne aykırı olduğundan dolayı bu kavram içinde değerlendirilmesinin mümkün olmadığı görüşüdeyiz.²⁸⁰

Tıbbi müdahaleler özü gereği birtakım riskleri barındırmaktadır. Her ne kadar hekimler gerekli tüm dikkat ve özeni gösterecekler de istenmeyen durumların ortaya çıkması kaçınılmaz olabilmektedir. Bu tür istenmeyen durumlardan dolayı idarenin ve özellikle de hekimlerin sorumlu tutulması toplumsal fayda açısından da zararlı sonuçlar doğuracaktır. Hekimlerin cesaretinin kırılması, defansif tıp²⁸¹ uygulamalarının görülmesine neden olabilecek ve en büyük zararı toplum görecektir. Toplum ve hekimler için zararlı sonuçların doğmasının önlenmesi adına hekimlerin cesaretini kırmayacak²⁸² ancak hastaların da mağduriyetine neden olmayacak ölçüde, riskli tıbbi faaliyetler sonucunda ortaya çıkan birtakım istenmeyen sonuçlardan ötürü

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 organizasyon kusuru olarak değerlendirmek mümkündür. Bu üç kusura 'Tıbbi Uygulama Hatası' (Malpraktis) adı verilmektedir.'(Dan.15.D., 11.03.2015, E. 2013/4509, K. 2015/1398, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

²⁷⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Hasan Tahsin Gökcan, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, Seçkin Yayıncılık, 2013, ss. 317-324.

²⁸⁰ Benzer şekilde malpraktis tanımının dar yorumlanması gerektiğini savunan görüşler için bkz. Yüzbaşıoğlu, **age.**, s. 235.; Karşıt görüş olarak geniş yorumlanması yönündeki görüşler için bkz. Berberoğlu Yenipınar, **age.**, s.44.; Mehmet Demir, **age.**, ss.81-83.; Çınarlı, **age.**, ss. 220-221.

²⁸¹ Defansif tıp, sağlık personelinin ortaya çıkabilecek bir dava riskine karşı kendini koruma isteği doğrultusunda hareket etmesi olarak tanımlanmaktadır. Sağlık personelinin bu doğrultuda gerekmeyen işlemleri yapması pozitif defansif tıp, gerekli işlemleri yapmaması ise negatif defansif tıp olarak sınıflandırılmaktadır. (Aykın / Çınarlı, **age.**, ss. 534-537.); Ayrıntılı bilgi için bkz. Kerem Yılmaz / Oğuz Polat / Begüm Kocamaz, "Defansif Tıp Uygulamalarının Hukuksal Açından İncelenmesi", **Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl.5, S.16, Ocak 2014, ss.19-51.

²⁸² Savaş, **age.**, s.292.

sorumluğun doğmaması zaruridir. İzin verilen risk²⁸³ veya kabul edilebilir risk²⁸⁴ olarak da adlandırılan komplikasyon; tıbbi uygulamanın öngörülen standartlara uygun olarak yapılmasına ve her türlü önlemin alınmış olmasına rağmen ortaya çıkmasından kaçınılamayan istenmeyen durumlar olarak tanımlanabilir.²⁸⁵

Danıştay ise komplikasyonu, “*tıbbi girişim sırasında öngörülemeyen, öngörülse bile önlenemeyen istenmeyen sonuçtur; ancak bunun bilgi ve beceri eksikliği sonucu olmaması gerekir.*”²⁸⁶ şeklinde tanımlamıştır. Danıştay yapmış olduğu tanımda, öngörülebilir ancak önlenemeyen durumlar ile öngörülemeyen durumları da komplikasyon olarak nitelendirmiştir. Kanaatimizce Danıştay komplikasyon tanımını oldukça genişletmiştir. Öngörülemeyen ve aynı zamanda önlenemeyen durumlar, hukuki açıdan kimsenin sorumlu olmadığı kaza ve tesadüf olarak adlandırılmaktadır.²⁸⁷ Bu tür durumlara ilişkin önceden aydınlatmanın yapılması ve onamın da alınması, özü gereği öngörülemediği için mümkün de değildir. Ancak “*öngörülebilir ancak önlenemeyen*” durumlar olarak tanımlamanın daha doğru olacağını düşündüğümüz komplikasyon kavramında ise sorumluluğun doğmaması, aydınlatılmış onamın alınmasına bağlıdır. Dolayısıyla Danıştay’ın yapmış olduğu tanımdaki öngörülemeyen durumların hukuki anlamda komplikasyon kavramının içerisinde değerlendirilemeyeceği görüşündeyiz.²⁸⁸ Öngörülemeyen durumlara ilişkin aydınlatılmış onam bulunmasa dahi sorumluluğun oluşmaması gerekmektedir.

Tıbbi uygulama hatası olarak tanımlanan malpraktis kavramı ile komplikasyon kavramı sıkça bir arada kullanılmakta ve kimi zaman karıştırılmaktadır. Bu iki

²⁸³ Birtek, **agm.**, s.104.; Zehra Odyakmaz, “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kurumsal Sorumluluğu Açısından Avukatın Gözönünde Bulundurulması Gereken Hususlar”, **Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk**, Mersin Barosu Şen Matbaa, 2009, s.216.

²⁸⁴ “*Tıptaki ‘Komplikasyon’ kavramı ile hukuktaki ‘Kabul edilebilir risk’ kavramları eşdeğerdir.*”(Atınç Çoltu, “Tıbbi Uygulama Hataları”, **Tıp Hukuku Günleri**, Birinci Baskı, İstanbul, 2012, s. 29.)

²⁸⁵ Polat, **age.**, s. 32.; Berberoğlu Yenipınar, **age.**, s.44; Gökcan, **age.**, s. 329; İsmail Özgür Can/ Erdem Özkara / Muhammet Can, “Yargıtayda Karara Bağlanan Tıbbi Uygulama Hatası Dosyalarının Değerlendirilmesi” **DEÜ Tıp Fakültesi Dergisi**, C. 25, S. 2, 2011, s. 73.; Ayrıca *Yavuz* da komplikasyonu hekimlik doğası gereği, gerekli özen ve dikkat gösterilse bile, kaçınılmaz olan bir takım istenmeyen etkiler olarak tanımlamıştır. (Fatih M.Yavuz, “Malpraktis-Komplikasyon Ayırımı”, **A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları**, İstanbul Barosu Yayınları, 2007, s.100.)

²⁸⁶ Dan. 15.D., 11.03.2015, E. 2013/4509, K. 2015/1398, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

²⁸⁷ Savaş, **age.**, s. 294.

²⁸⁸ Benzer görüş için bkz. Savaş, **age.**, ss. 292-300.

kavramın ayrımının yapılması, sorumluluğun doğup doğmadığının tespiti açısından oldukça önemlidir. Tıbbi müdahale; gerekli dikkat ve özen gösterilerek gerçekleştirilmiş, olası komplikasyonlar için gerekli önlemler ve aydınlatılmış onam alınmış ise kural olarak sorumluluk doğmayacaktır.²⁸⁹ Hukuki ve tıbbi açıdan kusursuz yapılan tıbbi uygulamalar sonucunda dahi müdahalenin doğası gereği komplikasyonlar ortaya çıkabilmektedir. Bu tür komplikasyonların ortaya çıkması halinde sorumluluktan bahsetmek mümkün olmayacaktır. Danıştay da önüne gelen uyuşmazlık konusu istenmeyen durumun, komplikasyon olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğinin tespitinin net bir şekilde yapıldıktan sonra karar verilmesi gerektiğini belirtmektedir. Çünkü ortaya çıkan istenilmeyen durum, komplikasyon sonucu gelişmişse idarenin sorumluluğundan bahsedilemeyecektir.²⁹⁰

Ortaya çıkan komplikasyon niteliğindeki durum, öngörülebilir ve önlenebilir bir nitelikte ise malpraktis kavramı içerisinde değerlendirilecektir.²⁹¹ Danıştay da önüne gelen bir uyuşmazlıkta “*komplikasyona zamanında müdahale edilemediği*” gerekçesiyle idarenin sorumlu olduğuna hükmetmiştir.²⁹² Söz konusu uyuşmazlıkta

²⁸⁹ Uygur, **agm.**, s.365.; Mehmet Demir, **age.**, s.84.; Berberoğlu Yenipınar, **age.**, s.44.; Birtek, **agm.**, ss. 104-106.

²⁹⁰ Dan. 10. D., 29.01.2010, E. 2008/6720, K. 2010/160: “*Adli Tıp Kurumu raporuna dayalı olarak, yüksek doğum tartılı bebeklerin doğumu sırasında sinir felci bir komplikasyon olarak ortaya çıkabilecek ise; bebeğin yüksek tartılı doğum olacağı belli iken ve sezaryen olanağı kalmadığı açıkken, anne ve bebek açısından tıbbi risk taşıdığı belirgin olan söz konusu doğum olayında bu konuda uzman bir doktorun bulunmasının gerekip gerekmediğinin, uzman doktorun doğum sırasında bulunması halinde bebeğin sağ kolunda meydana gelen sinir felcinin engellenebilir engellenemeyeceğinin, tıbbi risk taşıdığı anlaşılan bu tür bir doğumun ebe tarafından tek başına yönetilip yönetilemeyeceğinin hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde net olarak ortaya konulması gerekmektedir.*” (Akgül, **Danıştayın Yeni Yaklaşımı**, s. 284.) Danıştay benzer doğrultuda yine başka bir kararında, “*...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.*”(Dan. 15.D., 11.03.2015, E. 2013/4509, K. 2015/1398, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

²⁹¹ Uygur, **agm.**, s.365.; Gökcan ise bu tür komplikasyonları önlem alınmayan, iyi yönetilmeyen komplikasyon olarak nitelendirmiştir. (Gökcan, **age.**, ss.330-331.)

²⁹² Dan. 10. D., 09.12.1992, E. 1992/184 K. 1992/4321: “*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 Hacettepe 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, doğan zararın*

komplikasyon olarak tanımlanabilecek durum, tıbbi standartlar ölçüsünde zamanında fark edilip önleyici müdahale yapılmadığı için malpraktise dönüşmüştür.

Tıbbi faaliyetler kapsamında meydana gelen komplikasyon nedeniyle sorumluluğun doğmaması için öngörülebilir bir komplikasyonun oluşmaması veya oluşması halinde olumsuz sonuçları önlemek adına tedbirlerin alınmasında kusurun bulunmaması gerekmektedir.²⁹³ Danıştay önüne gelen uyuşmazlıkta, enjeksiyonun yanlış yere yapıldığına dair tıbbi kayıt bulunmadığı ve doğru yere yapılması durumunda dahi kanama, ödem gibi nedenlerle sinire bası olabileceğinden bahisle ortaya çıkan durumu komplikasyon olarak değerlendirmiş ve hizmet kusurunun bulunmadığına hükmetmiştir.²⁹⁴ Yargıtay 13. Dairesi de benzer şekilde tıbbın gereklerine uygun davranılmasına rağmen sonucun değiştirilemeyeceği durumlarda hekimlerin sorumlu tutulamayacağını belirtmektedir.²⁹⁵ Kararlar ışığında denilebilir ki, izin verilen risk olarak da adlandırılan komplikasyonların ortaya çıkmasından dolayı idare sorumlu tutulmamaktadır.²⁹⁶

Komplikasyon sonucu idarenin sorumluluğu oluşmazken malpraktis nedeniyle idarenin sorumluluğu ortaya çıkmaktadır. Birbirine yakın iki kavramın ayrımı ancak somut olaydaki durum ve şartların birlikte değerlendirilebilmesiyle mümkün olabilmektedir. Soyut normlarla ayrımın ortaya konulamamasından dolayı yargı organlarının birbiriyle tutarlı karar vermeleri, bu iki kavramın ayırt edilebilmesi adına önem arz etmektedir.

tazmini gerekir.” Sinerji Mevzuat & İçtihat Programı benzer karar için bkz. Dan. 10. D., 09.10.1995, E. 1994/2110 K. 1995/4255, Sinerji Mevzuat & İçtihat Programı.

²⁹³ Gökcan, **age.**, s.333

²⁹⁴ “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 bası olabileceği dikkate alındığında, gelişen mevcut durumun enjeksiyon uygulamalarının komplikasyonu olarak değerlendirildiği, bu nedenle sağlık hizmetinde hizmet kusuru bulunmadığı gerekçesiyle...” (Dan.15.D., 18.04.2016, E. 2013/4486, K. 2016/2662, www.hukuksistemi.com Erişim Tarihi: 19.01.2021)

²⁹⁵ “Doktor, hastalığa tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin doğru teşhis koyup önlemlerini eksiksiz biçimde almalı, olayın gerektirdiği en uygun tedaviyi gecikmeden belirleyip uygulamalıdır. Tıbbın gereklerine, kurallarına uygun davranılmakla sonuç değişmemiş ise bundan dolayı doktor sorumlu tutulamaz.” (Yar. 13. HD., 21.01.2002, E. 2001/10959, K. 2002/487, Sinerji Mevzuat & İçtihat Programı)

²⁹⁶ İdarenin kusursuz sorumluluk çerçevesinde sorumlu tutulmasını düşünen görüşler için bkz. Turan Yıldırım, **age.**, ss. 180-181.

B. Tespit Edecek Mercii

İdarenin sağlık hizmetinin yurutulmesinden kaynaklanan sorumluluk sebeplerinin kaynagi, kimi durumlarda sağlık kamu personelinin hukuka aykiri faaliyetleridir. Sağlık kamu personelinin gerceklestirmis olduğu faaliyetlerinin hukuka aykiri nitelik taşıyıp taşımadığını; gorevli ve yetkili yargı yerinin hakimi, sahip olduğu hukuk bilgisi çerçevesinde değerlendirme yaparak tespit etmektedir. Yalnızca hukuki bilgi birikiminin kullanıldığı buna ek olarak özel uzmanlık gerektiren bir alan bilgisine ihtiyaç duyulmadığı, hukuka aykiri eylemlerin tespitinde bilirkişiyeye başvurulması 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 266. maddesinde yasaklanmıştır.²⁹⁷

İdarenin sağlık hizmetinin yurutulmesinden kaynaklanan sorumluluk sebeplerinin bir diğer kaynagi da sağlık kamu personelinin tıbbi standartlara aykiri faaliyetleridir. Sağlık kamu personeli tarafından gercekleştirilen tıbbi müdahalenin; tıbbi standartlar doğrultusunda gercekleşip gercekleşmediği, ortaya çıkan zararın tespiti, zarar ile gercekleştirilen tıbbi müdahale arasında illiyet bağının bulunup bulunmadığı yalnızca hukuk bilgisi çerçevesinde değerlendirilme yapılmakla ortaya konulamamaktadır. Bunun gibi sorumluluğun oluşumuna ilişkin özel uzmanlık bilgisi ve değerlendirmesi gerektiren uyuşmazlıklarda hakkaniyetli bir karar vermek adına tıbbi bilirkiřinin²⁹⁸ görüşü önem arz etmektedir.

Tıbbi bilirkişiler, tıbbi müdahalenin hatalı olup olmadığına somut olayın özelliklerine göre karar vermektedir. Söz konusu müdahale sonucu oluşan zararın öngörülebilir ve/veya önlenebilir nitelikte olup olmadığını; tıp biliminin ulaştığı mevcut teknik ve bilimsel düzey ile ortam koşullarını da dikkate alarak müdahaleyi gercekleştiren kişinin gerekli dikkat ve özeni gösterip göstermediği, bilirkişilerce tespit edilmektedir.²⁹⁹

²⁹⁷ “Hakimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiyeye başvurulamaz.”

²⁹⁸ 6754 sayılı Bilirkişili Kanunu'nun 2. maddesinde de bilirkişi, “Çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde oy ve görüşünü sözlü veya yazılı olarak vermesi için başvuru alan gercek veya özel hukuk tüzel kişisi” olarak ifade edilmiştir.

Ceza ve hukuk yargılamalarında olduğu gibi idare hukukunu ilgilendiren yargılamalar açısından da bilirkişilik kurumu öngörülmüştür. Ancak, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu bilirkişilik kurumuna ilişkin doğrudan düzenleme içermemektedir. Kanun'un 31. maddesinde, bilirkişilik kurumuna ilişkin işlemlerin 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümleri uyarınca gerçekleştirileceği ifade edilmiştir.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun *Bilirkişiye Başvurulmasını Gerektiren Hâller* başlıklı 266. maddesi uyarınca, tıbbi uyuşmazlıklarda bilirkişilik kurumundan görüş istenebilecektir.³⁰⁰ Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda bilirkişiye başvuru zorunluluğu bulunmasa da Danıştay, tıbbi müdahalelere ilişkin olarak önüne gelen uyuşmazlıklarda bilirkişiye başvurulmamasını eksiklik olarak değerlendirmektedir.³⁰¹ Diğer bir açıdan Yargıtay ise her tıbbi uyuşmazlıkta bilirkişiye başvuru zorunluluğunun bulunmadığını belirtmektedir. Ameliyatta hastanın vücudunda gazlı bez unutulmasına ilişkin önüne gelen uyuşmazlıkta; bilirkişi incelemesine dahi gidilmeden karar verilmesi gerektiğini, söz konusu özen eksikliğinin normal bir özen eksikliği olduğunu ve uzman incelemesine gerek olmadığını ifade etmiştir.³⁰² Tıbbi standartlara aykırı müdahaleler açısından tıbbi

²⁹⁹ Polat, **age.**, s.31.; Mehmet Demir, **age.**, s. 164; Aşçıoğlu, **age.**, s.141.

³⁰⁰ “*Mahkeme, çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir.*” Söz konusu hüküm uyarınca bilirkişiye başvuru zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, ceza yargılamaları açısından tıbbi müdahalelere ilişkin uyuşmazlıklarda mahkemelerin bilirkişilik kurumuna başvurmasını zorunlu kılıyordu. Görüş alınması zorunlu bilirkişi olarak Yüksek Sağlık Şurası öngörülmüştü. Anayasa Mahkemesi’nin 03.06.2010 tarihinde E. 2009/69, K. 2010/79 sayılı kararıyla iptal kararı vermesiyle zorunlu bilirkişilik kalkmıştır. (Gökcan, **age.**, s.341.)

³⁰¹ “2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Yasası’nın 1. maddesiyle Adalet işlerinde bilirkişilik görevi yapmak üzere Adalet Bakanlığına bağlı Adli Tıp Kurumu kurularak 2. maddesinde, Kurumun mahkemeler ile hakimlikler ve savcılıklar tarafından gönderilen Adli Tıp ile ilgili konularda bilimsel ve teknik görüşlerini bildirmekle yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır... İdarenin tazmin yükümlülüğü açısından hizmet kusurunun bulunup bulunmadığı hususunun adalet işlerinde bilirkişilik görevi yapmak üzere kurulan Adli Tıp Kurumu aracılığıyla dosya üzerinden yaptırılacak inceleme sonucu saptandıktan sonra bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme sonucu verilen kararda hukuki isabet görülmemiştir.” (Dan. 10. D., 10.04.2006, E. 2005/1870, K. 2006/2294, Sinerji Mevzuat & İçtihat Programı)

³⁰² “Davacının, davalı hastanede diğer davalı doktor tarafından ameliyat edildiği, rahatsızlığının devam etmesi üzerine başka bir doktor tarafından ikinci kez ameliyat edildiği ve birinci ameliyatında vücudunda yabancı cisim unutulduğu ve kalitesiz malzeme kullanıldığı anlaşıldığına göre, burada bilirkişi incelemesine dahi gidilmeksizin davalılar hakkında tazminat ödeme kararı verilmelidir.” (Yar. HGK, 13.04.2011, E. 2010/13-717, K. 2011/129 aktaran Uygur, **agm.**, s. 373.); Aynı yönde bkz., “Davalı operatör doktorun, davacının vücudunda ameliyat esnasında 2 metre uzunluğunda gazlı bezi unutulması, bizatihi sorumlu olmasını gerektirir ağır bir ihmaldir. Esasen tıp dalında unutma hoş görülmesi, müsamaha ile karşılanması mümkün olmayan kusurlu bir davranıştır. Sırf bu niteliği

bilirkişilerin önem arz ettiğini, teknik ve özel bir alan olması sebebiyle hakimlerin hakkaniyetli karar verebilmeleri için tıbbi bilirkişilere başvurmaları gerektiğini düşünüyoruz. Ancak bilirkişiden görüş alınmasının zorunlu olmaması gerektiğini düşünüyoruz.³⁰³ Bilirkişiye başvurunun zorunlu tutulmasının, hakimlerin bağımsız düşünmelerine ve usul ekonomisinin sağlanmasına engel olacağı kanaatindeyiz.

Değerlendirilme yapılması gereken her alana ilişkin özel ve teknik bilgili kişilerin bilirkişi heyetinde bulunması gerektiği Danıştay tarafından belirtilmektedir: “...dava konusu olayda idarenin hizmet kusurunun bulunup bulunmadığının tespitine yönelik olarak alınan bilirkişi raporunun kadın doğum uzmanı katılımı olmadan hazırlandığı, konuyla ilgili uzman görüşü olmadan hazırlanan rapor esas alınarak karar verildiği görülmektedir. Bilirkişilerin uyuşmazlık konusunda özel ve teknik bilgiye sahip olan kişiler arasından seçilmesi gerektiği açıktır.”³⁰⁴ Heyette uyuşmazlık konusuna ilişkin uzmanın bulunmamasından dolayı karar bozulmuştur. Bilirkişiye başvuru amacının özel ve teknik konulara ilişkin görüş alınması olduğu düşünüldüğünde Danıştay’ın bu uygulamasının, oldukça yerinde olduğu söylenebilir. AİHM de Danıştay ile aynı doğrultuda, özellikle uyuşmazlık konusu olan alanlarda ihtisaslaşan kişilerin bilirkişi heyetinde bulunması gerektiğini belirtmektedir. *Aydoğdu / Türkiye* kararında; çocuk hekimi, jinekolog ve doğum uzmanından oluşan heyetin yetersiz olduğunu ve heyette yeni doğan uzmanının da bulunması gerektiğini ifade etmiştir.³⁰⁵

Danıştay, yalnızca bilirkişi heyetini oluşturan kişilerin yetkinliğini denetlememekte aynı zamanda bilirkişi raporunun içeriğine ilişkin de inceleme

itibariyle, olayın bir uzman önünde incelettirilmesine de ihtiyaç yoktur. Çünkü bir operatörün ameliyat sırasında mesleki değil, meslek dışı dikkatinin bile böyle bir olaya asla meydan vermemesi asıldır. Bu açık duruma rağmen, Yüksek Sağlık Şurasının olayın en normal dikkat ve özen zorunluluğunu bir yana iterek gazlı bezin ameliyat sahasında unutulmasının nadide de olsa mümkün olaylardan kabul edilmesi yetersiz olup, ayrıca sorunun niteliğini kavramaktan da uzaktır...” (Yar. 13.HD., 14.03.1983, E.1982/7237, K.1983/1783 aktaran Uygur, **agm.**, s.374.)

³⁰³ Hakimlerin her uyuşmazlıkta, bilirkişiye başvurması da bilirkişi raporuna uymaları da zorunda değildir. (Odyakmaz, **Hasta Uygulamaları**, ss. 1-56.); Taraf hataları, yabancı cisim unutulması gibi durumlarda bilirkişiye başvuru zorunluluğu bulunmamaktadır. (Aykın / Çınarlı, **age.**, s. 518)

³⁰⁴ Dan. 10. D., 17.02.2020, E. 2019/6257, K. 2020/543, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.; Aynı yönde bkz. Dan. 10. D., 23.03.2021, E. 2019/7492, K. 2021/1330, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi

³⁰⁵ AİHM, *Aydoğdu / Türkiye*, BN. 40448/06, T. 30.10.2016, Hudoc.echr.coe.int.

gerçekleştirmektedir. Bilirkişiye sorulan soruların genel nitelikte olması³⁰⁶ ve bilirkişinin eksik inceleme yapmış olması³⁰⁷ bozma sebebi yapılmaktadır. Danıştay, bilirkişi raporunun esasına girmekte kullanılan ifadelerin tutarlı olup olmadığını da denetlemektedir. Önüne gelen bir uyuşmazlıkta, “ikinci bir operasyonla giderilebilir komplikasyon” şeklinde ifade içeren bilirkişi raporunun, “ikinci bir müdahale ile giderilebilecek olunmasının, durumu bir komplikasyon olmaktan çıkardığı” gerekçesiyle çelişkili olduğunu belirtmiştir. Bu rapor esas alınarak hüküm kuran ilk derece mahkemesinin kararını da bozmuştur.³⁰⁸

Anayasa Mahkemesi de kamu sağlık personelinin eylemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda alınan bilirkişi raporlarına ilişkin olarak “tıbbi bilgi ve belgelerden hareketle bilirkişilerin vardığı sonuçların doğruluğu hakkında fikir yürütmek Anayasa Mahkemesinin görevi değildir” şeklinde belirtmektedir.³⁰⁹ Ancak derece mahkemelerinin “yeterli açıklıkta, somut, bilimsel, nesnel verilere dayanan bir inceleme” gerçekleştirip gerçekleştirmediği Anayasa Mahkemesi tarafından değerlendirilmektedir.³¹⁰ Anayasa Mahkemesi, özenli bir inceleme yapılmayan³¹¹ veya eksik değerlendirmeler içeren³¹² bilirkişi raporuna dayanılarak karar

³⁰⁶ “İdare Mahkemesince Adli Tıp Kurumuna sorulan soruların genel nitelikte olduğu, davacıların rapora ilişkin itirazlarının karşılanmadığı görülmüş olup...” (Dan. 15. D., 27.05.2016, E. 2016/3514, K. 2016/3853 www.hukukmedeniyeti.org Erişim Tarihi: 13.01.2022)

³⁰⁷ “Adli Tıp 3. İhtisas Dairesi tarafından hazırlanan raporda, açıklanan hususların dikkate alınmayarak İdarenin kusurlu olup olmadığı noktasında ayrıca bir inceleme yapılmaması diğer bir eksikliktir.” (Dan.15.D., 11.03.2015, E. 2013/4509, K. 2015/1398, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

³⁰⁸ Danıştay, önüne gelen uyuşmazlığa ilişkin bilirkişi raporunda kullanılan “pitoz düzeltme ameliyatları sonucu her türlü özene rağmen görülebilen, ameliyatın niteliğinden kaynaklanan ve ikincil bir müdahale ile giderilebilecek bir komplikasyon olarak nitelendirildiği, ilgili hekime atfı kabil kusur bulunmadığı” ifadesini çelişkili bulmuştur. Daha sonra “...yapılan operasyonun birden fazla aşamalı olmayıp tek süreçte sonlandırılabilen bir operasyon olması nedeniyle adli tıp kurumunca ikinci bir müdahale ile giderilebilecek olunmasının, durumu bir komplikasyon olmaktan çıkardığı da tartışmasızdır. Bu durumda operasyonda göz kapaklarına yapılan müdahalenin tıbbi standart dışına çıkılarak cerrahi müdahalenin kusurlu yapılması nedeniyle olduğu açık olup anılan tıbbi olumsuzlukların hizmet kusuru kavramının niteliği dikkate alındığında komplikasyondan öte, gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesi ve meslekte acemilikten doğduğu sonucuna varılmıştır.” şeklinde belirttikten sonra ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. (Dan.15.D., 10.03.2016, E. 2015/8936, K. 2016/1604, Sinerji Mevzuat & İçtihat Programı)

³⁰⁹ AYM, BB, Mehmet Çolakoğlu, BN. 2014/15355 T. 21.02.2018, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası.

³¹⁰ AYM, BB, Murat Atılğan, BN. 2013/9047, T. 07.05.2015, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası.

³¹¹ AYM, BB, Beste Sığak ve Diğerleri, BN. 2019/3627 T. 16.11.2021, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası.

³¹² “ATK tarafından düzenlenen bilirkişi raporunda enjeksiyonun tıbben bilinen birtakım komplikasyonları olduğu açıklanmasına karşın bu riskler hakkında başvurucuyu aydınlatma

verilmesinin “Anayasa’nın 17. maddesinde güvence altına alınan kişinin maddi ve manevi varlığının korunması hakkının ihlal ettiği” yönünde hüküm kurmaktadır.

İdarenin sağlık hizmetinin yürütülmesinden kaynaklanan sorumluluk sebeplerinden olan sağlık kamu personelinin tıbbi standartlara aykırı faaliyetlerinin tespitinde teknik ve özel bilgiye ihtiyaç duyulduğundan tıbbi bilirkişiye başvurulmaktadır. Ancak tıbbi bilirkişi görüşlerinin, hakimlerin vereceği karar bakımından bağlayıcılığı bulunmamaktadır.

C. Sorumluluğun Doğması Bakımından Aranan Kusur

İdarenin sorumluluk nedenlerinden biri olan sağlık kamu personelinin kusuru, hizmet kusuru niteliğindedir. İdarenin sorumluluğun doğması da hizmet kusurunun varlığına bağlıdır. Tıbbi müdahaleler, hastanın daha iyi ve sağlıklı bir yaşam sürmesi amacıyla gerçekleştirilseler de istenmeyen sonuçlar ortaya çıkabilmektedir. Tıbbi müdahaleler gerçekleştirilirken risk unsurunu da beraberinde getirmektedir.³¹³

Tıbbi müdahalenin türüne göre risk yoğunluğunun değişmesi, sağlık hizmetini yürütmekle mükellef olan idarenin sorumluluğunu etkilemektedir. İdarenin hangi yoğunluktaki kusurdan dolayı sorumlu tutulacağı faaliyetin niteliğine göre değişmektedir. Sorumluluğun doğması bakımından bazen basit (hafif) kusur³¹⁴ yeterli görülmekte iken bazen de ağır kusur aranmaktadır.³¹⁵ Riskli olarak nitelendirilebilecek birtakım tıbbi müdahalelerden kaynaklı ortaya çıkan zararlar bakımından idarenin sorumlu tutulabilmesi için kusurun belirli bir ağırlıkta olması

yükümlülüğüne ilişkin bir değerlendirme bulunmamaktadır.” (AYM, BB, Emrah Egeç, BN. 2015/9714, T. 11.12.2018, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası)

³¹³ Bayındır da tıbbi müdahalelerin; bilgi, tecrübe, dikkat, özen gerektiren ve risk taşıyan faaliyetlerden olduğunu sağlık hizmetinin niteliği gereği farklı bir değerlendirmeye tabi olması gerektiğini belirtmiştir. (Bayındır, **agm.**, s.560)

³¹⁴ “...o sebeple doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları (hafifte olsa) sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktor, hastanın zarar görmemesi için yalnız mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorundadır...” (Yar. 13.HD., 21.09.2017, E. 2016/6074, K. 2017/8426 aktaran Uygur, **agm.**, s. 358.); Benzer, Yar. 13.HD., 18.09.2018, E. 2016/26894, K. 2018/8072.; Yar. HGK, 13.04.2011, E. 2010/13-717, K. 2011/129 aktaran Mehmet Demir, **age.**, s. 163.

³¹⁵ Güran, **agm.**, s. 19.

gerektiği, Danıştay tarafından ifade edilmektedir.³¹⁶ Ayrıca Danıştay, bazı kararlarında ağır hizmet kusuru ifadesi yerine “açık ve belirgin hizmet kusuru” kavramını da kullanmaktadır.³¹⁷ Esas itibarıyla mevzuatta ağır kusur, basit kusur ayrımı yapılmamaktadır. Öğreti ve yargı organları tarafından getirilen, Danıştay’ın da kararlarında kullandığı “ağır hizmet kusuru” kavramına, idarenin tazmin yükümlülüğünü sınırlama amacıyla başvurulduğu belirtilmektedir.³¹⁸ İdarenin; yürüttüğü hizmetlerdeki her ihmal, yanlışlık veya gecikme sebebiyle tazminat yükü altına girmesinin; mali açıdan idareyi güçsüz düşürebileceği, kamu görevlilerinin işten soğumalarına ve defansif hareket etmelerine neden olabileceği ifade edilmektedir.³¹⁹

Öğretide ve yargı kararlarında hizmet kusurunun hafif, ağır ve olağanüstü ağır kusur olarak üç dereceye ayrıldığı söylenebilir. Kısaca tanımlamak gerekirse hafif kusur³²⁰, iyi bir idarenin işlemeyeceği kusur; ağır kusur³²¹, idarenin normal şartlar altında işlemeyeceği kusur, olağanüstü kusur kötü bir idarenin işleyeceği kusur olarak tanımlanmaktadır.³²² İdarenin sorumluluğunun doğmasının ağır hizmet kusurunun varlığına hangi durumlarda bağlandığını, Danıştay bir kararında belirtmiştir: “...İdare Hukuku ilkeleri ve Danıştay’ın yerleşik içtihatlarına göre, zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı hallerde, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için, zararın, idarenin ağır hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir.

³¹⁶ “Sağlık hizmetlerinde tazmin sorumluluğunun bulunduğundan söz edilebilmesi için hizmet kusurunun belirli bir ağırlıkta olması şartının aranması, bu tür hizmetlerin bünyesinde zaten bir risk unsuru taşıdığından bilinmesindendir.” (Dan. 10. D., 23.06.2008, E. 2006/5165, K. 2008/4726 aktaran Odyakmaz, **Hasta Uygulamaları**, s. 10.)

³¹⁷ “... İdarenin tazminle sorumlu tutulması tedavinin kabul edilebilecek hatalar dışında tıbbi gereklere uygun olmadığının tespiti şartına bağlıdır. Dolayısıyla davacıya uygulanan tedavide açık ve belirgin hizmet kusurunun saptanamaması davacının uğradığını öne sürdüğü maddi zararın idarece tazminini olanaksız kılmaktadır.” (Dan. 10. D., 27.12.2011, E. 2009/9151, K. 2011/5976 aktaran Akgül, **Danıştayın Yeni Yaklaşımı**, ss.281-282.)

³¹⁸ Şeref Gözübüyük / Turgut Tan, **İdare Hukuku Genel Esaslar Cilt 1**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2013, s. 877.

³¹⁹ Akgül, **Danıştayın Yeni Yaklaşımı**, s.278.

³²⁰ “Hafif Kusur: Yalnız uyanık ve önlem alabilen (tedbirli) kimselerin alabileceği ve gösterebileceği özenin gösterilmemesidir.” (Aşçıoğlu, **age.**, s. 92.)

³²¹ Armağan ağır kusuru, “Özür kabul etmeyecek derecede fahiş bir hata” olarak tanımlanmıştır. (Armağan, **age.**, s. 52); Aşçıoğlu da, “Aynı durum ve koşullar altında her anlayışı-aklı başında (makul-mantıklı) insanın göstereceği en ilkel uyanıklığın (dikkat) ve özenin gösterilmemesidir.” olarak tanımlamıştır. (Aşçıoğlu, **age.**, s. 92.)

*Bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetinden yararlananın zarara uğraması halinde, bu zararının tazmini, ancak idarenin ağır hizmet kusurunun varlığı halinde mümkün olabilecektir.*³²³ İdari Dava Daireleri Kurulu’nun vermiş olduğu karardan yola çıkarak idarenin sorumluluğunun doğmasının iki koşulun varlığı halinde ağır hizmet kusuruna bağlandığı söylenebilir. Birinci koşul, hizmetin bünyesinde risk taşıması; ikinci koşul, zarara uğrayan kişinin bu hizmetten yararlanan konumunda olmasıdır.³²⁴

Hizmetin bünyesinde risk taşıması koşuluna ilişkin olarak sağlık hizmeti kapsamında yürütülen her hizmetin risk taşımadığını belirtmek gerekir. Riskli tıbbi müdahaleler ve operasyonlar bakımından bu koşul geçerlilik kazanacaktır. Sağlık hizmeti faaliyetleri içerisinde değerlendirilmekle birlikte risk unsuru taşımayan bakım, gözetim ve gözlem yükümlülüğü gibi tıbbî operasyon kapsamına dâhil edilemeyen faaliyetler de bulunmaktadır.³²⁵ Bu tür faaliyetlere ilişkin olarak Danıştay, *“İdarenin 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.”*³²⁶ şeklinde ifade etmiştir. Danıştay, yoğun bakım ünitesinde tedavi gören kişinin kendi maskesini çıkarması neticesinde hayatının kaybetmesi olayında görevli idareyi sorumlu tutmuştur. Sık sık maskesini çıkardığı bilinmesine rağmen bu duruma engel olabilecek ölçüde gerekli ek müdahalelerde bulunmayan davalı idarenin bu tutumunu hizmet kusuru kapsamında değerlendirmiştir. Tıbbi operasyon niteliğinde olmayan gözetim faaliyetinden idarenin sorumlu tutulabilmesi için ağır hizmet kusurunun

³²² Özge Karaege, “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusurlu Sorumluluğu” . **Yönetim ve Ekonomi: Celal Bayar Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, C. 8, S. 2, 2001, s. 115.; Birtek, **agm.**, s. 103.

³²³ Dan. İDDK, 24.11.2011, E. 2007/2113, K. 2011/1468, aktaran <http://www.savasbaytok.av.tr> Erişim Tarihi: 13.02.2021; Dan. İDDK, 07.03.2003, E. 2002/716, K. 2003/91, Sinerji Mevzuat & İçtihat Programı; Dan. 10. D., 17.4.2012, E. 2008/8441, K. 2012/1544 aktaran Akgül, **Danıştayın Yeni Yaklaşımı**, s.278.

³²⁴ Kızılyel, **İdârenin Sağlık Hizmetinden**, s. 203.; Polat, **age.**, 269.

³²⁵ Gürsel Kaplan, “İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler”, www.idare.gen.tr Erişim Tarihi: 28.10.2020

varlığını aramamıştır.³²⁷ Diğer bir yönden estetik operasyonları gibi tıbbi zorunluluk içermeyen müdahaleler bakımından da ağır hizmet kusuru şartı aranmamakta, hafif kusur sorumluluğun doğması bakımından yeterli görülmektedir.³²⁸

İdarenin sorumluluğunun doğması bakımından ağır hizmet kusuru aranması için gerekli olan ikinci koşul ise zarar gören kişinin sağlık hizmetinden yararlanan konumunda olmasıdır. Danıştay; bünyesinde risk taşıyan sağlık hizmetinden yararlanan konumunda olanların zarara uğraması halinde, idarenin sorumluluğun doğması için ağır hizmet kusuru şartının bulunması gerektiğini belirtmektedir.³²⁹ Ancak sağlık hizmetinden yararlanan konumunda olmayan kişilerin zarar görmesi halinde, idarenin sorumluluğunun doğması için ağır hizmet kusurunun varlığı aranmamaktadır: “*Tıp fakültesi kardiyoloji anabilim dalında uzmanlık yapan davacının, görevi sırasında muz kabuğuna basıp kayması sonucu merdiven boşluğuna düşerek sakat kalmasında, davalı idarenin hizmet kusuru bulunmaktadır.*”³³⁰ Söz konusu kararda Danıştay, zarar gören kişinin hizmetten yararlanan konumunda olmadığından ve riskli tıbbi girişim söz konusu olmadığından bahisle ağır hizmet kusuru şartının varlığını aramadan idarenin sorumluluğuna hükmetmiştir.

Sağlık hizmetinin sunumunda idarenin sorumluluğuna ilişkin olarak Danıştay’ın, kendi içtihadının aksine ağır hizmet kusurunu aramadığı kararlar nadir de olsa mevcuttur. Danıştay bir kararında, “*Sağlık hizmeti sunumunda, sağlık personelinin en küçük kusuru bile kalıcı sakatlıklara, arızalara, hatta ölümlere yol*

³²⁶ Dan. 10. D., 24.09.2007, E. 2005/3719, K. 2007/4316, Sinerji Mevzuat & İctihat Programı; Benzer, Dan. 10. D., 12.11.2007, E. 2005/7349, K. 2007/5071, Sinerji Mevzuat & İctihat Programı.

³²⁷ Dan. 10 D., 24.09.2007, E. 2005/3719, K. 2007/4316, Sinerji Mevzuat & İctihat Programı.

³²⁸ Göz kapaklarına yönelik estetik operasyonu sonucunda görme yeteneğinin kısmen kaybedilmesine ilişkin olarak Danıştay ağır hizmet kusurunu aramamıştır: “*Bu durumda operasyonda göz kapaklarına yapılan müdahalenin tıbbi standart dışına çıkılarak cerrahi müdahalenin kusurlu yapılması nedeniyle olduğu açık olup anılan tıbbi olumsuzlukların hizmet kusuru kavramının niteliği dikkate alındığında komplikasyondan öte, gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesi ve meslekte acemilikten doğduğu sonucuna varılmıştır.*” (Dan. 15. D., 10.03.2016, E. 2015/8936, K. 2016/1604, Sinerji Mevzuat & İctihat Programı)

³²⁹ Dan. 10. D. 17.4.2012, E:2008/8441, K:2012/1544 aktaran Akgül, **Danıştayın Yeni Yaklaşımı**, s. 278; Dan. 15. D., 12.12.2013, E. 2013/4237, K. 2013/10653 aktaran Akgül, **Danıştayın Yeni Yaklaşımı**, s. 279.

³³⁰ Dan. 10. D., 20.10.2006, E. 2003/4153, K. 2006/5848 aktaran Avcı, **agm.**, s. 116.

açabilecek”³³¹ gerekçesiyle hafif kusurları dahi idarenin sorumlu tutulabilmesi için yeterli görmektedir. Diğer bir yönden Danıştay, son yıllarda vermiş olduğu bazı kararlarında ağır hizmet kusuru yerine yalnızca hizmet kusuru kavramını kullanmıştır: “*Bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetinden yararlananın zarara uğraması halinde, bu zararın tazmini, idarenin hizmet kusurunun varlığı halinde mümkün olabilecektir.*”³³² Ancak bu kararda ağır hizmet kusuru kavramının yerine hizmet kusuru kavramının kullanılma nedeninin hafif kusuru belirtmek olmadığını, yine ağır hizmet kusurunun kastedildiğini düşünüyoruz.³³³ Danıştay’ın söz konusu kararında kullandığı “*Bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetinden yararlananın zarara uğraması halinde*” ifadesi kalıp olarak aynı kalmakla birlikte yalnızca “*ağır*” kelimesinin kullanılmadığı görülmektedir. Nitekim Danıştay da aynı yıl içerisinde vermiş olduğu bir başka kararda, bu kez ağır hizmet kusuru kavramını kullanmıştır: “*...bünyesinde risk taşıyan sağlık hizmetini yürüten idarenin hizmetten yararlanan ilgiliye karşı tazmin sorumluluğu, sadece hizmetin kusurlu işletilmesi halinde değil, ağır hizmet kusurunun saptanması halinde mümkündür.*”³³⁴ Son yıllarda verilen kararlar düşünüldüğünde, bazı istisnalar olsa da, riskli tıbbi müdahaleler ve tıbbi operasyonlar açısından idarenin sorumluluğunun doğması için Danıştay’ın, ağır hizmet kusurunu aradığı söylenebilir. Sağlık hizmetinin sunumundan kaynaklanan diğer faaliyetler bakımından idarenin sorumlu tutulması, kusurun yoğun olması (ağır hizmet kusuru) koşuluna bağlanmamıştır.

³³¹ “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 bulunduğundan söz edilebilmesi için hizmet kusurunun belirli bir ağırlıkta olması şartının aranması, bu tür hizmetlerin bünyesinde zaten bir risk unsuru taşıdığının 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, **Hasta Uygulamaları**, s. 10.)

³³² Dan. 15. D., 18.06.2015, E. 2014/7296, K. 2015/4171 aktaran Akgül, **Danıştayın Yeni Yaklaşımı**, s. 281; benzer yönde bkz. Dan. 15. D. 18.02.2015, E. 2013/4361, K. 2015/890 aktaran Akgül, **Danıştayın Yeni Yaklaşımı**, s. 281.

³³³ Karşıt görüş için bkz. Akgül, **Danıştayın Yeni Yaklaşımı**, ss. 278 – 282.

³³⁴ Dan. 15. D., 18.06.2015, E. 2014/9364, K. 2015/4241 aktaran Akgül, **Danıştayın Yeni Yaklaşımı**, s. 281.; benzer yönde bkz. Dan. 15. D., 24.12.2014, E. 2013/4440, K. 2014/10032 aktaran Akgül, **Danıştayın Yeni Yaklaşımı**, s. 279.

İdarenin sorumlu tutulmasını ağır hizmet kusuru koşuluna bağlayan Danıştay'ın bu tutumu, doktrindeki bazı yazarlar tarafından eleştirmekte ve 1982 Anayasası'nın 125. maddesinde, idarenin kendi eylemleri sonucunda oluşan zararın ödemesine ilişkin herhangi bir sınırlamanın yapılmadığı belirtilmektedir.³³⁵ *Yıldırım* da kamu görevlilerinin kusurlarından dolayı idare aleyhine dava açılmasını düzenleyen Anayasa'nın 129. maddesinde kusurun derecesine ilişkin bir kısıtlamanın yapılmadığını ve bu konuda mahkemelerin takdir yetkisinin bulunmadığını ifade etmektedir.³³⁶ Ağır hizmet kusurunun aranmasını, Anayasa'da düzenlenen idarenin sorumluluk prensibi ile bağdaşmayan bir durum olduğunu ve Anayasa'ya aykırılık teşkil edeceği savunulmaktadır. Ayrıca idarenin sorumluluğu için kusurlu olmasının yeterli olduğu, kusurun yoğunluğunun (ağırlığının) tazminat miktarının belirlenmesinde kullanılan bir unsur olduğu belirtilmektedir.³³⁷ İdare hukuku bakımından kusurun derecesinin hizmet kusurunu işleyen kamu görevlisine rücu açısından önem arz ettiğini ifade edilmektedir.³³⁸ Anayasası'nın 125. maddesinde idarenin kendi eylemleri sonucunda oluşan zararı ödemesi için kusurun ağırlığından bahsedilmemiş, herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Dolayısıyla Danıştay içtihadının, Anayasa'nın 125. maddesine sınırlama getirdiğini ve bu hükümle bağdaşmadığını düşünmekteyiz.³³⁹

Danıştay'ın riskli tıbbi müdahaleler ve tıbbi operasyonlar açısından idarenin sorumluluğunun doğması bakımından uyguladığı içtihadın bir benzerinin, sağlık

³³⁵ 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, 2004, s.73.

³³⁶ "...Uğranılan ağır zarar karşısında hafif kusuru hoş görmek, idareyi işlem ve eylemlerinden kaynaklanan zararı ödemekle yükümlü kılan Anayasa hükmüyle bağdaşmamaktadır." Turan Yıldırım, **agm.**, ss. 162-163.

³³⁷ Gökcan, **age.**, s.125.

³³⁸ Kemal Tahir Gürsoy, **İdarenin Sorumluluğuna İlişkin İlkelerde Son Gelişmeler ve İsviçre Hukukunda İdarenin Hukuki Sorumluluğunun Ana Hatları**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s. 131.; Odyakmaz ise sağlık hizmetinin sunumunda kusurun bulunmadığı durumlarda dahi sosyal risk ilkesi ve idarenin kusursuz sorumluluk ilkesi gereği sorumlu tutulması gerektiğini savunmaktadır. (Odyakmaz, **Hasta Uygulamaları**, s.22.)

³³⁹ Karşıt yönde bkz. Birtek, **agm.**, s. 108.; Çınarlı, **age.**, s. 185. Güran, **agm.**, s. 20.; Armağan da benzer olarak: "...toplum yaşamı sonucu olarak bireylerin sağladıkları yararlar karşılık idari faaliyet ve hizmetlerin olağan ve kaçınılmaz bazı kusurlarının doğurduğu kimi yükümlülüklerle katlanmaları doğal sayılmalıdır..." şeklinde ifade etmiştir. (Armağan, **age.**, s.53.); Akgül de doktrindeki görüşler ışığında toplum alışkanlıklarının ağırlaştırılmış hizmet kusurunun gerektirdiğini belirtmektedir. "*Doktrinde de, aşırı sigara ve alkol tüketimi, tedaviye uymama gibi birçok nedenin, sağlık hizmetini riskli hale getirdiği, riskin varlığının ise ağır hizmet kusurunu gerektirdiği ifade edilmektedir.*" (Akgül, **Danıştayın Yeni Yaklaşımı**, s. 284.)

kamu görevlisine rücu edilmesine ilişkin olarak uygulanması gerektiğini düşünüyoruz.³⁴⁰ Yüksek riskli ve/veya acil müdahaleler açısından, sağlık personelinin hafif kusur ile sorumlu tutulmasının, hakkaniyete uygun olmayacağını ve olumsuz sonuçlar doğuracağını düşünüyoruz. Riskli müdahaleler ile risk taşımayan faaliyetlerin, “*planlama ve düşünme imkanı bulunan müdahaleler*” ile “*acil müdahaleler*”in sonucunda sorumluluğun doğması bakımından aynı kusur yoğunluğunun aranması hakkaniyete aykırı olacaktır.³⁴¹ Özü gereği içerisinde risk taşıyan müdahaleler açısından hafif kusur bulunmasına rağmen rücu edilmesi halinde; sağlık kamu personelinin baskı altında kalacağını, meslekten soğuyacağını, defansif davranma eğiliminin artacağını düşünmekteyiz. Risk unsuruyla daralan hareket alanlarının ağır kusur koşuluyla bir nebze olsun genişletilmesi, tıbbi başarının sağlanması açısından da yerinde olacaktır. Riskli müdahalelerden kaynaklanan tazminatların ağır kusur şartıyla rücu edilmesinin kamu yararına hizmet edeceğini düşünmekteyiz.³⁴² Risk ve aciliyet durumu arttıkça buna paralel olarak rücu için aranan kusurun yoğunluğunun artması, hakkaniyetli ve kamunun yararına olacaktır.

II. Kamu Sağlık Kuruluşlarında Karşılaşılan Tıbbi Uygulama Hataları

Sağlık hizmetinin sunumunda görevli olan kamu personelinin ihmali veya kusurlu eylemleri, idarenin sorumluluğunun doğmasına neden olan tıbbi hatayı ortaya çıkarmaktadır. Tıbbi hata, sağlık personelinin tıbbi standartlara aykırı davranışları veya işleyişteki kusurlar sebebiyle ortaya çıkan, çoğunlukla da hastada zararın oluşmasına neden olan durum olarak tanımlanmaktadır.³⁴³ Hastanın ilk bilgilerinin alındığı, muayene edildiği aşamadan hastanın tıbbi müdahaleler sonrası takibinin yapılması aşamasına kadar her türlü tıbbi faaliyet aşamasında ortaya

³⁴⁰ Gürsoy, **age.**, s. 131.

³⁴¹ Nitekim Danıştay da acil sağlık hizmeti sırasında yapılan teşhis hatasında ağır hizmet kusuru olmadığına ve dolayısıyla da idarenin sorumluluğunun doğmadığına hükmetmiştir. (Dan.10.D., 17.01.2001, E. 1998/2968, K. 2001/91, aktaran Bal vd., **age.**, s. 319.)

³⁴² Benzer yönde bkz. Birtok, **agm.**, s. 108.

³⁴³ Çınarlı, **age.**, s. 220.;

çıkabilmektedir. Bu aşamalardaki tıbbi kusur neticesinde hastanın zarar gördüğü tüm hatalar, tıbbi hata olarak değerlendirilmektedir.³⁴⁴

Sağlığın, yalnızca hasta olmama hali değil, “*bedensel, ruhsal ve sosyal yönden tam bir iyilik hali*” olarak tanımlandığını belirtmiştik. Bu tanımdan hareketle sağlık hizmetinin iki boyutu bulunmaktadır. İlki, hasta olan bireylerin sağlığına tekrar kavuşmasını sağlamak adına sunulan faaliyetlerdir. İkincisi ise hasta olmadan önce bireylerin sağlığının korunmasına yönelik sunulan faaliyetlerdir.³⁴⁵ Dolayısıyla sağlık hizmetlerinden bir kısmı hastalık ortaya çıktıktan sonra hastalığın tedavi edilmesi amacıyla yürütülmekte iken bir kısmı da hastalığın ortaya çıkmasının önlenmesi adına yürütülmektedir. Her iki durumda da tıbbi hatanın ortaya çıkması söz konusu olabilmektedir. İleride ayrıntılı değineceğimiz üzere teşhis ve tedavi faaliyetleri, hastalığın ortaya çıkmasından sonra bireye yönelik olarak gerçekleştirilen sağlık hizmeti faaliyetlerindendir. Diğer açıdan toplum sağlığının korunması, hastalıkların önlenmesi ve toplum sağlığına zarar veren sebeplerin ortadan kaldırılması amacıyla gerçekleştirilen sağlık hizmeti, koruyucu sağlık hizmeti olarak adlandırılmaktadır.³⁴⁶ Koruyucu sağlık hizmeti, hastalık ortaya çıkmadan önce ve yalnızca kamu kuruluşuna müracaat eden bir bireye değil toplumun tüm fertlerine yönelik yürütülen bir faaliyet olduğu için ileride ayrıntılı olarak ele alınacak bölümlerden ayrılmaktadır.

Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesi Hakkında Sağlık Bakanlığı Yönergesi’nin 4. maddesinde koruyucu sağlık hizmeti, kişilerin sağlık halinin devamını katkı sağlamak için hem kişilere hem de çevreye yönelik müdahaleler içermektedir. Yönergede de ifade edildiği üzere bireylere yönelik olarak gerçekleştirilen koruyucu sağlık hizmetinin kapsamına, “...bağışıklama, ilaçla ve serumla koruma, erken tanı, aile planlaması, beslenme durumlarının iyileştirilmesini sağlamak için gıda güvenliği ve sağlıklı beslenme alışkanlıklarının kazandırılması, sağlık eğitimi...” gibi faaliyetler girmektedir. Hizmetin sunumunda idarenin görevli olduğu düşünüldüğünde, bu faaliyetlerin yürütülmesine ilişkin olarak bir hatanın ortaya çıkması ihtimalinde idarenin sorumluluğunun doğması kaçınılmaz olacaktır.

³⁴⁴ Polat, **age.**, s. 31.

³⁴⁵ Birtek, **agm.**, s. 82.

Koruyucu sağlık hizmetinin amacı, toplumun yapı taşı olan bireylerin sağlığını koruyarak toplumun sağlıklı halinin sürdürülmesidir. Bu amaca farklı yöntemler kullanarak ulaşmak istenmektedir. İlaçla ve serumla koruma yöntemi ile aşı yaptırmamış kişilerin vücuduna hazır antikor verilerek kişinin hastalıktan korunması amaçlanmaktadır. Erken tanı faaliyetleri, teşhis edilen hastalığın tedavisinin kolay şekilde yapılmasına ve başarı şansının yükselmesine hizmet etmektedir. Aile planlaması ile başta sık doğum yapan annelerin ve bebeklerin sağlığı korunmak istenmektedir. Sağlıklı beslenme alışkanlığının kazandırılarak birçok hastalık nedeninin kaynağı olan beslenmeye karşı bireylerin bilinçlenmesi, kişisel hijyen ve sağlık eğitimi ile de toplumun hastalıklara karşı bilinçli hale getirilmesi amaçlanmaktadır.³⁴⁷ Bağışıklama ise bulaşıcı hastalıklardan korunmanın en etkili yolu olmasının yanı sıra toplumun yaşça en küçük ferdinden en büyük ferdine yönelik uygulama alanı bulmasından dolayı en yaygın başvurulanan koruyucu sağlık hizmetidir. Bağışıklama, aktif ve pasif olmak üzere iki farklı yöntem ile yapılmaktadır. Aktif bağışıklamada aşılardan yararlanılarak vücudun geç olsa da uzun süreli olarak antikor üretilmesi amaçlanmaktadır. Pasif bağışıklama ise kısa süre önce bir enfeksiyon etkenine temas ettiği bilinen veya şüpheli hastaya karşı uygulanmaktadır.³⁴⁸

Vücut bütünlüğüne müdahale niteliğinde olan tıbbi müdahalelerden önce kişilerin aydınlatılmış onamlarının alınmasının bir zorunluluk olduğuna aydınlatılmış onama ilişkin bilgiler verdiğimiz bölümde değinmiştik. Aşılamaya gerçekleştirilen birey, hastalığa karşı dirençli hale gelmektedir. Aşılanmış bireyler de toplum sağlığının korunmasına pozitif etki etmektedir. Ancak her ne kadar yararları çok olsa da aşılamaı kabul etmeyen bireye zor kullanarak aşı yaptırılması, vücut bütünlüğünün ihlali sonucunu doğurmaktadır.

Sağlık Bakanlığı, “*aşısız çocuk bırakmamak*” temel hedefi ile Genişletilmiş Aşı Programı Genelgesi’ni yayımlamıştır.³⁴⁹ Bu genelge içerisinde zikredilen boğmaca,

³⁴⁶ Birtek, **agm.**, s. 86.

³⁴⁷ <https://acikders.ankara.edu.tr> (Erişim: 08.10.2021)

³⁴⁸ <https://acikders.ankara.edu.tr> (Erişim: 08.10.2021)

³⁴⁹ <https://dosyasb.saglik.gov.tr/Eklenti/1117,gbp-genelge2008pdf.pdf?0> (Erişim: 09.10.2021)

difteri, tetanoz, kızamık, kızamıkçık, kabakulak, tüberküloz, poliomiyelit, hepatit b ve hemofilus influenza tip b gibi hastalıklara karşı çocukların aşılansarak bu hastalıklara karşı toplumun bağışık hale getirilmesi amaçlanmaktadır. Ayrıca toplumda bağışıklama faaliyetlerinin aile hekimlerince yürütüleceği Aile Hekimliği Uygulama Yönetmeliği'nin *Bağışıklama Hizmetleri* başlıklı 7. maddesinde hükme bağlanmıştır.³⁵⁰ Söz konusu mevzuat hükümlerine karşın bağışıklamaya ilişkin kanuni bir düzenlemenin bulunmaması dikkat çekicidir. Hastalık taşımayan bireylerin bulaşıcı hastalıklardan korunması ve toplumun bağışık hale getirilmesi amacıyla çiçek aşısı³⁵¹ dışında zorunlu aşılamaya yönelik doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesi de kararlarında çiçek aşısı dışındaki zorunlu aşı uygulamalarının kanuni dayanağının bulunmadığını ifade etmektedir.³⁵²

Koruyucu sağlık hizmetinin etkili ve verimli şekilde organize edilmesi açısından belli ölçüde devletin pozitif yükümlülüğünün bulunduğu Anayasa Mahkemesi tarafından ifade edilmektedir. Normal dönemlerde toplumun yüksek aşılamaya oranlarına ulaşması, devletin pozitif yükümlülüklerindendir. Bulaşıcı hastalığa ilişkin bir vaka görülmesi ve/veya bu durumun salgına işaret etmesi halinde ise devletin bu yükümlülüğünün artacağı Anayasa Mahkemesi kararında belirtilmektedir.³⁵³ Normal dönemde yüksek aşılamaya oranına ulaşılmasının devletin pozitif yükümlülüğü olduğunu, salgın ihtimali ortaya çıktığında da bu yükümlülüğün genişlediğini belirten Anayasa Mahkemesi kararından hareketle, salgın ihtimalinde çıkarılacak yasal düzenleme ile devletin aşılama zorunlu tutulabileceği sonucu çıkartılabilir.

³⁵⁰ “Bağışıklama hizmetleri aile hekimi tarafından yürütülür. Genişletilmiş bağışıklama programı kapsamında ve/veya Bakanlık ve Kurum tarafından yürütülen kampanyalar doğrultusunda ihtiyaç duyulan aşılar, bölgesindeki toplum sağlığı merkezi tarafından aile hekimlerine ulaştırılır.”

³⁵¹ 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 89. maddesinde, Türkiye sınırları içerisinde doğan her çocuğa dördüncü aylarına kadar zorunlu çiçek aşısı yaptırılacağı öngörülmüştür.

³⁵² “...1593 sayılı Kanun'da münferiden çiçek aşısının mecburi bir aşı olarak öngörüldüğü ve söz konusu yükümlülüğün zaman ve kişi grupları dikkate alınarak Kanun'un 88-94. maddelerinde ayrıntılı olarak düzenlendiği görülmektedir. Bunun dışındaki aşı uygulamasının Bakanlığın ilgili Genelge'si kapsamında ve belirlenen program çerçevesinde yapıldığı görülmekle birlikte genel ve zorunlu aşı uygulamasına dayanak oluşturacak bir kanun hükmünün mevcut olmadığı anlaşılmaktadır.” (AYM, BB, Muhammed Ali Bayram, BN. 2014/4077, T. 29.06.2016, RG, 26.10.2016, S. 29869)

³⁵³ AYM, BB, Bedrettin Sumbül ve Mürüvet Sumbül, BN. 2015/4664, T. 11.10.2018, T.C. Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası.

Sağlık Bakanlığı'nın çıkarmış olduğu Genişletilmiş Aşı Programı Genelgesi kapsamında yer alan ve bu genelgeyle çocuklara yaptırılması zorunlu kılınan bir aşının, çocuğun anne ve babasının rıza göstermemesi nedeniyle yapılamamasına ilişkin olarak önüne gelen uyuşmazlıkta Yargıtay, “...aşının, çocuğun gelecekteki bireysel sağlığı yanında, toplum sağlığı açısından da yapılmasının zorunlu olduğu...”nu belirtmiş ve anne ve babanın rızası olmamasına rağmen genelgeyle getirilen zorunlu aşı uygulamasının yerine getirilmesi yönünde karar vermiştir.³⁵⁴ Temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanması sonucunu doğuran uygulamaların kanunla getirilmesi gerekmektedir. Zorunlu aşı uygulaması, Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınmış olan kişilerin maddi ve manevi varlığının korunması hakkına sınırlama getirmektedir. Bu sınırlamanın kanunla³⁵⁵ getirilmesi gerekirken genelge ile getirilmesi ve bu genelgenin uygulanması, hukuka aykırılık teşkil etmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi, Genişletilmiş Bağışıklama Programı konulu Genelge'nin kanuni dayanağı olduğu iddia edilen Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin bir temel hakka yönelik sınırlandırma ve müdahale açısından dayanak niteliğinde olamayacağı değerlendirmesini yapmıştır. Somut olaydaki genelgenin uygulanması kapsamında zorunlu olarak yaptırılan aşı uygulamasının, Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan maddi ve manevi varlığın korunması hakkının ihlaline neden olduğu yönünde karar vermiştir.³⁵⁶

³⁵⁴ “Somut olayda çocuğa uygulanacak aşının, gelecekteki hastalıklardan çocuğu birey olarak korumak ve toplum sağlığı açısından gerekli olan Sağlık Bakanlığınca belirlenen “genişletilmiş bağışıklık programı” uyarınca yapılması zorunlu aşılarından olduğu görülmektedir. Böyle bir durumda çocuğun yasal temsilcileri uygulanacak aşı ile ilgili olarak aydınlatıldıkları halde, hiç bir haklı sebep ileri sürmeksizin buna rıza göstermiyorlarsa çocuğun menfaatine aykırı olan bu tavra hukuki sonuç bağlanamaz.

...ana ve babanın aşı uygulamasına rıza göstermemeleri halinde, çocuğun üstün yararına açıkça aykırı olan bu durumda ana babanın rızasının aranmayacağı, somut olayda ana ve babanın haklı bir sebep ve delil göstermeksizin çocuklarına aşı uygulanmasına karşı çıktıkları, yapılması istenilen aşının çocuğun üstün yararına aykırı olacağına ilişkin bir bulgu ve olgunun bulunmadığı gibi aşının, çocuğun gelecekteki bireysel sağlığı yanında, toplum sağlığı açısından da yapılmasının zorunlu olduğunun anlaşılması karşısında...” (Yar. 19. CD, 05.11.2015, E. 2015/16, K. 2015/6675, Yargıtay Bilgi Bankası)

³⁵⁵ Anayasa'nın Temel Hak Ve Hürriyetlerin Sınırlanması başlıklı 13. maddesi, “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir.” hükmüne haizdir.

³⁵⁶ AYM, BB, Halime Sare Aysal, BN. 2013/1789, T. 11.11.2015, T.C. Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası.

AİHM, zorunlu aşı uygulamalarını AİHS'nin 8. maddesi kapsamında ele almaktadır. Kanunilik şartını sağlayan zorunlu aşı uygulamalarına ilişkin olarak bireyin ve toplumun sağlığını korumaya ilişkin meşru amacı dikkate alarak değerlendirme yapan AİHM; kamu sağlığının korunmasının, bireyin vücut bütünlüğünün korunmasına oranla daha üstün tutulması gereken bir menfaat olduğunu ifade etmektedir.³⁵⁷

2019 yılının son aylarından itibaren Dünya genelinde hızla yayılan Covid-19 salgınına ilişkin olarak da zorunlu aşı uygulaması tartışmaları sürmektedir. Hastalığı önlemek adına geliştirilen aşılardan etkisi yüzde yüz olmamakla birlikte, aşının ölüm oranlarını düşürdüğü istatistiksel olarak ispatlanmıştır.³⁵⁸ Diğer bir açıdan salgına yönelik etkili bir tedavi yönteminin ise henüz bulunamamış olması, aşının tek çare olmasına neden olmuştur. Anayasa Mahkemesi'nin normal dönemlerde yüksek aşılama oranına ulaşılmasının devletin pozitif yükümlülüğü olduğuna ve salgın ihtimali ortaya çıktığında da bu yükümlülüğün genişlediğine yönelik kararından hareketle, Dünya çapında büyük yıkıma sebep olan salgına ilişkin zorunlu aşı uygulaması getirilmesinin hukuka aykırılık teşkil etmeyeceği söylenebilir. Diğer bir açıdan zorunlu aşı uygulamasının Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden olan kişilerin maddi ve manevi varlığının korunması hakkına ilişkin sınırlama getireceğinden dolayı bu düzenlemenin yasayla getirilmesi bir gerekliliktir. Zorunlu aşı uygulamasındaki meşru amaç olarak; aşı zorunluluğuna tabi olan kişinin yaşam hakkının korunması, toplum sağlığının korunması, salgın nedeniyle oluşabilecek yoğunluktan dolayı sağlık hizmetindeki aksamaların önlenmesi ve aşının ekonomik açıdan kamuya yükünün daha az olması söylenebilir. Bugün itibarıyla bulaşıcı hastalıklara karşı en etkili yol olarak görülen aşılamanın bireylere zorunlu olarak yapılmasının önündeki en büyük engel, zorunlu aşıyı öngören kanuni bir düzenlemenin olmamasıdır. Anayasa Mahkemesi ve AİHM kararlarından hareketle, Covid-19'la mücadele kapsamında zorunlu aşı uygulanması yasayla getirilirse hukuka aykırı bir düzenleme olmayacaktır.

³⁵⁷ AİHM, *Pavel Vavricka ve Diğerleri / Çek Cumhuriyeti*, BN. 47621/13, T. 08.04.2021, Hudoc.echr.coe.int; AİHM, *Carlo Boffa ve Diğerleri/San Marino*, BN. 26536/95, T. 15.01.1998, Hudoc.echr.coe.int; AİHM, *Solomakhin/Ukrayna*, BN. 24429/03, T. 15.03.2012, Hudoc.echr.coe.int.

³⁵⁸ <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-58215083> Erişim Tarihi: 21.06.2021

Diğer sağlık faaliyetlerinde olduğu gibi aşılama faaliyetleri kapsamında da yanlış doz uygulaması, yanlış aşının kullanılması³⁵⁹, aşının yanlış yere uygulanması, hukuka uygun bir aydınlatılmanın yapılmaması gibi durumlar ortaya çıktığı takdirde idarenin sorumluluğu doğabilecektir. Aşının zorunlu veya isteğe bağlı olarak yapılması, tıbbi standartların uygulanmasına engel teşkil etmemektedir.

Sağlık kamu personelinin eylemlerinden kaynaklı olarak doğabilecek idarenin sorumluluk sebeplerinin ortaya konulabilmesi adına sağlık hizmeti faaliyetlerinin sınıflandırılması bir ihtiyaçtır. Bu sınıflandırmanın, klasik hizmet kusuru sınıflandırılmasına göre nitelendirilip tespitinin yapılması işlevsel olmamaktadır.³⁶⁰ İdare hukuku öğretisindeki klasik sınıflandırma tıbbi hata türlerindeki farklılıkların ortaya konulması için gereken ihtiyaca cevap verememektedir. Örneğin, tıbbi müdahalenin sağlık kamu personeli tarafından geç yapılması durumunda ortaya çıkan hizmet kusuru, klasik ayırmadaki “*hizmetin kötü işlemesi*” altında ele alınabileceği gibi “*hizmetin geç işlemesi*” altında da kolayca değerlendirilebilmektedir. Nitekim Danıştay da kimi zaman klasik hizmet kusuru sınıflandırılmasına hiç değinmeden hizmet kusurunun tespitini gerçekleştirdikten sonra hüküm kurmaktadır.³⁶¹ Kimi zaman da Danıştay, klasik hizmet kusuru sınıflandırmasının tümünü saydıktan sonra somut olayda tespit etmiş olduğu hizmet kusurunun herhangi bir sınıfın içerisinde değerlendirilmesinde bulunmadan hüküm kurmaktadır.³⁶² Ayrıca Danıştay’ın somut olayda tespit etmiş olduğu hizmet kusurunu, klasik ayırma bulunan üç sınıftan ikisinin içerisinde değerlendirmiş olduğu kararları da bulunmaktadır.³⁶³ Sağlık hizmetinin yürütülmesine ilişkin yargı kararlarında klasik hizmet kusuru sınıflandırılmasının her zaman yapılmaması ve bu sınıflandırmanın sağlık hizmetinin yürütülmesi bakımından işlevsel olmamasından dolayı çalışmamızda sağlık

³⁵⁹ “Sağlık ocağında görevli hemşire ve ebe olan sanıkların vücuda enjeksiyon biçimi farklı olan kızamık aşısı yerine gerekli dikkat ve özeni göstermeyerek kızamık suyu ile sulandırılmış verem aşısı yapmaları nedeniyle...” (Yar. 4. CD, 02.05.2006, E. 2004/18181, K. 2006/10269, Sinerji Mevzuat & İçtihat Programı)

³⁶⁰ *Günday* da eserinde, klasik hizmet kusuru sınıflandırılması yerine sağlık hizmetine özgü sınıflandırmadan yola çıkarak bir ayırma gitmiştir. Teşhis ve tedavi faaliyetleri gibi üst başlıkların yanı sıra hasta öyküsünün alınmasında malpraktis, teşhis yöntemi sonuçlarının değerlendirilmesinde malpraktis, tedavi yönteminde malpraktis gibi sağlık hizmetine özgü alt başlıklar altında değerlendirmelerde bulunmuştur. (Günday, **age.**, ss. 45-68); Benzer yönde bkz. Uygur, **agm.**, ss. 355-381.

³⁶¹ Dan. 10. D., 27.3.2002, E. 2004/6540, K. 2007/4237, Sinerji Mevzuat & İçtihat Programı

³⁶² Dan. 15. D., 30.05.2016, E. 2015/9957, K. 2016/3880, Sinerji Mevzuat & İçtihat Programı

³⁶³ Dan. 10. D., 20.10.1999, E. 1997/721 K. 1999/5266 aktaran Avcı, **agm.**, s. 120.

hizmetinin kendine özgü sınıflandırılmalarından yararlanacağız. Sağlık kamu personelinin; teşhis (tanı) faaliyetleri (A) sırasındaki hatalarından, tedavi faaliyetleri (B) sırasındaki hatalarından ve diğer yükümlülüklerle uyulmamasında (C) dolayı idarenin sorumluluğu doğabilmektedir. Çalışmamızın bu bölümünde tıbbi faaliyetlerin gerçekleştirildiği aşamalarda yaygın olarak görülen ve idarenin sorumluluğuna yol açan sağlık kamu personelinin tıbbi standartlara aykırı eylemlerinin neden olduğu tıbbi uygulama hatalarından bahsedeceğiz.

A. Teşhis Hatası

Teşhis (tanı), kişide var olduğu düşünülen psikolojik veya fiziksel bir rahatsızlığın, tespit edilmesi adına tıp bilimine uygun gerçekleştirilen her türlü faaliyet olarak tanımlanmaktadır.³⁶⁴ Teşhis; geçmiş hastalıkları, yaşam tarzı, kişisel özellikleri gibi hastanın aktardığı bilgiler ile klinik muayene sonuçları, konsültasyonlar ve laboratuvarından elde edilen veriler ışığında konulur.³⁶⁵ Teşhisin doğru olarak konulması hastalığın önlenmesi ve ilerlemesinin durdurulması açısından önemlidir. Doğru teşhis, tedavi sürecinin başarıyla tamamlanmasına yardımcı olmaktadır ayrıca yanlış tedavi uygulamalarıyla ortaya çıkabilecek diğer hastalıkların da önüne geçilmesini sağlamaktadır.³⁶⁶

Teşhis faaliyetinin hekim veya dış hekim tarafından yerine getirilmesi gereken bir yükümlülük olduğu Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 13. maddesinde düzenlenmiştir.³⁶⁷ Anayasa Mahkemesi de bir kararında sağlık kamu hizmeti sağlık

³⁶⁴ Yenerer Çakmut, **age.**, s. 35; Gökcan da teşhisi, hastanın muayene faaliyetinin yapılması ile test ve tetkiklere dayalı bulguların değerlendirilme işlemi sonucunda hastalığın tanınması veya belirtilerin kaynağının anlaşılması olarak tanımlamıştır. (Gökcan, **age.**, s.249); Ayrıca teşhis, “bir kişide var olduğu düşünülen fiziksel ve psikolojik bir sorunu aramak, bulmak, ne olduğunu ortaya koymak için yapılan faaliyetler” olarak da tanımlanmaktadır. (Işıl Güney Tunalı, **Hekimin Tıbbi Müdahalede Bulunma Yükümlülüğünün Sınırları**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2020, s. 145.)

³⁶⁵ Simge Demir, **age.**, s.76.; Hızal, **age.**, s. 10.

³⁶⁶ Simge Demir, **age.**, s.76; Benzer yönde bkz. Mustafa Kıcıoğlu, **Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları**, Adalet Yayınevi, 2011, s. 64.

³⁶⁷ “Tabip ve dış tabibi, ilmi icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muaheze edilemez.”

kamu personeli tarafından bir bütün halinde yerine getirilse de teşhis faaliyetinin uzman hekimin görevi olduğunu belirtmiştir.³⁶⁸

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 13. maddesinde, hekim ve dış hekimlerinin teşhis koyma yükümlülüğünün bulunduğu belirtilse de teşhisin doğru konulmasına dair bir yükümlülükten bahsedilmemiştir. Öğretide teşhis faaliyetinde zorlukların olması, çeşitli kaynaklardan elde edilen verilerde hata payının olabilmesi, doğru ve kesin teşhis konulmasının oldukça zor olması gerekçeleriyle teşhisin yanlış konulmasından dolayı sorumluluğun doğmayacağı savunulmaktadır.³⁶⁹ Danıştay bir kararında, hastaya birçok hatalı teşhis konulmasına rağmen hastalığın teşhisinin konulması zor bir hastalık olması sebebiyle ağır hizmet kusurunun bulunmadığını ve idarenin söz konusu yanlış teşhisler nedeniyle sorumlu tutulamayacağını belirtmiştir.³⁷⁰ Ancak tıbbi standartlara uygun şekilde teşhis faaliyetinin yerine getirilmemesinden dolayı idarenin sorumluluğu ortaya çıkabilmektedir.³⁷¹ Kamu görevlisi hekim; tıbbi standartlara uygun olarak ve gereken özeni göstererek araştırma, tahlil, tetkik, muayene ve anamnez gibi gerekli faaliyetleri yerine getirdikten sonra teşhisi yanlış koymuşsa kural olarak idare sorumlu olmayacaktır.³⁷² Ancak tüm bu faaliyetlerin gereği gibi yerine getirilmesine rağmen eldeki verilerle bariz olarak tespit edilebilen bir hastalığın tanısı konulamamışsa idarenin sorumluluğunun doğması gerektiğini düşünüyoruz.³⁷³ Bir başka deyişle bariz bir

³⁶⁸ AYM, 15.06.1978, E. 1978/13, K. 1978/41, RG. 23.1.1979, S. 16528, s.20.

³⁶⁹ Ayan, **age.**, ss.65-66; Aşçıoğlu, **age.**, s. 80; Mehmet Demir, **age.**, s. 159; Günday, **age.**, s. 51; Öztürkler, **age.**, s. 87.

³⁷⁰ Davacı, bir üniversitenin hastanesinde önce Akut Romatizmal Ateş (ARA), sonra Romatoid Artrit (RA) tedavisi görmüştür. Daha sonra başka hastanede, sağ diz ekleminden ameliyat olmuştur. Tekrar aynı üniversite hastanesinin fizik tedavi ve rehabilitasyon bölümüne gittiğinde kendisine bu sefer Romatoid Artrit tanısı konulmuş ve bu tanı doğrultusunda bazı operasyonlar geçirmiştir. Sonrasında başka hastaneye başvurusu üzerine rahatsızlığına Ailevi Akdeniz Ateşi (AAA) ve Ankilozan Spondilit (AS) tanısı konulmuştur. Davacı, yanlış teşhis ve tedavilerle zarara uğradığı gerekçesiyle maddi ve manevi tazminat davası açmıştır. Adli Tıp Kurumu tarafından düzenlenen bilirkişi raporunda: “.... Kolşisin adlı ilaca zamanında başlanmamasının bir eksiklik olduğu, tanının birçok kademedede konulamamış olduğu, Ailevi Akdeniz Ateşi hastalığının çok zor teşhis edildiği” belirtilmiştir. Danıştay da bu rapor doğrultusunda Malatya İdare Mahkemesi'nin davalı idarenin ağır hizmet kusurunun bulunmadığına ilişkin kararını onamıştır. (Dan. 10.D., 30.3.2009, E.2007/7210, K.2009/2438, aktaran Odyakmaz, **Hasta Uygulamaları**, s. 35.)

³⁷¹ “...hekimin teşhiste başarılı olma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Hekimin yükümlü olduğu husus, uzmanlığının, hastalığın gerektirdiği şekilde hareket etmekle yükümlülüğüdür.” (Hakeri, **age.**, s. 415)

³⁷² Simge Demir, **age.**, s.76; Aşçıoğlu, **age.**, s. 80; Gökcan, **age.**, s.249.

³⁷³ Aşçıoğlu da benzer şekilde “hekimin teşhis hatasından sorumlu olmaması” kuralının iki istisnası olduğunu; birinci istisnanın, hekimin eksik araştırma yapması iken ikinci istisna da hekimin nitelendirme faaliyetini kusurlu olarak yerine getirmesi olduğunu belirtmiştir. (Aşçıoğlu, **age.**, ss. 80-82); Benzer yönde bkz. Hancı, **age.**, s. 101; Simge Demir, **age.**, s.76; Polat, **age.**, s. 25; Hakeri, **age.**,

hastalık semptomunun tanınmaması durumunda, ortaya çıkan açık nitelendirme yanlışından dolayı sorumluluğun doğması gerekmektedir.³⁷⁴

Teşhisin tıbbi standartlara uygun olarak zamanında konulması da önem arz etmektedir. Teşhisin geç konulması halinde sağlık hizmetinin geç işlemesi söz konusu olacak ve idarenin sorumluluğu doğabilecektir. Ayrıca hekim; teşhis açısından kendisinin yetersiz olduğunu düşünüyorsa konsültasyon istemeli, çalıştığı kuruluşun imkanları teşhis için yeterli değilse ileri tetkiklerin yapılabilme imkanı olan başka bir sağlık kuruluşuna hastayı sevk etmelidir. Kamu görevlisi hekimin bu yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde de idarenin sorumluluğu doğabilecektir.³⁷⁵

Teşhis faaliyeti kapsamında idarenin sorumluluğunun doğmasına; kimi zaman teşhis faaliyetinin aşamalarında tıbbi standartlar doğrultusunda hareket edilmemesi (1), kimi zaman teşhisin geç konulması (2), kimi zaman da konsültasyon ve sevk faaliyeti yükümlülüklerine uyulmaması (3) neden olabilmektedir.

1. Teşhis Faaliyetinin Aşamalarındaki Uygulama Hataları

Teşhis faaliyetleri, birçok aşamadan oluşmaktadır.³⁷⁶ Hekim, hastalığın var olup olmadığına, varsa hastalığın ilerleme derecesine bu aşamalardan elde ettiği bulgular sonucunda ulaşmaktadır.

Teşhis faaliyetinin ilk aşaması hastanın öyküsünün alınmasıdır. Tıbbi literatürde anamnez olarak da adlandırılan “*hastanın, hastalığı ve çevresi hakkında*

ss. 416-417; Karşıt görüş olarak Kıcılioğlu, “...yanlış teşhis konulduğu gerekçesiyle doktorun sorumlu tutulma olanağı yoktur. Doktor ancak, teşhisin konulması sırasında gerekli özeni göstermez ise sorumlu tutulabilmektedir.” şeklinde belirtmiştir. (Kıcılioğlu, *age.*, s. 64) Ayrıca karşıt görüşler için bkz. Hızal, *age.*, s.10.; Zarife Şenocak, *Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1998, ss. 61-62.

³⁷⁴ Hakeri, *age.*, s. 415; “Özenli bir şekilde muayeneyi yapmış, tanıya yönelik gerekli testleri istemiş ve elde ettiği bulguları değerlendirmiş olan hekimin koyduğu tanının yanlış çıkması onun sorumlu tutulmasını gerektirmez, meğerki hekimin esaslı bir ihmali ve elde ettiği bulguları değerlendirmede esaslı bir hatası olsun.” (Güney Tunalı, *age.*, s. 148); benzer yönde bkz. Aşçıoğlu, *age.*, s. 82

³⁷⁵ Gökcan, *age.*, s.249.

³⁷⁶ Günday, *age.*, s. 51.

verdiği bilgi”³⁷⁷lerin hiç veya gereği gibi alınmaması, teşhisin hatalı gerçekleştirilmesine neden olacaktır.³⁷⁸ Anamnezin alınmasına yönelik olarak hastaya; şikayetleri, kimliği, mesleği, yaşadığı yer, yakınlarının rahatsızlıkları, sosyal çevresi, alışkanlıkları, geçirdiği hastalıklar, ilaç kullanımı, alerjileri gibi hem kendine hem de çevresine ilişkin sorular sorulmaktadır.³⁷⁹ Ayrıca salgın hastalık dönemlerinde, anamnez faaliyeti kapsamında sorulan sorular genişlemekte ve daha çok önem taşımaktadır.³⁸⁰ Bu sorular, hastalığın belirlenmesine yardımcı olmakta ve tedavi kapsamında gerçekleştirilen faaliyetlerin de tam sonuca ulaşması adına önem taşımaktadır. Hastanın verdiği cevaplar, hekimin zihninde hastalığa ilişkin olarak ön ve ayırıcı tanıların oluşmasına katkı sağlamakta ve anamnezden sonraki aşamaların (fizik muayeneye ve gereken görüntüleme veya laboratuvar testlerinin) neler olacağına ışık tutmaktadır.³⁸¹

Anamnez, hastalığın teşhis ve tedavisinin başarıya ulaşması için önem arz etmektedir. Danıştay; anamnezin alınmaması, eksik alınması veya gerekli özen gösterilmeden alınması gerekçeleriyle oluşan zararlardan idareyi sorumlu tutmaktadır.³⁸² Hatta Danıştay, hastanın yabancı dil konuşması sebebiyle hasta ile sağlıklı bir iletişimin kurulamamış olması ve anamnezin de yeterli derecede alınamamasından dolayı idarenin sorumlu olacağına hükmetmiştir.³⁸³ Dil

³⁷⁷ www.kelimeler.gen.tr Erişim: 18.03.2021

³⁷⁸ Gökcan, **age.**, s.292.

³⁷⁹ “Genel bir anamnez örneği olarak aşağıdaki bilgiler alınır ve kaydedilir:

Hasta Bilgileri; Adı Soyadı, cinsiyeti, yaşı, medeni hali, telefonu, adresi, doğum yeri ve yaşadığı yerler, mesleği, boy ve kilosu, hasta dosya no, arşiv bilgileri

Hastanın özgeçmişi ve soy geçmişi; daha önce geçirdiği hastalıklar, ameliyatlar, konulan patolojik tanılar, yapılan tedaviler, alınan ilaçlar, sigara, alkol, madde bağımlılığı, bunların tarihleri, aile bireylerinde geçirilmiş hastalıklar, kadınlarda adet düzeni, doğumlar, emzirme süreleri, ilk adet yaşı, menapoz yaşı

Hastalık Bilgileri; Hasta yakınmaları, ön tanılar, ayırıcı tanılar, kesin tanı, laboratuvar veya radyolojik tanı, patolojik tanı, verilmişse aldığı tedaviler” (<http://www.zekaipekkafali.com/anamnez> Erişim Tarihi: 20.02.2021); Anamnez kapsamında sorulan sorulara ilişkin ayrıca bkz. Öztürkler, **age.**, ss. 85-86.

³⁸⁰ Covid-19 salgınına ilişkin anamnez formu için bkz. http://www.tdb.org.tr/tdb/v2/ekler/Korona_Hasta_Anamnez_Formu27032020.pdf Erişim Tarihi: 18.03.2021

³⁸¹ <http://www.zekaipekkafali.com/anamnez> (Erişim Tarihi: 20.02.2021)

³⁸² “...hasta dosyasına 4.5.2009 tarihinde, üçlü tarama testi ve amniyosentez tetkiki yapılmadı ya da görülmeyen şekilde düşülen notun hastanın anamnezinin alınmasında gerekli özenin gösterilmediğini göstermektedir.” denilmiş ve kararda idare aleyhine tazminata hükmedilmiştir. (Dan.15.D., 09.05.2016, E. 2013/4524, K. 2016/3302, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

³⁸³ Dan. 15. D. 30.01.2015, E. 2014/7136, K. 2015/413: “Olay tarihinde nöbetçi doktor olan müdahilin, yalnızca hasta şikayetleri ve muayene sonuçlarına göre tanı koymaya çalışmış, ancak hastaların anlaşılabilir düzeyde Türkçe bilmemeleri nedeniyle öykülerini de yeterli düzeyde

problemlerinin bulunduğu durumlarda dahi Danıştay, anamnezin alınmasına oldukça önem vermektedir.³⁸⁴

Anamnez, teşhis ve tedavinin başarıya ulaşmasına yardımcı olmasının yanı sıra hastanın başka rahatsızlıklara yakalanmasının ve/veya daha da ağırlaşmasının önlenmesi adına da önemlidir. Anamnez kapsamında hastanın geçirdiği önceki rahatsızlıklar, kullandığı ilaçlar ile hastanın ilaçlara karşı alerjisinin bulunup bulunmadığı elde edilen bilgilerden bazılarıdır. Danıştay, ilaç alerjilerine ilişkin hasta öyküsünün alınmamasından veya bu işlemlerin yapıldığına dair belge sunulamamasından dolayı idarenin sorumluluğunun doğacağına hükmetmektedir.³⁸⁵ Ayrıca Danıştay, anamnezin tıbbi standartlara göre alındığına ilişkin ispatın idare tarafından yapılması gerektiğini ve bu ispatın da ancak belge ile yapılabileceğini belirtmektedir.³⁸⁶

Acil durumlar, hastadan anamnez alınmasının istisnasını oluşturur. Hastanın şuuru kapalı ise hastadan değil, hastayı hastaneye getiren kişilerden anamnez alınmalıdır.³⁸⁷ Hastadan anamnezin alınması öncelikli olsa da acil durumlarda ve

almamıştır....Somut olayda, hastaların dil problemi olmasına karşın öyküsünün (anamnez) daha iyi alınması (yapılan iş, kalınan ortam ilgili bilgiler) halinde karbonmonoksit zehirlenmesinden şüphelenebileceği anlaşılmaktadır. Söz konusu hususların yapılmaması hasta için gereken özenin gösterilmediğini ortaya koymakta ve davalı idare bünyesinde faaliyet gösteren sağlık kuruluşunda sunulan sağlık hizmetinin bariz fonksiyon bozukluğu içermesi ve organizasyon eksikliği...” nedenleriyle idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu belirtilmiş ve aksi yöndeki ilk derece mahkemesinin kararı bozulmuştur.(http://hukuk.aku.edu.tr/wp-content/uploads/sites/45/2019/12/karar-2.docx Erişim: 31.01.2021)

³⁸⁴ Dil problemlerine ilişkin olarak anamnez alınmaması esas itibarıyla idarenin organizasyon eksikliğinden kaynaklanmakta, doğrudan kamu görevlisi personelin eylemleri neticesinde ortaya çıkan uygulama hataları olarak değerlendirilmemektedir. Ancak Danıştay’ın anamnez alınmasına ilişkin olarak verdiği önemi göstermek adına “dil problemlerinde anamnez alınmaması” ele alınmıştır.

³⁸⁵ “Hemşire gözlem notu ile hasta epikrizi arasındaki çelişkiler ile hastanın penisilin alerjisi geçmişine ilişkin hasta öyküsünün alındığına ilişkin kayıtların ve hastanın penisilin uygulamasının olası risklerine ilişkin bilgilendirildiğine ilişkin kayıtların sunulamamasının, sunulan kamu hizmetinin kötü işlediğini ve ortada bir hizmet kusurunun bulunduğunu gösterdiğinden davacıların bu olay nedeniyle maruz kaldıkları manevi elem ve ızdırabı giderecek şekilde olayın meydana geliş şekli de dikkate alınarak hakkaniyete uygun bir manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken, manevi tazminatın reddedilmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.” (Dan. 15. D, 14.02.2017, E. 2016/2124, K. 2017/665, <https://www.kararara.com> Erişim Tarihi: 31.01.2021)

³⁸⁶ “...yapılması planlanan ilaca karşı alerjilerinin bulunup bulunmadığı yönünde gerek kişiye, gerekse yakınlarına sorularak ayrıntılı bilgi alınmasının gerektiği, dosyada kişiden, enjeksiyon yapılmadan önce ayrıntılı anamnez alındığına dair herhangi bir belge bulunmadığı, dolayısıyla alerji yönünde herhangi bir sorgulama yapmayan Dr. ...’un bu eyleminde özen eksikliği olduğu...” (Dan. 10. D., 22.03.2021, E. 2020/4598, K. 2021/1276, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi)

³⁸⁷ “Mutlaka daha önce kullanılan ilaçlar, organik veya psikiyatrik bir hastalık nedeniyle izlenip izlenmediği, madde bağımlılığı olup olmadığı, hastanın getirildiği ortamda, yakınında boş ilaç

bilincin kapalı olduğu durumlarda bu durum mümkün olamamaktadır. Acil müdahale yapıldıktan sonra ve hastanın bilincinin geldiği durumda hastadan anamnez alınmalıdır. Bilinç kaybının öncesi ve sonrasına ait anamnez hastadan alınmalı, bilinç kaybı sırasında olanları hastanın hatırlaması mümkün değil ise eksik bilgiler hasta yakınlarından alınmalıdır.³⁸⁸

Anamnezin alınırken hastanın da kendisinden istenilen bilgileri doğru ve eksiksiz vermesi gerekmektedir. Hastanın belirtmemiş olduğu hususlarda (geçirdiği hastalık, kullandığı ilaçlar vs.) sorumluluk hasta ile paylaşılacaktır.³⁸⁹ Hastanın eksik veya yanlış vermiş olduğu bilgi, sorumluluk sebebinin oluşmasında etkili değil ise sorumluluğun paylaşılamayacağını, yalnızca İdarenin sorumlu tutulacağını düşünüyoruz. Ancak diğer bir açıdan hastanın eksik veya yanlış verdiği bilgi doğrudan sorumluluğu etkiliyorsa örneğin hastanın vermiş olduğu bilgilere güvenilerek o bilgilere ilişkin olarak araştırılma (tetkik) yapılmasından vazgeçilmiş ise idarenin sorumluluğunun doğmaması gerektiğini düşünmekteyiz. Hastanın bilgi vermesine karşın net olarak belirlenemeyen hususlara ilişkin olarak doğru bilgiye ulaşmak adına diğer teşhis aşamalarından yararlanılmalıdır.

Anamnezden sonra teşhisin bir diğer aşaması da hastanın fizik muayenesinin yapılmasıdır. Fizik muayene, *“vücudun ve vücut fonksiyonlarının, inspeksiyon (gözle), palpasyon (elle hissederek), perküsyon (parmaklarla vurarak) ve oskültasyon ile (stetoskoplara dinleyerek) değerlendirilmesi”* olarak tanımlanmaktadır.³⁹⁰ Fizik muayenenin eksiksiz ve özenli şekilde yapıldıktan sonra gerekli ise tetkiklerin istenmesi ve sonrasında da tedavi aşamasına geçilmesi gerekmektedir. Nitekim Hekimlik Meslek Etiği Kuralları’nın *“Muayenesiz Tedavi Yasağı”* başlıklı 23. maddesi de *“Hekim, acil vakalar gibi zorunlu durumlar dışında, hastasını bizzat muayene etmeden tedavisine başlayamaz.”* olarak düzenlenmiştir. Bu kural hekimler için tedavi öncesi muayeneyi zorunlu tutmaktadır.

kutularının olup olmadığı, bulunduğu ortamda gaz kokusunun olup olmadığı öğrenilmelidir.” (<http://www.itfnoroloji.org> Erişim Tarihi: 12.02.2021)

³⁸⁸ <http://www.mehmetozmenoglu.com> Erişim Tarihi: (12.02.2021)

³⁸⁹ Günday, **age.**, s.52

³⁹⁰ Ömer Rıdvan Tarhan, “Fizik Muayene”, <https://www.turkcerrahi.com/makaleler/anamnez/fizik-muayene> Erişim Tarihi: 18.03.2021; Fizik muayenesinin nasıl yapılacağına ilişkin olarak ayrıca bkz. Öztürkler, **age.**, ss. 86-87.

Fizik muayenenin eksik yapılması, ileriki aşamaları etkilemekte ve tedavinin gereği gibi yapılmasına engel olmaktadır. Danıştay, gerekli ve özenli muayenenin yapılmaması sonucunda gerekli tedavi edilmeden evine gönderilen kişinin ertesi gün ölmesinde hizmet kusuru bulunduğuna hükmetmiştir.³⁹¹

Anamnez ve fizik muayene aşamalarından sonra tetkik aşamasına geçilmesi doğru teşhis için önem taşımaktadır. Anamnez iyi alınmadan ve gerekli fizik muayene yapılmadan hastaların hemen tetkike gönderilmesi yerinde olmamaktadır. Anamnezin standartlara uygun olarak alınması ve özenli fizik muayenenin ardından, hekim tıbbi açıdan en uygun tetkikleri seçmelidir. Anamnezin eksik alınması veya hiç alınmaması, fizik muayenenin de iyi yapılmaması durumunda ne kadar laboratuvar tetkiki yapılırsa yapılsın doğru bir teşhis için fayda sağlamayacaktır. Bu durum, hastanın yaşamını etkileyeceği gibi hem hastaya ve hem de kamuya ekonomik zarar verecektir.³⁹²

Hastanın şikayetleri doğrultusunda istenmesi gereken tetkikleri hekimin istememesi, idarenin sorumluluğunu doğuran bir tıbbi uygulama hatasıdır.³⁹³ Tetkiklerin hiç yapılmaması durumunda olduğu gibi eksik yapılması da hizmet kusuru niteliğindedir. Danıştay önüne gelen bir uyuşmazlıkta davalı idareye bağlı hastanede gerçekleştiren tetkikleri yeterli bulmamış, teşhis için gerekli tüm tetkiklerin yapılmadığı gerekçesiyle idare aleyhine tazminata hükmetmiştir.³⁹⁴ Ayrıca

³⁹¹ Dan. 10. D., 11.05.1983, E. 1982/2483, K. 1983/1106: “Bıçaklı bir saldırı sonucu yaralanması üzerine götürüldüğü devlet hastanesinde kendisini muayene eden doktor tarafından, hayati tehlike olmadığı belirtilerek hastaneye yatırılmayıp evine gönderilen kişinin bir gün sonra iç kanamadan ölümü olayında, devlet hastanesinde gerekli muayene ve tedaviyi yapmadığı anlaşılan idarenin hizmet kusuru bulunmaktadır.” (Sinerji Mevzuat & İçtihat Programı); Bu karara benzer olarak; rahatsızlığı nedeniyle eğitim ve araştırma hastanesine götürülen kişi, yeterli tetkik ve tedavi yapılmadan taburcu edilmesinin ardından kalp krizi geçirerek kaldırıldığı hastanede ölmüştür. Bilirkişi, raporunda doktorun, hastanın ayrıntılı muayenesini yapmadığını, uzman hekimlerle konsülte etmediğini, tanıyı geciktirerek erken tedavi şansını önlediğini tespit etmiştir. Danıştay da bu doğrultuda idarenin aleyhine tazminata hükmetmiştir. (Dan. 10.D., 26.12.2008, E.2006/7081, K.2008/9468 aktaran Odyakmaz, **Hasta Uygulamaları**, s. 40.)

³⁹² Dikmen Arıbal, **Propedötik, Hasta Yakınmaları, Belirtiler, Muayene Bulguları ve Tanı**, Ankara, Pelikan Kitabevi, 2015, s. 5.

³⁹³ Hakeri, **age.**, s.418; Konuya ilişkin olarak Gökcan, “...hastalığın teşhisi için zorunlu görülen tahlil, röntgen, MR vb. incelemeler yapılmadan teşhise çalışıp tanısında yanılan hekimin kusurlu olduğu düşünülür.” (Gökcan, **age.**, s.292.)

³⁹⁴ Uyuşmazlıkta tıbbi bilirkişi olarak görevli olan Adli Tıp Kurumu raporunda, “...hastanın 27.02.2005 tarihinde İstanbul Eğitim Hastanesine göğüs ağrısı nedeniyle yatırıldığı, akut koroner

tetkiklerin tıbbi standartlara uygun olarak yapılması gerekmektedir. Daha önceden bilinen ve kullanılan bir teşhis yönteminin kullanılmadığı, tıbbi faydası ispatlanmamış bir teşhis yönteminin kullanıldığı durumda, zararın ortaya çıkması halinde idarenin sorumluluğu gündeme gelecektir.³⁹⁵

Tetkiklerin yapılmaması veya eksik yapılmasından dolayı bir zararın doğması halinde, idarenin sorumlu tutulabilmesini dönemin şartlarına göre değerlendirmek gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle tetkikin yapıldığı dönemin bilimsel düzeyinin belirlenmesi ve o dönemde yapılabilecek gerekli tetkik araçlarının tespit edilmesi, sorumluluğun oluşumu açısından önemli olacaktır. Nitekim Danıştay, teşhisin yapıldığı dönemde bulunan tetkik araçlarının hastalığın kesin olarak belirlenmesine yetecek gelişmişlikte olmaması sebebiyle idarenin tazmin sorumluluğunun bulunmadığına hükmetmiştir.³⁹⁶ Söz konusu uyuşmazlıktaki gibi tetkik ve dolayısıyla teşhis faaliyeti, kimi zaman yapıldıktan yıllar sonra uyuşmazlık konusu yapılabilmektedir. Bu gibi durumlarda, uyuşmazlığın yargı önüne geldiği tarihin esas

sendrom tanısı ile tedavisinin düzenlendiği, kişiye dolantin ve opiat türevi analjeziklerin uygulanabileceği, bu tedavinin tıp kurallarına uygun olduğu, dosyada mevcut saat 10:00'da ve saat 16:35'te çekilen iki EKG arasında anterior derivasyonlarda R progresyon kaybının ve V1-V2'de şüpheli Q dalgalarının geliştiğinin gözlemlendiği, enzim değerlerinin hangi saate ait olduğunun kayıtlı olmadığı, 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 tutulmasının daha uygun olacağı..." ifade edilmiştir. Danıştay da rapor doğrultusunda idarenin davacıya tazminat ödemesine hükmetmiştir. (Dan.15. D., 21.05.2014, E. 2013/4135, K.2014/3970 aktaran Akgül, **Danıştayın Yeni Yaklaşımı.**, s. 294); Benzer bir uyuşmazlıkta Danıştay, tetkiklerin eksik alınması ve özenli olarak değerlendirilmeye alınmaması gerekçesiyle kamu hizmetinin kötü işlediğine hükmetmiştir: "...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 özenli 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" ne karar vermiştir. (Dan. 10. D., 20.10.2006, E. 2003/3146, K.2006/5850 aktaran Bayındır, **agm.**, s. 560); Aynı yönde karar için bkz. Dan. 10. D., 30.5.2007, E.2004/6540, K.2007/4237 aktaran Odyakmaz, **Hasta Uygulamaları**, ss. 22-23.

³⁹⁵ Günday, **age.**, ss. 52-53.

³⁹⁶ Davacıya 1976 yılında H.... Eğitim ve Araştırma Hastanesi'nde sağlık kurulu raporuyla multiple skleroz (MS) teşhisi konmuş, 2003 yılında M..... Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesi'nde MS değil, beyinde ilerlemiş düzeyde kitle bulunduğu tespit edilmiştir. Davacı, hatalı teşhis sonucu malûlen emekliye sevk edilmesi, geç teşhis nedeniyle hastalığına tıbbi müdahalede bulunulmamış olunması nedenleriyle maddi ve manevi tazminat talebinde bulunmuştur. İstanbul İdare Mahkemesi, 1976 yılında manyetik rezonans görüntüleme ve tomografi yöntemlerinin Türkiye'de bulunmadığı ve hastalığın kesin belirlenmesinin mümkün olmadığı dikkate alındığında teşhiste tıbbi yanılmanın hizmet kusuru olamayacağı ve idarenin tazmin sorumluluğuna yol açmayacağı gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Danıştay da bu karara uyarak davacının temyiz istemini reddetmiştir. (Dan. 10. D.,

alınması hakkaniyetli olmayacak ve idareye sınırsız bir sorumluluğun yüklenmesine sebep olacaktır. Danıştay'ın önüne gelen bir başka uyuşmazlıkta; davacı kadına hamileliği sırasında yapılan muayenesinde doğacak çocuğunun talesemi taşıyıcısı olduğuna ilişkin rapor verilmiş fakat çocuğun doğduktan sonra yalnızca taşıyıcı değil, aynı zamanda da bu hastalığın en risklisi olan "*majör talesemi*" hastası olduğu anlaşılmıştır. Danıştay, ortaya çıkan teşhis hatasının davalı idarenin kusurundan kaynaklanmadığını, moleküler tekniklere ait yanlış tanı oranlarından kaynaklandığını bu nedenle de somut olayda hizmet kusurunun bulunmadığı yönünde karar vermiştir.³⁹⁷

Hekimlerin tıbbi standartlara göre gerekli olmayan tetkikleri hastaya yaptırmaları halinde de idarenin sorumluluğu doğabilecektir. Her ne kadar gereğinden fazla tetkik istenmesinin, bazı bulguların kolay teşhis edilmesini ve erken teşhisi kolaylaştıracağı savunulsa³⁹⁸ da birçok olumsuz sonucu bulunmaktadır. Görüntüleme gerçekleştiren tetkik araçları, hastanın zararlı radyoaktif ışınlarla maruz kalmasına neden olmakta iken anestezi kullanılarak gerçekleştirilen bazı tetkikler sonucunda komplikasyonlar oluşabilmektedir. Tetkik araçlarına gerek duyulmamasına rağmen başvurulması, hastanın vücut bütünlüğünün ihlal edilmesine sebep olabileceği gibi hastanın psikolojisine zarar vererek manevi zararın ortaya çıkmasına da neden olabilecektir. Ayrıca bu durum sağlık hizmetindeki yoğunluğun artmasına, hastanın vakit ve enerji kaybına uğramasına, hem hastanın hem de ülkenin mali külfetler altına girmesine neden olmaktadır.³⁹⁹ Hastanın vücut bütünlüğünün ihlal edilmesi sonucunu doğurmayan tetkik faaliyetlerinin dahi olumsuz birçok sonucu olmasından dolayı hekimlerin tıbbi standartlar ölçüsünde bu araçları kullanması gerekmektedir. Kamu görevlisi hekimin aksi yöndeki uygulamalarından dolayı ortaya bir zararın çıkması halinde idarenin sorumluluğu doğabilecektir.

27.4.2009, E.2006/4079, K.2009/3186 aktaran Odyakmaz, **Hasta Uygulamaları**, s. 37); Aynı yönde bkz. Dan. 10. D., 02.11.1999, E.1997/3111, K.1999/5383 aktaran Bereket Baş, **agm.**, s. 77.

³⁹⁷ Dan.10.D., 16.02.2009, E. 2009/599, K. 2009/10539, aktaran Akgül, **Gebelik**, ss. 494-495.

³⁹⁸ Aysun Yeşiltaş / Ramazan Erdem, "Defansif Tıp Uygulamalarına Yönelik Bir Derleme", **Süleyman Demirel Üniversitesi Vizyoner Dergisi**, C. 10, S. 23, Y. 2019, ss. 139-140.

³⁹⁹ Hekimin kendisini hukuken korumak için gerekenden fazla tetkik istemesi, pozitif defansif tıp olarak adlandırılmakta ve başlıca bu tür olumsuzluklara sebep olacağı ifade edilmektedir. (Aykın / Çınarlı, **age.**, ss. 536-537.)

Tıbbi standartlar uyarınca gerekli tetkiklerin yapılması, idareye yüklenen bir yükümlülük olsa da tetkik faaliyetlerinin gerçekleştirilebilmesi rızanın varlığına bağlıdır. Gerekli tetkiklerin yapılmasına hastanın veya hukuken hasta adına rıza verebilecek olanların rıza göstermemesi halinde ortaya çıkacak zararlardan idare sorumlu tutulamayacaktır. Danıştay önüne gelen uyuşmazlıkta, teşhis faaliyeti için gerekli kanın alınmasına izin verilmediğinden dolayı uğranıldığı iddia edilen zarar ile davalı idarenin eylemi arasında illiyet bağı bulunmaması sebebiyle idarenin hizmet kusurunun olmadığına karar vermiştir.⁴⁰⁰ Hastanın tıbbi faaliyetlere rıza göstermediği durumlarda, idarenin sorumluluktan kurtulmasının ispatı adına rıza vermeye ehil kişinin, sağlık kamu personeli tarafından aydınlatılması ve “*tetkik veya tedaviyi red formu*”⁴⁰¹ ile yazılı onay alınması yerinde olacaktır.

Uzaktan teşhis ve tedavi faaliyetlerinin gerçekleştirilmesi kural olarak yasaklanmıştır. İstisnai olarak, acil durumlarda hekimin hastanın yanına ulaşmasından önce, telefonla bazı tedbirlerin alınmasını sağlayabileceği ifade edilmektedir.⁴⁰² Bunun dışında, uzaktan teşhis ve tedavi faaliyetlerine tele sağlık hizmeti⁴⁰³ adı verilen kısıtlı bir alanda izin verilmektedir. Covid-19 salgını başlamadan önce, bu sınırlı haller dışında uzaktan teşhis ve tedavi faaliyetlerinde bulunulması yasaklanmıştı ve bu yasaklamaya uyulmadığı takdirde idarenin sorumluluğu ortaya çıkmaktaydı. Covid-19 salgınından sonra hem sağlık personelinin hem de sağlık hizmetinden yararlanmak isteyen vatandaşların sağlıklarının korunması adına temas olmaksızın teşhis ve tedavi faaliyetlerinin yerine

⁴⁰⁰ Uyuşmazlık konusu olayda, sağlık kamu personeli teşhis faaliyeti için bebeğin kanının alınması için iki kez davacıların evine gitmiş ancak aile hastalığın teşhisi için gerekli kanın alınmasına izin vermemiştir. Danıştay da iddia edilen zarar ile idarenin eyleminin illiyet bağı olmadığına ve dolayısıyla idarenin sorumluluğunun bulunmadığına karar vermiştir. (Dan. 10. D., 23.11.2010, E.2009/11302, K.2010/9108 aktaran Akgül, **Gebelik**, ss.491-492.

⁴⁰¹ Örnek tetkik ve tedavi ret formu için bkz. <https://cdn.istanbul.edu.tr/statics/onkoloji.istanbul.edu.tr/wp-content/uploads/2018/01/OE-KSS-PR-001FR-018-Muayene-Tetkik-Tedavi-ve-T%C4%B1bbi-Giri%C5%9Fim-Red-Formu-Eri%C5%9Fkin.pdf> (Erişim: 19.03.2021)

⁴⁰² Güney Tunalı, **age.**, ss. 147-148.

⁴⁰³ 2015 tarihli Tele Sağlık Servisi Uygulama Usul Ve Esasları Hakkında Yönerge'nin 4. maddesinde tele sağlık hizmeti tanımlanmıştır: “Deniz ve hava araçlarındaki personel ve yolcuların acil yardım ve diğer sağlık danışmanlığı taleplerinin karşılanması maksadıyla uzaktan ücretsiz tıbbi tavsiyelerde bulunmayı, gerektiği durumlarda hastanın tahliyesine karar vermeyi ve ilgili kurum ve kuruluşlarla koordineli olarak tahliye etmeyi, ayrıca Arama Kurtarma faaliyetlerinde acil sağlık görevini koordine eden hizmeti”

getirilmesine olanak sağlayan teletıp uygulamasına izin verilmiştir. Teletıp⁴⁰⁴ uygulaması, Sağlık Bakanlığı tarafından hızla hayata geçirilmiş, Covid-19 salgını kapsamında riskli grupta nitelendirilen kişilerin uzaktan görüntülü muayene ile fiziksel temas olmaksızın muayene edilmesine olanak tanınmıştır.⁴⁰⁵ Diğer yandan, uzaktan teşhis ve tedavi faaliyetlerinin gerçekleştirilmesine izin veren kanuni bir düzenleme ise bulunmamaktadır. Teletıp uygulaması yeni bir kamu hizmeti niteliğindedir. 1982 Anayasası'nın 123. maddesi uyarınca da bu hizmetin kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Mevcut teletıp uygulamasının hukuka uygun hale getirilmesi adına en kısa sürede, uzaktan teşhis ve tedavi faaliyetlerine ilişkin kanuni düzenlemelerin yapılması yerinde olacaktır. Covid-19 sürecinde yerine getirilen ve yasal dayanaktan yoksun olan teletıp hizmetinin hukuka aykırı olduğunu düşünmekteyiz.

2. Teşhisin Geç Konulması

Teşhis faaliyetinin tıbbi standartlara uygun olarak yerine getirilmesi kadar, teşhisin zamanında konulması da önemlidir. Sağlık hizmetinin geç işlemesi, idarenin sorumluluğunu doğuran sebeplerden biridir.⁴⁰⁶ Sağlık hizmeti kapsamındaki faaliyetlerin hangi sürede tamamlanması gerektiğine dair kural koyma imkânı bulunmamaktadır. Bundan dolayı sürenin tespiti; somut olaydaki hizmetin niteliği, idarenin sahip olduğu imkân ve araçları ile somut olayın diğer özellikleri göz önünde tutulacaktır. Yapılan somut değerlendirmelerle idarenin gereken çabukluğu gösterip göstermediği ortaya konulacaktır. İdarenin gereken çabukluğu göstermemesi durumunda hizmetin geç işlemesi söz konusu olacaktır.⁴⁰⁷ Teşhisin geç konulması da bu bağlamda hizmetin geç işlemesinin görünümünden biridir.

⁴⁰⁴ Teletıp Dünya Sağlık Örgütü tarafından, “*mesafenin önemli olduğu durumlarda, sağlık profesyonellerinin, birey ve toplumun sağlığını geliştirmek için hastalık ve yaralanmaların teşhisi, tedavisi, önlenmesi ile araştırma ve sürekli eğitim konularında, bilgi ve teknolojiyi kullanarak sağlık hizmeti vermesi*” olarak tanımlanmıştır. (<https://www.who.int> Erişim Tarihi: 11.08.2021)

⁴⁰⁵ <https://bartindh.saglik.gov.tr/TR,500373/uzaktan-goruntulu-muayene.html> (Erişim Tarihi: 12.10.2021)

⁴⁰⁶ Armağan, **age.**, ss.30-39; Ramazan Yıldırım, “İdarenin, Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan İdare Hukuku Kapsamındaki Sorumluluğu”, **VIII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu**, Adalet Yayınevi, 2012, ss.200-201; Ahmet Bozdağ, “İdare Hukukunda İdarenin Hizmet Kusuru ve Danıştay Uygulaması”, **Türk İdare Dergisi**, S. 468, 2010, ss. 43-44.

⁴⁰⁷ Ahmet Kürşat Ersöz, **Türk İdaresinin Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Sorumluluğu**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012, ss. 51-53.; Benzer yönde bkz. Armağan, **age.**, s.30.

Danıştay, teşhisin geç konulduğu ve bu gecikmeden dolayı zararın meydana geldiği durumlarda idarenin sağlık hizmetinin yürütülmesinde kusurlu olduğuna hükmetmektedir. Danıştay, hastanede dünyaya gelen bir bebekten fenilketonüri tarama programı çerçevesinde kan örneğinin alınmaması nedeniyle teşhisin geç konulması ve tedaviye geç başlanması sonucunda bebekte oluşan zihinsel bozukluktan dolayı idarenin sorumlu olduğuna karar vermiştir. Danıştay söz konusu kararında, "fenilketonüri" hastalığının erken ve sınırlı bir zaman diliminde teşhis edilip tedavisine başlanması gereken bir hastalık olduğuna, erken teşhisin bu hastalığın önlenmesinde önemli olduğuna vurgu yapmış ve kamu hizmetinin kötü işlediğini ifade etmiştir.⁴⁰⁸

Bazı kamu sağlık kuruluşlarında personel sayısının az sayıda olması sebebiyle mesai saatleri dışında hekimlerin hastanede nöbet tutması yerine icap nöbeti tutması öngörülebilmektedir. İcap nöbetinde hekimler telefonla çağrı üzerine derhal tıbbi müdahalede bulunmak üzere bağlı bulunduğu kamu sağlık kuruluşuna gitmelidir.⁴⁰⁹ Teşhisin geç konulmasının sebebi kimi zaman icap nöbeti tutan hekimin çağrıyı aldıktan sonra öngörülen sürede kamu sağlık kuruluşuna ulaşmaması olabilmektedir.⁴¹⁰ Öngörülen, makul sürede hekimin sağlık kuruluşuna ulaşmaması halinde idarenin sorumluluğu doğmaktadır. Danıştay; icap nöbeti tutan hekimin telefonla çağrılmasına rağmen gelmemesinin, her davette kuruma gelmeye mecbur

⁴⁰⁸ Dan.10.D., 17.02.2009, E. 2006/5287, K. 2009/1085, aktaran Akgül, **Gebelik**, ss.492-493; Benzer yönde, "...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)

⁴⁰⁹ "İcap nöbeti olarak adlandırılan telefonla çağrı üzerine çalışma (oncall) tüm dünyada belli ölçülerde uygulanan bir yaklaşımdır. İcap nöbetlerinin mesai saatleri dışında gün boyunca tutulması (day float) söz konusu olabildiği gibi, mesai saatleri dışında bölünerek (örneğin 17.00-24.00 arasında ve 24.00-08.00 arasında) tutulması da (night float) söz konusu olabilmektedir." (https://www.ttb.org.tr/kutuphane/icapcilik_rapor.pdf Erişim Tarihi: 13.02.2021); Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin 42. maddesinde icap nöbeti tanımlanmıştır: "İcapçı nöbeti (Ev nöbeti): Uzman adedi nöbet tutacak miktarlardan az, fakat birden fazla olan kurumlarda uzmanlar sırayla ev nöbetini tutarlar. Bunun için aylık ev nöbet listeleri hazırlanır. Ev nöbetçisi mesai saatleri dışında kurumun idari ve tıbbi her türlü gereklerinden sorumludur. Ev nöbetçisi akşam ziyaretlerini yapmaya, mesai dışında bulunduğu yeri bildirmeye, kuruma her davette gelmeye mecburdur."

⁴¹⁰ Sağlık Bakanlığı Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün 54567092 Sayılı Sağlık Personelinin İhtiyaç Halinde Çağrıya Uyması Konulu Genelgesi uyarınca "personelin normal ulaşım şartlarında 30 dakika içinde sağlık kuruluşunda bulunması" gerekmektedir. (<https://shgm.saglik.gov.tr/Eklenti/28149/0/saglik-personelinin-ihhtiyac-halinde-cagriya-uyyasiustyazipdf.pdf> Erişim Tarihi: 24.03.2021)

olduğuna ilişkin mevzuat hükmüne aykırılık oluşturduğu ve bu durumun sağlık hizmetinin eksik işletildiği izlenimi oluşturacağından bahisle davalı idare aleyhine tazminata hükmetmiştir.⁴¹¹

Teşhisin geç konulmasına rağmen zararın ortaya çıkmadığı veya teşhis zamanında konulsaydı dahi zararın ortaya çıkmasının engellenemeyeceği hallerde, geç teşhis nedeniyle idarenin sorumluluğunun doğmayacağı Danıştay tarafından belirtilmektedir.⁴¹² Diğer yandan Çınarlı ise, Danıştay içtihadına katılmamakta ve hastanın erken teşhis konulması halinde sonucun değişip değişmeyeceğine ilişkin yapılacak değerlendirmenin sübjektif bir değerlendirme olduğunu savunmaktadır. Çınarlı'ya göre teşhisin gecikmesinde idarenin hizmet kusuru bulunuyorsa sonuçtan

⁴¹¹ “...davacının tiroid hastalığına ilişkin takibinin genel cerrah tarafından yapıldığı, hastanın 3. kez hastaneye başvurusunda acil hekimince icapçı hekim olan genel cerrahın arandığı, icapçı (ev) nöbeti tutan hekim 'ın hastaneye gelmeyerek, hastadaki belirtilerin dahiliyeyi ilgilendirdiğini belirtilerek dahiliye hekiminin aranmasını söylediği, acil hekimince dahiliye uzmanının arandığı, dahiliye uzmanınca da öyküsünde troid rahatsızlığı olan davacı hakkında potasyum düşüklüğü düşünülerek kan tahlili istenmiş olduğu, tahlil sonucu çıkmadan davacının vefat ettiği, Mahkeme tarafından yeni bir rapor alınmadığı, adli yargıda açılan davada dosyaya sunulan Adli Tıp Kurulu raporları yeterli görülmüş olduğu, bu raporlarda da eylemlerde eksiklik olmadığı vurgulanmıştır. Her ne kadar davacının takibini yapan sağlık personeline ve idareye kusur atfedilemeyeceği belirtilmiş ise de hastayı daha önceden tedavi eden genel cerrahın olay günü icapçı hekim olduğu ve kişinin öyküsünü bildiği, aranmasına rağmen davete icabet edip hastaneye gelmeden telefonla belirtilerin kendi alanı değil, dahiliyeyi ilgilendirdiğini belirterek acil hekimini dahiliye uzmanına yönlendirdiği anlaşılmıştır.

Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin 42. maddesinde nöbet türleri başlığı altında nöbet hizmetleri evde (icap) nöbeti, normal, acil, branş nöbeti olarak dört şekilde yürütüleceği, İcapçı nöbeti (ev nöbeti)'nin tanımında ise Uzman adedi nöbet tutacak miktarlardan az, fakat birden fazla olan kurumlarda uzmanlar sırayla ev nöbetini tutacağı, bunun için aylık ev nöbet listeleri hazırlanacağı, ev nöbetçisinin mesai saatleri dışında kurumun idari ve tıbbi her türlü gereklerinden sorumlu olacağı, ev nöbetçisi akşam ziyaretlerini yapmaya, mesai dışında bulunduğu yeri bildirmeye, kuruma her davette gelmeye mecbur olduğu belirtilmiştir. İcapçı nöbeti tutan genel cerrahın telefonla çağırılmasına rağmen gelmemesi mevzuatta icap nöbeti tutan hekimin kuruma her davette gelmeye mecbur olduğuna ilişkin hükmüne aykırılık oluşturduğu ve belirtilen bu eksikliğin sağlık hizmetinin eksik işletildiği izlenimi yaratarak davacının manevi ızdırabını artıracığı açıktır.

Bu durumda, Mahkeme tarafından söz konusu eksikliğin davacıdaki acı ve ızdırabı arttıracığı hususu da göz önüne alınarak, manevi tazminat istemi hakkında makul bir miktar da karar verilmesi gerekmektedir.” (Dan. 15. D., 20.03.2017, E. 2013/4249, K. 2017/1275, Sinerji Mevzuat & İçtihat Programı)

⁴¹² “...ölümle sonuçlanan hastalığın tanı ve tedavisinde gerekli özenin gösterilip gösterilmediği yanılğı 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 ihmal ve kusurun söz konusu olmadığı sonucuna ulaşıldığı bu durumda davalı idarenin hizmet kusurundan söz etme olanağı bulunmadığı...”gerekçesiyle idarenin sorumlu tutulamayacağına hükmedilmiştir. (Dan.10.D., 26.05.1999, E. 1998/4814, K. 1999/2945, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

bağımsız olarak idarenin sorumluluğu doğmalıdır.⁴¹³ Teşhisin geç konulduğu ancak erken teşhis konulsa dahi ortaya çıkan zararlı sonucun değişmeyeceği durumlarda idarenin ortaya çıkan maddi açıdan zararlı sonuçtan dolayı sorumlu tutulamayacağını düşünüyoruz. Teşhis faaliyetlerin denetimi, niteliği gereği tıbbi standartlara uygun olup olmadığına göre yapılmaktadır. Hukuka aykırı eylemlerden farklı olarak tıbbi standartlara aykırı eylemlerin tespiti, eylemin sonucundan bağımsız değerlendirilememektedir. Ayrıca teşhisin geç konulması eylemi ile ortaya çıkan maddi zararlı sonuç arasında illiyet bağı da bulunmamaktadır. Dolayısıyla idarenin sorumluluğunun doğduğunu söylemek mümkün değildir. Ancak, teşhisin kusurlu olarak geç konulduğu durumlarda idarenin sorumluluğunun doğmadığının söylenebilmesi için “*erken teşhis edilmiş olsaydı da sonuç değişmezdi*” varsayımının kesin olması gerekmektedir. Bu varsayımın bir ihtimal olarak kaldığı durumlarda idarenin sorumluluğu gündeme gelecektir. Diğer bir açıdan manevi zararı içeren sonucun meydana geldiği ve bu sonuç ile teşhisin geç konulması eylemi arasında illiyet bağının bulunduğu durumlarda, manevi zararın tazmini bakımından idarenin sorumlu tutulabilmesi mümkün olabilmektedir. Nitekim Danıştay; sağlık hizmetinin eksik işletildiği izleniminin, davacının manevi ıstırabını arttırdığını ifade etmiş ve davalı idare aleyhine manevi tazminata hükmetmiştir.⁴¹⁴ Ancak “*sağlık hizmetinin eksik işletildiği izlenimi*” gibi bir dayanak oluşturularak manevi tazminata hükmedilmesi, manevi tazminat kavramının içinin boşaltılmasına ve idarenin yanı sıra rücu yoluyla tazminat ödeme yükümlülüğü altında olan sağlık kamu personelinin hemen her olayda tazminat tehdidiyle karşı karşıya kalmasına neden olacaktır. Tıbbi müdahaleyi gerçekleştirenler üzerinde sürekli bu tehdidin bulunması toplumun zarar görmesine yol açacaktır.⁴¹⁵

⁴¹³ Çınarlı, **age.**, s. 188.; Ayrıca Danıştay’ın sonuca etki eden bir kusurun bulunmadığını belirlemesine rağmen tıbbi özen gösterilmemesinden dolayı hizmetin kusurlu işlediğini belirttiği kararları da bulunmaktadır. (Dan.15.D., 05.05.2016, E. 2013/4019, K. 2016/3223, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

⁴¹⁴ Dan. 15. D., 20.03.2017, E. 2013/4249, K. 2017/1275, Sinerji Mevzuat & İçtihat Programı.

⁴¹⁵ Özü gereği içerisinde risk taşıyan müdahaleler açısından sürekli manevi tazminat tehdidinin bulunması halinde; sağlık kamu personelinin baskı altında kalacağını, meslekten soğuyacağını, defansif davranma eğiliminin artacağını düşünmekteyiz.

3. Konsültasyon ve Sevk Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi

Bir hekimden tıp bilimindeki her konuya hakim olması ve özel uzmanlık gerektiren hastalıkların teşhisini sadece kendi bilgisine dayanarak koyabilmesi beklenemez. Hastalığın teşhis ve tedavisi için birden çok uzmanlık alanının bilgisine ihtiyaç duyulduğu durumlarda hekimler, farklı alanlarda uzman olan hekimlerle konsültasyon yapmalıdırlar. Danıştay tarafından konsültasyon; “*hastanın tanı, tedavi ve takibi için sorumlu hekimin gerekli gördüğünde diğer uzmanlık dalları ile görüş alışverişinde bulunması*” şeklinde tanımlanmıştır.⁴¹⁶

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi’nin 24. maddesinde; hasta, konsültasyon yapılmasını talep ederse hekim veya dış hekiminin bu talebi kabul etmesinin zorunlu olduğu belirtilmiştir.⁴¹⁷ Aynı şekilde hekim veya dış hekiminin konsültasyon yapılmasını gerekli görmesi durumunda, bu durumun hastaya bildirilmesinin gerekli olduğu düzenlenmiştir. Hekimlik Meslek Etiği Kuralları’nın 19. maddesinde de konsültasyon istenen hekimin davete uymak zorunda olduğu ve konsültasyon sürecinde konsültan hekimin de, hastanın sürekli hekimi gibi hastadan sorumlu olacağı belirtilmiştir.⁴¹⁸

Hastadaki belirtilerin hangi hastalığa ait olduğunun belirlenmesi veya diğer bir hastalığın hasta üzerindeki olumsuz etkilerini gidermek adına yöntemin belirlenmesi, kimi zaman birden fazla uzmanlık alanının görüş alışverişiyle mümkün olabilmektedir. Böyle durumlarda gerekli olduğu düşünülen uzmanlık dalından görüş

⁴¹⁶ Ayrıca kararın devamında da Türk Tabipler Birliği’nin 02.01.2009 tarihli Bildirgesi’ndeki konsültasyon ile ilgili yapılan açıklamaya yer verilmiştir: “*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. İsaetli 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.*” (Dan. 15. D., 04.02.2016, E. 2015/455, K. 2016/601 www.hukukmedeniyeti.org Erişim Tarihi: 07.03.2021)

⁴¹⁷ Benzer olarak, Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 9. maddesinin ikinci fıkrasında da “*Mevzuat ile belirlenmiş usullere uyulmak şartı ile hastanın, kendisine sağlık hizmeti verecek olan personeli serbestçe seçme, tedavisi ile ilgilenen tabibi değiştirme ve başka tabiplerin konsültasyonunu istemek hakkı vardır.*” denilmiştir.

⁴¹⁸ Korkmaz, müdavi veya konsültan hekimden birisi, diğer hekime kasten yanlış bilgi verirse doğacak zararlardan kasten yanlış bilgi veren hekimin sorumlu olacağını belirtmiştir. (Yakup Korkmaz, “Tıbbi Konsültasyon Ve Kusurun Paylaşılması Sorunu”, **TBB Dergisi**, S. 153, 2019, s. 257.)

istemek tedaviyi üstlenen hekimin yükümlülüğüdür.⁴¹⁹ Teşhis konulması kapsamında konsültasyonun eksik yapılması veya hiç yapılmaması halinde Danıştay, hizmetin kusurlu yürütüldüğü yönünde karar vermektedir.⁴²⁰ Gerektiğinde konsültasyon istenmesi, hekimler için bir yükümlülük olsa da konsültan hekimin görüşü bağlayıcı değildir. Diğer yünden, konsültan hekimin tıp biliminin gereklerine uygun önerisine uymayıp müdavi hekim kendisi bir müdahalede bulunursa, doğacak zarardan sorumlu olmaktadır.⁴²¹

Hekimin gerekli konsültasyonu yapmadan hastayı yalnızca konsültan hekime yönlendirmesi neticesinde de idarenin sorumluluğu doğmaktadır. Danıştay önüne gelen bir uyuşmazlıkta, cuma günü acile başvuran hastanın yönlendirildiği poliklinik muayenesinin en erken pazartesi günü yapılabileceğinden bahisle hasta için gereken konsültasyon yapılmadan yalnızca konsültan hekime yönlendirilmesi olayında idarenin sorumlu olacağını belirtmiştir.⁴²²

⁴¹⁹ Gökcan, **age.**, s. 293.

⁴²⁰ “Hasta için Plastik ve Rek. Cerrahi danışımı yapılmış ve tedavisi öneriler doğrultusunda yürütülmüştür. Ancak, tedavinin düzenlenmesi ve yönlennesinden ziyade özellikle kesin tanının konulabilmesi açısından cildiye uzmanına danışım ve lezyonların histopatolojik incelemesinin eksik olduğu kanaatine varılmıştır.” gerekçesiyle idarenin hizmet kusuru bulunmadığına ilişkin ilk derece mahkemesinin kararı Danıştay tarafından bozulmuştur. (Dan. 15. D., 04.02.2016, E. 2015/455, K. 2016/601 www.hukukmedeniyeti.org Erişim Tarihi: 07.03.2021); “...otopsi bulgularına göre kişinin ölümünün dalak rüptürü ve kanama sonucu meydana gelmiş olduğu, 8 aylık hamile olan kişinin travma öyküsü ile acil polikliniğe başvurduğu, hastayı ilk değerlendiren ve planları yapması gereken acil nöbetçi doktorlarının travma protokolü nedeniyle genel cerrahi konsültasyonu istememiş olmasının eksiklik olduğu, kişiye erken tanı konulup tedavisinin yapılması halinde kurtulma ihtimalinin bulunduğu yönünde görüş görüş bildirildiği, bu bağlamda olayda, davalı idare elemanlarının eksik tedavi uygulayarak hizmet kusuru işlediği...” (Dan. 15. D., 17.06.2014, E. 2014/6219, K. 2014/5384 aktaran Gökcan, **age.**, s. 1501); Benzer yönde bkz. Dan. 15. D., 18.02.2016, E. 2015/5257 K. 2016/1008, <https://www.kararara.com> Erişim Tarihi: 31.01.2021.; Ayrıca Yargıtay da hastadan alınan tetkiklerde şüpheli bir durum olması durumunda o konuyla ilgili uzmanla konsültasyon yapılması gerektiğini belirtmiştir: “...bilirkişi raporunda ise ameliyat öncesi yapılan tetkiklerin yeterli sayılabileceği, ancak çocuğun sıkça hastalandığı ve aynı hastanede takip edildiği düşünülürse, takip eden çocuk doktorundan ameliyat öncesi bir konsültasyon istenebileceği, bunun dosyadan anlaşılamadığı, laboratuvar analizlerinde pek çok testin normal sınırlar dışında olduğunun doğru olduğu, bu konudaki soru işaretleri için çocuk hastalıkları uzmanı bir hekimden görüş alınmasının doğru olacağı, ameliyat öncesinde çocuğun doğumundan ameliyata kadar olan dönemde sıkça hastalanması ve bu hastalıkların bir kısmının akciğer kaynaklı olması nedeniyle, davacı tarafın neden akciğer filmi istenmediği sorusunu yöneltme gereği duymasına yol açtığı, bu konuyla ilgili de yine çocuk hastalıkları uzmanı bir hekimden görüş alınmasının uygun olacağı, olayın bronkospazma bağlı olduğu düşünüldüğünde neden bronkospazmın bu denli tedaviye yanıtız ve ölümcül seyrettiğini anlamamanın güç olduğu, bu konuda da çocuk hastalıkları uzmanı bir hekimden görüş alınmasının uygun olacağı...” (Yar. 13. HD., 04.06.2009, E. 2009/1774, K. 2009/7756, aktaran Gökcan, **age.**, s. 1258.); Benzer yönde bkz. Yar. 4. CD, 18.07.2005, E. 2003/15317, K. 2005/9505, aktaran Aykın / Çınarlı, **age.**, s. 443.

⁴²¹ Korkmaz, **agm.**, ss. 262-263.

⁴²² “...hastanın cuma günü hastaneye başvurduğu ve araya hafta sonu girmesi nedeniyle poliklinik muayenesinin en erken pazartesi günü yapılabilecek olması göz önüne alındığında, hasta için gereken

Konsültan hekimin tıbbi hatası varsa kural olarak müdavi hekim bu hatadan sorumlu olmamaktadır. Ancak konsültan hekimin zararlı sonuca neden olan önerisi bariz bir şekilde tıbbi standartlara aykırıysa bu durumu fark etmeyen müdavi hekim de sorumlu tutulmaktadır.⁴²³

Teşhisin geç konulmasına ilişkin tartışmanın bir benzeri (teşhisin erken konulmuş olması halinde de sonuç değişmeyecekse idarenin sorumlu tutulup tutulamayacağı) konsültasyonun eksik yapılmasına ilişkin olarak da yapılmaktadır. Danıştay vermiş olduğu bir kararda, konsültasyon yapılmamasının bir eksiklik olduğunu ifade ettikten sonra konsültasyon yapılmış olsaydı dahi hastanın kurtulmasının kesin olmadığından bahisle hizmet kusurunun bulunmadığını belirtmiştir.⁴²⁴ Ancak Danıştay burada geç teşhisteki tartışmadan farklı olarak zararlı sonucun kesin olmaması durumunu eklemiştir. Tıbbi operasyonlar niteliği gereği o risk unsurunu bünyesinde daima taşımaktadır. Konsültasyon yapılmış olduğu takdirde de risk unsuru, tıbbi müdahalenin içerisinde bulunmaktadır ve zararlı sonucun doğmaması kesin olamamaktadır. Dolayısıyla Danıştay'ın belirtmiş olduğu *“kurtulmanın kesin olmaması”* ifadesi yerinde değildir. Gerekli konsültasyon yapılsaydı dahi hastanın kesin olarak kurtulamayacağı belirlenebiliyorsa ancak o zaman idarenin sorumluluğunun doğmaması gerektiğini düşünüyoruz. Örneğin çaresi olmayan bir hastalıkta, konsültasyon yapılmaması nedeniyle idarenin sorumlu tutulmaması gerekmektedir.⁴²⁵

ortopedi konsültasyonunun yaptırılması gerektiği, yalnızca ortopedi polikliniğine yönlendirilmiş olmasıyla yetinilemeyeceği; olayda, acil servise başvuran hastanın içinde bulunduğu klinik tablo karşısında ortopedi konsültasyonunun yaptırılmaması olmasının idare bünyesinde sunulan sağlık hizmetinin organizasyon hatası olarak değerlendirildiğinden, meydana gelen durumun komplikasyon olarak ifade edilmesinin idarenin manevi tazmin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı...” (Dan.10.D., 20.03.2012, E. 2008/2688, K. 2012/1006 aktaran Akgül, **Danıştayın Yeni Yaklaşımı**, s. 289.)

⁴²³ Korkmaz, **agm.**, s. 261.

⁴²⁴ *“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)

⁴²⁵ Benzer yönde bkz. Yüzbaşıoğlu, **age.**, s. 258

Hekimin bilgisinin hastalığın teşhisi bakımından yetersiz olduğu durumlarda, konsültasyona başvurma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu duruma benzer olarak bir kamu sağlık kuruluşunda, teşhisin konulması için o alana ait uzman hekiminin veya gerekli araçların bulunmaması nedeniyle hastalığın teşhisinde yetersiz kalınması durumunda sevk ihtiyacı oluşmaktadır.⁴²⁶ Hastanın sevk edilmesine ilişkin uyuşmazlıklar genel olarak organizasyon kusurundan kaynaklanmaktadır.⁴²⁷ Çalışmamızda hastanın sevk edilmesi sürecinde organizasyon kusuru dışarısında kalan sağlık kamu personelinin idarenin sorumluluğuna neden olan eylemleri ele alınacaktır.

Her sağlık kurumunda hastalıkların teşhisi adına ileri derecedeki tetkik araçlarının bulunması beklenemez. Yetersiz tetkik araçlarıyla gerçekleştirilen teşhisin; şüpheli olması, kesin olmaması durumunda hastanın tıbbi standartlar çerçevesinde ileri derecedeki tetkik araçlarının bulunduğu kurumlara sevk edilmesi zorunludur. Söz konusu sevkin gerçekleşmemesi hizmet kusuruna sebep olmaktadır.⁴²⁸ Nitekim Danıştay; kene tarafından ısırılan hastanın, tetkik imkanlarının kısıtlı olduğu kurumda kesin teşhisin konulamadan tedavisine başlanılmasının hizmet kusuruna neden olduğuna karar vermiştir.⁴²⁹ Hekimin yükümlülüğü, çalıştığı kurumda bulunan teşhis araçlarıyla tıbbi standartlara uygun müdahalede bulunmaktır. Çalıştığı kurumda teşhis ve tedaviye yönelik yeterli araçların bulunmamasına rağmen hekimin teşhis ve tedaviyi üstlenmesi, tıbbi uygulama hatasına ve idarenin sorumluluğuna sebep olmaktadır.⁴³⁰

⁴²⁶ Hastanın sevk edilmemesi, sevk sürecinin kötü organize edilmesi gibi durumlar organizasyon kusuru teşkil edebilmektedir. Çalışmamızın konusu itibarıyla sağlık kamu personelinin sevke ilişkin tıbbi standartlara aykırı eylemleri ele alınacaktır.

⁴²⁷ Yüzbaşıoğlu, **age.**, s. 60.

⁴²⁸ Gökcan, **age.**, s. 220.

⁴²⁹ “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 bölümünce konulduğu, buna rağmen, olayda hastanede yapılan tahlillere itibar edilmek suretiyle kendisini kene ısırılan 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)

⁴³⁰ Benzer yönde bkz. Günay Tunalı, **age.**, s. 146.; Yargıtay önüne gelen bir uyuşmazlıkta, bebeğin sünnat edilmesi sonucunda gelişen alerjik reaksiyona bağlı olarak vefat etmesine ilişkin olarak alerjik reaksiyona yönelik müdahalede bulunulan kurumdaki ekipman yeterliliğinin ve sevk standartlarının

Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliği ile Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliği ve Yataklı Sağlık Tesislerinde Acil Servis Hizmetlerinin Uygulama Usul Ve Esasları Hakkında Tebliğ, sevkin nasıl gerçekleştirilmesi gerektiğine dair düzenlemeler içermektedir. Sevkin prosedüre uyulmaksızın gerçekleştirilmesi, sağlık hizmetinin eksik işletilmesine neden olacaktır. Acil sağlık hizmetinde sevk yapılmadan önce ilk müdahalenin yapılması, stabilizasyonun sağlanması, hayati tehlike veya sakatlık tehlikesi taşıyan hastaların uygun bakımlarının yapılması gerekmektedir.⁴³¹ Danıştay; trafik kazası sonucu yaralı olarak idareye bağlı sağlık kurumuna gelen davacının, akciğer grafiklerinde çok sayıda kot kırıkları ve prönotaraks saptanmasına rağmen toraks tüpü takılmadan ve stabil hale getirilmeden sevk edilmesinde hizmet kusurunun bulunduğunu belirtmiştir. Hizmet kusurunun bulunduğunu tespit ettikten sonra da davacıların uğradığı zararın davalı idare tarafından tazmin edilmesi gerektiğine hükmetmiştir.⁴³² AİHM'nin önüne gelen bir uyuşmazlıkta, ameliyat ücretinin ödenmediği gerekçesiyle sağlık personeli bulunmayan bir araçla başka bir hastaneye nakledilmesi esnasında hasta hayatını kaybetmiştir. Mahkeme, hastanın gereken tıbbi müdahaleler gerçekleştirilmeden sevk edilmesinden dolayı Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁴³³

Hastaya ilk tıbbî müdahale gerçekleştirilip yapıldıktan sonra ileri tetkikler ve tedavi konusunda yetersizlik bulunuyorsa, sevki uygun görülen hastane ile koordinasyon sağlanmalıdır. Hastanın ihtiyaç duyduğu tıbbi bakımların tümünü içeren bir belge düzenlenir ve bu belge nakil yapılacak kuruma hasta ile birlikte

araştırılmadığı gerekçesiyle temyiz istemini kabul ederek kararı bozmuştur: “Ayrıca bebekte meydana gelen alerjik reaksiyon sonrasında yapılması gerekli tıbbi müdahaleye ilişkin olarak Adli Bilimle Kongresi sunumunda vurgu yapılan kardiyopulmoner resusitasyon ekipmanlarının davalı sağlık kuruluşunda bulunup bulunmadığı ve bu ekipmanların kullanılıp kullanılmadığı, hastanın bir başka sağlık kuruluşuna sevkinin uygun zaman ve koşullarda gerçekleşip gerçekleşmediğine dair yeterli bir bilirkişi incelemesi bulunmadığı...” (Yar. 13 HD., 16.03.2015, E. 2014/17432, K. 2015/8358, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

⁴³¹ Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliği'nin 15. maddesi, “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.” şeklinde düzenleme içermektedir.

⁴³² Dan. 10. D., 15.05.2007, E. 2004/12641, K. 2007/2645, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

⁴³³ AİHM, Mehmet Şentürk, Bekir Şentürk / Türkiye, BN. 13423/09, T. 09.04.2013, Hudoc.echr.coe.int.

gönderilir.⁴³⁴ Hastaneler arasında koordinasyonun sağlanmadan sevk gerçekleştirilmesi hizmetin kötü işlemesine neden olmaktadır.⁴³⁵ Önce Danıştay daha sonra Anayasa Mahkemesi tarafından incelenen olayda, hastanın sevk edilmeden önce sevk edilen hastane ile irtibata geçilmediği için bu hastanede göğüs cerrahı bulunmadığının bilinemediği tespit edilmiştir. Danıştay 15. Dairesi, iki üyenin karşı oyuna rağmen ölüme neden olan patoloji zamanında tespit edilmiş olsa dahi hastanın kurtulmasının kesin olmadığından bahisle idarenin sorumluluğunun bulunmadığına hükmetmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi, sevk prosedürüne uyulmadığını belirttiikten sonra Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.⁴³⁶

Ambulanslar Ve Acil Sağlık Araçları İle Ambulans Hizmetleri Yönetmeliği'nin *Ambulans Ve Acil Sağlık Aracı Personeli* başlıklı 7. maddesi uyarınca, kara ambulanslarında en az üç personelden oluşan bir ekip görev yapar. Ekipte en az bir hekim veya bir paramedik veya Sağlık Bakanlığınca belirlenmiş modül eğitimlerini tamamlamış bir acil tıp teknisyeni ile diğer bir sağlık personeli ve bir şoför bulunur. Ambulansta bulunması gereken personeller olmaksızın gerçekleştirilen nakilden kaynaklı olarak hastanın zarara uğraması halinde, ortaya çıkan bu zarardan idare sorumlu olmaktadır. Nitekim Danıştay, olayın gerçekleştiği tarihte yürürlükte olan Ambulans Hizmetleri Yönetmeliği uyarınca hastanın durumu

⁴³⁴ Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliği'nin 15. maddesinin üçüncü fıkrası, “İlk tıbbî müdahale yapıldıktan sonra ileri tıbbî bakım ve tedavi konusunda yetersizlik söz konusu ise, sevkî 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.” şeklindedir.

⁴³⁵ Birtek, **agm.**, s. 91.

⁴³⁶ “sevke karar verilirken sevk prosedürüne de uyulmadığı sabittir. Acil servis hekimi Salih Tavur dosyadaki savunmasında Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliği 15. Maddesinde ilk tıbbî müdahale yapıldıktan sonra ileri tetkik ve tedavi için sevk öngörülürse uygun görülen hastahane ile koordinasyon sağlanıp, verilen tıbbî bakımın tamamı sorumlu kişi tarafından yazılı olarak belgelendirilerek bu belge sevk yapılacak kuruma hasta ile birlikte iletileceği yönündeki düzenlemeden haberdar olmadığı için B.....Devlet Hastanesi ile irtibata geçmediği, sorumlu hekimi bilgilendirmediğini belirtmektedir. Dolayısıyla B..... Devlet Hastanesiyle sevkten önce irtibata geçilmediği için bu hastanede de göğüs cerrahı bulunmadığının bilinemediği, bilinseydi hasta doğrudan Harran Üniversitesine sevk edilerek böyle ağır bir travmada zaman kaybedilmeyeceği, bu durumun hizmetin işleyişinde bir eksiklik olduğu, acilde görevli hekiminde sevk prosedürüne uymamasının özen eksikliği olduğu sonucuna varılmıştır.” şeklinde belirten iki Danıştay üyesi karara muhalefet etmişlerdir. (Dan.15.D., 05.05.2016, E. 2013/4253, K. 2016/3225, www.hukukmedeniyeti.org Erişim Tarihi: 13.01.2022) Daha sonra Danıştay kararına karşı Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunulmuştur. Anayasa Mahkemesi de muhalefet eden iki üyeye benzer yönde görüş bildirmiş ve Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan hakkın ihlal

gereği sevki sırasında ambulansa doktor bulundurulması gerekirken, sadece hemşire refakatinde sevk edilmesinin hizmet kusuru oluşturduğuna hükmetmiştir.⁴³⁷

B. Tedavi Hatası

Hasta anamnezinin alınması, hastanın fizik muayenesinin yapılması, tetkik veya test sonuçlarının değerlendirilmesinin ardından hastaya bir teşhis konulur. Konulan teşhis doğrultusunda hastayı sağlığına kavuşturmak adına en uygun tedavi yöntemi seçilir ve tedaviye başlanır. Hastalığın teşhisinden sonra tıbbi olarak yerine getirilmesi gereken işlem, hastalığın tedavisine yönelik faaliyetlere başlanmasıdır.⁴³⁸ Teşhis ve tedavi aşamaları birbiriyle bağlantılıdır. Teşhis faaliyetlerindeki hata tedavinin istenilen şekilde sonuçlanmamasına neden olabilecektir. Örneğin hasta anamnezinin özensiz alınması tedaviye hiç başlanılmamasına, yanlış bir tedaviye başlanılmasına veya tedaviye geç başlanılmasına sebep olabilmektedir.⁴³⁹ Tedaviden önceki aşama olan teşhis aşamasından kaynaklanan hatalar sonucunda tedavinin istenilen sonuca ulaşmadığı durumlar, teşhis hatası başlığı altında incelenmiştir. Bu bölümde, tedavi faaliyeti aşamalarındaki idarenin sorumluluğunun doğmasına neden olan sağlık kamu personelinin hataları incelenecektir.

Kısaca hastalığın iyileştirilmesi olarak tanımlanan⁴⁴⁰ tedavi⁴⁴¹, hekimler tarafından veya hekimlerin gözetiminde sağlık personeli tarafından yerine getirilmektedir.⁴⁴² Kamu görevlisi olan hekimin, idarenin sorumluluğunun doğmasına yol açmamak adına hasta karşısındaki öncelikli yükümlülüğü, hastayı

edildiğine hükmetmiştir. (AYM, BB, *Ahmet Bakır ve Diğerleri*, B. No: 2017/37294, T. 09/07/2020, T.C. Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası)

⁴³⁷ Dan.15.D., 26.06.2014, E. 2013/4048, K. 2014/5742 aktaran Deniz, *agm.*, s. 200.

⁴³⁸ Gökcan, *age.*, s.295; Simge Demir, *age.*, s.78.

⁴³⁹ Uygur, *age.*, ss.370-371.

⁴⁴⁰ www.kelimeler.gen.tr Erişim Tarihi: 15.04.2021

⁴⁴¹ “Kendisinde bedensel veya psikolojik bir rahatsızlığın bulunduğu teşhisi konulan kişiyi iyileştirmek, hastalıktan kurtarmak veya bu mümkün değilse hastalığı hafifletmek, yani ilerlemesini engelleyerek, ilk ve daha az zararlı safhalarına döndürmek, ya da acılarını dindirmek için yapılan hareketlerdir.” (Yenerer Çakmut, *age.*, s. 36)

⁴⁴² Kıcalıoğlu, *age.*, ss.65-66.

sağlığına kavuşturmak amacıyla tıbbi standartlara uygun olarak gereken tedaviyi uygulamaktır.⁴⁴³

Tedavi faaliyetlerinin hatalı olarak yerine getirilip getirilmediği tıbbi standartlara göre belirlenmektedir. Tıbbi standart, tedavi amacıyla denenerek ispat edilmiş olan, hekim tecrübesi ve doğa bilimlerinin ulaştığı o andaki düzey olarak tanımlanmaktadır.⁴⁴⁴ Dolayısıyla tıbbi standartların belirlenmesi açısından her somut olayda ayrı bir değerlendirilme yapılmasının gerektiği söylenebilmektedir. Ayrıca, her hastalık açısından genelde tek bir tedavi seçeneğinin olmadığı da düşünüldüğünde, tedavi standardının tespiti adına somut değerlendirme yapılması kaçınılmaz olmaktadır.⁴⁴⁵ Hekim, hastalığın iyileştirilmesi için en uygun, en risksiz yöntemi belirlemekle yükümlüdür. En uygun tedavi yönteminin tespiti hastanın ve hastalığın niteliklerine göre belirlenmektedir. Tedavi yönteminin seçimindeki genel kural, hastalığın tedavisi için az riskli ve aynı zamanda da başarı ihtimali en yüksek yöntemin tercih edilmesidir.⁴⁴⁶

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 6. maddesinde; hekimlerin, hastalığa uygulayacağı tedavi yöntemini seçme konusunda serbest olduğu düzenlenmiştir.⁴⁴⁷ Bir hastalığın tedavisi bakımından birden fazla tedavi yöntemi uygulanabiliyorsa hekim bunlardan birini seçmekte özgürdür.⁴⁴⁸ Ancak her ne kadar tedavi yönteminin seçimi noktasında hekimlere serbestlik tanınmış olsa da bu durum mutlak değildir. Doktrinde kabul edilen “*en güvenilir yol ilkesi*” gereğince hekimden, hastalığı iyileştirmek adına riski düşük başarı oranı yüksek yöntemi belirlemesi ve uygulaması beklenmektedir.⁴⁴⁹ Nitekim Yargıtay da çeşitli tedavi yöntemlerinin söz konusu olduğu durumda seçim yapılırken riskli olmayan en emin yolun seçilmesi gerektiğini

⁴⁴³ Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 13. maddesi, “*Tabip ve dış tabibi, ilmi icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder.*” şeklinde düzenleme içermektedir. Ayrıca bu durum, Türk Tabipler Birliği Meslek Etik Kuralları'nın 5. maddesinde, “*Hekimin öncelikli görevi, hastalıkları önlemeye ve bilimsel gerekleri yerine getirerek hastaları iyileştirmeye çalışarak insanın yaşamını ve sağlığını korumaktır.*” olarak ifade edilmiştir.

⁴⁴⁴ Gökcan, **age.**, s. 295.

⁴⁴⁵ Gökcan; tıbbi standardın belirlenmesi açısından, müdahalenin yapıldığı zaman ve hekimin çalışma koşulları gibi olaya özgü unsurların da önem arz ettiğini ifade etmiştir. (Gökcan, **age.**, ss.295-296)

⁴⁴⁶ Güney Tunalı, **age.**, s. 150.

⁴⁴⁷ “*Tabip ve dış tabibi, tatbik edeceği tedaviyi tayinde serbesttir.*”

⁴⁴⁸ Öztürkler, **age.**, s.91; Kıcıoğlu, **age.**, s.65.; Hancı, **age.**, s.102.; Sert vd. **age.**, s. 72.

⁴⁴⁹ Mehmet Demir, **age.**, s.160

belirtmektedir.⁴⁵⁰ Hastalığın tedavisi için genel kabul görmüş geleneksel bir yöntem varken riski daha yüksek yaygın olmayan bir yönteminin uygulanması halinde, hastanın zarar görmesi sonucunda idarenin sorumluluğu söz konusu olacaktır.⁴⁵¹

Tedavi serbestisiyle hekimlere, yöntemin seçilmesi bakımından yetki verilmiş olsa da tıbbi operasyon söz konusu olduğunda bu seçim hakkı kısıtlanabilmektedir. Söz gelimi, ilaç tedavisi ile tedavisi mümkün bir hastalık söz konusu olduğunda ameliyat ile tedavi yöntemi tercih edilmemelidir.⁴⁵² Zorunlu bir durum olmaksızın kişilerin vücut bütünlüğüne dokunulması yasağının bulunması nedeniyle hekimin ameliyata son çare olarak başvurmasının gerektiği doktrinde savunulmaktadır.⁴⁵³ Her ne kadar ilaç tedavisi, kişinin vücut bütünlüğüne yönelik gerçekleştirilen bir müdahale olsa da ameliyat yöntemine kıyasla daha orantılı niteliktedir. Anayasa'nın 13. maddesinde, temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanması açısından müdahalenin ölçülü olması şartı aranmaktadır.⁴⁵⁴ Dolayısıyla Anayasa'nın 17. maddesinde korunan hakka yönelik müdahalenin ölçülü olarak tıbbi zorunluluklar çerçevesinde gerçekleştirilmesi gerekmektedir. İlaçla tedavinin mümkün olduğu durumlarda ameliyatla tedavinin gerçekleştirilmesi durumu, ölçülülük şartı gözetilmediği için hukuka aykırı nitelikte olmaktadır. Hasta, zorunlu olmadan yapılan ameliyat sonucunda sağlığına kavuşsa dahi hekimin ve idarenin sorumluluğu söz konusu olacaktır. Nitekim Danıştay da bir kararında tedavi yöntemleri bakımından

⁴⁵⁰ “Çeşitli tedavi yöntemleri arasında seçim yaparken hastanın özelliklerini göz önünde tutmalı, onu gereksiz risk altına sokmamalı, en emin yolu tercih etmelidir.” (Yar. 13 HD., 23.03.2010, E. 2009 / 13214, K. 2010 / 3694, Kazancı İnternet Bilgi Bankası); Benzer bir uyuşmazlığa ilişkin Yargıtay, “Doktor hastasının zarar görmemesi için, mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa, bir tereddüt doğuran durumlarda bu tereddüdünü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada da koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir seçim yapılırken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmak, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınılmalı ve en emin yol seçilmelidir.” şeklinde kararında belirtmiştir. (Yar. 13. HD., 09.04.2014, E. 2013/30822, K. 2014/10772, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Benzer yönde bkz. Yar. 13. HD., 01.10.2007, E. 2007/4920, K. 2007/11249 aktaran Gökcan, *age.*, s. 1222.; Yar. 13. HD., 21.01.2016, E. 2015/439, K. 2016/1058, Kazancı İnternet Bilgi Bankası.

⁴⁵¹ Mehmet Demir, *age.*, s. 160; Öztürkler, *age.*, s. 91.

⁴⁵² Öztürkler, *age.*, s. 91.; Hakeri, *age.*, s. 424.

⁴⁵³ Hancı, *age.*, s. 103.

⁴⁵⁴ “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”

seçenekler söz konusu olduğu durumda en risksiz tedavi yönteminin tercih edilmesi gerektiğini belirtmiştir.⁴⁵⁵

Yatırılarak tedavi edilmeyi gerektiren bir rahatsızlığı bulunan hastanın, ayakta basit bir müdahale ile tedavi edildikten sonra taburcu edilmesi de idarenin sorumluluğunun doğmasına neden olmaktadır. Nitekim Danıştay’ın önüne gelen bir uyuşmazlıkta, bıçakla yaralanma sonucunda hastaneye gelen kişi, damarında kesik bulunmasına rağmen yalnızca yarasına dikiş atılarak taburcu edilmiş ve daha sonra kanamadan dolayı ölmüştür. Danıştay bu olayda, hizmetin kusurlu işletildiğine karar vermiştir.⁴⁵⁶ Danıştay’ın tutumu dikkate alındığında, tedavi serbestisinin geniş yorumlanmaması gerekmektedir. Tıbbi standartlar çerçevesinde hekimin tedavi seçiminde serbest olduğu ancak olması gerekenden çok ağır veya çok hafif tedavi metotlarının uygulanması halinde idarenin sorumluluğunun doğabileceği unutulmamalıdır.

Tedavi yönteminin tıbbi standartlara göre seçilmesinde olduğu gibi seçilen yöntemin de tıbbi standartlara uygun şekilde uygulanması önem arz etmektedir. Tedavi yöntemini belirleyen hekim, söz konusu yöntemi özen göstererek ve tıbbi standartlar gereğince uyguladığı takdirde, yükümlülüğünü yerine getirmiş olacaktır.⁴⁵⁷ Dolayısıyla bu tür durumlarda idareye kamu personelinin eyleminden kaynaklanan bir sorumluluk yüklenemeyecektir. En uygun tedavi yöntemini somut olaya göre seçecek olan hekim bu yöntemi, tıbbi standartların gerektirdiği özeni göstererek ve her türlü tedbiri alarak gerçekleştirecektir. Ancak tedavinin mutlaka başarılı sonuçlanmasına ilişkin bir yükümlülük bulunmamaktadır.⁴⁵⁸ Özenle gerçekleştirilen tıbbi müdahaleye rağmen yine de hasta iyileşmemiş ise idarenin

⁴⁵⁵ Dan. 10. D., 14.11.1996, E. 1995/7086, K.1996/7534 aktaran Bayındır, **agm.**, s. 559.

⁴⁵⁶ Dan.10.D., 14.06.2001, E. 1999/4088, K. 2001/2336, aktaran Muhammet Tokalı, **Sağlık Kamu Hizmetinde İdarenin Tazminat Sorumluluğu**, Doktora Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2006, s. 82.

⁴⁵⁷ “...sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur.” (Yar. 13 HD., 21.05.2012, E. 2011/9167, K. 2012/12807, aktaran Gökcan, **age.**, s. 1194.)

⁴⁵⁸ Nitekim Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi’nin 13. maddesinde, hekimin iyileştirme yükümlülüğünün bulunmadığı ifade edilmiştir: “Tabip, ilmî icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muaheze edilemez.”

sorumluluğundan söz edilmeyecektir.⁴⁵⁹ Bir başka ifadeyle, hekime yüklenen yükümlülük tedavinin mutlaka başarıyla sonuçlanması veya hastanın mutlaka sağlığına kavuşması değildir. Hekime yüklenen yükümlülük, istenilen sonuca ulaşmak amacıyla mevcut tıp bilimi kuralları ve tıbbi standartlar gereğince mesleki bilgi ve birikimin özenle uygulanmasıdır.⁴⁶⁰ Tedavinin tıbbi standartlara uygun olarak yapılmasına rağmen istenilen sonuç ortaya çıkmasa da idarenin sorumluluğu doğmamaktadır.⁴⁶¹

Tedavi faaliyeti kapsamında idarenin sorumluluğunun doğmasına; kimi zaman müdahalenin hiç yapılmaması veya geç yapılması (1) kimi zaman da müdahalenin yanlış yapılması (2) neden olmaktadır. Tedavi faaliyetleri kapsamında değerlendirilen, uygulamada sık karşılaşılan ve idarenin sorumluluğunun doğmasına neden olabilecek durumlar, yargı kararları ışığında ele alınacaktır.

1. Müdahalenin Hiç Yapılmaması Veya Geç Yapılması

Tedavi faaliyetleri kapsamında en çok karşılaşılan hatalardan biri, tıbbi müdahalenin gerekli olmasına rağmen gerçekleştirilmemesidir.⁴⁶² Tıbbi müdahaleye ihtiyaç duyulmasına rağmen bu müdahalenin gerçekleştirilmemesinden dolayı ortaya çıkan zararlardan dolayı idarenin sorumlu olacağı ifade edilmektedir. Danıştay; tıbbi müdahalede bulunulmaksızın hastanın doğrudan sevk edilmesinde hizmet kusurunun bulunduğunu belirtmiştir.⁴⁶³ Yargıtay da hastayı görmeden ve herhangi bir müdahalede bulunmadan sevk eden hekimin, gerekli sağlık hizmetini yerine getirmediğini ve hastayı mağdur ettiğini belirtmiştir.⁴⁶⁴ AİHM önüne gelen benzer

⁴⁵⁹ Yördem, **agm.**, s. 143; Ayan, **age.**, s. 67.; Hancı **age.**, s. 102; Simge Demir, **age.**, s. 79.

⁴⁶⁰ Gökcan, **age.**, s. 92.; Güney Tunalı, **age.**, s. 151.

⁴⁶¹ Hancı, **age.**, s.5; Akgül, **Gebelik**, s. 495.

⁴⁶² Hakeri, **age.**, s. 421.

⁴⁶³ Dan. 10. D., 15.05.2007, E. 2004/12641, K. 2007/2645, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

⁴⁶⁴ “Kadın Hastalıkları ve Doğum Uzmanı olan sanığın, olay gecesi icapçı nöbetçi doktor olduğu, nöbetçi ebe tarafından aranarak Olur Merkez Sağlık Ocağından ambulansla gelen, doğumsal kalça çıkıklığı olan ve doğum sancıları başlayan hasta olduğu bildirilmesine karşın; hastaneye gelmeden, hastanın yakınları tarafından Erzurum Araştırma Hastanesine götürülmesi yönünde talimat verdiği, yolda doğum yapan G. T. ve bebeğinin öldüğü olayda; Yüksek Sağlık Şurası kararında, ölümle sanığın eylemi arasında illiyet bağının kurulamayacağına, ancak hastayı görmeden sevk etmesi nedeniyle Dr. B. Y.’ın kusurlu olduğunun belirtilmesi karşısında; sanığın hastayı görmeden ve yapılacak müdahaleler konusunda değerlendirme yapmadan sevkine karar vermekle, gerekli sağlık hizmetini

bir başvuru, ameliyat ücretinin ödenmediği gerekçesiyle gerekli ve acil olarak yapılması gereken tıbbi müdahaleler gerçekleştirilmeden başka bir hastaneye nakledilen hasta yaşamını yitirmesine ilişkindir. Mahkeme, hastanın gereken tıbbi müdahaleler gerçekleştirilmeden sevk edilmesinden dolayı kişinin tıbbi bakıma erişim hakkından mahrum bırakıldığını tespit etmiş ve AİHS'nin 2. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁴⁶⁵

Tıbbi müdahalelerin gerçekleştirilmesi kadar; doğru zamanda gerçekleştirilmesi de oldukça önemlidir. Gerekli olan tıbbi müdahalenin hiç yapılmamasında olduğu gibi müdahalenin çok erken veya çok geç yapılması da tedavi hatalarından biri olarak kabul edilmektedir.⁴⁶⁶ Danıştay bir kararında, hastanın hemen ameliyata alınması gerekirken üç gün sonra ameliyata alınmasında hizmet kusurunun bulunduğunu belirtmiştir.⁴⁶⁷ Tıbbi müdahalelerin niteliği gereği en ufak bir zaman kaybı söz konusu olduğunda dahi önlenemez sonuçlar doğabilmektedir. Danıştay konuya ilişkin olarak bir kararında, *“en erken zamanda müdahale edilmesi gerektiği, zira zamanında yapılan müdahale ile hayat kurtarılabileceği”*ni belirttikten sonra 45 dakika geç yapılan müdahale sonucu ölen kişinin ölümünde hizmet kusurunun bulunduğu hükmetmiştir.⁴⁶⁸

Tedavinin geç yapılmasında olduğu gibi tedavinin zamanından önce gerçekleştirilmesi de hizmetin kusurlu işletilmesine neden olacaktır. Doğum zamanının gelmemiş olmasına rağmen annesinin talebi üzerine yapay bir sancı

vermeyerek mağduriyetine neden olduğu” . (Yar. 4. CD, 22.05.2013, E. 2011/17665, K. 2013/15693, aktaran Aykın / Çınarlı, **age.**, s. 371.)

⁴⁶⁵ “...hastanecilik hizmetlerinin gösterdiği bariz fonksiyon bozukluğunun kurbanı olan ölen kişi, uygun tıbbi bakıma erişim hakkından mahrum bırakılmıştır. Bu tespit, Mahkemenin, ilgili Devletin, ölen kişinin bedensel bütünlüğünü korumaya ilişkin ödevini ihlal ettiği sonucuna varması için yeterlidir. Mahkeme, bu nedenle Sözleşme'nin 2'nci maddesinin maddi yönü bakımından ihlal edilmiş olduğu sonucuna varmaktadır.” (AİHM, Mehmet Şentürk, Bekir Şentürk / Türkiye, BN. 13423/09, T. 09.04.2013, Hudoc.echr.coe.int.)

⁴⁶⁶ Uygur, **agm.**, s. 371.; Hakeri, **age.**, s. 421.

⁴⁶⁷ “...doğum kontrolü sağlamak amacıyla yapılan tüp bağlama ameliyatı sırasında meydana gelen ince bağırsak yırtılması sonrasında, bilgisayarlı tomografi çekirtmekte geç kalınması ve çektirilen tomografiye göre karın sol yan bölümünü dolduran büyük boyutlu sıvı saptanmasına rağmen hastanın hemen ameliyata alınması gerekirken 3 gün sonra ameliyata alınmasında hizmet kusurunun bulunduğunu kabul ederek davacıların uğradığı zararın davalı idarece tazmin edilmesi gerektiğine” hükmedilmiştir. (Danıştay 10. D. 28.02.2007, E:2007/8645, K:2011/1570, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi)

⁴⁶⁸ Dan. 10. D., 13.12.2001, E. 2001/3789, K. 2001/487 aktaran Aydın, **age.**, s. 106.

oluşturularak bebeğin erken doğması sonucunda ortaya çıkabilecek zararlardan idare sorumlu olacaktır.⁴⁶⁹

2. Tıbbi Müdahalenin Yanlış Yapılması

Tıbbi müdahalenin tıbbi kurallar ve standartlara uyulmaksızın yanlış olarak gerçekleştirilmesi de idarenin sorumluluğuna neden olabilmektedir. Hekimler tedavi serbestisi çerçevesinde dilediği tedavi yöntemini seçebilmektedir. Bu yöntemlerin seçildikten sonra uygulanma aşamasında, idarenin sorumluluğunun doğmasına neden olan hatalar ortaya çıkabilmektedir. Hastaların tedavisi için sıkça başvurulmuş ilaçlar, önlenemez zararlara da sebep olabilmektedir (a). Diğer bir açıdan tıbbi endikasyon içeren operasyonlar sırasında da sağlık kamu personeli tarafından ciddi hatalar yapılabilmektedir (b). Hem ilaçla hem de operasyonla tedavi yöntemleri kapsamında, sağlık kamu personelinin hatalı eylemlerinden dolayı idarenin sorumluluğu doğabilmektedir.

a. İlaç ve Enjeksiyon Hataları

İlaç tedavisi, en sık başvurulmuş tedavi yöntemlerindendir.⁴⁷⁰ İlaçlar, her ne kadar tedavi edici olma özelliğiyle hastalıkların iyileşmesine yardımcı olsa da yanlış kullanımları durumunda birçok zarara sebebiyet verebilmektedir. İlaç vasıtasıyla tedavi uygulamaları, birden çok kamu personelinin ortak olarak çalıştığı bir süreçtir. Örneğin ilacı reçete eden hekim, ilacı temin eden hastane eczacısı ve enjeksiyon faaliyetlerini gerçekleştiren hemşire süreci birlikte yürütmektedir. Bu süreçte görev alan sağlık kamu personelinden birinin tıbbi standartlara aykırı eyleminden dolayı idarenin sorumluluğu doğabilmektedir.

⁴⁶⁹ Hakeri, *age.*, s. 651.

⁴⁷⁰ Dünya Sağlık Örgütü, ilacı, “fizyolojik sistemleri ve patolojik (hastalık yapıcı) durumları, kullananın yararına değiştirmek veya incelemek amacı ile kullanılan ürün” olarak tanımlamıştır. (<https://www.istanbuleczaciiodasi.org.tr/> Erişim Tarihi: 23.05.2021); Soyaslan ise ilacı, “Hastalıklardan koruma, tedavi veya bir fizyolojik fonksiyonu düzeltmek, düzenlemek veya değiştirmek amacıyla geliştirilen sentetik, bitkisel veya biyolojik kaynaklı maddeler ve bu maddeleri kullanarak hazırlanan terkip” olarak tanımlamıştır. (Doğan Soyaslan, “Hekimlerin İlaç Tedavisinden Kaynaklanan Sorumluluğu”, *Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007*, 1. Baskı, Ankara Barosu Yayınları, 2008, s. 329.)

Teşhisin yanlış konulması sonucu hastaya yanlış ilacın verilmesi sorunu ortaya çıkabileceği gibi teşhisin doğru konulmasına rağmen tedavide kullanılacak ilacın seçiminin yanlış yapılmasından kaynaklı zararlar da ortaya çıkabilmektedir.⁴⁷¹ İdarenin sorumluluğunun doğmasına yol açan ilaç seçiminin yanlış yapılması kimi zaman hekim hatasından kaynaklanmaktadır. Danıştay önüne gelen bir davada, hekimin iki aylık bebeğe doğrudan tablet şeklindeki hapi yutturmaya çalışırken bebeğin ölmesinden dolayı idare aleyhine tazminata hükmetmiştir.⁴⁷² Bazı durumlarda da her ne kadar hekim hastalığın tedavisi açısından doğru ilaçları reçete etse de enjeksiyon faaliyetini gerçekleştiren hemşire veya diğer yardımcı personel tarafından hastaya yanlış ilaç verilmekte ve bu durum hastalığın tedavi edilememesinin yanı sıra ciddi zararların doğmasına neden olabilmektedir. Danıştay, hekim tarafından reçete edilenden farklı bir ilacın hemşire tarafından hastaya enjekte edilmesi sonucunda parmakları kangren olan ve kesilen çocuğun ortaya çıkan maddi ve manevi zararlarından hizmet kusuru bulunduğu gerekçesiyle idareyi sorumlu tutmuş ve idare aleyhine tazminata hükmetmiştir.⁴⁷³

İlacın hastanın fiziksel ve biyolojik özelliklerine göre verilmesi gerekmektedir. İlaçların olumlu etkilerinin yanı sıra olumsuz etkileri de olabilmektedir. Bu olumsuz etkilere yan etki adı verilmektedir. Türk Dil Kurumu'na göre yan etki; ilaçla tedavi sırasında zararlı ve istenmeyen etkiler, kullanım amacı dışında ortaya çıkan etkiler

⁴⁷¹ Soyaslan, **agm.**, s. 332.

⁴⁷² "... İki aylık bebeğe uygulanan hap yutturma yönteminin genel tıbbi uygulama kurallarına aykırı olduğundan dolayı, yarım tablet hapi suya batırarak iki aylık bebeğin dilinin üstüne koymak suretiyle yutturmaya çalışırken bebeğin ölümüne sebep olan doktorun 8/8 oranında kusurlu bulunduğu Yüksek Sağlık Şurasınca karar verildiği, bu nedenle, davacıların zararının ağır hizmet kusuru ilkesi uyarınca idarece tazmini gerektiği..." (Dan. 10. D., 29.09.2010, E. 2007/8477, K. 2010/7191, Sinerji Mevzuat & İçtihat Programı.)

⁴⁷³ "Devlet hastanesine elindeki siğilin tedavisi için giden çocuğun eline davacının çocuğunun sol el 4. parmağındaki siğilin tedavisi için 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 nedeniyle yanlış ilacın enjekte edilmesi sonucu çocuğun eli kangren olmuştur. Kangrenin yayılmaması için çocuğun kangrenli parmakları kesilmiştir. Yanlış ilacı enjekte eden personelin bu kusuru nedeniyle idarenin hizmet kusuru olduğuna karar veren Danıştay, çocuğun parmak eksikliği sebebiyle çalışma çağına geldiğinde karşılaşacağı iş gücü kaybına karşılık olarak öngörülen maddi tazminatın yanı sıra manevi tazminat da ödenmesi gerektiğine hükmetmiştir." (Dan. 10. D., 08.12.1997, E. 1996/2121, K. 1997/5476, Sinerji Mevzuat & İçtihat Programı.); Yine benzer olarak, idareye ait tıp fakültesi hastanesinde gerçekleştirilen bademcik ameliyatı esnasında yanlış serumun hastaya verilmesi sonucunda hastanın ölmesinden dolayı oluşan zararın idareden tazmin edilmesine Danıştay tarafından hükmedilmiştir. (Dan. 10. D., 13.11.1996, E. 1996/1091, K. 1996/7530 aktaran Avcı, **agm.**, s. 116.)

olarak tanımlanmaktadır.⁴⁷⁴ Tedavi faaliyetini yerine getiren hekimin ilacın yan etkilerine karşı hastayı bilgilendirmesi ve bu etkilere karşı gerekli tedbiri alması gerekmektedir. Yargıtay, mide koruyucu ek bir ilaç olmaksızın mide kanamasına sebep olabilen ilacı tek başına reçete eden hekimin, oluşan mide kanamasında sorumluluğunun bulunduğuna hükmetmiştir.⁴⁷⁵ Kamu görevlisi hekimin bilgilendirme yapmaması ve gereken tedbirleri almamasından dolayı ortaya çıkan zararlardan ise idare sorumlu olacaktır.⁴⁷⁶

Aynı anda alınan bazı ilaçlar, birbirlerini olumsuz etkileyebilmektedir. İlaç etkileşimi olarak da adlandırılan bu durumda, bir ilaç diğer ilacın etkisini artırıp azaltabilmekte veya yan etkilere neden olabilmektedir.⁴⁷⁷ Hekim bu etkileşimin ortaya çıkmasını önlemek adına; hastanın kullanmakta olduğu ilaçların reçete edeceği ilaçlarla olan etkileşimi konusunda hastayı bilgilendirmeli ve uyumlu olarak kullanılabilen ilaçları reçete etmelidir.⁴⁷⁸ İlacın prospektüsünde, yan etkileri ve etkileşime girdiği maddeler yazıyor olsa dahi hekim, hastayı bu etkilere karşı bilgilendirmelidir. İlacın prospektüsünde yan etkilerin ve etkileşim giren ilaçların yazıyor olması, hekimin bu yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır.⁴⁷⁹

⁴⁷⁴ www.kelimeler.gen.tr Erişim Tarihi: 23.05.2021

⁴⁷⁵ “...muayenesi edilip, tahlil ve röntgen sonuçlarına göre reçetesi de yazılan ilaçları kullanarak on gün sonra kontrole gelmesi kendisine söylenen davacı hastanın; 9. günde kullandığı antienflamatuvar ilaçların mide kanaması geçirip ve buna bağlı olarak ameliyat olmak zorunda kaldığı somu ilaç kullanımı olayında, davalı hekimin davacı hastayı hastaya verdiği ilaçlar arasında bulunan “exen forte” tablet adlı ilacın mide hassasiyeti olan hastalarda yan etkisinin olabileceği noktasında, üroloji uzmanı bir hekimin bilirkişi raporundaki “... 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...” (Yar.13.HD, 19.10.2006, E. 2006/10057, K. 2006/13842 aktaran Mehmet Demir, “İlaç Kullanımı Sonucunda Doğan Zararlardan İlaç Üreticisinin, Eczacının Ve Hekimin Sorumluluğu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 89, Y. 2010, s. 115.)

⁴⁷⁶ “Davacının kulak zarının delik olduğu doktor tarafından bilindiği hâlde, tedavide kullanılan ilacın yan etkilerinin daha fazla olabileceğinin kendisine bildirilmemesi ve böylece hizmetten yararlanmama hakkının tanınmaması, riskin azaltılabilmesi için ilaç dozunu ayarlama gereği özenin gösterilmemesi ağır hizmet kusuru oluşturmaktadır...” (Dan. İDDK, 07.03.2003, E. 2002/716, K. 2003/91 aktaran Avcı, **agm.**, 132)

⁴⁷⁷ Ünsal Dönmez, “Türk Ve Alman İlaç Hukukunda Hatalı Üretilen İlaçtan Doğan Sorumluluk Ve Özel Sorumluluk Halleri”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, S. 1, Y. 2016, s. 395.; Örneğin Coumadin ve Ecopirin isimli ilaçlar bir arada kullanılırsa kanama riski ortaya çıkmaktadır.

⁴⁷⁸ Mahmut Koca, “Hekimin İlaç Tedavisinden Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8, S. 3-4, Y. 2009, s. 39.

⁴⁷⁹ Zeytin, **agm.**, s. 8.; Koca, **agm.**, s. 39.

Hekim, hastanın ilaca karşı alerjisinin bulunup bulunmadığının tespiti adına, hastanın anamnezini almalı ve gerekli olan testleri (penisilin alerjisine karşı penisilin testinin yapılması gibi) yaptırmalıdır.⁴⁸⁰ Ayrıca uygulamada alerjik reaksiyona neden olabilen ilaçlar, “test dozu” olarak adlandırılan oldukça az miktarda, hastaya verilebilmektedir. Ancak bu durumlarda dahi hastada alerji gelişebilmekte ve ciddi hasarlar ortaya çıkabilmektedir. Danıştay, ilacın test dozuyla uygulanmasına rağmen alerjik reaksiyon veren ve ön beyinde hasar oluşan hastanın uğradığı zararda idarenin sorumlu olduğuna hükmetmiştir.⁴⁸¹ Yine kullanılacak ilacın dozunun belirlenmesi de hastanın fiziksel ve biyolojik özelliklerine, hastalığın ilerleme derecesine göre yapılmalıdır. Danıştay önüne gelen bir uyuşmazlıkta, olması gereken dozun iki katı miktarda ilaç tedavisi uygulanması sonucunda hastada, sinir yaralanması ve düşük ayak teşhisi konulmasından dolayı idarenin sorumluluğunun doğduğuna karar vermiştir.⁴⁸²

İlaçla tedavi yönteminde sık karşılaşılan hizmet kusurunun görünüm biçimlerinden biri de enjeksiyon hatasıdır. Tedavinin başarılı bir şekilde sonuçlanması için ilaç seçiminin doğruluğu kadar ilacın doğru bölgeye uygulanması da önem arz etmektedir. Kimi ilaçlar damar yoluyla, kimileri kas içine, kimileri de kas altına enjekte edilmektedir.⁴⁸³ İlacın yanlış bölgeye uygulanması hem tedavinin başarıyla sonuçlanmamasına neden olmakta hem de kalıcı hasarlara yol açabilmektedir. Yardımcı sağlık kamu personeli tarafından kusurlu olarak uygulanan enjeksiyon faaliyetlerinden dolayı idarenin sorumluluğu söz konusu olabilmektedir. Danıştay, hemşirenin yanlışlıkla ilacı hastanın arterine enjekte etmesi sonucu

⁴⁸⁰ Hancı, **age.**, ss.112-114.

⁴⁸¹ Dan. 15. D., 14.02.2017, E. 2016/2124, K. 2017/665, www.hukukmedeniyeti.org Erişim Tarihi: 31.12.2021

⁴⁸² “Olay tarihinde 9 yaşında olan davacı, Yozgat Akdağmadeni Devlet Hastanesine götürülmüş, “otit” tanısı konularak 1 ampul miyadren kas içine uygulanmıştır. Enjeksiyon sonrasında sol bacağına ağrı ve uyuşukluk gelişmiş, aynı gün 19.30 sıralarında Sivas Cumhuriyet Üniversitesi Hastanesine çocuk nörolojisi bölümüne sevk edilmiştir. Adı geçen hastanede peroneal sinir yaralanması ve düşük ayak tanısı ile yatırılarak ilaç tedavisi başlanmıştır. Olay ilişkin olarak; Adli tıp raporu ‘...miyadren ampulün çocuklarda da uygulanabildiği ancak uygulama dozunun bu çocuğun yaş grubu ve kilosuna göre 1/2 (yarım) ampul olması gerektiği, ancak hastaya uygun olmayan dozda kullanıldığının belirlendiği... Miyadren ampulün kullanma talimatında da, ‘Miyadren, çocuklara ve ergenlere (18 yaş altı) verilmemelidir...’ şeklinde düzenlenmiş, Danıştay da hizmet kusurunun varlığına hükmetmiştir.” (Dan. 10. D., 24.12.2019, E. 2019/6253, K. 2019/10834, Sinerji Mevzuat & İctihat Programı); Benzer karar için bkz. Dan. 10. D., 27.03.2002, E. 2002/1010, K. 2002/852 aktaran Aydın, **age.**, s.128.

⁴⁸³ Uygur, **agm.**, ss. 374-376.

hastanın kangren olması olayında, hizmet kusurunun ve dolayısıyla da idarenin sorumluluğunun bulunduğunu tespit etmiştir.⁴⁸⁴

b. Tıbbi Operasyonlar Sırasında Ortaya Çıkan Uygulama Hataları

Ameliyat veya cerrahi müdahale olarak da adlandırılan tıbbi operasyon; ilaçla tedavi yöntemi veya başkaca tedavi yöntemleriyle iyileştirilemeyen hastaların, dokuların ve/veya organların doğrudan fiziksel müdahale yoluyla onarılarak ya da hastalıklı organın kesilip çıkartılarak iyileştirilmesini amaçlayan tedavi yöntemidir.⁴⁸⁵ Doğası gereği riskli bir tıbbi müdahale olan tıbbi operasyonlar bakımından idarenin sorumluluğunun doğmasının ancak ağır hizmet kusuru şartının varlığı halinde mümkün olduğu yönündeki Danıştay görüşüne önceki bölümlerde değinmiştik.

Tedavi yöntemi olarak tıbbi operasyon yönteminin seçilmesi durumunda, gerçekleştirilecek operasyonun o tarihteki tıbbi standartlara uygun olarak gerçekleşmesi beklenmektedir. Tıbbi standartlara uygun olmayan bir ameliyat yönteminin tercih edilmesi, tıbbi hata olarak kabul edilmektedir.⁴⁸⁶ Diğer açıdan tıbbi operasyonun açık veya kapalı olarak gerçekleştirilmesi ile lokal veya genel anestezi uygulanarak gerçekleştirilmesi noktasında hekime geniş takdir yetkisi tanınmıştır.

⁴⁸⁴ “Devlet hastanesinde davacıya yapılan enjeksiyonun hatalı olması nedeniyle davacının sol bacağın kangren olmuş ve kesilmiştir. Adli Tıp Kurumunun yapmış olduğu inceleme sonucunda davacının arterinin içinde enjeksiyon kalıntılarına rastlanmıştır. Danıştay da bu rapor doğrultusunda enjeksiyonu gerçekleştiren hemşirenin kusurlu davranışından dolayı idarenin hizmet kusuru olduğuna hükmetmiştir.” (Dan. 10. D., 01.07.2009, E. 2006/4777, K. 2009/7341 10834, Sinerji Mevzuat & İçtihat Programı); Yine benzer bir olayda Danıştay, “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. 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 zorunludur.” şeklinde karar vermiştir. (Dan. 10. D., 16.01.1985, E. 1982/2908, K.1985/26 aktaran Bayındır, **agm.**, s. 559.)

⁴⁸⁵ Yahya Deryal, Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Şartı Olarak Hastanın Rızası, <https://sbu.saglik.gov.tr/hastahaklari/riza2.htm> (Erişim Tarihi: 17.03.2021); <https://kanservakfi.com> (Erişim Tarihi: 24.05.2021)

⁴⁸⁶ Gökcan, **age.**, s. 300.

Tıbbi standartlara uygun olarak operasyon yöntemini belirleyen hekimin, sadece yapmış olduğu seçim nedeniyle idarenin sorumluluğu oluşmamaktadır.⁴⁸⁷

Tıbbi operasyonlar gerçekleştirilirken hastanın sağlam organına yönelik müdahalenin gerçekleştirilmesi veya hastaların karıştırılması gibi durumlar idarenin sorumluluğunu doğuran sebeplerden biridir. Tıbbi operasyon öncesinde hazırlık aşamasındaki karışıklıktan doğan bu tür durumlarda, hastanın uğradığı zararlar oldukça büyük olabilmektedir. Örneğin sağlam olan dişin⁴⁸⁸ çekilmesinde veya işlevini yitirmemiş gözün⁴⁸⁹ ameliyat edilmesinde olduğu gibi hastanın durumu operasyon sonrası daha çok kötüleşebilmektedir. Bu tür durumlarda Danıştay, ağır hizmet kusurunun varlığını kabul etmekte ve idarenin sorumluluğunun ortaya çıktığını ifade etmektedir.

Tıbbi operasyonlar sırasında karşılaşılan ve idarenin sorumluluğunu gündeme getiren bir başka sorumluluk sebebi de hastanın vücudunda yabancı cisim unutulmasıdır. Tıbbi operasyonda kullanılan pens, gazlı bez, tampon, gibi aletler; müdahale sona erdiğinde hastanın vücudunda unutulabilmektedir. Unutulan cisimler, hastanın sağlığını tehdit etmekle birlikte hastanın ölümüne dahi yol açabilmektedir.⁴⁹⁰ Ancak bazı bilirkişi raporlarında, tıbbi operasyonlarda hastanın vücudunda yabancı cisim unutulmasının şanssızlık olduğu, bu durumun çok tecrübeli hekimlerin dahi başına gelebileceği ve çok sık karşılaşılabilen bu durumdan dolayı sorumluluğun doğmaması gerektiği savunulmaktadır.⁴⁹¹ Bilirkişi raporlarının bu yönde olmasından dolayı da kimi zaman yargı organları bu doğrultuda karar verebilmektedir.⁴⁹² Diğer yandan Danıştay'ın da benimsemiş olduğu bir görüşe göre,

⁴⁸⁷ Dan.10.D., 02.11.1999, E. 1997/3111, K. 1999/5383 aktaran Bereket Baş, **agm.**, s. 77

⁴⁸⁸ “N... devlet hastanesi diş polikliniğinde diş tabibi olarak görevli bulunduğu bildirilen sanığın diş çekirmek üzere kendisine başvuran ...S'nin çekilmesi gereken sol üst çene IV-V no.lu çürük dişleri yerine sağ üst çenesindeki IV-V no.lu sağlam dişleri çekmesi biçiminde oluşan eylemde....” (Uygur, **agm.**, s. 377)

⁴⁸⁹ “...Ameliyathane sorumlusu doktor sanığın görevlendirilmesi üzerine, göz ihtisası yapmakta olan diğer doktor sanığın; mağdurenin dosyasını incelemeyen, sağlam gözünü ameliyat ederek aldığı, diğer gözünde zorunlu olarak alınması sonucu, mağdurenin iki gözünün de kör olduğu...”. (Yar. 2.CD, 24.04.1996, E. 1996/4493, K. 1996/4682 aktaran Uygur, **agm.**, s.377.)

⁴⁹⁰ Hakeri, **age.**, s. 421; Gökcan, **age.**, ss. 300-301.

⁴⁹¹ Hakeri, **age.**, s. 422

⁴⁹² “...Mahkemenin talimatı ile önüne getirilen dava dosyasını inceleyen Yüksek Sağlık Şurası, 19 Kasım 1975 günlü kararı ile ameliyat sırasında vücutta gazlı bez unutulması nadirde olsa mümkün olaylardan olup, büyük ameliyatlarda görülebilen ihtilaflarındandır. Bu itibarla ameliyat sahasında

tıbbi operasyonlarda hasta vücudunda yabancı cisim unutulmasının nedeni hekimlerin ve yanındaki yardımcı personelin dikkatsiz ve özensiz davranışlarıdır. Bu davranışlar ağır hizmet kusuru olarak kabul edilmekte ve ortaya çıkabilecek zararlardan idarenin sorumlu olacağı belirtilmektedir. Danıştay, geçirdiği tıbbi operasyon neticesinde vücudunda gazlı bez unutilan davacıya, çektiği acı ve elemelerin karşılığı olarak idare tarafından manevi tazminatın ödenmesi gerektiğine hükmetmiştir.⁴⁹³ Hastanın vücudunda yabancı cisim unutulması, ikinci kez ameliyat yapılmasına neden olduğu için tazminata hükmedilmektedir.⁴⁹⁴ Yargıtay ise bu konuya ilişkin olarak, ağır ihmalin söz konusu olduğunu ve en normal dikkat ve özen zorunluluğu düşünüldüğünde dahi sorumsuzluğun kabul edilmesinin mümkün olmadığını belirtmekte, hatta bu tür olaylarda tıbbi bilirkişi kurumuna dahi gidilmeden karar verilmesi gerektiğini savunmaktadır.⁴⁹⁵ Tıbbi operasyon hekim tarafından gerçekleştirilse de birçok yardımcı sağlık personeli görev almaktadır. Ayrıca Hemşirelik Yönetmeliği'nde düzenlenen ameliyathane hemşiresinin görevlerinden bir tanesi “*ameliyat sonrası malzemelerin sayılması*” olarak sayılmıştır.⁴⁹⁶ Bu düzenleme ve hastaya verilen zarar dikkate alındığında ameliyat,

gaz tamponu bırakan Op.Dr... 'ya atfi kabil bir hata yüklenemez.” şeklinde bilirkişi raporunda görüş bildirilmiş ve ilk derece mahkemesi de bu rapora dayanarak davayı reddetmiştir. Ancak Yargıtay, temyiz incelemesinde davayı reddeden ilk derece mahkemesi kararını bozulmuştur. (Yar. 13 HD., 14.2.1983, E. 1982/7237, K.1983/1783, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.)

⁴⁹³ Dan. 10. D., 19.10.1999, E. 1997/3565, K. 1999/5224, Sinerji Mevzuat & İçtihat Programı.

⁴⁹⁴ “sezaryen ameliyatı ile yapılan doğum sırasında karında unutilan yabancı cisim nedeniyle anneye ikinci kez ameliyat yapılması...” (Dan. 10. D., 27.05.2011, E. 2010/17488, K. 2011/2042 aktaran Akgül, **Gebelik**, s. 496.); Benzer kararlar için bkz. Dan. 10. D., 08.12.2009, E. 2009/7969, K. 2009/10233 aktaran Akgül, **Danıştayın Yeni Yaklaşımı**, s. 297.

⁴⁹⁵ “Davalı operatör doktorun, davacının vücudunda ameliyat esnasında 2 metre uzunluğunda gazlı bezi unutması, bizzatıhi sorumlu olmasını gerektirir ağır bir ihmaldir. Esasen tıp dalında unutma hoş görülmesi, müsamaha ile karşılanması mümkün olmayan kusurlu bir davranıştır. Sırf bu niteliği itibariyle, olayın bir uzman önünde incelttirilmesine de ihtiyaç yoktur. Çünkü bir operatörün ameliyat sırasında mesleki değil, meslek dışı dikkatinin bile böyle bir olaya asla meydan vermemesi asıldır. Bu açık duruma rağmen, Yüksek Sağlık Şurasının olayın en normal dikkat ve özen zorunluluğunu bir yana iterek gazlı bezin ameliyat sahasında unutulmasının nadide de olsa mümkün olaylardan kabul edilmesi yetersiz olup, ayrıca sorunun niteliğini kavramaktan da uzaktır...” (Yar. 13.HD., 14.03.1983, E. 1982/7237, K.1983/1783 aktaran Uygur, **agm.**, s. 373); “Davacının, davalı hastanede diğer davalı doktor tarafından ameliyat edildiği, rahatsızlığının devam etmesi üzerine başka bir doktor tarafından ikinci kez ameliyat edildiği ve birinci ameliyatında vücudunda yabancı cisim unutulduğu ve kalitesiz malzeme kullanıldığı anlaşıldığına göre, burada bilirkişi incelemesine dahi gidilmeksizin davalılar hakkında tazminat ödeme kararı verilmelidir.” (Yar. HGK, 13.04.2011, E. 2010/13-717, K. 2011/129 aktaran Uygur, **agm.**, s. 374.)

⁴⁹⁶ 08.03.2010 tarihli ve 27515 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Hemşirelik Yönetmeliği kapsamındaki Ek 2’de düzenlenen ameliyathane hemşireliğinin görevlerinden biri olarak, “Ameliyat sonrası malzemelerin temizlenmesini, sayılmasını, listeye uygun şekilde hazırlanmasını, steril edilmesini ve kullanıma hazır bulundurulmasını sağlar.” hükmü düzenlenmiştir.

her ne kadar stresli ve riskli olsa da yabancı cismin hastanın vücudunda unutulmasından dolayı idarenin sorumlu tutulması yerinde bir uygulamadır.

C. Diğer Yükümlülüklerle Uyulmaması

Kamu sağlık kuruluşlarındaki tıbbi uygulama hataları, doğrudan teşhis ve tedavi faaliyetlerine ilişkin olarak gerçekleştirilen faaliyetlerden kaynaklanabilirken bazı durumlarda diğer yükümlülüklerin yerine getirilmemesinden kaynaklanabilmektedir. Kimi zaman teşhis ve tedavi faaliyetleri esnasında yerine getirilmesi gereken gözetim yükümlülüğünün ihlali dolayısıyla kimi zaman da tedavi faaliyetlerinin devamı niteliğinde olan bakım yükümlülüğünün yerine getirilmemesinden dolayı idari sorumluluk gündeme gelebilmektedir.

Hastanın tedavisinin başarıya ulaşmasına yardımcı olmak adına sağlık kamu personelinin yan yükümlülükleri bulunmaktadır. Hastaların bakımını sağlamak, durumunu takip etmek ve gözlemlemek bu yükümlülüklerden bazılarıdır.⁴⁹⁷ Bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi idarenin sorumluluğunu gündeme getirecektir. Danıştay, enjeksiyon yapıldıktan sonra buna bağlı olarak gelişebilen ve ölüme yol açabileceği kabul edilen şokun önlenmesi amacıyla yeterli gözlemlerin yapılmadığı gerekçesiyle meydana gelen ölüm olayında idarenin hizmet kusurunun bulunduğu karar vermiştir.⁴⁹⁸ Aynı şekilde travma öyküsü bulunan hastalarında taburcu edilmeden önce bir süre gözlem altında tutulması gerekmektedir.⁴⁹⁹

Tedavinin yöneldiği hastalığın gereği olarak hastayı iyileştirici müdahalelerin yapılmasına ek olarak hastanın kendine verebileceği veya dışarıdan gelebilecek zararların engellenmesine yönelik gerekli tedbirlerin alınması da sağlık kamu personelinin yükümlülüklerindendir. Bu doğrultuda, ameliyat sonrasında hasta narkoz altında iken bilinçsiz hareketler yapmasına karşın, hastanın kendisine ve çevresine zarar vermesinin önlenmesi adına hekimlerin yanı sıra hasta bakıcı veya

⁴⁹⁷ *Hakeri*, Hekimin uyguladığı tedavinin veya gerçekleştirdiği müdahalenin başarısını ya da başarısızlığını kontrol altında tutmak ve takip etmek zorunda olduğunu ifade etmiştir. (Hakeri, **age.**, s. 429.)

⁴⁹⁸ Dan. 10. D., 01.06.1994, E. 1993/363, K. 1994/2502 aktaran Bayındır, **agm.**, s. 560.

hemşirelerin de gereken önlemi alması gerekmektedir.⁵⁰⁰ Danıştay, önüne gelen bir uyuşmazlıkta “...daha önce çeşitli kereler maskeyi çıkarmaya çalıştığı hastane personeline bilinen hastaya, solunum maskesini çıkarmasını engelleyecek ek müdahalelerde bulunmamak suretiyle yeterli dikkat ve özeni göstermeyen davalı idarenin bu tutumunun hizmet kusuru olarak...” nitelendirmiştir.⁵⁰¹

Gerekli tedbirlerin alınması akıl hastaları bakımından ayrı bir önem arz etmektedir. Hem kendilerine hem de başka hastalara zarar verebilme ihtimalleri göz önüne alınarak önleyici tedbirlerin alınması gerekmektedir. Akıl hastasının erişebileceği yerlerde zarara yol açabilecek cisimlerin bulundurulmaması, kaçmalarını önleyecek tedbirlerin alınması gerekmektedir. Ayrıca diğer hastalara zarar verebilme ihtimali bulunan akıl hastalarının izole bir şekilde tedavilerinin gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu önlemlerin alınmaması halinde ortaya çıkan zarardan dolayı idarenin sorumluluğu doğabilmektedir. Danıştay, tek kişilik gözlem odalarında tedavi olması gereken psikiyatri hastasının, aynı odadaki başka bir hastanın saldırısı sonucu iki gözünü kaybetmesi olayında hizmetin kusurlu işletildiğine hükmetmiştir.⁵⁰² Akıl hastalarının, hem kendilerini hem diğer hastaları öldürme veya yaralamalarını engelleyecek tedbirlerin sağlık kamu personeli tarafından alınması gerekmektedir. Akıl hastaları söz konusu olduğunda, hastaların kendisine ve çevresine verebilecekleri zararların önlenmesi adına sağlık kamu personelinin daha dikkatli olması gerekmektedir.

⁴⁹⁹ Uygur, **agm.**, s.377.

⁵⁰⁰ Hancı, **age.**, s.109.

⁵⁰¹ “Dava konusu olayda, yoğun bakım ünitesinde tedavi görmekte olan davacıların yakınının sık sık kendisini solunum cihazına bağlayan maskeyi çıkarmaya çalıştığı ve olay tarihinde de solunum maskesini çıkarması sonucu hayatını kaybettiği anlaşıldığından, daha önce çeşitli kereler maskeyi çıkarmaya çalıştığı hastane personeline bilinen hastaya, solunum maskesini çıkarmasını engelleyecek ek müdahalelerde bulunmamak suretiyle yeterli dikkat ve özeni göstermeyen davalı idarenin bu tutumunun hizmet kusuru olarak kabulü zorunlu olup, İdare Mahkemesince Yüksek Sağlık Şurası kararı esas alınmak ve davacılardan temyiz isteminde bulunan ...'nin istemiyle sınırlı kalmak suretiyle tazminata hükmedilmesi gerekirken, davanın reddi yolunda verilen kararda hukuka uyarlık görülmemiştir.” (Dan. 10 D., 24.09.2007, E. 2005/3719, K. 2007/4316 Sinerji Mevzuat & İçtihat Programı)

⁵⁰² “...davacının yakının psikiyatrik tedavisi devam ederken davalı idarenin hastanesinde tek kişilik gözlem odalarında tedavi olması gerekirken yer olmaması nedeniyle aynı gözlem odasında kalmak zorunda kalınan başka bir hasta tarafından saldırıya uğraması neticesinde iki gözünü kaybettiği, başkaları için tehlike arz eden hastaların tedavileri süresince ilgili kurumun gereken önlemleri alması gerektiği yeterli donanımı sağlamayan idarenin tek kişilik gözlem odasında kalması gereken iki hastayı yer olmaması nedeniyle aynı gözlem odasında tedavisine devam etmesine karar verildiği bu minvalde ortaya çıkan zarar ile idarenin kusurlu eylemi arasında illiyet bağının olduğu, bu

Tıbbi faaliyetleri yerine getiren sağlık kamu personelinin, bir diğer yükümlülüğünün de Hasta Hakları Yönetmeliği'nin *Tıbbi Özen Gösterilmesi* başlıklı 14. maddesinde, hastanın durumunun gerektirdiği tıbbi özeni göstermek olduğu belirtilmiştir.⁵⁰³ Bu yükümlülük; tıbbi müdahale için gerekli davranışlarda bulunulmasını ve tıbbi girişimin başarıya ulaşmasına engel olabilecek davranışlardan kaçınılmasını içermektedir.⁵⁰⁴

Tıbbi özen gösterme yükümlülüğü yalnızca belirli ve sınırlı bir süreci kapsamamaktadır.⁵⁰⁵ Tıbbi müdahalenin her aşamasında sağlık kamu personeli tarafından yerine getirilmesi gereken bir yükümlülüktür.⁵⁰⁶ Dolayısıyla teşhis ve tedavi faaliyetlerinin tıbbi standartlara aykırı yerine getirilmesi de genel bir yükümlülük olan tıbbi özen gösterme yükümlülüğüne uyulmaması anlamına gelmektedir.

Sağlık kamu personelinin kusurlu olarak tıbbi standartlara aykırı hareket etmiş olması, tıbbi özen gösterme yükümlülüğünün ihlal edilmesi için yeterli kabul edilmektedir.⁵⁰⁷ Danıştay, tıbbi özenin gösterilmemesinden dolayı idarenin sorumluluğunun doğduğuna hükmetmektedir. Ameliyat esnasında oksijen gazı yerine karbondioksit gazı verilmesi sonucu meydana gelen ölüm olayında, “*hizmetin gerektirdiği yeterliliğe sahip personelle ve gerekli dikkat ve özenin gösterilerek yapılmasını sağlamakla yükümlüdür*” gerekçesiyle idarenin sorumlu olduğu Danıştay kararında belirtilmiştir.⁵⁰⁸

durumun hizmet kusuru oluşturduğunun açık olduğu...” (Dan. 15. D., 20.04.2017, E. 2015/6915, K. 2017/1900, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi)

⁵⁰³ “*Personel, hastanın durumunun gerektirdiği tıbbi özeni gösterir. Hastanın hayatını kurtarmak veya sağlığını korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmak zorunludur.*”

⁵⁰⁴ Kıcalıoğlu, **age.**, ss. 70-71.

⁵⁰⁵ Hakeri, **age.**, s. 429.; Filiz Yavuz İpekyüz, “Hekimin Tazminat Sorumluluğu”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 20, S. 33, 2016, s. 25.

⁵⁰⁶ Tıbbi özen gösterme yükümlülüğü, genel ve temel nitelikli bir yükümlülük olup, hekimin gerçekleştirdiği müdahalelerin her aşamasında (teşhis, tedavi, ameliyat ve bakım vs.) tıbbi standartlara uygun olarak davranılmasını gerektirmektedir. (Mehmet Demir, **age.**, s. 163.); Benzer doğrultuda bkz. Kıcalıoğlu, **age.**, s. 70.; Akgül, **Gebelik**, s. 495.

⁵⁰⁷ Mehmet Demir, **age.**, s. 162.; Akgül, **Gebelik**, s. 495.

⁵⁰⁸ “*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 gösterilerek yapılmasını sağlamakla yükümlüdür.*” (Dan. 10. D., 03.05.1995, E. 1994/3258, K. 1995/2379 aktaran Avcı, **agm.**, s.115.); Aynı doğrultuda bkz. Göz ameliyatı esnasında oksijen yerine azot protoksit verilmesi sonucu hastanın yaşamını yitirmesi

Tıbbi özen gösterme yükümlülüğü, sağlık hizmetinin yalnızca belirli ve sınırlı bir sürecini kapsamasa da ihlal edilmesinin birtakım somut görünüşleri mevcuttur. Bu durumlardan bir tanesi hastane enfeksiyonlarıdır.⁵⁰⁹ Hastane enfeksiyonları sıklıkla kamu sağlık kuruluşlarında ortaya çıkabilmekte ve teşhis edilen hastalığa ek olarak hastanın sağlığını tehdit etmektedir. Hastanın ölümüne dahi yol açabilen bu enfeksiyonun önlenmesi ve etkisinin azaltılması amacıyla Yataklı Tedavi Kurumları Enfeksiyon Kontrol Yönetmeliği düzenlenmiştir. Bu yönetmelik kapsamında kamu sağlık kurumlarında enfeksiyon komitesi oluşturulmakta, enfeksiyonun önlenmesi adına hekimler ve hemşirelere sorumluluklar yüklenmektedir.⁵¹⁰ Enfeksiyon komitesinde görevli sağlık kamu personelinin; kontrol etme, denetleme, belirli aralıklarla toplantı yapma, dezenfeksiyon ve sterilizasyon faaliyetlerini gerçekleştirme gibi görevlerinin olduğu yönetmelikte belirtilmiştir. Tıbbi müdahaleler sırasında veya sonrasında hastada bir enfeksiyonun görülmemesi adına yönetmelikteki yükümlülüklerin sağlık kamu personeli tarafından yerine getirilmemesi idarenin sorumluluğunun doğmasına neden olmaktadır.⁵¹¹ Diğer bir

olayında idare sorumlu tutulmuştur. (Dan. 10. D. 22.11.2012, E. 2008/7693, K. 2012/5954 aktaran Akgül, **Danıştayın Yeni Yaklaşımı**, s. 296.); Yargıtay da bir kararında hekimlerin tıbbi özen gösterme yükümlülüğüne ilişkin olarak bir çerçeve çizmiştir: “Doktor 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 sorumludur... Asgari düzede dahi olsa, tereddüt doğuran durumlarda, bu tereddüdü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada da koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir tercih yaparken de hastanın ve hastalığının özelliklerini göz önünde tutmalı, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınmalı, en emin yolu seçmelidir.” (Yar. 13. HD, 19.10.2006, E.2006/10057, K.2006/13842, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.)

⁵⁰⁹ Sağlık Bakanlığı Halk Sağlığı Genel Müdürlüğü’ndeki rapora göre, Dünya genelinde her sene 300 milyon yataş, 15 milyon hastane enfeksiyonu ve %10 ölüme katkı ile 1.5 milyon ölümün sağlık hizmetine ilişkin enfeksiyonlardan kaynaklandığı tahmin edilmektedir. Gelişmiş ülkelerde sağlık hizmetine ilişkin enfeksiyonların oranı %5-10 iken gelişmekte olan ülkelerde bu oranın %25’lere vardığı bildirilmektedir. (<https://hsgm.saglik.gov.tr/tr/bulasici-hastaliklar/shie/shie-liste/shie.html> Erişim: 22.06.2021)

⁵¹⁰ “...hastaları enfeksiyon riski açısından değerlendirerek gerekli tedbirlerin alınmasını sağlamakla yükümlü olan enfeksiyon kontrol hemşiresi bu görevlerini gereği gibi yapmaz ve bu nedenle, kamu kurum veya kuruluşlarına ait yataklı tedavi kurumlarında yatan bir hastanın zarar görmesi, sağlık hizmetinin kötü işlemesi nedeniyle idarenin kusura dayanan sorumluluğu ortaya çıkabilir.” (Halil Kalabalık, “Ebe ve Hemşirelerin İdare Hukuku Açısından Sorumluluğu”, **III. Sağlık Hukuku Kurultayı 7-8 Mayıs 2010**, Ankara Barosu Yayınları, 2011, s. 380.)

⁵¹¹ *Yüzbaşıoğlu*; kamu sağlık kuruluşlarında ortaya çıkan hastane enfeksiyonunu, sağlık kamu personelinin eyleminden değil bizzatıhi sağlık kamu hizmetinden kaynaklandığını savunmaktadır. (Yüzbaşıoğlu, **age.**, s. 102) Ancak hastane enfeksiyonunun önlenmesi için düzenlenen yönetmelikte, kamu sağlık personeli görevlendirildiği ve enfeksiyon komitesine sorumluluklar yüklendiği gerekçesiyle bu görüşe katılmıyoruz. Benzer yönde bkz: Halil Şengül / Arzu Bulut, Sağlık Hukuku Yönünden Hastane Enfeksiyonlarının Değerlendirilmesi, **Journal of Social and Humanities Sciences Research**, S. 17, 2018, s. 282.

açından hastane enfeksiyonunun önlenmesi adına gerekli ekipmanların temin edilmemesi ve enfeksiyon komitesinin oluşturulmaması gibi nedenler, sağlık kamu personelinin eylemine bağlanamamaktadır. Bu nedenlerden dolayı zarar ortaya çıktığı takdirde idare organizasyon eksikliğinden dolayı sorumlu tutulmaktadır. Danıştay hastane enfeksiyonuna ilişkin uyuşmazlıklarda hem idarenin organizasyon eksikliğinin hem de personelin ihmalinin bulunup bulunmadığını incelemektedir.⁵¹²

Danıştay eski tarihli kararlarında, hastane enfeksiyonunun komplikasyon niteliğinde olduğu gerekçesiyle idarenin sorumlu olmadığına hükmediyordu.⁵¹³ Hastane enfeksiyonları, neredeyse tüm sağlık kurumlarında karşılaşılabılır bir durum olarak görülse de gereken tedbirlerin alınmasıyla engellenebilmektedir. Tedbirlerle önlenabilir veya etkinliğinin azalabilir niteliğinden dolayı hastane enfeksiyonlarının doğrudan komplikasyon olarak nitelendirilip sorumluluğun dışına çıkartılması yerinde olmayacaktır. Tıbbi standartlar ölçüsünde gerekli tedbirlerin alınmasına karşın hastane enfeksiyonunun ortaya çıkması halinde ise sorumluluk doğmayacaktır. Nitekim yakın tarihli Danıştay kararlarında hastane enfeksiyonları; komplikasyon niteliğinde değerlendirilmemekte, idarenin sorumlu olduğu hatalı tıbbi uygulama (malpraktis) olarak değerlendirilmektedir.⁵¹⁴ Yargıtay ise hastane enfeksiyonuna ilişkin uyuşmazlıklarda, tıbbi özen gösterme yükümlülüğüne aykırı hareket edildiğini

⁵¹² “...uyulması gereken kuralların belirlendiği belirtilmekle birlikte anılan kurallara uyulması noktasında gerekli olan takibin davalı idarece yapılıp yapılmadığı ve anılan enfeksiyonun oluşmasında hastane personelinin ihmalinin bulunup bulunmadığı hususunun açıklanmadığı...” (Dan. 10. D., 21.10.2020, E. 2019/6326, K. 2020/4036, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi)

⁵¹³ “Bilirkişi raporunun 4. maddesinde, hastanın diyabetik olduğu ve bu tip hastalarda enfeksiyon riskinin normalden yüksek olduğunun belirtilmesine ve raporun 6. maddesinde, ameliyatın dördüncü günü bu tür ameliyatların muhtemel komplikasyonlarından olan pseudomonas menenjitinin hastane enfeksiyonu olarak geliştiği tespitine yer verilmesi...” (Dan.10.D., 08.05.2009, E. 2006/5958, K. 2009/3736 aktaran Akgül, **Danıştayın Yeni Yaklaşımı**, s. 288.)

⁵¹⁴ “Adli Tıp Kurumu tarafından hazırlanan raporda en gelişmiş ülkelerde bile tüm önlemlere rağmen, yüksek ölüm riski bulunan bu enfeksiyonun görülebildiği, hastanede bulunan süre içinde bu enfeksiyona maruz kalınabileceği, tanının konulmasıyla birlikte gerekli tedavinin hastaya zamanında yapıldığı, dolayısıyla hastane personeli ve hekimlere atfı kabil kusurun bulunmadığı belirtilmiş ise de 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.” (Dan. 15. D., 08.10.2015, E. 2015/6119, K. 2015/573, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi); Benzer olarak Danıştay, davacının yapılan ameliyat sırasında ve sonrasında enfeksiyon (MRSA) kapıldığından bahisle uğradığını ileri sürdüğü ve tazminat istemiyle açtığı davada idare aleyhine tazminata hükmetmiştir. (Dan. 15. D., 25.06.2015, E. 2013/6275, K. 2015/4430 aktaran Akgül, **Danıştayın Yeni Yaklaşımı**, s. 280)

tespit ettikten sonra sorumluluğun ortaya çıktığına hükmetmektedir.⁵¹⁵ Anayasa Mahkemesi, Bölge İdare Mahkemesinin hastane enfeksiyonunu komplikasyon olarak nitelendirdiği ve idarenin sorumluluğunun bulunmadığı yönündeki kararının, Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan kişinin maddi ve manevi varlığının korunması hakkını ihlal ettiği yönünde hüküm kurmuştur.⁵¹⁶ Anayasa Mahkemesi kararında, hastane enfeksiyonunun komplikasyon olarak nitelendirilemeyeceğini belirtmiştir.

Danıştay hastane enfeksiyonuna ilişkin uyuşmazlıklarda; davacının uyuşmazlık konusu olaydan önce bu enfeksiyonu taşıyıp taşımadığını⁵¹⁷, hastane ortamı dışında bu enfeksiyonun bulaşma ihtimalinin bulunup bulunmadığını⁵¹⁸, uyuşmazlık konusu olay tarihinin bir ay öncesi ve sonrasında aynı hastanede başka enfeksiyon vakasının görülüp görülmediğini⁵¹⁹ değerlendirmektedir. Ayrıca Danıştay, davacının zararının hastane enfeksiyonu nedeniyle gerçekleştiğine ilişkin delilin davacı tarafından sunulmamasından dolayı davanın reddedilemeyeceğini belirtmektedir. Nitekim ilk derece mahkemesinin, *“davacılar tarafından çocuklarının ölüm olayının hastane koşullarından dolayı ya da hastane enfeksiyonu nedeniyle gerçekleştiğine ilişkin olarak hukuken kabul edilebilir somut bir bilgi ve belge ya da delilin dava dosyasına sunulmadığı anlaşıldığından, davacıların maddi ve manevi tazminat taleplerinin karşılanmasına olanak bulunmadığı”* şeklindeki kararı *“Hastane enfeksiyonu bulaştığı iddiasıyla meydana geldiği ileri sürülmekte olduğuna göre,*

⁵¹⁵ Yar. 13. HD., 08.07.2005, E. 2005/3645, K. 2005/11796 aktaran Kıcalıoğlu, **age.**, ss.79-81.; *“Sanık H.. D..’ın, Ö.. Hastanesinde göz operatörü olarak, sanık L.. Ç..’in ameliyat ortamının steril olmasını sağlamakla yükümlü yardımcı personel, sanık G.. C..’un tüm aşamalarda ifadesinde ameliyat odasının sterilizasyonundan bizzat sorumlu ameliyat hemşiresi olarak görev yaptığı... Adli Tıp Kurumu 3.İhtisas Kurulu’nun 12.07.2013 tarihli raporunda “hastanın göz içinden alınan örneklerden hastane enfeksiyon amili olduğu bilinen Pseudomonas türü bakterinin ürettiği, enfeksiyonun ameliyat esnasında kullanılan araç, gereç, malzeme ve solüsyonlardan kaynaklanabileceği, ameliyatta sterilizasyon ve dezenfeksiyon sorunu yaşandığı, başta idare olmak üzere ameliyat ekibinin sorumlu olduğuna” ilişkin görüşü...*” (Yar., 12. CD, 30.10.2014, E. 2013/27947, K. 2014/21434, www.hukukmedeniyeti.org Erişim Tarihi: 07.12.2021)

⁵¹⁶ AYM, BB, Aydın Aktemur, BN. 2018/33307, T. 28.12.2021, RG, 26.01.2022, S. 31731.

⁵¹⁷ *“davacı yakınının, 07/11/2003 tarihli ameliyat öncesinde, farklı enfeksiyonlara neden olabilen MRSA adlı bakteriyi taşıdığına ilişkin herhangi bir tıbbi kaydın bulunmadığı görülmektedir.”* (Dan.15.D., 04.06.2015, E. 2014/5822, K. 2015/3658 aktaran Yüzbaşıoğlu, **age.**, ss. 396-397)

⁵¹⁸ *“...ameliyathane veya yoğun bakım ortamı dışında bulaşma ihtimali var ise olayda buna dair bir bulgunun tespit edilip edilmediği...”* (Dan. 15. D., 21.12.2017, E. 2017/283, K. 2017/7699, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi)

⁵¹⁹ *“...davacının ameliyat olduğu gün yani 15/01/2004 tarihinde, bu tarihin bir ay öncesi ve bir ay sonrasına ilişkin tarihlerde başkaca enfeksiyon vakası oluşup oluşmadığının tespiti gerekmektedir.”* (Dan. 15. D., 04.04.2016, E. 2014/5754, K. 2016/2293, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi)

aynı dönemde aynı hastanede meydana gelen enfeksiyona bağlı başka ölüm olayının yaşanıp yaşanmadığı, yaşanmışsa sayısının ne olduğu, bu sayının komplikasyon kavramından öte bir ihmâl ya da eksikliğe dayanıp dayanmadığı irdelenmemiştir.” gerekçesiyle Danıştay tarafından bozulmuştur.⁵²⁰ Dolayısıyla Danıştay kararları göz önüne alındığında, hastane enfeksiyonuna ilişkin uyuşmazlıklarda ispat yükü davacıda olmamaktadır. Hastane enfeksiyonunun ortaya çıkıp çıkmadığı, ortaya çıkmasında idarenin ihmâlinin bulunup bulunmadığı, uğranıldığı iddia edilen zararın enfeksiyondan kaynaklanıp kaynaklanmadığı gibi hususlar davalı idare tarafından sunulan belgelerle ispat edilebilecektir.

Tıbbi özen gösterme yükümlülüğünün ihlal edilmesinin somut görünümlerinden bir tanesi de “*düşmeler*” olarak ifade edilebilir. Sağlık kurumlarındaki tıbbi müdahaleler öncesinde, esnasında veya sonrasında, sağlık kamu personelinin tıbbi özen gösterme yükümlülüğüne aykırı davranması neticesinde hastalar düşüp zarara uğrayabilmektedir.⁵²¹ Düşmeler, ciddi yaralanmalara hatta ölümlü sonuçların doğmasına sebep olabilmektedir. Danıştay, sağlık kamu personelinin tıbbi özen gösterme yükümlülüğüne aykırı davranışları sonucunda hastanın düşmesi ve zarara uğramasından dolayı idareyi sorumlu tutmaktadır.⁵²²

Bakım, gözetim ve gözlem gibi yan yükümlülükler ile tıbbi özen gösterme yükümlülüğüne aykırı hareket edilen durumlarda sorumluluğun doğması için riskli tıbbi müdahalelerden farklı olarak kusurun ağır olması şartı aranmamaktadır. Sağlık kamu personelinin bu tür yükümlülüklerini, hafif kusurlu olarak yerine getirmemesi halinde dahi idarenin sorumluluğu söz konusu olabilmektedir.⁵²³ “*Görevli servis hemşiresinin dikkatsizliği ve ihmâli sonucu meydana gelen yanık olayında*” Danıştay,

⁵²⁰ Dan. 15. D., 29.11.2018, E. 2018/1892, K. 2018/7983, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi

⁵²¹ Sağlık Bakımı Organizasyonları Akreditasyonu Birleşik Komisyonu tarafından 2005 yılında yayımlanmış rapora göre sağlık kurumlarında gerçekleşen düşmeler, tıbbi hataların %5.8’ini oluşturmaktadır. (<http://www.istanbulsaglik.gov.tr/w/sb/egt/pdf/dusmeler.pdf> Erişim Tarihi: 22.06.2021)

⁵²² “*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 hastanede tedavi gördüğü sırada yataktan düşmesi sonucu ölmesi...*”ne ilişkin davada Danıştay, idarenin sorumluluğunun bulunduğu karar vermiştir. (Dan. 10. D., 13.10.2006, E. 2003/4864, K. 2006/5652 aktaran Akgül, **Danıştayın Yeni Yaklaşımı**, s. 280)

⁵²³ Akgül, **Danıştayın Yeni Yaklaşımı**, s. 282.

ağır hizmet kusuru şartını aramamış, dikkatsizlik ve ihmal sonucu ortaya çıkan hizmet kusurunu idarenin sorumluluğunun doğması bakımından yeterli görmüştür.⁵²⁴

⁵²⁴ “Hastanede doğan bebeğe normal hararet düzeyine çıkarılması için termofor uygulanırken, görevli servis hemşiresinin dikkatsizliği ve ihmâli sonucu meydana gelen yanık olayında, idarenin hizmet kusuru ve tazmin sorumluluğu bulunmaktadır...” (Dan. 10. D., 06.10.1982, E. 1982/2613, K. 1982/1959 aktaran Avcı, **agm.**, s.132.)

SONUÇ

Sağlık, doğrudan veya yaşam hakkı bağlamında dolaylı olarak ulusal ve uluslararası mevzuatta insan hakkı olarak düzenlenmektedir. 1982 Anayasası'nın 56. maddesinde düzenlenen sağlık hizmeti, Devlet'e yükümlülük getirirken bireyler için bir hak niteliğindedir. Devlet'in, sağlık hizmetini doğrudan kamu kuruluşlarıyla sunma veya özel kuruluşlarda sunulan sağlık hizmetini gözetim ve denetleme yükümlülüğü bulunmaktadır. Sağlık hizmetinin yürütülmesi, gözetilmesi ve denetlenmesi amacıyla kurulan Sağlık Bakanlığı, Devlet adına bu yükümlülükleri yerine getirmektedir.

Sağlık Bakanlığı bir başka deyişle idare, kamu kuruluşlarındaki sağlık hizmetini Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca kamu görevlileri eliyle yürütmektedir. Dolayısıyla sağlık kamu personelinin sağlık hizmetinin görülmesine ilişkin eylemleri idari eylem niteliğinde olmaktadır. Sağlık hizmetinin görülmesi esnasında sağlık kamu personelinin kusurlu eylemleri neticesinde ortaya çıkan zararlardan ise Anayasa'nın 40., 125. ve 129. maddeleri ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesi uyarınca idare, birinci derecede sorumlu olmaktadır. Sağlık kamu personelinin yetkilerini kullanırken ortaya çıkan kişisel kusuru, idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Kişisel kusur, aleyhine tazminata hükmedilen idarenin açacağı rücu davası açısından önem arz etmektedir. Bu durum hizmetten yararlanan konumunda olanlara, zarara uğramaları halinde güçlü bir ödeme kabiliyeti bulunan idareden tazmin edebilme imkanı vermektedir. Ayrıca kamu görevlilerinin, daima tazminat ve ilk elden dava tehdidi altında kalmalarını da engellemektedir.

Genel idari esaslara göre hizmetin; hiç işlememesi, geç işlemesi veya kötü işlemesi idarenin sorumluluğuna sebep olmaktadır. Ancak sağlık hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda, eylemin sonucuna göre yapılan klasik hizmet kusuru

sınıflandırılması yetersiz kalmaktadır. Bir eylem hem hizmetin kötü işlenmesi hem de hizmetin geç işlenmesi altında değerlendirilebilmektedir. Ayrıca kimi durumlarda sorumluluk, sonuçtan bağımsız olarak eylemin işlenmesiyle doğabilmektedir. Danıştay'ın da önünde gelen bazı uyuşmazlıklarda, klasik hizmet kusuru anlayışına hiç değinmeden karar verdiği görülmektedir.⁵²⁵ İdarenin sağlık hizmeti kapsamındaki sorumluluğunun belirlenmesi açısından işlevsiz olan klasik sınıflandırma yerine, eylemin hangi faaliyete yönelik olduğuna ilişkin ayrımın yapılması sorumluluğun doğruya doğruya doğruluğunun tespitini kolaylaştıracaktır.

İdarenin sorumluluğuna neden olan sağlık kamu personelinin eylemleri, doğrudan hukuka aykırı nitelikte olabileceği gibi tıbbi standartlara aykırı nitelikte de olabilmektedir. Hukuka aykırı nitelikteki eylemler genel olarak; kişisel sağlık verilerinin gerektiği gibi muhafaza edilmemesi veya gizliliğinin ihlal edilmesi, aydınlatılmış onam yükümlülüğüne aykırı hareket edilmesi ve yetki şartına uyulmaması olarak sayılabilir. Hukuka aykırı eylemler, sonucundan bağımsız olarak sorumluluğun doğmasına neden olmaktadır. Örneğin aydınlatılmış onamın alınması gerekirken bu yükümlülüğün ihlal edilerek tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesi halinde, müdahale başarılı olsa dahi sorumluluk oluşmaktadır. Aynı şekilde pratisyen hekimin acil durumlar dışında hastayı ameliyat yapması durumunda, ameliyat son derece başarılı geçse dahi yetkisiz müdahaleden dolayı sorumluluk doğmaktadır. Ayrıca hukuka aykırı eylemlere ilişkin yapılan yargılamada, hukuka aykırılığın tespiti yetkili ve görevli mahkemenin hakimî tarafından yapılmaktadır. Ancak tıbbi standartlara aykırı eylemlere ilişkin yapılan yargılamalarda, uzmanlık bilgisine ihtiyaç duyulduğundan dolayı tıbbi standartlara aykırılığının tespiti için bilirkişiye başvurulmaktadır.

Tıbbi standartlara aykırı nitelikteki eylemler başlıca; koruyucu sağlık hizmeti, teşhis ve tedavi faaliyetlerine ilişkin olarak ortaya çıkmaktadır. Bu faaliyetlerin yürütülmesi sırasında sağlık kamu personelinin eyleminden dolayı idare, eylemin sonucuna bağlı olarak sorumlu olabilmektedir. Örneğin anamnez alınmaksızın gerçekleştirilen teşhis faaliyeti sonucunda hastaya doğru teşhis konulursa idarenin sorumluluğu ortaya çıkmamaktadır. Bu tür durumlarda eylem, her ne kadar tıbbi

standartlara aykırı olsa da istenmeyen bir sonucun ortaya çıkmaması halinde sorumluluk doğmamaktadır. Ayrıca tıbbi standartlar uyarınca gerekli müdahalenin gerçekleştirilmesine rağmen istenmeyen sonucun ortaya çıkması halinde bu durum komplikasyon olarak nitelendirilmekte ve sorumluluk ortaya çıkmamaktadır.

Koruyucu sağlık hizmetleri, bireyin sağlığını koruyarak toplumun sağlığının korunmasını amaçlamaktadır. Bu kapsamda, hastalığın ortaya çıkmadan önce engellenmesi adına çalışmalar yürütülmektedir. Erken teşhis, bağışıklama, aile planlaması, beslenme ve sağlık eğitimi koruyucu sağlık hizmetleri kapsamında gerçekleştirilen çalışmalardan bazılarıdır. Diğer yönden teşhis ve tedavi faaliyetleri, sağlık kuruluşlarına müracaat eden kişilerin hastalığının tespiti ve/veya iyileştirilmesi adına gerçekleştirilmektedir. Teşhis faaliyetinin tıbbi standartlara uygun olarak yapılıp yapılmaması tedavi faaliyetini ve hastanın iyileşme ihtimalini etkilemektedir. Teşhis faaliyeti açısından hekimlerin doğru teşhis koyma yükümlülüğü bulunmamakla birlikte tıbbi standartlara uyma yükümlülüğü bulunmaktadır. Tedavi faaliyeti açısından ise hekimlere tedavi serbestisi tanınmıştır ve aynı şekilde hekimin hastayı iyileştirme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Hekimin yükümlülüğü, tıbbi standartlar açısından uygun olan tedavi yöntemini somut durumdaki hasta bakımından seçip uygulamaktır. Dolayısıyla tedavi faaliyeti bakımından teşhis faaliyetine kıyasla hekimlere daha geniş yetki alanı bırakıldığı söylenebilir. Ancak tedavi serbestisinin de mutlak bir serbestlik olmadığını, tıbbi standartlar ölçüsünde bir serbestlik olduğunu belirtmek gerekmektedir. İlaçla tedavisi mümkün olan bir hastalığın ameliyat yöntemiyle iyileştirilmeye çalışılması, tıbbi standartlara aykırı nitelikte olacak ve idarenin sorumluluğu ortaya çıkacaktır.

Tıbbi standartlara aykırı eylemlerden dolayı sorumluluğun doğması bakımından kimi durumlarda Danıştay, ağır kusur şartı aramaktadır. Tıbbi müdahalenin riskli ve acil olması halinde sorumluluğun doğması bakımından ağır kusur şartı aranmaktadır. Diğer yönden müdahalenin riskli ve acil olmaması halinde, sorumluluğun doğması bakımından basit kusur yeterli görülmektedir. Örneğin, sorumluluğun doğması bakımından tıbbi operasyonlarda ağır kusur şartı aranırken gözetim yükümlülüğü gibi yan yükümlülükler açısından basit kusur yeterli

⁵²⁵ Dan. 15. D., 30.05.2016, E. 2015/9957, K. 2016/3880, Sinerji Mevzuat & İçtihat Programı.

görülmektedir. Riskli müdahaleler açısından idarenin sorumluluğunun doğması bakımından ağır kusur şartını arayan Danıştay içtihadının, Anayasa'nın 125. maddesine sınırlama getirdiğini ve bu hükümle bağdaşmadığını düşünmekteyiz.

Sağlık kamu personelinin; bakım, gözetim ve gözlem gibi yan yükümlülükleri bulunmaktadır. Ayrıca sağlık kamu personelinin gerçekleştirdiği her tıbbi girişimde tıbbi özen gösterme yükümlülüğü bulunmaktadır. Tıbbi özen gösterme yükümlülüğü belirli bir süreci kapsamamaktadır. Sağlık kamu personeli tarafından tıbbi müdahalenin her aşamasında yerine getirilmesi gereken bir yükümlülüktür. Bu tür yükümlülükler aykırı hareket edilen durumlarda sorumluluğun doğması için riskli tıbbi müdahalelerden farklı olarak kusurun ağır olması şartı aranmamaktadır. Sağlık kamu personelinin bu tür yükümlülüklerini, hafif kusurlu olarak yerine getirmemesi halinde dahi idarenin sorumluluğu söz konusu olabilmektedir.

Çalışmamız sırasında dikkatimizi çeken bir husus da, niteliği gereği oldukça riskli olan tıbbi müdahaleler sonucu ortaya çıkan zarardan dolayı idare aleyhine yüklü tazminata hükmedildiğidir. İdare, daha sonra bu tazminatı kişisel kusuru bulunan sağlık kamu personeline rücu etmektedir. Bu durum, bir sağlık personelinin belki de hayatı boyunca çalışsa da ödeyemeyeceği kadar tazminatla karşılaşması anlamına gelmektedir. Yüklü miktardaki tazminat tehdidinden dolayı sağlık kamu personeli müdahalede bulunmaktan çekinebilmektedir. Bu durum, sağlık hizmetinden yararlananlar bakımından olumsuz sonuçlara neden olabilmektedir. Riskli tıbbi müdahalelere ilişkin olarak hem defansif tıp uygulamalarının görülmemesi hem de hizmetin yürütülmesi esnasında zarar görenlerin zararının giderilmesi, göz önüne alınarak tazminat ödenmesi ve rücuyla ilişkin çözümler üretilmelidir. Riskli müdahalelerdeki yüksek bedelli tazminat tehdidi sağlık personeline ve hizmetten yararlananlara zarar vermektedir.

KAYNAKÇA

Kitaplar

- AKSOY, Hüseyin Can, **Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması**, Ankara, Çakmak Yayınevi, 2010
- ARIBAL, Dikmen, **Propedötik, Hasta Yakınmaları, Belirtiler, Muayene Bulguları ve Tanı**, Ankara, Pelikan Kitabevi, 2015.
- ARMAĞAN, Tuncay, **İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları**, Seçkin Yayıncılık, 1997.
- AŞÇIOĞLU, Çetin, **Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar**, Ankara, 1993.
- ATAY, Ender Ethem / ODABAŞI, Hasan, **Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları**, Seçkin Yayıncılık, 2010.
- AYAN, Mehmet, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Kazancı Hukuk Yayınları, 1991.
- AYANOĞLU, Taner, **Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemin Tanımlanması**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2004.
- AYDIN, Muhammed Ali, **İdarenin Hizmet Kusurundan Doğan Sorumluluğu**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016.
- AYKIN, Aykut Cemil / ÇINARLI, Serkan, **Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016.
- BAL, Yakup / ŞAHİN, Yahya / KARABULUT, Mustafa, **Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003.
- BERBEROĞLU YENİPINAR, Filiz, **Tıbbi Sorumluluk**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan, **İdare Hukuku Dersleri**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019.
- ÇAKMUT YENERER, Özlem, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2003.
- ÇETİNKAYA, Perihan, **Hemşirelikte Tıbbi Uygulama Hataları Ve Hukuki Sonuçları**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016.
- ÇINARLI, Serkan, **İdarenin Sağlık Hizmetinin Sunumundan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu**, Orion Kitabevi, 2013.
- DEMİR, Mehmet, **Hekim ve Hastane Yönünden Tıbbi Sorumluluk Hukuku**, Ankara, Yetkin Basımevi, 2018.
- DEMİR, Simge, **Kamu Görevlisi Hekimlerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Sorumluluğu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- ERSÖZ, Ahmet Kürşat, **Türk İdaresinin Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Sorumluluğu**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012.
- GÖKCAN, Hasan Tahsin, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, Seçkin Yayıncılık, 2013
- GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku Cilt 2, 3. Baskı**, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2019.

- GÖZÜBÜYÜK, Şeref / TAN, Turgut, **İdare Hukuku Genel Esaslar Cilt 1**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2013.
- GÜLEL, İlhan, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- GÜNDAY, Rezzan, **Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk**, Adalet Yayınevi, 2012.
- GÜNEY TUNALI, Işıl, **Hekimin Tıbbi Müdahalede Bulunma Yükümlülüğünün Sınırları**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2020.
- GÜRSOY, Kemal Tahir, **İdarenin Sorumluluğuna İlişkin İlkelerde Son Gelişmeler ve İsviçre Hukukunda İdarenin Hukuki Sorumluluğunun Ana Hatları**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980.
- HAKERİ, Hakan, **Tıp Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- HANCI, İ. Hamit, **Malpraktis Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2005.
- KARASU, Sinem, **Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü**, Vedat Kitapçılık, 2009.
- KICALIOĞLU, Mustafa, **Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları**, Adalet Yayınevi, 2011.
- ÖZAY, Merter, **Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006.
- ÖZTÜRKLER, Cemal, **Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhisi, Tedavi Ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları**, Seçkin Yayıncılık, 2006.
- POLAT, Oğuz, **Tıbbi Uygulama Hataları**, Seçkin Yayınları, 2015.
- SABANCI, Sakıp, **Her Şeyin Başı Sağlık**, Doğan Kitap, 2004.
- SAVAŞ, Halide, **Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları**, Seçkin Yayıncılık, 2013.
- SERT, Selin / ERYILMAZ, Vildan / ÇİMEN, Esra / BULUT, Berivan / TUNCAY, Aslı / UYSAL, Melis / DEMİR, Kübra, **Farklı Çerçevelerden Tıp Hukuku Sorunları**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014.
- ŞENOCAK, Şenocak, **Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1998.
- TAN, Turgut, **İdare Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2016.
- YILDIRIM, Turan / YASİN, Melikşah / KAMAN, Nur / ÖZDEMİR, H. Eyüp / ÜSTÜN, Gül / OKAY TEKİNSOY, Özge, **İdare Hukuku**, 6. baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015.
- YILMAZ, Battal, **Açıklamalı – İctihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu**, Ankara, 2007.
- YILMAZ, Sabire Sanem, **Tıp Alanında Kişisel Verilerin Açıklanması Suçu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- YÜCEL, Özge / SERT, Gürkan, **Sağlık Ve Tıp Hukukunda Sorumluluk Ve İnsan Hakları**, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- YÜZBAŞIOĞLU, Cihan, **İdare ve Personel Yönüyle Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Sorumluluk**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020.

Tezler

- HIZAL, Abdullah, **Hatalı Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Tam Yargı Davaları**, Yüksek Lisans Tezi, İzmir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sağlık Hukuku Anabilim Dalı, 2015.

TOKALI, Muhammet, **Sağlık Kamu Hizmetinde İdarenin Tazminat Sorumluluğu**, Doktora Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2006.

Makaleler

AKGÜL, Aydın, “Danıştay Kararları Işığında Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması”, DD, S. 133, 2013, ss. 21-50. (Kişisel Sağlık)

AKGÜL, Aydın . "İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazmin Sorumluluğu ve Danıştayın Yeni Yaklaşımı", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 20, S. 1, 2016, ss. 269-302. (Danıştayın Yeni Yaklaşımı)

AKGÜL, Aydın. “Yargı Kararları Işığında, Gebelik Ve Doğum Sürecinde Sağlık Hizmet Kusurundan Kaynaklanan Tam Yargı Davaları”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi: Yargıtay Onursal Başkanı A. Nazım Kaynak’a Armağan, Yıl. 3, S.10, 2012, ss.485-498.(Gebelik)

AKKURT, Sinan Sami, “Kişisel Veri Kavramının Hukuki Niteliğine İlişkin Yaklaşımlara Mukayeseli Bir Bakış”, Kişisel Verileri Koruma Dergisi, C: 2, S:1, ss. 20-32.

AKYILMAZ, Bahtiyar, “Sağlık Kamu Hizmetini Yürüten Kamu Görevlilerinin Neden Olduğu Zararlardan Devletin Sorumluluğu”, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Lefke Avrupa Üniversitesi II. Sağlık Hukuku Sempozyumu, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011, ss. 105-122.

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.

AVCI, Mustafa, “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Mali Sorumluluğu” Ankara Barosu Dergisi, S. 1, 2012, ss. 105-140.

BASİT, Gülden, Bakım Rehberi: Hemşirelik Süreci, Necmettin Erbakan Üniversitesi Genel Sağlık Bilimleri Dergisi, C. 2, S. 2. Y. 2020. ss. 77-90.)

BAYINDIR, M. Savaş, "Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S.1-2, 2007, ss. 551-590.

BERKET BAŞ, Zuhal, “Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesi Sonucu Ortaya Çıkan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu”, Danıştay ve İdari Yargı Günü 135. Yıl Sempozyumu, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, Danıştay Matbaası, 2004, ss. 73-89.

BİRTEK, Fatih “Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinde İdarenin Kusura Dayanan Sorumluluğu”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 3-4, 2007, ss. 81-128.

BORAN, Bedia, “Aydınlatılmış Rıza”, Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, 1. Baskı, Ankara Barosu Yayınları, 2008, ss. 85-104.

BOZDAĞ, Ahmet, “İdare Hukukunda İdarenin Hizmet Kusuru ve Danıştay Uygulaması”, Türk İdare Dergisi, S. 468, 2010, ss. 33-48.

CAN, İsmail Özgür / ÖZKARA, Erdem / CAN, Muhammet, “Yargıtayda Karara Bağlanan Tıbbi Uygulama Hatası Dosyalarının Değerlendirilmesi” DEÜ Tıp Fakültesi Dergisi, C. 25, S. 2, 2011, ss. 69-76.

CAYMAZ, Mevlüt, “Sağlık Personelinin Tıbbi Uygulama Hataları Üzerine Bir Araştırma”, Uluslararası Yönetim ve Sosyal Araştırmalar Dergisi, C. 2, S. 4, 2015, ss. 1-15.

- ÇAVDAR, Pelin, "Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 3, 2016, ss. 735-764.
- ÇAKMUT YENERER, Özlem, "Sağlık Hukukunun Temel Esasları ve Özellikle Aydınlatılmış Onam", Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, Ankara, Şen Matbaa, 2009, ss. 1-40
- ÇOBANOĞLU, Nesrin, "Tıp Etiği Açısından Verilerin Mahremiyeti", III. Sağlık Hukuku Kurultayı 7-8 Mayıs 2010, Ankara Barosu Yayınları, 2011, ss. 512-525.
- ÇOBANOĞLU, Nesrin, "Tıp Etiğinden Tıp Hukukuna Hasta Hakları Olarak Aydınlatılmış Onam", Sağlık Hukuku Digestası, Ankara Barosu Yayınları, Y:1, S:1, 2009, ss. 70-86. (Aydınlatılmış Onam)
- ÇOLTU, Atınç, "Tıbbi Uygulama Hataları", Tıp Hukuku Günleri, Birinci Baskı, İstanbul, 2012, ss. 24-34.
- DEMİR, Mehmet, "İlaç Kullanımı Sonucunda Doğan Zararlardan İlaç Üreticisinin, Eczacının Ve Hekimin Sorumluluğu", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 89, Y. 2010, ss. 96-128.
- DENİZ, Buket, "İdarenin Sorumluluğunu Doğuran Hizmet Kusuru ve Hizmet Kusuru – Kişisel Kusur Ayrımı", TBB Dergisi, S. 153., 2021, ss. 187-234.
- DERYAL, Yahya Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Şartı Olarak Hastanın Rızası, <https://sbu.saglik.gov.tr/hastahaklari/riza2.htm> Erişim Tarihi: 17.03.2021
- DOĞAN, Cahid, "Sağlık Haklarından Hekimlerin Sır (Kişisel Veri) Saklama Mükellefiyeti", Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, 1. Baskı, Ankara Barosu Yayınları, 2008, ss. 105-150.
- DÖNMEZ, Ünsal, "Türk Ve Alman İlaç Hukukunda Hatalı Üretilen İlaçtan Doğan Sorumluluk Ve Özel Sorumluluk Halleri", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1, Y. 2016, ss. 381-406.
- GÜRAN, Sait, "Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu", Danıştay Dergisi, S. 46-47, Y.12, ss. 16-22.
- KALABALIK, Halil, "Ebe ve Hemşirelerin İdare Hukuku Açısından Sorumluluğu", III. Sağlık Hukuku Kurultayı 7-8 Mayıs 2010, Ankara Barosu Yayınları, 2011, ss. 332-405.
- KAPLAN, Gürsel, "İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler", www.idare.gen.tr Erişim Tarihi: 28.10.2020
- KARAEGE, Özge, "Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusurlu Sorumluluğu" . Yönetim ve Ekonomi: Celal Bayar Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 2, 2001, ss. 107-124.
- KARAKUL, Selman, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3 S. 2, 2016, ss. 169-206.
- KILIÇ ÖZTÜRK, Yasemin, "Sağlık Hizmet Sunumunda İdarenin Kusur Sorumluluğu", Ankara Medical Journal, C. 15, S. 4, 2015, ss. 235-243.
- KIZILYEL, Serkan, "İdarenin Sağlık Hizmetinden Kaynaklanan Sorumluluğu", Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, 1. Baskı, Ankara Barosu Yayınları, 2008, ss. 203-240. (İdarenin Sağlık Hizmetinden)
- KIZILYEL, Serkan, "Sağlık Hizmetinin Sunumunda Sır Saklama Yükümlülüğünün İdare Hukukuyla Etkileşimi Üzerine", Sağlık Hukuku Digestası, Ankara Barosu Yayınları, Y.1, S.1, 2009, ss. 326-340. (Sır Saklama Yükümlülüğü)
- KOCA, Mahmut, "Hekimin İlaç Tedavisinden Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 3-4, Y. 2009, ss. 23-39.

- KOÇ, Sermet, “Sağlık Çalışanlarının Yasal Sorumlulukları ve Malpraktis”, Tıp Hukuku Günleri, Birinci Baskı, İstanbul, 2012, ss. 37-45.
- KORKMAZ, Yakup, “Tıbbi Konsültasyon Ve Kusurun Paylaştırılması Sorunu”, TBB Dergisi, S. 153, 2019, ss. 239-302.
- KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan, “Tıbbi Kayıtlarda Sır Saklama Yükümlülüğü”, III. Sağlık Hukuku Kurultayı 7-8 Mayıs 2010, Ankara Barosu Yayınları, 2011, ss. 554-576.
- ODYAKMAZ, Zehra, “İdare Hukuku Açısından Hasta Uygulamaları”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C. 1, S. 5, 2011, ss. 1-57. (Hasta Uygulamaları)
- ODYAKMAZ, Zehra, “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kurumsal Sorumluluğu Açısından Avukatın Gözönünde Bulundurması Gereken Hususlar”, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, Ankara, Şen Matbaa, 2009, ss. 200-231.
- ÖZDEMİR, Hayrunnisa, "Hekimin Hukuki Sorumluluğu", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S.1, 2016, ss. 33-81.
- POLAT, Oğuzhan / PAKİŞ, Işıl, “Tıbbi Uygulama Hatalarında Hekimin Sorumluluğu”, Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi, C. 2, S. 3, 2011, ss. 119-125.
- SOMER, Pervin, “Tıbbi Kayıtlar”, III. Sağlık Hukuku Kurultayı 7-8 Mayıs 2010, Ankara Barosu Yayınları, 2011, ss. 526-553.
- SOYASLAN, Doğan, “Hekimlerin İlaç Tedavisinden Kaynaklanan Sorumluluğu”, Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, 1. Baskı, Ankara Barosu Yayınları, 2008, ss. 329-346.
- ŞENGÜL, Halil / BULUT, Arzu, Sağlık Hukuku Yönünden Hastane Enfeksiyonlarının Değerlendirilmesi, Journal of Social and Humanities Sciences Research, S. 17, 2018, ss. 275-283.
- TACİR, Hamide, “Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı”, III. Ulusal Sağlık Hukuku Kendi Geleceğini Belirleme ve Ötanazi Sempozyumu, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2011, ss. 45-57
- TARHAN, Ömer Rıdvan, “Fizik Muayene”, www.turkcerrahi.com (Erişim: 18.03.2021)
- UYGUR, Atiye B., “Hekimin Kusurunun Değerlendirilmesi”, TBB Dergisi, S. 144, 2019, ss. 355-381.
- YAVUZ İPEKYÜZ, Filiz, "Hekimin Tazminat Sorumluluğu", Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 20, S. 33, 2016, ss. 19-61.
- YAVUZ, Fatih, “Malpraktis-Komplikasyon Ayırımı” A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, 2007, ss. 96-107.
- YEŞİLTAŞ, Aysun / ERDEM, Ramazan, “Defansif Tıp Uygulamalarına Yönelik Bir Derleme”, Süleyman Demirel Üniversitesi Vizyoner Dergisi, C. 10, S. 23, Y. 2019, ss. 137-150.
- YILDIRIM, Ramazan, “İdarenin, Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan İdare Hukuku Kapsamındaki Sorumluluğu”, VIII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, ss.193-215.
- YILDIRIM, Turan, “Sağlıkta İdarenin Sorumluluğu”, Tıp Hukuku Atölyesi 2, Seçkin Yayıncılık, 2014, ss. 160-198.
- YILMAZ, Battal, “Aydınlatılmış Rıza”, Sağlık Hukuku Digestası, Ankara Barosu Yayınları, Y:1, S:1, 2009, ss. 167-180.

YILMAZ, Kerem / POLAT, Oğuz / KOCAMAZ, Begüm, “Defansif Tıp Uygulamalarının Hukuksal Açıdan İncelenmesi”, Adalet Akademisi Dergisi, Yıl.5, S.16, Ocak 2014, ss.19-51.

YÖRDEM, Yılmaz, "Hekimin Hatalı Tıbbi Uygulamaya Bağlı Hukuki Sorumluluğu", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 39, 2019, ss. 129-156.

YÜCEL, Özge, “Medeni Hukuk Bakış Açısıyla Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları”, Sağlık Ve Tıp Hukukunda Sorumluluk Ve İnsan Hakları, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, ss. 193-225.

ZEYTİN, Zafer, “Hasta-Hekim İlişkisinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, VIII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, ss.1-35.

Elektronik Kaynaklar

www.acikders.ankara.edu.tr (Erişim: 08.10.2021)

www.alirizaturmer.com.tr (Erişim: 28.02.2021)

www.bartindh.saglik.gov.tr/TR,500373/uzaktan-goruntulu-muayene.html(Erişim: 12.10.2021)

www.cdn.istanbul.edu.tr (Erişim: 19.03.2021)

www.dosyasb.saglik.gov.tr/Eklenti/1117,gbpgenelge2008pdf.pdf?0(Erişim: 09.10.2021)

www.hsgm.saglik.gov.tr/tr/bulasici-hastaliklar/shie/shie-liste/shie.html(Erişim: 22.06.2021)

www.hukukmedeniyeti.org (Erişim: 07.03.2021)

www.hukuksistemi.com (Erişim: 19.01.2021)

www.istanbulczacioldasi.org.tr (Erişim: 23.05.2021)

www.istanbulsaglik.gov.tr/w/sb/egt/pdf/dusmeler.pdf (Erişim: 22.06.2021)

www.itfnoroloji.org (Erişim: 12.02.2021)

www.kanservakfi.com (Erişim: 24.05.2021)

www.kelimeler.gen.tr (Erişim: 03.03.2021)

www.mehmetozmenoglu.com(Erişim: 12.02.2021)

www.shgm.saglik.gov.tr (Erişim: 24.03.2021)

www.ttb.org.tr (Erişim: 05.02.2021)

www.who.int/goe/publications/goe_telemedicine_2010.pdf (Erişim:30.12.2021)

www.zekaipekkafali.com/anamnez (Erişim: 20.02.2021)

Anayasa Mahkemesi Kararları

AYM, GK, *Bülent Polat*, BN. 2013/7666, T. 10.12.2015, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası

AYM, BB, *Mustafa Biçer*, B. No: 2018/22738, T. 20/10/2021, T.C. Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası

AYM, BB, *Alper Bahtım Kartal*, BN. 2018/2700, T. 30.06.2021, T.C. Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası

AYM, BB, *Mehmet Çolakoğlu*, , BN. 2014/15355, T. 21.02.2018, T.C. Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası

AYM, BB, *Ahmet Acartürk*, BN. 2013/2084, T. 15.10.2015, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası

- AYM, BB, *Murat Atılğan*, BN. 2013/9047, T. 07.05.2015, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası
- AYM, BB, *Beste Sığak ve Diğerleri*, BN. 2019/3627 T. 16.11.2021, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası
- AYM, BB, *Emrah Egeç*, BN. 2015/9714, T. 11.12.2018, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası
- AYM, BB, *Eyüp Kurt*, BN. 2015/6926, T. 04.04.2019, RG, 08.05.2019, S. 30768
- AYM, BB, *Hasan Kamer*, BN. 2018/11847, T. 16/6/2021, RG, 17.09.2021, S. 31601
- AYM, BB, *Hatice Turhan*, B. No: 2016/4642, T. 20/11/2019, T.C. Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası
- AYM, BB, *Aydın Aktemur*, BN. 2018/33307, T. 28.12.2021, RG, 26.01.2022, S. 31731
- AYM, BB, *Halime Sare Aysal*, BN. 2013/1789, T. 11.11.2015, T.C. Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası
- AYM, BB, *Ahmet Bakır ve Diğerleri*, B. No: 2017/37294, T. 09/07/2020, T.C. Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası
- AYM, BB, *Muhammed Ali Bayram*, BN. 2014/4077, T. 29.06.2016, RG, 26.10.2016, S. 29869
- AYM, BB, *Bedrettin Sumbül ve Mürüvet Sumbül*, BN. 2015/4664, T. 11.10.2018, T.C. Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası
- AYM, BB, *Sultan Bulut vd.*, BN. 2017/37430, T. 20.10.2021, RG, 21.12.2021, S. 31696
- AYM, 15.06.1978, E. 1978/13, K. 1978/41, RG. 23.1.1979, S. 16528, s.20
- AYM, 23.07.2009, E. 2005/145, K.2009/112, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası
- AYM, 22.11.2007, E.2004/114, K.2007/85, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası
- AYM, 18.02.1985, E. 1984/9, K. 1985/4 aktaran Yıldırım/ Yasin / Kaman / Özdemir / Üstün/, Okay Tekinsoy, **age.**, s. 514
- AYM, 25.03.1975, E. 1974/42, K. 1975/62 aktaran Birtek, **agm.**, s. 94

Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları

- UM, 14.10.1991, E. 1991/28, K. 1991/28 aktaran Ayanoğlu, **age.**, s. 171
- UM, 28.11.1964, E. 1964/91, K. 1964/120 aktaran Ayanoğlu, **age.**, s. 279
- UM, 18.10.1978, E. 1978/30, K. 1978/32 aktaran Bayındır, **agm.**, s. 573
- UM, 05.06.2006, E. 2006/26, K. 2006/75, Sinerji Mevzuat & İctihat Programı
- UM, 24.12.2012, E. 2012/283, K. 2012/294 aktaran Çınarlı, **age.**, ss. 210-211

Danıştay Kararları

- DİBK, 14.04.1973, E. 1972/2, K. 1973/10 aktaran Aykın / Çınarlı, **age.**, s. 651
- Dan. İDDGK, 03.07.2000, E. 2000/401, K. 2000/938, Lexpera İctihat Bilgi Bankası
- Dan. İDDGK., 09.10.2003, E. 2000/1104, K. 2003/696 aktaran Odyakmaz, **age.**, ss. 24-25
- Dan. İDDK, 24.11.2011, E. 2007/2113, K. 2011/1468, aktaran <http://www.savasbaytok.av.tr> Erişim Tarihi: 13.02.2021
- Dan. İDDK, 07.03.2003, E. 2002/716, K. 2003/91, Sinerji Mevzuat & İctihat Programı

- Dan. İDDK, 15/10/2015, E. 2014/1989, K. 2015/3546, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası
 Dan.1.D., 01.11.2007, E. 2007/1183, K. 2007/1294, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası
 Dan.8.D., 28.11.2011, E. 2011/5155, K. 2011/6094, www.hukukmedeniyeti.org
 Erişim Tarihi: 31.12.2021
- Dan. 8. D., 27.01.1994, E. 1993/117, K. 1994/306 aktaran Gözler, **age.**, s. 657
 Dan. 10. D., 06.06.2010, E. 2010/6009 aktaran Yücel / Sert, **age.**, s. 98
 Dan. 10.D., 28.12.2007, E. 2005/8407, K. 2007/6526 aktaran Akgül, **Kişisel Sağlık**, ss. 40-41
- Dan. 10.D., 31.1.1996, E:1994/5314, K:1996/294, aktaran Yakup Bal/Yahya Şahin/Mustafa Karabulut, **age.**, s. 351
 Dan. 10. D., 20.10.1999, E. 1997/721 K. 1999/5266 aktaran Avcı, **agm.**, s. 120
 Dan. 10. D., 13.07.2010, E. 2007/6322, K. 2010/5981, Sinerji Mevzuat & İçtihat Programı
 Dan. 10.D., 09.07.2012, E. 2010/111, K. 2012/3358 aktaran Akgül, **Kişisel Sağlık**, s. 38
- Dan. 10. D., 24.12.2019, E. 2019/6253, K. 2019/10834, Sinerji Mevzuat & İçtihat Programı
 Dan. 10.D., 27.12.2011, E. 2009/9151, K. 2011/5976 aktaran Akgül, **Kişisel Sağlık**, s. 36
- Dan. 10. D., 26.12.2012, E. 2012/4714, K. 2012/6965, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası
 Dan.10.D., 31.12.2009, E. 2009/822, K. 2009/11619, aktaran Odyakmaz, **age.**, s. 17
 Dan. 10. D., 27.03.2002, E. 2004/6540, K. 2007/4237, Sinerji Mevzuat & İçtihat Programı
- Dan. 10. D., 15.05.2007, E. 2004/12641, K. 2007/2645, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi
 Dan. 10. D., 17.12.2010, E. 2010/12346, K. 2010/10823, Sinerji Mevzuat & İçtihat Programı
 Dan. 10. D., 21.09.2020, E. 2019/6336, K. 2020/3078, Sinerji Mevzuat & İçtihat Programı
- Dan. 10. D., 23.06.2008, E. 2006/5165, K. 2008/4726 aktaran Odyakmaz, **Hasta Uygulamaları**, s. 10
 Dan. 10. D., 10.04.2006, E. 2005/1870, K. 2006/2294, Sinerji Mevzuat & İçtihat Programı
 Dan. 10. D., 08.12.2009, E. 2009/7969, K. 2009/10233 aktaran Akgül, **Danıştayın Yeni Yaklaşımı**, s. 297
- Dan. 10. D., 20.10.2006, E. 2003/4153, K. 2006/5848 aktaran Avcı, **agm.**, s. 116
 Dan. 10. D., 29.01.2010, E. 2008/6720, K. 2010/160 aktaran Akgül, **Danıştayın Yeni Yaklaşımı**, s. 284
- Dan. 10.D., 30.3.2009, E.2007/7210, K.2009/2438, aktaran Odyakmaz, **Hasta Uygulamaları**, s. 35
 Dan. 10. D., 17.02.2020, E. 2019/6257, K. 2020/543, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası
 Dan. 10. D., 17.4.2012, E. 2008/8441, K. 2012/1544 aktaran Akgül, **Danıştayın Yeni Yaklaşımı**, s.278
- Dan. 10. D., 13.10.2006, E. 2003/4864, K. 2006/5652 aktaran Akgül, **Danıştayın Yeni Yaklaşımı**, s. 280
 Dan. 10. D., 06.10.1982, E. 1982/2613, K. 1982/1959 aktaran Avcı, **agm.**, s.132
 Dan. 10. D., 24.09.2007, E. 2005/3719, K. 2007/4316, Sinerji Mevzuat & İçtihat Programı

- Dan.10.D., 20.03.2012, E. 2008/2688, K. 2012/1006 aktaran Akgül, **Danıştayın Yeni Yaklaşımı**, s. 289
- Dan. 10. D., 03.05.1995, E. 1994/3258, K. 1995/2379 aktaran Avcı, **agm.**, s.115
- Dan. 10. D. 22.11.2012, E. 2008/7693, K. 2012/5954 aktaran Akgül, **Danıştayın Yeni Yaklaşımı**, s. 296
- Dan. 10. D., 21.10.2020, E. 2019/6326, K. 2020/4036, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi
- Dan. 10. D., 12.11.2007, E. 2005/7349, K. 2007/5071, Sinerji Mevzuat & İctihat Programı
- Dan. 10. D., 23.03.2021, E. 2019/7492, K. 2021/1330, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi
- Dan. 10. D., 14.11.1996, E. 1995/7086, K.1996/7534 aktaran Bayındır, **agm.**, s. 559
- Dan.10.D., 14.06.2001, E. 1999/4088, K. 2001/2336, aktaran Tokalı, **age.**, s. 82
- Dan. 10. D. 28.02.2007, E:2007/8645, K:2011/1570, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi
- Dan. 10. D., 29.09.2010, E. 2007/8477, K. 2010/7191, Sinerji Mevzuat & İctihat Programı
- Dan. 10. D., 08.12.1997, E. 1996/2121, K. 1997/5476, Sinerji Mevzuat & İctihat Programı
- Dan. 10. D., 11.05.1983, E. 1982/2483, K. 1983/1106: Sinerji Mevzuat & İctihat Programı
- Dan. 10.D., 26.12.2008, E.2006/7081, K.2008/9468 aktaran Odyakmaz, **Hasta Uygulamaları**, s. 40
- Dan.10.D., 17.01.2001, E. 1998/2968, K. 2001/91, aktaran Yakup Bal/Yahya Şahin/Mustafa Karabulut, **age.**, s. 319
- Dan. 10. D., 13.12.2001, E. 2001/3789, K. 2001/487 aktaran Aydın, **age.**, s. 106
- Dan. 10. D., 13.11.1996, E. 1996/1091, K. 1996/7530 aktaran Avcı, **agm.**, s. 116
- Dan. 10. D., 22.03.2021, E. 2020/4598, K. 2021/1276, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi
- Dan.10.D., 26.05.1999, E. 1998/4814, K. 1999/2945, Kazancı İctihat Bilgi Bankası
- Dan. 10. D., 20.10.2006, E. 2003/3146, K.2006/5850 aktaran Bayındır, **agm.**, s. 560
- Dan. 10. D., 27.4.2009, E.2006/4079, K.2009/3186 aktaran Odyakmaz, **Hasta Uygulamaları**, s. 37
- Dan.10.D., 16.02.2009, E. 2009/599, K. 2009/10539, aktaran Akgül, **Gebelik**, ss. 494-495
- Dan. 10. D., 23.11.2010, E.2009/11302, K.2010/9108 aktaran Akgül, **Gebelik**, ss.491-492
- Dan.10.D., 17.02.2009, E. 2006/5287, K. 2009/1085, aktaran Akgül, **Gebelik**, ss.492-493
- Dan. 10. D., 27.03.2002, E. 2002/1010, K. 2002/852 aktaran Aydın, **age.**, s.128
- Dan. 10. D., 01.07.2009, E. 2006/4777, K. 2009/7341 10834, Sinerji Mevzuat & İctihat Programı
- Dan. 10. D., 16.01.1985, E. 1982/2908, K.1985/26 aktaran Bayındır, **agm.**, s. 559
- Dan.10.D., 02.11.1999, E. 1997/3111, K. 1999/5383 aktaran Bereket Baş, **agm.**, s. 77
- Dan. 10. D., 19.10.1999, E. 1997/3565, K. 1999/5224, Sinerji Mevzuat & İctihat Programı
- Dan. 10. D., 27.05.2011, E. 2010/17488, K. 2011/2042 aktaran Akgül, **Gebelik**, s. 496

- Dan. 10. D., 01.06.1994, E. 1993/363, K. 1994/2502 aktaran Bayındır, **agm.**, s. 560
- Dan. 10. D., 09.12.1992, E. 1992/184 K. 1992/4321, Sinerji Mevzuat & İctihat Programı
- Dan. 10. D., 09.10.1995, E. 1994/2110 K. 1995/4255, Sinerji Mevzuat & İctihat Programı
- Dan. 10. D., 28.09.2020, E. 2019/6339, K. 2020/ 3267, Sinerji Mevzuat & İctihat Programı
- Dan. 10. D., 24.12.2019, E. 2019/6207, K. 2019/10825, Sinerji Mevzuat & İctihat Programı
- Dan. 10. D., 29.04.2008, E. 2007/3301, K. 2008/2939 aktaran Aydın, **age.**, ss. 93-94
- Dan. 15. D., 24.04.2017, E. 2013/2616, K. 2017/1913, Sinerji Mevzuat & İctihat Programı
- Dan. 15. D., 13.10.2015, E. 2013/2969, K. 2015/5931, Sinerji Mevzuat & İctihat Programı
- Dan. 15. D., 08.03.2017, E. 2013/3792, K. 2017/1093 aktaran Yücel / Sert, **age.**, ss. 99-100
- Dan. 15. D., 04.03.2015, E. 2013/3258, K. 2014/1371 aktaran Aykın / Çınarlı, **age.**, ss. 624-626
- Dan. 15. D., 12.03.2014, E. 2013/3865, K. 2014/1691 aktaran Aykın / Çınarlı, **age.**, ss. 628-629
- Dan.15.D., 04.06.2015, E. 2014/5822, K. 2015/3658 aktaran Yüzbaşıoğlu, **age.**, ss. 396-397
- Dan. 15. D., 15.04.2015, E. 2014/5076, K. 2015/2184 aktaran Akgül, **Danıştayın Yeni Yaklaşımı**, s. 291
- Dan. 15. D., 03.10.2018., E. 2016/4247, K. 2018/6596, Sinerji Mevzuat & İctihat Programı
- Dan. 15. D., 17.04.2018, E. 2013/10806, K. 2018/3855, Sinerji Mevzuat & İctihat Programı
- Dan.15. D., 16.05.2017, E. 2013/6539, K. 2017/2532, Sinerji Mevzuat & İctihat Programı
- Dan 15. D., 19.12.2019, E. 2014/4404, K. 2019/768, Sinerji Mevzuat & İctihat Programı
- Dan. 15. D., 20.12.2018, E. 2016/2055, K. 2018/8407, Sinerji Mevzuat & İctihat Programı
- Dan. 15. D., 26.11.2015, E. 2015/2622, K. 2015/7990 aktaran Gökcan, **age.**, s. 1506
- Dan. 15. D., 21.02.2019, E. 2018/5009, K. 2019/950, Lexpera İctihat Bilgi Bankası
- Dan.15.D., 11.03.2015, E. 2013/4509, K. 2015/1398, Kazancı İctihat Bilgi Bankası
- Dan. 15. D., 27.05.2016, E. 2016/3514, K. 2016/3853 www.hukukmedeniyeti.org
Erişim Tarihi: 13.01.2022
- Dan.15.D., 10.03.2016, E. 2015/8936, K. 2016/1604, Sinerji Mevzuat & İctihat Programı
- Dan.15.D., 18.04.2016, E. 2013/4486, K. 2016/2662, www.hukuksistemi.com Erişim Tarihi: 19.01.2021
- Dan. 15. D., 12.12.2013, E. 2013/4237, K. 2013/10653 aktaran Akgül, **Danıştayın Yeni Yaklaşımı**, s. 279
- Dan.15.D., 05.05.2016, E. 2013/4253, K. 2016/3225, Kazancı İctihat Bilgi Bankası
- Dan.15.D., 04.04.2016, E. 2013/4467, K. 2016/2286, Kazancı İctihat Bilgi Bankası
- Dan.15.D., 26.06.2014, E. 2013/4048, K. 2014/5742 aktaran Deniz, **agm.**, s. 200

- Dan. 15. D., 18.06.2015, E. 2014/7296, K. 2015/4171 aktaran Akgül, **Danıştayın Yeni Yaklaşımı**, s. 281
- Dan. 15. D., 30.05.2016, E. 2015/9957, K. 2016/3880, Sinerji Mevzuat & İctihat Programı
- Dan. 15. D., 21.12.2017, E. 2017/283, K. 2017/7699, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi
- Dan. 15. D., 04.04.2016, E. 2014/5754, K. 2016/2293, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi
- Dan. 15. D., 29.11.2018, E. 2018/1892, K. 2018/7983, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi
- Dan.15.D., 09.05.2016, E. 2013/4524, K. 2016/3302, Kazancı İctihat Bilgi Bankası
- Dan. 15. D. 30.01.2015, E. 2014/7136, K. 2015/413 <http://hukuk.aku.edu.tr/wp-content/uploads/sites/45/2019/12/karar-2.docx> Erişim: 31.01.2021
- Dan. 15. D, 14.02.2017, E. 2016/2124, K. 2017/665, <https://www.kararara.com> Erişim Tarihi: 31.01.2021
- Dan. 15. D., 20.04.2017, E. 2015/6915, K. 2017/1900, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi
- Dan. 15. D., 08.10.2015, E. 2015/6119, K. 2015/5733, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi
- Dan. 15. D., 25.06.2015, E. 2013/6275, K. 2015/4430 aktaran Akgül, **Danıştayın Yeni Yaklaşımı**, s. 280
- Dan.15. D., 21.05.2014, E. 2013/4135, K.2014/3970 aktaran Akgül, **Danıştayın Yeni Yaklaşımı**, s. 294
- Dan. 15. D., 20.03.2017, E. 2013/4249, K. 2017/1275, Sinerji Mevzuat & İctihat Programı
- Dan. 15. D., 04.02.2016, E. 2015/455, K. 2016/601 www.hukukmedeniyeti.org Erişim Tarihi: 07.03.2021
- Dan. 15. D., 17.06.2014, E. 2014/6219, K. 2014/5384 aktaran Gökcan, **age**, s. 1501
- Dan. 15. D., 18.02.2016, E. 2015/5257 K. 2016/1008, <https://www.kararara.com> Erişim Tarihi: 31.01.2021
- Dan. 15. D. 18.02.2015, E. 2013/4361, K. 2015/890 aktaran Akgül, **Danıştayın Yeni Yaklaşımı**, s. 281
- Dan. 15. D., 18.06.2015, E. 2014/9364, K. 2015/4241 aktaran Akgül, **Danıştayın Yeni Yaklaşımı**, s. 281
- Dan. 15. D., 24.12.2014, E. 2013/4440, K. 2014/10032 aktaran Akgül, **Danıştayın Yeni Yaklaşımı**, s. 279

Yargıtay Kararları

- Yar. HGK, 01.02.2012, E. 2011/4-592, K. 2012/25, Kazancı İctihat Bilgi Bankası
- Yar. HGK, 31.10.2007, E. 2007/4-800, K. 2007/797, Kazancı İctihat Bilgi Bankası
- Yar. HGK, 13.04.2011, E. 2010/13-717, K. 2011/129 aktaran Uygur, **agm**, s. 373
- Yar. HGK, 29.03.2006, E. 2006/4-86, K. 2006/111, Kazancı İctihat Bilgi Bankası
- Yar. 3. HD, 23.01.2014, E. 2013/16671 K. 2014/815 aktaran Özdemir, **agm**, s. 61
- Yar. 4. HD, 05.03.1971, E. 1970/10853, K. 1971/2096 aktaran Çavdar, **agm**, s. 750
- Yar. 4. HD, 22.01.1975, E. 1973/11399, K. 1975/903, Kazancı İctihat Bilgi Bankası
- Yar. 4. HD, 08.03.1977, E. 1976/6297, K. 1977/2541, Kazancı İctihat Bilgi Bankası
- Yar. 4. HD, 17.12.1976, E. 1976/692, K. 1976/11046, Lexpera İctihat Bilgi Bankası
- Yar. 13. HD, 04.06.2009, E. 2009/1774, K. 2009/7756, aktaran Gökcan, **age**, s. 1258

- Yar.13. HD, 19.10.2006, E. 2006/10057, K. 2006/13842 aktaran Mehmet Demir, **agm.**, s. 115
- Yar. 13. HD, 08.07.2005, E. 2005/3645, K. 2005/11796 aktaran Kıcalıoğlu, **age.**, ss.79-81
- Yar. 13. HD, 09.04.2014, E. 2013/30822, K. 2014/10772 Kazancı İtihat Bilgi Bankası
- Yar. 13. HD, 16.09.2008, E. 2008/4219, K. 2008/10660, Kazancı İtihat Bilgi Bankası
- Yar. 13. HD, 13.06.2013, E. 2013/14354, K. 2013/16113, Lexpera İtihat Bilgi Bankası
- Yar. 13. HD, 05.04.1993, E. 1993/131, K. 1993/2741 aktaran Halide Savaş, **age.**, s. 302
- Yar.13.H.D, 15.05.2007, E. 2007/2942 K. 2007/6736 aktaran Battal Yılmaz, **agm.**, s. 168
- Yar. 13 HD, 21.05.2012, E. 2011/9167, K. 2012/12807, aktaran Gökcan, **age.**, s. 1194
- Yar. 13. HD, 16.01.2014, E. 2013/17487, K. 2014/794 aktaran Çavdar, **agm.**, s.747
- Yar. 13. HD, 14.03.1983, E.1982/7237, K.1983/1783 aktaran Uygur, **agm.**, s.374
- Yar. 13. HD, 23.03.2010, E. 2009 / 13214, K. 2010 / 3694, Kazancı İnternet Bilgi Bankası
- Yar. 13.HD, 21.09.2017, E. 2016/6074, K. 2017/8426 aktaran Uygur, **agm.**, s. 358
- Yar. 13. HD, 21.01.2002, E. 2001/10959, K. 2002/487, Sinerji Mevzuat & İtihat Programı
- Yar. 13. HD, 01.10.2007, E. 2007/4920, K. 2007/11249 aktaran Gökcan, **age.**, s. 1222
- Yar. 13. HD, 21.01.2016, E. 2015/439, K. 2016/1058, Kazancı İnternet Bilgi Bankası
- Yar. 13 HD, 16.03.2015, E. 2014/17432, K. 2015/8358, Kazancı İtihat Bilgi Bankası
- Yar. 13. HD, 18.09.2008, E. 2008/4519, K. 2008/10750 aktaran Gülel, **age.**, s. 91
- Yar. 2.CD, 24.04.1996, E. 1996/4493, K. 1996/4682 aktaran Uygur, **agm.**, s.377
- Yar. 4. CD, 25.02.2008, E. 2006/8143, K. 2008/1835 aktaran Gökcan, **age.**, s. 251
- Yar. 4. CD, 22.05.2013, E. 2011/17665, K. 2013/15693, aktaran Aykın / Çınarlı, **age.**, s. 371
- Yar. 4. CD, 18.07.2005, E. 2003/15317, K. 2005/9505, aktaran Aykın / Çınarlı, **age.**, s. 443
- Yar. 4. CD, 02.05.2006, E. 2004/18181, K. 2006/10269, Sinerji Mevzuat & İtihat Programı
- Yar. 8. CD, 06.05.1987, E. 1987/1586, K. 1987/4648, aktaran Aykın / Çınarlı, **age.**, ss. 271-272
- Yar. 12. CD, 04.07.2017, E. 2015/16291, K. 2017/5821, Lexpera İtihat Bilgi Bankası
- Yar., 12. CD, 30.10.2014, E. 2013/27947, K. 2014/21434, www.hukukmedeniyeti.org Erişim Tarihi: 07.12.2021
- Yar. 19. CD, 05.11.2015, E. 2015/16, K. 2015/6675, Yargıtay Bilgi Bankası

AİHM Kararları

AİHM, *Silih / Slovenya*, BN. 71463/01, T. 09.04.2013, hudoc.echr.coe.int
 AİHM, *Zafer Öztürk / Türkiye*, BN. 25774/09, T. 21.07.2015, hudoc.echr.coe.int
 AİHM, *Eugenia Lazar / Romanya*, BN. 32146/05, T. 16.02.2010, hudoc.echr.coe.int
 AİHM, *D. / Birleşik Krallık*, BN. 30240/96, T. 02.05.1997, hudoc.echr.coe.int
 AİHM, *Paposhvili / Belçika*, BN. 41738/10, T. 13.12.2016, hudoc.echr.coe.int
 AİHM, *Olsson / İsveç*, BN. 10465/83, T. 24.3.1988, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası
 AİHM, *Filiz Uyan / Türkiye*, BN. 7496/03, T. 08.01.2009, Hudoc.echr.coe.int
 AİHM, *Erdoğan Kurt vd. / Türkiye*, BN. 50772/11, T. 01.07.2017, hudoc.echr.coe.int
 AİHM, *Z. / Finlandiya*, BN. 22009/93, T. 25.02.1997, Hudoc.echr.coe.int
 AİHM, *K.H. ve Diğerleri / Slovakya*, BN. 32881/04, T. 28.04.2009, https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Roma_TUR.pdf Erişim Tarihi: 10.07.2021
 AİHM, *Panteleyenko / Ukrayna*, BN. 11901/02, T. 29.06.2006, hudoc.echr.coe.int
 AİHM, *L.L. / Fransa*, BN. 7508/02, T. 10.10.2006, Hudoc.echr.coe.int
 AİHM, *Aydoğdu / Türkiye*, BN. 40448/06, T. 30.10.2016, Hudoc.echr.coe.int
 AİHM, *M.S. / İsveç*, BN. 34209/96, T. 02.07.2002, Hudoc.echr.coe.int
 AİHM, *Codarcea/Romanya*, BN. 31675/04, T. 02.06.2009, Hudoc.echr.coe.int
 AİHM, *Mehmet Şentürk, Bekir Şentürk / Türkiye*, BN. 13423/09, T. 09.04.2013, Hudoc.echr.coe.int
 AİHM, *Şerif Gecekuşu/Türkiye*, BN. 28870/05, T. 25/05/2010, Hudoc.echr.coe.int
 AİHM, *Pavel Vavricksa ve Diğerleri / Çek Cumhuriyeti*, BN. 47621/13, T. 08.04.2021, Hudoc.echr.coe.int
 AİHM, *Carlo Boffa ve Diğerleri/San Marino*, BN. 26536/95, T. 15.01.1998, Hudoc.echr.coe.int
 AİHM, *Solomakhin/Ukrayna*, BN. 24429/03, T. 15.03.2012, Hudoc.echr.coe.int
 AİHM, *Moskova Yehova Şahitleri / Rusya*, BN. 302/02, T. 10.06.2010, Hudoc.echr.coe.int
 AİHM, *Pretty / the United Kingdom*, BN. 2346/02, T. 29.04.2002, Hudoc.echr.coe.int
 AİHM, *Altuğ vd. / Türkiye*, BN. 32086/07, T. 30.06.2015, Hudoc.echr.coe.int

İlk Derece Mahkemesi Kararları

Rize İdare Mahkemesi, 08.10.2015, E. 2015/304, K. 2015/603 aktaran Altundiş, **agm.**, ss.346-348

