



T.C.
İZMİR KATİP ÇELEBİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
SİYASET BİLİMİ ve KAMU YÖNETİMİ ANABİLİM DALI

İDARENİN SAĞLIK HİZMETİ SUNUMUNDAN
KAYNAKLANAN MALİ SORUMLULUĞU

Yüksek Lisans Tezi

FATMA GÜLMEZOĞLU
ORCID NO: 0000-0002-5148-5066

İZMİR-2020

**T.C.
İZMİR KATİP ÇELEBİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
SİYASET BİLİMİ ve KAMU YÖNETİMİ ANABİLİM DALI**

**İDARENİN SAĞLIK HİZMETİ SUNUMUNDAN
KAYNAKLANAN MALİ SORUMLULUĞU**

Yüksek Lisans Tezi

**FATMA GÜLMEZOĞLU
ORCID NO: 0000-0002-5148-5066**

DANIŞMAN: DR. ÖĞR. ÜYESİ NEBAHAT KAYAER

İZMİR-2020

YEMİN METNİ

Tezli Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “İdarenin Sağlık Hizmeti Sunumundan Kaynaklanan Mali Sorumluluğu” adlı çalışmanın, tarafımdan, akademik kurallara ve etik değerlere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

/ /2020

Av. Fatma GÜLMEZOĞLU



TS EN ISO
9001:2015

T.C.
İZMİR KÂTİP ÇELEBİ ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü



TEZ SINAVI TUTANAK FORMU

Dok. No: FR/604/21

İlk Yayın Tar.: 03.10.2017

Rev. No/Tar.: 00/..

Sayfa 1 / 1

GÖNDEREN : Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Anabilim Dalı Başkanlığı
GÖNDERİLEN : Sosyal Bilimler Enstitüsü

Anabilim Dalımız Yüksek Lisans Programı öğrencisi Fatma GÜLMEZOĞLU ile ilgili Tez Sınav Tutanağı aşağıdadır.

Tarih: Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Anabilim Dalı Başkanı
Sayı :

İmza

SINAV TUTANAĞI

Tez Sınav Jürimiz tarafından incelenen *“İdare Sağlık Hizmeti Sunumundan Kaynaklanan Mali Sorumluluğu”* başlıklı tezli yüksek lisans tezi ile ilgili olarak jürimiz 09.10.2020 tarihinde toplanmış ve adı geçen öğrenciyi Tez Sınavına tabi tutmuştur. Sınav sonucunda adayın tezi hakkında OYBİRLİĞİ/ÇOKLUĞU ile aşağıdaki karar verilmiştir.

KABUL

Kabul Edilen Tezli Yüksek Lisans tezi:

- i) Bilime yenilik getirmiştir
- ii)Yeni bir bilimsel yöntem geliştirmiştir
- iii)Bilinen bir yöntemi yeni bir alana uygulamıştır
- iv) Uygulama yapmıştır (sadece Yüksek Lisans'ta geçerlidir)

RED

DÜZELTME *

Tez Sınav Jürisi	Unvanı ve Adı Soyadı	İmza
Tez Danışmanı	Dr. Öğr. Üyesi Nebahat KAYAER	
Üye	Prof. Dr. Oğuz SANCAKTAR	
Üye	Dr. Öğr. Üyesi Esra DÜNDAR ARAVACIK	
Üye		
Üye		

Eki : Tez Değerlendirme Formu (Her bir jüri için).

* Tez sınavında düzeltme kararı verilmesi halinde jüri tarafından öngörülen düzeltmelere ilişkin bir jüri raporu eklenmelidir. Düzeltmeler için Ek süre her defasında en fazla yüksek lisans öğrencileri için 3 ay, doktora öğrencileri için 6 aydır.

ÖZET

Tezli Yüksek Lisans Tezi

İDARENİN SAĞLIK HİZMETİ SUNUMUNDAN KAYNAKLANAN MALİ SORUMLULUĞU

Fatma GÜLMEZOĞLU

İzmir Katip Çelebi Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Anabilim Dalı

İnsan haklarının özünü oluşturan yaşama hakkının gereği olan sağlık hakkı, en önemli temel haklardan biri olarak Anayasa ile güvence altına alınmış ve kamu hizmeti niteliğinde olan sağlık hizmetinin planlanması, yürütülmesi ve denetlenmesi görevi, Devlete yüklenmiştir.

Kamu hizmeti sunulması sırasında kişilerin uğradıkları zararın idarece tazmini, hukuk devleti ilkesinin gereği olup, idare hukukunun önemli ilkelerindedir. İdarenin sorumluluğu, kamu hukuku alanında, özel hukuktan ayrı kendine özgü kuralları olan bir sorumluluk türüdür.

İdarenin sorumluluğunda asıl olan kusurlu, istisna olan kusursuz sorumludur. İdarenin sağlık hizmetlerinden sunumundan kaynaklanan tazminat sorumluluğu da, esas olarak hizmet kusuruna dayanır.

Kamu sağlık kurum ve kuruluşlarında yürütülen sağlık hizmetleri nedeniyle zarar gören kişiler tarafından, idare hukuku ilkelerine göre idare aleyhine tazminat davası açılır ve idarenin tazminle yükümlülüğüne hükmedilmesi halinde, idare sorumlu olan kamu görevlisine rücu eder. İdarenin, özel hukuk kişileri tarafından yürütülen sağlık hizmetinden doğan sorumluluğunun kaynağı ise, idarenin sağlık kamu hizmetine ilişkin yürüttüğü denetim ve gözetim görevidir.

Bu çalışmada, sağlık kamu hizmeti çerçevesinde idarenin sorumluluğu ele alınmış; idarenin mali sorumluluğunun hangi koşul ve şartlarda kabul edileceği, sağlık hizmeti organizasyonundan ve tıbbi müdahalelerden kaynaklanan zararlar bakımından ayrı ayrı incelenmiş ve uğranılan zararların tazmini için açılacak İdare Hukuku'na özgü dava çeşitlerinden olan tam yargı (tazminat) davaları uygulamaları, mevzuat hükümleri ve içtihatlarla birlikte değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Sağlık hizmeti, idarenin sorumluluğu, rcu, tıbbi müdahale, hizmet kusuru

ABSTRACT

Master's Thesis

FINANCIAL LIABILITY OF THE ADMINISTRATION DUE TO THE PROCUREMENT OF PUBLIC HEALTH SERVICES

Fatma GÜLMEZOĞLU

İzmir Katip Çelebi University

Social Sciences Institute

Department of Political Science and Public Administration

The right to health has been envisaged and secured by the Constitution as one of the most important fundamental rights as a necessity of the right to life, which is the core of human rights and the duty of planning, executing and supervising the health services, which are considered to withhold the value of public service, has been assigned to the Government.

The compensation of the damages incurred by individuals during the procurement of public services is a requirement of the rule of law principle and is one of the important principles of administrative law. The liability of the administration is specific type of liability in the field of public law, possessing sui generis rules separate from private law.

The main principle applicable to the liability of the administration is faulty liability, while the exception is absolute liability. The compensation liability of the administration arising from the procurement of health services is mainly based on wrongful acts during service.

A lawsuit for compensation is filed against the administration according to the principles of administrative law, by persons who have been harmed as a result of the health services carried out in the public health institutions and organizations. In the event the administration is held liable to compensate, the administration shall recourse the amount from the responsible public official. Nevertheless, the origin of the

administration's liability arising from the health service carried out by private health facilities is the inspection and supervision duty of the administration regarding the health public service.

In this study, the liability of the administration in the frame of the procurement of health public services has been discussed; the conditions and terms under which the financial liability of the administration shall arise has been examined separately in terms of damages arising from the health service organization and medical interventions, and the implementation of full remedy (compensation) cases, respectively one of the cases specific to the Administrative Law, to be filed for the compensation of the losses incurred, have been evaluated together with the provisions of the legislation and case law.

Keywords: Health service, administrative responsibility, recourse, medical intervention, fault in service

İÇİNDEKİLER

YEMİN METNİ	II
TEZ SINAVI TUTANAK FORMU.....	III
ÖZET.....	IV
ABSTRACT	VI
İÇİNDEKİLER	VIII
TABLO LİSTESİ	XII
KISALTMALAR	XIII
ÖNSÖZ.....	XV
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM.....	3
SAĞLIK HİZMETİ	3
I. SAĞLIK KAVRAMI	3
II. SAĞLIK HAKKI KAVRAMI.....	4
III. SAĞLIK HİZMETİ KAVRAMI.....	9
IV. SAĞLIK HİZMETİNİN KAMU HİZMETİ NİTELİĞİ	11
V. SAĞLIK HİZMETİ ÇEŞİTLERİ.....	13
A. . Koruyucu Sağlık Hizmetleri	13
1. Çevreye Yönelik Koruyucu Sağlık Hizmetleri	14
2. İnsana Yönelik Koruyucu Sağlık Hizmetleri	14
B... Tedavi Edici Sağlık Hizmetleri.....	15
C... Rehabilitasyon Edici (Esenlendirici) Sağlık Hizmetleri.....	16
1. Tıbbi Rehabilitasyon.....	16
2. Sosyal Rehabilitasyon.....	17
D. . Sağlık Hizmetinden Sayılan Diğer Hizmetler.....	17
VI. ÜLKEMİZDE SAĞLIK HİZMETLERİ ORGANİZASYONU	21
A. . Genel Olarak.....	21
B... Sağlık Bakanlığı Teşkilatı.....	23
VII. Sağlık Hizmetinin Sunumu.....	30
A. . Sağlık Hizmeti Veren Özel Sağlık Kurum ve Kuruluşları.....	37

B... Sağlık Hizmeti Veren Kamu Kurum ve Kuruluşları.....	40
İKİNCİ BÖLÜM	45
İDARENİN SAĞLIK HİZMETİ SUNUMUNDAN KAYNAKLANAN MALİ	
SORUMLULUĞUNUN TEMEL ESASLARI.....	45
I. GENEL OLARAK İDARENİN SORUMLULUĞU	45
II. İDARENİN KUSUR YÖNÜNDE SORUMLULUĞU	49
A. İdarenin Hizmet Kusuru Nedeniyle Sorumluluğu	49
1. Hizmet Kusuru.....	49
2. Hizmet Kusurunun Özellikleri.....	51
a. Hizmet kusuru bağımsız bir niteliğe sahiptir.	52
b. Hizmet kusuru, asli ve birinci derecede bir sorumluluk nedenidir.....	52
c. Hizmet kusuru anonimdir.	53
d. Hizmet kusuru genel niteliklidir.	54
e. Hizmet kusuru olaylara göre farklı özellikler gösterir, esnekler.....	54
3. Hizmet Kusuru ile Kişisel Kusur ve Görev Kusuru Ayrımı	55
a. Kişisel Kusur ve Görev Kusuru	55
b. Hizmet Kusuru - Kişisel Kusur Ayrımı	60
4. Hizmet Kusuru Sayılan Haller.....	65
a. Hizmetin kötü işlemesi	66
b. Hizmetin geç işlemesi.....	67
c. Hizmetin hiç işlememesi.....	69
5. Hizmet Kusuruna Dayanan Sorumluluğun Şartları	73
a. Hukuka Aykırılık	73
b. Kusur	74
c. Zarar.....	75
d. İlliyet bağı.....	79
B... Sağlık Hizmeti Sunumu Özelinde Hizmet Kusuru	80
1. Sağlık Hizmetlerinin Organizasyonundan (Sağlık Hizmetinin Kuruluşu, İşleyişi ve Denetim Faaliyetleri) Kaynaklanan Hizmet Kusuru.....	84
a. Genel Olarak	84
b. Sağlık Hizmetinin Özel Hukuk Kişileri Tarafından Verilmesi Halinde İdarenin Sorumluluğu Değerlendirmesi	92
c. Sağlık Hizmetinin Kamu Kurum ve Kuruluşları Tarafından Verilmesi Halinde İdarenin Sorumluluğu Değerlendirmesi.....	95
d. Memur veya Diğer Kamu Görevlisi Statüsünde Olan Hekimlerin Serbest Çalışması İhtimalinin Değerlendirmesi	99

e. Serbest Uzman Tabiplerin Kamu Hastanelerinde Sağlık Hizmeti Vermesi İhtimalinin Değerlendirmesi	100
2. Tıbbi Müdahale Hatalarından Kaynaklanan Hizmet Kusuru	102
a. Tıbbi Müdahale Kavramı	102
b. Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Şartları	105
c. Tıbbi Müdahaleden Hatasından Kaynaklanan Sorumluluk	125
C... İdarenin Sorumluluğunu Ortadan Kaldıran veya Azaltan Nedenler	133
1. Mücbir Sebep (Zorlayıcı Neden)	135
2. Beklenmeyen Hal (Umulmayan Hal)	138
3. Zarar Görenin Davranışı	139
4. Üçüncü Kişinin Davranışı	141
III. SAĞLIK HİZMETLERİNDE İDARENİN KUSURSUZ SORUMLULUĞU	142
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	150
İDARENİN SAĞLIK HİZMETİ SUNUMUNDAN KAYNAKLANAN TAM YARGI (TAZMİNAT) DAVALARI	150
I. GENEL OLARAK TAM YARGI DAVASI	150
II. TAM YARGI DAVALARINDA ÖZELLİK ARZ EDEN HUSUSLAR.....	151
A. İdareye Başvuru Şarti (Ön Karar)	151
B... Dava Açma Süresi	157
C... Davanın Tarafları.....	161
1. Ehliyet	163
a. Objektif Ehliyet.....	164
b. Subjektif Ehliyet	167
2. Husumet.....	189
D. Yetkili ve Görevli Mahkeme	195
1. Yetkili Mahkeme	195
2. Görevli Mahkeme	196
E... Davanın İhbarı ve Davaya Müdahale	197
F... Islah	207
G. Bilirkişilik.....	214
H. Mahkeme Kararları Ve Sonuçları	223
I... Kararlara Karşı Başvuru Yolları	230
1. Olağan Kanun Yolları.....	231
a. İstinaf	231
b. Temyiz	233
2. Olağanüstü Kanun Yolları	236

a. Kanun yararına temyiz.....	237
b. Yargılamanın yenilenmesi	237
3. Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru	239
4. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Başvuru	244
J... Rücu.....	251
III. SAĞLIK HİZMETİNDEN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARIN	
ÇÖZÜMÜNDE YARGI DIŞI YÖNTEMLER.....	265
A. Tahkim.....	265
B... Uzlaşma	266
C... Arabuluculuk	269
D. Sulh.....	272
SONUÇ.....	278
KAYNAKÇA	284

TABLO LİSTESİ

Tablo 1: Sağlık Hizmetleri Organizasyon Yapısı	22
Tablo 2: Sağlık Bakanlığının Teşkilat Yapısı	26

KISALTMALAR

AİHM: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

AİHS : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

AYİM : Askeri Yüksek İdare Mahkemesi

AYM: Anayasa Mahkemesi

BAĞ-KUR: Esnaf ve Sanatkârlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu

Bk. : Bakınız

BM: Birleşmiş Milletler

C: Cilt

CMK: Ceza Muhakemeleri Kanunu

D : Daire

DSÖ: Dünya Sağlık Örgütü

E : Esas numarası

e.t.:Erişim tarihi

Fak.: Fakülte

HMK: Hukuk Muhakemeleri Kanunu

İDDK : İdari Dava Daireleri Kurulu

İYUK:İdari Yargılama Usulü Kanunu

K : Karar numarası

KHK: Kanun Hükmünde Kararname

m: Madde

RG: Resmi Gazete

S: Sayı

s.: Sayfa

SB: Sağlık Bakanlığı

T.C.: Türkiye Cumhuriyeti

TBK : Türk Borçlar Kanunu

TCK: Türk Ceza Kanunu

TMK: Türk Medeni Kanunu

vd.: Ve devamı, ve diğerleri

Y: Yıl

YSS: Yüksek Sağlık Şurası

ÖNSÖZ

Tez çalışma konusunun belirlenmesinde ve çalışmanın hazırlanmasında bilgilerini, tecrübelerini ve değerli zamanlarını esirgemeyen, samimiyetini her zaman hissettiren tez danışmanım değerli hocam Dr. Öğr.Üyesi Nebahat KAYAER'e, verdiği destek ve yardımlarından dolayı çok teşekkür ederim. Tez sınavı jürisi olarak görüş ve önerileriyle çalışmamı katkı sağlayan Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR ve Dr. Öğr. Üyesi Esra DÜNDAR ARAVACIK'a teşekkürlerimi sunarım. Son olarak, tez çalışmam süresince manevi desteklerini benden esirgemeyen ve bana olan güvenlerini hiç kaybetmeyen sevgili aileme teşekkür ederim.

Fatma GÜLMEZOĞLU

Eylül 2020 İZMİR

GİRİŞ

1982 Anayasasının 2'nci maddesine göre, Türkiye Cumhuriyeti bir hukuk Devletidir. Hukuk devleti ilkesinin özü; devletin hukukla sınırlı olması ve bireylerin devletin karşısında korunması anlayışıdır.

İdare hukuku bakımından “idarenin bütün eylem ve işlemleri yargı denetimine tâbi olması” ve “idarenin kendi eylem ve işlemleri ile bireylere verdiği zararı karşılaması anlamında idarenin malî sorumluluğunun olması” hukuk devleti ilkesinin en önemli gereklerindendir. Anayasamızın 125'inci maddesinin birinci fıkrası, “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.” ve yedinci fıkrası, “İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.” hükümleriyle; bu şartlar anayasal güvence altına almıştır.

Bu çalışmada, idarenin sağlık hizmetleri sunumundan doğan sorumluluğunun kapsamı ve bu nedenle idare aleyhine açılacak İdare Hukuku'na özgü dava çeşitlerinden olan tam yargı (tazminat) davası uygulamaları incelenmiştir. İdarenin sağlık hizmetleri sunumundan kaynaklanan sorumluluk halleri ilgili mevzuat hükümleri ve içtihatlarla birlikte irdelenerek ele alınmış; idarenin doğrudan insan hayatıyla ilgili olan sağlık kamu hizmeti alanındaki faaliyetleri nedeniyle, kişilerin uğradığı zararlarının giderilmesinin önemi dikkate alınarak, uygulama düzeyinde etkili ve verimli başvuru yolları ile adaletli ve hakkaniyete uygun bir şekilde zararların tazmininin sağlanmasında yararlanılabilecek bir kaynak oluşturmak amaçlanmıştır.

Birinci bölümde sağlık, sağlık hakkı ve sağlık hizmeti kavramları incelenerek, sağlık hizmetinin kamu hizmeti niteliği vurgulanmıştır. Ülkemizdeki sağlık hizmetleri organizasyonu incelenerek, temel bir kamu hizmeti olan sağlık hizmetinin planlanması, kurulması, koordine edilmesi, işletilmesi ve denetlenmesi yetki ve sorumluluğuna sahip olan Sağlık Bakanlığı teşkilat yapısı hakkında ve sağlık hizmeti sunan kamu kurum ve kuruluşları ve özel sağlık kurum ve kuruluşları hakkında bilgi verilmiştir.

İkinci bölümde, idarenin sağlık hizmeti sunumundan kaynaklanan mali sorumluluğunun temel esasları başlığı altında, idarenin kusur ve kusursuz sorumluluk

halleri ayrı ayrı incelenmiştir. İdare hukukuna özgü bir kusurlu sorumluluk şekli olarak hizmet kusuru, özellikleri, hizmet kusuru sayılan haller ile birlikte hizmet kusuru ile kişisel kusur ve görev kusuru ayrımı incelenmiş; sağlık hizmeti sunumu özelinde, sağlık hizmetlerinin organizasyonundan (sağlık hizmetinin kuruluşu, işleyişi ve denetim faaliyetleri) kaynaklanan hizmet kusuru ve tıbbi müdahalelerden kaynaklanan hizmet kusuru başlıkları altında değerlendirilmiştir. Ayrıca, tıbbi müdahale kavramı, hukuki dayanağı, hukuka uygunluk şartları ile tıbbi müdahaleden doğan sorumluluk ele alınmıştır.

Üçüncü bölümde, idarenin sağlık hizmeti sunumundan kaynaklanan tazminat davaları, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda düzenlendiği şekilde tam yargı davaları yargılama usulü esas alınarak; ön karar alma şartı, dava açma süresi, davanın tarafları, yetkili ve görevli mahkeme, davanın ihbarı ve davaya müdahale, ıslah, bilirkişilik, mahkeme kararı ve sonuçları, kararlara karşı başvuru yolları incelenmiş, rücu müessesesi ele alınmıştır. Ayrıca, sağlık hizmetleri sunumundan doğan uyuşmazlıkların çözümünde yargı dışı yöntemler incelenmiş; tahkim, arabuluculuk, uzlaşma ve sulh yöntemlerinin idari uyuşmazlıklarda uygulanabilirliği değerlendirilmiştir.

Sonuç bölümünde ise, çalışmamızda idarenin sağlık hizmetlerinin sunumundan doğan zararların tazmini konusunda hukuki uyuşmazlıkların çözümünde uygulamaya ışık tutmak adına yapılan tespitler ile vardığımız sonuçlar açıklanmış; “idari güvence ilkesi” gereği, kişilerin, sağlık hizmetleri sunumundan kaynaklanan zararlarını, idarenin tazminle yükümlü olduğu ve sonrasında anayasal düzenleme ile idare için bağlı yetki haline gelen ilgili kamu görevlisine rücu müessesinin ve uyuşmazlıkların çözümünde yargı dışı yöntemlerin daha etkin ve verimli uygulanabilmesi için önerilerimiz sunulmuştur.

BİRİNCİ BÖLÜM SAĞLIK HİZMETİ

I. SAĞLIK KAVRAMI

1948 Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ-WHO) Tüzüğü¹'nde “sağlık yalnızca hastalık ya da sakatlığın olmayışı değil, bedence, ruha ve sosyal yönden tam iyilik durumudur” tanımını yapmıştır.

Aynı tanım, 224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun²'un 2. maddesine alınmıştır: “Sağlık yalnız hastalık ve maluliyetin yokluğu olmayıp, beden, ruhen ve sosyal bakımdan tam bir iyilik halidir”.

İnsan çok boyutlu bir varlık olduğundan; sağlık kavramının da insanın her boyutuyla ilişkilendirilerek tanımlanması gerekli görülmüştür. Dünya Sağlık Örgütü'nün (DSÖ-WHO) sağlık tanımının yeterliliği tartışılmış ve sağlık kavramının fiziksel, sosyal, duygusal ve kültürel yönleri ele alınarak, çok farklı şekillerde tanımları yapılmıştır.

Sağlık kavramı subjektif ve objektif olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmiştir:

Subjektif olarak sağlık, fiziksel, ruhsal ve sosyal yönden kişinin kendisinin durumunu nasıl algıladığı ile ilgilidir. Kişi, hasta olmadığı halde kendisini hasta ya da hasta olduğu halde sağlıklı olarak değerlendirebilir. Objektif olarak sağlık ise, bilimsel gerçekliği kabul edilen verilere göre, örneğin; doktor muayenesi ve tanı testleri sonuçlarına göre kişinin bir hastalığın olup olmadığının değerlendirilmesidir. DSÖ'nün sağlık tanımı, sağlık kavramının hem objektif hem de subjektif olarak anlamlarını içermektedir.

¹ Uluslararası Sağlık Konferansı tarafından kabul edilen DSÖ Anayasası, New York, 19 Haziran - 22 Temmuz 1946; 22 Haziran 1946'da 61 Devletin temsilcileri (WHO'nun Resmi Kayıtları, no: 2, s. 100) tarafından imzalanmış ve 7 Nisan 1948'de yürürlüğe girmiştir. World Health Organization (1946), “Constitution of the World Health Organization”, <https://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/constitution-en.pdf?ua=1> (erişim tarihi: 01.2018).

² RG. 12.01.1961/10705.

Sağlığı tanımlamakta kullanılan iyilik hali üzerine birçok çalışma yapılmıştır. Modern iyilik hareketinin fikir babası olarak bilinen Halbert Dunn, sağlığı hastalığın karşıtı olarak tanımlarken, sağlıklı yaşam felsefesinde sağlıklı yaşam biçimlerinin tanıtılması ile bu şekilde hastalıkların önlenmesine odaklanılmasını tavsiye etmiştir. Sağlık skalasını, çevre eksenıyla sağlık ekseninin kesiştiği yer olarak tanımlar ve bu skala ile refaktan hastalığa olan sürekliliği açıklamaya çalışmıştır³.

21 Kasım 1986 tarihinde Ottawa’da toplanmış olan Birinci Uluslararası Sağlığın Teşviki ve Geliştirilmesi Konferansı’nda yayınlanan Ottawa Bildirgesi⁴ ile, *“kişilerin iyi nitelikte bir yaşamın keyfini çıkartabilecekleri, etkin ve üretken bir yaşam sürdürebilecekleri bir süreç”* olarak görülen sağlık; *“bireyin bir yandan arzularını tanımlayıp gerçekleştirmeye ve gereksinimlerini karşılamaya, diğer yandan çevresini değiştirmeye ve onunla baş etmeye muktedir olabilmesi”* şeklinde daha geniş anlamda tanımlanmıştır.

II. SAĞLIK HAKKI KAVRAMI

Sağlık hakkı, insan haklarının özünü oluşturan yaşama hakkının gereği olan temel ve evrensel bir hakdır.

Temel amacı, *“tüm insanların mümkün olan en yüksek sağlık düzeyine ulaşmaları”* olan Birleşmiş Milletler’e bağlı DSÖ’nün Anayasası, 22 Temmuz 1946 tarihinde ülkemizin de aralarında bulunduğu 61 ülkenin temsilcisi tarafından imzalanmıştır. Sağlığı hak olarak düzenleyen ilk uluslararası metin olarak kabul edilen DSÖ Anayasası’nın başlangıç bölümü birinci ve ikinci paragraflarında; *“sağlık; beden, fikir ve sosyal bakımından tam bir iyilik hali olup, yalnız sağlık haline sahip olmak, ırkı, dini, siyasi fikirleri, ekonomik veya sosyal durumu ne olursa olsun her insanın temel haklarından birini teşkil eder”* ifadeleri ile sağlık ve sağlık hakkı tanımları yapılmıştır.

10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi⁵ 25’nci Maddesinde sağlık hakkına yer verilmiştir:

³ Dunn, H.L., High-level wellness: A collection of twenty-nine short talks on different aspects of the theme "High-level wellness for man and society." Arlington, 1961.VA: R.W. Beatty.

⁴The Ottawa Charter for Health Promotion 17-21 November 1986.

<https://www.who.int/healthpromotion/conferences/previous/ottawa/en/> (erişim tarihi:15.04.2020).

⁵ Bildirge’nin resmi tercümesi için bkz. RG. 27.05.1949/ 7217.

“Her şahsın gerek kendisi gerekse ailesi için, yiyecek, giyim, mesken, tıbbi bakım, gerekli sosyal hizmetler dâhil olmak üzere sağlığı ve refahını temin edecek uygun bir hayat seviyesine ve işsizlik, hastalık, sakatlık, dulluk, ihtiyarlık veya geçim imkânlarından iradesi dışında mahrum bırakacak diğer hallerde güvenliğe hakkı vardır.”

Türkiye'de sağlık hakkı, 1961 ve 1982 Anayasalarında tanınan temel haklar arasındadır.

1961 Anayasası⁶'nın 49'uncu maddesinde yer alan "*Devlet, herkesin beden ve ruh sağlığı içinde yaşayabilmesini ve tıbbî bakım görmesini sağlamakta ödevlidir.*" hükmü ile, sağlık hakkı; bireylere devletten olumlu bir davranış, bir hizmet isteme imkânını tanıyan pozitif statü hakkı olarak düzenlenmiştir.

1982 Anayasası⁷'nin 17'nci maddesinde ise yaşam hakkı ile ilgili düzenleme yapılmıştır:

"Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz. Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz."

Yaşama hakkı, devlet güvencesi ve onun pozitif yükümlülüğü kapsamı içinde koruma altına alınmıştır.

1982 Anayasası'nın "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" bölümünde yer alan ve "Sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması" başlığını taşıyan 56'ncı maddesinde sağlık hakkı düzenlenmiştir:

"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 sağlama; 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 kesimdeki sağlık ve sosyal kurumlardan yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir.

⁶ RG. 20/7/1961/10859.

⁷ RG. 9/11/1982/17863 (Mükerrer).

Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir.”

Yapılan bu anayasal düzenleme ile; “sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı” mutlak olarak kabul edilirken; devlete yükümlülükler getirilmiştir. Devlete verilen yükümlülüklere uygun olarak, sağlık hakkı pozitif statü hakları içerisinde incelenmektedir. Sağlık hakkı ağırlıklı olarak pozitif statü hakları içerisinde; bununla birlikte, bir negatif boyutu da bulunmaktadır. Kişinin sağlık halinin ve sağlığına ilişkin özerkliğinin korunması, “devletin yapma tipi ödevlerinin ötesinde, yapmama tipi ödevleri ile üçüncü kişilerin yapmasını engelleme tipi ödevlerini de” gerektirir⁸. Devletin, “yetki alanında bulunan hiçbir bireyin yaşamına kasıtlı ve hukuka aykırı olarak son vermeme” olarak negatif yükümlülüğü ve bunun yanı sıra, “yetki alanında bulunan tüm bireylerin yaşam hakkını gerek kamusal makamların, gerek diğer bireylerin, gerekse kişinin kendisinin eylemlerinden kaynaklanabilecek risklere karşı koruma yükümlülüğü” olan pozitif yükümlülüğü bulunmaktadır. Pozitif yükümlülük sağlık alanında yürütülen faaliyetleri de kapsar⁹. Anayasa'nın 56. maddesinde devletin, 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 düzenleyeceği, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getireceği kurala bağlanmıştır.

Anayasa Mahkemesi çeşitli kararlarında sağlık hakkına değinmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre "kişilerin kutsal olan canının ve sağlığının korunması daha önemli bir görev olarak devlete verilmiştir". Çünkü, "yaşama hakkı", yani "sağlık", "ekonomik" değil, "temel hak"tır¹⁰.

Anayasa Mahkemesi kararında¹¹;

"Kişinin yaşama hakkı, maddi ve manevi varlığını koruma hakkı, birbirleriyle sıkı bağlantıları olan, devredilmez, vazgeçilmez temel haklardandır. Bu haklara karşı olan her türlü engelin ortadan kaldırılması da devlete ödev olarak verilmiştir. Güçsüzleri güçlüler karşısında

⁸ Özgür Temiz, “Türk Hukukunda Bir Temel Hak Olarak Sağlık Hakkı”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C.69, No.1, 2014, s.167.

⁹ AYM, 11.12.2014, B.No:2013/829.Lexpera (erişim tarihi 23.03.2020).

¹⁰ AYM., 2.5.1991, 28/11. (AMKD, Sayı: 27, C.1, s. 353).

¹¹ <http://www.constitutionalcourt.gov.tr/inlinepages/leadingjudgements/IndividualApplication/judgment/2013-2839.pdf> (erişim tarihi 23.03.2020).

koruyacak olan devlet, gerçek eşitliği sağlayacak, toplumsal dengeyi koruyacak, böylece gerçek hukuk devleti niteliğine ulaşacaktır" açıklamaları ile yaşam hakkı dolayısıyla sağlık hakkının önemi vurgulanmıştır. Uygun bir tıbbi tedavinin sağlanması konusundaki eksiklikler, yaşam hakkını koruma yükümlülüğüne aykırılık teşkil edebilir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM), prematüre doğan bebeği ölen bir annenin başvurusu (Asiye Genç, Başvuru No. 24109/07)¹² neticesinde verilen kararında; *"Devlet'in, devlet hastanesi hizmetinin ve daha genel olarak, sağlığın korunması sisteminin düzenli olarak organize edilmesiyle ve işleyişle yeterince ilgilenmediğini ve sorunun sadece hasta yoğunluğundan kaynaklanan öngörülemez bir yer olmayışına bağlı olmadığını göstermektedir"* ifadeleri ile sağlık alanında devletin yükümlülükleri hatırlatılmış ve devletin, başvuru sahibinin bebeği ile ilgili olarak, Sözleşme'nin 2. maddesinden ileri gelen yükümlülüklerini yerine getirmede gerekli olduğu gerekçesiyle başvuru sahibine manevi tazminat ödenmesine karar verilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), "Toğay Gültekin'in zorunlu askerlik görevini yerine getirirken, yetkililerin Toğay Gültekin'in ciddi sağlık sorunları için gerekli tıbbi tedaviye ivedi bir şekilde erişimini sağlamamaları sebebiyle hayatını kaybetmiş olduğu" iddiası ile açılan tazminat davasına ilişkin kararında (Metin Gültekin ve Diğerleri *Başvuru No. 17081/06*)¹³; Hükümetin yetkililerin somut davadaki ölüm olayını engellemek için zamanında ve yeterli tedbirler almak suretiyle pozitif yükümlülüklerini yerine getirdiklerini gösterme yükümlülüğüne uymadığı, dolayısıyla, Hükümetin Toğay Gültekin'in yaşamının korunmasına ilişkin pozitif yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle, Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiği kabul edilmiştir.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin ekonomik ve sosyal alandaki uzantısı durumundaki uluslararası bir sözleşme olan Avrupa Sosyal Şartı'nın 11. Maddesi , "Sağlığın Korunması Hakkı" başlığı altında ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartının 13. Maddesi "Sosyal ve Tıbbi Yardım Hakkı" başlığı altında yapılan düzenlemeler ile taraf devletler; sağlığın bozulmasına yol açan nedenleri olabildiğince ortadan kaldırmak, sağlıklı olmayı teşvik etmek ve sağlık konularında kişisel sorumluluk

¹² <http://www.ttb.org.tr/images/stories/file/2015/caseofag.pdf> (erişim tarihi:17.03.2020).

¹³ <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-159260%22%5D%7D> (erişim tarihi:17.03.2020).

duygusunu geliştirmek üzere eğitim ve danışma hizmetleri sağlamak, salgın, yöresel ve diğer hastalıkları olabildiğince önlemek üzere uygun önlemler almayı taahhüt etmiřlerdir¹⁴. Sağlığın korunması hakkının etkili bir biçimde kullanılması sağlamak amacıyla bu önlemler, kamu ya da özel sektör tarafından yerine getirilmek üzere iş birliği içinde alınacaktır.

Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi¹⁵'nin 35. maddesinde "Sağlık Hizmetleri" başlığı altında sağlık hakkı düzenlenmiş olup; bu madde uyarınca "*Herkes, ulusal yasalar ve uygulamalarda belirtilen şartlar çerçevesinde koruyucu sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkına ve tıbbi tedaviden yararlanma hakkına sahiptir*".

BM yesi olan 191 ülkeden 145'inin taraf olduğu ve ülkemiz tarafından 15.08.2000 tarihinde imzalanan ve 11.08.2003 tarih ve 25196 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak Bakanlar Kurulu'nun 10.07.2003 tarih ve 2003/5923 sayılı Kararnamesi ile yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Szleřmesi¹⁶'nin 12. maddesi ise; "Sağlık standardı hakkı" başlığı altında "taraf devletlerin herkesin mümkün olan en yüksek seviyede fiziksel ve ruhsal sağlık standartlarına sahip olma hakkını tanıdığı" düzenlenmiştir. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi; 14 No'lu Genel yorum 8. Paragrafında, sağlık hakkının hem hakları hem de özgürlükleri içerdiğini; cinsel ve remeye ilgili özgürlükler dahil kişinin kendi sağlık ve bedenini kontrol etme hakkını ve müdahaleye maruz kalmama hakkını; örneğin, işkence görmeme hakkı, rıza olmadan tıbbi tedavi ve işleme tabi tutulmama hakkını içerdiğini, buna karşılık hakların insanlara eşit imkanlar sunan bir sağlık koruma sistemine sahip olma hakkını içermekte olduğunu ve 11. Paragrafında, yalnızca zamanında sağlanan ve uygun sağlık bakımını değil, aynı zamanda güvenli ve içilebilir su kaynaklarına erişim ve yeterli sağlık koruma koşulları, güvenli yiyecek arzı, beslenme, konut, işle ilgili ve çevresel şartların sağlıklı olması, ve cinsel sağlık ile üreme sağlığı da dahil olmak üzere sağlıkla ilgili eğitilere erişim gibi sağlığın belirleyici etmenlerini içeren kapsayıcı bir hak olduğunu yorumlamaktadır¹⁷.

¹⁴ <https://www.ailevecalisma.gov.tr/media/1318/avrupa-sosyal-%C5%9Fart%C4%B1.pdf> (erişim tarihi:20.03.2020).

¹⁵ <https://www.avrupa.info.tr/tr/avrupa-birliği-temel-haklar-bildirgesi-708> (erişim tarihi:20.03.2020).

¹⁶ <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/EkonomikSosyalKulturelHaklarSozlesmesi.pdf> (erişim tarihi:23.03.2020).

¹⁷ <https://ihop.org.tr/ekonomik-sosyal-ve-kueltuereel-haklar-komitesi/> (erişim tarihi:23.03.2020).

Sağlık hakkı; ülkemizin de taraf olduğu İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Alma Ata Bildirgesi, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, Avrupa Sosyal Şartı, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı ile uluslararası düzeyde güvence altına alınmıştır.

III. SAĞLIK HİZMETİ KAVRAMI

Sağlık hizmetleri, DSÖ tarafından, belirli sağlık kuruluşlarında değişik tip sağlık personelinin yararlanarak toplumun gereksinim ve isteklerine göre değişen amaçları gerçekleştirmek ve böylece kişilerin ve toplumun sağlık bakımını her türlü koruyucu ve tedavi edici etkinliklerle sağlamak üzere ülke çapında örgütlenmiş kalıcı bir sistem olarak tanımlanmaktadır. Başka bir ifade ile, sağlık hizmetleri, hastalıkların teşhis, tedavi ve rehabilitasyonu yanında, hastalıkların önlenmesi ve toplum ve bireyin sağlık düzeyinin geliştirilmesi ile ilgili faaliyetler bütünü anlamına gelmektedir¹⁸.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nca kabul edilen ve ülkemizin de taraf olduğu "İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi"nin 25. maddesinin birinci fıkrasına göre: "*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 imkanlarından iradesi dışında mahrum bırakacak diğer hallerde güvenliğe hakkı vardır.*"

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara ilişkin Uluslararası Sözleşme'nin (ESKHS) 9'uncu maddesinde; bu Sözleşme'ye Taraf Devletlerin, herkesin sosyal sigorta da dahil olmak üzere sosyal güvenlik hakkını tanıdığı belirtilmiş, 12. maddesinin birinci fıkrasında; "*Bu Sözleşme'ye Taraf Devletler, herkesin, ulaşılabilecek en yüksek fiziksel ve zihinsel sağlık standardına sahip olma hakkını kabul ederler.*" hükmüne yer verilerek, ikinci fıkrasında sözleşmeye taraf devletlerin bu hakkın tam olarak kullanılmasını sağlamak için alacakları tedbirler sayılmış, (c) bendinde; salgın, yöresel, mesleki ve diğer hastalıkların önlenmesi, tedavisi ve kontrolü, (d) bendinde ise; hastalık durumunda

¹⁸ Şahin Kavuncubaşı, *Hastane ve Sağlık Kurumları Yönetimi*, Siyasal Kitapevi, Ankara, 2000, s.34.

herkese tıbbi hizmet ve tıbbi bakım sağlayacak koşulların yaratılması amacıyla taraf devletlerin gerekli tedbirleri alacakları hükme bağlanmıştır.

224 Sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun¹⁹,un 2'nci maddesinde: *“Sağlık hizmetleri: İnsan sağlığına zarar veren çeşitli faktörlerin yok edilmesi ve toplumun bu faktörlerin tesirinden korunması, hastaların tedavi edilmesi, bedeni ve ruhi kabiliyet ve melekeleri azalmış olanların işe alıştıırılması (Rehabilitasyon) için yapılan tıbbi faaliyetler sağlık hizmetidir”* tanımı yapılmıştır.

Alma-Ata Bildirgesi²⁰nde; *“Temel sağlık hizmetleri, pratik, bilimsel olarak geçerli ve sosyal olarak kabul edilebilir metotlarla, bir ülke veya toplumun ödeyebileceği bir maliyette erişilebilir kılınan zorunlu bir sağlık hizmetidir.”* tanımı yapılmış ve ayrıca herkesin temel sağlık hizmetlerine erişiminin olması gerektiği vurgulanmıştır. Sağlık hizmetinin olmaması kabul edilebilir bir durum değildir. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi “Mümkün Olan En Yüksek Seviyedeki Sağlık Standartlarına Sahip Olma Hakkı”nın yorumlandığı 14 No’lu Genel yorumda²¹; sağlık bakım hizmetlerinin ve ayrıca sağlığın belirleyici etmenlerinin ücretlendirilmesi denklik ilkesine dayanması ve ister kamu veya isterse özel sektör tarafından veriliyor olsun bu hizmetlerin, herkes tarafından karşılanabilir olmasının güvence altına alınması gerekliliği açıklanmıştır.14 No’lu Genel yorum 17. Paragrafında ise; fiziksel veya ruhsal olsun, “hastalık halinde her türlü sağlık hizmetinin ve bakımının sağlanması için gerekli şartların yaratılması”nın (Madde 12.2 (d)), temel önleyici, tedavi ve rehabilitasyona yönelik sağlık hizmetleri ve sağlık eğitimine eşit ve zamanında erişimin sağlanmasını; düzenli tarama programlarını; yaygın hastalıkların, rahatsızlıkların, yaralanmaların ve sakatlıkların tercihen halk sağlığı düzeyinde uygun yollarla tedavisini; temel ilaçların teminini; ve uygun akıl sağlığı bakım ve tedavisini içermekte olduğu ifade edilmiştir.

¹⁹ RG. 12.01.1961/10705.

²⁰Alma Ata Bildirgesi, DSÖ, Cenevre, 1978.

https://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?view=article&catid=6%3Auluslararasıge&id=521%3Atemel-saık-hmetleruluslararası-konferansi-bdalma-ata&format=pdf&option=com_content&Itemid=36(erişim tarihi:23.03.2020).

²¹ <https://ihop.org.tr/ekonomik-sosyal-ve-kueltuereel-haklar-komitesi/> (erişim tarihi:23.03.2020).

IV. SAĞLIK HİZMETİNİN KAMU HİZMETİ NİTELİĞİ

Sağlık hizmeti, temel bir kamu hizmetidir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 56'ncı maddesi hükmü ile, sağlık hizmetlerinin bir kamu hizmeti olarak nitelendirildiği açıktır. Anayasa'nın bu hükmü ile, sağlık hizmetlerinin planlanması, yürütülmesi, denetlenmesi ve finansal kaynak sağlanması devletin yükümlülükleri olarak düzenlenmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin kamu hizmeti tanımına göre, düzenlilik ve süreklilik isteyen sağlık hizmeti de niteliği gereği kamu hizmetidir. Anayasa Mahkemesi tarafından kamu hizmeti tanımı şu şekilde yapılmıştır: "... Kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir..."²².

Danıştay da kamu hizmetini aynı hususlara değinerek şu şekilde tanımlamıştır: "...Kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir..."²³.

Anayasa Mahkemesi kararına göre;

"sağlık hizmetleri; nitelikleri gereği diğer kamu hizmetlerinden farklıdır. Sağlık hizmetinin temel hedefi olan insan sağlığı sorunu, ertelenemez ve ikame edilemez. Bilime dayalı olması gereken tanı ve tedavi metotlarının insan yararına sürekli yenilik ve gelişme göstermesi, hizmet kalite ve beklentilerini çağın koşullarına yaklaştırmayı gerektirmektedir. Bu yönüyle sağlık hizmetleri, kendi iç dinamikleri ve nitelikleri gereği üretilmesi ve halk yararına sunulmasında özel sektörün kazanç, rekabet ve büyüme dinamiklerinden yararlanacak türdeki hizmetlerdendir"²⁴.

²² AYM, GKK.,09.12.1994, 43,42-2.

file:///C:/Users/Asus/Downloads/YukseMahkeme%20(Esas%201994-43%20Karar%201994-42-2).pdf
Sinerji Mevzuat (erişim tarihi 08.01.2020).

²³ Danıştay, 13D., 26.09.2008, 5151/6509. (DD.120, s.420).

²⁴ AYM, 22.11.2007, 114/85 (RG 24.12.2007/26736).

1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu²⁵'nin 1'nci maddesine göre; “*Memleketin sıhhi şartlarını ıslah ve milletin sıhhatine zarar veren bütün hastalıklar veya sair muzır amillerle mücadele etmek ve müstakbel neslin sıhatli olarak yetişmesini temin ve halkı tıbbi ve içtimai muavenete mazhar eylemek umumi Devlet hizmetlerindedir.*”

Sağlık kamu hizmeti, idari kamu hizmetlerindedir ve bu bakımdan kamu hukuku esaslarına göre yürütülür²⁶. Sağlık kamu hizmeti olarak düzenlenmesi, bu hizmeti sunan idareye yükümlülükler, bireye ise haklar verildiği anlamına gelmektedir. Sağlık hizmetinden yararlanma birey açısından bir hak olduğu gibi, bireylere sağlık hizmeti sunma Devlet açısından aynı zamanda bir yükümlülüktür²⁷.

Sağlık hizmetleri, insanın fiziksel, ruhsal ve toplumsal bakımdan sağlığının korunması, iyileştirilmesi ve bu durumun sürekliliğinin sağlanarak toplumun refah düzeyinin ve mutluluğunun geliştirilmesi amacı ile sunulan hizmetlerdir²⁸.

Bireylerin sağlıklı yaşayabilmesi için sunulacak kamu hizmeti sürekli ve kesintisiz olarak devam etmelidir. Sunulan sağlık hizmetleri maliyetin artması, kazanç sağlanamaması gibi gerekçelerle aksatılamaz. Eşitlik ilkesi gereğince de sağlık hizmetinden faydalanan tüm bireylerin hizmete ulaşmada ve hizmetten faydalanmada eşit imkânlardan faydalanması bir zorunluluktur²⁹.

Sağlık hizmetlerinin diğer hizmetlerden farklı, önemli ve çok yönlü özellikleri bulunmaktadır. Sağlık hizmetleri insan niteliklerinin geliştirilmesi için gerekli olan en temel hizmet özelliğine sahiptir. Beşeri sermaye, insana ait niteliklerin değeri olarak ifade edilmekte olup; sağlık hizmetlerinin bünyesinde taşıdığı özellikler ile bire bir ilişkilidir³⁰.

Sağlık, doğrudan insan hayatıyla ilgili bir hizmet alanıdır. Bu nedenle, diğer bir çok kamu hizmetine kıyasla önemi ortaya çıkmaktadır. Sağlık hizmetleri insanların yaşam

²⁵ RG. 06.05.1930/1489.

²⁶ Metin Günday, *İdare Hukuku*, 7. Bası, İmaj Yayınları, Ankara, 2003, s.291.

²⁷ M.Savaş Bayındır, “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y:2007, C.XI, S:1,2, s.554.

²⁸ Aslantekin Filiz vd., “Sağlık Hizmetlerinde Kalite Deneyimi: Dr. Ekrem Hayri Üstündağ Kadın Hastalıkları ve Doğum Hastanesi Örneği”, Fırat Sağlık Hizmetleri Dergisi, Cilt:2, Sayı:6, 2007,s.57.

²⁹ Fatih Birtek, Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinde İdarenin Kusura Dayanan Sorumluluğu, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2, S. 3-4, 2007, s.85.

³⁰ Asuman Altay, *Türkiye’de Beşeri Sermayenin Karşılaştırmalı Analizi*, TÜGİAD, Ankara, 2005, s.3.

kalitesi ile doğrudan ilgilidir; toplumun sağlığını korumak, iyileştirmek ve yükseltmek için verilen bir hizmetler bütünüdür.

V. SAĞLIK HİZMETİ ÇEŞİTLERİ

3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu³¹'nin “Temel esaslar” başlıklı 3/k maddesi ile 8’nci maddesinde, üç türlü sağlık hizmeti ifade edilmiştir. Bunlar:

- 1) Koruyucu sağlık hizmetleri
- 2) Tedavi edici sağlık hizmetleri
- 3) Rehabilitasyon edici(esenlendirici) sağlık hizmetleri

Sağlık hizmetleri bir bütün olmakla birlikte, işlevsellik özelliği dikkate alınarak 3359 sayılı Kanun’da yapılan ayırım esas alınarak üç ana bölümde incelenmesi, idarenin sağlık hizmetlerinden kaynaklanan tazminat sorumluluğunun ortaya konması bakımından da yararlı görülmüştür.

A. Koruyucu Sağlık Hizmetleri

Sağlığın korunması, hastalıkların önlenmesi için yapılan çalışmalar genel olarak koruyucu sağlık hizmetleri olarak adlandırılmıştır. Kişileri hastalanmaktan, yaralanmaktan, sakat kalmaktan ve erken ölümden korumak amacıyla verilen sağlık hizmetleridir. Kişiye yönelik olarak yapılan bağışıklama, ilaçla ve serumla koruma, erken tanı, aile planlaması, beslenme durumlarının iyileştirilmesini sağlamak için gıda güvenliği ve sağlıklı beslenme alışkanlıklarının kazandırılması, sağlık eğitimi gibi işler ile fizik, biyolojik ve sosyal çevredeki olumsuz koşullardan kaynaklanan sağlık sorunlarını önlemek amacıyla çevreye yapılan müdahaleler koruyucu hizmetlerdir³². Bu hizmetlerin yürütülmesinde sağlık sektörü ile diğer sektörlerin iş birliği söz konusudur. Koruyucu sağlık hizmetleri çevreye ve kişiye yönelik olmak üzere gruplandırılmıştır.

³¹ RG. 15.05.1987/19461.

³²http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&view=article&id=240:saik-hmetler-ymeshakkinda-saik-bakanli-yerges&catid=8:ygeler&Itemid=34 (erişim tarihi: 15.03.2020).

1. Çevreye Yönelik Koruyucu Sağlık Hizmetler

İnsanın çevresinde bulunan ve onun sağlığını olumsuz etkileyen biyolojik, fizik kimyasal ve sosyal etkenleri yok ederek veya kişileri etkilemesini önleyerek çevreyi olumlu hale getirmeye yönelik hizmetlerdir. Bu başlık altındaki başlıca hizmetler olarak;

- Yeterli ve temiz içme suyunun sağlanması,
- Atıkların kontrolü ve zararsız hale getirilmesi,
- Konut sağlığı, barınma hijyeninin sağlanması,
- Besin hijyeninin sağlanması,
- Vektörlerle (haşerelerle) savaş,
- Hava kirliliği ve gürültü kirliliği ile savaş,
- Radyasyon kontrolü,

sayılabilir.

Çevreye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri, sağlık sektöründen daha çok, bu konuda özel eğitim almış mühendis, kimyager, veteriner, biyolog, çevre sağlık teknisyeni vb. meslek üyeleri tarafından sağlanır.

2. İnsana Yönelik Koruyucu Sağlık Hizmetleri

Kişileri dolayısı ile de toplumu hastalık etkenlerine karşı güçlü ve dirençli kılmayı, hastalanmaları halinde ise en erken dönemde tanı konularak, uygun tedavi ile hasarsız veya en az hasarla iyileşmelerini sağlayan hizmetler bu grup altında toplanır. Bu başlık altındaki başlıca hizmetler olarak;

- Erken tanı ve uygun tedavi,
 - Bağışıklama,
 - İlaçla koruma,
 - Ana çocuk sağlığı, aile planlaması hizmetleri,
 - Beslenme,
 - Gıda güvenliği, kişisel hijyen ve sağlık eğitimi,
- sayılabilir.

Bu grup hizmetler özellikle sağlık sekt6r6 ve sağlık personeline y6r6t6len hizmetlerdir.

Sağlık Hizmetlerinin Y6r6t6lmesi Hakkında Y6nerge³³, de geliştirici sağlık hizmeti, koruyucu ve tedavi edici hizmetlerin yanı sıra, halkın sağlık eğitimi, toplum kalkınması, sosyal, ekonomik ve evre koşullarının iyileştirilmesi çalışmalarını da kapsayan toplumun genel sağlık d6zeyinin iyileştirilmesini hızlandırıcı hizmetler olarak tanımlanmış olup, 6đretide ayrı bir sağlık hizmeti olarak kabul eden yazarlar vardır³⁴. Koruyucu sağlık hizmetlerinin geliştirici sağlık hizmetlerini kapsayacağı d6ř6ncesi ile ayrı bir sağlık hizmeti başlığı altında incelenmesine gerek g6r6lmemiştir.

B. Tedavi Edici Sağlık Hizmetleri

Hastalanan insanların tekrar sağlığına kavuşması için yapılan çalışmaların tamamı bu başlık altında toplanır. Tedavi edici hizmetler, tamamen sağlık personeli ve sekt6r6nce y6r6t6len hizmetlerdir. Hastaneler yaralı ya da hastalık ř6phesi ile sağlık durumlarını kontrol ettirmek isteyen kişilerin ayaktan ya da yatarak muayene edildiği, g6zlem altında tutulduğu, hastalık tanılarının konulduğu, tedavi ya da rehabilitasyon hizmetlerinin verildiği; tıbbi bir kuruluş, ekonomik bir işletme, doktor ve diğer sağlık personellerine eğitim veren bir kurum araştırma 6nitesi, birçok meslek gruplarından kişilerin çalıştığı bir 6rg6t, sosyal ve toplumsal birimler olarak tanımlanmaktadır³⁵.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu³⁶'nin "Hizmet basamakları ve sevk zinciri" başlıklı 70 inci maddesine g6re; "*Bu Kanunun uygulanması bakımından sağlık hizmeti sunucuları birinci, ikinci ve 66nc6 basamak olarak Sağlık Bakanlığı tarafından basamaklandırılır.*" Sağlık Bakanlığı Sağlık Hizmetleri Genel M6d6rl6đ6 tarafından Sağlık Hizmeti Sunucularının Basamaklandırılması hakkında

³³ https://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&id=240 (erişim tarihi:20.03.2020).

³⁴ Muhammed Tokalı, *Sağlık Kamu Hizmetinde İdarenin Tazminat Sorumluluğu*, Doktora Tezi, Kocaeli 6niversitesi Sosyal Bilimler Entit6s6, 2016, s.36.

³⁵ Dalbay, 6. ve Biçer, İ.H., "Bir Kamu Hastanesinde ISO-9002: 1994 Kalite G6vence Y6netimi Uygulamasının Hasta Memnuniyeti ve Bazı Performans G6stergelerine Etkisi". İT6, 2002: Sosyal Bilimler Dergisi, 1(1) s.12.

³⁶ RG. 16.6.2006/26200.

hazırlanan 2019/10 sayılı genelge³⁷ ile; sağlık hizmetlerinin; koruyucu, tedavi edici ve rehabilite (esenlendirici) edici hizmetler olmak üzere üç ana başlıkta sınıflandırılması da dikkate alınarak uygulamaya esas olmak üzere sağlık hizmeti sunucuları birinci basamak sağlık kuruluşları, ikinci basamak sağlık kuruluşları ve üçüncü basamak sağlık kuruluşları olmak üzere üç kademeye ayrılır.

Koruyucu ve tedavi edici sağlık hizmetlerini yürütmek Sağlık Bakanlığının temel görevidir.

Tedavi edici sağlık hizmetleri, diğer sağlık hizmetlerine göre çok daha fazla maliyet ve organizasyon gerektiren hizmetlerdir. Koruyucu sağlık hizmetleri, çok daha az maliyetli olduğundan, koruyucu sağlık hizmetlerine verilen öncelik artmaktadır.

C. Rehabilite Edici (Esenlendirici) Sağlık Hizmetleri

Hastalık ve kazalar sonrasında yaşanan sakatlıklar, ağrılar, güçsüzlükler ve hareket kısıtlamaları gibi nedenlerle kaybedilen işgücünün çeşitli yöntemler ile giderilmesini amaçlayan hizmetlerdir. Kişilerin yaşamlarını kaliteli şekilde devam ettirebilmelerini, kendilerine yeterek başkalarına bağımlı olmadan sürdürmelerini sağlamaya yönelik, tıbbi bakım ve sosyal hizmet çalışmalarının birlikte yürütülmesi ile hastanın rehabilite edilmesi için verilen hizmetlerdir.

1. Tıbbi Rehabilitasyon

Kaybedilen bedensel kabiliyetlerin olabildiğince giderilmesi, engelliliğin, kalıcı sakatlıkların, hareket ve fiziksel bozuklukların ortadan kaldırılabilmesi için verilen hizmetlerdir. Kaybedilen organ yerine protez takılması, duruş bozukluklarının düzeltilmesi, spastisitelerin azaltılması türünden çalışmalardır.

³⁷<https://shgm.saglik.gov.tr/TR,58484/201918-saglik-hizmet-sunucularinin-basamaklandirilmesi-genelgesi.html> (erişim tarihi:15.03.2020).

2. Sosyal Rehabilitasyon

Fizik ve psikolojik hasarlı kişilerin, günlük hayata uyum sağlayarak katılabilmelerine, durumlarına uygun yapabilecekleri işlerin öğretilmesi ve iş bulmalarının sağlanmasına yönelik çalışmalardır.

Hizmet tanım ve türlerinde de anlaşılacağı üzere, tıbbi rehabilitasyon sağlık sektöründe; sosyal rehabilitasyon ise, ağırlıklı olarak sosyal hizmet kurum ve personeline yürütülür.

D. Sağlık Hizmetinden Sayılan Diğer Hizmetler

Sağlık hizmetinin gerçekleştirilmesi sırasında diğer bazı faaliyetlerde de bulunulur. Doğrudan insan sağlığına yönelik bir faaliyet olmamakla birlikte, sağlıkla ilgili yürütülen diğer faaliyetlerin sağlık kamu hizmetinden sayılması hususu tartışmalıdır. Öğretide; rapor düzenlenmesi veya sağlık hizmeti verilmesi nedeniyle sırrın öğrenilmesi ve bu sırrın saklanması gibi faaliyetlerin de sağlık hizmeti kavramından sayıldığı öne sürülmektedir.

Sağlık hizmetinin sunumu sırasında uyulması gereken bir kısım kurallar ve/veya yapılması gereken diğer işlemler olabilir. Örneğin, sağlık hizmetleri nedeniyle kayıt tutulması ya da rapor düzenlenmesi, kişisel verilerin korunması ve saklanması ile sır saklama ve suçun bildirilmesi yükümlülükleri sağlık hizmetleri ile ilgili diğer faaliyetler olarak sayılabilir.

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Tarzı Sanatların İcrasına Dair Kanun'un³⁸ 72'nci ve 73'ncü maddeleri uyarınca her sağlık hizmetine ilişkin işlemin kaydı ve raporlanması zorunlu ve gereklidir. Kanaatimizce bu zorunluluk gereği yapılan raporlama işlemi, verilen sağlık hizmeti ile ilintili olup, bağımsız bir sağlık hizmeti türü değildir.

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'da, kişilerin bedenî ve aklî durumu hakkında rapor tanzimine sadece bu Kanuna göre meslek icrası hakkına sahip tabipler yetkili kılınmış olup (Madde 13), mahkemelerce bilirkişilik için

³⁸ RG. 14.04.1928/ 863.

başvurulacak tabiplerin de bu özelliğe sahip olması gerektiği hükmü yer almaktadır (Madde 11). Aynı şekilde, Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK)³⁹’nda adli tabiplik hizmetleriyle ilgili muhtelif maddelerde, bu işlemlerin sadece tabipler veya sağlık mesleği mensuplarınca yapılacağı hükme bağlanmıştır.

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 13. maddesine göre, *"bir şahsın ahvali bedeniye ve akliyesi hakkında rapor tanzimine münhasıran bu kanunla icrayı sanata salahiyeti olan tabipler mezundur. Türkiye'de icrayı sanat salahiyetini haiz olmayan tabiplerin raporları muteber olamaz."*

Devlet Memurlarına Verilecek Hastalık Raporları ile Hastalık ve Refakat İznine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik⁴⁰ 5’nci maddesi birinci fıkrasında yapılan düzenleme gereğince, memurların hastalık raporlarının, 5510 sayılı Kanun ve ilgili mevzuatında belirtilen usûl ve esaslar çerçevesinde kendilerini tedavi eden kurum tabipliği, aile hekimliği veya SGK ile sözleşmeli sağlık hizmeti sunucuları tarafından düzenlenmesi esastır.

Bir suçun işlendiği yönünde bir belirtiyile karşılaşan sağlık personelinin adli olgu bildirim yükümlülüğü bulunmaktadır⁴¹. Hekimlerin, gerekli tıbbi yardımı yaptıktan sonra olgu ile ilgili adli rapor düzenleme ve adli makamlara veya emniyet görevlilerine haber verme zorunluluğu vardır.

Sağlık Bakanlığı tarafından hazırlanan Adli Tabiplik Hizmetlerinin Yürütülmesinde Uyulacak Esaslar⁴² 3.1.1. maddesi uyarınca adli vakalar iki kategoride ele alınmaktadır:

- Bir suçla ilişkin olarak şüpheli veya sanık ile mağdur ve diğer kişilerin beden muayenesi, bu kişilerin vücudundan örnek alınması ve muayene sonucunda rapor tanzimi; CMK’nın ilgili maddelerinde ve bu Kanuna istinaden çıkarılan Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik’te yer alan hükümlere göre yapılmaktadır.

³⁹ RG. 17.12.2004/25673.

⁴⁰ RG. 29.10.2011/ 28099.

⁴¹TCK Madde 280 *"Görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmeyen veya bu hususta gecikme gösteren sağlık mesleği mensubu, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır"*.

⁴²http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&view=article&id=95:adlital-hmetler-ymesde-uyulacak-esaslar&catid=3:tebligeneige&Itemid=35 (erişim tarihi:15.03.2010).

- Kolluk kuvvetlerince zor kullanılarak yakalanan veya yakalanıp gözaltına alınan kişilerin sağlık kontrolü ve rapor tanzimi ise; Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin Sağlık Kontrolü başlıklı 9'uncu maddesinde yer alan hükümlere göre yapılmaktadır.

Hekimlerin mesleklerini yürütürken, sadece hasta ve yakınlarına değil aynı zamanda adli ve idari birimlere karşı olan sorumlulukları yasal mevzuat ile belirlenmiştir. Karaege'ye göre, sağlık hizmetlerinin gerçekleştirilmesi esnasında yapılan diğer bazı faaliyetler de (Örneğin; rapor düzenlenmesi, sırrın öğrenilmesi ve bu sırrın saklanması faaliyetleri) sağlık hizmeti sayılmalıdır⁴³.

Birtek'e göre, her ne kadar adli raporların düzenlenmemesi; Türk Ceza Kanunu (TCK)'nda yaptırıma bağlanan, adli görev ihmal, sağlık meslek mensuplarının suçu bildirmemesi suçlarını iktiza etse de, sırf bu niteliği anılan rapor düzenleme işlemini sağlık hizmeti yapmaya yetmeyecektir:

“ Raporlama ve kayıt işlemleri sağlık hizmetinin varlığını (icra edildiğini) ispat eden işlemlerden olduğu için, Tababet ve Şuabatı Tarzı Sanatların İcrasına Dair Kanun m.72, 73 uyarınca her sağlık hizmetine ilişkin işlemin kaydı ve raporlanması zorunlu ve gereklidir. Bu sebeple raporlama işlemi, ilintili olduğu sağlık hizmeti işleminden bağımsız bir sağlık hizmeti türü değildir. Tıpkı adli rapor ve kayıtlarda olduğu gibi, sır saklama yükümlülüğü de sunulan sağlık hizmetini zorunlu bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Sır saklama yükümlülüğü de sunulan sağlık hizmetinin olmazsa olmaz (sine qua non) sonucu olduğundan, asıl sağlık hizmetine zorunlu olarak bağlı olan bir sağlık hizmetidir. Asıl hizmetten bağımsız ve münhasır bir sağlık hizmeti türü değildir”⁴⁴. Bu görüşü ile Birtek; bu faaliyetlerin asıl sağlık hizmeti işleminden bağımsız bir münhasır bir sağlık hizmeti türü olmadığını söylerken, asıl sağlık hizmetine zorunlu olarak bağlı olan bir sağlık hizmeti olduğunu kabul etmektedir.

Tıbbi Deontoloji Tüzüğü⁴⁵' nün 4. Maddesine göre; *“hekim ve dış hekimi, meslek ve sanatının uygulaması nedeniyle öğrendiği sırları, kanuni bir zorunluluk olmadıkça,*

⁴³ Özge Karaege, *Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusur Sorumluluğu*, Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2001, s.27.

⁴⁴ Birtek, *Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinde İdarenin Kusura Dayanan Sorumluluğu*, s.95.

⁴⁵ RG. 19.2.1960/10436.

açıklayamaz”. 5237 sayılı TCK⁴⁶’nun 258 inci maddesinde yer alan “göreve ilişkin sırrın açıklanması suçu”, genel nitelikte bir hükümdür; açıklanan sırrın özelliğine göre, eylem, başka bir kanun ya da TCK’nun başka bir maddesinin kapsamına girmekte ise, o hüküm uygulanır.

765 sayılı TCK’nun 198 inci maddesinde yer alan meslek sırrını ifşa suçunun⁴⁷ 5237 sayılı TCK’da doğrudan bir karşılığı bulunmamaktadır. 5237 sayılı TCK’ nun “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar” bölümünde 137/1- (b) maddesinde; özel hayata ve hayatın karşı işlenen suçların, belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal olarak kabul edilmiştir.

Öğretide, sır saklama yükümlülüğünün, tıbbi müdahale hatalarının bir çeşidini oluşturduğu kabul edilmektedir. Kızılyel, bu yükümlülüğün tıbbi müdahale sonrası dahi devam eden hukuki-etik bir ödev olduğunun savunulabilmesinin, bunun tıbbi müdahale kapsamında değerlendirilmesine engel olamayacağı kanaatindedir. Tıbbi uygulama, hekim (veya diğer sağlık personeli) ile hastanın ilk temasıyla başlar ve fiilen temasın bitmesinden sonra ardıl etkileriyle devam eder. İşte, sır saklama yükümlülüğü bu ardıl etkinin, yani fiili etkileşim sonrasına ait bir yükümlülüğün devamı olarak kabul edilmelidir⁴⁸.

İlgili mevzuatları gereği bu şekilde yükümlülük olarak düzenlenen ve hekimler tarafından yürütülen hizmetler, sağlık hizmetinden bağımsız olmayıp verilen sağlık hizmeti ile ilintili ve bu nedenle zorunlu olarak yapılması gereken hizmetlerdir. Hekimin teşhis, tedavi gibi yükümlülükleri yanında; kayıt tutma yükümlülüğü, rapor düzenleme yükümlülüğü, sır saklama yükümlülüğü gibi yükümlülükleri de olduğu kuşkusuzdur. Bu faaliyetler, tıbbi müdahale sonrası zorunlu olarak devam eden ve geniş anlamda tıbbi uygulama kapsamında değerlendirilmesi gereken faaliyetlerdir. Bu nedenle, “diğer sağlık hizmetleri” şeklinde ayrıca bağımsız bir sınıflandırma yapılmasına gerek olmadığı; bu

⁴⁶ RG. 12/10/2004/25611.

⁴⁷ 765 sayılı TCK’nun 198. Maddesi: “Bir kimse resmi mevki veya sıfatı veya meslek ve san’atı icabı olarak ifşasında zarar melhuz olan bir sırı vakıf olup da meşru bir sebebe müstenit olmaksızın o sırrı ifşa ederse üç aya kadar hapis ve dokuzbin liraya kadar ağır cezayı nakdiye mahkum olur.” hükmünü taşımakta idi.

⁴⁸ Serkan Kızılyel, “Sağlık Hizmetinin Sunumunda Sır Saklama Yükümlülüğünün İdare Hukukuyla Etkileşimi Üzerine”, Sağlık Hukuku Digestası, Yıl: 1, Sayı: 1, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2009, s. 336.

hizmetlerin sağlık hizmetlerinden sayılması gereken diğer hizmetler başlığı altında işlenmesinin daha doğru olacağı görüşünde yiz. Yrtlen sağlık hizmeti ile ilgili ve bu nedenle yapılma yükümlülüğü bulunan bu hizmetlerin sağlık hizmetlerinden sayılması gereklidir ve ceza hukuku, tıp hukuku yanında kamu sağlık hizmeti bakımından idare hukukunun da konusudur. Zira; bu yükümlülükleri yaptırma bağlanmış bir zorunluluk olarak düzenleyen hükümlere uyulmaması, idare bakımından da hizmet kusurunu oluşturur ve idarenin sorumlu tutulması sonucunu doğurur.

VI. ÜLKEMİZDE SAĞLIK HİZMETLERİ ORGANİZASYONU

A. Genel Olarak

Sağlık hizmetleri insanların yaşam kalitesi ile doğrudan ilgilidir; toplumun sağlığını korumak, iyileştirmek ve yükseltmek için verilen bir hizmetler bütünüdür. Sağlık hizmetleri, niteliği gereği kendine özgü, diğer hizmet türlerinden farklı birtakım özellikler taşır:

- *Sağlık hizmeti tüketimi rastlantısaldır.*
- *Sağlık hizmetinin ikamesi yoktur.*
- *Sağlık hizmeti ertelenemez.*
- *Sağlık hizmetinin boyutunu ve kapsamını hizmetten yararlanan değil, hekim belirler.*
- *Sağlık hizmetleri tüketicilerinin davranışları irrasyoneldir.*
- *Hizmetten sağlanan doyum ve kaliteyi önceden belirlemek çok zordur.*
- *Sağlık hizmetlerinin bir bölümü toplumsal nitelik ve kamu malı özelliği taşımaktadır.*
- *Sağlık hizmetinin çıktısı paraya çevrilemez.*
- *Diğer zellikler (garantisi yoktur, önceden test edilemez, hata tolere edilemez, hizmetlerin yetersizliği toplumsal sorunlara yol açar, dışsal fayda ya da zarar söz konusudur vb.)⁴⁹.*

DSÖ 2000 Raporu'na göre sağlık sistemlerinden beklenen c önemli görev vardır:

1. Sağlık statüsünün yükseltilmesi,

⁴⁹ Tengilimoğlu D., Akbolat M, Işık O., Sağlık İşletmeleri Yönetimi, <https://docplayer.biz.tr/53731216-Sağlik-yonetimi-sağlik-hizmetlerinin-ozellikleri-siniflandirilmesi-ve-fonksiyonlari.html>(erişim tarihi:15.03.2020)

2. Sağlık hizmetlerine erişimde finansal eşitlik,
3. Sağlık sisteminin sağlık hizmeti kullanıcılarının ihtiyaçlarına duyarlılığı.

Bu üç önemli görevin yerine getirilmesinde ise sağlık politikaları, sağlık hizmetlerinin sunumu, finansmanı ve bu süreçlerde izlenilecek olan yöntemler son derece önemlidir.

Sağlık hizmetleri organizasyon yapısı; politika oluşturma, idari karar alma, finansman ve hizmet sunumu başlıkları altında gruplandırılmıştır.

Sağlık hizmetinde politika oluşturan organlar, genel sağlık politika ve stratejileri geliştirir. Sağlık politikası sağlık sistemi kurumları, finansmanı, hizmetlerin üretimi ve sunumu ile ilgili tüm eylemlerin düzenlemelerini kapsar.

Merkezde Sağlık Bakanlığı ve taşra teşkilat olarak İl Sağlık Müdürlükleri sağlık hizmetlerinin yürütülmesinde gerekli idari kararları alır.

Sağlık sistemlerinin sunumunda, literatürde genel kabul görmüş olan üç finansman yöntemi bulunmaktadır. Bunlar kamu gelirleri ile finansman (Beveridge) modeli, sosyal sağlık sigortasıyla finansman (Bismarck) modeli ve özel sağlık sigortası ile finansman modelidir⁵⁰. Türkiye’de sağlık hizmetleri finansmanı, Sağlık Bakanlığı, SGK, özel sağlık sigortaları, tıbbi tasarruf hesapları, genel vergiler ve halkın kendi cebinden yapılmaktadır.

Tüm hizmet sektörlerinde olduğu gibi, sağlık hizmetlerinin örgütlenmesinde de, kamu ve özel olmak üzere, iki temel örgütlenme biçimi vardır. Ülkemizde sağlık hizmeti kamu ve özel sektör tarafından birlikte üretilmekte ve sunulmaktadır. Devlete ait olanlar yanında, Sağlık Bakanlığı’nın gözetim ve denetimi altında özel sağlık kuruluşları veya kamu özel ortaklığıyla birlikte işletilen sağlık kuruluşları da bulunmaktadır. Sağlık Bakanlığı tarafından 2004 yılı faaliyet raporunda kullanılan Sağlık Hizmetleri Organizasyon Yapısı **Tablo 1**’de sunulmuştur (Tablo 1. Sağlık Hizmetleri Organizasyon Yapısı⁵¹).

Tablo 1: Sağlık Hizmetleri Organizasyon Yapısı

POLİTİKA OLUŞTURMA	İDARİ KARAR ALMA	SAĞLIK HİZMETLERİNİN FİNANSMANI	SAĞLIK HİZMETLERİNİN SUNUMU
-----------------------	---------------------	---------------------------------------	-----------------------------------

⁵⁰ Atabey Ertürk S., *Sağlık Sistemleri ve Sağlık Politikası*, Gazi Kitabevi, Ankara, 2016, s.31.

⁵¹ Kaynak: Sağlık Bakanlığı, 2004:29. https://sgb.saglik.gov.tr/content/files/2016_faaliyet_raporu.pdf (erişim tarihi:06.06.2018).

<ul style="list-style-type: none"> • Türkiye Büyük Millet Meclisi • Devlet Planlama Teşkilatı • Sağlık Bakanlığı • Yükseköğretim Kurumu • Anayasa Mahkemesi 	<ul style="list-style-type: none"> • Sağlık Bakanlığı • İl Sağlık Müdürlükleri 	<ul style="list-style-type: none"> • Maliye Bakanlığı • Sosyal Güvenlik Kurumu (SSK, Bağ-Kur, Emekli Sandığı) • Özel Sigorta Şirketleri • Kendi Kendini Finanse Eden Kurumlar • Uluslararası Ajanslar 	<p>Kamu:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Sağlık Bakanlığı • Üniversite Hastaneleri • Savunma Bakanlığı* <p>Özel:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Özel Hastaneler • Vakıf Hastaneleri • Azınlık Hastaneleri • Özel Çalışan Hekimler • Ayakta Tedavi Klinikleri • Laboratuvarlar ve Tanı Merkezleri • Tıbbi Cihaz ve Malzeme Satıcıları Sivil Toplum Örgütleri <ul style="list-style-type: none"> • Kızılay • Vakıflar, Dernekler
--	--	--	---

**1325 sayılı Kanun'da (Eski adı "Milli Savunma Bakanlığı Görev ve Teşkilatı Hakkında Kanun" iken, 2/7/2018 tarihli ve 703 sayılı KHK'nin 23 üncü maddesiyle "Askeri Okullar, Askeri Öğrenciler, Askeri Fabrikalar Ve Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun" olarak değiştirilmiştir) sağlık hizmetleri yürütmek Milli Savunma Bakanlığı'nın görevleri arasında yer almış iken, bu hüküm 703 sayılı KHK'nin 23 üncü maddesiyle mülğadır.*

B. Sağlık Bakanlığı Teşkilatı

Sağlık Bakanlığı'nın kuruluşu, 3 Mayıs 1920 tarihinde 3 sayılı Kanun ile olmuştur. Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin ilk sağlık bakanı Dr. Refik Saydam 1937 yılına kadar görev yapmış ve ülkemizin sağlık hizmetlerinin kuruluşunda ve gelişmesinde büyük katkılar sağlamıştır.

Sağlık Bakanlığı teşkilat yapısına yönelik düzenlemeler tarihlerine göre aşağıda sıralanmıştır:

1. 3017 sayılı Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekâleti Teşkilât ve Memurin Kanunu⁵² (mülga)(1936),

2. 181 sayılı Sağlık Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükümünde Kararname⁵³ (mülga)(1983),

3. 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükümünde Kararname⁵⁴ (2011),

4. 694 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükümünde Kararname⁵⁵ madde 184-194 (2017),

5. 703 sayılı “Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükümünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükümünde Kararname⁵⁶ madde 25 (2018) dir.

3017 sayılı Kanun'un 4. maddesi ile yapılan düzenleme uyarınca Sağlık Bakanlığı teşkilatı, merkez teşkilatı ana hizmet birimleri ile danışma ve denetim birimleri ve yardımcı birimlerden oluşturulmuştur.

181 sayılı KHK'nin 3. Maddesi ile yapılan düzenleme uyarınca Sağlık Bakanlığı teşkilatı, merkez teşkilatı ile taşra teşkilatı ve bağlı kuruluştardan oluşturulmuştur.

663 sayılı KHK 'nin 3. Maddesi ile yapılan düzenleme uyarınca Sağlık Bakanlığı teşkilatı, merkez teşkilatı, Bakan, Müsteşar, Müsteşar yardımcıları; hizmet birimleri, sağlık politikaları kurulu, bağlı kurul ve kuruluşlardan oluşturulmuştur. 663 sayılı KHK ile birlikte Bakanlığın sağlık sistemi yönetimi ve politika belirleme ile ilgili temel görevlerini yerine getirmek üzere “Sağlık Politikaları Kurulu” kurulmuştur. Yüksek Sağlık Şurasına ek olarak Tıpta Uzmanlık Kurulu ve Sağlık Meslekleri Kurulu kurulmuştur. Sağlık Bakanlığının taşra teşkilâtı; illerde kurulan il sağlık müdürlükleri ile ihtiyaca göre ilçelerde kurulan ilçe sağlık müdürlüklerinden oluşturulmuş, ilçe sağlık müdürlüğünün kurulmadığı yerlerde sağlık grup başkanlıkları kurulmuştur. 663 sayılı

⁵² RG. 23.06.1936/3337.

⁵³ RG.14.12.1983/18251.

⁵⁴ <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/4.5.663.pdf> (erişim tarihi:20.03.2020).

⁵⁵ <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/08/20170825-13.pdf> (erişim tarihi:20.03.2020).

⁵⁶ <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/4.5.703.pdf> (erişim tarihi:20.03.2020).

KHK'nin 36'ncı maddesinin dördüncü fıkrasına dayanılarak hazırlanan Sağlık Bakanlığı Bağlı Kuruluşları Hizmet Birimlerinin Görevleri İle Çalışma Usul Ve Esasları Hakkında Yönetmelik⁵⁷ ile Sağlık Bakanlığı bağlı kuruluşları hizmet birimlerinin görev tanımları, yetki ve sorumlulukları ile çalışma usul ve esaslarını düzenlenmiştir.

694 KHK'nin 184-194. maddeleri 663 sayılı KHK'de değişiklikler yapılmıştır. Sağlık Bakanlığının bağlı kuruluşu olan "Kamu Hastaneler Kurumu ile Halk Sağlığı Kurumu", "Kamu Hastaneleri Genel Müdürlüğü ve Halk Sağlığı Genel Müdürlüğü" hizmet birimi olarak değiştirilmiş ve görevleri yeniden tanımlanmıştır (md. 184, 185). Ayrıca hizmet birimi olarak "Basın ve Halkla İlişkiler Müşavirliği" eklenmiştir (md.194). Sağlık Bakanlığı teşkilatı, merkez teşkilatı, Bakan, Müsteşar, Müsteşar yardımcıları; hizmet birimleri; sağlık politikaları kurulu, bağlı kurul ve kuruluşlardan oluşturulmuştur.

703 sayılı KHK'nin 25. maddesi ile Sağlık Bakanlığının görev ve yetkileri ile teşkilat yapısında değişiklikler yapılmış, 663 sayılı KHK'nin adı "Sağlık Alanında Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname" şeklinde değiştirilmiştir. Sağlık Bakanlığı teşkilatı merkez teşkilatı, Bakan, Bakan yardımcıları; hizmet birimleri, bağlı kurul ve kuruluşlardan oluşturulmuştur. Bakanlığa bağlı Müsteşar ve Müsteşar yardımcılığı kaldırılmış olup, Bakana yardımcı olmak üzere Bakan Yardımcıları görevlendirilmiştir. Bakanlığın bağlı kurullarından olan "Yüksek Sağlık Şûrası" kaldırılmıştır. 703 sayılı KHK sonrası Sağlık Bakanlığının teşkilat yapısı **Tablo 2**'de gösterilmiştir.

⁵⁷ RG. 22.12.2017/30278.

Tablo 2: Sağlık Bakanlığının Teşkilat Yapısı

		SAĞLIK BAKANI		İç Denetim Birimi
Bağlı Kurullar				Bağlı Kuruluşlar
	Tıpta Uzmanlık Kurulu			Türkiye Hudut ve Sahiller Sağ. GM
	Sağlık Meslekleri Kurulu			Türkiye Sağlık Enstitüleri Başkanlığı
				Türkiye İlaç ve Tıbbî Cihaz Kurumu
				(Ana Hizmet Birimleri)
	Bakan Yardımcısı			Sağlık Hizmetleri Gen. Müd.
	Bakan Yardımcısı			Acil Sağlık Hizmetleri Gen. Müd.
	Bakan Yardımcısı			Sağlığın Geliştirilmesi Gen. Müd.
	Bakan Yardımcısı			Sağlık Bilgi Sistemleri Gen. Müd.
				Sağlık Yatırımları Gen. Müd.
				Avrupa Brl. ve Dış İliş. Gen. Müd.
				Halk Sağlığı Genel Müd.
				Kamu Hastaneleri Genel Müd.
				Yönetim Hizmetleri Gen. Müd.
				Denetim Hizmetleri Başkanlığı
				Strateji Geliştirme Başkanlığı
				Hukuk Müşavirliği
				Basın ve Halkla İlişkiler Müş.
				Özel Kalem Müdürlüğü

Sağlık Bakanlığı'nın teşkilat yapısı ile görev ve sorumlulukları en son 10 Temmuz 2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan "Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (Kararname Numarası:1)" ile Sağlık Bakanlığı'na bağlı ve ilgili kuruluşlarının teşkilat yapısı ile görev ve sorumlulukları ise "Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (Kararname Numarası: 4)" ile düzenlenmiştir. Sağlık Bakanlığı'nın 2019 yılı faaliyet raporunda Bakanlığın yetki, görev ve sorumlulukları ile teşkilat yapısı verilmiştir⁵⁸.

Sağlık hizmetleri, toplumların sağlık ve hastalık algılarına, kültürel ve sosyal yaşam farklılıklarına göre değişiklik göstermekte, genel olarak gelişmişlik düzeylerine paralel olarak gelişme göstermektedir. Türkiye'de sağlık hizmetlerinin, nitelik ve nicelik bakımından diğer OECD ülkeleriyle karşılaştırıldığında yeterli olmadığı tespitleri yapılmıştır⁵⁹.

Türkiye'de sağlık hizmetlerinin etkili, verimli ve hakkaniyete uygun bir şekilde organize edilmesi, finansmanının sağlanması ve sunulması amaçlarıyla 2003 yılı itibarıyla Sağlıkta Dönüşüm Programı uygulamaya geçirilmiştir. Temel ilkeleri; insan merkezilik, sürdürülebilirlik, sürekli kalite gelişimi, katılımcılık, uzlaşmacılık, gönüllülük, güçler ayrılığı, desantralizasyon ve hizmette rekabettir⁶⁰.

Sağlıkta Dönüşüm Programı ile aile hekimliği sisteminin tüm yurttan uygulanmaya başlanması, hastanelerde randevu sistemine geçilmesi ve özel hastanelerden faydalanabilme imkanlarının genişletilmesi, anne-çocuk sağlığı ile ilgili çalışmalar, acil sağlık hizmetlerinin güçlendirilmesi, fiziki altyapı yatırımlarının artırılması, sağlık çalışanlarına performans dayalı ek ödeme yapılması, sağlık sigorta sisteminin tek çatı altında toplanması ve ilaç sektörüne ilişkin düzenlemeler gerçekleştirilen en önemli uygulamalardır.

⁵⁸ T.C. Sağlık Bakanlığı Faaliyet Raporu 2019, s.12-16.

https://dosyamerkez.saglik.gov.tr/Eklenti/36626.tc-saglik-bakanligi-faaliyet-raporu-2019pdf.pdf?0&_tag1=B2C121BEA48144C0FF27ACC9B9796D4ACE1846DB(erişim tarihi:20.03.2020).

⁵⁹ OECD ve DÜNYA BANKASI 2008. OECD Sağlık Sistemi İncelemeleri Türkiye, <https://sbu.saglik.gov.tr/ekutuphane/kitaplar/oecdkitap.pdf>, s. 36. (erişim tarihi: 20.10.2018).

⁶⁰ T.C. Sağlık Bakanlığı, Sağlıkta Dönüşüm, Ankara. 2003, 24-25.

Sağlıkta Dönüşüm Programı kapsamında yapılan çalışmalardan bazıları şunlardır⁶¹:

- Kamuya ait hastanelerin Sağlık Bakanlığına devri yapılarak kamu hastaneleri tek çatı altında birleştirilmiştir,
- 5510 sayılı “Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu” kapsamında vatandaşlara sağlanan mali koruma ile sağlık sigortalarıyla özel hastaneler ve tıp merkezlerinden hizmet alınması sağlanmıştır,
- Yurt içinde tedavisi mümkün olmayan hastalıklarda tüm sigortalılar için yurt dışında tedavi olabilme imkânı sağlanmıştır,
- 18 yaşın altındaki tüm nüfusun ve eğitim görenlerin Genel Sağlık Sigortası kapsamına alınması sağlanmıştır,
- SSK’lı ve BAĞ-KUR’luların sağlık hizmeti alabilmesi için prim ödeme süresi 30 güne indirilmiştir,
- Yeşil kartlı vatandaşların, tıpkı diğer sigortalılar gibi kamu sağlık hizmetlerinden faydalanabilmesi ve ilaçlarını istedikleri eczaneden alabilmelerini sağlanmıştır,
- Ülke genelinde aile hekimliği uygulamasının başlatılması sağlanmıştır,
- Sağlık Bakanlığı hastanelerinde performansa dayalı ek ödeme sistemine geçilmiştir,
- Sağlık Afet ve Acil Durum Koordinasyon Merkezi (SAKOM) kurularak 81 il ve yurtdışındaki ekiplerle kesintisiz haberleşme sistemleri tesis edilmiştir,
- Kanserden korumak ve erken teşhis etmek amacıyla tüm illerimizde ücretsiz kanser taraması yapan merkezler (Kanser Erken Teşhis Tarama Eğitim Merkezi-KETEM) kurulmuştur,
- Sağlık Bakanlığı’nın tüm hastanelerinde tam otomasyona geçilmiştir,
- Sağlık Bakanlığı hastanelerinde “Merkezi Hastane Randevu Sistemi” uygulamasına başlanmıştır,
- Sağlık Bakanlığı’na bağlı tüm hastanelerde “Hasta Hakları Birimi” kurulmuş ve hekim seçme hakkı uygulamaya konulmuştur,

⁶¹ Recep Akdağ (2012), Türkiye Sağlıkta Dönüşüm Programı Değerlendirme Raporu (2003-2011), T. C. Sağlık Bakanlığı Yayını.

- İlaç Takip Sistemi (İTS) uygulaması kurulmuş ve tüm yurda yayılmıştır,
- Birinci basamak sağlık hizmetleri ve 112 Acil hizmetleri, acil ve yoğun bakım tedavileri ücretsiz hale getirilmiştir,
- “Evde Sağlık Hizmeti” uygulamasına başlatılmış; yatağa bağımlı hastaların evde yapılabilecek tıbbî bakım ve rehabilitasyonlarının ev ortamında gerçekleştirilmesi sağlanmıştır,
- Vatandaşların ihtiyaçlarını karşılamak ve sağlık sisteminde yaşanan sorunları yerinde ve eş zamanlı tespit ederek, en hızlı şekilde çözmek için SABİM hizmete konmuş; ALO SABİM 184 çağrı hattı hayata geçirilmiş ve 7/24 kesintisiz olarak vatandaşların taleplerini doğrudan Bakanlığa iletebilmesi sağlanmıştır.

Sağlıkta dönüşüm programı kapsamında yapılan çalışmalar ve sağlık tesisi sayılarının artırılması ile, kamu hastanelerin kendi aralarında ve özel hastaneler ile rekabet ortamı yaratılmasına neden olunmuş, bu şekilde sunulan sağlık hizmetlerin kalitesi artırılmıştır.

Sağlıkta Dönüşüm Programı çerçevesinde çeşitli kanunlar çıkarılarak düzenlemelere gidilmiştir. Bu çerçevede kabul edilen kanunların başında 5283 sayılı “Bazı Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Ait Sağlık Birimlerinin Sağlık Bakanlığı’na Devredilmesine Dair Kanun”, “5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu” ve “5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun” sayılabilir. Sağlık Bakanlığının düzenleme, planlama ve denetlemeye ilişkin rolleri güçlendirilmesi amacıyla 2 Kasım 2011 tarihli ve 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname⁶² ile Sağlık Bakanlığı Teşkilatı yeniden düzenlenmiştir. Program çerçevesinde, Sağlık Bakanlığı teşkilat yapısında yeniden yapılanmaya gidilmiş; politika oluşturma, temel kuralları belirleme ve üst denetim Sağlık Bakanlığının görevleri olarak kabul edilirken, diğer fonksiyonların yerine getirilmesi için Bakanlığa bağlı kuruluşlar teşkil edilmiştir. Bu kuruluşlar şunlardır;

- a) Koruyucu ve temel sağlık hizmetlerini yürüten “Türkiye Halk Sağlığı Kurumu”,
- b) Hastane hizmetlerini yürüten “Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu”,

⁶² RG. 02.11.2011/28103.

c) İlaç ve tıbbi ürünlerle ilgili düzenleme ve denetleme yapan “Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu”.

Sağlık Bakanlığı'nın yeniden yapılandırılması çalışmaları sonucu Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu kurulmuş ve bu kuruma bağlı olarak Sağlık Bakanlığı hastaneleri, Kamu Hastane Birlikleri çatısı altında toplanmıştır. Sağlık Bakanlığı hizmet sunumundan uzaklaşmış, politika belirleyen ve üreten, düzenleyici ve denetleyici bir yapıya dönüştürülmüştür.

669 sayılı Kanun Hükmünde Kararname⁶³ ile 2016 yılına kadar Genelkurmay Başkanlığı'na bağlı olarak çalışan Gülhane Askeri Tıp Akademisine ait sağlık hizmet birimleri, Türk Silahlı Kuvvetleri Rehabilitasyon ve Bakım Merkezi ile asker hastaneleri, dispanser ve benzeri sağlık hizmet birimleri ile Jandarma Genel Komutanlığına ait sağlık kuruluşları dahil tüm askeri hastaneler "sivil hastane" statüsüne alınarak Sağlık Bakanlığı bünyesinde hizmet vermeye başlamıştır.

694 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararname⁶⁴ (184. madde vd.) ile getirilen yeni düzenlemede kamu tüzel kişiliği bulunan Türkiye Halk Sağlığı Kurumu, Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu ve Kamu Hastane Birlikleri kapatılarak Bakanlık teşkilatı içinde Halk Sağlığı ve Kamu Hastaneleri, Genel Müdürlük düzeyinde yeniden yapılandırılmıştır. Sağlık Bakanlığının taşrada İl Sağlık Müdürlüğü, Halk Sağlığı Müdürlüğü ve Kamu Hastaneleri Birliği Genel Sekreterliği olarak ayrı ayrı yapılandırılarak yeniden İl Sağlık Müdürlüğü çatısı altında toplanmıştır.

VII. SAĞLIK HİZMETİNİN SUNUMU

Anayasamızın 56. Maddesinde, herkesin sağlıklı bir yaşam sürmesi için gerekli planlamaların yapılması devletin görevleri arasında sayılmıştır. Sağlık hizmeti, idari kamu hizmetlerindedir ve bu bakımdan kamu hukuku esaslarına göre yürütülür⁶⁵.

⁶³ RG. 31.07.2016/29787.

⁶⁴ RG. 25.08.2017/30165.

⁶⁵ Günday, İdare Hukuku (2003), s.291.

224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun'un 2. Maddesinde yapılan amme sektörü tanımına göre;

“Umumi ve mülhak bütçeli idarelerle hususi idareler ve belediyeler ve bunlara bağlı teşekküller, sermayesinin tamamı Devlet tarafından verilmek suretiyle kurulan iktisadi teşekküller, idare ve murakabeleri 3460 sayılı kanun hükümlerine tabi teşekkül ve müesseseler, hususi kanunlarla kurulan bankalar ve diğer teşekküller, sermayesinin yarısından fazlası Devletin veya yukarıda yazılı müesseselerin elinde bulunan teşekküller ve bunların aynı nispetle iştirakleri ile vücut bulan kurumlar amme sektörünü teşkil ederler”.

Aynı maddede sağlık personeli; *“sağlık hizmetlerinde maaş, ücret, yevmiye ve mukavele ile istihdam edilen ve bu sahada mesleki eğitim görerek yetişmiş olanlar”* olarak tanımlanmıştır.

Ülkemizde, sağlık hizmetinin planlanması, kurulması, koordine edilmesi, işletilmesi, diğer kamu kurumlarınca veya özel hukuk gerçek veya tüzel kişilerince kurulan ve işletilen sağlık kurumlarının denetlenmesi yetki ve sorumluluğu Sağlık Bakanlığı'na aittir.

3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nda sağlık hizmetleri ile ilgili temel esaslar düzenlenmiştir⁶⁶. Yapılan düzenleme gereğince;

- Sağlık kurum ve kuruluşlarının yurt sathında eşit, kaliteli ve verimli hizmet sunacak şekilde planlanması, koordine edilmesi, mali yönden desteklenmesi ve geliştirilmesi,
- Koruyucu sağlık hizmetlerine öncelik verilmek suretiyle kamu ve özel bütün sağlık kurum ve kuruluşlarının kurulması ve işletilmesinde kaynak israfı ve atıl kapasiteye yol açılmaksızın gerektiğinde hizmet satın alınarak kaliteli hizmet arzı,
- Kamu ve özel bütün sağlık kurum ve kuruluşlarına koruyucu sağlık hizmeti görevi verilmesi ve bu kurum ve kuruluşların bütün sağlık hizmetlerinin denetlenmesi,
- Sağlık kurum ve kuruluşlarının ülke sathında dengeli dağılımı ve yaygınlaştırılması esası içerisinde kurulması ve işletilmesi, özel sağlık kuruluşlarının

⁶⁶ 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun 3. Maddesi.

her türlü ücret tarifelerinin onaylanması, kamu kurum ve kuruluşlarına ait sağlık kuruluşları veya sağlık işletmelerinde verilen her türlü hizmetin fiyatlarının tespiti,

- Tesis edilecek eğitim, denetim, değerlendirme ve oto kontrol sistemi ile sağlık kuruluşlarının tespit edilen standart ve esaslar içinde hizmet vermesinin sağlanması,

- Sağlık ve yardımcı sağlık personelinin yurt düzeyinde dengeli dağılımını sağlamak üzere istihdam planlamasının yapılması, hizmet içi eğitim yaptırılması,

- Sağlık hizmetlerinin yurt çapında istenilen seviyeye ulaştırılması amacıyla; kamu ve özel sağlık kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları arasında koordinasyon ve iş birliği yapılması, çağdaş tıbbi bilgi ve teknolojinin ülkeye getirilmesinin sağlanması,

- Vatandaşların hastalıklardan korunma, sağlıklı çevre, beslenme, ana çocuk sağlığı ve aile planlaması ve benzeri konularda eğitilmeleri ve takiplerinin yapılması,

- Koruyucu, teşhis, tedavi ve rehabilite edici hizmetlerde kullanılan ilaç, aşı, serum ve benzeri biyolojik maddelerin üretiminin ve kalitesinin teşvik, temini ve kontrollerinin sağlanması,

- Engelli çocuk doğumlarının önlenmesi için, gebelik öncesi ve gebelik döneminde tıbbi ve eğitsel çalışmaların yapılması,

- Rehabilite edici tıbbi hizmetlerde kullanılan yardımcı araç ve gereçleri üretmek amacıyla, kurulacak kuruluşların açılış izninin verilmesi,

hizmetleri Sağlık Bakanlığınca yürütülür.

Sağlık hizmetlerinin sunumunda ülkemizde kademeli bir sağlık sistemi mevcuttur. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun "Hizmet basamakları ve sevk zinciri" başlıklı 70 inci maddesine göre; *"Bu Kanunun uygulanması bakımından sağlık hizmeti sunucuları birinci, ikinci ve üçüncü basamak olarak Sağlık Bakanlığı tarafından basamaklandırılır"*.

Sağlık Bakanlığı Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü tarafından Sağlık Hizmeti Sunucularının Basamaklandırılması hakkında hazırlanan 2019/10 sayılı genelge⁶⁷ ile; 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun "Hizmet basamakları ve sevk zinciri" başlıklı 70 inci maddesi hükmü uyarınca, Sağlık Bakanlığının sağlık hizmetleri sınıflandırması da (koruyucu, tedavi edici ve rehabilite (esenlendirici) edici hizmetler olmak üzere üç ana başlıkta yapılan sınıflandırılma) dikkate alınarak uygulamaya esas olmak üzere sağlık hizmeti sunucularının basamaklandırılması;

- I. Birinci Basamak Sağlık Kurumları
- II. İkinci Basamak Sağlık Kurumları
- III. Üçüncü Basamak Sağlık Kurumları
- IV. Sağlık Hizmeti Bakımından Basamaklandırılmayan Diğer Sağlık Hizmet sunucuları

olmak üzere 4 ayrı başlık altında yapılmıştır.

Genelgede; birinci basamak sağlık kuruluşları, "İlgili mevzuatında tanımlanan, hastaların ayaktan veya yataklı teşhis ve tedavilerinin yapıldığı sağlık kuruluşları" olarak tanımlanmış ve birinci basamak ayaktan teşhis ve tedavi sunan ve birinci basamak ayaktan ve yataklı teşhis, tedavi ve rehabilitasyon hizmeti sunan sağlık kuruluşları olarak iki gruba ayrılmıştır.

- Birinci basamak ayaktan teşhis ve tedavi hizmeti sunan sağlık kuruluşları şunlardır:

- a) Bünyesinde birinci basamak sağlık kuruluşu bulunan İlçe sağlık müdürlüğü,
- b) Toplum sağlığı merkezi (TSM),
- c) Aile sağlığı merkezi (ASM),
- ç) Halk sağlığı laboratuvarı (Llve L2),
- d) Kurum tabipliği,
- e) 112 Acil sağlık hizmeti birimleri,

⁶⁷<https://shgm.saglik.gov.tr/TR,55587/201910-saglik-hizmeti-sunucularinin-basamaklandirilmesi-hakkinda-gengelge.html> (erişim tarihi:15.03.2020).

f) “Evde Bakım Hizmetleri Sunumu Hakkında Yönetmelik” kapsamında hizmet veren merkez veya birimler,

g) İşyeri sağlık ve güvenlik hizmeti sunulan birimler,

ğ) Belediyelere ait poliklinikler,

h) “Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik” kapsamında açılan özel poliklinikler,

ı) “Ağız ve Diş Sağlığı Hizmeti Sunulan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik” kapsamında açılan ağız ve diş sağlığı hizmeti veren özel sağlık kuruluşları,

i) Üniversiteler bünyesindeki mediko-sosyal birimler,

j) Türk Silahlı Kuvvetlerinin birinci basamak sağlık üniteleri,

k) 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun kapsamında serbest faaliyet gösteren eczaneler,

l) Muayenehaneler,

- Birinci basamak ayaktan ve yataklı teşhis, tedavi ve rehabilitasyon hizmeti sunan sağlık kuruluşları şunlardır:

a)Entegre ilçe devlet hastanesi (E2 ve E3).

Anılan Genelgede ikinci basamak sağlık kurumları, “ilgili mevzuatında tanımlanan ayaktan veya yataklı teşhis, tedavi ve rehabilitasyon hizmeti verilen sağlık kurumları” olarak tanımlanmıştır.

- İkinci basamak sağlık kurumları şunlardır:

a) Eğitim ve araştırma hastanesi olmayan devlet hastaneleri ve dal hastaneleri ile bu hastanelere bağlı semt poliklinikleri,

b) Entegre ilçe hastanesi (E1),

c) Sağlık Bakanlığına bağlı ağız ve diş sağlığı merkezleri,

ç) Kamu kurumlarına ait olup Bakanlıkça ruhsatlandırılmış olan hastaneler, tıp merkezleri ve dal merkezleri,

d) “Özel Hastaneler Yönetmeliği” ne göre ruhsat almış özel hastaneler,

e) “Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik” kapsamında açılan tıp merkezleri ve dal merkezleri,

f) Ağız ve diş sağlığı hastaneleri,

g) Diyaliz, üremeye yardımcı tedavi merkezileri, hiperbarik oksijen tedavi merkezleri, tıbbi laboratuvarlar gibi müstakil olarak ruhsatlandırılan tanı ve tedavi merkezleri.

Üçüncü basamak sağlık kurumları ise, “ilgili mevzuatında tanımlanan ileri tetkik ve özel tedavi gerektiren hastalıklar için yüksek teknoloji içeren ve/veya eğitim ve araştırma hizmetlerinin verilebileceği altyapıya sahip sağlık kurumları” olarak düzenlenmiştir. Üçüncü basamak sağlık kuruluşları da kendi içerisinde; 3A ve 3B grubu hastaneler olmak üzere ikiye ayrılır. Bu gruptaki hastaneler, Sağlık Bakanlığının planlama kurallarına tabi olup ön izin, kadro, ruhsat ve faaliyet izni konuları mevcut mevzuat çerçevesinde yürütülür; taşımaları gereken koşul ve standartlar ise genelgenin ekinde ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir.

İleri düzey hizmet veren, yüksek kapasiteli, hizmet türü ve kalitesi bakımından özelleşmiş yüksek teknolojiye sahip, özellikli sağlık hizmetlerinin sunulduğu hastaneler, 3A Grubu Hastaneler olarak sınıflandırılmıştır.

Sağlık Bakanlığı eğitim hastaneleri, devlet ve vakıf üniversitelerinin hastaneleri ise, 3B grubu hastane olarak basamaklandırılır. Vakıf Üniversitesine ait hastanelerin üçüncü basamak hastane olarak kabul edilebilmesi için ruhsatlarının ve işletme haklarının vakıf üniversitesine ait olması, laboratuvar ve görüntüleme hizmetleri dışında tüm tıbbi hizmetlerin ruhsat sahibi üniversite tarafından işletilmesi gereklidir. Kamu ve özel sektöre ait hastanelerden gerekli standartları ve koşulları sağlayanlar da 3B grubu hastane olarak basamaklandırılır. Sayılan hastaneler dışında üçüncü basamak olmak isteyen sağlık kurumları Bakanlığa başvuru yapar; Bakanlıkça bu genelgenin ekinde yer alan koşul ve standartlar açısından değerlendirilerek basamaklandırılır. Üçüncü basamak olarak basamaklandırılan sağlık kurumları, Sağlık Bakanlığı tarafından gerekli koşul ve standartlar ile izleme ve değerlendirme kriterleri açısından iki yılda bir değerlendirilir. Yapılan değerlendirme sonucunda eksiklik tespit edilen sağlık kurumlarına eksikliklerini gidermeleri için bir yıllık süre tanınır; bu süre sonunda tespit edilen eksikliklerin giderilmemesi halinde durumuna uygun olarak yeni basamaklandırma yapılır.

Sağlık Hizmeti Sunucularının Basamaklandırılması Hakkında 2019/10 sayılı Genelge’de belirtilen basamaklarda yer almamakla birlikte, Bakanlıkça ruhsatlandırılmış ve/veya izin verilmiş diğer özelleşmiş tanı, tedavi ve tedarik merkezleri, sağlık hizmet sunumu bakımından basamaklandırılmayan sağlık hizmet sunucuları olarak kabul edilir.

5283 sayılı Kanun⁶⁸ ile Cumhurbaşkanlığı, yüksek mahkemeler, Sayıştay, Türk Silahlı Kuvvetleri, Milli İstihbarat Teşkilatı, üniversiteler, mahalli idareler ve mazbut vakıflara ait sağlık birimleri hariç olmak üzere, diğer kamu tüzel kişileri tarafından işletilen tüm sağlık birimleri, Sağlık Bakanlığı'na devredilmiştir. Bu Kanun hükümleri ile, SSK, BAĞ-Kur, Emekli Sandığı gibi kuruluşlar ile diğer kamu kurumlarındaki tüm sağlık kuruluşları, Sağlık Bakanlığı bünyesinde toplanmıştır. Yukarıda açıklandığı üzere⁶⁹ 669 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile de, tüm askeri hastaneler Sağlık Bakanlığı bünyesinde hizmet vermeye başlamıştır.

Ülkemizde 2018 yılı Türkiye İstatistik Kurumu sağlık istatistikleri verilerine göre 1534'i yataklı ve 33025'i yataksız olmak üzere sağlık kurumlarının toplam sayısı 34559'dur⁷⁰. Yataklı sağlık kurumlarının; 889'u Sağlık Bakanlığı'na, 577'si özel sektöre ve 68'i üniversitelere ait olup, belediyelere ait hastaneler özel sektöre dahil edilmiştir. Sağlık Ocağı, Aile Hekimliği Birimi, Sağlık Evi, Verem Savaş Dispanseri, Çocuk, Ergen, Kadın ve Üreme Sağlığı (ÇEKÜS) Birimi (AÇSAP Merkezi), Kanseri Erken Teşhis, Tarama ve Eğitim Merkezi, Özel Poliklinik, Özel Tıp Merkezleri yataksız sağlık kuruluşları arasında sayılmıştır.

Ülkemizde sağlık hizmeti, kamu ve özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerince birlikte yürütülmektedir.

Yurt içinde tedavinin yapılacağı resmi veya özel sağlık kurumları ile kuruluşları ile ilgili düzenleme yapan, Devlet Memurlarının Tedavi Yardımı ve Cenaze Giderleri Yönetmeliği⁷¹'nin 6'ncı maddesi birinci fıkrasında yapılan tanımlamaya göre, genel ve katma bütçeli dairelere, kamu iktisadi teşebbüslerine, özel idarelere ve belediyelere, Tıp Fakültelerine bağlı yataklı veya yataksız tedavi kurumlarına "resmi sağlık kurumu"; hükümet, sağlık ocağı, belediye ve kurum tabipliklerine de "resmi sağlık kuruluşu" denir. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre de; gerçek veya tüzel kişiler tarafından kurulmuş yataklı veya yataksız tedavi kurumları ile tedavi amacıyla hasta kabul eden ve Sağlık ve

⁶⁸ RG. 19.01.2005/25705.

⁶⁹ Bk.s.30.

⁷⁰ http://tuik.gov.tr/PreTablo.do?alt_id=1095 (erişim tarihi:15.03.2020).

⁷¹ RG. 11.8.1973/14622.

Sosyal Yardım Bakanlığınca işletme müsaadesi verilmiş bulunan içmece ve kaplıcalar "özel sağlık kurumu", serbest tabiplikler "özel sağlık kuruluşu" sayılmıştır.

A. Sağlık Hizmeti Veren Özel Sağlık Kurum ve Kuruluşları

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun⁷² 5'nci maddesi uyarınca, tabipler, hususi muayenehane açmak veyahut evinde muayenehane tesis eylemek suretiyle sanatını icra edebilir. 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu⁷³ gereği, sanatını serbest olarak icra eden tabipler, tabip odasına üye olurlar ve mesleki hak, yetki, disiplin ve sorumluluk bakımından bu Kanun hükümlerine tabidirler.

2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu⁷⁴, nun 1'nci maddesine göre:

“Devletin resmi hastanelerinden ve hususi idarelerle belediye hastanelerinden başka yatırılarak hasta tedavi etmek veya yeni hastalık geçirmişlerin zayıfları yeniden eski kuvvetlerini buluncaya kadar sıhhi şartlar içinde beslenmek ve doğum yardımlarında bulunmak için açılan ve açılacak olan sağlık yurtları "hususi hastaneler" den sayılır.”

Kanunun 3. maddesi gereğince, hususi hastaneler Sağlık Bakanlığı'nın izni ile açılır.

Özel Hastaneler Tüzüğü⁷⁵ 'nde, özel hastanelere kabul edilecek hastalar, hastanelerin türleri, binalarının nitelikleri, personel kadroları, bulundurulması zorunlu ilaç, araç ve gereçler ve özel hastanelerin iç hizmetlerine ilişkin esaslar gösterilmiştir. 27 Mart 2002 tarihinde yayınlanan Özel Hastaneler Yönetmeliği⁷⁶ 'nin 2. maddesinde; Yönetmeliğin Devlete, il özel idarelerine, belediyelere, üniversitelere ve diğer kamu tüzelkişilerine ait hastaneler hariç olmak üzere; gerçek kişiler ve özel hukuk tüzelkişilerine ait hastaneleri kapsadığı düzenlenmiştir. Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik⁷⁷ ile, ayakta teşhis ve tedavi yapılan özel sağlık kuruluşlarının yapılandırılmaları, ruhsatlandırma işlemleri, faaliyetleri ve faaliyetlerine son verilmesi, denetimleri ve diğer hususlar düzenlenmiştir.

⁷² RG. 14.4.1928/863.

⁷³ RG. 31.1.1953/8323.

⁷⁴ RG. 5.6.1933/2419.

⁷⁵ RG. 10.01.1983/17924.

⁷⁶ RG. 27.03.2002/24708.

⁷⁷ RG.15.02.2008/26788.

Ayakta teşhis ve tedavi hizmeti sunan sağlık kuruluşları, tıp merkezi, poliklinik, laboratuvar, hizmet birimi, sağlık üniteleri, merkez (görüntüleme ve/veya radyoterapi, nükleer tıp, fizik tedavi gibi) ve muayenehaneler olarak sayılabilir. Tıp merkezi, mesleğini serbest icra etmek hak ve yetkisi olan tabip veya birden fazla tabip ve diş tabibi ortaklığı veya en az %51 hissesi tabip ve diş tabibi ortaklığı bulunan tüzel kişiler tarafından açılabilir. Poliklinikler, mesleğini serbest icra etme hak ve yetkisi olan en az iki tabip tarafından müştereken açılıp ve işletilmesi gereken sağlık kuruluşları iken; bir tabip tarafından mesleğini serbest olarak icra etmek üzere müstakilen açılan sağlık kuruluşları ise muayenehane olarak sınıflandırılır.

Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmeliği kapsamında ayakta teşhis ve tedavi yapılan özel sağlık kuruluşları; tanı ve tedavi merkezleri, tedavi merkezleri, tanı merkezleri ve muayenehaneler olarak dört gruba ayrılmıştır. Yönetmeliğin 5'nci maddesine göre; tanı ve tedavi merkezleri aşağıdaki şekilde sınıflandırılır:

- a) Tıp merkezleri.
- b) Poliklinikler:
 - 1) A tipi poliklinikler.
 - 2) B tipi poliklinikler.

Tedavi merkezleri, fizik tedavi ve rehabilitasyon müesseseleri ile radyoterapi müesseseleri olarak sınıflandırılmış iken; tanı merkezleri de tıbbi laboratuvarlar, radyoloji müesseseleri, nükleer tıp müesseseleri şeklinde sınıflandırılmıştır.

Özel Hastaneler Yönetmeliği'ne göre özel hastanelerin ruhsat başvuruları İl Sağlık Müdürlükleri, Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü, Özel Hastaneler Ruhsatlandırma Komisyonu'nca incelenir ve ruhsatname ile faaliyet izin belgesi Bakanlıkça verilir. Bakanlık, bu yetkisini Valiliklere devredebilir. Bakanlık gerekli gördüğünde, ruhsatlandırılmış özel hastanelerin yerinde incelenmesini ve değerlendirilmesini de Komisyondan isteyebilir. Özel hastaneler, olağan olarak İl ve İlçe Sağlık Müdürlüklerince oluşturulan bir ekip tarafından düzenli olarak denetlenir iken; şikâyet, soruşturma nedeniyle veya Bakanlıkça olağan dışı olarak da denetlenebilir. Yapılan denetimler sonucunda hastanede tespit edilen eksikliklerin giderilmesi için süre verilir; verilen süre içinde eksiklikler giderilmez ise bir kısmında veya tamamında geçici olarak

faaliyeti durdurulur. En geç bir yıl içinde eksikliklerin giderilmemesi halinde hastanenin ruhsatı Bakanlıkça askıya alınır ve en fazla bir yıllık ek süre verilir. Bu sürede de faaliyete geçemeyen hastanenin ruhsatı Bakanlıkça iptal edilir.

İl Sağlık Müdürlüklerince özel sağlık kurum ve kuruluşlarının denetim usul ve esasları, denetim birimleri ile denetleyicilerin görev, yetki ve sorumlulukları ile idari yaptırımların uygulanmasında uyulacak usul ve esaslar, Sağlık Bakanı onayı ile yürürlüğe konulan Özel Sağlık Kurum Ve Kuruluşlarının İl Sağlık Müdürlüklerince Denetimine İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Yönerge⁷⁸ ile belirlenmiştir.

Sağlıkta Dönüşüm Programının da uygulamaya konulması ile birlikte özel sağlık hizmetleri sektörü sağlık hizmetlerinin gelişmesine paralel bir şekilde gelişme göstermiştir. Resmi (Sağlık Bakanlığına bağlı sağlık hizmeti sunucuları, Üniversitelere (resmi ve vakıf) bağlı sağlık hizmeti sunucuları, TSK'ne bağlı sağlık hizmeti sunucuları, Belediyelere ait hastane ve tıp merkezleri) ve özel sağlık hizmeti sunucularından (özel hastaneler, tıp merkezleri, dal merkezleri, diyaliz merkezleri, fizik tedavi ve rehabilitasyon merkezleri, tüp bebek merkezleri, ESWL merkezleri, hiperbarik ve oksijen tedavi merkezleri) sözleşmeler yoluyla sağlanan sağlık hizmetinin finansmanı Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından sağlanmaktadır. Devlet tarafından işletilen tek sağlık hizmetleri ödeme kurumu olan Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) ile özel sağlık hizmeti sunucuları arasında, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun ilgili maddelerine dayanılarak, sağlık hizmeti bedelleri SGK tarafından karşılanan kişilere kaliteli, eşit, erişilebilir ve tıp biliminin genel kabul gören kurallarına uygun sağlık hizmeti sunulması amacıyla “Sosyal Güvenlik Kurumu Özel Sağlık Hizmeti Sunucularından Sağlık Hizmeti Satın Alım Sözleşmesi”⁷⁹ yapılmaktadır. SGK, SUT fiyatlarını dikkate alarak sözleşmeli özel hizmet sunucularına geri ödeme yapmaktadır.

Özel sağlık hizmet sunucuları, sağlık yükünün önemli bir kısmını üstlenmektedir. 2017 yılı itibariyle 562 hastanede 44 bin yatakla hizmet sunulmuş ve 77 milyon ayakta tedavi edilen hasta muayenesi ve 1,6 milyon operasyon gerçekleştirilmiştir (toplamda

⁷⁸ <https://dosyamerkez.saglik.gov.tr/Eklenti/2938,ozel-saglik-kuruluslari-denetim-yonergesipdf.pdf?0> (erişim tarihi:30.03.2020).

⁷⁹[https://kms.kaysis.gov.tr/\(X\(1\)S\(rfw4ysdoqi30x1mz2husdula\)\)/Home/Goster/105511?AspxAutoDetectCookieSupport=1](https://kms.kaysis.gov.tr/(X(1)S(rfw4ysdoqi30x1mz2husdula))/Home/Goster/105511?AspxAutoDetectCookieSupport=1)(erişim tarihi:30.03.2020).

sırasıyla %18 ve %34)⁸⁰. 2018 yılı TÜİK sağlık istatistikleri verilerine göre Türkiye’de yataklı özel hastane sayısı 577 olmuştur⁸¹. Türkiye’de JCI (Joint Commissions International / Uluslararası Birleşik Komisyonu), tarafından akredite edilmiş 51 adet özel sağlık kuruluşu vardır⁸². Sağlık Bakanlığı verilerine göre özel hastaneler ülke geneline yayılmakla birlikte ağırlıklı olarak büyük kentlerde yoğunlaşmaktadır.

Ülkemizde, özel sağlık hizmet sunucuları sağlık sektörünün ayrılmaz bir parçasıdır.

B. Sağlık Hizmeti Veren Kamu Kurum ve Kuruluşları

Kamu sağlık kurum ve kuruluşları, Anayasa’nın 56.maddesinin devlete yüklemiş bulunduğu sağlık hizmetlerini vermek amacıyla, devlet veya diğer bir kamu tüzelkişisi tarafından, kamu hukuku kurallarına göre işletilir.

Kamu tedavi kuruluşları, kamu hizmeti olan sağlık hizmetini sunmak amacıyla, devlet veya diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulup işletilen sağlık teşekkülleridir. Bunlar, doğrudan doğruya idârî yapılanmanın bir parçasını oluştururlar ve hem kuruluşları hem de işleyiş ve kapatılmaları bakımından kamu hukuku kurallarına tabidirler⁸³.

224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun’un 2’inci maddesine göre;

“Umumi ve mülhak bütçeli idarelerle hususi idareler ve belediyeler ve bunlara bağlı teşekküller, sermayesinin tamamı Devlet tarafından verilmek suretiyle kurulan iktisadi teşekküller, idare ve murakabeleri 3460 sayılı kanun hükümlerine tabi teşekkül ve müesseseler, hususi kanunlarla kurulan bankalar ve diğer teşekküller, sermayesinin yarısından fazlası Devletin veya yukarıda yazılı müesseselerin elinde bulunan teşekküller ve bunların aynı nispetle iştirakleri ile vücut bulan kurumlar amme sektörünü teşkil ederler.” ve “Sağlık hizmetlerinin sosyalleştirilmesi vatandaşların sağlık hizmetleri için ödedikleri prim ile amme sektörüne ait

⁸⁰ TOBB Sağlık Kurumları Meclisi, Türkiye Sağlık Sektörüne Genel Bakış Raporu, Aralık 2017 <https://www.tobb.org.tr/saglik/20171229-tss-genel-bakis-tr.pdf> (erişim tarihi:30.03.2020).

⁸¹ http://tuik.gov.tr/PreTablo.do?alt_id=1095 (erişim tarihi:30.03.2020).

⁸² <http://www.satirk.gov.tr/images/pdf/hst/ozelrastaneler.pdf> (erişim tarihi:30.03.2020).

⁸³ Mehmet Ayan, *Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hukukî Sorumluluk*, Kazancı Hukuk Yayınları:102, Ankara, 1991: s.171.

müesseselerin bütçelerinden ayrılan tahsisat karşılığı herçeşit sağlık hizmetlerinden ücretsiz veya kendisine yapılan masrafın bir kısmına iştirak suretiyle eşit şekilde faydalanmalarındır.”

Anılan Kanunun 9’uncu maddesinde, sosyalleştirilmiş sağlık hizmeti teşkilatının; sağlık evleri sağlık ocakları, sağlık merkezleri ile hastaneleri, çeşitli koruyucu hekimlik teşekkülleri, sağlık hizmeti hususiyet arzeden yerler için kurulmuş sağlık teşekkülleri, sağlık müdürlükleri, bölge hastaneleri, bölge laboratuvarları, sağlık personeli yetiştiren eğitim müesseseleri, Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı merkez teşkilatı ve diğer Bakanlık ve kurumlarda Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı ile işbirliği yapmak üzere kurulmuş olan dairelerden teşekkül ettiği düzenlenmiştir.

Ülkemizde halen kamu sağlık hizmeti veren kamu kurum ve kuruluşları olarak; Sağlık Bakanlığı’na bağlı hastaneler ve diğer sağlık kuruluşları, Üniversite hastaneleri, TSK’na bağlı sağlık üniteleri, belediyelere ait poliklinik ve hastaneler sayılabilir.

Sağlık Bakanlığına bağlı olan kamu sağlık tesisleri; Kamu Hastaneleri Genel Müdürlüğü bünyesinde hastaneler, semt poliklinikleri, ağız ve diş sağlığı merkezleri olarak gruplandırılmıştır⁸⁴. Bakanlığa bağlı olarak işletilen hastaneler; il ve ilçe devlet hastaneleri, bölge eğitim hastaneleri, şehir hastaneleri, eğitim ve araştırma hastaneleri, üniversiteler ile birlikte kullanımda olan hastaneler, ceza infaz kurum hastaneleri, acil yardım hastaneleri, ağız ve diş sağlığı hastaneleri ile göz hastanesi, kadın doğum ve çocuk hastalıkları hastanesi, ruh sağlığı ve hastalıkları hastanesi, mesleki ve çevresel hastalıklar hastanesi, fizik tedavi ve rehabilitasyon hastanesi, spastik çocuklar hastanesi, göğüs hastalıkları hastanesi, lepra deri ve zührevi hastalıklar hastanesi, kemik hastalıkları, onkoloji hastanesi gibi dal hastaneleri olarak sayılabilir.

5396 sayılı 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu’na Bir Ek Madde Eklenmesi Hakkında Kanun⁸⁵ ile;

“Yapılmasının gerekli olduğuna Yüksek Planlama Kurulu tarafından karar verilen sağlık tesisleri, Sağlık Bakanlığınca verilecek ön proje ve belirlenecek temel standartlar çerçevesinde, kendisine veya Hazineye ait taşınmazlar üzerinde ihale ile belirlenecek gerçek veya özel hukuk

⁸⁴ <https://khgmsaglikhizmetleridb.saglik.gov.tr/TR,42870/kamu-hastaneleri-genel-mudurlugu-kamu-saglik-tesisleri-guncel-listesi.html> (erişim tarihi:16.03.2020).

⁸⁵ <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2005/07/20050715-2.htm>(erişim tarihi:16.03.2020).

tüzel kişilerine kırk dokuz yılı geçmemek şartıyla belirli süre ve bedel üzerinden kiralama karşılığı yaptırılabilir.” düzenlemesi yapılmıştır.

Kamu Özel Ortaklığı modeline dayalı olarak, kamuya ait sağlık yatırımlarının özel sektör tarafından yapılması ve belli bir süreyle devlete kiralanması olarak ifade edilen bu uygulama ile sağlık hizmetlerinin etkin ve verimli sunulması, hizmet kalitesinin artırılması, tedavi çeşitliğinin ülke geneline yayılması ve maliyet etkin sağlık hizmeti sunumunun sağlanması amacıyla “şehir hastaneleri” projeleri hayata geçirilmiştir. Bu kapsamda ülkemizde 20 adet projenin sözleşmesi imzalanmış ve bunlardan 10 adet şehir hastanesi hizmete girmiştir⁸⁶.

Toplum sağlığı merkezi (TSM), Aile sağlığı merkezi (ASM), Aile Hekimliği birimleri, Halk Sağlığı Laboratuvarı, Kanseri Erken Teşhis ve Tarama Merkezi (KETEM) ve bunların dışındaki birinci basamak sağlık kuruluşlarında verilen sağlık hizmetleri, Sağlık Bakanlığı Halk Sağlığı Genel Müdürlüğü görev ve hizmetleri kapsamında yürütülmektedir⁸⁷.

2/7/2018 tarihli ve 703 sayılı KHK'nin 23'üncü maddesiyle “Milli Savunma Bakanlığı Görev ve Teşkilatı Hakkında Kanun” olan adı “Askeri Okullar, Askeri Öğrenciler, Askeri Fabrikalar Ve Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun” olarak değiştirilmiş olan 1325 sayılı Kanun⁸⁸’da; Milli Savunma Bakanlığı’nın görevleri arasında “sağlık hizmetleri yürütmek” yer almış iken, bu hüküm 703 sayılı KHK'nin 23 üncü maddesiyle kaldırılmıştır. 669 sayılı Kanun Hükmünde Kararname⁸⁹ ile Genelkurmay Başkanlığı'na bağlı olarak çalışan Gülhane Askeri Tıp Akademisine ait sağlık hizmet birimleri, Türk Silahlı Kuvvetleri Rehabilitasyon ve Bakım Merkezi ile asker hastaneleri, dispanser ve benzeri sağlık hizmet birimleri ile Jandarma Genel Komutanlığına ait sağlık kuruluşları dahil tüm askeri hastaneler Sağlık Bakanlığına devredilmiştir.

⁸⁶ <https://sygm.saglik.gov.tr/TR,33960/sehir-hastaneleri.html> (erişim tarihi:16.03.2020).

⁸⁷ https://hsgm.saglik.gov.tr/depo/mevzuat/yonergeler/hsgm_gorev_Tanimi.pdf (erişim tarihi:16.03.2020).

⁸⁸RG. 7.8.1970/13572.

<https://www.mevzuat.gov.tr/Metin1.Asp?MevzuatKod=1.5.1325&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=&Tur=1&Tertip=5&No=1325> Mevzuat Bilgi Sistemi (erişim tarihi:16.03.2020).

⁸⁹ RG. 31.07.2016/29787.

211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu⁹⁰'nun 57. maddesine göre; Türk Silâhlı Kuvvetleri sağlık işlerinde, askerlerin fizik ve moral durumlarının takibi ile koruyucu ve askerî sağlık hizmetlerinin yürütülmesi esastır ve bu hizmetin yerine getirilmesinden kıta komutanları, karargâh veya askerî kurum amirleri ile bunların tabipleri sorumludur. Türk Silâhlı Kuvvetleri sağlık teşkilleriindeki sağlık hizmetleri, harekât ihtiyaçları hariç ulusal sağlık mevzuatında yer alan hizmet standartlarına göre yürütülür. Türk Silahlı Kuvvetlerinin sağlık üniteleri, Sağlık Hizmeti Sunucularının Basamaklandırılması Hakkında 2019/10 sayılı Genelge'de birinci basamak sağlık kuruluşları arasında sayılmıştır.

Belediyeler, 5393 sayılı Belediye Kanunu⁹¹'nin 14/b maddesinde yapılan düzenleme uyarınca sağlıkla ilgili tesis açabilir ve işletebilir. Ancak, yasal olarak mümkün olmakla birlikte, belediyelerin sağlık tesisi işletmesi uygulaması sık görülmemiş ve işletilmekte olan bazıları ise Sağlık Bakanlığı'na devredilmiştir. Belediyelere ait hastane ve tıp merkezleri ikinci basamak, poliklinikler ise birinci basamak hizmet veren sağlık kurumlarından. İzmir Büyükşehir Belediyesi Eşrefpaşa Hastanesi, Gaziantep Büyükşehir Belediyesi İnyet Topçuoğlu Hastanesi, Denizli Pamukkale Belediyesi Dokuzkavaklar Semt Polikliniği örneklerdendir.

Vakıf hastaneleri ise, vakıf yönetiminin bir devlet kurumuna verilmiş olması halinde, kamu hastanesi sayılacaktır. Buna karşılık tesis ve idaresi devlet teşkilatından başkasına verilmiş, yani vakıf senedi ile müteveli heyeti teşkil edilmiş vakıf hastaneleri özel hastane sayılmaktadır⁹².

Üniversiteler de sağlık hizmeti sunan kamu kurumlarından. Üniversite hastaneleri üçüncü basamak sağlık kuruluşları arasında olup, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu⁹³'nin 7/d-2. Maddesi uyarınca yükseköğretim kurumları içinde araştırma ve uygulama merkezleri şeklinde açılmasına Yükseköğretim Kurulu karar verir. Üniversite hastaneleri, eğitim ve araştırma faaliyetleri gerçekleştiren ve topluma sağlık hizmeti sunan sağlık kurumlarıdır. Tıp fakültelerine uygulamalı eğitim imkânı sağladıkları gibi,

⁹⁰ RG. 9.1.1961/10702.

⁹¹ RG. 13.7.2005/25874.

⁹² Yahya Deryal, "Özel Sağlık İşletmelerinde Hastanın Aydınlatılması ve Rızasının Alınması", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2.Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Sayısı, C.III, S. 2, Yıl 2006, s.102.

⁹³RG. 06.11.1981/17506.

sağlık hizmeti sunumunda son derece önemli bir yerleri vardır. Üniversiteler bünyesinde sağlık hizmeti veren mediko-sosyal birimleri ise, birinci basamak sağlık sağlık kuruluşlarındandır.

İKİNCİ BÖLÜM

İDARENİN SAĞLIK HİZMETİ SUNUMUNDAN KAYNAKLANAN MALİ SORUMLULUĞUNUN TEMEL ESASLARI

I. GENEL OLARAK İDARENİN SORUMLULUĞU

Egemen devlet düşüncesinin hâkim olduğu dönemde, kural olarak kabul edilen devletin sorumsuzluğudur.

Fransa'da 1789 ihtilali öncesinde eski rejim dönemi boyunca devletin sorumsuzluğu anlayışı kabul edilmiştir. İngiltere'de ise, “*kral kötülük yapmaz*” ilkesi şeklinde ifade edilmiş ve kralın kişilere zarar vermesinin mümkün olamayacağı hâkim düşüncesi ile, tazminat sorumluluğu da olmayacağı kabul edilmiştir. XIX. yüzyılın ikinci yarısına kadar devletin sorumsuzluğu ilkesi, hemen her ülkede egemen olmuş iken; sonrasında devlet görevlerinin artması, hukuk devleti anlayışının gelişmesi, liberal devletten sosyal devlete geçilmesi gibi etkenler, devletin sorumsuzluğu ilkesinden uzaklaşmayı gerektirmiştir.

Hukuki sorumluluk veya diğer bir ifadeyle mal varlığı sorumluluğu, dar anlamıyla başkasına verilen zarar nedeniyle maddi olarak yaptırıma tabi tutulma; daha geniş bir ifadeyle, kusurlu bir eylemle veya sözleşme ile üstlenilen bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi nedeniyle başkasına bir zarar verilmesi halinde, uğranılmış olan zararın mümkünse aynen, değilse para olarak yahut başka bir biçimde karşılanması yönündeki yaptırım şeklinde tarif edilebilir⁹⁴. Hukuki sorumluluk, doktrinde özel hukuk sorumluluğu ile idari sorumluluk şeklinde iki ana başlığa ayrılmıştır⁹⁵.

İdarenin hukuki sorumluluğu ise; “İdarenin Özel Hukuk Sorumluluğu” ve “İdarenin Kamu Hukuku Sorumluluğu” olarak iki ayrı şekilde karşımıza çıkar⁹⁶. İdarenin özel hukuk sorumluluğu, özel hukuk hükümlerine tabi ve bu alandaki yargılama görevi

⁹⁴ Bülent Köprülü, *Medeni Hukuk, Genel Prensipler- Kişinin Hukuku*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1979, s.13.

⁹⁵ Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, C.II, Ekin Kitabevi, Bursa 2003: s.931.

⁹⁶ Gözler, *İdare Hukuku* (2003), s.942.

adli yargı mahkemelerine ait iken; idarenin idari sorumluluğunda idare hukuku hükümleri uygulanır ve bu alandaki yargılama görevi idari yargı mahkemelerine aittir⁹⁷.

Türk hukukunda ilk kez 1868 yılında “Şurayı Devlet” in kurulması ile devlet ile şahıslar arasında ki uyuşmazlıkların çözülmesi görevi de Şurayı Devlet’e verilmiştir.

1924 Anayasası’nda idari davalara bakmak ve idari uyuşmazlıkları çözmek görev ve yetkisi 51. madde de yapılan düzenleme ile yine Şurayı Devlet’e verilmiş, ancak idarenin sorumluluğuna dair bir kural düzenlenmemiştir.

1961 Anayasası’nın 114. maddesinde “*İdarenin hiçbir eylem ve işlemi hiçbir halde yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamaz. İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür*” amir hükmü yer almış ve 140.maddesinde idari uyuşmazlıkları ve davaları çözümlenmekte asli yetkili mahkemenin Danıştay olduğu düzenlenmiştir.

1982 Anayasası’nda da aynı kural benimsenmiştir. Anayasanın 125. maddesi birinci fıkrasında “*İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır*” ve son fıkrasında “*İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür*” düzenlemeleri yapılmıştır.

İdarenin eylem ve işlemlerinden doğan sorumluluğu idare hukuku alanı içindedir. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 2. maddesinde “*İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları*” idari yargının görev alanı içinde görülecek idari dava türleri arasında düzenlenmiştir.

İdarenin sorumluluğu, idari etkinlikler sonucunda yönetilenlerin malvarlığında ortaya çıkan eksilmenin veya çoğalma imkânının kısıtlanmasının giderilmesi için aranılan koşulları ve uygulanması gereken kuralları içinde barındıran bir kavramdır⁹⁸.

Danıştay bir kararında idarenin hukuki sorumluluğu şöyle tanımlanmıştır:

“Kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında bireylerin uğradığı özel ve olağandışı zararların idarece tazmini gerektiği idare hukukunun bilinen ilkelerindedir. İdarenin belirtilen hukuki sorumluluğu, Türkiye Cumhuriyeti’nin hukuk devleti olma niteliğinin doğal sonucudur. İdarenin

⁹⁷ Yargıtay, HGK., 03.10.2007, 597/694. Lexpera (erişim tarihi:01.05.2020).

⁹⁸ Yüksel Esin, *Danıştay’da Açılacak Tazminat Davaları, İkinci Kitap: Esas, İdarenin Hukuki Sorumluluğu*, 2. bs. Ankara, Güven Matbaası, Ankara:1976, s.14.

hukuki sorumluluğu sadece kusur esasına, hizmet kusuru teorisine dayanmamakta; idare, kusur koşulu aranmadan da sorumlu sayılabilmektedir. Kural olarak idare, yürüttüğü hizmetin doğrudan sonucu olan nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlü, ancak sözü edilen kuralın istisnası olarak, idarenin faaliyet alanıyla ilgili, önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği birtakım zararları da nedensellik bağı aramadan tazmin etmesi gerekmektedir, kollektif sorumluluk anlayışına dayalı, sosyal risk adı verilen ilke, öğretisi ve yargısal içtihatlarla kabul edilmiştir”⁹⁹.

Danıştay’ın bir diğer kararında, idarenin hukuki sorumluluğu ile ilgili esaslar şöyle açıklanmıştır:

“İdarenin hukuki sorumluluğu, kamusal faaliyetler sonucunda, idare ile yönetilenler arasında yönetilenler zararına bozulan ekonomik dengenin yeniden kurulmasını, idari etkinliklerden dolayı bireylerin uğradığı zararın idarece tazmin edilmesini sağlayan bir hukuksal kurumdur. Bu kurum, kamusal faaliyetler nedeniyle yönetilenlerin malvarlığında ortaya çıkan eksilmelerin ya da çoğalma olanağından yoksunluğun giderilebilmesi, karşılanabilmesi için aranılan koşulları, uygulanması gereken kural ve ilkeleri içine almaktadır”¹⁰⁰.

İdarenin kişilere verdiği zararlardan sorumlu olması, hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. “Herkes neden olduğu zararları gidermek zorundadır” şeklinde ifade edilebilecek olan hukuki sorumluluk ilkesi, Medeni Hukuktakine kıyasla İdare Hukukunda daha büyük bir önem taşımakta ve daha geniş bir alanı kapsamaktadır¹⁰¹. İdarenin sorumluluğu, kamu hukuku alanında, idare hukukunun özellikleri göz önünde tutularak geliştirilen özel hukuktan ayrı bir sorumluluk türüdür ve kendine özgü kuralları vardır.

Gözübüyük/Tan’a göre;

“İdarenin hukuka aykırı davranışlarından doğan zararları karşılaması, hukuk devleti anlayışın doğal bir sonucudur. İdarenin toplum yararı için, hukuka uygun olan tutum ve davranışlarından kimi kez bireyleri etkileyen özel nitelikli zararlar da doğabilir. Bu gibi

⁹⁹ Danıştay, 10D., 04.10.1996, 1102/5774. Lexpera (erişim tarihi:10.01.2020).

¹⁰⁰ Danıştay, 15D., 23.5.2016, 5356/3705. Lexpera (erişim tarihi:10.01.2020).

¹⁰¹ Ali Ülkü Azrak, “İdarenin Toplumsal Muhatara (Sosyal Risk) Kuramına Göre Kusursuz Sorumluluğu” İdare Hukuku Alanında Sorumluluk, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, s.135.

zararların idarece karşılanması, başka bir deyişle toplumca karşılanması, sosyal devlet anlayışı ile açıklanabilir”¹⁰².

Bu şekilde idarenin kusura dayalı sorumluluğunu “hukuk devleti” ilkesine ve kusursuz sorumluluğunu ise “sosyal devlet” ilkesine dayandırmışlardır. Gözler’e göre, hukuka saygılı bir idarenin, kendi eylem ve işlemlerinden kaynaklanmış zararları da karşılaması gereklidir. Bir hukuk devletinde idare, sadece hukuka uygun eylem ve işlemler yapmakla yükümlü değildir; aynı zamanda idare, kendi kusurlu ve hatta bazen kusursuz eylem ve işlemleriyle bireylere verdiği zararları da tazmin etmekle yükümlüdür¹⁰³.

Doktrinde kamu hukukunda sorumluluk türleri siyasi, cezai ve mali olmak üzere üç başlık altında incelenmektedir¹⁰⁴ ve farklı kurallara tâbidir. Mali sorumluluk, ortaya çıkan bir zararın, bu zarara sebebiyet veren gerçek veya tüzel kişi tarafından tazmin edilmesi yükümlülüğüdür¹⁰⁵. Anayasa'nın 125'inci maddesinin son fıkrasında yer alan "*İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.*" hükmüyle hukukumuzda idarenin malî sorumluluğu ilkesi kabul edilmiştir ve idarenin işlem ve eylemleriyle neden olduğu zararları tazmin etmesi anlamına gelmektedir.

İdarenin sorumluluğu, kusurlu ve kusursuz sorumluluk esaslarına dayanmaktadır. Sorumluluk hukukunda asıl olan kusur sorumluluğudur. İdare kural olarak, yürüttüğü kamu hizmetiyle nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlüdür. İdarenin eylem ve/veya işlemlerinden doğan zararlardan, idare hukuku kuralları çerçevesinde, kusur (hizmet kusuru) veya kusursuz sorumluluk ilkeleri gereği tazmin sorumluluğu doğar. Kusursuz sorumluluk istisna hallerde kabul edilir. İdarenin kusursuz sorumluluğu; idarenin bazı işlem ve eylemleri nedeniyle kusuru bulunmasa dahi kişilerin zarara uğraması durumunda, zararların kişiler üzerinde bırakılmayarak idarece tazmini olarak tanımlanabilir.

İdarenin hukuki sorumluluğu için öncelikle kusura dayanan sorumluluk araştırması yapılacaktır. Eğer idarenin zararın meydana gelmesinde kusuru yok ise, kusursuz

¹⁰² Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, *İdare Hukuku Genel Esaslar*, Cilt 1, Turhan Kitabevi, 6.Bası, Ankara, 2008: s.837.

¹⁰³ Gözler, *İdare Hukuku* (2003), s. 927.

¹⁰⁴ Gözler, *İdare Hukuku* (2003), s. 1009.

¹⁰⁵ Gözler, *İdare Hukuku* (2003), s. 1011.

sorumluluk ilkesinin uygulanabilirliği araştırılır. Danıştay'ın uygulaması da iki sorumluluk türüne aynı anda gidilemeyeceği, kusura dayanan sorumluluğa gidilemez ise kusursuz sorumluluğa göre karar verilmesi gerektiği yönündedir. Danıştay'ın bir kararında bu husus şöyle açıklanmıştır:

“Tam yargı davalarında, öncelikle zarara yol açtığı öne sürülen idari işlem veya eylemin hukuka uygunluğunun denetlenmesi esas olduğundan, olayın oluşumu ve zararın niteliğinin irdelenip, idarenin hizmet kusuru olup olmadığının araştırılması, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkelerinin ya da daha ayrı bir anlayış ve amaçtan kaynaklanan sosyal risk ilkesinin uygulanıp, uygulanmayacağının belirlenmesi, tazminata hükmedilirken de herhalde sorumluluk sebebinin açıkça belirtilmesi gerekmektedir”¹⁰⁶.

İdarenin sorumluluğunun kabul edilebilmesi için, idarenin bir davranışı olmalı, kişinin maddi veya manevi varlığında bir zarar olmalı ve ayrıca, zarar ile idarenin davranışı arasında bir illiyet bağı bulunmalıdır¹⁰⁷. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu birçok kararında, idarenin kural olarak yürüttüğü kamu hizmeti ile nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlü olduğunu; ortada tazmini gereken zararın bulunmaması, zararın zarar gören kişinin veya üçüncü kişinin eyleminden doğması, mücbir sebeplerden kaynaklanması, zararlar idari faaliyet arasında nedensellik bağının kurulamaması, idare hukukuna özgü tazmin nedenlerinin bulunmaması gibi durumlarda idarenin tazmin yükümlülüğü ortadan kalkacağını açıklamıřtır¹⁰⁸.

II. İDARENİN KUSUR YÖNÜNDEN SORUMLULUĞU

A. İdarenin Hizmet Kusuru Nedeniyle Sorumluluğu

1. Hizmet Kusuru

Hizmet kusuru, idare hukukuna özgü bir kusurlu sorumluluk şekli olarak karşımıza çıkmaktadır.

¹⁰⁶ Danıştay, 15D., 22.4.2016, 4226/2798. Lexpera (erişim tarihi:15.03.2020).

¹⁰⁷ Sıddık Sami ONAR, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, III.Cilt, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966: s.1714-1719.

¹⁰⁸ Danıştay, İDDK., 19.3.2015, 4399/834; İDDK., 23.5.2016, 4312/2159; İDDK., 28.1.2016, 2200/115; İDDK., 23.5.2016, 549/2163.Lexpera (erişim tarihi:15.03.2020).

İdarenin hizmet kusuru; idarenin yürüttüğü bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenmesinde ya da işleyişindeki bir aksaklık ve/veya bozukluktur. Kamu hizmetinin sunulması esnasında; hizmet kusuru sayılan hallerde gerçekleşen zararların, idarenin kusura dayanan sorumluluğu sebebiyle, idare tarafından tazmini gerekir. Bu durumda idarenin sorumluluğu, kusura dayanan sorumluluktur.

Kamu hizmetlerinin belirtilen şekilde sunulması veya sunulmasının sağlanması idarenin en temel görevi ve varlık sebebidir. Bu görevin yerine getirilmemesi de hizmet kusuru teşkil etmektedir¹⁰⁹.

Sarıca, hizmet kusurunu kapsamlı şekilde tanımlamıştır:

“Hizmet kusuru, idarenin ifa ile mükellef olduğu herhangi bir âme hizmetinin ya kuruluşunda, tanzim ve tertibinde veya teşkilâtında, bünyesinde, personeline yahut işleyişinde gereken emir, direktif ve talimatın verilmemesi, nezaret, murakabe, teftişin icra olunmaması, hizmete tahsis olunan vasıtaların kifayetsiz, elverişsiz, kötü olması, icap eden tedbirlerin alınmaması, geç, vakitsiz hareket edilmesi, şeklinde tecelli eden bir takım aksaklık, aykırılık, bozukluk, intizamsızlık, eksiklik ve sakatlık arz etmesidir”¹¹⁰.

Hizmet kusuru, Paul Duez’in yapmış olduğu sınıflandırmaya göre, hizmetin geç işlemeden, hizmetin kötü işlemeden ve hizmetin hiç işlememesinden dolayı meydana gelen zarardan idarenin kusurlu olarak sorumlu tutulmasıdır¹¹¹.

Türk hukuk doktrinde de hizmetin kötü işlemesi veya gereği gibi işlememesi, hizmetin geç veya yavaş işlemesi ve hizmetin hiç işlememesi; genel olarak hizmet kusuru olarak sayılan hallerdir¹¹².

Hizmet kusuru; bir kamu hizmetinin yerine getirilmesi sırasında veya sebebiyle, idarenin belli bir kamu görevlisine izafe edilmesi mümkün olmayan, bir kusur dolayısıyla

¹⁰⁹ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, s.1695.

¹¹⁰ Ragıp Sarıca, "Hizmet Kusuru ve Karakterleri", İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt XV, Sayı 4, 1949:s. 858.

¹¹¹ Paul Duez, *La responsabilité de la puissance publique*, Nouvelle Edition, Paris, 1938 s. 27 vd. (Nakleden-Lütfi Duran, *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu*, op.cit, s. 28).

¹¹² A. Şeref Gözübüyük – Turgut Tan, *İdare Hukuku*, C.I, Turhan Kitapevi, 4. Baskı, Ankara, 2006; Ramazan Çağlayan, *Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu*, Asil Yayınları, 1.Baskı, Ankara, 2007, s. 133 vd.

ortaya çıkmayan ve bizzat kamu hizmetinin kuruluş, işleyiş ve teşkilatlanmasından doğan sorumluluk türüdür¹¹³.

Hizmet kusuru, özel hukuktaki haksız fiil sorumluluğundan tamamen bağımsızdır. İdarenin sorumluluğunda esas alınan hizmet kusuru, idarenin görmekle yükümlü olduğu kamu hizmetinin, bünyesinde, kuruluşunda, işleyişinde gözlemlenen ve bu hizmeti gören veya görmekle yükümlü olan ajan veya personele yüklenmesi mümkün olmayan tamamen idare hukuku esaslarına göre bazı özellikleri bulunan bir kusurdur¹¹⁴.

Danıştay kararlarında da hizmet kusurunun tanımı özellikleri vurgulanarak yapılmıştır: “*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*”¹¹⁵. Bir diğer kararda “...*idarenin yürütmekle görevli olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık veya boşluk olarak tanımlanabilen hizmet kusuru; hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde gerçekleşmekte ve idarenin tazmin yükümlülüğünün doğmasına yol açmaktadır.*” şeklinde ifade edilmiştir¹¹⁶.

2. Hizmet Kusurunun Özellikleri

Hizmet kusurunun özellikleri doktrindaşağıda sıraladığımız beş ana başlık altında incelenmiştir¹¹⁷:

¹¹³ Akyılmaz, Bahtiyar / Sezginer, Murat / Kaya, Cemil , *Türk İdare Hukuku*, 2. Baskı, Ankara, 2011: s.149.

¹¹⁴ Necdet, Özdemir, *Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu*, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, Yeni Desen Matbaası, Ankara, 1963: s.23.

¹¹⁵ Danıştay, 10D., 29.04.2008, 3301/2939. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

¹¹⁶ Danıştay, 15D., 30.05.2016, 4482/3888; 30.05.2016, 4482/3888. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

¹¹⁷ Zehra Odyakmaz-Ümit Kaymak- İsmail Ercan, *Anayasa Hukuku İdare Hukuku*,s.527-528; Serkan Kızılyel, “Sağlık Hizmeti Yönünden Hizmet Kusuru Kavramını Yeniden Düşünmek”, Terazi Hukuk Dergisi, Yıl:3, Sayı:24, Ağustos 2008,s.139-141; Karaege, “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusurlu Sorumluluğu”, s.48-50; Betül Çatak Irız, “Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu”, Adalet Yayınevi, Ankara 2011,s.24-30.

a. Hizmet kusuru bağımsız bir niteliğe sahiptir.

Hizmet kusurunda, sorumluluk kusura dayandırılır. Ancak, buradaki kusur, idare hukuku ilke ve esaslarına göre belirlenen kusurdur. Özel hukuktaki anlamından farklı olup, idarenin kusuru olması nedeniyle sağlık personelinin kusuru değil, kişilerin kusuru dışında sağlık hizmetlerinin kuruluş ve işleyişine ilişkin objektif ve bağımsız olarak belirlenen kusurdur. Sağlık personeli kusurlu olsun ya da olmasın, eğer sağlık hizmetinin kuruluş, düzenleniş ve işleyişinde bir bozukluk var ise hizmet kusuru vardır. Sarıca hizmet kusurunun bağımsız niteliğini; “*hizmet kusuru, Borçlar Kanunundaki “haksız fiilden” bambaşka bir şey olup; idare hukukuna has, nevi şahsına münhasır, muhtar, müstakil orijinal bir mefhumdur*” şeklinde açıklar¹¹⁸. Ozansoy ise; “*idarenin hizmet kusurundan sorumluluğu, medeni hukuk sorumluluk esastan ayrı ve otonom sayılır.*” sözleri ile hizmet kusurunun bağımsız niteliğini vurgulamıştır¹¹⁹. Hizmet kusurunun bağımsızlığı, “*idare hukukuna özgü, nevi şahsına münhasır, muhtar ve orijinal*” bir kavram oluşunu ifade eder¹²⁰.

b. Hizmet kusuru, asli ve birinci derecede bir sorumluluk nedenidir.

İdare, kusuru ile verdiği zarardan doğrudan doğruya sorumlu tutulur. İdarenin sorumluluğu için hizmet kusurunun varlığı yeterlidir, başka bir neden aranmasına gerek yoktur. Hizmet kusurunda idarenin sorumluluğu asli ve doğrudan olduğundan, özel hukuktaki istihdam edenlerin sorumluluğundan farklıdır. Borçlar Kanunu ve Medeni Kanun'da öngörülen “*olağan sebep sorumluluğu*” objektif bir özen gösterme ödevinin yerine getirilmesine dayanır. Bu nedenle çoğunda bu özen ödevinin yerine getirildiğini veya özen ödevi yerine getirilseydi dahi, yine de zararın ortaya çıkacağı kanıtlamak suretiyle sorumluluktan kurtulmak mümkündür¹²¹. Hizmet kusurunda ise, idare bu tür kurtuluş beyinelerini ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz. Hizmet kusuru var ise,

¹¹⁸ Sarıca, *Hizmet Kusuru ve Karakterleri*, s. 859.

¹¹⁹ Cüneyt Ozansoy, “*Tarihsel ve Kuramsal Açıdan İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu*”, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 1989:s. 255.

¹²⁰ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, s.1695.

¹²¹ Hasan Petek, *Taşınmaz Malikinın Hukuka Uygun Taşkınlıklarından Sorumluluğu*, Yetkin Yayınları, Ankara,2005: sf. 48.

idare sorumlu olacak ve hizmet kusurundan doğan zararların tazmini için doğrudan idare aleyhine dava açılacaktır.

c. Hizmet kusuru anonimdir.

Hizmet kusuru, istihdam edilen memur ve/veya ajanın kusuru değildir; bu nedenle sağlık personelinin kusurunun olup olmadığı aranmaz, sağlık hizmetinin kuruluş, düzenleniş ve işleyişinde kusur aranır. Sağlık hizmeti vermekle yükümlü olan idare, sağlık hizmetinden doğan zarardan da sorumludur. İdare, personeli ile bütünleşmiştir¹²²; kusur sağlık hizmeti içinde hizmet ile kaynaşmıştır. Hizmet kusurunun belli bir kamu görevlisine icra olunması, kişiselleştirilmesi gerekmemektedir¹²³.

Esin, anonimlik ilkesini şöyle açıklar:

“(...) Hizmet kusuru, hizmeti yürüten ajanların kişiliğinde ya da bu ajanların seçiminde beliren bir kusur değildir. Bu halde kişi olarak kimse kusurlu olmayıp, kusur hizmetin içinde hizmetin kuruluş ve işleyişindeki düzensizliktedir. Dolayısıyla, hizmet kusurundan doğan zararı belli ajan veya ajanlara yükleyebilme olanağı yoktur. Ortada kime ait olduğu bilinmeyen sahipsiz, anonim bir kusur bulunduğu için, bunu doğrudan doğruya idarenin ve hizmetin kusuru sayarak sorumluluğu idareye yüklemek en doğru yol kabul edilir”¹²⁴.

Danıştay, davalı idare personeline ameliyat edilen hastanın vücudundan üç adet kırılmış enjektör ucu şeklinde metalin çıkarıldığı ve bu ameliyatın belirli bir zaman öncesinde ve daha sonrasında başka bir ameliyat geçirmediği tartışmasız olan hastanın ameliyat bölgesinde bu üç cismin unutulduğunun somut bir olgu olduğunu belirterek; bu cisimlerin hastanın ameliyat bölgesine nasıl girdiği cerrahi ve bilimsel olarak açıklanamamış ise de, davalı idarenin ameliyat ekibinden ve ameliyatın sorunsuz yürütülmesinden sorumlu olduğu gözönüne alındığında bu konuda gerekli dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirmediği ve dolayısıyla davalı idarece hizmetin kötü işletildiği olayda idarenin hizmet kusurunun bulunduğunu kabul etmiştir¹²⁵.

¹²² Sait Güran, “ Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu”, Danıştay Dergisi, Yıl:12, Sayı:46-47, 1982, s.18.

¹²³ Günday, *İdare Hukuku* (2003), s.333.

¹²⁴ Esin, *Danıştay’da Açılacak Tazminat Davaları*, s.28.

¹²⁵ Danıştay, 15D., 06.06.2016, 4502 /4029.Lexpera (erişim tarihi:15.03.2020).

d. Hizmet kusuru genel niteliklidir.

Hizmet kusuru, bütün kamu tüzel kişilerine uygulanan bir sorumluluk türüdür¹²⁶. Sağlık hizmeti yürütülmesinde bir hizmet kusuru var ise, idare sorumlu olacaktır. Duran; 1961 Anayasasının 114. maddesine atıf yaparak “*Türk Hukukunda yürütme ve idarenin mali sorumluluğunun “genel” bir sorumluluk olduğunu; başka bir deyişle, Türkiye’de bütün yürütme organları ve idare kuruluşları, her türlü hizmet ve faaliyetlerinden dolayı, prensip olarak sorumluluk taşıdığını*” ifade ederek genellik ilkesini, anayasal temele dayandırarak açıklamıştır¹²⁷.

e. Hizmet kusuru olaylara göre farklı özellikler gösterir, esnekir.

Hizmet kusurunun varlığı, her olayda hal ve vaziyetin icaplarına ve hususiyetlerine göre tespit edilir¹²⁸. İdare hukukunda hizmet kusuru vardır diyebilmek için, hizmetin mahiyet ve bünyesine, nevi ve cinsine, şart ve zaruretlerine göre olayda belli bir ağırlık derecesine varmış bir kusur aranır¹²⁹.

Duran, hizmet kusurunun esnek bir yapıya sahip olduğu ifade eder¹³⁰. İdari yargı yerleri; her somut olayda kamu yararı, kamu hizmetinin gerekleri, işleyiş koşulları ve diğer özellikleri zaman ve yer koşulları, zararın niteliği ve zararla kusur arasındaki ilişkinin derecesi gibi unsurları göz önünde bulundurur; tespit edilen kusurun tazminatı gerektirip, gerektirmeyeceği esneklik ilkesi gereğince serbestçe takdir edilir¹³¹.

Maddi tazminat talebinin reddine dair mahkeme kararının bozulması yönünde verilen Danıştay kararında:

“...Uyuşmazlık konusu olayda, Adli Tıp Kurumu raporunda, idare ajanlarına yönelik atf-ı kabil bir kusur bulunmadığı belirtilmiş olmakla birlikte, olayda hizmet kusuru bulunup bulunmadığının tespiti açısından aşağıda belirtilen hususları açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

¹²⁶ Kızılyel, “Sağlık Hizmeti Yönünden Hizmet Kusuru Kavramını Yeniden Düşünmek”, s.10.

¹²⁷ Lûtfi Duran, “Türkiye İdaresinin Sorumluluğu; Sorumluluğun Temeli ve Sebepleri, Sorumluluğa Yol Açan Olgular”, Ankara, TODAİE Yayınları No: 138, Sevinç Matbaası, 1974:s.19.

¹²⁸ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, s.1697.

¹²⁹ Sarıca, *Hizmet Kusuru ve Karakterleri*, s.863.

¹³⁰ Duran, “Türkiye İdaresinin Sorumluluğu; Sorumluluğun Temeli ve Sebepleri, Sorumluluğa Yol Açan Olgular”, s.34.

¹³¹ Esin, *Danıştay’da Açılacak Tazminat Davaları*, s.31.

1-) K. K.'ın ameliyat öncesi yapılan rutin tetkikleri ve muayenesinde herhangi bir eksiklik bulunup bulunmadığı,

2-) Hastanın ameliyat sonrası solunum cihazından ilgili sağlık personeline erken ayrılıp ayrılmadığı, bu olayın ölüm olayıyla bir illiyet bağının bulunup bulunmadığı,

hususlarının tespiti için dosyanın Adli Tıp Genel Kuruluna gönderilerek, Adli Tıp Genel Kurulu aracılığıyla belirtilen hususlar ile taraf iddialarının irdelendiği, açıklamalı ve gerekçeli yeni bir rapor alınması gerekmektedir.”

gerekçesiyle, hizmet kusurunun esneklik özelliği nedeniyle olaya göre tespiti gerekliliğini vurgulanmıştır¹³².

Yine, yapılan enjeksiyonun hatalı olması sebebiyle engelli hale geldiğinden bahisle açılan davada Danıştay;

“...hasta tabelasında İ.M. tedavi yönteminin belirtilmemiş olması, doktor tarafından bu yönde sözlü olarak da talimat verilmediğinin belirtilmesi durumunda, hastane personelinin doktor tarafından düzenlenen hasta tabelasına uymak zorunda olmaları sebebiyle, davacının hastanede yatarak tedavi gördüğü dönemde kalçasından yapılan enjeksiyon sebebiyle 18 ay iş ve gücünden mahrum kalacak şekilde zarar görmesinde, hasta için düzenlenen tedavi yöntemine uyulmamış olması, bu yönde gereken dikkat ve özenin gösterilmemesi sebebiyle hizmet kusuru bulunduğunu” kabul etmiştir¹³³.

3. Hizmet Kusuru ile Kişisel Kusur ve Görev Kusuru Ayrımı

a. Kişisel Kusur ve Görev Kusuru

Tüzel kişiliği olan idareler adına, işler, gerçek kişiler olan kamu görevlileri tarafından yürütülür. Hizmet kusuru da, kişisel kusur da kamu görevlilerinin kusurlu tutum ve davranışlarından kaynaklanır. Ancak, kamu görevlisinin kusurlu davranışı kişisel kusurda yürütülen hizmet ile ilgisi olmayan, hizmetten ayrılabilir nitelikte iken; hizmet kusurunda yürütülen hizmet ile ilgilidir, hizmetten ayrılamaz niteliktedir. Kamu tüzelkişileri olan idareler için, hizmet kusuru olarak adlandırılan kusur,

¹³² Danıştay, 15D., 21.09.2016, 467/4610. Lexpera (erişim tarihi:15.03.2020).

¹³³ Danıştay, 15D., 30.05.2016, 4490/3879. Lexpera (erişim tarihi:15.03.2020).

kişiselleştirilebilsin ya da kişiselleştirilemesin, aslında kamu görevlilerinin (idare ajanlarının) kusurlarıdır¹³⁴. Tekinsoy'a göre;

“İdare ile “idare adına hareket eden” ayrıştırıldıktan sonra sorun “hizmet kusuru”, “görev kusuru”, “kişisel kusur”, “hizmet içi kişisel kusur”, “hizmetten ayrılabilen kişisel kusur”, “salt kişisel kusur” gibi kusur tanımlamaları ve bu kusur tanımlamalarına –hatta türlerine- göre sorumluluğun sahibi öznenin (idare / kamu görevlisi) belirlenmesi çerçevesinde tartışılmaktadır. Temel sorun, hizmet kusuru ve kişisel kusur ayrımı ve kişisel kusurun hizmet kusuruna etkisi çerçevesinde şekillenmektedir”¹³⁵.

Günday'a göre; kamu görevlilerinin hizmetle ilgili olmayan kusurlu tutum ve davranışları, onların kişisel kusurunu teşkil eder. Günday; kamu personelinin suç niteliğindeki davranışları, yargı kararlarına uymama, kamu görevlilerinin kötü niyetli davranması, kamu görevlisinin ağır kusuru, olmak üzere dört halde kişisel kusurun söz konusu olacağı görüşündedir¹³⁶.

Anayasa Mahkemesi kararında kişisel kusur;

“(…)Kamu görevlilerinin kişisel kusurundan sözedilebilmesi, kişisel kusuru doğuran eylemin resmî çalışma ve görevin yerine getirilmesi maksadıyla görev sırasında veya görev dolayısıyla yapılmış olmasına bağlıdır. Şu yönü açıklamak gerekir ki, uzaktan veya yakından, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak kamu faaliyet ve hizmetleriyle ilişkisi olmayan eylem ve işlemler, o personelin bireysel hareket ve tasarruflarından ibaret olur ki, her vatandaş gibi bunların sonuçlarından da kendilerinin sorumlu tutulması doğaldır. Bundan dolayı bu tür eylemler kişisel kusur kategorisinde yer almazlar. O halde kamu görevlisinin kişisel eylem ve kusuru da hizmet ve görevle ikili ve ilişkili olarak ortaya çıkar... Kamu görevlilerinin, açıkça ve kolayca hizmetten ayrılabilen tasarruf ve hatalarının kötü niyet ve maksatla ilgiliye zarar vermek veya kamu yararı dışında özel çıkarlar sağlanmak için bilerek yani kasten yapılan işlem ve eylemlerle bağışlanamayacak ölçüde ağır kusur teşkil eden açık şekilde hukuka aykırı fiil ve muamelelerden ibaret olduğu Yargıtay ve Danıştay içtihat ve uygulamalarında kabul edilmektedir. Bu uygulamaya göre kamu personeli bilerek ve isteyerek yetkisini kötüye kullanır veya mevzuata açık ve kesin olarak belirlenmiş bulunan görev ve yetki alanını ve sınırlarını aşar

¹³⁴ Gözler, *İdare Hukuku* (2003), s.1059.

¹³⁵ Ayhan Tekinsoy, “Anayasa Mahkemesinin Kamu Görevlilerinin Kişisel Sorumluluğu Konusundaki Yaklaşımının Muhtemel Sonuçları”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2013/1, s.27.

¹³⁶ Günday, *İdare Hukuku* (2003),s.325.

yahut idarenin işlev alanı dışına çıkarsa, kişisel eylem ve kusur işlemiş ve kendi sorumluluğuna yol açmış sayılmaktadır” şeklinde açıklamıştır¹³⁷.

Kamu görevlilerinin görev sırasında veya görevleri dolayısıyla yaptıkları eylemler, kişisel kusuru doğurur. Ancak, kişisel kusurda, kamu görevlisinin açıkça ve kolayca görevinden ayrılabilen tasarruf ve hataları sözkonusudur. Bir başka deyişle, kamu hizmeti ve görevle ilgili olmasına rağmen, idare nam ve hesabına hareket eden kamu personeli bilerek ve isteyerek yetkisini kötüye kullanmakta veya mevzuata açık ve kesin olarak belirlenmiş bulunan görev ve yetki alanını ve sınırlarını aşmakta ya da idarenin işlev alanı dışına çıkmaktadır. Burada kamu görevlisi zarar doğurucu eylemini kamusal görevin yerine getirilmesi saiki ile ancak salt kişisel kusuru ile işlemektedir. Bu nedenle, kötü niyet ve maksatla ilgiliye zarar vermek veya kamu yararı dışında özel çıkarlar sağlanmak için bilerek yapılan hukuka aykırı eylem ve işlemlerinden, doğrudan doğruya kendi kişisel sorumluluğu sözkonusudur; kusur idareye atıf ve izafe olunamaz. Görevden kolayca ayrılabilen ve görev dışında kalan kusurlu eylem ile kamu görevi arasındaki bağ kesilmekte, salt kamu görevlisinin kişisel kusuru ile karşı karşıya kalınmaktadır. Kamu görevlilerinin görev yerlerinde gerçekleşse dahi yaptıkları iş ile hiçbir ilgisi olmayan, kamu göreviyle açıkça bağdaşmayan eylemleri kamu görevi ile ilişkilendirilemeyeceğinden, kişisel kusur oluşturur.

Kamu görevlisinin görev kusurunu kapsayan hizmet kusuru esasına dayanılarak, görev ve yetkilerini kullandığı sırada doğan zararın giderilmesi istemiyle, idare aleyhine idari yargıda dava açılabilir; yargı yerince tazminle yükümlü tutulması halinde idare, ilgili yasa kurallarının gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, sorumlu personeline rücu edilebilecektir¹³⁸. Kamu görevlisinin görevi dışında kalan kişisel kusuruna dayanıldığı ve hizmet kusuru niteliğinde bir eylemi bulunmadığı anlaşıldığında ise, kişisel sorumluluğu söz konusu olacak ve dava adli yargı yerinde görülecektir¹³⁹. Memur ve diğer resmi görevlileri kamu görevlisi sıfat ve kapasiteleri dışında özel bir kişi olarak, özel hukuk

¹³⁷ AYM., 25.03.1975/62. <http://kararlar.yeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/fef2f5cc-108b-4e85-a8be-729d3e722899?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> (erişim tarihi:01.04.2020).

¹³⁸ AYM., GKK., 19.07.2018, 2014/7998. <https://www.anayasa.gov.tr/tr/haberler/bireysel-basvuru-basin-duyurulari/psikolojik-taciz-nedeniyle-kisinin-maddi-ve-manevi-varligini-koruma-ve-gelistirme-hakkinin-ihlal-edilmesi/> (erişim tarihi:01.04.2020).

¹³⁹ Yargıtay, HGK., 17/1/2018, 1433/49. Lexpera(erişim tarihi:01.04.2020).

hükümlerine göre özel işlerini yaparken üçüncü kişilere verdikleri zarardan doğrudan doğruya kendileri sorumludur¹⁴⁰.

Duran'a göre; görev kusuru, geniş anlamda hizmet kusuru sayılabilir ise de; aslında hizmet kusuru niteliği taşıyan mesleki ve ödevsel kusurdur ve personelin hizmetten ayrılamayan kişisel kusurları olarak ortaya çıkmaktadır¹⁴¹.

Tekinsoy, Duran'ın görüşlerinden hareketle kamu görevlilerinin hukuka aykırı davranışlarını üç aşamada özetler:

“1. Kamu göreviyle hiç ilgisi olmayan işlem ve fiiller, kamu görevlilerinin görev dışındaki fiilleri, idari nitelikte sayılmaz,

2.Görevle ilgili olanlar, görev sırasında işlenenler hukuka aykırılığın ağırlığına göre kamu görevlisinin sorumlu tutulacağı “salt kişisel kusur” oluşturur. Bu kategoride hukuka aykırılığın ağırlığı belirlenmiş değildir. Mevzuata herhangi bir aykırılık, salt kişisel kusur kategorisine sokulabilir,

3.Görevden ayrılamayan kişisel kusurlar ise görev kusuru olarak değerlendirilir ve idare bunlardan sorumlu olacaktır”¹⁴².

Görev kusurundan dolayı idarenin sorumlu olmasının nedeni; idarenin çalıştırdığı kamu personelinin seçiminde, eğitilmesinde ve görevin yerine getirilmesi sırasında kamu personeli üzerinde var olan denetim ve gözetim yetkisinden kaynaklanmaktadır¹⁴³.

Birtek, görev kusurunu; “geniş anlamı itibariyle hizmet kusuru kavramına dahil olan ve fakat idarenin bir görevlisinin görevinin niteliğine, görevin gereklerine bağlanabilen ve nihayet idarenin görevlisinin şahsında somutlaştırılan bir kusur” olarak tanımlar¹⁴⁴.

Düren'e göre, görev kusurundan bahsedebilmek için zarar verici işlem veya eylem görev sırasında ve görev gereği yapılmış olmalıdır. Bunu saptayacak ölçüt de kamu

¹⁴⁰ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümleri*, 10.Bası, İstanbul 2010: s. 590 vd.

¹⁴¹ Lütfi Duran, “*Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu*”, AÜSBF ve TODAİE Yayını, Ankara 1974: s. 110.

¹⁴² Tekinsoy, “Anayasa Mahkemesinin Kamu Görevlilerinin Kişisel Sorumluluğu Konusundaki Yaklaşımının Muhtemel Sonuçları”, s.37.

¹⁴³ Günday, *İdare Hukuku*, (2003), s.325.

¹⁴⁴ Birtek, “Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinde İdarenin Kusura Dayanan Sorumluluğu”, s.125.

personelinin zarar verici davranışı ile görevinin ifası arasında “gaye ilişkisinin” bulunmasıdır. Kamu görevlisi zarar verici davranışta “kamusal görevini yerine getirdiği sırada değil de, bu görevin yerine getirilmesi vesilesiyle” bulunmuşsa artık görevsel kusur değil, kişisel kusur söz konusu olur¹⁴⁵.

Uyuşmazlık Mahkemesi’ne göre; kişilerin uğradığı zarar ile zarara sebebiyet veren kamu personelinin yürüttüğü görev arasında her hangi bir ilişki kurulabiliyor ise, ortada görevle ilgili bir durum var demektir. Kamu personelinin görevi sırasında kullandığı yetkilerden ve resmi sıfatından ayrılamayan, aksine bunlarla sıkı sıkıya ilgili ve bağlantılı bulunan kusurdan doğan zararlardan sorumluluğun; idare yönünden "hizmet kusuru" ve kamu personeli yönünden de "görev kusuru" esaslarına göre değerlendirilmesi gerekir. Bu duruma göre, yargısal denetim görevi de idari yargı yerine aittir¹⁴⁶.

Danıştay kararlarında da, görev kusurunun; kişisel kusur olmakla birlikte, aslında hizmet kusuru niteliği taşıyan, ancak hizmet kusurunun anonimliğinden çıkarak, idare ajanının hizmet içinde veya hizmet dolayısıyla, kendisine verilen ödev, yetki ve araçlardan yararlanarak işlediği, kendisine atıf ve izafe edilebilecek nitelikteki hukuka aykırı davranışları olduğu ve bu kusur nedeniyle doğan zararların idarece tazmini gerektiği kabul edilmiştir¹⁴⁷.

Danıştay, kamu görevlisinin görevle ilgili eyleminin “görev kusuru” niteliğine vurgu yapılarak, hizmet kusuru oluşturacağını kabul ederek, kişisel kusurdan ayırmaktadır. Danıştay;

“...kamu görevlilerinin görevlerini yerine getirirken mevzuatın, üstlenilen ödevin ve yürütülen hizmetin kural, usul ve gereklerine aykırı olarak, kendilerine izafe edilebilecek boyutta ve biçimde, ancak gene de resmi yetki, görev ve olanaklardan yararlanarak onları kullanarak hareket ettikleri, bu nedenle de idaresiyle bütünleştiği, idaresinden ayrılmasını önleyen ve engelleyen görev kusurları, sonuç olarak hizmetin yürütülmesi sırasında ortaya çıktığından, idare yönünden de "hizmet kusuru"nu oluşturduğu...”

¹⁴⁵ Akın Düren, *İdare Hukuku Dersleri*, Ankara,1979:s.295.

¹⁴⁶ Uyuşmazlık Mahkemesi, 14.04.1997, 16/15. (RG. 18.05.1997/ 22993).

¹⁴⁷ Danıştay, İDDK, 15.10.2015, 1989/3546; 15.3.2012, 2740/194. Lexpera(erişim tarihi:01.04.2020).

gerekçesi ile, görevli erin yürütülen hizmet sırasında emir, nizam ve talimatlara aykırı hareket ederek ateş açtığı olayda işlenen görev kusuru nedeniyle, üstlendiği kamu hizmetini kötü işleyen davalı idarenin "hizmet kusuru" bulunduğuna karar vermiştir¹⁴⁸. Danıştay, kamu görevlilerinin görev kusurları nedeniyle yürütülen kamu hizmeti işlememekte, geç işlemekte ya da kötü işlemekte olduğundan, idare yönünden hizmet kusuru oluştuğunu kabul etmiştir.

Örneğin; davacıda oluştuğu saptanan fasial sinir hasarının, cerrahın yaptığı kulak ameliyatının doğal bir sonucu olmadığı ve gereken dikkat ve özenin gösterilmemesi sonucu ortaya çıktığı Adli Tıp Raporu'nda tespit edilen olayda; doktorun tıbbi uygulama hatası nedeniyle, hizmet kusuru bulunan davalı idarenin davacının zararlarını tazmin sorumluluğu bulunduğu kabul edilmiştir¹⁴⁹. Bir diğer olayda, Adli Tıp Kurumu raporunda, hastaya zamanında cerrahi müdahalede bulunulmamasının ve hastaya damar yolu açılması esnasında anjiokati arter içine yerleştiren hemşirenin eyleminin tıp kurallarına uygun olmadığı, bu nedenle meslekte kazanma gücü kaybı oranının %58 oranında olduğu belirtilmiş olup, olayda hatalı tedavi nedeniyle davalı idarenin maddi ve manevi tazminat ödemesine hükmedilmiştir¹⁵⁰.

b. Hizmet Kusuru - Kişisel Kusur Ayrımı

Hizmet kusuru; idarenin yürüttüğü bir hizmetin kurulmasında, düzenlenmesinde ve işleyişindeki bozukluk ve aksaklık şeklinde tanımlanmakta, hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi durumlarında varlığı kabul edilmekte ve idarenin sorumluluğu dolayısıyla tazmin yükümlülüğünün doğmasına yol açmaktadır. Aşağıda konu ayrıntılı olarak incelenmiştir¹⁵¹.

Hizmet kusurunun var olduğu hallerde idarenin sorumluluğu söz konusu olur. Ancak, kamu görevlilerinin hizmetten ayrılabilen kusurlu tutum ve davranışları kişisel

¹⁴⁸ Danıştay, 10D., 20.10.1999, 721/5266. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

¹⁴⁹ Danıştay, 15D., 3.4.2014, 11061/2456. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

¹⁵⁰ Danıştay, 15D., 4.2.2016, 46/560. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

¹⁵¹ Bk.s.65 vd.

kusur oluşturur ve şahsi sorumlulukları söz konusu olur. Bu nedenle, idarenin sorumluluğunun belirlenmesinde, kişisel kusur hizmet kusuru ayrımı önem taşır.

Duran'a göre; görev kusuru, personelin hizmetten ayrılamayan kişisel kusurları olarak ortaya çıkmaktadır. "Salt kişisel kusur" ise; bu "görevsel kusur" dışında kalan, personelin görevlerin yerine getirilmesi niteliğinde olmayan, yani hizmetten ayrılabilen tutum ve davranışları, "açıkça ve kolayca hizmetten ayrılabilen eylem ve kusurları" dır¹⁵².

Duran'ın görüşlerinden büyük ölçüde yararlanan Anayasa Mahkemesi'nin 1975 tarihli kararında kişisel kusur ve hizmet kusuru ayrımı yapılmış ve kamu personelinin bilerek ve isteyerek yetkisini kötüye kullanması veya mevzuata açık ve kesin olarak belirlenmiş bulunan görev ve yetki alanını ve sınırlarını aşması ya da idarenin işlev alanı dışına çıkması halinde kişisel sorumluluğu kabul edilmiştir. Kararda; Anayasa hükümleri ve idare hukuku sistemi kamu görevlilerinin sorumluluğunu idareninkinden ayrı ve bağımsız olarak düzenlemiş bulunduğundan, 657 sayılı Kanununun 13. maddesinin, personelin kişisel eylem ve kusurlarıyla verdikleri zararlardan dolayı kişiler tarafından aleyhlerine Adliye Mahkemelerinde açılacak tazminat davalarını önleyen ve kaldıran bir hüküm niteliğinde anlaşılacağı belirtilmiştir. Aynı kararda Anayasa Mahkemesi, kişisel kusuru:

"Kamu görevlilerinin kişisel kusurundan söz edilebilmesi, kişisel kusuru doğuran eylemin resmî çalışma ve görevin yerine getirilmesi maksadıyla görev sırasında veya görev dolayısıyla yapılmış olmasına bağlıdır. Şu yönü açıklamak gerekir ki, uzaktan veya yakından, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak kamu faaliyet ve hizmetleriyle ilişkisi olmayan eylem ve işlemler, o personelin bireysel hareket ve tasarruflarından ibaret olur ki, her vatandaş gibi bunların sonuçlarından da kendilerinin sorumlu tutulması doğaldır."

şeklinde açıklamıştır¹⁵³.

¹⁵² Duran, "Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu", s.105,106.

¹⁵³ AYM, 25.03.1975, 42/62. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/fef2f5cc-108b-4e85-a8be-729d3e722899?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> (erişim tarihi:01.04.2020).

Karar gerekçesine göre; "...Personelin kişisel eylem ve davranışlarını Anayasanın 114. maddesinin son fıkrasında belirtilen idarî eylem ve işlem saymağa olanak yoktur. Bundan dolayı personelin kişisel kusurları ile kişilere verdiği zarardan kendilerinin sorumlu olmaları ve tazminat borçlarını doğrudan doğruya ödemeleri Anayasa gereğidir. Bunun tersini düşünmek başka bir deyişle bu gibi hallerde zararı idareye ödetmek ve idareye rücu hakkı tanımak Anayasa'nın 125. maddesiyle güdülen ereğe aykırı düşer.

Yargıtay'ın 1/2/2012 tarihinden önceki içtihatlarında, kamu görevlilerinin görevi sırasında hizmet araçlarını kullanarak üçüncü bir kişiye zarar vermeleri hâlinde “hizmet kusuru” ve “kişisel kusur” ayırımına gidildiği ve kişisel kusur nedeniyle kamu görevlisine karşı adli yargıda dava açılabilmesinin kabul edildiği görülmektedir. Memurların ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken meydana gelen zararlara ilişkin davaların idare aleyhine dava açılabilmesi için, eylemin hizmet kusurundan kaynaklanmış olması koşulu aranmıştır¹⁵⁴.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 1/2/2012 tarihli kararları ile içtihat değiştirerek kamu görevlilerinin görevi sırasında hizmet araçlarını kullanarak yaptıkları eylem ve işlemlere ilişkin kişisel kusurlarının kasti suç niteliği taşısa bile hizmet kusuru oluşturacağını, bu nedenle açılacak davanın idare aleyhine açılması gerektiğini kabul etmiştir. Kamu görevlilerinin, görev yaptıkları mahalde olsa dahi, yaptıkları iş ile ilgisi olmayan eylemlerinden kişisel olarak sorumlu tutulacakları, ve bu nedenle kamu görevlileri aleyhine adli yargıda dava açılabilmesi kabul edilmiştir¹⁵⁵.

Yapılan içtihat değişikliği ile, memur ve kamu görevlilerinin görevi sırasında hizmet araçlarını kullanarak yaptığı eylem ve işlemlerine ilişkin kişisel kusurunun, kasti suç niteliği taşısa bile hizmet kusuru oluşturması nedeniyle idare aleyhine dava açılması gerektiği; kamu görevlisinin “görevini yerine getirirken veya yetkilerini kullanırken”

Nitekim, gerek öğretide ve gerekse yargısal kararlarda Devlet Memurları Kanununun 13. maddesi bu anlamda anlaşılmalı ve uygulanmalıdır.”

¹⁵⁴ Yargıtay, HGK., 17/10/2007, 4-640/725. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

¹⁵⁵ Yargıtay, HGK., 1/2/2012, 4-592/25. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020). Karar gerekçesinde “...gerek Anayasa, gerekse Devlet Memurları Kanunu'nda yer alan düzenlemelerin, memur ve kamu görevlisinin sorumluluğunu ortadan kaldırmadığı; daha sonra ilgisine rücu edilmek üzere ilk etapta devletin sorumluluğuna giderek, mağdura zararını daha iyi bir şekilde giderecek bir muhatap ve tereddütsüz bir yargı yolu sağladığı; bugüne kadar ki uygulamada, kamu personelinin mali sorumluluğunu çözmek için “hizmet kusuru” ve “kişisel kusur” ayırımına gidilmiş olmasının yerinde olmadığı, zira yasada böyle bir unsur bulunmayıp; bunun tamamen idare ile memur arasında görülecek rücu davasının sorunu olduğu, ... 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 kasti suç niteliği taşısa bile hizmet kusuru oluşturacağı bu nedenle açılacak davanın idare aleyhine açılması gerektiği; görev yapılan yerde dahi olsa memur ve kamu görevlisinin yaptığı iş ile ilgisi olmayan eylemlerin varlığı halinde ise bu eylemden memurun kişisel olarak sorumlu tutulacağı, bu nedenle açılacak davaların da ancak adli yargıda ve kamu görevlisi veya memur aleyhine açılabilmesi,....” yazılmıştır.

işlediği eylemlerde, ihmali ya da kasdı olmasına bakılmaksızın idarenin sorumlu olacağı; görev yapılan yerde dahi olsa memur ve kamu görevlisinin “yaptığı iş ile ilgisi olmayan” eylemlerin varlığı halinde ise, kişisel kusurları nedeniyle memur ve kamu görevlisi aleyhine adli yargıda dava açılması gerektiği kabul edilmiştir.

Yargıtay, idarenin sorumluluğu bakımından hizmet kusuru ile kişisel kusur ayrımında, kamu görevlisinin zarara neden olan eyleminin verilen hizmet ve yapılan iş ile ilgili olup olmadığı dikkate alarak, Anayasa’nın 129/5 maddesinde ve Devlet Memurları Kanunu’nun 13. maddesinde yer alan düzenlemeler gereği tazminat davasının idare aleyhine ve idari yargıda açılabileceğini, hizmet kusuru- kişisel kusur ayrımının bu anlamda sadece kamu görevlisine rücu bakımından önem taşıyacağını vurgulamaktadır.

Doktrinde, “görevden ayrılabilen kişisel kusur” ve “görevden ayrılamayan kişisel kusur” ayrımı yapılmıştır¹⁵⁶. Görevden ayrılabilen kişisel kusurda; kamu görevlisinin eyleminin görevle hiçbir bağı bulunmamaktadır; “eyleminde açıkça ve kolayca görevinden ayrılabilen tasarruf ve hatalar görülür”. Görevden ayrılamayan kişisel kusur ise, görev içinde ve dolayısıyla idarenin ajanına yüklediği ödev yetki ve araçlarla işlenmektedir. Bu durumda kullanılan diğer kavram “görev kusuru”dur¹⁵⁷. Sağlık hizmetinden kaynaklanan davalara ilişkin Danıştay kararlarında “görev kusuru” kavramından çok “hizmet kusuru” kavramının kullanıldığı görülmektedir.

Sağlık hizmetleri açısından bakıldığında, kamu görevlisi olan sağlık personelinin idare adına yürüttüğü hizmetin dışında, hizmet ile ve bu hizmet için tahsis edilmiş olan araç-gereçler ile hiçbir bağı olmayan eylemlerinden bir zarar doğması halinde, kişisel kusur nedeniyle şahsi sorumluluğu söz konusu olur. Örneğin, mesai saatleri dışında evinde komşusuna hatalı enjeksiyon yapan hemşire, görev mahalli ve mesai saatleri dışında muayene ettiği hastaya yanlış ilaç reçete eden doktor kişisel olarak sorumlu olacaktır.

Ayan’a göre; kamu görevlisi statüsündeki doktor veya diğer sağlık görevlisinin yaptığı zarar verici davranışının idarî bir davranış olarak kabul edilmediği veya hizmeti

¹⁵⁶ E. Ethem Atay, *İdare Hukuku*, 2. B., Ankara, 2008: s.733.

¹⁵⁷ Yargıtay, HGK., 17/1/2018, 4-1433/49. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

ifâ eden doktor veya sağlık görevlisinin o hizmet sırasında kamu görevlisi statüsünde sayılmadığı durumlarda, kamu görevlisi statüsündeki doktor veya diğer sağlık görevlisinin tek başına bütün zarara katlanması gerekir¹⁵⁸. Kadın doğum uzmanı olan S.K.'nın yıllık izinde iken özel muayenehanesinde yaptığı muayene sonrasında, fiilen kamu görevi icra ettiği hastanede ameliyathaneyi hazırlattığı ve hastanede resmi hiçbir kayıt yapılmadan ve Başhekimliğe bildirimde bulunulmadan yapılan cerrahi müdahale sonrası cenin ve annenin hayatını 08.11.2004 tarihinde kaybettikleri olayda; “*idare ajanının izinde olduğu dönemde, idaresine haber verilmeksizin gerçekleştirilen ve konusu suç teşkil eden (gebelik süresi 10 haftadan fazla olan ceninin alınması) cerrahi müdahaleden idarenin sorumlu tutulamayacağı, diğer bir ifade ile, zararın kamu görevlisinin kamu gücünden aldığı yetkisini kullanırken meydana gelmediği, tamamen kendi kişisel kusurundan meydana geldiği, dolayısıyla, idarenin hizmet kusurunun bulunmadığı*” kabul edilmiştir¹⁵⁹.

Kamu görevlilerinin görevden ayrılabilen salt kişisel kusurları dışında, görevden ayrılamayan kişisel kusurları bakımından, ancak idare aleyhine tazminat davası açılabilir. Kamu sağlık görevlilerinin idare adına yürüttükleri sağlık hizmetlerinden dolayı, yaptıkları görev ile ilgili eylemleri nedeniyle kişilerin zarar görmesi halinde, idare tazminat ödemeye mahkûm edilirse, ilgili kamu görevlisine rücu edebilecektir. Uygulamada en çok karşılaşılan örnekler, kamu sağlık görevlilerinin tıbbi uygulama hataları nedeniyle idare aleyhine açılan tam yargı davalarıdır. İdare adına sağlık hizmeti veren kamu görevlisi idarenin ajanı durumunda olduğundan ve görevi gereği sahip olduğu yetki ve araçlar ile hizmet vermesi nedeniyle hizmet kusurunun varlığı kabul edilmekte ve idarenin sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Tıbbi uygulama hataları başlığı altında konu ile ilgili Danıştay kararları örneklenmiştir.

Hizmet kusuru ile kişisel kusur iç içe olabilir. Yani; kamu görevlisinin kişisel kusurunun olduğu bir olayda hizmet kusuru da mevcut olabilir; bu durumda idarenin sorumluluğu ortadan kalkmaz, devam eder¹⁶⁰. Kişisel kusur işleyen kamu görevlisini

¹⁵⁸ Ayan, *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukukî Sorumluluk*, s.179-180.

¹⁵⁹ Danıştay, 15D., 22.04.2016, 4111/2803. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

¹⁶⁰ Zehra Odyakmaz, “İdare Hukuku Açısından Hasta Hakları Uygulamaları”, TAAD, Cilt:1, Yıl 2, Sayı 5, 2011, s.31.

seçen, eğitmekle ve denetlemekle yükümlü olan idare olduğundan; kamu görevlisinin hizmet içindeki kişisel kusurlu davranışları, idarenin söz konusu görevlerini yeteri kadar yerine getirmediğini gösterir. Bu nedenle kamu görevlisinin hizmet içindeki kişisel kusuruna rağmen idarenin sorumluluğu devam eder¹⁶¹. Zira; kamu görevlilerinin hizmet içinde kişisel kusurları nedeniyle, yürütülen kamu hizmeti işlememekte, geç işlemekte ya da kötü işlemekte olduğundan, idareninde hizmet kusuru nedeniyle sorumluluğu sözkonusudur¹⁶².

Tıbbi müdahale sonucu uğranılan zararın giderilmesi amacıyla açılan tam yargı davalarında;

“...davalı idareye yüklenebilecek hizmet kusurunun varlığı, bu zarara neden olan eylemin, davalı idare personelinin resmi görev ve yetkisini kullanarak gerçekleştirip gerçekleştirmediğinin belirlenmesine bağlı olduğundan; olay ile ilgili olarak ceza yargılaması sonucunda ilgili doktorlar hakkında mahkumiyet kararı verilmesi ile davacının, eylemi ve eylemin idareye atfedilebilir olduğunu öğrendiği...”

kabul edilmektedir¹⁶³. Bu kararlar, idare adına çalışan doktorların görev kusurundan kaynaklanan davalar açısından örnektir.

4. Hizmet Kusuru Sayılan Haller

İdare, Anayasa ve kanunlar gereği sürekli ve düzenli olarak vermekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerini, kamu gücüne dayanan işlem ve eylemlerde bulunarak yerine getirmektedir. İdarenin yürütmek zorunda olduğu veya yürüttüğü kamu hizmetinin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi durumları hizmet kusuru oluşturur ve idarenin kusurlu sorumluluğu doğacaktır¹⁶⁴.

Sağlık hizmetinde hizmet kusuru kavramına ilişkin ayrı bir yasal bir düzenleme yapılmamıştır. İdarenin sağlık hizmetindeki kusurunda da hizmet kusuruyla ilgili bu üçlü ayırmadan hareketle kamusal sağlık hizmetlerinin hiç işlememesi, geç ya da kötü işlemesi

¹⁶¹ Danıştay, 10D., 29.9.1999, 3989/4364. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

¹⁶² Danıştay, 10D., 20.10.1999, 721/5266. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

¹⁶³ Danıştay, 15D., 25.2.2014, 3374/1166. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

¹⁶⁴ Tuncay Armağan, *İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları*, Ankara, 1997: s. 18., İlhan Özay, *Gün Işığında Yönetim*, s.837.

anlamında kusurlu idari eylemde tamamen objektif ve genel bir niteliğin söz konusu olduğu kabul edilmektedir¹⁶⁵.

Hizmet kusuru tanımı bölümünde belirtilen Paul Duez'in yapmış olduğu sınıflandırma Fransız Danıştay kararlarında kabul görmüş ve hizmetin geç işlemesi, hizmetin kötü işlemesi ve hizmetin hiç işlememesi hallerinde idare hizmet kusuru işlemiş sayılmıştır. Doktrinde hizmet kusurunun belirtilen üç klasik halde verilmesi şeklindeki geleneksel anlayışın yanlış olduğu ya da eski önemini yitirdiğini ve yetersiz kaldığı yönünde görüşler vardır. Gözler'e göre; "*hizmet kötü işlese de işlemese de hizmet geç veya zamanında işlese de veya hizmet hiç işlemese de, kamu görevlilerinin eylem ve işlemleri, kendilerinden beklenildiği gibi değilse bunlar kusur teşkil eder*"¹⁶⁶.

a. Hizmetin kötü işlemesi

Hizmetin gereği gibi yürütülmemesi, beklenen dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirmeden hizmet verilmesi, hizmetin olması gereken kalitede verilmemesi gibi durumlarını ifade eder. Hizmetin kötü işleyip işlemediği; her somut olayın özelliği, hizmetin niteliği, idarenin sahip olduğu araç ve gereçler, olanaklar, zaman ve yer gibi unsurlar dikkate alınarak belirlenir¹⁶⁷.

Sağlık hizmetlerinde hizmetin tıbbi standartlara uygun verilmemesi, hizmet kusurudur. Yanlış teşhis konulması, yanlış tedavi uygulanması, ameliyatın gerekli özen ve dikkat gösterilmeksizin gerçekleştirilmesi, ameliyat sonrası bakım, gözetim ve diğer yan yükümlülüklerin hiç ya da gerektiği gibi yapılmaması, gelişebileceği bilinen risklere karşı gerekli önlemlerin alınmaması, hastanelerde bulunması zorunlu araç, gereç, tıbbi cihazların bulundurulmaması, tedavide kullanılan ilaç ve malzemenin saklama koşullarına uyulmaması, çalıştırılması zorunlu personelin eksik olması gibi durumlar, hizmetin kötü işlemesine örnek olarak sayılabilir.

¹⁶⁵ Nurten Fidan, "Hekimin Tıbbi Müdahaleler Nedeniyle Sorumluluğu", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C.1,Y.1,Sa.3,2010, s.350.

¹⁶⁶ Kemal Gözler, *İdare Hukuku Dersleri*, Ekin Basın Yayım Dağıtım, Bursa, 2009: s.750.

¹⁶⁷ Metin Günday, *İdare Hukuku*, İmaj Yayıncılık, Ankara, 1996:s.241.

Danıştay bir kararında, hastanın gördüğü tedavi sırasında hastane mikrobi alması neticesinde hayatını kaybetmesi nedeniyle tazminat istemiyle açılan davaya ilişkin “...oluşan durumun, hizmet kusuru kavramının niteliği dikkate alındığında komplikasyondan öte, davalı idareye ait hastanede hijyen şartları açısından gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesi sonucu doğduğu, bu bağlamda, idare tarafından sunulan sağlık hizmetinin kusurlu işletildiği anlaşıldığından”¹⁶⁸ ve bir diğer olayda ameliyat sonrasında, davacının görme yeteneğini kısmen kaybetmesi nedeniyle tazminat istemiyle açılan davaya ilişkin “..tıbbi standart dışına çıkılarak cerrahi müdahalenin kusurlu yapılması nedeniyle oluştuğu açık olup anılan tıbbi olumsuzlukların gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesi ve meslekte acemilikten doğduğu, olayda idarenin sunduğu hizmeti kusurlu yürüttüğü görüldüğünden”¹⁶⁹, diğer bir karar da ise “hastanın vücudundan geçirdiği ameliyat sonrası çıkarılan üç adet metal cismin ameliyat bölgesine nasıl girdiği cerrahi ve bilimsel olarak açıklanamasa da, idarenin ameliyat ekibinden ve ameliyatın sorunsuz yürütülmesinden sorumlu olduğu göz önüne alındığında idarece hizmetin kötü işletildiği ve idarenin hizmet kusuru bulunduğu” sonucuna varılmış ve bozma kararları verilmiştir¹⁷⁰.

b. Hizmetin geç işlemesi

Hizmetin zamanında yapılmaması, hizmetin niteliğine, hal ve şartlara göre olması gereken sürede değil gecikme ile yerine getirilmesi durumlarını ifade eder. Hizmet doğru ve muazzam bir surette icra olunmakla beraber idare vaktinde harekete geçmemiş, hizmeti gereken derecede süratle yerine getirecek yerde gecikme ile ifa etmiştir¹⁷¹.

Mevzuatta açık şekilde hizmetin hangi süre içinde verileceği düzenlenmiş ise belirlenen süre içinde meşru kabul edilebilir mazereti olmaksızın hizmet verilmemesi, hizmet kusurudur. Mevzuatta hizmetin verilme süresine dair herhangi bir düzenleme

¹⁶⁸ Danıştay, 15D., 8.10.2015, 6119/5733; 15D., 10.03.2016, 8936/1604; 15D., 06.062016, 4502/4029. Lexpera (erişim tarihi:15.01.2020).

¹⁶⁹ Danıştay, 15D., 8.10.2015, 6119/5733; 15D., 10.03.2016, 8936/1604; 15D., 06.062016, 4502/4029. Lexpera (erişim tarihi:15.01.2020).

¹⁷⁰ Danıştay 15D., 8.10.2015, 6119/5733; 10.03.2016, 8936/1604; 06.062016, 4502/4029. Lexpera (erişim tarihi:15.01.2020).

¹⁷¹ Sarıca, Hizmet Kusuru ve Karakterleri, s.857.

yapılmamışsa, olayın ve hizmetin özelliklerine göre idarenin beklenen normal ve makul sürede hizmet vermemesi yine hizmet kusuru sayılacaktır.

Sağlık hizmetinde hizmetin geç işlemesi kişiler üzerinde olumsuz etki ve sonuçlar doğuracaktır. Olayın özellikleri, mevcut imkân ve şartlar, her somut olayda dikkatle değerlendirilmeli, gerekli görüldüğünde bilirkişi incelemesine başvurulmalıdır.

Danıştay kararlarında, idarenin sağlık hizmetlerinin idamesi için gerekli örgütü kurmak ve bu örgütün aynı, şahsi ve mali olanaklarıyla araçlarını hizmete hazır tutmakla yükümlü olduğu, bunların zamanında sağlanmaması ve yerine getirilmemesi durumlarında idarenin hizmetin geç işletilmesi nedeniyle hizmet kusuru olduğu kabul edilmiştir¹⁷². İdareler, kamu hizmetlerinin yürütülmesini sağlamak için gerekli organizasyonları yapmak; hizmet için gereken bina ve tesisleri yeterli araç ve gereçle donatılmış halde bulundurmak ve sözkonusu hizmeti vermeye uygun olarak seçilen ve yeterliliğe sahip personel ile hizmeti yürütmek yükümlülüğündedir. Danıştay, çocuklarının menenjit geçirmesi ve neticede çocukta % 91,33 oranında sakatlık oluşmasında kusuru olduğu iddiası ile açılan tam yargı davasında, *“..yürütülen tıbbi süreç bir bütün olarak ele alınarak gerek hekim ve diğer sağlık çalışanlarınca yürütülen tıbbi iş ve işlemler gerekse sağlık kuruluşuna ait tıbbi, teknik ve donanımsal imkanlar bakımından herhangi bir tıbbi kötü uygulamanın bulunup bulunmadığının tespit edilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerektiği”* gerekçesi ile eksik inceleme ile verilen kararı hukuka aykırı değerlendirmiş, idarenin hizmet kusuru olup olmadığının araştırılması gerekliliği vurgulanmıştır¹⁷³.

Danıştay, davacılar murisi olan H... G...’ın ölümünde davalı idarenin hizmet kusuru bulunduğu iddiasıyla manevi tazminata hükmedilmesi istemiyle açılan davaya ilişkin verilen red kararının temyizden incelenmesi neticesinde;

“...yaşanan ambulans arızası nedeniyle meydana gelen 12 dakikalık zaman kaybının bu yaralanma türlerinde önemli kayıp olma ihtimali olduğu, hastane ortamında yapılması gereken bazı acil müdahalelerde gecikme yaşanmasına neden olacağı mütalaa edilmiş olup, 12 dakikalık

¹⁷² Danıştay, 12D., 18.11.1968, 2767/2118. Bk. Karaege, Özge: Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusur Sorumluluğu, s.55.

¹⁷³ Danıştay, 15D., 02.11.2017, 1238/6239. Lexpera (erişim tarihi:15.01.2020).

arızanın sonuca etkili olacak kadar büyük gecikme olmasa da bu durumun davacıların acı, ızdırıp ve elemine artırdığı açık olduğundan, sağlık hizmetindeki gecikme nedeniyle ...uygun bir tazminata hükmedilmesi gerektiği...” gerekçesi ile bozma kararı vermiştir¹⁷⁴.

Bir diğer kararda; tedavi için gerekli olan cihazların çalışır durumda bulundurulması ve acil durumlarda yeterli ambulansın temin edilebilmesi hastanelerin en önemli sorumluluklarından biri olduğundan, sevk için 5-6 saatlik süre geçmiş olması durumunun sunulan sağlık hizmetinin kötü işlediğinin bir göstergesi olduğu ve davalı idare bünyesinde faaliyet gösteren hastanede DSA cihazının bozuk olarak bulundurulması ve sevkte meydana gelen gecikmenin davalı idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı kabul edilmiştir¹⁷⁵. Hastaya uygulanan teşhis ve tedavinin tıp kurallarına uygun olduğu ve sevkteki gecikmenin ölüme katkısı olmadığına tespitine rağmen; tedavi için gerekli cihazların çalışır durumda olması, araçların hazır tutulması idarenin yükümlülüğünde olduğundan gerekli ambulansın temini için geçirilen sürenin sevkte gecikmeye neden olması hizmet kusuru sayılmıştır.

c. Hizmetin hiç işlememesi

İdarenin yürütmekle görevli olduğu bir hizmeti hiç vermemesi, hiçbir şekilde yerine getirmemesidir. İdarenin yerine getirmekle görevli olduğu bir kamu faaliyetinin işlememesi, belirli bir kamu hizmetinin sunulmaması hizmet kusuru teşkil eder¹⁷⁶.

Hizmetin hiç işlememesinden dolayı idarenin sorumluluğundan söz edilebilmesi için, bu hizmetin yürütülmesinin idarenin görevi olması gerekir. Görevli bulunmadığı bir kamu hizmetinin gerçekleştirilmemesi nedeniyle, idarenin sorumlu tutulması mümkün değildir.

İdare, mevzuat ile bir hizmeti görmekle yükümlü kılındı ise, söz konusu hizmetin sunulmaması, idarenin hareketsiz kalması açık şekilde hizmet kusurudur ve idarenin ortaya çıkan zararlardan sorumlu olmasını gerektirir. Anayasamızın 56’ncı maddesi gereği, devlet sağlık hizmetlerinin planlanması ve yürütülmesinden sorumludur; bu nedenle sağlık hizmetinin yürütülmesi konusunda takdir yetkisinin varlığından

¹⁷⁴ Danıştay, 15D., 09.06.2016, 4032/4204. Lexpera (erişim tarihi:15.01.2020).

¹⁷⁵ Danıştay, 15D., 11.3.2015, 7735/1394. Lexpera (erişim tarihi:15.01.2020).

¹⁷⁶ Ramazan Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, Adalet Yayınevi, Ankara, Eylül 2014, 2. Baskı,s.689. Metin Günday, *İdare Hukuku*, İmaj Yayınevi, Ankara, Ekim 2013, 10. Baskı,s.371.

bahsedilemez. Sağlık hizmeti açısından idarenin yetkisinin bağlı yetki olması nedeniyle, sağlık hizmeti verilmemesi halinde hizmet kusuru esasına dayanarak sorumlu olacaktır. Bu nedenle, hizmet kusuruna dayanarak idarenin sorumluluğunun belirlenmesinde, idarenin hizmetin yürütülmesinde yetkisinin “bağlı yetki” olup olmadığı, diğer bir ifade ile hizmetin yürütülmesi konusunda idareye takdir yetkisi tanınıp tanınmadığı önemlidir. İdareye takdir yetkisi tanınmış ise, idarenin hizmetin yürütülmesinde hareketsiz kalması halinde sorumluluğunun belirlenmesi için somut olaya göre değerlendirme yapılması gerekecektir. Çünkü idareye tanınan takdir yetkisi, idareye keyfi davranma hakkı vermez. İdari yargı, her somut olaya göre idarenin kamu yararı maksadıyla hareket edip etmediğini değerlendirerek, idarenin hareketsiz kalmasının hizmet kusuru oluşturup oluşturmadığına karar verir¹⁷⁷.

Yasalar ile idareye tanınan takdir yetkisi sınırsız değildir; takdir yetkisinin hukuka uygun şekilde hizmet gerekleri ve kamu yararı gözetilerek kullanılması gereklidir. İdarenin takdir yetkisi, kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun olarak kullanılıp kullanılmadığı bakımından yargı denetimine tabidir. Ancak, idari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır; mahkemeler, yerindelik denetimi yapamaz veya idarenin takdir yetkisini kaldıracak şekilde karar veremezler.

İdarenin yasa tarafından verilen görevlerini yerine getirebilmesi için, bu iş için örgütlenmiş ve hizmetin yürütülebilmesi için gereken araç, gereç ve personeli bulundurması, hizmeti yürütecek personelin seçiminde ve yetiştirilmesinde gerekli özeni göstermesi gereklidir. İdarenin bu örgütlenmeyi yapmaması veya örgütlenmiş olmasına karşın, işletmemesi, kamu hizmetinin hiç işlememesi halini oluşturur¹⁷⁸.

İdarenin ölçüsüz bir sorumluluk altına girmesini engelleme amacıyla, Anayasa'nın “Devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin sınırları” başlıklı 65'nci maddesinde; “*Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mâli kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.*” hükmü konmuştur. Ancak, idarenin mali kaynakların yetersizliği gerekçesi ile

¹⁷⁷ Esin, *İdarenin Hukuki Sorumluluğu*, s.38-39.

¹⁷⁸ Turgut Candan, *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ekim 2005:s.172.

sorumsuzluğu sınırsız kabul edilemez; idare, mevzuat ile görevlendirildiği hizmetlerin yürütülmesinde, mâli imkanlarının yetersizliğini öne sürerek sorumluluktan kurtulamaz¹⁷⁹.

En temel kamu hizmetlerinden olan sağlık hizmetinin yeterli personel ve teknik altyapı ile sunulması, yaşam hakkını korunması için devletin pozitif yükümlülüğü kapsamındadır. Danıştay, davacının gerekli sağlık hizmeti desteği alamaması ve sağlıksız bir ortamda doğum yapması nedeniyle çocuğunun ölümü olayında idarenin hizmet kusuru bulunduğu iddiası ile açılan davaya ilişkin kararında;

“...olaydan kısa bir süre sonra aynı ilçeye bir ambulans temin edilmesinin bu mali imkanlar dahilinde sunulabilecek bir hizmetin tedbirsizlik ve ihmal nedeniyle sunumundan imtina edildiğini gösterdiğini, yaşam hakkının korunması noktasında asgari sayıda personel istihdamı ve araç gereç teminin sağlanmaması nedeniyle kişilere hizmet sunulmamasında idarenin hizmet kusurunun olduğunu...” kabul etmiştir¹⁸⁰.

Sağlık hizmetlerinde, idarenin hizmet kusuru genellikle hizmetin kötü işlemesi şeklinde ortaya çıkar. Bazı olaylarda ise, hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi ve hiç işlememesi durumları bir arada gerçekleşebilir.

Ölüm olayı ile davalı idarelerin eylemleri arasında uygun illiyet bağı kurulamadığından, ortada idareye yüklenebilecek bir hizmet kusuru olmadığı gerekçesiyle reddedilen tazminat istemli davada, Danıştay; olayda doktor kusuru bulunmasa bile, *“Sağlık Bakanlığına bağlı tam teşekküllü hastanelerde EKO olmaması, teşhis koymaya yetecek imkanların bulunmaması yanında, üniversite hastanesinin yeni doğan servisinde yeterli yatak bulundurulmaması, acil durumdaki bir hasta için ısrarla aranmasına rağmen ek yatak konulması, başka servislerde yatak ayarlanması ya da kısa süreli hastalar arası yer değişimi gibi alternatif çözüm yolları aranmaksızın talebin geri çevrilmesi gibi”* hususların, ertelenemez mahiyette olan sağlık hizmetinin kuruluşunda ve işleyişindeki eksiklik ve aksaklıklar nedeniyle hizmetin gereği gibi yürütülmediğini gösterdiğine ve bu durumun hizmet kusuru oluşturduğuna karar vermiştir¹⁸¹.

¹⁷⁹ Duran, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu Sorumluluğun Temeli ve Sebepleri, Sorumluluğa Yol Açan Olgular, s.32.

¹⁸⁰ Danıştay, 15D., 17.4.2014, 4115/2897. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

¹⁸¹ Danıştay, 15D., 12.3.2014, 3865/1691. Lexpera (erişim tarihi:12.03.2020).

Doktrin ve içtihatlarda hizmet kusurunun belirtilen üç klasik şekilde tasnifi kabul edilmiştir. Sağlık hizmetlerinde hizmet kusuruna dair yasal bir düzenleme yapılmamış olduğundan, hangi hallerde hizmet kusurunun varlığının kabul edileceği doktrin ve içtihatlar ile belirlenmektedir.

Kızılyel'e göre, sağlık hizmeti yönünden tıbbın ve hukukun verileri ile kabulleri dikkate alınmak suretiyle yeni bir ayırımın kabul edilmesi gerekmektedir¹⁸². Kızılyel, sağlık hizmeti kusurunu sağlık hizmetinin kuruluşunda ve işletilmesinde yetersizlik ve tıbbi uygulama hataları ve türleri olarak iki gruba ayırmıştır¹⁸³.

Tıbbi uygulama hataları ve türleri ise altı ayrı başlığı kapsamaktadır:

1. Uzmanlık (yetki sınırının) aşılması,
2. Bilgilendirme eksikliği ve rıza sınırının aşılması,
3. Tanı hatası,
4. Tedavi hatası,
5. Özen eksikliği,
6. Sır saklama yükümlülüğüne uyulmaması.

Kızılyel'in önerisi olan yeni sağlık hizmeti kusuru tasnifinde, sağlık hizmetinin kendine özgü niteliği de dikkate alınarak daha ayrıntılı bir sınıflandırma yapılmıştır. Bu tasnif, hizmet kusurunun belirtilen üç klasik şekilde tasnifinden tamamen farklı olmayıp, her bir alt başlık ayrı ayrı hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi ya da hiç işlememesi kavramlarına dahil olabilir. Kanaatimizce, hizmet kusurunun üçlü genel tasnifi idarenin sorumluluğunun belirlenmesinde önemlidir, ancak hizmetin niteliği dikkate alınarak, her somut olayda hizmet kusurunun varlığının ayrıca değerlendirilmesi daha doğru sonuçlara varılmasını sağlayacaktır. Sağlık hizmetinin bünyesinde risk taşıyan bir kamu hizmeti olması ve tıp bilimindeki gelişmeler ile sağlık hizmeti kapsamının daha da genişlediği dikkate alınarak, idarenin sağlık hizmetlerinden dolayı hangi hallerde sorumlu tutulacağı ya da hizmet kusurunun hangi ölçüler ile değerlendirileceği ya da hangi ağırlıkta aranacağı ayrı ayrı değerlendirme konusu olacaktır.

¹⁸² Kızılyel, Sağlık Hizmeti Yönünden Hizmet Kusuru Kavramını Yeniden Düşünmek, s.145.

¹⁸³ Serkan Kızılyel, "İdarenin Sağlık Hizmetinden Doğan Tazminat Sorumluluğu", Sağlık Hukuku Kurultayı (1-3 Kasım 2007, Ankara),1.baskı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2008, s.205.

İdare aleyhine sağlık hizmetinde hizmet kusuru esasına dayanılarak açılan tam yargı davaları ile ilgili Danıştay kararlarında, olayda idarenin hizmet kusuru bulunup bulunmadığı incelenmekte, hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi ya da hiç işlememesi hallerinin hizmet kusuru oluşturacağı genel olarak belirtilmekte, ancak somut olayda işlenen hizmet kusurunun sayılan hallerden hangisini teşkil ettiğine dair bir saptama her zaman her zaman yapılmamaktadır.

5. Hizmet Kusuruna Dayanan Sorumluluğun Şartları

İdarenin sağlık hizmetlerinin kuruluşu, işleyişi, denetimi gibi hususlardan kaynaklanan sorumluluğu yanında, kamu görevlisi olan hekim veya diğer sağlık görevlilerinin faaliyetlerinden kaynaklanan sorumluluğu da söz konusu olabilir. İdarenin sorumluluğu başlığı altında, idare hukukunda sorumluluk nedenleri açısından kusurlu ve kusursuz sorumluluk olmak üzere iki ayrı sorumluluk türünün kabul edildiği; asıl olanın kusura dayanan sorumluluk olduğu, kusursuz sorumluluğun istisnai olduğu, sağlık hizmeti nedeniyle idarenin sorumluluğuna hükmedilebilmesi için kusura dayalı sorumluluk ya da kusursuz sorumluluk sebeplerinin açıkça belirtilmesi ve her iki durumda da birtakım şartların varlığının aranması gerektiği belirtilmiş idi¹⁸⁴.

İdarenin kusura dayanan yani hizmet kusurundan doğan sorumluluğunda aranacak şartlar; özel hukuk alanındaki sorumluluğa paralel şekilde hukuka aykırılık, kusur, zarar ve nedensellik bağı başlıkları altında incelenecektir.

a. Hukuka Aykırılık

İdare, eylem veya işlemleri hukuka aykırı olduğu takdirde hukuken sorumlu olacaktır. İdarenin sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan bir sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, idari işlem veya eylemin (yani tıbbî müdahalenin veya diğer tedavi ve bakım hizmetlerinin) hukuka aykırı olması gereklidir¹⁸⁵.

¹⁸⁴ Bk.s.48.

¹⁸⁵ Ayan, *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*, s.174.

Kamu hizmetinin yürütülmesi nedeniyle kamu görevlisinin ilgili bir hukuk normunu çiğnemesi durumunda, hukuka aykırılık ögesi gerçekleşmiş sayılır¹⁸⁶. Kamuda çalışan doktor ve diğer sağlık meslek mensuplarının da diğer serbest çalışan meslek mensupları gibi sağlık hukuku mevzuatı hükümlerine uyması ve meslek yükümlülüklerini yerine getirmesi zorunludur. Hizmetin gerekleriyle ilgili sağlık mevzuatına ya da tıbbi kurallara uyulmaması halinde hukuka aykırılık gerçekleşir. Yargıtay, tıp ilminin öngördüğü ve yapılmasını gerekli kıldığı kurallara ve tıbbi tedavi yöntemlerine uygun hareket edilmesi halinde hekimin eyleminin hukuka aykırılığının iddia edilemeyeceğini, dolayısıyla sorumluluğun olmayacağını kabul etmiştir¹⁸⁷.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartları yukarıda incelenmiş olup, bu şartlar gerçekleşmeden yapılan tıbbi müdahaleler hukuka aykırı olacaktır. Hastanın rızasının alınmaması, aydınlatılmış onam formunun mevzuata uygun hazırlanmamış olması, hastaya uygulanan tedavinin tıbbi standartlara uygun olmaması, hastanın gerekmediği halde opere edilmiş olması, hasta dosyasının muhafaza edilmemiş olması, hastanın kişisel verilerinin yetkili olmayan kişiler ile paylaşılmış olması, hastanede bulunması zorunlu tıbbi araç, gereç ve cihazların bulundurulmaması durumlarında idarenin sorumluluğu söz konusu olacaktır.

Danıştay, idare tarafından hastaya yapılacak tıbbi müdahale hakkında bilgi verildiğine, sonuçları ve olası komplikasyonlarının anlatıldığına ve kişinin bu işleme rıza gösterdiğine dair yazılı ve imzalı aydınlatılmış onam alınmadığı hallerde, manevi tazminat talebinin değerlendirilmesi gerektiğine karar vermektedir¹⁸⁸.

b. Kusur

Kusur, sorumluluk hukukunun önemli kavramları arasında yer alır; kusur sorumluluğunun temelini oluşturur. Kusurlu davranış, hukuka aykırı bir davranıştır.

¹⁸⁶ Gürsel Kaplan, “İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler”, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi, Sayı:19, Kitap 1, 2004, s.179.

¹⁸⁷ Yargıtay, 4.HD., 10.04.1980, 2175/4735. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

¹⁸⁸ Danıştay, 15D., 21.2.2019, 5009/950. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

Kusurun tanımı, yasal mevzuat ile yapılmamıştır. Uygulama ve öğretide kusur, hukuk düzenince kınanabilen davranış olarak tanımlanmıştır. Kusur, kabul gören genel tanımıyla, hukuk düzeni tarafından bir davranış tarzının kınanmasıdır ki; kınamanın nedeni, o davranışın belirli koşullar altında bireylerden beklenen ortalama hareket tarzından sapılmış olmasıdır¹⁸⁹.

İdarenin sağlık hizmetlerinden doğan sorumluluğunda hizmet kusuru, kişisel kusur ve görev kusuru kavramları yukarıda ayrıntılı olarak açıklanmıştır.

İdari yargı kararlarında, özellikle tıbbi müdahaleler olarak görülen sağlık personeline gerçekleştirilen tanı, tedavi ve cerrahi müdahalelerden kaynaklanan zararlardan doğan sorumlulukta “ağır kusur” aranmakta; sağlık kamu hizmetlerinin örgütlenmesi ve işleyişinden kaynaklanan zararlardan idarenin sorumluluğu için “basit kusur” yeterli görülmektedir.

c. Zarar

İdari sorumluluk, idarenin bir kişiye verdiği zararın, idarenin malvarlığından bazı değerlerin zarar gören kişinin malvarlığına cebri olarak aktarılmasıyla tazmin edilmesidir¹⁹⁰. İdarenin, faaliyetleri sonucu kişilere verdiği zararlardan sorumlu olduğuna dair Anayasal (md 40/2, md 125/7) ve yasal (İYUK md 12, DMK md 13) hükümler mevcut olmakla birlikte; zarar kavramı konusunda yasal bir düzenleme yapılmamış, bu kavramın tanımlanması doktrin ve yargısal içtihatlarla bırakılmıştır.

İdarenin eylem ve işlemleri nedeniyle oluşan her mağduriyet idarenin mali sorumluluğuna neden olmaz¹⁹¹. Mağduriyet, ortaya çıkış şekli, doğurduğu zararın etkisi, zararın kaynağı, bireysel ve kolektif oluşu vs. bakımdan çok yönlü bir olgudur¹⁹² ve etkisi fiziksel, ruhsal, ekonomik ve sosyolojik olabilir.

¹⁸⁹ Yargıtay HGK., 19.06.2015, 77/1712. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

¹⁹⁰ Gözler, *İdare Hukuku* (2003), s.1015.

¹⁹¹ Gözler, *İdare Hukuku* (2003), s.1279.

¹⁹² M.Açıkgözoğlu, *Ceza Hukuku Açısından teori ve uygulamada Mağdur Kavramı*, Adil Y., Ankara, 2000: s.12.

Özel hukukta olduğu gibi, kamu hukukunda da mali sorumluluktan bahsedilebilmesi için öncelikle bir zararın bulunması gerekir¹⁹³. İdarenin tazminle sorumlu tutulabilmesi için, genel olarak yargı içtihatlarında ortaya konan ve doktrin tarafından da benimsenip kabul edilen şartlar; bir zararın varlığı, zararı doğuran eylemin idareye yüklenebilir olması, zararlı sonuç ile eylem açısından doğrudan doğruya bir nedensellik bağının bulunmasıdır¹⁹⁴. Bir diğer ifade ile, idarenin tazminat sorumluluğunun doğması için aranacak şartlardan ilki ve en önemlisi zararın varlığıdır. Ortada zarar mevcut değil ise, idari eylem ve işlem kusurlu dahi olsa, tazmin yükümlülüğü söz konusu olmayacaktır. Sorumluluk hukukunun esası zararın tazminine dayandığından; zarar, idarenin sorumluluğunun temel şartıdır.

Doktrinde zarar kavramı, bir kişinin maddi ve manevi varlığında isteği dışında meydana gelen kayıp ve eksiklikler olarak tanımlanmaktadır¹⁹⁵. Dar anlamda zarar, malvarlığı zararı olarak da ifade edilir ve maddi zarar demektir¹⁹⁶. Geniş anlamda zarar, bir kişinin şahıs varlığında ya da malvarlığında iradesi dışında meydana gelen eksilme, kişinin hukuken korunan varlıklarının uğradığı tecavüz neticesinde, tecavüz öncesi ve sonrası arasındaki fark olarak tanımlanır¹⁹⁷; manevi zararları da kapsamaktadır.

Ayan'a göre; idarenin mâlî sorumluluğundan söz edilebilmesi için, gerçekleştirilen tıbbî müdahale veya diğer sağlık hizmetleri neticesinde; tedavi hizmeti alan kişinin sağlığında kötüleşme, iyileşmeme veya malvarlığında bir azalma ya da acı ve kederle ile yaşama sevincinde bir azalma gibi bir zarar meydana gelmiş olmalıdır¹⁹⁸.

Maddi zarar, bir kişinin malvarlığında iradesi dışında ortaya çıkan ve eksilme ya da kesin olarak bir artışın engellenmesidir¹⁹⁹. İdare hukuku ilkelerine göre maddi zarar; idari işlem veya eylem nedeniyle kişinin mal varlığında meydana gelen azalma nedeniyle,

¹⁹³ Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku* Cilt II İdari Yargılama Hukuku, Güncelleştirilmiş 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2014, s.677; Metin Günay, *İdare Hukuku*, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2011, s.383

¹⁹⁴ AYM, 24.10.2019, 2016/3574; AYM, 22.09.2016, 2014/5641. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

¹⁹⁵ Günay, *İdare Hukuku(2011)*, s.383; Ramazan Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2011, s.522.

¹⁹⁶ Mehmet Ünal, "Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü", AÜHFİD, Yıl 1978, Cilt 35, Sayı 1-4, s. 398.

¹⁹⁷ Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Turhan Yayınevi, 7. Bası, Ankara 2006, s.208.

¹⁹⁸ Ayan, *Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hukukî Sorumluluk*, s. 102.

¹⁹⁹ Gözler, *İdare Hukuku* (2003), s.1280.

uğranılan zarar ile elde edilmesi kesin olan gelirden yoksun kalma sonucu uğranılan zarar olup; bedensel nitelikteki maddi zarar ise, kişinin sağlığına kavuşmak için yaptığı tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalması ya da yok olması nedeniyle elde edeceği gelirden meydana gelen azalmayı ifade eder²⁰⁰.

Manevi zarar ise, kişinin şahıs varlığı haklarına yönelik bir ihlali, kişinin duyduğu cismani ve manevi acı, ıstırap ve hayat zevklerindeki azalmayı ifade eder²⁰¹. Danıştay kararlarında, manevi zararın, kişinin fizik yapısının ve i huzurunun bozulmasını, yaşama gücünün ve sevincinin azalmasını, kişilik haklarının zedelenmesini, şeref ve haysiyetinin rencide edilmesini, duyulan acı ve ızdırabı, kişinin günlük yaşamını zorlaştıran her türlü üzüntü ve sıkıntıyı ifade ettiği; fiziki veya manevi acılar duyan, ruhsal dengesi bozulan, yaşama sevinci azalan kişinin manevi yönden zarara uğramış olduğu kabul edilmektedir²⁰².

İdare hukukunda manevi zararın varlığı, sadece şeref, haysiyet ve onur kırıcı işlem ve eylemlere ya da kişilerin vücut bütünlüğünde meydana gelen sakatlık haline, ölüm nedeniyle ağır bir elem, üzüntü duyulması şartına bağlı olmayıp; idarenin yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetini gereği gibi eksiksiz olarak sunamaması nedeniyle ilgililerin yeterli hizmet alamamalarından dolayı üzüntü ve sıkıntı duymaları manevi zararın varlığı ve manevi tazminatın hükmedilmesi için yeterli bulunmaktadır²⁰³.

İdarenin sorumluluğu için, sağlık hizmetlerinden kaynaklanan zararın belirli ve gerçek olması aranır. Ancak, henüz doğmamakla birlikte ilerde doğması muhakkak olan zararların tazmini istenebilir²⁰⁴. Mahrum kalınan kar ya da kazancın istenmesi de mümkündür 205 . İdarenin tazmin sorumluluğundan söz edebilmek için ortada gerçekleşmiş, somut ve kesin bir zararın bulunması gerekir. Diğer bir ifadeyle,

²⁰⁰ Danıştay, 10D., 5383/1397 T.10.03.2014.; 10D., 7356/2359 T. 14.4.2014; 15D., 4312/298 T. 28.1.2016; 15D., 1122/294 T. 28.1.2016; 15D., 3995/1682 T. 11.3.2014; 10D., 50/1002 T. 16.3.2015. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

²⁰¹ Haluk Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku*, AHFY, No. 159, Ankara, s.63; İl Han zay, *Gnşığında Yönetim II Yargısal Korunma*, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s.206.

²⁰² Danıştay, 10D., 13.05.2014, 14474/2917; 15 D., 8.6.2016, 399/4145. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

²⁰³ Danıştay, 15D., 07.06.2018, 1182/5727. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

²⁰⁴ Danıştay, 6D., 20.11.2017, 3573/9517. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

²⁰⁵ Günday, *İdare Hukuku* (1996), s.252.

varsayımdan hareketle doğması muhtemel zararların kural olarak tazmini mümkün değildir²⁰⁶.

Uygulanan enjeksiyon sonrasında sağ el bileğinde sabit yara izi kalması nedeniyle bir kısım mesleklere girmesinin olanaklı olmadığı ve ileriki aşamalarda estetik ameliyat yapılması zorunlu olacağından maddi yönden külfet getireceği ileri sürülerek açılan davada; talep edilen maddi tazminat miktarının gerçekleşmiş ya da gerçekleşmesi kesin bir zarar olmadığı, talep edilen maddi zararın olasılığa dayandığı ve kesin miktarının davacı tarafından kanıtlanamadığı anlaşıldığından davacının maddi tazminat talebinin karşılanmasına olanak bulunmadığına karar verilmiştir²⁰⁷.

Danıştay bir diğer kararda, hasta ile ilgili olarak uygulanan tıbbi uygulamaların eksik ve hatalı olması sonucu, safra kesesi ve rahimin alınması ile sonuçlanan uyumsuzluk konusu olaylar geliştiği, dava konusu olayın oluş şekli, idarenin bariz hizmet kusurunun varlığı, zararın niteliği ve sonuçları dikkate alındığında, davacılar için takdir edilen manevi tazminat miktarının, duyulan elem ve ızdırabı giderecek düzeyde olmadığı, bu itibarla davacılar için takdir edilen manevi tazminat miktarı yetersiz olduğuna karar vermiştir²⁰⁸.

Davacılar murisi ...'in ölümünde davalı idarenin hizmet kusuru bulunduğu ileri sürülerek meydana gelen maddi ve manevi zararın giderilmesi için açılan davada;

“...olayda ölümle sonuçlanan hastalığın tanı ve tedavisinde gerekli özenin gösterilip gösterilmediği yanılğı yada 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 eylem yada işleminden doğan sorumluluğunu gerektiren bir zarar bulunmamakla davacının isteminde isabet görülmediği” gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir²⁰⁹.

²⁰⁶ Danıştay, 13D., 23.06.2014, 108/2601; 10D., 10.06.2015, 3275/2866; 13D., 23.06.2014, 108/2601; 10D., 28.09.2012, 1506/4467. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

²⁰⁷ Danıştay, 15D., 03.04.2014, 4314/2446. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

²⁰⁸ Danıştay, 15D., 8.6.2016, 399/4145. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

²⁰⁹ Danıştay, 10D., 26.5.1999, 4814/2945. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

d. İlliyet bağı

Sorumluluk hukukunda fiil ile zarar arasında aranan illiyet bağı, idarenin sorumluluğunda da geçerlidir. İlliyet bağı, genel anlamda sebep sonuç ilişkisidir; sonuç olarak ortaya çıkan zararın buna sebep olan fiilden doğmuş olması aranır. İdarenin sorumluluğundan söz edilebilmesi için, idarenin zarara neden olan sağlık hizmetleri ile hizmetten yararlanan kişinin uğradığı zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır. Kural olarak, idare yürütülen hizmetin doğrudan sonucu olan nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlüdür²¹⁰.

Bazı durumlarda idarenin eylemi ile zarar arasındaki illiyet bağının kesildiği kabul edilir. Mücbir sebep, zarar görenin kusuru ve üçüncü kişinin kusuru illiyet bağını kesen nedenlerdendir. Zararın, zarara uğrayanın tutum ve davranışından kaynaklanması halinde, idarenin tazmin sorumluluğu tamamen ortadan kalkabileceği gibi, durumuna göre idare kısmen sorumlu da olabilir.

Sağlık hizmetlerinin niteliği gereği, idarenin eylemi ile zarar arasında illiyet bağı olup olmadığının tespiti uzmanlık gerektirdiğinden, bilirkişi incelemesine başvurmak gerekebilir. Yüksek Sağlık Şurası'nı düzenleyen 663 sayılı Sağlık Alanında Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 21. Maddesi 02.07.2018 tarihinde 703 sayılı KHK'nin 25. Maddesi ile kaldırıldığından, uygulamada Adli Tıp Kurumu ya da üniversitelerin tıp fakültelerinden bilirkişi incelemesi istenmektedir. Mahkemeler bilirkişi raporları ile bağılı değildir; raporlar eksik görülerek ek rapor alınabilir, yeniden başka bir kurumdan rapor istenebilir. Uygulamada istisnaen olmakla birlikte, mahkemelerce raporun aksine gerekçeli olarak hüküm kurulabilmektedir.

“Müteveffa 'na Gaziantep 75. Yıl Kadın Hastalıkları ve Doğum Hastanesinde yapılan tıbbi müdahalenin hatalı olduğu ve olayda hizmet kusuru bulunduğu ileri sürülerek açılan tazminat talepli davada; ceza yargılaması sonucunda, maktulün ölümü ile sanıkların eylemleri arasında illiyet bağı kurulamadığı ve maktulün ölümü hususunda sanıklara atfedilecek kast ve taksirlerinin bulunmadığı gerekçesiyle verilen beraat kararı ile Adli Tıp 1.İhtisas Dairesi Kurulu'nun raporu hükme esas alınmak suretiyle, uygulanan tıbbi müdahalede sağlık hizmetleri için aranılan ağır hizmet kusurunun bulunmadığı, dolayısıyla davacıların uğradıklarını iddia

²¹⁰ Şeref A. Gözübüyük, Yönetmelik Yargı, Turhan Kitabevi, 30. Bası, Ankara, 2010: s.316.

ettikleri zarar ile zararın kaynağı olduğu ileri sürülen tıbbi müdahaleler arasında illiyet bağının bulunmadığı” gerekçesiyle verilen maddi tazminat talebinin reddine dair karar Danıştay’ca onanmıştır²¹¹.

Danıştay, Devlet Hastanesinde yapılan ve pozitif çıkan HIV testinin sonucunun, doğrulama testi yapılmadan hiç kimseye açıklanmaması ve ilgilinin doğrulama testi için bir üst basamak sağlık kuruluşuna şevki gerekirken, laboratuvar teknisyeni tarafından doğrulama testi yapılmadan önceki aşamada pozitif çıkan test sonucunun açıklanmasının neden ve etkisiyle davacılar yakını intihar etmek suretiyle yaşamını yitirmiş olduğu olayda idarenin ağır hizmet kusurunun bulunduğunu ve 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 bulunmakta olduğunu kabul etmiştir²¹².

B. Sağlık Hizmeti Sunumu Özelinde Hizmet Kusuru

Anayasamızın 56’ncı Maddesi, devlete, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesi görevi yüklemiştir. Bu hüküm gereği devlet, sağlık hizmeti sunma yükümlülüğü altındadır. Devlet sunmakla yükümlü olduğu sağlık hizmetini kamu sağlık kuruluşları eliyle yürütebileceği gibi, sağlık hizmetinin sunumu için özel sektöre ruhsat vererek, bu şekilde özel sektör tarafından sunulan hizmetleri denetlemek suretiyle de yürütebilir. Ülkemizde sağlık hizmeti, karma bir modelle kamu ve özel sağlık kuruluşları ile birlikte verilmektedir. Dolayısıyla, anılan anayasa hükmü gereği, devlet sağlık hizmetlerinin kuruluşu, işleyişi, denetimi faaliyetlerinden sorumludur.

Anayasanın 125’nci maddesi birinci fıkrası “*idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır*” ve son fıkrasında “*İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür*” hükümlerine amirdir. İdarenin eylem ve işlemi, devletin

²¹¹Danıştay, 15D., 17.12.2015, 4214/8979. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

²¹² Danıştay, 10D., 28.12.2007, 8407/6526. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

faaliyet alanlarıyla ilgili olarak kamu görevlilerinin devlet adına yaptıkları fiili eylemler ya da işlemlerdir.

Sağlığın bir hak ve kamu hizmeti olarak düzenlenmiş olması idarenin sağlık hizmetlerinden dolayı bireye karşı hukuki sorumluluğunu doğurmaktadır²¹³. Sağlık hizmetinde hasta-hekim ilişkisi, aslında kurum-hasta ilişkisi şeklinde belirirken, hastanın muhatabı, zararların birincil sorumlusu da kamu hizmetinin anonim karakteri gereği idaredir²¹⁴.

İdare, yasalarla kendi yetki ve sorumluluğuna bırakılan sağlık kamu hizmetinin yürütülmesinde; gerekli teşkilatı kurmak ve bu teşkilatın ve hizmetin gerektirdiği tüm tedbirleri almak ve gerekli özeni göstermek, tıbbi esaslara uygun biçimde ve hizmetin gerektirdiği yeterliliğe sahip personelle yapılmasını sağlamakla yükümlüdür.

İdarenin, idari sorumluluğu, idarenin kamu hukuku esaslarına tabi olan ve uyuşmazlıkları idari yargıda çözümlenen mali sorumluluğudur²¹⁵. İdarenin sorumluluğu ile ilgili anayasal düzenlemeler gereğince, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından idari yargıda tam yargı davası açılabileceği düzenlenmiştir²¹⁶. Sağlık kamu hizmetlerinde de, zarara uğrayanların zararlarının giderilmesi için idari yargıda açtıkları davaların tipik şekli, idarenin hizmet kusuruna dayanan maddi ve manevi tazminat talepli tam yargı davasıdır.

Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün 2005/6 sayılı Sağlık Bakanlığı Hizmet Kusuru Genelgesi²¹⁷'nde, idare aleyhine hizmet kusuru nedeniyle açılan dava kayıtlarının tetkikinden özellikle aşağıdaki iş ve işlemlere istinaden açılan davaların yoğunlaştığının tespit edildiği belirtilmiştir:

- “1. Yanlış teşhis ve tedavi
2. Ameliyat öncesi ve sonrası gelişen komplikasyonlar
3. Doğum esnasında ve sonrasında gelişen komplikasyonlar

²¹³ Güran, “Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu”, s.17.

²¹⁴ Bayındır, “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu”, s.557.

²¹⁵ Gözler, *İdare Hukuku* (2003), s.952.

²¹⁶ 2577 sayılı İYUK 2/b maddesi. RG. 20.1.1982/17580.

²¹⁷ http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&view=article&id=217:saik-bakanli-hmet-kusuru-genelges&catid=3:tebligenele&Itemid=35 (erişim tarihi:15.03.2020).

4. Hastane idaresinden kaynaklanan problemler
5. Hatalı enjeksiyon
6. Hatalı laboratuvar tetkikleri
7. Poliklinik ve sevk işlemlerinde hatalı yönlendirmeler
8. Acil servis hizmetlerinin yetersizliği.”

İdarenin sağlık hizmetlerinden dolayı hangi hallerde sorumlu tutulup, hangi ölçüdeki ve yoğunluktaki kusur hallerinde sorumlu tutulacağı konusu, faaliyet ve zarara yol açan hususun ne olduğuna ve şartlarına göre, bazen basit kusur yeterli görülerek bazen de ağır kusur aranarak çözümlenmektedir²¹⁸. Danıştay’ın bazı kararlarında, bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmeti nedeniyle uğranılan zararın tazmininde, kural olarak, idarenin ağır hizmet kusurunun varlığının aranacağı; bununla birlikte, idarenin tazmin sorumluluğunun doğması için aranılan ağır hizmet kusurunun riskli tıbbi müdahaleler ve operasyonlar bakımından geçerli olup; sağlık hizmeti içinde değerlendirilmekle beraber, bu kapsama 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 bulunmadığı açıklanmıştır²¹⁹.

Bayraktar’a göre; “*idarenin sağlık hizmetlerinden doğan sorumluluğunun tespiti bakımından, hizmetin niteliğine göre ayırım yapmak gerekmektedir: Hastane hizmetinin kötü teşkilatlandırılması, hastalara zarar veren tıbbi faaliyetler*²²⁰”.

Kızılyel’in yeni sağlık hizmeti kusuru tasnifi de “sağlık hizmetinin kuruluşunda ve işletilmesinde yetersizlik” ile “tıbbi uygulama hataları ve türleri” olarak iki gruba ayrılması ve ikinci grubun alt başlıkları da benzer şekilde verilen sağlık hizmetinin niteliği esas alınarak kusur yönünden belirleyiciliği sağlayan bir sınıflandırmadır²²¹.

²¹⁸ Esin, *İdarenin Hukuki Sorumluluğu Danıştay’da Açılacak Tazminat Davaları*, s.47.

²¹⁹ Danıştay, 10D., 24.09.2007, 3719/4316. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

²²⁰ Köksal Bayraktar, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*, İÜHF Yayını, 1972, s.36-39.

²²³ Kızılyel, “İdarenin Sağlık Hizmetinden Doğan Tazminat Sorumluluğu”, s.205-217.

Sözür/Yasin ve Kurşat; idare tarafından yürütülen sağlık faaliyetleri çerçevesinde idarenin sorumluluğunu iki açıdan ele alınabileceği görüşündedir: “*Sağlık hizmetlerinin kuruluşu, işleyişi, denetimi gibi hususlardan kaynaklanan sorumluluk*” aşamasında hekimin herhangi bir faaliyeti yoktur. Örneğin; hastanede gerekli tıbbi cihazın bulunmaması veya bozuk olması, tıbbi müdahale için gerekli araçlarda eksiklik bulunması, hastanede hijyen bir ortamın sağlanmaması, hastalara verilen gıdaların bozuk olması gibi durumlarda sağlık kamu hizmetinin kuruluş ve işleyişindeki aksaklıklar nedeniyle idarenin sorumluluğu gündeme gelecektir. “*İdarenin hekimin faaliyetlerinden kaynaklanan sorumluluğu*” olarak ifade edilen aşamada ise; hastalığın yanlış teşhisi, hatalı tedavi, yöntemlerinin uygulanması, tıbbi müdahalenin yanlış yapılması gibi durumlarda hekimin hatasından kaynaklanan sorumluluktan bahsedilecektir²²².

Sağlık hizmetleri kapsamında hatalı tıbbi müdahaleden doğan sorumluluk, üç farklı hukuk disiplini kapsamına girmektedir: Ceza hukuku (cezai sorumluluk), borçlar hukuku (sözleşme ya da haksız fiilden dolayı tazminat sorumluluğu), idare hukuku (idarenin tazminat sorumluluğu).

İdarenin sağlık hizmetlerinden kaynaklanan tazminat sorumluluğu da genel olarak idarenin sorumluluğu başlığında belirtildiği gibi, esas olarak hizmet kusuruna dayanır. Hizmet kusuru, sağlık kamu hizmetinin de de hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde gerçekleşir. Sağlık hizmetinin yürütülmesinde görev alan kamu görevlilerinin kişisel kusur hallerinde ise, idarenin tazminat sorumluluğu değil, kamu görevlilerinin şahsi tazminat sorumlulukları söz konusudur. Hizmet kusuru ve idarenin tazminat sorumluluğunun şartları ayrı başlıklar altında incelenmiştir.

İdarenin hangi hallerde sağlık hizmetlerinden dolayı tazminat ödemekle sorumlu tutulabileceği sağlık hizmetinin kim tarafından verildiği, verilen hizmetin niteliği ile hizmetin verilmesinde yürütülen faaliyetler ve sorumluluk hukukunda kusur değerlendirmeleri dikkate alınarak tespit edilebilir. Sağlık hizmeti veren kurum ve kuruluşların özel veya kamu kurum ve kuruluşları olması hallerine göre idarenin sorumluluğu aşağıda değerlendirilmiştir²²³.

²²² Sözür Adem, Yasin Melikşah, Kurşat Zekeriya; “*Hatalı Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Sorumluluk, Nobel Tıp Kitabevleri*, Bölüm 66, 2013, s.1027-1028.

²²³ Bk. s.91 vd.

İdarenin sağlık hizmetlerinden kaynaklanan tazminat sorumluluğu, hizmet kusuru ya da kusursuz sorumluluk esaslarına göre ayrı başlık halinde incelenmiştir. Ayrıca, sağlık hizmeti verilmesi için yürütölen faaliyetler de dikkate alınarak; idarenin sağlık hizmetlerinin kuruluş, işleyiş ve denetimi faaliyetleri ile tıbbi müdahalelerden kaynaklanan sorumluluğunun ayrı başlıklar altında incelenmesi faydalı görölmüştür.

1. Sağlık Hizmetlerinin Organizasyonundan (Sağlık Hizmetinin Kuruluşu, İşleyişi ve Denetim Faaliyetleri) Kaynaklanan Hizmet Kusuru

a. Genel Olarak

Anayasa'nın, "Sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması" başlıklı 56. maddesi hükmü ile, sağlık hakkı anayasal güvence altına alınmış ve devlete, sağlık kamu hizmetini sunma yükümlölüğu verilmiştir.

1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu²²⁴,nun 2. Maddesine göre;

"Umumi sıhhat ve içtimai muavenet hizmetlerine ait Devlet vazai fi Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekaleti tarafından ifa ve hususi idarelerle belediyelere ve sair mahalli idarelere bırakılan hizmetlerin sureti icrası murakabe olunur. Milli Müdafaa teşkilatına ait sıhhi işler müstesna olmak üzere bütün sıhhat ve içtimai muavenet işlerinin mercii ve murakıbu bu Vekalettir."

1 No'lu Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin On ikinci Bölüm 352/1-f maddesinde, kamu ve özel hukuk tüzel kişileri ile gerçek kişiler tarafından açılacak sağlık kuruluşlarının ülke sathında planlanması ve yaygınlaştırılması için çalışmalar yapmak, Sağlık Bakanlığının görev ve yetkileri arasında sayılmıştır.

Tüm bu mevzuat ile, sağlık hizmetinin planlanması, kurulması ve işletilmesi ile kamu ve özel hukuk tüzel kişileri ile gerçek kişiler tarafından kurulan ve işletilen sağlık kurumlarının denetlenmesi Sağlık Bakanlığı'nın görevi ve yetkisindedir.

Sağlık Bakanlığı'nın sağlık hizmetleri bakımından görevleri; Umumi Hıfzısıhha Kanunu, Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun, Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu, Sağlık Alanında Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun Hükmünde

²²⁴ RG. 6.5.1930/1489.

Kararname, Hususi Hastaneler Kanunu, Özel Hastaneler Tüzüğü gibi ilgili mevzuatlar ile düzenlenmiştir. Sağlık Bakanlığının görev alanlarına ilişkin diğer mevzuat, T.C. Sağlık Bakanlığı'nın 2019 yılı faaliyet raporunda sayılmıştır²²⁵.

3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nda sağlık hizmetleri ile ilgili temel esaslar düzenlenmiştir²²⁶. Yapılan düzenleme gereğince;

- *Sağlık kurum ve kuruluşlarının yurt sathında eşit, kaliteli ve verimli hizmet sunacak şekilde planlanması, koordine edilmesi, mali yönden desteklenmesi ve geliştirilmesi,*
- *Koruyucu sağlık hizmetlerine öncelik verilmek suretiyle kamu ve özel bütün sağlık kurum ve kuruluşlarının kurulması ve işletilmesinde kaynak israfı ve atıl kapasiteye yol açılmaksızın gerektiğinde hizmet satın alınarak kaliteli hizmet arzı,*
- *Kamu ve özel bütün sağlık kurum ve kuruluşlarına koruyucu sağlık hizmeti görevi verilmesi ve bu kurum ve kuruluşların bütün sağlık hizmetlerinin denetlenmesi,*
- *Sağlık kurum ve kuruluşlarının ülke sathında dengeli dağılımı ve yaygınlaştırılması esası içerisinde kurulması ve işletilmesi, özel sağlık kuruluşlarının her türlü ücret tarifelerinin onaylanması, kamu kurum ve kuruluşlarına ait sağlık kuruluşları veya sağlık işletmelerinde verilen her türlü hizmetin fiyatlarının tespiti,*
- *Tesis edilecek eğitim, denetim, değerlendirme ve oto kontrol sistemi ile sağlık kuruluşlarının tespit edilen standart ve esaslar içinde hizmet vermesinin sağlanması,*
- *Sağlık ve yardımcı sağlık personelinin yurt düzeyinde dengeli dağılımını sağlamak üzere istihdam planlamasının yapılması, hizmet içi eğitim yaptırılması,*
- *Sağlık hizmetlerinin yurt çapında istenilen seviyeye ulaştırılması amacıyla; kamu ve özel sağlık kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları arasında koordinasyon ve işbirliği yapılması, çağdaş tıbbi bilgi ve teknolojinin ülkeye getirilmesinin sağlanması,*
- *Vatandaşların hastalıklardan korunma, sağlıklı çevre, beslenme, ana çocuk sağlığı ve aile planlaması ve benzeri konularda eğitilmeleri ve takiplerinin yapılması,*

²²⁵ T.C. Sağlık Bakanlığı Faaliyet Raporu 2019, s.12-13.

<https://dosyamerkez.saglik.gov.tr/Eklenti/36626,tc-saglik-bakanligi-faaliyet-raporu-2019pdf.pdf?0& tag1=B2C121BEA48144C0FF27ACC9B9796D4ACE1846DB>

²²⁶ 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun 3. Maddesi.

• *Koruyucu, teşhis, tedavi ve rehabilite edici hizmetlerde kullanılan ilaç, aşı, serum ve benzeri biyolojik maddelerin üretiminin ve kalitesinin teşvik, temini ve kontrollerinin sağlanması,*

• *Engelli çocuk doğumlarının önlenmesi için, gebelik öncesi ve gebelik döneminde tıbbi ve eğitsel çalışmaların yapılması,*

• *Rehabilite edici tıbbi hizmetlerde kullanılan yardımcı araç ve gereçleri üretmek amacıyla, kurulacak kuruluşların açılış izninin verilmesi,*

hizmetleri Sağlık Bakanlığınca yürütülür.

Kanununun 4. Maddesine göre; Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı, hizmet ve esasları bu sistem içerisinde gerçekleştirmek üzere ülke çapında teşkilat kurar veya kurdurabilir.

Yine anılan Kanununun 9. Maddesi gereğince;

“...bütün kamu ve özel sağlık kuruluşlarının tesis, hizmet, personel, kıstaslarının belirlenmesi, sağlık kurum ve kuruluşlarını sınıflandırmaya ve sınıflarının değiştirilmesine, sağlık kuruluşlarının amaca uygun olarak teşkilatlanmalarına, sağlık hizmet zinciri oluşturulmasına, hizmet içi eğitim usul ve esasları ile sağlık kurum ve kuruluşlarının koordineli çalışma ve hizmet standartlarının tespiti ve denetimi ile bu Kanunla ilgili diğer hususlar”

için Yönetmelik ile düzenleme yapma yetkisi, Sağlık Bakanlığı’na aittir.

Anayasal ve yasal mevzuat hükümleri ile, sağlık hizmeti verecek kurum ve kuruluşların eşit, kaliteli ve verimli hizmet sunacak şekilde planlanması, koordine edilmesi, belli standartlar ve esaslar içinde hizmet vermelerinin sağlanması, bu kurum ve kuruluşların bütün sağlık hizmetlerinin denetlenmesi, yeterli sağlık ve yardımcı sağlık personelinin istihdam planlamasının yapılması, eğitimlerinin planlanması, hastalıklardan korunma, sağlıklı çevre, beslenme, ana çocuk sağlığı ve aile planlaması ve benzeri konularda koruyucu sağlık hizmeti verilmesi, sağlık hizmetlerinde kullanılan ilaç, aşı, serum ve benzeri biyolojik maddelerin üretim ve denetimlerinin sağlanması görevleri Sağlık Bakanlığı’na verilmiştir. Bu hizmetlerin hiç işlememesi, kötü veya geç işlemesi gibi durumlarda idarenin sorumluluğu doğacaktır. Sağlık Bakanlığı yasal mevzuat gereği sağlık hizmetlerinin kuruluşu, işleyişi ve denetimi faaliyetleri yürütmekle yükümlüdür ve bu anlamda idarenin sorumluluğunun kapsamı da, sağlık hizmetlerinin hem kuruluş hem işleyiş hem de denetim faaliyetlerindedir.

Ülke genelinde yaygın, yeterli sağlık kurum ve kuruluşlarının bulunması, çağın ve gelişen tıp biliminin gerektirdiği ve ekonomik gelişmişliğin sunduğu beklentiler ölçüsünde gerekli alt yapının ve donanımın sağlanması kuruluş açısından sağlık hizmetidir. Bunun gibi yeterli sayıda ve nitelikte hekim ve diğer sağlık personelinin ve gerekli tıbbi cihaz, araç ve gereçlerin bulundurulması, sürekliliğin sağlanması, ileriye dönük tedbirlerin alınması da temel zorunluluktur. İdarenin ve hastane yönetiminin organizasyon ve hastane işletmesi bağlamında yerine getirmesi gerekli bu ve benzeri tüm görevler sağlık hizmeti kapsamında değerlendirilir²²⁷.

İdarenin, yürütmekle yükümlü olduğu bir kamu hizmetini gereği gibi yerine getirme, bu hizmetin işleyişini sürekli olarak kontrol etme, hizmetin yürütülmesi sırasında gerekli önlemleri alma, hizmeti yürütecek personelin ve hizmete özgülünen araçların seçiminde gerekli dikkat ve özeni gösterme ve denetimi yapma yükümlülüğünü ihlal etmesi neticesinde hizmetin hiç işlememesi, kötü veya geç işlemesi, idarenin hizmet kusurunu oluşturur²²⁸.

Sağlık hizmetleri, kuruluştan sonra gereği gibi işletilmeli ve işlemeye de devam etmelidir. İdare, yasalarla kendi yetki ve sorumluluğuna bırakılan sağlık hizmetini yürütmek amacıyla, önceden gerekli teşkilatı kurmak ve bu teşkilatın ve hizmetin gerektirdiği tüm tedbirleri almak ve gerekli özeni göstermek, tıbbi esaslara uygun biçimde ve hizmetin gerektirdiği yeterliliğe sahip personelle yapılmasını sağlamakla yükümlüdür²²⁹. Dolayısıyla, idarenin sağlık hizmetlerinin kuruluşu, işleyişi ve denetimi bakımından sahip olduğu görev ve yetkilerin kullanılmasında olan hizmet kusuru nedeniyle meydana gelen zararların, idare tarafından tazmin edilmesi gereklidir.

Öğretide, idarenin ve hekimlerin tıbbi müdahale dışındaki tüm faaliyetlerinin sağlık hizmetinin kuruluş ve işleyişi kapsamında değerlendirileceği yönünde dışlayarak tanım yapıldığı da görülmektedir²³⁰.

Güran, idarenin sağlık hizmetlerinin kuruluşu, işleyişi ve denetimi bakımından sorumluluğunun belirlenmesinde esas alınacak hizmet standartlarını “*her olayda çağdaş*

²²⁷ Hakan Hakeri, “Hastane Yönetiminin Sorumluluğu”, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1-3 Kasım 2007, Ankara Barosu Yayınları, 2008, s.161 vd.

²²⁸ Danıştay,10D., 3.3.2015, 7812/854. Lexpera (erişim tarihi:29.03.2020).

²²⁹ Danıştay,15D., 5.5.2016, 4019/3223 Lexpera (erişim tarihi:29.03.2020).

²³⁰ Bayındır, “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu”, s.555.

düzenli bir idarenin tutum ve davranışlarının nasıl olması gerektiğine bakılarak belirlenmesi gereği” idarenin sorumluluğunun tespitinde sağlık hizmetlerini de kapsayacak şekilde belirlenmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu konuda ölçüt, ne ideal bir idarenin özlenen düzeyi, ne de kimi örgüt ve hizmetlerin standartlarının altındaki fiili durumdur. Kendi kategorisine giren normal bir kuruluştan istenen ve beklenen tutum ve davranış çerçevesinde değerlendirilmesi gereklidir²³¹.

İdare aleyhine yürütülen sağlık hizmetlerinden dolayı açılan tam yargı davalarında, Danıştay kararlarında uzun yıllar, *“sunulan hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı durumlarda, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için, zararın, idarenin "ağır hizmet kusuru" sonucu meydana gelmiş olması gerektiği”* görüşü ile bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmeti nedeniyle uğranılan zararın tazmininde idarenin ağır kusurunun varlığı şartı aranmıştır. Uygulamada, sağlık hizmetinde hangi uygulama hatalarının hizmet kusuru, hangilerinin ağır kusur oluşturduğuna dair genel bir kriter oluşturulmadığı ve somut olaya göre değerlendirme yapılarak “ağır hizmet kusuru”, “açık ve belirgin kusur” ya da “hizmet kusuru” bulunduğu gerekçesiyle idarenin tazmin yükümlülüğünün kabul edildiği kararlar mevcuttur. Ancak, idarenin sağlık hizmetinin kuruluş, işleyiş ve denetimi faaliyetlerinden kaynaklanan davalarda, Danıştay çoğu zaman idarenin sorumluluğundan söz edebilmek için "ağır hizmet kusuru" nun varlığının aranmasını gerek görmeyerek "hizmet kusuru" nun varlığını yeterli saymıştır.

Danıştay, davacının çoğul gebe olarak başvurduğu hastanede kadın doğum uzmanının bulunmadığı, iki adet ebenin görev yaptığı, olay tarihinde bir ebenin izinde olduğu, diğer ebenin de başka bir hastanın doğumunda görevli olduğu; ayrıca hastanede kadın doğum uzmanı olmayan bir hekim tarafından muayene edildiği ve hastane bünyesinde davacının içinde bulunduğu sağlık durumunu değerlendirmeye yardımcı olacak gerekli tıbbi araç ve gereç olmaması nedeniyle daha ileri donanıma sahip Tatvan Kadın Doğum Hastanesine sevkine karar verildiği, hasta sevkine uygun tıbbi ve teknik donanıma sahip bir hasta nakil aracının bulunmaması nedeniyle de hasta ve yakınlarının Bahçesaray-Van yolcu minibüsüyle Van iline gitmeye çalıştıkları; bu süreç de davacının yolcu minibüsünde sağlıksız koşullarda doğum yapması ve bir bebeğini de sağlık

²³¹ Güran, “Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu”, s.16.

ocagında yaptığı doğumda kaybetmesiyle sonuçlandığı olayda, “yaşam hakkının korunması noktasında asgari sayıda personel istihdamı ve araç gereç teminin sağlanmaması nedeniyle kişilere hizmet sunulamamasının idarenin hizmet kusurunun varlığının göstergesi” kabul etmiştir²³².

Davacının, Tıp Fakültesi Kardiyoloji Anabilim Dalında uzmanlık yapmakta iken muz kabuğuna basıp kayması sonucu merdiven boşluğuna düşerek sakat kalması dolayısıyla açtığı davada, “davacının görev yaptığı hastanenin temizliğinde ve merdivenlerin aydınlatılmasında davalı idarenin gerekli dikkat ve özeni göstermemesi nedeniyle hizmet kusurunun bulunduğu” kabul edilerek, davalı idare aleyhine tazminata hükmedilmiştir²³³.

İdarenin organizasyon kusuruna vurgu yapılan bir kararında Danıştay;

“...Olayda, acil servise başvuran hastanın içinde bulunduğu klinik tablo karşısında ortopedi konsültasyonunun yaptırılmamış olması idare bünyesinde sunulan sağlık hizmetinin organizasyon hatası olarak değerlendirildiğinden, meydana gelen durumun komplikasyon olarak ifade edilmesinin idarenin manevi tazmin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı...”

gerekçesi ile oluşan kusurun niteliği gereği davacı tarafın manevi tazmin taleplerinin değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir²³⁴.

Bir diğer Danıştay kararında;

“...idarenin araç/gereç/cihaz eksikliği, teşkilatı yetersiz kurması yahut tıbbi ameliyedeki organizasyon eksikliği nedeniyle tedavide aksamaya yol açmasının da bir tür hata olarak nitelendirildiği, idarenin sunduğu sağlık hizmetinin gereği gibi işlememesini ifade ettiği; bu durumda tıbbi ameliye kapsamında dahil edilemeyecek bir takım bakım, gözetim ve diğer yan yükümlülüklerin hiç veya gereği gibi yapılmaması nedeniyle oluşacak zararlarda, hekim yahut diğer sağlık personeline doğrudan kusur atfedilemeyecekse de, idarenin sorumluluğundan söz edilebileceği, doğan organizasyon eksikliği nedeniyle sağlık hizmetini gereği gibi işletmeyen sağlık idaresinin sorumluluğuna gidilebileceği...” kabul edilmiştir²³⁵.

Danıştay’ın daha eski tarihli bir kararında;

²³² Danıştay, 15D., 17.04.2014, 4115/2897. Lexpera (erişim tarihi:29.03.2020).

²³³ Danıştay, 10D.,, 20.10.2006, 4153/5848. Lexpera (erişim tarihi:29.03.2020).

²³⁴ Danıştay, 15D., 21.04.2015, 5867/2320. Lexpera (erişim tarihi:29.03.2020).

²³⁵ Danıştay, 15D.,, 30.05.2016, 2607/3893. Lexpera (erişim tarihi:29.03.2020).

“...ölüm olayının tamamen oksijen yerine karbondioksit gazı verilmesinden kaynaklandığı, içinde oksijen gazı olduğu sanılan tüpün 1965 tarihli demirbaş kaydının 1989 yılında Makina ve Kimya Endüstrisi Kurumuna gönderilmek üzere silinmesine karşın, bilinmeyen bir nedenle kullanımına devam edildiği, vanası, içinde oksijen gazı bulunan tüplere ait vanalardan olduğu halde, tüpün üzerine siyah yağlı boya ile büyükçe bir biçimde karbondioksit gazının simgesi olan (CO₂) yazısının bulunduğu, bu tüpün ... Üniversitesi Yardım Derneği tarafından doldurtulduğu, dolun işi hastanenin gözetim ve denetiminde yapılmadığı halde, davalı idarece gerekli kontrolün de yapılmadığı, esasen hastane tarafından yaptırılan tüm dolun işlerinde ve tüplerin hastalarda kullanılmasında mevcut standartlara uyulmadığı gibi, konunun önemine uygun bir disiplin ve denetimin sağlanamadığı, ... ameliyat sırasında oksijen yerine karbondioksit gazı verilmesi sonucu ölümünde idarenin ağır hizmet kusuru nedeniyle tazmin sorumluluğunun bulunduğu...” karar verilmiştir²³⁶. Kararda, her ne kadar zararın idarenin ağır hizmet kusuru nedeniyle meydana geldiği belirtilmişse de, olaya ilişkin somut değerlendirme yapılarak, o yıllarda sağlık hizmetlerinden kaynaklanan davalarda yerleşik Danıştay içtihatlarında idarenin sorumluluğu için ağır hizmet kusuru aranmasına rağmen bu kararda “ağır hizmet kusurunun varlığının idarenin sorumluluğu bakımından şart olarak aranmadığı” kanaatindeyiz.

Uygulamada yargı kararlarında, sağlık hizmetleri bünyesinde risk taşıyan nitelikte hizmetlerden olduğundan, riskli müdahale ve operasyonlar ile sağlık hizmeti içinde yer alan ancak tıbbi operasyon kapsamına dahil edilemeyecek birtakım bakım, gözetim ve yan müdahaleler bakımından idarenin hizmet kusurunun ağırlığına farklı yaklaşımla birlikte bakım, gözetim ve yan müdahalelerin hiç veya gereği gibi yapılmaması ya da hastaya ilişkin tıbbi kayıtların usulüne göre tutulmaması nedeniyle oluşan zararlarda, idarenin sorumluluğundan söz edebilmek için hizmet kusurunun varlığı yeterli görülmektedir²³⁷. Danıştay kararlarında, tedavi hizmetleri dışında kalan hasta kayıtlarının tutulması ve muhafazası şeklindeki sağlık hizmetlerinde, sağlık hizmetlerinden yararlananlar ile ilgili kayıtların eksikliği, yapılan tedavilerin kayıt altına alınmaması, tetkik ve inceleme sonuçlarının muhafaza edilmemesi hizmetin kusurlu işletildiğinin kabulü için yeterli sayılmış; hastanın hakkında uygulanan tedavileri ve zararlı sonucun

²³⁶ Danıştay, 10D., 03.05.1995, 3258/2379. Lexpera (erişim tarihi:29.03.2020).

²³⁷ İstanbul BİM,8İDD., 28.11.2017, 957/2134. Lexpera (erişim tarihi:29.03.2020).

sebebini öğrenmesine yarayacak tıbbi kayıtların noksan olması, dolayısıyla tedavi süresinde gelişen olaylarla ilgili maddi gerçeğe (rahatsızlığının nedenine) hiçbir zaman ulaşamayacak ve ömür boyu şüphe duyacak olması nedeniyle uğradığı manevi zararın idare tarafından tazmini gerektiği kabul edilmiştir²³⁸.

Sağlık kamu hizmetinin yürütülmesinde, bulaşıcı ve salgın hastalıklarla mücadele de hastalık ortaya çıkmadan ve çıktıktan sonra gerekli çalışmaların yapılması, aşılama faaliyetleri gibi koruyucu sağlık hizmetleri kapsamında halk sağlığını koruyucu tedbirler almak, Devletin görevidir. Bu nedenle, koruyucu sağlık hizmetlerinin gereği gibi yürütülmemesi, gerekli tedbirlerin alınmaması, ilaç, aşı, personel yetersizliği gibi nedenlerle zarara neden olunması durumunda idare sorumlu tutulacaktır. Zorunlu olarak yapılması gereken aşılardan kızamık aşısının ikinci dozu yapılmadığından oğlunun hastalığa yakalanarak %90 oranında özürle hale geldiğinden bahisle açılan tam yargı davasında, aşının eksik yapılmasıyla koruyucu sağlık hizmetlerini yerine getirmesi gereken davalı idarenin hizmet kusuru bulunduğu kabul edilerek verilen davanın kabulü kararı, Danıştay tarafından da onanmıştır²³⁹.

Bir diğer kararında Danıştay, halk sağlığının korunması ve geliştirilmesi, hastalık risklerinin azaltılması ve önlenmesi için gerekli tedbirlerin alınması ve bu konuda mahalli idarelerle koordinasyonu sağlayacak tedbirlerin alınması ile görevli ve yetkili bulunan Sağlık Bakanlığı'nın işçi sağlığı yönünden büyük tehlike oluşturan maddelerin kullanımının yasaklanmasına yönelik tedbirleri zamanında almaması ve bu konuda mahalli idareler ile gerekli koordinasyonu sağlamaması, kum (silis tozu) veya silika kristalleri içeren madde kullanımının Avrupa ülkelerinde 1960'lı yıllarda, ülkemizde ise 2009 yılında yasaklandığı da dikkate alındığında, davalı Sağlık Bakanlığı açısından hizmet kusuru teşkil ettiğini kabul etmiştir²⁴⁰.

²³⁸ Danıştay, İDDK., 8.2.2016, 3016/186; İDDK., 21.12.2016, 2939/3522; 10D., 29.4.2008, 3301/2939; 15D., 15.4.2015, 5076/2184; 15D., 3.4.2014, 4071/2431; 15D., 17.3.2015, 13317/1537. Lexpera (erişim tarihi:29.03.2020).

²³⁹ Danıştay, 15D., 9.4.2014, 3342/2652. Lexpera (erişim tarihi:29.03.2020).

²⁴⁰ Danıştay, 10D., 3.3.2015, 7812/854. Lexpera (erişim tarihi:29.03.2020).

b. Sağlık Hizmetinin Özel Hukuk Kişileri Tarafından Verilmesi Halinde İdarenin Sorumluluğu Değerlendirmesi

Kişilerin, sağlık hizmeti almak için doğrudan hekime veya özel sağlık hizmeti veren kurum veya kuruluşa başvurması halinde, hasta ile hekim veya kuruluş arasında sağlık hizmeti ilişkisi kurulmuş olur. Özel hukuk kişileri, (serbest çalışan hekim ve özel hastaneler) sundukları sağlık hizmetlerinden, özel hukuk hükümleri çerçevesinde sorumludur. Zira, bu durumda, hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişki bir özel hukuk sözleşmesi olup, tarafların hak ve sorumlulukları bu sözleşme kapsamında değerlendirilecektir²⁴¹.

Hukukumuzda, hastanın başvurusu ve hekimin hastayı kabul etmesi ile birlikte hasta ile hekim arasında kurulmuş olan sözleşmeye ilişkin özel bir düzenleme olmadığından, genel hükümler uygulanır ve şartlarına göre vekalet sözleşmesi ya da eser sözleşmesi hükümleri uygulanır. Hekimin hatalı tıbbi müdahalede bulunması halinde, hekim ile hasta arasındaki bu sözleşme ilişkisine dayanılarak hasta tazminat talebinde bulunabilir. Eğer böyle bir sözleşme ilişkisi kurulmamış ise, kişinin ruh ve vücut bütünlüğüne, sağlığına yönelik bir hukuka aykırı bir müdahale ile zarara uğramasına yol açılması halinde haksız fiil hukuki esasına dayanılarak tazminat istenebilir.

Hasta ile sağlık hizmeti veren özel hukuk kişileri arasındaki ilişkinin esas itibariyle 3 şekilde tezahür ettiği kabul edilmektedir: Sözleşme ilişkisi, vekaletsiz iş görme ve haksız fiil ilişkisi²⁴².

Hastanın sağlık hizmeti veren özel sağlık kurum ve kuruluşlarına başvuruda bulunması durumunda, müstakil hekime başvurusunda olduğu gibi, hasta ile özel sağlık kurum ve kuruluşu arasında tıbbi tedavi sözleşmesi (sağlık hizmeti verilmesi sözleşmesi) kurulmuş olur. Sözleşmenin tarafları hasta ile sağlık kurum ve kuruluşları olup; verilen sağlık hizmeti ile ilgili sorumluk özel sağlık kurum ve kuruluşuna aittir. Hekimler, özel sağlık kurum ve kuruluşlarında sözleşmeyle çalışır. Özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan hekim ile hasta arasında ayrıca özel bir tıbbi tedavi sözleşmesi yoktur.

²⁴¹ Çetin Aşçıoğlu, *Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar Doktorların Devletin ve Özel Hastanelerin Sorumluluğu*, Ankara:1993, s.15 vd.

²⁴² Ali Türkmen, *Hasta ve Hekim Hukuku*, Erol Ofset Yayıncılık Şti., Samsun, 2009: s.50.

Tezimizin konusu idarenin sağlık hizmetlerinden kaynaklanan tazminat sorumluluğu olduğundan, sağlık hizmeti veren özel hukuk kişilerinin sorumluluklarının daha fazla incelenmesine gerek görülmemiş ve konu özel hukuk kişileri tarafından sunulan sağlık hizmetlerinde idarenin sorumluluğu açısından incelenmiştir.

İdarenin, bu tür özel hukuk kişileri tarafından yürütölen sağlık faaliyetlerini ruhsatlandırmak, denetlemek, yaptırım uygulamak gibi görev ve yetkilerinden dolayı sorumluluğu söz konusu olabilir. Ancak, bu sorumluluğun kaynağı, hekimin faaliyeti değil, bundan bağımsız olarak yetkili kamu makamlarının doğrudan doğruya kendi işlemleri, tutum ve davranıřlarıdır²⁴³.

Güran'a göre; idare, kanunlarla üstlendiği ve bir ölçüde "kolluk" işlemi niteliği taşıyan kendi görevini yerine getirememenin sorumluluğunu taşımaktadır. Hastanın, hekim faaliyetinden dolayı uğradığı zararlar nedeniyle, Güran'ın belirttiği idarenin bu kendi görevinin, oluşan zarar ile illiyet bağı kurulabilecek mahiyette ve derecede katkıda bulunması şeklindeki ilişkinin varlığı halinde, idare de hekimle birlikte sorumlu olmaktadır²⁴⁴.

Özel sağlık kuruluşları, Sağlık Bakanlığı'nca verilen ruhsatname ve faaliyet izin belgesi ile faaliyet gösterir. Ruhsat usulü, hukukumuzda kamu hizmetlerinin görölme usullerinden biridir. İdare lehine bir tekel oluşturulmayan veya belli bir özel hukuk tüzel kişisine "imtiyaz" yoluyla gördürölmeyen, toplumun ortak ve genel ihtiyaçlarının istekli olan diğer özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri tarafından üstlenilip yürütölmesine ruhsat veya izin usulü denir²⁴⁵.

Ruhsat usulü genellikle "virtüel kamu hizmeti" olarak adlandırılan hizmetler için kullanılmakta olup; sağlık alanında faaliyet yürüten özel hastaneler de virtüel kamu hizmeti örneklerindedir. Bu hizmetlerde, kamuya yararlı hizmetten farklı olarak idare kolluk denetiminden daha öte bir şekilde özel teşebbüs tarafından sunulan söz konusu hizmetler üzerinde içerik denetimi (intrenseque) de yapmaktadır. Yani, sunulan hizmet

²⁴³ Güran, "Hekimin Faaliyetlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu", s.77.

²⁴⁴ Güran, "Hekimin Faaliyetlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu", s.16.

²⁴⁵ Günday, *İdare Hukuku* (1996), s.228.

üzerindeki denetim yetkisi, uyulması gereken tüm hususları kapsayan, borçlar yükleyen, yaptırımlar uygulayan, organik benzeri, hiyerarşiye yaklaşan bir yetkidir²⁴⁶.

Sağlık hizmetlerinin kamu hizmeti ruhsatı ile yürütülmesi halinde, idarenin hizmet ile bağı kopmaz; idare hizmeti yürüten özel sağlık kuruluşları üzerinde içselleştirilmiş bir denetim ve gözetim yetkisine sahip olur. Özel sektör tarafından sunulan sağlık hizmetleri nedeniyle idarenin sorumluluğu da, sahip olunan bu denetim ve gözetim yetkisi nedeniyle.

Ülkemizde Sağlık Bakanlığı'nın sağlık hizmetlerini yürüten özel sağlık kuruluşları üzerinde sahip olduğu bu yetki, esas olarak Anayasa'nın 56'ncı maddesi'nin 4'üncü fıkrası ile Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun sağlık hizmetleri ile ilgili temel esasları düzenleyen 3'üncü maddesine dayanmaktadır. 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu, Özel Hastaneler Tüzüğü, Özel Hastaneler Yönetmeliği ve Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmeliği, Sağlık Bakanı onayı ile yürürlüğe konulan Özel Sağlık Kurum ve Kuruluşlarının İl Sağlık Müdürlüklerince Denetimine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönerge hükümleri gibi ilgili birçok mevzuatda özel sağlık kurum ve kuruluşlarının izin ve ruhsat işlemleri ile denetim usul ve esasları düzenlenmiştir.

İdarenin özel sağlık hizmetlerinin denetim ve gözetimi görevini yerine getirmemesinden doğan sorumluluğunun kaynağı hekimlerin faaliyeti değil; idarenin sağlık kamu hizmetine ilişkin yürüttüğü denetim ve gözetim faaliyeti, dolayısıyla kendi işlem ya da eylemidir²⁴⁷.

İdarenin, özel hastanelerin tabi oldukları mevzuat gereği uymaları zorunlu olan hizmet ünitelerinin taşınması gereken nitelikler, personel standartları, bina ve kullanım alanlarının nitelikler; ısıtma, havalandırma ve aydınlatma şartları, tıbbi donanım, bulundurulması zorunlu ilaçlar, tıbbî atıklar ve çöpler, ameliyathane, acil servis, yoğun bakım ve poliklinik hizmetleri vb hastanedeki tüm hizmet alanlarında çalışma esaslarına ilişkin kurallar gibi hususlarda, özel hastaneleri denetim görevi vardır. İdarenin denetim görevini yerine getirmemesi veya yapılan denetim sonucunda aykırılıkların bulunmasına rağmen gerekli tedbirlerin alınmaması sonucunda bir zarar doğduğunda, idarenin hizmet

²⁴⁶ Özay, *Gün Işığında Yönetim*, s.228-230.

²⁴⁷ Güran, "Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu", s.19.

kusuru ilkesine dayanılarak tazmin yükümlülüğü doğar. Kişilerin zararı, idarenin denetim ve gözetim eksikliğine bağlıysa idare sorumlu olacaktır. Aksi takdirde, verilen sağlık hizmetinden dolayı kişilerin uğradıkları zararlardan aralarındaki özel hukuka tabi ilişki nedeniyle özel sağlık kurum ve kuruluşları sorumludur.

Danıştay, göz taramasında yapılan muayene sonucu sol gözünde ilerlemiş katarakt olduğunun söylenmesi nedeniyle ameliyat olan ve ameliyattan sonra görme kaybı yaşayan davacının; zararının özel hastanenin yetki belgesi olmaksızın tarama yapması sonucunda oluştuğu, bu nedenle olayda idarenin kusurlu olduğu iddiası ile istenen tazminata ilişkin olarak;

“...İdare içselleştirilmiş denetim ve gözetim yetkisini ve buna bağlı olarak kendisine tanınan yaptırım uygulama yetkisini de gerek geçici olarak faaliyete son verme gerekse meydana gelen olumsuzluklar için gereken uyarıyı yapma yetkisini kullanmış ve ayrıca keyfiyeti ilgili kurum ve kuruluşlara da bildirmiş olduğundan, dava konusuyla bağlı kalınarak denetim ve gözetim yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilmediğinden söz etmeye olanak bulunmadığına; dava konusu olayda, davalı idarenin kusurlu bir eylemi bulunmadığı gibi, özel hastane/doktor ile hasta arasındaki özel hukuk ilişkisi zarar ile idarenin eylemi/eylemsizliği arasındaki neden sonuç ilişkisini ortadan kaldırmakta; dolayısıyla zarar, yürütülen kamu hizmetinin doğrudan sonucunu oluşturmamakta olduğundan olayda, idarenin hizmet kusuru ilkesine dayalı olarak sorumluluğundan söz edilemeyeceğinden hareketle idarenin tazmin sorumluluğunu kabule olanak bulunmadığına...” karar vermiştir²⁴⁸.

c. Sağlık Hizmetinin Kamu Kurum ve Kuruluşları Tarafından Verilmesi Halinde İdarenin Sorumluluğu Değerlendirmesi

Sağlık hizmeti veren özel hukuk kişileri ile hasta arasındaki hukuki ilişki, bir özel hukuk sözleşmesi olan “tıbbi tedavi sözleşmesi” olduğu ve duruma göre “vekalet sözleşmesi” ya da “eser sözleşmesi” niteliği taşımaktadır²⁴⁹. Sağlık hizmeti veren kamu kurum ve kuruluşları ile hasta arasında, bu şekilde bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır. Kamu sağlık kuruluşları, kamu hizmeti niteliği taşıyan sağlık hizmeti vermek üzere devlet veya diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan ve işletilen kurumlar olduğundan, kamu

²⁴⁸ Danıştay, 15D., 8.4.2015, 5507/2024. Lexpera (erişim tarihi:30.03.2020).

²⁴⁹ Bk.s.91,92.

hukuku kurallarına göre işletilir. Dolayısıyla, hasta ile kamu sağlık kuruluşları arasındaki ilişki, kamu hukuku ilişkisidir.

Özel hastanelerin sunduğu sağlık hizmetlerinde, özel kişilerin üstünlüğü yoktur, eşit durumda ve birbirine eşit koşullarda faaliyet gösterirler²⁵⁰. Kamu gücüne sahip olan idare ise, kamu hukuku kurallarına göre görevini ifa etmektedir ve sağlık hizmetini bedelsiz, sürekli ve bir çıkar amacı gözetmeksizin yerine getirmektedir. Kamu hastanesi kendisine başvuran hastaya bakmaktan kaçınmaz²⁵¹.

Anayasanın 125. maddesi son fıkrasına göre; “*İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür*”. Dolayısıyla sağlık hizmeti veren kamu kurum ve kuruluşlarında sağlık hizmeti verilmesi nedeniyle ortaya çıkan zararlardan idare sorumludur. İdarenin eylem ve işlemi, devletin faaliyet alanlarıyla ilgili olarak kamu görevlilerinin devlet adına yaptıkları fiili eylemler ya da işlemlerdir. Dolayısıyla, kamu sağlık kurum ve kuruluşlarında verilen sağlık hizmeti nedeniyle zarar gören kişi, idare aleyhine tazminat davası açacaktır.

Kamu kurum ve kuruluşları tarafından sağlık hizmeti verilen kişiler, kamu hizmetinden yararlanan kişi durumunda olduğundan; kişinin aldığı sağlık hizmetlerinden bir zarar görmesi halinde, idare hukuku ilkeleri çerçevesinde, idare aleyhine dava açılacaktır.

Anayasanın 40/3.maddesine göre; “*kişinin resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.*”

Anayasa'nın 129'uncu maddesi 5'inci fıkrasına göre; “*Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.*”

657. sayılı Devlet Memurları Kanununun 13'ncü maddesi: “*Kişiler, kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevi yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açabilirler... Kurumun, genel*

²⁵⁰ İsmet Giritli-Tayfun Akgüner, *İdare Hukuku Dersleri II*, İstanbul:1987,s.130.

²⁵¹ Karaege, Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusur Sorumluluğu, s.35.

hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır.” hükmü ile de memur ve diğer kamu görevlilerinin kişilere verdikleri zararlardan dolayı ilgili kurum aleyhine dava açılacağı, ancak sorumlu personele rücu edileceğine dair düzenleme yapılmıştır.

Sağlık hizmeti veren kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan personel kamu görevlisidir. Kamu sağlık kurum ve kuruluşuna başvuran hasta kamu hizmetinden yararlanan kişi durumundadır. Dolayısıyla, hasta ile kamu sağlık kuruluşunda hizmet veren hekim arasında ayrıca bir sözleşme ilişkisi kurulmaz. Zira; hasta hizmet alacağı hekimi seçmemekte ya da aldığı hizmet karşılığında hekime ücret ödememektedir.

Sağlık kamu hizmetinin verilmesinde insan unsurunu, kamu görevlileri olan hekim ve diğer sağlık çalışanları oluşturduğundan; Anayasanın 129/5. maddesi hükmü ile 657 sayılı DMK'nun 13. maddesinde yer alan “memur ve diğer kamu görevlileri” ifadesi, idarenin sorumluluğunun tespiti açısından önem taşır.

Anayasanın 128'nci maddesi birinci fıkrasında, kamu hizmeti görevlileriyle ilgili genel ilkeler arasında; devletin, kamu iktisadî teşebbüslerinin ve kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği düzenlenmiştir. Aynı hükmün ikinci fıkrası ile de, memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri, kanunla düzenlenmesi gereken alanlar olarak sayılmıştır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun istihdam şekilleri ile ilgili 4.maddesi hükmü gereği kamu hizmetleri; memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle gördürülür. Aynı Kanun'un 36. Maddesi 3. Bendinde bu Kanuna tabi kurumlarda çalıştırılan memurların sınıfları arasında sayılan “Sağlık Hizmetleri ve Yardımcı Sağlık Hizmetleri Sınıfı” ; sağlık hizmetlerinde (Hayvan sağlığı dahil) mesleki eğitim görerek yetişmiş olan tabip, diş tabibi, eczacı, veteriner hekim gibi memurlar ile bu hizmet sahasında çalışan yüksek öğrenim görmüş fizikoterapist, tıp teknolojü, ebe, hemşire, sağlık memuru, sosyal hizmetler mütehassısı, biyolog, pisikolog, diyetçi, sağlık mühendisi, sağlık fizikçisi, sağlık idarecisi ile ebe ve hemşire, hemşire yardımcısı, (Fizik tedavi, laboratuvar, eczacı, diş anestezi, röntgen teknisyenleri ve yardımcıları, çevre sağlığı ve toplum sağlığı teknisyeni dahil) sağlık savaş memuru, hayvan sağlık memuru ve benzeri sağlık personelini kapsar. Kamu kurum ve kuruluşlarında sağlık hizmetleri ve

yardımcı sağlık hizmetleri sınıfı kadrosunda çalışarak sağlık hizmeti veren bu personel devlet memuru olduğundan, memurlar eliyle yürütölen sağlık hizmetinden dolayı zarara uğrayan kişi, idare aleyhine dava açacaktır.

Sağlık hizmeti veren kamu kurum ve kuruluşları başlığı altında Sağlık Bakanlığı ile birlikte Türk Silahlı Kuvvetleri, Üniversiteler, Belediyeler tarafından da sağlık hizmeti verildiği incelenmiştir. Bu kurum ve kuruluşlarda memur haricinde farklı statülerde personel çalıştırılmaktadır. Örneğin; Türk Silahlı Kuvvetlerine mensup subaylar ve astsubaylar, 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu'na, görevli diğer asker ve sivil kişiler kendi özel kanunlarına tabi olarak çalışır. Yine, üniversite hastanelerinde çalışan personel 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu ve 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu hükümlerine tabiidir ve hekimlerin çoğunluğu Tıp Fakóltesi kadrosunda öğretim elemanı kadrosunda görev yaparlar. Sağlık hizmeti veren personelin farklı kanunlara tabii olması idarenin sorumluluğu açısından önemli değildir; önemli olan kamu sağlık kurum ve kuruluşunda idare adına görev yapan kamu görevlilerinden olmalarıdır.

Kamu sağlık kurum ve kuruluşlarında yürütölen sağlık hizmetlerinden kaynaklanan zararların tazmin sorumluluğu, idare hukuku ilkelerine dayanır ve idare mahkemelerinde açılacak tam yargı davalarına konu olur. Hastanın zarar uğramasına neden olan olayda idarenin hizmet kusurunun varlığı halinde idare birinci derecede sorumludur; kamu görevlilerinin görev kusuru söz konusu olduğunda ise idare yine sorumlu olacaktır, ancak, sorumlu olan kamu görevlisine rücu hakkına sahiptir. Ancak, sağlık hizmeti veren kamu görevlisi doktorun veya yardımcı personelin haksız eylem niteliğinde “görevden ayrılabilir kişisel kusurları” varsa, haklarında doğrudan adli yargıda dava açılabilir. Kamu görevlisinin “hizmetten ayrılabilen; hizmete yabancı” tutum ve davranışlarından doğan zararlardan; o kusurlu tutum ve davranışı yapan kamu görevlisi sorumlu olacaktır. Kamu görevlilerinin işlem ve eylemleri, görevinden, yetkilerinden, hizmet araç ve gereçlerinden, resmi sıfatından ve mutlak surette ayrılmış ise, kamu görevlilerinin kişisel sorumluluğuna yol açan kişisel kusurları kabul edilir²⁵². Bu halde kişi işlem ve eylemlerinden kendisi sorumludur, idarenin herhangi bir sorumluluğundan bahsedilemez. Anayasa'nın 129/5. Maddesinde yer alan “memurlar ve diğer kamu görevlilerinin

²⁵² Güran, “ Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu”, s.17.

yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlar” ile 657. sayılı Devlet Memurları Kanununun 13.maddesinde yer alan “kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlar” ifadeleri, hizmet kusuru başlığı altında görev kusuru ve kişisel kusur kavramları ile birlikte ayrıntılı olarak incelenmiştir.

Yukarıda aktarılan Anayasa ve yasal düzenlemeler gereğince; kural olarak, kamu sağlık kurum ve kuruluşlarında yürütülen sağlık hizmetleri nedeniyle zarar gören kişiler, idare hukuku ilkelerine göre idare aleyhine tazminat davası açacaklardır. Sağlık kamu kurum ve kuruluşlarında görev yapan kamu görevlilerinin verdiği sağlık hizmeti nedeniyle bir zarar doğduğunda, idareyi davalı gösterecekler ve idarenin tazminle yükümlülüğüne hükmedilmesi halinde, idare sorumlu olan kamu görevlisine rücu edecektir.

d. Memur veya Diğer Kamu Görevlisi Statüsünde Olan Hekimlerin Serbest Çalışması İhtimalinin Değerlendirmesi

Memur ya da diğer kamu görevlisi statüsünde olan hekimlerin mesleklerini dışarıda ayrıca serbest olarak icra etmeleri ihtimalinde ise; serbest hekim olarak çalıştıkları zaman da hasta ile aralarında yine özel hukuk ilişkisi olacak ve verdikleri sağlık hizmetinden doğan zararlardan hasta ile aralarında kurulan tıbbi tedavi sözleşmesine ya da haksız fiil esasına göre sorumlu olacaklardır. Bu durumda, hasta ile kamu görevlisinin çalıştığı kamu sağlık kuruluşu arasında herhangi bir hukuki ilişki yoktur, dolayısıyla kamu sağlık kuruluşunun sorumluluğundan bahsedilemez. Ancak, yukarıda sağlık hizmeti veren özel hukuk kişileri kısmında incelendiği üzere idarenin (Sağlık Bakanlığı) sahip olduğu denetim ve gözetim yetkisi nedeniyle sorumluluğundan bahsedilebilir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 28'nci Maddesi: “*Memurlar, mesleki faaliyette veya serbest meslek icrasında bulunmak üzere ofis, büro, muayenehane ve benzeri yerler açamaz; gerçek kişilere, özel hukuk tüzel kişilerine veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına ait herhangi bir iş yerinde veya vakıf yükseköğretim kurumlarında çalışamaz.*” hükmü ile devlet memurlarına serbest çalışma yasağı getirilmiştir.

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 36/7. maddesinde 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 28 inci maddesi hükmüne atıf yapılarak; tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan öğretim elemanlarının, kanunlarda belirtilen hâller

dışında bu genel hükme tabi oldukları düzenlenmiştir. Ancak öğretim elemanlarının ünvanına göre ayrı düzenleme yapılmış; bunlardan profesör ve doçent kadrosunda olanların, her bir anabilim dalındaki kadrolu profesör ve doçent sayısının yüzde 50'sini geçmemek, bir yıla kadar kurumsal sözleşme yapılmak ve geliri üniversite döner sermayesi hesabına kaydedilmek şartıyla ve ilgilinin muvafakati ile mesai dışında özel hastaneler veya vakıf üniversitesi hastanelerinde çalıştırılabileceği düzenlenmiştir.

Yasal mevzuat gereği, kural olarak memur olan sağlık personeli serbest çalışmamakla birlikte; şartları sağlamaları halinde profesör ve doçent kadrosunda olan ve mesai dışında özel hastaneler veya vakıf üniversitesi hastanelerinde çalışan ya da kazanılmış hak ilkesi gereği serbest çalışmaya devam eden hekimler, bu şekilde sağlık hizmeti vermeleri halinde, artık sağlık hizmetini kamu görevlisi olarak vermediklerinden, hasta ile hekim arasındaki ilişki yine özel hukuk kurallarının uygulandığı sözleşme ilişkisi olacak ve sorumluluk bu hukuki ilişki kapsamında belirlenecektir. Sağlık hizmetinin özel hukuk kişileri tarafından verilmesi durumunda ki açıklamalar, idarenin sorumluluğu açısından burada da geçerlidir.

e. Serbest Uzman Tabiplerin Kamu Hastanelerinde Sağlık Hizmeti Vermesi İhtimalinin Değerlendirmesi

Kamu sağlık kurum ve kuruluşlarında sağlık hizmeti veren hekim ve diğer sağlık personelinin kamu görevlisi olması asıl olmakla birlikte, Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği²⁵³'nin 63 vd maddelerinde; istisna sayılabilecek şekilde serbest uzman tabiplerin de resmi hastanelerden faydalanması koşulları düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler uyarınca, serbest uzman tabiplerin kamu hastanelerinde sağlık hizmeti sunması farklı ihtimallerde gerçekleşebileceğinden, idarenin sorumluluğunun da ihtimallere göre değerlendirilmesi uygun olacaktır:

1. Yönetmeliğin 63. maddesi birinci fıkrasında, özel hastane bulunmayan yerlerde yataklı tedavi kurumları dışındaki serbest uzman tabipler, acil müdahaleyi gerektiren vakalarda kurumun o şubede uzmanı olmadığı takdirde, ameliyat ve tedavilerini kendileri yapmak kaydıyla, başhekimliğin kesin gereklilik ve zorunluluk görerek kabul etmesi

²⁵³ RG. 13.1.1983/17927 (Mükerrer).

halinde, özel hastalarını yatırabilirler. Anılan maddenin ikinci fıkrasında bu durumda teşhis ve tedaviye ait bütün sorumluluğun hastayı yatıran doktora ait olacağı belirtilmiştir.

Bu ihtimalde, hasta ile hekim (serbest uzman tabip) arasında önceden kurulmuş bir sözleşme ilişkisi vardır, bu hukuki ilişki devam etmektedir. Bu nedenle, hastaya yapılan tıbbi müdahaleden doğan bir zarar söz konusu olduğunda, hasta hekim ile arasında olan sözleşmeye dayanarak ya da şartları gerçekleşmiş ise haksız fiil esasına dayanarak zararının tazminini hekimden talep etme hakkına sahiptir. Ancak, hastaya tıbbi müdahale kamu hastanesinde yapıldığından, hastayı yatıran serbest uzman tabip yanında hastanın teşhis ve tedavisinde diğer kamu görevlilerinin de yer alması halinde onların eylemleri nedeniyle doğan zararlardan ya da sağlık hizmetinin kuruluş ve işleyişinden kaynaklanan (yeterli araç-gereç sağlanması, gerekli tıbbi cihazların bulundurulması, hastane ortamında hijyen koşullarının oluşturulması gibi) zararlardan idarenin de sorumluluğu doğacaktır.

2. Yönetmeliğin 64. maddesinde; görevli uzman tabip her hangi bir nedenle kurumda geçici olarak bulunmadığı takdirde, o mahalde aynı dalda başka bir resmi uzman tabip de yoksa, yatan hastaların hayati tehlike arzermeleri halinde, baştabip tarafından ilgili serbest uzmanlardan bir veya birkaçının kuruma davet edilebileceği; bunların ücretinin mahalli tabip odası rayicine göre, ücretsiz hastalar için genel bütçenin ilgili harcama kaleminden, ücretli hastalar için döner sermayeden ödeneceği düzenlenmiştir.

Bu ihtimalde, sağlık kamu hizmeti sunmakla yükümlü olan idare, hastaya sağlık hizmeti vermek için serbest uzman tabip çağırmakta ve ücretini de ödemektedir. Hasta ile hekim arasında özel hukuk ilişkisinin varlığından söz edilemez; hasta ile çağrılan hekim arasında önceden bir sözleşme olmadığı gibi sonrasında da kurulmuş sayılamaz. Zira; hasta kamu hastanesine başvurmuş, çağrılan hekime serbest iradesi ile başvurmamıştır. İdarenin sunmakla yükümlü olduğu sağlık hizmetini verebilmek için duyulan zaruret nedeniyle çağırdığı serbest uzman tabip, idare adına hareket etmektedir. Bu nedenle, hastanın herhangi bir zarar görmesi durumunda, idarenin sorumluluğu söz konusu olacaktır. Ancak, hekimin haksız eylem niteliğinde görevden ayrılabilen “kişisel kusur” sayılan işlem ve eylemlerinden dolayı kendisi sorumlu olacaktır.

3. Yönetmeliğin 65. maddesinde ise, yataklı tedavi kurumunda yatan ve tedavi gören hasta veya ailesinden birisinin, bir veya birkaç uzmanla konsültasyon yapılmasını istemesi halinde, müdavi tabibin muvafakatı, baştabibin müsaadesiyle ücretleri hasta

veya sahipleri tarafından ödenmek şartıyla, istenen uzmanların hastayı görmesine müsaade edileceği belirtilmiştir.

Bu ihtimalde, hasta ile hekim arasında önceden kurulmuş bir sözleşme var ise devam ettiğinin kabulü gerekir ya da yeni bir sözleşme kurulmaktadır. Hasta kendi serbest iradesi ile seçtiği hekimden konsültasyon istemekte, tedavi ve müdahalede bulunmasını kabul etmekte ve ücretini ödemektedir. Dolayısıyla birinci ihtimal için yaptığımız değerlendirmeler, bu ihtimalde de geçerli olacaktır.

2. Tıbbi Müdahale Hatalarından Kaynaklanan Hizmet Kusuru

a. Tıbbi Müdahale Kavramı

Tıbbi müdahale kavramı, tıp bilimi ve hukuk bilimi açısından önemli ve güncel kavramlardandır. Etik olarak da tanımlandığı düşünüldüğünde, disiplinler arası bir kavram olduğu söylenebilir.

Tıbbi müdahale, genel olarak hekim veya diğer sağlık personeli tarafından, kişiler üzerinde tanı, tedavi, rehabilitasyon veya koruma amacıyla yapılan tıbbi işlemler olarak tanımlanmaktadır. Uygulamada tıbbi müdahale olarak görülen birçok fiil ve davranışa, tıbbi yardım, tıbbi faaliyetler, tıbbi uygulama, tıbbi girişim, tanı teşhis ve tedavi faaliyetleri, önleyici ya da koruyucu tıbbi faaliyetler, estetik amaçlı müdahaleler, hekimlik faaliyetleri gibi çeşitli adlar verilmektedir.

Hakeri'ye göre, insan üzerinde tıp biliminin uygulanması ile bağlantılı olarak yapılan her türlü müdahale tıbbi müdahaledir²⁵⁴.

Cantürk; tıbbi müdahaleyi, “*tıp mesleğini icraya yetkili kişi tarafından, bedensel veya ruhsal hastalığı teşhis ve tedavi etmek, hastanın ağrısını hafifletmek, acısını dindirmek amacıyla doğrudan ya da dolaylı olarak en basit girişimden en ağır cerrahi girişime kadar her çeşit tıbbi faaliyet*” olarak tanımlar²⁵⁵.

²⁵⁴Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku*, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015:s:27.

²⁵⁵Gürol Cantürk, Adli Tıp Açısından Tıbbi Uygulama Hataları, sf 6.
<file:///C:/Users/Asus/Downloads/ADL%C4%B0%20TIP%20A%C3%87ISINDAN%20TIBB%C4%B0%20UYGULAMA%20HATALARI.pdf> (erişim tarihi:29.03.2020).

Ayan'a göre tıbbi müdahale; "...hekimin tedavi amacına yönelik etkinlikleridir. Buraya bir hastalığı, anormalliği ya da eksikliği önlemek, ortadan kaldırmak veya olumsuz etkilerini en aza indirmek için yapılan her türlü faaliyet dahildir..."²⁵⁶. Bu tanımla Ayan, tıbbi müdahaleyi, "hekim tarafından, hastalıkların teşhisi, tedavisi veya önlenmesi amaçlarına yönelik olarak gerçekleştirilen faaliyetler" olarak daha dar tanımlamıştır.

Çakmut'a göre tıbbi müdahale;

"Kişilerin bedensel, fiziksel yada ruhsal (psikolojik) bir hastalığını, noksanlığını teşhis ve tedavi etmek ya da bu mümkün olmadığı takdirde, hastalığını hafifletmek ya da acılarını dindirmek ya da onları böyle bir rahatsızlıktan korumak ya da nüfus planlaması amacı için, tıp mesleğini icraya kanunen yetkili kişiler 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 tanımlanabilir"²⁵⁷.

Doktrinde "Tıbbi müdahale, resmi ehliyetli kişiler tarafından, kişinin sağlığını, yaşamını, cismani bütünlüğünü tehdit eden fiziksel ve ruhsal birtakım anomalilerin teşhisi, tedavisi, önlenmesi veya nüfus planlaması amaçlarına yönelik olarak tıp biliminin genel kabul görmüş kurallarına ve teknik gereklerine uygun bir biçimde gerçekleştirilen girişimler" şeklinde daha geniş tanımlar da yapılmıştır²⁵⁸.

Kişilerin bedensel bütünlüğüne yönelik müdahaleler yanında, ruh sağlığına yönelik yapılan müdahalelerin de tıbbi müdahale kavramı kapsamında olduğunun kabulü gerekir. Özay'a göre de; fiziki ve ruhsal tedavi bir bütün teşkil eder²⁵⁹.

Günümüzde tıp bilim dalında meydana gelen gelişmelere paralel olarak insan üzerinde yapılabilen tıbbi işlemler çeşitlilik kazandığından, kanaatimizce tıbbi müdahalenin daha geniş olarak tanımlanması gerekmektedir. Tıp bilimindeki gelişmelere bağlı olarak, tıbbi müdahalede bulunan kişiler sadece hasta olan kişiler ya da tıbbi

²⁵⁶ Ayan, *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*, s.5.

²⁵⁷ Özlem Yenerer Çakmut, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, İstanbul, 2003: s.24.

²⁵⁸ Cüneyt Çilingiroğlu, *Tıbbi Müdahaleye Rıza*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993: s.15.

²⁵⁹ Özay, Merter, *Estetik Amaçlı Tıbbî Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, Yetkin Yayınları Ankara, 2006: s.20.

müdahalede bulunan kişiler sadece hekimler olmadığı gibi; tıbbi müdahalelerin amacı da artık sadece tedavi etmek değildir.

Tıbbi müdahalenin mutlaka tedaviye yönelik olmasının gerekmediği, tedavinin yanı sıra teşhis, koruma, önleme ya da estetik gibi çeşitli amaçlarla gerçekleştirilen faaliyetlerin tümünün tıbbi müdahale olduğu kabul görmektedir. Cerrahi müdahaleler, aşı uygulamaları, adli muayeneler, kök hücre tedavisi ve gen teknoloji uygulamaları, organ ve doku nakilleri, anestezi, iğne ve ilaç tedavileri, kemoterapi, radyoterapi, röntgen, ultrason, manyetik rezonans, tomografi çekimleri, kan alma, kan verme, doğum kontrol yöntemleri, diş çekimi ve tedavileri, estetik amaçlı müdahaleler, deneysel çalışmalar gibi faaliyetlerin tamamı tıbbi müdahale kavramı içindedir. Bu nedenle, sadece hekimler değil kanunen yetkili olan diğer sağlık mesleği mensupları da tıbbi müdahaleler yapabilir. Ancak, sağlık hizmeti kapsamında yapılan tüm etkinlik ve faaliyetler, tıbbi müdahale sayılamaz. Örneğin; hasta kabul ya da hasta dosyası işlemleri, temizlik, beslenme gibi idari işler, hasta taşıma ya da nakil işlemleri tıbbi müdahale faaliyetlerinden değildir.

Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesinde, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğinin Tespiti Hakkında Yönetmelik²⁶⁰ 3. maddesinde müdahale; *“hekim veya diğer sağlık personeli tarafından teşhis, tedavi, rehabilitasyon ve önlem amacıyla yapılan muayene, tedavi veya diğer tıbbi işlemlerdir”* ve cerrahi müdahale; *“tıbbi aletler yardımıyla vücutta yapılan teşhis ya da tedaviye yönelik operasyonlardır”* şeklinde tanımlanmıştır.

Tıp mesleğini icraya yetkili olan kişi hekim olarak tanımlandığından, tıbbi müdahale yetkisi kural olarak hekime aittir. Ancak, yetkileri dahilinde diğer sağlık mesleği mensupları da tıbbi müdahalede bulunmaktadır.

Tıbbi müdahalenin hukuki dayanağı Anayasanın 17/2. maddesinde yapılan düzenlemedir: *“Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz”*. Anayasa ile hüküm altına alındığı üzere, ancak kişinin rızası ile tıbbi müdahalelerde bulunmak mümkündür ve tıbbi zorunluluklar ve kanunlarla izin verilen haller dışında, kişinin rızası da olsa yaşama hakkına ve vücut bütünlüğüne dokunulamaz. Rıza

²⁶⁰ RG. 01.06.2005/25832.

olmaksızın tıbbi müdahalede bulunulabilmesi, kişinin bilincinin yerinde olmadığı durumlarda ancak, yaşamı ve vücut bütünlüğünün korunması için zorunlu hallerde mümkün olacaktır.

Tıbbi müdahaleler, kişinin vücut bütünlüğüne yönelik faaliyetler olduğundan, doğrudan kişilik hakları kapsamında değerlendirilmelidir; temel hak ve özgürlüklerin başında gelen yaşam hakkına ilişkindir. Kişilik hakkı, kişiye bağlı, yasa ve genel ahlaka aykırı olarak sınırlandırılması mümkün olmayan mutlak bir haktır. Tıbbi müdahalenin hukuka uygun icra edilmemesi, kişilik haklarının ihlaline neden olur ve ihlal sonucu oluşacak zararların tazmin sorumluluğu doğar.

Türk Medeni Kanunu'nun 24/2.maddesi; *“Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır”* hükmündedir.

2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun²⁶¹, 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun²⁶², 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrası Hakkında Kanun²⁶³ hükümleri tıbbi müdahaleler için kanunun verdiği yetkiler düzenlenmiştir.

Medeni Kanun'un 23. maddesi hükmü uyarınca yazılı rıza ile insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli ya da Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun hükümleri uyarınca tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve nakli, tıbbi zorunluluk dışında kanunda yazılı hallerde tıbbi müdahalelerde bulunulması anlamında örneklerdir.

b. Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Şartları

Tıbbi müdahale, insanın bedensel ve ruhsal bütünlüğüne yapılan bir müdahale olup; doğrudan kişilik hakları kapsamında olduğundan kanunlarla korunmuştur. Ancak, hukuka uygunluk şartlarını tam olarak karşıladığında hukuka uygun kabul edilebilir ve

²⁶¹ RG. 3/6/1979, 16655.

²⁶² RG. 27/5/1983, 18059.

²⁶³ RG. 14/4/1928, 863.

hiçbir şekilde sorumluluk söz konusu olmaz. Aksi halde, tıbbi müdahalede bulunanların hukuki, cezai, idari veya mesleki sorumlulukları ve bu nedenle yaptırımlarının uygulanması söz konusu olacaktır.

Yukarıda verilen tıbbi müdahale tanımları, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartlarını da içermektedir. Öğretide, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu bakımından gereken koşullar; tıbbi müdahalenin varlığı, tıbbi müdahalenin yetkili olan kişiler tarafından yapılması, hastanın rızasının bulunması, müdahalenin tıp biliminin gerektirdiği şekilde ve sınırları içinde olması ve dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun biçimde yerine getirilmesi olarak kabul edilmektedir.

(1) Tıbbi Müdahalenin Varlığı

Kişinin vücut bütünlüğüne yönelik her müdahale, tıbbi bir müdahale değildir. Yukarıda ayrıntılı şekilde ele alınan tıbbi müdahale kavramının tanımında, fiil ve davranışların kişilere yönelik olması ile birlikte, müdahalenin kim tarafından yapıldığı, ne amaçla yapıldığı ve nasıl yapıldığının önem arz ettiği görülmektedir. Hastanın (ilgilinin) vücut bütünlüğüne yönelik olarak, resmi ehliyetli kişiler tarafından tedavinin yanı sıra teşhis, koruma, önleme ya da estetik gibi çeşitli amaçlarla gerçekleştirilen fiillerin tümünün tıbbi müdahale olduğu kabul edilmektedir.

(2) Tıbbi Müdahalede Bulunmaya Yetkili Kişiler Tarafından Uygulanması

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması için, tıp mesleğini icra etmeye kanunen yetkili kişiler tarafından yapılması gereklidir. Kural olarak tıp mesleğini icra etme yetkisi hekimlere ait olmakla birlikte, yapılan tıbbi müdahalenin türüne göre kanunen yetkili olan diğer sağlık mesleği mensupları da tıbbi müdahaleler yapabilir.

Tıbbi müdahalede bulunabilecek kişiler, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'da sayılmıştır. 1219 sayılı Kanun'un 1. maddesi; *“Türkiye Cumhuriyeti dâhilinde tababet icra ve herhangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesinden diploma sahibi olmak şarttır.”* amir hükmü gereğince, hasta tedavi etme hak ve yetkisi ülkemizdeki veya denkliği kabul edilmiş olan yabancı ülkelerdeki tıp fakültelerinden diploma alan ve diploması Bakanlık tarafından onaylanarak meslek icrasına izin verilen doktorlara aittir. Anılan Kanunda 2011 yılında yapılan değişiklik ile hekimlerin Türk vatandaşı olma şartı kaldırılmıştır. Kanunda

tabipler, diş tabipleri, ebeler, hastabakıcı, hemşireler ayrı fasıllarda başlıklar halinde dzenlenmiş; 06.04.2011 tarihli 6225 sayılı Kanun'un 9. Maddesi ile eklenen Ek Madde 13'de ise diğer sağlık mesleği mensupları dzenlenmiştir. "Sağlık Meslek Mensupları ile Sağlık Hizmetlerinde alışan Diğer Meslek Mensuplarının İş Ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik"²⁶⁴ 4. Maddesi (b) bendinde: "*Sağlık meslek mensupları; Tabip, diş tabibi, eczacı, hemşire, ebe ve optisyen ile 1219 sayılı Kanunun ek 13'üncü maddesinde tanımlanan diğer meslek mensupları*" olarak tanımlanmıştır. Anılan Yönetmelik ekinde sağlık meslek mensuplarının iş ve görev tanımları dzenlenmiştir.

1219 sayılı Kanun'un ek 13. Maddesinde diğer meslek mensupları sayılmış ve tabipler ve diş tabipleri dışındaki sağlık meslek mensuplarının hastalıklarla ilgili doğrudan teşhiste bulunarak tedavi planlayamayacağı ve reçete yazamayacağı dzenlenmiştir. İnsan sağlığına yönelik geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulama yöntemlerini belirlemek, bu yöntemleri uygulayacak kişilerin eğitimi ve yetkilendirilmeleri ile bu yöntemlerin uygulanacağı sağlık kuruluşlarının çalışma usul ve esaslarının dzenlendiği Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği'nde²⁶⁵, "tabip ve diş tabibi olmayan uygulama alanında temel eğitimi bulunan sağlık meslek mensuplarının sertifikalı tabip ve diş tabiplerinin gözetimi ve denetimi altında uygulamalara katılabileceği" dzenlenmiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi" suçunun dzenlendiği 280. Maddesi 2. fıkrasında ise, "*Sağlık mesleği mensubu deyiminden tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler anlaşılır*" hükmü mevcuttur.

1219 sayılı Kanun'un 3. Maddesi birinci ve ikinci fıkralarında:

"... tabip diplomasını ve fenni, cerrahi veya şuabatında ihtisas sahibi olduğuna dair işbu kanunun tarifleri dairesinde vesaiki lazimeyi haiz olmıyan hiçbir kimse hiç bir ameliyei cerrahiye icra edemez. Cerrahii sağireye ait ameliyat ile sünneti her tabip yapabilir...Acil tıbbi yardım ve bakım ile sınırlı kalmak ve Sağlık Bakanlığınca ıkarılacak yönetmeliğinde belirtilmek kaydıyla acil tıp teknikerleri ile verilecek gerekli eğitimi başarıyla tamamlamak kaydıyla Türk Silahlı Kuvvetleri, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığında görevli sağlık

²⁶⁴ RG. 22.05.2014/29007.

²⁶⁵ RG. 27.10.2014/29158.

astsubayları hastaya müdahale edebilir, bu hususta lazım gelen iş ve işlemleri yapabilirler.” düzenlemeleri yapılmıştır. Ancak, Sağlık Bakanlığınca düzenlenecek eğitimi alan kimseler tarafından hekim gözetiminde sünnet ameliyesi yapılmasına olağanüstü ve istisnai hâllerde Bakanlıkça izin verilebilir. Sağlık Bakanlığı tarafından açılan ve idare edilen ya da eşdeğerliliği onaylanmış eğitim kurumlarından mezun olup diplomaları Bakanlıkca tescil edilenler diğer sağlık meslek mensupları, ilgili mevzuatında izin verilen küçük ameliyeleri yapabilirler.

1219 sayılı Yasanın 1 inci maddesi uyarınca tıp mesleğini icra edebilmek ve her hangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesi mezunu olmak, 1219 sayılı Yasanın 8 inci maddesi uyarınca da tıbbın herhangi bir alanında uzman olabilmek için o alanda Bakanlıkca kabul edilen kurumlarda uzmanlık eğitimi görmüş olmak ve uzmanlık diploması almak zorunludur. Tıp Fakültelerinde 6 yıllık eğitimini tamamlayan kişiler pratisyen doktor unvanına sahip olur. Pratisyen doktorların, bir alanda uzmanlaşmak için Tıpta Uzmanlık Sınavı'nı (TUS) kazanmaları, o uzmanlık alanı için öngörülen belirli eğitim yılı süresince eğitimlerine devam etmeleri ve eğitimlerini başarılı şekilde tamamlamaları gerekmektedir. Bu halde, uzman doktor unvanını alırlar. Tıpta uzmanlık eğitim süreleri uzmanlık alanında alınacak eğitimin içeriğine ve kapsamına göre değişiklik göstermekte olup; aldıkları uzmanlık eğitimin içeriği ile uzman hekimin hangi uygulamaları yapabileceği, görev ve yetkilerinin ne olduğu belirlenmektedir. Tıpta uzmanlık eğitimi yapılan bölümler; Cerrahi Tıp Bilimleri, Dahili Tıp Bilimleri, Temel Tıp Bilimleri olarak adlandırılan başlıklar altında toplanmıştır. Cerrahi Tıp bilimleri, hastayı ve hastalıkları invaziv yöntemlerle tedavi etmeyi amaçlar, bu bölümde eğitimini tamamlayan doktorlar cerrah ya da operatör doktor unvanını alırlar.

Hangi tıbbi müdahalenin kimin tarafından yapılabileceği mesleğin icrası ile ilgili mevzuat hükümleri ile belirlenmiştir. Bazı tıbbi müdahalelerde bulunma yetkisi sadece hekime ait iken, bazıları diğer sağlık mesleği mensupları tarafından yapılabilir. Tıbbi müdahalede bulunacak hekim ya da diğer sağlık mesleği mensuplarının tıbbi müdahalede bulunduğu alanda yeterliliği-uzmanlığı aranacaktır. Hekim veya sağlık mesleği mensubu olmak, her türlü tıbbi müdahalede bulunmak için yetkili olmak anlamına gelmeyecektir. Bir kısım tıbbi müdahaleler hekim denetim ve gözetiminde yardımcı sağlık personeli tarafından yapılabileceği gibi, bir kısım müdahalelerde bulunma yetkisi bizzat diğer sağlık personeline aittir. Örneğin; ameliyat yapabilmek için cerrah olmak, hasta

muayenesi için hekim olmak, hastanın psikolojik değerlendirmesi için psikolog olmak gerekli iken, hastaya iğne yapmak ya da serum takmak için hemşire olmak, röntgen çekebilmek için röntgen teknisyeni olmak yeterlidir.

Tıbbi müdahaleler açısından 1219 sayılı Kanunda genel olarak hasta tedavi etme hak ve yetkisinin hekime ait olduğu düzenlenmiş, pratisyen ya da uzman doktor ayrımına gidilmemiştir. Ancak, yargı kararlarında tıbbi müdahalelerde konusuna göre uzmanlık alanı aranması gerektiğine vurgu yapılmaktadır.

Danıştay, Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü ‘nün 1.9.2006 tarih ve 16681 sayılı Genelgesi’nin iptali davası kararında;

“...tıp alanındaki uygulamalar bilimsel olarak o dalda ihtisas yaparak uzmanlaşmayı ve bu konuda gerekli ve yeterli eğitimi almayı gerektirmekte olup, her uzman hekim yalnızca kendi uzmanlık alanında uygulama yetkisine sahip olduğundan, fizik tedavi ve rehabilitasyon uzmanının koyduğu tanı ve teşhise göre saptanan programın fizyoterapistlerce uygulanması mümkün olup, tesis edilen işlemde mevzuata uyarlık bulunmadığı...”

gerekçesiyle, dava konusu düzenlemenin iptaline karar vermiştir²⁶⁶.

Yine, Sağlık Bakanlığı tarafından hazırlanan 2006/104 sayılı Genelgenin Ek-4 no'lu Özel Sağlık Kuruluşlarında Bulundurulması Zorunlu Asgari Personel Listesinin, Tıp Merkezi ile Özel Dal Merkezinde, fizyoterapistin bulundurulmasının zorunluluğuna ilişkin düzenlemesinin, teknisyene yer verilmemesi yönünden noksan düzenleme nedeniyle, ayrıca Özel Dal Merkezlerinde fizyoterapist sayısının iki(2) olarak belirlenmesine ilişkin düzenlemesinin iptali için açılan davada;

“...hasta tedavi hakkının doktorlara ait olduğu, ancak, elektrik aletleriyle yapılacak her türlü tedavinin ise uzman doktor tarafından ya da kontrolü altında yapılabileceği; tıp alanındaki uygulamaların bilimsel olarak o dalda ihtisas yaparak uzmanlaşmayı ve bu konuda gerekli ve yeterli eğitimi almayı gerektirmekte olup, her uzman hekimin yalnızca kendi uzmanlık alanında uygulama yetkisine sahip olduğu, ...insan sağlığını ilgilendiren yaşamsal önem arz edebilecek ve teknik boyutu olan bu konuda, hastaların fizik tedaviye ihtiyacı olup olmadığının ve uygulanacak tedavi programının belirlenmesinin fizik tedavi uzmanı tarafından yapılması gerektiği...”

²⁶⁶Danıştay, 10D., 04.12.2007, 5487/5876. Lexpera (erişim tarihi:10.01.2020).

şeklinde hüküm kurarak tıbbi müdahalelerde hekimlerin kendi uzmanlık alanında uygulama yapma yetkisine sahip olduğuna işaret edilmiştir²⁶⁷.

(3) Rıza

“Volenti non fit iniuria: Rıza gösterene karşı haksızlık olmaz” kuralı, doğacak hukuki sonuçlar açısından önemlidir. Kişinin rızası, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılmasıdır. Kişinin tıbbi müdahaleye rıza gösterdiğini açıklaması halinde rıza, hukuka uygunluk nedenidir.

Anayasanın 17/2. maddesi gereğince tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz. Bu nedenle, rıza aranmadan yapılacak tıbbi müdahalenin yasal bir dayanağı olması gereklidir. Tıbbi müdahalelerde hastanın rızasının alınma zorunluluğu, birçok mevzuat hükmü ile açık olarak düzenlenmiştir.

Kural olarak hastanın kendisine yapılacak her türlü tıbbi müdahale için kendi rızasının alınması gerekli olup; hastanın rızası aranmadan tıbbi müdahale yapılabilecek haller mevzuatta açık şekilde düzenlenmiştir. Örneğin; yasal düzenlemelere uygun olmak kaydı ile, kamu sağlığının korunmasına dair müdahaleler ile ceza hukuku kapsamında mağdur ya da şüpheli üzerinde yapılacak müdahalelerde kişilerin rızası aranmayacaktır. Kamu sağlığının korunması amacı gözetilerek yapılan yasal düzenlemeler ile kişinin rızası aranmaksızın yapılabilecek tıbbi müdahalelere örnek olarak, bulaşıcı ve salgın hastalıkların önlenmesi amacıyla zorunlu aşı uygulamasına dair Umumi Hıfzısıhha Kanunu’nda yapılan düzenlemeler sayılabilir.

Türk Ceza Kanunu’nun 26/2. maddesine göre; “*Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.*” Bu hüküm uyarınca, ilgilinin rızası var ise, kendisinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olarak işlenen fiil hukuka aykırı olmayacağından, fiili işleyen kişiye de ceza verilmez. Yargıtay kararlarında da tıp mesleğini icraya yetkili kişi tarafından, yasalarda öngörülen amaçlarla

²⁶⁷ Danıştay, 10D., 02/12/2008, 7796/8748. Lexpera (erişim tarihi:10.01.2020).

ve tıbben kabul görmüş ilke ve esaslar çerçevesinde, aydınlatılmış kişiden alınan rıza üzerine yapılan tıbbi müdahale hukuka uygun olduğundan, doğan zararlı sonuçtan failin sorumlu tutulmasının mümkün olmadığı kabul edilmektedir²⁶⁸.

Türk Medeni Kanunu'nun 24/2.maddesi; "*Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır*" hükmündedir.

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. Maddesi:

"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. (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir.)"

hükmü ile, büyük ameliyatlarda hastanın rızasının yazılı olarak alınması gerektiği açık olarak düzenlenmiştir.

2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun ile 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'da rıza ile ilgili düzenlemeler vardır²⁶⁹.

²⁶⁸ Yargıtay, 12CD., 24.09.2014, 24873/18592. Lexpera (erişim tarihi:10.01.2020).

²⁶⁹ 2238 sayılı Kanun'un 6. ve 7. maddeleri:

Madde 6 – 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.

Madde 7 – Organ ve doku alacak hekimler :

a) Vericiye, uygun bir biçimde ve ayrıntıda organ ve doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler ile, bunun tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında bilgi vermek;

b) Organ ve doku verenin, alıcıya sağlayacağı yararlar hakkında vericiyi aydınlatmak; ... zorundadırlar.

2827 sayılı Kanun 6.maddesi:

Madde 6 – 5 inci maddede belirtilen müdahale, gebe kadının iznine, küçüklerde küçüğün rızası ile velinin iznine, vesayet altında bulunup da reşit veya mümeyyiz olmayan kişilerde reşit olmayan kişinin ve vasinin rızası ile birlikte sulh hakiminin izin vermesine bağlıdır. Ancak akıl maluliyeti nedeni ile şuur serbestisine sahip olmayan gebe kadın hakkında rahim tahliyesi için kendi rızası aranmaz.

Hasta Hakları Yönetmeliğinin²⁷⁰ 22. maddesine göre; kanunda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, kimse, rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbi ameliyeye tabi tutulamaz.

Mevzuatta rızanın yazılı olarak alınması gerektiğinin düzenlendiği haller dışında hastanın rızasının yazılı olması şartı aranmamalıdır. Zira; Hasta Hakları Yönetmeliğinin 28. maddesine göre, mevzuatın öngördüğü istisnalar dışında, rıza herhangi bir şekilde bağlı değildir. Rıza yazılı ya da sözlü olarak açıklanabilir; açık veya zımni olabilir. Olayda gerçekleşen şartlar değerlendirilerek hastanın rızasının olup olmadığına karar verilmelidir. Olayda hal ve durumdan hastanın tıbbi müdahaleye rızasının olduğu anlaşılabilirse, zımni rıza olarak değerlendirilebilir. Örneğin; muayene sonrasında kendisinden tahlil istenen hastanın tahlillerini yaptırmak üzere laboratuvara giderek kan ve/veya idrar vermesi halinde rızasının bulunduğu kabul edilebilir. Ancak, zımni rızanın varlığının kabul edilmesi hastanın aydınlatma yükümlülüğünün kalkması anlamına gelmez. Hastanın sadece hastaneye gitmiş olması ya da hekime başvurmuş olması, yapılacak tüm tıbbi müdahalelere rıza göstermesi olarak kabul edilemez, hastanın aydınlatılması yükümlülüğü de kalkmaz. Hastanın yapılacak tıbbi müdahale konusunda aydınlatılması ve sonra rızasının alınması esastır.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24. Maddesi yedinci fıkrasında, hastanın rızası alınmadığı haller ile ilgili düzenleme yapılmıştır: Buna göre, 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 olmayacaktır. Hastanın rızasının beklenmesinin telafisi güç zararların ortaya çıkmasına, hatta hastanın ölmesine yol açacağı durumlarda tıbbi zorunluluk halinin varlığı kabul edilir²⁷¹. Bu durumda, hastaya gerekli tıbbi müdahale yapılır ve durum kayıt altına alınır; ancak mümkünse hastanın orada bulunan yakını veya kanuni temsilcisi, mümkün olmadığı takdirde de tıbbi müdahale sonrasında hastanın yakını veya kanuni temsilcisi

²⁷⁰ RG. 01.08.1998/23420.

²⁷¹ Nebahat Kayaer, "Tıp Hukukunda Aydınlatılmış Onam Alınmama Halleri", İzmir. Barosu Dergisi, Yıl 78, S3, s.155.

bilgilendirilir. Hastanın bilinci açıldıktan sonra yapılacak tıbbi müdahaleler için hastanın yeterliği ve ifade edebilme gücüne bağlı olarak yine rızası alınacaktır.

Hastanın rızasının alınması olanağının bulunmadığı durumlarda, rızanın var kabul edildiği durum olarak “varsayılan rıza” kavramı, hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmektedir. Varsayılan rızanın kabulü için, hastanın rızasının tıbbi müdahaleden önce uygun bir sürede alınması imkanının bulunmaması, hukuka ve ahlaka aykırı sonuç doğurmaması gereklidir. "Hastanın iradesi açık olsaydı rıza gösterecekti" denilebilen durumlarda hastanın varsayımsal rızası var kabul edilir²⁷². Varsayılan rızanın hukuka uygunluk nedeni sayılabilmesi için, hekim öncelikle hasta kişinin iradesini ne yönde kullanacağı konusunda araştırma yaparak, bilinen ve varsayılan isteklerini dikkate alarak değerlendirme yapacak; bu mümkün değilse hasta için en yararlı olacak şekilde davranacaktır.

Rızanın geçerli olması için, rızayı verecek kişinin rıza açıklama yeterliliğine sahip olması, rıza vereceği konuda yeterince aydınlatılmış olması ve rızanın tıbbi müdahalede bulunmaya yetkili kişilere yöneltilecek açıklanmış olması aranmalıdır.

Rızayı veren kişinin temyiz kudretine sahip olması ve rızayı verirken iradesinin sakatlanmamış olması gerekmektedir²⁷³. Hukuka ve ahlaka aykırı olarak alınan rıza hükümsüzdür. Hastanın rızası gerçek iradesini yansıtmalıdır. İradenin gerçek ve sağlıklı olabilmesi için, iradeyi sakatlayan nedenlerin bulunmaması ve hastanın yeterince bilgilendirilmiş olması gereklidir. Hastanın iradesini sakatlayan cebir, tehdit, hata ve hile gibi durumların varlığı halinde hukuken geçerli bir rızanın varlığı kabul edilemez.

Hastanın rızasının geçerli olması için, rıza verme ehliyetinin olması aranır. Bayraktar’a göre; rızaya ehliyet, hastanın karşılaşacağı tedavi ve müdahaleleri, tıbbi fiilleri anlaması, değerlendirmesi ve bunların vücudu üzerinde uygulanmasını istemesidir²⁷⁴.

Türk Medeni Kanunu’nda “küçüklük ve kısıtlama” vesayeti gerektiren haller olarak düzenlenmiştir. TMK 404’ncü maddesi gereği, velâyet altında bulunmayan her küçük vesayet altına alınır. TMK 405’nci maddesine göre akıl hastalığı veya akıl zayıflığı; TMK

²⁷² Kayaer, “Tıp Hukukunda Aydınlatılmış Onam Alınmama Halleri”, s.163.

²⁷³ Esra Dünder Aravacı, “Çocuklarda Aydınlatılmış Onam”, İzmir Barosu Dergisi, 2017, S1, s.13.

²⁷⁴ Bayraktar, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*,s.130.

406'ncı maddesine göre savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetim; TMK 407'nci maddesine göre bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı bir cezaya mahkûm olma; TMK 408'nci maddesine göre yaşlılığı, engelliliği, deneyimsizliği veya ağır hastalığı sebebiyle işlerini gerektiği gibi yönetemediğini ispat eden kişinin isteği, kısıtlama kararı nedenleridir.

Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70/1. maddesinde ve Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24. maddesinde anılan kısıtlılık halinden; Medeni Kanun'da sayılan kısıtlılık nedenlerinden daha dar kapsamda, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı gibi nedenlerle verilen kısıtlılık kararı olduğunun anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir. Zira, yaş, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol, uyuşturucu madde bağımlılığı gibi haller nedeniyle, kişinin tıbbi müdahalenin önemini ve gereğini anlayamayacak, sahip olduğu teşhis ve tedavi seçeneklerini değerlendiremeyecek, vereceği rızanın sonuç ve risklerini öngöremeyecek durumda olması dikkate alınarak kişinin ehliyetsizliği kabul edilmekte ve kişiyi korumak amaçlanmaktadır.

Yaş küçüklüğü de bir rıza ehliyetsizlik nedenidir. Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70/1. Maddesinde ve Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24. Maddesinde, hasta küçük ise velisinden ya da vasisinden izin alınacağı düzenlenmiştir. Esas olan sorunun temyiz gücü bakımından ele alınması ve hastanın akla uygun şekilde hareket ettiğini kabul için yeterli nedenler var ise rızaya değer verilmesi olduğundan; yasal temsilcinin rıza gösterdiği bir tıbbi müdahaleye küçüğün rıza göstermemesi halinde, yasal düzenlemeye rağmen temyiz kudreti araştırılarak, temyiz kudreti var ise küçüğün iradesine uygun hareket edilecektir.

Hastadan alınacak rızanın genel ve soyut olmaması gereklidir. Hastaya hastaneye yatışı yapılırken "Yapılacak tüm tıbbi müdahale ve ameliyatları kabul ediyorum" yazdırılarak imzasının alınması bu kapsamda yeterli değildir. Hastanın kendisine yapılacak tıbbi müdahaleler konusunda yeterince aydınlatılması ve rızasının alınması gereklidir. Hastanın rızası, yeterli bilgilendirmeden sonra alınmalıdır.

Bilgilendirme hasta için hak, tıbbi müdahalede bulunacak sağlık meslek mensupları için yükümlülüktür. Uygulamada, "aydınlatılmış onam formu", "bilgilendirilmiş gönüllü onam formu" gibi önceden oluşturulmuş tip formlar kullanılmaktadır. Rızanın geçerliliği

açısından genel bir şablon kullanmak yerine, bilgilendirmenin kapsamı her somut olaya göre belirlenmeli ve yazılı form içeriğinin olaya özgü olması aranmalıdır.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 15'nci maddesinde bilgilendirmenin kapsamı düzenlenmiştir²⁷⁵. Bu düzenleme gereği, hastaya sayılan hususlarında bilgi verilmesi gerekmektedir.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 18'nci maddesinde bilgi vermenin usulü düzenlenmiştir. Hastanın kendisine, mümkün olduğunca sade şekilde, tereddüt ve şüpheye yer verilmeden, hastanın sosyal ve kültürel düzeyine uygun olarak açık ve anlaşılır şekilde, acil durumlar dışında hastaya makul süre tanınarak, uygun ortamda ve hasta mahremiyeti korunarak yapılması gereklidir. Hastaya, tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından sözlü olarak bilgi verilir. Hasta, aynı şikayeti ile ilgili olarak bir başka hekimden de sağlık durumu hakkında ikinci bir görüş almayı talep edebilir. 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.

Tıbbî müdahaleler kişinin sağlığını, vücut bütünlüğünü ilgilendirdiğinden ve bünyesinde risk faktörü taşıdığından; bunların gerçekleştirilmesine karar verme yetkisi hasta özerkliğine saygı ilkesi²⁷⁶ gereği hekime değil, tıbbi müdahalele bulunulacak kişiye olmalı, bu nedenle hastanın rızası alınmalıdır. Rızanın hukuken geçerli olabilmesi için, kişinin, sağlık durumunu, yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile sonuçlarını bilmesi, bu konuda yeteri kadar aydınlanması ve iradesini bildirirken baskı altında kalmaması,

²⁷⁵Hasta Hakları Yönetmeliği Madde 15- Hastaya;

a) Hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği,

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

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

ç) Muhtemel komplikasyonları,

d) Reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri,

e) Kullanılacak ilaçların önemli özellikleri,

f) Sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri,

g) Gerekliğinde aynı konuda tıbbî yardıma nasıl ulaşabileceği, hususlarında bilgi verilir.

²⁷⁶ Hastanın özerk birey olarak yapacağı seçime, seçim sonucu vereceği karara ve vardığı kararın uygulanmasına saygı gösterilmesi, özerkliğe saygı ilkesi olarak adlandırılır (Ahmet Nezih Kök, "İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine Göre Aydınlatma ve Rıza", Kamu Hukuku Arşivi-Kasım 2005, Cilt: VIII, Sayı: 2, s. 121.)

serbest olması ararır. Bu bağlamda, hukuken değeri olan rıza, ancak aydınlanmış ve serbest bir irade sonucu verilmiş olandır²⁷⁷.

Her türlü tıbbi girişimden önce, hastanın onamının alınması, kendi bedeni üzerinde kişilik hakkına sahip olan kişinin bu hakkına saygı gösterilmesinin sonucudur. Hastanın kendisine uygulanma(ma)sı düşünülen tıbbi girişim için serbestçe karar verebilecek durumda olması gerekecektir. Bu durumun sağlanması ise hekim tarafından aydınlatmanın yeterliliğine bağlıdır²⁷⁸.

Danıştay'a göre; aydınlatılmış onam ya da bilgilendirilmiş rıza, hasta üzerinde uygulanacak medikal ya da cerrahi yöntemlerin riskleri, yararları, alternatifleri hususunda hekim tarafından yeterli düzeyde ve gerektiği şekilde açıklanmasından ve tıbbi uygulamanın hasta tarafından tereddütsüz şekilde anlaşılmasından sonra, hasta tarafından gönüllülük esasına dayalı olarak bu uygulamaların kabulü olarak tanımlanabilir²⁷⁹.

Kayaer'e göre; aydınlatılmış onam, "*tıbbi müdahaleye ilişkin verilen bilgilerle hastanın, yapılacak tıbbi müdahaleye serbestçe karar verebilecek hale getirilmesi, bir diğer ifade ile hastanın neye izin verdiğinden haberdar olması*" anlamına gelmektedir²⁸⁰.

Bilgilendirmenin usulü, her hastaya ve yapılacak müdahalenin niteliğine göre belirlenmelidir. Bilgilendirmenin hastanın anlayacağı dilde ve şekilde bizzat hastanın kendisine (ehliyetsizlik hali dışında) yapılması; tanı, müdahalenin türü, müdahalede bulunacak sağlık yetkililerinin mesleki yeterlilikleri, bilgi ve tecrübeleri, müdahalenin neden yapıldığı, amacı ve olası tüm sonuçları, ortaya çıkabilecek istenmeyen sonuçları, riskleri konusunda yeterli ve doğru bilgiler içermesi, özellikle hastaya özel durumlar hakkında bilgi verilmiş olması ve hastaya yeterli düşünme ve değerlendirme süresi tanınması aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi anlamında önemli unsurlardır.

Aydınlatma ile, hastaya muayene, tetkik ve tahliller neticesinde konulan tanı ve uygulanması düşünülen tıbbi girişimler ve var olan diğer tedavi yöntemleri hakkında bilgi verilmelidir. Hastaya, hekim tarafından tıbbi girişim ile ilgili olarak, girişimin türü, şekli,

²⁷⁷ Bayraktar, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, s.79-80.

²⁷⁸ Oğuz Polat, *Tıbbi Uygulama Hataları*, İstanbul, 2014:s. 46.

²⁷⁹Danıştay, 15D., 08.04.2015, 4351/2019. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

²⁸⁰ Kayaer, "Tıp Hukukunda Aydınlatılmış Onam Alınmama Halleri", s.148.

kapsamı, kesin sonuç verip vermeyeceği, muhtemel komplikasyonları içeren bilgilerin verilmesi gerekir²⁸¹.

Uygulanan tedavi ve cerrahi girişimler nedeniyle maddi ve manevi tazminat talebinin reddine dair kararın temyizen incelenmesi neticesinde verilen Danıştay'ın bozma kararında;

“...idare tarafından sunulan "bilgilendirilmiş hasta onayı formu"nda yalnızca davacının ad, soyad ve imzasının yer alması, bilgilendirmeyi yapan/yapması gereken sağlık personelinin kimlik bilgileri ile imzası ve tarih bilgilerinin eksik olması, davacıya tüm cerrahi müdahaleler için hazırlanmış matbu formun imzalatılmış olması ve bu 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 bulunmaması, davacıya uygulanan cerrahi girişimlere özgü olarak verilecek/verilmesi gereken bilgiler için formda ayrılan kısımların boş bırakılması nedenleriyle, davacının kendisine uygulanan cerrahi girişimler hakkında yeterli biçimde aydınlatıldığı kabul edilemeyeceği...” açıklanmıştır²⁸².

Yargıtay kararlarında da, tıbbi müdahalelerde salt yapılacak işleme rıza göstermenin yeterli olmadığı, bu rızanın da aydınlatılmış rıza olması gerektiği vurgulanmaktadır²⁸³.

Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi²⁸⁴, Avrupa Konseyi çerçevesinde birçok ülke tarafından 4 Nisan 1997 tarihinde imzalanmıştır. Sözleşmenin hazırlanma amacı, biyoloji ve tıbbın uygulanmasında, insanların hak ve özgürlüklerine saygı gösterilmesini güvence altına almaktır. Ülkemizde 03.12.2003 tarihinde 5013 sayılı Kanunla Biyotıp Sözleşmesinin onaylanması uygun bulunmuştur.²⁸⁵ Anayasanın 90. maddesi son fıkrasında *“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır”*

²⁸¹ Polat, *Tıbbi Uygulama Hataları*, s. 46.

²⁸² Danıştay, 15D., 20.12.2018, 2055/8407. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

²⁸³ Yargıtay, 13HD., 12.12.2019, 23372/12469. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

²⁸⁴ <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2004/04/20040420.htm#8> (erişim tarihi:10.01.2020).

²⁸⁵ <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/12/20031209.htm#8> (erişim tarihi:10.01.2020).

kuralı getirilmiş olup; İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi de temel haklara ilişkin uluslararası anlaşmalardan biridir. Bu şekilde, emsal yargı kararlarında da iç hukukumuzun bir parçası olduğu kabul edilen Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 5.maddesine göre: *“Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş olarak muvafakat vermesinden sonra yapılabilir. Bu kişiye, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında önceden uygun bilgiler verilmelidir. İlgili kişi, muvafakatını her zaman, serbestçe geri alabilir.”*

Sözleşmede; muvafakat verme yeteneği olmayan kişilerin korunması için, muvafakat verme yeteneği bulunmayan bir kimse üzerinde tıbbi müdahalenin, sadece onun doğrudan yararı için yapılabileceği, muvafakat verme yeteneği bulunmayan bir küçüğe, sadece temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen makam, kişi veya kuruluşun izni ile müdahalede bulunulabileceği düzenlenmiştir (md 6). Acil bir durum nedeniyle uygun muvafakatin alınamaması halinde, ilgili bireyin sağlığı için tıbbi bakımdan gerekli olan herhangi bir müdahale derhal yapılabilir (md 8). Ayrıca, müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek bir durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbi müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu isteklerinin göz önüne alınması gerekmektedir (md 9).

Türkiye Tabipler Birliği tarafından 1 Şubat 1999 tarihinde yayımlanan Hekimlik Meslek Etiği Kuralları²⁸⁶, nın 21. maddesine göre, hekim hastasının sağlığı ile ilgili kararlar alırken; bilgilendirme hakkı, aydınlatılmış onam hakkı, tedaviyi kabul ya da red hakkı, vb. hasta haklarına saygı göstermek zorundadır. Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 26. maddesinde:

“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. Hastanın dışında

²⁸⁶https://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&task=view&id=65&Itemid=31 (erişim tarihi:01.04.2020).

bilgilendirilecek kişileri, hasta kendisi belirler. Sağlıkla ilgili her türlü girişim, kişinin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabilir. Alınan onam, baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alındıysa geçersizdir. Acil durumlar ile, hastanın reşit olmaması veya bilincinin kapalı olduğu ya da karar veremeyeceği durumlarda yasal temsilcisinin izni alınır."

düzenlemeleri yapılmıştır.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesi için aydınlatma şarttır ve tedaviyi uygulayan, müdahaleyi yapan hekim olduğundan, aydınlatmanın yapılmış olmasından istifade edecek kişi hekimdir. Dolayısıyla aydınlatmanın yapıp yapılmadığı hususunda ispat yükü hekimdedir²⁸⁷. Aydınlatma yükümlülüğü hekime ait olduğundan, ispat külfeti de hekime yüklenmektedir. Yargıtay ve Danıştay kararlarında da aydınlatma yükümlülüğünün ve ispat külfetinin hekim ya da hastanede olduğu belirtilerek aynı yönde kararlar verilmektedir²⁸⁸.

AİHM, özellikle hastanın kendi hekimleri tarafından önceden gerektiği gibi bilgilendirilmediği durumlarda, öngörülebilir bir tehlikenin gerçekleşmesi halinde, ilgili taraf devletin sorumlu olacağı yönünde karar vermektedir (Altuğ ve diğerleri/Türkiye, No. 32086/07)²⁸⁹.

AİHM kararlarında; bireylerin maddi ve manevi bütünlükleri, kendilerine sağlanan tıbbi tedavinin seçimine katılmaları ve bu konuda rızalarının alınması ve maruz kalabilecekleri sağlık risklerini değerlendirebilmeleri için gerekli bilgiyi edinebilmeleri AİHS'nin 8. maddesi ve Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında bulunan kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkı kapsamında değerlendirilmiş; istisnai hâller dışında tıbbi müdahalenin, ilgili kişinin ancak bilgilendirilip özgür rızası alındıktan sonra yapılabileceği, tıbbi müdahaleden önce kişinin gerektiği şekilde rızasının alınmamasının, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkına bir müdahale oluşturabileceği kabul edilmiştir (*Trocellier/Fransa*; *Şerif Gecekuşu/Türkiye*, B. No: 28870/05, 25/5/2010; *Besen/Türkiye*, B. No: 48915/09, 19/6/2012, §§ 43,

²⁸⁷ Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014, s.153.

²⁸⁸ Yargıtay, 13HD., 11.4.2013, 2273/9491; 13HD., 11.9.2013, 26593/21129; 13HD., 16.2.2017, 15350/1911; Danıştay, 15D., 8.4.2015, 4351/2019. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

²⁸⁹ AİHM, Altuğ ve diğerleri/Türkiye, No. 32086/07.

https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-155710*%22]} (erişim tarihi:01.04.2020).

44; V.C./Slovakya, B. No: 18968/07, 8/11/2011, §§ 105, 112). Anayasa Mahkemesi'nin Ahmet Acartürk Başvurusu (Başvuru Numarası: 2013/2084)²⁹⁰ sonucunda verdiği kararda;

“...hastalara uygulanacak her bir işlem ve tedavi yönünden hastanın aydınlatıldığını ve rızasının bulunduğunu ispatlama yükümlülüğünün hekim ya da hastanede olduğu halde, başvuruçunun uygulanacak operasyonunun tıbbi sonuçları, sağlığı için taşıdığı riskler ve doğuracağı olası istenmeyen durumlar hakkında aydınlatıldığına dair rızasını içeren bir belgenin sunulmadığı anlaşıldığından, başvuruçunun operasyona özgürce ve bilgilendirilmiş şekilde muvafakat verdiğinden söz edilemeyeceğinden Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında yer alan maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının ihlal edildiğine...” karar verilmiştir (Ahmet Acartürk, § 70).

Danıştay kararlarında, hastanın kendisine yapılacak tıbbi müdahaleler konusunda bilgilendirildiğine dair kayıt sunulmamasının sunulan kamu hizmetinin kötü işlediğini ve ortada bir hizmet kusurunun bulunduğunu gösterdiği kabul edilerek, manevi tazminata hükmedilmesi gerektiğine karar verilmektedir. Örneğin; hastanın penisilin uygulamasının olası risklerine ilişkin bilgilendirildiğine ilişkin kayıtların sunulmadığı olayda, sunulan kamu hizmetinin kötü işlediği ve ortada bir hizmet kusurunun bulunduğu kabul edilerek, hakkaniyete uygun bir manevi tazminata hükmedilmesi gerektiği yönünde karar verilmiştir²⁹¹.

Danıştay'ın yerleşik içtihatlarında, davacıdan yazılı onamın alınmamış olması durumunda, davacının aydınlatılma ve onay verme hakkının elinden alınmış olacağı ve yürütülen sağlık hizmetinin gereği gibi işletilmediği konusunda endişe ve üzüntüye yol açacağı kabul edilerek; davacının manevi tazminat talebinin değerlendirilmesi için yazılı ve imzalı onamının alınıp alınmadığı araştırılmadan eksik inceleme ile karar verilmesinin hukuka aykırı olduğu kabul edilmiştir²⁹². Yine içtihatlarda; idari eylemle zarar arasında nedensellik bağı kurulamadığından maddi tazminata hükmedilmesinin koşulları

²⁹⁰ AYM, 15/10/2015, 2013/2084. (RG. 18.12.2015/29566).

²⁹¹ Danıştay, 15D., 14.2.2017, 2124/665. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

²⁹² Danıştay, 15D., 20.3.2018, 8167/2782; 15D., 18.9.2018 13952/6247; 15D., 16.5.2018, 1864/4858; 15D., 16.5.2018, 1824/4859; 15D., 3.4.2018, 12187/3310; 15D., 9.5.2018, 1434/4646. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

oluşmamakla birlikte, yazılı onamın alınmamış olması halinde, aydınlatma yükümlülüğünün ihlali ile kendini gösteren davalı idare uygulamasının bünyesinde barındırdığı eksiklik nedeniyle manevi tazminat taleplerinin reddi hukuka aykırı görülmektedir²⁹³.

(4) Tıp Bilimi Sınırları İçinde ve Gerekli olduğu Şekilde, Dikkat ve Özen Yükümlülüğüne Uygun Biçimde Yerine Getirilmesi

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun kabul edilmesi için, tıp bilimi sınırları içinde ve kabul görmüş tıbbi standartlara uygun şekilde, dikkat ve özenli olarak gerçekleştirilmesi gereklidir.

Yargıtay kararlarında;

“...Hekim bu faaliyetlerde bulunurken bazı meslekî şartları yerine getirmek hastanın durumuna değer vermek ve geniş bir deyimle tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak zorundadır. Aksi halde hekim tıp biliminin verilerini yanlış ya da eksik uygulamışsa, mesleğine gerektirdiği özel görevlere gereği ve yeteri kadar uymamışsa mesleki kusuru var emektir ki, bu eylem ve davranışı da hukuka aykırılık nedeniyle sorumluluğunu gerektirecektir. Hekim ile hasta arasında sözleşme ilişkisi bulunması ve tıbbî müdahaleye hastanın rıza göstermesi ya da ıstırrar hali asla durumu etkilemeyecektir...Davranışın ve illiyet bağının meşruluğu ancak kullanılan araç ve uygulanan metodun gerektirdiği bütün tedbirlerin alınmasında söz konusu olabilir... Sorumsuzluktan yararlanabilmek için tıp sanatının kurallarına, gereken tedbirlere uymak ve bu sınırlar içinde hareket etmek gereklidir. Diğer bir deyimle şayet tıp ilmi hekimin yaptığı müdahalelere cevaz veriyorsa, bunu yapan hekim, tıp mesleğince tecviz edilen bir faaliyette bulunmuş demektir ki, hakkın icrası nedeniyle, eylemi hukuka aykırı sayılamaz.”

şeklinde açıklanmaktadır²⁹⁴.

Hastanın rızasının ya da ıstırrar halinin varlığı, hekimin tıbbî müdahalede bulunma hak ve görevine sahip oluşu, hekimin davranışının bütün sonuçlarının hukuku uygun olduğunun kabulünü gerektirmez. Hekimlik mesleğinin uygulanmasında da sorumsuzluktan yararlanabilmek için hekim, rızayı sağladıktan sonra tıp biliminin

²⁹³ Danıştay, 15D., 8.4.2015, 4351/2019; 15D., 13.12.2018 3239/8194; 15D., 17.4.2018 10806/3855; 15D., 3.10.2018 4247/6596. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

²⁹⁴ Yargıtay, 4HD., 07.03.1977, 6297/2541. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

sınırları içinde hareket etmek yükümlülüğü altındadır ve hastanın rızasının kapsamına bağlı bulunmamaktadır²⁹⁵.

Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'nin 4. maddesi gereği; her türlü tıbbi müdahale ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olmalıdır.

Hasta Hakları Yönetmeliğinin 11'nci maddesinde; hastanın, modern tıbbi bilgi ve teknolojinin gereklerine uygun şekilde teşhis, tedavi ve bakımını istemek hakkına sahip olduğu, tıp bilimi ilkelerine ve ilgili mevzuat hükümlerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yapılamayacağı düzenlenmiştir. Sağlık personeli, hastanın durumunun gerektirdiği tıbbi özeni göstermekle yükümlüdür.

Öğretide ve yerleşik içtihatlarda tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunun belirlenmesinde, Hasta Hakları Yönetmeliği'nde de esas alındığı görülen tıbbi gereklilik ve tıbbi özen yükümlülüğü kavramları üzerinde durulduğu görülmektedir.

Doktor, mesleğinin gerektirdiği yükümlülükler ile tıp biliminin geçerli kurallarına uygun olarak müdahale yapmalı, tıbbın ilke ve prensiplerine aykırı teşhis ve tedavi yapmamalıdır. Anayasamızın 17. maddesinde de vurgulandığı üzere; doktorun müdahalesi öncelikle endikasyon da denilen tıbbi bir gereklilik nedeniyle teşhis, tedavi ve hastalıktan korunma gibi sebeplerle yapılmalıdır²⁹⁶.

Hakeri'ye göre; tıp biliminin gereklerine uygun müdahale kavramını iki şekilde anlamak gerekir. Öncelikle, tıbbi müdahale, tıp bilimine göre zorunlu (gerekli) olmalıdır. Buna "endikasyon" şartı adı verilmektedir. İkinci olarak, müdahale, tıp biliminin gereklerine uygun bir biçimde, özenli yapılmalıdır²⁹⁷.

(i) Gereklilik (Endikasyon)

Kişinin vücut bütünlüğüne tıbbi zorunluluklar dışında dokunulamayacağı Anayasamızın 17. maddesinde de vurgulanmıştır. Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için, bu müdahaleyi zorunlu kılan bir gerekliliğin bulunması şartı kabul edilmiştir.

²⁹⁵ Çetin Özek, "Hekim ve Hukuk, Tıbbi Müdahalede Bulunmak Hakkının Sınırları", İstanbul Tıp Fakültesi Mecmuası 1965-Cilt XXVIII, s. 455.

²⁹⁶ Yargıtay, CGK., 09.12.2014, 103/552; CGK., 16.5.2017, 271/278. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

²⁹⁷ Hakan Hakeri, *Tıp hukuku*, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, 2012:s.401.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 13.maddesi: “*Tabip ve diş tabibi; teşhis tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın, hastanın arzusuna uyararak veya diğer sebeplerle, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak herhangi bir Şey yapamaz.*” dzenlemesi ile; tıbbi mđdahalenin teşhis, tedavi veya korumak amacıyla yapılabileceği belirtilmiştir.

Endikasyon, “tıbbi mđdahaleyi gerektiren tıbbi gereklilik veya zorunluluk” olarak ifade edilmektedir²⁹⁸.

Her tđrlđ tıbbi mđdahalenin, kural olarak endikasyona dayanması gerekir. Ancak, endikasyonun mutlaka “tıbbi endikasyon” olması gerekmemektedir²⁹⁹. Tıbbi endikasyon kavramı yanında, sosyal endikasyon ve psikolojik endikasyon kavramları ortaya çıkmıştır. Tıbbi gereklilik olmasa dahi, dini inanca dayalı gereklilikler gereği sđnnet olunması, sosyal endikasyon örneğidir. Tedaviyi gerektirecek herhangi bir durum olmadan estetik kaygılar ile yaptırılan estetik ameliyat örneklerinde ise, psikolojik endikasyon kavramı ortaya çıkar. Sonuç olarak; tıbbi, sosyal ya da psikolojik endikasyonun varlığı, yapılan tıbbi mđdahalenin hukuka uygun kabul edilmesini sağlar.

(ii) Dikkat ve Özen Yükümlölüğü

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 2’nci maddesine göre:

“*Tabip ve diş tabibinin başta gelen vazifesi, insan- sağlığına, hayatına ve Őahsiyetine ihtimam ve hürmet göstermektir. Tabip ve diş tabibi; hastanın cinsiyeti, ırkı, milliyeti, dini ve mezhebi, ahlâki dđřünceleri, karakter ve Şahsiyeti, içtimai seviyesi, mevkii ve siyasi kanaati ne olursa olsun, muayene ve tedavi hususunda âzami dikkat ve ihtimamı göstermekle mükelleftir.*” ve 13’ncü maddesine göre; “*Tabip ve diş tabibi, ilmi icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Tababet prensip ve kaidelerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yasaktır.*”

Hakeri’ye göre;

“*Hekimin özen yükümlölüğünün ihlali, genelde tipik olarak üç alanda yoğunlaşmaktadır: Bunlar; hastanın bizzat tedavisi alanında, yani teşhis, endikasyon, tıbbi tedbirin seçimi*

²⁹⁸ Ersöz Ak, “Tıbbi Mđdahale Kavramı ve Tıbbi Mđdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları”, Terazi Hukuk Dergisi, 2010, s. 105-122- Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku* 2012: s.401.

²⁹⁹ Hakeri, *Tıp Hukuku* (2012), s.403.

uygulanması ve tedavi sonrası, ameliyat sonrası bakım alanında. İkinci olarak, hastanın aydınlatılması ile ön muayene ve son olarak da hastane, klinik organizasyonu alanında (personelin niteliği, yeterli personel bulundurulması, hekimlerin birbirleriyle ve yardımcı personel ile işbirliği gibi)³⁰⁰.

İnsan hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 4. maddesine göre, “Araştırma dahil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir.”

Hekimin dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal edip etmediği, tıbbi müdahalede bulunurken mesleki yükümlülüklerin yerine getirilmiş olması ve tıbbi standartlara uygun olarak yapılmış olması ile değerlendirilir.

Tıbbi standart, tıp biliminin genel olarak kabul görmüş kuralları olarak ifade edilebilir. Ayan, tıbbi standart kavramını “denenmiş ve bilinen temel meslek kuralları” olarak ifade eder³⁰¹. Tıbbi standart; teşhis, tedavi ve müdahale sonrası bakım alanlarında farklı şekillerde ihlal edilebilir.

Tıp hukuku açısından uyulması zorunlu tıbbî standartlar, tıbbî hizmete konu teşhis ve/veya tedavi ediminin yerine getirildiği zaman itibariyle, bir yandan teorik tıp biliminin günümüzde ulaştığı mevcut bilimsel bilgi birikimi düzeyi; diğer yandan da klinik tıp uygulamasında genel kabul görmüş olan pratikleşmiş ilke ve kurallar göz önünde tutularak belirlenir³⁰².

Yargıtay ve Danıştay kararlarında da tıbbi standart kavramına yer verildiği, tıbbi standardın aranması gerekliliği ve önemi vurgulanmaktadır. Emsal bir Yargıtay kararında, özen borcu gereği doktorun hastasının zarar görmemesi için mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin

³⁰⁰ Hakan Hakeri, Tıp Hukukunda Malpraktis Komplikasyon Ayrımı, İstanbul, s.25.
<https://www.toraks.org.tr/uploadFiles/book/file/173201492523-238.pdf> (erişim tarihi:01.04.2020).

³⁰¹ Ayan, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk*, s.105.

³⁰² Stegers, Christoph-M., Der Sachverständigenbeweis im Arzthaftungsrecht – neue Entwicklungen, in: Arzthaftungsrecht – Rechtspraxis und Perspektiven MedR-Schriftenreihe Medizinrecht, (Hrsg.: T.RatajczakChr.-M.Stegers Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V.), Berlin-Heidelberg 2006, s.140.

saptayıp somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz bir biçimde almak ve uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorunda olduğu, açıklanmıştır³⁰³.

Danıştay kararlarında, “*tıbbi standart kavramı ile, tıp ilminin genel olarak tanınıp kabul edilmiş meslek kurallarının kastedildiği ve tıbbi standart ihlalinin, teşhis, tedavi (endikasyon eksikliği, yanlış tedavi yönteminin seçimi) ve müdahale sonrası bakım yöntemi gibi değişik şekillerde gerçekleşebileceği*” kabul edilerek içtihat oluşturulmuştur³⁰⁴.

Danıştay’ın bir diğer kararında, tıbbi standardın, tıbbi müdahalenin yapıldığı zamana ve hekimin bu standarta ulaşabilme olanağına göre belirlenmesi gerekliliği vurgulanmıştır³⁰⁵.

Hekimin standartlara uygun tıbbi müdahalesi için, standartları tanınması ve onlara hakim olması gerekir. Bundan çıkan sonuç, hekimin kendini mesleki olarak geliştirmek yönünde bir hukuksal yükümlülüğünün bulunduğudır. Tıbbi ve teknik gelişmelerin hızı karşısında bu yükümlülüğün önemi daha da belirginleşmektedir³⁰⁶.

Tıbbi müdahalenin tıp bilim ve tekniğine, tıbbi standartlara uygun şekilde yapılmaması ve /veya dikkatli ve özenli gerçekleştirilmemesi halinde tıbbi müdahale hatasının varlığı kabul edilmektedir. Tıbbi müdahale hataları, bu nedenle doğacak sorumluluk kapsamında aşağıda ayrı başlık altında ayrıca incelenmiştir.

Tazminat talebiyle açılan davalarda uyuşmazlıkların çözümü için dava konusu tıbbi müdahalelerde tıbbi standartlar açısından sorumluluk değerlendirmesi hâkimin görevi olacağından, olaya ilişkin tıbbi standartların belirlenmesi konusunda mahkemelerin bilirkişi raporuna ihtiyaç duyacağı açıktır.

c. Tıbbi Müdahaleden Hatasından Kaynaklanan Sorumluluk

Genel olarak kabul edilen sorumluluk ilkesi, bir kişinin sebep olduğu olaylar için hesap verme ve neden olduğu zararları giderme yükümlülüğünü ifade eder.

³⁰³ Yargıtay, 13HD, 09.04.2014, 30822/10772, tarihli kararı.

³⁰⁴ Danıştay, 15D., 4.10.2017, 871/5163; 15D., 11.3.2015 4509/1398; 15D., 22.1.2015 6732/179; 15D., 10.3.2016 8936/1604; 15D., 11.3.2015 3554/1377; 15D., 8.10.2015, 6119/5733; 15D., 4.2.2015, 6862/557; 15D., 16.5.2016, 4526/3551; 15D., 4.2.2016, 455/601. Lexpera (erişim tarihi:03.04.2020).

³⁰⁵ Danıştay, 2D.,19.10.1990, 1381/2686. Lexpera (erişim tarihi:03.04.2020).

³⁰⁶ Hakeri, *Tıp Hukuku*, s.522.

“Kimse diğere zarar vermemelidir” ilkesi, Roma Hukuku’ndan bu yana haksız fiil sorumluluğunun dayanağı olarak kabul edilmiştir. “Casum sentit dominus” ilkesi ise, beklenmeyen hallerden doğan zarara, zarar görenin katlanmak zorunda olduğu anlamı taşımaktadır.

“Herkes neden olduğu zararları gidermek zorundadır” şeklinde ifade edilen hukuki sorumluluk ilkesi, medeni hukuk alanında olduğu gibi idare hukuku alanında da önem taşımaktadır.

Birleşmiş Milletler Örgütü tarafından 10 Aralık 1948 tarihinde ilan edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nde, bütün insanların özgür, onur ve haklar bakımından eşit doğdukları kabul edilerek, yaşama hakkı en temel ve en önemli insan hakkı olmak üzere, insan hak ve özgürlükleri tanımlanmıştır. Dünya Tıp Birliğinin 1981 yılında Lizbon’da yapılan 34. Genel Kurulunda kabul edilen ve hasta haklarının ele alındığı ilk uluslararası hukuki metin olan Lizbon Bildirgesi’nde, hastanın tedaviyi kabul ya da red hakkının bulunduğu belirtilmesi, yaklaşık iki bin beş yüzyıldır uygulanan buyurgan ve paternalist hipokratik tıp anlayışının sona ermesi anlamına gelmiş; 1997 yılında Oviedo’da kabul edilen İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi ile sağlık hizmeti sunumunda yepyeni bir dönem başlamıştır³⁰⁷.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 2. Maddesi uyarınca üye devletler, yaşam hakkının korunması için yükümlülük altına girmişlerdir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarında taraf devletlerin 2. maddeden kaynaklanan yükümlülükleri gereği; bireylerin yaşamlarını korumak, onların kaliteli bir sağlık hizmetinden yararlanmasını sağlamak ve tıbbi uygulama hataları nedeniyle, ilgililerin sorumlu tutulmasını temin etmek amacıyla sağlık alanında birtakım düzenlemeleri hayata geçirmek ve tedbirler almak zorunda olduğu kabul edilmiştir. Devletler, yurttaşların hayatlarını korumak amacıyla, hastaneleri ve sağlık birimlerini uygun davranmaya ve gerekli tedbirleri almaya zorlayan ve tıbbi uygulama hataları nedeniyle ilgililerin ceza ve tazminat sorumluluğuna yönelik bir yasal mevzuat oluşturmak zorundadır³⁰⁸.

³⁰⁷ Ahmet Nezhik Kök, “Hatalı Tıbbi Uygulama (Medikal Malpraktis) İddialarında Otopsinin Önemi”, s.678 <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/229921> (erişim tarihi:01.04.2020).

³⁰⁸ Benderskiy/Ukrayna, Vo/FransavePowell/Birleşik Krallık kararları. <http://echr.ketse.com/doc/22750.02-en-20071115/>, <http://echr.ketse.com/doc/45305.99-en-20000504/view/> (erişim tarihi:01.04.2020).

Tababet ve Şuabat-ı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, Türk Tabipleri Birliği Yasası, Aile Hekimliği Kanunu, Tıbbi Deontoloji Tüzüğü, Hasta Hakları Yönetmeliği gibi birçok mevzuat düzenlemesinde hekimlerin mesleki faaliyetleri ile ilgili hükümler mevcuttur. Ancak, tıbbi müdahale hatalarında hekimlerin hukuki sorumluluklarını düzenleyen özel bir mevzuat yoktur. Ülkemizde 2001 yılında Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı³⁰⁹ hazırlanmış, 25.07.2002 tarihinde Bakanlar Kurulu'nda imzalanarak TBMM'ye iletiildiği haberi paylaşılmış, ancak yasalaşmamıştır.

Tıbbi müdahale nedeniyle hekimin, cezai ve idari sorumluluğunun yanında tazminat sorumluluğu da doğabilir. Hatalı tıbbi uygulama nedeniyle sağlık personelinin sorumluluğu, sözleşme veya haksız fiil sorumluluğu olmak üzere esas olarak iki nedene dayandırılır. Ancak, bu hükümler dışında vekaletsiz iş görme kuralları da uygulanma alanı bulabilir³¹⁰. Genel olarak tıbbi yardım ve müdahale nedeniyle hukuki sorumluluk, hastanın rızasının ve iradesinin aranmadığı istisna durumlar dışında, hasta ile hekim arasında kural olarak kurulduğu kabul edilen sözleşme ilişkisine dayanmaktadır. Konu hakkında birçok çalışma yapılmış olup; tezimizin konusu idare açısından tazminat sorumluluğu olduğundan bu konu ile sınırlı kalınmıştır.

Tazminat sorumluluğu birçok müşterek hükme dayandırılmakla beraber, özel hukuk ve idare hukuku açısından ayrı ayrı incelenmesi gereklidir. Özel hukukta tazminat sorumluluğu, bir kişiye hukuka aykırı şekilde verilen zararın tazmini amacını taşıırken; kamu hukukunda, kamu gücünün kullanılmasından dolayı kişilerin uğradıkları zararın idarece tazmin edilerek giderilmesi amacını taşır.

Yukarıda hizmet kusuru başlığı altındaki açıklamalar, idarenin sağlık hizmeti faaliyetlerinin büyük kısmını oluşturan tıbbi müdahalelerden doğan sorumluluğunun da dayanağıdır³¹¹.

³⁰⁹ <http://web.deu.edu.tr/radyolojiabd/malpraktis.html> (erişim tarihi:01.03.2020).

³¹⁰ Çelik, "Hekimlerin ve Hastanelerin Sorumluluğu", s.4,6,11,30.

http://www.tazminathukuku.com/dosyalar/465_hekimlerin-ve-hastanelerin-sorumlulugu.pdf. (erişim tarihi:01.03.2020).

³¹¹ Bk.s.48 vd.

Dünya Tabipler Birliği'nin 1992 yılında yapılan 44. Genel Kurulunda kabul edilen, Tıpta Yanlış Uygulama (Malpraktis) konulu Marbella Bildirgesi³¹²,nin 2. maddesine göre: “*Tıbbi Yanlış Uygulama (Malpraktis); doktorun tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarardır*”.

2001 yılında hazırlanan Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı³¹³,nda; “*Tıbbi kötü uygulama: Sağlık personelinin, kasıt veya kusur veya ihmal ile standart uygulamayı yapmaması, bilgi veya beceri eksikliği ile yanlış veya eksik teşhiste bulunması veya yanlış tedavi uygulaması veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan ve zarar meydana getiren fiil ve durumu, ifade eder*” şeklinde tanım yapılmış olup; Dünya Tabipler Birliğince yapılan tanımın esas alındığı görülmektedir.

Türk Tabipler Birliği Meslek Etiği Kuralları³¹⁴,nın 5. maddesine göre: “*Hekimin öncelikli görevi hastalıkları önlemeye ve bilimsel gerekleri yerine getirerek hastaları iyileştirmeye çalışarak insanın yaşamını ve sağlığını korumaktır. Meslek uygulaması sırasında insan onurunu gözetmesi de hekimin öncelikle ödevidir.*” ve 13. maddesine göre; “*Tıbbi hata, bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesi, hekimliğin kötü uygulamasıdır.*”

Türk Hukukunda tıpta malpraktis, “Tıbbi Yanlış Uygulama”, “Tıbbi Kötü Uygulama”, “Tıbbi Hata”, “Tıbbi Müdahale Hataları”, “Tıbbi Uygulama Hataları”, “Hekimliğin Kötü Uygulaması” gibi kavramlarla ifade edilmektedir. Öğretide de farklı kavramlar esas alınarak tanımlar yapılmaktadır. Çetin’e göre;

“*Hizmetleri sunan hekim, hemşire ve ilgili yasaya göre hastaya müdahale yetkisi bulunana fizyoterapist, psikolog veya diyetisyen gibi sağlık personelinin, öneri ve/veya uygulamaları sonucu, hastalığın normal seyri dışına çıkarak iyileşmesinin gecikmesinden, hastanın ölümüne kadar geniş bir yelpazedeki şartların tamamı, tıbbi uygulama hatasıdır*”³¹⁵.

³¹² www.wya.net 44th World Medical Assembly, Marbella, Spain, September 1992. (erişim tarihi:01.04.2020).

³¹³ <http://web.deu.edu.tr/radyolojiabd/malpraktis.html> (erişim tarihi 12.03.2020).

³¹⁴ http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&view=article&id=65:hekl-meslek-etkurallari&catid=4:t&Itemid=31 (erişim tarihi 12.03.2020).

³¹⁵ Gürsel Çetin, “*Tıbbi Malpraktis*” Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki Ve Cezai Sorumluluğu, *Tıbbi Malpraktis Ve Adli Raporların Düzenlenmesi*, İstanbul:2006,s.31.

Tıbbi kötü uygulama, bir diğer ifade ile tıbbi hata; tıbbi müdahalede bulunan kişinin sahip olması gereken bilgi ve yeteneğe sahip olmaması (bilgisizlik, acemilik) veya bilgili, yetenekli olduğu halde tıbbi müdahalede dikkatsiz ve özensiz davranışı (dikkatsizlik, tedbirsizlik) ile kişilerin zarar görmesi anlamına gelir. Ancak, *“tıp biliminin bugün ulaştığı bilimsel ve teknik düzeyi, uygulamanın yapıldığı ortamın koşulları, uygulamayı yapanın eğitim düzeyi göz önünde bulundurulduğunda, aynı ortam koşullarında, aynı yetkinlik düzeyinde bir hekimin göstermesi gereken özen gösterildiği halde”* öngörülemez bir sonuç olarak zarar ortaya çıkarsa, bu istenmeyen bir sonuçtur ve hekimin bunda sorumluluğu yoktur³¹⁶.

Danıştay’ın yerleşik içtihatlarında, Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları’nın 13. Maddesinde yapılan tıbbi hata tanımına atıfla, tıp biliminin standartlarına ve tecrübelerine göre gerekli olan özenin bulunmadığı ve bu nedenle de olaya uygun gözükmeyen her türlü hekim müdahalesinin uygulama hatası (malpraktis) olduğu kabul edilmekte, hastanın tanı ve tedavisi sırasında standart uygulamanın yapılmaması, bilgi ve beceri eksikliği, hastaya uygun tedavi uygulanmaması halleri tıbbi hata olarak tanımlanmakta; hekimin hukuksal sorumluluğu bakımından tecrübeli bir uzman hekim standardı ölçü alınarak, hekimin, objektif olarak olayların normal gelişimine ve subjektif olarak da kendi kişisel tecrübesine, kişisel yeteneğine, bireysel mesleki bilgisine, eğitiminin nitelik ve derecesine göre, hastanın sağlığında bir zarar gelmesini önceden görebilecek durumda olması aranmaktadır³¹⁷.

Tıbbi hatalar, sağlık hizmetinin her aşamasında ortaya çıkabilir. Hakeri’nin; hekimin özen yükümlülüğünün yoğunlaştığı üç alan ayrımı (birincisi, hastanın tedavisinde yani teşhis, endikasyon, tıbbi tedbirin seçimi, bu tedbirin uygulanması, tedavi yahut cerrahi girişim sonrası bakım alanında; ikincisi, hastanın aydınlatılması ve anamnez alınması; üçüncüsü, klinik organizasyonu alanında (personelin niteliği, yeterli sayıda personel bulundurulması, hekimlerin birbiriyle işbirliği (konsültasyon) olmak üzere) Danıştay içtihatlarında da kabul edilerek; bu üç alandaki kusur, sırasıyla uygulama kusuru

³¹⁶ Oğuz Polat, *Tıbbi Uygulama Hataları Klinik-Sosyal-Hukuksal-Etik Boyutları*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005: s.253.

³¹⁷ Danıştay, 15D., 3.10.2018, 4247/6596; 15D., 11.3.2015, 3554/1377; 15D., 22.3.2018, 3798/2812; 15D., 11.3.2015, 7669/1396; 15D., 27.12.2018, 2542/8537. Lexpera (erişim tarihi 12.03.2020).

(tedavide hata), aydınlatma kusuru ve organizasyon kusuru olarak değerlendirilmekle, bu üç kusura "Tıbbi Uygulama Hatası" (Malpraktis) adı verilmektedir.

Yargıtay kararlarında da tıbbi uygulama hatalarının varlığı halinde hekimin sorumluluğunun olacağı vurgulanmakta, "tıbbi faaliyetlerde bulunurken mesleki şartları yerine getirmek, tıp ilminin kurallarını gözetip uygulamak zorunda olan doktor; tıp biliminin verilerini yanlış ya da eksik uygulamışsa, mesleğinin gerektirdiği özel koşullara gereği ve yeteri kadar uymamışsa", hekimin mesleki kusurunun varlığı kabul edilmektedir³¹⁸.

Bütün tıbbi müdahaleler, nitelikleri gereği hastalar yönünden belirli oranda risk oluşturur. Gerekli özen ve dikkat gösterilse bile meydana gelen olumsuz neticeler tıbbi müdahalelerin normal sapmaları, riskleri olarak değerlendirilmektedir³¹⁹. Risk öngörülebilir veya önlenemez değil ise, tıbbi kusurdan söz edilemez³²⁰.

Tıbbi hatalar kimi zaman yanlış uygulamadan, kimi zamanda bir uygulamanın yerine getirilmemesinden kaynaklanabilir. Tıbbi standarda uygun bir müdahale yapılmasına rağmen, ortaya çıkabileceği tıp çevreleri tarafından kabul edilen ve her türlü tedbir alınmasına rağmen kaçınılmaz olarak meydana gelen zararlar olarak tanımlanan komplikasyonlar³²¹, tıbbi hata kapsamında değildir. Komplikasyon öngörülebileceği halde öngörülmemiş ve komplikasyona karşı tedbir alınmamış ya da komplikasyon bizatihi tedbir alınmamasından kaynaklanmış ise komplikasyon değil tıbbi uygulama hatasından söz edilmelidir³²².

Yapılan tıbbi müdahale, tıbbın kabul ettiği normal risk ve sapmalar çerçevesinde yapılmışsa, istenmeyen sonuçlar meydana gelse bile, ortaya çıkan bu sonuçlar tıp bilim alanında kabul gören literatürde komplikasyon olarak adlandırılıyorsa hekime sorumluluk yüklenemeyecektir. Zamanında fark edilmez veya fark edilmesine karşın

³¹⁸ Yargıtay, 13HD., 05.04.1993, 131/2741; 3HD., 01.10.2013, 11743/13688; 15HD., 14.11.2008, 969/6813. Lexpera (erişim tarihi 12.03.2020).

³¹⁹ Ünver Yener, *Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk*, İstanbul, 1998: s.195.

³²⁰ Polat, *Tıbbi Uygulama Hataları*, s.32.

³²¹ Somer, P. Komplikasyon Yönetimi, Tıp Hukuku Atölyesi. Akyıldız/Hakeri/Çelik/Somer, Ankara, 2013, s.110.

³²² Fatih Birtek, "Tıbbi Uygulama Hataları Bakımından Taksir- Bilinçli Taksir Ayrımı (Komplikasyon- İzin Verilen Risk Ayrımı Bağlamında)", Hakemli Makale, ERÜHFD, C. X, S. 1, 2015, s.78.

gerekli önlemler alınmaz ya da fark edilip önlem alınmasına karşın yerleşmiş standart tıbbi girişimde bulunulmaz ise, komplikasyon malpraktise dönüşür³²³.

Tıbbi uygulama hataları nedeniyle doğacak sorumluluk "kusura dayalı genel sorumluluk" tur. Komplikasyon olduğu hallerde tıbbi uygulama hatasından ve hekimin kusurundan ve dolayısıyla hekimin ve idarenin sorumluluğundan söz edilemez. Dolayısıyla, malpraktis-komplikasyon ayrımı önem arz etmektedir.

Hakeri'ye göre; tıp mesleği mensupları bir tıbbi müdahalenin öngörülebilir sonuçlarını da komplikasyon olarak kabul etme eğilimindeyken, hukukçular, ancak bu sonuçların meydana gelmesinde sağlık çalışanına yüklenebilecek bir kusur varsa, komplikasyon kabul etmemektedir. Mahkeme önüne gelen bir olayda, olayın malpraktis mi, yoksa komplikasyon mu olduğu meselesi de tıbbi bilirkişi tarafından yapılacak bir belirlemedir³²⁴.

Uygulamada; hastanın, tıbbi uygulama sırasında ve sonrasında oluşabilecek komplikasyonları bilerek onay verdiği hallerde, tıbbi müdahale hukuka uygun kabul edilmektedir. Yerleşik Danıştay içtihatlarında; *“hastada oluşan zararlı sonuç öngörülemiyor ve önlenemiyorsa veya öngörülebilse bile (hastanın yeterince aydınlatılmış, onayı alınmış olması ve uygulamada kusur olmaması şartı ile) önlenemiyorsa”* bu durumun “komplikasyon” olarak kabulü gerektiği; ancak yine bu noktada, tıbbi standartlardan sapılmaması, mesleki tecrübe kurallarına riayet edilmiş olması ve meydana gelen komplikasyon sonrası süreçte de uygulanan teşhis ve tedavinin de tıp kurallarına uygun olması gerekmekte olduğu belirtilerek, komplikasyon sonrası yönetim sürecinin de hizmet kusurunun varlığını tespit etme adına önem arzettiği vurgulanmaktadır³²⁵.

Mahkeme tarafından malpraktis tespiti ve tıbbi müdahalenin hatalı olup olmadığının belirlenmesi uzmanlık gerektirdiğinden, tıbbi bilirkişilere başvurulması

³²³ Ebru Sevindik Atıcı, *Hekimin Meslek Hatalarından Kaynaklanan Hukuksal ve Cezai Sorumluluğu*, Çukurova Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Adana, 2006, s. 69.

³²⁴ Hakeri, *Tıp Hukukunda Malpraktis Komplikasyon Ayrımı*, s.25,27.

³²⁵ Danıştay,15D., 12.2.2015, 4335/754; 15D., 10.3.2016, 8936/1604; 15D., 7.3.2016, 9627/1417; 15D., 8.10.2015, 6119/5733; 15D., 11.3.2015, 4509/1398; 15D., 4.2.2015, 6862/557; 15D., 6.6.2018. 925/5645; 15D., 7.5.2015, 9800/2673. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

zaruridir. Yargıtay, hekimin kusurlu bulunup bulunmadığını tespit için uzman kişilerden teşkil edilecek bir bilirkişi kurulu ile inceleme yaptırılmasının ve gerektiğinde Adli Tıp Meclisi'nin düşüncesine de başvurulmasının zorunlu olduğunu kabul etmiştir³²⁶.

Danıştay, aynı yönde verdiği kararlar ile sorumluluk değerlendirmesinde malpraktis ve komplikasyon ayrımı yapılarak, olayda malpraktis ya da komplikasyon olup olmadığının belirlenmesi konusunda Adli Tıp Kurumu'ndan rapor alınması gerektiği görüşündedir. Yapılan tedavi sonucu vücudunda oluştuğu ileri sürülen kalıcı sakatlık nedeniyle tazminat talebi ile açılan davada Danıştay; dava konusu uyuşmazlığın çözümünde ameliyat sonrası komplikasyon iddialarının tıp kurallarına uygunluğunun değerlendirilmediği, hastanın tüm sağlık kayıtlarının SGK dahil olmak üzere ilgili kurumlardan temin edilerek Adli Tıp Üst Kurulundan yeni bir bilirkişi raporu alınmak suretiyle uyuşmazlığın çözülmesi gerektiği gerekçesi ile bozma kararı vermiştir³²⁷. Yine, gördüğü tedavi sonrası vücudunun alt ekstremte fonksiyonların zarar gördüğü iddiası ile açılan tazminat talepli davada; “esas itibariyle adalet işlerinde bilirkişilik görevi yapmak üzere kurulan Adli Tıp Genel Kurulu nezdinde, tedavinin tıbbi kurallara uygun olarak yapılıp yapılmadığını irdelenecek şekilde bir inceleme yaptırılması ile olayda idarenin hizmet kusuru bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerektiği” gerekçesiyle bozma kararı verilmiştir³²⁸. Bir diğer kararda;

“...Davacıya uygulanan teşhis, tetkik ve tedavide hizmet kusuru olup olmadığı, ameliyat sırasında göz merceğinin vitreus boşluğuna düşmesinin bir komplikasyon olup olmadığı, komplikasyon ise katarakt ameliyatı yapılan bir hastanede vitrektomi ameliyatının da yapılabiliyor olmasının gerekip gerekmediği, katarakt ameliyatı ile vitrektomi ameliyatı arasında geçen süre dikkate alındığında tedavide gecikme olup olmadığı ve davacının anılan olay nedeniyle işgücü kaybına uğrayıp uğramadığı hususları hakkında Adli Tıp Kurumuna bilirkişi incelemesi yaptırıldıktan sonra karar verilmesi gerekirken, İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi öğretim üyelerince hazırlanan bilirkişi raporu esas alınmak suretiyle verilen İdare

³²⁶ Yargıtay, 13HD., 14.10.1974, 2637/2492. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

³²⁷ Danıştay, 15D., 7.5.2018, 10821/4516. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

³²⁸ Danıştay, 15D., 11.3.2015, 4509/1398. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

Mahkemesi kararında hukuka uygunluk bulunmadığı...” görüşü ile bozma kararı verilmiştir³²⁹.

Doktrinde tıbbi uygulama hataları; tanı hatası, tedavi hatası, özen eksikliği, bilgilendirme ve rıza eksikliği ve uzmanlık sınırının aşılması şeklinde³³⁰ ya da yargı hataları, teknik hatalar, beklenti hataları, mekanik hatalar, sistem hataları şeklinde³³¹ farklı sınıflandırmalar ile incelenmiştir.

Hakeri, tıbbi hata örneklerini; teşhis hatası, tedavi hatası, tedavi sonrası yükümlülüklerin ihlali, organizasyon kusuru, üstlenme kusuru başlıkları altında incelemiştir³³².

Tıbbi hataların kaynakları dikkate alınarak yapılan; insan kaynaklı, teçhizat kaynaklı, sistem (organizasyon) kaynaklı olarak yapılan sınıflandırmalar da vardır³³³.

Tıbbi uygulama hataları konusunda çok sayıda çalışma bulunmaktadır. Kamu görevlisinin zarar doğuran davranışı görev ile ilgili, yapılan görev ile bağlantılı ise, idarenin sorumluluğu söz konusu olacağından; kamu görevlilerinin tıbbi uygulama hataları idarenin sağlık hizmetlerinden kaynaklanan tazminat sorumluluğu açısından önem taşımaktadır.

C. İdarenin Sorumluluğunu Ortadan Kaldıran veya Azaltan Nedenler

Öğretide ve yargı kararlarında, idarenin sorumluluğunu ortadan kaldıran veya azatan nedenler olarak; mücbir sebep, beklenmeyen hal, zarar görenin davranışı ve üçüncü kişinin davranışı sayılır. İdarenin yürüttüğü hizmetler nedeniyle kişilerin uğradıkları zararlardan sorumluluğu genel kural olmakla birlikte; bazı hallerde idari faaliyet ile zarar arasında nedensellik bağı, araya giren başka etkenler nedeniyle

³²⁹ Danıştay, 15D., 18.2.2016, 6152/988. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

³³⁰ Tokalı, *Sağlık Kamu Hizmetinde İdarenin Tazminat Sorumluluğu*, s.69.

³³¹ Polat, *Tıbbi Uygulama Hataları*, s.37.

³³² Hakeri, *Tıp Hukuku (2012)*,s.536-585.

³³³ Halide Savaş, *Yargıya Yanşyan Tıbbi Müdahale Hataları*, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara,2011:s.46.

zayıflamakta ya da tamamen ortadan kalkmakta, bu şekilde idarenin sorumluluğunun da azalması ya da tamamen ortadan kalkması sonucu doğmaktadır.

Gözübüyük bu durumu, “zorlayıcı nedenler, beklenmeyen durumlar, zarara uğrayanın ya da üçüncü kişinin kusuru gibi nedenler zarar verici tutum ve davranışla yönetim arasındaki ilişkiyi etkiler ve yönetimin sorumluluğunun tümünü, ya da bir bölümünü ortadan kaldırır” şeklinde ifade etmiştir³³⁴.

Öğretide idarenin sorumluluğunu ortadan kaldıran nedenler arasına sorumluluk şartlarının bazılarının da (zarar ve illiyet bağı bulunmaması gibi) dahil edildiği görülmektedir³³⁵. Çağlayan ise; bizim de katıldığımız, bu etmenler sorumluluk için bulunması gereken olumlu/kurucu şartlar arasında olduğundan, ayrıca sorumluluğu kaldıran ve azaltan sebepler arasında sayılmasının gereksiz olduğu görüşündedir³³⁶.

Danıştay kararlarında da öğretide olduğu gibi farklı gerekçeler görülmektedir. Bazı Danıştay kararlarında “ortada tazmini gereken zararın bulunmaması, zararın zarar gören kişinin veya üçüncü kişinin eyleminden doğması, mücbir sebeplerden kaynaklanması, zararlar idari faaliyet arasında nedensellik bağının kurulamaması, idare hukukuna özgü tazmin nedenlerinin bulunmaması” durumlarında idarenin tazmin yükümlülüğünün ortadan kalkacağı³³⁷, bazılarının da ise idarenin sorumlu tutulabilmesi için zarara yol açan işlem veya eylemin idare tarafından yapılmış olması gerektiğine göre, zarar gören kişilerin eyleminden, üçüncü kişilerin eyleminden, zorlayıcı sebeplerden (mücbir sebepler) ileri gelen zararların idareye ödettirilemeyeceği, dolayısıyla bu gibi durumlarda idarenin hukuki sorumluluğunun bulunmadığının idari yargı kararlarında kabul edilmiş bir idare hukuku ilkesi olduğu³³⁸ gerekçeleri ile karar verilmiştir.

³³⁴ A. Şeref Gözübüyük, *Yönetim Hukuku*, Ankara Turhan Kitabevi, 2011: s.348.

³³⁵ Celâl Karavelioğlu, *İdari Yargılama Usulü Kanunu*, C: I, 5. Baskı, Ankara,2001, s.281 vd.; Özge Karaege, *Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusur Sorumluluğu*, Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir,2001,s.65 vd.

³³⁶ Çağlayan, *İdarenin Kusursuz Sorumluluğu*, s.176.

³³⁷ Danıştay, İDDK., 17.01.1997, 752/57; 8D., 13.03.2012, 9957/856. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

³³⁸ Danıştay, İDDK., 17.12.2009, 11/3108; İDDK., 13.05.2015, 2411/1784. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

1. Mücbir Sebep (Zorlayıcı Neden)

Mücbir sebep, kişilerin ve idarenin iradesini ortadan kaldıran veya etkisiz kılan, önceden gerçekleşeceği kestirilemeyen, gerçekleştiği sırada da önlenmesi olanağı bulunmayan olaylardır³³⁹. İYUK'nda 53'ncü maddede zorlayıcı sebepler kavramı kullanılmış, ancak tanımlama yapılmamıştır.

Danıştay kararlarında, “zorlayıcı sebep (mücbir sebep), kökeni, doğal, sosyal ve hukuki olması itibarıyla failin dışında kalan, fail tarafından önlenme olanağı bulunmayan, önceden takdir ve tahmin edilemeyen olaylar” olarak tanımlanmaktadır³⁴⁰. Deprem, sel, yıldırım, fırtına, bora, heyelan, çığ, aşırı kar yağışı gibi doğal afet olarak nitelenen tabiat olayları; harp, ihtilal, ekonomik abluka, yağma gibi sosyal olaylar ve nihayet devlet tarafından konulan beklenmedik hukuki yasaklar birer mücbir sebep oluşturur³⁴¹.

Mücbir sebebin varlığı durumunda ortaya çıkan zararlardan idare sorumlu tutulmaz; artık idarenin ne kusur, ne de kusursuz sorumluluğu söz konusu olur. Zira, mücbir sebep illiyet bağıını kesen nedenlerdendir³⁴². Danıştay'ın yerleşik içtihatlarına göre, idarenin yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmeti faaliyeti dışında gerçekleşen ve öngörülemeyen ve/veya önlenemeyen durumlar mücbir sebep olarak değerlendirilmiş, mücbir sebebin idarenin tazmin sorumluluğunu ortadan kaldırdığı kabul edilmiştir³⁴³.

Mücbir sebep, sezilemeyen ve karşı konulamayan bir olayı ifade eder; zararı idareye yüklenebilir olmaktan çıkararak ve zararlar idari faaliyet arasındaki illiyet bağıını kesen dış bir etken olarak doğal, toplumsal veya hukuki bir olaydan kaynaklanabilir. Sezilemezlik, karşı konulamamazlık, kusursuzluk ve gerçeklik halleri mücbir sebebin ayırt edici öğelerini oluşturmaktadır³⁴⁴. Zararın oluşmasına neden olan bir olayın mücbir

³³⁹ Gözübüyük/Tan, A. Şeref, Turgut, *İdare Hukuku Cilt II, İdari Yargılama Hukuku*, Turhan Kitabevi, 6. Baskı, Ankara, 2013: s. 775.

³⁴⁰ Danıştay, İDDK., 13.05.2015 2411/1784; İDDK., 17.12.2009, 11/3108. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020)

³⁴¹ Oğuz Sancakdar, *İdare Hukuku*, Teorik Çalışma Kitabı, 4.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014: s.862.

³⁴² Gözler, *İdare Hukuku* (2012), s.1334.

³⁴³ Danıştay, 11D., 19.12.2005, 2027/5962; 6D., 09.01.2009, 4922/36; 8D., 25.10.2016 9335/7895, Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

³⁴⁴ Danıştay 11D., 29.06.2007, 1353/6248. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020)

sebeup olarak kabul edilebilmesi için dışsallık, öngörülemezlik, önlenemezlik unsurlarının birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir³⁴⁵.

Bir olayın mücbir sebep olarak nitelendirilebilmesi için “dışsallık” unsuru aranır, idarenin iradesi ve faaliyetlerinin dışında vuku bulması gerekir. Bunun yanı sıra, olayın öngörülemez ve önlenemez olması önemlidir. Öngörülemezlik (sezilememek), olayın önceden tahmin edilememesi, en azından sonuçlarının baştan kestirilememesini ifade eder³⁴⁶. Önlenemezlik unsuru ise, idarenin yükselen standartları çerçevesinde mevcut güç ve imkânlarıyla olayın meydana gelmesinin engellenememesi demektir³⁴⁷.

Danıştay'ın yerleşik içtihatlarına göre, idarenin yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmeti faaliyeti dışında gerçekleşen ve öngörülemeyen ve/veya önlenemeyen durumlar mücbir sebep olarak değerlendirilmiş, mücbir sebebin idarenin tazmin sorumluluğunu ortadan kaldırdığı kabul edilmiştir³⁴⁸.

Davacının ikamet ettiği A1 köyünün de aralarında bulunduğu bir çok köyü etkileyen ve etkilediği yerlerde büyük çaplı can ve mal kayıplarına sebep olduğu anlaşılan sel felaketini, “idarenin doğrudan yürüttüğu bir kamu hizmeti faaliyetinden kaynaklanmaması, öngörülememesi ve/veya öngörülebilir nitelikte olsa dahi önlenemez olması nedeniyle” mücbir sebep olarak değerlendiren Danıştay, bu nedenle söz konusu sel felaketinin oluşmasında idareye bir kusur yüklenemeyeceğinden idarenin kusura dayalı sorumluluğundan söz edilmeyeceğine ve mücbir sebep olarak kabul edilen sel felaketinden dolayı davacıların uğradıkları iddia edilen maddi ve manevi zararların hizmet kusuru kapsamında davalı idareden tazminine karar verilmesinin mümkün bulunmadığına karar vermiştir³⁴⁹.

Danıştay bir diğer kararında;

“...olayda, ölümün gerçekleştiği evin belediyesinin imara açtığı dere yatağındaki A1 Mahallesiinde yer alması karşısında, davacıların yakınının ölümünde, dere yatağını yerleşime açarak selin oluşmasına zemin hazırlayan davalı belediyesinin ve yaptırdığı kanal yetersiz olan

³⁴⁵ Gözler, *İdare Hukuku* (2012), s.1332.

³⁴⁶ E. Ethem Atay, *İdare Hukuku*, 6.Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018: s.756.

³⁴⁷ Atay, *İdare Hukuku* (2018), s.779.

³⁴⁸ Danıştay, 11D., 19.12.2005, 2027/5962; 6D., 09.01.2009, 4922/36; 8D., 25.10.2016, 9335/7895. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

³⁴⁹ Danıştay, 10D., 09.03.2016, 1207/1265. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

DSİ'nin hizmet kusuru bulunduğu cihetle zararın mücbir sebepten kaynaklandığından söz edilemeyeceğine...” karar vermiştir³⁵⁰.

Mücbir sebebin varlığı ile birlikte, idarenin davranışının zararın artmasına yol açtığı durumlarda, idare bu kısımdan sorumlu olacaktır³⁵¹. Bu nedenle mahkemelerin, mücbir sebep sayılabilecek olayların varlığında dahi, somut olayda idarenin eylem ve işlemleri bakımından ayrıca değerlendirme yaparak, idarenin zararı artıran davranışları varsa idarenin sorumluluğunun tespitinde dikkate almaları gerekmektedir.

17.8.1999 tarihinde meydana gelen depremde konutu yıkılan ve aile fertlerinden eşi ve kızı vefat eden davacı tarafından maddi ve manevi zararın tazmini isteğiyle açılan davada; Danıştay savcısı düşüncesinde, *“çok riskli deprem kuşağında kaldığı önceden bilinen bölgede depremden doğabilecek zararların önlenmesi, en aza indirilmesi için gerekli yasal tedbirlerin alınmamasının, denetim ve kontrol görevleri yerine getirilmeyerek böylece zararın artmasına neden olmasının hizmet kusuru sayılabilecek idari bir eylem olduğu”*³⁵² açıklanmıştır.

Yaşanan aşırı yağışlar sonucu meydana gelen sel felaketinde davacıların yakını K2'nin hayatını kaybetmesi nedeniyle açılan tam yargı davasına ilişkin Danıştay kararında;

“...mücbir sebep halinde ancak zararı arttıran bir idari faaliyet bulunması durumunda idarenin tazmin sorumluluğuna gidilebileceği, bu nedenle olayda mücbir sebep durumunun olup olmadığının ve zararın meydana gelmesinde veya zararın artmasında mücbir sebepten ayrılabilir hallerin bulunup bulunmadığının, zararın davalı idarece gerekli tedbirlerin alınmaması nedeniyle mi oluştuğunun veya alınabilecek teknik önlemlerle zararın azaltılmasının mümkün olup olmadığının bilinmesi ve irdelenmesi gerektiği...”

açıklanarak, olayın meydana gelmesinde davalı idareye atfedilebilecek hizmet kusuru olup olmadığının tespiti için bilirkişi incelemesi yaptırılması gerekirken eksik incelemeye dayalı olarak karar verilmesi hukuka uygun bulunmamıştır³⁵³.

³⁵⁰ Danıştay, 10D., 01.06.2015, 2284/2725. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

³⁵¹ Ramazan Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, 9.Baskı, Seçkin Yayıncılık. Ankara, 2017: s.697.

³⁵² Danıştay, 6D., 30.12.2006, 931/6661. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

³⁵³ Danıştay, 10D., 07.01.2016, 3543/60 Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

2. Beklenmeyen Hal (Umulmayan Hal)

Kaza veya umulmayan hal de denilen beklenmeyen hâller de, mücbir sebep gibi öngörülemeyen ve önlenemez olaylardır. Ancak, mücbir sebebin dışsallık unsurunun yerini beklenmeyen halde içsellik yani söz konusu olayın idarenin faaliyeti içinde cereyan etmesi, idareye atfedilebilmesi unsuru almaktadır³⁵⁴.

İdarenin faaliyeti içinde oluşan beklenmeyen haller, öngörülemeyen ve önlenemez niteliğinde ve bu nitelikleri gereği idarenin iradesi dışında kalan olaylardır. Bu nedenle, bu hallerde idarenin sorumluluk şartlarından olan kusur şartı gerçekleşmediğinden, idarenin kusura dayanan sorumluluğu da söz konusu olmaz. Beklenmeyen hal olarak kabul edilen olay illiyet bağına kesmez, idarenin kusurunu ortadan kaldırır³⁵⁵. Bu nedenle, idarenin hizmet kusurunu engeller. Ancak şartları var ise idarenin kusursuz sorumluluğunu etkilemeyecektir; idarenin kusursuz sorumluluğu hükmedilirken önce risk (hasar/tehlike) ilkesine, yoksa kamu külfetleri önünde eşitlik ilkesine müracaat edilir³⁵⁶.

Davacının, davalı idareye ait enerji nakil hattının kopması sonucu buğday mahsulünün yandığından bahisle açtığı tazminat davasında, “yangının yüksek gerilim enerji iletim hattı telinin yere düşerek, toprakla temas etmesi sonucu çıktığının ve hattın onarılmış olduğunun saptandığı, bu itibarla elektrik dağıtım hizmetinin yerine getirilmesi sırasında davacıya ait tarlada ekili ürünün yanması nedeniyle ortaya çıkan maddi zararın, idarenin kusur koşulu aranmadan da yürüttüğü hizmetin doğrudan sonucu olan ve nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlü olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne” karar verilmiş, ancak Danıştay;

“...teknik bilirkişi tarafından düzenlenen raporda yüksek gerilim hattında 36 bin voltaj elektrik bulunduğu, bu hattan kopan telin toprakla teması sonucu yangın çıkmış olduğu ve yüksek gerilim hattının onarılmış olduğunun belirtildiğinden; bu durumda idarenin hizmeti gereği gibi yerine getirmemesi sonucu meydana geldiği anlaşılan zararın, hizmet kusuru nedeniyle tazmini gerektiği” gerekçesi ile bozma kararı vermiştir³⁵⁷.

³⁵⁴ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, s.1280.

³⁵⁵ Sancakdar, *İdare Hukuku*, s.865; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku* (2017), s.698.

³⁵⁶ Çağlayan, *İdarenin Kusursuz Sorumluluğu*, s.195,196.

³⁵⁷ Danıştay, 10D., 03.02.1998, 3746/476. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

3. Zarar Görenin Davranışı

Meydana gelen zarar, zarar görenin kusurlu davranışından doğmuş ise, zarar ile idarenin davranışı arasında illiyet bağı kesildiğinden idarenin sorumluluğu ortadan kalkacaktır. Bu durumda, idarenin hem kusurlu hem kusursuz sorumluluğu ortadan kalkabilir³⁵⁸.

Zarar görenin fiil ve davranışı zararın doğmasında başlıca etken olduğu hallerde, zarar ile idare arasında nedensellik bağı tamamen kesildiğinden idarenin tazminat sorumluluğu da ortadan kalkar.

Zarar görenin kusuru, bazı olaylarda illiyet bağını kesecek derecede değildir, ancak idarenin kusuru ile birleşerek zararın oluşumuna etkide bulunmakta ve/veya ağırlaşmasına neden olmaktadır. Bu halde, idarenin sorumluluğu ortadan kalkmaz ve tazmin yükümlülüğü devam eder; ama birlikte kusur nedeni ile azalmaktadır.

Danıştay kararlarında, zararın doğuşunda idare yanında zarar görenin de birlikte (müterafik) kusurunun bulunması halinde, ödenecek tazminat tutarını eksiltici bir neden; zarar görenin eyleminin, zararın doğmasında başlıca etken olduğu hallerde ise, zarar ile idare arasında nedensellik bağı tamamen kesildiğinden idarenin tazminat sorumluluğu ortadan kaldıran neden olarak kabul edilmektedir³⁵⁹. İdarenin sorumluluğunun ortadan kalkması için, zarar gören kişiden kaynaklanan fiil ve davranışın zararın doğumunda esaslı bir rol oynaması, idarenin fiil ve davranışıyla zarar arasındaki nedensellik bağını tamamen kesecek bir nitelikte bulunması gerekir. Bu hâller ise her somut olayda ayrı ayrı tespit olunacaktır.

Danıştay Milli Savunma Bakanlığı aleyhine açılan davaya ilişkin, “*ticari itibar kaybına idare değil, bilakis davacı şirketin kendi kusurlu fiilinin neden olduğu, dava konusu ihalede davacı şirketin kullanmış olduğu iş deneyim belgesinin niteliğini bilmemesinin mümkün olmadığı ve bu fiilin zararın doğmasında başlıca etken olması nedeniyle idarenin kusuru ile zarar arasındaki illiyet bağını kesecek nitelikte bulunduğu*ndan, davada, manevi tazminata hükmedilmesine olanak bulunmadığına” karar vermiştir³⁶⁰. Bir diğer kararda, “söndürme faaliyetlerinden sorumlu olan idarenin

³⁵⁸ Sancakdar, *İdare Hukuku*, s.865; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku* (2017), s.704.

³⁵⁹ Danıştay, 13D., 03.12.2018, 2874/3543; 13D., 07.10.2013, 1291/2484; 8D., 15.02.2017, 3574/827. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

³⁶⁰ Danıştay, 13D., 10.04.2014, 359/1380. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

yangına zamanında müdahale etmemek suretiyle hizmetin geç işlemesi nedeniyle hizmet kusurunun bulunduğu, her ne kadar yangın raporunda, yangının çıkış nedeninin bilinmediği belirtilmekte ise de; yangının çıkmasında gerekli önlemleri almayan davacının da olayın meydana gelmesinde kusurlu olduğu anlaşıldığından, davalı idarenin belirlenecek eşlik eden (müterafik) kusur oranına göre tazminle sorumlu tutulması gerektiği” belirtilmiştir³⁶¹.

Yetersiz sağlık hizmeti verilmesi nedeniyle çocuklarının zihinsel ve bedensel özürlü doğduğu iddiasıyla açılan tam yargı davasında mahkeme, “ idarenin sağlık hizmetini kusurlu işletmesi yanında, hamilelik döneminde düzenli kontrollerini yaptırmayan ve doğum eyleminin başlamasından çok sonra hastaneye müracaat eden annenin kusurunu da dikkate alarak”, tazminat talebinin kısmen kabulüne karar vermiş; kararı temyizen inceleyen Danıştay ise “gerek bilirkişi raporunda gerekse Adli Tıp Kurumu Genel Kurulu kararında, bebeğin zihinsel ve bedensel özürlü olarak doğmasına, davalı idarece sunulan sağlık hizmetinin kusurlu işlemesinin sebep olduğu yolunda bir değerlendirme yer almadığından” bozma kararı vermiştir³⁶².

Anne.....'ın gebelik takibinin yapıldığıÜniversitesi ... Tıp Fakültesi Hastanesi'nde bebek ..'ın "down sendromu" olduğunun tespit edilememesi nedeniyle uğranıldığı iddia olunan maddi ve manevi zararların tazmini istemli davaya ilişkin olarak verilen Danıştay kararında;

“...bu tarz özellikli hastalara yönelik olarak idare tarafından sunulan sağlık hizmetindeki takip zincirinin teyit işleminin mutlaka yapılması şeklinde oluşturulması gerektiği dolayısıyla davalı idare bünyesinde faaliyet gösteren sağlık kuruluşunda sunulan sağlık hizmetinin takip zinciri içinde işlemin sağlamasının yer almaması açısından eksik örgütlendiği, davacıların da düzenli olarak gebelik takibi yaptırma konusunda özensiz davrandığı ve kusuru olduğunun açık olduğu görüldüğünden...” kabul edilen maddi tazminatın davacıların kusuru oranında indirilmesi gerektiği gerekçesi ile bozma kararı verilmiştir³⁶³.

³⁶¹ Danıştay, 8D., 15.02.2017, 3574/827. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

³⁶² Danıştay, İDDK, 24.11.2011, 2113/1468. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

³⁶³ Danıştay, 15D., 17.10.2017, 9826/5596. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

4. Üçüncü Kişinin Davranışı

Üçüncü kişinin davranışı da zarara neden olması ve/veya katkıda bulunması halinde, idarenin sorumluluğunun ortadan kalkması ya da azalmasına neden olabilir; bu durumda üçüncü kişinin davranışının mutlaka kusurlu olması aranmaz.

Üçüncü kişinin fiil ve davranışının zararın doğmasında başlıca etken olduğu hallerde, idarenin kusura dayanan sorumluluğu tamamen ortadan kalkar. Zararın doğuşunda idarenin faaliyeti ile birlikte üçüncü kişinin davranışının bulunduğu durumlarda ise, idare ve üçüncü kişi sebep oldukları zarar miktarınca sorumlu tutulur. Bu takdirde zarara uğrayan kişi, idareden idarenin faaliyetleri ile neden olduğu kısmını talep edebilir. Kural olarak, idari yargıda müteselsil sorumluluk esası kabul edilmemektedir³⁶⁴.

İdarenin kusursuz sorumluluğunu gerektiren koşulların varlığı halinde, üçüncü kişinin fiil ve davranışının zarara katkısı olması idarenin tazmin sorumluluğuna bir etkisi olmaz, idarenin sorumluluğu devam eder³⁶⁵. Bu halde zararın tamamından sorumlu olan idare, tazmin ettiği zarara katkısı oranında üçüncü kişiye rücu edebilir³⁶⁶.

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 parmağın kesilmesi nedeniyle uğranılan zararın tazmini için açılan davada; idarenin kamu hizmetleri için gerekli organizasyonu kurmak, yeterli araç ve gereçlerle donatılmış bina ve tesislerle, ehil elemanlar çalıştırarak bu hizmetleri yürütmekle yükümlü olduğu, olayda yanlış ilaç enjekte edilerek ilgilinin parmağının kangren olması sonucu kesilmesine sebep olan idarenin hizmet kusurunun açık olduğu kabul edilerek verilen davanın kabulü kararının temyizinde ileri sürülen "doktorun yazdığı reçete muhteviyatına uymayan bir ilacın eczane tarafından verilmesi ya da hastanın da yazılan ilacı getirdiğini beyan etmesi sonucu personelin yanıltıldığına dayanan kusurun ilgili ve 3. kişiye ait olduğu iddiaları Danıştay'ca kabul görmemiş ve karar onanmıştır³⁶⁷.

³⁶⁴Armağan, *İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları*, s.279; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s.706.

³⁶⁵ Gözler, *İdare Hukuku* (2012),s.1350; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s.707-708; Atay, *İdare Hukuku*, s.787.

³⁶⁶ Gözler, *İdare Hukuku* (2012), s.1350-1351; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku* (2017), s.707; Atay, *İdare Hukuku* (2018), s.788.

³⁶⁷ Danıştay, 10D., 08.12.1997, 2121/5476. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

Sağlık Bakanlığı'na bağlı ...Hastanesi'nde davacıya yapılan kan nakli esnasında HIV virüsü bulaşması nedeniyle açılan tam yargı davasında;

“...kan ve kan ürünlerinin alınması, test edilmesi, işlenmesi, depolanması ve transfüzyonunda sorumluluğun ilgili hizmet birimi, transfüzyon merkezi ve hekimde olduğu, mevzuatta belirtilen planlama ve denetimde eksiklik olursa Sağlık Bakanlığının müterafik kusurundan söz edilebileceği, bu nedenle Kızılay'dan alınan virüslü kanın davacıya nakli olayında Sağlık Bakanlığı'nın denetim görevini yerine getirmediğinden bahsedilemeyeceği olayda davalı idareye atfedilebilecek herhangi bir hizmet kusuru bulunmadığına...”

karar verilmiştir³⁶⁸.

Üçüncü kişinin kamu görevlisi olması ihtimalinde; kamu görevlisi üçüncü kişinin zarara neden olan davranışının hizmetten ayrılabilir ya da ayrılamaz olması durumuna göre değerlendirmek gerekir. Kamu görevlisinin davranışı hizmetten ayrılabilen kişisel kusur oluşturmadığı takdirde, zararın tazmini için idare aleyhine dava açılacak; idare kamu görevlisine rücu edebilecektir. Hizmet kusuru-kişisel kusur ayrımı başlıklı bölümde konu incelenmiştir³⁶⁹.

III. SAĞLIK HİZMETLERİNDE İDARENİN KUSURSUZ SORUMLULUĞU

Anayasanın 125'nci maddesi son fıkrası *“idare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür”* hükmünde idarenin sorumluluğu için kusurlu olması vurgusunda bulunulmadığından, idarenin kusursuz sorumluluk ilkesine göre sorumlu tutulmasının mümkün olduğu kabul edilmektedir. İdarenin kamu hukuku alanından kaynaklanan mali sorumluluğunun çerçevesi ile hüküm ve esasları, Anayasa'nın bu hükmünden yola çıkılarak içtihatlarla belirlenmiştir.

Danıştay içtihatlarına göre idarenin mali sorumluluğu, kusur sorumluluğu ve kusursuz sorumluluk şeklinde ikiye ayrılmakta; kusursuz sorumluluk da dayandığı sebebe göre tehlikeli faaliyetler, mesleki risk, sosyal risk ve fedakârlığın denkleştirilmesi

³⁶⁸ Danıştay, 15D., 20.03.2017, 9796/1269. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

³⁶⁹ Bk.s.55 vd.

biçiminde tasnif edilmektedir. Kusur sorumluluğunda idarenin kusurlu bulunması (hizmet kusuru) sorumluluğun temel şartı iken, kusursuz sorumluluk hâllerinde idarenin kusuru bulunmasa dahi mali sorumluluğu söz konusu olabilmektedir³⁷⁰. İster hizmet kusuru ister kusursuz sorumluluk ilkelerine dayandırılınsın, idarenin hukuki sorumluluğu için bir zararın varlığı, zarara yol açan eylemin idareye yüklenebilir nitelikte olması, zarar ile eylem arasında illiyet bağının bulunması, zarara yol açan işlem ve eylemin bir hizmet kusuru teşkil etmesi veya kusursuz sorumluluk ilkelerinin uygulanmasına elverişli nitelikte olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi zorunludur. Maddi olguda bu koşullardan birinin yokluğu idarenin tazmin sorumluluğunu kaldırır. Ortada bir zarar yoksa veya meydana gelen zarar idari eylem ya da işlemden doğmamış ise yahut zararlar eylem ya da işlem arasında nedensellik bağı kurulamıyorsa idarenin tazmin sorumluluğundan söz edilemez³⁷¹.

İdare hukuku uygulamasında, kusursuz sorumluluk içtihatlarla geliştirilmiştir. Kusursuz sorumluluk, olayın meydana gelmesinde kusuru bulunmamasına rağmen, idarenin eylemi ile zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmak şartıyla, meydana gelen zarardan sorumlu olmasıdır.

Kusursuz sorumlulukta idarenin sorumlu tutulabilmesi için, icra ve ifa edilen faaliyet ve hizmetlerin hukuka ya da kanuna aykırı olması da gerekmez. Kusursuz sorumluluğa temel teşkil eden iki ana esastan söz etmek mümkündür. Bunlardan ilki, risk ilkesi ikinci ise kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesidir³⁷². Öğretide idarenin kusursuz sorumluluğuna ilişkin ilkelerin farklı başlıklar altında değerlendirildiği de görülür. Atay, idarenin kusursuz sorumluluğunu tehlike ilkesi, sebep olma ilkesi, fedakarlığın denkleştirilmesi ve hakkaniyet ilkeleri ile açıklamıştır³⁷³. Kusursuz sorumluluğun temelini bu ilkelerden hangisinin oluşturduğu ise tartışmalı bir mevzudur. Esin, risk

³⁷⁰ AYM, 11.12.2018, 2015/17344. Lexpera (erişim tarihi: 01.04.2020).

³⁷¹ AYM, 2015/17044, T. 11.12.2018; 2. B., B. 2015/17344 T. 11.12.2018; 2. B., B. 2015/17110 T. 28.11.2018; 1. B., B. 2015/8533 T. 14.11.2018; 1. B., B. 2016/3574 T. 24.10.2019; AYİM 1. D., 06.07.2010, 2010/308, AYİM 2. D., 8.10.2008, 2007/446; AYİM 2. D., 20.7.2005, 2003/344; AYİM 2. D., 13.02.2002, 2001/774; AYİM 2. D., 23.01.2002, 2001/226. Lexpera(erişim tarihi:15.03.2020).

³⁷² Şeref Gözübüyük, *Yönetim Hukuku*, Turhan Yayınları, Ankara, 2010:s.355; Çağlayan, *İdarenin Kusursuz Sorumluluğu*, s. 255.

³⁷³ Atay, *İdare Hukuku*, s.740.

ilkesini müstakil bir kuram olarak değil esaslarını “kamu külfetleri karşısında eşitlik” ve “hakkaniyet ve nasafet” ilkelerinin teşkil ettiği bir ilke olarak değerlendirmiştir³⁷⁴.

Kusursuz sorumluluk ilkesine dayanarak verilen yargı kararlarında; “adalet”, “hakkaniyet ve nesafet”, “risk”, “kamu külfetleri karşısında eşitlik” gibi ilkelere dayanılmaktadır. Danıştay, “köy muhtarı olan murislerinin teröristlerce öldürülmesinden dolayı “idarenin eyleminden doğmamakla birlikte mevcut bir zararın bir veya bir kaç kişi tarafından yüklenilmemesi, bunun topluma yayılmasının adalet, eşitlik ve hakkaniyet esaslarına daha uygun düşeceği düşüncesiyle idare tarafından karşılanması gerektiğini” kabul etmiştir³⁷⁵. Diğer bir Danıştay kararında, yine terör olayları sonucu ortaya çıkan zararlarda idarenin hizmet kusuru bulunmamakla birlikte, idari faaliyet alanıyla ilgili, toplum içinde ortaya çıkan terör eyleminin sonucu olarak uğranılan özel ve olağandışı zararın sosyal risk ilkesi uyarınca tazmini gerektiğini kabul edilmiştir³⁷⁶.

İdarenin kusuru bulunmamakla bile, yürüttüğü tehlikeli faaliyetler veya kullandığı tehlikeli araçlar nedeniyle ortaya çıkan zararı tazmin etmekle yükümlü olmasına, risk sorumluluğu denir³⁷⁷. Risk (tehlike) ilkesinin uygulanması ile idare kusursuz olsa dahi sorumlu olacaktır. Örneğin; idarenin yürüttüğü faaliyetlerden veya kullandığı araçlardan niteliği ya da yapısı gereği belli bir tehlike içerenler nedeniyle zarara neden olunması halinde, idare, kusursuz sorumluluk ilkesi gereği zararı tazminle yükümlü sayılır. Yine, kamu hizmetinde çalışan bir kişinin görevi nedeniyle, hizmetin ya da bir başka ifadeyle mesleğin kaçınılmaz bir tehlikesi olarak kabul edilen bir zarara uğraması hâlinde, mesleki risk ilkesine göre, bir kusuru olmasa dahi ortaya çıkan zararı idare tarafından tazmin edilir.

Kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi başlığında toplanabilecek diğer kuramlar; idarenin kusur oluşturmayan ve tehlikelilik taşımayan davranışından kaynaklanan zararın giderilmesi, bir diğer ifade ile kamu külfetleri karşısında eşitliğin bozulmasından doğan olumsuzluğun giderilmesi ortak amacını taşımaktadır. Zira; kamu külfetleri karşısında

³⁷⁴ Esin, *İdarenin Hukuki Sorumluluğu Danıştay’da Açılacak Tazminat Davaları*, Balkanoğlu Matbaacılık, II. Kitap: Esas, Ankara,1973: s.131.

³⁷⁵ Danıştay, 10D., 8.4.1992, 1683/1311. Lexpera (erişim tarihi:15.03.2020).

³⁷⁶ Danıştay, 10D., 4.10.1996, 1102/5774. Lexpera (erişim tarihi:15.03.2020).

³⁷⁷ Şeref Gözübüyük / Turgut Tan, *İdare Hukuku*, C.I Genel Esaslar, Turhan Kitabevi, 2.B., Ankara 2001:s.686; Gözler, *İdare Hukuku*, s.1075.

eşitliğin bozulmasından dolayı idarenin sorumluluğu; “nimetlerinden toplumun tümü tarafından yararlanan idare eylem ve işlemlerinin neden olduğu külfetlerin, sadece belirli bir kişi veya kişilerin üstünde kalması durumunda, bu kişi veya kişilerin uğradığı zararların kusuru olmasa bile idare tarafından tazmin edilmesidir”³⁷⁸.

Fransa’da idarenin sağlık hizmetlerinden dolayı idarenin kusursuz sorumluluğunun kabul edildiği örnekler vardır. Fransa’da 01.07.1964 tarihli Yasa uyarınca zorunlu aşı uygulamaları sebebiyle meydana gelen zararlarda; aşının nerede uygulandığının (hastanede, bir kurumda veya evde) önemi olmaksızın, devletin kusursuz sorumluluğu kabul edilmiştir. Ancak, kusursuz sorumluluk zorunlu aşı uygulamaları ile sınırlı tutulmuş, zorunlu olmayan aşılarından kaynaklanan zararlarda devletin sorumluluğu için kusur şartı aranmıştır³⁷⁹.

Ülkemizde ise Danıştay, koruyucu sağlık hizmetleri kapsamında gerçekleştirilen aşıdan kaynaklanan zararlarda, idarenin verilen hizmeti tıp kurallarına uygun olarak yürüttüğü tespit edildiğinde idarenin hizmet kusuru gerçekleşmediğinden idarenin tazmin yükümlülüğünün doğmayacağına; bu bakımdan idarenin eylemi ile gerçekleşen zarar arasında illiyet bağı bulunduğundan bahisle kusursuz sorumluluğa dayalı olarak tazminata hükmedilmesinde hukuki isabet bulunmadığına karar vermiştir³⁸⁰.

Yine Fransa’da kan ürünlerinin nakilleri nedeniyle kişilerin uğradıkları zararlar bakımından idarenin kusursuz sorumluluğu kabul edilmiştir. Fransız Danıştay’ı, 1995 yılında verdiği kararında, kan ürünlerinin aktarımında kendilerine aktarılan kanların kötü kalitesi nedeniyle zarar görmeleri halinde kişilerin uğradıkları zararlardan dolayı idarenin kusursuz sorumluluğunu kabul etmiştir³⁸¹. Fransa’da 1998 yılında “Fransız Kan Kurumu” kurulmuş ve sorumluluk bu kuruma yüklenmiştir³⁸².

Ülkemizde Danıştay, kan ürünlerinin aktarımına ilişkin hizmetlerde yine hizmet kusuru esaslarını uygulamıştır. Örneğin; SSK hastanesinde kan verilmesi sırasında, bu kanlardan bulaşan AIDS virüsünün ölüme neden olduğu iddiasıyla açılan tazminat

³⁷⁸ Gözler, *İdare Hukuku* (2012), s.1242.

³⁷⁹ Gözler, *İdare Hukuku*(2012), s.1098.

³⁸⁰ Danıştay, 15D., 29.1.2015, 8649/410. Lexpera (erişim tarihi:15.03.2020).

³⁸¹ Conseil d’Etat Assemblée, 26 Mais 1995, N°Guyen, Jouan ve Pavan, RDCE 1995, s.221-222.

³⁸² Chapus,s.1315, Aktaran Çağlayan, *İdarenin Kusursuz Sorumluluğu*, s.272.

talepli davada, kan ürünleri üzerinde gerekli tüm incelemeler yapıp güvenli ise kullanımına izin verilmesi gerektiği, bu nedenle gereken dikkat ve özeni gösterilmediği olayda idarenin hizmet kusuru bulunduğu kabul edilerek idarenin tazmin yükümlülüğü olduğuna karar verilmiştir³⁸³.

Fransız Danıştay'ı kararlarında risk sorumluluğu ilkesi uygulanarak idarenin kusursuz sorumluluğunun kabul edildiği bir diğer örnek, bir hastalığın teşhis ve tedavisi için zorunlu olan ancak sonuçları tam olarak bilinmeden uygulanan riskli tıbbi yöntemlerden kaynaklanan zararlardan dolayı idarenin kusursuz sorumluluğunun kabul edilmiş olmasıdır³⁸⁴. Fransız İdare Mahkemesi, AIDS hastalığının tedavi edildiği hastanede görev yapan hemşireye AIDS virüsü bulaşması ve cinsel temas sonucu hemşirenin de eşine virüs bulaştırması nedeniyle, eşin uğradığı zararın kusursuz sorumluluk ilkesine göre idarece karşılanmasına karar vermiştir³⁸⁵.

Ülkemizde ise Danıştay'ın yerleşik içtihatlarında, bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetinden yararlanan kişilerin zarara uğraması halinde, bu zararın tazmininin, ancak idarenin hizmet kusurunun varlığı durumunda mümkün olduğu, kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanamayacağı kabul edilmektedir³⁸⁶.

Öğretide, sağlık hizmetinden kaynaklanan zararların tazmininde kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanabilirliği konusunda farklı görüşler vardır.

Güran'a göre; sağlık hizmetlerinden doğan idari sorumlulukta idarenin kusursuz sorumluluk esasları benimsenmeye başlanmıştır:

“...Belli birtakım doğal mesleki riskler taşıdığından, idareyi sorumlu tutmak için ağır kusurun arandığı faaliyetlerde, sorumluluğun, kusursuz sorumluluk kuramına, özellikle de 'risk/sosyal risk' ilkesine kaydırılması artık kaçınılmazdır. İdarenin, mümkün olan önlemleri almış, tıp bilimi ve mesleği kurallarına uygun davranılmış olmasına rağmen, örneğin nükleer tıp uygulamaları, beyin ameliyatları, akıl hastalarının bakımı, muhafazası gibi özünde risk taşıyan

³⁸³ Danıştay, 10D., 22.11.1999, 1997/5590. Lexpera (erişim tarihi:15.03.2020).

³⁸⁴ Conseil d'Etat Assemblée, 9 Avril 1993, Bianchi, RDCE 1993, s.127.

³⁸⁵ Tribunal Administratif de Paris, 20 Décembre 1990, Ephoux B., RDCE 1990, s.514

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000008281928>(erişim tarihi:18.03.2020)

³⁸⁶ Danıştay, İDDK., 16.5.2018, 1293/2379; İDDK., 16.5.2018, 778/2380; 15D., 30.5.2016, 2015/9957; 15D., 2.11.2017, 1238/3880; 15D., 30.5.2016 4490/6239; 15D., 6.6.2016, 4502/3879; 15D., 5356/4029, 15D., 21.9.2016 467/3705; 15D., 2.11.2017, 1238/467. Lexpera (erişim tarihi:18.03.2020).

faaliyetlerinde, illiyet bağı kurulabilen zararların tazmininde, ağır kusur aramak yerine kusursuz sorumluluk uygulanmalıdır. İdarenin tıbbi faaliyetleri alanında da, alelade kusur ve ağır kusur sorumluluğu yanında, kendisi ve ajanı hekimin yaptıkları hakkında herhangi bir kıymet hükmü verilmeden salt illiyet bağı ile çözümlenen kusursuz sorumluluğu şeklindeki üçlü sorumluluk düzeni içtihadın koyacağı esaslar, yapacağı ayrımlar ve çizeceği sınırlar içinde geliştirilip işletilmelidir”³⁸⁷.

Aşçıoğlu’da, sağlık kamu hizmetinden kaynaklanan davalarda kusursuz sorumluluk ilkesinin geçerli olması gerektiği görüşündedir: “(...)Yeni bir cerrahi yöntemin uygulanmasındaki sorumluluk, bilinmeyen, çok yaygın olarak kullanılmayan tıbbi müdahalelerin uygulanması ya da beklenmeyen veya bilinmeyen bir sonucun doğması halinde hastanenin sorumluluğu alanının hasta hakları doğrultusunda hasta kişiler lehine kusursuz sorumluluk yoluyla genişletilmesi, kan verme durumlarında sorunlu olduğu halde kan verilmesi, AIDS mikrobunun geçmesi, bulaşma riskine karşın zarar görene hizmete yönelik atfedilebilir kusurun yokluğunda bile tazminata hükmedilmesi hakkaniyete ve adalet ilkelerine uygun olacaktır”³⁸⁸.

Gökcan’a göre; sağlık hizmetleri alanında da kusursuz sorumluluk teorisinin uygulanabileceği alanların bulunduğu görülmektedir. Fransız uygulaması örneklerinde görüldüğü gibi, kan ürünlerinin nakli dolayısıyla ve akıl hastalarının tedavi sürecinde sosyalleştirilmesiyle ilgili uygulamalar nedeniyle kusursuz sorumluluk kabul edilmelidir. Benzer düşünce, bünyesinde risk bulunan nükleer tıp uygulamaları gibi tıbbi alanlar bakımından da ileri sürülebilir. Koruyucu sağlık hizmetleri kapsamında yapılan zorunlu uygulamalar (aşı vb.) da kusursuz sorumluluğu gerektirir niteliktedir. Yine, tıbbi cihazlarda ortaya çıkan beklenmeyen arızalar nedeniyle de idarenin kusursuz sorumluluğu bulunmaktadır. Gökcan, tedavi hizmetlerinin bünyesinde mevcut olan risk sorumluluğunun kamu sağlığının aleyhine olmaması açısından hekimlere yükletilmemesini, fedakârlığın paylaşılması ilkesi uygulanarak hastane işletmeciliği üzerinden çözümlenmesini önermektedir³⁸⁹. Bu öneri, kamu hastane işletmeciliği

³⁸⁷ Güran, “Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu”, s.21,22.

³⁸⁸ Aşçıoğlu, *Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar*, s.111.

³⁸⁹ Hasan Tahsin Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk*, Seçkin yayıncılık, Ankara,2013: s.1039,1040.

açısından değerlendirildiğinde, idarenin de sağlık hizmetlerinden dolayı kusursuz sorumluluk ilkesi esas alınarak sorumlu tutulması anlamına gelmektedir.

Kaplan, sağlık hizmetlerinde bazı durumlarda hizmet kusuru şartından vazgeçilerek kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanmasının ya da en azından zarar gören lehine kusur karinesinin kabul edilmesinin daha doğru olacağı görüşündedir³⁹⁰.

Tıbbi uygulamalarda kusursuz sorumluluk ilkesinin kabul edilmesinin devleti “hayat sigortası” uygulamasına zorlayacağı, idarenin kusursuz sorumluluğunun amacının ise, kişilerin her hal ve şartta uğradıkları zararlarının tazmini olmadığını ileri süren görüşler de mevcuttur³⁹¹.

Danıştay, Sıtma Savaş Başkanlığı sıtma mücadelesi görevlilerince yapılan ilaçlama sırasında davacının iki ineğinin ölmesi nedeniyle açılan davada:

“...Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 125.maddesine göre, idarenin kendi eylem ve işlemlerden doğan zararları gidermek zorunda olduğuna, Anayasanın bu amir hükmü uyarınca idarenin, hukuka uygun ve kusursuz olarak yürüttüğü bir kamu hizmetinden dolayı da sorumlu olabileceğine, fiil ile zararlı sonuç arasında illiyet bağının bulunması şartıyla, idarenin kamu yararı düşüncesi ile yaptığı hizmetler dolayısıyla, idareye yüklenebilecek bir hizmet kusuru olmasa da yani kusursuz olsa dahi zararın tazmininin, hukuk devletinin ve hak ve nesafetin bir gereği olup, bazı kişilerin veya mallarının uğradığı özel zararların karşılanması kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinin bir sonucu olduğuna...” karar vermiştir³⁹².

İdarenin kusursuz sorumluluğuna temel teşkil eden, risk ve kamu külfetleri karşısında eşitlik olmak üzere iki ana ilkeyi esas alarak değerlendirdiğimizde; niteliği gereği bünyesinde risk mevcut olan sağlık hizmetlerinin her alanında kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanamayacağı, ancak; tıp biliminde gerçekleşen ve gelecekte devam edecek gelişmeler de dikkate alındığında, idarenin kan ürünlerinin toplanması ve aktarımı, nükleer tıp uygulamaları, koruyucu sağlık hizmeti olarak yapılan zorunlu aşı uygulamaları, ilaçlama çalışmaları gibi faaliyetlerinden dolayı, zarar ile idarenin eylemi

³⁹⁰ Gürsel Kaplan, “İdarenin sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler”, AYİM Dergisi, Y:2004,Sa:19, Kitap:1, s.195.

³⁹¹ Yasin Melikşah, “Tıbbî Hatalardan İdarenin Sorumluluğu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku Sempozyumu, Deniz Ofset Matbaacılık, İstanbul,2007, s.250.

³⁹² Danıştay 10D., 21.02.1983, 3142/322. Danıştay Bilgi Bankası.

arasında illiyet bağı kurulması halinde kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanabileceği kanaatindeyiz.

İdare aleyhine yürütülen sağlık hizmetlerinden dolayı açılan tam yargı davalarında, öncelikle her somut olayın özellikleri, olayın oluşumu ve zararın niteliği irdelenip, idarenin hizmet kusuru olup olmadığının araştırılması, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkelerinin uygulanıp uygulanmayacağına incelenmesi gereklidir. İdarenin sorumluluğunda asıl olan kusur, istisna olan kusursuz sorumluktur. Ancak, şartları gerçekleştiğinde sağlık hizmetlerinden dolayı da kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanması, idarenin kusursuz sorumluluğunun dayandırıldığı “adalet”, “hakkaniyet ve nesafet” ilkeleri bakımından da uygun olacaktır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM İDARENİN SAĞLIK HİZMETİ SUNUMUNDAN KAYNAKLANAN TAM YARGI (TAZMİNAT) DAVALARI

I. GENEL OLARAK TAM YARGI DAVASI

Anayasa'nın 125. Maddesinde “*idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu, idari işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin yazılı bildirim tarihinden başlayacağı, yargı yetkisinin idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olduğu ve hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamayacağı, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu*”; 142. maddesinde de “*mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin yasayla düzenleneceği*” belirtilmiştir.

Anayasa hükümleri uyarınca, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda idarenin yargı denetimi belirli usul kurallarına tabi olarak düzenlenmiştir. İdare hukuku alanında idare tarafından tesis edilen idari işlemler ile eylemlerinden doğan uyuşmazlıklara bakma görevi idari yargı yerlerine aittir. İdari yargı, kendine özgü kuralları ve yargılama yöntemleri bulunan adli yargıdan ayrı bir yargı düzenidir.

Hukukumuzda 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda sayılan idari dava türleri; iptal davaları, tam yargı davaları ve idari sözleşmelerden doğan davalardır. Tam yargı davası, 2577 sayılı İYUK'un 2. Maddesi 1. fıkrası (b) bendinde; “*İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan davalar*” olarak tanımlanmıştır.

Kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında uğranılan zararların idarece tazmini gerektiği idare hukukunun bilinen ilkelerindedir. İdarenin hukuki sorumluluğu, kamusal faaliyetler sonucunda, idare ile yönetilenler arasında yönetilenler zararına bozulan ekonomik dengenin yeniden kurulmasını, idarenin faaliyetlerinden dolayı bireylerin uğradığı zararın idarece tazmin edilmesini sağlayan bir hukuksal kurumdur. İdarenin böyle bir sorumluluğunun ortaya çıktığı durumlarda, yargı yoluna başvurularak idareye

karşı tam yargı davası açılacak ve davalı idareden uğranılan zararların tazmini istenecektir.

İdarenin herhangi bir eylem ve işleminden sonucu kişisel hakları doğrudan zarar gören kişiler tarafından, uğradıkları maddi veya manevi zararın tazmin edilmesi amacıyla, idare aleyhine idari yargıda açılan davalar, tam yargı davasıdır. İdare mahkemesi tam yargı davasında, hem olayın maddi yönünü, yani zararı doğuran işlem ve eylemleri, hem de bundan çıkabilecek hukuki sonuçları tespit eder.

Onar'a göre; *“Tam yargı davaları, hukukun malum ve klasik davalarıdır. Bunlar, idari bir faaliyetin ferdin subjektif hakları sahasında in'ikasından(=yansımasından) ve bir zarar husule getirmesinden, bir hakkı ihlal etmesinden doğan davalardır ”*³⁹³.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'³⁹⁴nun 49'uncu maddesine göre *“kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.”* Haksız fiilden kaynaklanan tazminat davaları özel hukuka tabii iken, idari faaliyetlerden doğan hak ihlallerinden kaynaklanan tazminat davaları idari yargılamaya usullerine tabidir. İdari yargı organlarınınca görülen tam yargı davalarında farklı süre ve usuller öngörülmüştür.

İdarenin sağlık kamu hizmetleri kapsamındaki faaliyetlerinden dolayı hakları zarara uğrayanlar tarafından idare aleyhine açılacak tazminat davaları da, idari yargıda açılması gereken tam yargı davalarındandır.

II. TAM YARGI DAVALARINDA ÖZELLİK ARZ EDEN HUSUSLAR

A. İdareye Başvuru Şarti (Ön Karar)

2577 sayılı İYUK 'nun 13. maddesine göre idari eylemlerden doğan tam yargı davalarında, idareye başvurarak ön karar alınması zorunludur. İYUK hükümleri uyarınca, hak ihlaline idarenin bir eylemi değil de işlemi sebep olmuşsa (kanuni istisnalar dışında) ön karar şartı aranmaksızın dava açılabilen iken; idari eylemlerden dolayı ancak böyle bir ön karar alındıktan sonra tam yargı davası açılabilir.

³⁹³ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, s.1769.

³⁹⁴ RG. 04.02.2011/27836.

İdari eylemler nedeniyle hakları ihlal edilenlerin, zararlarının giderilmesi talebiyle doğrudan doğruya tam yargı davası açmadan önce idareye başvurmaları ile cevap alınmasına “ön karar” denilmektedir.

Ön karar kurumunun kabul edildiği, 24.12.1964 tarih ve 521 sayılı Danıştay Kanunu'nun 72'nci maddesi gerekçesinde bu usul şu şekilde ifade edilmiştir: “...Yürürlükteki hükümler gereğince zararı mucibolan bir eylemin öğrenildiği tarihten itibaren 90 gün içinde tazminat davası açılması icabolemektedir. Bu kabil eylemler, hususi hukukun haksız fiillerine benzemektedir. Bu itibarla, bu fiillerde uygulanan zamanaşımına kıyasen ferdin idari eylemi öğrendiği tarihten itibaren bir sene içinde ilk önce idareye başvurarak hakkını yerine getirmesini istemesi ve bu talebi kısmen veya tamamen reddedildiği takdirde doksan gün içinde tazminat davası açması lazım geldiği 72'nci maddede açıklanmıştır. Bu usul, idari dava açmak için idari bir kararın bulunması yolunda İdare Hukuku'nda genel olarak kabul olunan esasa da uygun düşmektedir. Öte yandan idarenin tazminat isteğini yerine getirmesi de varit olup bu takdirde davaya mahal kalmamış olacaktır. Aynı zamanda dava açılması için ferde, doksan güne nispetle daha uzun bir süre verilmiş olmaktadır. Ancak idari muamelelerin bir an önce sonuca bağlanması zarureti dolayısıyla, bu konuda, hususi hukuktan farklı olarak beş yıllık zamanaşımı kabul edilmiştir”³⁹⁵.

İlgililerin, sağlık hizmetlerinden dolayı haklarının ihlal edildiği iddiası ile tazminat davası açmadan önce, uğradıkları zararın giderilmesi için idareye başvuruda bulunulması gereklidir. Ön karar kurumu ile, hakkı ihlal edilen kişinin dava açmaksızın hakkına kavuşmasının sağlanması amaçlanmıştır³⁹⁶. Bu şekilde, idareye de dava edilmeden zararını tazmin etmesi ve mahkeme giderleri de ödemek zorunda kalmaması konusunda fırsat tanınmış olacaktır.

Sağlık hizmetlerinden dolayı hakları ihlal edilen kişilerin idari dava açmadan önce, idarenin zarara neden olan eylemlerini, yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak zararlarının giderilmesini istemeleri gerekmektedir.

Bu isteklerin kısmen veya tamamen reddi hâlinde bu konudaki işlemin tebliğ tarihinden ve altmış gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten

³⁹⁵ Celal Karavelioğlu, *İdari Yargılama Usulü Kanunu*, 3. Baskı, Top-Kar Matbaacılık, 1997: s. 333. (Nakleden)

³⁹⁶ Gürsel Kaplan, *İdari Yargıda Dava Açma Süreleri*, Turhan Kitabevi, Ankara: 2011, s.393.

itibaren, altmış gün içinde tam yargı davası açılması gerekir. Görevli olmayan yargı mercilerine açılan tam yargı davalarının görev yönünden reddi halinde ise idareye başvurma şartı aranmayacaktır.

659 sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname'nin 12'nci maddesinde bu düzenlemeye paralel şekilde; idari eylemler nedeniyle hakları ihlal edilenlerce, idari dava açmadan önce 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 13 üncü maddesinin birinci fıkrası uyarınca yapılan başvuruların, sulh başvurusu olarak kabul edileceği ve altmış gün içinde sonuçlandırılmasının zorunlu olduğu düzenlenmiştir.

İdareden ön karar alınmadan, doğrudan tam yargı davası açılması halinde dava dilekçesi “idari merci tecavüzü” sayılarak ilgili merciyeye tevdi edilir³⁹⁷. Merciiine tevdi olunan dava dilekçesi, idarece bir “ön karar” alma dilekçesi gibi değerlendirilecek, verilecek yanıt üzerine de dava açılabilir. Danıştay'ın kararları da bu yöndedir³⁹⁸.

Öğretide, İYUK 13'üncü maddede düzenlenen ön karar için idareye başvuruda uyulması gereken bir yıllık idari başvuru süresinin idare hukukuna mahsus bir zamanaşımı süresi olduğu ya da bu sürenin hak düşürücü süre olduğu yönünde farklı görüşler vardır. Bir yıllık başvuru süresinin niteliğine ilişkin farklı görüşler olsa da, idareye bir yıl içerisinde yapılması gereken başvuru bir dava şartı olarak kabul edildiği için, bu süre içerisinde başvuru yapılmaması durumunda ilgili idareye başvurarak zararın karşılanması talep edilemeyeceği gibi, ön karar alma şartı yerine getirilmediğinden yargı organları önünde dava açılması da mümkün olmayacaktır³⁹⁹.

2577 sayılı Kanun'un 13. maddesi gereği, her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurulması gerekir. Eylem tarihi, sağlık hizmetlerinden kaynaklanan tazminat davalarında, hizmetin yapıldığı tarih olacaktır. Ancak, zararın hak

³⁹⁷Danıştay, 15D., 11.03.2014, 3699/1681. Lexpera (erişim tarihi:25.03.2020).

³⁹⁸Danıştay, 15D., 12.02.2014, 8254/659; 15D., 07.02.2017, 5752/546; 15D., 28.05.2015, 321/3383. Lexpera (erişim tarihi:25.03.2020).

³⁹⁹ Kaplan, *İdari Yargıda Dava Açma Süreleri*, s.392. Ramazan Çağlayan, “İdari Eylemden Doğan Tam Yargı Davalarında Dava Açma Süreleri”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IX, Sa. 3-4, s.26.

düşürücü olarak düzenlenen bu süreden sonra ortaya çıkması durumunda beş yıllık sürenin geçmesiyle dava hakkının düşmesi hakkaniyete uygun düşmeyebilir, bu nedenle zararın ortaya çıktığı tarih esas alınmalıdır⁴⁰⁰.

İdari eylemlerden doğan tam yargı davasının açılabilmesi için, eylemin idariliğinin ve yol açtığı zararın ortaya çıkması zorunludur. Danıştay kararlarında;

“...hukuki sorumluluğun koşullarının, her zaman, maddede öngörülen süreler içinde, olayın meydana geldiği anda ve bir arada ortaya çıkması mümkün olmadı; zararın idari eylemden kaynaklandığı, zararın gerçek miktarı veya illiyet bağının bu sürelerden sonra ortaya çıkabildiği; bundan dolayı, zararın doğmasına sebep olan eylemin idariliğinin öğrenildiği tarihin esas alınması gerektiği...”

kabul edilmiştir⁴⁰¹.

Anayasamızın "Hak Arama Hürriyeti" kenar başlıklı 36. maddesinde; *“herkesin, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma haklarına sahip olduğu”* hükmüne yer verilmiştir. Bu anayasal hüküm gereği, İYUK 13'üncü maddesinde öngörülen sürelerin, kişilerin haklarının ihlali yönünde ağır sonuçlara varan ve yargıya başvuru hakkını ortadan kaldırır nitelikte yorumlanmaması önemlidir. Ancak, maddeyi de işlevsiz bırakmayacak bir şekilde yorumlanması ve uygulanması gereklidir.

Anayasa Mahkemesinin 07/01/2013 tarih ve B. No:2012/791 numaralı kararında⁴⁰² ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin B. No:36533/04 numaralı Mesutoğlu-Türkiye kararında⁴⁰³;

“...dava açma hakkının doğal olarak yasayla belirlenen şartları olmakla birlikte, mahkemelerin yargılama usullerini uygularken bir yandan davanın hakkaniyetine hanel getirecek kadar abartılı şekilcilikten, öte yandan kanunla öngörülmüş olan usul şartlarının ortadan kalkmasına neden olacak kadar aşırı bir gevşeklikten kaçınmaları gerektiği...” açıklanmıştır.

⁴⁰⁰ Aşçıoğlu, *Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar*, s.143.

⁴⁰¹ Danıştay, 15D, 28.04.2016, 1825/3031; 15D., 22.01.2015, 5398/196; 15D., 21.04.2016, 1466/2755; 15D., 25.01.2016, 2764/205. Lexpera (erişim tarihi:25.03.2020).

⁴⁰² <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/0e14be9e-8748-4bd1-a2c3-aebab4fc1c44?wordsOnly=False> (erişim tarihi:25.03.2020).

⁴⁰³ <https://www.kararara.com/aihm/turkce2/aihm11183.htm> (erişim tarihi:25.03.2020).

Danıştay yerleşik içtihatları da aynı yöndedir⁴⁰⁴.

Danıştay, geçirdiği trafik kazası sonrası kaldırıldığı sağlık kuruluşunda tatbik edilen tıbbi hizmetin, hizmet gereklerine aykırı olması nedeniyle adı geçen ölümüne bağlı olduğu iddia edilen zararın ödenmesi talebiyle açılan tam yargı davasında;

“...uyuşmazlık konusu olayda; Cumhuriyet Üniversitesi Tıp Fakültesi çalışanları olan ilgililer hakkında 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu uyarınca halen adli soruşturma sürecinin devam ettiği hususu dikkate alındığında, eylemin idariliğinin öğrenildiği tarih olarak en erken, Üniversite Yetkili Kurulu tarafından verilen men-i muhakemeye ilişkin 15.04.2015 tarihli kararın, en geç ise Danıştay Birinci Dairesince bozulmasına ilişkin 02.06.2015 tarihli kararın esas alınması gerektiğinden, bu durumda 2577 sayılı Yasanın 13. maddesinin 1. fıkrasında yer alan bir yıllık süre içerisinde idari başvuru yolunun kullanıldığı, başvurunun reddedilmesi üzerinetarihinde temyizden incelemekte olduğumuz davanın açıldığı anlaşıldığından, davanın süresinde olduğunun kabulü ile davanın esas hakkında bir karar verilmesi gerektiğine...” karar vermiştir⁴⁰⁵.

Bir diğer kararda, Danıştayın yerleşik içtihatları uyarınca, idari eylemlerin neden olduğu bedensel zararların, kesin sağlık raporunun alındığı tarihte öğrenilmiş sayılması ve 2577 sayılı Yasada öngörülen sürenin, kesin sağlık raporunun ilgiliye verildiği tarihte işlemeye başlatılması gerektiği; ancak, ilgilinin muayene, tetkik ve tedavi sürecinin tamamlanmaması veya kesin sağlık raporunun alınmaması durumlarında, zararın

⁴⁰⁴ Danıştay 15D, 07.02.2017, 2015/7308; Danıştay 15D, 11.02.2014, 2013/3386; Danıştay 15D, 25.01.2016, 2014/2764; Danıştay 15D, 25.02.2015, 2014/5261; Danıştay 15D, 22.10.2015, 2014/6668; Danıştay 15D, 11.02.2014, 2013/3340; Danıştay 15D, 07.03.2016, 2016/245. Lexpera(erişim tarihi:25.03.2020) Karar gerekçelerinde “İdari eylem, idarenin işlevi sırasında bir hareketi, bir olayı, bir tutumu; idari karar ve işlemle ilgisi olmayan, başka bir deyişle öncesinde, temelinde bir idari karar veya işlem olmayan salt maddi tasarrufları anlatır. Söz konusu eylemlerin idariliği ve doğurduğu zarar bazen eylemin yapılmasıyla birlikte ortaya çıkarken, bazen de çok sonra, değişik araştırma, inceleme ve hatta ceza yargılamaları sonucu ortaya çıkabilmektedir. Özellikle kamu görevlilerinin idari bir tasarruf yaparken, mevzuatın, üstlendiği ödevin ve yürüttüğü hizmetin kural, usul ve gereklerine aykırı olarak, kendisine izafe edilebilecek boyutta ve biçimde, ancak gene de resmi yetki, görev ve olanaklardan yararlanarak, onları kullanarak hareket ettiği, bu nedenle de idaresinden tamamen ayrılmasını önleyen ve engelleyen görev kusurları nedeniyle doğan zararların tazmini istemiyle açılacak tam yargı davalarında eylemin idariliği, bazen ceza davalarıyla personelin şahsi kusuru sonucu mu, yoksa görev kusuru sonucu mu zararın ortaya çıktığının belirlenmesinden sonra saptanabilmektedir. Bu itibarla, 2577 sayılı Yasanın 13. Maddesinde öngörülen sürenin görev kusuru niteliğindeki hizmet kusurunun ortaya çıktığı tarihten itibaren hesaplanması zorunludur. Aksine yorumun, idarenin kusurunun ortaya çıkmasıyla kullanılması mümkün olan dava açma hakkını ortadan kaldıracığı, hak arama özgürlüğü ile bağdaşmayacağı...” yazılmıştır.

⁴⁰⁵ Danıştay, 15D., 28.04.2016, 1825/3031. Lexpera(erişim tarihi:25.03.2020).

öğrenildiğine ilişkin diğer bilgi ve belgelerin süre başlangıcına esas alınması gerektiği vurgulanmış ve olayda “davacılardan K2 için düzenlenen nihai durum bildirir sağlık kurulu raporunun 13.06.2013 olduğu dikkate alındığında eylemin idarilik vasfının 13.06.2013 tarihinde kazandığı değerlendirilerek” dava süresinde kabul edilmiştir⁴⁰⁶.

“...sağlık tazminatına ilişkin tam yargı davalarında, mahkemelerce maddi zararın tespiti amacıyla yaptırılan bilirkişi raporunda belirlenen maddi tazminat miktarının dava dilekçesinde talep edilen maddi tazminat miktarından yüksek çıkması halinde söz konusu bilirkişi raporunun davacıya tebliğinden sonra (eylemin idariliğinin öğrenildiği tarihten itibaren 1 yıl geçmiş olsa bile) ilk açılan davanın derdest olması ve bu davada ıslah talebi olmaması şartıyla, fazlaya ilişkin miktarın ödenmesi istemiyle davalı idareye yapılan başvurunun reddi üzerine dava açma süresi içerisinde açılan ikinci davanın süresinde kabul edilerek, açılan bu ikinci davanın ilk dava kapsamında ıslah talebi niteliğinde değerlendirilmek suretiyle zarar tespit bilirkişisi tarafından belirlenen fazlaya ilişkin kısım hakkında yeni bir karar verilmesi gerektiği...”

Danıştay kararında kabul edilmiştir⁴⁰⁷.

Danıştay, davayı açtıkları esnada çocuklarında kalıcı sakatlık meydana geldiğini bildikleri ve buna göre tazminat isteminde buldukları gerekçesiyle 2577 sayılı Kanun’un 13. maddesinde düzenlenen süreler geçirildikten sonra davanın süre aşımı nedeniyle esasının incelenme olanağı bulunmadığına dair mahkeme kararının temyizen incelenmesi neticesinde;

“...davacılar tarafından bilirkişi tarafından hesaplanan ancak mahkeme kararı ile istemle bağlı kalınarak hükmedilmeyen ... maddi tazminatın ödenmesi talep edildiğinden, bu yönüyle ikinci başvurunun reddi üzerine açılan davanın ilk açılan davanın devamı niteliğinde olduğu gerekçesiyle ıslah talebi olarak değerlendirilerek ve ıslaha ilişkin hükümler uygulanarak karar verilmesi gerektiğine” karar vermiştir⁴⁰⁸.

İYUK’un 13. maddesinin ikinci fıkrası; “görevli olmayan adli yargı mercilerine açılan tam yargı davalarının görev yönünden reddedilmesi durumunda, sonradan idari yargı mercilerine açılacak davalar için, idareye başvurma şartı aranmaz” kuralı ile idareye başvuru şartına istisna getirilmiştir.

⁴⁰⁶ Danıştay, 15D., 04.06.2015, 1071/3624. Lexpera(erişim tarihi:25.03.2020).

⁴⁰⁷ Danıştay, 15D., 13.03.2014, 3369/1782. Lexpera(erişim tarihi:25.03.2020).

⁴⁰⁸ Danıştay, 15D., 17.02.2014, 3669/760. Lexpera(erişim tarihi:25.03.2020).

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 28/3 maddesinde, İdare Mahkemeleri kararlarına göre işlem tesis edilmeyen veya eylemde bulunulmayan hallerde, idare aleyhine maddi ve manevi tazminat davası açılabileceği düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca açılacak tazminat davalarından önce ilgili idareye başvurmak gerektiği yolunda bir düzenlemeye yer verilmediğinden; mahkeme kararlarının uygulanmamasından doğan zararların tazmini için açılacak tam yargı davalarında dava açmadan önce idareye başvurarak ön karar alma şartı aranmamalıdır.

Anayasanın 138. maddesinin son fıkrası "*Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiç bir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez*" hükmüne amirdir. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 28/1. maddesinde de "*Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez.*" kuralı ile, Anayasamızda yer alan hükme uygun bir düzenleme getirilmiştir. Bu amir hükümler gereği, idarenin maddi ve hukuki koşullara göre uygulanabilir nitelikte olan bir yargı kararını "aynen" ve "gecikmeksizin" uygulamaktan başka bir seçeneği bulunmamakta olduğundan, zaten uygulamakla yükümlü olduğu mahkeme kararı tebliğ edilmiş ve yasal süresi içinde kararı uygulamamış olan idareye karşı bu nedenle açılacak tazminat davalarında ayrıca başvuru şartı aranmaması, mahkemeye erişim hakkının özüne de uygun olacaktır. Danıştay'da "*yargı kararıyla saptanmış olan bir hukuka aykırılığın kendisinin ya da sözü edilen yargı kararının uygulanmaması sonucu süre gelen hukuk dışılığın yarattığı zararın 2577 sayılı Yasanın 28/3. maddesi uyarınca tazmini için dava açmadan önce idareden bir "ön karar" alma zorunluluğu bulunmadığına*" karar vermiştir⁴⁰⁹.

B. Dava Açma Süresi

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7'nci maddesi gereğince, özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde Danıştayda ve idare mahkemelerinde dava

⁴⁰⁹ Danıştay, 5D., 08.07.2005, 5997/3465. Lexpera(erişim tarihi:25.03.2020).

açma süresi altmış ve vergi mahkemelerinde otuz gündür. Aynı maddenin ikinci fıkrasında bu sürenin, idari uyuşmazlıklarda yazılı bildirim yapıldığı tarihi izleyen günden başlayacağı kurala bağlanmıştır. İYUK 14/3(e) maddesine göre yapılacak ilk incelemede dava süreaşımı yönünden incelenecek, İYUK 15/1(b) maddesine göre de dava süresinde açılmamış ise reddedilecektir. Yasal dava açma süresi içinde yargı yoluna başvurulmaz ise, dava edilebilme niteliği yitirilmiş olacaktır.

İYUK 10'ncu maddesine göre; ilgililer, haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması için idari makamlara başvurabilirler. Altmış gün içinde bir cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır. İlgililer, altmış günün bittiği tarihten itibaren Danıştayda ve idare mahkemelerinde altmış ve vergi mahkemelerinde otuz günlük dava açma süresi içinde dava açabilirler. Altmış günlük süre içinde idarece verilen cevap kesin değilse ilgili bu cevabı, isteminin reddi sayarak dava açabileceği gibi, kesin cevabı da bekleyebilir. Bu takdirde dava açma süresi işlemez. Ancak, bekleme süresi başvuru tarihinden itibaren altı ayı geçemez. Dava açılmaması veya davanın süreden reddi hallerinde, altmış günlük sürenin bitmesinden sonra yetkili idari makamlarca cevap verilirse, cevabın tebliğinden itibaren altmış gün içinde dava açabilirler.

Dava açmadan önce idareye başvurulmuş ise altmış günlük cevap verme süresinde dava açma süresi işlemez, bir başka ifade ile cevap beklenen bu süre dava açma süresi değildir. İdare başvuruya cevap vermişse, konusuna göre idare mahkemelerinde cevabın alındığı günden başlanarak altmış gün içinde; idare başvuruya cevap vermemişse, altmış günlük "cevap bekleme süresi" dolduktan sonra, altmış gün içinde dava açmak gerekir.

İdari işlemlerden kaynaklanan tam yargı davaları, 2577 sayılı Kanun'un 12'nci maddesine göre açılır. Anılan hükme göre:

"İlgililer haklarını ihlal eden bir idari işlem dolayısıyla Danıştaya ve idare ve vergi mahkemelerine doğrudan doğruya tam yargı davası veya iptal ve tam yargı davalarını birlikte açabilecekleri gibi ilk önce iptal davası açarak bu davanın karara bağlanması üzerine, bu husustaki kararın veya kanun yollarına başvurulması halinde verilecek kararın tebliği veya bir işlemin icrası sebebiyle doğan zararlardan dolayı icra tarihinden itibaren dava süresi içinde tam yargı davası açabilirler."

İdari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanlar, 2577 sayılı Kanun'un 13'ncü maddesine göre tam yargı davası açacaklardır. Bu hükmün birinci fıkrası gereği, idari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı

bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gereklidir. Bu isteklerin kısmen veya tamamen reddi halinde, bu konudaki işlemin tebliğini izleyen günden itibaren veya istek hakkında altmış gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren, dava süresi içinde dava açılabilir.

Doktrinde, idari işlem ve eylemlerin devamlı olarak yargı tehdidi altında bırakılmasının toplum hayatında belirsizliğe yol açacağı, “idari istikrar” ve “kamu düzenini” ihlal edeceği, “kamu hizmetinde verimsizlik” üzerinde olumsuz etkilere neden olacağı gerekçeleriyle idari dava açabilmenin belirli sürelerle sınırlanması gerektiği kabul edilmektedir⁴¹⁰.

İYUK 13'üncü maddede düzenlenen ön karar için idareye başvuruda uyulması gereken bir yıllık süre dava açma süresi değil, tam yargı davası açabilmek için gerekli olan bir dava şartıdır. İlgililerin haklarının yerine getirilmesi taleplerine idarenin olumsuz bir cevap vermesi veya altmış gün içerisinde herhangi bir cevap vermemesi durumunda, idare mahkemelerinde genel dava açma süresi olan altmış gün içinde dava açılabilecektir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 14'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasının (e) bendinde dava dilekçelerinin, süre aşımı noktasından da incelenmesi ve 4'üncü fıkrasında, bu konuda kanuna aykırılık görülürse 15'inci maddenin uygulanması öngörüldükten sonra 6'ncı fıkrasında; aynı durumun ilk incelemeden sonra saptanması halinde de davanın her safhasında 15'inci maddenin uygulanması gerektiği ve Yasanın 15'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (b) bendinde; süre aşımı bulunan hallerde davanın reddine karar verilmesi kurala bağlanmıştır. Bu nedenle, idari yargılama hukukunda dava açma süresi, kamu düzeniyle ilgilidir ve hak düşürücü süre niteliği taşır.

İdarenin eylemleri niteliğinde olan sağlık hizmetlerinden zarar gören kişilerin, zararlarının giderilmesi talebiyle açacakları tazminat (tam yargı) davalarında, İYUK 13'ncü maddesinde öngörülen başvuru ve dava süreleri uygulanır.

⁴¹⁰ Lütfi Duran, “İdari Kazada Dava Açma Müddeti”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XI, Sa. 1-2, 1945: s. 238; Yahya Kazım Zabunoğlu, *İdare Hukuku*: C. II, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012: s. 522.

Danıştay, “...2000 yılı Nisan ayında ...'un görme yetisini kaybettiğini öğrenerek yanlış tedavi (fazla oksijen verilmesi nedeniyle görme kaybına uğranıldığı) nedeniyle uğranıldığı iddia edilen zararın giderilmesi istemiyle, davalı idareye 01.06.2000 tarihinde başvuran ve istemlerine altmış gün içinde cevap verilmeyen davacıların, 2577 sayılı Yasanın 13'ncü maddesinde öngörülen ikinci altmış günün sonu olan 29.09.2000 tarihine kadar dava açmaları gerekirken, 12.01.2001 tarihinde açtıkları davada süre aşımı bulunduğu” karar vermiştir⁴¹¹.

İYUK 13'ncü maddesi ikinci fıkrasına göre; “Görevli olmayan adli yargı mercilerine açılan tam yargı davasının görev yönünden reddi halinde sonradan idari yargı mercilerine açılacak davalarda, birinci fıkrada öngörülen idareye başvurma şartı aranmaz.”

İYUK 9'ncü maddesinde;

“Çözümlemesi Danıştayın, idare ve vergi mahkemelerinin görevlerine girdiği halde, adli yargı yerlerine açılmış bulunan davaların görev noktasından reddi halinde, bu husustaki kararların kesinleşmesini izleyen günden itibaren otuz gün içinde görevli mahkemede dava açılabilir. Görevsiz yargı merciine başvurma tarihi, Danıştaya, idare ve vergi mahkemelerine başvurma tarihi olarak kabul edilir.

2. Adli yargı yerlerine açılan ve görevsizlik sebebiyle reddedilen davalarda, görevsizlik kararının kesinleşmesinden sonra birinci fıkrada yazılı otuz günlük süre geçirilmiş olsa dahi, idari dava açılması için öngörülen süre henüz dolmamış ise bu süre içinde idari dava açılabilir.” hükmü yer almıştır.

İlgililerin görevsiz yargı yerine başvurması halinde verilen görevsizlik kararı üzerine otuz günlük süre içinde idari yargıda dava açılmamış ise, diğer yargı yerlerinde açılmış olan dava dikkate alınmadan, davanın 2577 sayılı Kanunun 13'ncü maddesinde belirtilen doğrudan doğruya tam yargı davası açma süresi içinde açılıp açılmadığının belirlenmesi gerekmektedir⁴¹².

⁴¹¹ Danıştay, 10D., 20.04.2006, 2606/2572. Lexpera (erişim tarihi:25.03.2020).

⁴¹² Danıştay, 15D., 04.06.2014, 2951/4699; 10D., 20.04.2006, 2606/2572. Lexpera (erişim tarihi:25.03.2020).

C. Davanın Tarafları

İYUK'un 31'inci maddesi ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'(HMK)⁴¹³ na atıf yapılarak, bu Kanunda hüküm bulunmadığı takdirde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanacağı hususlar arasında "ehliyet" de sayılarak idari yargılama usulünde dava açma ve davalı olabilme konusunda, medeni yargılama hukukundaki kurallar kabul edilmiş; bunun yanı sıra, İYUK'un 2'nci, 14'üncü ve 15'nci maddelerinde idari yargılama hukukuna özel ilave birtakım kurallar düzenlenmiştir.

İptal ve tam yargı davalarının usulüne uygun olarak açılmış sayılması için, "*ehil birer irade tarafından açılması ve ehil bir idareye karşı yöneltilmesi*" gerekmektedir. Davanın tarafları idari yargılama usulünde zorunlu bir unsur olduğundan ve ehil sayılabilmek için gerekli koşullara sahip olmaları yargılama açısından özel bir öneme sahip olduğundan, davanın tarafları kamu düzeni ile ilgilidir⁴¹⁴.

İYUK 2'nci maddesinde idari dava türleri sayılırken iptal davalarının idari işlemler hakkında menfaatleri ihlâl edilenler tarafından; tam yargı davalarının ise, idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan davalar olduğu belirtilmiştir. Bu düzenleme ile, iptal davası açabilmek için "menfaat ihlâli" yeterli görülmüş iken, tam yargı davası açabilmek için "kişisel hak ihlâli" davacı olabilmenin koşulu olarak kabul edilmiştir.

Dava konusu işlemle bir ilişkisi olmak ve o işlemde etkilenmek; öğretide ve yargı kararlarında "menfaat ihlâli" olarak kabul edilmiştir."Kişisel hak" kavramı ise, menfaati de içinde barındıran geniş bir hukukî durumu ifade eder. Davacının davalıdan, ihlal edilen kişisel hakkının aynen veya tazminat olarak kendisine verilmesini istediği kişisel hak ihlalini gidermeye yönelik davalar, genellikle özel hukuk alanına girerler. İdari dava olan tam yargı davalarında da ihlal edilen hak, davanın esasını teşkil etmektedir⁴¹⁵.

İdari yargı davaları, dava konusu idari işlemi tesis eden ya da idari eylemi gerçekleştiren idare aleyhine açılır; husumet davalı idareye yöneltilir. İdari yargıda davalı olarak mutlaka idare olmalıdır⁴¹⁶.

⁴¹³ RG. 04.02.201/127836.

⁴¹⁴F. Ebru Gündüz, *İdari Davalarda Ehliyet ve Husumet*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2016: s.5.

⁴¹⁵ AYM, 21.9.1995, 27/47. (RG.10.04.1996/22607).

⁴¹⁶ Şeref Gözübüyük, Turgut Tan; *İdare Hukuku İdari Yargılama Hukuku*, C. II, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, s.892.

Anayasa'nın 129'uncu maddesi 5'inci fıkrası: “*Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.*” ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13'ncü maddesi: “*Kişiler, kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevi yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açabilirler.*” hükümleri gereği, sağlık hizmetlerinden kaynaklanan tam yargı davaları, idare adına sağlık hizmeti yürüten kamu görevlileri aleyhine değil, idare aleyhine açılır.

İdari yargıda açılacak sağlık hizmetlerinden kaynaklanan tazminat (tam yargı) davalarının davacısı, idarenin sağlık hizmeti faaliyetinden zarar gören (hakları ihlal edilen) kişiler; davalısı ise davacının zarara uğratıldığı iddia edilen eylemlerden sorumluluğu bulunan tazmine yetkili idaredir.

Tam yargı davalarında davalı gösterilecek idari makam; hizmet kusurunun varlığına neden olan, hizmeti nihai olarak düzenleme yetkisine malik bulunan en yüksek idari makamdır⁴¹⁷. İYUK 13. maddesi gereği tam yargı davası açılmadan önce başvuruda bulunulması gereken idareler, aynı zamanda davada husumetin yöneltileceği idarelerdir.

İYUK 3'ncü maddesi ikinci fıkrası (a) bendi uyarınca “ *tarafların ve varsa vekillerinin veya temsilcilerinin ad ve soyadları veya unvanları ve adresleri ile gerçek kişilere ait Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası*”, idari davaların açılması için, Danıştay, idare mahkemesi ve vergi mahkemesi başkanlıklarına hitaben yazılmış imzalı dilekçelerde gösterilir.

2577 sayılı Yasanın 14. maddesinde, dava dilekçeleri üzerine yapılan ilk incelemede "idari merci tecavüzü", "ehliyet" ve "husumet" yönlerinden de inceleme yapılacağı kurala bağlanmıştır. Davacının dava ehliyetine sahip olmaması durumunda davanın reddine (İYUK, md 15/I-b); davanın hasım gösterilmeden veya yanlış hasım gösterilerek açılması halinde, dava dilekçesinin tespit edilecek gerçek hasma tebliğine (İYUK, md 15/I-c) ve idari mercii tecavüzü halinde dilekçelerin görevli idare merciine tevdiine (İYUK, md 15/I-e) karar verilir.

⁴¹⁷ Şeref Gözübüyük, *Yönetim Hukuku*, Sevinç Matbaası, Ankara,1991, s.302.

1. Ehliyet

Yargılama hukukunda, “ehliyet” denilince, taraf ve dava ehliyeti olmak üzere iki husus anlaşılmaktadır.

Dava ehliyeti, İYUK’nda doğrudan düzenlenmemiştir; İYUK 31/1’nci maddesinde bu Kanunda hüküm bulunmadığında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanacağı hususlar arasında sayılmış, HMK’na atıf yapılmıştır.

Dava taraflarının ehliyeti hususu HMK 50’nci vd maddelerinde düzenlenmiştir. HMK 50’nci maddesine göre: “*Medenî haklardan yararlanma ehliyetine sahip olan, davada taraf ehliyetine de sahiptir.*” Dolayısıyla, kimlerin taraf ehliyetine sahip olduğu, Medeni Kanunun hak ehliyeti ilgili kuralları çerçevesinde (m. 8, 48) belirlenecektir.

Medeni Kanuna göre, her gerçek ve tüzel kişi hak ehliyetine sahip olduğundan taraf ehliyetine de sahiptir⁴¹⁸. Tüm insanlar, hak ehliyetine ve dolayısıyla taraf ehliyetine sahiptir. Taraf ehliyeti; davada taraf olabilme, usulî hukuki ilişkinin süjesi olabilme ehliyetidir. Taraf ehliyetine sahip olan kişi, davada davacı veya davalı olabilecektir⁴¹⁹.

Dava ehliyeti ise, HMK 51’nci maddesi gereği, medenî hakları kullanma ehliyetine göre belirlenir. Fiil ehliyetine sahip olan kişi, dava ehliyetine de sahiptir ve davayı yürütebilir, usûl işlemlerini yapabilir. Reşit olan ve temyiz kudretine sahip olan kişiler fiil ehliyetine sahiptir. Medeni hakları kullanabilme ehliyetine karşılık gelen dava ehliyeti deyimini ile, bir yandan davacının davasını doğrudan veya belirleyeceği bir temsilci vasıtasıyla yürütebilmesi yeteneği kastedilmekte; diğer yandan ise husumet yani davalının kendisine karşı açılmış bulunan davayı aynı şekilde yürütebilme yeteneği kast edilmektedir⁴²⁰.

Bir davada davacı ya da davalı olabilme yani davanın tarafı olabilme yeteneği olan taraf ehliyeti, “hak ehliyeti”nin usul hukukundaki görünümü iken; kişinin bizzat veya vekili aracılığıyla bir davayı davacı veya davalı olarak takip etme ve usuli işlemleri

⁴¹⁸ Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder: *Medeni Usul Hukuku*, Değiştirilmiş 18. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2012, s.236.

⁴¹⁹ Yargıtay, 17 HD., 08.04.2014, 12111/5364; 15HD., 21.11.2019, 3128/4765; 17HD., 08.04.2014, 12111/5364. Lexpera(erişim tarihi:25.03.2020).

⁴²⁰ Gürsel Kaplan, “Danıştay Kararları Ve İlgili Özel Yasal Düzenlemeler Çerçevesinde İdari Yargıda Ehliyet Ve Husumet”, *İÜHFİM*, Cilt LXIX, Sayı 1-2, Yıl 2011 (*İl Han Özey’a Armağan*, İstanbul, Legal, 2011) s.347.

yapabilme ehliyeti anlamına gelen dava ehliyeti, “medeni hakları kullanma ehliyeti” nin usul hukukundaki görünümüdür.

Dava takip yetkisi, davada taraf olan kişinin o davayı kendi adına yürütebilme ve talep sonucu hakkında kendi adına hüküm alabilme yetkisidir. (HMK md 53). Davayı takip yetkisi, maddi hukuktaki tasarruf yetkisinin usul hukukundaki karşılığını oluşturur. Kural olarak, taraf ehliyeti ve dava ehliyeti bulunan kişinin dava takip yetkisi vardır. Ancak bazı istisnai durumlarda davada taraf olarak gösterilen kişinin taraf ve dava ehliyeti olmasına rağmen dava takip yetkisi olmayabilir. Örneğin hakkında iflas kararı verilen kişinin taraf olduğu hukuki davalarda davayı takip yetkisi iflas idaresine aittir⁴²¹.

Taraf ehliyeti, dava ehliyeti ve dava takip yetkisi davanın taraflarının kişilikleriyle ilgilidir.

İdari yargılama usulünde, dava açma ehliyetine sahip olabilmek için HUMK ve TMK'nun aradığı şartları taşımakla birlikte idari yargıda var olan dava türlerine göre aranan diğer şartları da taşımak gerekmektedir. Bu anlamda, birinci manada ehliyete “objektif ehliyet”, ikinci manada ehliyete “sübjektif ehliyet” denir⁴²². Dolayısıyla, idari yargıda objektif ehliyet, fiil ehliyetine sahip kişilerin dava açma ehliyetine sahip olması iken; subbjektif dava açma ehliyeti, iptal davalarında aranan şekli ve usuli bir koşul olan “menfaat ihlali” şartını, tam yargı davalarında “hak ihlali” şartını ifade etmektedir⁴²³.

a. Objektif Ehliyet

Objektif ehliyet, TMK'nun fiil ehliyeti ile ilgili hükmüne göre tespit edilir. TMK'nun 9'ncü maddesine göre; “*Fiil ehliyetine sahip olan kimse, kendi fiilleriyle hak edinebilir ve borç altına girebilir*”. Dolayısıyla, fiil ehliyetine sahip her gerçek ve tüzelkişi dava açma ehliyetine sahiptir.

İdari yargılama usulünde dava ehliyetinin kayıtsız şartsız bir şekilde gerçek ve tüzel kişilerin medeni haklarını kullanma ehliyetine bağlı tutulup tutulamayacağı, 2577 sayılı

⁴²¹ Yargıtay, 23HD., 25.06.2014, 5349/4887. Lexpera(erişim tarihi:25.03.2020).

⁴²² Hüseyin Çelikkol, *İdari Yargıda Ehliyet ve Husumet*, AD, S. 3, 1985: s. 757.

⁴²³ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, s.1800; Yüksel Esin/Erol Dündar, *Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları*, Birinci Kitap: Usul, Balkanoğlu Matbaacılık, Ankara, 1971, s.190.

Kanun'un 2. maddesi ve idari yargılama usulü hukukunun kendine özgü usul ve esasları içerisinde değerlendirilmesi gerektiği, nitekim 2577 sayılı Kanun'un 2. maddesinde "menfaatleri ihlal edilenler" ifadesi yer almış olup, madde metninde bir kişilik vurgusunun yer almamış olması nedeniyle, idari yargılama usulünde tüzel kişiliğin davada taraf olma ve dava ehliyeti açısından olmazsa olmaz bir koşul olarak aranmadığı Danıştay'ca kabul görmüştür⁴²⁴.

Doktrinde ve yargı kararlarında; kamu hizmetleri alanında görevler üstlenen ve kendisine verilmiş yetkileri kullanan ve bu şekilde işlemleri, tutumu ve kararlarıyla toplumun sosyal ve ekonomik yaşamına etkili olan idarenin; eylem ve işlemlerinden doğabilecek hukuksal anlaşmazlıkların çözümü için her türlü yasal girişimde bulunması, dolayısıyla gerekirse davacı veya davalı olması, bu idari faaliyetlerinin kaçınılmaz sonucu kabul edilmektedir.

İdari yapı içinde belli yetki ve görevleri olan kamu idaresi kuruluşlarının tüzel kişilikleri olmasa da, faaliyetlerinden doğan anlaşmazlıklar için kendilerine taraf ve dava ehliyeti tanınması gerektiği kabul görmüştür. Zira; tüzel kişiliği olmayan idari mercilerin davalı sıfatını kabul ederken davacı olamayacaklarını söylemenin, genel surette usul hukuku ve özellikle idare usul hukuku esaslarıyla bağdaştırılamayacağı ifade edilmektedir.

Tüzel kişiliğe sahip bulunmayan "meslek odaları"nın dava açma ehliyetini haiz olup olmadıkları hakkında verilen Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu'nun 08.3.1979 gün ve E.1971/1, K.1979/1 sayılı kararında konuya ilişkin ayrıntılı değerlendirmelere yer verilmiştir⁴²⁵.

Ehliyete ilişkin kurallar davalı yönünden de geçerli olacağı için, kural olarak, davalı konumundaki idarenin tüzel kişiliği haiz bulunması ve ona karşı açılan davada yetkili organının hasım gösterilmesi gerekir. Ancak, bazı yasal düzenlemeler ile, tüzel kişiliği bulunmayan idari birimlerden bazılarının davada taraf olabilecekleri düzenlenmiş ya da

⁴²⁴ Danıştay, 13D., 956/4507. "Uluslararası Sözleşmelere Atıf Yapılan Kararlardan Çevirisi Yapılanlar" Danıştay Dergisi, Yıl : 2015, Sayı : 138.

⁴²⁵ Danıştay İBK., 08.03.1979, 1/1. Karara göre; "idare hukuku sahasında dava ehliyetinin ancak gerçek ve tüzel kişilere tanındığı yolunda kısıtlayıcı bir ilke ve kural yoktur. 521 sayılı Yasada dava ehliyetine ilişkin bütün hallerde gerçek ve tüzel kişi terimlerinden daha kapsamlı olan 'ilgili' sözcüğü kullanılmıştır. İdarede birçok merci ve organlar, tüzel kişiliklerinin olmamasına rağmen kanunen yükledikleri görevler ve aldıkları yetkiler nedeniyle görev ve yetki sahaslarına ilişkin olarak tasarruf ehliyetini ve bu arada dava ehliyetini de haiz bulunmaktadır." Lexpera(erişim tarihi:25.03.2020).

içtihatlar ile tüzel kişiliği bulunmayan idari birimlerin davalı gösterilebilecekleri kabul edilmiştir. Danıştay, tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlara karşı iptal davası açılabilmesini, bu kuruluşların tüzel kişiliği olmamasına rağmen kendilerine yasal düzenlemeler ile kesin ve yürütülebilir işlem tesis ve icra etme yetkisi tanınmış olması nedeniyle kabul etmiştir.

Kamu hukukuna tâbi olan “kamu hukuku tüzel kişileri (personnes morales de droit public)”; yapıları bakımından “kişi topluluğu şeklindeki kamu tüzel kişileri” ve “mal topluluğu şeklindeki kamu tüzel kişileri” şeklinde ikiye ayrılır. Kişi topluluğu şeklindeki kamu tüzel kişilerine “kamu idareleri (administrations publiques)” ve mal topluluğu şeklindeki kamu hukuku tüzel kişilerine “kamu kurumları (amme müesseseleri, établissements publics)” ismi verilir. Kamu idareleri merkezi idare (devlet) ve mahalli idareler olarak gruplandırılabilirken; YÖK, Üniversiteler, TODAİ, TRT, TÜBİTAK, TSE, TPE, TAEK, Vakıflar Genel Müdürlüğü, Orman Genel Müdürlüğü, SGK, KİT’ler gibi kurumlar ise kamu kurumudur⁴²⁶.

659 sayılı KHK⁴²⁷ ile genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ve özel bütçeli idarelerinin hukuk hizmetleri usul ve esasları düzenlenmiştir. 659 sayılı KHK’nin 6’ncı maddesi birinci fıkrasında, 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu’na ekli (I) ve (II) sayılı cetvellerde sayılan kamu idarelerinin, kendi iş ve işlemleriyle ilgili olarak açılacak adli ve idari davalar ile tahkim yargılaması ve icra işlemlerinde taraf sıfatını haiz olduğu düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile, 5018 sayılı Kanun’a ekli cetvellerde sayılan idareler tüzel kişiliğe haiz olmasa dahi her türlü idari davalarda davacı ve/veya davalı olarak taraf olabileceklerdir.

Gözler, 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu ve 6085 sayılı Sayıştay Kanununda kullanılan “Genel Yönetim”, “Merkezî Yönetim”, “Kamu İdareleri” terimleri hakkında eleştirilerinde, gerek 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununda, gerekse 3 Aralık 2010 tarih ve 6085 sayılı yeni Sayıştay Kanununda “kamu hukuku tüzel kişileri” veya “kamu tüzel kişileri” kavramlarının hiç geçmemesini eleştirmiş ve kişilik kavramını kullanmadan bir hukukî düzenleme yapmanın mümkün olmadığını ifade etmiştir. 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunuyla

⁴²⁶ Kemal Gözler, *Hukukun Temel Kavramları*, Ekin, 7. Baskı, Bursa, 2010: s.178-181, 188-190, 195-202.

⁴²⁷ RG. 2/11/2011, 28103.

şimdiye kadar görülmemiş bir uygulamanın ortaya çıktığını, bir kamu tüzel kişinin kamu tüzel kişiliğinin, onu düzenleyen kendi kanununda değişiklik yapılması veya yeni kanun çıkarılması yoluyla değil, isminin 5018 sayılı Kanuna ekli II sayılı Cetvelden silinmesi ve I sayılı Cetvele yazılması suretiyle kaldırıldığını belirtmiştir. Oysa, Orman Genel Müdürlüğü, Karayolları Genel Müdürlüğü, Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü gibi teşkilatların, yürüttükleri faaliyeti hakkıyla yerine getirebilmeleri için, kendi başlarına işlem tesis edebilmeleri, kendi işlemleriyle hak ve borç altına girebilmeleri, mahkemeler huzurunda davacı ve davalı olabilmeleri, malî özerkliğe sahip olmakla birlikte daha hızlı karar alabilmeleri ve kararlarını etkili bir şekilde yürütebilmeleri için belli bir idarî özerkliğe sahip olmaları gerektiğini; tüm bunların ise, kendilerine has bir tüzel kişiliğe sahip olmasıyla mümkün olabileceğini açıklamıştır⁴²⁸.

b. Subjektif Ehliyet

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinde idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan davalar tam yargı davası olarak sayılmıştır.

428 Kemal Gözler, “5018 ve 6085 Sayılı Kanunlarda Bazı İdare Hukuku Terimlerinin Yanlış Kullanımı Üzerine” AUHFD, 60 (4) 2011,s.863, 879, 911. “5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununun 12’nci maddesinin üçüncü fıkrasında “Genel bütçe, Devlet tüzel kişiliğine dahil olan ve bu Kanuna ekli (I) sayılı cetvelde yer alan kamu idarelerinin bütçesidir” denmektedir. Dolayısıyla adı geçen Kanuna ekli (I) sayılı cetvelde yer alan teşkilatların “Devlet tüzel kişiliğine dâhil” olduğu, dolayısıyla ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olamayacakları sonucu çıkmaktadır. Oysa idare hukuku teorisinde, kamu tüzel kişiliğinin tanımında “bütçe” bir tanımlayıcı unsur değildir. Kamu hukuku teorisinde, bütçenin türü, kamu tüzel kişinin türünü değil; kamu tüzel kişinin türü, bütçenin türünü belirler. Bir kamu tüzel kişisi, merkezî idare ise belirli bir tür bütçeye, mahallî idare ise başka tür bütçeye, kamu kurumu ise daha başka bir tür bütçeye sahip olur. Yoksa bir kamu tüzel kişisi, belirli bir tür bütçeye sahip oldu diye, kamu kurumu olmaktan çıkıp, merkezî idare haline gelmez... 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununda, bu Kanuna ekli I sayılı Cetvelde sayılan TBMM, Cumhurbaşkanlığı, Başbakanlık, bakanlıklar, yüksek mahkemeler, Emniyet Genel Müdürlüğü, Diyanet İşleri Başkanlığı, DPT Müsteşarlığı, vb.leri “merkezî yönetim kapsamındaki kamu idareleri” olarak nitelendirilmektedir. Bunların “merkezî idare”nin içinde yer aldığı doğrudur; ama bunlar kendi başlarına birer “kamu idaresi” değildir. Çünkü bunların kendilerine has bir tüzel kişiliği yoktur. Bunlar içinde yer aldıkları devlet tüzel kişiliğinin parçalarıdır. Bunlara “kamu idareleri” değil, “daireler” denmelidir. 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununda, bu Kanuna ekli II sayılı Cetvelde sayılan YÖK, üniversiteler, Savunma Sanayii Müsteşarlığı, TODAİE, TÜBA, Orman Genel Müdürlüğü, Vakıflar Genel Müdürlüğü, MTA, TAEK gibi kamu tüzel kişileri, “merkezî yönetim kapsamında kamu idareleri” olarak tanımlanmaktadır. Oysa bunlar ne merkezî idarenin içinde yer alırlar, ne de bir kamu idaresidirler. Bunlar tartışmasız olarak birer “kamu kurumu”durlar.”

Onar'a göre; "hakkın muhtel olması" şartı aslında tam yargı, daha doğrusu tazminat davalarının esasa ilişkin şartları arasında yer alır. Bu nedenle, davacının idari bir işlem, eylem veya sözleşme nedeniyle subjektif hukuki durumunun bozulduğunun tespit edilmesi halinde davanın esastan kabulü, aksi halde reddi gerekir⁴²⁹.

Bir kimsenin tazminat davası açabilmesi için, öncelikle bir subjektif hakkının çiğnendiğini, daha doğrusu zarara uğradığını öne sürmesi ve bu iddiasını haklı gösterecek hukuki bir durum veya ilişki içinde olduğunu ortaya koyabilmesi gerekir ki; bu husus, tazminat davalarıyla ilgili dava ehliyetinin subjektif unsurunu oluşturur⁴³⁰. Sağlık hizmetinden kaynaklanan tazminat (tam yargı) davalarında da, dava açan kişilerin idarenin sağlık hizmeti verilirken yürüttüğü faaliyetleri nedeniyle kişisel bir hakkın ihlali ve bu nedenle zarara uğramış olmaları aranır.

4721 sayılı TMK'nun 8'nci ve 35'nci maddeleri arasında kişilik ile ilgili düzenlemeler yapılmış; genel olarak kişinin ehliyetleri (hak ve fiil ehliyeti), hısımlık, yerleşim yeri ve kişilik hakkının korunması, kişiliğin başlangıcı ve sona ermesine ilişkin hükümler öngörülmüştür. TMK'da kişilik hakkı konusunda bir tanım yapılmamıştır; öğretide ve mahkeme kararlarında değişik tanımlara rastlamak mümkündür. Kişilik hakkı kavramının en çok kabul gören tanımları; "kişinin korunmaya değer bulduğu hukuki, bedeni ve manevi nitelikteki varlıklarının tümü üzerindeki hak"⁴³¹, "hak sahibinin hayatının, sıhhatinin, vücut tamlığının ve toplum içindeki durumunun korunmasına yarayan hak"⁴³² şeklinde yapılmıştır.

Kişilik haklarının konusu genel olarak hak sahibinin kişilik alanına giren bütün değerlerdir ki; hayat, sağlık, bedensel ve ruhsal bütünlük, duygu hayatı, özel hayat, özgürlükler, hak ve fiil ehliyeti, şeref ve haysiyet, ilmi ve mesleki kişilik, sırlar, isim,

⁴²⁹ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, s.1792.

⁴³⁰ Yüksel, *Danıştayda Açılacak Tazminat Davaları*, s.494.

⁴³¹ Hıfzı Veldet, Velidedeoğlu, *Türk Medeni Hukuku, Şahsın Hukuku*, C. I –Cüz 2, 6. Baskı, İstanbul 1960: s.107; Selahattin Sulhi, Tekinay, *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku*, 6. Baskı, İstanbul 1992: s. 249

⁴³² Aytekin Ataay, *Şahıslar Hukuku, Giriş Hakiki Şahıslar*, 3. Baskı, İstanbul 1978: s.122.

resim, gizlilik, haberleşme, fikri ve ekonomik faaliyetler gibi kişilik değerleri olarak sayılabilir⁴³³.

Subjektif hak, hak sahibinin o şey üzerinde diğer kişilere oranla tek başına egemen olması ve bu durumun korunmasını da sağlayan, hukukun kişilere tanıdığı bir durumdur⁴³⁴. Dolayısıyla, kural olarak sahip olunan subjektif hakkı dava etme yetkisi de hak sahibine aittir. Bir diğer ifade ile, sübjektif bir hakka ilişkin davada, o hakkın sahibi davacı sıfatına haiz olacaktır.

TBK’da sorumluluk ve tazminat ile ilgili düzenlemelerde zarar, zarar veren, zarar gören kavramları kullanılmıştır. TBK’nun 55’nci maddesi ikinci fıkrasına göre; bu Kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanacağı hükmü düzenlendiğinden, TBK’da özel durumlar başlığı altında düzenlenen ölüm ve bedensel zararlar nedeniyle maddi ve manevi tazminat istemlerinde, subjektif ehliyetin ayrıca incelenmesi faydalı görülmüştür.

(1) Ölüm Nedeniyle Açılacak Tam Yargı Davalarında Subjektif Ehliyet

TBK’nun 53’ncü maddesinde, ölüm hâlinde uğranılan zararlar özellikle; cenaze giderleri, ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar ve ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar, olarak sayılmıştır. Kanunun 56’ncı maddesi ikinci fıkrasında; ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebileceği, hüküm altına alınmıştır. 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda yer alan ölüm halinde, ölenin “ailesi” kavramının yerine, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda zarar görenin veya ölenin “yakınları” kavramına yer verilmiştir.

TBK 55/2’nci maddesindeki *“Bu Kanun hükümlerinin, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün*

⁴³³ Aslı Açıkgöz, “Basın Yoluyla Gerçekleşen Kişilik Hakkı İhlallerinin Unsurları”, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2009, s.5.

⁴³⁴ Yonca F.Yücel, “Hak ve Menfaatler Üzerine Bir İnceleme”, TBB Dergisi 2010 (91),s.340.

kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır” hükmünün Anayasa’ya aykırılığı iddiası ile iptali talebine ilişkin Anayasa Mahkemesi’nin, 22/10/2014 tarih ve E:2014/94, K:2014/160 sayılı kararında⁴³⁵; kuralın, idarenin sorumluluk esasları yönünden de Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanmasını zorunlu kılmasının sözkonusu olmadığı belirtilmiştir.

Tazminat davalarıyla ilgili aranacak dava ehliyetinin subjektif unsuru gereği; ölüme neden olan sağlık hizmetinden dolayı açılacak tazminat davası için, davacı ile ölen kişi arasında böyle bir istemi haklı kılacak ölçüde bir yakınlık veya ilişkinin bulunması şartı aranacaktır⁴³⁶.

Ölüm nedeniyle tazminat talebinde bulunacak kişiler için aileden olmak, kan bağı ile bağlı olmak gibi şartlar aranmamış, yakınlık yeterli görülmüştür. Tazminat talebinde bulunacak kişiler, bu hakka miras yoluyla değil, “yakınlık ilişkisi” nedeniyle doğrudan sahip olacaklar; mirasçılar dışında kalan ölenin yakınları da tazminat davası açabilecektir.

(i) Ölüm nedeniyle maddi tazminat taleplerinde subjektif ehliyet

TBK 53’ncü maddesi uyarınca, ölüm nedeniyle maddi zararlar; cenaze ve defin giderlerini, ölüm hemen gerçekleşmemiş ise ölümden önceki tedavi giderleri ile çalışma gücünün yitirilmesinden doğan kayıpları ve ölenin desteğinden yoksun kalma zararlarını kapsadığından; maddi tazminat, uğranılan bu zararların telafisi için istenecektir. Tam yargı davalarında; idarenin tazmin sorumluluğunun söz konusu olduğu hallerde, kişilerin malvarlıklarında meydana gelen azalma ve yoksun kalınan kimi gelirlerin giderilmesi amaçlanmaktadır. Ölüm nedeniyle yapılan cenaze ve defin giderleri, ölümden önceki tedavi giderleri de maddi zararlardan olup, zarara uğrayan ölenin yakınları tarafından

⁴³⁵ RG. 04/03/2015, 29285. “Buna göre; idari eylem ve işlemlerden kaynaklanan ölüm ve vücut sakatlığına bağlı zararlardan dolayı idarenin sorumluluğunun, itiraz konusu kuralın yürürlüğe girmesinden önce olduğu gibi yargı içtihatlarıyla oluşturulan kusur ve kusursuz sorumluluk ilkelerine göre belirlenecek, uğranılan zarar miktarı ise itiraz konusu kural uyarınca Borçlar Kanunu hükümlerine göre hesaplanacaktır. Dolayısıyla itiraz konusu kuralın idarenin sorumluluğunu Borçlar Kanunu’nda sayılan kusurlu ve kusursuz sorumluluk sebepleriyle sınırladığı söylenemez.” <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2015/03/20150304-14.pdf> (erişim tarihi:25.03.2020).

⁴³⁶ Celal Karavelioğlu, *Değişiklik Açıklama ve Son İçtihatlarla İdari Yargılama Usulü Kanunu*, Trabzon,1996: s.583.

istenebilecektir. Danıştay kararlarında, istem halinde bu giderlere yönelik tazminat talepleri kabul edilmektedir⁴³⁷.

Cenaze ve defin giderleri, ölüm nedeniyle ölenin dinine, sosyal ve ekonomik durumuna uygun olarak yapılan giderleri kapsar. Ölü yıkama, naaşın saklanması ücreti, teneşir ve tabut masrafları, kefenleme giderleri, gömme yerine kadar gidip gelme ve taşıma masrafları, kabir ücreti, mezar yaptırma masrafları, ölüm ilânları vs. haksız eylem sorumlularından istenebilecektir⁴³⁸. Cenaze ve defin giderleri terekeden yapıldığında, bu giderleri tazminat olarak isteme hakkı da mirasçılara ait olacaktır. Tedavi giderleri, ölmeden önce kişinin kendisi tarafından yapıldı ise, onun malvarlığında bir eksilmeye yol açacağından; ölümden sonra mirasçılardan anılan giderleri tazminat olarak istemeye hakları vardır⁴³⁹.

Ölümün hemen gerçekleşmemiş olması durumunda, kişinin çalışmadığı, işinden gücünden geri kaldığı zamanlarda oluşan zararlar, çalışma gücünün yitirilmesinden doğan gelir kayıplarıdır. Ölüm meydana geldikten sonra ölenin mirasçıları, sorumlu idareye karşı gelirden yoksun kalma giderimi için dava açabilirler⁴⁴⁰.

Yaşamı boyunca desteğinden faydalanan kişinin; idareye tazmin sorumluluğu yükleyecek biçimde ölümü nedeniyle açılacak olan ve tazminatı içeren tam yargı davalarında, davacıların destekten yoksun kalmaları nedeniyle uğradıkları zararın tazmini yoluna gidilmektedir. Destekten yoksun kalma tazminatı ile amaçlanan, ölenin gelecekte elde etmesi muhtemel gelirlerinin aktüelleştirilerek, destekten yoksun kalanın ölüm olayından önceki sosyal ve ekonomik yaşam düzeyinin devamının sağlayacak gelire kavuşturulmasıdır⁴⁴¹. Destek kavramı, bir kişinin nafakasını fiilen temin eden kişi için kullanılır⁴⁴².

Yargı kararlarında bakma kelimesi, bir başkasının geçimini kısmen veya tamamen sağlama anlamında kullanılmakta olup, destek kavramı hukuki değil, fiili ilişkiyi belirleyen bir kavram olarak kabul edilmektedir. Fiilen düzenli olarak, geçimini kısmen

⁴³⁷ Danıştay, 14D., 27.02.2019, 1981/1450; 6D., 16.04.2019, 2639/2680; 10D., 25.02.2014, 9938/1117. Lexpera (erişim tarihi:25.03.2020).

⁴³⁸ Arkun Kudat, *Cismani Kazalardan Doğan Zararların Değerlendirilmesi*, 1966:sf.48.

⁴³⁹ Yüksel, *Danıştayda Açılacak Tazminat Davaları*, s.442.

⁴⁴⁰ Mustafa Reşit Karahasan, *Tazminat Hukuku*, Beta Basım Yayım, İstanbul 1996: s.247.

⁴⁴¹ Gözler, *İdare Hukuku* (2012), s.1293.

⁴⁴² Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Yayınları, Ankara 2004:s.272.

veya tamamen sağlamaya yetecek şekilde bir kimseye yardım eden veya eğer ölüm meydana gelmeseydi gelecekte de bu yardımı devam ettirecek olan kişi, destek sayılır. Bu anlamda, destek kavramı gerçekleşmiş veya umulan bakım ilişkisini ifade eder. Dolayısıyla, ölenin annesi, babası, eşi ve çocukları tarafından destekten yoksun kalma tazminatı istenebileceği gibi; ölenin fiilen kendisine baktığını, geçimini sağlamasına destek olduğunu kanıtlayan diğer kişiler de tazminat isteyebilecektir.

“...Davacıların yakını olan K1’in Er K2’in silahından çıkan kurşunla hayatını kaybetmesi nedeniyle davacıların maruz kaldığı zararlara karşılık olarak maddi ve manevi tazminat istemiyle açılan davada, yapılan bilirkişi incelemesi sonucu tespit edilen destekten yoksun kalmaları sebebiyle davacılarından baba K3 için ...TL, üvey anne K4 için iseTL maddi tazminatların davacılara ödenmesine...” hükmedilen karar Danıştay tarafından da onanmıştır⁴⁴³. Danıştay kararlarında, kardeşlerin birbirine destek olduğunu kabul edebilmek için desteğin refah içinde olması ve destek talep edenin ise zaruret içinde bulunması aranmıştır⁴⁴⁴.

Danıştay'ın yerleşik içtihatlarında, dini nikaha dayalı olan ve toplumda kabul gören aile şeklinde birlikte yaşamının, kişilere tazminat isteme hakkı doğurduğu genelde kabul edilmektedir. Danıştay İDDK'nun bir kararında;

“...ölen kişinin resmi nikahlı eşinin bulunmaması ve davacı ile dini nikaha dayalı beraberliği olması ve bu beraberlikten nüfusta üzerine kayıtlı dört çocuğunun olması, davacının ölen kişi ile birarada ve ortak çocuklarıyla aile yaşamı içinde ölenin desteğinden faydalanarak yaşamını sürdürdüğünü gösterdiğini, davacı ile ölen kişi arasındaki birlikteliğin hukuken geçerli ya da hukuken korunması gerekli bir evlilik olarak kabul edilmesi mümkün olmamakla beraber, bu birlikteliğin davacıya uğradığı zararın tazminini isteme hakkı doğurduğunu, bu nedenle ölüm nedeniyle duyulan elem ve üzüntü ile destekten yoksun kalmanın giderilmesini teminen nikahsız eşe maddi ve manevi tazminat verilmesi gerektiğini” kabul etmiştir⁴⁴⁵.

Ölenin sağlığında kendisine destek verdiği kardeş ve aralarında evlilik olmasa dahi birlikte yaşayan kişiler yanı sıra, uzak bir akraba ya da bir dost hatta bir hizmetçi bile destekten yoksun kalma tazminatı isteyebileceklerdir⁴⁴⁶. Örneğin bir öğrencinin öğrenim

⁴⁴³ Danıştay, 10D., 15.03.2016, 1317/1400. Lexpera(erişim tarihi:15.04.2020).

⁴⁴⁴ Danıştay, 8D., 10.02.2016, 14157/893. Lexpera(erişim tarihi:15.04.2020).

⁴⁴⁵ Danıştay, İDDK., 17.10.1997, 79/479. Lexpera (erişim tarihi:15.04.2020).

⁴⁴⁶ Kemal Tahir Gürsoy, “Destekten Yoksun Kalma Tazminatı”, AÜHFD, Cilt 29, Sayı 1-2, Yıl 1972:s. 146.

masraflarını veya bakıma muhtaç bir hastanın bakım giderlerini üstlenen kişinin ölümü halinde, fiili ve düzenli olarak yardım yapılması ya da ölüm meydana gelmemiş olsaydı, gelecekte de yardıma devam edilmesinin beklenir olması durumlarında, destekten yoksun kalan kişiler tarafından tazminat istenebilir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun hak ehliyeti ve kişilik ile ilgili 8'nci ve 28'nci maddelerinde düzenleme yapılmış olup; bu hükümler ile yasa koyucu, anne karnındaki cenine koşullu olarak hak ehliyeti tanımıştır. Buna göre ceninin kişiliğinden ve hak ehliyetinden bahsedebilmek için sağ ve tam doğmak koşullarının birlikte sağlanması gerekmektedir. Kişinin hak ve yükümlülükleri ile hukuk düzenince korunması bakımından, hukuki anlamda kişiliğin ne zaman kazanıldığı önem taşımaktadır. Sağ ve tam dünyaya gelememe, ölü doğumlarda hak ehliyeti ve kişilik kazanılmadığından maddi tazminat talep hakkının da doğmadığı sonucuna varılmaktadır.

Destekten yoksun kalma zararına ilişkin istemlerin yasal dayanağını oluşturan TBK'nun 53'ncü maddesi uyarınca, ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin zararının karşılanması gerektiği hususunda kuşku bulunmamaktadır. Ancak, sağ olarak doğmadığı için kişilik kazanamayan ve hak ehliyeti de bulunmayan ceninin ileride davacılara destek olacağına kabulüne hukuken imkan yoktur. Danıştay kararları da aynı yönde olup; ölü doğarak hukuki anlamda kişilik kazanamayan hukuken destek sıfatını kazanamayan ceninin, ileride destek olacağı kabul edilerek davacılar lehine destekten yoksun kalma tazminatına hükmedilemeyeceği kabul edilmektedir⁴⁴⁷.

(ii) Ölüm nedeniyle manevi tazminat taleplerinde subjektif ehliyet

Manevi zarar, kişinin fizik yapısının ve iç huzurunun bozulmasını, yaşama gücünün ve sevincinin azalmasını, kişilik haklarının zedelenmesini, şeref ve haysiyetinin rencide edilmesini, duyulan acı ve ıstırabı, kişinin günlük yaşamını zorlaştıran her türlü üzüntü ve sıkıntıyı ifade etmekte, fiziki veya manevi acılar duyan, ruhsal dengesi bozulan, yaşama sevinci azalan kişinin manevi yönden zarara uğramış olduğu kabul edilmektedir⁴⁴⁸.

⁴⁴⁷ Danıştay, 15D., 13.03.2017, 4602/1155; 15D., 14.02.2017, 7952/704. Lexpera (erişim tarihi:15.04.2020).

⁴⁴⁸ Danıştay, 10D., 25.05.2015, 11154/2549; 15D., 04.05.2016, 985/3169. Lexpera (erişim tarihi:15.04.2020).

TBK 56'ncı maddesine göre, ölenin yakınlarına manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir. Ölüm nedeniyle tazminat talebinde bulunacak kişiler için aileden olmak, kan bağı ile bağlı olmak gibi şartlar aranmamış, yakınlık yeterli görülmüştür. Tazminat talebinde bulunacak kişiler, bu hakka miras yoluyla değil, “yakınlık ilişkisi” nedeniyle doğrudan sahip olur; mirasçılar dışında kalan ölenin yakınları da tazminat davası açabilecektir.

Ölüm nedeniyle uğranılan manevi zararın giderilmesi amacıyla manevi tazminat talep edilebilmesi için, salt ölenin yakını sıfatını taşımak yeterli değildir. Ölüm nedeniyle önemli derecede acı ve ızdırap duyan, manevi yönden zarar görmüş kişiler manevi tazminat talebinde bulunabilir. Ölüm nedeniyle manevi yönden zarara uğramış kişilerin tazminat hakkı mirasçılıktan bağımsızdır. Bir diğer ifade ile, manevi tazminat talebinde bulunabilmek için ölen kişinin mirasçısı olmak şart değildir. Ölenin mirasçısı olsa dahi, ölen kişi ile herhangi bir duygusal bağı olmadığı için manevi yönden herhangi bir şekilde zarar görmeyen kişi lehine manevi tazminata hükmedilemez. Bir kişi ölenin yakını olduğu halde mirasçısı olmayabilir, ya da aynı kişinin hem mirasçı hem de yakın olması da mümkündür. Buna karşılık ölenle ilişkisi gevşemiş bir akraba yakınları kapsamında değerlendirilemeyecektir⁴⁴⁹.

Kanundaki “yakın” deyimi ile, “bir kimsenin ölümü ile gerçekten üzülmüş olan yani onunla samimi münasebetleri olan kimseler” kastedilmiştir⁴⁵⁰. Ölenin eşi, çocukları, anne ve babası, nişanlısı, kardeşleri, ölenle nikâhsız olarak karı-koca hayatı yaşayan kişi, ölenle olan samimi ilişkileri, duygusal bağları nedeniyle ölenin yakınları olarak manevi tazminat hakkına sahiplerdir⁴⁵¹. Ölen kişinin nişanlısı, evlatlık ve diğer yakınları da manevi tazminat talebinde bulunabilirler. Kardeş olarak tazminat talebinde bulunabilmek için aynı ana babadan olma şartı aranmayacaktır; ölüm nedeniyle manevi zarar uğrayan sadece baba bir, ya da sadece ana bir kardeşin de, manevi tazminat hakkına sahip olduğunun kabulü gerekir.

⁴⁴⁹ Oğuzman, M. Kemal/ÖZ Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, 2005: s. 699.

⁴⁵⁰ Murtaza Çalı, *Haksız Fiilden Doğan Tazminat*, Ankara, 1968: s.108.

⁴⁵¹ Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2002: S. 289; Tekinay, Selahattin Sulhi /Akman, Sermet / Burcuoğlu, Haluk / Altop, Atilla, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, 1988: S. 884.

Danıştay, yaralı olarak getirildiği hastanede kaldığı uzun süre içerisinde yeterli tıbbi müdahalenin yapılmaması sonucu vefat ettiği öne sürülerek maddi ve manevi tazminat talebiyle açılan davada, idarenin hizmet kusurunun sabit olduğu gerekçesiyle, anne ve baba için maddi tazminata hükmedilmesini; yine anne ve baba, kardeşler ve nişanlı için de manevi tazminata hükmedilmesini hukuka uygun bulmuştur⁴⁵².

Yargıtay kararlarında, ölenin yakınlarından kastedilenin ölen ile arasında eylemli, gerçek bir bağıllık ve ilişki bulunan kişiler olduğu kabul edilerek, manevi tazminata hükmedilmesi için somut olayda, davacılar ile ölen arasında böyle bir bağın bulunduğu kanıtlanması aranmıştır⁴⁵³.

İdari yargıda Danıştay'ın eski tarihli kimi kararlarında anne, baba, eş, çocuklar ve kardeşler için takdiren belirlenen manevi tazminat ödenmesi benimsenmiş iken, “manevi tazminatın çekirdek aile bireyleri ile sınırlandırılması bunların dışında kan ve sihri hısımlara manevi tazminat ödenmemesi gerektiği” gerekçesiyle kimi kararlarda kardeşler için tazminat talepleri kabul edilmemiş, diğer akrabalara yönelik manevi tazminat talepleri reddedilmiştir⁴⁵⁴. Danıştay 10. Dairesi'nin daha sonra görüşünü değiştirdiği görülmektedir:

“...ölüm nedeniyle tazminat isteme hakkının, geleneksel aile kavramı içerisinde dede, anneanne, dayı, teyze, amca gibi yakınları da kapsadığı; öte yandan manevi tazminata hükmedilebilmesi için, aile hukuku çerçevesinde bir yakınlığın yanı sıra duygusal bir yakınlığın da bulunması gerektiği; Türk Medeni Kanunu'nun 325/1. maddesinde, olağanüstü haller mevcutsa, çocuğun menfaatine uygun düştüğü ölçüde çocuk ile kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkı diğer kişilere, özellikle hısımlarına da tanınabileceği kuralı getirildiğinden davacıların torunlarını/yeğenlerini görmek ve onunla uygun kişisel ilişki kurmak, sevgisini tatmak ve çocuğa da bu sevgiyi vermek haklarına sahip olduğu; bu kapsamda idarenin hizmet kusuru nedeniyle meydana gelen ölüm olayında davacıların, torunlarının/yeğenlerinin ölümü nedeniyle manevi olarak zarara uğradıklarının, onun sevgi ve şefkatinden mahrum kaldıklarının kabulünün zorunlu olduğu...”

kabul edilmiştir⁴⁵⁵.

⁴⁵² Danıştay, 10D., 09.11.1999, 4839/5475. Lexpera(erişim tarihi:15.04.2020).

⁴⁵³ Yargıtay, HGK, 25.11.1970 967/645; 21HD., 13.11.2017, 3708/9109; 21HD., 13.02.2018, 404/1144; 17HD., 21.01.2014, 16514/698. Lexpera(erişim tarihi:15.04.2020).

⁴⁵⁴ Danıştay, 10D., 11.05.1983, 2483/1106. Lexpera(erişim tarihi:15.04.2020).

⁴⁵⁵ Danıştay, 10D., 27.03.2013, 8978/2802;10D., 27.03.2013, 9643/2804. Lexpera(erişim tarihi:15.04.2020).

Danıştay kararlarında da kabul edildiği şekilde; geleneksel Türk aile yapısı ile sosyal ve kültürel değerlerimizin dikkate alınarak çekirdek aile üyeleri dışında diğer geniş aile üyelerinin de manevi tazminat haklarının kabulü, hukukumuzda tazminat talep edebilmek için kabul edilen yakınlık kavramına da uygundur.

Manevi tazminatın amacının, manevi acıyı bir oranda gidermek, bozulan ruhsal dengeyi onarmak olduğu dikkate alındığında, manevi zarara neden olan aynı olay nedeniyle kişilerin uğrayacağı manevi zararların da aynı olmayacağı açıktır. Dolayısıyla, manevi tazminat miktarının lehine tazminata hükmedilen kişi ile ölenin yakınlık derecesi, duyulan elem, acı, üzüntünün ağırlığı gibi kıstaslar ile takdiri hukuka uygun ve hakkaniyetli olacaktır. Danıştay'ın bir kararında bu hususun da vurgulandığı görülmektedir:

“...Geleneksel Türk aile yapısı, sosyal ve kültürel değerler bir bütün olarak değerlendirildiğinde, kızlarının ya da kız kardeşlerinin eşinin, torunlarının veya yeğenlerinin babasının yaşamını yitirmesi olayında, kayın valide, kayın baba, kayın birader ve baldızların üzüntü duymayacaklarının kabulüne olanak bulunmamaktadır. Ancak bazı özel durumlar hariç, bu üzüntü, hiç zaman eşini kaybeden eş ve babasını kaybeden çocukların üzüntüsüyle eşdeğer olamayacağı gibi, çocuklarını kaybeden anne, baba veya kardeşlerin üzüntüsüne de eşdeğer değildir. Dolayısıyla, kayın valide, kayın baba, kayın birader ve baldızların duyacakları elem ve ızdırabın karşılanmasına yönelik olarak, eş, çocuk, anne, baba ya da kardeşlere hükmedilen tutar kadar olmasa da, manevi tazminata hükmedilmesi gerekmektedir...”⁴⁵⁶.

Davalı idarenin hizmet kusuru sonucunda vefat ettiğiinden bahisle, ölenin anne babası ve kardeşi tarafından destekten yoksun kalmaları ve bu vaka nedeniyle yapmak zorunda kaldıkları masraflar ile manevi üzüntü ve acılarından ötürü tazminat ödenmesi istemiyle yaptıkları başvurunun reddine dair işleminin iptali ile uğranıldığı ileri sürülen zararın karşılığı maddi ve manevi tazminat istemiyle açılan davada; davacıların bu olaydan kaynaklanan elem ve üzüntüsüne istinaden manevi tazminatın niteliği ve meydana gelen zararın ağırlığı da göz önüne alınarak taktiren, vefat edenin kardeşi için

⁴⁵⁶ Danıştay, 10D., 24.01.2013, 11623/449. Lexpera(erişim tarihi:15.04.2020).

ayrı, babası ve annesi için ayrı miktar manevi tazminat ödenmesi kararı hukuka uygun görülmüştür⁴⁵⁷.

Cenin sağ doğmak koşuluyla ölüm nedeniyle manevi tazminat hakkına sahiptir. Zira ödenecek tazminat olay anının değil gelecekte duyulacak acı ve elemnin karşılığıdır⁴⁵⁸. Bazı yargı kararlarında, ölüm tarihinde yaşı küçük olduğundan olup bitenleri bile idrak edebilecek yaşta olmadığı, dolayısıyla tanımadığı ya da gelecekte hatırlamayacağı müteveffa için herhangi bir elem veya keder duyabileceğinden bahsedilemeyeceği gerekçeleri ile ölenin yakınları lehine manevi tazminata hükmedilemeyeceğine karar verilmiştir⁴⁵⁹. Sağ doğmak şartı ile ana rahmine düşen ceninin dahi tazminat hakkı olduğu gözönüne alınınca bu gerekçelere katılmak mümkün değildir. Manevi tazminat ile duyulacak manevi eksikliklerin, bir diğer ifade ile, tüm yaşam boyu uğranılacak manevi zararın karşılanması amaçlanır. Bu nedenle, ölen kimsenin çocuklarının ölüm tarihinde babasının ölümünün acısını duymayacak kadar küçük yaşta olması, manevi tazminata hükmedilmesine engel değildir. Kaldı ki babasız olmanın bilinçsiz evresinde dahi, çocuk üzerinde olumsuz duygusal etkileri olacağı da bilimsel bir gerçektir⁴⁶⁰. Aynı yaklaşım ile ölen kimsenin kardeşinin, ölüm nedeni ile manevi tazminat talep edebilmesi için yaşının hiçbir önemi olmayacaktır. Buna karşılık ölümden sonra doğan kardeşe bu hak tanınmamıştır⁴⁶¹.

(2) Vücut Bütünlüğünün İhlali Nedeniyle Açılacak Tam Yargı Davalarında Subjektif Ehliyet

Vücut bütünlüğünün ihlali, beden veya ruh bütünlüğünün maddi veya manevi bir zarar meydana gelecek şekilde bozulmasını ifade eder. Vücut bütünlüğü deyince, bedensel ve ruhsal bütünlüğün bu kavramın içinde mütalaa edilmesi gerekir.

⁴⁵⁷ Ankara BİM, 10İDD., 29.11.2017, 851/1158. Lexpera (erişim tarihi:15.04.2020).

⁴⁵⁸ Mustafa Kılıçoğlu, *Tazminat Hukuku*, 2. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2006: s.1241.

⁴⁵⁹ Yargıtay, 21HD., 12.06.2019, 7142/4235. Lexpera (erişim tarihi:15.04.2020).

⁴⁶⁰ Tekinay, Selahattin Sulhi /Akman, Sermet / Burcuoğlu, Haluk / Altop, Atilla, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*,S.885; Mustafa Reşit Karahasan, *Tazminat Hukuku: Manevi Tazminat*, 6.Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2001:s.354.

⁴⁶¹ Yargıtay, 21HD., 10.10.2011, 1591/7861. Lexpera(erişim tarihi:15.04.2020).

Bedensel bütünlük, bir gerçek kişinin bedeni, bedenini oluşturan organlar ve ruhsal yapısından oluşmaktadır. Bu bağlamda, kişinin fiziki ve/ya ruhsal bütünlüğüne yönelik hukuka aykırı her türlü müdahale bedensel bütünlüğün ihlali teşkil edecektir⁴⁶². Bedensel bütünlüğün ihlali neticesinde hem maddi hem de manevi zarar ortaya çıkabilir.

Fiziki veya ruhsal olarak kişinin kendisine yapılmış/verilmiş bir zarar, cismani zarar demektir. Öte yandan bir organın kopması, yaralanması ya da görme, işitme gibi bir duygunun azalması ya da yitilmesi kadar fiziksel görünüşün değişmesi, güzelliğin ihlali de (estetik zarar) cismani bir zarar meydana getirir⁴⁶³. İdari eylemin gerçekleştiği sırada ortaya çıkmayan ve fakat sonradan ortaya çıkan zararlar da cismani zarar kapsamında değerlendirilecektir⁴⁶⁴. Ekmekçi'ye göre; zarar, vücudun yaralanması değil, bu yaralanmanın ortaya çıkardığı ekonomik sonuçlardır. Ancak, vücut bütünlüğünün ihlali, parasal anlamda bir zarara yol açmayan, bu nedenle maddi tazminat talebinin konusu olmayan, fakat manevi tazminatın konusu olan bir talep şeklinde de ortaya çıkabilir⁴⁶⁵.

(i) Vücut bütünlüğünün ihlali nedeniyle maddi tazminat taleplerinde subjektif ehliyet

TBK 54'ncü maddesinde, vücut bütünlüğünün ihlali sonucunda ortaya çıkan bedensel zararlar özellikle; tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitilmesinden doğan kayıplar, ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar, olarak sayılmıştır. Bu zararların tazmini istemiyle açılacak tazminat (tam yargı) davaları, zarar gören kişi tarafından açılır.

Danıştay kararlarında, bedensel zararların, tedavi giderleri, çalışma gücünün azalması ve yok olması (işgücü kaybı, fonksiyon kaybı, efor kaybı), bakıcı ücreti,

⁴⁶² Fulya Erlüle, *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat*, Ankara, 2015:s.126.; Akipek, Jale G. / Akıntürk, Turgut, *Başlangıç Hükümleri Kişilik Hukuku*, İstanbul, 2007,s.360.

⁴⁶³ Karahasan, *Tazminat Hukuku* (2001), s.245.

⁴⁶⁴ Müzeyyen Eroğlu, *Tam Yargı Davalarında Manevi Tazminat*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2008: s.117.

⁴⁶⁵ Ömer Ekmekçi, *Özel Hukukta Vücut Bütünlüğünün İhlali ve Ölüm Hallerinde Maddi Zarar Hesabının Unsurları, Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda Sorumluluk ve Tazminat Sempozyumu*, 12-13 Nisan 1996, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 1996, s.91-92.

ekonomik geleceğin zorlaşması gibi bir çok biçimde ortaya çıkabilmekte olduğu kabul edilmiştir⁴⁶⁶.

Tedavi giderleri, cismani bütünlüğü ihlale uğrayan kişinin eski hale getirilmesi, iyileştirilmesi ya da hastalık ve sakatlığının artmasının engellemesine yönelik giderlerdir⁴⁶⁷. Zarar gören kişinin sağlığına kavuşmak amacıyla yaptığı ve sağlığı geri gelmese dahi iyiniyetle sosyal ve ekonomik durumuna uygun olarak yapmış olduğu her türlü giderler tedavi giderlerinden sayılır ve maddi tazminat olarak istenebilir⁴⁶⁸. Tedavi giderleri; doğrudan tedavi giderleri, tedavi sırasında yapılması zorunlu harcamalar, tedavi sonrasında yapılması zorunlu dolaylı harcamalar ve ileride yapılacak tedavi masrafları olarak düşünülebilir. Tedavi giderleri, salt hastayı tamamen iyileştiren giderler değildir; ağrıyı dindirmek ya da azaltmak için yapılan masraflar ve iyileşme mümkün değilse dahi yaşam kalitesini artırabilmek, kalan ömrün daha iyi geçirebilmesini sağlamak amacıyla yapılacak bakım ve rehabilitasyon masraflarını da tedavi giderleri dahilinde düşünmek gerekecektir⁴⁶⁹. Zarar gören kişinin ödediği tedavi giderleri nedeniyle malvarlığında azalma olacağından, bu nedenle uğradığı zararı isteme hakkı da kendisine aittir.

Hastanede yapılan göz ameliyatı sonucunda gözünün görmemesi nedeniyle uğradığını öne sürdüğü maddi ve manevi zararının tazmini istemiyle açılan davada; sol gözün kaybedilmesinin yapılan göz ameliyatı esnasında anestezi enjeksiyonundan meydana geldiği ihtilafsız olan olayda, yürütülmekte olan sağlık hizmetinin işleyişinden ortaya çıkan bu zararın olayda hizmet kusuru bulunan idarece tazmini gerektiğinden, davacının ilaç ve tedavi giderleri ile harcadığı gıda ve yatak ücretleri karşılığının maddi tazminat olarak, gözünü kaybetmesi nedeniyle duyulan acının, üzüntünün ve sarsıntının verdiği hisler nedeniyle takdir edilen miktarın manevi tazminat olarak davacıya verilmesi gerektiğine karar verilmiştir⁴⁷⁰.

⁴⁶⁶ Danıştay, 15D., 21.04.2014, 7938/40; 15D., 20/02/2013, 149/1397. Lexpera (erişim tarihi:25.03.2020).

⁴⁶⁷ Şenel Sarsıkoğlu, İdarenin Mali Sorumluluğu Açısından zarar Kavramı, Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, 65 (4) 2016, s.2401.

⁴⁶⁸ Yüksel, *Danıştayda Açılacak Tazminat Davaları*, s.448.

⁴⁶⁹ Danıştay, 15D., 25.05.2016, 3117/3761. Lexpera (erişim tarihi:25.03.2020).

⁴⁷⁰ Danıştay, 10D., 22.11.1999, 190/6198. Lexpera (erişim tarihi:25.03.2020).

Davacının yeşil kartlı olması nedeniyle hastane masraflarının karşılandığı tespit edilen davada, davacının olay nedeniyle karşılanması gereken ispatlanmış herhangi bir maddi zararı bulunmadığından maddi tazminat isteminin reddine karar verilmiştir⁴⁷¹.

Kanunda tedavi giderleri ile birlikte kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar, ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar ayrı ayrı maddi zarar olarak sayılmıştır.

Vücut bütünlüğü ihlal edilen kimse, iş ve gücünden kalmış, bedensel zararı nedeniyle çalışmamış olabilir. Bu ise, malvarlığının eksilmesi sonucunu doğurur⁴⁷². Bu halde, kazanç kaybı söz konusudur.

Vücut bütünlüğü ihlal edilen kimsenin çalışma gücünün kaybı geçici nitelikte olabileceği gibi, sürekli nitelikte de olabilir. Çalışma gücünün sürekli kaybı, tam olabileceği gibi, kısmi de olabilir. Çalışma gücünün kaybı veya azalması sebebiyle ortaya çıkan ekonomik eksilmeler, zarar görenin zararını oluşturur. Dolayısıyla, kaza tarihinde çalışmakta olmasa dahi zararı uğrayan kişinin tazminat isteme hakkı vardır; ancak, kaza nedeniyle maddi tazminat talep edebilmesi için gelecekte çalışacağını ispatlaması gerekir. Ev kadınlarının vücut bütünlüğünün ihlali nedeniyle zarar görmeleri halinde, tazminata esas gelir kadının ev kadını olarak çalışmasının piyasadaki değeri esas alınarak belirlenir. Ev kadını olan kişi aynı zamanda gelir getiren bir faaliyet de yapıyorsa, buradan elde ettiği gelirin de dikkate alınması gerekir⁴⁷³.

Kişinin cismani bütünlüğünün ihlal edilmesi sebebiyle uğranılan zarar, çalışma gücü azalan kişinin mesleki geleceğinin de sarsılması sebebiyle mahrum kaldığı kazanç olarak da ortaya çıkabilir⁴⁷⁴. Borçlar Kanunu'nun 54.maddesinde zikredilen, ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zararlar, kişinin çalışma gücündeki azalmadan doğan zararlar dışında veya bunun yanı sıra, ilerideki gelişme ve yükselme şansını azaltan arızalar gibi, kişinin ekonomik geleceği üzerinde olumsuz etki doğurabilen zararlardır⁴⁷⁵.

⁴⁷¹ Danıştay, 10D., 28.03.2018, 1992/1328. Lexpera (erişim tarihi:25.03.2020).

⁴⁷² Mustafa Reşit Karahasan, *Tazminat Hukuku*, s.151.

⁴⁷³ Ekmekçi, *Özel Hukukta Vücut Bütünlüğünün İhlali ve Ölüm Hallerinde Maddi Zarar Hesabının Unsurları, Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda Sorumluluk ve Tazminat Sempozyumu*, s.105.

⁴⁷⁴ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayınevi, Gözden Geçirilmiş 10. Bası, İstanbul 2008:s.479.

⁴⁷⁵ Ekmekçi, *Özel Hukukta Vücut Bütünlüğünün İhlali ve Ölüm Hallerinde Maddi Zarar Hesabının Unsurları, Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda Sorumluluk ve Tazminat Sempozyumu*, s.95.

Bedensel olarak oluşan zarar dolayısıyla kaybı olanların, bu kayıplarını geri kazandırmak amaçlandığından, bu gibi durumlarda da tazminat (tam yargı) davası zarar gören tarafından açılacaktır.

Yanlış tedavi nedeniyle uğranıldığı öne sürülen maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle zarar gören çocuğa velayeten açılan dava neticesinde; yanlış ilaç enjekte edilerek ilgilinin parmağının kangren olması sonucu kesilmesine sebep olan idarenin hizmet kusuru açık olduğundan, yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu belirlenen %3 işgücü kaybı nedeniyle uğradıkları hesaplanan zarar tutarında maddi tazminatın, ayrıca duyulan acı ve üzüntünün kısmen de olsa giderilebilmesi için takdiren manevi tazminatın ödenmesi gerektiğine kararı verilmiştir⁴⁷⁶.

(ii) Vücut bütünlüğünün ihlali nedeniyle manevi tazminat taleplerinde subjektif ehliyet

TBK'nun 56'ncı maddesine göre, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi zedelenmesi durumunda, hakim olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebileceği gibi; ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir.

Kanun maddesinin birinci fıkrası ile, bedensel bütünlüğün ihlal edilmesi durumunda, yalnızca zarar görene manevi tazminat hakkı tanınmıştır. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda bulunmayıp, 6098 sayılı yeni Kanun'da yeni bir hüküm olarak düzenlenen maddenin ikinci fıkrası ile, sadece ölüm hâlinde değil, ağır bedensel zararlarda da zarar görenin yakınlarına, manevî tazminat hakkı tanınmıştır. Yapılan bu özel düzenleme ile, ağır bedensel zarara uğrayan kişinin yakını, hukukumuzda kural olarak kabul edilmeyen yansıma yoluyla uğranılan zararların tazminini talep edebilecektir.

İzmir Dr. Suat Seren Göğüs Hastalıkları ve Cerrahisi Eğitim ve Araştırma Hastanesi'nde olduğu göz ameliyatı sırasında gözünü kaybettiğinden ve hizmet kusuru işlendiğinden bahisle maddi ve manevi zararlarının tazmini istemiyle açılan davada; olayda idarenin ağır hizmet kusuru bulunduğu anlaşıldığından, varsa davacının iş gücü

⁴⁷⁶ Danıştay, 10D., 08.12.1997, 2121/5476. Lexpera(erişim tarihi:15.04.2020).

kaybı oranında, bakiye ömür sonuna kadar oluşacak zarar kapsamı belirlenerek maddi tazminata ve idarenin kusurunun ağırlığını ortaya koyacak bir miktarda manevi tazminata hükmedilmesi gerektiğine karar verilmiştir⁴⁷⁷.

Davacıların müşterek çocuğunun erken doğum sonrası yoğun bakım ünitesinde ve devam eden süreçte hatalı işlem ve tedaviler nedeniyle ağır sağlık sorunları yaşadığı, ameliyatlara geçirdiği, yaşananların idarenin sağlık hizmetlerini kötü yürütmesi nedeniyle meydana geldiği ileri sürülerek bebeğin ve anne babasının uğradığı zarara karşılık maddi ve manevi tazminat istemiyle açılan davada;

“...olayda, davacı bebek bakımından, kusurlu hizmetin işletilmesi sırasında çok küçük olması ve ileriye dönük kalıcı hasarın bulunmadığı göz önüne alındığında, küçüğün manevi acı ve ızdıraplardan söz edilemeyeceğinden küçüğün manevi tazminat talebinin reddine, anne ve babası olan diğer davacıların evlatlarının yaşadığı bu sağlık sorunları ve hayati riskler nedeniyle ağır bir manevi ızdıraba maruz kaldıkları tartışmasız olduğundan, yaşanan bu manevi zararın kısmen de olsa giderilebilmesi için annesi ve babası için ayrı ayrı manevi tazminatın kabulüne” karar verilmiş ve karar Danıştay tarafından onanmıştır⁴⁷⁸.

Devlet Hastanesi'nde gerçekleştirdiği normal doğum eylemi sonrasında fistül gelişiminde davalı idarenin hizmet kusuru bulunduğu bahisle doğum yapan kadın ve eşi olan davacılar tarafından açılan tazminat davasında; *“davacıların doğumun uzman doktor tarafından gerçekleştirileceği yönünde bir beklenti içine girdikleri, bu nedenle doğumun ebeler tarafından yaptırılmasının davacılar da sağlık hizmetinin gereği gibi işletilmediği şeklinde şüphe, endişe ve üzüntüye yol açtığı gerekçesiyle manevi tazminat isteminin kabulü gerektiğine”* karar verilmiştir⁴⁷⁹.

Sezaryen yöntemiyle prematüre olarak doğması üzerine yeni doğan ünitesi yoğun bakım biriminde tedavisinin yapılmasının ardından yeni doğan çocuk kliniğinde tedavisine devam edilen bebeğin ROP hastalığının teşhis ve tedavisinde geç kalındığından dolayı iki gözünü de kaybettiğinden bahisle açılan tazminat talepli davada; idarenin kusuru, olayın oluş şekli, zararın niteliği ve görme özürlü nedeniyle duyulan acı,

⁴⁷⁷ Danıştay, 15D., 18.02.2016, 3243/985. Lexpera (erişim tarihi:15.04.2020).

⁴⁷⁸ Danıştay, 15D., 06.04.2017, 4899/1619. Lexpera (erişim tarihi:15.04.2020).

⁴⁷⁹ Danıştay, 15D., 27.12.2018, 9450/8545. Lexpera (erişim tarihi:15.04.2020).

üzüntü ve ruhsal sıkıntılarının kısmen de olsa dindirilmesi için anne, baba ve kardeşin manevi tazminat talepleri kabul edilmiştir⁴⁸⁰.

Danıştay kararlarında, TBK 56'ncı maddesi ikinci fıkrası düzenlemesi öncesi bedensel bütünlüğü zarar gören kişinin, aynı eylem nedeniyle doğrudan doğruya zarara uğrayan yakınlarının manevi tazminat talep edebilecekleri kabul edilmiştir⁴⁸¹.

(3) Diğer Şahıs Varlığı Haklarının İhlali Nedeniyle Açılacak Tam Yargı Davalarında Subjektif Ehliyet

Öztan'a göre; şahıs varlığı, kişinin insan olması nedeniyle sahip olduğu ve şahsiyetini oluşturan değerlerden oluşmaktadır. Bunları saymak mümkün olmamakla birlikte kişinin hak ve fiil ehliyetinin yanında, hayatı, sağlığı, bedeni bütünlüğü, şeref ve haysiyeti, itibarı, sırları, adı ve diğer değerleri üzerindeki haklarının tamamını kapsar⁴⁸². Şahıs varlığı zararı, maddi ya da manevi nitelikte olabilir.

Hayat, beden ve ruh temizliği, vicdan, din, düşünce ve ekonomik çalışma özgürlüğü, şeref, onur ve saygınlığı, ün, isim, resim ve sırları hep kişisel varlıklardır⁴⁸³. Medeni Kanun'un 23-25 ve TBK'nun 58'nci maddelerinde ve diğer özel hükümlerde kişilik hakkının tanımı yapılmamış, yasal düzenlemelerde kişilik haklarını oluşturan değerlerin sürekli değişen ve gelişen yansımaları dikkate alarak sınırlandırma yoluna gidilmeyerek, kişilik hakkı esnek bir çerçeve içinde ele alınmıştır⁴⁸⁴.

Yargıtay içtihatlarına göre, kişilik hakkı, kişinin kendi özgür ve bağımsız varlığının bütünlüğünü sağlayan ve herkese karşı ileri sürülebilen mutlak bir hak olarak kabul edilmekte ve şahsiyet hakkına tecavüz, şahsiyetin kapsamına giren unsurlara tecavüzü ifade ettiği kabul edilmektedir. Şahsiyeti oluşturan unsurların teker teker sayılmasının

⁴⁸⁰ Danıştay, 15D., 20.04.2017, 6948/1901. Lexpera (erişim tarihi:15.04.2020).

⁴⁸¹ Danıştay, 10D., 25.02.2003, 4795/696; 10D., 11.06.1996, 4313/3477; 10D., 25.02.2003, 4795/696. Lexpera (erişim tarihi:15.04.2020).

⁴⁸² Bilge Öztan, *Medeni Hukuk'un Temel Kavramları*, Turhan Kitabevi, Ankara 2005, s.274.

⁴⁸³ Yargıtay, HGK., 03.05.2006, 298/254; HGK., 10.02.2010, 26/73; 3HD., 25.09.2007, 12598/13203. Lexpera (erişim tarihi:15.04.2020).

⁴⁸⁴ Yargıtay, HGK., 01.02.2012, 687/26. Lexpera (erişim tarihi:15.04.2020).

mümkün olmadığı kabul edilerek, zamanın ihtiyaçlarına göre yeni unsurlar nazara alınmaktadır⁴⁸⁵.

Kişilik hakkını oluşturan kişisel değerler kendi aralarında sınıflandırılmaktadır. Bu sınıflandırma maddi kişisel değerler ve maddi olmayan kişisel değerler olarak ayrıma tabi tutulmuştur.

Maddi kişisel değerler kişilerin vücut bütünlüğünü, maddi olmayan kişisel değerler ise kişilerin şeref ve haysiyeti, ismi, resmi, ses, duyguları gibi manevi değerleri ifade etmektedirler⁴⁸⁶.

TMK'nun 24'ncü maddesi ikinci fıkrasında; kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırının hukuka aykırı olduğu düzenlenmiştir. TBK'nun 58'nci maddesinde ise; kişilik hakkının zedelenmesinden zarar görenlerin manevi tazminat isteminde bulunabileceği düzenlemesi yapılmıştır. Yerleşik yargı içtihatlarında, bir kimsenin cismani zarara maruz kalması sonucunda onun eşi, ana-babası veya çocukları gibi çok yakınlarından birinin de aynı eylem nedeniyle hukuken korunan ruhi ve asabi sağlık bütünlüğü ağır bir şekilde haleldar olmuşsa bu durumda yansıma yolu ile değil doğrudan doğruya zarara maruz kalmasının söz konusu olduğu ve bu taktirde aynı zamanda kişilik hakları ihlal edilen kişinin yakınlarının da manevi tazminat istemelerinin mümkün olduğu, kabul edilmiştir⁴⁸⁷. Cismani zarar kavramına ruhi bütünlüğün ihlali, sinir bozukluğu veya hastalığı gibi haller de girdiğine ve yasa ile sadece maddi sağlık bütünlüğü değil, ruhsal

⁴⁸⁵ Yargıtay, HGK., 27.06.2012, 179/412. Karar gerekçesi : “Zarar görmesi şart olan “şahsiyet hakkı” kavramı hukuk sözlüklerinde şahısların maddi, manevi ve ekonomik bütünlüğü üzerindeki mutlak hakları olarak tarif edildikten sonra, vücut bütünlüğü, sağlığı, ismi, şeref ve haysiyeti resmi, hürriyetleri, sır çerçevesi, iktisadi ve fikri faaliyetleri şahsiyet hakları olarak sayılmaktadır.Şahsiyet hakkı, şahsiyeti oluşturan değerlerin tümü üzerindeki hakkı belirtmek üzere kullanılan deyimdir. Bu genel şahsiyet hakkının münferit unsurlar bakımından görünümüne münferit şahsiyet hakları denilebilir. Bu açıdan kişinin hayatı, sağlığı ve vücut tamlığının, beden ve ruhsal bütünlüğünün, duygu yaşantısının da ruhsal uyum ve denge, ruhsal sükun, yakınlarla olan gönül bağlılığı, aile birliği şeref ve haysiyetinin, resminin, özel hayatının gizliliğinin, sırlarının, duygu yaşantısı ve düşünce dünyasının, manevi acılar verdirilmek yolu ile ruhsal varlıklara saldırılmasının vs. hukuka aykırı tecavüze karşı korunmasından söz edilir. Şahsiyeti oluşturan unsurların teker teker sayılması mümkün değildir. Zamanın ihtiyaçlarına göre yeni unsurlar nazara alınmaktadır.” Lexpera (erişim tarihi: 15.04.2020).

⁴⁸⁶ Danıştay, 15D., 26.05.2016, 9784/3784. Lexpera (erişim tarihi: 15.04.2020).

⁴⁸⁷ Yargıtay HGK., 05.06.2015, 2215/1487; HGK., 28.03.2014, 2219/411; 17 HD., 26.03.2013, 5355/4188; 4 HD, 16.06.1977, 5877/6987. Lexpera (erişim tarihi: 15.04.2020).

bütünlük de korunduğuna göre; bu durumda kişilik hakları ihlal edilen kişinin yakınlarının yansıma yoluyla değil, doğrudan doğruya zarara uğraması söz konusudur.

İdarenin haksız bir eylem veya işlemi nedeniyle, kişilerin kişilik hakkını oluşturan değerlerde duyduğu bedensel ya da ruhsal acı, ıstırap veya yaşama zevkinde azalma oluşması halinde, zarara uğrayan kişiler idari yargıda idare aleyhine açacakları tam yargı davası ile manevi tazminat talep edebileceklerdir.

Danıştay, davacıların yakınının geçirdiği trafik kazası neticesinde vefatı sonrasında kornealarının izinsiz ve usulsüz olarak alınması nedeniyle manevi tazminat istemiyle açılmış olan davada;

“...kişilerin maddi kişisel değerlerinden olan organ ve dokularına yönelik saldırıların kişilik haklarını ihlal edeceğinin açık olduğu, kişilik hakkının ölümle birlikte bittiği kabul edilse dahi, ölümden sonra vücut bütünlüğünün korunması devletin pozitif yükümlülüğü iken ölenin yakınlarınca bu korumanın beklenilmesinin de kişilik hakkının bir parçasını oluşturmakta olduğu...” gerekçesiyle davacıların manevi tazminat taleplerinin karşılanması gerektiğine karar vermiştir⁴⁸⁸.

Öğretide ve içtihatlarda "kişi" kavramının gerçek kişiler yanında tüzel kişileri de kapsadığı; daha açık bir ifadeyle, hukuki şartların gerçekleşmesi halinde tüzel kişiler lehine de manevi tazminata hükmedilebileceği kabul edilmiştir. Tüzel kişiler, maddi varlıktan yoksun olduğu için, insanlar gibi maddi bedensel değerler üzerinde kişilik haklarının varlığından elbette sözedilemez; ancak, şeref ve itibar gibi manevi nitelikteki kişisel değerlerle birlikte mesleki ve ekonomik kişisel değerlere sahiptirler. Bir tüzel kişinin kişisel değerlerine yapılan saldırının; bu manevî değerlerinde bir eksilmeye yol açarak manevi zarara neden olması halinde, manevi tazminat talep edebileceklerdir. Gerek Medenî Yasa ve gerekse Borçlar Yasası yalnız gerçek kişilerin değil, aynı zamanda tüzel kişilerin de kişisel haklarını koruduğundan, kişisel varlıklara yapılan saldırı nedeniyle elem ve ızdırap duymayacaklarından söz edilerek tüzel kişilerin manevî tazminat davası açamayacaklarını kabul etmek yasa koyucunun amacına aykırı düşer⁴⁸⁹.

⁴⁸⁸ Danıştay, 15D, 26.05.2016, 9784/3784. Lexpera (erişim tarihi:15.04.2020).

⁴⁸⁹ Yargıtay HGK., 01.02.2012, 687/26; Danıştay İDDK., 11.02.2016, 4671/236. Lexpera (erişim tarihi:15.04.2020).

Hekim ve diğer meslek mensupları hastayla ilgili sırrı ve kişisel verileri gizli tutmak, başkalarına açıklamamak ve vermemekle yükümlüdür. Bu yükümlülük hastanın sağlığı boyunca ve hatta yakınlarının manevi zarara uğramaları tehlikesinin bulunduğu hallerde hasta öldükten sonra da devam eder⁴⁹⁰. Yargıtay ve Danıştay kararlarında “sır” da şahsi varlıklardan sayılmaktadır⁴⁹¹.

Anayasanın 20'nci maddesi, özel hayatın gizliliğine ilişkin hükümleri içermekte olup, ilk fıkrasında herkesin, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu, özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı; son fıkrasında ise, 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 kapsadığı, kişisel verilerin, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebileceği, kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usullerin kanunla düzenleneceği düzenlenmiştir.

Hastanın kişisel ve fiziksel özellikleriyle ilgili bilgiler, film ve grafiler, test ve tahlil sonuçları, muayene bilgi ve bulguları ve bu kapsamda hasta dosyasındaki bilgiler, alışkanlıkları, psikiyatrik davranış bozuklukları, aile sırları vb. özel bilgiler kişisel veriler kapsamında değerlendirilebilir⁴⁹².

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK)⁴⁹³, nun 6'ncı maddesine göre sağlık verileri özel nitelikli kişisel veri olarak sayılmıştır ve ilgisinin açık rızası bulunmaksızın özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi kural olarak mümkün değildir. Kişisel sağlık verileri, Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik⁴⁹⁴ ile “*kimliği belirli ya da belirlenebilir gerçek kişinin fiziksel ve ruhsal sağlığına ilişkin her türlü bilgi ile kişiye sunulan sağlık hizmetiyle ilgili bilgiler*” olarak tanımlanmıştır. Kişilerin sağlığına ilişkin verilerin ilgililerin açık rızası aranmaksızın işlenebileceği haller KVKK'nun 6/3'ncü

⁴⁹⁰ M.Fadıl Yıldırım, Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erzincan, 2006, s.61.

⁴⁹¹ Danıştay, İDDK., 11.02.2016, 4671/236; Yargıtay, 3HD., 25.09.2007, 12598/13203; Yargıtay, 4HD., 16.10.1979, 6924/11432. Lexpera (erişim tarihi:15.04.2020).

⁴⁹² Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk*, s.100.

⁴⁹³ RG. 7.4.2016/29677.

⁴⁹⁴ RG. 21.06.2019/30808.

maddesinde belirtilmiştir⁴⁹⁵. Örneğin; bulaşıcı hastalık taşıyan kişi bilgilerinin kamu sağlığı için gerekli kurumlara bildirilmesi, hukuka aykırı sayılamaz.

Kişisel veri kapsamında olmasa bile, hekimlik mesleğinin icrası nedeniyle hasta hakkında edinilen sır niteliğinde sayılan bilgilerin de korunması zorunludur. Ayan’a göre; sorumluluk hukuku yönünden, açıklanmamasında hastanın yararı bulunan her türlü bilginin sır olarak düşünülmesi gerekmektedir⁴⁹⁶. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 4’ncü maddesi gereğince; hekimler, hastasından mesleğini uygularken öğrendiği sırları kanuni bir zorunluluk olmadıkça açıklayamaz. Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları’nın 9’ncü maddesinde de; hekimlerin sır saklama yükümlülüğü ile ilgili düzenleme yapılmıştır⁴⁹⁷. Hekimin korumakla yükümlü olduğu sır, hekimlik mesleğinin icrası nedeniyle öğrendiği sırlardır; başka herhangi bir nedenle öğrenilen sırlar, bu kapsam içinde düşünülemez.

Hasta Hakları Yönetmeliğinin “Hasta Haklarının Korunması” konu başlıklı dördüncü bölümünde 21’nci maddesinde⁴⁹⁸ hastanın mahremiyetine saygı gösterilmesi,

⁴⁹⁵ KVKK Madde 6/3: “Birinci fıkrada sayılan sağlık ve cinsel hayat dışındaki kişisel veriler, kanunlarda öngörülen hâllerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir. Sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler ise ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir.”

⁴⁹⁶ Ayan, *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*, s.100.

⁴⁹⁷ Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları Madde 9: “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 saklanması hasta ya da 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.”

⁴⁹⁸ Hasta Hakları Yönetmeliği Madde 21-“ *Hastanın, mahremiyetine saygı gösterilmesi esastır. Hasta mahremiyetinin korunmasını açıkça talep de edebilir. Her türlü tıbbi müdahale, hastanın mahremiyetine saygı gösterilmek suretiyle icra edilir. Mahremiyete saygı gösterilmesi ve bunu istemek hakkı;*

- a) *Hastanın, sağlık durumu ile ilgili tıbbi değerlendirmelerin gizlilik içerisinde yürütülmesini,*
- b) *Muayenenin, teşhisin, tedavinin ve hasta ile doğrudan teması gerektiren diğer işlemlerin makul bir gizlilik ortamında gerçekleştirilmesini,*
- c) *Tıbben sakınca olmayan hallerde yanında bir yakınının bulunmasına izin verilmesini,*
- d) *Tedavisi ile doğrudan ilgili olmayan kimselerin, tıbbi müdahale sırasında bulunmamasını,*
- e) *Hastalığın mahiyeti gerektirmedikçe hastanın şahsi ve ailevi hayatına müdahale edilmemesini,*
- f) *Sağlık harcamalarının kaynağının gizli tutulmasını, kapsar.”*

22'nci maddesinde rızası olmaksızın tıbbi ameliyeye tabi tutulmaması ve 23'ncü maddesinde⁴⁹⁹ sağlık hizmetinin verilmesi sebebiyle edinilen bilgilerin gizli tutulması hususları düzenlenmiştir.

Sağlık hizmetlerinde hastaların mahremiyet hakkı bireylerin bu hizmeti almak üzere sağlık kurum/kuruluşu, birimi ya da personeliyle temasa geçtiği ilk andan itibaren başlar, hizmetin sunulması sürecinde ve sonrasında devam eder⁵⁰⁰. Personel ile birlikte, hastane yönetiminin de hasta mahremiyetine ilişkin saygı gösterme yükümlülüğü vardır.

Sağlık hizmetleri nedeniyle edinilen kişisel bilgileri gizli tutulmayarak kişilik hakları ihlal edilen kişi, bu nedenle duyduğu acı ve üzüntü gibi manevi zararları için manevi tazminat talep edebilecektir.

AİHM ve Anayasa Mahkemesi kararlarında;

“...HIV virüsü taşıyan kişilerin toplumda uzun zamandır birçok ön yargı ve kınamaya maruz kalan zayıf bir grup olduğu dikkate alındığında bu kişilerin tıbbi bilgilerinin gizli tutulması hayati önemde olduğu, bu kişilerin sağlık durumları nedeniyle aşağılanmalarının önüne geçmek ve ayrımcılığa uğramadan sağlık hizmetlerinden yararlanmalarını sağlamak amacıyla tıbbi bilgilerinin gizli tutulması için gerekli önlemler alınması gerektiği belirtilmektedir (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. 1/Finlandiya, B. No: 20511/03, 17/7/2008, § 38 ; Y/Türkiye (k.k.), B. No: 648/10, 17/2/2015, § 73).”

İş akdi sona erdirilen HIV pozitif olan işçinin başvurusu sonucunda;

“...Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesinin, 17. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ve 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine, yargılamanın

⁴⁹⁹ Hasta Hakları Yönetmeliği Madde 23- “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. Hukuki ve ahlaki yönden geçerli ve haklı bir sebebe dayanmaksızın hastaya zarar verme ihtimali bulunan bilginin ifşa edilmesi, personelin ve diğer kimselerin hukuki ve cezai sorumluluğunu da gerektirir. Araştırma ve eğitim amacı ile yapılan faaliyetlerde de hastanın kimlik bilgileri, rızası olmaksızın açıklanamaz.”

⁵⁰⁰ Gürkan Sert, *Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Açısından Sağlık Hizmetlerinde Mahremiyet Hakkı Kavramı*, Marmara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, İstanbul, 2007, s.45.

üçüncü kişilere kapalı yapılması talebinin reddi nedeniyle Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine” karar verilmiştir⁵⁰¹.

Hastaya yapılan test sonuçları kesinleşmeden AIDS’li olduğuna dair bilgilerin hastane personeli tarafından basın mensuplarına sızdırılması olayları, idarenin hizmet kusuru iddiasıyla manevi tazminat davasına konu edilmiştir⁵⁰².

Öğretide, şahıs varlığı haklarının ihlalinin kişinin cismani bütünlüğüne zarar vermeksizin saygınlığı ve imajı üzerinde olumsuz etkilere sebep olabileceği ve bu halde kişinin iş gücünde bir azalma olmamasına rağmen iş piyasasında yeni bir iş bulmakta ya da mevcut işini korumakta güçlük çekebileceği, bu nedenle hakları ihlal edilen kişilerin malvarlıklarında bir azalma olduğunu ileri sürerek uğradıkları zararın tazminini talep edebilecekleri görüşleri de vardır⁵⁰³. Bu görüşe göre, örneğin AIDS hastası olan bir kişinin teşhis bilgisinin onun rızası olmaksızın işveren ile paylaşılması halinde; işe alınma talebinin bu nedenle reddedilmesi ya da mevcut işinden çıkarılması neticesinde maddi zararından da söz edilebilecek ve bu halde maddi zararı olan kişi tarafından açılacak tam yargı davası ile zararın tazmini talep edilebilecektir.

2. Husumet

Davada sıfat; tarafın, dava konusu maddi hukuk ilişkisinin süjesi olup olmamasıyla ilgilidir. Uygulamada, "sıfat" yerine "husumet" terimi de kullanılmaktadır. Taraf sıfatı (husumet); maddi hukuka göre belirlenen, bir subjektif hakkı dava etme yetkisini ya da bir subjektif hakkın davalı olarak talep edilebilme yetkisini gösteren bir kavramdır. Dava şartı olan taraf ehliyeti, dava ehliyeti ve davayı takip yetkisi, davanın taraflarının kişilikleriyle ilgili olduğu halde, taraf sıfatı dava konusu sübjektif hakka ilişkindir⁵⁰⁴. Bir davada taraf olarak gösterilen kişiler, taraf ve dava ehliyetine ve davayı takip yetkisine

⁵⁰¹ AYM, (Başvuru Numarası: 2014/19081), T:01.02.2017.

<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Basvurular/tr/pdf/2014-19081.pdf> erişim tarihi:15.04.2020.

⁵⁰² Danıştay, 10D., 31.01.1996, 5314/294; Danıştay, 15D., 04.03.2014, 3631/1349. Lexpera(erişim tarihi:15.04.2020).

⁵⁰³ Erdem Büyüksağış, *Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007:s.73.

⁵⁰⁴ Yargıtay, HGK, 30.09.2015, 220/2024. Lexpera (erişim tarihi:15.04.2020).

sahip olsalar bile, davacı veya davalı olma sıfatlarının yani husumet ehliyetinin olmadığı belirlenir ise dava, sıfat yokluğundan reddedilir⁵⁰⁵.

Husumet, taraf ehliyeti ve dava ehliyetinin subjektif hak ile ilişkilendirilmesidir. Davacı tarafta yer alan taraf için aktif dava sıfatı, davalı tarafta yer alan taraf için pasif taraf sıfatından söz edilir⁵⁰⁶.

İYUK 14'ncü maddesi (c) bendinde "ehliyet", (f) bendinde "husumet" idari davalarda ilk inceleme aşamasında gözetilecek hususlar olarak ayrı ayrı düzenlenmiştir. İYUK'nun 31'nci maddesinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa atıf yapılan hususlar arasında ehliyet sayılmış, husumet sayılmamıştır. Dolayısıyla, husumet ehliyeti ilgili kurallar, İdare Hukuku kuralları göz önünde bulundurulmak suretiyle idari yargı yerlerince belirlenecektir⁵⁰⁷.

İdari yargıda husumet, genel olarak dava konusu idari işlemi tesis eden ya da idari eylemi gerçekleştiren davalı idareyi ifade eder. İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından idari yargı yerlerinde açılan tam yargı davalarında, husumetin kamu idarelerine yöneltilmesi gerekir. Tam yargı davalarında husumetin belirlenmesinde ve buna bağlı olarak yetkili merci tayininde, uğranıldığı ileri

⁵⁰⁵ Yargıtay, HGK., 16.05.2019, 2773/580. Karar gerekçesi "Sıfat dava şartı olmayıp, itirazdır. Çünkü bir kimsenin hak sahibi veya borçlu olup olmadığı davanın esasına girildikten sonra tespit edilebilir. Bu durumda ise dava esastan ret veya kabul edilir. Oysa, dava şartları davanın esasına girilmesini engelleyen niteliktedir. Ancak sıfat bir itiraz olduğundan, hâkim diğer itirazlar gibi taraf sıfatını da dava dosyasından anlayabildiği sürece kendiliğinden nazara alır. Sıfat, davada taraflardan birinin davaya konu subjektif dava hakkının bulunup bulunmadığı ile ilgili bir husustur. Tarafların sıfatının yargılama sonuna kadar devam etmesi zorunludur. Bu husus mahkemece resen göz önünde bulundurulmalıdır. Bir davada, taraflardan birinin, davacı ya da davalı sıfatının (aktif ya da pasif husumet ehliyetinin) olmadığı belirlenirse, artık bu davanın esasının çözümüne girilmeden, davanın husumet yokluğundan reddi gerekir. Bir kişinin belli bir davada davacı ya da davalı sıfatını haiz olup olmadığı şeklinde nitelendirilen husumetin, ileri sürülme zamanı Kanun ile kabul edilen bir ilk itiraz olmadığı gibi, davalı tarafından ileri sürülmesi gerekli bir defî de değildir. Davanın her aşamasında ileri sürülmesi mümkün veya mahkemece vakf olunduğu takdirde resen nazara alınması gerekli hukuki bir durumdur". (Aktaran: KURU Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.I., İstanbul 2001, s. 1157 vd.)" Lexpera (erişim tarihi: 15.04.2020).

⁵⁰⁶ Yargıtay, 20HD., 30.05.2011, 2888/6481. Lexpera (erişim tarihi: 15.04.2020).

⁵⁰⁷ Yüksel Esin/Erol Dündar, *Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları*, Birinci Kitap: Usul, Balkanoğlu Matbaacılık, Ankara, 1971, s. 167; Kâzım Yenice/Yüksel Esin, *İdari Yargılama Usulü Cilt-2 (Açıklamalı-İzahatlı-Notlu)*, Arısan Matbaacılık, Ankara, 1983, s. 456; Hüseyin Çelikkol, "İdari Yargıda Ehliyet ve Husumet", *Adalet Dergisi*, Sayı: 3, 1985, s. 750, 767. Aktaran Gürsel Kaplan, "Danıştay Kararları Ve İlgili Özel Yasal Düzenlemeler Çerçevesinde İdari Yargıda Ehliyet Ve Husumet", *İÜHFİM*, Cilt LXIX, Sayı 1-2, Yıl 2011 (*İl Han Özyay'a Armağan*, İstanbul, Legal, 2011) s.348.

sürülen zararın hangi idarenin hangi eyleminden kaynaklandığı hususunun açıklığa kavuşturulması ve hukuki uyuşmazlığın en kısa sürede sonuçlandırılması adil yargılanma hakkının da bir gereğidir⁵⁰⁸.

Tam yargı davalarında, hak ihlali nedeniyle davalıdan davacıya belli bir ödeme yapması istendiğinden hasmın kimliğinin tespiti, kararın yerine getirilmesi bakımından önem arz eder⁵⁰⁹.

Hak ihlaline neden olan idari işlem ve eylemin birden fazla idare tarafından ortaklaşa gerçekleştirilmiş olması halinde, sorumluluk esasına göre hareket edilerek zarara sebebiyet veren idarelerin belirlenerek, husumetin onlara yöneltilmesi gerekir.

İYUK'nun 14/3-f maddesinde, dava dilekçeleri üzerinde ilk incelemede "husumet" yönünden de inceleme yapılacağı; İYUK'nun 15/1-c maddesinde davanın hasım gösterilmeden veya yanlış hasım gösterilerek açılması halinde, dava dilekçesinin tespit edilecek gerçek hasma tebliğine karar verileceği kurala bağlanmıştır.

İdari mercii tecavüzü halinde, dilekçelerin görevli idare merciine tevdiine karar verilir. Merciiine tevdi kararının doğru idareye yapılması, uyuşmazlığın en kısa sürede sonuçlandırılabilmesi ve kararın yerine getirilmesi bakımından önemlidir. Danıştay, dava konusu olayda hastaya müdahalenin ayrı kamu tüzel kişiliği olan Van Yüzüncü Yıl Üniversitesine bağlı tıp merkezinde yapılmış olması ve bu merkezin Sağlık Bakanlığının bağlı kuruluşu Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu ile bir ilgisi bulunmaması nedeniyle, dava dilekçesinin Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumuna tevdiinde hukuki isabet bulunmadığına karar vermiştir⁵¹⁰.

İdari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunu denetim yetkisine sahip olan idari yargı yerlerinde, kamu görevlisi olan gerçek kişiler aleyhine dava açılmasına hukuken olanak yoktur. Sağlık hizmetlerinin verilmesinde görev alan kamu görevlilerinin görevle ilgili olarak işledikleri "görev kusuru" niteliğinde hizmet kusuru nedeniyle zarar gören kişiler tarafından açılacak tam yargı davaları da; idarenin personeline değil, idareye yöneltilen olacaktır. Danıştay, Cumhuriyet Savcısının, davacının kolunu mühürleyerek

⁵⁰⁸ Danıştay, 15D., 28.04.2016, 1246/3024. Lexpera (erişim tarihi:15.04.2020).

⁵⁰⁹ Gözübüyük, A. Şeref / Tan, Turgut; *İdare Hukuku, İdari Yargılama Hukuku*, C.II, 2.B., Ankara 2006:s.733.

⁵¹⁰ Danıştay, 15D., 28.04.2016, 1246/3024. Lexpera (erişim tarihi:25.03.2020).

hastanelere sevk etmesi ve hastanede yaşanan olaylar nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen zararların tazmini istemiyle açılan davada; davacının kolunun mühürlenmesi işleminin idari nitelik taşıması nedeniyle, Adalet Bakanlığının "davalı" olarak gösterilen kişinin yanında hasım konumuna alınarak, Adalet Bakanlığı yönünden hizmet kusurunun bulunup bulunmadığının incelenmesi suretiyle karar verilmesi ve İdari Yargılama Usulü Kanununa göre gerçek kişiler aleyhine açılan davaların idari yargı yerlerinde görülüp çözümlenmesi mümkün olmadığından gerçek kişi yönünden davanın reddedilmesi gerektiğine karar vermiştir⁵¹¹.

Sağlık hizmeti veren kamu kurum ve kuruluşları başlığı altında incelendiği üzere, kamu sağlık hizmeti veren kamu kurum ve kuruluşları olarak; Sağlık Bakanlığı'na bağlı hastaneler ve diğer sağlık kuruluşları, Üniversite hastaneleri, TSK'na bağlı sağlık üniteleri, belediyelere ait poliklinik ve hastaneler sayılabilir. Sağlık Bakanlığı'na bağlı devlet hastaneleri ve diğer sağlık kuruluşlarında verilen sağlık hizmetlerinden kaynaklanan tam yargı davalarında Sağlık Bakanlığı davalı gösterilecektir. 25.08.2017 tarihli ve 30165 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 694 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararname'nin 203. maddesinde, belirlenen kanunlarda bulunan "*Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu, Türkiye Halk Sağlığı Kurumu ibareleri, yürürlükten kaldırılmış, diğer mevzuatta Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu ve Türkiye Halk Sağlığı Kurumuna yapılmış olan atıflar Sağlık Bakanlığına yapılmış sayılır.*" hükmüne yer verilmiş olduğundan, tüzel kişilikleri sona erdirilerek bakanlık merkez teşkilatının hizmet birimi haline getirilen Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu ve Türkiye Halk Sağlığı Kurumu yerine Sağlık Bakanlığı hasım gösterilecektir. Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu, 694 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 184. maddesi ile Kamu Hastaneleri Genel Müdürlüğü adıyla Sağlık Bakanlığının hizmet birimi olarak teşkilatlandırıldığından, davalı gösterildiği davalarda hasım mevkiinden çıkarılarak husumet Sağlık Bakanlığı'na yöneltilerek dosyalar tekemmül ettirilerek karar verilmiştir⁵¹².

⁵¹¹ Danıştay, 10D., 26.11.2008, 7165/8312. Lexpera (erişim tarihi:25.03.2020).

⁵¹² Danıştay, 15D., 06.03.2018, 3667/2215; İzmir BİM 6İDD., 08.02.2018, 1798/204. Lexpera (erişim tarihi:25.03.2020).

Üniversite Hastaneleri ve mediko-sosyal birimlerinde verilen sağlık hizmetlerinden kaynaklanan tam yargı davalarında, husumet tüzel kişiliğe sahip Üniversite Rektörlüğü'ne yöneltilir. Tıp Fakültesi, Dekanlık ya da Sağlık Uygulama ve Araştırma Merkezi'nin ayrı tüzel kişiliği olmayıp, Üniversite Rektörlüğü'ne bağlı birimlerdir.

3359 sayılı Kanunun Ek 9. Maddesi⁵¹³ ile Sağlık Bakanlığına bağlı sağlık tesisleri ile üniversitelerin tıp ve diş hekimliği alanında lisans ve uzmanlık eğitimi veren kurumlarının eğitim, araştırma ve sağlık hizmet sunumu için birlikte kullanılması ya da işbirliği yapılması (afiliasyon) ile ilgili düzenleme yapılmış ve Sağlık Bakanlığına Ait Kurum ve Kuruluşlar İle Devlet Üniversitelerinin İlgili Birimlerinin Birlikte Kullanımı İle İşbirliği Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik⁵¹⁴ hükümleri ile usul ve esasları belirlenmiştir. Yönetmeliğin 6'ncı maddesinde birlikte kullanılan sağlık tesislerinin statüsü, 9'ncü maddesinde işletilmesi, 14'ncü maddesinde personel işlemleri ile ilgili düzenlemeler yapılmıştır⁵¹⁵. Birlikte kullanılan ya da işbirliği yapılan sağlık tesislerinde

⁵¹³ **Ek Madde 9** – (Ek: 21/1/2010-5947/11 md.; Değişik: 11/10/2011-KHK-663/58 md.; Değişik: 4/7/2012-6354/8 md.)

(Değişik birinci cümle: 20/8/2016-6745/39 md.) “Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumuna bağlı sağlık tesisleri ile üniversitelerin tıp ve diş hekimliği alanında lisans ve uzmanlık eğitimi veren kurumları; eğitim, araştırma ve sağlık hizmeti sunumu için insan gücü, mali kaynak, fiziki donanım, bina, tıbbi cihaz ve diğer kaynakları karşılıklı olarak aşağıdaki usul ve esaslara göre birlikte kullanabilir. Ancak, büyükşehir olan iller dışındaki illerde eğitim ve araştırma hizmetleri, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren Sağlık Bakanlığı eğitim ve araştırma hastanesi veya üniversite sağlık uygulama ve araştırma merkezlerinden yalnızca biri tarafından verilebilir. Bu illerde Bakanlık ve bağlı kuruluşları ile üniversiteler, tıp lisans eğitimi ve/veya tıpta uzmanlık eğitimi için ortak kullanım ve işbirliği yapar. ⁽¹⁾⁽²⁾... Birlikte kullanımdaki sağlık tesislerinde tıpta uzmanlık ve lisans eğitimleri, Sağlık Bakanlığı uzmanlık öğrencilerinin eğitimi de dâhil olmak üzere, ilgili mevzuata göre ilgili fakülte dekanının yetki ve sorumluluğunda yürütülür. (Ek cümleler: 20/8/2016-6745/39 md.) Dekan, hastane yöneticisinin görüşünü alarak varsa profesör, yoksa doçent unvanını haiz öğretim üyelerinden birini, doçent de yoksa yardımcı doçent veya eğitim görevlilerinden birini eğitim sorumlusu olarak görevlendirir. Başhekim aynı zamanda üniversite yönünden sağlık uygulama ve araştırma merkezi müdürü sayılır. Birlikte kullanıma geçilen sağlık tesisleri, Bakanlığın tâbi olduğu mevzuat uyarınca işletilir ve tesis, üniversitenin görüşü alınarak Bakanlıkça atanan başhekim tarafından yönetilir. Birlikte kullanıma geçilen sağlık tesisinin kamu hastane birliği kapsamında olması hâlinde, o tesise ait yönetici görevlendirmeleri kamu hastaneleri birliği mevzuatı çerçevesinde yapılır. (Ek cümle: 2/1/2014-6514/44 md.) Birlikte kullanımdaki sağlık tesislerinde mesai sonrası hizmetler için 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 73 üncü maddesinin üçüncü fıkrasına göre ilave ücret alınmaz. ⁽¹⁾...Birlikte kullanılan sağlık tesisinde görev yapan personelin disiplin ve tüm özlük işlemleri kadrosunun bulunduğu kurumun ilgili mevzuatına göre yürütülür...”

⁵¹⁴ RG. 04.03.2020, 31058.

⁵¹⁵ Sağlık Bakanlığına Ait Kurum ve Kuruluşlar İle Devlet Üniversitelerinin İlgili Birimlerinin Birlikte Kullanımı İle İşbirliği Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik:

verilen sağlık hizmetlerinden kaynaklanan tam yargı davalarında davalı idarenin tespitinde, bu hükümler dikkate alınarak zarara neden olan idari işlem, eylem ve faaliyetlerin hangi idareye ait olduğunun belirlenmesi gerekmektedir:

- Sağlık hizmetinin kuruluşu ve işleyişinden kaynaklanan tam yargı davalarında; sağlık tesisini işleten Sağlık Bakanlığı davalı gösterilecektir.

- Tıbbi müdahalelerden kaynaklanan tam yargı davalarında; sağlık hizmetini veren idarenin ajanı konumundaki personelin bağlı olduğu idare (Sağlık Bakanlığı veya Üniversite Rektörlüğü) davalı gösterilecektir.

- Hem sağlık hizmetinin kuruluşu ve işleyişi hem de hastaya yapılan tıbbi müdahalelerden dolayı hakları ihlal edilenler tarafından açılacak tam yargı davalarında; tıbbi müdahalede bulunan sağlık personellerinin bağlı olduğu Kurum ile Sağlık Bakanlığı birlikte dava edilecektir. Hastanın haklarının ihlaline neden olan personel Bakanlığa bağlı ise sadece Sağlık Bakanlığı'nın, Üniversite'ye bağlı ise ayrı kamu tüzel kişiliğine sahip Üniversite Rektörlüğü'nün, birlikte kullanıma konu sağlık tesisinin birden fazla üniversite ile birlikte kullanımı halinde personellerin hangi Üniversiteye bağlı olarak çalıştığı esas alınarak o Üniversite Rektörlüklerinin ve sağlık tesisini işletmekten sorumlu Sağlık Bakanlığı'nın birlikte davalı gösterilmesi uygun olacaktır. Mahkeme kararı ile zararı ödemek zorunda kalan idarenin zarara sebep olan personeline rücu hakkı saklıdır.

Tüm askeri hastaneler artık Sağlık Bakanlığı bünyesinde hizmet verdiğinden, bu hastanelerde verilen sağlık hizmetlerinden kaynaklanan tam yargı davalarında Sağlık Bakanlığı hasım gösterilecektir. Türk Silahlı Kuvvetleri sağlık birimlerinde verilen sağlık hizmetlerinden kaynaklanan tazminat (tam yargı) davalarında ise, husumetin Türk Silahlı Kuvvetleri'nin bağlı olduğu Milli Savunma Bakanlığı'na yöneltilmesi gerekir.

“MADDE 6 – (1) Birlikte kullanılan sağlık tesisleri, Sağlık Bakanlığına bağlı eğitim ve araştırma hastanesi, üniversiteler için ise üniversite hastanesi olarak kabul edilir.

MADDE 9 – (1) Birlikte kullanımdaki sağlık tesisi, Bakanlık tarafından bu Yönetmelik hükümleri saklı kalmak kaydıyla, Bakanlığın tabi olduğu mevzuat uyarınca işletilir. (2) Sağlık tesisindeki her türlü sağlık ve destek hizmeti, üniversite personelinin sağlık hizmeti sunumu da dâhil olmak üzere Başhekimin sorumluluğundadır.

MADDE 14 – (1) Birlikte kullanılan sağlık tesisinde görev yapan personel disiplin ve tüm özlük işlemleri ile sosyal güvenlik bakımından kadrosunun bulunduğu kurumun ilgili mevzuatına tabidir.”

Belediyelere ait hastane ve polikliniklerde verilen sağlık hizmetlerinden kaynaklanan tazminat (tam yargı) davalarında, husumetin yöneltileceği davalı idare ilgili Belediye Başkanlığı'dır.

D. Yetkili ve Görevli Mahkeme

1. Yetkili Mahkeme

İYUK'nun 36. Maddesine göre:

“İdari sözleşmelerden doğanlar dışında kalan tam yargı davalarında yetkili mahkeme, sırasıyla:

a) Zararı doğuran idari uyuşmazlığı çözümlenmeye yetkili,

b) Zarar, bayındırlık ve ulaştırma gibi bir hizmetten veya idarenin herhangi bir eyleminden doğmuş ise, hizmetin görüldüğü veya eylemin yapıldığı yer,

c) Diğer hallerde davacının ikametgahının bulunduğu yer.

İdari mahkemesidir.”

Bu hüküm uyarınca, zararın idarenin herhangi bir eyleminden doğmuş olması halinde eylemin yapıldığı yer idari mahkemesi yetkili mahkeme olduğundan, sağlık hizmetlerinden kaynaklanan tam yargı davalarında dava konusu zarara neden olan sağlık hizmetinin görüldüğü yer idare mahkemesi yetkili mahkemedir.

2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun'⁵¹⁶ un 2. maddesine göre, Adalet Bakanlığınca mahkemelerin kuruluş ve yargı çevrelerinin tespitinde, bölgelerin coğrafi durumları ve iş hacmi gözönünde tutulur ve ihtisaslaşmanın sağlanması amacıyla, gelen işlerin yoğunluğu ve niteliği dikkate alınarak, aynı yargı çevresinde bulunan birden fazla idare veya vergi mahkemesi arasındaki iş bölümü Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenir.

⁵¹⁶ RG. 20/1/1982, 17580.

Ülkemizde her ilde idare mahkemesi bulunmadığından, idare mahkemelerinin yargı çevresi dikkate alınarak sağlık hizmetinin görüldüğü ilin bağlı olduğu idare mahkemesinde dava açmak gereklidir⁵¹⁷.

İYUK 14/3(a) maddesi gereği, dava dilekçeleri, idare mahkemelerinde mahkeme başkanı veya görevlendireceği bir üye tarafından öncelikle görev ve yetki yönünden incelenir ve 15/1(a) maddesi gereği, kanuna aykırılık görülürse, görevli veya yetkili olmayan mahkemeye açılan dava görev veya yetki yönünden reddedilerek, dava dosyasının görevli veya yetkili mahkemeye gönderilmesine karar verilir.

İYUK 43'ncü maddesinde “görevsizlik ve yetkisizlik hallerinde yapılacak işlemler” ve İYUK 44'ncü maddesinde; yetkili mahkemenin bir davaya bakmasına fiili veya hukuki bir engel çıktığı veya iki mahkemenin yargı çevresi sınırlarında tereddüt edildiği veya iki mahkemenin de aynı davaya bakmaya yetkili olduklarına karar verdikleri hallerde dava dosyalarının gönderileceği mahkemeler ile ilgili düzenlemeler yapılmış olup; Danıştay ve bölge idare mahkemesince görev ve yetki uyuşmazlıkları ile ilgili olarak verilen kararlar kesindir.

2. Görevli Mahkeme

İdare Mahkemelerinin görevlerinin düzenlendiği 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu Ve Görevleri Hakkında Kanun⁵¹⁸,un 5'nci maddesi uyarınca, tam yargı davaları idare mahkemeleri tarafından çözümlenir. 2576 sayılı Kanun'un 7/1.(b) maddesine göre; uyuşmazlık miktarı yirmibeşbin Türk Lirasını aşmayan tam yargı davaları, tek hakimle çözümlenecek davalardır.

Bu hükümler gereği, idare aleyhine açılacak sağlık hizmetlerinden kaynaklanan tazminat (tam yargı) davalarında idari yargı görevlidir. Mülga 1602 sayılı Askeri Yüksek

⁵¹⁷ Bölge İdare Mahkemeleri ve Yargı Çevresine Dahil Olan İdare Mahkemeleri, <http://hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/2a0ab068-4e09-4220-890b-cf2973451bf2.pdf> (erişim tarihi: 15.04.2020).

⁵¹⁸ 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun (RG. 20.01.1982, 17580).

İdare Mahkemesi Kanunu⁵¹⁹, nun 21.'nci maddesinde; askeri hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerin haklarını ihlal etmesi halinde açılacak tam yargı davalarının Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde çözümlenerek karara bağlanacağı hükmü mevcut iken, 6771 Sayılı Kanunun 17 nci maddesiyle 2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyet Anayasasına eklenen geçici 21 inci maddesinin (e) fıkrası hükmü uyarınca Askerî Yargıtay, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi ve askerî mahkemeler kaldırılmıştır⁵²⁰.

İYUK 14/3(a) maddesi uyarınca dava dilekçeleri üzerinde öncelikle görev ve yetki yönünden inceleme yapılır ve İYUK md 15/1(a) maddesi uyarınca adli yargının görevli olduğu konularda açılan davaların reddine; idari yargının görevli olduğu konularda ise görevli olmayan mahkemeye açılan davanın görev yönünden reddedilerek dava dosyasının görevli mahkemeye gönderilmesine karar verilir. İYUK 15/4'ncü maddesine göre, Danıştay veya mahkemelerce verilen; idari yargının görevli olduğu konularda davanın görev yönünden reddine ilişkin kararlar dışında, adli yargının görevli olduğu konularda açılan davaların reddine kararlarına karşı ilgisine göre istinaf ya da temyiz yoluna başvurulabilir.

İYUK 43'ncü maddesinde, görevsizlik hallerinde yapılacak işlemlerle ilgili düzenleme yapılmış olup; Danıştay ve bölge idare mahkemesince görev uyuşmazlıkları ile ilgili olarak verilen kararlar kesindir.

E. Davanın İhbarı ve Davaya Müdahale

İYUK'nun "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Vergi Usul Kanununun uygulanacağı haller" başlıklı 31'nci maddesi birinci fıkrasında, bu Kanunda hüküm bulunmadığında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanacağı hususlar arasında üçüncü şahısların davaya katılması ile davanın ihbarı da sayılmış; 03/11/2016 tarihli 6754 sayılı Kanun'un 22'nci maddesi ile maddeye "*Ancak, davanın ihbarı Danıştay, mahkeme veya hakim tarafından re'sen yapılır.*" ek cümlesi eklenmiştir.

⁵¹⁹ 15/8/2017 tarihli ve 694 sayılı KHK'nin 203 üncü maddesiyle yürürlükten kaldırılan 1602 sayılı Kanunun tam metnidir: <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/04/20170427M1-1.pdf>, (erişim tarihi:15.04.2020).

⁵²⁰ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Yürürlükten Kaldırılmış Hükümleri, <https://www.mevzuat.gov.tr/Metin1.Asp?MevzuatKod=5.5.2709&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=anayasa&Tur=5&Tertip=5&No=2709>. (erişim tarihi:15.04.2020).

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesi ile göndermede bulunulan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, 04.02.2011 tarih ve 27836 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı HMK'nun 450. maddesi ile yürürlükten kaldırılmış, anılan Kanun'un 447. maddesinin 2. fıkrasında ise mevzuatta, yürürlükten kaldırılan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na yapılan göndermelerin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelerine yapılmış sayılacağı hükme bağlanmıştır.

İYUK 20'nci maddesi hükmü gereği; idare mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her türlü incelemeyi kendiliğinden yapar. Özel hukuk alanında davalarda uygulanan medeni yargılama usulünde hâkim, kendiliğinden (re'sen) araştırma yetkisine sahip değil iken; idari yargıda, idari uyuşmazlık ve davaları çözümleyecek olan hâkim, önüne gelen davalarla ilgili tüm araştırma ve incelemeyi kendiliğinden yapma yetkisi ile donatılmıştır⁵²¹. İdari yargılama hukukunda geçerli olan "kendiliğinden araştırma ilkesi" ile mahkemeler, medeni yargılama hukukuna göre daha etkin durumdadır. İdari yargılama ve medeni yargılama hukukunda farklı usul kanunları uygulanmasına rağmen, İYUK 31'inci maddesinde yapılan atıf nedeniyle, bu maddede sayılan hususlar ile ilgili HMK hükümleri, idari yargılamanın özellikleri dikkate alınarak uygulanmaktadır.

Davanın ihbarı, görülmekte olan bir davada, taraflardan birinin, kendisine yardım etmesi için davaya müdahalesini veya kendisini davada temsil etmesini sağlamak amacıyla üçüncü kişiye davayı duyurmasını ifade eder⁵²².

Davanın ihbarı ve davaya müdahale HMK'da 61'nci madde ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. HMK 61'nci maddesine göre: *“Taraflardan biri davayı kaybettiği takdirde, üçüncü kişiye veya üçüncü kişinin kendisine rücu edeceğini düşünüyorsa, tahkikat sonuçlanıncaya kadar davayı üçüncü kişiye ihbar edebilir.”*

Kanunda yapılan düzenlemeler uyarınca, ihbarın yazılı yapılması, ihbar sebebinin gerekçeleriyle birlikte açıklanması ve yargılamanın hangi aşamada bulunduğu belirtilmesi gerekir. Davanın ihbarı usulü ile, dava ihbar edilen kişiye, davayı

⁵²¹ Metin Günday, “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanun Hükümlerinin Uygulama Alanı” İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü, 2001 Yılı Sempozyumu, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, Ankara 2003, s.79.

⁵²² Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes Muhammet; *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, B.5, Ankara 2006, s.201.

kazanmasında hukuki yararı olan taraf yanında davaya katılabilme imkânı verilmiştir. Medeni yargılama usulünde, taraflardan birinin davayı kaybettiği takdirde, üçüncü kişiye veya üçüncü kişinin kendisine rücu edeceğini düşünüyorsa, tahkikat sonuçlanıncaya kadar davayı üçüncü kişiye ihbar edebileceği düzenlemesi ile, ihbar tarafların iradesine bırakılmıştır. Oysa İYUK 31'nci maddesinde, HUMK'nun "davanın ihbarı" hükümlerine yollamada bulunduktan sonra, devamı cümlede, davanın ihbarının Danıştay, mahkeme veya hâkim tarafından re'sen yapılacağı belirtilmektedir.

Danıştay "*İdarece yapılan değerlendirme neticesinde ..Eczanesi için verilen ruhsatın iptali istemiyle açılan davada, mahkeme tarafından, karardan etkileneceği açık olan dava konusu Eczanesi sahibine davanın ihbar edilerek davaya katılmasına imkan verilmesi gerektiği*" gerekçesiyle, ihbar kuralları işletilmeksizin verilen iptal kararının hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir⁵²³.

Davanın ihbarı kurumunda, taraflardan biri, fer'i müdahil olması ya da kendisini davada temsil etmesi için davayı üçüncü kişiye duyurur; öncelikli hukuki yarar, ihbar eden tarafın hukuki yararı iken, ihbarın asıl koruduğu yarar ise üçüncü kişinin yararadır⁵²⁴. Üçüncü kişinin, tarafı olmadığı ancak sonucu kendisini etkileyebilecek bir davayı öğrenip kendiliğinden davaya müdahalesi her zaman mümkün olmaz, davanın ihbarı usulü ile üçüncü kişinin haberinin olması ve davaya katılması sağlanır. İdari yargılama usulünde ise, mahkeme tarafından re'sen yapılacak ihbar ile, dava üçüncü kişiye duyurulur.

Davalı idare, davaya konu eylemi gerçekleştirmesi nedeniyle rücu etme ihtimali bulunan kamu görevlisine davanın ihbarını mahkemeden talep edebilir. İdari yargılama usulünde taraflardan birinin davanın ihbarını talep etmesi halinde, mahkemece, bu talebin değerlendirilmesi ve uygun görülür ise davanın üçüncü kişiye ihbarının yapılması gereklidir. Danıştay, mahkeme veya hakimin re'sen ihbara gerek görmediği, buna karşılık taraflardan birinin yöntemine uygun biçimde vereceği dilekçe ile davanın ihbarını istediği takdirde, davaya bakmakta olan mahkemece, bu istemin değerlendirilmesi ve buna dair tebligat tamamlandıktan sonra esas hakkında karar verilmesi gerektiğini, bu yola

⁵²³ Danıştay, 15D., 01.12.2015, 8819/8250. Lexpera (erişim tarihi:15.04.2020).

⁵²⁴ Hakan Pekcantez, Medeni Usul Hukukunda Fer'i Müdahale, DEÜ Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1992, s.54.

başvurulmadan, doğrudan esas hakkında karar verilmiş olmasının usule aykırı olduğunu kabul etmiştir⁵²⁵. Bir diğer kararda ise, tazminat istemiyle idare aleyhine açılan davada, davalı idarenin, davanın San. ve Tic. Ltd. Şti.'ne ihbar edilmesini talep etmesine rağmen ihbar istemi hakkında karar verilmediği yolundaki temyiz istemi neticesinde verilen bozma kararında; İYUK 31'nci maddesinde yapılan düzenlemenin tarafların isteği üzerine mahkemenin davayı ihbar etmesine engel olmadığı, mahkemesince iş bu ihbar talebi hakkında da yeniden değerlendirme yapılması gerekeceği açıklanmıştır⁵²⁶.

Uygulamada davanın ihbarı, mahkemenin ara kararı ile yapılmaktadır. Davanın ihbarı karşısında üçüncü kişinin davaya katılmak zorunluluğu yoktur; üçüncü kişi ihbara rağmen herhangi bir talepte bulunmayabileceği gibi, davaya fer'i müdahil olarak katılma talebinde de bulunabilir. Mahkeme ara kararıyla dava ihbar edilmesine rağmen açıkça davaya müdahale talebinde bulunulmadığı taktirde, müdahale hakkında bir karar verilmeksizin işin esasına geçilerek yargılamaya devam edilecektir⁵²⁷.

HMK'nda üçüncü kişinin davaya katılması, "aslî müdahale" ve "fer'i müdahale" olarak ikili bir ayrıma tabi tutulmuştur.

HMK'nın 65'inci maddesine göre; asli müdahale, bir yargılamanın konusu olan hak veya şey üzerinde kısmen ya da tamamen hak iddia eden üçüncü kişinin, hüküm verilinceye kadar bu durumu ileri sürerek, yargılamanın taraflarına karşı aynı mahkemede dava açmasıdır. Bu düzenleme ile, asli müdahalede üçüncü kişinin, yargılamanın taraflarına karşı yani her iki tarafa birden dava açması gerekmektedir. Aslî müdahale davasında, ilk davadan farklı olarak mahkeme ayrıca hüküm verir; aslî müdahil, kendisi hakkında verilen bu hükmü yalnız başına kanun yoluna götürebilir⁵²⁸.

Doktrinde, idari yargılama usulünde aslî müdahale kurumunun uygulanabilirliği bakımından farklı görüşler bulunmaktadır. Candan'a göre, idari yargıdaki uyuşmazlıkların özellikleri ve davaların süreye bağlı olmaları nedeniyle, aslî müdahale kurumunun idari yargıda uygulama imkânı yoktur⁵²⁹. Yasin ise, aslî müdahale

⁵²⁵ Danıştay, 5D., 02.05.2013, 2503/3648. Lexpera (erişim tarihi:15.04.2020).

⁵²⁶ Danıştay, 10D., 18.04.2016, 97/2054. Lexpera (erişim tarihi:15.04.2020).

⁵²⁷ Danıştay, 15D., 05.08.2015, YD 2015/6111. Lexpera (erişim tarihi:15.04.2020).

⁵²⁸ Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder; *Medeni Usul Hukuku*, s.510.

⁵²⁹ Turgut Candan, *İdari Yargılama Usulü Kanunu*, Adalet Yayınevi, Ankara: 2011, s.715.

kurumunun idari yargıda görülen tam yargı davalarında uygulanabileceği görüşündedir⁵³⁰.

İdari yargıda tam yargı davalarında davalı olan idaredir. Asli müdahale ile her iki tarafa dava açıldığında, tam yargı davasının davacısı gerçek kişi ise onun da davalı olacağı açıktır; bu durumda davanın idari yargıda görülmesi mümkün olmayacaktır. Gözübüyük/Tan, idari yargıda gerçek kişinin davalı olarak gösterilmesi durumunda, davanın görev yönünden reddine karar verilmesi gerektiği görüşündedir⁵³¹. İdari davada davacı ve davalının idare olması durumunda, aslî müdahale ile davanın tarafları olan her iki idareye dava açılmış olacaktır. Bu halde, dava konusu idari işlem ya da eylemin hangi idare tarafından tesis edildiği belirlenerek, taraf sıfatı bulunmayan idarenin hasım düzeltme kararıyla davalı konumundan çıkarılması gereklidir. Çağlayan'a göre; bu durumda da aslî müdahale, müdahale olmaktan çıkıp normal bir davaya dönüşeceğinden, idari yargıda aslî müdahalenin uygulanması pek mümkün değildir ve hatta gerek de bulunmamaktadır⁵³².

İYUK'un 31'inci maddesinde, "üçüncü şahısların davaya katılması" hali için de HMK hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiş ve davanın ihbarı usulünde olduğu gibi ayrıksı bir düzenlemeye de yer verilmemiştir. Bu nedenle, idari davada aslî müdahalenin, mahkeme tarafından değerlendirilmesi ve talep hakkında karar verilmesi gerekmektedir.

Fer'i müdahale usulü ise HMK 66'ncı maddesi ve devamında düzenlenmiş olup; üçüncü kişinin, davayı kazanmasında hukuki yararı bulunan taraf yanında ve ona yardımcı olmak amacıyla, tahkikat sona erinceye kadar, fer'i müdahil olarak davada yer almasıdır. Davanın tarafı olmayan üçüncü bir kişinin, görülmekte olan bir davada, davayı kazanmasında hukukî yararı bulunan taraf yanında ve ona yardım etmek amacıyla davaya katılmasına "fer'i müdahale" denilmektedir⁵³³. Üçüncü kişi aslî müdahalede olduğu gibi hak iddiası ile görülmekte olan davanın taraflarına karşı dava açmaz; davaya fer'i müdahil olarak, kendi hukuki yararı için davada yer alır ve yanında katıldığı tarafa yardım eder.

⁵³⁰ Melikşah Yasin, "İdari Yargılama Usulünde Davaya Müdahale", İÜ-HFM, C. LXIX, S.1-2, 2011, s.442.

⁵³¹ Gözübüyük/Tan, *İdare Hukuku İdari Yargılama Hukuku*, s.892.

⁵³² Ramazan Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s.296.

⁵³³ Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder; *Medeni Usul Hukuku*, s.503; Gözübüyük/Tan, *İdare Hukuku İdari Yargılama Hukuku*, s.914.

Bu şekilde, daha sonra kendisine dava açılmasına engel olabildiği gibi, kendisinin dava açma gereğini ortadan kaldırılmasını sağlar⁵³⁴.

Fer'i müdahale talebinde üçüncü kişi, yanında katılmak istediği tarafı, müdahale sebebinin ve bunun dayanaklarını belirttiği müdahale dilekçesiyle mahkemeye başvurur. Mahkeme, müdahale dilekçesini davanın taraflarına tebliğ eder, tarafların müdahale talebine itiraz hakkı vardır; ancak, müdahale talebinin kabulü veya reddi hakkında kararı mahkeme verir. Müdahale talebinin kabulü için, davaya fer'i müdahil olmak isteyen üçüncü kişinin, lehine müdahalede bulunmak istediği tarafın davayı kazanmasında hukukî yararının bulunması aranır⁵³⁵. Davanın, yanında katılmak istediği tarafın aleyhine sonuçlanması durumunda, bu kişinin kendisinin hukuki durumunu etkileyen bir tasarrufta bulunabilecek durumda olması veya kendisine rücu edebilmesi halinde, müdahil olmak isteyen üçüncü kişinin davaya katılmakta hukuki yararının olduğundan söz edilebilir. Hakkı veya borcu davanın sonucuna bağlı olan üçüncü kişinin, davaya müdahil olarak yanında katıldığı tarafla birlikte yargılamaya katkı sağlaması bu nedene dayanmaktadır. Fer'i müdahil, müdahale talebinin kabulü ile yargılamaya katılacağından, taraf ehliyeti ve dava ehliyetine de sahip olmalıdır⁵³⁶.

Müdahale talebinin kabulü hâlinde fer'i müdahil, davayı katıldığı tarihten itibaren takip eder; lehine katıldığı tarafın yararına olan iddia veya savunma vasıtalarını ileri sürebilir, sadece davanın taraflarınca istenebilecek usulî işlemler hakkında talepte bulunamaz, yapabileceği usul işlemleri yanında katıldığı tarafın işlem ve açıklamalarına aykırı olamaz.

Üçüncü kişilerin davaya katılması, taraflardan birinin üçüncü kişiye davayı ihbar etmesi üzerine olabileceği gibi, kendiliğinden talep etmeleri ile de olabilir. Sağlık hizmetlerinden kaynaklanan tam yargı davaları idare aleyhine açılmakla birlikte, davanın idare aleyhine sonuçlanması halinde idarenin kusurlu kamu görevlisine rücu davası açma hakkı saklıdır. Bu nedenle dava sonucunda verilecek hüküm müdahalede bulunan kamu görevlisini (üçüncü kişi) etkileyeceğinden, haklarının korunması amacıyla davaya katılmakta hukuki yararı olan üçüncü kişilerin fer'i müdahil olarak davaya katılması kabul

⁵³⁴ Abdurrahim Karşlı, *Medeni Muhakeme Hukuku*, 3. Baskı, Alternatif Yayıncılık, İstanbul, 2012: s.357.

⁵³⁵ Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder; *Medeni Usul Hukuku*, s.503; Gözübüyük/Tan, *İdare Hukuku İdari Yargılama Hukuku*, s.504.

⁵³⁶ Karşlı, *Medeni Muhakeme Hukuku*, s.358.

edilmektedir. Bu şekilde, davalı idare yanında davaya fer'î müdahil olarak katılan kamu görevlisi, dava konusu olayda hizmet kusurunun bulunmadığı yönünde davalı idareye yardım sağlayabilecektir. Davalı idare yanında davaya katılan kamu görevlisi, kendi hukuki yararını da gözeterek kurumun elinde olmayan ve/veya kurumun bilmediği delilleri mahkemeye sunarak uyuşmazlığın çözümüne yardımcı olabilir.

Davacıardan K1'ün doğum için gittiği Pendik Devlet Hastanesi'nde yapılan hatalı uygulamalar sonucu bebeğin %95 özürlü kaldığı ileri sürülerek açılan tazminat davasında; *“çocukta gelişen özür durumunun neden kaynaklandığına ilişkin olarak davalı idare yanında katılan müdahil tarafından sunulan uzman görüşleri ile davacılar tarafından sunulan uzman görüşünde farklı tespitlere yer verilmiş olmasına rağmen Adli Tıp Kurumu raporunda bu hususla ilgili değerlendirme yapılmamış olması nedeniyle”* eksik inceleme sonucu verilen kararda hukuki isabet bulunmadığına karar verilmiştir⁵³⁷.

Davaya idare yanında katılmış olan fer'î müdahile karşı açılacak olan rücu davalarında, davanın aydınlatılarak hakikata ulaşılmada ilk davada verilen maddî ve hukukî delillere dayanılabilir. Bu şekilde, zaman, emek ve yargılama giderlerinden tasarruf edilmesi ile usul ekonomisi ilkesine uygun şekilde davanın sonuçlandırılması sağlanır; ayrıca aynı hukuki uyuşmazlık sebebine dayanan kararlar arasında çelişki olmasına engel olunacaktır.

Davacının Van Devlet Hastanesinde yapılan apandisit ameliyatı esnasında yanlışlıkla yumurtalıklarının alındığından bahisle açtığı tazminat davasında;

“...ceza yargılamasında idare ajanı Dr. K2'nın uzmanlık alanına girmediği ve hastanın rızası olmadığı halde operasyonla endikasyonsuz olarak overleri çıkarması nedeniyle olayda 8/8 oranında kusurlu bulunup dikkatsizlik ve tedbirsizlik sonucu yaralamaya sebebiyet vermek suçu sabit görülerek cezalandırıldığı, bu durumda olayda davalı idarenin istihdam ettiği personelinin eylemleri nedeniyle ağır hizmet kusuru bulunduğu sabit görüldüğü davada, davacı tarafından karın ağrısı şikayeti ile davalı idareye yaptığı başvuru sonrası ameliyatı yapan idare ajanı Dr.K2'nın görülmekte olan davaya idare yanında müdahil olarak katılmasına...” karar verilmiş, dava sonucunda verilen davanın kısmen kabulüne dair karar Danıştay tarafından onanmıştır⁵³⁸.

⁵³⁷Danıştay, 15D., 15.01.2019, 1933/86. Lexpera (erişim tarihi:15.04.2020).

⁵³⁸ Danıştay, 15D., 20.03.2014, 3957/2049. Lexpera (erişim tarihi:15.04.2020).

Danıştay, davalı idare yanında müdahale isteminde bulunan doktorun, dava konusu olayda Balta Limanı Metin Sabancı Kemik Hastalıkları Hastanesinde sağ yerine sol kolu ameliyat eden doktor olması ve bu davanın davalı idare aleyhine sonuçlanması halinde, idare tarafından kendisine rücu edilecek olması karşısında; müdahale isteminin kabul edilip, dosyanın usule uygun tekemmül ettirilmesi suretiyle davanın karara bağlanması gerektiği gerekçesiyle davalı yanında müdahale istemi kabul edilmeksizin verilen kararın usule aykırı olduğuna karar vermiştir⁵³⁹.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İkinci Dairesi, Menemen Minibüsçüler Odası - Türkiye uyuşmazlığında 09.12.2008 tarihli kararında⁵⁴⁰ ; İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesinin özü itibarıyla hakim ilgili tüm kişilere açılan idari davaları "resen" bildirmesi gerektiği, ulusal mahkemelerin bu maddedeki usul hükümlerini yerine getirmemesi nedeniyle, başvuranın hak ve yükümlülüklerini doğrudan etkileyen bir ihtilaf konusunda kendisini savunmadığı sonucuna varıldığını, bu halde başvuru mahkemeye erişim hakkından yoksun bırakılarak Sözleşmenin 6'ncı maddesinin ihlal edildiği, açıklanmıştır.

HMK'nun 66. Maddesinde yapılan düzenlemeye göre, üçüncü kişi, tahkikat sona erinceye kadar fer'i müdahil olarak davaya katılabilir. Bu hükümden hareketle, öğretide görülmekte olan (derdest) bir davaya hüküm verilinceye kadar müdahale edilebileceği, itiraz ve/veya temyiz incelemesi aşamasında davaya müdahale edilemeyeceği kabul

⁵³⁹ Danıştay, 10D., 11.06.2010, 4932/5301. Lexpera (erişim tarihi:15.04.2020).

⁵⁴⁰ AİHM kararı (B. No. 44088/04), "AİHM, yerleşik içtihadına göre, yargıya erişim hakkı veya diğer bir deyimle hukuk davası açma hakkı, AİHS'nin 6. maddesinin « yargılanma hakkı » ile ilgili 1. fıkrasının yalnızca bir yönünü oluşturmaktadır (bakınız Birleşik Krallık aleyhine Golder davası, 21 Şubat 1975, prg. 36, seri A no 18). Erişim hakkının etkin olabilmesi için, haklarına müdahale edilen bir kimsenin açık ve kesin bir şekilde bu işleme itiraz edebilmesi gerekir (bakınız, Fransa aleyhine Bellet davası, 4 Aralık 1995, prg. 36, seri A no 333-B). Ayrıca, bu kural yalnızca açılmış olan bir dava için değil, aynı zamanda « sivil haklarından birinin yasal olmayan yollarla çiğnendiğini düşünen ve 6. maddenin 1. fıkrasındaki hükümlere uygun olarak bir mahkeme önünde itiraz etme imkânı bulamayan herkes için » geçerlidir (bakınız, Belçika aleyhine Le Compte, Van Leuven ve De Meyere davası, 23 Haziran 1981, prg. 44, seri A no 4 43 ; Yunanistan aleyhine Les saints monastères davası, 9 Aralık 1994, prg. 80, seri A no 301-A). AİHM, üçüncü şahısların müdahil olma yöntemlerinin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na bırakıldığını, ancak İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesinin özü itibarıyla, hakim ilgili tüm kişilere açılan idari davaları « resen » bildirmesi gerektiği hükmünün yer aldığını kaydetmektedir...AİHM, ulusal mahkemelerin İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesindeki usul hükümlerini yerine getirmemesi nedeniyle, başvuranın hak ve yükümlülüklerini doğrudan etkileyen bir ihtilaf konusunda kendisini savunmadığı sonucuna varmaktadır. Bunun sonucu olarak başvuran mahkemeye erişim hakkından yoksun bırakılmış ve dolayısıyla AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrası ihlâl edilmiştir." <http://www.forseti.com.tr/wp-content/uploads/2018/03/menemen-minibusculer-odasi-vs-turkiye.pdf> (erişim tarihi:15.04.2020).

edilmiştir. Ancak, mahkeme kararının itiraz ve/veya temyiz merciince bozulması hâlinde, bozmadan sonraki yargılama esnasında davaya müdahale edilebilir⁵⁴¹.

İdari yargılama usulü uygulamasında ise, temyiz ve karar düzeltme incelemesi aşamasında davaya müdahale edilip edilemeyeceği konusunda Danıştay'ın farklı kararları bulunmaktadır.

Müdahale isteminin kabulü yönünde verilen idari yargı kararlarında; idari yargının özellikleri ve temel ilkeleri dikkate alınarak, müdahale kurumunun özel hukuktaki uygulamasından farklı olarak uygulanması gerektiği gerekçesiyle idari yargı hukukunun "kendiliğinden araştırma ilkesi" gereği, üçüncü kişinin davanın her aşamasında davaya müdahalesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir⁵⁴².

Örneğin; davacılar murisi K2'un, yüksekte düşme olayı sonrasında müracaat ettiği Tokat Devlet Hastanesi Acil Servisi'nde gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesinden dolayı vefat etmesi sonucu hizmet kusuru nedeniyle uğranıldığı iddia edilen fazlaya ilişkin haklar saklı tutulmak kaydıyla baba K3, anne K4 için maddi ve manevi, kardeşler K5, K6 ve K7 için manevi zararın davalı idarece tazminine karar verilmesi istemiyle Sağlık Bakanlığı (Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu)'na karşı açılan davada, davanın kısmen kabulü, kısmen reddi yolunda verilen mahkeme kararının, davalı idare tarafından temyizen incelenerek bozulması istemi üzerine oluşturulan dosyada; Danıştay, K8 vekili tarafından verilen, davalı yanında davaya katılma talebini inceleyerek, koşulları taşıdığı

⁵⁴¹ Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder; *Medeni Usul Hukuku*, S.503; Şeref Gözübüyük, Turgut Tan; *İdare Hukuku İdari Yargılama Hukuku*, s.504.

⁵⁴² Danıştay, 13D., 03.07.2014, 1271/2737; 13D., 21.10.2015, 2251/3561; 13D., 11.09.2014, 770/2865; 13D., 09.03.2016, 6176/849; 10D., 07.10.2016, 5411/3645. Karar gerekçelerinde "Üçüncü kişilerin davaya müdahalesi, idari yargının özellikleri ve temel ilkeleri açısından özel hukuktan farklı olarak anlaşılması ve uygulanması gereken bir usul müessesesidir. Bu bağlamda, idari yargının tek ve nihai amacının taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözmek olmadığı, aynı zamanda idarenin hukuka uygun hareket etmesini sağlamak olduğunun göz önüne alınması gerekmektedir. Öte yandan, temyiz ve karar düzeltme aşamasında (kanun yolunda), dosyanın çözümüne yönelik olarak Danıştay daireleri tarafından ara kararları yapıldığı, ara kararlarına verilen yanıtlar üzerine ilk derece mahkeme kararlarının onandığı veya bozulduğu da bilinen bir gerçektir. Buna göre, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 20. maddesinde düzenlenen "kendiliğinden araştırma ilkesi" göz önünde bulundurulduğunda, hukuki yararının bulunması kaydıyla, üçüncü kişinin davaya müdahalesinin, kanun yolu dahil olmak üzere davanın her aşamasında olabileceğinin kabulü, idari yargılama hukukunun temel ilkelerine uygun düşmektedir." yazılmıştır. Lexpera(erişim tarihi:25.03.2020).

anlaşılan müdahale isteminde bulunan K8'in, davalı idare yanında davanın bulunduğu noktadan itibaren katılma isteminin kabulüne karar verilmiştir⁵⁴³.

Müdahale talebinin reddi yönünde verilen kararlarda ise HMK düzenlemesi gereği, tahkikat sona erinceye kadar davaya müdahil olunabileceğinden, temyiz aşamasında müdahale isteminin yerinde görülmediği ifade edilmiştir⁵⁴⁴.

Asli müdahale usulünden farklı olarak, davanın taraflarından sayılmayan ve bu nedenle dava sonucunda hakkında ayrıca hüküm kurulmayan fer'i müdahilin, yanında davaya katıldığı tarafın kanun yollarına başvurmaması durumunda, tek başına kanun yollarına başvurmasına hukuken olanak bulunmamaktadır⁵⁴⁵. Mahkeme fer'i müdahil talebi hakkında hüküm vermiş ise, bu halde fer'i müdahil kararın sadece kendisine ilişkin kısmı yönünden kanun yoluna müracaat edebilir⁵⁴⁶.

Danıştay; murislerinin, başvurduğu acil serviste ağrı kesici iğne yapılması sonucu vefatı nedeniyle uğradıkları zararların tazmini talebiyle açılan davada, davalı idare yanında müdahilin karar düzeltme isteminin kabulüyle; “*müdahil olan hekimin nöbet tutmadığı, ayrıca olay tarihinde icapçı hekim olduğuna dair herhangi bir bilgi ve belgenin bulunmadığı görüldüğünden, ölümle ilgili herhangi bir sorumluluğu bulunmadığından*” mahkeme kararının reddedilen manevi tazminata ilişkin kısmının, sağlık hizmetinin organizasyonundaki bozukluktan kaynaklandığı gerekçesiyle bozulmasına karar vermiştir⁵⁴⁷.

Uygulamada, Kanununun 66. maddesinde, “müdahilin, yanında davaya katıldığı tarafla birlikte hareket edeceği” hükmüne yer verilmemiş olduğu, Kanununun 68. maddesinde sayılan “her türlü usul işlemleri” ifadesini geniş yorumlamak gerektiği, böyle bir yorum şeklinin “adil yargılanma” ilkesine de denk düştüğü; bu çerçevede, (davalı idare yanında) müdahilin, yürütmenin durdurulması isteminde bulunmak, bu konudaki karara itiraz etmek, temyiz ve karar düzeltme isteminde bulunmak gibi bütün usule ilişkin

⁵⁴³ Danıştay, 15D., 06.03.2018, 3667/2215. Lexpera (erişim tarihi:25.03.2020).

⁵⁴⁴ Danıştay, 10D., 15.06.2016, 802/3351; 10D., 25.03.2016, 1301/1655; 10D., 29.01.2015, 11009/232. Lexpera (erişim tarihi:25.03.2020).

⁵⁴⁵ Danıştay, 15D., 03.06.2015, 4234/3558; 15D., 03.06.2015, 4199/3557; 15D., 04.05.2016, YD 2016/3238; 15D., 22.11.2018, 4740/7837. Lexpera (erişim tarihi:15.04.2020).

⁵⁴⁶ Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder; *Medeni Usul Hukuku*, s.506.

⁵⁴⁷ Danıştay, 15D., 20.02.2018, 99/1786. Lexpera (erişim tarihi:25.03.2020).

araçları kullanabilme hakkına sahip olması gerektiğine dair karşı oy gerekçeleri yazılmıştır⁵⁴⁸.

Aslî müdahale usulünde, asıl davanın taraflarına karşı ayrı bir dava açıldığından, aslî müdahil hakkında verilen karara karşı tek başına kanun yoluna başvurabileceği gibi, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda da bulunabilecektir. Anayasa Mahkemesi, hak ihlâli nedeniyle yapılan bireysel başvurularda, diğer koşulların bulunması halinde, fer'î müdahilin de yanında katıldığı taraftan bağımsız olarak bireysel başvuru talebinde bulunabileceğini kabul etmektedir⁵⁴⁹.

Anayasa'nın 129'uncu maddesi 5'inci fıkrası ve 657. sayılı Devlet Memurları Kanununun 13'ncü maddesi hükümleri gereği, sağlık hizmetlerinden kaynaklanan tam yargı davalarının, idare adına sağlık hizmeti yürüten kamu görevlileri aleyhine değil, idare aleyhine açılması gerektiğinden ve dava sonucunda idarenin kamu görevlisine rücu hakkı saklı olduğundan; sağlık hizmetlerinden kaynaklanan tazminat (tam yargı) davalarında, davanın ihbarı ve davaya müdahale kurumları özellikle önem taşımaktadır.

F. Islah

Yargılama usulü bakımından ıslah; dava sürecinde tarafların yaptıkları hatalarının düzeltilerek adaletli karar verilmesini sağlamaya yönelik olarak yapılan işlemler şeklinde tanımlanabilir⁵⁵⁰. Islah, 6100 sayılı Kanun'un 176-182 maddeleri arasında düzenlenmiş olup; taraflardan her birinin, yapmış olduğu usul işlemlerini kısmen veya tamamen düzeltmesine ilişkin işlemlerdir. Uygulamada en çok, ıslah yolu ile dava konusu istem sonucunun arttırılması talebinde bulunmaktadır.

İYUK'nun 3/2(d) maddesi hükmü gereği; tam yargı davası dilekçesinde, uyuşmazlık konusu miktarın gösterilmesi gereklidir, dava harçları da dava konusu edilen miktar üzerinden hesaplanır.

⁵⁴⁸ Danıştay, 15D., 26.02.2015, 9189/1164; 15D., 04.05.2016, YD 2016/3250. Lexpera (erişim tarihi:15.04.2020).

⁵⁴⁹ AYM, (Başvuru Numarası : 2014/2388).

<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Basvurular/tr/pdf/2014-2388.pdf> (erişim tarihi:15.04.2020).

⁵⁵⁰ Ejder Yılmaz, *Medeni Yargılama Hukukunda Islah*, 3. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2011: s. 47.

İdarî Yargılama Usûlü Kanununun 31'nci maddesinde Hukuk Muhakemeleri Kanununun uygulanacağı hususlar arasında ıslah kurumuna atıf yapılmadığından, idarî yargıda ıslah yolu ile dava konusu istem sonucunun sonradan artırılması mümkün görülmemiştir⁵⁵¹. Danıştay içtihatları ile istemle bağlı olma kuralı gereği, tam yargı davalarında dilekçede gösterilen uyuşmazlık konusu miktarın artırılamayacağı, dava açma süresi geçtikten sonra savunmaya cevap dilekçeleri, ek dilekçeler ya da yenileme dilekçeleri ile ilk dilekçedeki iddiaların genişletilmesinin mümkün olmadığı kabul edilmiştir⁵⁵². Danıştay içtihatları, 2013 tarihli yasa değişikliği öncesinde, idari eylem veya işlemlerden doğan zararın tazmini için idari yargıda süresi içinde dava açılması gerektiği, fazlaya ilişkin haklar saklı tutularak süresi geçirildikten sonra yeniden tam yargı davası açılmasına olanak bulunmadığı yönünde istikrar kazanmıştır⁵⁵³.

Öğretide; 2577 sayılı Kanun'un 3/2(d) bendi hükmüne rağmen, dava dilekçesinde belirtilen tazminat miktarının idari yargı yerlerini bağladığına ilişkin bir düzenleme bulunmadığı, bu nedenle zarar tutarında artış olması halinde, dava dilekçesinde talep edilen miktara eklenerek hükmedilecek tazminat miktarının belirlenmesi gerektiği yönünde görüşler oluşmuştur.

Gözler, dava açıldığı sırada zararın tam olarak belirlenmesi mümkün değilse, uyuşmazlık konusu miktar dilekçede gösterilmeksizin dava açılabilmesi gerektiği görüşündedir⁵⁵⁴. Gözler'e göre; temyiz aşaması da dahil olmak üzere yargılama süresince ortaya çıkan yeni zararlar, dilekçede yer alan tazminat miktarı artırılarak talep edilebilir ve mahkemenin de yeni talebe göre karar vermesi gerekir⁵⁵⁵.

Pekcanitez'e göre, davacının talep sonucunu belirlemesi imkânsız veya kendisinden beklenemeyecek nitelikte ise, tam yargı davasının da özel hukuktaki tazminat davasının korumaya yöneldiği menfaate ilişkin olmasından hareketle, belirsiz alacak davası biçiminde tam yargı davası açılabilirdir⁵⁵⁶. İdarî yargıda iptal davasıyla

⁵⁵¹ Ejder Yılmaz, "İdarî Yargıda İddia ve Savunmanın Genişletilmesi/Değiştirilmesi Yasağı", Ankara Barosu Dergisi, 1983, S. 3-4, s. 20.

⁵⁵² Danıştay, 10D., 16.06.1998, 10203/2643; 9D., 03.06.1998, 150/2299; 5D., 09.03.2009, 973/1073; 10D., 10.11.1994, 1403/5633; 6D., 06.02.2008, 70/739. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

⁵⁵³ Danıştay, 10D., 15.05.1992, 2716/2050. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

⁵⁵⁴ Gözler, *İdare Hukuku* (2009), s.1367.

⁵⁵⁵ Gözler, *İdare Hukuku* (2012), s.1372.

⁵⁵⁶ Hakan Pekcanitez, *Belirsiz Alacak Davası*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s.55.

birlikte tam yargı davasının açılması ve zararın dava süresince devam etmesi hâlinde, bu süreçte doğan ek zararlar için yeni bir tam yargı davası açılabilecektir⁵⁵⁷.

İYUK 31'nci maddesi hükmünde HMK'nun ıslaha ilişkin hükümlerine atıf yapılmamış olması Anayasa Mahkemesi'nde iptal davasına ve bireysel başvurulara konu olmuştur. İdari yargıda davacının dava konusu edilen miktarı "ıslah" yoluyla arttırabilmesini, HUMK'na atıf yapılan hususların tahdidi bir şekilde sayılması suretiyle önleyen 2577 Sayılı Yasanın 31'nci maddesinin 1. fıkrasının Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla itiraz yolu ile iptali istemi üzerine, özel hukuk yargılama usulü ile idari yargı sisteminde davacı ve davalı durumunda bulunanların aynı durumda bulunmadıkları ve bu nedenle de aynı yasa kurallarına tabi tutulmalarının gerekmediği açıklanarak Anayasaya aykırılık olmadığına karar verilmiştir⁵⁵⁸.

İdari yargıda ıslah kurumunun uygulanmaması, davacılar açısından uğranılan zararın hem gerçek anlamda tazminine imkân vermemesi hem de reddedilen miktar üzerinden aleyhe vekâlet ücreti ödeme riski ile karşı karşıya kalınması gibi sonuçlar doğurmuştur.

Davayı açtığı sırada, bilirkişi raporu ile tespit edilen maddi zarar miktarından az olan talep sonucunun ıslah yoluyla arttırılmasına yönelik talebinin reddedilmesi nedeniyle hak ettiği maddi tazminattan mahrum kaldığından bahisle Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuru sonucunda; *"başvurucunun, katlanmak zorunda bırakıldığı külfetin, hedeflenen meşru amaçlarla orantısız olduğu; dolayısıyla müdahalenin ölçülü olmadığı sonucuna ulaşıldığı"* gerekçesiyle başvurunun

⁵⁵⁷ Gözübüyük /Tan, *İdare Hukuku*, s.728.

⁵⁵⁸ AYM, 12.6.2008, 103/121. Karar gerekçesinde: *"...İdari Yargılamanın kendiliğinden inceleme özelliğine karşın, hukuk yargılamasındaki tarafların talebine dayanan inceleme yetkisi bağlamında usule ilişkin taraf işlemlerinin tamamen veya kısmen düzeltilmesini amaçlayan ıslah kurumuna 2577 sayılı Yasa'da yer verilmemesi, yasa koyucunun usul yasalarını belirlemedeki takdir yetkisi içinde kalmaktadır. Gerçekten hukuk yargılamasında bulunmasına karşın tanık, yemin, hali sabıka irca gibi kurumlara da yer vermeyen idari yargılama usulünün Anayasa'ya göre yasayla düzenlenen diğer usul yasaları gibi ilgili olduğu yargı yerinin özelliği ve gelişen yargılama koşullarına göre belirlenen bir sistem olduğu gözetildiğinde, her iki yargı sisteminde davacı ve davalı durumunda bulunanların aynı durumda bulunmadıkları ve bu nedenle de aynı yasa kurallarına tabi tutulmalarının gerekmediği anlaşılmaktadır. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı değildir."* yazılmıştır. RG. 23.12.2008/ 27089.

Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir (İbrahim Can Kişi, § 49)⁵⁵⁹.

Dava konusu tazminat miktarının belirlenemediği nedenlere dayalı olarak, hak kaybına uğramamak için talep miktarının yüksek tutulması nedeniyle aleyhe nisbi vekalet ücreti ödemek zorunda kalan çok sayıda kişinin Anayasa Mahkemesine yaptıkları bireysel başvurular sonucunda; *“olayın koşulları bir bütün halinde değerlendirildiğinde, davanın açıldığı sırada ıslah imkânının olmaması nedeniyle hak kaybına uğramamak için talebin yüksek tutulduğu, yargılamanın sonucunda başvurucular aleyhine hükmedilen avukatlık ücretinin ölçülü olmadığı”* gerekçesiyle mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır⁵⁶⁰.

Tam yargı davalarında maddi tazminat miktarının dava açıldıktan sonra ıslah yoluyla arttırılmaması sonucunda mağdur olan kişiler tarafından AİHM'ne yapılan başvurular sonucunda, davacıya talep edilen miktarı arttırma hakkı verilmemesinin adil yargılama hakkının ihlali olduğu kabul edilerek ihlal kararları verilmiştir. AİHM'nin Okçu/ Türkiye davasında; iç hukuk sisteminde başlangıçta belirlenen meblağın yeniden değerlendirilmesini yargılama aşamasında talep edebilme olanağının sağlanmasının tespit edilen ihlali sonlandıracak uygun bir telafi yöntemi oluşturabilecek iken, etkili bir başvuru yolu bulunmaması nedeniyle, AİHS'nin 13. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir⁵⁶¹.

Bu sebeple AİHM'nce ülkemiz aleyhine verilen ihlal kararları da dikkate alınarak yasal düzenleme yapılmış ve idari yargılama usulünde tam yargı davasında davacının dava açarken talep edilen miktarla bağlı kalması ve sonrasında ayrı bir dava da açamaması nedeniyle uğrayabileceği zararları giderebilmek amacıyla, 11.04.2013 tarih

⁵⁵⁹ AYM, 23.07.2014, 2012/1052 Başvuru Numaralı kararı.

<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/9a226ca4-0813-4eba-82c9-0b542ce53997?wordsOnly=False> (erişim tarihi:15.04.2020).

⁵⁶⁰ Özkan Şen, (B. No. 2012/791), <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/0e14be9e-8748-4bd1-a2c3-aebab4fc1c44?wordsOnly=False>

Mehmet Orhan ve diğerleri, B. No. 2012/1258,

<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/319fa24c-f3a1-41d7-93b1-61dc94607e5e?wordsOnly=False>

Nevriye Sağır ve Salim Sağır, B. No. 2014/6129.

<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/033f9168-bd93-4e55-ae79-d0e916a5e8d8?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> (erişim tarihi:15.04.2020).

⁵⁶¹ AİHM İkinci Dairesi Kararı Okçu/ Türkiye davası (Başvuru no: 39515/03)

<file:///C:/Users/Asus/Downloads/001-124129.pdf> (erişim tarihi:15.04.2020).

ve 6459 sayılı Kanununun 4. maddesiyle İdari Yargılama Usulü Kanununun 16. maddesinin dördüncü fıkrasına; “*Ancak, tam yargı davalarında dava dilekçesinde belirtilen miktar, süre veya diğer usul kuralları gözetilmeksizin nihai karar verilinceye kadar, harcı ödenmek suretiyle bir defaya mahsus olmak üzere artırılabilir ve miktarın artırılmasına ilişkin dilekçe otuz gün içinde cevap verilmek üzere karşı tarafa tebliğ edilir.*” ek cümlesi eklenmiştir. Yapılan bu düzenleme ile, tam yargı davalarında ıslah imkânı tanınmaması nedeniyle hak kaybına uğranılmasına engel olacak şekilde davacıya, dilekçede belirtilen miktarı, nihaî karar verilinceye kadar harcı ödenmek suretiyle bir defaya mahsus olmak üzere artırabilme imkanı tanınmıştır.

6459 sayılı Kanununun 5. maddesi ile de 2577 sayılı Kanuna Geçici 7. madde olarak “*Bu maddeyi ihdas eden Kanunla, bu Kanununun 16’ncı maddesinin dördüncü fıkrasına eklenen hüküm, kanun yolu aşaması dâhil, yürürlük tarihinde derdest olan davalarda da uygulanır.*” cümlesi eklenmiştir.

İdari yargı alanında yazılı yargılama usulü uygulandığından, bir defaya mahsus yapılabilecek ıslah taleplerinin yazılı yapılması gereklidir.

6459 sayılı Kanun ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda yapılan bu değişiklik ile, dava dilekçesinde belirtilen miktarın, kanun yolu aşaması dâhil, yürürlük tarihinde derdest olan tam yargı davalarında da süre veya diğer usul kuralları gözetilmeksizin artırılmasına olanak tanınmıştır. Sağlık hizmetinin kusurlu işletildiğinden bahisle açılan tazminat davalarında da, Mahkemece yaptırılan bilirkişi incelemesi ile belirlenen zarar miktarının hüküm altına alınması talep edilen miktardan fazla olduğunun saptanmasına rağmen, mahkemelerce istemle bağlı olma kuralı uygulanmak suretiyle verilen kararlarda; taraflardan herhangi birinin kanun yoluna başvurmuş olması şartıyla, harcın ödenmesi suretiyle kararı veren Mahkemeye verecekleri dilekçe ile dava dilekçesinde gösterilen miktarı bir defaya mahsus olmak üzere artırımlarının mümkün olduğuna dair kararlar istikrar kazanmıştır⁵⁶².

Sağlık hizmetlerinden kaynaklanan tazminat davalarında, davacının tedavi sürecinin uzunluğu veya davanın açıldığı sırada henüz ortaya çıkmamış zararların sonradan ortaya çıkması gibi çeşitli sebepler, dilekçede talep edilen tazminat miktarını

⁵⁶² Danıştay, 15D., 01.04.2014, 2096/2267; 15D., 30.05.2016, 877/3891; 15D., 07.05.2015, 6684/2664; 15D., 11.03.2014, 3597/1683. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

tam olarak belirlemeyi güçleştirmektedir. Uygulamada, en çok tam yargı davalarında bilirkişi raporları ile tespit edilen zararın talep edilen zarar miktarından fazla olması halinde, ıslah yolu ile talep konusu miktarın artırılması talep edilmektedir.

Danıştay kararlarında;

“...sağlık tazminatına ilişkin tam yargı davalarında, mahkemelerce maddi zararın tespiti amacıyla yaptırılan bilirkişi raporunda belirlenen maddi tazminat miktarının dava dilekçesinde talep edilen maddi tazminat miktarından yüksek çıkması halinde, söz konusu bilirkişi raporunun davacıya tebliğinden sonra (eylemin idariliğinin öğrenildiği tarihten itibaren 1 yıl geçmiş olsa bile) ilk açılan davada verilen kararın kesinleşmemiş olması ve bu davada ıslah talebi olmaması şartıyla, fazlaya ilişkin miktarın ödenmesi istemiyle davalı idareye yapılan başvurunun reddi üzerine dava açma süresi içerisinde açılan ikinci davanın süresinde kabul edilerek, açılan bu ikinci davanın ilk dava kapsamında ıslah talebi niteliğinde değerlendirilmek suretiyle yeni bir karar verilmesi gerektiği...” kabul edilmektedir⁵⁶³.

Uygulamada, 2577 sayılı Kanunda yapılan bu düzenleme ile, nihai karar verilineye kadar ıslah suretiyle talep edilen tazminat miktarını arttırma hakkı tanındığından, artırılan tazminat miktarı yönünden faize, idarenin temerrüde düştüğü tarih olan miktar artırımına ilişkin dilekçenin idareye tebliğ edildiği tarihten itibaren hükmedilmesi gerektiği de kabul edilmektedir⁵⁶⁴.

İdare Mahkemesince dava dilekçesinde bakıcı gideri talebi bulunmadığından, ıslah dilekçesi ile de sadece miktar artırımında bulunulacağı, talep edilmeyen tazminat kaleminin ise ıslah dilekçesi ile talep edilemeyeceğine ilişkin verilen kararın temyizi sonucunda Danıştay;

“...İslah dilekçesi ile davacıların efor tazminatı ve bakıcı gideri talebinde bulunduğu görüldüğünden bakıcı gideri ve efor tazminatına ilişkin talebinin yeniden alınacak bilirkişi raporuyla TRH yaşam tablosu da esas alınarak, yeniden dönemselsel olarak hesaplatılıp karara bağlanması ve hükmedilen efor tazminatı ve bakıcı giderlerine ilişkin tazminat miktarına da dava açılırken talep edilen miktarı için dilekçenin idareye tebliğ tarihinden, ıslah edilen miktara ise ıslah dilekçesinin davalı idareye tebliğ tarihinden faizin işletilmesi, davacıların çocuğunun

⁵⁶³ Danıştay, 15D., 11.03.2014, 3590/1672, 15D., 11.03.2014, 3666/1679. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

⁵⁶⁴ Danıştay, 15D., 24.10.2017, 1697/5953; 15D., 24.10.2017, 1169/5908. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

hayatta olması sebebiyle efor tazminatına ve bakıcı giderine hükmedilmesi gerektiği...” gerekçesi ile bozma kararı vermiştir⁵⁶⁵.

Tam yargı davası kararlarının vekalet ücreti yönünden temyizi üzerine, Danıştay kararında;

“...2577 sayılı İYUK'un 16/4. maddesinde 30/04/2013 tarihli ve 28633 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 6459 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle, tam yargı davalarında miktar artırımı (islah) yapılmasının mümkün hale geldiği, davanın açıldığı tarihte miktar arttırımı (islah) mümkün olmadığı gibi, 659 sayılı KHK'nin de yürürlüğe girmemiş olduğu; davacının maddi tazminat talebi ile ilgili olarak davalı idare lehine nispi vekalet ücretine hükmedilmesinin, davacının, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğü kapsamında mahkemeye erişim hakkının ihlali sonucunu ortaya çıkaracağından, davalı idare lehine reddedilen maddi tazminat talebi yönünden nispi yerine maktu vekalet ücretine hükmedilmesinin hakkaniyete uygun olduğu...” kabul edilmiştir⁵⁶⁶.

Yasada yapılan değişiklik ile "tam yargı davalarında, dava dilekçesinde belirtilen miktarın artırılabilirliği" ifadesine yer verilmiş; tazminat tutarının maddi veya manevi zararların karşılanmasına yönelik olup olmamasına ilişkin olarak bir ayırım yapılmamış olduğundan, bu olanak maddi ve /veya manevi her iki tazminat tutarı için de uygulanabilir. Islah müessesesi davanın görülmesi sırasında tarafların kusurlarında, zararı doğuran nedenlerin ve olayların tespitinde ve uğranılan zararın miktarında bir değişiklik olması durumunda maddi tazminat için işletileceği gibi; zararı doğuran olayın meydana geliş biçiminin yeni ortaya çıkan bulgu ve tespitler sonucu (maluliyet oranının artması, sonradan ortaya çıkan uzuv kaybı vb.), kişilerin manevi yönden çok daha fazla etkilendiğinin saptanması halinde manevi tazminat için de uygulanabilir. Ancak bu durumun istisnai bir durum olduğu ve manevi zararın sonradan gerçekten artmış olduğunun tespiti halinde işletilebileceği kuşkusuzdur.

“...davacı anne ve babanın, çocuğun kan grubunun yanlış tespit edilmesi ve anne ve bebek arasındaki kan uyumsuzluğunun tespit edilememesi nedeniyle tedavinin geçikmesi sonucu çocuğun %100 oranında malul olduğunu dava açmadan evvel öğrendikleri, yargılama esnasında yeni bir durumun ortaya çıkmadığı, zaten %100 malul olduğu tespit edilen çocuğun maluliyet oranının artmasına da imkan bulunmadığı, bu nedenle davacılar açısından sonradan oluşan veya

⁵⁶⁵ Danıştay, 15D., 20.03.2017, 6685/1274. Lexpera (erişim tarihi: 01.04.2020).

⁵⁶⁶ Danıştay, 10D., 27.02.2018, 2017/924. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

öğrenilen yeni bir olgu bulunmadığından ıslah yoluyla manevi tazminat tutarının artırılmasında, İdare Mahkemesince de, manevi tazminat tutarının davacıların dava dilekçesinde talep ettikleri tutarı aşar şekilde, ıslah dilekçesiyle talep edilen tutarın kabulüne karar verilmesinde hukuki isabet bulunmadığına...” karar verilmiştir⁵⁶⁷.

Yasa koyucu tarafından yapılan bu düzenleme sonucu tam yargı davalarında ıslah kurumunun kabulü ile, davacıların uğradıkları zararın gerçek anlamda tazminine imkân verilmiş; hak kaybına uğramamak için talep miktarının yüksek tutulması nedeniyle aleyhe nisbi vekalet ücreti ödemek zorunda kalan davacılar talep konusu miktarı sonradan değiştirememeleri nedeniyle gereksiz aleyhe vekalet ücreti ödeme külfetinden kurtarılmış ve adil yargılama ile mahkemeye erişim hakkı nedeniyle muhtemel ihlal kararlarının verilmesinin önüne geçilmiştir.

G. Bilirkişilik

İdari yargılama hukukunda bilirkişilik konusunda, İdari Yargılama Usulü Kanununda özel düzenleme yapılmamıştır. Bilirkişi, İYUK 31’nci maddesinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’na atıf yapılan hususlar arasında sayılmış ve son cümlesinde “*Bilirkişiler, bilirkişilik bölge kurulları tarafından hazırlanan listelerden seçilir ve bilirkişiler hakkında Bilirkişilik Kanunu ve 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun ilgili hükümleri uygulanır.*” düzenlemesi yapılmıştır.

HMK’da “Bilirkişi İncelemesi” 266’ncı maddesi ve devamında düzenlenmiştir. HMK 266’ncı maddesine göre;

“Mahkeme, çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Ancak genel bilgi veya tecrübeyle ya da hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz.”

6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu’nun⁵⁶⁸ ve bu Kanuna dayanılarak hazırlanan Bilirkişilik Yönetmeliği⁵⁶⁹ amaç ve kapsamı belirleyen hükümlerinde; Kanunun ve Yönetmeliğin amacının bilirkişilerin nitelikleri, eğitimi, seçimi, görevlendirilmesi, uymaları gereken temel ve etik ilkeler, çalışma esasları ve denetimine ilişkin usul ve

⁵⁶⁷Danıştay, 15D., 22.02.2018, 1107/2049. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

⁵⁶⁸ RG. 24.11.2016/29898.

⁵⁶⁹ RG. 03.08.2017/30143.

esasların belirlenmesi ile bilirkişilik için etkin ve verimli bir kurumsal yapı oluşturulması olduğu; adli ve idari yargı alanında yürütülen her türlü bilirkişilik faaliyetini kapsadığı; ancak, kanunlarda bilirkişilik hizmeti verebileceği öngörülen kurumlar ile yargı mercilerinin talebi üzerine bilimsel ve teknik görüş bildiren kamu kurum ve kuruluşlarının bu Kanunun ve Yönetmeliğin kapsamı dışında tutulduğu düzenlenmiştir. Kanunlarda bilirkişilik hizmeti verebileceği öngörülen kurumlar ile yargı mercilerinin talebi üzerine bilimsel ve teknik görüş bildiren kamu kurum ve kuruluşları olarak; Adli Tıp Kurumu, Yüksek Sağlık Şurası, jandarma ve polis kriminal laboratuvarları, Merkez Bankası, Darphane, Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kurulu, Hıfzıssıhha Enstitüsü ve Mali Suçları Araştırma Kurulu gibi kurumlar sayılabilir. Anılan Kanun ve yönetmelikte bilirkişi, “Çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde oy ve görüşünü sözlü veya yazılı olarak vermesi için başvuru gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi” olarak tanımlanmıştır.

Bilirkişi özel ve teknik bilgisi sayesinde oy ve görüş bildirmekte, hakimin yerine geçerek karar vermemektedir. Ancak hakimin vereceği kararda, doğru karara varılabilmesi ve adaletin tecelli edebilmesi için önemli ve belirleyici bir rol alır. Bu anlamda yargılama işlevine ve adalet hizmetlerine önemli bir katkı sağladığı açıktır⁵⁷⁰.

İdari yargılama hukukunda "kendiliğinden araştırma ilkesi" geçerli olduğundan, bilirkişi seçimi ve görevlendirmesini mahkeme kendiliğinden yapar. İdari yargı mahkemeleri tarafından bilirkişi görevlendirmesi yapılırken tarafların görüşünün alınmasına gerek yoktur. Mahkeme bilirkişiyi görevlendirdikten sonra tarafların, seçilen bilirkişiye veya raporuna itiraz etme hakları vardır⁵⁷¹.

Hakim uyuşmazlığın çözümünde özel ve teknik bilgi gerektiren hallerde bilirkişiden görüş alabilir; ancak, bilirkişi raporuna uymak zorunda değildir, bilirkişi raporunun aksine de karar verebilir⁵⁷². Hakim, bilirkişinin hazırladığı raporu eksik görür ise ek rapor isteyebilir ya da yeterli görmez ise başka bir bilirkişiden yeni rapor alabilir; raporlar arasında çelişki görürse üçüncü bilirkişiye de başvurulabilir. Bilirkişiler de

⁵⁷⁰ Süha Tanrıver, Bilirkişinin Hukuki Statüsü Yükümlülükleri, Yetkileri ve Sorumluluğu, Ankara 2002, s.34.

⁵⁷¹ Gözübüyük, Şeref/Turgut Tan, *İdare Hukuku Cilt 2 İdari Yargılama Hukuku*, Güncelleştirilmiş Bası, Ankara 2003:s. 987.

⁵⁷²Gözübüyük/Tan, *İdare Hukuku Cilt 2 İdari Yargılama Hukuku* (2003), s.1083.

sadece kendilerine sorulan konu hakkında sahip oldukları özel ve teknik bilgi ile görüş bildirirler. Davanın esası hakkında, hukuki değerlendirme şeklinde görüş belirtebilirler.

Tam yargı davalarında, mahkeme, hem olayın maddi yönünü, yani olayın oluşumunu ve zararı doğuran işlem ve eylemleri, hem de bundan çıkabilecek hukuki sonuçları tespit edecektir. Sağlık hizmetlerinden kaynaklanan tazminat davalarında da, idarenin hizmet kusuru nedeniyle, bireylerin malvarlığında ortaya çıkan eksilmelerin ya da çoğalma olanağından yoksunluğun giderilebilmesi ve yine bu sebeple oluşan manevi zararların karşılanabilmesi için, dava konusu olayda kusur ve derecelendirilmesi ya da illiyet bağı gibi hukuki kavramları belirleyecek olan mahkemedir. Zarara sebebiyet verdiği iddia edilen maddi vakıaların hukuki niteliğinin tayini ve delillerle ilişkilendirilerek idari işlem ve eylemlerin hukuka uygunluğunun değerlendirilmesi, bir diğer ifade ile hukukun olaya uygulanması, bilirkişinin değil hakimın asli görevidir. Bu nedenle, mahkeme tarafından istenen bilirkişi incelemesi sonucunda hazırlanacak bilirkişi raporlarının, davada öne sürülen iddiaları bilimsel ve teknik yönden karşılayacak nitelik ve yeterlilikte olması gerekmektedir.

Sağlık hizmetinden kaynaklanan tazminat (tam yargı) davalarında da, dava konusu olayda idarenin hizmet kusurunun bulunup bulunmadığının belirlenmesiyle birlikte hükmedilecek tazminat miktarının hesaplanması hususlarında bilirkişiye başvurulmaktadır. Bilindiği üzere sağlık hizmetleri, bünyesinde risk taşıyan, tıbbi ve teknik bilgiyi gerektiren hizmetlerdendir. Sağlık hizmetinden yararlanan kişinin zarara uğramasında idarenin hizmet kusurunun bulunup bulunmadığının tespit edilebilmesi için uzmanlık isteyen incelemeler gerekmektedir. Danıştay kararlarında, bilirkişiye başvurulmasındaki amacın, hukuka uygun karar verebilmek için gerekli verilere ulaşmak olduğu göz önünde tutulduğunda, bilirkişilerin uyuşmazlık konusunda özel ve teknik bilgiye sahip olan kişiler arasından seçilmesi gerektiğinin kuşkusuz olduğu belirtilmekte; bilirkişi veya bilirkişilerce düzenlenen raporlarda, sorulara verilen cevapların şüpheye yer vermeyecek şekilde açık, rapor içeriğinin ise hükme esas alınabilecek nitelikte olması aranmaktadır⁵⁷³.

⁵⁷³ Danıştay, 10D., 21.05.2018, 161/1868. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

1219 sayılı kanun'un 75'nci maddesi gereği, Tababaet ve Şuabatı sanatlarının uygulamaları sırasında işlenen suçlarda, bilirkişi olarak görüşüne başvurulması zorunlu kurul, Sağlık Bakanlığı bünyesinde faaliyet gösteren Yüksek Sağlık Şurası iken, Anayasa Mahkemesinin, bu madde ile ilgili olarak verdiği iptal kararı⁵⁷⁴ ile Sağlık Bakanlığına bağlı olan Yüksek Sağlık Şurası'nın zorunlu bilirkişilik müessesesi kaldırılmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı sonrasında hem hukuk hem de ceza davalarında mahkemeler; Yüksek Sağlık Şurası, Adli Tıp Kurumu ve üniversitelerin tıp fakültelerinden bilirkişi görüşü istemişlerdir.

14 Nisan 1982 tarihli 2659 sayılı Kanun⁵⁷⁵'la kurulan ve Adalet Bakanlığı'na bağlı bir kamu kurumu olan Adli Tıp Kurumu, ülkemizde tıbbi ve adli tıp bilirkişi incelemeleri yaptırılan kurumların başında gelmektedir. Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında 4 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi⁵⁷⁶ ile Adli Tıp Kurumu'nun kuruluş, görev ve yetkilerine dair usul ve esaslar belirlenmiştir. Adalet işlerinde bilirkişilik yapmak; mahkemeler, hâkimlikler ve savcılıklar ile Kurumun uygun gördüğü alanlarda kamu kurum ve kuruluşları tarafından gönderilen adli tıpla ilgili konularda bilimsel ve teknik görüş bildirmek, Adli Tıp Kurumunun görevlerindedir.

Adli Tıp Kurumu Kanunu'nun 31'nci maddesinde; Yükseköğretim Kurumları veya birimleri, adli tıp mevzuatı çerçevesinde adli tıp olaylarında ve diğer adli konularda Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa göre resmi bilirkişi sayılmıştır. Sağlık Bakanlığı tarafından 28.03.2012 tarihinde kabul edilerek yürürlüğe konulan Yüksek Sağlık Şurası Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönerge⁵⁷⁷ 'de, "sağlık meslek mensuplarının mesleklerini icra ederken ortaya çıkan adli konularda mahkemelere görüş vermek" Yüksek Sağlık Şurası görevlerinden sayılmış idi. Ancak, Yüksek Sağlık Şurası'nı düzenleyen 663 sayılı Sağlık Alanında Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 21. Maddesi, 02.07.2018 tarihinde 703 sayılı KHK'nin 25. Maddesi ile

⁵⁷⁴ AYM, 03.06.2010, 2009/69. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/10/20101022-10.htm> (erişim tarihi:01.04.2020).

⁵⁷⁵ RG. 20.4.1982/17670.

⁵⁷⁶ RG. 15.7.2018/30479.

⁵⁷⁷ <https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/yonergeler/yukse-saglik-surasi-calisma-usul-ve-esaslari-hakkinda-yonerge-1> (erişim tarihi:01.04.2020).

kaldırılmıştır. Yüksek Sağlık Şurası'nın kaldırılmasından sonra, uygulamada; Adli Tıp Kurumu ile birlikte Yükseköğretim kurumları ve bağlı birimleri adalet işlerinde bilirkişilik görevini yürütmektedirler.

Aydoğdu/Türkiye davasında (Başvuru No:40448/06)⁵⁷⁸ AİHM, Türk hukukunda adli tıp bilirkişi incelemeleri değerlendirmesinde;

“...Adli Tıp Kurumu'nun, kanunen münhasır yetkili olmamasına rağmen, özellikle Danıştay'ın söz konusu kurumun müdahalesine ayrıcalık tanınması ve dolayısıyla, hâkimlerin neredeyse sistematik olarak bu kuruma başvurmaları nedeniyle, en azından adli uygulamada münhasır yetkili olduğu” yazılmıştır. Kararda da belirtildiği üzere, yasal olarak Adli Tıp Kurumu adli tıp bilirkişi incelemelerinde münhasır yetkili kılınmamıştır; özellikle Danıştay kararlarında “esas itibarıyla adalet işlerinde bilirkişilik görevi yapmak üzere kurulmuş olan Adli Tıp Genel Kurulu nezdinde bilirkişi incelemesi yaptırılması vurgusu yapılmaması nedeniyle...”,

Adli Tıp Kurumu'na mahkemeler tarafından da öncelik verilmektedir.

Yasal olarak bilirkişi incelemesinin münhasıran Adli Tıp Kurumu'na yaptırılması zorunluluğu olmadığı gibi, Adli Tıp Kurumu'nun öncelikli kabul edilmesi de yanlış uygulamalara neden olabilir. Ancak, Yüksek Sağlık Şurası'nın da kaldırılmasından sonra, Adli Tıp Kurumu'nun bilirkişilikte önemi ve görevi de artmıştır. Bilirkişiye başvurulmasının amacı, hukuka uygun karar verebilmek için gerekli verilere ulaşmak olduğundan, önemli olan husus alınan bilirkişi raporunun uyumsuzluğunun çözümü için yeterli olmasının aranması olmalıdır. Örneğin Danıştay'ın bir kararında;

“...Adli Tıp Kurumu Genel Kurulu'nca düzenlenen raporda, karar düzeltme aşamasında raporu düzenleyen heyette olması gerektiği belirtilen romatoloji, gastroenteroloji, nefroloji uzmanlarının raporu düzenleyen heyette yer almadıkları, heyette sadece bir genel cerrahi uzmanı ile bir iç hastalıkları uzmanının bulunduğu ve bu nedenle bu raporun, davacıların dava dilekçesi ve bilirkişi raporlarında ortaya koyduğu iddiaları tam ve eksiksiz bir biçimde karşılamaktan uzak ve içeriği itibarıyla de yetersiz olduğu...”

belirtilerek bu nedenle, bir üniversitesi hastanesi bünyesinde; genel cerrahi ve iç hastalıkları uzmanlarının yanı sıra, romatoloji, gastroenteroloji ve nefroloji

⁵⁷⁸AİHM, 40448/06, <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22itemid%22:%5B%22001-168621%22%5D%7D> (erişim tarihi:01.04.2020).

uzmanlarından oluşacak bir bilirkişi heyeti aracılığıyla yeniden yaptırılacak ile davacıya uygulanan tıbbi tedavi ve uygulamalarında hizmet kusurunun bulunup bulunmadığı hususunun irdelenmesi gerektiği açıklanmıştır⁵⁷⁹.

Mahkemeler bilirkişi seçiminde özgürdürler ve aksi bir durum mahkemelerin bağımsızlığı ve adil yargılama ilkeleriyle bağdaşmama sonucunu doğuracaktır⁵⁸⁰. Mahkemelerce, sunulan bilirkişi raporlarında eksik hususlar gördüğünde ek rapor istenmesi, gerekli görüldüğünde yeni bilirkişi görevlendirmesi yapılması sık görülen uygulamalardır; istisnaen olsa da bilirkişi raporları aksine gerekçeli olarak hüküm kurulduğu da görülmektedir. Bilirkişi raporunun uyumsuzluğunun çözümü için yeterli içerik ve nitelikte olması aranmalı, yetersiz olan raporlar karara esas alınmamalıdır. Emsal bir Danıştay kararında:

“1-... doktorların bilgi ve tecrübeleri ile bu işi yapmaya ehil olup olmadıkları, 2-... doğabilecek tıbbi olumsuzlukların sağlık personeline öngörülebilir olup olmadığı, ilgili sağlık personelinin teşhis ve tedavide herhangi bir bilgi eksikliğinin bulunup bulunmadığı yani bu durumun normal bir tıbbi bilgi ve tecrübeyle öngörülüp öngörülemeyeceği, 3- Eğer meydana gelen durum komplikasyon olarak değerlendirilecek olursa komplikasyonu bertaraf edecek zamanında ve yeterli tıbbi müdahale yapıp yapılmadığı, bu hususlar ortaya konulmadan hazırlanan raporun uyumsuzluğunun çözümünde yeterli olmadığı, olayda hizmet kusuru bulunup bulunmadığının net olarak ortaya konulmadığı, uyumsuzluğun çözümü için yeterli olmayan bilirkişi raporuna dayalı olarak karar verildiği, Adli Tıp Kurumu Genel Kurulundan yeni rapor alınması gerektiği...” gerekçesi ile bozma kararı verilmiştir⁵⁸¹.

İdarelerin sağlık hizmetlerinden kaynaklanan tazmin yükümlülüğü açısından, hizmet kusurunun bulunup bulunmadığı konusunda tüm hususlar araştırılarak tartışmasız sonuca ulaşılması uyumsuzluğun çözümü için önemlidir. Adli Tıp Kurumu'nca Cumhuriyet Savcılığı ya da Ceza Mahkemelerine sunulan raporlarda, sunulan sağlık hizmetinin tıp kurallarına uygunluğu, sağlık çalışanlarının eylemleri dikkate alınarak kişisel kusurun varlığı/yokluğu bağlamında incelenmekte ve değerlendirilmektedir. Oysa ki, idarenin araç/gereç/cihaz eksikliği, teşkilatı yetersiz kurması yahut tıbbi ameliyedeki

⁵⁷⁹ Danıştay, 15D., 21.12.2017, 61/7694. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

⁵⁸⁰ Danıştay, 15D., 27.05.2014, 4101/4341. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

⁵⁸¹ Danıştay, 15D., 14/05/2015, 3940/2913. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

organizasyon eksikliği nedeniyle tedavide aksamaya yol açması da bir tür hata olarak nitelendirilmekte, idarenin sunduğu sağlık hizmetinin gereği gibi işlememesini ifade etmektedir. Bu durumda tıbbi ameliye kapsamında dahil edilemeyecek bir takım bakım, gözetim ve diğer yan yükümlülüklerin hiç veya gereği gibi yapılmaması nedeniyle oluşacak zararlarda, idarenin sorumluluğundan söz edilebilecektir⁵⁸². Bu nedenle, Danıştay kararlarında ceza yargılamasında alınan bilirkişi raporlarının idarenin kusurlu olup olmadığının tespitinde her zaman yeterli olmayacağı, ayrıca bir inceleme yapılması da gerekeceği, aksi halde; yeterli olmayan bilirkişi raporuna dayalı olarak verilecek kararların hukuka aykırı olacağı vurgulanmaktadır⁵⁸³.

AİHM'nin Aydoğdu - Türkiye davasında verdiği kararda; tıbbi bilirkişi incelemeleri konusunda, bilirkişilerin yetkilerine ilişkin sorunun, daha ziyade doktrin ile geliştirilmiş olduğunu, bununla birlikte, Yargıtay 13. Dairesi'nin, karar verdiği hukuk davalarında Adli Tıp Kurumu'nun bilirkişileri de dâhil olmak üzere, "hem bilirkişilerin niteliği hem de bilirkişilerin raporlarının niteliği" hakkındaki görüşü ile yönlendirici kuralların belirlenmesine imkan verdiği açıklanmış ve bu kurallar sayılmıştır⁵⁸⁴.

⁵⁸² Danıştay, 15D., 04.02.2016, 455/601. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

⁵⁸³ Danıştay, 15D., 07.03.2016, 9627/1417. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

⁵⁸⁴ AİHM, 40448/06. <http://hudoc.echr.coe.int/tur/?i=001-168621>. (erişim tarihi:01.04.2020).

Kararda belirlenen yönlendirici kurallar:

- Davaya ilişkin alanda tek bir uzmanın katılımı, tıbbi bilirkişi raporunu düzenlemek için yetersizdir; üniversiteler arasından, güçlü bir akademik kariyere sahip, belirli bir alanda uzmanlaşmış olan kişileri görevlendirmek gerekmektedir (2009/3481 Esas ve 2009/13100 Karar sayılı 12 Kasım 2009 tarihli karar, 2010/7997 Esas ve 2011/5581 Karar sayılı 11 Nisan 2011 tarihli karar; 2011/3954 Esas ve 2011/14623 Karar sayılı 18 Ekim 2011 tarihli karar, 2009/3832 Esas ve 2010/10716 Karar sayılı 1 Ekim 2009 tarihli karar; 2011/18651 Esas ve 2012/2596 Karar sayılı 10 Şubat 2012 tarihli karar; 2011/19134 Esas ve 2012/2628 Karar sayılı 10 Şubat 2012 tarihli karar; 2011/9912 Esas ve 2011/14750 Karar sayılı 19 Ekim 2011 tarihli karar ve 2009/4667 Esas ve 2009/10460 Karar sayılı 28 Eylül 2009 tarihli karar);
- Bir tıbbi bilirkişi incelemesi, suçlanan doktorun iddia edilen zarardan sorumlu tutulup tutulmayacağı hususuna cevap vermediği takdirde yetersizdir (2009/3481 Esas ve K.2009/13100 Karar sayılı 12 Kasım 2009 tarihli karar ve 2011/19134 Esas ve 2012/2628 Karar sayılı 10 Şubat 2012 tarihli karar);
- Güvenilir ve ikna edici olması için, bir bilirkişi raporu, davanın konusuyla örtüşmeli, olayları aydınlatmaya çalışmalı ve tarafların argümanlarına cevap vermelidir (2010/7743 Esas ve 2011/2466 Karar sayılı 21 Şubat 2011 tarihli karar; 2010/3254 Esas ve 2010/10138 Karar sayılı 7 Temmuz 2010 tarihli karar; 2011/19134 Esas ve 2012/2628 Karar sayılı 10 Şubat 2012 tarihli karar);
- Tıbbi bilirkişi incelemesi, hastanın teşhisi ve takibine ilişkin bilimsel unsurları ve özellikle, bu durumda kabul edilen tedavi stratejisinin uygunluğunu değerlendirmelidir (2010/7997 Esas ve K.2011/5581 Karar sayılı 11 Nisan 2011 tarihli karar);
- Bu komplikasyonların neler olduğunu, diğer tedavi yöntemlerinin bulunup bulunmadığını ya da daha iyi donanımlı bir hastanede nelerin yaşandığını açıklamaksızın, soyut bir şekilde, bir komplikasyonun mevcut olduğu sonucuna varan yetersiz bir rapordan hareketle bir hüküm kurulamayacaktır (2011/3954 Esas ve 2011/14623 Karar sayılı 18 Ekim 2011 tarihli karar; 2007/2916 Esas ve 2007/8485 Karar sayılı 18 Haziran

Tıbbi müdahale hatalarından kaynaklanan tazminat davalarında da istenen bilirkişi incelemelerinde aynı kurallar uygulanmalıdır; belirli bir alanda uzmanlaşmış olan kişiler görevlendirilmesi ile dosyada yer alan bütün unsurlar ele alınarak, dava konusu tıbbi müdahalenin bilimsel unsurları ve özellikle, bu durumda kabul edilen stratejinin tıp kurallarına uygunluğunun değerlendirildiği, davalıların iddia edilen zarardan sorumlu tutulup tutulmayacağı hususuna cevap verir nitelikte, somut, gerekçeli, açıklayıcı, tarafların ve mahkemenin denetimine elverişli bilirkişi raporları karara esas alınmalıdır. Aksi halde, eksik inceleme ve yetersiz bilirkişi raporuna dayanılarak hüküm kurulması, usul ve yasaya aykırı olacaktır.

Bazı davalarda mahkeme bilirkişi incelemesi yaptırılmasına gerek görmeden karar verebilir. Örneğin; sağlık personelinin izinsiz/mazeretsiz görev yerini terk etmiş olması, icapçı hekimin aranmasına rağmen göreve gelmemiş olması, bulundurulması gerekli olan tıbbi araç ve gereçlerin bulunmaması ya da eksik olması, hastadan aydınlatılmış onamın hiç ya da gerektiği şekilde alınmamış olması, hasta kayıtlarının uygun şekilde saklanmaması gibi “idarenin hizmet kusurunun açık olduğu ve kusurun somut faili olan ajanın açık ve tereddüde yer bırakmayacak şekilde belirlenmiş olduğu” hallerde bilirkişi görüşüne başvurulmaması eksik inceleme olmayacaktır⁵⁸⁵.

Dava konusu tazminat istemine neden gösterilen sağlık hizmetinin yürütülmesinde herhangi bir hizmet kusuru olup olmadığı, çoğu zaman tıbbi inceleme yaptırılarak alınan bilirkişi raporu esas alınarak belirlenebilmektedir. Yargıtay kararlarında cezai

2007 tarihli karar, 2009/13214 Esas ve 2010/3694 Karar sayılı 23 Mart 2010 tarihli karar ve 2009/3832 Esas ve 2010/10716 Karar sayılı 1 Ekim 2009 tarihli karar);

- Yalnızca suçlanan doktorun ifadelerine dayanan ve soyut, gerekçelendirilmeyen ve desteklenmeyen iddialar içeren bir rapor güvenilir değildir (2009/3832 Esas ve 2010/10716 Karar sayılı 1 Ekim 2009 tarihli karar);

- İhtilaf konusu ameliyatın tıp kurallarına uygun olduğu ve doktora herhangi bir hatanın atfedilemeyeceği sonucuna varmak için tıbbi bir hata yapılmış olabileceğini belirten unsurları dikkate almayan bir bilirkişi raporu güvenilir değildir (2011/9912 Esas ve 2011/14750 Karar sayılı 19 Ekim 2011 tarihli karar);

- Bir bilirkişi incelemesinde, sağlanan tedavilerin belirli bir aşamasına ilişkin bu türden bir unsurun bulunmadığını ileri sürmekle yetinmeksizin, tedavinin farklı aşamalarına ilişkin dosyada yer alan bütün unsurlar ele alınmalıdır (2009/4667 Esas ve 2009/10460 Karar sayılı 28 Eylül 2009 tarihli karar).” sayılmıştır.

⁵⁸⁵ Danıştay, 10D., 25.06.2008, 2965/4831; 15D., 20.03.2017, 4249/1275. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

sorumlulukta kusuru belirleme yetki ve görevinin hakime ait olduğu belirtilmektedir.⁵⁸⁶ Danıştay kararlarında ise, kusur oranlarının bilirkişiye tespit ettirilmesi yerleşik hale gelmiştir.

Danıştay bir kararında, davalı idarenin ve davacılar murisinin zararı doğuran olayın meydana gelmesinde kusurlarının olduğu görülmekte ise de; kimin hangi oranda kusurlu olduğunun dosya kapsamında net olarak anlaşılamadığı; kusur oranlarının tespiti amacıyla dosya üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle idarenin ve varsa müterafik kusur oranlarının belirlenmesi, bilahare kusur bilirkişisi raporunda yer alan kusur oranlarının dikkate alınması suretiyle, hesap bilirkişisinden ek rapor alınarak (davacılar murisinin müterafik kusur oranı gözetilerek) maddi zararın tazminine karar verilmesi gerektiğine karar vermiştir⁵⁸⁷.

Sağlık hizmetlerinden kaynaklanan tazminat (tam yargı) davalarında, idarenin tazmin yükümlülüğünü doğuran hizmet kusurunun tespiti ile birlikte idarenin eyleminden doğan zararların hesaplanması gerekmektedir. Uygulamada, maddi ve manevi tazminatın hesabı için hesap bilirkişisine başvurulmaktadır. Zira; yerleşik yargı içtihatları ile de, tazmini istenilen vücut bütünlüğünün ihlali sonucu uğranılan tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar, ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar gibi ya da ölüm sonucu uğranılan cenaze ve defin giderleri, ölüm hemen gerçekleşmemiş ise ölümden önceki tedavi giderleri ile çalışma gücünün yitirilmesinden doğan kayıplar, ölenin desteğinden yoksun kalma zararları gibi örneklenebilecek maddi zarar miktarlarının ve faizlerinin hesaplanabilmesi, hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi dışında, özel ve teknik bilgiyi gerektirir nitelikte görülmektedir.

Sağlık hizmetlerinden kaynaklanan tazminat (tam yargı) davalarında da hukuk kurallarını re'sen araştırarak bulmak, yorumlamak ve olaya uygulamakla görevli olan hakimler, tıbbi ve teknik bilgiye ihtiyaç duyduğunda bilirkişi görevlendirecek ve bilirkişi raporlarını serbestçe değerlendirerek karar vereceklerdir.

⁵⁸⁶ Yargıtay, 12CD., 03.03.2015, 10616/3899; 12CD., 30.10.2014, 29567/21345. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

⁵⁸⁷ Danıştay, 10D., 12.03.2015, 5001/984, Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

H. Mahkeme Kararları Ve Sonuçları

Anayasamızın 2'nci maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin nitelikleri arasında "hukuk devleti olmak" belirtilmiştir. Anayasamızın 36'ncı maddesine göre; "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*" ve 141'nci maddesi üçüncü fıkrasına göre; "*Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır.*" Anılan Anayasa hükümleri ile AİHS'nin 6'ncı maddesinde belirtilen "adil yargılanma hakkı" ilkesi kapsamında verilen mahkeme kararlarının gerekçeli olması ve kararlarda kullanılan ifadelerin açık, somut ve anlam bütünlüğü yönüyle tam olması zorunluluğu, aynı zamanda hukuki güvenlik ilkesi gereğidir.

Davaların karara bağlanmasını düzenleyen İYUK 22'nci maddesi amir hükmü gereği, uyuşmazlık konuları aydınlandığında meseleler sırasıyla oya konulur ve karara bağlanır. İYUK 24'ncü maddesinde ise, kararlarda bulunacak hususlar tek tek sayma yoluyla belirtilmiştir⁵⁸⁸.

Yargı kararlarında sayılan hususların yazılması, hem uyuşmazlık konusunda nihai çözüme varılarak aydınlatılması, hem de kararın doğru şekilde icrası bakımından büyük önem arz etmektedir. Tazminat (tam yargı) davası sonucunda verilen kararlarda da; kararın dayandığı hukuki sebepler ile gerekçesi ile birlikte hükmedilen tazminatın miktarının açık olarak belirtilmesi gereklidir. Ne kadar tazminat miktarına hükmedildiği

⁵⁸⁸ 2577 sayılı İYUK

"Kararlarda bulunacak hususlar:

Madde 24 – Kararlarda:

- a) Tarafların ve varsa vekillerinin veya temsilcilerinin ad ve soyadları yahut unvanları ve adresleri,
- b) Davacının ileri sürdüğü olayların ve dayandığı hukuki sebeplerin özeti istem sonucu ile davalının savunmasının özeti,
- c) (**Değişik: 10/6/1994-4001/11 md.**) Danıştayda görülen davalarda tetkik hakimi ve savcının ad ve soyadları ile düşünceleri,
- d) Duruşmalı davalarda duruşma yapılıp yapılmadığı, yapılmış ise hazır bulunan taraflar ve vekil veya temsilcilerinin ad ve soyadları,
- e) Kararın dayandığı hukuki sebepler ile gerekçesi ve hüküm:tazminat davalarında hükmedilen tazminatın miktarı,
- f) Yargılama giderleri ve hangi tarafa yükletildiği,
- g) Kararın tarihi ve oybirliği ile mi, oyçokluğu ile mi verildiği,
- h) Kararı veren mahkeme başkan ve üyelerinin veya hakiminin ad ve soyadları ve imzaları ve varsa karşı oyları,
- i) Kararı veren dairenin veya mahkemenin adı ve dosyanın esas ve karar numarası,
Belirtilir."

belirtilmeden verilen kararlar temyiz incelemesi aşamasında Danıştay tarafından bozulmaktadır⁵⁸⁹.

Anayasa'nın 138'nci maddesi dördüncü fıkrasına göre; “*Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.*” İYUK' nun 28'nci maddesinde de kararların sonuçları düzenlenmiştir⁵⁹⁰. Bu hükümler, hukuk devleti ilkesinin doğal sonucu ve hukuka bağlı idare anlayışının yasal ifadesidir.

Mevcut hukuk sistemimizde hukuk mahkemeleri kararlarının icrası ile ceza mahkemesi kararlarının infazı, özel kanunlarda düzenlenmiştir. İdari yargı kararlarının yerine getirilmesine münhasır ayrı bir yasanın olmaması nedeniyle, İcra İflas Kanunu'nun hükümleri uygulanmakta, bu Yasa idare hukukunun ihtiyaçlarını giderememektedir⁵⁹¹.

⁵⁸⁹ Ramazan Çağlayan, *İdari Yargıda Kanun Yolları (Kararlara Karşı Başvuru Yolları)*, 2.baskı, Asil Yayınları, 2006, s.90.

⁵⁹⁰ İdari Yargılama Usulü Kanunu

“*Kararların sonuçları.*”⁽¹⁾⁽²⁾

Madde 28 – 1.(Değişik:10/6/1994-4001/13 md.) Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz gün geçemez. ... ancak disiplin hükümleri saklıdır.⁽¹⁾

2. **(Değişik: 2/7/2012-6352/58 md.)** Konusu belli bir miktar paranın ödenmesini gerektiren davalarda hükmedilen miktar ile her türlü davalarda hükmedilen vekalet ücreti ve yargılama giderleri, davacının veya vekilinin davalı idareye yazılı şekilde bildireceği banka hesap numarasına, bu bildirim tarihinden itibaren, birinci fıkrada belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde yatırılır. Birinci fıkrada belirtilen süreler içinde ödeme yapılmaması halinde, genel hükümler dairesinde infaz ve icra olunur.

3. Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemeleri kararlarına göre işlem tesis edilmeyen veya eylemde bulunulmayan hallerde idare aleyhine Danıştay ve ilgili idari mahkemede maddi ve manevi tazminat davası açılabilir.

4. **(Değişik: 21/2/2014-6526/18 md.)** Mahkeme kararlarının süresi içinde kamu görevlilerince yerine getirilmemesi hâlinde tazminat davası ancak ilgili idare aleyhine açılabilir.

5. Vergi uyumsuzluklarına ilişkin mahkeme kararlarının idareye tebliğinden sonra bu kararlara göre tespit edilecek vergi, resim, harçlar ve benzeri mali yükümler ile zam ve cezaların miktarı ilgili idarece mükellefe bildirilir.

6. **(Değişik: 2/7/2012-6352/58 md.)** Tazminat ve vergi davalarında idarece, mahkeme kararının tebliğ tarihi ile ödeme tarihi arasındaki süreye 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanununun 48 inci maddesine göre belirlenen tecil faizi oranında hesaplanacak faiz ödenir. Ancak mahkeme kararının davacıya tebliği ile banka hesap numarasının idareye bildirildiği tarih arasında geçecek süre için faiz işlemez.”

⁵⁹¹ Ramazan Çağlayan, “*İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması*”, Ankara:2004, s. 258.

6352 sayılı Kanun ile değiştirilen İYUK'nun 28. maddesinin ikinci fıkrasında⁵⁹², hükmedilen miktar ile, yargılama gideri ve vekalet ücretinin, ödeme yapılacak davacı veya vekilinin banka hesap numarasının yazılı şekilde davalı idareye bildirilmesi kuralı düzenlenmiştir. Bu bildirim tarihinden itibaren idare tarafından birinci fıkrada belirtilen usûl ve esaslar çerçevesinde davacının hesabına ödeme yapılmaması halinde, davacı icra yoluyla hükmün infazını talep edebilecektir. Bu durumda icra dairesi İcra ve İflas Kanununun kamu dairelerine karşı kullanılmasına izin verdiği yetkileri kullanarak, idari yargı kararında (tam yargı davasında) hüküm altına alınan tazminatın veya hakkın davacıya verilmesini sağlar⁵⁹³.

Anayasamızın 138'nci maddesi ile İYUK 'nun 28'nci maddesi birinci fıkrası amir hükümleri gereği; idarenin, uygulanmasında maddi ve hukuki imkansızlık bulunanlar dışında yargı kararlarını "aynen" ve "gecikmeksizin" uygulaması zorunludur. Bu hükümler gereği, yargı kararlarının uygulanması konusunda idare "bağlı yetki" içerisindedir⁵⁹⁴. İYUK 28'nci maddesi birinci fıkrası ikinci cümlesinde yer alan "*Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez.*" kuralı; idareye kararın tebliğ tarihinden başlayıp otuz günün dolmasına kadar geçen sürede yargı kararını uygulamama yetkisi tanıyan bir hüküm değildir. "*Aksine maddede, kararların derhal uygulanması ilkesi benimsenmiş olup, her durumda bu sürenin otuz günü aşamayacağı, kararların uygulanması için idarelerin gereksinim duydukları sürenin nihayet otuz günle sınırlı olduğu kurala bağlanmıştır*"⁵⁹⁵.

⁵⁹² İYUK 28/2'nci maddesindeki değişikliğin gerekçesi; "Mevcut uygulamada, mahkemeler tarafından hüküm altına alınan alacakların, hemen ilamlı icra takibi yapılmak suretiyle tahsili yoluna gidildiğinden, hem icra dairelerinin işyükü gereksiz şekilde artmakta hem de idareler tekraren icra gideri ödeme külfetiyle karşı karşıya kalmaktadır. Getirilen düzenlemeyle vatandaşların icraya başvurmak zorunda kalmaksızın alacaklarını tahsil edebilmesi, bu suretle icra dairelerinin iş yükünün azalması ve idarelerin icra gideri ödemesinin önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Diğer taraftan, davacı veya vekiline ödeme yapılması için banka hesap numarasını gecikmeksizin bildirmelerini sağlamak amacıyla kararın kendilerine tebliğ edildiği tarih ile banka hesap numarasını idareye bildirdikleri tarih arasında geçen süreye faiz işletilmemesi hüküm altına alınmaktadır" şeklinde yazılmıştır.

⁵⁹³ Hamza Eroğlu, *İdare Hukuku Genel Esaslar, İdari Teşkilat ve İdarenin Denetlenmesi*, Işın Yayıncılık, 5. Bası, Ankara 1985,s.384.

⁵⁹⁴ Danıştay, 5D., 08.04.1996, 2932/1469; 13D., 15.12.2015, 5502/4574. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

⁵⁹⁵ Danıştay, 3D., 29.01.2014, 5121/283; 10D., 08.03.2016, 2269/1195; 5D., 11.10.2002, 2053/3798. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

İYUK'nun 28'nci maddesi 3'ncü fıkrasında yer alan, mahkeme kararlarına göre işlem tesis edilmeyen veya eylemde bulunulmayan hallerde idare aleyhine maddi ve manevi tazminat davası açılabilmesi kuralı ile bu halde zararı ödeme yolu ile idarenin yaptırımını düzenlenmiştir. Bu hükmün idareye idari yargı kararını uygulamayarak tazminat verme yetkisi tanıdığı şeklinde yorumlanması, Anayasanın 2'nci maddesinde yer alan "hukuk devleti" ilkesine, 36. maddesinde öngörülen hak arama özgürlüğüne aykırıdır ve 138. maddesinde yer alan idarenin mahkeme kararlarına uyma zorunluluğunu anlamsız ve etkisiz hale dönüştürür.

Anayasa Mahkemesinin 3/4/2014 günlü ve 2013/711 sayılı bireysel başvuru kararında⁵⁹⁶, adil yargılanma hakkının ihlali iddiası yönünden yapılan inceleme neticesinde;

"...Yargı kararlarının uygulanmasının "mahkemeye erişim hakkı" kapsamında değerlendirildiği; AİHM'nin kararlarında, kesinleşmiş ve bağlayıcı bir yargı kararının, lehine karar verilen tarafın zarar görmesine rağmen infaz edilmemesi durumunda, Sözleşme'nin 6. maddesinin teminat altına aldığı mahkemeye erişim hakkının bir anlam ifade etmeyeceğinin vurgulandığı; hangi yargı makamı verirse versin, bir yargı kararının veya hükmünün infaz edilmesinin, 6. madde anlamında "dava"nın tamamlayıcı unsuru olarak değerlendirildiği (bkz. Burdov / Rusya, B. No:59498/00, 7/5/2002, § 34); devletin, bir kurumu aleyhinde verilen nihai ve bağlayıcı mahkeme kararıyla ortaya konulan borcunu ifa etmemek için ekonomik kaynak yokluğunu mazeret olarak ileri süremeyeceği (bkz. Burdov / Rusya, B. No:59498/00, 7/5/2002, § 35); devlet aleyhine birey lehine verilmiş olan nihai bir kararın söz konusu olduğu durumlarda, bireyin ayrı bir icra takibi yapmaya zorlanamayacağı (bkz. Manushaqe Puto ve Diğerleri / Arnavutluk, B. No: 604/07, 34770/09, 43628/07, 31/7/2012, § 71); buna göre, yargılama sonucunda mahkemenin bir karar vermiş olmasının yeterli olmadığı, ayrıca bu kararın etkili bir şekilde uygulanmasının da gerektiği..."

tespit ve değerlendirmeleri ile, başvurucuların hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma haklarının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

⁵⁹⁶ AYM, 3/4/2014 tarihli ve 2013/711 sayılı bireysel başvuru kararı.
<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/e4614210-aae0-4776-ae04-e4906b19fe44?wordsOnly=False>, (erişim tarihi:01.04.2020).

Tam yargı kararlarının konusu genel olarak paraya dayanacağına göre, devletin yani idarenin borcunu yerine getirmemesi söz konusu olamaz⁵⁹⁷. Uygulamada çoğunlukla tam yargı kararlarının idare tarafından süresinde uygulandığı görülmektedir.

Tam yargı davalarından olan tazminat davalarında ilgililerin zarara uğramalarına neden olduğu iddia edilen idari faaliyetlerin hukuka uygunluk denetimi yapılır ve sonucunda idarenin tazminat ödemesine hükmedilecek olması idarenin hukuka uygun işlem ve eylemlerde bulunmasını sağlamak bakımından denetim ve yaptırım aracıdır. İdare hukukuna özgü tazmin, telafi ve geri alma davalarından oluşan tazminat davaları ile amaçlanan, idarenin eylemlerinden doğan ilgililerin kişisel hak ihlallerinden doğan zararların giderilmesidir.

İdarî yargıdaki tam yargı davalarının amacı esasen idarece yapılan hak ihlâlinin sonuçlarının giderilmesi ise de, bu davalarda da özel hukuktaki alacak davaları gibi belirli bir paranın ödenmesi söz konusudur. Diğer bir deyişle, idare hukukunda nakden tazmin ilkesi geçerlidir⁵⁹⁸. Anayasanın 125'inci maddesi uyarınca kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olan idare, davacının uğradığı maddi ve manevi kaybı faizi ile birlikte ödeyerek tazmin edecektir. Danıştay kararlarında, ülkemizde yaşanan enflasyon olgusunun toplum yaşamını etkilemekte olduğu vurgulanarak, yargının iş yükünün fazlalığı nedeniyle uzun yargılama süreleri nedeniyle, dava açma tarihinde istenilen zarar miktarının, karar verildiği ve karar gereğince ödeme yapıldığı tarihe kadar gerçek zarar miktarından uzaklaştığı; bu halde, ödeme yapılan tarih itibarıyla yoksun kalınan gelirin karşılanması amacıyla yasal faiz uygulanarak değer kaybının karşılanması gerektiği” kabul edilmektedir⁵⁹⁹.

Sağlık hizmetlerinden kaynaklanan tazminat (tam yargı) davaları sonucunda verilecek kararlar, kişilerin sağlık hizmeti faaliyetleri nedeniyle uğradıkları zararın tazminini ifade etmektedir. Davacı lehine hüküm altına alınan maddi ve manevi tazminat miktarının faizi ve yargılama giderleri ile birlikte, davacının veya vekilinin davalı idareye

⁵⁹⁷ Gözübüyük, *Yönetmelik Yargı* (2003), s. 336.

⁵⁹⁸ Çağlayan, *İdarî Yargılama Hukuku* (2013), s. 559.

⁵⁹⁹ Danıştay, 5D., 29.09.2004, 3316/3372; 10D., 25.02.2003, 323/703; 10D., 31.05.2016, 9331/3012. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

yazılı şekilde bildireceği banka hesap numarasına, bu bildirim tarihinden itibaren, yasal süresi içinde yatırılması gerekmektedir.

Maliye Bakanlığının 2004 Mali Yılı Bütçe Uygulama Talimatına ilişkin 6 sıra Nolu Tebliği ile buna dayanılarak çıkarılan Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdürlüğü'nün 22/3/2004 tarihli ve 5003 sayılı Genelgesi⁶⁰⁰'nde "ilama bağlı borç", bir mahkeme kararı ile genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerce ödenmesine hükmedilen ana para, faiz, tazminat, ceza ve yargılama giderleri gibi her türlü ödemenin tamamı ile özel kanunlar gereğince sulh yolu ile alacaklısına ödenmesine karar verilen tutarlar olarak tanımlanmıştır.

5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun ilgili hükümleri uyarınca ilama bağlı borçlar, ilgili kamu idaresinin cari yıl bütçesinden ödenir (md20/d). Kamu idarelerinin nakit mevcudunun tüm ödemeleri karşılayamaması halinde giderler, muhasebe kayıtlarına alınma sırasına göre ödenir; ancak, sırasıyla kanunları gereğince diğer kamu idarelerine ödenmesi gereken vergi, resim, harç, prim, fon kesintisi, pay ve benzeri tutarlara, tarifeye bağlı ödemelere, ilama bağlı borçlara, ödenmemesi halinde gecikme cezası veya faiz gibi ek yük getirecek borçlara ve ödenmesi talep edilen emanet hesaplarındaki tutarlara öncelik verilir (md 34/2).

5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu, 2020 yılı Merkezi Yönetimi Bütçe Kanunu ve muhtelif mevzuatta bütçenin uygulanmasına ilişkin yer alan hükümler çerçevesinde bütçe işlemlerine ilişkin usul ve esaslar T.C. Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığınca (2) Sıra No'lu 2020 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Uygulama Tebliği⁶⁰¹ ile belirlenmiştir. İlgili Tebliğde; ilama bağlı borçları karşılama ödeneğine ilişkin taleplerin Cumhurbaşkanlığı makamının 2/1/2020 tarihli ve 1 sayılı olurları çerçevesinde Strateji ve Bütçe Başkanlığınca sonuçlandırılacağı ve ilama bağlı borçlar ayrı bir tertipte bütçelenmediğinden, bundan kaynaklanan borçların, borcun doğduğu hizmetin yürütüldüğü tertiplerden ödeneceği belirtilmiş; likit karşılığı, gelir fazlası karşılığı ödenek kaydı ve diğer kurum içi bütçe imkânlarının karşılanmasında öncelikle kullanılacak ödenek ihtiyaçları arasında "ilama bağlı borçlar" da sayılmıştır.

⁶⁰⁰ http://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2020/02/2004_Ilam_GenelYazi.pdf, (erişim tarihi:01.04.2020).

⁶⁰¹ http://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2020/02/2020_TebliğSıraNo2.pdf, (erişim tarihi:01.04.2020).

Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı tarafından her yıl yayımlanan Bütçe Çağrısı ve Eki Bütçe Hazırlama Rehberi Ekinde yer alan Analitik Bütçe Sınıflandırmasına İlişkin Rehber’de, genel bütçeye dahil daireler ile katma bütçeli dairelerin ilama bağlı borçlarının prensip olarak borcun kaynağı olan ilgili bütçe tertiplerinden ödeneceği ve ilgili borcun öncelikle sözkonusu hizmet tertibi ile ilişkilendirilmesi gerektiği hükmü yer almaktadır. Sağlık Bakanlığı, bir hizmet tertibi ile ilişkilendirilemeyen ilama bağlı borçlar ve diğer yasal giderler için tüm sağlık tesislerinin konuya ilişkin ödemelerinin tamamının İl Sağlık Müdürlükleri tarafından yapılmasını istemiştir⁶⁰². Tüm bu düzenlemeler ile ilama bağlı borçların idarelerce yerine getirilmesini kolaylaştırıcı hükümler getirilmiştir.

Merkezi Yönetim Harcama Belgeleri Yönetmeliğinin⁶⁰³ 29’ncü maddesi (b) bendine göre, ilama bağlı borçların ödemelerinde; icrası için kesinleşmiş olma şartı aranan ilamlardan ise kesinleşmiş mahkeme ilamı, yetkili merci tarafından icrasının geri bırakılmasına (yürütülmesinin durdurulmasına) karar verilmeyen mahkeme ilamı, sulh anlaşması sonucu doğan borçların ödenmesinde, mahkeme kararı yerine sulha yetkili makam veya merci kararı ve sulhname veya hakem kararı, belgeleri aranmaktadır.

Tam yargı davaları sonucunda, idare aleyhine hükmedilen tazminatın ödenmesi için mahkeme ilamının kesinleşmiş olması şartı aranmadığından, kararın kanunda gösterilen usul ve esaslar dahilinde idare tarafından yerine getirilmemesi durumunda, ilamın genel hükümler dairesinde infaz ve icrası için icra dairesine başvurulur. İcra dairesi, haciz yolu dışında kalan, diğer olanakları yönetime karşı uygular. Bilindiği gibi Devlet malları haczolunamaz. Bu yol, ayrıık olarak, bazı kamu kuruluşlarının haczedilebilen mallarına uygulanabilir⁶⁰⁴.

İdareye herhangi bir başvuru yapılmadan icra takibi başlatılması halinde, anılan yasa maddesine aykırılık nedeniyle şikayet yolu ile takip iptal edilecektir. Danıştay yerleşik içtihatlarında da “*Yasa maddesi uyarınca idareye yazılı başvuru şartı yerine*

⁶⁰² Sağlık Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı 13.01.2020 tarihli, 940363551841 sayılı yazısı, <https://dosyamerkez.saglik.gov.tr/Eklenti/36328,e-izali-yazimiz-mahkeme-giderleripdf.pdf?0> (erişim tarihi:01.04.2020).

⁶⁰³ RG. 31.12.2005/26040 (3. Mükerrer).

⁶⁰⁴ Gözübüyük, *Yönetim Hukuku* (2004), s. 418.

getirilmeden ilamlı takip başlatıldığından, şikayetin kabulü ile takibin iptaline karar verilmesi gerektiği” kabul edilmektedir. Ancak, Yasanın 28/2. maddesindeki anılan değişikliğin adli yargı mahkemeleri tarafından verilen ilamların infazında uygulanma olanağı bulunmamaktadır⁶⁰⁵.

Tam yargı davası sonucunda idarenin davacıya maddi ve/veya manevi tazminat ödemesine dair mahkeme ilamı gereğince ödeme yapılması için davacı tarafından idareye yasal düzenlemeye uygun şekilde başvurulmuş olmasına rağmen, süresi içinde ödeme yapılmaması nedeniyle ilamın icrası için idare aleyhine icra takibi açılmış olması halinde, ilama bağlı borcun faiz, icra masrafları ve icra vekalet ücreti ile birlikte ödenmesi gerekecektir. Bu durumda, kamu idaresine faiz, tazminat, gecikme zammı, icra takip giderleri gibi ek mali külfet getirilmesi, kamu zararı oluşmasına neden olur. Bu şekilde yapılan ödeme nedeniyle kamu zararının oluşup oluşmadığı ödemeyi yapan harcama birimince değerlendirilir; kamu zararı oluştuğu görülür ise gerekirse inceleme de yaptırılarak 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun 71. maddesi ile Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik⁶⁰⁶ hükümleri gereğince sorumluların tespiti ile kamu zararı alacağının takip ve tahsilinin sağlanması gerekmektedir.

İ. Kararlara Karşı Başvuru Yolları

Kanun yolu, davanın taraflarına yanlış olduğu düşünülen ilk derece mahkemesi kararlarının üst mahkemede tekrar incelenmesi sağlayan hukuki imkândır⁶⁰⁷. Kanun yollarının varlığı, kendisi hakkında yanlış karar verildiğini düşünen tarafın tatmin edilmesinin yanı sıra, toplumun da adalet duygusunun tatmin edilmesini sağlamaktadır⁶⁰⁸. Öğretide; olağan kanun yolları ve olağanüstü kanun yolları olmak üzere ikiye ayrılır. Türk İdare Hukuku açısından yargı kararlarının kesinleşmesini engelleyen kanun yolları

⁶⁰⁵ Yargıtay, 8HD., 28.12.2012, 12455/13378; 8HD., 26.09.2013, 8155/13511. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

⁶⁰⁶ RG. 19/10/2006, 26324.

⁶⁰⁷ Çağlayan, *Kararlara Karşı Başvuru Yolları*, s.19.

⁶⁰⁸ Çağlayan, *Kararlara Karşı Başvuru Yolları*, s.6.

olağan, kesinleşmiş hükümlerden sonra başvurulabilen kanun yolları ise olağanüstü kanun yolu olarak kabul edilmektedir⁶⁰⁹.

İdari yargılama usulünde olağan kanun yolları istinaf ve temyiz; olağanüstü kanun yolları kanun yararına temyiz ve yargılamanın yenilenmesidir. Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu ise, 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliğiyle uygulamaya geçirilmiştir.

1. Olağan Kanun Yolları

18/06/2014 tarihli 6545 sayılı Kanun⁶¹⁰ ile 2577 sayılı Kanun'da değişiklik yapılarak, idari mahkeme kararlarına karşı başvuru yolları kapsamında "itiraz, temyiz ve karar düzeltme" şeklinde belirlenmiş olan olağan kanun yolları, "istinaf" ve "temyiz" şeklinde yeniden düzenlenmiştir.

a. İstinaf

İstinaf kanun yolu ile, uyuşmazlığın maddi ve hukuki yönden tekrar incelenmesi esas alınır. İstinaf ile olağan kanun yollarından biri olan temyizi birbirinden ayıran en önemli fark, temyizde delillerin yeniden araştırılarak öğrenme muhakemesi yapılmamasına karşılık⁶¹¹, istinafta gerektiğinde delil de incelenerek esas hakkında yeni

⁶⁰⁹ Gözübüyük/Tan, *İdare Hukuku*, 2008, s.1134.

⁶¹⁰ RG. 28.06.2014, 29044.

⁶¹¹ Sami Selçuk, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 29.05.1995 tarihli ve 1995/140 E., 1995/167 K. sayılı karar Karşılığı: *"Türk Yargıtayı; Alman, Fransız, İtalyan vb. ülkelerdeki bozma mahkemelerinin (cours de cassation) aynıdır. Bozma mahkemeleri doğrudan öğrenme yargılaması (cognizione), yani duruşma yapmamaktadırlar. Bu kurumlaşmanın doğasından kaynaklanan belirleyici, zorlayıcı sonuçlar ise şunlardır. Duruşma, yargılamanın en önemli aşamasıdır ve var olma (icat) nedeni de, hırsızlık, yaralama, şiddetli geçimsizlik, bir tanığın içtenliği, doğru söyleyip söylemediği gibi olayların gerçek olup olmadıklarını saptamaktır O yüzden, kanıtları yeterli/yetersiz, yanlı/yansız v.b. gibi değerlendirme yetkisi, yalnız ve yalnız duruşma yapan, duruşmaya katılan, bu nedenle de, taraflarla, kanıtlarla doğrudan ve yüz yüze ilişki kuran, onlar üzerinde yapılan yüksek sesli tartışmaları dinleyen, bir sözcükle kanıtlarla doğrudan diyalektik ilişkide bulunan duruşma yargıçlarına aittir... O yüzden, istinaf ve dolayısıyla duruşma yapma yetkisini haiz olmayan ve duruşma yapmayan Yargıtay yargıçları, dünyanın hiç bir ülkesinde, duruşma yapan ilk mahkemenin yerine geçerek, olay sorunlarını çözememektedirler. Dahası istinaf mahkemeleri de, yeni baştan duruşma yapma (tipik istinaf) yetkisini kullanmamış, yalnızca taraflar dinlenmekle yetinmişlerse (atipik istinaf), ilk mahkemelerce sabit kabul edilen olaylara ilişmemekte, öbür hukuksal sorunlarla almaktadırlar. Çünkü, yargılamanın temel ilkesi şudur: "Yargılandığın oranda hüküm kur, (sonuç çıkar): tantum judicatum, quantum conclusum". Buyüzden duruşma yapmayan Yargıtay, olay değerlendirmesi yapamayacak. "olaysabittir/değildir", "tanık yansızdır, doğru söylüyor; yanlıdır, yalan söylüyor" gibi salt olgulara ilişkin hükümler kurarak,*

bir karar verilebilmesidir⁶¹². Temyiz kanun yolu ile, ilk derece mahkemeleri tarafından verilen nihai kararlar üst mahkeme tarafından hukuka uygunluk bakımından incelenir, diğer bir ifade ile hukukilik denetimi yapılır. İlk derece mahkemelerinin kararlarının istinaf yolu ile incelenmesinde görevli yargı yeri Bölge İdare Mahkemesi, temyizen incelenmesinde görevli yargı yeri Danıştay'dır.

İYUK'nun 45'nci maddesinde "istinaf" yolu düzenlenmiştir. Bu maddenin birinci fıkrasına göre; idare ve vergi mahkemelerinin kararlarına karşı, başka kanunlarda farklı bir kanun yolu öngörülmüş olsa dahi, mahkemenin bulunduğu yargı çevresindeki bölge idare mahkemesine, kararın tebliğinden itibaren otuz gün içinde istinaf yoluna başvurulabilir. Ancak, konusu beş bin Türk lirasını geçmeyen tam yargı davaları ile idari işlemlere karşı açılan iptal davaları hakkında idare mahkemelerince verilen kararlar kesin olup, bu kararlara karşı istinaf yoluna başvurulması imkanı bulunmamaktadır⁶¹³. Bu halde, Bölge İdare Mahkemesi tarafından, incelenmeksizin red kararı verilecektir. Bölge idare mahkemelerinin temyize açık olmayan kararları kesindir.

İstinaf, temyizın şekil ve usullerine tabidir. İYUK'nun 45'nci maddesi uyarınca, bölge idare mahkemesi istinaf yolu ile inceleme sonunda, ilk derece mahkemesi kararını hukuka uygun bulursa istinaf başvurusunun reddine, hukuka uygun bulmadığı takdirde

duruşma yapan ilk mahkemenin yerine geçemeyecektir. Eğer kurabilseydi, yargılama Yargıtayda biter, yollama yargılamasına gerek duyulmazdı. Yargıtayımız, benzerleri gibi, bozma kararından sonra dava dosyasını, yollama yargılaması/duruşması yapılması için esas mahkemesine göndermektedir. Bu zorunludur. Çünkü, ilke şudur: "Yargıtay yargıcı, davanın (esasın) değil, kurulan hükmün/kararın yargıcısıdır". O nedenle de, Yargıtayın C.Yargılama Yasasının 322.md. sayılı ve sınırlı durumlar dışında esas (ilk) mahkemesinin yerine geçerek karar vermesi, kesinkes olanaksızdır ve 322. maddenin varlığı ve gerekçesi de bunu kanıtlamaktadır". Selçuk, Sami. "Temyiz Denetiminin Sınırları ve Bu Sınırlara Uymamanın Kaçınılamaz Sancılı Sonuçları/Açmazları/Tehlikeleri", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 19 / 2 (Aralık 2013): 319-361.

⁶¹² D.Fatih Kabasakal, "Bölge Adliye (İstinaf) Mahkemelerinin Kuruluşu ve Çalışma Usulleri", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Anabilim Dalı, Kamu Hukuku Bilim Dalı, İstanbul, 2006, s. 40.

⁶¹³ İYUK Ek Madde 1 – (Ek: 5/4/1990 – 3622/26 md.; Değişik : 8/6/2000 – 4577/9 md.)
Bu Kanunda öngörülen parasal sınırlar; her takvim yılı başından geçerli olmak üzere, önceki yılda uygulanan parasal sınırların, o yıl için 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca Maliye Bakanlığınca her yıl tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılması suretiyle uygulanır. Bu şekilde belirlenen sınırların bin Türk lirasını aşmayan kısımları dikkate alınmaz.

istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar verir⁶¹⁴.

b. Temyiz

İYUK 46'ncı maddesinde "temyiz" kanun yolu düzenlenmiştir. Danıştay dava dairelerinin nihai kararları ile bu maddede sayılan bölge idare mahkemelerinin temyiz edilebilir kararları, başka kanunlarda aksine hüküm bulunsa dahi Danıştayda temyiz edilebilir. Konusu yüz bin Türk lirasını aşan vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemler hakkında açılan davalar hakkında verdikleri kararlar temyiz edilebilen kararlar arasında sayılmıştır.

Temyiz incelemesi sonucunda verilebilecek kararlar İYUK'nun 49'ncü maddesinde onama, bozma ve kısmen onama kısmen bozma kararları olarak sayılmış ve bu kararların hangi hallerde verileceği düzenlenmiştir⁶¹⁵.

⁶¹⁴ İYUK Madde 45- "3. Bölge idare mahkemesi, yaptığı inceleme sonunda ilk derece mahkemesi kararını hukuka uygun bulursa istinaf başvurusunun reddine karar verir. Karardaki maddi yanlışlıkların düzeltilmesi mümkün ise gerekli düzeltmeyi yaparak aynı kararı verir.

4. Bölge idare mahkemesi, ilk derece mahkemesi kararını hukuka uygun bulmadığı takdirde istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar verir. Bu hâlde bölge idare mahkemesi işin esası hakkında yeniden bir karar verir. İnceleme sırasında ihtiyaç duyulması hâlinde kararı veren mahkeme veya başka bir yer idare ya da vergi mahkemesi istinabe olunabilir. İstinabe olunan mahkeme gerekli işlemleri öncelikle ve ivedilikle yerine getirir.

5. Bölge idare mahkemesi, ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan istinaf başvurusunu haklı bulduğu, davaya görevsiz veya yetkisiz mahkeme yahut reddedilmiş veya yasaklanmış hâkim tarafından bakılmış olması hâllerinde, istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar vererek dosyayı ilgili mahkemeye gönderir. Bölge idare mahkemesinin bu fıkra uyarınca verilen kararları kesindir".

⁶¹⁵ İYUK Madde 49 – "1. Temyiz incelemesi sonunda Danıştay;

a) Kararı hukuka uygun bulursa onar. Kararın sonucu hukuka uygun olmakla birlikte gösterilen gerekçeyi doğru bulmaz veya eksik bulursa, kararı, gerekçesini değiştirerek onar.

b) Kararda yeniden yargılama yapılmasına ihtiyaç duyulmayan maddi hatalar ile düzeltilmesi mümkün eksiklik veya yanlışlıklar varsa kararı düzelterek onar.

2. Temyiz incelemesi sonunda Danıştay;

a) Görev ve yetki dışında bir işe bakılmış olması,

b) Hukuka aykırı karar verilmesi,

c) Usul hükümlerinin uygulanmasında kararı etkileyebilecek nitelikte hata veya eksikliklerin bulunması, sebeplerinden dolayı incelenen kararı bozar.

3. Kararların kısmen onanması ve kısmen bozulması hâllerinde kesinleşen kısım Danıştay kararında belirtilir.

4. Danıştayın ilk derece mahkemesi olarak baktığı davaların temyizen incelenmesinde bu madde ile ısrar hariç 50 nci madde hükümleri kıyasen uygulanır.

Temyizen verilen karar üzerine yapılacak işlemler İYUK'nun 50'nci maddesinde düzenlenmiştir⁶¹⁶. Kararın bozulması, kararın yürütülmesini kendiliğinden durdurur.

Anayasanın 40'ncı maddesi ikinci fıkrasına 03.10.2001 tarihinde kabul edilen 4709 sayılı Kanun⁶¹⁷ ile eklenen cümle ile; tüm devlet işlemlerinde, bu işlemlere karşı başvurulacak idari mercileri ve kanun yolları ile sürelerini belirtilmesi zorunludur. Yapılan değişiklik ile, hukuk devleti olabilmenin önkoşullarından olan hukuki güvenlik ve belirlilik ilkeleri gereği hak arama, hak ve hürriyetlerin korunması, kişilerin salt başvuru yolunu ve süresini bilememelerinden kaynaklanan hak kayıplarının önlenmesi amaçlanmıştır⁶¹⁸.

HMK'nun 359/f maddesinde kararın içermesi gereken hususlar arasında “hüküm sonucu ile varsa kanun yolu ve süresi” de sayılmıştır. İYUK'da “kararlarda bulunacak hususlar” ın düzenlendiği 24'ncü maddede böyle bir düzenleme yapılmamıştır. Uygulamada, anılan Anayasa hükmü gereği idari yargı kararlarında da hüküm ile birlikte kanun yolu gösterilmektedir. Mahkeme kararlarında bulunması gereken kanun yolu ve süresi, olağan kanun yollarına ilişkindir.

5. Temyize konu edilen kararı veren ya da karara katılan hâkim aynı davanın temyiz incelemesinde görev alamaz”.

⁶¹⁶ İYUK Madde 50 – “1. Temyiz incelemesi sonucunda verilen karar, dosyayla birlikte kararı veren mercie gönderilir. Ancak Danıştay ilgili dairesinin onamaya ilişkin kararları, dosyayla birlikte kararı veren ilk derece mahkemesine, kararın bir örneği de bölge idare mahkemesine gönderilir. Bu kararlar, dosyanın geldiği tarihten itibaren yedi gün içinde taraflara tebliğe çıkarılır. ⁽²⁾

2. Temyiz incelemesi sonucunda verilen bozma kararı üzerine ilgili merci, dosyayı öncelikle inceler ve varsa gerekli tahkik işlemlerini tamamlayarak yeniden karar verir.

3. Bölge idare mahkemesi, Danıştayca verilen bozma kararına uyabileceği gibi kararında ısrar da edebilir.

4. Danıştayın bozma kararına uyulduğu takdirde, bu kararın temyiz incelemesi, bozma kararına uygunlukla sınırlı olarak yapılır.

5. Bölge idare mahkemesi, bozmaya uymayarak kararında ısrar ederse, ısrar kararının temyizi hâlinde, talep, konusuna göre Danıştay İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurulunca incelenir ve karara bağlanır. Danıştay İdari ve Vergi Dava Daireleri Kurulları kararlarına uyulması zorunludur”.

⁶¹⁷ 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun, <https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4709.html>, erişim tarihi: 15.04.2020.

⁶¹⁸ GEREKÇE (3.10.2001—4709/16 md.) “Bireylerin yargı ya da idarî makamlar önünde sonuna kadar haklarını arayabilmelerine kolaylık ve imkân sağlanması amaçlanmaktadır. Son derece dağınık mevzuat karşısında kanun yolu, mercii ve sürelerin belirtilmesi hak arama, hak ve hürriyetlerin korunması açısından zorunluluk haline gelmiştir.” <https://acikerisim.tbmm.gov.tr/xmlui/bitstream/handle/11543/1169/200901027.pdf?sequence=1&isAllowed=y>(erişim tarihi:01.04.2020).

Sağlık hizmetlerinden kaynaklanan tam yargı davalarında verilen ilk derece mahkeme kararlarının önemli bir bölümü eksik inceleme nedeniyle hukuka aykırılık nedeni ile bozma kararına konu olmaktadır. Dava konusu olayda idarenin hizmet kusurunun bulunup bulunmadığının tespitinin uzmanlık ve teknik bilgi gerektirmesine rağmen bilirkişi incelemesi yaptırılmaması⁶¹⁹, davalı idarece yürütülen sağlık hizmetinin kusurlu işletilmesinden kaynaklanıp kaynaklanmadığının adalet işlerinde bilirkişilik görevi yapmak üzere kurulan Adli Tıp Kurumu aracılığıyla yaptırılacak inceleme sonucu belirlenmesi ve buna göre karar verilmesi gerekirken yaptırılmamış olması⁶²⁰, yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen bilirkişi raporunda idarenin hizmet kusurunun bulunup bulunmadığı hususunun açık ve net olarak ortaya konulamamış olması⁶²¹, farklı bilirkişi raporlarında yer alan tespitler arasındaki çelişkilerin giderilmesi bakımından yeniden rapor alınmadan karar verilmiş olması⁶²², eksik inceleme olarak değerlendirilmekte ve bozma kararı verilmektedir.

Danıştay kararlarında, davalı idare tarafından hasta kayıtlarının düzgün tutulmaması ve tedavi bilgilerinin sunulmaması, hastaya ait örneklerin saklanmaması nedeniyle davacının uğradığı manevi zararın tazminine karar verilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁶²³.

Vekalet ücreti yönünden yapılan temyizden incelemelerde; hak arama özgürlüğü ve mahkeme erişim hakkının kısıtlanmaması bakımından reddedilen maddi tazminata ilişkin olarak nispi vekalet ücretine değil maktu vekalet ücretine hükmedilmesi gerektiği yönünde kararlar verilmiştir.” hukuka aykırılık olarak kabul edilmektedir⁶²⁴.

⁶¹⁹ Danıştay, 15D., 09.05.2016, 4524/3302. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

⁶²⁰ Danıştay İDDK., 18.10.2007, 721/2030. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

⁶²¹ Danıştay, 10D., 10.04.2006, 1870/2294; 15D., 27.05.2016, 3514/3853; 15D., 20.03.2014, 3952/2048. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

⁶²² Danıştay, 15D., 02.11.2017, 1238/6239. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

⁶²³ Danıştay, 15D., 03.04.2014, 4071/2431; 15D., 14.02.2017, 2124/665. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

⁶²⁴ Danıştay, 15D., 03.04.2018, 12647/3264 sayılı karar gerekçesinde; “...davacının, kullandığı Anayasal hakları nedeniyle olağan dışı ağırlıkta bir mali yük altında kalmış olması, bu durumun hak arama özgürlüğü ve mahkeme erişim hakkı üzerinde olağan dışı bir kısıtlama oluşturması ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 36533/04 başvuru numaralı Mesutoğlu-Türkiye kararında mahkemelerin yargılama usullerini uygularken davanın hakkaniyetine halel getirecek kadar abartılı şekilcilikten kaçınmaları gereğini vurgulaması bir arada değerlendirildiğinde, nispi vekalet ücretine hükmedilmesinde hukuka uygunluk görülmemiştir.” yazılmıştır. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

2. Olağanüstü Kanun Yolları

Bir yargı kararı yasadaki gösterilen usullerle verildikten, itiraz ve başvuru yollarından geçerek veya herhangi bir sebeple bu yollara başvurulmaksızın kesinleştikten sonra artık değişmez bir nitelik kazanarak hukuk âleminde varlık gösterir. Bu şekilde kesinleşmiş olan bir yargı kararı artık değiştirilemez. İşte yargı kararlarının bu değişmezlik kuvvet ve mahiyetine “Kesin Hüküm” (kaziye-i muhkeme) denir⁶²⁵. Kesin hüküm, doktrinde şekli anlamda kesin hüküm ve maddi anlamda kesin hüküm olarak ikiye ayrılır. Şekil anlamda kesin hüküm, o karara karşı artık olağan kanun yollarına başvurma imkanı olmadığı anlamına gelir. Maddi anlamda kesin hüküm, şekli anlamda kesinlik kazanan bir yargı kararının, davanın taraflarına etkisi belirlenmektedir; davanın tarafları uyuşmazlığı çözen yargı kararı ile bağlı olup, bir daha yeni bir dava ile incelenmesini isteyemezler⁶²⁶.

Bir yargı merciince verilen ve usul kanunundaki olağan kanun yollarından geçmek veya istinaf ve temyiz süreleri sona ermek suretiyle veya anılan Kanun yolları kapalı olduğundan kesinleşen bir kararın, yargılamanın yenilenmesi veya kanun yararına bozma gibi istisnai kanun yolları hariç olmak üzere artık değişmeyeceği, kararı veren yargı merci de dahil olmak üzere hiç bir makam ve merciin kesinleşen bu kararı yeni bir kararla değiştiremeyeceği şeklinde ifade edilen kesin hüküm (muhkem kaziye) ve kesin hükmün bağlayıcılığı kuralı uyarınca, mahkemeler tarafından verilen ve kesinleşmiş bulunan kararlar bağlayıcı olup; mahkemelerin bakmakta oldukları uyuşmazlıkla ilgili kesin bir hükmün varlığını tespit etmeleri halinde işin esasına girmek suretiyle bir karar veremezler⁶²⁷.

İdari yargıda tam yargı davalarında verilen kararlar, kişisel bir hakkın ihlalinden doğan zararın tazminine ilişkin olduğu için sadece taraflar arasında hüküm ifade etmektedir⁶²⁸. Bu bakımdan tam yargı davaları neticesinde verilen kararlar maddi anlamda kesin hüküm olup, kesin hükmün nispi etkisini göstermektedir; diğer bir deyişle uyuşmazlığın çözümlenmesi sonucu verilen yargı kararı aynı nitelikteki diğer

⁶²⁵ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, s.346.

⁶²⁶ Semih Tekin Telli, “İdari Yargıda Kesin Hüküm”, *İdare Hukuku ve İdari Yargılama ile İlgili İncelemeler III*, Ankara, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, No:29, Başbakanlık Basımevi, 1980,s.104.

⁶²⁷ Ankara BİM, 5İDD., 30.11.2017, 2913/2909. Lexpera (erişim tarihi:01.04.2020).

⁶²⁸ Gözübüyük, *Yönetmelik Yargı*, s.265.

uyuşmazlıklara uygulanamaz, sadece taraflar arasında ileri sürülebilecek bir durumu tespit etmektedir.

a. Kanun yararına temyiz

Kanun yararına temyiz, kesinleşmiş kararlara karşı bir başvuru yolu olduğu için olağanüstü kanun yolu olup; İYUK 51'nci maddesinde düzenlenmiştir. İdare ve vergi mahkemeleri ile bölge idare mahkemelerinin kesin olarak verdiği kararlar ile istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşmiş bulunan kararlardan niteliği bakımından yürürlükteki hukuka aykırı bir sonucu ifade edenler, ilgili bakanlıkların göstereceği lüzum üzerine veya kendiliğinden Başsavcı tarafından kanun yararına temyiz olunabilir.

Kanun yararına temyiz yoluna başvurulabilmesi için iki şartın bir arada bulunması gerekmektedir. Bunlardan birincisi; kanun yararına temyiz yoluna başvurulacak kararın temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşmiş olmasıdır. İkinci şart ise, temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen kararın yürürlükteki hukuka aykırı olmasıdır⁶²⁹.

İYUK'da, kanun yararına temyiz başvurusu için herhangi bir süre sınırlaması düzenlenmemiştir. Temyiz isteği yerinde görüldüğü takdirde verilen bozma kararı, daha önce kesinleşmiş olan merci kararının hukuki sonuçlarını kaldırmadığından tarafların hukuki durumunu etkilemez; bozma kararının amacı yanlış bir yargısal içtihadın yerleşmesini önlemektir.

b. Yargılamanın yenilenmesi

Yargılamanın yenilenmesi, bazı yargılama hatalarından veya eksikliklerinden ötürü, maddi anlamda kesin hükmün bertaraf edilmesini ve daha evvel kesin hükme bağlanmış olan bir dava hakkında yeniden yargılama ve inceleme yapılmasını sağlayan olağanüstü bir kanun yoludur⁶³⁰.

⁶²⁹ Zehra Odyakmaz, *Türk İdari Yargılama Usulünde Kararlara Karşı Başvuru Yolları*, İstanbul, Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1993,s.93.

⁶³⁰ Kuru, Baki, Arslan Ramazan, Yılmaz Ejder: *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 8.bsk., Ankara, Yetkin Yayınları, 1996,s.643.

İYUK 53'ncü maddesinde “yargılanmanın yenilenmesi” kanun yolu düzenlenmiş ve Danıştay ile bölge idare, idare ve vergi mahkemelerinden verilen kararlar hakkında, hangi sebepler dolayısıyla yargılamanın yenilenmesi istenebileceği belirtilmiştir⁶³¹.

Yargılamanın yenilenmesi istekleri esas kararı vermiş olan mahkemece karara bağlanır. Kanunda yazılı sebepler varsa davaya yeniden bakılarak karar verilir; kanunda yazılı sebeplere dayanmıyor ise, istemin reddine karar verilir. Mahkeme tarafından talebin haklı olduğu kanaatine varılırsa uyuşmazlık hakkında yeniden inceleme yapılır. Yapılan bu inceleme neticesinde mahkeme iki farklı şekilde karar verebilir. Mahkeme talebin haklılığına karar vermekle birlikte, yeniden yapmış olduğu inceleme neticesinde eski kararını yerinde bularak onu yineleyebilir ya da kararını kısmen veya tamamen değiştirebilir. Kararını değiştirmesi durumunda yeni karar eski kararın yerini alır⁶³².

Davacıya 11.08.1998 tarihinde yanlış ameliyat yapıldığından bahisle iyileşememe nedeniyle uğranıldığı öne sürülen maddi ve manevi zararının tazmini istemiyle açılan davanın reddine ilişkin, Mahkemenin temyiz incelemesinden geçerek kesinleşen kararının; davacı vekili tarafından verilen dilekçe ile davacının Diyarbakır Eğitim ve Araştırma Hastanesinde yapılan muayenesi sonucu, 9.10.2013 tarihli sağlık kurulu raporu

⁶³¹ İYUK Madde 53 –“Danıştay ile bölge idare, idare ve vergi mahkemelerinden verilen kararlar hakkında, aşağıda yazılı sebepler dolayısıyla yargılamanın yenilenmesi istenebilir.

- a) Zorlayıcı sebepler dolayısıyla veya lehine karar verilen tarafın eyleminden doğan bir sebeple elde edilemeyen bir belgenin kararın verilmesinden sonra ele geçirilmiş olması,
- b) Karara esas olarak alınan belgenin, sahteliğine hükmedilmiş veya sahte olduğu mahkeme veya resmi bir makam huzurunda ikrar olunmuş veya sahtelik hakkındaki hüküm karardan evvel verilmiş olup da, yargılamanın yenilenmesini isteyen kimsenin karar zamanında bundan haberi bulunmamış olması,
- c) Karara esas olarak alınan bir ilam hükmünün, kesinleşen bir mahkeme kararıyla bozularak ortadan kalkması,
- d) Bilirkişinin kasıtlı gerçeğe aykırı beyanda bulunduğu mahkeme kararıyla belirlenmesi,
- e) Lehine karar verilen tarafın, karara etkisi olan bir hile kullanmış olması,
- f) Vekil veya kanuni temsilci olmayan kişiler ile davanın görülüp karara bağlanmış bulunması,
- g) Çekinmeye mecbur olan başkan, üye veya hakimin katılmasıyla karar verilmiş olması,
- h) Tarafları, konusu ve sebebi aynı olan bir dava hakkında verilen karara aykırı yeni bir kararın verilmesine neden olabilecek kanuni bir dayanak yokken, aynı mahkeme yahut başka bir mahkeme tarafından önceki ilamın hükmüne aykırı bir karar verilmiş bulunması.
- ı) Hükümün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması veya hüküm aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvuru hakkında dostane çözüm ya da tek taraflı deklarasyon sonucunda düşme kararı verilmesi”.

⁶³² Gözübüyük, Yönetmelik Yargı, s.535.

ile davacının sol elini kullanamadığı, yürüyüşünün düz zeminde sınırlı olduğu ve %67 engel oranı bulunduğu saptandığı, böylece davalı idarenin hizmet kusuru olduğunun 9.10.2013 günlü sağlık kurulu raporu ile tespit edildiği belirtilerek yargılamanın yenilenmesi yolu ile davanın yeniden incelenmesinin istemiyle açılan davada; İzmir 1. İdare Mahkemesi;

“...olay tarihinden yaklaşık 15 yıl sonra alınan ve davacının mevcut sağlık durumuna ilişkin olarak verilen, 1998 yılında yapılan ameliyatta davalı idarenin hizmet kusuru bulunduğu yolunda herhangi bir tespit içermeyen sağlık kurulu raporuna dayanılarak talep edilen yargılamanın yenilenmesi isteminin, 2577 sayılı Yasa'nın 53. Maddesinde sayılan yargılamanın yenilenmesi kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı” gerekçesiyle red kararı vermiş ve temyiz istemine konu edilen karar Danıştay’ca da onanmıştır⁶³³.

3. Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru

5982 sayılı Kanun⁶³⁴ ile 1982 Anayasası’nın 148’nci maddesinde yapılan değişiklik ile, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruları inceleme görev ve yetkisi verilmiş; bu şekilde bireysel başvuru yolu, iç hukukumuzda ikincil nitelikte bir kanun yolu olarak yerini almıştır. Buna göre; herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.

Bireysel başvuru usulü, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun⁶³⁵,un 45’nci maddesi ve devamında düzenlenmiştir. Anılan Kanunun geçici 1. maddesinin (8) numaralı fıkrası ile Anayasa Mahkemesi’nin 23/9/2012 tarihinden sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılacak bireysel başvuruları inceleyeceği düzenlenmiştir.

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilmek için kural olarak bireysel başvuru yapılmadan önce olağan kanun yollarının (idari ve yargısal başvuru yollarının) tamamının tüketilmiş olması gerekir. İdarenin işlem veya eyleminden kaynaklanan hak ihlallerinde, öncelikle idari yargıda iptal veya tam yargı davası açılır. İdari yargıda nihai karar verilmesine rağmen hak ihlalinin giderilmemesi halinde, başvuru yollarının

⁶³³ Danıştay, 15D., 21.01.2015, 4125/87. Lexpera(erişim tarihi:15.04.2020).

⁶³⁴ RG. 13.05.2010/27580 (Mükerrer).

⁶³⁵ RG. 3.4.2011/27894.

tüketildiği tarihten veya başvuru yolu öngörülme hallerde, ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde bireysel başvuruda bulunulması gereklidir.

Bireysel başvurular, anılan Kanunda ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü⁶³⁶ 'nde belirtilen şartlara uygun olarak Anayasa Mahkemesine doğrudan müracaatla ya da mahkemeler veya yurt dışı temsilcilikler vasıtasıyla bizzat başvuru, kanuni temsilcisi ya da avukatı tarafından yapılabilir.

Hak ihlaline sebep olduğu iddia edilen idari işlem ve eylemler nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenen gerçek veya tüzel kişiler, bireysel başvuruda bulunabilir. Kamu tüzel kişileri tarafından bireysel başvuru yapılamaz.

Başvuru yapmak için kullanılması gereken başvuru formunun örneği, İçtüzük ekinde bulunduğu gibi, Anayasa Mahkemesinin internet sitesinde de yayımlanmıştır. Bireysel başvuruların resmî dilde yapılması gerekir. Kabul edilebilirliğine karar verilen başvuruların bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına gönderilir. Adalet Bakanlığı gerekli gördüğü hâllerde yazılı olarak Mahkemeye görüşünü bildirir.

Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunu'nda, kabul edilebilirlik (m. 48) ve esas (m. 49) olmak üzere iki ayrı karar süreci düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi, başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabuledilemez bulunduğu nedenler sayılmıştır⁶³⁷. Mahkemenin kabul edilemezliğine karar verdiği bireysel başvurular için inceleme süreci sona erer.

Anayasa Mahkemesi'nin yaptığı esasa ilişkin incelemede bir temel hak ve hürriyetin ihlal edilip edilmediği değerlendirilir. Mahkeme hükmünde ihlale ilişkin karar ile birlikte, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlerde belirtilir. Ancak yerindelik denetimi yasağı gereği, idare yerine geçerek idari eylem ve

⁶³⁶ RG. 12.7.2012/28351.

⁶³⁷ “Anayasa Mahkemesi şu dört nedenden birinin varlığını saptadığı takdirde başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez bulmaktadır:

a) İhlal iddialarının temellendirilememesi (temellendirilememiş şikâyet)
b) İddiaların salt kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlara ilişkin olması (kanun yolu şikâyeti)
c) Başvurunun karmaşık veya zorlama şikâyetlerden ibaret olması (karmaşık veya zorlama şikâyeti)
d) Temel haklara yönelik bir müdahalenin olmaması veya müdahalenin meşru olduğunun açık olması (bir ihlalin olmadığına açık olduğu şikâyet)”

https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:xFqRomRitCYJ:https://www.anayasa.gov.tr/me dia/5621/bb_sss.pdf+&cd=2&hl=tr&ct=clnk&gl=tr (erişim tarihi:15.042020).

işlem niteliğinde karar verilemez. Bireysel başvuru hakkını açıkça kötüye kullandığı tespit edilen başvurucular aleyhine, disiplin para cezasına hükmedilebilir.

Anayasa Mahkemesinin esas hakkındaki kararları ilgililere ve Adalet Bakanlığına tebliğ edilir. Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazetede hemen yayımlanır ve Anayasa'nın 153'ncü maddesi son fıkrası hükmü gereği, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar.

Anayasa Mahkemesi, vücut bütünlüğünün zarar görmesi ya da ölüme sebebiyet verilmesi şeklindeki tıbbi hatalara dair bireysel başvuruları, Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkı kapsamında değerlendirmiştir⁶³⁸.

Anayasa Mahkemesi kararlarında, devletin tıbbi müdahaleler nedeniyle kişilerin maddi ve manevi varlığını etkili olarak koruma ve maddi ve manevi varlığına saygı gösterme şeklinde pozitif yükümlülüğü de bulunduğ⁶³⁹, nitekim Anayasa'nın 56. maddesinde de belirtildiği üzere pozitif yükümlülüğün, sağlık alanında yürütülen faaliyetleri de kapsadığı⁶⁴⁰ vurgulanmaktadır.

Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru incelemelerinde, kişilerin maddi ve manevi varlığını koruma hakkı kapsamında yerine getirmek zorunda olduğu usul yükümlülüklerinin somut olayda yerine getirilip getirilmediğinin denetlenmesi; bu

⁶³⁸ Melahat Sönmez, B. No: 2013/7528, 9/9/2015; Ahmet Sevim, B. No: 2013/474, 9/9/2015; Hilmi Düzgüner, B. No: 2014/9690, 11/5/2017; Arif Koca ve Zübeyde Koca ,B.No: 2015/8483; Ümmühani Yılmaz, B.No:2016/5104; Merve Ertan ve Diğerleri B.No: 2016/7249; Onurhan Çakmak ve Diğerleri, B.No: 2016/6776; Ahmet Acartürk, B. No: 2013/2084, 15/10/2015; İlker Başer ve diğerleri, B. No: 2013/1943, 9/9/2015; Murat Atılğan, B. No: 2013/9047, 7/5/2015; Aysel Gündüz ve Diğerleri, B.No: 2016/1138; Engin Karabaşlar ve Esra Karabaşlar B.No: 2016/4790.

⁶³⁹ Onurhan Çakmak ve Diğerleri Başvurusu (Başvuru Numarası: 2016/6776) Karar Tarihi: 16/1/2020, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası, (Ahmet Acartürk, B. No: 2013/2084, 15/10/2015, § 49; Onurhan Çakmak ve Diğerleri, B.No: 2016/6776; § 56), <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/6776>

Ahmet Acartürk, B. No: 2013/2084, 15/10/2015, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/2084> (erişim tarihi:15.04.20209.

⁶⁴⁰Merve Ertan ve Diğerleri Başvurusu (Başvuru Numarası: 2016/7249) Karar Tarihi: 9/1/2020, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/7249>; İlker Başer ve diğerleri, B. No: 2013/1943, 9/9/2015, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası, (Merve Ertan ve Diğerleri B.No: 2016/7249 § 82; İlker Başer ve diğerleri, B. No: 2013/1943, 9/9/2015, § 44), <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/1943> (erişim tarihi:15.04.2020).

bağlamda, müdahaleyi haklı göstermek için öne sürülen gerekçelerin ilgili ve yeterli olup olmadığının incelenmesi gerektiği vurgulanmaktadır⁶⁴¹.

Mahkeme, bireysel başvuru incelemeleri sonucunda, başvuru sahiplerinin esasa etkili itirazlarının bilirkişi raporunda ve mahkeme kararında karşılanmadan eksik inceleme ile davanın reddine karar verildiğinin tespit edildiği hallerde Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında ihlal kararı vermektedir⁶⁴². Bu halde, ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneği derece mahkemesine gönderilmektedir.

Tıbbi ihmal sonucu yüz çehresinde kalıcı hasar kalması nedeniyle kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkının; açılan tazminat davasının makul sürede tamamlanmaması nedeniyle de adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkin başvuru sonucunda verilen Anayasa Mahkemesi kararında;

“hastalıktan koruma yöntemi veya tedavi işleminin anormal ve öngörülemez sonuçlarının, tıbbi işlemlerin risklerinden kaynaklandığı; öte yandan bir mesleğin belirli riskler içermesinin, icrası sırasında meydana gelecek tüm risklerin hukuki sorumluluk dışında olduğu ve ilgililerin sorumlu olmadığı anlamına gelmediği, sağlık personelinin de mesleğini yerine getirirken özen yükümlülüğü kapsamında bu tür risklerin gerçekleşmesini önlemeye ilişkin olarak elindeki tüm imkânları kullanmak mecburiyetinde olduğu; tedavinin, fiziksel bütünlükle ilgili gerçekleşmesi istenmeyen ancak gerçekleşme olasılığı bulunan bir risk taşıdığına hekimlerin kural olarak hastalarını tedavi hakkında aydınlatmaları gerektiği...” belirtilmiştir. (Eliçe Aydın ve diğerleri, B. No: 2015/5228, 20/3/2019, § 53,54,56)⁶⁴³.

⁶⁴¹ Murat Atılğan, B. No: 2013/9047, 7/5/2015, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası, (Murat Atılğan, B. No: 2013/9047, 7/5/2015 § 44), <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/9047> (erişim tarihi:15.04.2020).

⁶⁴² Aysel Gündüz ve Diğerleri, B.No: 2016/1138, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/1138> ; Hatice Turhan B.No: 2016/4642, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/4642> ; Ümmühani Yılmaz, B.No: 2016/5104, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/5104>; Engin Karabaşlar ve Esra Karabaşlar B.No: 2016/4790, (Aysel Gündüz ve Diğerleri, B.No: 2016/1138, § 46,47,48,49; Hatice Turhan B.No: 2016/4642, § 42; Ümmühani Yılmaz B.No: 2016/5104, § 44; Engin Karabaşlar ve Esra Karabaşlar B.No: 2016/4790, §47), Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/4790> (erişim tarihi:15.04.2020).

⁶⁴³ Eliçe Aydın ve diğerleri, B. No: 2015/5228, 20/3/2019, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2015/5228>, (erişim tarihi:15.04.2020).

Anayasa Mahkemesi kararlarında, tıbbi müdahaleden önce kişinin gerektiği şekilde bilgilendirilerek rızasının alınmaması halinde, Anayasa'nın 17. Maddesinde güvence altına alınan kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkının ihlal edildiği kabul edilmiştir. Hastaların durumun farkında olarak karar verebilmelerini sağlamak için uygulanması düşünülen tedavi ve bununla bağlantılı riskler hakkında kendilerine bilgi verilmiş; yapılan bilgilendirme ile tıbbi müdahale arasında hastanın sağlıklı bir karar vermesine yetecek zaman aralığı bırakılmış olması aranmaktadır. Başvuruda, kişinin rızasının alınmadığı ya da gerektiği şekilde aydınlatılmadığı iddiaların da bulunmuş ise, mahkeme kararlarında konuyla ilgili ve yeterli bir gerekçe ortaya konulmuş olmalıdır⁶⁴⁴.

İdari yargı makamları nezdindeki yargılamaların makul sürede tamamlanmaması nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiaları bir çok kez bireysel başvuru konusu yapılmış ve Anayasa Mahkemesi tarafından, özellikle 2577 sayılı Kanun'da yer alan usul hükümleri de göz önünde bulundurularak ihlal kararları verilmiştir (Selahattin Akyıl, §§ 54-60).⁶⁴⁵ Bu konudaki başvurular incelenirken; başvuruya konu davada hukuki meselenin çözümündeki güçlük, maddi olayların karmaşıklığı, delillerin toplanmasında karşılaşılan engeller, taraf sayısı, başvuru tutum ve davranışları ile usule ilişkin haklarını kullanırken özensiz davranmasıyla yargılamanın uzamasına sebep olup olmadığı gibi hususlar dikkate alınmakta ve somut başvuru açısından yargılama süresinin makul olmadığı sonucuna varılır ise, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmektedir⁶⁴⁶.

Uygulamada, Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvurular ile ilgili verdiği ihlal kararları, Genel Sekreterlik tarafından, tazminatlar ve yargılama giderleri ödemeleri için

⁶⁴⁴ Ahmet Acartürk, B. No: 2013/2084, 15/10/2015, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/2084>; Onurhan Çakmak ve Diğerleri Başvurusu (Başvuru Numarası: 2016/6776) Karar Tarihi: 16/1/2020, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/6776> ; Arif Koca Ve Zübeyde Koca Başvurusu (Başvuru Numarası: 2015/8483) Karar Tarihi: 15/1/2020, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası, (Ahmet Acartürk, B. No: 2013/2084, 15/10/2015, § 56; Onurhan Çakmak ve Diğerleri B.No: 2016/6776, 16/1/2020, § 56,63; Arif Koca ve Zübeyde Koca B.No: 2015/8483, 15/1/2020, § 63,64,65). <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2015/8483> (erişim tarihi:15.04.2020).

⁶⁴⁵Selahattin Akyıl, B.No:2012/1198, 07/11/2013, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/1198> (erişim tarihi:15.04.2020).

⁶⁴⁶Hilmi Düzgüner B.No: 2014/9690,11/5/2017, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/9690>; Melahat Sönmez, B. No: 2013/7528, 9/9/2015, (Hilmi Düzgüner B.No: 2014/9690,11/5/2017, §74; Melahat Sönmez, B. No: 2013/7528, 9/9/2015, § 43,44) Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/7528> (erişim tarihi:15.04.2020).

Maliye Bakanlığına, yeniden yargılama için derece mahkemelerine ve ve diğer kararlar bakımından gereğinin yapılması için idari makamlara gönderilmektedir. Maliye Bakanlığı tarafından, Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuruya ilişkin ilamlarında hükmedilen tazminatların ödenmesine ilişkin merkezi bir ödeme kayıt sistemi olmaması nedeniyle mükerrer ödeme riskinin bulunması, hükmedilen tazminatların öngörülen sürede (dört ay) ödenmemesinin Anayasa Mahkemesi'nin etkinliğinin AİHM nezdinde sorgulanmasına neden olabileceği, bu sebeplerle ödemenin tek kurum tarafından yapılmasının uygun olacağı değerlendirilmiş ve Başhukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğü'nce tüm kamu kurumlarına, hükmedilen tazminat ve yargılama giderlerine ilişkin ödemelerin Maliye Bakanlığı tarafından yapılacağı bildirilmiştir. Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kararlarında, karar gereğince yapılması gereken ödemelerin, kararın tebliğinden sonra Hazine ve Maliye Bakanlığına başvurulmasından itibaren dört ay içinde yapılmasına, ödemede gecikme olması hâlinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal faiz uygulanmasına karar verilmektedir. Uygulamada Bakanlık tarafından, re'sen ödeme yapılmadığı, başvurucuların başvurusunun ardından dört ay içerisinde ödeme yapıldığı görülmektedir.

4. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Başvuru

Avrupa Konseyi'nin 1949 yılında kurulmasından sonra, temel hak ve hürriyetlerin tanınması ve korunması için Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) imzaya açılmış, 1953'te yürürlüğe girmiştir. Sözleşme'ye uymak öncelikle taraf devletlerin görevidir; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Devletlerin yükümlülüklerini yerine getirmemeleri halinde müdahalede bulunmak amacıyla 1959 yılında uluslararası bir yargı kurumu olarak oluşturulmuştur.

Avrupa Konseyi'nin kurucu üyeleri arasında sayılan Türkiye Cumhuriyeti; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni 1954 yılında imzalamıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine bireysel başvuru hakkı 1987 yılında ve Mahkemenin zorunlu yargılama yetkisi 1990 yılında kabul edilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde tanınan temel hak ve hürriyetlerinin ihlal edildiği iddiasında olan herkes, ihlale sebep olan taraf devlet aleyhine AİHM'ne bireysel başvuru hakkına sahiptir. Sözleşme ihlallerinden şahsen ve doğrudan etkilenmiş olan

kişiler başvuruda bulunabilir; bireysel başvuru için hakkın ihlal edildiği devletin vatandaşı olma şartı aranmamaktadır.

AİHM ‘ne bireysel başvuruda bulunabilmek için, AİHS’ni ihlâl eden, “devlet” veya “yetkili kamu görevlisi” olmalıdır, özel hukuk kişilerine karşı başvuru yapılamaz.

AİHM, kabul edilebilirliğe ilişkin kuralların ve içtihadın açık bir şekilde düzenlendiği bir Kabul Edilebilirlik Kriterlerini Uygulama Rehberi hazırlamıştır⁶⁴⁷. Rehberde, AİHS hükümlerine göre AİHM’e bireysel başvuru yapma hakkına sahip davacı kategorileri; gerçek kişiler, tüzel kişiler ile birey topluluklarıdır. AİHS’de korunan bir hakkın, üye devletlerden biri ihlal edildiğini düşünen devletler, bireyler, özel hukuk tüzel kişileri, hükümet dışı örgütler ve kişi grupları AİHM’e başvuru yapma hakkına sahiptir. Dini cemaatler, sendikalar, siyasi partiler, dernekler gibi hükümet dışı örgütler veya topluluklar, örgüt ya da topluluğun gördüğü zararlar nedeniyle örgüt ya da topluluk adına başvuru yapabilirler; üyelerini temsilen başvuru yapamazlar. AİHM’ne Belediyeler gibi kamu kuruluşları başvuramazlar. Çünkü başvuru “kamu işlevlerini yerine getiren merkezi idare dışında kalan otoriteleri” kapsamaktadır.

AİHS’nin 35’nci maddesine göre, başvuranların iç hukuk yollarını tüketmiş olmaları ve nihai iç hukuk kararı tarihinden itibaren altı aylık içerisinde şikâyetlerini ileri sürmüş olmaları kabul edilebilirlik kriterlerindedir. 2010 yılında Anayasamızda yapılan değişiklik sonrasında, 23 Eylül 2012 tarihinden itibaren Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru yolu açılmış olduğundan; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne yapılacak bir bireysel başvuru öncesinde bir iç hukuk yolu olan Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru yolunun tüketilmiş olması gereklidir.

AİHM’ne yapılan başvuruların çoğunluğu “adil yargılanma”, “yargılamaların makul sürede tamamlanması” ve “ulusal mahkemelerce alınan kararların uygulanması” konularında yaşanan hak ihlalleri nedeniyle yapılmaktadır. Uygulamada, AİHM’nin kabul edilebilirlik ve esas hakkında incelemeyi birlikte yapması olağan usul haline gelmiştir. AİHS’de tanınan hakların ihlal edildiği tespit edildiğinde, genel olarak 41. madde çerçevesinde davalı devlet maddi ve manevi tazminat ve ayrıca dava masrafları ile avukatlık ücretlerinin ödenmesi yaptırımına bağlanabilir. Mahkeme, aynı zamanda 46.

⁶⁴⁷AİHM Kabul Edilebilirlik Kriterlerini Uygulama Rehberi.
https://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_TUR.pdf (erişim tarihi:15.04.2020).

maddeye dayanarak, tespit edilen ihlale neden olan yapısal probleme ve onun çözümü için alınması gereken tedbirlere ilişkin direktifler de verebilmektedir.

Yargılamanın her aşamasında Mahkeme, taraflara “dostane çözüm” önerisinde bulunabilir. İlgili devletin başvuru sahibinin iddialarının doğruluğunu kabul etmesi, başvuru sahibinin zararını karşılama yükümlüğü altına girmesi halinde, Mahkeme tarafından dostane çözüm kabul edilebilir. Taraflar bir çözüme varamazsa şikayet edilen devlet, Mahkemeye “tek taraflı deklarasyon” bildiriminde bulunabilir. Sözleşme’nin ihlalini tanıyan ve başvuru sahibinin zararını tazmin eden bu tek taraflı deklarasyon kabul edilirse, başvuru gündemden düşürülür. Birincisi Sözleşme metninde düzenlenmiş ikincisi ise uygulamayla ortaya çıkmış olan bu iki usul, sıklıkla uygulanır hale gelmiştir⁶⁴⁸.

Mahkemenin kesin nitelikteki bütün kararları, ilgili olduğu devlet açısından bağlayıcıdır. Mahkemenin son kararı Bakanlar Komitesi'ne gönderilir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'ne bağlı olarak çalışan İnsan Hakları ve Hukukun Üstünlüğü Genel Müdürlüğü (Directorate General Human Rights and Rule of Law) bünyesinde kurulmuş olan AİHM Kararlarının İcrası Dairesi (the Department for the Execution of Judgments of the European Court of Human Rights), AİHM tarafından verilen ihlal kararlarının karara muhatap olan devlet tarafından icra edilip edilmediğini izlemektedir⁶⁴⁹. Dostane çözüm kararlarının infazı da bu kapsamdadır.

Ülkemizdeki uygulamada, AİHM kararlarında belirlenen tazminatlar, kararın kesinleşmesinden itibaren 3 ay içinde Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Dairesi Başkanlığınca ilgiliyle irtibata geçilerek, gerekli belgelerin ulaşmasından sonra ödenmektedir.

Türkiye, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 2019 yılı faaliyet raporunda⁶⁵⁰, Rusya’dan sonra inceleme aşamasında bulunan en çok dosya sayısına sahip ikinci ülkedir. Türkiye’nin AİHM’ne üye olduğu tarih olan 1959 yılından bu yana toplamda karara bağlanan dosya sayısı 3.645 olup; bunların içinde 932 dosya ile en çok adil yargılanma hakkının ihlaline ilişkin davalar yer almaktadır.

⁶⁴⁸ <https://www.anayasa.gov.tr/tr/yayinlar/insan-haklari-bilgi-bankasi/avrupa-insan-haklari-mahkemesi/aihm-yapisi/> (erişim tarihi:15.04.2020).

⁶⁴⁹ Bk, <https://rm.coe.int/16805a997c> (erişim tarihi:30.04.2020).

⁶⁵⁰ https://www.ab.gov.tr/siteimages/birimler/kpb/2019_trkiye_raporu-tr.pdf (erişim tarihi:30.04.2020).

AİHM, sağlık hakkıyla ilgili başvuruları Sözleşme ve Ek Protokollerde güvenceye alınan başta yaşam hakkı olmak üzere, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağı, adil yargılanma hakkı ile özel ve aile hayatına saygı hakkı çerçevesinde incelemiştir. Sağlık hakkı ve sağlık hizmetlerinden dolayı ülkemiz aleyhine yapılan başvurular ve verilen ihlal kararları aşağıda örneklenmiştir:

AİHM, Mehmet Işıltan / Türkiye davasında, devletin pozitif yükümlülüklerinin aynı zamanda hastanede meydana gelen ölüm olaylarının nedenlerini ve bu ölüm olaylarında ilgili sağlık çalışanlarının herhangi bir sorumluluğu bulunup bulunmadığını ortaya çıkarmak için etkili bir adli sistem oluşturmayı da kapsadığını, bir devletin yaşam hakkının korunması konusundaki pozitif yükümlülüklerinin, sağlık kuruluşlarının hastaların hayatının korunması için gerekli düzenlemelere sahip olmasını da içerdiğini tespit etmiştir⁶⁵¹.

AİHM'ye göre, taraf devletlerin Sözleşme'nin yaşam hakkını güvence altına alan 2. maddesinden kaynaklanan yükümlülükleri kapsamında, tıbbi ihmal iddiasıyla ilgili başvurularda iç hukuktaki koruma mekanizmalarının yalnızca teoride mevcut olması değil, aynı zamanda uygulamada da etkin bir şekilde işlemesi ve davanın gereksiz gecikmelere yer verilmeksizin derhal incelenmesi gerekmektedir. AİHM, Zafer Öztürk / Türkiye davasında, eşi jinekolojik bir operasyondan sonra sağlık durumu kötüleşerek hayatını kaybeden başvuranın tıbbi ihmal iddialarının iç hukukta hızlı ve etkin bir şekilde incelenmediği yönündeki şikayetlerini Şilih / Slovenya davasıyla aynı kapsamda değerlendirmiş ve ulusal makamların, başvuranın, eşinin hayatını kaybetmesi ile ilgili davasını, Sözleşme'nin 2. maddesinin gerektirdiği özenle incelemedikleri tespiti ile Sözleşme'nin 2. maddesinin usulî yönden ihlal edildiğine karar vermiştir⁶⁵².

AİHM, prematüre doğum sonrasında bebekte ortaya çıkan sağlık sorunları nedeniyle gerçekleştirilen tedavi sürecinde, Kızılay'dan temin edilen kanın nakli yoluyla bebeğe HIV virüsü buluşması ve ardından yaşanan gelişmelerle ilgili Oyal / Türkiye davasında; ulusal mahkemelerin Kızılay ve Sağlık Bakanlığı'nın sorumluluğunu tespit ederken benimsedikleri olumlu yaklaşımı kabul etmekle birlikte,

⁶⁵¹ AİHK, Mehmet Işıltan / Türkiye (20948/92) 22 Mayıs 1995.

file:///C:/Users/Asus/Downloads/ISILTAN%20v.%20TURKEY.pdf, (erişim tarihi:30.04.2020).

⁶⁵² AİHM Zafer Öztürk / Türkiye (25774/09) 21 Temmuz 2015, <https://silo.tips/download/usul-zafer-ztrk-trkiye-davasnda> (erişim tarihi:30.04.2020).

“...dava koşullarında en uygun giderimin çocuğun ilaç ve tedavi giderlerinin hayatı boyunca ödenmesi olduğunu, dolayısıyla hükmedilen tazminat miktarlarının AİHS'nin 2.maddesi kapsamında devletin pozitif yükümlülüklerini karşılamaktan uzak olduğunu tespit ederek dava konusu olaylar çerçevesinde yaptığı değerlendirmede, yaşam hakkının esas yönünden ihlal edildiğine, ayrıca açılan idari davanın makul bir sürede sonuçlandırılmaması ve yargılamayı hızlandırmak için başvurulabilecek etkin bir iç hukuk yolu bulunmaması nedeniyle AİHS'nin 6/1. ve 13. maddelerinin de ihlal edildiğine...” karar vermiştir⁶⁵³.

Mehmet Şentürk ve Bekir Şentürk / Türkiye davasında; bir tıp fakültesi hastanesine başvuran hamile kadının, vakanın aciliyetine rağmen, içinde sağlık personeli bulunmayan ambulansla devlet hastanesine nakledildiği sırada hayatını kaybetmesi nedeniyle, yaşam hakkının esas yönünden ihlal edildiğine, ayrıca ceza soruşturmasındaki eksikliklere ilişkin tespitlerini de dikkate alarak, 2. maddenin usuli boyutunun da ihlal edildiğine karar verilmiştir⁶⁵⁴.

AİHM, prematüre doğan ve akut solunum sıkıntısı sendromu teşhisi konulan bebeğin, doğduğu hastanenin yeterli tıbbi donanıma sahip olmaması nedeniyle sevk edildiği hastanenin yoğun bakım ünitesinde boş yer bulunmaması üzerine uygun bir hastane aranırken, durumunun kötüleşmesi ve ardından sevk edildiği hastanede hayatını kaybetmesi olayına ilişkin Aydoğdu / Türkiye davasında;

“...bir yandan sağlık kamu hizmetinde yaşanan yapısal problemlerin, öte yandan da sağlık çalışanları ve hastaneler arası koordinasyon eksikliğinin sonucu olarak gerekli acil müdahalelerde bulunulamamış olduğu tespiti ile, yenidoğan bebeğin yaşam hakkının ihlal edildiğine, ayrıca olayın ardından yürütülen ceza soruşturmasının etkili olmadığı gerekçesiyle yaşam hakkının usul yönünden de ihlal edildiğine...” karar vermiştir⁶⁵⁵.

AİHM, prematüre doğan bebeğin hastaneler arasındaki nakil sırasında, tedavi için kabul edilmemesi sonucunda, doğumundan birkaç saat sonra ölmesi nedeniyle Asiye Genç/ Türkiye davasında; bebek için zorunlu acil müdahalenin yapılmamış olduğu, ayrıca yaşanan trajedi karşısında olayın açıklığa kavuşturulmasına yönelik iç hukukta yürütülen soruşturmaların yetersizliği tespitleri ile, Sözleşme'nin 2. maddesinden ileri gelen

⁶⁵³ AİHM Oyal / Türkiye (4864/05) 23 Mart 2010, <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%7B%22itemid%22:%5B%22003-3062191-3404943%22%5D%7D> (erişim tarihi:30.04.2020).

⁶⁵⁴ AİHM Mehmet Şentürk ve Bekir Şentürk / Türkiye (13423/09), 09.04.2013, <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-118722%22%5D%7D> (erişim tarihi:30.04.2020).

⁶⁵⁵ AİHM Aydoğdu / Türkiye (40448/06) 30 Ağustos 2016, <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22itemid%22:%5B%22001-166481%22%5D%7D> (erişim tarihi:30.04.2020).

yükümlülüklerin yerine getirilmediği ve yaşam hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Kararda; “devletin, devlet hastanesi hizmetinin ve daha genel olarak, sağlığın korunması sisteminin düzgün olarak organize edilmesiyle ve işleyişiyle yeterince ilgilenmediği ve sorunun sadece hasta yoğunluğundan kaynaklanan öngörülemez bir yer olmayışına bağlı olmadığı” ifade edilerek sağlık sisteminin bütününde devletin yükümlülüğü hatırlatılmıştır⁶⁵⁶.

AİHM, Toğay Gültekin’in zorunlu askerlik görevini yerine getirirken, yetkililerin Toğay Gültekin’in ciddi sağlık sorunları için gerekli tıbbi tedaviye ivedi bir şekilde erişimini sağlamamaları sebebiyle hayatını kaybetmiş olduğu iddiası ile açılan tazminat davasına ilişkin Metin Gültekin ve Diğerleri/Türkiye davasında;

“...yetkililerin somut davadaki ölüm olayını engellemek için zamanında ve yeterli tedbirler almak suretiyle pozitif yükümlülüklerini yerine getirdiklerini gösterme yükümlülüğüne uymadığı, dolayısıyla, Hükümetin Toğay Gültekin’in yaşamının korunmasına ilişkin pozitif yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle, Sözleşme’nin 2. maddesinin ihlal edildiğine...”

karar vermiştir⁶⁵⁷.

AİHM, başvuruların 74 yaşındaki yakınının özel bir hastanede penisilin türevi ilaç enjeksiyonuna bağlı şiddetli alerjik reaksiyon sonucunda ölmesiyle ilgili olarak Altuğ vd. / Türkiye davasında;

“...verilen yargı kararlarının ya da çeşitli davalar çerçevesinde elde edilen raporların hiçbirinde, sağlık ekibinin, anamnez çerçevesinde kendi sağlık geçmişi hakkında hastaya ya da yakınlarına soru sormadığı, ilgiliyi tedavinin riskler konusunda bilgilendirmediği ve rızasının alınmadığı yönünde başvurularca ileri sürülen başlıca argümanın ele alınmadığını veya en azından tatmin edici şekilde incelenmediğini ve mahkemelerin, kararlarını sağlık ekibi tarafından düzenlemeye uyulup uyulmadığına açıklık getirmeyen tıbbi raporlara dayandırdıklarını, mercilerin başvurulara Sözleşme’nin 2. maddesinde yer alan usuli güvencelere riayet eden etkin bir hukuk yolu sunmadıklarının tespiti ile yaşam hakkının usul boyutunun ihlal edildiğine...” karar vermiştir⁶⁵⁸.

⁶⁵⁶ AİHM Asiye Genç / Türkiye (24109/07) 27 Ocak 2015.

[https://hudoc.echr.coe.int/tur#%22itemid%22:\[%22002-10461%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#%22itemid%22:[%22002-10461%22]}) (erişim tarihi:30.04.2020).

⁶⁵⁷ AİHM Metin Gültekin ve Diğerleri /Türkiye (17081/06)

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:\[%22001-159260%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:[%22001-159260%22]}) (erişim tarihi:17.03.2020).

⁶⁵⁸ AİHM Altuğ vd. / Türkiye (32086/07), 30 Haziran 2015

[https://hudoc.echr.coe.int/tur#%22itemid%22:\[%22001-157635%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#%22itemid%22:[%22001-157635%22]}) (erişim tarihi:30.04.2020).

AİHM, 28 Nisan 1993'te Ümraniye çöp alanında meydana gelen metan gazı patlamasında atıkların çöp yığınının kopması ve gecekonduların üzerine kayması nedeniyle yakınlarını kaybetmesi ve konutunun zarar görmesi olayı ile ilgili Maşallah Öneriyıldız/Türkiye davasında;

“...belediye atık depolama alanının ilgili teknik standartlara uymadığı halde açılarak işletmeye alındığı ve sorumluları teşvik edecek tutarlı bir denetleme sistemi olmadığı, Devlet görevlilerinin bu insanları acil ve bilinen risklerden korumak için hiçbir önlem almamaları sonucunda, insan hayatlarına mal olan üzücü kazaya yol açan olaylar dizisinde rol oynadığı, dolayısıyla ihmaller ile meydana gelen kaza ve yaşanan can kaybı arasında bir sebep-sonuç ilişkisi olduğu, başvuranın yakınının öldüğü olayda AİHS'nin 2. maddesinin ihlal edildiğine” karar vermiştir⁶⁵⁹.

AİHM, jinekolojik muayeneye ilgili şikayetlerde, başvuruları muayenenin zorla yapılıp yapılmadığını, muayene uygulanan kişinin içinde bulunduğu koşulları da dikkate alarak değerlendirmiştir. Salmanoğlu ve Polattaş davalarında; başvurucuların gözaltında zorla jinekolojik muayeneye tabii tutuldukları iddialarıyla ilgili olarak başvurucuların onay vermiş olduğunun farz edilmesi halinde bile, başvurucuların “bekâret muayenesi” yapıldığı sırada cinsel saldırı hususunda bir şikâyetlerinin olmaması nedeniyle herhangi bir tıbbi veya hukuki zaruretin mahremiyeti ihlal eden böylesi bir muayeneyi meşrulaştırmadığı, bu nedenle gözaltındaki kişilerin tıbbi muayeneleri hususunda ulusal makamların başarısız olduğunun tespiti ile, AİHS'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir⁶⁶⁰. Juhnke /Türkiye davasında ise; başvurucunun cinsel saldırı şikayetinde bulunmadığı ya da jinekolojik muayene talebinde bulunmadığı, tıbbi bir zorunluluk olmadan, yalnızca şüphelilerin gözaltında cinsel bir saldırıya maruz kalmadığını kanıtlamak ve güvenlik görevlileri aleyhine haksız bir suçlama yapılmasını önlemek için, bir tutuklunun fiziksel bütünlüğüne yapılan böylesi zorla ve ciddi bir müdahaleye maruz

⁶⁵⁹ AİHM Öneriyıldız v./Türkiye (48939/99), 30.11.2004.

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22languageisocode%22:\[%22ENG%22\],%22appno%22:\[%2248939/99%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-67614%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22languageisocode%22:[%22ENG%22],%22appno%22:[%2248939/99%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-67614%22]}) (erişim tarihi:30.04.2020).

⁶⁶⁰ AİHM Salmanoğlu- Polattaş /Türkiye (15828/03) <file:///C:/Users/Asus/Downloads/001-91777.pdf> (erişim tarihi:30.04.2020).

kalmayı reddetmesinin görmezden gelinmesini haklı çıkaramayacağı gerekçesiyle AİHS'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir⁶⁶¹.

Kişisel sağlık verileri, Avrupa Birliği (AB) Kişisel Verilerin Korunması Direktifi (Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Bu Verilerin Serbest Dolaşımıyla İlgili Olarak Bireylerin Korunması Hakkında 95/46/EC sayılı Direktif) ve Avrupa Konseyi nezdinde kabul edilen Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi uyarınca özel veri kategorileri arasında sayılmıştır. Sağlık verilerinin gizliliğine saygı gösterilmesi, AİHS'nde taraf devletlerin hukuk sisteminde yer verilmesi gereken temel ilkelerden birisidir. AİHM, sağlık verileri dahil olmak üzere kişisel verilerin korunmasını, özel ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında değerlendirmektedir. Sağlıkla ilgili kişisel verilerin ifşa edilmesi, kişinin özel ve aile hayatının yanı sıra saygınlığına zarar verip, dışlanma riski yaratarak, toplumsal ve çalışma hayatını da olumsuz yönde etkileyebilir. Sağlık verilerinin gizliliğine saygı gösterilmesi hastanın gizliliğinin korunması bakımından olduğu kadar, kişilerin genel olarak sağlık hizmetlerine ve sağlık sistemine güveninin sağlanması bakımından da önemlidir. Sağlıkla ilgili kişisel verilerin gizliliği korunmadığı takdirde tıbbi yardıma ihtiyacı olanlar, gerekli tedaviyi olmaktan kaçınabilir ve böylece sağlığını tehlikeye atabilir⁶⁶².

J. Rücu

İdare hukukunda rücu kavramı; idarenin, bir idari işlem veya eyleminin yerine getirilmesinde veya sahip olduğu idari statü dolayısıyla, idarenin araç ve gereçleri vasıtasıyla kamu görevlisinin kusurlu fiiliyle üçüncü kişilere zarar verilmesi durumunda, ortaya çıkan zararın idare tarafından tazmininden sonra olayda kusurlu görülen kamu görevlisinden kusuru oranında idarenin ödediği tazminat miktarını geri talep etmesidir⁶⁶³.

⁶⁶¹ AİHM Juhnke / Türkiye (52515/99), 13 Mayıs 2008.
file:///C:/Users/Asus/Downloads/CASE%20OF%20JUNKE%20v.%20TURKEY%20-%20Turkish%20Translation%20by%20the%20Turkish%20Ministry%20of%20Foreign%20Affairs.pdf, (erişim tarihi:30.04.2020).

⁶⁶² "Health-related issues in the case-law of the European Court of Human Rights", s. 27.
http://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_health.pdf (erişim tarihi:30.04.2020).

⁶⁶³ Mehmet Güneş, Mustafa Gündüz; "Kamu Görevlisine Rücu Edilmesinde Hukuki Sorunlar ve İdari Yargı Kararları Işığında Güncel Bir Değerlendirme", *Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Yıl:4, Sayı:7, 2015, s.8.

Rücu müessesesi, 23.07.1965 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ile ilk kez yasal olarak düzenlenmiş, ancak bu tarihten sonra gereği gibi uygulanamamış ve uygulamada bir süre daha kamu görevlisi aleyhine dava açılmıştır. Anayasa ve Devlet Memurları Kanununda farklı tarihlerde düzenleme yapılmış olması nedeniyle, farklı uygulamalara ve yorumlara konu olmuştur.

Anayasa’nın 40. Maddesi son fıkrası “*Kişinin, resmî görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.*”, 125/1’nci maddesi “*İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.*” ve 129/5’nci maddesi “*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.*” hükümlerine amirdir. Anayasa’nın bu hükümleri ile amaçlanan, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken kusurlu davrandıklarından bahisle haklı ya da haksız olarak yargı mercileri önüne çıkarılmasını önlemek ve kamu hizmetinin sekteye uğratılmadan yürütülmesini sağlamak suretiyle kamu düzenini korumaktır⁶⁶⁴. Bu düzenlemelerle getirilen “idari güvence” sistemi, kişilerin uğradığı zararların tazmininde hem kamu görevlisini hem de zarara uğrayan kişileri korumayı amaçlamaktadır⁶⁶⁵. Kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının, kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, kendileri aleyhine değil ancak idare aleyhine açılabileceğini ifade eden “idari güvence ilkesi” gereği, üçüncü kişinin uğramış olduğu zararı idare tazminle yükümlüdür; sonrasında eğer şartları gerçekleşmiş ise, ilgili kamu görevlisine rücu eder.

Yerleşik Yargıtay içtihatlarında; kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken veya görevlerini yaparken kişilere zarar vermesinin ilgili kamu kurumunun hizmet kusurunu oluşturduğu, bu durumda sorumlu olan kamu görevlisinin emrinde çalışmakta olduğu kamu kurumu aleyhine dava açılması gerektiği, bu konuda ki yasal düzenlemelerin emredici hükümler içerdiği ve Sorumluluk Hukukunun temel ilkeleri açısından

⁶⁶⁴ Yargıtay HGK., 27.03.2015, 1533/1099; Danıştay, 15D., 02.11.2017, 10079/6331. Lexpera (erişim tarihi:01.05.2020).

⁶⁶⁵ Metin Günday, *İdare Hukuku*, 6. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2002, s.546.

bakıldığında da, bu şekilde yasal düzenlemelerin zarar görenin zararının karşılanması yönünde önemli bir teminat olduğu belirtilmektedir⁶⁶⁶.

Anayasa hükümleri, hukuki sorumluluğu ortadan kaldırmamakta; aksine, zarar görenlerin zararının giderilmesi açısından Devletin sorumluluğu ilkesini getirmiş ve kamu görevlisi kişilere göre ödeme gücü daha yüksek olan Devlet gibi bir sorumluyu muhatap kılmıştır. Anayasa hükmünün uygulama yasası olan 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesinde, kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı kişilerin bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açabilecekleri, Kurumun genel hükümlere göre sorumlu personele rücu edeceği düzenlemesi yapılmıştır.

Yargıtay kararlarına göre; kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kasıtlarından ve kusurlarından dolayı kamu görevlileri aleyhine değil ancak kamu idaresi aleyhine dava açılabileceği hususu, Anayasa'nın 129/5.maddesiyle 657 sayılı Devlet Memurları Yasası'nın 13.maddesi hükümleri ile yorum gerektirmeyecek kadar açık, net ve amirdir:

“...Anayasa'nın 129/5.maddesinde “kusur” şartından bahsedildiğine göre yetkisini kullanan memurun veya kamu görevlisinin işlediği eylemin kasten mi yoksa ihmalen mi gerçekleştirdiğine bakılmaksızın bu eylemlerinden doğan davaların ancak idare aleyhine açılması gerektiğinin kabulü zorunludur.Nitekim, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 26.02.2014 gün ve 2013/4-579 E. 2014/155 K.; 30.01.2013 gün ve 2012/4-729 E. 2013/163 K.; 12.12.2012 gün ve 2012/4-523 E. 2012/1191 K.; 10.10.2012 gün ve 2012/4-441 E. 2012/710 K. ile 01.02.2012 gün ve 2011/4-592 E. 2012/25 K., 19.11.2014 gün ve 2013/4-1120 E., 2014/922 K. sayılı ilamlarında da aynı ilkeler kabul edilmiştir”⁶⁶⁷.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin “Sağlık Kurum ve Kuruluşlarının Sorumluluğu” başlığını taşıyan 43'ncü maddesinde de aynı yönde yapılan düzenleme gereğince; hasta haklarının ihlali halinde, personeli istihdam eden kurum ve kuruluş aleyhine tazminat davası açılabilir.

⁶⁶⁶ Yargıtay, HGK., 19.06.2015, 77/1712; 4HD., 21.01.2014, 4550/704; 4HD., 04.03.2015, 18108/2503. Lexpera (erişim tarihi:01.05.2020).

⁶⁶⁷ Yargıtay, HGK., 27.03.2013, 831/393; HGK.,27.3.2015 1533/1099. Lexpera (erişim tarihi:01.05.2020).

Normlar hiyerarşisine göre sıralama yapıldığında da sırasıyla Anayasa, kanun, tüzük ve yönetmelik hükümlerinin uygulanması prensibinin bulunmasına göre, eylem veya işlemin görev kusuru olarak nitelendirilebildiği hallerde, kişisel kusura dayanılarak memur hakkında Adli Yargıda doğrudan doğruya dava açılmayacaktır⁶⁶⁸. Anayasa ve 657 sayılı Kanun hükümleri ile getirilen güvence sistemi, kamu hizmeti ile herhangi bir ilgisi bulunmayan ya da suç niteliğinde olan kişisel kusurlarından dolayı, kamu görevlisine karşı adli yargı yerlerinde tazminat davası açılmasına engel değildir. Kamu görevlisinin doğrudan sorumluluğunu doğuran, yani kendisi aleyhine doğrudan adli yargıda tazminat davasının açılabilirdiği salt kişisel kusurlu olması durumu, kişisel kusur ve görev kusuru tanımları ile hizmet kusuru ile kişisel kusur ayrımı yukarıda ayrıntılı olarak incelenmiştir⁶⁶⁹.

Sağlık hizmeti yürüten sağlık personelinin kamu görevlisi olması halinde, tıbbi müdahale sonucunda meydana gelen zararlar bakımından, idarenin sorumluluğu birinci ve asli derecededir⁶⁷⁰. İdarenin sorumluluğu, zararın; memur ve diğer bir kamu görevlisi tarafından “görevini yerine getirirken” ve “görevle ilgili yetkilerini kullanırken” gerçekleştirilmiş olması şartına bağlıdır. Şu halde “görevin ifası” “yetkinin kullanılması” ile gerçekleşen zarar arasında işlevsel (görevsel) bir bağ bulunmalı; zarar, kamu görevi (kamu yetkisi) yerine getirilirken, bu görev ve yetki nedeni ile doğmuş olmalıdır⁶⁷¹. Kamu görevlisi kişinin, kamu hizmeti sırasında, bu kamu hizmeti dolayısıyla, hizmetin onu sağladığı araçlar vasıtasıyla icra ettiği bir faaliyet sırasında üçüncü kişiye zarar verdiği durumlarda anılan hükümler gereği idare aleyhine dava açılabilir; bu dava sonucunda idare tazminat ödemeye mahkum edilir ise, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13. madde 1. fıkrasının son cümlesi uyarınca, idare genel hükümlere göre sorumlu personele rücu edecektir.

İdare, yasalardan kaynaklanan bu tazmin yükümlülüğü nedeniyle kişilerin zararını tazmin ettikten sonra, kişisel kusuru (görev kusuru) nedeni ile zararın asıl sorumlusu olan

⁶⁶⁸ Yargıtay, 10HD., 26.10.2015, 13651/17711. Lexpera (erişim tarihi:01.05.2020).

⁶⁶⁹ Bk. s.55 vd.

⁶⁷⁰ Kızılyel, İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu, s. 205 vd.

⁶⁷¹ Yargıtay HGK., 01.02.2012, 592/25; HGK., 27.03.2015, 1533/1099. Lexpera (erişim tarihi:01.05.2020).

kamu görevlisine; zarar birden çok kamu görevlisinin kişisel kusuruna dayanmakta ise, her kamu görevlisine sadece kendi kusuru oranında rücu edecektir⁶⁷². Kusursuz sorumluluk esasına göre idare aleyhine hükmedilen tazmin kararlarından dolayı, rücu müessesesinin işletilemeyeceği tabiidir.

Anayasanın 129/5 maddesi hükmü ile rücu müessesesi, idarenin takdir yetkisinden çıkarılarak, bağlı yetki haline gelmiştir. 657 sayılı Kanununun 13'ncü maddesinde "rücu hakkı saklıdır" düzenlemesinde amacın rücunun idarenin tasarrufunda olduğu, bu nedenle zorunluluk olarak anlaşılması gerektiği görüşleri ileri sürülmüştür. Anayasanın 129/5 hükmünde ise "rücu edilmek kaydıyla" ifadesi ile rücu hakkının bir takdir yetkisi mahiyetinde değil, bağlı yetki niteliğine sahip olduğu ifade edilmiştir⁶⁷³.

Danıştay kararlarında;

"...Anayasanın 129. maddesinin 5. fıkrasında; memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak ancak idare aleyhine açılabileceği şeklinde emredici bir kurala yer verildiği, bu hüküm karşısında, hükmedilen tazminatı ödeyecek olan idarenin, sorumluluğu saptanan ilgili kişi veya kişilere yasal yollar çerçevesinde rücu etmesinin Anayasa hükmü gereği olduğu, Anayasanın sözü edilen maddesindeki "kendilerine rücu edilmek kaydıyla" ibaresinin; kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlar nedeniyle idare aleyhine açılan davalarda tazminata hükmedilmesi halinde, idarenin ödemek zorunda kaldığı tazminatı yasal yollara başvurarak ilgili kamu görevlisinden tahsil etmeyi ifade ettiğinde kuşkuyla yer bulunmadığı..."

açıklanmıştır⁶⁷⁴.

Doktrinde ve yargı içtihatlarında kabul edildiği üzere, kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlar nedeniyle idare aleyhine açılan davalarda tazminata hükmedilmesi halinde, idarenin ödemek zorunda kaldığı tazminatın kamu görevlisine rücu edilmesi, bir takdir yetkisi değil, bağlı yetkidir. Kamu idarelerinin mali

⁶⁷² Bahtiyar Akyılmaz, *İdare Hukukunda Kamu Görevlisine Rücu Sorunu*, Fikret Eren'e Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara,2006, s.1057.

⁶⁷³ Bahtiyar Akyılmaz, "Kamu Zararı ve Kamu Zararında Rücu", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi M C., LXIX, S.1-2, 2011, s.67.

⁶⁷⁴ Danıştay, İDDK., 20.09.2002, 191/644; 5D., 03.06.2008, 7369/3234; 10D., 20.05.2015, 5678/2404; 12D., 26.09.2012, 4964/5278. Lexpera (erişim tarihi:01.05.2020).

faaliyet, karar ve işlemlerini hesap verme sorumluluğu çerçevesinde denetleme yetkisine sahip olan Sayıştay'ın kararlarında da idarenin ödemek zorunda kaldığı tazminatı yasal yollara başvurarak ilgili kamu görevlisinden tahsil etme zorunluluğu bulunduğu ifade edilmektedir⁶⁷⁵.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun "Kişisel sorumluluk ve zarar" başlıklı 12'nci maddesinde;

"Devlet memurları, görevlerini dikkat ve itina ile yerine getirmek ve kendilerine teslim edilen Devlet malını korumak ve her an hizmete hazır halde bulundurmak için gerekli tedbirleri almak zorundadırlar. Devlet memurunun kasıt, kusur, ihmal veya tedbirsizliği sonucu idare zarara uğratılmışsa, bu zararın ilgili memur tarafından rayiç bedeli üzerinden ödenmesi esastır. Zararların ödettirilmesinde bu konudaki genel hükümler uygulanır..."

ve 13'ncü maddesi birinci fıkrası son cümlesinde "Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır." hükümlerine yer verilmiştir.

Rücu hakkı, sözkonusu hükümler uyarınca idare tarafından genel hükümlere göre kullanılacaktır; ancak "genel hüküm" ifadesinden ne anlaşılacağı doktrinde tartışmalı bir husus olmuştur. Onar'a göre;

*"657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13 ve Anayasanın 129. maddesinde getirilen hükümlerle, memurun sorumluluğu kaldırılmamış; kamu görevlisi olan memurun, tazminat alacaklısına karşı sorumluluğu diğer sorumlu olan Devlet'e kanalize edilmiştir. Devlet, bu düzenlemeyle, memurunun kişiye olan tazmin borcunu yasa gereği doğrudan yüklenmiş olan kişi durumundadır. Borcun zarar görene ödenmesiyle; Devlet, zarara uğrayan kimsenin yerine geçerek rücu edebilecektir. Bu nedenle memurun Devlet'e karşı rücu sorumluluğunun belirlenmesinde özel hukuk kuralları esas alınmalıdır"*⁶⁷⁶.

Yargıtay kararlarında da umumi hükümlerden amacın, özel hukuk kuralları olduğunun açık olduğu vurgulanmakta; memurun, kaldırılmayan ancak geçici olarak Devlet'e kanalize edilen kişilere karşı sorumluluğunun kaynağının Borçlar Kanunu (m. 41) olduğu, Borçlar Kanunu dışında ve özellikle kamu yasalarında ayrı bir hüküm de bulunmadığı belirtilmiştir⁶⁷⁷.

⁶⁷⁵ Sayıştay, 2D., 29.12.2015, 117/35362; 8D., 23.12.2014, 88/41. Lexpera (erişim tarihi:01.05.2020).

⁶⁷⁶ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, s.1209.

⁶⁷⁷ Yargıtay, 4HD., 14.11.1985, 7369/9399. Lexpera (erişim tarihi:01.05.2020).

Doktrinde ve yargı kararlarında, kamu görevlisine genel hükümlere göre rücu hakkının kullanılmasında adli yargının görevli olduğu ve uyuşmazlığın haksız fiil esaslarına göre çözümleneceği görüşü kabul görmüştür. Sağlık hizmeti verilen kamu kurum ve kuruluşları ile tıbbi müdahalede bulunulan hasta arasında kamu hukuku ilişkisi bulunduğu ve herhangi bir sözleşme ilişkisi kurulmadığına göre; idarenin ajanı durumundaki sağlık personeli ile hasta arasında sözleşme ilişkisi olduğu da söylenemez. Bu nedenle, hekimin kişisel kusuru nedeniyle vermiş olduğu zararlardan dolayı, haksız fiil ilişkisi ortaya çıkar⁶⁷⁸.

657 sayılı Kanunun 12'nci maddesi gereği, memurun kasıt, kusur, ihmal veya tedbirsizliği sonucu idare zarara uğratılmışsa, bu zararın ilgili memur tarafından ödenmesi esas olduğundan ve anılan Kanunun 13'ncü maddesinde memura genel hükümlere göre rücu edileceği düzenlendiğinden; kamu görevlisi olan kusurlu personel, Borçlar Kanunu'nun 41'nci maddesi uyarınca yalnız "kasıt" ve "ağır ihmal"den değil, "hafif ihmal" den de sorumlu olacaktır⁶⁷⁹. Rücu davalarına bakma görevi adli yargıya aittir; Yargıtay'da aynı yönde karar vermiştir⁶⁸⁰.

5018 Sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 71'nci maddesinde, kamu zararı; "*kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunması*" olarak tanımlanmıştır. Kamu zararının, bu zarara neden olan kamu görevlisinden veya diğer gerçek ve tüzel kişilerden tahsiline ilişkin usûl ve esaslar, Cumhurbaşkanlığı tarafından çıkarılan yönetmelikle düzenlenir.

Kamu görevlilerinin kasıt, kusur, ihmal ve tedbirsizlik sonucu idareye verdikleri zararlar ile kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak kişilerin uğradıkları zararlar hakkında, Devlete ve Kişilere Memurlarca Verilen Zararların Nevi ve Miktarlarının Tespiti, Takibi, Amirlerinin Sorumlulukları, Yapılacak Diğer İşlemler Hakkında Yönetmelik⁶⁸¹ hükümleri uygulanır. Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik⁶⁸² kapsamını belirleyen 2'nci maddesi ikinci fıkrasında da, kamu

⁶⁷⁸ Kızılyel, İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu, s. 234.

⁶⁷⁹ Turgut Tan, *İdare Hukuku*, 2.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s.452.

⁶⁸⁰ Yargıtay HGK., 31.05.2006, 310/330. Lexpera (erişim tarihi:01.05.2020).

⁶⁸¹ RG. 13/8/1983, 18134.

⁶⁸² RG. 19/10/2006, 26324.

görevlilerinin kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak kişilere verdikleri zararlar hakkında anılan Yönetmeliğin uygulanacağı düzenlenmiştir.

Devlete ve Kişilere Memurlarca Verilen Zararların Nevi ve Miktarlarının Tespiti, Takibi, Amirlerinin Sorumlulukları, Yapılacak Diğer İşlemler Hakkında Yönetmeliğin 4 üncü maddesinde, memurların görev ve sorumluluklarını yerine getirmemeleri sebebiyle doğan zararları bu Yönetmelikte belli edilen usul ve esaslar uyarınca tazminle yükümlü oldukları; 11'nci maddesinde de, 657 sayılı Kanununun 13 üncü maddesine uygun şekilde, memurların görevlerini, kasıt, ihmal veya tedbirsizlik sonucu gereken dikkat ve itina ile yapmamaları sebebiyle zarara uğrayan kişilerin zararlarının, başvurdukları mahkeme veya makamlarca verilen kararlar uyarınca ilgili kurumlarca karşılanacağı ve kurumların genel hükümlere göre sorumlu memurlara rücu haklarının saklı olduğu düzenlenmiştir.

Anılan Yönetmeliğe göre, memurların kanun, tüzük ve yönetmelik hükümleri ile belirlenmiş görevlerini kasıt, ihmal veya tedbirsizlik sonucu gerekli dikkat ve itina ile yapmamaları sebebiyle doğan zararların miktarı, kurum ve kuruluşların en üst yöneticilerinin belirleyeceği iki kişi ile zarara sebebiyet veren memurun ilk amirinden oluşan 3 kişilik bir heyet tarafından tesbit edilir.

Memurlarca verilen zararların ödettirilme şekli Yönetmeliğin 8'nci maddesinde⁶⁸³; takibi ve yapılacak diğer işlemler Yönetmeliğin 10'ncü maddesinde düzenlenmiştir.⁶⁸⁴

⁶⁸³ “Madde 8 – “7 nci maddede belirtilen usul ve esaslar uyarınca tesbit edilen zarar miktarının, en alt derecenin birinci kademesinde bulunan memurun brüt aylığının yarısını geçmediği hallerde memurun kabul etmesi kaydıyla zarar disiplin amiri veya yetkili disiplin kurulu kararına göre memurca ödenir. Ödemeyi kabul etmeyen memurların verdikleri zararlar hükmen tahsil edilir.

Yukarıdaki fıkrada belirtilen miktarı aşan zararlar, işin icabına ve genel hükümlere göre sorumlularından sulh yolu ile veya hükmen tahsil edilir.

Birinci fıkraya kapsamına giren zararlar, ödemeyi kabul edenler hakkında disiplin amiri veya yetkili disiplin kurulunca verilen kararların kesinleştiği tarihi izleyen aybaşından itibaren kararda belirtilen esaslara göre, memurların aylıklarından kesinti yapılmak suretiyle tahsil edilir. Zararın ödenmesinin sulh yolu ile sağlanması halinde de sulh işleminin kesinleştiği tarihi izleyen aybaşından itibaren anlaşma esaslarına göre memurların aylıklarından kesinti yapılır. Memurların aylıklarından yapılacak kesinti miktarı, kendilerine ödenecek net aylıkların 1/3 ünden fazla ve 1/4 ünden az olamaz.”

⁶⁸⁴ “Madde 10 – “Zararı veren memurun amirleri, zararın vukubulduğu tarihi izleyen 3 gün içinde zararın konusu ile memurun sorumluluğunu belirten tüm bilgi ve belgeleri, o kurum ve kuruluşun en üst yöneticisine iletirler. En üst yöneticiler bilgi ve belgelerin kendilerine intikal ettiği tarihi izleyen 10 gün içinde bu yönetmeliğin 7 nci maddesinde belirtilen usul ve esaslar uyarınca zarar miktarını tesbit ettirirler. Zarar miktarının bu yönetmeliğin 8 inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen miktarı geçmediği hallerde, zararlarla ilgili belgeler en üst yöneticiler tarafından karar verilmek üzere ilgili disiplin amirine, gerektiğinde yetkili disiplin kuruluna gönderilir. Ayrıca zarar veren memurdan ödemeyi kabul edip etmediği hususunda yazılı beyanda bulunması istenir. Bu işlemler en geç 10 gün içinde tamamlanır.

İlgili mevzuat hükümleri gereğince, kamu görevlilerine karşı rücu idari kararla yapıldığından, kamu görevlileri bu karara karşı idari yargıda dava açabilmektedirler⁶⁸⁵.

657 sayılı Kanununun 12'nci maddesi son cümlesi ile bu hükme uygun anılan Yönetmeliğin 8'nci maddesinde yapılan düzenleme uyarınca; fiilin meydana geldiği tarihte en alt derecenin birinci kademesinde bulunan memurun brüt aylığının yarısını geçmeyen zararlar, ilgili memurun kabul etmesi halinde, disiplin amiri veya yetkili disiplin kurulunca verilen kararda belirtilen esaslara göre, memurların aylıklarından kesinti yapılmak suretiyle tahsil edilir. Memurun ödemeyi kabul etmemesi halinde, idarenin re'sen icra yetkisini kullanarak ortaya çıkan zarar miktarını memurun aylığından kesebilme imkânı bulunmadığı açıktır. Sulh yolu ile de zararın tazmini sağlanamadığında, hükmen tahsil edilir.

İdare, kusurlu sorumluluk ilkesi gereği aleyhine hükmedilen tazminatı ödemek zorunda kalması halinde, zararın neden olan kamu görevlisine kusuru oranında rücu edebilecektir. Birden fazla personelin kusurlu davranışı ile birlikte zarara neden olduğu durumlarda, müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanacaktır (TBK m 61 ve 62). Bu halde, tazminatın müteselsil borçlular arasında paylaşılmasında, bütün durum ve koşullar, özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğu göz önünde tutulur.

İdare rücu talebini, tazminatın tamamının ödendiği ve sorumlu kişinin öğrenildiği tarihten itibaren iki yıl ve her halükarda tazminatın tamamının ödendiği tarihten itibaren on yıl içinde adli yargıda dava açarak gerçekleştirmelidir (TBK md 73/1). Tazminatın ödenmesi kendisinden istenilen kişi, durumu birlikte sorumlu olduğu kişilere bildirmek zorundadır. Aksi takdirde zamanaşımı, bu bildirimün dürüstlük kurallarına göre yapılabileceği tarihte işlemeye başlar (TBK md 73/2).

Yukarıdaki fıkra kapsamına giren miktardaki zararları ödemeyi kabul eden memurlar hakkında düzenlenen dosya disiplin amiri veya yetkili disiplin kurulunca dosyanın intikalini izleyen 10 gün içinde incelenip karara bağlanır. Kararda aylıklardan yapılacak kesinti miktarı ve taksit sayısı belli edilir. İdareye verdikleri zararı ödemeyi kabul etmeyen memurlar hakkında genel hükümlere göre takibat yapılmak ve dava açılmak üzere zarara ait bütün bilgi ve belgeler kurum ve kuruluşun en üst yöneticilerince konuyla ilgili mercilere gönderilir.”

⁶⁸⁵ Bayındır, “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu”, s.580.

Sağlık hizmetlerinden doğan ve idare tarafından tazmin edilen zararların sorumlu personele rücu edilmesine uygulamada sık rastlanır.

Hekim kamu görevlisi statüsünde bulunduğu hallerde, bir kamu hizmeti görürken, bir kamu görevini yerine getirir veya idarenin araç-gereçlerini kullanır, olanaklarından yararlanırken; keyfi, yanlı, kasıtlı, ağır kusur içinde veya suç teşkil eden davranışlar göstermiş olabilir. Artık hekim, idarenin hizmet kusuru nedeniyle sorumlu olduğu bir ortamda kendisine atıf ve izafe edilebilecek görev kusuru sayılan hareketlerinden ötürü ve zarara katkısı oranında, kurumu ile birlikte sorumlu olacaktır⁶⁸⁶. Bu halde, idare aleyhine idari yargıda açılan tam yargı davası neticesinde hükmedilen ve idare tarafından ödenen zararın tazmininden sonra, ödenen tazminat miktarı olayda kusurlu görülen kamu görevlisine kusuru oranında rücu edilecektir.

İdari yargılama usulünde idarenin rücu hakkının yerine getirilmesi ile ilgili olarak kusuru olan kamu görevlisine mevcut davayı ihbar mükellefiyetinin olmaması ve dolayısıyla kusuru olan kamu görevlisinin davaya müdahil olma olanaklarının kısıtlı olması, mahkemeye erişim ve adil yargılanma hakkı açısından kamu görevlisi aleyhine sonuçlara neden olmaktadır. Davanın ihbarı ve davaya müdahale başlığı altında, özellikle idarenin rücu hakkının saklı olduğu durumlarla ilgili olarak konu değerlendirilmiş idi⁶⁸⁷.

Yargıtay, davacı idarenin hastanede doktor olarak görevli bulunan davalının hukuka aykırı eylemi nedeniyle desteğin ölümünden dolayı ödemek zorunda kaldığı tazminatın, haksız eyleme yol açan doktora ödetilmesi istemiyle açılan rücu davasında; *“zarar görenler tarafından idare aleyhine açılan ek dava davalıya ihbar edilmediği gibi idarenin zamanaşımı definde de bulunmayarak gereksiz yere fazla tazminat ödemesi nedeniyle ödediği tazminatı davalıya rücu etmesine yasal olanak bulunmadığına”* karar vermiştir⁶⁸⁸.

İdare, zarar gören üçüncü kişiye ödediği miktarın rücu tahsilini istediğine ve davalı gösterilen kamu görevlisi önceki davada davalı olarak yer almadığına göre idarenin kapsamı, kural olarak idare aleyhine hükmedilen ve ödenen tazminat, işlemiş faizi, avukatlık ücreti ve yargılama giderleri toplamından davalının sorumlu olduğu kısmıdır.

⁶⁸⁶ Güran, “Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu”, s.18-19.

⁶⁸⁷ Bk.s.197 vd.

⁶⁸⁸ Yargıtay, 4HD., 23.10.2003, 7161/12474. Lexpera (erişim tarihi:01.05.2020).

İdarenin kusurlu davranışı ile ödemeye neden olunan fazla ödeme miktarının rücu tahsili talep edilemez. Örneğin; kusurlu davranışı ile işin icraya düşmesine yol açan idare, bu nedenle ödenen icra giderlerini ve geçen sürede işleyecek faizi isteyemez.

Yargıtay, üçüncü kişinin, idare aleyhine aldığı tazminat kararının kesinleşmesini beklemeden tahsili için onu icraya koymuş olduğu somut olayda; karar kesinleşmeden önce alacaklının icra yoluna başvurması yasanın ona sağladığı bir hak olduğuna göre idarenin bunu önlemediğinden söz edilmesinin olanaksız olduğu, o halde hükmün kesinleşmesine kadar davacının borcunu ödememesi şeklinde beliren davranışında kusurlu bulunduğu kabul edilemeyeceği gerekçesi ile, hükmün kesinleşmesine kadar yapılan icra giderleri ve avukatlık ücreti ile sonraki süreye ilişkin faizin de davalıdan istenebileceği kabul etmiştir⁶⁸⁹. Tam yargı davaları sonunda verilen kararların icrası için kesinleşme şartı aranmadığından, bu davalara ilişkin kararlar bakımından bu karar gerekçesine katılmıyoruz. Mahkeme kararları ve sonuçları başlığı altında incelendiği üzere⁶⁹⁰; İYUK 28/2 maddesine göre, konusu belli bir miktar paranın ödenmesini gerektiren davalarda hükmedilen miktar ile her türlü davalarda hükmedilen vekalet ücreti ve yargılama giderlerinin, davacının veya vekilinin davalı idareye yazılı şekilde bildireceği banka hesap numarasına, yasada belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde yatırılması gerekir. Bu hükme aykırı şekilde davranılması ile kararın icraya konmasına neden olunması halinde, kusurlu davranış ile fazla ödenen kısmın rücu “sağlık personelinin” tahsili mümkün değildir, ancak, kusuru ile fazla ödeme yapılmasına sebep olan “kamu görevlisinden” tahsil edilebilir.

Uygulamada, rücu davasında zamanaşımının, kamu kurumlarında dava açmaya emir vermeye yetkili makamın verilen zararı öğrenme tarihinden itibaren başladığı kabul edilmektedir⁶⁹¹. Devlete ve Kişilere Memurlarca Verilen Zararların Nevi ve Miktarlarının Tespiti, Takibi, Amirlerinin Sorumlulukları, Yapılacak Diğer İşlemler Hakkında Yönetmeliğin 10’ncü maddesi gereğince, zararı tespit ettirmek kurumun en üst

⁶⁸⁹ Yargıtay, 4HD., 08.11.2007, 13618/13802; 4HD., 09.02.2016, 15949/1410; 4HD., 26.06.2019, 3874/3615. Lexpera (erişim tarihi:01.05.2020).

⁶⁹⁰ Bk.s.223.

⁶⁹¹ Yargıtay, 4HD., 21.12.2016, 9028/12396; 4HD., 20.01.2015, 1944/456. Lexpera (erişim tarihi:01.05.2020).

yöneticilerinin sorumluluğunda olduğundan, zararın ve sorumlusunun en üst yöneticiye bildirildiği tarihten itibaren iki yıllık zamanaşımı başlamış olacaktır.

Rücu davalarında, idare tarafından ödenen tazminatın rücu talep edildiği sağlık personelinin olayda kusuru olup olmadığı ve kusur oranının ne olduğu hususlarının belirlenmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gereklidir. Yargıtay'da, rücu tazminat davalarında, kusur belirlenmesi yapılmaksızın karar verilmesini hukuka aykırı bulmuştur⁶⁹². Davalıların zararın tamamından müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulmaları doğru değildir; davalılardan her biri, yalnızca kendi kusuruna isabet eden miktardan sorumlu olacaktır. Mahkemece davalıların eşit şekilde kusurlu olduğu sonucuna varıldı ise; rücu teselsül olmaz ilkesi uyarınca, hükmedilen tazminatın davalılardan eşit olarak tahsiline karar verilmelidir⁶⁹³.

Rücunun amacı, birlikte sorumlular arasında hakkaniyete göre denge kurmak olup; BK.nun 50. maddesi, hakimin takdirini temel almıştır⁶⁹⁴. Bu nedenle, rücu davalarında, kusur durumu, dava konusu olayın gerçekleşme biçimi, ağır çalışma koşulları ve iş yoğunluğu gözetilerek, tahsiline karar verilen zarar miktarından TBK. madde 51-52 gereğince hakkaniyet indirimi yapıp yapılamayacağı hususlarının gözetilmesi gerekmektedir⁶⁹⁵.

Rücu tazminat davası ile, idare ancak kusuru oranında personeline rücu edebileceğinden; sağlık personelinin, kendi kişisel kusuruna isabet eden tazminatı zarar gören üçüncü kişiye ödemiş olması durumunda, idarenin sağlık personeline yeniden rücu edebilmesi mümkün değildir⁶⁹⁶.

İdare mahkemesinde açılan davada sağlık personeli davalı olmadığından, o davada yapılan kusur tespiti, sağlık personeli bakımından kesin nitelikte değildir ve bağlayıcı olamaz. İdare mahkemesinde açılan tam yargı davasında idarenin hizmet kusuru bulunduğu kabul edilmiş olması, bu kusurun tamamının idarenin çalışanı sağlık personeline ait olduğu anlamına gelmez. Bu nedenle, öncelikle kusur ile ilgili yeterli bir

⁶⁹² Yargıtay, 4HD., 01.06.2016, 6730/7292; 4HD., 21.10.2015, 4712/11803; 4HD., 05.03.2007, 2935/2639. Lexpera (erişim tarihi:01.05.2020).

⁶⁹³ Yargıtay, 4HD, 05.06.2014, 13701/9373. Lexpera (erişim tarihi:01.05.2020).

⁶⁹⁴ Yargıtay, 4HD., 15.05.1997, 1548/5303; 3HD., 24.11.2008, 16081/20334. Lexpera (erişim tarihi:15.04.2020).

⁶⁹⁵ Yargıtay, 4HD., 26.11.2019, 459/5587; 4HD., 19.11.2019, 2709/5396; 4HD., 18.06.2014, 8920/10133; 4 HD., 15.03.2016, 15299/3402; 4HD., 18.09.2019, 4731/3987. Lexpera (erişim tarihi:15.04.2020.)

⁶⁹⁶ Yargıtay, 4HD., 12.03.2019, 15739/1391. Lexpera (erişim tarihi:15.04.2020).

inceleme yapılmalıdır. Uygulamada Yargıtay kararlarında, rücu tazminat istenen sağlık personelinin kusuruna ilişkin gerekçeli, Mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli bilirkişi raporu alınması ve sonucuna göre karar verilmesi istenmekte; sağlık personelinin kusurunun belirlenmesine yeterli olacak bir bilirkişi raporu alınmamış olması ve/veya dosya kapsamında alınan bilirkişi raporları arasında çelişki olması durumunda çelişkiyi giderecek yeni bir rapor alınmamış olması, eksik inceleme nedeniyle hukuka aykırılık kabul edilmektedir⁶⁹⁷. Ancak, davada bilirkişi incelemesine gerek olup olmadığının takdiri hakime aittir; sağlık personelinin açık ve belirli bir kişisel kusuru sözkonusu ise, idare aleyhine açılan tam yargı davasında olduğu gibi, rücu davasında ayrıca bilirkişi raporu olmadan da karar verilebilir⁶⁹⁸.

Devlet hastanesinde yatan bir hastanın AIDS olduğuna dair haberlerin basında yer alması nedeniyle idare aleyhine hüküm altına alınan ve ödenen tazminatın, hastanenin başhekimisi olan ve yayına sebebiyet veren davalıdan rücu tahsilinin istendiği davada;

“...dosya kapsamındaki bilgi ve belgeler, kimliği gizli tutulması gereken bir hastalık şüphesi taşıyan hastanın basına afişe edilmesiyle sonuçlanan bu süreçte davalının kusurlu davrandığını gösterdiğinden, basında verilen bilgiden fazlasının yazılmış olmasının davalının bu sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağına ve davalının yayına sebebiyet verdiği kabul edilerek davanın kabulüne karar verilmesi gerektiğine...” karar verilmiştir⁶⁹⁹.

Sağlık personelinin kusurunun tespit edilemediği hallerde ise, rücu tazminat davasının reddi gerekir. Davalı doktorun ameliyata girip girmediği konusunda bir belirleme yapılmadığı; mevcut delillere göre, ... Hastanesi'nde ...tarihinde ...'e yapılan safra kesesi ameliyatını, davalı doktorun yaptığı kanıtlanamamış olduğundan, Mahkemece davanın tümünden reddi gerekirken, davalının bir kısım tazminatla sorumlu tutulmuş olması dosya kapsamına uygun bulunmamış, temyiz incelemesi neticesinde kararın bozulmasına karar verilmiştir⁷⁰⁰.

Tazminat davasının, hem kurum hem de hastane personeli hekimlere karşı açılmış olması halinde, yargılama sonucunda verilen karar ilerde açılma ihtimali bulunan rücu

⁶⁹⁷ Yargıtay, 4HD., 08.11.2016, 180/10944; 4HD., 16.02.2016, 499/1825; 4HD., 20.02.2014, 5607/2855; 4HD., 02.03.2017, 14907/1303. Lexpera (erişim tarihi:01.05.2020).

⁶⁹⁸ Yargıtay, 4HD, 17.12.1976, 692/11046. (Hakan Hakeri, Tıp Hukuku,5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2012, s.618 de karar gerekçesi ile birlikte alıntılanmıştır).

⁶⁹⁹ Yargıtay, HGK., 04.04.2001, 333/335. Lexpera (erişim tarihi:01.05.2020).

⁷⁰⁰ Yargıtay 4HD., 10.12.2013, 3305/19553. Lexpera (erişim tarihi:01.05.2020).

davasında güçlü delil olarak dikkate alınabilir. Yargılama sonucunda sadece kurum aleyhine tazminata hükmedilmiş olması ve hekimler hakkında davanın reddine karar verilmiş olmasına rağmen bu kararın temyiz edilmemiş olması; kurum tarafından ödenen tazminatın sağlık personeli hekimlere rücu edilemeyeceği anlamına gelmeyecektir. Bu durum davalı hekimler lehine kazanılmış hak sonucunu doğurmaz, çünkü davalı hekimler hakkında verilen red kararı dolaylı olarak davalı kurumu etkileyecektir⁷⁰¹.

Rücu tazminat davası açılan sağlık personeli hakkında ceza mahkemesinde verilen beraat kararı hukuk hakimini bağlamaz; ancak, hukuk hakiminin bu bağımsızlığı sınırsız değildir. Yargıtay, ceza mahkemesinin maddi vakıaların belirlenmesine ilişkin mahkumiyet kararının hukuk hakimi yönünden bağlayıcı olduğunu ve taraflar yönünden kesin delil niteliği taşıyacağını kabul etmiştir⁷⁰². Yargıtay bu yöndeki bir kararında;

“...somut olayda, ceza mahkemesinin davalı hakkındaki kesinleşmiş mahkumiyet kararıyla dosyadaki diğer deliller birlikte değerlendirildiğinde, davalının kusurlu olduğu anlaşıldığından, mahkemece davalının kusur oranına ilişkin, denetime ve hüküm kurmaya elverişli uzman bilirkişiden rapor alınarak sonuca gidilmesi gerekirken, davanın reddine karar verilmesi...” bozma nedeni kabul etmiştir⁷⁰³. Bir diğer rücu davasında;

“...davalı hakkında TCK 85/1 maddesi uyarınca verilen Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının, Borçlar Kanunu 53. maddesinde düzenlenen (Yeni TBK 74.md.) ve hukuk hakimini bağlayan kesinleşmiş ceza mahkumiyeti niteliğinde bir karar olmadığı; diğer yandan, açıklanan somut olayın gelişim biçimi, tedaviden kısa süre sonra ölümün gerçekleşmesi ile ... Kurumu...Kurulu raporu ve 4/11/2011 tarihli ... Uzmanı Prof. Dr. ..tarafından düzenlenen rapora göre davalıyı sorumlu tutmak mümkün olmadığından...” davalının sorumluluğuna karar verilmiş olması doğru bulunmamış ve bozma kararı verilmiştir⁷⁰⁴.

Uygulamada rücu müessesesinin her zaman etkin şekilde işletilmediği görülmektedir. Şeffaflık ve hesap verebilirlik ilkelerinin gerçekleştirilmesi ile hukuk devletinin gereği olan istisnasız herkesin kendi kusuruyla verdiği zarardan sorumlu tutulması ilkesi, rücu müessesesinin işletilmesini zorunlu kılmaktadır. Rücu yoluna gerekli önemin verilmesi ile idarenin zararının kamu görevlisine rücu edilmesi gerektiği

⁷⁰¹ Yargıtay, HGK., 02.03.2005, 101/133. Lexpera (erişim tarihi:01.05.2020).

⁷⁰² Yargıtay, 4HD., 11.04.2012, 2517/6166. Lexpera (erişim tarihi:01.05.2020).

⁷⁰³ Yargıtay, 4HD., 21.11.2017, 245/7483; 4HD., 13.04.2015, 4197/4652. Lexpera (erişim tarihi:01.05.2020).

⁷⁰⁴ Yargıtay, 4HD., 09.04.2013, 9302/6592. Lexpera (erişim tarihi:01.05.2020).

hallerde amirlerin sorumluluklarını yerine getirmeleri ve Sayıştay tarafından bu konuda gerekli denetimlerin yapılması, kusurlu kamu görevlisinden hesap sorulması anlamında bireylerin genel olarak devlete ve kamu kurumlarına güvenini sağlamakta önemli olacaktır.

III. SAĞLIK HİZMETİNDEN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE YARGI DIŞI YÖNTEMLER

A. Tahkim

Tahkim, hukuki anlaşmazlığa düşmüş tarafların anlaşarak bu hukuki uyuşmazlığın hallini devletin yargı organları yerine, özel kişilere bırakmalarını ve uyuşmazlığın bu özel kişi ya da kişiler tarafından çözümlenmesini ifade eder⁷⁰⁵. Tahkim usulünde, kişilerin irade beyanı ile devletin yargı organları bertaraf edilmiş olur⁷⁰⁶. Taraflar, yaptıkları sözleşme ile hakemlerin vereceği kararı önceden kabul etmiş olduklarından, taraflardan birisinin sonradan bundan vazgeçmesi mümkün değildir⁷⁰⁷.

Anayasanın 125. Maddesine eklenen (Ek hüküm: 13/8/1999-4446/2 md.) “*Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir.*” hükmü ile tahkim kamu hukukunda anayasal olarak kabul edilmiştir. Bir imtiyaz sözleşmesinde, bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözüleceğine dair düzenleme yapılabilir. Bu halde, sözleşmeden doğan davalar idari yargının görev alanından çıkıp adli yargının görev alanına girmektedir⁷⁰⁸.

⁷⁰⁵ Aysel Çelikel, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 4. Bası, İstanbul, 1995, s.380; Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, 7. Bası, İstanbul, 1995, s.452.

⁷⁰⁶ Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, s.453.

⁷⁰⁷ Aysel Çelikel, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s.380.

⁷⁰⁸ Ramazan Çağlayan, “Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargı Dışı Yöntemler (Tahkim, Sulh, Uzlaştırma)”, V. Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-2 Kasım 2013, Ankara, 2014, s.333.

Tahkim usulü, imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan ihtilaflar haricinde 29.6.1938 tarih ve 3533 sayılı Kanun'la belirlenen kamu idareleri ile kamu kurumlarının kendi aralarında cereyan eden özel hukuk ihtilaflarının çözümü ve spor federasyonlarının kendi faaliyet alanlarının yönetim ve disipliniyle ilgili olarak aldıkları kararlar konusunda uygulanmakta⁷⁰⁹; diğer idari uyuşmazlıklarda uygulama imkanı bulunmamaktadır.

B. Uzlaşma

Amerika Birleşik Devletleri, Kanada ve Avustralya gibi Anglo-Sakson hukuk sistemini uygulayan ülkelerde doğan ve yayılan alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, diğer hukuk sistemlerince de benimsenmiştir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere Ceza İşlerinde Arabuluculuk Konulu R (99) 19 Sayılı Tavsiye Kararı⁷¹⁰ ile uzlaşma; esnek, geniş kapsamlı, sorun çözücü, katılımcı bir usul olarak görülerek üye devletlerin hükümetlerine, uyuşmazlıkların mahkeme dışı çözümü ve bunun için gerekli usullerin geliştirilmesi tavsiye edilmiştir.

Taraflar arasında ortaya çıkan tüm uyuşmazlıkların çözümü için mahkemeye başvurulması, mahkemelerin iş yoğunluğunu arttırmakta ve yargılama aşamasının uzun sürmesi nedeniyle tarafların mağduriyetine neden olmaktadır. Bu nedenle, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri öngörülmüştür.

Uzlaştırma usulü, uyuşmazlıkların mahkeme dışı çözümü için geliştirilen alternatif çözüm yöntemlerinden biridir. Uzlaştırma yöntemi ile, taraflardan tümüyle bağımsız ve objektif konumda bulunan ve uzmanlık eğitimi almış olan üçüncü kişinin, aralarında uyuşmazlık bulunan taraflara, somut olayın koşullarına ve özelliklerine göre çeşitli çözüm önerileri sunarak, onların bu çözüm önerilerini müzakere etmesi ve sunulan çözüm önerilerinden birisi üzerinde mutabakata varmaları hedeflenir⁷¹¹.

⁷⁰⁹ Mehmet Karaaslan, “İdarenin Taraf Olduğu Uyuşmazlıkların Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri İle Giderilmesi”, TBB Dergisi 2019 (140), s.83.

⁷¹⁰ <http://www.cte.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/198201915521710.pdf> (erişim tarihi:15.04.2020).

⁷¹¹ Süha Tanrıver; “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Çözüm Yolları” Türkiye Barolar Dergisi, Sayı:64, Ankara 2006, s.153.

Uzlaşma kurumu, cezalandırıcı adalet anlayışına alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak ülkemizde ilk olarak, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer alan hükümler ile uygulamaya konmuştur.

CMK 253'ncü maddesine göre, taksirle yaralama suçu kanunda sayılan ve şikâyete bağlı olup olmadığına bakılmaksızın, uzlaşma yoluna gidilebilecek suçlardandır. Sağlık meslek mensuplarının, tıbbi müdahale uygulamalarından doğan cezai sorumluluğu, TCK'nun 89'ncü maddesinde düzenlenen "taksirle yaralama suçu" kapsamında değerlendirildiğinden, uzlaşma yoluna açıktır. Uzlaşma gerçekleştirildiği takdirde, taraflar arasındaki uyuşmazlık dava yoluna gidilmeksizin çözülmüş olur.

Sağlık hukuku alanında sağlık mesleklerinin uygulanması ile ilgili olarak taraflardan herhangi birisinin maddi ve manevi tazminat taleplerine dair uyuşmazlıkların uzlaşma yoluyla halledilmesi amacıyla, uzlaşma kurumu, 663 Sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında KHK'nın 24'üncü maddesi ile düzenlenmiş; ancak, 02.01.2014 tarihli ve 6514 sayılı Kanun⁷¹²un 2'nci maddesi ile kaldırılmıştır. Anılan Kanun maddesine dayanılarak hazırlanan Sağlık Mesleklerinin Uygulanmasından Dolayı Uğranılan Zararların Uzlaşma Yoluyla Halledilmesine İlişkin Yönetmelik⁷¹³de, süreçte taraflar arasında uzlaşma sağlanamadığı için düzenlemenin efektif olmadığı gerekçesi ile 20.2.2014 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır.

Mülga edilmiş olsa dahi bu yöntemin sağlık hukuku alanında uygulanabilirliğini anlamak açısından, uzlaştırma yöntemi hakkında bilgi vermek yararlı görülmüştür. Uzlaştırma sürecinde, sağlık mesleklerinin uygulanmasından kaynaklanan zarara uğradığını iddia edenlerin dava açma süresi içinde maddî ve manevî tazminat istemiyle Sağlık Bakanlığı'na başvurmaları halinde, Bakanlığın; sağlık mesleklerinin uygulanmasından dolayı zarara uğradığını iddia eden kişiyi, zarar verdiği iddia olunan ilgili meslek mensubunu, varsa ilgili meslek mensuplarının mesleki mali sorumluluk sigortasını yapan sigorta şirketinin temsilcisini yazılı olarak uzlaşmaya davet edecektir. Bakanlık bu konuda bağlı yetki içinde, pasif durumdadır. Bakanlığa başvurunun dava açma süresi içinde yapılması, uzlaşma başvurusu ile dava açma süresinin duracağı düzenlenmiştir. Her üç tarafın da uzlaşma yolunu kabul etmesi hâlinde, uzlaşma süreci

⁷¹² RG. 18.01.2014/28886.

⁷¹³ RG. 14.08.2012/28384.

üzerinde anlaşmaları bir hukukçu uzlaştırıcı marifetiyle başlatılacaktır. Sürecin sonunda uzlaşma sağlanamaması hâlinde, uzlaştırıcı tarafından yapılan masrafları ve uzlaştırıcı ücretini taraflar eşit olarak öder; uzlaşma sağlandığı takdirde, uzlaştırıcı tarafından yapılan masraflar ve uzlaştırıcı ücretinin tamamı ve üzerinde uzlaşma sağlanan bedel, doğrudan sigortacı, sigortasının bulunmaması durumunda, ilgili meslek mensubu tarafından ödenir. Uzlaşma sağlanması halinde uzlaşma tutanağı tanzim edilir, bu tutanak ilam niteliğindedir. Uzlaşma sürecine dahil olmayan kamu ya da özel sağlık kurumları ya da Bakanlık tarafından her iki durumda da herhangi bir ödeme yapılmaz.

663 sayılı KHK'nin bazı hükümlerinin Anayasaya aykırılığı iddiası ile iptali talebiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuş ve Anayasa Mahkemesi'nin 14.02.2013 tarih ve 2011/150E. , 2013/30 K. sayılı kararı ile 24. Maddeye dair başvuru, Anayasa'ya aykırı olmadığından reddedilmiştir⁷¹⁴.

Anayasa'nın 129. ve 657 sayılı Kanun'un 13. Maddesi gereği; kamu görevlilerinin görevlerini yaparken yetkilerini kullanırken sebebiyet verdikleri zararlardan dolayı tazminat davaları, idare aleyhine açılacak ve hizmet kusurunun varlığı halinde idarenin sorumluluğu sözkonusu olacaktır. 663 sayılı KHK'nin mülga 24'ncü maddesine göre uzlaşma usulü, zarar gören ile ilgili sağlık meslek mensubu arasında gerçekleşebileceğinden; ancak, kamu görevlisinin kişisel kusuru nedeniyle sorumlu

⁷¹⁴ Anayasa Mahkemesi'nin 14.02.2013 tarih ve 2011/150E. , 2013/30 K. sayılı kararı. Karar gerekçesi: *“Anayasa'nın 141. maddesiyle de davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması görevi yargıya verilmiştir. Bu görevin ağır iş yükü altında yerine getirilmesi zorlaştıkça, uyuşmazlıkların çözümü için alternatif yöntemlerin yaşama geçirilmesi, yargıya ilişkin anayasal kuralların etkililiğinin sağlanması bakımından gerekli görülebilir. Kanun koyucunun, taraflara görevli ve yetkili mahkemeye başvurmadan önce aralarındaki uyuşmazlığı kısa sürede çözmek üzere kanunla oluşturulan uzlaşma mekanizmalarına başvurma yükümlülüğü getirmesi, bu aşamadan sonra kararı benimsemeyen tarafa yargı yolunun açık tutulması, mekanizmanın oluşumunun ve çalışma yönteminin, uzmanlığın önemi de gözetilerek hukuk devleti ilkeleriyle uyum içinde düzenlenmesi koşuluyla Anayasa'ya aykırı olmaz. Dava konusu kuralla, sağlık mesleklerinin uygulanmasından dolayı zarara uğradığını iddia edenlerin dava açma süresi içerisinde bu madde kapsamında yapacakları maddi ve manevi tazminat başvurularının, Bakanlık tarafından kuralda öngörülen şekilde uzlaşma yoluyla halledilmesi olanaklı kılınmakla birlikte, tarafların uzlaşma yoluna başvurmaları zorunlu tutulmadığı gibi, uzlaşma sonucu belirlenen tazminat tutarından tatmin olmayan tarafın yargı yoluna başvurusu da engellenmemiştir. Öte yandan, uzlaşma görüşmelerinin, tarafların üzerinde uzlaşacağı ve hukukçu unvanını taşıyan bir uzlaştırıcının gözetiminde, ilgili tüm taraflar ile varsa sigorta şirketinin temsilcilerinin katılımıyla yapılması öngörülerek ve uzlaştırıcı hukukçunun, mesleki kusur bulunup bulunmadığı hususunda Yüksek Sağlık Şurasının belirlediği bilirkişilere, zarar miktarının hesaplanması hususunda ise adli yargı adalet komisyonları tarafından her yıl düzenlenecek olan listelerde yer alan bilirkişilerin görüşüne başvurusu imkânı getirilerek, uzlaşma görüşmeleri sonucu adil ve hakkaniyete uygun bir karar verilmesinin hedeflendiği anlaşılmıştır.”* https://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&view=article&id=963:663&catid=24:belgeler&Itemid=41 (erişim tarihi:15.04.2020).

olduğu haller için uygulanabilecektir. Hizmet kusuru olan hallerde sorumluluk idareye ait olduğuna göre, uyuşmazlığın zarar gören ile idare arasında çözümlenmesi gereklidir ki; bu düzenlemenin bu amaca hizmet etmediği açıktır. Ancak, idare aleyhine tazminata hükmedilmesi halinde şartları gerçekleştiğinde idarenin personele rücu hakkı olduğundan, ilgili sağlık hizmet personeli rücu tazminat davasına muhatap olmamak için, zarar gören ile uzlaşma yöntemini tercih edebilecektir.

Tezimizin konusu sağlık hizmetlerinden kaynaklanan zararlardan idarenin sorumluluğu olduğundan, ilgası nedeniyle zaten uygulama imkanı kalmamış olan uzlaştırma prosedürü hakkında yukarıdaki açıklamalar yeterli görülmüştür.

C. Arabuluculuk

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden bir diğeri olan arabuluculuk, en etkin ve yaygın olarak uygulananıdır. Türk hukukunda, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu⁷¹⁵’nin yürürlüğe girmesi ile uygulamaya geçilmiştir. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği⁷¹⁶ ile uygulama usul ve esaslarına yer verilmiştir. Anılan Kanununun 2’nci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ve anılan Yönetmeliğin 4. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde, arabuluculuk;

“Sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi”

olarak tanımlanmıştır.

Tanrıver tarafından yapılan tanıma göre:

“Arabuluculuk, uyuşmazlık içine düşmüş olan tarafları, konuşmak ve müzakerelerde bulunmak amacıyla biraraya getiren, birbirlerini anlamalarını ve bu suretle kendi çözümlerini kendilerinin üretmelerini sağlamak amacıyla aralarındaki iletişimi kolaylaştıran, tümüyle

⁷¹⁵ RG. 22.06.2012/28331.

⁷¹⁶ RG. 02.06.2018/30439.

bağımsız, tarafsız ve objektif bir konumda bulunan uzmanlık eğitimi almış olan üçüncü kişinin katkısı yahut katılımıyla yürütülen gönüllü bir usuldür”⁷¹⁷.

Hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk ülkemizde zorunlu dava şartı olarak ilk defa 2018 yılında işçi alacakları bakımından, 2019 yılında ise ticari uyuşmazlıklar bakımından uygulanmaya başlanmıştır. İhtiyari (iradi) arabuluculuk ise, “anlaşmaya varmak için tarafların kendi istekleriyle, gönüllü olarak başlattığı, bir diğer ifade ile uyuşmazlığın taraflarının iradesine bağlı arabuluculuk sürecidir.”⁷¹⁸. Tarafların talebi ile başlatılan arabuluculuk süreci, tarafların hem uyuşmazlık çözümü için hem de çözüm yöntemi olarak arabuluculuk kurumunu kullanmak için istekli ve fikir birliğine varmış olmaları nedeniyle, daha verimli olacaktır. Arabuluculuk görüşmeleri tarafların belirleyebileceği usulde gerçekleştirilirken, her iki tarafın ortak menfaatine uygun bir anlaşma sağlanması amaçlanır; anlaşmanın çözümü tarafların elindedir.

Sağlık hizmetlerinin içerdiği farklı ve çeşitli faaliyetler, pek çok hukuki uyuşmazlık konusu olabilir. Bir uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olması için kamu düzenini ilgilendirmemesi ve tarafların serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri hukuki uyuşmazlıklara ilişkin olması gerekir. Bu nedenle, ceza ve disiplin hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar arabuluculuk sürecine elverişli değildir; tıbbi uygulama hatasından kaynaklı ceza veya disiplin soruşturma ve kovuşturmalarında arabulucuya başvurulamaz. Sağlık hizmetlerinden kaynaklı tazminat ve alacak talepleri ise bu kapsamda arabuluculuk sürecine elverişlidir, taraflarca alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak arabuluculuk başvurusu yapılabilir. Sağlık hukukunda arabuluculuk başvurusu bir dava şartı değildir; ancak ihtiyari olarak uygulanabilir.

İdarelerin taraf olduğu özel hukuk uyuşmazlıklarında, arabuluculuk sürecinde idarenin temsili, anlaşma belgesinin düzenlenmesi ve diğer hususlarda 7036 sayılı Kanun ile Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği hükümleri uygulanır. Arabuluculuk faaliyetlerinde idarelerin temsili usulü, Yönetmeliğin 18’nci maddesinde düzenlenmiş olup; idareyi, üst yönetici tarafından belirlenen iki üye ile hukuk birimi amiri veya onun belirleyeceği bir avukat ya da hukuk müşavirinden oluşan komisyon temsil

⁷¹⁷ Süha Tanrıver, “Genel Olarak Arabuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları ve Aralarındaki Temel Farklılıklar” Ankara Barosu V.Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara 2014, s.277. ; Mustafa S.Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2004, s.202.

⁷¹⁸ Ahmet M Kılıçoğlu, *Arabuluculuk Sözleşmeleri*, Ankara, Turhan, 2020: s.27.

eder. Hukuk biriminin veya kurum avukatının olmadığı hallerde komisyon üyelerinin tamamı üst yönetici tarafından belirlenir. Komisyon üyeleri iki yıl süre ile görev yapar, süresi biten üye yeniden görevlendirilebilir. İdare merkezde veya taşra teşkilatlarında komisyonlar kurabilir.

İdareyi temsil eden komisyon, arabuluculuk sürecinde karar alma konusunda tam yetkilidir ve oy birliği ile karar alır. Komisyon üyeleri, görevinin gereklerine aykırı davrandıklarının mahkeme kararıyla tespit edilmesi dışında, bu görevleri nedeniyle mali ve idari yönden sorumlu tutulamazlar. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması halinde, anlaşma belgesi düzenlenir ve taraflar ve arabulucu tarafından imzalanır. Tarafların mahkemedен talebi ile icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilen anlaşma belgesi, ilam niteliğindedir. Anlaşma belgesi, taraflar ve arabulucu ile birlikte tarafların avukatları tarafından da imzalandığında, artık icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılır. Anlaşmaya varılan hususlarda, taraflarca dava açılmaz. Arabuluculuk faaliyetinin Yönetmeliğin 20'nci maddesinde sayılan herhangi bir şekilde sona ermesi halinde, nasıl sonuçlandığı son tutanak ile belgelendirilir.

Sağlık Hukuku konusuna giren uyuşmazlıkların arabuluculuk yöntemi ile çözülmesi; uzun süren yargılama süreci yerine daha kısa sürede zarar gören kişilerin mağduriyetlerinin giderilmesini sağlayabilecektir. Arabuluculuk yöntemi, dava yargılama giderlerinden daha düşük maliyetli olduğundan, uyuşmazlığın bu yöntemle çözümü tarafların lehinedir. Ayrıca, arabuluculuk sürecinde arabulucu ile birlikte taraflar, kanuni temsilcileri, avukatları ve görüşmelere katılan diğer kişiler gizlilik kuralına uymakla yükümlü olduğundan, tarafların duyulmasını istemedikleri haberleri önlemek ve hekimin ve/veya sağlık hizmeti sunucusunun gizliliği korumak bakımından da önemlidir. Arabuluculuk kurumunun uzun zamandır uygulandığı Amerika Birleşik Devletlerinde, hastane ve hasta arasındaki uyuşmazlık arabuluculuklarında çözüm şansının %90 üzerinde olduğu gözlenmiştir⁷¹⁹.

Sağlık hukukunda arabuluculuk kurumu bugüne kadar verimli kullanılmamıştır. Oysa yargılama sürelerin uzunluğu, yargılama ve avukatlık giderlerinin yüksek olması,

⁷¹⁹ Szmania SJ, Johnson AM, Mulligan M. Alternative dispute resolution in medical malpractice: A survey of emerging trends and practices. Conflict Resolution Quarterly. 2008;26(1):71-96.

hakimler arasında malpraktis uyuşmazlıklarında uzmanlaşma eksikliği, hastanın psikolojik ve maddi durumu, yargılamada hekim ve sağlık kurumu ve kuruluşunun olumsuz etkilenen imajı, hekim-hasta ilişkisinin bozulması, davanın hangi tarafın lehine sonuçlanacağına önceden tahmin edilememesi, dava üzerinde tarafların rolleri ve etkinliklerinin neredeyse hiç dikkate alınmaması gibi sebepler, arabuluculuk kurumunun cazibesini ortaya ortaya koymaktadır⁷²⁰.

D. Sulh

Kamu mali yönetimini düzenleyen 1050 sayılı Muhasebe-i Umumiye Kanunu yıllar içinde yetersiz kalmış ve kamu mali yönetimi ve denetiminin yeniden yapılandırılması amacıyla 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu yürürlüğe konmuştur. Bu Kanunun amacı, kamu kaynaklarının etkili, ekonomik ve verimli bir şekilde elde edilmesi ve kullanılmasını, hesap verebilirliği ve malî saydamlığı sağlamak üzere düzenlemeler yapılmasıdır. 659 sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname (KHK)'de bu yeniden yapılanma süreci çerçevesinde yürürlüğe girmiştir.

659 sayılı KHK'nin amaçlarından biri de idarenin taraf olduğu uyuşmazlıklarda sulh yoluna yönelik usul ve esasların belirlenmesidir. Genel ve özel bütçeli idarelerin bu KHK kapsamında olduğu düzenlendiğinden mahalli idareler, sosyal güvenlik kurumları, düzenleyici ve denetleyici kuruluşlar, 659 sayılı KHK kapsamına girmemektedir.

6100 sayılı HMK'nun "Ön İnceleme" başlığı altında 137'nci ve devamı maddelerinde uyuşmazlık konularının tespitinden sonra hâkimin, tarafları sulhe veya arabuluculuğa teşvik edeceği, ön inceleme duruşmasının sonunda, tarafların sulh veya arabuluculuk faaliyetinden bir sonuç alıp almadıkları, sonuç alamadıkları takdirde anlaşamadıkları hususların nelerden ibaret olduğu tutanakla tespit edilerek tahkikatın bu tutanak esas alınmak suretiyle yürütüleceği düzenlenmiştir. HMK'nun 313'ncü maddesinde, sulh; görülmekte olan bir davada, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı kısmen veya tamamen sona erdirmek amacıyla, mahkeme huzurunda yapmış oldukları sözleşme olarak tanımlanmıştır. İdari yargılama usulünde sulh konusunda ayrı bir düzenleme

⁷²⁰ Ayfer Uyanık, "Sağlıkta Arabuluculuk" Literatür Aktüel Aylık Aktüel Tıp ve Haber Dergisi, 01 Haziran 2015, <http://www.literaturaktuel.com/saglikta-arabuluculuk/> (erişim tarihi: 15.04.2020).

bulunmadığı gibi, İYUK 31'nci maddesinde HUMK hükümlerinin uygulanacağı hususlar arasında da sayılmamıştır.

Sulh; tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıkların, daha hızlı ve daha az maliyetli şekilde çözülmesi amacıyla, karşılıklı ve birbirine uygun iradeleri ile yaptıkları anlaşmadır. Sulh kurumu da, uzlaşma temeline dayanan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerindedir.

İdareler, kamu kaynaklarında serbestçe tasarrufa yetkili olmadıklarından, idarenin kamu alacağından vazgeçmesi, başka bir ifade ile sulh ile bazı alacaklarını almaktan vazgeçmesi için açık bir şekilde yasal bir düzenlemenin yapılması gerekir⁷²¹.

Genel ve özel bütçeli idareler yönünden sulh; 659 sayılı KHK'de düzenlenmiştir. Bu düzenleme kapsamında ifade edilen sulh, HMK 313. madde anlamında sulh değil henüz dava açılmadan önce idarenin, adli veya idari uyuşmazlıklarını anlaşma yoluyla sona erdirmesini ifade eden mahkeme dışı bir usuldür⁷²².

659 sayılı KHK'nin 9, 10, 11'nci maddelerinde adli uyuşmazlıkların ve ve 12'nci maddesinde idari uyuşmazlıkların sulh yolu ile halline ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Anılan hükümler uyarınca, sulh akdinin konusunu, tarafların üzerinde tasarruf etme yetkilerine sahip oldukları iş ve işlemler oluşturabilir; sebepsiz zenginleşmeden, haksız fiilden, özel hukuk sözleşmelerinden, hizmet kusuru ve kusursuz sorumluluk hallerinden kaynaklanan alacak ve borçlar hakkında sulh anlaşmaları yapılabilir.

İdari uyuşmazlıkların sulh yoluyla halli usul ve esaslarının düzenlendiği, 659 sayılı KHK'nin 12'nci maddesine göre; idari işlemler nedeniyle hakları ihlal edilenler, uğramış oldukları zararın sulh yoluyla giderilmesini dava açma süresi içerisinde (60 gün) isteyebilirler. İdari eylemler nedeniyle hakları ihlal edilenlerce, bu KHK kapsamında olan idarelere, İYUK'nun 13 üncü maddesinin birinci fıkrası uyarınca yapılan başvurular da sulh başvurusu olarak kabul edilir. Sulh istemine ilişkin başvuru üzerine, işlemeye başlamış olan dava açma süresi durur ve başvuru sonuçlanmadan dava açılmaz.

⁷²¹ Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku* (2017), s.142-143.

⁷²² Gürsel Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku*, 2. Bası, Bursa, 2017, s.49.

Sulh başvurularının altmış gün içinde sonuçlandırılmaması halinde ise, istek reddedilmiş sayılır. Bu KHK hükümlerine uygun olarak yapılan ve idare tarafından reddedilmeyen başvurular, hukuki uyuşmazlık değerlendirme komisyonuna gönderilir.

Hukuki uyuşmazlık değerlendirme komisyonu, idareler bünyesinde, üst yönetici tarafından oluşturulan, hukuk birimi amiri ve hukuki uyuşmazlıkla ilgili birim amirinin bulunduğu en az üç üyeden oluşur. Sulh başvurularının incelenmesinde, başvurunun konusu, zarara yol açan olay ve nedenleri, zararın idari eylem veya işlemden doğup doğmadığı ve meydana geliş şekli, idarenin tazmin sorumluluğunun olup olmadığı, zararın miktarı ve ödenecek tazminat tutarı tespit edilir. Komisyon tarafından, bilirkişi incelemesi dahil olmak üzere gerekli her türlü araştırma ve inceleme yapılarak, gerekli görüldüğünde olayla ilgili bilgisi bulunan kişiler de dinlenerek tamamlanan inceleme sonunda rapor hazırlanır ve karar vermeye yetkili mercilere sunulur.

İdari uyuşmazlıkların sulhen hallinde yetkili merci KHK'nin 11'inci maddesinde belirtilen esaslara ve tutarlara göre belirlenir⁷²³.

Hukuki uyuşmazlık değerlendirme komisyonunun raporu, karar vermeye yetkili mercilerce kabul edilir ise başvuru sahibi, sulh tutanağının imzalanması için davet edilir. Davet yazısında belirtilen tarihte gelinmez veya temsilci gönderilmez ise sulh tutanağı kabul edilmemiş sayılır; bu halde zararın tazmin edilmesi talebiyle yargı yoluna başvurulabilir. Uyuşmazlık konusu tazminat miktarı ve ödeme şekli üzerinde anlaşma sağlanması halinde, tutanak düzenlenir ve taraflarca imzalanır. Sulh anlaşmasında, tarafların karşılıklı hak ve yükümlülükleri ile sulh olma iradeleri belirtilir ve vazgeçilen menfaatin ve tanınan hakkın bedeli gösterilir. Sulh anlaşmasını imzalayacak kişi temsilci veya vekil ise, sulh ve ibra konusunda açıkça yetkilendirilmiş olması gereklidir.

⁷²³ 659 sayılı KHK MADDE 11- "a) Tutara ilişkin olmayanlar ile 1.000.000 Türk Lirasına kadar olanlarda (1.000.000 Türk Lirası dahil) hukuk biriminin görüşü alınarak, ilgili harcama yetkilisinin teklifi üzerine üst yönetici,

b) 1.000.000 Türk Lirasından fazla olanlardan 10.000.000 Türk Lirasına kadar olanlarda (10.000.000 Türk Lirası dahil), hukuki uyuşmazlık değerlendirme komisyonunun görüşü alınarak, üst yöneticinin teklifi üzerine ilgili bakan, Milli Savunma Bakanlığında Müsteşarın teklifi üzerine Bakan,

c) 10.000.000 Türk Lirasından fazla olanlarda Cumhurbaşkanı,⁽¹⁾ yetkilidir. Bakan ya da üst yönetici bu yetkisini sınırlarını açıkça belirlemek suretiyle alt kademelere, münhasıran taşra birimlerinin iş ve işlemleriyle ilgili olup illerde valilik, ilçelerde kaymakamlık onayına bağlanan iş ve işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda vali ve kaymakamlara devredebilir."

Yazılı olarak hazırlanarak taraflarca imzalanan sulh tutanağı ilam hükmündedir. Sulh olunan konu ya da miktara ilişkin olarak dava yoluna başvurulamaz. Sulh olunan miktar idare bütçesinden ödenir. Sulh yolu ile alacaklısına ödenmesine karar verilen tutarlar, ilama bağlı borç olarak Merkezi Yönetim Harcama Belgeleri Yönetmeliğinin 29'ncu maddesi (b) bendine göre, sulha yetkili makam veya merci kararı ve sulhname belgeleri ile ödenir.

İdari uyuşmazlıkların sulh ile hallinde; maddi ve hukuki nedenlerle kamu menfaatinin bulunması ve yapılacak sulhün idarenin yararına olması aranır. Uyuşmazlığın yargıya veya icraya intikal etmesi halinde, idare aleyhine sonuçlanacağı ve ödenmesi gereken tutara faiz, masraf, vekalet ücreti gibi giderler ekleneceğinden ek mali bir külfet doğacağı öngörüldüğü takdirde, uyuşmazlığın sulhen çözümünde idarenin menfaati vardır. Sulh yolu ile, gerçek ve tüzel kişiler ile idarelerin taraf oldukları uyuşmazlıkların en az masrafla, hızlı ve dostane bir şekilde çözümlenmesi ve yargının iş yükünün azaltılması amaçlanmakta ve idare aleyhine dava açılmasına engel olunarak, yargılama süreci beklenmeksizin karşı tarafın zararı makul sürelerde giderilmesi amaçlanmıştır. Taraflar arasında uyuşmazlık konusu olayda birden çok ihtilaf bulunduğu takdirde ihtilafın tamamının sulh yolu ile çözümlenmesi amaçlanır; ancak, kamu menfaati görüldüğünde kısmi sulh de mümkündür.

Ancak, 659 sayılı KHK'nin yürürlüğe girmesinden itibaren dokuz yıl gibi uzun bir süre geçmesine rağmen, bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak düzenlenmiş olan sulh yoluna ilişkin hükümlerin etkin ve yeterli bir şekilde uygulanmadığı görülmektedir. Bunun sebebi olarak, hukuki uyuşmazlık değerlendirme komisyonlarının sürekli olarak görev yapmayıp her uyuşmazlık için yeniden oluşturulması, anılan komisyonda görev yapan personelin karar verme görev ve yetkilerini kullanmakta çekinceleri, bu kişilerin yeterli hukuki korumaya sahip olmaması ve sulh yolunun zorunlu olmaması gösterilmektedir. Bu hususlar göz önüne alınarak sulh yolunun daha etkin ve verimli şekilde uygulanmasını sağlayacak düzenlemeler yapılması amacıyla "659 Sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik

Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı⁷²⁴ hazırlanmış ve 21/02/2018 tarihinde kamu kurum ve kuruluşlarına görüşe gönderilmiştir. Taslakta;

- *Bu Kanun Hükmünde Kararname hükümlerinin; 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (I) ve (II) sayılı cetvellerde yer alan kamu idareleri ile (IV) sayılı cetvelde yer alan sosyal güvenlik kurumları hakkında uygulanacağı düzenlemesi ile kapsamın genişletilmesi,*

- *Hukuki uyuşmazlık değerlendirme komisyonunun ismi sulh komisyonu şeklinde değiştirilerek üye sayısının artırılması,*

- *Komisyonların sürekli görev yapması, taşrada sulh komisyonu kurulabilmesi ve iş yoğunluğu dikkate alınarak merkez ve taşrada birden fazla komisyon kurulabilmesi,*

- *Sulh komisyonlarının beşyüz bin Türk Lirasına kadar olan uyuşmazlıkları nihai olarak sonuçlandırabilmesi, bu miktarın üstündeki uyuşmazlıklar için ilgili makamlara sulh konusunda görüş bildirmesi,*

- *Adli yargıda tazminat ve alacak davası açmadan veya bu konuda icra takibine başlamadan önce sulh yolunun denenmesinin zorunlu olması,*

- *Sulh komisyonu üyelerine, inisiyatif alabilmeleri amacıyla hukuki koruma getirilmesi,*

- *659 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'deki değişikliklere uyum sağlamak amacıyla 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun "Görevli olmayan yerlere başvurma" kenar başlıklı 9 uncu, "İptal ve tam yargı davaları" kenar başlıklı 12 nci ve "Doğrudan doğruya tam yargı davası açılması" kenar başlıklı 13 üncü maddelerinde değişiklik yapılması, öngörülmektedir.*

Taslakta öngörülen değişiklikler kısmen de olsa ihtiyaçlara cevap vererek, sulh yolunun daha etkin ve verimli şekilde uygulanmasına hizmet edecek nitelikte görülmektedir.

Ülkemizde özel hukuk uyuşmazlıkları için getirilen alternatif çözüm yöntemlerinden olan tahkim, arabuluculuk, uzlaşma kurumlarının idari uyuşmazlıklarda uygulanmasında beklenen yarar sağlanamamıştır. Uygulamada karşılaşılan sorunlar dikkate alınarak, 659 sayılı KHK'de Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı'nın genel olarak sulh, uzlaşma ve/veya arabuluculuk kurumları ile ilgili usul ve

⁷²⁴ <http://mgm.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/taslagi-659-sayili-genel-butce-kapsamindaki-21022018-tarihinde-kamu-kurum-ve-kuruluslarina-goruse-gonderilmistir12112019032829>. (erişim tarihi.30.04.2020).

esasların düzenlendiği kanun olarak düzenlenmesi, alternatif çözüm yöntemlerinin idari uyuşmazlıklarda daha etkin ve verimli şekilde uygulanması bakımından çözüm olabilir.

SONUÇ

Anayasa'nın, "Sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması" başlıklı 56. Maddesi hükmü ile, sağlık hakkı anayasal güvence altına alınmış ve devlete sağlık kamu hizmetini sunma görevi verilmiş; sağlık hizmetlerinin planlanması, yürütülmesi, denetlenmesi devletin yükümlülükleri olarak düzenlenmiştir.

Devlet sunmakla yükümlü olduğu sağlık hizmetini kamu sağlık kuruluşları eliyle yürütebileceği gibi, sağlık hizmetinin sunumu için özel sektöre ruhsat vererek, bu şekilde özel sektör tarafından sunulan hizmetleri denetlemek suretiyle de yürütebilir. Ülkemizde sağlık hizmeti karma bir modelle, kamu ve özel sağlık kuruluşları ile birlikte verilmektedir.

Ülkemizde halen kamu sağlık hizmeti veren kamu kurum ve kuruluşları olarak; Sağlık Bakanlığı'na bağlı hastaneler ve diğer sağlık kuruluşları, Üniversite hastaneleri, TSK'na bağlı sağlık üniteleri, belediyelere ait poliklinik ve hastaneler sayılabilir. Devlete ve diğer kamu tüzel kişilerine ait olanlar hariç olmak üzere gerçek veya tüzel kişiler tarafından kurulmuş hastaneler, tanı merkezleri (tıbbi laboratuvarlar, radyoloji müesseseleri, nükleer tıp müesseseleri), tedavi merkezleri (fizik tedavi ve rehabilitasyon müesseseleri ile radyoterapi müesseseleri) ve muayenehaneler ise, özel sağlık hizmet sunucuları olarak sayılabilir.

Sağlık hizmeti veren özel hukuk kişileri ile hasta arasındaki hukuki ilişki, özel hukuk sözleşmelerinden "vekalet sözleşmesi" ya da "eser sözleşmesi" niteliği taşır. İdarenin, özel hukuk kişileri tarafından yürütülen sağlık hizmetinden doğan sorumluluğunun kaynağı, idarenin sağlık kamu hizmetine ilişkin yürüttüğü denetim ve gözetim görevidir; kişilerin uğradıkları zararlar idarenin denetim ve gözetim eksikliğine bağlıysa idare sorumlu olacaktır, aksi takdirde aralarındaki özel hukuka tabi ilişki nedeniyle özel sağlık hizmet sunucuları sorumludur. Sağlık hizmeti veren kamu kurum ve kuruluşları ile hasta arasında ise, bu şekilde bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır. Kamu sağlık kuruluşları, kamu hizmeti niteliği taşıyan sağlık hizmeti vermek üzere devlet veya diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan ve işletilen kurumlar olduğundan, kamu

hukuku kurallarına göre işletilir; dolayısıyla hasta ile kamu sağlık kuruluşları arasındaki ilişki, kamu hukuku ilişkisidir.

Anayasa'nın 125'inci maddesinin son fıkrasında yer alan "*İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.*" hükmüyle kabul edilen idarenin malî sorumluluğu ilkesi, idarenin işlem ve eylemleriyle neden olduğu zararları tazmin etmesi anlamına gelmektedir. İdarenin kamu hukuku alanından kaynaklanan mali sorumluluğunun çerçevesi ile hüküm ve esasları, Anayasa'nın bu hükmünden yola çıkılarak içtihatlarla belirlenmiş; bu hükmünde idarenin sorumluluğu için kusurlu olması vurgusunda bulunulmadığından, idarenin kusursuz sorumluluk ilkesine göre sorumlu tutulmasının mümkün olduğu kabul edilmiştir.

İdarenin sorumluluğunda asıl olan kusurlu, istisna olan kusursuz sorumluktur. İdarenin sağlık hizmetlerinden sunumundan kaynaklanan tazminat sorumluluğu da, esas olarak hizmet kusuruna dayanır. İdarenin sağlık hizmeti sunumundan kaynaklanan zararların tazmininden sorumlu tutulabilmesi için, öncelikle idarenin hizmet kusuru olup olmadığının araştırılması, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkelerinin uygulanıp uygulanmayacağına incelenmesi gereklidir.

Hizmet kusuru, idare hukukuna özgü bir kusurlu sorumluluk şekli olarak karşımıza çıkar. Hizmetin kötü işlemesi veya gereği gibi işlememesi, hizmetin geç veya yavaş işlemesi ve hizmetin hiç işlememesi; genel olarak hizmet kusuru sayılan hallerdir. Sağlık hizmetlerinde hizmet kusuruna dair yasal bir düzenleme yapılmamış olduğundan, hangi hallerde hizmet kusurunun varlığının kabul edileceği doktrin ve içtihatlar ile belirlenmektedir.

Kamu hizmetinin sunulması esnasında; hizmet kusuru sayılan hallerde gerçekleşen zararların, idarenin kusura dayanan sorumluluğu sebebiyle, idare tarafından tazmini gerekir. Kamu görevlilerinin hizmetten ayrılabilen kusurlu tutum ve davranışları ise, kişisel kusur oluşturur ve şahsi sorumlulukları söz konusu olur. Bu nedenle, idarenin sorumluluğunun belirlenmesinde, kişisel kusur ile hizmet kusuru ayrımı önem taşır. Sağlık hizmetleri açısından da, kamu görevlisi olan sağlık personelinin idare adına yürüttüğü hizmetin dışında, hizmet ile ve bu hizmet için tahsis edilmiş olan araç-gereçler ile hiçbir bağı olmayan eylemlerinden bir zarar doğması halinde, kişisel kusur nedeniyle şahsi sorumluluğu söz konusu olacaktır.

İdarenin hizmet kusurundan doğan sorumluluğunun kabul edilebilmesi için, özel hukuk alanındaki sorumluluğa paralel şekilde hukuka aykırılık, kusur, zarar ve illiyet bağı şartlarının gerçekleşmesi aranır. Öğretide, mücbir sebep, beklenmeyen hal, zarar görenin davranışı ve üçüncü kişinin davranışı idarenin sorumluluğunu ortadan kaldıran veya azaltan nedenler olarak kabul edilmiştir. İdari faaliyet ile zarar arasında nedensellik bağı, araya giren bu etkenler nedeniyle zayıflamakta ya da tamamen ortadan kalkmakta, bu şekilde idarenin sorumluluğunun da azalması ya da tamamen ortadan kalkması sonucu doğmaktadır. Yerleşik içtihatlar ile, idarenin kural olarak yürüttüğü kamu hizmeti ile nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlü olduğu; ortada tazmini gereken zararın bulunmaması, zararlar idari faaliyet arasında nedensellik bağının kurulamaması, zararın zarar gören kişinin veya üçüncü kişinin eyleminden doğması, mücbir sebeplerden kaynaklanması, idare hukukuna özgü tazmin nedenlerinin bulunmaması gibi durumlarda idarenin tazmin yükümlülüğünün ortadan kalkacağı kabul edilmiştir.

İdarenin hangi hallerde sağlık hizmetlerinden dolayı tazminat ödemekle sorumlu tutulabileceği; sağlık hizmetinin kim tarafından verildiği, verilen hizmetin niteliği ile hizmetin verilmesinde yürütülen faaliyetler ve sorumluluk hukukunda kusur değerlendirmeleri dikkate alınarak tespit edilebilir. Çalışmamızda sağlık hizmeti sunumunda yürütülen faaliyetler dikkate alınarak, idarenin sağlık hizmeti sunumu özelinde hizmet kusuru; idarenin sağlık hizmetlerinin organizasyonundan (sağlık hizmetinin kuruluşu, işleyişi ve denetim faaliyetleri) ve tıbbi müdahalelerden kaynaklanan hallerde incelenmiştir.

İdare aleyhine yürütülen sağlık hizmetlerinden dolayı açılan tam yargı davalarında, Danıştay kararlarında uzun yıllar, bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmeti nedeniyle uğranılan zararın tazmininde idarenin ağır kusurunun varlığı şartı aranmıştır. Uygulamada, sağlık hizmetinde hangi uygulama hatalarının sadece hizmet kusuru, hangilerinin ağır kusur oluşturduğuna dair genel bir kriter oluşturulamamış ve somut olaya göre değerlendirme yapılarak “ağır hizmet kusuru”, “açık ve belirgin kusur” ya da “hizmet kusuru” bulunduğu gerekçeleriyle, idarenin tazmin yükümlülüğüne karar verilmiştir. Ancak, idarenin sağlık hizmetinin kuruluş, işleyiş ve denetimi faaliyetlerinden kaynaklanan davalarda, Danıştay kararlarında çoğu zaman idarenin sorumluluğundan söz edebilmek için "ağır hizmet kusuru"nun varlığının aranmasına gerek görülmediği, sadece "hizmet kusuru"nun varlığının yeterli sayıldığı görülmüştür.

İdarenin kusursuz sorumluluğuna temel teşkil eden, risk ve kamu külfetleri karşısında eşitlik olmak üzere iki ana ilke esas alarak değerlendirildiğinde, niteliği gereği bünyesinde risk mevcut olan sağlık hizmetlerinin her alanında kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanamayacağı kabul görmüştür. Ancak; tıp biliminde gerçekleşen ve gelecekte devam edecek gelişmeler de dikkate alındığında, idarenin kan ürünlerinin toplanması ve aktarımı, nükleer tıp uygulamaları, koruyucu sağlık hizmeti olarak yapılan zorunlu aşı uygulamaları, ilaçlama çalışmaları gibi faaliyetlerinden dolayı, zarar ile idarenin eylemi arasında illiyet bağı kurulması halinde kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanması, idarenin kusursuz sorumluluğunun dayandırıldığı “adalet”, “hakkaniyet ve nesafet” ilkeleri bakımından da uygun olacaktır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda, idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından idari yargıda tam yargı davası açılabileceği düzenlenmiştir. İdarenin sağlık kamu hizmetleri kapsamındaki faaliyetlerinden dolayı hakları zarara uğrayanlar tarafından idare aleyhine açılacak tazminat davaları da, idari yargıda açılması gereken tam yargı davalarındandır. İdari yargı organlarınca görülen tam yargı davalarında farklı süre ve usuller öngörülmüştür.

Amacı, adaletin sağlanması ile hukuk düzeninin devam etmesi ve kişilerin subjektif haklarının korunması olan yargı yolunun etkinliğinin gerçekleştirilebilmesi için, usul kurallarına uyulması önemlidir. İYUK’un 31’inci maddesi ile HMK’ na atıf yapılarak, bu Kanunda hüküm bulunmadığı takdirde sayılan hususlarda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmiş; bunun yanı sıra, İYUK’nun birçok maddesi ile idari yargılama hukukuna özel ilave birtakım kurallar düzenlenmiştir. Çalışmamızda idarenin sağlık hizmetleri sunumundan kaynaklanan zararların tazmini için açılması gereken tam yargı davalarında uygulanması gereken yargılama usulü, mevzuat hükümleri birlikte sunulmuş ve örnek yargı kararları ile zenginleştirilerek uygulamada yararlı olacak bir kaynak oluşturmaya çalışılmıştır.

İdarenin sağlık hizmeti sunumundan kaynaklanan hak ihlallerinde olağan kanun yollarının (idari ve yargısal başvuru yollarının) tamamının tüketilmiş olmasına rağmen hak ihlalinin giderilmemesi halinde, Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruda bulunulabilir. Anayasa Mahkemesi’nin konu hakkında başvurulara dair örnek kararları, kişilerin maddi ve manevi varlığını koruma hakkı ile adil yargılanma hakkının ihlali yönündedir. Ayrıca, sağlık hakkı ve sağlık hizmetlerinden dolayı, iç hukuk yollarının

tüketilmiş olması şartı ile AİHM'ne de başvuru hakkı tanınmıştır. AİHM, ülkemiz aleyhine yapılan başvurular ve verilen ihlal kararları irdelendiğinde, sağlık hakkıyla ilgili başvuruların başta yaşam hakkı olmak üzere, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağı, adil yargılanma hakkı ile özel ve aile hayatına saygı hakkı çerçevesinde incelendiği görülmektedir.

Anayasa'nın 40. maddesi ve 129/5'nci maddesi hükümlerinde düzenlenen, kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının, kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, kendileri aleyhine değil ancak idare aleyhine açılabileceğini ifade eden "idari güvence ilkesi" gereği, üçüncü kişinin uğramış olduğu zararı idare tazminle yükümlüdür; sonrasında eğer şartları gerçekleşmiş ise, ilgili kamu görevlisine rücu eder. Anayasa hükümleri, kamu görevlilerinin hukuki sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır; aksine, zarar görenlerin zararının giderilmesi açısından kamu görevlisi kişilere göre ödeme gücü daha yüksek olan Devlet gibi bir sorumluyu muhatap kılarak, zarar gören kişilerin korunması amaçlanmıştır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesinde, kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı kişilerin bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açabilecekleri, Kurumun genel hükümlere göre sorumlu personele rücu edeceği düzenlenmesi yapılmıştır. Doktrinde ve yargı kararlarında, kamu görevlisine genel hükümlere göre rücu hakkının kullanılmasında adli yargının görevli olduğu ve uyuşmazlığın haksız fiil esaslarına göre çözümleneceği görüşü kabul görmüştür. Rücu davalarında, idare tarafından ödenen tazminatın rücu talep edildiği sağlık personelinin olayda kusurunun olup olmadığı ve kusur oranının ne olduğu hususlarının belirlenmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gereklidir.

Anayasanın 129/5 maddesi hükmü ile rücu müessesesi, idarenin takdir yetkisinden çıkarılarak, bağlı yetki haline getirildiği halde, uygulamada rücu müessesesinin her zaman etkin şekilde işletilmediği görülmektedir. Sağlık hizmetlerinden doğan ve idare tarafından tazmin edilen zararlarda sorumlu personele rücu edilmesi, uygulamada daha sık rastlanan örneklerdendir. Rücu yoluna gerekli önem verilerek, idarenin zararının kamu görevlisine rücu edilmesi gerektiği hallerde amirlerin sorumluluklarını yerine getirmeleri ve Sayıştay tarafından bu konuda gerekli denetimlerin yapılması; şeffaflık ve hesap verebilirlik ilkelerinin gerçekleştirilmesi ile istisnasız herkesin kendi kusuruyla

verdiği zarardan sorumlu tutularak hesap sorulması anlamında, bireylerin genel olarak devlete ve kamu kurumlarına güvenini sağlamakta önemli olacaktır.

Sağlık Hukuku konusuna giren uyuşmazlıkların çözümünde yargı dışı yöntemlerin uygulanması, uzun süren yargılama süreci yerine daha kısa sürede zarar gören kişilerin mağduriyetlerinin giderilmesini ve tarafların yargılama giderlerinden kurtulmasını sağlayabilecektir. Sağlık hizmetlerinden kaynaklanan zararlardan idarenin sorumluluğunda, tahkim ve uzlaştırma usulünün uygulama imkanı yoktur. İdarenin taraf olduğu uyuşmazlıklarda sulh yoluna yönelik usul ve esasların belirleyen 659 sayılı KHK'nin yürürlüğe girmesinden itibaren dokuz yıl gibi uzun bir süre geçmesine rağmen, bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak düzenlenmiş olan sulh yoluna ilişkin hükümlerin etkin ve yeterli bir şekilde uygulanmadığı görülmektedir. Karşılaşılan sorunlar dikkate alınarak, 659 sayılı KHK'de değişiklik yapılması ile, alternatif çözüm yöntemlerinin idari uyuşmazlıklarda daha etkin ve verimli şekilde uygulanmasına hizmet edecek düzenlemeler yapılması çözüm olabilir.

KAYNAKÇA

KİTAPLAR

Açıkgöz, Aslı, *Basın Yoluyla Gerçekleşen Kişilik Hakkı İhlallerinin Unsurları*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul: 2009.

Açıkgözoğlu, Muhammet, *Ceza Hukuku Açısından Teori ve Uygulamada Mağdur Kavramı*, Ankara: Adil Yayınevi, 2000.

Akipek, Jale G. / Akıntürk, Turgut, *Başlangıç Hükümleri Kişilik Hukuku*, İstanbul:Beta Yayınevi, 2007.

Akyılmaz, Bahtiyar, *İdare Hukukunda Kamu Görevlisine Rücu Sorunu*, Fikret Eren'e Armağan, Ankara: Yetkin Yayınları, 2006.

Akyılmaz, Bahtiyar / Sezginer, Murat / Kaya, Cemil, *Türk İdare Hukuku*, 2. Baskı, Ankara: Seçkin, 2011.

Armağan, Tuncay, *İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları*, Ankara:Seçkin Yayınları, 1997

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

Atabey, Ertürk S., *Sağlık Sistemleri ve Sağlık Politikası*, Ankara: Gazi Kitabevi, 2016.

Atay, E. Ethem, *İdare Hukuku*, 2. B., Ankara: Turhan Kitabevi, 2008.

-----, *İdare Hukuku*, 6.Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2018.

Ataay, AYTEKİN, *Şahıslar Hukuku, Giriş Hakiki Şahıslar*, 3. Baskı, İstanbul:1978.

Atıcı, Sevindik Ebru, *Hekimin Meslek Hatalarından Kaynaklanan Hukuksal ve Cezai Sorumluluğu*, Çukurova Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Adana: 2006.

Ayan, Mehmet, *Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hukukî Sorumluluk*, Ankara:Kazancı Hukuk Yayınları, 1991.

Azrak, Ali Ülkü, “*İdarenin Toplumsal Muhatara (Sosyal Risk) Kuramına Göre Kusursuz Sorumluluğu*” *İdare Hukuku Alanında Sorumluluk*, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1980.

Bayraktar, Köksal, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*, İÜHF Yayını, 1972.

Büyüksağış, Erdem, *Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı*, İstanbul:Vedat Kitapçılık, 2007.

Candan, Turgut, *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ekim 2005.

-----, *İdari Yargılama Usulü Kanunu*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2011.

Çağlayan, Ramazan, *İdare Hukuku Dersleri*, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, Eylül 2014.

-----, *İdari Yargılama Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2011

-----, *İdarî Yargılama Hukuku*, 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013

-----, *İdarî Yargılama Hukuku*, 4. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014

-----, *İdari Yargılama Hukuku*, 9.Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.

-----, *İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması*, Ankara: Asil Yayınları, 2004.

-----, *İdari Yargıda Kanun Yolları (Kararlara Karşı Başvuru Yolları)*, 2.Baskı, Ankara: Asil Yayınları, 2006.

-----, *Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu (İdarenin Kusursuz Sorumluluğu)*, 1.Baskı, Ankara: Asil Yayınları, 2007.

Çakmut, Yenerer Özlem, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, İstanbul:Legal Yayıncılık, 2003.

Çalı, Murtaza, *Haksız Fiilden Doğan Tazminat*, Ankara: Gürsoy Basımevi, 1968.

Çelikel, Aysel, *Milletlerarası Özel Hukuk*,4.Bası, İstanbul:Beta Yayınları, 1995.

Çetin, Gürsel, *“Tıbbi Malpraktis” Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi*,İstanbul:İstanbul Medikal Yayıncılık, 2006

Çilingiroğlu, Cüneyt, *Tıbbi Müdahaleye Rıza*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993.

Dunn, H.L. , *High-level wellness: A collection of twenty-nine short talks on different aspects of the theme "High-level wellness for man and society."* Arlington, VA: R.W. Beatty,1961.

Duran Lütfi, *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu: Sorumluluğun Temeli ve Sebepleri, Sorumluluğa Yol Açan Olgular*, No. 138, Ankara: Türkiye ve Orta Doğu Amme Enstitüsü Yayınları, Sevinç Matbaası, 1974.

Düren, Akın, *İdare Hukuku Dersleri*, Ankara:Sevinç Matbaası,1979.

Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş 10. Bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 2008.

-----, *Borçlar Hukuku Genel Hükümleri*, 10.Bası, İstanbul 2010.

Erlüle, Fulya, *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat*, Ankara:Seçkin Yayınevi, 2015.

Eroğlu, Hamza, *İdare Hukuku Genel Esaslar, İdari Teşkilat ve İdarenin Denetlenmesi*, 5. Bası, Ankara: Işın Yayıncılık, 1985

Eroğlu, Müzeyyen, *Tam Yargı Davalarında Manevi Tazminat*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2008.

Esin, Yüksel, *İdarenin Hukuki Sorumluluğu, Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları* (İdarenin Hukuki Sorumluluğu) II.Kitap: Esas, Ankara: Balkanoğlu Matbaacılık, 1973.

-----, *Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, 2. Kitap: Esas, İdarenin Hukuki Sorumluluğu*(Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları), 2.Baskı, Ankara: Güven Matbaası, 1976.

Esin Yüksel / Dünder Erol, *Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları*, Birinci Kitap: Usul, Ankara: Balkanoğlu Matbaacılık, 1971.

Giritli, İsmet, Akgüner, Tayfun; *İdare Hukuku Dersleri II*, İstanbul: Filiz Kitapevi, 1987.

Gökcan, Hasan Tahsin, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013.

Gözler, Kemal, *İdare Hukuku*, C.II, 1. Baskı, Bursa: Ekin Kitabevi, 2003.

-----, *İdare Hukuku Dersleri*, Bursa: Ekin, 2009

-----, *Hukukun Temel Kavramları*, 7. Baskı, Bursa: Ekin, 2010.

Gözübüyük, Şeref, *Yönetim Hukuku*, Ankara: Sevinç Matbaası, 1991.

-----, *Yönetim Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2004.

-----, *Yönetim Hukuku*, Ankara: Turhan Yayınları, 2010.

-----, *Yönetim Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2011.

-----, *Yönetimsel Yargı*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2003.

Gözübüyük Şeref, Tan Turgut; *İdare Hukuku, C.I Genel Esaslar*, 2.B., Ankara: Turhan Kitabevi, 2001.

-----, *İdare Hukuku Cilt 2 İdari Yargılama Hukuku*, Güncelleştirilmiş Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2003.

-----, *İdare Hukuku*, C.I, 4. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2006.

-----, *İdare Hukuku Genel Esaslar*, Cilt 1, 6.Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2008.

-----, *İdare Hukuku*, C.2, Ankara: Turhan Kitabevi, 2008.

-----, *İdare Hukuku İdari Yargılama Hukuku*, C. II, Ankara: Turhan Kitabevi, 2010

Günday, Metin, “*Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanun Hükümlerinin Uygulama Alanı*” *İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü*, 2001 Yılı Sempozyumu, Ankara: Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, 2003.

-----, *İdare Hukuku*, Ankara: İmaj Yayınları,1996.

-----, *İdare Hukuku*, 7. Baskı, Ankara: İmaj Yayınları, 2003.

-----, *İdare Hukuku*, 6. Baskı, Ankara: İmaj Yayınları, 2002.

-----, *İdare Hukuku*,10.Baskı, Ankara:İmaj Yayınları, Ekim 2013.

Gündüz, F.Ebru, *İdari Davalarda Ehliyet ve Husumet*, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2016.

Hakeri, Hakan, *Tıp Hukuku*, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, 2012.

-----, *Tıp Hukuku*, 9. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015.

Irız, Çatak Betül, *Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2011.

Kabasakal, D.Fatih, *Bölge Adliye (İstinaf) Mahkemelerinin Kuruluşu ve Çalışma Usulleri*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2006.

Kaplan, Gürsel, *İdari Yargıda Dava Açma Süreleri*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2011.

-----, *İdari Yargılama Hukuku*, 2. Bası, Bursa: Ekin Yayınevi, 2017.

Karahasan, Mustafa Reşit, *Tazminat Hukuku*, İstanbul: Beta Basım Yayım, 1996.

-----, *Tazminat Hukuku: Manevi Tazminat*, 6.Baskı, İstanbul: Beta Basım Yayım, 2001.

Karaege, Özge, *Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusur Sorumluluğu*, Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2001.

Karavelioğlu, Celal, *Değişiklik Açıklama ve Son İçtihatlarla İdari Yargılama Usulü Kanunu*, Trabzon: Top-Kar Matbaacılık, 1996.

-----, *İdari Yargılama Usulü Kanunu*, 3. Baskı, Trabzon: Top-Kar Matbaacılık, 1997.

-----, *İdari Yargılama Usulü Kanunu*, C: I, 5. Baskı, Ankara: 2001

Karlı, Abdurrahim, *Medeni Muhakeme Hukuku*, 3. Baskı, İstanbul: Alternatif Yayıncılık, 2012

Kavuncubaşı, Şahin, *Hastane ve Sağlık Kurumları Yönetimi*, Ankara: Siyasal Kitapevi, 2000.

Kılıçoğlu, Ahmet M., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2002.

-----, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Bası, Ankara: Turhan Yayınevi, 2006.

-----, *Arbuluculuk Sözleşmeleri*, Ankara: Turhan Yayınevi, 2020.

Kılıçoğlu, Mustafa, *Tazminat Hukuku*, 2. Baskı, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2006.

Kudat, Arkun, *Cismani Kazalardan Doğan Zararların Değerlendirilmesi*, Ankara: Ajans Türk Matbaası, 1966.

Kuru, Baki; Arslan, Ramazan; Yılmaz, Ejder; *Medeni Usul Hukuku*, Değiştirilmiş 18. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2012

Köprülü, Bülent, *Medeni Hukuk, Genel Prensipler- Kişinin Hukuku*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1979.

Merter, Özay, *Estetik Amaçlı Tıbbî Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2006.

Nomer, Ergin, *Devletler Hususi Hukuku*, 7. Bası, İstanbul, 1995.

Odyakmaz, Zehra, *Türk İdari Yargılama Usulünde Kararlara Karşı Başvuru Yolları*, İstanbul: Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1993.

Odyakmaz Zehra, Kaymak Ümit, Ercan İsmail; *Anayasa Hukuku İdare Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, 2012.

Oğuzman, M. Kemal/Öz Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, 2005.

Onar, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, III. Cilt, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1966.

Ozansoy Cüneyt, *Tarihsel ve Kuramsal Açından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 1989.

Özay, İlhan, *Gün Işığında Yönetim*, İstanbul: Alfa Yayınları, 2002.

Özdemir, Necdet, *Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu*, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, Ankara: Yeni Desen Matbaası, 1963.

Öztañ, Bilge, *Medeni Hukuk'un Temel Kavramları*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2005.

Pekcanıtez, Hakan, *Belirsiz Alacak Davası*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2011

-----, *Medeni Usul Hukukunda Fer'i Müdahale*, DEÜ Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1992.

Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes Muhammet; *Medeni Usul Hukuku*, B.5, Ankara: Yetkin Yayınları, 2006.

Polat, Oğuz, *Tıbbi Uygulama Hataları Klinik-Sosyal-Hukuksal-Etik Boyutları*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2005.

-----, *Tıbbi Uygulama Hataları*, 2. Baskı, İstanbul: Seçkin Yayınevi, 2014

Sancakdar, Oğuz, *İdare Hukuku, Teorik Çalışma Kitabı*, 4.Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2014.

Savaş, Halide, *Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları*, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2011.

Sert, Gürkan, *Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Açısından Sağlık Hizmetlerinde Mahremiyet Hakkı Kavramı*, Marmara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul, 2007.

Somer, Pervin, *Komplikasyon Yönetimi*, Tıp Hukuku Atölyesi, Akyıldız/Hakeri/Çelik/Somer, Ankara: 2013.

Sözüer Adem, Yasin Melikşah, Kürşat Zekeriya; *Hatalı Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Sorumluluk*, Hastane Yönetimi, Nobel Tıp Kitabevleri, Bölüm 66, 2013.

Stegers, Christoph-M., *Der Sachverständigenbeweis im Arzthaftungsrecht – neue Entwicklungen*, in: *Arzthaftungsrecht – Rechtspraxis und Perspektiven MedR-Schriftenreihe Medizinrecht*, (Hrsg.: T.RatajczakChr.-M.Stegers Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V.), Berlin-Heidelberg 2006.

Tan, Turgut, *İdare Hukuku*, 2.Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2013.

Tekinay, Selahattin Sulhi, *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku*, 6. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992.

Tekinay, Selahattin Sulhi /Akman, Sermet / Burcuoğlu, Haluk / Altop, Atilla; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul: Filiz Yayıncılık, 1988.

Telli, Semih Tekin, “*İdari Yargıda Kesin Hüküm*”, *İdare Hukuku ve İdari Yargılama ile İlgili İncelemeler III*, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, No:29, Ankara: Başbakanlık Basımevi, 1980

Tokalı, Muhammed, *Sağlık Kamu Hizmetinde İdarenin Tazminat Sorumluluğu*, Doktora Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Entitüsü, 2016.

Türkmen, Ali, *Hasta ve Hekim Hukuku*, Samsun: Erol Ofset Yayıncılık Şti., 2009.

Ünver Yener, *Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk*, İstanbul: Beta Basım Yayım, 1998.

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, *Türk Medeni Hukuku, Şahsın Hukuku*, C. I –Cüz 2, 6. Baskı, İstanbul: Sermet Matbaası, 1960.

Velioğlu, Perihan, *Hemşirelikte Kavram ve Kuramlar*, İstanbul: Alaş Ofset, 1999.

Yenice, Kâzım / Esin, Yüksel; *İdari Yargılama Usulü Cilt-2 (Açıklamalı-İzahatlı-Notlu)*, Arısan Matbaacılık, Ankara, 1983

Yılmaz, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2004.

....., *Medeni Yargılama Hukukunda Islah*, 3. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2011.

Zabunoğlu, Yahya Kazım, *İdare Hukuku*, C. II, Ankara: Yetkin Yayınları, 2012.

MAKALELER

Akyılmaz, Bahtiyar, “Kamu Zararı ve Kamu Zararında Rücu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi M C., LXIX, S.1-2, 2011, s. 61-78.

Altay, Asuman (2005), Türkiye’de Beşeri Sermayenin Karşılaştırmalı Analizi, TUGİAD Bilimsel Eserler Yarışması Birincilik Ödülü, İzmir.

Aravacık Esra Dünder, “Çocuklarda Aydınlatılmış Onam”, İzmir Barosu Dergisi, 2017, S1, s.11-51.

Aslantekin Filiz, Bayram Gökteş, Mesude Uluşen, Ramazan Erdem; “Sağlık Hizmetlerinde Kalite Deneyimi: Dr. Ekrem Hayri Üstündağ Kadın Hastalıkları ve Doğum Hastanesi Örneği”, Fırat Sağlık Hizmetleri Dergisi, Cilt:2, Sayı:6, 2007, s.55-71.

Bayındır, M.Savaş, “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y:2007,C.XI, S:1-2, s.551-589.

Birtek, Fatih, “Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinde İdarenin Kusura Dayanan Sorumluluğu”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2, S. 3-4, 2007, s.81-128. (Hakemli Üniversite Dergisi)

Birtek, Fatih, “Tıbbi Uygulama Hataları Bakımından Taksir- Bilinçli Taksir Ayrımı (Komplikasyon- İzin Verilen Risk Ayrımı Bağlamında)”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt.10, s.63-106, 2015 (Hakemli Üniversite Dergisi)

Çağlayan, Ramazan, “İdari Eylemden Doğan Tam Yargı Davalarında Dava Açma Süreleri”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IX, Sa. 3-4, Y: 2005, s. 17-33.

Çağlayan, Ramazan, “Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargı Dışı Yöntemler(Tahkim,Sulh,Uzlaştırma)”, V.Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-2 Kasım 2013, Ankara, 2014,s.323-342.

Çelikkol, Hüseyin, İdari Yargıda Ehliyet ve Husumet, Adalet Dergisi, S. 3, 1985, s.749-770.

Dalbay, Özkan ve Biçer, İ.Hakkı,(2002). “Bir Kamu Hastanesinde ISO-9002: 1994 Kalite Güvence Yönetimi Uygulamasının Hasta Memnuniyeti ve Bazı Performans Göstergelerine Etkisi ”, İTÜ, Sosyal Bilimler Dergisi, C:1, S:1, s.11-19

Deryal, Yahya, “Özel Sağlık İşletmelerinde Hastanın Aydınlatılması ve Rızasının Alınması”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2.Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Sayısı,C.III,s.2, 2006s.101-147.

Duran, Lûtfi, “Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu”, Prof. Dr. Tahsin Bekir Balta’ya Armağan, AÜSBF ve TODAİE Yayını, Ankara 1974, s. 59-120.

Duran, Lûtfi, “İdari Kazada Dava Açma Müddeti”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XI, Sa. 1-2, 1945, s.238-263.

Ekmekçi, Ömer, Özel Hukukta Vücut Bütünlüğünün İhlali ve Ölüm Hallerinde Maddi Zarar Hesabının Unsurları, Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda Sorumluluk ve Tazminat Sempozyumu, 12-13 Nisan 1996, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 1996.

Fidan, Nurten, “Hekimin Tıbbi Müdahaleler Nedeniyle Sorumluluğu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C.1, Y.1, Sa.3, 2010, s.349-362.

Gözler, Kemal, “5018 ve 6085 Sayılı Kanunlarda Bazı İdare Hukuku Terimlerinin Yanlış Kullanımı Üzerine” AUHFD, 60 (4) 2011: 837-919

Güneş Mehmet, Gündüz Mustafa; “Kamu Görevlisine Rücu Edilmesinde Hukuki Sorunlar ve İdari Yargı Kararları Işığında Güncel Bir Değerlendirme”, Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Yıl:4, Sayı:7, 2015,s.7-19.

Güran, Sait, “Hekimin Faaliyetlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyum, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Ankara, 12-13 Mart 1982, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1983.

Güran, Sait,“Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu”, Danıştay Dergisi, Yıl:12, S:46-47, 1982, s.16-22.

Gürsoy, Kemal Tahir, “Destekten Yoksun Kalma Tazminatı”, AÜHFD, Cilt 29, Sayı 1-2, Yıl 1972, s. 143-197.

Hakeri, Hakan, Hastane Yönetiminin Sorumluluğu, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1-3 Kasım 2007, Ankara Barosu Yayınları, 2008,s.161-170.

Kaplan, Gürsel, “İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler”, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi, Sayı: 19, Kitap:1, 2004, s. 173–199.

Kaplan Gürsel, “Danıştay Kararları Ve İlgili Özel Yasal Düzenlemeler Çerçevesinde İdari Yargıda Ehliyet Ve Husumet”, *İÜHFM*, Cilt LXIX, Sayı 1-2, Yıl 2011 (*İl Han Özyay’a Armağan*, İstanbul, Legal, 2011) s.347-389.

Karaaslan, Mehmet, “İdarenin Taraf Olduğu Uyuşmazlıkların Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri İle Giderilmesi”, TBB Dergisi, S.140, 2019, s. 71-112.

Kayaer, Nebahat, “Tıp Hukukunda Aydınlatılmış Onam Alınmama Halleri”, İzmir. Barosu Dergisi, Yıl 78, S3, s.147-168.

Kızılyel, Serkan: “Sağlık Hizmeti Yönünden Hizmet Kusuru Kavramını Yeniden Düşünmek”, Terazi, Yıl: 3, Sayı: 24, Ağustos 2008, s.137-156.

Kızılyel, Serkan, “Sağlık Hizmetinin Sunumunda Sır Saklama Yükümlülüğünün İdare Hukukuyla Etkileşimi Üzerine”, Sağlık Hukuku Digestası, Y: 1, S.1, Ankara 2009, s. 326-340.

Kızılyel, Serkan, “İdarenin Sağlık Hizmetinden Doğan Tazminat Sorumluluğu”, Sağlık Hukuku Kurultayı (1-3 Kasım 2007, Ankara),1.baskı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2008, s.203-240.

Odyakmaz, Zehra, İdare Hukuku Açısından Hasta Hakları Uygulamaları, TAAD, Cilt:1,Yıl 2, Sayı 5, 2011,s.1-59.

Özbek, Mustafa S., Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, ABD 1999/2-3,Ankara 2004, s.187-204.

Özek, Çetin “Hekim ve Hukuk, Tıbbî Müdahalede Bulunmak Hakkının Sınırları”, İstanbul Tıp Fakültesi Mecmuası, Cilt XXVIII, 1965, S.4, s.445 vd.

Sarıca, Ragıp, "Hizmet Kusuru ve Karakterleri", Journal of Istanbul University Law Faculty 15 / 4 (Eylül 2011), s.858-895.

Sarıca, Ragıp, “Hizmet Kusuru ve Karakterleri”, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt XV, Sayı 4, 1949, s.858-895.

Szmania SJ, Johnson AM, Mulligan M. Alternative dispute resolution in medical malpractice: A survey of emerging trends and practices. Conflict Resolution Quarterly. 2008;26(1):71-96.

Tanrıver, Süha, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Çözüm Yolları” Türkiye Barolar Dergisi, Sayı:64, Ankara 2006, s. 151-177.

Tanrıver, Süha, “Genel Olarak Arabuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları ve Aralarındaki Temel Farklılıklar” Ankara Barosu V.Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara 2014,s.277-282.

Tekinsoy, M. Ayhan, "Anayasa Mahkemesinin Kamu Görevlilerinin Kişisel Sorumluluğu Konusundaki Yaklaşımının Muhtemel Sonuçları", Ankara Barosu Dergisi / 1 (Ocak 2013),s.19-55.

Temiz, Özgür, “Türk Hukukunda Bir Temel Hak Olarak Sağlık Hakkı”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C.69, No.1, 2014, s. 165 - 188

Ünal, Mehmet: “Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü”, AÜHFD, Cilt: 35, Sayı: 1-4, 1978, s. 397-437 (Manevi Tazminat).

Yasin, Melikşah, “Tıbbi Hatalardan İdarenin Sorumluluğu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Sempozyumu, Deniz Ofset Matbaacılık, İstanbul, Ocak 2007.

Yasin, Melikşah, “İdari Yargılama Usulünde Davaya Müdahale”, İÜHFM, C. LXIX, S.1-2, 2011, s. 439-451.

Yıldırım, M.Fadıl, Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erzincan, 2006, s.57-64.

Yılmaz, Ejder, “İdari Yargıda İddia ve Savunmanın Genişletilmesi/Değiştirilmesi Yasası”, Ankara Barosu Dergisi, 1983, S. 3-4,s.11 – 34.

Yücel, F. Yonca, “Hak ve Menfaatler Üzerine Bir İnceleme”, TBB Dergisi, 2010 (91), s.335-357.

İNTERNET KAYNAKLARI

<http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/constitution-en.pdf?ua=1> (e.t.25.10.2018)

<http://www.constitutionalcourt.gov.tr/inlinepages/leadingjudgements/IndividualApplication/judgment/2013-2839.pdf> (e.t. 23.03.2020)

<http://www.ttb.org.tr/images/stories/file/2015/caseofag.pdf> (e.t.17.03.2020)

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-159260%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-159260%22]})
(e.t.17.03.2020)

<https://www.ailevecalisma.gov.tr/media/1318/avrupa-sosyal-%C5%9Fart%C4%B1.pdf> (e.t.20.03.2020)

<https://www.avrupa.info.tr/tr/avrupa-birligi-temel-haklar-bildirgesi-708>
(e.t.20.03.2020)

http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/metin134.pdf (e.t.23.03.2020)

<https://ihop.org.tr/ekonomik-sosyal-ve-kueltuerel-haklar-komitesi/>
(e.t.23.03.2020)

<https://ihop.org.tr/ekonomik-sosyal-ve-kueltuerel-haklar-komitesi/>
(e.t.23.03.2020)

<https://ihop.org.tr/ekonomik-sosyal-ve-kueltuerel-haklar-komitesi/>
(e.t.23.03.2020)

http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&view=article&id=240:saik-hmetler-ymeshakkinda-saik-bakanli-yerges&catid=8:ygeler&Itemid=34
(e.t.15.03.2020)

https://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&id=240
(e.t.20.03.2020)

<https://shgm.saglik.gov.tr/TR,58484/201918-saglik-hizmet-sunucularinin-basamaklandirilmasi-genelgesi.html> (e.t.15.03.2020).

http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&view=article&id=95:adltabl-hmetler-ymesde-uyulacak-esaslar&catid=3:tebligengelge&Itemid=35

(e.t.15.03.2020)

https://dosyamerkez.saglik.gov.tr/Eklenti/36626,tc-saglik-bakanligi-faaliyet-raporu-2019pdf.pdf?0&_tag1=B2C121BEA48144C0FF27ACC9B9796D4ACE1846DB

(e.t.20.03.2020)

https://sgb.saglik.gov.tr/content/files/2016_faaliyet_raporu.pdf (e.t.06.06.2018)

<https://sbu.saglik.gov.tr/ekutuphane/kitaplar/oecdkitap.pdf> (e.t. 20.10.2018)

<https://dosyamerkez.saglik.gov.tr/Eklenti/33684,saglik-hizmeti-sunucustyazi.pdf?0> (e.t.15.03.2020)

http://tuik.gov.tr/PreTablo.do?alt_id=1095 (e.t.15.03.2020)

<https://dosyamerkez.saglik.gov.tr/Eklenti/2938,ozel-saglik-kuruluslari-denetim-yonergesipdf.pdf?0> (e.t.30.03.2020)

<https://www.tobb.org.tr/saglik/20171229-tss-genel-bakis-tr.pdf> (e.t.30.03.2020)

<http://www.satürk.gov.tr/images/pdf/hst/ozelhastaneler.pdf> (e.t.30.03.2020)

<https://khgmsaglikhizmetleridb.saglik.gov.tr/TR,42870/kamu-hastaneleri-genel-mudurlugu-kamu-saglik-tesisleri-guncel-listesi.html> (e.t.16.03.2020)

<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-92850%22%5D%7D>
(e.t.01.04.2020)

https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-155710*%22%5D%7D
(e.t.01.04.2020)

<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/229921> (e.t.01.04.2020)

<http://echr.ketse.com/doc/22750.02-en-20071115/>,
<http://echr.ketse.com/doc/45305.99-en-20000504/view/> (e.t.01.04.2020)

http://www.tazminathukuku.com/dosyalar/465_ hekimlerin-ve-hastanelerin-sorumlulugu.pdf. (e.t.01.03.2020)

<http://web.deu.edu.tr/radyolojiabd/malpraktis.html> (e.t.12.03.2020).

http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&view=article&id=65:hekl-meslek-etkurallari&catid=4:t&Itemid=31 (e.t. 12.03.2020).

<https://www.toraks.org.tr/uploadFiles/book/file/173201492523-238.pdf>
(e.t.12.03.2020).

<https://www.anayasa.gov.tr/tr/yayinlar/insan-haklari-bilgi-bankasi/avrupa-insan-haklari-mahkemesi/aihm-yapisi/> (e.t.15.04.2020)

<https://rm.coe.int/16805a997c> (e.t.30.04.2020)

https://www.ab.gov.tr/siteimages/birimler/kpb/2019_trkiye_raporu_tr.pdf
(e.t.30.04.2020)

<http://www.literaturaktuel.com/saglikta-arabuluculuk/> (e.t.15.04.2020)

<http://mgm.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/taslagi-659-sayili-genel-butce-kapsamindaki-21022018-tarihinde-kamu-kurum-ve-kuruluslarina-goruse-gonderilmistir12112019032829> (e.t.30.04.2020)