

Hatalı Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Tam Yargı Davalarında Tazmin Borcunun Kapsamı¹

The Scope of The Compensation in The Full Damage Cases That Arising from Medical Practice

Av. Abdullah Hızal

İzmir Tabip Odası Avukatı, Sağlık Hukuku Bilim Uzmanı, İzmir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans Öğrencisi

Doç. Dr. Serkan Çınarlı

İzmir Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku ABD Öğretim Üyesi

ABSTRACT

The legal proceedings of the claimant for the damages due to malpractice may vary according to the location of the event that took place and the legal status of the physician. In this study the conditions of the malpractice faults and the liability of the administration due to malpractice briefly is discussed and following that the conditions of the damage proceedings, the procedures for these cases, the compensation, the content of the liability of administration where malpractice exists, the situations which terminate or lessen the liability and finally the expertise which we believe to have a significant impact on the resolution of the proceedings and needs to be highlighted are discussed.

Keywords: Medical practice, service fault, personal fault, full damage case, expertise.

GİRİŞ

Sağlıklı olma, bedenen ve ruhen tam bir iyilik içinde olma halidir. İnsanların yaşamlarını en iyi şekilde sürdürebilmeleri için sağlık çalışanları ve özellikle de hekimler insanlığa sağlık hizmetini kesintisiz bir şekilde sunarlar. Sağlık hizmetinin sunumu esnasında, istenmemesine rağmen, olumsuzluklar yaşanmaktadır, yaşanacaktır da. Kişinin bozulan sağlık kalitesini iyileştirmeye çalışan he-

1) Bu çalışma İzmir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sağlık Hukuku Yüksek Lisans Programında Doç. Dr. Serkan Çınarlı danışmanlığında yürütülen Av. Abdullah Hızal tarafından savunulan “**Hatalı Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Tam Yargı Davaları**” isimli yayınlanmamış yüksek lisans tezinden üretilmiştir.

kimin veya sağlık çalışanlarının icrai veya ihmali davranışları nedeniyle hatalı tıbbi müdahaleler ortaya çıkabilmektedir.

İşte bu durumda, yani hatalı tıbbi müdahaleden dolayı zarara uğrayan kişilerin bu zararlarının tazmini gündeme gelir. Bu zararlar mal varlığındaki maddi nitelikli bir zarar olabileceği gibi manevi zararlar da olabilir. Mahkemelerce her iki zararın da tespiti önem arz eder. Adli yargıdan farklı bir şekilde sağlık hizmetinin sunumunda tıbbi uygulama hatalarını içtihatlarla idari yargıya özgü olarak gelişen hizmet kusuru kavramı ile değerlendiren idare mahkemeleri, zararı tespit ederken, çözümü tamamen özel ve teknik bir konu olan “hatalı tıbbi müdahale” iddiasını bilirkişi görüşü ile çözüme kavuşturmaktadır. Çalışmamızda hatalı tıbbi müdahalelerin neler olabileceği ve bu hatalardan dolayı açılacak olan tam yargı davalarında, devletin tazminat ödemesinin koşulları ve bu tazmin borcunun kapsamı tartışılacaktır. Tamamen özel bir alan olan tıbbi uygulamaya bağlı hataların tespiti ve buna bağlı olarak da zararın tespitinde “bilirkişilik” vazgeçilmez görünmektedir.

I- Tıbbi Müdahale Kavramı ve Kapsamı

Sağlık, “yalnız hastalık ve malûliyetin yokluğu olmayıp beden, ruhen ve sosyal bakımdan tam bir iyilik hali”, sağlık hizmeti ise, “insan sağlığına zarar veren çeşitli faktörlerin yok edilmesi ve toplumun bu faktörlerin tesirinden korunması, hastaların tedavi edilmesi, bedeni ve ruhi kabiliyet ve melekeleri azalmış olanların işe alıştırılması (rehabilitasyon) için yapılan tıbbi faaliyetler sağlık hizmetidir.” şeklinde tanımlanmıştır².

Sağlık hizmetinin içinde koruyucu, teşhis, tedavi ve rehabilite edici müdahaleler yer almaktadır. Doktrinde tıbbi müdahalenin birçok tanımı³ yapılmakla

- 2) Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, **Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı (Ulusal ve Uluslararası Boyutuyla)**, Legal Yayınları, İstanbul 2012, s. 2; 224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun, R.G. 12.01.1961, Sayı:10705., M. Savaş Bayındır, Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:XI, S:1-2, Yıl:2007, s. 553.
- 3) Hasan Tahsin Gökcan, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, Seçkin Yayınları, Şubat 2013, s. 39 (Tıbbi Müdahaleden), Mehmet Ayan, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Kazancı Yayınları, Ankara 1991, s. 5., Rezzan Günday, **Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk**, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s.3., Battal Yılmaz, **Açıklamalı-İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu**, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 1., Özlem (Yenerer) Çakmut, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, Legal Yayınevi, İstanbul 2003, s.24., Yenerer Çakmut, Özlem. “Sağlık hukukunun Temel Esasları ve Özellikle Aydınlatılmış Onam”, **Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk**, Sempozyum 16-17 Ocak 2009 Mersin, Bildiriler, Mersin Barosu Yayınları, s. 4., Halide Savaş, **Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları**, Seçkin Yayınları, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 2013, s. 26., Kürşat Ersöz, **Tıbbi Müdahale Kavramı ve Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları**, **Tezrazi Hukuk Dergisi**, Yıl: 5, Sayı: 45, Mayıs 2010, s. 106. , Ünal Er, **Sağlık Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara 2008, s. 59., Zafer Adem Gencer, **Ceza Hukuku Kapsamında Tıbbi Mü-**

birlikte tıbbi müdahale en geniş şekilde “Tıp mesleğini icra etmeye yetkili ve eğitilmiş sağlık personeli tarafından tıp bilimi ve tekniği çerçevesinde, kişinin bedensel, fiziksel ve ruhsal yönden iyilik halini sağlamak üzere yapılan koruyucu, teşhis ve tedavi edici, rehabilite edici, her türlü müdahale ile tıbbi araştırma ve denemelerle adli nitelikteki görev ve muayenelerden kaynaklanan tüm müdahaleler”⁴ olarak tanımlanabilir.

Anayasa'nın 17/2. fıkrasındaki “Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz” hükmü ile tıbbi zorunluluk nedeniyle yapılan müdahalenin hukuka aykırı olmayacağı düzenlenmiştir. Tıbbi müdahalelerin haklı, hukuka uygun kabul edilmesinin sebebi şahsın nispeten yüksek bir menfaatini korumaya matuf olmasıdır⁵. Yapılan tıbbi müdahaleden amaç sağlığın tekrar kazanılması ya da zararlı durumun ortadan kaldırılmasıdır. Bununla birlikte bazı yazarlarca, tıbbi müdahalenin sadece sağlığı bozulan kişiye yani hastaya verilen hizmet değil aynı zamanda sağlıklı olan kişilere tedavi dışı amaçla da uygulanabileceği belirtilmektedir⁶. Kanaatimizce de tıbbi müdahale kavramını geniş yorumlamak ve kişinin beden ve ruh bütünlüğüne yönelik her türlü müdahaleyi kavrama dâhil etmek gerekir. Özellikle estetik amaçlı tıbbi müdahaleler bu konuda önem arz etmektedir.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için ise yetkili sağlık personeli (hekim) tarafından yapılması, endikasyon (tıbbi açıdan gereklilik) olması, hastanın aydınlatılmış ve bilgilendirilmiş, rızasının alınmış olması ve tıbbi müdahalenin standart güncel tıp bilimine uygun olarak yapılması gerekir⁷.

II- Hatalı Tıbbi Müdahale (Malpraktis) Kavramı ve Türleri

Hatalı tıbbi müdahalenin ne olduğu hukuken tanımlanmamıştır. Bu nedenle hatalı tıbbi müdahale yerine, “tıbbi hata”, “hekim hatası”, “meslek hata-

dahalelerin Hukuka Uygunluğu, Bilge Yayinevi, Ankara 2014, s. 17., Meral Ekici Şahin, **Ceza Hukukunda Rıza**, XII Levha Yayınları, İstanbul 2012, s. 293., Gökhan Taneri, **Hasta Hakları**, Bilge Yayinevi, Ankara 2014, s. 39., Ali Türkmen, **Hasta ve Hekim Hukuku**, Adalet Yayinevi, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 40., Büşra Uysal, İdarenin Sağlık Hizmetlerinde Kusurlu Sorumluluğu, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, Sayı:77-78, Ocak, Şubat 2011, s.221., Berna Özpınar, Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamadan Doğan Hukuki Sorumluluğun Sebepleri ve Sonuçları, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl:66, Sayı:3 Yaz 2008, s. 91. Ferhat Canbolat, Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Kaynaklanan Sorumluluğunun Dayanağı, **TBB Dergisi**, Sayı:80, Ankara 2009.s.159., Bayındır, s. 560.

- 4) Sevinç Arslan Hızal, Tıbbi Müdahalelerde Olası Kast ve Bilinçli Taksirin Ayırımı, **Ceza Hukuku Dergisi**, Seçkin Yayınları, Yıl:7, Sayı: 18, Nisan 2012, s. 229.
- 5) Mustafa Reşit Belgesay, **Tıbbi Mesuliyet**, M. Sıralar Matbaası, İstanbul 1954, s. 65.
- 6) Özpınar, s. 91.
- 7) Hakan Hakeri, **Tıp Hukuku**, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Mayıs 2012, s. 33.

sı” gibi kavramlar da kullanılmaktadır⁸. Fakat en yaygın olarak kullanılanı ise “malpraktis”tir. Malpraktis kelime anlamı olarak Latince “male” ve “praxis” kelimelerinden türetilmiş “kötü uygulama” anlamına gelmektedir.

Dünya Tabipleri Birliği’nin 1992 yılında yapılan 44. Genel Kurulu’nda kabul edilen bildirmede, tıbbi uygulama hatası (malpraktis) “doktorun tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarar” olarak tanımlanmıştır⁹. Aynı bildirmede, malpraktis tanımını yaparken, tıbbi yanlış uygulama ile tıbbi bakım ve tedavi sırasında görülen ve hekimin hatası olmayan durumların birbirinden ayrılması gerektiği belirtilmiştir. Malpraktisi hekimin tıp bilimini uygulaması ile sınırlı tutmak gerekmele birlikte tıbbi uygulamayı yapan hekim dışı sağlık personelinin bu anlamda yetki ve sorumluluklarının da net olarak tespit edilmesi gerekmektedir.

Doktrinde hekimin tıp mesleğini icra etmesi dolayısıyla yaptığı tıbbi girişimde, tıp mesleğinin ve biliminin kural ve gereklerine uymaması nedeniyle hastasının hayatı veya sağlığına zarar vermesi tıbbi hata/kusur olarak tanımlanmaktadır¹⁰.

Tıbbi uygulama nedeniyle ortaya çıkan olumsuzluğun tıbbi hata olup olmadığının tespiti için bu gün itibarıyla, üçüncü kişilerce kullanılabilecek, elde net bir kılavuz yoktur. Ancak bir hekimin tıbbi uygulamasında hata yapıp yapmadığının tespitinde ölçü ne olmalıdır? sorusuna; “bilim ve tekniğin son durumu” ya da “standart tıbbi uygulama” kavramları ile cevap verilebilir.

Daha önce “bilim ve tekniğin son durumu” ölçütü özen yükümlülüğü ve dolayısıyla tıbbi uygulama hatasında kriter olarak kullanıyorken bugün için “tıbbi standart” kavramı kullanılmaktadır. Bunun nedeni ise son durum kavramının mevcut ulaşılmış son noktayı standart kavramının ise olaylara karşı devamlı uygulanan genel kabul görmüş süreci ifade etmesidir¹¹. Tıbbi standart ise hekimin tedavi amacına ulaşması için gerekli olan ve denenerek ispatlanmış bulunan, hekimin tecrübesi ve doğa bilimlerinin o anki ulaştığı düzeyi ifade etmektedir¹². Dolayısıyla tıp biliminin genel olarak bilinen ve tanınan bir kuralın varlığından söz edilebilmesi için, onun hekimlerin büyük çoğunluğu tarafından aynı veya benzer hadiselerle sürekli uygulanması gerekir¹³.

Genel olarak tıbbi uygulamada hekimden standart uygulama beklenmekle birlikte buna ek olarak hekim özelinde de kriter ortalama bir hekimdir. Bu kriter

8) Özpınar, s. 92.

9) Türk Tabipleri Birliği, s. 20.

10) Gökcan, s. 61(Tıbbi Müdahaleden).

11) Hakeri, s. 516.

12) Hakeri, s. 517. Gökcan, s. 212 (Tıbbi Müdahaleden)..

13) Ayan, s. 106. Çetin Aşçıoğlu, **Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar**, Ankara 1993, s. 78.

esas alındığında, bir doktor ahlaki, düşünce, bedeni ve mesleki teknik bilgi yönünden en az orta düzeydeki ve nitelikteki doktorun özelliği ve yeteneği ile ustalık ve beceriye sahip olmalıdır¹⁴. Hekimin tıbbi uygulamasının tıbbi standartlara uygun olup olmadığı ve hekimin bilgi ve beceri düzeyinin kendisinden beklenen ölçüde (ortalama) olup olmadığı bilirkişi raporları ile tespit edilmektedir.

Hatalı tıbbi müdahale türleri tanı hatası, tedavi hatası, uzmanlık (yetki) sınırının aşılması, bilgilendirme eksikliği ve rıza sınırının aşılması, özen eksikliği ve sır saklama yükümlülüğünün ihlali olarak sıralanabilir¹⁵.

III- Hatalı Tıbbi Müdahaleden Dolayı İdarenin Sorumluluğu İçin Aranılan Şartlar

A- Hizmet Kusuru

İdari anlamda kusurlu sorumluluk, (responsabilite pour faute) idarenin kusurlu eylem ve işlemleriyle yol açtığı zararı tazmin etme yükümlülüğüdür¹⁶. Bu tür sorumluluk halinde, idarenin kişilere verdiği zararlar özel hukuk hükümlerine göre değil, kamu hukuku kurallarına göre tazmin edilir¹⁷. Buradaki kusur kavramı, idare hukukuna özgü bir eksikliği ifade etmektedir¹⁸.

Anayasa'nın 125/son fıkrasında idarenin sorumluluğu ilkesi benimsenmiştir. Dolayısıyla Türkiye'de idarenin sorumluluğu esasının kabul edildiği açıktır¹⁹. 2577 sayılı İYUK'a göre "idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları" idari yargının görevi içine alınmıştır. İdarenin sorumluluğundan bahsedilirken doktrin ve içtihatla "kusur" kavramı tek başına kullanılmamış, neredeyse her yerde "hizmet kusuru" terimi tercih edilmiştir²⁰. Hizmet kusuru; "kurumun, hizmetin kuruluşundaki, işleyişindeki ve ilgili personel üzerindeki gözetim ve denetim görevini gereği gibi yerine getirmesindeki belli bir ya da birkaç ajanın tutum, yaklaşım ve davranışına mal edilemeyen, onlara atıf ve izafe edilemeyen ve böylece nesnel ve ano-

14) Aşçıoğlu, s.76 (Tıbbi Yardım).

15) Betül Çatak Iruz, **Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 32.

16) Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, Ekin Yayınları, İkinci Baskı, Cilt:II, Bursa, 2009, s. 1057., Ramazan Çağlayan, **İdari Yargılama Hukuku**, Seçkin Yayınları, Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara 2014, s. 546.

17) Gözler, İdare Hukuku, C:II, s. 1033., Cemil Kaya, **İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetim**, XII Levha Yayınları, İstanbul 2014, s. 230.

18) Ramazan Çağlayan, "Sağlık Hizmetlerinden İdari Sorumluluk", **Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Girne-Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu, 2-3 Mart 2009 Girne/KKTC**, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s.99.

19) Gözler, İdare Hukuku, C:II, s. 1022.

20) Gözler, İdare Hukuku, C:II, s. 1058.

nim niteliğini muhafaza eden sorumluluk halleri” olarak tanımlanmaktadır²¹.

Sağlık alanındaki hizmet kusuru ise; *“sağlık kurum ve kuruluşlarının (idarenin) yerine getirmekle yükümlü olduğu herhangi bir sağlık kamu hizmetinin kuruluşunda, düzenlenmesinde veya teşkilatında, yapısında, personeline veya işleyişinde gereken emir, direktif ve talimatın verilmemesi, gözetim, denetim ve teftişin icra olunmaması, hizmete tahsis olunan araçların yetersiz, elverişsiz, kötü olması, gereken tedbirlerin alınmaması, geç, vakitsiz hareket edilmesi şeklinde ortaya çıkan bir takım aksaklık, aykırılık, bozukluk, düzensizlik, eksiklik, sakatlıktır”²².*

Hizmet kusuru, bağımsız bir sorumluluk halidir. Buna göre, hizmet kusuru, özel hukuktaki haksız fiil sorumluluğundan tamamen bağımsız bir hale gelmiş, idare hukukuna özgü, nevi şahsına münhasır bir kavramdır²³. Sorumluluğun kaynağı ise bir sözleşmeye, vekâlet ilişkisine veya haksız fiile bağlayan özel hukuktan farklı olarak sadece idareye atfedilen bir işlem veya eylemdir²⁴. Hizmet kusuruna dayanan kusurluluk asli ve birincil sorumluluktur²⁵.

Danıştay da hizmet kusuru kavramını aynı kriterlere göre tanımlamaktadır²⁶:

“Tam yargı davalarında, öncelikle zarara yol açtığı öne sürülen idari işlem veya eylemin hukuka uygunluğunun denetlenmesi esas alındığından, olayın oluşumu ve zararın niteliği irdelenip, idarenin hizmet kusuru olup olmadığının araştırılması, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkelerinin uygulanıp uygulanmayacağına incelenmesi, tazminata hükmedilirken de her halde sorumluluk sebebinin açıkça belirtilmesi gerekmektedir.

...

İdarenin hizmet kusuru nedeniyle sorumluluğu, idarece yürütülen hizmetin kuruluşunda, düzenlenmesinde ve işleyişinde ortaya çıkan her türlü bozukluk, aksaklık ve eksikliktir.

Bu bağlamda hizmet kusuru, özel hukuktaki anlamından uzaklaşarak nesnelleşen, anonim bir niteliğe sahip, bağımsız karakteri olan bir kusurdur. Hiz-

21) Ayan, s. 175. Günday, s. 244., Kaya, s. 231.

22) Halil Kalabalık, “Sağlık Hukukunda Kamu Görevlilerinin Sorumluluğu”, **Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Lefke Avrupa Üniversitesi III. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 25-26 Nisan 2011**, Editörler: Nilgün Sarp ve Cahit Doğan, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s.279.

23) Serkan Kızılyel, İbrahim Kaylan, “Sağlık Hizmeti ve İdarenin Tazmin Yükümlülüğü Üzerine Düşünceler”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Ağustos 2010, Sayı: 48, s. 57., Uysal, s.211.

24) Bayındır, s. 557.

25) Kaya, s. 232., Kızılyel, Kaylan, s. 57., Bayındır, s. 568., Bahtiyar Akyılmaz, “Sağlık Kamu Hizmetini Yürüten Kamu Görevlilerinin Neden Olduğu Zararlardan Devletin Sorumluluğu”, **Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Lefke Avrupa Üniversitesi II. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 17-18 Mayıs 2010**, Editör: Nilgün Sarp, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 106.

26) Danıştay Onuncu Daire, 2007/3301 E 2008/2939 K (www.corpus.com.tr erişim: 28.12.2014)

met kusurundan dolayı sorumluluk, idarenin sorumluluğunun doğrudan doğruya ve asli nedenini oluşturmaktadır.”

Hizmet kusurunun özellikleri²⁷ ise şunlardır;

- Kişilerden bağımsız olup asli bir sorumluluk sebebi, yani idarenin doğrudan sorumlu olmasını doğuran bir kusurdur.

- Anonimdir. Bir kişi ya da kişilere indirgenemez.

- Geneldir. Tüm kamu tüzel kişileri için geçerli bir sorumluluk sebebidir.

- Esnektir. Değişen durumlara göre tespit edilir.

Kusur sorumluluğu ya da kusurdan sorumluluk, idari faaliyetin konusu olan hizmetin ifasına bağlı bir idari kusur nedeniyle ortaya çıkan zarardan sorumluluktur. Kamu hizmetlerinin, durumun gerekleri ve ihtiyaca göre en uygun bir biçimde devamlı, istikrarlı bir tarzda, idare edilenlere sunulması, kişilerin bu hizmetlerden gereği gibi yararlanması idarenin görevidir. Bu görevin gereği gibi yerine getirilmemesi hizmet kusuruna sebebiyet verir²⁸. İdari faaliyetten doğan kusur, kişiselleştirilebilir ya da kişiselleştirilemez, aslında kamu görevlilerinin kusurudur²⁹. Kural olarak kamu görevlilerinin kusurundan kaynaklansa bile kusurlu davranışından idare sorumludur. Kusur, insana atfedilebilir bir şey olması nedeniyle gerçek kişi olmayan idarenin esasında kusur sahibi olması mümkün olmamakla birlikte, istihdam ettiği kişilerin kusurundan dolayı idare sorumludur³⁰. Kamu görevlilerinin yürütülen hizmetle ilgili (kişisel) kusurlarına hizmet kusuru (faute de service) denilir³¹. Kısaca hizmet kusuru, idarenin görevlileri tarafından sunulan kamu hizmetinin yürütülmesinde işlenen kusurdur. Kamu idare ve kurumları tarafından verilen hizmetlerin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi halinde idarenin kusurlu olduğundan yani hizmet kusurundan bahsedilir³². Buna göre, idare yapmakla yükümlü olduğu kamu hiz-

27) Çağlayan, Sağlık Hizmetlerinde İdari Sorumluluk, s. 100., Çağlayan, İdare Hukuku, s. 547., Kızılyel, Kaylan, s. 58., Uysal, s. 213., Ender Ethem Atay, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, s.692., Zehra Odyakmaz, Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kurumsal Sorumluluğu Açısından Avukatın Gözönünde Bulundurulması Gereken Hususlar, **Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, Sempozyum**, 16-17 Ocak 2009 Mersin, Şen Matbaa, s. 205., Kalabalık, s. 280.

28) Ramazan Çağlayan, Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusursuz Sorumluluğu, **Sağlık Hukuku Sempozyumu, 15-16 Mayıs 2006**, Yetkin Yayınları, 2007, s. 122., Odyakmaz, Sağlık Hizmetlerinde İdarenin..., s. 222., Çağlayan, Sağlık Hizmetlerinde İdari Sorumluluk, s. 99

29) Günday, s. 245.

30) Kızılyel, Kaylan, s. 57.

31) Hasan Nuri Yaşar, **İdare Hukuku**, Der Yayınları, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, İstanbul 2014, s. 440.

32) Günday, s. 245, Hasan Tahsin Gökcan, **Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku**, Seçkin Yayınları, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 2010, s. 128, Cahid Doğan, İdarenin Kusur Sorumluluğunda Rücu, **VIII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Hekim Sorumluluğu 7-8 Ekim 2011 Diyarbakır**, Editörler: Hakan Hakeri ve Henning Rosenau, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s. 109. Uysal, s. 212.

metini yapabilecek görevlileri bulmak, araç, gereç ve personeli temin etmek ve hizmetin gereği gibi yapılabilmesini sağlamakla yükümlüdür. Zira idarenin kuruluşunda, düzenlenmesinde ve işleyişinde ortaya çıkan bir aksaklık, bozukluk ya da boşluk hizmet kusurudur³³. Kusura bağlı olarak ortaya çıkan zararın da tazmin sorumluluğu vardır.

Sağlık hizmetlerinin sunumunda da hizmet kusuru sonucu oluşan zararın idarece tazmin edilmesi kural olmakla birlikte sağlık hizmetlerinin risk barındıran işlemler olması nedeniyle tıbbi hatalara bağlı yargılamada, Danıştay tazmin için idarenin ağır hizmet kusurunu aramaktadır³⁴. Burada dikkat çekici olan ağır hizmet kusurunun riskli tıbbi müdahaleler ve operasyonlar için geçerli olduğudur. Tıbbi operasyon kapsamına girmeyen otelcilik hizmetleri, bakım, gözetim, diğer müdahalelerin gereği gibi yerine getirilmemesinde ağır hizmet kusuru aranmayacaktır³⁵. Danıştay, bu görüşü kararlarında belirtmektedir³⁶:

*“İdare hukuku ilkeleri ve Danıştay’ın yerleşik içtihatlarına göre, sunulan hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı durumlarda, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için, zararın, idarenin “ağır hizmet kusuru” sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir. Bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan **sağlık hizmeti nedeniyle uğranılan zararın tazmini de, kural olarak, ancak idarenin ağır hizmet kusurunun varlığı halinde mümkündür.***

Bununla birlikte, idarenin tazmin sorumluluğunun doğması için aranılan “ağır hizmet kusuru”; riskli tıbbi müdahaleler ve operasyonlar bakımından geçerli olup; sağlık hizmeti içinde değerlendirilmekle beraber, tıbbi operasyon kapsamına dâhil edilemeyecek birtakım bakım, gözetim ve yan müdahalelerin hiç veya gereği gibi yapılmaması dolayısıyla oluşan zararlar, idarenin sorumluluğundan söz edebilmek için ağır hizmet kusurunun aranmasına gerek bulunmamaktadır.”

Bazı sağlık faaliyetlerinden kaynaklanan sorumluluk için idarenin basit kusuru yeterli görülürken bazı alanlarda ise ağır hizmet kusuru aranmaktadır. Bunun

33) Günday, s. 245., Hamide, Tacir, **Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı**, I. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 223., S.A. Hızal, s. 77., Çatak İrız, s. 23., Serkan Çınarlı, **İdarenin Sağlık Hizmetinin Sunumundan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu**, Orion Yayınları, Ekim 2013. s. 182., Ramazan Yıldırım, **İdare Hukuku Kavramları Sözlüğü**, Mimoza Yayınları, Konya 2006, s.199., Ender Ethem Atay, Hasan Odabaşı, **İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010, s.252.

34) Kızılyel, Kaylan, s. 58., Fransız Danıştay’ı da önceleri tıbbi müdahale hatalarında ağır hizmet kusurunu ararken 10.04.1992 tarihli kararı ile bu görüşünü terk etmiştir. Mahkeme somut olayda, hekimler tarafından gerçekleştirilen yanlışlıkların tıbbi uygulama kusuru teşkil ettiğine ve dolayısıyla kamu hastanesinin sorumluluğuna karar vermiştir. (Ayrıntılı bilgi için bkz. aktaran İnal, s. 11)

35) Tacir, s. 225., Çınarlı, s. 185.

36) Danıştay 2005/3179 E 2007/4316 K : (www.corpus.com.tr erişim: 06.12.2014)

nedeni sağlık hizmeti “faaliyetinin yürütülmesindeki zorluk ve risktir”. Tıbbi müdahaleler, akıl hastalarının tedavisi, acil sağlık hizmetleri gibi faaliyet alanları zor alanlardır³⁷. Buna karşılık bir tıbbi müdahalenin tıp bilimine (ve dolayısıyla hizmet gereklerine) ve hukuka uygunluğu, tıp literatürü esas alınarak bir değerlendirilmeye tabi tutulması halinde belirlenebilecektir. Bizim de iştirak ettiğimiz üzere, hizmet kusurunun ağırlığından ziyade, hizmet kusuru olarak ifade edilen durumun tıp bilimine göre olağan kabul edilip edilememesinin açılan tam yargı davalarında hükme esas alınması daha yerinde olacaktır. Diğer bir deyişle, tıp biliminin gereklerine uygun hareket etme yükümlülüğü altında olan hekimin ve diğer sağlık personelinin, bu yükümlülüğe aykırı hareket etmelerini sağlık hizmetinde “hizmet kusuru” olarak kabul etmek daha uygun olacaktır³⁸.

Tıbbi faaliyetler ya da tıbbi müdahaleler, bir hekim veya hekimin gözetim ve denetim sorumluluğu altında yardımcı sağlık personeli tarafından yapılan işlemlerdir. Bunun dışındaki faaliyetler hastanede ya da sağlık kuruluşunda yapılırsa da tıbbi faaliyet olarak değerlendirilemez. Örneğin, hastanın temizlenmesi, beslenmesi, yatırılması, kaldırılması, yürütülmesi gibi. Sağlık hizmetlerinden kaynaklanan tam yargı davalarında Danıştay bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel nitelikteki bozukluk, aksaklık veya boşluğu tanımlamakta, hizmet kusurunun hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi olduğunu belirterek böyle durumların varlığı halinde idare aleyhine tazminata hükmedilmesi gerektiğine karar vermektedir³⁹.

Bireylere sunulan sosyal içerikli sağlık hizmetleriyle ilgili tıbbi hatalardan dolayı idarenin sorumluluğunun esasen kusur sorumluluğu olduğu kabul edilmekle beraber, doktrinde sağlık hizmetlerinde kusursuz sorumluluk ilkesinin de uygulanabileceği kabul edilmektedir. Bir görüşe göre, idarenin mümkün olan önlemleri almış, tıbbin ve hekimliğin gerekleri yerine getirilmiş olmasına rağmen örneğin nükleer tıp uygulamaları, akıl hastalarının bakımı, muhafazası gibi özünde risk taşıyan faaliyetlerinde illiyet bağı kurulabilen zararların tazmininde, ağır kusur aramak yerine kusursuz sorumluluğun uygulanması gerektiği kabul edilmelidir⁴⁰.

Bununla birlikte kamu hizmetinde çalışan bir kişinin görev sırasında ya da görevi nedeniyle bir zarara uğraması halinde bu zarar, hizmetin (mesleğin) kaçınılmaz bir tehlikesi olarak kabul edilir ve ortaya çıkan zarar bir kusuru olmasa

37) Yılmaz, s. 139.

38) Kızıyel, Kaylan, s. 59.

39) DİDDK 2007/2113 E 2011/1468 K, DİDDK 2007/1884 E 2011/88 K, DİDDK 2004/721 E 2007/2030 K, DİDDK, 2002/716 E, 2003/91 K,,

40) Ramazan Yıldırım, “İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan İdare Hukuku Kapsamındaki Sorumluluğu”, **VIII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Hekim Sorumluluğu 7-8 Ekim 2011 Diyarbakır**, Editörler: Hakan Hakeri ve Henning Rosenau, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s.206.

dahi idarece tazmin edilir. Bu kapsama özellikle kolluk görevlileri dâhil olmaktadır. Kolluk görevlileri dışında diğer kamu görevlilerinin de yürüttükleri hizmet nedeniyle bir zarara uğraması halinde zararın idarece tazmin edilmesi gerektiği yargı içtihatlarında belirtilmektedir. İdarenin kusursuz sorumluluğunda ise sorumluluk için idarenin kusur aranmaz. Zarar ile idarenin davranışı arasında illiyet bağının bulunması yeterlidir⁴¹. Çalışmanın özelliği nedeniyle idarenin kusursuz sorumluluk ayrımına bu çalışmada girilmemiştir.

B- Hukuka Aykırılık

Hukuka aykırılık, hukuk düzeni ile bağdaşmayan, hukuk düzeninin koyduğu yasak ve emirlere aykırı insan fiilleri hakkındaki değer yargısıdır. Diğer bir tanımla hukuka aykırılık, uyulması zorunlu bir hukuk normunun ihlalidir⁴². Sağlık hizmetindeki hukuka aykırılık ise idarenin/kamu görevlisinin bir işleminin bireyin kişisel haklarını koruyan bir hukuk kuralını çiğnemesi (örneğin hasta sırrının ifşası) veya hizmet gerekleri ile ilgili sağlık mevzuatına ya da tıbbi kurallara uyulmaması şeklinde ortaya çıkabilir⁴³. Hukuk düzeni birey veya meslekler açısından bir ayrıcalık getirmemiştir. Bu nedenle hukuk, kendisini yok sayan veya bozan tüm davranışları kendine aykırı kabul eder⁴⁴.

Sağlık hizmetlerinde idarenin sorumluluğuna gidebilmesinin ikinci şartı sağlık personeli tarafından uygulanan tıbbi girişimin hukuka aykırı olmasıdır. Hukuka aykırılık aynı zamanda haksız işlem anlamındadır. Anayasa'nın 40/3. fıkrasındaki *"Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir."* düzenlemesindeki haksız sözcüğü de hukuka aykırılık anlamındadır⁴⁵.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğundan bahsedebilmek için bazı şartların varlığı aranır. Bunlar:

- Tıbbi işlem meşru bir amaçla yapılmalı ve tıbbi gereklilik (endikasyon) olmalı,
- Tıbbi işlem yetkili ve ehliyetli sağlık çalışanı tarafından yapılmalı,
- Hasta tıbbi işlem hakkında bilgilendirilmeli ve izni alınmalı,
- Tıbbi işlem güncel tıp verilerine ve standart uygulamalara uygun yapılmalı,
- Sağlık çalışanı gerekli özen ve dikkati göstermeli,
- Olası komplikasyonlar iyi yönetilmeli.

Bu kriterler idari eylem olarak değerlendirilen tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk kriterleridir. Buna karşılık hukuka aykırılık idari eylemler ile idari işlem-

41) Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, s. 562.

42) Çatak Irız, s. 52., Çınarlı, s. 243., Aşçıoğlu, s. 66., Gökcan, s. 1019.

43) Gökcan, s. 1019., Ersöz, s. 52.

44) Aşçıoğlu, s. 65.

45) Gökcan, s. 1019.

ler arasında farklı sonuçlar doğmaktadır. İdarenin eylemleri konusunda kusur ile hukuka aykırılık arasında ilişki bulunmamakta ancak işlem ile hukuka aykırılık konusunda sıkı bir bağ vardır. İdarenin işlemi hukuka uygun ise kusurdan bahsedilemez. Ancak idari eylemler hukuka uygun olsalar dahi kusurlu olabilirler⁴⁶. Ancak idarenin/kamu görevlisinin her kusurlu davranışı aynı zamanda bir kural ihlali olduğu için kusurdan söz ediyorsak, hukuka aykırılığın varlığından bahsediliyor demektir⁴⁷. Diğer bir deyişle tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk koşulları müdahaleyi hukuka uygun kılan değerlerdir. Bu şartlara aykırı hareket varsa ortaya bir zarar çıkmasa da eylem baştan itibaren hukuka aykırı olduğu için idarenin sorumluluğuna neden olacaktır. Örneğin; bir pratisyen hekimin ağır bir kalp ameliyatını gerçekleştirmiş olması yetkisiz işlem niteliğinde ve dolayısıyla hukuka aykırı olacaktır. Buna karşılık hukuka uygun tıbbi müdahalede bulunmuş olmasına rağmen müdahalede kusur varsa bu durumda hizmetin kötü işlenmesine bağlı bir hizmet kusurundan bahsedilecektir.

C- İlliyet Bağı

İdarenin tazmin yükümlülüğünde zararın nedenini oluşturan işlemin veya eylemin dış dünyaya yansımaları, yani zarara ilişkin maddi olgu ve olayların doğru ve ayrıntılı bir şekilde ortaya konması gerekir. Zira tazminata konu edilen zararın idareye yüklenebilir nitelikte olmaması veya zarar ile idarenin veya ajanının işlemi veya eylemi arasında illiyet bağı bulunmuyorsa, idarenin zararı ödeme yükümlülüğünden bahsedilmez⁴⁸. Bütün sorumluluk dallarında geçerli kural olan illiyet bağı, meydana gelen zarar ile bu zarara sebep olan olay arasındaki sebep-sonuç ilişkisi demektir⁴⁹ ve idarenin sorumluluğu için de geçerlidir. İdarenin zarara neden olduğu iddia edilen davranışı (eylemi/işlemi) ile hastanın zararı arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır⁵⁰. İdari sorumluluk için ister kusurlu ister kusursuz sorumluluk hali olsun, ileri sürülen zarar ile idari eylem ya da işlem arasında bir sebep-sonuç ilişkisi olmalıdır. Zarar, doğrudan idareden kaynaklanmalıdır. Bunun için illaki bir kusurun varlığı ve ispatı gerekmez. Bu tür sorumluluk sebep ya da sebebiyet sorumluluğu (responsabilite causale) olarak adlandırılabilir⁵¹.

Danıştay, uygun illiyet bağının gerekliliğini kararında şöyle belirtmiştir⁵²:

46) Çınarlı, s. 244.

47) Gökcan, s. 1019.

48) Atay, s. 668.

49) A. Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan. **İdare Hukuku, Cilt 1, İdari Yargılama Hukuku**, Güncelleştirilmiş 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2010s. 769., Çatak Iruz, s. 68., Çınarlı, s. 244., Yılmaz, s. 16., Günday, s. 257., Atay, s. 682., Doğan, s.160.

50) Ersöz, s. 60., Yaşar, s. 460., Çağlayan, s. 598., Gözler, İdare Hukuku, C:II, s. 1319.,

51) Yaşar, s. 461.

52) DİDDK 2007/1184 E 2011/88 K (www.corpus.com.tr erişim: 08.12.2014)

“İdarenin kamu hizmetinin yürütülmesinden doğan zarardan sorumlu tutulmasını gerektiren ilkelerden birisi hizmet kusurudur. İdarenin yürütmekle yükümlü olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenmesinde veya işleyişindeki bozukluk, aksaklık veya boşluk olarak tanımlanabilecek hizmet kusuru; hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde gerçekleşmekte ve bu nedenle doğan zararın, zararlar idari işlem veya eylem arasında nedensellik bağının kurulabilmesi halinde, idarece tazmin edilmesini gerektirmektedir.

...

*İdarenin hizmet kusuruna dayalı işleminden doğan zararın tazmini için ayrıca işlem ile zararlı sonuç arasında illiyet bağının bulunması zorunludur. Konu olaya özgü olarak incelendiğinde, atama işleminin tesisinde ...’ın içinde bulunduğu sağlık sorunlarının gözetilmediği, dolayısıyla atamasının yapıldığı yer olan Ilgın’da yeterli tıbbi müdahalenin zamanında yapılamamış olması karşısında, atama işlemiyle ...’ın ölümü nedeniyle **davacıların uğradıkları ileri sürdüğü zarar arasında illiyet (nedensellik) bağının bulunduğu sonucuna varılmıştır.**”*

Zarar, eylemin veya işlemin uygun ve normal bir sonucu olup doğrudan doğruya olmalıdır⁵³. Diğer bir anlatımla, idarenin fiili, ortaya çıkan zararın doğrudan nedeni ya da ortaya çıkan zarar, idarenin fiilinin doğrudan sonucu, biri diğerinin uygun ve normal sonucu olmalıdır. Eğer sonuç, olayların doğal akışına göre beklenilmeyen bir durum ise idarenin sorumluluğuna gidilemez⁵⁴. Olayların normal akışına ve hayat tecrübelerine göre bir davranış bir zararı meydana getirmeye genel olarak elverişli ya da bu sonucu meydana getirme ihtimalini objektif olarak arttırıyorsa eylem ya da işlem ile zarar arasındaki bağ, illiyet (nedensellik) bağıdır⁵⁵. Zarar, idari davranışın sonucu olmayıp da olayların normal akışı içinde beklenmeyen sonuç niteliğinde ise illiyet bağından bahsedilemeyecektir⁵⁶. Danıştay bir kararında illiyet bağının olmadığı durumda tazminin de söz konusu

53) Gözübüyük, Tan, s.769., Atay, s. 682.

“Fransız Danıştay’nın 14.02.1997 tarihinde verdiği bir karara konu olayda, devlet hastanesi kusurlu olarak anne babaya doğacak çocuklarının trizomik (mongolizm gibi genlerden kaynaklanan bir anomali) bir çocuk olacağını bildirmemiştir. Çocuk bu genetik anomaliyle doğmuştur. Anne baba, idarenin kusurlu olduğunu, kendilerini uyaradığını, bu nedenle anomali bir çocuklarını olduğunu, zarar uğradıklarını, keza zarar doğan çocuğun da idarenin bu kusuru nedeniyle zarara uğradığından bahisle hem kendileri hem de çocuk adına tazminat davası açmışlardır. Danıştay, anne baba için tazminat taleplerini kabul etmiş, ancak çocuk için tazminat taleplerini reddetmiştir. Çünkü idarenin kusuru (çocuğun anomalisinin anne babaya söylenmemesi) ile çocuğun anomali doğması arasında bir illiyet, neden-sonuç ilişkisi yoktur. Çocuğun anomali idarenin kusurundan değil, genlerinde yazılı olandan kaynaklanmaktadır. Devamı için bkz. aktaran Gözler, İdare Hukuku, C:II, s. 1323.)

54) Çağlayan, s. 598., Atay, s. 682.

55) Çınarlı, s.245., Gözler, İdare Hukuku, C:II, s. 1321.

56) Gökcan, s. 1034., Ersöz, s. 62., Çatak Irız, s. 68., Günday, s. 257.,

olamayacağını şöyle ifade etmiştir⁵⁷:

“...Öte yandan sosyal risk dışında idarenin hukuki sorumluluğundan söz edebilmek için, ortada bir zararın bulunmasının yanında, bunun idareye yüklenilebilen bir işlem veya eylemden doğması, başka bir deyişle zararlı idari faaliyet arasında nedensellik bağının kurulabilmesi gerekir. Zararla idari faaliyet arasında nedensellik bağının bulunmaması, zararın idari faaliyetten doğmadığını gösterir. Zararın oluşmasında zarara uğrayanın ya da üçüncü kişinin kusurunun bulunması halinde ise idarenin tazmin sorumluluğunun ortadan kalkacağı ya da kusur ölçüsünde azalacağı açıktır.”

İdarenin sorumluluğuna neden olan kusur ile zarar arasındaki illiyet bağının tespiti oldukça güçtür ve genel bir ifade ile belirtmek mümkün değildir. Bu nedenle uyumsuzluğa konu olayda illiyet bağının varlığı bilirkişilerce tespit edilebilmektedir. Yapılan tespit sonucunda idare tarafından sunulan sağlık hizmeti ile zarar arasında illiyet bağının bulunmaması, zararın o sağlık hizmetinden kaynaklanmadığını, dolayısıyla söz konusu zararın tazmini için idarenin sorumluluğuna gidilmeyeceğini gösterir⁵⁸.

D- Zarar

Herhangi bir şekilde tıbbi müdahale hatası meydana geldiği zaman, bunun hastaya, hasta yakınlarına, hekimlere, sağlık sistemlerine başta mali olmak üzere birçok olumsuz etkileri olmaktadır⁵⁹. Tıbbi müdahale hatasından dolayı bir mali tazmin talebinde bulunulabilmesi için zarar doğmuş olması gerekir⁶⁰. Zarar mevcut olmadıkça hukuki sorumluluk söz konusu olamaz⁶¹. Türk hukukunda zarar kavramı; en geniş anlamıyla, bir kişinin mal varlığına veya kişiliğine ilişkin korunan bir değerinde, hukuka aykırı eylem neticesinde, irade ve istem dışı meydana gelen eksilmeler, değişiklikler olarak tanımlanabilir⁶². Maddi varlıkta, yani malvarlığında beliren azalmanın ya da çoğalma olanağının yoksunluğunun hukuki tanımı “maddi zarar” olup bunun giderilmesi aracı da “maddi tazminattır”⁶³. İdarenin eylem veya işlemi sonucunda mağduriyete uğrayan kişinin tazminat hakkının doğabilmesi için bu mağduriyetin “zarar” olarak nitelen-

57) Danıştay Onuncu Daire 2005/4493 E 2007/4199 K (www.corpus.com.tr, erişim: 08.12.2014)

58) Çatak Irız, s. 68.

59) Mehmet Top, Ömer Gider, Yunus Taş, Seher Çimen, Hekimlerin Tıbbi Hatalar Neden Olan Faktörlere İlişkin Değerlendirmeleri: Kocaeli İlinden Bir Alan Çalışması, **Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi**, C:11, Sayı:2 (2008), s. 164.

60) Yaşar, s. 460., Günday, s. 257.

61) Aşçıoğlu, s. 99.

62) Gözler, İdare Hukuku, C:II, s. 1279., Çınarlı, s. 160, Ersöz, s. 105., Günday, s. 257., Çağlayan, s. 593., Ayan, s. 109., Atay, s. 671., Gözpinar, s. 98., Bayındır, s. 563.

63) Çatak Irız, s. 77

dirilebilmesi gerekir⁶⁴. Sağlık çalışanının sorumluluğunda zarar, insan yaşam ve sağlığı ile ruhsal bütünlüğünde oluşan istenmeyen değişiklikler nedeniyle ortaya çıkar; malvarlığındaki eksilme maddi, kişisel değerler üzerindeki eksilme/bozulma ise manevi zararı oluşturur⁶⁵.

İdarenin bir eylem veya işlemi sonucu bir kişinin hiç hoşuna gitmeyen, o kişiye çok üzen bir sonuç ortaya çıkabilir. Hatta bu sonuç o kişi üzerinde parasal olarak ölçülebilir yükler de getirebilir. Ancak tazmin için mağduriyet değil “zarar” gereklidir⁶⁶.

İleride zarar doğması ihtimali olduğu iddiası tazminata konu olamaz. Ancak ileride doğacağı kesin (muhakkak) olan zararın tazmini istenebilir⁶⁷. Yani zararın kesin, sürekli ve özel olması gerekir. Özelden maksat bireyselleşmesi (ferdileşmesi) anlamındadır⁶⁸. Örneğin, hatalı tıbbi müdahale nedeniyle hayatının kalan kısmını yatağa bağımlı olarak yaşamak zorunda kalan hastanın gelecek hayatındaki olası zararlarının da şimdiden tazmin edilmesi, tıbbi hata nedeniyle hayatını kaybeden kişinin desteğinden yoksun kalan kişilere destekten yoksunluk tazminatı ödenmesi bu kapsamdadır.

İdare hukukunda cari olan nakden tazmin ilkesi gereğince, zararın parayla ölçülebilir olması gerekmektedir. Şahıs varlığına gelen zararların da yani manevi zararların da parayla ölçülebilirliği kabul edilmektedir⁶⁹. Para dışında başkaca bir tazmin aracı söz konusu değildir.

Sağlık hizmetleri özelinde ise zarardan idarenin sorumlu tutulabilmesi için yapılan tıbbi müdahale ve diğer sağlık hizmetleri neticesinde bir zarar meydana gelmiş olması gerekir. Zarar maddi ya da manevi olabilir⁷⁰. Maddi zarar; beden tamlığının ihlali, sakatlanma, iş gücü kaybı, kazanç kaybı ya da destekten yoksun

64) Gözler, İdare Hukuku, C:II, s. 1279.,

65) Aşçıoğlu, s. 99, Özpınar, s. 98.

66) Gözler, İdare Hukuku, C:II, s. 1302., Örneğin, Fransız Danıştay'ının 02.07.1982 tarihli kararına konu teşkil eden olayda, Mademoiselle R. , çocuk aldırma üzere usulüne uygun olarak devlet hastanesine başvurmuş ve hastaneden kendisine gerekli tıbbi müdahalede bulunulmuştur. Ancak yapılan işlem başarısız olmuş ve Mademoiselle R. istemediği bir çocuğu dünyaya getirmek zorunda kalmıştır. Mademoiselle R'nin zarar görmesine neden olan olay idarenin hizmet kusuru yani tıbbi müdahalenin hatalı olmasıdır. Yani idare kusurludur. Bu olay nedeniyle Mademoiselle R. maddi olarak zarar uğramış yani mağdur olmuştur. Açılan davayı Fransız Danıştay'ı çocuğun doğmasını bir zarar olarak kabul etmemiş reddetmiştir. Çünkü hamile bir kadının çocuğunun doğması olayın mahiyeti gereği, zarar verici bir olay olarak görülemez. Burada mağduriyete neden olan olayın zarar verici bir olay olarak nitelendirilmemesinin nedeninin etik düşünceler olduğu açıktır. Buna benzer bir olayda da kısırlaştırma operasyonuna tabi tutulduğu halde çocuk sahibi olan kadının açtığı tazminat davasını Strasbourg İdare Mahkemesi reddetmiştir. (aktaran Gözler, İdare Hukuku, C:II, s. 1302).

67) Günday, s. 257., Çağlayan, s. 595.

68) Yaşar, s. 460., Çağlayan, s. 595.

69) Çağlayan, s.596.

70) Gözübüyük, Tan, s. 773. , Çağlayan, s. 596., Günday, s. 257.

kalma gibi zararlar, manevi zarar, kusurlu ve hukuka aykırı davranış nedeniyle hastanın (veya yakınlarının) uğradığı acı ve ıstıraplar ile yaşama sevincinin azalması⁷¹ yanında, şeref, ün, estetik bozukluklar, fiziksel acılardır⁷².

Zarardan idarenin sorumluluğu için, idarenin araç ve gereçlerinin varlığı, işleyişi veya işlemeyişi ya da idarenin personelinin zarar verici işlem, tutum ve davranışında kusur gereklidir. Söz konusu işlem, tutum ve davranışın hizmetin görülüşü sırasında ve yürütülen faaliyetle ilgisi idarenin sorumluluğunda gerekli olan unsurdur. İdarenin işlem, tutum ve davranışı bir etkinlik şeklinde kendini gösterebileceği gibi hareketsiz kalma biçiminde de olabilir⁷³.

IV- Hatalı Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Tam Yargı Davalarında Tazminat Ödenmesinin Koşulları

A- Zararın Gerçekleşmiş Olması

Tıbbi uygulama hataları nedeniyle bir tazmin sorumluluğun doğabilmesi için öncelikle mağdurun fiilen bir zarara uğramış olması yani bir zararın ortaya çıkmış olması gerekir. Zararın ortaya çıkması muhtemel ise tazmin söz konusu olmayacaktır.

B- Zararın Kesin Olması

Gerçekleşmiş bir zarar olmaksızın muhtemel zararlar tazmin konusu yapılmaz⁷⁴. Buna karşılık, zararın talep anında muhakkak gerçekleşmiş olması anlaşılmamalıdır. Gelecekte ortaya çıkması muhtemel zararlar da kesinlik şartını taşıyabilir. Burada zararın gelecekte, ihtimal olarak değil, kesinlikle ortaya çıkması yeterlidir⁷⁵. Diğer bir deyişle, hayatın olağan akışı içinde ileride zarar görmesi kesin olanlar için yine tazmin söz konusu olacaktır. Örneğin, tıbbi müdahale hatası sonucu babasını veya annesi kaybeden bir küçüğün ileride bu nedenle manevi olarak zarara uğrayacağı, acı, elem ve ızdırap çekeceği tartışmasızdır. Buna ek olarak küçük olmasına rağmen tıbbi müdahale hatasına maruz kalan bir kişinin ileriki yaşantısında hatalı müdahaleye bağlı olarak yaşayacağı acı ve elem kesinse bu durumda da zararın kesin olması söz konusudur.

Örneğin, bebeğe yapılan bir işlem sırasında bebeğin görme yetisini kaybetmesi, sakat doğan bir bebeğin sakatlığının doğumu gerçekleştiren hastanenin sorumluluğunu gerektiren bir sebepten kaynaklanması gibi durumlarda bebeğin ileri yaşantısı boyunca bu hatalı tıbbi işlem nedeniyle zarara uğrayacağı, mesleki kapasitesinde ve günlük yaşantısında zorluklar yaşayacağı açıktır.

71) Hızal, S.A., Tıbbi Müdahalelerden, s. 80.

72) Çağlayan, s. 596., Atay, s. 671.

73) Atay, s. 972.

74) Hakeri, s. 612.

75) Gözler, İdare Hukuku, C:II, s. 1305., Atay, s. 675.

C- Zararın Hukuken Korunan Bir Menfaate Yönelik Olması

Anayasa'nın 17. maddesi gereğince yaşama hakkı ile vücut bütünlüğünün korunması anayasal korunma hakkına sahiptir. Bu düzenleme ile kişinin yaşam hakkı ile vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı koruma altına alınmıştır. Bu değerlere, hukuka aykırı olacak yapılacak müdahale ile hukuka uygun olmakla birlikte kusur ile yapılacak müdahalelerde idarenin kişiye tazmin borcu söz konusu olacaktır.

D- Zararın Parayla Ölçülebilir Nitelikte Olması

Özel hukuktan farklı olarak idare hukukunda mahkeme, ortaya çıkan zararın tazmin edilmesi (giderilmesi) olarak, bir “yapma borcu (obligation de faire)” şeklinde ortaya çıkan “aynen tazmin” şeklinde bir hüküm tesis edemez. Çünkü aynen tazmin (eski hale iade) şeklindeki bir hüküm, hâkimin idareye emir vermesi, işine karışması anlamına gelir ki idare hukukunda hâkimin idareye emir verme yetkisi yoktur. Dolayısıyla mahkeme idarenin sorumluluğuna karar verecek olursa sadece idareyi zarar gören davacıya belli bir miktar parayı ödemeye hükmedebilir. İşte bu para kişinin uğradığı zararın eşdeğeri olarak kabul edilir⁷⁶.

Zarar görenin mal varlığındaki eksilme, tedavi masrafları, işgücünün eksilmesi (somut zarar) olabileceği gibi manevi (soyut) de olabilir. Bugün itibarıyla mevcut hukuk düzeninde, başka bir yol olmadığı için, manevi zararlar da para ile ölçülebilmekte ve mahkemelerce takdir edilmektedir⁷⁷. Zarar görenin maddi tazminat kapsamındaki zararları ölçülebilir ve tespit edilebilir olduğu için bu zararların kapsam ve miktarı bilirkişi incelemesi ile tespit edilebilmektedir.

Manevi zararın ise ne kadar olabileceği yani tıbbi müdahale hatasından zarar görenin ne kadar acı, elem ve ıstırap yaşadığının tespiti somut olarak yapılmadığı için bu konudaki miktarın tespiti (takdir) mahkemelerce yapılmaktadır. Bugün için hem Türk hem de Fransız Hukukunda uzunca bir zamandan beri “*manevi zararın parayla ölçülebilirliği ilkesi*” kabul edilmektedir. Bu anlamda olmak üzere şeref ve haysiyetin ihlali, estetik anlamda uğranılan zarar, cismani zarar durumunda uğranılan elem ve ıstırap ile manevi anlamda uğranılan çöküntü para ile tazmin edilebilmektedir⁷⁸.

E- Zarar Doğurucu Davranışın İdareye Yüklenebilmesi

Tam yargı davasına konu edilen tıbbi müdahale hatasına bağlı zarar doğurucu davranış, idarenin ajanları tarafından yerine getirilmesi gereken bir hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi ya da gereği gibi işlememesi nedeniyle olabilir. Buradaki kriter zarar doğurucu eylemin idareye yüklenebilir olmasıdır. Örneğin, bir

76) Gözler, İdare Hukuku, C:II, s. 1315.

77) Hakeri, s. 613.

78) Atay, s. 676.

devlet hastanesinin koridorundaki başka bir hastanın zarar doğurucu eylemine maruz kalan ve vücut bütünlüğü bozulan kişinin bu zararın tazmini için idareye başvurması söz konusu olamayacaktır. Çünkü zarar doğurucu eylem idarenin ajanlarından gelmemiştir. Bu durumda zarar doğurucu davranış idareye daha doğrusu idarenin ajanların yüklenebiliyorsa o takdirde idarenin tazmin sorumluluğu söz konusu olacaktır.

F- Hatalı Tıbbi Müdahale İle Zarar Arasında İlliyet Bağının Kurulabilmesi

İdarenin tazmin sorumluluğu için idarenin daha doğrusu idarenin ajanlarının kusurlu davranışları ile zarar arasında illiyet (nedensellik) bağının kurulabilmesi gerekir. Zarar görende ortaya çıkan zarar ile idarenin yani idarenin ajanlarının davranışları (tıbbi müdahalesi) arasında illiyet bağı kurulamıyorsa ya da zarar ile davranış arasındaki illiyet bağı ortadan kaldıracı bir başka neden varsa bu durumda idarenin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

V- Hatalı Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Tam Yargı Davalarında Zarardan Doğan Tazmin Borcunun Kapsamı

A- Maddi Tazminat

Maddi tazminat, sağlık hizmetinin gereği gibi sunulmaması nedeniyle zarar görenlerin malvarlığında meydana gelen eksilmeyi gidermeye yönelik olarak ödenen paradır. Sağlık hizmetlerinin sunumundan kaynaklanan maddi zarar ise yükümlülükler uygun davranılsaydı ortaya çıkacak sonuç ile yükümlülükler uyulmadığı için ortaya çıkan olumsuz sonuç arasındaki zarar görenin malvarlığındaki eksilmedir. İdari yargı usulünde maddi tazmin borcunun hangi zararları kapsadığı ve bunun para olarak nasıl hesaplanacağı konusunda Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanmaktadır⁷⁹.

Danıştay bir kararında maddi tazminatı şöyle tanımlamıştır⁸⁰:

“...Öte yandan, idare hukuku ilkelerine göre maddi zarar; idari işlem veya eylem nedeniyle kişinin mal varlığının (patrimuanın) aktifinde meydana gelen azalma nedeniyle, 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 eder.”

1- Ölüm Sebebiyle Maddi Tazminat

a- Ölümden Önceki Tedavi Giderleri

Sağlık hizmetlerinin hatalı uygulanması nedeniyle ölüm bir süre sonra ger-

79) Çatak Irız, s. 79.

80) Danıştay Onbeşinci Daire 2010/11290 E 2014/5905 K

çekleşmişse icrai veya ihmali eylem ile ölüm arasındaki sürede hastaya yapılan tedavi masrafları ile çalışmamaktan doğan gelir kayıpları ile defin giderleri ile destek zararının tazmin edilmesi gerekmektedir⁸¹. Eylem ile ölüm arasındaki sürede ölenin tedavi giderlerinin sosyal güvenlik kurumu tarafından karşılanması halinde mirasçılarının talep edebilecekleri herhangi bir zararları da söz konusu olmayacaktır.

b- Cenaze ve Defin Giderleri

Eski 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun (BK) 45. maddesinde cenaze ve defin giderleri için "...bilhassa defin masrafları" şeklinde bir düzenleme bulunmaktaydı. Ancak yeni 6098 sayılı TBK'nun 53/1 fıkrasında "cenaze giderleri" şeklinde bir düzenleme yapılmıştır. Böylece eski kanunun zamanındaki "defin-cenaze masrafı" kavramı tartışması son bulmuş ve defin ve diğer giderleri de içine alan cenaze giderleri kavramının kullanılmış olması yerinde olmuştur.

Cenaze giderlerine, tüm defin masrafları (yıkama, mezar kazma, mezar taşı, ilan, cenaze nakil ücreti, dini veya yerel adet gereği yapılan dini merasimler gibi) dâhildir. Ayrıca bu gideler kapsamına mezarlıkta dua okuyan din adamlarına ekonomik ve içtimai seviyeye uygun biçimde yapılan ödemeler ile mevlit okutma giderlerinin de dâhil olduğu belirtilmektedir⁸².

Cenaze giderlerinin bir kısmı belgelendirilebilirken bir kısmının (yemek verilmesi, mevlit okutturulması, din adamlarına verilen ücretler gibi) ise belgelendirilemeyeceği açıktır. Bu türden giderler belgelendirilemese dahi zarar görenin sosyal ve ekonomik durumuna göre o yöredeki örf ve adet gereği muhtemel zararın mahkemece tespit edilerek tazminine karar verilmesi gerekmektedir⁸³.

c- Ölenin Yardımından Yoksunluk Zararları

Türk Borçlar Kanunu'nun 53/3. fıkrasında⁸⁴ uygulamada "destekten yoksun kalma tazminatı" olarak ifade edilen ölenin yardımından yoksunluk zararının da tazmin edilmesi gerektiği düzenlenmiştir.

Ölen kişi hayatta iken bazı kimselerin yardımcısı ve maddi desteği durumundadır. Bu destek ise zarar verici tıbbi uygulama olmasaydı normal yaşam süresi içinde devam edecekken ölüm ile son bulmuştur. İşte bu nedenle bu kişilerin zararlarının tazmin edilmesi gerekmektedir⁸⁵. Ölenin desteğinden yoksun kalanlar, ölüm

81) Gökcan, Tazminat Hukuku, s. 666., Çatak İrız, s. 80.; Çınarlı, s. 176.

82) Çatak İrız, s. 82., Gökcan, Tazminat Hukuku, s. 667.,

83) Çatak İrız, s. 82., Gökcan, Tazminat Hukuku, s. 667.,

84) Ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar.

85) Çınarlı, s. 177., Gözıpınar, s. 101.

DİDDK 2008/909 E 2011/278 K,

"Destekten yoksun kalma tazminatıyla, ölenin (desteğin) gelecekte elde etmesi muhtemel geli-

anına kadar öleden fiilen destek alanlar (babası ölen çocuk, kocası ölen kadın) ile öleden ileride destek alması (çocuğu ölen baba ve anne) varsayılan kişilerdir⁸⁶.

İdarenin kusurlu eylemi ile ölenin ana ve babasının, çocuklarının, hayatta kalan eşinin, (istisnai hallerde) kardeşlerinin, nikâhsız eşinin⁸⁷ ve evlilik dışı çocuğunun destekten yoksun kalma tazminatı talep edebileceği kabul edilir. Gerçek destek tazminat için kriter ölüm anına kadar yardımın düzenli ve devamlı olmasıdır⁸⁸.

Ölüm anında fiili bir destek ilişkisi bulunmamasına karşın ölmeyeydi gelecekte bakması kuvvetle muhtemel olan kişiye farazi destek denir. Örneğin çocuklar farazi destektir. Hayatın olağan akışına, hayat tecrübelerine göre çocukların ileride ana babalarına bakmaları kuvvetle muhtemel olduğundan, ölen çocuk farazi destek kabul edilir. Farazi destek talebi ve miktarının tespiti için çocukların fikri ve fiziki yetenekleriyle becerileri ve ana-babanın ekonomik durumları göz önünde bulundurulur⁸⁹.

rinin güncelleştirilerek, destekten yoksun kalanın ölüm olayından önceki sosyal ve ekonomik yaşam düzeyinin devamını sağlayacak gelire kavuşturulması amaçlanmaktadır.” (www.corpus.com.tr, erişim: 12.12.2014)

Danıştay Onuncu Daire, 2004/7285 E 2007/212 K

“Öte yandan, ölen şahıs hayatta iken bazı kimselerin yardımcı, maddi destekçisi durumunda ise, ölüm nedeniyle bu kimseler bir zarara uğramış olurlar. Bu durumun sonucu olarak destekten yoksun kalma tazminatının amacı; desteğini yitiren kimsenin, ölümün meydana gelmesinden önce bulunduğu sosyal ve ekonomik yaşama düzeyinin devamını sağlayacak geliri temin etmesidir. Ayrıca, çalışmayan, ev hanımı olan kişinin, eve maddi katkısının bulunmadığını kabul etmek mümkün değildir. Bu gibi hallerde en azından, ölen şahsın, ölüm olayından önce evde gerçekleştirildiği hizmetin üçüncü bir kişi tarafından yapılması halinde ödenecek meblağ kadar katkısı olduğunun kabulü gerekmektedir. Her ne kadar, bu katkının somut olarak davacı tarafından ispatı mümkün değilse de, işin uzmanı olan bilirkişilere zararın hesaplatılması ve bu hesap yapılırken asgari ücretin brüt tutarının esas alınması gerekmektedir.”

86) Çatak Iız, s. 83. Gökcan, Tazminat Hukuku, s. 669.,

87) Danıştay İDDK 1995/79 E 1997/479 K

“Davacı... ile ...”in birlikte yaşamalarını, hukuken geçerli ya da hukuken korunması gerekli bir evlilik olarak kabul etmek mümkün olmamakla beraber, müşterek çocukları olan çocukları nüfusta üzerlerine kayıtlı bulunan ve müşterek geçimleri ölen ... tarafından sağlanan bu birliktelikte. ... “in ölümü nedeniyle duyulan elem ve üzüntü ile destekten yoksun kalmanın giderilmesini teminen bilirkişi incelemesi ile tespit edilen maddi ve takdir edilen manevi zararın tazminine hükmedilerek davayı kısmen kabul kısmen retle sonuçlandırılan mahkeme kararında hukuka aykırılık bulunmamıştır.” (www.corpus.com.tr, erişim: 12.12.2014)

88) Çatak Iız, s. 84., Gökcan, Tazminat Hukuku, s. 670.,

89) Gökcan, Tazminat Hukuku, s. 670. (“Buna karşılık “çocukları ölmeyeydi, büyüyünce kendilerine bakacaktı” bu nedenle çocuklarının ölmesiyle çocuklarının bakımından mahrum kalındığı ve dolayısıyla zarara uğradıklarından bahisle idareden tazminat istenemeyeceğine, çünkü böyle bir durum yani çocukların büyüyeyeceği, büyüdükten sonra da anne ve babasına bakacağı kesin değil, sadece bir “ihtimaldir”. Belki de çocuk anne ve babasından önce ölecektir. Ölmese bile çocuk anne babasının ihtiyacı halinde olsa bile beklide onlara bakmayacaktır. İşte böyle bir “muhtemel zarar” kesinlik şartını taşımaz ve idarenin sorumluluğu doğmaz”. ilişkin karşı görüş için bkz. Gözler, İdare Hukuku, C:II, s. 1306.)

2- Bedensel Zarar Sebebiyle Maddi Tazminat

a- Tedavi Giderleri

Tıbbi uygulama hatası nedeniyle zarar gören, sağlığı bozulan kişinin sağlığına tekrar kavuşabilmesi için gerekli olan muayene, tahlil, tedavi, ambulans vb. giderler ile ameliyat, hastane, ilaç, protez, bakım, fizik tedavi gibi tüm giderlerinin zarar veren idare tarafından karşılanması gerekir⁹⁰. Zarar gören tarafından tedavi giderlerinin talebi için zararın giderilmesi yani hastanın iyileşmesinin beklenmesine gerek yoktur. Ayrıca sadece iyileşmeyi sağlayan giderler değil, sakatlık ya da hastalığın artmasına engel olabilecek zorunlu giderler de bu kapsamdadır.

Tedavi giderlerine kişinin uğramış olduğu eylem sonucunda hayatının kalan süresi içinde bakıma muhtaç olması durumunda bakıcı ve refakatçi giderlerinin de dâhil olacağı kabul edilmiştir⁹¹.

b- Çalışma Gücünün Azalması ve Yok Olması

Çalışma gücü, bir kimsenin bedensel, ruhsal ya da zihinsel kabiliyetlerine bağlı olan ekonomik verimliliklerdir. Tıbbi müdahale hatası sonucu bedensel bir zarara uğrayan kişi, olaydan önceki işini, meslek ve sanatını bir süre ya da sürekli olarak yürütemeyeceğinden, malvarlığından bir eksilmeye daha doğrusu kazanç kaybına uğrar⁹². Kişinin tedavi süresince çalışma gücü kaybaldığı için bu sürede çalışmaması nedeniyle yoksun kaldığı kazanç (kâr) zararı oluşturur.

Geçici çalışmama durumunda kişinin zararı, çalışma gücünün tamamen, kısmen ya da geçici olarak kaybetmesine bağlı olarak değişecektir. Kişi çalışma gücünü belirli bir süre kaybetmişse, örneğin hatalı tıbbi müdahale başka bir müdahale ile giderilmiş ve kişi sağlığına tam olarak kavuşmuşsa zarar doğuran olay tarihi ile sağlığına tam kavuşma tarihi arasındaki zararın tazmin edilmesi gerekecektir. Buna karşılık zarar gören çalışma gücünü kısmen ve tamamen kaybetmişse bu durumda gelecekteki zararı, kişinin yaşına, işine ve gelir durumuna göre tespit edilecektir. Bu durumdaki kişi başka bir işte çalışarak bir kazanç elde imkânına sahipse aradaki fark zarar olarak tazmine konu olacaktır⁹³.

90) Çınarlı, s. 177.

91) Danıştay Onuncu Daire 2004/11213 E 2007/4449 K sayılı kararında;

Polis memuru olarak görev yapan davacının, görevden dönerken araç kullanan diğer bir polis memurunun kusuru nedeniyle aracın devrilmesi sonucu sakat kalması üzerine 2330 sayılı Yasa uyarınca ödenmesi gereken nakdi tazminat ve karşılanan tedavi giderleri dışında; hayatını kendi başına idare ettiremeyip, sürekli bakıma ihtiyacı bulunduğundan bahisle refakatçi giderine yönelik 80.000-YTL maddi, duyulan elem ve ızdırıp karşılığı 100.000- YTL manevi tazminatın olay tarihinden itibaren işletilecek yasal faiziyle birlikte ödenmesine hükmedilmesi istemiyle açılmış olan davada maddi tazminatın onanmasına karar vermiştir.

92) Çınarlı, s. 177., Çatak Irız, s. 87.

93) Çınarlı, s. 178., Çatak Irız, s. 87.

Bu kapsamdaki zararı tespiti oldukça güçtür. Konu tamamen özel ve teknik bilgiyi gerektirdiği için bilirkişi incelemesi yapılması gerekir. Bunun için de zarar görenin mesleki faaliyeti ve kazancı ile ilgili olarak ayrıntılı bir araştırmanın yapılması zararın doğru tespiti için oldukça önemlidir. Bu konuda bilirkişi incelemesi yapılırken çeşitli faktörlerden faydalanılmakla birlikte hesaplamalar ortalama yaşam süresine göre hesaplanmaktadır.

c- Ekonomik Geleceğin Sarsılması

Zarar görenin vücut bütünlüğünde meydana gelen zarar, çalışma gücüne olan etkisinden başka, kişinin ekonomik geleceğini olumsuz anlamda sarsmak suretiyle de zarara uğramasına neden olabilir⁹⁴. Bazı durumlarda hatalı tıbbi müdahale sonucunda kişinin vücut bütünlüğünde herhangi bir olumsuzluk olmamasına rağmen yani vücut bütünlüğünü korumasına rağmen ekonomik olarak zarara uğramış olabilir. Örneğin burundaki deviasyon ameliyatındaki hata sonucunda estetiği bozulan bir mankenin, şarkıcının ekonomik geleceğinin olumsuz yönde etkileneceği muhakkaktır. Böyle bir durumda zarar görenin bu türden zararlarının da tazmini gerekir⁹⁵.

d- Efor Tazminatı

Hatalı tıbbi müdahale nedeniyle bazen zarar görenin iş gücünde bir azalma meydana gelmemesine ve aynı işi yapmaya devam etmesine rağmen emsali meslek erbabına göre aynı işi daha fazla efor ile yapmak zorunda kalmasının tazmin edilmesi gerekebilir. Yargıtay'ın bu konudaki yerleşik uygulaması, çalışma gücünün belirli bir oranda kaybedilmesi halinde eski işini yapan kişinin aynı işi daha fazla eforla yapmak zorunda kalacağından "efor" tazminatına hükmedilmesi gerektiği yönündedir⁹⁶.

94) Gökcan, Tazminat Hukuku, s. 660.,

95) Danıştay Onuncu Daire 2001/3091 E 2003/476 K

İşgücü kaybına uğrayan davacının, yaşamını, kaybı oranında daha zor idame ettirebileceği kuşkusuz olup, bunun davacıya getireceği maddi yükün yapılacak bir bilirkişi incelemesiyle de ortaya konulması mümkündür.(www.corpus.com.tr,

96) Yargıtay 4. HD. 2008/6661 E 2009/3087 K

"Davacı olay günü eşinin kullandığı araçta bulunduğu sırada, yol yapım çalışmasını üstlenen davalı şirketin çalışmalarını, trafik akımını ve güvenliğini bozmayacak şekilde yapmaması sonucu meydana gelen trafik kazasında yaralanmıştır. Bu olayda davalı şirketin yüzde 50 kusurlu olduğu belirlenmiştir. Adli Tıp Kurumu 3. Adli Tıp İhtisas Kurulu'nun 05.02.2007 tarihli raporuyla davacının, çalışma gücünün yüzde 33,2'sini kaybettiği belirlenmiştir. Davacının memur olması ve maaşında bir eksilme meydana gelmemesi davacının maddi tazminat istemesine engel olamaz. Çünkü davacı çalışma gücünü %33.2 oranında kaybetmekle eski işini önceden olduğu gibi yürütmek için daha fazla efor sarf etmek zorundadır. Zarar görenin efor kaybı sebebiyle maddi tazminat isteyebileceği gerek öğretide gerekse uygulamada kabul edilen bir olgudur. Bu nedenle davacının çalışma gücünün eksilmesinden kaynaklanan zararın belirlererek hüküm altına alınması gerekirken, reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir."

Danıştay, polis memuru olarak görev yapmakta iken 24.6.2004 tarihinde hizmet içi eğitim kapsamında yapılan silahlı eğitim sırasında, eğitime katılan bir polis memurunun silahından çıkan kurşunla yaralanması nedeniyle uğradığını ileri sürdüğü iş gücü ve efor kaybının tazmini nedeniyle açılan tam yargı davasında “efor tazminatını” şöyle tanımlamaktadır⁹⁷:

“...Tazminat hukukunda çağın gereklerine uygun olarak geliştirilen içtihatlarla kişinin kalıcı sakatlıkları nedeniyle beden gücü kaybına bağlı olarak gelirinde ve dolayısıyla mal varlığında bir eksilme meydana gelmemiş olsa dahi güç (efor) kaybı tazminatı diye tanımlanan tazminatın ödenmesi gerektiği kabul edilmektedir. Beden gücü kaybına uğrayan kişinin aynı görevi zarardan önceki durumuna ve diğer kişilere göre daha fazla bir güç (efor) sarfıyla yaptığı gerçeğinden hareket edilerek, bir anlamda zararı, bu fazladan sarf edilen gücün’ oluşturduğu esas benimsenmektedir.”

Danıştay aynı kararının devamında ise efor tazminatının hangi koşullarda verilmesi gerektiğini şöyle açıklamıştır:

“...Dolayısıyla, şayet kalıcı sakatlık nedeniyle beden gücü kaybına uğrayan kişi kamu görevlisi ise ve bu kişi beden gücü kaybına uğramasından sonra, daha az güç harcayarak yürütebileceği bir göreve atanmış ya da aynı görevi yürütmekle birlikte kalıcı sakatlığı, aynı iş için daha fazla efor harcamasını gerektirecek boyut ve nitelikte değil ise bu gibi durumlarda fazladan güç sarf edilmesi sonucu oluşmuş bir maddi zarardan söz edilemeyecektir. Bu gibi hallerde, görev yerinin değişmesi sonucu kişinin aylık gelirinde bir azalma olmuş ise, sadece görev yeri değişikliği nedeniyle oluşan maddi zarar söz konusu olacaktır. “Efor kaybı” nedeniyle uğranılan zararın hesaplanmasında, ilgilinin sakatlık oranı esas alınmasına karşın, görev yeri değişikliği nedeniyle uğranılan maddi zararın hesabında, olay öncesi aylık geliri ile olay sonrası aylık geliri arasındaki farkın göz önünde bulundurulması gerekecektir.”

Danıştay yukarıdaki gerekçelerden sonra davanın reddine karar veren İdare Mahkemesi kararını şu gerekçeyle onamış ve efor tazminatı talebinin reddinin hukuka aykırı olmadığına karar vermiştir.

“...Olayda, davacının, 24.6.2004 tarihinde meydana gelen yaralanma olayı sonrası 15.8.2007 tarihine kadar aktif polislik görevini sürdürmesi, aylık ücretinde herhangi bir eksiklik olmaması, davalı idarenin 15.8.2007 tarihli kararıyla da, sakatlık durumuna uygun olarak idari polislik görevinde çalıştırılmasına karar verilmesi ve aylık ücret almaya devam etmesi dikkate alındığında, meslekte kazanma gücü kaybı oranına göre hesaplanan efor (iş gücü) tazminatının davacıya ödenmesine olanak bulunmadığı görülmektedir.”

97) Danıştay 15. Daire 2010/11290 E 2014/5905 (www.corpus.com.tr erişim 05.05.2015)

Danıştay yine bir başka kararında aynı durumdaki bir kişi için efor tazminatını yine kabul etmemiştir⁹⁸. Efor tazminatı ile ilgili olarak Yargıtay'ın tazmin konusundaki kararlarının daha yerinde olduğu değerlendirilmektedir. Çünkü kişi, hatalı tıbbi uygulama nedeniyle sağlığı bozulduktan sonra tekrar eski işine dönse bile aynı işi emsali meslektaşlarına göre daha fazla bir performans veya efor sarf etmek zorunda kalacaksa bu olumsuzluğun tazmin edilmemesi tazminat hukukunun genel ilkelerine aykırıdır. Örneğin Danıştay tarafından onanmış olan Ankara 4. İdare Mahkemesi kararının içeriğinde davacının “hafif kısıtlılığa rağmen” rahat yürüyebildiği belirtilerek maddi tazminat yani efor tazminatı reddedilmiştir. İşte bu nokta acaba kişinin kısıtlılığı ne kadar olmalıydı ki efor tazminatının kabulüne karar verilsin sorusunu sormak gerekecektir.

Kişinin hatalı tıbbi müdahaleden önceki ve sonraki vücut tamlığı ve sağlığı arasında herhangi bir değişiklik varsa bunun tazmin edilmesinin daha adil olacağı, objektif bir kriter olmayan “kısıtlılık hafif” gerekçesiyle talebin reddinin hukuka aykırı olduğu kanaatindeyiz.

B- Manevi Tazminat

Manevi tazminat, malvarlığında bir eksilmeye yönelik bir tazmin aracı olmayıp manevi bir tatmin aracıdır. Esası ruhi ve bedeni huzurun kısmen ve imkân

98) Danıştay Onuncu Daire 1995/7754 E 1997/1071 K, Ankara 4. İdare Mahkemesince; T.C.D.D. ... Hastanesinde davacının tedavisi sırasında idarenin ihmal ve kusurunun bulunup bulunmadığının saptanması amacıyla verilen ara kararı gereğince... Üniversitesi Tıp Fakültesi Ortopedi ve Travmatoloji Anabilim Dalı Başkanlığınca dava ve hastane dosyalarının incelenip, davacının da muayene edilmesinden sonra düzenlenen rapordan hastanın ayak bileği hareketlerinde hafif kısıtlılık olmasına karşın rahat yürüyebildiğinin, hastanın geçirdiği trafik kazası sonucunda sağ bacağına fascia yırtığı meydana geldiğinin, T.C.D.D. ... Hastanesinde yapılan fascia tamiri sonucu bu bölgenin özelliği nedeniyle akut kompartman sendromu geliştiğinin, bu olasılık göz önüne alınarak tamir sütürlerinin hemen alınması halinde komplikasyonların önlenmesinin mümkün olduğunun, yalnız sargıların alınmasının gelişmiş kompartman sendromunda yeterli olmayacağına, dolayısıyla gelişen olaylarda davalı idarenin kusurlu olduğunun, ancak... Acil Trafik Hastanesinde yapılan debridman ameliyatları ve tenden tronuferinin başarılı olması nedeniyle bugünkü sonucun alınabildiğinin belirtildiği, bu durumda hizmeti kusurlu yürüten idarenin meydana gelen zararı tazmini gerektiği, ancak hafif kısıtlılığa karşın rahat yürüyebilen ve davalı idarede memur olması nedeniyle tüm tedavi giderleri karşılanan davacının maddi bir zararının bulunmadığı, meydana gelen olay ve ayak bileğindeki kısıtlılık nedeniyle katlanılan sıkıntıyı kısmen de olsa gidermek için takdir edilen 30.000.000 liranın manevi tazminat olarak davacıya ödenmesi gerektiği gerekçesiyle, 30.000.000 lira manevi tazminatın davalı idareye davacıya ödenmesine, davanın maddi tazminata ve belirlenen manevi tazminatı aşan kısmına ilişkin bölümünün reddine, manevi tazminata faiz yürütülmesine de yer olmadığına karar verilmiştir.” Karşılıklı temyiz isteminde bulunan taraflardan davacı, aynı işi daha fazla gayret ve emek sarf etmek suretiyle yapmak zorunda kalacağından efor kaybı nedeniyle maddi tazminata hükmedilmesi, ayrıca manevi tazminata da faiz uygulanması gerektiği iddiasıyla anılan mahkeme kararının davanın reddine ilişkin kısmının: Davalı idare ise, yaptırılan incelemenin bilirkişi incelemesi olduğu, buna karşın bilirkişi raporunun tebliğ edilmediği, esasen Yüksek Sağlık Şurası'nın bilirkişiliğine başvurulması gerektiği iddiasıyla davanın kabulüne ilişkin kısmının temyizen incelenip, bozulmasını istemektedirler.” Danıştay bu kararı onamıştır.

ölçüsünde yeniden elde edilmesini temin etmek amacıyla zarar görene bir para ödenmesidir. Manevi zarar, saldırının yöneldiği varlık ne olursa olsun kişinin şahıs varlığında, duygu yaşamında meydana gelen eksilmedir. Tıbbi sorumlulukta manevi zarar, teşhis ya da tedavi sürecindeki tıbbi kusurdan, hastanın duyduğu; acı, ıstırap ve elemine oluşturduğu zarardır⁹⁹.

Manevi zararın bir duygu zararı olduğu, kişilik hakkının ihlaline dayanan acı, keder, üzüntü, yaşama zevk ve sevincinin azalması olduğu belirtilmektedir. Bu görüşün sonucu olarak zarar gören de manevi zarar görme kabiliyeti yoksa manevi zarar da söz konusu olmayacaktır¹⁰⁰. Bu görüşün kabul edilebilir olmadığını değerlendirmekteyiz. Özellikle temyiz kudretine sahip olmayan küçüklerin ilerleyen dönemde manevi olarak üzüntü duyabilecekleri açıktır. Küçüğün manevi olarak zararı olay tarihinden daha sonra ortaya çıkabilecektir. Hatta Danıştay bir kararında¹⁰¹, zarar görenin bebek olması durumunda dahi manevi zararın tartışılması gerektiği yönünde karar vermiştir. Aynı yönde örneğin hatalı tıbbi müdahale nedeniyle babasını kaybeden bir çocuğun hayatı boyunca babası olmaması nedeniyle üzüntü duyacağı tartışmasızdır. Dolayısıyla manevi zararın daha sonra gerçekleşebilecek olmasının kesin olduğu hallerde tazminata hükmedilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Kişinin manevi anlamdaki zararının başka türlü giderim şekli olmadığından ya da yetersiz kaldığından, manevi tazminatın parasal olarak belirlenmesi zorunlu hale gelmiştir. Doğaldır ki manevi tazminatın miktarının belirlenmesinde hiçbir kriter bulunmamaktadır. Bu konuda tespit yetkisi tamamıyla mahkemenin takdirindedir. Ancak manevi zarar olarak mahkemece takdir edilecek olan manevi tazminatın zenginleşmeye yol açmayacak miktarda fakat idarenin olaydaki ağırlığını ifade edecek ve ilgililerin duyduğu acı ve üzüntüyü kısmen de olsa giderebilecek ölçüde olması zorunludur¹⁰².

Danıştay bir kararında¹⁰³ manevi tazminatı şöyle tanımlamıştır:

“Manevi zarar, kişinin fizik yapısını zedeleyen, yaşama gücünü azaltan olaylar nedeniyle duyulan acıyı, ıstırapı veya kişilik haklarının zedelenmesi

99) Doğan, s. 179., Gözpinar, s. 102.

100) Ayan, s. 110., Gökcan, Tazminat Hukuku, s. 787.,

101) Danıştay Onuncu Daire 2004/6540 E 2007/4237 K (www.corpus.com.tr, erişim 10.12.2014)

102) Çatak İriş, s. 90.

Danıştay Onuncu Dairesi 2007/6322 E 2010/5981 K

“Manevi tazminat, idari eylem veya işlem nedeniyle duyulan elem ve ızdırabı kısmen de olsa karşılamaya yönelik bir manevi tatmin aracıdır. Belirtilen niteliği gereği manevi tazminatın, zenginleşmeye yol açmayacak şekilde belirlenmesi gerekmekte ve tam yargı davalarının niteliği gereği takdir edilecek miktarın aynı zamanda idarenin kusurunun ağırlığını ortaya koyacak bir oranda olması gerekmektedir.”

103) Danıştay Onuncu Daire, 2007/3301 E 2008/2939 K (www.corpus.com.tr, erişim: 11.12.2014)

nedeniyle şeref ve haysiyetin rencide edilmesini ifade ettiği gibi; günlük yaşamı zorlaştıran belli ağırlıktaki her türlü üzüntü ve sıkıntıyı da kapsamaktadır. Ancak kişinin kendi tutum ve davranışları nedeniyle duyduğu üzüntü ve acı nedeniyle idarece tazmini gereken manevi zararın doğduğundan söz edilemeyeceği de açıktır.”

1- Ölüm Sebebiyle Manevi Tazminat

TBK 56. maddesinde¹⁰⁴ manevi tazminatın hangi koşullarda ve kimlere verilebileceği düzenlenmiştir. Bir kimsenin ölümü pek çok kişinin acı ve üzüntü duymasına ve ruhsal sarsıntısına neden olabilir. Buna göre manevi tazminat ölen kimse ile tazminat isteyen kişi arasındaki yakınlık, duygusallık ve sevgi ilişkisine göre mahkemece takdir edilir¹⁰⁵. TBK’ndaki düzenlemede de bu ilişki akrabalıktan farklı olarak “yakınları” şeklinde tanımlanmış ve ölüm nedeniyle manevi tazminat talep edebilecek kişiler sınırlandırılmamıştır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, manevi tazminat talep eden ile ölen arasındaki fiili bağ ve yakınlığın tespit edilmesidir. Yakın akrabalık ilişkisinde ölüm nedeniyle üzüntü duyulması hayatın olağan akışı içinde normal bir olay kabul edildiğinden üzüntünün ayrıca ispatına gerek yoktur¹⁰⁶.

Manevi tazminat talebi ile destekten yoksun kalma tazminatı arasında da bir bağ yoktur. Ölenin desteğine ihtiyacı olmayan kişilerinde ölüm nedeniyle tazminat talep etme hakları bulunmaktadır¹⁰⁷. Manevi tazminatı kimin talep edebileceği ise tespiti zor bir konudur. AYİM bir kararında bu durumu şöyle açıklamıştır¹⁰⁸:

*“...Manevi tazminata gelince, üzücü olayların uzak veya yakın tesirini duyan hemen herkes manevi tazminat isteme hakkına sahip değildir. Bu tür –ölümlü olaylarda, özellikle akrabaların az ya da çok üzüntü ve acı duyması tabiidir. Ancak, mücerret böyle bir acı için manevi tazminat gerekmez. Bu tazminatta hukuki ölçü, duyulan acının niteliği ve süresi yönünden istek sahibinin **tüm benliğini sarar şekilde kapsamış olmasıdır**. Yoksa sadece amca, teyze, dayı, üvey anne gibi ölenin yakını olmak, mahiyeti belirtilen acıların duyulduğuna delil sayılamayacağı gibi manevi tazminat isteyen kimselerin acı, ıstırap ve elem gibi duyguları idrak edebilecek yaş ve akli yeterlilik içinde bulunmaları da şarttır.”*

Ölüm nedeniyle tazminat talep edebilmek için manevi zararın hemen doğmuş

104) **MADDE 56-** Hâkim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir. **Ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir.**

105) Çatak Irız, s. 91.

106) Gökcan, Tazminat Hukuku, s. 800.,

107) Gökcan, Tazminat Hukuku, s. 800.,

108) AYİM 2. Daire, 30.06.1982, (aktaran Ramazan Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, s. 598)

olması gerekmemektedir. Yukarıda da belirtildiği üzere kişinin manevi zararı daha sonra ortaya çıkabilecek idiyse bu durumda da tazminata hükmedilmesi gerekir¹⁰⁹.

2- Bedensel Zarar Sebebiyle Manevi Tazminat

Bedensel zarar sonucu anatomik yapısı veya fiziksel görünüşü bozulan bir kişinin bu yüzden acı, üzüntü ve sarsıntı duyacağı kesindir. Hatalı bir tıbbi müdahale nedeniyle vücudunun bir bölümü yaralanan, uzvu kopan, yüzü veya bedeni çirkinleşen kişi, bu durum nedeniyle üzüntü yaşayacak, yaşama sevinci kaybolacak ve tedavi edilmesi gereken ruhsal çöküntüler yaşayacaktır. İşte bu zararların giderilmesini amaçlayan manevi tazminata temel olan ana düşünce, bozulmuş olan ruhi ve bedeni huzurun kısmen ve imkân nispetinde geri kazanılmasını sağlamaktır. Bu nedenle manevi tazminatı takdir edecek olan mahkemenin bu ilkeyi göz önünde bulundurması gerekir¹¹⁰.

3- Kişilik Haklarına Saldırı Sebebiyle Manevi Tazminat

Kişilik hakları birçok manevi değer olarak ifade edilir. Özgürlük, namus, şeref, onur, anı gibi değerlerle kişinin özel ve aile yaşamına ilişkin sırlar, meslek sırrı, isim ve fotoğraflar üzerindeki haklar, ticari ve mesleki saygınlık, tüm sosyal ve siyasi haklar bu alanın içinde sayılabilir.

Kişilik hakları, kişilerin insan ve toplumda bir birey olmaları nedeniyle sahip oldukları tüm kişisel değerleri içermektedir¹¹¹. Sağlık alanında, kişilik haklarının ihlalinin en önemli görünüş şekli hasta hakları ihlalleridir. HHY'nin özellikle 21.¹¹²

109) Çatak İriş, s. 91.

110) Çatak İriş, s. 92.

111) Gökcan, Tazminat Hukuku, s. 785.

112) Mahremiyete Saygı Gösterilmesi

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;

- Hastanın, sağlık durumu ile ilgili tıbbi değerlendirmelerin gizlilik içerisinde yürütülmesini,
- Muayenenin, teşhisin, tedavinin ve hasta ile doğrudan teması gerektiren diğer işlemlerin makul bir gizlilik ortamında gerçekleştirilmesini,
- Tıbben sakınca olmayan hallerde yanında bir yakınının bulunmasına izin verilmesini,
- Tedavisi ile doğrudan ilgili olmayan kimselerin, tıbbi müdahale sırasında bulunmamasını,
- Hastalığın mahiyeti gerektirmedikçe hastanın şahsi ve ailevi hayatına müdahale edilmesini,
- Sağlık harcamalarının kaynağının gizli tutulmasını, kapsar.

Ölüm olayı, mahremiyetin bozulması hakkını vermez. Eğitim verilen sağlık kurum ve kuruluşlarında, hastanın tedavisi ile doğrudan ilgili olmayanların tıbbi müdahale sırasında bulunması gerekli ise; önceden veya tedavi sırasında bunun için hastanın ayrıca rızası alınır.

ve 23.¹¹³ maddelerindeki düzenlemelerde belirtilen mahremiyet ve bilgilerin gizliliği son derece önemlidir. Hasta mahremiyetinin veya kişilik haklarının ihlali halinde idarenin tazmin sorumluluğu ortaya çıkacaktır.

Danıştay Onuncu Dairesi 2005/8407 E 2007/6526 K sayılı kararında:

“Olayda, davacılar yakını olan ...’ya ... Devlet Hastanesinde yapılan ve pozitif çıkan HIV testinin sonucunun, yukarıda belirtilen yazıya göre, davacıların yakını da dahil olmak üzere doğrulama testi yapılmadan hiç kimseye açıklanmaması ve ilgilinin doğrulama testi için bir üst basamak sağlık kuruluşuna sevkı gerekirken, laboratuvar teknisyeni tarafından doğrulama testi yapılmadan önceki aşamada pozitif çıkan test sonucunun açıklanmasının neden ve etkisiyle davacılar yakını intihar etmek suretiyle yaşamını yitirmiştir.

Zararın, zarara uğrayanın tutum ve davranışından kaynaklanması halinde, idarenin tazmin sorumluluğu tamamen ortadan kalkabileceği gibi duruma göre idarenin kısmen sorumlu olacağı da tazminat hukukunun bilinen ilkelerindedir.

Ancak dava konusu olayın oluş şekli, hastalığın niteliği ve özelliği dikkate alındığında, davacılar yakının idarenin ağır hizmet kusurunun neden ve etkisiyle intihar etmek suretiyle yaşamını yitirmesi sonucunda doğan zarar ile idari faaliyet arasında uygun nedensellik bağı bulunmaktadır.” gerekçesiyle HIV testi sonuçlarının doğrulanmadan açıklanmaması gerekirken, hasta haklarının ihlal edilerek sonucun açıklanmasının ve buna bağlı olarak da hastanın intihar etmesinin idarenin ağır hizmet kusurundan kaynaklandığını belirterek hasta yakınlarının manevi zararlarının tazmin edilmesi gerektiğine karar vermiştir.

VI- Tazmin Borcunu Ortadan Kaldıran ya da Azaltan Durumlar

Ortaya çıkan zarar, bazen idarenin işlem veya eylemi dışındaki bir etkenden dolayı ortaya çıkmış olabilir. Bu durumların herhangi birinin varlığı halinde ortada bir zarar bulunmasına rağmen uygun illiyet bağı olmadığından sorumluluktan da bahsedilemeyecektir. Bu etkenler: Mücbir sebep, beklenmeyen haller, üçüncü kişinin ya da zarar görenin, zararın doğmasına neden olmasıdır¹¹⁴.

113) Bilgilerin Gizli Tutulması

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 sınırlanması 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.

114) Gökcan, s. 1034., Ersöz, s. 62., Ayan, s. 111., Bayındır, s. 564.

A- Mücbir Sebep

Mücbir (zorlayıcı) sebep (force majeure); genel olarak sezilemeyen ve karşı konulamayan bir hadiseyi ifade eder¹¹⁵. Mücbir sebep, özel hukukta olduğu gibi bütün sorumluluk hallerini ortadan kaldıran bir özelliğe sahiptir. İdarenin iradesi dışında oluşan önlenemeyen, öngörülme, öngörülse bile büyük bir dikkat ve özen gösterilse de önlenmesi mümkün olmayan deprem, kasırga, çığ düşmesi, toprak kayması gibi doğal ya da ihtilal, savaş gibi toplumsal ve hukuksal olaylardır. Bir olayın mücbir sebep olarak kabul edilebilmesi için “haricilik”, “öngörülmezlik¹¹⁶” ve “karşı konulmazlık” koşullarının bir arada bulunması gerekir¹¹⁷ ve şu koşulların bir arada gerçekleşmesi gerekir¹¹⁸:

- Mücbir sebebin kabulü için öncelikle, idarenin eylem ve işleminden başka bir veya birden fazla olay olmalıdır.

- Bir olayın mücbir sebep sayılabilmesi için idarenin iradesi dışında olması ve idareyle ilişkili olmaması gerekir.

- Bir olayın mücbir sebep sayılabilmesi için, öngörülemez, tahmin edilemez olması gerekir.

- Mücbir sebep önüne geçilemeyen, önlenmesine imkan olmayan bir olay olmalıdır.

Konumuz özelinde ise örneğin hastanede tedavi görmekte olan bir hastanın deprem nedeniyle hayatını kaybetmesi veya yaralanması olayında hastanenin hizmet kusurundan bahsetmek mümkün olmayacaktır. Ancak burada da yine parantez açmak ve hastanenin yıkılmasına veya hasar almasına neden olan depremin şiddetinin az olmasına rağmen hastanenin yapımındaki bir hatadan veya inşaat tekniğine uygun olmayan bir nedenle yıkıldığı veya hasar aldığı tespit edilmesi halinde bu durumda da idarenin sorumluluğu gündeme gelebilecektir. Bu türden sorumluluk hallerini mutlaka somut olayın özelliklerine göre değerlendirmek gerekecektir.

115) Abdullah Pulat Gözübüyük, Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller, Ankara Basım ve Cilt Evi, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş İkinci Basım, Ankara 1957, s. 13.

(Alman bilgin hukukçusu Enneccerus, Alman Medeni Hukuku İlmî adlı eserinde Alman müsabet hukukunu tahlil ediyor ve mücbir sebebin tarifini veriyor: Mücbir sebep, sebebiyet verdiği zarardan, makul bir surette alınması gereken önleyici tedbirlerle kaçınılamayan menşei teşebbüsün dışında olan olağanüstü (mühim) bir hadisedir. Aktaran Gözübüyük, s.35)

116) Örneğin Fransa’da yargılamaya konu olay daha önce tek bir defa meydana gelmiş olsa bile (idare hakimi bu davaların birinde 1917, diğerinde 1883 yılına kadar geri giderek incelemeler yapmış) artık mücbir sebep teşkil etmez sonucuna varılmıştır. Keza yüz sene önce meydana gelmiş bir sel baskımının aynı şiddette tekrar eden bir selin mücbir sebep niteliğini taşımadığına karar vermiştir. (aktaran Atay, s. 725.)

117) Gözübüyük, Tan, s. 775., Çınarlı, s. 252., Çatak Irız, s. 70, Ersöz, s. 107., Yaşar, s. 462., Gün-day, s. 257., Çağlayan, s. 599., Atay, s. 724., Gözler, İdare Hukuku, C:II, s. 1330., Gözübüyük, Mücbir Sebepler, s. 41.

118) Yıldırım, İdarenin Sağlık Hizmetlerinden..., s. 211

B- Beklenmeyen (Umulmayan) Hal

Beklenmeyen hal¹¹⁹; zarara sebep olan tesadüfi olayları ifade eder¹²⁰. Mücbir sebep gibi idarenin iradesi dışında ortaya çıkan önceden tahmin edilemeyen ve önlenmesi de mümkün olmayan olaylardır¹²¹. Mücbir sebep ile arasındaki fark beklenmeyen halin idarenin eylemi ile ortaya çıkmış olmasıdır¹²². İdarenin kusura dayanan sorumluluğu söz konusu olduğunda, beklenmeyen durumun meydana gelmiş olması, kusur ögesini ortadan kaldıracığı için idarenin kusura dayanan sorumluluğu da ortadan kalkar¹²³. Buna karşılık idarenin kusursuz sorumluluğa ilişkin sorumluluğu devam eder¹²⁴. Bir olayın beklenmeyen hal olarak kabul edilebilmesi için “içsellik”, “öngörülemezlik”, “önlenemezlik” koşullarının bir arada olması gerekir¹²⁵.

C- Üçüncü Kişinin Kusuru

Ortaya çıkan zarar tamamıyla zarar görenin ya da üçüncü kişinin davranışı ile ortaya çıkmışsa, yani zararın sebebi zarara uğrayanın ya da üçüncü kişinin davranışının sebebi ise olayda idarenin sorumluluğu için gerekli olan illiyet bağı kesilmiş olur. Böylece idarenin kusura dayanan sorumluluğu ortadan kalkar. Bununla birlikte ortaya çıkan zararda üçüncü kişinin davranışı ile idarenin kusuru birlikte söz konusu olursa bu durumda birlikte (müterafik) kusurdan bahsedilir. Böyle bir durumda da idarenin sorumluluğu ortadan kalkmamakla birlikte hafifletilir¹²⁶. Örneğin, hastanede yatmakta olan bir hastaya bağlı olan serumun üzerine hasta yakınının oturması sonucu hastanın damar tıkanıklığı sebebiyle zarar görmesinde böyle bir durum söz konusudur¹²⁷.

İdarenin kusursuz sorumluluğu söz konusu olduğu hallerde, üçüncü kişinin davranışı idarenin sorumluluğu üzerinde herhangi bir sonuç doğurmaz. Zarara uğrayan kişi, idareden uğradığı zararın tamamının tazmini talep edebilir¹²⁸.

İdarenin sorumluluğunu kaldıran veya azaltan davranışa/eyleme sebep olan

-
- 119) Bu başlığın yerine ani durumlar ve kazalar olması gerektiğine ilişkin görüş için bkz. Yaşar, s. 462.
- 120) Gözübüyük, Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller, s. 13.
- 121) Günday, s. 258., Çağlayan, s. 606.
- 122) Çınarlı, s. 254., Çatak Irız, s. 71, Yaşar, s. 463.
- 123) Gözübüyük, Tan, s. 778.
- 124) Yaşar, s. 463., Çağlayan, s. 608., Günday, s. 258., Yıldırım, İdarenin Sağlık Hizmetlerinden..., s. 212.
- 125) Çağlayan, s. 607., Gözler, İdare Hukuku, C:II, s. 1337. Yıldırım, İdarenin Sağlık Hizmetlerinden..., s. 212.
- 126) Gözübüyük, Tan, s. 779., Çınarlı, s. 254., Çatak Irız, s. 72, Ersöz, s. 107., Yaşar, s. 463., Çağlayan, s. 595., Günday, s. 258., Gözler, İdare Hukuku, C:II, s. 346. Yıldırım, İdarenin Sağlık Hizmetlerinden..., s. 212., Bayındır, s. 564.
- 127) Yıldırım, İdarenin Sağlık Hizmetlerinden..., s.210.
- 128) Atay, Odabaşı, s. 214.

üçüncü kişilerin, idareyle hiçbir hukuki ilişkisi olmayan kişiler ve kuruluşlar olması gerekir¹²⁹. Çünkü zarara sebep olan üçüncü kişiyle idare arasında hukuki bir bağ ya da ilişki söz konusuysa, örneğin üçüncü kişi kamu görevlisiyse, kamu görevlisinin görevsel kusuru nedeniyle, idarenin sorumluluğu devam eder. Buna ek olarak idarenin denetim ve gözetimi altında yürütülen işlerde de zarar veren üçüncü kişi olmasına rağmen idarenin sorumluluğu devam edebilir. Örneğin, idare görüntüleme hizmetlerini hizmet satın alma yoluyla gördürmesi halinde bu hizmetteki kusur üçüncü kişiden kaynaklansa da idarenin buradaki sorumluluğu devam edecektir.

D- Tıbbi Müdahale Uygulanan Kişinin Kusuru

Tıbbi müdahale sonucu zarar görenin veya yakınlarının zararlarının tazmin edilmesinde idarenin sorumluluğunu azaltan veya ortadan kaldıran önemli nedenlerden birisi de tıbbi müdahale uygulanan kişinin kendi kusuru ile zararın ortaya çıkmasına neden olmasıdır. Bir başka ifade ile ortaya çıkan zararın doğrudan sebebi, zarar görenin yani tıbbi müdahale uygulanan kişinin kendisi ise bu durumda idarenin sorumluluğundan bahsetmek mümkün olmayacaktır¹³⁰. Böyle bir durumda tıbbi müdahale uygulanan kişide ortaya çıkan zarar bakımından idarenin davranışı “dolaylı sebep”, zarar gören kişinin davranışı ise “asıl sebep” haline geleceğinden, zarar-sonuç arasındaki illiyet bağı kesilmiş olacağından idarenin sorumluluğu tamamen ortadan kalkar¹³¹. Ancak zarar gören kişinin kendi kusurlu davranışı zararın ortaya çıkmasına katkıda bulunmuşsa, zararın önlenmesini engellemişse¹³² veya ortaya çıkan zararı ağırlaştırmış ise, idarenin sorumluluğu hafifler, yani idarenin tıbbi müdahale sonucu zarar gören hastaya veya yakınlarına ödeyeceği tazminat kusur oranında azalacaktır¹³³. Bazı yazarlarca zarar görenin kusurunun illiyet bağını kesmesi ve dolayısıyla sorumluluğu kaldırması veya azaltmasının TMK m.2 anlamında objektif iyi niyet kuralına dayandığı belirtilmektedir¹³⁴.

İdarenin sorumluluğunu kaldırması veya azaltması için zarar gören tıbbi müdahale uygulanan kişinin davranışının kusurlu olması yeterlidir. Küçük olması ya da temyiz kudretinin bulunmaması sonuca etkili değildir. Bu durumlarda yine idarenin sorumluluğu azalacak veya tamamen kalkacaktır¹³⁵.

129) Yıldırım, İdarenin Sağlık Hizmetlerinden..., s.210.

130) Gözler, C:II, s. 1339., Çatak Irız, s. 72., Yıldırım, İdarenin Sağlık Hizmetlerinden..., s.209.

131) Çınarlı, s. 254., Gözler, C:II, s. 1339., Odyakmaz, Sağlık Hizmetlerinde İdarenin..., 227., Yıldırım, İdarenin Sağlık Hizmetlerinden..., s.209.

132) Atay, Odabaşı, s. 212.

133) Çınarlı, s. 254.

134) Gökcan, Haksız Fiil..., s. 48.

135) Gözler, C:II, s. 1341., Irız, s.72., Yıldırım, İdarenin Sağlık Hizmetlerinden..., s.209.

Tıbbi müdahale uygulanan kişinin yani zarar görenin kusurunun idarenin kusurunu ortadan kaldırması veya azaltması idarenin hem kusursuz hem de kusurlu sorumluluğu için geçerlidir¹³⁶. Her iki durumda da kusur oranında tazminat indirimi yapılması ya da tamamen ortadan kaldırılması söz konusu olacaktır.

Tıbbi hizmetlerde hekim tarafından uygulanan tıbbi müdahaleden sonra bazen hastanın yapması veya yapmaması gereken davranışlar söz konusu olabilecektir. Hekimin tıbbi müdahale uygulanan kişiye vereceği talimatlara uyulmaması, reçete edilen ilacın kullanılmaması, kuduz aşısı yaptırmaması gerektiği halde yaptırmaması, ameliyat sonrasında yapmaması gereken davranışların yapılması durumunda zarar görenin eylemi zarara neden olduğundan idarenin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

Örneğin, hastane acil servisine darp nedeniyle getirilen hastanın burun kemiğindeki kırıktan dolayı enfeksiyon gelişmesini engellemek üzere antibiyotik reçete edilmesine rağmen, hastanın reçete edilen antibiyotiği kullanmayı ihmal etmesi neticesinde enfeksiyon oluşsa ve hasta menenjit nedeniyle hayatını kaybetse, böyle bir durumda hekimin ve devamında idarenin sorumluluğunun olmayacağı kanaatindeyiz.

Örneğin, askerlik hizmetini yapmakta olan erin fitiğının çıkması sonucu acilen ambulansla askeri hastaneye sevk edildiği, burada kendisine müdahale edildiği, teşhis konulduğu, geceyi gözlem altında geçirdiği, kendisine su içmemesi gerektiği bildirilmesine, yapılan ikaz ve uyarılara rağmen gizlice 3 sürahiye yakın su içmesi sonucu vefat etmesi olayında, Danıştay'ca, zararın tamamen zarar gören kişinin kendi kusuru nedeniyle ortaya çıkması nedeniyle, idarenin tazmin sorumluluğunu gerektiren hizmet kusuru ve diğer bir hukuki neden bulunmadığından maddi ve manevi tazminat taleplerinin reddine karar verilmiştir¹³⁷.

Bununla birlikte, bazı durumlarda zarar sadece zarar görenin davranışı nedeniyle ortaya çıkmış olsa bile idarenin tazmin yükümlülüğü söz konusu olabilir.

Örneğin Danıştay Onuncu Dairesi'nin 2005/8407 E 2007/6526 K sayılı kararında şöyle denilmiştir:

“Dosyanın incelenmesinden, davacıların yakını olan ...'nun, 7.1.2004 tarihinde ...Devlet Hastanesi laboratuvarında çalışan ve arkadaşı olan laboratuvar teknisyenine yaptırdığı HIV testi sonucunun pozitif(+) çıktığının laboratuvar teknisyeni tarafından davacılar yakınına söylendiği; sonucu öğrenen davacılar yakınının 9.1.2004 tarihinde intihar etmek suretiyle yaşamını kaybettiği, söz konusu olay ile ilgili olarak ... Cumhuriyet Başsav-

136) Gözler, C:II, s.1341., Irz, s.73., Yıldırım, İdarenin Sağlık Hizmetlerinden..., s.209.

137) Danıştay 12.D.1968/626 E 1969/2312 K sayılı kararı, (aktaran Çatak Irz, s. 72, Ersöz, s. 106, Aşçıoğlu, s. 116.)

çalışınca yapılan soruşturmada; davacılar yakınının intihar etmeden önce yazdığı notta “Benim ölümümden kimse sorumlu değildir. Ölümcül bir hastalığa yakalandım. Onun için bu kısa yolu seçtim. Hepinizi çok seviyorum. Hakınızı helal edin. ...” şeklinde beyanda bulunduğu ve altını imzaladığı, Jandarma Genel Komutanlığı Kriminal Laboratuvarında yaptırılan tetkik sonucunda düzenlenen ekspertiz raporunda, “tetkik konusu belge üzerinde bulunan yazıların ve imzanın ...’nun el ürünü olduğunun tespit edildiği, davacılar yakınının postmortem (ölüm sonrası) dönemde ... Devlet Hastanesinde, Erciyes Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesinde ve Ankara Eğitim ve Araştırma Hastanesinde yapılan tetkiklerinin sonucunun, negatif (-) olduğunun belirlendiği anlaşılmaktadır.

Olayda, davacılar yakını olan ...’ya ...Devlet Hastanesinde yapılan ve pozitif çıkan HIV testinin sonucunun, yukarıda belirtilen yazıya göre, davacıların yakını da dahil olmak üzere doğrulama testi yapılmadan hiç kimseye açıklanmaması ve ilgilinin doğrulama testi için bir üst basamak sağlık kuruluşuna sevkı gerekirken, laboratuvar teknisyeni tarafından doğrulama testi yapılmadan önceki aşamada pozitif çıkan test sonucunun açıklanmasının neden ve etkisiyle davacılar yakını intihar etmek suretiyle yaşamını yitirmiştir.

Zararın, zarara uğrayanın tutum ve davranışından kaynaklanması halinde, idarenin tazmin sorumluluğu tamamen ortadan kalkabileceği gibi duruma göre idarenin kısmen sorumlu olacağı da tazminat hukukunun bilinen ilkelerindedir.

Ancak 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 bulunmaktadır.”

Bu karara konu olayda, zarar tamamen zarar görenin davranışı nedeniyle ortaya çıkmış olsa da, Danıştay ölüm olayı ile idarenin davranışı yani zarar göreni davranışa iten olayda idarenin kusuru olduğu gerekçesiyle tazmin kararı vermiştir. Danıştay’ın kararının son derece isabetli olduğu kanaatindeyiz.

Buna göre zarar, tıbbi müdahale uygulanan kişinin icra veya ihmali davranışı nedeniyle ortaya çıksa da somut olayın özelliklerinin iyi değerlendirilmesi ve sorumluluğun buna göre belirlenmesi gerekecektir.

VII- Tam Yargı Davalarında Bilirkişi

A- Hatalı Tıbbi Müdahalenin Tespitinde Bilirkişinin Fonksiyonu

2577 sayılı İYUK’da bilirkişiliğe ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamak-

tadır. Ancak Kanununun 31/1. fıkrasında¹³⁸, bilirkişilik için HMK'nun uygulanacağı düzenlenmiştir. Buna göre idare mahkemelerindeki tam yargı davalarında bilirkişilik uygulaması için HMK'nun 266-287. maddeleri uygulanacaktır. HMK'nun 266. maddesindeki “Mahkeme, çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir” düzenlemesi ile hatalı tıbbi uygulama iddialarına bağlı tam yargı davalarında idare mahkemesince iddialar ile ilgili olarak bilirkişi raporu almak gerekecektir. Çünkü uyuşmazlık konusu olayın çözümü tamamen özel ve teknik bilgiyi gerektirmektedir.

Hukuki uyuşmazlıkta, çözümü hâkim tarafından bilinmeyen, özel bilgi isteyen durumlarda, teknik konularda inceleme, araştırma ve görüşlerine göre oy ve görüşüne başvurularak istenilen raporu verip yargılamaya yardımcı olan kişiye bilirkişi denilmektedir¹³⁹. Bilirkişi raporunda ve sözlü açıklamaları sırasında, hukuki değerlendirmede bulunamaz, (HMK m.279, hâkim bilirkişi raporu ile bağlı değildir HMK, m. 282). Bilirkişi, uyuşmazlık konusu özel veya teknik bilgisiyle “yargılama çalışmasına” katkıda bulunan kişi olarak değerlendirilmelidir¹⁴⁰.

Bilirkişi görüşünün niteliği yargı organının bilirkişi görüşünü kullanma biçiminde de çıkarılabilir. Buna göre;

- Bilirkişi yalnız soyut deneysel kurallara ilişkin görüş açıklamış ise hâkim, bu kuralları var olan kanıtları değerlendirmede kullanarak olguyu saptayacaktır. Bu nedenle bilirkişinin bu bağlamdaki açıklamaları kanıt niteliğinde değil, “kanıtların değerlendirilmesi aracıdır.”

- Bilirkişi soyut, özel ve teknik kuralları (tecrübe kuralı) kullanarak “teknik saptama” veya “yorum yapmış” ise bilirkişi görüşü kanıt niteliğindedir. Çünkü bilirkişi açıkladığı görüşle bir vakıa (olgu) saptaması ya da belirlemesi yapmıştır. Vakıalar ise kanıttır.

Bilirkişinin seçiminin ve raporunun yargılamayı kuşkuya düşürmemesi için,

138) Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Vergi Usul Kanununun uygulanacağı haller:

Madde 31 – 1. Bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda; hâkimin davaya bakmaktan memnuiyeti ve reddi, ehliyet, üçüncü şahısların davaya katılması, davanın ihbarı, tarafların vekilleri, feragat ve kabul, teminat, mukabil dava, **bilirkişi**, keşif, delillerin tespiti, yargılama giderleri, adli yardım hallerinde ve duruşma sırasında tarafların mahkemenin sükûnunu ve inzibatını bozacak hareketlerine karşı yapılacak işlemler ile elektronik işlemlerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır. **(Ek cümle: 5/4/1990 - 3622/11 md.; Değişik:10/6/1994-4001/14 md.)** Ancak, davanın ihbarı ve bilirkişi seçimi Danıştay, mahkeme veya hakim tarafından re'sen yapılır

139) Er, s. 343., Çatak Irız, s. 112. Çetin Aşçıoğlu, **Yargılamada Maddi Gerçeğin Belirlenmesi ve Kanayan Yara Bilirkişilik**, Sözkese Matbaa, Ankara, 2010, s. 181., Ahmet Caner Yenidünya, Zafer İçer, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik**, Adalet Yayınları, Ankara 2013, s. 3., Kızılyel, Kaylan, s. 66.

140) Aşçıoğlu, s. 183.

“seçimde yüksek özen”, “atama ve görevlendirmede açıklık”, “yargılamada yanların katılımı ile sorgulama”, “yargıcın rapor üzerinde mantık ve gerekçe denetimi yapması”, yollarının tamamının özenle kullanılması gerekir¹⁴¹.

Hekimin tıbbi uygulama hatasına bağlı hukuksal sorumluluğunun araştırılmasında tıbbi bilirkişilerin açıklayacağı görüş ve değerlendirmeler uyumsuzluğun çözümünde çok önemlidir. Mahkemeler hekimin belirli olumlu veya olumsuz bir tedbiri/eylemi ile zarar arasındaki hukuki ilişkiyi genel bilgiler ile tespit edemezse (ki tamamen teknik bir konudur) bu durumda bilirkişi (ekspert) seçecekleri hekimlerden rapor almak zorundadırlar¹⁴². Tıbbi konularda herkes görüş bildirmez, herkes bilirkişi olamaz. Diğer bir deyişle teknik ve tartışmaya açık bir konuda olumlu veya olumsuz bir fiil veya ihmalde kusur olup olmadığının takdiri mahkemelerin yetki sınırlarının dışındadır¹⁴³.

Tıbbi bilirkişi incelemesine konu olan ve yanıtlanması gereken soruların belirlenmesi ve yanıtlanması gereken soruların açıklığa kavuşturulması amacıyla hazırlanacak olan tıbbi bilirkişi raporlarının düzenlenmesinde, araştırma-inceleme konusuyla ilgili toplanacak somut verilerin objektif değerlendirilmesi gerekmektedir¹⁴⁴. Bu bakımdan bilirkişi, somut olaydaki tıbbi müdahalenin tıp kurallarına uygun olarak yapılıp yapılmadığını, özen borcuna aykırılık bulunup bulunmadığını teknik kurallara bağlı olguları bilimsel dayanaklarla açıklamak zorundadır¹⁴⁵.

Ancak uygulamada tıbbi bilirkişi olarak görüşüne başvuru alan bilirkişilerin hazırladığı raporlarda bazı eksiklikler bulunmaktadır. Bunlar¹⁴⁶;

- Raporlarda tıbbi terimlerin açıklanmaması,
- Adli raporlarda yara yeri niteliklerinin iyi belirtilmemesi,
- Raporların gerekçesiz yazılması,
- Basit vakalarda bile kesin raporların verilmemesi,
- El yazısıyla yazılan tıbbi kayıtların okunaklı olmaması nedeniyle doğru değerlendirme yapıl(a)maması,
- Tıbbi müdahalede bulunan hekimlerin isim ve unvanlarının bulunmaması ya da okunaklı olmaması nedeniyle sorumluların net olarak belirlenememesi,

141) Aşçıoğlu, s. 202.

142) Belgesay, Tıbbi Mesuliyet, s. 133.

143) Belgesay, Tıbbi Mesuliyet, s. 101.

144) Mehmet Demir, **Tıbbi Organizasyon Kusuru Açısından Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu**, Turhan Kitapevi, Ankara 2010, s. 327.

145) Ayan, s. 94., Aşçıoğlu Tıbbi Yardım, s. 141, Er, s. 343.

146) Suphi Ayaz, **Tıbbi Bilirkişilik**, Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı, Yayın No: 493, Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı Yayınları, Ankara 1982, ss. 31-34.

Genel olarak bilirkişilik kurumunda olduğu gibi tıbbi bilirkişilik kurumunda da mahkemelerce uyuşmazlık konusu davanın çözümünde gereksinim duyulan özel ve teknik konularla sınırlı olarak hazırlanacak raporların, yargıcın gerçeğe ulaşma işlevine yardımcı bulunması temel amacına yöneliktir¹⁴⁷. Tıp hukuku sorununun çözümünde yargısal karar vermekle görevli yargıcın, kural olarak yargısal faaliyet ve araştırmalarında, tıp bilimine özgü ölçütlere dayanmaktan başka yapacak geride fazla işi kalmamaktadır. Ancak, mahkemelerin somut olaylarda yaygınlaşan tıbbi sürecin kaçınılmaz riskler içerip içermediği ya da gösterilmesi gerekli olası objektif özen ölçüsünde hareket edilip edilmediği hususları ile sınırlı bir alanda tıbbi faaliyetleri yargısal denetim konusu yapma yetkisi her zaman bulunmaktadır¹⁴⁸.

Sağlık alanında başvuru bilirkişilik kurumları şunlardır:

- Yüksek Sağlık Şurası: 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 21. maddesi gereğince oluşturulmuştur. Sağlık meslek mensuplarının mesleklerini icra ederken ortaya çıkan adli konularda mahkemelere görüş vermek ve idarî soruşturmacılar ve uzlaşma komisyonları için bilirkişi listesi belirlemek üzere oluşturulmuştur. On beş üyeli bir kurumdur. Bir çalışmaya göre YSS, 2002-2007 yılları arasında toplam 2026 dosyayı karara bağlamıştır. Bu listede pratisyen hekimler yüzde 18 (359 dosya) ile birinci, kadın hastalıkları ve doğum uzmanları yüzde 16 (341) ikinci, ebe, hemşire, sağlık memurlarını tamamı yüzde 15 (314) ile üçüncü sırada yer almışlardır.

- Adli Tıp Kurumu (ATK): Kurum, bilirkişilik görevini adli tıp ihtisas daireleri, ihtisas kurulları ve genel kurul aracılığı ile yürütür. Görevleri 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanunu'nun 2. maddesinde belirtilmiştir. ATK, Adalet Bakanlığına bağlı bir kuruluştur. Siyasal güce bağlı olarak çalışan bir kurumun çalışanlarından bilirkişilik görevi üstlenmesi, yargı bağımsızlığıyla bağdaşmayan bir durumdur. Toplumumuzdaki, özellikle siyasal gücün etkin olduğu kurum ve kuruluşlara karşı duyulan güvensizlik inançlarının göz ardı edilmemesi gerekir.

Tıbbi uygulama hatasına bağlı davalarda uygulamadaki en önemli sorunlardan birisi yargılama konusu olan olaya ilişkin uzmanlık alanından bilirkişinin adli tıp kurumu raporunda bulunmaması ya da tek bir uzmanın bulunmasıdır. Adli tıp raporlarında yargılama konusu uzmanlık dahi ile ilgisi olmayan uzmanların bu raporlarda isminin ve imzasının bulunması raporların güvenilirliğinin sorgulanmasına neden olmaktadır. Bu nedenle ATK'dan çıkan raporlar, kurul görüşü gibi görünse de bir tek kişinin görüşü olarak değerlendirilmelidir. Çünkü her kurulda konuyla ilgili yalnızca bir uzman vardır (bazen ilgili uzman dahi

147) Demir, s. 327

148) Demir, s. 51.

bulunmamaktadır). Böyle bir raporda görüşü tek uzman verir, diğer ilgisiz uzmanlar o bir uzmanın görüşünü onaylar. Bu durum yapısal bozukluğun açık bir göstergesidir. Bu nedenle adli tıp kurumu raporlarında ilgili uzmanlık dalından uzman sayısının daha fazla olması raporların güvenilirliğini artıracaktır.

Yüksek yargı kararlarında da (özellikle son dönemde) yerel mahkemelerce hükme esas alınan Adli Tıp İhtisas Dairesi yada Genel Kurulu raporlarının dahi eleştirildiği, rapor Adli Tıp Genel Kurulu'ndan dahi verilmiş olsa da hükme esas alınmayacağından bu kez dosyanın üniversiteye gönderilerek hükme esas olacak yeni bir rapor alınması gerektiği belirtilmektedir. Hatta Yargıtay bir dosyada Adli Tıp Genel Kurulu'na, daha önce aynı dosyada rapor vermiş olan 3. İhtisas Kurulu üyelerinin katılmasını raporlar arasında çelişki nedeni saymış ve dosyanın üniversiteye gönderilmesi gerektiğini belirterek kararı bozmuştur.

ATK, yargı organlarına adli tıp konularında yardımcı olurken, diğer bilirkişilerden ayrıcalıklı bir düzen içinde çalışmaktadır. Tıbbi sorunları inceleyen ihtisas kurulları, "adli tıp uzmanları ya da başka bir bilirkişi kurulunca verilen raporlar arasında herhangi bir çelişki olduğunda" çelişkinin giderilmesi için dosya adli tıp kurumu ihtisas kurullarına ya da adli tıp genel kuruluna gönderilmektedir. Bu ayrıcalıklı düzen, ATK'ya diğer bilirkişiler karşısında üstün bir durum yaratılmış izlenimi vermektedir. Yargı genellikle bunun etkisinde kalarak her sorunu ATK ile çözme yolunu seçmekte ve konusunda uzman olan diğer kurum, kuruluş ve sivil toplum örgütleri dışlayarak, bilirkişi konusunda bir tekel yaratılmasına neden olmuştur. Hâlbuki uygulamada görüldüğü üzere Adli Tıp Genel Kurulu 36 üyeden oluşmasına rağmen uyumsuzluk konusu uzmanlık alanından yine bir uzman bulunmaktadır. Bu durumda raporda 36 imza olmasına rağmen raporun güvenilirliğinin sorgulanmasına neden olmaktadır. Buna karşılık bazı yazarlarca; özellikle tıbbi uygulama hataları, adli belge incelemesi, çocuk istismarı, trafik kazaları, iş kazaları gibi konularda adli tıp incelemesi yapılması gerektiğini belirtilmektedir. Bunun neden zorunlu olduğu anlaşılammakla beraber tıbbi uygulama hatalarında mutlaka adli tıp kurumundan görüş alınması gerektiğine ilişkin görüşe katılmamaktayız.

- Üniversiteler: Yargılamada uyumsuzluğun çözümü için yargıya yardımcı olan önemli kurumlardan birisi de üniversitelerdir. Kanaatimizce en önemlisidir. Özellikle tıbbi uygulama hatasına bağlı yargılamalarda üniversitelerin tıp fakültelerinin ilgili anabilim dalları önemli işleve sahiptirler. Bilirkişi görevinin tüzel kişi olarak bilgi üreten, bilimsel çalışma yapan üniversiteler tarafından üstlenilmesi daha sağlıklı ve güvenilir bir ortam yaratacaktır. Çünkü ilgili uzmanlık dalının eğitimini veren bir kurumun dava konusu edilen olayda rapor düzenlemesi daha akılcı ve daha uygun olacaktır.

- Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulu: 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel

Sağlık Sigortası Kanunu'nun 58. maddesi gereğince oluşturulmuştur. Kurul, sigortalılar hakkında vazife malûllük derecesi, iş kazası ve meslek hastalığı sonucu sürekli iş göremezlik derecesi tespiti ile çalışma gücünün malûliyeti gerektirecek derecede kaybına ilişkin Kurumca verilen kararlardan itiraza konu olanları inceleyerek karara bağlar.

Bu bilirkişilik kurumları dışında mahkemelerce Adli Yargı Adalet Komisyonu Bilirkişi Listesi'nden seçilecek bilirkişilerden rapor alınabilmektedir.

Resmi olmayan bilirkişiler kural olarak bilirkişiliği kabul etmek zorunda değildirlerdir. Ancak resmi bilgisine başvurulacak hususu bilmeksizin sanatını icra etmesi mümkün olmayan ve açıkça sanatını icra eden kimselerin bilirkişiliği kabul etmeleri mecburdur (HMK 270/1-c).

Bütün bunlara ek olarak uygulaması görülmemekle birlikte, özellikle tıp camiasında her uzmanlık dalında bulunan uzmanlık derneklerinin de bilirkişi olarak görüşlerine başvurulmasında yasal bir engel yoktur. Uzmanlık dernekleri kuruluş amaçlarına uygun olarak üyelerinin mesleki bilgi ve görgüleri ile yeteneklerinin arttırılması için sürekli olarak meslek içi eğitim yapan, kongre ve sempozyum düzenleyerek uzmanlığın geliştirilmesi için sürekli çalışan sivil toplum örgütleridir. Hekimin ilgili alandaki tıbbi uygulamalarının tıbbın güncel standartlarına uygun olup olmadığını değerlendirebilecek ve bu konuda görüş bildirebilecek yetkinliğe sahip oldukları, hatta en etkin ve yetkin oldukları açıktır. 1945 tarihinde yayınlanan bir makalede İsviçre ve Fransız mahkemelerinin bilirkişileri serbest olarak seçtikleri belirtilmektedir. Ancak bu gün için dahi ülkemizde mahkemelerce böyle bir uygulama yapılmamaktadır.

Mahkemece özel ve teknik bilgi gerektiren konularda bilirkişi görüşüne başvurulmakla beraber davanın taraflarınca da bilirkişi görüşü kapsamında uyumsuzluk konusu ile ilgili olarak uzmanından bilimsel mütalaa olarak mahkemeye sunabilme hakları vardır. HMK'nun 293. maddesindeki bu düzenleme dosyadaki bilirkişi raporlarının sorgulanması ve maddi gerçeğe ulaşmak için taraflara verilmiş önemli bir hak olup oldukça yerinde bir düzenlemedir. Taraflarca bu hakkın kullanılarak konu ile ilgili uzmanından alınan bilimsel mütalaa mahkemenin karar vermesinde bilirkişi görüşü gibi yardımcı olacaktır.

B- Maddi Zararın Hesaplanmasında Bilirkişinin Fonksiyonu

Tıbbi uygulama hatasına bağlı tam yargı davalarında bilirkişi görüşüne iki kez müracaat edilmektedir. Birincisi, iddia konusu ile ilgili olarak yukarıda belirtildiği üzere tıbbi uygulama hatası olup olmadığı, ikincisi ise eğer böyle bir hata yani ağır hizmet kusuru kabul edilebilecek bir hata var ise bu durumda zararın tespiti.

Tıbbi uygulama hatası nedeniyle ölüm gerçekleşmişse destekten yoksun kal-

ma tazminatının, eğer ölüm gerçekleşmemişse zarar görenin maddi zararının tespiti gerekecektir. Her iki durumda da tazminat miktarı ile zararın gerçek tespiti yine özel ve teknik bir bilgiyi gerektirdiğinden mahkemelerce bilirkişi görüşüne ihtiyaç duyulmaktadır.

Destekten yoksun kalınan zarar hesaplanırken, destek olanın (ölenin) gelir durumu, yardım miktarı, desteğin kalan süresi esas alınır. Bu etkenlerin somut olaydaki rolüne göre tazminat miktarı belirlenir¹⁴⁹. Bu tazminat miktarının hesaplanmasındaki en önemli etken ise desteğin fiili geliridir. Bu gelir, ölenin meslek içi ve meslek dışı kazançlarının toplamıdır. Ölen kamu veya özel bir kuruluşta ücretli olarak çalışıyorsa son maaşı ve ek kazançları, serbest meslek sahibi ise (avukat, hekim, mühendis, mimar, tacir, esnaf gibi) ilgili meslek odasından, vergi beyannamelerinden, ticari defterlerden, herhangi bir işi yoksa ölenin çevrede yaptığı işler, kişisel ve fiziksel özellikleri, bulunduğu çevre, yaşayış tarzı, vs. gibi etkenlerin tamamı birlikte değerlendirilerek gelir tespit edilir. İşte tüm bu işlemlerin yapılabilmesi bilirkişinin ayrıntılı ve özenli çalışmasına bağlıdır¹⁵⁰.

Ölüm olmamakla beraber, vücut bütünlüğünün bozulmasına neden olunması halinde, zararın tespitinde yine bilirkişinin görüşüne ihtiyaç vardır. Burada da bilirkişi, zarar görenin zararını tespit ederken, tedavi masrafları (tüm tedavi giderleri ile özel hastane masrafları, bakıcı giderleri, ileride olası yeni ameliyat ve masrafları) çalışma gücünün kaybı ve azalmasından doğan zararlar (geçici veya sürekli iş göremezlik), varsa efor kaybı ve varsa ekonomik geleceğin sarsılmasına bağlı zararları belirlenmesinde mahkemeye yardımcı olacaktır.

SONUÇ

Uygulamada en çok görülen tıbbi hatalar, tanı ve tedavi hatası, uzmanlık yetkisinin aşılması, bilgilendirme eksikliği ve rıza sınırının aşılması, özen eksikliği ve sır saklama yükümlülüğünün ihlalidir. Sayılanlar arasından özellikle uzmanlık yetkisinin aşılmasının henüz tartışılmadığını görmekteyiz. Özellikle ana dal – yan dal uzmanlarının yetkileri açısından, TUK kararı gereğince, sorun görünmese bile hastanın bu konuda aydınlatılmasının gerekip gerekmediğinin yakın zamanda tartışılacağı kanaatindeyiz.

İdarenin sorumluluğu için hizmet kusurunun varlığı, istisnai hallerde de kursosuz sorumluluğu söz konusudur. Hatalı tıbbi müdahale nedeniyle idarenin sorumluluğu için ise “ağır” hizmet kusuru aranmaktadır. Doktrinde “ağır hizmet kusuru” kavramı tartışılmakla birlikte, Danıştay kararlarında ağır hizmet kusuru kavramına yer verilmekte, genel olarak kusurun varlığında zararın tazmin yoluna gidildiği görülmektedir. Belirtildiği gibi tıbbi müdahalenin uygulandığı

149) Gökcan, Tazminat Hukuku, s. 673.

150) Gökcan, Tazminat Hukuku, s. 674.

yerin ve uygulayan kişinin hukuki statüsünün farklı olması, yargı yolunun farklı olmasına neden olmaktadır. Buna bağlı olarak da, Yargıtay tarafından özel sağlık kuruluşlarında görev yapan hekim vekâlet sözleşmesi kapsamında en hafif kusurundan dahi zararın tamamından sorumlu tutulurken, Danıştay, kamu kurumunda görevli hekimin ve dolayısıyla idarenin “ağır” kusurunu aramaktadır. Her ne kadar bu hekimler arasında hukuki statü bakımından farklılık olsa da sorumluluk için yüksek yargı arasında bu kadar farklı görüş ayrılığının olmaması gerektiği kanaatindeyiz.

Zararlarının tazmininde Yargıtay ile Danıştay arasındaki görüş farklılığı “efor” tazminatında da görülmektedir. Yargıtay kişinin zarara neden olan eylem nedeniyle aynı konumdaki kişilere göre daha fazla efor sarf etmesi nedeniyle zararlar arasında efor tazminatına da yer verirken Danıştay bu konuda aksini düşünmektedir. Biz bu konuda Yargıtay’ın görüşünün daha hakkaniyetli bir yaklaşım olduğunu değerlendirmekteyiz.

Tıbbi uygulama hatasına bağlı olarak zarar görenlerin maddi ve manevi zararlarının tazmin edilmesi gerektiği tartışmasıdır. Ancak bu zararların ve tıbbi uygulama hatasına bağlı zarara neden olan davranışın kusurlu olmadığını tespiti davanın çözümün sağlayacaktır. Bu tür davaların çözümü tamamen özel ve teknik bir bilgi gerektirmektedir. Dolayısıyla adli, idari veya ceza yargısı olsun bu türden bir iddia olan dosyalarda mutlaka bilirkişi raporu/raporları ile çözüme gitmektedir. Ancak uygulamadaki en önemli sorunlardan bir tanesi bütün dosyaların adli tıp kurumuna gönderilmesi yolunun tercih edilmesidir. Adli tıp kurumu ihtisas kurulları tarafından düzenlenen bazı raporlarda ilgili branş uzmanı dahi bulunmadan rapor düzenlendiği görülmektedir. Hekimin uyguladığı tıbbi müdahalenin güncel tıp verilerine uygun olup olmadığını denetlenmesinin ya bu eğitim veren üniversiteler ya da ilgili branşın uzmanlık derneklerinden rapor alınmasının daha uygun olacağını değerlendirmekteyiz.

Son olarak 2014 yılında idari yargı sistemimizde, 28.06.2014 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 6545 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile önemli değişiklikler yapılmıştır. Bölge İdare Mahkemeleri istinaf mahkemeleri olarak görev yapacak ve idare mahkemelerinin verdikleri kararları hem maddi hem hukuki yönden denetleyeceklerdir. Tıbbi uygulama hatalarından doğan tam yargı davalarının istinaf aşamasında maddi yönden de denetlenecek olması şüphesiz son derece isabetli olmuştur. İstinaf uygulamasına geçildikten sonra bu konuda yeni bir çalışma yapmak gerekmektedir.

KAYNAKLAR

- Akyılmaz, Bahtiyar. “Sağlık Kamu Hizmetini Yürüten Kamu Görevlilerinin Neden Olduğu Zararlardan Devletin Sorumluluğu”, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Lefke Avrupa Üniversitesi II. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 17-18 Mayıs 2010, Editör: Nilgün

- Sarp, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, ss. 105-122.
- Atay, Ender Ethem. İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2012.
 - Atay, Ender Ethem. Odabaşı, Hasan. İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010.
 - Aşçıoğlu, Çetin. Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Ankara 1993.
 - Aşçıoğlu Çetin. Yargılamada Maddi Gerçeğin Belirlenmesi ve Kanayan Yara Bilirkişilik, Sözkese Matbaa, Ankara, 2010,
 - Ayan, Mehmet. Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Kazancı Yayınları, Ankara 1991.
 - Ayaz, Suphi. Tıbbi Bilirkişilik, Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı, Yayın No: 493, Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı Yayınları, Ankara 1982, ss. 31-34.
 - Bayındır, M. Savaş. “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:XI, S:1-2, Yıl:2007, ss. 551-589.
 - Belgesay, Mustafa Reşit. Tıbbi Mesuliyet, M. Sıralar Matbaası, İstanbul 1954.
 - Çağlayan, Ramazan. İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Yayınları, Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara 2014.
 - Çağlayan, Ramazan. “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusursuz Sorumluluğu”, Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erzincan 5-16 Mayıs 2006, Yetkin Yayınları. Ankara 2007. ss. 117-133.
 - Çağlayan, Ramazan. “Sağlık Hizmetlerinden İdari Sorumluluk”, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Girne-Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu, 2-3 Mart 2009 Girne/KKTC, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, ss.95-110.
 - Canbolat, Ferhat. “Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Kaynaklanan Sorumluluğunun Dayanağı”, TBB Dergisi, Sayı:80, Ankara 2009. ss.156-181.
 - Çatak, İrız Betül. Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.
 - Çelik, Safa. 2002-2007 Yılları Arasında Sağlık Çalışanlarının Hatalarına İlişkin Yüksek Sağlık Şurası Dosyalarının Değerlendirilmesi, Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, XII. Levha Yayınları, İstanbul 2011, s. 267-271.
 - Çınarlı, Serkan. İdarenin Sağlık Hizmetinin Sunumundan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu, Orion Yayınları, Ekim 2013.
 - Demir, Mehmet, Tıbbi Organizasyon Kusuru Açısından Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu, Turhan Kitabevi, Ankara 2010.
 - Doğan, Cahid. “İdarenin Kusur Sorumluluğunda Rücu”, VIII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Hekim Sorumluluğu 7-8 Ekim 2011 Diyarbakır, Editörler: Hakan Hakeri ve Henning Rosenau, Adalet Yayınevi, Ankara 2012. ss.99-191.
 - Ekici Şahin, Meral. Ceza Hukukunda Rıza, XII Levha Yayınları, İstanbul, Ocak 2012.
 - Er, Ünal. Sağlık Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2008.
 - Ersöz, Kürşat “Tıbbi Müdahale Kavramı ve Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl 5, Sayı 45, Mayıs 2010, ss. 105-122.
 - Gencer, Zafer Adem. Ceza Hukuku Kapsamında Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Bilge Yayınevi, Ankara 2014.

- Gökcan, Hasan Tahsin. Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Seçkin Yayınları, Şubat 2013.
- Gökcan, Hasan Tahsin, Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku, Seçkin Yayınları, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 2010.
- Gözler, Kemal. İdare Hukuku, Ekin Yayınları, İkinci Baskı, Cilt: II, Bursa, 2009.
- Gözübüyük Abdullah Pulat, Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller, Ankara Basım ve Cilt Evi, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş İkinci Basım, Ankara 1957.
- Gözübüyük, A. Şeref ve Turgut Tan. İdare Hukuku, Cilt 1, İdari Yargılama Hukuku, Güncelleştirilmiş 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2010.
- Günday, Metin. İdare Hukuku, 3. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara 1998.
- Günday, Rezzan. Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.
- Hakeri, Hakan. Tıp Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Mayıs 2012.
- Hızal, Sevinç Arslan, “Tıbbi Müdahalelerde Olası Kast ve Bilinçli Taksirin Ayırımı”, Ceza Hukuku Dergisi, Seçkin Yayınları, Yıl:7, Sayı: 18, Nisan 2012, ss. 225-253.
- İnal, H. Tamer. “Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve İdari Sorumluluk Türlerinin Yakınlaştırılması”, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl:2013, Sayı: 6.
- Kalabalık, Halil. “Sağlık Hukukunda Kamu Görevlilerinin Sorumluluğu”, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Lefke Avrupa Üniversitesi III. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 25-26 Nisan 2011, Editörler: Nilgün Sarp ve Cahit Doğan, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, ss. 239-325.
- Kaya, Cemil. İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetim, XII Levha Yayınları, İstanbul 2014.
- Kızılyel, Serkan ve İbrahim, Kaylan, “Sağlık Hizmeti ve İdarenin Tazmin Yükümlülüğü Üzerine Düşünceler”, Terazi Hukuk Dergisi, Ağustos 2010, Sayı: 48.
- Odyakmaz, Zehra. “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kurumsal Sorumluluğu Açısından Avukatın Gözönünde Bulundurması Gereken Hususlar”, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, Sempozyum, 16-17 Ocak 2009 Mersin, Bildiriler, Mersin Barosu Yayınları, Şen Matbaa, Ankara, ss. 199-235.
- Özpınar, Berna. “Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamadan Doğan Hukuki Sorumluluğun Sebepleri ve Sonuçları”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:66, Sayı:3 Yaz 2008, ss. 90-103.
- Savaş, Halide. Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları Tıbbi Malpraktis Tıbbi Davaların Seyri ve Sonuçları, Seçkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara, Haziran 2013.
- Tacir, Hamide. Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, I. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.
- Taneri, Gökhan. Hasta Hakları, Bilge Yayınevi, Ankara 2014.
- Tahmazoğlu Üzeltürk, Sultan. Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı (Ulusal ve Uluslararası Boyutuyla), Legal Yayıncılık, İstanbul, Aralık 2012.
- Top, Mehmet. Ömer Gider, Yunus Taş, Seher Çimen, Hekimlerin Tıbbi Hatalar Neden Olan Faktörlere İlişkin Değerlendirmeleri: Kocaeli İlinden Bir Alan Çalışması, Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, C:11, Sayı:2 (2008), ss. 161-199.
- Tümer, Ali Rıza. Cerrahi Branşlar Açısından Hukuki Sorumluluklar ve Malpraktis, Matsis Matbaası, İstanbul 2013.

- Türkmen, Ali. Hasta ve Hekim Hukuku, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2013.
- Uysal, Büşra. “İdarenin Sağlık Hizmetlerinde Kusurlu Sorumluluğu”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Sayı:77-78, Ocak, Şubat 2011.
- Yaşar, Hasan Nuri. İdare Hukuku, Der Yayınları, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, İstanbul 2014.
- Yenerer Çakmut, Özlem. “Sağlık Hukukunun Temel Esasları ve Özellikle Aydınlatılmış Onam”, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, Sempozyum 16-17 Ocak 2009 Mersin, Bildiriler, Mersin Barosu Yayınları, ss. 1-40.
- Yenerer Çakmut, Özlem. Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, Legal Yayınevi, İstanbul 2003.
- Yenidünya, Ahmet Caner. İçer, Zafer. Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik, Adalet Yayınları, Ankara 2013.
- Yıldırım, Ramazan. İdare Hukuku Kavramları Sözlüğü, Mimoza Yayınları, Konya 2006.
- Yıldırım, Ramazan. İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan İdare Hukuku Kapsamındaki Sorumluluğu, VIII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Hekim Sorumluluğu 7-8 Ekim 2011 Diyarbakır, Editörler: Hakan Hakeri ve Henning Rosenau, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, ss.193-215.
- Yılmaz, Battal. Açıklamalı-İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Genişletilmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ekim 2010.

ÖZET

Tıbbi müdahaleler nedeniyle ortaya çıkabilecek zararların tazmininde, zarar görenlerin başvurabileceği hukuki yol, zararın gerçekleştiği yere ve hekimin hukuki statüsüne göre belirlenmektedir. Çalışmada kısaca tıbbi müdahale hatalarının neler olabileceği ve hatalı tıbbi müdahaleden dolayı idarenin sorumluluğu için aranan şartlara değinildikten sonra hatalı tıbbi müdahaleden kaynaklanan tam yargı davalarının şartları, bu davalara ilişkin usul hükümleri, tazminat ödenmesinin koşulları, tıbbi müdahale hatasının varlığının tespiti halinde idarenin tazmin borcunun kapsamı, tazmin borcunu ortadan kaldıran ve azaltan durumlar, bu tür davaların çözümünde son derece önemli bir yer tutan ve özellikle dikkat çekilmesi gerektiğini düşündüğümüz bilirkişilik incelenmiştir.

Anahtar kelimeler: Tıbbi müdahale, hizmet kusuru, kişisel kusur, tam yargı davası, bilirkişilik.

İdari Yargının Görevli Olduğu Kamulaştırmasız El Atma Davalarında Taşınmazın Tescili Sorunu

The Problem of Registration of The Property in The Confiscating Without Expropriating Cases in The Administrative Jurisdiction

Yrd. Doç. Dr. Emrah Kulaklı

Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

ABSTRACT

Decision taken in the confiscating without expropriating cases in the administrative jurisdiction, cannot allow registration of immovable property on behalf of administration. Therefore, the quality of confiscating without expropriating cases reveal an improper situation. In this context, this study deals registration problem in the confiscating without expropriating cases in the administrative jurisdiction and considers the solutions for it.

Keywords: Confiscating without expropriating, Property right, Immovable property, Tort, Judicial remedy, Registration decision

GİRİŞ

İdare, kamu yararının gerektirdiği hallerde özel mülkiyete tabi taşınmazları malikinin rızası dışında edinebilir. İdarenin bu çerçevede mülkiyeti edinmesi, Anayasa m. 46 gereği Kamulaştırma Kanunu hükümlerine tabidir. Buna göre kamulaştırma yetkisine sahip idare, özel mülkiyete tabi taşınmazları ancak kamu yararı bulunması şartıyla ve gerçek karşılıklarını ödemek suretiyle edinebilir. İmar planları çerçevesinde kamusal fonksiyona tahsis edilmiş özel mülkiyete tabi taşınmazların kamulaştırılması, imar programlarının uygulanması bakımından idarenin aynı zamanda bir yükümlülüğüdür.

Ülkemizde sıklıkla karşılaşılan kamulaştırmasız el atma olgusu, bu nitelikteki