



AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



Fidan ERMUMCU

SAĞLIK HİZMETLERİNDEN KAYNAKLANAN ZARARLARDA İDARENİN  
SORUMLULUĞUNU AZALTAN VEYA ORTADAN KALDIRAN HALLER

Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı  
Yüksek Lisans Tezi

Antalya, 2019



AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



Fidan ERMUMCU

SAĞLIK HİZMETLERİNDEN KAYNAKLANAN ZARARLARDA İDARENİN  
SORUMLULUĞUNU AZALTAN VEYA ORTADAN KALDIRAN HALLER

Danışman

Doç. Dr. Ahmet Kürşat ERSÖZ

Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

Antalya, 2019

**Akdeniz Üniversitesi**  
**Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğüne,**

Fidan Ermumcu'nun bu çalışması, jürimiz tarafından Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Programı tezi olarak kabul edilmiştir.

Başkan : Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ (İmza)

Üye (Danışmanı) : Doç. Dr. Ahmet Kürşat ERSÖZ (İmza)

Üye : Doç. Dr. Hayri KESER (İmza)

Tez Başlığı: SAĞLIK HİZMETLERİNDEN KAYNAKLANAN ZARARLARDA İDARENİN SORUMLULUĞUNU AZALTAN VEYA ORTADAN KALDIRAN HALLER
---

Onay : Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

Tez Savunma Tarihi : 24/01/2020

Mezuniyet Tarihi : 26/03/2020

(İmza)  
Prof. Dr. İhsan BULUT  
Müdür

## AKADEMİK BEYAN

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Zararlarda İdarenin Sorumluluğunu Azaltan Veya Ortadan Kaldıran Haller” adlı bu çalışmanın, akademik kural ve etik değerlere uygun bir biçimde tarafımda yazıldığını, yararlandığım bütün eserlerin kaynakçada gösterildiğini ve çalışma içerisinde bu eserlere atıf yapıldığını belirtir; bunu şerefimle doğrularım.

İmza

**Fidan ERMUMCU**



T.C.  
AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU  
BEYAN BELGESİ



SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

ÖĞRENCİ BİLGİLERİ	
Adı-Soyadı	Fidan ERMUMCU
Öğrenci Numarası	20165228027
Enstitü Ana Bilim Dalı	Kamu Hukuku
Programı	Tezli Yüksek Lisans
Programın Türü	(X) Tezli Yüksek Lisans ( ) Doktora ( ) Tezsiz Yüksek Lisans
Danışmanın Unvanı, Adı-Soyadı	Doç. Dr. Ahmet Kürşat ERSÖZ
Tez Başlığı	Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Zararlarda İdarenin Sorumluluğunu Azaltan Veya Ortadan Kaldıran Haller
Turnitin Ödev Numarası	1239008805

Yukarıda başlığı belirtilen tez çalışmasının a) Kapak sayfası, b) Giriş, c) Ana Bölümler ve d) Sonuç kısımlarından oluşan toplam 98 sayfalık kısmına ilişkin olarak, 02/01/2020 tarihinde tarafımdan Turnitin adlı intihal tespit programından Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esasları'nda belirlenen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan ve ekte sunulan rapora göre, tezin/dönem projesinin benzerlik oranı;

alıntılar hariç % 7

alıntılar dahil % 15'tir.

Danışman tarafından uygun olan seçenek işaretlenmelidir:

( X ) Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşmıyor ise;

Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporu'nun doğruluğunu onaylarım.

( ) Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşıyor, ancak tez/dönem projesi danışmanı intihal yapılmadığı kanısında ise;

Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporu'nun doğruluğunu onaylar ve Uygulama Esasları'nda öngörülen yüzdeler sınırlarının aşılmasına karşın, aşağıda belirtilen gerekçe ile intihal yapılmadığı kanısında olduğumu beyan ederim.

Gerekçe:

Benzerlik taraması yukarıda verilen ölçütlerin ışığı altında tarafımda yapılmıştır. İlgili tezin orijinallik raporunun uygun olduğunu beyan ederim.

02/01/2020

(imzası)

Doç.Dr. Ahmet Kürşat ERSÖZ

## İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR LİSTESİ .....	iii
ÖZET .....	iv
SUMMARY .....	v
TEŞEKKÜR.....	vi
ÖNSÖZ .....	vii
GİRİŞ .....	1

### BİRİNCİ BÖLÜM

#### SAĞLIK HİZMETLERİNDEN KAYNAKLANAN ZARARLARDA GENEL OLARAK İDARENİN SORUMLULUĞU

1.1.Genel Olarak İdarenin Sorumluluğu Kavramı ve Pozitif Temeli.....	3
1.2. İdarenin Sorumluluk Türleri .....	6
1.2.1. Kusursuz Sorumluluk .....	8
1.2.2. Kusura Dayalı Sorumluluk .....	11
1.3.İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Sorumluluk Halleri .....	17
1.3.1. Sağlık Hizmetleri Kavramı .....	18
1.3.2. İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Sorumluluğu .....	27

### İKİNCİ BÖLÜM

#### SAĞLIK HİZMETLERİNDEN KAYNAKLANAN ZARARLARDA İDARENİN SORUMLULUĞUNU AZALTAN VEYA ORTADAN KALDIRAN HALLER

2.1.Sağlık Hizmetlerinin Sunulmasında Kusursuz Sorumluluk Hallerinde İdarenin Sorumluluğunu Azaltan Veya Ortadan Kaldıran Haller .....	44
2.1.1. Sağlık Hizmetlerinin Sunulmasında Kusursuz Sorumluluk Halleri.....	45
2.1.1.1 Sağlık Hizmetinin Risk İçermesi.....	47
2.1.1.2. Kamu Külfetlerinde Eşitlik İlkesi (Fedakarlığın Denkleştirilmesi) .....	49
2.1.2. Sağlık Hizmetlerinin Sunulmasında Kusursuz Sorumluluk Hallerinde İdarenin Sorumluluğunun Sınırları .....	51
2.2.Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Zararlarda Kusura Dayalı Sorumluluk Halinde İdarenin Sorumluluğunu Azaltan Veya Ortadan Kaldıran Haller.....	55
2.2.1. Zarar Görenin Davranışı .....	55
2.2.2. Üçüncü Kişinin Davranışı .....	59

2.2.3. Mücbir Sebep-Beklenmeyen Hal Ayrımı .....	63
2.2.4. İlliyet Bağının Olmaması Veya Kesilmesi .....	66
2.2.5. Mevcut Bir Zararın Olmaması .....	69
2.2.6. Önlenemezlik (Komplikasyon) .....	73
2.2.7. Kişisel kusur .....	82
2.3. İspat Sorunu .....	87
<b>SONUÇ .....</b>	<b>98</b>
<b>KAYNAKÇA .....</b>	<b>99</b>
<b>ÖZGEÇMİŞ .....</b>	<b>109</b>

**KISALTMALAR LİSTESİ**

AÇSAP	: Ana Çocuk Sağlığı ve Aile Planlaması Merkezleri
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BİM	: Bölge İdare Mahkemesi
C.	: Cilt
D.	: Daire
D. İş	: Değişik İş
Dan.	: Danıştay
DİDDK	: Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu
DMK	: Devlet Memurları Kanunu
Dr.	: Doktor
E.	: Esas
HD	: Hukuk Dairesi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İYUK	: İdari Yargılama Usulü Kanunu
K.	: Karar
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
Mah.	: Mahkeme
md.	: Madde
No.	: Numara
RG	: Resmi Gazete
S	: Sayı
s.	: Sayfa
T.	: Tarih
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TMK	: Türk Medeni Kanunu
vb.	: Ve benzeri
vd.	: Ve devamı, ve diğerleri
vs.	: Vesaire
Y.	: Yıl
Yarg.	: Yargıtay



## ÖZET

Sağlık hizmetlerinin sunulması sırasında meydana gelen zararlarda doğacak olan idarenin mali sorumluluğu, bazı hallerde azalmakta veya ortadan kalkmaktadır. İdarenin sorumluluğunu azaltan ve ortadan kaldıran bu halleri anlayabilmek ve ortaya koyabilmek için öncelikle idare hukukuna ait bazı temel kavramları açıklama zorunluluğu doğmuştur.

Bu çalışmada, öncelikle ilk bölümde genel olarak idarenin sorumluluğu kavramı; kusurlu ve kusursuz sorumluluk halleri açıklanmış, 'sağlık hizmetleri' kavramının ne anlama geldiği ifade edilmiş, 'idarenin sağlık hizmetlerinden kaynaklanan sorumluluğu' hususu mevzuattaki görünümü ve doktrin görüşleri ile açıklanıp, yargı içtihatları ile somutlaştırılmaya çalışılmıştır.

'İdarenin sorumluluğu' ve 'idarenin sağlık hizmetlerinden kaynaklanan sorumluluğu' kavramlarının kapsamı belirlendikten ve yargı içtihatları doğrultusunda genel çerçevesi çizildikten sonra, çalışmanın ikinci ve esas bölümünde idarenin sağlık hizmetlerinden kaynaklanan zararlarda sorumluluğunu azaltan veya ortadan kaldıran hallerin ne olduğu tasnif edilmiştir. Bu tasnif yapılırken sağlık hizmetlerinden kaynaklanan zararlarda idarenin sorumluluğunu azaltan veya ortadan kaldıran hallerde öncelikle kusurlu ve kusursuz sorumluluk ayırımına gidilmiştir. Sonrasında, sağlık hizmetlerinde kusurlu ve kusursuz sorumluluk hallerinde idarenin sorumluluğunu azaltan veya ortadan kaldıran haller, öncelikle pozitif hukuktaki durumu ve doktrindeki algılanışları ile ifade edilmiş, sonrasında yargı kararları ışığında uygulamadaki mevcut durum ortaya konulmaya çalışılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** İdarenin Sorumluluğu, malpraktis, sağlık hizmetleri, komplikasyon, illiyet, mücbir sebep, müterafik kusur.

**SUMMARY**  
**CIRCUMSTANCES IN WHICH ADMINISTRATIVE RESPONSIBILITY IS**  
**DIMINISHED OR REMOVED FOR DAMAGES ARISING FROM HEALTH**  
**SERVICES**

The financial responsibility of the administration arisen from damages occurred during providing of health services is decreased or removed at some cases. Primarily, we have to explain some basic terms belong to administrative law to understand and set forth the cases decreasing and removing responsibility of administration.

In this study, firstly the concept of responsibility of the administration in general; faulty responsibility and strict liability cases were explained; the meaning of term, “health services” was expresses; the matter, “responsibility of administration arisen from health services” was explained in legislation and was explained supporting with doctrine views and then it was tried to be concretized with the jurisprudences.

After determining the scope of the terms “responsibility of administration” and “responsibility of administration arisen from health services” ; general frame was drawn in the line with jurisprudence; the cases which decreasing or removing the responsibility of administration were tried to be classified in the second and the main chapter of the study. While performing this classification, first of all “faulty responsibility and strict liability” cases were discriminated at the cases which are decreasing or removing responsibility of administration arisen from health services. Then, “faulty responsibility and strict liability” cases decreasing or removing responsibility of administration arisen from health services were tried to be expressed primarily in the positive law and doctrine perceptions and then the current situation was tried to be explained and set forth under the light of judicial decisions.

**Keywords:** Liability of Administration, malpractice, health services, complication, causality, force major cases, contributory negligence.

## TEŞEKKÜR

Öncelikle değerli tez danışmanım Doç. Dr. Ahmet Kürşat Ersöz'e çalışma boyunca esirgemediği tecrübesi, yakın ilgisi ve hoşgörüsü için; sayın Danıştay üyesi Abdurrahman Gençbay'a Danıştay Genel Sekreterliği yaptığı dönemde Danıştay Kütüphanesini çalışmama açtığı için; Av. Özge Cansın Bucak'a yüksek lisans ders dönemimi kolaylaştıran desteği için, annem Ayşe Ermumcu'ya mesleki ve manevi desteği, sabrı için; son olarak babam Osman Ermumcu'ya sonsuz desteği ve gerek bir hukukçu gerekse kızı olarak her daim bana rehber ve rol model olduğu için teşekkür ederim.

## ÖNSÖZ

İdare hukukunun temel ilkeleri, pozitif hukuk ve öğretisi temel alınarak hazırlanmış olan bu çalışmanın amacı, sağlık hizmetlerinden kaynaklanan zararlar da idarenin sorumluluğunu azaltan veya ortadan kaldıran halleri sistematik olarak irdelemek ve Türk idari yargı içtihatlarında nasıl şekillendiğini ortaya koymaktır. Bu sebeple bu çalışma yapılırken bu konuyla ilgili çok sayıda yargı kararı incelenmiştir.

İçtihatî bir hukuk dalı olma özelliği taşıyan idare hukukunun kuralları büyük ölçüde yasa koyucu tarafından konulmamış, idari yargı organlarının uzun bir zaman boyunca somut olaylarda verdikleri kararlarla oluşmuştur. Mevzuatta idare hukuku alanında birçok kanun olmakla beraber, bu hukuk dalının temel kavram, ilke ve teorilerini ve bu tez çalışmasının ana konusunu oluşturan idarenin sorumluluk hallerini belirleyen genel kanun metinleri bulunmamaktadır. Bunlar mahkeme içtihatlarıyla oluşturulmuştur. Bu konularda idari yargı yerleri, içtihatlarla dayanarak karar vermektedirler.

Sağlık hizmetlerinin sunulmasından kaynaklanan zararlar da idarenin sorumluluğunu azaltan veya ortadan kaldıran hallerin anlatıldığı bu tez ile, Türk İdare Hukukunda bu hallerin içtihatlarla nasıl şekillendiği, idari yargı yerlerince verilmiş kararların isabetli olup olmadığı izaha çalışılmakta, eleştiri ve öneriler getirilmektedir.

**Fidan ERMUMCU**  
**Antalya, 2019**

## GİRİŞ

Siyasi sorumluluk, cezai sorumluluk, mali sorumluluk ve disiplin sorumluluğu olmak üzere hukukta dört ayrı sorumluluk türünden bahsetmek mümkündür. Bu çalışmanın konusunu, sağlık hizmetlerinin sunulması sırasında ortaya çıkan idarenin mali sorumluluğunun sınırlarının çizilmesi oluşturmaktadır. Hukuk devleti ilkesinin sonucu olarak, idare kişilere kusurlu veya kusursuz olarak vermiş olduğu zararları tazmin etmek durumunda olup, idarenin bu yükümlülüğü mali sorumluluk olarak nitelendirilir. Ancak idarenin mali sorumluluğunun sınırının çizilmesi gerekmektedir. İdarenin mali sorumluluğunun olması, kamu hizmeti niteliğindeki faaliyetlerinden meydana gelen bütün zararları karşılaması sonucunu doğurmayacaktır.

Sağlık kamu hizmetinin yerine getirilmesi sırasında birtakım güçlükler ortaya çıkmakta, hizmetin sunulması sırasında mağduriyetler doğabilmektedir. Bu mağduriyetler kimi zaman kamu ajanının ihmali ya da kastı sonucu oluşurken, kimi zaman hizmetin doğrudan kendisinden kaynaklanmakta, kimi zamansa idareden tamamen ayrı olarak meydana gelmektedir. Olayın meydana gelişi ve özellikleri idarenin bu zararı tazmin etme sorumluluğunun sınırlarını çizmektedir.

Sağlık hizmetlerinin sunulması sırasında ortaya çıkan zararlarda idare tarafından tazmin sorumluluğunu azaltan veya ortadan kaldıran durumlar, bu çalışmada ortaya koymaya çalışılan hususlar doğrultusunda somut olaya göre incelenerek tespit edilmelidir. Bunun doğru tespiti, doğacak hukuki sonuçlar bakımından oldukça önem arz etmektedir.

Yargı kararlarının incelenmesi sonucu, idarenin sorumluluğunu ortadan kaldıran hallerin başında, komplikasyon olduğu görülmektedir. Adli Tıp Kurumu raporlarında çok yaygın şekilde zarar ve illiyetin sabit olduğu hallerde ‘zararın oluşumunda idareye ve/veya personele atfı kabil kusur bulunmayıp zarar sebebinin komplikasyon olduğu’ yönünde kalıplaşmış görüş bildirmektedir. Bu yöndeki raporların yaygınlığı karşısında idari yargı yerlerince de özellikle manevi tazminat yönünden zarar ve illiyet yeterli görülerek tazminata hükmetme eğiliminin yaygınlaştığı görülmektedir. Hatta manevi zarar yönünden, illiyet şartının aranmayabileceği gibi sorumluluk hukuku ile bağdaşmadığını düşündüğümüz kararlar verildiği gözlemlenmiştir.

Bu tespitlerden hareketle, idarenin sorumluluğunu azaltan/ ortadan kaldıran hallerin başında Adli Tıp raporlarının meslek taassubu izlenimi veren komplikasyon tespitinin geldiği,

buna karşın yargı yerlerinin de hakkaniyet duygusunu öne çıkararak sorumluluk hukukunu zorlayan kararlar verdiği görülmekte olup, bu sağlıksız durumu ortada kaldırmak için bilirkişilik müessesesinin ıslah edilmesi ve daha özerk bir kurula ihtiyaç olduğu sonucuna varılmıştır.

İdarenin sorumluluğunu azaltan sebeplerden birisi de zarar görenin kısmi kusurudur. Bu durumda yargı yerlerince müterafik kusur uygulanıp idarenin tazmin sorumluluğunda indirim yapılmaktadır. Zarar görenin tam kusuru halinde ise idarenin sorumluluğu tamamen ortadan kalkmaktadır. Üçüncü kişinin kusurunda ise bazı yargı kararlarında, idarenin sorumluluğunun değişmeyip tam sorumlu olacağı, üçüncü kişiye kusuru oranında rücu edebileceğine hükmedildiği görülmektedir.

Beklenmeyen halin sorumluluğa etki yönünden en nadir sebep olduğu görülmektedir. Nitekim komplikasyon tespiti o kadar yaygın kullanılmaktadır ki, beklenmeyen hal denilebilecek durumlar bile komplikasyon içinde değerlendirilmektedir.

Kusursuz sorumluluk hali de sağlık hizmeti yönünden nadir karşılaşılan bir durumdur. Ancak, kanaatimizce sağlık hizmetinin bütünü kusursuz sorumluluk içinde değerlendirilebilecek bir alandır. Çünkü, sağlık hizmeti büyük oranda bizzat tehlike arz etmektedir. Adli Tıp'ın komplikasyon diye değerlendirdiği pek çok olay aslında kusursuz sorumluluğun klasik halidir. Bu sebeple kanaatimizce özel bir düzenlemeyle sağlık hizmetlerinde bazı hallerin kusursuz sorumluluk hali olarak tanımlanmasında fayda bulunmaktadır.

## BİRİNCİ BÖLÜM

### SAĞLIK HİZMETLERİNDEN KAYNAKLANAN ZARARLARDA GENEL OLARAK İDARENİN SORUMLULUĞU

#### 1.1.Genel Olarak İdarenin Sorumluluğu Kavramı

Bir hukuk devletinde idare, sadece hukuka uygun eylem ve işlemler yapmakla yükümlü değildir; aynı zamanda idare ister kusurlu ve hatta bazen kusursuz eylem ve işlemleriyle kişilere verdiği zararları da tazmin etmekle yükümlü olup bu tazmin yükümlülüğüne ‘idarenin sorumluluğu’ denir.<sup>1</sup> İdarenin sorumluluğu esas itibariyle idari faaliyetten zarar gören ile faaliyetin yürütücüsü idare arasında, idare lehine, zarar gören aleyhine bozulan mali, hukuki ve/veya sosyal dengenin yeniden sağlanması amacına yöneliktir.<sup>2</sup> Söz konusu zararların idarece giderilmesi gerekliliği tarihsel süreç içinde yavaş yavaş kabul görmüş, benimsenmiştir.<sup>3</sup> İdarenin davranışları nedeniyle sebebiyet verdiği zararların karşılanması gereği günümüzde hiçbir uygar ülkede tartışma konusu olamamakla beraber, idari sorumluluğun hukuki temelini ne olduğu hususunda bir birlik bulunmamaktadır.<sup>4</sup>

Kişilere verdiği zararları tazmin etmekle yükümlü idarenin bu sorumluluğu bazen özel hukuka, bazen de kamu hukukuna tabidir. İdare ya kanun koyucunun iradesine bağlı olarak veya sorumluluğa yol açan olayın niteliğine göre özel hukuk ya da idare hukuku kuralları uyarınca sorumlu olacaktır.<sup>5</sup> Özel hukuk kuralları ile idare hukuku kuralları arasında bazı ilke ve kavramlar yönünden benzerlikler bulunmakla beraber idarenin sorumluluğu kendine has, özerk bir yapıdadır.<sup>6</sup>

İdarelerin gerçek kişi olmaması sebebiyle siyasi ya da cezai değil yalnızca mal varlığı sorumluluğu bulunmaktadır. İdarenin bir kişiye verdiği zarar, idarenin mal varlığından bazı değerlerin zarar gören kişinin mal varlığına idari yargı kararlarıyla cebri olarak aktarılmasıyla tazmin edilir.<sup>7</sup> İdarenin kamu hukukuna tabi faaliyetlerinden doğan söz konusu sorumluluğu idare hukuku literatüründe ‘idari sorumluluk’<sup>8</sup> olarak adlandırılmaktadır.

<sup>1</sup> Gözler, 2019: 1033.

<sup>2</sup> Akyılmaz vd., 2019: 1136.

<sup>3</sup> Atay ve Odabaşı, 2010: 40.

<sup>4</sup> Duran, 1974: 11.

<sup>5</sup> Evren, 2009: 5.

<sup>6</sup> Gözler: 2019: 1061.

<sup>7</sup> Gözler: 2019: 1041.

<sup>8</sup> Gözler, 2019: 1042.

İdarenin sorumluluğu kurallarının Türk İdare Hukuku öğretisindeki temeli; nimet ve külfetlerde eşitlik ilkesi, imkan ve fırsat eşitliği ilkesi, sosyal devlet ilkesi ve hukuk devleti ilkesine dayandırılmaktadır.<sup>9</sup> İdarenin sorumluluğunun pozitif hukuk temeli Anayasa'nın 125/7. maddesidir. Anayasa'nın 125/7. maddesinde 'İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.'<sup>10</sup> hükmüne yer verilerek, idarenin tazmin sorumluluğu istisnasız şekilde düzenlenmiştir. Hukuk devleti ilkesi beraberinde idarenin mali sorumluluğu ilkesini de gerektirir ve Anayasamızda bu madde ile bu ilke açıkça kabul edilmiştir.<sup>11</sup> Anayasa'nın 40/2. maddesi ve Anayasanın 129/5. maddesinde idarenin sorumluluğuna yönelik usuli düzenlemeler bulunmaktadır. Anayasanın 40/2. maddesinde "Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır."<sup>12</sup> kuralı düzenlenmiştir. Bu hüküm gereği kamu görevlilerinin haksız işlemleri ile uğranılan zararların da devletçe tazmininin pozitif hukukta anayasal zemini oluşturulmuştur. Yine Anayasa'nın 129/5. maddesinde 'Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.'<sup>13</sup> denilerek memur ve diğer kamu görevlilerinin hizmet kusuru sonucu oluşan zararlarının da idarece tazmini ilkesi benimsenmiştir.

Anayasa'nın 40/2. maddesi ile 129/5. maddesinin aynı sorumluluk sebebini düzenlediği izlenimi mevcuttur. Çünkü, her iki maddede de memurlar/resmi görevliler tazmin sorumluluğunun sebebidir. Ancak bu sorumluluk her iki düzenlemede de kamu görevlilerinden kaynaklanmakla birlikte, 40/2. maddede resmi görevlilerce tesis edilen haksız işlemler sorumluluğun sebebi iken 129/5. maddede, kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurların tümü sorumluluk sebebidir. Hatta bu düzenleme gereği, görev sırasındaki kişisel kusur sonucu meydana gelen zararlar bile idarenin sorumluluğu sonucunu doğurur. Örneğin, doktorun muayene sırasında hastaya hakaret etmesi gibi.

Yine idarenin sorumluluğunu düzenleyen yasal düzeyde de kurallar mevcuttur. Nitekim 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13/1<sup>14</sup>. maddesinde "Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Ancak, devlet dairelerine tevdi veya bu

<sup>9</sup> Çağlayan, 2017: 600.

<sup>10</sup> Anayasa md.125/7, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709.pdf> (erişim tarihi: 30.10.2019).

<sup>11</sup> Gözler, 2018:221.

<sup>12</sup> Anayasa md. 40/3, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709.pdf> (erişim tarihi: 30.12.2019).

<sup>13</sup> Anayasa md. 129/5, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709.pdf> (erişim tarihi: 30.10.2019).

<sup>14</sup> 657 sayılı DMK md. 13/1, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.657.pdf> (erişim tarihi: 30.12.2019).



dairelerce tahsil veya muhafaza edilen para ve para hükmündeki değerli kağıtların ilgili personel tarafından zimmete geçirilmesi halinde, zimmete geçirilen miktar, cezai takibat sonucu beklenmeden Hazine tarafından hak sahibine ödenir. Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır.” kuralı düzenlenmiştir. Bu yasal düzenleme de yukarıda anılan Anayasanın 40/2 ve 129/5. maddeleri doğrultusunda bir düzenlemedir. Bunun yanında 659 sayılı KHK<sup>15</sup>,nın 9. ve devamı maddelerinde idarenin taraf olduğu adli ve idari davalarda sulh usulü düzenlenmiştir. Düzenlemenin 12/1.<sup>16</sup> maddesi uyarınca; idari işlemler dolayısıyla haklarının ihlal edildiğini iddia edenler idareye başvurarak, uğramış oldukları zararın sulh yoluyla giderilmesini dava açma süresi içinde isteyebilirler. Bu kural da idarenin tazmin sorumluluğunun sulh yoluyla yerine getirilmesi usulünü düzenlemektedir. 5018 sayılı kanunun 71. maddesinde<sup>17</sup> de kamu görevlilerinin sorumluluğu düzenlenmektedir. Ancak bu düzenlemenin konusu kamu görevlilerinin üçüncü kişilere karşı değil idareye karşı mali sorumluluğudur.

Anayasa’da ve alt normlarda bu soyut hükümler yer almakla beraber, idari yargı yerleri, içtihatları ile idarenin sorumluluğunun unsurlarını belirlemişlerdir ve ortaya kusursuz sorumluluk ve kusur sorumluluğu olarak iki ana sorumluluk türü çıkmıştır.<sup>18</sup> Nitekim bu husus Danıştay’ın bir kararında şu şekilde ifade edilmiştir:

“İdare kural olarak, yürüttüğü kamu hizmetiyle nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlü olup; idari eylem ve/veya işlemlerden doğan zararlar, idare hukuku kuralları çerçevesinde, hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk ilkeleri gereği tazmin edilmektedir.

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 uygulanmayacağıının incelenmesi, tazminata hükmedilirken de her halde sorumluluk sebebinin açıkça belirtilmesi gerekmektedir. Genel anlamı ile tam yargı davaları, idarenin faaliyetlerinden ötürü, hakları zarara uğrayanlar tarafından idare aleyhine açılan tazminat davalarıdır. Bu tür davalarda mahkeme, hem olayın

<sup>15</sup> 659 sayılı KHK, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/4.5.659.pdf> (erişim tarihi: 30.12.2019)

<sup>16</sup> 657 sayılı KHK md. 12/1: ‘İdari işlemler dolayısıyla haklarının ihlal edildiğini iddia edenler idareye başvurarak, uğramış oldukları zararın sulh yoluyla giderilmesini dava açma süresi içinde isteyebilirler. İdari eylemler nedeniyle hakları ihlal edilenlerce, idari dava açmadan önce 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 13 üncü maddesinin birinci fıkrası uyarınca yapılan başvurular da sulh başvurusu olarak kabul edilir ve bu maddede yer alan hükümler çerçevesinde incelenir.’, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/4.5.659.pdf> (erişim tarihi: 30.12.2019)

<sup>17</sup>Kamu Malî Yönetimi Ve Kontrol Kanunu, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5018.pdf> (erişim tarihi: 20.01.2020)

<sup>18</sup> Ermumcu, 2013, 12.

maddi yönünü, yani zararı doğuran işlem veya eylemleri, hem de bundan çıkabilecek hukuki sonuçları tespit edecektir.

İdare kural olarak, yürüttüğü kamu hizmetiyle nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlü olup; idari eylem ve/veya işlemlerden doğan zararlar, idare hukuku kuralları çerçevesinde, hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk ilkeleri gereği tazmin edilmektedir.

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 olmadığı araştırılması, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkelerinin uygulanıp uygulanmayacağı incelenmesi, tazminata hükmedilirken de her halde sorumluluk sebebinin açıkça belirtilmesi gerekmektedir.<sup>19</sup> Bu kararda, Danıştay tarafından pozitif hukukta belirlenmemekle birlikte idarenin sorumluluk şekli önce ikiye ayrılmış, sonra da kusur sorumluluğunun asli sorumluluk, kusursuz sorumluluğun ise ikincil sorumluluk türü olduğu vurgusu yapılmıştır. Buna göre bir ihtilafta kusur sorumluluğu koşulları mevcut ise kusursuz sorumluluk yönünden değerlendirme yapılma gereği bulunmamaktadır.

## 1.2.İdarenin Sorumluluk Türleri

Başlangıçta İdarenin sorumsuzluğu ilkesi kabul görmekte iken, sorumsuzluk ilkesinden sorumluluk esasına geçilirken ‘kusur’ idari sorumluluğun tek ve asli sebebi olmuş; günümüzde ise ‘kusursuz’ sorumluluk halleri idareye kusur atfedilemediği ancak imkan ve fırsat eşitliğini açık ve ağır şekilde bozan hallerde kabul edilmeye başlanmıştır.<sup>20</sup>

Yukarıda anılan Anayasa ve alt mevzuat düzenlemelerinde, devletin sorumluluğuna ilişkin ana ilkeler düzenlenmiş olup ayrıca sorumluluk türleri belirlenmiş değildir. Bu belirleme yargı içtihatlarıyla ve doktrin tarafından ortaya konulmuştur. Nitekim yukarıda anılan Danıştay kararında da görüldüğü gibi pek çok yargı kararında idarenin sorumluluk türü, kusur sorumluluğu ve kusursuz sorumluluk olarak iki ana guruba ayrılmıştır. Sorumluluğun unsurları her iki halde de aynı olup, kusur sorumluluğunda kusurun tespiti kurucu unsur olmakla birlikte kusursuz sorumlulukta kusur tespiti gerekmeyp zararlar fiil arasında illiyet bağının varlığı yeterlidir. Yine kusursuz sorumluluk sebepleri de doktrin ve yargı yerlerince geliştirilmektedir. Bunlar arasında en yaygın işlenen ilkeler ”kamu külfetlerinde eşitlik”, “sosyal risk”, “riskli faaliyet” kavramlarıdır. Bunun yanında bazı yargı kararlarında, “hukuk

<sup>19</sup> Dan. 10.D, T. 24.04.2013, E. 2009/11919, K. 2013/3605, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

<sup>20</sup> Duran, 1974: 25-26.

devleti”, “hakkaniyet”, “sosyal devlet” kavramları da kusursuz sorumluluk gerekçesi olarak işlenebilmektedir.

Örneğin bir Danıştay kararında kusursuz sorumluluk gerekçesi olarak bu kavramların neredeyse tamamına yer verilmiştir. “...İdare, Anayasamızın 125. maddesinde de belirtildiği üzere, yürüttüğü kamu hizmetiyle nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlü olup; idari eylem ve/veya işlemlerden doğan zararlar idare hukuku kuralları çerçevesinde, hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk ilkeleri gereği tazmin edilmektedir. Bunun yanında, idarenin faaliyet alanıyla ilgili, önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği birtakım zararları da nedensellik bağı aramadan tazmin etmesi gerekmektedir. İdarenin kusura dayalı ya da kusursuz sorumluluğu yanında, Anayasanın öngördüğü sosyal hukuk devleti anlayışına uygun olarak ve bu temel üzerinden, kollektif sorumluluk anlayışı çerçevesinde bilimsel ve yargısal içtihatlar ile geliştirilen sosyal risk ilkesi, Anayasanın yukarıda öngördüğü amaçların gerçekleştirilmesine yöneliktir. Esasen bilimsel ve yargısal içtihatlarla dayalı olarak geliştirilmiş olsa da Anayasanın 6. maddesinde öngörüldüğü üzere, hiç bir organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisini kullanamayacağına göre, sosyal risk ilkesi de tazminat hukukunun temel prensiplerine kaynak oluşturan Anayasa hükümlerine dayanılarak kabul edilmiştir. Daha açık bir şekilde vurgulamak gerekirse, terör olaylarından zarar gören bireylerin maddi ve manevi zararlarının idari yargı mercilerinin toplumsal risk ilkesi uyarınca tazminine ilişkin kararları, konuyu düzenleyen genel bir yasa olmadığından, doğrudan Anayasanın öngördüğü ilkelere dayanmış; bu ilkeler Danıştay tarafından yorumlanarak ilkeye uygulanabilirlik kazandırılmıştır. Sosyal risk ilkesi ile toplumun içinde bulunduğu koşullardan kaynaklanan, idarenin faaliyet alanında meydana gelmekle birlikte, yürütülen kamu hizmetinin doğrudan sonucu olmayan, toplumsal nitelikli riskin gerçekleşmesi sonucu oluşan, salt toplumun bireyi olunması nedeniyle uğranılan özel ve olağandışı zararların da topluma pay edilerek giderilmesi amaçlanmıştır. Genel bir ifade ile "terör olayları" olarak nitelenen eylemlerin, Devlete yönelik olduğu, Anayasal düzeni yıkmayı amaçladığı, bu tür olaylarda zarar gören kişi ve kuruluşlara karşı kişisel husumetten kaynaklanmadığı bilinmekte ve gözlenmektedir. Sözü edilen olaylar nedeniyle zarara uğrayan kişiler, kendi kusur ve eylemleri sonucu değil, toplumun bir bireyi olmaları nedeniyle zarar görmektedirler. Belirtilen şekilde ortaya çıkan zararların ise, özel ve olağandışı nitelikleri dikkate alınıp, terör olaylarını önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemeyen idarece, yukarıda açıklanan sosyal risk ilkesine göre, topluma pay edilmesi suretiyle tazmini hakkaniyet gereği olup, sosyal

devlet ilkesine de uygun dūŖecektir.”<sup>21</sup> Bu kararda Danıřtay, kusursuz sorumluluk sebebi olarak, sosyal risk, sosyal devlet, hakkaniyet, kollektif sorumluluk kavramlarından hareketle idarenin kusursuz sorumluluđuna hūkmetmiřtir. Anılan kararın konusu terōr olayları sebebiyle uđranılan zararın tazmini olup sōz konusu kavramlar bu ihtilafta yerinde olabilir. Çūnkū terōr olayları toplumun tūmūnū hedef almakta olup dođan kūlfetlerin bir ya da birkaç kiřinin ūzerinde bırakılması hakkaniyetle bađdařmayabilir. Ancak sađlık hizmetlerinin muhatabı ve hizmetten yararlanan toplumun būtūnū deđil bireylerdir. Bu sebeple hakkaniyet, sosyal risk, kamu kūlfetlerinde eřitlik vb. kavramların sađlık hizmetlerinden kaynaklanan ihtilaflarda kullanılmasının mūesseseyle bađdařmayacađı kanaatindeyiz.

### 1.2.1. Kusursuz Sorumluluk

Kusursuz sorumluluk halini Gōzler řu řekilde tanımlamaktadır: ‘‘Kusursuz sorumluluk, idarenin hukuka uygun eylem ve iřlemlerinden dođan zararları bazı durumlarda tazmin etmesi yūkūmlūlūđū olup, risk ilkesi ve kamu kūlfetlerinde eřitlik olmak ūzere iki ilkeye dayanır.’’<sup>22</sup> Gōzler’e gōre, kusursuz sorumluluk; risk ilkesi ve kamu kūlfetlerinde eřitlik ilkelerine dayanmaktadır.

Kusursuz sorumlulukta idarenin gerçekteşirdiği bir faaliyetten zarar meydana geldiğinde, ortada idareye ya da gōrevlisine atfedilecek hiçbir kusur bulunmasa dahi, idarenin davranışı hukuka uygun olsa da idare meydana gelen zarardan sorumlu tutulmaktadır.<sup>23</sup> Çağlayan’ın belirttiği gibi kusursuz sorumluluk halinde, idare hukuka uygun davransa bile zarardan sorumlu olacaktır.

İdarenin sorumluluğu kuralları kusurlu ve kusursuz sorumluluk olarak iki kısma ayrılmaktadır. Nitekim Edirne İdare Mahkemesi’nin E. 2009/217, K. 2009/1041 sayılı kararında bu durum řōyle vurgulanmaktadır: ‘‘İdarenin eylem ve işlemlerinden doğan sorumluluğu konusunda; ūğretide ve yargı iştihatlarında kusurlu ve kusursuz sorumluluk olarak ikili bir ayrıma gidildiği, idarenin gōrdūđū hizmetin geç veya kōtū işlemesi yahut hiç işlememesi anlamına gelen hizmet kusuruna dayalı sorumluluğu kusurlu sorumluluk, belli koşul ve durumlarda idari eylem/işlem ile zarar arasında kusur şartı aranmaksızın sadece illiyet bağına dayalı olarak tesis edilen sorumluluğun kusursuz sorumluluk olarak tanımlandığı bilinmektedir. Kusursuz sorumluluk tūrlerinden addedilen mesleki risk ilkesi yahut mesleki riske dayalı kusursuz sorumluluk; tehlikeli bir gōrev ifa eden idare ajanının bu

<sup>21</sup> DİDDK, T. 18.02.2016, E. 2015/2933, K. 2016/326, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

<sup>22</sup> Gōzler, 2019: 1042.

<sup>23</sup> Çağlayan, 2017: 624.

görevin taşıdığı riskten ötürü zarara uğraması halinde, idarenin zararın doğmasında bir kusuru bulunmasa dahi, söz konusu zarar ile idari eylem/görevin ifası arasında uygun illiyet bağının mevcudiyeti halinde zararın idarece tazmin edilmesi esasını ifade etmektedir.”<sup>24</sup> .Mahkeme, sorumluluk türlerini tespit ettikten sonra ”mesleki risk” ilkesini kusursuz sorumluluk hali olarak vurgulamış, böyle durumlarda tazmin sorumluluğu için sadece illiyet bağının varlığının yeterli olduğunu belirlemiştir. Kusursuz sorumluluğun en belirgin özelliği, idarenin sıfır kusur halinde bile illiyet sabit ise sorumluluğunun doğacak olmasıdır. Bu sebeple mahkemece mesleki risk/riskli görev tespiti yapıldıktan sonra, kusur aranmadan sorumluluğa hükmedilmesi müesseseye uygun bir yaklaşım olmuştur.

Aydınalp de, kusursuz sorumluluk ilkesine; adalet, hakkaniyet, kamu yükümlülüklerinde eşitlik, nesafet, hasar, tehlikeli işlerle iştigal gibi kavramlardan hareketle varıldığını belirtmektedir.<sup>25</sup>

İdarenin kusursuz sorumluluğu istisnadır. Bu demektir ki; bir sebep açıkça kusursuz sorumluluk sebebi değilse, o sebepten dolayı idarenin kusursuz sorumluluğuna başvurulamayacaktır.<sup>26</sup> Eğer bir zarar, kusura dayalı sorumluluk ilkelerine göre tazmin edilebiliyorsa kusursuz sorumluluk işletilmeyecektir. Bunun yanında kusursuz sorumluluk, kamu düzenine ilişkin olup yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilmektedir.

Danıştay 15. Dairesi bir kararında kusursuz sorumluluğu ikincil /ekstrem bir sorumluluk olarak görmektedir: “Tam yargı davalarında, öncelikle zarara yol açtığı öne sürülen idari işlem veya eylemin hukuka uygunluğunun denetlenmesi esas alındığından, mahkemece olayın oluş şekli ve zararın niteliği irdelenip, idarenin hizmet kusurunun olup olmadığının araştırılması, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkelerinin uygulanıp uygulanmayacağına incelenmesi, tazminata hükmedilirken de her halde sorumluluk sebebinin açıkça belirtilmesi gerekmektedir.”<sup>27</sup> Anılan Danıştay kararında tam yargı davalarında amacın hukuka uygunluk denetimi olduğu için kusur denetiminin öncelikli olduğu, kusursuz sorumluluğun ikincil denetim konusu olduğu vurgulanmaktadır. Kusur sorumluluğunun sabit olduğu bir durumda kusursuz sorumluluğa gitmenin anlamı yoktur. Çünkü kusur sorumluluğunun unsurları zaten kusursuz sorumluluk unsurlarını da barındırmaktadır.

<sup>24</sup> Edirne İdare Mah., T. 16.10.2009, E. 2009/217, K. 2009/1041, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

<sup>25</sup> Aydınalp, 1997: 50.

<sup>26</sup> Gözler, 2019: 1188.

<sup>27</sup> Dan. 15.D, T. 21.02.2016, E. 2016/7912, K. 2017/841, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

İdarenin kusursuz sorumluluğuna hükmedilmesi için uğranılan zararın anormal olması ve zararın veya zarara yol açan riskin özel olması gerekmektedir.<sup>28</sup> Burada anormallik şartı zararın ağır bir zarar olması gerektiğini ifade ederken, riskin veya zararın özel olması şartı ise meydana gelen zararın toplumun bütün üyelerinin uğradığı zarar değil, sadece bazı üyelerinin uğradığı bir zarar olmasını ifade etmektedir.<sup>29</sup> Tüm toplumun katlandığı külfetten daha ağır olan zarar, anormal ve özel zarar niteliğindedir.<sup>30</sup>

Tazmin borcunun doğabilmesi için zararın gerçek olması yani kesin bir şekilde ortaya çıkmış, belirgin hale gelmiş olması gereklidir.<sup>31</sup> Küçük bir çocuğun tıbbi müdahale sonrası vücudunda meydana gelen kalıcı sakatlıkta uğradığı zarar hesaplanırken bu sebeple ileride uğrayacağı zararlar da hesaplanır.<sup>32</sup> Burada söz konusu olan zarar muhtemel bir zarar değil, belli ve gerçek bir zarardır. İhtimal dahilindeki zararlar nedeniyle idarenin tazmin yükümlülüğü doğmayacağı kabul edilmektedir.<sup>33</sup>

İdari yargı yerlerince, idarenin faaliyeti sonucu doğan zararın, kusursuz sorumluluk ilkeleri uyarınca tazminine karar verilmiş olması, aynı zamanda idarenin zarara sebep olan davranışının hukuka uygun olduğunun da yargı yerlerince kabulü olup bu durum kusursuz sorumluluğun tarafsız yönünü ortaya koyar.<sup>34</sup>

Bir mahkeme kararında ring aracı kullanma ve askerlik görevinin riskli oluşu mesleki risk kapsamında değerlendirilerek, idarenin hiçbir kusuru bulunmadığı vurgusu da yapılarak, hakkaniyet gereği kusursuz sorumluluk tespiti yapılmıştır. "...Diğer taraftan olayda davalı idareye hiçbir şekilde kusur izafe edilemeyecek olsa dahi Ö.H.'nin mahkum taşıma gibi idareye ait riskli bir görevi ifa etmesi nedeniyle vefat etmesi sonucunda yakınlarının uğradığı zarar arasında tazminat hukukunun gerektirdiği uygun nedensellik bağının bulunduğu açık olup, bu halde idarenin kusurunu dahi aramaya gerek bulunmamaktadır. Bu durumda; gerek davalı idareye ait ring aracının sürücüsünün kusuru, gerek mesleki risk ilkesine dayalı olarak idarenin kusursuz sorumluluğu gerekse de Ö. H.'nin vatani görevini ifa ettiği sırada şehit düştüğü göz önüne alındığında, hakkaniyet icabı; Ö.'nün yakınları olan davacıların gerçek zararlarının davalı idarece tazmini Anayasa'nın mezkur hükmünün gereği olmaktadır."<sup>35</sup>

<sup>28</sup> Gözler, 2019 :1191.

<sup>29</sup> Gözler, 2019 :1191.

<sup>30</sup> Çağlayan, 2017 :626.

<sup>31</sup> Özay, 2002: 770.

<sup>32</sup> Gözübüyük ve Tan, 2010: 894.

<sup>33</sup> Sancakdar, 2018: 206.

<sup>34</sup> Akyılmaz vd., 2019: 1238.

<sup>35</sup> Edirne İdare Mah. T. 16.10.2009, E. 2009/217, K. 2009/1041, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

### 1.2.2. Kusura Dayalı Sorumluluk

Kusurlu sorumluluk ise, idarenin kusurlu eylem ve işlemleri ile yol açtığı zararı tazmin yükümlülüğüdür.<sup>36</sup> Bu sorumluluk türünde, ‘kusur’ temel kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Kusur, İdarenin kuruluş, düzenlenme ve işleyişinde ortaya çıkan aksaklık, bozukluk veya boşluk olarak tanımlanmaktadır.<sup>37</sup> Geleneksel idare hukuku doktrininde ve içtihatlarda idarenin kusurlu sorumluluğunun sebebi olan kusur, hep hizmet kusuru olarak tanımlanmıştır.<sup>38</sup>

Hizmet kusuru; idarenin yapmakla yükümlü olduğu bir kamu hizmetinin kuruluşunda, teşkilatın yapısında, personelde ya da işleyişinde gereken emir, direktif ve talimatların verilmemesi, gözetim ve denetimin yapılmaması, hizmete yönelik araçların yetersiz, elverişsiz, kötü olması, gereken tedbirlerin alınmaması, geç hareket edilmesi veya hiç faaliyette bulunulmaması sonucu oluşan bir takım aksaklık, aykırılık, bozukluk, özensizlik, eksiklik ve sakatlık olarak ifade edilmektedir.<sup>39</sup>

Hizmet kusuru, bir kamu hizmetinin kuruluş ve işleyişinde bozukluk olarak tanımlanmakta olup; klasik doktrin ve içtihatla hizmet kusuru sayılan haller; hizmetin kötü işlemesi (veya hizmetin iyi işlememesi), hizmetin geç işlemesi (veya hizmetin yavaş işlemesi) ve hizmetin hiç işlememesi (veya hizmetin yetersiz işlemesi) şeklinde tasnif edilmiştir.<sup>40</sup>

Danıştay 15. Dairesi bir kararında, kusursuz sorumlulukta tazmin sorumluluğunun doğması için, hizmet kusurundan öte ağır hizmet kusurunun saptanması gerektiğine hükmetmiştir: “...Danıştay’ın yerleşik içtihatlarına göre bünyesinde risk taşıyan hizmetten yararlanan ilgililerin uğradıkları zararların tazmini olayda idarenin ağır hizmet kusurunun belirlenmesi şartına bağlıdır. Dolayısıyla bünyesinde risk taşıyan sağlık hizmetini yürüten idarenin hizmetten yararlanan ilgiliye karşı tazmin sorumluluğu sadece hizmetin kusurlu işletilmesi halinde değil, ağır hizmet kusurunun saptanması halinde mümkündür.”<sup>41</sup>

Konya BİM 4. Dairesi ise bir kararında, sadece manevi zararın tazmini için ağır hizmet kusurunun varlığını aramaktadır. “... Anayasanın 125/son maddesi uyarınca; idare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararları ödemekle yükümlüdür. İdarenin, tazminle sorumlu tutulabilmesi için kusura dayalı veya kusursuz sorumluluk hallerinden birisinin mevcut olması gerekir. Yine hizmet kusurunun varlığı için, hizmetin kötü işlemesi, geç

<sup>36</sup> Gözler, 2019: 1083.

<sup>37</sup> Duran, 1974: 26.

<sup>38</sup> Gözler, 2019: 1084.

<sup>39</sup> Bilgin, 2018: 1150.

<sup>40</sup> Gözler, 2019: 1084-1085.; Akyılmaz vd., 2019: 1154.

<sup>41</sup> Dan. 15.D, T. 18.06.2015, E.2014/9364, K. 2015/4241, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

işlemesi veya hiç işlememesi halinin sübut bulması gerekir. Hizmet kusuruna dayalı tazminata hükmetmek için ise, hizmet kusurunun sabit olması, anılan eylem veya işlem sonunda aktüel bir zarar (maddi veya manevi) meydana gelmesi, işlem veya eylem ile zarar arasında illiyet bağının kesilmemesi gerekir. Yine manevi zararın tazmini için ise, rutin bir hizmet kusurundan öte, ağır hizmet kusurunun varlığı veya bunun sonucunda, ağır bir elem ve ızdırap halinin varlığı gerekir...<sup>42</sup> Bizce de maddi zararlarda sadece illiyet hizmet kusuru için yeterli olup, manevi zararın tazmini için ağır hizmet kusurunun aranması gerekir. Çünkü hizmet kusuru, illiyetin varlığı halinde maddi zararın doğrudan sebebidir. Ancak her hizmet kusuru illaki manevi zarar doğurmayabilir. Çünkü manevi zarar ağır elem ve ızdırap halidir; basit ve rutin hukuka aykırılıklar illaki manevi zarara yol açmayabilir. Her somut olayda manevi zararın varlığı daha ziyade hakim takdirine dayalıdır. Oysa maddi zarar takdire dayalı olmadan sabittir ya da sabit değildir. Bu sebeple hizmet kusuru sabit olsa bile manevi zararın varlığını hakim takdir edecektir. Bu sebeple manevi zarar için sıradan olmayan bir hukuksuzluğun varlığını aramak gerekir

Hizmetin kötü işlemesi, hizmet kusuruna dayanan sorumluluk hallerinin en yaygın hali olup, hizmetin kötü işlemesi; hizmetin herhangi bir şekilde işlemesi ancak gereği gibi işlememesi ve o hizmetten beklenen sonucun hiç alınmaması, tam olarak alınmaması veya hiç beklenmeyen zararlı bir sonucun alınması anlamına gelmektedir. <sup>43</sup> İdare burada, kendisinden beklenen özen ve dikkat yükümlülüğüne aykırı hareket etmekte, hizmeti gereği gibi ifa etmemektedir.

Hizmetin geç işlemesi, hizmetin tam ve muntazam bir şekilde yerine getirilmesine rağmen zamanında harekete geçilmemesi olarak ifade edilmektedir.<sup>44</sup> Mevzuat bazı hallerde hizmetin hangi süre içerisinde görüleceğini düzenlemiş olabilir ancak çoğunlukla hizmetin hangi sürede düzenleneceği belirlenmemiş olup hizmetin niteliğine, hal ve şartlara göre idarenin makul bir süre içerisinde faaliyette bulunması beklenir.<sup>45</sup> Ortadadır ki bu makul süre idari yargı yerlerince somut olayın özellikleri dikkate alınarak değerlendirilecektir.

Hizmetin hiç işlememesi ise kamu hizmetinin hiçbir şekilde yerine getirilmemesi, idarenin hareketsiz kalması halidir. İdare burada sunmakla yükümlü olduğu kamu hizmetini yerine getirmemekte, hizmetten yararlanan vatandaş yönünden mutlak mahrumiyet hali söz konusu olmaktadır. <sup>46</sup> Bu halde vatandaşa kamu hizmeti hiç sunulmamaktadır. Hizmetin hiç

<sup>42</sup> Konya BİM 4.D, T. 21.11.2018, E. 2018/551, K. 2018/1353, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

<sup>43</sup> Aydın, 2016: 110.

<sup>44</sup> Ersöz, 2010: 51.

<sup>45</sup> Sancakdar, 2017: 750.

<sup>46</sup> Aydın, 2016:117.



işlememesi sebebiyle idarenin sorumluluğu belirlenirken idarenin yetkisinin bağlı yetki mi yoksa taktir yetkisi mi olduğu önemli olup, taktir yetkisi söz konusuysa somut olaya göre değerlendirme yapılacak ancak, sağlık hizmetinin yürütülüp yürütülmediği hususunda ise taktir yetkisinden söz etmek mümkün olmayacaktır. Sağlık kamu hizmetinin sunulmasında idare hareketsiz kalmış ise, kendisine sorumluluk yüklenebilecek ve hizmet kusurunun varlığı kabul edilecektir.<sup>47</sup>

Kusursuz sorumluluk istisna iken, idarenin kusur sorumluluğu geneldir. Asli ve birinci derecededir. Bu demektir ki idarenin kusurundan dolayı zarara uğrayanlar doğrudan doğruya idare aleyhine dava açabilir.<sup>48</sup>

İdarenin kusuru, özel hukukta tanımlanan kusura kıyasla özgün bir karakter taşımaktadır. <sup>49</sup> Medeni hukukun kişiler arasındaki ilişkilere ait ilkeleriyle düzenlenmemektedir. İdare hukukuna mahsustur ve müstakil bir özelliğe sahiptir.<sup>50</sup>

Kusurlu sorumlulukta kusurun belli bir kişiye atıf ve izafesine gerek olmayıp, belirli bir kamu hizmetini görmekle yükümlü idare teşkilatının, idare tüzel kişinin, bu hizmeti yürütmekle mükellef olması nedeni ile idarenin kusurudur.<sup>51</sup> Yani burada kastedilen, kusur kamu görevlisinin değil bizzat idarenin, idari işleyişin kusurudur. İdarenin kusur sorumluluğunda en önemli unsur, idari faaliyetin kusur içermesi olup, kamu personelinin hizmetle ilgili olmayan kusurlu tutum ve davranışları idarenin sorumluluğuna yol açmaz.

“Adli Tıp Kurumuna yaptırılan ve karar içerisinde alıntısına yer verilen raporda; olay tarihinde D. A. Ö.'nün 24 haftalık gebe olduğu, 5-6 aylık çocuğu kürtaj yoluyla batın içerisinde göbek kordonunun kesilerek öldürüldükten sonra alet kullanıp dışarı çıkartıldığı, maktulün ölümünün ceninin aletle parçalanması sırasında oluşan uterus rüptürüne bağlı iç kanama sonucu meydana gelmiş olduğu ve hekimin eylemi ile ölüm arasında illiyet bağı bulunduğu, ceninin düşürülmesi ve gebeliğin sonlandırılması için tıbbi bir zorunluluğun bulunmadığının belirtildiğinin görüldüğü, bu durumda, doktor S.K.'nın 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 99/4. maddesindeki kadının ölümüne neden olan rızaya bağlı çocuk düşürtme

<sup>47</sup> Sancakdar vd., 2017: 750-751.

<sup>48</sup> Pozitif hukukta: Anayasa md.129/5: ‘Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.’, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709.pdf> (erişim tarihi: 30.10.2019); DMK md. 13: ‘Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Ancak, Devlet dairelerine tevdi veya bu dairelerce tahsil veya muhafaza edilen para ve para hükmündeki değerli kağıtların ilgili personel tarafından zimmete geçirilmesi halinde, zimmete geçirilen miktar, cezai takibat sonucu beklenmeden Hazine tarafından hak sahibine ödenir. Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır.’, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.657.pdf> (erişim tarihi: 30.10.2019)

<sup>49</sup> Akyılmaz vd., 2019: 1143.

<sup>50</sup> Sancakdar vd., 2017: 755.

<sup>51</sup> Sancakdar vd., 2017: 755.

suçunu işlediğinin Mahkeme kararıyla da sabit olduğu, ölen D. A. Ö. doktor tarafından muayene edildikten sonra muayenehanesinde yapması gereken cerrahi müdahaleyi hastaneye taşıdığı, diğer bir ifade ile, ameliyatın doktorun yıllık izinde olduğu kamu hizmeti sunucusu olmadığı bir zamanda yapıldığı ve ameliyat için Hastane Başhekimliğine herhangi bir bilgi verilmediği, dolayısıyla, idare ajanının izinde olduğu dönemde, idaresine haber verilmeksizin gerçekleştirilen ve konusu suç teşkil eden (gebelik süresi 10 haftadan fazla olan ceninin alınması) cerrahi müdahaleden idarenin sorumlu tutulamayacağı, diğer bir ifade ile, zararın kamu görevlisinin kamu gücünden aldığı yetkisini kullanırken meydana gelmediği, tamamen kendi kişisel kusurundan meydana geldiği, doktorun eylemi ile meydana gelen zarar arasında idare bakımından uygun illiyet bağının bulunmadığı, yani doktorun kişisel kusurunun bulunduğu, dolayısıyla, idarenin hizmet kusurunun bulunmadığı ve olayın idare açısından tazmini gerektirir bir yönünün bulunmadığı sonucuna ulaşıldığı, öte yandan, kişisel kusur nedeniyle adli yargıda ilgililer hakkında maddi manevi tazminat davası açılabileceğinin açık olduğu gerekçesiyle davanın reddi yönünde verilen kararın, ... Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin reddine, ... oy çokluğuyla karar verildi...<sup>52</sup>

Anılan karar sorumluluk hukuku yönünden, özellikle de Anayasanın 129/5. Maddesi bağlamında tartışmaya açıktır. Öncelikle haksız fiile sebep olan doktor izinli de olsa doktorluk sıfatıyla hastaneyi kullanmış olup, idarenin ajanı sıfatıyla bu fiili işlemiştir. Bu sebeple kamu personelinin hizmet ile ilgili bir kusuru söz konusu olup Anayasa'nın 129/5. maddesi uyarınca idarenin sorumluluğu mevcuttur. Çünkü doktor, anılan idarenin personeli sıfatıyla hastaneyi kullanma olanağına sahip olmuş ve usulsüz de olsa mesleki faaliyet sırasında kusurlu fiili işlemiştir. Bu sebeple anılan kusurlu fiile kişisel kusur deme olanağı yoktur. Kaldı ki kuruma ait bir mekanda ve de mesleki faaliyeti sırasında işlenen fiil kişisel kusur olarak tanımlansa dahi Anayasa'nın 129/5. maddesinin açık düzenlemesi karşısında kusuru doktora yükleyip, idareyi sorumluluktan kurtarma olanağı bulunmamaktadır. Anayasa kuralının lafzı "...yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan.." şeklinde olup esas olan fiilin meşru olup olmaması değil, personelin yetkisini kullanırken işlenip işlenmediğidir. Bu sebeple kamu görevlisinin yetkisini kullanırken işlediği her kusurdan öncelikle idare sorumlu olacaktır.

İdare hukukunda idareyi oluşturan tüzel kişilikler ile idari etkinlikleri gerçekleştiren gerçek kişiler arasındaki farklılık olgusu, sorumluluk anlamındaki sorunu karmaşık hale getirmektedir.<sup>53</sup> Yani idare ile idarenin faaliyetlerini gerçekleştiren gerçek kişiler arasındaki farklılık, doğan zarardan kimin sorumlu tutulması gerektiğinin tespitini zorlaştırmaktadır.

<sup>52</sup> Dan. 15.D, T. 22.04.2016, E. 2013/4111, K. 2016/2803, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

<sup>53</sup> Atay ve Odabaşı, 2010:63.

Kamu görevlisinin yerine getirmekle görevli olduğu kamu görev ve faaliyetleri ile herhangi bir ilgisi olmayan ve kamu görevlisinin ‘herhangi bir kimse’ olarak yapmış olduğu kusurlu davranışlar Borçlar Kanunu’nun haksız fiil hükümlerine göre tazmin edilecek olup bunlar kamu görevlisinin görevinden, yetkilerinden, hizmet araç ve gereçlerinden, resmi sıfatından ‘tam ve mutlak surette’ ayrılmış olan eylemlerin sonucudur. Kişisel kusur ise, kamu görevlisinin sıfatı, görevi, görev araç ve gereçleriyle herhangi bir ilgisi bulunan, keza idari faaliyet sebebiyle ve hizmet araç gereçlerini kullanarak, yani gerek teşkilat gerekse faaliyet olarak hizmetle ilgili olarak ortaya çıkan bir kusurdur.<sup>54</sup> Kamu görevlisinin sebep olduğu kusurun kişisel kusur mu hizmet kusuru mu olduğunun tespiti noktasında doktrinde bazı kriterler geliştirilmiştir.<sup>55</sup> Ana hatlarıyla bu kriterler suç niteliği taşıyan kusur, kasıtlı kusur, ağır kusur gibi sıralansa da aslında iç içe geçmiş olan kişisel kusur- hizmet kusuru ayrımının idarenin sorumluluğu bakımından çok da önemi bulunmamakta olup ağır şahsi kusur hallerinde dahi Anayasa’nın 129. maddesinin 5. fıkrası<sup>56</sup> gereği idare birinci derece sorumlu olacak ve ilk etapta sadece idare aleyhine dava açılacaktır.<sup>57</sup> Rücu edilecek miktar yönünden, uygulamada kamu görevlilerine yöneltilen rücu davaları, idarenin ödediği tazminat miktarının tamamı için açılmakta; adli yargı yerleri de ayrıca oran belirlemeden haksız fiil hükümlerine göre idarenin ödediği tazminat miktarının tamamı üzerinden karar vermekte olup bu hatalı uygulama, idarenin sorumluluğunu asaleten sorumluluktan çıkararak dolaylı sorumluluk haline getirmektedir. İdare, kamu görevlisinin kişisel kusurunun yol açtığı zararda, hizmet kusuru nedeniyle zarar görenin zararını ödedikten sonra, zararın kişisel kusura ilişkin kısmı için, kişisel kusur oranında rücu etmelidir.<sup>58</sup>

Görev kusuru ise, geniş anlamda kişisel kusur olmakla beraber, aslında hizmet kusuru niteliği taşıyan, ancak hizmet kusurunun anonimliğinden çıkarak, idare ajanının hizmet içinde veya hizmet dolayısıyla, kendisine verilen ödev, yetki ve araçlardan yararlanarak işlediği, kendisine atıf ve izafe edilebilecek nitelikteki hukuka aykırı davranışları olarak tanımlanmaktadır.<sup>59</sup> Görev kusuru, somut olarak kamu görevlilerinin kişisel davranışlarından kaynaklanan bir davranış içerse de, aslında idarenin kendi davranışı sayılması gereken ve dolayısıyla idarenin kendi sorumluluğunu doğuran, hukuka ve göreve aykırılığı, göreve ve

<sup>54</sup> Akyılmaz vd., 2019: 1186.

<sup>55</sup> Evren, 2009: 182.

<sup>56</sup> Anayasa md. 129/5: ‘Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.’, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709.pdf> (erişim tarihi: 03.11.2019)

<sup>57</sup> Ernumcu, 2013: 13.

<sup>58</sup> Akyılmaz vd., 2019:1238.

<sup>59</sup> Sancakdar vd., 2017: 760.

idareye ilişkin sayılmasını engellemeyen kusurun, somut personelde kişiselleşen görünüm biçimidir.<sup>60</sup>

Danıştay, personel kusurunun tespiti halinde bile idarenin sorumluluğunun azalmayacağı/ortadan kalkmayacağı, eğer personelden kusuru oranındaki zarar tazmin edilmiş ise sadece genel zarardan tenzil edileceğine hükmetmiştir. “...İdare, kural olarak, yürüttüğü kamu hizmetiyle nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlü olup; idari eylem ve/veya işlemlerden doğan zararlar idare hukuku kuralları çerçevesinde, hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk ilkeleri gereği tazmin edilmektedir. Öte yandan, idareler hizmetlerini kamu görevlisi olan ajanları aracılığıyla sunmakta olup, bu kişilerin hizmet ifasındaki kusurlarından doğan zararları da karşılamakla yükümlüdür. ...Mahkemece, ameliyatı yapan Dr. H.K.'nın 4/8 oranında kusurlu olduğu ve bu kusura tekabül eden tazminatın adli yargı yerinde H.K.'den tahsil edildiği, özel bir tıp merkezi sahibi olan Dr. İ.S.'nin ise 2/8 oranında kusurlu olduğu tespit edilmiştir. Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulunun, 28.05.2010 tarih ve 2797 sayılı raporunda, 8/8'lik oranın her bir bireyin olaydaki kusuru için geçerli olduğu, olaydaki toplam kusur için geçerli olmadığı, tıbbi uygulama alanında da yapılan hata, özensiz davranış, beceri eksikliği gibi durumlarda bir eksiklik ortaya çıktığında sağlık personelinin bu zararın ortaya çıkışındaki hata düzeyini gösterdiği, 8/8'lik oranın bölünmesinin gerekmediği yönündeki görüşü dikkate alındığında, davalı idare ajanının kusurunun ve bu kusuru oranında ödediği tazminat miktarının davalı idarenin kusurunu ortadan kaldırmayacağı gibi davalı idareye karşı açılan tazminat davasında, kişisel kusur nedeniyle yapılan ödemelerin ancak indirim sebebi yapılacağı açıktır.”<sup>61</sup> Mahkemece personelin kusurunun, idarenin kusurunu azaltmayacağı veya ortadan kaldırmayacağı vurgulanmıştır. Kararın Anayasa'nın 129/5. maddesiyle uyumlu olduğu düşünülmektedir.

Ermumcu'ya göre: “İdarenin hizmet kusurundan kaynaklanan tüm zararlar kamu görevlisinin kusurundan da kaynaklansa tazmin edilmekle beraber, bu ilke maddi zararlar yönünden mutlak iken manevi zararlar yönünden istisnai bir durum ortaya çıkmaktadır. Bu durum, manevi zararın niteliğinden kaynaklanmakta olup, her hukuka aykırılık kişide elem ve ızdıraba yol açmayacak, bu sebeple de manevi zarara yol açmayacaktır.”<sup>62</sup> Dolayısıyla, kusur sabit ise maddi zararın tazmini mutlak iken manevi zarar yönünden ağır kusurun arandığı bir istisna söz konusu olacaktır.

<sup>60</sup> Atay ve Odabaşı, 2010, 66.

<sup>61</sup> Dan. 5.D, T. 01.04.2014, E. 2013/3388, K. 2014/2266, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

<sup>62</sup> Ermumcu, 2013: 14.

İdarenin gerek kusurlu gerekse kusursuz sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için idari davranış ile zarar arasında bir illiyet bağı bulunması gerekmektedir. Her şeyden önce ortada icrai ya da ihmali idari bir idari işlem yahut idari bir işleme dayanmayan eylem bulunmalı ve bu davranış belirli ve gerçek maddi yahut manevi bir zarara yol açmalıdır.<sup>63</sup> Bazı hallerde idari davranış ile zarar arasındaki nedensellik ilişkisi, araya giren bir başka olay nedeni ile zayıflar ya da tamamen ortadan kalkar. Bu durum ise, idarenin sorumluluğunun azalmasına veya tamamen ortadan kalkmasına yol açacaktır.<sup>64</sup>

İzmir Bölge İdare Mahkemesi'nin bir kararında, zarar görenin kusuru oranında idarenin tazmin borcundan tenzil yapılması gerektiğine hükmedilmiştir. "...Bu çerçevede; idarenin hizmet kusuru bakımından karara esas alınabilecek bilimsel ve maddi değerlendirmeleri içeren Yüksek Sağlık Şurası tarafından hazırlanan rapor esas alındığında; davalı idarenin sağlık hizmeti verilirken istihdam ettiği hekimin mesleki yetersizliği ve/veya özen borcuna aykırı hareketi dolayısıyla hizmeti kusurlu işlettiği kabul edilmelidir. Bu kapsamda idare; aynı raporda davacıların maddi ve manevi zararının nedeni ölüm ile yürüttüğü sağlık hizmeti arasında nedensellik nedeniyle belirlenen ve hizmet kusuru olarak idareye yöneltilecek "1/8 kusur oranında", davacıların gerçek zararının tazmini bakımından hukuksal olarak sorumlu tutulmalıdır. Yine; karara esas alınabilecek nitelikte Hukuk Mahkemesi tarafından yapılan bilirkişi incelemesi ile belirlenen destekten yoksunluk tutarlarından ölenin müterafik kusuru oranında indirim yapılarak, idarenin bu tutarlar üzerinden zararı doğuran ölüm ile nedensellik kurulan 1/8 kusuru oranında tazmin borcu bulunduğu kabul edilmelidir..."<sup>65</sup> Bu kararda İstinaf Mahkemesince ölenin kusuru oranında idarenin tazmin yükümlülüğünün azalacağına hükmedilmiştir. Tenzil uygulamasının sadece kusur sorumluluğunda geçerli olduğunu vurgulamak gerekir. Çünkü kusursuz sorumlulukta zarar ile fiil arasında illiyet mevcut ise, idarenin sıfır kusurlu olması halinde bile sorumluluk doğduğu için zarar görenin veya üçüncü kişinin kusuru idarenin sorumluluğunu azaltmayacaktır.

### **1.3.İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Sorumluluk Halleri**

Sağlık hizmeti bir kamu hizmeti olup sunulması ve özel hukuk kişilerince sunulan hizmetin denetlenmesi vazifesi idareye aittir.<sup>66</sup>

<sup>63</sup> Günday, 2011: 383.

<sup>64</sup> Günday, 2011: 384.

<sup>65</sup> İzmir BİM 6.D, T. 14.03.2013, E. 2017/2073, K.2018/307, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

<sup>66</sup> Kızılyel ve Kaylan, 2010: 51.

Anayasanın 125. maddesi uyarınca idare eylem ve işlemleri sebebiyle uğranılan zararı tazmin etmekle yükümlüdür. Bu eylem ve işlemlere doğal olarak sağlık hizmetleriyle ilgili işlem ve eylemler de dahildir. Bu sorumluluğun sebebi sağlık organizasyonu ile ilgili bir idari düzenleme olabileceği gibi bizzat sağlık hizmetinin sunumu sonucu oluşan bir zarar da olabilir.

Türk sağlık sisteminde kamu ve özel sektör kuruluşlarının sağlık hizmeti sunabildiği karma bir sistem mevcuttur. Bu sebeple sağlık hizmetinden kaynaklanan idarenin sorumluluğu denilince doğal olarak idareye ait sağlık kuruluşlarında sunulan hizmet sebebiyle sorumluluk akla gelir. Ancak Anayasanın 90. maddesi<sup>67</sup> delaletiyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi uyarınca özel sektör sağlık kuruluşlarının fiilleri sebebiyle de devletin sorumluluğu gündeme gelebilir. Çünkü Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca iç hukuk düzenlemeleriyle AİHS düzenlemeleri çatışırsa, AİHS hükümleri öncelikli norm halini alır. Nitekim, AİHS<sup>68</sup>'nin birçok maddesinde devletlere hukuksuzluk yapmamayı emrettiği gibi yaptırmama yükümlülüğü de yüklenmektedir. Örneğin bir özel sektör hastanesinin donanım ve personel niteliği standart dışı olduğu halde kalp ameliyatı yapma yetkisi verilmiş olabilir; yine bu tür yerlerin rutin denetimleri yapılmamış olabilir; pozitif hukukta ön görülen test sürecini tamamlamadan bir ilacın satışa sunulmasına izin verilmiş olabilir. Her iki örnekten dolayı zarar gören kişiler bu zararın tazmini için devlete başvurabilir.

### 1.3.1.Sağlık Hizmetleri Kavramı

Sağlık, Türk Dil Kurumu tarafından 'bireyin fiziksel, sosyal ve ruhsal yönden tam bir iyilik durumunda olması'<sup>69</sup> olarak tanımlanmıştır. İnsan sağlığına zarar veren çeşitli etmenlerin yok edilmesi, kişilerin ve toplumun bu etmenlerin etkilerinden korunması, hastaların tedavi edilmesi, tam olarak iyileşmeyip sakat kalanların, bedensel ve ruhsal yetenek ve becerileri azalmış olanların başkalarına bağımlı olmadan yaşayabilmelerini sağlamak için rehabilite edilmesi ve toplumun sağlık düzeylerini yükseltmek için yapılan planlı çalışmaların tümüne 'sağlık hizmetleri' denir.<sup>70</sup>

Bedensel ve/veya ruhsal sağlığı bozuk kişiler sağlık hizmeti talebinde bulunabileceği gibi, estetik kaygılarla ya da sünnet gibi toplumsal veya dini düşüncelerle ya da tıbbi

<sup>67</sup> Anayada md. 90, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709.pdf> (erişim tarihi: 30.12.2019)

<sup>68</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, <https://www.danistay.gov.tr/upload/avrupainsanhaklarisozlesmesi.pdf> (erişim tarihi: 30.12.2019)

<sup>69</sup> <https://sozluk.gov.tr/> (erişim tarihi:10.11.2019)

<sup>70</sup> Güler ve Akın, 2015: 1480.

zorunluluk bulunmamasına rağmen kürtaj gibi sebeplerle kişiler sağlık hizmeti talebinde bulunabilirler.<sup>71</sup>

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 25. maddesi gereğince, her bireyin kendisinin ve ailesinin en azından ortalama bir yaşam standardında ve sağlıklı olarak yaşama hakkı vardır.<sup>72</sup> Yaşama hakkının alt kümelerinden birini oluşturan sağlık hakkı, temel bir insan hakkı olup, devlet-birey ilişkisi çerçevesinde, vatandaşların sağlıklı yaşama gereksinimlerini karşılama yükümlülüğünden kaynaklanan sosyal içerikli bir haktır.<sup>73</sup> 'Sağlık Hizmetleri ve Çevrenin Korunması' başlıklı Anayasa'nın 56. maddesi<sup>74</sup> ile devlete, vatandaşlarına sağlık hizmeti sağlama görevi verilmiştir. Anılan madde hükmünden, idarenin bireylerin sağlıklı bir şekilde yaşayabilmelerini önemseydiği ve bu durumun tesisini sağlamak anlamında kendisinin sağlık kurumu kurabileceği gibi özel sağlık kurumlarından da yararlanabileceği ve her halükarda her iki sağlık kurumlarını denetleyeceği sonucuna varılmaktadır.<sup>75</sup>

Özel sağlık hizmetleri, niteliği itibariyle özel hukuk kişilerince halkın ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik faaliyet göstermeleri sebebi ile virtüel kamu hizmetidir.<sup>76</sup> Özel sağlık hizmetlerinden kaynaklanan zararlarda zararın tazmini özel hukuk esaslarınca sağlanacaktır. Bu durumda eğer ki hastane özel hastane niteliğinde ise, hastane ile hasta arasında sözleşme ilişkisi kurulmakta olup söz konusu sözleşme 'hastaneye kabul sözleşmesi' olarak adlandırılır.<sup>77</sup> Genel kamu yönetimi örgütlenmesinin dışında bırakılma; oluşum süreci, kurulma ve sona erme biçimlerinde özel hukuk kurallarına tabi kılınma; sağlık hizmetini herkese yönelik sunma ve ilgili idari otoritelerin izin, denetim ve gözetimi altında işletilme

<sup>71</sup> Özçetin ve Balaban, 2015:14.

<sup>72</sup> İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi md.25/1 : 'Her şahsın, gerek kendisi gerekse ailesi için, yiyecek, giyim, mesken, tıbbi bakım, gerekli sosyal hizmetler dahil olmak üzere sağlığı ve refahını temin edecek uygun bir hayat seviyesine ve işsizlik, hastalık, sakatlık, dulluk, ihtiyarlık veya geçim imkânlarından iradesi dışında mahrum bırakacak diğer hallerde güvenliğe hakkı vardır.', <http://www.unicef.org.tr/files/bilgimerkezi/doc/insan%20haklari%20evrensel%20beyannemesi.pdf> (erişim tarihi: 15.11.2019)

<sup>73</sup> Bilgen, 2013: 114.

<sup>74</sup> Anayasa md.56 : 'Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir.

Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir. Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler.

Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir. Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir.', <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709.pdf> (erişim tarihi: 10.11.2019)

<sup>75</sup> Kızılyel, 2006: 36

<sup>76</sup> Kızılyel ve Kaylan: 2010:55.

<sup>77</sup> Canbolat, 2009:160.

hukuksal ölçütlerini taşıyan kurum ve kuruluşlarını özel sağlık hizmeti olarak nitelendirmek mümkündür.<sup>78</sup>

Sağlık hizmetlerinin bir kamu hizmeti olduğu tartışmasız olup kendine has özellik arz eden bir hizmettir. Yasama organınca, idare ya da onun gözetimi altında özel kişilerce, kamu yararı amacıyla, toplumun ortak ve genel ihtiyaçlarını tatmin için yapılan faaliyetler kamu hizmeti olarak nitelendirilmektedir.<sup>79</sup> Sağlık hizmeti bir kamu hizmeti olması nedeniyle, kamu hukuku esaslarına göre yürütülür. Sürekli yapılan bir hizmettir, değişkendir ve değişen teknolojiye kendini uydurmak zorundadır, hizmetten herkesin eşit olarak yararlanması gerekir.<sup>80</sup> Sağlık hizmetlerinin amacı, kar elde etmek ve verimlilik olmayıp temel amaç kamu yararının gerçekleştirilmesidir ve bu noktadan hareketle klasik idari hizmetlerde olduğu gibi sağlık kamu hizmetinin de büyük çoğunluğunun bedelsiz olduğunu söylemek mümkündür.<sup>81</sup>

Sağlık hizmetleri ağırlıklı olarak Sağlık Bakanlığı eliyle merkezi idarenin yürüttüğü idari kamu hizmetlerinin önemli bir kısmı gibi ‘emanet usulü’ ile görülmekte olup özel sağlık kuruluşlarına da ‘izin usulü’ ile bu hizmetin görülmesine müsaade edilmektedir. Emanet usulü, sağlık hizmetlerinin sunulması kamu hizmetinde sağlık hizmetinin devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin kendi sağlık personeli, kendi araç ve gereçleri, kendi hastanesi ve kendi öz varlığıyla yürütüldüğü şeklinde karşımıza çıktığı için, kamu hastanesinde hizmet veren hekim ve yardımcı sağlık personeli ‘kamu personeli’ statüsünde olup<sup>82</sup> sağlık personelinin hizmetinden dolayı kusurlu veya kusursuz olarak bir zarar ortaya çıkmış olması halinde Devlet Memurları Kanunu’nun kişilerin uğradıkları zararlar başlıklı 13.maddesi<sup>83</sup> ve

<sup>78</sup> Demir, 2018: 293-294.

<sup>79</sup> Akyılmaz vd., 2017: 570.

<sup>80</sup> Çatak Iırz, 2011: 4-5

<sup>81</sup> Ersöz, 2010: 6.

<sup>82</sup> DMK md.36/III: ‘III - SAĞLIK HİZMETLERİ VE YARDIMCI SAĞLIK HİZMETLERİ SINIFI: Bu sınıf, sağlık hizmetlerinde (Hayvan sağlığı dahil) mesleki eğitim görerek yetişmiş olan tabip, diş tabibi, eczacı, veteriner hekim gibi memurlar ile bu hizmet sahasında çalışan yüksek öğrenim görmüş fizikoterapist, tıp teknolojü, ebe, hemşire, sağlık memuru, sosyal hizmetler mütchassısı, biyolog, pisikolog, diyetçi, sağlık mühendisi, sağlık fizikçisi, sağlık idarecisi ile ebe ve hemşire, hemşire yardımcısı, (Fizik tedavi, laboratuvar, eczacı, diş anestezi, röntgen teknisyenleri ve yardımcıları, çevre sağlığı ve toplum sağlığı teknisyeni dahil) sağlık savaş memuru, hayvan sağlık memuru ve benzeri sağlık personelinin kapsar. (Ek paragraf: 10/7/2003-4924/11 md.) Bu sınıfa dahil personel tarafından yerine getirilmesi gereken hizmetler, lüzumu halinde bedeli döner sermaye gelirlerinden ödenmek kaydıyla, Bakanlıkça tespit edilecek esas ve usullere göre hizmet satın alınması yoluyla gördürülebilir.’, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.657.pdf> (erişim tarihi:17.11.2019)

<sup>83</sup> DMK md.13: ‘Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Ancak, Devlet dairelerine tevdi veya bu dairelerce tahsil veya muhafaza edilen para ve para hükmündeki değerli kağıtların ilgili personel tarafından zimmete geçirilmesi halinde, zimmete geçirilen miktar, cezai takibat sonucu beklenmeden Hazine tarafından hak sahibine ödenir. Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır. (Ek: 26/3/2002- 4748/3 md.) İşkence ya da zalimane, gayri insani veya haysiyet kırıcı muamele suçları nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince verilen kararlar sonucunda Devletçe ödenen tazminatlardan dolayı sorumlu personele rücu edilmesi hakkında da yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır. 12nci maddeyle bu maddede belirtilen zararların nevi, miktarlarının tespiti, takibi, amirlerin sorumlulukları ve yapılacak işlemlerle ilgili diğer hususlar



Anayasa'nın 129. maddesinin 5. fıkrası<sup>84</sup> uygulama alanı bulacaktır.<sup>85</sup> Özel hastanelerin faaliyet göstermesi idareden alınan ruhsat ile izin usulü çerçevesinde olmakla beraber bu ilişkide idare ile kişi arasında bir sözleşme bulunmamaktadır. Burada hizmetin asli sahibi idare olduğundan, idarenin, hizmeti ruhsat usulü ile yürütülen özel kişi üzerinde geniş bir denetim yetkisi bulunmaktadır.<sup>86</sup> Belirtmek gerekir ki, kamu hizmetlerinin bedelsizlik ilkesi izin usulü ile gördürülen kamu hizmetlerini de etkiler. Bu ilkenin uzantısı olarak, kâr elde etmek isteyen özel kişinin faaliyetinde belirleyeceği bedel idare tarafından belirlenmekte ya da değişen koşullara göre idare özel kişiden gerekli değişiklikleri talep edebilmektedir.<sup>87</sup> Liberalleşme politikalarının devamı niteliğinde ortaya çıkan özelleştirmelerle kamu-özel ortaklığı şeklinde de sağlık kamu hizmeti verilmeye başlamıştır. Bu model ile entegre sağlık kampüsleri yapılmaya başlanmıştır. Kamu-özel ortaklıkları sağlık sektöründe teknolojiye gelişmeler, yaşlanan nüfus, demografik nedenler, hastalıkların mevcut tedaviye uyumu ve uyuşturucu madde bağımlılığı gibi sebeplerin sağlık harcamalarında artışa sebep olması gibi sorunların üstesinden gelmek için yaygın olarak kullanılan bir yöntemdir. Bu modelde risk, devlet ve özel yatırımcı arasında paylaşılır ve hastalara doğrudan verilen hizmet devlet tarafından verilir. Kamu-özel ortaklıkları projeleri ile Türk sistemine giren entegre sağlık kampüsü ve şehir hastaneleri yeni organizasyon yapılarıdır.<sup>88</sup> Türkiye'de sağlık sektöründe kamu özel iş birliği modelinin kökleri 3359 sayılı Kanun<sup>89</sup>'a dayanmakla beraber, 6428 sayılı Kanun<sup>90</sup> ile sağlık alanında kamu özel iş birliği modeli ile gerçekleştirilecek ve gerçekleştirilmekte olan projeler için daha sağlam bir yasal zemin getirilmesi amaçlanmaktadır. İdare, kamu hizmetini özel kesim ile yan yana yürütmektedir.<sup>91</sup>

Sağlık hizmetinin ayırıcı özelliği sadece insana yönelik olması olup, bu hizmetin kapsamına diğer canlılara yönelik sıhhi uygulamalar girmemektedir.<sup>92</sup>

---

Cumhurbaşkanınca düzenlenecek yönetmelikle belirlenir.',

<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.657.pdf> (erişim tarihi:17.11.2019)

<sup>84</sup> Anayasa md.129/5: 'Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.', <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709.pdf> (erişim tarihi:17.11.2019)

<sup>85</sup> Ersöz, 2010: 29.

<sup>86</sup> Ersöz, 2010: 32.

<sup>87</sup> Keskin, 2006: 49.

<sup>88</sup> Ayhan ve Önder, 2018:113.

<sup>89</sup>Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.3359.pdf> (erişim tarihi:07.12.2019)

<sup>90</sup> Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi Ve Hizmet Alınması İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6428.pdf> (erişim tarihi:07.12.2019)

<sup>91</sup> Günday, 2011: 337.

<sup>92</sup> Kızılyel, 2006: 37.

Sağlık hizmetlerinden kaynaklanan zararlar da idarenin sorumluluğunu ortaya koyabilmek için öncelikle sağlık hizmetlerini tasnif etmek yararlı olacaktır. Sağlık hizmetlerinin temel amacı, kişilerin hasta olmamalarını sağlamak, ikinci amacı hasta olanların tedavisini sağlamak ve üçüncü amacı bugün uygulanan yöntemlerle tam olarak tedavi edilememiş ve sakat kalmış hastaların başkalarına bağımlı olmadan, kendilerine yeter biçimde yaşamalarını sağlamak yani rehabilite etmektir. Bu çerçevede sağlık hizmetlerinin koruma, tedavi ve rahabilitasyon olmak üzere üç boyutu vardır.<sup>93</sup> Pozitif hukuk yönünden 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun sağlık hizmetleri ile ilgili temel esasların yer aldığı 3. maddesinin<sup>94</sup> (k) bendinde de sağlık hizmeti koruyucu, teşhis-tedavi edici ve rehabilite edici sağlık hizmeti olarak üçlü bir ayrıma tabi tutulmuştur. Koruyucu sağlık hizmetleri, kişileri hastalanmaktan, yaralanmaktan, sakat kalmaktan ve erken ölümden korumak amacıyla verilen sağlık hizmeti olup kişinin içinde bulunduğu hastalık dönemlerine göre üç grupta incelenir. Primer korumada hastalık kişide başlamadan önce önlemler alınmakta, sekonder korumada hastalıkların belirtisiz dönemlerinde yahut belirtilerin hafif olduğu dönemlerde teşhis-tedavi hizmeti sunulmakta iken tersiyer korumada ise hastaların hastalığın kötü sonuçlarından korunması amaçlanır. Koruyucu sağlık hizmetleri kişiye ve çevreye yönelik olarak sunulmaktadır.<sup>95</sup> Yine pozitif hukuk yönünden düzenlemelere baktığımızda 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nun 1. maddesinin<sup>96</sup> koruyucu sağlık hizmetlerini tanımladığını, yine aynı kanunun 3. maddesinde ise devletin görevi olarak belirtilen koruyucu sağlık hizmetlerinin tek tek sayıldığı görülmektedir. Bu Kanun, koruyucu sağlık hizmetlerini idareye

<sup>93</sup> Güler ve Akın, 2015: 1480.

<sup>94</sup> 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu md.3, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.3359.pdf> (erişim tarihi:15.11.2019)

<sup>95</sup> Güler ve Akın,2015: 1481.

<sup>96</sup> 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu md.1: 'Memleketin sıhhi şartlarını ıslah ve milletin sıhhatine zarar veren bütün hastalıklar veya sair muzır amillerle mücadele etmek ve müstakbel neslin sıhhatli olarak yetişmesini temin ve halkı tıbbi ve içtimai muavenete mazhar eylemek umumi Devlet hizmetlerindedir.', <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.1593.pdf> (erişim tarihi: 15.11.2019); md.3: 'Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekaleti bütçeleriyle muayyen hatlar dahilinde olarak aşağıda yazılı hizmetleri doğrudan doğruya ifa eder: 1 - Doğumu (.....)(3) teshil ve çocuk ölümünü tenkis edecek tedbirler. 2- Validelerin doğumdan evvel ve doğumdan sonra sıhhatlerinin vikayesi. 3- Memlekete sari ve salgın hastalıkların hulülüne mümanaat. 4- Dahilde her nevi intani, sari ve salgın hastalıklarla veya çok miktarda vefiatı intaç ettiği görülen sair muzır amillerle mücadele. 5- Tababet ve şubeleri sanatlarının icrasına nezaret. 6- (...) (1) ilaçları ve bütün zehirli müessir ve uyuşturucu maddelerle yalnız hayvanlar için serumlar ve aşuları murakabe hariç olmak üzere her nevi serum ve aşuları murakabe (2). 7- Çocukluk ve gençlik hıfzısıhhasına ait işlerle çocuk sıhhat ve bünye sinin muhafaza ve tekamülüne ait tesisatın murakabesi. 8- Mektep hıfzısıhhası. 9- Mesai ve san'at hıfzısıhhası işleri. 10- Maden suları ile sair havassı şifaiyesi olan sulara nezaret. 11- Hıfzısıhha müesseseleri ve bakteriyoloji laboratuvarları ve alelümum hayati muayene ve tahlillere mahsus müesseseler küşat ve idaresi. 12- Mesleki tedrisat müesseseleri küşat ve idare veya mümasili müessesatı murakabe ve bunlara müsaade itası. 13- Mecnunlarla sair ruhi hastalıklara mahsus tedavihaneler veya malül veya herhangi bir noksanii hilkate malik olanları kabul edecek yurt veya müesseseler tesis ve idare. 14- Muhacrin sıhhat işleri. 15- Hapisanelerin ahvali sıhhiyesine nezaret. 16- Tıbbi istatistiklerin tanzimi. 17- Sıhhi neşriyat ve propagandalar. 18- Vesaiti münakale umuru sıhhiyesinin nezaret.', <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.1593.pdf> (erişim tarihi:15.11.2019)

yüklemiş, mahalli idareler tarafından yapılan bu tür işlemlerin ise Sağlık Bakanlığı tarafından denetleneceğini belirtmiştir.<sup>97</sup>

Ortadadır ki, koruyucu sağlık hizmetleri de kamu hizmetidir ve sunulması sırasında ortaya çıkan aksaklıklar hizmet kusuruna sebebiyet verdiği takdirde idare açısından tazmin zorunluluğu doğacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki, koruyucu sağlık hizmetinde hizmetin ifa edilmemesi durumlarında idarenin sorumluluğuna hükmedilirken maddi olayın niteliği, idarenin ve hizmeti alanın durumunun iyi değerlendirilmesi ve tazminat hukukuna hakim olan tazminatın teşvik edici olmaması ilkesi göz önüne alınarak bir sonuca ulaşmak yerinde olacaktır. Gıda üretim, depolama ve saklaması denetiminin eksik yapılmasından doğan zararlarda zarara sebep olan aleyhine özel hukuk hükümleri uyarınca haksız fiil hükümlerine dayanarak dava açılabilir.<sup>98</sup>

Örneğin Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi tarafından koruyucu sağlık hizmeti kapsamında aşılama programına uyulmaması hizmet kusuru sayılmıştır. "... Olayda, okul çağına gelmiş ve okula devam eden davacıların çocuğu A. D.'ya ikinci doz aşının yapılması ve takibinin davalı idarece gerçekleştirilmesi gerektiği, birinci sınıfta A. D.'ya aşı yapıldığını kanıtlayan aşı kartı bulunmadığı gibi, aşı yapıldığını ortaya koyan başkaca bir bilgi ve belgelenin de dava dosyasına sunulmadığı, yine 2000/144 sayılı Daimi Genelge çerçevesinde sağlık personeli tarafından aşı kayıt fişi doldurularak aşıya gelmesi gereken tarihlerin anne-babaya bildirilmesi, gezici sağlık ekipleri aracılığıyla aşılama takvimine uyulmasının sağlanması, aşılama hizmetlerinin yürütülmesi ve kişisel sağlık fişleri düzenleyerek bunların muhafazasının sağlanması hususlarındaki hizmetlerin usulüne uygun yürütülmediği, davacıların çocuğuna ikinci doz kızamık aşısının yapılmayarak SSPE hastalığına yakalanmasına, koruyucu sağlık hizmetlerini yürütmekle görevli idarece neden olunarak "hizmetin işletilmemesi" suretiyle hizmet kusuru işlendiği sonuç ve kanaatine varılmıştır."<sup>99</sup>

Oysa benzer bir ihtilafta, Mardin 1.İdare Mahkemesince T.19.10.2017 E.2016/2148 K.2017/5222 künyeli kararda, "...davalı idarece sunulan aşı uygulaması hizmetinin, kamu yararının sağlanmasına yönelik hizmetlerden olup, asıl olarak anne-babalar tarafından çocuklarının aşı takibinin yapılması gerektiği, idarece yapılmış olan bir aşı var ise ancak bu aşının bozuk olması durumunda kusurlu olduğunun, bunun dışında aşı yaptırılıp yaptırılmama açısından ise asıl sorumluluğun ailelerde bulunduğu kabulünün zorunlu olduğu, dava konusu olayda ise eğer bir aşı yapılmış ise bu aşının bozuk olma ihtimalinin bulunmadığı,

<sup>97</sup> Kızılyel, 2006: 38.

<sup>98</sup> Kızılyel, 2006: 39.

<sup>99</sup> Gaziantep BİM 3.D., T. 08.11.2018, E. 2018/3054, K. 2018/5801, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

ayrıca yine kızamık aşısı yapılmış olsa bile davacıların çocuklarının kızamık hastalığına yakalanması durumunda bu hususun bahsi geçen kişinin yeterli bağışıklık düzeyine ulaşmamasından kaynaklandığının kabulü gerekeceğinden, bu konuda da idareye atfedilecek bir kusur bulunmadığı, bu nedenlerle davacıların çocuklarının davalı idareye bağlı ekiplerce aşılandığının kanıtlanamaması, aşı yapılmış olsa bile SSPE hastalığına yakalanılmasına kızamık aşısının sebep olamayacağı, hastalığa ancak kızamık hastalığı virüsünün neden olabileceği, aşının bozuk olma ihtimalinin bulunmadığı anlaşıldığından, davacıların çocuğunun bahsi geçen hastalığa yakalanması karşısında ortada idareye atfedilebilecek bir kusur bulunmadığından davacıların tazminat taleplerinin kabulüne olanak bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.” Ancak bu karar İstinaf mahkemesi tarafından, aşı takibinin idarenin sorumluluğunda olduğu gerekçesiyle bozulmuştur.<sup>100</sup>

Uyuşmazlıkların büyük bir bölümü, teşhis ve tedavi edici sağlık hizmetlerinden kaynaklanmakta olup bu sağlık hizmetleri üç basamakta ele alınmaktadır. Hastaların evde ve ayakta tedavilerinin yapıldığı, aile hekimleri, verem savaş dispanserleri, AÇS-AP, işyeri tabiplikleri gibi yataksız sağlık kuruluşları birinci basamak; bu basamakta teşhis ya da tedavi edilemeyen 50-100 yataklı ve 3-4 uzman hekimin çalıştığı ya da tam teşekküllü hastaneler ikinci basamak; özel bir yaş grubuna, cinsiyete ya da belli bir hastalığa yakalanan kişilere o konuda en geniş imkanlara sahip yataklı tedavi kuruluşlarında verilen hizmet ise üçüncü basamak tedavi hizmetidir.<sup>101</sup> İkinci ve üçüncü basamak tedavi hizmetlerinin sunulması genel olarak 07.10.1920 gün ve 14724 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan ‘Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği’<sup>102</sup> ile düzenlenmiştir.<sup>103</sup> Sağlık personelinin tıbbi uygulama hataları çoğunlukla bu teşhis ve tedavi edici hizmetlerin sunulması aşamasında karşımıza çıkmaktadır. Rehabilitasyon edici sağlık hizmetleri ise, bedence ya da ruhça sakat kalmış kişilerin başkalarına bağımlı olmaksızın yaşayabilmelerini sağlamak için yapılan bütün çalışmaları kapsamaktadır. Bedensel sakatlıkların mümkün olduğu kadar düzeltilmesi tıbbi rehabilitasyon iken, sakatlıkları nedeniyle eski işlerini yapamayanlara ya da belirli bir işte çalışamayanlara iş öğretme, iş bulma ve işe uyum sağlamalarına yönelik her türlü hizmet sosyal (mesleki) rehabilitasyon olarak nitelendirilmektedir.<sup>104</sup> Bu hizmetler ayakta sunulabileceği gibi yatarak sunulabilir. Anılan koruyucu, tedavi-teşhis ve rehabilitasyon edici sağlık hizmetlerinin kapsamı dışında kalmakla beraber niteliği gereği sağlık kamu hizmeti olan ve kusurlu işlenmesi

<sup>100</sup> Gaziantep BİM 3.D, T. 06.11.2018, E.2018/2430, K.2018/5757, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

<sup>101</sup> Güler ve Akın, 2015: 1483.

<sup>102</sup> Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/14724.pdf> (erişim tarihi: 28.12.2019)

<sup>103</sup> Çınarlı, 2013: 77.

<sup>104</sup> Güler ve Akın, 2015: 1484.

halinde idarenin sorumluluğunu gerektiren diğer Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 4. maddesinde<sup>105</sup> yer alan sırları ifşa, 14. maddesinde<sup>106</sup> yer alan bilgilendirme görevini yerine getirmeme ve hastalar arasında ayrımcılık yapma, tıbbi, cerrahi ve adli rapor düzenleme gibi kusurlar birer hizmet kusuru oluşturabilir. Nitekim, yargı yerince doğrudan maddi zararın sebebi olmasa da hastane kayıtlarındaki düzensizlik manevi zarar yönünden kusur sayılmıştır.

Örneğin, hatalı enjeksiyon sebebiyle uğranılan zararda zarar ve illiyet sabit olmasına rağmen, Adli Tıp tarafından hatalı enjeksiyon sonuçları komplikasyon olarak değerlendirildiğinden yargı yerlerince kusur sabit hale gelmediğinden maddi tazminata hükmedilememektedir. Ancak bu ve benzer vakalarda, mahkemelerce manevi tazminat yönünden aynı olayda farklı değerlendirme yoluna gidilerek Adli Tıp'ın komplikasyon cevabı bertaraf edilmeye çalışılmaktadır. Bu çıkış ise daha ziyade, usule uygun onam alınmama ya da kusur tespiti yapılamamasının kayıt eksikliği ve/veya düzensizliğine bağlı olması gerekçesine dayandırılmaktadır. İstanbul Bölge İdare Mahkemesi'nin bu konudaki bir kararı şu şekildedir: "...Davacının sağ bacağına meydana gelen kuvvet ve duyu kaybının enjeksiyon nöropatisiyle uyumlu olduğunda kuşku duyulmamakla birlikte; sağlık personeline kusur atfedilmemiştir. Dosyadaki kayıtlardan ve olayın disiplin ve ceza hukuku boyutlarıyla belirlenmesi amacıyla yapılan inceleme sırasında alınan ifadelerden, 16.04.2011 tarihinde karın ağrısı şikayetiyle gelen hastanın muayenesini yapan hekim tarafından yapılması uygun görülen buscopan enjeksiyonu yapan yardımcı sağlık personelinin kimliğinin belirlenemediği görülmektedir. Acil Serviste olay gecesi Ç.Y. ve M. K. isimli iki erkek hemşire görevli olduğu halde, enjeksiyonu yapan personelin bu iki personelden hangisinin olduğunun belirlenemediği, dolayısıyla sorumluluğunun ortaya konulamadığı görülmektedir. Poliklinik kayıtlarının düzenli şekilde tutulmamasından kaynaklı tıbbi kayıt eksikliğinin hizmet kusurunun belirlenmemesindeki payı dikkate alındığında, davacının hakkında uygulanan tedavileri ve zararlı sonucun sebebinin öğrenecek tıbbi kayıtların noksan olması, dolayısıyla tedavi sürecinde gelişen olaylarla ilgili maddi gerçeğe (rahatsızlığının nedenine) hiçbir zaman

<sup>105</sup> Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi md.4: 'Tabip ve dış tabibi, meslek ve sanatının icrası vesilesiyle muttali olduğu sırları, kanuni mecburiyet olmadıkça, ifşa edemez. Tıbbi toplantılarda takdim edilen veya yayınlarda bahis konusu olan vakalarda, hastanın hüviyeti açıklanamaz.', <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/2.3.412578.pdf> (erişim tarihi: 15.11.2019)

<sup>106</sup> Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi md.14: 'Tabip ve dış tabibi, hastanın vaziyetinin icabettirdiği sıhhi ihtimamı gösterir. Hastanın hayatını kurtarmak ve sıhhatini korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmakla mükelleftir. Tabip ve dış tabibi, hastasına ümit vererek teselli eder. Hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkca söylenmesi lazımdır. Ancak, hastalığın, vahim görülen akibet ve seyirinin saklanması uygundur. Meş'um bir pronostik hastanın kendisine çok büyük bir ihtiyatla ihdas edilebilir. Hasta tarafından, böyle bir pronostiğin ailesine açıklanmaması istenilmemiş veya açıklanacağı şahıs tayin olunmamış ise, durum ailesine bildirilir.', <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/2.3.412578.pdf> (erişim tarihi: 15. 11.2019)

ulaşamayacak ve ömür boyu şüphe duyacak olması nedeniyle uğradığı manevi zararının tazmini zorunludur. Başka bir anlatımla; hastanın başvurduğu gün ve saatin, hastaya uygulanan tedavinin, tedaviyi uygulayan doktor ve sağlık personelinin adının, kullanılan ilaç bilgilerinin hasta dosyasında (poliklinik defterinde) yer alması, hasta haklarının da gereği olup; söz konusu kayıtların düzenli ve yeterli tutulmaması-kişinin doğruyu öğrenme hakkına engel olacağından- hizmet kusurunu oluşturmaktadır. Ancak; bu kusurun, aktarıldığı üzere, yalnızca kişinin doğruyu öğrenememesi nedeniyle duyduğu üzüntü nedeniyle uğradığı manevi zararın karşılığı olarak tazminat isteminin kabulü ile olanaklıdır.”<sup>107</sup> Nitekim bu kararda hatalı enjeksiyon sonucu uğranılan zararda idarenin kusuru ortaya konulmadığı için maddi tazminata hükmedilememiş olup, düzenli kayıt tutulmaması sebebiyle manevi tazminata hükmedilmiştir. Aslında bir ihtilafta tazminat için kusur zorunluluğu var ise bu koşul hem maddi hem manevi tazminat için geçerlidir. Zararın sebebi hatalı enjeksiyon ise enjeksiyonda kusur tespit edilemiyorsa bu sebebe dayalı maddi ve manevi tazminatın reddi gerekir. Bilirkişinin rutin olarak bu vakalarda komplikasyon tanımlaması yapması bilirkişilik müesseseyle ilgili bir sorun olup bunun aşılması gerekir. Bu tespite rağmen, manevi tazminat yönünden farklı kusur ölçütleri getirerek (kayıt düzensizliği, hakkaniyet, sosyal devlet gibi) vicdani kanaat öne çıkarılarak illaki bir şekilde tazminata hükmetmek yargılama kusuru olarak değerlendirilebilir.

Yine yargı yerlerince onam alınmaması manevi tazminat yönünden hizmet kusuru sayılmaktadır. ”...Bilirkişi raporunda, davacıda gelişen siyatik sinir hasarının enjeksiyon uygulamalarının komplikasyonu olarak kabul edilmesi ve enjeksiyonun hatalı bölgeye uygulandığına dair dosya içeriğinde delil bulunmaması karşısında, idari eylemle zarar arasında nedensellik bağı kurulamadığından maddi tazminata hükmedilmesinin koşulları oluşmamakla birlikte, enjeksiyon uygulamasından önce risklerin anlatılıp davacıdan yazılı onamın alınmamış olması durumunda, yukarıda aktarılan mevzuat hükümleri uyarınca davacının aydınlatılarak onay verme hakkının elinden alınmış olacağı ve bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi, yürütülen sağlık hizmetinin gereği gibi işletilmediği konusunda davacıda endişe ve üzüntüye yol açacağından davacının tazminat talebinin ,manevi tazminatın zenginleşme aracı olamayacağı ilkesi de gözetilerek makul ölçülerde değerlendirilmesi gerekmektedir...”<sup>108</sup> Bu kararda da, hatalı enjeksiyon ile zarar arasında illiyet kurulmadığı için maddi tazminata hükmedilememiş olup manevi tazminat yönünden kusur ikamesi

<sup>107</sup> İstanbul BİM 8.D, T. 07.03.2017, E. 2017/5, K.2017/305, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

<sup>108</sup> Dan. 15.D, T. 12.09.2018, E. 2018/1688, K.2018/6221, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

yapılmıştır. Ancak manevi tazminat talebinin sebebi hatalı enjeksiyonun verdiği zarar olduğu halde mahkemece resen usule uygun onam alınmamasını zarar sebebi sayılmıştır. Yani sebep ikamesi yapılarak hakkaniyet gözetilerek karar verilmiştir.

Kızılyel'e göre, bu tür kamu hizmetlerinde kişisel kusur ile hizmet kusuru iç içe geçmiş olduğundan sorumluluk hususunun tayin ve tespiti zor olabilir.<sup>109</sup>

### 1.3.2.İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Sorumluluğu

Sağlık hizmeti, kamu hukuku esaslarına göre sevk ve idare edilen kamu hizmetlerinin önemli bir kısmını oluşturmakta olup, kamu yararını temin etme amacı olan bu hizmet karşısında gerçek kişi idare ile sözleşme yapmaya gerek olmaksızın hizmetten yararlanan ya da hizmetten yararlanmaya aday konumundadır. Sağlık hizmetini alan birey, idareden hizmetin iyi işlenmesini talep edebileceği gibi, şayet meydana geldiyse maddi ve manevi zararın tazmini de talep edebilecektir.<sup>110</sup> Sağlık hizmetleri bakımından idare, genel ve özel bütçeli idarelerle özel idareler ve belediyeler ve bunlara bağlı teşekküller, sermayesinin tamamı devlet tarafından verilmek suretiyle kurulan iktisadi teşekküller, idare ve murakabeleri 3460 sayılı Kanun hükümlerine tabi teşekkül ve müesseseler, özel kanunlarla kurulan banka ve diğer teşekküller, sermayesinin yarısından fazlası devletin veya yukarıda yazılı müesseselerin elinde bulunan teşekküller ve bunların aynı oranda iştirakleri ile vücut bulan kurumlar ve bunlara bağlı sağlık birimleridir.<sup>111</sup> İdarenin sorumluluğu bu kapsamda değerlendirilmelidir. Kamu hastanesinde çalışan hekim ve yardımcı sağlık çalışanları kamu personeli statüsündedir.<sup>112</sup> 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 36. maddesinde "Sağlık Hizmetleri ve Yardımcı Sağlık Hizmetleri Sınıfı"<sup>113</sup> ihdas edilmiştir.

Tıp alanındaki gelişmelerin kişilere en iyi şekilde sunulabilmesi için örgütler kurulmuş ve kanunlaşma süreçleri yaşanmış olsa da tıbbın geldiği teknolojik durum göz önüne alındığında sağlık hizmetlerindeki kavramların tam olarak ne ifade ettiği, nelerin hizmet kusuru olarak adlandırılacağı hususları tartışmalıdır.<sup>114</sup>

<sup>109</sup> Kızılyel, 2006: 40.

<sup>110</sup> Kızılyel, 2005: 56.

<sup>111</sup> Bayındır, 2007:555.

<sup>112</sup> Canbolat, 2009:158.

<sup>113</sup> DMK md.36/3: " III - SAĞLIK HİZMETLERİ VE YARDIMCI SAĞLIK HİZMETLERİ SINIFI: Bu sınıf, sağlık hizmetlerinde (Hayvan sağlığı dahil) mesleki eğitim gören yetişmiş olan tabip, diş tabibi, eczacı, veteriner hekim gibi memurlar ile bu hizmet sahasında çalışan yüksek öğrenim görmüş fizikoterapist, tıp teknolojü, ebe, hemşire, sağlık memuru, sosyal hizmetler mütehassısı, biyolog, psikolog, diyetçi, sağlık mühendisi, sağlık fizikçisi, sağlık idarecisi ile ebe ve hemşire, hemşire yardımcısı, (Fizik tedavi, laboratuvar, eczacı, diş anestezi, röntgen teknisyenleri ve yardımcıları, çevre sağlığı ve toplum sağlığı teknisyeni dahil) sağlık savaş memuru, hayvan sağlığı memuru ve benzeri sağlık personelini kapsar.", <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.657.pdf> (erişim tarihi: 29.12.2019).

<sup>114</sup> Kızılyel ve Kaylan, 2010:51.

Devletin her zaman kendi imkanları ile vatandaşların sağlık ihtiyaçlarını karşılaması mümkün olmamakta ya da idarenin denetim ve gözetimi altında özel sağlık kurumlarınca karşılanması ekonomik anlamda daha uygun olmaktadır. Özel sağlık kurumları kamu idaresinin denetim ve gözetimi altında faaliyette bulunuyor olmakla beraber, kamu hizmetine doğrudan katılan özel sağlık kurumlarının kusurlu faaliyetlerinden dolayı doğacak zararlarda, kurum ile hasta arasında özel hukuk ilişkisi bulunmaktadır. İdarenin sorumluluğu hususu ise bu durumda hukuken tartışmalı olup somut olayın özelliğine göre değerlendirme yapmak gerekecektir.

Anayasa'nın 125. maddesinde, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden kaynaklanan zararı ödemekle yükümlü olduğu belirtilmiş, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda da idareye açılacak olan dava türleri sayılmış ve dava açılmasına ilişkin usuller belirlenmiştir. Ancak idarenin sorumluluğun şartları konusunda normatif bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden kaynaklanan sorumluluğunun şartları anayasal ilkeler göz önüne alınarak doktrin ve idari yargı yerlerince belirlenip geliştirilmiştir.<sup>115</sup>

İdarenin kusurlu ya da kusursuz sorumluluğunun doğması için zarar, idari işlem veya eylemin mevcut olması ve zarar ile idari işlem veya eylem arasında illiyet bağının bulunması aranmakta olup buna göre, sağlık hizmetinden kaynaklanan idari sorumluluğun şartları; kusur, idari eylem veya işlemin bulunması ve illiyet bağıdır.<sup>116</sup>

İstanbul Bölge İdare Mahkemesi bir kararında hizmet kusurunu tanımlayarak, sorumluluk koşullarını, özel hukuktaki sorumluluktan farkını ve sağlık hizmetinde sorumluluk sebeplerini şu şekilde ifade etmiştir: "...İdarenin yürütmekle görevli olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık veya boşluk olarak tanımlanabilen hizmet kusuru; hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde gerçekleşmekte ve idarenin tazmin yükümlülüğünün doğmasına yol açmaktadır. Bu bağlamda hizmet kusuru, özel hukuktaki anlamından uzaklaşarak nesnelleşen, anonim bir niteliğe sahip, bağımsız karakteri olan bir kusurdur. Hizmet kusurundan dolayı sorumluluk, idarenin sorumluluğunun doğrudan ve asli nedenini oluşturmaktadır. Sağlık hizmetleri bünyesinde risk taşıyan nitelikte hizmetlerden olduğundan, riskli müdahale ve operasyonlar ile sağlık hizmeti içinde yer alan ancak tıbbi operasyon kapsamına dahil edilemeyecek birtakım bakım, gözetim ve yan müdahaleler bakımından idarenin hizmet kusurunun ağırlığına farklı yaklaşımla birlikte bakım, gözetim ve yan müdahalelerin hiç veya gereği gibi yapılmaması ya da hastaya ilişkin tıbbi kayıtların usulüne göre tutulmaması

<sup>115</sup> Yumuk, 2005: 82.

<sup>116</sup> Kızılyel, 2006: 58.



nedeniyle oluşan zararlarda, idarenin sorumluluğundan söz edebilmek için hizmet kusurunun varlığı yeterli olmaktadır. Bunun yanında manevi tazminat, mal varlığında meydana gelen bir eksilmeyi karşılamaya yönelik bir tazmin aracı değil, tatmin aracıdır. Olay nedeniyle duyulan elem ve ızdırabı kısmen de olsa hafifletmeyi amaçlar. Belirtilen niteliği gereği manevi tazminatın zenginleşmeye yol açmayacak şekilde belirlenmesi gerekmektedir.”<sup>117</sup>

Öğretide sağlık hizmetlerinde kusursuz sorumluluk hükümlerine göre idarenin sorumlu tutulmayacağına ilişkin görüşler olduğu gibi, tutulması gerektiğine ilişkin görüşler de bulunmakla beraber Danıştay’ın sağlık hizmetinin mahiyetine göre idarenin sorumluluğunu aradığı kusurun derecesinin de değişkenlik gösterdiği görülmektedir.<sup>118</sup> İdari yargının tıbbi uygulamalardan doğan zararlarda idarenin kusursuz sorumluluğu kabul etmesi görüşü öğretilde; kusursuz sorumluluğun doğabilmesi için idarenin bir davranışının bulunması, zararın ve illiyet bağının yeterli olduğu ve basit kusurun yeterli sayılması; ayrıca tıbbi uygulamaların muhatabının toplum değil bireyin kendisi olması, bundan dolayı doğacak yararlıardan ve dolayısıyla riskten kendisinin sorumlu olacağı ve tıbbi uygulamalar nedeniyle kusursuz sorumluluk ilkesinin kabul edilmesi halinde, bu durumun devleti dolaylı yoldan ‘hayat sigortası’ uygulamasına zorlayacağı yönlerinden eleştirilmektedir.<sup>119</sup>

Esasen, sağlık hizmetlerinin sunulması sırasında hizmet kusuru nedeniyle meydana gelen zararlarda idarenin sorumluluğu üzerinde durmak gerekmektedir. Sağlık hizmetlerinin sunulması sırasında hizmet kusuru nedeniyle idarenin sorumluluğuna hükmedilebilmesi için hukuka aykırılık, idareye atfedilebilir kusur, maddi ya da manevi gerçek, kesin, meşru ve bir kişiye mahsus bir zarar ve illiyet bağı şartlarının gerçekleşmesi gerekmektedir.<sup>120</sup> Kusur yönünden, diğer bütün kamu hizmetlerinden farklı olarak idare hukuku ilkeleri ve Danıştay’ın yerleşik içtihatlarına göre, bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetlerinin sunulmasından kaynaklanan zararlarda idarenin sorumlu tutulabilmesi için ‘ağır hizmet kusuru’ aranmaktadır.<sup>121</sup> Basit kusur, iyi bir şekilde işleyen idarenin yapmayacağı hata ve kusur olarak tanımlanmakta iken, ağır kusur basit kusura göre daha ağır ve önemli işleyiş aksaklıkları olup iyi değil vasat bir şekilde işleyen idarenin bile aynı hal ve şartlarda işlemeyeceği kusurlardır.<sup>122</sup>

Danıştay bazı kararlarında ağır hizmet kusuru gerekliliğini şu şekilde ifade etmektedir: “...Dolayısıyla bünyesinde risk taşıyan sağlık hizmetini yürüten idarenin hizmetten

<sup>117</sup> İstanbul BİM 8.D, T. 09.01.2019, E. 2017/1992, K. 2019/35, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

<sup>118</sup> Çatak İriş, 2011: 46.

<sup>119</sup> Ersöz, 2010: 59.

<sup>120</sup> Ersöz, 2010: 41-46.

<sup>121</sup> Kızılyel, 2006: 60.

<sup>122</sup> Aydın, 2016: 134.

yararlanan ilgiliye karşı tazmin sorumluluğu, sadece hizmetin kusurlu işletilmesi halinde değil, ağır hizmet kusurunun saptanması halinde mümkündür.”<sup>123</sup>

“...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...”<sup>124</sup>

Kararlarda ağır hizmet kusurunun gerekliliği, sağlık hizmetinin bünyesinde taşıdığı riske bağlanmaktadır. Oysa bünyesinde risk taşıyan bir faaliyette ağır hizmet kusuru bir tarafa, kusursuz sorumluluk hallerinin tartışılması gerekir. Çünkü haksız fiil, zarar ve illiyet bağlantısı mevcut olup zarar, faaliyetin doğasından kaynaklanmaktadır. İdare asgari tedbirleri aldığı için zararın hizmet alan üzerinde bırakılması hakkaniyetle bağdaşmamaktadır. Elbette bu riskli faaliyet zararlı sonuçlarını tüm toplum üzerinde doğurmamaktadır. Ancak komplikasyon olarak ifade edilen riskli faaliyetin zararı sadece şansa bağlanarak bir kişi üzerinde de bırakılmamalıdır. Bir sigorta sistemiyle, idare kusurlandırılmadan zararın telafisi hakkaniyete uygun düşecektir

Danıştay 15. Dairesi'nin bu kararlarına rağmen, aynı dairenin bir başka kararında ağır hizmet kusuru koşulunun tüm sağlık hizmetleri için değil özellik arz eden bazı hizmetler için geçerli olduğu vurgusu yapılmıştır. ”...Öte yandan, 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 kusurunun açık ve belirgin olması halinde mümkündür.

Bununla birlikte, idarenin tazmin sorumluluğunun doğması için aranılan "ağır hizmet kusuru"; riskli tıbbi müdahaleler ve operasyonlar bakımından geçerli olup; sağlık hizmeti içinde değerlendirilmekle beraber, tıbbi operasyon kapsamına dahil edilemeyecek birtakım bakım, gözetim ve yan müdahalelerin hiç veya gereği gibi yapılmaması dolayısıyla oluşan zararlarda, idarenin sorumluluğundan söz edebilmek için 'ağır hizmet kusurunun' aranmasına gerek bulunmamakta, 'hizmet kusurunun' varlığı yeterli olmaktadır...”<sup>125</sup>

<sup>123</sup> Dan. 15.D, T. 18.06.2015, E. 2014/9364, K. 2015/4241, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

<sup>124</sup> Dan. 15.D, T. 12.03.2014, E. 2013/3865, K. 2014/1691, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

<sup>125</sup> Dan. 15.D, T. 23.01.2014, E. 2013/3891, K. 2014/153, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

Kısaca hizmetin kuruluş ve işleyişinde meydana gelen zararlar olarak tanımlanan hizmet kusuru, sağlık hizmetlerinin sunulmasında; bağımsız bir niteliğe sahip olma, asli ve birinci derecede bir sorumluluk olma, anonim olma, tüzel kişilerin sorumluluğu bakımından genel bir nitelik gösterme ve olaya göre değişen bir kavram olma özelliklerini göstermektedir.<sup>126</sup> Hizmet kusurunun bağımsızlığı, kusurun özel hukuktaki kusur kavramından ayrı, idare hukukuna özgü, idare hukuku ilke ve esaslarına göre belirlenen idarenin kusuru olmasını ifade etmektedir.<sup>127</sup> Asli ve birinci derecede bir sorumluluk olması ise hizmet kusurunun, sağlık personelinin haksız fiilinden bağımsız, bizzat sağlık hizmetinin kusurundan kaynaklı, hizmeti sunan idarenin kendi sorumluluğu olduğunu; idarenin hizmet kusuru varsa, zarara katkısı bulunan sağlık personelinden önce idarenin sorumlu tutulacağını ifade eder.<sup>128</sup> Hizmet kusurunun asli ve birinci derece sorumluluk olduğu yargı kararlarında da belirtilmektedir. ”...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 yürütmekle görevli olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık veya boşluk olarak tanımlanabilen hizmet kusuru; hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde gerçekleşmekte ve idarenin tazmin yükümlülüğünün doğmasına yol açmaktadır. Bu bağlamda hizmet kusuru, özel hukuktaki anlamından uzaklaşarak nesnelleşen, anonim bir niteliğe sahip, bağımsız karakteri olan bir kusurdur. Hizmet kusurundan dolayı sorumluluk, idarenin sorumluluğunun doğrudan ve asli nedenini oluşturmaktadır...’’<sup>129</sup>

Anonimlik, hizmet kusurunun asli olmasının tabii sonucu olup, kusurluluğuna hükmedilen kamu görevlisi değil, zarara sebep olan hizmettir. <sup>130</sup> ”...İdare Mahkemesi'nce Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulu'na yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucunda düzenlenen 05.04.2017 günlü ve 1706 sayılı raporda yer verilen "kişinin 26.02.2016 tarihinde şikayetleri ile başvurduğu B. Devlet Hastanesinde Dr. M. K. tarafından muayenesinin yapıldığı, USG ve NST değerlendirmelerinin yapıldığı, dosyada mevcut başvuru tarihli NST'nin Kurulumuzca

<sup>126</sup> Ersöz, 2010: 38-41.

<sup>127</sup> Çatak İriş, 2011: 25.

<sup>128</sup> Ersöz, 2010: 39.

<sup>129</sup> İstanbul BİM 8.D, T. 06.03.2019, E. 2018/1268, K. 2019/354, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

<sup>130</sup> Aydın, 2016: 100.

yapılan değerlendirmesinde deselerasyon bulunmadığı ancak varyabilitesinin iyi olmadığı görüldüğünden hastanın yatırılarak takibe alınması ve kontrol NST'ler ile değerlendirmesi gerektiği anlaşıldığından kişiyi mevcut durumu ile taburcu eden Dr. M. K.'nin kusurlu olduğuna dair belirleme doğrultusunda, davacının kalp atım hızının takibinde gerekli özen gösterilmeyerek, eve gönderilmiş olması nedeniyle kusurlu olduğu belirtilen hekimin bu özen eksiliğinden kaynaklı hizmet kusurunun varlığına yönelik ulaşılan kanaate katılmakla birlikte; manevi tazminatın yukarıda açıklanan niteliği gereği, davacıların duyduğu elem ve ızdırabı kısmen hafifletecek, ancak; sebepsiz zenginleşmeye yol açmayacak şekilde ve hukuka aykırılığı özendirmeyecek ölçülerde belirlenmesi ilkeleri çerçevesinde takdiren, davacılarından N. A.'ya 100.000,00 TL, K. A.'ya ise 100.000,00 TL olmak üzere toplam 200.000,00 TL manevi tazminatın ödenilmesinin 'hukuk devleti ilkesine' uygun düşeceği kanaatine varılmaktadır..."<sup>131</sup> Kararda doktorun kusuru sabit görülerek, hizmetin kusurlu olduğu kabul edilmiştir.

Hizmet kusurunun genel oluşu, hizmet kusurunun yalnızca devletin tüzel kişiliği için değil, aynı zamanda bütün kamu tüzel kişilerinin sorumluluğunu doğurabilmek açısından uygulanmasına denmekte olup; olaya göre değişen bir kavram olması ise, belirli bir derecenin altındaki hizmet kusurunun sorumluluğa yol açmayacağını ifade etmektedir.<sup>132</sup>

Sağlık hizmetlerinden kaynaklanan hizmet kusuru kamu idareleri ve kamu tarafından işletilen sağlık kuruluşları yönünden; hizmetin kuruluşu, düzenlenmesi ve teşkilatında eksiklik, hastanın muayene edilmesi, bulguların değerlendirilmesi, teşhisin konulması ve tedavi yöntemlerinin uygulanması aşamasında meydana gelmektedir. Sağlık hizmeti sunan özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri tarafından işletilen sağlık kurumları üzerinde ise idarenin denetleme, gözetleme ve müeyyide uygulama konusunda geniş yetkiler verilmiş olmasından hareketle bu sağlık kurumlarındaki bariz kusurlardan sorumlu olması da tartışılmaktadır.<sup>133</sup>

Danıştay, idarenin sorumluluğunu doğuran özen yükümlülüğünün ihlalini şu şekilde ifade etmiştir: "...Bu halde karşımıza özen yükümlülüğü çıkmaktadır. Hekimin özen yükümlülüğünün ihlali, üç alanda yoğunlaşmaktadır; birincisi, hastanın tedavisinde yani teşhis, endikasyon, tıbbi tedbirin seçimi, bu tedbirin uygulanması, tedavi yahut cerrahi girişim sonrası bakım alanındadır. İkincisi, hastanın aydınlatılması ve anamnez alınması yani hastanın hastalık öyküsünün dinlenmesidir. Üçüncüsü, klinik organizasyonu alanında (personelin niteliği, yeterli sayıda personel bulundurulması, teknik ve alt yapı donanımları, hekimlerin

<sup>131</sup> İstanbul BİM 8.D T.06.03.2019, E.2018/1268, K.2019/354, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

<sup>132</sup> Aydın, 2016: 105-107.

<sup>133</sup> Kızılyel, 2006: 60.

birbiriyle iş birliğidir (konsültasyon). Bu üç alandaki kusuru, sırasıyla uygulama kusuru (tedavide hata), aydınlatma kusuru ve organizasyon kusuru olarak değerlendirmek mümkündür. Bu üç kusura ‘Tıbbi Uygulama Hatası’ (malpraktis) adı verilmektedir.

İdarelerin kamu hizmetlerinin gereği gibi işlemlerini sağlayacak organizasyonları yaparak yeterli araç ve gereçle donatılmış bina ve tesislerde, hizmetin özelliğine uygun olarak seçilen ve yetişmiş personelle hizmeti yürütmek yükümlülüğünün bulunduğu...’’<sup>134</sup>

Yine bir başka Danıştay kararında hizmet kusuru şu şekilde ifade edilmiştir: “...Gerek öğretide gerekse yargı içtihatlarında hizmet kusuru; idarenin yapmakla yükümlü olduğu bir kamu hizmetinin kuruluşunda, teşkilatın yapısında, personelde ya da işleyişinde gereken emir, direktif ve talimatların verilmemesi, gözetim ve denetiminin yapılmaması, hizmete yönelik araçların yetersiz, elverişsiz, kötü olması, gereken tedbirlerin alınmaması, geç hareket edilmesi veya hiç faaliyette bulunulmaması sonucu oluşan bir takım aksaklık, aykırılık, bozukluk, özensizlik, eksiklik ve sakatlık olarak tanımlanmaktadır...’’<sup>135</sup>

‘Genel Olarak İdarenin Sorumluluğu’ başlıklı bölümde değinildiği üzere, idari eylemlerde hizmet kusuru; idareden beklenen eylemin yapılıp yapılmaması, vaktinde yapılması ve ne şekilde yapıldığına göre geleneksel olarak üçlü bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Sağlık hizmetlerinin sunulmasında hizmet kusurunun varlığı halinde ise pozitif hukuk ve son tıbbi gelişmeler dikkate alınarak yeni bir hizmet kusuru tasnifi yapılmıştır.<sup>136</sup> Sağlık hizmetlerinden kaynaklanan zararlarda sağlık hizmetinin kuruluşunda ve işletilmesinde yönetim kusurundan kaynaklı yetersizlik ve tıbbi uygulama hataları hizmet kusuruna neden olmakta iken; tıbbi uygulama hataları, uzmanlık (yetki) sınırının aşılması, bilgilendirme eksikliği ve rızanın aşılması, tanı hatası, tedavi hatası, özen eksikliği, sır saklama yükümlülüğüne uyulmaması gibi şekillerde karşımıza çıkabilmektedir. Yanlış teşhis ve tedavi, ameliyat öncesi ve sonrası gelişen komplikasyonlar, doğum esnasında ve sonrasında gelişen komplikasyonlar, hastane idaresinden kaynaklanan problemler, hatalı enjeksiyon, hatalı laboratuvar tetkikleri, poliklinik ve sevk işlemlerinde yanlış yönlendirmeler, acil servis hizmetlerinin yetersizliği Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü’nün 18.11.2005 tarihinde 2005/06 sayılı yayınladığı hizmet kusuru konulu genelgede<sup>137</sup> sayılmıştır.<sup>138</sup>

<sup>134</sup> Dan. 10.D, T. 21.07.2009, E. 2009/8454, K. 2009/7726 sayılı kararı; Dan 15.D, T. 08.10.2015, E. 2014/9526, K. 2015/5774 sayılı karardan atf, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

<sup>135</sup> Dan. 25.D, T. 08.10.2015, E. 2014/9526, K.2015/5774, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

<sup>136</sup> Kızılyel, 2006: 62.

<sup>137</sup> 18.11.2005 tarihli 2005/06 sayılı genelge: ‘Sağlık hizmetlerinin kalitesinin iyileştirilmesine yönelik Bakanlığımızca sürdürülen çalışmalar olumlu sonuçlar vermeye başlamıştır. Alınan olumlu neticelerle birlikte

Danıştay, tıbbi uygulama hataları ve tıbbi standart tanımına birçok kararında rutin olarak yer vermektedir. "...Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 13. maddesinde, tıbbi hata tanımlanmaktadır. Tıp biliminin standartlarına ve tecrübelerine göre gerekli olan özenin bulunmadığı ve bu nedenle de olaya uygun gözükmeyen her türlü hekim müdahalesi uygulama hatası (malpraktis) olarak anlaşılmaktadır. Diğer bir ifadeyle, hastanın tanı ve tedavisi sırasında standart uygulamanın yapılmaması, bilgi ve beceri eksikliği, hastaya uygun tedavi uygulanmaması; tıbbi hata olarak tanımlanabilir. Bu noktada hatalı tıbbi uygulama sonucu doğacak sorumluluk 'kusura dayalı genel sorumluluktur'. Hekimin hukuksal sorumluluğu bakımından ölçü; tecrübeli bir uzman hekim standardıdır. Hekim, objektif olarak olayların normal gelişimine ve subjektif olarak da kendi kişisel tecrübesine, kişisel yeteneğine, bireysel mesleki bilgisine, eğitiminin nitelik ve derecesine göre, hastanın sağlığında bir zarar gelmesini önceden görebilecek durumda olmalıdır. Bu halde karşımıza özen yükümlülüğü çıkmaktadır. Hekimin özen yükümlülüğünün ihlali, üç alanda yoğunlaşmaktadır; birincisi, hastanın tedavisinde yani teşhis, endikasyon, tıbbi tedbirin seçimi, bu tedbirin uygulanması, tedavi yahut cerrahi girişim sonrası bakım alanındadır. İkincisi, hastanın aydınlatılması ve anamnez alınmasıdır. Üçüncüsü, klinik organizasyonu

---

sağlık hizmetlerinin hata kabul etmeyen hizmetlerin başında gelmesi ve hizmet alan kesimin beklentilerinin giderek artması nedeniyle yataklı tedavi kurumlarımızda işlenen hizmet kusurlarına bağlı Bakanlığımız aleyhine açılan davalarda son zamanlarda artış yaşanmaktadır. Bakanlığımız, giderek artan hizmet kusuru davaları nedeniyle büyük miktarlarda tazminat ödenmesi durumuyla karşı karşıya kalabilmektedir. Bakanlığımız aleyhine hizmet kusuru nedeniyle açılan dava kayıtlarının tetkikinden özellikle aşağıdaki iş ve işlemlere istinaden açılan davaların yoğunlaştığı tespit edilmiştir. Yanlış teşhis ve tedavi, Ameliyat öncesi ve sonrası gelişen komplikasyonlar, Doğum esnasında ve sonrasında gelişen komplikasyonlar, Hastane idaresinden kaynaklanan problemler, Hatalı enjeksiyon, Hatalı laboratuvar tetkikleri, Poliklinik ve sevk işlemlerinde yanlış yönlendirmeler, Acil servis hizmetlerinin yetersizliği, Hizmet kalitesinin artırılmasına yönelik özverili çalışmalar sürdürülürken, yukarıda belirtilen nedenlerden dolayı açılan davaların en aza indirilmesi amacıyla aşağıda yer alan hususlara daha fazla özen gösterilmesi gerekmektedir: Hastanın sağlık kurumuna müracaatından itibaren tıbbi müdahale ve işlemlerin her aşamasında Y.T.K.İ. Yönetmeliğinde de belirtilen kayıtların Yataklı Tedavi Kurumları Tıbbî Kayıt ve Arşiv Hizmetleri Yönergesi hükümleri doğrultusunda eksiksiz tutularak arşivlenmesi ve kurumda muhafaza edilmesi, Açılan davalara karşı Bakanlığımız savunmasında kullanılmak üzere bilgi-belge istenildiğinde süresi içerisinde okunaklı, tam ve eksiksiz olarak, tıbbi ve teknik görüşler eşliğinde hazırlanarak gönderilmesi, Sağlık hizmeti sunumunda Hasta Hakları mevzuatına hassasiyetle riayet edilmesi, yapılacak her tıbbi işlemde (zorunlu haller dışında) hasta veya yakınının mutlaka yazılı rızasının alınması, gerekli bilgilendirmenin yapılarak kaydedilmesi, Meslekî bilgi ve becerilerin geliştirilmesine yönelik hizmet içi eğitimlerin planlı bir şekilde yapılması, Kurum personelinin özellikle de sağlık personelinin mesleğin icrasında ilgili mevzuatta öngörülen yetki, görev ve sorumlulukları dahilinde hareket etmesi, bu yönüyle kurum iç denetiminin Başhekim sorumluluğunda hassasiyetle yürütülmesi, Başka bir kuruma sevki gereken hastaların ilk müdahalelerinin yapılarak tıbbi durumu sabitlendikten sonra vakit geçirilmeksizin vak'anın durumuna göre, gerekli tıbbi cihaz ve personel ile birlikte diğer sağlık kurumuna belirlenmiş olan hasta sevk usulüne uygun şekilde gönderilmesi ve sevke ilişkin tüm kayıtların eksiksiz tutulması, İl Müdürlükleri tarafından ilgili kurum ve kuruluşlarla işbirliği yapılarak sağlık çalışanlarının başta yeni Türk Ceza Kanunu olmak üzere gerekli görülen diğer konularda hizmet içi eğitime alınmaları, Kapanan sağlık kurum ve kuruluşlarının tıbbi kayıt ve arşivlerinin İl Müdürlüklerince uygun bir şekilde saklanması ve muhafaza edilmesi, Keyfiyetin tüm sağlık kurum ve kuruluşlarına bildirilmesi ile konuya gerekli hassasiyetin gösterilmesi ve titizlikle takibini önemle rica ederim', [https://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com\\_content&view=article&id=217:saik-bakanli-hmet-kusuru-genelges&catid=3:tebligenele&Itemid=35](https://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&view=article&id=217:saik-bakanli-hmet-kusuru-genelges&catid=3:tebligenele&Itemid=35) (erişim tarihi: 17.11.2019)

alanında (personelin niteliği, yeterli sayıda personel bulundurulması, hekimlerin birbiriyle iş birliğidir (konsültasyon). Bu üç alandaki kusuru, sırasıyla uygulama kusuru (tedavide hata), aydınlatma kusuru ve organizasyon kusuru olarak değerlendirmek mümkündür. Bu üç kusura 'Tıbbi Uygulama Hatası' (malpraktis) adı verilmektedir.

Bu noktada tıbbi standart kavramına da açıklık getirilmesi gereklidir. Tıbbi standart kavramı ile, tıp ilminin genel olarak tanınıp kabul edilmiş meslek kuralları kastedilmektedir. Tıbbi standart ihlali değişik şekillerde gerçekleşebilir; teşhis, tedavi (endikasyonda eksiklik, yanlış tedavi yönteminin seçimi) ve müdahale sonrası bakım yönetimi bunlardan bazılarıdır.<sup>139</sup> Endikasyon, tıbbi müdahaleyi gerekli kılan tıbbi gereklilik olup, Anayasa'nın 17. maddesinde<sup>140</sup> 'Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.' denilerek, endikasyona işaret edilmiş, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 'Tıbbi Gereklilikler Dışında Müdahale Yasağı' başlıklı 12. maddesinde<sup>141</sup> 'Teşhis, tedavi veya korunma maksadı olmaksızın, ölüme veya hayati tehlikeye yol açabilecek veya vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek veya akli veya bedeni mukavemeti azaltabilecek hiçbir şey yapılamaz ve talep de edilemez.' Denilmiştir. Endikasyon şartı tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için aranan bir şart olup hekimin tıbben zorunlu olmayan tıbbi müdahalelere zorlanmaması anlamı da taşımaktadır.<sup>142</sup> Tıbbi müdahalenin endikasyonu (zorunluluğu) bulunmaması halinde tıbbi müdahale özenli bir şekilde yapılmış olsa dahi tıbbi uygulama hatası olarak kabul edilecek ve idarenin sorumluluğuna yol açacaktır. Endikasyonun mutlaka tıbbi endikasyon olması gerekmemekte olup sosyal ve psikolojik endikasyon olması da yeterlidir.<sup>143</sup>

Sağlık hizmetinin kuruluş ve işleyişindeki yetersizlikten dolayı da idarenin sorumluluğunun doğması mümkün olup, sağlık kamu hizmetinin tıbbi işlemlere ilişkin değil kuruluş ve işleyiş kusurlarına ilişkin kusurlarından dolayı somut olayın niteliği dikkate alınarak idarenin sorumluluğu söz konusu olacaktır. Mahkemelerce sağlık kuruluşlarının organizasyon hataları da hizmet kusuru olarak kabul edilmektedir. "...davacının motosikleti ile seyir halinde iken kaza geçirdiği ve D. L. K. K. Eğitim ve Araştırma Hastanesi'nin acil servisine kaldırıldığı, davacıya gerekli ve yeterli müdahaleler yapılmadan, durumunun iyi olduğu belirtilip, hiçbir ek bilgilendirme olmaksızın, ağrılar içinde olan davacının taburcu

<sup>139</sup> Dan. 15.D, T.28.05.2015, E. 2014/8229, K. 2015/3381, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

<sup>140</sup> Anayasa md.17, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709.pdf> (Erişim tarihi: 13.12.2019)

<sup>141</sup> Hasta Hakları Yönetmeliği md.12,

<https://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=7.5.4847&sourceXmlSearch=&MevzuatIliski=0> (Erişim tarihi: 13.12.2019)

<sup>142</sup> Akyıldız vd., 2013:63.

<sup>143</sup> Ersöz, 2010b: 114.

edildiği, ağrıları artan davacının Y. Ü. Hastanesi acil servisine kaldırıldığı ve davacının dalağında ve sol böbreğinde yırtılma olduğu, ciddi bir iç kanamanın çok önceden başladığının tespit edildiği, Kartal 2. Sulh Hukuk Mahkemesinin 2010/67 s. D. İş dosyasındaki bilirkişi raporunda acil hizmetin gereği gibi verilmediği hususunun vurgulandığı, bu durumda Kartal 2. Sulh Hukuk Mahkemesi'ne sunulan bilirkişi raporunda davalı idareye bağlı hastanenin davacının tedavisinde hatalı davranışlar sergilediği belirtilmiş olduğundan, talep miktarı ile sınırlı olmak üzere davacının maddi tazminat talebinin kusurlu idare tarafından karşılanması gerektiği, manevi tazminat istemine gelince, davalı idarenin kusuru, olayın oluş şekli ve zararın niteliği dikkate alındığında, davacı yönünden manevi tazminat miktarının, duyulan elem ve ızdırabı kısmen de olsa giderecek, idarenin kusurunun ağırlığının ortaya koyacak düzeyde olması gerektiğinden, istenilen miktarın tamamına hükmedilmesinin uygun görüldüğü gerekçesiyle davacının maddi ve manevi tazminat istemini kabul eden İstanbul 6. İdare Mahkemesi'nin 26/09/2012 tarih ve E. 2010/2513, K. 2012/1761 sayılı kararı...”<sup>144</sup> Karar İstanbul Bölge İdare Mahkemesi tarafından onanmıştır.

Danıştay 15. Dairesince bir başka kararda, enfeksiyonun idarenin özen eksikliğinden kaynaklandığı belirtilerek, komplikasyon değil hizmet kusuru olduğuna karar verilmiştir. “... Dava konusu olayda, Adli Tıp Kurumu tarafından hazırlanan raporda her ne kadar meydana gelen durum komplikasyon olarak ifade edilmiş ve enfeksiyon görüldükten sonra yapılanlar tıp kurallarına uygun görülmüş ise de dosya içeriğinden hastada meydana gelen enfeksiyona, davalı idareye ait hastanede gerekli özeni gösterilmeyerek sebep olunduğu anlaşılmaktadır.

Yine yukarıda açıklamasına yer verilen ‘tıbbi uygulama hatası-komplikasyon’ ayrımına ilişkin açıklamalar dikkate alındığında; oluşan durumun, hizmet kusuru kavramının niteliği dikkate alındığında komplikasyondan öte, gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesi sonucu doğduğu anlaşılmaktadır...”<sup>145</sup>

Sağlık hakkı<sup>146</sup> anayasal bir haktır ve devlete vatandaşlarına sağlık hizmeti sunma ödevi yüklemektedir. Bu anayasal hak doğrultusunda sağlık hizmetinin nasıl kurulacağı ve işletileceği mevzuatımızda alt normlar ile düzenlenmiştir. Sağlık Bakanlığı bütün ülke içerisinde sağlık hizmetlerini yürütmek zorunda olup teşkilat yapısı merkezi teşkilat (Sağlık Bakanlığı) ve taşra teşkilatı (İl Sağlık Müdürlüğü ve İlçe Sağlık Örgütleri) olmak üzere iki grupta ele alınmaktadır. Teşkilatlanmasına yönelik çeşitli düzenlemeler geçirmiştir. Sağlık Bakanlığının teşkilat yapısına ve işleyişine yönelik düzenlemelerden ilki, 1936 tarihli 3017

<sup>144</sup> Dan. 15.D, T. 26.09.2013, E. 2013/404, K. 2013/6451, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

<sup>145</sup> Dan. 15.D, T. 25.06.2015, E. 2013/6275, K. 2015/4430, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

<sup>146</sup> Anayasa md.56, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709.pdf> (erişim tarihi 16.11.2019)



sayılı Kanun<sup>147</sup> olup, yapısında 1983 yılında 181 sayılı KHK<sup>148</sup>, 2011 yılında 663 sayılı KHK<sup>149</sup>, 2017 yılında 694<sup>150</sup> sayılı KHK ve 2018 yılında 703 sayılı KHK<sup>151</sup> ile yeni düzenlemeler ve değişiklikler yapılmıştır. Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi çerçevesinde Sağlık Bakanlığının görev ve yetkileri ile teşkilat yapısında değişiklikler olmuş, bu değişiklikler 703 sayılı Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlaması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 25.maddesinde<sup>152</sup> gerçekleştirilmiş ve son olarak Sağlık Bakanlığı'nın merkez teşkilatı Cumhurbaşkanlığı 1 numaralı Kararnamesi'nin 12. bölümünde<sup>153</sup> yeniden düzenlenmiştir. Sağlık Bakanlığı'na bağlı kuruluşlara ilişkin sorumluluk ve teşkilat yapılarına ise Cumhurbaşkanlığı 4 numaralı Kararnamesinde<sup>154</sup> değinilmiştir.<sup>155</sup>

Görüldüğü üzere kamu hizmeti olarak kabul edilen sağlık hizmetinin kurulması ve işletilmesi bu amaçla kurulmuş olunan Sağlık Bakanlığı'na ait bir görevdir. Sağlık hizmetinin kurulması Sağlık Bakanlığı açısından zorunluluk arz etmektedir ve koruyucu, teşhis, tedavi ve rehabilite edici diğer sağlık hizmetlerinin ifası için gereken teşkilatın kurulması ve gereğince işler hale getirilmesi gerekmektedir. Bu hizmetlerden birinin yapılmamış olması idare açısından hizmet kusuru kabul edilecek, sağlık hizmeti ifa etmekle görevlendirilmiş idareler bu yükümlülüğü getiren düzenlemede öngörüldüğü oranda sorumlu tutulacaktır.<sup>156</sup> Sağlık hizmetine ihtiyaç duyulan coğrafi alanda bu ihtiyacı giderecek teşkilatın kurulmaması, sağlık hizmetinin kurulmasına rağmen eksik donatım ve personel nedeniyle hizmeti kusurlu ifa etmesi, kurumun iyi işlemesi için gerekli araç, gereçlerin olmaması yada olmasına rağmen

<sup>147</sup> 23.06.1936 tarihinde yayınlanan, 3017 sayılı Sıhhat İçtimai Muavenet Vekaleti Teşkilat ve Memurin Kanunu (Sağlık Bakanlığı Teşkilat ve Memurları Kanunu), <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/3337.pdf> (erişim tarihi 21.11.2019)

<sup>148</sup> 14.12.1983 tarihinde yayımlanan 181 sayılı Sağlık Bakanlığı'nın Teşkilatı ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, <https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/kanunlar/saglik-bakanliginin-teskilat-ve-gorevleri-hakkinda-kanun-hukmunde-kararname-181> (erişim tarihi 21.11.2019)

<sup>149</sup> 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/4.5.663.pdf> (erişim tarihi 21.11.2019)

<sup>150</sup> 694 sayılı Kanun Hükmünde Kararname, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/4.5.694.pdf> (erişim tarihi 21.11.2019)

<sup>151</sup> 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/4.5.703.pdf> (erişim tarihi 21.11.2019)

<sup>152</sup> 703 sayılı KHK md.25 '(11/10/2011 tarihli ve 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile ilgili olup yerine işlenmiştir.)', <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/4.5.703.pdf> (erişim tarihi 21.11.2019)

<sup>153</sup> Cumhurbaşkanlığı 1 numaralı Kararnamesi, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/19.5.1.pdf> (erişim tarihi 21.11.2019)

<sup>154</sup> Cumhurbaşkanlığı 4 numaralı Kararnamesi, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/19.5.4.pdf> (erişim tarihi 21.11.2019)

<sup>155</sup> Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, normlar hiyerarşisinde kanun altı, yönetmelik üstü sırada yer almaktadır ve yargısal denetimleri Anayasa Mahkemesinde yapılır. Gözler, 2018:804-805.

<sup>156</sup> Kızılyel, 2006: 63.

arızalı veya bakımsız olması, ilaçların zamanında temin edilememesi gibi haller idarenin sorumluluğunu doğurmaktadır. Ancak hangi tıbbi cihaz, alet ve diğer tıbbi malzemelerin bulunmamasının eksiklik olarak değerlendirileceği hususu, ülkedeki tıbbi imkanların durumu, cihazın yaygın olarak kullanılmaya başlanıp başlanmadığı ve hizmeti sunan idarenin mali imkanları dikkate alınarak olayın niteliğine göre değerlendirilecektir.<sup>157</sup>

Danıştay tarafından, hizmetin kuruluş, düzenleniş ve işleyişindeki aksaklıklar da hizmet kusuru olarak tanımlanmaktadır. "...İdarenin yürütmekle görevli olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık veya boşluk olarak tanımlanabilen hizmet kusuru; hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde gerçekleşmekte ve idarenin tazmin yükümlülüğünün doğmasına yol açmaktadır. Bu bağlamda hizmet kusuru, özel hukuktaki anlamından uzaklaşarak nesnelleşen, anonim bir niteliğe sahip, bağımsız karakteri olan bir kusurdur. Hizmet kusurundan dolayı sorumluluk, idarenin sorumluluğunun doğrudan ve asli nedenini oluşturmaktadır..."<sup>158</sup>,

Danıştay'ın bir başka kararında, hastanenin donanım eksikliği ve sevk organizasyonundaki gecikme hizmet kusuru olarak değerlendirilmiş olup, tazminat miktarının belirlenmesinde idarenin kusurunun ağırlığını ortaya koyacak bir rakam tespit edilmesi gerektiği belirtilmiştir. "... ister ambulansın yeterli olmaması sebebiyle isterse aspirasyon işlemi uygulayacak sağlık personelin yetersizliği sebebiyle olsun son derece acil müdahalede bulunulması gerektiği anlaşılan hastanın, sevk için hazırlandıktan yaklaşık 1,5 saat sonra sevk edilebilmiş olması nedeniyle bu açıdan da hizmetin gereği gibi işlemediği, D. Eğitim ve Araştırma Hastanesinde gerekli tıbbi olanakların bulunmaması ile hastanın sevkinin yapılmasındaki gecikmenin davalı idarenin sorumluluğunda olduğu, hizmetin gereği gibi işlemediğini gösteren bu eksiklerin hizmet kusuru olarak değerlendirilmesi gerektiği, davalı idarenin ağır hizmet kusuru nedeniyle çocuğun ağır hipoksik sekel sonucu nörolojik rahatsızlığa maruz kaldığı dikkate alındığında, manevi tazminat miktarının, duyulan elem ve ızdırabı kısmen de olsa giderecek, idarenin kusurunun ağırlığını ortaya koyacak düzeyde olması gerektiği, ...."<sup>159</sup> Görüldüğü üzere burada tıbbi işlemlere ilişkin bir sorumluluk değil, bu kamu hizmetinin kuruluş ve işleyiş koşullarına ilişkin bir sorumluluk söz konusudur.

Öte yandan zararın meydana gelmesi idareye atfı mümkün olmayan bir nedenden kaynaklanıyorsa, idarenin hukuken sorumlu tutulmasına hukuken olanak bulunmamaktadır.<sup>160</sup>

<sup>157</sup> Kızılyel, 2006: 63-64.

<sup>158</sup> Dan. 15.D, T. 23.01.2014, E. 2013/3891, K. 2014/153, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

<sup>159</sup> Dan. 15.D, T. 28.06.2018, E. 2018/1224, K. 2018/6105, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

<sup>160</sup> Çatak Irız, 2011: 54.

Yargı yerlerince, sağlık idaresi tarafından gerekli tedbirler alınmış, asgari özen gösterilmiş, onam alınmış ve tıbbi gereklere uygun operasyon yapılmış; buna rağmen komplikasyon sebebiyle zarar meydana gelmiş ise, idareye atfı kabil bir kusur olmadığına karar vermektedir.

”...söz konusu bulgularla kişiye normal doğum yaptırılmasının doğru bir yaklaşım olduğu, küçükte saptanan brakial pleksus lezyonunu normal doğum eylemi sırasında tüm özenin gösterildiği durumlarda dahi bebeğin vajinal yoldan çıkartılması sırasındaki manevralara bağlı olarak görülebildiği ön görülmeyen ve önlenemeyen bir komplikasyon olarak nitelendirildiği, bebeğin fiziksel gelişimi doğum öncesi tetkik sonuçları bir bütün olarak değerlendirildiğinde, doğum eylemi sırasında bebekte pleksus brakial lezyonu oluşması yönünden kadın hastalıkları ve doğum uzmanı doktor A. E.'ye atfı kabil bir kusur tespit edilmediği, doğum olayında davalı idarenin bir kusuru ve ihmalinin bulunmadığı, öte yandan annenin doğum öncesinde 19.10.2015 tarihinde saat 09:30'da doğum olayı ile ilgili olarak yapılacak tedavi ile söz konusu tedavinin tüm riskleri muhtemel komplikasyonları konusunda bilgilendirildiği ve onayının alındığı ve onay belgesinin imzalandığı, anneye uygulanan tetkik ve tedavilerle ilgili olarak davalı idareye atfedilecek herhangi bir hizmet kusurunun olmadığı, olayın kusursuz sorumluluk ilkeleri çerçevesinde değerlendirilebilecek bir yönünün de bulunmadığı, doğum olayında uygulanan tetkik ve tedavilerle ilgili olarak davalı idareye atfedilecek herhangi bir hizmet kusuru olmadığı gibi olayın kusursuz sorumluluk ilkeleri çerçevesinde değerlendirilebilecek bir yönü de bulunmadığı, davacıların maddi ve manevi tazminat istemlerinin reddi gerektiği gerekçesiyle davanın reddine ilişkin olarak, Bolu İdare Mahkemesi'nce verilen 10/01/2019 gün ve E. 2017/149, K. 2019/26 sayılı karar usul ve hukuka uygun olup kaldırılmasını gerektiren bir neden bulunmadığından, davacıların istinaf istemlerinin reddi ile anılan kararın ONANMASINA...”<sup>161</sup>

Tıbbi hata uygulamaları ise, muayene ve tedaviden doğan zararlı sonuçları ifade etmekte olup bir hatalı tıbbi tedavi, meslek ve sanatta acemilik (normal altı sağlık hizmeti), hastaya kasıtlı olarak zarar vermek, hasta-hekim sözleşmesine aykırı hareket etmek, yanlış tehlikeli muayene sonucu hastanın zarar görmesi, tıbbi aletlerin tehlikeli kullanılmasından dolayı hastaya zarar vermek gibi görünümde karşımıza çıkabilmektedir.<sup>162</sup> Dünya Tabipler Birliğinin 1992 yılında 44. Genel Kurul toplantısında kabul edilen bir duyuruya göre yanlış uygulama, doktorun tedavi sırasında standart uygulama yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi verememesi ile oluşan zarardır.<sup>163</sup> Tıbbi hatalar hasta ile hekim arasında

<sup>161</sup> Ankara BİM 10.D, T. 26.06.2019, E. 2019/1104, K. 2019/1086, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

<sup>162</sup> Öztürkler, 2006:22.

<sup>163</sup> Kızılyel, 2006:65.

meydana gelen ilk görüşme anından itibaren tedavi ve sonrasındaki tüm süreç içerisinde meydana gelebilir.

Tıbbi hatalar; süreçteki aşamalar, hataların konuları gibi hususlar esas alınarak farklı şekillerde tasnif edilebilir. Süreç ve hata kaynakları temel alınarak sağlık hizmeti sürecine ilişkin hatalar, tedavi hizmetinin organizasyonuna ilişkin hatalar, tedaviden kaçınma ve gecikme hataları olarak üçlü bir tasnife tabi tutulabilir. Sağlık hizmetine sürecine ilişkin hatalar kendi içinde bilgilendirme/aydınlatma hatası, teşhis/tanı hatası, tedavi yöntemi ve uygulanmasına ilişkin hatalar, tedavi sonrası hizmetlere ilişkin hatalar, tedaviyi üstlenme hatası gibi sınıflandırılabilirken; tedavinin organizasyonuna ilişkin hatalar, sağlık kurumunun organizasyonu ile ilgili hatalar, tedavi hizmetinin organizasyonu ile ilgili hatalar, mekanik arızalar ve tedavi sürecinde oluşan dolaylı zararlar olarak sınıflara ayrılabilir.<sup>164</sup> Bir diğer tasnif ise hatalı tıbbi tedaviyi tanısal hatalar, tedavi hataları, bakım ve izlem hataları olarak sınıflandırmaktır. Tanısal hatalar kendi içinde başvuran hastaların tanılarını koymaya yönelik gerekli asgari teknik şartların ve personel imkanlarının sağlanmaması ile oluşa tanı hataları, tanısal cihazların bakım ve kalibrasyonunun yapılmaması nedeni ile oluşan tanı hataları, kurumda tanısal inceleme sonuçlarının zamanında elde edilmesine mani olan işleyiş hataları, tanısal incelemeler için yeterli ve nitelikli personel bulundurulmaması kaynaklı hatalar, konsültasyon hizmetlerinin iyi organize edilmemesi ve yürütülmemesi sonucu olan tanı tedavi gecikmesi kaynaklı hatalar, yetkisiz personel çalıştırılması sonucu ortaya çıkan tanı ve tedavi hataları, kurumlarda hastaların zarar görmesini engellemeye yönelik önlemlerin alınmaması nedeniyle oluşan zararlar, hasta bakım hizmetlerinin yetersiz ve uygun olmayan şekilde yürütülmesi nedeniyle oluşan hatalar olarak ayrıma tabi tutulabilir. Tedavi hataları yine kendi içinde uygun bilgi ve beceriye sahip personel görevlendirilmemesi sonucu meydana gelen hatalar, ilaç ve tıbbi malzeme sağlanamaması nedeniyle oluşan zararlar, kurumca sağlanan tıbbi cihaz, malzeme ve ilaçların standartlara uygun olmaması nedeni ile oluşan zararlar, tıbbi bakım hizmetlerinin yeterli yürütülmemesi nedeniyle oluşan hatalar, multidisipliner girişim ve gözetim gerektiren hastalarda hizmetin zamanında ve uygun yürütülmesine yönelik organizasyon yapılmaması sonucu ortaya çıkan zararlar, yetersiz sayıda personel ile sağlık hizmetinin yürütülmesi sonucu meydana gelen hatalar, sağlık meslek mensuplarına yetkilerine uygun olmayan görevler verilmesi sonucu oluşa zararlar ve sağlık mensubu olmayan kişilerin tedavi hizmetlerinde görevlendirilmesi nedeniyle meydana gelen zararlar olarak sınıflandırılabilirken; bakım ve izlem hataları ise hasta bakım hizmetlerinin yetersiz sayı ve

---

<sup>164</sup> Gökcan, 2017:247.

nitelikte personel ile yürütülmesi kaynaklı hatalar ve denetim ve gözetim hataları olarak ayrıma tabi tutulabilir.<sup>165</sup>

Danıştay, doktor tarafından sevk kararının zamanında verilmemesini organizasyon hatası olarak değerlendirmektedir. "...Davaya konu olayla ilgili olarak, İdare Mahkemesi'ne sunulan Adli Tıp Kurumu raporunda olayın gelişim süreci anlatıldıktan sonra özetle; " ... kişinin ölümünün doğum sonrası gelişen uterus atonisi ve gelişen komplikasyonlardan ileri geldiği, uterus atonisi doğum eyleminin bir komplikasyonu olup ölüm riski mevcut olduğu, hastanın O. Devlet Hastanesi'ne geldiğinde ebe tarafından ilk muayenesinin yapıldığı, muayene sonucu içapçı kadın-doğum uzmanı aranarak muayene bulguları ve hastada doğuştan kalça çıkığı (DKÇ) olduğu belirtildiği, ebenin hasta muayene etme ve doğurtma yetkisi de mevcut olduğu, hastanın muayene bulgularında doğum eyleminin başlamaması ve DKÇ'sinin bulunması ve O. Devlet Hastanesi'nde anestezi uzmanının bulunmaması nedeniyle sevk kararının verilmesinin de uygun olduğu, sevk sonrası yaklaşık 1 saat içinde gelişen hızlı doğum eyleminin önceden öngörülemeyeceği de dikkate alındığında Op.Dr.B. Y.'nin uygulamasının tıp kurallarına uygun olduğunun oybirliğiyle mütalaa olunduğu ... " şeklinde görüş bildirildiği anlaşılmaktadır. Her ne kadar Adli Tıp Kurumu tarafından sağlık personeline kusur atfedilmemiş olsa da; Yüksek Sağlık Şurası tarafından olayla ilgili düzenlenen ve Oltu Asliye Ceza Mahkemesi'ne sunulan bilirkişi raporu özetle; " ... Dosyadaki bilgi, belge ve bulgular değerlendirildiğinde hastayı görmeden sevk etmesi nedeniyle doktor B.Y.'nin kusurlu olduğuna ancak bebek ve anne ölümü ile bu kusur arasında illiyet bağı kurulamayacağına ... " şeklindedir. Ceza yargılaması sonucunda Adli Tıp Kurumu raporu ile Yüksek Sağlık Şurası raporunu tüm delillerle birlikte değerlendiren Oltu Asliye Ceza Mahkemesi 01.04.2014 tarih ve E. 2013/119, K. 2014/38 sayılı kararıyla hastayı görmeden sevk etmesi nedeniyle doktor B.Y.'yi kusurlu bulmuş ve doktorun cezalandırılmasına karar vermiştir. Bu durumda yukarıda belirtilen açıklamalar ışığında davalı idare bünyesinde faaliyet gösteren Devlet Hastanesi'nde sunulan sağlık hizmetinin, "Tıbbi Uygulama Hatası" kapsamında değerlendirildiğinden kusurlu işletildiği anlaşılmaktadır..."<sup>166</sup>

Mahkemelerce tedavi hizmetinin organizasyonu ile ilgili hatalar da hizmet kusuru olarak kabul edilmektedir. "...Bilirkişi raporunda sonuç olarak; gelişen olayların hastalığın kötü seyri ile ilgili olduğu, hastaya yapılan ilk acil müdahalede ortopedik açıdan görevi ihmal, savsaklama, ya da kötüye kullanma bulunmadığı, hastalık ile gelişen patolojilerde hastaya

<sup>165</sup> Çınarlı, 2013:226-228.

<sup>166</sup> Dan. 15.D, T. 15.10.2015, E. 2014/9614, K. 2015/6170, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

uygulanan tıbbi tetkik ve tedavilerin usule uygun olduğu, davacının ayaklarının kesilmesinin davalı idare personeline yapılan tıbbi aykırı uygulamalardan kaynaklanmadığı kanaatine varılmış ise de; sağ bacak ağrısı şikayeti ile M. S. B. K. H. Hastanesi acil servisine 31.12.2006 tarihinde başvuran davacının sağ bacağına uygulanan alçı atel uygulamasının sonuçlarıyla ilgili olarak; " tedavisi için uygulanan alçı atelle hareket kısıtlaması sağlanması neticesi zaten hasta olan damarlarda (diyabet + olası arterit) nedeniyle dolaşım bozukluğunun ve beraberinde pıhtılaşmanın tetiklenmesi ile hızlanan süreçte hızla gelişen iskemiler sonucu tüm yapılan tedavilere rağmen sürecin olumlu atlatılmayarak amputasyonlarla neticelendiği" kanaatine yer verildiği görülmektedir. Bilirkişilerce davacının sağlık durumuyla ilgili yer verildiği üzere; kontrolsüz bir "diyabetes mellitus" hastası olan davacının ayrıca sigara içme alışkanlığının da bulunması nedeniyle beraberinde arterit (tıkayıcı damar iltihabı) ihtimalinin de bulunması hususunun Acil Servis'te alınan anamnezde dikkate alınması ve sağ bacağına tedavi amaçlı uygulanan alçı atelin davacının hastalıklarıyla birlikte çok kısa bir sürede damar tıkanması ve dolaşım bozukluğuyla gelişen iskemi (kan dolaşımı yetersizliğine bağlı olarak kanlanmanın azalması, yok olması) ile birlikte bacaklarının kesilmesinin çok yüksek ihtimal olacağı düşünülmeli idi. Oysa, bu hususa dikkat edilmeden davacının sağ bacağına tamamı alçı atele alınmış ve İstanbul Üniversitesi Tıp Fakültesi Profesörlerinden oluşan üç kişilik bilirkişi kurulunca düzenlenen bilirkişi raporunda da vurgulandığı üzere, davacının damarları üzerinde yaratılan yoğun baskı ile kan dolaşımı ve buna bağlı iskemi baş göstermiştir. Netice itibariyle; davacı açısından ömür boyu %71,5 gibi vücut kaybı oranına neden olan ağır sonuçlar doğmuştur. Sağ bacağına ağrı şikayetiyle 31.12.2006 tarihinde gittiği Acil Servis'te uygulanan alçı atel tedavisiyle, davacının yaşamını ömür boyu kısıtlı olarak geçirmesine neden olan tıbbi uygulama hatası nedeniyle oluşan sağlık hizmeti kusuru nedeniyle davacının uğradığı maddi kayıplarının davalı idarece karşılanması Anayasa'mızın 2. maddesinde düzenlenen "hukuk devleti ilkesi" gereğidir..."<sup>167</sup> Mahkemece, kararın muhakeme kısmında hizmet kusuru tespit edilmiş olmakla, hükmün Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesine bağlanması gereksiz bir tercih olmuştur. Çünkü hukuk devleti, sosyal devlet, hakkaniyet kavramları kusursuz sorumluluğun pozitif dayanakları olup kusur sorumluluğunda bu hukuki dayanaklara gerek bulunmamaktadır.

Bir mahkeme kararında azlık oyu yazan hakim tarafından, kayıt eksikliği ve düzensizliğinden dolayı hastanın zarar sebebinin ömür boyu öğrenemeyecek olması nedeniyle zararın tazmininin zorunlu olduğu görüşüne yer verilmiştir. "...Uyuşmazlıkta, dava

<sup>167</sup> İstanbul BİM 8.D, T. 14.06.2017, E. 2016/9, K. 2017/1026, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

dosyasında yer alan Van İl Sağlık Müdürlüğü'nün 20.01.2015 gün ve 724 sayılı yazıda davacı hakkında herhangi bir kayda rastlanmadığının ifade edilmesinin görülmesi karşısında, Van İli 8 no'lu Aile Sağlığı Merkezi'nde davacıya uygulanan enjeksiyonun, yapım şekli, yapıldığı yer, iğne uzunluğu ya da enjekte edilen ilaçların dozu ya da türü nedeniyle mi meydana geldiği ve yahut sağlık personelinin dikkatsizlik, eğitimsizlik ya da özensizliğiyle mi meydana geldiğinin tespitinin idarenin kayıt eksikliği nedeniyle ortaya çıkartılmasının mümkün olmadığı görülmüştür. Bu durumda; söz konusu sinir hasarının enjeksiyonun uygulanması sonucunda ortaya çıkmasına rağmen, idarenin hizmet kusurunun tespit edilememesinin, tıbbi kayıt eksikliğinden kaynaklandığı gözetildiğinde; davacının, hakkında uygulanan tedavileri ve zararlı sonucun sebebini öğrenmesine yarayacak tıbbi kayıtların noksan olması, dolayısıyla tedavi süresinde gelişen olaylarla ilgili maddi gerçeğe (rahatsızlığının nedenine) hiçbir zaman ulaşamayacak ve ömür boyu şüphe duyacak olması nedeniyle uğradığı manevi zararın tazmini zorunludur.<sup>168</sup> Bu düşünceye sorumluluk hukuku ilkeleri çerçevesinde katılmak mümkün değildir. Çünkü, hatalı enjeksiyon sebebiyle sakatlanma zararın konusu olup bu zararda da idareye kusur atfedilemediği sabit ise sebep ikamesiyle tazminata hükmetmek hakkaniyete uygun düşse de sorumluluk hukuku ilkeleri hilafına hüküm kurmak olur. Kaldı ki hastanın, sakatlanmanın neden meydana geldiğini kayıt düzensizliği sebebiyle ömür boyu bilemeyecek olması, bu olayda tazminat gerektiren bir üzüntü kaynağı olamaz. Üzüntünün kaynağı enjeksiyon sonucu sakat kalmaktır. Burada da kusur tespit edilememektedir.

Tıp bilimindeki sürekli teknolojik gelişmeler sonucu yeni hukuki sorunlar ortaya çıkmakta; yeni yaklaşımlara ve tasniflere gereksinim duyulmaktadır.

---

<sup>168</sup> Erzurum BİM 2.D, T. 31.05.2017, E. 2017/318, K. 2017/809, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

## İKİNCİ BÖLÜM

### SAĞLIK HİZMETLERİNDEN KAYNAKLANAN ZARARLARDA İDARENİN SORUMLULUĞUNU AZALTAN VEYA ORTADAN KALDIRAN HALLER

#### 2.1.Sağlık Hizmetlerinin Sunulmasında Kusursuz Sorumluluk Hallerinde İdarenin Sorumluluğunu Azaltan Veya Ortadan Kaldıran Haller

Sağlık hizmetinin sunulması sırasında meydana gelen zararlarda, zarara idarenin eylem veya işlemi dışında bir etken karışmış ise idarenin sorumluluğu kısmen veya tamamen ortadan kalkar.<sup>169</sup> İdarenin hukuki sorumluluğundan söz edebilmek için maddi ve hukuki nitelikteki birtakım şartların bir araya gelmesi, eylemin kusurlu ya da kusursuz sorumluluk ilkelerinin uygulanmasına elverişli olması gerekmektedir.<sup>170</sup>

İdarenin kusursuz sorumluluğu için idarenin fiili ile zarar arasında illiyet bağı yeterli olup, idarenin kusurlu olup olmadığının önemi ve gereği bulunmamaktadır. Sağlık hizmetinin sunulmasında da nadir de olsa kusursuz sorumluluk halleri mevcuttur. Bu sebeple önce kusursuz sorumluluk hallerini belirtip sonra kusursuz sorumluluğu ortadan kaldıran halleri ortaya koymakta fayda bulunmaktadır. Genel olarak kusursuz sorumluluk tanımı yapılırken, hizmetin doğasında risk içermesi bu sorumluluğun sebebi sayılmaktadır. Bu hizmetler doğasında risk barındırmaktadır. Bilinen tüm tedbirler alınsa bile bu tür faaliyetler sonucu yine de zarar meydana gelebilir. Bu bağlamda sağlık hizmeti de en basitinden en komplike müdahaleye kadar doğasında risk içeren bir hizmet türüdür. Örneğin en basit tıbbi müdahale olan enjeksiyon yapma fiili en çok zarara sebep olan tıbbi müdahaleler arasındadır. Enjeksiyon yaparken dikkat edilmesi gereken asgari kurallar sağlık elemanlarınca bilinmesine rağmen, ilaçtan veya iğneden dolayı sinirlerde tahribat sebebiyle düşük ayak sakatlığı sık rastlanan zarar türlerindedir. Bu risk muhakkak ki komplike müdahalelerde daha fazladır. Bu sebeple bu tanım ve tespitlerden hareketle, sağlık hizmetinin bütününe kusursuz sorumluluk alanına girdiği söylenebilir. Ancak genel olarak kusursuz sorumlulukta kusursuzluğa rağmen zararın idarece ödenmesinin sebebi, riskli eylemin muhatabının bireyler değil toplum olmasıdır. Bundan dolayı, tüm toplumu hedef alan riskli faaliyet/eylem sonucu bireyin uğradığı zararın toplum tarafından paylaşılması gerektiği düşüncesi (bir nevi hakkaniyet) zararın idarece ödenmesi sonucunu doğurmaktadır. Oysa sağlık faaliyetinde eylemin/hizmetin muhatabı toplum değil bireydir. Dolayısıyla riskli hizmeti rıza ile kabul eden birey riske katlanmalıdır düşüncesiyle, sağlık hizmetinin bütünü kusursuz sorumluluk kapsamında görülmemektedir. Ağırlıklı olarak bu hizmetten doğan sorumluluk kusur sorumluluğu içinde

<sup>169</sup> Bayındır, 2007:564.

<sup>170</sup> Özay, 2002: 769.



değerlendirilmektedir. Burada ise handikap şudur, kusurun tespiti bilirkişi raporlarına göre yapılmaktadır. Bilirkişilik müessesesi de mesleki taassup/korunma refleksi veya başka sebeplerle neredeyse her vakada “komplikasyon” tespiti yapmaktadır. Bu durumda da zarar görenler adeta şanssızlık sebebiyle zararı kendi başlarına çekmektedirler. Bu da hakkaniyetle bağdaşmamaktadır. Bu sebeple komplikasyon ve benzeri durumlarda, sağlık hizmetinin risk içermesi sebebiyle, kusursuz sorumluluk benzeri sağlık/risk sorumluluğu getirilip, idare kusurlandırılmadan özel bir fondan zararların karşılanması hakkaniyete uygun olacaktır. Böylelikle, sağlıkta devletin sigortacı pozisyonuna düşmesi de önlenmiş olacaktır. Bu tarz bir çözüm yolu geliştirilirse yargı yerlerinin hakkaniyet baskısıyla sorumluluk hukuku ilkeleri dışına çıkararak karar verme eğilimleri de azalacaktır. Nitekim yargı yerlerince kusur tespit edilemeyince maddi tazminata hükmedilmese de hakkaniyet, hukuk devleti, sosyal devlet, kamu külfetlerinde eşitlik vb. kavramlara dayalı olarak manevi tazminata hükmedilmektedir.

### 2.1.1. Sağlık Hizmetlerinin Sunulmasında Kusursuz Sorumluluk Halleri

İdare hukuku alanında, sorumluluğun temel dayanak noktası hizmet kusuru olmakla beraber sonraları meydana gelen gelişmeler sorumluluğun yönünün de kusursuz sorumluluğa evrilmesine yol açmıştır.<sup>171</sup> İdare hukukunda var olan hizmet kusuruna dayalı sorumluluk anlayışı zaman içinde adaleti sağlama yönünden yetersiz kalmaya başlamıştır.

Anayasamızın 125. maddesinde yer alan ‘İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür’<sup>172</sup> hükmü, idarenin kusursuz sorumluluğuna da dayanak yapılabilir. İdare bazen tamamen hukuka uygun hareket etmesine rağmen kamu hizmetlerini yürütürken bireylere zarar verebilmektedir ve bu durumda önemli olan idari işlem ve eylemin hukuka uygunluğu değil tazmin sorumluluğuna ilişkin koşulların bulunup bulunmadığı olacaktır.<sup>173</sup>

Kusursuz sorumluluk ilkesinin kabulünde, sınai ve teknik gelişmeler, kusuru ispat güçlüğü, kusurla zarar arasında orantısızlık, güçlü olan devlet ve tüzel kişiler arasında üçüncü kişilerin korunması düşüncesi, kusur ilkesinin yetersizliği ve ahlaki temelin zayıflaması, tazminat hukukunda sosyal düşüncenin hakim olması, nimetlere sahip olanın külfetlere de katlanması gibi düşünceler yatmaktadır.<sup>174</sup> Ortaya çıkan zararlı sonucun nedeni olarak insan davranışının etki ve katkısını belirleme olanağı kalmadığından bazı özel ve ayrıcalıklı durumlarda zarar verenin kusuru olmasa bile ortaya çıkan zarardan sorumlu tutulmasının

<sup>171</sup> Ersöz, 2016:268.

<sup>172</sup> Anayasa md.125/7, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709.pdf> (erişim tarihi: 26.11.2019).

<sup>173</sup> Gönen vd., 2014: 87.

<sup>174</sup> Evren, 2009:82.

uygun olacağı görüşü kabul edilmiştir.<sup>175</sup> Bu durum Anayasa'nın 2. maddesinde<sup>176</sup> geçen sosyal devlet ilkesinin<sup>177</sup> de bir gereğidir.

Sağlık hukukunda kusursuz sorumlulukla ilgili Fransız Danıştay'ının önemli kararları bulunmakla beraber, Türk hukukunda sağlık hizmetleri alanında devletin kusursuz sorumluluğuna gidilip gidilemeyeceği hususu tartışmalıdır. Sağlık hizmetlerinin taşıdığı risk ve bu riskin asıl kaynağının hizmetten yararlananlar olması sebebiyle idarenin mali sorumluluğunun doğması için ağır hizmet kusuru aranıyor olmakla beraber, bazı durumlarda doğan zararın varlığı halinde hakkaniyet gereği idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilmesi gerekebilecek, kusursuz sorumluluk teorisinin uygulanabileceği alanlar ortaya çıkabilecektir.<sup>178</sup>

Bünyesinde risk bulunduran nükleer tıp uygulamaları gibi tıbbi alanlar, koruyucu sağlık hizmetleri kapsamında yapılan aşı gibi zorunlu uygulamalar, sağlık hizmetlerinde kullanılan tıbbi cihazlarda ortaya çıkan beklenmedik arızalar sebebiyle doğan zararlarda idarenin kusursuz sorumluluğu doğabilecektir. Bunun yanı sıra dolaylı olarak da tehlike içeren elektrik, gaz iletimi ve işletilmesi gibi faaliyetlerde meydana gelen zararlarda da idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilebilecektir.<sup>179</sup> Bu sebeplerle illiyet bağı kurulabilen zararların tazmininde ağır kusur aramak çok da isabetli olmayacaktır.

Sağlık hizmetlerinin sunulmasında idarenin kusursuz sorumluluğunun kabul edilmesi doktrinde tıbbi uygulamaların toplumun tamamına değil yalnızca bu hizmetten yararlanmak isteyen vatandaşlara yönelik oluşu ve bu sebeple bu faaliyetten dolayı doğan zararlardan ve riskten kendisinin sorumlu olacağı, kusursuz sorumluluk ilkesinin kabulünün devleti dolaylı yoldan 'hayat sigortası' uygulamasına zorlayacağı halbuki idarenin kusursuz sorumluluğunun amacının bireylerin her durumda uğradıkları zararların tazmini olmadığı gibi gerekçelerle eleştirilmektedir.<sup>180</sup>

Özel hukukta kusursuz sorumluluğun kabul edilebilmesi için kanunda özel olarak düzenlenmesi zorunlu olarak görülmektedir. Buna karşın idare hukuku uygulamasında, Fransız uygulamasındaki gibi kusursuz sorumluluk içtihatlarla kabul edilmiş ve geliştirilmiştir.<sup>181</sup>

<sup>175</sup> Kıcalıoğlu, 2011:150.

<sup>176</sup> Anayasa md.2, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709.pdf> (erişim tarihi: 26.11.2019).

<sup>177</sup> 'Sosyal hukuk devleti; güçsüzleri güçlüler karşısında koruyacak, bu yoldan gerçek eşitliği yani adaleti ve toplumsal dengeyi sağlayacak, çağdaş devlet anlayışına uygun olarak bu devleti Anayasa'nın özüne ve ruhuna uygun biçimde kuracak, hukuk devletinin amaç edindiği kişinin korunması da bu şekilde, yani toplumda sosyal güvenliğin ve sosyal adaletin sağlanması ile gerçekleşebilecektir.', Akad vd., 2016:377.

<sup>178</sup> Çınarlı, 2013:257.

<sup>179</sup> Gökcan, 2017:1072.

<sup>180</sup> Ersöz, 2010:59.

<sup>181</sup> Gökcan, 2017:1068.

Yargı içtihatları tarafından şekillendirilen kusursuz sorumluluk halleri belli başlı iki ilkeye dayanmakta olup bunlar tehlike (risk) ilkesi ve kamu külfetleri karşısında eşitlik (fedakarlığın denkleştirilmesi) ilkesidir.<sup>182</sup>

İdarenin bizzat yürüttüğü sağlık hizmetleri açısından kusursuz sorumluluk hükümlerine başvurulabilirken, özel hukuk kişileri eliyle yürütülen hizmetler nedeniyle gerçekleşen zararlarda idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilmesi mümkün değildir.<sup>183</sup>

### 2.1.1.1. Sağlık Hizmetinin Risk İçermesi

Risk (tehlike) ilkesinin özü, idarenin tehlikeli faaliyetleri ve araç gereçleri nedeniyle üçüncü kişilerin zararlarını ödemeleri ve idarenin mesleki risk kapsamında idareye ait ajanların gördüğü zararların ödenmesidir.<sup>184</sup> Yani idare, hiçbir kusuru olmasa dahi yürüttüğü tehlikeli faaliyetler ve kullandığı tehlikeli araçlar nedeniyle meydana gelen zararlardan sorumlu tutulacak, personelinin bu tehlikeli faaliyetlerde bulunurken gördüğü zararları tazmin edecektir. Böylelikle risk ilkesinin ilk görünüm şekli idarenin tehlikeli faaliyetleri veya idarenin kullandığı araç gereçleri nedeniyle üstlendiği sorumluluk niteliğindeki ikinci şekli mesleki risk olarak karşımıza çıkmaktadır.

Eşi tehlikeli bir meslekte çalışan bir kişinin, örneğin bir hemşirenin eşine hastalık bulaştırması gibi durumlarda risk ilkesi karşımıza çıkmaktadır. Tehlikeli yöntemlerin uygulanması da risk ilkesi kapsamındadır. Örneğin akıl hastalarının hastaneden tedavi sürecinde deneme amaçlı toplumsal yaşama intibakı için çıkmaları sonucu üçüncü kişiler için meydana gelen zararlar bu kapsamda değerlendirilmektedir.<sup>185</sup> Cerrahi tedaviler yönünden de riskin varlığı kabul edilmekte, örneğin narkoz işleminin nadir de olsa görülebilen ölüm riskini taşıması veya bazı ameliyatlarda komplikasyon niteliğinde sinir kesisinin oluşabilmesi gibi riskler cerrahi işlemin bünyesinde bulunmaktadır. Yine ilaç tedavilerinde bazı ilaçların olumsuz sonuçları yol açması hizmetin içerdiği riski ortaya koymaktadır.<sup>186</sup> İlaçlarla ilgili olarak özellikle klinik araştırma sırasında verilen bir ilacın yan etkisinin uzun zaman sonra ortaya çıkması gibi durumlarda idarenin kusursuz sorumluluğu ilkesi geçerli olmalıdır.<sup>187</sup>

Fransız Danıştay 1993 yılında verdiği Bianchi kararında, hastalığın tedavisi için zorunlu olmakla beraber sonucu tam olarak bilinmeyen yöntemlerde idarenin kusursuz sorumluluğu bulunduğunu belirtmiştir. Anılan kararda kusursuz sorumluluk için uygulanan

<sup>182</sup> Sancakdar, 2018:203.

<sup>183</sup> Kuru, 2019: 128.

<sup>184</sup> Gönen vd., 2014:87.

<sup>185</sup> Gökcan, 2017:1066.

<sup>186</sup> Gökcan, 2017:1072.

<sup>187</sup> Ersöz, 2016:270.

tedavi yönteminin var olma ihtimali bilinen ancak gerçekleşmesi çok istisnai olan bir risk taşınması, riskin özellikle o hasta için tehlikeli olacağına dair bir kanıt olmaması ve hastanın durumuyla ilişiksiz, olağandışı bir zarara sebebiyet vermesi şartlarını aramıştır.<sup>188</sup>

Sağlık hizmetinin risk içermesi sebebiyle, idare kusursuz olsa dahi zararı karşılayanın hak ve nesafet gereği olduğu yolunda hukuki düşünceler de yargı kararlarında yer almaktadır. "...Enjeksiyon nöropatisi ile ilgili Adli Tıp raporlarında, yapılan işlemin doğru bölgeye tatbiki halinde dahi nöropatinin gelişebileceği ve bu noktada sağlık personeline kusur izafe edilemeyeceği belirtilmekte ve ancak her enjeksiyon öncesinde MR veya tomografi ile siyatik sinirlerin geçtiği bölgelerin belirlenmesiyle bu durumun önüne geçilebileceği, bunun da tıbbi pratikler açısından mümkün olmadığı yönünde görüş belirtilmektedir.

Enjeksiyon nöropatisinde, Adli Tıp Kurumu raporlarında da belirtildiği üzere mr ile siyatik sinirin geçtiği yerin belirlenmesinin mümkün olduğu belirtildikten sonra bu uygulamanın tıbbi pratiklerle bağdaşmadığı için uygulanabilir nitelikte olmadığı belirtilmektedir. Siyatik sinirin geçtiği yerin belirlenebilmesi mümkün olmakla birlikte tıbbi pratikler ve maliyetli olması açısından uygulanamaz nitelikte olduğu dikkate alındığında; idarenin bir tazmin sorumluluğunun da bulunması gerekmektedir. Zira her enjeksiyon öncesinde MR çekimi ciddi bir zaman, emek ve kaynak maliyetini gerektirmektedir. İdarenin bu maliyete katlanmaması karşılığında, kişide enjeksiyon nöropatisine bağlı oluşan ve ömür boyu devam eden vücut fonksiyon kaybına ilişkin zararı karşılaması yoluyla kamu yararı ile bireysel yarar arasında bozulan dengenin ödenecek tazminatla yeniden kurulması, hukuk devletinin ve hakkaniyetin bir gereğidir.

Girişimsel tıbbi uygulamaların bünyesinde değişen ölçekte tehlike ve risk taşıdığı dikkate alındığında, idarenin bu tehlikeli ve riskli faaliyetinden kaynaklanan zararı, idare ajanlarınca her türlü dikkat ve özen gösterilmiş olsa yani kusursuz olsa dahi tazmini, hukuk devletinin ve hak ve nesafetin bir gereği olup, tazminat istemini reddeden temyize konu kararın bozulması gerektiği düşünülmektedir..."<sup>189</sup> Bu kararda Danıştay, sağlık hizmetinin risk içermesini, enjeksiyondaki belirsiz neticeyi kusursuz sorumluluk sebebi saymış ve zararın tazminin hukuk devleti ilkesi, hak ve nesafetin gereği saymıştır. Ancak kararda risk tespiti doğru yapılmakla birlikte kanaatimizce bu zararı idare eliyle topluma yaymanın gereği/dayanağı tam ortaya konulamamıştır. Kaldı ki bunun hali hazırda pozitif hukuk temeli ve doktrinde geliştirilen teorik zemini de yoktur.

<sup>188</sup> Çağlayan, 2007:345.

<sup>189</sup> Dan. 15.D, T. 03.04.2018, E. 2013/13008, K. 2018/3265- Tetkik hakimi görüşü, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

### 2.1.1.2. Kamu Külfetlerinde Eşitlik İlkesi (Fedakarlığın Denkleştirilmesi)

İdarenin sunmuş olduğu hizmetlerden dolayı meydana gelen zararlarda kusur sorumluluğu kapsamında değerlendirilmeyen ve risk ilkesi kapsamına girmeyen faaliyetler nihai olarak ‘fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi (kamu külfetlerinde eşitlik ilkesi)’ kapsamında değerlendirilir ve idarenin bu zararı tazmin etmesi gerekir. Örneğin kuş gripinde karantina kapsamında vatandaşların hayvanlarının telef edilmesi bu kapsamda değerlendirilecektir.<sup>190</sup>

Daha ziyade kamulaştırma, bayındırlık hizmetleri gibi toplumun belirli bir kesiminin diğer kesimlerine nazaran daha çok kamusal külfetlere katlanması sonucu ortaya çıktığı için sağlık hukukunda daha ziyade risk ilkesi geçerli olmaktadır.<sup>191</sup> Anayasa’da bu ilkeye ilişkin açık bir düzenleme bulunmamakla beraber 10. maddedeki<sup>192</sup> eşitlik ilkesi temel kabul edilebilir. Devletin sağladığı nimetler bakımından fertler arasında bir ayırım olmadığı gibi, külfetler bakımından da bir ayırım olmayacak, külfetler bakımından var olan denge bozulduğu takdirde bunun idarece yeniden düzeltilmesi ve eşitliğin sağlanması gerekecektir.<sup>193</sup>

İdare kamu yararı gözeterek toplumsal bir hizmet yürütmüş, ancak bu sırada bazı kişilere zarar vermiş, yani toplumun çoğunluğunun yararlanacağı bir hizmet gerçekleştirirken bazı kimseler külfete ve fedakar duruma sokulmuştur. Bu kişilerin katlandıkları zararların hakkaniyet gereği denkleştirilmesi düşüncesi bu alanda kusursuz sorumluluğu doğurmuştur.<sup>194</sup>

İstanbul Bölge İdare Mahkemesi bir kararında, hatalı enjeksiyon sebebiyle uğranılan zararın tazminini adalet ve hakkaniyete dayandırmaktadır. “...Bilirkişi raporunda davalı idare görevlilerine kusur izafe edilmemiş ise de ‘siyatik sinir hasarının’ nedeni de somut olarak ortaya konulmamıştır. Davalı idarenin tam kusursuzluğunun tespitine yönelik bulgulardan ziyade, kusurluluğunu ortaya koyan bulgulara ulaşılamaması kanaatin dayanağı olarak alınmıştır. Çatalca Devlet Hastanesi’nde daha önce sekiz kez "voltaren iğne" yaptıran davacının, dokuzuncu uygulamayı yaptırdığı Aile Hekimliği biriminde siyatik sinir hasarı (düşük ayak) yaşamasının nedeni irdelenmemiştir. Sekiz kez uygulanan "voltaren" iğnesi sonrası davacıda; "ödem, hematom, ilacın toksik etkisi, natomik lokalizasyon farkı" gibi nedenlerle nöropati gelişmemiş, dokuzuncu uygulanmasında nöropati gelişmiş ise, bu "siyatik sinir hasarı"nın nedenini tamamen davacıya bağlayan yaklaşım, maddi gerçeklikten farklı yönde yaklaşım olacaktır. Bu nedenle, bel ağrısı şikayetine şifa bulmak için kendisine

<sup>190</sup> Gönen vd., 2014:87.

<sup>191</sup> Ersöz, 2016:270.

<sup>192</sup> Anayasa md.10, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709.pdf> (erişim tarihi: 27.11.2019).

<sup>193</sup> Evren, 2009:90.

<sup>194</sup> Gökcan, 2017:1067.

önerilen "voltaren" isimli iğneyi sekiz kez uygulayıp sıkıntı yaşamayan davacının farklı bir sağlık biriminde dokuzuncu uygulaması sonrası "düşük ayak" tanısına muhatap olması ve bu tanıdan sonra, davacının %40 özürlü bir birey olarak kendi kaderiyle baş başa kalması; idari birimlerin ve yargı organlarının davacıya duçar olduğu hastalığın kaynaklanma nedeniyle ilgili mantıklı, nesnel açıklamalar getirilememesi durumu, sağlık hizmeti sunumundan kaynaklanan mağduriyetin tek başına davacı tarafından göğüslenmesi gibi adil ve hakkaniyetli olmayan bir çözümleme olacaktır..."<sup>195</sup>

Mahkemelerce bazı hallerde ise açıkça fedakarlığın denkleştirilmesi olarak ifade edilmese de manevi tazminatta illiyet koşulu gerekmeden, sadece hizmetin kötü işlemesi yeterli görülerek, "davacıda oluşan elem ve ızdırabı gidermek için" tazminata hükmedilmektedir.

"...Diğer taraftan, idarenin, sunduğu sağlık hizmetinden sorumluluğu noktasında, maddi tazminat talepleri için doğrudan tıbbi uygulama neticesinde meydana gelen zarar ile idarenin eylemi arasında doğrudan illiyet bağının varlığı gerekli ise de, manevi tazmin noktasında böyle bir gereklilik bulunmadığı, manevi tazminata hükmedilebilmesi için sunulan sağlık hizmetindeki bir takım eksikliklerin yeterli olacağı da tartışmasıdır. Olayda, Adli Tıp Kurumu raporunda iğnenin doğru yere yapılmış olması halinde dahi bu durumun oluşabileceğinin belirtildiği, baş ağrısı şikayetiyle davalı idareye başvuran davacının iğne sonrası sağ bacağından sakat kalması sürecindeki olaylarla ilgili olarak hizmetin kötü yürütülmüş olması hususunda ömür boyu kuşku duyacak olması, , sağlık hizmeti sunumundaki bu eksikliklerin sonuca doğrudan etkisi olmasa da tıbbi uygulama sonrası oluşan sakatlığın davacıdaki elem ve ızdırabı arttıracığı açık olduğundan, davacıda oluşan elem ve ızdırabı giderecek ve sebepsiz zenginleşmeye yol açmayacak bir tazminata hükmedilmesi gerektiği sonucuna varılmakla ..." <sup>196</sup>

"... Bilirkişi raporunda davalı idare görevlilerine kusur izafe edilmemiş ise de; "siyatik sinir hasarı"nın nedeni de somut olarak ortaya konulmamıştır. Davalı idarenin tam kusursuzluğunun tespitine yönelik bulgulardan ziyade, kusurluluğunu ortaya koyan bulgulara ulaşamaması kanaatin dayanağı olarak alınmıştır. Çatalca Devlet Hastanesi'nde daha önce sekiz kez "voltaren iğne" yaptıran davacının, dokuzuncu uygulamayı yaptırdığı Aile Hekimliği biriminde siyatik sinir hasarı (düşük ayak) yaşamasının nedeni irdelenmemiştir. Sekiz kez uygulanan "voltaren" iğnesi sonrası davacıda; "ödem, hematoma, ilacın toksik etkisi,

<sup>195</sup> İstanbul BİM 8.D, T. 17.01.2018, E. 2017/1555, K. 2018/107, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

<sup>196</sup> Gaziantep BİM 3.D, T. 09.05.2018, E. 2018/6768, K. 2019/2424, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

natomik lokalizasyon farkı" gibi nedenlerle nöropati gelişmemiş, dokuzuncu uygulanmasında nöropati gelişmiş ise, bu "siyatik sinir hasarı"nın nedenini tamamen davacıya bağlayan yaklaşım, maddi gerçeklikten farklı yönde yaklaşım olacaktır. Bu nedenle, bel ağrısı şikayetine şifa bulmak için kendisine önerilen "voltaren" isimli iğneyi sekiz kez uygulayıp sıkıntı yaşamayan davacının farklı bir sağlık biriminde dokuzuncu uygulaması sonrası "düşük ayak" tanısına muhatap olması ve bu tanıdan sonra, davacının %40 özürlü bir birey olarak kendi kaderiyle baş başa kalması; idari birimlerin ve yargı organlarının davacıya duçar olduğu hastalığın kaynaklanma nedeniyle ilgili mantıklı, nesnel açıklamalar getirilememesi durumu, sağlık hizmeti sunumundan kaynaklanan mağduriyetin tek başına davacı tarafından göğüslenmesi gibi adil ve hakkaniyetli olmayan bir çözümlene olacaktır.”<sup>197</sup> Bu kararda da hastalığın kaynağı konusunda mantıklı nesnel açıklamalar getirilememesi sebebiyle kusursuz sorumluluğa gidilmiş olup. varılan netice hakkaniyete uygun olsa da gerekçe sorumluluk hukuku ilkeleriyle bağdaşmamaktadır.

### **2.1.2. Sağlık Hizmetlerinin Sunulmasında Kusursuz Sorumluluk Hallerinde İdarenin Sorumluluğunun Sınırları**

Sağlık hizmetlerinin sunulması sırasında kusursuz sorumluluğa sebep davranış yönünden, zarara sebebiyet veren eylemin icrai olabileceği gibi ihmali de olabileceği kabul edilmektedir.

Maddi yahut manevi zarara yol açmış davranış ile meydana gelen zarar arasında sebep-sonuç ilişkisi yani illiyet bağı olmalıdır.<sup>198</sup> Sağlık hizmetlerinin sunulması sırasında meydana gelen olay ile gerçekleşen zarar arasında sebep-sonuç ilişkisi yani illiyet kurulamadığı takdirde idarenin kusursuz sorumluluğundan bahsedilemeyecektir. Danıştay 15. Dairesi vermiş olduğu bir kararında illiyet bağının varlığını yeterli görerek, idarenin kusursuz sorumluluğuna hükmetmiştir. ‘’...İdari hizmetin içinde ve hizmetin görülmesi sırasında aniden ortaya çıkan ve aniden ortaya çıktığı için önlenemeyen olayı ifade eden beklenmeyen haller, aynı zamanda idarenin iradesi dışında, önceden bilinmesi olanağı bulunmayan bir olay biçiminde ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla hizmetin içinde meydana gelen olay sebebiyle fiilin idareye atıf ve isnat kabiliyeti devam ettiği için, idarenin kusura dayalı sorumluluğu kalksa da

<sup>197</sup> İstanbul BİM 8.D, T. 11.10.2017, E. 2017/992, K. 2017/1621, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

<sup>198</sup> Sancakdar, 2018:203.

kusursuz sorumluluğu devam etmektedir...'<sup>199</sup> Sonuç itibariyle diyebiliriz ki illiyet bağı kurulamadığı takdirde kusursuz sorumlulukta idarenin sorumluluğu ortadan kalkacaktır.

İdari yargı yerlerince fiil-zarar-kusur-illiyet koşulu mutlak arandığı halde, Gaziantep BİM bir kararında manevi tazmin noktasında illiyet koşulu gerekmediğini belirterek, sadece hizmette bazı aksaklıkların bulunmasını yeterli görülmüştür. "...İdare Mahkemesince; "İdarenin hizmet kusurunun varlığı için öncelikle idarenin zarar veren bir eylemi, zarar ile eylem arasında da uygun bir illiyet bağının varlığı gereklidir. İdari yargıda müstekar hale gelen içtihatlar göre; özellikle sağlık alanında yapılan hizmetlerde diğer kamu hizmetlerinde olduğu gibi "normal kusur" değil, "ağır kusur" aranmaktadır. Bunun nedeni de sağlık alanında verilen kamu hizmetlerinin bünyesinde her zaman bir risk barındırmasıdır. Somut olayda da davacının vücut varlığında meydana gelen zarar ile idarenin eylemi arasında açık bir illiyet bağı olmalı ve eylemin idarenin "ağır kusurundan" kaynaklanması gerekmektedir. Oysa dosyaya gelen Adli Tıp Kurumu raporunda olayda idarenin ajanının kusuru veya ihmalinin bulunmadığı, olayın komplikasyondan kaynaklandığı, komplikasyonun da yapılan enjeksiyon ameliyesinin niteliğinden kaynaklandığı belirtilmiştir. Dosyada bu raporun aksini kanıtlayan bir belge veya bilgi de bulunmadığından raporun hükme esas alınması gerektiği ve somut olayda davalı idarenin hizmet kusurunun bulunmadığı" gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı tarafından ileri sürülen hususlar, istinafa konu kararın maddi tazminata ilişkin kısmının kaldırılmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir.

Diğer taraftan, idarenin, sunduğu sağlık hizmetinden sorumluluğu noktasında, maddi tazminat talepleri için doğrudan tıbbi uygulama neticesinde meydana gelen zarar ile idarenin eylemi arasında doğrudan illiyet bağının varlığı gerekli ise de, manevi tazmin noktasında böyle bir gereklilik bulunmadığı, manevi tazminata hükmedilebilmesi için sunulan sağlık hizmetindeki bir takım eksikliklerin yeterli olacağı da tartışmasıdır..."<sup>200</sup>

BİM kararında varılan sonuç tartışılır olduğu gibi, kanaatimizce anılan kavramların karıştırıldığı da düşünülmektedir. Çünkü,"illiyet" tazminat hukukunun olmazsa olmaz koşuludur. Bu koşul kusur sorumluluğunda da kusursuz sorumlulukta da olmazsa olmaz koşuludur. Bazı durumlarda idarenin kusur şartı aranmaksızın da sorumluluğuna hükmedilebilir ancak asla idari davranışla illiyet bağı olmayan bir zararda asla kusurlu ya da kusursuz sorumluluğa hükmedilemez. Bu sebeple BİM'in kararında geçen "... maddi

<sup>199</sup> Dan. 10.D, T. 18.05.2007, E.2004/9232, K.2007/2720, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

<sup>200</sup> Gaziantep BİM 3.D, T. 11.09.2018, E. 2018/1300, K. 2019/198, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).



tazminat talepleri için doğrudan tıbbi uygulama neticesinde meydana gelen zarar ile idarenin eylemi arasında doğrudan illiyet bağının varlığı gerekli ise de, manevi tazmin noktasında böyle bir gereklilik bulunmadığı, manevi tazminata hükmedilebilmesi için sunulan sağlık hizmetindeki bir takım eksikliklerin yeterli olacağı da tartışmasızdır...” ifadesi tazminat hukukuyla bağdaşmamaktadır.

Aynı İstinaf Mahkemesi ise bir diğer kararında ise ”... Diğer taraftan, idarenin, sunduğu sağlık hizmetinden sorumluluğu noktasında, maddi tazminat talepleri için doğrudan tıbbi uygulama neticesinde meydana gelen zarar ile idarenin eylemi arasında doğrudan illiyet bağının varlığı gerekli ise de, manevi tazmin noktasında böyle bir gereklilik bulunmadığı, manevi tazminata hükmedilebilmesi için sunulan sağlık hizmetindeki bir takım eksikliklerin yeterli olacağı da tartışmasızdır...”<sup>201</sup> ifadesini kullanmıştır. Mahkemenin bu yaklaşımı farklı kararlarda sıkça kullandığı görülmektedir.

Kusursuz sorumluluk, asli nitelikteki hizmet kusuru karşısında ikincil sorumluluk nedeni olarak kabul edilmekte, yalnızca olayda hizmet kusurunun bulunmadığı hallerde, sorumluluğa ilişkin koşullar ve nedenleri bulunmak kaydıyla ve kamu düzenine ilişkin olarak ileri sürülmektedir.<sup>202</sup> Bu şu anlama gelmektedir; somut olayda kusursuz sorumluluğunun idarenin kusur sorumluluğunu gerektiren hallerle beraber varlığı halinde idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilmesine gerek olmayacaktır.

İdarenin sorumluluk şartlarından bir diğeri zarar olup; sağlık hizmetlerinin sunulmasında meydana gelen istenmeyen davranışın idarece tazmin edilmesi için bireyde maddi ya da manevi bir zarara yol açmış olması gerekmektedir. Bu zararın gerçekleşmiş olması, kesin olması, hukuken korunan bir menfaate yönelik olması ve parayla ölçülebilir olması hem idarenin kusursuz sorumluluğunda hem de kusura dayalı sorumlulukta taşınması gereken şartlar; zararın özel ve anormal olma şartları ise sadece kusursuz sorumluluk için geçerlidir.<sup>203</sup> Zararın özel bir zarar olması, bütün toplumu değil sadece belirli kişi ya da kişilerin uğradığı bir zarar olması anlamına gelmekte olup doktrinde bu şartın kusursuz sorumluluğun da her halinde aranmadığı; yalnızca kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine dayanan kusursuz sorumluluk halinde aranan bir şart olduğu söylenmektedir.<sup>204</sup> Zira risk sorumluluğunda ‘özel olması aranan şart’ zarar değil ‘risk’tir. Meydana gelen olağanüstü zararı doğuran risk istisna olmalıdır. Zararın anormal nitelikte olması ise kamu hizmetlerinin olağan külfetlerini aşan bir ağırlıkta olmasını ifade etmektedir. Sağlık hizmetinin sunulması

<sup>201</sup> Gaziantep BİM 3.D, T. 16.07.2018, E. 2017/2716, K. 2018/5105, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

<sup>202</sup> Gökcan, 2017:1068.

<sup>203</sup> Gözler, 2019:1320.

<sup>204</sup> Gözler, 2019:1335.

sırasında meydana gelen zarar, bahsetmiş olduğumuz bu şartları taşımadığı takdirde idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilemeyecektir.

Doktrinde, 'risk sorumluluğunda idarenin kusuru aranmayacak olup, meydana gelen zarar sosyal güvenlik sistemince karşılanabiliyorsa idarenin sorumluluğuna müracaat edilmeyecektir<sup>205</sup>, şeklinde yer alan görüşler olmakla beraber bunun sorumluluğu kaldıran sebep değil de tazminat miktarından mahsup sebebi olabileceği kanaatindeyiz.

Meydana gelen zarar tamamen üçüncü kişinin davranışından kaynaklandığı durumlarda ise idarenin sorumluluğunun ortadan kalkması sadece idarenin kusurlu sorumluluğunda geçerlidir. İdarenin kusursuz sorumluluğunu gerektiren hallerde, zarara üçüncü kişinin eyleminin katkıda bulunması idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz veya azaltmaz. <sup>206</sup> Ancak idarenin üçüncü kişiye, kusuru oranında ödediği tazminatı rücu hakkı saklıdır. <sup>207</sup>

Zarar görenin kendi kusuru da idarenin kusursuz sorumluluğunu azaltan veya ortadan kaldıran nedenler arasında yer almaktadır.

Bir yargı kararında zarar görenin davranışı, zararın mutlak sebebi sayılarak idarenin sorumluluğunu ortadan kaldıran hal olarak kabul edilerek, sosyal risk ilkesi gereğince dahi tazminat verilemeyeceğine hükmedilmiştir. "...ailenin evinde yapılan aramada çok sayıda askeri mühimmatın hurda demir satmak için bulunmasının, davacıların anne ve babalarının çocuklar üzerindeki özen gösterme, bakım ve gözetim sorumluluklarını yerine getirmemelerinin sebep olduğu, yıkılan askeri güvenlik bölgesinin çitlerinin onarılmamış ve askeri güvenlik bölgesi girilmez levhasının düzeltilmemesi nedeniyle, idareye yüklenebilecek bir kusur bulunmakta ise de; meydana gelen zarar, davacıların anne ve babalarının bakım ve gözetim kusurundan kaynaklandığından, üçüncü kişinin kusurunun olaya katılması, idareden kusurlu faaliyeti ile zarar arasındaki illiyet bağıını kestiği, bu nedenle idareye yüklenecek kusurun üçüncü kişinin (anne-babanın) kusurunun olaya katılması ile kusurlu faaliyet ile zarar arasındaki illiyet bağıının kesilmesi ile idarenin hizmet kusurundan kaynaklanan tazmin yükümlülüğü bulunmadığı gibi, olayın tüm toplumla ilgilendirilmesi ve zararın toplumsal nitelikli bir riskin gerçekleşmesi sonucunda meydana gelmemesi nedeniyle zararın sosyal risk ilkesi gereğince tazmini mümkün olmadığından, davacıların tazminat talebinin karşılanmasına olanak bulunmadığı...." <sup>208</sup>

<sup>205</sup> Ersöz, 2016:269.

<sup>206</sup> Ersöz, 2016:285.

<sup>207</sup> Evren, 2009:114.

<sup>208</sup> Elazığ 2.İdare Mahkemesi, T. 15.04.2010, E. 2009/7, K. 2010/347, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

Yerel mahkemece zarar görenin (davacıların) kusuru illiyet bağıını tamamen ortadan kaldıran sebep sayılarak idarenin tam kusursuzluk sebebi sayılmakla birlikte, bu unsur Danıştay tarafından müterafik kusur sayılmıştır. ”...Olay tarihe itibariyle 11 ve 15 yaşlarında olan davacıların, söz konusu roket parçası ile oynayarak patlamasına neden olduğu anlaşıldığından, çocukların kendilerinin ve olayın meydana gelmesinde gözetim ve denetim sorumluluğunu yerine getirmeyen anne ve babanın da kusuru bulunmaktadır. Bu nedenle, maddi tazminata hükmedilirken bilirkişi incelemesi sonucu hesaplanan maddi zarar üzerinden, davacıların %50 oranında müterafik kusurlarının bulunduğu kabulü ile maddi zararın hesaplanmasında bu durumun dikkate alınması gerekmektedir.”<sup>209</sup>

## **2.2.Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Zararlarda Kusura Dayalı Sorumluluk Halinde İdarenin Sorumluluğunu Azaltan Veya Ortadan Kaldıran Haller**

Ortaya çıkan zarara idarenin eylem ve işlemi dışında kalan bir başka sebep kısmen veya tamamen neden olmuş ise, idarenin o zarardan dolayı sorumluluğu kısmen veya tamamen ortadan kalkmaktadır. Zira idarenin eylem ve işlemi ile ortaya çıkan zarar arasındaki nedensellik bağı kısmen veya tamamen ortadan kalkmış olur.<sup>210</sup>

Zarar görenin yani sağlık hizmetinden faydalananın davranışı, üçüncü kişinin davranışı, mücbir sebep, beklenmeyen hal, idarenin davranışı ile meydana gelen zarar arasında illiyet bağıının olmaması yahut kesilmiş olması, mevcut bir zararın olmaması, zararın parayla ölçülebilir nitelikte olmaması ve önlenemezlik (komplikasyon) idarenin sorumluluğunu azaltmakta veya ortadan kaldırmaktadır.

### **2.2.1. Zarar Görenin Davranışı**

Sağlık hizmetlerinin sunulmasında hizmet kusurundan dolayı idarenin sorumluluğunu azaltan veya ortadan kaldıran hallerden biri hastanın yani zarar görenin kusurudur. Zararın, zarara uğrayanın tutumundan doğması halinde ya idarenin sorumluluğu ortadan kalkar ya da duruma göre idare zarardan kısmen sorumlu olur.<sup>211</sup> Bazen zarar hastanın kendi davranışı neticesinde oluşmakta ya da meydana gelen zarar hastanın davranışı sonucu artmaktadır. Zararın oluşumunu azaltmak sadece zarar verenin sorumluluğu olmayıp zarar gören kişinin de kendi menfaatine uygun tedbirler alması gerekmektedir.<sup>212</sup> Eğer zararın ortaya çıkmasında zarar görenin de kusuru varsa bu durum kural olarak tazminat miktarında indirime neden

<sup>209</sup> Dan. 10.D, T. 10.02.2015, E. 2010/11728, K. 2015/358, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

<sup>210</sup> Gözler, 2019:1347.

<sup>211</sup> Gözübüyük ve Tan, 2010: 902.

<sup>212</sup> Çınarlı vd., 2016: 29.

olurken zarar görenin kusuru idarenin kusurunu ikinci plana atacak kadar ağırsa bu durumda illiyet bağı kesilir.<sup>213</sup>

Fransız litaratüründe bu konu anlatılırken, genellikle ‘mağdurun kusuru’ deyimini ile ifade edilmekte, Türk litaratüründe ‘zarara uğrayanın kusuru’, ‘zarar görenin kusuru’, ‘müterafik kusur’, ‘müterafik davranış’ ifadeleri kullanılmaktadır.<sup>214</sup>

Zarara uğrayanın davranışı, zararın oluşumuna etkide bulunmuş ise sorumluluk paylaşılırken, davranışın illiyet bağını kesebilmesi için zararın doğrudan sebebinin kişinin kendi davranışı olması şarttır.<sup>215</sup>

Zarar görenin kendi kusuru (müterafik kusur, ortak kusur) kendine karşı yönelen idari davranıştan bir zarar doğmasına ya da doğan zararın artmasına sebep olan kusurdur. Örneğin bir ameliyat sonrasında hastaya bir şey yemeyip içmemesi konusunda uyarı yapıldığı halde hastanın gizlice su içmesi sonucu hasta zarar gördüyse burada zarar görenin davranışı söz konusudur ve zarar gören kendi davranışının sonuçlarını üstlenmek durumundadır.<sup>216</sup>

Bir mahkeme kararında zarar görenin kusuru (alkollü araç kullanma) yol konusunda idarenin de kusurunun sabit olmasına rağmen idarenin sorumluluğunu tamamen ortadan kaldıran hal sayılmıştır. ”...İdarenin hukuki sorumluluğundan söz edebilmek için, ortada bir zararın bulunmasının yanında, bunun idareye yüklenebilen bir işlem veya eylemden doğması, başka bir deyişle zararlar idari faaliyet arasında nedensellik bağına kurulabilmesi gerekir. Zararla idari faaliyet arasında nedensellik bağına 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 bir gerçektir.

Bu durumda, yukarıda yapılan anlatımlar ve dosyadaki bilgi ve belgeler ile adli yargı yerlerince soruşturma ve kovuşturma aşamasında yaptırılan bilirkişi raporlarının bir bütün olarak birlikte değerlendirilmesinden, maddi hasarlı ve ölümlü trafik kazasını yapan araç sürücüsü davacının mevzuatta belirtilen durumun aksine bir şekilde alkollü olarak araç kullandığı, kaza sonrası yapılan ölçüme de herhangi bir itirazda bulunmadığı, her ne kadar kaza olayının meydana geldiği yolda idarenin hizmet kusurunun bulunduğu açıksa da, davacının söz konusu durumunun idarenin tazmin sorumluluğunu tamamen ortadan kaldıracı bir niteliğinin bulunduğu, diğer bir anlatımla meydana gelen zararın kişisel kusurdan kaynaklandığı ve idarenin kusurlu faaliyeti ile zarar arasındaki illiyet bağını kestiği sonucuna

<sup>213</sup> Akyılmaz vd., 2019: 1290.

<sup>214</sup> Çatak İriz, 2011:72.; Evren, 2009:103.

<sup>215</sup> Ersöz, 2016:282.

<sup>216</sup> Çınarlı vd., 2016:30.

varıldığından, davacının maddi tazminat isteminin bu haliyle reddi gerekirken, aksi yöndeki mahkeme kararında hukuki isabet bulunmamıştır...”<sup>217</sup>

Zarar görenin kusurunun varlığından söz edebilmek için, zarar görenin, davranışı ile zarara sebep olan olayın gerçekleşmesini kolaylaştırmış olması ya da meydana gelen zararı önleyebilecek ya da azaltabilecek tedbirleri almamış olması gerekmektedir.<sup>218</sup>

Zarar, tamamıyla zarar gören kişinin kendi davranışı sonucu oluşmuş, yani zararın doğrudan sebebi zarar görenin kendi fiili olabilir. Ortaya çıkan zarar bakımından idarenin davranışı ‘dolaylı sebep’, zarar görenin davranışı ‘asıl sebep’ haline gelmiş ise, artık idare bakımından illiyet bağı kesilmiş; idarenin sorumluluğu bütünüyle ortadan kalmıştır. Zarar gören kişinin davranışı zararın ortaya çıkmasına katkıda bulunmuş veya ağırlaştırmış da olabilmektedir. Bu gibi durumlarda hem idarenin kusuru hem de zarar gören kişinin kendi kusuru olup zarar her iki kusurun birleşmesi sonucu meydana gelebilmiştir. Bu gibi durumlarda ise idarenin sorumluluğu kısmen ortadan kalkar, yani azalır. Zarar görenin olayda kusurunun bulunup bulunmadığının yanı sıra, önlenmemesinde de kusurunun bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır. Neticede zarar gören kişinin kusuru oranında idarenin ödeyeceği tazminattan indirim yapılır.<sup>219</sup>

Yargı yerlerince, ebeveynin çocuğun aşı takibi konusundaki ihmali idarenin sorumluluğunu ortadan kaldıran sebep sayılmıştır.”...kızamık aşısının 1998 yılına kadar tek doz, bu yıldan sonraki aşılarda kızamık aşısının ilköğretim birinci sınıfta iki doz yapıldığı görülmektedir. Hal böyle olunca her ne kadar çocuğun kızamık hastalığına bağlı olan SSPE hastalığına düşer olmasında kızamık aşısındaki bozukluklar ile kızamık aşısının uygun koşullarda ve dozda verilmediği için bahsi geçen hastalığa neden olduğu ileri sürülmüşse de davacıların çocuğu olan R. A.'nın ait aşı kaydının/kartının bulunmadığı ve mezkur kartı saklama yükümlülüğünün ebeveynlerde olduğu hususları birlikte nazara alındığında davalı idareye atfedilebilir bir kusur bulunmamaktadır. Bunların dışında, idarece sunulan aşı uygulaması hizmeti, kamu yararının sağlanmasına yönelik hizmetler olup, asıl olarak anne-babalar tarafından çocuklarının aşı takibinin yapılması gerekmektedir. ...gerekçesiyle davanın reddi yolunda Mardin 1. İdare Mahkemesi'nce verilen 06/04/2018 gün ve E. 2018/273, K. 2018/1242 sayılı karar....

...Bu durumda; gerek davacıların çocuğunun SSPE hastalığına yakalanmasına sebep olarak gösterilen kızamık aşısının soğuk zinciri kırılmış, bayat veya bozuk olduğu iddiasını

<sup>217</sup> Adana BİM, T. 11.01.2010, E. 2010/98, K. 2010/51, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

<sup>218</sup> Akyılmaz vd., 2019:1290.

<sup>219</sup> Gözler, 2019:1357-1358.; Evren, 2009:108.

ispata elverişli herhangi bir bilgi ve belgenin ortaya konulamaması ve gerekse de SSPE hastalığına sebep olan unsurun kızamık aşısı değil, kızamık hastalığı virüsü olduğu gerçeği karşısında, birinci doz aşısı yapılan ancak ikinci doz aşı dönemi gelmeden önce 10 aylıkken kızamık hastalığı geçirdiği anlaşılan çocuğun SSPE hastalığına yakalanması vakasında davalı idareye atfı kabil bir hizmet kusuru bulunmadığı sonucuna varıldığından, yazılı gerekçeyle davayı reddeden istinafa konu idare mahkemesi kararında sonucu itibariyle hukuki isabetsizlik bulunmamıştır...”<sup>220</sup>

Fransız Danıştay’ı zarara uğrayan kişinin davranışlarının değerlendirilmesinde çok katı bir tavır sergilemektedir ve idarenin zarara uğrayan kişinin kusurunu ispatlaması gerekir.<sup>221</sup>

Hukukta sorumluluk, ancak başkasına zarar verilmesi halinde söz konusu olur ve kişinin kendisine verdiği zarardan sorumlu tutulması beklenmemektedir. Kişinin idarenin faaliyetinden zarar gördüğünü ileri sürerek tazminat isteyebilmesi için zararın meydana gelmesinde katkısı olmaması gerekmektedir.

“...Bu durumda; gerek davacıların çocuğunun SSPE hastalığına yakalanmasına sebep olarak gösterilen kızamık aşısının soğuk zinciri kırılmış, bayat veya bozuk olduğu iddiasını ispata elverişli herhangi bir bilgi ve belgenin ortaya konulamaması, gerek ikinci doz aşının yapıldığı yönünde davacıların tutanağa geçirilmiş beyanlarının olması ve gerekse de SSPE hastalığına sebep olan unsurun kızamık aşısı değil, kızamık hastalığı virüsü olduğu gerçeği karşısında, birinci doz aşısı yapılan ancak ikinci doz aşı dönemi gelmeden önce 4 yaşında kızamık hastalığı geçirdiği anlaşılan çocuğun SSPE hastalığına yakalanması vakasında davalı idareye atfı kabil bir hizmet kusuru bulunmadığı sonucuna varıldığından, yazılı gerekçeyle davayı reddeden istinafa konu idare mahkemesi kararında sonucu itibariyle hukuki isabetsizlik bulunmamıştır.”<sup>222</sup>

Zarar görenin davranışının zararın oluşumundaki etkisinin hesaplanmasında bilirkişiden yararlanılabileceği gibi, bu konuda hakim de geniş bir takdir yetkisi vardır. Zarara uğrayanın, zarara uğradığı sırada hukuka aykırı bir konumda bulunması ise tazminat isteme hakkını ortadan kaldıracaktır.<sup>223</sup>

<sup>220</sup> Gaziantep BİM 3.D, T. 28.02.2019, E. 2018/9596, K. 2019/942, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

<sup>221</sup> Atay ve Odabaşı, 2010:212.

<sup>222</sup> Gaziantep BİM.3.D, T.31.01.2019, E. 2018/7762, K. 2019/272, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

<sup>223</sup> Evren, 2009:106.

Danıştay kararlarında hangi hallerde idarenin sorumluluğunun tamamen kalkacağına, hangi hallerde ise azaldığına ilişkin kesin kriterler konulamamış olup, bu durum illiyet bağının tespitinin her zaman kesin bir biçimde mümkün olmaması nedeniyle makuldür.

Zarar görenin davranışının idarenin sorumluluğuna etki edebilmesi bakımından, zarara maruz kalan kişinin giriştiği faaliyetin sonucundaki riskleri bilerek, bunları üstlenerek davranışta bulunması da idareyi bu zararlardan sorumlu tutmayacaktır.<sup>224</sup>

Etkili ve başarılı bir tedavi hasta ile hekimin iş birliği ile mümkün olur ve hasta tedaviyi başarısız kılacak davranışlardan kaçınmakla yükümlü olup düzenli konsültasyon, ilaçların düzenli alınması, diyete uyulması gibi gereklilikleri yerine getirmek durumundadır.<sup>225</sup> Hastanın hekim tarafından verilmiş tedavi programına uymayarak ilave ilaç alması nedeniyle ilaçların karşı reaksiyona geçmesi sonucu meydana gelen zararlarda hastanın davranışı idari faaliyet ile zarar arasındaki illiyet bağını koparmaktadır.<sup>226</sup> Hastanın bu yükümü öykü aşamasında başlamakta olup, bu yükümün bir parçasını da hastanın hekimin tavsiyelerine uyma yükümü oluşturur. Bu yükümün ihlali sonucu hastanın kendi kusuru ile bir zarar doğduğu takdirde idarenin tazmin sorumluluğundan bahsedilmeyecektir.<sup>227</sup>

### 2.2.2. Üçüncü Kişinin Davranışı

Zarar üçüncü kişinin davranışı ile meydana gelmiş olabileceği gibi zararın oluşmasına idare ve üçüncü kişi birlikte katkı sunmuş olabilirler. İlliyet bağının kesilmesine neden olan bir diğer sebep de üçüncü kişinin ağır kusurudur.<sup>228</sup> Eğer üçüncü kişinin davranışı illiyet bağını kesecek ağırlıkta değil de idarenin zarara yol açan davranışı yanında yer almış veya zararın daha da artmasına neden olmuşsa idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır.

İdarenin zarar verici davranışına üçüncü kişilerin katılmaları ilke olarak idarenin sorumluluğunu kusursuz sorumluluktan farklı olarak etkiler.<sup>229</sup> Burada söz konusu olan üçüncü kişi kavramı, zarar gören ile zarar veren ile bunların davranışlarından sorumlu olduğu kişileri, yardımcı şahıslar dışında kalan kalanları, idareyle arasında herhangi bir sözleşmesel veya statüsel ilişki bulunmayan kişileri ifade etmekte olup, üçüncü kişi tüzel kişi de olabilmektedir.<sup>230</sup>

<sup>224</sup> Çağlayan, 2016: 672.

<sup>225</sup> Hakeri, 2007: 259.

<sup>226</sup> Yüzbaşıoğlu, 2020: 477.

<sup>227</sup> Hakeri, 2007: 261.

<sup>228</sup> Akyılmaz vd., 2019: 1294.

<sup>229</sup> Gözübüyük ve Tan, 2010: 905.

<sup>230</sup> Evren, 2009:114.

Meydana gelen zarar tamamen üçüncü kişinin davranışı sonucu ortaya çıkmışsa, idarenin sorumluluğu için gerekli illiyet bağı kesilir ve idarenin kusura dayalı sorumluluğu kalkar.<sup>231</sup>

2.1.2. numaralı ‘Sağlık Hizmetlerinin Sunulmasında Kusursuz Sorumluluk Hallerinde İdarenin Sorumluluğunun Sınırları’ bölümünde anılan Danıştay 10. Dairesinin 10.02.2015 tarih ve E. 2010/11728, K. 2015/358 künyeli kararında da bu husus değerlendirilmiş olup, zarar gören çocukların anne babasının denetim ve gözetim görevini yerine getirmemesi müterafik kusur sayılmış, idarenin tazmin sorumluluğundan %50 mahsup edilmiştir. Zararın aynı zamanda bir kamu tüzel kişinin ve üçüncü bir kişinin kusurlu davranışlarına bağlanabilmesi mümkün ise, olayın özellikleri dikkate alınarak idare tamamen veya kısmen sorumluluklarından kurtulacaktır.

Fransız içtihadı, idare ile üçüncü kişinin aynı zararın birlikte faili olarak değerlendirilmesini kabul etmiştir. Yani bir başka ifade ile, idarenin hizmet kusuru dolayısıyla sorumluluğu hallerinde üçüncü kişinin davranışı zararın oluşumuna katıldığı ölçüde idareyi sorumluluktan kurtaracaktır.<sup>232</sup>

Kural olarak üçüncü kişinin kusuru halinde, zarara neden olan idare ile zararın oluşumunda kusuru olan üçüncü kişi, ortaya çıkan zararlardan kusurları oranında müteselsil olarak sorumlu tutulurlar. Fakat üçünü kişinin kusuru idarenin kusurunu arka plana atacak yoğunlukta ise illiyet bağı kesilir.<sup>233</sup>

Yargı yerlerince başka hastanelerce yapılan müdahaleler de illiyet bağını kesen sebep olarak kabul edilmektedir. ”...Bu durumda, kamu kurumu olmayan ve Özel Hukuk hükümlerine tabi Özel S. Ö. M. P. Hastanesinin yanlış tedavi kusurundan kaynaklanan eylemlerinin idari eylem olarak görülmemesinden dolayı Dairemizce A. M. Devlet Hastanesi ve S. Devlet Hastanesi kapsamındaki tedavi sürecine ilişkin yapılan inceleme sonucunda; dava konusu olayda davacının uğradığı zarar ile her iki hastanece sunulan sağlık hizmeti arasında bir illiyet bağı bulunmadığı, oluşan zarar bakımından sağlık personeline atfı kabil bir kusur tespit edilemediği hususu Adli Tıp Kurumu 1.İhtisas Kurulu, Adli Tıp Kurumu Genel Kurulu ve Yüksek Sağlık Şurası raporları ile açıkça ortaya konulduğundan bakılmakta olan davada idarenin kusurlandırılarak tazminat ödemekle yükümlü kılınmasına hukuken olanak bulunmamaktadır. Hal böyle iken davanın kısmen kabulü ile toplam 150.000,00-TL manevi tazminatın davalı idarece davacı tarafa ödenmesi yönünde kurulan İdare Mahkemesi

<sup>231</sup> Hızal ve Çınarlı, 2015:171.

<sup>232</sup> Atay ve Odabaşı, 2010:213-214.

<sup>233</sup> Akyılmaz vd.,2019:1294.



kararında hukuki isabet bulunmamaktadır...”<sup>234</sup> Bu kararda, Adli Tıp raporu referans alınarak zararın idareye ait hastanelerce sunulan sağlık hizmetinden değil özel hastane hizmetinden kaynaklandığı tespiti yapılarak illiyet yokluğundan davanın reddine karar verilmiştir. Bu karar aynı zamanda üçüncü kişinin fiilinin idare yönünden illiyet bağının kesilmesine örnektir. Ancak özel hastanenin kusurunun kaynağı, idarenin denetim ve gözetim aksaklığına dayalı olsaydı Anayasa'nın 90. maddesi delaletiyle, AİHS uyarınca idarenin sorumluluğuna gidilebilirdi.

Üçüncü kişinin fiili idareyi, zararın tamamen üçüncü kişinin davranışından kaynaklanması ya da zararın ortaya çıkmasında idarenin yanında üçüncü kişinin de fiilinin katkıda bulunması olarak iki şekilde etkileyebilir. Üçüncü kişinin eylemi, illiyet bağı tamamen kesecek yoğunlukta olup tamamıyla üçüncü kişinin davranışından kaynaklanmışsa, idare sorumluluktan kurtulacaktır. Mahkemelerce üçüncü kişinin fiili idarenin sorumluluğunu ortadan kaldıran sebep kabul edilmektedir. ”...İdarenin hukuki sorumluluğundan söz edebilmek için, ortada bir zararın bulunmasının yanında, bunun idareye yüklenebilen bir işlem veya eylemden doğması, başka bir deyişle zararla 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. Olayda, davacının vücudunda yanık meydana gelmesi ve sonrasındaki tedavi sürecinde idarenin hizmet kusurunun bulunup bulunmadığının saptanması amacıyla bilirkişi incelemesi yaptırıldığı, bilirkişi incelemesi sonucu hazırlanan 06/11/2017 tarihli Marmara Üniversitesi Tıp Fakültesi Uzman Kurul Raporunda; hastanın düş alması için kliniğin genel banyosuna yönlendirildiği, hemşire ve personelin suyun sıcaklığını ayarladıktan sonra ayrıldığı, hastanın refakatçilerle bırakıldığı, personelin iki refakatçi gözetiminde hastayı banyoya götürüp suyu ayarladıktan sonra hasta ve refakatçilerini banyoda bırakmalarının kusur ve eksiklik olarak değerlendirilemeyeceği, yanık sonrası hastanın yoğun bakım ünitesine alındığı, plastik cerrahi kliniği ile konsülte edilerek 02/03/2015 tarihine kadar yoğun bakım ünitesinde tedavisine devam edildiği, yapılan tetkik ve tedavilerin tıp kurallarına uygun olduğu ifade edilmiş, hekimlere atfedilebilecek tıbbi hata bulunmadığı belirtilmiştir. Buna göre, sunulan sağlık hizmetinin tıp kurallarına uygun olduğuna dair anılan bilirkişi raporu, refakatçi gözetiminde yaptırılan banyoda aşırı sıcak suyun akması sonucu meydana gelen yanıkların sunulan hizmetten kaynaklandığının tespit edilememesi ve sağlık hizmetinin gereği gibi sunulmadığını ortaya koyan başkaca somut bir

<sup>234</sup> Ankara BİM 10.D, T.22.11.2018, E. 2018/1446, K. 2018/1417, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

bilgi belgenin dosyada yer almaması dikkate alındığında, tazminat talebine esas dava konusu olayda idarenin hizmet kusurunun bulunmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Bu durumda, olayda idarenin hizmet kusuru tespit edilemediğinden Mahkeme kararının maddi tazminat talebinin kabulüne ilişkin kısmında hukuka uygunluk bulunmamaktadır...”<sup>235</sup>

Zararın ortaya çıkmasında hem idarenin hem de üçüncü kişinin beraber katkısı olduğu diğer durumda ise idarenin sorumluluğu üçüncü kişinin kusuru oranında azalacaktır.<sup>236</sup> Bu gibi durumlarda sorumluluğun idare ile üçüncü kişi arasında nasıl paylaşılacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Özel hukukta haksız fiil sorumluluğunda zarara sebep olanlar birden fazla ise Borçlar Kanunu'nun teselsüle dayanan 50.<sup>237</sup> ve 51.<sup>238</sup> madde hükümleri uyarınca bu zararı tazminden müteselsilen sorumludurlar. Birden fazla idarenin birlikte verdikleri zararlarda ise Danıştay, idarelerin zarardan müştereken sorumlu olduğunu kabul etmektedir.<sup>239</sup> Özel hukukta olduğu gibi müteselsil sorumluluk kurumu idare hukukunda yoktur. Yani, zarar gören kişi idareye karşı uğradığı zararın tamamının tazmini için dava açamaz, ancak idareden sorumlu olduğu zararı talep edebilir. Geri kalan zararın tazmini içinse, zarar gören kişinin üçüncü kişiye dava açması gerekecektir. Bu gibi durumda idareye karşı idari yargıda, üçüncü kişiye karşı adli yargıda, iki ayrı kişiye karşı, iki ayrı yargı kolunda, iki ayrı dava açılması zorunluluğu hasıl olacaktır. Dahası idare mahkemesi idareyi kusursuz yahut daha az kusurlu ya da adli yargı mahkemeleri aynı şekilde üçüncü kişiyi kusursuz ya da daha az kusurlu görebilecek, neticede kişi uğradığı zararı tazmin edemeyebilecektir. Zarar gören kişinin uğradığı zararın tümünün tazmini istemiyle özel hukuk hükümlerine göre adli yargıda üçüncü kişi aleyhine dava açması mümkündür. Böyle bir durumda adliye mahkemesi üçüncü kişiyi ortaya çıkan zararın tümünü ödemeye mahkum eder. Üçüncü kişi, idarenin payına düşen kısmı idareye rücu edebilir. Üçüncü kişi öncelikle idareye başvurup, idareden payına düşen kısmın ödenmesini talep edecek, bu istemin sarahaten yahut zımnen reddedilmesi üzerine idareye karşı idari yargıda tam yargı davası açacaktır.<sup>240</sup>

<sup>235</sup> İstanbul BİM 8.D, T. 02.11.2018, E.2018/1023, K. 2018/1549, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

<sup>236</sup> Çatak Irız, 2011:74.

<sup>237</sup> Borçlar Kanunu md.50 ‘Zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır. Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler.’, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6098.pdf> (erişim tarihi: 08.12.2019)

<sup>238</sup> Borçlar Kanunu md.51 ‘Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler.

Tazminatın irat biçiminde ödenmesine hükmedilirse, borçlu güvence göstermekle yükümlüdür.’ <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6098.pdf> (erişim tarihi: 08.12.2019)

<sup>239</sup> Evren, 2009:115-119.

<sup>240</sup> Gözler, 2019:1367-1368.

Medeni hukuktakinin aksine, idare hukukunda müteselsil sorumluluk söz konusu olmadığından üçüncü kişinin eylemi sonucu meydana gelen zarar artmış ise idare kusuru oranında zararı karşılayacaktır.<sup>241</sup>

### 2.2.3. Mücbir Sebep-Beklenmeyen Hal Ayrımı

Mücbir sebep (zorlayıcı neden), idarenin iradesi dışında meydana gelen, önceden öngörülmesi mümkün olmayan ve karşı konulamayacak ağırlıktaki olaylardır ve bir olayın mücbir sebep olarak nitelendirilebilmesi için, dışlık, öngörülemezlik ve karşı konulamazlık koşullarını taşıması gerekmektedir.<sup>242</sup>

Mevzuatta ‘mücbir sebep’ sayılan haller çeşitli kanunlarda yer verilmiştir. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nun 10. maddesinde<sup>243</sup> mücbir sebep olarak kabul edilebilecek haller doğal afetler, kanuni grev, genel salgın hastalık, kısmî veya genel seferberlik ilânı, gerektiğinde Kurum tarafından belirlenecek benzeri diğer haller olarak sayılmıştır. 5686 sayılı Jeotermal Kaynaklar ve Doğal Mineralli Sular Kanunu’nda<sup>244</sup> mücbir sebep sel, yangın, deprem, çökme, heyelan, savaş hali olarak; 3213 sayılı Maden Kanunu<sup>245</sup>’nda sel, yangın, deprem, grizu patlaması, çökme, heyelan ve benzeri haller olarak; 213 sayılı Vergi Usul Kanunu<sup>246</sup>’nda vergi ödevlerinden her hangi birinin yerine getirilmesine engel olacak derecede ağır kaza, ağır hastalık ve tutukluluk, vergi ödevlerinin yerine getirilmesine engel olacak yangın, yer sarsıntısı ve su basması gibi afetler, kişinin iradesi dışında vukua gelen mecburi gaybubetler, sahibinin iradesi dışındaki sebepler dolayısıyla defter ve vesikalarının elinden çıkmış bulunması gibi haller olarak ifade edilmiştir.

Bir olayın mücbir sebep olarak nitelendirilebilmesi için dışlık şartını taşıması, yani idarenin iradesinin dışında olması, idareye atfı kabil olmaması gerekir ki bu şart sayesinde mücbir sebep beklenmeyen halden ayrılır. Öngörülemez olma ise somut olayda mahkeme tarafından takdir edilir ve olay ve doğan zarar ne kadar büyük olursa olsun daha önceden gerçekleşeceği tahmin edilen olaylar mücbir sebep oluşturmazlar. Karşı konulamazlık ya da diğer isimleri ile önlenemezlik, kaçınılamazlık, engellenemezlik, dayanılamazlık şartı ise, ki Gözler ‘karşı konulamazlık’ teriminin daha isabetli olduğu kanaatindedir, olayın ağırlığı ve

<sup>241</sup> Uysal, 2011: 238.

<sup>242</sup> Gözler, 2019:1348.

<sup>243</sup> 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4735.pdf> (erişim tarihi: 20.01.2020).

<sup>244</sup> 5686 sayılı Jeotermal Kaynaklar ve Doğal Mineralli Sular Kanunu, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5686.pdf> (erişim tarihi: 20.01.2020)

<sup>245</sup> 3213 sayılı Maden Kanunu, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.3213.pdf> (erişim tarihi: 20.01.2020).

<sup>246</sup> 213 sayılı Vergi Usul Kanunu, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.4.213.pdf> (erişim tarihi: 20.01.2020)

şiddetiyle ilgilidir. Dolayısıyla ön görülemez nitelikte de olsa olağanüstü ağırlıkta olmayan, kendisine dayanılabilen, kendisine karşı konulabilen olaylar mücbir sebep teşkil etmez. Ve bu sayılan şartlar kümülatif olup bir olayın mücbir sebep olarak nitelendirilebilmesi için bu üç şartı birlikte yerine getirmesi gerekmektedir.<sup>247</sup> Olayın kökeninin failin dışında kalması olarak kabul edilen dışsallık, mücbir sebebin umulmayan halden ve zararın faaliyetin içinden doğduğu olaylardan ayrılabilmesi için başvurulacak bir unsur olup meydana gelen bilimsel gelişmeler öngörülemezlik ve önlenemezlik kavramlarını oldukça daraltmıştır.<sup>248</sup>

Sonuç itibariyle mücbir sebebin kabulü için ortada idarenin eylem ve işleminden başka olay ya da olaylar olmalı, söz konusu olay ya da olaylar idarenin iradesi dışında, tahmin edilemez olmalı ve bu olay ya da olayların önüne geçilmesine imkan olmamalıdır.<sup>249</sup>

Yargı kararları ve doktrinde mücbir sebebin kaza, tesadüfi olay veya umulmayan hal denilen ve zararlar ilişkili faaliyetin içinden doğan olaylardan ayrılabilmesi için başvurulacak dışsallık unsuruna başvurulmakta ve bu ayırım pratikte şu yararı sağlamaktadır; kaza ve benzeri umulmayan hallerde, zarara yol açan olay, kökeni itibariyle sorumluluğu tartışılan hukuk kişinin faaliyeti içerisinde olduğundan bu kişi kusuru bulunmasa da objektif olarak sorumlu tutulabilecek olup oysa mücbir sebebin varlığı kabul edildiği takdirde artık objektif sorumluluk da söz konusu olmaz.<sup>250</sup> Beklenmeyen hal kavramı ile zarara sebep olan tesadüfi olaylar anlatılmak istenir. Mücbir sebep idari davranış ve etkinliğin dışında meydana gelmesine karşın, beklenmeyen durumlar idari faaliyet içinde oluşur ve genellikle kaza biçiminde ortaya çıkar. Beklenmeyen hal idarenin hizmet kusurunu kaldırır ancak şartları oluşuyorsa kusursuz sorumluluk yoluna gidilebilir.<sup>251</sup> Beklenmeyen hal önceden tahmin edilemeyeceği için faile bir kusur isnadı bırakmayacağından kusura dayalı sorumluluğu ortadan kaldırır. Fakat beklenmeyen halde idarenin kusuru olmasa dahi idareye atıf ve isnat kabiliyeti devam etmekte olduğundan illiyet bağının varlığına dayanan objektif sorumluluk hallerinde idarenin zararı tazmin yükümlülüğü devam etmektedir.<sup>252</sup>

Mücbir sebep kavramı 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 53. maddesinde<sup>253</sup> 'zorlayıcı sebep' olarak ifade edilmiştir. Zorlayıcı sebep terimi ile de ifade

<sup>247</sup> Gözler, 2019: 1348-1350.

<sup>248</sup> Ersöz, 2016: 286-287.

<sup>249</sup> Hızal ve Çınarlı, 2015: 170.

<sup>250</sup> Akyılmaz vd., 2019: 1287.

<sup>251</sup> Sancakdar, 2018: 210.

<sup>252</sup> Akyılmaz vd., 2019: 1300.

<sup>253</sup> 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu md. 53 <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2577.pdf>, (erişim tarihi: 08.12.2019)

edilen mücbir sebep, zararı idareye yüklenebilir olmaktan çıkararak ve zararlar idari davranış arasındaki illiyet bağını kesen nedenlerden en önemlilerindedir.<sup>254</sup>

Mücbir sebep kavramının sorumluluk alanında doğuracağı sonuçlar açısından özel hukuk ile idare hukuku arasında bir farklılık bulunmamaktadır. İdare yönünden ister hizmet kusurundan ister kusursuz sorumluluktan kaynaklı olsun eğer mücbir sebep sebebi ile meydana gelen bir zarar varsa, sorumluluk kalkar. Ancak umulmayan hal kusursuz sorumluluğa etki etmez ve idareye yüklenen bir kusur olmasa bile zararın doğrudan sebebi idarenin sahip olduğu bir şey veya bir etkinliktir.<sup>255</sup>

Mücbir sebebin olayın meydana geleceğinin önceden tahmin edilemeyeceği, o güne kadar hiç bilinmeyen, görülmemiş, rastlanmamış, bu sebeple de öngörülemeyen ‘öngörülemezlik’ unsuru yönünden, aynı tür ve şiddetteki olayın daha önce de aynı yerde görülmüş olması, olayın mücbir sebep olarak nitelendirilmesini önler. Bu husus, mücbir sebebin nispiğinden kaynaklanmakta olup, olay meydana geldiği yerin ve zamanın özelliklerine göre mücbir sebep niteliği alabilir yahut almayabilir.<sup>256</sup> Keza Fransız Danıştayı yüz sene önce meydana gelmiş bir sel baskının aynı şiddetle tekrarı olan bir selin mücbir sebep niteliği taşımadığına karar vermiştir. Mücbir sebebin bu ilk unsuru bulunsa yani eşi emsali görülmemiş ‘öngörülemez’ nitelik taşıyan bir doğa olayı meydana gelmiş olsa dahi şayet idare böyle bir olayın yaratacağı sonuçlardan, doğuracağı zararlardan kaçınmak için gerekli tedbirleri almamış ise, yine mücbir sebep gerekçesine sığınamayacaktır.<sup>257</sup> Belirtmek gerekir ki doğal afet ile mücbir sebep aynı şey olmayıp doğal afetin mücbir sebep sayılabilmesi için mutlaka yukarıda anlatılan şartları taşıması gerekmektedir.

Mücbir sebep her durumda yani hem hizmet kusuru hem objektif sorumluluk kuramlarının uygulanmasını önleyerek doğmuş olan zararın ödenmesi, tazmin edilmesi yolunu kapattığı için, olaydan zarar gören vatandaş için son derece ağır sonuçlar doğurur. Bu nedenle olayın yanlış bir değerlendirme ile mücbir sebep kabul edilmesi son derece adaletsiz sonuçların doğmasına yol açabilecektir.

İdarenin kusuru yönünden, idare aslında öngörebileceği, elindeki geniş bilgi, belge ve olanaklarla öngörmesi gereken bir olayı öngörmemişse, esasen kusurlu sayılmaktadır. Ancak şu noktanın gözden kaçırılmaması gerekmektedir, öngörme veya öngörebilme eğer idare için zararı önleme ya da hiç değilse zarardan tamamen veya kısmen kaçınılabilme olanağı yaratıyorsa bir kusurun varlığına yol açar. Gerçekten ilk bakışta mücbir sebep gibi görünen

<sup>254</sup> Çınarlı, 2013:252.

<sup>255</sup> Atay ve Odabaş, 2010:209.

<sup>256</sup> Özey, 2002: 775.

<sup>257</sup> Oytan, 1999: 11-12.

olaylardan idarenin sorumluluğu daha çok önlenemezlik veya kaçınılamazlık unsurunu ilgilendirmektedir.<sup>258</sup>

Deprem sebebi ile hastanede tedavi görmekte olan bir hastanın, hastanenin yıkılması sebebiyle yaralanması yahut hayatını kaybetmesi durumda hastaneye ait bir hizmet kusurundan bahsetmek mümkün olmayacaktır. Ancak somut olaya bakıldığında, hastanenin yıkılmasında hastanenin yapımından kaynaklı bir hata var ise idarenin sorumluluğu gündeme gelecektir.<sup>259</sup>

#### 2.2.4. İlliyet Bağının Olmaması Veya Kesilmesi

Bütün sorumluluk dallarında geçerli bir kural olan illiyet bağı, idarenin sorumluluğunda da geçerlidir ve idarenin zarara neden olduğu belirtilen davranışı ile hastanın zararı arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır. Yaşamın olağan akışı ve genel yaşam tecrübelerine göre, eğer zarar görücü fiil ve davranış olmasaydı o zararın meydana gelmeyeceği kesin bir şekilde söylenebiliyorsa zarar ile davranış arasında uygun illiyet bağı olmadığı söylenebilir.<sup>260</sup> Zira zarar idari davranış sonucu olmayıp da olayların normal akışı içinde beklenmeyen bir sonuç niteliğinde ise illiyet bağı yoktur.<sup>261</sup>

İlliyet bağının varlığı da çoğu zaman bilirkişi raporlarıyla ortaya konulabilen teknik bir durumdur. Nitekim bir mahkeme kararında „illiyet bağını ortaya koyacak tespitlere yer verilmeyen rapor eksik bulunmuştur.”... İdare Mahkemesi tarafından (Diyarbakır 2. İdare Mahkemesi'nin 17/03/2009 günlü, E. 2005/124; K. 2009/298 sayılı kararı) hükme esas alınan Cumhuriyet Savcılığı'na sunulan Adli Tıp 1. İhtisas Kurulu Raporu'nun sonuç kısmında; " 09.04.2004 tarihli olayla (silah yaralanması) beyin kanaması arasında illiyet bağı kurulamadığı " ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere sunulan raporda, sunulan sağlık hizmetinin tıp kurallarına uygun olup olmadığı yetersiz düzeyde incelenmiş ve değerlendirilmiştir. Oysa ki, öncelikle hekim uygulamasının tıp kurallarına uygun olup olmadığının irdelenmesi yanında, idarenin araç/gereç/cihaz eksikliği, teşkilatı yetersiz kurması yahut tıbbi ameliyedeki organizasyon eksikliği nedeniyle tedavide aksamaya yol açması da bir tür hata olarak nitelendirilmekte, İdarenin sunduğu sağlık hizmetinin gereği gibi işlememesini ifade etmektedir. Bu durumda tıbbi ameliye kapsamında dahil edilemeyecek bir takım bakım, gözetim ve diğer yan yükümlülüklerin hiç veya gereği gibi yapılmaması nedeniyle oluşacak zararlarda, İdarenin sorumluluğundan söz edilebilecektir. Durum böyle olunca Adli Tıp 3.

<sup>258</sup> Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, 1980:54.

<sup>259</sup> Hızal ve Çınarlı, 2015:170.

<sup>260</sup> Özay, 2002: 771.

<sup>261</sup> Gökcan, 2017:1066.

İhtisas Dairesi tarafından hazırlanan raporda, açıklanan hususların dikkate alınmayarak İdarenin kusurlu olup olmadığı noktasında ayrıca bir inceleme yapılmaması da önemli bir eksiklik olarak görülmüştür...”<sup>262</sup>

İdarenin bir zarardan dolayı sorumlu tutulabilmesi için idari davranış ile zarar arasında illiyet bağı kurulması şarttır. Nedensellik bağının kesilmesinden dolayı idarenin tamamen sorumsuz tutulabilmesi için illiyet bağının tamamen yabancı bir etkenden dolayı kesilmiş olması gerekmektedir.<sup>263</sup>

Sorumluluk için illiyet bağının varlığı temel unsurdur. İlliyet bağı, haksız eylem sonucu ortaya çıkan zarar ile eylem arasındaki bağlantı, yani sebep sonuç ilişkisidir. Zarar bu eylem sonucu olarak ortaya çıkmış olmalıdır. Mevzuatımızda illiyet (nedensellik) bağının bir tanımı yapılmış değildir. Öğretide ise farklı kuramlar ileri sürülmüş olup Türk hukukunda geçerli olan görüş ‘uygun illiyet bağı teorisi’dir.’ Birinci olayın, zararın ortaya çıkmasını önemli derecede ve objektif olarak arttırmış olması yeterlidir ve uygun nedensellik bağının gerçekleşip gerçekleşmediğini hakim belirleyecektir. İlliyet bağı, maddi olgu ve hukuksal nedensellikten oluşur<sup>264</sup>

Mahkemece ölümün ölen kişinin kendisinde var olan sebeplerden kaynaklandığından, sağlık hizmeti ile ölüm arasında illiyet yokluğundan idarenin sorumlu tutulamayacağına karar verilmiştir.”... olay tarihinde görevli sağlık personelleri tarafından müteveffa hakkında belirlenen tedavi ile gerçekleştirilen uygulamaların tıp kurallarına uygun bulunduğu, müteveffa B. O.'nun 23/05/2009 tarihinde meydana gelen ölümünün kendisinde mevcut nedenlerden kaynaklandığı, dolayısıyla müteveffanın ölümünde davalı idareye yüklenebilecek herhangi bir kusur olmadığı gibi davacıların müteveffanın ölümü neticesinde uğradıkları zarar ile davalı idare tarafından yürütülen sağlık hizmetleri arasında uygun bir illiyet bağının da bulunmadığı anlaşıldığından; davacıların uğradıkları iddia olunan maddi ve manevi zararlardan davalı idarenin sorumlu tutulmasına olanak bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddi yolunda karar...”<sup>265</sup>

Hukuk, nedensellik zincirinde yer alan her nedeni sorumluluğun tesisi için yeterli görmemekte olup bir kişiye sorumlu olduğu eylemin tüm sonuçlarını yüklemek mümkün olmadığı gibi bu durum adalet anlayışına da uygun düşmeyecektir. Bu nedenle olayların doğal akışına ve hayat deneyimlerine uygun olarak mevcut zararı doğuracak nitelikteki eylemin

<sup>262</sup> Dan. 15.D, T. 24.12.2015, E. 2013/3956, K. 2015/2913, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

<sup>263</sup> Ersöz, 2016:289.

<sup>264</sup> Kıcalıoğlu, 2011:158.

<sup>265</sup> Aydın I. İdare Mahkemesi, T. 04.01.2019 , E. 2018/354, K. 2019/3, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

zararla arasında illiyet bağı olduğu kabul edilir. Uygun illiyet bağı, somut olayda gerçekleşen türden bir sonucu, olayların normal akışı ve hayat tecrübelerine göre, mahiyeti ve ana temayülü itibariyle meydana getirmeye genel olarak elverişli olan ve bu türden bir sonucun gerçekleşme ihtimalini objektif olarak arttırmış bulunan zorunlu şartla söz konusu sonuç arasındaki bağı, hayat tecrübelerine, işlerin normal akışına göre, hukuka aykırı davranışla ilgili olduğu ve onun sonucu kabul edilebilen sonuçlara denir.<sup>266</sup>

Çoğu kez idari davranış ile zarar arasında yukarıda anlatılan şekilde bir nedensellik bağı bulunup bulunmadığı teknik bir uzmanlık ve bilgi ile saptanabilmektedir. Bu gibi hallerde bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle nedensellik bağının olup olmadığı hususu saptanmalıdır.<sup>267</sup>

Danıştayca, Adli Tıp raporundan faydalanılarak kusur ve illiyet tespiti yapılmaktadır. "...Bakılmakta olunan davada, davacının her iki göz kapağındaki düşüklük şikayetiyle yaptığı başvuru nedeniyle davalı idarece, 17.05.2012 tarihinde "Bilateral bitoz cerrahisi" ile yapılan operasyon sonrasında davacının göz kapağının yukarı kalkması (overconnection) nedeniyle göz kapaklarının tam kapanmaması ve görme bozukluğu olduğu görülmüştür. Pitozis düzeltme operasyonunu icra edecek bir uzmanın göz kapağını ne kadar yukarı kaldırması gerektiğini öngörmesi uzmanlığının bir gereği olmalıdır. Operasyon sonrası göz kapağının kapanamayacak bir şekilde yukarı kalkması öngörülemez veya öngörülse bile önlenemeyecek olan bir sonuç değildir.

Öte yandan, yapılan operasyonun birden fazla aşamalı olmayıp tek süreçte sonlandırılabilen bir operasyon olması nedeniyle adli tıp kurumunca ikinci bir müdahale ile giderilebilecek olunmasının, durumu bir komplikasyon olmaktan çıkardığı da tartışmasızdır. Bu durumda operasyonda göz kapaklarına yapılan müdahalenin tıbbi standart dışına çıkılarak cerrahi müdahalenin kusurlu yapılması nedeniyle olduğu açık olup anılan tıbbi olumsuzlukların hizmet kusuru kavramının niteliği dikkate alındığında komplikasyondan öte, gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesi ve meslekte acemilikten doğduğu sonucuna varılmıştır..."<sup>268</sup>

İdari yargıda geçerli olan re'sen araştırma ilkesi uyarınca, açılan tam yargı davalarında idari yargı yeri, zarar ile davranış arasındaki illiyet bağının bulunduğunu ispat etmek amacıyla, bilirkişi incelemesinin yanı sıra zarara neden olduğu iddia edilen davranışla ilgili her türlü bilgi, belge, varsa ceza ya da adli yargı kararlarından yararlanır. Eğer, kamu

<sup>266</sup> Evren, 2009:92.

<sup>267</sup> Günday, 2011:384.

<sup>268</sup> Dan. 15.D, T. 10.03.2016, E. 2015/8936, K. 2016:1604, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).



hizmetinin rutin işleyişine ve o zamana kadarki idari tecrübelerle göre söz konusu idari eylem ya da işlem, somut olayda gerçekleşen türden bir zararı, niteliği itibarıyla meydana getirmeye elverişli ise ya da en azından, zararın doğumuna veya artmasına katkıda bulunmuşsa, davranış ile zarar arasında uygun illiyet bağı kurulmuş demektir.<sup>269</sup>

Zararın idarenin eylem ya da işlem niteliğindeki bir davranışından doğmamış olması yani illiyet bağının bulunmuyor olması idarenin tazminatla yükümlü tutulmasını engeller. Anayasa'nın 40/2.<sup>270</sup> ve 129/5.<sup>271</sup> maddeleri çerçevesinde kamu görevlilerinin üçüncü şahıslara vermiş oldukları zararlar bakımından da aynı durum söz konusudur.

### 2.2.5. Mevcut Bir Zararın Olmaması

İdarenin sağlık hizmetlerinden kaynaklı sorumluluğun varlık nedenlerinden bir tanesi olan zarar, idarenin sorumluluğunun ön şartı niteliğindedir.<sup>272</sup> Zarar, bir kimsenin mal varlığında kendi isteği dışında oluşan azalma olarak tanımlanabilir.<sup>273</sup>

İdarenin sorumluluğundan bahsedebilmek için ortada bir zarar olması gereklidir ve bu zarar şu özellikleri taşımalıdır: ortada bir zarar olmalıdır, zarar gerçekleşmiş olmalıdır, zarar kesin olmalıdır, zarar hukuken korunan bir menfaate yönelik olmalıdır., zarar parayla ölçülebilir nitelikte olmalıdır, zarar özel olmalıdır ve zarar anormal olmalıdır. Zararın özel ve anormal olma şartları yalnızca kusursuz sorumluluk için aranırken geri kalan beş şart hem kusurlu hem kusursuz sorumluluk için geçerlidir.<sup>274</sup> Zararın özel olması, belli kişilerin zarardan etkilenmesi anlamına gelmekte olup eğer zarar genel nitelikte ve bir kamu külfeti olarak ortaya çıkıyorsa idarenin kusurlu sorumluluğundan bahsedilemeyecektir.<sup>275</sup>

Yargı yerleri, illiyet mevcut olmasına rağmen, somut ve gerçekleşmiş bir zarar mevcut değilse, tazminat talebini reddetmektedir. "...Maddi tazminat talebi yönünden; dava dosyasında yer alan bilgi ve belgelerin incelenmesinden, davacılarından A. R.'nin ilk ameliyatı sonucu karnında unutulmuş klempin davacının mevcut rahatsızlığının teşhis ve tedavisine herhangi bir olumsuz etkisinin olmadığı, yapılan 2.ameliyatın ise bahse konu yabancı cisimden kaynaklanmayıp mevcut rahatsızlığının gereği olarak yapıldığı nitekim bu hususun yukarıda içeriğine yer verilen Adli Tıp raporuyla da ortaya konulduğu ancak aynı raporda unutulmuş yabancı cismin hizmet kusuru oluşturacağı yönünde de görüş bulunduğu dolayısıyla davacı hastanın karnında hizmet kusurundan kaynaklı olarak klemp unutulmuş olsa bile

<sup>269</sup> Akyılmaz vd., 2019:1281.

<sup>270</sup> Anayasa md.40/2, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709.pdf> (erişim tarihi: 08.12.2019)

<sup>271</sup> Anayasa md. 129/5, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709.pdf> (erişim tarihi: 08.12.2019)

<sup>272</sup> Uysal, 2011: 235.

<sup>273</sup> Gözübüyük ve Tan, 2010: 894.

<sup>274</sup> Gözler, 2019:1320.

<sup>275</sup> Gözübüyük ve Tan, 2010: 895.

davacının mevcut hastalığının tedavi sürecine bu kusurun bir etkisinin olmadığı ve davacının tazminat talebine dayanak yaptığı 2.ameliyat ve tedavi süresinin klemp unutulmasından kaynaklanmayıp hastalığın tedavi sürecinin bir gereği olarak yapıldığı anlaşılmaktadır. Bu itibarla, Adli Tıp Kurumu' tarafından düzenlenen rapor da göz önünde bulundurulduğunda davacının ilk ameliyatında karnında klemp unutulmuş olmasının bir hizmet kusuru olduğu ancak bu kusurun davacının görmekte olduğu tedavi sürecinde ve sonrasında maddi anlamda herhangi bir zarar verecek sonuç doğurmadığı kanaatine varılarak davacıya maddi tazminat ödenmesi için gerekli şartlar oluşmadığı sonucuna varılmıştır...’’<sup>276</sup>

Özellikle ifade edilmesi gereken husus, her hukuka aykırılığın zarar olmamasıdır, zira idare hukukunda idarenin sorumluluğu mutlak ve genel değildir. Ayrıca idarenin sorumluluğu yaptırım uygulayıcı olmayıp tazmin edici niteliktedir. Bu nedenle idare zarar meydana getirmeyen salt kusurlu davranışlardan dolayı sorumluluğa mahkum edilemez. <sup>277</sup> İdarenin sorumluluğunun doğabilmesi için her şeyden önce ortada gerçek bir zarar olmalıdır. Nitekim İstanbul Bölge İdare Mahkemesi ölen eş sebebiyle yaşlılık aylığı alan eşin maddi zararı olmadığından davanın reddine karar vermiştir. “...maddi tazminat istemi yönünden; eşinin hayatını kaybetmesi nedeniyle oluşan destekten yoksun kalma zararın tazminin istendiği görülmekle birlikte, Mahkemelerince UYAP sistemi üzerinden yapılan sorgulamada davacı murisinin 05.12.2013 tarihinde hayatını kaybettiği ve bu tarih itibarıyla 93 yaşında olduğu, müteveffanın çalışmadığı ve Sosyal Güvenlik Kurumu'ndan yaşlılık aylığı almakta olduğu, davacının eşinin ölümünden sonra hak sahibi sıfatıyla eşinin yaşlılık aylığından yararlanmakta olduğu görüldüğünden, davacının karşılanması gereken bir zararının bulunmadığından maddi tazminat isteminin reddine....’’<sup>278</sup>

Türk sorumluluk hukukunda zarar genel olarak malvarlığındaki azalmayı ifade eder. Buna göre zarar, bir kişinin malvarlığında iradesi dışında ortaya çıkan eksilme olup malvarlığında eksilme şeklinde ortaya çıkabileceği gibi meydana gelebilecek bir artmayı önlemek şeklinde de tezahür edebilir. Yani bir başka ifade ile kişinin malvarlığında meydana gelen eksilme, aktif kısmın azalması şeklinde olabileceği gibi pasif kısmın artması şeklinde de kendini gösterebilir. İdarenin tazmin yükümlülüğü kapsamına, kişinin uğradığı manevi zararlar da girmekte olup, manevi zarar kişinin şahsiyetine yapılmış bir saldırı sonucu duyduğu fiziki ve psişik ıstıraplar olarak ifade edilmektedir. <sup>279</sup> Bir kişinin şahıs varlığı ya da

<sup>276</sup> Elazığ 1. İdare Mahkemesi, T. 06.07.2018, E. 2015/664, K. 2018/270, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

<sup>277</sup> Ersöz, 2016:279.

<sup>278</sup> İstanbul BİM 8.D, T.27.03.2019, E. 2018/1388, K. 2019/409, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

<sup>279</sup> Akyılmaz vd., 2019:1276-1277.

malvarlığındaki eksilme olarak nitelendirilen zarar mağduriyetten farklı bir kavramdır. İdarenin sorumluluğuna ortada bir mağduriyetin değil gerçek bir zararın bulunması yol açar. Yargı yerince ölü doğan cenin sebebiyle destekten yoksun kalma zararı oluşmayacağına karar verilmiştir.”...davacının maddi tazminat istemi değerlendirildiğinde; 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 8. maddesi hükmü incelenip değerlendirildiğinde, yasa koyucunun; çocuğun hak ehliyetini sağ ve tam doğmak koşuluyla anne rahmine düştüğü andan itibaren kazanacağını belirterek anne karnındaki cenine koşullu olarak hak ehliyeti tanıdığı, buna göre ceninin kişiliğinden ve hak ehliyetinden bahsedebilmek için sağ ve tam doğmak koşullarının birlikte sağlanmış olması lazım geldiği, öte yandan; destekten yoksun kalma zararına ilişkin istemlerin yasal dayanağını oluşturan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 53. maddesi uyarınca, ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin zararının karşılanması gerektiği hususunda kuşku bulunmadığı, buna göre, sağ olarak doğmadığı için kişilik kazanamayan ve hak ehliyeti de bulunmayan ceninin ileride davacılara destek olacağına düşünülmesine hukuken imkan bulunmadığı, davacıların destekten yoksun kalma tazminatı isteminin reddi gerektiği...”<sup>280</sup> Buna göre, ölü doğan cenin, hukuk nezdinde kişilik sayılmadığı için ebeveynin destekten yoksun kalma anlamında zararı olmayacaktır.

Ayrıca söz konusu zararın gerçekleşmiş olması gereklidir. Bu da idare hukukunda sorumluluğun müeyyide edici değil tazmin edici olmasından kaynaklanır. Zararın taşınması gereken bir diğer özellik ise kesin olması gerektiğidir. Zararın kesinliğinden bilfiil gerçekleşmiş olması ve gelecekte gerçekleşmesi kaçınılmaz olması anlaşılır. Gelecekte gerçekleşmesi kesin olmayan muhtemel zararlar bu şartı yerine getirmezler. Zararın hukuken korunan bir menfaate yönelik olması ise, idarenin tazminat borcunun doğabilmesi için, zarar gören kişinin bir hakkının veya bir menfaatinin ihlal edilmiş olması gerektiği anlamı çıkmaktadır. Yani, hukuka aykırı ve gayrimeşru durumda bulunan kişilerin uğradıkları zararlardan idare sorumlu tutulmayacaktır.<sup>281</sup> Bunlardan başka, zarar para ile takdir edilebilir türden olmalıdır.<sup>282</sup>

Sağlık hizmetlerinin sunulmasında idarenin mali sorumluluğuna yol açan zararlar, idarenin yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmeti ile ilgili zararlardır ve ortaya çıkan zararın kamu hizmetine bağlanabilmesi gerekmektedir. Bu şart şu anlama gelmektedir, zarar kamu hizmeti teşkilatından; hizmeti yerine getirmek için yapılan faaliyetten; hizmeti yerine getiren kamu görevlilerinin hizmetin yürütülmesindeki kişisel kusurlarından; hizmete tahsis

<sup>280</sup> İstanbul BİM 8.D, T. 06.03.2019, E. 2018/1268, K. 2019/354, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

<sup>281</sup> Gözler, 2019:1320-1330.

<sup>282</sup> Akyılmaz vd., 2019:1279.

edilen tesislerden; hizmet araç-gereçlerinden; idarenin hizmet araç-gereçleri ve hizmet emlakı ile ilgili bakım, onarım, denetim yükümlülüklerini yerine getirmemesinden; sonuç olarak teşkilat, personel ve faaliyet olarak kamu hizmetinden kaynaklanması gerekmektedir.

”... davacılarından S. U.'nun hastaneye müracaatı üzerine Dr. C. Ö. tarafından yapılan muayene neticesinde, iri bebek tanısı konularak hastanın operasyona alınması yönünde kanaat bildirildiği, İzmir Ege Doğum ve Kadın Hastalıkları Eğitim ve Araştırma Hastanesi 4. Kadın Doğum Hastalıkları Klinik Şefi Doç. Dr. C. E. T. tarafından tanzim edilen 19.01.2009 günlü raporda; iri bebek tanısı konulan hastalar için sezaryen yapılması gerektiği yönündeki tespitler göz önüne alınarak, S. U.'nun sezaryen yöntemle doğuma alınması gerekirken normal doğuma alınmasının tıp kurallarına aykırı olduğu ve bu durumun ağır hizmet kusuru oluşturduğu sonucuna varıldığı gerekçesiyle; olaydan duyulan acı ve üzüntünün karşılığı olarak, 50.000,00 TL manevi tazminatın davacı H. U.'ya, 50.000,00 TL manevi tazminatın da S. U.'ya ödenmesi, fazlaya ilişkin taleplerin ise reddi ile olayda hizmet kusuru bulunmakla birlikte davacılar tarafından uğranıldığı iddia edilen maddi zararın herhangi bir bilgi ve belgeye dayandırılmadığının görüldüğü gerekçesiyle, maddi tazminat isteminin reddi yolunda karar verilmiştir...”<sup>283</sup>

Danıştay tarafından, personelin kusurunun idarenin kusurunu ortadan kaldırmayacağı, ancak bu sebeple ödenen tazminatın indirim sebebi yapılacağına hükmedilmektedir. ”...Mahkemece, ameliyatı yapan Dr.H. K.'nin 4/8 oranında kusurlu olduğu ve bu kusura tekabül eden tazminatın adli yargı yerinde Hasan Kaynak'tan tahsil edildiği, özel bir tıp merkezi sahibi olan Dr. İ. S.'nin ise 2/8 oranında kusurlu olduğu tespit edilmiştir.

Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulunun, 28.05.2010 tarih ve 2797 sayı raporunda, 8/8'lik oranın her bir bireyin olaydaki kusuru için geçerli olduğu, olaydaki toplam kusur için geçerli olmadığı, tıbbi uygulama alanında da yapılan hata, özensiz davranış, beceri eksikliği gibi durumlarda bir eksiklik ortaya çıktığında sağlık personelinin bu zararın ortaya çıkışındaki hata düzeyini gösterdiği, 8/8'lik oranın bölünmesinin gerekmediği yönündeki görüşü dikkate alındığında, davalı idare ajanının kusurunun ve bu kusuru oranında ödediği tazminat miktarının davalı idarenin kusurunu ortadan kaldırmayacağı gibi davalı idareye karşı açılan tazminat davasında, kişisel kusur nedeniyle yapılan ödemelerin ancak indirim sebebi yapılacağı açıktır...”<sup>284</sup>

<sup>283</sup> Aydın 1. İdare Mahkemesi, T. 16.04.2014, E. 2010/259, K. 2014/429, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

<sup>284</sup> Dan. 15.D, T. 01.04.2014, E.2013/3388, K.2014/2266, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

Zarara neden olan davranış idare dışında, idare ile ilgisi olmayan kişilerce yapılmışsa; zarar idarenin dışında idare ile, bir şirkette ya da diğer bir özel hukuk tüzel kişinin nam ve hesabına çalışan, dolayısıyla hiçbir şekilde idarenin denetimi ve gözetimi altında olmayan bir kamu görevlisince gerçekleştirilmiş ise zarara neden olan davranışın kamu hizmeti ile ilgisi bulunmuyor demektir.<sup>285</sup>

“... tıbbi uygulamayı yapan hekim hakkında adli yargıda açılan ceza davası neticesinde kadının ölümüne neden olan rızaya bağlı çocuk düşürtme suçunu işlediğinin Mahkeme kararıyla da sabit olduğu, ölen D. A. Ö. doktor tarafından özel muayenehanesinde muayene edildikten sonra muayenehanesinde yapması gereken cerrahi müdahaleyi hastaneye taşıdığı, diğer bir ifade ile, ameliyatın doktorun yıllık izinde olduğu kamu hizmeti sunucusu olmadığı bir zamanda yapıldığı ve ameliyat için Hastane Başhekimliğine herhangi bir bilgi verilmediği, dolayısıyla, idare ajanının izinde olduğu dönemde, idaresine haber verilmeksizin gerçekleştirilen ve konusu suç teşkil eden (gebelik süresi 10 haftadan fazla olan ceninin alınması) cerrahi müdahaleden idarenin sorumlu tutulamayacağı, diğer bir ifade ile, zararın kamu görevlisinin kamu gücünden aldığı yetkisini kullanırken meydana gelmediği, böylece, doktorun eylemi ile meydana gelen zarar arasında idare bakımından uygun illiyet bağının bulunmadığı, yani doktorun kişisel kusurunun bulunduğu, dolayısıyla, idarenin hizmet kusurunun bulunmadığı ve olayın idare açısından tazmini gerektirir bir yönünün bulunmadığı sonucuna ulaşılmış, Öte yandan, kişisel kusur nedeniyle adli yargıda ilgililer hakkında maddi manevi tazminat davası açılabileceği de açık olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir...”<sup>286</sup> Bu olayda her ne kadar zararın sebebi sağlık personelinin hukuksuz davranışı ise de anılan personelin görev yerinde ve görev sıfatını kullanarak bu operasyonu yaptığı/yapabildiği dikkate alınır, Anayasa'nın 129/5. maddesi uyarınca idarenin sorumluluğu birincil sorumluluk olup kişisel kusur olarak değerlendirilmesi Anayasa hükmüyle bağdaşmamaktadır.

### 2.2.6. Önlenemezlik (Komplikasyon)

Komplikasyon kavramı tıbbi anlamıyla; vücut üzerinde bir hastalığın veya dış tesirin (travma, ameliyat, ilaç uygulaması vb.) yol açtığı diğer bir hastalık ya da arıza, hastanın ya da doktorun neden olmadığı ancak olması tıbbi standartlara göre muhtemel, beklenen ancak istenmeyen yan olay, yan etki ya da sonuç olarak tanımlanmaktayken; hukuki anlamda tıp bilimi ve mesleğinin verilerine uygun davranılmasına ve ortaya çıkmaması için gereken

<sup>285</sup> Akyılmaz vd., 2019:1280.

<sup>286</sup> Sivas İdare Mahkemesi, T. 03.02.2010, E. 2009/535, K. 2010/129, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

önlemler alınmasına karşın , tıbben benzer girişimlerde meydana gelme olasılığı kabul edilen, ancak kişinin sağlığı bakımından tıbbi girişimin gerekli görülmesi nedeniyle göze alınan (veya bu nedenle izin verilen) riskler, diğer bir anlatımla tedavi yönteminin arzu edilmeyen ve hasta vücudu veya sağlığı bakımından patolojik nitelikteki riske bağlı sonuçları olarak ifade edilmiştir.<sup>287</sup> Başka bir anlatımla komplikasyonu tıp biliminin verilerine uygun davranılmasına karşın, kaçınılamayan veya önlenemeyen olumsuz neticeler olarak tanımlayabiliriz. Diğer bir ifadeyle komplikasyon tedavi edilen hastalığa eklenen ve tabloyu ağırlaştıran ikincil bir hastalıktır. <sup>288</sup>

Yargı kararlarında komplikasyon tanımı yapılmış olup bu tanım pek çok kararda kullanılmıştır. ”... Bu noktada tıbbi standart kavramına açıklık getirilmelidir. Tıbbi standart kavramı ile, tıp ilminin genel olarak tanınip kabul edilmiş meslek kuralları kastedilmektedir. Tıbbi standart ihlali değişik şekillerde gerçekleşebilir; teşhis, tedavi (endikasyon eksikliği, yanlış tedavi yönteminin seçimi) ve müdahale sonrası bakım yönetimi bunlardan bazılarıdır.

Komplikasyon ise, tıbbi girişim sırasında öngörülme, öngörülse bile önlenemeyen durum, istenmeyen sonuçtur; ancak bunun bilgi ve beceri eksikliği sonucu olmaması gerekir. Bu tanıma göre, hekimin tıbben kabul ettiği normal risk ve sapmalar çerçevesinde davranarak gerekli dikkat ve özeni göstermesine rağmen ortaya çıkan istenmeyen sonuçlardan yasal olarak sorumlu olmayacağı belirtilmektedir. Hasta tıbbi uygulama sırasında ve sonrasında kusur olmadan da oluşabilecek istenmeyen sonuçları, komplikasyonları bilirse ve uygulamaya onay verirse tıbbi müdahale hukuka uygun olur. Hastada oluşan zararlı sonuç öngörülemiyor ve önlenemiyorsa veya öngörülebilse bile (hastanın yeterince aydınlatılmış, onayı alınmış olması ve uygulamada kusur olmaması şartı ile) önlenemiyorsa bu durumun komplikasyon olarak kabulü gerekmektedir. Bu durumda da tıbbi standartlardan sapılmaması, mesleki tecrübe kurallarına riayet edilmiş olmalıdır. Ayrıca meydana gelen komplikasyon sonrası süreçte de uygulanan teşhis ve tedavinin tıp kurallarına uygun olması gerekmektedir. Bu noktada komplikasyon sonrası yönetim süreci de hizmet kusurunun varlığının belirlenmesinde önem göstermektedir...”<sup>289</sup>

Tıbbi müdahale sonrası ortaya çıkan komplikasyonlar hücre kanlanması, kemik kırılmaları, enfeksiyonlar, felçler, trombozlar (kan pıhtılaşmaları), emboliler (damar tıkanıklıkları), dengesizlik ve kararsızlıklar, yara tedavisi arızaları, iç organ zedelenmeleri, bağırsak tıkanması, cerrahi komplikasyonlar gibi sıralanabilmekle beraber bu sayılan olası

<sup>287</sup> Gökcan, 2017:276-277; Günday, 2012:116.

<sup>288</sup> Akyıldız vd., 2013:110.

<sup>289</sup> İzmir BİM 6.D, T. 14.03.2018, E. 2017/2073, K. 2018/397, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

tipik riskler, önceden kesin ve mutlak surette belirlenmiş sınırlı ve soyut tıbbi olgular olarak her zaman bir sorumsuzluk nedeni olarak kabul edilemez.<sup>290</sup>

Tıp hukukunun çok temel konularından birisini malpraktis-komplikasyon ayrımı oluşturmaktadır. Malpraktis nedeniyle sorumluluk doğmaktayken, komplikasyonlar nedeniyle sorumluluğun ortadan kalkacağı kabul edilmektedir. Buradaki sorun ise neyin komplikasyon sayılacağı ve bu ayrımın nasıl yapılacağıdır. Tıp mesleği mensupları bir tıbbi müdahalenin öngörülebilir sonuçlarını da komplikasyon olarak kabul etme eğiliminde olmakla beraber hukukçular, ancak bu sonuçların meydana gelmesinde sağlık çalışanına yüklenebilecek bir kusur varsa, komplikasyon olarak kabul etmemektedir. Mahkeme önüne gelen bir olayda olayın komplikasyon olup olmadığı meselesi tıbbi bilirkişi tarafından yapılacak bir belirlemedir.<sup>291</sup> Tıbbi komplikasyon- malpraktis ayrımı yapılması sırasında karşılaşılan zorluklar sebebiyle, bu ayrımın her bir somut olayın özel koşullarına göre belirlenmesi gerekir.<sup>292</sup>

Nitekim, Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi kararında kusur ve illiyetin tespitinin bilirkişi raporuna göre yapılabileceği belirtilmiştir. "...tüm tıbbi bilgiler birlikte değerlendirildiğinde, dava konusu olayda kişiye gluteal bölgeden intramuscular enjeksiyon yapıldığının belirlendiği, enjekte edilen ilaçların doku içi yayılımı ile sinir hasarına neden olabileceğinin tıbben bilindiği, enjeksiyonların tekniğinin uygun yapılması durumunda da daha önceden öngörülmeyecek ve önlenemeyecek arazların ortaya çıkabileceğinin tıbben bilindiği ve bu durumun, her türlü tıbbi özene rağmen oluşabilecek herhangi bir kusur ve ihmalden kaynaklanmayan komplikasyon olarak nitelendirildiği, enjeksiyonun yapılış tekniği ve uygulanan bölgenin uyumsuzluğu yönünden tıbbi bir delil de tanımlanmadığından, tüm bulgular birlikte değerlendirildiğinde, enjeksiyonu uygulayan sağlık personeline ve enjeksiyon yapılma talimatı veren ilgili hekime herhangi bir kusur izafe edilemediği, yapılan tıbbi işlemlerde ve tedavi sürecinde bir kusur bulunmadığı..." görüşüne yer verildiği, hükme esas alınan rapor dikkate alındığında, ortaya çıkan zararlar illiyet bağı kurulabilecek ve davalı idareye atfedilebilecek bir hizmet kusuru tespit edilemediği görüldüğünden, kusurlu veya kusursuz sorumluluk ilkeleri uyarınca idarenin sorumluluğu cihetine gitme olanağı bulunmadığı" gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir...<sup>293</sup>

Malpraktis, özgün bir hukuki terim olup hekim ya da diğer sağlık personelleri tarafından yapılan hataları kapsamaktadır ve bunların içinde hatalı tanı, yanlış tedavi, tanı

<sup>290</sup> Demir, 2018: 85.

<sup>291</sup> Hakeri, 2014: 23-27.

<sup>292</sup> Demir, 2018: 87.

<sup>293</sup> Gaziantep BİM 3.D, T. 09.05.2018, E. 2018/6768, K. 2019/242, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

koymada gecikme, tanı koymada başarısızlık, cerrahi hatalar, tıbbi hatalar veya değişik tipte ihtimaller vardır. Sonuç itibariyle malpraktis, sağlık çalışanının kendi alanının gerektirdiği yeterlilik, sorumluluk ve ustalık standartlarını karşılayamamasıdır.<sup>294</sup> Komplikasyon ise hukukta “izin verilen risk” olarak tanımlanmakta olup doktorun hastada bir tedavi neticesinde zarar oluşturması ve bu zararın önceden bilinip ancak sonucun istenmemiş olması ya da olmaması için gerekli özen ve ihtimamın gösterilmiş olması gerekir.<sup>295</sup> Komplikasyon ile malpraktis arasındaki çizgi, bilirkişilik müessesesi ile cevaplandırılabilir.

Sağlık hizmetlerinin sunulmasında kural zarar vermeden, hastanın durumunu kötüleştirmeden sağlık hizmeti vermek olup ‘zarar verme (riski artırma)’ yasağı söz konusudur. Fakat kimi durumlarda belirli bir yöntemin tedavi edici özelliği dolayısıyla uygulanması, bazı risklerine karşın tıbben cevaz verilen bir uygulama olarak kabul edilmektedir. Diğer bir deyimle tıbben izin verilen risk olarak da adlandırılan komplikasyonların meydana gelme olasılığına karşın, uygulanacak yöntemin sağlayacağı yararlar karşısında tıbbi girişim hukuken göze alınmakta ve bu nedenle ortaya çıkan zararlı sonuç tıbbi hata olarak kabul edilmemektedir.<sup>296</sup>

Sakarya 2. İdare Mahkemesi tarafından Adli Tıp raporunda zarar sebebinin komplikasyon olarak tespiti esas alınarak kusur yokluğundan davanın reddine karar verilmiştir. ”... M. S.'ye uygulanan teşhis, tanı ve tedavi sürecinde davalı idarenin ve ilgili doktorun herhangi bir hizmet kusurunun bulunup bulunmadığının tespiti için Adli Tıp Kurumu Başkanlığı aracılığıyla bilirkişi incelemesi yaptırılmasına karar verildiği, Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Kurulu tarafından hazırlanan 08/05/2015 tarih ve 2913 karar sayılı raporda özetle; " kişiye gluteal bölgeden intramüsküler enjeksiyon yapıldığının anlaşıldığı, enjekte edilen ilaçların doku içi yayılımı ile sinir hasarına neden olabileceklerinin tıbben bilindiği, bu durumun enjeksiyonların tekniğine uygun yapılması durumunda da daha önceden öngörülemez ve önlenemez arazlara sebep olabileceği, bu durumun her türlü özene rağmen oluşabilecek herhangi bir kusur ve ihmalden kaynaklanmayan komplikasyon olarak nitelendirildiği, enjeksiyonun yapılış tekniği ve uygulanan bölgenin uyumsuzluğu yönünden tıbbi bir delil de tanımlanmadığından, tüm bulgular bir bütün olarak değerlendirildiğinde, enjeksiyonu uygulayan sağlık personeline ve enjeksiyon yapılma talimatı veren ilgili hekime herhangi bir kusur izafe edilemediğinin" belirtildiği, söz konusu rapor ve dosya içeriğindeki belgelerden yola çıkarak meydana gelen olayın komplikasyon olduğu ve idarenin hizmet

<sup>294</sup> Özgönül, 2010:6.

<sup>295</sup> Günday, 2009:115.

<sup>296</sup> Gökcan, 2017:278.



kusuru bulunmadığı gerekçesiyle davanın maddi ve manevi tazminat talebi yönünden reddine karar verilmiştir...”<sup>297</sup>

Komplikasyonun varlığı halinde idarenin sorumluluğunun ortadan kalkacağı kabulü ile beraber, komplikasyona karşı önlem alınmaması, iyi yönetilememesi, fark edilmemesi, ilaç kullanımına bağlı komplikasyonlarla ilacın reçetelendirilmesi veya kullanımına bağlı hekimin kusurunun olup olmadığı gibi hususların değerlendirilmesi gerekmektedir.

Adli Tıp raporlarında hemen her vakada komplikasyon tespiti yapma eğiliminin ağır bastığı görülmektedir. Danıştay 10. Dairesince, Adli Tıp tarafından komplikasyon tespiti yapılan bir ihtilafta komplikasyonun tanımını yaptıktan sonra, ameliyatı yapan ekibin mesleki vasfının ameliyat öncesi hazırlıkların ne olduğunun ameliyat sırasında tedbirlilik adına standart uygulamanın ne olması gerektiğinin belirtilerek somut olayda bunlara uyulup uyulmadığını tespitinin yapılması gerektiğine karar verilmiştir.”... Komplikasyon ise, tıbbi girişim sırasında öngörülme, öngörülse bile önlenemeyen durum, istenmeyen sonuçtur; ancak bunun bilgi ve beceri eksikliği sonucu olmaması gerekir. Bu tanıma göre, hekimin, tıbben kabul edilen normal risk ve sapmalar çerçevesinde davranarak gerekli dikkat ve özeni göstermesine rağmen ortaya çıkan istenmeyen sonuçlardan sorumlu tutulamayacağı açıktır. Dosyada yer alan Adli Tıp Kurumu raporunda fasial sinirin ameliyatta tam kat kesildiği, aynı ameliyatta sütüre edildiği belirtildikten sonra yüz felcinin koklear implant ameliyatlarında nadir görülen bir komplikasyon olduğu belirtilerek ilgili sağlık çalışanlarına kusur atfedilmemiştir. Raporda söz konusu ameliyat uygulamasına yönelik tıbbi standartların ne olduğu, bunlara uyulup uyulmadığı konusunda olaya özel ve somut bir değerlendirme yapılmadan soyut, genel ifadelerle literatür bilgisi verilerek sağlık çalışanlarına kusur atfedilmediği görülmektedir. Koklear implant yerleştirme ameliyatlarının hangi uzmanlar tarafından yapıldığı, davacının ameliyatını yapan ekibin bu konuda yeterli tıbbi yeterliliğe sahip olup olmadığı, 03.01.2013 tarihli ameliyat notunda " posteriör timpanotomi sırasında fasial sinirin anterior (ön) yerleşimli olduğu ve tam kat kesildiği görüldü." ifadesi de değerlendirilerek ameliyat öncesi ameliyat bölgesindeki sinirlerin yerinin tespitine yönelik standart olarak yapılması gereken tetkiklerin olup olmadığı olayda ameliyat öncesi gerekli tetkiklerin yapılmış olup olmadığı, ameliyat sırasında sinirin korunması, zarar verilmesinin önüne geçilmesi adına yapılması gereken standart uygulamaların neler olduğu, olayda bu

<sup>297</sup> Sakarya 2. İdare Mahkemesi, T. 22.10.2015, E. 2014/373, K. 2015/981, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

hususlara dikkat edilip edilmediği, sonuç olarak somut olayda gereken her türlü dikkat ve özenin gösterilip gösterilmediği hususlarının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir...”<sup>298</sup>

Komplikasyon geç fark edilmişse, önlemler geç alınmışsa ya da fark edilip önlem alınmasına rağmen bu önlemler yerleşmiş tıbbi standart olarak değerlendirilmezse bu aşamada komplikasyon değil malpraktisten bahsetmek gerekecek; komplikasyon doğru yönetilmediğinden sorumluluk doğacaktır...”<sup>299</sup>

Meydana gelen zarar ile uygulanan tedavi arasında illiyet bağı kurulamamış olsa dahi hizmetin kötü işlediğinin tespiti halinde manevi tazminata hükmedilebilmektedir. Danıştay 15. Dairesince verilmiş bir kararda Adli Tıp raporu uyarınca komplikasyon sonucuna varıldığı, tedavi ile oluşan zarar arasında illiyet bağı kurulamadığından maddi tazminata hükmedilemeyeceği, ancak teşhisteki tutarsızlık nedeniyle hastada derin üzüntü oluşacağından bahisle manevi tazminata hükmedilmiştir.”... Adli Tıp Raporunda davacıda gelişen durumun kortizon uygulamalarının komplikasyonu olarak kabul edilmesi karşısında, idari eylemle zarar arasında nedensellik bağı kurulamadığından maddi tazminata hükmedilmesinin koşulları oluşmamakla birlikte, kortizon uygulamasından önce yan etkilerinin anlatılıp davacıya aylık kontrol önerilmesi gerektiği bilirkişi raporunda Romatoloji Anabilimdalı Başkanının da belirttiği gibi kortizonun 1 ay içerisinde bu yan etkiye başlayacağını bilindiği bu riski ilk tedaviyi veren nöroloji doktorunun hastaya belirterek takibinin sağlanmasının gerektiği, bilirkişi raporunda görüşüne başvurulmuş Fiziksel Tıp ve Rehabilitasyon Anabilimdalında görevli hekim tarafından davacının yaşadığı aseptik femurbaşı nekrozunun kortizon kullanımının bağlı çok nadir görülen bir yan etki olduğu, bu arada ortaya çıkan bel ağrısı nedeniyle İ. Devlet Hastanesi fizik tedavi uzmanı hekim tarafından muayene edilen hastaya bel fıtığı konmuş ve buna uygun tedavi yapılmış olduğu, fizik tedavinin bu hastalığa neden olmayacağı, ve zarar vermeyeceği, daha sonraları hastaya çekilen MR'da bunu destekleyen bulgu olmadığı, bel ağrısı çeken her hastada bel fıtığı olmayabileceği, mekanik nitelikteki bel ağrılarına da fizik tedavi uygulanabileceği, hastada tümör, enfeksiyon enflamasyon bulunmadığı için fizik tedavi ile zarar oluşmayacağı, bu süreçte fizik tedavi uzmanının hastanın aseptik femur başı nekrozuna teşhis koyamamış olmasının bir eksiklik olduğunun belirtildiği hususları da dikkate alınırsa belirtilen bu eksikliklerin yürütülen sağlık hizmetinin gereği gibi işletilmediği konusunda davacıda endişe ve üzüntüye yol açacağından davacının manevi tazminat talebinin, manevi tazminatın zenginleşme aracı olamayacağı ilkesi de

<sup>298</sup> Dan. 10.D, T. 15.04.2019, E. 2019/1201, K. 2009/2884, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

<sup>299</sup> Akyıldız vd., 2013:111.

gözetilerek değerlendirilmesi gerekmektedir...”<sup>300</sup> Bu ihtilafta, aslında Adli Tıp raporunda da teşhiste bir eksiklik olduğu saptanmakla birlikte oluşan zararın kusura dayalı olmadığı, komplikasyon olduğu sonucuna varılmaktadır. Adli Tıp bir nevi sağlık hizmetinin doğasında var olan riski komplikasyon tespitinin dayanağı yapmaktadır.

Sorumluluğun ortadan kalkıp kalkmayacağına dair mesele komplikasyonun malpraktise dönüşüp dönüşmediği hususunda düğümlenmektedir. Tıbbi standartlara uygun davranılmasına karşın meydana gelmesi olası riskler komplikasyon iken, ilgisizlik, bilgi ve beceri eksikliği sonucunda ortaya çıkan zararlı sonuçlar kusur olarak değerlendirilmelidir. Örneğin, steril araçla yapılan cerrahi bir operasyon sonrasında enfeksiyon gelişmemesi için steril pansuman yapılmaması ya da uygun dozda antibiyotiğe başlanmamasında gelişen enfeksiyon hekimin kusuruna dayanmakta iken, hastanın bünyesel özelliklerine bağlı olarak bir ilacın yan etkilerinin ortaya çıkması öngörülebilir olsa dahi önleme olasılığı bulunmuyorsa komplikasyon olarak nitelendirilecek, yine, komplikasyonun ortaya çıkması halinde önlem alınması olanaklı iken özensizlik ve ihmal nedeni ile önlemsiz kalınması yine kusura sebep olacaktır. Uygulanan tedavi yöntemine bağlı olarak ortaya çıkan komplikasyonun hastaya en az zararla ortadan kaldırılması için gerekenin yapılması konusunda da idare ortaya çıkan komplikasyon sebebi ile sorumlu tutulmasa da komplikasyonun onarılmasında kusuru varsa, bu nedenle sorumlu olacaktır.

Cerrahi girişimler, komplikasyonların en yoğun olduğu tıbbi müdahaleler olup diğer taraftan hasta vücudunda gazlı bez unutmak gibi tıbbi kusurların belirli bir orana ulaşması bu tür hataların komplikasyon olarak değerlendirilmesini gerektirmez. Yapılacak tıbbi girişime bağlı olarak meydana gelecek komplikasyonlar konusunda hastanın bilgilendirilmemesi de tıbbi kusur sayılır.<sup>301</sup>

“...Adli Tıp Raporunda M. S.'de gelişen arazın enjeksiyon uygulamalarının komplikasyonu olarak kabul edilmesi ve enjeksiyonun hatalı bölgeye uygulandığına dair dosya içeriğinde delil bulunmaması durumu karşısında, idari eylemle zarar arasında nedensellik bağı kurulamadığından maddi tazminata hükmedilmesinin koşulları oluşmamakla birlikte, enjeksiyon uygulamasından önce risklerin anlatılıp davacıdan yazılı onamın alınmamış olması durumunda, yukarıda aktarılan mevzuat hükümleri uyarınca davacının aydınlatılma ve onay verme hakkının elinden alınmış olacağı ve yürütülen sağlık hizmetinin gereği gibi işletilmediği konusunda davacıda endişe ve üzüntüye yol açacağından davacının manevi tazminat talebinin, manevi tazminatın zenginleşme aracı olamayacağı ilkesi de

<sup>300</sup> Dan. 15.D, T. 06.06.2018, E. 2014/84, K. 2018/5698, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

<sup>301</sup> Gökcan, 2017:276-282.

gözetilerek değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu durumda Mahkemece, davalı idare tarafından M. S.'ye enjeksiyonun sonuçlarının ve olası komplikasyonlarının anlatıldığına ve bu işleme rıza gösterdiğine dair yazılı ve imzalı aydınlatılmış onamının alınıp alınmadığı araştırılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, bu durum araştırılmadan eksik inceleme ile manevi tazminat talebinin tümüyle reddinde hukuka uyarlık görülmemiştir...”<sup>302</sup> Hastanın yeterli düzeyde bilgilendirilmemesi kusur sayılmakla birlikte maddi zarar yönünden nedensellik kurulmamaktadır. Hatta maddi zarardan bağımsız olarak bir nevi manevi zarar yönünden müstakil kusur araştırması yapılmaktadır. İhtilafta, zarar sebebi hatalı enjeksiyon olup, komplikasyon tespiti sebebiyle maddi zarar yönünden dava reddedilirken manevi zarar yönünden yeterli bilgilendirme yapılmaması kusur kabul edilerek manevi tazminata hükmedilmektedir. Oysa, aynı sebep maddi zarar yönünden de kusur sayılıp komplikasyona sığınmadan maddi zararın da tazmini yoluna gidilebileceği düşünülmektedir.

Komplikasyon kimi zaman belli koşulların varlığı halinde oluşabileceği gibi, kim zaman belli koşulların yokluğu şeklinde de gelişebilmekte olup bir olayda idarenin sorumluluğunu ortadan kaldıran hallerden olan komplikasyonun varlığı değerlendirilirken, gelişen olumsuzluğun hastanın kendinden mi, hastanın kişiliğinden mi yoksa tedavinin eksikliğinden mi kaynaklandığı ayırt edilmelidir.<sup>303</sup> Bu hususun doğru saptanması idarenin ‘komplikasyon’u sorumluluktan kurtulma yolu haline getirmemesi açısından önem arz etmektedir. Yargıtay 13. HD. 18.06.2007 tarih, 2007/2916 E. ve 2007/8485 K. numaralı kararında<sup>304</sup> tıbbi girişim sırasında meydana gelen zararın komplikasyon niteliğinde olduğu iddiası hakkında alınacak rapor hakkında, “Anılan rapor, davalıya yapılan tedavi ve uygulanan ameliyat nedeniyle gerekli özenin gösterilip gösterilmediği, bu tip komplikasyonlara hangi sıklıkta ve ne gibi durumlarda rastlandığı, doğabilecek komplikasyonlara karşı hastanın bilgilendirilip bilgilendirilmediği, tedavi ve ameliyatta herhangi bir hata, ihmal olup olmadığı konularında açıklama içermediğinden, olayda davalıların kusurlu olup olmadığının tespitine yeterli değildir. Bu rapora dayanılarak hüküm kurulamaz.” tespiti yapılarak, alınacak raporun içermesi gereken hususları açıklanmıştır.

Bursa 3. İdare Mahkemesi de bir kararında raporu esas alarak: ”... davalı idarenin hizmet kusurunun bulunup bulunmadığının tespiti amacıyla Adli Tıp Kurumuna bilirkişi incelemesi yaptırıldığı, yapılan inceleme neticesinde düzenlenen raporda, kişinin karın ağrısı şikayeti nedeniyle başvurduğu hastanede kendisine apendektomi yapıldıktan sonra yapılan

<sup>302</sup> Dan. 15.D, T. 07.06.2018, E. 2016/1182, K. 2018/5727, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

<sup>303</sup> Akyıldız vd.; 2013:126.

<sup>304</sup> Yarg. 13. HD, T.18.06.2007, E. 2007/2916, K.2007/8485, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

izlemlerde genel durumunun iyi olduğu, taburcu olduğu gün yapılan muayenelerde olumsuz bir durum olmadığı, kişinin ölümüne neden olan güdük kaçığının ameliyat sonrası görülen bir komplikasyon olduğu tanısının konularak uygun tedavi ve takiplerinin yapıldığı, uygulanan ameliyat ve sonrası yapılan takip ve tedavilerin tıp kurallarına uygun olduğu, hekimlere ve sağlık personeline atfi kabil kusur bulunmadığının tespit edildiği, bu durumda olayda hizmet kusurunun bulunmadığının anlaşıldığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir...<sup>305</sup> Bu vakada, ölümle sonuçlanan bir tedavide dahi Adli Tıp tarafından komplikasyon tespiti yapılmış mahkemece de bu tespit yeterli görülerek dava reddedilmiştir.

“...Olayda, Adli Tıp Kurumu raporunda iğnenin doğru yere yapıldığı hususunda bir açıklama yapılmayıp oluşan sakatlık durumunun tıbbi kusur yada ihmalden kaynaklanmayan komplikasyon olarak nitelendirildiği, enjeksiyonun, doğru yere yapılmış olması halinde dahi bu durumun oluşabileceğinin belirtildiği, böbrek rahatsızlığı nedeniyle davalı idareye başvuran davacının ayağından sakat kalmasıyla sonuçlanan tedavi süreciyle ilgili olarak davacının neden sakat kaldığına ilişkin maddi gerçeğe tam olarak hiçbir zaman ulaşamayacağı ve ömür boyu bu hususta kuşku duyacak olması karşısında, sağlık hizmeti sunumundaki bu eksikliklerin sonuca doğrudan etkisi olmasa da davacıdaki elem ve ızdırabı arttıracığı açık olduğundan, davacılar da oluşan elem ve ızdırabı giderecek ve sebepsiz zenginleşmeye yol açmayacak, bununla birlikte davalı idarenin olaydaki kusurunun ağırlığını ortaya koyacak uygun bir tazminata hükmedilmesi gerektiği sonucuna varılmakla...”<sup>306</sup> Burada Mahkemece Adli Tıp raporu kusursuzluk tespiti yaptığı halde yeterli bilgilendirme yapılmaması manevi tazminat yönünden kusur kabul edilmiştir. Bu olayda zarar ve illiyet ihtilafsız olup, zararın sebebi komplikasyon olarak belirtilmiş ve kusur tespiti yapılamadığı için maddi tazminat reddedilmiştir. Manevi tazminat yönünden tedavi yönünden değil bilgilendirme eksikliği yönünden kusur tespiti yapılmıştır. Böylece aynı vakada maddi zarar ile manevi zarar yönünden farklı kusur sebepleri uygulanmıştır. Oysa, komplikasyon kavramı daha dar yorumlanarak aynı kusur tespiti her iki zarar türü için de yapılabilir. Ya da zarar ve illiyetin çok net olduğu durumlarda sağlık hizmetinin doğasında taşıdığı risk sebebiyle idare kusurlandırılmadan risk ilkesi gereği her iki zararında tazmini hakkaniyete uygun düşecektir.

### 2.2.7. Kişisel Kusur

<sup>305</sup> Bursa 3. İdare Mahkemesi, T. 27.12.2012, E. 2010/745, K. 2012/1157, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

<sup>306</sup> Gaziantep BİM 3.D, T. 15.05.2018, E. 2018/1047, K. 2018/2121, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

Sağlık hizmetlerinin sunulması sırasında meydana gelen zararlarda idarenin sorumluluğunu azaltan veya ortadan kaldıran hallerden birisi tıbbi müdahale uygulayan kişinin kendi kusuruyla zararın meydana gelmesine sebep olmasıdır.<sup>307</sup>

Kişisel kusur, kamu görevlilerinin görevlerinin ifasından ayrılabilir nitelikte olan kusurlarıdır.<sup>308</sup>

Kamu personelinin hizmetle ilgili olmayan kusurlu tutum ve davranışları yani ‘saf kişisel kusur’ idarenin sorumluluğuna yol açmamakla beraber, kişisel kusurda idarenin değil ancak kişisel kusuru işleyen kamu görevlisinin haksız fiil esaslarına göre sorumluluğu doğmaktadır. Çünkü, işlenen fiilin kamu hizmetinin görülmesiyle ilgisi bulunmamakta olup idari faaliyet ile kaynaşmışlık söz konusu değildir.<sup>309</sup> Hizmetin tamamıyla dışında kalan kamu personelinin bu tür kusurlarda idarenin sorumluluğu doğmayacaktır.

Yargı yerince personelin (doktorun) hakareti hizmet kusuru kapsamında görülmemiştir. ”... Sonuç olarak, Anayasa’nın 129/5. maddesi ile 657 sayılı Kanun’un 13/1. maddesi gereğince memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken kusurlu eylemleri nedeniyle oluşan zararlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve yasada gösterilen biçim ve koşullara uygun olarak idare aleyhine açılabilir. İdare aleyhine böyle bir davanın açılabilmesi, hizmet kusurundan kaynaklanmış, idari işlem ve eylem niteliğini yitirmemiş davranışlar ile sınırlıdır. Kamu görevlisinin, özellikle haksız eylemlerde, Anayasa ve özel yasalardaki bu güvenceden yararlanma olanağı bulunmamaktadır.... Yukarıda yapılan genel açıklamalar ışığında somut olay ele alındığında; bakılan davanın idarenin hizmet kusurundan dolayı açılan tam yargı davası niteliğinde olmayıp, davacıların 07.04.2012 tarihinde tedavi için gittikleri Atatürk Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesi’nde Dr. Ç. A. tarafından hakarete uğradıklarından bahisle salt kişisel kusur nedeniyle açılan tazminat davası olduğu, dava dilekçesinde de davacılarının ilgili doktorun hakaret etmesinden dolayı Erzurum 2. Sulh Ceza Mahkemesinin 21.05.2014 tarih ve E:2014/185, K:2014/463 sayılı kararıyla cezalandırıldığını belirttikleri ve manevi tazminat istemlerini de anılan ceza davasındaki mahkumiyet kararına dayanak teşkil eden hakaret eylemine dayandırdıkları anlaşılmaktadır. Öte yandan, davanın Atatürk Üniversitesi Rektörlüğü’ne karşı açılmış olmasının da davanın niteliğini değiştirmemektedir.

Bu durumda, Anayasanın 129/5. maddesi gereğince memurların ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken meydana gelen zararlara ilişkin davaların idare aleyhine dava açılabilmesinin, eylemin hizmet kusurundan kaynaklanmış olması koşuluna bağlı

<sup>307</sup> Hızal ve Çınarlı, 2015:172.

<sup>308</sup> Gözler, 2019:1138.

<sup>309</sup> Sancakdar, 2018:201.

bulunması karşısında; dava dilekçesinde sıralanan maddi olgularda manevi tazminat konusunun salt kişisel kusura dayanılması nedeniyle davanın adli yargı yerinde çözümlenmesi gerekir...”<sup>310</sup> Mahkemenin bu tespitine Anayasanın 129/5 maddesi karşısında katılmak mümkün değildir. Çünkü, kamu görevlisinin görev esnasındaki tüm kusurlarından öncelikle idare sorumludur. Hastane ortamında ve doktor-hasta ilişkisi çerçevesinde olan bir olayda hakaret de buna dahil olmalıdır.

Kamu personelinin suç niteliği taşıyan davranışları, yargı kararlarına uymama, kamu görevlilerinin görevlerini yerine getirirken kötü niyetli davranmaları; düşmanlık, siyasi kin, kişisel ihtiras, menfaat elde etmek gibi saiklerle hareket etmeleri ve kamu personelinin açık ve bariz bir şekilde yetkisini aşması gibi çok açık ağır kusurunun olması başlıca kişisel kusur nedenleri olarak sayılabilir.

Kişisel kusur, ister hizmetin içinde ister dışında ama hizmet dolayısıyla veya idarenin kamu görevlisine verdiği araçlar sayesinde meydana gelmiş olsun bunlardan dolayı ortaya çıkan zararlardan ise sadece kamu görevlisi değil idare de sorumludur.<sup>311</sup> İdare kamu görevlisinin kişisel kusuru ile verdiği zararlardan ‘aslen’ sorumludur ve bu sorumluluk üstlenilen bir sorumluluk olmadığı gibi dolaylı bir sorumluluk da değildir. Bu sebeple son dönemde idari yargı yerlerince kamu görevlilerinin kişisel kusurları idare açısından ‘hizmet kusuru’ olarak nitelendirilmektedir ve Danıştay pek çok kararında hizmet kusuru kavramını geniş yorumlayarak kişisel kusur da hizmet kusuru içinde değerlendirmektedir.<sup>312</sup>

İzmir Bölge İdare Mahkemesi tarafından, Adli Tıp raporuyla kusuru tespit edilen doktor sebebiyle idarenin hizmet kusurunun sabit olduğu kabul edilerek tazminata hükmedilmiştir. “...dosyadaki bilgi, belge ve bulgular değerlendirildiğinde, kronik tonsillit tanısıyla yatırılıp sık sık angin olma, ağzı açık uyuma ve horlama şikayetleri olan hastaya yapılmış olan tonsillektomi ve uvulektomi ameliyatlarının endikasyonunun doğru olduğu, ameliyattan sonra ilk kanama gerçekleştiğinde hastanın yatırılarak takip ve tedavisinin yapılmasının uygun bir yaklaşım olduğu, ancak yattığı sırada durmuş olan kanamanın tekrar etmesi ve transfüzyon gerektirecek ciddiyette majör bir kanama olmasına rağmen ameliyata bağlı komplikasyon olarak majör kanamaya yol açacak büyük damar yaralanmalarının olabileceği düşünülerek bu yönde tanı koyucu yardımcı tanı yöntemleri (Doppler US, BT veya konvansiyonel anjiyografi) ile kanamanın muhtemel nedeninin incelenmesi ve gerekli önlemlerin uygulanmamasının eksiklik olduğu cihetle eylemin tıp kurallarına uygun

<sup>310</sup> Erzurum BİM, T. 21.03.2016, E. 2016/423, K. 2016/397, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

<sup>311</sup> Gözler, 2019:1150.

<sup>312</sup> Akyılmaz vd.,2019:1195.

olmadığından Dr. T.S'nin kusurlu olduğu" yolunda görüş bildirildiği anlaşılmıştır. Uyuşmazlıkta; taksirle ölüme neden olma suçundan hakkında dava açılan Dr. T. S.'nin kusur durumu konusunda Denizli 3. Asliye Ceza Mahkeme'sinin 10.07.2015 tarih ve 2014/342 Esas sayılı yazısı ekinde gönderilen dosya üzerine Yüksek Sağlık Şura'sınca hazırlanan 26-27 Kasım 2015 Toplantı Tarihli, 321 Toplantı Sayılı, 13714 Karar Sayılı rapor dosyada bulunan diğer bilgi ve belgelerle birlikte değerlendirildiğinde, ameliyattan sonra ilk kanama gerçekleştiğinde hastanın yatırılarak takip tedavisi yapılırken durmuş olan kanamanın tekrar etmesi ve ciddi bir kanama olmasına rağmen bunun ameliyata bağlı komplikasyon olarak majör kanamaya yol açacak büyük damar yaralanmalarının olabileceği düşünülerek bu yolda tanı koyma yöntemleri ile nedeninin araştırılması ve gerekli önlemlerin uygulanmasında eksiklik olduğu sonucuna ulaşıldığı, dolayısıyla olayda, idarenin hizmet sorumluluğunu gerektirecek nitelikte hizmet kusurunun bulunduğu sonuç ve kanaatine varılmıştır..."<sup>313</sup>

Kişisel kusur, idare hukukuna özgü bir kavramdır. Özel hukukta haksız fiilin unsuru olarak ortaya çıkan kusur, sadece gerçek kişilerce gerçekleştirilebilecek kusurdur ve aynı şartlar içinde bulunan makul, dürüst ve orta zekalı bir üçüncü kişinin davranışından sapma niteliğinde, hukuk düzeninin hoş görmediği davranış biçimi olarak tanımlanır. Oysa idare hukukunda kusurun sadece gerçek kişiler tarafından işlenebileceği kabul edilmez. İdare hukukunda kusur, doğrudan idareye atıf ve izafe olunabileceği gibi belli bir kamu görevlisine de atıf ve izafe olunabilmektedir. "...kararda salt "özen yükümlüğü" nedeniyle hizmetin kusurlandırılarak, kusur ile zarar arasında "nedensellik" kurulmaksızın davalı idarenin hukuksal sorumluluğuna karar verilmesinde "hukuksal isabet" bulunmamakla birlikte; Dairemizce dava dosyasında taraf iddialarıyla ortaya konulan oluş ile ilk derece Mahkemesince de destek gerekçe olarak kararda vurgulanan İzmir Tabip Odası Onur Kurulu tarafından E.'nin ilk ameliyatını yapan hekime yönelik mesleki soruşturmada verilen kararın esas aldığı bilimsel görüşler göz önünde bulundurularak usul ekonomisinin de bir gereği olarak ek rapor alınmasına gerek duyulmaksızın, davacının ajanı öğretim üyesi hekimin E.'nin beyinde belirlenen tümörün lokasyonu gereği ameliyatı uygun yöntemle yapmadığı, bu nedenle tümöre ulaşmadığı, bu durumu davacılara bildirmediği sonucuna varılmış; davacının ajanı hekimin yanlış tedavi yöntemi uygulayarak tıbbi standartlara uygun davranmadığı, yanlış sağlık uygulaması nedeniyle hizmetin davalı idarece kusurlu işletildiği, E.'nin bu nedenle ikinci kez ameliyat olmak zorunda kaldığı, davalı idarenin hizmet kusuru ile nedenselliği bulunan maddi ve manevi zararlardan hukuksal sorumluluğu bulunduğu

<sup>313</sup> İzmir BİM 6.D, T. 16.11.2017, E. 2016/664, K. 2017:1551, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).



sonucuna varılmıştır...”<sup>314</sup> Burada hekimin tedavi yöntemiyle ilgili kusuru tespit edildikten sonra, idare ajanının kusuru sebebiyle idarenin sorumluluğuna hükmedilmiş olup, bu sonuç Anayasa'nın 129/5. maddesiyle de uyumludur.

Yine bir başka vakada hastanın somut şikayetlerinin bildirilmesine rağmen ambulans göndermeyen doktorun kusuru sabit olmakla birlikte, yüksek sağlık şurası raporu uyarınca bu fiille ölüm arasında illiyet kurulamadığından maddi tazminat talebi reddedilirken, doktorun kusuru manevi tazminat yönünden yeterli görülmüştür. Burada da aynı vakada maddi ve manevi zarar yönünden farklı kusur değerlendirmeleri yapılmış olup adalet ve hakkaniyet yönünden tatmin etmeyen bir sonuca varılmıştır. Bu kararda doğru olan uygulama ise, doktorun bariz kusuru sebebiyle idarenin sorumlu tutulmasıdır. “...hasta olan anneleri için acil sağlık hizmeti sunulması istemiyle 112 ambulans servisinin aranmasına ve Yüksek Sağlık Şurası kararında belirtildiği gibi önemli hastalık belirtisi olabilecek hastanın şikayetlerini 112 ambulans servisine aktarılmasına rağmen acil sağlık hizmeti olarak ambulans göndermeyen ve evine giderek hastayı değerlendirmeyen doktor üzerinde bakım, yönetim ve denetim yükümlülüğü bulunan davalı idarenin olayda hizmet kusuru bulunduğu, davacıların annesi olan hastanın, acil sağlık hizmeti sunularak hastaneye getirilip tedavisi yapılmış olması halinde bile kurtulmasının kesin olmadığı Yüksek Sağlık Şurası kararından anlaşılacakla beraber, acil sağlık hizmetlerinin yürütülmesinde davalı idarenin hizmet kusuru bulunduğu ve bu durumun davacılar manevi yönden acı ve ızdırıp yaşattığı tartışmasız olup, bu acı ve ızdırabın kısmen de olsa manevi tazminat yoluyla giderilmesi gerektiğinden, takdiren...”<sup>315</sup>

Bu sebeple idari bir kusur olan ve hizmetin işleyişinde belli bir kamu görevlisinin kusuru olarak karşımıza çıkan kusuru, idarenin sorumluluğu denilince ilk akla gelen anonim nitelikli, objektif karakterli hizmet kusurundan ayırt etmek için ‘kişisel kusur’ kavramı kullanılmaktadır. Ayrıca kişisel kusurun varlığı için ‘belirli’ bir kamu görevlisinin kusurlu fiilinin varlığı gereklidir.<sup>316</sup>

Kamu görevlisinin hizmetin ifası sırasında kişisel kusur işlediği ve sorumlulukların birleştiği durumlarda, gerek idarenin kamu görevlisine, gerekse kamu görevlisinin idareye karşı mahkum oldukları tazminatı ödedikten sonra rücu etmeleri mümkündür. Gerek Anayasa md. 40/3<sup>317</sup> ve 129/5<sup>318</sup>, gerek Devlet Memurları Kanunu md.13<sup>319</sup>’e göre idare, kamu

<sup>314</sup> İzmir BİM 6.D, T. 21.05.2019, E. 2019/520, K. 2019/927, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

<sup>315</sup> Aksaray İdare Mahkemesi, T. 05.10.2017, E. 2016/647, K. 2017/1354, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

<sup>316</sup> Akyılmaz vd., 2019:1194.

<sup>317</sup> Anayasa md.40/3 ‘Kişinin, Resmî görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.’, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709.pdf> (Erişim tarihi: 09.12.2019)

görevlisinin kişisel kusuruyla verdiği zararlardan dolayı hükmedilen tazminatı zarar görene ödedikten sonra, kamu görevlisine karşı rücu edebilecektir. Belirtmek gerekir ki kamu görevlisinin kişisel kusuru değil hizmet kusur varsa idare kamu görevlisine rücu edemeyecektir.<sup>320</sup> İdarenin memura rücusu, idare hukuku ilkelerine göre değil Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesinde de açıkça 'genel hükümlere göre' diyerek belirtildiği üzere özel hukuk hükümlerine göre olacaktır. Devlet Memurları Kanunu'nun 12. maddesine göre<sup>321</sup>, "Devlet memurunun kasıt, kusur, ihmal veya tedbirsizliği sonucu idare zarara uğratılmışsa, bu zararın ilgili memur tarafından rayiç bedeli üzerinden ödenmesi esastır." İdarenin üçüncü kişilere verdiği zararı tazmin ettiği durumlarda ilgili kamu görevlisinin de kusuru olduğu anlaşılıyorsa rücu müessesesinin işletilmesi zorunludur.<sup>322</sup>

Görev kusuru-kişisel kusur ayırımına gelince; bu ayrımı yapabilmek her zaman kolay olmamakla beraber, bu ayrımı yapabilmek için kişisel kusurun belirleyicisi olan kusurun suç teşkil etmesi, ağır kusur niteliğinde olması veya kasten yapılmış olması gibi sübjektif ve olaydan olaya değişebilecek kıstasların kullanılması sağlıklı değildir. Doktrinde kamu personelinin kişisel kusura yol açan davranışları, kamu görevinin yerine getirilmesi 'vesilesiyle' yaptığı kusurlu ve hukuka aykırı davranışlar; görev kusuruna yol açan davranışları ise 'kamu görevinin yapılması sırasında' yapılan davranışlar olarak

<sup>318</sup> Anayasa md.129 'Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.', <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709.pdf> (Erişim tarihi: 09.12.2019)

<sup>319</sup> Devlet Memurları Kanunu md.13 'Madde 13 – (Değişik: 12/5/1982 - 2670/6 md.) (Değişik birinci fıkra: 6/6/1990 - 3657/1 md.) Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Ancak, Devlet dairelerine tevdi veya bu dairelerce tahsil veya muhafaza edilen para ve para hükmündeki değerli kağıtların ilgili personel tarafından zimmete geçirilmesi halinde, zimmete geçirilen miktar, cezai takibat sonucu beklenmeden Hazine tarafından hak sahibine ödenir. Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır.

(Ek: 26/3/2002 - 4748/3 md.) İşkence ya da zalimane, gayri insani veya haysiyet kırıcı muamele suçları nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince verilen kararlar sonucunda Devletçe ödenen tazminatlardan dolayı sorumlu personele rücu edilmesi hakkında da yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır.

12 nci maddeyle bu maddede belirtilen zararların nevi, miktarlarının tespiti, takibi, amirlerin sorumlulukları ve yapılacak işlemlerle ilgili diğer hususlar Cumhurbaşkanınca düzenlenecek yönetmelikle belirlenir.(2)' <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.657.pdf> (Erişim tarihi: 09.12.2019)

<sup>320</sup> Gözler, 2019:1182.

<sup>321</sup> DMK md.12: "Devlet memurları, görevlerini dikkat ve itina ile yerine getirmek ve kendilerine teslim edilen Devlet malını korumak ve her an hizmete hazır halde bulundurmak için gerekli tedbirleri almak zorundadırlar. Devlet memurunun kasıt, kusur, ihmal veya tedbirsizliği sonucu idare zarara uğratılmışsa, bu zararın ilgili memur tarafından rayiç bedeli üzerinden ödenmesi esastır. Zararların ödetirilmesinde bu konudaki genel hükümler uygulanır. Ancak fiilin meydana geldiği tarihte en alt derecenin birinci kademesinde bulunan memurun brüt aylığının yarısını geçmeyen zararlar, kabul etmesi halinde disiplin amiri veya yetkili disiplin kurulu kararına göre ilgili memurca ödenir.", <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.657.pdf> (erişim tarihi:29.12.2019)

<sup>322</sup> Demirkaya, 2016: 89.

sınıflandırılmıştır.<sup>323</sup> Tıbbi uygulama hataları bakımından kişisel kusur- görev kusuru ayrımı yapılırken, eylemi gerçekleştiren sağlık personelinin saiki dikkate alınmalıdır.<sup>324</sup>

### 2.3. İspat Sorunu

İspat, tarafların ileri sürdüğü iddia, savunma ve delillerle olay ve olguların gerçekliği konusunda mahkemede kanaat oluşturma çabasıdır.<sup>325</sup> İspat yükü, hakim tespit ettiği çekişmeli vakıaların, kimin tarafından ispat edilmesi gerektiğini belirtir. Herkesçe bilinen vakıaların, tecrübelerin ispatına gerek yoktur.<sup>326</sup> HMK'nın 187. maddesinde,<sup>327</sup> 'İspatın konusunu tarafların üzerinde anlaşılmadıkları ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakıalar oluşturur ve bu vakıaların ispatı için delil gösterilir.' denilmektedir.

İdari yargıda ispat hususunda HMK'ya atıf yapılmış olup, ispat konusunda idari yargının ruhuna uygun düştüğü ölçüde HMK kuralları uygulanacaktır. İdari yargı ile medeni yargının niteliğindeki farklılık uyuşmazlık çözümü için kendine özgü bir yargılama usulünü gerektirmektedir.<sup>328</sup>

İspat yükünün belirlenmesi yargılama için önemli sonular doğurmaktadır. Nitekim ispat yükü üzerinde olan taraf iddiasını ispat edecek deliller ileri sürmez, ya da hakim sunduğu delilleri ikna edici bulmazsa artık bir ispatsızlık söz konusu olacaktır.<sup>329</sup> İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda ispat yükünün hangi tarafa ait olduğuna dair açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple somut olayın özellikleri ve idari yargının genel hükümleri beraber değerlendirilmelidir. Genel olarak idare hukukunda ispat özel hukuka kıyasla daha kolay olup nedensellik bağının ispatı zarar görene ait olmakla beraber, bu yükümlülük özel hukuktaki kadar ağır ve zor değildir. İdari sorumluluğun ortaya çıkabilmesi için sadece zararın idareden geldiğini kanıtlamak gerekli olup, mahkemeler çoğu kez davacının kanıt başlangıcı sayılabilecek ipuçlarını yeterli görmektedir.<sup>330</sup>

İdari yargılama usulüne hakim temel ilkeler arasında re'sen araştırma ilkesi ve yazılılık ilkesi yer almaktadır. Bu sebeple kural olarak heyet halinde görev yapan idare mahkemesi, tarafların ileri sürdüğü delillerle ve hukuki sebeplerle bağlı olmaksızın dava konusu edilen işlemin hukuka aykırı olup olmadığını irdeler. Bu noktada idari yargılama usulü, ceza muhakemeleri usulüne yaklaşmakta fakat sözlülük ilkesi noktasında ayrılmaktadır.

<sup>323</sup> Akyılmaz, 2019:1208.

<sup>324</sup> Demirkaya, 2016: 84.

<sup>325</sup> Sancakdar, 2019:232.

<sup>326</sup> Yasin, 2015:7.

<sup>327</sup> HMK md.187, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6100.pdf> (Erişim tarihi: 09.12.2019)

<sup>328</sup> Yasin, 2015:8.

<sup>329</sup> Çınarlı, 2013:304.

<sup>330</sup> Kaplan, 2004, <http://idare.gen.tr/kaplan-saglik.htm> (Erişim tarihi: 09.12.2019)

Medeni yargılama usulünden ise taraflarca hazırlama ilkesi hakim olması sebebiyle ayrılmaktadır. İdari yargılama usulünde takdiri delil sistemi asıl olmakla beraber teknik konularda bilirkişi incelemesi gerekmektedir.<sup>331</sup> HMK md.266/1'e göre 'Mahkeme, çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir.

Bilirkişi incelemesinin gereği ve sınırları bir mahkeme kararında şu şekilde belirlenmiştir: "...hizmet kusurunun varlığı ise; ihtilafın niteliğine göre bazı hallerde bilirkişi raporlarıyla ortaya konulabilir. Hukuki takdir hakkı ve davanın hukuki nitelenmesi hakime ait olmak üzere, hakim, uzmanlık gerektiren teknik konularda bilirkişiden rapor alarak hizmet kusurunun sabit olup olmadığına karar verir..."<sup>332</sup>

Ancak genel bilgi veya tecrübeyle ya da hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz. Hukuk öğrenimi görmüş kişiler, hukuk alanı dışında ayrı bir uzmanlığa sahip olduğunu belgelendirmedikçe, bilirkişi olarak görevlendirilemez.<sup>333</sup> Sağlık hizmetlerinin sunulmasından kaynaklanan zararlar da bu kapsama girmekte olup bilirkişi incelemesi gerektirmektedir. Hakimin tıp mesleği mensuplarına bilirkişi olarak başvurmasının nedeni, uyuşmazlığa konu olayda hekimin tıbbi girişiminin tıbbi standarda uygun olup olmadığına belirlenmesidir ve uzmanlık bilgisi gerektiren bu konu ancak bilirkişi tarafından açıklığa kavuşturulabilir.

İdari yargıda davada deliller çoğu kez davalı konumunda olan idarenin elinde bulunmaktadır. Sağlık hizmetleriyle ilgili tam yargı davalarında, ispat yükü kural olarak hasta veya hasta yakınlarına düşmektedir. Ancak özel durumlarda, hekimin kusurunun ispatının hasta için zor olması halinde, kusur karinesi kabul edilerek, kusursuzluğun ispatı hekime yüklenebilir. Özellikle teknik koşullardan kaynaklanan sorumluluk davalarında ispat yükünün sadece davacıya yüklenmesi uygun değildir, böyle durumlarda ispat yükü her iki tarafa ait olmalıdır.<sup>334</sup> Özellikle teknik bilgi ve uzmanlık gereken alanlarda 'iddia sahibi iddiasını ispatla mükelleftir' şeklindeki temel ispat kuralında sapma söz konusu olup, hakkaniyet gereğince ispat külfeti yer değiştirmiş, idare aleyhine kusur karinesi geliştirilmiştir.<sup>335</sup>

Bilirkişi; hukuki veya cezai bir uyuşmazlıkta, uzmanlığı ya da özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren hususta bilgisinden yararlanılmak istenilen kişidir. Kural olarak bilirkişinin o konuda bilgisiyle öne çıkmış kişilerden seçilmesi gerekir ancak bu seçim uyuşmazlığın

<sup>331</sup> Sancakdar, 2018:236.

<sup>332</sup> Konya BİM, T. 21.11.2018, E. 2018/551, K. 2018/1353, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

<sup>333</sup> HMK md.266, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6100.pdf> (Erişim tarihi: 09.12.2019)

<sup>334</sup> Çınarlı, 2013:305.

<sup>335</sup> Cin Karagöz, 2018:47.

konusu, önemi, bulunulan yer ve imkanlar ile sınırlıdır. İlgili kanun hükümleri uyarınca resmi bilirkişi olarak belirtilen kişi ve kurumlar ise resmi bilirkişi sıfatı taşır ancak resmi bilirkişiliğin varlığı adli makamların o konuda resmi bilirkişiye başvurma zorunluluğu olduğu anlamına gelmemektedir.<sup>336</sup> Adli Tıp Kurumu ve Yüksek Sağlık Şurası resmi bilirkişi olarak görev yapmaktadır.

Mevzuatımızda tıbbi uyuşmazlıklarla ilgili olarak zorunlu bilirkişilik kurumu öngörülmemiştir. Tıbbi uygulama hataları nedeniyle bilirkişilik yapabilecek resmi kurumlara uyuşmazlığın çözülmesi konusunda başvurma zorunluluğu bulunmamaktadır. Tıbbi girişimlerde bilirkişilik için bir diğer kaynak ise üniversiteler ve ilgili enstitülerdir ancak bunlar kurumsal bilirkişi olarak faaliyet göstermezler. Diğer taraftan bilirkişinin kamu ya da özel hastanede çalışan bir tıp uzmanı olması da mümkün olup örneğin bir ebe veya hemşirenin meslek kurallarını ihlal edip etmediğinin uzman hekimlerden oluşturulacak bilirkişi heyetince belirlenmesi de olanaklıdır.<sup>337</sup>

Yüksek Sağlık Şurası, 181 sayılı KHK<sup>338</sup> ile (Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında KHK) kurulmuş olup, aynı KHK’da görev alanı ve şekli belirlenmekteydi. Bilahare 11.10.2011 tarihli 663 sayılı KHK’nın 21. maddesinde Yüksek Sağlık Şurası yeniden düzenlenmiştir. Yüksek Sağlık Şurası 1219, 1593 sayılı Yasalar ve 181 sayılı KHK hükümleri uyarınca görev yapmakta iken, 1219 sayılı Yasa’nın 75. maddesi uyarınca ceza mahkemeleri yönünden mecburi bilirkişilik konumunda idi. Ancak AYM’nin 03.06.2010 gün ve 2009/69 Esas, 2010/79 Karar sayılı kararı ile 1219 sayılı Kanun’un 75. Maddesi iptal edilerek, Yüksek Sağlık Şurası’nın mecburi bilirkişilik görevi sona ermiştir. Nitekim, 703 sayılı KHK ile, 663 sayılı KHK’nın pek çok maddesi değişmiş ve mülga olmuştur. 703 sayılı KHK ile 663 sayılı KHK’nın adı da ‘Sağlık Alanında Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun Hakkında Kararname’ olarak değişmiştir.

İdarenin sağlık hizmetini sunumu sırasında oluşan kusurlu tıbbi müdahaleler nedeniyle idare mahkemesinde dava açılmakla beraber ceza mahkemesinde de dava açılmışsa ve ceza mahkemesine sunulan Şura bilirkişilik raporu idare mahkemesinde de hükme esas alınabilir. Ancak değinmek gerekir ki, Yüksek Sağlık Şurası, tıbbi uygulama hatalarını ortaya koyması konusunda hekimi koruma adına objektif davranmadığı ve raporunu gecikmeli olarak ceza

<sup>336</sup> Gökcan, 2017:286-287.

<sup>337</sup> Gökcan, 2017:289.

<sup>338</sup> Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında KHK, <https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/kanunlar/saglik-bakanliginin-teskilat-ve-gorevleri-hakkinda-kanun-hukmunde-kararname-181> (Erişim tarihi: 09.12.2019)

mahkemesine sunduğu için yargılamanın uzamasına neden olduğu yönünde eleştirilmektedir.<sup>339</sup>

2659 sayılı Adli Tıp Kurumu İle İlgili Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun<sup>340</sup>'nun 1. maddesinde, adalet işlerinde bilirkişilik yapmak görevi üzere Adalet Bakanlığına Bağlı Adli Tıp Kurumunun kurulduğu, Kanunun 2. maddesinde, kurumun mahkemeler ile hakimlikler ve savcılıklar tarafından gönderilen Adli Tıp ile ilgili konularda bilimsel ve teknik görüşlerini bildirmekle yükümlü olduğu kuralına yer verilmiştir.

Adli Tıp Kurumu Başkanlığı, 2659 sayılı Kanun ile Adalet Bakanlığı'na bağlı olarak, adalet işlerinde bilirkişilik yapmak üzere kurulmuştur. Adli Tıp Kurumu ölüm veya maluliyetin nedenini belirler, uzuv veya fonksiyon kaybının derecesini saptar. Dosya üzerinden veya muayene ile inceleme yapar. Delil, kayıt, laboratuvar vb. bulgulara dayanarak karar verir. Adli Tıp Kurumunca kusur tespitinde hastadan yeterli anamnez alınıp alınmadığı, hastaya yeterli fiziki muayene yapılıp yapılmadığı, bu doğrultuda gerekli laboratuvar ve görüntüleme tekniklerinin istenip istenmediği, konulan tanının doğru olup olmadığı, tanıya uygun aydınlatılmış onam doğrultusunda tedavi yapılıp yapılmadığı, tedavi uygulamasının zamanında yapılıp yapılmadığı, komplikasyon çıkmışsa; bu olumsuzlukların önlenebilir nitelikte olup olmadığı, komplikasyonların zamanında belirlenip belirlenmediği, komplikasyona yönelik uygulanan girişimin doğru ve yeterli olup olmadığı, abartılı ya da güncel olmayan tetkik ve tedavi yapılıp yapılmadığı, yapılan işlemlerle ilgili kayıtların zamanında ve düzenli olarak tutulup tutulmadığı incelenir.<sup>341</sup>

Adli Tıp Kurumunca verilen bilirkişi raporlarının mahkeme için bağlayıcı niteliği bulunmamaktadır. "...Bilirkişi raporunda sonuç olarak; gelişen olayların hastalığın kötü seyri ile ilgili olduğu, hastaya yapılan ilk acil müdahalede ortopedik açıdan görevi ihmal, savsaklama, ya da kötüye kullanma bulunmadığı, hastalık ile gelişen patolojilerde hastaya uygulanan tıbbi tetkik ve tedavilerin usule uygun olduğu, davacının ayaklarının kesilmesinin davalı idare personeline yapılan tıbbi aykırı uygulamalardan kaynaklanmadığı kanaatine varılmış ise de; sağ bacak ağrısı şikayeti ile M. S. B. K. H. Hastanesi Acil Servisi'ne 31.12.2006 tarihinde başvuran davacının sağ bacağına uygulanan alçı atel uygulamasının sonuçlarıyla ilgili olarak; " tedavisi için uygulanan alçı atelle hareket kısıtlaması sağlanması neticesi zaten hasta olan damarlarda (diyabet+olası arterit) nedeniyle dolaşım bozukluğunun ve beraberinde pıhtılaşmanın tetiklenmesi ile hızlanan süreçte hızla gelişen iskemiler sonucu tüm yapılan tedavilere rağmen sürecin olumlu atlatılmayarak

<sup>339</sup> Kızılyel, 2006:76.

<sup>340</sup> 2659 sayılı Kanun, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2659.pdf> (Erişim tarihi: 16.12.2019)

<sup>341</sup> İnce, 2011:278-279.

ampütasyonlarla neticelendiği" kanaatine yer verildiği görülmektedir. Bilirkişilerce davacının sağlık durumuyla ilgili yer verildiği üzere; kontrolsüz bir "diyabetes mellitus" hastası olan davacının ayrıca sigara içme alışkanlığının da bulunması nedeniyle beraberinde arterit(tıkayıcı damar iltihabı) ihtimalinin de bulunması hususunun Acil Servis'te alınan anamnezde dikkate alınması ve sağ bacağına tedavi amaçlı uygulanan alçı atelin davacının hastalıklarıyla birlikte çok kısa bir sürede damar tıkanması ve dolaşım bozukluğuyla gelişen iskemi (kan dolaşımı yetersizliğine bağlı olarak kanlanmanın azalması, yok olması) ile birlikte bacaklarının kesilmesinin çok yüksek ihtimal olacağı düşünülmeli idi. Oysa, bu hususa dikkat edilmeden davacının sağ bacağının tamamı alçı atele alınmış ve İstanbul Üniversitesi Tıp Fakültesi Profesörlerinden oluşan üç kişilik bilirkişi kurulunca düzenlenen bilirkişi raporunda da vurgulandığı üzere, davacının damarları üzerinde yaratılan yoğun baskı ile kan dolaşımı ve buna bağlı iskemi baş göstermiştir. Netice itibariyle; davacı açısından ömür boyu %71,5 gibi vücut kaybı oranına neden olan ağır sonuçlar doğmuştur. Sağ bacağına ağrı şikayetiyle 31.12.2006 tarihinde gittiği Acil Servis'te uygulanan alçı atel tedavisiyle, davacının yaşamını ömür boyu kısıtlı olarak geçirmesine neden olan tıbbi uygulama hatası nedeniyle oluşan sağlık hizmeti kusuru nedeniyle davacının uğradığı maddi kayıplarının davalı idarece karşılanması Anayasa'mızın 2. maddesinde düzenlenen "hukuk devleti ilkesi" gereğidir..."<sup>342</sup> Burada, bilirkişilerce hizmet kusuru bulunmadığı yönünde rapor verilmekle birlikte, Mahkeme 'hukuk devleti' gereği tazminata hükmetmiştir. Sağlık hizmetinin pozitif hukuk veya içtihatlarla kusursuz sorumluluk kapsamına alınmadığı müddetçe bilirkişilerce kusur tespiti yapılmadan hukuk devleti, hakkaniyet kavramlarına sığınarak tazminata hükmedilme olanağı olmadığı kanaatindeyiz.

Mahkemenin aksi yönde karar vermesi mümkün olmakla beraber, özel ve teknik olan bilgileri ihtiva eden rapordaki kanaatten farklı bir karara varmak uygulamada sık karşılaşılan bir durum değildir. Bilirkişiye başvurmak ve rapora uymak zorunlu olmamakla birlikte uzmanlık gerektiren konularda bilirkişiden rapor alınmış ise, anılan rapor hilafına hakimlik tecrübesine dayanarak karar verilemez. Anılan rapor tatmin edici değil ise ek rapor veya başka bir rapor alınarak ilk rapordaki belirsizliklerin giderilerek sonuca varılması gerekir. Bu yola başvurulmadan, uzmanlık gerektiren bir konuda rapor hilafına karar verilmemesi gerekir.

Hizmet kusurunun varlığının ise, teknik konularda bilirkişiden alınacak rapor ile ortaya konulması gerekmektedir. Sağlık hizmetleri sonucu meydana gelen zararlı ilgili davalarda, (malpraktis) bilirkişilik yapmak üzere kurulan uzman kurum ise Adli Tıp Kurumu olup, bu konularda Adli Tıp Kurumundan alınan rapor önem arz etmektedir. Elbette bilirkişi

<sup>342</sup> İstanbul BİM 8.D, T. 14.06.2017, E.2016/9, K. 2017/1026, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

raporları hakim yönünden mutlak olarak bağlayıcı değildir. Ancak Adli Tıp'ın teknik konulardaki tespitlerinin aksinin aynı nitelikteki delillerle ortaya konulması durumunda, Adli Tıp raporu hilafına karar verme olanağı doğar. Aksi takdirde anılan rapora uymak gerekir. Nitekim bu şekilde verilen bir yerel mahkeme kararı istinaf mahkemesince hem eleştirilmiş hem kaldırılmıştır. "...tarihli raporunda net olarak, sağlık görevlilerine atfı kabil kusur bulunmadığı görüşüne yer verildiği, aynı dosyada Adli Tıp Genel Kurulunun ...tarihli raporunda da net olarak, sağlık görevlilerine atfı kabil kusur bulunmadığı görüşüne yer verildiği görülmektedir. Sağlık hizmetinden kaynaklanan davalar için, resmi ve uzman bilirkişilik kurumu olan Adli Tıp İhtisas Kurulunun ve Genel Kurulun net olarak komplikasyon tespiti yaptığı bir ihtilafta, rapor hilafına karar verebilmek için, en az aynı değerde aksi yönde bir rapora dayanılması gerekir.

Oysa ihtilaf konusu kararda, uzmanlık gerektiren bir konuda, uzman bilirkişilik kurumu raporları hilafına, yorum yoluyla karar verilmiş olup, idarenin hizmet kusuru sabit kabul edilerek verilen kararda hukuka uyarlık bulunmamaktadır. Bu sebeple istinaf talebinin kabulü gerekmektedir..."<sup>343</sup>

Danıştay çoğu kararında, sağlık hizmetinden doğan tam yargı davalarında bilirkişilik görevi yapmak üzere kurulan Adli Tıp Kurumu aracılığı ile inceleme yaptıktan sonra karar verilmesi gerektiği yönünde hüküm tesis etmektedir.<sup>344</sup>

Tıbbi bilirkişilerin bu görevi yapabilmesi için; kendi uzmanlık alanın ilgilendiren konularda güvenilir ve sağlam tıp bilgilerine sahip olma, tıbbi sorunun ait olduğu hukuksal alanla ilgili temel bilgilere sahip olma, tıbbi takdir yetkisinin varlığı ve özellikle de hekimlik yetki sınırlarını bilme, çok sayıdaki tıbbi olgulardan hukuken önemli olan temel unsurları ortaya çıkarabilme, tıbbi olguyla ilgili olarak ortaya çıkardığı sonuçları bir hukukçunun anlayabileceği biçimde ifade edebilme, yeni bir olgu karşısında görüşünü değiştirmesi gerektiğinde özeleştiri ve esneklik yeteneğine sahip olma, uyuşmazlık konusu ve taraflara karşı objektif ve tarafsız olma ve görevi veren makam yönünden güvenilir olma özelliklerini taşımalıdır.<sup>345</sup> "...İdare Mahkemesi'nce uyuşmazlığın çözümü için Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Kurulu'na yaptırılan bilirkişi incelemesi sonrasında düzenlenen 30.03.2016 günlü ve 1873 sayılı raporda; "...aile hekimliği biriminde uygulanan enjeksiyon sonrası gelişen bulguların enjeksiyon nöropatisi ile uyumlu olduğu, ancak; tıbbi belgelerde enjeksiyonun sorumlu hemşire tarafından yanlış bölgeye uygulandığına dair kayıt bulunmadığı, enjeksiyonun doğru

<sup>343</sup> Konya BİM, T. 21.11.2018, E. 2018/551, K. 2018/1353, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

<sup>344</sup> Çınarlı, 2013:307.

<sup>345</sup> Gökcan, 2019:296.



bölgeye uygulanması durumlarında da; ödem, hematoma, ilacın toksik etkisi, vücut yapısı, anatomik lokalizasyon farkı gibi nedenlerle nöropatinin gelişebileceği, gelişen nöropatinin; enjeksiyon uygulamalarının her türlü özene rağmen görülebilecek, daha önceden öngörülüp önlenemeyecek komplikasyonu olarak değerlendirildiği, dolayısıyla gerek enjeksiyon yapılması talimatını veren hekime, gerekse enjeksiyonu uygulayan sağlık personeline tıbben ihmâl ya da kusur izafe edilemediği" mütalaa olunmuştur.

Bilirkişi raporunda davalı idare görevlilerine kusur izafe edilmemiş ise de; "siyatik sinir hasarı"nın nedeni de somut olarak ortaya konulmamıştır. Davalı idarenin tam kusursuzluğunun tespitine yönelik bulgulardan ziyade, kusurluluğunu ortaya koyan bulgulara ulaşamaması kanaatin dayanağı olarak alınmıştır. Çatalca Devlet Hastanesi'nde daha önce sekiz kez "voltaren iğne" yaptıran davacının, dokuzuncu uygulamayı yaptırdığı Aile Hekimliği biriminde siyatik sinir hasarı (düşük ayak) yaşamasının nedeni irdelenmemiştir. Sekiz kez uygulanan "voltaren" iğnesi sonrası davacıda; "ödem, hematoma, ilacın toksik etkisi, anatomik lokalizasyon farkı" gibi nedenlerle nöropati gelişmemiş, dokuzuncu uygulanmasında nöropati gelişmiş ise, bu "siyatik sinir hasarı"nın nedenini tamamen davacıya bağlayan yaklaşım, maddi gerçeklikten farklı yönde yaklaşım olacaktır.

Bu nedenle, bel ağrısı şikayetine şifa bulmak için kendisine önerilen "voltaren" isimli iğneyi sekiz kez uygulayıp sıkıntı yaşamayan davacının farklı bir sağlık biriminde dokuzuncu uygulaması sonrası "düşük ayak" tanısına muhatap olması ve bu tanıdan sonra, davacının %40 özürlü bir birey olarak kendi kaderiyle baş başa kalması; idari birimlerin ve yargı organlarının davacıya duçar olduğu hastalığın kaynaklanma nedeniyle ilgili mantıklı, nesnel açıklamalar getirilememesi durumu, sağlık hizmeti sunumundan kaynaklanan mağduriyetin tek başına davacı tarafından göğüslenmesi gibi adil ve hakkaniyetli olmayan bir çözümleme olacaktır.

Yapılan açıklamalar doğrultusunda kusuru ya da kusursuzluğu delillerle açık bir şekilde ortaya konulamayan davalı idarenin, sekiz kez uygulanan enjeksiyondan sonra sıkıntı yaşamayan davacı ve yakınlarına, dokuzuncu uygulamadan sonra yaşanan "düşük ayak" sendromuna bağlı acı ve üzüntünün karşılığı uğranılan manevi zararın karşılanması "hukuk devleti ilkesi"nin tesisine yönelik uygun bir çözüm olacağı kanaatine varılmıştır...<sup>346</sup> Bilirkişilik kurumunun mesleki taassup izlenimi veren ve komplikasyon kavramına sığınan raporlarının yaygınlığı sonucu, maalesef yargı yerlerinin de hakkaniyete sığınarak sorumluluk hukukunu zorlayan kararlar vermeleri sonucunu doğurmaktadır. Nitekim bu ihtilafta, bilirkişi zarar sebebinin komplikasyona bağlayınca yargı yerince mağduriyetin tek başına davacı tarafından göğüslenmesinin adil ve hakkaniyetli olmayacağı gerekçesiyle hukuk devleti ilkesi

<sup>346</sup> İstanbul BİM 8.D, T. 11.10.2017, E. 2017/992, K. 2017/1621, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

gereği manevi zararın karşılanmasına hükmedilmiştir. Bilirkişilik kurumunca komplikasyon kavramının bir şablon gibi kullanılması kadar hakkaniyet, hukuk devleti, adalet gibi ucu açık hukuk kavramlarının sorumluluk sebebi yapılmasının da mahsurlu olduğu düşünülmektedir.

Gerekli hallerde bilirkişiye başvurulmasına mahkeme kendiliğinden ya da talep üzerine karar vermekten, tarafların bilirkişi dışında uzmanından bilimsel nitelikli görüş almaları da mümkündür.<sup>347</sup> Böylelikle iddia ve savunmalarını özel ve teknik konularda da desteklemeleri mümkün olacaktır. Fakat taraflara sırf bu sebeple yeni süre verilemeyeceği gibi hakim dosyaya sunulan uzman görüşünü serbestçe takdir edecektir. Ve uzman görüşüne başvuracak taraf bu konudaki masrafları kendisi karşılayacak olduğu gibi, bu giderler yargılama giderleri içerisinde de sayılmaz. Uzman görüşü İYUK md.31<sup>348</sup>'de açıkça düzenlenmemiştir ancak HMK'ya atıf yapılmayan ancak idari yargıda uygulama alanı bulan bazı konularda işin mahiyetinden kaynaklanan zorluklar ve fiili uygulama dolayısıyla HMK hükümlerinin uygulandığı görülmektedir.<sup>349</sup>

Sağlık hizmetlerinin sunulması sırasında meydana gelen zararlardan doğan davalarda, bilirkişi incelemesinin önemi tartışmasızdır. Hasta ya da hasta yakını ile sağlık kurum ve kuruluşu arasında anlaşmazlığa konu olay, tanı, tedavi ya da tıbbi uygulamadan kaynaklı davalarda kusur, zarar ve illiyet bağı hükme esas belirleyici unsurlar olacaktır. Davaların çoğunun resmi bilirkişilik kurumu sıfatıyla Adli Tıp Kurumuna gönderilmesi karşısında gerçeğe ve adalete ulaşmada kurumun önemi ortaya çıkmaktadır. Ancak tıbbın hatalı uygulanmasından kaynaklı davalarda verilen bilirkişi raporları çoğu kez hukuki ihtilafı çözmede yetersiz ve gerekçesiz kalmaktadır.

“...Adli Tıp Kurumu Genel Kurulu Raporunda özetle; Z. U. hakkında düzenlenen adli ve tıbbi belgeler Genel Kurul’ca yeniden değerlendirildiğinde; kişinin A. Devlet Hastanesi’ne bel fitiği tanısı ile yatırıldığı ve 29.08.2012 tarihinde perkütan L4-5 diskektomi operasyonu uygulandığı, şikayetlerinin geçmemesi üzerine 27.09.2012 tarihinde yine aynı hastanede tekrar bel fitiği nedeniyle ameliyata alındığı, sol L4 HPL ve L4-5 mikrocerrahi ile diskektomi operasyonu uygulandığı, L4-5 disk dekompresyonu yapılması esnasında kanül ucunun kırılmış olduğu ve 01.04.2013 tarihinde Atatürk Üniversitesi Hastanesinde ameliyatla bu yabancı cismin çıkarıldığı tıbbi belgelerde kayıtlı olduğu, semptomatik bel fitiğinin

<sup>347</sup> HMK md.293 ‘(1) Taraflar, dava konusu olayla ilgili olarak, uzmanından bilimsel mütalaa alabilirler. Sadece bu nedenle ayrıca süre istenemez.

(2) Hâkim, talep üzerine veya resen, kendisinden rapor alınan uzman kişinin davet edilerek dinlenilmesine karar verebilir. Uzman kişinin çağrıldığı duruşmada hâkim ve taraflar gerekli soruları sorabilir.

(3) Uzman kişi çağrıldığı duruşmaya geçerli bir özrü olmadan gelmezse, hazırlamış olduğu rapor mahkemece değerlendirmeye tabi tutulmaz.’, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6100.pdf> (Erişim tarihi: 10.12.2019)

<sup>348</sup> İYUK md.31, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2577.pdf> (Erişim tarihi: 10.12.2019)

<sup>349</sup> Sancakdar, 2018:245.

tedavisinde cerrahinin de bir seçenek olduğu, uygulanan ameliyata rağmen ağrı şikâyetlerinin devam edebildiği, ayrıca cerrahi işlem esnasında metalik cerrahi aletlerin kullanıldığı ve bu aletlerin işlem esnasında kırılabildiği, bel fıtığı ameliyatı esnasında kırılıp disk aralığında kalan metalik parçanın çıkarılabileceği gibi sinir dokusunda hasar oluşturmayacak bir yerde ise çıkarılmadan da bırakılabildiğinin tıbben bilindiği, ancak mevcut parça hakkında hastanın bilgilendirilip bilgilendirilmediğinin hukuksal değerlendirmelerle mahkemece takdir edilmesinin uygun olacağı, bilgilendirilme yapılmadığının tespiti halinde bilgilendirmeme eyleminin kusur olarak nitelendirilmesi gerekeceği, kişiye konulan tanı ve yapılan ameliyat tekniğinin tıp biliminin genel kabul görmüş ilke ve kurallarına uygun olduğu, kişide ortaya çıkan tablonun ameliyat esnasında her türlü özene rağmen oluşabilen komplikasyon olarak değerlendirildiğinden ameliyatında görev alan sağlık çalışanlarına atfı kabil kusur tespit edilmediği hususlarına yer verilmiştir. Uyuşmazlıkta; davacıya uygulanan tedavilerin hatalı olduğuna ilişkin somut ve kesin delil bulunmaması, davacıya konulan tanı ve yapılan ameliyat tekniğinin tıp biliminin genel kabul görmüş ilke ve kurallarına uygun olduğu, davacıda ortaya çıkan tablonun ameliyat esnasında her türlü özene rağmen oluşabilen komplikasyon olması hususunun yukarıda anılan raporlara göre ortaya konulması karşısında, davacının sakat kalması nedeniyle ortaya çıkan durum nedeniyle davalı idarece manevi tazminat ödenmesine olanak bulunmamakla birlikte; davacıya yapılan ameliyat sonrasında kanül ucunun kırılmış olmasına rağmen bu durumun davacıya bildirilmemesinin hizmet kusuru oluşturduğu sonucuna ulaşılmış olup; hakkında uygulanan tedavi süresinde gelişen olaylarla ilgili maddi gerçeğe ulaşamayan ve bu nedenle ömür boyu şüphe duyacak olan davacının uğradığı manevi zararın bu çerçevede tazmini gerekmektedir...”<sup>350</sup> Nitekim bu ihtilafta Adli Tıp raporunda komplikasyon tespiti yapılmış olup, mahkemece oluşan zarar ile rapor sonucu tatmin edici bulunmamış, ameliyat süreciyle ilgili yeterli bilgilendirme yapılmaması manevi tazminat yönünden hizmet kusuru sayılmıştır.

Hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkı bakımından gerekli iyileştirmeleri yapılarak Adli Tıp Kurumunun daha hızlı ve verimli çalışması, nitelikli rapor tanzimini sağlaması son derece önemlidir.<sup>351</sup> Nitekim tatmin edici olmayan rapora göre verilen karar Danıştay tarafından bu sebeple bozulmuştur. ”...Dosyada yer alan Adli Tıp Kurumu raporunda fasial sinirin ameliyatta tam kat kesildiği, aynı ameliyatta sütüre edildiği belirtildikten sonra yüz felcinin koklear implant ameliyatlarında nadir görülen bir komplikasyon olduğu belirtilerek ilgili sağlık çalışanlarına kusur atfedilmemiştir. Raporda söz

<sup>350</sup> Erzurum BİM 2.D, T. 15.03.2018, E. 2017/1085, K. 2018/450, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

<sup>351</sup> Akyıldız ve Özkan, 2012:153.

konusu ameliyat uygulamasına yönelik tıbbi standartların ne olduğu, bunlara uyulup uyulmadığı konusunda olaya özel ve somut bir değerlendirme yapılmadan soyut, genel ifadelerle literatür bilgisi verilerek sağlık çalışanlarına kusur atfedilmediği görülmektedir. Koklear implant yerleştirme ameliyatlarının hangi uzmanlar tarafından yapıldığı, davacının ameliyatını yapan ekibin bu konuda yeterli tıbbi yeterliliğe sahip olup olmadığı, 03.01.2013 tarihli ameliyat notunda "posteriör timpanotomi sırasında fasial sinirin anterior (ön) yerleşimli olduğu ve tam kat kesildiği görüldü." ifadesi de değerlendirilerek ameliyat öncesi ameliyat bölgesindeki sinirlerin yerinin tespitine yönelik standart olarak yapılması gereken tetkiklerin olup olmadığı olayda ameliyat öncesi gerekli tetkiklerin yapılmış olup olmadığı, ameliyat sırasında sinirin korunması, zarar verilmesinin önüne geçilmesi adına yapılması gereken standart uygulamaların neler olduğu, olayda bu hususlara dikkat edilip edilmediği, sonuç olarak somut olayda gereken her türlü dikkat ve özenin gösterilip gösterilmediği hususlarının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Bu durumda; büyük merkezlerde bulunan bir üniversite hastanesi ilgili ana bilim dalı başkanlığında görevli öğretim üyelerinden oluşacak bilirkişi heyetinden, yukarıda belirtilen hususların açık, anlaşılır şekilde cevaplandığı rapor alınarak olayda davalı idarenin hizmet kusuru bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerekirken eksik inceleme sonucu verilen temyize konu Bölge İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır. Öte yandan bozma kararı üzerine Bölge İdare Mahkemesi'nce davacının manevi tazminat istemi hakkında yeniden bir karar verileceği tabiidir...<sup>352</sup>

Bilirkişinin yargılama sürecindeki rolünün önemi, bilirkişinin hukuki sorumluluğunu da gündeme getirmiş olup 6100 sayılı HMK'nın 284. maddesi<sup>353</sup> ile bilirkişinin sorumluluğuna ilişkin esaslar düzenlenmiştir.<sup>354</sup> Bilirkişinin sorumluluğu konusunda İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda özel bir düzenleme yer almamaktadır. İYUK md. 31<sup>355</sup>'deki atıf delaletiyle, HMK'nın bilirkişinin sorumluluğuna ilişkin hükümleri idari yargılama usulünde uygulanmaktadır. Bilirkişi raporu nedeniyle tazminat davası açılabilmesi bilirkişinin ağır kusurunun bulunması şartına bağlanmakla beraber, açılacak davada tazminata hükmedilebilmesi için söz konusu raporun hükme esas alınması gerekmektedir.<sup>356</sup>

Çoğu kez idari yargı yerlerince Adli Tıp tarafından verilen raporlar ya tatmin edici bulunmamakta ya ek raporlar istenmekte ya üst kurullardan raporlar istenmekte ya da rapor

<sup>352</sup> Dan. 10.D, T. 15.04.2019, E. 2019/1201, K. 2019/2884, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

<sup>353</sup> 6100 sayılı Kanun, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6100.pdf> (erişim tarihi:28.12.2019).

<sup>354</sup> Yasin, 2015:130.

<sup>355</sup> İdari Yargılama Usulü Kanunu, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2577.pdf> (erişim tarihi: 28.12.2019)

<sup>356</sup> Yasin, 2015:131.

hilafına kararlar verilmeye çalışılmaktadır. Bu da Adli Tıp Kurumunun meslek taassubuyla hareket ettiği kanısına yol açmaktadır.

## SONUÇ

Sağlık hizmetlerinin sunulması sırasında doğan idarenin sorumluluğu hususunda Danıştay kural olarak kusursuz sorumluluğu kabul etmemekle beraber sağlık hizmetlerinde kusursuz sorumluluğun hiçbir zaman görülmeyeceği görüşünde de değildir. Bununla beraber her iki durumda da idarenin sorumluluğunu azaltacak veya ortadan kaldıracak durumlar ortaya çıkması mümkün olup somut olayın özelliklerine göre idari yargı yerleri tarafından yerleşik içtihatlar doğrultusunda hüküm kurulmaktadır.

Kamu hastanelerinde yürütülen sağlık hizmetlerinde yalnızca tedavi değil, bakıma ilişkin yemek, yatak, yardımcı bakım hizmetleri gibi hizmetler de sunulmaktadır. Bu nedenle meydana gelecek zarar sadece tıbbi girişim kaynaklı olmayabilmektedir. Bu sebeple sorumluluğun kaynağının tespiti hususunda idari yargı yerlerinin titizlikle değerlendirme yapması gerekmekte olup, idarenin sorumluluğunu yalnızca hizmet kusuruyla sınırlandırmaması; sorumluluğu ortadan kaldıran hallerin uygulanması konusunda zarar verici olayın özelliklerini ve meydana gelişini idare hukukunun temel ilkeleri doğrultusunda irdelemesi gerekmektedir.

Somut olayda sorumluluk doğurucu unsurların mevcut olmayışı ve idarenin davranışı ile meydana gelen zarar arasındaki illiyet bağını kesen nedenler idareyi sorumluluktan kurtarmakla beraber; illiyet bağının kesilip kesilmediğinin tespiti hususunda mahkemeler somut olaya göre hassasiyetle değerlendirme yaptığı, resmi bilirkişi yerleri mesleki taassuptan kurtularak mahkemeyi aydınlattığı ölçüde adaletli kararlar verilebilecektir.

## KAYNAKÇA

- Akad, M., Vural Dinçkol, B. ve Bulut, N. (2016). *Genel Kamu Hukuku*. DER Yayınları, İstanbul.
- Akyıldız, S., Çelik, F., Hakeri, H. ve Somer P. (2013). *Tıp Hukuku Atölyesi-I*. Seçkin Yayınevi, Ankara.
- Akyıldız, S. ve Özkan, H. (2012). *Hasta-Hekim Hakları ve Davaları*. Seçkin Yayınevi, Ankara.
- Akyılmaz, B., Sezginer M. ve Kaya, C. (2019). *Açıklamalı-İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku*. Savaş Yayınevi, Ankara.
- Akyılmaz, B., Sezginer M. ve Kaya, C. (2017). *Türk İdare Hukuku*. Seçkin Yayınevi, Ankara.
- Atay, E. E. ve Odabaşı H. (2010). *Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları*. Seçkin Yayınevi, Ankara.
- Aydın, M. A. (2016). *İdarenin Hizmet Kusurundan Doğan Sorumluluğu*. Adalet Yayınevi, Ankara.
- Aydınalp, S. (1997). *Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu*. Dayınları Yayınevi, Ankara.
- Ayhan, E. ve Önder, E. (2018). ‘‘Türkiye’de Sağlık Sektöründe Kamu Özel Ortaklığı Modeli’’. *Uluslararası Sağlık Yönetimi ve Stratejileri Araştırma Dergisi*, 4(1): 109-121.
- Bayındır, M. S. (2007). ‘‘Sağlık Hizmet İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu’’. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 11(1-2): 551-589.
- Bilgen, H. (2013). ‘‘Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı Kapsamında Tıbbi Karar Alma Sürecine Katılımı’’. *Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (6): 109-133.
- Bilgin, H. (2018). *İdari Davalar ve Çözüm Yolları*. Seçkin Yayınevi, Ankara.
- Canbolat, F. (2009). ‘‘Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğu’’. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (70): 156-179.
- Cin Karagöz, E. (2018). ‘‘İdarenin Sorumluluğunda Karine Kavramı, Uygulama Alanı ve Yargısal Denetimi’’. *Terazi Hukuk Dergisi*, 13(148): 46-55.
- Çağlayan, R. (2016). *İdari Yargılama Hukuku*. Seçkin Yayınevi, Ankara.
- Çağlayan, R. (2007). *İdarenin Kusursuz Sorumluluğu*. Asil Yayınevi, Ankara.
- Çatak Irız, B. (2011). *Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu*. Adalet Yayınevi, Ankara.

- Çınarlı, S. (2013). *İdarenin Sağlık Hizmetinin Sunumundan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu*. Orion Kitabevi, Ankara.
- Çınarlı, S., Çelik, S. S. ve Teyin, A. (2016). "İdarenin Tıbbi Uygulama Hatalarında Sorumluluğuna Etkisi Bakımından Hastanın Kusuru". *Terazi Hukuk Dergisi*, 11(119): 14-35.
- Demir, M. (2018). *Hekim ve Hastane Yönünden Tıbbi Sorumluluk Hukuku*. Yetkin Yayınları, Ankara.
- Demirkaya, S. (2016). "Tıbbi Uygulama Hatası, İdarenin Kusurlu Tazminat Sorumluluğu ve Kusurlu Personele Rücu". *Terazi Hukuk Dergisi*, 11(119): 77-90.
- Duran, L. (1974). *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu: Sorumluluğun Temeli ve Sebepleri, Sorumluluğa Yol Açan Olgular*. Türkiye ve Orta Doğu Amme Enstitüsü Yayınları No.138, Ankara.
- Ermumcu, O. (2013). *1086-6100-6110 Sayılı Kanunlara Göre Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu*. Adalet Yayınevi, Ankara.
- Ersöz, A. K. (2010a). *Türk İdare Hukuku Açısından Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Sorumluluk*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya.
- Ersöz, A. K. (2010b). "Tıbbi Müdahale Kavramı ve Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu Şartları". *Terazi Hukuk Dergisi*, 5(45): 105-122.
- Ersöz, A. K. (2016). *İlaç Hukuku Bağlamında İdarenin Sorumluluğu*. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- Evren, Ç. C. (2009). *İdarenin Sorumluluğunu Azaltan Veya Ortadan Kaldıran Nedenler*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- Gökcan, H. T. (2017). *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk Doktrin ve Yargı Kararları (Yargıtay-Danıştay-AYİM) Işığında Doktorlar ile Sağlık Personelinin, Devletin ve Özel Hastanelerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu*. Seçkin Yayınevi, Ankara.
- Gönen, Y., Çelik, M., Yeniay, L., Avcı, G. Ve Ceylan, M. (2014). *Türk İdari Yargılama Usulü Hukuku*. Metin Yayınları, Ankara.
- Gözler, K. (2019). *İdare Hukuku*. C.II, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa.
- Gözler, K. (2018). *Türk Anayasa Hukuku*. Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa.
- Gözübüyük, A. Ş. ve Tan, T. (2010). *İdare Hukuku Genel Esaslar*. C.I, Turhan Kitabevi, Ankara.



- Günday, M. (2011). *İdare Hukuku*. İmaj Yayınevi, Ankara.
- Günday, R. (2012). *Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk*. Adalet Yayınevi, Ankara.
- Hakeri, H. (2007). *Tıp Hukuku*. Seçkin Yayınevi, Ankara.
- Hakeri, H. (2014). ‘‘Tıp Hukukunda Malpraktis Komplikasyon Ayrımı’’. *Toreks Cerrahi Bülteni*, 5: 23-28.
- Hızal, A. ve Çınarlı S. (2015). ‘‘Hatalı Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Tam Yargı Davalarında Tazmin Borcunun Kapsamı’’. *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2(1):143-181.
- İnce, H. (2011). ‘‘ Bilirkişi Raporları Doğrultusunda Adli Tıp Kurumunda Yaşanan Sorunlar’’. *Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu*. 13-14 Kasım 2009, İstanbul, 278-279.
- Kaplan, G. (2004). ‘‘İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler’’. *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi*, 19(1): 173-199.
- Keskin, B. (2006). *Kamu Hizmetlerinin Görülmesine İlişkin Sözleşmeler Ve Bu Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü*. Yayınlanmamış Doktora Tezi. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- Kıcalıoğlu, M. (2011). *Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları*. Adalet Yayınevi, Ankara.
- Kızılyel, S. (2006). *İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Diyarbakır.
- Kızılyel, S. ve Kaylan, İ. (2010). ‘‘Sağlık Hizmeti ve İdarenin Tazmin Yükümlülüğü Üzerine Düşünceler’’. *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*. 5(48): 51-69.
- Kuru, M. (2019). ‘‘ İdarenin Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinden Doğan Sorumluluğu’’. *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(1): 119-144.
- Oytan, M. (1999). *Hizmet Kusuru Nedeniyle İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep Anlayışındaki Gelişmeler*. T.C. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Daire Başkanlığı, Ankara.
- Özay, İ. H. (2002). *Günüşğında Yönetim*. Alfa Yayınları, İstanbul.
- Özçetin, S. ve Balaban, M. (2015). *Sağlık Hukuku*. Seçkin Yayınevi, Ankara.
- Özgönül, M. L. (2010). *Türkiye’de Tıp Etiği ve Hukuk Açısından Tıbbi Hata Kavramı*. Yayınlanmamış Doktora Tezi. Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Ankara.

- Öztek, Z., Üner, S. ve Eren, N. (2006). "Sağlık Hizmetleri ve Sağlık Yönetimi". Ç, Güler ve L, Akın (Ed.), Halk Sağlığı Temel Bilgileri. Hacettepe Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1513-1525.
- Öztürkler, C. (2006). *Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları*. Seçkin Yayınevi, Ankara.
- Pazarcı, A. A. (2007). *Hasta Hakları ve İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Sorumluluğu*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kırıkkale.
- Sancakdar, O., Us, E., Kasapoğlu Turhan, M., Önüt, L. B. ve Seyhan, S. (2017). *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*. Seçkin Yayınevi, Ankara.
- Sancakdar, O. (2018). *İdari Yargılama Hukuku Genel Esaslar*. Sorubankası.net Yayınları, İzmir.
- Uysal, B. (2011). "İdarenin Sağlık Hizmetlerinde Kusurlu Sorumluluğu". *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, (77-78): 202-255.
- Yayla, Y. (1980). "İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep". *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu*. 12-13 Mayıs 1979, Ankara, 45-59.
- Yasin, M. (2015). *İdari Yargılama Usulünde İspat*. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- Yumuk, H. (2005). *İdari Yargıda Tazminat Davası*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- Yüzbaşıoğlu, C. (2020). *İdare ve Personel Yönüyle Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Sorumluluk*. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.

**İNTERNET KAYNAKLARI:**

<http://tdk.gov.tr/category/icerik/yazim-kurallari/>, (erişim tarihi: 27.11.2019)

<http://www.unicef.org.tr/files/bilgimerkezi/doc/insan%20haklari%20evrensel%20beyannemesi.pdf>, (erişim tarihi: 15.11.2019)

<http://ttb.org.tr/>, (erişim tarihi: 17.11.2019)

<https://resmigazete.gov.tr/>, (erişim tarihi: 21.11.2019)

<https://www.lexpera.com.tr/>, (erişim tarihi: 09.12.2019)

<https://www.mevzuat.gov.tr/Kanunlar.aspx>, (erişim tarihi: 10.12.2019)

<https://sozluk.gov.tr/>, (erişim tarihi: 10.11.2019)

<https://www.danistay.gov.tr/upload/avrupainsanhaklarisozlesmesi.pdf>, (erişim tarihi: 30.12.2019)

## **YARGI İÇTİHATLARI:**

### **İdare Mahkemesi Kararları:**

- Aksaray İdare Mahkemesi, T. 05.10.2017, E. 2016/647, K. 2017/1354, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).
- Aydın 1. İdare Mahkemesi, T. 16.04.2014, E. 2010/259, K. 2014/429, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).
- Aydın 1. İdare Mahkemesi, T. 04.01.2019, E. 2018/354, K. 2019/3, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).
- Bursa 3. İdare Mahkemesi, T. 27.12.2012, E. 2010/745, K. 2012/1157, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).
- Edirne İdare Mahkemesi, T. 16.10.2009, E. 2009/217, K. 2009/1041, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).
- Edirne İdare Mahkemesi, T. 16.10.2009, E. 2009/217, K. 2009/1041, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).
- Elazığ 2.İdare Mahkemesi, T. 15.04.2010, E. 2009/7, K. 2010/347, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).
- Elazığ 1. İdare Mahkemesi, T. 06.07.2018, E. 2015/664, K. 2018/270, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).
- Sakarya 2. İdare Mahkemesi, T. 22.10.2015, E. 2014/373, K. 2015/981, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).
- Sivas İdare Mahkemesi, T. 03.02.2010, E. 2009/535, K. 2010/129, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

### **Bölge İdare Mahkemesi Kararları:**

- Adana BİM, T. 11.01.2010, E. 2010/98, K. 2010/51, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).
- Ankara BİM 10.D, T. 26.06.2019, E. 2019/1104, K. 2019/1086, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).
- Ankara BİM 10.D, T.22.11.2018, E. 2018/1446, K. 2018/1417, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

- Erzurum BİM 2.D, T. 21.03.2016, E. 2016/423, K. 2016/397, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).
- Erzurum BİM 2.D, T. 31.05.2017, E. 2017/318, K. 2017/809, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).
- Erzurum BİM 2.D, T. 15.03.2018, E. 2017/1085, K. 2018/450, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).
- Gaziantep BİM 3.D, T. 11.09.2018, E. 2018/1300, K. 2019/198, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).
- Gaziantep BİM 3.D, T. 16.07.2018, E. 2017/2716, K. 2018/5105, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).
- Gaziantep BİM 3.D, T. 09.05.2018, E. 2018/6768, K. 2019/2424, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).
- Gaziantep BİM 3.D, T. 28.02.2019, E. 2018/9596, K. 2019/942, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).
- Gaziantep BİM.3.D, T.31.01.2019, E. 2018/7762, K. 2019/272, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).
- Gaziantep BİM 3.D, T. 09.05.2018, E. 2018/6768, K. 2019/242, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).
- Gaziantep BİM 3.D, T. 15.05.2018, E. 2018/1047, K. 2018/2121, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).
- İstanbul BİM.8.D, T. 07.03.2017, E. 2017/5, K.2017/305, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).
- İstanbul BİM 8.D, T. 09.01.2019, E.2017/1992, K.2019/35, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).
- İstanbul BİM 8.D, T. 06.03.2019, E. 2018/1268, K. 2019/354, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).
- İstanbul BİM 8.D, T. 06.03.2019, E. 2018/1268, K.2019/354, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).
- İstanbul BİM 8.D, T. 14.06.2017, E. 2016/9, K. 2017/1026, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).
- İstanbul BİM 8.D, T. 17.01.2018, E. 2017/1555, K. 2018/107, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).
- İstanbul BİM 8.D, T. 11.10.2017, E. 2017/992, K. 2017/1621, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

- İstanbul BİM 8.D, T. 02.11.2018, E.2018/1023, K. 2018/1549, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).
- İstanbul BİM 8.D, T. 27.03.2019, E. 2018/1388, K. 2019/409, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).
- İstanbul BİM 8.D, T. 06.03.2019, E. 2018/1268, K. 2019/354, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).
- İstanbul BİM 8.D, T. 14.06.2017, E.2016/9, K. 2017/1026, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).
- İstanbul BİM 8.D, T. 11.10.2017, E. 2017/992, K. 2017/1621, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).
- İzmir BİM 6.D, T. 14.03.2013, E. 2017/2073, K.2018/307, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).
- İzmir BİM 6.D, T. 14.03.2018, E. 2017/2073, K. 2018/397, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).
- İzmir BİM 6.D, T. 16.11.2017, E. 2016/664, K. 2017/1551, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).
- İzmir BİM 6.D, T. 21.05.2019, E. 2019/520, K. 2019/927, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).
- Konya BİM 4.D, T. 21.11.2018, E. 2018/551, K. 2018/1353, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).
- Konya BİM 4.D, T. 21.11.2018, E. 2018/551, K. 2018/1353, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).
- Konya BİM 4.D, T. 21.11.2018, E. 2018/551, K. 2018/1353, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

### **Yargıtay Kararları;**

- Yarg. 13. HD, T.18.06.2007, E. 2007/2916, K.2007/8485, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

### **Danıştay Kararları;**

- Dan. 15. D, T. 22.04.2016, E. 2013/4111, K. 2016/2803, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).
- Dan. 5. D, T. 01.04.2014, E. 2013/3388, K. 2014/2266, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

- Dan. 10. D, T. 24.04.2013, E.2009/11919, K. 2013/3605, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).
- Dan. 15. D, T. 12.09.2018, E. 2018/1688, K.2018/6221, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).
- Dan. 15. D, T. 12.03.2014, E. 2013/3865, K. 2014/1691, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).
- Dan. 15. D, T. 23.01.2014, E. 2013/3891, K. 2014/153, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).
- Dan. 10. D, T. 21.07.2009, E. 2009/8454, K. 2009/7726, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).
- Dan 15. D, T. 08.10.2015, E. 2014/9526, K. 2015/5774, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).
- Dan. 15. D, T.28.05.2015, E. 2014/8229, K. 2015/3381, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).
- Dan. 15. D, T. 26.09.2013, E. 2013/404, K. 2013/6451, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).
- Dan. 15. D, T. 25.06.2015, E. 2013/6275, K. 2015/4430, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).
- Dan. 15. D, T. 23.01.2014, E. 2013/3891, K. 2014/153, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).
- Dan. 15. D, T. 28.06.2018, E. 2018/1224, K. 2018/6105, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).
- Dan. 15.D, T. 15.10.2015, E. 2014/9614, K. 2015/6170, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).
- Dan. 15. D, T. 03.04.2018, E. 2013/13008, K. 2018/3265, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).
- Dan. 10. D, T. 10.02.2015, E. 2010/11728, K. 2015/358, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).
- Dan. 15. D, T. 24.12.2015, E. 2013/3956, K. 2015/2913, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).
- Dan. 15. D, T. 10.03.2016, E. 2015/8936, K. 2016:1604, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).
- Dan. 15. D, T. 01.04.2014, E.2013/3388, K.2014/2266, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).

- Dan. 10. D, T. 15.04.2019, E. 2019/1201, K. 2009/2884, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).
- Dan. 15. D, T. 06.06.2018, E. 2014/84, K. 2018/5698, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).
- Dan. 15. D, T. 07.06.2018, E. 2016/1182, K. 2018/5727, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).
- Dan. 10. D, T. 25.02.2014, E. 2009/7159, K. 2014/1118, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).
- Dan. 15. D, T. 18.06.2015, E. 2014/9364, K. 2015/4241, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).
- Dan. 15. D, T. 21.02.2017, E. 2016/7912, K. 2017/841, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).
- DİDDK, T. 18.02.2016, E. 2015/2933, K. 2016/326, UYAP bilişim sisteminden edinilmiştir (erişim tarihi: 14.09.2019).



## Ö Z G E Ç M İ Ő

<b>Adı ve SOYADI</b>	FİDAN ERMUMCU
<b>Doğum Yeri - Tarihi</b>	DENİZLİ- 1993
<b>EĞİTİM DURUMU</b>	
<b>Mezun Olduğu Lise</b>	AYDIN ADNAN MENDERES ANADOLU LİSESİ- 2011
<b>Lisans Diploması</b>	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ- 2015
<b>Yabancı Dil / Diller</b>	İNGİLİZCE
<b>İŞ DENEYİMİ</b>	
<b>Çalıştığı Kurumlar</b>	İZMİR BAROSU- AVUKAT
<b>E-Posta</b>	f_ermumcu@hotmail.com