

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

**DEFANSİF TIP UYGULAMALARINDA İDARENİN
SORUMLULUĞU**

Doktora Tezi

Zehra KARAKUŞ IŞIK

Ankara - 2018

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

DEFANSİF TIP UYGULAMALARINDA İDARENİN SORUMLULUĞU

Doktora Tezi

Zehra KARAKUŞ IŞIK

Tez Danışmanı
Doç. Dr. M. Ayhan TEKİNSOY

Ankara – 2018

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu belge ile bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim. (25/12/2018)

Tezi Hazırlayan Öğrencinin

Zehra KARAKUŞ IŞIK



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

Zehra KARAKUŞ IŞIK

**DEFANSİF TIP UYGULAMALARINDA İDARENİN
SORUMLULUĞU**

Doktora Tezi

Tez Danışmanı: Doç. Dr. M. Ayhan TEKİNSOY

Tez Jürisi Üyeleri:

Adı ve Soyadı

İmzası


Doç. Dr. M. Ayhan TEKİNSOY



Doç. Dr. Rifat ERTEN



Doç. Dr. K. Burak ÖZTÜRK



Dr. Öğr. Üyesi D. Çiğdem SEVER



Prof. Dr. Ali AKYILDIZ



Tez Sınavı Tarihi: 18.12.2018

ÖNSÖZ

Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı bünyesinde “Defansif Tıp Uygulamalarında İdarenin Sorumluluğu” başlığı ile yazılan bu çalışma Doç. Dr. M. Ayhan TEKİNSOY, Prof. Dr. Ali AKYILDIZ, Doç Dr. Rifat ERTEN, Doç. Dr. K. Burak ÖZTÜRK ve Dr. Öğr. Üyesi D. Çiğdem SEVER tarafından oybirliği ile kabul edilmiştir.

Bu çalışma TÜBİTAK BİDEB 2214-A bursu ile Amerika Birleşik Devletleri’nde 12 ay süre ile desteklenmiş ve burs sayesinde gerekli araştırmalar yapılmış ve ihtiyaç duyulan kaynaklara erişim sağlanmıştır. Bu desteği bize sunan TÜBİTAK’a sonsuz teşekkürlerimi sunarım.

Tez çalışma süresi boyunca gösterdiği destek, sabır ve özveriden ötürü danışman hocam Doç. Dr. M. Ayhan TEKİNSOY’a ve önerileri ile çalışmamı zenginleştiren, jüri de yer alan hocalarıma sağladıkları katkı için teşekkür ederim. Amerika Birleşik Devletleri’nde geçirdiğim süre boyunca dil engelini aşmama yardımcı olan ve teze katkıda bulunan ismini saymakta zorlanacağım tüm hocalarıma da ayrıca teşekkür ederim.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	I
İÇİNDEKİLER	II
KISALTMALAR	V
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

SAĞLIK HİZMETLERİ SUNUMUNDA DEFANSİF TIP UYGULAMALARI VE HUKUKİ OLARAK TEMELLENDİRİLMESİ

I. SAĞLIK HİZMETLERİ ve TIPTA HATALI UYGULAMA	5
A. Genel Olarak İdarenin Yürüttüğü Sağlık Hizmetleri	7
B. İdarenin Yürüttüğü Sağlık Hizmetlerinden Doğan Hukuki İlişkinin Sorumluluk Hukukuna Etkisi	10
1. Kamu Hastanesi ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği	12
2. İdare ile Hekim Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği	13
a. Genel Olarak Statü İlişkisi	14
b. Statü İlişkisinin Sorumluluk Hukuku Bakımından Sonuçları	16
C. Tıbbi Müdahale ve Hatalı Tıbbi Müdahale	19
1. Tıbbi Müdahalede İzin Verilen Risk Kavramı: Komplikasyon	25
2. Malpraktis - Komplikasyon Ayrımının Tazminat Sorumluluğu Bakımından Önemi	27
3. Tıbbi Müdahalede Bakım Standardının Sağlanması	32
II. TIBBİ UYGULAMA HATASININ YENİ GÖRÜNÜMÜ: DEFANSİF TIP UYGULAMALARI	38
A. Defansif Tıp Uygulamalarının Görünüm Şekilleri	38
1. Pozitif Defansif Tıp Uygulamaları	41
a. Güvence Davranışı Örnekleri	42
b. Pozitif Defansif Tıp ve Tıbbi Standartlar	51
2. Negatif Defansif Tıp Uygulamaları	52

a. Çekinik Tavr Örnekleri	55
b. Negatif Defansif Tıp Uygulaması ve Sevk Yükümlülüğü.....	59
B. Defansif Tıp Uygulamalarının Yaygınlığı.....	66
C. Defansif Tıp Uygulamasının Sağlık Hizmetlerine Yansımaları.....	71
1. Sağlık Harcamalarına Etkisi.....	73
2. Hasta- Hekim İlişisine Etkisi.....	75
3. Hizmet Kalitesine Etkisi.....	76

İKİNCİ BÖLÜM

İDARENİN DEFANSİF TIP UYGULAMALARINDAN SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI ve DEFANSİF TIP UYGULAMALARININ ÖNLENMESİNE İLİŞKİN ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

I. DEFANSİF TIP UYGULAMALARINDAN İDARENİN SORUMLULUĞUNUN GÖRÜNÜM BİÇİMLERİ.....	79
A. Defansif Tıp Uygulamalarından Doğan Kusur Sorumluluğu	82
1. Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygun Olması	88
2. İdareye Atfedilebilen Kusurlu Eylemin Varlığı	92
a. Ağır Kusurun Varlığı ve Kanıtlanması	94
b. Hizmet Kusuru ve Kişisel Kusur Ayrımı.....	98
aa. Yargı Kararlarında Hizmet Kusuru-Kişisel Kusur Ayrımı	102
bb. Hizmet Kusuru- Kişisel Kusur Ayrımının Defansif Tıp Uygulamaları Kapsamında Değerlendirilmesi.....	105
c. Zararın Rücu Edilmesi	107
3. Uygulamanın Zarara Sebebiyet Vermesi	112
4. Zarar ile Eylem Arasında İliyet Bağının Bulunması.....	116
B. Defansif Tıp Uygulamalarında Kusursuz Sorumluluk	120
C. İdarenin Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Haller	122
1. Zarar Görenin Tıbbi Öyküsünü Tam Anlatmaması	124
2. Hastanın Hukuka Uygun Rızası	126
3. Hastanın Hekimin Tavsiyelerini Yerine Getirmemesi	129
4. Tıbbi Müdahalede Zorunluluk Hâli.....	131

D. İdarenin Sorumluluğunun Tespitinde Uzman Bilirkişilik.....	132
II. DEFANSİF TIP UYGULAMALARINI ÖNLEME ÇABALARI.....	138
A. Tıbbi İmkânların Finansmanının Düzenleyici İşlemlerle Sınırlanması	140
B. Sorumluluk Sistemine İlişkin Öneriler	142
1. Kurumsal Sorumluluk Önerisi	143
2. Kusura Dayalı Olmayan Sorumluluk Önerisi	146
3. Mesleki Sorumluluk Sigortasında Kamusal Fon Önerisi.....	150
C. Mahkeme Dışı Çözüm Yolları.....	153
1. Alternatif Çözüm Yollarının İdare Hukukundaki Yeri	157
2. Sağlık Hizmetlerinin Yerine Getirilmesinden Doğan Zararların Karşılanmasında Mahkeme Dışı Çözüm Örnekleri.....	159
a. 663 sayılı KHK Mülga 24. madde Kapsamında Sağlıkta Uzlaştırma.	160
b. 659 sayılı KHK Kapsamında İdari Uyuşmazlıklarda Sulh.....	165
c. Kamu Denetçiliği Kurumu'na Başvuru	168
d. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'na Başvuru	174
3. Sağlık Hizmetlerinin Yerine Getirilmesinden Doğan Zararların Karşılanmasında Mahkeme Dışı Çözüm Yollarının Uygulanabilirliği ..	177
D. Sağlık Hizmetlerinin Yerine Getirilmesinden Doğan Zararların Alanında Uzmanlaşmış Mahkemede Çözümlemesi Önerisi	182
SONUÇ	188
KAYNAKÇA.....	191
ÖZET.....	209
ABSTRACT.....	210

KISALTMALAR

A.B.D.	: Ankara Barosu Dergisi
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ABY	: Ankara Barosu Yayınları
AİD	: Amme İdaresi Dergisi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AY.	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
ASKOM	: Acil Sağlık Hizmetleri Koordinasyon Komisyonu
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFY	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
CGK	: Ceza Genel Kurulu
D.	: Dairesi
DİDDGK	: Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu
DMK	: Devlet Memurları Kanunu
E.	: Esas
Ed.	: Editör
EÜHFD	: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GTD	: Gazi Tıp Dergisi
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi

HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HHY	: Hasta Hakları Yönetmeliği
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HPD	: Hukuk Perspektifleri Dergisi
HTD	: Hacettepe Tıp Dergisi
İss.	: İssuse
İÜHFH	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜHFY	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
İYUK	: İdari Yargılama Usulü Kanunu
K.	: Karar
Kn	: Kanun
KDK	: Kamu Denetçiliği Kurumu
KDKK	: Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu
MAH.	: Mahkemesi
MHAUM	: Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi
md.	: Madde
No	: Numara
OECD	: Organisation for Economic Co-Operation and Development Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü
par.	: Paragraf
RG	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: Sayfa Numarası
SHK	: Sağlık Hizmetleri Kanunu
SHYHF	: Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesi Hakkında Yönerge
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
T.	: Tarih

TAAY	: Türkiye Adalet Akademisi Yayınları
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBBY	: Türkiye Barolar Birliği Yayınları
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TDN	: Türk Deontoloji Nizamnamesi
TİHEK	: Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TODAİE	: Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü
TTB	: Türk Tabipler Birliği
TTBY	: Türk Tabipler Birliği Yayınları
UHK	: Umumi Hıfzıssıhha Kanunu
UMD	: Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi
Vol	: Volume
Y.	: Yıl
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YD.	: Yürütmenin Durdurulması
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YNT	: Yönetmelik

GİRİŞ

Sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden doğan sorumluluk gerek kamu hukukçularının gerekse özel hukukçuların ortak çalışma alanıdır. Tıbbi müdahale hatasında bulunulduğunda ortaya çıkan çoklu sorumluluk, hekimlerin birden fazla hukuki alan ile temas etmesini gerektirir. Bu açıdan, çalışmada kamu hastanelerinin sunmuş olduğu sağlık hizmetinden doğan zararlardan “sorumluluk” konusu üzerine yoğunlaşmıştır.

İdarenin sorumluluğu oldukça ilgi gören bir konu olsa da, hâlâ tartışılmamış kısımları mevcuttur. Hekimlerin sorumluluk kaygısıyla hareket ederek gerçekleştirdiği “defansif tıp uygulamaları” bu konulardan birisidir. Defansif tıp genel olarak, hekimin veya diğer sağlık personelinin yapmış olduğu tıbbi müdahaleden doğan sorumluluktan kaçınmak için fazladan ve gereksiz tetkik yaptırması veya yüksek riskli hastaya müdahalede bulunulmaması olarak ifade edilebilir. Hekimlerin hâlihazırda duymaya alışkın oldukları bu kavram, hukukçular için oldukça yenidir.

Hipokrat yemininde yer alan “...gücüm yettiği kadar tedavimi kötülük için değil yardım için kullanacağım... Hayatımı, sanatımı tertemiz bir şekilde kullanacağım... İster hür ister köle olsun, erkek ve kadınların vücudunu kötüye kullanmaktan sakınacağım” ifadelerini tüm içtenliği ile dile getiren sadakatinden emin olunan hekimler hakkında niyet okumayla kurgulanan bu kavram, klasik hekim algısının sorgulanmasına sebep olmaktadır. Hekim tarafından daha çok irdelenen, tetkik, tahlil ve görüntüleme tetkiki yapılması için yönlendirilen hastalar artık teşhis

ve tedavinin gecikme endişesini taşımaktadır. Sağlık hizmetine kolay ulaşılabilirliğin vermiş olduğu rahatlık ile kendisine en uygun sağlık merkezine başvuran hasta, birden fazla uzmana veya başka bir sağlık kuruluşuna yönlendirildiği için vakit kaybettiğini düşünmektedir.

Sağlık kavramı insan hayatını doğrudan etkilediğinden devletin yürüttüğü diğer kamu hizmetlerine göre farklı konumlandırılmıştır. Hizmetin sunumundaki ufak bir aksaklık hizmetten yararlanan kişinin hayatını doğrudan etkileyebilmektedir. Bu sebeple defansif tıp uygulamaları neticesinde kaybedilen zamanın veya yapılan müdahalenin telafisi mümkün olmayabilir. Bunun yanında sağlık sisteminde yapılan değişiklikler sağlık hizmetinin sunumunu güçleştirmiştir. Bu değişiklikler sonucunda; hekim başına düşen hasta sayısının yükselmesi, yataklı hasta sayısında artış yaşanması ve sağlık hizmetinden beklentilerin değişmesi hekimlerin kendilerini koruma içgüdülerini arttırmıştır. Aslında sağlık hizmetlerinin sunumunda yer alan hekim, dikkatsizliğin ya da hafif bir ihmalin doğuracağı sonuçların farkındadır. Dolayısıyla, hekim birçok vakaya çekingen davranabilmekte ya da müdahale etmekten kaçınabilmektedir. Hafif bir ihmalden dâhi disiplin soruşturması, tazminat davası belki de ceza davası ile yüz yüze gelen hekim, hastasına “hasta” olarak değil “potansiyel davacı” olarak bakabilmektedir.

İdarenin bizzat yürüttüğü sağlık kamu hizmetini yerine getiren kamu görevlisi hekimlerin görevleriyle ilgili bir zarara sebebiyet vermeleri hâlinde anayasal ve yasal düzenlemeler ışığında idarenin sorumluluğuna gidilebilecektir. Bu süreçte meydana gelen zararların tazmini yargı yoluyla talep edilebileceği gibi alternatif çözüm yollarına da başvurulabilecektir.

Sağlık hizmeti gerek sağlık hizmetinden faydalananlar gerekse hizmeti sunan hekimler için riskli hizmet olarak değerlendirilir. Zira sağlık hizmeti sunan hekim hastayı iyileştirmeyi garanti etmez. Tıbbi imkânlarla ulaşımın kolaylaşması ve birçok tetkikten faydalanabilme imkânı hekimden beklentileri arttırmıştır. Hekim ise yoğun çalışma şartları altında bir yandan sınırsız istek ve beklentiyi karşılamaya çalışırken diğer yandan da kendini dava tehdidi altında hissetmektedir. Anayasal ve yasal düzenlemelerde doğrudan hekime karşı dava açılmayacağı belirtilmiş olsa dâhi hekim yargı sürecinin bir parçasıdır. Bu yüzden yargı dışı çözüm yöntemleri hekimlerin ivedilikle karar vermesini, bununla birlikte hekimin ya da idarenin hastası ile yüzleşmesini temin eder.

Sağlık hizmetleri kapsamlı bir kamu hizmetidir ve yürütülmesinde birçok faktör etkilidir. Bu hizmet, insan faktörünü de içinde barındırdığından insana dair her duygu hizmetin sunumuna yansır. Hekimlerin tıbbi müdahalede bulunurken hissettiği sorumluluk kaygısı dış dünyaya tıbbi müdahaleden kaçınma veya tıbbi müdahaleyi geciktirme olarak yansıyabilir. Kamu hizmetini yerine getiren hekimin eylemlerinden idarenin öncelikli olarak sorumlu olması bu kaygıyı azaltan bir faktör gibi gözükse de müdahalelerinin irdelendiği hukuki bir süreçten geçeceğini bilen hekim en doğru kararı vermeye çalışmaktadır.

Kamu hastanelerinin sunmuş olduğu sağlık hizmetinden doğan zararlardan idarenin sorumluluğu konusunun geniş olması sebebiyle, çalışma sadece “*Defansif Tıp Uygulamalarında İdarenin Sorumluluğu*” ile sınırlandırılmıştır. Çalışmada ilk bölümde tıbbi müdahale kavramı açıklanmış, sonrasında tıp hukukunda defansif uygulama örneklerine dikkat çekilmiştir. Ülkemizde daha çok tıp bilimi uzmanlarının tezlerinde yer alan bu kavram son zamanlarda ceza hukukçularının çalışmalarına da

konu olmaktadır. Genel itibariyle tıbbi müdahale hatası içerisinde değerlendirilen defansif tıp uygulamalarının sağlık hizmetlerine; *“sağlık harcamalarına etkisi”* , *“hasta-hekim ilişkisine etkisi”* ve *“hizmet kalitesine etkisi”* şeklinde yansımaları olmaktadır. Çalışmada sağlık hizmetleri yerine getirilirken ortaya çıkan sorunlar başlığı altında sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden doğan hukuki ilişkiler de irdelenmiştir. Bu inceleme kamu hastanesinde görev yapan hekimin sorumluluğunun belirlenmesi bakımından oldukça önemlidir. İkinci bölümde ise defansif tıp uygulamalarını önleyebilmek için önerilen; *“kurumsal sorumluluk”*, *“kusursuz sorumluluk”*, *“uyuşmazlığın mahkeme dışında çözümlenmesi”*, *“sağlık hizmetlerinden doğan zararların alanında uzmanlaşmış mahkemede çözümlenmesi”*, *“mesleki sorumluluk sigortasında kamu fonu”* gibi konular incelenmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

SAĞLIK HİZMETLERİ SUNUMUNDA DEFANSİF TIP UYGULAMALARI VE HUKUKİ OLARAK TEMELLENDİRİLMESİ

I. SAĞLIK HİZMETLERİ ve TIPTA HATALI UYGULAMA

Dünya Sağlık Örgütü'nün tanımıyla sağlık, “*sadece hasta veya sakat olmama hali değil, fiziksel, ruhsal ve sosyal açıdan iyi olma halidir.*”¹ Bu yönüyle doğrudan yaşama hakkı ile ilgili olan insan sağlığı, sağlık hizmetlerinin önemli bir parçasıdır. Danıştay sağlık hizmetlerinin insan yaşamını doğrudan ilgilendirmesi, mahiyeti itibariyle ertelenemez ve ikame edilemez bir hizmet olduğuna dikkat çekerek, hekimlik² statüsünün diğer kamu görevlilerinden farklı olduğunu ifade etmektedir.³

Devlet, kişilerin, temel hak ve hürriyetlerini sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmalı ve insanın maddi-manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları sağlamalıdır.⁴ Devlet, bireylerin yaşama, maddi ve manevi varlıklarını

¹ Bekir METİN/Sevim TEZEL AYDIN, **Dünya Sağlık Örgütü ve Türkiye İlişkileri**, Ankara, T.C . Sağlık Bakanlığı Dış İlişkiler Dairesi Başkanlığı, 1997, s. 91.

² Sağlık hizmetini önemli bir parçası olan hekim için bilim uzmanlığını ifade eden yönü sebebiyle “doktor” ifadesi genel olarak kabul görse de “hekim” kavramı tıp mesleğini icraya yetkilendirilmiş kişiyi ifade eden doğru bir tanımlama olarak kabul edilmiştir (Hasan Tahsin GÖKCAN, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, s.39).

³ Danıştay 10. D. 29.06.2011, E.2011/6191,YD. Kararı, <www.kazanci.com.tr>, 12.05.2016.

⁴ Anayasa'nın 5. maddesinde: “*Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve*

koruma ve geliştirme hakkı kapsamında, sağlık hizmetlerini düzenlemek zorundadır. Anayasa'nın 56. maddesiyle⁵, sağlık alanındaki faaliyetlerin yürütülmesi hususunda Devlete pozitif yükümlülük yüklenmiştir.⁶ Bu hüküm kapsamında devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamalı ayrıca sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenlemelidir.

Toplumların farkındalık düzeyinin artması ile birlikte sağlık hakkı herkes tarafından gözetilmesi gereken bir insan hakkı kapsamında, ulusal ve uluslararası metinlerde yer almıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AİHS)⁷ doğrudan yer almayan sağlık hakkı, Sözleşmenin bazı maddeleri ile ilişkilendirilerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) içtihatlarında yer bulmaktadır.⁸

adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır." hükmü yer almaktadır.

⁵ Anayasa'nın 56. maddesinde: "*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.*" hükmü yer almaktadır.

⁶ AYM 21.02.2018, 2014/15355 başvuru numaralı bireysel başvuru kararı, par. 40-41, RG 28.03.2018-30374.

⁷ Roma, 4.11.1950, < https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf>, 10.09.2018.

⁸ Danıştay 15. D. 30.01.2015, E.2014/7136, K.2015/413, <www.kazanci.com.tr>, 15.03.2016. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi sağlık hakkını sadece Sözleşmenin 2. maddesi kapsamında incelememektedir. Sağlık hizmetlerinin sunumunda kötü muamelede bulunulması veya bu iddianın yeterince soruşturulmaması nedeniyle Sözleşmenin 3. maddesinin ihlâli, sağlık hizmetinin sunumunda

İdarenin sağlık alanında yürüttüğü hizmetler çok çeşitli olup; sağlık hizmetleri hastalığın sadece ortaya çıktığında değil, hastalıkların önlenmesi ve tedavisi sonrasındaki hizmetleri de ierdiđinden⁹ bu hususlara değinmek yerinde olacaktır.

A. Genel Olarak İdarenin Yürüttüğü Sağlık Hizmetleri

Sağlık hizmetleri: *“İnsan sağlığına zarar veren çeşitli faktörlerin yok edilmesi ve toplumun bu faktörlerin tesirinden korunması, hastaların tedavi edilmesi, bedeni ve ruhi kabiliyet ve melekeleri azalmış olanların işe alıştırılması (Rehabilitasyon) için yapılan tıbbi faaliyetler”* olarak ifade edilir.¹⁰

Devletin, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak ve işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarının tek elden planlayıp hizmet vermesi (md.56/3) gerekliliğine ilişkin anayasal düzenlemeden anlaşıldığı üzere sağlık hizmetleri, toplumun ihtiyaçları kapsamında şekillendirilen

hizmetten yararlananlar arasında ayrımcılık yapılması hâlinde Sözleşmenin 14.maddesi ya da Sözleşmenin Ek 12 Numaralı Protokolün 1. maddesinin ihlali ve son olarak sağlık hizmeti sunumunda özel hayata haksız bir müdahalede bulunulmuş ise Sözleşmenin 8. maddesi ihlâli kapsamında inceleme yapılmaktadır (D. Çiğdem SEVER, Sağlık Hakkının Tanımlanması ve Mahkemelerce Kullanılması, **Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları**, (Ed. Özge YÜCEL/Gürkan SERT), Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s.84).

⁹ Serkan ÇINARLI, **İdarenin Sağlık Hizmetinin Sunumundan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu**, Ankara, Orion Kitabevi, 2013, s.68.

¹⁰ 224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun (RG 12.01.1961-10705), md. 2/3.

bir kamu hizmetidir. Her şeyden önce sağlık hizmetleri İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde¹¹ tanınan bir haktır.

Devlet veya diğer kamu tüzel kişileri tarafından bizzat ya da bunların denetim ve gözetiminde toplumun ortak ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla sürdürülen sağlık hizmeti ile ilgili temel esaslara 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Kanunu'nun¹² (SHK) 3. maddesinde yer verilirken, sağlık hizmetleri, koruyucu sağlık hizmetleri, rehabilite edici sağlık hizmetleri, teşhis ve tedavi edici sağlık hizmetleri şeklinde sınıflandırılmıştır.¹³

Sağlık hizmetleri sadece bireylerin hastalanmaları sonrasında değil, hastalanmadan önce de başvurabilen bir kamu hizmetidir.¹⁴ Bu kapsamda, koruyucu sağlık hizmetleri, kişilerin hastalıktan korunması veya sağlıklı olma hâlinin sürdürülmesi amacıyla kişiye yönelik sunulan sağlık hizmetlerindedir.¹⁵ 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun¹⁶ (UHK) 1. maddesinde koruyucu sağlık hizmetlerinin sunulması devletin görevleri arasında sayılmıştır. Koruyucu sağlık hizmetleri, kişileri hastalanmaktan, yaralanmaktan, sakat kalmaktan ve erken ölümden korumak amacıyla verilmektedir. Kişiye yönelik yapılan bağışıklama, ilaçla

¹¹ RG 27.05.1949-7217.

¹² 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Kanunu (SHK), (RG 15.05.1987-19461).

¹³ SHK md. 3; Bazı kaynaklarda, sayılan üç hizmet dışındaki sağlık hizmetleri "*diğer sağlık hizmetleri*" olarak nitelendirilmiştir. (Ayrıntılı bilgi için bkz. Serkan KIZILYEL, **İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu**, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır, 2006, s. 40).

¹⁴ Fatih BİRTEK, "*Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinde İdarenin Kusura Dayanan Sorumluluğu*", **EÜHFD**, C.II, S.3-4, 2007, s.85.

¹⁵ 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu (RG 16.06.2006-26200) md.3/23.

¹⁶ RG 06.05.1930-1489.

ve serumla koruma, erken tanı, aile planlaması, gıda güvenliği ve sağlıklı beslenme alışkanlıklarının kazandırılması, sağlık eğitimi ve sosyal sorunların önlemesi amacıyla yapılan müdahalelerin hepsi koruyucu sağlık hizmeti olarak kabul edilir.¹⁷

Rehabilitasyon hizmetleri hastalık ve kaza sebebiyle kişilerde oluşan kalıcı hasarların, günlük hayatlarını zorlaştırmasını engellemek ve hiç değilse olası etkilerini azaltmak için verilen hizmetlerdir.¹⁸ Aslında bu hizmet türü tedavi kapsamında düşünülebilir¹⁹ ve tıpkı diğer sağlık hizmetleri gibi tıbbi bir hata meydana geldiğinde idarenin sorumluluğuna sebep olabilir. Nihayetinde kişilerin sağlık şartlarını düzeltmek ve kendilerine zarar veren bütün hastalıklarla mücadele ederek gelecek nesillerin sağlıklı yetişmesi devletin yerine getirmek zorunda olduğu hizmetlerden biridir.²⁰

Tedavi edici sağlık hizmetleri ise birinci²¹, ikinci²² ve üçüncü basamak²³ olarak üçe ayrılır.²⁴ Koruyucu sağlık hizmetleri ile tedavi edici hizmetler birbirinden

¹⁷ SHYHY md.4/1/d.

¹⁸ KIZILYEL, s.40; Betül Çatak IRIZ, **Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2010, s.7; Ahmet Kürşat ERSÖZ, **Türk İdaresinin Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Sorumluluğu**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012, s.6.

¹⁹ KIZILYEL, s.40.

²⁰ UHK md. 1.

²¹ Birinci basamak; “*hastaların evde ve ayakta tedavileridir. Bu hizmetler esas olarak yataksız sağlık kuruluşlarında ve koruyucu hizmetlerle bir arada*” verilen hizmetlerdir.

²² İkinci basamak, “*hastaların bir yataklı sağlık kuruluşunda (hastanelerde) yatırılarak*” yapılan tedavilerdir.

²³ Üçüncü basamak ise, “*özel bir yaş grubuna, cinsiyete ya da belli bir hastalığa yakalanan kişilere, o konuda en geniş imkanlara sahip yataklı tedavi kuruluşlarında verilen*” hizmetler olarak ifade edilir.

ayrılmaz şekilde sunulur ve birbirinden kesin sınırlar ile ayrılamaz.²⁵ Teşhis edici sağlık hizmetleri de tedavi edici sağlık hizmetleri kapsamındadır. Tıbbi uygulama hataları teşhis ve tedavi edici sağlık hizmetleri içinde yer alır ve diğer hizmetler gibi bu hizmetten kaynaklanan hatalar idarenin sorumluluğunu gerektirir.²⁶

Çalışma konusu itibariyle de hatalı tıbbi müdahalenin tanımlanması, tıpta hatalı uygulama kavramı ile doğrudan ilişki kurulan “komplikasyon” ve “bakım standardı” kavramlarının açıklanması gerekmektedir. Bunun öncesinde sağlık hizmetleri yerine getirilirken hasta-kamu hastanesi ve hekim-kamu hastanesi arasındaki ilişkinin sorumluluk hukukuna yansımalarının incelenmesinde fayda bulunmaktadır.

B. İdarenin Yürüttüğü Sağlık Hizmetlerinden Doğan Hukuki İlişkinin Sorumluluk Hukukuna Etkisi

İdarenin sağlık hizmetlerini yerine getirirken kullandığı taşınır ve taşınmaz mallar idarenin “*maddi ögesini*”, idarenin görevlerini yerine getirmesini sağlayan kamu görevlileri ise idarenin “*insan ögesini*” oluşturur.²⁷ Kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler Anayasa’nın amir hükmü gereğince memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yerine getirilir (md.128). Bu düzenlemeye paralel olarak 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nda²⁸(DMK) sağlık hizmetlerinin; memur, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle (md. 4) veya hizmetlerin

²⁴ SHYHY md.4/1-i-j-k.

²⁵ SHYHY md.58/3.

²⁶ KIZILYEL, s.39-40

²⁷ Metin GÜNDAY, **İdare Hukuku**, 10. B., Ankara, İmaj Yayınevi, 2011, s.579.

²⁸ RG 23.07.1965-12065.

satın alınması yoluyla da yürütülebileceğine (md. 36) ilişkin hükümler yer alır. Sosyal devlet olmanın gereği olarak etkin, süratli ve kesintisiz sağlık hizmeti sunmak idarenin görevlerinden birisidir. Hizmette etkinlik sağlamak, yenilenen teknolojiye ayak uydurmak ve ihtiyaca göre hizmet sunumu yapabilmek için idareler lüzumu halinde hizmet satın alması yoluna gidebilir.²⁹

İdare ile hekimin taraf olduğu hukuki ilişkilerin niteliğinin belirlenmesi, sağlık hizmetlerinin yürütülmesi neticesinde ortaya çıkan sorumluluğun dayanağı ve kapsamının belirlenmesi bakımından önemli³⁰ olduğu için çalışmanın devamında sağlık hizmetleri yerine getirilirken hasta, hekim ve idare arasında ortaya çıkan ilişki türleri incelenecektir.

Tıbbi müdahalede bulunan hekimin hukuki sorumluluğu konusu irdelenirken tek bir hukuki ilişkiden bahsetmek mümkün değildir. Hekimin bağımsız veya kamu hastanesinde çalışmasına göre tabi olduğu hukuk kuralları da şekillenir. Bağımsız çalışan hekim ile hasta arasındaki ilişki özel hukuk ilişkisinin konusunu oluşturur. İdare hukukunun konusuna girmeyen ve idare hukuku hükümlerinin uygulanmayacağı bu uyuşmazlıkta kurulan ilişkinin niteliğine göre uygulanacak

²⁹ Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararı, 657 sayılı Kanun'un 36. maddesine eklenen, sağlık hizmetleri ve yardımcı sağlık hizmetleri sınıfa dâhil personel tarafından yerine getirilmesi gereken hizmetlerin, lüzumu hâlinde bedeli döner sermaye gelirlerinden ödenmek kaydıyla, bakanlıkça, tespit edilecek esas ve usullere göre hizmet satın alınması yoluyla gördürülebilmesine dair hükmün iptaline ilişkindir. Anayasa Mahkemesi, söz konusu düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir (AYM 22.11.2007, E.2004/114, K.2007/85, RG 24.12.2007-26736). Ancak idarenin bizzat genel esaslara göre yürütmüş olduğu sağlık hizmetlerinin Anayasa'nın 128. maddesi gereğince memur veya diğer kamu görevlileri vasıtasıyla yürütülmesi gerekmektedir (Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. SEVER, Sağlık Hakkı, s.108-111).

³⁰ Mehmet DEMİR, "Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu", AÜHFİD, C.57, S.3, 2008, s.228.

hükümler belirlendiğinden³¹ çalışmada yer almamıştır. Bu kısımda esasen “idare ile hekim arasındaki ilişkinin niteliği ve bu ilişkinin sorumluluk hukuku bakımından sonuçlarına” yer verilmiştir.

1. Kamu Hastanesi ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği

İdare görev ve yetkilerini işlem ve eylemler vasıtasıyla yerine getirir. İdare adına bu işlem ve eylemler kamu görevlilerince icra edilir.³² Diğer bir deyişle, kamu görevlileri idarenin hareket araçlarından birisidir.³³ Eylem idareye atfedilemiyor ise “haksız fiil”³⁴, idareye atfedilen bir eylem ise “hizmet kusuru” esaslarına göre uyuşmazlık çözümlenir.

Kamu gücünü kullanma yetkisine sahip idarelerin, bireylerle kurduğu hukuki ilişkilerinde, kamu düzeninin tesisine yönelik faaliyetlerinde ve kamu hizmetlerinde idare hukuku hükümleri uygulandığından bu hukuki ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlıklar idari yargı tarafından çözümlenir.³⁵ Dolayısıyla, kamu hastaneleri ve hasta arasındaki ilişkiye kural olarak idare hukuku hükümleri uygulanır ve bu hukuki ilişki ve faaliyetlerden doğan uyuşmazlıklar idari yargı organlarınca karara bağlanır.

³¹ GÖKCAN, 897; Ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet AYAN, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Kazancı Hukuk Yayınları No:102, Ankara, 1991, s.46-62.

³² A. Şeref GÖZÜBÜYÜK/Turgut TAN, **İdare Hukuku**, C.I, 6. B., Ankara, Turhan Kitabevi, 2008, s.419.

³³ Kemal GÖZLER/Gürsel KAPLAN, **İdare Hukuku Dersleri**, 14. B., Bursa, Ekin Basın Yayın Dağıtım, 2013, s.513.

³⁴ GÖZÜBÜYÜK/TAN, C.I, s.428.

³⁵ Bahtiyar AKYILMAZ/Murat SEZGİNER/Cemil KAYA, **Türk İdare Hukuku**, 9. B., Ankara, Savaş Yayınevi, 2018, s.54.

Demokratik toplum düzeninin sağlanmaya çalışıldığı bir ortamda idare ile bireylerin ilişkilerinin düzenlenmesi ve bireylerin hak ve özgürlüklerin sağlanması çerçevesinde bireylerin idareye karşı korunması öncelikli amaç olmalıdır.³⁶ Kamu hastanesi ile hasta arasındaki ilişki sebebiyle, bilinen idare hukuku ilişkisinin ötesinde hastaya bazı haklar tanınmıştır. Bu kapsamda hastanın; “bilgi isteme”, “sağlık kuruluşunu seçme ve değiştirme”, “personeli tanıma, seçme ve değiştirme”, “öncelik sırasının belirlenmesini isteme”, “tıbbi gereklere uygun teşhis, tedavi ve bakım”, “tıbbi gereklilikler dışında müdahale yasağı”, “ötenazi yasağı” ve “tıbbi özen gösterilmesi” gibi hakları bulunmaktadır.³⁷

2. İdare ile Hekim Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği

Kamu hizmetleri çeşitlendikçe bu hizmetleri yerine getirecek eğitimli ve bilgili insan gücüne ihtiyaç artar. Genel idari esaslara göre yürütülmekte olan kamu hizmetleri ise memurlar ve diğer kamu görevlileri tarafından yerine getirilir.³⁸

Kamu görevlisi ile idare arasında statüer bir ilişki mevcuttur. Bu ilişkinin içeriği ve kapsamı sözleşme ile değil, nesnel ve kişilik dışı kanunla

³⁶ Metin KAZANCI, **Halkla İlişkiler Açısından Yönetim ve Yönetilenler**, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi No: 459, 1978, s.55-56.

³⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Hasta Hakları Yönetmeliği “Sağlık Kuruluşunu Seçme ve Değiştirme” ve “Personeli Tanıma ve Değiştirme” başlığı altındaki md. 8 ve 9, RG 01.08.1998- 23420.

³⁸ A. Sıtkı GÖKALP, “Türkiye’de Memur Hukukunun Temel İlkeleri”, **Atatürk’ün 100. Doğum Yılı Kutlama Sempozyumu**, Ankara, Danıştay Başkanlığı, 1981, s.39; Sıddık Sami ONAR, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, 3. B., C. II, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1960, s.1065-1066; A. Şeref GÖZÜBÜYÜK, **Yönetim Hukuku**, 29. B., Ankara, Turhan Kitabevi, Ekim 2010, s.14; GÜNDAY, s.331-332; GÖZÜBÜYÜK/TAN, C.I, s.915.

belirlenmektedir.³⁹ ONAR'ın ifadesi ile “*memur kendisine bir kamu hizmeti tevdi edilen*” kimsedir.⁴⁰ Kamu hastanelerinde çalışan hekimlerin de sağlık kamu hizmetini yerine getirmekte görevlendirildiği açıktır. Hekimlerin hizmet niteliğine uygun şekilde çalıştırılması, bilgi ve tecrübesinden en iyi şekilde yararlanılması için öncelikle idare ile arasındaki ilişkisinin, sınırları ile birlikte incelenmesi gerekir. Böylece, hekim ve hizmetten yararlananlar arasındaki hukuki anlaşmazlıklara uygulanacak hukuk kuralları da netlik kazanmış olur.

a. Genel Olarak Statü İlişkisi

Statü kelimesi aslında Fransızca kökenli bir kelime olup kelimenin aslı Fransızcada “*statut*” “*bir kişi ya da topluluğun durumunu, yapı ve koşullarını saptayan kural ve yasaların tümü*” olarak ifade edilir.⁴¹ Çalışmanın başında belirtildiği gibi kamu görevlisi ile idare arasında statüter bir ilişki mevcuttur. Kamu görevlisi ile idare arasındaki statüter ilişki idarenin memurların sınıf, kadro, derece, kademe ilerlemesi haklarını, borçlarını, hizmete girişlerini ve yetiştirilmelerinin nesnellik ve eşitlik ilkeleri çerçevesinde düzenlenmesini gerektirir.⁴²

³⁹ GÜNDAY, s.583. Benzer açıklamalar için bkz. Yıldızhan YAYLA, **İdare Hukuku**, İstanbul, Beta Yayın, 2009, s.283; Lütfi DURAN, **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu** (Sorumluluğun Temeli ve Sebepleri Sorumluluğa Yol Açan Olgular), TODAİE Yayınları No:138, Ankara, Sevinç Matbaası, 1974, s.27; ONAR, C.II, s.1089-1090. Anayasa Mahkemesi'nin kamu görevlisi hekime yaklaşımı hakkındaki açıklamalar için bkz. Mustafa AKKAYA/K. Burak ÖZTÜRK, “*Anayasa Mahkemesi'nin Kararları Işığında Üniversiteler ile Diğer Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Görev Yapan Hekimlerin Çalışma Düzeni-II*”, **Yaklaşım**, Y.19, S. 222, Haziran 2011, s.247-249.

⁴⁰ ONAR, C. II, s.1075.

⁴¹ Tahsin SARAÇ, **Büyük Fransızca-Türkçe Sözlük**, İstanbul, Adam Yayınları, 1985, s.1330-1331.

⁴² YAYLA, 2009, s.283; Bu yönde açıklamalar için bkz. ONAR, C.II, s.1091-1092.

ONAR; “memurun idare karşısındaki durumu objektif hukuktan çıkan umumi bir durum olduğuna göre bunun objektif hukukla tanzim edilmesi” gerektiğini ifade eder.⁴³ Anayasa’da memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceği (md. 128) teminat altına alınmıştır. Kamu görevlileri bu sayılan konulara ilişkin önceden düzenlenmiş olan statüye girerler.⁴⁴

İdare ve kamu görevlisi arasında kurulan statü ilişkisi ile birlikte idarenin kamu görevlilerine ilişkin ilkeleri önceden planlamak suretiyle kamu görevlilerine güvence sağlaması amaçlanır.⁴⁵

İdarenin tarafsızlığının sağlanması için kamu görevlilerinin iktidar ile bağlarının zayıf olması gerekir. Teminattan yoksun kamu görevlilerinin yürüttüğü hizmetlerde kamu görevlisi kamu yararına karşılık bireysel yararı tercih eder hale gelebilir.⁴⁶ İdarenin tarafsız olması gerektiğini savunanlar, memurların liyakat sistemine göre hizmete alınmaları ve mesleki teminatlarının olmasının baskı gruplarının yönlendirmesini engelleyebileceği kanaatinde dirler.⁴⁷ Diğer taraftan idarenin işlem ve eylemlerinden etkilenenlerin yargı yoluna başvurabilmesi yani

⁴³ ONAR, C.II, s.1090.

⁴⁴ YAYLA, 2009, s.283; GÜNDAY, s.583.

⁴⁵ Cahit TUTUM, **Personel Yönetimi**, TODAİE Yayınları No:179, Ankara, 1979, s.232; ONAR, C.II, s.1090-1091.

⁴⁶ Cahit TUTUM, “Memurluk Statüsü”, **AİD**, C.5, S.2, 1972, s.5; ONAR, C.II, s.1091.

⁴⁷ İhsan KUNTBAY, **Yönetim Bilimine Giriş**, TODAİE Yayınları No.122, Ankara, Sevinç Matbaası, 1971, s.270.

idarenin denetlenebilecek olması idarenin tarafsızlığının bir garantisi olarak görülür.⁴⁸

b. Statü İlişkisinin Sorumluluk Hukuku Bakımından Sonuçları

Ülkemizde idare ile kamu görevlileri arasındaki statü ilişkisinin doğal bir sonucu olarak kamu görevlilerinin mali sorumluluğu da anayasal ve yasal düzenlemeler ile teminat altına alınmıştır. Anayasa'ya göre, idarenin her türlü işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık olması (md. 125) hukuk devleti ilkesinin gereğidir. Bu kapsamda, memurların ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, yalnızca idare aleyhine açılabilir (md. 129/5).

Anılan yasal düzenlemeler sebebiyle, kamu kurumunda çalışan bir hekim ile hasta arasında vekâlet ilişkisinin olduğu söylenemez.⁴⁹ Kamu hizmetleri, bireyin kişisel tatmininden ziyade kamu yararının ön planda tutulduğu faaliyetlerdir. Sağlık kamu hizmeti de bunlardan bir tanesidir. Bu hizmet ilişkisinin doğal bir sonucu olarak idare ile kamu görevlisi olan hekim arasında 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 66. maddesi kapsamında adam çalıştırmanın sorumluluğu ilişkisi bulunmaz. Sağlık kamu hizmetinin sunumunda meydana gelen kusur da herhangi bir kamu görevlisine atfedilmesi gerekmeyen objektif ve anonim nitelikli bir kusur olarak ifade edilir.⁵⁰

⁴⁸ KUNTBAY, s.270.

⁴⁹ ÇINARLI, s.139.

⁵⁰ Çınar Can EVREN, "Hizmet Kusuru-Haksız Fiil Ayrımı ve Yargı Düzeni", **TBBD**, 2011, S.95, s.189.

İdare, hizmet verdiği kişilerin karşısında kanunda öngörülen yetkileri kullanan taraf olarak hareket eder.⁵¹ Memurların yetki ve görevlerinin sınırları önceden kanun koyucu tarafından belirlenmiştir. Bu sebeple, olaylar karşısında nasıl davranacağı belirlenmiş olan memurların hareket alanı kanunla sınırlandırılmıştır.⁵²

Memurların görevlerini ifa ederken meydana gelen zararlardan dolayı sorumluluk konusu iki başlık altında incelenebilir. ONAR'a göre; idare ile kamu görevlisi arasındaki statü ilişkisinin "*memurun yürüttüğü hizmet ve statü kurallarına uymaması sebebiyle idareye verdiği zararlar*" ve "*kamu hizmetinin kusurlu işleyişinden dolayı idarenin ödemiş olduğu tazminatın memura rücu edilmesi*" olarak iki açıdan ifade edilir.⁵³

Nitekim Anayasa'nın 40.maddesinin üçüncü fıkrası⁵⁴, 129. maddesinin beşinci fıkrası ve 657 sayılı Kanun'un 13. maddesinin birinci fıkrasında⁵⁵; kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğranılan zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açılacağı düzenlenmiştir. Kamu görevlilerinin hizmetlerini dava tehdidi altında yürütmemesi

⁵¹ Yıldızhan YAYLA, "*İdari Yargılamanın Özellikleri*", **Atatürk'ün 100. Yıl Doğum Yılı Kutlama Sempozyumu**, Ankara, 1981, s. 132.

⁵² Sıddık Sami ONAR, **Amme Hukukunda Hukuki Tasarruflar ve Kazai Mürakabe**, İstanbul, Kenan Basımevi ve Klişe Fabrikası, 1939, s.305.

⁵³ ONAR, C.II, s.1203.

⁵⁴ Anayasa'nın 40/3 maddesinde; "*Kişinin, resmî görevliler tarafından vâki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.*" hükmü yer almaktadır.

⁵⁵ 657 sayılı Kanun'un 13/1 maddesinde; "*Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar.*" hükmü yer almaktadır

için getirilen bu mekanizma sakıncalar doğurabileceğinden⁵⁶ kanun koyucu, genel hükümlere göre kamu görevlisine rücu hakkını saklı tutmuştur.

İdare ile kamu görevlisi arasındaki statü ilişkisinin bir uzantısı olarak kamu görevlilerine “memur güvencesi” sağlanmıştır. Anayasa’nın 129. maddesinin beşinci fıkrasında memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının ancak idareye karşı açılacağı ifade edilmiştir. Bu haliyle, hizmet kusuru ve kamu görevlisinin kişisel kusuru arasında herhangi bir ayırım yapılmayarak kamu hizmetini yürüten memura doğrudan dava açılmayacağı Anayasa hükümleri ile teminata bağlanmıştır. Hekimler ve diğer sağlık görevlileri, sağlık hizmetini aslında kendi adlarına değil, idarenin bir faaliyeti olarak yerine getirirler. Bu sebeple idare adına kamu hizmeti veren hekimin hastanın uğradığı zarardan doğrudan sorumlu olması düşünülemez.⁵⁷

Sağlık hizmeti sunumundaki herhangi bir tıbbi uygulamayı, “defansif tıp uygulaması” hâline getiren hekimin bu uygulamayı hasta yararına değil de hukuki sorumluluktan korunmak için yapıyor olmasıdır. Defansif tıp uygulamalarından idarenin sorumlu olabilmesi için bu uygulamanın tıbbi müdahale hatasına⁵⁸ dönüşmesi gerekmektedir.

⁵⁶ GÖKALP, s.16.

⁵⁷ Sevinç Arslan HIZAL, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hekimin ve Yönetimin Sorumluluğu**, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Kamu Yönetimi, Lisansüstü Uzmanlık Tezi, Ankara, 1999, s.77 (Aktaran: Mehmet SELÇUK, **Çekinik (Defansif) Tıp**, İzmir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sağlık Hukuku, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2015, s.50).

⁵⁸ Bu kavram teşhis ve tedavi hatası, tedavi sonrası yükümlülüklerin ihlali, organizasyon kusuru ve üstlenme kusurunu kapsayacak şekilde kullanılmıştır (Ayrıntılı bilgi için bkz. Hakan HAKERİ, **Tıp Hukuku**, 7. B., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, s.564-615).

Buradan hareketle çalışmada tıbbi uygulama hataları ile ilgili kavramlara da ayrıca yer verilecektir. Tıbbi müdahale hataları da olabildiğince sınıflandırılmadan anlatılmaya çalışılacaktır. Zira çalışma konusu itibariyle önemli olan hatanın sınıflandırılmasından öte hatanın tespiti, uygulamada görülme şekli ve hatadan doğacak sorumluluğun gösterilmesidir.

C. Tıbbi Müdahale ve Hatalı Tıbbi Müdahale

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin⁵⁹ (TDN) 13. maddesinde, “*tabip ve dış tabibi, ilmî icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muaheze edilemez.*” hükmü yer almaktadır. Söz konusu hükümde, hekimin hasta ile ilgili verileri bilgi ve tecrübesiyle değerlendirip müdahalede bulunacağı, fakat yapacağı tedaviyle mutlaka hastasını iyileştirmeyi garanti etmeyeceği ifade edilmektedir. Tıbbi müdahalelerin karmaşık insan bedeni üzerinde yapıldığı, hastalıkların seyrinin insandan insana değişebileceği ve hastalık belirtilerinin birden fazla hastalığa işaret edebileceği düşünüldüğünde söz konusu düzenlemenin anlamlı olduğu görünmektedir.⁶⁰ Zira bir hastalığa uygulanan tedavi ile hastanın kötüleşmesi de ihtimal dâhilindedir. Son zamanlardaki tıbbi ve teknolojik

⁵⁹ RG 19.02.1960-10436.

⁶⁰ Köksal BAYRAKTAR, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No:391, 1972, s.207; Benzer açıklamalar için bkz. Allen K. HUTKIN, “*Resolving the Medical Malpractice Crisis: Alternatives to Litigation*”, **Journal of Law and Health**, Vol.4, Iss.1, 1989, s.27.

gelişmeler tıbbi riskleri azaltmış olsa da her tedavi içinde riskleri de barındırmaktadır.⁶¹

Anayasa'nın 17. maddesinin ikinci fıkrasındaki, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı ve rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı hükmü hekimin yaptığı tıbbi müdahalenin sınırlarının hukuki dayanağını oluşturmaktadır.⁶² Bu sınırlar dâhilinde gerçekleşmeyen müdahale sebebiyle bir zarar doğduğunda hekimin ve idarenin sorumluluğu tartışılabilir hale gelir. Her meslek grubunun yaptığı işe göre sorumluluğunun da bulunduğu muhakkaktır. Hekimleri diğer meslek gruplarından farklı kılan husus ise; hekimlerin ufak bir ihmalinin sonuçlarının bile ağır olmasıdır. Bu kapsamda hekimler ufak bir ihmal sonucunda; ceza sorumluluğu, tazminat ve disiplin sorumluluğu gibi çeşitli ve ciddi yaptırımlara maruz kalabilirler.⁶³

Hatalı tıbbi uygulamanın birçok tanımı yapılmış⁶⁴ ancak Danıştay kararlarında Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın⁶⁵ 13. maddesinden yola çıkarak bir

⁶¹ Seda B. AKINCI/ Fatma SARICAOĞLU/İ. Aydın ERDEN/Ayhan KÖSEOĞLU/Ülkü AYPAR, "Anesteziyologlarda Defansif Tıp Uygulamalarının Araştırılması", **Anestezi Dergisi**, (21), 1, 2013, s.152; HUTKIN, s.40.

⁶² GÖKCAN, s.39.

⁶³ Halide SAVAŞ, **Tıbbi Müdahale Hataları**, 3.B., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, s.67.

⁶⁴ Dünya Tabipler Birliği'nin 1992 yılında "Tıpta Yanlış Uygulama Konulu Duyurusu", 44. Genel Kurulu'nda tıbbi uygulama hatasını "*hekimin tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarar*" olarak tanımlamıştır. (Türk Tabipler Birliği (TTB), **Dünya Tabipler Birliği'nin Tıpta Yanlış Uygulama Konulu Duyurusu (Malpractice)**, Füsun Sayek TTB Raporları / Kitapları, Sağlıkla İlgili Uluslararası Belgeler, 2. B., Ankara, TTB Yayınları, 2009, s.48). Henüz yasalaşmayan tıbbi kötü uygulama "Tıbbi Hizmetlerin Kötü

genelleme yapmıştır. Buna göre “tıbbi müdahale hatası” diğer bir ifade ile “malpraktis”; *"tıp biliminin standartlarına ve tecrübelerine göre gerekli olan özenin bulunmadığı ve bu sebeple de olaya uygun gözükmeyen her türlü hekim müdahalesi"* olarak tanımlanmaktadır. Hastalığın tanı ve tedavisinde standart uygulamanın yerine getirilmemesi, hekimin bilgi ve beceri eksikliğinden doğan hatalar, hastaya uygun tedavinin uygulanmaması tıbbi uygulama hatası olarak kabul edilir.⁶⁶ Kötü hatalı uygulama anlamında kullanılan malpraktis; İngilizce karşılığı olan “malpractice” ifadesi “mala” (kötü) ve “praxis”(uygulama) kelimelerinden türemiş olup “kötü hatalı uygulama” anlamında kullanılmaktadır.⁶⁷

Tıbbi müdahale hataları (malpraktis); “teşhis hataları”⁶⁸, “tedavi hataları”⁶⁹, “tedavi sonrası yükümlülüklerin ihlali”, “organizasyon kusuru” ve “üstlenme kusuru” gibi farklı başlıklar altında genel olarak incelenebilir.⁷⁰

Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı" 3. maddesinde de “Tıbbi Kötü Uygulama”, *"Sağlık personelinin, kasıt veya kusur veya ihmal ile standart uygulamayı yapmaması, bilgi veya beceri eksikliği ile yanlış veya eksik teşhiste bulunması veya yanlış tedavi uygulanması veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan ve zarar meydana getiren fiil ve durum"* olarak tanımlanmıştır.

⁶⁵ 01.02.1999, <http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&id=65&Itemid=31>, 03.11.2018.

⁶⁶ Danıştay 15. D. 10.03.2016, E.2015/8936, K.2016/1604; Danıştay 15. D. 04.02.2016, E.2015/455, K.2016/601, <www.kazanci.com.tr>, 10.02.2018.

⁶⁷ Gürsel ÇETİN, “Tıbbi Malpraktis”, **Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi**, İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri, Sempozyum Dizisi No:48, İstanbul, 2006, s.31; POLAT, 2005, s.455.

⁶⁸ “Ön Muayene ve Yetersiz Hasta Öyküsü Alma” ve “Teşhise Yönelik Tetkiklerin Yapılmaması” (HAKERİ, s.570-573).

Hekimler açısından olaya bakıldığında öncelikle ve büyük oranda kendisi dışında gelişen faktörlere bağlı olarak tıbbi uygulama hataları artış göstermektedir. Tıbbi uygulama hatalarının meydana gelmesinde etkili olan faktörlerin irdelendiği bir çalışmada hekimler; “günlük bakılan hasta sayısının fazla olmasının”, “hastanelerin fiziki koşullarının uygunsuzluğunun”, “hastanelerde yeterli donanım bulunmamasının”, “yeterli yardımcı personel bulunmamasının”, “tıpta belirli standardın oluşmamasının”, “konu ile ilgili yeterli eğitim verilememesinin” ve “gerekli tıbbi malzemeye zamanında ulaşamamasının” tıbbi uygulama hatalarını arttırdığını ifade etmişlerdir.⁷¹

Tıbbi uygulama hatası bazen sadece; bilgi eksikliği, dikkatsizlik ve zihinsel muhakeme gibi insan kaynaklı hatalardan ya da tıbbi cihaz eksikliği, tıbbi cihazda bozukluk gibi çevre kaynaklı hatalardan meydana gelirken bazen de birkaç hatanın birleşmesinden oluşabilir.⁷²

⁶⁹ “Müdahalenin Yapılmaması, Hasta Vücudunda Yabancı Madde Unutulması, Yanlış Tedavi Yöntemini Seçme, Gerekli Testlerin Yapılmaması, Yanlış İlaç, Hasta Karıştırma, Yanlış Taraf Cerrahisi, Ölçüsüz Tıbbi Müdahale, Bir Komplikasyonun Fark Edilememesi, Hatalı Ameliyat Tekniği, Teknik Aletlerin Kullanılmasında Yapılan Hatalar, Derhal Hastaneye Yapılması Gereken Sevkin Yapılmaması, Uzman Hekime Çok Geç Danışılması, Enfeksiyon ve Hijyen Kurallarına Uyulmaması, Üçüncü Kişileri Uyarmama, Kayıt ve Testleri İncelemeden Tıbbi Müdahale Yapılması, Konsültasyon İstenmemesi” (HAKERİ, s.573-588).

⁷⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. HAKERİ, s.560-615.

⁷¹ Hacer YAŞAR TEKE/Hanife ALKURT ALKAN/Ahmet Ziver BAŞBULUT/Gürol CANTÜRK, “Tıbbi Uygulama Hataları ile İlgili Kanuni Düzenlemelere Hekimlerin Bakışı ve Bilgilendirme Düzeyi”, **Türkiye Klinikleri Adli Tıp Dergisi**, Vol: 4, Iss: 2, 2007 <<http://www.medimagazin.com.tr>>, 02.04.2017).

⁷² ÇETİN, s.31.

Danıştay, hekimden özen yükümlülüğüne uygun şekilde hareket etmesini beklemektedir. Hekimin özen yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğine bakılırken;

-Hekimin hastalığa ilişkin izlenilen tedavi sürecinde tıbbi tedbirin belirlenmesi, uygulanması veya tıbbi müdahale sonrası bakım sürecinin takibinin yapılması,

-Hekimin hastasına teşhis koyarken kendisine veya bir yakınına sorduğu sorular sonucunda hastanın öyküsünün dinlenilmesi,

- Hastanın tıbbi müdahale konusunda aydınlatılması,

-Hastanede yeterli sayıda nitelikte personel bulunması ve hekimlerin birbirleriyle işbirliğinin olması (konsültasyon isteme), kısaca klinik organizasyonun sağlanması gerekmektedir. Bu şartlar sağlanamadığında “*tedavide hata*”, “*aydınlatma kusuru*” veya “*organizasyon kusuru*” meydana gelebilir. Bu üç kusur da en geniş tanımıyla “*tıbbi uygulama hatası*” (malpraktis) olarak ifade edilir.⁷³

Tıbbi müdahale hatalarının, sağlık sistemine ve hastalara nasıl olumsuz yansıdığına görülebilmesi için Amerika Birleşik Devletleri’ndeki tıbbi müdahale hatalarının gelişiminin yakından izlenmesinde fayda bulunmaktadır. ABD’de 1970 ve 1980 yılları arasında malpraktis⁷⁴ davalarında ciddi bir artış yaşanmıştır.⁷⁵

⁷³ Danıştay 15.D. 10.03.2016, E.2015/8936, K.2016/1604, <www.kazanci.com.tr>, 12.05.2016.

⁷⁴ “*Tıpta hatalı uygulamalar, İngilizce "malpractice" sözcüğünün Türkçe okunuşuyla "malpraktis", "hekimliğin kötü uygulanması", "tıbbi kötü uygulama", "uygulama hatası", "tıpta yanlış uygulama" gibi çeşitli kavramlarla isimlendirilmekle birlikte en geniş olarak kabul gören ve kullanılan kavram "tıbbi hata"dır.*” (Yargıtay CGK, 09.12.2014, E.2014/12-103, K.2014/552, <www.kazanci.com.tr>, 28.11.2016.

Örneğin; 1975 yılında hekimlere karşı 14.000 dava açılmıştır. Bu durum da sigorta primlerini %750 arttırmıştır. Sigorta primlerindeki artış, bazı hekimlerin emekliliğini istemesine, bazılarının ise mesleklerini bırakmalarına sebep olmuştur.⁷⁶ İlerleyen zamanlarda ABD’de yapılan bir araştırma, tıbbi hatalar sebebiyle her yıl 44.000 ve 98.000 arasında hastanın öldüğünü⁷⁷, 1.047 hastadan 185'inin ise önlenmesi mümkün ciddi yaralanmalar yaşadığını göstermektedir. Aynı araştırma 185 hastadan ise sadece 13'ünün hastaneden ya da hekimden tazminat aldığını göstermektedir.⁷⁸ Ayrıca her biri en az üç hekim tarafından incelenen ölüm ile sonuçlanmış 377 vakanın yaklaşık 53'ünün önlenebilir olduğu konusunda da fikir birliğine varılmıştır.⁷⁹

⁷⁵ Frank A. SLOAN/John H. SHADLE, “*Is There Empirical Evidence for “Defensive Medicine”?* A Reassessment”, **Journal of Health Economics** **28**, 2009, s.481; Lois QUAM/Robert DINGWALL/Paul FENN, “*Medical Malpractice In Perspective: I: The American Experience*”, **British Medical Journal (Clinical Research Edition)**, Vol: 294, No:6586, 1987, s.1529-1530; William M. Sage, “*Medical Liability and patient Safety*”, **Health Affairs**, Vol:22, No: 4, 2003, s. 27.

⁷⁶ David M. OTTENWESS/Meagan A. LAMBERTI/Stephanie P. OTTENWESS/Adrienne D. DRESEVIC, “*Medical Malpractice Tort Reform*”, **Radiology Management**, March/April, 2011, s.31. Benzer açıklamalar için bkz. James R. POSNER, “*Trends in Medical Malpractice Insurance, 1970-1985*”, **Law and Contemporary Problems**, Vol:49, No:2, 1986, s.38-41.

⁷⁷ Fred J. HELLINGER/William E. ENCINOSA, “*Review of Reforms to Our Medical Liability System*”,(<<http://www.ahrq.gov/professionals/quality-patient-safety/patient-safety-resources/resources/liability/reforms.html#>>,14.04.2015).

⁷⁸ Sidney SHAPIRO/ Thomas MCGARITY/ Nicholas VIDARGAS/ JAMES GOODWIN, “*The Truth About Torts: Defensive Medicine and the Unsupported Case For Medical Malpractice ‘Reform’*”, **Center for Progressive Reform**, 2012, s.5; SHAPIRO/McGARITY/VIDARGAS/GOODWIN, s.9.

⁷⁹ Steven E. PEGALIS, “*What is a ‘medical error’ or a ‘medical mistake’?*”, **American Law of Medical Malpractice**, July 2014, s.3.

Amerika Birleşik Devletleri'nde yapılan bir başka araştırma sonucunda tıbbi hatalar sebebiyle yıl içinde 120.000'den fazla kişinin hayatını kaybettiği, bunlardan 98.000'den fazlasının ise önlenabilir tıbbi hatadan kaynaklandığı tespit edilmiştir. Bu rakamların araba kazası, göğüs kanseri ve AIDS neticesinde ölenlerden daha fazla⁸⁰ olması bize hatalı tıbbi uygulama konusunun üzerinde ciddiyle durulması gerektiğini göstermektedir.

1. Tıbbi Müdahalede İzin Verilen Risk Kavramı: Komplikasyon

Komplikasyon, *“tıp bilimi ve mesleğinin verilerine uygun davranılmasına ve ortaya çıkmaması için gereken önlemler alınmasına karşın, tıbben benzer girişimlerde meydana gelme olasılığı kabul edilen riskler”* olarak tanımlanır.⁸¹ Hukuki olarak komplikasyon; *“tıp bilimi ve mesleğinin verilerine uygun davranılmasına ve ortaya çıkmaması için gereken 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) risklerdir.”*⁸² Hastanın tedavi sürecinde veya tıbbi müdahale esnasında, *“günümüzde kabul edilebilir”, “cerrahi müdahale ile ilişkili olan”* ve *“hastayı etkileyen”* tedavi yetersizlikleri ve tıp literatüründe gerçekleşmesi yönünde beklenti oranı düşük ama hasta tarafından bilinen ancak istenmeyen durumlar komplikasyon olarak nitelendirilir.⁸³

⁸⁰ SHAPIRO/ McGARITY/ VIDARGAS/ GOODWIN, s.2-5.

⁸¹ GÖKCAN, s.62-63.

⁸² GÖKCAN, s.235.

⁸³ Ali Rıza TÜMER, **Cerrahi Branşlar Açısından Hukuki Sorumluluklar ve Malpraktis**, İstanbul, Helikan Yayınları, 2013, s.129.

Hekimin tıbbi müdahaleden sorumlu tutulmaması için öncelikle bir komplikasyonun oluşmasını engellemesi ya da komplikasyon oluşmuş ise olumsuz durumları önleyici müdahalelerde bulunmuş olması gerekir. Hekimin “*tıbbi girişimi bilim ve meslek kurallarına uygun ve özenle*” yerine getirmiş olmasından kastedilen budur.⁸⁴

Hekimin tıbbi müdahalede bulunurken gerekli özeni gösterme yükümlülüğü bulunsa da hukuka uygun tıbbi müdahale ile iyileştirme garantisi vermez.⁸⁵ Hekim tıbbi müdahale ile birlikte ortaya çıkacak yarar ve zararları göz önünde bulundurarak hareket eder. Karşılaşılması muhtemel risklerin varlığı çoğu zaman tıbbi müdahaleden vazgeçilme sebebi değildir. Zira tıbbi müdahale açık bir şekilde hasta yararına olabilir.⁸⁶ Bu gibi durumlarda, hasta ameliyat öncesinde müdahale ile birlikte oluşabilecek komplikasyonlar konusunda bilgilendirilmeli ve müdahaleye rıza göstermelidir.⁸⁷

Hekim bazen de hastadan aldığı onay ile ortaya çıkan zarardan sorumluluğunu bertaraf etmeye çalışır. Ancak hastanın vermiş olduğu onay, hekimin kusurunun bulunmadığı bir komplikasyonu hukuka uygun kıldığından, hekimin

⁸⁴ GÖKCAN, s.62-63.

⁸⁵ SELÇUK, s.3-4.

⁸⁶ Oğuz POLAT, **Tıbbi Uygulama Hataları** (Klinik- Sosyal-Hukuksal- Etik Boyutları), Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005, s.32.

⁸⁷ ÇETİN, s.33-34; TÜMER, s.127. Komplikasyon konusunda hastanın bilgilendirilerek yazılı onam alınması gerektiği hakkındaki kararlar için bkz. Yargıtay 13 HD. 28.4.2009, E.2008/15195, K.2009/5671; Yargıtay 13 HD. 21.05.2011, E.2011/11359, K.2012/12808 (Aktaran: GÖKCAN, s. 242).

kusurlu bir davranışı hâlinde onay alınması hekim için koruyucu olmayacaktır.⁸⁸ Hekimin yaptığı müdahale sonrası bir zarar oluşmuşsa bu zararın izin verilen risk kapsamında mı yoksa tıbbi uygulama hatasından mı kaynaklandığının tespiti somut olayın gelişimine göre tıbbi bilirkişiler tarafından yapılacak olsa da⁸⁹ bu noktada mahkemelerin yapacağı bazı genel değerlendirmelere de ihtiyaç duyulmaktadır. Hatalı tıbbi müdahale iddiası olduğunda istenmeyen sonucun malpraktis mi komplikasyon mu olduğunun tespiti sorumluluk hukuku bakımından oldukça önemli⁹⁰ olduğundan bir sonraki başlıkta bu ayırmadan bahsedilecektir.

2. Malpraktis - Komplikasyon Ayırımının Tazminat Sorumluluğu Bakımından Önemi

Tıp literatüründe izin verilen risk anlamındaki komplikasyon durumunda hekimin sorumluluğuna gidilmemektedir. Diğer bir deyişle hekimin yaptığı müdahale tıbbın öngördüğü bazı riskler barındırır, bu yüzden de hekim bundan sorumlu tutulamaz.⁹¹ Hastada oluşan zararlı sonuç öngörülebilir veya öngörülebilir bile önlenemiyorsa ortaya çıkan sonuç komplikasyon olarak kabul edilir. Ancak bu gibi durumlarda, hasta yeterince aydınlatılarak onayı alınmış olmalı ve uygulamada kusur olmamalıdır. Bu süreçte hekim, tıbbi standartlardan sapmamalı ve mesleki

⁸⁸ ÇETİN, s.34.

⁸⁹ Oğuz POLAT, "*Tıbbi Uygulama Hataları Olgularında Bilirkişilik*", **Medikolegal Düzlem Tıpta Uygulama Hataları**, İstanbul, Baskı Evi, 2012, s.29.

⁹⁰ Aysun BALSEVEN ODABAŞI/Ali Rıza TÜMER, "*Çekinik (Defansif) Hekimlik; Türk Ceza Kanunu'nun Uygulanma Aşamasında Toplum Bekleyen Tehlike*", **Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi**, C.15, S.4, 2006, s.59.

⁹¹ POLAT, 2012, s.28.

kurallara uygun davranmış olmalıdır. Komplikasyon sonrasında uygulanan teşhis ve tedavinin de tıp kurallarına uygun olması gerekir. Zira, komplikasyon sonrası yönetim süreci de hizmet kusurunun varlığı değerlendirilirken göz önüne alınmaktadır.⁹²

Tıp alanındaki teknik donanımlar geliştiği ve değiştiği için eskiden komplikasyon olarak kabul edilen birçok olgunun bugün komplikasyon olarak kabulüne olanak bulunmamaktadır. Bunun yanında, tıbbi müdahalede başarılı olma şansı düşük kabul edilen durumlarda, başarısızlık halinin komplikasyon olarak değerlendirilmesi de mümkün olabilmektedir. Bu bağlamda, komplikasyon olgusunun varlığından söz edilebilmesi için her somut olayda Adli Tıp Kurumu'ndan⁹³ alınacak rapor ile birlikte yargı organlarının değerlendirilmesine ihtiyaç duyulmaktadır.⁹⁴ Mahkeme kararlarında yer alan; penisilin grubu ilacın

⁹² Danıştay 15.D. 10.03.2016, E.2015/8936, K.2016/1604, <www.kazanci.com.tr>, 02.01.2018.

⁹³ Adli Tıp Kurumu, 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanunu (RG 20.04.1982-17670) ile yargı organlarına yardımcı olmak üzere Adli Tıp Kurumu kurulmuştur. 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (RG 09.07.2018-30473) ile 2659 sayılı Kanun'un adı, "Adli Tıp Kurumu ile İlgili Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun" olarak değiştirilmiş ve bir çok maddesi yürürlükten kaldırılmıştır.Cumhurbaşkanlığı'nın 4 Nolu Kararnamesi (RG 15.07.2018-30479) ile görev ve yetkileri yeniden düzenlenen Kurumun, mahkeme ve savcılıklara adli tıp konularıyla ilgili bilimsel ve teknik görüş bildireceği düzenlenmiştir (md.3/a). Böylece 4 Nolu Kararname ile Adli Tıp Kurumu adalet işlerinde birlikişilik görevini yerine getirmek (md.2/1) üzere resmi olarak görevlendirilmiştir.

⁹⁴ TÜMER, s.126-127. Davacının ameliyat sonrası görme yeteneğini kısmen kaybettiği gerekçesiyle açtığı davada Adli Tıp Kurumu hastanın durumunu ikincil bir müdahale ile düzelebilecek bir komplikasyon olarak nitelendirmiştir. Ancak Danıştay yapılan operasyonun birden fazla aşamayı gerektirmeyen tek aşamalı bir operasyon olması sebebiyle ikinci bir müdahale gerektiren hatayı

uygulanması ile birlikte gelişen reaksiyon⁹⁵, hastanın sol kalçasından yapılan enjeksiyonun doku içi yayılımı ile sinir hasarına sebep olması⁹⁶, normal yolla doğumu gerçekleştiren bebekte meydana gelen yaralanmalar⁹⁷ mahkeme kararlarında yer alan her türlü özene rağmen oluşabilecek ve herhangi bir kusur veya ihmalden kaynaklanmayan komplikasyon örneklerindedir.

Tıbbi bilirkişi somut olayda, müdahale hatasında bulunan hekim ile aynı koşullarda çalışan ve aynı yetkinlik düzeyindeki bir hekimin sağlaması gereken bakım standardının sağlanıp sağlanmadığına bakarak değerlendirmede bulunacaktır.⁹⁸ Uygulamada hatalı tıbbi uygulamanın malpraktis veya komplikasyon olduğu hususunda Adli Tıp Kurumu'ndan gelen raporlar dikkate alınsa da zaman zaman aksi yönde kararlar da verilebilmektedir. Örneğin dava konusu bir olayda; Adli Tıp Kurumu, tıbbi müdahale sonrası en gelişmiş ülkelerde dâhi yüksek ölüm riski bulunan enfeksiyon görülebildiği, tedavinin de hastaya zamanında yapıldığı göz önüne alınarak hekimin herhangi bir kusurunun olmadığını ifade etmiştir. Ancak Danıştay bu durumun komplikasyondan ziyade idarenin gerekli hijyen şartlarını sağlamada yetersizliğinden kaynaklandığından, idarenin hizmet kusuru bulunduğu karar vermiştir.⁹⁹ Bu uyuşmazlıkta mahkemenin sağlık hizmetlerinin sunumunda

komplikasyon olarak nitelendirmeyerek idarenin hizmet kusuru bulunduğu karar vermiştir (Danıştay 15. D 10.03.2016, E.2015/8936, K.2016/1604, <www.kazanci.com.tr>, 05.03.2017).

⁹⁵ Danıştay 15.D. 14.02.2017, E. 2016/2124, K.2017/665, <www.kazanci.com.tr>, 12.03.2018.

⁹⁶ Danıştay 15. D. 30.05.2016, E.2015/9957, K. 2016/388,<www.kazanci.com.tr>, 12.03.2018.

⁹⁷ Danıştay 15. D. 11.02.2016, E. 2015/4568, K. 2016/809, <www.kazanci.com.tr>, 12.03.2018.

⁹⁸Oğuz POLAT/İşıl PAKİŞ, “Tıbbi Uygulama Hatalarında Hekim Sorumluluğu”, **Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi**, C.2, S.3, 2011, s.119.

⁹⁹ Danıştay 15.D. 08.10.2015, E.2015/6119, K.2015/5733, <www.kazanci.com.tr>, 12.03.2018.

olması gereken teknik şartları da dikkate alarak yaptığı bütüncül değerlendirmeyle isabetli bir karar verdiği söylenebilir. Adli Tıp Kurumu, resmi bilirkişi sıfatıyla elindeki tıbbi verilere göre vakayı değerlendirmektedir. Mahkemelerin, Kurum raporu hakkında gerekçesini belirtmek suretiyle raporun aksi yönünde karar vermesi mümkün olduğundan, yukarıda ifade edilen uyuşmazlıkta da olduğu gibi mahkemelerin sağlık hizmetlerinin sunumunda birden fazla değişkeni dikkate alarak bilirkişi raporunun aksi yönünde verdiği kararlara rastlamak mümkündür.

Tıbbi müdahale sırasında meydana gelen; “önlem alınmayan komplikasyonlar”, “fark edilmeyen komplikasyonlar” ve “iyi yönetilmeyen komplikasyonlar”¹⁰⁰ tıbbi müdahale hatası olarak değerlendirilir.¹⁰¹ Örneğin; enfeksiyon cerrahi müdahalenin en bilinen komplikasyonudur. Steril araç ile yapılması gereken bir cerrahi müdahalede araç sterilize edilmeden kullanılmış ve enfeksiyon meydana gelmiş ise bu durumda komplikasyonun varlığından

¹⁰⁰ Histerektomi ameliyatında meydana gelen bağırsak delinmesinin öngörülebilir bir komplikasyon olduğu halde komplikasyonla mücadele edilmesi kapsamında organların hasar görüp görmediği hususunda daha ileri bir tetkik yapılmayan ve hastanın ölümüyle sonuçlanan bir vakada, idarenin komplikasyon ile mücadelede kendinden beklenen özeni göstermediğine karar verilmiştir (Danıştay 15. D. 30.05.2016, E.2013/4482, K.2016/3888, <www.kazanci.com.tr>, 12.03.2018). Düşme sonucu kolunda kırık meydana gelen hastaya platin takılmıştır. Bunların sökülmesinden sonra hastanın parmaklarında zayıflık, uyuşukluk ve his azalması meydana gelmiştir. Bunun üzerine hastanede EMG ve renkli doppler yapılamıyor olması nedeniyle, davacı başka bir merkeze yönlendirilmiş ancak durumun aciliyeti görmezden gelinip hastanın başka bir hastaneye sevki yapılmamıştır. Bu sebeple, davalı idare komplikasyon ile mücadelede üzerine düşeni yapmadığından, meydana gelen zararları karşılaması gerektiğine karar verilmiştir (Danıştay 15. D. 10.03.2016, E.2014/5674, K.2016/1586, <www.kazanci.com.tr>, 12.03.2018).

¹⁰¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. GÖKCAN, s.238-242.

bahsedilemez. Komplikasyon, fark edildiğinde bazen önlenebilir durumdadır. Örneğin katarakt ameliyatı sonrası göz içi basıncında yükselme bilinen bir komplikasyondur. Eğer hekim düzenli ölçüm yapmadığından bunu tespit edememişse, tıbbi müdahale hatasından bahsedilebilir. Görüldüğü üzere, komplikasyon sürecinin iyi yönetilmemesi vakayı tıbbi müdahale hatasına dönüştürebilir.¹⁰²

Bu örnekler bize istenmeyen her sonucun komplikasyon olarak değerlendirilemeyeceğini göstermektedir. Riskin ortaya çıkmaması için gereken tedbirlerin alınması ve alınan tedbirlere rağmen ortaya çıkan bir komplikasyon varsa iyi yönetilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, tıbbi müdahale sonrası ortaya çıkan beklenen ama istenmeyen her sonucu komplikasyon olarak adlandırıp hukuki sorumluluğun ortadan kaldırması doğru değildir. Burada yargı organlarının, hekimin tıp biliminin veri ve standartlarına uygun şekilde davranıp davranmadığının tespiti için tıp bilimi uzmanlarına başvurduktan sonra uyuşmazlık konusu hakkında karar vermesi gerekmektedir.¹⁰³ Uygulamada “bakım standardı” olarak da ifade edilen ve aşağıda açıklanacak olan bu kavram hukuki ve tıbbi olarak ihmalin varlığının tespitinde kullanılmaktadır.¹⁰⁴

¹⁰² Nazmi ZENGİN, “*Oftalmolojide Malpraktis Nasıl Önenebilir?*”, **Oftalmolojide Malpraktis Hekimin Yasal Hak ve Sorumlulukları**, Türk Oftalmoloji Derneği Eğitim Yayınları No:14, 2012, s.117.

¹⁰³ GÖKCAN, s.239-240.

¹⁰⁴ ÇINARLI, s.148.

3. Tıbbi Müdahalede Bakım Standardının Sağlanması

Hekimin tıbbi müdahalede bulunurken genel olarak kabul edilen standartta başarısız olması hallerinde tıbbi uygulama hatası meydana gelir.¹⁰⁵ Hekimin tıbbi standarda uymaması tıbbi müdahalede kusuru olduğunu gösterir¹⁰⁶ ve idarenin sorumluluğuna gidilebilir.

Amerika Birleşik Devletleri'nde, hekimlerin hangi şartlar altında sorumlu olacağını tespit edebilmek amacıyla "standart tıbbi uygulama" kavramına açıklık getirilmesine ihtiyaç duyulmuştur.¹⁰⁷ Hatalı tıbbi müdahaleden sorumluluğa ilişkin davalarda "hekim merkezli" ve "hasta merkezli" olmak üzere geçerli olan iki farklı standart belirlenmiştir. 1960 yılındaki *Natanson v. Kline*¹⁰⁸ davasında hekim merkezli "profesyonel meslek standardından" ilk kez söz edilmiştir. Hekimin aynı şartlar altında veya benzer durumlarda makul bir hekimin yapması gereken şeyi yapma yükümlülüğü olduğuna dikkat çekilmiştir.¹⁰⁹ Bu kararda belirtilen standartlar on iki yıl boyunca ABD'de uygulanmıştır. 1972'de verilen üç mahkeme kararı ile *Natanson v. Kline* davasında belirtilen standartlar değiştirilmiştir. *Canterbury v.*

¹⁰⁵ POLAT, 2005, s.31-32.

¹⁰⁶ HAKERİ, s.545.

¹⁰⁷ Peter MOFFET/Gregory MOORE, "The Standard Of Care: Legal History and Definitions: the Bad and Good News", **Western Journal of Emergency Medicine**, Vol:XII, No:1, February 2011, s.109.

¹⁰⁸ Supreme Court of Kansas, 41,476//April 9, 1960, <<https://law.justia.com/cases/kansas/supreme-court/1960/41-476-2.html>>, 02.11.2018.

¹⁰⁹ David J. GOLDBERG, "Loosing a malpractice case may depend on where you live" , s.1 (<<http://dermatologytimes.modernmedicine.com/dermatology-times/content/tags/david-j-goldberg-md-jd/losing-malpractice-case-may-depend-where-you-l->>, 15.08.2015).

*Spence*¹¹⁰ davası ile birlikte hasta merkezli bir açıklama standardı oluşturulmuştur. Hastaların kendi haklarında verdikleri kararlara saygı duyulması gerektiği ve hastaların hukuk kuralları çerçevesinde verdiği kararların hekimin kararından daha iyi olabileceğine dikkat çekilmiştir.¹¹¹ Bu sebeplerle, anılan mahkeme kararında, hastanın kendi vücudu hakkında iradesini kullanarak son kararı vermesi doğru bulunmuştur.¹¹² 1995 yılındaki *McCourt v. Abernathy*¹¹³ davasında mahkemece; ihmalin kötü sonuç ortaya çıkarmayabileceği, hukuk kurallarına göre hekimin sigortacı olmadığından sonucu garanti etmesi gerekmediği vurgulanmıştır. Mahkeme kararına göre, hekimin sadece aynı branştaki hekimlerin benzer durumda yapabileceklerini garanti etmesi yeterli bulunmuştur. *Johnston v. St. Francis Medical Center*¹¹⁴ davasıyla da doktorların herkesçe bilinen bir uygulama yaptığında bile sorumlu olabileceğine açıklık getirilmiştir.¹¹⁵

Amerika Birleşik Devletleri'nde verilen kararlar tıbbi standart kavramının gelişiminin görülmesi bakımından önemli örneklerdir. Fakat bir başka hukuk sistemine ilişkin düzenlemelerin aynen alınması yerine sosyal devlet olma gereklerinin ve sahip olunan mali imkânların değerlendirilmesi sonucunda tıbbi

¹¹⁰ United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, 464 F. 2d 772 (1972), <http://idv.sinica.edu.tw/cfw/course/law_medicine_technology/04_Canterbury.pdf>, 03.11.2018.

¹¹¹ GOLDBERG, s.2

¹¹² GOLDBERG, s.3.

¹¹³ Supreme Court of South Carolina, 457. S.E. 2d 603 (1995), <<https://law.justia.com/cases/south-carolina/supreme-court/1995/24242-2.html>>,03.11.2018.

¹¹⁴ Court of Appeal of Louisiana, 799 So. 2d 671 (2001), < <https://caselaw.findlaw.com/la-court-of-appeal/1095863.html>>, 03.11.2018.

¹¹⁵ MOFFET/MOORE, s.111.

standartların belirlenmesi gerekir.¹¹⁶ Tıbbi standartların hukuki düzenlemeler ile belirlenmesi eğilimi olsa da¹¹⁷ standart uygulamayı tespit etmenin güçlüğü ortadadır. Uzmanlık derneklerinin minimum standartları belirlemesi ve bu standartların günün değişen olanakları ölçüsünde güncellenmesi halinde hekimlerden beklenenlerin netleşebileceği ifade edilmektedir.¹¹⁸

Hekimler gerekli teorik ve uygulamalı eğitimi tamamladıktan sonra aldıkları diploma ile ülkemizdeki tıbbi standartları bildiği kabul edilir. Burada tıbbi standarttan anlaşılması gereken "uzman hekim" standardıdır.¹¹⁹ Hekimin eğitim hayatı sonrasında alanında bazı değişiklikler yaşanabilir.¹²⁰ Sağlık alanındaki gelişmeler hasta sağlığı ile doğrudan ilgili olduğundan hekimlerin bu gelişmeleri yakından takip ederek tıbbi imkânları hasta yararına uygun şekilde kullanması ve mezuniyet sonrası branşı ile ilgili bilgileri sürekli güncel tutması gerekir.¹²¹

¹¹⁶Yener ÜNVER, "Tıbbi Standart", **VIII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s.59.

¹¹⁷ ÜNVER, s.47.

¹¹⁸ ÇETİN, s.33; Yusuf AYNACI, **Hekimlerde Defansif (Çekinik) Tıp Uygulamalarının Araştırılması**, Tıpta Uzmanlık Tezi, Selçuk Üniversitesi Meram Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı, Konya, 2008, s.109.

¹¹⁹ HAKERİ, s.549.

¹²⁰Adolf LAUFS/ Bernd-Rüdiger KERN, **Handbuch des Arztrechts**, 4. Neubearbeitete Auflage, München, 2010, s. 1201 (Aktaran:ÜNVER, s.37-38).

¹²¹ AYNACI, s.109. Bu açıdan hekim tıp eğitimi sonrasında aldığı eğitimi geliştirmeli, branşı ile ilgili gelişmeleri takip etmeli ve genel kabul gören uygulamalardan haberdar olmalıdır. Hastanın branş hekimine sevkine imkân yoksa, uzman hekim branş hekiminin yerine müdahalede bulunabilir. Bu halde uzman hekimin tıbbi müdahalesinde asgari tıbbi standardı sağlaması beklenir. Uzman hekimin bulunmadığı veya uzman hekime sevk imkânının olmadığı hallerde ise hastaya pratisyen hekim

Standart tıbbi uygulama kavramı hususunda mevzuatta da bir netlik bulunmasa da Malpraktis Yasa Tasarısı olarak bilinen "*Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulamasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı*"nın 3. maddesinde¹²²; sağlık personelinin standart uygulamayı yapmaması halinde oluşan zarar verici durumun, tıbbi kötü uygulama olarak ifade edilmesinden tıbbi standardın tespitinin önemi anlaşılmaktadır. Yine aynı maddede; "*bilimsel olarak kabul edilmiş tıbbi uygulama kurallarına uygun olarak yapılan işlemler*" standart tıbbi uygulama olarak değerlendirildiğinden, bilimsel ve mesleki kurallara uygun şekilde zamanında yapılan tıbbi girişimler standart uygulama olarak kabul edilmektedir.¹²³ Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 13. maddesine göre hekim tıp biliminin verilerine göre teşhis koyar ve gereken tedaviyi yapar. Bu müdahale sonucunda hasta iyileşemez ise hekim mesleki olarak sorumlu tutulamaz. Anılan hükümde asıl dikkat çekici olan 1960 yılında çıkarılan Nizamnamede, tıbbi müdahalede standart uygulamadan bahsedilmiş olmasıdır.¹²⁴

düzeyinde tıbbi standart sağlandığından, müdahalede "pratisyenlik" düzeyinde tıbbi standart yeterli kabul edilir (GÖKCAN, s.96-97; AYNACI, s.109).

¹²² "*Sağlık personelinin, kasıt veya kusur veya ihmal ile standart uygulamayı yapmaması, bilgi veya beceri eksikliği ile yanlış veya eksik teşhiste bulunması veya yanlış tedavi uygulaması veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan ve zarar meydana getiren fiil ve durumu*" tıbbi kötü uygulama olarak ifade edilmiştir (<<http://web.deu.edu.tr/radyolojiabd/malpraktis.html>>, 12.08.2017).

¹²³ GÖKCAN, s.95-96.

¹²⁴ ÜNVER, s.48.

Standart tıbbi uygulamanın ne olduğunun her tıbbi uygulamada ayrı ayrı tespit edilmesi gerekir.¹²⁵ Öğretide, tıbbi standardın bir hekimin idari görevine, akademik kariyerine veya tecrübe birikimine göre belirlenemeyeceği belirtilir. Tıbbi standart müdahaleler sayılan tüm bu verilerden bağımsız olarak; müdahalenin türüne ve zamanlamasına, hastanın şahsına özgü durumlar veya somut etkenler dikkate alınarak değerlendirilmelidir.¹²⁶ Örneğin, küçük bir hastanede çalışan hekim ile tam teşekküllü yatak kapasitesi yüksek bir hastanede çalışan hekimin aynı standartlarda hizmet vermesi mümkün değildir.¹²⁷

Danıştay kararlarında tıbbi standart kavramı ile tıp bilimine genel olarak tanınmış kabul edilmiş meslek kuralları kastedilmektedir. Tıbbi standart ihlâli; teşhis, tedavi (endikasyon eksikliği, yanlış tedavi yönteminin seçimi) ve müdahale sonrası

¹²⁵ A. Çoşkun YORULMAZ/Ziya KIR/H. Çetin KETENCİ, "Tıbbi Uygulama Hataları ve Bilirkişilik", **Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi**, İ.Ü. Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri, Sempozyum Dizisi No:48, İstanbul, 2006, s.66.

¹²⁶ ÜNVER, s.50.

¹²⁷ Werner GROß, "Die Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung im Haftungs- und Schadensrecht", VersR 1996, s.664 (Aktaran: HAKERİ, s.547-548). Bu açıklamalar Amerika Birleşik Devletleri'nde bir süre uygulanmış olan yöresel tıbbi standart kavramıyla benzerlik göstermektedir. Şöyle ki; ABD'de de 1960'lı yıllarda malpraktis davalarında ciddi artış yaşanması sonrasında bir çok eyalette tıbbi müdahaleye ilişkin standart kurallar getirmiştir. Örneğin, ABD'nin Tennessee eyaletinde hekimler aynı bölgede meslektaşlarının sunduğu tıbbi standardı sağlamaya çalışmalıydı. Doktorların bölgesel tıbbi standardı (*standard of care*) yerine getirmemesi halinde sorumluluğunun varlığı kabul edilmiştir. Hekimler ancak hastaya zarar vermesi durumunda görev yaptıkları eyalet kurallarına göre verdikleri zararlardan sorumlu tutulmuşlardır. (<<http://www.hg.org/medical-malpractice.html>>, 21.04.2015).

bakım yönetimi şeklinde gerçekleşmektedir.¹²⁸ Danıştay idarenin sorumluluğunun belirlenebilmesi için sağlık uygulamasında tıbbi standarda aykırılık olup olmadığının tespitinde bilirkişi görüşüne başvurulması gerektiğini ifade etmektedir.¹²⁹ Yargı organları; tıbbın ulaştığı bilimsel ve teknik imkânları, olayın meydana geldiği ortamın koşulları ve ortalama bir hekimden beklenen özenin varlığını dikkate alarak bakım standardının sağlanıp sağlanmadığına karar vermektedirler.¹³⁰

Bununla birlikte her zaman tek başına hekimin bireysel hatasının tıbbi uygulama hatasına sebep olduğunun kabulü mümkün değildir. Yani diğer bir deyişle, bilgi eksikliği, muhakeme hatası veya dikkatsizlik gibi bireysel hatalar dışında tıbbi cihazlarda eksiklik gibi çevresel faktörler de tıbbi müdahale hatasına sebep olabilir.¹³¹ Bu nedenle tıbbi standarda aykırılık değerlendirilirken başka etkenlerin varlığı da dikkate alınarak karar verilmesi gerekir.¹³²

¹²⁸ Danıştay 15. D. 04.02.2016, E.2015/455, K.2016/601, <www.kazanci.com.tr>, 12.04.2018.

¹²⁹ Danıştay 15.D. 17.11. 2015, E.2015/3862, K.2015/7681, <www.kazanci.com.tr>, 12.04.2018. Bu yöndeki kararlar için ayrıca bkz. Danıştay 15. D. 11.03.2015, E.2013/4509, K.2015/1398; Danıştay 15. D. 16.05.2016, E.2013/4526, K.2016/3551; Danıştay 15. D. 04.02.2016, E.2015/455, K.2016/601 <www.kazanci.com.tr>, 17.04.2018.

¹³⁰ Pervin SOMER, “*Hekimin Hukuki Sorumluluğu*”, **Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, Kadir Has Üniversitesi, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2011, s.43.**

¹³¹ ÇETİN, s.31.

¹³² ÜNVER, s 41.

II. TIBBİ UYGULAMA HATASININ YENİ GÖRÜNÜMÜ: DEFANSİF TIP UYGULAMALARI

Tıbbi uygulama hatası; teşhis veya tedavi hatası, tedavi sonrası yükümlülüklerin ihlali, organizasyon kusuru ve üstlenme kusuru şeklinde ortaya çıktığına yukarıda yer verilmişti.¹³³ Çalışmanın ilerleyen kısımlarında ise, bir tıbbi uygulama hatası örneği olarak defansif tıp uygulamalarına yer verilecektir. Bu bağlamda, sıklıkla karşılaşılan defansif tıp uygulamalarına ve yargı kararlarına yansımış uyuşmazlıklardan bahsedilerek, defansif uygulamaların ne kadar yaygın olduğu ortaya konmaya çalışılacaktır. Ayrıca, defansif tıp uygulamaları tıbbi müdahale hatasına sebep olsun veya olmasın sağlık hizmetine olumlu ve olumsuz etkileri bulunmaktadır. Bu çerçevede son olarak da bu uygulamaların; sağlık harcamalarına, hasta-hekim ilişkisine ve hizmetin kalitesine yansımaları incelenecektir.

A. Defansif Tıp Uygulamalarının Görünüm Şekilleri

Defansif davranış şekilleri sağlık hizmeti veren ve hizmet alanlar arasında görüldüğü gibi başka meslek gruplarında da savunmacı bir davranış şekli olarak görülebilir. Ancak, sağlık alanındaki defansif uygulamalar kurum içi bir sorun olmaktan öte insan hayatını doğrudan etkiler niteliktedir.¹³⁴ Zira hekim tıbbi gereklilik olmadan hastaya tetkikler önermekte ya da yüksek riskli hastalardan kaçınarak sorumluluk almak istememektedir. Defansif tıp, "*hekimin ceza veya hukuk davalarıyla karşılaşmamak, tazminat ödememek, sigorta poliçe primlerini*

¹³³ Ayrıntılı bilgi için bkz. HAKERİ, s. 560-613; GÖKCAN, s.61-62.

¹³⁴ SELÇUK, s.15-16.

arttırmamak amacıyla aşırı korumacı veya çekingen davranarak tanı ve tedaviye yönelik tıbbi uygulamaları gereksiz kullanılması ve malpraktis davası ile sonuçlanma riski yüksek olan uygulamalardan kaçınması" olarak tanımlanmıştır.¹³⁵ Defansif tıp uygulamalarının, "pozitif defansif tıp" ve "negatif defansif tıp" olarak iki görünümü vardır.¹³⁶ Pozitif defansif tıp uygulamaları bazen fark edilmiyor olsa da hasta sağlığı açısından tehdit oluşturabilir.¹³⁷ Defansif tıp uygulamalarından pozitif defansif tıp uygulamaları daha çok "konsültasyon isteme", negatif defansif tıp uygulamaları ise "sevk yapılması" olarak kendini gösterir.¹³⁸ Pozitif defansif tıp uygulamalarında hekimin icrai hareketi söz konusu iken, negatif defansif tıp söz konusu olduğunda

¹³⁵ AYNACI, s.1. Defansif tıp kavramı için ayrıca bkz. Tom BAKER, **The Medical Malpractice Myth**, The University of Chicago Press, United States of America, 2007, s.118-119; Nathan HERSHEY, "The Defensive Practice of Medicine: Myth or Reality", **The Milbank Memorial Fund**, Vol: 50, No:1, 1972, s.71-73; Michael FRAKES, "Defensive Medicine and Obstetric Practices", **Journal Of Empirical Legal Studies**, Vol:9, Iss:3, 2012, s.457; David O. SMITH, "The Medical Malpractice Threat: A Study of Defensive Medicine", **Duke Law Journal**, Vol:5, No:5, 1971,s.940.

¹³⁶ Nicholas SUMMERTON, "Positive and Negative Factors in Defensive Medicine: A Questionnaire Study of General Practitioners", **British Medical Journal (BMJ)**, Vol:310, No:6971, 1995, s.27; Eberhard FEES, "Malpractice Liability, Technology Choice and Negative Defensive Medicine", **European Journal of Health Economics (Eur J Health Econ)**, 2012, s.157; FRAKES, s.457-458; SMITH, s.949.

¹³⁷ Daniel P. KESSLER, "Evaluating the Medical Malpractice System and Options for Reform" , **Journal Economic Perspectives** , Vol: 25, Number 2, Spring 2011, s.95; Benzer ifadeler için bkz. SUMMERTON, 1995, s. 27; FEES, s.157

¹³⁸ SELÇUK, s.15-16.

ortada bir eylem yok gibi gözükse de eylemsizlikten kaynaklanan durum aslında icrai davranış varmış gibi sonuç doğurabilir.¹³⁹

1992 yılında Dünya Tabipler Birliği'nin genel kurulunda¹⁴⁰ yayınlanan Malpraktis Bildirgesi ile tüm dünyanın dikkati “defansif tıp uygulamaları”na çekilmiştir. Söz konusu bildirgeye göre, tıbbi bilgilerin artması ve teknolojik gelişmelerin yaşanması ile birlikte hekimlerin artık önceden yapamadığı ciddi risk içeren tıbbi işlemleri yapabilir hale gelmiştir. Böylece, hekimler tıbbi hizmetlerin artan maliyetlerini ve dava edilme korkusunu üzerlerinde daha çok hissetmeye başlamışlardır.¹⁴¹

Türkiye'deki defansif tıp uygulamalarına ilişkin çalışmalar oldukça yenidir. 2000'li yıllarda henüz defansif tıp olarak isimlendirilmeden¹⁴², hekimlerin tedavide tıbbi standartları sağlayamadığından hukuki sorumluluk kaygısı ile tıbbi uygulama yapmaktan kaçındığı ifade edilmeye başlanmıştır.¹⁴³ 1995-2000 yılları arasında ceza mahkemelerinin, cerrahi branş hekimlerinin kusurunun olup olmadığı hususunda Yüksek Sağlık Şurası'ndan görüş sorulan dosyaların değerlendirildiği bir çalışmada, artış gösteren malpraktis davaları sonucunda hekimlerin hastaya karşı çekingenlik

¹³⁹ SELÇUK, s.46.

¹⁴⁰ Söz konusu bildirgede, artan tıbbi müdahale hatalarının dolaylı olarak defansif tıp uygulamalarını arttırdığı ifade edilmiştir (<<https://www.wma.net/policies-post/world-medical-association-statement-on-medical-malpractice/>>, 01.11.2018).

¹⁴¹ SAYEK, s.48.

¹⁴² AYNACI, s.27

¹⁴³ Oğuz POLAT, **Adli Tıp**, İstanbul, Der Yayınları, 2000, s.461.

gösterdiğinin tespit edilmesi¹⁴⁴, defansif tıp uygulamalarının başladığının bir işareti olarak kabul edilmiştir.¹⁴⁵ Bunun yanı sıra 2008 yılında yapılan başka bir çalışmada hekimlerin dava edilme korkusu ile maliyeti yüksek tahliller yapması veya riskli hastaları tedavi etmemesi gibi durumlarla karşılaşıldığından bahsedilmiştir.¹⁴⁶

Avrupa ülkelerinde ve özellikle Amerika Birleşik Devletleri'nde defansif tıp kavramından sıklıkla söz edilmektedir. Ülkemizde de defansif tıbbın hangi boyutları ile uygulandığını anlayabilmek için sosyal hayattaki görünümü ve hukuki boyutu ile birlikte incelenmesi gerekmektedir.

1. Pozitif Defansif Tıp Uygulamaları

Defansif tıp uygulamalarının tespiti ve bu uygulamaların sorumluluğa sebep olup olmayacağı oldukça karmaşık bir konudur. Hekimin hastasının zarar görmesini engellemek için tüm mesleki imkânları kullanarak somut durumun gerektirdiği uygulamaları gecikmeksizin tatbik etmesi, diğer taraftan da teşhis ve tedaviye yönelik bir tereddüt varsa gerekli araştırmaları yapması beklenir.¹⁴⁷ Teşhiste bulunurken yapılan tetkiklerin artırılması, sevk ve tedavi sonrası takip konusunda hassas davranılması, hastanın detaylı olarak kaydını tutması ve hastayı ayrıntılı bilgilendirmesi güvence davranışlarının en yaygın olanlarındandır.¹⁴⁸ Pozitif defansif

¹⁴⁴ Ali Rıza TÜMER, **1995-2000 Yılları Arasında Yüksek Sağlık Şurası Tarafından Değerlendirilen Cerrahi Vakalarının Komplikasyon ve Malpraktis Yönünde Araştırılması**, Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi, Adli Tıp Anabilim Dalı, Ankara, 2002, s.53

¹⁴⁵ AYNACI, s.28.

¹⁴⁶ AYNACI, s.33.

¹⁴⁷ Yargıtay 13. HD. 07.02.2005, E.2004/12088, K.2005/1728 (Aktaran: ÇINARLI, s.143-144).

¹⁴⁸ SUMMERTON, s.27; BAKER, s.121; AYNACI, s.25

tıp uygulamalarıyla ilgili olarak, komplikasyon veya beklenmeyen riskleri ortaya çıkardığını ileri sürenler olduğu gibi, bu uygulamaların hastaya zarar vermediğini hatta gelecekte meydana gelebilecek olası sorunları engelleyebildiğini ileri sürenler de bulunmaktadır.¹⁴⁹

Son elli yıldan bu yana yaşanan teknolojik gelişmelere paralel şekilde tıbbi tetkik yöntemleri de gelişim göstermiştir. Hekimler hastalığın teşhis veya tedavisine ilişkin süreçte bu yöntemlerden fazlasıyla yararlanmaktadır.¹⁵⁰ Somut olaya göre, hekimin teşhis ve tedaviye yönelik araştırmalar yapması bazen işin gereği olarak yorumlanırken bazen de gereksiz tetkikler yaptığı şeklinde değerlendirilerek güvence davranışı olarak kabul edilir.

Aşağıda sıklıkla karşılaşılan pozitif defansif tıp örneklerine yer verilecektir. Bu örnekler tıbbi gereklilik bulunmadan sadece hekimin kendini hukuki güvence altına almak için yapılması halinde defansif tıp uygulaması olarak kabul edilecektir.

a. Güvence Davranışı Örnekleri

Hekimin tedavi sürecini olumlu etkileyecek tıbbi müdahalede bulunmak yerine olası bir sorumluluk davasında kendi hukuki güvenliğini sağlamak için hastaya tıbben gerekli olmayan veya gereksiz sayılabilecek tetkik ve prosedürleri uygulaması güvence davranışları olarak değerlendirilir.¹⁵¹

¹⁴⁹ Tartışmalar için bkz. AYNACI, s.10.

¹⁵⁰ Kerem YILMAZ/Oğuz POLAT/Begüm KOCAMAZ, “Defansif Tıp Uygulamalarının Hukuksal Açıdan İncelenmesi”, **TAAD**, Y:5, S:16, 2014, s.37-38; Bu yöndeki açıklamalar için bkz. SHAPIRO/McGARITY/VIDARGAS/GOODWIN, s.8.

¹⁵¹ YILMAZ/POLAT/KOCAMAZ, s.21. Pozitif defansif tıp tanımları için ayrıca bkz. SMITH,s.942; David M. STUDDERT/Michelle M. MELLO/William M. SAGE/Catherine M. DESROCHES/Jordon

Pozitif defansif tıp uygulamaları:¹⁵²

-Tıbbi olarak belirtilenden daha fazla tetkik istemek,

Önemli bir teşhisi kaçırmak istemeyen hekim, teknolojiye ulaşımın kolaylaşması ile daha fazla tetkik yapılmasını istemektedir. Aslında bu şekilde hastaya daha fazla önem veya daha iyi sağlık hizmeti verdiğini kanıtlamaya çalışmaktadır.¹⁵³

-Tıbbi olarak belirtilenden daha fazla ilaç yazmak¹⁵⁴,

Anayasa'nın 17. maddesinin ikinci fıkrasına göre, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz. Hastanın kendi vücut bütünlüğünün korunmasını isteme hakkı bulunmaktadır. Hekim bir ilaç yazdığı anda ilacın hangi süre ile kullanılacağını, olası yan etkilerini, hastanın ilacı kullanırken yapması ve yapmaması gerekenleri anlatmakla yükümlüdür. Hekimin bu konudaki sorumluluğu incelenirken nihayetinde yazılan reçetede ilacın ismine, verilen dozaja ve önerilen kullanım şekline bakılmaktadır.¹⁵⁵

PEUGH/ Kinga ZAPERT/Troyen A. BRENNAN, “*Defensive Medicine Among High Risk Specialist Physicians in a Volatile Malpractice Environment*”, **American Medical Association (JAMA)**, Vol:293, No:21, 2005, s. 2609; FEESS, s.157; HERSHEY, s.72.

¹⁵² AYNACI, s.12; SELÇUK, s.9-10.

¹⁵³ SHAPIRO/McGARITY/VIDARGAS/GOODWIN, s.8-9. Benzer açıklamalar için bkz. STUDDERT/MELLO/ SAGE/ DESROCHES/ PEUGH/ ZAPERT/ BRENNAN, s.2616

¹⁵⁴ Tıbbi tedavide ilacın doğru kullanılması çok önemlidir. Hastanın durumu doğru teşhis edilerek doğru ilaç tavsiye ederken, hastanın anlayabileceği şekilde bilgilendirilmesi ve bu süreçte takibinin yapılması gerekir (A. Kürşat ERSÖZ, **İlaç Hukuku Bağlamında İdarenin Sorumluluğu**, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2016, s.180-181).

¹⁵⁵ R. GÜNDAY, s.68-70.

Hastanın kendisine gereksiz ilaç yazılmasına rıza vermeyeceği varsayılır. Hasta bu duruma sonradan rıza verse bile tıbbi gereklilik gerçekleşmeden ilaç verildiğinden hekimin müdahalesi hukuka aykırı olacaktır.¹⁵⁶ Defansif uygulamalarda bulunan hekim tıbbi gereklilik olmadan yazdığı ilaç ile “*eksik ilaç önerilmesi*” sorgulamasından kaçınmaya çalışmaktadır. Aslında hastayı daha etkili koruma altına alarak gözden kaçırma endişesi taşıdığı riskleri, yazdığı ilaçlar vasıtasıyla ortadan kaldırmaya çalışmaktadır. Bu durumda hastaya tıbbi gereklilik olmadan ilaç yazıldığında idarenin ve hekimin sorumluluğu tartışılır hale gelmektedir. Diğer açıdan tıbbi gereklilikler dışında ilaç kullanımı hâlinde; ilacın yan etkilerinde artış, hastalığı tedavi etmede yetersizlik, tedavi maliyetinin artması ve kazanç kaybının da meydana geleceği muhakkaktır.¹⁵⁷

Danıştay bir kararında kamu yararının bir gereği olarak kamu harcamalarının etkin ve verimli şekilde kullanılması, gereksiz harcamaların yapılmaması, tıbbi malzeme alımının ve gereksiz ilaç tüketiminin önüne geçilerek tasarrufun sağlanması gerektiğini ifade etmiştir.¹⁵⁸ 2010-2015 yılları arasındaki ilaç tüketimine bakıldığında yıldan yıla gözle görülür bir artış dikkat çekmektedir. 2010 yılında toplamda 1.669,90 milyon kutu ilaç tüketilmişken, 2014 yılında 1.969,97 milyon kutu, 2015

¹⁵⁶ SELÇUK, s.44. Hekim ilaç seçerken, reçete ederken ve kullanımını tarif ederken dikkatli ve özenli olmalıdır. Hekim verdiği ilacın yan etkileri hususunda hastasını bilgilendirmeli reçeteyi okunaklı şekilde yazmalıdır. Aksi durumda gösterdiği özensizlikten dolayı sorumluluğu tartışılır hâle gelir (SOMER, s.55-56).

¹⁵⁷YILMAZ/POLAT/KOCAMAZ, s.36-37. İlaç hukukundan kaynaklanan idarenin mali sorumluluğuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. ERSÖZ, 2016, s.221-224.

¹⁵⁸ Danıştay 15. D. 09.12.2015, E.2013/14273, <www.kazanci.com.tr>, 17.04.2018.

yılında ise bu rakam 2.112,94 milyon kutuya ulaşmıştır.¹⁵⁹ Bu sayısal verilere bakılarak bütün ilaçların tıbbi gereklilik bulunmadan reçete edildiğini söylemek güçtür. Ancak sayısal verilerin yüksekliği oldukça düşündürücüdür. Günümüzde tıbbın imkânlarından faydalanmak isteyen hekim ve hastalar çeşitlenerek artan ilaç pazarını tıbbın olumlu bir gelişimi olarak düşünse de kişisel gereksinimleri karşılamaktan uzak her ilaç, başka hastalıkların riskini arttırmasının yanında sağlık hizmetlerinin kaliteli sunumunun önünde de ciddi bir engeldir.

Bu bağlamda, gereksiz ilaç kullanımının hastada zarara sebebiyet vermesi hâlinde ortaya çıkan olumsuz durumun, komplikasyon olduğunun kabulü güçtür. Hekimin tıbbi gereklilik olmadan verdiği ilaç eğer bir zarara sebep olursa tıbbi uygulama hatasının bir görünümü olarak kabul edilebilir.¹⁶⁰

-Endikasyonsuz hasta yatırmak

Hastaneye yatırılmaması gereken bir hastayı tıbbi sorumluluk davasından çekindiği için gözlem altında bulunduran hekim aslında hastanın özgürlüğünü kısıtlamakta hatta vücudu üzerinde gereksiz işlem yaparak belki de yaralanmasına sebep olmaktadır. Diğer taraftan hasta gereksiz işlem ile birlikte kendisini ağır hasta hissederek fiziksel ve ruhsal olarak yıpranmaktadır. Bundan dolayı hekimin ve idarenin sorumluluğu tartışılır hale gelebilmektedir.¹⁶¹

¹⁵⁹ 2015 Yılı T.C. Sağlık Bakanlığı Sağlık İstatistikleri Yıllığı, Ankara, 2016, s.168, <<http://ekutuphane.sagem.gov.tr>>, 17.04.2018.

¹⁶⁰ YILMAZ /POLAT/KOCAMAZ, s.37.

¹⁶¹ SELÇUK, s.42.

-Tanı ve tedavi için fazladan konsültasyon istemek,

Hekimler günlük uygulamalarında kendi uzmanlık alanı dışında da uygulama yapabilir ve hekimlerin kendi uzmanlık alanı dışındaki konularda konsültasyon¹⁶² istemekten kaçınmaması gerekir.¹⁶³ Konsültasyon, sorumlu hekimin¹⁶⁴ gerekli görmesi hâlinde kendisine başvuran hasta ile ilgili olarak diğer kliniklerden görüş talep etmesidir. Konsültasyon sayesinde tıbbi müdahalede bulunan hekim, tıbbi olarak durumu karmaşık olan hastayla ilgili diğer branş hekimleri ile bilgi alışverişi sağlayabilmektedir.¹⁶⁵

Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 19. maddesine göre, hekim hastanın durumunu izlerken başka bir alandan görüşe ihtiyaç duyduğunda bunu hastaya ve/veya hasta yakınına bildirmesi gerekir. Pozitif defansif tıp uygulaması olarak konsültasyon istenirken sorumlu hekim başka bir hekime danışarak sorumluluğunu paylaşmak istemekte veya vakanın kendi branşına girmediğini ispat etmeye çalışmaktadır. Bu durumda başvuru alan konsültan hekimin¹⁶⁶ de alanında bilimsel ve

¹⁶² Konsültasyon: *"Hastanın tanı, tedavi ve takibi için gerekli gördüğünde sorumlu hekimin diğer uzmanlık dalları ile görüş alışverişinde bulunulmasıdır."* (Ankara Numune Eğitim ve Araştırma Hastanesi Konsültasyon Hizmetleri Yönergesi md. 4/a, <<http://numuneeah.saglik.gov.tr/>>, 03.11.2018).

¹⁶³ POLAT/PAKİŞ, s.121.

¹⁶⁴ Sorumlu Hekim: *" Hastanın tanı ve tedavisinden birinci derecede sorumlu olan klinik şefi veya klinik şef yardımcısı veya başasistan veya uzman hekim veya dış hekimidir."* (Ankara Numune Eğitim ve Araştırma Hastanesi Konsültasyon Hizmetleri Yönergesi md. 4/b, <<http://numuneeah.saglik.gov.tr/>>, 03.11.2018).

¹⁶⁵ R. GÜNDAY, s.53.

¹⁶⁶ Konsültan hekim: *"Sorumlu hekim tarafından istenen konsültasyonu yanıtlamakla sorumlu ve alanında bilimsel ve teknik bilgiye sahip olan hekim veya dış hekimidir."* (Ankara Numune Eğitim ve

teknik bilgiye sahip olması gerekmektedir.¹⁶⁷ Aslında yaşanan tıbbi ve teknolojik gelişmelere paralel olarak hekimlerden alanlarında ileri derecede uzmanlık beklendiğinden hekimin alanı dışında bir bilgiye ihtiyaç duyması halinde başka bir hekimden bilimsel ve teknik danışmanlık alabilmesinin hekimin hakkı olması gerektiği ifade edilir.¹⁶⁸ Gerçekten de Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'na göre, ekip çalışmasının gereği olarak, aynı zamanda da bir hekim hakkı olarak tedaviyi yürüten hekim ihtiyacı olduğu durumda konsültasyon istemelidir. Konsültan hekim de tedavi sürecinde hastanın sürekli takibini yapmak zorundadır (md.19). Danıştay, dava konusu olaylarda hastanın tedavisi kapsamında konsültasyon isteyen hekim ile konsültan hekim ifadeleri birlikte değerlendirilerek sunulan sağlık hizmetinde organizasyon eksikliği bulunup bulunmadığının araştırılmasını istemektedir.¹⁶⁹ Konsültan hekimin yaptığı müdahalelerde sorun çıktığı takdirde hem konsültan hekimin hem de ona başvuran hekimin sorumluluğuna gidilebilmektedir.¹⁷⁰

-Daha fazla görüntüleme tetkiki istemek,

Sağlıklı ve hasta dokuları birbirinden ayırt etmekte kullanılan (MR) olarak bilinen manyetik rezonans, x ışını kullanılarak vücudun belli bir bölgesinin kesitsel

Araştırma Hastanesi Konsültasyon Hizmetleri Yönergesi md. 4/c, <<http://numuneeah.saglik.gov.tr/>>, 03.11.2018).

¹⁶⁷ SELÇUK, s.15.

¹⁶⁸ Berna ARDA, "Etik Açısından Hekim Hakları", **Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Mecmuası**, C. 51, S. 3, Ankara, 1998, s.123; Selma AYDAŞ, **Hekimlerde Malpraktis Kaynaklı Defansif Tıp Davranışları**, Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2014, s.18.

¹⁶⁹ Danıştay 15.D. 24.03.2016, E.2015/9336, K.2016/2014, <www.kazanci.com.tr>, 17.03.2018.

¹⁷⁰ POLAT/ PAKİŞ, s.121.

olarak incelenmesini sağlayan bilgisayarlı tomografi (BT), yüksek frekanslı ses dalgaları kullanılarak vücudun içindeki hassas yapıları görebilmek için kullanılan ultrason, kalp ultrasonu olarak bilinen ekokardiyografi ve meme kanserinin teşhisinde kullanılan mamografi bilinen görüntülenme tetkiklerindedir.

Hastalıkların tanı ve tedavi aşamasında oldukça faydalı olan görüntüleme tetkiklerinin bir kısmı radyoaktif maddeler yaymaktadır. Bu sebeple yararları olduğu kadar yan etkileri de bulunmaktadır. Bu yöntemlerin gereğinden fazla kullanılmasının uzun vadede kanser gibi rahatsızlıklara sebebiyet verebileceği halen tartışılmaktadır.¹⁷¹ Hatta ABD’de yapılan bazı araştırmalar kanser vakalarının %1,5 ile %2’sine bilgisayarlı tomografi çekimlerinin sebep olduğunu ortaya koymuştur.¹⁷²

Ülkemizdeki yataklı tedavi kurumlarında yıllara göre cihaz sayılarına bakıldığında 2002 yılında 52 tane olan MR cihazının sayısı, 2015 yılında 794’e çıkmıştır. 2002 yılında 1005 olan ultrason cihazı sayısı, 2015 yılında 5.518’e ulaşmıştır. Bu artış oranlarına rağmen Türkiye OECD ülkelerinin oldukça gerisindedir.¹⁷³ Bu veriler değerlendirildiğinde kişi başına düşen MR cihazı sayısı az olsa da, MR cihazı başına düşen görüntüleme sayısı 2015 yılı için 14.215’dir. Bu veri ile Türkiye cihaz başına düşen en yüksek görüntüleme sayısına sahiptir. Türkiye’nin

¹⁷¹ Amy Berrington De GONZALEZ/Mahadevvappa MAHESH/Kwang-Pyo KIM/Mythreyi BHARGAVAN/Rebecca LEWIS/Fred METTLER/Charles LAND, “*Projected Cancer Risks From Computed Tomographic Scans Performed In The United States in 2007*”, **Arch Intern Med.**, Vol:169, No:22, 2009, s.2071.

¹⁷² Williams SARA, “*On The Defensive*”, **United Kingdom Casebook**, C.19, S.1, 2011, s.8-11 (Aktaran: SELÇUK, s.53).

¹⁷³ 2015 Yılı Sağlık İstatistikleri Yıllığı, <<http://ekutuphane.sagem.gov.tr>>, 17.04.2018, s.111.

bir alt sırasında bulunan Macaristan'da bu sayı 11.466'dır.¹⁷⁴ Görüntüleme cihaz sayılarındaki artış sağlık hizmetlerine olumlu yansıtacağı için umutlandırıcı bir gelişme olarak görünüyorsa da, cihaz başına düşen görüntüleme sayısında ve talep edilen tetkiklerde de artış gözlemlenmesi defansif uygulamaların yaygınlığını gözler önüne sermektedir.

Görüntüleme tetkiklerinin hangisinin tıbbi gereklilikten hangisinin hekimin kendisini korumak amacıyla yapıldığı hususunda kesin bir sınır belirlemek mümkün değildir. Somut vaka incelendiğinde görüntüleme tetkikinin hastaya fayda sağlamaktan ziyade hekimin kendini hukuki güvence altına almak ya da sağlık kuruluşuna ekonomik çıkar sağlamak amacıyla yaptığı anlaşılıyor ise görüntüleme tetkikleri sonucunda oluşan yan etkiler de komplikasyon olarak kabul edilmez.¹⁷⁵

-Daha detaylı kayıt tutmak,

Hekimlerin hasta kayıtlarının tutulması konusunda gösterdiği hassasiyet anlaşılabilir bir durumdur. Zira hastaya ait bilgi ve belgelerin korunmaması hâli de idarenin hizmet kusuru kapsamında değerlendirilmektedir.¹⁷⁶ Hekimlerin veya hastanelerin hukuki sorumluluk kaygısıyla hastaya ilişkin kayıtları tutmakta daha özenli davranması pozitif defansif tıp uygulaması olarak kabul edilse de kayıtların

¹⁷⁴ 2015 Yılı Sağlık İstatistikleri Yıllığı, <<http://ekutuphane.sagem.gov.tr>>, 17.04.2018, s.161.

¹⁷⁵ SELÇUK, s.45.

¹⁷⁶ Danıştay kararına konu olan bir olayda, “...davacıya 3 kez tıbbi müdahale uygulanmasına karşın, hastaya ait grafilerin gerekli şekilde muhafaza edilmemesi ve hastaya ait dosyanın kaybedilmesinin, sağlık hizmetinin işletilmesine ilişkin ağır hizmet kusuru teşkil ettiği; diğer taraftan, idarece tıbbi kayıt ve belgelerin ibraz edilememesinin, meydana gelen zarar nedeniyle idarenin sorumluluğunun bulunup bulunmadığının yargısal denetimini de engellediği” ifade edilmiştir (Danıştay 10.D. 29.04.2008, E.2007/3301, K.2008/2939, <www.kazanci.com.tr>, 12.05.2017).

özenle tutulması, aslında hasta hakları için bir gerekliliktir. Diğer açıdan bakıldığında bu uygulamalar hekimin hastayla olan iletişimini arttırmasına yardımcı olabilir. Ayrıca kayıtların ciddiyetle tutulması, yanlış hastaya müdahale veya doğru hastaya yanlış müdahalede bulunma riskini azalttığından ve hastada olan tahmin edilemeyen başka hastalıkların tespit edilmesine yardımcı olduğundan bu yöndeki pozitif defansif tıp uygulamasına olumlu bakılmasına sebep olmuştur.¹⁷⁷ Diğer güvence davranışları olarak ifade edilen pozitif defansif uygulamaları ise; “*tıbbi prosedürleri daha detaylı açıklamak*”, “*invaziv prosedürler*”¹⁷⁸ önermek”, “*tedavi sonrası takipte artma*”, “*uygulamalarda geriye dönük denetlemelerin artırılması*”, “*müşteri memnuniyeti faaliyetlerinin geliştirilmesi*”, “*hasta ile daha fazla zaman geçirmek*” şeklinde ifade edilebilir.¹⁷⁹

Her ne kadar bu başlık altında hekimin tıbbi gereklilik olmadan kendini hukuki olarak güvence altına almak için yaptığı tetkik ve tahlillerden bahsediliyor olsa da, bu tetkiklerin yeterli ölçüde yapılmaması da zaman zaman hizmet kusuru olarak değerlendirilmektedir. Zira fazladan yapılan tetkikler vasıtasıyla bir hastalığın erken teşhis edilmesi tedavi sürecini kolaylaştırabileceği gibi hastanın hayatının kurtulmasına yardımcı olabileceği de unutulmamalıdır.¹⁸⁰

¹⁷⁷ YILMAZ/POLAT/KOCAMAZ, s.22; Bu yöndeki açıklamalar için bkz. SUMMERTON, s. 29.

¹⁷⁸ Cerrahi işlem gerektiren uygulamalardır (<<https://turkcebilgi.com/invazif/>>, 01.11.2018).

¹⁷⁹ AYNACI, s.12; SELÇUK, s. 9-10.

¹⁸⁰ Örneğin, uyuşmazlık konusu olan bir olayda verem taraması amacıyla çekilen röntgenden başka ileri tetkik uygulaması yapılmadığından kanserin erken teşhis edilemeyip hekimin hastanın ölümüne sebep olduğu gerekçesiyle dava açılmıştır. İlk derece mahkemesi çekilen röntgenin akciğer kanseri tanısı için yeterli olmadığından davacının kanser olma ihtimalinin araştırılmamasını hizmet kusuru olarak değerlendirmiştir. Ancak, Danıştay hastanın durumunu tahlil ederken, teşhisin tedavi

b. Pozitif Defansif Tıp ve Tıbbi Standartlar

Birçok hastalığın teşhis ve tedavisi için bilinen minimum standartlar olsa da, hekimin tıbbi uygulama sürecinde karar verirken dikkate aldığı başka faktörler de bulunmaktadır. Hastanın, hekimden ve sağlık kuruluşundan beklentileri, hasta ve hekim arasındaki güven ilişkisi, hastanın hekime tutum ve davranışları bir uygulamanın defansif tıp uygulaması olup olmadığını etkilemektedir. Bu açıdan değerlendirildiğinde, her uygulamada tıbbi standart uygulamanın belirlenmesi mümkün olmamaktadır. Bunun yanında bir hekim tarafından defansif tıp olarak kabul edilen uygulamalar, başka bir hekim tarafından standart uygulama kapsamında yapılıyor olabilir. Tıbbi standartlar, tıbbi müdahalenin defansif tıp uygulaması olup olmadığı hakkında ciddi bir fikir veriyor olsa da hastalıkları tedavi etmenin birden fazla yöntemi olduğu göz ardı edilmemelidir. Hekimin daha az uygulanan yöntemi seçmesi halinde bir uygulama hatası meydana geldiği durumlarda bile davacının yine de hekimin ihmalinin bulunduğunu kanıtlaması gerekmektedir.¹⁸¹

olanaklarını çok fazla değiştirmeyeceğine ilişkin Adli Tıp Raporu'nu dikkate alarak ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur (Danıştay 10. D. 12.06.2001, E.1999/2351, K.2001/2240 (Aktaran: Mustafa KARABULUT/Yakup BAL/Yahya ŞAHİN, **Danıştay 10. Dairesi'nin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003, s.332-334). Kanaatimce hizmet kusuru değerlendirmesi yapılırken, kanser gibi ciddi bir hastalığın bulgularının bulunduğu bir vakada hastanın kalan günlerini acısız geçirebilme ihtimali bulunduğu göz önüne alınarak bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.

¹⁸¹ AYNACI, s.16-17. Defansif tıp uygulamalarının ölçülebilirliği hakkındaki açıklamalar için bkz. Roger C., HERDMAN (Ed.), **Defansif Medicine and Medical Malpractice**, Washington, DC, U.S. Government Printing Office, July, 1994 , s.3-4; SHAPIRO/McGARITY/VIDARGAS/GOODWIN, s.8; SYMMERTON,s28-29; STUDDERT/MELLO/SAGE/DESROCHES/PEUGH/ZAPERT/BRENNAN, s.2616-1617.

Ayrıca, hekim muayeneden elde edilen fiziki bilgiler ve yapılan tahlillere göre bazı uygulamalara gerek görmeyebilir. Böyle bir durumda örneğin film çekilmesine gerek olmasa da: “Neden film çekilmedi?” sorusunun sorulması mümkündür. Yapılan bir tahlilin alt sınıra ya da üst sınıra yakın olması durumunda daha ileri bir tetkik istenmemiş olmasının gerekçesi sorgulanabilmektedir.¹⁸²

Burada idare hukuku bakımından açıklığa kavuşturulması gereken husus hekimin sorumluluğunun bulunmadığının ifade edildiği durumlarda dâhi idarenin sorumluluğuna gidilebileceğidir. Hekim tıp biliminde standart uygulamayı gerçekleştirmiş buna rağmen tıbbi uygulama hatası meydana gelmiş ise idarenin sorumlu olup olmadığı somut olay bakımından irdelenmelidir. Kısacası, idarenin teşkilat yetersizliği veya organizasyondaki eksikliği sebebiyle bir hata meydana gelmiş ise sağlık hizmetinin gereği gibi işlemediği gerekçesiyle idarenin sorumluluğuna gidilebilmektedir.

2. Negatif Defansif Tıp Uygulamaları

Negatif defansif tıp, hekim tarafından riskli gördüğü hastaları tedavi edebilme imkânı olduğu halde dava edilme kaygısı ile hastaya müdahale etmekten kaçınması veya hastanın başka sağlık kurumuna sevki şeklinde gerçekleşerek hastanın teşhis

¹⁸² Halide SAVAŞ, **Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları**, Ankara, Seçkin Kitapevi, 2007, s.231. Bu yöndeki açıklamalar için ayrıca bkz. Dawn Marie TUERS, “*Defensive Medicine in The Emergency Department: Increasing Health Care Cost Without Increasing Quality?*”, **Nurs Adm Q**, Vol:37, No:2, 2013, s.163; FEES, s.157

veya tedavi sürecinin gecikmesine sebep olan ve bu şekilde hastayı tıbbi bakım hakkından yoksun bırakan güvence davranışlarıdır.¹⁸³

Defansif tıp uygulaması ve bu uygulamanın sebep olabileceği olumsuzlukları belirten birçok örnek vardır. Doktorların zamanında ve uygun şekilde müdahalesi ile kurtulan riskli durumdaki bir hasta ölümden döndükten sonra yaşadıklarını kaleme almıştır. Hasta mektubunda, kendisine müdahale eden hekimlerin bu acil durum karşısında kendilerini korumak için fazladan tetkik ve konsültasyon istemeyerek zamanı boşa harcamadıklarından teşhisi çabuk şekilde yapıp ameliyata alındığını ve bu yüzden hayatının kurtulmasını hekimlerin defansif tıp uygulaması yapmamasına borçlu olduğunu ifade ettiği örnekse bunlardan sadece biridir.¹⁸⁴

Bir uygulamanın negatif defansif tıp uygulaması olup olmadığını gösteren birden fazla faktör vardır. Hastanın müracaat ettiği sağlık kurumunun ilk veya son basamak olması, eldeki teknolojik imkânlar ve tıbbi uygulamayı yapan hekimin algısı müdahalenin niteliğini belirlemektedir. Hekim burada kendi tıbbi öngörüsüne göre bazı tedavi ve uygulamalardan kaçınarak sorumluluktan kurtulmaya çalışabilmektedir.¹⁸⁵ Ayrıca, hekimin hastane imkânlarının, bilgi ve becerisinin

¹⁸³ YILMAZ/POLAT/KOCAMAZ, s.27. Negatif defansif tıp tanımları için ayrıca bkz. Laurence R. TANCREDI/Jeremiah A. Barondess, “ *The Problem of Defensive Medicine*”, **Science**, Vol:200, 1978, s.879; Emily R. CARRIER/James D. RESCHOVSKY/David A. KATZ/ Michelle M. MELLO, “*High Physician Concern About Malpractice Risk Predicts More Aggressive Diagnostic Testing in Office- Based Practice*”, **Health Affairs**, 32, No:8, 2013, s.1383; HERSHEY, s.72.

¹⁸⁴ John ARCHER, “*Letter: Defensive Medicine Disdained*”, **JAMA**, 1975 Oct , 6;234 (1): 24, (Aktaran: AYNACI, s.111).

¹⁸⁵ Kerem YILMAZ, **Defansif Tıp** (Hekimin Tıbbi Uygulamalarda Sorumluluktan Kaçması Durumunda Ortaya Çıkan Problemler), Ankara, Seçkin Yayınevi, 2014, s.154-155.

yeterli olmasına rağmen hastaya bakmaktan kaçınması tıbbi özen yükümlülüğüne ve hastanın da adalet ve hakkaniyete uygun şekilde sağlık hizmetlerinden faydalanma hakkına riayet edilmediğinin bir göstergesidir.¹⁸⁶

Son zamanlarda basın ve yayın organlarının da etkisiyle hastaların sağlık hizmetinin sunumunda aktif şekilde yer aldığı ve taleplerini daha özgür şekilde dile getirdiği görülmektedir. Bu olumlu gelişmenin yanı sıra hekimler hakkındaki haberlerin sunumundaki özensizlikler hasta ve hekim ilişkisini olumsuz yönde etkilemektedir. Bu sebeple de hekimlerin bazı durumlarda kendilerini şikâyet etme potansiyeli olan hastalara hizmet sunmaktan kaçınma eğiliminde olduğu görülmektedir.¹⁸⁷ Aslında hekimin elindeki tıbbi imkânların yetersiz olduğu veya uzmanlık alanı dışındaki bir vaka ile karşı karşıya olduğu durumlarda hastayı donanımlı bir kuruma sevk etmesi gerekmektedir.¹⁸⁸ Fakat hastalar bu gibi durumlarda bir an önce tedavi sürecinin başlamasını istemekte ve kendisine teşhis konulmasını beklemektedir. Hekim ve hastanın farklı yaklaşım içinde olduğu bu süreç sonucunda hastanın durumu daha kötüye gidebilmekte sevk ile uzayan süreçte telafisi imkânsız sağlık sorunlarıyla karşılaşılabilir.¹⁸⁹

Sonuç olarak, hasta pozitif defansif tıp uygulamalarında fazladan sağlık hizmeti aldığı için durumdan çoğu zaman memnundur. Ancak, negatif defansif tıp uygulamasında hastaya zarar verme ihtimali yüksek olduğundan bu uygulamaya pozitif defansif tıp uygulaması gibi toleranslı bakılmamaktadır.

¹⁸⁶ SELÇUK, s.46.

¹⁸⁷ YILMAZ, s.157-158; Aykut Cemil AYKIN/Serkan ÇINARLI, **Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s.537-538.

¹⁸⁸ YILMAZ, s.159.

¹⁸⁹ YILMAZ/POLAT/KOCAMAZ, s.27.

a. Çekinik Tavır Örnekleri

Çekinik tavır örnekleri pek çok duruma göre değişiklik göstermektedir. Hizmeti veren sağlık kurumunun elindeki teknolojik imkânlar ve hekimin çalışma şartları, müdahalenin defansif tıp uygulaması olup olmadığının belirlenmesine yardımcı olur.¹⁹⁰ Ancak yine de teorik verilerden yola çıkarak negatif defansif tıp uygulamalarıyla ilgili bir genelleme yapmak mümkündür.

Çekinik tavır örnekleri aşağıdaki gibi sıralanabilir:¹⁹¹

- *"Komplikasyon riski yüksek tedavi yöntemlerinin uygulanmasından kaçınma,*
- *Dava etme olasılığı yüksek hastalardan kaçınma,*
- *Kompleks medikal problemleri olan hastalardan kaçınma,*
- *Hastayı başka bir hekime sevk etme,*
- *Komplike problemleri olan hastaları acil servis odasına kabul etmeme,*
- *Riskli hastaları kabul etmeyerek listeden çıkarmak."*

Negatif defansif tıp uygulamalarında hekim bir şekilde hastaya müdahaleden kaçınmaktadır. Hasta Hakları Yönetmeliği'ne (HHY)¹⁹² göre; karmaşık sağlık problemleri olan bir hasta farklı bir durumda olması sebebiyle ayrımcılığa maruz kalmış ve tıbbi imkânları bulunmasına rağmen hastayı tedavi etmekten kaçınılmış ise hastanın sağlık hizmetlerinden hızlı ve etkili bir şekilde yararlanma hakkı ihlâl edilmiştir (md.5).¹⁹³

¹⁹⁰ AYNACI, s.15; YILMAZ, s.154.

¹⁹¹ AYNACI, s.15-16; Benzer örnekler için bkz. SELÇUK, s.13; YILMAZ, s.199.

¹⁹² RG 01.08.1998-23420.

¹⁹³ YILMAZ, s.202.

Ülkemizde defansif uygulamaların yaygınlığı tam olarak tespit edilemese de, sezaryen doğumlarda görülen artış defansif tıp uygulamalarının en belirgin örneği olarak kabul edilmektedir.¹⁹⁴ Örneğin, 1993 ile 1998 yılları arasında sezaryen yoluyla doğum yapma oranı %14, 2005 yılında %40,7, 2012 ve 2013 yılının ilk üç ayında %51,5 dir.¹⁹⁵ Her geçen yıl bu sayının artış göstermesi oldukça dikkat çekicidir. 2011 yılı ile 2015 yılı arasındaki hastanelerde yapılan doğumlar içinde sezaryen oranları %49,7’den %53,9’a çıkmıştır.¹⁹⁶ 2007-2014 yıllarına ilişkin uluslararası verilerde sezaryen doğumların tüm doğumlar içindeki oranı dünyada %17, Dünya Sağlık Örgütü’nün istatistiklerine göre, Avrupa ülkelerinde %28 ve Türkiye’de ise %53 dür. 2015 yılına ilişkin bu veriler ile Türkiye dünya standartlarının oldukça üstündedir.¹⁹⁷

Hekimlerin dava edilme korkusu ile normal doğum yaptırmaktan kaçınarak sezaryen yöntemine başvurmasını pozitif defansif tıp uygulaması olarak nitelendirenler bulunsa da¹⁹⁸ kanaatimizce bunu bir negatif defansif tıp uygulaması olarak nitelendirmek daha uygun düşer.¹⁹⁹

¹⁹⁴ SELÇUK, s. 27; AYNACI, s.8;

¹⁹⁵ 2012 Yılı Sağlık İstatistikleri Yıllığı, s.80 (Aktaran: SELÇUK, s.28).

¹⁹⁶ 2015 Yılı Sağlık İstatistikleri Yıllığı, <<http://ekutuphane.sagem.gov.tr>>, s.67, 17.07.2017.

¹⁹⁷ 2015 Yılı Sağlık İstatistikleri Yıllığı, <<http://ekutuphane.sagem.gov.tr>>, s.70, 17.07.2017.

¹⁹⁸ FRAKES, s.457-458; SELÇUK, s.11.

¹⁹⁹ FEESS, s.157-158. Benzer görüş için bkz. YILMAZ, s.157. Sezaryen yoluyla doğum yöntemi; normal doğum doğumdan kaçınma yönüyle “negatif defansif tıp”, riski daha az olan bir yöntemin tercih edilmesi yönüyle “pozitif defansif tıp” uygulaması olarak değerlendirilebilir. Sezaryen yoluyla doğum yöntemi; çalışmada bir kaçınma davranışı olarak öne çıktığından bu örneğe “negatif defansif tıp” uygulamaları başlığı altında yer verilmiştir.

Türkiye Halk Sağlığı Kurumu'nun yaptığı araştırmaya göre sezaryen ile doğumda tüm dünyada bir artış yaşanmaktadır. Bu artıştaki en büyük etken sezaryen ile doğumun kolay ve riskinin az olduğu algısına sahip olunmasıdır. Türkiye sezaryen ile doğum oranında dünyada Brezilya ve Çin'den sonra üçüncü sırada yer almaktadır.²⁰⁰ Kadın doğum hekimlerinin hem annenin hem de bebeğin hayatını kurtarmaya çalıştığı için diğer hekimlerden farklı değerlendirilmesi gerektiği fikri ileri sürülmüştür.²⁰¹ Bu durumda iki hayatı kurtarmaya çalışan hekim, ikisi içinde en doğru kararı vermeye çalışmaktadır. Ancak hangi doğum yöntemini seçerse seçsin kararı sorgulanmaktadır.

Örneğin bir olayda özel hastanede çalışmakta olan bir hekim ilk önce normal doğum yapılacağı yönünde bilgi vermiş ancak daha sonra sezaryen yoluyla doğum yaptırmıştır. Doğum sonrası kanaması artan hasta tekrar aynı özel hastaneye başvurduğunda kendisine gerekli dikkat ve özen gösterilmediğinden, başka bir özel hastaneye başvurmak zorunda kalmıştır. Burada kendisine yapılan müdahale sonrasında anne adayını doğurma yeteneğini kaybetmiştir. Sezaryen ile doğum yaptıran ve sonrasında gerekli dikkat özeni göstermeyen hekime tabip odasınınca verilen meslekten alıkoyma cezasının onanmasına ilişkin Türk Tabipler Birliği'nin işleminin iptal edilmesi talebiyle dava açılmıştır. Söz konusu davada Danıştay hekimin; "*Özel hastahane olma ölçütünden hareketle daha fazla gelir elde etme amacıyla hastayı sezeryan ameliyatına yönlendirdiği*"ne dikkat çekmiştir.²⁰²

²⁰⁰(Mustafa ÖZTÜRK, <<http://www.milliyet.com.tr/sezaryen-oranlarinda-dunyada-ilk-ucteyiz-pembelar-detay-aile-1547062/>>, 13.02.2017).

²⁰¹ (Ayşe Filiz AVŞAR, <<http://www.medimagazin.com.tr/hekim/genel/tr-sezaryen-hekimler-defansif-tip-uyguladiklari-icin-artiyor-2-12-53318.html>>, 13.02.2017).

²⁰² Danıştay 8. D. 07.04.2003, E.2002/3617, K.2003/1580 <www.kazanci.com.tr>, 16.06.2016 .

Sezaryen uygulamasının hekimler için daha güvenli ve kazançlı olduğu için tercih edildiği düşünülse de sanıldığı aksine sezaryen uygulamasının önlediği riskler kadar yol açtığı komplikasyonlar da bulunmaktadır.

Normal doğum sırasında da yine anne adayını ve bebeği bekleyen birçok komplikasyon riski vardır.²⁰³ Bu risklerin sezaryen doğum ile önlenemediği bilindiğinden normal doğum yoluyla bir komplikasyon geliştiğinde hasta ve hasta yakınları hemen neden sezaryen yapılmadığını sorgulamaktadır.²⁰⁴

²⁰³ Bebeğin oksijensiz kalarak ölümünün gerçekleştiği bir vakada, bebekteki olumsuz gelişmelerin takibini iyi yapmayıp, aileyi normal doğuma yönlendiren doktorun, sezaryeni gecikmeli olarak gerçekleştiren anestezi ekibinin ve nöbetçi doktorun ölüm olayında kusurlarının bulunduğu ilişkin bkz. (Danıştay 10. D. 19.09.2007, E.2004/6540, K.2007/4237, <www.kazanci.com.tr>, 16.06.2016). Bir başka olayda, davacı anne adayını ilk olarak sezaryen doğum yapacağı şeklinde bilgilendirilmiştir. Ameliyathaneye alınırken de aynı şekilde bilgilendirmesi yapılmış; ancak daha acil olduğu düşünülen acil sezaryen sebebiyle ve davacının ilk gebeliğinin de normal yolla gerçekleştiği dikkate alınarak doğum normal yolla gerçekleştirilmiştir. Normal olarak gerçekleşen doğum neticesinde bebekte meydana gelen yaralanmalar sebebiyle açılan davada mahkeme, ortaya çıkan yaralanmaların her türlü özene rağmen oluşabilecek öngörülemez bir olay olduğundan hekime herhangi bir kusur atfedilemeyeceği ancak eksik ve yanlış bilgilendirme sebebiyle idarenin sorumlu olduğuna karar verilmiştir (Danıştay 15. D. 11.02.2016, E.2015/4568, K.2016/809, <www.kazanci.com.tr>, 03.05.2018).

²⁰⁴ Polat DURSUN, “*Hekimler Malpratis Korkusu ile Defansif Tıbbı Yöneliyor*” (<<http://m.milliyet.com.tr/pembenar/hekimler-malpratis-korkusu-ile-defansif-tibba-yoneliyor-pembenar-yazardetay-saglik-2266107/>>, 13.02.2017); Bebeğin doğum öncesi kilosunun normal standartların üzerinde olduğu dikkate alındığında hekimin hastayı sezaryen ile doğuma yönlendirmesi gerekirken doğumun normal yolla yaptırılması sonucunda doğuma bağlı sakatlığa neden olduğundan idarenin tazmin yükümlülüğü bulunduğu için bkz. Danıştay 10.D. 04.12.2012, E.2008/6628, K.2012/6278, <www.kazanci.com.tr>, 17.02.2017.

Diğer defansif tıp uygulamalarında olduğu gibi sezaryen uygulaması yapmayı düşünen hekim bir çelişki içindedir. Bir yandan kamuoyunda kabul görmesi için normal doğum yaptırması gerekirken, diğer yandan hastanın durumunu dikkate alarak olası bir komplikasyonu önlemek için sezaryen ile doğum yaptırmak isteyecektir. Bu durum diğer defansif tıp uygulamalarını da aşan, hekimi son derece zorlayıcı bir karardır. Belki de bu yüzden ülkemizde son zamanlarda kadın doğum uzmanlık alan puanında düşme görülmektedir.²⁰⁵ Hatta Amerika Birleşik Devletleri'nde de bazı şehirlerde doktorlar yavaş yavaş bu alandan çekilmeye başlamaktadır. Bu kapsamda, kadın doğum uzmanlarının diğer hekimlerden farklı hukuki muameleye tabi tutulması gerektiğini ileri süren hekimler olsa da, bunun uygulanması mümkün değildir.

b. Negatif Defansif Tıp Uygulaması ve Sevk Yükümlülüğü

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin birinci maddesinin birinci fıkrasına göre, insan sağlığına, hayatına ve şahsiyetine gerekli özeni göstermesi hekimin öncelikli vazifesidir. Nizamnamede, hekimin tedaviyi şahsi ve mesleki sebeplerle bitirmeden bırakabileceği (md.19/1) hatta hekimin acil yardım, resmi veya insani vazifesinin ifası halleri hariç olmak üzere mesleki veya şahsi sebepler ile hastasına bakmayı reddedebileceği ifade edilmektedir (md.18). Ancak bu hallerde dahi başka bir hekimin diğer meslektaşının tedavi edebilmesine veya tıbbi müdahalesine imkân verecek zamanı önceden hesaplayarak hastayı zamanında haberdar etmesi şarttır.

²⁰⁵ Örneğin, Tıpta Uzmanlık Sınavında(TUS)kadın hastalıkları ve doğum bölümü için en düşük puanlar; Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi için 2010 yılında 64.784, 2015 yılında 61.000, 2018 yılında ise 45.000 dir. Gazi Üniversitesi Tıp Fakültesi için ise 2010 yılında 62.701, 2015 yılında 58.098, 2018 yılında ise 46.496 dır (<<https://osym.gov.tr>>, 15.11.2018).

Hastanın bırakılması durumunda hayatının tehlikeye düşmesi veya sıhhatinin zarar görmesi muhtemel ise, diğer bir hekim temin edilmedikçe, hasta reddedilemez (md. 19/2).

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin birinci maddesinin ikinci fıkrasında, kamu hastanesi ve özel hastane ayrımı yapmadan 6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu'nun²⁰⁶ 7. maddesi uyarınca tabip odalarına kayıtlı tüm hekimlerin Nizamname hükümlerine tabi olduğu belirtilmiş olsa da, kamu hastanesinde çalışan hekimin hastayı reddetme hakkına sahip olduğunu söylemek mümkün değildir.²⁰⁷

Hekim tıbbi müdahalede bulunurken tıbbi standardı sağlayabilmek için alanında yeterli tıbbi bilgi ve tecrübeye sahip olması gerekir. Bu standardı sağlamayan hekimin hastaya müdahale etmesi durumunda üstlenme kusuru meydana gelebileceğinden, tıbbi hizmet veremediği bir vakada başka bir hekimden konsültasyon istemesi veya hastayı hizmet alabileceği hastaneye sevk etmesi gerekir.²⁰⁸ Ancak uygulamada riskli görülen hastalar tıbbi imkânların yeterli olmasına ve hatta sevk etme şartları bulunmamasına rağmen başka bir sağlık kurumuna sevk edilmektedir. Bu davranış şekli de sıklıkla görülen bir defansif tıp uygulamasıdır.

Tedavi ve teşhis ile ilgili süreçte hastanın başka bir sağlık merkezine sevk edilmesi gerektiğinde, güvenli şekilde gönderilmesi sevk eden sağlık kuruluşunun

²⁰⁶ RG 31.01.1953-8223.

²⁰⁷ YILMAZ/ POLAT/ KOCAMAZ, s.43; HAKERİ, s.106.

²⁰⁸ POLAT, 2005, s.183. Hekimin müdahale edilen alanda uzmanı olmamasına rağmen teşhis ve tedaviyi üstlenmesi halinde üstlenme kusurunun meydana geldiği ve bu durumun izin verilen risk kapsamında olmadığına ilişkin bkz. Yargıtay CGK 09.12.2014, E.2014/12-103, K.2014/552, <www.kazanci.com.tr>, 25.03.2017.

sorumluluğundadır. Sevk edilen hasta kabul edildiği takdirde sevk edilen hastanenin bilgilendirilmesi, hastanın radyoloji, tetkik bilgileri, muayene ve gözlem notlarının da hasta ile birlikte gönderilmesi gereklidir.²⁰⁹ Tıbbi zorunluluk nedeniyle sevk gerektiğinde de sevkin yapılacağı hastane ile iletişim sağlandıktan sonra sevkin gerçekleşmesi gerekmektedir.²¹⁰ Hastaneler arası sevklerde hastanın sevk edileceği kurum yetkilisi ile konuşulmalıdır. İl dışı sevkler dâhil tüm sevklerde sevki yapan hekimin diğer hastanedeki yetkili birisi özellikle ilgili branş hekimi ile görüşmesi ve yatış teyidi alındıktan sonra sevkin gerçekleştirilmesi gereklidir. Başbakanlık da çıkardığı genelge ile sağlık hizmetlerinin sunumunda en küçük gecikmede bile oluşabilecek telafisi mümkün olmayan zararları önleyebilmek için acil sağlık hizmetlerinin sunumunda hasta nakilleri hususunda bir standart sağlamaya çalışmaktadır.²¹¹

²⁰⁹ Birol DEMİREL, “Hekimin Yasal Sorumlulukları”, **GTD**, C.16, S.3, 2005, s.101.

²¹⁰ Danıştay kararına konu olan bir olayda, devlet hastanesinden eğitim araştırma hastanesine sevk edilen hastanın beklenen bir hasta olmasına rağmen hasta ile ilgilenilmediği, uzman hekimlere danışılmadığı ve hastaya müdahalede bulunulmadığından ölüm olayı meydana geldiğinden idarenin tazminat ödemekle sorumlu olduğuna karar verilmiştir (Danıştay 15.D. 05.03.2014, E.2013/4312, K.2014/1436, <www.kazanci.com.tr>, 15.05.2017).

²¹¹ Acil Sağlık Hizmetlerinin sunumuna ilişkin genelgeye göre; il dışına yapılan sevkler dahil olmak üzere tüm sevklerde sevki yapan hekimin karşı hastanedeki tercihen branş hekimi ile iletişim kurarak yatış teyidi aldıktan sonra sevk gerçekleştirilmelidir.İlgili kuruluşun hasta nakline onay vermesi halinde sevk için ambulans çıkışına izin verilir Ayrıca, gerekli durumlarda hastanın sevk sürecini kolaylaştırmak için bu işlemlerin bir kısmının hasta yola çıkarıldıktan sonra yapılabileceği ifade edilmiştir. Gereksiz sevkleri önleyebilmek için her hastane bünyesinde kurulan sevk ve denetleme kontrol biriminin belirli aralıklarla toplanarak sevklerin değerlendirileceği ve tıbbi gereklilik dışında yapılan sevklerle ilgili hekimlerin uyarılacağı belirtilmiştir. Bu yükümlülükler aykırı davranışlar

Sevk zincirinin belirlenen standartlara uygun yapıp yapılmaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından yaşam hakkının ihlali çerçevesinde inceleme konusu yapılmaktadır. Örneğin, AIHM kararına konu bir olayda, hastane personelinin sevk zinciri kurallarına uymadan gerçekleştirmiş olduğu sevkin olumsuz sonuçlarına dikkat çekilmiştir. Olayda sezaryen ile dünyaya gelen bebek solunum sıkıntısı yaşadığından yenidoğan ünitesi bulunan bir hastaneye sevk edilmek istenmiştir. Doğum yapılan hastanede yenidoğan ünitesi olmaması sebebiyle aile ilk önce Karadeniz Teknik Üniversitesi Farabi Devlet Hastanesi'ne oradan Trabzon Doğum ve Çocuk Hastanesi'ne sonra yeniden Üniversite hastanesine son olarak da Trabzon Doğum ve Çocuk Hastanesine sevk edilmiştir. Bu gidiş gelişlerin sonunda ise bebek ambulansla hayatını kaybetmiştir. Uyuşmazlık konusu olayda hekimler hakkında idari ve cezai soruşturmada bir sonuç alınmadığından aile, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmuştur. Davacı devletin yaşam hakkını koruma pozitif yükümlülüğünü yerine getirmediği kanaatindedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, sözleşmenin ikinci maddesi kapsamında Devletlerin ister özel hastane ister devlet hastanesi olsun hastaların yaşamlarını koruma yükümlülüğüne dikkat çekmektedir. Ayrıca sözleşmeciler Devletlerin, sağlık çalışanlarının yaptığı bir değerlendirme hatası veya sağlık çalışanları arasında koordinasyon sağlanamaması gibi sorunlar

hakkında genel hükümlere göre takibat yapılacaktır. Yapılan düzenlemelerde sağlık kuruluşlarının yatarak veya ayakta tedavi görmekte iken durumu ağırlaşan ve acil olarak başka bir sağlık kuruluşuna sevkini gereken bu hastalar için kontrol merkezi ile temas kurulması gerektiği ifade edilmiştir. Bu bağlamda, merkezin hastaya ait bilgileri alarak, hastanın hangi hastaneye gideceğine karar vereceği süreç sonrasında hastanın sevk edileceği kuruluşun yetkilileriyle irtibata geçmesi gerekecektir (Acil Sağlık Hizmetlerinin Sunumu Hakkında 2008/13 sayılı Genelge, RG 26.06.2008- 26918).

kapsamında, hesap verme yükümlülüğü bulunduğundan başvuruların yaşam hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.²¹²

Negatif defansif tıp uygulamalarını gerçekleştirdiği iddia edilen hastaneler ve hekimler hakkındaki ifadeler ciddiye alınmalıdır. Zira hastanelerin yataklarını riskli olmayan hastalarla dolu göstererek riskli hastaları kabul etmediği veya hekimlerin yüksek risk grubundaki hastaları başka bir hekime göndererek sorumluluğu paylaşmaya çalıştığı ileri sürülmektedir.²¹³ Örneğin, Danıştay kararına konu olan bir olayda devlet hastanesinde yapılan muayene sonrası bebeğin sağlık durumunun ciddi olmasından dolayı üniversite hastanesine sevk yapılmıştır. Sevk edilen hastanede yapılan muayene sonrasında boş yatak olmadığından bu sefer hasta doğumevi hastanesine sevk edilmiştir. Ancak geçen süre zarfında durumu ağırlaşan bebek hayatını kaybetmiştir. Bu olayın mahkemeye intikal etmesi neticesinde, ilk derece mahkemesi davalı idarelerin eylemleri arasında uygun illiyet bağı kurulamadığından ortada idareye yüklenebilecek bir hizmet kusuru olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Ancak, dosyayı inceleyen Danıştay olayda doktorun kusuru olmasa bile “sağlık hizmetlerinin ertelenemez mahiyetini dikkate alarak” sağlık hizmetinin kuruluşunda ve işleyişinde meydana gelen aksaklıkların hizmet kusuru oluşturduğunu ifade edip, ilk derece mahkemesinin kararının bozulmuştur. Anılan kararda hastanenin yenidoğan servisinde yeterli yatak bulundurulmaması, acil durumdaki hasta için ısrarla aranmasına rağmen ek yatak konulmaması veya başka

²¹² AİHM Asiye Genç/Türkiye Kararı, Başvuru No:24109/07, 27.01.2015.

²¹³ SELÇUK, s.16.

servislerden yatak ayarlanması gibi alternatif çözüm yollarının aranmaması idarenin hizmet kusuru olarak değerlendirilmiştir.²¹⁴

Anayasa'nın 56. maddesine göre: Devlet herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak amacıyla sağlık kuruluşlarında hizmet verilmesini düzenler ve bu görevini yerine getirirken kamu kurumları veya özel kurumlardan yararlanır. Ülkenin her yöresinde yaşayan insanlar da Devletin sunmuş olduğu bu sağlık hizmetlerinden eşit şekilde yararlanabilmelidir. Bu hizmetlerin yerine getirilmesi ertelenemez veya ikame edilemez. Dolayısıyla teknik veya teknolojik yetersizlikler ve hizmete erişimde zorluklar yaşanması durumunda telafisi imkânsız sonuçlar ortaya çıkabilir.²¹⁵

Dava konusu olan başka bir uyuşmazlıkta hasta kopan parmağının dikilmesi için sağlık kurumuna başvurmuştur. Hasta SSK hastanesinde cerrahi girişim yapılmadığından başka bir sağlık kurumuna sevkini talep etmiştir. Ancak, başka hastaneye sevki konusunda bir işlem yapılmamış ve hastanın kendi olanaklarıyla gittiği özel hastanede kopan parmağı yerine dikilmek suretiyle tedavi edilmiştir. Olay sonrasında davacı haksız eylem sonucu özel hastanede yapılan tedavi maliyetinden oluşan zararların giderilmesi talebiyle dava açmıştır. Danıştay devlet hastanesinin hastayı sevk etmediği ve hastanece olanaksız olduğu söylenen müdahalenin hastaya özel sağlık kurumunca yapıldığına dikkat çekerek tedavi harcamalarının tedavi açısından zorunlu olan kısımların davacıya ödenmesinin yasal olduğuna hükmetmiştir.²¹⁶ Yukarıda da belirtildiği gibi, sağlık hizmetleri diğer

²¹⁴ Danıştay 15. D. 12.3.2014, E.2013/3865, K.2014/1691, <www.kazanci.com.tr>, 15.05.2017.

²¹⁵ AYM 22.11.2007, E.2004/114, K.2007/ 85, RG 24.12.2007-26736.

²¹⁶ Yargıtay 10. HD. 27.05.2003, E.2003/2914, K.2003/4421, <www.kazanci.com.tr>, 15.05.2016.

hizmetlerden farklıdır ve yerine getirirken mali kaynakları ölçüsünde yerine getirileceğine ilişkin Anayasa'nın 65. maddesinin²¹⁷ doğrudan kabul edilmesi mümkün değildir. Bu sebeple, yukarıda değinilen uyuşmazlık konusu kararda özel bir hastanede yapılabilecek bir müdahalenin devlet hastanesinde yapılmadığı hatta sevkinin bile yapılmadığından bahisle davacının yaptığı sağlık harcamalarının idarece karşılanmasına ilişkin yaklaşım sosyal devlet gereklerine daha uygundur.²¹⁸

Hekimin tıbbi görevlerini yerine getirirken hastanın yaşamını ciddi şekilde tehlikeye atacağı durumlar hariç olmak üzere özel bilgi ve beceri isteyen durumlarda tıbbi müdahalede bulunmaması gerekirken,²¹⁹ diğer taraftan hekimlerden neredeyse her durumda hastaya müdahale etmesi ve tedavi veya teşhisin gecikmesine sebep olacak şekilde hastayı sevk etmemesi beklenmektedir. Bu değerlendirmelerden hareketle, hekimin yapmış olduğu her sevk doğrudan “negatif defansif tıp” uygulaması niteliğinde olduğu ve dolayısıyla hekimin davranışının kusurlu olduğunu söylemek güçtür. Ancak, hekim olanakları yeterli olan bir hastanede olası risklerden kaçınmak için hastayı başka bir hastaneye sevk ediyorsa bu davranış negatif defansif

²¹⁷ “Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.”

²¹⁸ GÜNDAY, mali kaynakların yetersizliği sebebiyle idarenin sorumluluk hallerinin sınırlanması durumunda; idarenin mali kaynak yokluğunu ileri sürerek sorumluluktan kaçınabileceğini ifade etmektedir (GÜNDAY, s.336). SEVER, ise bu hükmü devletin sağlık hizmetlerini mali kaynağı olmadığı gerekçesiyle yerine getirmekten kaçınacağı şeklinde yorumlamamakta ve söz konusu hüküm ile sağlık hizmeti sunumunda devletin sadece koşullara göre öncelik sırası gözetilerek mali kaynakları ölçüsünde hizmet vereceği ifade edilmek istenmiştir SEVER, Sağlık Hakkı, s.94).

²¹⁹ Hekimlik Meslek Etiği Kuralları md.18.

tıp uygulaması olarak kabul edilebilir.²²⁰ Bu durumda hasta zaman kaybından veya nakil sırasındaki yetersiz imkânlardan dolayı zarara uğrayacak olursa idare sorumlu tutulabilecektir.

B. Defansif Tıp Uygulamalarının Yaygınlığı

Sağlık hizmetlerinin sunumunda birden fazla faktör etkilidir. Toplumun sosyo ekonomik düzeyi, mevzuatlar, hekimlerin eğitimi ve sayısı, sağlık kuruluşlarının sayısı ve donanımı bunlardan sadece birkaçıdır. Türkiye de genç ve eğitilmiş nüfus günden güne artış göstermektedir. Genç ve eğitilmiş nüfusun eğitim ihtiyacına cevap verebilmek için yeni üniversiteler ve fakülteler kurulmaya başlanmıştır. Örneğin, ülkemizde 2003 yılında 44 tane tıp fakültesi varken bu rakam 2015 yılında 83'e kadar yükselmiş, fakültelerin kontenjanı toplamda 12.449 'a kadar ulaşmıştır.²²¹ Bu artış zaman içinde hizmet veren toplam hekim sayısına yansımış, 2012 yılında 73.663 olan hekim sayısı 2014 yılında 77.876, 2015 yılında ise 82.589'a kadar

²²⁰ SELÇUK, s.14-15. İdari makamlar, sağlık hizmetlerini yerine getirmeden önce gerekli teknik teşkilatı ve ehil sağlık elemanlarını hazır bulundurmalıdır. Hastaların sağlık hizmeti almak için kısa süre içinde birden fazla sağlık kurumuna başvurmak zorunda bırakılması kişilerin sağlık hizmetinden zamanında ve etkin şekilde faydalanamadığını gösterir. Dava konusu olayda sağlık kurumunda, zamanında teşhis konulmaması ve tedavinin gerçekleştirilmemesi sebebiyle davacının sağlık hizmetinden yoksun bırakıldığına dikkat çekilmiştir. Bu bağlamda, davacının sağlık hizmetinden zamanında etkin şekilde faydalanamadığı göz önünde bulundurularak gerekli tedbirleri almayan idarenin manevi tazminat ödemesine karar verilmiştir (Danıştay 15. D. 03.03.2016, E.2015/7937, K.2016/1327,< www.kazanci.com.tr>, 19.03.2017) .

²²¹ Uğurcan SAYILI/Özden Aksu SAYMAN/Suphi VEHİD/Serdar Selçuk KÖKSAL/Ethem ERGİNÖZ, "Türkiye ve OECD Ülkelerinin Sağlık Göstergeleri ve Sağlık Harcamalarının Karşılaştırılması", **Online Türk Sağlık Bilimleri Dergisi**, C.2, S.3, 2017, s.7.

ulaşmıştır.²²² Hekim sayısının artması tek başına sistem için rahatlatıcı bir unsur olamamıştır. Zira sağlık hizmetlerinden faydalanmak isteyen kişilerin sayısında da artış yaşanmıştır. Yıllara göre dağılımına bakıldığında özel hastaneler, poliklinikler de dâhil olmak üzere hekime müracaat sayısında²²³ ve sağlık hizmetlerinden faydalanmak isteyenlerin talebini karşılamak için hastane sayılarında artış görülmüştür.²²⁴ Hastane sayısında artış yaşanıyor olsa da, 100.000 kişiye düşen toplam hekim sayısının uluslararası karşılaştırmasına bakıldığında 2014 yılına ilişkin verilere göre OECD verileri 339 iken, Türkiye’de bu rakam 179’a kadar düşmektedir.²²⁵

Hekim ve sağlık kuruluşlarının sayısında artış yaşansa da sağlık hizmetlerinden yararlanmak isteyen kişilerin sayısında da artış görüldüğünden hekim başına düşen hasta sayısı azalmamıştır. Diğer taraftan istatistikî verilerdeki artışların hizmetin kalitesine ve sunumuna olumlu yansıdığı da şüphelidir. Bu bağlamda, hasta ve hekim memnuniyetini sağlamak adına sağlık çalışanlarının verimliliğini artırmak için performans sistemi getirilmiştir. Bu sistem ile hekimlerin hastalar ile ilgilenme süresinin kısaltılması, bazı laboratuvar, görüntüleme, tetkik ve ameliyat hizmetleri için bekleme süresinin azaltılarak hizmet kalitesinin artırılması amaçlanmaktadır. Bu

²²² 2015 Yılı Sağlık İstatistikleri Yıllığı, s. 184, <www.saglik.gov.tr>, 12.01.2018.

²²³ Hekime müracaat sayısı 2013 yılında toplamda 630.321,124, 2014 yılında 643.992,030, 2015 yılında ise bu sayının 660.099,447 kadar ulaştığı görülmüştür (2015 Yılı Sağlık İstatistikleri Yıllığı, s.133, <www.saglik.gov.tr>, 12.01.2018).

²²⁴ 2015 yılında Sağlık Bakanlığı’na bağlı hastane sayısı 865 iken 876’ya, özel hastane sayısı ise 562 den 565’ye kadar çıkmıştır (2016 Sağlık İstatistikleri Yıllığı Haber Bülteni, s.3, <www.saglik.gov.tr>, 12.01.2018).

²²⁵ 2015 Yılı Sağlık İstatistikleri Yıllığı, s.184, <www.saglik.gov.tr>, 12.01.2018.

şekilde özel muayene sisteminin getirdiği olumsuz sonuçların önlenebileceği ve hastaların memnuniyet düzeylerinin artacağı düşünülmektedir.²²⁶ Ancak performans sisteminde tıbbi uygulamanın kalitesine veya sonucuna göre değerlendirme yapılmayıp girişimsel işleme göre verilen puanlama dikkate alınarak hekime ödeme yapılmaktadır. Bu durum da tıbbi uygulama hatasından kaçınan hekim üzerinde hissettiği baskı ile defansif tıp uygulaması yaparken kendisine daha fazla puan getirecek müdahalelere yönelebilmektedir.²²⁷ Hekimlerin tıbbi uygulama hatalarından sorumlu tutulma kaygısının yanına bir de performans kaygısı eklenince defansif tıp uygulamalarının artışı kaçınılmaz olmaktadır.

2008 yılında *Massachusetts Medical Study* tarafından yapılan araştırma defansif tıp uygulaması yapan hekimlerin tıbbi sorumluluk davasında yargılanma korkusunun sadece gündelik tıbbi işlerini değil hastane dışındaki hayatlarını da etkilediğini ortaya koymaktadır.²²⁸ Bu bağlamda yapılan bir araştırma hekimin malpraktis iddialarını çözmek için harcadığı zamanın kariyeri üzerindeki etkisini değerlendirmiştir. Yaklaşık 41.000 hekim üzerinde Amerika Birleşik Devletleri'nde yapılan araştırmaya göre hekimler, 40 yıllık kariyerlerinde yaklaşık 51 ayı çözümlenemeyen malpraktis iddialarına harcamaktadır. Bu araştırmada malpraktis iddialarının çözümlenme sürecinin uzunluğuna dikkat çekilmiş, bu sürenin hekimin

²²⁶ Danıştay 11.D. 12.12.2007, E.2006/4741, K.2007/9506, <www.kazanci.com.tr>, 07.02.2016.

²²⁷ Özcan GÖKŞEN, **Defansif Tıp ve Tıbbi Malpraktis Uygulamalarının Hukuki Boyutu, Çözüm Önerileri ve Mesleki Sorumluluk Sigortası**, Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2014, s.26-27.

²²⁸ Michael Jason HUDSON/Gregory MOORE , “*Defenses to Malpractice: What Every Emergency Physician Should Know*”, **The Journal of Emergency Medicine**, Vol:41, No:6, 2011, s.59. HUTKIN, s.24.

hatasını öğrenmesini geciktirdiğini, aynı zamanda hekimin ilerdeki hastalarını da etkilediğinden bahsedilmiştir. Nihayetinde çözümlenmeyen dava ile kaybedilen bu zaman sağlık hizmetlerinin sunumunda değerlendirilebileceğine dikkat çekilmiştir.²²⁹

Ülkemizde ise 1999 ile 2003 yılları arasında İstanbul Tabip Odasına yansıyan hekim hataları üzerinde yapılan bir çalışma da malpraktis vakalarında %42 oranında²³⁰ bir başka çalışmada ise 2001 ile 2005 yılları arasında tıbbi uygulama hatalarında %60 gibi yüksek oranda artış yaşandığı belirlenmiştir.²³¹ Bunun yanı sıra, *Hekimlerde Defansif Tıp Uygulamalarının Araştırılması Konulu* çalışmada anket uygulamasına katılan hekimlere sorulan sorular ile defansif tıp uygulamaları hakkında istatistiki bilgiler elde edilmeye çalışılmıştır.²³² Örneğin;

-*"Hakkınızda açılacak tıbbi malpraktis davası hekimlik performansınızı azaltır mı?"* sorusuna 297 hekim "kesinlikle evet", 345 hekim "evet" yanıtını vermiştir. Böylece hekimlerin yaklaşık %85'i; soruya olumlu yanıt vermiştir.²³³

²²⁹ Seth A. SEABURY/Amitabh CHANDRA/Darius N. LAKDAWALLA/Anupam B. JENA, "On Average, Physicians Spend Nearly 11 Percent Of Their 40- Year Careers With An Open,Unresolved Malpractice Claim", **Health Affairs** 32, January 2013, No:1, s.2.

²³⁰ Coşkun YORULMAZ, **İstanbul Tabip Odasına Yansıyan Hekim Hatası İddiası Bulunan Olguların Adli Tıp Açısından İrdelenmesi**, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Tıp Bilimler ABD, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2005 (Aktaran: AYNACI, s.91).

²³¹ Işıl PAKIŞ, **Ölüm Ya Da Ölüm Doğumla Sonuçlanan Tıbbi Uygulama Hatalarına Yaklaşımda Adli Otopsinin Rolü**, Marmara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Tıp Bilimleri Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2006, s.61.

²³² Ayrıntılı bilgi için bkz. AYNACI, s.37-57.

²³³ AYNACI, s.37.

-*"Tıbbi malpraktis iddialarından kendinizi korumak için, dava etme olasılığı yüksek hastalardan kaçındığınız oluyor mu?"* sorusuna 762 hekimden 71 tanesi "her zaman", 167 tanesi "çoğu zaman", 192 tanesi ise "bazen" yanıtını vermiştir.²³⁴

-*"Tıbbi malpraktis iddialarından kendinizi korumak için, fazladan tetkik istediğiniz oluyor mu?"* sorusuna 761 hekimden 51'i "her zaman", 180'i "çoğu zaman", 279'u da "bazen" yanıtını vermiştir.²³⁵

-*"Tıbbi malpraktis iddialarından kendinizi korumak için, fazladan konsültasyon istediğiniz oluyor mu?"* sorusuna 761 hekimden 59'u "her zaman", 216'sı "çoğu zaman", 252'si "bazen" yanıtını vermiştir.²³⁶

Aslında, ülkemizdeki çalışmalar sınırlı bir alanda veya belli bir kuruma ilişkin yapılmaktadır. Son yıllarda tıbbi müdahale hatalarının arttığına ilişkin veriler sunulsa da bilimsel açıdan daha net tespitlerin yapılabilmesi için sigorta kayıtları başta olmak üzere birçok verinin incelenmesi gerekmektedir.²³⁷ Nihayetinde tıbbi müdahale hatası sebebiyle açılan davada hekimin hatası bulunmayabilir ve tıbbi uygulama hatasına götüren müdahale defansif uygulamadan kaynaklanmayabilir. Burada asıl dikkat çekmek istenen husus performans uygulaması ve sorumluluk kaygısının hekimler üzerindeki baskıyı artırarak defansif tıp uygulamasına sebep olduğudur. Hekimlerin tüm bu olumsuzluklardan psikolojik olarak etkilenmesi sebebiyle defansif tıp uygulamalarında artış yaşanmış, bunun dışında da artan stres bazı hekimlerin mesleklerini bırakmalarına dahi sebep olmuştur.²³⁸ Bu baskıda etkili

²³⁴ AYNACI, s.44.

²³⁵ AYNACI, s.48.

²³⁶ AYNACI, s.50

²³⁷ YILMAZ/POLAT/KOCAMAZ, s.20(4 nolu dipnot).

²³⁸ AYNACI, s.97; Benzer açıklamalar için bkz. AYKIN/ÇINARLI, s.544.

olan başlıca unsur; hekimlerin cezai ve tazminat sorumluluğuna ilişkin hükümlerin varlığıdır. Ancak öncelikle işin hukuki yönünden ziyade defansif tıp uygulamalarının sağlık hizmetine nasıl yansıdığını ayrıntılı olarak incelemekte fayda vardır.

C. Defansif Tıp Uygulamasının Sağlık Hizmetlerine Yansımaları

Defansif tıp uygulamaları, tıbbi sorumluluk kaygısı ile gereğinden fazla tetkik ve tıbbi araştırma yapmak suretiyle tıbbi müdahaleyi geciktirme veya yüksek risk içeren hastalara müdahaleden kaçınarak tıbbi müdahalede bulunmama olarak kendini gösterir.²³⁹ Bu yüzden birçok insanın aklına defansif tıp denildiğinde gereksiz yere yapılan testler, boşa harcanan emek ve para gelir.²⁴⁰ ABD’de de farklı zamanlarda yapılan araştırmalar bunu kanıtlar niteliktedir. Hatta, Amerika Birleşik Devletleri’ndeki defansif tıp olgusunun gelişimi izlendiğinde, hekimlerin tıbbi sorumluluk kaygısının geldiği aşama oldukça endişe vericidir. Şöyle ki;

- Tıbbi müdahale hatalarını önlemek amacıyla açılan kurslara yapılan harcamalar, hekimlerin meslek içi eğitimleri için harcanan miktardan fazladır.²⁴¹

- Sürekli artış gösteren tıbbi uygulama hatalarından doğan davalar sebebiyle sigorta primleri yükselmiştir. Bunun üzerine bazı eyaletlerde hekimler ya mesleği bırakmış ya da riski daha az olan uzmanlık alanlarını tercih etmeye başlamıştır.²⁴²

²³⁹ AYNACI, s.1.

²⁴⁰ BAKER, s.118-119.

²⁴¹ Hirsh HL., “ Defensive Medicine Friend or Foe?”, Legal Medicine, 1989, ss.145-180. (Aktaran: AYNACI, s.6).

²⁴² David O. SMITH, “The Medical Malpractice Threat: A Study of Defensive Medicine”, **Duke Law Journal**, Vol:5, No:5, 1971, s.950; HUTKIN, s.24; Bu yöndeki açıklamalar için bkz. QUAM/DINGWALL/FENN, s.294.

- Acil servis hekimleri yüksek sigorta primleri ödemekte ve dava tehdidi altında çalışmaktadır. Bu sebeple verilen hizmetin kalitesi düşmeye ve bazı yerlerde acil serviste çalışacak hekim bulunmamaya başlamıştır.²⁴³

Hasta yakınlarının baskısı, maddi kazanım sağlamak, teknolojik imkânlarla kolay ulaşım defansif tıp uygulamalarını arttıran faktörlerdir.²⁴⁴ Defansif tıp uygulamalarının oluşmasına etki eden faktörleri ve bu uygulamaların etkilerini bir bütün halinde incelemek gerekir. Tıbbi sorumluluk kaygısı, medyanın hekim üzerindeki etkisi, performans sistemi, sağlık sistemi ve politikalarından kaynaklı endişeler doğrudan hekimin müdahalelerine yansır.²⁴⁵ Negatif defansif tıp uygulamaları hekimin “*yaralanmayı önleyebileceği*” veya “*yaralanma ihtimalini azaltabileceği*” düşüncesiyle de gerçekleşebilir.²⁴⁶ Bazı hekim davranışları diğer bir deyişle tıbbi prosedürler kemikleşmiştir. Bu sebeple, bazen hekim bile defansif tıp uygulaması yaptığının farkında değildir.²⁴⁷

Hekimin bu tür kaygılar ile kendini daha fazla koruma altına almak için tıbbi tetkik ve inceleme yapması ya da riskli hastalara geç müdahalede bulunması veya hiç müdahale etmemesi gibi durumlar öncelikle hasta-hekim ilişkisini sonra da verilen hizmetin kalitesini etkilediği ve her iki de halde sağlık harcamalarını arttırdığı açıktır. Defansif tıp uygulamalarının bir çok faktör üzerinde etkisi vardır. Defansif

²⁴³ SMITH, s.949.

²⁴⁴ SHAPIRO/McGARITY/VIDARGAS/GOODWIN, s.1.

²⁴⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. GÖKŞEN, s.20-23.

²⁴⁶ AYDAŞ, s.79.

²⁴⁷ HERDMAN (Ed.), s.22; CARRIER/ RESCHOVSKY/ KATZ/ MELLO, s.1384; HERSHEY, s.73-95.

tıp uygulamalarının daha iyi anlaşılabilmesi için bu faktörler ile birlikte değerlendirilmesi gereklidir.²⁴⁸

1. Sağlık Harcamalarına Etkisi

Sağlık sistemi içinde hizmet veren hekimler defansif tıp uygulaması yaptığının farkında olarak ya da olmayarak güvence davranışı veya çekinik davranışlar sergilerler. Belki de bu yüzden Amerika Birleşik Devletleri'nde kimi bazı yazarlarca defansif tıp uygulamalarını ölçmenin mümkün olmadığı ifade edilmektedir. Yapılan araştırmalar da bunu kanıtlar niteliktedir. Örneğin, bir araştırmaya katılan hekimlerin sadece %8'i yaptıkları uygulamaların defansif uygulaması olduğunu kabul etmişlerdir.²⁴⁹

Defansif tıp uygulamalarının bazıları tıbbi gereklilik duyulmadan yapıldığı için bu uygulamalara israf olarak bakılır. Amerika Birleşik Devletleri'nde de sağlık harcamalarının en büyük israf harcaması kalemi olduğu iddia edilir. 2008 yılında ABD'nde sağlık harcamaları ile ilgili yapılan bir açık oturumda hekimlerin dava edilme korkusuyla yapmış olduğu defansif tıp uygulamalarının maliyetinin 2.2 trilyon dolar harcamada 1.2 trilyon olduğu ifade edilmiştir.²⁵⁰ 2008 yılında yapılan

²⁴⁸ Defansif tıp uygulamalarının sağlık hizmetine etkileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SMITH, s. 950-952

²⁴⁹ SHAPIRO/McGARITY/VIDARGAS/GOODWIN, s.7-8.

²⁵⁰ Daniel A. WAXMAN/Michael D. GREENBERG/M. Susan RIDGELY/Arthur L. KELLERMAN/ Paul HEATON, "The Effect of Malpractice Reform on Emergency Department Care", **The New England Journal of Medicine**, 371, 16, Ekim, 2014, s.1519.

araştırmaya göre defansif tıp uygulamalarının toplam sağlık harcamalarının yıllık harcamalara oranının %2.4 olduğu tahmin edilmektedir.²⁵¹

2012 yılında ABD’de yapılan bütçe analizlerine göre hekimlerin kendilerine dava açılacağı endişesi ile yapmış olduğu gereksiz testlerin ABD bütçesine maliyeti yıllık 5,4 milyar doları bulmaktadır. Hekimin bireysel sorumluluğunun olduğu ABD’de de dava açılma olasılığı, yüksek uzmanlık alanlarının sigorta primlerinin yüksekliği gibi durumlar hekimi daha fazla defansif tıp uygulaması yapmaya yöneltmekte, bu yüzden de sağlık harcamalarında ciddi bir artış yaşanmaktadır.²⁵²

Son 20 yıldaki uygulamalara bakıldığında hasta merkezli uygulamalardan test merkezli uygulamalara geçiş yaşandığı görülür. Tıbbi gereklilik dışında yapılan bilgisayarlı tomografiler sağlık maliyetlerini arttırdığı gibi hastanın gereksiz radyasyon almasına da sebep olmaktadır. Ayrıca, bilgisayarlı tomografilerin Amerika Birleşik Devletleri’ne yıllık maliyetinin yaklaşık yirmi milyon dolar olduğu ve bu tetkiklerin sadece üçte birinin tıbbi gereklilik üzerine yapıldığı tespit edilmiştir.²⁵³

Aslında yapılan bu gereksiz harcamaları toplam maliyetleri de yükseltir. Tıbben gerekli olmamasına rağmen hasta yatışının yapılması bile hem hasta hem de hekim bakımından zaman kaybıdır. Diğer taraftan tedavi giderleri kamu veya özel sağlık sigortasından karşılanıyor olsa da tıbbi gereklilik olmadan yapıldığından harcamaları maddi kayıp olarak görmek mümkündür.²⁵⁴

²⁵¹ OTTENWESS/LAMBERTI/OTTENWESS/DRESEVIC, s.32-33.

²⁵² SELÇUK, s.51-52.

²⁵³ TUERS, s.162-163.

²⁵⁴ YILMAZ/POLAT/KOCAMAZ, s.25.

2. Hasta- Hekim İlişkisine Etkisi

Amerika Birleşik Devletleri'nde, tıbbi hatalara hiç olmadığı kadar ilgi gösterilmekte ve insanlar bu konuya ilişkin fikirlerini söylemekten çekinmemektedir.²⁵⁵ Tıbbi uygulama hatası söz konusu olduğunda avukat müvekkili olan hekime bu konuyla ilgili kimseye bilgi vermemesi gerektiğini söylemektedir. Bu durum her ne kadar hukuki bir yaklaşım olsa da, hekimin kendi hatasını gözden geçirmesine engel olur.²⁵⁶ Hatalarını tartışabilen hekimlerin bir daha aynı hatadan kaçındığını gösteren araştırmalar bu fikri doğrular niteliktedir.²⁵⁷

Hekimlerin dava edilme endişesi ile yaptığı hastalardan onam alma, hastalar ile ilgili belgeleri muhafaza etme gibi uygulamalar hasta ile hekim arasındaki ilişkiyi olumlu yönde etkilediğinden tıp etiği ve hasta hakları bakımından olumlu gelişmeler olarak kabul edilir.²⁵⁸ Yine Amerika Birleşik Devletleri'nde yapılan bir araştırmada da tıbbi uygulama hatası ile ilgili çoğunlukla maddi kayıplara odaklanıldığı hususu eleştirilmiştir. Tıbbi uygulama hatalarının hem hekim hem de hasta üzerinde farklı duygusal etkilerinin bulunduğu bilinmektedir. Hekimlerin yaptıkları hata sonrası süreçte yaşadıkları olası maddi kayıp kaygısı bir yana, aslında hekim tarafından gelen erken bir özür bile hastayı tatmin etmektedir.²⁵⁹

²⁵⁵ Michelle M. MELLO/David M. STUDDERT/Allen B. KACHALIA/Troyen A. BRENNAN, " 'Health Courts' and Accountability for Patient Safety", *The Milbank Quarterly*, Vol:84, No:3, 2006, s.470.

²⁵⁶ The American Collage of Obstetricians and Gynecologist (Committee Opinion), "Coping With the Stress of Medical Professional Liability Litigation", No:551, 2013, s.1-2.

²⁵⁷ SHAPIRO/McGARITY/VIDARGAS/GOODWIN, s.9.

²⁵⁸ SELÇUK, s.53.

²⁵⁹ SEABURY/CHANDRA/LAKDAWALLA/JENA, s.6.

Hekimlerin sorumluluk kaygısının yanında, hastaların sınırsız isteklerinin de hekimleri defansif tıp uygulamalarına yönelttiği ileri sürülmektedir.²⁶⁰ Bu yüzden tıbbi uygulama hatalarının önlenmesi amacıyla yapılacak düzenlemelerde bir dengenin gözetilmesi gerekir. Örneğin, hekimin tedirginliğini azaltacak düzenlemelerin yapılması halinde dolaylı yoldan defansif tıp uygulamalarını azalacağı muhakkaktır.²⁶¹

Hekimlerin tedirginliği azaltılmadığı takdirde yüksek riskli bulunan uzmanlık dallarında ve acil servislerde görev yapacak nitelikli hekim temininde güçlük çekilebilir. Yukarıda zaten böyle bir eğilimin varlığına değinilmişti. Bunun yanı sıra hekimlerin kendilerini korumak için yapacağı tetkik ve tahlillere bağlı olarak sağlık harcamaları artabilir. En kötüsü de Amerika Birleşik Devletleri'nde olduğu gibi kadın doğum uzmanı bulmakta güçlük yaşanabileceği gibi bulunan hekimden sağlık hizmeti almak için çok uzaklara gitmek gerekebilir.²⁶²

3. Hizmet Kalitesine Etkisi

Amerika Birleşik Devletleri'nde yapılan araştırmalarda tespit edilen yanlış tanı ve gereksiz prosedürler sebebiyle hayatını kaybedenlerin sayısındaki artış²⁶³ hekimlerin dava edilme kaygısının haklılığını da göstermektedir. Hekimin tıbbi

²⁶⁰ Michelle M. MELLO/Amitabh CHANDRA/Atul A. GAWANDE/David M. STUDDERT, "National Costs Of The Medical Liability System", **Health Aff (Millwood)**, 29 (9), 2010, s. 1570.

²⁶¹ AYNACI, s.108.

²⁶² AYNACI, s.111.

²⁶³ Carl WOODWARD, "Defensive Medicine Starts at the Top in United States", **Canadian Medical Association (CMAJ)**, 182(8), 2010, s. 336

sorumluluk davası olasılığını azaltmak için yaptığı uygulamaları²⁶⁴ tıbbi gereklilik dışında sadece hekimin kendisini güvence altına almak için yapıldığında sağlık hizmetinin kalitesinin etkileneceği açıktır. Bu etki olumlu veya olumsuz şekilde kendini gösterebilir. Örneğin, hekimlerin riskli hastalara müdahale etmekten kaçınarak hastayı başka birimlere sevk etmesi durumunun komplikasyon riskini artırması bir yana bırakılırsa hizmetin kalitesini artırma olasılığı bulunmaktadır.²⁶⁵

Meme kanserinden şüphelenen hekimlerin hastanın ihtiyacı olup olmadığına bakmaksızın biyopsi önermesi olumsuz bir defansif tıp uygulaması olarak kabul edilmiştir. Aslında bu durum pek şaşırtıcı değildir. Zira Amerika Sigorta Derneği'nin verilerine göre geciken göğüs kanseri tanısı sebebiyle meydana çıkan zararın tazmini için açılan davalar sorumluluk davalarında en çok görülen iddialardandır.²⁶⁶

Defansif tıp uygulamalarının etkisinin yapıldığı yere göre değişeceğini savunanlar, büyükşehirlerde bulunan tam teşekküllü hastanelerdeki hekimlerin defansif tıp uyguladığı takdirde hastanın başka bir hekime gitme hususunda çekingenliğinin arttığını ve hastanın aynı şartlarda başka bir hastane bulmasının güç olduğunu ifade etmektedir. Bu hâliyle büyükşehirlerde defansif tıp uygulamalarının etkisinin daha ciddi görüldüğü kabul edilebilir.²⁶⁷

Ülkemizde Sosyal Güvenlik Kurumu tedavi sürecinde tedaviden kaynaklanan giderler ile ilgilenmeden sabit bir ödeme yapmaktadır. Bu sebeple, hekimlerin tedavi süreci karmaşık hastalardan alacağı performans ücreti az olacağından hastaya

²⁶⁴ David O. SMITH, "The Medical Malpractice Threat: A Study Of Defensive Medicine", **Duke Law**, 1971, Vol:939, s.942.

²⁶⁵ SELÇUK, s.15.

²⁶⁶ HERDMAN (Ed.), s.24.

²⁶⁷ SELÇUK, s.14.

müdahale etmekten kaçınmaya başladıkları iddiası gündemdedir. Bu da defansif tıp uygulama nedenlerinden birinin maddi kazanım olduğu iddiasını güçlendirmektedir.²⁶⁸

Defansif tıp uygulamalarının hatalı tıbbi müdahaleye sebep olması defansif tıbbın en önde gelen olumsuz yönü olarak dikkat çekiyor olsa da, hastaların geciken tanı veya müdahale sebebiyle sağlık hizmetinden gereği gibi faydalanamaması da en az hatalı tıbbi müdahale kadar ciddi bir sorun teşkil eder. Sağlık hizmeti doğrudan yaşam hakkı ile ilişkilidir ve bu hizmete ulaşmasının önündeki engellerin kaldırılması gerekir.

²⁶⁸ SELÇUK, s.46-47.

İKİNCİ BÖLÜM

İDARENİN DEFANSİF TIP UYGULAMALARINDAN SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI ve DEFANSİF TIP UYGULAMALARININ ÖNLENMESİNE İLİŞKİN ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

I. DEFANSİF TIP UYGULAMALARINDAN İDARENİN SORUMLULUĞUNUN GÖRÜNÜM BİÇİMLERİ

Hekim, tıbbi müdahalede bulunmadan önce hastanın durumunu saptamalı sonra durumun gerektirdiği tüm önlemleri gecikmeksizin uygulamalıdır.²⁶⁹ Tıbbi müdahale yapılması gerekli değilse hastanın bedenine dokunulamaz (AY md.17). Bu hüküm, devlete elindeki tüm imkânları kullanarak yaşamı tehlikede bulunan kişileri korumak için idari ve yargısal tedbirleri alma görevi yüklemektedir.²⁷⁰ Defansif tıp

²⁶⁹ SOMER, s.49.

²⁷⁰ AİHM, yaşam hakkının veya fiziksel bütünlüğün ihlaline kasten sebebiyet verilmemiş ise etkili bir yargısal sistem kurma yönündeki pozitif yükümlülüğün, her olayda mutlaka ceza davası açılmasını gerektirmediği ve mağdurlara hukuki, idari ve hatta disiplin ile ilgili hukuk yollarının açık olmasını yeterli bulmaktadır. (AYM 17.09.2013, 2012/752 başvuru numaralı bireysel başvuru kararı, par. 46, <www.anayasa.gov.tr>, 15.03.2017). AİHM de yaşam hakkının veya bedensel bütünlüğünün ihlali kasıtlı değilse etkin yargı sistemi kurma biçimindeki olumlu yükümlülüğü her zaman bir ceza davasıyla ilişkilendirmemiştir (AİHM Mehmet Şentürk ve Bekir Şentürk/Türkiye Davası, Başvuru No:13423/09, 09.04.2013).

uygulamalarından zarar meydana gelmesi hâlinde zarar doğurucu davranış, “*tıbbi uygulama hatası*” veya “*tıbbın kötü uygulanması*” kapsamında değerlendirilir.²⁷¹

Kamu görevlisi olan hekim, hatalı tıbbi müdahalede bulunduğu takdirde “*cezai sorumluluğu*”, “*mali sorumluluğu*” ve “*disiplin sorumluluğu*” meydana gelebilir.²⁷² Kamu görevlilerinin mali sorumluluğu konusu 657 sayılı Kanun’da “*Devlet Memurlarının İdareye Karşı Doğrudan Doğruya Vermiş Oldukları Zararlardan Sorumluluğu*” (DMK md.12) ve “*Kamu Görevlilerinin Üçüncü Kişilere Verdiği Zarardan Doğan Sorumluluk*” (DMK md.13) olarak iki başlık altında incelenir.²⁷³ Kamu görevlisi olan hekim, görevini yerine getirirken özenli davranmalı ve kendisine teslim edilen kamu malını korumalıdır. Hekim; kasıt, kusur, ihmal veya tedbirsizlik neticesinde kamu malına herhangi bir zarar vermiş ise zararı karşılamak ile yükümlüdür (DMK md.12). Burada zarar; hizmetin teşkilatlanmasından, mahiyetinden veya görülüş usulünden meydana gelmemektedir.²⁷⁴

Kamu görevlilerinin mali sorumluluğu denildiği zaman öncelikle akla gelen kamu görevlisinin üçüncü kişilere vermiş olduğu zararların nasıl tazmin edileceğidir. Kamu görevlisinin üçüncü kişilere vermiş olduğu zarardan idarenin sorumluluğuna ilişkin temel düzenlemelere Anayasa’da (md.40/3-md.129/5) ve 657 sayılı Kanunu’nun 13. maddesinde yer verilmiştir. İdarenin sorumluluğu, “*kamusal*

²⁷¹ YILMAZ, s.204; AYDAŞ, s.79-80; AYNACI, s. 106-107; SELÇUK, s.1; YILMAZ/POLAT/KOCAMAZ, s.45.

²⁷² Memurların yargılanmasında idari süreç hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ali AKYILDIZ, “*Memurların Yargılanmasında İdari Süreç*”, **GÜHFD**, C.5, S.4, 2012, s.1223-1270.

²⁷³ ONAR, C.II, s.1203; GÖZÜBÜYÜK, s.250-252; GÜNDAY, s.626-627; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.712.

²⁷⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.713-716.

faaliyetler sonucunda, idare ile yönetilenler arasında yönetilenler zararına bozulan ekonomik dengenin yeniden kurulmasını, idari etkinliklerden dolayı bireylerin uğradığı zararın idarece tazmin edilmesini sağlayan bir hukuksal kurum” olarak ifade edilmiştir. Bu sebeple, yürütülen kamu hizmeti nedeniyle hizmetten yararlananların malvarlığında bir eksilme ortaya çıkmış ise bu yoksunluk giderilir.²⁷⁵

Sağlık hizmetlerinin yürütülmesinde bir zarar meydana gelmiş ise idarenin kendi eylemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğuna gerek pozitif hukukta gerekse mahkeme kararlarında yer verilmiştir. Hekimlerin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurdan doğan tazminat davaları ancak idare aleyhine karşı açılır ve şartları oluşmuş ise idarenin ödemiş olduğu tazminat kamu görevlisi olan hekime rücu edilir.²⁷⁶ 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda idareye karşı açılacak dava türleri ve dava açma usulü belirtilmiş olmasına rağmen idarenin hangi şartlar altında sorumlu olacağına ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Kamu görevlisinin üçüncü kişiye zarar vermesi hâlinde idarenin hangi şartlar altında sorumlu olacağına ilişkin esaslara doktrin ve yargı kararları ile açıklık getirilmiştir.²⁷⁷

Yargı kararlarında idarenin yürütmüş olduğu kamu hizmetini yerine getirirken

²⁷⁵ Danıştay 15.D. 08.10.2015, E.2015/3646, K.2015/5732, <www.kazanci.com.tr>, 11.10.2017.

²⁷⁶ GÜNDAY, s.626; GÖZÜBÜYÜK, s.251; A.Şeref GÖZÜBÜYÜK /Turgut TAN, **İdari Yargılama Hukuku**, 5. B., C.II, Ankara, Turhan Kitabevi, 2008, s.682-683; Ramazan ÇAĞLAYAN, **İdari Yargılama Hukuku**, 9. B., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017,s.652. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 13.maddesinde, memurlar ve kamu görevlisi kavramı yerine daha dar anlam içeren “personel” kelimesinin kullanılması ve rücu müessesinin idarenin takdirine bırakılması eleştiri konusu olmuştur. Anayasa’nın 129/5 hükmüyle daha geniş anlamda “memurlar ve kamu görevlileri” kavramı kullanılmaya başlanmış ve rücu sistemi zorunlu hâle gelmiştir (AKYILMAZ/SEZGİNER/ KAYA, s.718-719).

²⁷⁷ KIZILYEL, s.58.

vermiş olduğu zararlardan sorumlu tutulabilmesi için ikili bir ayırım yapılarak; idarenin kusur sorumluluğu veya kusursuz sorumluluk ilkeleri gereğince zarar görenin zararını tazmin etmesi gerektiği ifade edilmiştir.²⁷⁸

Ülkemizde defansif tıp uygulamalarının hukuki boyutu aslında daha çok hasta hakları ve cezai sorumluluk çerçevesinde tartışılmaktadır. Defansif tıp uygulamaları, negatif ve pozitif defansif tıp uygulamaları şeklinde ikili ayırım yapılarak, somut duruma göre ihmal veya kast kapsamında değerlendirilmektedir.²⁷⁹ Çalışma konusu itibariyle, idarenin mali sorumluluğu konusuna yoğunlaşılacağından defansif uygulamalardan hekimin cezai sorumluluğu inceleme konusu yapılmamıştır.

A. Defansif Tıp Uygulamalarından Doğan Kusur Sorumluluğu

Defansif tıp uygulamalarından doğan sorumluluk, hekimin bireysel sorumluluğunun ön planda olduğu Amerika Birleşik Devletleri'nde daha çok üzerinde durulan bir konudur. Türkiye'de yakın zamanda tartışılmaya başlanan defansif tıp uygulamaları aslında çok yönlü bir müessesedir. Sağlık hizmetlerine olumsuz etkisi, hekimleri meslekten soğutması ve hatta mesleği bıraktıran yönü bir yana; üzerinde pek konuşulmayan idarenin sorumluluğu konusu, bir kamu hizmeti olan sağlık hizmetinin kötü işlemesi ya da hiç işlememesinin bir görünümü olarak dikkat çekmektedir.

İdarenin yürüttüğü hizmetler sebebiyle bir zarar meydana gelmesi hâlinde idare, kusur sorumluluğu veya kusursuz sorumluluk esaslarına göre sorumludur. Bu

²⁷⁸ Danıştay 15.D. 30.05.2016, E.2015/2607, K.2016/3893; Danıştay 15.D. 09.05.2016, E.2013/4524, K.2016/3302; Danıştay 15. D. 22.04.2016, E.2013/4226, K. 2016/2798; Danıştay 15. D. 04.04.2016, E.2014/5754, K.2016/2293, <www.kazanci.com.tr>, 11.10.2017.

²⁷⁹ YILMAZ/POLAT/KOCAMAZ, s.36-39; SELÇUK, s.40-47; YILMAZ, s.204-213.

durumda hâkim, idare hukuku kurallarını dikkate alarak sorumluluk alanının sınırlarını içtihatlar ile belirler.²⁸⁰ İdare hukukunda kusur sorumluluğu ile kastedilen aslında hizmet kusurudur ve hizmet kusuru kendisini çeşitli şekillerde gösterebilir.

Hizmet kusuru içtihatlarda kısaca; idarenin yürüttüğü hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde ve işleyişinde meydana gelen düzensizlik veya bozukluk olarak tanımlanır.²⁸¹ Hizmet kusuru, bir yargı kararında:

“İdarenin 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”²⁸² geniş şekilde tanımlanmıştır.

Kanun koyucu tarafından hizmet kusurunun görünüm şekilleri “*hizmetin hiç işlememesi*”, “*hizmetin geç işlemesi*” ve “*hizmetin kötü işlemesi*” şeklinde sıralanmamış olsa da doktrinde ve yargı kararlarında bu ayrımın kabul edildiği

²⁸⁰ ATAY/ODABAŞI, s.252; ÇAĞLAYAN, s.630; Gürsel KAPLAN, **İdari Yargılama Hukuku**, 2. B., Bursa, Ekin Yayın Dağıtım, 2017, s.269-270; GÖZÜBÜYÜK, s.284-285. Benzer açıklamalar için bkz. Danıştay 15. D. 08.10.2015, E.2015/3646, K.2015/5732; Danıştay 15. D. 30.05.2016, E.2013/4469, K.2016/3889; Danıştay 15. D. 10.03.2016, E.2015/8939, K.2016/1604; Danıştay 15.D. 26.11.2015, E.2015/2622, K.2015/7990; Danıştay 15. D. 26.12.2015, E.2015/2622, K.2015/7990, <www.kazanci.com.tr>, 28.11.2017.

²⁸¹ Danıştay 15.D. 09.05.2016, E.2013/4524, K.2016/3302; Danıştay 15. D. 24.03.2016, E.2015/9336, K.2016/2014; Danıştay 10. D. 21.03.2019, E.2013/5175, K.2016/1543,< www.kazanci.com.tr>.

²⁸² Danıştay 15.D. 30.05.2016, E.2015/2607, K.2016/3893,<www. kazanci.com.tr>, 28.11.2017.

görülmektedir.²⁸³ Ancak kendini sürekli yenileyen bir alanda tam anlamı ile klasik sınıflandırmanın her olayda yapılması mümkün olmayabilir.

Hizmet kusuru, hizmeti gören ya da görmekle yükümlü olan “*idarenin kusurudur*”; diğer bir ifadeyle idarenin “*aslen*” sorumluluğa yol açan bir kusurdur.²⁸⁴ İdare hukukundaki hizmet kusuru, idarenin faaliyetlerini gerçekleştiren kamu görevlisinin davranışından kaynaklanmasına rağmen herhangi bir kamu görevlisi özelinde kişiselleştirilmesine gerek olmayan “*idare hukukuna özgü*”, “*kişilik dışı*”, “*anonim*” bir kusurdur.²⁸⁵

Kamu hizmetinin kusurlu işlemesi sırasında bir zarar meydana gelmesi halinde, bu zarar herhangi bir kamu görevlisinin şahsında kişiselleştirilemiyor olsa bile sorumluluğun idareye ait olduğuna karar verilebilir.²⁸⁶ Örneğin: Danıştay kararına konu olan bir uyuşmazlıkta, prematüre olarak doğan bebeklerin doğumundan sonra da tedavi sürecinin sonuçlarından herhangi bir kamu görevlisinin sorumlu olduğu tespit edilmemiş ise de tedavi sonuçlarından idarenin sorumlu olduğu ifade edilmiştir. Söz konusu kararda:

²⁸³ ONAR, C.II, s.1736-1737; ATAY/ODABAŞI, s.252; KAPLAN, s.273; GÖZÜBÜYÜK, s.287; ÇAĞLAYAN, s.633-634.

²⁸⁴ ONAR, C.II, s.1696-1697; DURAN, 1974, s.27; AKYILMAZ ve Diğerleri, s.189.

²⁸⁵ DURAN, 1974, s.26-27; AKYILMAZ ve Diğerleri, s.189-190; ATAY/ODABAŞI, s.62; GÜNDAY, s.369-370; Ender Ethem ATAY, **İdare Hukuku**, 6.B., Ankara, Turhan Kitabevi, 2018, s.918-919.

²⁸⁶ Bahtiyar AKYILMAZ/Çınar Can EVREN/ Kâmile TÜRKOĞLU ÜSTÜN/ Begüm İSBİR/ Emine Karagöz CİN/ Hilal ALBAL/ Halim Alperen ÇITAK, “*İnsan Zararları Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevlerine Dair Kanun Teklifine Eleştirel Bakış*”, **GÜHFD**, C. XIX, S 2, 2015, s.189; KAPLAN, s.274; GÖZÜBÜYÜK/TAN, C.II, s.667.

“İdarenin araç/gereç/cihaz eksikliği, teşkilatı yetersiz kurması yahut tıbbi ameliyedeki organizasyon eksikliği sebebiyle tedavide aksamaya yol açması da bir tür hata olarak nitelendirilmekte, idarenin sunduğu sağlık hizmetinin gereği gibi işlememesini ifade etmektedir. Bu durumda tıbbi ameliye kapsamında dahil edilemeyecek bir takım bakım, gözetim ve diğer yan yükümlülüklerin hiç veya gereği gibi yapılmaması sebebiyle oluşacak zararlarda, hekim yahut diğer sağlık personeline doğrudan kusur atfedilemeyecekse de, İdarenin sorumluluğundan söz edilebilecektir. Somut olayda da hekime yahut diğer sağlık personeline doğrudan kusur atfedilemeyecekse de doğan organizasyon eksikliği sebebiyle sağlık hizmetini gereği gibi işletmeyen sağlık idaresinin sorumluluğuna” gidilebileceğine karar verilmiştir.²⁸⁷

Sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesinde, idarenin hizmet kusuru: “Organizasyon kusuru”ndan ve “tıbbi uygulama hatası”ndan kaynaklanan zararlar olarak ikili ayrıma tabi tutulmaktadır.²⁸⁸ Tıbbi uygulama hataları: “Teşhis hatası”, “tedavi hatası”, “tedavi sonrası yükümlülüklerin ihlali”, “organizasyon kusuru”²⁸⁹

²⁸⁷ Danıştay 15.D. 30.05.2016, E.2015/2607, K.2016/3893, <www.kazanci.com.tr>, 13.01.2018.

²⁸⁸ Organizasyon kusuru kısaca, sağlık hizmetinin kuruluşunda ve işletilmesinde yetersizlik olarak ifade edilmektedir (Ayrıntılı bilgi için bkz. KIZILYEL, s.62-74); Doktrinde, organizasyon kusurundan sorumluluğa yol açan sebepler: “Hastayı enfeksiyon riskinden korumak, cihazların bakım ve onarımını yapmak, hizmet içi eğitim vermek, denetimsizlik veya denetimde yetersizlik, kalitesiz malzeme bulundurmak, hijyen kurallarına uymak ve jeneratör bulunmaması”, şeklinde sıralanmaktadır (Ayrıntılı bilgi için bkz. Özge YÜCEL, “Hekimin ve Özel Sağlık Kuruluşlarının Hukuksal Sorumluluğu”, **Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları**, (Ed. Özge Yücel, Gürkan SERT), Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s.364).

²⁸⁹ Prematüre doğum sonrası tam ve sürekli görme bozukluğu meydana gelen bebeklerin, doğumu ve tedavi sürecini izleme görevinin idareye de ait olduğunun kabul edildiği davada, bebeklerde tam ve

ya da “*üstlenme kusuru*” şeklinde kendini gösterebilir.²⁹⁰ Tıbbi uygulama hatasının farklı şekillerde tasnif edilmesi mümkündür.²⁹¹ Tıbbi uygulama hususunda çeşitli teorik sınıflandırmalar yapılmış olsa da yapılan sınıflandırmalardan bağımsız olarak tıbbi uygulama hatası olduğuna Adli Tıp Kurumu’ndan alınan rapor üzerine karar verilmektedir.²⁹²

sürekli görme bozukluğu oluşmasında organizasyon eksikliği bulunması sebebiyle sağlık idaresinin sorumlu olduğuna karar verilmiştir. (Danıştay 15.D. 09.05.2016, E.2013/4524, K.2016/3302, <www.kazanci.com.tr>, 13.01.2018); Radyoloji tetkiki ve sonucunun gerekli sürede çıkmaması ve değerlendirilmemesinin organizasyon kusuru olduğuna karar verilmiştir (Danıştay 15.D. 21.01.2016, E.2014/531, K.2016/154, <www.kazanci.com.tr>, 13.01.2018). İş kazası sonucu kopan parmağının tedavisi için kaldırıldığı hastanede hayatını kaybeden kişinin ölümünün uyandırma döneminde ortaya çıkan ve nedeni belirlenemeyen komplikasyonlarından ileri geldiği; ancak görevli olan icapçı uzman hekimin, genel anestezi altında yapılan ameliyata katılmadığı ve asistan doktorun da tek başına genel anestezi altında ameliyatı gerçekleştirdiği anlaşıldığından, davalı idarece gerekli organizasyonun sağlanmadığına karar verilmiştir (Danıştay 15.D. 26.11.2015, E.2015/2622, K.2015/7990, <www.kazanci.com.tr>, 13.01.2018).

²⁹⁰Ayrıntılı bilgi için bkz. HAKERİ, s. 564-615.

²⁹¹ “*Uzmanlık (Yetki) Sınırının Aşılması, Bilgilendirme Eksikliği ve Rıza Sınırının Aşılması, Tanı Hatası, Tedavi Hatası, Özen Eksikliği, Sır Saklama Yükümlüğüne Uyulmaması*” (KIZILYEL, s.66-74); “*Bilgilendirme/aydınlatma hatası, teşhis/tanı hatası, tedavi sonrası hizmetlere ilişkin hatalar, tedaviyi üstlenme hatası, sağlık kurumunun organizasyonu ile ilgili hatalar, tedavi hizmetinin organizasyonu ile ilgili hatalar, tedavi sürecinde oluşan dolaylı zararlar, tedaviden kaçınma veya gecikme hataları*” (GÖKCAN, s.205).

²⁹² Resmi bilirkişi olan Adli Tıp Kurumu’ndan rapor alınmadan verilen kararın hukuka uygun olmadığı hakkında bkz. Danıştay 15. D. 19.11.2015, E.2015/171, K.2015/7824, <www.kazanci.com.tr>, 10.02.2018.

Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları' nın 13. maddesinde yer alan tanıma göre: Tıbbi hata veya kötü uygulama hekimin bilgisizliği, deneyimsizliği veya ilgisizliği sebebiyle meydana gelebilir ve bu durum sağlık hizmetini sunan idarenin sorumluluğunu doğurur.²⁹³ Hekimin tıbbi müdahalesinin hukuka uygunluğu tespit edilirken tıp bilimine ve mesleğinin standartlarına uygun davranıp davranmadığına bakılır. Hekimin tıbbi hata yaptığından söz edebilmek için istenmeyen sonucun “önlenebilir” veya objektif olarak “öngörülebilir” olması gerekir.²⁹⁴ Sağlık hizmetlerinin sunumu bilimsel ve teknik gelişmelere paralel olarak değişim gösterir. Hizmet yerine getirilirken bir kusurun olup olmadığının tespit edilmesinde gelişmiş tıbbi imkânların varlığı ve eldeki bu imkânların kullanıp kullanılmadığı dikkate alınmalıdır.²⁹⁵

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 14. maddesine göre: Hekim, durumun gerektirdiği tıbbi özeni göstermeli ve hastanın hayatını kurtarmak veya sağlığını korumak mümkün olmadığı takdirde dâhi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmalıdır. Hekimlerin bu yükümlülüklerini yerine getirmekten ziyade hukuki sorumluluktan kaçınmak için tıbbi uygulamalar yaptığı da görölmektedir. Ancak tıbbi sorumluluk davasından kaçınmak için yapılan defansif uygulamaların her zaman hekimin şahsında özelleştirilmesi hakkaniyete uygun değildir. Bu çalışmada, kamu görevlisi olan hekimin tıbbi gereklilik olmamasına rağmen sadece kendisini hukuki sorumluluktan kurtarmak adına yaptığı zarar doğurucu güvence davranışlarının veya çekinik davranışlarının idareyi ilgilendiren yönüne

²⁹³ Danıştay 15.D. 09.07.2016, E.2013/4524, K.2016/3302,<www.kazanci.com.tr>, 10.02.2018.

²⁹⁴ GÖKCAN, s.202.

²⁹⁵ KIZILYEL, s.61.

yoğunlaşılacaktır. Genel sorumluluk hukuku kuralları gereğince, öncelikle kusura dayanan sorumluluk için gereken şartlar incelendikten sonra defansif tıp uygulamalarından idarenin kusursuz sorumlu olup olamayacağı değerlendirilecektir. Ayrıca çalışmanın bu kısmında, idarenin sorumluluğuna ilişkin genel şartlara yer verilirken, bu şartların hatalı tıbbi müdahalenin tespitinde nasıl somutlaştığına yargı kararlarından örnekler verilmek suretiyle açıklık getirilecektir.

1. Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygun Olması

Hukuka uygun tıbbi müdahale kısaca: Tıp bilimine uygun şekilde, tıp mesleğini icra etmeye yetkili hekimler vasıtasıyla ve istisnai durumlar dışında müdahale konusunda aydınlatılan hastanın rızası ile gerçekleşir.²⁹⁶ Hasta üzerinde gerçekleştirilen her eylemi tıbbi müdahale olarak adlandırmak güçtür. Tıbbi müdahale kişinin beden ve ruh sağlığına etkisi olan, teknik ve bilimsel yönü olan bir müdahaledir.²⁹⁷ Tıp biliminde yapılması gerekli müdahale (endikasyon şartı), hukuka uygun müdahale olarak kabul edilir. Tıbbi müdahaleyi haklı kılan hastalık teşhisi, hastanın tedavi edilmesi veya korunması gibi bir neden olmalıdır.²⁹⁸ Tıbbi faaliyetler, tıbbi amaçlı birçok tıbbi müdahaleyi kapsamaktadır. Önemli olan bu tıbbi müdahaleye kimin yetkili olduğunun tespitidir. Kural olarak hekim, tıbbi müdahalede

²⁹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. GÖKCAN, s.128-171; HAKERİ, s.275-435; Battal YILMAZ, **Açıklamalı İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2007, s.3-6; SAVAŞ, 2007, s.54-73.

²⁹⁷ SAVAŞ, 2007, s.74.

²⁹⁸ HAKERİ, s.355-356.

bulunur; diğerk sağlık çalışanları yalnızca hekimin denetim ve gözetimi altında tıbbi müdahalede bulunabilir.²⁹⁹

Hekim, her somut vakada durumun gerektirdiği önlemleri alarak gecikmeksizin tıbbi durumu saptamalı ve en uygun tedavi yöntemini uygulamalıdır. Hekim, en uygun tedavi yönetimini belirlerken hastanın özelliklerini göz önüne alarak hasta için riski en az olan yöntemi tercih etmelidir.³⁰⁰ İlgili yasal düzenlemelerle getirilen istisnalar³⁰¹ hariç olmak üzere hiç kimseye rızası olmaksızın veya rızasına uygun olmayan şekilde tıbbi müdahalede bulunulamaz (HHY md.22). Ayrıca, Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü'nün (Ana Sözleşmesi)³⁰² dördüncü maddesinde de “...hastanın tedavi veya tıbbi müdahaleye itiraz etme hakkı veya tedavi sürecinde kararını değiştirip devam edilmesine karşı itiraz etme hakkı”nın olduğu vurgulanmıştır. Bu kapsamda hasta, kanunda öngörülen zorunlu hâller dışında doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu kendisine ait olmak üzere

²⁹⁹ GÖKCAN, s.39. 1219 sayılı Tababet ve şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanuna (RG 14.04.1928-863) göre, Türkiye Cumhuriyeti'nde hekimlik mesleğini icra ve hangi şekilde olursa olsun hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesi diplomasına sahip olmaları gerekmektedir (md.1). Tıbbi müdahalede bulunmak için uzman hekim olma şartı aranmasa da bazı tıbbi girişimlerde bulunmak için uzmanlık şartı aranmaktadır (GÖKCAN, s.129). İş kazası sonucu parmağı kopan hastanın parmağının dikilmesi sırasında genel anestezi altında yapılan ameliyatta asistan hekimin tek başına ameliyatı gerçekleştirmesinde idarenin organizasyon kusuru olduğuna ilişkin bkz. Danıştay 15. D. 26.11.2015, E.2015/2622, K.2015/7990, <www.kazanci.com.tr>, 10.02.2018.

³⁰⁰ SOMER, s.49-50.

³⁰¹ Örneğin: Suç delillerine ulaşılması gerektiğinde, (HHY md.22/2-3) hastanın hayati tehlikesi bulunduğunda veya bilincinin kapalı olduğu acil durumların bulunması (HHY md.24/7) hâllerinde tıbbi müdahalede bulunmak hastanın rızasına bağlı değildir.

³⁰² Roma, Kasım 2002, <https://sbu.saglik.gov.tr/>, 15.08.2018.

uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi durdurmak ya da reddetmek hakkına sahiptir. Ancak bu durumda doğacak sonuçlar hastaya, hasta reşit değilse kanuni temsilcisine anlatılarak rızanın belgelenmesi gerekir (HHY md. 25). Burada kastedilen; usulüne uygun alınmış “aydınlatılmış onam” belgesidir.³⁰³

Aydınlatılmış onam belgesi alınırken hastaya tıbbi müdahale ile ilgili bilgiler sade ve açık bir şekilde anlatılmalıdır. Burada hastanın sağlıklı bir şekilde tıbbi müdahaleye onay verebilmesi veya reddetmesi için hastanın yeterince bilgi alması ve bu bilgiler hakkında düşünerek özgür karar vermesi önemlidir.³⁰⁴ Hekim, tıbbi gereklilik bulunması hâlinde; anlayacağı şekilde hastayı tıbbi müdahale konusunda bilgilendirilmeli, usulüne uygun şekilde müdahaleye hastanın rızasını almalı ve özen yükümlülüğüne uygun davranmalıdır. Hekimin tıp biliminin gereklerine aykırı şekilde özensiz ve gereksiz müdahalesi hukuka aykırı olacaktır.³⁰⁵

³⁰³ Acil tıbbi müdahalede bulunulması gerektiği hâllerde, normal tedavi sürecinde olağandışı gelişmenin kontrol altına alınması gerektiği durumlarda ve yasal açıdan muayene zorunluluk arz ediyorsa onam alınmayabilir (POLAT/PAKİŞ, s.121).

³⁰⁴ Aydınlatılmış Onam Kılavuz-Giriş, <<http://www.ttb.org.tr/mevzuat>>, aydınlatılmış onam hakkında ayrıca bkz. “Hekimlik Meslek Etiği Kuralları” md.26.

³⁰⁵ HAKERİ, s.435; Ayrıca, hekimin hastasını bilgilendirmesi kapsamında:

- “a) Hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyreceği,*
- b) Tıbbi müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi,*
- c) Diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri,*
- ç) Muhtemel komplikasyonları,*
- d) Reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri,*
- e) Kullanılacak ilaçların önemli özellikleri,*
- f) Sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri,*

Defansif uygulama neticesinde, tıbbi uygulama hatası meydana gelmiş ise öncelikle bu uygulamanın hukuka uygun olup olmadığının irdelenmesi gerekir. Mahkeme, hatalı tıbbi uygulama sebebiyle tazminat talep edilmesi halinde uygulamanın tıp kurallarına uygun olup olmadığının tespitini Adli Tıp Kurumu'ndan ister.³⁰⁶ Adli Tıp Kurumu'ndan gelen rapor, hatalı tıbbi uygulamanın hekimin hatasından mı yoksa komplikasyondan mı kaynaklandığının dolayısıyla olayda hizmet kusurunun bulunup bulunmadığının ortaya konulmasında büyük rol oynar.

Hukuk düzenince kınanabilen davranış kusur olarak ifade edilir. Hukuka aykırı işlem veya eylemin kusurlu olduğu kabul edilmektedir. Ancak, idari eylemler bakımından kusur ile hukuka aykırılık arasında bu şekilde bir özdeşlik bulunmamaktadır.³⁰⁷ Tam yargı davalarında, öncelikle zarara yol açtığı öne sürülen eylemin hukuka uygun olup olmadığı sonra olayın maddi yönü, zarar doğurucu eylem ve bundan çıkabilecek hukuki sonuçlar tespit edilmektedir.³⁰⁸ İdarenin eylemleri, hukuka aykırı olsun ya da olmasın kusurlu olabileceğinden tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu ve idari eylemin kusur şartı iki ayrı başlık altında incelenmiştir.

g) Gerektiğinde aynı konuda tıbbî yardıma nasıl ulaşabileceği,

hususlarında” bilgi vermesi gerektiği düzenlenmiştir (HHY md.15).

³⁰⁶ Danıştay 15.D. 10.03.2016, E.2014/5674, K.2016/1586; Danıştay 15.D. 24.03.2016, E.2015/9336, K.2016/2014; Danıştay 15.D. 25.04.2016, E.2013/4472, K.2016/2826; Danıştay 15.D. 16.05.2016, E.2013/4526, K.2016/3551, <www.kazanci.com.tr>, 12.01.2018.

³⁰⁷ KAPLAN, s.274-275; Ramazan ÇAĞLAYAN, **İdarenin Kusursuz Sorumluluğu (Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle)**, Ankara, Asil Yayınevi, 2007, s.137.

³⁰⁸ Danıştay 15. D. 06.06.2016, E.2013/4502, K.2016/4029, <www.kazanci.com.tr>, 12.01 .2018.

2. İdareye Atfedilebilen Kusurlu Eylemin Varlığı

Zarar doğurucu eylem sebebiyle idarenin sorumluluğunun doğabilmesi için davranışın idareye atfedilebilmesi gerekir.³⁰⁹ İdari eylem: “İdarenin faaliyetleri sırasında, gerek iradesi dışında gerçekleşen olaylar ve gerekse bilerek ve isteyerek yapmış olduğu maddi fiiller ile hatta hareketsiz kalması sonucunda meydana gelen birtakım fiili durumlar” olarak tanımlanır.³¹⁰ İdari eylem, idarenin yetki ve sorumluluğunda olan bir fiil, hareket veya davranış şeklidir. Belli bir şekilde davranması gereken idarenin hareketsiz kalması hâlinde dış dünyada değişiklik meydana geliyor ise idarenin hareketsizliği de idari eylem olarak kabul edilir.³¹¹ Ancak, hareketsiz kalma idarenin işleviyle ilgili olmalı ya da idari faaliyet sırasında gerçekleşmiş olmalıdır.³¹²

Sağlık hizmetleri yürütülürken muayene etme, tıbbi müdahalede bulunma, acil durumda olan hastaya geç müdahale etme, eksik veya yanlış tedavi uygulama idarenin sağlık alanındaki faaliyetlerindedir.³¹³ Bu faaliyetlerden biri olan tıbbi uygulama hataları farklı şekillerde kendisini gösterebilir. İdarenin kusurlu olabilmesi

³⁰⁹Sıddık Sami ONAR,, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, 3. B., C. III, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası,1960 , s.1718; GÜNDAY, s.383; GÖZÜBÜYÜK/TAN, C.II, s.700; ÇAĞLAYAN, s.682.

³¹⁰ Celal ERKUT, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, 1990, Tıpkı Basım, Ankara, Danıştay Yayınları No:51, 2015, s.12.

³¹¹ KAPLAN, s.291; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.293.

³¹² AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.294.

³¹³ KIZILYEL, s.96.

için tıbbi hatanın sağlık hizmetinin kuruluşunda, işleyişinde veya teşkilatlanmasında bir bozukluktan veya düzensizlikten meydana geldiğinin tespit edilmesi yeterlidir.³¹⁴

İdari eylemler, her ne kadar kamu görevlileri vasıtası ile yerine getiriliyor olsa da kusuru olan kamu görevlisinin tespit edilmesi her zaman mümkün değildir. Hatta idari eylemler hukuka uygun olsa bile kusurlu olabilirler. İdari yargıda, tıbbi müdahaleden doğan zararların karşılanması için açılan tam yargı davasında zarar doğuran eylemin idariliği ve bunun hukuki sonuçları tespit edilir.³¹⁵ Hekimin tıp biliminin verilerini yanlış ya da eksik uygulaması, mesleğinin gerektirdiği koşullara uymaması hâlinde kusurunun varlığı kabul edilir.³¹⁶ Ayrıca, hekimin kusurunun olup olmadığı tespit edilirken aynı çalışma ortamı ve koşullarda çalışan hekim davranışı beklenir. Eğer tüm bu şartlara rağmen öngörülmeleyen bir sonuç ortaya çıkarsa veya idarenin organizasyon kusuru varsa hekimin hatasından bahsedilemez.³¹⁷ Diğer taraftan, idareyle ilgisi olan eylemlerden sorumluluğun doğabilmesi için kusurun derecelendirilmesi ve eylemin hizmet kusuru-kişisel kusur ayrımı kapsamında değerlendirilmesi idarenin sorumluluğu için belirleyici olacağından bu konulara ayrı başlıklarda yer verilmiştir.

³¹⁴ AKYILMAZ ve Diğerleri, s.189-190. Örneğin, dava konusu bir olayda durumu riskli olan bir hasta sevk edilmek istenmiş ancak nakledecek ambulans arıza yapmıştır. Gecikme kısa süreli yaşanmış ve hastanın ölümü ile doğrudan ilişkilendirilmediyse de davalı idarenin hizmet kusurunun bulunduğu karar verilmiştir (Danıştay 15.D. 09.06.2016, E.2013/4032, K.2016/4204, <www.kazanci.com.tr>, 18.01.2018).

³¹⁵ Danıştay 15.D. 05.03.2014, E.2013/4312, K.2014/1436, <www.kazanci.com.tr>, 12.01.2018.

³¹⁶ HAKERİ, s.436.

³¹⁷ SOMER, s.48.

a. Ağır Kusurun Varlığı ve Kanıtlanması

İdare hukukunda sorumluluk şartları özel hukuktan farklıdır. Özel hukukta: *“Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödeme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler”* (TBK md 51). Özel hukukta kusur sorumluluğunun doğması için kusurun hafif veya ağır olmasının bir önemi yoktur. Kusurun ağırlığı, tazminatın hesaplanmasında kendisini gösterir. İdare hukukunda ise her türlü bozukluk veya aksaklık durumunda idarenin sorumluluğuna gidilebileceğini söylemek güçtür.³¹⁸ Danıştay kararlarında: *“Zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumunda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı hallerde, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için; zararın, idarenin ağır hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir. Bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetinden yararlananın zarara uğraması halinde, bu zararın tazmini, idarenin ağır hizmet kusurunun varlığı halinde mümkün”* olabileceği kabul edilmekteydi.³¹⁹

³¹⁸ Serdar ÖZGÜLDÜR, İdarenin Hukuku Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları, İl Han ÖZAY, **Günlük Yönetim**, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2004, s. 841; KAPLAN, s.279-280.

³¹⁹ Danıştay 15. D. 10.03.2016, E.2014/5674, K.2016/1586; Danıştay 15.D. 18.02.2016, E.2015/3223, K.2016/989; Danıştay 15. D. 26.12.2015, E.2015/2622, K.2015/7990; Danıştay 15.D. 19.11.2015, E.2015/171, K.2015/7824, <www.kazanci.com.tr>, 12.01.2018. “Tedavi ve tıbbi ameliyatlardan” doğan zararların karşılanması için ağır kusur; kamu hizmetinin örgütlenişi ve işleyişinden kaynaklanan kusurlardan dolayı basit kusurun aranmasının yeterli olduğu şeklinde ikili ayırım yapılmaktadır. (Zehra ODYAKMAZ, *“Sağlık Hizmetlerinde İdare Hukuku Bakımından Müşterek Sorumluluk”*, VII. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010, s.179); ÇINARLI, s.185. Bu yöndeki karar için bkz. Danıştay 10.D. 24.09.2007, E.2005/3719, K.2007/4316, <www.kazanci.com.tr>, 12.01.2018. Bu konu için ayrıca bkz. Kemal GÖZLER, **İdare Hukuku**, C.II, 2. B., Bursa, Ekin Yayınevi, 2009, s. 1089-1090.

Sağlık hizmetinin her zamanki gibi yürütülmemesinden kaynaklanan ve normal şartlar altında olmaması gereken davranışlar, idarenin ağır kusuru olarak nitelendirilmiştir.³²⁰ Hastanede anestezi ekibi bulunmadığı için hastanın acil sezaryene alınmaması neticesinde bebeğin oksijensiz kalarak ölmesi,³²¹ tıbbi cihaz eksikliği ve sevkın gereği gibi yapılmaması,³²² anne karnındaki bebeğin gebelik takibinin gerektiği şekilde yapılmaması ve ileri tetkik-takip konusunda yönlendirilmemesi sonucunda yeni doğan bebekteki ciddi rahatsızlıkların tespit edilememesi,³²³ doğum esnasında müdahaleden dolayı “motor reterdasyon hastalığı”na yakalanması ve annenin gebe kalma imkânını kaybetmesi³²⁴; yargı kararlarında yer bulan ağır kusur örneklerindedir. Ancak, ağır kusur kavramının idarenin sorumlu olmasını güçleştirici bir şart olarak bu şekilde uygulanması eleştiri konusu yapılmış, ağır kusurun aslında idareyi eylemlerinden sorumlu tutabilmek için geliştirilen bir kavram olduğuna dikkat çekilmiştir.³²⁵ Bununla birlikte, sağlık hizmetlerinden kaynaklanan zararların karşılanmasında ağır kusurun aranması,

³²⁰ ERSÖZ, 2012, s.81.

³²¹ Danıştay 10.D. 19.09.2007, E.2004/6540, K.2007/4237, <www.kazanci.com.tr>, 15.05.2016.

³²² Danıştay 15.D. 11.02.2016, E.2015/5640, K.2016/808, <www.kazanci.com.tr>, 15.05.2016.

³²³ Danıştay 15.D. 18.02.2016, E.2015/ 3233, K.2016/989, <www.kazanci.com.tr>, 15.05.2016.

³²⁴ Danıştay 15.D. 18.02.2015, E.2013/4361, K.2015/890, <www.kazanci.com.tr>, 15.05.2016.

³²⁵ D. Çiğdem SEVER, “*Danıştay Kararları Işığında Sağlık Hizmetlerinden Dolayı İdarenin Sorumluluğu*”, *Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları*, (Ed. Özge Yücel, Gürkan SERT), Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 272; KAPLAN, s.275.

Anayasa'nın 125. maddesinde getirilen sorumluluk ilkelerine aykırı olduğu dile getirilmiştir.³²⁶

Günlük yaşamda hastanın sigara veya alkol kullanması ve tedaviye uymaması gibi faktörlerin sağlık hizmetlerini daha riskli hâle getirdiği de bilinmektedir.³²⁷ Bunun yanında kamu hizmeti yerine getirilirken hizmetin sunumunda eksiklik, aksaklık veya düzensizlikler meydana gelebilir. Sağlık hizmetlerinde, zararın ortaya çıkma ihtimali yüksek ve kusurun ispatı güç olduğundan kusurun derecelendirilmesinin güçlüğü bir yana³²⁸ idarenin sadece “ağır kusur” hâlinde sorumlu olunacağını kabul edilmesi de zarar gören hasta veya hastanın ölümünden etkilenmiş hasta yakını için adaletsiz sonuçlar doğurabilir.³²⁹

³²⁶ Bahtiyar AKYILMAZ, **Türkiye’de İdarenin Mali Sorumluluğu**, (Profesörlük Çalışması), Konya, 2004, s.61; Zuhâl BEREKET BAŞ, “Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesi Sonucu Ortaya Çıkan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu”, **Danıştay Başkanlığı 135. Yıl Sempozyumu**, Ankara, 2004, s.73. Tartışmalar için bkz. ATAY/ODABAŞI, s.119-122; GÖZÜBÜYÜK, s.286-287; KAPLAN, s.279-282; SEVER, Sorumluluk, s.272.

³²⁷ Aydın AKGÜL, “İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazmin Sorumluluğu ve Danıştayın Yeni Yaklaşımı”, **GÜHFD**, C. XX, S.1, 2016, s.284.

³²⁸ KAPLAN, s.276. Ağır kusur tıbbi müdahaleden kaynaklanan zararı karşılamakta yetersiz kaldığı için GÜRAN;”... idarenin tıbbi faaliyetler alanında da alelade kusur ve ağır kusur sorumluluğu yanında, kendisi ve ajanı hekimin yaptıkları hakkında “herhangi bir hüküm verilme”den salt illiyet bağı ile çözümlenen kusursuz sorumluluğu şeklindeki üçlü sorumluluk düzeni, içtihadın koyacağı esaslar ve çizeceği sınırlar içinde geliştirilip” işletilmesini önermiştir (Sait GÜRAN, “Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu**, Ankara, 12-13 Mart 1982, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1983, ss.77-87, 1983, s.86).

³²⁹ ÖZGÜLDÜR, 2004, s.841-842; ÇAĞLAYAN, s.638; KAPLAN, s.280.

2015 yılından itibaren Danıştay kararlarında, bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetlerinden yararlanan kişilerin zarar görmesi hâlinde bu zararın karşılanması için hizmet kusuru varlığının yeterli kabul edildiği yeni bir yaklaşım dikkat çekmeye başlamıştır. Sözü edilen kararlarda, bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetinden yararlananların zarara uğraması hâlinde, bu zararın karşılanması için hizmet kusurunun yeterli olacağına açıklık getirilmiştir.³³⁰ 2016 yılından itibaren de ağır kusur içtihadından dönüş yaşandığı açıkça gözlenmiş³³¹, Danıştay'ın da yakın tarihli bir kararında da bu yaklaşımı sürdürdüğü görülmüştür.³³²

³³⁰ Danıştay 15. D. 18.02.2015, E.2013/4361, K.2015/890 (Aktaran: AKGÜL, s.279), Kararlarda her ne kadar sağlık hizmetinden tazmin yükümlülüğü doğması için zararın idarenin ağır hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerektiği ifade edilse de, uyuşmazlık konusu olaylarda ortaya çıkan zararlarda idarenin hizmet kusurunun bulunup bulunmadığının tespit edilmesi için Adli Tıp Kurumu'na inceleme yaptırılmasına karar verildiğine ilişkin bkz. Danıştay 15. D. 19.11.2015, E.2015/171, K.2015/7824, Danıştay 15. D. 22.10.2015, E.2014/9309. Ayrıca bkz. Danıştay 15. D. 15.04.2015, E.2014/5076, K.2015/2184, <www.kazanci.com.tr>, 12.02.2018.

³³¹ Uyuşmazlık konusu olayda, davacının yaklaşık yirmi yıl önce yaptırmış olduğu kan tahliline bağlı olarak yenidoğan bebeğe kan uyuşmazlığı sebebiyle yapılan aşıdan kaynaklanan ölüm olayında idarenin ağır kusurunun bulunmadığına karar verilmiştir. Danıştay ise, davacının ilk gebeliğine dair hastane kayıtları incelendikten sonra anne ile bebeği arasında kan uyuşmazlığına bağlı tedavi uygulanıp uygulanmadığı ve ikinci bebeğin vefat etmesinde idarenin hizmet kusurunun olup olmadığı araştırılmadan karar verilmesini hukuka uygun bulmamıştır (Danıştay 15. D. 25.04.2016, E.2013/4536, K.2016/2825, <www.kazanci.com.tr>, 12.02.2018). Diğer bir kararda: Lösemi olan davacının, kardeşlerinden alınan ilik örneklerinden biri davacı ile uyumlu olmasına rağmen nakil için uyumlu olmadığı yönündeki tespit sebebiyle açılan davada ilk derece mahkemesi idarenin ağır hizmet kusuru bulunmadığından davanın reddine karar vermiştir. Uyuşmazlığı inceleyen Danıştay ise, kemik iliği nakli için yapılan HLA test sonuçlarını yanlış değerlendiren davalı idarenin hizmet kusuru

Yukarıda da ifade edildiği gibi, kamu hastanesinde görev yapmakta olan bir hekim, Sosyal Güvenlik Kurumu'nun maddi olarak desteklediği ölçüde ameliyata yönelik tedbirler alabilmektedir. Bu sebeple: Hekimin ve idarenin sunduğu hizmet idarece verilen imkânlar çerçevesinde değerlendirilmelidir.³³³ Sağlık hizmetleri, yürütülürken içinde insan faktörünün de bulunduğu birden fazla değişken ile etkileşim hâlinde olması nedeniyle diğer hizmetlerden farklı konumlandırılmalıdır. Bu sebeple, Danıştay'ın son dönemlerde sağlık hizmetleri yerine getirilirken doğan zararların karşılanmasında ağır kusur içtihadından dönmesi, olumlu bir gelişme olarak kabul edilebilir.

b. Hizmet Kusuru ve Kişisel Kusur Ayrımı

Anayasa'ya göre, idarenin her türlü işlem ve eylemine karşı yargı yolu açıktır (md.125/1). Memurlar ve diğer kamu görevlileri yetkilerini kullanırken işledikleri bulunduğundan ilk derece mahkemesinin kararının bozulmasına karar vermiştir (Danıştay 15. D., 11.04.2016, E.2013/4471, K.2016/2461, <www.kazanci.com.tr>, 12.02.2018).

³³² 2018 yılında karara bağlanan bir uyuşmazlıkta Danıştay, hatalı enjeksiyon sonucunda davacıda meydana gelen rahatsızlıkta idarenin ağır hizmet kusuru olmadığından davanın reddine karar veren ilk derece mahkemesinin kararının bozulmasına karar vermiştir. Olayda, müdahalenin sağlık personeli ya da onun denetimi ve gözetimi altında yaptırılması gerekirken stajyer öğrenci tarafından yapılması idarenin sunmuş olduğu hizmetin kusurlu bulunması yeterli görülmüş, davacının uğradığını iddia ettiği zararları araştırmadan karar veren ilk derece mahkemesinin kararı hukuka uygun bulunmamıştır (Danıştay 15. D. 20.03.2018, E.2013/12447, K.2018/2783, <www.kazanci.com.tr>, 12.02.2018).

³³³ İ.Ethem GEÇİM, "*Uygulama Hatası mı, idari Sorumluluk mu?*", **Medikolegal Düzlem Tıpta Uygulama Hataları**, İstanbul, Baskı Evi, 2012, s.43. Sağlık hakkı ve sosyal güvenlik arasındaki ilişki için bkz. D. Çiğdem SEVER, **Kamusal Faaliyetlerin Özel Kişilere Gördürülmesi: Özel Güvenlik ve Özel Sağlık**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2013, s.318-319.

kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ancak idare aleyhine açılabilir (md.129/5). Anayasa'nın söz konusu hükümlerinden anlaşılacağı üzere: İdarenin sorumluluğuna gidebilmek için, zararın "kamu görevlisi" tarafından ve "görevini yerine getirirken" meydana gelmesi gerekir. 657 sayılı Kanun'da da benzer şekilde: "*Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine*" dava açabilecekleri düzenlenmiştir (md.13/1). Madde hükmünde yer alan "*kamu hukukuna tabi görev*" tüm kamu faaliyetlerini ve hizmetlerini kapsayan bir ifadedir.³³⁴ Zaten kanun gerekçesinde de "*kamu hukukuna tabi bütün görevleri*" kapsayacak şekilde geniş bir tanımlama kabul edilmiştir.³³⁵

İdare organı tüzel kişilerden oluştuğundan kusurlu kabul edilen fiil veya hareketler, teşkilat adına hareket eden kamu görevlilerince yerine getirilmektedir.³³⁶ Bu bağlamda hizmet kusurunun, herhangi bir kamu görevlisinin şahsında

³³⁴ DURAN, "*Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu*", **Tahsin Bekir Balta'ya Armağan**, Ankara, 1973, s.65.

³³⁵657 sayılı Devlet Memurları Kanunu Gerekçesi md. 13., s.10 (<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM_/d01/c042/mm__01042129ss0977.pdf>).

³³⁶ KAPLAN, s.273. Bu yönde görüş bildiren Yargıtay kararlarına göre: "*...Kamu kurumları tüzel kişilik olduklarından ve bu kişilik maddi değil soyut bir kişilik olduğundan, kamu hizmetini bizzat yerine getirmezler. Kamu hizmeti, gerçek kişi konumunda olan kamu görevlileri ve bunların kullandıkları araç ve gereçlerle yerine getirilir. Bunun sonucu olarak, kamu görevlilerinin veya bunların kullandıkları araç ve gereçlerin kusur, ihmal ve hatalarından dolayı kamu hizmetinin yerine getirildiği sırada kişilerin zarar görmesi halinde meydana gelecek kusur kamu kurumunun hizmet kusurunu oluşturur.*" (Yargıtay HGK 27.03.2015, E.2013/4-1533, K.2015/1099; Yargıtay HGK 12.12.2012, E.2012/4-523, K.2012/1191; Yargıtay HGK 30.01.2013, E.2012/4-729, K.2013/163 <www.kazanci.com.tr>, 23.05.2016).

kişileştirilmesi gerekmeyen “idare adına hareket eden kamu görevlisinin kusuru olduğu anlayışı”³³⁷ sorumluluk hukukunda çeşitli kusur kavramlarının tartışılmasına yol açmıştır.³³⁸ İdarenin sorumluluğu konusunun tartışıldığı çalışmalarda “görev kusuru”, “kişisel kusur”, “salt kişisel kusur” ve “hizmetten ayrılamayan kişisel kusur” gibi sorumluluğa dair birçok kavrama yer verilir. Doktrinde de bu kavramların uygulanmasına ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır.³³⁹

DURAN’a göre: Kişisel kusur hizmetten ayrılabilen ve ayrılamayan olmak üzere iki şekilde görülmektedir. Hizmetten ayrılamayan kişisel kusur kamu hizmeti ile ilgilidir. Kamu görevlisi bu fiilleri kamu görevi sırasında veya vazifelerinin ifası sırasında yapmıştır.³⁴⁰ Böylece kamu görevlisinin hizmetten ayrılamayan kusurundan kaynaklanan zararlarda, idare aleyhine dava açılır ve ilgili kurum ödediği tazminatı kamu görevlisine kişisel kusur oranında rücu edilir.³⁴¹ DURAN, kamu görevlisinin kötü niyetli ve kamu yararı dışında başka bir maksatla hareket ederek özel çıkar sağlamak için kasten yaptığı davranışlarını ise kamu görevlisinin “hizmetten açıkça

³³⁷ GÜNDAY, s.369.

³³⁸ Ayhan TEKİNSOY, “Anayasa Mahkemesinin Kamu Görevlilerinin Kişisel Sorumluluğu Konusundaki Yaklaşımının Muhtemel Sonuçları”, **A.B.D.**, S. 1, 2013, s.24.

³³⁹ Tartışmalar için bkz. DURAN, 1973, s.95-111; GÖZÜBÜYÜK, s.295-303; ATAY/ODABAŞI, s.64-67; GÖZÜBÜYÜK/TAN, C.II, s.676-682; KAPLAN, s.274-278; AKYILMAZ, s.72-105; Meray Katar KARATAŞ/Firdevs YÜZBAŞI, “Kamu Hastanelerinde Yapılan Tıbbi Tedavi ve Girişimlerden Ötürü Hekimin Hukuki Sorumluluğu: Hastaneden Adliyeye Uzanan Hukuki Süreç”, **E Journal of Social and Legal Studies**, S.1, 2015, s.49.

³⁴⁰ DURAN, 1973, s.103.

³⁴¹ DURAN, 1973, s.102-103. Kişisel kusur kamu hizmet ve faaliyetiyle diğer bir deyişle kamu görevlisinin görev ve yetkileriyle ilgili bulunmayan davranışlar sonucunda meydana gelir (ONAR, C.II, s.1204-1205).

ayrılabilen kişisel kusuru” olarak ifade etmiştir. Bu hâlde kamu görevlisi, idarenin çizdiği sınırların dışına çıktığından şahsi fiillerinden doğrudan sorumlu olacaktır.³⁴²

Bu anlayışa göre, kamu görevlisinin kamu hukukuna tabi görev ve hizmetleri yerine getirirken meydana gelen kusurlu davranışı hizmetten ayrılabilir ve kişiye özgü nitelik taşıyor ise zarar veren personele karşı 6018 sayılı Kanun hükümlerine göre adli yargıda dava açılması gerekmektedir.³⁴³ Ancak katıldığımız görüş, kamu hizmeti yürütülürken kamu görevlisinin yetkilerinden, görevinden resmi sıfatından, kendisine tahsis edilen hizmet araç ve gereçlerinden soyutlanamayan kişisel kusurun; hizmet kusuru içinde değerlendirilmesi gerektiği yönündedir.³⁴⁴ Anayasa'nın 125., 129. ve 657 sayılı Kanun'un 13. maddesi bir arada düşünüldüğünde kanun koyucunun esas amacının, kamu hizmetinin kesintisiz yürütülebilmesi için kamu görevlilerinin her uyuşmazlıkta yargı organları önüne çıkmasını önlemek ve zarara uğrayan kişinin zararının ödeme gücü yüksek Devlet tarafından tazmin edilmesini sağlamak olduğu anlaşılmaktadır.³⁴⁵ Aslında hizmet kusuru, kişisel kusur ve görev kusuru kavramları hakkında öteden beri yapılan bu teorik ayrımların pratikte bir faydası olmadığı, somut olayın niteliğine göre bir eylemin hizmet kusuru mu yoksa

³⁴² DURAN, 1973, s.105-106; Güran da benzer şekilde, kamu görevlisinin göreviyle, kurumuyla, resmi kimliği ile doğrudan veya dolaylı hiçbir ilgisi ve irtibatı olmayan kusur türünü “kişisel kusur” olarak ifade eder. Kamu görevlisinin göreviyle ilgisi bulunmayan bu kusuruna karşı adli yargıda dava açılacağını kabul etmektedir (Sait GÜRAN, “*Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu*”, **Tahsin Bekir Balta'ya Armağan**, Ankara, 1973, s.65).

³⁴³ DURAN, 1973, s.104; GÖZÜBÜYÜK, s.296-297; KAPLAN, s.277.

³⁴⁴ AKYILMAZ, 2004, s.43-44.

³⁴⁵ KAPLAN, s.279.

kamu görevlisinin kişisel kusuru mu olduğu hususunda yargı organlarının yaptığı değerlendirme esas alınmaktadır.

aa. Yargı Kararlarında Hizmet Kusuru-Kişisel Kusur Ayrımı

Hizmet kusurunun tabi olduğu esaslara yer veren Danıştay ve Yargıtay kararları arasında içtihat farklılıkları göze çarpmaktadır. Bu içtihatlarda: Yargıtay'ın kamu görevlisinin kişisel kusuruna ilişkin uyuşmazlıklarda kamu görevlisini doğrudan sorumlu kılma anlayışı dikkat çekmektedir.³⁴⁶

Yargıtay kararlarında, tazminat davasının karara bağlanabilmesi için öncelikle meydana gelen zararın hizmet kusurundan mı yoksa hizmet kusurundan ayrılabilen kamu görevlisinin kişisel kast veya kusurundan mı kaynaklandığının araştırılması gerekliliğinden bahsedilmiştir.³⁴⁷ Yargıtay kararlarında; *“Anayasa'nın 129/5 ile 657 sayılı Devlet Memurları Yasası'nın 13. maddesi karşısında Borçlar Yasası'nın 41/1 maddesi esas alınarak kamu görevlilerinin kast ve kusurlarından dolayı kamu görevlileri aleyhine dava açılacağı yorum yoluyla kabul edilmesi”* mümkün olmadığından kamu görevlileri yetkilerini kullanırken işledikleri kasıtlarından ve kusurlarından dolayı doğan tazminat davalarında kamu görevlilerinin aleyhine değil ancak ilgili kamu idaresi aleyhine dava açılacağı kabul edilmektedir.³⁴⁸ Yargıtay'ın hizmet kusuru ile kişisel kusur bağlamında yapmış

³⁴⁶ KAPLAN, s.279.

³⁴⁷ Yargıtay HGK 12.12.2012, E.2012/4-523, K.2012/1191; Yargıtay HGK 30.04.2014, E.2013/4-1537, K.2014/573, <www.kazanci.com.tr>, 23.05.2016.

³⁴⁸ Yargıtay 4. HD 05.03.2012, E.2012/1980, K.2012/3331. Benzer kararlar için bkz. Yargıtay 4. HD. 14.06.2012, E.2012/7204, K.2012/10413; Yargıtay 4. HD 28.11.2012, E.2012/14291, K.2012/18079; Yargıtay 4. HD 03.07.2013, E.2013/12817, K.2013/9977; Yargıtay 4. HD 23.01.2014, E.2013/4018,

olduğu açıklamaların idare hukukunun genel ilkeleri ile uyumlu olduğu söylenebilir. Ancak, karara bağlamış olduğu uyuşmazlıklar incelendiğinde kendi açıklamalarından farklı bir yaklaşım benimsediği görülmektedir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun yakın tarihli kararına konu olan bir olayda: Aynı adliyede çalışan idari işler müdürü ile kâtip, görev sırasında ve görevle ilgili olarak tartışmışlar hatta aralarında ufak çapta bir itişme yaşanmıştır. Olayda zarar gören konumunda olan kâtip, sözlü ve fiili eylemi gerçekleştiren idari işleri müdürüne karşı adli yargıda dava açmıştır. Öncelikle zararın kamu görevlisinin kişisel kusurundan mı yoksa hizmet kusurundan kaynaklandığının tespit edilmesi gerektiğini ifade eden mahkeme, idare hukuku ilkeleri çerçevesinde olayı incelemiştir. Yaptığı değerlendirme neticesinde: Bir kamu görevlisinin görev sırasında, hizmet araçlarını kullanarak yaptığı eylem veya işlemlerin kasti suç niteliği taşısa bile hizmet kusuru oluşturmayacağını ve doğrudan idareye karşı dava açılması gerekeceğini ifade etmiştir. Mahkemenin idarenin sorumluluğunda aradığı temel şart: Zararın bir kamu görevlisi tarafından *“görevini yerine getirirken”*, *“görevle ilgili yetkilerini kullanırken”* gerçekleştirilmesidir. Ancak sonuç olarak, zarar doğurucu eylemin kamu görevlisinin görev ve yetki kullanımı sonucunda meydana gelmediğine karar verilerek eylemin davalının kişisel kusurundan kaynaklandığını ifade etmiş ve davanın adli yargıda açılmasına ilişkin karar hukuka uygun bulunmuştur.³⁴⁹

K.2014/796; Yargıtay 10. HD. 15.01.2015, E.2014/15791, K. 2015/406,< www.kazanci.com.tr>, 12.01.2018.

³⁴⁹ Yargıtay HGK 13.04.2016, E.2014/4-1067, K.2016/512. Benzer şekilde: Doktor olarak görev yapmakta olan davacının, aile hekimi olan davalıyı olay günü denetlediği sırada bir takım eksiklikleri aile hekimine bildirirken, aile hekimi olan davalının sinirlenerek davacıya saldırması üzerine davacı

Yargıtay'ın vermiş olduğu bu karara, katılmak mümkün değildir. Davacının amiri durumunda olan davalı ile münasebeti, kamusal yetkinin kullanımına ilişkindir. Dava konusu olayda da yetki kullanımından doğan tartışma, kusurlu eylem olarak dış dünyaya yansıdığından meydana gelen eylemin hizmetten ayrılması düşünülemez. Aynı mahiyette bir uyuşmazlığı inceleyen Danıştay ise, aksi yönde hüküm tesis ederek; kamu görevlisinin eyleminin idari yargıda görülmesi gerektiğine karar vermiştir. Uyuşmazlık konusu olayda; polis memuru olarak görev yapan davalı, ekip arkadaşı olan polis memurunu kazara öldürmüştür. Dava konusu uyuşmazlığı inceleyen mahkeme, bir kamu görevlisinin diğer bir kamu görevlisinin ölümüne sebep olmasında kişisel kusurunun bulunduğunu kabul etmekle birlikte, bu kusur resmi yetki, görev veya olanaklardan yararlanılarak gerçekleştiğinden hizmetten ayrılamayan kişisel kusuru, görev kusuru olarak nitelendirerek idarenin sorumlu olduğuna karar vermiştir.³⁵⁰

Yukarıda yer verilen kararlardan farklı olarak; sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesinde meydana gelen zararın karşılanmasına ilişkin bir uyuşmazlıkta Yargıtay'ın farklı bir şekilde hareket ettiği görülmüştür. Dava konusu olayda, kamu görevlisi olan doktor hakkında, mutaassıp kişiliği nedeniyle alkollü hastaya ambulans tahsis etmediği için hastanın ölümüne sebep olduğu iddiasıyla adli yargıda

sorumlu hekim, uğradığı haksız eylem sebebiyle adli yargıda manevi tazminat davası açmıştır. Direnme yoluyla Yargıtay Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, kamu görevlilerinin haksız eylemi nedeniyle açılan tazminat davasında husumetin kamu görevlilerine yöneltilip yöneltilmeyeceği noktasında toplanmıştır. Sonuç olarak Kurul, davalının eylemini salt kişisel kusur olarak nitelendirerek davanın adli yargıda görülmesine karar vermiştir (Yargıtay HGK 30.04.2014, E.2013/4-1537, K.2014/573, <www.kazanci.com.tr>, 22.05.2018).

³⁵⁰ Danıştay İDDGK 15.03.2012, E.2010/2740, K.2012/194, < www.kazanci.com.tr>, 22.05.2018.

tazminat davası açılmıştır. Davalının eyleminin hizmet kusuru olup olmadığını tartışıldığı uyuşmazlık, son olarak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun önüne gelmiştir. Yargıtay, idarenin sorumlu olabilmesi için “zararın, memur ve diğer kamu görevlisi tarafından ‘görevini yerine getirirken’ ve ‘görevle ilgili yetkilerini kullanırken’ gerçekleştirilmiş” olması gerektiğini ifade etmiştir. Bu kapsamda; davalı hekimin kusurlu davranışı, hizmet kusuru kapsamında değerlendirilerek açılan davada husumetin idareye yöneltilmesine karar verilmiştir.³⁵¹

Yargıtay ve Danıştay’ın kararları incelendiğinde hizmet kusuru-kişisel kusur ayrımına ilişkin teorik açıklamaların benzeştiği ancak mahkemelerin benzer olaylara ilişkin farklı yaklaşım içinde oldukları görülmektedir. Somut olay çözümlerinde ise benzer uyuşmazlıklarda her iki yargı organı da meydana gelen uyuşmazlığın kendi görev alanına girdiğini kanıtlama gayretindedir. Ancak, Anayasa’nın 129/5 hükmünün sadece hekimler için uygulanabilir olduğu yönündeki eleştiriler değerlendirildiğinde, Yargıtay’ın sağlık hizmetlerinden doğan zararların karşılanmasında, uyuşmazlıkların idari yargı da görülmesi gerektiği yaklaşımını benimsediği sonucuna ulaşılmaktadır.³⁵²

bb. Hizmet Kusuru- Kişisel Kusur Ayrımının Defansif Tıp Uygulamaları Kapsamında Değerlendirilmesi

Anayasa’nın, hizmet kusuru ve kişisel kusur ayrımına gitmeden zarar gören şahıs için bir teminat sistemi öngördüğü göz önüne alındığında; idari eylemden kaynaklanan sorumluluğun süjesinin ilgili idare olduğu görülmektedir. Aslında

³⁵¹ Yargıtay HGK 27.03.2015, E.2013/4-1533, K.2015/1099, <www.kazanci.com.tr>, 18.01.2018 .

³⁵² Yargıtay HGK 13.04.2016, E.2014/4-1067, K.2016/512, karşı oy gerekçesi, <www.kazanci.com.tr>, 18.01.2018.

idarenin sorumluluğu üstlenmesiyle, çalışanlar arasında oluşabilecek kişisel husumet önlenerek, çalışma düzeni ve kamusal ciddiyet sağlanmak istenmiştir. Böylece meydana gelen zarar, kişisel çekişmelere fırsat vermeden doğrudan idare tarafından karşılanmış olacaktır. Kamu görevlisi kasıt, kin veya garez duygularıyla hareket ediyorsa dâhi kamusal yetkilerini kullanıyor veya kusurlu eylemi göreviyle bağlantılı ise kusurlu eylemi, idari eylemden mutlak surette ayırıcı bir ölçüt belirleyebilmek pek mümkün değildir. Bu çerçevede, kamu görevlisinin kişisel kusurları sadece rücu davasında inceleme konusu yapılması gerekir.³⁵³

657 sayılı Kanun'un 13 maddesinin kamu görevlisinin; *“kötü amaç ve niyetle, garez ve husumetle hareket etmesi veya açık ve kesin olan Yasa hükümlerini bilerek ve kasten ihlal etmesi şeklinde tezahür eden ve görev ile yetkilerinden, hizmet, araç ve gereçlerinden, resmi sıfatından tam ve mutlak suretle ayrılabilen; böylece Özel Hukuk düzenlemesinin kapsamında kalan, işlem ve eylemleri ile verdikleri zararlardan dolayı şahıslarına yönelik açılacak giderim davalarını ortadan kaldırmamış özellikle kendi hukuk alanı”* dışında tuttuğuna ilişkin³⁵⁴ görüş aslında Yargıtay'ın bakış açısını yansıtmaktadır.

Ancak doktrinde farklı görüşlerin bulunması biraz da kişisel kusur tanımlamasının farklı şekilde yapılmasından kaynaklanır. Kişisel kusurun her şeyden önce idare hukukuna özgü bir kavram olduğunu söylemek gerekir. Kamu hizmeti ile ilgili olmayan kusur, kişisel kusur olarak nitelendirilmez. Dolayısıyla idare, kamu görevlisinin kişisel kusurundan da aslen sorumlu olmalıdır. Zira kişisel kusur, kamu

³⁵³ Yargıtay HGK 13.04.2016, E.2014/4-1067, K.2016/512, karşı oy gerekçesi, <www.kazanci.com.tr>, 18.01.2018 .

³⁵⁴ Yargıtay HGK 11.02.1998, E.1998/4-27, K.1998/100 (Aktaran: TEKİNSOY, s.40).

görevlisinin görevi, yetkisi veya kamu hizmetine ilişkin araç ve gereçleri resmi sıfat ile kullanımından kaynaklanmaktadır.³⁵⁵

Hizmet kusuru-kişisel kusur ayrımı, defansif tıp uygulamalarında hekimin kusurlu eyleminin kamu hizmetinden ayrılabilir olup olmadığının değerlendirilmesi bakımından önemlidir. İdarenin kendisine sunduğu imkânlar çerçevesinde hekim, seçim hakkını kullanarak gerek kasten gerekse ihmalen bir eylem gerçekleştirdiğinde hekimin bu davranışı, kamu hizmetinden ayrılamaz niteliktedir.

Danıştay da kamu hizmeti içinde veya hizmet dolayısıyla, kendine verilen ödev, yetki ve araçlardan yararlanarak kendisine atıf ve izafe edilebilecek nitelikteki hukuka aykırı davranışlarını; kamu görevlisinin hizmet ve görevinden ayrılmayan kişisel kusuru olarak ifade etmiştir.³⁵⁶ Bu ifadeden yola çıktığımızda kişisel kusurun hizmet kusurunun bir parçası olduğu açıkça görülmektedir. Kanaatimce, kişisel kusurun, varlığı halinde yine doğrudan idareye karşı dava açılmalı ve ilgili idare, kamu görevlisine kusuru oranında rücu etmelidir. Diğer bir deyişle kişisel kusur, olaydaki ağırlığına göre idare ile hekim arasında rücu ilişkisi içerisinde değerlendirilmesi gerekmektedir.³⁵⁷

c. Zararın Rücu Edilmesi

İdarenin yürütmüş olduğu kamu hizmetlerinden zarar görülmesi hâlinde, yetkilerini kullanan kamu görevlisinin aleyhine değil, doğrudan idareye karşı dava açılır. İlgili idare de ödemiş olduğu tazminatı genel hükümler çerçevesinde zarara

³⁵⁵ AKYILMAZ, 2014, s.84-85.

³⁵⁶ Danıştay İDDGK 15.03.2012, E.2010/2740, K.2012/194, <www.kazanci.com.tr>, 09.06.2016.

³⁵⁷ AKYILMAZ, 2011, s.74. Bu yöndeki karar için bkz. AYM, 25.03.1975, E.1974/42, K.1975/62, RG 03.06.1975-15254.

sebeup olan kamu görevlisine rücu eder. Bu husus iradi olmaktan ziyade Anayasal bir zorunluluktur (AY md. 125/1, md.129/5 ve DMK md. 13/1).³⁵⁸ Bu hâliyle kanun koyucu, kişisel-kusur hizmet kusuru ayırımına gitmeden doğrudan idareye karşı dava açılmasını benimseyerek hem kamu görevlisi hem de zarar gören kişi için bir teminat sistemi öngörmüştür.³⁵⁹ Ayrıca, kamu görevlisinin idareye karşı sorumluluğunun devam etmesi için getirilen rücu müessesesi ile³⁶⁰ idare ve kamu görevlisi arasında bozulan mali denge onarılmaya çalışılır.³⁶¹ Bu sebeple, idarenin sorumluluğuna ilişkin davalarda eylemi gerçekleştiren kamu görevlisine dava ihbar edilmeli veya³⁶² davaya katılmasına imkân sağlanmalıdır. Uygulamada, idareye karşı açılmış davalarda hekimlerin davalı idare yanında davaya müdahil³⁶³ oldukları ve ilk derece

³⁵⁸ Bahtiyar AKYILMAZ, “*İdarenin Kusurlu Personeline Rücu Sorunu*”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu**, Ankara, 2009, s.540; SEVER, Sorumluluk, s. 269.

³⁵⁹ TEKİNSOY, s.32.

³⁶⁰ Bahtiyar AKYILMAZ/ Murat SEZGİNER/ Cemil KAYA, **Türk İdari Yargılama Hukuku**, Ankara, Savaş Yayınevi, 2018, s.567.

³⁶¹ Cahid DOĞAN, “*İdarenin Kusur Sorumluluğundan Rücu*”, Diyarbakır, **VIII Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011, s.123.

³⁶² Bahtiyar AKYILMAZ, “*Sağlık Kamu Hizmetini Yürüten Kamu Görevlilerinin Neden Olduğu Zararlardan Devletin Sorumluluğu*”, 17-18 Mayıs 2010, **Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Lefke Avrupa Üniversitesi II. Sağlık Hukuku Sempozyumu**, Ankara, 2011, s.121.

³⁶³ Fer’i müdahillik müessesesine, 2577 sayılı Kanunu’nun 31. maddesinde “üçüncü şahısların davaya katılması” başlığı altında Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na atıf yapılmıştır. Üçüncü kişi, davayı kazanmasında hukuki yarar bulunan tarafın yanında ve ona yardımcı olmak amacıyla, tahkikat sona erinceye kadar fer’i müdahil olarak davada yer alabilir (HMK md.66). Ancak, davaya müdahillik talebinde bulunan kişinin, davanın kazanılmasında veya kaybedilmesinde menfaatinin bulunması gerekir (Ayrıntılı bilgi için bkz. Zehra KARAKUŞ, **İdari Yargıda Hukuk Muhakemeleri**

mahkemesi aşamasında eğer müdahillik talebi reddedilmiş ise temyiz aşamasında bu tür kararların usul yönünde bozulduğu görülmektedir.³⁶⁴

Hekimler, yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlar nedeniyle üçüncü kişilere verdikleri zararlar sebebiyle devleti tazminat ödemek durumunda bırakabilir. Bu halde kamu zararı meydana gelir.³⁶⁵ 5018 sayılı Kanun'un 71. maddesi gereğince: Kamu görevlilerinin kamu zararından sorumlu olabilmesi için "*kamu görevlisinin karar, işlem veya eylemi*", "*hukuka aykırı*" olmalı; bu işlem veya eylemden kaynaklanan zarar "*kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olmalı*"; zarar ile kamu görevlisinin eylemi arasında "*uygun illiyet bağı*" bulunmalı ve kamu görevlisinin "*kasıt, kusur veya ihmâli*" bulunması gerekmektedir. Hukuki düzenlemelerde, idari makamlara rücu konusunda esneklik sağlanmamış olsa da rücu müessesesinin personelin kasıt ve ağır ihmali ile sınırlı şekilde uygulanması daha kabul edilebilir bir yaklaşım olacaktır. Bu hâlde idare tarafından ödenen tazminat; doktrinde "*kamu personelinin suç niteliğindeki davranışları*", "*yargı kararlarına uymama*", "*kamu görevlilerinin kötü niyetli davranması*" ve "*ağır kusur*" şeklinde çeşitlendirilen "*kişisel kusur*"³⁶⁶ oranında ilgili kamu görevlisine rücu edilebilecektir.

Kanunu'nun Uygulanması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2011, s.78-83). İdarenin sorumlu olup olmadığının incelendiği bir uyuşmazlıkta, kamu hizmetinin görülmesine katılan hekimin de davaya fer'i müdahil olarak davaya katılması usul ekonomisi bakımından da faydalı olacaktır.

³⁶⁴AKGÜL, s.274.

³⁶⁵ 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu (RG 24.12.2003-25326) md.71/1.

³⁶⁶ GÜNDAY, s.376; Zehra ODYAKMAZ, "*Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kurumsal Sorumluluğu Açısından Avukatın Gözönünde Bulundurması Gereken Hususlar*", **Tıbbi Müdahaleden**

657 sayılı Kanun'a göre: Rücu talebine ilişkin uyuşmazlıklar, adli yargıda ve 6018 sayılı Kanun hükümlerine göre çözümlenir. Bu düşüncenin temelini oluşturan: Kamu görevlisinin kişisel kusurun haksız fiil olduğu algısı öğretilerde eleştirilmektedir.³⁶⁷ Kamu gücünü kullanma yetkisine sahip olan kamu görevlisinin kullandığı yetkiler, kamu hizmetini yerine getirmek için kendisine verilmiştir. İdare, kendisine tahsis edilen araç ve gereçler ile kamu hizmetlerini ifa etmek üzere görevlendirmiştir. Bu sebeple, yine kamu hizmetinin işleyişinde meydana gelen bir kusur türünün haksız fiil olarak nitelendirilmesi³⁶⁸ ve idari bir kusur olan, hizmet kusuru içinde yer alan "kişisel kusur"un, adli yargıda haksız fiil esaslarına göre değerlendirilmesi kabul edilebilir bir yaklaşım değildir.³⁶⁹

Rücu müessesesi ile kamu görevlisinin kusurlu davranışından sorumlu olacağı bilincinde hareket ederek, keyfi veya hukuka aykırı davranmasının önlenmesi düşünülüyorsa da uygulamada kamu görevlisinin kişisel kusurunun olup olmadığı araştırılmaksızın zararın tamamının rücu edilmesi sağlık hizmetlerinin sunumundan doğan zararlar bakımından adaletsiz sonuçlar doğurabilmektedir.

Sağlık hizmetlerinin zaman içerisinde gösterdiği gelişim ve artan risk faktörleri dikkate alındığında hekimi hafif ihmalinden dâhi sorumlu tutmak hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilir.³⁷⁰ İdarenin kusurlu sunduğu hizmet

Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, Mersin Barosu Sempozyum, 2009, s.208-209; ATAY, s.752-755; ÇINARLI, s.204; GÖZÜBÜYÜK, s.300-303; ÇAĞLAYAN, s.643-654.

³⁶⁷ AKYILMAZ, 2011a, s.118; Bahtiyar AKYILMAZ, "Kamu Zararı ve Kamu Zararında Rücu", **İÜHFİM**, C.LXIX, S.1-2, 2011, s.72.

³⁶⁸ AKYILMAZ, 2009, s.541.

³⁶⁹ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, Yargı, s. 578.

³⁷⁰ AKYILMAZ, 2011a, s.120.

sonrasında tazminata mahkûm olduğu durumlarda eylemi gerçekleştiren kamu görevlisine kişisel kusuru bulunmasa dâhi zararın rücu edilmesi kabul edilemez bir durumdur.³⁷¹ Örneğin, yargı kararlarında hekime atfedilecek kusur bulunmadığı durumlarda dahi sağlık hizmetinin kuruluşunda veya işletilmesinde meydana gelen eksiklik ya da aksaklık sebebiyle bir zarar doğmuş ise bu zararın karşılanması yoluna gidildiği durumlarda rücu müessesesinin işletilmemesi gerektiği gözetilmelidir.

Defansif uygulama neticesinde bir zarar meydana gelmiş ve idare tazminat ödemiş ise tıbbi müdahalede bulunan hekimin kamu kaynaklarında bir eksilmeye neden olduğundan ödenen meblağın tamamının kendisine rücu edilebileceği düşünülebilir. Ancak defansif tıp uygulamalarında rücu müessesesinin değerlendirilmesi hiç de kolay değildir. Bu hususun, negatif ve pozitif defansif tıp uygulamaları açısından ayrı ayrı incelenmesi gerekir. Bilimin gelişen ve sürekli değişen şartlarında hekimin teknolojik imkânlardan yararlanmak istemesi olağan bir durumdur. Hekimin kendi iç dünyasında neler planladığının tespit edilmesi oldukça zor olduğundan hekimin pozitif defansif tıp tercihlerinin sadece kendini güvence altına almak için yaptığı söylenemez. Örneğin, hekim fazladan yapmış olduğu tetkikin, teşhis veya tedavi yöntemini belirlemede etkisinin çok az belki de hiç etkisi olmayacağını bilmesine rağmen kendisini olası bir davaya karşı korumak amacıyla hareket ediyorsa ve defansif uygulama sebebiyle bir zarar meydana gelirse zararın kısmen veya tamamen hekime rücu edilebilmesi gerekir. Negatif defansif uygulamalarda ise, hekimin tıbbi müdahaleden kaçınması hâli belirgin bir şekilde görüldüğünden hekimin kusurunun ağırlığı daha net tespit edilebileceği düşünülebilir. Ancak hekimlerin müdahalelerini defansif tıp uygulaması haline

³⁷¹ AKYILMAZ, 2011b, s.61-62.

getiren hekimin zihnindeki "saik" unsurudur. Bu hâlde hekimin defansif tıp uygulaması yaptığının kanıtlanması zor olduğundan sadece defansif uygulama yaptığı gerekçesiyle hekime zararın rücu edilmesi mümkün değildir. Negatif defansif tıp uygulamasından sorumluluğun doğabilmesi için eylemin maddi veya manevi zarara sebep olması şarttır.

3. Uygulamanın Zarara Sebebiyet Vermesi

İdarenin hukuki sorumluluğunun doğabilmesi için ortada bir zarar bulunmalı, zarar idareye atfedilebilmeli ve zarar ile idari eylem arasında hukuki bağ bulunmalıdır.³⁷² İdarenin faaliyetlerinden doğan zararların kusur ya da kusursuz sorumluluk esaslarına göre tazmini idari yargıda tam yargı davası ile talep edilir.³⁷³ İdari yargılama usulünde, idari faaliyet sonucunda meydana gelen zararın; kesin, güncel ve doğrudan olup olmadığına bakılır³⁷⁴ ve zarar gören kişinin, idarenin faaliyeti ile zarar arasındaki nedensellik bağını birkaç delil başlangıcı ile ortaya koyması yeterli kabul edilir.³⁷⁵

Sorumluluk hukukunda malvarlığı kavramı, maddi ve manevi değerleri içerecek şekilde geniş yorumlanır. Zarar görenin; ekonomik geleceği, kişiliğini oluşturan vücut bütünlüğü, sağlık, şeref ve itibarı kişinin malvarlığını etkileyen değerlerdir. Tıbbi müdahale sonrası kişinin vücut bütünlüğü ihlâl edilmiş ise bu durum çalışmasına engel olabilir, tedavi giderlerini arttırabilir ve sahip olduğu iş

³⁷² Sıddık Sami ONAR, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, 3. B., C. III, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1960 ONAR, C.III, s.1714; ATAY/ODABAŞI, s.181.

³⁷³ ATAY/ODABAŞI, s.252.

³⁷⁴ ATAY/ODABAŞI, s.181; ÇAĞLAYAN, s.685-687.

³⁷⁵ AKYILMAZ ve Diğerleri, s.187.

gücünü olumsuz anlamda etkileyebilir. Tüm bunlar kişinin malvarlığında eksilmeye yol açıyorsa kişinin zarar gördüğünden söz edilir.³⁷⁶

İleride meydana gelmesi muhtemel eksilme veya kazanç kaybı da gerçek zarar olarak kabul edildiğinden zararın tazmini talep edilebilir.³⁷⁷ Kesin ve ortaya çıkma ihtimali yüksek olan zararların hesaplanması³⁷⁸ ve zararın para ile takdiri mümkün olmalıdır.³⁷⁹ Ayrıca, zarar doğurucu olayın uzantısı niteliğindeki zararların tazminat istemine konu olacağı kabul edilir.³⁸⁰ Örneğin: Tıbbi hata sonucu sakat doğan bebeğin gelecekte sosyal hayatında ve iş hayatında bazı sıkıntılar yaşayacağı göz önüne alınarak tazminat miktarı hesaplanmalıdır.³⁸¹

Hatalı tıbbi müdahaleden doğan idarenin sorumluluğu incelenirken teşhisin zamanında yapıldığı, hastaya ortalama özenin gösterildiği durumlarda dâhi zarar meydana gelebilir. Asıl sorun bu durumda idarenin hizmet kusuru nedeniyle sorumluluğuna gidilip gidilemeyeceğidir.³⁸² Hekimin hastasından ziyade idarenin hatasının daha baskın olduğu durumlar meydana gelmiş ise idarenin kamu hizmetini

³⁷⁶ Fikret EREN, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 21.B., Ankara, Yetkin Yayınevi, 2017, s.543-544.

³⁷⁷ Sait GÜRAN, *“İdare Hukukunda Tazminat Hesabının Unsurları”*, **Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlardan Sorumluluk ve Tazminat**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1996, s.122; ÇAĞLAYAN, s.686.

³⁷⁸ ATAY/ODABAŞI, s.185.

³⁷⁹ ONAR, C.III, s.1716; Hamit YUMUK, **İdari Yargıda Tazminat Davası**, Ankara Sosyal Bilimler Fakültesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, s.133.

³⁸⁰ YUMUK, s.130.

³⁸¹ ATAY/ODABAŞI, s.183.

³⁸² ÇINARLI, s.187.

özensiz olarak yürüttüğünden hasta yakınlarının zararlarının karşılanmasına karar verilmesi gerekir.³⁸³

Hatalı tıbbi uygulama nedeniyle doğan veya doğması muhtemel zarar da maddi veya manevi nitelikte olabilir. Müdahale sonrası ölüm meydana gelmiş ise “tedavi giderleri”, “cenaze giderleri” ve “ölenin yardımından yoksunluk zararı”; yaralama fiili meydana gelmiş ise “tedavi giderleri” ve “çalışma gücünün kaybından doğan zararlar” dikkate alınarak tazminat hesaplanmaktadır.³⁸⁴ Sorumluluk hukukunda zararın karşılanmasının ön koşulu, zararın para ile takdir edilebilmesi olduğundan, manevi zararların tespit ve tazmin edilebilirliğinde güçlükler yaşanır.³⁸⁵ Manevi tazminat yargı kararları geniş yorumlanarak “sadece şeref, haysiyet ve onur kırıcı işlem ve eylemlere ya da kişilerin vücut bütünlüğünde meydana gelen sakatlık hali veya ölüm sebebiyle ağır bir elem, üzüntü duyulması şartına bağlı” olması kabul edilmemiştir. Manevi tazminata hükmedilmesi için idarenin yerine getirmekle yükümlü olduğu kamu hizmetini gereği gibi sunamaması sebebiyle yeterli hizmet alamayan kişilerin üzüntü veya sıkıntı duymaları yeterli görülmüştür.³⁸⁶ Bu kapsamda, manevi tazminat ile kişilerin bedenine veya ruhuna yöneltilen haksız eylemlerden doğan zararın karşılanması ve zarar gören kişinin

³⁸³ Danıştay 10. D. 26.05.1999, E.1999/4814, K.1999/2945, <www.kazanci.com.tr>, 12.03.2016.

³⁸⁴ HAKERİ, s.645-646.

³⁸⁵ YUMUK, s.134.

³⁸⁶ Danıştay 15. D. 26.11.2015, E.2015/2622, K.2015/7990; Danıştay 15. D. 18.02.2016, E.2015/534, K.2016/990; Danıştay 15. D. 18.02.2016, E.2015/3233, K.2016/989, <www.kazanci.com.tr>, 18.04.2018.

duygusal olarak tatmin edilmesinin yanında kusurlu davranışı ile bireye zarar veren idarenin uyarılması³⁸⁷ amaçlanmalıdır.

Bu yönüyle manevi tazmin aracı olan manevi tazminatın, tam yargı davalarında sebepsiz zenginleşmeye yol açmayacak şekilde aynı zamanda da idarenin kusurunun ağırlığını ortaya koyacak miktarda olması gerekmektedir. Yakın tarihli Danıştay kararlarında, manevi tazminatın eski kalıplarından çıkarılarak caydırıcılık unsurunun ön plana alınması gerektiği ifade edilmiştir. Bu yaklaşım ile kişilerin bedenine ve ruhuna yöneltilen eylemlerden kişinin zarar görmesi hâlinde, idare aleyhine caydırıcı oranlarda manevi tazminat takdir edilmesi gerekliliği³⁸⁸ vurgulanmıştır.

Konuya ilişkin son olarak, sağlık hizmetleri sunumunda, hekime veya sağlık hizmeti sunan sağlık kurumuna herhangi bir kusur atfedilemediği durumlarda dâhi sağlık hizmetlerinin tüm yurt çapında eşit, ulaşılabilir şekilde yürütülmesi ve hizmetin yerine getirilmesinde gerekli koordinasyonun sağlanmasında eksiklik görüldüğünde Danıştay'ın zarar gören kişinin manevi zararlarının karşılanmasına³⁸⁹ yönelik yaklaşımı sorumluluk hukuku bakımından olumlu bir gelişme olarak kabul edildiği söylenebilir.

³⁸⁷ Danıştay 15. D. 30.01.2015, E.2014/7136, K.2015/413, Danıştay Tetkik Hâkiminin Düşüncesi, <www.kazanci.com>, 12.06.2017.

³⁸⁸ Danıştay 15.D. 15.04.2015, E.2014/5076, K.2015/2184; Danıştay 15.D. 04.02.2016, E.2015/7128, K.2016/606, <www.kazanci.com.tr>, 12.06.2017.

³⁸⁹ Danıştay 15.D. 08.10.2015, E.2015/3636, K.2015/5732, < www.kazanci.com.tr>, 12.06.2017.

4. Zarar ile Eylem Arasında İlliyet Bağının Bulunması

Kamu hizmetlerinin işleyişindeki nesnel bozukluk veya aksaklık olarak genel hatlarıyla ifade edilen hizmet kusuru sebebiyle idarenin tazmin yükümlülüğünün doğabilmesi için eylem ile zarar arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Diğer bir deyişle idare, nedensellik bağı kurulabilen eyleminden sorumludur.³⁹⁰

İdarece sunulan sağlık hizmetinden meydana gelen zarar ile eksik veya özensiz hizmet arasında ise tıbbi nedensellik bağının varlığı aranmaktadır.³⁹¹ Hukuki sorumluluğun koşulları her zaman olayın meydana geldiği anda ve bir arada ortaya çıkması mümkün olmayabilir. Hatta zararın idari eylemden kaynaklandığı durumlarda zararın gerçek miktarı veya illiyet bağı daha sonra da ortaya çıkabilir.³⁹² Bu yüzden, idari eylem ile meydana gelen zarar arasında illiyet bağı olmadığı takdirde idarenin sorumlu olmayacağına ilişkin³⁹³ ilke sağlık hizmetlerinden doğan zararlar bakımından daha esnek uygulama imkânı bulur. Hekiminin kusurunun bulunmadığı durumlarda dâhi sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesinde organizasyon kusuru olduğu gerekçesiyle idarenin sorumluluğuna hükmedildiğini

³⁹⁰ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, Yargı, s.613-614; KAPLAN, s.295.

³⁹¹ Danıştay 15. D. 08.06.2016, E.2016/1858, K.2016/4151, <www.kazanci.com.tr>, 17.03.2018.

³⁹² Danıştay 15. D. 07.03.2017, E.2015/7308, K.2017/555, <www.kazanci.com.tr>, 17.03.2018.

Örneğin: 2002 yılında yapılan bir ameliyatta, hastanın batın bölgesinde unutulmuş gazlı bezin sonradan fark edilmesi üzerine 2009 yılında ikinci bir ameliyatla çıkarılması üzerine zarar gören kişinin 2011 yılında açabildiği davada sağlık hizmetlerinin kusurlu olarak yerine getirildiği 2012 yılında tespit edilebilmiştir. Danıştay 15. D. 31.03.2016, E.2013/4385, K.2016/2236, <www.kazanci.com.tr>, 17.02.2018.

³⁹³ AKYILMAZ, 2004, s.173-174.

ve³⁹⁴ manevi tazminat ödenebilmesi için sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesinde bir takım eksikliklerin tespit edilmesi durumunda zarar ile eylem arasındaki dolaylı illiyet bağının yeterli görüldüğünü kararlarda görmek mümkündür.³⁹⁵ Örneğin: Sevk sırasında, ambulansın geç gelmesi neticesinde hastaneye zamanında ulaşamayan hastanın ölmesi ile yaşanan gecikme arasında bir illiyet bağı kurulamayan durumda manevi tazminat ödenmesine³⁹⁶; hastaneye sevk edilen ambulansın arızalanması üzerine yaşanan on iki dakikalık gecikmenin ölüm olayına herhangi bir etkisinin olmadığından yaşanan olay ile ölüm olayı arasında illiyet bağı kurulamıyor olsa da sağlık hizmetlerinde yaşanan gecikme sebebiyle oluşan elem ve ızdırabın giderilebilmesi için manevi tazminat ödenmesine karar verilmiştir.³⁹⁷

Uyuşmazlık konusu diğer bir olayda, rahatsızlanması üzerine devlet hastanesine başvuran kişiye, burada anemi teşhisi konulduktan sonra hasta acilen

³⁹⁴ Tedavi sırasında hastane mikrobu alarak hastanın hayatını kaybetmesi neticesinde hastane personeli ve hekime atfedilecek bir kusur olmasa da davalı idarenin gerekli hijyen şartlarını sağlamadığından sağlık hizmetinin kusurlu işletildiğine karar verilmiştir (Danıştay 15. D. 08.10.2015, E.2015/6119, K.2015/5733, <www.kazanci.com.tr>, 17.03.2018). Uzman hekim tarafından yapılması gereken müdahalenin asistan hekim tarafından yapılmasının murisin ölümüne etkisi olmasa da davalı idarenin gerekli organizasyonu sağlayamadığından hizmet kusuru bulunduğu ilişkin bkz. (Danıştay 15. D. 26.11.2015, E.2015/2622, K.2015/7990, <www.kazanci.com.tr>, 17.03.2018). Hekime herhangi bir kusur atfedilemeyen ancak idarenin organizasyon kusurunun bulunduğu ilişkin için bkz. Danıştay 15. D. 30.05.2016, E.2015/2607, K.2016/3893; Danıştay 15. D. 25.10.2016, E.2015/2030, K.2016/1840, < www.kazanci.com.tr>, 17.03.2018.

³⁹⁵ Danıştay 15. D. 05.03.2014, E.2013/4312, K.2014/1436, Danıştay 15. D. 09.06.2016, E.2013/4032, K.2016/4204, <www.kazanci.com.tr>, 17.03.2017.

³⁹⁶ Danıştay 15. D. 05.03.2014, E.2013/4312, K.2014/1436, <www.kazanci.com.tr>, 08.02.2018.

³⁹⁷ Danıştay 15. D. 09.06.2016, E.2013/4032, K.2016/4204, <www.kazanci.com.tr>, 27.01.2018.

aynı şehirdeki eğitim ve araştırma hastanesine sevk edilmiştir. Söz konusu hastanede, yatış işlemi yapılmış ve gerekli tetkik ve tedavi yapılırken hasta hayatını kaybetmiştir. İlk derece mahkemesi; otopsi yapılmadığı, kesin ölüm nedeninin belli olmadığı ve hastaya gerekli şekilde müdahale edilse bile kurtarılmama ihtimali bulunduğunu ifade ederek, idareyi tazminata hükmedebilmek için hastayı zarara uğratan fiil ile idarenin eylemi arasında gerekli illiyet bağının kurulamadığına karar vermiştir. Ancak Danıştay incelemesinde Yüksek Sağlık Şurası'nın; hastayla ilgilenilmediği, uzmanlara danışılmadığı ve hastaya zamanında müdahale edilmediği yönünde raporunun dikkate alınmadığı görülmüştür. Danıştay da, hastanın durumu ile ilgili uzmanlara danışılmamasının ve zamanında müdahale edilmemesinin ölüm üzerindeki doğrudan etkisi olduğu tespitinde bulunarak davacıya manevi tazminat ödenmesine karar vermiştir.³⁹⁸ Sözü edilen kararda, açık şekilde organizasyon eksikliği sebebiyle sağlık hizmetlerinin gereği gibi yerine getirilmemesi söz konusudur. İdarenin kusurlu eylemleri kadar harekete geçmesi gereken durumlarda hareketsiz kalması durumunda da idarenin sorumluluğuna gidilmesi mümkündür. Burada, idarenin hizmetin yerine getirilmesinde bakım, gözetim veya diğer yan

³⁹⁸ Danıştay 15. D. 05.03.2014, E.2013/4312, K.2014/1436, <www.kazanci.com.tr>, 16.01.2018, Ayrıca bir başka kararda, hasta geçirmiş olduğu trafik kazası sonucu kaldırıldığı üniversite hastanesinde hastaya yapılan tedavide sağlık hizmetlerinin sunumu kapsamında eksiklik bulunduğu kabul edilmekle birlikte; bilirkişi raporlarında davacı yakınının ölümü, idarenin kusurlu eyleminden kaynaklandığı ve şüpheden uzak şekilde kanıtlanamadığından idarenin eylemi ile meydana gelen zarar arasında illiyet bağı kurulamamıştır. Bu sebeple Danıştay, tedavi hizmetlerinin gereği gibi sunulmaması sebebiyle davacı yakınları acı ve üzüntü duyduğundan davacı yakınlarına manevi tazminat ödenmesine karar vermiştir (Danıştay 15. D. 29.09.2016, E.2016/2388, K.2016/4714,<www.kazanci.com.tr>, 29.01.2018).

yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirmediği açıktır. Bu sebeple, meydana gelen zarar ile eylem arasındaki³⁹⁹ illiyet bağı katı şekilde yorumlanmayıp zarar görenlerin maddi tazminatlarının karşılanması hukuka ve hakkaniyete daha uygun gözükmektedir. Bu hâliyle bazı durumlarda ortaya çıkan zarar ile sağlık personelinin eylemi arasında doğrudan illiyet bağı kurulamadığında, manevi tazminata hükmedilmesi hem zarar gören için adaletsiz sonuçlara yol açabilir hem de sağlık hizmetlerindeki eksikliklerin giderilmesini güçleştirebilir.

İdarenin tazmin sorumluluğu ile kamusal faaliyetler sonucunda, idare ile hizmet alanlar arasındaki bozulan ekonomik denge, yeniden sağlanmış olur. Bu nedenle kamusal faaliyetler sebebiyle hizmetten yararlananların malvarlığında eksilme ya da çoğalma olanağından yoksunluk ortaya çıkarsa bu zararların karşılanmasında⁴⁰⁰ yargı organlarının değerlendirmeleri oldukça önemlidir. Tıbbi müdahale kapsamında olmayan ancak idarenin birtakım gözetim ve diğer yükümlülüklerini gereği gibi yapmaması neticesinde meydana gelen zararlardan, idarenin sorumluluğuna gidilebilir. Danıştay'ın, hekimin müdahalesi ve meydana gelen zarar arasında illiyet bağı kurulamadığı durumlarda idarenin organizasyon kusurunun varlığını araştırması ve manevi tazminatı bir caydırıcılık unsuru olarak kabul ederek hem zarar görenin acıları hafifletilmeye çalışılırken idarenin daha dikkatli ve özenli hizmet sunması için uyarılması, sağlık hizmetinin gelişimine katkısı olacak olumlu bir yaklaşımdır.

³⁹⁹ Hizmet kusurunun tıbbi uygulamadan doğması gerekliliğinin olmadığı ve özel hukuktan farklı olarak hizmet ile zarar arasında da illiyet bağının kurulabildiği hakkındaki açıklamalar için bkz. SEVER, Sorumluluk, s.269.

⁴⁰⁰ Danıştay 15. D. 26.11.2015, E.2015/2622, K.2015/7990, <www.kazancı.com.tr>, 29.01.2018.

B. Defansif Tıp Uygulamalarında Kusursuz Sorumluluk

İdari sorumluluğun ortaya çıkmasından itibaren hizmet kusuru, diğer bir ifadeyle kusur sorumluluğu, öncelikli uygulama alanı bulmuştur. İdarenin faaliyetlerinin çeşitlenmesi ile idarenin bireye zarar verme olasılığı artmış, sadece idarenin kusurunun arandığı bir sorumluluk sistemi yetersiz kalmaya başlamıştır. Bu sebeple, idarenin eylemi ile ortaya çıkan zarar arasında uygun illiyet bağının bulunduğu bazı durumlarda kusursuz sorumluluk ilkesine dayanarak idarenin sorumluluğuna gidilebileceği kabul edilmiştir.⁴⁰¹

Kusursuz sorumluluk ilkesi, “*tehlike ilkesi*” ve “*fedakarlığın denkleştirme ilkesi*” ile ilişkilendirildikten sonra tehlike ilkesi; “*idarenin tehlikeli araç-gereçleri*”, “*mesleki risk*” ve “*sosyal risk*” olarak içtihatlarla şekillenmiştir.⁴⁰² Doktrinde yer alan baskın görüşe göre; kusursuz sorumluluk ilkesinin dar yorumlanması ve istisnai hâllerde uygulanması gerekmektedir.⁴⁰³ Kusursuz sorumluluğun uygulama alanı konusunda farklı önerilerde bulunulmuş olsa da Danıştay’ın sağlık hizmetinden kaynaklanan zararların kusursuz sorumluluk esaslarına göre karşılanmasına ilişkin sınırlı sayıda kararına rastlanmaktadır.

Nükleer tıp uygulamaları, beyin ameliyatları, akıl hastalarının bakımı ve korunması gibi özünde risk barındıran faaliyetlerde⁴⁰⁴; yeni denenen tedavi yöntemleri veya ilaçlar gibi mesleki risk ilkesinin uygulanabileceği durumlarda⁴⁰⁵;

⁴⁰¹ GÜNDAY, s.378. Benzer açıklamalar için bkz. ATAY/ODABAŞI, s.130; GÖKCAN, s.1035.

⁴⁰²GÜNDAY, s.379-383; GÖZÜBÜYÜK, s.304-313; ATAY/ODABAŞI, s.130; KAPLAN, s.283-290.

⁴⁰³ KAPLAN, s.282; ÇINARLI, s.256; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, Yargı, s.587.

⁴⁰⁴ GÜRAN, 1983, s.86.

⁴⁰⁵ SEVER, Sorumluluk, s.268.

koruyucu sağlık hizmetleri kapsamında yapılan uygulamaların, sağlık hizmetlerinde kullanılan tıbbi cihazlarda meydana gelen arızaların sağlık hizmetlerine dolaylı etkisinden doğan zararlarda, idarenin kusursuz sorumlu olması gerektiği ifade edilmiştir.⁴⁰⁶

Hekimin sorumluluğu, yargı organlarınca değerlendirilirken kullanılan ölçütlere dikkat edilmelidir. Zira bu ölçütler, hekimi tıbbi müdahalede bulunmada çekingenliğe yönlendirebilir. Daha önce ifade edildiği gibi hekimi yaptıklarından değil yapamadıklarından dolayı cezalandıran bir kusur sistemi, hastaları ve sağlık hizmetinden faydalananları koruyor gibi gözükse de uzun vadede hekimlik mesleğine zarar verir.⁴⁰⁷ Bu uygulamaların tıp literatüründeki karşılığı, defansif tıp uygulamalarıdır. Bu davranış şekilleri, hem sağlık hizmetinin kalitesini hem de hasta ile hekim arasındaki ilişkiyi olumsuz anlamda etkileyeceği göz önüne alınmalıdır.

Danıştay, geçmiş tarihli kararlarında bazen idarelerin aniden ortaya çıkan önlenmesi mümkün olmayan olaylarla karşı karşıya kaldığında ve idareye atfedilebilen bir kusur bulunmadığında kusursuz sorumluluğunun bulunduğuna ilişkin kararlar verebilmekteydi.⁴⁰⁸ Son zamanlarda ise Danıştay, riskli nitelik taşıyan

⁴⁰⁶ GÖKCAN, s.1039.

⁴⁰⁷ Selim KANETİ, “*Hekimin Hukuksal Sorumluluğunda İspat Yüğü*”, **Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu**, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, MHAUM, İstanbul, Fakülteler Matbaası,12/13 Mart 1982, s.68.

⁴⁰⁸ Danıştay kararına konu olan olayda: Ameliyat masasında, vücut ısısını ayarlayan ısıtıcı “Blankette” oluşan arıza bağlı olarak hastanın vücudunda oluşan yanığın beklenmeyen durum olduğu ifade edilerek ortaya çıkan zararın idarenin kusursuz sorumluluğu kapsamında değerlendirilmesine karar verilmiştir (Danıştay 10. D. 18.05.2007, E.2004/9232, K.2007/2720, <www.kazanci.com.tr>, 16.06.2017).

sağlık hizmetinde idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için zararın hizmet kusurundan doğması gerektiğini ifade ederek sağlık hizmetlerinde kusursuz sorumluluk ilkelerinin uygulanamayacağı kanaatindedir.⁴⁰⁹

Sağlık hizmetlerinin kötü ve geç işlemesi veya hiç işlememesi durumlarının belirlenmesi ve hekimin ortaya çıkan zararda etkisinin değerlendirilmesi hangi hizmet standartlarına göre yapılacağı ayrı bir sorun teşkil eder. Hekimlik, karmaşık yoruma ve kişisel değerlendirmelere açık bir görev olduğundan kusurun ağırlığının tespit edilebilmesinin güçlüğü⁴¹⁰ dikkate alındığında, kusursuz sorumluluk alanına sağlık hizmetlerinden doğan bazı zararların da dâhil edilerek genişletilmesi, hakkaniyete uygun olacaktır.

C. İdarenin Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Haller

İdarenin her türlü işlem ve eyleminden sorumlu olacağı, idare hukukunun bilinen temel ilkesidir. İdarenin zarar doğuran davranışının bulunduğu her durumda tamamıyla sorumlu olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Mücbir sebep, beklenmeyen hâl, zarar görenin kusuru ve üçüncü kişinin kusurlu davranışının olduğu durumlarda; kimi zaman idarenin sorumluluğu azalabilir, kimi zaman ise

⁴⁰⁹ Acil serviste yapılan enjeksiyon sonrasında, davacının sol bacağına oluşan yürüme bozukluğunun beklenebilir bir komplikasyon sonucu meydana geldiğinden idarenin hizmet kusuru bulunmadığına ancak, idarenin hak ve nesafet ilkeleri gereğince idarenin kusursuz sorumlu olduğuna karar veren ilk derece mahkemesinin kararının bozulmasına ilişkin bkz. Danıştay 15. D. 30.05.2016, E.2015/9957, K.2016/3880, <www.kazanci.com.tr>, 19.02.2018.

⁴¹⁰ GÜRAN,1983, s.83.

tamamen ortadan kalkabilir.⁴¹¹ Mücbir sebep, zarar veren kişinin dışında gerçekleştiğinden bunun önlenmesine imkân yoktur.⁴¹² Yer sarsıntısı, sel, yoğun yağış, yıldırım düşmesi ya da toprak kayması; mücbir sebeplerden sayılır. Bu hâllerin varlığı durumunda idari eylem ile zarar arasında illiyet bağı kurulamayacağından idarenin sorumluluğuna gidilemez.⁴¹³

Beklenmeyen hâl, yargı kararlarında “...idarenin iradesi dışında, önceden bilinmesi olanağı bulunmayan bir olay” şeklinde tanımlanmaktadır. Hizmetin içinde meydana gelen bu olayın idareye atıf ve isnat kabiliyeti devam ettiğinden idarenin, kusur sorumluluğu ortadan kalksa da kusursuz sorumluluğu devam etmektedir.⁴¹⁴ Mücbir sebep ile beklenmeyen hâl arasındaki farklılık da doğurdukları hukuki sonuç bakımından ortaya çıkmaktadır. Mücbir sebep hâlinde, idarenin kusur ve kusursuz sorumluluğu ortadan kalkarken, beklenmeyen hâl sadece kusurlu sorumluluğu ortadan kaldırmaktadır.⁴¹⁵ Mücbir sebep, ortaya çıkan doğa olayından veya idarenin dışında bir sebeple gerçekleşen bir olaydan meydana gelir. Ancak mücbir sebebin ortaya çıkmasında beklenmeyen durumun aksine dışsallık unsuru bulunmaktadır. Beklenmeyen hâlde zarar veren olay, yine idarenin kendi faaliyetinin bir parçası

⁴¹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. ONAR, C.III, s. 1718-1723; ATAY/ODABAŞI, s.208-214; GÜNDAY, s.384-385.

⁴¹² ONAR, C.III, s.1720.

⁴¹³ GÜNDAY, s.384-385.

⁴¹⁴ Danıştay 10. D. 18.05.2007, E.2004/9232, K.2007/2720, <www.kazanci.com.tr>, 29.01.2018.

⁴¹⁵ KAPLAN, s.298. Benzer yöndeki açıklamalar için bkz. GÜNDAY, s.384-385; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, Yargı, s.620.

olduğundan zarar ile idari faaliyet arasında illiyet bağının ortadan kalktığından söz edilemeyecektir.⁴¹⁶

Ayrıca zarar, üçüncü kişinin fiilinden veya doğrudan zarar görenin fiilinden meydana gelmemelidir. Zarar görenin bir eylemi varsa uğradığı zarar, kendi fiilinden meydana gelmiş ise idarenin eylemi ile meydana çıkan zarar arasındaki illiyet bağı ortadan kalkmıştır. Zarar gören kişinin fiilinin illiyet bağını tamamen ortadan kaldırmadığı durumlarda; zarar görenin fiili, idarenin sorumluluğunu azaltacaktır.⁴¹⁷ Üçüncü kişinin kusurlu eyleminden zarar doğmuş ise idarenin sorumluluğu üçüncü kişinin kusuru oranında azalır.⁴¹⁸

Sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesinde, idarenin sorumluluğunu kaldıran ya da azaltan genel sebeplerin uzantısı olarak görülebilecek ilave başka sebepler de bulunmaktadır. Somut olayın şartlarına göre şekillenecek veya çeşitlenebilecek bu sebeplerden bazılarına aşağıda yer verilmiştir.

1. Zarar Görenin Tıbbi Öyküsünü Tam Anlatmaması

Hekimin hastalığı doğru teşhis edebilmesi ve yerinde bir tıbbi müdahalede bulunabilmesi için hastanın tıbbi geçmişini bilmesi ve hasta tarafından doğru bilgilendirilmesi gerekir.⁴¹⁹ Hastanın çalışma koşulları, kullandığı ilaçlar, içki, sigara ve uyuşturucu madde kullanıp kullanmadığı, yaşadığı sosyal çevre ve ailesinde ortaya çıkan hastalıklar tıbbi öyküde bulunmalıdır.

⁴¹⁶ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, Yargı, s.621.

⁴¹⁷ ONAR, C.III, s.1721.

⁴¹⁸ GÜNDAY, s.385.

⁴¹⁹ AYAN, s.65

Hastanın tıbbi öyküsünün alınması, tıp literatüründeki adıyla “anamnez”, hem hasta ile hekim ilişkisinde hem de hastalığın tanı ve tedavisinde önemli bir yere sahiptir. İdarenin ve hekimin sorumluluğuna ilişkin uyuşmazlıklarda, tutulan kayıtlara bakıldığında, hastanın hastalığı veya kullandığı ilaçlar hakkında yeterli bilgi verip vermediği anlaşılır.⁴²⁰ Hastanın tıbbi öyküsünün tıbbi müdahalede bulunan hekim tarafından dikkate alınmamasında, idarenin hizmet kusurunun varlığı kabul edilebilir.⁴²¹ Bu bağlamda, hastanın tıbbi öyküsünü tam anlatmaması durumunda ise hekimin ve dolayısıyla idarenin kusurunu azaltıcı bir etken olabilir.

Tıbbi müdahale sürecinde, tedaviyi uygulayan sağlık ekibinin hastaya veya hasta yakınına soru sorması, sağlık geçmişi hakkında bilgi alıp, tedavinin riskleri hakkında bilgi vermesi gerekir.⁴²² Hastanın tıbbi öyküsünü almaması ve bunun sonucunda yanlış tedaviye başlaması veya hastayı hiç tedavi etmemesi hâlinde; hekimin kusurlu davranışından söz edilebilir.⁴²³ Zaten, uygulamada, hastanın

⁴²⁰ Rezzan GÜNDAY, **Tıbbi Müdahalede ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s.51-52.

⁴²¹ Danıştay 15.D. 03.03.2016, E.2015/7937, K.2016/1327, <www.kazanci.com.tr>, 30.01.2018.

⁴²² Danıştay 15. D. 14.02.2017, E.2016/2124, K.2017/665, <www.kazanci.com.tr>, 30.01.2018.

⁴²³ AYAN, s.66. Dava konusu olan bir uyuşmazlıkta: İdarenin hizmet kusurunun bulunup bulunmadığına bakılırken hastaya ilişkin anamnez incelenmiş, hastanın birbirine yakın tarihlerde farklı hastanelere gittiği ancak ileri tetkik ve tedavi imkânlarından faydalandırılmadığı anlaşıldığından, davalı idarenin sağlık hizmetini yerine getirirken kusurlu davrandığına karar verilmiştir (Danıştay 15. D. 03.03.2016, E.2015/7937, K.2016/1327, <www.kazanci.com.tr>, 30.01.2018). Diğer bir uyuşmazlıkta dünyaya gelen bebeğin; doğum sonrasında bir böbreğinin doğuştan bulunmadığı, kalbinde delik bulunduğu, makatının kapalı olduğu hususlarının gebelik dönemi muayenelerinde tespit edilmediği gerekçesiyle dava açılmıştır. Danıştay gebelik muayenesi için gidilen hastanelerde yeterli anamnez alınmadığı, ileri tetkikler hususunda hastanın

hekimini yeterince bilgilendirmemesinden ziyade hekimin gerekli bilgilerin kaydını tutmadığı, hastanın durumuna özel tetkik ve tahlillerin yapılmadığı göz önüne alınarak sağlık hizmetlerinin gereği gibi yürütülmemesinde, idarenin hizmet kusuru bulunduğu yönündeki kararlar dikkat çekmektedir.⁴²⁴

2. Hastanın Hukuka Uygun Rızası

Tıbbi müdahalelerde hastanın hukuka uygun rızası alınmalıdır. Hekim müdahaleyi hastanın anlayacağı şekilde kendisine açıklamalı ve açıklama sonrasında hasta durumunun gereklerine göre serbest şekilde karar verebilmelidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında uygulanması planlanan tıbbi müdahale hususunda hastaların müdahaleye rıza verebilecek şekilde bilgilendirilmesi ve hastaya müdahalenin öngörülebilir sonuçlarının açıklanması gerekliliğine dikkat çekmektedir. Bu kapsamda üye devletler, hastanın önceden bilgilendirmesine ilişkin yasal düzenlemeler yapmakla yükümlüdürler.⁴²⁵ Bu yükümlülüğü yerine getirmeyen

bilgilendirmediği, hatta bebeğin yenidoğan sistemik muayenesi dâhi yapılmadan ve muayene için hastaneye gelmesi konusunda hastanın bilgilendirildiğine dair tıbbi bir kayıt tutulmadan, anne ve bebeğin taburcu edildiğinden sağlık hizmeti sunumunun kusurlu olduğuna karar vermiştir (Danıştay 15. D. 18.02.2016, E.2015/3233, K.2016/989 , <www.kazanci.com.tr>, 30.01.2018).

⁴²⁴ Örneğin dava konusu olan bir uyuşmazlıkta; hastaya uygulanan tedavi sırasında penisilin enjekte edilmesi neticesinde hasta %90 zihinsel engelli hâle gelmiştir. Davacının penisilin alerjisi olduğuna dair öyküsünün alındığına ve hastanın penisilin uygulaması sonrasında gelişecek muhtemel riskler hususunda bir bilgilendirme yapıldığına dair bir kayda ulaşılamamıştır. Bu yüzden mahkeme, kamu hizmetinin kötü işlediği ve hizmet kusurunun meydana geldiğine karar vermiştir (Danıştay 15. D. 14.02.2017, E.2016/2124, K.2017/665, <www.kazanci.com.tr>, 30.01.2018).

⁴²⁵ AİHM Codarcea/Romanya Kararı, Başvuru No: 31675/04, 02.05.2009.

hekimler ise öngörülebilir bir tehlikenin gerçekleşmesi hususunda bilgilendirme eksikliği sebebiyle sorumlu tutulabilirler.⁴²⁶

İç hukukumuzda, hekimin aydınlatma yükümlülüğünün hukuki dayanakları 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunu'nun 70. maddesinde: *"Tabipler, diş tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın muvafakatini alırlar."*; Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 14. maddesinin ikinci fıkrasında: *"Tabip ve diş tabibi, hastasına ümit vererek teselli eder. Hastanın maneviyatı üzerine fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lâzımdır."* yer almaktadır.⁴²⁷ Ayrıca, Türk Tabipler Birliği Meslek Etiği Kuralları'nda: Hekimin hastasını; hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskleri, verilen ilaçların kullanışı ve olası yan etkilerini, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçları, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatması gerektiği belirtilmektedir (md.26).

Tıbbi müdahalede bulunulacak hastanın rızası, hem özel hukuk hem de ceza hukuku açısından hukuka uygunluk nedenlerinden biri⁴²⁸ olmasının yanında idarenin sorumluluğu bakımından da önemlidir. Sağlık Bakanlığı Bilgilendirilmiş Rıza Yönetmelik Taslağı'nın 1. maddesinde,⁴²⁹ aydınlatmanın her türlü tıbbi girişimin ön

⁴²⁶ AİHM Altuğ ve Diğerleri/Türkiye Davası, Başvuru No: 32086/07, 30.05.2015.

⁴²⁷ AYDAŞ, s.24.

⁴²⁸ HAKERİ, s.288.

⁴²⁹ Yönetmelik kapsamındaki sağlık kurum ve kuruluşlarında, hastanın vücut bütünlüğüne yapılan her türlü tıbbi girişimin ön koşulu olan bilgilendirilmiş rızasının alınmasını; insanın yaşama hakkı, vücut

şartı olduğu ifade edilir. Mahkemeler, önlerine gelen davalarda ayrıntılı onamın olup olmadığını inceler. Burada önemli olan husus, hastanın neye onay verdiğini anlamış olmasıdır.⁴³⁰ Aydınlatılması gereken kişi, hastadır. Aydınlatma için hastanın talebi olsun ya da olmasın hekim, aydınlatma yükümlülüğü altındadır.⁴³¹ Onam ile birlikte tedavinin gereği gibi yerine getirilmesine ilişkin hasta bilgilendirilerek tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu sağlanmak istenir.⁴³²

Bilindiği üzere, hastada meydana gelebilecek zararlı sonuçlar öngörülemiyor veya öngörülse bile engellenemiyorsa bu durum, komplikasyon olarak kabul edilir. Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olmasının ön koşulu, tıbbi uygulama sırasında veya sonrasında hekimin kusuru olmadan meydana gelebilecek komplikasyonlar hususunda hastanın bilgilendirilmesi ve bu uygulamaya onay vermesidir. Hekimin bu süreçte tıp biliminin öngördüğü meslek kurallarına uygun davranması ve tıbbi standarttan sapmaması gerekmektedir.⁴³³ Anayasa Mahkemesi'nde bireysel başvuruya konu olan bir olayda: Hekimin yanlış bir tıbbi müdahale için yazılı onam alması kendisini hukuki süreçten korumak için yeterli olmamıştır. Kasık ağrısı, sancı ve halsizlik şikâyetleri ile hastaneye başvuruda bulunan hastanın çekilen tomografisinde; vücudunda kanser olma riski bulunan kitleler tespit edilmiştir.

bütünlüğü, sağlığı ve bedeniyle ilgili tasarruflarının sağlanmasının, hak ihlallerinden korunabilmesini ve gerektiğinde hukuki korunma yollarını fiilen kullanabilmesiyle ilgili esas ve usulleri belirlemek amacıyla (md. 1) söz konusu yönetmelik hazırlanmıştır.

⁴³⁰ HAKERİ, s.291-293.

⁴³¹ HAKERİ, s.321.

⁴³² HAKERİ, s.295.

⁴³³ Danıştay 15. D. 08.10.2015, E.2015/6116, K.2015/5733; Danıştay 15.D. 04.02.2016, E.2015/455, K.2016/601, <www.kazanci.com.tr>, 02.02.2018.

Hekim, hastanın acil ameliyata alındığı bu vakada, hastanın yumurtalıkları ve rahminin tamamen alınması hususunda aileden yazılı onam almıştır. Ancak, hastanın doğurganlık özelliğini kaybettiği ameliyat sonrasında kemoterapi almak için başvurduğu başka bir hastanede yapılan tetkikler neticesinde hastanın aslında kanser olmadığı ortaya çıkmıştır. Bunun üzerine, ameliyatı yapan doktor hakkında tazminat davası açılmıştır.⁴³⁴ Yukarıdaki örnekten de anlaşıldığı üzere, hekimin kusurlu bir davranışı neticesinde tıbbi uygulama hatası meydana gelmiş veya tıbbi standartlardan sapılmış ise hastadan alınan yazılı onam belgesi idarenin ve hekimin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır.

3. Hastanın Hekimin Tavsiyelerini Yerine Getirmemesi

Hastanın tedavi ve teşhis sürecinde, hekimin tavsiyelerine uyma yükümlülüğü bulunmaktadır. Hekimin de bu süreçte teşhisinin doğruluğu ve yazdığı ilaçların etkili olduğu konusunda hastasını ikna etmesi gerekir.⁴³⁵ Hastaya herhangi bir tedavi veya tıbbi işlem öneren hekim, genel ve evrensel ilkeleri uyarınca tavsiyelerini yerine getirmeyen hastadan, tedaviyi veya tıbbi işlemi kabul etmediğine dair beyanını yazılı ve imzalı olarak alması gerekir.⁴³⁶

⁴³⁴ AYM 14.10.2015, E.2013/9116, sayılı bireysel başvuru kararı, RG 03.12.2015-29551.

⁴³⁵ HAKERİ, s.510-511.

⁴³⁶ AYM 25.01.2018, 2014/18266 sayılı bireysel başvuru kararı, karşı oy gerekçesi. Ancak aynı kararda, hekim tarafından doğum öncesi ayrıntılı bir muayenenin yapılmış olduğu ve hekimin doğumun hastanede takip edilmesi önerisinin reddedildiği yönündeki Adli Tıp Kurumu'nun tespiti yeterli görülmüştür. Hekimin yatış önerisine uyulmaması neticesinde başvurucunun ve eşinin, aynı gün içinde meydana gelen zor doğum eyleminin tespitinin güçleştirdiği ve bu davranışın doğum sonrasında çocukta kalıcı hasara yol açtığı ifade edilmiştir. Anayasa'nın 56. maddesi uyarınca, sağlık hakkının ihlâl edildiğine ilişkin iddiayı inceleyen Anayasa Mahkemesi'nin kabul edilemezlik

Hastanın hekimin tavsiyelerini yerine getirmemesi veya geciktirmesi idarenin sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlerden biri olarak değerlendiriliyor olsa da mahkeme kararlarının idarenin sorumluluğunu geniş yorumladığını görmekteyiz. Yoğun bakım ünitesinde yatmakta olan ve kendisine solunum cihazı bağlanmış olan hastanın solunum maskesini çıkarması örneğinde; Danıştay daha önce hastanın maskesini çıkarmaya çalıştığının hastane personelince bilindiğine dikkat çekerek personelin solunum cihazını çıkarmasını engelleyici müdahalelerde bulunmadığından davalı idarenin hizmet kusuru bulunduğu karar verilmiştir.⁴³⁷

Hastanın, yapılması gereken tetkiklerin sonuçlarını hekime ulaştırmaması⁴³⁸ ve hekimin işini zorlaştırdığı durumlarda veya kamu hastanesinde yapılamayan veya ivedilik içeren bir tetkik için başka hastaneye yönlendirilen hastanın, bu tetkiklerin sonuçlarını hastaneye geç getirmesi durumunda oluşan zararda; hastanın kendi kusurlu davranışı sebebiyle durumu daha da ağırlaştırdığı ileri sürülebilir.⁴³⁹ Aslında idarenin sorumluluğunu azaltan nedenleri tahdidi olarak sıralamak mümkün değildir. Sağlık hizmetleri, içinde değişken faktör birçok bulunan bir hizmettir. Bu sebeple, sayılan başlıklardan birine dâhil olmayan ama idarenin sorumluluğunu azaltan veya kaldıran bir nedenin ortaya çıkabileceğinin göz önünde tutulması gerekmektedir.

kararında, hekimin tavsiyelerinin yerine getirilmemiş olmasının etkili olduğu söylenebilir (<www.anayasa.gov.tr>, 02.02.2018).

⁴³⁷ Danıştay 10.D. 24.09.2007, E.2005/3719, K.2007/4316, <www.kazanci.com.tr>, 02.02.2018.

⁴³⁸ Danıştay 15.D. 10.03.2016, E.2014/5674, K.2016/1586, <www.kazanci.com.tr>, 02.02.2018.

⁴³⁹ Aynı karar.

4. Tıbbi Müdahalede Zorunluluk Hâli

Sağlık hizmetleri; teşhis, tedavi ve koruma amacıyla verilir. Bu amaçlar olmaksızın ölüme sebep olabilecek, vücut bütünlüğünü ihlâl edecek, akli veya bedeni mukavemeti azaltabilecek hiçbir tıbbi hizmet verilemez ve verilmesi istenemez (HHY md.12). Benzer şekilde; vücut bütünlüğünün ihlâl edilmemesi, hayati tehlikeye yol açacak durumlardan kaçınmak, akli ve bedeni bütünlüğü korumak dışında tıbbi müdahalede bulunulamayacağı düzenlenmiştir (HHY md.5). Sorumluluğu ortadan kaldıran hâllerden biri olarak ifade edilen zorunluluk hali: *“Başka türlü davranmak imkanı olmadığından ve daha yüksek bir değeri korumak için, hukuka aykırı bir eylem (suç veya haksız fiil) işlemek durumunda kalan kimsenin hukuken sorumlu tutulmasını”* önlemektedir.⁴⁴⁰ Ancak zorunluluk hâlinde dâhi fiil hukuka aykırı olamaz (TBK md. 63/2). Sağlık hukuku açısından baktığımızda; *“bulaşıcı hastalık aşıları, bulaşıcı hastalık tedavileri; şahsın hayatının tehlikede olduğu, tıbbi açıdan derhal müdahale edilmezse öleceğinin öngörüldüğü durumlar”* zorunluluk hâllerinden sayılabilir.⁴⁴¹

Örneğin, hastanın bilincinin açık olmadığı ve tıbbi müdahaleye onam veremeyeceği hâllerde, hekimin zorla tıbbi müdahalede bulunduğu bahsedilemez. Zorunluluk hâlinde, tıbbi müdahalede bulunulması gerektiğinde kişinin kendi geleceğini kendisi belirleme ve yaşam hakkı karşı karşıya gelmektedir. Böyle durumlarda hekimin, hastanın yaşam ve sağlık hakkını sağlayabilmek için

⁴⁴⁰ HAKERİ, s.271.

⁴⁴¹ SAVAŞ, 2007, s.233.

tıbbi müdahalede bulunduğunda hastanın onamını alınmadığı için hukuka aykırı hareket ettiği iddiasında bulunulamayacaktır.⁴⁴²

D. İdarenin Sorumluluğunun Tespitinde Uzman Bilirkişilik

Tıp bilimi, teknolojik gelişmelere paralel olarak sürekli gelişen bir alan olduğundan uyuşmazlıklar, hâkimin genel hayat tecrübesiyle ve sahip olduğu hukuki bilgiyle çözümlenemez. Bu sebeple mahkeme, tıbbi müdahale hatasından kaynaklanan bir uyuşmazlığın çözümü hususunda taraflardan birinin talebi üzerine veya kendiliğinden bilirkişinin oy ve görüşüne başvurmaktadır(HMK md. 266).⁴⁴³

Hekimliğin, gerekli ve yeterli tıbbi hizmeti sunmak hususunda özel ve etik görevleri bulunmaktadır. Dünya Tabipler Birliği, hekim ile hasta arasındaki ilişkinin ticari mal ve hizmet ilişkilerinden farklı tutulması gerektiğini ve her ülkenin iç hukukundaki yasal süreç nasıl ilerlese ilerlesin; hekimin performansı ya da mesleki davranışının yine bir hekim tarafından değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir.⁴⁴⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de tıbbi bilirkişilerin; başvuran kişilerin somut ihmal iddialarını dikkate almasını, raporunda ana konudan uzaklaşmamasını ve sorulan sorulara açık bir şekilde cevap verilmesi gerektiğini belirtmektedir.⁴⁴⁵ Ayrıca Mahkeme, sağlık hizmetlerinin sunumunda meydana gelen zararların tazmin edilmesine ilişkin davalarda; gerekçeli bir sonuç içeren ve somut

⁴⁴² HAKERİ, s.274.

⁴⁴³ 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK), RG 04.02.2011-27836. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesinde 6100 sayılı Kanun'a atıf yapılan müesseselerden biri de bilirkişilik müessesesidir (Ayrıntılı bilgi için bkz. KARAKUŞ, s.119-141).

⁴⁴⁴ SAYEK, s.48.

⁴⁴⁵ AİHM Erdinç Kurt ve Diğerleri/Türkiye Kararı, Başvuru No:50772/11, 06.06.2017, par. 63.

olayda ileri sürülen sorunlara cevap getiren, detaylı ve bilimsel olarak desteklenen raporların kişilere, adalete güveni telkin edeceğini ifade etmektedir.⁴⁴⁶

Bilirkişinin özel ve teknik bilgi birikimine sahip olduğu göz önüne alındığında, herkesin bilirkişi olamayacağı muhakkaktır.⁴⁴⁷ Yüksek Sağlık Şurası ve Adli Tıp Kurumu, tıbbi uygulama hatalarının tespitinde başvurulacak resmi bilirkişiler olarak ifade edilir.⁴⁴⁸ Yüksek Sağlık Şurası, 1219 sayılı Tababet ve Şaabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunu'nun 75. maddesi uyarınca bilirkişilik görevini sürdürmekteydi. Söz konusu maddenin Anayasa'ya aykırı bulunması ile birlikte,⁴⁴⁹ Yüksek Sağlık Şurası'nın hatalı tıbbi uygulamaları sebebiyle hekim ve diğer sağlık personeline karşı açılan ceza davalarında zorunlu

⁴⁴⁶ Uyuşmazlık konusu olayda; kısaca, hastanın doğum yaptığı hastanede yenidoğan servisinin veya uygun kuvözlerin bulunmaması sebebiyle yenidoğan servisinin gerekli bakım ve tedavi hizmetleri sunabilen başka hastane ararken bebeğin hayatını kaybetmesi ile ilgilidir (AİHM Aydoğdu/Türkiye Kararı, Başvuru No:40448/06, 30.08.2016).

⁴⁴⁷ GÖZÜBÜYÜK, s.464.

⁴⁴⁸ KIZILYEL, s.75-77; PAKİŞ, s.31-33.

⁴⁴⁹ 1219 sayılı Kanun'un 75.maddesinde; "*Tababet ve şaabatı sanatlarının icrasından mütevellit ceraimde mahkemelerin muvafık göreceklere muhtebirin rey ve mütalaasına müracaat hakkındaki serbestileri baki kalmak şartıyla meclisi alii sıhının mütalaası istifsar edilir.*" hükmü yer almaktaydı. AYM 03.06.2010, E.2009/69, K.2010/79, RG 22.10.2010-27737. Hekimlerin yapmış oldukları görevi ile ilgili adli soruşturmalarda, yargı organlarının Yüksek Sağlık Şurası'nın görüşünü almak zorunda olması ancak kanunda Kurul görüşünün alınması için belli bir süre öngörülmemiş olması sebebiyle davaların gereksiz yere uzadığı ve bu durumun adil yargılanma ilkeleriyle bağdaşmadığı gerekçesiyle söz konusu maddenin Anayasa'ya aykırı olduğuna karar verilmiştir.

bilirkişilik görevi sona ermiştir. Ancak, Kurum'un hukuk davalarında⁴⁵⁰ Adli Tıp Kurumu ile birlikte resmi bilirkişilik görevi devam etmektedir.⁴⁵¹

Dava konusu uyuşmazlık hakkında özel ve teknik bilgiye sahip olan kişilerin bilgisine başvurularak hukuka uygun karar verebilmek için gerekli bilgiye ulaşmak istenir. Bilgisine başvuru alan bilirkişiler, uyuşmazlığa konu olayla ilgili uzman kişiler olmalıdır.⁴⁵² Yargı organları, idarenin tazmin yükümlülüğüne karar vermeden önce

⁴⁵⁰ “Sağlık meslek mensuplarının mesleklerini icra ederken ortaya çıkan adli konularda mahkemelere görüş vermek ve idarî soruşturmacılar ve uzlaşma komisyonları için bilirkişi listesi belirlemek üzere onbeş üyeli Yüksek Sağlık Şûrası kurulmuştur.” (663 sayılı KHK md.21).

⁴⁵¹ Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşları ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (Kararname Numarası: 4) ile Adli Tıp Kurumu'nun kuruluş görev ve yetkilerine ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiştir (RG 15.07.2018- 30479). Söz konusu Kararnamede, Adli Tıp Kurumu'nun mahkemeler ve savcılıklar ile Kurumun uygun gördüğü alanlarda kamu kurum ve kuruluşları tarafından gönderilen adli tıpla ilgili konularda bilimsel ve teknik görüş bildireceği düzenlenmiştir (md.3/a), Yine Kararnamede: Ölümlü sonuçlanan ve ölümlü sonuçlanmayan tıbbi uygulama hatalarına ilişkin “iller” hakkında bilimsel ve teknik görüşlerini bildirmesi için “ile” iki ayrı ihtisas kurulu görevlendirilmiştir (md.17/f-g).

⁴⁵² Uyuşmazlık konusu olayda: İlk derece mahkemesi, yeni doğan bebeğe doğum sonrası fazla ısı verilmesi sonucunda vücudunda yanıklar olması ve sol dizini kullanamaz hale gelmesinde idarenin hizmet kusurunun bulunup bulunmadığını tespit edebilmek için Adli Tıp Kurumu'na başvurmuştur. İlgili Kurum da hastaya uygulanan tedavide bir eksiklik veya hizmeti sunan personelde herhangi bir kusur bulunmadığına ilişkin bir rapor hazırlamıştır. Ancak mahkeme, bilirkişilerin uyuşmazlık konusunda özel ve teknik bilgiye sahip olan kişiler arasından seçilmesi gerekliliğini hatırlatarak, olayı çözümlenebilmek için kurulda uyuşmazlık konusu ile ilgisi olan kadın hastalıkları ve doğum uzmanı ile cildiye uzmanının bulunmamasını bir eksiklik olarak nitelendirmiş ve Adli Tıp Kurumu'ndan yeni bir rapor alınarak hizmet kusurunun bulunup bulunmadığının yeniden değerlendirilmesi gerektiğine

hizmet kusurunun bulunup bulunmadığını tespit edebilmek için öncelikle meydana gelen tıbbi müdahale hatasının Adli Tıp Kurumu tarafından incelenip bu hususta açıklayıcı bir rapor yazılmasını isterler.⁴⁵³ Tıbbi durumun tespiti için Adli Tıp Kurumu'na gönderilen dosyalar, ihtisas komisyonunca incelenir. Bilirkişinin yapmış olduğu inceleme neticesinde sunmuş olduğu rapor, mahkeme tarafından yeterli bulunmaz ise gerekçesi de belirtilerek dosya Kuruma gönderilir. Adli Tıp Üst Kurulları da konu ile ilgili uzman üyelerin katılımıyla yeniden vakayı inceler ve uyuşmazlığı kesin olarak karara bağlar.⁴⁵⁴ Raporda, gerekli hususlara yer verilmemiş olduğu anlaşılır ise daha nitelikli ve açıklayıcı bir rapor alınması için yeniden Adli Tıp Kurumu'na başvurulabilir. Hatta ikinci bir rapor talep edilmemesi bozma sebebi olabilir.⁴⁵⁵ Adli Tıp Kurumu'na bilirkişilik incelemesi yaptırılmadan karar veren mahkemelerin kararları ise hukuka aykırı kabul edilir.⁴⁵⁶

karar vermiştir (Danıştay 15. D. 04.02.2016, E.2015/455, K.2016/601); Ayrıca bkz. DAN 15. D. 24.03.2016, E.2015/9336, K.2016/2014, <www.kazanci.com.tr>, 17.07.2017.

⁴⁵³ Danıştay 15.D. 27.05.2016, E.2016/3514, K.2016/3853, <www.kazanci.com.tr>, 17.07.2017.

⁴⁵⁴ Danıştay 15.D. 10.03.2016, E.2014/5674, K.2016/1586, <www.kazanci.com.tr>, 17.07.2017 (Ayrıca ilgili maddeler için bkz 2659 sayılı Kanun md.2 ve md.15).

⁴⁵⁵ Danıştay 15. D. 27.05.2016, E.2016/3514, K.2016/3853; Danıştay 15. D. 02.11.2017 , E.2017/1238, K.2017/6239, <www.kazanci.com.tr>, 17.07.2017. Danıştay'ın bu yaklaşımı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bakış açısını yansıttığı söylenebilir. 2017 yılında karara bağlanan bir uyuşmazlıkta: Mahkemeye başvuran Duru Kurt, kalp rahatsızlığının tedavi edilmesi için biri ağır olan iki ameliyat geçirmiştir. İkinci ameliyat, ilk ameliyat sonrasında gelişen komplikasyonların giderilmesi için yapılmış ancak ağır nörolojik sorunlara sebep olmuştur. Başvuranlar, öncelikle iç hukuk yoluyla zararlarının karşılanması yoluna gitmişlerdir. Uyuşmazlığın görüldüğü asliye hukuk mahkemesine sunulan bilirkişi raporu, uygulanabilir tıbbi standartlar ile hastaya uygulanan somut tedavi arasındaki bağlantıyı yeterince açıklamadığından yeterli görülmemiştir. Bunun üzerine,

Bununa yanında, Adli Tıp Kurumu raporları arasında çelişkiler tespit edilmiş ise gerçek durumun saptanması amacıyla dosyanın Adli Tıp Kurulu Genel Kurulu'na gönderilmesi gerekir. Raporlar arasında çelişki bulunması halinde dosyanın Adli Tıp Kurumu'na göndermeyerek eksik inceleme ve araştırma yapan ilk derece mahkemesinin kararının bozulmasına karar verilebilir.⁴⁵⁷ Mahkemelerin, Adli Tıp Kurumu'nun hazırladığı raporlar doğrultusunda karar aldığı ifade edilse de⁴⁵⁸ kurul raporlarının aksi yönde verilen kararlara da rastlamak mümkündür.⁴⁵⁹Yine, hekime

başvuran kişilerce yeni bilirkişi raporu talep edilmiş ancak söz konusu mahkeme tarafından bu talep reddedilmiştir. Son olarak zarar gören kişiler, AİHS'yle korunan haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmuşlardır. Mahkeme de tıbbi müdahalenin gerektirdiği risklerden bağımsız olarak bilirkişilerce müdahalenin incelenmesi gerektiğine dikkat çekerek bilirkişi raporunun yeterince gerekçelendirilmemesi ve başvuranların rapora itirazlarının asliye hukuk mahkemesince değerlendirilmeyerek bilirkişi taleplerinin kabul edilmemesini, Sözleşme'nin 8. maddesine aykırı olduğuna karar vermiştir (AİHM Erdinç Kurt ve Diğerleri/ Türkiye Kararı, Başvuru No:50772/11, 06.06.2017).

⁴⁵⁶ Örneğin: Down sendromlu olarak dünyaya gelen bir bebeğin doğum öncesi testler ve ultrason ile bebeğin down sendromu olup olmadığının tespit edilemeyeceği ve idarenin hizmet kusurunun olup olmadığı yönünde Adli Tıp Kurumu'na bilirkişi incelemesi sonrası karar verilmesi gerekirken davalı idarenin düzenlediği inceleme raporu esas alınmak suretiyle verilen karar, hukuka uygun bulunmamıştır (Danıştay 15. D. 09.05.2016, E.2013/4524, K.2016/3302, <www.kazanci.com.tr>, 17.03.2018.

⁴⁵⁷ Danıştay 15. D. 23.05.2016, E.2013/4474, K.2016/3697. Benzer kararlar için bkz. Danıştay 15. D. 30.05.2016, E.2013/5569, K.2016/3889; Danıştay 15. D. 15.02.2017, E.2013/12002, K.2017/728; Danıştay 15. D. 06.06.2016, 2013/4518, K.2016/4034,<www.kazanci.com.tr>, 17.03.2018.

⁴⁵⁸ KIZILYEL, s.77.

⁴⁵⁹ Danıştay kararına konu olan bir olayda:Davacının görme yeteneğini kısmen kaybettiği iddiası ile açılan davada Adli Tıp Kurumu, ikinci bir müdahale ile giderilebilecek komplikasyonun ortaya

atfedilebilecek bir kusurun bulunmadığına karar verilen bazı durumlarda davaya bakan mahkemenin, davalı idarenin hizmet kusuru bulunduğuna karar verdiği görülmektedir.⁴⁶⁰

Sağlık hizmetlerinde, bir hata meydana geldiğinde bu durum “hekim hatası” değil “tıbbi uygulama hatası” olarak değerlendirilir.⁴⁶¹ Doğrudan hekimin suçlandığı ve herhangi bir kusurunun olup olmadığının araştırıldığı bu süreçte, yine alanında uzman hekimlerin yaptığı değerlendirme, hâkimin vicdani kanaatinin oluşmasına yardımcı olacağından,⁴⁶² Adli Tıp Kurumu’nun yapmış olduğu inceleme oldukça önem arz etmektedir.⁴⁶³

çıkıldığı, bu sebeple hekime atfedilebilecek bir kusur olmadığı yönünde bir rapor hazırlamıştır. Ancak mahkeme, yapılan operasyonun tek aşamada sonlandırılabilir olması göz önüne alarak ikinci bir müdahale öngörülmesinin durumu komplikasyon olmaktan çıkardığını ifade etmiştir. Sonuç olarak, tıbbi müdahalede gerekli dikkat ve özenin gösterilmediğini ve meslekte acemilik doğduğundan idarenin hizmeti kusurlu yürüttüğüne karar vermiştir (Danıştay 15.D. 10.03.2016, E.2015/8936, K.2016/1604, <www.kazanci.com.tr>, 19.03.2018). Benzer şekilde; tıbbi müdahalenin tıp kurallarına uygun olduğu yönünde verilen Adli Tıp Kurumu raporuna rağmen mahkeme, idarenin gerekli özeni göstermediği kanaatiyle manevi tazminat ödenmesine karar verebilir (Danıştay 15. D. 30.05.2016, E.2013/4482, K.2016/3888, <www.kazanci.com.tr>, 17.03.2018).

⁴⁶⁰ Danıştay 15. D. 30.05.2016, E.2013/4490, K.2016/3879; Danıştay 15. D. 30.05.2016, E.2015/2607, K.2016/3893; Danıştay 15. D. 06.06.2016, E.2013/4502, K.2016/4029, <www.kazanci.com.tr>, 17.03.2018.

⁴⁶¹ POLAT, 2005, s.32.

⁴⁶² POLAT, 2000, s.456.

⁴⁶³ AİHM, sahip olduğu tıbbi bilgilerden hareketle bilirkişilerin vardığı ve ulusal yargı organlarının dayandığı sonuçların geçerliliği hakkında tahminlere dayalı olarak fikir yürütmenin görevi olmadığını belirtmektedir. Bu bağlamda Mahkeme, böcek ısırığı sebebiyle yapılan iğne sonrasında hayatını kaybeden kişi hakkında alınan Adli Tıp Kurumu raporlarında, müdahalede bulunan sağlık

II. DEFANSİF TIP UYGULAMALARINI ÖNLEME ÇABALARI

Hekimler de yanılabilir, hatta bazen hata yapmaları kaçınılmaz olur. Hekimler hata yapabilme ihtimallerinin göz ardı edilip hekimlik becerileri ile ilgili yüksek beklentilerde olunmasından rahatsızlık duymaktadırlar. Bir hata olduğunda da hekim bunu açıkça hasta ve hekim arkadaşları ile konuşabilmelidir. Bu yapıldığı takdirde belki de hekimlerin hataları daha anlaşılır hale gelebilirken, hasta da ne için dava açacağını daha net görebilir. Asıl önemli nokta hekimin hatasını anladıktan sonra bir dahaki sefer de bunu telafi etmeye çalışmasını sağlayabilmektir.⁴⁶⁴

Hekimler hatalı tıbbi müdahaleden doğan tazminat davalarında artış yaşanmasıyla artık hastaya, hasta olarak değil potansiyel davacı olarak bakmaya başlamışlardır.⁴⁶⁵ Doktorların, hastaları ile ilgilenirken aklının bir köşesinde hep dava edilme korkusu olduğu: “Üzücü olan şu ki; hekimlerin iki gözü de hastaların üzerinde olması gerekirken bir gözü de mahkemelerdedir.” sözleri ile ifade edilmiştir.⁴⁶⁶

Yukarıda yer verilen konuyla ilişkili olarak yer alan açıklamalardan ve sayısal verilerden hekimin bireysel sorumluluğunun bulunduğu ABD’de sağlık hizmetleri gibi riski yüksek olan faaliyetlerden doğan sorumluluğun sadece hekime

personelinin hatası ve ihmali bulunmadığı yönündeki tespitleri dikkate alarak başvuruların yaşam hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir (AİHM Mümin ve Bahriye BALCI/Türkiye, Başvuru No:58194/10, 19.11.2015).

⁴⁶⁴ PEGALIS, s.2.

⁴⁶⁵ WOODWARD, s.335-336; HERSHEY, s.80-81.

⁴⁶⁶Cümlenin orijinali şu şekildedir: “The cry is that doctors now have one eye on the law courts instead of both eyes on the patient” (Gerard PANTING, “Doctors On The Defensive”, **Guardian**, 01.05.2005, <www.theguardian.com>, 15.06.2015).

yüklenmesinin uzun vadedeki olumsuz sonuçları görülmektedir. Ülkemizde Anayasa'nın 129. maddesi ile 657 sayılı Kanun'un 13. maddesi uyarınca, kamu hastanelerinde çalışmakta olan hekimlerin doğrudan sorumluluğuna gidilmemesinin hem hekim açısından hem de sağlık hizmetinden faydalanan kişi bakımından faydaları bulunmaktadır. Sağlık sistemimizi Amerika Birleşik Devletleri'nde olduğu gibi şekillendirilmeye çalışılıyor olsak da iç hukukumuzda hekimin bireysel sorumluluğunun bulunacağı bir sistem her şeyden önce mevzuata aykırıdır. Ayrıca böyle bir sistemin hasta ve hekim açısından oldukça olumsuz sonuçlar doğuracağı muhakkaktır.

Hekimlerin dava edilme kaygıları, sağlık hizmetlerine defansif uygulama olarak yansımaktadır. Bu sebeple; defansif tıp sorununun dikkat çektiği Amerika Birleşik Devletleri'nde, defansif uygulamaların önüne geçebilmek için bazı reformlar önerilmektedir. Reformlarda; *“hasta tazminat fonları”*, *“sağlık hizmeti sunanların sorumluluklarının sınırlandırılması”*, *“kurumsal sorumluluk”*, *“özür dileme kanunları”*, *“kusura dayalı olmayan sorumluluk”*, *“sağlık mahkemeleri”* ve *“erken çözüm önerisi kanunları”* gibi düzenlemelerden bahsedilmektedir.⁴⁶⁷

Ülkemizde de hekimlerin, kendilerini dava tehdidinden korumak amacıyla defansif uygulama yaptıkları bilindiğinden, bu konuda idarece önlem alınmaya çalışılmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri'ndeki reform önerileri incelendiğinde, bir kısmının iç hukukumuzda uygulanamaz nitelikte olduğu görülmektedir. Ancak yine de sorumluluk hukukundaki sorunlara yeni bakış açısı getirebilecek nitelikte olduğu için bu örneklerin bazılarını aşağıda yer verilmiştir. Bununla birlikte yine bu

⁴⁶⁷ Robert B. LEFTAR, *“Medical Malpractice Reform Measures and Their Effects”*, **Chest Medical Ethics**, 144(1), 2013, s.306.

bölümde defansif uygulamalara sebep olan hekimlerin yargılanma kaygısını giderilebilmek için tarafların başvurabilecekleri mahkeme dışı çözüm yolları örneklerine yer verilmiştir.

A. Tıbbi İmkânların Finansmanının Düzenleyici İşlemlerle Sınırlanması

Sosyal sigortalar ve genel sağlık sigortasından yararlanan kişilerin hastalanmaları hâlinde; “*tetkik ve tahlilleri ile diğer tanı yöntemleri*”nin veya “*analık sebebiyle doğum ve konulan teşhise dayalı olarak yapılacak tıbbi müdahale*”lerin finansmanı devlet tarafından karşılanır.⁴⁶⁸ Finansmanı devlet tarafından karşılanan hizmetlerden bireylerin faydalanmaları, hekimlerin ise bu imkânları kullanmak istemeleri olağandır. Hekimlerin gelir kaynağının maaş ve performans ücretinden oluşmaya başlamasından dolayı; daha fazla performans ücreti alabilmek için hekimlerin, gereksiz tetkik ve tahlil yaptığı iddia edilmektedir. Ancak hekimler, tıbbi müdahale sürecinde bir yandan hastaların sınırsız istekleri ile ilgilenmek zorunda olup diğer taraftan da dava tehdidi altında mesleklerini yapmaya çalışmaktadır. Bu süreçte hekim, tıbbi gereklilik olmamasına rağmen kendisini hukuki olarak güvence altına almak için tahlil ve tetkik isterse ya da riski yüksek normal doğumdan kaçınırsa bunlar defansif uygulamalara örnek olarak gösterilebilir.

Tıbbi gereklilik olmamasına rağmen yapılan bu uygulamaların, hukuki yaptırımlarının olmasının yanında maddi külfeti de bulunmaktadır. 2012 yılında Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliği’nde⁴⁶⁹ yapılan değişiklik ile on gün içinde, aynı branştan birden fazla hekime başvurulmasını caydırıcı düzenlemeler

⁴⁶⁸ 5510 md. 63/ 1/ b.

⁴⁶⁹ RG 25.03.2010-27532.

yapılmıştır.⁴⁷⁰ Bunun yanında; Sağlık Bakanlığı, hemen hemen her yıl, maliyeti yüksek sezaryen doğumu, normal doğuma tercih eden hastane ve hekimlere dönük yaptırımlar uygulanacağından bahsetmektedir. Avrupa’da %15-20 arasında değişen sezaryen ile doğum oranı; 2011 yılındaki verilere göre Türkiye’de % 47 dir. Bu veri; Türkiye’de her iki kadından birinin sezaryen yoluyla doğum yaptığını göstermektedir.⁴⁷¹ 2010 yılında çıkarılan “*Doğum ve Sezaryen Eylemi Yönetim Rehberi*”nde sezaryen doğumun hangi şartlarda yapılması gerektiğine ilişkin önerilerde bulunmuş olsa da⁴⁷², bir yıl sonraki verilere bakıldığında Türkiye’deki sezaryen uygulaması oranlarının yine dünyadaki oranlardan çok daha yüksek olduğu görülmektedir.

Sosyal Güvenlik Kurumu, hekimlerin gereksiz tahlil ve tetkik yapmalarının önüne geçebilmek amacıyla bazı tedaviler için gideri ne olursa olsun sabit bir ödeme yapmaktadır. Ancak Kurumun defansif tıp uygulamalarını önleme çabaları, başka türlü bir defansif uygulama yapılmasıyla sonuçsuz bırakılmaktadır. Örneğin, yüksek risk grubundaki hastaların tedavi süreçleri, uzun ve karmaşıktır. Hâliyle bu

⁴⁷⁰ Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliği’nde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ md. 5 (RG 29.02.2012-28219); Söz konusu değişiklikle, “...*genel hükümler saklı kalmak kaydıyla; birinci basamak sağlık kuruluşları muayeneleri, Kurumca belirlenen kronik hastalıklar ve acil haller hariç olmak üzere 10 gün içerisinde aynı branşta farklı sağlık hizmeti sunucusuna yapılan başvurular da bu maddede belirtilen ayakta tedavide hekim ve diş hekimi muayenesi katılım payı tutarları 5 (Beş) TL artırılarak tahsil...*” edileceği düzenlenmiştir.

⁴⁷¹ Cihangir UZUNÇAKMAK/Ahmet GÜLDAŞ/Selvi AYDIN/Altan VAR/Hasene ÖZÇAM, “S.B. İstanbul Eğitim Araştırma Hastanesi Kadın Hastalıkları ve Doğum Kliniği’nde 2005-2012 Yılları Arasında Sezaryen ile Doğum Yapan Hastaların Değerlenmesi”, **İstanbul Tıp Dergisi**, 14, 2013, s.112.

⁴⁷² <<http://sbu.saglik.gov.tr>>, 16.05.2017.

hastaların tedavi sürecinde zarar görme riski yüksektir. Bu yüzden, hekimlerin ve hastanelerin sorumluluk davalarından kaçınmak için; riski daha düşük olan hastalarla hastaneleri dolu göstererek riskli hastaları, hastaneye kabul etmedikleri ileri sürülmektedir.⁴⁷³

Tıbbi uygulamalara idarece getirilen sınırlamalar, bu örneklerle sınırlı değildir. Sosyal Güvenlik Kurumu ve Sağlık Bakanlığı'na yapılan bazı düzenlemeler ile hekimlerin tıbbi uygulamalarına standart getirilmeye devam edilmektedir. Bu sınırlamaların temelinde her ne kadar ekonomik gerekçeler olsa da asıl amaç hekimlerin kendilerini korumaya yönelik eylemlerinin önlenmesidir. Aslında, tıbbi imkânlarla hangi gerekçe ile sınırlama getirilmiş olursa olsun, bu sınırlama; sağlık hizmetinden faydalananlar için ciddi bir sorundur ve bunun sonucunda telafisi güç veya imkânsız zararlar meydana gelebileceği için tıbbi hizmetlerin sunumu ile ilgili düzenlemelerin, daha özenli şekilde yapılması gerekir.

B. Sorumluluk Sistemine İlişkin Öneriler

Hekimlerin bireysel sorumluluğunun bulunduğu Amerika Birleşik Devletleri'nde, defansif tıp uygulamalarının ortaya çıkardığı olumsuz sonuçları azaltabilmek için bazı reformların önerildiğine yukarıda değinmiştik.⁴⁷⁴ Bu reformlardan; kusura dayanmayan sorumluluk ve uyuşmazlıkların uzmanlaşmış mahkemede görülme önerisi, ülkemizde de tartışılan konulardandır. Sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesi bir ekip işidir. Defansif tıp uygulamalarının önüne geçilebilmesi için meydana gelen tıbbi hata nedeniyle sadece hekim cezalandırılmamalı, aynı zamanda sağlık sistemi de gözden geçirilmelidir.

⁴⁷³ SELÇUK, s.46-47.

⁴⁷⁴ Bkz. yukarıda (2.B.- II).

Dolayısıyla bu kısımda, özellikle hekimin bireysel sorumluluğundan doğan sakıncaları giderebilmek adına önerilen kurumsal sorumluluk, kusura dayalı olmayan sorumluluk ve hekimlerin yargı sürecinde kendilerini daha güvende hissedebilmeleri için önerilen sağlık mahkemelerinin yapısı incelenecektir.

1. Kurumsal Sorumluluk Önerisi

Kurumsal sorumluluk olarak ifade edilen "*enterprise liability*" hatalı tıbbi müdahaleden kaynaklanan zararlardan sağlık kuruluşlarının sorumlu olmasını öneren bir sistemdir.⁴⁷⁵ ABD’de yapılan araştırmalarda hekimlerin dava edilme endişelerinin defansif tıp uygulamalarını arttırdığı gözlenmiştir.⁴⁷⁶ Bu artış beraberinde sağlık harcamalarını da olumsuz yönde etkilemektedir. Hekimin dava edilme endişesi ile birçok tahlil yapması, hem hasta hem de hekim açısından zaman kaybıdır. Bu sebeple; ABD’de pek çok akademisyen, hekimin bireysel sorumluluğundan ziyade sağlık hizmetinden doğan zararların karşılanmasında kurumsal sorumluluk esaslarının uygulamasını önermektedir. Kurumsal sorumluluk örneklendirilirken; pilotlar nasıl uçak kazasından sorumlu olmuyor ise hekimlerin de meydana gelen zarardan sorumlu tutulmamaları gerektiği ifade edilir.⁴⁷⁷ Ancak bu örnekleme sağlık

⁴⁷⁵ KESSLER, s.102; HERDMAN (Ed.), s.86.

⁴⁷⁶ KESSLER, s.105.

⁴⁷⁷ Randall R. BOVBJERG/Robert BERENSON, "*Enterprise Liability in the Twenty- First Century*" **Medical Malpractice and the U.S. Health Care System**, (Ed. William M. SAGE, Rogan KERSH), Cambridge, 2006 s.236; Philip G. PETERS, "*Health Courts*", **Boston University Law Review**, Vol: 88, 2008, s.279.

hizmetleri için uygun değildir. Zira tıbbi müdahale hatasının nedenselliği, göreceli olduğundan uçak kazası gibi somut verilere dayanması mümkün olmayabilir.⁴⁷⁸

Sağlık hizmetleri sadece hekim tarafından değil bir sağlık ekibi tarafından yerine getirilir. Bu sebeple, meydana gelen tıbbi hataya bütüncül şekilde bakmak gerekir. Hekimin bireysel sorumluluğuna odaklanıldığı Amerika Birleşik Devletleri'nde sağlık sisteminin en büyük sakıncası, hastaneden kaynaklı hataların görmezden gelinmesidir.⁴⁷⁹ Sadece hekimi cezalandırarak tazminat ödetmenin sorunları çözemeyeceği gerçeğinin görülmesiyle çözüm olarak kurumsal sorumluluk sistemi önerilmiştir.⁴⁸⁰ Bu sistemde, tıbbi müdahale hatalarında hastanenin hekim ile olan ilişkisine bakılmaksızın hastane sorumludur ve zarar gören kişilerin sadece hastaneyi dava etmesine izin verilir.⁴⁸¹ Mevcut malpraktis sisteminde, bireysel olarak hastalara odaklanıldığı için kurumsal hatalardan kaynaklanan sorumluluk, esasları ikinci planda kalır. Kurumsal sorumluluk sisteminin uygulanması ile birlikte, hekimlerin dava edilme kaygısı giderileceğinden tıbbi müdahale hatalarının azalacağı ve sisteme odaklanıldığı için hastanelerin daha iyi hizmet verebileceği beklenmektedir.⁴⁸²

Kurumsal sorumluluk sistemiyle tıbbi müdahale hatalarının sonuçlarının daha öngörülebilir hale gelmesi beklenir.⁴⁸³ Bu öngörülebilirlik, meydana gelen tıbbi

⁴⁷⁸ BOVBJERG/BERENSON, s.242

⁴⁷⁹ Kristie TAPPAN, "Medical- Malpractice Reform: Is Enterprise Liability or No-Fault a Better Reform", **Boston College Law Review**, Vol:46, 2005, s.1114.

⁴⁸⁰ TAPPAN, s.1125; BERNSTEIN, s.716.

⁴⁸¹ TAPPAN, s.1104-1105.

⁴⁸² TAPPAN, s.1124-1125.

⁴⁸³ TAPPAN, s.1113.

hatalara ilişkin verilerin tek elden toplanması ile sağlanır.⁴⁸⁴ Hastalara ilişkin bilgilerin güvenle saklanması ile tekrar eden hataların önlenmesi⁴⁸⁵ ve meşru iddialar ile anlamsız iddiaların birbirinden ayırt edilmesi mümkün hâle gelebilir.⁴⁸⁶ Hastanelerin tekrar eden hatalardan edindikleri deneyim, uyuşmazlıkların çözümü için harcanacak zaman, emek ve paradan tasarruf edilmesine de yardımcı olur.⁴⁸⁷ Ayrıca hastanelerin kendi ünlerini korumak istemesi, sağlık hizmetinin sunumuna olumlu olarak yansiyacaktır.⁴⁸⁸

Kurumsal sorumluluk sistemi, hataların doğru şekilde tespit edilmesi ve hekimlerin bireysel sorumluluğunun azaltılması bakımından önemlidir. Hekimlerin doğrudan sorumlu olmayacakları bir sistemde, hekimlerden iyi hizmet alınamayacağı yönündeki fikirler kurumsal sorumlulukla ilgili en önemli çekincedir.⁴⁸⁹ Diğer bir deyişle, etik olarak sorumlu olan kişinin hukuki sorumluluğunun ortadan kaldırılması durumunda, bunun sağlık hizmetlerine olumsuz yansiyabileceğinden endişe edilmektedir.⁴⁹⁰

Ülkemizde, ABD’de olduğu gibi hekimin hekimlerin bireysel sorumlu olduğu bir sistem yerine sağlık hizmetinin sunumundan öncelikle idarenin sorumlu olduğu bir sistem geçerlidir. Mevcut yasal düzenlemelerde, hekimin "*defansif tıp uygulamaları*" sebebiyle sorumlu olacağına ilişkin açık bir yasal düzenleme

⁴⁸⁴ TAPPAN, s.1116; PETERS, s.280.

⁴⁸⁵ TAPPAN, s.1120; PETERS, s.281.

⁴⁸⁶ TAPPAN, s.1113.

⁴⁸⁷ TAPPAN, s.1120.

⁴⁸⁸ TAPPAN, s.1113.

⁴⁸⁹ TAPPAN, s.1117.

⁴⁹⁰ PETERS, s.285.

bulunmamaktadır. Ancak "negatif defansif tıp" uygulamalarında hizmetin hiç işlememesi, "pozitif defansif tıp" uygulamalarında ise hizmetin kötü işlemesi sebebiyle idarenin sorumluluğuna gidilebilir. İdarenin, kişisel kusuru olan kamu görevlisine, kusuru oranında rücu edebilmesiyle; Amerika Birleşik Devletleri'ndeki kurumsal sorumluluk hâlinde hekimin iyi sağlık hizmeti sunamayacağı yönündeki endişelerin önüne geçilmiş olur. Ülkemizdeki sorumluluk sistemi ilk önce hekime dava açılmasını önleyecek ve ayrıca hekime atfedilecek bir kusurun bulunmadığı durumlarda dâhi idarenin hizmet kusuru sebebiyle sorumluluğuna gidilebilecek şekilde düzenlendiğinden ABD'de önerilen kurumsal sorumluluk sisteminin uygulanmasına ihtiyaç duyulmamaktadır.

2. Kusura Dayalı Olmayan Sorumluluk Önerisi

Sağlık hizmetinden doğan zararların karşılanmasında kusura dayalı veya kusura dayalı olmayan tazmin şekli olarak iki sistem bulunmaktadır. Kusur aranmayan sistemlerde, sağlık hizmetinden doğan zararlar, hizmet sunanın kusuru aranmaksızın sosyal devlet ilkesi gereğince karşılanır.⁴⁹¹

İsveç, Yeni Zelanda ve İngiltere'de sağlık hizmetinden doğan zararların karşılanmasında kusura dayanmayan tazmin ilkesi geçerlidir.⁴⁹² İsveç, kusur

⁴⁹¹ "Mesleki Sorumluluk Sigortalanmalıdır Evet Ama Nasıl?", "Hekim-Hasta-Toplum İçin Tıbbi Zararları (Nasıl) Karşılalım?", **TTB**, 2008-2010 Çalışma Raporu, s.693, <www.ttb.org.tr>, 19.05.2016.

⁴⁹² Michelle MELLO/Allen KACHALIA/David M. STUDDERT, "Administrative Compensation for Medical Injuries: Lessons from Three Foreign Systems", **Issues In International Health Policy**, July 2011, s.2; HUTKIN, s.35; TTB, s.693.

aranmayan sistemi başarıyla uygulayan bir ülke olarak bilinir.⁴⁹³ İsveç, uygulamasında tıbbi müdahalelerden kaynaklanan zararları karşılamak için hasta tazmin sigortası adı verilen “*patient compensation insurance*” bulunmaktadır. Sistem, zarar görenlerin, sağlık harcamalarını ve mahrum kaldığı maaş kaybını, zarar verenin kusurunun belirlenmesine gerek olmadan karşılanmasını öngören idari bir mekanizma olarak kurgulanmıştır.⁴⁹⁴ Bu sistemde, fonda bir miktar para bulunur ve meydana gelen zararlar bu fondan karşılanır. Fondaki para; il meclislerinden, toplanılan vergilerden, özel sektörde çalışan hekimlerden, dış hekimlerinden ve diğer profesyonellerden alınan paradan oluşmaktadır.⁴⁹⁵ İsveç’teki bu sistemde, hatalı tıbbi müdahalede bulunan personelin cezalandırılmasına neden olan şartlar irdelenir ve sistem içinde meydana gelen aksaklıklarda “kim” sorusundan ziyade “neden” sorusuna yoğunlaşarak sorunlar giderilmeye çalışılır.⁴⁹⁶

Kusura dayalı olmayan sorumluluk, Amerika Birleşik Devletleri’nde 1970’li yılların sonunda malpraktis kriziyle gündeme gelmiştir.⁴⁹⁷ Bu sistemde, hastanın tazminat alabilmesi için hekim veya diğer sağlık personelinde kusur aranmasına gerek yoktur.⁴⁹⁸ Prosedürler oldukça basitleştirilmiştir. Tıbbi müdahale hatası sebebiyle zarara uğradığını iddia eden hasta talebini içeren bir form doldurur ve bu

⁴⁹³ Ali Rıza TÜMER/Ramazan AKÇAN/Emre KARACAOĞLU, “Ülkemizde ve Dünyadaki Örnekleri İle Hekim Mesleki Sorumluluk Sigorta Sisteminin Değerlendirilmesi”, **HTD**, 2011, C. 42, S.1, s.36.

⁴⁹⁴ Patricia M. DANZON, “The Swedish Patient Compensation System: Myths and Realities”, **International Review of Law and Economics**, 14, 1994, s.454.

⁴⁹⁵ DANZON, s.455.

⁴⁹⁶ TÜMER/AKCAN/KARACAOĞLU, s.36.

⁴⁹⁷ TAPPAN, s.1106.

⁴⁹⁸ TAPPAN, s.1106; HUTKIN, s.35.

talep bir heyet tarafından incelenir.⁴⁹⁹ Hakem heyetinin vermiş olduğu karar tavsiye niteliğindedir. Bunun yanında, zarar gören hasta, bağlayıcı tahkim kararı için de başvuru yapabilir.⁵⁰⁰ Önerilen bu sistemin, zarar doğurucu fiili kanıtlama ve ona karşı savunma yapma prosedürlerini ortadan kaldırmasıyla yargılamaya ilişkin bilirkişi ve avukat maliyetlerini azaltması beklenmektedir.⁵⁰¹ Örneğin, hakem kararı için başvurulmadığı müddetçe zarara uğrayan kişi, avukat ile temsil edilmeye gerek duymaz.⁵⁰² Bu sistemde, iddiaların çok önemli bir kısmı, iki ay içerisinde sonuçlandırılırken; uyuşmazlıkların çok az bir kısmının ise karara bağlanması iki yıl kadar sürmektedir.⁵⁰³

Bu süreçte hekim, tıbbi hatayı rapor etmesi hususunda cesaretlendirilir. Çünkü hekimin hastane ile paylaştığı bilgiler sayesinde aynı tıbbi hatanın tekrarı önlenilecektir. Hekim de bireysel olarak sorumlu olmayacağı için yaptığı tıbbi hatayı içtenlikle paylaşabilecek⁵⁰⁴ ve böylece hatanın asıl sebebinin öğrenilmesine yardımcı olacaktır.⁵⁰⁵ Sağlık hizmetlerinden doğan zararların, genel hükümler uyarınca meydana gelen zararlardan farklı yapısı olduğu için⁵⁰⁶ hatalı tıbbi müdahaleye ilişkin paylaşılan her bilgi, hem hasta hem de sağlık sistemi için önem taşır.

⁴⁹⁹ TAPPAN, s.1106 ; DANZON, s.455.

⁵⁰⁰ DANZON, s.455.

⁵⁰¹ PETERS, s.260.

⁵⁰² DANZON, s.455.

⁵⁰³ TÜMER/AKÇAN/KARACAOĞLU, s.36.

⁵⁰⁴ TAPPAN, s.1107.

⁵⁰⁵ PETERS, s.260.

⁵⁰⁶ PETERS, s.255.

Ülkemizde mevcut sistemde, hatalı tıbbi müdahaleden kaynaklı bir zarar meydana geldiğinde, idarenin hizmeti yerine getirirken kusurunun olup olmadığı yargı organları tarafından incelenmektedir. Hatalı tıbbi müdahaleden kaynaklanan zararların karşılanmasında esas amaç, ileri sürülmeyen veya kanıtlanması güç durumlarda dâhi zarar gören kişinin zararlarının karşılanması olmalıdır. Ancak kusura dayanan sorumluluk sisteminde meydana gelen zarar, her ne kadar idare tarafından karşılanacak olsa da sonrasında hekime rücu edilecek olması, hekimi tedirgin etmektedir. Haliyle zarar gören kişi ve hekim uzun süren yargılama sürecinden oldukça etkilenmektedir.⁵⁰⁷

Tıbbi müdahale hatası meydana geldiğinde, zarar veren konumundaki kişi olarak karşımıza çıkan hekimin, diğer zarar veren bireylerden farklı olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Hekimler, tıbbi hata sebebiyle açılan davayı hayatın bir gerçeği veya işinin bir parçası olmaktan ziyade kendine duyulan saygının bir parçası olarak algırlar.⁵⁰⁸ Bu bakımdan kusura dayalı olmayan sistem ile hekimleri bireysel sorumluluktan kurtararak zararın kurumsal anlamda incelenmesi, hekimler için hem duygusal bir kazanım hem de sunulan sağlık hizmetinin kalitesini arttırmaya yönelik uzun vadeli bir yatırım olarak düşünülmelidir.

Bu bağlamda; hekim ile zarar gören kişi arasındaki çatışmayı azaltan ve zarar gören kişinin zararının en kısa sürede karşılanmasını sağlayan kusura dayalı olmayan tazmin sistemlerinin araştırılması, ülkemizde de bu sistemin uygulanabilirliğinin değerlendirilmesi bakımından incelenmeye değerdir. Ancak bu yaklaşım sağlık

⁵⁰⁷ KOYUNCUOĞLU, s.446-448.

⁵⁰⁸ Richard E. ANDERSON , “Billions for Defense: The Pervasive Nature of Defensive Medicine”, *Archives of Internal Medicine*, Vol: 159, November 8, s.2399-2402; HUTKIN, s.24.

hizmetinden doğan zararların tüm risklerini, komplikasyon ve malpraktis ayrımı yapmadan, idarenin üstlenmesi sonucunu doğurur. Bu durum, zarar gören kişiler bakımından dava açılmasını özendirici bir yaklaşım olabilir. Yargı organlarınca idarenin sorumluluğu incelenirken idarenin sağlık hizmetlerinden sorumlu olabilmesi için meydana gelen kusurun ağırlığı kriterinin yakın zamanda gözden geçirilip, idari sorumluluğun şartlarının esnetildiği düşünüldüğünde, ülkemizde hem yasa koyucu hem de uygulayıcıların kusur aranmayan sorumluluk sistemini benimsenmesi oldukça güç görünmektedir.

3. Mesleki Sorumluluk Sigortasında Kamusal Fon Önerisi

Mesleki sorumluluk sigortası: *“Mesleki uygulamalar sırasında oluşan ve hizmet alan kişiyi zarara uğratan uygulama hataları, ihmal veya özen eksikliği nedeniyle, ödenmesi gereken tazminata yönelik sigortalama işlemi”* olarak tanımlanmaktadır.⁵⁰⁹ Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Kurum Katkısına İlişkin Usul ve Esaslara Dair Tebliğ’de ⁵¹⁰, her bir olay için azami teminat tutarı ve risk gruplarına uygun prim tutarı belirlenmiştir.

Kamu sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan hekimlerin tıbbi kötü uygulama sebebiyle kendilerinden talep edilebilecek zararlar ile kurumlarınca kendilerine yapılacak rüculara karşı sigorta yaptırmak zorundadırlar. Bu sigorta primlerinin yarısını kendileri diğer yarısını ise döner sermayesi bulunan kurumlarda döner sermayeden, döner sermayesi bulunmayan kurumlarda kurum bütçelerinden karşılanmaktadır.⁵¹¹ Tıbbi kötü uygulamaya ilişkin zorunlu mali sigortasının teminat

⁵⁰⁹ TÜMER/AKÇAN/KARACAOĞLU, s.34.

⁵¹⁰ RG 21.07.2010-27648.

⁵¹¹ 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun EK md. 12.

kapsamında bıraktığı uygulamalar için hekimler ayrıca isteğe bağlı özel sigorta yaptırmaktadır. Zorunlu mali sigorta sisteminin zarar gören yararına değil de idarenin yararına olacak şekilde işletildiği düşünüldüğünden, zorunlu sigorta yanında hekimlerin isteğe bağlı sigorta taleplerinde artış görülmektedir.⁵¹² Bu durum ise hekimlerin kendileri ile ilgili ne kadar endişeli olduğunu göstermektedir.

Hatalı tıbbi müdahaleden doğan zararların karşılanmasında kusura dayalı tazmin ilkesinin geçerli olduğu Amerika Birleşik Devletleri'nde hekimler mesleki sigorta yaptırmak zorundadır. Zarar gören kişiye ödenmesi gereken tazminat tutarları, hekimlerin ve sağlık kuruluşlarının ödediği primlerden karşılanmaktadır. ABD'de dava edilme kaygısı ile hekimlerin bazı hususları rapor etmekten kaçındıkları ve defansif uygulamalar gerçekleştirdikleri görülmektedir. Aslında hatalı davranışların bir daha gerçekleşmemesi için sağlık sisteminde en ufak hataların dahi görmezden gelinmeden içtenlikle paylaşılması gerekir. Hekimin sigorta yaptırmak zorunda olduğu sistemlerde, sağlık sisteminden kaynaklı hatalar görmezden gelindiğinden tıbbi uygulama hatalarında bir azalma göze çarpmamaktadır.⁵¹³

Amerika Birleşik Devletleri'nde, tıbbi uygulama hatalarının ölüm nedenleri arasında beşinci sırada bulunması dikkat çekmektedir. Bu sayısal veri hekimlerin mesleki sigorta sistemini doğrudan etkilediğini göstermektedir. Bazı eyaletlerde ödenen sigorta primlerinin fazlalığı ölüm riski yüksek olan branşlarda hekim bulunmasında güçlüğe yol açmakta ve görevde olan hekimlerin riskli müdahaleleri yapmaktan kaçınmasına sebep olmaktadır. Kusura dayalı tazmin sisteminin geçerli

⁵¹² KOYUNCUOĞLU, s.442.

⁵¹³ TTB, s.693-694.

olduğu Amerika Birleşik Devletleri'nde zarara uğrayan sadece on dört hastadan birinin zararı tam olarak karşılanmakta ve sigorta sistemindeki paranın yarısı hastalar yerine hukuki giderlere harcanmaktadır.⁵¹⁴

Hekimin bireysel olarak sorumlu olduğu ve açılan bir davanın doğrudan muhatabı olduğu bir sistem ile idarenin öncelikli olarak sorumlu olduğu sistemin aynı noktada tıkanması oldukça dikkat çekicidir. Her iki ülkede de uygulanmakta olan sigorta sistemlerinde hekimler kendilerini güvende hissetmemektedir. Yargı organlarınca, Anayasa ve yasal düzenlemeler çerçevesinde meydana gelen zararın hekimin kusuru oranında kendisine rücu edilebilirliğini dikkate almayarak meydana gelen zararın doğrudan hekime atfedilmesi yeni sigorta sistemi arayışlarına yol açmıştır.

Bu kapsamda Türk Tabipler Birliği, hatalı tıbbi müdahaleden doğan zararların kamusal fon adı altında oluşturulan bir fondan karşılanmasını önermektedir. Bu sistemde kamusal fonun gelir kaynakları diğer sağlık personelinin ve hekimlerden kesilen ücretlerden değil de kurumların ödeyeceği şekilde oluşturulur.⁵¹⁵ Hatalı tıbbi müdahale sonrası hekimin ödediği tazminat, huzur ve tatmin hissini birlikte yaşatacak oranda ve bir tarafı ise maddi yıkıma uğratmayacak şekilde olması gerektiğine şüphe yoktur. Ancak 2005 yılından itibaren hastalara ödenen tazminat miktarlarında ciddi bir artış görülmekte ve araştırmalar, Sağlık Bakanlığı'nın ödediği tazminatların yaklaşık beş katının sigorta şirketlerinin kasasına gelir olarak kaldığını göstermektedir.⁵¹⁶ Bu sebeple hekime rücu edilecek tazminat tutarının, sigorta

⁵¹⁴ TTB, s.693-694.

⁵¹⁵ TTB, s.694.

⁵¹⁶ TÜMER/AKÇAN/KARACAOĞLU, s.41.

şirketleri tarafından değil de Sağlık Bakanlığı veya Bakanlığa bağlı ama ayrı kamu tüzel kişiliği bulunan bir kurum aracılığıyla oluşturulan kamusal fondan ödenebilmesi şeklinde bir sistem benimsenmesi düşünülebilir.

C. Mahkeme Dışı Çözüm Yolları

Amerika Birleşik Devletleri'nde, “*Alternative Dispute Resolution*” olarak anılan mahkeme dışı çözüm yolları, öğretilerde “Alternatif Çözüm Yolları” şeklinde ifade edilmektedir.⁵¹⁷ Alternatif çözüm yolları, her ülkenin hukuk sistemine ve uyuşmazlık çeşidine göre uygulama imkânı bulur.⁵¹⁸ Bunlardan en yaygın olanları: Arabuluculuk, sulh ve uzlaşmadır. Bu çözüm yolları, uyuşmazlıkların niteliğine uygun şekilde yargı yoluna başvurmadan önce zorunlu olarak veya yargılama sırasında hâkimin önerisi ile kullanılabilir.⁵¹⁹ Alternatif çözüm yollarının sahip olduğu avantajlar bu yöntemleri daha kullanılabilir hâle getirmektedir. Bu avantajlar şu şekilde sıralanabilir:

⁵¹⁷ Mustafa Serdar ÖZBEK, **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2009, C. I, s.191-192; Zehra ODYAKMAZ/Serkan ÇINARLI, **İdari Uyuşmazlıklarda Yargı Öncesi Çözüm Usullerinin Uygulanabilirliği**, Ankara, Orion Kitabevi, 2013, s.24; Dilşat YILMAZ, “*Türk Alman İdare Hukukunda Arabuluculuk ve Sulhe İlişkin Düzenlemeler*”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Y.7, S.70, Haziran 2012, s.92; Aynur HASOĞLU, “*İdare Hukukunda Alternatif Çözüm Yolları*”, **AÜHFD**, 64(4), 2016, s. 1984; İbrahim ÖZBAY, “*Alternatif Çözüm Yöntemleri*”, **EÜHFD**, C.X, S.3-4, 2006, s. 459-460; Aynur CİDECİGİLLER, **İdarenin Taraf Olduğu Uyuşmazlıkların Sulh Yoluyla Çözülmesi**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015, s.25-26.

⁵¹⁸ YET, s.254; Şule ŞAHİN CEYLAN, **Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2009, s.290; Hakan PEKCANITEZ, “*Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri*”, **HPD**, 2005/5, s.15.

⁵¹⁹ YET, s.257-258; PEKCANITEZ, s.15.

-Uyuşmazlık şekilleri, günün değişen sosyo-ekonomik şartlarına göre çeşitlendiğinden yargılama sürecinde olayın çözümü için alanında uzman bilirkişilerden yardım alınmak neredeyse zorunlu hâle gelmiştir. Dosyanın bilirkişiye gönderilmesi, bilirkişinin uyuşmazlığı inceleyip rapor yazması ve tarafların itiraz etmesi ile süreç uzadığından tarafların nihaî karara ulaşması gecikir. Alternatif uyuşmazlık çözüm sürecinde ise zaten uyuşmazlık konusunu bilen tarafsız kişi ya da kişiler seçilmiştir. Böylece bilirkişinin hâkimi ve tarafları bilgilendirmesi, bilgi ve belge sunulması gibi usulü gereklilikler ile vakit kaybedilmemiş olur.⁵²⁰

-Yargı süreci taraflar arasında rekabet ve mücadeleyi arttırdığı için talepler de aynı oranda abartılarak dile getirilir. Bunun yanı sıra, yıldan yıla artış gösteren dava harçları, posta ücretleri ve bilirkişi veya keşif gibi usulü işlemlerin giderleri kimi zaman dava açılmasını güçleştirmektedir. Ancak alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından birinin tercih edilmesi ile yargılama masraflarından tasarruf edilmekte ve uzun yıllar süren yargılama süreci kısalmaktadır.⁵²¹

- Tarafların birbirleri ile konuşmadığı, hâkim veya avukat vasıtasıyla iletişim kurduğu yargı sürecinde, taraflar arasındaki görüş ayrılıkları kuvvetlenir.⁵²² Bu süreçte, yasal sınırlar içerisinde diğer bir deyişle yasaların emrettiği çözümden başka bir karar verilemez. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında ise tarafların hak ve

⁵²⁰ ÖZBEK, C.I, s. 287-288; Gülgün ILDIR, **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Çözümler)**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2003, s.64.

⁵²¹ ÖZBEK, C.I, s.285-287.

⁵²² ÖZBEK, C.I, s.288-289; ILDIR, s.62-63.Ayrıca, yargılama sürecinde karşı tarafın kötü niyetli olması durumunda hakkını arayan güçlükler yaşayabilmektedir (Rifat ERTEN, **Milletlerarası Ticarî Tahkim Hukukunda Geçici Hukukî Koruma Önlemleri**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010, s.15.)

menfaatleri gözetilerek uyuşmazlık ile doğrudan ilgisi olmayan konulara vakit harcamadan daha kısa sürede yaratıcı sonuçlara ulaşılabilir.⁵²³

- Yargı sürecinde hukuki güvenliği sağlamak adına aleniyet sağlanıyor olsa da taraflar genelde özel hayatlarına, mesleki itibarlarına ve ticari sırlarına ilişkin uyuşmazlığın gizli kalmasını isterler. Dava edilen taraf, kötü niyetle açılan davalarla mahremiyetinin sağlanamayacağı endişesini taşır. Uyuşmazlığın taraflar arasında gizli kalması, iddia ve savunmaların samimi bir ortamda çekinmeden dile getirilmesi alternatif çözüm yöntemlerini tercih edilebilir kılar.⁵²⁴

Alternatif çözüm yollarının denenmesi sonucunda taraflar anlaşamayabilir. Bu hâlde, çözüm sürecinde harcanan zamanın ve emeğin boşa gittiği düşünülmemelidir. Yasal sınırların dışına çıkılarak tarafların menfaatlerine odaklanıldığı anlaşma sürecinde, dava konusu üzerinde bir ön inceleme yapılmış olur ve böylece yargı sürecinde uyuşmazlık daha kısa sürede sonuçlanabilir.⁵²⁵ Uyuşmazlığın, alternatif çözüm yolları ile olumlu sonuçlanmaması hâlinde; tarafların dostane bir ortamda konuştukları şeylerin, kendi aleyhine delil olarak kullanılması yönünde çekinceleri olabilir. Ancak gizlilik esası, alternatif çözüm yollarında uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmaması seçeneğini de kapsayacak şekilde uygulanma alanı bulmaktadır.⁵²⁶

⁵²³ ÖZBEK, C.I, s.289-290; PEKCANITEZ, s. 14; Muhammet ÖZEKES, “Uyuşmazlık Çözüm Yolları İçinde Arabuluculuk ve Bir Düzenleme Önerisi”, **HPD**, S.7, 2006, s.42.

⁵²⁴ ÖZBEK, C.I, s.291-292; ILDIR, s.63; PEKCANITEZ, s.14.

⁵²⁵ ÖZBEK, C.I, s.301-302.

⁵²⁶ ÖZBEK, C.I., s.299. Hukukumuzda, alternatif çözüm sürecindeki gizlilik esasına farklı düzenlemelerde yer verilmiştir. Uzlaşma müzakerelerinde tarafların veya avukatların uzlaşmaması halinde bu süreçte edinilen bilgi ve belgelerin açılacak davalarda açıklanamayacağına ilişkin

Hukuk sistemimizde, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının önerilmesinin en önemli gerekçesi: Yargı yoluna başvurulmadan çözümlenebilecek sorunların birikmesiyle oluşan aşırı iş yükünü önleyerek yargının esas görevini yapmasını sağlamaya çalışmaktır.⁵²⁷ Hâkimler uyuşmazlığı karara bağlarken çoğu zaman dava ile ilgisi olmayan veya idari nitelikteki işler ile ilgilendiği için hukuki uyuşmazlığın esası hakkında kısa sürede değerlendirme yapmak zorunda kalır. Alternatif çözüm yollarında ise yargı yolu için önerilen şekil şartları azaltıldığından daha kısa sürede tarafları memnun eden olumlu sonuçlar alınması beklenebilir.⁵²⁸

Defansif tıp uygulamalarının önlenmesi kapsamında alternatif çözüm yollarına başvurulmasındaki esas amaç, tabii ki sadece yargının iş yükünün azaltılması değildir. Sağlık hizmetlerinin sunumundan doğan zararların telafi edilme

hükümler için bkz. (1136 sayılı Avukatlık Kanunu md.36, RG 07.04.1969-13168; TBB Uzlaşma Sağlama Yönetmeliği md.6, RG 14.04.2017-30038; Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği md.5, RG 02.06.2018-30439). Taraflar, arabuluculuğa katılanlar da dâhil olmak üzere üçüncü bir kişilerin, uyuşmazlıkla ilgili olarak hukuk davası açıldığında yahut tahkim yoluna başvurulduğunda, yönetmelikte yer alan beyan veya belgeleri delil olarak ileri süremeyeceğine ve bunlar hakkında tanıklık yapamayacağına ilişkin düzenleme için bkz. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği md.7; Ayrıca, uzlaşma görüşmelerinde beyan edilen hususların avukatlarca açıklanması halinde meslek kuralları gereğince yaptırım uygulanacağına ilişkin hükümler için bkz. (TBB Uzlaşma Sağlama Yönetmeliği md.6; Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği md.6).

⁵²⁷ Mustafa Serdar ÖZBEK, **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**, C.II, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2016, s.809; Şule ŞAHİN CEYLAN, **Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2009, s.178-179; PEKCANITEZ, s.12.

⁵²⁸ Zehra ODYAKMAZ, *“İdari Uyuşmazlıklarda Alternatif Çözüm Yolları (Türk Mevzuatı ve Uygulamaları)”*, **Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları Sempozyumu (3-5 Nisan 2006)**, Ankara, TAAY, 2006, s.69-70.

süreci, hekim ve zarar gören kişi için oldukça yıpratıcı olmaktadır. Sorunun, yargı yoluna başvurmadan en kısa sürede tarafları memnun edecek şekilde çözümlenmesi, birçok açıdan taraflara fayda sağlayacaktır. Daha önce ifade edildiği gibi hekimin bir hatası varsa en kısa sürede hatasıyla yüzleşmesi sağlık hizmetinin sunumuna olumlu yansıtacaktır. Bu şekilde, hekimin hatayı tekrar etmesi önlenilecek ve aklının bir köşesinde devam eden davasını düşünmekten ziyade mesleki gelişimine yoğunlaşabilecektir.

Dava edilme korkusuyla yapılan defansif uygulamalar, sağlık hizmetinin ihtiyaç duyulan anda ihtiyaç duyulduğu şekliyle sunumuna engel olmaktadır. Hekimin dava edilme kaygısı ile hareket etmekten ziyade somut olayın gerekliliklerine odaklanması, tedavinin ve müdahalenin kalitesini arttıracığından aynı oranda hastanın memnuniyetini de arttıracaktır.

Bu kapsamda, hekim ile hasta arasındaki anlaşmazlıklarda, yargı dışı çözümlerin işlerlik kazanmasıyla defansif uygulamalar azalabileceğinden; öncelikle idare hukuku uygulamasında yer bulan yargı dışı çözüm yöntemlerine kısaca yer verildikten sonra sağlık hizmetlerinden doğan zararların alternatif çözüm yöntemleri vasıtasıyla çözümlenebilmesi ihtimali incelenecektir.

1. Alternatif Çözüm Yollarının İdare Hukukundaki Yeri

Uyuşmazlık sayısının çeşitlenerek artış göstermesinin, mahkemelerdeki iş yükünü arttırdığına ve bunun doğal sonucu olarak uyuşmazlıkların çözümünün uzayarak bireylerin hukuki neticeye ulaşmasını geciktirdiğine daha önce değinilmişti. Bu durum, idareyi ve idare tarafından hakkı veya menfaati ihlâl edilen kişileri, daha kısa zamanda var olan uyuşmazlığı sonuçlandırabilecek bir mekanizma arayışına yönlendirmiştir. Ancak idare hukuku uygulamasındaki kavramların, uluslararası

mevzuatta yer alan tanımlarından farklı anlamda kullanılması,⁵²⁹ kavram kargaşasına sebep olmuştur. Bu yüzden alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine, yer aldığı hukuk metinlerindeki açıklamalara bağlı kalınarak yer verilecektir.

Kamu hastanesinde çalışan hekim, yürüttüğü hizmet sırasında bir zarara sebep olmuşsa dava doğrudan idare aleyhine idari yargıda açılır. İdarenin hukuka uygunluğunun denetlendiği, bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin idare karşısında korunmasının amaçlandığı idari yargılama usulünde, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin özel hukuktaki gibi uygulanma imkânı bulamayacağı muhakkaktır.⁵³⁰

Özel hukuk yargılaması ile idari yargılama usulü arasında işlevsel farklılıklar bulunur.⁵³¹ Özel hukuktaki “irade serbestisi”nin karşısında “yetki unsuru”; “bireysel yarar” karşısında “kamu yararı”; “şekil serbestisi”nin karşısında “şekle bağlılık” ve “kanuna aykırı olmadan hukuki ilişkiye girebilme” özgürlüğü karşısında “kanuna dayanarak hukuki ilişki kurma” zorunluluğu bulunmaktadır.⁵³² Bu sebeple, alternatif çözüm yöntemlerine ilişkin düzenlemeler, idare hukuku uygulamasında sınırlı örneklerle ve yargılama yapısının özelliklerine uygun şekilde uygulanma imkânı bulmaktadır.

Uyuşmazlıkların yargı yoluyla çözümlenmesi, hakkını arayanlar için en emin yol gibi gözükse de kararların gecikmesi ve kimi zaman da özensiz şekilde çıkması hak arayanların adalet duygusunu zedelemiştir. Çalışmada esas olarak, sağlık hizmetlerinden doğan zararın karşılanmasında kullanılan yöntemlerle ilgili

⁵²⁹ ODYAKMAZ/ÇINARLI, s. 88.

⁵³⁰ Nihal ARAT, “İdari Uyuşmazlıkların Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri ile Halli Önündeki Engeller”, İÜHFİM, Prof. Dr. İlhan ÖZAY’a Armağan, C.69, S.1-2, 2011, s.905-906.

⁵³¹ ARAT, s.892.

⁵³² ARAT, s.894; Ayrıntılı bilgi için bkz. ODYAKMAZ/ÇINARLI, s.62-88; ÖZBEK, C.II, s.914-963.

değerlendirmede bulunulmuştur. Bu kapsamda, yürürlükte ve mülga olan uygulamalara yer verilerek sağlık hizmetlerinden kaynaklanan zararların telafi edilmesine en uygun yöntemin nasıl olması gerektiğine açıklık getirilmeye çalışılacaktır.

2. Sağlık Hizmetlerinin Yerine Getirilmesinden Doğan Zararların Karşılanmasında Mahkeme Dışı Çözüm Örnekleri

İdarenin, kendi işlem ve eylemlerinden doğan zararı karşılması gerektiğine şüphe yoktur. Hukuk düzenimizde, idarenin vermiş olduğu zarardan sorumluluğun Anayasal ve yasal düzenlemeler ile teminat altına alındığına daha önce değinilmiştir.⁵³³ İdari uyuşmazlıkların, mutlaka yargı yolu ile çözümleneceği yönünde zorunluluk olmadığından idarenin taraf olduğu uyuşmazlıklar mevzuattaki düzenlemeler çerçevesinde alternatif çözüm yolları vasıtasıyla da çözümlenebilir.⁵³⁴ Sağlık hizmetlerinden doğan zararların karşılanmasında, alternatif çözüm yollarına başvurulmasında hukuki bir engeli bulunmasa da çalışmanın ilerleyen kısımlarında defansif tıp uygulamaları kapsamında sonuçlanan örneklerin olmadığı görülecektir. Zaten çalışmanın asıl amacı da bu eksikliği ortaya koyarak bazı çözüm önerilerinin uygulanabilirliğine dikkat çekmektir.

⁵³³ Bu konuda bkz. 2. Bölüm, I-A.

⁵³⁴ CİDECİGİLLER, s.200-201; Bu yöndeki açıklamalar için ayrıca bkz. Aynur HASOĞLU, “İdarenin Sorumluluğu Bağlamında Yargı Dışı Çözüm Yolu Olarak Sulh”, **SÜHFD** C. 25, S.2, 2017, s70; ÇOLAK, s.116-117.

a. 663 sayılı KHK Mülga 24. madde Kapsamında Sağlıkta Uzlaştırma

663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin mülga 24. maddesi⁵³⁵ ve bu kararnameye dayanılarak Sağlık Mesleklerinin Uygulanmasından Dolayı Uğranılan Zararların Uzlaşma Yoluyla Halledilmesine İlişkin Yönetmelik⁵³⁶ ile sağlık mesleğinden doğan zararların uzlaşma yoluyla karşılanması öngörülmüştü. Bu düzenlemeler kapsamında, sağlık hizmetleri yerine getirilirken zarara uğradığını iddia eden kişi, dava açma süresi içerisinde Sağlık Bakanlığı'na başvurarak maddi ve manevi tazminat talebinde bulunabilmekteydi.⁵³⁷ Sözü edilen mevzuat çerçevesinde: Sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesinde zarara uğradığını iddia eden kişi veya kişiler, zarar verdiği iddia edilen sağlık çalışanları ve bu kişilerin mali sorumluluk sigortasını yapan sigorta temsilcisinin bir araya gelerek tarafların üzerinde

⁵³⁵ "Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname", RG 02.11.2011-28103.

⁵³⁶ RG 14.08.2012-28384; 663 sayılı KHK'nın mülga 24. maddesinde: "uzlaştırma" ve "uzlaşma" kavramları birlikte kullanılmıştır. Ayrıca, zararların karşılanmasına yönelik çıkarılan yönetmelikte uzlaştırma yerine "uzlaşma" kavramı tercih edilmiştir. Bu başlık altında uzlaşma ve uzlaştırma kavramlarıyla ifade edilen 663 sayılı KHK'nın mülga 24. maddesinde yer verilmiş olan sağlık mesleğinin uygulanmasından doğan zararların üçüncü bir kişinin yardımı ile mahkeme öncesi çözümlenmesidir. "Uzlaşma" ve "uzlaştırma" kavramları hakkında açıklamalar için bkz. Veli DURMUŞ, **Sağlık Hukukunda Uzlaşma**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s.33-37.

⁵³⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. 663 sayılı mülga KHK md. 24 ve 6514 sayılı Kanun ile mülga olan Sağlık Mesleklerinin Uygulanmasından Dolayı Uğranılan Zararların Uzlaşma Yoluyla Halledilmesine İlişkin Yönetmelik md 7/1.

anlaşacakları hukukçu bir uzlaştırıcının da katılımıyla maddi ve manevi tazminat talebi incelenebilmekteydi.⁵³⁸ 663 sayılı KHK'nin mülga 24. maddesiyle;

“a)Tazminat talebinde bulunan veya bunların birden fazla olması halinde, aralarından seçecekleri bir temsilci,

b)Zarar verdiği iddia olunan ilgili meslek mensubu veya bunların birden fazla olması halinde aralarından seçecekleri bir temsilci,

c)Varsa ilgili meslek mensuplarının mesleki mali sorumluluk sigortasını yapan sigorta şirketinin temsilcisi veya bunların birden fazla olması halinde ise yine aralarından seçtikleri temsilci” nin, Bakanlık tarafından uzlaşmaya davet edilmesiyle uzlaştırma prosedürünün yapılması öngörülmüştü. Aynı maddeyle, uzlaştırma tutanağı ilamlı icraya konu edilebilecek belge niteliği de verilmişti.

663 sayılı KHK'nin mülga 24. maddesiyle getirilen ve 6514 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılan “uzlaştırma” müessesesi yürürlükte olduğu dönemde de farklı açılardan eleştirilmekte ve bu müessesenin uygulanabilirliği tartışılmaktaydı.⁵³⁹

Şöyle ki;

-İlgili yönetmelikte, zarar verdiği iddia olunan sağlık personelinin birden çok kişi olması hâlinde aralarında bir temsilci seçecekleri belirtilmiştir. Ancak temsilcinin hukuki statüsü ve bir temsilci üzerinde uzlaşamaları hâlinde ne olacağı

⁵³⁸ 6514 sayılı Kanun ile mülga olan Sağlık Mesleklerinin Uygulanmasından Dolayı Uğranılan Zararların Uzlaşma Yoluyla Halledilmesine İlişkin Yönetmelik md.7/1.

⁵³⁹ Bu tartışmalar için bkz. Ziyet ÖZÇELİK/Semra DEMİR/Kürşat BAFRA/Birkan KARADUMAN/Özgür ERBAŞ, **663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin Anayasaya Aykırılık Gerekçeleri**, Ankara, TTBY, 2012, s.49-51; ODYAKMAZ/ÇINARLI, s. 83; ÖZBEK, C.II, s. 947-952; Bahtiyar AKYILMAZ, *“İdari Yargıda Uzlaşma”*, **İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 30. Yılında İdari Yargı Sempozyumu**, 2012, ABY, s. 76-77.

düzenlenmemiştir. Bunun yanı sıra, birden fazla sağlık mensubunun zarar verdiği iddia edildiğinde, bu kişilerin sigorta şirketleri uzlaşma görüşmelerine katılmak istemesi durumunda, her birinin yapacağı savunma birbirinden farklı olacağından aralarında çıkar çatışma yaşanacağı muhakkaktır. Böyle bir durumda, aralarında bir temsilci seçmeleri oldukça güçtür. Ayrıca, bir temsilci seçildiğinde bu temsilci herkesin menfaatini eşit şekilde koruyamayacağı için tüm sigorta şirketlerinin katılımını öngören bir düzenlemenin eksikliği göze çarpmıştır.⁵⁴⁰

- Bakanlığın, bilirkişileri belirleme ve uyuşmazlığı çözmek üzere tarafları davet etmekten başka bir görevi bulunmadığından uzlaştırma sürecinde bağımsızlık ve tarafsızlık unsurları oluşmadığından eleştiri konusu olmuştur.⁵⁴¹

- Uzlaştırma kurumu ile zararın doğrudan muhatabının sağlık çalışanının olması ve idarenin zarara ilişkin herhangi bir ödeme yapmaması öngörülmekteydi. Uzlaşma müessesesi ile kamu veya özel hastane ayrımı yapılmadan tüm sağlık görevlilerini kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. Oysa kamu hastanesinde çalışan sağlık çalışanlarının kamu hizmetlerini yerine getirirken bir zarara sebep olması hâlinde; ancak idare aleyhine dava açılmaktadır. Bu sebeple, uzlaştırma müessesesinin sözü edilen gerekçelerle kamu hastanesinde çalışan hekimler bakımından uygulanamaz olduğu eleştirilmiş⁵⁴², düzenlemenin Anayasal ve yasal düzenlemelere aykırı olduğundan; ancak zararın kamu görevlisine rücu edileceği zaman uygulama alanı bulabileceği ifade edilmiştir.⁵⁴³

⁵⁴⁰ ÇINARLI, s.364-366.

⁵⁴¹ ÖZÇELİK ve Diğerleri, s.49.

⁵⁴² AKYILMAZ, 2012, s.77. Benzer açıklamalar için bkz. HAKERİ, s.654-655.

⁵⁴³ AKYILMAZ, 2012, s.77.

663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile getirilen uzlaştırma kurumunun Anayasa'ya aykırı olduğu iddia edilmiş;⁵⁴⁴ ancak Anayasa Mahkemesi talebin reddine karar vermiştir.⁵⁴⁵ Söz konusu kararda: Yargı organlarının ağır iş yükü altında görevlerini yerine getirmeye çalıştığından alternatif çözüm yöntemlerinin benimsenebileceği ifade edilmiştir. Ayrıca, uzlaştırma yolunun zorunlu tutulmadığı ve uzlaşma sonucu belirlenen tazminat tutarından memnun olmayan tarafın, yargı yoluna başvurma hakkının bulunmasına dikkat çekilmiştir.

Bu karar sonrasında ilerleyen süreçte uzlaştırmaya ilişkin düzenlemenin: 659 sayılı KHK daki "sulh" ile ilgili hükümler, 2577 sayılı Kanun'da düzenlenen "idareye müracaat edebilme hakkı" ve 6100 sayılı Kanun'da yer alan "uzlaşmaya" ilişkin düzenlemeler karşısında uygulanma imkânı kalmadığı belirtilmiştir. Bu bağlamda uzlaştırma müessesesinin yürürlükten kaldırılması önerilerek 6514 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile 663 sayılı KHK'nın 24. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır.⁵⁴⁶

⁵⁴⁴ Söz konusu düzenleme: "*Tarafsızlık ve bağımsızlık unsurlarının oluşmaması*", "*uzlaşmanın yönteminin her bir taraf ve uzlaştırıcı yönünden ayrı ayrı ve tereddüt yaratmayacak bir biçimde belirlenmemiş olması*", "*uzlaşma olsa da yargısal yollara başvuru hakkı olup olmayacağı*", "*zorunlu sigortası da olmayan sağlık personelinin uzlaşma sonunda kendisinin zararı karşılaması*," gibi mahkemelerin yargı yetkisine ve eşitlik ilkesine aykırı birçok husus içerdiğinden Anayasa'ya aykırı olduğu ifade edilmiştir (AYM 14.02.2013, E.2011/150, K.2013/30, RG 25.06.2013-28688).

⁵⁴⁵ Aynı Karar.

⁵⁴⁶ 18.01.2014 tarih ve 28886 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 6514 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunu'nun 2. maddesi ile 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 24. maddesi yürürlükten kalkmıştır.

Uzlaştırma yolunda taraflardan bağımsız uzlaştırmacı olarak ifade edilen üçüncü kişi, aralarında uyuşmazlık bulunan kişilere somut olayın niteliğine göre çözüm önerileri sunar ve bunlardan biri üzerinde anlaşmalarına yardımcı olur.⁵⁴⁷ Tarafların bir araya gelerek müşterek anlaşma zemini oluşturmaya çalıştığı⁵⁴⁸ bu süreçte, hukuk kuralları ve deliller dikkate alınmak suretiyle tarafların haklılığı değerlendirilerek en iyi hukuki sonuca ulaşılması hedeflenir.⁵⁴⁹ Ancak mülga olan “uzlaştırma” müessesesi Anayasa’nın 129/5 hükmü ile uyarlılık göstermemektedir. Söz konusu hükümle, zarar gören ile zarar veren kişi karşı karşıya getirilmemiş ve Anayasa’da öngörülen sorumluluk sisteminden başka bir sistem öngörülerek zarar verdiği iddia olunan kamu görevlisinin bizzat veya sigortacısının ödeme yapmasına imkân vermiştir. Bu hâliyle zarar verdiği iddia edilen kamu görevlisine sağlanan teminatlar kaldırıldığı için Anayasa’ya aykırı⁵⁵⁰ olan bu düzenlemenin kaldırılması yerinde bir girişim olmuştur.

Sağlık mesleğinden doğan zararların uzlaştırma yoluyla çözümlenmesi ile birlikte mahkemelerin iş yükünün azalacak olmasında kamu yararının varlığı yadsınamaz. Ancak getirilen sistemin Anayasa ve kanunlarla uyumlu olması gerekir. Uzlaştırma kurumuyla idarenin sadece süreci yönetmek ile görevlendirilerek uyuşmazlığın tarafı olmaktan çıkarılması, temel sorumluluk kurallarıyla uyumlu

⁵⁴⁷ Süha TANRIVER, “*Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk*”, **TBBD**, S. 64, 2006, s.166; C. DOĞAN, s.101.

⁵⁴⁸ Bahtiyar AKYILMAZ, “*İdari Yargıda Uzlaşma*”, **İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 30. Yılında İdari Yargı Sempozyumu**, 2012, ABY, s.71-72.

⁵⁴⁹ TANRIVER, s.167.

⁵⁵⁰ AYM 14.02.2013, E.2011/150, K.2013/30, karşı oy gerekçesi, RG 25.06.2013-28688,

değildir. Mahkeme dışı çözüm yollarının işlerliği sağlanmak isteniyorsa idarenin de içinde bulunduğu bir sistem üzerinde çalışılması gerekir.

b. 659 sayılı KHK Kapsamında İdari Uyuşmazlıklarda Sulh

Sulh genel olarak, *“iki tarafın karşılıklı istekleriyle, varolan bir çekişmeyi ortadan kaldırmaları veya çekişmenin çıkmasına engel olmaları”* tanımıyla ifade edilir.⁵⁵¹ Sulh yolu ile taraflar, devam etmekte olan bir davayı sonlandırmaya veya uyuşmazlığı yargı yoluna gitmeden önce çözümlenmeye çalışırlar.⁵⁵² İdarenin taraf olduğu idari uyuşmazlıkların sulh yolu ile çözümlenmesi, 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin⁵⁵³ 12. maddesiyle düzenlenmiştir.⁵⁵⁴ Söz konusu madde uyarınca, idari eylemler nedeniyle hakları ihlâl edilenlerin, idari dava açmadan önce İYUK'un 13/1. maddesi uyarınca idareye yapmış olduğu başvurular “sulh” başvurusu olarak kabul edilir. İYUK'un 13/1 maddesine göre; *“İdari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim*

⁵⁵¹ Ejder YILMAZ, **Hukuk Sözlüğü**, 6. B., Ankara, Yetkin Yayınları, 2001, s.799; Hukuk sözlüğünde “uzlaşma” ve “sulh” aynı anlamda kullanılmıştır (E. YILMAZ, s.905). İki kavramda aslında tarafların karşılıklı tavizler vererek bir uyuşmazlığın yargı yoluna gitmeden çözümlenmesine ilişkindir. Bu bağlamda, 659 sayılı KHK'nın 12. maddesindeki sulh müessesesi karşılıklı bir uzlaşma olmaktan ziyade tek taraflı bir işleyiş olarak düzenlendiği için eleştirilmiştir (AKYILMAZ, 2012, s.73).

⁵⁵² Haluk TANDOĞAN, **Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)**, C.I, 6. Tıpkıbasım, İstanbul, Vedat Yayıncılık, 2008, s.14-15.

⁵⁵³ Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname, RG 02.11.2011- 28103.

⁵⁵⁴ Bu Kanun Hükmünde Kararnameyle, genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri (Türkiye Büyük Millet Meclisi, Cumhurbaşkanlığı, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ve Sayıştay dâhil) ve özel bütçeli idareler sulh yoluyla anlaşma sağlayabilirler (md. 1).

üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gereklidir.” Bu madde uyarınca ilgililer, idari eylem nedeniyle haklarının ihlâl edildiği iddiasıyla idareye yapılan başvuruya idarenin açık veya zımnen red cevabı vermesi üzerine dava açma süresi içerisinde tam yargı davası açabilirler. İdarenin zarara uğrayanların talepleri hakkında verdiği açık veya zımni cevap “önkarar” olarak nitelendirilir.⁵⁵⁵

İdari eylemlerden doğan zararların tazmini talebiyle dava açmadan önce idareye başvurulması zorunlu tutularak uyuşmazlık karşısında idarenin bakış açısını anlamak ve yargı dışı çözüm yolları ile uyuşmazlığı çözebilme ihtimali değerlendirilmek istenmiştir.⁵⁵⁶

⁵⁵⁵ Celal KARAVELİOĞLU/Erdem Cemil KARAVELİOĞLU, **Açıklamalı ve Son İçtihatlarla İdari Yargılama Usulü Kanunu**, 7. B., Ankara, Karavelioğlu Yayınevi, 2009, s.490; Kazım YENİCE/ Yüksel ESİN, **İdari Yargılama Usulü (Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu)**, Ankara, Arısan Matbaacılık, 1983, s. 240-243; KAPLAN, s.265-267; Turgut CANDAN, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, 4. B., Ankara, Adalet Yayınevi, 2011, s.479; CİDECİGİLLER, s.248; ÇINARLI, s.318; ÇAĞLAYAN, s.619; GÖZÜBÜYÜK/TAN, C.II, s.636; ÖZGÜLDÜR, s.831-832; Gürsel ÖZKAN, “Tazminat Uyuşmazlıklarının İdari Yargı Öncesi Sulh Yoluyla Çözümü”, **İnternational Conference On Eurasian Economies**, 2016, s.260. Zorunlu idari itiraz ile ön karar kavramlarının arasındaki farklılık hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. K. Burak ÖZTÜRK, (Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde) **Zorunlu İdari İtiraz**, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2015, s.16-20).

⁵⁵⁶ KAPLAN, s.266; CANDAN, s.479; CİDECİGİLLER, s.248; ÇINARLI, s.347; Selçuk HONDU, İdari Yargılama Usulü Kanununda Yer Alan İdari Usuller ve Uygulaması, **İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu**, Bildiriler, Ankara, Başbakanlık Basımevi, 1998, s.263; Bir idari uyuşmazlıktan söz edebilmek için, tarafların iradelerinin birbirleriyle uyumlu olmaması gerekir. İYUK md. 13/1 kapsamında yapılan başvuruya cevap verilmeden önce idarenin uyuşmazlığa ilişkin

659 sayılı KHK'nin 12. maddesine göre zarar gören kişinin yapmış olduğu sulh başvurusu, belli bir konuyu ve somut bir talebi içermiyor ise idari makam tarafından reddedilir. Usulüne uygun yapılan bir başvuru, dava açma süresini durdurur ve sulh başvurusu hakkında karar verilmeden idareye karşı dava açılmaz. Sulh başvurularının altmış gün içinde sonuçlandırılması zorunludur. Sulh başvurusu altmış gün içinde sonuçlandırılmamışsa istek reddedilmiş sayılır. Usulüne uygun bir başvuru incelenirken; başvurunun konusu, zarara yol açan olay ve nedenleri, zararın idari eylem veya işleminden doğup doğmadığı ve meydana geliş şekli, idarenin tazmin sorumluluğunun olup olmadığı, zararın miktarı ve ödenecek tazminat tutarı tespit edilir. Bu bağlamda, hazırlanan tutanak kabul edilmez ise zarar gören kişi yargı yoluna başvurarak zararın tazmin edilmesini talep edebilir.

Bu kanun hükmünde kararnameye uygun olarak yapılan ve idare tarafından reddedilmeyen başvurular, hukuki uyuşmazlık değerlendirme komisyonuna gönderilir.⁵⁵⁷ Söz konusu komisyona ilişkin “*Hukuki Uyuşmazlık Değerlendirme Komisyonunun Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik*” çıkarılmıştır.⁵⁵⁸

iradesi ortaya çıkmış değildir. Ön karar mekanizması ile idarenin eyleminden zarar gören kişinin dava açabilmesi için idarenin iradesine açıklık getirilir. Aslında idarenin kamu gücü kullanarak yaptığı eylemin uyuşmazlık doğurmaya elverişli olduğu düşünülerek, zarar gören kişilerin dava açmadan önce uyuşmazlığın çözülmesi amacıyla başvuruda bulunduğunu düşünmek yanlış olmayacaktır. Zira, 659 sayılı KHK'nin 12. maddesinde önkarar mekanizmasının sulh yolu olarak nitelendirilmesiyle idari eylemden doğan uyuşmazlıkların özel usule göre çözümlenebilmesi öngörülmüştür (Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZTÜRK, s.16-20).

⁵⁵⁷ 659 sayılı KHK md. 12.

⁵⁵⁸ RG 04.07.2012-28343; Başvuruları inceleyen komisyonun bilirkişi incelemesi de dahil olmak üzere gerekli her türlü araştırma ve inceleme yapma yetkisi bulunduğu gibi uyuşmazlık konusu olay ile ilgili kişileri dinleyebilmektedir. Komisyon söz konusu yönetmeliğin 7/1 maddesine göre,

Bahse konu yönetmelik uyarınca, komisyona tanık dinleme yetkisinin verilmesi ile komisyon üyeleri, idari hâkimden daha geniş yetkilere sahip olmaktadır. Bu şekilde; uyuşmazlık, daha kısa sürede derinlemesine incelenebilir ve tarafların beklentileri büyük ölçüde karşılanmış olur.

İYUK md. 13/1 kapsamında; başvurunun sonuçlanmasından sonra ödeme yapılabilmesi için herhangi bir ödenek bulunmaması, idarecilerin Sayıştay denetiminden çekinmeleri bu uygulamanın işlerliğini etkilemiş ve bu sebeplerle ön karar başvurusu dava sürecini uzatıcı bir prosedür olarak görülmüştür.⁵⁵⁹ 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 12/7 düzenlemesiyle, tarafların imzaladıkları belgenin ilam niteliğine sahip olmasıyla var olan endişelerin giderileceği düşünülse de⁵⁶⁰ bu düzenleme kapsamında gerçekleşen bir sulh örneğine rastlanmamıştır.⁵⁶¹

c. Kamu Denetçiliği Kurumu'na Başvuru

Kamu yönetiminin şeffaflaşması ve bireylerin temel haklarına saygı gösterilmesi sağlayarak hukuk devletinin güçlenmesine yardımcı olmak için oluşturulan Kamu Denetçiliği Kurumu vasıtasıyla,⁵⁶² idarenin her türlü işlem, eylem, tutum ve davranışları hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönünden

kendisine intikal eden konuları görüşmek üzere beş iş günü içinde toplanır. Uyuşmazlık konusu olay hakkındaki rapor, toplantı tarihinden itibaren en geç otuz gün içinde yetkili makama verilmesi gerekir.

⁵⁵⁹ CİDECİĞİLLER, s.250; ÇINARLI, s.347-348; Bu yönde açıklamalar için bkz. HONDU, s.263; AKYILMAZ, 2012, s.74; GÖZÜBÜYÜK/TAN, C.II, s.636; ÖZGÜLDÜR, s.832.

⁵⁶⁰ AKYILMAZ, 2012, s.74; D. YILMAZ, s.98; YET, s. 105; HASOĞLU, 2017, s.82;

⁵⁶¹ Uluslararası Yüksek İdari Yargı Mercileri Birliği, **İdari Konularda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları**, İstanbul Kongresi, 2016, s.167; ÖZKAN, s.265; ODYAKMAZ/ÇINARLI, s.81.

⁵⁶² AYM 27.12.2012, E.2012/96, K.2012/206, RG 25.05.2013-28657.

incelenmektedir.⁵⁶³ Kuruma başvurmadan önce özel kanunlarda yer alan zorunlu idari başvuru yollarının tüketilmesi gerekmektedir. Ancak idari başvuru yolları tüketilmeden yapılan başvurular ilgili kuruma gönderilir. Sadece telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ihtimalinin bulunması durumunda idari başvuru yollarının tüketilmesi şartı aranmaz.⁵⁶⁴ İdari başvuru yollarının tüketilmesi gerekliliği düzenlemesi ile Kamu Denetçiliği Kurumu'na başvurulmadan önce idarenin işlem ve eylemlerini yeniden gözden geçirmesine imkân sağlanmıştır.⁵⁶⁵ Kuruma yapılan şikâyet başvurusunun dava açma süresini durdurabilmesi için başvurunun dava açma süresi içinde yapılması gerekir.⁵⁶⁶

⁵⁶³ 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu md. 1, RG 29.06.2012-28338; Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik md 1, RG 28.03.2013-28601.

⁵⁶⁴ 6328 sayılı Kanun md. 17. Kamu Denetçiliği Kurumu'na başvurmadan önce idari başvuru yollarının tüketilmesi şartı denetim mekanizmasının etkinliğini azaltacağı itirazında bulunulmuştur. İtirazı değerlendiren Anayasa Mahkemesi, 6328 sayılı Kanun'un gerekçesini de göz önüne alarak dava konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir (AYM 27.12.2012, E.2012/96, K.2012/206, RG 23.05.2013-28657).

⁵⁶⁵ Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu genel gerekçesi ve madde gerekçeleri, s.9, <www.kgm.adalet.gov.tr>, 12.11.2017.

⁵⁶⁶ Kuruma şikâyet başvurusunda bulunulabilmesi için 2577 sayılı Kanun hükümlerine göre;
-İdari davaya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması için idari makamlara başvuru yapılması (md.10),

İdari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni işlem yapılmasının bir üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan idari dava açma süresi içinde istenmesi (md.11),

-İdari işlemde dolayı doğan zararın giderilmesinin üst makamdan yoksa işlemi yapmış olan makamdan idari dava açma süresi içinde istenmesi (md. 12),

Bu bağlamda, idareye yapılan başvuruya altmış gün içinde cevap verilmesi halinde cevabın tebliğinden veya idare tarafından altmış gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren altı ay içinde Kuruma şikâyet başvurusunda bulunulabilir.⁵⁶⁷ Yine idarenin tutum ve davranışları ile kanunlarda kesin olduğu belirtilen işlemlere karşı, tutum ve davranışın gerçekleştiği veya öğrenildiği tarihten itibaren veya işlemin tebliğ tarihinden itibaren altı ay içinde kuruma başvurulabilir.⁵⁶⁸ Kurum 6328 sayılı Kanunu'nun 20/1 maddesi gereğince, inceleme ve araştırmasını başvuru tarihinden itibaren en geç altı ay içinde sonuçlandırmak zorundadır.⁵⁶⁹ Bu süreçte, kurumlardan bilgi, belge isteyebilir, bilirkişi görevlendirmesi yapabilir ve tanık dinleyebilir.⁵⁷⁰ Bu incelemesinin

-İdari eylemin yazılı bildirim veya başka suretle öğrenildiği tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak hakkın yerine getirilmesinin istenmesi (md.13), gerekir (Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik md.12).

⁵⁶⁷ 6328 sayılı Kanun md. 17/7.

⁵⁶⁸ Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik md.13/2.

⁵⁶⁹ Anayasa Mahkemesi'ne yapılan itiraz başvurusunda: Şikâyet başvurusunun altı ayda bitirilemeyeceği, kurumun iş yükü dolayısıyla maddede öngörülen sürelerde başvuru incelemesinin bitirememesi durumunda ne olacağına dair herhangi bir düzenleme olmadığına dikkat çekilmişti (AYM 27.12.2012, E.2012/96, K.2012/206, RG 25.05.2013-28657, itiraz gerekçesi). Bu eksiklik, Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkındaki Yönetmeliğin 36. maddesinde: Şikâyetin altı ay içinde sonuçlandırılmaması durumunda; Kurumun şikâyetçiye, şikâyeti sonuçlandıramama gerekçesini ve dava açma süresinin başladığı hususlarını bildireceği şeklinde yapılan düzenleme ile giderilmiştir.

⁵⁷⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. 6328 sayılı Kanun md.18-20; Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkındaki Yönetmelik md 22-25; Örneğin, Kurumun vermiş

sonucunda, kurumun görev alanındaki konu dâhilindeki bir hususla ilgili şikâyetle bulunmuş ve başvuran haklı görülmüş ise kurum idareye önerilerde bulunur.⁵⁷¹

Kurum kararını tebliğ alan ilgili merci, kurulun önerileri doğrultusunda tesis ettiği işlemi veya kurumun önerdiği çözümü uygulanabilir nitelikte görmediği takdirde, bunun gerekçesini otuz gün içinde kuruma bildirir.⁵⁷² Kurumun kararları tavsiye edici nitelikte olduğundan hazırlamış olduğu rapordan beklenen fayda sağlanamayacağı ileri sürülmüş ise de Anayasa Mahkemesi, kamu denetçilerinin raporlarının yasama organına sunulmasıyla ve kamuoyuna yapılan açıklamalar ile kararların güç kazanacağı kanaatindedir.⁵⁷³

olduğu bir kararda: Üniversite hastanesinde ameliyat olan şikâyetçi, ameliyatının başarısız olduğunu ileri sürerek ödediği hastane masraflarının ve kurumun takdir ettiği tazminat miktarının tarafına ödenmesini talep etmiştir. Kurum, başvuruyu incelerken sadece ameliyata rıza göstermenin yeterli olmadığını, hastaya komplikasyonların izah edilmesi gerekliliğine dikkat çekerek aydınlatma yükümlülüğünde ispat yükünün hastane ve hekimde olduğunu belirtmiştir. Şikâyetçinin tüm iddialarını titizlikle inceleyen Kurum, içtihatlardan da faydalanarak yaptığı özenli araştırmasıyla bir yargı organı gibi uyumsuzluğu irdelemiştir. Nihayetinde uyumsuzluğa ilişkin bilgi ve belgelerden; hastanın verdiği onamda kendisine komplikasyonların anlatılmış olduğu görülmüş ve düzenlenen raporlarda hekime herhangi bir kusurun izafe edilmediğine karar vererek şikâyet reddedilmiştir (KDK 07.10.2016 tarih ve 2015/5543 sayılı şikâyet kararı, <www.ombudsman.gov.tr>, 17.11.2017).

⁵⁷¹ 6328 sayılı Kanun md. 20/2. Kurumun vermiş olduğu karar sonrasında; idarenin hatalı davrandığını kabul etmesi, verilen zararı tazmin etmesi, tavsiye kararını yerine getirecek işlem ve eylemde bulunması, mevzuat değişikliğini yapması, işlemi geri alması, kaldırması, değiştirmesi veya düzeltmesi, uzlaşmaya gitmesi, tedbir alması ve buna benzer tavsiye kararları vermesi beklenebilir (Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkındaki Yönetmelik md. 32).

⁵⁷² 6328 sayılı Kanun md. 20/3.

⁵⁷³ AYM 27.12.2012, E.2012/96, K.2012/206, RG 25.05.2013-28657.

Uygulamada, sağlık hizmetlerinden doğan zararların karşılanması talebiyle yapılan başvurulara ilişkin örnekler⁵⁷⁴ sınırlı sayıda olup çalışma kapsamında yapılan araştırmada defansif uygulamadan doğan zararların karşılanması talebiyle yapılan başvuru örneğine rastlanmamıştır. Bu kapsamdaki uyuşmazlıklarla ilgili herhangi bir şikâyet varsa Kamu Denetçiliği Kurumu'na başvurulmasında yasal bir engel olmasa da idare hukukunda yer alan diğer başvuru yolları sebebiyle tercih edilmediği anlaşılmaktadır.

Dava süreci, usulü prosedürler ile uzun bir zaman alır. Sürecin sonunda da kimin kazanacağı belli değildir. İdari yargı denetimi de idare hukukunun gelişimine ve değişimine ayak uydurmakta zorlandığından bireylerin ihtiyaçlarını karşılamakta yetersiz kalmaktadır. Kurum da idarelerin üzerinde etkili, keyfi tutumlara müdahale

⁵⁷⁴ şikâyet konusu bir olayda şikâyetçi bir üniversite hastanesinde geçirmiş olduğu burun ameliyatı sonrası sağlığının bozulduğunu ve ameliyat evraklarında usulsüzlük yapıldığını iddia etmiştir. şikâyetçi bu iddiaları dile getirmesine rağmen gerekli mercilerden sonuç alamadığından Kamu Denetçiliği Kurumu'na başvurarak ameliyatından sorumlu olan kişiler hakkında soruştırma yapılması talebinde bulunmuştur. Gerekli incelemeyi ve araştırmayı yapan Kurum hastaya yapılacak işlemler hakkında tam olarak bilgi verilmediği ve yapılacak olan ameliyat öncesinde yeteri kadar aydınlatılmadığından rektörlüke takdir olunacak maddi veya manevi tazminat tutarının şikâyetçiye ödenmesini tavsiye etmiştir. Karar, talep konusu ve sonucu bakımından oldukça ilgi çekicidir. şikâyetçi, hatalı tıbbi müdahale ile ilgili olduğunu düşündüğu kişiler hakkında yasal işlem başlatılması hususunda birçok girişimde bulunmuş ancak sonuç alamamıştır. Kurumdan talebi, tazminat değil sorumlu kişiler hakkında yasal sürecin başlatılması hakkında tavsiye kararı verilmesidir. Bu talep itiraz yolu tüketildikten sonra davaya konu edilebilecek bir husus değildir. Ancak, Kamu Denetçiliği Kurumu'na verilen yetki dahilinde Kurumca tavsiye kararına konu olabilecek nitelikteki bu talep, Kurum tarafından görmezden gelinip talep konusu dışında başka bir tavsiye kararı vermesi kanaatimce hukuka uygun değildir (KDK 23.12.2013 tarih ve 2013/107 sayılı şikâyet kararı, <www.ombudsman.gov.tr>, 12.04.2018).

edebilen bir mekanizmaya ihtiyaçtan doğmuştur.⁵⁷⁵ Yedinci beş yıllık kalkınma planında da, yargı katı usul kurallarıyla bağlı olduğundan uyuşmazlıkların çözümünün zaman alması gerçeği karşısında idarenin yargı dışında ve yönetime bağlı olmayan Kamu Denetçiliği Kurumu tarafından denetlenmesi uygun görülmüştür.⁵⁷⁶ Kurumun, bir taraftan idare ve vatandaşlar arasındaki ilişkiyi güçlendirerek aralarında çıkan uyuşmazlıkları etkin ve hızlı şekilde çözümlenmesi beklenirken⁵⁷⁷ diğer taraftan da doktrinde idari yargı denetimine alternatif olamayacağı ifade edilmektedir.⁵⁷⁸

Kamu Denetçiliği Kurumu, kendisinden beklenen faydayı kimi bazı uyuşmazlıklarda gösterecek olsa da idareye buyuran yönü ile diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biraz farklıdır. Uyuşmazlığın iki tarafını bir prosedür çerçevesinde bir araya getirmez. Sadece idarenin işlem ve eyleminden zarar gören kişinin kuruma başvurması neticesinde şikâyete konu olan idareye çözüme yönelik tavsiye verir. Neticede, idarenin işlem ve eyleminden zarar gören kişilerin idareye başvurup istedikleri neticeyi elde edememeleri durumunda yargı sürecinden önce idareyi şikâyet edebilecekleri idari fonksiyona yabancı olmayan ama idareden bağımsız hareket edebilecek bir kurumun varlığı hukuk devletinin gereklerinin yerine getirilmesi bakımından önem arz ederken, sağlık hizmetlerinin yürütülmesinde

⁵⁷⁵ Muammer OYTAN, “*Ombudsman Eli İle İdarenin Denetimi Konusunda Kıyaslamalı Bir İnceleme*”, Prof. Dr. Osman F. Berki’ye Armağan, AÜHFY, No: 411, Ankara, 1977, s.597; ÖZBEK, C.II, s.953.

⁵⁷⁶ KDKK, genel gerekçe, s.4,<www.kgm.adalet.gov.tr>, 20.11.2017.

⁵⁷⁷ Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı, Kamu Denetçiliği Kurumu Genel Gerekçe, s.4, <www.kalkinma.gov.tr>, 20.11.2017.

⁵⁷⁸ AZRAK, s.76.

meydana gelen tıbbi hataları inceleyen idari yargı organının alternatifini olmaktan uzak olduğu söylenebilir.

d. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'na Başvuru

Sağlık hakkı yukarıda ifade edildiği gibi insan hakları kapsamında korunmakta ve sağlık hizmetlerine erişim hakkını da içermektedir. Sağlık hizmetlerinin örgütlenmesindeki veya planlanmasındaki eksiklikler sağlık hizmetine erişimi engelleyeceğinden bu kapsamda meydana gelen ihlaller doğrudan insan hakları ile ilgilidir.⁵⁷⁹ Sağlık hizmetleri yerine getirilirken meydana gelen ihlaller için de Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'na (TİHEK) başvurulması mümkündür. Kurum ilk olarak Türkiye İnsan Hakları Kurumu⁵⁸⁰ adı altında göreve başlamış⁵⁸¹ ancak daha sonra 6701 sayılı Kanun ile 2016 yılında yerine kurulan “Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu” ile görevine son verilmiştir.⁵⁸²

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, “*insan onurunu temel alarak insan haklarının korunması ve geliştirilmesi, kişilerin eşit muamele görme hakkının güvence altına alınması, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada ayrımcılığın önlenmesi ile bu ilkeler doğrultusunda faaliyet göstermek, işkence ve kötü muameleyle etkin mücadele etmek ve bu konuda ulusal önleme mekanizması*

⁵⁷⁹ SEVER, Sağlık Hakkı, s.75.

⁵⁸⁰ Bu kurum 2001 yılında faaliyete geçen İnsan Hakları Başkanlığı'nın yerine kurulmuştur (Zehra ODYAKMAZ/Bayram KESKİN/Yusuf DENİZ, “6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Üzerine Bir Değerlendirme-I”, **UMD**, S.7, 2016, s.731).

⁵⁸¹ 6332 sayılı Türkiye İnsan Hakları Kurumu Kanunu (RG 30.06.2012-28339) .

⁵⁸² 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu (RG 20.04.2016-29690).

*görevini yerine getirmek üzere” kurulmuştur.*⁵⁸³ Kurum kendisine verilen yetki kapsamında insan haklarına ilişkin ihlâllerde gerekli gördüğünde uyuşmazlıkları uzlaşmayla sonuçlandırma konusunda yetkilendirilmiştir.⁵⁸⁴ Uzlaşma yoluyla sonuçlandırılmayan başvurular ve incelemeler hakkında Kurul, insan hakları veya ayrımcılık yasağı ihlâli yapıp yapılmadığına ilişkin kararlar verebilmektedir.⁵⁸⁵ 6701 sayılı Kanun’un md. 17/2’e göre, TİHEK’na başvurmadan önce 6701 sayılı Kanuna aykırı olduğu iddia edilen uygulamanın düzeltilmesi ilgili taraftan talep edebilir. Bu taleplerin reddedilmesi veya otuz gün içerisinde cevap verilmemesi hâlinde Kuruma başvuru yapılabilir. Ancak Kurum, telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ihtimali bulunan hâllerde, bu şartı aramadan başvuruları kabul edebilir.⁵⁸⁶ 6701 sayılı Kanun’un md. 18/3 göre Kurum; uzlaşmaya varılması, insan hakları veya ayrımcılık yasağı ihlâli olduğu iddia olunan uygulamaya son verilmesi veya mağdur açısından bu sonucu sağlayacak çözümlerin sunulması ve mağdura belli bir tazminatın ödenmesi biçiminde de karar verebilmektedir.

⁵⁸³ 6701 sayılı Kanun md. 1; *“Bu Kanunla ve diğer mevzuatla verilen görevleri yerine getirmek ve yetkileri kullanmak üzere, idari ve mali özerkliğe sahip, özel bütçeli ve kamu tüzel kişiliğini haiz, Cumhurbaşkanının görevlendireceği bakan ile ilişkili Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu kurulmuştur.”* (6701 sayılı Kanun md.8/1).

⁵⁸⁴ 6701 sayılı Kanun md. 11/1/b.

⁵⁸⁵ 6701 sayılı Kanun md. 18/4.

⁵⁸⁶ Dava açma süresi içinde Kuruma yapılan başvurular işlemeye başlamış olan dava açma süresini durdurur (6701 sayılı Kanun md.17/3). *“Uzlaşma yoluyla sonuçlandırılmayan başvurular ve incelemeler hakkında ilgili rapora ilişkin müzekkere yirmi gün içinde Kurula sunulur. Bunun üzerine Kurul, insan hakları veya ayrımcılık yasağı ihlali yapıp yapılmadığına ilişkin karar verir. Kurul, konusu suç teşkil eden insan hakları veya ayrımcılık yasağı ihlallerini tespit ettiği takdirde, bunlarla ilgili suç duyurusunda bulunur.”* (Ayrıntılı bilgileri için bkz. 6701 sayılı Kanun md. 18/4-5).

TİHEK kurul kararları incelendiğinde sadece 2018 yılına ilişkin iki kararın kamuoyu ile paylaşıldığı görülmektedir. Bu kararlardan birisinde cüzi miktarda idari para cezasının ödenmesine karar veren Kurul⁵⁸⁷ diğerinde sadece ihlâl kararı vererek, ilgili idarenin bu konuda bilgilendirilmesine karar vermiştir. Türkiye’de insan hakları ihlâllerini araştırılması için kurumsal yapı oluşturma çabasının⁵⁸⁸ 2001 yılında Başbakanlık “*İnsan Hakları Başkanlığı*” kurulmasıyla dikkat çektiği söylenebilir. Doktrinde de ifade edildiği gibi, kurumları fiilen kurabilmiş olmak ile kurulduktan sonra faaliyete geçirmek ve kurumun işlerliğini sağlayabilmek farklı şeylerdir.⁵⁸⁹ Bu bağlamda, Kurumun sağlık hizmetlerinin sunumunda meydana gelen eksikliklerin giderilmesinde aktif bir çaba göstermediği hatta kamuoyuna yansıdığı şekilde esas görevi olan ayrımcılığın ve insan hakları ihlâllerinin önlenmesine ilişkin verilen caydırıcı kararlara rastlanmamıştır.

6701 sayılı Kanun’un md.17/2 hükmüyle, zarar gören kişilerin sağlık haklarının ihlâl edildiğine ilişkin iddialarını ilk önce ilgili idareye iletmeleri gerekmektedir. Sağlık hizmetlerinden doğan zararın karşılanmasında Anayasa md. 129/5 ve DMK md. 13/ 1’e göre, davalı taraf idaredir. Zaten 2577 sayılı Kanun’un 13. maddesi gereğince idarenin eyleminden zarar gördüğünü iddia eden kişilerin, ilgili idareye başvurmaları gerektiğinden zarar gören kişilerin 6701 sayılı Kanun kapsamından uzlaşmaya gidebilecekleri mümkün gözükmemektedir. Bu sebeple,

⁵⁸⁷ Karar konu olan olay, başvuranın ev kiralamaya çalıştığı dönemde medeni hâli sebebiyle kendine ayrımcılık yapılmasına ilişkindir. Kararda ev sahibi ve emlakçı muhatap hakkında 2000 TL ve 1000 TL idari para cezasının ödenmesine karar verilmiştir.

⁵⁸⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. ODYAKMAZ/KESKİN/DENİZ, s.730-732.

⁵⁸⁹ ODYAKMAZ/KESKİN/DENİZ, s.735.

TİHEK'na başvuru defansif tıp uygulamalarından kaynaklanan zararların karşılanmasında kanaatimce hekimin kaygılarını azaltıcı bir yargı dışı çözüm yolu olarak değerlendirilemez.

3. Sağlık Hizmetlerinin Yerine Getirilmesinden Doğan Zararların Karşılanmasında Mahkeme Dışı Çözüm Yollarının Uygulanabilirliği

Tıbbi müdahale sonrası hekimlerin kendilerine karşı dava açılma endişesi yaşaması, aslında hekim ile hasta arasındaki etkili ve samimi iletişimin önünde büyük bir engel oluşturur.⁵⁹⁰ Alternatif çözüm yolları, hasta ve hekim arasındaki ilişkiyi geliştiren, hem hasta hem de hekim için daha az maliyetli bir yöntemdir.⁵⁹¹ Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri'nde, avukatın bir davaya hazırlanması yaklaşık yüz saati bulurken, alternatif çözüm yollarında, bir uyuşmazlık için hazırlanması dört ile altı saat arasındadır.⁵⁹²

Alternatif çözüm yollarında davalı büyük oranda yargılama masraflarından kurtulurken davacı talebini daha çabuk karşılar.⁵⁹³ Bazı vakalarda, hatalı tıbbi

⁵⁹⁰ Thomas L. HAFEMEISTER/Joshua Hinckley PORTER, "The Medical Care Reform Act of 2010 and Medical Malpractice Liability Worlds in Collision Or Ships Passing In The Night?", **SMU Law Review**, Vol:64, Rev:735, 2011, s.744

⁵⁹¹ Carol B. LIEBMAN, "Medical Malpractice Mediation: Benefits Gained, Opportunities Lost", **Law and Contemporary Problems**, Vol:74:135, 2011, s.136; Hasta hekim ilişkisi açısından sağlık hizmetlerinde uzlaşma önerisi için bkz. DURMUŞ, s.210-216.

⁵⁹² Chris Stern HYMAN/Carol B. LIEBMAN/Cycde B. SCHECTER/William M. SAGE, "Interest Based Medical Malpractice Lawsuits: A Route to Improved Patient Safety?", **Journal of Health Politics, Policy and Law**, Vol:35, No:5, 2010, s.812-813.

⁵⁹³ LIEBMAN, s.139; Daniel J. D'ALESIO, "The Benefits and Risks Of Using Presuit Voluntary Binding Arbitration as an Alternative Dispute Resolution Process in Medical Malpractice Cases",

müdahalenin sonuçlarının ortaya çıkması zaman alabilir. Aslında tarafların karşılıklı konuşmasına imkân sağlanarak tıbbi hata hususunda daha net bilgi elde edileceğinden ⁵⁹⁴ hatanın telafisi daha kolay olur. Tarafları daha kısa sürede sonuca ulaştıran bu çözüm yolu ile daha tahmin edilebilir sonuçlara ulaşılır.⁵⁹⁵

Örneğin, bireysel başvuru yoluna konu olan bir uyuşmazlıkta, yargılama süreci sekiz yıl kadar sürmüştür. Uyuşmazlık konusu olayı inceleyen Anayasa Mahkemesi, Yargıtay kararının kesinleşmesinin yedi yılı bulduğunu, konuyu aydınlatmak üzere başvurulmuş bilirkişilerden alınan raporun toplamda iki yıl sekiz ayda elde edildiğini göz önüne alarak başvuru sahiplerinin yaşam hakkının etkili şekilde soruşturulmadığına karar vermiştir. Ayrıca, başvuru sahiplerinin yaşadığı olay sonrasında yalnızca hak ihlâlinin tespit edilmesi bireylerin uğradıkları zararları karşılamayacağından başvurucuya 25.000 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmiştir.⁵⁹⁶ Adli ve idari yargıda ilerleyen bu süreç, makul özen ve hız içerisinde

The Florida Bar Journal, December 2014, s.21; CARRIER/RESCHOVSKY/KATZ/MELLO, s.1390

⁵⁹⁴ LIEBMAN, s.140.

⁵⁹⁵ D'ALESIO, s.21.

⁵⁹⁶ Hamilelik döneminde çocuğunun özürlü olarak doğacağı tespit edilebilecek olmasına rağmen hekimin kusuru nedeniyle bu tespitin yapılmayarak %99 özürlü olarak yaşamını sürdürmek zorunda kalan bebeğin, 2002 tarihinde dünyaya sağlıklı gelmesi sebebiyle zarar gören aile asliye hukuk mahkemesinde dava açmıştır. Söz konusu mahkeme zarar gören kişilerin doğrudan hekime karşı dava açamayacağından davanın husumet yönünden reddine karar vermiştir. İlk derece mahkemesinin kararının temyiz edilmesi üzerine ise Yargıtay, meydana gelen zararın kişisel kusura bağlı olup olmadığı araştırıldıktan sonra karar verilmesi gerekirken davanın husumet yönünden reddedilmesini usul ve yasaya uygun görmeyerek ilk derece mahkemesinin kararının bozulmasına karar vermiştir. Bunun üzerine idare mahkemesinde tam yargı davası açılmıştır. 2013 yılında idare mahkemesi sağlık

gerçekleşmemiştir. Başvurucuların hukuk ve idare mahkemesi önündeki davalar on yılı aşkın süre sonunda neticelenmiş ve tazminat ödenmesine olay tarihinden on bir yıl sonra karar verilmiştir. Uyuşmazlık konusu olayda alınan bilirkişi raporunda hekimin 4/8 kusurlu olduğu belirtilmiştir. Tıbbi müdahalede bir zarar meydana gelmiş ise sadece hekimin kişisel kusuru hâlinde ve kusuru oranında ödenen zarar kendisine rücu edilmelidir. Ancak bu halde dâhi olay tarihinin üzerinden uzun zaman geçtikten sonra rücu davası ile karşılaşan bir hekimin kendisini savunma olanakları oldukça kısıtlı olacaktır. Önerilen mahkeme dışı çözüm yolları ile hekimin ve zarar gören kişinin hatalı tıbbi müdahale sonrası, yargı yoluna gitmeden konuşabilmeleri ileride meydana gelebilecek buna benzer olumsuzlukların önlenmesine yardımcı olabilecektir.

Uygulamada, hekimlerin hatalarını kabul etmesi kariyerlerini tehlikeye atan ve dava açılmasını kolaylaştıran bir hareket olarak nitelendirilir. Aslında Studdert'in söylediği gibi: “Eğer bir şeylerin ters gitmesi engellenemiyorsa, açık yüreklilik ile hastalara ne olduğunun açıklanması gerekir.”⁵⁹⁷ Zira şeffaf bir değerlendirme yapıldığında yapılan hatalar daha net anlaşılabilirdiğinden çözüm üretmek daha kolay olacaktır.⁵⁹⁸

hizmetinin kusurlu sunulduğuna dikkat çekerek başvurucular lehine maddi ve manevi tazminat ödenmesine karar vermiştir. Sonrasında, davacı uzun yargılama süreci sebebiyle hak ihlâli olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuştur (AYM 09.09.2015, 2013/1943 sayılı bireysel başvuru kararı, RG 04.11.2015-29522).

⁵⁹⁷ Kevin SACK, “*Doctor Say 'I'm Sorry' Before 'See You in Court'*”, **The New York Times**, Mayıs 18, 2008 (< http://www.nytimes.com/2008/05/18/us/18apology.html?pagewanted=print&_r=0>, 16.06.2015).

⁵⁹⁸ SACK.

Anayasa Mahkemesi, ağır iş yükü altında çalışan mahkemelerin yargılama görevlerini yerine getirmekle zorlandığına dikkat çekerek alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin hayata geçirilmesini desteklemektedir. Anayasa Mahkemesi, uyuşmazlıkların çözümlenmesi için yargı öncesi bir kurula başvurulmasında herhangi bir sakınca görmezken, kurul kararı sonrası kararı kabul etmeyen tarafın, ilk derece ve temyiz yoluna başvurabilmesinin mümkün olmasını kabul etmektedir. Bu sebeple, kurulların oluşumu ve çalışma yönteminin hukuk devleti ilkesiyle uyum içinde olması gerekir.⁵⁹⁹

Uyuşmazlık çözümünde olaya avukat, davacı ve idare tarafından bakıldığında farklı gerekçelerle mahkeme dışı çözüm yollarına mesafeli yaklaşıldığı görülür. Uyuşmazlığın çözümlenmesinde taraflara yardımcı olan avukatlar, dava sürecinde elde edeceği gelirden daha azını elde etme ve müvekkilinin gözünde bilgisiz görünmek hususlarında tedirginlik yaşamaktadır. Davalı idareyi temsil eden kamu görevlileri de, yapılacak bir Sayıştay denetiminde kamu zararına sebebiyet vermekten suçlanma kaygısı ile sorumluluk almaya çekinmektedirler. Bireyler ise

⁵⁹⁹ AYM 03.03.2004, E.2003/98, K.2004/31, RG 10.07.2004-25518. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 167. maddesine ilişkindir. İlgili madde de avukatlık sözleşmesinden ve vekâlet ücretinden kaynaklanan her türlü anlaşmazlıkların hukuki yardımın yapıldığı yer barosu hakem kurulunca çözümleneceği ve hakem kurulunun baro yönetim kurulunca seçilecek iki avukat ve baronun bulunduğu yer çevresindeki en kıdemli asliye hukuk hâkiminden oluşacağı düzenlenmişti. Ancak, avukat ve müvekkil arasındaki hukuksal uyuşmazlıkların, mahkemeler dışında başka bir kurul tarafından çözümlenmesi Anayasa'ya aykırı görülmüş ve yargılama görevinin bağımsız mahkemeler tarafından çözümlenmesi gerektiğinden, üyeleri arasında hâkiminde bulunduğu kurulun mahkeme olarak kabulüne imkân olmadığından düzenlemenin iptaline karar verilmiştir.

çoğu zaman uyuşmazlığın yargı yolu dışında başka bir şekilde çözümleneceğinden habersizdir.

Bu bağlamda, idari yargı uygulamasında bazı uyuşmazlıklara özgü olarak davaya bakmakta olan hâkimlere yargılamanın başında veya devam eden aşamalarında taraflara alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından birini önerebilmesine yönelik düzenlemeler⁶⁰⁰ yapılmasının uyuşmazlık sürecinin çözümlenmesine olumlu yansıtacağı açıktır.

Sağlık hizmetlerinden doğan zararların karşılanmasında, yargı öncesi çözüm yollarının işlerlik kazanmasını tümüyle bir reddediş yoktur. Nihayetinde, sağlık hizmetleri riskli hizmetler olup olası bir uyuşmazlığı çözmek de uzmanlık gerektirmektedir. Mülga olan uzlaştırma müessesesi hakkında yapılan eleştiriler, yeni bir sistem için yol göstericidir. Anayasa’da idarenin, işlem ve eylemlerinden doğan zararı karşılamak ile yükümlü olduğu ve doğrudan idareye karşı dava açılmasını öngören Anayasa ve yasal düzenlemelerin varlığı, hekime doğrudan dava açılmasını engeller mahiyettedir. İdarenin taraf olduğu, aynı zamanda uzlaştırıcı olarak yer aldığı bir süreç, zarar gören açısından çekingenlik yaratır. Ayrıca hekimin ve onun temsilcisinin sanki ihmal ve hatayı kabul edercesine sürece doğrudan taraf yapılması kabul edilemez. Bu sebeple, tarafların yargı yoluna başvurmadan önce sağlık alanının uzmanlık gerektirdiği gözetilerek yargı öncesi çözüm yollarına başvurabilmelerine ilişkin düzenlemeler Anayasa ile uyumlu olmalı ve anlaşma

⁶⁰⁰ Orhun YET, “İdari Uyuşmazlıklarda Alternatif Çözüm Yolları İçinde Tahkim”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, **II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”**, İstanbul, Yenişehir Kitapevi, 2009, s.253.

sağlanamaması durumunda yargı yoluna başvurulabilmelidir.⁶⁰¹ Önemle işaret etmek gerekirse: Bir uyuşmazlıkta tarafların anlaşması ile elde edilen çözüm yolu, aynı konuda verilmiş en iyi mahkeme kararından daha iyi neticeler doğurabilir.⁶⁰²

D. Sağlık Hizmetlerinin Yerine Getirilmesinden Doğan Zararların Alanında Uzmanlaşmış Mahkemede Çözümlemesi Önerisi

Amerika Birleşik Devletleri'nde bulunan Harvard Üniversitesi'nde, "*Güvenilir Tıbbi Adalet Sistemi Projesinin Tasarımı*" üzerine yapılan bir araştırmada⁶⁰³ hatalı tıbbi uygulamadan doğan tazminat davaları için alanında uzmanlaşmış sağlık mahkemeleri önerilmektedir.⁶⁰⁴ Sağlık mahkemeleri ile birlikte bakım standardının sınırlarının yeniden belirlenmesi ve⁶⁰⁵ yeni getirilen standartlar ile hekimlerin hatalarını daha rahat konuşabilecekleri bir ortam oluşturulması planlanmaktadır.⁶⁰⁶ Sağlık alanında uzmanlaşmış hâkimlerin ve bağımsız uzman bilirkişilerin varlığı ile birlikte yargılama sürecinde hekimlerin tıbbi müdahaleleri hakkında konuşmaktan ve kendini ifade etmekten çekinmeyeceği tahmin edildiğinden sağlık mahkemelerinin hekimin defansif davranışlarını azaltabileceği beklenmektedir.⁶⁰⁷

⁶⁰¹ AYM 25.06.2013, E.2011/150, K.2013/30, RG. 25.06.2013-28688.

⁶⁰² E. YILMAZ, 2004, s.845.

⁶⁰³ Projenin İngilizce karşılığı: "*Design of a Reliable System of Medical Justice Project*" dır <<http://www.hsph.harvard.edu/michelle-mello/current-projects/>>, 16.08.2015.

⁶⁰⁴ MELLO/STUDDERT/KACHALIA /BRENNAN, s.460.

⁶⁰⁵ PETERS, s.272.

⁶⁰⁶ PETERS, s.275.

⁶⁰⁷ MELLO/STUDDERT/KACHALIA/BRENNAN, s.231.

ABD’de uygulanmakta olan mevcut sistemde, davalı tıbbi müdahale sonrası yaralandığını ve ihmal sonucu zarara uğradığını kanıtlanmalıdır.⁶⁰⁸ Bu sistem: Jürilerin, ihmalkâr hekimleri sorumlu tutmaktan çekinerek ispat yükünü çok ciddiye aldıkları için⁶⁰⁹ ve hatta tazminat sistemine ilişkin ana ilkeler belirlenmeden ve emsal kararlardan faydalanmadan tazminat miktarı hesaplandığı için eleştirilmektedir.⁶¹⁰ Bu yüzden, hekimler yargılama sonucunda verilen kararın, davanın esasını ile ilgili olmadığına inanmaktadır.⁶¹¹ Haksız yere sorumlu olma kaygısı yaşayan hekimlerin, alanında uzmanlaşmış ve tarafsız bilirkişilerin görev yaptığı sağlık mahkemelerinde yargılanırken kendilerini daha güvende hissedecekleri ileri sürülmektedir.⁶¹² Önerilen, sağlık mahkemelerinde ise mevcut sistemden farklı olarak uyuşmazlık hakkında jüri yerine alanında uzmanlaşmış hâkimlerden oluşan yargı mercileri tarafından karar verilecektir.⁶¹³ Bu süreçte hâkime, tarafsız bir “*hekim bilirkişi*” yardımcı olacaktır.⁶¹⁴

Mevcut sistemdeki avukatların, düşük miktarda tazminat davalarında bulunmak istememeleri göz önüne alınarak, sağlık mahkemeleri projesi ile davacıların düşük miktardaki tazminat taleplerine erişebilirliğin sağlanması planlanmaktadır. Sağlık mahkemesinde sistem hukuki danışmana ihtiyaç olmayacak

⁶⁰⁸ Frank A. SLOAN/Lindsey M. CHEPKE, **Medical Malpractice**, Massachusetts Institute of Technology, 2008, s.177.

⁶⁰⁹ PETERS, s.239-240.

⁶¹⁰ MELLO/STUDDERT/KACHALIA/BRENNAN, s.470.

⁶¹¹ MELLO/STUDDERT/KACHALIA/BRENNAN, s.471.

⁶¹² PETER, s.272.

⁶¹³ SLOAN/ CHEPKE, s.177; PETERS, s.228-229.

⁶¹⁴ MELLO/KACHALIA/STUDDERT, s.2.

şekilde şekillendirilmeye çalışılmaktadır. Sadece davacı tarafından anlatılmasında güçlük çekilen karmaşık durumlar için hukuki danışmana başvurulur.⁶¹⁵ Sağlık mahkemelerinin usulü gereklilikleri azaltmasının yargılama sürecini kolaylaştıracağı düşünülmektedir.⁶¹⁶

Sağlık mahkemelerinde verilen kararların yayınlanması, ilerideki davalar için emsal teşkil edebilecektir.⁶¹⁷ Bu durumun ayrıca tazminat kriterlerinin daha açık şekilde belirlenmesine yardımcı olacağı düşünülmektedir.⁶¹⁸ Benzer uyuşmazlıklar hakkında verilmiş kararlar için oluşturulan bilgi bankasından faydalanılması verilen karara güveni arttırdığı gibi daha kısa sürede davanın esası hakkında karar verilmesini sağlayabilecektir.⁶¹⁹

Görüldüğü üzere, sağlık hizmetlerinden doğan zararın idare hukuku kurallarına göre ve mümkünse ayrı bir mahkeme çatısı altında, alanında uzmanlaşmış hâkimlerce görülmesi Amerika Birleşik Devletleri'nde tartışılmaktadır. Ülkemizde ise bu zararlar, insan zararları adı altında genelleştirilip tüm sorumluluk davalarının⁶²⁰ adli-idari ayrımı yapılmadan zararın özel hukuk ya da kamu hukuku

⁶¹⁵ MELLO/STUDDERT/KACHALIA/BRENNAN, s.463.

⁶¹⁶ PETERS, s.236. Benzer açıklamalar için bkz. SLOAN/CHEPKE, s.177.

⁶¹⁷ PETERS, s.273.

⁶¹⁸ MELLO/STUDDERT/KACHALIA/BRENNAN, s.471.

⁶¹⁹ MELLO/STUDDERT/KACHALIA/BRENNAN, s.468-469.

⁶²⁰ Bunun yanında, 04.02.2011 tarih ve 27836 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. maddesi, yine aynı gün Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6098 sayılı Kanun'un 55/2 maddesiyle idarenin eyleminden kaynaklanan zararların tazmin edilmesine ilişkin taleplerin adli yargıda görülmesine yönelik düzenlemeler yapılmıştır. 6098 sayılı Kanun'da her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da

ilişkisinden kaynaklanıp kaynaklanmadığına bakılmaksızın insan varlığının veya vücut bütünlüğünün yitirilmesinden doğan tazminat davalarının aynı yargılama usulü ile insan zararları mahkemesinde görülmesi önerilmektedir.⁶²¹ “*İnsan Zararları Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevlerine Dair Kanun Teklifi*” TBMM Başkanlığı’na 04.12.2013 tarihinde sunulup henüz yasalaşmamasına rağmen kanun koyucunun bakış açısını yansıttığı için göz ardı edilmemesi gereken bir gelişmedir.

İdarenin sorumluluğu belirlenirken gerekli olan zarar verici eylemin idari eylem olup olmadığı, eylemin kusurlu olup olmadığı ve varsa kusursuz sorumluluk şartlarının varlığının adli yargı organlarınca tespiti hukuka uygun değildir.⁶²²

kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda bu kanun hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir (md.55/2). 6100 sayılı Kanun’un ilk halinde ölüm veya vücut bütünlüğünün yitirilmesinden doğan zararların tazmini ile ilgili davalar asliye hukuk mahkemesinin görevleri içinde sayılmıştı (md.3). Sonrasında Anayasa Mahkemesi de söz konusu düzenlemenin iptaline karar vermiştir (Ayrıntılı bilgi için bkz. AYM 16.12.2012, E.2011/35, K.2012/23, RG 19.05.2012- 28297). 6100 sayılı Kanun’daki düzenlemenin sadece zarar ve zarar miktarının belirlenmesine odaklanması (Ayrıntılı bilgi için bkz. AKYILMAZ ve Diğerleri, s.169-172) ve madde metninde mahkemelerin görev alanını belirlerken kullanacağı ölçütlerin açık şekilde kurgulanmaması eleştiri konusu yapılmıştır (Serdar YILMAZ, “*İdari Yargının Görev Alanının Daraltılmasına Yönelik Yeni Bir Girişim Olarak ‘İnsan Zararları Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevlerine Dair Kanun Teklifi’ Üzerine Bir Değerlendirme*”, **A.B.D.**, 2015/3, s.129-138).

⁶²¹ AKYILMAZ ve Diğerleri, s.169.

⁶²² GÖZLER/KAPLAN, s.40. Anayasa Mahkemesi de idari yargıda yargıcın karar verirken özel hukuk alanında yargılama yapan bir yargıçtan farklı kriterlerle bağlı olduğunu ortaya koymaktadır. Söz konusu kararda yer alan; “*idare hukukunda var olan hizmet kusuru ve kusursuz sorumluluk kavramları, kişilerin gördüğü zararların tazmininde kullanılan ve kişilerin idare karşısında korunma kapsamını genişleten kavramlardır. İdare hukukunda, idarenin hiçbir kusuru olmasa da sosyal riski, terör eylemleri, fedakarlığın denkleştirilmesi gibi kusursuz sorumluluğa ilişkin kavramlara*

Devletin verdiği zararlar ve özel kişilerin vermiş olduğu zararlarda sorumluluk esasları birbirinden farklılık gösterir. Bu sebeple, insan zararları mahkemesi ile salt zarar miktarının belirlenmesine ilişkin bir düzen oluşturulmaya çalışılması doğru değildir.⁶²³

İdarenin yürütmüş olduğu sağlık hizmetinden kaynaklanan bir zarar doğması hâlinde ise zarar gören kişinin iddiasını somutlaştırma yükü olmadığı gibi tarafların bütün delilleri sunma gibi bir yükümlülüğü de bulunmamaktadır.⁶²⁴ Bu özellikleri sebebiyle, sağlık hizmetleri yerine getirilirken bir zarar meydana gelirse zararı kimin verdiği tespiti gerekli değildir, hatta çoğu zaman zararı kimin verdiği belli olmayabilir. İdarenin hizmet kusuru; hizmetin kurulmasında, düzenlenmesinde, yürütülmesinde ve teşkilatlanmasında veya denetiminde meydana gelen bozukluk, aksaklık veya eksiklik olarak görülebilir. Hatta bir kamu hizmetine tahsis olunan alet ve benzeri eşyalarda meydana gelen kusurları içeren, sadece kamu görevlisinin kusurlu davranışı ile sınırlanamayacak kadar geniş bir kavramdır.⁶²⁵

İdarenin vermiş olduğu zararların tazmin edilmesine yönelik açılan tam yargı davalarının adli yargıda görülen klasik tazminat davasından farklı özellikleri bulunmaktadır. Tam yargı davalarında uyuşmazlıklar: İdare hukuku ilkelerine göre

dayanılarak kişilerin uğradığı zararların tazmin edilmesi mümkündür. Özel hukuk alanındaki kusursuz sorumluluk halleri ise belirli konular için düzenlenmiş olup sınırlı” olduğuna ilişkin ifadeler bu fikri desteklemektedir (6100 sayılı Kanun 3. md iptal kararı, AYM 16.12.2012, E.2011/35, K.2012/23, RG 19.05.2012-28297).

⁶²³ AKYILMAZ ve Diğerleri, s.170-171.

⁶²⁴ AKYILMAZ ve Diğerleri, s.187.

⁶²⁵ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.723-724.

deneyimli yargıçlar tarafından karara bağlanmakta⁶²⁶ ve hâkim, takdir edilen tazminat miktarının idarece ödenmesine karar vererek idareye bir anlamda talimat vermiş olmaktadır.⁶²⁷

Yargı ayrılığı sistemini benimsemiş ülkemizde olduğu gibi bir idari yargı sisteminin olmadığı Amerika Birleşik Devletleri'nde, beklenenin aksine kurumsal sorumluluk esaslarının tartışıldığı görülmektedir. Hekim, tıbbi müdahale sürecinde en ufak hatasından bile sorumlu tutulabileceği bir sistemde defansif davranışlar geliştirerek kendini korumaya çalışmaktadır. Sağlık mahkemeleri önerisi biraz da bu ihtiyaçtan doğmuştur. Bu durumun aksine hukukumuzda, idarenin vermiş olduğu zararların adli yargı çatısı altında değerlendirilerek genelleştirilmesinin kanaatimizce hukuken haklı bir gerekçesi bulunmamaktadır.

⁶²⁶ AKYILMAZ ve Diğerleri, s.183.

⁶²⁷ M. Ayhan TEKİNSOY, **İdari Yargılama Hukukunda Yürütmenin Durdurulması**, Ankara, Savaş Yayınevi, 2013, s.38.

SONUÇ

“Defansif tıp” kavramı, tıp literatüründe uzun zaman önce yerini almış bir kavram olsa da kavramın hukuki olarak temellendirilmesi zaman almıştır. Defansif tıp uygulamalarından kaynaklanan zararlar, genel anlamda “tıbbi uygulama hatası” olarak değerlendirilir. Bu yüzden, defansif tıp uygulaması sonucunda bir zararın ortaya çıkması gerekir. Bazı defansif tıp uygulamalarının doğrudan ölçülebilmesinde güçlük yaşandığı için ve bazı bu uygulamalardan kaynaklanan zararın etkisi ancak uzun vadede ortaya çıktığından, defansif tıp uygulamalarının somutlaştırılmasında güçlük yaşanır. Zira, defansif tıp kavramı ilk önce uygulayıcının zihninde oluşmaktadır. Tıbbi uygulamayı defansif uygulama hâline getiren hekimin maksadıdır. Bu sebeple zarar verici uygulamaların defansif tıp uygulaması olduğunun kanıtlanması güçtür.

Bu çalışma, öncelikle defansif tıp uygulamalarının sağlık hizmetlerine olumsuz yansımalarına dikkat çekmeyi, hem kanun koyucunun hem de karar organlarının, olası çözüm önerileri üzerine daha fazla düşünmesini sağlamayı sevk etmeyi amaçlamaktadır. Sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden doğan sorunları, sadece hekime veya sağlık çalışanlarına atfederek sorunlara geçici çözüm yöntemleri önerilmek asıl sorunları görmezden gelmeye sebep olur. Mevcut sorunların iyi tahlil edilmesi ve hem hastayı hem de hekimleri memnun edecek kalıcı çözüm önerileri üzerinde çalışılması gerekir.

İdarenin eylem ve işlemlerine karşı yargı yoluna başvurabilmek, hukuk devletinin olmazsa olmaz unsurlarından biridir. Yargının temel görevi de davaların en az gider ve mümkün olan en kısa sürede sonuçlanmasını sağlamaktır. Mevzuatta

öncelikle idareye karşı dava açılmasının zorunlu olduğu düzenleniyor olsa da sosyal bir hukuk devleti olmanın doğal sonucu olarak idarelerin kamu hizmetinin yürütülmesinden doğan zararları ilk aşamada üstlenmesi gerekir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Türkiye aleyhine açılan davalarda, sağlık çalışanlarının eylemlerinden zarar görülmesi durumunda ölüm nedenlerine odaklanılmasının ancak bağımsız yargı sistemiyle gerçekleşeceğini ifade eder. Zira kişilerin yaşam hakkının korunması için bu koruma mekanizmalarının etkili bir biçimde işlemesi gerekir. Ülkemizde yargı sürecinin ilerleyişi oldukça yavaştır. İdarenin sorumluluğunun incelendiği uyuşmazlıklarda dosyanın farklı yargı kollarındaki mahkemeler arasında gidip gelmesiyle ciddi vakit kaybı yaşandığı bir gerçektir. İdari yargı kolunda görülen davalarda bile davaların çözümlenmesi yıllarca sürmektedir.

Hekimler; hem süregelen davaların hem de olası açılacak davaların tedirginliği içerisinde mesleklerini icra etmeye çalışırlar. Hekimlerin dava edilme kaygıları, sağlık hizmetlerine defansif uygulama olarak yansıdığından bu kaygıyı azaltıcı çözüm önerileri üzerinde çalışılması gerekir. Alternatif çözüm yolları ile vakit kaybı önlenerek kısa zamanda iki tarafı da tatmin edecek bir çözüm önerisi üzerinde anlaşma sağlanmasına imkân sağlanır. Bunun yanında idarenin sorumluluğu için yalnızca ağır hizmet kusurunun aranması, bazı vakalarda hak kayıplarına sebep olabilir. Bu yüzden niteliği gereği riskli hizmet olan sağlık hizmetlerinden doğan zararların, kusursuz sorumluluk ilkeleri uyarınca tazmin edilmesi tarafları rahatlatıcı bir öneridir. İdarenin sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kusursuz sorumluluğu her ne kadar idarenin maddi yükünü fazlasıyla arttıracak gibi olsa da uzun vadede olumlu getirilerinin olacağı muhakkaktır. Hekimlerin özel sigorta şirketleri

aracılığıyla yaptırmak zorunda oldukları mesleki sorumluluk sigortası yerine önerilen kamusal fon düzenlemesiyle özel sigorta şirketlerine kalan büyük meblağların devletin bütçesinde kalması sağlanarak kusursuz sorumluluğun devlet bütçesine yükü azaltılabilir.

Hekimin bireysel sorumluluğunun bulunduğu Amerika Birleşik Devletleri'nde dâhi, olası bir tıbbi müdahale hatasında, hekimin görev yaptığı hastanenin sorumlu olmasını öngören kurumsal sorumluluk ve bu uyuşmazlıkların alanında uzmanlaşmış hâkimlerin de arasında bulunduğu sağlık mahkemeleri aracılığıyla ile çözümlenebilmesi seçeneği üzerinde tartışılmaktadır. Ülkemizde ise bedensel zararların tazmini adı altında sağlık hizmetlerinden doğan zararların adli yargıda görülmesine ilişkin yasal düzenlemeler üzerinde çalışılmaktadır. Bu çabalar aslında genel anlamda idari yargının görev alanını daralttığı gibi idarenin etkin bir şekilde denetlenmesine engel olacağından idare hukukçuları tarafından pek kabul görmemektedir. Aslında, önerilen her çözüm yöntemi tek başına sorunlara çözüm sağlamaktan uzaktır. Önemli olan zihinsel dönüşümü gerçekleştirmek, sorunlara farklı açılardan bakmayı başarabilmek, hekim ve hasta arasındaki ilişkinin davacı ve davalı ilişkisine dönüşmeden çözümleyebilmektir. Böylece hekim, meydana gelen hata ile yüzleşebilir ve hatanın asıl sebepleri üzerine odaklanarak söz konusu hataların tekrarını önleyebilir. Asıl olan, sağlık hizmetlerinde idare-hekim-hasta ilişkisini iyileştirerek sağlık hizmetinin etkin bir şekilde sunumunu sağlamaya çalışmaktır.

KAYNAKÇA

Akgül, Aydın , “*İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazmin Sorumluluğu ve Danıştayın Yeni Yaklaşımı*”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XX, S.1, 2016, ss.269-302.

Akıncı, Seda B./Sarıcaoğlu, Fatma/Erden, İ. Aydın/Köseoğlu, Ayhan/Aypar, Ülkü, “*Anezteziyologlarda Defansif Tıp Uygulamalarının Araştırılması*”, **Anestezi Dergisi**, 2013, (21), 1, ss.151-156.

Akkaya, Mustafa/Öztürk, K. Burak, “*Anayasa Mahkemesi'nin Kararları Işığında Üniversiteler ile Diğer Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Görev Yapan Hekimlerin Çalışma Düzeni-II*”, **Yaklaşım**, Y.19, S.222, Haziran 2011, ss.247-251.

Akyıldız, Ali, “*Memurların Yargılanmasında İdari Süreç*”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.5, S.4, 2012, ss.1223-1270.

Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil, **Türk İdare Hukuku**, 7. B., Ankara, Savaş Yayınevi, 2018.

Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil, **Türk İdari Yargılama Hukuku**, Ankara, Savaş Yayınevi, 2018, (AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, Yargı).

Akyılmaz, Bahtiyar, “*Kamu Zararı ve Kamu Zararında Rücu*”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası** , C.LXIX, S.1-2, 2011, ss.61-78 (AKYILMAZ, 2011b).

Akyılmaz, Bahtiyar, “*İdarenin Kusurlu Personeline Rücu Sorunu*”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu**, Ankara, 2009, ss.537-549, (AKYILMAZ, 2009).

Akyılmaz, Bahtiyar, “*İdari Yargıda Uzlaşma*”, **İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 30. Yılında İdari Yargı Sempozyumu**, 2012, Ankara Barosu Yayınları, ss.71-78 (AKYILMAZ, 2012).

Akyılmaz, Bahtiyar, “*Sağlık Kamu Hizmetini Yürüten Kamu Görevlilerinin Neden Olduğu Zararlardan Devletin Sorumluluğu*”, 17-18 Mayıs 2010, **Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Lefke Avrupa Üniversitesi II. Sağlık Hukuku**, Ankara, 2011, ss.105-122, (AKYILMAZ, 2011/a).

Akyılmaz, Bahtiyar, **Türkiye’de İdarenin Mali Sorumluluğu**, (Profesörlük Çalışması), Konya, 2004 (AKYILMAZ, 2004).

Akyılmaz Bahtiyar/ Evren, Çınar Can/Türkoğlu Üstün, Kâmile/İsbir, Begüm/ Karagöz Cin, Emine/Albal, Hilal/Çıtak, Halim Alperen, “*İnsan Zararları Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevlerine Dair Kanun Teklifine Eleştirel Bakış*”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIX, S.2, 2015, ss.167-198.

Anderson, Richard E., “*Billions for Defense:The Pervasive Nature of Defensive Medicine*”, **Archives of Internal Medicine**, Vol:159, November, (<http://www.thedoctors.com/TDC/PressRoom/IntheMedia/CON_ID_000694>).

Arat, Nihal, “*İdari Uyuşmazlıkların Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri ile Halli Önündeki Engeller*”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Prof. Dr. İlhan ÖZAY’a Armağan, C.69, S.1-2, 2011, ss.891-906.

Arda, Berna, “*Etik Açıdan Hekim Hakları*”, **Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Mecmuası**, C.51, S. 3, Ankara, 1998, ss.121-124.

Atay, Ender Ethem, **İdare Hukuku**, 6.B., Ankara, Turhan Kitabevi, 2018.

Atay, Ender Ethem/ Odabaşı, Hasan, **Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları**, 2. B., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010.

Ayan, Mehmet, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Kazancı Hukuk Yayınları No:102, Ankara, 1991.

Aydaş, Selma, **Hekimlerde Malpraktis Kaynaklı Defansif Tıp Davranışları**, Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2014.

Aykın, Aykut Cemil /Çınarlı, Serkan, **Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016.

Aynacı, Yusuf, **Hekimlerde Defansif(Çekinik) Tıp Uygulamalarının Araştırılması**, Tıpta Uzmanlık Tezi, Selçuk Üniversitesi Meram Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı, Konya, 2008.

Azrak, Ülkü , *“İdari Yargı Dışı Alternatif Uyuşmazlık Çözme Usulleri”*, **Danıştay 141. Yıl Sempozyumu**, Ankara, 2009, ss. 71-85.

Baker, TOM, **The Medical Malpractice Myth**, The University of Chicago Press, United States of America, 2007.

Bayraktar, Köksal, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No:391, İstanbul,1972.

Bereket Baş, Zuhâl, *“Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesi Sonucu Ortaya Çıkan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu”*, **Danıştay Başkanlığı 135. Yıl Sempozyumu**, Ankara, 2004, ss.73-88.

Birtek, Fatih, *“Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinde İdarenin Kusura Dayanan Sorumluluğu”*, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.II, S.3-4, Kayseri, 2007, ss.81-128.

Bovbjerg, Randall R./Berenson, Robert, “Enterprise Liability in the Twenty- First Century” **Medical Malpractice and the U.S. Health Care System**, (Ed. by William M. SAGE, Rogan KERSH), Cambridge, 2006, ss.219-244.

Candan, Turgut, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, 4. B., Ankara, Adalet Yayınevi, 2011.

Carrier, Emily R./Reschovsky, James D. /Katz, David A./Mello, Michelle M., “High Physician Concern About Malpractice Risk Predicts More Aggressive Diagnostic Testing in Office- Based Practice”, **Health Affairs**, 32, No:8, 2013, ss.1383-1391.

Cidecigiller, Aynur, **İdarenin Taraf Olduğu Uyuşmazlıkların Sulh Yoluyla Çözülmesi**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015.

Çağlayan, Ramazan, **İdarenin Kusursuz Sorumluluğu (Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle)**, Ankara, Asil Yayınevi, 2007, (ÇAĞLAYAN, 2007).

Çağlayan, Ramazan, **İdari Yargılama Hukuku**, 9. B, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017.

Çetin, Gürsel, “Tıbbi Malpraktis”, **Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi**, İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri, Sempozyum Dizisi No:48, İstanbul, 2006, ss.31-43.

Çınarlı, Serkan, **İdarenin Sağlık Hizmetinin Sunumundan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu**, Ankara, Orion Kitabevi, 2013.

D’alesio, Daniel J., “The Benefits and Risks Of Using Presuit Voluntary Binding Arbitration as an Alternative Dispute Resolution Process in Medical Malpractice Cases”, **The Florida Bar Journal**, December 2014.

Danzon, Patricia M., “*The Swedish Patient Compensation System: Myths and Realities*”, **International Review of Law and Economics**, 14, 1994, ss.453-466.

Demir, Mehmet “*Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu*”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 57, S.3, 2008, ss.225-252.

Demirel, Birol, “*Hekimin Yasal Sorumlulukları*”, **Gazi Tıp Dergisi**, C.16, S.3, 2005, ss.99-106.

Doğan, Cahid, “*İdarenin Kusur Sorumluluğundan Rücu*”, Diyarbakır, **VIII Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011, ss.99-191.

Duran, Lütfi, **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu** (Sorumluluğun Temeli ve Sebepleri Sorumluluğa Yol Açan Olgular), TODAİE Yayınları No:138, Ankara, Sevinç Matbaası, 1974, (DURAN,1974).

Duran, Lütfi, “*Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu*”, **Tahsin Bekir Balta’ya Armağan**, Ankara, 1973, ss.59-120, (DURAN,1973).

Durmuş, Veli, **Sağlık Hukukunda Uzlaşma**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017.

Eren, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 21.B., Ankara, Yetkin Yayınevi, 2017.

Erten, Rifat, **Milletlerarası Ticarî Tahkim Hukukunda Geçici Hukukî Koruma Önlemleri**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010.

Ersöz, A. Kürşat, **İlaç Hukuku Bağlamında İdarenin Sorumluluğu**, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2016.

Ersöz, Ahmet Kürşat, **Türk İdaresinin Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Sorumluluğu**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012.

Evren, Çınar Can, “*Hizmet Kusuru- Haksız Fiil Ayrımı ve Yargı Düzeni*” , **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2011, S.95, ss.175-196.

Frakes, Michael, “*Defensive Medicine and Obstetric Practices*”, **Journal Of Empirical Legal Studies**, Vol:9, Iss:3, 2012, ss.457-481.

Geçim, İ.Ethem, “*Uygulama Hatası mı, idari Sorumluluk mu?*”, **Medikolegal Düzlem Tıpta Uygulama Hataları**, İstanbul, Baskı Evi, 2012, ss.42-49.

Goldberg, David J., “*Loosing a malpractice case may depend on where you live*”, s.1, (<<http://dermatologytimes.modernmedicine.com/dermatology-times/content/tags/david-j-goldberg-md-jd/losing-malpractice-case-may-depend-where-you-l>>).

Gonzalez, Amy Berrington De/Mahesh, Mahadevvappa/Kim, Kwang-Pyo, Bhargavan, Mythreyi/Lewis, Rebecca/Mettler, Fred/Land, Charles, “*Projected Canser Risks From Computed Tomographic Scans Performed In The United Stated 2007*”, **Arch Intern Med.**, Vol:169, No:22, 2009, ss.2071-2077.

Gökalp, A. Sıtkı, “*Türkiye de Memur Hukukunun Temel İlkeleri*”, **Atatürk’ün 100. Doğum Yılı Kutlama Sempozyumu**, Danıştay Başkanlığı, 1981, Ankara, ss.9-39.

Gökcan, Hasan Tahsin, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013.

Gökşen, Özcan, **Defansif Tıp ve Tıbbi Malpraktis Uygulamalarının Hukuki Boyutu, Çözüm Önerileri ve Mesleki Sorumluluk Sigortası**, Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2014.

Gözler, Kemal, **İdare Hukuku**, 2. B., C.II, Bursa, Ekin Yayınevi, 2009.

Gözler, Kemal/ Kaplan, Gürsel, **İdare Hukuku Dersleri**, 14. B., Bursa, Ekin Basın Yayın Dağıtım, 2013.

Gözübüyük, A. Şeref/ Tan Turgut, **İdare Hukuku**, 6. B., C.I, Ankara, Turhan Kitabevi, 2008.

Gözübüyük, A.Şeref/TAN, Turgut, **İdari Yargılama Hukuku**, 5. B., C.II, Ankara, Turhan Kitabevi, 2008.

Gözübüyük, A. Şeref, **Yönetmelik Yargı**, 30. B., Ankara, Turhan Kitabevi, 2010.

Günday, Metin **İdare Hukuku**, 10. B., Ankara, İmaj Yayınevi, 2011.

Günday, Rezzan **Tıbbi Müdahalede ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, (R.GÜNDAY).

Güran, Sait, “*İdare Hukukunda Tazminat Hesabının Unsurları*”, **Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlardan Sorumluluk ve Tazminat**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1996, ss.122-127.

Güran, Sait, “*İdare Memur Danıştay Üçgeni*”, **Atatürk’ün 100. Doğum Yılı Kutlama Sempozyumu**, Danıştay Başkanlığı, 1981, Ankara, ss.41-45.

Güran, Sait, “*Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu*”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu**, Ankara, 12-13 Mart 1982, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1983, ss.77-87, (GÜRAN, 1983).

Hakeri, Hakan, **Tıp Hukuku**, 7. B., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013.

Hasoğlu, Aynur, “*İdare Hukukunda Alternatif Çözüm Yolları*”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 64(4), 2016, ss.1981-1996, (HASOĞLU, 2016).

Hasoğlu, Aynur, “*İdarenin Sorumluluğu Bağlamında Yargı Dışı Çözüm Yolu Olarak Sulh*”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.25, S.2, 2017, ss.65-87, (HASOĞLU, 2017).

Hellinger, Fred J./Encinosa, William E., Review of Reforms to Our Medical Liability System, (<<http://www.ahrq.gov/professionals/quality-patient-safety/patient-safety-resources/resources/liability/reforms.html#>>)

Herdman, Roger C. (Ed.), **Defansif Medicine and Medical Malpractice**, Washington, DC, U.S. Government Printing Office, July, 1994 (HERDMAN (Ed.)).

Hershey, Nathan, “*The Defensive Practice of Medicine: Myth or Reality*”, **The Milbank Memorial Fund**, Vol: 50, No:1, 1972, ss.69-97.

Hondu, Selçuk, İdari Yargılama Usulü Kanununda Yer Alan İdari Usuller ve Uygulaması, **İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu**, Bildiriler, Ankara, Başbakanlık Basımevi, 1998, ss.260-264.

Hutkin, Allen K., “*Resolving the Medical Malpractice Crisis: Alternatives to Litigation*”, **Journal of Law and Health**, Vol.4, Iss.1, 1989, ss.21-55.

Hudson, Michael Jason /Moore, Gregory, “*Defenses to Malpractice: What Every Emergency Physician Should Know*”, **The Journal of Emergency Medicine**, Vol: 41, No:2, 2011, ss.598-606.

Hyman, Chris Stern /Liebman, Carol B. /Schechter, Cycde B./Sage, William M. , “*Interest Based Medical Malpractice Lawsuits: A Route to Improved Patient Safety?*”, **Journal of Health Politics, Policy and Law**, Vol:35, No:5, 2010, ss.797-828.

Ildır, Gülgün, **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Çözümler)**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2003.

Irız, Betül Çatak, **Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010.

Kaneti, Selim, “*Hekimin Hukuksal Sorumluluğunda İspat Yüğü*”, **Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğı**, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, MHAUM, İstanbul, Fakülteler Matbaası,12/13 Mart 1982, ss.61-75.

Kaplan, Gürsel, **İdari Yargılama Hukuku**, 2. B., Bursa Ekin Yayın Dağıtım, 2017.

Karabulut, Mustafa/Bal, Yakup/Şahin, Yahya, **Danıştay 10. Dairesi'nin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003.

Karakuş, Zehra, **İdari Yargıda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Uygulanması**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2011.

Karevelioğlu, Celal/Karavelioğlu, Erdem Cemil, **Açıklamalı ve Son İçtihatlarla İdari Yargılama Usulü Kanunu**, 7. B., Ankara, Karavelioğlu Yayınevi, 2009.

Katar Karataş, Meray/Yüzbaşı, Firdevs, “*Kamu Hastanelerinde Yapılan Tıbbi Tedavi ve Girişimlerden Ötürü Hekimin Hukuki Sorumluluğı: Hastaneden Adliyeye Uzanan Hukuki Süreç*”, **E Journal of Social and Legal Studies**, S.1, 2015, ss.37-50.

Kazancı, Metin, **Halkla İlişkiler Açısından Yönetim ve Yönetilenler**, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi No:459, 1978.

Kessler, Daniel P., “*Evaluating the Medical Malpractice System and Options for Reform*”, **Journal Economic Perspectives**, Vol: 25, Number 2, Spring 2011, ss.93-110.

Kızılyel, Serkan, **İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazminat Sorumluluğı**, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır, 2006.

Kuntbay, İhsan, **Yönetim Bilimine Giriş**, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları No:122, Ankara, Sevinç Matbaası, 1971.

Liebman, Carol B., “*Medical Malpractice Mediation: Benefits Gained, Opportunities Lost*”, **Law and Contemporary Problems**, Vol:74:135, 2011, ss.135-149.

Mello, Michelle/ Allen, Kachalia / Studdert, David M., “*Administrative Compensation for Medical Injuries: Lessons from Three Foreign Systems*”, **Issues In International Health Policy**, July 2011, ss.1-18.

Mello, Michelle/Chandra, Amitabh/Gawande, Atul A./Studdert, David M., “*National Costs Of The Medical Liability System*”, **Health Aff (Millwood)**, 29 (9),2010, ss.1569-1577.

Mello, Michelle/Studdert, David M./Kachalia, Allen B./Brennan, Troyen A., “*‘Health Courts’ and Accountability for Patient Safety*”, **The Milbank Quarterly**, Vol.84, No:3, 2006, ss.459-492.

Metin, Bekir/Tezel Aydın, Sevim, **Dünya Sağlık Örgütü ve Türkiye İlişkileri**, Ankara, T.C. Sağlık Bakanlığı Dış İlişkiler Dairesi Başkanlığı, 1997.

Moffet, Peter/Moore, Gregory, “*The Standard Of Care: Legal History and Definitions: the Bad and Good News*”, **Western Journal of Emergency Medicine**, Vol: XII, No: 1, February 2011, ss.109-112.

Odyakmaz, Zehra/Çınarlı, Serkan, **İdari Uyuşmazlıklarda Yargı Öncesi Çözüm Usullerinin Uygulanabilirliği**, Ankara, Orion Kitabevi, 2013.

Odabaşı, Aysun Balseven/Tümer, Ali Rıza, “*Çekinik (Defansif) Hekimlik; Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Uygulanma Aşamasında Toplum Bekleyen Tehlike*”, **Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi**, 2006, C.15, S.4, ss.55-59.

Odyakmaz, Zehra, “*İdari Uyuşmazlıklarda Alternatif Çözüm Yolları (Türk Mevzuatı ve Uygulamaları)*”, **Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları Sempozyumu (3-5 Nisan 2006)**, Ankara, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 2006, ss.63-83.

Odyakmaz, Zehra, “*Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kurumsal Sorumluluğu Açısından Avukatın Gözönünde Bulundurması Gereken Hususlar*”, **Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk**, Mersin Barosu Sempozyum, 2009, ss.199-235.

Odyakmaz, Zehra, “*Sağlık Hizmetlerinde İdare Hukuku Bakımından Müşterek Sorumluluk*”, **VII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010, ss.165-207.

Odyakmaz, Zehra/Keskin, Bayram/Yusuf, Deniz, “*6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Üzerine Bir Değerlendirme-I*”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S.7, 2016, ss.721-761.

Onar, Sıddık Sami, **Amme Hukukunda Hukuki Tasarruflar ve Kazai Mürakabe**, İstanbul, Kenan Basımevi ve Klişe Fabrikası, 1939.

Onar, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, 3. B., C. II, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası,1960.

Onar, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, 3. B., C. III, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası,1960.

Ottenwess, David M./Lamberti, Meagan A./Ottenwess, Stephanie P./Dresevic, Adrienne D., “*Medical Malpractice Tort Reform*”, **Radiology Management**, March/April, 2011, ss.30-35.

Oytan, Muammer, “*Ombudsman Eli İle İdarenin Denetimi Konusunda Kıyaslamalı Bir İnceleme*”, **Prof. Dr. Osman F. Berki'ye Armağan**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:411, Ankara, 1977, ss.595-627.

Özay, İl Han , **Günlüğünde Yönetim**, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2004.

Özbay, İbrahim, “*Alternatif Çözüm Yöntemleri*”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. X, S. 3-4, 2006, ss.459-475.

Özbek, Mustafa Serdar, **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**, 4. B., C.I, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2016.

Özbek, Mustafa Serdar, **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**, 4. B., C.II, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2016.

Özçelik, Ziyet/Demir, Semra/Bafra, Kürşat/Karaduman, Birkan/ Erbaş, Özgür , **663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin Anayasaya Aykırılık Gerekçeleri**, Ankara, Türk Tabipler Birliği Yayınları, 2012, (ÖZÇELİK ve Diğerleri)

Özekes, Muhammet, “*Uyuşmazlık Çözüm Yolları İçinde Arabuluculuk ve Bir Düzenleme Önerisi*”, **Hukuk Perspektifleri Dergisi**, S.7, 2006, ss.40-45.

Özkan, Gürsel “*Tazminat Uyuşmazlıklarının İdari Yargı Öncesi Sulh Yoluyla Çözümü*”, **International Conference On Eurasian Economies**, 2016, ss. 260-267.

Öztürk, K. Burak, (Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde) **Zorunlu İdari İtiraz**, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2015.

Pakiş, Işıl, **Ölüm ya da Ölü Doğumla Sonuçlanan Tıbbi Uygulama Hatalarının Yaklaşımında Adli Otopsinin Rolü**, Marmara Üniversitesi Sağlık Bilimler Enstitüsü, Adli Tıp Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2006.

Pegalis, Steven E., “*What is a "medical error" or a "medical mistake"?*”, **American Law of Medical Malpractice**, 3:2, July 2014, ss.1-3.

Pekcanitez, Hakan, “*Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri*”, **Hukuk Perspektifleri Dergisi**, 2005/5, ss.12-16.

Peters, Philip G., “*Health Courts*”, **Boston University Law Review**, Vol: 88, 2008, ss.227-289.

Polat, Oğuz, **Adli Tıp**, İstanbul, Der Yayınları, 2000, (POLAT, 2000).

Polat, Oğuz, **Tıbbi Uygulama Hataları** (Klinik- Sosyal-Hukuksal- Etik Boyutları), Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005, (POLAT, 2005).

Polat, Oğuz, “*Tıbbi Uygulama Hataları Olgularında Bilirkişilik*”, **Medikolegal Düzlem Tıpta Uygulama Hataları**, Baskı Evi, 2012, ss.28-29, (POLAT, 2012).

Polat, Oğuz/Pakiş, Işıl, “*Tıbbi Uygulama Hatalarında Hekim Sorumluluğu*”, **Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi**, C.2 S.3, 2011, ss.119-125.

Posner, James R., “*Trends In Medical Malpractice Insurance, 1970-1985*”, **Law and Contemporary Problems**, Vol:49, No:2, 1986, ss.37-56

Sack, Kevin, “*Doctor Say 'I'm Sorry' Before 'See You in Court'*”, **The New York Times**, Mayıs 18, 2008,

(<http://www.nytimes.com/2008/05/18/us/18apology.html?pagewanted=print&_r=0<).

Sage, William M., “*Medical Liability and patient Safety*”, **Health Affairs**, Vol:22, No: 4, 2003, ss.26-36.

Saraç, Tahsin, **Büyük Fransızca-Türkçe Sözlük**, İstanbul, Adam Yayınları, 1985.

Savaş, Halide, **Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları**, Ankara, Seçkin Kitapevi, 2007, (SAVAŞ, 2007).

Savaş, Halide, **Tıbbi Müdahale Hataları**, 3.B., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013.

Sayılı, Uğurcan/Aksu Sayman, Özden/Vehid, Suphi/ Köksal, Serdar Selçuk/ Erginöz, Ethem, “*Türkiye ve OECD Ülkelerinin Sağlık Göstergeleri ve Sağlık*

Harcamalarının Karşılaştırılması”, **Online Türk Sağlık Bilimleri Dergisi**, C.2, S.3, 2017, ss.1-12.

Seabury, Seth A./Chandra, Amitabh/Lakdawalla, Darius N./Jena Anupam B., *"On Average, Physicians Spend Nearly 11 Percent Of Their 40- Year Careers With An Open,Unresolved Malpractice Claim"*, January 2013, **Health Affairs**, 32, No:1, ss.1-9.

Selçuk, Mehmet, **Çekinik (Defansif) Tıp**, İzmir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sağlık Hukuku, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2015.

Sever, D. Çiğdem, **Kamusal Faaliyetlerin Özel Kişilere Gördürülmesi: Özel Güvenlik ve Özel Sağlık**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2013.

Sever, D. Çiğdem, *"Sağlık Hakkının Tanımlanması ve Mahkemelerce Kullanılması"*, **Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları**, (Ed. Özge Yücel, Gürkan SERT), Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, ss.73-102, (SEVER, Sağlık Hakkı).

Sever, D. Çiğdem, *"Danıştay Kararları Işığında Sağlık Hizmetlerinden Dolayı İdarenin Sorumluluğu"*, **Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları**, (Ed. Özge Yücel, Gürkan SERT), Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, ss.265-279, (SEVER, Sorumluluk).

Shapiro,Sidney/ Mcgarity, Thomas/ Vıdargas Nicholas/ Goodwin, James, *"The Truth About Torts: Defensive Medicine and The Unsupported Case For Medical Malpractice 'Reform'"*, **Center For Progressive Reform**, Vol:41, No:6, 2011, ss.598-606.

Smith, David O., *"The Medical Malpractice Threat: A Study of Defensive Medicine"*, **Duke Law Journal**, Vol:5, No:5, 1971, ss. 939-993.

Somer, Pervin, “*Hekimin Hukuki Sorumluluğu*”, **Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu**, Kadir Has Üniversitesi, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2011, ss.40-57.

Studdert David M./ Mello, Michelle M. /William M. Sage/ Desroches, Catherine M. / Peugh, Jordon / Zapert, Kinga / Brennan, Troyen A., “*Defensive Medicine Among High Risk Specialist Physicians in a Volatile Malpractice Environment*”,**American Medical Association (JAMA)**, Vol:293, No:21, 2005, s. 2609

Summerton, Nicholas, “*Positive and Negative Factors in Defensive Medicine: A Questionnaire Study of General Practitioners*”, **British Medical Journal (BMJ)**, Vol:310, No:6971, 1995, ss.27-29.

Şanlı, Cemal, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 3. B., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2005.

Tancredi, Laurence R. / Barondess, Jeremiah A. “ *The Problem of Defensive Medicine*”, **Science**, Vol:200, 1978, ss.879-882.

Tandoğan, Haluk, **Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)**, C.I, 6. Tıpkıbasım, İstanbul, Vedat Yayıncılık, 2008.

Tanrıver, Süha, “*Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Çözüm Yolları ve Özellikler Arabuluculuk*”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.64, 2006, ss.151-177.

Tappan, Kristie, “*Medical- Malpractice Reform: Is Enterprise Liability or No-Fault a Better Reform*”, **Boston College Law Review**, Vol:46, 2005, ss.1095-1130.

Tekinsoy, Ayhan, “*Anayasa Mahkemesinin Kamu Görevlilerinin Kişisel Sorumluluğu Konusundaki Yaklaşımının Muhtemel Sonuçları*”, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 1, 2013, ss. 21-55.

Tekinsoy, M. Ayhan, **İdari Yargılama Hukukunda Yürütmenin Durdurulması**, Ankara, Savaş Yayınevi, 2013.

TTB, *Mesleki Sorumluluk Sigortalanmalıdır Evet Ama Nasıl?*, “*Hekim-Hasta-Toplum İçin Tıbbi Zararları (Nasıl) Karşılatalım?*”, 2008-2010 Çalışma Raporu, <www.ttb.org.tr >, (TTB).

Tuers, Dawn Marie, “*Defensive Medicine in The Emergency Department: Increasing Health Care Cost Without Increasing Quality?*”, **Nurs Adm Q**, Vol:37, No:2, 2013,ss.160-164.

Tutum, Cahit, “*Memurluk Statüsü*”, **Amme İdaresi Dergisi**, C.5, S. 2, 1972, ss.3-10.

Tutum, Cahit, **Personel Yönetimi**, Türkiye Ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları No:179, Ankara, 1979.

Tümer, Ali Rıza, **1995-2000 Yılları Arasında Yüksek Sağlık Şurası Tarafından Değerlendirilen Cerrahi Vakalarının Komplikasyon ve Malpraktis Yönünde Araştırılması**, Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi, Adli Tıp Anabilim Dalı, Ankara, 2002.

Tümer, Ali Rıza/Akçan, Ramazan/Karacaoğlu, Emre, “*Ülkemizde ve Dünyadaki Örnekleri ile Hekim Mesleki Sorumluluk Sigorta Sisteminin Değerlendirilmesi*” , **Hacettepe Tıp Dergisi**, 2011, C.42, S.1, ss.34-41.

Tümer, Ali Rıza, **Cerrahi Branşlar Açısından Hukuki Sorumluluklar ve Malpraktis**, İstanbul, Helikan Yayınları 2013.

Türk Tabipler Birliği (TTB), “*Dünya Tabipler Birliğinin Tıpta Yanlış Uygulama Konulu Duyurusu (Malpractice)*”, **Fusun Sayek TTB Raporları / Kitapları**, Sağlıkla İlgili Uluslararası Belgeler, 2. B., Ankara, TTB Yayınları, 2009, (SAYEK).

Quam, Lois/Dingwall, Robert/Fenn, Paul, “*Medical Malpractice In Perspective: I: The American Experience*”, **British Medical Journal (Clinical Research Edition)**, Vol: 294, No:6586, 1987, ss.1529-1532.

Uluslararası Yüksek İdari Yargı Mercileri Birliği, **İdari Konularda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları**, İstanbul Kongresi, 2016,

Uzunçakmak, Cihangir /Gültaş, Ahmet/Aydın, Selvi/Var, Altan/Özçam, Hasene, “*S.B. İstanbul Eğitim Araştırma Hastanesi Kadın Hastalıkları ve Doğum Kliniği’nde 2005- 2012 Yılları Arasında Sezaryen ile Doğum Yapan Hastaların Değerlenmesi*”, **İstanbul Tıp Dergisi**, 14, 2013, ss.112-116.

Ünver, Yener, “*Tıbbi Standart*”, **VIII. Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, ss.37-59.

Waxman, Daniel A./Greenberg, Michael D./Ridgely, M. Susan/Kellrman, Arthur L. /Heaton, Paul, “*The Effect of Malpractice Reform on Emergency Department Care*”, **The New England Journal of Medicine**, 371;16, Ekim, 2014, ss. 1518-1525.

Woodward, Carl, “*Defensive Medicine Starts at the Top in United States*”, **Canadian Medical Association (CMAJ)**, 182(8), 2010, ss.335-336.

Teke, Yaşar Hacer/Alkurt Alkan, Hanife/Başbulut, Ahmet Ziver /Cantürk, Gürol “*Tıbbi Uygulama Hataları ile İlgili Kanuni Düzenlemelere Hekimlerin Bakışı ve Bilgilenme Düzeyi*”, **Türkiye Klinikleri Adli Tıp Dergisi**, Vol:4, Iss:2, 2007 (<<http://www.medimagazin.com.tr>>).

Tümer, Ali Rıza/ Akcan, Ramazan/ Karacaoğlu, Emre, “*Ülkemizde ve Dünyadaki Örnekleri ile Hekim Mesleki Sorumluluk Sigorta Sisteminin Değerlendirilmesi*”, **Hacettepe Tıp Dergisi**, C. 42, S. 1, ss.34-41.

Yayla, Yıldızhan, “*İdari Yargılamanın Özellikleri*”, **Atatürk’ün 100. Yıl Doğum Yılı Kutlama Sempozyumu**, Ankara, 1981,ss. 129-140.

Yenice, Kazım/Ersin, Yüksel, **İdari Yargılama Usulü (Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu)**, Ankara, Arısan Matbaacılık, 1983.

Yet, Orhun, “*İdari Uyuşmazlıklarda Alternatif Çözüm Yolları İçinde Tahkim*”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, **II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”**, İstanbul, Yenişehir Kitapevi, 2009, ss.253-261.

Yılmaz, Battal, **Açıklamalı İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2007.

Yılmaz, Dilşat “*Türk Alman İdare Hukukunda Arabuluculuk ve Sulhe İlişkin Düzenlemeler*”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Yıl:7, S.70, Haziran 2012, ss.92-101 (D.YILMAZ).

Yılmaz, Ejder, **Hukuk Sözlüğü**, 6.B., Ankara, Yetkin Yayınları, 2001 (E.YILMAZ).

Yılmaz, Kerem, **Defansif Tıp** (Hekimin Tıbbi Uygulamalarda Sorumluluktan Kaçması Durumunda Ortaya Çıkan Problemler), Ankara, Seçkin Yayınevi, 2014.

Yılmaz, Kerem/Polat, Oğuz/Kocamaz, Begüm, “*Defansif Tıp Uygulamalarının Hukuksal Açısından İncelenmesi*”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl:5, S.16, 2014, ss.19-51.

Yılmaz, Serdar, “*İdari Yargının Görev Alanının Daraltılmasına Yönelik Yeni Bir Girişim Olarak ‘İnsan Zararları Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevlerine Dair Kanun Teklifi’ Üzerine Bir Değerlendirme*”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2015/3, ss.114-181.

Zengin, Nazmi, “*Oftalmolojide Malpraktis Nasıl Önlenebilir?*”, **Oftalmolojide Malpraktis Hekimin Yasal Hak ve Sorumlulukları**, Türk Oftalmoloji Derneği Eğitim Yayınları No:14, 2012, ss.114-120.

ÖZET

Karakuş Işık, Zehra. **Defansif Tıp Uygulamalarında İdarenin Sorumluluğu.**

Doktora Tezi, Tez Danışmanı: Doç. Dr. M. Ayhan TEKİNSOY, s. 221.

Sağlık hizmetleri yerine getirilirken hatalı tıbbi müdahale sonucunda bir zarar meydana gelmiş ise Anayasal ve yasal düzenlemelere göre kamu görevlisi hekime doğrudan dava açılmaz. Ancak, meydana gelen zararın hekime rücu edilecek olması hekimlerin tedirginliğini artırır.

Bu yasal güvencele rağmen bazen hekime doğrudan dava açıldığı ve idare tarafından ödenen tazminatın hekimin kişisel kusuru olup olmadığına bakılmadan tümünün rücu edildiği görülmektedir. Hekim sağlık hizmetini etkin bir şekilde sunmaya gayret ederken diğer taraftan da kendisine dava açılacağı endişesi ile bilinçli ya da bilinçsiz olarak savunma davranışları geliştirir. Bu davranışlar pozitif ve defansif tıp uygulaması olarak nitelendirilir.

Defansif tıp uygulamaları hem hasta-hekim ilişkisine zarar verdiği gibi sağlık hizmetlerinin sunumuna da olumsuz şekilde yansır. Çalışmamızda defansif tıbbin idare ve hekim bakımından doğan olumsuz sonuçlara dikkat çekilerek, olası çözüm önerilerine yer verilmiştir.

ABSTRACT

Karakuş Işık, Zehra. **Liability of the Administration in Defensive Medicine Practices.** PHD. Thesis, Advisor: Doç. Dr. M. Ayhan TEKİNSOY, p.221.

According to the constitutional and other legal regulations, public servant physician can not be directly prosecuted due to a damage, which occurs as a result of incorrect medical interventions while providing someone with health service. However, the damage that occurs, which has to be recourse by the physician, makes a public servant physician more apprehensive.

In practice, despite of the above mentioned legal assurances, occasionally a public servant physician can be directly prosecuted and has to be recoured due to the compensation, which is paid by administration, without considering whether there is a personel defect of the physician or not. On the other hand, they deliberately or unintentionally develop a defensive behaviour under the threat of prosecution. These types behaviours acquired by the physician can be qualified as “defensive medicine practices”.

Defensive medicine practices damage the physician-patient relationship and also the provision of health services is seen to be effected in the negative way. Therefore the negative consequences of defensive medicine practices are pointed out by study which aims to contribute enhancing the quality of health care delivery system by way of proposing possible solution.