

YARGI KARARLARI IŞIĞINDA, GEBELİK VE DOĞUM SÜRECİNDE SAĞLIK HİZMET KUSURUNDAN KAYNAKLANAN TAM YARGI DAVALARI

Full Remedy Actions against the Fault of Health Service during Pregnancy and Delivery in the Light of Case Law

Aydın AKGÜL*

ÖZET

Fizyolojik açıdan doğal bir olay olarak gözükken doğum, başta kişiliğin başlamasını sağlama gibi birçok hukuki sonuçları da bulunan hukuki bir olaydır. İdare, hukuki açıdan birçok sonuçlara yol açan doğuma ilişkin verdiği sağlık hizmetini tıp biliminin gereklerine uygun olarak yürütmek zorundadır. Bu hizmetin kusurlu yürütülmesi nedeniyle bireylerin zarara uğraması durumunda meydana gelen zararların idarece tazmin edilmesi hukuk devleti ilkesinin gereğidir. Gebelik ve doğum sürecinde idare tarafından sunulan sağlık hizmeti nedeniyle zarar gören kişiye, uğradığını öne sürdüğü zararının tazmin edilmesi amacıyla getirilen hukuki koruma yolu idari yargıya özgü bir dava türü olan tam yargı davasıdır. Gebelik ve doğum sürecinde hizmet kusuru, sağlık hizmetinin kuruluşunda ve işletilmesinde yetersizlik veya tıbbi uygulama hatası şeklinde meydana gelebilir. Hizmetin kötü işlenmesinin bir türü olarak hekimin tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarar olarak tanımlanan tıbbi uygulama hataları, ancak sağlık personelinin standardın dışında hizmet vermesinden kaynaklanmakta olup, mevcut tıbbi bilgi seviyesine göre öngörülemez hatalar bu kapsamda değerlendirilmemektedir. Tıbbi uygulama hataları; uzmanlık sınırının aşılması, bilgilendirme eksikliği, rıza sınırının aşılması, tanı hatası, tedavi hatası ve özen eksikliği olarak kendini göstermektedir. Gebelik ve doğum sürecinde meydana gelen tıbbi uygulama hataları nedeniyle açılan tam yargı davalarında Danıştay, önüne gelen somut olayın özelliğine göre uyuşmazlıkta idarenin hukuki sorumluluğunun bulunup bulunmadığını değerlendirerek karar vermektedir.

Anahtar Kelimeler: Tam yargı davası, idari yargı, idarenin hukuki sorumluluğu, tazmin borcu, gebelik ve doğum, hizmet kusuru, tıbbi uygulama hatası, hekim.

* Aydın AKGÜL, Hâkim, Danıştay Genel Sekreter Yrd.

ABSTRACT

Delivery seems to be a natural occurrence physically, but it is a legal case bearing a number of legal consequences such as initializing the personality of an individual as well. The administrative body is liable to provide health service in compliance with the requirements of the science of medicine during pregnancy and delivery which paves the way for a great number of problems. It is the principle of a state governed by the rule of law to compensate for the damages for the individuals, which occur owing to the fact that the service mentioned hereby is given defectively. The full remedy action is a particular sort of case specific to the administrative jurisdiction, which is a legal protection procedure launched with a view to compensating the damages for the party who lodges claim due to the medical service failure provided by the administration during the pregnancy and delivery. The medical malpractice in the process of pregnancy and delivery might arise from the inefficiency of the establishment and operation of the healthcare or a medical deficiency. The medical malpractice described as lack of standard treatment, lack of skills by the physician or the loss incurred by not providing treatment, and the failure that are not calculated according to the present medical background are not considered in that respect. The medical malpractices can be described as exceeding the expertise, shortness of notifying, going beyond the verge of will, error in diagnosis or negligence. Pertaining to the full remedy actions brought to the court due to the medical malpractices during the pregnancy and delivery, it is understood that the Turkish Council of State reviews whether or not the administration is liable to the dispute in respect to the features of the case before the Council.

Keywords: Full remedy action, administrative jurisdiction, legal liability of administration, compensation for damages, pregnancy and delivery, fault of service, medical malpractice, physician.

GİRİŞ

Türk Medeni Kanunu'nun 28 inci maddesine göre, "Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümlle sona erer. Çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü anda başlayarak elde eder."

Doğum, fizyolojik açıdan doğal bir olay olarak gözükmele birlikte, anılan kanun maddesinden de anlaşılacağı üzere başta kişiliğin başlamasını sağlama gibi birçok hukuki sonuçları da bulunan hukuki bir olaydır. Hukuk sistemimiz, sağ ve tam doğmak şartıyla ana rahmine düşen cenine de birçok hak bahşederek onu koruma altına almıştır.

Bireylerin sağlık hizmeti ihtiyaçlarını kamu yararı amacıyla gidermeye çalışan idare, hukuki açıdan birçok sonuçlara yol açan doğuma ilişkin

verdiği sağlık hizmetini tıp biliminin gereklerine uygun olarak yürütmek zorundadır. Bu hizmetin kusurlu yürütülmesi nedeniyle bireylerin zarara uğraması durumunda meydana gelen zararların idarece tazmin edilmesi hukuk devleti ilkesinin gereğidir.

Gebelik ve doğum sürecinde idare tarafından sunulan sağlık hizmetleri nedeniyle zarar gören kişiye, uğradığını öne sürdüğü zararını karşılama amacıyla getirilen hukuki koruma yolu idari yargıya özgü bir dava türü olan tam yargı davasıdır. Kişi, tam yargı davası yoluyla uğradığını iddia ettiği zararının tazmin edilmesini idari yargı organından isteyebilmektedir.

Bu çalışmada, idare tarafından gebelik ve doğum sürecinde sunulan sağlık hizmetinin kusurlu yürütüldüğü iddiasıyla açılan tam yargı davalarını, son tahlilde Danıştay'ın konuya bakışını ele alacağız. Ancak, konunun daha iyi anlaşılması için, idarenin hukuki sorumluluğu kavramı, tam yargı davaları ile tıbbi uygulama hataları hakkında kısaca bilgi verilmesi faydalı olacaktır.

I. İDARENİN HUKUKİ SORUMLULUĞU VE TAM YARGI DAVALARI

A. İDARENİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

1. Genel Olarak

İdarenin faaliyet alanının ve yaptığı kamusal hizmetlerin gerek nitelik, gerekse sayıca artmasıyla birlikte, bireylerin bu faaliyetlerden zarar görme ihtimali de artmıştır. Bundan dolayı, “*herkes neden olduğu zararları gidermek zorundadır*” şeklinde ifade edilen sorumluluk ilkesi, İdare Hukuku alanında Medeni Hukuka kıyasla daha büyük bir öneme sahip olup, daha geniş bir alanı kapsamaktadır¹.

Öğretide, idarenin hukuki sorumluluğunun, kamusal faaliyetler sonucu idare ile bireyler arasında idare yararına bozulan ekonomik dengenin yeniden kurulmasını amaçladığı savunulmakta² ise de, idare hukuku ilke ve kuralları çerçevesinde bu görüşün kabul edilebilirliği yoruma açıktır. İdarenin hukuki sorumluluğu, idari etkinliklerden dolayı bireylerin uğradığı zararın idarece tazmin edilmesini sağlayan³ bir kurumdur. Bu

¹ **ÖZGÜLDÜR, Serdar:** Tam Yargı Davaları, Yetkin Yayınları, Ankara 1993, s.25.

² **ESİN, Yüksel:** İdarenin Hukuki Sorumluluğu, Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, II. Kitap:Esas, Ankara 1973, s.14.

³ **ATAY, E. Ethem:** İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s.559.

kurum, kamusal faaliyetler nedeniyle bireylerin malvarlığında ortaya çıkan eksilmenin ya da çoğalma olanağından yoksunluğun giderilebilmesi, karşılanabilmesi için aranılan koşulları, uygulanması gereken kural ve ilkeleri içine almaktadır⁴.

İdari faaliyetten zarar gören kişi, faaliyetin ilişkin olduğu kamu hizmetinden yararlanan durumunda veya faaliyetin içinde, kamu hizmetinin görülmesine katılan bir kişi olabileceği gibi; idari faaliyetle, kamu hizmeti ile hiçbir yönden ilişkisi olmayan üçüncü kişi de olabilir. Bunun yanında, idari faaliyet bir işlem, bir eylem ya da bir sözleşme şeklinde ortaya çıkabilir. Ancak, vurgulamak gerekir ki, bu faaliyetin gerisinde daima bir kamu hizmeti bulunmaktadır⁵.

2. İdarenin Sorumluluk Sebepleri

İdarenin, topluma hizmet sunmakla yükümlü bir teşebbüs, bir organizasyon olarak tanımlanması, idare-birey ilişkisinin demokratik nitelik kazanması, idarenin hukuki sorumluluk alanını genişletmekle kalmamış; sorumluluk sebeplerini farklılaştırarak, özel hukuktakinden daha ileri boyutlara ulaştırmıştır⁶.

İdarenin sorumluluğunda asıl olan, hizmet kusuru nedeniyle sorumlu olmasıdır. Demokratik rejimi benimseyen ülkelerde idarenin sorumluluğunun kabulü konusunda genel olarak kabul edilen görüşe göre, idarenin kusurlu olmasında, bir kamu hizmeti etkinliği bu sorumluluğu doğurmaktadır. Bu halde idarenin kusur sorumluluğundan, diğer bir ifadeyle hizmet kusurundan dolayı sorumluluğundan söz edilmektedir⁷.

İdarenin hizmet kusuru nedeniyle olan sorumluluğu, idarece yürütülen hizmetin kuruluşunda, düzenlenmesinde ve işleyişinde ortaya çıkan her türlü bozukluk, aksaklık veya eksikliklerdir⁸. Bu bağlamda hizmet kusuru, özel hukuktaki anlamından uzaklaşarak nesnelleşen, anonim bir niteliğe sahip, bağımsız bir karakteri olan bir kusurdur. Hizmet kusurundan

⁴ ESİN, age, s.14.

⁵ ESİN, age, s.14.

⁶ ÜNLÜÇAY, Mehmet: "İdarenin Tazmin Borcu ve Enflasyon Olgusu", Danıştay Dergisi, Yıl:28, S:94, 1998, s.4.

⁷ ATAY, age, s.560

⁸ DURAN, Lütfi: Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Yayın No: 138, Ankara 1974, s.26.

dolayı sorumluluk, idarenin sorumluluğunun doğrudan doğruya ve asli nedenini oluşturmaktadır⁹.

İdarenin hukuki sorumluluğu, kişilere lütuf ve atıfet duygularıyla belli miktarda para ödenmesini öngören bir prensip değildir. Bu sorumluluk, demokratik toplum düzeninde biçimlenen idare-birey ilişkisinin doğurduğu hukuki bir sonuçtur. İdari yargı da, bu anlayış doğrultusunda, idare hukukunun ilke ve kurallarını uygulamak suretiyle idarenin hukuki sorumluluk alanını ve sorumluluk sebeplerini içtihatlarıyla saptamaktadır.¹⁰

B. İDARENİN TAZMİN BORCU VE TAM YARGI DAVALARI

Hukuki sorumluluğun doğal sonucu, diğer bir ifadeyle yaptırım gücü tazmin borcudur. Bu yolla, hukuki sorumluluğu saptanan hukuk süjesine yargı yerince bir ödev yüklenmektedir¹¹.

İdarenin tazmin borcunun bulunup bulunmadığı nasıl ortaya çıkmaktadır. İdarenin tazmin borcunun, diğer bir ifadeyle hukuki sorumluluğunun bulunup bulunmadığı idari yargıya özgü bir dava türü olan tam yargı davası ile ortaya çıkmaktadır. İdari dava türlerinden olan tam yargı davası, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2 nci maddesinde düzenlenmiştir.

Öte yandan, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. maddesi ile, *“her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddi ve manevi zararların tazminine ilişkin davalara asliye hukuk mahkemelerinin bakacağı”* hükme bağlanmış iken, anılan hüküm Anayasa Mahkemesi'nin 16 Şubat 2012 tarihli ve 2011/35 Esas sayılı dosyasında almış olduğu kararla iptal edilmiştir. Bu karar, anayasayla idari rejimi ve idari yargı sistemini kabul etmiş ülkemiz açısından kanımızca da yerindedir. Dolayısıyla, gebelik ve doğum sürecinde idare tarafından sunulan sağlık hizmeti nedeniyle açılacak davalar, önceden olduğu gibi idari yargı yerinde görülecektir.

Tam yargı davası ile davacı, yasal gerçeğe dayanarak sübjektif hakkının varlığını veya kendisi lehine bazı haklar doğuracak bir durumun tespitini

⁹ **AKGÜL, Aydın:** “Tam Yargı Davalarında Zararın, Zarar Görenin Kendi Kusurundan Kaynaklanması”, Terazi Dergisi, Yıl:4, S:32, 2009, s.113.

¹⁰ **ÜNLÜÇAY,** agm, s.5.

¹¹ **ESİN,** age, s.14.

istemekte; idari yargı yeri de idari faaliyet sonunda ortaya çıkan zarardan sorumlu gördüğü idareyi, bu zarara eşit değerde para ödemekle yükümlü tutmaktadır¹².

Tam yargı davası ile, idare hukuku alanında, ihlal edilmiş bir hakkın yerine getirilmesi, ya da uğranılan zararın giderilmesi amaçlanır¹³. Bu davada, idari yargı yeri uyuşmazlığa yol açan eylem, işlem veya sözleşmeyi maddi bir olay şeklinde ele alır ve bu olayın ilgilinin subjektif hukuki durumuyla ilişkisini belirler, bir ihlali saptaması durumunda da ihlalin giderilmesine karar verir¹⁴. Ancak, idari yargı yerinin, idarenin hukuki sorumluluğunu belirlemede birtakım koşullara dikkat etmesi gerekmektedir. Bu koşullardan birinin yokluğu idarenin hukuki sorumluluğunu ortadan kaldırmaktadır¹⁵. Bu esaslar, Danıştay'ın bir kararında şu şekilde belirtilmiştir:

“İdarenin hukuki sorumluluğundan söz edebilmek için, bir zararın varlığı, zararı doğuran işlem veya eylemin idareye yüklenebilir olması, zararlar işlem veya eylem arasında illiyet bağının bulunması gerekli olup, bu genel koşullardan birinin yokluğu kural olarak idarenin sorumluluğunu kaldırır.

490

Gerçekten, ortada bir zarar yoksa idarenin tazminat ödemesi söz konusu olamayacağı gibi, idare veya idari faaliyetle ilgisi olmayan bir zararı idareye ödetme yargılama işlevi dışında olanağı da yoktur. Zararla idari faaliyet (idari eylem veya idari işlem) arasında doğrudan doğruya bir ilişkinin yokluğu halinde idarenin hukuki sorumluluğundan söz edilemez.”¹⁶

II. DANIŞTAY KARARLARI IŞIĞINDA, GEBELİK VE DOĞUM SÜRECİNDE HİZMET KUSURU

Tıp biliminin hızla gelişmesi, idare tarafından sunulan sağlık hizmetinin kapsamını da giderek genişletmiştir. Ancak, tıbbın ulaştığı bilgi seviyesi dikkate alınarak nelerin hizmet kusuru olduğu, nelerin ise kabul edilebilir yani hizmet kusuru olmadığı yasal düzenlemelere henüz konu olmamıştır.

¹² AKGÜL, “Tam Yargı Davalarında Zararın, Zarar Görenin Kendi Kusurundan Kaynaklanması”, s.113.

¹³ GÖZÜBÜYÜK, Şeref ve DİNÇER, Güven: İdari Yargılama Usulü, İkinci Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2001, s.89.

¹⁴ YENİCE ve ESİN, age, s.75-77.

¹⁵ AKGÜL, “Tam Yargı Davalarında Zararın, Zarar Görenin Kendi Kusurundan Kaynaklanması”, 113.

¹⁶ Danıştay 10. D., 31.10.2006, E:2003/4333, K:2006/6212, Danıştay Bilgi Sistemi.

Bu nedenle gebelik ve doğum sürecindeki hizmet kusuru da, öğreti ve Danıştay içtihatları ile ortaya konulmaktadır.

Gebelik ve doğum sürecinde hizmet kusuru sağlık hizmetinin kuruluşunda ve işletilmesinde yetersizlik veya tıbbi uygulama hataları şeklinde meydana gelebilir. Bu bölümde, Danıştay'ın, gebelik ve doğum sürecinde hangi durumlarda sağlık hizmetinin kusurlu işletildiğini kabul ettiğine ilişkin kararları ele alacağız. Ayrıca, konunun daha iyi anlaşılması için, Danıştay'ın karar örneklerinden önce tıbbi uygulama hataları hakkında kısaca bilgi verilmesinin faydalı olacağı kanaatindeyim.

A. SAĞLIK HİZMETİNİN KURULUŞUNDA VE İŞLETİLMESİNDE YETERSİZLİK

1982 Anayasasının 56 ncı maddesinde yer alan düzenlemede, vatandaşlarına sağlık hizmeti sunma ödevi Devlete yüklenmiştir. Bu hükme göre, ayrıntıları alt normlarla düzenlenmek koşuluyla idare sağlık hizmetini sunma ile yükümlü kılınmıştır. 181 sayılı Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu uyarınca, sağlık kamu hizmetinin planlanması, kurulması, koordine edilmesi ve işletilmesinden Sağlık Bakanlığı sorumludur.

Koruyucu, teşhis, tedavi ve rehabilite edici ile diğer sağlık hizmetlerinin ifası için gereken teşkilatın kurulması ve gereğince işler hale getirilmesi gerekmektedir. Bu hizmetlerden birinin yapılmamış olması idare açısından hizmet kusuru olarak kabul edilebilir. Bununla birlikte, sağlık hizmetlerinin kurulmamış olması tek başına hizmet kusuru olarak kabul edilmemektedir. Sağlık hizmetinin kurulmasına rağmen, eksik donanım ve personel nedeniyle hizmetin kusurlu ifa edilmesi sorumluluğu gerektirmektedir.

Gebelik ve doğum sürecinde idare tarafından sağlık hizmetlerinin sunulmasına yönelik olarak yürütülecek faaliyetlerin tıp biliminin gereklerine, standartlara, bu hizmeti alacakların ihtiyaçlarına ve hizmet sunulan yörenin koşullarına uygun olması gerekmektedir.

Danıştay, hastanede doğan bebekten fenilketonüri tarama programı çerçevesinde kan örneği alınmayıp, geç tanı konularak tedaviye geç başlanması ve sonucunda bebeğin zihinsel etkilenmesi nedeniyle; erken ve sınırlı bir zaman diliminde teşhis edilip tedavisine başlanması gereken "fenilketonüri" hastalığının mücadele biçimine ilişkin kamu

hizmetinin kötü işlediğini kabul ederken¹⁷; bir başka olayda, sağlık personeli tarafından bebeğin kanının alınması için iki kez evine gidilmesine rağmen, aile tarafından hastalığın teşhisi için gerekli kanın alınmasına izin verilmediğinden uğranıldığı ileri sürülen zarar ile davalı idarenin eylemi arasında illiyet bağı bulunmaması nedeniyle davalı idarenin hizmet kusuru bulunmadığına karar vermiştir¹⁸.

Diğer bir davada ise Yüksek Mahkeme, bebeğin fetal kalp hızının çok düşmesine rağmen anestezi ekibi bulunamadığından, acil sezaryenin gecikmeli olarak gerçekleşmesine neden olduklarından hastane acil ameliyat koşullarının organizasyonunda eksikliği bulunan hastane idaresinin kusurlu olduğuna karar vermiştir¹⁹.

Danıştay, davacıların prematüre doğan çocuğunun da aralarında bulunduğu 8 bebeğin "Yeni Doğan" servisinde hastane enfeksiyonu nedeniyle ölümünde²⁰ ve kadın doğum uzmanının bulunmadığı hastanede, ebe tarafından muayene yapılarak çocuğun ayak geliş biçiminde doğacağına ilişkin anlaşılması üzerine sevk yapılmakla birlikte, personel refakatinde ambulans tahsisi gerekirken hastanın özel araçla gönderildiği, yörenin doğum oranının yüksekliği ve olayın yaşam hakkına ilişkin olması nedeniyle idarenin hizmet kusurunun bulunduğunu kabul etmiştir²¹.

B. TIBBİ UYGULAMA HATALARI

Hizmetin kötü işlenmesinin bir türü olarak tıbbi uygulama hataları; bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeni ile bir hastanın zarar görmesi olarak tanımlanmaktadır. Buna göre, hekimin ya da diğer sağlık görevlilerinin kendi gördüğü eğitimin ya da uzmanlıkla ilgili bilgilerinin, bir hastanın tedavisinde yeteri kadar göstermeyerek ülkedeki mevcut tıbbi hizmet standartlarının altında bir hizmet vermesi tıbbi hata olarak kabul edilir²².

Tıbbi uygulama hataları, tıbbi bakım ve tedavi sırasında görülen ve sağlık personeli hatası olmayan durumlardan farklıdır. Tıbbi uygulama hataları ancak sağlık personelinin standardın dışında hizmet vermesinden

¹⁷ Danıştay 10. D., 17.2.2009, 2006/5287, 2009/1085, Danıştay Bilgi Sistemi.

¹⁸ Danıştay 10. D., 23.11.2010, 2009/11302, 2010/9108, Danıştay Bilgi Sistemi.

¹⁹ Danıştay 10. D., 27.10.2009, 2007/305, 2009/9183, Danıştay Bilgi Sistemi.

²⁰ Danıştay 10. D., 11.2.2011, 2007/8114, 2011/560, Danıştay Bilgi Sistemi.

²¹ Danıştay 10. D., 18.2.2003, 2001/1446, 2003/506, Danıştay Bilgi Sistemi.

²² **AKGÜL, Aydın:** "Tıbbi Uygulamalara İlişkin Uyuşmazlıklarda İdari Yargı", 2010, www.ttb.org.tr, s.85-86.

kaynaklanmakta olup, mevcut tıbbi bilgi seviyesine göre öngörülemeyecek hatalar tıbbi uygulama hatası kapsamında değerlendirilemez²³.

Genel kabule göre tıbbi uygulama hataları; uzmanlık sınırının aşılması, bilgilendirme eksikliği, rıza sınırının aşılması, tanı hatası, tedavi hatası ve özen eksikliği olarak kendini göstermektedir. Gebelik ve doğum sürecinde meydana gelen hizmet kusuruna ilişkin verilmiş Danıştay kararları çerçevesinde uzmanlık sınırının aşılması, tanı hatası, tedavi hatası ve özen eksikliği konuları aşağıda ele alınacaktır.

1. Uzmanlık (Yetki) Sınırının Aşılması

Tıbbi müdahalenin, hukuka uygun olabilmesi için müdahalede bulunacak kimsenin, bu müdahaleye yetkili bulunması gerekir. Hekim, kendi uzmanlık alanı dışındaki konularda uygulamaya giderek uzmanlık sınırını aşmamalıdır²⁴. Hekimler, genel olarak tıbbi uygulama yapma hak ve sorumluluğuna sahiptirler. Mevzuatında yer alan şartlara uygun olarak belirli bir uzmanlık dalında öğretimi başarı ile bitirenler, bu tıbbi uzmanlık dalında uygulama yapabilirler. Uzman olunmayan konuda tıbbi uygulamaya gitmek yetki sınırının aşılması olarak değerlendirilir²⁵.

Davacıların çocuğunun doğum sırasında yapılan müdahale sonucu sakat kaldığından bahisle uğranılan zararın tazmini istemiyle açılan davada; İdare Mahkemesi, Adli Tıp Kurumu'nun, ebenin de kendi başına doğum yaptırma yetkisi olduğundan hekime haber vermesinin gerekmediği ve bebeğin sağ kolunda meydana gelen sinir felcinin yüksek doğum tartılı bebeklerin doğumu sırasında komplikasyon olarak ortaya çıkabileceği yönündeki raporunu esas alarak davanın reddine karar vermiştir.

Danıştay Onuncu Dairesi ise; maddi tazminat yönünden, yüksek doğum tartılı bebeklerin doğumu sırasında sinir felci bir komplikasyon olarak ortaya çıkabilecek ise; bebeğin yüksek tartılı doğum olacağı belli iken ve sezaryen olanağı kalmadığı açıkken, anne ve bebek açısından tıbbi risk taşıdığı belirgin olan söz konusu doğum olayında bu konuda uzman bir doktorun bulunmasının gerekip gerekmediğinin, uzman doktorun doğum sırasında bulunması halinde bebeğin sağ kolunda meydana gelen sinir felcinin engellenebilip engellenemeyeceğinin, tıbbi risk taşıdığı anlaşılan

²³ AKGÜL, "Tıbbi Uygulamalara İlişkin Uyuşmazlıklarda İdari Yargı", s.86.

²⁴ HAKERİ, Hakan: Tıp Hukuku, Seçkin, Ankara, 2007, s.94.

²⁵ POLAT, Oğuz: Tıbbi Uygulama Hataları, Klinik-Sosyal-Hukuksal-Etik Boyutları, Seçkin, Ankara, 2005, s.35.

bu tür bir doğumun ebe tarafından tek başına yönetilip yönetilemeyeceğinin, yani davalı idareye ait Hastanede sunulan sağlık hizmetinin kusurlu olup olmadığı hususunun hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak biçimde net olarak ortaya konulması gerektiğinden, davalı idarenin tazmin yükümlülüğü açısından hizmet kusurunun bulunup bulunmadığı hususunun saptanması için dosyanın Adli Tıp Genel Kuruluna gönderilerek, Adli Tıp Genel Kurulu aracılığıyla dosya üzerinden yaptırılacak inceleme sonucu hazırlanacak rapor incelendikten ve olayda tıbbi hata bulunup bulunmadığı açıklığa kavuşturulduktan sonra maddi tazminat istemi hakkında bir karar verilmesi gerektiğine karar vermiştir.

Yüksek Mahkeme, aynı davada manevi tazminat yönünden ise; geliş muayenesinde doğum eyleminin ilerlemiş ve bebeğin çıkımda olması nedeniyle sezaryen ile doğum yapma olanağı bulunmadığı halde hastaneye yatırılan anneye, doğum olayının seyri ve doğum sırasında, , hizmetin işleyişi itibarıyla hastanede olduğu anlaşılan ve anneyi hastaneye kabul ettiğini ifade eden kadın doğum uzmanı tarafından, hastaneye yatırıldığı saat 11.30'dan doğumun sona erdiği saat 12.55'e kadar takip, tedavi veya müdahalede bulunulmaması nedeniyle sağlık hizmetinin eksik ve kusurlu yürütüldüğü gerekçesiyle manevi tazminata hükmedilmesi gerektiğine karar vermiştir²⁶.

2. Tanı Hatası

Tanı, şayet varsa kişide bulunan bir rahatsızlığı bulma ve tanımlama faaliyetini ihtiva eden süreçtir. Dolayısıyla, en isabetli tedavi ve müdahale türünün tespiti ve uygulamasının temelini oluşturması nedeniyle tıbbi uygulama hatası bakımından önem taşımaktadır²⁷. Zorunlu olarak kullanılması gereken tanı yöntemi ve araçlarının kullanılmaması, konsültasyon gereken hallerde bu yola gidilmemesi, eksik araştırma yapılması ve yapılan araştırma sonuçlarının bir hastalığın karakteristik belirtilerini ortaya koymasına rağmen hatalı sonuca varılması olarak adlandırılan kusurlar tanı hatasını oluşturmaktadır²⁸.

Danıştay; davacının hamileliği sırasında yapılan muayenesinde doğacak çocuğunun talesemi taşıyıcısı olduğu yolunda rapor verildiği, ancak,

²⁶ Danıştay 10. D., 29.1.2010, 2008/6720, 2010/160, Danıştay Bilgi Sistemi.

²⁷ AKGÜL, "Tıbbi Uygulamalara İlişkin Uyuşmazlıklarda İdari Yargı", s.88

²⁸ ÖZTÜRKLER Cemal: Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhisi, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, Seçkin, Ankara, 2003, s.85.

çocuk doğduktan sonra sadece taşıyıcı değil, bu hastalığın en risklisi olan "majör talesemi" hastası olduğunun anlaşılmasıyla birlikte yanlış tanının, davalı idarenin kusurundan değil moleküler tekniklere ait yanlış tanı oranlarından kaynaklandığından hizmet kusuru bulunmadığına karar vermiştir²⁹.

3. Tedavi Hatası

Mevcut tıp bilimine göre yapılan tedavi, nihayetinde istenen sonucu vermese bile hizmet kusuru sayılmaz. Başka bir ifadeyle, hizmet kusuru ancak uygulanan yöntemlere göre mutad olmayan tedavi hataları için söz konusu olacaktır³⁰.

Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 14. maddesine göre; hekim, hastanın hayatını kurtarmak, sağlığını korumak ve bunların mümkün olmadığı hallerde, ıstırabını azaltmak ya da dindirmekle yükümlüdür. Hekim, tıp biliminin gerekli gördüğü bilgileri öğrenmek, yenilikleri, pratik ve riski az tedavi yöntemlerini, daha etkili ilaçları izlemek ve yardımcılarını yetiştirmek mecburiyetindedir³¹.

Danıştay; hastanın antenatal kayıtlarının ve testlerinin incelenmeden normal doğuma yönlendirilmesi sonucunda bebeğin oksijen yetersizliğine bağlı beyin ölümü tanısıyla dünyaya gelmesinde³² doğum kontrolü sağlamak amacıyla yapılan tüp bağlama ameliyatı sırasında meydana gelen ince bağırsak yırtılması sonrasında, bilgisayarlı tomografi çekirtmekte geç kalınması ve çekirtilen tomografiye göre karın sol yan bölümünü dolduran büyük boyutlu sıvı saptanmasına rağmen hastanın hemen ameliyata alınması gerekirken 3 gün sonra ameliyata alınmasında³³ hizmet kusuru bulunduğu karar vermiştir.

4. Özen Eksikliği

Tıbbi müdahalenin her aşamasında hastanın sağlık hizmetine duyduğu ihtiyacın karşılanmasında tıbbi özenin gösterilmesi gerekmektedir. Tıbbi özenin gerektiği bir sırada hastaya özen gösterilmemesi sağlık hizmetini sunan idare açısından hizmet kusuru sayılır.

²⁹ Danıştay 10. D., 16.2.2009, 2009/599, 2009/10539, Danıştay Bilgi Sistemi.

³⁰ **HANCI, İ. Hamit:** Malpraktis Tıbbi Gelişmeler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, Seçkin, Ankara 2002, s.5.

³¹ Danıştay 10. D., 24.9.2009, E:2006/4339, K: 2009/8215, Danıştay Bilgi Sistemi.

³² Danıştay 10. D., 27.3.2002, E:2004/6540, K: 2007/4237, Danıştay Bilgi Sistemi.

³³ Danıştay 10. D., 28.2.2007, E:2007/8645, K: 2011/1570, Danıştay Bilgi Sistemi.

Danıştay, özen eksikliği bağlamında; doğum sırasında annenin ve bebeğin iyi takip edilmemesini³⁴, sağlıklı doğan bebeğin sağ kolunun bir travmaya maruz kalması sonucu oluşan kırık nedeniyle kesilmesine neden olunmasını³⁵, doğum sırasında meydana gelen perine yırtığının tespit edilmeyerek gerekli tedavinin uygulanılmamasını³⁶, sezaryen ameliyatı ile yapılan doğum sırasında karında unutulmuş yabancı cisim nedeniyle anneye ikinci kez ameliyat yapılmasını³⁷ hizmet kusuru olarak kabul ederek davalı idareyi tazminle yükümlü kılmıştır.

SONUÇ

İdare tarafından gebelik ve doğum sürecinde verilen kamu hizmetinin, tıp biliminin gereklerine uygun olarak yürütülmesi sağlık hizmetinin niteliği gereği olduğu gibi, hukuk devleti ilkesi açısından da zorunludur. Bu hizmetin kusurlu yürütülmesi nedeniyle zarar gören kişiye, uğradığını iddia ettiği zararını karşılama amacıyla getirilen hukuki koruma yolu idari yargıya özgü bir dava türü olan tam yargı davasıdır. Bu dava yolu aynı zamanda, idarenin bireylerle olan ilişkilerini hukuk devleti ilkesini gözeterek gerçekleştirmesinin de ayrı bir teminatını oluşturmaktadır.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3 üncü maddesinin, Anayasa Mahkemesince anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmesi ve sonuçta idare tarafından yürütülen sağlık hizmetinin sunumu sırasında meydana geldiği iddia olunan zararların tazmini istemiyle açılan davalara idari yargı tarafından bakılmaya devam edilecek olması kanımızca da yerinde olmuştur. Zira, idari rejimi ve idari yargı sistemini kabul etmiş ülkemizde belirtilen nitelikte bir kanunun anayasaya aykırı olduğu tartışmasızdır. Ayrıca, idare mahkemeleri, kurulduğundan beri sağlık hizmetinden kaynaklanan tam yargı davalarına bakmakta; Danıştay da, bu tür davalarda oluşturduğu içtihatlarıyla idare mahkemelerine yön vermektedir.

Gebelik ve doğum sürecinde hizmet kusuru, sağlık hizmetinin kuruluşunda ve işletilmesinde yetersizlik veya tıbbi uygulama hatası şeklinde meydana gelebilir. İdari yargı yeri, gebelik ve doğum sürecinde hizmet kusuru bulunduğu iddiasıyla açılan tam yargı davalarında, önüne

³⁴ Danıştay 10. D., 12.3.2007, E:2004/10732, K: 2007/911, Danıştay Bilgi Sistemi.

³⁵ Danıştay 10. D., 9.3.2004, E:2002/1220, K: 2004/1420, Danıştay Bilgi Sistemi.

³⁶ Danıştay 10. D., 27.10.2009, E:2007/305, K: 2009/9183, Danıştay Bilgi Sistemi.

³⁷ Danıştay 10. D., 27.5.2011, E:2010/14788, K: 2011/2042; 14.3.2001, 2000/5558, 2001/791 Danıştay Bilgi Sistemi.

gelen her somut olayın özelliğine göre uyuşmazlıkta idarenin hukuki sorumluluğunun bulunup bulunmadığını değerlendirerek karar verir.

Danıştay, sağlık hizmetinin kuruluşunda ve işletilmesinde yetersizlik örnekleri bağlamında; davacıların prematüre doğan çocuğunun da aralarında bulunduğu bebeklerin yeni doğan servisinde hastane enfeksiyonu nedeniyle ölümünde ve hastanede doğan bebekten fenilketonüri tarama programı çerçevesinde kan örneği alınmayıp, geç tanı konularak tedaviye geç başlanması sonucunda bebeğin zihinsel etkilenmesine neden olunmasında davalı idarenin hizmet kusuru bulunduğuna karar vermiştir.

Hizmetin kötü işleminin bir türü olarak bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeni ile bir hastanın zarar görmesi olarak tanımlanan tıbbi uygulama hataları, ancak sağlık personelinin standardın dışında hizmet vermesinden kaynaklanmakta olup, mevcut tıbbi bilgi seviyesine göre öngörülemez hatalar bu kapsamda değerlendirilmemektedir. Tıbbi uygulama hataları; uzmanlık sınırının aşılması, bilgilendirme eksikliği, rıza sınırının aşılması, tanı hatası, tedavi hatası ve özen eksikliği olarak kendini göstermektedir.

Gebelik ve doğum sürecinde meydana gelen tıbbi uygulama hataları nedeniyle açılan tam yargı davalarında Danıştay'ın, önüne gelen somut olayın özelliğine göre uyuşmazlıkta idarenin hukuki sorumluluğunun bulunup bulunmadığını irdelediği, olayla ilgili yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen raporu hukuken yeterli görmesi halinde bilirkişi raporu doğrultusunda karar verdiği, buna karşın, kimi durumlarda olayla ilgili düzenlenen Adli Tıp İhtisas Dairesi'nin raporunu dahi yeterli görmediği anlaşılmaktadır.

Yüksek Mahkeme, davacıların çocuğunun doğum sırasında yapılan müdahale sonucu sakat kaldığından bahisle uğranılan zararın tazmini istemiyle açılan davada; anne ve bebek açısından tıbbi risk taşıdığı belirgin olan doğum olayında bu konuda uzman bir doktorun bulunmasının gerekip gerekmediğinin, bu tür bir doğumun ebe tarafından tek başına yönetilip yönetilemeyeceğinin hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak biçimde net olarak ortaya konulması için dosyanın Adli Tıp Genel Kuruluna gönderilerek, olayda tıbbi hata bulunup bulunmadığı açıklığa kavuşturulduktan sonra bir karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle İdare Mahkemesi kararını bozmuştur.

Tedavi hatalarına ilişkin olarak Danıştay; hastanın antenatal kayıtlarının ve testlerinin incelenmeden normal doğuma yönlendirilmesinde, doğum kontrolü sağlamak amacıyla yapılan tüp bağlama ameliyatı sırasında meydana gelen ince bağırsak yırtılması sonrasında, bilgisayarlı tomografi çektirmekte geç kalınması ve hastaya geç müdahale edilmesinde hizmet kusuru bulunduğu karar vermiştir.

Danıştay, doğum sırasında annenin ve bebeğin iyi takip edilmemesi, sağlıklı doğan bebeğin sağ kolunun bir travmaya maruz kalması sonucu oluşan kırık nedeniyle kesilmesine neden olunması gibi durumları özen eksikliği bağlamında hizmet kusuru olarak kabul etmektedir.

KAYNAKÇA

AKGÜL, Aydın: “*Tam Yargı Davalarında Zararın, Zarar Görenin Kendi Kusurundan Kaynaklanması*”, Terazi Dergisi, Yıl:4, S:32, 2009, S.111-125.

AKGÜL, Aydın: “*Tıbbi Uygulamalara İlişkin Uyuşmazlıklarda İdari Yargı*”, 2010, www.ttb.org.tr, s.79-95.

ATAY, E. Ethem: İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2006.

DURAN, Lütfi: Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Yayın No: 138, Ankara 1974.

ESİN, Yüksel: İdarenin Hukuki Sorumluluğu, Danıştay’da Açılacak Tazminat Davaları, II. Kitap:Esas, Ankara 1973.

GÖZÜBÜYÜK,Şeref ve DİNÇER, Güven: İdari Yargılama Usulü, İkinci Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2001.

HAKERİ, Hakan: Tıp Hukuku, Seçkin, Ankara, 2007.

ÖZGÜLDÜR, Serdar: Tam Yargı Davaları, Yetkin Yayınları, Ankara 1993.

ÖZTÜRKLER Cemal: Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhisi, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, Seçkin, Ankara, 2003.

POLAT, Oğuz: Tıbbi Uygulama Hataları, Klinik-Sosyal-Hukuksal-Etik Boyutları, Seçkin, Ankara, 2005.

ÜNLÜÇAY, Mehmet: “*İdarenin Tazmin Borcu ve Enflasyon Olgusu*” , Danıştay Dergisi, Yıl:28, S:94, 1998.

YENİCE, Kazım ve ESİN, Yüksel: Açıklamalı-İçtihatlı, Notlu İdari Yargılama Usulü, Arısan Matbaacılık, Ankara 1983.