**T.C.**

**D A N I Ş T A Y**

**Onbeşinci Daire**

**Esas No:** 2013/4111

**Karar No:** 2016/2803

**Anahtar Kelimeler:** Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tam Yargı Davaları

**Özeti:** Ameliyatın doktorun yıllık izinde olduğu kamu hizmeti sunucusu olmadığı bir zamanda yapıldığı ve ameliyat için Hastane Başhekimliğine herhangi bir bilgi verilmediği, dolayısıyla, idare ajanının izinde olduğu dönemde, idaresine haber verilmeksizin gerçekleştirilen ve konusu suç teşkil eden cerrahi müdahaleden idarenin sorumlu tutulamayacağı, diğer bir ifade ile, zararın kamu görevlisinin kamu gücünden aldığı yetkisini kullanırken meydana gelmediği, tamamen kendi kişisel kusurundan meydana geldiği, doktorun eylemi ile meydana gelen zarar arasında idare bakımından uygun illiyet bağının bulunmadığı hakkında.

**Temyiz Eden ( Davacılar ):** 1- …, 2- …

**Vekili:** Av. …

**Karşı Taraf (Davalı):** Sağlık Bakanlığı

**Vekili:** Hukuk Müşaviri …

**İstemin Özeti:** Sivas İli, Şarkışla İlçesi Devlet Hastanesinde 18.11.2004 tarihinde doktor ... tarafından yapılan cerrahi müdahalede davalı idarenin hizmet kusuru nedeniyle hayatını kaybeden müteveffa …‟ün desteğinden yoksun kaldığından bahisle baba … için 30.00,00 TL. maddi, 50.000,00 TL. manevi, kardeşi … için 40.00,00 TL. manevi olmak üzere toplam 120.000,00 (30.000,00 TL. maddi, 90.000,00 TL. manevi) maddi ve manevi zararın ölüm tarihinden başlamak üzere yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle açılan dava sonucunda; Sivas İdare Mahkemesi'nce, davacılardan …'ın kızı, …'ın kardeşi olan …'ün, eşiyle ayrıldıktan sonra Şarkışla İlçesinde M.T. isimli şahsa ait markette çalışmaya başladığı, market sahibi M.T. isimli şahıstan hamile kaldığı, ceninin 5,5-6 aylık iken aldırılmak istendiği, Kayseri İli'nde birkaç doktora gidildiği, 5,5-6 aylık olması nedeniyle ceninin burada alınmadığı, daha sonra Şarkışla İlçesi'nde kadın doğum uzmanı olan ...'nın özel muayenehanesine gidildiği, yapılan muayene sonrası fiilen kamu görevi icra ettiği hastanede yıllık izinde olduğu dönemde hastane görevlilerini arayarak ameliyathaneyi hazırlattığı ve bu işlem hakkında Başhekimliğe bildirimde bulunulmadığı, hastanede resmi hiçbir kayıt yapılmadan ameliyata alındığı, yapılan cerrahi müdahale sonrası cenin ve annenin hayatını 08.11.2004 tarihinde kaybettikleri, doktor … hakkında "kadının ölümüne neden olan rızaya dayalı çocuk düşürtme" suçu isnadıyla Sivas 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nin E:2006/89 esasında açılan davada yapılan yargılama sonucu 11.09.2008 gün ve K:2008/95 sayılı kararla doktor ...'nın anılan suçu işlediğinden bahisle 5 yıl mahkumiyetine karar verildiği, karar sonrası 28.10.2008 tarihinde idareye yapılan başvurunun 19.12.2008 gün ve 47697 sayılı işlemle reddi üzerine görülmekte olan davanın açıldığı, müteveffa …'ün yakınları tarafından ölüm olayından 3 gün sonra doktor ... hakkında Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulması üzerine, doktor ve ilgililer hakkında soruşturma başlatıldığı, yapılan soruşturma sonucu düzenlenen 11.04.2005 tarihli Soruşturma Raporunda özetle; olay tarihinde doktor ...'nın yıllık izinde olduğu, şayet tıbbi bir müdahalede bulunulması ve bunun da hastanede yapılması gerekiyorsa hastane başhekimliğinden izin alınması gerektiği halde izin alınmadığı ve konuya ilişkin herhangi bir onayın olmadığı, muayenehanesine gelen maktulenin 24 haftalık gebe olduğunu doktorun da kabul ettiği, yasalara göre anne ve babasının rızası ile yasal kürtajın 10 haftaya kadar olduğu, olayda, yasal kürtaj süresinin çok üzerinde olduğu, eğer tıbbi bir endikasyon varsa müdahale öncesi muhtemel sonuçların hastanın kendisine ve yakınlarına anlatılması ve sonrasında işleme rıza gösterdiklerine ilişkin resmi yazı alınması gerektiği halde bu yönde herhangi bir işlem yapılmadığı, hastanın ex olması durumunda adli bir olay olması nedeniyle gecikmeksizin Cumhuriyet Savcılığına haber verilmesi ve yaralı ve delil niteliğindeki cesetten çıkarılan eşyanın adli makamlara teslim edilmesi gerekirken teslim edilmediği ve olayın ciddiyeti nedeniyle doktorun olay günü Şarkışla İlçesi'ni terkederek Sivas İli'ne gittiği, dolayısıyla, adli bir olayın gecikmesinde birinci derecede kusurlu olduğundan 657 sayılı Yasanın 125/B-a maddesinde belirlenen "... görev mahallinde kurumlarca belirlenen usul ve esasların yerine getirilmesinde...kusurlu davranmak" fiilini işlediğinden bahisle kınama cezası ile cezalandırılması gerektiği teklifinin getirildiği ve idarenin herhangi bir kusurunun bulunmadığı kanaatine yer verildiği, Sivas 2. Ağır Ceza Mahkemesince Adli Tıp Kurumuna yaptırılan ve karar içerisinde alıntısına yer verilen raporda; olay tarihinde …'ün 24 haftalık gebe olduğu, 5-6 aylık çocuğu kürtaj yoluyla batın içerisinde göbek kordonunun kesilerek öldürüldükten sonra alet kullanıp dışarı çıkartıldığı, maktülün ölümünün ceninin aletle parçalanması sırasında oluşan uterus rüptürüne bağlı iç kanama sonucu meydana gelmiş olduğu ve hekimin eylemi ile ölüm arasında illiyet bağı bulunduğu, ceninin düşürtülmesi ve gebeliğin sonlandırılması için tıbbi bir zorunluluğun bulunmadığının belirtildiğinin görüldüğü, bu durumda, doktor …nın 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 99/4.maddesindeki kadının ölümüne neden olan rızaya bağlı çocuk düşürtme suçunu işlediğinin Mahkeme kararıyla da sabit olduğu, ölen … doktor tarafından muayene edildikten sonra muayenehanesinde yapması gereken cerrahi müdahaleyi hastaneye taşıdığı, diğer bir ifade ile, ameliyatın doktorun yıllık izinde olduğu kamu hizmeti sunucusu olmadığı bir zamanda yapıldığı ve ameliyat için Hastane Başhekimliğine herhangi bir bilgi verilmediği, dolayısıyla, idare ajanının izinde olduğu dönemde, idaresine haber verilmeksizin gerçekleştirilen ve konusu suç teşkil eden (gebelik süresi 10 haftadan fazla olan ceninin alınması) cerrahi müdahaleden idarenin sorumlu tutulamayacağı, diğer bir ifade ile, zararın kamu görevlisinin kamu gücünden aldığı yetkisini kullanırken meydana gelmediği, tamamen kendi kişisel kusurundan meydana geldiği, doktorun eylemi ile meydana gelen zarar arasında idare bakımından uygun illiyet bağının bulunmadığı, yani doktorun kişisel kusurunun bulunduğu, dolayısıyla, idarenin hizmet kusurunun bulunmadığı ve olayın idare açısından tazmini gerektirir bir yönünün bulunmadığı sonucuna ulaşıldığı, öte yandan, kişisel kusur nedeniyle adli yargıda ilgililer hakkında maddi manevi tazminat davası açılabileceğinin açık olduğu gerekçesiyle davanın reddi yönünde verilen kararın, hukuka uygun olmadığı ileri sürülerek temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

**Savunmanın Özeti:** Mahkeme kararının hukuka uygun olduğu, temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

**Danıştay Tetkik Hakimi:** …

**Düşüncesi:** Temyize konu Mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

**TÜRK MİLLETİ ADINA**

Karar veren Danıştay Onbeşinci Dairesi'nce tetkik hakiminin açıklamaları dinlenip, dosyadaki belgeler incelenerek gereği görüşüldü:

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "kararın bozulması" başlıklı 49. maddesinin 1. fıkrasında; temyiz incelemesi sonucu Danıştayın; a) Görev ve yetki dışında bir işe bakılmış olması, b) Hukuka aykırı karar verilmesi c) Usul hükümlerine uyulmamış olunması sebeplerinden dolayı incelenen kararı bozacağı kuralına yer verilmiştir.

Dosyadaki belgeler ile temyiz dilekçesindeki iddiaların incelenmesinden, temyiz istemine konu kararın hukuka ve usule uygun olduğu, kararın bozulmasını gerektirecek yasal bir sebebin bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin reddine, Sivas İdare Mahkemesi'nin 03/02/2010 günlü, E:2009/535; K:2010/129 sayılı kararının onanmasına, dosyanın Mahkemesine gönderilmesine, 2577 sayılı Kanunun 54. maddesinin 1. fıkrası uyarınca bu kararın tebliğ tarihini izleyen günden itibaren onbeş gün (15) içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 22/04/2016 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

Dava; Sivas İli, Şarkışla İlçesi Devlet Hastanesinde 18.11.2004 tarihinde doktor ... Tarafından yapılan cerrahi müdahalede davalı idarenin hizmet kusuru nedeniyle hayatını kaybeden maktule …'ün desteğinden yoksun kaldığından bahisle baba … için 30.00,00 TL. maddi, 50.000,00 TL. manevi, kardeşi … için 40.00,00 TL. manevi olmak üzere toplam 120.000,00 (30.000,00 TL. maddi, 90.000,00 TL. manevi ) maddi-manevi zararın ölüm tarihinden başlamak üzere yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle açılmıştır.

İdare Mahkemesince; tıbbi uygulamayı yapan hekim hakkında adli yargıda açılan ceza davası neticesinde kadının ölümüne neden olan rızaya bağlı çocuk düşürtme suçunu işlediğinin Mahkeme kararıyla da sabit olduğu, ölen … doktor tarafından özel muayenehanesinde muayene edildikten sonra muayenehanesinde yapması gereken cerrahi müdahaleyi hastaneye taşıdığı, diğer bir ifade ile, ameliyatın doktorun yıllık izinde olduğu kamu hizmeti sunucusu olmadığı bir zamanda yapıldığı ve ameliyat için Hastane Başhekimliğine herhangi bir bilgi verilmediği, dolayısıyla, idare ajanının izinde olduğu dönemde, idaresine haber verilmeksizin gerçekleştirilen ve konusu suç teşkil eden (gebelik süresi 10 haftadan fazla olan ceninin alınması) cerrahi müdahaleden idarenin sorumlu tutulamayacağı, diğer bir ifade ile, zararın kamu görevlisinin kamu gücünden aldığı yetkisini kullanırken meydana gelmediği, böylece, doktorun eylemi ile meydana gelen zarar arasında idare bakımından uygun illiyet bağının bulunmadığı, yani doktorun kişisel kusurunun bulunduğu, dolayısıyla, idarenin hizmet kusurunun bulunmadığı ve olayın idare açısından tazmini gerektirir bir yönünün bulunmadığı sonucuna ulaşılmış, Öte yandan, kişisel kusur nedeniyle adli yargıda ilgililer hakkında maddi manevi tazminat davası açılabileceği de açık olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Dava dosyasının incelenmesinden; davacıların yakını …'ün 16.8.2001 tarihinde evlendiği, Şarkışla Asliye Hukuk Mahkemesinin 13.10.2004 gün ve E:2003/119, K:2004/324 sayılı kararı ile boşandıkları, eşiyle ayrıldıktan sonra Şarkışla İlçesinde M.T. isimli şahsa ait markette çalışmaya başladığı, market sahibi M.T. isimli şahıstan hamile kaldığı, cenin 5,5-6 aylık iken aldırılmak istendiği, Kayseri İli'nde 4 ila 5 doktora götürüldüğü, 5,5 - 6 aylık olması nedeniyle ceninin burada alınmadığı, daha sonra Şarkışla İlçesi'nde kadın doğum uzmanı olan ...'nın özel muayenehanesine gidildiği, yapılan muayene sonrası ilgili tıbbi uygulamayı yapacak ekipmanların Hastanede olması nedeniyle davacıları hastaneye yönlendirdiği burada yıllık izinde olduğu dönemde kişisel nüfusunu kullanarak hastane idari yönetimine haber vermeden ilgilinin hastaneye nakledilerek ameliyata alındığı, yapılan cerrahi müdahale sonrası annede meydana gelen iç kanama nedeniyle cenin ve annenin hayatını 08.11.2004 tarihinde kaybettikleri, hekimin adli vakanın hastanede gerçekleşmesine rağmen bu durumu adli makamlara bildirmeyip ilçeyi terk ettiği, doktor ... hakkında *"kadının ölümüne neden olan rızaya dayalı çocuk düşürtme"* suçu isnadıyla Sivas 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nin E:2006/89 esasında açılan davada yapılan yargılama sonucu 11.09.2008 gün ve K:2008/95 sayılı kararla doktor ...'nın anılan suçu işlediğinden bahisle 5 yıl mahkumiyetine karar verildiği, karar sonrası 28.10.2008 tarihinde idareye yapılan başvurunun 19.12.2008 gün ve 47697 sayılı işlemle reddi üzerine görülmekte olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

İhtilaf konusu olay muvacehesinde;

1)- Hekimin mahkumiyetine sebep olan fiilinin, Sağlık Bakanlığı'na bağlı devlet hastanesinde gerçekleştiği ve bu hastanede bulunan tüm ameliyat ekipmanlarını kullanabildiği,

2)- Hastanede görevli hemşire ve diğer çalışanlarla birlikte ameliyatı gerçekleştirdiği diğer bir deyişle, ameliyathaneyi yalnız başına hazırlamayıp, ameliyatı hekim sıfatıyla yalnız yapmadığı,

3)- Yıllık izinde olduğu bir dönemde izinli hekimin, ameliyathaneyi kullanabilmesine imkan sağlayacak, yönetim boşluğuna idarenin sebebiyet verdiği,

4)- Tüm bu süreçte görevli personelin bu durumu, hastane yönetimine bildirmediği,

5)- Hastane yönetiminin kontrol ve murakabe görevini gereği gibi yapmadığı,

Hususları gözönüne alındığında, idareye bağlı devlet hastanesinde kamu görevi ifa eden hekimin eyleminden idarenin de sorumlu olduğu hususu açıktır.

Usul ve hukuka uygun bulunmayan davanın reddi yönündeki mahkeme kararının bozulması gerektiği oyu ile, çoğunluğun aksi yöndeki çoğunluk kararına katılmıyorum.

*Danıştay Dergisi Yıl: 2016 Sayı: 143 Sayfa: 287*