**T.C.**

**DANIŞTAY**

**ONUNCU DAİRE**

**ESAS NO:** 2019/7923

**KARAR NO:** 2022/678

**TEMYİZ EDEN (DAVACI):** ...Başkanlığı

**VEKİLİ:** Av....

**TEMYİZ EDEN (DAVALI):** ...Bakanlığı / ... (Mülga... Kurumu)

**VEKİLİ:** Av....

**TEMYİZ EDEN MÜDAHİL (DAVALI YANINDA)**: ...

**VEKİLİ:** Av....

**İSTEMLERİN\_KONUSU:**

...Bölge İdare Mahkemesi... İdare Dava Dairesinin ...tarih ve E:..., K:...sayılı kararının, taraflarca ve davalı yanında müdahil tarafından aleyhlerine olan kısımlarının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

**YARGILAMA SÜRECİ:**

**Dava konusu istem:**

Davacı Kurum tarafından, davalı Bakanlık bünyesinde doktor olarak çalışan Dr. ...'ün 123 hastaya uygulamış olduğu tedavinin tıbben yanlış olduğu, düzenlenen raporların usul ve yasaya aykırı olduğu, tıbben gerekli olmayan tedavinin yapılması suretiyle Kurumun zarara uğratıldığı, yersiz ödemeye sebebiyet verildiği, faturalarda usulsüzlük ve yolsuzluk yapıldığı, bu durumun soruşturma raporuyla ortaya konulduğu, sorumlular hakkında ceza yargılamasının devam ettiği iddialarıyla oluştuğu iddia edilen 667.020,08 TL kurum zararının ödeme tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi istenilmiştir.

**İlk Derece Mahkemesi kararının özeti:**

*...İdare Mahkemesinin ...tarih ve E:..., K:...sayılı kararıyla;*

Olayda, doktor ...'ün kusurlu sayıldığı hasta tedavileri uygulamaları ve bu uygulamalara ilişkin olarak yazılan reçetelerin, ilgililer hakkında açılan ceza davası kapsamında .... Ağır Ceza Mahkemesince bilirkişiliğine başvurulan Yüksek Sağlık Şurasının 22-23-24/02/2013 tarih ve... sayılı raporunda tek tek tespit edilerek hesaplanması sonucunda, 607.389,89 TL'lik kısmının fenne ve bilime aykırı olduğunun belirlendiği, bu durumda, anılan Mahkemenin yaptırdığı bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen rapordaki tespit ve hesaplamalar ışığında 607.389,89 TL hatalı ve tıbben gereksiz tedavi ve uygulamalar yapıldığı sonucuna varıldığı gerekçesiyle kurum zararının 607.389,89 TL'lik kısmının, ödeme tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte hesaplanarak davacıya ödenmesine, fazlaya ilişkin taleplerin reddine karar verilmiştir.

**Bölge İdare Mahkemesi kararının özeti:**

...Bölge İdare Mahkemesi .... İdare Dava Dairesince; istinaf başvurusuna konu kararın hukuka ve usule uygun olduğu ve taraflarca ileri sürülen iddiaların söz konusu kararın kaldırılmasını sağlayacak nitelikte görülmediği belirtilerek 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 45. maddesinin 3. fıkrası uyarınca istinaf başvurularının reddine karar verilmiştir.

**TEMYİZ EDENLERİN İDDİALARI:**

Davacı Kurum tarafından, davalı Bakanlık bünyesinde çalışan doktor ...'ün 123 hastaya tıbben gereksiz ve yanlış tedavi uyguladığı, bu suretle Kurumu zarara uğratarak yersiz ödeme yapılmasına sebebiyet verdiği, tıbben uygulanan tedavinin yanlışlığının, faturalardaki usulsüzlüklerin soruşturma raporlarıyla da ortaya konulduğu, ceza davasında alınan Yüksek Sağlık Şurası raporunda adı geçen doktorun uyguladığı tedavilerin tıbba uygun olduğuna yönelik bir tespit yapılmadığı, sadece bir kısım hastalarda kusur durumunun değerlendirilemediğinin belirtildiği, Kurum zararı oluştuğunun sabit olduğu, bu zararın giderilmesi için kusur durumunun tespit edilmesinin gerekmediği ileri sürülmektedir.

Davalı Bakanlık tarafından, uyuşmazlığın 3533 sayılı Kanun uyarınca tahkim yoluyla çözümü gerektiğinden idari yargının görevsiz olduğu, suç nitelikli davranış bir kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında ve kamu görevlisi tarafından kasıtlı işlenmiş ise, doğrudan kamu görevlisine karşı şahsi kusura dayanarak adli yargı yerinde tazminat davası açılabileceği, kaldı ki idarenin sorumluluğunun doğması için gereken şartlardan, hukuka aykırılık, ağır hizmet kusuru, bir zararın doğmuş olması, zarar ile idari eylem arasında uygun illiyet bağı olması şartlarının dava konusu olay bakımından gerçekleşmediği, reçetenin hekimlik sözleşmesinin bir parçası olduğu, adı geçen doktorun tedavi özgürlüğü doğrultusunda hareket ettiği, ceza davasının devam ettiği ileri sürülmektedir.

Davalı yanında müdahil tarafından, ilgililer hakkında açılan ceza davasının derdest olduğu, bahse konu Yüksek Sağlık Şurası raporuna karşı yapılan itirazlar üzerine konu ile ilgili başkaca bilirkişi incelemesi yapıldığı, buna göre hastalara yapılan işlemlerin tıbben uygun olduğu ileri sürülmektedir.

**TARAFLARIN SAVUNMALARI:**

Davacı Kurum tarafından, bakılan davanın idari yargı yerine görülmesi gerektiğine yönelik kesinleşmiş adli yargı kararı bulunduğu, davalı idarenin çalışanlarını seçmede, görevini usul ve yasaya uygun olarak yerine getirmede dikkat ve özen göstermek ve denetimlerini yapmakla yükümlü olduğu, adı geçen doktorun uyguladığı tedavilerin yanlışlığının, faturalardaki usulsüzlüklerin soruşturma raporlarıyla da ortaya konulduğu, ilgili nizamnamenin doktorlara istediği tedaviyi istediği şekilde uygulama hakkını vermediği, reçete düzenlerken özen yükümlülüğüne uyulmadığı, yeterli tetkik yapılmadan ilaç, tıbbi cihaz ve diğer tedavi yöntemlerinin kullanıldığı, somut olayda hizmetin kötü işlediği, ağır hizmet kusurunun bulunduğu, idarenin sorumluluğunun doğması için gereken tüm şartların gerçekleştiği savunulmaktadır.

Davalı Bakanlık tarafından, idarenin sorumluluğunun doğması için gereken şartlardan, hukuka aykırılık, ağır hizmet kusuru, bir zararın doğmuş olması, zarar ile idari eylem arasında uygun illiyet bağı olması şartlarının dava konusu olay bakımından gerçekleşmediği, reçetenin hekimlik sözleşmesinin bir parçası olduğu, adı geçen doktorun tedavi özgürlüğü doğrultusunda hareket ettiği, ceza davasının devam ettiği savunulmaktadır.

**DANIŞTAY TETKİK HAKİMİ DÜŞÜNCESİ:**

Temyiz istemlerinin kabulü gerektiği düşünülmektedir.

**TÜRK MİLLETİ ADINA**

Karar veren Danıştay Onuncu Dairesince, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'na Ekli (I) sayılı cetvelde yer aldığı cihetle 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 2/1-ç ve 6/1 maddeleri uyarınca taraf sıfatını haiz bulunduğundan bakılan davada hasım mevkiine alınan Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu'nun, 25/08/2017 tarih ve 30165 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 694 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 203/1-ğ maddesi ile 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'na Ekli (I) sayılı cetvelden çıkartılarak anılan Kanun Hükmünde Kararname'nin 184. maddesi ile Kamu Hastaneleri Genel Müdürlüğü adıyla Sağlık Bakanlığı'nın hizmet birimi olarak teşkilatlandırıldığı anlaşıldığından, dosya Sağlık Bakanlığı husumetiyle ele alınıp, Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 17. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca müdahilin duruşma istemi yerinde görülmeyerek ve dosya tekemmül ettiğinden davalı Bakanlığın yürütmenin durdurulması istemi hakkında ayrıca bir karar verilmeksizin işin gereği görüşüldü:

**İNCELEME VE GEREKÇE:**

**MADDİ OLAY:**

Davalı Bakanlık bünyesindeki... Devlet Hastanesinde beyin ve sinir cerrahisi uzmanı olarak görev yapan ...'ün iş ve işlemleri nedeniyle davacı Kurum tarafından bazı ödemeler yapıldığı, bu iş ve işlemler hakkında yapılan soruşturma neticesinde düzenlenen soruşturma raporuyla, dava konusu Kurum zararının oluştuğunun tespit edildiği, akabinde... Sosyal Güvenlik İl Müdürlüğü Sağlık Sosyal Güvenlik Merkez Müdürlüğünün yazılarıyla, ... Devlet Hastanesi Başhekimliği, adı geçen doktor ve ilgili medikal firmalara söz konusu zararın ödenmesi, aksi takdirde yasal yollara başvurulacağı hususunun bildirildiği, Kurum zararının ödenmemesi sonrasında, ilk önce .... Asliye Hukuk Mahkemesinde alacak davası açıldığı, bu davanın, aynı Hastanede görev yapan bir başka doktorun iş ve işlemleri nedeniyle yapılan ödemelerden kaynaklanan kurum zararının ödenmemesi üzerine açılan aynı Mahkemenin E:...sayılı esasına kayıtlı alacak davası ile birleştirilerek davaların E:...sayılı dosya üzerinden yürütülmesine karar verildiği, anılan Mahkemenin 14/05/2013 tarihli kararıyla davacı Kurum ile davalı Bakanlık arasındaki alacak davasının tefrik edildiği, tefrik edilip E:...sayılı esasına kaydedilen dosyada, Mahkemenin ...tarih ve K:...sayılı kararıyla, "hizmet kusuru iddiasına istinaden 2577 sayılı Kanun'un 2. maddesi uyarınca **tam yargı davası olarak açılan davanın idari yargıda görülmesi gerektiği" gerekçesiyle davanın görev yönünden reddedildiği,** bu kararın Yargıtay .... Hukuk Dairesinin ...tarih ve E:..., K:...sayılı kararıyla onanarak kesinleşmesi üzerine de idari yargı yerinde bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

**İLGİLİ MEVZUAT:**

Kurum zararının tazmini isteminin dayanağını teşkil eden ve davanın tarafları arasında imzalanan "Sağlık Bakanlığı - Sosyal Sigortalar Kurumu Sağlık Hizmetleri Protokolü" tarihinde yürürlükte bulunan 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 11 ve devamı maddelerinde, iş kazası ve meslek hastalıkları sigortasına; 32 ve devamı maddelerinde, hastalık sigortasına; 43 ve devamı maddelerinde, analık sigortasına ilişkin hükümlere yer verilmiş; *"Hekimlerin ve sağlık tesislerinin sigortalılara duyurulması" başlıklı 117. maddesinde, "(1) Kurum, sigortalılar ile eş ve çocuklarının muayene ve tedavi için başvuracakları sağlık tesisleri ile hekim ve ebelerin isim ve adreslerini işverenlere bildirir. İşverenler de bunları sigortalılara duyururlar. (2) Hastalananlar, muayene ve tedavileri için, isim ve adresleri duyurulan hekimlerden birini seçmekte serbesttirler." hükmüne; "Tedavinin nasıl yapılacağı" başlıklı 118. maddesinde, "Hastalık ve analık yardımlarından yararlanacak olanlar Kurumca tespit edilecek belgelerle Kurumca bildirilen sağlık müesseselerine veya hekimlere başvurarak muayene ve tedavi olurlar." hükmüne; "Uyuşmazlıkların çözüm yeri" başlıklı 134. maddesinde ise, "Bu kanunun uygulanmasından doğan uzlaşmazlık, yetkili iş mahkemelerinde veya bu davalara bakmakla görevli mahkemelerde görülür."* hükmüne yer verilmiştir.

Öte yandan, 19/01/2005 tarihli ve 25705 mükerrer sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 5283 sayılı Bazı Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Ait Sağlık Birimlerinin Sağlık Bakanlığına Devredilmesine Dair Kanun'un, Kanun'un Resmi Gazete'de yayımını takip eden günden bir ay sonra (20/02/2005 tarihinde) yürürlüğe giren 4. maddesi uyarınca, -mülga- Sosyal Sigortalar Kurumu'na (SSK) ait sağlık birimleri (Kurum tabiplikleri hariç olmak üzere, kamu kurum ve kuruluşlarına ait hastane, dispanser, sağlık merkezi veya istasyonu ile her ne ad altında olursa olsun insan sağlığı ile ilgili hizmet sunan tüm birimleri), bunlara ilişkin her türlü görev, hak ve yükümlülükler, taşınırlar, taşınmazlar ve taşıtlarla birlikte, rayiç bedeli karşılığında Sağlık Bakanlığına devredilmiştir.

Yukarıda aktarılan Kanun hükümlerine dayanılarak, davanın tarafları olan Sağlık Bakanlığı ile Sosyal Güvenlik Kurumu (eski adıyla Sosyal Sigortalar Kurumu) arasında, SSK'ya ait sağlık birimlerinin 20/02/2005 tarihinde Sağlık Bakanlığı'na devredilmesi nedeniyle SSK sağlık yardımından yararlananlara, iş kazaları ve meslek hastalıkları, hastalık ve analık sigortası ile yurt dışı sigortalılarına Sağlık Bakanlığı'na bağlı sağlık tesislerinde verilen muayene, tetkik ve tedavi hizmetleri ile buna ilişkin geri ödeme usul ve esaslarını düzenlemek amacıyla 20/02/2005 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere "Sağlık Hizmetleri Protokolü" imzalanmıştır.

Söz konusu Protokolün 28. maddesinde, Protokol hükümlerinin uygulanmasından aksaklık ve ihtilaf doğması halinde, sorunun öncelikle ildeki kurum yetkilileri arasında yapılacak görüşmelerle çözülmeye çalışılacağı, bu mümkün olmadığı takdirde ilgili kurum yetkililerinden oluşacak müzakere komisyonunda ele alınacağı, bu suretle de anlaşma sağlanamadığı takdirde genel hükümlerin uygulanacağı düzenlemelerine yer verilmiş; 27. ve 30. maddelerinde ise, taraflardan her birinin fesh-i ihbar hakkı bulunduğu, karşılıklı anlaşmak suretiyle Protokol hükümlerinde her zaman değişiklik ve güncelleme yapabilecekleri ve Protokol hükümlerinin taraflarca birlikte yürütüleceği kuralları ilave edilmek suretiyle taraflara eşit hak ve yükümlülükler tanınmıştır.

Ayrıca, 2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanun'un "Yargı mercilerinin uyuşmazlık mahkemesine başvurmaları" başlıklı 19. maddesinin birinci fıkrasında, adli ve idari yargı mercilerinden birisinin kesin veya kesinleşmiş görevsizlik kararı üzerine kendisine gelen bir davayı incelemeye başlayan veya incelemekte olan bir yargı merciinin, davada görevsizlik kararı veren merciin görevli olduğu kanısına varırsa, gerekçeli bir karar ile görevli merciin belirtilmesi için Uyuşmazlık Mahkemesine başvuracağı ve elindeki işin incelenmesini, Uyuşmazlık Mahkemesinin karar vermesine değin erteleyeceği; ikinci fıkrasında, yargı merciince önceki görevsizlik kararına ilişkin dava dosyası da temin edilerek gerekçeli başvuru kararı ile birlikte dava dosyalarının Uyuşmazlık Mahkemesine gönderileceği; "Temyiz incelemesi yapan yargı mercilerinin Uyuşmazlık Mahkemesine başvurmaları" başlıklı 20. maddesinde ise, daha önce Uyuşmazlık Mahkemesince yargı mercii belirtilmemiş olan bir davada temyiz incelemesi yapan yüksek mahkemenin, davanın, davaya bakan mahkemenin görevi dışında olduğu kanısına varmış olması durumunda, incelediği kararı bozacak yerde, incelemeyi erteleyerek yargı merciinin belirtilmesi için Uyuşmazlık Mahkemesine başvurmaya karar verebileceği hükümleri yer almaktadır.

**HUKUKİ DEĞERLENDİRME:**

Uyuşmazlık, davalı Bakanlığa bağlı sağlık kuruluşunda görev yapan bir hekim tarafından uygulanan ameliyatların ve bu ameliyatlarda kullanılan tıbbi malzemelerin gereksiz olduğu, dolayısıyla davacı Kurum ile davalı Bakanlık arasında mülga 506 sayılı Kanun hükümlerine istinaden imzalanan sağlık hizmeti teminine ilişkin sözleşmeye aykırı bu tıbbi ameliyeler sebebiyle davacı Kurum tarafından ilgililere yersiz yapılan ödemelerin Kurum zararına yol açtığı, davalı Bakanlığın sözleşmeye aykırı iş ve işlemleri gerçekleştiren personelinin denetim ve kontrolünü yapmamak suretiyle sözleşmeye aykırı davranması nedeniyle Kurum zararından sorumlu olduğu iddiasıyla söz konusu Kurum zararının sözleşmenin tarafı olan davalı Bakanlıkça tazmini isteminden kaynaklanmaktadır.

Davacı Kurum, söz konusu yersiz ödemeden kaynaklandığını ileri sürdüğü zararın tazminini; ilk önce adli yargıda ilgili hekim ve Sağlık Bakanlığına karşı açtığı davada; ödemeye sebebiyet veren ilgili hekimden "haksız fiil", hekimin görev yaptığı hastaneyi işleten Sağlık Bakanlığından ise "sözleşme" sorumluluğuna istinaden talep etmiş; adli yargı yerince hekim ve davalı Bakanlığa karşı açılan dava dosyalarının tefrik edilmesi ve Bakanlığa karşı açılan davanın görev nedeniyle reddi üzerine söz konusu görev ret kararındaki gerekçeler doğrultusunda idari yargı nezdinde işbu dava açılmıştır.

Esasen, benzer bir uyuşmazlıkta, **Yargıtay .... Hukuk Dairesince verilen ...tarihli ve E:..., K:...sayılı kararda,** "*Davacı, idarenin hizmet kusuruna değil, davalı idare çalışanlarının haksız eylemine ve taraflar arasında düzenlenen protokole dayanmıştır. Bu nedenle idari yargı yolunun görevli olduğuna ilişkin mahkeme kararı doğru bulunmamıştır."*gerekçesine yer verilerek bidayet mahkemesinin, **idari yargının görevli olduğu**gerekçesiyle davanın görev yönünden reddi yolunda verdiği karar bozulmuştur.

Yine benzer bir uyuşmazlıkta, **Uyuşmazlık Mahkemesince verilen ve mevcut uyuşmazlıklar bakımından halen atıf yapılan ...tarihli ve E:..., K:...sayılı kararında (20/10/1991 tarihli ve 21027 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.),** *"Bu sözleşmenin, tarafların serbest iradelerine dayandığı, ticari nitelikli olduğu anlaşılmaktadır. Kamu Hukukunun ve dolayısıyla kamu gücünün bu sözleşmede yeri bulunmamaktadır. ... Tarafların karşılıklı fesih yetkileri mevcuttur. Anlaşmazlık halinde, kurum il müdürlüğünün bulunduğu yer mahkemesinin yetkili olduğu açıklanmıştır. Bu durum karşısında, sözleşmede ağırlığı kamu hukuku değil, tarafların serbest iradesi belirlemektedir. ... Sözleşmenin kamu hizmetine ilişkin bulunduğu bir gerçek olmakla birlikte, idarenin üstün yetkilerle donatıldığı sonucuna varılamamaktadır."* gerekçesiyle davanın çözümünün **adli yargının görev alanına girdiğine hükmedilmiştir.**

**Nitekim, Yargıtay .... Hukuk Dairesinin güncel kararları da bu yöndedir** (Yargıtay .... Hukuk Dairesinin ...tarih ve E:..., K:...sayılı; ...tarih ve E:..., K:...sayılı kararları).

Bu durumda, uyuşmazlığın görüm ve çözümü adli yargı yerine ait olduğundan, İdare Mahkemesince, 2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanun'un 19. maddesi uyarınca görevli merciin belirtilmesi için Uyuşmazlık Mahkemesine başvurulması gerekirken, işin esasına girilerek verilen karara karşı yapılan istinaf başvurularının reddi yolundaki temyize konu Bölge İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.

**KARAR SONUCU:**

Açıklanan nedenlerle;

1. Tarafların ve davalı yanında müdahilin temyiz istemlerinin kabulüne,

2. Temyize konu ...Bölge İdare Mahkemesi .... İdare Dava Dairesinin ...tarih ve E:..., K:...sayılı kararının BOZULMASINA,

3. Yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın ...Bölge İdare Mahkemesi .... İdare Dava Dairesine gönderilmesine, 15/02/2022 tarihinde kesin olarak oy birliğiyle karar verildi.