

**T.C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANA BİLİM DALI**

**TÜRK İDARE HUKUKU AÇISINDAN SAĞLIK HİZMETLERİNDEN
KAYNAKLANAN SORUMLULUK**

Ahmet Kürşat Ersöz

Yüksek Lisans Tezi

Danışman

Prof. Dr. Ramazan YILDIRIM

Konya-2010

İÇİNDEKİLER

Sayfa No

Kısaltmalar Cetveli	vii
Giriş	1

BİRİNCİ BÖLÜM

SAĞLIK HİZMETLERİ KAVRAMI VE SAĞLIK HİZMETLERİNİN GÖRÜLÜŞ USULLERİ

I. SAĞLIK HİZMETLERİ KAVRAMI	3
II. SAĞLIK HİZMETLERİNİN SUNULMASI BAĞLAMINDA HASTA HAKLARI VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ	8
A. HASTA HAKLARI	8
1. Sağlık Hizmetlerinden Faydalanma Hakkı	10
a. Adalet ve Hakkaniyete Uygun Olarak Yararlanma	10
b. Bilgi İsteme Hakkı	11
c. Sağlık Kuruluşunu ve Personelini Seçme ve Değiştirme Hakkı	11
d. Sağlık Hizmetlerinden Faydalanma Hakkı	12
2. Sağlık Durumuyla İlgili Bilgi Alma Hakkı	12
3. Mahremiyetine Saygı Gösterilmesini İsteme Hakkı	14
4. Rıza olmaksızın tıbbi müdahalede bulunulmaması	15
5. Sağlık Kuruluşlarında Güvenlik İçinde Olma Hakkı	17
6. Dini Vecibeleri Yerine Getirebilme ve Dini Hizmetlerden Yararlanma Hakkı	19
7. İnsani Değerlere Saygı Gösterilmesi	19
8. Müracaat, Şikâyet ve Dava Hakkı	20
B. HASTALARIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ	23
III. SAĞLIK HİZMETLERİNİN YÜRÜTÜLMESİ	24
A. SAĞLIK ALANINDAKİ KOLLUK FAALİYETİ(SAĞLIK KOLLUĞU)	24
1. Kolluk Kavramı	24
2. Genel Sağlık Kavramı ve Genel Sağlığın Korunması Bakımından Yetkili Kolluk Mercileri	25
B. SAĞLIK HİZMETLERİNİN EMANET USULÜ İLE YERİNE GETİRİLMESİ	27
1. Emanet Usulü Kavramı	27
2. Emanet Usulünün Sağlık Hizmetleri Açısından Gerekliliği ve Sağlık Personeli Durumu	28
C. SAĞLIK HİZMETLERİNİN ÖZEL SAĞLIK KURULUŞLARINCA YERİNE GETİRİLMESİ VE BUNDAN DOLAYI İDARENİN SORUMLULUĞU	30

İKİNCİ BÖLÜM

İDARENİN SAĞLIK HİZMETLERİNDEN KAYNAKLANAN SORUMLULUĞU

I. SAĞLIK HİZMETLERİNDEN DOĞAN İDARİ HİZMET KUSURU VE BULUNMASI	
İÇİN GEREKLİ OLAN ŞARTLAR	37
A. İDARİ HİZMET KUSURU KAVRAMI	37
B. SAĞLIK HİZMETLERİNDE HİZMET KUSURUNUN GÖRÜNÜMÜ VE ŞARTLARI	38
1. Hukuka Aykırılık	41
2. Kusur	43
3. Zarar	44
4. İlliyet Bağı	45
II. SAĞLIK HİZMETLERİNDEN DOĞAN SORUMLULUĞUN	
İDARE HUKUKU KAPSAMINDAKİ GÖRÜNÜM BİÇİMLERİ	47
A. KUSUR SORUMLULUĞU AÇISINDAN	50
1. Sağlık Hizmetlerinin Geç İşlemesi	51
2. Sağlık Hizmetlerinin Kötü İşlemesi	54
3. Sağlık Hizmetlerinin Hiç İşlememesi	57
B. SAĞLIK HİZMETLERİNDEN DOLAYI İDARENİN KUSURSUZ SORUMLULUĞU	58
C. SAĞLIK HİZMETLERİ AÇISINDAN HİZMET KUSURUNUN	

AĞIRLIĞI VE İSPAT PROBLEMİ	61
1. Hizmet Kusurunun Ağırlığı	61
2. Hizmet Kusurunun İspatı	68
D. SAĞLIK HİZMETLERİNDEN DOLAYI İDARENİN ÖZEL HUKUK KAPSAMINDAKİ SORUMLULUĞU	69
III. İDARENİN SORUMLULUĞUNU ETKİLEYEN DURUMLAR	72
A. SAĞLIK PERSONELİNİN KUSURLU DAVRANIŞI	72
1. Sağlık Çalışanları Kavramı	72
2. Görev Kusuru- Kişisel Kusur Ayrımı	73
3. Tazmini Gereken Bir Zararın Bulunmaması	84
4. Zararın Zarar Gören Kişinin Kendi Eyleminden Doğması	84
5. Zararın 3. Kişinin Eyleminden Doğması	85
6. Zararın Mücbir Sebeplerden veya Umulmayan Hallerden İleri Gelmesi	86
7. Zarar ile Sağlık Hizmeti Arasında İliyet Bağının Olması	86
B. SAĞLIK ÇALIŞANLARI AÇISINDAN MESLEKİ SORUMLULUK SİGORTASI	87
SONUÇ	93
KAYNAKÇA	95



T.C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



BİLİMSEL ETİK SAYFASI

Öğrencinin	Adı Soyadı	Ahmet Kısacat Ersoz		
	Numarası	064234001016		
	Ana Bilim / Bilim Dalı	Kamu Yönetimi		
	Programı	Tezli Yüksek Lisans ☒	Doktora	☐
Tezin Adı		Türk İktisat Kurumları ve Kurumlarının İktisadi Etkileri		

Bu tezin proje safhasından sonuçlanmasına kadarki bütün süreçlerde bilimsel etiğe ve akademik kurallara özenle riayet edildiğini, tez içindeki bütün bilgilerin etik davranış ve akademik kurallar çerçevesinde elde edilerek sunulduğunu, ayrıca tez yazım kurallarına uygun olarak hazırlanan bu çalışmada başkalarının eserlerinden yararlanılması durumunda bilimsel kurallara uygun olarak atıf yapıldığını bildiririm.

Öğrencinin imzası
(İmza)



T.C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



YÜKSEK LİSANS TEZİ KABUL FORMU

Öğrencinin	Adı Soyadı	Ahmet Kursat Ersoz		
	Numarası	064294001016		
	Ana Bilim / Bilim Dalı	Sanat Bilimleri		
	Programı	Tezli Yüksek Lisans ☒	Doktora	☐
	Tez Danışmanı	Prof. Dr. Ramazan Şikirim		
	Tezin Adı	Türk Halk Müziği Rikminden Abınan-Şişirlik Hizmetlerinin Saygılarına İlişkin Sorumluluk		

Yukarıda adı geçen öğrenci tarafından hazırlanan başlıklı bu çalışma 15.12.2009 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oybirliği/oyçokluğu ile başarılı bulunarak, jürimiz tarafından yüksek lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

Ünvanı, Adı Soyadı Danışman ve Üyeler
Prof. Dr. Ramazan Şikirim.

İmza



T.C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



Öğrencinin

Adı Soyadı : Ahmet Kürşat ERSÖZ

Numarası : 064234001016

Ana Bilim / Bilim Dalı

Kamu Hukuku

Programı

Tezli Yüksek Lisans

☐

Doktora

☐

Tez Danışmanı Prof. Dr. Ramazan YILDIRIM

Tezin Adı: Türk İdare Hukuku Açısından
Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Sorumluluk

ÖZET

Türk İdare Hukukunun en önemli konularından birisi İdarenin sorumluluğu bahsidir. Uygulamada idarenin tazmin yükümlülüğü ile en sık karşılaştığı konulardan birisi sağlık hizmetlerinden doğan hukuka aykırılıklardır. Çalışmamızın ana maksadı, tıbbî müdahaleler neticesinde veya sağlık kamu hizmetinin yerine getirilmesi esnasında ortaya çıkan zararlardan doğrudan devletin mi yoksa doğrudan ilgili sağlık personelinin mi sorumlu tutulacağı konusunu açıklığa kavuşturmaktır. Çünkü zararın tazmini noktasında, kimi durumlarda kamu görevlisinin gücü zararın tazmini anlamında yetersiz kalmaktadır. Söz konusu zararın tazmininin devlet tarafından yapılması sağlık personelinin geliri dikkate alındığında daha avantajlı bir durumdur. Çalışmamızın ana sistematigi gereği öncelikle tıbbî müdahalenin ve sağlık hizmetinin ne olduğu hususu belirtilmiş; daha sonra idârenin bu durumlara göre nasıl sorumlu tutulacağı belirtilmiş, personel açısından görev kusuru-şahsi kusur ayrımı yapılarak, bu konudaki Danıştay'ın ve Yargıtay'ın kararları esas alınarak problem daha ayrıntılı çözümlenmeye çalışılmıştır.



T.C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



Öğrencinin	Adı Soyadı : Ahmet Kürşat ERSÖZ		
	Numarası : 064234001016		
	Ana Bilim / Bilim Dalı	Kamu Hukuku	
	Programı	Tezli Yüksek Lisans ☐	Doktora ☐
	Tez Danışmanı : Prof. Dr. Ramazan YILDIRIM		
	Tezin İngilizce Adı Turkish Administrative Law in Terms of Health Care Liability Arising		

SUMMARY

One of the most important issues of Turkish Administrative Law Administration is the responsibility of the State. In practice, the obligation of the administration of compensation is one of the most common health care issues that are arising from the unconstitutionality of law. The main aim of our study, medical interventions, result in the fulfillment of public service during or health damages arising directly or directly related to the state of health personnel to clarify the subject will be held responsible. Because the damage at the point of compensation, in some cases the power of public officials in terms of compensation for the damage remains inadequate. Mentioned the damage done by the state to reimburse health personnel is taken into consideration the income is more advantageous situation. Our main systematic work needed primarily for medical intervention and health care of what matters specified, then this idârenin according to how the charge was specified to retain the personnel function in terms of defect-defect separation of individual can be made, on this issue and the Supreme Court of the State Council's decision based on more problems detailed analysis was to be solved.

KISALTMALAR CETVELİ

AB: Avrupa Birliği

ABD:Ankara Barosu Dergisi

AİD: Amme İdaresi Dergisi

AMKD: Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi

AÜHFD: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

AYİM: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi

A.Y.: Anayasa

AYİMD: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi

AYM: Anayasa Mahkemesi

BGB: Bürgerliches Gesetzbuch

BGH: Bundesgerichtshof

BK: Borçlar Kanunu

c.: Cilt

DD: Danıştay Dergisi

DİDDK: Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu

DMK: Devlet Memurları Kanunu

GG: Grundgesetz

GÜHFD: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

GÜSBE: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

HD: Hukuk Dairesi

HGK: Hukuk Genel Kurulu

HHK: Hususi Hastaneler Kanunu

İBD: İstanbul Barosu Dergisi

İÜHFM: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

İYUK: İdari Yargılama Usulü Kanunu

KHK: Kanun Hükmünde Kararname

OLG: Oberlandsgericht

RG: Resmi Gazete

s.: Sayfa

SBED: Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi

SSK: Sosyal Sigortalar Kanunu

sy.: Sayı

TBBD: Türkiye Barolar Birliği Dergisi

TCK : Türk Ceza Kanunu

TTBHMEK: Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları

YKD: Yargıtay Kararları Dergisi

YD: Yargıtay Dergisi

GİRİŞ

İnsan hayatının devamı açısından belki de en önemli sayılacak faaliyetlerden birisi, hatta en önemlisi sağlık veya tıp hizmetleridir. Anayasamızın 65. maddesi devletin en önemli yükümlülüklerinden birisi olarak sağlık kamu hizmetlerini tanımlamıştır. Bu açıdan söz konusu sağlık kamu hizmetini yerine getirecek olan sağlık personelinin seçiminin iyi yapılması, meslek içi eğitimlerine büyük önem verilmesi, hastalar için gerekli olan teşhis ve tedavi yükümlülüklerinin modern bir ülkenin çağdaş standartlarına göre, yeni ve modern araç-gereçlerle ifa edilmesi çok büyük önem arz etmektedir.

Ancak sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesi esnasında bir takım güçlükler ortaya çıkmaktadır. Zira kimi hastalıkların veya cerrahi müdahalelerin acil bir şekilde, kiminin ise belirli bir zaman aralığında yerine getirilmesi gerekebilecektir. Bu müdahaleler sırasında bir takım hatalar sonucu, hastalar açısından çeşitli mağduriyetler doğabilmektedir. Bu hatalar veya bozukluklar kimi zaman sağlık kamu hizmetinin bizi kendisinden, kimi zaman ise doğrudan doğruya sağlık kamu hizmetini yerine getiren kamu görevlisinin ihmali veya kastı neticesinde ortaya çıkabilmektedir.

Bu bağlamda doktorun veya ilgili sağlık personelinin yapmış olduğu hatalı davranışlar neticesinde özgün kuralları olan bir tıp hukuku ortaya çıkmış; tıp hukuku denilince de sağlık kamu hizmetini yerine getirenlerin ceza hukuku veya özel hukuk anlamında nasıl sorumlu olacakları durumu çeşitli kaynaklarda sıkça irdelenmiş, fakat ilgili personelin disiplin hukuku ve idare hukuku anlamındaki sorumluluğunun ne olacağı konusu başlı başına çok az örnekleri dışında bir inceleme konusu yapılmamıştır.

Çalışmamızın ana maksadı, tıbbî müdahaleler neticesinde veya sağlık kamu hizmetinin yerine getirilmesi esnasında ortaya çıkan zararlardan doğrudan devletin mi yoksa doğrudan ilgili sağlık personelinin mi sorumlu tutulacağı konusunu açıklığa kavuşturmaktır. Zira vatandaş açısından, hekimin yerine devletin birinci derecede sorumlu olması, daha uygun bir durumdur. Çünkü zararın tazmini noktasında, kimi

durumlarda kamu görevlisinin gücü zararın tazmini anlamında yetersiz kalmaktadır. Söz konusu zararın tazmininin devlet tarafından yapılması sağlık personelinin geliri dikkate alındığında daha avantajlı bir durumdur.

Çalışmamızın ana sistematığı gereği öncelikle tıbbî müdahalenin ve sağlık hizmetinin ne olduğu hususu belirtilmiş; daha sonra idârenin bu durumlara göre nasıl sorumlu tutulacağı belirtilmiş, personel açısından görev kusuru-şahsi kusur ayrımı yapılarak, bu konudaki Danıştay'ın ve Yargıtay'ın kararları esas alınarak problem daha ayrıntılı çözümlenmeye çalışılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

SAĞLIK HİZMETLERİ KAVRAMI VE SAĞLIK HİZMETLERİNİN GÖRÜLÜŞ USULLERİ

I. SAĞLIK HİZMETLERİ KAVRAMI

Sağlık hizmetleri, devletin yürütmek zorunda olduğu kamu hizmetlerinden birisidir. Nitekim İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 25. maddesine göre, her bireyin kendisinin ve ailesinin en azından ortalama bir yaşam standardında ve sağlıklı olarak yaşama hakkı vardır. Kamu hizmeti ise Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında şu şekilde tanımlanmıştır: “Kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir”¹. Bu anlamda kamu hizmeti, yasama organınca kamu hizmeti olarak nitelendirilen idâre ya da onun denetim ve gözetimi altında özel kişilerce, kamu yararı amacıyla, kamusal bir ihtiyacı tatmin için faaliyete verilen isimdir². Bu anlamda sağlık hizmetlerinin kamu hizmeti olduğu hususunda duraksama bulunmamaktadır³. Ancak kamu hukukunun en önemli kavramlarından birisi olan kamu hizmetinin tam bir tanımı yapılmamıştır. Yasama bunu kendisine dert edinmemiş, yargı yapmak istememiş, doktrin başaramamıştır⁴.

Sağlık kamu hizmeti, sosyal kamu hizmetlerindendir ve bu bakımdan kamu hukuku esaslarına göre yürütülür⁵. Sağlık hizmetinin öne çıkan özellikleri bulunmaktadır. Toplumun, salgın hastalıklardan, gençlerin ve gelecek kuşakların kötü alışkanlıklardan uzak tutulması gerekir. Bu anlamda sağlık, güvenliğin özel bir

¹ AYM. 9.12.1994, E. 1994/43, K. 1994/42-2, AMKD, sy. 31, c. 1, s. 300.

² Akyılmaz, Bahtiyar, **İdâre Hukuku**, Konya 2004, s. 331.

³ Yasin, Melikşah, “**Sağlık Hizmetlerinin Özelleştirilmesi**”, Sağlık Hukukunda Dünyada Son Gelişmeler, İstanbul 2009, s. 108.

⁴ Uler, Yıldırım, “**Anayasa Hukukunda ve İdâre Hukukunda Kamu Hizmeti**”, Anayasa Yargısı, c. 15, 1998, s. 252.

⁵ Günday Metin, **İdâre Hukuku**, Ankara, 2003, s.291

türüdür. Kamu düzeninin bir unsuru olan sağlık kamu hizmetini, tıbbi tedavi ve bakım ile karıştırmamak gerekmektedir. Burada kast edilen “kamu sağlığı”dır. Bu bağlamda kamu sağlığı, bulaşıcı hastalıkların yayılmasının önlenmesi, uyuşturucu, küçük yaşta alkol kullanımı gibi toplumun gençliğini ve geleceğini tehdit eden alışkanlıkların yayılmasının engellenmesi; bireylerden önce halkın bütününe veya önemli bir kesiminin korunması amacını güder. Örneğin bir salgın hastalığın yayılmasının önlenmesi için belli bir yerde yaşayanların o yer dışına çıkmaları ya da oraya dışarıdakilerin girmelerine yasak konulabilir. Bu yasaklama, kamu sağlığını koruma adına seyahatin yasaklanmasıdır. Bu yasaklama, bir kolluk tedbiridir. Buna karşılık, hastalanmış olan kişileri tedavi etmek, ilaçla, bakımla, ameliyatla onları iyileştirmek bir hizmettir. Kamu sağlığını korumak ise, aşı, koruyucu ilaçlama, seyahati sınırlama, durdurma veya denetleme gibi bir takım önleme amaçlı tedbirlerdir⁶. Bunlar, sağlık hizmetinin koruyuculuğu, sürekliliği, bireylere eşit şekilde, ödenebilir⁷ ücretlerle sunulması olarak sayılabilir. Anayasa Mahkemesi’ne göre “sağlık hizmetleri nitelikleri gereği diğer kamu hizmetlerinden farklıdır. Sağlık hizmetinin temel hedefi olan insan sağlığı sorunu, ertelenemez ve ikame edilemez. Bilime dayalı olması gereken tanı ve tedavi metotlarının insan yararına sürekli yenilik ve gelişme göstermesi, hizmet kalite ve beklentilerini çağın koşullarına yaklaştırmayı gerektirmektedir. Bu yönüyle sağlık hizmetleri, kendi iç dinamikleri ve nitelikleri gereği üretilmesi ve halk yararına sunulmasında özel sektörün kazanç, rekabet ve büyüme dinamiklerinden yararlanacak türdeki hizmetlerdendir⁸.”

Sağlık kamu hizmeti idâri bir kamu hizmeti olmasının yanı sıra aynı zamanda bir sosyal kamu hizmetidir⁹. Zira, Anayasa’nın 56. maddesine göre “Devlet, herkesin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamakla ödevlidir”. Buna bağlı olarak sağlık hizmetleri, 224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun’un 2. maddesinde şu şekilde tanımlanmaktadır: “İnsan sağlığına zarar veren

⁶ Yayla, Yıldızhan, **İdare Hukuku**, İstanbul 2009, s. 39.

⁷ İlgililerin sağlık hizmetlerine ulaşmasının engellenmesinin veya ağır bir mali yük altında bırakılması sonucunu doğuracak şekilde uygulanmasının hukuken mümkün değildir. DİDDK, YD. : 2008/778, Danıştay Bilgi Bankası, 21.01.2010.

⁸ AYM., 22.11.2007, E.2004/114, K. 2007/85 sayılı kararı.

⁹ Kingreen, Thorsten, **Medizinrecht und Gesundheitsrecht**, Medizin und Haftung, Festschrift für Erwin Deutsch zum 80. Geburtstag, s. 286.

çeşitli faktörlerin yok edilmesi ve toplumun bu faktörün tesirinden korunması, hastaların tedavi edilmesi, bedeni ve ruhi kabiliyet ve melekeleri azalmış olanların işe alıştırılması (rehabilitasyon) için yapılan tıbbî faaliyetlerdir”. Bu anlamda sağlık hizmetleri koruyucu, tedavi edici ve rehabilite edici sağlık hizmetleri olarak isimlendirilmektedir. Yine aynı maddede sağlık kavramının tanımı yapılmış ve sağlık, yalnızca hastalığın olmaması değil, ayrıca beden, ruhen ve sosyal bakımdan iyilik hali olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla sağlık hakkı da hem iyi işleyen bir organizmanın devamının sağlanması, hem de hastalığa uğrayan kişinin tedavi ihtiyacının karşılanması olarak belirtilebilir¹⁰. Bu tanımın en önemli özelliği, sağlık hizmetlerinin hepsinin tıbbî olmasının gerekliliğidir. Tıp bilimi ile ilgili olan ve hastalıklardan korunma, hastalıkları teşhis, tedavi etme ve rehabilitasyon amaçlı faaliyetlerin hepsi sağlık hizmetidir¹¹.

Yukarıda belirtilen koruyucu, tedavi edici ve rehabilite edici sağlık hizmetlerini kısaca açıklamak gerekirse;

- Koruyucu sağlık hizmetleri, Kamu sağlığının korunması, hastalıklara neden olabilecek olan etkenlerin ortadan kaldırılması gibi etkenler olarak isimlendirilebilir. Koruyucu sağlık, bulaşıcı ve yaygın hastalıkların önlenmesi, genel temizlik toplumun sağlık koşulları içerisinde bulunması durumu olarak tanımlanabilir¹². Koruyucu sağlık uygulamaları, bulaşıcı hastalıkların engellenmesi için yapılan aşılar, çocuk ve gebe aşıları koruyucu sağlık hizmetlerine örnek olarak verilebilir¹³.

- Tedavi edici sağlık hizmetleri, Kişilerin fiziki veya ruhi bir rahatsızlıklarından ötürü herhangi bir sağlık kurumuna başvurmaları ve bunun neticesinde gerçekleşen

¹⁰ Öz, Pınar, **Vücuda Tıbbî Girişim ve Doktorun Sorumluluğu**, ABD, sy. 1, 1984, s. 707.

¹¹ Savaş, Halide, **Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık kurumlarının Tıbbî Müdahaleden Doğan Sorumlulukları**, Ankara 2007, s. 30.

¹² Yıldırım, Ramazan, **Sağlık Hizmetlerinden Adil Yararlanma Hakkı**, Khuka, Kasım-2005, s.123.

¹³ Birtek, Fatih, **“Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinde İdârenin Kusura Dayanan Sorumluluğu”**, EÜHFD, sy. 3-4, 2007, s. 81. Koruyucu Sağlık hizmetleri, kişiye yönelik koruyucu sağlık hizmeti ve Çevreye yönelik koruyucu sağlık hizmeti olarak iki kısma ayrılır. Örneğin, besin kontrolü ve güvenliği, yeterli ve temiz su sağlanması, hava kirliliğinin kontrolü, konut sağlığı çevreye yönelik iken; bağışıklama, ilaçlı koruma, kişisel temizlik ve bakım, dengeli beslenme, aşırı doğurganlığın kontrolü kişiye yönelik koruyucu hizmet olarak değerlendirilir(Savaş, s. 32).

teşhis, tıbbî müdahale, tedavi ve gözetim aşamalarından oluşan sağlık hizmetidir. Tedavi edici sağlık hizmetleri ile ilgili olarak çeşitli hizmet türleri ifade edilmiştir. Bunlar: birinci basamak sağlık hizmetleri(ilk başvuru ve ayakta tedavi yapılan muayenehane, verem savaş dispanseri gibi yerler), ikinci basamak sağlık hizmetleri(yataklı tedavi yapan devlet hastaneleri, özel hastaneler gibi), üçüncü basamak sağlık hizmetleri(ileri tetkik ve özel tedavi gerektiren hastalıklarda uzman personel, ileri teknoloji kullanılan merkezler, ruh-sinir hastalıkları hastaneleri, kanser hastaneleri gibi)¹⁴.

- Rehabilit edici sağlık hizmetleri, Hastalanma ve kazalara bağlı olarak oluşan, kalıcı bozuklukları, en aza indirmek ve hastaların günlük hayata olan uyumlarını çabuklaştırmak amacıyla yapılan bir dizi sağlık faaliyetidir. Bu bağlamda herhangi bir bağımlılığı olan bir hastanın bu bağımlılığından kurtarılması gayesiyle yapılan iyileştirme faaliyetleri de rehabilite edici sağlık hizmetleri içerisinde mütalaa edilebilecektir.

Uluslar arası düzeyde ise 1978 yılında Alma Ata’da düzenlenen “Temel Sağlık Hizmetleri Konferansı”nda temel sağlık hizmetlerinin neler olduğu başlıklar halinde belirtilmiştir. Konferanstaki temel maksat; insanların sosyal ve ekonomik yönden daha üretken yaşayabilmeleri için gerekli olan temel sağlık hizmetlerini ortaya koymak olarak belirlenmiştir. Bu konferansta belirtilen sağlık hizmetleri, kişiye ve çevreye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri, ilk yardım hizmetleri, evde bakım sağlık hizmetleri, hasta sevk ve sonuçlarını izleme sağlık hizmetleri ve adlî hizmetlerdir¹⁵.

Sağlık hizmetinin amacı, kar elde etmek ve verimlilik sağlamak değildir. Sağlık hizmetlerinde temel amaç, kamu yararının gerçekleştirilmesidir. Bu noktadan hareketle; klasik idâri hizmetlerde (bayındırlık, nüfus vb.) olduğu gibi, sağlık kamu hizmetinin de büyük bir çoğunluğunun bedelsiz olduğunu söylemek mümkündür. Ancak, zaman içerisinde nüfus artışı ve sağlık hizmetlerinin kaynak finansmanında sıkıntı yaşanması (teknolojik gelişmeleri sürekli takip zorunluluğu) ve sosyal devlet

¹⁴ Savaş, s. 33.

¹⁵ Pazarcı, Ayşe Almıla, **Hasta Hakları ve İdârenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Sorumluluğu**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale 2007, s. 126.

ilkesi gereği idârenin faaliyet alanlarında meydana gelen gelişmelerden ötürü, hizmetten faydalananlardan belirli bir miktar para alınması kabul edilmiştir¹⁶.

Sağlık hizmeti kavramı sadece, kişilerin vücut sağlığının bozulması neticesinde bir sağlık kuruluşuna başvurusu ile vücut bulan bir hizmet değildir. Sağlık hizmeti kişinin hasta olmadığı, bir sağlık kuruluşuna müracaat etmediği zamanlarda görüleceği üzere, çok önceden ortaya çıkmakta; hastalandığı durumlarda teşhis, tıbbî müdahale, tedavi şekline bürünmekte ve nihayet hastalığın tedavisinden sonra, nekahet dönemini takiben hastalığın kişinin vücudunda eser, emare ve aksaklık bıraktığı durumlarda da rehabilite edici olarak değişken bir hal alan hizmet türüdür. Bu sebeplerle sağlık hizmeti, değişken ve sürekli bir kamu hizmetidir¹⁷.

Sağlık hizmetleri bakımından idâreyi ifade edecek olursak, idâre, genel ve özel bütçeli idârelerle özel idâreler ve belediyeler ve bunlara bağlı teşekküller, sermayesinin tamamı devlete ait olan iktisadi teşekküller, idâre ve murakabeleri 3460 sayılı kanun hükümlerine tabi teşekkül ve müesseseler, özel kanunlarla kurulan banka ve diğer teşekküller, sermayesinin yarıdan fazlası Devletin veya yukarıda sayılan müesseselerin elinde bulunan teşekküller ve bunların aynı oranda iştirakleri ile vücut bulan kurumla ve bunlara bağlı sağlık birimleridir. Sayılan bu idârelerde, sağlık hizmetlerinde maaş, ücret, yevmiye veya sözleşme ile istihdam edilenler ve bunların yardımcıları sağlık personelidir¹⁸.

¹⁶ Günday Metin, İdâre Hukuku, s. 288.

¹⁷ Birtek, s.82.

¹⁸ Bayındır, Savaş, “Sağlık Hizmetlerinde İdârenin ve Hekimlerin Sorumluluğu”, GÜHFD, İbrahim Ongun’a Armağan, c. 9, sy. 1-2, Haziran-Aralık 2007, s. 555.

II. SAĞLIK HİZMETLERİNİN SUNULMASI BAĞLAMINDA HASTA HAKLARI VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin¹⁹ 5. maddesinde sağlık hizmetlerinin sunulmasında gözetilecek temel ilkeler belirtilmiştir. Buna göre sağlık hizmetlerinin sunulmasında;

a. Bedeni, ruhi ve sosyal yönden tam bir iyilik hali içinde yaşama hakkının, en temel insan hakkı olduğu, hizmetin her safhasında daima göz önünde bulundurulur.

b. Herkesin yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkını haiz olduğu ve hiçbir merci veya kimsenin bu hakkı ortadan kaldırmak yetkisinin olmadığı bilinerek, hastaya insanca muamelede bulunulur.

c. Sağlık hizmetinin verilmesinde, hastaların dil, ırk, din ve mezhep, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefî inanç ve ekonomik ve sosyal durumları ile sınıf farklılıkları dikkate alınmaz. Sağlık hizmetleri, herkesin kolayca ulaşabileceği şekilde planlanıp düzenlenir.

d. Tıbbî zorunluluklar ve kanunlarda yazılı haller dışında, rızası olmaksızın kişinin vücut bütünlüğüne ve diğer kişilik haklarına dokunulamaz.

e. Kişi, rızası ve Bakanlığın izni olmaksızın tıbbî araştırmalara tabi tutulamaz.

f. Kanun ile müsaade edilen haller ile tıbbî zorunluluklar dışında, hastanın özel hayatının ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.

A. HASTA HAKLARI

Kişi hakları ve hürriyetleri, koruyucu haklar(negatif statü hakları), sosyal haklar(İsteme/pozitif statü hakları), Siyasi haklar(katılma hakları, Aktif statü hakları)

¹⁹ RG., 01.08.1998, sy. 23420.

olarak üç ana kısma ayrılır. Hasta hakları, insan haklarının bir parçasıdır²⁰. Bu bağlamda hasta hakları ve sağlık hakları arasında bir ayırım yapmak gerekir. Hasta hakları, negatif statü hakları içerisinde değerlendirilirken; sağlık hakları, isteme hakkı veya sosyal statü hakları içerisinde mütalaa edilecektir²¹. Sağlıklı olmak ve sağlıklı kalmak, sağlığını koruyup geliştirebilmek, her insan için vazgeçilmez, devredilemez insan haklarından birisidir. Diğer birçok ihtiyaca göre daha önceliklidir²². Hastaların ihtiyaçlarının karşılanabilmesi ve çıkarlarının korunabilmesi, geçmişte tıp meslek etiğinin kontrolünde iken, günümüzde hukukun ilgi alanına girmektedir. Mistik tıp dönemlerinden gelen anlayışa göre, hekimler yeryüzünde Tanrı'nın şifa dağıtan temsilcileri olarak algılanmışlardır. Bu kabule göre, hekim hata yapmaz anlayışı egemendi. Oysa acımasız ticari, siyasi ve felsefi amaçlar doğrultusunda tıbbın kullanılabilirdiği ve hekimlerin de hata yapabileceği durumu ortaya çıkmış, hastanın hakları toplumun ilgi alanına girmiş ve hukukun konusu olmuştur²³.

Hasta hakları deyimiyle, hastanın kaybettiği sağlığını en kısa zamanda, mümkün olduğunca en yüksek seviyede, en konforlu ve saygın bir biçimde geri alabilmesi; bu mümkün olamadığında ise, hastalığına karşın yaşam kalitesini koruyabilmesi ve insan onuruna yakışır biçimde ölebilmesi için gereksinim duyacağı her türlü destek ve hizmete kolayca ulaşabilmesi kastedilmektedir²⁴. Hasta hakları, kişilik hakkının hasta-hekim ilişkisine yansımış şeklidir. Bu yönüyle hasta hakları Anayasa ile kabul edilen temel haklar arasında yer almaktadır. Ayrıca hasta hakları, temel haklar arasında kabul edilen kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının, hekim-hasta arasındaki görünümüdür²⁵.

²⁰ Ünver, Yener, **“Psikiyatriye Hasta Hakları”**, Hasta Hakları Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 8-9 Haziran 2007, s. 20.

²¹ Akyılmaz, s. 72.

²² Özlü, Tevfik, **“Hasta Hakları”**, Hasta Hakları Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 8-9 Haziran 2007, Trabzon, s. 1.

²³ Özlü, s. 4.

²⁴ Özlü, s. 1.

²⁵ Başpınar, Veysel, **“Hasta Hakları Açısından Hekimin Özen Borcu”**, Hasta Hakları Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 8-9 Haziran 2007, Trabzon, s. 191.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nde sağlık hizmetinden faydalanma ihtiyacı duyan insanların hakları belirtilmiştir. Bunlar:

1. Sağlık Hizmetlerinden Faydalanma Hakkı:

Yönetmelikte belirtilen ilk hasta hakkı sağlık hizmetlerinden faydalanma hakkıdır. Sağlık hizmetlerinden faydalanma hakkı şu hususları içermektedir: Adalet ve hakkaniyete uygun olarak yararlanma, bilgi isteme, sağlık kurumunu seçme ve değiştirme, hizmeti sunacak olan görevlileri değiştirme ve seçme, öncelik sırasının belirlenmesini isteme, tıbbî gereklere uygun teşhis, tedavi ve bakım. Bu kavramları açıklayacak olursak;

a. Adalet ve hakkaniyete uygun olarak yararlanma, sağlık hizmetlerinin herkese ayırım yapılmaksızın aynı kalite ve standartta sunulması gerekir. 1960 tarihli Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi hastanın cinsiyeti, ırkı, milliyeti, dini mezhebi, ahlaki düşünceleri, kişiliği, sosyal durumu, siyasal görüşü ne olursa olsun muayene ve tedavi hizmetleri sırasında dikkat ve özeni göstermesi gerekir(m. 2). Yönetmeliğin 10. maddesine göre, sağlık kuruluşunun hizmet verme imkânlarının yetersiz veya sınırlı olması nedeniyle sağlık hizmeti talebi zamanında karşılanamayan hallerde, hastanın, öncelik hakkının tıbbî kriterlere dayalı ve objektif olarak belirlenmesini istemek hakkı vardır. Acil ve adli vakalar ile yaşlılar ve özürlüler hakkında öncelik sırasının belirlenmesinde ilgili mevzuat hükümleri uygulanır. 10. maddenin anlamı, sağlık hizmetlerinin sunumunda, imkânların sınırlı veya yetersiz olması durumu hariç, herkese eşit şekilde davranmak gerekmektedir. İmkânlarını sınırlı veya yetersiz olması halinde ise bazı insanlara öncelik tanınması gerekecektir. İnsanlar arasında tercih yapılmasında tıbbî ölçütlere dayalı olma ve objektif davranma yükümlülüğü getirilmiştir. 1983 tarihli Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği poliklinik hizmetlerinde bu tür hastalar için sıra gözetilmeyeceğini belirtmektedir(m. 11). Hizmet imkânlarının sunulmasında eğer bir yetersizlik varsa hastalar arasında yapılacak tercih konusunda hukuki metinlerde bir takım ölçütler getirilebilir. Örneğin yaşı genç olana, eğitim düzeyi yüksek olana gibi ölçütler konulabilir. Ancak bu tarz

düzenlemeler iptal edilmeye mahkûmdur. Bu sebepten dolayı görevliler somut olayın şartlarına göre değerlendirme yapmak durumundadırlar²⁶.

b. Bilgi isteme, bu hakkın içeriği ise, hastanın hangi sağlık kuruluşundan hangi şartlara göre faydalanabileceği, sağlık kurum ve kuruluşları tarafından verilen her türlü hizmet ve imkanının neler olduğunu ve müracaat edilen kuruluştaki verilen sağlık hizmetlerinden faydalanma usulünü kapsar. Bütün sağlık kurum ve kuruluşları, hastayı bilgilendirmek için yeterli teknik donanımı haiz birimi oluşturmak, bu birimde, hastaya kesin ve yeterli bilgi verebilecek nitelik ve ehliyeteye sahip personeli daimi olarak istihdam etmek ve hastanın ihtiyacı olan birimlere kolayca ulaşabilmesini temin etmek üzere, kuruluşun uygun yerlerinde bilgilendirici tabela, broşür ve işaretler bulundurmak gibi tedbirleri almak zorundadır²⁷.

c. Sağlık kuruluşunu ve personeli seçme ve değiştirme hakkı, insanlara sağlık hizmeti sunan kuruluşu seçme ve gerektiğinde değiştirme imkanını sunmaktadır. Bu hakkın ilk sınırı, Yönetmeliğin 8. maddesinde :”Mevzuat ile belirlenmiş sevk sistemine uygun olmak şartı ile hasta sağlık kuruluşunu değiştirebilir. Ancak, kuruluşu değiştirmenin hayati tehlikeye yol açıp açmayacağı ve hastalığının daha da ağırlaşp ağırlaşmayacağı hususlarında hastanın tabip tarafından aydınlatılması ve hayati tehlike bakımından sağlık kuruluşunun değiştirilmesinde tıbben sakınca görülmemesi esastır”. Sağlık kuruluşunu değiştirmek ya da seçmek, hizmeti sunan birden çok kuruluşun varlığını gerektirmektedir. Ancak ülkemiz açısından yeterli sağlık kuruluşu ve sağlık personeli bulunmadığı için, hastaların tercih hakkı büyük ölçüde sınırlı olmaktadır. Bu anlamda yönetmeliğin 8. maddesinde acil vakalar dışında, herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşuna bağlı olup da mevzuatın öngördüğü sevk zincirine uymayan kişilerin ücret farkını kendilerinin ödeyecekleri belirtilmiştir. Sağlık personeli seçme hakkı ile ilgili olarak da yönetmeliğin 9. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre hastaya talebi halinde, kendisine sağlık hizmeti verecek veya vermekte olan tabiplerin ve diğer personelin kimlikleri, görev ve unvanları hakkında bilgi verilir. Hastaların ilgili tıbbî personeli

²⁶ Yıldırım, Turan, “**Hasta Hakları**”, Sağlık Hukuku Sempozyumu, 17.11.2006, s. 117.

²⁷ Yıldırım, Turan, s. 118.

seçme, değiştirme ve konsültasyon isteme hakları mevcuttur. Ancak bu hakların kullanılması durumunda aradaki ücret farkını ödeme zorunlulukları bulunmaktadır.

d. Sağlık hizmetlerinden faydalanma hakkı, teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin tıbbî metotlara uygun yapılması hakkını ifade etmektedir. Hizmetin tıbbî ihtiyaçlara uygun yapılması birey için bir hak durumunda iken, idâre için ise bir yükümlülüktür. Özel hastaneler açısından ise sözleşmeden doğan bir yükümlülüktür. Ancak bu durum idârenin denetim bağlamında bir sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Sağlık personeli, hastanın durumunun gerektirdiği tıbbî özeni göstermekle yükümlüdür. Hastanın hayatını kurtarmak veya sağlığını korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmak zorunludur(m. 12). Yönetmelik, tıbbî gereklilik olmaksızın hastaya müdahaleyi yasaklamakta; tıbbî bir zorunluluktan bahisle insan hayatına son verilmesini kesin bir dille önlemektedir(m. 13)²⁸.

Sağlık hizmetlerinden Faydalanma hakkı ve diğer sayılan hasta hakları Hasta Hakları Kanunu Taslağı'nda düzenlenmiştir²⁹.

2. Sağlık Durumuyla İlgili Bilgi Alma Hakkı

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 3. bölümünde insanların sağlık durumuyla ilgili bilgi alma hakları düzenlenmektedir. Yönetmeliğin 15. maddesine göre hastalar; sağlık durumunu, kendisine uygulanacak tıbbî işlemleri, bunların faydaları ve muhtemel sakıncaları, alternatif tıbbî müdahale yöntemleri, tedavinin kabul edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçları ve hastalığın seyri ve neticeleri konusunda sözlü veya yazılı olarak bilgi istemek hakkına sahiptirler. Hasta, tedavisi ile ilgilenen tabip dışında bir başka tabipten de sağlık durumu hakkında bilgi alabilir.

²⁸ Başpınar, s. 191.

²⁹ Hakeri, Hakan, “**Hasta Hakları Kanunu Taslağı**”, Hasta Hakları Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 8-9 Haziran 2007, Trabzon, s. 55.

Sağlık durumuyla ilgili bilgi verilirken hastanın ruhi durumu gözetilerek dikkatli ve nazik ifade kullanmak gerekir. Ayrıca, bilgi verilirken tıp dili değil, hastanın açıkça fikir sahibi olacağı şekilde bilgilendirilmesi gerekir. Eğer hasta başka bir dilde konuşuyorsa tercüman kullanılması gerekir(m. 18). Bu aydınlatma, daha sonra verilecek rızanın ön ve geçerlilik koşulu olduğu gibi, diğer hakların daha baştan ihlal edilmesini de önleyecek bir filtre fonksiyonu görecektir³⁰.

Bilgi vermenin sınırı Yönetmeliğin 19. ve 20. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre, eğer hastanın kendisi talep ederse, şahsına, ailesine ve yakınlarına sağlık durumuyla ilgili bilgi verilmeyebilir. Ancak bunun şartı bilginin niteliği gereği, verilmeye müsait olmamasıdır. Hastalık, resmi makamlara iletilmesi zorunluluk arz eder nitelikte olan bir hastalık ise, hastanın bilgi verilmemesi talebine uyulmayacaktır. Bazı hastalıklar vardır ki, bunların hastaya bildirilmesi, tedavi sürecini olumsuz yönde etkilemektedir. İşte bu tür durumlarda yönetmelik, hekime bir takdir yetkisi tanımış, teşhisin saklanabileceğini belirtmiştir. Ayrıca bazı tedavisi bulunmayan teşhis ve tedavi yükümleri ile ilgili olarak hastanın aksi yönde bir talebi yoksa, durum hastanın ailesine bildirilir³¹.

Sağlık durumuyla ilgili olarak bilgi alma hakkı, bu bilgilerin bulunduğu dosya ve kayıtları görmeyi, incelemeyi ve bilgi almayı da içermektedir(m. 16).

Sağlık durumuyla ilgili gerekli olan bilgi ve belgeleri, bizzat hasta veya hastanın küçük, temyiz kudretinden yoksun veya kısıtlı olması halinde velisi veya vasisi isteyebilir, inceleyebilir veya örneğini alabilir. Ayrıca hasta, bu hakkını kendi yakınları aracılığı ile de kullanabilmektedir. Ancak buradaki yakın olma sıfatı hasta ile doğrudan bir alakanın bulunmasını gerektirir, bu anlamda, hastanın tedavisine yardım eden veya tedavi sürecinde yanında bulunan kişiler buna örnek olarak gösterilebilir³².

³⁰ Ünver, Yener, “**Psikiyatride Hasta Hakları**”, Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Trabzon, 8-9 Haziran 2007, s. 27.

³¹ Yıldırım, Turan, s. 117. Ünver, Psikiyatri..., s. 27.

³² Deryal, Yahya, “**Çocuk Hastaların Hakları**”, Hasta Hakları Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 8-9 Haziran 2007, Trabzon, s. 16-17.

Sağlık kurum ve kuruluşlarında bulunan kayıtlarda eksik, belirsiz ve hatalı tıbbî ve şahsi bilgiler bulunması halinde gerek hasta gerekse de hasta yakınları istenilen belgelerdeki yanlışlıkların düzeltilmesini isteyebilirler. Bu hak, hastanın sağlık durumu ile ilgili olan raporlara itiraz ve aynı veya başka kurum ve kuruluşlarda sağlık durumu hakkında yeni rapor düzenlenmesi haklarını da ihtiva eder(m. 17).

3. Mahremiyetine Saygı Gösterilmesini İsteme Hakkı,

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 21. maddesine göre, hastanın mahremiyetine saygı gösterilmesi esastır. Hasta, mahremiyetinin korunmasını açıkça talep de edebilir. Her türlü tıbbî müdahale, hastanın mahremiyetine saygı gösterilmek suretiyle icra edilir. Bu hakkın kapsamı içerisinde şu başlıklar yer almaktadır: Hastanın sağlık durumu ile ilgili değerlendirmelerin gizlilik içerisinde yürütülmesi, muayenenin, teşhisin, tedavinin ve hasta ile doğrudan teması gerektiren diğer işlemlerin makul bir gizlilik ortamında gerçekleştirilmesi, tıbben sakınca olmayan hallerde yanında bir yakınının bulunmasına izin verilmesi, tedavisi ile doğrudan ilgili olmayan kimselerin, tıbbî müdahale sırasında bulunmaması, hastalığın mahiyeti gerektirmedikçe hastanın şahsi ve ailevi hayatına müdahale edilmemesi, sağlık harcamalarının gizli tutulması³³.

Ölüm durumunda dahi, mahremiyet bozulmamalıdır. Eğitim verilen sağlık kuruluşlarında hastanın tedavisi ile doğrudan ilgili olmayanların tıbbî müdahale sırasında bulunmaları gerekiyorsa müdahaleden önce veya tedavi esnasında hastanın onayı alınmalıdır.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 23. maddesine göre, sağlık hizmetinin sunulması nedeniyle kişi hakkında edinilen bilgilerin açıklanması yasaktır. Yasanın izin verdiği haller olmadıkça ve kişinin rızası olmadıkça bu bilgiler açıklanamaz. Bu yasağa aykırı davranışların hukuki ve cezai yaptırımlarının olduğu kanunda belirtilmiştir.

³³ Özkan, Hasan/Akyıldız, Sunay, **Açıklamalı-İçtihatlı Hasta ve Hekim Hakları ve Yükümlülükleri**, Ankara 2008, s. 47-48.

4. Rıza olmaksızın tıbbî müdahalede bulunulamaması

Geçerli bir tıbbî müdahalenin olabilmesi için esasında dört temel şartın bulunması gerekir. Buna göre, müdahaleyi yapan kişi hekim olmalıdır, endikasyon(tıbbî müdahalenin tıp bilimine göre zorunluluk arz etmesi prensibi), daha önce aydınlatılmış olan hastanın rızası ve tıp biliminin verilerine göre gerekli ve bu verilere uygun olarak yapılan tıbbî müdahale. Ancak endikasyon şartı hekim müdahalesinin tıp bilimin verilerine göre ve özenli biçimde yapılma şartı içinde ele alınabileceğinden, tıbbî müdahalenin şartı üçe indirgeyebiliriz³⁴.

Hasta, tıbbın en iyi standardına uygun olarak tedavi edilmeyi bekler. Hastaya yapılacak tıbbî müdahaleden önce hekim, hastayı aydınlatma görevini yerine getirmelidir. Hekimin hastayı aydınlatması hastaya, tıbbî müdahale yapılmadığı takdirde sağlığını tehdit eden tehlikelerin aydınlatılması, tıbbî müdahalelerin türü, biçimi, ivediliği, yan etkileri ve tehlikeleri hakkında ona bilgi verilmesi ve böylece de hastanın tıbbî müdahale konusunda serbestçe karar verebilecek duruma getirilmesi anlamına gelir³⁵. Hasta, bedeni üzerinde tasarruf yetkisine sahiptir. Bu nedenle hastanın muvafakati olmaksızın bedeni üzerinde hiçbir müdahalede bulunulamaz. Muvafakat, açıkça veya örtülü bir biçimde verilebilir, ancak hasta açık bir biçimde müdahaleye karşı gelirse, bu engellenmenin hastanın ölümüne veya sakat kalmasına ilişkin olacağı tıbben benimsense ve sakatlık halinin topluma pahalıya mal olacağı dikkate alınsa bile, hekim, itiraza rağmen müdahalede bulunamaz³⁶. Rıza, hastanın bizzat kendisi tarafından açıklanmalıdır. Söz konusu rıza, tıbbî müdahaleden önce veya en geç tıbbî müdahale yapıldığı sırada açıklanmalıdır. Tıbbî müdahale yapıldıktan sonra verilecek olan rıza, hukuka uygunluğu sağlamayacaktır. Çünkü müdahaleden sonra gerçekleşen rıza, icazet hükmündedir³⁷. Ancak bu kuralın

³⁴ Hakeri, Hakan, **Tıp Hukuku**, Ankara, 2007, s. 94. Aydın, Murat, **Organ ve Doku Nakillerinden Doğan Cezai Sorumluluk**, Ankara 2008, s. 58.

³⁵ Köprülü, Ömer, **“Hekimin Hukuki Sorumluluğu”**, İBD, sy. 10-11-12, c. 58, 1984, s. 594. Erman, Hasan, **“Hekimin Hukuki Sorumluluğu”**, Prof. Dr. Bülent Davran’a Armağan, İstanbul, 1998, s. 147.

³⁶ Atabek, Reşit, **“Hastanelerin Sorumluluğu”**, İBD, sy. 10-11-12, 1986, s. 628.

³⁷ Aydın, Murat, s. 90.

istisnası, acil müdahalenin gerekliliği yahut varsayılan rıza³⁸ durumlarından birinin varlığı halinde mümkündür. Ancak rızanın müdahale başladıktan sonra geri alınması, ancak tıbbi yönden sakınca bulunmaması şartına bağlanmıştır. Diğer taraftan Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü m. 4/6'ya göre, hastanın tedavi veya tıbbi müdahaleye itiraz etme hakkı veya tedavi sürecinde kararını değiştirip devam edilmesine karşı itiraz etme hakkı vardır³⁹. Bu tür durumlarda hastanın doğrudan onayı alınmaksızın doğrudan müdahalede bulunulabilmektedir⁴⁰.

Bu konuda Yargıtay 4. HD., 7.3.1977 tarih ve 6297/2451 sayılı kararında “Hasta, tehlikelere karşı kendisi karar verebilir. Tıbbî müdahaleler ve hekimin girişeceği diğer eylemler kişinin sağlığını, vücut bütünlüğünü ilgilendirdiği için, bunların gerçekleştirilmesine karar verme yetkisi hekime değil, müdahalelere maruz kalacak kişiye, hastaya aittir” denilmiştir. Hatta hastanın daha önce aynı türden bir ameliyat geçirmiş olmasına rağmen, tedavi amacıyla geldiği hastanede yeniden ameliyat edilmesi durumunda, aynı komplikasyonların meydana geleceği konusunda kendisine tekrar bilgi verilmesi, yani aydınlatılması gerekebilir.

Aydınlatma ödevinin bazı istisnaları bulunmaktadır. Bunların başlıcaları tıbbî müdahalenin gecikmesinde sakınca bulunduğu, hastanın ölmesi veya ağır zarara uğraması, iyileştirme sakıncalarının bulunduğu hallerde aydınlatma görevi yerine getirilmeksizin tıbbî müdahalede bulunulabilecektir. İyileştirme sakıncalarının bulunduğu hallere örnek olarak, kanserli hastalara hastalığın açıklanması onları psikolojik yönden çökerteceği için hekime aydınlatma ödevini yerine getirmeme ayrıcalığı tanınmaktadır⁴¹.

Burada bir diğer tartışma konusu önceden verilmiş olan bir rızanın geri alınıp alınamayacağı konusudur. Hasta, önceden vermiş olduğu rızayı her zaman geri alabilecektir. Bunun yanında rıza hareket anında da geri alınabilir. Hareketin yapılması anında rıza geri alınmışsa müdahalenin hukuka aykırı olması durumuyla karşı karşıya kalınacaktır. Rızanın geri alınması geri alma anından itibaren geçerli

³⁸ Varsayılan rıza, 1994 tarihli Amsterdam Bildirgesi'nin 3.3. maddesine göre: “Hastanın iradesini beyan etmesinin mümkün olmadığı ve acilen tıbbi girişim yapılması gereken durumlarda, daha önceden bu girişimi reddettiğini gösteren bir açıklaması yoksa hastanın onayı varsayılarak girişim yapılabilir”(Hakeri, Tıp Hukuku, s. 165).

³⁹ Hakeri, Tıp Hukuku, s. 57.

⁴⁰ <http://www.kbv.de/patienteninformation/395.html>, 16.01.2010.

⁴¹ Köprülü, s. 594.

olduğundan o ana kadar yapılan müdahaleler hukuka uygun o andan sonraki müdahaleler ise hukuka aykırı nitelik taşıyacaktır. Rızanın geri alınmasına ilişkin olarak Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24/4. maddesindeki “üçüncü fıkrada belirtilen ve hayatı ve hayati organlardan birisini tehdit eden acil haller dışında, rızanın her zaman geri alınması mümkündür” hükmü ile aynı maddenin 6. fıkrasındaki “rızanın müdahale başladıktan sonra geri alınması, ancak tıbbî yönden sakınca bulunmaması şartına bağlıdır” hükmünün rıza durumunun genel ilkelerine aykırıdır. Çünkü hasta, mutlak olarak tedaviyi reddetme hakkına haizdir. Ayrıca Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü'nün 4/6. maddesinde hastanın tedavi sürecinde kararını değiştirip devam edilmesine karşı itiraz etme hakkının bulunduğu açıkça hükme bağlanmıştır⁴².

Bir diğer tartışma konusu da aydınlatmanın sınırı konusudur. Buna göre Tıbbî Deontoloji Tüzüğü'nün 14/2 maddesinde, “Hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır” denilmek suretiyle aydınlatma ödevinin sınırı belirtilmiş bulunmaktadır⁴³.

5. Sağlık Kuruluşlarında Güvenlik İçinde Olma Hakkı

Sağlık kuruluşlarında güvenlik içinde olma hakkını, hastanın aynı zamanda hastane içerisinde özgür bulunma hakkı olarak da değerlendirebiliriz. Bu husus özellikle psikiyatri hastaları için büyük bir önem arz etmektedir. Nitekim Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi(CPT) raporuna göre psikiyatri hastanelerinde bulunan bazı mekanik nesnelerin(kelepçe, demir, zincir vb.) tamamen yakışıksız bulunduğu ve psikiyatri tedavisinde kullanımı olmadığı gerekçesiyle kullanımından vazgeçilmesi gerektiği belirtilmiştir⁴⁴.

Herkes sağlık kuruluşları içerisinde güvenli olmayı bekleme ve bunu isteme hakkına sahiptir. Bütün sağlık kurum ve kuruluşları, hastaların ve ziyaretçi, refakatçi

⁴² Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 219-220.

⁴³ Erman, s. 149.

⁴⁴ Ünver, Psikiyatri..., s. 36.

gibi yakınlarının can ve mal güvenliklerinin sağlanması için mutlak surette tedbir alınması gerekmektedir.

Buna örnek olarak verilebilecek bir Danıştay kararına göre: “Sosyal Sigortalar Kurumu Hastanesi İntaniye Servisinde Hepatit B (sarılık) teşhisi ile yataklı tedavi gören hasta, 4.8.1996 tarihinde saat 03.30 sıralarında doktor kıyafeti giymiş bir kişi tarafından bıçakla tehdit edilerek ırzına tecavüz etme teşebbüsünde bulunulmuş, sanık kişinin davacının yatmakta olduğu ve hastanenin zemin katında bulunan odanın penceresinden içeri girmek suretiyle olayı gerçekleştirmiş, hastane personeli olmayıp kimliği belirsiz bir kişi olduğu anlaşılmış, hastanede gece güvenlik görevlisi ve otomatik gözetleme ve kontrol cihazı bulunmadığı tespit edilmiştir. Yataklı tedavi kurumlarında sağlık hizmetlerinin yanında hasta kabul hizmetleri, hasta ziyaretleri, idâri ve teknik hizmetler, nöbet esasları, yemekhane hizmetleri, hasta refakatleri, emniyet ve güvenlik hizmetleri gibi sağlık hizmetleriyle yakından ilgisi bulunan birçok hizmetin gereği-gibi yerine getirilmesi bu arada, özellikle hastanede yataklı tedavi görmekte olan hastaların yangın, deprem, silahlı saldırı gibi her türlü tehdit ve tehlikeye karşı huzur ve güven içinde bulunabilmeleri için gerekli emniyet ve güvenlik tedbirlerinin alınması hastane yönetimini önem ar/eden görevlerinden olduğu, oysa ki, yataklı tedavi kurumu olan Sosyal Sigortalar Kurumu Okmeydanı Hastanesinde meydana gelen olayın bir tesadüf sonucu olmayıp, hastane binasının güvenlik yönünden hiçbir şekilde korunmadığı, hastane giriş ve çıkışlarında gerekli güvenlik kontrollerinin yapılmadığı ve özellikle zemin kattaki pencerelerden giriş ve çıkışı önleyici tedbirlerin alınmadığı, kaldı ki bu olaydan kısa bir süre önce meydana gelen benzer bir olaydan sonra bile bu yönde ciddi bir çalışmanın yapılmadığı, bu itibarla, yukarda da belirtildiği üzere, yataklı bir tedavi kurumu olan hastanede emniyet ve güvenlik tedbirlerinin alınmamış olmasından dolayı meydana geldiği tartışmasız bulunan olayda davalı idârenin gerekli olan hizmeti hiç veremediği, dolayısıyla hizmetin hiç işlememesi nedeniyle idârenin sorumlu tutulması gerekmektedir⁴⁵.

⁴⁵ D10D., E. 1998/4977, K. 2000/380, K.T. 09.02.2000, Sinerji Mevzuat.

6. Dini Vecibeleri Yerine Getirebilme ve Dini Hizmetlerden Yararlanma Hakkı

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 38. Maddesinde bu hak düzenleme altına alınmıştır. Söz konusu hizmetlerin yerine getirilmesini ilgili sağlık kuruluşu imkânları doğrultusunda yerine getirmek zorundadır. Ancak bu hizmetin sunulmasında şu koşullara uyulması gerekir: öncelikle söz konusu hizmet, kurum hizmetlerinde aksamaya sebebiyet vermemelidir, başkalarını rahatsız etmemelidir, personelce düzenlenip yürütülen tedaviye hiçbir şekilde müdahalede bulunulmamalıdır.

Temel kural, inancı olan bir kişinin, ölüme yaklaştığı son anda inancının gereklerini yerine getirmesine yardım etmektir⁴⁶.

Dini hizmetin ne ölçüde yerine getirileceği konusu gündeme gelmektedir. Burada idareye düşen esas yükümlülük, kişinin temel dini inançlarını ifa etmesi noktasında, gerekli ortamı sağlamasıdır.

Tıbbi müdahale noktasında bazı inançların farklı usulleri olabilmektedir. Örneğin Yehova Şahitleri, kan verilmesini inanç sistemine aykırı bulmaktadır. Bu inançta olan birisine yapılacak olan kan naklinde, kişinin rızası dikkate alınmayacak, hastanın yaşamda tutulması ilkesi gereğince gerekli olan nakil işlemi, hastanın rızası hilafına dahi olsa gerçekleştirilecektir⁴⁷.

7. İnsani Değerlere Saygı Gösterilmesi

Hasta Hakları Yönetmeliği 'nin 39. Maddesi'ne göre hasta, kişilik değerlerine uygun bir şekilde ve ortamda sağlık hizmetlerinden faydalanma hakkına sahiptir. Sağlık hizmetlerinin her safhasında, hastalara, onların bedeni ve ruhi durumları dikkate alınarak, hangi işlemin neden ve nasıl yapıldığı, yapılacağı ve bekletilmeleri

⁴⁶ Hatırnaz, Güleser, **Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları**, Ankara 2007, s. 95.

⁴⁷ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 168.

söz konusu ise, bekletilmenin sebepleri hususunda gerekli ve yeterli bilgi verilmelidir.

Hasta, kişilik değerlerine uygun bir biçimde ve uygun bir ortamda sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkına sahip olmalıdır. Bu bağlamda hastane ortamında hastayı rahatsız edecek her türlü şeyden hastanın uzak tutulması bir yükümlülüktür. Aynı şekilde hasta yakınlarının hastayı uygun bir biçimde ziyaret etmeleri de bir haktır⁴⁸.

8. Müracaat, Şikâyet ve Dava Hakkı

Hasta Hakları Yönetmeliği hükümlerine aykırı davranışlara karşı hukuki yollar Yönetmeliğin 8. bölümünde ayrıca yer almaktadır. Hakların ve yükümlülüklerin bildirilmesi hususu yönetmeliğin 48. maddesine göre zorunlu sayılmıştır⁴⁹.

Herhangi bir şekilde hakkının ihlal edildiğini düşünen bireyin 1982 Anayasası'nın 36. maddesine göre; meşru vasıta ve yollardan faydalananarak yargı mercileri önünde davacı ya da davalı olabilme, iddia ve savunmalarda bulunarak adil yargılanma hakkına sahip olabilmektedir Buna paralel olarak Anayasa'nın 74. maddesi de vatandaşlara kendileri veya kamu ile ilgili dilek ve şikâyetler de bulunabileceğini de ayrıca ifade etmiştir. Bu bağlamda Anayasanın ilgili hükümleri ve Hasta Hakları Yönetmeliği çerçevesinde hak ihlalleriyle karşı karşıya kalan birey/hasta ya da hasta yakını anayasal hak arama yolları olan müracaat, şikâyet ve dava hakkını aktif olarak kullanabilecektir. Söz konusu durum, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 42. maddesinde de "Hastanın ve hasta ile ilgili bulunanların, hasta haklarının ihlali halinde, mevzuat çerçevesinde her türlü müracaat, şikâyet ve dava hakları vardır" şeklindeki düzenlemeyle ayrıca pozitif hukuk kuralı haline getirilmiştir⁵⁰.

Hasta Hakları Uygulama Yönergesi'nin düzenlemesi kapsamında hakkının ihlal edildiğini düşünen hasta ya da hasta yakını, hastanelerde kurulan hasta hakları

⁴⁸ Özkan, Hasan/Akyıldız, Sunay, s. 50-51.

⁴⁹ Yıldırım, Turan, s. 122.

⁵⁰ Aydın, Nizamettin, "Hasta Haklarının Hukuki Boyutu ve Korunma Yolları", Dumlupınar Ün. SBED., sy. 22, 2008, s. 310-311.

birimde bulunan ya da Sağlık Bakanlığı'nın resmi internet sayfasındaki Hasta, şikâyet Başvuru Formu'nu doldurmak suretiyle müracaat hakkını kullanacaktır. Mukayeseli hukukta, mesela Hollanda da hasta hakları, Sağlık Hizmetlerinde Tüketici Hakları Kanunu'nda düzenlenmiş ve bu kapsamda kanundan yararlanabilmek için şikâyet şartı zorunlu kılınmıştır. İngiltere de ise şikâyetler ilgili müracaatlar aile hekimleri üzerinden alınmaktadır⁵¹.

Mevzuatımızda hastaya 3 tür hukuksal başvuru imkânı tanınmıştır. Bunlar:

1. Ceza hukuku yönünden(şikâyet),
2. Tazminat hukuku yönünden,
3. Disiplin hukuku yönünden⁵².

Hasta Hakları ihlallerine ilişkin müracaatlar hastanelerde bulunan Hastane Hasta Hakları Kurulu tarafından incelenir. Söz konusu kurul, ihlali gerçekleştiren hekim ya da hekim gözetim ve denetiminde çalışan yardımcı sağlık personeli hakkında bir karar verir. Kurulca, ihlal olmadığına ilişkin bir karar verilirse taraflara durum tebliğ edilerek şikâyet konusu müracaat hakkında herhangi bir idari işlem yapılmaz. Herhangi bir idari işlem yapılmaması, hasta ya da hasta yakınına tatmin etmez ise idari işlemin iptalini isteyebileceği gibi ihlal hakkında Cumhuriyet Savcılıklarına eylemin veya işlemin suç niteliğinde bulunduğu gerekçesiyle suç duyurusunda da bulunabilir. Şayet, Kurul ihlalin varlığına karar verirse ilgili hekim ya da yardımcı sağlık personeli hakkında adlî ya da idari soruşturma için gerekenleri yapmakla sorumludur. Yapılan idari soruşturma neticesinde hekim ya da yardımcı sağlık personeli, disiplin kurulu veya disiplin amiri tarafından disiplin yönetmeliğinin öngördüğü cezai müeyyideye çarptırılır. Hak ihlali aynı zamanda ceza hukuku hükümlerine göre suç teşkil edebilir. Böyle bir durumda soruşturma dosyası Cumhuriyet Savcılığı'na gönderilerek kamu adına ceza davası açılması ve neticesinde söz konusu hak ihlali niteliğindeki fiile uygun cezai müeyyide tatbik olunur⁵³.

⁵¹ Hakeri, s. 63.

⁵² Akyıldız, Sunay, “**Mevzuatımızda Hastanın Hak Arama Yolları**”, Hasta Hakları Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 8–9 Haziran 2007, Trabzon, s. 69.

⁵³ Pazarıcı, Ayşe Almila, **Hasta Hakları ve İdârenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Sorumluluğu**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale 2007, s. 144-146.

Hasta haklarına ilişkin ihlaller kamu personeli olmayan kişiler tarafından yapılmışlarsa; hasta ya da hasta yakınının şikâyeti, Sağlık Bakanlığı'nın veya ilgili kurum ve kuruluşların bildirimi üzerine, ihlali yapan hekim ya da yardımcı sağlık personelinin üyesi olduğu kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarınca yapılacak disiplin soruşturmasıyla cezalandırılırlar⁵⁴.

Bunun dışında hasta hakları olarak belirtilebilecek ilkelerden birisi de “hastanın onuru ile ölme hakkı”dır. Buna göre hekimler, kendilerine, hastanın sağlığına kavuşmasından önce acı ve ağrısını dindirme ve ya da azaltma görevini de verirler. Hastanın ölüm sürecinde insan olarak sahip oldukları haklar çerçevesinde yaşamının sona ermesi konusunda önlemler almak, sağlık hizmeti veren tüm kişi ve kurumların sorumluluğudur⁵⁵.

Bu anlamda, hastanın ölümcül durumda ve dayanılmaz acılar içinde olması halinde ötenazinin uygulanmasının hastanın onuruyla ölme hakkının kapsamına girip girmeyeceği hususu tartışmalıdır.

Ölümü sağlayan tıbbî yöntemlerin doğrudan uygulanması aktif ötenazi olup, hareketsiz kalarak ölüm sonucunu meydana getirmek pasif ötenazidir. Hastanın bedenine ölümcül dozda madde verilmesi ile hastanın ölümüne neden olan ötenazi, aktif ötenazidir. Hastanın tedavisini kesilmesi ya da yaşam desteğinin çekilmesi ise pasif ötenazidir. ABD’de pasif ötenazi imkânı varken, Hollanda’da hem aktif hem de pasif ötenazi hakkı bulunmaktadır. Türk Hukukunda ise hem aktif hem pasif ötenazi yasak olup, adam öldürme suçu olarak değerlendirilmektedir⁵⁶.

Dolaylı ötenazi yardımı ise, hekimin hastanın acısını azaltmak üzere kullandığı ve kullanılmasının tıp bilimi tarafından öngörüldüğü bir ilacın kaçınılmaz bir yan etkisi olarak hastanın yaşamının kısalması durumudur. Dolaylı ötenazi bakımından

⁵⁴ Pazarcı, s. 146. Aydın, Nizamettin, s. 309.

⁵⁵ Hatırnaz, s. 92.

⁵⁶ Sağlık personeli açısından kasten öldürme suçunun işlenmesi sıklıkla karşılaşılabilecek bir durum olmamakla birlikte özellikle ötenazi halleri açısından bu nitelikli hallerden “tasarlama” durumunun uygulanması söz konusu olabilir(TCK m. 82/1-a) Ayrıca beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı kasten öldürme suçunun işlenmesi de cezayı artıran bir nitelikli hal olarak düzenlenmiştir(TCK m. 82/1-e)(Hakeri, Tıp Hukuku, s. 308).

başlıca amacın acının hafifletilmesi olması, hastanın aydınlatılarak bu uygulamaya rıza göstermiş bulunması “ ölümün kaçınılmaz ve yakın olması ve tedavi ile sonuçları arasında uygun bir dengenin varlığı” aranmaktadır⁵⁷.

B. HASTALARIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Hastanın yükümlülükleri ile ilgili olarak da başta hastanın ücret ödeme yükümlülüğünün bulunduğunu söyleyebiliriz. Bu yükümlülük daha ziyade, özel hastanelerden sağlık hizmeti alındığında ortaya çıkan bir yükümlülük olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak bu konuda özel hastanelerin belirleyeceği ücretler, Sağlık Bakanlığı’nın belirleyeceği ücretlerden daha fazla olamaz(HHK m. 28). Ayrıca özel hastaneler, belirli oranda parasız yatak belirlemeli ve burada tedavi gören hastaların, diğer hastalar gibi tedavi görmeleri ifade edilmiştir. Nitekim Özel Hastaneler Tüzüğü’nün 34/b’ de “Ücretle hasta kabul eden özel hastanelerde en az %5 parasız hastalar için ayrılır ve bunların sayısı açılış izinlerinde gösterilir”. Her ne kadar burada belirli bir oran belirtilmiş olsa da, ücretsiz olarak özel hastanelerden yararlanacak olan kişileri, mahallin en büyük mülki amiri ile hastane yönetiminin belirleyecekleri aynı maddenin 4. fıkrasında ifade edilmiştir. Bu hastanelerin kurulması ve faaliyetleri, ilgili mevzuatta çok ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir. Hastaneler için bazı yükümlülükler, örneğin yatak sayısının % 3’ünden az olmamak üzere hasta bakma yükümlülüğü getirilmiştir. Bu hastanelerin alacakları ücretler, her yıl Maliye Bakanlığı’nca tespit edilir⁵⁸.

Hastanın bunun dışında gerekli bilgi ve belgeleri hekime veya ilgili sağlık personeline verme yükümlülüğü bulunmaktadır. Ayrıca kendi hastalığı veya sağlığını ilgilendiren diğer sorulara doğru cevap verme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bunun dışında, hastanın, hastanenin iç düzen kurallarına uyma, hekim talimatlarını yerine getirme, tedaviyi başarısız kılacak davranışlardan kaçınma yükümlülüğü vardır. Gerekli bilgileri verme hastanın veya temsilcisinin bilgisiyle orantılı olmalıdır⁵⁹.

⁵⁷ Hakeri, s. 305.

⁵⁸ Yasin, **Sağlık...**, s. 110.

⁵⁹ Hatırnaz, s. 111.

III. SAĞLIK HİZMETLERİNİN YÜRÜTÜLMESİ

Sağlık alanında devletin yürüttüğü faaliyetleri üçe ayırarak incelemek gerekmektedir. Bir başka deyişle sağlık alanındaki idâri faaliyetler üç türdür. Bunlar: Sağlık alanındaki kolluk faaliyeti, emanet usulüyle yürütülen sağlık kamu hizmeti ve sağlık alanındaki özel sektör faaliyetlerine idârenin müdahalesidir(virtüel sağlık kamu hizmeti).

A. SAĞLIK ALANINDAKİ KOLLUK FAALİYETİ(SAĞLIK KOLLUĞU)

İdârenin sağlık alanındaki faaliyetleri kamu hizmeti ve kolluk olmak üzere ikiye ayrılır. Kolluk faaliyetinin amacı, “kamu düzeni”nin korunmasıdır. Kamu düzeni ise kamu güvenliği, kamu huzuru ve kamu sağlığının korunmasıdır⁶⁰.

1. Kolluk Kavramı

Kolluk, düzenin bozulmasını önleme ve bastırma yönünden idâri kolluk ve adlî kolluk olarak iki kısma ayrılır. İdari kolluk, kamu düzeninin bozulmasını önlemeyi, adlî kolluk ise kamu düzenini bozan fiilleri bastırmayı veya cezalandırmayı hedeflemektedir⁶¹.

Genel sağlığın korunması bakımından esas önemli olan unsur idâri kolluk kavramı olduğu için idâri kolluğu açıklamak daha önemli olacaktır. Genel idâri kolluk, kamu güvenliği, kamu huzuru ve genel sağlık amacıyla, belli bir toprak üzerinde bulunan her birey, her grup ve her çeşit faaliyet hakkında yetkili olan kolluktur. Genel idâri kolluk kamu düzenini sağlamak amacıyla, coğrafi olarak yetkili olduğu sahada herkes hakkında kolluk tedbir ve işlemleri tesis etmeye yetkili ve görevlidir.

⁶⁰ Gözler, Kemal, **İdâre Hukuku Dersleri**, Bursa 2009, s. 577.

⁶¹ Gözler, s. 580.

2. Genel Sağlık Kavramı ve Genel Sağlığın Korunması Bakımından Yetkili Kolluk Mercileri

Sağlık bakımından kamu düzeninin korunması demek, toplumun salgın hastalıklardan, gençlerin ve gelecek kuşakların kötü alışkanlıklardan uzak tutulması demektir. Kamu düzenin bir unsuru, yapıcı bir parçası olan sağlığı, tıbbî tedavi ve bakım ile karıştırmamak gerekmektedir. Burada ifade edilen sağlık, “kamu sağlığı”dır. Yani, bulaşıcı hastalıkların yayılmasının önlenmesi, uyuşturucu, küçük yaşta alkol kullanımı gibi toplumun gençliğini ve geleceğini tehdit eden alışkanlıkların yayılmasının engellenmesi, bireylerden önce halkın bütününe veya önemli bir kesitin korunması amacını gütmektedir⁶². Hastalanmış kişilerin tedavi edilmesi, ilaçla, bakımla, ameliyatla onları iyileştirmek bir hizmettir. Kamu sağlığını korumak ise, aşı, koruyucu ilaçlama, seyahati sınırlama, durdurma veya denetleme gibi bir takım tedbirler ise önleme amaçlıdır⁶³.

Ancak aşı uygulaması, salt bir kamu hizmeti faaliyeti sayılamaz, çünkü aşı uygulaması, bir koruyucu hekimlik uygulamasıdır. Zira aşı uygulaması, mecburi değil, ferdi bir koruma vasıtası olarak karşımıza çıkmaktadır. Kamu hizmeti sayılmasının nedeni, aşı tedbiriyle birlikte, toplumun enfeksiyon vb. zararlı faktörlerden korunması, aynı zamanda da bireylerin hastalıklara karşı bağışıklık kazanmaları hedeflenmiştir.

Kişilerin bu tedbirleri dikkate almamaları, idâre tarafından yapılan ikazlara aldırış etmemeleri sonucunda uğradıkları zararlardan dolayı kendileri sorumlu tutulmaktadırlar. Bu anlamda hastalıkları yetkili kuruluşa haber vermeden, rapor almadan sevk edilmiş veya hastalıklı oldukları halde aşı veya ilaç uygulanmamış hayvanlar için tazminat ödenmesi hukuka aykırı bulunmuştur⁶⁴.

Bu anlamda sağlık kolluğunun yerine getirilmesi noktasında yetkili merci, öncelikle mülki idâre birimleridir. Ülke çapında yerine getirilen sağlık kamu hizmeti,

⁶² Gözler, s. 578. Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil, **Türk İdâre Hukuku**, Ankara, 2009, s. 473.

⁶³ Yayla, s. 39.

⁶⁴ D.10.D., 25.6.1998, E. 1997/3832, K. 1998/3101, DD, sy. 98, s. 558.

Sağlık Bakanlığı çatısı altında örgütlenmiştir. Ancak söz konusu hizmetin yerine getirilmesi noktasında yetki yukarıda da belirtildiği üzere mülki idâre birimlerine aittir.

Bunun dışında özel kolluk mercileri tarafından da sağlık kolluğu hizmeti verilebilmektedir⁶⁵. Örneğin belediyeler birer özel kolluk mercileri olmalarına rağmen sağlık kamu hizmeti verebilmektedirler.⁶⁶

Belediyelerin sağlık hizmeti vermelerini ikiye ayırarak incelememiz gerekmektedir. Buna göre, ilki 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 14. maddesinin birinci fıkrasına göre belediyelerin yerine getirmekle yükümlü oldukları sağlık kamu hizmetidir. Bu faaliyet, idâre tarafından emanet usulüne göre yerine getirilmekte olup, hizmetin yerine getiriliş biçimi, hizmetin sunulmasında kamu personelinin kullanılması, hizmetin işleyişinde kamu hukuku kurallarının uygulanması bakımından hastane veya sağlık kuruluşu, bir kamusal organ niteliğindedir. Belediyelerin ikinci tür faaliyeti ise, belediyelerin tıpkı bir özel hukuk kişisi gibi sağlık kuruluşu açıp işletmesi durumudur ki, bu durumda merkezi idâreye bağlı sağlık birimlerinin yani Sağlık Bakanlığı'nın söz konusu olan belediyeye ait özel nitelikteki sağlık kuruluşları üzerindeki denetimi kolluk denetimi şeklinde gerçekleşmektedir.

Ancak sağlık kamu hizmetinin idâre tarafından bizzat yürütülmesinde karşımıza iki farklı yöntem çıkmaktadır. Bunlar: emanet usulü ve özel sağlık kuruluşları tarafından yerine getirilen sağlık kamu hizmetinin idâre tarafından denetlenmesidir.

⁶⁶ Belediye kolluğu, kimi yazarlar tarafından yer itibariyle sınırlı, fakat konu bakımından sınırsız bir yetkiye sahip olmasından dolayı genel idâri kolluk içerisinde değerlendirilmiştir(Gözler, s. 585).

B. SAĞLIK HİZMETLERİNİN EMANET USULÜ YOLUYLA YERİNE GETİRİLMESİ

1. Emanet Usulü Kavramı:

Emanet usulü, bir kamu hizmetinin bu hizmetten sorumlu olan kamu tüzel kişisi tarafından kendi tüzel kişiliği içinde kendi personel ve bütçesiyle işletilmesi demektir⁶⁷. Bu usulde idâre kamu hizmetlerini kendi personeli, malları, bütçesi ve araçlarıyla yerine getirmektedir. Tekel biçiminde yürütülen hizmetlerin yerine getiriliş biçimi zorunlu olarak emanettir⁶⁸.

Merkezi idârenin yürüttüğü idâri kamu hizmetlerinin önemli bir kısmı emanet usulü ile işletilirler. Örneğin merkezi kamu hizmetlerinden milli savunma, güvenlik, adalet hizmetleri, ilk ve orta öğrenim, sağlık hizmetleri vb. emanet usulü ile yerine getirilirler⁶⁹.

Emanet usulünün başlıca özellikleri şunlardır:

1. Emanet usulü, kamu kurumları ve kamu idâreleri tarafından kullanılabilir. Kamu tüzel kişileri tarafından yerine getirilen kamu hizmetlerinin emanet usulü olup olmadığı ise tartışmalıdır⁷⁰. Emanet usulü, kamu hizmetinin idari teşkilat içinde; ancak merkezden yönetim dışında yerinden yönetim kuruluşlarınca görülme usulleridir⁷¹. Ülkemizde hizmetin devlet idâresi dışında diğer kamu tüzel kişileri tarafından, kendi örgüt, araç-gereç, personel ve malvarlığı ile yürütülmesi emanet usulü olarak ifade edilmektedir⁷². Bu konuda İl Han Özay'ın görüşü ise daha farklı bir biçimdedir. Buna göre: “Emanetin belirleyici ve onun diğerlerinden ayırıcı nitelik hizmetin bir kamu tüzel kişisi tarafından üstlenilmesi

⁶⁷ Gözler, Kemal, **İdâre Hukuku Dersleri**, Eylül 2009, Bursa, s. 552.

⁶⁸ Yayla, Yıldızhan, **İdâre Hukuku**, İstanbul, Eylül 2009, s. 89.

⁶⁹ Gözler, s. 552.

⁷⁰ Kalabalık, Halil, **İdâre Hukuku Dersleri**, Sakarya, 2004, s. 265. Odyakmaz, Zehra/Kaymak Ümit/İsmail Ercan, **Anayasa Hukuku-İdâre Hukuku**, Ankara, 2008, s. 500.

⁷¹ Akylmaz/Kaya/Sezginer, s. 462.

⁷² Özay, İl Han, **Günışığında Yönetim**, İstanbul 1996, s. 250.

olduğuna göre, bağlı bulunacağı rejimin yani kamusal veya özel usullerle yürütülüyor olmasının fazla bir önemi yoktur. Nitekim “idâri kamu kurumları”nın tamamen idâre hukuku ilke ve usullerine bağlı bulunmalarına karşın, “iktisadi” alanda etkinlik gösterenlerin özel usuller uygulamaları söz konusu olduğuna göre asıl ayırt edici ölçüt “kamu hukuku ya da ondan etkilenen tüzel kişilik” şeklindeyir”⁷³. Emanet usulünde hizmetin muhakkak kamu hukukuna göre yürütülmesi şart değildir. Hizmet zel hukuk kurallarına göre de yürütülebilir. Yukarıda rneği verilen KİT’lerin işleyişi özel hukuk kurallarına göre olmaktadır⁷⁴.

2. Emanet usulünde kamu hizmeti yürüten birimlerin hizmeti kuran ve üstlenen kamu idresinden ayrı tüzel kişiliği yoktur.
3. Emanet usulünde personel bağımsızlığı yoktur. Emanet usulünde kamu hizmeti, hizmetten sorumlu olan kamu idâresinin personeli tarafından yürütülür.
4. Emanet usulünde malvarlığı bağımsızlığı yoktur. Emanet usulünde kamu hizmeti, hizmetten sorumlu olan kamu idâresinin malvarlığı ile yrtlr⁷⁵.

2. Emanet Usulünün Sağlık Hizmetleri Açısından Gerekliliği ve Sağlık Personeli Durumu:

Yukarıda da belirtildiği üzere bir kamu hizmeti olan sağlık kamu hizmeti, idârenin kendi araç gereç ve personeli yoluyla yerine getirilmektedir.

Söz konusu emanet usulünün tanımını sağlık hizmetlerine uygulayacak olursak devletin veya diğer kamu tüzel kişilerinin kendi sağlık personeli, kendi araç ve gereçleri, kendi hastanesi ve kendi öz malvarlığıyla yürüttüğü sağlık hizmetleri kastedilmiş olur. Bu açıdan Sağlık Bakanlığı’na bağlı hastanelerde, niversite hastanelerinde veya diğer kamu tüzel kişilerinin işlettikleri hastanelerde, kamu görevlisi statüsündeki hekimler ve diğer sağlık görevlileri tarafından yürütülen

⁷³ zay, s. 251.

⁷⁴ Gözübüyük, şeref, **Yönetim Hukuku**, Ankara 2005, s. 296.

⁷⁵ Gözler, s. 553.

faaliyetleri, emanet usulü ile yürütülen sağlık hizmetleri olarak değerlendirmek gerekmektedir⁷⁶.

Kamu hastanesinde hizmet veren hekim ve yardımcı sağlık personeli, “kamu personeli” statüsündedir. Zira bu durum, DMK’nın 36. maddesinde bu kanuna tabi kurumlarda çalıştırılan memurların sınıflandırılması yapılırken, “Sağlık Hizmetleri ve Yardımcı Sağlık Hizmetleri Sınıfı” ihdas edilmiş ve bu sınıfın, sağlık hizmetlerinde meslekî eğitim görmüş kişiler olan tabip, diş tabibi, eczacı, veteriner hekim gibi memurlar ile bu hizmet sahasında çalışan yüksek öğrenim görmüş sağlık memuru ve benzeri sağlık personelinin kapsadığı hükme bağlanmıştır⁷⁷.

Dolayısıyla bir kamu personeli olan sağlık personelinin faaliyetlerinden dolayı kusurlu veya kusursuz olarak bir zararın ortaya çıkmış olması durumunda, zararın tazmininde Anayasanın 129/V ve Devlet Memurları Kanunun 13. maddesi uygulama alanı bulacaktır. Bu bağlamda sağlık personelinin sorumluluğu ile ilgili olarak ilerleyen sayfalarda daha geniş bilgi verilecektir.

Serbest faaliyet icra etmekte olan bir hekimin kamu hastanesine hastasını yatırmak için başvurması, 8/5319 sayılı Yataklı Tedavi Kurumları Yönetmeliği’nin 63. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre: “özel hastane bulunmayan yerlerde yataklı tedavi kurumları dışında uzman tabipler, acil müdahaleyi gerektiren vakalarda kurumun o şubede uzmanı olmadığı takdirde, ameliyat ve tedavilerini kendileri yapmak kaydıyla özel hastalarını yatırabilirler(m. 63/I)”⁷⁸.

Burada Yargıtay’ın 2007 yılında vermiş olduğu bir kararın tartışılmasında fayda bulunmaktadır. Yargıtay vermiş olduğu kararında kamu hastanesinde çalışan doktorlar bakımından ikili bir ayrıma gidilmesi ve hekim ile hasta arasında kamusal ilişkinin yanı sıra yapılan müdahalelerden dolayı sözleşme ilişkisinin de kurulduğunun kabul edilmiş olması isabetli değildir. Zira kamu hastanesinde çalışan

⁷⁶ Yıldırım, **Sağlık Personelinin...**, s. 182.

⁷⁷ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 41. Canbolat, Ferhat, “**Kamu Hastanesinde Yapılan Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğunun Dayanağı**”, TBBD, sy. 80, Şubat 2009, s. 158.

⁷⁸ Yıldırım, **Sağlık Personelinin...**, s. 185.

hekim, kamu personeli statüsündedir. Hasta ile hukuki ilişki kuran hekim değil, hastane yönetiminin bağlı bulunduğu idâredir. Dolayısıyla hasta ile idâre ilişkisi bir kamu hukuku ilişkisidir. Bu ilişkiden doğan uyuşmazlıklar idâri yargıda çözümlenecektir. Yargıtay HGK kararında belirtildiği gibi sosyal güvencesi olmayan hastaların ücret karşılığında kamu hastanelerinde tedavi olması, verilen hizmetin kamu hizmeti olma vasfını ortadan kaldırmamakta ve hasta ile idâre arasındaki ilişkiyi bir özel hukuk ilişkisine dönüştürmemektedir. Mali durumu iyi olmayan bir hastanın sırf ücretini ödeyemediği için tıbbî müdahalesini yarıda kesilerek kamu hastanesinden çıkarılması düşünülemez⁷⁹.

C. SAĞLIK HİZMETİNİN ÖZEL SAĞLIK KURULUŞLARINCA YERİNE GETİRİLMESİ VE İDÂRENİN SORUMLULUĞU:

Devletin her zaman kendi imkânları ile vatandaşların ihtiyaçlarını karşılayabilmesi mümkün değildir. Nitekim toplumun ortak ve zorunlu ihtiyaçlarını her zaman kendi araç-gereç ve personelini kullanarak karşılamak istemez. Bunun çeşitli nedenleri bulunmaktadır. En önemli neden, bazı ortak ve zorunlu toplumsal ihtiyaçların, idârenin gözetimi ve denetimi altındaki özel girişim tarafından karşılanmasının ekonomik olarak daha uygun olmasıdır. Bu tercihlerin yanı sıra, piyasa yoluyla genel olarak kamu sektörünün büyüklüğü, verimsizliği, kamusal işletmelerin maliyetinin yüksek, kalitesinin düşük olması, kamu harcamalarının sürekli artması gibi unsurların yanı sıra, piyasa yoluyla sağlık hizmetlerinin, tüketicilerin tercih ve taleplerine daha duyarlı hale gelebileceği ve bu yolla aynı zamanda kaynak da oluşturulabileceği, sağlık kamu hizmetinin özel birimlerce yerine getirilmesinin nedenleri olarak gösterilebilir⁸⁰. Fakat kanun koyucu, sağlık hizmetlerinin niteliğinden doğan bir takım problemlerden dolayı, özel sağlık kuruluşlarının faaliyetlerini ve ücret tarifelerini denetim ve gözetim altına

⁷⁹ YHGK., 31.10.2007, E. 2007/4-800, K. 2007/797, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁸⁰ Yıldırım, Hasan Hüseyin/Yıldırım, Türkan, “En Değerli Sermayem Ticarileşiyor: Sağlık, Sağlık Reformları ve Sağlıkta Özelleştirme”, http://www.absaglik.com/hhy_endegsermayem.pdf, 17.01.2010, s. 2.

almaktadır. Bu anlamda Anayasa Mahkemesi de özel sağlık kuruluşlarınca belirli bir oranda ücret alınmasını hukuka uygun bulmaktadır⁸¹.

Özel sağlık kuruluşları ile hasta arasında bir özel hukuk ilişkisi bulunmaktadır. Bundan dolayı özel hastanenin sorumluluğu, tazminat sorumluluğudur. Hastane işletmecisinin sözleşmeden kaynaklanan bir takım yükümlülükleri bulunmaktadır. İlk yükümlülüğü, başka ifade ile asıl borcu, hastanın tedavisidir. Bunun dışında, hastanenin bakımını sağlama, hastayı aydınlatma, sadakat ve özen gösterme, kayda geçirme, sır saklama gibi yan yükümlülükleri de bulunmaktadır⁸². Ancak özel hastanelerin bazı işlemleri idari işlem etkisine ve gücüne sahip kılınmıştır. Örneğin, hastalık raporları, adlî vakalara ilişkin raporlar, “sürekli ilaç kullanımına ilişkin raporlar” özel hastaneler tarafından düzenlenebilmektedir. Ülkemizde özellikle son yıllarda sosyal güvenceye sahip olan hastaların tedavilerinin de buralarda yapılmaya başlanmasıyla özel hastaneler, kamu hizmetine doğrudan katılmaktadırlar⁸³.

Kamu hizmetinin görülme usulleri genel olarak emanet usulü, iltizam usulü, Müşterek Emanet Usulü, Ruhsat Usulü, İmtiyaz Usulü’dür. Emanet usulü, yukarıda da belirtildiği üzere, idârenin kendi araç gereç veya personeli ile söz konusu kamu hizmetini görmesi anlamına gelmektedir. Emanet usulü dışında kalan bu usuller genel olarak kamu hizmetinin özel hukuk kişilerine gördürülmesi olarak ifade edilebilecektir⁸⁴. Özel hastanelerin faaliyet göstermesi idâreden alınan ruhsat usulü çerçevesinde olmaktadır⁸⁵.

⁸¹ Yayla, s. 95. AYM., 19.4.1988, E. 1987/16, K. 1988/8, R.G. 23.8.1988-19908.

⁸² Hakeri, Hakan, “**Hastane Yönetiminin Sorumluluğu**”, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007, Ankara, s. 165. Hatırnaz, s. 49. Şenocak, Zarife, **Küçüğün Tıbbî Müdahaleye Rızası**, AÜHFİD, sy. 50, 2001, s. 65.

⁸³ Yasin, **Sağlık...**, s. 110.

⁸⁴ Kalabalık, s. 265.

⁸⁵ Nitekim Yargıtay da özel hastanelerin vermiş olduğu hizmetin sağlık kamu hizmeti olduğunu vurgulamıştır. Buna göre: “Özel hastahane işleteni, öncelikle tacir sıfatıyla basiretli bir tacir gibi davranması gereği yanında, yaptığı hizmetin yaşama hakkını yakından ilgilendiren kamusal nitelik taşıyan sağlık hizmeti olması nedeniyle de hastanın ve özel durumlarda yakınlarının zarar görmemesi için gerekli olan sadakat ve özeni göstermek durumundadır. bu özen, başta doktor ve diğer yardımcı personeli seçme ve denetleme açısından yüksek oranda gösterilmeli, diğer şartların hazırlanmasında da aynı ilke unutulmamalıdır”(Y. HGK., 23.06.2004, E. 2004/13-291, K. 2004/370, www.hukukturk.com, 7.2.2010).

Ortak ve genel ihtiyaçlara cevap verici nitelikteki etkinliklerin, eğer bu konuda yasa ile idâre lehine bir tekel oluşturulmamış ya da belli bir özel hukuk tüzel kişisine “imtiyaz” verilmemişse, diğer özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri tarafından üstlenilip yürütülmesi de mümkündür. Ruhsat usulünde idâre ile kişi arasında bir sözleşme bulunmamaktadır. Ruhsat usulü genellikle “virtüel kamu hizmeti(fonksiyonel hizmeti)” olarak adlandırılan hizmetler için kullanılmaktadır. Virtüel kamu hizmeti, kamuya yararlı hizmetten farklı olarak idârenin sadece kolluk denetiminden daha öte bir şekilde hizmetin muhtevasını düzenleyebildiği ve denetleyebildiği hizmet olarak ifade edilmektedir. Burada idâre, özel sektör faaliyetlerinin her noktasını ve anını etkileyebilen “içten” bir denetim yapabilmektedir, oysa kolluk anlamındaki denetim ise, salt dışsal niteliktedir. Buna göre, sağlık alanında faaliyet yürüten özel hastaneler, birer virtüel kamu hizmeti örneğidir⁸⁶.

Kamu hizmetlerinin aslî sahibi idâre olduğundan, idârenin, hizmeti ruhsat usulü ile yürüten özel kişi üzerinde geniş bir denetim yetkisi bulunmaktadır. Bu anlamda özellikle özel hastane veya özel okullar üzerinde geniş bir denetim yetkisi bulunmaktadır⁸⁷.

1933 tarihli ve 2219 sayılı Kanunda “hususî hastane” olarak nitelendirilen⁸⁸, fakat daha sonra bu kanuna dayalı olarak çıkarılan tüzük ve yönetmelikte “özel hastane” şeklinde isimlendirilen sağlık işletmeleri şu şekilde tanımlanmaktadır: “Devletin resmi hastanelerinden ve hususî idârelerle belediye hastanelerinden başka yatırılarak hasta tedavi etmek veya yeni hastalık geçirmişlerin zayıfları yeniden eski kuvvetlerini buluncaya kadar sıhhi şartlar içinde beslenmek ve doğum yardımlarında bulunmak için açılan ve açılacak olan sağlık yurtları “hususî hastaneler” den sayılır” (HHK.m.1).

⁸⁶ Akyılmaz, s. 336. Özay, s. 258, Yasin, **Sağlık...**, s. 110.

⁸⁷ Kalabalık, s. 265.

⁸⁸ Hususî Hastaneler Kanununa dayalı olarak Bakanlar Kurulunun 8.8.1934 gün ve 2/1122 sayılı kararıyla yürürlüğe konulmuş olan Hususî Hastaneler Nizamnamesi de aynı isimlendirmeyi tercih etmişti.

Özel hastane terimi altında parasal menfaat sağlamak amacıyla kurulan tüm hastanelerde muayyen tesis veya vakıflar tarafından kar temin etme amacı güdülmeden kurulan ve işletilen hastanelerin tümünü anlamak gerekir⁸⁹.

Bu tanıma göre, devlet tüzel kişiliğine ait (resmi) hastaneler ile il özel idârelerine, belediyelere ve diğer kamu tüzel kişilerine ait hastaneler dışında kalıp; özel hukuk tüzel kişilerine veya gerçek kişilere ait hastaneler “özel hastane” kavramında değerlendirilmektedir (Bkz. Yön. m.2).

Özel Hastaneler Yönetmeliğinde daha kapsamlı bir “özel hastane” tanımına yer verilmektedir: *“Bu Yönetmelik kapsamına giren gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişilerine ait olup, ayakta ve yatarak muayene, tahlil, tetkik, tıbbî müdahale, ameliyat, tıbbî bakım ve diğer tedavi hizmetleri verilen ve en az on yatak kapasitesi olan tedavi kuruluşları”* (m.4/f)⁹⁰.

2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu’nun 1. maddesinde özel hastanenin amacının devletin resmi hastaneleri ve belediye hastanelerinden başka “yatırılarak hasta tedavi etmek veya yeni hastalık geçirmişlerin zayıfların yeniden eski kuvvetlerini buluncaya kadar sıhhi şartlar içinde beslenmek ve doğum yardımlarında bulunmak için açılan ve açılacak olan sağlık yurtları hususi hastane sayılır denilmiştir.

Yukarıda da belirtildiği gibi her ne kadar sağlık hizmetini özel kişiler sunuyor olsa da hizmetin asıl sahibi idâredir. Nitekim esas görev, sağlık hizmeti konusunda idâreye aittir. Ayrıca burada sağlık hizmeti yapan doktor, hemşire gibi kişiler kamu görevlisi olmamasına rağmen, idâre adına faaliyette bulunmaktadırlar. Bu sebeplerden dolayı söz konusu faaliyetlerden dolayı idârenin sorumluluğu bulunmaktadır⁹¹.

⁸⁹ Atabek, Reşat, **Hastanelerin Sorumluluğu**, İBD, C. 60, sy. 10-11-12, 1986, s. 646

⁹⁰ Deryal, Yahya, **“Özel Sağlık İşletmelerinde Hastanın Aydınlatılması ve Hastanın Rızası”**, www.hukukdokтору.com, 7.6.2009, s. 2.

⁹¹ Yasin, Melikşah, **“Tıbbî Hatalardan İdârenin Sorumluluğu”**, Sağlık Hukuku Sempozyumu, 17.11.2006, İstanbul, 254. Bu konuda ayrıca bkz. Savaş, Halide, **“Özel Hastanelerin ve**

Özel sağlık hizmeti, özel hukuk sözleşmeleri çerçevesinde olmaktadır. Bu nedenle, sağlık hizmeti alan hasta ile aralarında sözleşme ilişkisi kurulmaktadır. Dolayısıyla hastanın kusurlu hizmet sunulması nedeniyle meydana gelen zararı MK ve BK çerçevesinde tazmin edilecektir. Bu bakımdan, maddî ve manevî zarara uğradığını ileri süren hasta ya da yakınları tazminat istemiyle adlî yargı yerlerinde dava açılabilir.

Özel hukuk kişilerince verilen sağlık hizmetinden idârenin sorumlu tutulabilmesi söz konusu değildir. Kural özel sağlık hizmetlerinden idârenin sorumlu olmaması olmakla birlikte sağlık hizmetinin özelliği gereği idârenin özel sağlık kuruluşunun, mesela hastanenin kurulması ve işletilmesi aşamasında gerekli gözetim, denetim ve yaptırım uygulama görevini yapmaması nedeniyle zararın meydana gelmesi halinde idâre sorumlu olacaktır. Zira denetim esnasında eksiklikler tespit edilirse, hastane ile ilgili olan teknik cihazlarda aksaklık bulunduğu ortaya çıkartılır ve gerekli olan tedbirler alınmazsa, idârenin özel hastane ile birlikte müterafık kusurunun bulunduğu kabul edilecektir⁹².

Baştabiplikçe serbest uzmanların bu gibi istekleri incelenerek kesin gereklilik ve zorunluluk gördüğü takdirde hasta kabul edilir. Bu takdirde teşhis ve tedaviye ait bütün sorumluluklar hastayı yatıran tabibe aittir. Bu şekilde yatırılacak hastaya yapılacak işlemler ve hasta ücretleri bu yönetmelik ve yataklı tedavi kurumlarının diğer ilgili mevzuatına tabidir. Aynı şekilde hastaya bakacak serbest tabip de kurumun nizam ve usullerine uymak zorundadır. Bünyesinde hiç bir tabip bulunmayan kurumlarda bu hususlardaki kararları varsa o yerin en büyük sağlık amiri yoksa en büyük mülki amiri verir. Acil hallerde izin sonradan alınır”. Teşhise ve tedaviye ilişkin tüm sorumluluklar, hastayı yatıran tabibe aittir denilse de yardımcı sağlık personelinin kusurlu eylemlerinden dolayı sorumluluk devlete ait

Doktorların Tıbbî Faaliyetlerden Doğan Hukuki Sorumluluklarının İrdelenmesi”, İBD, c. 81, sy. 3, 2007, s. 1001-1025.

⁹² Kızılyel, Serkan, “İdârenin Sağlık Hizmetinden Doğan Tazminat Sorumluluğu”, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007, Ankara, s. 231.

olmalıdır. Zira yönetmeliğin amir hükmü gereğince bu şartlar dâhilinde hastanın hastaneye kabulü bir zorunluluktur ve bu esnada bir kamu hizmeti ifa edilmektedir⁹³.

Burada üzerinde önemle durulması gereken bir diğer önemli husus da A.Y.’nın 47. maddesi çerçevesinde yapılan özelleştirme faaliyeti çerçevesinde, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanunun 15. maddesi ile, kamu hizmetlerinin özelleştirilmesine ilişkin esaslar düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre, yataklı tedavi kurumlarının kiralama veya işletme hakkının devri gibi mülkiyetin devri dışındaki yöntemlerle özelleştirilmeleri mümkündür.

İdâre tarafından yürütülen sağlık faaliyetlerine özel hukuk kişilerinin katılımına imkân sağlayan bir düzenleme ise, 4924 sayılı Eleman Temininde Güçlük Çekilen Yerlerde Sözleşmeli Sağlık Personeli Çalıştırılması’na İlişkin Kanun’dur. Bu kanunun 11. maddesi gereğince 657 sayılı DMK’nın 36. maddesinde düzenlenen “Sağlık Hizmetleri ve Yardımcı Sağlık Hizmetleri Sınıfı” başlıklı kısmına eklenen fıkra ile, “Bu sınıfa dâhil personel tarafından yerine getirilmesi gereken hizmetler, lüzumu dâhilinde bedeli döner sermaye gelirlerinden ödenmek kaydıyla, Bakanlıkça tespit edilecek esas ve usullere göre hizmet satın alınması yoluyla gördürülebilir”. Bu düzenleme ile idârenin sağlık hizmetleri satın almasına imkân sağlanmıştır. Bu yöntemle yapılacak sağlık hizmetlerinin satın alınmasına ilişkin usul ve esaslar, Sağlık Bakanlığı tarafından çıkarılan bir yönetmelikle düzenlenmiştir⁹⁴.

İdârenin özel hukuk kişilerinden sağlık hizmeti satın alması veya idâre tarafından sunulması gereken hizmetin özel hukuk kişileri ile yapılan anlaşmalarla bu kişilerden karşılanması halinde, bu özel hukuk kişilerinin sunduğu sağlık hizmetlerinden doğan zararlardan dolayı idârenin sorumluluğunun devam ettiği söylenebilir. Nitekim hizmetin aslî sahibi idâre’dir. İdârenin hizmeti özel hukuk

⁹³ Ayan, s. 178.

⁹⁴ Yasin, s. 253. Söz konusu düzenlemenin anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’ne başvurulmuş, mahkeme ise düzenlemenin anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir. Kararın gerekçesinde mahkeme, artan teknoloji ihtiyacı ve personel eksikliği dikkate alındığında böyle bir düzenleme yapılması hukuka uygundur. A.Y. 47 ve 128. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde sağlık hizmetlerinin bütünüyle devletin genel İDARE esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu bir kamu hizmeti şeklinde yürütülmesi olanaklı değildir denilmiştir (AYM., 22.11.2007, E. 2004/114, K. 2007/85, RG. 24.12.2007, s. 26736).

kişilerine gördürmesinin temel sebebi, personel yetersizliğidir. Fakat hizmetin özel hukuk kişilerine gördürülmesi kamu hizmeti- idâre ilişkisini ortadan kaldırmamakta ve idâreyi sorumlu hale getirmektedir⁹⁵.

Türkiye’de devletin hastanelerdeki denetim görevini ihmal etmesi nedeniyle ilk dava İstanbul İdâre Mahkemesi’nde açılmıştır. Buna göre, İstanbul’da bir özel hastane tiroidektomi(Tiroitin alınmasına yönelik cerrahi girişim; önceden belirlenen amaca göre tiroitin tümü ya da bir bölümü alınması olarak tanımlanır)⁹⁶. Sonrası hayatını kaybeden bir hasta, Sağlık Bakanlığı’nı “denetim görevini yerine getirmediği ve caydırıcı müeyyideleri uygulamadığı” gerekçesiyle mahkûm ettirmiştir⁹⁷.

Devletin yine özel sağlık kuruluşlarının faaliyetlerinden doğan sorumluluğu bağlamında değerlendirilebilecek olan bir diğer önemli husus, devletin ilaç üretiminden kaynaklanan sorumluluğudur. İlaçtan kaynaklanan hatalar, çeşitli biçimlerde ortaya çıkabilir. Örneğin ilaç formulizasyonunun geliştirilmesi hatası, üretim hatası, bilgi(uyarı) hatası gibi⁹⁸. Devletin buradaki sorumluluğu ilacın üretiminin ve piyasaya çıkmasının tamamen Sağlık Bakanlığı’nın ruhsat verme işlemine tabi olması sürecinden kaynaklanmaktadır. İdâre gerek ruhsat verilmesindeki süreçte gerekse de ilaçların eczanede halka gereken standartlarda ulaştırılıp ulaştırılmaması noktasında yaptığı kolluk denetimim yapmak zorundadır. Aksi durumda denetim veya izin aşamalarında idârenin bir kusurunun bulunması durumunda idâre, yanlış ilaç kullanımından kaynaklanan zararlardan dolayı sorumlu tutulabilecektir.

⁹⁵ Yasin, s. 254.

⁹⁶ <http://www.hastane.com.tr/tiroidektomi.html>, 15.12.2009.

⁹⁷ Polat, Oğuz, **Tıbbî Uygulama Hataları**, Ankara 2005, s. 269.

⁹⁸ Hakeri, Hakan, “İlaç Üretimi ve Uygulanması Sırasındaki Hatalardan Ötürü İlaç Üreticisinin Sorumluluğu”, İlaç ve Tıp Alanında Ceza Hukuku, Etik ve Tıbbi sorunlar Sempozyumu, 8 Ekim 2008, İstanbul, s. 142.

İKİNCİ BÖLÜM

İDÂRENİN SAĞLIK HİZMETLERİNDEN KAYNAKLANAN SORUMLULUĞU

I.SAĞLIK HİZMETLERİNDEN DOĞAN İDARİ HİZMET KUSURU VE BULUNMASI İÇİN GEREKLİ OLAN ŞARTLAR

A. İDÂRİ HİZMET KUSURU KAVRAMI

İdârenin kusurlu sorumluluğu ülkemizde gerek öğretide ve gerekse yargı içtihatlarında hizmet kusuru kavramı ile açıklanmaktadır⁹⁹. Türk Hukukuna Fransız Hukuku’ndan ithal edilen ve “faute de service” kavramının bir uyarlaması olan “hizmet kusuru”, bir yasa kavramı değildir. Bu yönüyle devletin sorumluluğunu sağlama amacıyla içtihat tarafından yaratılan bir kavram ve kurum niteliği gösterir¹⁰⁰. İdârenin yürüttüğü kamu hizmet ve faaliyetleri, içtihatların belirlediği bazı hallerde İdârenin kusurlu sayılmasına yol açacak şekilde yetersiz bulunur. Bu hallerde bir “hizmet kusuru” ndan söz edilir. Terimdeki kusur ifadesi idâre hukukuna özgü bir eksikliği ifade eder¹⁰¹.

Hizmet kusuru, belli bir ya da birkaç kamu personelinin tutum ve davranışına mal edilemeyen, onlara yönlendirilemeyen, tamamen idâre hukuku esaslarına göre bazı özellikler arz eden objektif kusur tipidir¹⁰². Hizmet kusuru, özel hukuktaki çalıştıranların sorumluluğundan ayrı bir sorumluluktur. Hizmet kusurunda idârenin sorumluluğu dolayısıyladır. Bu bakımdan idâre, sağlık personelinin seçmekte, yetiştirmekte, yönetmekte ve gözetmekte gereken dikkat ve özeni gösterdiğini ispatlasa bile bunların kusurlarından doğan zararları ödeme yükümlülüğünden

⁹⁹ Günday, Metin, **İdâre Hukuku**, 1999, s.244.

¹⁰⁰ Özay, İlhan, **Günlükte Yönetim**, 1996, s.740.

¹⁰¹ Yayla, Yıldızhan, **İdâre Hukuku**, İstanbul, 1990, s. 147.

¹⁰² Armağan, Tekin, **İdârenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları**, Ankara, 1997, s. 17.

kurtulamaz. Bu bakımdan hizmet kusuru idârenin yapısından ve işleyişinden çıkan, organ ve görevlilerinin dışında, kendine özgü bir karaktere sahiptir¹⁰³.

Hizmet kusuru, idârenin yürüttüğü bir hizmetin kurulmasında, düzenlenmesinde ya da işleyişindeki bozukluk ve aksaklığı ifade etmektedir. Hizmet kusurundaki hizmet deyimi ise, sadece idâri faaliyetlerin belirli bir türünü değil, genel anlamda herhangi bir idâri eylemi belirtmektedir¹⁰⁴.

B. SAĞLIK HİZMETLERİNDE HİZMET KUSURUNUN GÖRÜNÜMÜ VE ŞARTLARI

Sağlık hizmetlerinde hizmet kusuru, idârenin ifa ile mükellef olduğu bu hizmetin kuruluşundaki, işleyişindeki ve ilgili sağlık personeli üzerindeki gözetim ve denetim görevini yerine getirememesindeki bozukluğu, aksaklığı, eksikliği ifade etmektedir¹⁰⁵.

Sağlık hizmetlerinde hizmet kusurunun bazı özellikleri vardır. Söz konusu özellikler aşağıdaki şekilde sıralanabilir:

1. Sağlık hizmetlerinde hizmet kusuru bağımsız bir niteliğe sahiptir. Sağlık hizmetlerinden kaynaklanan hizmet kusuru idârenin kusurudur. Sağlık personelinin kusuru değil idârenin kusuru olması itibarıyla şahsi kusurdan tamamen farklı olup kişilerin dışında kalan ve sağlık hizmetlerinin kuruluş ve işleyişi gibi dış dünyaya ilişkin objektif ve bağımsız bir kusurdur¹⁰⁶. Hizmet kusurunun bağımsızlığı bunun “idâre hukukuna özgü, nevi şahsına münhasır, muhtar ve orijinal” bir kavram oluşunu ifade eder¹⁰⁷.

2. Sağlık hizmetlerinde hizmet kusuru birinci ve aslî derecede sorumluluktur. Hizmet kusurundan doğan sorumluluk, sağlık hizmetini sunan idârenin kendi

¹⁰³ Schwartz, Bernard, **French Administrative Law and The Common Law World**, New Jersey, 2006, s. 283.

¹⁰⁴ Günday Metin, **İdâre Hukuku**, s. 320.

¹⁰⁵ Özdemir Necdet., **Hizmet Kusuru Teorisi ve İdârenin Sorumluluğu**, Ankara, 1963, s.23

¹⁰⁶ Sarıca, Ragıp, **Hizmet Kusuru ve Karakterleri**, İstanbul, 1949, s.3

¹⁰⁷ Onar, Sıdık Sami, **İdâre Hukukunun Umumi Esasları**, C.III, İstanbul, 1966, s. 1695.

sorumluluğudur; sağlık personelinin haksız fiilinden dolayı üstlendiği bir sorumluluk değildir. Yani, buradaki kusur bizzat sağlık hizmetinin kusurudur¹⁰⁸. Hizmet kusurunu hizmetin normal işleyişi içerisinde idârenin bir veya birden çok görevlisine düşen ancak kişisel olarak bunlara yönlendirilemeyen bir eksiklik olarak değerlendirmek mümkün ise de hizmet kusuruna dayanarak idârenin sorumluluğuna gidildiğinde sağlık hizmetinin yürütülmesinde görülen aksaklık, aykırılık, bozukluk, eksiklik, sakatlık, kısaca kusurdan bahsedilirken ayrıca bu kusuru işleyen sağlık personelinin ismen, cismen, teşhisine gerek olmadığı gibi bu aksaklığın, aykırılığın, bozukluğun, eksikliğin, sakatlığın belirli bir personelin eseri olduğunu, onun şahsına atıf ve isnadı mümkün olduğunu ispata da gerek yoktur¹⁰⁹. Kısaca idârenin hizmet kusuru varsa, zarara katkısı bulunan sağlık personelinden önce idâre sorumlu tutulacaktır.

3. Sağlık hizmetlerinde hizmet kusuru anonimdir. Hizmet kusuru, belli bir ya da birkaç sağlık personelinin tutum ve davranışına mal edilemeyen, onlara yönlendirilemeyen bir kusurdur. Kusur sağlık hizmetinin bünyesinde kaynaşmış ve gizlenmiştir. Hizmet kusurunun söz konusu olduğu hallerde personelin ismen teşhisi mümkün olsa da mahkeme kararında onun isminden söz etmez, kararında personelden bahsetmeye lüzum bile görmez¹¹⁰. Yayla'ya göre hizmet kusuru belli bir iradenin öznel noksanlıklarından çok yürütülen idâri faaliyetin yetersizliğinden kaynaklanır. Yeterlilik ya da yetersizliğin tespitinde, yaşanan çağın ortalama düzeyi aranır. Eğer idâre hâkimi çağımızın ortalama idârelerinde bulunması gereken bir düzeyi zarara yol açan idâre işlem veya eyleminde bulamıyorsa, yetersizliğin teşhis edilebilir bir faili olmasa bile, idâre bu yetersizlikten sorumlu tutulabilecektir. Bu durum yazara göre hizmet kusurunun anonimliğini gösterir¹¹¹. Hizmet kusurunda kusurluluğuna hükmedilen sağlık personeli değil, sağlık hizmetinin kendisidir. Bunun sonucunda kusurun faili belli olsa da durum değişmez ve idâre kusurlu

¹⁰⁸ Onar, s. 1696.

¹⁰⁹ Özgüldür Serdar, **Askeri Yüksek İdâre Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları**, Ankara, 1996, s. 71

¹¹⁰ Armağan , s. 17.

¹¹¹ Yayla , s. 147.

personelin bu halini öne sürerek sorumluluktan kurtulamaz ve hatta sorumluluğunu hafifletemez¹¹².

4. Sağlık hizmetlerinde hizmet kusuru tüm kamu tüzel kişilerinin sorumluluğu bakımından genel bir nitelik gösterir. Sağlık hizmetlerinin sunulması sonucunda bir hizmet kusuru tespit edilebiliyorsa idâreyi sorumlu tutacak başka bir esas aramaya gerek yoktur¹¹³. İdâre hukukunda kural olarak idâre aleyhine açılan bir tam yargı davası sonucu idâreyi sorumlu tutabilmek için bir hizmet kusurunun varlığı gereklidir. Hizmet kusuru yoksa idâre de kural olarak sorumlu değildir. Kamu hastanelerinde gerçekleştirilen tıbbî müdahaleler sonucunda ortaya çıkan zararlarda hizmetin işleyişindeki, teşkilatındaki sakatlık, yetersizlik hizmet kusurunu doğurduğundan idâre doğrudan sorumlu tutulacaktır¹¹⁴.

5. Sağlık hizmetlerinde hizmet kusuru olaylara göre değişen ve farklı nitelikler gösterebilen bir kavramdır. Bir hizmet kusurunun varlığı her olayda durumun gerekliliklerine göre tespit edilir. İdâre hukukunda hizmet kusuru vardır diyebilmek için, hizmetin mahiyet ve bünyesine, nevi ve cinsine şart ve zaruretlerine göre olayda belirli bir ağırlık derecesine varmış bir kusur aranır. Bazı koşullar altında idârenin kusuru sayılan bir eksiklik veya bozukluk, başka koşullar altında hoş görülebilir ve dolayısıyla tazmine neden olacak bir kusur olarak değerlendirilmeyebilir¹¹⁵. Burada hizmet kusurunun tespiti yapılırken hangi kriterler dikkate alınacaktır? Sorusu gündeme gelmektedir. bu anlamda hastanenin özel veya kamu hastanesi olması fark etmeksizin hasta, tıbbın tüm icaplarından faydalanma hakkına haiz olacaktır. Gerek teşhis açısından gerek tedavi açısından dikkat ve özenle hastanın bakımının yapılması esastır. Hastane teşkilatının iyi işlememesi, araç

¹¹² Onar ,s. 1697

¹¹³ Yayla, s.148

¹¹⁴ Karaege Özge, **Sağlık Hizmetlerinde İdârenin Kusurlu Sorumluluğu**, C.B.Ü. İİBF Dergisi, C.8, sy.2, 2001, s.110

¹¹⁵ Günday, s.747. Davacılar yakınının yaralı olarak getirildiği hastanede kaldığı uzun süre içerisinde yeterli tıbbî müdahalenin yapılmaması sonucu vefat etmesi nedeniyle uğranılan zararın idârece tazmin edilmesi gerekir, zira davacılar yakınının tedavisinde gerekli ve yeterli müdahalenin yapılmadığının bizzat bakanlık tarafından yaptırılan soruşturma ve bilirkişi incelemesi sonucunda tespit edildiği, dolayısıyla sağlık hizmetinin iyi işlemediği, idârenin hizmet kusurunun sabit olduğu gerekçesiyle idârenin ilgilinin zararını tazmin etmesi gerekir(D10D., E. 1997/4839, K. 1999/5475, K.T. 09.11.1999, Sinerji Mevzuat).

ve gereçlerin arızalı, bakımsız olması veya ilaçların zamanında temin edilmemiş olması, yeterince araştırma yapılmaksızın bir teşhiste karar kılınması veya eksik tedavi mazur görülebilir bir kusur değildir¹¹⁶. Bu anlamda kriter olarak çağdaş ve düzenli bir idârenin işleyiş sistemini baz almak gerekir, aksi durum idârenin gelişmesini değil durağanlaşmasına yol açacaktır.

Sağlık hizmetlerinden dolayı idârenin sorumluluğuna hükmedilebilmesi için bulunması gereken şartlar aşağıdaki şekilde sıralanabilir¹¹⁷.

1. Hukuka Aykırılık

Hukuka aykırılık, hukuk düzeni ile bağdaşmayan, hukuk düzenin koyduğu yasak ve emirleri çiğneyen insan fiilleri hakkında yürütülen bir değer yargısıdır. Başka bir anlatımla hukuka aykırılık, uyulması zorunlu bir hukuk normunun ihlalini ifade eder¹¹⁸.

Sağlık hizmetlerinden dolayı idârenin sorumluluğuna hükmedilebilmesi için bulunması gereken şartların ilkidir. İdârenin sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan bir sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, bir işlem veya eylem bulunmalıdır. Eğer tasarruf, özel hukuka ilişkin ise idârenin sorumluluğu özel hukuk kurallarına göre olacaktır, ancak tasarruf idâre hukuku kurallarına göre yapılmış ise çözüm kamu hukuku kurallarına göre olacaktır. Bir fiilin yapılması gerektiği durumlarda hareketsiz kalınması halinde de yine pasif de olsa bir fiil bulunmaktadır. Fiilin hukuka aykırı olması her zaman zorunlu değildir. İdârenin sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden doğan bir sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, sağlık personeline yerine getirilen tıbbî müdahalenin hukuka aykırı olması şarttır. Bu anlamda tıbbî müdahalenin en kısa biçiminde tanımını yapacak olursak, tıbbî müdahale, hekimin tedavi amacına yönelik olarak gerçekleştirmiş olduğu faaliyettir¹¹⁹. Geniş anlamda ise tıbbî müdahale, kişilerin bedeni, fiziki, psikolojik

¹¹⁶ Atabek, Reşat, “Hastanelerin Sorumluluğu”, İBD, sy. 10-11-12, c. 60, 1986, s. 636.

¹¹⁷ Bayındır Savaş, **Sağlık Hizmetlerinde İdârenin ve Hekimlerin Sorumluluğu**, GÜHFD, C. 11, S. 1-2, 2007, s. 562.

¹¹⁸ Kaplan, s. 175-176.

¹¹⁹ Ayan, s. 5

açından ortaya çıkan rahatsızlıklarını teşhis ederek bu çerçevede tedavi etmek; tedavinin mümkün olmadığı hallerde kişinin hastalığını hafifletmek veya kişilerin hastalıktan kaynaklanan acılarını dindirmek; kişiler hastalanmadan önce koruyucu tedbirler almak amacıyla müdahaleye yetkili sağlık personeli tarafından gerçekleştirilen her türlü müdahaleyi ifade etmektedir¹²⁰. Bir tıbbî müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için bazı şartların bulunması gerekir. Bunlar:

- a. Tıbbî müdahalenin sağlık personelinin yapılması,
- b. Aydınlatılma ve rıza
- c. Tıp biliminin verilerine göre gerekli ve bu verilere uygun olarak gerçekleştirilecek müdahale. Bu kapsamda endikasyon şartı da yer almaktadır¹²¹.

Buradaki hukuka aykırılıktan kasıt, hukukun emredici kurallarına aykırı davranma durumunu ifade etmektedir. Örneğin TCK 101'deki kısırlaştırma operasyonunun ilgilinin rızası olmaksızın veya yetkili olmayan kişilerce yapılması durumunda sorumluluğun söz konusu olacağı belirtilmiştir. Bir başka örnek müdahalenin tıbbî veriler kullanılmaksızın yapılması durumunda sağlık personelinin sorumluluğu söz konusu olacaktır. Bu konuda örnek olarak verilen bir kararında Danıştay, bir vatandaşın kendi vücudunda HIV/AIDS virüsü bulunup bulunmadığının tespiti noktasında sağlık kuruluşuna başvurması neticesinde, görevli sağlık memurunca yapılan testler, pozitif sonuç göstermiş; fakat ilgili sağlık personelinin bu testle ilgili olarak bir üst basamak olan doğrulama testi yapılmamıştır. Kendisinde test sonuçlarına göre AIDS bulunduğunu öğrenen hasta, kapıldığı üzüntü neticesinde intihar ederek hayatına son vermiş, ancak cesedi üzerinde yapılan incelemede söz konusu virüse rastlanılmamıştır. Burada Danıştay, idârenin idâri faaliyet ile zarar arasında illiyet bağı bulunmadığı savunmasını yeterli görmemiş ve idâre zararı ödemekle yükümlü tutulmuştur¹²². Yukarıdaki olayda

¹²⁰ Aydın, s. 57. Erdemir, Ayşegül, “**Hekim Sorumluluğunun Tıbbî Etikteki Yeri**”, Klinik Tıbbî Etik Dergisi, c. 2, 1994, s. 83.

¹²¹ Hakeri, s. 94. Aydın, Murat, **Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu**, Ankara 2008 s. 58.

¹²² D10D., E. 2005/8407, K. 2007/6526, K.T. 28.12.2007, DD., sy. 118, 2008, s. 328-330.

görüldüğü üzere burada hastanın aydınlatılma yükümlülüğü eksik yerine getirilmek suretiyle zarara sebebiyet verilmiştir.

2. Kusur

Sağlık hizmetinin yürütülmesinde idâreye ve kamu görevlisine atfedilebilir bir kusur bulunmalıdır. Yukarıda açıklandığı üzere hizmetin hiç işlememesi, geç işlemsi, kötü işlemesi kusur sayılmaktadır. Kusur şartı sadece kusur sorumluluğunda gereklidir, kusursuz sorumluluk hallerinde kusur bulunmasa da idârenin sorumluluğu bulunmaktadır¹²³. Kamu hastanelerinde gerçekleştirilen tıbbî müdahaleler ve diğer sağlık hizmetleri bakımından idâreye yüklenebilecek bir zararın bulunması mecburidir¹²⁴. Genel olarak idârenin sorumluluğunu gerektiren şartlar arasında sayılmayan kusur tıbbî hizmetler açısından bulunması gereken bir unsurdur. Zira istisnai durumlar hariç genel olarak medikal müdahalelerde idârenin “ağır hizmet kusuru” nun bulunmasının şart olduğunu söylemiştik. Modern anlamda kusur, “mevcut bir ödevin yerine getirilmesindeki eksiklik” olarak tanımlanmaktadır¹²⁵.

Ancak doktrindeki bazı yazarlar Danıştay’ın sağlık hizmetleri açısından “ağır hizmet kusuru” şartını aramasını eleştirmektedirler. Örneğin Akyılmaz: “İdârenin sorumluluğu bakımından sağlık kamu hizmetinin diğer kamu hizmetlerinden ayrı değerlendirilmesi ve idârenin sorumluluğu için ağır hizmet kusurunu araması doğru

¹²³ Bu konuda AYİM’in vermiş olduğu bir kararda, müteveffa erin yakınlarının ölüm olayının komplikasyon sonucunda meydana geldiği iddiasına yönelik olarak, bilirkişi raporunda müteveffaya uygulanan ameliyatta bir hata bulunup bulunmadığı hususunda Kalp-Damar Cerrahisi bölümünün görüşünün alınmasının uygun olacağı belirtildiğinden, Kalp Damar Cerrahisi bölümü ile konsülte edilerek müteveffaya uygulanan ameliyatta hata bulunup bulunmadığı hususunda ek bilirkişi raporu alınmasına karar verilmiş olup Hacettepe Üniversitesi’nden seçilen bilirkişinin vermiş olduğu raporda, müteveffaya uygulanan ameliyatın uygun şekilde yapıldığı, bir komplikasyon olmadığı, ameliyatın ve bu ameliyatlarda yapılması gereken tüm cerrahi ve tıbbî aşamalara ve kurallara uyularak yapıldığı ölümünü bu ameliyatın bir komplikasyonu ya da cerrahi hataya bağlı olarak meydana gelmediği kanaatine varıldığı belirlenmiştir. Bu nedenle idârenin hizmet kusuru oluşturabilecek bir davranışının bulunmadığı, ameliyatta uygulanan bir hata olmadığı, ölümün komplikasyon sonucunda meydana gelmediği anlaşıldığı için idâre tazminata mahkum edilemez (AYİM. 2. D., 29.9.2004, E. 2002/712, K. 2004/626, AYİMD, sy. 20, c. 2, s. 1142-1144).

¹²⁴ Bu konuda Danıştay’ın 27.04.1999 tarihinde verdiği bir kararda kusur araştırması yapılmaksızın verilen bir kararı hukuka aykırı bularak iptal etmiştir (D10D., E. 1997/4741, K. 1999/1950, Sinerji Mevzuat).

¹²⁵ Gözler, Kemal, **İdâre Hukuku Dersleri**, Bursa 2005, s. 639.

değildir. Kaldı ki Danıştay da örneklerini verdiğimiz kararlarında, sağlık kamu hizmetinin, hizmetin gerektirdiği yeterliliğe sahip personelle ve gerekli dikkat ve özen gösterilerek yapılmamasını; hasta ile ilgili yeterli gözlem yapılmamasını ağır hizmet kusuru olarak nitelendirerek aslında klasik hizmet kusuru tanımını kullanmıştır. Sorumluluğun belirlenmesinde hizmetler arasında ayırım yapmak, kusuru derecelendirmek, Anayasanın 125. maddesi hükmündeki sorumluluk prensibi ile bağdaşmayan bir durumdur”¹²⁶ demektedir.

3. Zarar

İdârenin sorumluluğunun bir şartı da zararın varlığıdır. Zarar, bir kimsenin mal varlığında ve şahıs varlığında rızası dışında meydana gelen eksilmedir. Zarar maddî olabileceği gibi manevî de olabilir. Maddî zararlar para ile ölçülebilen zararlardır. Bu zararlar belirlenebilir ve belgelenebilir olmalıdır. Bununla birlikte henüz doğmasa bile, ileride doğacağı muhakkak olan zararların da tazmini istenebilir. Bu anlamda mahrum kalınan kar ya da kazancın da tazmininin istenebilmesi gerekir. Tıbbî faaliyetler neticesinde sorumluluğun söz konusu olabilmesi için maddî veya manevî bir zararın doğmuş olması şarttır. Bununla birlikte mağdur olan kişi mevcut zararını değil, ileride doğması muhtemel olan zararlarının karşılanmasını da talep edebilecektir. Bu anlamda, “mahrum kalınan kar” da tazminat kapsamının içerisinde mütalaa edilecektir¹²⁷.

Danıştay’ın 19.10.1999 tarihinde vermiş olduğu kararında, yapılan bir ameliyat neticesinde hastanın vücudunda gazlı bez unutulmuş, bilirkişi raporunda gazlı bez unutulması zarara sebebiyet verecek bir davranış değildir şeklinde görüş bildirmiş, bu nedenle somut bir zarar olmadığı için hastanın tazminat talebi reddedilmiştir¹²⁸.

¹²⁶ Akyılmaz, Danıştay ve AYİM..., s. 1152. Benzer görüş, Bereket Taş, Zuhul, “Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesi Sonucu Ortaya Çıkan Zararlardan Dolayı İdârenin Sorumluluğu”, Danıştay ve İdari Yargı Günü 135. yıl, 9 Mayıs 2003, Ankara 2004, s. 73.

¹²⁷ Karaage, s. 119.

¹²⁸ D10D, E. 1997/3565, K. 1999/5224, 19.10.1999, Kazancı İçtihat Bankası.

İdârenin sağlık hizmetlerinden kaynaklanan zararlarının tazmin edilebilmesi için zararın bir takım şartlara haiz olması gerekir¹²⁹. Bunlar:

- Öncelikle zararın, gerçek ve kesin olması gerekmektedir. Ayrıca tazmin borcunun doğabilmesi için zararın mevcut olması şarttır. Nitekim bu konuda, Azrak: “Amme kudretinin istimali dolayısıyla ifa edilecek amme vazifesi ihlal edilmiş olmakla beraber bu ihlal keyfiyeti üçüncü şahıs durumunda olan fertleri bir zarara duçar kılmış olmalıdır”¹³⁰.

- Zararın özel olması, herkesi içine alan bir külfetten dolayı, idâreyi sorumlu tutabilmek mümkün değildir. Zira zarar bir kişiye mahsus olmalıdır.

- Zarar, meşru bir menfaate yönelik olmalıdır. Örneğin hatalı ameliyat sonucu sakatlanmadan kaynaklanan zarar, meşru bir zarardır. Ancak hiçbir hayati tehlikesi olmadığı halde, bebeğini aldıratan annenin bu müdahaleden kaynaklanan zararı, meşru bir müdahale değildir.

- Zarar, parayla takdir edilebilen bir zarar olmalıdır.

4. İlliyyet Bağı

Genel olarak idârenin meydana gelmiş olan bir zarardan dolayı sorumlu tutulabilmesi için idâri davranış ile zarar arasında bir nedensellik bağının bulunması şart koşulmuştur. Bunun tespitinin hâkimler tarafından yapılması çoğu zaman mümkün olmamakta, bu yüzden de genelde bilirkişilere başvurulmaktadır¹³¹. Sağlık çalışanlarının kusur durumu konusunda bilirkişilik yapan başlıca kuruluşlar, Yüksek Sağlık Şurası, Adlî Tıp Kurumu ve Tabip Odası’dır. Ancak genelde Yüksek Sağlık Şurası’nın ve Adlî tıp Kurumu’nun görüşlerine başvurulmaktadır¹³².

¹²⁹ Gözübüyük, s. 360.

¹³⁰ Azrak, A. Ülkü, **Alman İdâre Hukukunda Devletin Amme Hukuku Sahasındaki Faaliyetinden Doğan Mesuliyeti**, İÜHFM, c. 28, sy. 2, s. 378.

¹³¹ Günday, Metin, **İdâre Hukuku**, Ankara 2003, s. 348.

¹³² Polat, s. 294-295.

Danıştay'ın 13.11.1996 tarihinde vermiş olduğu bir kararında Iğdır ili Alıkamerli Sağlık Ocağı'nda hizmetli olarak çalışan bir hizmetli, 1.12.1993 tarihinde halkı aşırıya çağırarak için görevlendirilmiş, bu amaçla gittiği mevrada köpeklerin saldırması sonucunda sol elinin üç parmağını kaybetmiştir. Bu dava neticesinde idâre mahkemesi, köpeklerin saldırması eyleminin bir idâri eylem olmadığı gibi, görevlendirme ile zarar arasında illiyet bağı olmadığı gerekçesi ile idârenin tazmin sorumluluğunun olmadığı yönünde karar vermiş, Danıştay ise, idârenin hukuk düzeninde değişiklik doğuran iradesinin açıklanması dışında bir hareketi, tutumu, olayı ifade eden idâri eylem, yalnızca idârenin isteyerek yaptığı fiilleri değil, idârenin hareketsiz kalması sonucu oluşan maddî olayları ve hatta idâri faaliyetin yürütümü sırasında, idârenin iradesi dışında gerçekleşen olay nedeniyle zarara uğramıştır. Bu haliyle zarar ile idâri hizmetin yürütülmesi arasında neden sonuç ilişkisinin bulunduğu açıktır. Bu nedenle söz konusu zararın tazmini gerekmektedir şeklinde karar vermiştir¹³³.

İdârenin sorumluluğuna hükmedilebilmesi için fiil ile zarar arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Yani zarar, idârenin fiili sonucu ortaya çıkmış olmalıdır. İlk bakışta kolay görünen bu ilişki gerçekte uzmanlık ve yoğun çalışma gerektiren bir süreç sonucunda ortaya konabilmektedir. Bu da mahkemelerin bilirkişilere başvurmasını zorunlu kılmaktadır.

Bazı durumlarda ortaya çıkan zarara idârenin işlem ve eylemi dışında bir etken de karışmış olabilir. Bunlar, mücbir sebep, beklenmeyen haller, üçüncü kişilerin veya zarar görenin zarar doğmasına sebep olması halleridir. Bu durumlarda idârenin sorumluluğu kısmen ya da tamamen ortadan kalkar. Mücbir sebep, hem kusur hem de kusursuz sorumluluğu kapsar ve kısmen veya tamamen idârenin sorumluluğunu ortadan kaldırır. Beklenmeyen hal ise sadece kusur sorumluluğunu kısmen veya tamamen kaldırır, fakat beklenmeyen bir halde bile idârenin kusursuz sorumluluğuna hükmedilebilir¹³⁴. Zarar görenin veya üçüncü bir kişinin zararın doğmasına etkisi var ise müterafik kusur oluşur ve kusurlar oranında sorumluluk paylaştırılır. Zararın

¹³³ D10D., 13.11.1996, 6451/7499, Atay, s. 570.

¹³⁴ Gözler, Kemal, **İdâre Hukuku**, C. II, Bursa, 2003, s. 1227.

tamamı, zarar görenin veya üçüncü kişinin davranışı sonucu ortaya çıkmış ise idârenin sorumluluğu tümüyle ortadan kalkar.

Genel olarak sorumluluk için beş şart aranmaktadır. Bunlar hukuka aykırılık, kusur, zarar, illiyet bağı ve fiildir¹³⁵.

Sağlık hizmetleri risk barındıran hizmetlerden olduğundan, hangi eylemlerin hizmet kusuru olduğu, hangilerinin hizmet kusuru olmadığını belirlemek ve bu konuda bir takım kriterler getirmek oldukça zordur. İdari yargı mercileri de bu konuda kesin kriterler getirmemiş, somut olayın niteliğine göre hizmet kusurunun olduğuna ya da olmadığına karar vermiştir¹³⁶.

II. SAĞLIK HİZMETLERİNDEN DOĞAN SORUMLULUĞUN İDÂRE HUKUKU KAPSAMINDAKİ GÖRÜNÜM BİÇİMLERİ

Sorumluluk, en kısa anlamıyla kişinin bir işleminin, bir davranışının veya bir olayın sonuçlarına katlanması yükümlülüğüdür, bir başka ifade ile çeşidi ne olursa olsun normlara uyulmasını amaçlayan yaptırım güçleridir¹³⁷. Buradaki sonuçlar kişinin yükümlülükleri içerisinde mütalaa edilmelidir. Zira bu durum kimi zaman kişinin hukuki veya cezai sorumluluğunu anlatırken kimi zaman ise hükümetin siyasi anlamda yetersiz bulunarak düşürülmesi neticesini doğurmaktadır. Özetle hukuki anlamda sorumluluk, bir kişinin uğradığı bir zararın tazmininin bir başka kişiye yükletilmesine ilişkin bir zorunluluktur. Bir başka tanımlamaya göre ise iki mal varlığı arasında bozulan ekonomik dengenin tekrar kurulmasını amaçlayan ve bunun

¹³⁵ Özel hukuktaki haksız fiil sorumluluğu için ilk şart, zararın bir insan davranışı neticesinde meydana gelmiş olmasıdır(Kılıçoğlu, Ahmet, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2005, s. 194). Oysa idâre hukukunda sorumluluk için davranışın idâri bir karakter arz etmesi gerekmektedir. Davranış, idâre ile ilişkilendirilebilen bir davranış olmak zorundadır. Örneğin Danıştay, davacının kardeşinin doktorun yanlış müdahalesi neticesinde gerçekleşen ölümü neticesinde, her ne kadar hekimin Üniversitesi'nde öğretim üyesi olsa da, muayenesinin kendi özel muayenesinde gerçekleştiği gerekçesi ile, da davanın idâre ile ilişkilendirilebilir bir yanının olmaması yönünden, reddine karar vermiştir, ayrıca kişi hakkında soruşturma izninin reddi işlemi hukuka uygun görülmemiştir(DD., 24.1.1996, E. 2005/1255, K. 2006/95, DD., sy. 112, 2006, s. 18-19).

¹³⁶ Akyılmaz, Bahtiyar, **“Danıştay ve AYİM kararlarında Hizmet Kusuru Sayılan Haller”**, Bilge Öztan’a Armağan, Ankara 2008, s. 1151.

¹³⁷ İnan, Atilla, **“Kamu Görevlilerinin Hukuka Aykırı Davranışlarından Devlet ve Diğer Tüzel Kişilerinin Kusursuz Sorumluluğu”**, DD, Y. 11, sy. 42-43, s. 4.

yaptırım gücünü içine alan hukuki bir kurumdur¹³⁸. Sorumluluk kavramının temelinde yatan düşünce “herkes neden olduğu zararları gidermek zorundadır” prensibine dayanmaktadır ve medeni hukuka göre idâre hukuku anlamında daha geniş bir alanı kapsamaktadır¹³⁹.

Hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak ortaya çıkan devletin denetimi olgusu beraberinde idârenin sorumluluğunu da getirmiştir. Hukuk devleti ilkesinin gereği olan idârenin sorumluluğu; birey için bir hukuki koruma alanı olarak varlık göstermesi nedeniyle aynı zamanda hukuk devleti ilkesinin de ayrılmaz bir parçasıdır¹⁴⁰.

İdârenin sorumluluğu kavramı ise tarihsel seyir içerisinde bireyin sorumluluğundan daha sonra ortaya çıkmış bulunmaktadır. İdâre, toplumsal hayatın yirmi dört saat içerisinde yer alan bir mekanizma olmasından dolayı bireylere zarar vermesi kaçınılmaz bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır. Örneğin idâri kolluk bireylerin genel güvenliği ve asayişini korumaya yönelik olarak yerine getirilen bir faaliyettir. Bu anlamda örneğin, mülki idâre birimlerinin bulaşıcı hastalıkların yayılmasının engellenmesi idârenin sorumluluğu söz konusu olacaktır. idârenin söz konusu durumlarda meydana gelen sorumluluğu borçlar hukuku anlamında bir sorumluluk olmayıp kendine özgü bir sorumluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira devlet-birey arasındaki ilişkinin özelliği ve bireyin devlet karşısındaki zayıf durumu, özel hukuk kurallarının idâri sorumluluk alanına uygulanmasını imkânsız hale getirmektedir¹⁴¹. Burada çoğu zaman idârenin mi yoksa kamu görevlilerinin mi sorumlu olacağı durumu esas tartışma konusudur. idârenin sorumluluğundan bahsedilince idâri cihaz içerisindeki kamu otoritelerinin yerine getirmek durumunda oldukları etkinlik ve işlemleri sonucu ortaya çıkan zararların sonuçlarını tazmin etme yükümlülüğü anlamındaki “medeni sorumlulukları” anlaşılır. İdârenin hukuki

¹³⁸ Atay, Ethem, Odabaşı, Hasan/Gökcan, Hasan Tahsin, **Teori ve Yargı Kararları Işığında İdârenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları**, Ankara 2003, s. 30.

¹³⁹ Anayurt, Ömer, “**Türk Hukukunda İdârenin Kusura Dayalı Sorumluluğu**”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, GÜSBE, Ankara 1989. Özgüldür, Serdar, “**İdârenin Hukuki sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları**”, *Günışığında Yönetim*, s. 811.

¹⁴⁰ Taş Bereket, Zuhale, “**İdârenin Hukuki Sorumluluğunun Sağlanması Aracı Olarak Tam Yargı Davaları**”, *İdari Yargı Sempozyumu*, 11-12 Nisan 2003, Mersin, s. 308.

¹⁴¹ Taş, 307.

sorumluluğu, kamu hizmetlerinden doğan zararların karşılanıp giderilmesini amaçlayan hukuki bir kurumdur.

A.Y.’nın 125., 40. ve 129. maddelerde idârenin sorumluluğu halleri düzenlenmiştir. Anayasanın 125. maddesinin son fıkrasında “idâre, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.” denilmiştir. Bu madde Cumhuriyetin niteliklerini belirten A.Y.’nın 2. maddesinde öngörülen devletin sosyal bir hukuk devleti olması özelliğinin bir sonucudur. A.Y.’nın 125. maddesinde idârenin sorumluluğundan bahsedilmiş, ancak bu sorumluluğun sebebinin hizmet kusuru mu yoksa kusursuz sorumluluk mu olduğu belirtilmemiştir. Bu nedenden dolayı A.Y.’nın 125. maddesi genel bir düzenleme maddesidir. Her iki sorumluluk türünün dayanağını söz konusu madde oluşturmaktadır. A.Y.’nın 129/5. maddesi hükmü ise, “memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurdan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idâre aleyhine açılabilir” denmektedir. Bu anlamda idârenin kamu görevlisinin kişisel kusurundan dolayı sorumlu olabilmesi için kamu görevlisinin verdiği zarar, görevi ile ilgili olmalı ve yetkisini kullanmasından doğmalıdır. Başka bir deyişle, kamu görevlisinin kişisel kusurunun görevine yabancı olmaması, ya da suç düzeyine ulaşmamış olması gerekir”.

Alman Anayasasının(GG) 34. maddesi ve Alman Medeni Kanununun(BGB) 839. maddesine göre ise kamu görevlilerinin kusurlu davranışlarından dolayı, idârenin sorumlu olduğu kuralı kabul edilmiştir. Fakat 839-a ya göre kamu personelinin kastının veya ağır kusurunun bulunması durumunda, kendisi kişisel olarak sorumlu olacak, idâre herhangi bir şekilde sorumlu tutulamayacaktır¹⁴². Nitekim Alman Yargıtay’ının vermiş olduğu bir kararda acil müdahaleyi gerektiren

¹⁴² Ahrens, Hans Jürgens, **Deliktische Haftung für Justizunrecht – Privilegien im gerichtlichen Verfahren, Medizin und Haftung**Festschrift für Erwin Deutsch zum 80. Geburtstag, Heidelberg, 2009, s. 701.

bir durumda hekimin hatalı müdahale yapması halinde idârenin sorumlu tutulacağı hükme bağlanmıştır¹⁴³.

A. KUSUR SORUMLULUĞU AÇISINDAN

Sağlık hizmetlerinde kusur, hizmetin kuruluşunda, düzenlenmesindeki, teşkilatlanmasında, bünyesindeki personeline yahut işleyişinde aksaklık, aykırılık, bozukluk, eksiklik veya sakatlık taşıması olarak tanımlanabilir. Buna göre, sağlık hizmetinde kusur, sağlık personelinin tutum ve davranışlarına mal edilemeyen, onlara yönlendirilemeyen ve tamamen idâre hukuku esaslarına göre bazı özellikler taşıyan objektif bir kusur halidir¹⁴⁴.

Devletin sağlık hizmeti sunma ödevi, A.Y.’nın 56. maddesinden kaynaklanmaktadır. Söz konusu sağlık hizmetini ifa etme görevi, esasen Sağlık Bakanlığı’na verilmiştir. Sağlık Bakanlığı, sağlık kamu hizmetinin planlanması, kurulması ve koordine edilmesinden sorumlu olan bir idâredir.

181 sayılı Sağlık Bakanlığı’nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında KHK’ya göre bakanlık, herkesin beden, ruhen ve sosyal bakımdan tam bir iyilik hali içinde sürdürmesini sağlamak amacıyla ülkeyi kapsayan plan ve programlar yapmak, gerekli teşkilatı kurmak ve kurdurmak, kurulacak teşkilatın amacına uygun işletilmesini temin etmek durumundadır. Aynı şekilde 3359 sayılı Kanunun 3. Maddesi de Sağlık Bakanlığı’na bu görevi vermiştir.

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 idâre açısından hizmet kusuru olarak kabul edilmektedir¹⁴⁵.

¹⁴³ BGH, Urt. v. 16. 9. 2004 – III ZR 346/03 (OLG München). Benzer bir karar için bkz. BGH, Urt. v. 9.1.2003- III ZR 217/01(OLG Nürnberg); BGH, Urt. v. 31.1.2008, III ZR 186/06(OLG Celle).

¹⁴⁴ Kızılyel, Serkan, “İdârenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu”, Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007 Ankara, s. 206.

¹⁴⁵ Kızılyel, s. 207.

Sağlık hizmetine ihtiyaç duyulan coğrafi alanda bu ihtiyacı giderecek teşkilatın kurulması gerekmektedir. Hangi yerleşim birimine, nasıl bir sağlık hizmeti sunulacağı bu görevi üstlenen idârenin plan ve programı dâhilinde olacağı için bunu önceden tespit etmek mümkün değildir. Sağlık hizmetini yaygınlaştırılmasındaki ölçüt, sağlık hizmetlerinin **acil müdahaleye el verecek şekilde** yaygınlaştırılmasının sağlanmasıdır. Burada Danıştay, sağlık hizmetlerinin kurulmamış olmasını hizmet kusuru olarak değerlendirmemekte, bunu Anayasanın 65. maddesi çerçevesindeki, devletin yükümlü olduğu kamu hizmetlerini mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir şeklinde düşünmektedir¹⁴⁶. Bunun temel gerekçesi ise ülkemizin diğer ülkelere nazaran sağlığa daha az bir bütçe ayırması ve bu nedenle sağlık hizmetinin sunumunda çağdaşlığı yakalayamamış olmamızdır¹⁴⁷.

1. Sağlık Hizmetlerinin Geç İşlemesi

Sağlık hizmetlerinin geç işlemesi durumu, hizmetin tam ve muntazam bir şekilde yerine getirilmesine rağmen zamanında harekete geçilmemesi olarak ifade edilmektedir. Hizmetin geç ya da yavaş işlemesi konusunda bir kural koyma imkânı yoktur. Burada hizmetin niteliği, idârenin sahip olduğu imkân ve araçları, somut olayın özellikleri göz önünde tutulacaktır ve idârenin gereken çabukluğu gösterip göstermediği ortaya konacaktır¹⁴⁸. Özellikle sağlık hizmetleri açısından hizmetin zamanında yerine getiriliyor olması büyük önem arz etmektedir. Burada somut olayın şartlarına göre, bilirkişilerce yapılacak olan tespite göre sağlık hizmetinin yerine getirilip getirilmediği belirlenecektir. Nitekim idâre özellikle, acil tıbbî müdahaleyi gerektiren durumlarda gerekli olan her türlü tedbiri almakla yükümlüdür.

Sağlık hizmetlerinin geç sunumundan söz edebilmek için, olayın oluş biçimi, ilgili sağlık kuruluşunun araç-gereç ve personel durumu, somut olayla ilgili olarak tıp biliminin verileri dikkate alındığında, hizmetin sunumunda normal olmayan ve olaya göre makul sayılamayan bir sürenin sonunda müdahale yapılmış ise hizmetin geç

¹⁴⁶ Kızılyel, s. 208.

¹⁴⁷ Kızılyel, Sağlık..., s. 147.

¹⁴⁸ Odyakmaz, s. 220

işlemiş olduğundan bahsedilecektir¹⁴⁹. İdârenin vermekle yükümlü olduğu kamu hizmeti için, mevzuatta bir süre belirlenmiş ise, bu süreyi aşacak şekilde kamu hizmeti vermek hizmet kusuru sayılır. Ancak hizmetin sunum süresi mevzuatta açıkça belirtilmemiş ise, hizmetin ne kadar bir süre içinde yerine getirileceği ile ilgili olarak idâre, somut olayın şartlarına göre karar verecektir¹⁵⁰. Bir kişi veya aile için sağlık hizmetlerinin geç işlemesine şöyle bir örnek verilebilir: ameliyat geçiren bir hastaya, ameliyat sonrası bir dönem içerisinde gelişen bir komplikasyon neticesinde hastanın hastaneye yatırılmaksızın, ayakta tedavi uygulanması, geç uygulanan müdahaleden dolayı hastanın ayağını kaybetmesi¹⁵¹; hastanede bulundurulması gereken bir ilacın bulundurulmaması ve ilgili ilaçlara idârenin kusurundan dolayı zamanında ulaşılamaması neticesinde, hastanın hayatını kaybetmesi; trafik kazalarına, ilk müdahalede, sağlık ekibinin hiçbir engelleyici durum olmamasına rağmen olay yerine ve yaralılara ulaşmakta gecikmesi ve geç müdahale etmesi; merkeze sevkı zorunlu olan bir hastanın geç sevk edilmesi sonucunda hastanın ölmesi; bir kişi veya aile için arka arkaya sağlık hizmetlerinin geç işlemesine Danıştay kararından yola çıkılarak şu örnek verilebilir: Doğum sancıları başlayan kadının Kandıra Devlet Hastanesi'ne kaldırılması, ancak bu sırada görev yerinde olmayıp sinemada olan doktorun çağırılmasına rağmen sinemadan geç gelmesi, bu sırada da doğum olur zannıyla hastanın uzun süre bekletilmesi, daha sonra İzmit Devlet Hastanesi'ne sevk edilmesi ancak bu sefer de ambulansın arızalanması neticesinde geri dönülmesi, başka bir vasıta ile hastaneye gelindiğinde cerrahi müdahaleye gerek duyulmuş ancak hastanede serum bulunmaması nedeniyle hastanın eşine serum bulması söylenmiş, fakat ilgilinin gece olması sebebiyle serum bulamaması sonucunda hasta vefat etmiştir. Burada Danıştay, idârenin kusurlu olduğuna hükmederek tazminata karar vermiştir. Çünkü idâre sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesi için gerekli her türlü örgütü kurmak ve bu örgütün her türlü ayni,

¹⁴⁹ Birtek, s. 6-7.

¹⁵⁰ Kızılyel, Serkan, “Sağlık Hizmeti Yönünden Hizmet Kusuru Kavramını Yeniden Düşünmek”, Terazi Hukuk Dergisi, sy. 24, Ağustos 2008, s. 143.

¹⁵¹ D10D., K.T. 09.12.1992, E. 1992/184, K. 1992/4321, DD, y. 13, sy. 87, s. 544-545.

şahsi ve mali olanaklarıyla desteklemek zorundadır. Bunların zamanında yerine getirilmemesi idârenin sorumluluğunu doğurmaktadır¹⁵².

Davacının Devlet Hastanesinde yapılan ameliyat sonrasında bacağına şişmesi ve morarması üzerine hemşire tarafından nöbetçi doktora haber verilmiş; fakat nöbetçi doktorun durumu ameliyatı yapan doktora bildirmesini söylemesi üzerine hafta sonu boyunca hastaya hemşire tarafından normal tedavi uygulanmıştır. İki gün sonra ameliyatı yapan doktor tarafından durum fark edilince derhal müdahale edilmiştir; ancak başarı elde edilememiştir. Hasta sevk edildiği Hacettepe Hastanesinde yapılan ameliyat sonucu bacağına kaybetmiştir. Bu durumda ortaya çıkan komplikasyona zamanında müdahale edilmemesi, ameliyat sonrası bakımın aksamaması, gerekli tedavinin yapılmaması gibi sebeplerle Danıştay tarafından idârenin hizmet kusuru olduğu sonucuna varılmıştır¹⁵³. Söz konusu olan bu durum yukarıda sayılan “özen eksikliği” durumunun tipik bir örneğidir.

AYİM’in bu duruma örnek teşkil eden bir kararında da belirtildiği üzere: “davacıların yakınının, böbrek ile ilgili rahatsızlığının geç teşhis edilmesi nedeniyle böbrek yetmezliğine girip kurtarılamayarak vefat ettiği Hacettepe Üniversitesi’nin düzenlediği tıbbî bilirkişi raporuna göre davacıya başlangıçta uygun tanı konulduğu ve uygun tedavi yapıldığı, hastada ön planda “weger Granülamatozu(damar iltihabı)¹⁵⁴” tanısının olmadığı, ancak Eylül 2005 tarihinden itibaren böbreklerinde bozulmanın başladığına dair belirtilerin ortaya çıktığı ancak bunun anlaşılamadığı belirtildiğinden davacıda oluşan böbrek ile ilgili rahatsızlığın tedavide geç teşhis edildiği sonucu idârenin kusurundan kaynaklandığı anlaşılmaktadır”¹⁵⁵. Bu husus da sağlık personelinin teşhis hatasından dolayı idârenin sorumlu olmasını gerektiren bir olgu olarak karşımıza çıkmaktadır.

¹⁵² D12D., K.T. 18.11.1968, E. 1967/2767, K. 1968/2118, DD, c. II, Ankara 1976.(aktaran Karaeğ, s. 113)

¹⁵³ D. 10.D. K. E.1992/184, K.1992/4321, D.D. S.87.

¹⁵⁴ <http://www.genetikbilimi.com/gen/wegener.htm>, 15.12.2009.

¹⁵⁵ AYİM. 2. D., 16.10.2002, E. 2002/722, K. 2002/815, AYİMD., sy. 18, c. 2, s. 867-872.

2. Sağlık Hizmetlerinin Kötü İşlemesi

Hizmet kusurunun en yaygın ve en eski görünüm biçimidir¹⁵⁶. Hizmetin kötü işlemesi, hizmetin beklenen özen, dikkat ve kalitede yapılmamasıdır, yani hizmetin gereği gibi yürütülmemesidir¹⁵⁷. Sağlık hizmetlerinin yürütülmesi sırasında bunlardan yararlananlar bir zarara uğramışlarsa ve kişilerin sağlık ihtiyaçları normal bir şekilde karşılanamıyorsa, bu hizmetlerin kötü işlediğinden söz edilir.

Sağlık hizmetlerinin yürütülmesi sırasında, bunlardan yararlananlar, bir zarara uğramışlarsa ve kişilerin sağlık ihtiyaçları normal bir şekilde karşılanamıyorsa bu hizmetlerin kötü işlemesinden söz edilir. Örnek vermek gerekirse, davacının sol kalçasının ameliyat edilmesi gerekirken, sağ kalçasının ameliyat edilmesi sonucu sakatlığının artmasına, ağrı ve şikâyetlerinin artmasına ve bakıma muhtaç hale gelmesine neden olunmasından dolayı idâre kusurlu olup zararının tazmini gerekir¹⁵⁸. Davacıların yakınlarını yaralı olarak getirdikleri hastanede kaldığı uzun süre içerisinde yeterli tıbbî müdahalenin yapılmaması sonucu vefat etmesi nedeniyle uğranılan zararın idârece tazmin edilmesi gerekir, zira davacılar yakınının tedavisinde gerekli ve yeterli müdahalenin yapılmadığının bizzat bakanlık tarafından yaptırılan soruşturma ve bilirkişi incelemesi sonucunda tespit edildiği, dolayısıyla sağlık hizmetinin iyi işlemediği, idârenin hizmet kusurunun sabit olduğu gerekçesiyle idârenin ilgilinin zararını tazmin etmesi gerekir¹⁵⁹. Tüberküloz tedavisi gören bir hastaya, yanlış bir enjeksiyon yapılması suretiyle şok meydana gelmesi ve etkin müdahale edilmemesinden dolayı hastanın kurtarılamaması sağlık hizmetinin kötü işlemesinin bir göstergesidir¹⁶⁰.

¹⁵⁶ Yenice, Kazım/Esin Yüksel, **Açıklamalı-İçtihatlı İdari Yargılama Usulü**, Ankara, 1983, s. 88.

¹⁵⁷ Odyakmaz, **Sağlık...**, s. 214

¹⁵⁸ D.10.D., K.T. 10.11.1996, E. 1995/934, K. 1996/5931, DD, sy. 92, s. 523.

¹⁵⁹ D.10.D., E. 1997/4839, K. 1999/5475, K.T. 09.11.1999, Sinerji Mevzuat.

¹⁶⁰ D.10.D., E. 1993/363, K. 1994/2502, DD, sy. 90, s. 1088-1089. Bu konudaki bir diğer örnek kararında ise Danıştay: “Davacılar yakınından doğum sonrası alınan kan örneğinin, ilgili sağlık birimine ulaştırılması ve tahlili aşamalarında kamu hizmetinin kötü işlemesi nedeniyle uğranılan zararın tazmin edilmesi gerekir”(D.10.D., K.T. 20.10.2006, E. 2003/3146, K. 2006/5850, DD., sy. 114, 2007, s. 296-297).

Bu konudaki bir başka örnek karar ise, sol parmağındaki siğilin alınması için hastaneye müracaat eden hastaya yanlış iğne enjekte edilmesi sonucunda, hastanın sol elinin kangren olması sonucunda kesilmesi operasyonunda idârenin sorumluluğuna hükmedilmiştir¹⁶¹.

Aynı şekilde, dâhiliye servisinde eksilen doktor kadrosunun doldurulmaması üzerine, eksik doktor bulunması nedeniyle, hamile olan bir hastaya müdahale edilmemesi neticesinde hastanın ölmesi ve ölen hastaya ilgili hastane tarafından otopsi yapılmaması idârenin kusurlu bulunmasına yol açan bir neden olarak kabul edilmektedir¹⁶².

AYİM'in, 17.2.1999 tarihinde vermiş olduğu bir kararında, Askerlik hizmeti sırasında nefes darlığı ve koşuda zorlanma gibi yakınmalarla birçok kez viziteye çıkan müteveffa erin, son olarak olay günü sabah başvurduğu birlik tabiplerince yapılan muayenesinden kısa bir süre sonra sabah sporunda koşu sırasında fenalaşıp ölmesinde, Yüksek Sağlık Şurası kararında da belirtildiği üzere müteveffanın şikâyetlerinin kalp yetmezliğine bağlı olabileceğini her tıp fakültesi mezununun düşünmesi ve tam teşekküllü bir hastaneye sevkle ileri tetkikleri yaptırması gerekirken aksine davranış göstermeleri nedeniyle birlik tabiplerinin görevlerini ihmal ettiklerinin anlaşılması nedeniyle, askerî sağlık hizmetinin iyi işlememesinin yol açtığı bir hizmet kusurunun varlığı saptanmıştır, bu nedenle ilgilinin zararının tazmin edilmesi gerekir şeklinde karar vermiştir¹⁶³. Esasında burada sağlık hizmetlerinin hiç işlememesi durumu söz konusudur. Ancak AYİM, sağlık hizmetlerinin iyi işlememesi olarak isimlendirdiği için burada zikredilmiştir.

¹⁶¹ D10D., E. 1996/2121, K. 1997/5476, K.T. 8.12.1997, DD., sy. 96, c. 28, s. 611-612.

¹⁶² İdâre Mahkemesi kararı, akt. Özkan, Hasan/Akyıldız, Sunay, s. 355.

¹⁶³ AYİM 2.D., 17.2.1999, E. 1998/23, K. 1999/88, AYİMD., sy. 14, s. 941-944. Bu konudaki benzer bir başka karar ise şu şekildedir: "Doğuştan ileri gelen rahatsızlığı sebebiyle askerliğe elverişsiz durumda olan davacının, bu durumunun askere sevkı sırasında muayenehanesinde belirlenmesi gerekirken askere sevk edilmesi, temel eğitiminde rahatsızlığını beyan ederek bir çok kez viziteye çıkmasına rağmen gereği gibi muayene edilememesi sonucu askerliğe elverişsizlik halinin 1 yıl sonra saptanması karşısında davacının bu nedenle uğradığı zararın, askerî sağlık hizmetinin iyi işlememesinden kaynaklanan hizmet kusuru olduğu belirtilmiştir (AYİM 2. D., 21.4.1999, E. 1998/119, K. 1999/265, AYİMD, sy. 14, s. 944- 945).

AYİM'in bir başka kararına göre ise, davacı olan bir subayın burun deviasyon ameliyatında burnuna konulan tamponun vazelinli olması gerekirken, formaldehitli olması neticesinde oluşan komplikasyon sonucu pilotaja elverişsiz hale geldiği ve bu durumda davalı idârenin sunduğu tıbbî hizmet iyi işlememiş olup, idârenin hizmet kusuru bulunmaktadır¹⁶⁴.

“...Davamızda zarar, davacının askerlik hizmetini yaptığı sırada sağ omzundaki rahatsızlığı nedeniyle âskerî hastanede ameliyata alınması, âskerî hastanenin ameliyathanesinde bulunan oksijen tüpünün içinde oksijen gazı yerine azot proksit gazı bulunması ve anestezi teknisyeninin gazı kontrol etmeden hastaya vermesinden kaynaklanmıştır. Davalı idârenin oksijen tüplerini alırken ve ameliyatlarda kullanmadan önce gerekli kontrolleri yeterince yapmaması, anestezi yetkililerini yeterince yetiştirmemesi nedeniyle kusuru bulunmaktadır”¹⁶⁵.

AYİM bir başka kararında ise: “Adlî Tıp raporuyla hatalı ameliyat yaptıkları anlaşılan âskerî tabiplerin ihmali hareketleri sonucu beden bütünlüğünün bozulduğu anlaşılan davacının bu nedenle uğradığı zararın, hizmet kusuru gereğince tazmin edilmesi gerekir” şeklinde karar vermiştir¹⁶⁶.

Bu konuda Danıştay'ın şöyle bir kararı bulunmaktadır: Buna göre daha önce belli oranda işitme kaybı olan bir hastanın yine kulak ağrısı şikâyetiyle hastaneye başvurması üzerine Castellani solüsyonu denilen bir ilaç kullanılmış, fakat ilacın yan tesirleri konusunda hasta yeterli ölçüde bilgilendirilmemiş ve ilacın yan tesiri sonucunda işitme kaybı eskisinden daha üst seviyeye ulaştığı için idâre nin ağır hizmet kusurunun bulunduğu açıktır¹⁶⁷.

¹⁶⁴ AYİM. 2.D., 23.1.2002, E. 1999/356, K. 2002/134, AYİMD., sy. 17, c. 2, s. 1187- 1190.

¹⁶⁵ AYİM. 2. D., 7.3.2002, E. 2001/104, K. 2002/7, AYİMD., sy. 17, s. 1166. “Halsizlik, boğazda ağrı şikâyetleri ile acil kaydıyla viziteye çıkan, nöbetçi doktor tarafından muayene edilmeksizin birliğine geri gönderilen ve aynı gün akşamı akciğer enfeksiyonu sebebiyle yatağında ölen erin yakınlarının uğradıkları zararın hizmet kusuru nedeniyle tazmini gerekir(AYİM. 2. D., 15.1.2003, E. 2002/583, K. 2003/38, AYİMD., sy. 18, c. 2, s. 863- 867.

¹⁶⁶ AYİM. 2. D., 18.10.2000, E. 1996/100, K. 2000/635, AYİMD., sy. 15, s. 989- 992.

¹⁶⁷ DİDDK., 07.03.2003, E. 2002/716, K. 2003/91, DKD., sy. 2, 2003, s. 122-129.

Genel olarak uygulamada karşılaşılan bazı eksiklikler sağlık kamu hizmetlerinin kötü işlemesine örnek olarak gösterilebilir. Örneğin Uzmanlık Yetkisinin aşılması, bilgilendirme eksikliği ve rıza sınırının aşılması, teşhis(tanı) hatası, tedavi hatası, özen eksikliği, sır saklama yükümlülüğüne uyulmaması gibi¹⁶⁸.

3. Sağlık Hizmetlerinin Hiç İşlememesi

İdârenin yerine getirmek zorunda olduğu kamu hizmetlerini hiçbir şekilde yerine getirmemesi, hareketsiz kalması durumudur. Hizmetin hiç işlemediğinden söz edilebilmesi için, öncelikle idârenin, bu hizmetin yürütülmesiyle yükümlü kılınmış olması gerekmektedir. İdâreye, hukuk kuralları ile birtakım hizmetlerin yerine getirilmesi konusunda bir zorunluluk getirilmişse, bu durumda idârenin o hizmeti yerine getirmeme serbestîsi yoktur¹⁶⁹. İdârenin sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesi açısından herhangi bir serbestisi bulunmamaktadır. Bu anlamda A.Y. 65'teki “ sosyal görevlerin mali hizmetler nispetinde yerine getirileceği” prensibi sağlık hizmetleri açısından uygulama alanı bulmaz. Örneğin kalp rahatsızlığı geçiren hastanın içeri dahi alınmaksızın kapıdan geri çevrilmesi, hastanın bir başa devlet hastanesine müracaat etmesi ancak buradan da reddedilmesi, hastanın daha sonra bir özel hastaneye müracaat etmesi ve özel hastanede muayenesinin yapıp, yoğun bakıma alındıktan kısa bir süre sonra ölmesi sonucunda ilgili devlet hastaneleri, ağır hizmet kusurundan ve hizmetin hiç işlememesinden dolayı sorumludurlar¹⁷⁰. Her ne kadar daha önce Danıştay'ın burada ülkenin koşulları çerçevesinde esnek yorum yaptığını belirtmiş olsak da, idarenin her zaman mali kaynaklarının yetersizliği mazeretine sığınarak yükümlülüklerinden kaçınması mümkün değildir. zira burada baz alınacak yönetim, çağdaş standartları olan bir yönetim olacaktır.

Bir başka örnek aydınlatılmış onam olmaksızın hastaya müdahale edilmesi sağlık hizmetlerinin hiç işlememesi olarak değerlendirilebilir. Burada aydınlatılmış onam veya bilgilendirilmiş rızayı tanımlamamız gerekirse, riskleri, faydaları ile

¹⁶⁸ Odyakmaz, Zehra, “Sağlık Hizmetlerinde İdârenin Kurumsal Sorumluluğu Açısından Avukatın Gözönünde Bulundurması Gereken Hususlar”, Tıbbî Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, 16-17 Ocak 2009, Mersin, s. 213-214. Kızılyel, s. 229-230.

¹⁶⁹ Odyakmaz, 2009, s.221

¹⁷⁰ Çolak s. 48.

alternatifleri ve onların da risk ve yararlarını kapsayan tedavi uygulamasının, hekim tarafından yeterli düzeyde ve uygun şekilde, hiçbir tereddüde yer bırakmayacak şekilde açıklanmasından sonra, tıbbî tedavinin, uygulamanın hasta tarafından gönüllülükle kabulü olarak tanımlanabilir¹⁷¹. Bu anlamda aydınlatılmış onam yararlılık, zarar vermeme ve özerkliğe saygı gibi diğer tıbbî etik ilkelerinin uygulanması açısından omurga niteliğinde olan bir kavramdır.

Ayrıca Danıştay'ın eski bir kararına göre zehirli böceklerin bol olduğu bir yerde, böcek sokması nedeniyle zehirlenme olaylarının sık olacağı düşünülerek, tedavi için gerekli ilaç, avadanlık ve personelin her an hastanede hazır bulundurulması gerekirken, bu ödevin yapılmaması idârenin ağır hizmet kusuru teşkil eder¹⁷².

B. SAĞLIK HİZMETLERİNDEN DOLAYI İDÂRENİN KUSURSUZ SORUMLULUĞU

Tıbbî hatalardan dolayı idârenin sorumluluğunun esasen kusur sorumluluğu olduğu kabul edilmekle beraber doktrinde, sağlık hizmetlerinde kusursuz sorumluluk ilkelerinin uygulanabileceği belirtilmiştir¹⁷³. Buna göre “Sağlık hizmetleri alanında, idârenin kusursuz sorumluluğu ilkesi, belli durumlarda ve konularda derhal uygulamaya sokulması gerekiyor. Belli bir takım doğal meslekî riskler taşıdığından, idâreyi sorumlu tutmak için ağır kusurun arandığı faaliyetlerde, sorumluluğun kusursuz sorumluluk kuramına, özellikle de risk/sosyal risk ilkesine kaydırılması artık kaçınılmaz bir durum arz etmektedir. İdârenin mümkün olan önlemleri almış tıbbin ve hekimliğin gereklerinin yerine getirilmiş olmasına rağmen, örneğin nükleer tıp uygulamaları, akıl hastalarının bakımı, muhafazası gibi özünde risk taşıyan faaliyetlerinde, illiyet bağı kurulabilen zararların tazmininde, ağır kusur aramak yerine kusursuz sorumluluk uygulanmalıdır. Böylece idârenin faaliyetler alanında da,

¹⁷¹ Hakeri, s. 103.

¹⁷² D12D., 24.10.1966, E. 1965/21, K. 1966/2928(Esin, Yüksel, **Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları**, Ankara 1973, s. 80). Duran, Lütfi, **Türkiye İdâresinin Sorumluluğu**, Ankara 1974, s. 33.

¹⁷³ Yasin, Melikşah, “**Tıbbî Hatalardan İdârenin Sorumluluğu**”, Sağlık Hukuku Sempozyumu, 17.11.2006, s. 249.

alelade kusur ve kusur sorumluluğu yanında, kendisi ve ajanı hekimin yaptıkları hakkında “herhangi bir kıymet hükmü verilmeden” salt illiyet bağı ile çözümlenen kusursuz sorumluluğu şeklindeki üçlü sorumluluk düzeni, içtihadın koyacağı esaslar ve yapacağı ayrımlar ve çizeceği sınırlar içinde geliştirilip işletilmelidir¹⁷⁴”.

Bu görüş Yasin tarafından eleştirilmektedir. Eleştiri gerekçesinde ise, idârenin kusursuz sorumluluğunun doğabilmesi için, idârenin bir davranışının bulunması, zararın ve illiyet bağının sorumluluğun doğabilmesi için yeterli olduğu, kusursuz sorumlulukta idârenin tazmin yükümlülüğünün bulunmasındaki temel ilkelerin risk, kamu külfetleri karşısında eşitlik, hakkaniyet, sosyal risk gibi nedenlerden dolayı zararların karşılanması nedenleriyle karşı çıkılmaktadır. Nitekim idâri yargı tıbbî uygulamalardan doğan zararlarda, idâri yargı yerleri basit kusuru yeterli saymaktadır. Bu nedenle idâreye atfedilebilecek basit bir kusur bireylerin uğradıkları zararların tazmini için yeterlidir. Basit kusur, idârenin sorumluluğu alanını genişletmektedir¹⁷⁵.

İkinci bir neden ise, tıbbî uygulamalar toplumun tamamına değil, bu hizmetten yararlanmak isteyen vatandaşlara yönelik sağlık hizmetleridir. Başka bir anlatımla birey, idâre tarafından sunulan hizmetin muhatabı konumundadır. Bundan dolayı faaliyetten doğan yararlardan ve risklerden kendisi sorumlu olmaktadır.

Üçüncü bir gerekçe ise, kusursuz sorumluluk için bir faaliyetin tehlikeli olması yetmez, söz konusu faaliyet tüm toplumun yararına uygun bir biçimde yerine getiriliyor olmalıdır. Oysaki tıbbî uygulamalarda söz konusu faaliyet, topluma değil, bireylere yönelik olarak uygulanmaktadır.

Dördüncüsü, tıbbî uygulamalar nedeniyle kusursuz sorumluluk ilkesinin kabul edilmesi, devleti dolaylı bir yoldan “hayat sigortası” uygulamasına zorlayacaktır. Hâlbuki idârenin kusursuz sorumluluğunun amacı, bireylerin her durumda uğradıkları zararlarının tazmini değildir. Zor durumda olan kişilerin sosyal devlet ilkesi gereğince korunması, desteklenmesi olağandır. Ancak bunun yöntemi idârenin

¹⁷⁴ Güran, s. 86.

¹⁷⁵ Yasin, s. 250.

kusursuz sorumluluğu değildir. Nitekim kangrenden dolayı bacağı kesilen kişinin zararının idâreden tazmini istemesi mümkün değildir¹⁷⁶.

Nitekim bu konuda da Danıştay, sağlık hizmetlerinde kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanmaması yönünde görüş beyan etmektedir. Örneğin Danıştay, vermiş olduğu bir kararında: “Davalı idârenin kusurlu olup olmadığının bilirkişi raporu ile tespit edilmeksizin salt kusursuz sorumluluk ilkesine göre karar verişmesini hukuka aykırı bulmuştur¹⁷⁷ .

Bir başka kararında ise, “amme hizmetlerinin ifası sırasında husule gelen zararların bir veya birkaç kişiye yükletilmesine ne eşitlik, ne de hakkaniyet ve nesafet kuralları mesaj verir. Bu itibarla olayda idâreye atfı mümkün bir hizmet kusuru mevcut olmasa dahi, zararın objektif sorumluluk esasına göre hizmetin sahibi idârelerce tazmini gerekeceğinden, vazife sırasında yaralanarak arızalanan ve kendisine hizmetinin 13 sene olması sebebiyle maaş tahsis edilemeyen ve toptan ödemeye tabi tutulan davacının maruz kaldığı maddî zarar ile bu olay sebebiyle duyduğu manevî ızdırabın kısmen de olsa telafisi için tazminat verilmesine karar verilmiştir¹⁷⁸ .

AYİM’in bu konuda verdiği bir kararında ise; Askerliğini yapmakta iken eli bir kedi tarafından tırmalanan askerin “polinöropati¹⁷⁹” teşhisiyle ‘askerliğe elverişli değildir’ raporu aldığı, oysa ki söz konusu durumda, idâri davranış, zarar ve illiyet bağı bulunduğundan dolayı, idârenin söz konusu olayda her ne kadar kusuru olmasa da zararı tazmine mecbur olduğu ifade edilmiştir¹⁸⁰ .

¹⁷⁶ Yasin, s. 250.

¹⁷⁷ D.10.D., E. 1999/3878, K. 2000/5131 in Karabulut, Mustafa/Şahin, Yahya/Bal, Yakup, **Danıştay 10. Dairesinin Seçilmiş Kararları**, Ankara 2003, s. 376. Öztürkler, s. 335.

¹⁷⁸ D12D., 08.07.1969, E. 1968/1296, K. 1969/1401 in Esin, s. 180.

¹⁷⁹ Polinöropati; omurilikten çıkan çevresel sinirlerin yaygın bir hastalığıdır. Kol ve bacaklarda ilerleyen kuvvetsizlik ve/veya bozulmuş duyu fonksiyonu ile ortaya çıkan nörolojik bir hastalıktır(<http://www.gata.edu.tr/dahilibilimler/noroloji/CIDP.htm>, 14. 01.2010).

¹⁸⁰ “Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince gereği düşünüldü: Dava, davacılar murisinin ölüm olayında davalı idârenin hizmet kusuru bulunduğu ileri sürülerek meydana geldiği belirtilen 200.000.000 lira maddî 400.000.000 lira manevî zararın 16.2.1994 tarihinden itibaren isleyecek yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle açılmıştır. İDÂRE mahkemesince: idârenin hukuki sorumluluğunun yalnızca hizmet kusuru kavramına dayanmadığı kusur şartı aranmadan da

C. SAĞLIK HİZMETLERİ AÇISINDAN HİZMET KUSURUNUN AĞIRLIĞI VE İSPAT PROBLEMİ

1. Hizmet Kusurunun Ağırlığı

Hizmet kusuru, kısaca kamu hizmetinin iyi kurulmamasından, idârenin kuruluşunun ve örgütünün çalışmalarının iyi ve doğru düzenlenememesinden ya da hizmetin iyi ve gereği gibi yürütülememesinden dolayı hizmetin eksik, yanlış ve kötü verilmesi olarak tanımlanabilir. Hizmet kusurunu oluşturan hallerin tamamında genel anlamda sorumluluk için gereken şartların bulunması halinde idârenin hukuki sorumluluğundan bahsedilir. Hizmet kusuru, özel hukuktaki “adam çalıştırmanın sorumluluğu”ndan farklı bir kavramdır ve tamamen idâre hukukuna özgüdür. Hizmet kusuru, doğrudan, özel hukuktaki çalıştırmanın sorumluluğunda ise dolaylı bir sorumluluk söz konusudur. Hizmet Kusuru, A.Y. 125/son, 129/5 ve 40/3 maddelerinde düzenlenmiştir. Ayrıca DMK 13’te :“kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine açarlar” denilmektedir. Hizmet kusurunun doğabilmesi için kamu görevlilerinin kusuru görevle bağlantılı olmalı ve suç düzeyine ulaşmamış olmalıdır. Eğer böyle bir durum söz konusu ise devletin

sorumlu tutulabildiği, kural olarak idârenin yürüttüğü hizmetin doğrudan sonucu olan nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlü olduğu, olayda davacıların desteği olan ...’in boğazında hissettiği ağrılar ve yutkunma zorluğu nedeniyle davalı idâre bünyesindeki ... Hastanesine gittiği, belirli aralıklarla muayene ve tetkiklerinin ve tedavinin yapıldığı, 16.2.1994 tarihinde ise öldüğü, ölümle sonuçlanan hastalığın tanı ve tedavisinde gerekli özenin gösterilip gösterilmediği yanığı ya da eksik inceleme, tedavide çelişkiler ve zaman yönünden gecikmeler bulunup bulunmadığı konularında Yüksek Sağlık Şurasına yaptırılan inceleme sonucu düzenlenen raporda; bir hastaya gösterilmesi gereken ortalama özenin gösterildiği, ayrıca hastaya erken teşhis konulsa da sonucun değişmeyeceğinin belirlendiği, olayda herhangi bir ihmal ve kusurun söz konusu olmadığı sonucuna ulaşıldığı bu durumda davalı idârenin hizmet kusurundan söz etme olanağı bulunmadığı gibi olayda kusursuz sorumluluktan söz edilemeyeceği dolayısıyla davalı idârenin eylem ya da işleminden doğan sorumluluğunu gerektiren bir zarar bulunmamakla davacının isteminde isabet görülmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Davacı, hukuka uyarlık bulunmadığını ileri sürdüğü anılan idâre mahkemesi kararının temyizen incelenip bozulmasını istemektedir. İdâre ve vergi mahkemelerinin nihai kararlarının temyizen bozulması 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 3622 sayılı Yasayla değişik 49. maddesinde yer alan sebebi erden birinin varlığı halinde mümkündür. Temyizen incelenen ve yukarıda özetlenen gerekçelere dayalı olarak verilen Ankara 7. idâre Mahkemesinin 27.1.1998 tarih ve E:1995/657, K:1998/33 sayılı kararı, usul ve hukuka uygun olup, bozma nedeni bulunmadığı anlaşıldığından, temyiz isteminin reddine ve anılan kararın onanmasına, 26.5.1999 tarihinde oybirliğiyle karar verildi(D.10.D, 9.12.1992, E. 1992/184, K. 1992/4321, DD, sy. 87, s. 544-545)”.

sorumluluğu değil şahsın adlî mahkemeler önünde haksız fiilden kaynaklanan kişisel sorumluluğu söz konusu olacaktır.

Tıbbî hizmetler açısından hizmet kusuru ise, tıbbî hizmetlerin kuruluşunda, düzenlenmesinde veya teşkilatında, bünyesindeki personelinde yahut işleyişinde gereken emir ve direktiflerin verilmemesi, sağlık personeli üzerinde gerekli periyodik bakımların yapılmaması, hizmete tahsis edilen araç-gereçlerin yetersiz, elverişsiz, kötü olması, sağlık personelinin gerekli önlemlerin alınmaması, geç veya zamansız hareket edilmesi gibi aksaklıklar veya eksiklikler olarak tanımlanabilir¹⁸¹.

Doktrinde, mahkeme kararları da dikkate alınarak hizmet kusurunun üç derece arz edebileceğini söyleyebilmek mümkündür. Bunlar sırasıyla hafif kusur, ağır kusur ve olağanüstü ağır kusurdur. Ağır kusur, normal şartlar altında bir idârenin işlemeyeceği kusurdur. Kamu hizmetinin normal bir şekilde yürütülmesi idârenin normal bir tutumu ile mümkün olduğu halde idârenin normal bir davranış göstermeyerek hizmeti aksatması ve bir zarara sebebiyet vermesi sorumluluğu gerektiren bir ağır kusurdur. Olağan üstü ağır kusur ise kötü bir idârenin işleyeceği kusur olarak tanımlanmaktadır. Hafif kusur iyi bir idârenin işlemeyeceği kusuru ifade etmektedir¹⁸².

Sağlık hizmetlerinden doğan zararların tazmini için Türk Danıştay'ı kimi zaman ağır hizmet kusurunu kimi zaman da basit hizmet kusurunu aramaktadır¹⁸³. Ancak genel olarak idâre hukukunun ilkeleri ve Danıştay'ın yerleşik içtihatları dikkate alındığında, zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumda olduğu ve

¹⁸¹ Polat, s. 269.

¹⁸² Karaege, s. 115. Birtok, s.15.

¹⁸³ “İzmir 2. idâre Mahkemesince, idâre hukuku ilkelerine ve Danıştay'ın yerleşik içtihatlarına göre, zarar gören kimsenin hizmetten yararlandığı ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı hallerde, hizmet sırasında verilen ve ağır bir kusurdan ileri gelmemiş olan zararlar için idârenin tazmin yükümlülüğü bulunmadığı, sağlık hizmetinin de riskli hizmetlerden biri olduğu, ölüm olayında davalı idârenin ağır bir hizmet kusuru bulunup bulunmadığının saptanması amacıyla yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucunda Doç. Dr. ... tarafından düzenlenen raporda, davalı idârenin ağır hizmet kusuru bulunmadığı gibi, olayın idâre hukukuna özgü kusursuz sorumluluk hallerine de girmediği, manevî tazminat isteminin reddinde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir”(D10D., E. 1993/363, K. 1994/2502, K.T. 01.06.1994, Sinerji Mevzuat). Kaplan, Gürsel, “İdârenin Sağlık Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler, AYİMD, sy. 19, s. 173. Güran, Sait, “**Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu**”, DD, sy. 46-47, y. 12, s. 19.

hizmetin riskli nitelik taşıdığı hallerde, idârenin tazmin yükümlülüğünün doğması için zararın, idârenin ağır hizmet kusurundan kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir. Bünyesinde risk taşıyan, hizmetlerden olan sağlık hizmetinden yararlananın zarara uğraması halinde, bu zararın tazmini, ancak idârenin sağlık hizmeti kusurunun varlığı halinde mümkün olabilecektir¹⁸⁴. Daha önce ifade edildiği gibi hekim veya sağlık personeli tarafından yapılan bütün müdahaleler tıbbî müdahale değildir. Nitekim bu anlamda tıbbî müdahaleler ile sağlık hizmeti veya hastanede yapılan işlemler arasında ayırım yapmak gerekmektedir. Bu nedenden dolayı, tıbbî müdahaleler neticesinde ortaya çıkan zararlarda idârenin hizmet kusuru nedeniyle sorumlu tutulabilmesi için ağır kusurlu olması şartı aranmakta iken¹⁸⁵, tıbbî müdahale dışındaki diğer iş ve işlemlerden doğan sorumluluk için basit kusur yeterlidir¹⁸⁶. Tıbbî müdahale için ağır kusur şartı mutlak surette kabul edildiğinde, eğer idâre ajanının ağır kusuru yok ise, ortaya çıkan zararlardan ne idâre ne de sağlık personeli sorumlu olacaktır¹⁸⁷. Örneğin Danıştay'ın 19.09.2007 tarihinde vermiş olduğu bir kararda, bebeğin oksijen yetersizliğine bağlı beyin ölümü tanısıyla dünyaya gelmesinde idârenin hizmet kusurunun bulunduğu iddiasıyla uğranıldığı ileri sürülen manevî zararın tazmini istemiyle açılan davada, Kadın Doğum Bölümünün kusurlu olduğuna, önemli delillerin kaybolmasını engellemede gerekli özeni göstermeyen ve hastane acil ameliyat koşullarının organizasyonunda eksikliği bulunan hastane idâresinin kusurlu olduğu gerekçesiyle ve Yüksek Sağlık Şurası'nca yapılan tespitler uyarınca, davalı idârece yürütülen sağlık hizmetinin kuruluşunda ve

¹⁸⁴ Kızılyel, s. 206, Polat, s. 269.

¹⁸⁵ Nitekim bu konuda Danıştay'ın vermiş olduğu 27.03. 2002 tarihli kararında, Gölçük Devlet Hastanesinde uygulanan Potasyum klorunun etkisiyle ölmesi nedeniyle açılan dava ile ilgili olarak, idâre Hukukunun ilkeleri ve Danıştay'ın yerleşik içtihatlarına göre, zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumda olduğu ve hizmetin riskli nitelikler taşıdığı hallerde, idârenin tazmin yükümlülüğünün doğması için zararın, idârenin ağır hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekir. Bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetlerinden yararlananın zarara uğraması halinde, bu zararın tazmini, ancak idârenin ağır hizmet kusurunun varlığı halinde mümkün olabileceği yönünde karar vermiştir(D10D., 27.03.2002, 1010/852, Atay, s. 457).

¹⁸⁶ Danıştay'ın bu yönde vermiş olduğu bir kararına göre: "Tıp Fakültesi Kardiyoloji Ana Bilim Dalı'nda uzmanlık yapmakta olan davacı, acil müdahale için hızla giderken koridordaki muz kabağünün üzerine basarak düşmüş ve sakatlanmıştır. İdarenin burada gerekli olan aydınlatma, temizlik vb. faaliyetleri yapmadığı açıktır. Bu nedenle zararın tazmini gerekir"(D.10.D., K.T. 20.10.2006, E.2003/4153, K. 2006/5848, DD., sy. 114, 2007, s. 295-296). Görüldüğü üzere, burada Danıştay, ağır hizmet kusuru şartını aramamış, temel kusuru yeterli saymıştır.

¹⁸⁷ Birtek, s. 12.

işleyişinde ağır hizmet kusurunun bulunması nedeniyle idâreyi manevî tazminata mahkum etmiştir¹⁸⁸. Fakat Danıştay'ın istisnai nitelikte kararları da bulunmaktadır. Örneğin, yoğun bakım ünitesine alınan ve solunum cihazına bağlanan hastanın yüzündeki solunum cihazını kendi eliyle söküp atması sonucu meydana gelen ölüm olayında, Yüksek Sağlık Şurası'nın hastane personeli sorumlu tutmamasına rağmen, Danıştay bu olayda ağır hizmet kusurunu şart koşmamıştır. Söz konusu kararında Danıştay: "İdâre hukuku ilkeleri ve Danıştay'ın yerleşik içtihatlarına göre, sunulan hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı durumlarda, idârenin tazmin yükümlülüğünün doğması için, zararın, idârenin "ağır hizmet kusuru" sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir. Bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmeti nedeniyle uğranılan zararın tazmini de, kural olarak, ancak idârenin ağır hizmet kusurunun varlığı halinde mümkündür¹⁸⁹ .

Bununla birlikte, idârenin tazmin sorumluluğunun doğması için aranılan "ağır hizmet kusuru"; riskli tıbbî müdahaleler ve operasyonlar bakımından geçerli olup; sağlık hizmeti içinde değerlendirilmekle beraber, tıbbî operasyon kapsamına dâhil edilemeyecek birtakım bakım, gözetim ve yan müdahalelerin hiç veya gereği gibi yapılmaması dolayısıyla oluşan zararlar, idârenin sorumluluğundan söz edebilmek için ağır hizmet kusurunun aranmasına gerek bulunmamaktadır" demektedir¹⁹⁰. Örneğin Psikiyatri hizmetleri nedeniyle 3. kişilere zarar verilmesi açısından kusursuz

¹⁸⁸ D.10.D., E. 2004/6540, K. 2007/4237, K.T. 19.09.2007, Sinerji Mevzuat.

¹⁸⁹ Danıştay'ın benzer bir kararı için bkz. D.10.D., 27.03.2002, 1990/868 in Atay, s. 458. Bu yöndeki bir diğer kararında ise Danıştay, "Halkın sağlık hizmetlerini yürütmekle görevli olan davalı idare, hastanelerde yapılacak tedavilerin ve cerrahi müdahalelerin tıbbi esaslara uygun biçimde, hizmetin gerektirdiği yeterliliğe sahip personelle ve gerekli dikkat ve özenin gösterilerek yapılmasını sağlamakla yükümlüdür. Bu nedenle Üniversite Hastanesinde yapılan ameliyat sırasında oksijen yerine karbondioksit gazı verilmesi sonucu meydana gelen ölüm olayında idarenin ağır hizmet kusuru bulunmaktadır"(D.10.D., K.T. 3.5.1995, E. 1994/3258, K. 1995/2379, DD., sy. 91, 1996, s. 1118-1123).

¹⁹⁰ D.10.D., E. 2005/3719, K. 2007/4316, K.T. 24.09.2007, DD., sy. 117, s. 281- 284. Bayraktar'a göre ise; "Sağlık Hizmetlerinden doğan zararlardan idârenin sorumluluğunun tespiti bakımından, hizmetin niteliğine göre bir ayırım yapmak gerekir. Hastane hizmetinin kötü teşkilatlandırılması, hastalara zarar veren tıbbî faaliyetler gibi. Tıbbî bakımdan kusurlar, doktrinde hastanın gözetimindeki ve tedavi tarzının maddî uygulamasındaki kusurlar olarak ikiye ayrılmaktadır. Gözetimdeki kusurlar da maddî gözetim kusurları ve tıbbî gözetim kusurları şeklinde belirmektedir. Tedavi tarzının maddî uygulamasında ortaya çıkan kusurlar da ikiye ayrılabilir. Bunlar, bakımın kusurlu iradesi ve tıp araçlarının kötü şekilde hizmete arz edilmesidir"(Bayraktar, s. 36-39).

sorumluluk ilkesi uygulanmaktadır¹⁹¹. Prof. Sait Güran ise hekimin sorumluluğu noktasında şöyle demektedir: “Hekimin görev kusuru nedeniyle idâre ile birlikte sorumluluğu cihetine giderken, söz konusu sorumluluk hallerinin, her bir olayda, gayet net, kuşkusuz ve bariz biçimde gerçekleşmiş olmasına ısrar edilmelidir. Hekimlik gibi karmaşık, yoruma ve kişisel meslekî takdire açık, belli zorlukları olan bir faaliyet dalında, idâre’nin yanında hekimi, görevini kusurlu şekilde yerine getirmekle suçlayıp mahkûm ederken, fevkalade titiz ve dikkatli davranmak zorunludur. Unutulmamalıdır ki aslolan zararın anonim bir faaliyetin sonucu olduğudur. Binaenaleyh, hekimin görev kusuru meselesini gündeme getirecek olan faaliyetleri, gerçekten kendisinin, anonim görüntüsünün dışına alınmasına yol açacak türde ve yoğunlukta bulunmalıdır”¹⁹².

Ancak Fransız Danıştay’ı bu konuda farklı bir uygulama tarzını tercih etmektedir. Buna göre Fransız uygulamasında medikal işlemler açısından basit hata yeterli sayılmaktadır, fakata Fransız Danıştay’ı ağır kusura medikal ya da ameliyat uygulamaları açısından bağlı kalmıştır. Bu anlamda hafif yahut ağır kusurun belirlenmesinde kamu hizmetinin fonksiyonu ve yürütülüş biçimi dikkate alınacaktır.

¹⁹¹ Taş, **İdârenin...**, s. 331. Ancak 25.05.1995 tarihinde Yargıtay binasının giriş katında akıl hastası olan bir şahıs tarafından yakın mesafeden öldürmek kastıyla ateş edilmesi neticesinde yaralanan bir şahsın açmış olduğu davada, akıl hastası olan kişinin daha önce koruma ve tedavi altına alındığı, tedavi gördüğü kurumun sağlık kurulu tarafından “sosyal şifa” durumunda bulunduğu yolunda düzenlenen rapor üzerine 1980 yılında serbest bırakıldığı, aynı raporla toplumsal güvenlik yönünden bir yıl süre ile tıbbî kontrole tabi tutulmasının gerektiği belirtilmesine rağmen, ilgilinin tıbbî kontrolünün yapılmadığı, 26.5.1985 tarihinde Ankara-Kızılay meydanında çevreye tabanca ile ateş ederek 4 kişiyi yaraladığı, Ankara 2. Ağır Ceza Mahkemesinde yapılan yargılamada Bakırköy Ruh ve Sinir Hastalıkları Hastanesi Adli Sağlık Kurulunun raporuna istinaden ceza tayinine yer olmadığına karar verilmiş, en az 1 yıl Bakırköy Ruh ve Sinir Hastalıkları Hastanesinde muhafaza altında tutulmasına karar verilmiştir. Bu durumda, toplumsal güvenlik yönünden gerekli olduğu saptanmasına rağmen akıl hastası ilgilinin tıbbî kontrol ve muhafaza altında tutulmasını sağlayamayan davalı idârelerin akıl hastası kişinin tabancayla ateş etmesi sonucunda davacının yaralanması olayında ağır hizmet kusuru bulunmaktadır. dolayısıyla olayda kusursuz sorumluluk esasına göre değil, ağır hizmet kusuru nedeniyle davalı idârelerin tazmin sorumluluğunun bulunduğu kabul edilmelidir(D10D., 04.11.1997, 980/4114 in Atay, s. 501-502). Psikiyatri hastaları ile ilgili olarak Danıştay, verdiği bir diğer kararda: “Psikiyatri tedavisi gören davacıya uygulanan elektronvülsit tedavisi uygulanmış ve bu tedavinin neticesinde gerekli olan dikkatin gösterilmemesine bağlı olarak hasta sürekli bir biçimde sakat kalmıştır. Burada idarenin ağır hizmet kusurunun bulunduğu aşikârdır. Bu nedenle istenilen tazminata hükmedilmesi yerindedir(D.10.D., K. T. 9.10.1995, E. 1994/2110, K. 1995/4255, DD., sy. 91, 1996, s. 1123–1125).

¹⁹² Güran, s. 20.

Örneğin, hastane hizmetleri ele alındığında, ameliyat işleminde verilen zararlar, kan verme işleminde meydana gelen zarar birbirinden farklıdır¹⁹³.

Burada hizmet kusurunun tespiti yapılırken hangi kriterler dikkate alınacaktır? Sorusu gündeme gelmektedir. Bu anlamda hastanenin özel veya kamu hastanesi olması fark etmeksizin hasta, tıbbın tüm icaplarından faydalanma hakkına haiz olacaktır. Gerek teşhis açısından gerek tedavi açısından dikkat ve özenle hastanın bakımının yapılması esastır. Hastane teşkilatının iyi işlememesi, araç ve gereçlerin arızalı, bakımsız olması veya ilaçların zamanında temin edilmemiş olması, yeterince araştırma yapılmaksızın bir teşhiste karar kılınması veya eksik tedavi mazur görülebilir bir kusur değildir¹⁹⁴. Bu anlamda kriter olarak çağdaş ve düzenli bir idârenin işleyiş sistemini baz almak gerekir, aksi durum idârenin gelişmesini değil durağanlaşmasına yol açacaktır.

Acaba idârenin kusursuz sorumluluğu prensibi sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden doğan aksaklıklar açısından uygulama alanı bulabilecek midir? Bu anlamda şu ana kadar verilmiş olan bir Danıştay kararında idârenin kusursuz sorumluluğundan dolayı mahkum edilme durumuna rastlanılmamaktadır. Bilakis Danıştay'ımızın 27.03.2002 tarihinde vermiş olduğu bir kararında Osmangazi Üniversitesi Hastanesi'nde gerçekleşen bir göz ameliyatı sonucunda hastanın % 60 oranında görme kaybına uğradığı görülmüş, ancak yapılan bilirkişi incelemesi sonucunda görme kaybının idârenin kusurundan kaynaklanmadığı, idârenin gerekli her türlü önlemi almasına rağmen böyle bir sonucun ortaya çıktığı görülmüştür. Bu anlamda Danıştay, söz konusu ameliyattan dolayı idârenin sorumlu tutulabilmesi için ağır hizmet kusurunun bulunmasının şart olduğunu belirtmiş ve şöyle devam etmiştir: “İdârenin yürütmekle görevli olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenmesinde veya işleyişindeki nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık veya boşluk olarak tanımlanabilen hizmet kusuru, hizmetin kötü işlemesi, hiç işlememesi veya geç işlemesi hallerinde idârenin tazminat yükümlülüğü ortaya çıkmaktadır. İdâre hukuku ilkeleri ve Danıştay'ın yerleşik içtihatlarına göre, zarar gören kişinin

¹⁹³ Taş, s. 332.

¹⁹⁴ Atabek, s. 636.

hizmetten yararlanan durumunda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı hallerde, idârenin tazmin yükümlülüğünün doğması için, zararın, idârenin ağır hizmet kusuru neticesinde meydana gelmiş olması gerekir, bu anlamda kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince zararın tazminine karar veren idâre mahkemesinin kararı yerinde görülmemiştir”¹⁹⁵. Bir başka kararında ise: “Halkın sağlık hizmetlerini yürütmekle görevli olan davalı idâre; hastanelerde yapılacak tedavilerin ve cerrahi müdahalelerin tıbbî esaslara uygun biçimde, hizmetin gerektirdiği yeterliliğe sahip personelle ve gerekli dikkat ve özenin gösterilmesi suretiyle yapılmasını sağlamakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi ağır hizmet kusuru niteliğinde olup; idârenin tazmin sorumluluğunu doğurur. Görüldüğü gibi, sağlık hizmetleri hizmetten yararlananın kişisel özelliklerine ve hizmetin yürütülmesine bağlı olarak önceden öngörülemeyen belirli bir tehlikeyi içerdiğinden, idârenin tazmin sorumluluğu için kural olarak idârenin ağır hizmet kusurunun bulunması ve zararlar, yürütülen sağlık hizmeti arasında nedensellik bağı bulunması gerekmektedir”.

Ancak tıbbî bakımdan dolayı ortaya çıkan kusurlar, kusurun derecesi ne olursa olsun sorumluluk sebebi olarak karşımıza çıkmaktadır. Tıbbî bakımdan kaynaklanan kusurlar, doktrinde hastanın gözetimindeki ve tedavi tarzının maddî uygulamasındaki kusurlar olarak ikiye ayrılmaktadır. Bunlardan hastanın gözetimindeki kusurlar da maddî gözetim kusurları ve tıbbî gözetim kusurları(hastanın burnundaki kablunun düşmesi ve bunun neticesinde hastanın zarar görmesi, hastanın ameliyat sonrasında enfeksiyon kapması¹⁹⁶ gibi) şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Tedavi tarzının maddî uygulamasında ortaya çıkan kusurlar da iki kısma ayrılmaktadır. Bunlar bakımın kusurlu idâresi ve tıp araçlarının kötü şekilde hizmete arz edilmesidir¹⁹⁷.

¹⁹⁵ D.10.D., E. 1990/868, Atay, s. 458.

¹⁹⁶ Zira bir hastane enfeksiyonu hastaneye yatmanın doğal bir sonucu olarak kabul edilemez. Ancak hastane enfeksiyonlarının komplikasyon, tıbbî hata veya malpraktis sonucunda meydana gelip gelmediğini tespit etmek gerekmektedir. Bu konudaki esas tespiti bilirkişiler yapacaktır(Öztürk, Recep, “**Hastane Enfeksiyonlarında Hukuki Sorumluluk**, Sağlıkta Nabız Dergisi, sy. 18, c. 5, 2008, s. 41) .

¹⁹⁷ Bayraktar, s. 38.

Danıştay içtihatlarının bu yönde olması yerinde görülebilir. Zira aksi durum sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesini zorlaştıracaktır¹⁹⁸. Nitekim Fransız Danıştay'ı da Doktor ve operatörlerin verdikleri zararlardan dolayı yönetimin sorumlu tutulabilmesi için kusurun ağır olması şartını aramaktadır¹⁹⁹.

2. Hizmet Kusurunun İspatı

Kusurun ispatı mevzusu açısından ise, ispat külfeti davacının üzerindedir. Davacı, burada idârenin ağır hizmet kusurunun bulunduğunu ispat etmek durumundadır. Davalı ise kendisine atfedilir bir kusuru olmadığını ispat etmedikçe tazminat ödemekle yükümlüdür. Ancak kamu hastanelerinde tedavi gören kişilerin normal tedavi faaliyetleri nedeniyle uğradıkları zararlarda idârenin kusurlu olduğu yönünde bir karine bulunmaktadır. Örneğin hastaya AIDS virüsünün bulaştırılması, normal bir enjeksiyon sonucu hastanın felce uğraması sonucu bir organın felce uğramasında hastanenin kusurlu olduğu karine olarak kabul edilmektedir²⁰⁰. Ancak Güran, bu konuda farklı bir görüş serdetmektedir; buna göre, Güran tıbbî faaliyetlerin komplikasyonunu dikkate alarak, ispat yükümlülüğünün yer değiştirmesi gerektiğini, yani idârenin kendi “sorumluluğu” nu kanıtlaması gerektiğini, bu durumun idâri yargıda egemen olan re’sen tahkikat (inquisitorial) ve adil yargılama ilkesine daha uygun düşeceğini söylemektedir²⁰¹. Buna göre hâkim eğer davacının iddialarını makul görürse, idâreden kusur değerlendirilmesi için gerekli belgelerin mahkemeye gönderilmesini isteyebilir²⁰². Aşçıoğlu’na göre ise, Kusurunda zarar ve illiyet bağı hastaya ait olduğu kabullenilmekle birlikte özel durumlarda kusursuzluğun kanıtlanması hastaneye yükletilmelidir²⁰³.

Davada ispat yükü; zarar gören hastanın üzerindedir. İdârenin kusurlu olduğunun kanıtlanması, idârenin eylem ve davranışından zarar gören kimseye düşer.

¹⁹⁸ Bu konudaki benzer bir başka benzer karar için bkz. D.10.D., E. 1998/4814, K. 1999/2945, K.T. 26.05.1999, Sinerji Mevzuat.

¹⁹⁹ Durdu, s. 93.

²⁰⁰ Yılmaz, s. 137.

²⁰¹ Güran, s. 22.

²⁰² Birtek, s. 17.

²⁰³ Aşçıoğlu, Çetin, *Tıbbî Yardım ve El Atmalardan Doğan Hukuki Sorumluluk*, Ankara 1992, s. 178.

Hâkim somut olayın niteliklerine göre bir tazminata hükmeder. Bu tazminat hesaplanırken hastanın hekime yanlış bilgi vermesi, talimatlara uymaması, tehlikesini bilmesine rağmen rıza göstermesi gibi durumlar dikkate alınarak tazminat miktarı indirilebilir. İşlem veya eylemin ağırlık derecesi, ihlal edilen hak ya da menfaatin niteliği, duyulan acı ve ızdırabın boyutu ve kişinin sosyal durumu hükmedilecek manevî tazminat tutarının belirlenmesinde etkilidir. Hastane sağlık kurulu raporları, tedavi giderleri makbuzları maddî tazminat tutarının belirlenmesinde etkilidir. Hastane sağlık kurulu raporları, tedavi giderleri makbuzları maddî tazminat hesaplanırken delil olarak sunulabilir. Ayrıca hastanın çalışma gücündeki kayıp yüzdesi de tazminat hesaplanırken dikkate alınmalıdır.

İspat hakkında Yargıtay kararı; “Doktor, tıp biliminin verilerini yanlış ya da eksik uygulanmışsa, mesleğinin gerektirdiği özel koşullara gereği ve yeteri kadar uymamışsa, meslekî kusurunun varlığı kabul edilmelidir. Davalı doktor meslekî bilgisinin tüm icaplarını yerine getirdiğini, kusur bulunmadığını ispatla zorunludur. Aksi durumda, BK m. 96 gereği sorumludur. Delil olarak dayanılan ve dosyaya konulmuş karşı konulmayan davacıya ait fotoğraflara bakıldığında, davacının ameliyat öncesi burnu ile ameliyat sonrası meydana gelen burnu arasında kıyaslanamayacak oranda fahiş ve çok açık farklılık ve çöküntünün hâsıl olduğu, adeta burnun yüz düzeyine dağılmış bir hale geldiği görülmektedir. Mahkeme, Yüksek Sağlık Şurası raporuna dayanarak hüküm kurmuştur. Oysa rapor, dosya içerisindeki iddia ve savunmaya, delillere uygun olmadığı gibi, karara esas tutulacak yeterlilikte de değildir. Yüksek Sağlık Şurası raporu benimsenerek yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi usule ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle söz konusu karar bozulmalıdır”²⁰⁴.

D. SAĞLIK HİZMETLERİNDEN DOLAYI İDÂRENİN ÖZEL HUKUK KAPSAMINDAKİ SORUMLULUĞU

Sağlık hizmetlerinden dolayı idârenin özel hukuk bağlamında sorumlu olmasından kastedilen idârenin kamu hizmeti fonksiyonunun dışında kalan

²⁰⁴ Y.13.HD., 5.4.1993 T, 131/2741(aktaran Pazarcı, s. 169).

kusurudur. Zira idârenin de özel hukuk kurallarına göre sorumlu olduğu haller mevcuttur. Buradaki temel kriter, idârenin özel kişi gibi hareket etmesidir. Burada öncelikle açıklanması gereken iki kavram vardır. Bunlar, fiilî yol ve memurun kişisel sorumluluğu yani haksız fiil sorumluluğudur²⁰⁵.

Fiilî yol, idâre hukukunda yok hükmünde sayılan işlemlerden birisidir. Fiilî yol, idârenin kişilerin temel hak ve hürriyetlerine ve özellikle de mülkiyet hakkına ağır ve apaçık bir şekilde müdahale etmesi demektir²⁰⁶. Fiilî yol, halinde görevli olan yargı mercii, adlî yargıdır²⁰⁷. İdârenin sağlık kolluğu çerçevesinde kişilerin doğrudan temel haklarına müdahale etmesi, bir fiilî yoldur. Örneğin kuş gribi tehlikesinden dolayı yapılan kanatlı hayvan itlafında, kişiye ait olan diğer küçük baş hayvanların da itlaf edilmesi bir fiilî yol örneğidir.

Kişisel kusuru ise memurun tamamen özel hayatına ilişkin olan, kusur hareketidir. Memurun hukuka aykırı olarak gerçekleştirmiş olduğu eylem, ceza kanunu anlamında suç teşkil edebilir. Fransız hukukunda uzun süre boyunca kamu görevlisinin cezai kusurunun varlığı halinde kamu görevlisinin kişisel kusuru kabul edilmekteydi. Ancak bunun özel bir ağırlıkta olması aranmaktaydı. Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin "Thepaz" kararı ile bundan vazgeçilmiş, kamu görevlisinin kusuru ile cezai kusur ayrımı getirilmiştir. Bu karardan itibaren, kamu görevlisinin cezai kusuru hizmet kusuruna bağlanmış, kamu görevlisinin kusuru olarak kabul edilmemiş, kamu fonksiyonu ile bağlantı kurulmuştur. Fakat kötü niyetli ve kişisel kusur bunun dışında tutulmuştur²⁰⁸.

²⁰⁵ Taş, **İdârenin ...**, s. 341. Yayla, s. 360.

²⁰⁶ "İdârenin memurunun hazırladığı savunma dilekçesinde, kişilik haklarına saldırıda bulunulduğu, böylece manevî zarara uğradığı iddiası ile açtığı bakılan tazminat davasının, haksız fiilden doğduğu ve özel hukuk hükümlerine göre çözümlenmesi gerektiği idari bir eylem ya da işlemten doğmayan manevî zararın idârece ödenmemesinde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle dava reddedilmiştir. Davacı, davalı idâre ajanının verdiği savunma dilekçesinde, hakkında ileri sürdüğü iddialar ile kişilik haklarına saldırıda bulunduğunu bu durumun "fiilî yol" olarak değerlendirilmesi ve davanın reddedilmesine ilişkin mahkeme kararında hukuka uyarlık bulunmadığını ileri sürmektedir.(D.2.D.,25.02.2005,E.2004/619,K.2005/751,<http://www.hukukturk.com/fractal>,14.1.2010).

²⁰⁷ Gözler, s. 376.

²⁰⁸ Taş, **İdârenin ...**, s. 344.

Özel hukuk sorumluluğunda ispat yükü yine genel kuralda olduğu gibi iddia eden kişide olacaktır. Kusurun ispatı konusunda ise, ispat yükümlülüğü, zararı olan ve davacı olan kişinin üzerinde olup, kusurun varlığı konusunun tespitini ise resmi bilirkişi olan Yüksek Sağlık Şurası, Adli Tıp Kurumu veya Türk Tabipler Birliği'nin yapacağı belirtilmiştir. Buradaki kriter ise, ortalama bir sağlık kuruluşunun veya personelinin göstereceği asgari ihtimam veya özenin gösterilip gösterilmediğinin tespitidir. Mahkeme her ne kadar bilirkişi raporu ile bağlı olmasa da uygulamada çoğunlukla bilirkişi raporları önemli bir rol oynamaktadır.

Bu konuda Yargıtay'ın verdiği bir karar konuyu açıklamak açısından daha önemli olacaktır, buna göre "Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Kocaeli'nin Derince ilçesinde ikamet eden Dilek ailesinin 8 aylık bebeklerinin ölümüne neden oldukları iddiasıyla açtıkları tazminat davasında aldığı son kararla, hata yaptıkları kesinleşen doktorların bağlı oldukları kurumun ödeyeceği tazminatın dışında da tazminat ödemelerine karar verdi"²⁰⁹.

²⁰⁹ Y. HGK., E. 2005/4-101, K. 2005/133, akt. Pazarcı, s. 190. Buna benzer nitelikte olan bir diğer kararında ise Yargıtay: "Devlet hastanesinde görevli ve memur olan davalı doktorun hastası olan davacıya zamanında ve gerekli tedaviyi yapmayarak bir kolunun omuzdan kesilmesine neden olduğu ve doktorun bu eyleminin görevinden ayrılabilir salt kişisel kusura dayandığı iddiası ile eldeki davanın açıldığı, yine doktorun bu eylemi nedeniyle gazetede çıkan ve istediği çıkar karşılanmayınca önce hastayla ilgilenmediği sonra isteği karşılanınca ilgilendiği ancak müdahalede geç kaldığı yönündeki bir köşe yazısı üzerine Sakarya Valiliğinin 21.7.1994 tarihli yazıları ile bu konuda başka duyurular da bulunduğu gerekçesiyle sağlık bakanlığından müfettiş görevlendirilmesinin talep edildiği, müfettişlerce yapılan inceleme sonucunda "diğer iddiaların kanıtlanmadığı, ancak açık kırıklarda ilk 6-8 saat içinde ameliyathane ortamında debridman gerekli olduğu, bunda gecikildiği ve uygulanan antibiyotik tedavisinin de yetersiz kaldığı, doktor hakkında TCK.nun 459 maddesi ile yargılanmak üzere ceza davası açılması gerektiği" görüşüyle fezleke hazırlanıp, verilen 24.11.1994 gün ve 1994/52 sayılı lüzumu muhakeme kararı üzerine de Sakarya Asliye 1. Ceza Mahkemesinin 6.5.1997 gün ve 1995/37 E. 1997/314 K. sayılı kararıyla Türk Ceza Kanununun 459. maddesi gereğince cezalandırıldığı, bu kararın denetimden geçerek onandığı dosya kapsamı ile bellidir. ceza mahkemesi kararının dayanağı yüksek sağlık şurasının davalı doktor hakkındaki 18-19 Eylül 1996 tarihli 191/9434 sayılı kararın deprimanında gecikilmekle birlikte antibiyotik tedavisinde de geç kalındığı, bu nedenle 2/8 kusurlu olduğu" yönündeki karardır. bu olgular karşısında davalı doktorun salt idari bir görevin yerine getirilmesi sırasında zarara yol açmayıp, idari görevi cümlesinden olmakla birlikte hekimlik sanatının icrası sırasında hakkında verilip kesinleşen mahkumiyet kararıyla da belirlenen ve görevinden ayrılabilen salt kişisel kusuru ile davacı zararına yol açtığında duraksama bulunmamaktadır. bu nedenle mahkemenin davanın idareye karşı açılması gerektiği gerekçesiyle davanın husumet yönünden reddine ilişkin kararında direnmesi usul ve yasaya aykırıdır"(Y. HGK., 26.09.2001, E. 2001/4-595, K. 2001/643, www.hukukturk.com).

III. İDÂRENİN SAĞLIK FAALİYETLERİ AÇISINDAN SORUMLULUĞUNU ETKİLEYEN DURUMLAR

A. SAĞLIK PERSONELİNİN KUSURLU DAVRANIŞI

1. Sağlık Çalışanları Kavramı

Sağlık hizmetlerinin kurum, kuruluşlar ve şahıslar aracılığıyla sunulması sırasında hizmetin sunumuna, sorumlu olarak iştirak eden herkes sağlık çalışanı olarak değerlendirilir. Bu kişiler hekim, hemşire, sağlık eğitimcisi gibi sağlık mesleği mensubu, temizlik görevlisi gibi temizlik mesleği mensubu, ambulans şoförü, güvenlik görevlisi olabilir²¹⁰.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nde sağlık çalışanı tanımlamasına dâhil personelin kapsamı, hizmetin resmi veya özel sağlık kurumlarında ve kuruluşlarında veya serbest olarak sunulmasına bakılmaksızın sağlık hizmetinin verilmesine iştirak eden bütün sağlık mesleği mensuplarını ve sağlık mesleği mensubu olmasa bile sağlık hizmetinin verilmesine sorumlu olarak katılmasına iştirak eden kimseleri ifade eder, denilerek belirtilmiştir. bu şekilde bir belirleme yapılarak sağlık personelinin kapsamı geniş tutulmuş, özel kurumlarda çalışanlar ile kamu kurumlarında çalışan kimseler arasında bir ayırım yapılmamıştır²¹¹.

Sağlık Kanunu Taslağında sağlık alanındaki meslekler şu şekilde ifade edilmiştir:

a. Sağlık meslekleri, Hekimler, diş hekimleri, hemşireler, ebeler, eczacılar, fizyoterapistler, diyetisyenler, klinik psikologlar.

b. Sağlık teknik destek meslekleri, Tıp ve sağlık uygulamalarında sağlık meslek mensuplarının yönlendirmesi ve denetimi altında görev yapan, bu uygulamalara teknik destek sağlayan anestezi, röntgen, laboratuvar, ortez-protez,

²¹⁰ Savaş, Halide, **Sağlık...**, s. 29.

²¹¹ Savaş, **Sağlık...**, s. 29.

odyoloji, odyometri, gözlükçülük, çevre sağlığı, diş protez, hemşirelik, ebelik, eczacılık, fizyoterapi, diyetetik gibi alanlarda teknisyenlik veya teknikerliktir.

c. İnsan üzerinde doğrudan uygulaması olmayan sağlık meslekleri, sağlık hizmetleri ile ilgili olan ancak insan üzerinde doğrudan ilgisi olmayan mesleklerdir. Sağlık idâreciliği, sağlık eğitimciliği, sağlık planlamacılığı, tıbbî sekreterlik gibi mesleklerdir.

d. Sağlıkla ilgili meslekler, temel çalışma alanı sağlık hizmetleri olmamakla birlikte sağlık sektöründe çalışan biyologlar, çocuk gelişimi ve eğitimcileri, sosyal çalışmacı, veteriner hekimler, veteriner sağlık teknisyenleri, kimyagerler, gıda mühendisleri, biyoistatistikçiler gibi mesleklerdir.

Bunun dışında TCK 280. Maddesindeki Sağlık mesleği mensubu deyiminden, tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler anlaşılır” şeklindeki hükme yer verilmiş, dolayısıyla sağlık mesleği mensubu olmada sağlık hizmeti verme kriteri baz alınmıştır²¹². Ancak sağlık çalışmaları konusundaki en geniş tanımlama DMK’da yapılmış, kanunun 36/3’te “sağlık hizmetleri ve yardımcı sağlık hizmetleri sınıfı” şeklinde isimlendirilmek suretiyle en geniş tanımlama yapılmıştır²¹³.

2. Görev Kusuru-Kişisel Kusur Ayrımı

Kamu görevlisinin gerçekleştirdiği bir faaliyetten doğan zararların tazmininde, zararın kamu görevlisinin görevinden mi yoksa kendi kişisel kusurundan mı doğan bir zararın olduğunun tespiti, zararın kimin tarafından tazmin edileceği konusunun tespiti açısından önemlidir.

Kural olarak kamu görevlisinin sorumluluğu, A.Y’nın 40. maddesinin III. Fıkrasında: “Kişinin resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da kanuna göre devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan kamu görevlisine

²¹² Savaş, s. 38.

²¹³ Savaş, s. 48.

rücu hakkı saklıdır”. A.Y.’nın 129. maddesinin V. Fıkrasında ise: “Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idâre aleyhine açılabilir”. DMK’nın 13. maddesine göre: “Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar...Kurumun, genel hükümlere göre rücu hakkı saklıdır”. Dikkat edilirse A.Y.’nın 129. maddesinin V. Fıkrasındaki ifadede “yetkilerini kullanırken” ibaresine yer verilmiştir, dolayısıyla idâreye karşı dava açılabilmesi için zararın kamu görevinin ifası esnasında doğması gerekir. Bunun dışında kalan hallerde yani göreviyle ilgisi olmayan, görevden ayrılabilen davranışlarından doğan zararlardan dolayı kamu görevlisi, şahsen sorumludur, tabii olarak da dava adlî yargıda açılacaktır²¹⁴.

Hizmet kusuru, hizmetin kendisindendir, yani hizmetin kuruluş ve işleyişinde ortaya çıkan bozukluk ve aksaklıklardır²¹⁵.

Burada hizmet kusurundan farklı olarak görev kusuru kavramının da açıklanmasında fayda vardır. Görev kusuru, geniş anlamda hizmet kusurunun bir parçası sayılabilir, nitekim genel anlamda kamu görevinin yürütülmesi faaliyetine dayanmaktadır. Eğer kişisel kusur ile görev arasında bir bağ kurulabiliyor ise, görev kusuru olduğundan bahsedilir. Bu anlamda görev kusuru, somut olarak kamu görevlilerinin kişisel davranışlarından kaynaklanan bir davranışı içerse de, aslında idârenin kendi davranışı sayılması gereken ve dolayısıyla idârenin kendi sorumluluğunu doğuran, hukuka ve göreve aykırılığı, göreve ve idâreye ilişkin sayılmasını engellemeyen kusurun, somut personelde kişiselleşen görünüm biçimidir²¹⁶. Görev kusurunda hizmetle ilişkiden tümüyle yoksun olmayan bir kişisel kusur ve hizmet dışında işlenen ancak bir hizmet kusuru ile açıklanabilen kişisel

²¹⁴ Yıldırım, Ramazan, **İdâre Hukuku Dersleri I**, Konya 2009, s. 250. Gözler, Kemal, **İdâre Hukuku, c. II**, Bursa 2003, s. 1048-1049.

²¹⁵ Odyakmaz, 2009, s.208

²¹⁶ Ozansoy, Cüneyt, **Tarihsel ve Kuramsal Açından İdârenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 1989, s. 91(aktaran Atay, s.62).

kusur söz konusudur. Görev kusurunda hizmetle olan bağlantı devam etmektedir, dolayısıyla söz konusu faaliyet idârenin araç-gereçleri ile yerine getirilmektedir. Bu anlamda görev kusurunda idârenin sorumluluğu söz konusudur, ancak rücu hakkı saklıdır. Görüldüğü üzere salt kişisel sorumluluk dışında idârenin sorumluluğu ortadan kalkmamaktadır. Görev kusurunun ortaya çıkabilmesi için şu şartların bir arada bulunuyor olması şarttır:

- Zarara memur veya diğer kamu görevlilerince sebebiyet verilmelidir.
- Zarar, kamu hukukundan doğan yetkilerin kullanılması sonucunda ortaya çıkmış olmalıdır.
- Kusurlu fiil, tutum ve davranışın kamu görevlisinin ifayla yükümlü olduğu hizmet veya görevle ilişkisi olmalıdır.

Bu durumların bir sağlık personeli tarafından ortaya çıkartılması durumunda meydana gelen zararlardan, idâre sorumludur. Eğer zarar, hizmete atfedilebilir bir davranış değilse, bundan sağlık personeli sorumlu olacaktır.

Kamu görevlilerinin hizmetten ayrılabilen, hizmete yabancı kusurlu tutum ve davranışlarına kişisel kusur denilmektedir. Kamu görevlisinin kişisel kusurundan idâre sorumlu olmaz; o kusurlu tutum ve davranışı yapan kamu görevlisi sorumlu olur. Kamu görevlisi kişisel kusurundan dolayı, Borçlar Kanununun 41. maddesi ve devamı maddelerinde düzenlenen “haksız fiil/haksız eylem” esasına göre sorumlu tutulur. Kamu görevlilerinin kişisel kusurlu eylemleri; hizmet dışındaki kusurlu eylemleri olabileceği gibi, hizmet içindeki kusurlu eylemleri olabilir; hatta hizmetle ilişkili kusurlu tutum ve davranışları olabilir²¹⁷.

Kişisel kusurun görev kusurundan en önemli farkı ise kamu görevlisinin davranışı ile kamu hizmeti bir birinden ayrılabilir niteliktedir. Kamu görevlisinin kişisel kusurundan dolayı sorumlu olabilmesi için, kamu görevlisinin verdiği zarar, görevi ile ilgili olmalı ve yetkisini kullanmaktan kaynaklanmalıdır. Yani kamu

²¹⁷ Odyakmaz, **Sağlık...**, s. 208

görevlisinin kişisel kusuru görevine yabancı olmaması ve suç düzeyine ulaşamamış olması gerekir. Bu durumlarda zarar gören kişi idâri yargıda idâre aleyhine dava açarak zararının tazminini isteyebilir. Hizmetle bağlantısı olmayan kişisel zararlardan dolayı ise adlîye mahkemelerinde haksız fiil hükümlerine dayanarak tazminat davası açılabilir.

Kamu görevlilerinin kişisel kusuruna iki açıdan bakılmasında fayda bulunmaktadır:

1. Memurun gerçekleştirdiği haksız eylemin, kamu hizmetinin düzenlenmesi ve yürütülmesi arasında bir nedensellik bağının bulunmaması kişisel kusurdur. Bu durumda memur, sade bir vatandaşdır. Mevzuatın kendisine tanıdığı yetki, çalıştığı kurumun “hizmetle ilgili araç ve gereçleri”ni kullanmadan, haksız eylemi oluşturmaktadır. Dolayısıyla, idârenin ve mevzuatın memura yüklediği bir ödev yoktur. Memur, kişisel olarak sorumludur ve yaptığı eylemin sonuçlarına B.K. 41. maddesi ve devamı hükümlerine göre katlanacaktır. Memur, zarar görene karşı sorumludur²¹⁸.

2. Devlet Memurları Kanunu 12. maddesi çerçevesinde, memur gerçekleştirdiği eylemin sonuçlarına, görevini dikkat ve itina ile yerine getirmediği için katlanacaktır. Memur, bu durumda, zararı birinci derecede, zarar gören kişilere yöneltmiştir. Bu halde zararı devlet tazmin edecektir, fakat devlet, ilgili memura rücu hakkını kullanacaktır²¹⁹.

Bu konuda Yargıtay’ın 17.09.2002 tarihli kararında: “Dava, fıtık teşhisi üzerine SSK Hastanesinde ameliyata alınan sigortalının, bu hastanedeki ameliyat nedeniyle bağırsağındaki kesilmeye bağlı olarak ölümünden kaynaklanan maddî ve manevî tazminatın ameliyatı gerçekleştiren doktor ile kusurlu doktoru istihdam eden Sosyal Sigortalar Kurumundan tahsili istemine ilişkindir. Anayasanın 129/5 , DMK

²¹⁸ Durdu, Hüseyin, **Sağlık Mesleğinde Hukuki Sorumluluk**, c.1, İzmir 1986, s. 94.

²¹⁹ Durdu, s. 94.

13. maddesi çerçevesinde kamu görevlilerinin görev kusurlarından dolayı idâri yargıda dava açılabilmesinden dolayı dava husumetten reddedilmiştir²²⁰.

Kişisel kusurda, hizmetin kuruluş ve işleyişinde bir bozukluk ya da aksaklık yoktur. Kamu görevlisinin kendi kusurlu tutum ve davranışları sorumluluk doğuran zarara yol açmıştır. Kişisel kusur sayılan durumlar²²¹:

- Kamu görevlilerinin suç niteliği taşıyan eylemleri, kamu görevini yerine getirirken kin, rekabet, düşmanlık, menfaat elde etme, kişiye zarar verme kastı ile işlediği kusurlar fevkalade ağır kusur olduğu için kişisel kusurdur. Örneğin hastanede çalışan bir doktorun aralarında husumet bulunan hastasına iğne vurması sonucunda sakat bırakması.

- Kamu görevlilerinin kötü niyetli davranışları,

-Yargı kararlarına uymamaları(ülkemizde yargı kararlarının uygulanmaması, hem idârenin hem de kararı uygulamayan kamu görevlisinin kişisel sorumluluğunu gerektirir. Kararın kasten veya ihmal yoluyla uygulanmaması, idâre yönünde ağır hizmet kusuru, kararı uygulamayan kamu görevlisi bakımından ise kişisel kusurdur)²²².

-Ağır kusur hali(aşırı davranışlar), örneğin hastasına hakaret etmesi, tacizde bulunması.

-Mazur görülemeyecek hatalar, bu durumda sağlık personelinin hatası, ihmali veya tedbirsizliği mazur görülemeyecek derecede ağırdır. Fransız uyuşmazlık mahkemesi, hekimlerin kendi deontoloji kuralları bakımından affedilmez nitelikteki kusurlarını kişisel kusur olarak kabul etmektedir. Fransız Yargıtay'ı da ebenin,

²²⁰ Yargıtay 10.HD, K.T. 17.09.2002, E. 2002/5311, K. 2002/6401, Kazancı İçtihat Bankası.

²²¹ Odyakmaz, Sağlık..., s. 208

²²² Akyılmaz, Bahtiyar, “Yargı Kararlarının Yerine Getirilmemesinden Doğan Sorumluluk”, GÜHFD, İbrahim Ongun’a Armağan, c. 9, sy. 1-2, Haziran-Aralık 2007, s. 450.

dikkatsizliği sonucu çıkan yangında, bir doktorun doğumhanede yatağa bağlı olan hastasını yangınla baş başa bırakıp kaçmasını kişisel kusur olarak nitelendirmiştir²²³.

Ancak Yargıtay'ın 30.11.1998 tarihinde vermiş olduğu kararında doktorun mesleği açısından gerekli özeni göstermemiş olması kişisel sorumluluk sebebi olarak sayılmıştır²²⁴. Örneğin bir sünnet şöleninde yapılan yanlış müdahale sonucu ortaya çıkan zararın tazmini açılan davada Yargıtay: Anayasanın memur ve kamu görevlileri için öngördüğü teminatı "idâri eylem ve işlem" olarak nitelendirilebilecek davranışlarda söz konusu olabileceğini, memurların ve kamu görevlilerinin kişisel kusur teşkil eden eylemleri Anayasa 129/5. fıkrasının kapsamında yer almayacağını ifade etmiştir. Kişinin kişisel kusur teşkil eden eylemleri anılan fıkradaki yetki sınırları içinde düşünülemez. Diğer bir anlatımla memurun kamu görevini yerine getirirken zararı oluşturan davranışı, bir idâri eylem veya işlemden kaynaklanmıyorsa çoğu kez suç teşkil eden bu davranışlar nedeniyle memur zarar görene karşı doğrudan doğruya ve kişisel kusurdan dolayı sorumlu olacaktır.

Kamu görevi yapılırken, kamu hizmeti yerine getirilirken "yetki aşımı" varsa, hekim keyfi işlem ve davranışlar içine girmişse, bunların hizmetle bağdaşması mümkün olamayacağından, hizmetin gereği sayılamayacağından, hekimin kişisel sorumluluğu yoluna gidilebilir²²⁵. Nitekim Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu bir kararında: “Kamu görevlilerinin, açıkça ve kolayca hizmetten ayrılabilen tasarruf ve

²²³ Yılmaz, Mustafa, “İdârenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Kusur Sorumluluğu”, Sağlık Hukuku Sempozyumu, 15-16 Mayıs 2006, Erzincan, yayım yeri Ankara, s. 145.

²²⁴ Dava, kaymakamlık tarafından düzenlenen sünnet şöleninde görevli doktor olarak hazır bulunan davalının davacının oğlunun sünnetini yaparken gerekli özeni göstermemesi sonucu doğan maneî zararın tazminine ilişkindir. Mahkemece davalının kamu görevlisi olması nedeniyle ve şahsına karşı dava açılmayacağı gerekçesiyle Anayasanın 129/5. maddesi hükmüne göre dava husumet nedeniyle reddedilmiştir. Anayasanın memur ve kamu görevlileri için öngördüğü teminat "idâri eylem ve işlem" olarak nitelendirilebilecek davranışlarda söz konusudur. Memurlar ve kamu görevlilerinin kişisel kusur teşkil eden eylemleri Anayasa 129/5. fıkrasının kapsamında yer almaz. Kişinin kişisel kusur teşkil eden eylemleri anılan fıkradaki yetki sınırları içinde düşünülemez. Diğer bir anlatımla memurun kamu görevini yerine getirirken zararı oluşturan davranışı, bir idâri eylem veya işlemten kaynaklanmıyorsa çoğu kez suç teşkil eden bu davranışlar nedeniyle memur zarar görene karşı doğrudan doğruya ve kişisel kusurdan dolayı sorumlu olacaktır(Y.4.HD, 30.11.1998, E. 1998/6342, K. 1998/9531, http://www.hukuki.net/topic.asp?TOPIC_ID=2080&whichpage=2, 16.12.2009).

²²⁵ Deryal, Yahya, **Hekimin Hukuki Sorumluluğu**, <http://www.haksay.org/files/yahya04.doc>, 26.05.2009.

hatalarının kötü niyet ve amaçla ilgiliye zarar vermek veya kamu yararı dışında özel çıkarlar sağlamak için bilerek yani kasten yapılan işlem ve eylemlerle bağışlanmayacak ölçüde ağır kusur oluşturan açık biçimde hukuka aykırı eylem ve işlemlerden oluşur. Kamu personeli bilerek ve isteyerek yetkisini kötüye kullanır veya mevzuata açık ve kesin olarak belirlenmiş bulunan görev ve yetki alanını aşar ya da yönetimin işlev alanının dışına çıkarsa, kişisel eylem ve kusur işlemiş ve kendi sorumluluğuna yol açmış sayılmaktadır" ²²⁶.

22.10.1979 tarih ve 7/2 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı:

"Yönetim görevlisinin kamu görevini yerine getirirken, yönetim işlevi, kamu görevi gerek ve koşullarına yabancı olan, bu nedenle yönetimi bağlamayan, doğrudan doğruya görevlinin kendisine yüklenen ve kişisel sorumluluğunu gerektiren tutum ve davranışlar kişisel kusurdur". "Yönetim görevlisinin zarar verme amacıyla, garaz, kin, husumet, kıskançlık, öç alma ve benzeri duyguların etkisi altında yaptığı işlem ve eylemlerde kişisel kusurun bulunduğu kuşkusuzdur."

Anayasanın 129. maddesi ve DMK'nın 13. maddesi gereğince "kurumun genel kurallara göre sorumlu görevliye dönüp isteme hakkı saklıdır". Hizmet kusurlarının yol açtığı zararlar kamu görevlisinden istenemez. Kamu görevlisinden istenecek zararlar "yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan" zararın karşılanmasıdır. Ceza hukuku yönünden de, suç oluşturan eylemi yapan sağlık personeli ceza hukukundaki şahsilik prensibi gereğince bizzat sorumlu tutulmaktadır²²⁷.

Kurum, memurun yol açtığı zararı üçüncü kişiye ödedikten sonra yaptığı ödemeleri memurun aylığından doğrudan kesemez. Adlî yargı organlarında memuru aleyhine rücu davası açarak sonuçlanmış bir karar almalıdır. Yani kurum, ödediği tazminatı almak amacıyla memur aleyhine dava açmak, aleyhine bir karar almak

²²⁶ RG., 25.3.1975, 42/62.

²²⁷ Özkan, /Akyıldız, s. 430.

zorundadır. Yargı kararı olmadan aylıktan kesinti yapılırsa bu işlemin idâri yargıda bozulması, ortadan kaldırılması imkânı vardır.

Kurumun, memura dönüp isteme hakkı, üçüncü kişi yararına verilen yargı kararının kesinleştiği tarihi izleyen bir yıl içinde zaman aşımına uğrar.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 43. maddesinde : “Hasta haklarının ihlali halinde personeli(yani hekim veya diğer sağlık personeli) çalıştıran kurum ve kuruluş hakkında maddî veya manevî tazminat ya da hem maddî ve hem de manevî tazminat davasının açılabilceği” öngörülmektedir. Hakkında dava açılacak olan kuruma yani kamu hastanesine karşı, yapılan idâri işleminden veya eylemden dolayı iptal ve tam yargı davaları birlikte açılabilceği gibi ayrı ayrı da açılabilmesi mümkün olacaktır. Bundan başka, İYUK' un 13. maddesi gereğince de zarar verici eylemin öğrenildiği günden itibaren en geç bir yıl içinde maddî ve manevî tazminat miktarı ayrı ayrı gösterilerek idâreye başvuru yapılması, başvurunun reddi halinde ise süresi içerisinde idâri yargıda dava açılabilmesi mümkündür²²⁸. 1 yıllık süre, zararın öğrenildiği tarihten başlar ve bu süre her halükarda 5 yıl olarak belirlenir ve anılan süreler, hak düşürücü niteliğe haizdir²²⁹.

²²⁸ Özkan/Akyıldız, s. 431.

²²⁹ Sürelerin başlangıcı ile ilgili olarak Danıştay'ın vermiş olduğu kararda, 20.8.1996 tarihinde geçirmiş olduğu kaza neticesinde SSK Göz Hastalıkları Merkezi'nce gözündeki rahatsızlığın teşhis edilememesi rahatsızlığının geçmemesi üzerine izleyen tarihlerde yine aynı kuruma başvurduğu halde hastalığının teşhis edilemediği, gözündeki rahatsızlığın artması üzerine 20 Nisan 2001 tarihinde gittiği serbest çalışan bir göz uzmanınca, gözünün iç bölgesinde yırtılma olduğu, bu nedenle ameliyat olması gerektiği, ancak tedavide geç kalması nedeniyle gözünün kurtulma olanağının % 10 olduğunun beyan edildiği, en son 24.1.2002 tarihinde aynı kurumada yapılan ameliyatla gözünün alındığı, davacı tarafından, rahatsızlığının, idârenin kusur ve ihmali nedeniyle teşhis edilemediğini ileri sürülerek, uğramış olduğu maddî ve manevî zararın ödenmesi istemiyle, 26.4.2002 tarihinde idâreye başvurmuş, ancak başvurusu reddedilmiştir. İlgili idâre ise savunmasında, zararın gerçekleşmesinden itibaren en geç 5 yıl içerisinde başvurunun yapılması gerektiği savunmasında bulunmuş, ilk derece mahkemesi de bu talebi kabul etmiştir. Anılan yasa hükmünde idâreye başvuru için öngörülen en geç 5 yıllık sürenin, idâri eylemin tamamlandığı ve yol açtığı zararın ortaya çıktığı tarihten itibaren hesaplanması gerekir. bu itibarla, idâreye başvurma ve dava süresinin başlangıcına yalnızca eylem tarihini almak yerine, o zararın o eylemden kaynaklandığının öğrenildiği tarihi esas almak hakkaniyete daha uygun olacaktır(D.10.D., 20.12.2006, E. 2004/2931, K. 2006/7287,DD., sy. 115, s. 329-332). Danıştay, aynı şekilde bir başka kararında, Başvurduğu hastanede, kendisine acile Hemodiyaliz tedavisi görmesi gerektiği yolunda rapor verilen ve bunun üzerine 8 ay tedavi gören davacının, bu teşhisin hatalı olduğunun anlaşıldığından bahisle, uğranılan zararın tazmini istemiyle açtığı dava, idâri eylemden kaynaklanan zararın tazmini davası olduğundan, İYUK m. 13'deki 1 yıllık süreye tabi olduğu, zararın idâri işleminden kaynaklandığından bahisle davanın süre yönünden reddi hukuka

Bu bakımdan dava konusu edilen eylemin, kişisel kusur teşkil edip etmediğinin tespiti gerekmektedir. Kişisel Kusur, Yargıtay'ın 22.10.1979 tarih 7/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında da belirtildiği gibi, sadece kin, hınc, düşmanlık ve benzeri duyguların etkisi altında gerçekleşen eylemler bakımından değil, görevin gerekli kıldığı özenin gösterilmemesi ve mesleğin gerektirdiği ilkelere uyulmadan yerine getirilmesi durumlarında da söz konusu olur.

Bir başka olayda ise hekimin yanlış ameliyat yapması sonucunda hastanın bir böbreğini kaybetmesi ve bunun sonucunda adlî mahkemelerde dava açarak hekimi tazminata mahkûm ettirmesi sonucunda Uyuşmazlık Mahkemesi söz konusu olayda davanın adlî yargıda değil, idâri yargıda açılması gerektiğine hükmetmiştir²³⁰.

Hakeri'ye göre ise olması gereken hukuk açısından kişisel kusur ve organizasyon kusuru ayrımı yapılmalıdır. Kamu hastanelerinde gerçekleştirilen tıbbî müdahalelerde kusur sağlık personelinin şahsi kusuruna dayanıyorsa, bizzat bu personel dava edilebilmeli, buna karşılık organizasyon kusurunun bulunduğu hallerde ise idâre dava edilebilmelidir²³¹. Organizasyon kusuru, özel hastaneler için de geçerlidir. Zira özel hastaneler, göstermeleri gereken dikkat ve tedbir yükümlülüklerine aykırı davranışları durumunda, hekim ile birlikte sorumlu tutulabileceklerdir. Fakat bu durumda idârenin de özel hastaneleri denetleme yükümlülüğünü ihlal ettiğinden bahisle, sorumlu tutulabilmesi mümkündür. Aynı yükümlülük, kamu hastaneleri için de geçerlidir²³².

Kamuya bağlı olan hastaneler için de organizasyon kusuru kavramı geçerlidir. Fakat hastanelerin kuruluşundan, işleyişinden kaynaklanan eksiklikleri ifade etmek üzere, kullanılan teknik kavram “hizmet kusuru” olduğu için, organizasyon kusurunun daha ziyade özel sağlık kuruluşları için kullanılması gerekir.

uygun değildir denilmiştir(D.10.D., 12.3.2007, E. 2005/896, K. 2007/899, DD., sy. 116, 2007, s. 321-323).

²³⁰ Uyuşmazlık Mah. Hukuk Bölümü, K.T. 14.10.1991, E. 1991/28, K. 1991/28, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası Bu konudaki benzer kararı için bkz. Uyuşmazlık Mah. Hukuk Bölümü, K.T. 28.04.2003, E. 2003/23, K. 2003/23, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

²³¹ Hakeri, s. 44.

²³² Özkan/Akyıldız, s. 431.

Organizasyon kusurunun ne olduğunu kısaca açıklamak gerekirse, gerek kamusal gerekse de özel sağlık kuruluşlarının tazminat ve cezai sorumluluğunu doğuran kusur olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu durum aynı şekilde TCK'nın 20. maddesinde işleticinin sorumluluğu olarak düzenlenmiştir. Hekimlik sözleşmesi yapılmaksızın sağlık kurum ve kuruluşuna yatan ve tedavi ve sağlık bakımına alınan hasta ile bu kurum ve kuruluş arasında hasta kabul sözleşmesi kurulmaktadır. Burada hekim, BK'nın 100. maddesine göre yardımcı kişidir. Bu durumda hasta sözleşmeden doğan haklarını sağlık kurum ve işleticisinden talep hakkına sahip olmaktadır. Genel olarak organizasyon kusuru olarak tarif edilen haller şunlardır: Hastanın tedavisi, sağlık kurum ve kuruluşunun bakımını sağlama, hastayı bilgilendirme, sadakat ve özen gösterme, hastane kayıtlarını, hasta bilgilerini kaydetme, sır saklama, sağlık kurumlarında bulunması gereken araç ve gereçlerin bulundurulması, tıp biliminde yeni gelişmeleri takip etme ve uygulama, çalıştırdığı personel seçiminde özen gösterme, hastanın güvenliğini sağlama, beslenme ve barınma hizmetlerini yerine getirme gibi yükümlülüklerinin ihlal edilmesi organizasyon kusuru teşkil etmektedir²³³

Peki tıbbî müdahale işlemi para karşılığında hastanede gerçekleştirilirse meydana gelen zarardan kim sorumlu tutulacaktır? Her ne kadar para karşılığı gerçekleştirilmiş de olsa idârenin araç-gereçleri kullanılmakta, kamu hizmetinden bağımsızlık söz konusu olmadığı için idârenin sorumluluğu durumu geçerlidir. Ayrıca buradaki hekim-hasta ilişkisi bir özel hukuk ilişkisi olmayıp, bir kamu hukuku ilişkisidir. İkinci problem ise tıbbî müdahale özel hastanelerde gerçekleştirilirse sorumluluk kime ait olacaktır. Sağlık hizmetlerinin niteliği gereği, idârenin dışında başka hukuksal varlıkların da bu alanda faaliyet göstermesine müsaittir.

Sağlık hizmetleri anlamında idâre, kamu hizmetinin aslî sahibi ve sorumlusu olması sıfatıyla, sağlık hizmetlerinin kontrolü, denetimi ve ruhsatlandırması gibi faaliyetlerin denetimcisi konumundadır. Nitekim sağlık kamu hizmeti, kamu sağlığı ve düzeni dikkate alındığında, kontrolsüz ve başıboş bırakılacak kadar önemsiz

²³³ Özkan/Akyıldız, s. 432-433.

nitelikte olmayan bir yapıya sahiptir. İdâre, denetim ve gözetim görev ve yetkisini gereği gibi ifa etmez ya da kötü ifa eder veyahut hiç ifa etmezse sorumlu olacaktır.

Özel hukuk kişilerince sunulan sağlık hizmetlerden doğan zararların tazminini, hizmeti doğrudan idâre sunmadığı için tamamen idâreye yüklemek elbette ki söz konusu olmayacaktır. Hasta ile sağlık hizmetini sunan özel hukuk kişisi arasındaki ilişki ve sorumluluk sınırları özel hukuk hükümleri çerçevesinde gelişecektir. Burada idârenin, sağlık hizmetinin kontrolü, denetimi ve ruhsatlandırması görevini ihmal etmesi sebebine bağlı zararlardan sorumluluğu mevzu bahis olacaktır. Zira hastane, okul gibi özellikli kamu hizmetleri virtüel kamu hizmeti niteliğindedir²³⁴.

Ayrıca Yargıtay, her ne kadar kaldırılmış olsa da SSK ve Bağ-Kur Hastanelerinde gerçekleştirilen tıbbî müdahaleleri devletin sorumluluğu içerisinde görmemektedir. Nitekim buna ilişkin kararında Yargıtay: “506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu’na göre sigortalı olan davacı SSK’ya ait hastahane de yanlış ameliyat sonucu zarara uğradığı iddiasıyla SSK’yı ve ameliyatı yapan doktoru dava etmektedir. SSK ile davacı arasındaki hukuki ilişki konusunda, kurum, sigortalıların muayene ve tedavileri için 506 sayılı Kanun’un verdiği yetkiye istinaden hastane kurmuş ve doktor temin etmiştir. Böylece sigortalıya karşı muayene ve tedavinin iyi bir şekilde yapılmasını taahhüt etmiş bir durumdadır. Sigortalı da, kurum hastahanesine başvurmakla arada akdî ilişki kurulmuş olmaktadır. Bu ilişkinin türü de BK’nın 386. maddenin 2. fıkrası hükmü gereği vekâlet akdî olmak gerekir. Böyle olunca Kurum ile davacı sigortalı arasındaki davada da 5 yıllık zamanaşımı söz konusu olur, O halde Kurum hakkındaki davanın da esasına bakılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, 1 yıllık zamanaşımına tabi olduğundan reddi uygunsuzdur. Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten bozulmasına, bozmada oybirliği, sebebinde oyçokluğu ile 18.11.1991 gününde karar verildi”²³⁵. Ancak bizim bu karara katılmamız mümkün değildir. Çünkü sigorta hastaneleri her ne kadar günümüzde varlıklarını devam ettirmiyor olsalar da, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’na bağlı olarak faaliyet gösteren birimlerdi. Kamu hizmetini

²³⁴ Aydın, Nizamettin, “**Hasta Haklarının Hukuki Boyutu ve Korunma Yolları**”, Dumlupınar Ün. SBED., sy. 22, Aralık 2008, s. 24.

²³⁵ Y.9.HD.,18.11.1997,E.1991/8375,K. 1991/14336, www.turkhukuk sitesi.com, 29.05.2009.

yerine getirmek amacıyla, kamu adına faaliyette bulunduklarından ve çalışan sağlık personelinin kamu görevlisi niteliğine haiz bulunmasından dolayı, doğrudan sağlık personelinin dava edilmesi Anayasanın 129. ve DMK'nın 13. maddelerindeki hükümlere aykırılık teşkil etmektedir.

Kusur kavramı incelenirken burada tartışılan bir konu kamu personeli olmayan hekimlerin kamu hastanelerinde yaptıkları müdahaleden kimin sorumlu tutulacağıdır. Bu durum 8/5319 sayılı Yataklı Tedavi Kurumları Yönetmeliği hükümleri çerçevesinde biri, “dışarıdan hekim çağırma” ve diğeri “serbest çalışan bir hekimin hastaneye müracaat etmesi” uygulamaları olarak karşımıza çıkmaktadır. Buna göre dışarıdan hekim çağırma müessesesi ilgili yönetmeliğin 64. maddesinde düzenleme altına alınmıştır. 64. maddedeki düzenleme :” görevli uzman tabip herhangi bir nedenle kurumda geçici olarak bulunmadığı takdirde o mahalde aynı dalda başka bir resmi uzman tabip de yoksa yatan hastaların hayati tehlike arz etmeleri halinde, baştabip tarafından ilgili harcama kaleminden, ücretli hastalar için döner sermayeden ödenir”. Bu durumda A.Y. 129. maddesinin beşinci fıkrası kapsamında idâre sorumlu tutulmalıdır. Zira çağrılı hekim, söz konusu faaliyete iştirak eden kişi konumundadır²³⁶.

3. Tazmini Gereken Bir Zararın Bulunmaması

Yukarıda da belirtildiği üzere idârenin yürütmüş olduğu bir sağlık hizmetinden dolayı sorumlu olabilmesi için ortada bir zararın olması şarttır. Zarar ise, bilindiği üzere, bir hukuk süjesinin maddî veya manevî varlığında ortaya çıkan kayıp ve eksiklikleri ifade eder²³⁷.

4. Zararın Zarar Gören Kişinin Kendi Eyleminden Doğması

Volenti non fit iniura: Rıza gösterene karşı haksızlık söz konusu olmaz. Bu kuralın hem ahlaki anlamda hem de hukuksal anlamda sonuçları vardır. Nitekim

²³⁶ Yıldırım, Ramazan, “Sağlık Personelinin İdâreye Karşı Mali Sorumluluğu”, Tıbbî Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, Sempozyum, 16-17 Ocak 2009, Mersin, s. 185.

²³⁷ Kaplan, s. 168. Karaege, s. 120.

Lizbon Bildirgesi'nin 3. maddesine göre: "Hasta yeterli ölçüde bilgilendirildikten sonra önerilen tedaviyi kabul veya reddetme hakkına sahiptir". Yine 1994 tarihli Amsterdam Bildirgesi'nin 3.2 maddesinde de aynı esas benimsenmiştir: "Hasta tıbbî girişimi reddetme veya durdurma hakkına sahiptir". Bu durumlarda, yani hastanın rıza göstermemesi durumunda hekimin herhangi bir sorumluluğu yoktur. Nitekim, Yüksek Sağlık Şurası vermiş olduğu kararda tetanos aşısı olmak istemeyen hastanın ölmesinde hekimin kusurlu olmadığına karar vermiştir. Danıştay'ın vermiş olduğu bir kararda ise, davacının askerlik hizmetini yapan oğlunun fıtığının çıkması üzerine acilen ambulansla âskerî hastaneye kaldırılması üzerine hastanede gerekli müdahalenin yapıldığı, teşhis konduğu ve geceyi kontrol altında geçirdiği, kendisine su içmemesi bildirilmesine rağmen, gizli olarak 3 sürahiye yakın su içmesi ve kendi kusurlu hareketi sonucu kurtarılamayarak vefat etmesi nedeniyle idâreye atfı mümkün ve idârenin tazminat ödemesini gerekli kılan bir hizmet kusuru veya bir hukuki neden bulunmamıştır²³⁸.

Danıştay, zararın ortaya çıkmasında zarar gören kişinin kusurunun bulunması durumunda, kişinin kusuru oranında tazminattan indirim yapılacağını ancak aynı indirimin manevî tazminatta söz konusu olmayacağını ifade etmiştir²³⁹.

5. Zararın Üçüncü Kişinin Eyleminden Doğması

Zarar, 3. kişinin eylemi neticesinde meydana gelmiş ise, illiyet bağı kesildiğinden idârenin herhangi bir sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. İDÂRENİN hizmet kusuru nedeniyle sorumluluğu hallerinde, üçüncü kişinin davranışı, zararın oluşumuna katkıda bulunduğu ölçüde idâreyi sorumluluktan kurtarır. Zarara uğrayan böyle bir durumda idâreden ancak zararın idâreden kaynaklanan bölümü için talepte bulunabilmektedir. Örneğin hastanede yatmakta olan bir hastaya bağlı serumun üzerine hasta yakınının oturması suretiyle hastanın damar tıkanıklığı sonucu zarar görmesinde böyle bir durum söz konusudur²⁴⁰.

²³⁸ D12D., 22.12.1969, E. 1968/626, K. 1969/2312(Yüksel Esin'den aktaran, Karaege, s. 121).

²³⁹ D10D., E.1995/1508, K.1996/5887, DD.,sy. 93.

²⁴⁰ Atay, s. 182. Karaege, s. 122.

6. Zararın Mücbir Sebeplerden veya Umulmayan Hallerden İleri Gelmesi

Yer sarsıntısı, sel, deprem ve hastalık gibi önceden tahmin edilemeyen ve önleme olanağı olmayan, kişilerin ve idârenin iradesi dışında meydana gelen olaylardır. Zorlayıcı nedenlere “önlenemeyen haller”, “önlenemeyen durumlar”, “mücbir nedenler” de denilmektedir. Zorlayıcı nedenler, idâreyi, sağlık personelinin ve diğer kişileri her türlü sorumluluktan kurtarır²⁴¹.

İdârenin sağlık hizmetlerini yürütürken birdenbire ortaya çıkan, yani öngörülemeyen, fakat bilinse önlenabilir olan bir olayın meydana gelmesi, beklenmeyen hale sebebiyet verir. Bir başka deyişle beklenmeyen haller, idârenin kusurlu sorumluluğunu kaldıran ancak kusursuz sorumluluğun devamına engel olmayan, ani, umulmayan veya o sırada bilinmeyen olaylardır²⁴². Beklenmeyen haller her ne kadar idârenin dışında gerçekleşmiş olsa da fiil idârenin kendi içinden çıktığı için idâreye “atıf” ve “isnat kabiliyeti” devam etmektedir. Örneğin ambulans araç lastiğinin patlaması gibi. Mücbir sebepte ise, genel olarak “sezilemezlik” ve “karşı konulamazlık” söz konusudur. Danıştay bunlara ilave kusursuzluk” ve “gerçeklik” şartlarını da eklemektedir²⁴³. Örneğin deprem sonucu hastaların zarar görmesi durumunda olduğu gibi.

7. Zarar ile Sağlık Hizmeti Arasında Nedensellik Bağının Olması

İdârenin bir zarardan dolayı sorumlu tutulabilmesi için idâri davranış ile zarar arasında bir illiyet bağının kurulabilmesi şarttır. Nedensellik bağının kesilmesinden dolayı idârenin tamamen sorumsuz tutulabilmesi için illiyet bağının tamamen yabancı bir etkenden dolayı kesilmiş olması gerekir. Bu konuda Danıştay vermiş olduğu bir kararında; “idârenin hukuki sorumluluğunun yalnızca hizmet kusuru kavramına dayanmadığı kusur şartı aranmadan da sorumlu tutulabildiği, kural olarak **idârenin yürüttüğü hizmetin doğrudan sonucu olan nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlü olduğu**, olayda davacıların desteği olan

²⁴¹ Yıldırım, Ramazan, **Sağlık Personelinin Mali...**, s. 197

²⁴² Özgüldür, s. 877.

²⁴³ D12D., K.T. 18.6.1975, E. 1972/2721, K. 1975/1343, AİD, c. 8, sy. 3, s. 213.

...’in boğazında hissettiği ağrılar ve yutkunma zorluğu nedeniyle davalı idâre bünyesindeki ... Hastanesine gittiği, hastanenin her türlü tıbbî özeni göstermesine rağmen zararlı sonucun gerçekleştiği bilirkişi raporunda sabit olduğu için zarardan dolayı idâre sorumlu tutulamaz “denilmiştir”²⁴⁴.

AYİM’in vermiş olduğu bir kararında, “davacıda saptanan Hepatit-B virüsünün cinsel temas, ortak kullanılan jilet, enjektör, diş fırçası, kulak deldirme gibi alet ve girişimlerle bulaşması göz önünde bulundurulduğunda idârenin tazminle sorumlu tutulması hukuken mümkün görülmemiştir. Zira davacının zararı bulunduğu ve bu zararın idârenin somut bir eyleminden kaynaklandığı ortaya konulamamıştır”²⁴⁵.

“Yedek subaylık hizmeti sırasında yakalandığı menenjit hastalığına bağlı olarak gözünden sakatlanan davacının, menenjit bakterisini sivil ortamdan almasının kuvvetle muhtemel olduğu, hastalığın oluşumunda idâreye yüklenebilir bir davranışın bulunmadığı, bu nedenle davalı idârenin bu olayda tazminle yükümlü değildir”²⁴⁶.

B. SAĞLIK ÇALIŞANLARI AÇISINDAN MESLEKİ SORUMLULUK SİGORTASI

Memurların kusurlu tutum ve davranışlarıyla gerek üçüncü kişi konumundaki insanlara, gerekse de idâreye verdikleri zararlar, çoğu zaman kendi mali durumlarının çok çok üzerinde gerçekleşmektedir. Kamu görevlilerinin 3. kişilere vermiş oldukları zararı, çoğu zaman idâre tazmin etmekte, “rücu” müessesesi işlevsiz kalmaktadır. Bunun engellenmesinin, devletin çoğu zaman bu yanlışlıkları gidermek zorunda olması durumuna karşı alınacak en iyi tedbir, “Zorunlu Mesuliyet Sigortası” sisteminin getirilmesidir²⁴⁷. Nitekim bu kapsamda 21.01.2010 tarihli ve 5947 sayılı

²⁴⁴ D10D., K.T. 26.05.1999, E. 1998/4814, K. 1999/2945, Sinerji Mevzuat.

²⁴⁵ AYİM. 2. D., 23.1.2002, E. 2001/226, K. 2002/102, AYİMD., sy. 17, s. 1072.

²⁴⁶ AYİM. 2. D., 12.9.2001, E. 2000/663, K. 2001/658, AYİMD., sy. 17, s. 1190.

²⁴⁷ Yıldırım, s. 253.

kanunla gerek kamu sektöründe gerekse de özel hastanelerde çalışan hekimler için zorunlu mali mesuliyet sigortası kabul edilmiştir²⁴⁸.

Sağlık personelinin kusurlu tutum ve davranışlarıyla gerek üçüncü kişi durumundaki bireylere, gerekse idâreye verdikleri zararlar, çoğu zaman onların mal varlıklarının çok üzerinde ortaya çıkmaktadır. Örneğin, bir sağlık personelinin bir tıbbî cihazı hatalı ve kusurlu kullanması nedeniyle hastanede çıkan bir yangında, kendisinin ağır bir biçimde yaralandığını düşünelim. Bu olayda, sağlık personeliyle birlikte, hem hastane sahibi idâre zarar görmüştür, hem de üçüncü kişi konumundaki hastalar veya onların mirasçıları zarar görmüştür. Söz konusu zararların toplamı, tıbbî cihazı kusurlu kullanan sağlık personelinin mal varlığının ve aylığının çok çok üstünde olacaktır²⁴⁹.

Bunlardan üçüncü kişilere yönelik olan zararlar, Anayasanın 129. maddesi ve Devlet Memurları Kanununun 13. maddesi çerçevesinde, idâre tarafından karşılanmaktadır. Çünkü ortada bir görev kusuru vardır. Dolayısıyla, üçüncü kişiler en azından mahkemenin hükmettiği oranda zararını idâreye karşılatacaklardır. Fakat idâre, ödediği bu tazminatı memuruna ödetmek için rücu davası açtığında veya memurun doğrudan idâre verdiği zarar nedeniyle adlî yargıda tazminat davası

²⁴⁸ 1219 sayılı Kanuna aşağıdaki ek madde eklenmiştir:

“EK MADDE 12 – Kamu sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan tabipler, diş tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, tıbbî kötü uygulama nedeniyle kendilerinden talep edilebilecek zararlar ile kurumlarınca kendilerine yapılacak rüculara karşı sigorta yaptırmak zorundadır. Bu sigorta priminin yarısı kendileri tarafından, diğer yarısı döner sermayesi bulunan kurumlarda döner sermayeden, döner sermayesi bulunmayan kurumlarda kurum bütçelerinden ödenir.

Özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan veya mesleklerini serbest olarak icra eden tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, tıbbî kötü uygulama sebebi ile kişilere verebilecekleri zararlar ile bu sebeple kendilerine yapılacak rücuları karşılamak üzere mesleki malî sorumluluk sigortası yaptırmak zorundadır.

Zorunlu mesleki malî sorumluluk sigortası, mesleklerini serbest olarak icra edenlerin kendileri, özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışanlar için ilgili özel sağlık kurum ve kuruluşları tarafından yaptırılır.

Özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışanların sigorta primlerinin yarısı kendileri tarafından, yarısı istihdam edenlerce ödenir. İstihdam edenlerce ilgili sağlık çalışanı için ödenen sigorta primi, hiçbir isim altında ve hiçbir şekilde çalışanın maaş ve sair malî haklarından kesilemez, buna ilişkin hüküm ihtiva eden sözleşme yapılamaz.

Zorunlu sigortalara ilişkin teminat tutarları ile uygulama usul ve esasları Sağlık Bakanlığının görüşü alınarak Hazine Müsteşarlığınca belirlenir.

Bu maddedeki zorunlu sigortalı yaptırmayanlara, mülki idare amirince sigortası yaptırılmayan her kişi için beşbin Türk Lirası idari para cezası verilir.”

²⁴⁹ Yıldırım, Ramazan, **Sağlık Personelinin Mali**, s. 194

açtığında, elde ettiği ilamlar çoğu zaman kâğıt üzerinde kalacaktır. Bunun nedeni, sağlık personelinin mal varlığının veya terekesinin aktif bölümünün ilamdaki para miktarını karşılamasının çoğu zaman mümkün olmamasıdır²⁵⁰.

Hekimlik, mesleği pek çok önemli rizikoyu içerisinde barındıran bir görevdir. Tedavinin başarısızlığa uğraması rizikosu, tıbbî müdahalenin ayrılmaz bir parçasını teşkil etmektedir. Çünkü her ne kadar tıp bilimi, teknolojik anlamda büyük mesafeler kat etmiş olsa da henüz tam olarak insan vücuduna yapılacak müdahalelerin tam komplikasyonları bilinmemektedir²⁵¹. Hekim meslekî mesuliyet sigortası, hekimin meslekî faaliyetleri sırasında hata, ihmal veya kusurlu hareketi sonucunda kendisine yüklenecek hukuki sorumluluk nedeni ile ödenecek tazminat miktarlarını poliçede yazılı teminat limitleri dahilinde ve “Üçüncü Şahıs Mali Mesuliyet Sigortası Genel Şartları(1 nolu maddesi hariç) ile özel şartlar dahilinde güvence altına almaktadır. Genel şartları Hazine Müsteşarlığı belirlemektedir²⁵².

Türk Hukuk Sistemi’nde öngörülen memurun mali sorumluluğunu düzenleyen hükümler, amaca hizmet etmekten uzaktır. Çünkü memurun mali sorumluluğu, çoğu zaman kâğıt üzerinde kalmaktadır. Bunu önlemek ve memurun mali sorumluluğunu etkili hale getirmek için “zorunlu hizmet sigortası sistemi”ne geçilmesi gerekmektedir. Bu sigorta sayesinde memurun vermiş olduğu zararlar kolaylıkla ve kamunun kıt kaynaklarına zarar vermeden ödenebilecektir²⁵³.

Meslekî sorumluluk sigortası, özel muayenehanesinde meslekî faaliyetler için de teminat sağlamaktadır. Doktorun sorumluluğu sigortasında sigorta edilen riziko, tıbbî faaliyettir. Türk Meslekî Sorumluluk Sigortası Genel Şartları Hekim Meslekî Sorumluluk Sigortası Klozu’ nun 1. maddesine göre, sigortalının poliçede konusu belirlenmiş meslekî faaliyet ifa ederken neden olduğu zarar dolayısıyla ödemek

²⁵⁰ Yıldırım, **Sağlık Personelinin Mali**, s.195

²⁵¹ Şenocak, Kemal, **“Hekimin Meslekî Sorumluluk Sigortası”**, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara 1-3 Kasım 2007, s. 256.

²⁵² Güven, Taner, **“Sağlık Çalışanı Meslekî Mali Sorumluluk Sigortası”**, Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbî Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi, 2006, s. 82.

²⁵³ Yıldırım, s. 195

zorunda kaldığı veya kalacağı tazminat tutarları güvence altına alındığı görülmektedir.

Doktorun meslekî sorumluluk sigortası bağlamında teminat altına alınan zarar, cismâni zarardır. Sigorta himayesi, insanın vücut bütünlüğünün ihlali veya ölümü sonucunu doğuracak zarar olaylarına karşı sağlamaktadır. Buna örnek olarak, hastaya teşhisin yanlış bildirilmesi, hastaya yanlışlıkla kanser veya HIV virüsü enfeksiyona maruz kalmış teşhisi konularak bu durumun bildirilmesi. Buna mukabil, şahsiyet haklarının ihlali, sigorta kapsamında değildir. Hekim meslekî sorumluluk Sigortası Klotunun 1/II uyarınca, her tür manevî tazminat talepleri, poliçede belirlenen teminat limitlerinin içinde kalmak ve bu teminat limitinin en fazla % 50'si ile sınırlı olmak kaydıyla teminat kapsamında olduğundan, cismâni zararlar yanında hekimlik mesleğinin icrası kapsamında görülmek kaydıyla, şahsiyet haklarının ihlalden kaynaklanan manevî tazminat talepleri de sigorta kapsamında olacaktır. Poliçe döneminde oluşmuş hasarların poliçe bitimini takip eden 1 yıl içinde, ihbarı halinde de teminat sağlamak üzere 1 yıllık uzatılmış ihbar süresi sağlanmıştır. Poliçede, teminat dışı olan durumlar belirtilmiştir²⁵⁴.

Bu bağlamda ifade edilmek gerekirse, sigorta poliçesinde, sadece cismâni zararlar için sigorta bedeli tespit edilmesi halinde, istenmeyen hamilelik veya başarısız bir kürtajdan dolayı doğan çocuk için ileri sürülen bakım masraflarına ilişkin tazminat taleplerine teminat sağlanmadığı iddiası ileri sürülebileceğinden, poliçede salt malvarlığı zararı şeklinde ayrı bir teminat türü ve bu teminata ilişkin ayrı bir sigorta bedelinin gösterilmesi faydalı olacaktır.

Ayrıca, Hekim Meslek Sorumluluk Sigortası Klotu'nun 2/IV'e göre tıbbî amaçlı kullanım dışında, radyoaktif, zehirli, patlayıcı veya herhangi bir patlayıcı nükleer bileşim veya bunun nükleer bir parçasının tehlikeli özellikleri sebebiyle talep edilen tazminat taleplerinin teminat kapsamı dışında olduğu belirtildiğinden, zıt anlamından, tıbbî amaçlı kullanımdan kaynaklanan tazminat taleplerinin sigorta güvencesinden yararlanabileceği söylenebilecektir. Söz konusu klotun, 3.

²⁵⁴ Tuğcu, Harun/Yorulmaz, Coşkun/Koç, Sermet, “**Hekim Sorumluluğu ve Tıbbî Malpraktis**”, Klinik Gelişim Dergisi, s. 9.

Maddesinin 1. Bendi uyarınca da, genetik mühendisliği uygulamalarından kaynaklanan tazminat talepleri ancak tarafların özel olarak kararlaştırması halinde sigorta kapsamına girecektir²⁵⁵.

Sigortalının kasti olarak verdiği zararlar, sigortanın kapsamı dışındadır. Örneğin, doktorun hastanın onamının olmamasına rağmen, kürtaj yapması gibi. Sigortalı sağlık personelinin bakmakla yükümlü olduğu kimselere yapmış olduğu müdahaleler ile sigortalı sağlık kurumu eğer bir şirket ise, kendisine hizmet veya vekâlet ilişkisi içerisinde bağlı olduğu kişilerin tazminat talepleri sigorta kapsamı dışındadır²⁵⁶.

Avrupa Birliği ülkelerinde hekimler ve diğer sağlık personelinin malpraktis (hatalı tıbbî uygulama) sigortası uygulamalarına ilişkin yapılan araştırma sonucu yapılan araştırmada farklı uygulamalara göze çarpmaktadır²⁵⁷.

Konu Avrupa Birliği müktesebatı açısından incelendiğinde, malpraktis sigortası ile ilgili Avrupa Birliği genelinde tüm üye ülkeleri bağlayan özel bir düzenleme bulunmadığı tespit edilmiştir. Tüm üye ülkelerce benimsenmesi gereken doğrudan bir düzenleme olmaması nedeniyle, her ülke konuyu kendi ulusal düzenlemeleriyle belirlemiştir. Birbirine yakın uygulamalar olmakla birlikte, üye ülkelerin ulusal uygulamaları birbirinden farklılık arz etmektedir²⁵⁸.

Örneğin Almanya, Hollanda ve Lüksemburg'da özel sektörde çalışan hekimlere malpraktis sigortası yaptırmadıkları takdirde çalışma ruhsatı verilmemekte, hastanelerin de hizmet verebilmeleri için malpraktis sigortası yaptırmaları gerekmektedir²⁵⁹.

²⁵⁵ Şenocak, s. 258.

²⁵⁶ Gündüz, s. 84.

²⁵⁷ Ekmen, Azmi, **AB Ülkelerinde Malpraktis Sigortası Uygulamaları**, T.C. Sağlık Bakanlığı Avrupa Birliği Koordinasyon Dairesi Başkanlığı, Haziran 2008, s. 2.

²⁵⁸ Ekmen, s. 2.

²⁵⁹ Ekmen, s. 2.

Avusturya, Belçika, Çek Cumhuriyeti, Yunanistan, Polonya, İspanya ve Slovakya gibi ülkelerde ise malpraktis sonucu ortaya çıkan hasarın tazminatı (eğer varsa) genel olarak ilgili sağlık hizmet sunucuları tarafından ve kısmen de hayat sigortası harici hizmet veren sigorta şirketleri tarafından sunulan özel bir sigorta poliçesi kapsamında ödenmektedir²⁶⁰.

Meslekî sorumluluk sigortası sayesinde²⁶¹:

- Hekim ile hasta karşı karşıya gelmeyecektir.
- Tahkim kurulu sayesinde hukuki masraflar çok düşecek ve sistemdeki paradan mağdurların payına düşen oran artacaktır.
- İlaçların yan etkileri dahil tüm komplikasyonlar karşılanabilecektir.
- Prosedür basitleştiği için zarar gören hastalar daha kısa sürede haklarını arayabileceklerdir.
- Risk yönetimi sayesinde sağlık kurumlarının otokontrolü sağlanmış olacaktır.

²⁶⁰ Ekmen, s. 2.

²⁶¹ Güven, s. 88.

SONUÇ

Kamuya ait olan hastaneler, vatandaşlara sağlık kamu hizmeti getirmek için kurulan ve İdari yapı içerisinde yer alan teşkilatlardır. Burada gerçekleşen her türlü müdahalelerden doğan yahut bizzat hizmetin kuruluşundan veya hizmetin işeyişinden kaynaklanan eksikliklerle ilgili olarak doğacak olan problemler, idâre hukuku esaslarına göre çözümlenecektir. Burada sorumluluk, Anayasanın 40. maddesi, DMK'nın 13. maddesi ve A.Y.'nın 129. maddesinin V. fıkrası hükümleri uyarınca, ilk olarak devlete ait olacak, devletin sorumlu tutulamadığı durumlarda tazminat bakımından sorumluluk, özel hukuk kurallarına göre(ifa yardımcısı olmaları bakımından B.K.'nın 100. maddesine göre, eğer şartları oluşmuşsa da özel hastanelerle ilgili olarak da B.K.'nın 55. maddesine göre hastane işleticisi aleyhine dava açılabilir) çözümlenecektir.

Özel hastaneler açısından idârenin sorumluluğuna değinilecek olursa, idârenin buradaki sorumluluğu, hastane veya sağlık hizmetlerinin arz etmiş olduğu önemden dolayı, virtüel kamu hizmeti olduğu, burada devletin sorumlu olmasının temel nedeninin denetim veya gözetim noktasında idârenin sorumlu olmasıdır. Eğer idârenin bu noktada bir eksikliği varsa, idâre de özel hastane ile birlikte sorumlu tutulabilecektir.

Türk İdari Yargısı'nın vermiş olduğu kararlarda idârenin sağlık kamu hizmetlerinden dolayı sorumlu tutulabilmesi için, idâre hukuku anlamında kusur sorumluluğu'nu teşkil eden hizmet kusurunun "ağır" nitelikte olmasının gerekli olduğunu, zira aksi durumun hizmetin yerine getirilmesini güçleştireceği, belirtilmiştir. Sağlık hizmetleri açısından kusursuz sorumluluk ilkesi son derece istisnai durumlarda kabul edilmiş olup, aksi durumun idârenin sorumluluk alanını hakkaniyete aykırı biçimde genişleteceği belirtilmiştir.

Burada sorumlulukla ilgili olarak getirilen bir diğer çözüm önerisi, meslekî sorumluluk sigortasıdır. Meslekî sorumluluk sigortası, doğrudan doğruya doktorun

şahsıyla ilgili olup, hasta veya hasta yakınları açısından en kısa bir zarar giderme yoludur. Ancak bu durumun idârenin sorumluluğuna herhangi bir etkisi yoktur. Zira idârenin sorumluluğunun temelinde, idâri davranış, zarar ve illiyet bağı yatmaktadır. Bu yüzden kişi zararlarının tazmininde idâre, sigorta bulunmasından dolayı sorumluluktan kurtulamayacaktır.