

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

**SAĞLIK HİZMETLERİNDEN KAYNAKLANAN ZARARLARDAN
DOLAYI İDARENİN SORUMLULUĞU**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**Hazırlayan
Betül ÇATAK IRIZ**

**Tez Danışmanı
Prof. Dr. Murat SEZGİNER**

Ankara-2010

ONAY

Betül ÇATAK IRIZ tarafından hazırlanan “Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu” başlıklı bu çalışma, .../.../... tarihinde yapılan savunma sınav sonucunda (oybirliği/oyçokluğu) ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından Kamu Hukuku/İdare Hukuku dalında yüksek lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

Prof. Dr. Murat SEZGİNER

.....

Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ

.....

Prof. Dr. Ali AKYILDIZ

.....

ÖNSÖZ

Son yıllarda sağlık hizmetlerinden kaynaklanan zararlardan dolayı açılan davaların sayısında büyük artışlar olduğu görülmekle birlikte, bu konunun sıkça medyada gündeme geldiği de görülmektedir. Hal böyle iken konunun hukukun ve hukukçuların ilgi alanı içine girdiğini söyleyebiliriz.

Bununla birlikte konunun özel hukuk bakımından teorik ve pratik olarak sıkça ele alınarak değerlendirildiği görülmekle beraber bu konu hakkında idare hukuku bakımından yapılan çalışmalarda uygulamaya yönelik eksikliklerin olduğunu yargı kararlarına yeterince yer verilmediği ve bu çerçevede yeterli bir değerlendirmenin yapılmadığını düşünmekteyim. Ayrıca Sağlık hizmetinden kaynaklanan kusur konusunda özel bir yasal düzenlemenin bulunmaması sebebiyle idare bakımından hangi zararların sorumluluk gerektirdiği, hangisinin ise kabul edilebilir olduğu yargı içtihatları ile ortaya konulmuştur.

Dolayısıyla, biz bu çalışmamızda genel olarak idarenin hizmet kusuruna dayalı sorumluluğunu sağlık hizmetleri açısından ele alıp yargı kararları ışığı altında değerlendirmeyi istedik.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	i
İÇİNDEKİLER.....	ii
SİMGELER VE KISALTMALAR.....	vi
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

SAĞLIK HİZMETLERİ KAVRAMI VE TÜRKİYEDEKİ SAĞLIK HİZMETLERİNİN KURUMSAL YAPISI

I. SAĞLIK HİZMETLERİ KAVRAMI.....	2
A. Koruyucu Sağlık Hizmetleri.....	6
B. Tedavi Edici Sağlık Hizmetleri.....	6
C. Rehabilitasyon Hizmetleri.....	7
II. TÜRKİYEDEKİ SAĞLIK HİZMETLERİNİN KURUMSAL YAPISI.....	8
A. Kamu Kurum ve Kuruluşları.....	9
B. Özel Sektör.....	11
III. SAĞLIK HİZMETLERİ PERSONELİ.....	14
A. Sağlık Personeli.....	17
B. Yardımcı Sağlık Personeli.....	18
C. Diğer Personel.....	19

İKİNCİ BÖLÜM

SAĞLIK HİZMETLERİNDE KUSUR VE SORUMLULUK

I. SAĞLIK HİZMETLERİNDE HİZMET KUSURU.....	21
A. Sağlık Hizmetlerinde Hizmet Kusurunun Özellikleri.....	24
1. Sağlık Hizmetlerinde Hizmet Kusuru Bağımsız Bir Niteliğe Sahiptir....	24
2. Sağlık Hizmetlerinde Hizmet Kusuru Aslî ve Birinci Derecede Bir Sorumluluktur.....	26
3. Sağlık Hizmetlerinde Hizmet Kusuru Anonimdir.....	27
4. Sağlık Hizmetlerinde Hizmet Kusuru Tüm Kamu Tüzel Kişilerinin Sorumluluğu Bakımından Genel Bir Nitelik Gösterir.....	29
5. Sağlık Hizmetlerinde Hizmet Kusuru Olaylara Göre Değişen Ve Farklı Nitelikler Gösterebilen Bir Kavramdır.....	29
B. Sağlık Hizmetlerinde Hizmet Kusuru Teşkil Eden Durumlar.....	31
1. Sağlık Hizmetinin Kötü İşlemesi.....	32
2. Sağlık Hizmetinin Geç İşlemesi.....	34
3. Sağlık Hizmetinin Hiç İşlememesi.....	37
II. SAĞLIK HİZMETLERİNDE HİZMET KUSURUNDAN DOĞAN SORUMLULUK.....	39
A. Sağlık Hizmetlerinde Sorumluluğun Şartları.....	39
1. Kusur.....	39
a. Sağlık Hizmetlerinde Hizmet Kusurunun Ağırlığı Sorunu	42
(1) Fransız Danıştayının Sağlık Hizmetleri Bakımından Kusur Yaklaşımı.....	43
(2) Türk Danıştayının Sağlık Hizmetleri Bakımından Kusur Yaklaşımı.....	47
i. Sağlık Hizmetlerinde Kusursuz Sorumluluk İlkesi.....	48
ii. Sağlık Hizmetinin Kuruluşu ve İşleyişindeki Yetersizlikten Dolayı İdarenin Sorumluluğu.....	52
iii. Tıbbi Müdahalelerden Dolayı İdarenin Sorumluluğu.....	55
i. Zarar Gören Kişinin Hizmetten Yararlanan Durumunda	

Olması.....	58
ii. Sağlık Hizmetlerinin Riskli Bir Nitelik Taşınması.....	59
2. Zarar.....	62
a. Zarar “Gerçekleşmiş” Olmalıdır.....	63
b. Zarar “Kesin” Olmalıdır.....	64
c. Zarar Hukuken Korunan Bir Menfaate Yönelik Olmalıdır.....	66
d. Zarar “Parayla Ölçülebilir” Nitelikte Olmalıdır.....	66
3. Zarar Doğurucu Davranışın İdareye Yüklenebilmesi.....	67
4. Nedensellik Bağı.....	69
B. Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Sorumluluğunu Ortadan Kaldıran Veya Azaltan Sebepler.....	71
1. Mücbir Sebep.....	72
2. Beklenmeyen Hal.....	73
3. Zarar Görenin (Sağlık Hizmetinden Faydalananın) Davranışı.....	73
4. Üçüncü Kişinin Davranışı.....	75

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SAĞLIK HİZMETLERİNDEN KAYNAKLANAN TAM YARGI (TAZMİNAT) DAVALARI

I. TAZMİN BORCUNUN KAPSAMI.....	79
A. Maddi Tazminat.....	81
1. Maddi tazminatın kapsamı ve Niteliği.....	82
2. Maddi Tazminat Türleri.....	82
a. Ölüm Sebebiyle Maddi Tazminat.....	82
(1) Ölümden Önceki Tedavi Giderleri.....	82
(2) Cenaze Ve Defin Giderleri.....	84
(3) Ölenin Yardımından Yoksunluk Zararı (Destekten Yoksun Kalma Tazminatı).....	85
b. Bedensel (Cismani) Zarar.....	88
(1) Tedavi Giderleri.....	89

(2) Çalışma Gücünün Azalması Veya Yok Olması.....	89
(3) Ekonomik Geleceğin Sarsılması.....	90
B. Manevi Tazminat.....	91
1. Ölüm Sebebiyle Manevi Zarar.....	93
2. Bedensel (Cismani) Zarar Sebebiyle Manevi Tazminat.....	94
3. Kişilik Haklarına Saldırı Nedeniyle Manevi Tazminat.....	95
II. İDARİ YARGIDA TAZMİNAT DAVASININ USULÜ	97
A. Dava Açmadan Önce İdareye Başvuru Şartı.....	97
B. Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Tam Yargı Davalarında Görevli Ve Yetkili Mahkeme.....	100
C. Ehliyet.....	101
1. Ölüm Nedenine Dayanan Tazminat Davalarında Subjektif Ehliyet..	103
2. Bedensel Zarar İddiasına Dayanan Tazminat Davalarında Subjektif Ehliyet.....	104
3. Kişilik Haklarına Tecavüzden Doğan Tazminat Davalarında Subjektif Ehliyet.....	104
D. Süre.....	105
1. Önkarar Alma Süresi.....	106
a. Önkararda Bir Yıllık Süre.....	106
b. Önkararda Beş Yıllık Süre.....	112
c. Önkarar Aranmaması.....	114
2. Dava Açma Süresi.....	115
E. Husumet.....	115
III. SAĞLIK HİZMETLERİNDEN KAYNAKLANAN TAZMİNAT	
DAVALARINDA KUSURUN SAPTANMASINDA BİLİRKİŞİLİK.....	116
SONUÇ	122
KAYNAKÇA	123

KISALTMALAR

a.g.e	: Adı geçen eser
a.g.m	: Adı geçen makale
a.g.t.	: Adı geçen tez
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYİM	: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi
AYİM D	: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
Bkz	: Bakınız
C	: Cilt
D	: Daire
Dan	: Danıştay
DD.	: Danıştay Dergisi
dp.	: Dipnot
E	: Esas numarası
HUMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
Ibid.	: Aynı yerde (Latince, "ibidem")
İHFM	: İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
İDDGK	: İdari Dava Daireleri Genel Kurulu
İYUK	: İdari Yargılama Usulü Kanunu
K	: Karar numarası
md.	:madde
S	: Sayı
S	: Sayfa
vd	: Ve devamı
v.d.	: Ve diğerleri

GİRİŞ

Toplumun genel ve ortak bir gereksinimi olan sağlık hizmetleri bakımından idarenin sorumluluğunun sık olarak gündeme geldiği ve idare aleyhine açılan davaların önemli bir kısmının da bu konudan kaynaklandığı görölmektedir. Bununla birlikte, bu konu bakımından hangi durum ve şartlarda idarenin sorumluluğunun kabul edilebileceği hakkında mevzuatta bir düzenleme bulunmadığı gibi doktrinde görüş birliği de bulunmamaktadır.

Yukarıda belirtilen sebeplerle, idari sorumluluk yapısına uygun düşen özel hukuk düzenlemeleri ile bu konu hakkındaki çalışmalar ve Danıştay kararları incelenerek çalışmamız hazırlanmıştır.

İdarenin sağlık hizmetinden kaynaklanan tazminat sorumluluğunu irdeleyen bu çalışma üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, sağlık hizmetleri kavramı ve türleri açıklanarak, bu hizmetin sunulduğu yerler ile sunan personel hakkında kısaca bilgi verilmiştir.

İkinci bölümde de, sağlık hizmetlerindeki hizmet kusurunun özellikleri, hizmet kusuru teşkil eden durumlar ve bu konuda idarenin sorumluluğunu gerektiren şartlar ile bu sorumluluğu ortadan kaldıran ve azaltan sebepler detaylı olarak incelenmiş, konu hakkındaki Fransız ve Türk Danıştay'ının görüşü yargı kararları doğrultusunda ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Çalışmanın son kısmını oluşturan üçüncü bölümde ise, sağlık hizmetlerinden kaynaklanan tazminat davalarında, tazminatın kapsamı açıklanmış ve yargı kararları çerçevesinde idari yargıdaki tazminat davasının usulü ile bu davalarda kusurun tespiti işleminde bilirkişilik konusu incelenmiştir.

Yüksek lisans tezi olarak hazırlanan bu çalışmayı değerlendiren sonuç bölümüne de yer verilmiş bulunmaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

SAĞLIK HİZMETLERİ KAVRAMI VE TÜRKİYEDEKİ SAĞLIK HİZMETLERİNİN KURUMSAL YAPISI

I. SAĞLIK HİZMETLERİ KAVRAMI

Sağlık, “yalnız hastalık ve maluliyetin yokluğu olmayıp beden, ruhen ve sosyal yönden tam bir iyilik halidir”¹. Dünya Sağlık Örgütüne (WHO) göre sağlık, “ruhsal, bedensel ve sosyal açıdan iyi olma durumu” olarak tanımlanmıştır².

Anayasanın 56 ncı maddesi ile; devlete, vatandaşlarına sağlık hizmeti sağlama görevi verilmiş olup, anılan maddeye göre devlet bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak ve bu kurumları denetleyerek yerine getirmekle yükümlüdür. Sağlık hizmetlerinin toplumun genel ve ortak bir gereksinimi olduğu ve bu hizmetlerin devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altındaki özel kesimler tarafından sunulan sürekli ve düzenli bir hizmet olduğu nazara alındığında bu hizmetin temel bir kamu hizmeti olduğu açıkça anlaşılmaktadır.

Özel hukuk kişileri tarafından halkın günlük ve kollektif ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla gösterdikleri faaliyetlere virtüel kamu hizmeti denilmektedir. Fransız idare hukuku öğretisi ve Danıştay içtihatlarıyla kendini gösteren bu kamu hizmeti türünün önemi, idarenin bu hizmeti sunan kişiler üzerindeki denetim faaliyetlerinde gösterir³. Bu anlamda, devlet ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından sunulan sağlık hizmetinin yanında özel hukuk gerçek veya tüzel kişileri tarafından sunulan hizmetler dahi kamu hizmeti

1 224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun'un 2. maddesi.

2 Savaş Bayındır, “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XI, S.1-2, Y.2007, s.552.

3 İhan Özay, **Günışığında Yönetim**, Fakülteler Matbaası, Ekim 2004, s.226.

olmakla birlikte bu hizmetten kaynaklanan zararların tazmin şeklinde farklılık vardır⁴.

Görüldüğü üzere; sağlık, Anayasa'da temel hak olarak düzenlenmiş ve Devlete bu konuda pozitif edimler yüklenmiştir⁵.

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 hizmetlerdendir⁶.

Sağlık hizmetleri kendine has özellik arzeden bir hizmet olup, kamu hizmeti olması hasebiyle kamu hizmetlerine ilişkin ortak özelliklere de sahiptir.

Sağlık hizmeti sadece idare tarafından değil, özel kişilerce de yürütülmekte olduğundan, yani idarenin yanında özel kişiler de bu hizmeti sunmakta olduğundan tekel niteliğinde olmayan bir kamu hizmetidir. Diğer taraftan, kamu hizmetleri konularına göre de farklı çeşitlerde karşımıza çıkarlar. Devletin varlık sebebini oluşturan geleneksel kamu hizmetleri, “idari kamu hizmetleri” olarak anılır. Bu bağlamda, sağlık hizmetleri idari kamu hizmetleri kapsamında yer almaktadır⁷.

Bu bakımdan, sağlık hizmetleri, kamu hukuku esaslarına göre yürütülür. Sağlık hizmetinin öne çıkan özellikleri bulunmaktadır. Bunlar, sağlık hizmetinin koruyuculuğu, sürekliliği, bireylere eşit şekilde, ödenebilir ücretlerle sunulması olarak sayılabilir⁸.

4 Serkan KIZILYEL, “İdarenin Sağlık Hizmetinden Doğan Tazminat Sorumluluğu”, Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır, 2006, s.37.

5 Bayındır, a.g.m., s.552.

6 Anayasa Mahkemesi'nin 22.11.2007 tarihli, E.2004/114, K.2007/85 sayılı kararı.

7 Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, **Türk İdare Hukuku**, Seçkin, Ankara, 2009, s.461.

8 Bayındır, a.g.m., s.553.

Kamu hizmeti, kamusal bir ihtiyacı tatmin için kamu yararına yapılan bir faaliyet olduğu için sürekli yapılması gereken bir hizmettir. Ancak, süreklilik, kesintisizlik, her zaman bu faaliyetin gün içinde aynı sıklıkla yerine getirilmesini gerektirmez. Buna karşılık sağlık kamu hizmeti gibi bazı kamu hizmetleri kurulduktan sonra kaldırılıncaya kadar hiç kesintiye uğramadan günde 24 saat devam ettirilecektir⁹.

Kamu hizmeti değişkendir, yani gelişen toplum ihtiyaçlarına ve teknolojik verilere kendini uydurmak zorundadır. Çünkü bir faaliyetin kamu hizmeti haline konulması, bireylerin ve topluluklarının o konudaki ihtiyaçlarını en iyi ve uygun biçimde karşılamak amacına yönelir. Bu itibarla, kamu hizmetinin örgütlenmesinde ve işleyişinde yeni yöntemlere, araç ve gereçlere, düzenlemelere hemen yer verilmesi gerekir¹⁰. Örneğin, nüfusun çoğunluğunu teşkil eden ilçe merkezlerindeki halkın, sağlık hizmetlerinden yararlandırılması için 1924'de 150 ve 1936 yılında da 20 ilçe merkezinde muayene ve tedavi evleri açılmış, daha sonra bu evler sağlık merkezlerine ve sağlık ocaklarına dönüştürülmüştür¹¹. Görüldüğü üzere, sağlık hizmetleri ülkenin ihtiyaçları doğrultusunda düzenlenmektedir.

Yine sağlık hizmetinin bir kamu hizmeti olması sebebiyle bu hizmetten herkesin eşit olarak yararlanması gerekmektedir. Ayrıca, idare sağlık hizmetlerini yürütürken nesnel davranmak, başka bir anlatımla yan tutmamak mecburiyetindedir.

Kamu hizmetinin ilk ortaya çıktığı yıllarda söz konusu olan “meccanilik” özelliği, günümüzde anlam değiştirmiş gözükmektedir. Bizzat idarenin yerine getirdiği bazı klasik kamu hizmetleri karşısında kural olarak bir bedel alınmamaktadır¹². Ancak bugün idenin üstlendiği kamu hizmetlerinin çoğalması ve buna paralel olarak yürütülen hizmetlerin yükünün o hizmetten yararlananların sayısının da artması sonucu, parasız olarak yürütülen hizmetlerin yükünün o hizmetten hiç yararlanmayanlara yüklenmesini

9 Akyılmaz, Sezginer, Kaya, a.g.e., s.460.

10 Lütfi DURAN, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982, s.310.

11 **Türkiye Sağlık Hizmetlerinde 80. Yıl**, Sağlık Bakanlığı Sağlık Bilgi Erişim Merkezi Akademik Metinler-Kitaplar, (erişim) <http://www.sabem.saglik.gov.tr>, 13 Nisan 2007, s.30.

12 Akyılmaz, Sezginer, Kaya, a.g.e., s.461.

önlemek amacıyla, belli hizmetlerden yararlananların ödeme gücünün de dikkate alınması suretiyle hesap edilen bir katılma payı alınmaktadır. Bu nedenle, idarenin yürüttüğü kamu hizmetlerinden bir kazanç elde etmesi düşünülemeyeceği gibi, hizmetten yararlananlardan alınan paralarla o hizmetin maliyetinin karşılanması da düşünülemez¹³. Sağlık hizmetlerini sunan kamuya ait sağlık kurum ve kuruluşlarında da bu hizmetten yararlananlardan belli bir miktar para alınmakta olup, bu paralar kâr elde etmek amacıyla değil, sunulan sağlık hizmetlerinin daha kaliteli ve verimli olmasını sağlamak amacıyla kullanılmaktadır. Kamu kurum ve kuruluşlarına ait sağlık kuruluşları veya sağlık işletmelerinde verilen her türlü hizmetin fiyatları Sağlık Bakanlığınca tespit ve ilan edilir¹⁴.

Kişilerin ve toplumların sağlıklarını korumak, hastalandıklarında tedavilerini yapmak, tam olarak iyileşmeyip sakat kalanların başkalarına bağımlı olmadan yaşayabilmelerini sağlamak ve toplumların sağlık düzeylerini yükseltmek için yapılan planlı çalışmaların tümüne sağlık hizmetleri denir¹⁵.

Kamu hizmetleri, ya kamu tüzel kişileri eliyle yerine getirilir ki buna “emanet usulü” denir; bu usulde kamu hizmeti, idarenin kendi elemanı, kendi araç-gereci ve kendi imkanları ile yürütülür. Ya da idare ile özel hukuk kişisi birlikte yürütür ki bu usule “müşterek emanet” denir. Yahut sözleşmelerle özel hukuk kişilerine gördürülür. Buna “imtiyaz usulü” denir. Son olarak idare yanında, özel hukuk kişilerinin de aynı kamu hizmetini görmesine izin verilir. Buna da “izin-ruhsat usulü” denir¹⁶.

Sağlık hizmetleri ağırlıklı olarak Sağlık Bakanlığı eliyle “emanet usulü” ile görülmektedir. Bunun yanında özel sağlık kuruluşlarına da “izin usulü” ile bu hizmetin görülmesine müsaade edilmektedir. Bu durumda

13 Metin Günday, **İdare Hukuku**, Güncelleştirilmiş 8. baskı, Ankara, 2003, s.302.

14 Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun 3/c. maddesi.

15 Güldalı Aybaş, v.d., **Sağlık Hizmetlerinde Denetim**, Ankara, 1987, s.7.

16 Özay, a.g.e., s.243 vd.

hizmetin asıl sahibi idaredir. Onun sıkı denetim ve gözetimi altında, özel hukuk kişileri de bu hizmetin görülmesine katılmaktadırlar¹⁷.

Sağlık hizmetleri, önem sırasına göre, koruyucu, iyileştirici ve rehabilite edici hizmetler şeklinde tasnif edilmektedir¹⁸.

A. Koruyucu Sağlık Hizmetleri

Bu hizmetler kişiye ve çevreye olmak üzere iki grupta ele alınır. Kişiye yönelik koruyucu hizmetler, doğrudan bireylere götürülür. Bu hizmetler, bağışıklama, ilaçla koruma, erken tanı, iyi beslenme, aile planlaması, sağlık eğitimi çalışmalarını kapsamaktadır. Çevreye yönelik koruyucu hizmetleri ise, çevremizdeki olumsuz, biyolojik, fizik ve kimyasal faktörleri yok ederek, düzelterek ya da insanları etkilemelerini önleyerek kişilerin sağlıklarını koruyabilmektir. Bunlar arasında, atıkların zararsız duruma getirilmesi, vektörlerin kontrolü, temiz su sağlanması, çevre kirliliğinin önlenmesi, gıda kontrolü gibi hizmetler sayılabilir. Bu hizmetler sağlık personelinin de yakından ilgilendirmekle birlikte daha çok mühendislik hizmetleridir. Bunların yürütülmesinde sağlık sektörü ile diğer sektörlerin işbirliği kaçınılmazdır¹⁹.

B. Tedavi Edici Sağlık Hizmetleri

İyileştirici (tedavi edici) sağlık hizmetleri üç basamakta ele alınır:

Birinci Basamak: Hastaların tedavilerinin evde ve ayakta yapıldığı sağlık kuruluşlarıdır. Bu kuruluşlarda genellikle yatak yoktur. Sağlık ocakları, tüberküloz dispanserleri, AÇS merkezleri birinci basamak iyileştirici hizmetlerin verildiği yerlere örnektir. Bu basamaktaki imkânlarla teşhis ya da tedavi edilemeyen hastalar ikinci basamağa terkedilir.

¹⁷Ramazan Çağlayan, “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusursuz Sorumluluğu”, Sağlık Hukuku Sempozyumu (Erzincan 15-16 Mayıs 2006), Ankara, Yetkin Yayınları, 2007, s.119.

¹⁸ Aybaş, v.d., a.g.e., s.7.

¹⁹ Aybaş, v.d., a.g.e., s.7-8.

İkinci Basamak: Hastaların yatırılarak teşhis ve tedavi hizmetlerinin verildiği genel hastanelerdir. Bu hastaneler 50-100 yataklı ve 3-4 uzman hekimin çalıştığı hastaneler olabileceği gibi, tam teşekküllü hastaneler de olabilir.

Üçüncü Basamak: Özel dal hastaneleridir. Bu hastaneler en yüksek tıp teknolojisinin uygulandığı gelişmiş tedavi merkezleridir. Kanseri hastaneleri, senatoryumlar, ruh sağlığı hastaneleri üçüncü basamak için örneklerdir.

İyileştirici hizmetleri basamaklar biçiminde ele almanın temel nedeni, bu basamaklar arasında bir hasta sevk sisteminin gerekliliğini vurgulamak içindir. Birinci basamak tedavi kuruluşları halkın yaşadığı yerlere en yakın olan ve hastaların ilk başvurdukları kuruluşlardır. İkinci ve üçüncü basamaklar büyük yerleşim merkezlerinde bulunurlar²⁰.

Sağlık hizmetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların büyük bölümü bu başlıktan kaynaklandığından bu konuda yerleşmiş yargı kararlarına çok sık rastlanmaktadır²¹.

C. Rehabilitasyon Hizmetleri

Hastalık ve kazalara bağlı olarak gelişen kalıcı bozukluklar ve sakatlıkların günlük hayatı etkilemesini engellemek yada bu etkiyi en aza indirmek, kişinin bedensel ve ruhsal yönden başkalarına bağımlı olmadan veya daha az olarak yaşamasını sağlamak amacıyla verilen sağlık hizmetidir²².

Başka bir ifade ile, rehabilitasyon (esenlendirme) bedence ya da ruhça sakat kalmış olanları başkalarına bağılı olmaksızın yaşayabilmelerini sağlamak için yapılan bütün çalışmaları kapsar. İki türlü rehabilitasyon vardır.

20 Aybaş, v.d., a.g.e., s.10-11.

21 Kızılyel, a.g.t., s.40.

22 Özge Karaçege, "Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusurlu Sorumluluğu", Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2001, s.26.

Tıbbi Rehabilitasyon: Bedensel sakatlıkların mümkün olduğu kadar düzeltilmesidir. Ekstremité protezleri, spastiklerin yumuşatılması, işitme kusurlarının en aza indirilmesi gibi çalışmalar bu tür hizmettendir.

Sosyal (mesleki) Rehabilitasyon: sakatlıkları nedeniyle eski işlerini yapamayanlara ya da belirli bir işte çalışamayanlara iş öğretme, iş bulma ve işe uyum sağlama gibi her türlü hizmeti kapsar²³.

II. TÜRKİYEDEKİ SAĞLIK HİZMETLERİNİN KURUMSAL YAPISI

Anayasamızın 41. maddesinde, “Aile, Türk toplumunun temelidir. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlaması öğretimi ile uygulamasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar” şeklinde ifade edilen, aile sağlığının korunması ve geliştirilmesine yönelik hizmetlerin devletin sorumluluğunda olduğu; yine Anayasamızın 56. Maddesinde, “Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir. Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. Devlet bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir. Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir” şeklinde ifade edilen, çevre sağlığının korunmasına ilişkin düzenlemelerin yapılması, sağlığın korunması ve geliştirilmesi, sağlık hizmetlerinin planlanması ve sunumunun gerçekleştirilmesi, denetimlerin yapılması ve maliyetinin karşılanması için finansman kaynakları sağlanmasının devletin sorumlulukları arasında yer aldığı belirtilmiştir.

23 Aybaş, v.d., a.g.e., s.11.

Görüldüğü üzere; sağlık hizmetlerinde devlete geniş ve etkin ödevler yüklenmiştir. İşte devlet, yurttaşlarına karşı kendisine yükletilen bu ödev gereği; sağlık hizmetlerinin kuruluşundan, düzenlenmesinden ve işleyişinden ortaya çıkan bozukluktan, aksaklıktan ve boşluktan sorumludur²⁴.

A. Kamu Kurum ve Kuruluşları

Anayasamıza göre sağlık hizmetlerinin sağlanması devletin asli görevleri arasında sayılmıştır. Anayasal düzenlemeler ile devletin görevleri arasında bulunan sağlık ve sağlık kapsamında yer alan tüm faaliyetlerin yerine getirilmesi için Sağlık Bakanlığı kurulmuştur.

1936 yılında 3017 sayılı “sıhhat ve İctimai Muavenet Vekâleti Teşkilat ve Memurun Kanunu” ile kurulan Sağlık Bakanlığı, bugünkü yapısını 1983 yılında, 181 sayılı “Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile” almıştır.

181 sayılı KHK'nın 2 nci maddesine göre Sağlık Bakanlığının görevleri şunlardır:

a. Herkesin hayatını beden, ruhen ve sosyal bakımdan tam iyilik hali içinde sürdürmesini sağlamak için fert ve toplum sağlığını korumak ve bu amaçla ülkeyi kapsayan plan ve programlar yapmak, uygulamak ve uygulatmak, her türlü tedbiri almak, gerekli teşkilatı kurmak ve kurdurtmak,

b. Bulaşıcı, salgın ve sosyal hastalıklarla savaşarak koruyucu, tedavi edici hekimlik ve rehabilitasyon hizmetlerini yapmak,

c. Ana ve çocuk sağlığının korunması ve aile planlaması hizmetlerini yapmak,

d. İlaç, uyuşturucu ve psikotrop maddelerin üretim ve tüketimini her safhada kontrol ve denetlemek; farmasötik ve tıbbi madde ve müstahzar yerlerin, dağıtım yerlerinin açılış ve çalışmalarını esaslara bağlamak, denetlemek,

²⁴ Çetin Aşçıoğlu, **Doktorların Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu**, Ankara, 1982, s.100.

e. Gerekli aşı, serum, kan ürünleri ve ilaçların üretimini yapmak, yaptırmak ve gerekirse ithalini sağlamak,

f. Temel sorumluluk Sağlık Bakanlığına ait olmak üzere, Tarım Orman ve Köyişleri Bakanlığı ve mahalli idarelerle işbirliği suretiyle gıda maddelerinin ve bunları üreten yerlerin sağlık açısından kontrol hizmetlerini yürütmek,

g. Mahalli idareler ve ilgili diğer kuruluşlarla işbirliği suretiyle çevre sağlığını ilgilendiren gerekli tedbirleri almak ve aldirmek,

h. Bulaşıcı, salgın insan hastalıklarına karşı kara hudut kapıları, deniz ve hava limanlarında koruyucu sağlık tedbirlerini almak,

ı. Kanser, Verem, Sıtma ile savaş hizmetlerini yürütmek ve bu alanda hizmet veren kurum ve kuruluşların çalışmalarının koordinasyonu ve denetimini sağlamak,

j. Bu görevlerin yerine getirilmesi için gerekli tesisleri kurmak ve işletmek, meslek personelini yetiştirmek,

k. Sağlık Hizmetleri ile ilgili olarak milletlerarası ve yurt içindeki kurum ve kuruluşlarla işbirliğinde bulunmak.

6 Ocak 2005 tarihinde TBMM tarafından kabul edilen 5283 sayılı “Bazı Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Ait Sağlık Birimlerinin Sağlık Bakanlığına Devredilmesine Dair Kanun” ile, kamu kurum ve kuruluşlarına ait tüm sağlık birimleri, Sağlık Bakanlığına devredilmiştir.

Böylece ilke olarak, Türkiye'deki bütün hastane doğumevi, senatoryum, prevantaryum, dispanser ve sağlık ocak ve merkezleri bu yasal düzenleme sonucunda Sağlık Bakanlığı'nın yönetim ve sorumluluğu altına alınmıştır. Yasa ile gerçekleştirilen bu devir işleminin dışında kalan, bir başka deyişle, halen kendilerine ait sağlık birimleri bulunan ve bu birimleri Sağlık Bakanlığına devredilmeyen kamu kurum ve kuruluşları ise şunlardır: Cumhurbaşkanlığı, yüksek mahkemeler, Sayıştay, Türk Silahlı Kuvvetleri, Milli İstihbarat Teşkilatı, üniversiteler, mahalli idareler ve mazbut vakıflar²⁵.

25 Ünal Er, **Sağlık Hukuku**, Ankara, Savaş Yayınevi, 2008, s.229.

5283 sayılı Kanunda belirtilen usul ve esaslara göre, kamu kurum ve kuruluşlarının tüm sağlık birimleri; bunlara ilişkin her türlü görev, hak ve yükümlülükler, taşınırlar taşınmazlar ve taşıtlarla birlikte, Sağlık Bakanlığı'na devredilmiştir.

Sağlık hizmeti sunan kamu kurum ve kuruluşu (dolayısıyla kamu personeli) ile bu kamu kurum ve kuruluşuna müracaat eden hasta arasında Özel Hukuk anlamında bir sözleşme ilişkisi çıkmaz. Yani, hasta ile kamu sağlık kurum ve kuruluşu arasında özel kurum ve kuruluşlar arasında olduğu gibi bir hastaneye kabul sözleşmesinin iki tarafını oluşturmazlar. Dolayısıyla, sağlık hizmeti sunan kamu kurum ve kuruluşlarının, hastaya karşı akdi sorumluluğundan söz edilemez²⁶.

Hasta, kamu hizmetinden yararlanan durumundadır ve bu sebeple, kamu kurum ve kuruluşları dahilinde sunulan sağlık hizmetinden dolayı meydana gelen zarar nedeniyle idare aleyhine dava açar.

Sağlık kuruluşunun hangi kamu idaresi veya kamu kurumu tarafından işletileceği tazminat hükümleri açısından önemli değildir. Sorumlu olan idarenin bilinmesi sadece tazminat davasında davalının tespiti açısından önem arz etmektedir²⁷.

B. Özel Sektör

Türk hukuk sistemi kamu idareleri ve kamu kurumları dışında özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri tarafından da sağlık kamu hizmeti verilmesine müsaade etmektedir. Özel olarak sağlık hizmetinin sunumunu belirleyen başlıca yasalar 1219 Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun ile 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunudur.

²⁶ Mehmet Ayan, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Ankara, 1991, s.173.

²⁷ Serkan Kızılyel, "İdarenin Sağlık Hizmetinden Doğan Tazminat Sorumluluğu", Ankara Barosu Ankara Üniversitesi Sağlık Hukuku Kurultayı (1-3 Kasım 2007 Ankara), Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2008, s.231.

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun 4. maddesi, özel muayenehane açmak veya evinde muayene etmek isteyen tabipler için gerekli başvurunun nasıl yapılacağı belirtilmiştir.

1933 yılında kabul edilerek yürürlüğe giren 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanununun 3. maddesi özel hastanelerin kurulabileceğini, hastanenin kurulmasına Sağlık Bakanlığı tarafından ruhsatlandırmak suretiyle izin verileceğini, 7. maddesinde ise, özel hastane işletmecilerinin gerçek veya tüzel kişiler olabileceği, devam eden maddeleri ile hastanelerde aranılacak şartların neler olacağı belirtilmiştir. Daha sonra anılan Kanun'a dayanılarak yürürlüğe konulan Özel Hastaneler Tüzüğü ile de, özel hastaneler kabul edilecek hastalar, hastanelerin türleri ve özellikleri, binaların nitelikleri, bulundurulması zorunlu ilaç, personel kadroları, araç ve gereçler ve özel hastanelerin iç hizmetlerine ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiştir.

Görüldüğü üzere, özel sağlık hizmeti sunan birimlerin kuruluşu sıkı koşullara bağlamıştır. Buna göre, virtüel bir kamu hizmeti olarak adlandırılabilir sağlık hizmetinin özel kişiler eliyle yürütülebilmesi için Yasa ve Tüzükte ağır şartlar aranmıştır ki ancak bu şartların varlığı halinde sağlık hizmetinin sunulmasına izin verilecektir. Özel sağlık kuruluşlarının kuruluşu ile birlikte faaliyetine devam etmesi de idarenin gözetim ve denetimi altında mümkün olabilecektir. İdarenin bu derece sıkı bir denetimde bulunmasının öngörülme nedeni konunun suiistimale uğratılmasına elverişli olması ve bu konudaki kamuoyunun hassasiyetidir. Merkezi idarenin gözetim ve denetim yetki ve sorumluluğunun doğal sonucu olarak hizmetin sunulmasına son verilmesine kadar gidebilecek gerekli tedbirleri alabilmesidir²⁸.

Özel hastaneler açısından ise, öncelikle açıklamak gerekir ki, burada çalışan sağlık personeli kamu görevlisi olmadığından, kusurlu tıbbi müdahalelerden dolayı ceza sorumluluğu bakımından, savcılık doğrudan soruşturma başlatabilecek, dava açabilecektir. Özel hastanelerde kural

28 Kızılyel, a.g.t., s.98.

olarak hekim ile hasta arasında değil; hastane ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisi vardır²⁹.

Bu nedenle, tazminat sorumluluğu bakımından, özel hastanelerde gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerden dolayı, kamuda devletin sorumluluğu gibi, kural olarak hastane işleticisinin sorumluluğu söz konusu olacaktır. Nitekim Yargıtay da bu yönde karar vermektedir. Örneğin, “Davacı ile davalı arasında yapılan görüşme sonunda, davacı davalının önerdiği diğer davalı şirkete ait sağlık tesisinde doğum ve tedavi olmayı kabul etmiştir. Sezaryanla doğum davalı FT tarafından yapılmıştır. Şu haliyle davacı ile davalı FT arasında doğrudan doğruya; sağlık tesisi ile de davalı doktorun vasıtasıyla vekâlet ilişkisi meydana gelmiştir. Burada davacı, davalı şirketin olanaklarını bu bağlamda hizmet, sağlık aletleri gibi olguları gözeterek bu yeri seçmekle ve tesisin de kabul etmesiyle aralarında tarafları bağlayıcı hukukî bir ilişki kurulmuş bulunmaktadır. Diğer bir anlatımla davalı şirket, diğer davalının yapacağı doğum ve tedavinin istenen biçimde sonuçlanacağını vekâleten kabul etmektedir. Şu durumda zarar davalı doktorun tedavi hatasında da meydana gelse, zarardan dolayı davalı şirket, doktorla birlikte sorumludur.” gerekçesiyle Yargıtay Yerel Mahkemece bu yön gözetilmeden davalı ... Sağlık Tesisleri A.Ş. hakkındaki davanın reddedildiği kararı bozmuştur³⁰.

Özel hukuk kişilerince verilen sağlık hizmetinden idarenin kural olarak sorumlu tutulması söz konusu değildir. İdarenin sorumluluğundan bahsedebilmek için idari eylem veya işlemin bulunması ve bu eylem ve işlemin hukuka aykırı olarak zarara neden olması gerekmektedir. Oysa ki, örneğin özel hastanede verilen anestezi nedeniyle tekrar uyandırılmaması sonucu ölen hasta yakınlarının uğradığı zarar tamamen özel hukuk hükümleri çerçevesinde tazmini gereken bir zarar durumundadır. Kural, özel sağlık hizmetlerinden idarenin sorumlu olmaması ise de, sağlık hizmetinin özelliği gereği idarenin özel sağlık kuruluşunun mesela hastanenin kurulması ve işletilmesi aşamasında gerekli gözetim, denetim ve yaptırım uygulama görev

29 Hakan Hakeri, “Hastane Yönetiminin Sorumluluğu”, Ankara Barosu Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Kurultayı (1-3 Kasım 2007 Ankara), Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2008, s.163.

30 Hakeri, “Hastane Yönetiminin Sorumluluğu”, s.163.

sorumluluğunu yapmaması nedeniyle zararın meydana gelmesi halinde idarenin sorumlu olamayacağının kabulü kolay olmayacaktır. Üzerinde durulması gereken bir diğer husus, idarenin gözetim ve denetim kusurları nedeniyle zararın meydana gelmesinden dolayı idare sorumlu olsa bile bu sorumluluğun sağlık hizmeti sorumluluğu olmadığıdır. Zira özel sağlık hizmetinden dolayı idareye verilen gözetim ve denetim yetkisi bir sağlık hizmeti değil idarenin asli diğer görevlerindendir. Bu nedenle idarenin bu sorumluluğu genel tazminat sorumluluğu kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir³¹.

Hasta ile özel hastane arasındaki ilişkiler esas itibariyle 3 şekilde tezahür edebilir. Bunları: “sözleşme” ilişkisi, “vekâletsiz iş görme” ilişkisi ve “haksız fiil” ilişkisi olarak sıralayabiliriz³².

III. SAĞLIK HİZMETLERİ PERSONELİ

İdarenin görevlerini yerine getirebilmesi için emrine verilen taşınır ve taşınmaz mallar, idarenin maddi ögesini; idarede görev yapanlar ise insan ögesini oluşturur. İdarenin üstlendiği kamu hizmetinin başarı ile ve gereği gibi yerine getirilebilmesi için insan ögesinin hem nicelik ve hem de nitelik olarak yeterli olmasına bağlıdır. İdarenin insan ögesine “kamu görevlileri”, “kamu personeli”, ya da 1982 Anayasasında da (örneğin md.33/7) bazen kullanılan bir deyişle, “kamu hizmeti görevlileri” denmektedir³³.

Kamu görevlisi kavramı, geniş ve dar anlamda kullanılmaktadır. Ancak ister geniş anlamda, ister dar anlamda kullanılsın, kamu görevlileri kamu kesimindeki bir örgüte bağlı olarak çalışırlar. Bu sebeple, kamuya yararlı bir hizmeti görenler, kamu kesimindeki bir kuruluştaki çalışmadıkları sürece kamu görevlisi sayılmazlar. Geniş anlamda kamu görevlisi, hukuki durumları ve yaptıkları görevin niteliğine bakılmaksızın devlet ve diğer kamu

31 Kızılyel, a.g.t., s.99.

32 Ali Türkmen, **Hasta ve Hekim Hukuku**, Samsun, Erol Ofset Matbaacılık Yayıncılık san. ve Tic. Ltd. Şti., 2009, s.50.

33 Günday, a.g.e., s.516.

tüzel kişilerinde görev alan herkesi ifade etmekte iken, dar anlamda kamu görevlisi ise, devletin siyasal yapısını oluşturan organlarda görev yapanlar ile özel hukuk hükümlerine göre çalışanlar hariç olmak üzere devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinde görev yapanları ifade etmektedir³⁴.

Kamu kurum ve kuruluşlarındaki sağlık hizmeti sunumunda görev alan hekim, anesteziist, hemşire, hastabakıcı, teknisyen gibi çalışanlar “kamu personeli” konumundadırlar ve ifa ettikleri hizmetler de İdare Hukuku anlamında “idari faaliyet (eylem)” niteliğini taşır³⁵.

Kamu görevlilerine ilişkin ayırımın yer aldığı Anayasanın 128. maddesinin birinci fıkrası ile, devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri, memur ve diğer kamu görevlilerinin eliyle görüleceği hüküm altına alınmıştır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4 üncü maddesinde kamu hizmetlerinin memurlar, sözleşmeli personel ve geçici personel ile işçiler eliyle yürütüleceği belirtilmiştir. Aynı madde de memur; “mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın, devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilen” görevliler olarak, sözleşmeli personel ise zaruri ve istisnai hallerle sınırlı olmak üzere özel bir meslek bilgisine ve ihtisasına ihtiyaç gösteren geçici işlerde sözleşme ile çalıştırılmasına karar verilen ve işçi sayılmayan kamu hizmeti görevlileri, geçici personel de bir yıldan az süreli veya mevsimlik görevlerde sözleşme ile çalıştırılan ve işçi sayılmayan görevliler olarak tanımlanmıştır. Memur ile sözleşmeli ve geçici personel dışında kalan ve geniş anlamda kamu görevlileri kapsamında olan çalışanlara ise işçi denilmektedir ki, işçiler özel hukuk hükümlerine tabidirler.

Devletin ve kamu tüzel kişilerinin sundukları sağlık hizmetleri bugün için esas itibarıyla memurlar eliyle görülmektedir. Bu nedenledir ki sağlık personelinin hukukî durumunu belirlemek bakımından 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na bakmak gerekmektedir. Aynı Kanunun 36. maddesinde

34 Günday, a.g.e., s.516-517.

35 Ayan, a.g.e, s.173.

sağlık hizmetini sunmakla görevli kamu görevlileri “sağlık hizmetleri ve yardımcı sağlık hizmetleri sınıfı”nda sayılmıştır. Bu sınıf, sağlık hizmetlerinde mesleki eğitim görerek yetişmiş olan tabip, diş tabibi, eczacı gibi memurları ile bu hizmet sahasında çalışan yüksek öğrenim görmüş fizyoterapist, tıp teknolojü, ebe, hemşire, sağlık memuru, sosyal hizmetler mütehassısı, biyolog, psikolog, diyetçi, sağlık mühendisi, sağlık fizikçisi, sağlık idarecisi, hemşire, hemşire yardımcısı, (fizik tedavi, laboratuvar, diş anestezi ve röntgen teknisyenler ile yardımcıları, çevre sağlığı ve toplum sağlığı teknisyeni dahil) sağlık savaş memuru ve diğer sağlık personelinden oluşmaktadır.

Ayrıca 657 sayılı Kanunun söz konusu maddesine 10.07.2003 tarihli ve 4924 sayılı Elaman Temininde Güçlük Çekilen Yerlerde Sözleşmeli Sağlık Personeli Çalıştırılması İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 11 inci maddesiyle aşağıdaki paragraf eklenmiştir.

“Bu sınıfa dahil personel tarafından yerine getirilmesi gereken hizmetler, lüzumu halinde bedeli döner sermaye gelirlerinden ödenmek kaydıyla, bakanlıkça tespit edilecek esas ve usullere göre hizmet satın alınması yoluyla gördürülebilir.”

Ayrıca, 05/07/2005 tarihli Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren, Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu, Sağlık Personelinin Tazminat ve Çalışma Esaslarına Dair Kanun, Devlet Memurları Kanunu ve Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun ile Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair 5371 Sayılı Kanunun 5 inci maddesi ile 14/07/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 86 ncı maddesinin üçüncü fıkrasına “eczacılık” ibaresinden sonra gelmek üzere “köy ve beldelerdeki ebelik ve hemşirelik” ibaresi eklenmiş olup, bu doğrultuda, köy sağlık evleri ve sağlık ocakları ile belde sağlık ocaklarında vekil ebe/hemşire istihdamı

planlanmış, bu amaçla Sağlık Bakanlığınca açıktan vekil ebe/hemşire atanması yönünde Maliye Bakanlığına izin başvurusu yapılmıştır³⁶.

Maliye Bakanlığı'nca, 2006 yılı için (3.000), 2007 yılı için ise (2.473) olmak üzere toplam (5.473) vekil ebe/hemşire ataması yapılması hususunda gerekli izin alındıktan sonra Sağlık Bakanlığınca açıktan vekil ebe/hemşire ataması yapılmıştır³⁷.

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun ise, özellikli durum arz eden asli sağlık hizmeti sunan kamu görevlilerini düzenlemiş olup, burada tabipler, diş tabipleri ve dişçiler, ebeler, sünnetçiler ve hasta bakıcı hemşireler yer almaktadır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda (m.280/29, sağlık mesleği mensubu; tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler olarak belirtilmiştir.

Kamu kurum ve kuruluşlarında görev yapan sağlık personelinin çoğu kamu görevlisi statüsündedir. Bunun hem ceza hukuku hem de tazminat hukuku bakımından iki ayrı sonucu bulunmaktadır: ilkin ceza hukuku yönünden, görev dolayısıyla işlenen suçlarda savcılık doğrudan soruşturma başlatamadığından, 4483 sayılı Kanun hükümleri gereğince, ilgili hakkında ceza davası açılabilmesi için izin verilmesi gerekmektedir. Tazminat hukuku açısından sonucu ise, kamu hastanesine müracaat eden bir hasta ile hastane ve/veya sağlık personeli arasında bir kamu hukuku ilişkisi ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla, tıbbi müdahaleden doğan zararlar ilgili olarak idare hukuku kuralları uygulanacaktır³⁸.

Bu çalışmada 657 sayılı Kanunda yapılan sınıflandırmadan hareketle, sağlık hizmetlerinde görevli personeli, "sağlık personeli", yardımcı sağlık personel" ve "diğer personel" olmak üzere üç grup altında kısaca açıklama yetineceğiz.

36 Sağlık Bakanlığı'nın 22/03/2006 tarihli ve 64284 sayılı yazısı.

37 Maliye Bakanlığı'nın 08.09.2006 tarihli ve 17830 sayılı yazısı.

38 Hakeri, "Hastane Yönetiminin Sorumluluğu", s.162

A. Sağlık Personeli

Sağlık hizmetinin sunumunda karar verip uygulama hak ve yetkisine sahip personel bu sınıfta kabul edilmektedir. Sağlık hizmetinden kaynaklanan kusur sorumluluğunun önemli bir kısmı hekimler ve dış hekimlerinin kusurundan kaynaklanmakta olduğundan aşağıda sadece bu sınıf dahilinde yer alan hekimler ve dış hekimleri ele alınacaktır.

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunu ile 6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu'nda, kimlerin hekimlik mesleğini yürütmekle yetkili olduğu belirlenmiştir. Söz konusu Kanunlar, tabiplik mesleğine kabulü, mesleğin icrası, ve sona erdirilmesine dair geniş hükümler ihtiva etmektedir. Buna göre, hekim olmanın koşullarını, Türk vatandaşı olmak, tıp fakültesi diplomasına sahip olmak, tabip odasına kayıtlı olmak ve hekimlik mesleğini yapmaya engel sürekli bir halin olmaması (ağır hapis, beş yıldan fazla hapis, sürekli olarak kamu hizmetlerinden yasaklılık veya meslek ve sanatı kötüye kullanma suretiyle işlenmiş bir fiilden dolayı iki defa mahkemece meslek ve sanatı tatili cezasıyla mahkum olmamak yada sanat icra etmesine engel ve iyileşmesi imkansız bir akıl hastalığı ile malul olduğu muayene sonucu tespit edilmemiş olmak) şeklinde sıralayabiliriz.

Kamu idareleri ve kurumları tarafından işletilen sağlık kurumlarında görev yapan tabipler, devlet memuru sayılmaktadır. Buna göre, Sağlık Bakanlığı ve diğer kamu idareleri bünyesinde işletilen sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan tabiplerin istihdam şekli memurluktur. Ancak üniversiteler tarafından işletilen araştırma ve uygulama hastanelerinde çalışan tabipler, öğretim elemanı olması halinde memur değil, diğer kamu görevlisi sayılırlar. Bu durum 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu hükümlerine dayanmaktadır. Bu Kanun hükümlerinin üniversite ve bağlılarında görev yapan personellerin öğretim üyesi ve görevlisi olarak sınıflandırması ve bu kapsamda olan kamu görevlilerinin memur sayılmamalarından kaynaklanmaktadır. Fakat bu yerlerde görev yapanlar 2547 Sayılı

Yükseköğretim Kanununa tabi öğretim elemanı değil ise, bu durumda bunlar dahi genel kanun olan Devlet Memurları Kanunu uyarınca memur sayılırlar³⁹.

Dişlerin ve diş etleri ile esnasının tedavisi ve dişlerin ikmal ve ıslahına ait ameliyatları icra etmeye¹⁶⁸ yetkili ve görevli diş tabipleri, genel olarak mesleğin icrası açısından tabiplerin hükümlerine tabidirler.

B. Yardımcı Sağlık Personeli

Mevzuata göre doğrudan karar verip uygulamadıkları varsayılan hemşireler, ebeler, sağlık memurları, çevre sağlığı teknisyenleri, radyoloji ve laboratuvar teknisyenleri, beslenme uzmanları, diş teknisyenleri, sağlık fizikçileri, laborantlar, fizik tedavi teknisyenleri, veteriner hekimler, besin teknolojisi uzmanları, sağlık eğitimcileri, tıbbi sekreterler ve benzeri görevliler “yardımcı sağlık personeli” sayılmaktadır⁴⁰.

C. Diğer Personel

01.08.1998 tarihli ve 23420 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Hasta Hakları Yönetmeliği'nin “Tanımlar” başlıklı 4 üncü maddesinde, personel; hizmetin resmi veya özel sağlık kurumlarında ve kuruluşlarında veya serbest olarak sunulmasına bakılmaksızın, sağlık hizmetinin verilmesine iştirak eden bütün sağlık meslekleri mensuplarını ve sağlık meslekleri mensubu olmasa bile sağlık hizmetinin verilmesine sorumlu olarak iştirak eden kimseleri ifade edeceği belirtilmiştir.

Gerek bu hükümden gerekse sağlık hizmetinin mahiyetinden (24 saat sunulması ve ertelenemez nitelikte oluşu v.b.) hareketle, yukarıda

³⁹ Kızılyel, a.g.t., s.52-53.

⁴⁰ Nevzat Eren, **İl, İlçe ve Köylerde Sağlık Yönetimi ve Mevzuatı**, İstanbul, Beta Basım, 1984, s.134.

belirtilen iki personel kapsamı dışında kalan, şoför, hizmetli, aşçı ve benzeri personeli ise “diğer personel” kapsamına girebileceğini söyleyebiliriz.

İKİNCİ BÖLÜM

SAĞLIK HİZMETLERİNDE KUSUR VE SORUMLULUK

I. SAĞLIK HİZMETLERİNDE HİZMET KUSURU

Kamu hukuku alanında, özel hukuktaki sorumluluktan esinlenerek idarenin ve idare hukukunun özellikleri dikkate alınarak özel hukuktakinden ayrı bir sorumluluk esası geliştirilmiştir. Zira idarenin faaliyet alanının ve yaptığı hizmetlerin gerek nitelik gerekse sayıca çoğalmasıyla birlikte kişilerin bu faaliyetlerden zarar görme ihtimali artmıştır⁴¹

Bu bağlamda, XIX. yüzyılın ikinci yarısına kadar devletin sorumsuzluğu ilkesi, hemen her ülkede egemen olmuştur. Devlet görevlerinin artması, hukuk devleti anlayışının gelişmesi, liberal devletten sosyal devlete geçilmesi, kamu gücünün sorumsuzluğu ilkesinden uzaklaşmayı gerektirmiştir⁴².

İdarenin sorumluluğu konusunda, modern idare hukuku sistemlerinde esas alınan teori “hizmet kusuru” teorisidir, Bu konuda, hizmet kusuru teorisinden başka öngörülen teoriler varsa da, bunlar istisnai ve özel durumlarda, adalet ve hakkaniyet gereklerine göre uygulama yeteneği olan ikinci derecede ve tamamlayıcı teorilerdir. İdare hukukunun sorumluluk konusunda temel teorisi hizmet kusuru teorisidir⁴³. Bu teori özellikle Fransız Danıştay içtihatlarıyla gelişen, bu itibarla teşrii metinlerden daha çok mahkeme kararlarına ve jurisprudansa dayanan bir teyordir⁴⁴.

İdarenin kusurlu sorumluluğu ülkemizde de, Fransız Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesinin öteden beri sürdürdüğü uygulamalardan

41 Murat Yaman, “Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında İdare Hukukunda Sorumluluk, Hizmet Kusuru Ve Kusursuz Sorumluluk Kavramları”, (erişim) http://www.msb.gov.tr/ayim_makale_detay.asp?IDNO=54, 11 Mayıs 2007, s.2.

42 Şeref Gözübüyük, **Yönetim Hukuku**, 15. bası, Turhan Kitabevi Yayınları, Ekim 2001, s.292.

43 Necdet Özdemir, **Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu**, Ankara, Yenidesen Matbaası, 1963, s.21.

44 Özdemir, a.g.e, s.21.

esinlenerek, gerek öğretide ve gerekse yargı içtihatlarında hizmet kusuru kavramı ile açıklanmaktadır⁴⁵.

Hizmet kusuru genel olarak, idarenin yürüttüğü bir hizmetin kurulmasında, düzenlenmesinde yada işleyişindeki bozukluk ve aksaklığı olarak ifade edilmekle⁴⁶ birlikte bu konuda en kapsamlı tanımı yapan SARICA' ya göre; "hizmet kusuru, idarenin ifa ile mükellef olduğu herhangi bir amme hizmetinin ya kuruluşunda, tanzim ve tertibinde veya teşkilatında, bünyesinde, personeline yahut işleyişinde gereken emir, direktif ve talimatın verilmemesi, nezaret, murakabe, teftişin icra olunmaması, hizmete tahsis olunan vasıtaların kifayetsiz, elverişsiz, kötü olması, icabeden tedbirlerin alınmaması, geç, vakitsiz hareket edilmesi, ilh.. şeklinde tecelli eden birtakım aksaklık, aykırılık, bozukluk, intizamsızlık, eksiklik, sakatlık arzemesidir⁴⁷.

Buna göre kural olarak zarar sağlık hizmetini sunan personelin kusurundan kaynaklansa dahi kusurlu davranıştan idare sorumlu olmaktadır.

İdarenin sağlık hizmetlerinden kaynaklan sorumluluğu, hizmet kusuruna dayanır. Buradaki hizmet kusuru, idarenin sağlık hizmetlerini halin gereklerine ve ihtiyaçlarına göre en uygun biçimde karşılayacak şekilde devamlı ve düzenli bir tarzda kamuya sunmak, toplumun bu hizmetlerden faydalanmasını sağlamak zorunluluğundan doğan borcu yerine getirmemesi durumunda söz konusu olabilir⁴⁸.

Hizmet kusuru, Medeni Hukuk anlamında bir davranış eksikliği değildir. Bu nedenle, hizmet kusurunun varlığı veya yokluğu, görevliden beklenen bir davranış biçimine göre değil, söz konusu kamu hizmetinin nasıl yapılması gerekiyorsa ona göre belli edilir. Bu nedenle hizmet kusuru

45 Günday, a.g.e., s.332.

46 Günday, a.g.e., s. 332; Kemal GÖZLER, İdare Hukuku, C.II, Bursa, Ekin Kitapevi Yayınları, 2003, s.976.

47 Ragıp SARICA, Hizmet Kusuru ve Karakterleri, İHFM 1949, cilt XV, sayı 4, 1949, s. 857; Necdet Özdemir, a.g.e., s.21-22.

48 Ayşegül Demirhan Erdemir, **Tıbbi Deontoloji ve Genel Tıp Tarihi**, Bursa, Güneş&Nobel Yayınları, 1996, s.35.

objektiftir. Hizmet kusurunun varlığı, görevlinin kusurunun varlığına bağlı değildir⁴⁹.

Bu konuya sağlık hizmeti açısından bakıldığında, Anayasamızın 56 ncı maddesinin 3 üncü fıkrasında, “Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi arttırarak, işbirliğini geliştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler.” aynı maddenin 4 üncü fıkrasında ise, “Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal yardım kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir.” hükmü yer almaktadır.

Yukarıda belirtilen anayasal düzenlemeden açıkça anlaşıldığı üzere, sağlık hizmetlerinin yürütülmesi Devlete bir görev olarak yüklenmiş olup, söz konusu görevin hiç yada gereği gibi yerine getirilmemesi yani, kusurlu bir şekilde yerine getirilmesi Devletin hukuki sorumluluğuna yol açar. Nitekim, Danıştay’ın yerleşik içtihadı da bu yöndedir⁵⁰.

Devletin yani idarenin sağlık hizmeti için gerekli örgütü kurması, gerekli ve yeterli personeli istihdam etmesi, her türlü araç ve gereci hizmete hazır halde bulundurması, yine doğması olası bazı olayların önlenmesi ve anında bertaraf edilmesi için gerekli önlemleri almak yükümlülüğü bulunmaktadır.

Nitekim Danıştay⁵¹, “Halkın sağlık hizmetlerini yürütmekle görevli olan idare, hastanelerde yapılacak tedavilerin ve cerrahi müdahalelerin tıbbi esaslarına uygun biçimde, hizmetin gerektirdiği yeterliliğe sahip personelle ve gerekli dikkat ve özenin gösterilerek yapılmasını sağlamakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi ağır hizmet kusuru niteliğinde olup, idarenin tazmin sorumluluğunu doğurur” diyerek, idarenin tazmin

⁴⁹ Kemal Tahir Gürsoy, “İdarenin Sorumluluğuna İlişkin İlkelerde Son Gelişmeler ve İsviçre Hukukunda İdarenin Hukuki Sorumluluğunun Ana Hatları”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu (Ankara 12-13 Mayıs 1979), İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s.76.

⁵⁰ Gürsel Kaplan, “İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukukî Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler”, (erişim) http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=62, 11 Mayıs 2007, s.3.

⁵¹ Dan., 10.D., 03.05.1995 tarihli, E.1994/3258, K.1995/2379 sayılı kararı.

sorumluluğunun kabul eden İdare Mahkemesi kararının onanmasına karar vermiştir.

Sağlık hizmetlerinden kaynaklanan tazminat davalarına baktığımızda Danıştayın hizmet kusurunu, idarenin yürütmekle yükümlü olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık veya boşluk olarak tanımladığı ve burada hizmet kusurunun, hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde gerçekleşmekte olduğunu belirterek, bu gibi durumlarda idare aleyhine tazminata hükmedilmesine karar verdiği görülmektedir⁵².

A. Sağlık Hizmetlerinde Hizmet Kusurunun Özellikleri

Hizmet kusurunun özelliklerini beş ana başlık altında toplamak mümkündür :

1. Sağlık Hizmetlerinde Hizmet Kusuru Bağımsız Bir Niteliğe Sahiptir:

Hizmet kusuru bağımsızdır: Hizmet kusurunda sorumluluk kusura dayandırılmaktadır. Ancak, buradaki kusur, anlam ve içeriği idare hukuku ilke ve esaslarına göre belirlenen kusur olup, özel hukuktaki anlamından oldukça farklıdır. Hizmet kusuru, özel hukuktaki “çalıştırılanların” sorumluluğundan ayrı, idare hukukuna özgü bir sorumluluktur⁵³.

⁵² Dan., 10.D., 29.12.1999 tarihli, E.1997/6600, K.1999/7409 sayılı; 11.10.2000 tarihli, E.1999/3878, K.2000/5131 sayılı; 04.06.2001 tarihli, E.1999/4912, K.2001/2042 sayılı; 03.04.2001 tarihli, E.2000/227, K.2001/1241 sayılı; 27.03.2002 tarihli, E.2000/1010, K.2002/852 sayılı; 26.04.2002 tarihli, E.2000/1184, K.2002/1249 sayılı; 10.04.2006 tarihli, E.2005/1870, K.2006/2294 sayılı; 19.09.2007 tarihli, E.2004/6540, K.2007/4237 sayılı; 02.11.2007 tarihli, E.2007/5262, K.2007/5019 sayılı; 28.12.2007 tarihli, E.2005/8407, K.2007/6526 sayılı kararları.

⁵³ Yaman, a.g.m, s.7.

Hizmet kusuru, Medeni Hukuk anlamında bir davranış eksikliği değildir. Bu nedenle hizmet kusurunun varlığı veya yokluğu, görevliden beklenen bir davranış biçimine göre değil, sözkonusu kamu hizmetinin nasıl yapılması gerekiyorsa ona göre belli edilir⁵⁴.

Bunun içindir ki, idari yargı yerlerinde açılacak tam yargı davaları bakımından idarenin sorumluluğu özel hukuk kurallarına tabi olan sorumluluktan farklıdır⁵⁵.

Tüzel kişiliği olan idari kuruluşlar adına işler; gerçek kişiler, başka bir deyişle, kamu görevlileri tarafından yürütüldüğü için ve kusurlu tutum ve davranışlar esas itibariyle kamu görevlilerinin tutum ve davranışları olmasına rağmen, kamu görevlilerinin, idareye ve yürüttüğü hizmetlere ilişkin kusurlu davranışlarından, hizmet kusuru ilkesi uyarınca idare sorumludur. Gerçekten, idare tamamen tüzel kişilerden oluştuğundan idarenin kusuru aslında gerçek kişilerden oluşan organ ve ajanlarının kusurlarının sonucudur. Zira, kusur ancak insana atfedilebilir. Ancak çoğu zaman buna sebep olan personelin belirlenmesi mümkün olmadığı gibi belirlenmiş olsa da bu kusurları “kişiselleştirmek” bazen doğru olmaz. Bu nedenle hizmet kusuru, hizmetin bünyesinde, kuruluşunda, işleyişinde gözlemlenen ve hizmeti yerine getiren personele atfı mümkün olmayan, tamamen idare hukuku esaslarına göre bazı özellikler arz eden objektif kusur tipidir⁵⁶.

İdare hukukunda sağlık hizmetlerinden kaynaklanan hukukî sorumluluğun esası yine bir kusura istinad ettirilmektedir. Ancak, bu kusur Roma Hukukundan iktibas edilen ve sadece özel hukukta cari olan kusur kavramından ayrı özellikte, şumulu ve muhtevası idare hukuku esaslarına göre çizilen , binaenaleyh sağlık hizmetini sunan kamu personelinde aranılan subjektif mahiyette bir kusur olmayıp, bu personelin dışında kalan ve sağlık hizmetlerinin kuruluş ve işleyişi gibi dış dünyaya ilişkin objektif ve bağımsız

54 Gürsoy, a.g.e., s.76.

55 Turgut Candan, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ekim 2005, s. 158.

56 Kaplan, a.g.m., s.4.

bir kusurdur⁵⁷. Örneğin, kamu hastanelerinde gerçekleştirilen cerrahi bir müdahale neticesinde hastanın zarar görmesi durumunda hizmetin kötü işlemesinden dolayı ilgili sağlık personeli değil idare sorumlu tutulacaktır. Daha sonra idarece sağlık personelinin görev kusuru tespit edildiğinde de bu personele rücu edilecektir.

2. Sağlık Hizmetlerinde Hizmet Kusuru Aslî ve Birinci Derecede Bir Sorumluluktur:

Hizmet kusuru, özel hukuktaki istihdam edenlerin sorumluluğundan ayrı bir sorumluluktur. Zira, hizmet kusurunda idarenin sorumluluğu asli ve doğrudan bir sorumluluk olmasına karşılık, istihdam edenlerin sorumluluğunda, istihdam edenin sorumluluğu (BK. m.55) dolaylı bir sorumluluk olup; bunun sonucu olarak da idarenin, personelin seçiminde, yetiştirilmesinde, nezaretinde, gerekli talimatların verilmesinde hal ve maslahatın gerektirdiği bütün dikkat ve özeni göstermiş olması sebebinin ileri sürerek sorumluluktan kurtulabilme imkanı bulunmamaktadır. Böylece hizmet kusuru, hizmetin yapı ve işleyişinden çıkan, organ ve personelin tamamen dışında, kendine özgü bir karakteri haizdir. Hizmet kusuru ile ilgili olarak yaptığımız bu açıklamalar ışığı altında, hizmet kusurundan söz edebilmek için iki unsurun gerekli olduğu sonucunu çıkarabiliriz. Bunlardan birincisi, zarar doğuran idari faaliyetin bir kamu hizmetine bağlanabilmesi, diğeri ise; bu zararın, hizmetin kuruluş veya işleyişindeki eksiklik, aksaklık ve düzensizliklerden doğmuş olması gereğidir⁵⁸.

Hizmet kusurundan doğan zararlardan dolayı zarar gören kimse doğrudan doğruya idare aleyhine dava açabilmek imkanına sahiptir. Çünkü bu teoride doğrudan doğruya sorumlu tutulan idaredir, idarenin sorumluluğu

⁵⁷ Özdemir, a.g.e., s.44.

⁵⁸ Kaplan, a.g.m., s.4.

ilk derece ve plandadır⁵⁹. Her ne kadar hizmet kusuru esasen kamu personelinin kusurundan kaynaklansa⁶⁰ da idare, özel hukukta yer alan istihdam edenlere tanınmış olan kurtuluş beyyinelerini ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz⁶¹.

Hizmet kusurunun bu karakteri de bu teorinin fert bakımından Borçlar Kanununun istihdam edenlerin sorumluluğu hükümlerinden daha büyük bir teminat teşkil edeceğini göstermektedir⁶².

Keza, Zarara uğrayan kimsenin de evvela fiil ve tasarrufu ile zarara sebebiyet veren ajanı takip etmesi ve onu da davaya dahil etmesi gibi tali sorumluluk halleri bahis konusu değildir⁶³.

Nitekim Danıştay, hastaya ait grafilerin gerekli şekilde muhafaza edilmemesi ve hastaya ait dosyanın kaybedilmesi durumunu sağlık hizmetinin işletilmesine ilişkin ağır kusur teşkil ettiği tespitinde bulunduğu olayda, "... hizmet kusuru, özel hukuktaki anlamından uzaklaşarak nesnelleşen, anonim bir niteliğe sahip, bağımsız karakteri olan bir kusurdur. Hizmet kusurundan dolayı sorumluluk, idarenin sorumluluğunun doğrudan doğruya ve asli nedenini oluşturmaktadır." açıklamasına yer vererek, İdare Mahkemesi kararının manevi tazminat istemini reddeden kısmının bozulmasına karar vermiştir⁶⁴.

3. Sağlık Hizmetlerinde Hizmet Kusuru Anonimdir:

Hizmet Kusuru, kamu görevlilerinin kusurlarından tamamen bağımsız olarak mütalaa edilmektedir. Bir başka anlatımla, idarenin istihdam ettiği kamu görevlileri kusurlu olsa da olmasa da, eğer hizmetin kuruluş, düzenleniş ve işleyişinde bir bozukluk veya aksaklık söz konusu ise, hizmet

59 Özdemir, a.g.e., s.35.

60 Serdar Özgüldür, **Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları**, Ankara, Yetkin Hukuk Yayınları, 1996, s. 7; Turgut Candan, a.g.e., s. 169.

61 Siddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C.III, Üçüncü bası, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966, s. 1696.

62 Onar, a.g.e., 1697.

63 Özdemir, a.g.e., s.35.

64 Dan., 10.D., 29.04.2008 tarihli, E.2007/3301, K.2008/2939 sayılı kararı.

kusuru da var demektir. Dolayısıyla, hizmet kusurunun varlığını kanıtlayabilmek için, kusuru işleyen kamu görevlisinin de çıkarılmasına gerek yoktur. Bu nedenle, hizmet kusuru nesnel ve anonim nitelikli bir kusur olarak nitelendirilmektedir⁶⁵.

Yani hizmet kusurunun belli bir kamu görevlisine irca olunması, kişiselleştirilmesi gerekmemektedir⁶⁶. İdare personeli ile bütünleşmiştir⁶⁷.

Hizmet kusurunda kusurluluğuna hükmedilen sağlık personeli değil, sağlık hizmetinin kendisidir⁶⁸.

Örneğin davacıların yakınının uygulanan yerli kuduz aşısından kaynaklanan komplikasyon sonucu ölmesi sebebiyle uğradıklarını iddia ettikleri maddi ve manevi zararın tazmini talebiyle açtıkları davada, İdare Mahkemesi'nce Adli Tıp Kurumu 5. İhtisas Komisyonunun verilen ve davacıların yakınının ölüm nedeninin yerli kuduz aşısı sonrası geçirilen "Guillen Barre" olduğu, ithal kuduz aşısı olan HDCV'nin en az komplikasyonu olan aşı olduğu, bu aşıyla ilgili bildirilmiş bir ölüm olayının bulunmadığı tespitini içeren 02.05.1994 tarihli ve 803 sayılı Rapora dayanılarak, riski çok daha yüksek aşığı uygulayarak ve müşahade altında tutularak kuduz olmadığı anlaşılan bir kedi tarafından ısırılan ilgilinin yaşamını yitirmesine yol açan idarenin ağır hizmet kusuru bulunduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiş, bu karara karşı idarenin vaki temyiz talebi Danıştayca reddedilmiştir⁶⁹.

Görüldüğü üzere, yukarıda yer verilen somut olayda aşığı uygulayan sağlık personelinin kusurlu olduğu iddia edilemeyeceği gibi, aksi halin kabulünde dahi idarece personelin kusurlu olduğu ileri sürülerek idare sorumluluktan kurtulamayacaktır. Bu bağlamda söz konusu hadise de kusurluluğuna hükmedilen sağlık personeli olmayıp, sağlık hizmetinin kendisidir.

65 Günday, a.g.e., s.333.

66 Günday, a.g.e., s.333.

67 Sait Güran, "Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu", **Danıştay Dergisi**, Yıl:12, Sayı:46-47, 1982, s.18.

68 Onar, a.g.e., s.1697.

69 Dan., 10.D., 14.11.1996 tarihli, E.1995/7086, K.1996/7534 sayılı kararı.

Bu karakteri de hizmet kusuru teorisinin idare hukuku sahasına uygunluğunu ve bu sahada medenî kanunlar hükümlerinden daha esaslı ve teminatlı bir mahiyette olduğunu gösterir⁷⁰.

4. Sağlık Hizmetlerinde Hizmet Kusuru Tüm Kamu Tüzel Kişilerinin Sorumluluğu Bakımından Genel Bir Nitelik Gösterir:

Hizmet kusurunun özelliklerinden biri de genel niteliğe sahip oluşudur. Yani hizmet kusuru, bütün kamu tüzel kişilere uygulanan bir sorumluluk türüdür⁷¹.

Gözler'e göre, İdari sorumluluk alanında kusurlu sorumluluk genel hüküm niteliğindedir ve şu anlama gelmektedir: idari sorumluluğun kusurlu sorumluluk olması kural, kusursuz sorumluluk olması ise istisnadır. Yani, İdare bazı istisnalar dışında ancak kusurlu ise sorumludur⁷².

Sağlık hizmetlerinin sunulması sonucunda bir hizmet kusuru tespit edilebiliyorsa idareyi sorumlu tutacak başka bir esas aramaya gerek yoktur⁷³.

5. Sağlık Hizmetlerinde Hizmet Kusuru Olaylara Göre Değişen ve Farklı Nitelikler Gösterebilen Bir Kavramdır:

Bir hizmet kusurunun varlığı her olayda hal ve vaziyetin icaplarına ve hususiyetlerine göre tespit edilir⁷⁴. Kamu hizmetlerinde müşahade olunan her noksanlık, bozukluk, kusur, idarenin otomatik olarak sorumluluğunu gerektiren bir hizmet kusuru teşkil etmeyip, sorumluluk için bu aksaklık ve kusurun kamu hizmetinin cinsine, durumuna, olayın cereyan tarzına, zaman

70 Onar, a.g.e., s.1697.

71 Kızılyel, a.g.t., s.10.

72 Gözler, a.g.e., s.974.

73 Aziz Küçük, "Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusurlu Sorumluluğu", Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2001, s.49.

74 Onar, a.g.e., s.1697-1698.

ve mekan şartlarına göre mahkemenin müşahhas bir şekilde tayin ve takdir edeceği belirli bir ağırlık derecesine varmış olması gerekir⁷⁵.

Safra kesesi ameliyatı olan davacının, ameliyat sırasında safra kesesi ile karaciğer arasındaki kanalın hatalı olarak alındığı ve hayati tehlike atlattığı ve vücut fonksiyonlarının bozulduğundan bahisle, uğradığını iddia ettiği maddi ve manevi zararın tazmini talebiyle açtığı davada, İdare Mahkemesi'nce "davanın reddine" karar verilmiş, kararın temyizi üzerine Danıştay, "Sağlık hizmetlerinin bünyesinde risk taşıdığı, tedavi ve cerrahi müdahalelerde meydana gelen komplikasyonlarda hizmet kusurunun tespit edilmesinin güç olduğu, Mahkemece ara kararı ile istenen talimata, Marmara Üniversitesi Tıp Fakültesi Genel Cerrahi Ana Bilim Dalı tarafından verilen cevapta, safra kesesi taşına bağlı olarak gelişen patolojilerin bazen cerrahın safra kanalını ayırt etme olasılığını ortadan kaldırdığı ve safra kanallarının yaralanmasının kaçınılmaz bir hal aldığından ameliyat yapan cerrahın hata oranının tespit edilmesinin mümkün olmadığını, bu durumda ameliyat sonrası meydana gelen rahatsızlıklardan dolayı hekim hatasından doğan hizmet kusurundan söz edilemeyeceği, meydana gelen sağlık sorunun ise hizmetin taşıdığı risklerden kaynaklandığı anlaşıldığından, söz konusu İdare Mahkemesi kararının onanmasına karar verilmiştir⁷⁶.

Keza Danıştay, doğrulama testi yapılmadan pozitif çıkan HIV testi sonucunun açıklanması sebebiyle davacılar yakınının intihar etmek suretiyle vefat ettiği bir olayda verdiği kararda, "... dava konusu olayın oluş şekli, hastalığın niteliği ve özelliği dikkate alındığında, davacılar yakınının idarenin ağır hizmet kusurunun neden ve etkisiyle intihar etmek suretiyle yaşamını yitirmesi sonucunda doğan zarar ile idari faaliyet arasında uygun nedensellik bağı bulunmaktadır." denilerek, davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararının bozulmasına karar vermiştir⁷⁷.

75 Özdemir, a.g.e., s.48.

76 Dan., 10.D., E.1998/4750, K.2001/622; Yakup Bal, Yahya Şahin, Mustafa Karabulut, **Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları**, Ankara, Seçkin, 2003, s.323.

77 Dan., 10.D., 28.12.2007 tarihli, E.2005/8407, K.2007/6526 sayılı kararı.

B. Sağlık Hizmetlerinde Hizmet Kusuru Teşkil Eden Durumlar

Gerek Fransız Devlet Şurası, gerek Türk Danıştayı, hizmet kusurundan doğan sorumluluk hallerini, uygulama süreci içinde giderek artırmış ve yaygınlaştırmıştır. Bununla beraber, her iki idari yargı organının bu alandaki yaklaşımı, söz konusu halleri üç ana başlık halinde toplamaktadır: Hizmetin kötü işlemesi, hizmetin geç işlemesi ve hizmetin hiç işlememesi. Bu ayırım, günümüz öğreti ve içtihatlarınca da benimsenerek sürdürülmektedir⁷⁸.

Ancak, bu ayırımın kesin çizgilerini bulmak zordur. Örneğin zehirlenen bir çocuğa zamanında ve gerekli serumu vermeyen idare hizmeti geç mi işletmiştir yoksa hiç işletme miştir? Aslında hizmetin geç işlemesi, çoğu hallerde aynı zamanda kötü işlemesi anlamını taşır⁷⁹.

Konuyu açıklığa kavuşturabilmek açısından somut bir örnek üzerinde duralım. Olayda davacı, sol diz dış yan bağ ameliyatı olmuş, ameliyattan sonra bacağı alçıya alınmıştır. Ameliyattan bir gün sonra alçıya ait komplikasyon gelişmiş ve davacının ayağı şişerek morarmıştır. Tedbir olarak hemşire alçıyı açtıktan sonra, hafta sonu olması nedeniyle nöbetçi doktora haber vermiştir. Nöbetçi doktor, ameliyatı yapan haber verilmesi gerektiğini belirtmiş, sonuçta hafta başına kadar davacının ayağına hiçbir müdahale yapılmamıştır. Pazartesi günü doktor tarafından görülen davacının ayağına gerekli müdahaleler yapılmış, ancak başarı elde edilemeyince bacağı kesilmiştir. Bu olayda, ameliyat sonrasında gerekli tedavi ve bakım hizmetinin yapılmamış olması nedeniyle sağlık hizmetinin hiç işlemediği söylenebileceği gibi, personel seçiminde gerekli titizliği ve özeni göstermeyen, personeli üzerindeki denetimde yetersiz kalan idarenin sağlık hizmetini kötü işlettiği de söylenebilir. Hatta, komplikasyondan iki gün sonra müdahale edildiğinden hizmetin geç işlediği de kabul edilebilir⁸⁰.

⁷⁸ Özay, a.g.e., s.837.

⁷⁹ Özay, a.g.e., s.838

⁸⁰ Dan., 10.D., 09.12.1992 tarihli, E.1992/184, K.1992/4321.

Bu nedenle hizmet kusurunun bu üçlü ayrımı eski önemini yitirmiş görünmektedir. Yani bir zarar doğurucu eylem veya işlemin bunlardan mutlaka birine girmesi gerektiği şeklindeki düşünce, bugün fazla bir önem taşımamaktadır. Bu üçlü ayrım hizmet kusurunun görünüm biçimlerine ilişkin sayılmalıdır; yoksa onu oluşturan elemanlar değildirler⁸¹.

Ayrıca, hizmet kusurunun üçlü tasnifinin sağlık hizmetlerinde yetersiz kaldığını düşünenler bulunmaktadır⁸².

Yeni bir sağlık hizmeti kusuru tasnifi önerisi bulunmaktadır. Bu tasnifte sağlık hizmetleri⁸³;

-Sağlık hizmetinin kuruluşunda ve işletilmesinde yetersizlik,

-Tıbbi uygulama hataları ve türleri

Şeklinde ikiye ayrılmakta, ikinci grup ise 6 başlığı kapsamaktadır.

Bunlar ise;

1. Uzmanlık (yetki) sınırının aşılması,
2. Bilgilendirme eksikliği ve rıza sınırının aşılması,
3. Tanı hatası
4. Tedavi hatası,
5. Özen eksikliği,
6. Sır saklama yükümlülüğüne uyulmaması.

Bu çalışmamızda klasik tasnif esas alınarak, hizmet kusurunun her üç hali aşağıda ayrı ayrı incelenecektir.

1. Sağlık Hizmetinin Kötü İşlemesi

Hizmetin kötü işlemesi, onun gereği gibi yürütülmemesi anlamına gelmektedir⁸⁴. Hizmet kusuru kuramının en eski ve en yaygın uygulama şekli

⁸¹ Özay, a.g.e., s.838.

⁸² Zehra Odyakmaz, “Sağlık Hizmetlerinde idarenin Kurumsal Sorumluluğu Açısından Avukatın Gözönünde Bulundurulması Gereken Hususlar”, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk Sempozyumu (16-17 Ocak 2009 Mersin), Mersin Barosu, Şen Matbaa, s.213.

⁸³ Serkan Kızılyel, “Sağlık Hizmetleri Yönünden Hizmet Kusuru Kavramını Yeniden Düşünmek”, **Terazi**, Yıl:3, Sayı:24, Ağustos 2008, s.;145-147; Serkan Kızılyel, “İdarenin Sağlık Hizmetinden Doğan Tazminat Sorumluluğu”, Ankara Barosu Ankara Üniversitesi Sağlık Hukuku Kurultayı (1-3 Kasım 2007 Ankara), 1. baskı, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2008, s.205-217.

olan “hizmetin kötü işlemesi” halinin soyut olarak sınırlarını çizibilme olanağı yoktur⁸⁵. Kamu hizmetlerinin çeşitliliği ve değişkenliği göz önüne alındığında, hizmetin kötü işlemesi halinin soyut olarak sınırlarını belirleyebilmenin, bu hali bir formüle bağlamanın imkansızlığı kolayca anlaşılır. Bu nedenle hizmetin kötü isleyip işlemediğini tespit; hizmetin niteliği, zaman ve yer şartları, idarenin elindeki imkan ve araçlar, somut olayın niteliği ve bunun gibi durumları inceden inceye tahlil ederek, her olay için somut olarak bir yargıya varmakla mümkündür. Bununla birlikte, doktrinde ve içtihatlarda bu konuya ilişkin çeşitli ölçütler ileri sürülmekte ve uygulanmaktadır. İdarenin “konuyla ilgili hukuk kurallarına, oturmuş makul uygulamalara uymaması veya hizmet gereklerini nesnel ölçüler içinde gözetmemesi”, “hizmetin beklenen özen, dikkat ve kalitede yapılmaması”, “idarenin ajanını seçme ve denetleme bakımından yetersiz kalması, ehil personel istihdam etmemesi, ajanlarını yeterli bir şekilde eğitmemesi, hizmet personeli üzerinde nezaret ve denetlemenin gereğince yapılmamış olması”, “hizmetin işleyişi ve yerine getirilişi sırasında gerekli önlemlerin alınmaması, hizmetin iyi işlememesi” gibi durumlarda hizmetin kötü işlediği ve hizmet kusuru esasına göre idarenin sorumlu olduğu kabul edilmektedir⁸⁶.

Örneğin, Devlet hastanesinde tedbirsizlik ve meslekte acemilik nedeniyle hatalı enjeksiyon yapılarak davacının kolunun kangren olmasına ve kesilmesine yol açılması⁸⁷. Yine ameliyat sırasında, hastaya yanlış kan veya serum verilmesi⁸⁸ ya da seçilen tedavi yönteminin hastalıkla ilgili olmaması, hastanın karın boşluğunda ameliyat aleti unutulması; alınması gereken hastalıklı organ yerine sağlıklı organın alınması, tıbbi işlemin hatalı olarak uygulanması⁸⁹ gibi.

84 Günday, a.g.e., s.333.

85 Yüksel Esin, **Danıştayda Açılacak Tazminat Davaları**, İkinci Kitap: Esas, İdarenin Hukukî Sorumluluğu, Ankara, Bakanoğlu Matbaacılık, 1973, s.32.

86 Yaman, a.g.m, s.7-8.

87 Dan., 10.D., 16.1.1985 tarihli, E.1982/2908, K.1985/26 sayılı kararı; Metin Günday, a.g.e., s.334.

88 Dan., 10.D., 13.11.1996 tarihli, E.1996/1091, K.1996/7530 sayılı kararı; Bademcik ameliyatı sırasında yanlış serum verilmesi sonucu çocuğu ölen savacının zararının, ağır hizmet kusuru sebebiyle, davalı idarece tazmin edilmesi gerektiği hk.; Candan, a.g.e., s.174.

89 Dan., 10.D., 16.01.1985 tarihli, E.1982/2908, K.1985/26 sayılı kararı; Kırılan ayağının tedavisi için yatırıldığı Devlet Hastanesinde, hatalı enjeksiyon sebebiyle kangren olan kolu kesilen

Yine, İdare Mahkemesi'nce davacının safra kesesi ameliyatı sırasında kullanılan bir aletin arızalı olması sebebiyle meydana gelen olayda, cerrahın kusurundan söz edilmese bile hastaya elektrik veren cihazın arızasından dolayı davacının ayağında yanık oluşmasının idari hizmetin iyi oluşmamasından kaynaklanan bir hizmet kusuru oluşturduğu tespitine yer verildikten sonra, sağlık kurulu raporunda davacının ayağında yanık izleri bulunduğu, ancak ayak bileği ve dizinde bir fonksiyon kaybının bulunmadığı belirtildiğinden ve davacının düzenli bir işinin bulunmaması ve günlük temizlik işinde çalışması sebebiyle kesin ve gerçekleşmiş bir iş kaybı ve maddi zarardan söz edilemeyeceği gerekçesiyle maddi tazminat isteminin reddine, manevi tazminat isteminin ise kısmen kabulüne karar verilmiş ve bu karar Danıştay tarafından onanmıştır⁹⁰.

Görüldüğü üzere; tüm bu örneklerde, sağlık hizmetinin gerektiği gibi sunulmaması, yani kötü işlenmesi söz konusudur.

2. Sağlık Hizmetinin Geç İşlenmesi

İdarenin kamuya sunduğu hizmetin düzenli ve mevzuata uygun yapılması gerekli ise de, yeterli değildir. Bunun yanı sıra, hizmetin belli bir çabukluk içinde ve zamanında yerine getirilmesi de, idare için bir yükümlülüktür⁹¹.

Hizmetin geç işlenmesi şeklinde tezahür eden hizmet kusuru, hizmetin muntazam, doğru ve mevzuata uygun bir şekilde görülmesiyle beraber, idarenin, hizmetin icaplarına göre kendisinden beklenen ölçüde sür'at ve çabukluğu göstermeyerek ağır ve yavaş hareket etmesi demektir⁹².

Sağlık hizmetinin özelliğine göre gereken zaman geçirilerek sunulmaya başlanması veya sunumunun zamanında tamamlanmaması

davacının uğradığı zararın, hastane hizmetlerindeki kusurdan kaynaklandığı ve idarece tazmin edilmesi gerektiği hk.; Candan, a.g.e., s.174.

90 Dan., 10.D., 22.07.2009 tarihli, ve E.2008, K.2009/7861 sayılı kararı.

91 Özay, a.g.e., s.839.

92 Özdemir, a.g.e., s.68.

halinde hizmetin geç işlediğinden söz edilir. Örneğin, acil sağlık hizmetlerinin sunumunda kullanılan vasıtanın gerekli bakımının yapılmamasından kaynaklanan arızası sebebiyle geç müdahale edilen hastanın vefat etmesi.

Kamu hizmetinin işleminde olağan sayılamayacak bir gecikme, yerine göre hizmet kusuru teşkil eder. Gerçekten, hizmetin düzenli ve mevzuata uygun biçimde yürütülmesi yeterli olmayıp, aynı zamanda belirli bir çabukluk düzeyine de erişmesi gerektir. İdare, olayın ve hizmetin özelliklerine göre kendisinden beklenen çabukluğu göstermeyince kural olarak kusur işlemiş sayılır ve yavaş davranmasının zararlı sonuçlarından sorumlu olur⁹³.

Mevzuat bazı hallerde hizmetin hangi süre içinde görüleceğini göstermiş olabilir. Bu takdirde, bu sürenin aşılmış olması halinde hizmetin geç işlediği sonucuna varılabilir. Ancak çoğu kez mevzuatta böyle bir süre öngörülmemiştir. Bu takdirde hizmetin geç işleyip işlemediği hizmetin özelliğine, türüne, idarenin sahip olduğu olanaklara vs. göre belirlenecektir⁹⁴.

Sağlık hizmetlerinin mahiyetinden dolayıdır ki, bu hizmetlerin her biri için objektif ve genel bir sürenin öngörülmesi mümkün değildir. Bunun içindir ki her vakıanın kendi içinde değerlendirilmesi buna göre vakıaya süresi içinde müdahale edilip edilmediğinin tayin ve tespitin yapılması gerekir. Örneğin, her yanık tedavisinin aynı süre içinde yapılması veya bu tedavi için standart bir sürenin saptanması mümkün değildir, yanığın derecesi ve hastanın durumu (örneğin, diyabet hastası olup olmadığı) sağlık hizmetinin süratini belirlemede önem arz edecektir.

Hizmetteki gecikme normal idarî uyanıklık (teyakkuz) ölçüleri içinde kalmış ise, bunun bir hizmet kusuru olarak nitelendirilmesine olanak yoktur. Bilindiği gibi, kamu hizmetlerinin görülmesi sırasında tedbirli ve uyanık (müteyakkız) olmak idare için bir zorunluluktur. İdare, pozitif hukuk kuralları kadar kamu yararı ve hizmet gereklerini de göz önünde tutmak ve bunları birlikte değerlendirmek durumundadır. Bu zorunlulukta çoğu kez hizmetin işleminde bir gecikmeye, yavaşlığa yol açar. Ancak böyle bir gecikmeden ötürü idareyi sorumlu tutmanın kamu yararı ile bağdaşmayacağı açıktır.

93 Esin, a.g.e., s.44-45.

94 Günday, a.g.e., s.335.

Sorumluluğu doğuran gecikmeyi, idari uyanıklığın olağan sonucu sayılamayacak bir düzeyde aramak gerekir. Danıştay'ın, özellikle mevzuatın yorumu ve uygulanması yönünden gösterilen titizlik nedeniyle ortaya çıkan gecikmeleri hizmet kusuru niteliğinde görmediği gözlenmektedir⁹⁵.

Gecikme nedeniyle hizmet kusurundan söz edebilmek için, ortada idarenin yapmakla yükümlü olduğu bir hizmetin bulunması gerektirir. Danıştay, idareye ait ödevler arasında yer almayan işlerle ilgili gecikmeyi, sorumluluğu gerektirir nitelikte görmemektedir⁹⁶.

Danıştay tarafından, ateş ve lökosit miktarına göre hemen ameliyat edilmesi gereken apandisitli bir hastanın, ameliyatının ilgisizlik yüzünden gecikmesi sonucu apandisiti delinerek vefat etmiş olmasında, idarenin hizmet kusuru bulunduğu sonucuna varılmıştır⁹⁷.

Davacının Devlet Hastanesinde yapılan ameliyat sonrasında bacağına kesilmesi ve morarması üzerine hemşire tarafından nöbetçi doktora haber verilmiş; fakat nöbetçi doktorun durumu ameliyat yapan doktora bildirilmesini söylemesi üzerine hafta sonu boyunca hastaya hemşire tarafından normal tedavi uygulanmıştır. İki gün sonra ameliyat yapan doktor tarafından durum fark edilince derhal müdahale edilmiştir; ancak başarı elde edilememiştir. Hasta sevk edildiği Hacettepe Hastanesi'nde yapılan ameliyat sonucu bacağına kaybetmiştir. Bu durumda ortaya çıkan komplikasyona zamanında müdahale edilmemesi, ameliyat sonrası bakımın aksaması, gerekli tedavinin yapılmaması gibi sebeplerle Danıştay tarafından idarenin hizmet kusuru olduğu sonucuna varılmıştır⁹⁸.

Danıştay, Yüksek Sağlık Şurasının 24-25 Kasım 1994 tarih ve 915 sayılı kararı ile davacıların çocuğu Y.A.'nın akut apandisit sonrası appendiks perforasyonu ve buna bağlı gelişen peritonit + septik şok sebebiyle vefat ettiği, hastayı ilk gören hekimin daha titiz muayene ile akut apandisit tanısını koyabileceği, çalıştığı ortamda bu yöndeki bir şüphe durumunda konsültasyon isteyebileceği, uzman hekimler bulunmamasına rağmen bu

⁹⁵ Esin, a.g.e., s.45.

⁹⁶ Esin, a.g.e., 44-45.

⁹⁷ Dan., 12.D., 25.12.1968 tarihli E.1967/788, K.1968/2468 sayılı kararı; Esin, a.g.e., s.46.

⁹⁸ Dan., 10.D., 09.12.1992 tarihli, E.1992/184, K.1992/4321; DD., Yıl 1993, Sayı 87, s.544-545.

yola başvurulmadığı ve sonuçta acilen yapılması gereken ameliyatın geç yapılması ve patolojinin ağırlaşmasına neden olduğunun saptandığı gerekçesiyle maddi ve manevi tazminat davası kabul eden İdare Mahkemesi kararının temyizi üzerine onanmasına karar vermiştir⁹⁹.

3. Sağlık Hizmetinin Hiç İşlememesi

İdarenin yasa tarafından verilen görevlerini yerine getirebilmesi için, bu iş için örgütlenmiş ve hizmetin yürütümünün gerektirdiği araç, gereç ve personeli, bu örgütün emrine vermiş olması; ayrıca, hizmeti yürütecek personelin seçiminde ve yetiştirilmesinde gerekli özeni göstermiş olması gerekir. İdarenin bu örgütlenmeyi yapmaması veya örgütlenmiş olmasına karşın, işletmemesi, kamu hizmetinin hiç işlememesi halini oluşturur¹⁰⁰.

İdarenin hareketsizliğinin bir kusur olarak kabulü, hizmet kusuru teorisinin uygulama alanını ve idarenin sorumluluk sınırlarını haylice genişletmiştir¹⁰¹.

İdari yargı organı bu sayede idarenin mutlak takdir yetkisi üzerinde bir denetleme hakkı elde etmektedir. İdari yargı mercii, harekete geçmesi için idareye doğrudan emir veremez. Buna karşılık bağlı yetki durumunda olmadığı ve dolayısıyla faaliyette bulunmamak, kelimenin mutlak anlamında bir yasa dışılık teşkil etmediği durumlarda dahi idareyi hareketsizliğinin sonuçlarından sorumlu tutabilecektir¹⁰².

Bu çerçevede, sağlık hizmetlerinin sunumu bakımından gerekli teşkilatın kurulmaması, gerekli ve yeterli sağlık personelinin, araç ve gerecin hazır bulundurulmaması halleri, bu hizmetin hiç işlememesini ifade eder.

Zehirli böceklerin (haşaratın) bol olduğu bir yerde, böcek sokması nedeniyle zehirlenme olaylarının sık olacağı düşünülerek, tedavi için gerekli

⁹⁹ Dan., 10.D., E.1996/2967, K.1998/808 sayılı kararı; Yakup, Bal, Yahya, Şahin, Mustafa ,Karabulut, a.g.e., s.345.

¹⁰⁰ Candan, a.g.e., s.172.

¹⁰¹ Özdemir, a.g.e., s.58.

¹⁰² Tuncay Armağan, **İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları**, Seçkin Yayınevi,1997, s.41

ilaç, alet ve personelin her an hastahanelerde bulundurulması gerekirken, bu tedbirin alınmamış olması durumu hizmetin işlememesinden kaynaklanan hizmet kusuruna örnek olarak gösterilebilir¹⁰³.

Sağlık hizmetine ihtiyaç duyulan coğrafi alanda bu ihtiyacı giderecek teşkilatın kurulmaması hizmet kusuru olarak kabul edilir. Hangi yerleşim birimine nasıl bir sağlık hizmeti sunulacağı bu görevi üstlenen idarenin plan ve programı dahilinde olacağı için bunu önceden tespit etmek mümkün değildir. İdarenin bu konuda mahkeme kararı ile zorlanması da olanaksızdır. Ancak üzerinde durulması gereken husus, sağlık hizmetinin ülke çapında dengeli olmasıdır. Sağlık hizmetinin temel bir kamu hizmeti olması ve mahiyeti gereği sürekli ve kesintisiz sunulmasının gerekliliği karşısında, sağlık kurum ve kuruluşlarının Ülke sathında planlı ve dengeli dağılımı ve yaygınlaştırılması sağlanmalıdır. Ancak hemen belirtelim ki, sağlık hizmetlerinin kurulmamış olması tek başına uygulama da hizmet kusuru olarak kabul edilmemektedir. Danıştay'ın sağlık hizmetlerinin kurulmaması nedeniyle idarenin sorumluluğuna gitme konusunda istekli olmadığı görülmektedir¹⁰⁴.

Kızılyel'e göre¹⁰⁵, kendi gelir grubundaki ülkeler içinde Sağlık Bakanlığına en düşük kaynağı ayıran ülke olmamız, sağlık hizmetinin sunumu ve talebinde çağdaşlığın yakalanmamış olması ve idarenin kendisine verilen kamu hizmetini ifada kendi mali ölçüleri dahilinde sorumlu olacağına ilişkin anayasal hüküm karşısında Danıştay'ın tutumu yerinde bir tutum olarak kabul edilebilir.

Günday'a göre; mali kaynakların yetersizliği sebebiyle sorumsuzluk hallerini sınırlamak gerekir, aksi halde idare her zaman mali kaynaklarının yetersizliğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulabilir¹⁰⁶.

Kanaatimce idari yargı yerlerince maddi hadise değerlendirilerek, mali kaynakların yetersizliği gerekçesinin, idarenin sorumsuzluğu için yerinde ve yeterli bir sebep teşkil edip etmeyeceğinin denetlenebileceğinden ve bu

¹⁰³ Esin, a.g.e., s.44.

¹⁰⁴ Kızılyel, a.g.t., s.63.

¹⁰⁵ Kızılyel, a.g.t., s.63-64.

¹⁰⁶ Günday, a.g.e., s.336.

denetimin ancak olayın özellikleri dikkate alınarak sağlıklı ve isabetli bir şekilde yapılabileceğinden, mali kaynakların yetersizliği sebebiyle sorumsuzluk hallerini önceden sıralamanın veya sınırlamanın hukuken isabetsiz olacaktır. Örneğin; çok sık verem hastalığının görüldüğü bir yer ile bu hastalığın nadir görüldüğü bir yerde verem hastanesinin bulunmaması veya bu hastalığa yönelik özel bir hizmetin verilmemesi hallerinde; idarenin mali kaynakların yetersizliği gerekçesini aynı şekilde değerlendirmenin mümkün bulunmayacağı aşikârdır.

II. SAĞLIK HİZMETLERİNDE HİZMET KUSURUNDAN DOĞAN SORUMLULUK

A. Sağlık Hizmetlerinde Sorumluluğun Şartları

1. Kusur

Kamu hastanelerinde gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler ve diğer sağlık hizmetleri bakımından idareye atfedilebilecek bir kusurun bulunması zorunludur¹⁰⁷.

Kusur, mahiyeti itibariyle subjektif, hatta psikolojik bir mefhumdur. Bu bakımdan, tüzel kişi olan Devletin ve diğer kamu idarelerinin kusur işlemesi düşünülemez. Kusuru idarenin temsilcisi durumunda olan personel işleyebilir. Ancak kusurun kimin tarafından işlendiğine bakılmadan personelin hatalı hareketlerinden doğan zararların idarece tazmini esası kabul olunmuştur. Çünkü personel, idare çarkının bir parçası durumundadır¹⁰⁸.

107 Ayan, a.g.e., s.174.

108 **Yüzyıl Boyunca Danıştay (1868-1968)**, Ankara, Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1963, s.488.

Sorumluluğu hizmetten ayırmaya ve bir şahsa mal etmeğe çoğu zaman imkân bulunmaz¹⁰⁹. Bulunduğu durumlarda da kusurlarını kişiselleştirebilmek doğru değildir¹¹⁰.

Dolayısıyla, bu anlamda kusur, kamu görevlilerinin kusurlarından tamamıyla bağımsız olarak düşünülmektedir. Esasen, Chapus'un da belirttiği gibi, kusurun tanımı değil, teşhisi zordur. Gerçekten de, kusurun nasıl tanımlandığından ziyade, belirli bir şekilde davranan kamu görevlisinin davranışında kusur olup olmadığını anlamak güçtür. Bir kamu görevlisinin belirli bir davranışında kusur bulunup bulunmadığına karar verebilmek için, söz konusu davranışın gerçekleştiği yer ve zaman koşullarını da dikkate almak gerektiğinden kusurun değerlendirilmesinde kaçınılmaz olarak bir sübjektiflik vardır¹¹¹.

Tıp biliminin sürekli gelişen ve değişen bir seyir izlemesi, sağlık hizmetlerinin komplike oluşu karşısında, somut olayda bu hizmetlerde kusurun bulunup bulunmadığını tespit etmenin güç olduğu açıktır.

Hizmet kusurunun, “hizmetin kötü işlemesi, hizmetin geç işlemesi ve hizmetin hiç işlememesi” olmak üzere üç değişik şekilde ortaya çıkabileceği kabul edilmektedir¹¹².

GÖZLER klasik doktrin ve içtihatlarda “hizmetin kötü işlemesi”, “hizmetin geç işlemesi” ve “hizmetin hiç işlememesi”nin hizmet kusuru olarak gösterildiği, modern doktrinin ise kusurun, “mevcut bir ödevin yerine getirilmesindeki eksiklik” olarak tanımlandığı ve idarenin gerektiği gibi davranmadığı zaman kusur işlemiş olduğunu belirtmektedir¹¹³.

Kanaatimce, bir çok müşahhas olayda, zarar doğurucu eylemin veya işlemin sadece “hizmetin kötü işlemesi”, “hizmetin geç işlemesi” veya “hizmetin hiç işlememesi” şekillerinden biri ile tezahür edebileceğini kabul etmek mümkün değildir. Çoğu zaman idarenin sorumluluğuna yol açan eylemi kesin ve net olarak bu sınıflandırmalardan birine sokmak mümkün

109 Yüzyıl Boyunca Danıştay (1868-1968), s.489.

110 Akın Düren, **İdare Hukuku Dersleri**, 1979, s.287; Armağan, a.g.e., s.17.

111 Kaplan, a.g.m., s.4.

112 Ayan, a.g.e., s.175.

113 Gözler, a.g.e., s.976-978.

olmadığı gibi, yalnız birinin veya ikisinin hatta üçünün bir arada bulunduğu eylemlerde tespit etmek mümkündür. Ayrıca, hizmetin geç işlemesi veya hiç işlememesinin genel anlamda hizmetin kötü işlemesi olarak kabul edilebileceği, dolayısıyla, bu ifade tekniğinin veya böyle bir tanımlamanın isabetli olmadığını, bu cümleden olarak modern doktrindeki kusur tanımının daha uygun ve isabetli olduğunun düşünmekteyim. Ayrıca, kusurun nasıl tezahür ettiğinin tespitinde tazminatın belirlenmesi açısından önem arz etmediğinden, klasik doktrin ve içtihatlardaki tanımların uygulama bakımından da ayrıca bir öneminin bulunmadığını söylemek mümkündür.

İşte, nasıl tezahür ederse etsin bir hizmet kusuru işleyen idare, hastanın bu yüzden uğradığı bütün zararları tazmin etmek mecburiyetinde kalır. Zira, kamu hastaneleri, kural olarak, kendilerine müracaat eden hastaları kabul edip tıp bilimi ve uygulamasının öngördüğü esaslar çerçevesinde tedavilerini gerçekleştirmek zorundadırlar. Bu açıdan, “hastanelerin kamu kuruluşu oluşu hastanın tıbbın icaplarına göre bakımı yönünden herhangi bir ayrıma neden teşkil etmez. Gerek teşhis, gerekse tedavide bilgi ile, dikkat ve ihtimamla hastanın bakımının gerçekleşmesi esastır. Teşkilatın iyi işlememesi, araç ve gereçlerin arızalı, bakımsız olması veya ilaçların zamanında sağlanamamış olması, yeterince araştırma yapılmadan bir teşhiste karar kılınması veya noksan tedavi veya bakımın müsamaha ile karşılanması” sorumluluktan kurtulmaya gerekçe oluşturamaz¹¹⁴.

İdarenin kusurlu olduğunun kanıtlanması, idarenin eylem ve davranışından zarar gören kimseye düşer. Ancak, Fransız Danıştay, diğer bazı alanlarda olduğu gibi, sağlık hizmetleri alanında da 1958’den bu yana zarar gören lehine kusur karinesi geliştirmiş bulunmaktadır. Örneğin, bir ameliyat sonucu enfeksiyon ve felç durumunun meydana gelmesi, baş ağrıları şikâyeti ile hastaneye getirilen küçük bir çocuğun büyüklere ait bir yatağa yatırılması sonucu buradan düşerek yaralanması olaylarında, Fransız Danıştay, İdarenin ancak gerekli önlemleri aldığını, kusurunun

114 Ayan, a.g.e., s.175.

bulunmadığını kanıtlamak kaydıyla, sorumluluktan kurtulabileceğine hükmetmiştir¹¹⁵.

a. Sağlık Hizmetlerinde Hizmet Kusurunun Ağırlığı Sorunu

Roma Hukukundan gelen klasik bir ayrımla kusur özel hukukta “kast” ve “ihmal” olarak ayrıma tabi tutulmakta; ihmal de kendi arasında ağır ihmal ve hafif ihmal olarak iki kısma ayrılmaktadır. Özel hukukta kusur sorumluluğunun doğumu açısından kusurun derecesinin önemi yoktur. Zarar ister kasten ister ağır ve hafif ihmal sonucu meydana gelmiş olsun, sorumluluğu gerektirir. Kusurun derecesi, tazminatın miktarı açısından önemli olup “hakim, kusurun ağırlığına göre tazminat şeklini ve kapsamını tayin eder.” (Borçlar Kanunu Md. 43/1). Yani tazminat miktarı, kusurun ağırlığıyla orantılıdır¹¹⁶.

Öte yandan, idare hukuku ile özel hukukun sorumluluk anlayışı birbirinden büyük ölçüde farklılıklar gösterdiğinden; özel hukukta zarara yol açan kusurlu fiil, derecesi ne olursa olsun sorumluluğa yol açarken, idari hizmet ve faaliyetlerde görülen her türlü bozukluk ve aksaklıklar mutlaka sorumluluğu gerektirmez¹¹⁷.

Bu çerçevede İdarenin sağlık hizmeti sunumundan kaynaklanan sorumluluğunda aranan kusurun derecesi ele alınacak olup, öncelikle Fransız Danıştay'ının kusur anlayışı, daha sonra da Türk Danıştay'ının konu hakkındaki tutumu incelenecektir.

115 Kaplan, a.g.m., s.5.

116 Özay, a.g.e., s.841.

117 Özay, a.g.e., s.841.

(1) Fransız Danıştayının Sağlık Hizmetleri Bakımından Kusur Yaklaşımı

İdare hukukunda uzun zaman boyunca, akıl hastaneleri, ceza evleri, tıbbi müdahaleler, can kurtarma, itfaiye, kolluk gibi bazı zor faaliyet alanlarında, idarenin ancak “ağır kusur (faute lourde)”unun sorumluluğa yol açabileceği kabul edilmiştir¹¹⁸.

Dahası Fransız Danıştayı 1960'lı yıllara kadar akıl hastalarının tedavi hizmetleri, cezaevleri, vergi hizmetleri gibi bazı faaliyet alanlarında ağır kusuru da yetersiz görüyor, bunun için “özel bir ağırlıkta ve apaçık kusur”u ve “istisnai ağırlıkta bir kusur”u arıyordu. İdarenin kusuru bu ağırlığa ulaşmıyorsa, idarenin verdiği zararlardan dolayı sorumlu olmadığına karar veriyordu. Fransız Danıştayı 1960 yıllardan itibaren bu içtihadından vazgeçmiş sadece “ağır kusur” kavramını kullanmaya başlamıştır¹¹⁹.

Neden bazı faaliyet alanlarında sorumlu tutulabilmesi için idarenin “basit kusuru” yeterli görülürken, diğer bazı alanlarda aynı şey için “ağır kusur” gerekli görülmüştür. Bunun nedeni söz konusu “faaliyetin yürütülmesindeki zorluk” kavramıyla açıklanmıştır¹²⁰ ve denmiştir ki, zor faaliyetler alanında idarenin sorumlu tutulabilmesi için “ağır kusur”unun olması gerekir¹²¹.

Neden zor faaliyetler alanında idarenin sorumluluğuna hükmedilebilmesi için basit kusur yeterli görülmemiş ve ağır kusur aranmıştır? Bunun üç nedeni vardır: bir kere denmiştir ki, zor faaliyetlerin yürütülmesi esnasında işlenilen basit kusurlar mazur görülebilir kusurlardır. Bu tür kusurların tazminata mahkumiyet sonucunu doğurmaması hakkaniyete uygundur¹²². İkinci olarak zor faaliyetler alanında basit kusur sorumluluğun doğumu için yeterli görülürse, kusurun teşhisi konusunda sıklıkla tereddütler

¹¹⁸ Chapus René, Droit Administratif Général, 14. Baskı, Montchrestien-Paris 2000, C.I, s.1303 (Nakleden: Gözler, a.g.e., s.1001).

¹¹⁹ Chapus, Droit Administratif Général, a.g.e., C.I, s.1303, (Nakleden: Gözler, a.g.e., s.1001).

¹²⁰ Chapus, Droit Administratif Général, a.g.e., C.I, s.1303, (Nakleden: Gözler, a.g.e., s.1002)

¹²¹ Gözler, a.g.e., s.1002

¹²² Chapus, Droit Administratif Général, a.g.e., C.I, s.1304; Long Marceau, Weil Prosper, Braibant Guy, Delvolve Pierre ve Genevois Bruno, Les Grans arrêts de la Jurisprudence administrative, Paris, Dalloz, 13. baskı, 2001, s.749 (Nakleden: Gözler, a.g.e., s.1002)

ortaya çıkar. Karşılaştığı güç koşullar dikkate alındığında bir kamu görevlisinin davranışının kusurlu olduğundan nasıl emin olunacaktır? Bu alanda sadece ağır kusurları dikkate almak, aynı zamanda kolay olarak teşhis edilebilecek kusurları dikkate almak anlamına gelir¹²³. Nihayet zor faaliyet alanlarında idarenin sorumlu tutulabilmesi için basit kusur yeterli sayılırsa, idare çekingen davranabilir ve hareket etmektense, daha sonra tazminat ödemek korkusuyla hareket etmeme yolunu tercih edebilir ki bunda kamu yararı değil, zararı vardır. İdare, acil tıbbî müdahaleler, itfaiye, can kurtarma, polis gibi alanlarda uzun boylu düşünmeden derhal harekete geçip müdahale etmek zorundadır. Böyle bir alanda, idarenin hata yapmamak için temkinli davranması, uzun boylu düşünmesi, kamu yararı düşüncesiyle bağdaşmaz. Böyle alanlarda idarenin sık sık tazminat ödemeye mahkum edilmesi idareyi eylem ve işlem yapmaktan vazgeçirir¹²⁴; idareyi felce uğratır. Zira, hukuka uymanın, kusur işlememenin, başkasına zarar vermemenin en garantili yolu bir şey yapmamaktan geçer. İdare ise bir şey yapmaz, elini kolunu bağlayıp oturursa, bundan toplumun kendisi zarar görür. İşte tüm bu nedenlerden dolayı, zor faaliyetler alanında idarenin “sorumluluktan bağışık serbest bir hareket alanına sahip olması gerekir¹²⁵.

Ağır kusur teorisi lehine ileri sürülen yukarıdaki düşünceler ne kadar yerinde ve ne kadar tutarlı olursa olsun, bu düşünceler günümüzde idare edilenlerin hak ve menfaatlerini mümkün olan en iyi şekilde koruma düşüncesi karşısında geriye çekilmektedir¹²⁶. Nasıl 1960'lar da “istisnâî ağırlıkta kusur” teorisinden “ağır kusur” teorisine geçilmiş ise, günümüzde de “ağır kusur teorisinden “basit kusur” teorisine geçilmektedir¹²⁷.

Bununla birlikte, tıbbî faaliyetler alanında ağır kusur gerekliliğinden tam olarak vazgeçilmemiştir¹²⁸. Fransa'da 1992 yılına kadar “tıbbî faaliyet” veya diğer bir ifadeyle “tıbbî işlemler” alanında idarenin sorumluluğuna hükmedilebilmesi için ağır kusur şartı aranmıştır. “Tıbbî işlemler” bir hekim

¹²³ Ibid.

¹²⁴ Ibid.

¹²⁵ Ibid.

¹²⁶ Ibid.

¹²⁷ Ibid.

¹²⁸ Ibid.

tarafından veya bir hekimin gözetimi ve sorumluluğu alanında yardımcı sağlık personeli tarafından yapılan işlemlerdir¹²⁹. Örneğin hekimin hastayı muayene etmesi, teşhis koyması, reçete yazması, ameliyat yapması tıbbî işlemdir. Keza, hekimin doğrudan doğruya gözetimi ve sorumluluğu altında yardımcı sağlık personelinin hastaya enjeksiyon yapması da tıbbi işlemdir. Bunların dışında kalan faaliyetler, hastanede yapılsalar bile tıbbi faaliyet sayılmazlar¹³⁰. Örneğin, hastadan tahlil için kan alımı, hastaya pansuman yapılması, hastanın yatağa yatırılması, kaldırılması, temizlenmesi, beslenmesi gibi faaliyetler tıbbi faaliyet değildir. Bunlardan dolayı hastanın uğradığı zararın tazmin edilmesi için basit kusur yeterlidir¹³¹.

Fransız Danıştay 8 Kasım 1935 tarihli Veuve Loiseau ve Dame Philippneau kararlarında hastane idarelerinin tıbbi işlemler nedeniyle sorumluluklarına hükmedilmesi için ağır kusurun varlığının gerektiğine karar vermiştir¹³². Fransız Danıştay ameliyat edilen hastanın karnında beş tane yabancı cisim bırakılmasını ağır kusur olarak kabul edip idareyi tazminat ödemeye mahkum etmiştir¹³³.

Neticede Fransız Danıştay 10 Nisan 1992 tarihli Epoux V. kararında, ağır kusur şartından vazgeçerek basit kusuru idarenin sorumluluğuna hükmedilebilmesi için yeterli saymıştır¹³⁴. Bu karara konu teşkil eden olayda Madame V., 9 Mayıs 1979 günü doğum yapmak için bir doğum kliniğine yatmıştır. Doğumun kısmî anestezi altında sezeryan usulüyle yapılmasına karar verilmiştir. Operasyon esnasında birçok defa tansiyonu düşmüş ve neticede kalbi durmuştur. Hasta kurtarılmasından sonra başka bir hastaneye yatırılmış, ancak doğum sırasındaki tansiyon düşüklüğü ve kalp durması sonucunda beyni hasar görmüş ve neticede kalıcı nitelikte fiziki ve nörolojik sakatlıklarla hastaneden çıkabilmiştir. Bilirkişi incelemesi sonucunda bu

¹²⁹ Chapus, Droit Administratif Général, a.g.e., C.I, s.1305, (Nakleden: Gözler, a.g.e., s.1003)

¹³⁰ Chapus, Droit Administratif Général, a.g.e., C.I, s.1305, (Nakleden: Gözler, a.g.e., s.1003)

¹³¹ Chapus, Droit Administratif Général, a.g.e., C.I, s.1305, (Nakleden: Gözler, a.g.e., s.1003)

¹³² Conseil d'état, 8 Kasım 1935, Veuve Loiseau ve Dame Philippneau, RDCE, 1935, s.1019, (Nakleden: Gözler, a.g.e., s.1004)

¹³³ Conseil d'état, 9 Ocak 1957, Assistance publique de Marseille, RDCE, 1957, s.22, (Nakleden: Gözler, a.g.e., s.1004)

¹³⁴ Conseil d'état, Assemblée, 10 Nisan 1992, Epoux V., RDCE, 1992, s.171, (Nakleden: Gözler, a.g.e., s.1004)

operasyonda şu hataların yapıldığı gözlemlenmiştir: hastanın durumuna göre hastaya kısmi anestezi yapılmasının tansiyon düşüklüğüne yol açma riskinin bilindiğı, buna rağmen bölgesel anestezi yapıldığı, üstelik anestezi uzmanının gereğinden fazla dozda ilaç zerk ettiğı, dahası doğum sonrası kanamaya maruz kalan hastaya, yeterince ısıtılmamış soğuk kan verildiğı tespit edilmiştir¹³⁵.

Zarar gören V. çifti, uğradıkları zarar ve ziyanın tazmini için idare mahkemesinde dava açmışlar; idare mahkemesi ise, Danıştayın o zamana kadar ki içtihadını izleyerek, bu hataların hiçbirinin “ağır kusur” teşkil etmediğini gözlemlemiş ve idarenin tıbbi işlemler nedeniyle ancak ağır kusuru varsa sorumlu olacağını belirterek zarar gören karı-kocanın açtıkları tazminat davasını reddetmiştir. Ret kararının temyiz incelemesinde, Fransız Danıştay, hiçbir şekilde “ağır kusur” kavramını kullanmaksızın, yukarıdaki şekilde açıklanan hataların “hastanenin sorumluluğuna yol açacak nitelikte tıbbi kusur oluşturduğuna karar vermiş ve idareyi zarar gören karı ve kocaya tazminat ödemeye mahkum etmiştir¹³⁶. Görüldüğü gibi kararda “ağır kusur” kavramı kullanılmamış, tersine “ağır kusur-basit kusur” ayrımı yapılmaksızın hastanenin sorumluluğunu doğuracak nitelikte olan “tıbbi kusur” dan bahsedilmiştir. Bu şekilde, Fransa 'da tıbbi faaliyetler alanında ağır kusur şartı ortadan kalkmıştır.¹³⁷

Dahası Fransız Danıştay, kan ürünleri yoluyla bulasan ölümcül nitelikteki birtakım hastalıklar ve tedavi için gerekli ama sonucu tam olarak bilinmeyen riskli bir takım yöntemlerin kullanılması ya da yeni kullanılan ameliyat yöntem ve tekniklerinden doğan zararların da risk yani kusursuz sorumluluk esaslarına göre idarenin sorumluluğı yoluna gitmeye başlamıştır¹³⁸.

¹³⁵ Long et al., a.g.e., s.743-745 (Nakleden: Gözler, a.g.e., s.1004)

¹³⁶ Conseil d'état, Assemblée, 10 Nisan 1992, Epoux V., RDCE, 1992, s.171, (Nakleden: Gözler, a.g.e., s.1004-1005)

¹³⁷ Gözler, a.g.e., s.1005)

¹³⁸ Kaplan, a.g.m., s.1-2.

(2) Türk Danıştayının Sağlık Hizmetleri Bakımından Kusur Yaklaşımı

Öğretide Türk Danıştay'ının sağlık hizmetlerinde kusursuz sorumluluk ilkesine göre idareyi sorumlu tutmadığına ilişkin görüşler olduğu gibi, tuttuğuna ilişkin görüşlerde bulunmaktadır.

Öte yandan Danıştayın sağlık hizmetinin mahiyetine göre idarenin sorumluluğunda aradığı kusurun derecesinin de değişkenlik gösterdiği de söylenmektedir.

Onar; hastane hizmetleri bakımından, akıl hastanelerindeki hizmet ve nezaretlerde ancak ağır kusurun idarenin sorumluluğunu gerektirdiği, bu gibi yerlerdeki faaliyetin arzettiği özellik ve güçlük sorumluluk bakımından ağır bir kusurun mevcudiyetini gerektirmekte olduğu, buna karşılık diğer hastane hizmetleri bakımından sadece kusurun mevcudiyeti sorumluluk için yeterli olduğu, fakat burada da hekimlerin operasyon, tedavi gibi fonksiyonlarından doğan zararlarda idarenin sorumluluğu için ağır kusurun aranmakta olduğunu ifade etmektedir¹³⁹.

Esin'e göre; Danıştayın hastane hizmetleri diye bilinen, hastanelerin kuruluş ve işleyişine ilişkin işlerde, sorumluluk için zararlar hizmet arasındaki nedensellik bağı yeterli sayılırken; hastalara uygulanan hekimlik tedbirleri (operasyon, tedavi, enjeksiyon v.b.) konusunda ağır hizmet kusuru olmadıkça tazminata hükmetmediği görülmektedir¹⁴⁰.

Bu çerçevede Danıştayın sağlık hizmetlerindeki kusur yaklaşımını, sağlık hizmetlerinde kusursuz sorumluluk ilkesi, sağlık hizmetlerinin kuruluşu ve işleyişindeki eksiklikten dolayı idarenin sorumluluğu ve tıbbi müdahaleler bakımından idarenin sorumluluğu olmak üzere üç konu başlığı altında incelenecektir.

139 Onar, a.g.e., s.1741.

140 Esin, a.g.e., s.54.

i. Sağlık Hizmetlerinde Kusursuz Sorumluluk İlkesi

Kusursuz sorumluluk, idarenin sorumluluğunda, istisnayı teşkil eder. Kusur sorumluluğu (hizmet kusuru) asıl, kusursuz sorumluluk istisnadır¹⁴¹.

Esin¹⁴², görev sırasında ot balyalarının üzerine yıkılması sonucu boyun atlas kemiği kırılarak sakat kalan Hıfzıssıhha Enstitüsü hademesinin uğradığı zarara karşılık, idarenin maddi ve manevi zarar ödemesi gerektiğine ilişkin Danıştay kararı¹⁴³ ile ambulans şoförünün kusuru yüzünden meydana gelen trafik kazası sonucu vefat eden ambulanstaki hasta ile yanında bulunan annesinin yakınlarına idarece maddi ve manevi tazminat ödenmesi gerektiğine ilişkin Danıştay kararını¹⁴⁴ örnek göstererek idarenin sağlık hizmetlerinden kusursuz sorumluluğunun kabul edildiğini belirtmekte ise de; bu tespit öğretide bu zararların sağlık hizmetlerine ilişkin faaliyetten ayrıldığı belirtilerek eleştirilmiştir¹⁴⁵.

Kanaatimce, Esin tarafından verilen ilk örnek bakımından yapılan eleştirilere hak verilmesi gerekir ise de, sağlık hizmeti sunmakla yükümlü bulunan idarenin ajanı tarafından yapılan hasta nakil hizmetinin sağlık hizmetleri kapsamında olması ve bu hizmete ilişkin kusurların da sağlık hizmetinin kuruluş ve işleyişindeki bir yetersizlik olarak değerlendirilmesi gerektiğinden ikinci örnek bakımından yapılan eleştiriler haklı ve isabetli değildir.

Öte yandan Esin'in verdiği ikinci örnekte Danıştay, "İdari hizmetlerin kuruluşunda ve işleyişinde mevcut kusurlardan dolayı idare'nin sorumlu olacağı aşikâr bulunduğu gibi, kamu hizmetlerinin ifası sırasında bir görevle ilgili olarak genel külfetler dışında ferdi mülkiyete ve fertlere iras olunan hasar ve zararların fiil ve zararlı sonuç arasında illiyet rabıtası olması şartıyla ayrıca kusur aranmaksızın tazmin edilmesi de hukukun genel ilkeleri ile hakkaniyet

¹⁴¹ Çağlayan, a.g.m., s.122.

¹⁴² Esin, a.g.e., s.180-181.

¹⁴³ Dan., 12.D., 08.07.1969 tarihli, E.1968/1296, K.1969/1401 sayılı kararı.

¹⁴⁴ Dan., 12.D., 19.01.1971 tarihli, E.1969/3710, K.1971/96 sayılı kararı.

¹⁴⁵ Zuhale Bereket Baş, "Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesi Sonucu Ortaya Çıkan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu", Sempozyum Danıştay ve İdari Yargı Günü 135. Yıl, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No:68, 9 Mayıs 2003, s.80.

ve nesafet kuralları gereğidir. Nitekim Anayasa'nın 114 üncü maddesinin son fıkrasında kusur dahi aranmadan 'İdare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararları ödemekle yükümlüdür.' yolundaki hüküm de bu esasın Anayasal bir ifadesidir.

“Bu itibarla yukarıda oluş şekli açıklanan ve idarenin istihdam ettiği şoförün kusurlu hareketi sonunda, fakat amme hizmetlerinin ifası sırasında, vuku bulan olay sonucu davacıların maruz kaldıkları maddi ve manevi zararların idarece tazmini gerekmektedir.” gerekçesi ile idarenin tazmin sorumluluğu kabul edilmiştir. Bu kararda idarenin kusursuz sorumluluğuna ilişkin bir açıklamaya yer vermiş ise de karar gerekçesinden Danıştay tarafından dava konusu olayda idarenin istihdam ettiği personelin kusurunun tespit edilmesi ve buradan hareketle davanın kabulüne karar verildiği anlaşılmaktadır. Hal böyle iken Danıştay'ın bu kararında kusursuz sorumluluk ilkesinden ziyade personelinin şahsi kusurundan dolayı idareyi sorumlu tutmuştur diyebiliriz. Dolayısıyla söz konusu kararın sağlık hizmetleri açısından kusursuz sorumsuzluk ilkesinin geçerli olduğuna ilişkin bir örnek olarak sunulmasının ve kabul edilmesinin hukuken isabetsiz olacağı kanaatindeyim.

Bereket Baş¹⁴⁶ tarafından, Türk Danıştay'ının idareyi sağlık hizmetleri konusunda kusursuz sorumluluk ilkesine göre sorumlu tutmadığı belirtildikten sonra, Danıştay'ın bir askeri hastanede hemşire tarafından procain yerine terocain tatbik edilmek suretiyle zehirlenen küçük yaştaki çocuklarının ölümü üzerine anne ve babanın açtıkları davada, “... Hastane personelinin şahsi kusur işlemiş olmaları keyfiyeti, amme hizmetinin fena işlemesinden hasıl olan zararı tazmin etmeye idarenin mahkum edilmesini önleyemez” gerekçesiyle idarenin tazmin sorumluluğunu kabul ettiği ve burada Danıştay'ın yardımcı personelin yanlış tedavisini şahsi kusuru olarak nitelendirmek suretiyle üstü kapalı olarak kusursuz sorumluluk ilkesini uygulamaya soktuğu belirtilmiştir.

¹⁴⁶ Bereket Baş, a.g.m., s.82-83.

Gerek Bereket Baş tarafından verilen örnek gerekse Esin'in yukarıda verdiği ikinci örneğe bakarak Danıştay'ın sağlık hizmetlerinde idarenin kusursuz sorumluluğunu kabul ettiği veya kabul etme eğiliminde olduğunu söylemenin mümkün olmadığı bu durumun daha ziyade, hizmet kusurunun kişisel kusur aleyhine alanını genişletme eğilimi göstermesinden ve Danıştay'a göre, kişisel kusurun bulunması çoğu zaman idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmamasından kaynaklandığını söyleyebiliriz¹⁴⁷.

Hizmet kusuru kuramının uygulama alanı giderek genişletilmiş; hizmet kusuru ile kişisel kusurun içiçe-yanyana (cumul) bulunabileceği ve bu takdirde idarenin sorumlu olacağı kabul edilmiştir. Başka bir ifade ile şayet kişisel kusur, hizmet içinde ve hizmet dolayısıyla işlenmiş ise, kısaca kusurun işlenmesini veya mağdura zarar verici tezahürünü kamu hizmeti zorunlu kılmış ise kusur hizmetten ayrı olsa bile hizmet kusurdan ayrı-kopuk değildir, idare sorumludur¹⁴⁸.

Danıştay bir kararında bu durumu açıkça belirtmiştir. Sağlık hizmetlerinden zarar gören bir kimsenin, açtığı dava dolayısıyla, Danıştay, “hastane personelinin şahsi bir kusur işlemiş olması keyfiyeti, kamu hizmetinin kötü işlemesinden doğan zararı tazmin etmeye idarenin mahkum edilmesini önlemeyeceğine” hükmetmiş ve bu sebeple idareyi tazminata mahkum etmiştir¹⁴⁹.

Nitekim, Esin'in ve Bereket Baş'ın Danıştay'ın sağlık hizmetlerinde kusursuz sorumluluk ilkesini uyguladığına ilişkin verdiği örnek kararlardan çok daha sonraki bir tarihte Danıştay tarafından verilen bir kararda sağlık hizmetlerinde kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulama olanağının bulunmadığı açıkça belirtilmiştir. Şöyle ki; davacının ayağında meydana gelen sakatlığın yapılan ameliyat sonucu oluştuğundan bahisle uğradığını ileri sürdüğü maddi ve manevi zararının tazmini talebiyle açtığı davada İdare Mahkemesi'nce davacının sakatlığının yapılan böbrek ameliyatından kaynaklandığının anlaşıldığı, ancak meydana gelen zararda hizmet kusuru

¹⁴⁷Armağan, a.g.e., s.84.

¹⁴⁸Muammer Oytan, “Hizmet Kusuru Nedeniyle İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep Anlayışındaki Gelişmeler”, Ankara, **Adalet Bakanlığı Yayınları**, 1999, s.28.

¹⁴⁹Dan., 8.D., 08.11.1960 tarihli, E.1960/1568, K.1960/2394 sayılı kararı; Armağan, a.g.e, s.84.

bulunup bulunmadığının belirlenemediği, bununla birlikte, ameliyat sonucu oluşan zararın kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca tazmini gerektiği gerekçesiyle maddi zararın tespiti amacıyla yaptırılan bilirkişi incelemesi raporundaki zarar miktarı ve davacının istemine göre, davanın kısmen kabulüne karar verilmiş, bu kararın idarece temyizi üzerine Danıştay'ca verilen kararda;

“İdare hukukunun ilkeleri ve Danıştay'ın yerleşik içtihatlarına göre, zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumunda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı hallerde, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için; zararın, idarenin ağır hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir. Bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetinden yararlananın zarara uğraması halinde, bu zararın tazmini, idarenin ağır hizmet kusurunun varlığı halinde mümkün olabilir.

“Dava dosyasının incelenmesinden; davacının sağ ayağında oluşan sakatlığın böbrek ameliyatından kaynaklanıp kaynaklanmadığına veya yapılan ameliyatın kusurlu olup olmadığına ilişkin bir inceleme yapılmadığı, davacının sakatlık oranına ilişkin rapora göre hüküm kurulduğu anlaşılmaktadır.

“Mahkemece, belirtilen konuya ilişkin bilirkişi incelemesi yaptırılmadan, riskli hizmetlerden olan sağlık hizmetlerinde uygulama olanağı bulunmayan kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca davacının tazminat isteminin kabulü yolunda verilen kararda hukuki isabet görülmemektedir.”

Yönündeki gerekçeyle temyiz isteminin kabulüne ve söz konusu İdare Mahkemesi kararının bozulmasına karar verilmiştir¹⁵⁰.

Keza, davacı tarafından guatr ameliyatı sırasında, paratiroid bezlerinin zarar görmesi ve alınması sebebiyle uğradığını ileri sürdüğü maddi ve manevi tazminatın ödenmesi talebiyle açılan davada, İdare Mahkemesi'nce olayda idarenin hizmet kusuru bulunup bulunmadığının tespiti amacıyla Osman Gazi Üniversitesi doktorlarına yaptırılan bilirkişi incelemesi neticesinde düzenlenen raporda, tiroit cerrahisinde belirli bir

¹⁵⁰ Dan., 10.D., 11.10.200 tarihli ve E.1999/3878, K.2000/5131 sayılı kararı.

yüzdesi olan bu komplikasyon mesleki bir hata veya teknik yetersizlik olarak kabul edilmeyeceği sonucuna varıldığı, davacının bu rapora Adli Tıp Kurumundan rapor alınması talebiyle yaptığı itirazın yerinde görülmeyerek reddedilmesi ve kusursuz sorumluluk ilkesine dayanarak manevi tazminata hükmedilmiş, bu kararı Danıştay olayda hizmet kusurunun araştırılması üzerine bozmuştur¹⁵¹.

ii. Sağlık Hizmetinin Kuruluşu ve İşleyişindeki Yetersizlikten Dolayı İdarenin Sorumluluğu

Ülkemizde sağlık hakkı anayasal güvence altında olup, Anayasa'nın 56 ncı maddesi ile Devlete vatandaşlarına gerekli sağlık hizmetini sunma görevi verilmiş, Devletin bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak ve bu kurumları denetleyerek yerine getireceği belirtilmiştir. Bu çerçevede, 181 sayılı Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Sağlık Bakanlığı kurularak Bakanlığın teşkilat ve görevlerine ilişkin esaslar düzenlenmiştir. Burada Sağlık Bakanlığı'na; herkesin hayatını beden, ruhen ve sosyal bakımdan tam iyilik hali içinde sürdürmesini sağlamak için fert ve toplum sağlığını korumak ve bu amaçla ülkeyi kapsayan plan ve programlar yapmak, uygulamak ve uygulatmak, her türlü tedbiri almak ve gerekli teşkilâtı kurmak ve kurdurmak, gerekli aşı, serum, kan, ürünleri ve ilaçların üretimini yapmak, yaptırmak ve gerekirse ithalini sağlamak gibi görevler verilmiş ve daha birçok anılan Bakanlıkça yerine getirilmesi gereken sağlık hizmetleri sayılarak bu hizmetlerin yerine getirilmesi için gerekli tesisleri kurmak ve işletmek, meslek personelini yetiştirmekte Bakanlığın görevleri arasında belirtilmiştir. 181 sayılı KHK ile Bakanlığın görevleri genel olarak belirlenmiş olup, sağlık hizmetlerine ilişkin diğer mevzuatta da Bakanlığın bu görevleri daha detaylı olarak düzenlenmiştir. Örneğin, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun

¹⁵¹ Dan., 10.D., 29.12.1999 tarihli, E.1997/6600, K.1999/7409 sayılı kararı.

sağlık hizmetlerinin temel esaslarını belirleyen 3 üncü maddesinde, sağlık hizmetlerinin ülke sathında dengeli dağılımı ve yaygınlaştırılması esasları çerçevesinde gerekli kurum ve kuruluşların kurulması ve işletilmesi Sağlık Bakanlığının görevleri arasında belirtilmiştir.

Görüldüğü üzere, Sağlık Bakanlığı açısından sağlık hizmetlerini sunmak için gerekli teşkilatın kurulması ve kurulan teşkilatın gereği gibi çalıştırılması anayasal ve yasal bir görev olup, aksi durumda, yani bu hizmetlerden birinin gereği gibi yerine getirilmemiş olması durumunda idarenin sorumluluğu doğabilir.

Burada, tıbbî işlemlere ilişkin değil, sağlık kamu hizmetinin “kuruluş ve işleyiş koşulları”na ilişkin kusurlardan dolayı idarenin sorumluluğu söz konusudur¹⁵². Örneğin, hastanenin temizlik işlemlerinin eksikliğinden, hastaneden gerekli ve yeterli personel bulunmamasından, tabibin geç müdahalesinden doğan zararlarda idarenin sorumlu tutulması halidir.

Davacının trafik kazası geçiren kızına gerekli sağlık hizmetinin sunulmaması sebebiyle vefat ettiğinden bahisle, uğradığını ileri sürdüğü zararın tazmini talebiyle açtığı davada, İdare Mahkemesi'nce olay tarihi olan 23.6.1993 tarihinde Devlet Hastanesinde göğüs cerrahi, beyin cerrahi kadroları ile tam teşekküllü yoğun bakım ünitesi, bilgisayarlı tomografi gibi ünitelerin bulunmadığını bildirerek, bu sebepten idarenin hizmeti gereği gibi yürütemediğini belirten bilirkişi raporuna dayanılarak davacı için manevi tazminata karar verilmiş, bu kararın Danıştay, olayın oluş şekline göre hizmetin risk taşıyan bir hizmet olmasına ve davacının çocuğuna trafik kazası sonrasında, hastanede bir takım teknik eksiklikler bulunmasına rağmen ilk müdahalede herhangi bir kusurun saptandığı anlaşılamamış olmakla, söz konusu tazminat ödenmesine “ağır kusur” tespit edilmediğinden bozulmasına karar verilmiştir¹⁵³.

Davacının doğum esnasında gereği gibi müdahalenin yapılmamasından dolayı eşinin ve çocuğunun vefat ettiğinden bahisle

¹⁵² Gözler, a.g.e., s.1005.

¹⁵³ Dan., 10.D., E.1998/7215, K.2001/1531 sayılı kararı; Yakup Bal, Yahya Şahin, Mustafa Karabulut, a.g.e., s.313-314.

uğradığını ileri sürdüğü maddi ve manevi zararın tazmini talebiyle açtığı davada; Danıştay, doğum için başvurulmuş hastanede biri baştabip olmak üzere iki tabip bulunması sebebiyle Hastahaneler Talimatnamesine göre nöbetçi tabip bulunmamasının hizmet kusuru sayılmayacağını belirttiikten sonra çağrılan tabibin sinemadan geç gelmesi veya tabibe geç haber gönderilmesi, gelen tabibin hastanın durumunu gördükten sonra onu bırakarak tekrar eşini almak için sinemaya gitmesi, pelvis ölçüleri normalden dar olan hastanın lüzumsuz yere bu hastanede bekletilmesi, bu gibi acil vakalar için her an servise hazır olması gereken ambulansın bakımsızlık yüzünden yolda arızalanması, bu sebeple sevki geciken hastanın sevkinin gerçekleştirildiği hastanede de yapılacak gerekli cerrahi müdahale için kullanılacak serumun bulunmasına rağmen dolapta kilitli bulunması, doktor tarafından serumun temininin davacıdan istenilmesi üzerine davacının şehirdeki bütün nöbetçi eczahaneleri araması ve gece olması sebebiyle serumu temin edememesi sebebiyle aradan 5 saate yakın bir süre geçtikten sonra kilitli dolapta bulunan serumun kullanılmasına karar verilmesi karşısında idarenin bariz hizmet kusurunun olduğuna, hizmeti layıkı ile ifa etmediği sonucuna varmış ve bu durumu “kamu hizmetinin tanzim ve icrasındaki aksaklık” olarak nitelendirerek davanın kabulüne karar vermiştir¹⁵⁴.

Sağlık hizmetini sunan idarenin, amacına uygun tıbbi donanımı ve personeli hazır bulundurmak zorundadır. Sağlık hizmeti sunan kurum ve kuruluşun bulunmasına rağmen eksik donanımı ve personeli sebebiyle zarar meydana gelmiş ise idarenin özenli organizasyon vazifesini ihlal ettiğini ve bu sebeple doğan zarardan sorumlu tutulması gerektiğini söyleyebiliriz.

Öte yandan zararın meydana gelmesi idareye atfı mümkün olmayan bir nedenden kaynaklanması halinde idarenin sorumlu tutulmasına hukuken olanak bulunmamaktadır. Örneğin, zehirli böceklerin bol olduğu yerde bulunan bir hastanede gerekli serumun bulunmaması sebebiyle gerçekleşen ölüm olayında idare açısından hizmet kusurunun oluştuğunun kabulü

¹⁵⁴ Dan., 12.D., 18.11.1968 tarihli, E.1967/2767, K.1968/2168 sayılı kararı.

gerekirken idarenin dışında bir sebepten dolayı bu serumun bulunmaması, örneğin serumu üreten firmadaki grev nedeniyle üretimin durması ve piyasada muadili ilaç olmaması nedeniyle idarenin serum temin edememesinde sorumluluğun idareye yüklenmesine olanak bulunmamaktadır¹⁵⁵.

Hangi tıbbi donanım ve malzemelerin bulunmamasının eksiklik olarak değerlendirileceği ve dolayısıyla idarenin sorumluluğunu gerektireceği hususu ülkedeki tıbbi imkanların durumu ve bu hizmeti sunan idarenin mali imkanları dikkate alınarak tespit edilmesi gerekir. Buna göre, kısa süre önce yabancı bir firma tarafından geliştirilen bir cihazın bulunmaması eksiklik olarak değerlendirilmese de, yaygın olarak kullanılmaya başlanan bir cihazın bulunmaması veya arızalı bulundurması hizmet kusuru oluşturabilir¹⁵⁶.

Bu tür durumlarda olayın özellik ve niteliği dikkate alınarak değerlendirme yapmak ve buna göre idarenin sorumluluğunu belirlemek isabetli olacaktır.

iii. Tıbbi Müdahalelerden Dolayı İdarenin Sorumluluğu

Tıbbi müdahale, bir hastalığın veya rahatsızlığın iyileştirilmesine ya da hafifletilmesine yönelik bütün faaliyet ve girişimleri içine alır. Bir hastalığı, anormalliği, eksikliği gidermek ya da olumsuz etkilerini en aza indirmek amacıyla yapılan her türlü faaliyet tıbbi müdahale kapsamı içinde yer alır. Tıbbi müdahale faaliyetleri, en basit tanı ve tedavi yöntemlerinden en ağır cerrahi ameliyatlara kadar uzanır¹⁵⁷.

Tıbbi müdahaleler icra ediliş tarzına göre esas itibarıyla iki kategoride tasnif edilebilir. Bunlar, bedensel bütünlüğe yönelik müdahaleler

155 Kızılyel, a.g.t., s.64.

156 Kızılyel, a.g.t., s.64.

157 Ayan, a.g.e., s.5,

ile bedensel bütünlüğü etkilemeyen ve cerrahi mahiyet arz etmeyen müdahalelerdir¹⁵⁸.

Bu konu başlığı altında yapılan açıklamalar, esas itibariyle bedensel bütünlüğe yönelik ve belli güçlükleri ve riski barındıran müdahaleler bakımından geçerli olup, basit tanı ve tedavi yöntemlerine ilişkin müdahaleler yapacağımız açıklamalar kapsamında bulunmamaktadır.

DURAN, yüksek mahkeme tedavi ve cerrahi müdahaleleri yüzünden meydana gelen zararların idarece karşılanabilmesi için hizmet kusuru ve hatta ağır kusur irtikap edilmiş olmasını gerekli görmektedir¹⁵⁹. Güran'a göre; sunulan sağlık hizmeti veya yapılan bakım ve tıbbi müdahale olağan türde, nitelikte ve boyutlarda ise, idare, alelade kusurlu faaliyetlerinden dahi sorumlu tutulmaktadır. Buna karşılık, bunların yürütülmesi veya tıbbi faaliyetin türü, niteliği ve boyutlar olağan dışı oluyorsa, belli incelikler, zorluklar, karmaşıklık ve mesleki takdire açık unsurlar taşıyorsa, idarenin sorumluluğuna ancak ağır ve bariz kusur halinde hükmedilmektedir¹⁶⁰.

Muayenesi yapıp filmleri çekildikten sonra hayati tehlike olmadığı teşhisi ile evine gönderilen yaralının bir gün sonra tekrar hastaneye getirilmesi ve iç kanama nedeniyle meydana gelen ölümden hizmetin kuruluş, işleyişinde meydana gelen sakatlık, eksiklik söz konusudur¹⁶¹.

Yukarıdaki kararlarda Danıştay, hizmet kusuruna dayalı olarak idarenin sorumluluğuna karar vermiş, alelade bir hizmet kusuru yeterli görülümüş, ağır bir kusur aranmamıştır.

Bizde sağlık hizmetinin mahiyetine göre aranan kusur derecesi yönünden tam bir ayırım yapabilme olanağı yoktur. Danıştay kararlarına bakarak, şu hizmetler bakımından idarenin sorumluluğuna gidebilmek için kesin olarak ağır kusur aranıyor diyebilme olanağından yoksunuz. Danıştay bütün kararlarında kusurun derecesini belirtmediği gibi belirtilen kararlarda da hizmetin niteliği bakımından açık ve belirgin bir ayrıma gittiğini söylemenin

¹⁵⁸ Türkmen, a.g.e., s.36.

¹⁵⁹ Lütfi Duran, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, Ankara, 1974, s.41.

¹⁶⁰ Sait Güran, "Hekimin Faaliyetlerinden Devletin sorumluluğu", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, İstanbul, 1980, s.82-83.

¹⁶¹ Dan., 10.D., 11.05.1983 tarihli ve E.1982/2483, K.1983/1106 sayılı kararı, **Danıştay Dergisi**, Y.1984, S.52-53, s.494-497.

mümkün olmadığını diyebiliriz. Danıştay bazen ağır kusurdan, bazen sadece hizmet kusurundan söz ederek idareyi tazminata hükmetmektedir.

Bununla birlikte tıbbi işlemlerde ağır kusurun çok fazla uygulanmakta olduğunu söyleyebiliriz. Örneğin, hastaya ameliyatta yanlış gaz verilmesi sûretiyle ölümüne neden olunması¹⁶², hastanın potasyum klorürün setten hızlı verilmiş olması sebebiyle ölmesi¹⁶³ ve ithal kuduz aşısı yerine riski çok daha yüksek yerli kuduz aşısının uygulanmasından kaynaklanan komplikasyondan dolayı hastanın ölmesi¹⁶⁴, durumlarında, idarenin ağır kusurundan dolayı sorumlu tutulduğu görülmektedir.

Keza, 1989 yılında Devlet Hastanesinde ameliyat olan davacı tarafından, ameliyatı yapan doktorun kusuru sebebiyle paratiroid bezlerinin hepsinin yanlışlıkla alındığından vücudunun kalsiyum üretemediği, sürekli tedaviye mahkum edildiği ileri sürülerek açılan davada, kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince idarenin sorumluluğunu kabul eden İdare Mahkemesi kararını Danıştay, “İdare hukuku ilkelerine ve Danıştay'ın yerleşik içtihatlarına göre zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumunda olduğu ve bu hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı hallerde idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için idarenin ağır hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir. Bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetinden yararlananın zarara uğraması halinde, bu zararının tazmini, ancak idarenin ağır hizmet kusurunun varlığı halinde mümkün olabilecektir.

“... guatr ameliyatı sırasında paratiroid bezlerinin zarar görmesi ve alınması nedeniyle, sürekli ilaç tedavisine bağlı olarak sürdürebilecek duruma gelen ve çalışma gücü kaybına uğrayan davacının , maddi ve manevi tazminat davasının, ameliyat sürecinde ve tedavisinde idarenin hizmet kusurunun bulunup bulunmadığının, ... Adli Tıp Kurumu aracılığıyla saptandıktan sonra çözümlenmesi gerekirken, kusursuz sorumluluk ilkesine

162 Dan., 10.D., 03.05.1995 tarihli ve E.1994/3258, K.1995/2379 sayılı kararı.

163 Dan., 10.D., 27.03.2002 tarihli, E.2000/1010, K.2002/852 sayılı kararı.

164 Dan., 10.D., 14.11.1996 tarihli ve E.1995/7086, K.1996/7534 sayılı kararı.

dayanılarak verilen temyize konu mahkeme kararında hukukî isabet görülmemiştir.” yönündeki gerekçeyle bozulmasına karar vermiştir¹⁶⁵.

Danıştay kararlarına dikkat edildiğinde, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için ağır kusur şartının arandığı durumlarda, Danıştayın bu şartı aramasını “zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumunda olması” ve “hizmetin riskli bir nitelik taşıması” gerekçelerine dayandırmakta olduğunu görmekteyiz.

i. Zarar Gören Kişinin Hizmetten Yararlanan Durumunda Olması

Bu uygulamanın Fransız Danıştayının içtihatlarından etkilendiği söylenebilir: Çünkü, Fransız Hukukunda zara görenin durumu önemlidir. Zarar gören, kamu hizmetinden faydalanan, onu kullanan kimse mi, yoksa üçüncü bir kimse mi olduğu önemlidir. Eğer zarar gören üçüncü bir kimse, yani hizmete yabancı olan kimse ise zararı, daha kolayca tazmin olunmalıdır yolundaki içtihatları göze çarpmaktadır¹⁶⁶. Düzenli olarak idarenin faaliyetlerinden yararlanan bireylerin bazı külfetlere de katlanması gerektiği düşüncesiyle, bireylerin idareden sağladıkları yararlara karşılık bazı külfetlere katlanmak zorunda oldukları savunulmuş ve ancak belli şartların varlığı halinde idarenin mali sorumluluğu kabul edilmiştir. Bir başka deyişle, devlet, idareyi ve tıbbi hizmetleri yürütürken, bu hizmetten kamu yararlanmaktadır. Hizmet yürütme sırasında kişi ya da kişilere vermiş olduğu zararı, salt zarar görene değil, kamuya pay etmek zorundadır. Bu durum “nimet-külfet” kuralının zorunlu sonucudur. İşlevden yarar gören, o işlevin zararlarına da katlanmak zorundadır¹⁶⁷.

165 Dan., 10.D., 29.12.1999 tarihli, E.1997/6600, K.1999/7409 sayılı kararı.

166 Gürsoy, a.g.e., s.76.

167 Küçük, a.g.t, s.45.

ii. Sağlık Hizmetlerinin Riskli Bir Nitelik Taşınması

Sağlık hizmetleri riskli hizmetlerdendir. Bu hizmetlerin yürütülmesi sırasında kişilerin zarar görme olasılığı vardır.

Tüm hekimlik uygulamaları hastalar yönünden belirli bir risk oluştururlar. Bu riskler, hekimlik uygulamalarının doğasından kaynaklanmakta, büyük kısmı hekim tarafından gerekli dikkat ve özen gösterilmiş olsa bile kaçınılmazlık nitelik taşımaktadır. Buradaki riskler, izin verilen risk çerçevesinde kaldığında bunun adı komplikasyondur¹⁶⁸.

Komplikasyonun olduğu hallerde tıbbın yanlış uygulanmasından veya idarenin veya ajanının kusurundan bahsedilemez. Öte yandan, malpraktiste ise böyle bir sorumsuzluk hali söz konusu değildir.

Genel bir tanımlama yapılacak olursa medikal malpraktis, hatalı davranış veya görev ihmal sonucu bir yaralanmaya ya da zarara yol açmaktır. Hatalı tedavi ya da tıbbi ihmal olarak özetlenebilir. Bir başka tanımla malpraktis; hekimin hastanın standart tedavisini yaparken başarısızlığı, beceri eksikliği ya da ihmal nedeniyle zarar vermesidir¹⁶⁹.

Bu sebeple tıbbi müdahalelerde komplikasyon (izin verilen risk) ile malpraktis (tıbbi uygulama hatası) ayırımının çok dikkatli yapılması gerektiği belirtilmektedir. Yapılan tıbbi müdahale sonucunda meydana gelen zarar literatürde “komplikasyon” olarak adlandırılıyorsa sağlık personeline sorumluluk yüklenmeyecektir. Komplikasyon, normal risk ve sapmalardır¹⁷⁰.

Bu sebeple sağlık hizmetlerinde hizmet kusurunun tespiti bir çok hizmete nazaran güçtür. Ayrıca, tıp biliminin sürekli olarak gelişmesi, sağlık hizmetlerinde gelişen tıbbi teknolojik yeniliklerin kullanılması ve bu etkinliğin tehlikeler içermesi gibi sebeplerden dolayı sağlık hizmetlerinin idare açısından yürütülmesinde güçlük olan faaliyet alanlarından birisidir diyebiliriz.

¹⁶⁸ Ahmet Çolak, Hizmet Kusurundan Malpraktise, Türk Nöroşirürji Derneği Bülteni, (erişim) <http://www.turknorosirurji.org.tr/pdf/hizmetkusuru.pdf>, 24 Nisan 2007, s.50.

¹⁶⁹ İ. Hamit Hancı, **Malpraktis Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu**, Ankara, Seçkin, 2006, s.30.

¹⁷⁰ Odyakmaz, a.g.m., s.216.

Bu sebeplerden dolayı Danıştayın özellikle tıbbi işlemlerden dolayı ağır kusur haricinde idareyi tazminata hükmetmediği görülmektedir.

Örneğin, davacı tarafından yanlış teşhis ve tedavi uygulayarak sağırılığa sebep olduğu ileri sürülerek manevi zararın tazmini talebiyle idare aleyhine açılan bir davada; Danıştay, davacının kulak tedavisinde kullanılan ilacın Castelloni Solüsyonunun anti mikrobial bir madde olduğu, içerdiği funksin nedeni ile antifungal (mantara karşı) etkisinden yararlanıldığı, dış kulak yolundan damlatılıp orta kulağa her türlü sıvı gibi, bu ilacın toksik (zehirleyici) etki yapabileceği, diğer antifungal ilaçlardan daha az yan etkiye sahip olduğu ilacın yaygın bir şekilde kullanıldığı, dış kulak yolunda bulunan inatçı ve çeşitli yan etkileri olabilecek bir mantar enfeksiyonunun tedavi edilmesi için ister istemez yan etkileri olan ilaçların kullanılmasının zorunlu olduğu, bu durumda kullanılması gereken bu ilacın yan etkisinin olup olmayacağının ancak ilacın kullanılması ile meydana çıkacağı, davacının şikayetleri üzerine yeterli ve gerekli müdahalenin zamanında yapıldığı sonucuna varıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda Castelloni Solüsyonunun mantar tedavisi için uygulandığı, sağlık hizmetlerinin riskli bir hizmet taşıdığı ve davacının hizmetten yararlanan konumunda olduğu ve yukarıda aktarılan bilirkişi raporu dikkate alındığına, meydana gelen zararın ağır hizmet kusuru sonucunda oluştuğu sonucuna varılmamıştır¹⁷¹.

Keza, davacı tarafından sağlık hizmetinin iyi işlemediği, bademcik ameliyatından sonra test yapılmadan penisilin yapıldığı, ilacın bayat olduğu ve zamanında gerekli ilgilinin gösterilmediği ileri sürülerek idare aleyhine açılan tazminat davasında, Yüksek Sağlık Şurası'nca olayda tıbbi hatanın bulunmadığı ve ilacın bayat olmadığı, ortada ilaca bağlı, görme bozukluğuna yol açan “nadir bir ihtilat hali” vardır tespiti yapılmış ve bu tespiti dayalı olarak Danıştayca olay ile ilgili olarak, kamu hizmetinden yararlananların hizmetin tabiatında olan kaçınılmaz risklere katlanmaları gereğine değinildikten sonra “sağlık hizmetlerinden yararlanma halinde, idare ağır hizmet kusuru takdirinde sorumlu olur” demekte; davacının doğrudan

¹⁷¹ Dan., 10.D., E.1999/4912, K.2001/2042 sayılı kararı, Yakup Bal, Yahya Şahin, Mustafa Karabulut, a.g.e.315.

hizmetten yararlanan olduğu belirtildikten sonra bu hallerde kusursuz sorumluluğa gitmenin de hizmet gerekleriyle bağdaşmayacağı açıklanmaktadır¹⁷².

Kemal GÖZLER, Fransız Danıştayının “ağır kusur” kavramını bazı faaliyet alanlarında idarenin sorumluluğunu sınırlandırmak için kullandığını ağır kusurun arandığı durumlarda, idarenin basit kusuru idarenin sorumluluğuna hükmedilebilmesi için yeterli olmadığı, davada idarenin ağır kusurunun varlığı ispatlanamamış ise idarenin sorumluluktan kurtulduğu belirtilerek, Türk Danıştayının “ağır kusur” kavramını kararlarında kullandığı zaman, bu kavramı, Fransa'da olduğu gibi idarenin sorumluluğunu sınırlayan bir şart olarak değil, kusurun derecesini, yoğunluğunu gösteren bir nitelik olarak kullandığı, yani Danıştayın ağır kusur kavramına yer verdiği kararlarda zaten idarenin her halükârda kusurlu olduğu ve tazminata mahkum edileceği anlaşılmakta olduğu, bu çerçevede Türk Danıştayının kullandığı ağır kusur kavramı ceza hukukundaki 'ağırlaştırıcı sebeplere' benzediği, nasıl ceza hukukundaki ağırlaştırıcı sebepler suçun unsuru değilse, Türk Danıştayının kullandığı ağır kusur kavramı da idarenin sorumluluğunun bir şartı olmadığı, idarenin basit kusurundan dahi sorumlu olduğu bir yerde, Danıştayın bir de ağır kusurdan bahsetmesinin hiçbir anlam ve gereği olmadığı, bunun olsa olsa Danıştayın “ağır kusur” kavramını anlamadığını gösterdiği görüşündedir¹⁷³.

Yıldız'da, Danıştay'ın kullandığı “ağır kusur” kavramını ceza hukukundaki “ağırlaştırıcı sebepler” e benzetmektedir¹⁷⁴.

Kanaatimce, sağlık hizmetleri bakımından Danıştayın ağır kusuru her zaman için kusurun yoğunluğu ve derecesini gösteren bir kavram olarak kullandığını söylemek mümkün değildir. Zira, Danıştay özellikle sağlık hizmetlerinin sunumu sırasında çıkan veya gelişen komplikasyonlardan dolayı idarenin ağır kusuru bulunmadığı gerekçesiyle idare aleyhine

¹⁷² Dan., 12.D., 12.06.1975 tarihli, E.1971/1212, K.1975/1317 sayılı kararı; Kazım Yenice-Yüksel Esin, **Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdari Yargılama Usulü**, Ankara, Arisan Matbaacılık, 1983, s.92.

¹⁷³ Gözler, a.g.e., s.1021.

¹⁷⁴ Mustafa Yıldız, “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusursuz Sorumluluğu”, Sağlık Hukuku Sempozyumu (Erzincan 15-16 Mayıs 2006), Ankara, Yetkin Yayınları, 2007 s.139.

tazminata hükmedilmemesine karar vermektedir. Komplikasyonların mahiyeti dikkate alındığında Danıştayca burada kullanılan ağır kusur kavramı ile idarenin sorumluluğunu sınırlayan bir şekilde kullandığını söyleyebiliriz.

Zira, yukarıda da açıkladığımız üzere; tüm hekimlik uygulamaları hastalar yönünden belirli bir risk oluştururlar. Bu riskler, hekimlik uygulamalarının doğasından kaynaklanmakta, büyük kısmı hekim tarafından gerekli dikkat ve özen gösterilmiş olsa bile kaçınılmazlık nitelik taşımaktadır. Buradaki riskler, izin verilen risk çerçevesinde kaldığında bunun adı komplikasyondur. Komplikasyonun olduğu hallerde tıbbın yanlış uygulanmasından veya idarenin veya ajanının kusurundan bahsedilemez.

Bu gibi durumlarda Danıştay, idarenin ağır kusuru bulunmadığı gerekçesiyle sorumluluğunu kabul etmemektedir ki bu durumda “ağır kusur” kavramının idarenin sorumluluğunu sınırlandıran bir şart olarak kullandığını söyleyebiliriz.

2. Zarar

Bilindiği üzere, gerek özel hukukta olsun gerekse idare hukukunda olsun sorumluluğun asıl amacı uğranılan zararın tazminidir. Bu bağlamda İdarenin sorumluluğu cihetine gidilmesi için sağlık hizmetlerinden kaynaklanan bir zararın varlığı şarttır.

İdarenin sorumluluğundan söz edilebilmesi için, gerçekleştirilen tıbbi müdahale veya diğer sağlık hizmetleri neticesinde bir zarar meydana gelmiş olmalıdır¹⁷⁵.

Zarar kavramı, tazminin hangi ölçüde yerine getirileceğinin belirlenmesinde de rol oynamaktadır. Zararın işlem ve davranışın doğrudan sonucu olması gerekir. Sorumlulukta mali tazminatta ödenecek miktar, zarara sebebiyet veren kusurun oranında değil, uğranılan zararın miktarına göre belirlenir. Bu anlamda ödenecek zarar uğranılan zararla orantılı olması

¹⁷⁵ Akın Düren, İdare Hukuku Dersleri, Ankara, 1979, s.328; Ayan, a.g.e., s.178.

gerekir. Söz konusu özellik idare hukukundaki sorumluluk kavramını cezai ve disipliner anlamdaki sorumluluktan ayırır. Tazmin sonunda zarara uğrayan ne fakirleşmiş ne de zenginleşmiş olmalıdır. Eğer zarar idarece bazı yasal düzenlemeler dayanılarak karşılanmışsa idarenin tazminat borcundan söz edilemez. Ancak ödenilen tazminat uğranılan zararı karşılayacak seviyede değilse, aradaki farkın ödenmesi için dava açılabilir ve idarede bu tazminatı ödemeye mahkum edilir¹⁷⁶.

Tazmin borcunun doğması için zararın mevcut olduğunun iddia edilmesi yeterli değildir. Muhtemel ve tesadüfi bir zarar tazmin borcu doğurmaz¹⁷⁷.

Zararın tazmin edilmesi ancak bir takım özellikleri haiz olması halinde mümkündür. Bunlar:

a. Zarar “Gerçekleşmiş” Olmalıdır: Tazmin borcunun doğabilmesi için zararın herhangi bir suretle karşılanmamış bulunması, doğmuş ve husule gelmiş olması gerekir. Fiil mevcut olmakla birlikte bir zarar hasıl olmamışsa tazmin borcu doğmaz¹⁷⁸.

Bu durum ise, idare hukukunda sorumluluğun “müeyyidelendirici (sanctionnnatrice)” değil, “tazmin edici (reparatrice)” bir sorumluluk olmasından kaynaklanmaktadır¹⁷⁹.

Nitekim, İdare Mahkemesi'nce davacının safra kesesi ameliyatı sırasında kullanılan bir aletin arızalı olması sebebiyle meydana gelen olayda, cerrahın kusurundan söz edilmese bile hastaya elektrik veren cihazın arızasından dolayı davacının ayağında yanık oluşmasının idari hizmetin iyi oluşmamasından kaynaklanan bir hizmet kusuru oluşturduğu tespitine yer verildikten sonra, sağlık kurulu raporunda davacının ayağında yanık izleri bulunduğu, ancak ayak bileği ve dizinde bir fonksiyon kaybının bulunmadığı belirtildiğinden ve davacının düzenli bir işinin bulunmaması ve günlük temizlik işinde çalışması sebebiyle kesin ve gerçekleşmiş bir iş kaybı ve maddi

¹⁷⁶ Etem Atay, Hasan Odabaşı, Hasan Tahsin Gökcan, **Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları**, , Ankara, Seçkin, 2003, s.150-151.

¹⁷⁷ Mehmet ÜNLÜÇAY, “İdarenin Tazmin Borcu ve Enflasyon Olgusu”, **Danıştay Dergisi**, Ankara, S. 94, 1998, s.6.

¹⁷⁸ Onar, a.g.e., s.1715.

¹⁷⁹ Gözler, a.g.e., s.1179.

zarardan söz edilemeyeceği gerekçesiyle maddi tazminat isteminin reddine karar verilmiş ve bu karar Danıştay tarafından onanmıştır¹⁸⁰.

b. Zarar “Kesin” Olmalıdır: İdarenin sorumluluğuna hükmedilebilmesi için, mağdurun iddia ettiği zararın “kesin” olması gerekir ki, buna zararın kesinliği şartı denir¹⁸¹.

Buradaki zararın kesinliğinden, bilfiil gerçekleşmiş zararlar (güncel zararlar) ve gelecekte gerçekleşmesi kaçınılmaz olan zararlar anlaşılır¹⁸².

Zararın kesin olması demek, zararın illaki bilfiil gerçekleşmiş olması, “güncel (actuel)” olması demek değildir. Gelecekteki zararlarda kesinlik şartını yerine getirebilir. Örneğin devlet hastanesinin fiili sonucu bir çocuk sakat doğmuş ise, bu sakatlık henüz o çocuğa bir zarar vermese de, söz konusu sakatlık gelecekte büyüyen çocuğun meslekî kapasitesinde bir azalmaya yol açacağı biliniyorsa, bu durumda kesinlik şartı gerçekleşmiş demektir¹⁸³.

Aynı şekilde mahrum kalınan kâr, eğer kesin bir nitelik arz ediyorsa tazmin edilmelidir¹⁸⁴.

Gelecekte oluşacak zararın (le dommage futur) kesin olması halinin tespiti yargıç tarafından olayın nitelikleri dikkate alınarak değerlendirilir¹⁸⁵.

Gelecekte gerçekleşmesi kesin olmayan, sadece bu konuda bir ihtimal bulunan zararlar bu şartı yerine getiremezler ve dolayısıyla idarenin sorumluluğuna yol açmazlar. Bu tür zararlara “muhtemel zararlar” denir¹⁸⁶. Örneğin idarenin bir eylemi sonucu ölen bir çocuğun ana-babası çocuklarının ölmelerinden dolayı uğradıkları mevcut zararı talep edebilirler. Ancak çocuklarının ölmeseydi büyüyünce kendilerine bakacağını, çocuklarının ölmesiyle gelecekteki bu bakımından mahrum kaldıklarını ve dolayısıyla

¹⁸⁰ Dan., 10.D., 22.07.2009 tarihli, ve E.2008, K.2009/7861 sayılı kararı.

¹⁸¹ Ramazan Çağlayan, **Tarihsel, Teorik ve pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**, Asil Yayın Dağıtım Ltd. Şti., 1. baskı, 2007, s.166.

¹⁸² Çağlayan, a.g.e., s.166.

¹⁸³ Gözler, a.g.e., s.1180

¹⁸⁴ Atay, Odabaşı, Gökcan, a.g.e., s.151.

¹⁸⁵ Atay, Odabaşı, Gökcan, a.g.e., s.151.

¹⁸⁶ Gözler, a.g.e., s.1180-1181.

zarara uğradıklarından bahisle idareden tazminat talep edemezler. Zira, çocuklarının büyüyeceği, büyüdükten sonra onlara bakacağı kesin olmayıp, sadece ihtimaldir. Bu cümleden olarak, çocuk ana babasından daha önce eceliyle ölebilir, ölmese dahi büyüyen çocuk ana babası ihtiyaç halinde olsa bile onlara bakmayabilir. İşte böyle bir muhtemel zarar kesinlik şartını yerine getirmez ve idarenin sorumluluğunu doğurmaz¹⁸⁷.

Danıştayımızın, zararın belli ve gerçek olması koşulunu dar yorumlama eğilimi içerisinde olduğu ifade edilmektedir¹⁸⁸.

Danıştay, davacının Tıp Fakültesi Hastanesi'nde yapılan kordi onarımı ameliyatları sırasında gerekli testlerin yapılmaması ve cerrahi tekniklerin eksik uygulanması sonucunda sakat kaldığı iddiasıyla uğradığını iddia ettiği maddi ve manevi tazminatın ödenmesi talebiyle açtığı davada, İdare Mahkemesince, henüz tedavisi devam eden hastanın kesin sakat kaldığına ilişkin belirleme yapılmaksızın idarenin hatalı eyleminden kaynaklanan bir zarardan söz edilemeyeceği, idarenin hatalı işleyişinden kaynaklanan zararın varlığı saptanmadan söz konusu zararın tazmininin hukuken olanaksız olduğu gerekçesiyle davanın reddine verilen kararın temyizi neticesinde;

“İdari eylemlerin neden olduğu bedensel zararların kesin sağlık raporunun alınmasıyla belirlenmesi mümkündür.

“Temyizen incelenen kararda da belirtildiği gibi, davacının tedavisi halen sürmektedir. Kesin zararın belirlenmesi, davacının halen sürmekte olan tedavisinin sonucuna ve geçirdiği operasyonlardan dolayı sakat kalıp kalmayacağına bağlı olup, bu aşamada davacı istemin incelenmeye olanağı bulunmamaktadır.

“Öte yandan, kesin zararın belirlenmesinden sonra davacının tazminat davası açmasına engel bir hal bulunmamakta olup, ...” yönündeki gerekçeye yer verilmek suretiyle, mezkûr İdare Mahkemesi kararının onanmasına karar verilmiştir¹⁸⁹.

187 Gözler, a.g.e., s.1181.

188 Kaplan, a.g.m., s.5.

189 Dan., 10.D., 24.10.1995 tarihli, E.1994/1089, K.1995/4850 sayılı kararı.

c. Zarar Hukuken Korunan Bir Menfaate Yönelik Olmalıdır:

İdarenin fiilinden kaynaklanan her türlü zarar, sorumluluğa neden olmaz. İdarenin tazminat borcunun doğabilmesi için, zarar gören kişinin bir hakkının veya meşru bir menfaatinin ihlal edilmiş olması gerekir. Önceleri Fransız Danıştay nikahsız birlikte yaşayan erkek ve kadın arasındaki ilişkiyi hukuken korunan, meşru bir ilişki olarak kabul etmiyor ve adamın idarenin fiili sonucunda ölmesi durumunda nikahsız kadının destekten yoksun kalma tazminatı isteyemeyeceğine karar veriyordu. Ancak Fransız Danıştay bu içtihadından da 3 Mart 1978 tarihli Müesser kararıyla vazgeçmiş ve nikahsız kadının tazminat istemini, bu nikahsız yaşama yeterince istikrarlı ve uzun ise kabul edileceğine karar vermiştir¹⁹⁰.

Türk Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi de nikahsız yaşayan eşin destekten yoksun kalma tazminatını kabul etmektedir¹⁹¹.

d. Zarar “Parayla Ölçülebilir” Nitelikte Olmalıdır: İdarenin tazmin sorumluluğunun doğabilmesi için, zararın parayla ölçülebilir olması gerekir. İdare hukukunda aynen tazminin söz konusu olmamasıda bu ilkenin kabulünü gerekli kılmaktadır¹⁹².

Özel hukuktan farklı olarak idare hukukunda mahkemenin ortaya çıkan zararın tazmin edilmesi yani giderilmesi olarak, bir “yapma borcu (obligation de faire)” şeklinde ortaya çıkan “aynen tazmin (Réparation en nature)” müeyyidesine hükmedemez¹⁹³. Zira, aynen tazmin (eski hâle iade) şeklindeki bir hüküm, hakim in idareye emir vermesi, idarenin işine karışması anlamına gelir ki, idare hukukunda hakim in idareye emir verme (injoction) yetkisi yoktur¹⁹⁴.

Dolayısıyla idare hukukunda zararlar, ancak para ile tazmin edilmektedir. Söz konusu para, bir defada ödenecek biçimde olabileceği gibi,

190 Çağlayan, a.g.e., s.168-169.

191 Çağlayan, a.g.e., s.168.

192 Çağlayan, a.g.e., s.169.

193 Gözler, a.g.e., s.1189.

194 Gözler, a.g.e., s.1189.

aylık veya yıllık olarak belirli süreli bir irat (gelir) veya ömür boyu irat şeklinde de olabilir¹⁹⁵.

Zarar maddi veya manevi olabilir .Maddi zarar, para ile ölçülebilen bir zarar olup, bir kimsenin malvarlığının uğradığı kayıpları kapsadığı gibi, malvarlığının çoğalmasına engel olan “mahrum kalınan kâr”ı da kapsar . Manevi zararlar ise, haysiyete , vücut bütünlüğüne ve yakınlarına yapılan saldırılar yüzünden duyulan bedeni ve ruhsal acı ve üzüntülerdir¹⁹⁶.

Zararın para ile takdir ve tahmini kabil olması şartı, doktrin ve içtihat sahasında manevi zararların, tazmin borcuna esas olup olamayacağı, böyle bir borç doğurup doğurmayacağı tereddütünü doğurmuştur. İdare hukuku sahasında bir zamanlar bu nevi zararların para ile takdir ve tahmini kabil olamayacağı ve bu itibarla tazmin borcunu meydana getirmeyeceği kabul edilmiştir¹⁹⁷.

Bugün idare hukuku doktrin ve içtihatlarında bu görüş değişmiş bulunmaktadır¹⁹⁸.

3. Zarar Doğurucu Davranışın İdareye Yüklenebilmesi¹⁹⁹

Zarar gören kişi, tazmini gereken bir zararın varlığını ortaya koyduktan sonra bu defa da, söz konusu zarardan idareyi sorumlu tutabilmek için bunun idareye yüklenebilir olduğunu ortaya koymak zorundadır . Yani, zarara yol açan olayın ve bunun nedeninin nereden kaynaklandığını göstermek zorundadır. İlk bakışta, sorumluluk için zarar doğurucu davranışın idareye yüklenebilir olması şartıyla, bir alt başlık altında incelediğimiz nedensellik bağı şartının aynı şeyler olduğu düşünülebilir.

Ancak, Couzinet’in de belirttiği gibi²⁰⁰, nedensellik bağı, zarara yol açan olaylar yada olaylar ile zararlı sonuç arasındaki bağı (zinciri) ifade ettiği

195Çağlayan, a.g.e., s.169.

196Kaplan, a.g.m., s.5.

197Onar, a.g.e., s.1716-1717.

198Onar, a.g.e., s.1717.

199Kaplan, a.g.m., s.5-6.

halde, yüklenebilirlik şartı, zararlı sonuç ile yada zarara yol açan olaylar ile bu olayları yaratan, onların gerçekleşmesine neden olan kişi arasındaki ilişkiyi ifade etmektedir . Bundan hareketle, dar anlamda nedensellik bağı, maddi olay ve olguların saptanmasından ibaret olduğu halde, yüklenebilirlik, maddi olay ve olguların saptanmasıyla birlikte, aynı zamanda, hukuki bir değerlendirmeyi de gerektirmektedir . Yani, her şeyden önce, meydana gelen zararlı sonuca yol açan olaylardan kim sorumlu tutulacaktır sorusunun karşılığını bulmak gerekmektedir.

Gerçekten de, meydana gelen herhangi bir zarardan idarenin sorumlu tutulabilmesi için, zarar doğurucu davranışın idareye yüklenebilmesi, başka bir ifadeyle, zararı doğuran tutum ve davranışın idare adına, yada idare tarafından yapılmış olması gerekir . Diğer bir deyişle, idarenin sorumlu olabilmesi için, her şeyden önce ortada bir “idari davranış” bulunmalıdır. Zarar doğurucu davranışın idareye yüklenebilmesi olanağı yoksa, idare zarardan sorumlu olmaz . Daha açık bir anlatımla, zararın idareye yüklenmesi, idareye bağlanabilmesi için, idarenin zararın faili ve sorumlusu olması gerekir . Nitekim, yargısal içtihatlar da, “tazmin borcunun meydana gelebilmesi için zarar doğuran tutum ve davranışın (fiilin) idare adına ve idare tarafından yapılmış olması gerektiği, zarar doğurucu olayın idareye bağlanması olanağı yoksa, idarenin tazmin borcunun doğmayacağı, başka bir anlatımla zararın idareye bağlanabilmesi için idarenin zararın faili ve sorumlusu olması gerekmektedir .

Bu itibarla, idare dışındaki ve idare ile ilişkisi olmayan kişilerin verdikleri zararlar idareye yüklenemez. Ancak, Fransız Danıştayının içtihatlarına dayanarak Fransız idare hukuku öğretisinde geliştirilen “virtüel kamu hizmeti” kuramına göre; özel teşebbüsün, halkın günlük, kolektif ihtiyaçlarını karşılamak üzere gösterdiği bazı faaliyetler vardır ki, bu faaliyetlerin idare ve kamu emlakı ile olan yoğun ilişkisi nedeniyle, uygulamada kamu hizmetine dönüşebilecekleri kabul edilir ve dolayısıyla bu

²⁰⁰CUZINET, Jean François :“Cas De Force Majeure Et Cas Fortuit”, Revue Du Droit Public Et de la Science Politique en France et a l'étranger, 5 (Sept.Oct.), 1983 (Nakleden: Kaplan, a.g.m., s.5)

kategoriye “virtüel kamu hizmeti” yahut kamu hizmeti olma istidadını bünyesinde taşıyan faaliyetler denir. Bu türden faaliyetler, dar ve teknik anlamda kamu hizmeti sayılmamakla birlikte, bireylerin ortak, sürekli ve aynı zamanda zorunlu ihtiyaçlarını tatmin eden faaliyetler olmak itibariyle, idarenin bunlar üzerinde yoğun ve etkin bir denetimini gerekli kılar ve söz konusu denetimin yokluğu yada yetersizliği, meydana gelebilecek zararlardan idarenin sorumlu tutulmasını gerektirir. Nitekim, Devlet ile kan merkezleri arasındaki “sıkı işbirliğini” dikkate alan Fransız Danıştay, kan merkezlerinin hatası da bulunsa, Devletin, düzenleme ve denetleme görevlerini yerine getirmemesi nedeniyle, zararı tümüyle karşılaması gerektiğine hükmetmektedir .

4. Nedensellik Bağı

Gerçekleşen zararlar sorumluluğun bağlandığı davranış arasındaki sebep-sonuç ilişkisine illiyet bağı denir. İdarenin sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, meydana gelen zararın, idarenin fiilinden kaynaklanmış olması gerekmektedir. Diğer bir anlatımla, “zarar” ile “zarar veren olay” arasında illiyet rabıtası, neden-sonuç ilişkisi bulunmalıdır. Burada nedensellik bağından, meydana gelen zarar ile bu zarara sebep olan olay arasındaki sebep-sonuç ilişkisi kastedilmektedir²⁰¹.

Çoğu kez idari davranış ile zarar arasında böyle bir nedensellik bağı olup olmadığı teknik bir uzmanlık ve bilgi ile saptanabilir. İşte bu gibi hallerde bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle nedensellik bağının olup olmadığı saptanmalıdır²⁰².

İdarece sunulan sağlık hizmeti ile zarar arasında illiyet bağının bulunmaması, zararın o sağlık hizmetinden kaynaklanmadığını, dolayısıyla söz konusu zararın tazmini için idarenin sorumluluğu cihetine gidilemeyeceğini gösterir.

201 Çağlayan, a.g.e., s.176.

202 Günday, a.g.e., s.348.

Zarar idarece sunulan sağlık hizmeti sebebiyle meydana gelmiş olmalıdır. Bununla birlikte, zararın doğumunda tıbbi eylemle birlikte başka etkenlerin de payı bulunması, nedensellik bağıını büsbütün ortadan kaldırmaz. Bu durum, yerine göre ya sorumluluğu hafiflemesine Ya da sorumlulukta idareye ortak bir sujenin belirlenmesine yol açar. Dolayısıyla nedensellik bağıının kesilmiş sayılabilmesi için, zararın tümüyle tıbbi hizmete ve idare tüzel kişiliğine yabancı unsurlardan doğması gerekir.

Sol gözde tali glokom (göz tansiyonu) teşhisi ile müşahade altına alınan hasta, yatırıldığı hastanede yapılan siklodializ ameliyatı sırasında yanlış enjeksiyon yapılması sonucu gözünün alınmasına sebebiyet verildiği ileri sürerek idarenin sorumlu tutulması amacıyla açtığı davada, yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucunda teşhis edilen hastalığa göre yapılan ameliyatın bütün dünyada uygulanan bir ameliyat şekli olduğu, iddia edildiği gibi yanlış bir enjeksiyonun yapılmadığı veya yanlış yapılsa olsa dahi bunun göze hiçbir tesiri bulunmadığı, ayrıca glukomun dünyada en çok körlük yapan üç hastalıktan biri olduğu belirtildiğinden Danıştay, uygulanan ameliyat ve yapılan enjeksiyon ile gözün alınması arasında bir bağlantı kurmaya olanak bulunmadığını belirterek, olayda, idarenin hizmet kusurunun olmadığına karar vermiştir²⁰³.

Keza, davacılar murisinin ölüm olayında davalı idarenin hizmet kusuru bulunduğu ileri sürülerek meydana gelen maddi ve manevi zararı tazmini talebiyle açılan davada İdare Mahkemesi'nce: kural olarak idarenin yürüttüğü hizmetin doğrudan sonucu olan nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlü olduğu, olayda davacıları desteği olan ...'in boğazında hissettiği ağrılar ve yutkunma zorluğu nedeniyle davalı idare bünyesindeki ... Hastanesine gittiği, belirli aralıklarla muayene ve tetkiklerin ve tedavinin yapıldığı, 16.2.1994 tarihinde ise öldüğü, ölümle sonuçlanan hastalığın tanı ve tedavisinde gerekli özenin gösterilip gösterilmediği yanılğı yada eksik inceleme, tedavide çelişkiler ve zaman yönünden gecikmeler bulunup bulunmadığı konularında Yüksek Sağlık Şurasına yaptırılan

203Dan., 12.D., 26.1.1967 tarihli, E.1965/3277, K.1967/77 sayılı kararı; Esin, a.g.e., s.248-249.

inceleme sonucunda düzenlenen raporda; bir hastaya gösterilmesi gereken ortalama özenin gösterildiği, ayrıca hastaya erken teşhis konulsa da sonucun değişmeyeceğinin belirlendiği, olayda herhangi bir ihmâl ve kusurun söz konusu olmadığı sonucuna ulaşıldığı bu durumda davalı idarenin hizmet kusurundan söz etme olanağı bulunmadığı gerekçesiyle verilen davanın reddi yolundaki kararı Danıştayca onanmıştır²⁰⁴.

Yine, davacılar murisinin hasta olan eşini götürdüğü Hastanece eşinin başka bir ildeki hastaneye sevkine karar verilmesi üzerine, kendi özel aracı ile giderken trafik kazasında hayatını kaybetmesinde, davalı idarenin sevk sırasında ambulans tahsis etmemesi nedeniyle hizmet kusuru bulunduğu ve ayrıca kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince de tazmin sorumluluğu bulunduğu ileri sürülerek açılan bir tazminat davasında, İdare Mahkemesince, davacıların tazminat istemine konu olan ölüm olayının, davalı idare tarafından sağlanan sağlık hizmetinden değil, karayolunda otomobille seyir halinde iken meydana gelen trafik kazası sonucu ortaya çıktığı, ölüm olayının doğrudan sağlık hizmetiyle ilgili olmadığı ve ölümle sağlık hizmeti arasında uygun illiye bağının bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar Danıştayca onanmıştır²⁰⁵.

B. Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Sorumluluğunu Ortadan Kaldıran veya Azaltan Sebepler

Bazı hallerde, idari davranış ile zarar arasına giren ve idarenin davranışı dışındaki olaylar nedeniyle, illiyet bağı ilişkisi zayıflar ya da tamamen ortadan kalkar. Bu durum, idarenin sorumluluğunun azalmasına ya da ortadan kalkmasına neden olur. İdarenin sorumluluğunun azalmasına ya da ortadan kalkmasına sebebiyet veren halleri, mücbir sebep, beklenmeyen hâl, zarar görenin davranışı ve üçüncü kişinin davranışı şeklinde sıralayabiliriz.

204 Dan., 10.D., 26.05.1999 tarihli, E.1998/4814, K.1999/2945 sayılı kararı.

205 Dan., 10.D., 31.03.2009 tarihli, E.2008/9917, K.2009/2519 sayılı kararı.

Keza Danıştayca verilen bir kararda; “zarar gören kişinin eylemi, üçüncü kişilerin eylemi ve mücbir sebeplerin idarenin tazmin sorumluluğunu kaldıran haller olduğu” belirtilmiştir²⁰⁶.

1. Mücbir Sebep

Mücbir sebep (zorlayıcı neden), idarenin iradesi dışında meydana gelen, önceden öngörülmesi mümkün olmayan ve karşı konulamayacak ağılıktaki olaylardır. Bir olayın mücbir sebep olarak nitelendirilmesi için, “dışlık”, öngörülmezlik” ve “karşı konulmazlık” koşullarını yerine getirmesi gerekir²⁰⁷.

Zorlayıcı nedenlerin bulunması halinde, idari bir davranış ile zarar arasında nedensellik bağı kurulamayacağından, idarenin ne kusurlu ne de kusursuz sorumluluğu cihetine gidilebilir²⁰⁸. Örneğin, kamuya ait sağlık kurum veya kuruluşuna düşen yıldırım sebebiyle burada bulunan bir hastanın ölmesi.

İdare aslında öngörebileceği; elindeki geniş bilgi, belge ve olanaklarla öngörmesi gereken bir olayı öngörmemişse, esasen kusurlu sayılmalıdır. Ancak şu noktanın gözden uzak tutulmaması gerekir: öngörme veya öngörebilme eğer idare için zararı önleme ya da hiç değilse zarardan tamamen veya kısmen kaçınabilme olanağını yaratıyorsa bir kusurun varlığına yol açar²⁰⁹.

Dolayısıyla, mücbir sebep nispi bir kavramdır. Bir olay meydana geldiği yerin, koşulların ve zamanın özelliklerine göre mücbir sebep niteliğini alabilir veya almayabilir²¹⁰. Örneğin, çığ düşmesine müsait bir yerde inşa edilen sağlık ocağı'nın üzerine çığ düşmesi sonucunda bir hastanın ölmesi.

²⁰⁶ Dan., 28.05.1998 tarihli, E.1996/9113, K.1998/2308 tarihli kararı; Yakup Bal, Yahya Şahin, Mustafa Karabulut, a.g.e., s.924.

²⁰⁷ Gözler, a.g.e., s.1222.

²⁰⁸ Günday, a.g.e., s.348.

²⁰⁹ Yıldızhan Yayla, “İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu (Ankara 12-13 Mayıs 1979), İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s.54.

²¹⁰ Küçük, a.g.t., s.83.

Burada, ı düşmesi her zaman rastlanılan bir Şey olduğundan, bu durumu mücbir sebep olarak kabul etmek mümkün değildir ve dolayısıyla, ı düşmesi öngörülebilecek bir yerde sağlık kuruluşunun inşa eden idare kusurludur.

Gelişen teknoloji ve idarenin yükselen standardı, mücbir sebep uygulamasını giderek azalmasına yol açmaktadır. ngrlmezlik ve önlenemezlik unsurları daralmıřtır²¹¹.

2. Beklenmeyen Hal

Beklenmeyen hal, önceden öngörülmesi ve önlenmesi mümkün olmayan, idarenin faaliyetleri içinde bulunan olaylardır²¹². Bu kavramla, “zarara sebep olan tesadüfi olaylar” anlatılmak istenir. Beklenmeyen durumu açıklayan en iyi örnek, kişinin kusuru olmadan meydana gelen teknik arızalardır²¹³. Örneğin, ambulansın lastiğinin bilinmeyen bir sebepten patlaması sonucu meydana gelen kazada hastanın ölmesi sebebiyle idare sorumlu değildir. Ancak söz konusu olayın gerçekleşebileceği tahmin edilebiliyorsa, örneğin ambulansın lastiği eskimiş ve patlayabileceği ngrlebiliyor ise burada beklenmeyen halden bahsetmemiz mümkün değildir.

3. Zarar Görenin (Sağlık Hizmetinden Faydalananın) Davranışı

Fransız literatüründe bu konu anlatılırken, genellikle “mağdurun kusuru” deyimini ile ifade edilmektedir. Türk idare hukuku literatüründe de benzer Şekilde “zarara uğrayanın kusuru”, “zarar görenin kusuru” ifadeleri

211Yayla, a.g.e., s.58.

212Gzler, a.g.e., s.1228.

213Kk, a.g.t., s.83.

kullanılmaktadır. Oysa GÖZLER'in de belirttiği gibi²¹⁴ idarenin sorumluluğuna etki edebilmesi için, zarar görenin davranışının mutlaka kusurlu olması gerekmemektedir. Zarar görenin hiçbir kusuru bulunmasa bile, zararın gerçekleşmesine katkıda bulunmuş ise, idarenin sorumluluğunun kalkmasına ya da azalmasına yol açar. Bu nedenle “zarar görenin davranışı” veya “zarar görenin fiili” demek daha isabetli olur²¹⁵.

Meydana gelen bir zararın, zarar görenin kendi davranışından kaynaklanmasına “zarar görenin davranışı-fiili” denir. Bu şekilde zararın meydana gelmesine zarar görenin fiili sebep olmuşsa, başka bir deyişle, zararın doğrudan sebebi, zarar görenin kendi davranışı ise, idare bakımından illiyet bağı kesilmiş demektir ve sorumluluk da söz konusu olmaz²¹⁶.

Örneğin, davacının askerlik hizmetini yapan oğlunun fıtığının çıkması sebebiyle acilen ambulansla askeri hastaneye nakledilmesi üzerine hastanede gerekli müdahalenin yapıldığı, teşhis konduğu ve geceyi kontrol altında geçirdiği, kendisine su içmemesi bildirilmesine ve yapılan ikaz ve uyarılara rağmen gizli surette 3 sürahiye yakın su içmesi ve kendi kusurlu hareketi yüzünden kurtarılamayarak vefat etmesi nedeniyle idareye atfı mümkün ve idarenin tazminat ödemesini gerekli kılan bir hizmet kusuru ve diğer hukuki bir neden bulunmadığı anlaşıldığından, Danıştayca maddi ve manevi tazminat davasının reddine karar verilmiştir²¹⁷.

Bazı durumlarda zararın ortaya çıkmasına yahut artmasına, idarenin davranışı yanında mağdurun davranışı da katkıda bulunabilmektedir. Bu gibi hallerde idarenin sorumluluğu hafifler, idare kusuru oranında sorumlu tutulur²¹⁸.

Sonuç olarak zarar görenin davranışı (fiili) zarar ile idarenin fiili arasındaki illiyet bağı tamamen kesiyorsa, idarenin sorumluluğu açısından bir tereddüt yoktur. Bu hal hem kusura dayanan hem de kusursuz sorumluluğu ortadan kaldırır. Buna mukabil zarar görenin davranışı illiyet

²¹⁴ Gözler, a.g.e., s.1231, dp.1404.

²¹⁵ Çağlayan, a.g.e., s.196.

²¹⁶ Çağlayan, a.g.e., s.196.

²¹⁷ Dan., 12.D., 22.12.1969 tarihli, E.1968/626, K.1969/2312 sayılı kararı; Esin, a.g.e., s.524-525

²¹⁸ Çağlayan, a.g.e., s.197.

bağını tamamen kesmediği durumlarda, başka bir ifade ile zarara, idarenin davranışı yanında, zarar görenin fiili de katkıda bulunmuş ise, kusursuz sorumlulukta olduğu gibi kusurlu sorumlulukta da ödenecek tazminat miktarında, zarar görenin kusuru oranında indirim yapılır²¹⁹.

4. Üçüncü Kişinin Davranışı

İdarenin sorumluluğunu etkileyen hallerden birisi de üçüncü kişinin davranışdır. Bu durumu, Fransız öğretisinde olduğu gibi²²⁰, Türk öğretisinde²²¹ de “üçüncü kişinin kusuru” şeklinde ifade edenler bulunmaktadır.

Çağlayan tarafından, üçüncü kişinin hiçbir kusuru olmasa da, bazı şartlar dahilinde, yine de idarenin sorumluluğuna gidilebildiğinden, “üçüncü kişinin kusuru” şeklindeki ifade yerine “üçüncü kişinin davranışı-fiili” demenin daha doğru bir ifade tarzı olacağı, nitekim Fransız öğretisinde ve Türk öğretisinde bu ifade tarzının genel olarak kullanılmakta olduğu belirtilmektedir²²².

Kanaatimizce, zarar üçüncü kişinin fiilinden kaymaklanması ve bu sebeple idare ile zarar arasında illiyet bağının kesilmiş olması idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmak için yeterli olup, ayrıca üçüncü kişinin fiilinin kusurlu olması şartı aranmamaktadır. Hal böyle iken, bu durum için “üçüncü kişinin kusuru” yerine “üçüncü kişinin davranışı-fiili” ifadesinin kullanılması da daha yerinde ve isabetli olacaktır.

Şayet ortaya çıkan zarar tamamen üçüncü kişinin davranışından kaynaklanmışsa, bu zarardan idareyi sorumlu tutmak mümkün olmayacaktır. Zira bu durumda ortaya çıkan zarar ile idare arasında bir nedensellik bağı bulunmamaktadır. Dolayısıyla söz konusu zarardan dolayı idarenin sorumluluğuna gidilmesi mümkün olmayacaktır.

219Çağlayan, a.g.e., s.205.

220Lebreton/Dupuis/Guedon/Chretien, (Nakleden: Çağlayan, a.g.e., s.205).

221Onar, a.g.e., s.1723; Günday, a.g.e., s.349.

222Çağlayan, a.g.e., s.206.

Burada söz konusu edilen üçüncü kişi kavramı, idare ile hiçbir hukukî ilişkisi olmayan, idare ile arasında sözleşmeye dayanan yahut statüsel (atama gibi) bir bağlantısı bulunmayan kişileri ifade etmektedir. Zararın gerçekleşmesine sebep olan kişi ile idare arasında belli bir hukukî bağ bulunuyorsa, idarenin sorumluluğu devam ediyor demektir²²³.

Üçüncü kişinin fiili idarenin sorumluluğunu iki şekilde etkileyebilir. Zararın tamamen üçüncü kişinin davranışından kaynaklanması yada zararın ortaya çıkmasında idarenin yanında üçüncü kişinin fiilinin de katkısının bulunmasıdır.

İlk durumda meydana gelen zarar tamamıyla üçüncü kişinin davranışından kaynaklanmışsa, idarenin sorumluluğu tamamıyla ortadan kalkar. Bir başka ifadeyle, üçüncü kişinin fiili, illiyet bağına kesecek yoğunlukta ise, idare sorumluluktan kurtulur²²⁴. Örneğin, eczacı tarafından hekimin reçeteye yazdığı ilaçtan farklı bir ilacın verilmesi.²²⁵

İkinci durumda ise, üçüncü kişinin fiili zararın artmasına yol açmışsa idarenin sorumluluğu üçüncü kişinin kusuru oranında azalır²²⁶.

Bu gibi durumlarda, yani zararın hem idarenin hem de üçüncü kişinin fiilinden kaynaklandığı durumlarda sorumluluğun, idare ile üçüncü kişi arasında paylaştırılması gerekir ve bu durumda paylaştırmanın nasıl yapılacağı sorunu akla gelir.

Özel hukukta, bir zararın, birden fazla kişinin eyleminden kaynaklanması durumunda müteselsil sorumluluk ilkesi geçerli olur. Müteselsil sorumlulukta, borçluların her biri borcun tamamından sorumludur. Bu durum alacaklının yararına. Zira, borcun ifa edilmemesi halinde, alacaklı, her bir borçlu ile, borçtan düşecek hissesi için uğraşacak yerde, her bir borçluyu borcun tamamından sorumlu tutabilme olanağını elde etmektedir²²⁷.

223 Çağlayan, a.g.e., s.206.

224 Çağlayan, a.g.e., s.207.

225 Küçük, a.g.t., s.82.

226 Günday, a.g.e., s.349.

227Ahmet M. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 5.bası, Ankara. 2005, s.545.

Alacaklı, borcun tamamını, borçlulardan birisinden talep edebilir ve bu durumda borçlulardan hiç biri, diğer borçluların varlığını ileri sürerek borcun ifasından kurtulamayacağı gibi, kendisinin borcun yalnız bir kısmından sorumlu olduğunu da ileri süremez²²⁸. Alacaklıya ifada bulunan müteselsil bir borçlu, diğer borçlulara rücu hakkına sahiptir²²⁹.

Kural olarak idare hukukunda müteselsil sorumluluk kabul edilmemektedir²³⁰. İdare ve üçüncü kişi sadece sebep oldukları zarar miktarınca sorumludurlar. Buna göre zarar gören kişi, zararın tamamının karşılanması için idareye karşı dava açamayacaktır ve idarenin sorumlu olmayacağı diğer kısım zarar için, zarara sebebiyet veren üçüncü kişiye karşı dava açması gerekecektir²³¹.

İdare hukukunda, idare ile üçüncü kişinin müteselsil sorumluluğu kabul edilmeyince, zarar gören kişi sorumlulukları oranında idareye karşı idari yargıda, üçüncü kişiye karşı adli yargıda dava açmak zorunda kalacaktır²³².

Bu şekilde iki ayrı kişiye iki ayrı yargı düzeninde dava açılması eleştiriye açık bir durum meydana getirmektedir. Böyle bir davada, idari yargı idareyi belli bir oranda (örneğin yarı yarıya) kusurlu görüp, bu oranda tazminata hükmetmesi sonucunda zarar gören zararın diğer yarısı için adli yargıda dava açması durumunda, adli mahkeme üçüncü kişiyi kusursuz görebilir veya daha az kusurlu bulabilir. Bu durumda zarar gören, belli bir kısım zararını tazmin ettirememesi riski ile karşı karşıya gelir²³³.

Özel hukukta müteselsil sorumluluk kabul edildiğinden, zarar gören, zararın tamamının tazmini için üçüncü kişi aleyhine adli yargıda dava açabilir, Bu şekilde üçüncü kişi zararın tamamını ödedikten sonra, idareye kusuru oranında rücu edebilir. Ancak idare aleyhine adli yargıda dava açamayacağı için, öncelikle idareye başvurarak idarenin payına düşen tazminat miktarının

²²⁸ Safa Reisoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 12. bası, İstanbul, 1998, s.350-351.

²²⁹ Kılıçoğlu, a.g.e., s.552

²³⁰ Çağlayan, a.g.e., s.210.

²³¹ Çağlayan, a.g.e., s.210.

²³² Gözler, a.g.e., 1240.

²³³ Gözler, a.g.e., s.1241; Çağlayan, a.g.e., s.210-211.

kendisine ödenmesini talep etmeli, idare bu talebi açık veya örtülü (zımni) olarak reddetmesi durumunda idari yargıda tam yargı davası açmalıdır²³⁴.

Fransız Danıştayı üçüncü kişi ile idarenin sorumluluğu birlikte olduğu takdirde iki şekilde karar vermektedir: bazı hallerde ferde rücu hakkı saklı kalmak kaydıyla zararın tamamından idarenin sorumluluğunu kabul etmekte ve bu suretle idare ile üçüncü kişi arasında bir teselsül görmektedir. Bazı hallerde ise idarenin sorumluluk derecesi tayin edilerek bu kısım ile idareyi mesul tutmaktadır²³⁵.

²³⁴ Gözler, a.g.e., s.1241.

²³⁵ Onar, a.g.e., s.1723.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SAĞLIK HİZMETLERİNDEN KAYNAKLANAN TAM YARGI (TAZMİNAT) DAVALARI

Sağlık hizmetlerinden kaynaklanan tam yargı davalarını, sunulan sağlık hizmeti sebebiyle zarara uğrayanlar tarafından bu hizmeti sunan idare aleyhine açılan tazminat davaları şeklinde tanımlayabiliriz.

Tam yargı davası, sadece ilgilinin zararının aritmetiğini konu edinen bir “hesaplama ameliyesi” değil; idarenin “hukuk kuralları” içinde kalmasını sağlayan etkin bir denetim ve yaptırım mekanizmasıdır²³⁶.

I. TAZMİN BORCUNUN KAPSAMI

Maddi varlıkta, bir başka deyişle malvarlığında beliren azalmanın ya da çoğalma olanağından yoksunluğun hukukî adı “maddi zarar” olup, bunun giderilmesi aracı da maddi tazminattır²³⁷.

Bilindiği gibi; genel anlamıyla hukukî sorumluluk, iki mal varlığı arasında bozulan ekonomik dengenin yeniden kurulmasını amaçlayan ve bunun yaptırımını içine alan bir hukukî kurumdur²³⁸. İdarenin hukukî sorumluluğu da, idari faaliyetler sonucu, idare ile yönetilenler arasında idare yararına bozulan ekonomik dengenin tesisini amaç edinen bir kurum olarak karşımıza çıkmakta olup, bu kurum, idari faaliyetler nedeniyle yönetilenlerin maddi ve manevi varlıklarında ortaya çıkan kayıp ve eksilmelerin veya

²³⁶ Sait Güran, “Tür İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu (Ankara 12-13 Mayıs 1979), İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s.152.

²³⁷ Esin, a.g.e., s.441.

²³⁸ Yenice, Esin, a.g.e., s.77.

çoğalma olanağından yoksunluğun giderilebilmesi, karşılanabilmesi için aranılan koşulları, uygulanması gereken kural ve ilkeleri içine alır²³⁹.

Tazmin davaları idari faaliyetlerden zarar gören kişilerce açılır ve haklılığı halinde idarenin paraca bir ödemede bulunmaya hüküm giymesiyle sonuçlanır²⁴⁰.

Esas itibariyle tazmin, herhangi bir işlem ve eylemden meydana gelen zararlı bir sonucun bu eyleme maruz kalarak zarara uğrayan ve bu suretle fiilen malvarlığında bir azalma meydana gelen kimse yerine bu zararlı neticenin hukuken failinin malvarlığına yükletilmesi demektir²⁴¹.

Tazmin borcu, ilgililerin hukukça korunan maddi ve manevi değerlerinde zarar verici olaydan sonra ortaya çıkan durumla önceki durum arasındaki görülen farka karşılık gelir²⁴².

Uğranılan zararın karşılanması, verilen zararın niteliğine göre, bazen eski durumun geri getirilmesi, bir şeyin aynen ifası ya da bir miktar paranın ödenmesi şeklinde olur. Ancak, idare hukuku alanında verilen zarar, genel olarak para ile karşılanır. Danıştayımız, Fransız Danıştayı gibi, paranın dışında, diğer tazmin yollarına, kural olarak gitmemektedir²⁴³.

Hukukî sorumluluğun müeyyidesi olan tazminat davasının gayesi, idarî faaliyetler yüzünden bozulmuş olan malî dengenin düzeltilmesidir ve bunun için tazminat davasında zarara uğrayana hükmolunacak tazminat miktarı mutlak surette failin kusuru ile orantılı değildir²⁴⁴.

Tazmin borcunun konusu mağdurun malvarlığındaki eksilmenin tamamen ödenmesi, malvarlığının eski hale iadesi olmasından çıkan önemli bir sonuç bazı hallerde tazmin borcunun sabit ve nihaî bir miktarı ifade edememesidir: bazı hallerde zararın miktarının derhal ve tamamen tesbiti mümkün olmaz, özellikle sağlığa, çalışma kabiliyetine tesir eden zararlarda zararın ne miktara varacağı kesin suretle belli olmayabilir. Bu gibi hallerde

²³⁹ Yenice, Esin, a.g.e., s.77.

²⁴⁰ Yenice, Esin, a.g.e., s.74.

²⁴¹ Onar, a.g.e., s.1714.

²⁴² Zuhal, Bereket Baş, Selami, Demirkol, **Teori ve Pratikte İdari Yargıda Dava Açma ve Davaların Takip Usulü**, Üçüncü baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2004, s.254.

²⁴³ A. Şeref Gözübüyük, **Yönetmelik Yargı**, Güncelleştirilmiş 15. bası, Ankara, 2002, s.327.

²⁴⁴ Yüzyıl Boyunca Danıştay (1868-1968), s.482.

tazmin borcunun konusu kesin ve sabit olmaz, yeni hal ve durumlara göre değişecek bir mahiyet arzeder²⁴⁵.

Tazmin borcunun kapsamına maddi ve manevi zararlar girmektedir.

A. Maddi Tazminat

1. Maddi tazminatın kapsamı ve Niteliği

Maddi tazminat, sağlık hizmetinin gereği gibi sunulmamasından dolayı ilgililerin malvarlığında meydana gelen eksilmeyi gidermeye yöneliktir.

Sağlık hizmetlerinde maddi zarar, yükümlölüklerle uygun bir tedavi yapılsaydı hastanın kavuşacağı sağlık durumu ile, yürütölen tedavinin gerçek sonucu arasındaki farkta ve şüphesiz bu farkın zarar gören kişinin malvarlığına yansması şeklinde kendini gösterir²⁴⁶.

Zarar iki şekilde gerçekteşebilir: sağlık hizmeti sebebiyle malvarlığının aktifinde gerçekteşen eksilme veya pasifinde gerçekteşen çoğalma dolayısıyla meydana gelen zarar ve elde edilmesi kesin olan kârdan mahrumiyet, yani yoksun kalınan kâr²⁴⁷.

İdare hukukunda maddi tazmin borcunun hangi zarar unsurlarını kapsayacağı ve bunun para olarak karşılığının nasıl hesaplanacağı konusunda kanunlarımızda bir hüküm yoktur. Uygulamada Borçlar Kanunun ilgili hükümlerinden yararlanıldığı görölmektedir²⁴⁸.

²⁴⁵ Onar, a.g.e., s.1753.

²⁴⁶ Cemal Öztürkler, **Hukuk Uygulamasında Tıbbi sorumluluk Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları**, Ankara, Seçkin, 2006, s.104.

²⁴⁷ Onar, a.g.e., s.1754.

²⁴⁸ Esin, a.g.e., s.441.

2. Maddi Tazminat Türleri

Sağlık hizmetleri açısından maddi zarar, ilgilinin hizmet neticesinde vefat etmesi ya da ben gücünü yitirmesi sonucu meydana gelen zarar türüdür. Uygulamada bu tür zararlara “ölüm dolayısıyla destekten yoksun kalma tazminatı” ve cismani zarar tazminatı” denilmektedir²⁴⁹.

a. Ölüm Sebebiyle Maddi Tazminat

Ölüm sebebiyle oluşan maddi zararlar; ölümden önceki tedavi giderleri, cenaze ve defin giderleri ile ölenin yardımından yoksunluk olmak üzere üç başlık altında değerlendirilmektedir.

(1) Ölümden Önceki Tedavi Giderleri

Ölüm hemen meydana gelmemişse tedavi amacıyla bazı giderlerin yapılması gerekmektedir. Gerçekten durum ne denli olumsuz olursa olsun bir insanın tedavisiz bırakılması düşünülemez. Bu gider kişinin kendisi tarafından yapılacağından, onun mal varlığında bir eksilmeye yol açacaktır²⁵⁰. Bu durumda ödenecek tazminat, her şeyden önce ölümün gerçekleştiği ana kadar yapılan tedavi giderleri ile ölünceye kadar çalışmamaktan doğan gelir kayıplarını kapsar. İyileştirme için yapılan doktor, hastane, ilaç, bakım gibi bütün giderler “cismani zarara” uğrayan ya da mirasçıları tarafından yapılmış ise, mirasçılar idareye karşı ödetme istemini ileri sürebilirler²⁵¹.

Danıştay, sağlık hizmetleri sunumu nedeniyle meydana gelen haksız ölümden önce ölenin yaptığı tedavi giderlerinin bir sosyal güvenlik kurumu

²⁴⁹ Öztürkler, a.g.e., s.103.

²⁵⁰ Esin, a.g.e., s.442.

²⁵¹ Mustafa Reşit Karahasan, *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku (İki Cilt Birarada)*, I. baskı, Ankara, Sevinç Matbaası, 1981, s.861.

tarafından karşılanmış olması halinde mirasçılar tarafından talep edilebilecek bir zararın bulunmadığına karar vermiştir²⁵². Kamu sosyal güvenlik kurumları için böyle olsa da özel hukuk tüzel kişisi olarak faaliyette bulunan sigorta şirketleri tarafından karşılanan tedavi giderlerinde ise zararın oluştuğu ve meydana gelen zararın halef olarak gideri karşılayan şirket tarafından idareden talep edilebileceğinin kabulü gerekir²⁵³.

Danıştay, 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun uyarınca ödenen tazminatları, tazminat miktarından indirmekte, ancak Emekli sandığı'nca yapılan ödemeleri ve yardım kampanyaları ile yapılan ödemeleri tazminattan düşmemektedir²⁵⁴.

Nitekim, 2330 sayılı Kanun'un 6 ncı maddesinde, bu Kanun gereğince ödenecek maddi tazminat ve emekli aylığının uğranılan zararların karşılığı olduğu, yargı yerlerinin tazminata hükmederken bu ödemeleri dikkate alacağı hüküm altına alınmıştır.

Danıştay, Emekli sandığı Kanunu uyarınca ödenen ikramiyeler, bağlanan malûl, dul, yetim aylıklarının idarenin ödeyeceği tazminat miktarından indirilmesini kabul etmemektedir. Çünkü Danıştaya göre, zarar görene veya zarar görenin yakınlarına Emekli Sandığı'nca bağlanan aylıklar ve ödenen ikramiyeler, idarenin tazmin sorumluluğunu doğuran eylemin sonucu değil, zarar görenin çalışması nedeniyle ve çalıştığı süreyle sınırlı olarak tanınan sosyal güvenlik hakkının doğal bir sonucudur. Dolayısıyla Emekli Sandığı'nca bağlanan aylıklar ve ödenen ikramiyelerin tazminat miktarından indirilmesi düşünülemez²⁵⁵.

Danıştay, yardım kampanyaları yoluyla toplanan paralarında tazminat miktarından indirilemeyeceğine karar vermektedir²⁵⁶.

²⁵² Dan., 10.D., 14.11.1996 tarihli, E:1995/3626, K:1996/7545 sayılı kararı; Bal, Şahin, Karabulut, a.g.e., s. 765.

²⁵³ Kızılyel, a.g.t., s.86.

²⁵⁴ Çağlayan, a.g.e., s.230.

²⁵⁵ Dan., 10.D., 23.06.1997 tarihli, E:1997/3996, K:1997/2544 sayılı kararı; Gözler, a.g.e., C.II, s.1272.

²⁵⁶ Dan., 10.D., 28.05.1998 tarihli, E:1996/10146, K:1998/2344 sayılı kararı; Gözler, a.g.e., C.II, s.1274

(2) Cenaze Ve Defin Giderleri

Cenaze masrafları, cesedin teçhiz ve tekfinine ve gömülmesine müteallik bütün masrafları ihtiva eder ve bu bağlamda tahlisiye, nakliye, araç masrafları, ölümün ilanı, adet üzerine verilen yemek ve merasim masrafları gibi masraflar cenaze masrafları olarak addolunur²⁵⁷.

Ayrıca yerel törelere göre yapılması gereken bazı giderler de (örneğin yoksullara verilen sadaka, ölüm ilanı için gazeteler ödenen ücret vb. gibi) bu kapsamda sayılmaktadır²⁵⁸.

Cenaze ve defin giderleri terekeden karşılanması gerekmektedir. Bu nedenle anılan giderleri maddi tazminat olarak isteme hakkının mirasçılara ait olduğu kabul edilir²⁵⁹.

Üzerinde durulması gereken bir diğer husus cenaze ve defin giderinin ölenin sosyo-ekonomik statüsüne göre farklılık oluşturabileceğidir. Örneğin, tanınan bir siyasetçinin kusurlu tıbbi uygulama sebebiyle ölmesi halinde idarenin yapılacak kısmen gösterişli cenaze töreninin giderlerini karşılamak zorunda olacaktır. Ancak her durumda ölenin olağanı aşan cenaze ve defin giderlerinin açılacak tazminat davasında belgelerle kanıtlanması gerekmektedir²⁶⁰.

Nitekim, İdare Mahkemesi'nce davacının zarar hesabı yönünden yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu hazırlanan raporda belirtilen zarar miktarına, fatura ile belgelenen mezar yeri kullanım ücretinin eklenmesi suretiyle tespit edilen maddi tazminatın ödenmesine hükmedilmiş olup, Danıştay mezkûr kararın onanmasına karar vermiştir²⁶¹.

²⁵⁷ Lütfü, Dalamanlı, Ömer, İzgi, (Açıklamalı, İctihatlı ve Örnekli) Tazminat Davaları, Ankara, Yargıcı Ofset Matbaacılık, 1999, s.28.

²⁵⁸ Karaege, a.g.t., s.83.

²⁵⁹ Esin, a.g.e., s.442.

²⁶⁰ Kızılyel, a.g.t., s.86.

²⁶¹ Dan., 10.D., 31.03.2009 tarihli, E.2008, K.2009 sayılı kararı.

(3) Ölenin Yardımından Yoksunluk Zararı (Destekten Yoksun Kalma Tazminatı)

Genel olarak bir kimsenin malvarlığında husule gelen azalmadan ibarettir. Bir kimsenin ölümünden sonra yardımından mahrum kalmak da bir zarardır²⁶².

Ölen kişi hayatta iken bazı kimselerin yardımcısı, maddi deteği durumunda idiyse, ölüm nedeniyle bu kimseler ayrıca bir zarara uğramış olurlar. Onun gibi, ölenin ileride maddi yönden yardım edeceği, bakıp gözeteceği kimseler de ölüm yüzünden aynı şekilde zarar görmüş sayılır²⁶³.

Borçlar Kanunu'nun 45. maddesinin 2. fıkrasında, “ölüm neticesi olarak diğer kimseler müteveffanın yardımından mahrum kaldıkları takdirde onların bu zararını tanzim etmenin lazım gelir” hükmü yer almaktadır.

Kanunda “yardımdan mahrum kalanların zararı” ifadesi kullanılmasına rağmen, gerek öğretide, gerekse yargı kararlarında bunun yerine daha isabetli olarak “destekten yosun kalanların zararı”, bunun giderilmesi için hükmedilen tazminata da karşılık da “destekten yosun kalma tazminatı” ifadesi kullanılmaktadır²⁶⁴.

Ölenin desteğinden yoksun kalanlar, ya ölüm anına kadar ölenden fiilen destek alan kişilerdir; ya da ölenden ileride destek alması varsayılan (muhtemel) kişilerdir. Birinci halde fiili destekten, ikinci halde farazi destekten söz edilmektedir. Örneğin; babası ölen çocuk, kocası ölen kadın, ölüm nedeniyle onun desteğinden yoksun kalmıştır. Buna karşılık, çocuğu ölen baba, ileride ondan destek alması muhtemel kişidir. Birinci halde fiili destek, ikinci halde ise farazi destek söz konusudur²⁶⁵.

Danıştay, “Davacıların 6,5 yaşında ölen çocuğunun ölüm olayı meydana gelmeseydi; 18 yaşına kadar anne- babasının bakım ve gözetiminde olacağı; 18 yaşından sonra ise, yaşamın ve olayların normal akışı içinde gelir getirici bir işte çalışabileceği kuvvetle muhtemel olup, bu

262 Dalamanlı, İzgi, a.g.e., s.28.

263 Esin, a.g.e., s.442-443.

264 Kılıçoğlu, a.g.e., s.304.

265 Kılıçoğlu, a.g.e., s.304.

yaştan itibaren yaşadığı yerin gelenekleri, yaşam biçim ve koşulları çalışma ve eğitim öğretim durumları da göz önünde tutularak anne ve babasına sağlayacağı muhtemel destek kaybından dolayı uğranıldığı ileri sürülen zararın hesaplanması gerekmektedir.” diyerek İdare Mahkemesi'nin maddi tazminat isteminin reddine ilişkin kısmının bozulmasına karar vermiştir²⁶⁶.

Destekten yoksunluğun söz konusu olabilmesi için, ölenin yaptığı ya da ileride yapacağı yardımların kanunî bir ödev niteliğinde olması şart değildir. Dolayısıyla, yardımcı veya destek kavramını hısımlık, mirasçılık, nafa yükümlülüğü gibi kanunî ilişkilere bağlı tutmak, bu ilişkilerle sınırlamak olanağı yoktur²⁶⁷.

Ancak kanunî bir zorunluluk bulunmasa dahi belli bir ölçüde de olsa sürekli ve düzenli yardımların ölümden sonra devam edileceğinin kabulü ile zarardan bahsedilebilir²⁶⁸.

Yardımanın sürekli ve düzenli sayılması için yardımın belirli aralıklarla yapılması şart olmamakla birlikte süreklilik arz etmesi gerekmektedir. Süreklilik göstermeyen hediye verme gibi yardımlar destek olarak kabul edilemez. Keyfi ve ne zaman yapılacağı belli olmayan bir yardımda destek olma unsuru bulunmamaktadır. Destekte bulunma olarak kabul edilen yardımların yardım yapılan kimsenin geçimini sağlayıcı veya geçimine katkıda bulunucu nitelikte olması gerekmektedir²⁶⁹.

Danıştaya göre, destekten yoksun kalma tazminatıyla, ölenin (desteğin) gelecekte elde etmesi muhtemel gelirinin güncelleştirilerek, destekten yoksun kalanın ölüm olayından önceki sosyal ve ekonomik yaşam düzeyinin devamını sağlayacak gelire kavuşturulması amaçlanmaktadır²⁷⁰.

İdarenin kusurlu eylemi nedeniyle ölenin ana ve babasının²⁷¹, çocuklarının, hayatta kalan eşinin²⁷² ile istisnai hallerde kardeşlerinin²⁷³,

²⁶⁶ Dan., 10.D., 17.1.2001, 1504/78; Atay, Odabaşı, Gökcan, a.g.e., s. 227.

²⁶⁷ Esin, a.g.e., s.443.

²⁶⁸ Reisoğlu, a.g.e., s.174-175.

²⁶⁹ Kemal Tahir GÜRSOY, “Destekten Yoksun Kalma Tazminatı”, **AÜHFD**, Ankara, S.29, 1972, No:1-2, s.146-47.

²⁷⁰ Dan., 10.D., 17.1.2001, 1504/78; Atay, Odabaşı, Gökcan, a.g.e., s. 226.

²⁷¹ Dan. 10.D., 1.2.1996 tarihli, E.1994/7433, K.1996/318 sayılı; 12.02.2001 tarihli, E.1999/2173, K.2001/457 sayılı kararları; Bal, Şahin, Karabulut, a.g.e., s. 351, 901.

²⁷² Dan., 10.D., 12.4.2001, 865/1361; Atay, Odabaşı, Gökcan, a.g.e., s.229.

nikahsız eşinin²⁷⁴ ve evlilik dışı çocuğunun²⁷⁵ destekten yoksun kaldığı kabul edilmektedir. Önemli olan ölenin düzenli ve devamlı yardımında bulunma hususunun varlığıdır²⁷⁶.

Destekten yoksun kalan kimsenin olağan hallerde destekten yoksun kaldığını kanıtlamasına gerek bulunmamaktadır. Buna göre, reşit olmayan küçüğün geçimini sağlayan babasının ölmesi üzerine destekten yoksunluk tazminatı talep ederken “destekten yoksun kaldığını” kanıtlama yükümlülüğü bulunmamaktadır. Zira olağan durumların kanıtlanması zorunluluğu bulunmamaktadır. Buna rağmen destekleyen ile desteklenen arasında olağan bir birlikteliğin olmadığı hallerde ölüm sonrasında destekten yoksun kaldığını açılacak davada kanıtlaması gerektiği açıktır. Öğretmeni tarafından eğitim masrafları karşılanan öğrencinin öğretmenin ölmesi üzerine destekten yoksunluk tazminatı talep etmesi halinde bu zarara uğradığını iddia edenin iddiasını kanıtlaması gerektiği ilkesi gereği kanıtlaması gerekmektedir²⁷⁷.

Görülüyor ki, Borçlar Kanunu'nun 45 inci maddesinde geçen destek kavramı, hukuksal bir ilişkiyi değil, fiili bir durumu hedef tutar ve ne hısımlığa ne de kanunun nafakaya ilişkin hükümlerine dayanamaz. Bu terim ile “bir başkasının veya başkalarının geçimin kısmen veya tamamen karşılayan veya ileride ona bakması kuvvetle muhtemel olan kişi ifade edilmektedir”²⁷⁸.

Destekten yoksun kalma tazminatının hesaplanması uzmanlık isteyen bir iş olduğundan uygulamada bu hesabın bilirkişilerce yapıldığı görülmektedir. Destekten yoksun kalma zararı hesaplanırken; ölenin maddi durumu ve yaşı, tazminat isteyen maddi durumu ve yaşı, ölen ile tazminat isteyen arasındaki yakınlı derecesi ve yapılan yardımın niteliği, süresi, hayata

²⁷³ Dan., 10.D., 17.1.2001, 1504/78, 25.1.2001, 2235/242; Atay, Odabaşı, Gökcan, a.g.e., s. 227-228.

²⁷⁴ Dan., 10.D., 10.2.1998, 5784/594; Atay, Odabaşı, Gökcan, a.g.e., s. 232.

²⁷⁵ Dan. 10.D., 21.11.1997, 1997/5965; Atay, Odabaşı, Gökcan, a.g.e., s. 234.

²⁷⁶ Kızılyel, a.g.t., s.88.

²⁷⁷ Kızılyel, a.g.t., s.88.

²⁷⁸ Sema Güleç (Uçakhan), **Maddi Tazminat Esasları ve Hesaplanması**, 4. baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2002, s.407.

kalan eşin evlenme şansı ile ölüm olayında müterafik kusura dikkat edilmesi gerekmektedir²⁷⁹.

b. Bedensel (Cismani) Zarar

Beden ve ruh bütünlüğünün maddi ve manevi zarar meydana getirecek şekilde bozulmasına vücut bütünlüğünün ihlali denir²⁸⁰. Maddi tazminatı gerektiren sebeplerden biri de kişinin vücut bütünlüğünün bozulmasıdır.

Borçlar Kanunun 46. maddesinde cismani zarar halinde istenebilecek zararın kapsamı ve niteliğini düzenlemiştir. Mezkûr maddede sözü edilen “bedensel (cismaî) zarar” kavramına, yaralanma, organlardan birinin sakatlanması, zehirlenme, korkutma sonucunda erken doğuma veya bir sinir krizine sebep olma gibi, bedensel veya ruhsal zararlar, sarsıntılar girer²⁸¹.

Danıştaya göre, davalı idarece veya sosyal güvenlik kurumları tarafından karşılanan zararların zarar görene tazmini zenginleşme yasağı gereği olanaksızdır²⁸².

Ancak hastanın giderleri bir sosyal güvenlik kurumu tarafından karşılanmışsa, bu durumda harcamayı yapan bu kurumlar, alacak hakkına sahip olan zarar görenin yerine zarardan sorumlu kişiye ya da idareye kendi özel yasalarındaki hükümlere dayanarak ya da BK. md. 51 hükmü gereğince rücu hakkını kullanabileceklerdir²⁸³.

Borçlar Kanunu'nun 46 ncı maddesinden hareketle, bedensel zararları; tedavi giderleri, çalışma gücünün azalması veya yok olması ve ekonomik geleceğin sarsılması alt başlık altında sıralayabiliriz.

²⁷⁹ Esin, a.g.e., s.446-447.

²⁸⁰ Dalamanlı,, İzgi, a.g.e., s.50.

²⁸¹ Reisoğlu, a.g.e., s.177.

²⁸² Dan. 10.D., 11.11.1996 tarihli, E.1995/2210, K.1996/7302 sayılı kararı; Bal, Şahin, Karabulut, a.g.e., s. 766.

²⁸³ Kılıçoğlu, a.g.e., s.302.

(1) Tedavi Giderleri

Tedavi giderleri, zarar görenin sağlığına kavuşması için yaptığı tüm giderleri kapsar. Bu anlamda olmak üzere, hastanın sağlık kurumlarına taşınması için yapılan taşıma giderleri (taksi, helikopter, uçak giderleri gibi); sağlık kurumlarına yapılan ödemeler, ilâç giderleri, sakat kalan hastanın yaşamını devam ettirebilmesi için protez, yürüme araçları giderleri vs. buraya girer²⁸⁴. Tazminat isteyeninin yaptığı giderleri belgelendirmesi gerekmektedir²⁸⁵.

Kanaatimce üzerinde durulması gereken önemli bir husus ise tedavi amacıyla yapılan tüm harcamaların maddi zarar kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği meselesidir. İdarenin kusurlu eylemiyle meydana gelen cismani zarar nedeniyle yapılan tüm tedavi giderlerinin değil tıp biliminin gereklerine göre yapılan makul ve olağan tedavilerin bu kapsamda değerlendirilmesi gereklidir. Örneğin, bitkisel tedavi veya batıl inançlara göre yapılan bir takım harcamalar tazminata konu olamayacağıdır.

(2) Çalışma Gücünün Azalması Veya Yok Olması

Çalışma gücünden amaç, bir kimsenin bedensel, ruhsal ya da zihinsel yetilerine (kabiliyetlerine) bağlı olan ekonomik verimlilik²⁸⁶. Vücut bütünlüğünün bozulması yani bedensel zarar en başta kişinin çalışma gücünü etkiler. Böylece çalışma gücü azalan veya yok olan kişi, olaydan önceki işini, meslek ve sanatını bir süre ya da sürekli olarak yürütme olanağı bulamayacağından; malvarlığında bir eksilmeye daha doğrusu bir kazanç kaybına uğramış olur²⁸⁷.

²⁸⁴ Kılıçoğlu, a.g.e., s.301.

²⁸⁵ Esin, a.g.e., s.448.

²⁸⁶ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Güncelleştirilmiş 8. baskı, İstanbul, Beta Basım Yayın, 2003, s.713.

²⁸⁷ Esin, a.g.e., s.448.

Bedensel zarara uğrayan kişi çalışma gücünü geçici olarak kaybetmiş ve hükümden önce tamamıyla iyileşmişse, çalışmadığı günler sebebiyle yoksun kaldığı ücret (kâr) tazmin edilir. Zarara uğrayan şahıs çalışma gücünden, devamlı olarak, tamamen veya kısmen yosun kalmışsa, bu yüzden istikbalde uğrayacağı zararın hesap edilmesi gerekir. İstikbaldeki zararın hesabında, şahsın yaşına ve durumuna göre çalışma süresi, zaman içinde el etmesi muhtemel gelir dikkate alınır. Çalışma gücünü kaybeden şahsın, durumuna uygun başka bir işte çalışarak gelir sağlaması mümkünse, ödenecek tazminat bu iki gelir arasındaki farkı kapsar²⁸⁸.

Son olarak belirtmek gerekir ki çalışma gücündeki azalma veya yok olmayı belirlemek, bilhassa sürekli olduğu hallerde, özel ve teknik bir bilgiyi gerektirdiğinden bilirkişi yardımına ihtiyaç duyulmaktadır²⁸⁹. Örneğin, Danıştay hatalı iğne sonucu kolunda %56 fonksiyon kaybı olan davcıya bilirkişi tarafından saptanan miktarda maddi tazminat verilmesine karar vermiştir²⁹⁰.

(3) Ekonomik Geleceğin Sarsılması

Vücut bütünlüğünün ihlali bazı hallerde çalışma gücüne olumsuz bir etkide bulunmamakla birlikte zarar görenin ekonomik geleceğini sarsmak suretiyle menfi ekonomik sonuçlar, maddi kayıplar doğurabilir. Gerçekten, vücut bütünlüğü ihlal edilen bir kişi, çalışma gücünü tama olarak korusa bile, iş piyasasında, ekonomik rekabette yeni bir iş bulmakta veya eski işini korumakta güçlük çekebilir ya da aynı işte çalışsa bile eskisine oranla daha çok güç (emek) sarf etmek, daha çok dikkat ve çaba harcamak zorunda olabilir. Hatta işinden çıkartılarak işsiz kalabilir²⁹¹. Bu durum güzelliğin bozulması halinde özellikle dansöz, manken, otel işçisi gibi meslek sahiplerinde görülmektedir. Çirkinlik nedeniyle evlenme şansını yitiren bir

²⁸⁸ Reisoğlu, a.g.e., s.177.

²⁸⁹ Kızılyel, a.g.t., s.91

²⁹⁰ Dan. 10.D., 16.01.1985 tarihli, E.1982/2902, K.1985/26 sayılı karar, DD., Sayı 60-61, s.461.

²⁹¹ Eren, a.g.e., s.717.

kızın da ekonomik geleceğinin tehlikeye düşeceğine kuşku bulunmamaktadır²⁹². Danıştay bir kararında, ekonomik gelişmenin zorlaşması oranında idarenin tazmin sorumluluğu altına gireceğini belirtmiştir²⁹³.

B. Manevi Tazminat

Özel hukuktakine kıyasla uzun bir gelişim süreci sonunda olmakla birlikte, manevi tazminat müessesesi idari yargıda da yerini almıştır. Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu'nda yer alan manevi tazminata ilişkin düzenlemeler idari yargı bakımından da esas alınmakta ve bu düzenlemeler doğrultusunda “ölüm”, “bedensel zarar” ve “kişilik haklarına saldırı” nedeniyle manevi tazminat hükmedilmektedir. Ancak, idari yargının kendine özgü kuralları ve idari yargılama sürecinin adli yargıya göre ağır işleyen yönleri, diğer birçok konunun olduğu gibi, manevi tazminat konusunun idari yargı tarafından adli yargı ile her bakımdan birbirine paralel olarak ele alınmasına ve gelişim göstermesine engel olmuştur. Manevi tazminatın idari yargıda kabulünden başlamak üzere hemen her aşamanın ağır ve sancılı geçtiği söylenebilir²⁹⁴.

Manevi tazminatın hukukî niteliği konusunda farklı teoriler mevcuttur²⁹⁵. Doktrindeki hakim görüşe göre manevi tazminat, malvarlığında meydana gelen bir eksilmeye yönelik bir tazmin aracı olmayıp, manevi bir tatmin aracı olduğu yönündedir. Bu görüşe göre “zarar görene, manevi tazminat adıyla bir miktar para ödendiği takdirde, onda uğramış olduğu manevi zararı kısmen veya tamamen gidermeye yarayan bir tatmin duygusu yaratılmış olur²⁹⁶.

Danıştay da, manevi tazminatın, tam ve gerçek anlamıyla bir tazmin aracı değil, tatmin aracı olduğu görüşündedir²⁹⁷. Danıştay 5. Daire'nin 08.05.1990 tarihli ve E.1988/470, K.1990/929 sayılı kararında da yerini bulan,

²⁹² Esin, a.g.e., s.449.

²⁹³ Dan., 10.D., 06.02.2003 tarihli, E.2001/3091, K:2003/476 sayılı karar, DD., S.1, 2003, s.429.

²⁹⁴ K. Eren Gönen, “İdari Yargıda Manevi Tazminat Meselesi”, DD., Ankara, S.108, 2004, s.23.

²⁹⁵ Kılıçoğlu, a.g.e., s.311.

²⁹⁶ Eren, a.g.e., s.749.

²⁹⁷ Esin, a.g.e., s.450.

“manevi değerlerinde bir eksilme meydana gelen, duyduğu acı, üzüntü ve sarsıntı nedeniyle yaşama zevki azalan kişiye, manevi tazminat adı altında bir miktar para verilerek, onun bu yoldan tatmin edilmesinin sağlandığı” şeklindeki bu görüş, Danıştayın yerleşik içtihadı halini almıştır²⁹⁸.

Manevi tazminatın esası, ruhi ve bedeni huzurun kısmen ve imkân dairesinde yeniden elde edilmesini temin gayesiyle bir para ödenmesidir²⁹⁹. Başka türlü giderim yollarının bulunmayışı veya yetersiz kalışı, manevi tazminatın parasal olarak belirlenmesini zorunlu hale getirmektedir. Olayın gelişimi ve sonucu, ilgilinin durumu itibarıyla manevi zarara karşılık mahkemece takdir edilecek manevi tazminatın, manevi tatmin aracı olmasından dolayı zenginleşmeye yol açamayacak miktarda, fakat idarenin olaydaki kusurunun niteliğini, ağırlığını ifade edecek ve ilgililerin duyduğu acı ve üzüntüyü kısmen de olsa giderebilecek ölçüde saptanması zorunludur³⁰⁰.

Böylece, manevi tazminatta, “gerçek zarar”, halen gerçekleşmiş ve ilerde devam edecek manevi zararı içermekle beraber, hem zararın miktarı, hem de rakam olarak tazminata çevrilmesi bakımından kesinlik arz edemeyen, ölçülemeyen, somutlaştırılamayan, zararın tümünü kapsayamayacak olan bir nitelik taşımaktadır. Zaten bu yüzden hem zarar hem de manevi tazminat miktarı “takdire” hesaplanıp, “kısmen telafi, tahfif, tatmin” etmek üzere hükmolunmaktadır³⁰¹.

Hukukumuzda, kişinin manevi değerlerinde meydana gelen ve onun yaşama zevkini azaltan eksilmelerin hangi nedenlerden doğabileceği açıkça belirlenmiştir. Medeni Kanununun 24. ve 25. maddelerinde, hukuka aykırı olarak kişilik haklarına saldırılan kimsenin manevi tazminat isteyebileceğini hükme bağlamış, Borçlar Kanununun 47. ve 49. maddelerinde de, bedensel zarara uğrayan veya kişilik haklarına hukuka aykırı bir şekilde saldıran kişi ile ölenin ailesinin manevi zarar uğradığı hüküm altına alınmıştır³⁰².

²⁹⁸ Gönen, a.g.m., s.25.

²⁹⁹ Lütfi Dalamanlı, **Kanunlarımızda Tazminat Hukuku ve Tabikati**, Ankara, İş Matbaacılık, 1973, s.158.

³⁰⁰ Dan., 10.D., 10.04.1992-3954/1362, Atay-Odabaşı-Gökcan, a.g.e., s.261.

³⁰¹ Güran, a.g.e., s.157.

³⁰² Gönen, a.g.m., s.26.

İdari yargıda da bu hükümlerden yararlanılmakta olup, bu çerçevede manevi tazminata, ölüm, bedensel zarar ve kişilik haklarına saldırı hallerinde hükmedilmektedir.

1. Ölüm Sebebiyle Manevi Zarar

Bir kimsenin ölümü pek çok kişinin acı ve üzüntü duymasına ve ruhsal sarsıntıya uğramasına yol açabilir. Borçlar Kanunu'nun 47. maddesi, ölenin ailesine daha doğrusu ölenin aile bireylerine manevi tazminat verilebileceğini hükme bağlamaktadır. Ancak bu hüküm hem öğretide hem de uygulamada İsviçre Medeni Kanununun Almanca metninde yer aldığı şekli ile ölenin yakınları olarak anlaşılmaktadır. Aksi durum, ölen kimse ile ilişkisi bulunmayan veya ilişkisini çoktan kesmiş uzak hısımlar da girer ki, yakınlık ve sevgi duyulanın ölmesi halinde meydana gelen acı ve kederin hafifletilmesi amacını güden manevi tazminata aykırı olacaktır. Burada önemli olan, ölen kimse ile tazminat isteyen kişi arasındaki yakınlık ve sevgi (muhabbet) dir³⁰³.

İdari yargıda da, manevi tazminat ölenin yakınlarına verilmekte, öyle ki Danıştay, büyük baba, büyük ana, üvey ana ve nikahsız eş gibi yakınların da manevi tazminata hakkı olduğunu kabul etmektedir³⁰⁴.

Ölüm nedeniyle meydana gelen manevi zarar her bir zarara uğrayan açısından farklı olduğu gibi zararın hemen duyulmasına da gerek bulunmamaktadır. Zararın sonradan duyulması da manevi zararın tazmini için yeterlidir³⁰⁵. Danıştay bir kararında, evlilik dışı yaşayan eş³⁰⁶ lehine ve ölüm tarihinde küçük olan çocukların acıyı ölüm anında duymasa bile daha sonra ve hayat boyunca bu olayın ağırlığını hissedeceklerini ve dolayısıyla

303 Esin, a.g.e., s.451.

304 Esin, a.g.e., s.451.

305 Kızılyel, a.g.t., s.93.

306 Dan. 10.D., 4.10.1996, 970/5777, Atay, Odabaşı, Gökçen, a.g.e., s. 260.

manevi acı duyacakları gerekçesiyle küçük de olsa çocuğa³⁰⁷ manevi tazminata hükmedilmesi gerektiğine karar vermiştir.

Bu itibarla, ölüm tarihinde henüz ana rahminde olan çocuğun da - sağ doğması kaydıyla- manevi tazminat hakkına sahip olduğunun kabulü gerekir³⁰⁸.

Manevi tazminat miktarının takdirinde ölenin ve tazminat isteyen kişinin ekonomik ve sosyal durumlarının, bunlar arasındaki yakınlık derecesinin ve ölüm nedeni ve meydana geliş şekli ile bu sonucun doğumunda ölenin birlikte (müterafık) kusuru bulunup bulunmadığının göz önünde tutulması zorunludur³⁰⁹.

2. Bedensel (Cismani) Zarar Sebebiyle Manevi Tazminat

Bedensel zarar sonucunda anatomik yapısı veya fiziksel görünüşü bozulan bir kişinin bu yüzden acı, üzüntü ve sarsıntı duyacağına, bazı ruhsal komplekslere uğrayacağına kuşku bulunmamaktadır. Bir organı kırılan, kopan, yaralanan veya önemli bir korku geçiren yada yüzü ve bedeni çirkinleşen kişi güçsüzlük ve zillet duygularına kapılıp ruhsal dengesini yitirebilir. Onun manevi varlığındaki bu eksikliği karşılamak hiç değilse bir ölçüde gidermek için manevi tazminat verilmesi gerekir³¹⁰.

Borçlar Kanunu'nun 47 nci maddesi ile bedensel zarara uğrayan kişiye manevi tazminat verilebileceği hüküm altına alınmıştır. Anılan maddede yer alan, “hakim, özel durumları dikkate alarak, bedensel zarara uğrayan kimseye ... manevi zarar namıyla adalete uygun tazminat verilmesine karar verebilir.” hükmün lafzından bedensel zarar halinde manevi tazminat isteme hakkı, sadece bu zarara uğrayana ait olduğu çıkmakta ise de; uygulamada zarara uğrayanın çok yakını olan kişilerin manevi zarara uğramaları halinde manevi tazminat isteyebilecekleri kabul edilmiştir.

307 Dan. 10.D., 18.11.1996, 2428/7639, Atay, Odabaşı, Gökçen, a.g.e., s. 260-261.

308 Gönen, a.g.m., s.27.

309 Esin, a.g.e., s.452.

310 Esin, a.g.e., s.452.

Kanaatimce bu durum manevi tazminatı felsefesine uygun olduğu gibi hukukun genel ilkelerine de uygundur.

Manevi tazminata temel olan ana düşünce, bozulmuş olan ruhi ve bedeni huzurun kısmen ve imkan dairesinde elde edilmesini sağlamaktır. Bu itibarla manevi tazminatın takdirinde bu ilkenin göz önünde bulundurulması gerekir. Manevi tazminatın ve bunun çeşidi ile kapsamını takdiri tamamen hakime mevdu bir yetkidir. Ne var ki, takdir hakkının söz konusu olduğu bütün hallerde hakim hak ve nesafetle hüküm vermek zorunluluğundadır³¹¹.

3. Kişilik Haklarına Saldırı Nedeniyle Manevi Tazminat

Kişilik hakları pek çok manevi değeri içine alır. Özgürlük, namus, şeref, onur, anı, gibi değerlerle kişinin özel yaşamına ve aile yaşamına ilişkin sırlar, meslek sırrı, isim ve fotoğraflar üzerindeki haklar, ticari ve mesleki saygınlık ve tüm sosyal ve siyasal haklar bu alanda sayılır. Bunlardan birine yapılan saldırı nedeniyle önemli ölçüde üzüntü ve acı duyan ruhsal sarsıntı geçiren kişiye bir tatmin aracı olarak manevi tazminat verilmesi gerekmektedir³¹².

Tıp hukukunun önemli bir bölümünü hasta hakları oluşturmaktadır. Hasta hakları, aynı zamanda sağlık personelinin hak ve yükümlülüklerini de belirlemektedir³¹³.

Sağlık Bakanlığı'nca 01.08.1998 tarihli Hasta Hakları Yönetmeliği hazırlanmıştır. Anılan Yönetmeliğin 4. maddesinde “hasta hakları”, “Sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan fertlerin, sırf insan olmaları sebebiyle sahip bulundukları ve T.C. Anayasası, milletlerarası antlaşmalar, kanunlar ve diğer mevzuat ile teminat altına alınmış bulunan hakları ifade eder.” şeklinde tanımlanmış, aynı Yönetmeliğin, 5. maddesinde de hasta

311 Dalamanlı, İzgi, a.g.e., s.61-62.

312 Esin, a.g.e., s.453.

313 Hakan Hakeri, **Tıp Hukuku**, Ankara, Seçkin, 2007, s.45.

haklarının korunması amacı ile sağlık sağlık hizmetlerinin sunulmasında uyulması zorunlu bazı kurallar düzenlenmiştir.

Hastanın mahremiyetine saygı gösterilmesi esastır. Hasta, mahremiyetinin korunmasını açıkça talep edebilir. Her türlü tıbbi müdahale, hastanın mahremiyetine saygı gösterilmek suretiyle icra edilir. Mahremiyete saygı gösterilmesi ve bunu istemek hakkı; hastanın, sağlık durumu ile ilgili tıbbi değerlendirmelerin gizlilik içerisinde yürütülmesini; muayenin, teşhisin, tedavinin ve hasta ile doğrudan teması gerektiren diğer işlemlerin makul bir gizlilik ortamında gerçekleştirilmesini; hastalığın mahiyeti gerektirmedikçe hastanın şahsi ve ailevi hayatına müdahale edilmemesi gibi bir takım kuralları kapsar ve ölüm olayı, mahremiyetin bozulması hakkını vermez³¹⁴.

Sağlık hizmetinin verilmesi sebebiyle edinilen bilgiler, kanun ile müsaade edilen haller dışında, hiçbir şekilde açıklanamaz ve kişinin rızasına dayansa bile, kişilik haklarından bütünüyle vazgeçilmesi, bu hakların başkalarına devri veya aşırı şekilde sınırlandırılması neticesini doğuran hallerde bilginin açıklanması, bunları açıklayanın hukukî sorumluluğunu kaldırmaz. Hukukî ve ahlâki yönden geçerli ve haklı bir sebebe dayanmaksızın hastaya zarar verme ihtimali bulunan bilginin ifşa edilmesi, personelin ve diğer kimselerin hukukî ve cezaî sorumluluğunu da gerektirir. Araştırma ve eğitim amacı ile yapılan faaliyetlerde de hastanın kimlik bilgileri, rızası olmaksızın açıklanamaz³¹⁵.

Danıştay, aşçı olan davacının geçirdiği trafik kazasına bağlı rahatsızlıkları nedeniyle ... Devlet Hastanesine yatırıldığı, tıbbi tedavi sırasında yapılan rutin elisa testinin pozitif çıkması üzerine henüz bu teşhisin kesinleşmesi beklenilmeksizin İzmir ... Gazetesi muhabirlerince hastanedeki odasında fotoğraflarının çekilerek her türlü bilgilerinin basında yayınlandığı daha sonra doğrulama testlerinin menfi olduğu, yani davacının AİDS'li olmadığı anlaşıldığından, bu olay sebebiyle işsiz kalması sonucu uğradığı maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle açtığı davada; kişilik haklarına saldırı nedeniyle manevi tazminata hükmedilirken hizmet kusurunun ağırlık

³¹⁴ Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 21. md.

³¹⁵ Hasta Hakları Yönetmeliği 23. md.

derecesi, saldırıya uğrayanın sosyal ve ekonomik durumu, saldırının niteliği ve doğurduğu sonuçları ile birlikte kusur gibi etkenlerin göz önünde bulundurulması gerektiği, olayın basın mensuplarına hastane görevlileri tarafından iletiliğinin açıkça belirtilmesi, yanlış olarak konulan AIDS teşhisi henüz kesinleşmeden hastalığın basına sızdırılması olayında davalı idarenin hizmet kusurunun bulunduğu açık olup, dava konusu olayın bu açıdan değerlendirmesi yapıldığında, duyduğu elem, üzüntü ve sarsıntı nedeniyle davacıya manevi tazminat olarak ... lira ödenmesine karar vermiştir³¹⁶.

II. İDARİ YARGIDA TAZMİNAT DAVASININ USULÜ

Sağlık hizmeti sunumundan kaynaklanan bir fiilden dolayı kişi, doğrudan doğruya tam yargı davası açamaz. Bu kapsamda 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü ve Danıştay içtihatları çerçevesinde dava açmak için gerekli şartları aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

A. Dava Açmadan Önce İdareye Başvuru Şartı

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 13. maddesine göre idari eylemden dolayı zarara uğrayanlar, tam yargı davası açmadan önce, idareye başvurarak zararlarının tazminini istemek zorundadırlar. Bu başvurunun amacı, eylemiyle vermiş olduğu zararın ödenmesi konusunda idareye fırsat tanınmasıdır. Böylece; vermiş olduğu zararı ödeme niyetinde olan idarenin bu niyetini uygulamaya koyması sağlanarak, gereksiz yere dava açılması önlenmektedir. Başvuru, ayrıca idare edilenin uğradığı zararı tazmin etme niyetinde olmayan idarenin bu yoldaki iradesini (zımni ya da açık olarak tesis edilen) bir işlemle ortaya çıkarmaktadır³¹⁷.

³¹⁶ Dan., 10.D., 31.01.1996 tarihli, E.1994/5314, K.1996/294 sayılı kararı; Bal, Şahin, Karabulut, a.g.e., s.352-353.

³¹⁷ Candan, ag.e., s.465.

Her ne kadar 13. madde getirilirken bazı hallerde davaya gerek kalmadan idarenin zararı ödeyebileceği düşüncesine dayanılmışsa da bizdeki uygulamaya bakılacak olursa pratikte bu hükümden bir yarar bekleme imkânı bulunmamaktadır³¹⁸. Çünkü, yönetim ile yönetilenler arasındaki uyuşmazlıkların anlaşma yolu ile giderilmesi yeterince düzenlenmemiştir, yönetimde, bu tür işlemler için kendini yetkili görmektedir³¹⁹.

Hal böyle iken anılan hükmün işlevinin, uygulamada sadece zararın tazmin etmeme konusunda idarenin iradesini ortaya çıkarmaktan ibaret kaldığını söyleyebiliriz.

Anılan Kanun hükmünde başvurunun “ilgili idare”ye yapılacağı belirtilmiştir. Eylemi hangi idareye yapmışsa ilgilinin ondan istemde bulunması gerekmektedir. Başvurulacak idare, zararın giderilmesi konusundaki istemi nihai ve kesin olarak inceleyip o konudaki istemi kabul veya reddedebilecek konumdaki idari makamdır. Mezkûr Kanun hükmünde geçen “idare” ile, idari yargıda davalı olabilme yeteneğine sahip bağımsız idari birimleri (Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerini) ifade etmektedir³²⁰.

Başvurunun da bu birimlerin en üst makamlarına yapılması gerekir. Çünkü, bir birimin görev alanına işlem ve eylemlerle ilgili yetki ve sorumluluk, onun en üst makamında toplanır. Dolayısıyla, tazminat istemi karşısında direnmeye (temerrüde) düşürülmesi gereken de, ilgili birimin -aynı zamanda temsil yeri olan- en üst makamıdır. Eylemi yapan idari birimin (Kanundaki deyimiyle ilgili idarenin) en üst makamına yönelik olmayan bir başvuru 13. madde hükmüne uygun düşmez. Böyle bir başvuruyu, olayına göre ya hiç yapılmamış saymak ya da en üst makama (daha doğrusu en üst makam adına dilekçe kabulüne yetkili olan, o idari birim içindeki servis veya daireye) ulaştığı tarihte yapılmış kabul etmek gerekir³²¹.

Kanun, söz konusu başvuruyu zorunlu tutmuştur. O halde idareye başvurmadan doğrudan doğruya açılan tazminat davalarının dinlenme

³¹⁸Yenice, Esin, a.g.e, s.242.

³¹⁹Gözübüyük, a.g.e, s.267.

³²⁰Yüksel Esin-Erol Dündar, **Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları Birinci Kitap:Usul**, Ankara, Balkanoğlu Matbaacılık, 1971, s.295.

³²¹Yenice, Esin, a.g.e, s.249.

yeteneği (istıma kabiliyeti) olmadığı, bunların incelenmeksizin reddi gerektiği düşünülebilir. Nitekim maddenin düzenleniş biçimi böyle bir yargıyı haklı kılacak niteliktedir. Öyle ki, eski Onikinci Daire dışında, Danıştayın tüm Dairelerince hüküm böyle anlaşılmış ve başvurma şartı yerine getirilmeden açılan tam yargı davalarının incelenmeksizin reddine karar verilmiştir. Onikinci Daire ile diğer Dava Daireleri arasındaki bu içtihat ayrılığı uzun yıllar sürmüş, sonunda içtihatların birleştirilmesi yoluna gidilerek 15.3.1979 tarihli ve E.7179, K.79/5 sayılı İçtihatları Birleştirme Kararı ile “idari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların, idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde beş yıl içinde, ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeden doğrudan doğruya dava açmaları halinde, bu hususun idari merci tecavüzü sayılarak ... davanın her safhasında dava dilekçesinin ilgili idari mercie tevdiine karar verilmesi gerekeceği” hüküm altına alınmıştır. Eski Danıştay Kanunu zamanında alınan bu kararın bugün içinde geçerliliğini koruduğu kuşkusuzdur. Çünkü, bugünkü 13. madde ile eski 72. madde arasında esasta bir ayrılık yoktur³²².

Dolayısıyla, idari başvuru şartı yerine getirilmeden doğrudan doğruya tazminat davası açılması halinde, idari yargı yerlerince bu durum “idari merci tecavüzü” sayılarak, dava dilekçesinin ilgili idareye gönderilmesine karar verilmektedir.

Nitekim, Danıştay davacıların çocuğunun sağlık ocağında yapılan enjeksiyon sonucu sakat kalmasından dolayı maddi ve manevi tazminat talebiyle açtıkları davayı, idareye başvuru şartı gerçekleşmeden davanın açılması sebebiyle idareye başvuru şartının gerçekleşmesi için merciiine tevdi kararı vermiştir³²³.

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 13. maddesinin 2 nci fıkrasında, idareye başvuru yapılmasını gerektirmeyen bir başka durum öngörülmüştür. Buna göre; idari eylemden zarar gören ilgili, davasını idari yargı yerlerinde değil de, görevli olmayan adli ve askeri yargı yerlerinde açmışsa, bu takdirde,

³²²Yenice, Esin, a.g.e, s.242.

³²³Dan., 10.D., 12.11.2001 tarihli, E.2000/92, K.2001/3861 sayılı kararı.

bu yargı yerlerince verilecek görevsizlik kararının kesinleşmesi üzerine, evvelce tazminat isteğiyle idareye başvurmamış olsa dahi, 9 uncu maddede yazılı süre içerisinde doğrudan yine idareye başvuruda bulunmaya gerek olmaksızın, görevli ve yetkili idari yargı yerinde tam yargı davası açılabilir. İdari yargı yerinde açılacak bu davaya bakılabilmesi, görevli olmayan yargı yerinde açılan davanın idareye başvuru süresi içinde olmasına bağlıdır³²⁴.

Nitekim, Danıştay davacının görevli olmayan adli yargı yerinde açtığı davanın görev yönünden reddi üzerine süresi içinde idari yargı yerinde dava açması karşısında, 2577 sayılı Kanunu'nun 13. maddesi gereği idareye başvuru şartı aranmayacağından, İdare Mahkemesince verilen dava dilekçesinin görevli mercii olan Sağlık Bakanlığı'na tevdi kararını yasal isabet bulunmadığı gerekçesiyle bozmuştur³²⁵.

Danıştay'ın kimi daireleri, görevsiz adli veya askeri yargı yerlerince verilecek görevsizlik kararının kesinleştiği tarihten itibaren 9 uncu maddede öngörülen otuz günlük sürenin geçirilmesi halinde; henüz 13 üncü maddede öngörülen bir yıllık başvuru süresinin dolmamış olması koşuluyla, açılan davayı süresinde kabul etmektedirler³²⁶.

B. Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Tam Yargı Davalarında Görevli Ve Yetkili Mahkeme

Tam yargı davalarında, genel görevli yargı yeri idare mahkemeleridir. Danıştay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve vergi mahkemeleri, tam yargı davalarında, özel görevli mahkemelerdir. Yasalarda açıkça bu yargı yerlerinin görevi içine girmeyen tam yargı davaları, genel görevli mahkeme olan idare mahkemelerinde açılır. Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun ile Danıştay, tam yargı davaları alanında da,

³²⁴ Candan, a.g.e., s.467.

³²⁵ Dan., 10.D., 09.03.2009 tarihli, E.2007/6645, K.2009/1514 sayılı kararı.

³²⁶ Dan. 10.D., 11.10.1990 tarihli, E.1989/330, K.1990/2189 sayılı kararı; DD., S.82-83, s.1009.

genel görevli mahkeme olma niteliğini yitirmiştir. İdare Mahkemeleri bu alanda da genel görevli mahkeme durumuna gelmiştir³²⁷.

Bu çerçevede ayrı ve özel bir düzenleme söz konusu değil ise sağlık hizmetinin sunucusunun idare olduğu ve bu hizmetten kaynaklan bir zararın mevcut olduğu hallerde davanın idari yargıda açılması gerektiğini söyleyebiliriz.

Nitekim, 5283 sayılı Kanun kapsamında Sağlık Bakanlığı'na devredilmeden önce Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığı'na bağlı olan sağlık kurum ve kuruluşlarında meydana gelen hizmet kusurundan kaynaklanan davalar, 506 sayılı Kanunda yer alan düzenleme uyarınca adli yargıda görülmekteydi.

Öte yandan, sağlık hizmeti sunumundan kaynaklanan davalarda yetkili mahkemeyi tespit edebilmek için tam yargı davalarında yetkiyi düzenlemekte olan 2577 sayılı Kanun'un 36 ncı maddesine bakılması gerekmektedir. Anılan maddede, “Zarar, bayındırlık ve ulaştırma gibi bir hizmetten veya idarenin herhangi bir eyleminden doğmuş ise, hizmetin görüldüğü veya eylemin yapıldığı yer idare mahkemesidir.” hükmü yer almaktadır.

Bu hükümden hareketle sağlık hizmetinden kaynaklan zarar idarenin eylemi neticesinde gerçekleşmiş ise, bu eylemin yapıldığı yerdeki yani sağlık hizmetini sunan sağlık kurum veya kuruluşunun bulunduğu yerdeki idare mahkemesi yetkili mahkemedir.

C. Ehliyet

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31 inci maddesinin 1 inci fıkrası, “ehliyet” konusunda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na atıfta bulunmaktadır. Bilindiği üzere, ehliyet konusu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 38-42. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu maddelerde geçen

³²⁷ Gözübüyük, a.g.e., s.266-267.

“ehliyet” deyiminin hem davacı hem de davalı olabilme yeteneğini (kısacası taraf ehliyetini) ifade etmek üzere kullanıldığı bellidir. Oysa, 2577 sayılı Kanun'un 31 inci maddesindeki “ehliyet” deyimiyile yalnızca “davacı olabilme yeteneği”, bir başka deyişle “dava açma ehliyeti” amaçlanmıştır. Gerçekten, idari yargıda kural olarak Devlet organlarının ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının davalı olduğu ve bunların ehliyetinin de HUMK ile değil, kamu hukuku kurallarıyla düzenlendiği düşünülürse; 2577 sayılı Kanun'un 31 inci maddesindeki atfın sadece “dava açma ehliyetine” ilişkin olabileceği kolaylıkla anlaşılır. Nitekim 2577 sayılı Kanun'un 14 üncü maddesinin 3/d bendinde, “davalı olabilme yeteneği”ni anlatmak üzere ayrı bir deyim, yani “husumet” deyimini kullanılmış bulunmaktadır³²⁸.

İdari yargı yerlerinde davacı olabilmek için HUMK ile Medeni Kanun'da düzenlenen genel ehliyet şartından başka idari yargı türlerine göre değişen bazı subjektif niteliklere de sahip bulunmak gerekir³²⁹.

Tam yargı davalarıyla ilgili subjektif ehliyet şartı, 2577 sayılı Kanunu'nun 2 nci maddesinin 1 inci fıkrasının (b) bendinde gösterilmiştir. Burada, “hakkın muhtemel olması” deyimiyile ehliyet şart belirtilmiştir.

Bir kimsenin tazminat davası açabilmesi için, öncelikle bir subjektif hakkının çiğnendiğini, daha doğrusu zarara uğradığını öne sürmesi ve bu iddiasını haklı gösterecek hukukî bir durum veya ilişki içinde olduğunu ortaya koyabilmesi gerekir. İşte bu husus, tazminat davalarıyla ilgili dava ehliyetinin subjektif unsurunu oluşturur. Davacı tazmini istediği zararın, sahibi bulunduğu bir hakkın ihlalinden doğduğunu kanıtlamadıkça davaya ehil sayılmaz. Uygulamada, kanıtlama ödevinin ödevinin, olayın niteliğine ve uğranıldığı iddia edilen zararın türüne göre değişen, çeşitli bilgi ve belgelerle yerine getirildiği görülmektedir³³⁰.

Bu çalışmamızda, sağlık hizmetlerinde tazminat davaları esas itibariyle ölüm, bedensel zarar ve kişilik haklarına tecavüzden

328 Yenice, Esin, a.g.e, s.456.

329 Yenice, Esin, a.g.e, s.456.

330 Yenice, Esin, a.g.e, s.494.

kaynaklanmakta olduğundan, aşağıda söz konusu zarar türleri yönünden bir açıklama yapılacaktır.

1. Ölüm Nedenine Dayanan Tazminat Davalarında Subjektif Ehliyet

Ölüme yol açan idari faaliyetlerden ötürü kimler hangi koşullarda maddi ve manevi tazminat davası açabilecektir? Burada bunun belirlenmesi gerekir. Kısaca ifade etmek gerekirse, ölüm nedeniyle tazminat isteyebilmek için, ölen kişi ile davacı arasında böyle bir istemi haklı kılacak ölçüde bir yakınlık veya ilişkinin bulunması şarttır. Uygulamada, ölenin mirasçıları ve diğer yakın hısımları ile nikâhsız karısı, evlilik dışı çocuğu ve nişanlısı gibi yakınlarının ve ayrıca ahlaki ve insanca duygularla sağlığında bakıp gözetdiği bazı kişilerin subjektif dava ehliyetine sahip olacakları kabul edilmektedir. Kuşkusuz bunlardan mirasçı veya hısım durumunda olmayanların dava ehliyetleri sınırlıdır ve belirli koşulların gerçekleşmesine bağlıdır. Ölüm nedeniyle tazminat isteyen kişinin, ölenle kendisi arasında bu türden bir hısımlık, yakınlık veya ilişki olduğunu kanaat verici bilgi ve belgelerle ortaya koyması gerekir. Örneğin, ölen kişi eşi, çocuğu, ana babası veya kardeşi ise, davacı bu hısımlık ilişkisini veraset ilamı ya da nüfus kayıt örneği gibi belgelerle kanıtlamak zorundadır. Bu ödevi yerine getirmemesi halinde, davacı subjektif ehliyet şartından yoksun sayılır ve davanın ehliyet yönünden reddi zorunluluğu doğar³³¹.

331Yenice, Esin, a.g.e, s.494-495.

2. Bedensel Zarar İddiasına Dayanan Tazminat Davalarında Subjektif Ehliyet

Sakatlık, hastalık, çirkinlik gibi bedensel (cismani) zarar iddialarına dayanan maddi ve manevi tazminat davalarının kural olarak zarara uğrayan kişilerce açılması gerekir. Nitekim, Borçlar Kanunu'nun 46. ve 47. maddelerinde de "cismani zarara duçar olan kimse"ye maddi ve manevi tazminat verilebileceğinden söz edilmektedir. Bununla birlikte, Danıştay, zarar görenin çok yakını olan kişilerin de bazı istinai durumlarda subjektif dava ehliyetine sahip olabileceği, yani yakınlarının uğradığı bedensel zarardan ötürü tazminat isteyebileceği içtihadındadır. Örneğin bir davada; askerlik ödevini yaparken meydana gelen olay sonucunda sakat kalan kişinin ana ve babası lehine tazminata hükmedilmiştir. Bedensel zararın varlığı genellikle sağlık raporlarıyla kanıtlanır. Bu raporların gerek düzenleniş biçimi gerekse içeriği yönünden kanaat verici nitelikte olması şarttır³³².

3. Kişilik Haklarına Tecavüzden Doğan Tazminat Davalarında Subjektif Ehliyet

Kişilik haklarını kalem kalem saymak oldukça güçtür. Zaten böyle bir sayım kesinlik ifade etmez; zira kişilik hakları arasına nelerin gireceği zamanla değişen telâkkilere bağlıdır. Bununla birlikte, beden bütünlüğü, aynı zamanda, hayat ve sıhhat kavramlarını içine almaktadır. İşte bunların korunmasına ilişkin menfaatler kişilik haklarına konu olabilmektedirler. Yine, bir kimsenin özel hayatı ve sırları da kişilik haklarından sayılmaktadır³³³.

01.08.1998 tarihli ve 23420 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe konulan Hasta Hakları Yönetmeliği'ne göre, kanunda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, kimse, rızası olmaksızın ve rızaya uygun

³³² Yenice, Esin, a.g.e, s.495.

³³³ Selahattin Sulhi Tekinay, v.d., **Tekinay Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, 5. bası, İstanbul, Cilt 1, Fakülteler Matbaası, 1985, s.521-522.

olmayan bir şekilde tıbbi ameliyeye tabi tutulamaz ve sağlık hizmetinin verilmesi sebebiyle edinilen bilgiler, kanun ile müsaade edilen haller dışında, hiçbir şekilde açıklanamaz ve ilgilinin rızası olsa dahi, kişilik haklarından bütünüyle vazgeçilmesi, bu hakların başkalarına devri veya aşırı şekilde sınırlandırılması neticesini doğuran hallerde bilginin açıklanması, bunları açıklayanın hukukî sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Yine, anılan Yönetmelikte, her türlü tıbbi müdahalenin hastanın mahremiyetine saygı gösterilmek suretiyle icra edileceği ve ölüm olayının mahremiyetin bozulması hakkını vermeyeceği belirtildikten sonra, hastanın mahremiyetine saygı gösterilmesi ve bunu isteme hakkı düzenlenmiştir.

Bu manevi değer ve haklara yönelen bir tecavüzden ötürü tazminat isteyebilme hakkı yalnızca onun sahibine aittir. Bir kimsenin kişilik haklarına yapılan tecavüz nedeniyle başkalarına tazminat hakkı tanınmasına imkân yoktur. Nitekim, Borçlar Kanunu'nun 49. maddesi de ancak “şahsi menfaatleri haleldar olan kimse”nin tazminat isteyebileceğini hükme bağlamıştır. Kişilik haklarına saldırıdan doğan tazminat davalarında davacının subjektif dava ehliyetine sahip olup olmadığı genellikle olayın niteliğinden çıkarılır ve bu konuda davacıdan belge istenmesine çoğu kez gerek duyulmaz³³⁴.

D. Süre

2577 sayılı Kanun'un 13 üncü maddesine göre, idari eylemlerden zarar görenlerin, eylemi yazılı bildirim üzerine veya başka yollarla öğrendikleri tarihten başlayarak bir yıl ve herhalde beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak zararın giderilmesini istemeleri gerekmekte olup, bu isteklerin reddi halinde de bu konudaki işlemin tebliğini izleyen günden itibaren veya istek hakkında altmış gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren altmış gün içinde dava açabilirler.

³³⁴Yenice, Esin, a.g.e, s.496.

Ayrıca anılan Kanun hükmünün 2. fıkrasında önkarar şartının aranmadığı durumda düzenlenmiştir.

Görüldüğü üzere, anılan Kanun hükmünde idari eylemlerden kaynaklanan tazminat davalarında ön kararın alınması için bir süre tayin edilmiş olmakla birlikte, ön karar şartının gerçekleşmesi üzerine açılacak davanın süresi hakkında da bir kurala yer verilmiştir.

Aşağıda süre konusu, önkarar alınma süresi, önkarar aranmaması ve dava açma süresi olmak üzere üç ayrı başlık altında incelenecektir.

1. Önkarar Alma Süresi

2577 sayılı Kanun'un 13 üncü maddesinin 1 inci fıkrasına göre, idari eylemlerden zarar görenlerin, eylemi yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve herhalde beş yıl içinde idareye başvurmaları gerekmektedir.

Bu, dava açma süresi değildir; bu, yönetime başvurarak ön karar alma süresidir. Gerçek veya zımni ön karar alındıktan sonra, dava açma süresi işlemeye başlar. Ön karar almadan tam yargı davası açılırsa, idari yargı yeri dava dilekçesini “idari merci tecavüzü” nedeni ile ilgili idareye gönderme kararı verir³³⁵.

a. Önkararda Bir Yıllık Süre

Burada önemli olan husus bir yıllık başvurma süresinin başlangıcını belirlemektir. Maddede, soyut olarak yazılı bildirim üzerine veya başka yollarla eylemin öğrenildiği tarihten söz edilmekte ve başvuru süresinin bu tarihten başlayacağı anlatılmaktadır. Ancak, salt eylemin öğrenildiği tarihi başlangıç almak tazminat davalarının niteliğine uygun düşmeyecektir. Zira

³³⁵Gözübüyük, a.g.e., s.279-280.

tüm tazminat davaları gibi idari eylemlerden doğan tazminat davalarında, ancak bir zararın ortaya çıkması üzerine açılabilir. İlgililerin uğradıkları bir zarar yoksa, tam yargı davası açma hakları da yoktur. Böyle olunca, zararın henüz ortaya çıkmadığı veya ortaya çıksa bile öğrenilemediği tarihte tam yargı davasıyla ilgili süreyi işlemeye başlamış saymak, bazı hallerde ilgililere tanınan dava süresinin çok kısılmasına, bazı hallerde de dava hakkının daha doğmadan düşmesine neden olabilir. Şu halde başvurma süresini, salt eylemi öğrenme tarihinden değil, eylemle birlikte zararlı sonucun da öğrenildiği tarihten başlatmakta zorunluluk vardır. Nitekim 2577 sayılı Kanun'un 13. maddesi bu açıdan değerlendirildiğinde de aynı sonuca ulaşılmaktadır. Anılan madde de bu davaların “idari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanlar” tarafından açılabilceği belirtilmiştir. Bu ibareden hareketle, başvurma süresine başlangıç alınacak husus, salt eylemin öğrenildiği tarih değil “ hakkı ihlal eden eylemin öğrenildiği tarihtir diyebiliriz. Dolayısıyla, başvurma süresinin işlemeye başlayabilmesi için ilgilinin sadece eylemi değil, o eylem nedeniyle hakkının ihlal edildiğini, başka bir deyişle o eylemden zarar gördüğünü öğrenmiş olmasının da gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Öte yandan, söz konusu 1 yıllık sürenin Borçlar Kanunu'nun 60 ıncı maddesindeki zamanaşımı süresine kıyasen getirildiği ve bu durumun gerekçede açıklıkla belirtildiği dikkate alındığında ve Borçlar Kanununda zamanaşımı süresinin “mutazarrır olan tarafın zarara ve file ıttılai tarihinden” itibaren başladığına göre, buna kıyasen getirilen başvurma süresinin de aynı olgular üzerine işlemeye başlayacağını kabul etmek uygun olur. Kısaca belirtmek gerekirse, 13. maddenin hem özü hem de düzenleniş biçimi bir yıllık başvurma süresinin idari eylemin ve bundan doğan zararlı sonucun (hak ihlalinin) öğrenildiği tarihten başlayacağını öngörmektedir³³⁶.

Danıştay tarafından da, başvurma süresinin, idari eylemle birlikte zararında öğrenildiği tarihten itibaren başlayacağı genel olarak kabul edilmektedir³³⁷. Halihazırda sağlık hizmetlerinden kaynaklanan hizmet kusuru davalarının görüldüğü Danıştay 10. Dairesi bakımından bu konudaki, yani bir

336 Yenice, Esin, a.g.e, s.243-244.

337 Gözübüyük, a.g.e., s.415; Yenice, Esin, a.g.e, s.244.

yıllık başvuru süresinin idari eylemle birlikte zararında öğrenildiği tarihte itibaren başlayacağı yolundaki kararlar istikrar kazanmıştır diyebiliriz.

Örneğin, Danıştay 10. Dairesince verilen bir kararda, 2577 sayılı Kanunu'nda “idareye başvuru süresinin, idari eylemlerden zarar gören kişilerin eylemi öğrendiği tarihten itibaren başlayacağı saptanmış bulunmaktadır. Zararın henüz ortaya çıkmadığı, çıksa bile öğrenilmediği tarihi süreye başlangıç almanın dava açma süresinin çok kısılmasına yol açacağı ya da dava açma hakkının kullanılmaması sonucunu doğuracağına kabulü gerekmektedir. Bu haliyle başvurma süresinin başlangıcı yalnızca eylem tarihi olarak almak yerine zararın o eylemden kaynaklandığının öğrenildiği tarihi esas almak hakkaniyete daha uygun olacaktır.” yönünde gerekçeye yer vermek sūretiyle “davanın süre yönünden reddi” yönündeki İdare Mahkemesi kararının bozulmasına karar vermiştir³³⁸.

Gözübüyük³³⁹, kimi durumlarda, zarar öğrenilmesi, tek başına dava açmak için yeterli olmadığı, zararın nedeninin, başka bir deyişle, zararlarla yönetsel eylem arasındaki nedensellik bağı bulunduğunun öğrenilmesinin de gerektiği, bu nedenle yönetsel eylemle birlikte zararın ve zarar nedeninin öğrenildiği tarihten başlatmanın hukuka uygun olacağı kanaatindedir.

Esin ve Yeniceye³⁴⁰ göre ise, zararlı sonucun öğrenilmesi demek, hem zararın kendisinin (yani belirli bir zarara uğranılmış olduğunun) hem de zararlar idari eylem arasındaki nedensellik bağı bulunduğunun (yani zararın o idari eylemden doğduğunun bilinmesi demektir. Ancak Danıştay'da başvurma süresinin idari eylemle birlikte zararın da öğrenildiği tarihte başlayacağı genel kabul görmekle birlikte ancak bu uygulama, sadece zararın kendisinin öğrenildiği tarihle sınırlı olmakta, Yüksek Mahkeme, ayrıca ilgilinin zarar nedenini öğrendiği tarihe bakmamaktadır.

Ancak Danıştay'ın son yıllarda dava konusu olaylarda, zararlar idari eylem arasındaki nedensellik bağının bilinip bilinmediği hususunu irdelediği ve bu durumu dikkate aldığı kararlarına rastlamaktayız. Örneğin; Danıştay,

338 Dan., 10.D., 11.12.2001 tarihli, E.2000/3767, K.2001/4722 sayılı kararı.

339 Gözübüyük, a.g.e., s.415.

340 Yenice, Esin, a.g.e., s.244.

davacılar... ve ...'un 2001 yılında evlenmeden önce ... Merkezinde bulaşıcı kan hastalıkları yönünden evlenmelerine sakınca olup olmadığının tespit edilmesi amacıyla tahlil yaptırdıkları, tahlil sonucunda düzenlenen 19.03.2001 tarihli raporda, eşlerde ...'un hastalık taşımadığı diğer eşin ise, orak hücre anemisi taşıyıcısı olduğu, dolayısıyla evlenmelerine engel bir durumun bulunmadığının belirtildiği, bunun üzerine davacıları evlendiği, 23.12.2002 tarihinde doğan çocukları ...'un yapılan tahliller sonucunda orak hücre anemisi hastası olduğunun tespit edilmesi üzerine davacılar ... ve ...'un başka bir hastanede yeniden yapılan tahlil sonucunda düzenlenen 1.7.2003 tarihli raporda her ikisinin de orak hücre anemisi taşıyıcısı olduğunun belirlenmesini müteakip, davacı ... tarafından ... Merkezi'nde çalışanlar hakkında Mersin Cumhuriyet Başsavcılığı'na suç duyurusunda bulunulduğu, Mersin İl İdare Kurulu'nca 21.11.2003 tarihli ve 123 sayılı karar ile 11 görevli hakkında soruşturma izni verildiği, savcılık tarafından davacı anne ve baba ile çocuk için ... Hastanesinden kesin rapor istenildiği, yapılan tahliller sonucunda anne ve babanın orak hücre anemisi taşıyıcısı, çocuğun ise, orak hücre anemisi ve talesemi hastası olduğu yolunda 7.7.2005 tarihli ve 1906 sayılı raporun düzenlendiği, bunun üzerine davacılar tarafından 3.3.2006 tarihinde noter aracılığıyla maddi ve manevi tazminat istemiyle davalı idareye başvurulduğu, başvurunun reddi üzerine açılan davada, İdare Mahkemesince bir yıllık başvuru süresinin geçirilmesi sebebiyle verilen “davanın süre aşımı nedeniyle reddi” kararının “Yasayla öngörülen tam yargı davaları idari eylem nedeniyle uğranılan zararın tazminini ifade etmektedir. Bu nedenle, tam yargı davasının açılabilmesi için eylemin idariliğinin ve yol açtığı zararın ortaya çıkması zorunludur. İdari eylem, idarenin işlevi sırasında bir hareketi, bir davranışı, bir tutumu veya hareketsizliği; idari kararlar ve işlemle ilgisi olmayan, başka bir deyişle öncesinde, temelinde bir idari karar veya işlem olmayan salt maddi tasarrufları ifade etmektedir. Söz konusu eylemlerin idariliği ve doğurduğu zarar bazen eylemin yapılmasıyla birlikte ortaya çıkarken, bazende çok sonra, değişik araştırma, inceleme ve hatta ceza yargılamaları sonucu ortaya çıkabilmektedir. Özellikle kamu görevlilerinin idari bir tasarruf yaparken, mevzuatın, üstlendiği ödevin ve yürüttüğü

hizmetin kural, usul ve gereklerine aykırı olarak, kendisine izafe edilebilecek boyutta ve biçimde, ancak yine de resmi yetki, görev ve olanaklardan yararlanarak, onları kullanarak hareket ettiği, bu nedenle de idaresinden tamamen ayrılmasını önleyen ve engelleyen görev kusurları nedeniyle doğan zararların tazmini istemiyle açılacak tam yargı davalarında eylemin idariliği, bazen ceza davalarıyla personelin şahsi kusuru sonucu mu yoksa görev kusuru sonucu mu zararın ortaya çıktığının belirlenmesinden sonra saptanabilmektedir. Bu itibarla, 2577 sayılı Yasa'nın 13. maddesinde öngörülen 1 ve 5 yıllık sürenin, eylemin idariliğinin ortaya çıktığı tarihten itibaren hesaplanması zorunludur. Aksi yorumun, zarara yol açan eylemin idariliğinin ortaya çıkmasıyla kullanılması mümkün olan dava açma hakkını ortadan kaldıracığı, hak arama özgürlüğüyle bağdaşmayacağı açıktır.” açıklamasına yer vermek suretiyle ve bu bağlamda dava konusu “olayda eylemin idariliği ... Merkezde çalışan 11 görevlinin yargılandığı ceza mahkemesi kararının sonucunda ortaya çıkacağından, ceza davasının sonuçlanıp sonuçlanmadığının, sonuçlanmış ise mahkeme kararının davacılar tarafından hangi tarihte öğrenildiğinin tespiti gerekmekte olup, davacıların 3.3.2006 tarihli başvurusunun, ceza mahkemesi kararının öğrenilmesi tarihinden itibaren 2577 sayılı Yasanın 13. maddesi uyarınca 1 yıl içerisinde yapılıp yapılmadığı araştırılarak, dava süresinde ise uyuşmazlığın esasının incelenmesi gerekmektedir.” gerekçesiyle bozulmasına karar verilmiştir³⁴¹.

Kanaatimce, idareye başvurma süresini zararın öğrenildiği tarihten başlatmak ve zararın nedeninin öğrenildiği tarihi dikkate almamak, bir çok haksızlıklara yol açabileceği gibi dava açma hakkının ortadan kaldırır biçimde süre hesabı yapılmasına ve dolayısıyla hak arama özgürlüğünün de kısıtlanmasına sebebiyet verecektir. Kaldı ki bu durum, idari yargı davalarının mahiyetine de uygun düşmeyecektir. Örneğin, cerrahi bir girişim sebebiyle sakat kalan bir kimsenin bu durumunun endikasyondan kaynaklandığını düşünerek, dava açmaması sebebiyle bir yıllık başvurma süresini geçirmiş,

341 Dan., 10.D., 17.11.2008 tarihli, E.2006/6658, K.2008/7908 sayılı kararı.

daha sonra cerrahi girişimde bulunanlar hakkında açılan ceza davası neticesinde uğradığı zararın idarenin kusurundan kaynaklandığını öğrenmiştir. Bu durumda, dava açma süresini geçirmiş olduğundan, mağduriyetinin giderilmesi imkânını kaçırmış olacaktır. Ayrıca, 2577 sayılı Kanun ile öngörülen tam yargı davaları ile “idari eylem” sebebiyle uğranılan zararın tazminini ifade etmekte olup, bu nedenle, tam yargı davasının açılabilmesi için eylemin idariliğinin ve zararın ortaya konulması gerekmektedir. Bir çok mağduriyetin giderilebilmesi ve tam yargı davalarının mahiyeti açısından, başvuru süresini idari eylemle birlikte zararın ve zarar nedeninin öğrenildiği tarihte başlatmanın daha hakkaniyetli ve adil olacaktır.

Öte yandan, ilgililerin zararı (daha doğrusu belirli bir zarara uğradıklarını) öğrendikleri tarih, gerek olayın niteliğinden gerekse bazı olgu ve belirtilerden çıkarılabilir. Uygulamada hangi verilere dayanıldığını göstermek için, zarar türlerine göre ayırım yapıp konuyu öyle incelemek uygun olacaktır³⁴².

Ölümle sonuçlanan olaylarda, idari eylem ve zararlı sonuç (ölüm) genellikle aynı anda öğrenilmiş olur. Ölüm nedeniyle tazminat isteyebilme hakkının ölenin yakınlarına tanınmış olması böyle düşünmeyi zorunlu kılmaktadır. Tazminat hakkı sahibinin ölenle aynı şehirde oturmaması veya herhangi bir nedenle (hasta olması, cezaevinde yatması gibi nedenlerle) ondan uzak olması halinde dahi, bu durum pek değişmez. Belki böyle hallerde, eylemin öğrenildiği tarihle zararlı sonucun öğrenildiği tarih arasına bir aralık (mesafe) girebilir. Ancak, “ölüm haberi çabuk duyulur” kuralı uyarınca, bu zaman aralığının da uzun olabileceği düşünülemez³⁴³.

Danıştay, davacıların mirasbırakanının, doğum için yatırıldığı ... Devlet Hastanesi'nde 21.11.1987 tarihinde aşırı kanama sonucu öldüğü, ilgili doktor hakkında verilen lüzum-u muhakeme kararı sonucu yapılan ceza yargılamasında, Yüksek Sağlık Şurası kararına dayanılarak, dikkatsizlik ve tedbirsizlik sonucu ölüme sebebiyet vermek suçundan hüküm giyen doktorun olaydaki kusurunun 28.12.1990 tarihli ceza mahkemesi kararıyla öğrenilmesi

342 Yenice, Esin, a.g.e, s.244.

343 Yenice, Esin, a.g.e, s.245.

üzerine 10.09.1991 tarihinde görevsiz yargı yerinde açılan tazminat davasında verilen görev ret kararının 22.10.1993 tarihinde kesinleşmesi üzerine 19.11.1993 tarihinde İdare Mahkemesinde açılan bir davada işin esasına girilerek İdare Mahkemesince verilen kararın “ölüm ile sonuçlanan idari eylemlerde, hak ihlalinin ölüm tarihinde öğrenildiğinin kabulü zorunludur.” gerekçesiyle, bozulmasına karar vermiştir³⁴⁴.

İdari eylemlerin sebep olabileceği bedensel zararlar ise (sakatlık, estetiksel bozukluklar gibi) genellikle kesin sağlık raporunun alındığı tarihte öğrenilmiş sayılır. İlgilinin sağlık durumu bu tarihte kesinlik kazanacağından, bu tarihten önce zararın türü, derecesi ve miktarının tam olarak belirlenmesi mümkün olamayacaktır. Başvurma süresinin kesin raporun ilgiliye bildirildiği tarihte işlemeye başlayacağını kabul etmek işin mahiyetine ve Kanuna uygun düşer³⁴⁵.

b. Önkarda Beş Yıllık Süre

Önkarar almak için bir yıllık süreden ayrı olarak, bir de beş yıllık bir süre vardır. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 13 üncü maddesine göre, ön karar almak için, bir yıllık süre içinde yönetime başvurmanın, “her halde, eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde” yapılması gerekmektedir. Beş yıllık sürenin başlangıcı, eylem tarihidir. Bir yıllık süre koşuluna uyulsa bile, beş yıllık süre içinde, yönetime ön karar almak için başvurmayan ilgili, dava hakkını yitirir³⁴⁶.

Esin ve Yenice'ye³⁴⁷ göre 2577 sayılı Kanunda beş yıllık olağanüstü süre başlangıcı “eylem tarihi” olarak saptandığından bu konuda bir tereddüde yer bulunmamaktadır.

Danıştay kararlarına baktığımız zaman dava konusu olayın mahiyetine göre beş yıllık süre başlangıcını salt eylem tarihi almak yerine

344 Dan., 10.D., 25.11.1997 tarihli, E.1996/1707, K.1997/4884 sayılı kararı.

345 Yenice, Esin, a.g.e, s.245.

346 Gözübüyük, a.g.e., s.415.

347 Yenice, Esin, a.g.e, s.243.

zararın o eylemden kaynaklandığının öğrenildiği tarihin esas alınmakta olduğunu görmekteyiz. Örneğin, Danıştay, 1992 yılında evlenen davacının çocuğunun olmaması nedeniyle başladığı tedavide 26.10.1998 tarihinde ... Hastanesinde geçirdiği operasyonda sperm kanallarının daha önce kesilmiş olduğunun saptandığından ve 1981 ve 1982 yıllarında ... Hastanesinde yapılan fıtık ameliyatı esnasında söz konusu kanalların kesilmiş olduğundan bahisle tazminat istemiyle 30.04.1999 tarihinde davalı idareye başvuruda bulunulması ve talebinin zımnen reddi üzerine açılan davada, İdare Mahkemesince zararlı eylemin 1981-1982 yıllarında gerçekleştirilen operasyonlar olduğu ve bu tarihler itibarıyla bilindiğinin kabulü ile herhalde beş yıl içinde ilgi idareye zararın tazmini için başvuruda bulunmadığı, dolayısıyla davanın esasının süre aşımı nedeniyle incelenemeyeceği gerekçesiyle verilen “davanın süre yönünden reddi” yolundaki kararı, “Yasa maddesinde idareye başvuru süresinin, idari eylemlerden zarar gören kişilerin eylemi öğrendiği tarihten itibaren başlayacağı saptanmış olmaktadır. Zararın henüz ortaya çıkmadığı, çıksa bile öğrenilmediği tarihi süreye başlangıç almanın dava açma süresinin çok kısılmasına yol açacağı Ya da dava açma hakkının kullanılmaması sonucunu doğuracağına kabulü gerekmektedir. Bu haliyle başvurma süresinin başlangıcı yalnızca eylem tarihi olarak almak yerine zararın o eylemden kaynaklandığının öğrenildiği tarihi esas almak hakkaniyete daha uygun olacaktır. Öte yandan aynı madde hükmünde yer verilen 'her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurma' koşulunun başlangıcı da yine eylem tarihi oluşturmakta ve sözkonusu eyleminde öğrenildiği kabul edilmektedir.” gerekçesiyle bozulmasına kara verilmiştir³⁴⁸.

Yine, Danıştay davacılarından ...'ın 20.12.1987 tarihinde davalı Kuruma bağlı ... Hastanesinde apandisit tanısı ile ameliyata alındığı, yapılan ameliyat sonrasında apandisitinin alındığına dair rapor hazırlandığı ancak rahatsızlığın devam ettiği, 14.01.1993 tarihinde acil olarak kaldırıldığı bir özel hastanede alındığı ameliyat sonrası daha önce alındığı söylenen

348 Dan., 10.D., 11.12.2001 tarihli, E.2000/3767, K.2001/4722 sayılı kararı.

apandisitinin alınmadığının anlaşılması üzerine açılan davada İdare Mahkemesince verilen “davanın süre yönünden reddi” yönündeki kararın, “Yasa hükmünde idareye başvuru için öngörülen en geç beş yıllık sürenin, idari eylemin tamamlandığı, yol açtığı zararın ortaya çıktığı tarihten itibaren hesaplanması gerekir. Esasen idari eylemin tamamlandığı zararın ortaya çıktığı tarih dikkate alınmadan beş yıllık sürenin hesaplanması bazı hallerde zarar ortaya çıktığında idareye başvuru süresinin dolayısıyla dava açma süresinin geçmiş olması, dava açma hakkının kullanılmaması sonucunu doğuracaktır. Zararın ortaya çıkmasıyla kullanılması mümkün olan dava açma hakkının ortadan kaldırır biçimde süre hesabı yapılmasının hak arama özgürlüğüyle bağdaştırılamayacağı açıktır.” gerekçesiyle bozulmasına karar verilmiştir³⁴⁹.

Görüldüğü üzere; Danıştay, beş yıllık sürenin başlangıcını tespit ederken 2577 sayılı Kanunun lafzına bağlı kalmamakta, uyuşmazlığın niteliğine göre salt “eylem tarihi” yerine zararın o eylemden kaynaklandığının öğrenildiği tarihi esas almakta olup, bu durumun dava açma hakkının kullanılabilmesi açısından gerekli ve isabetli olduğunu söyleyebiliriz.

c. Önkarar Aranmaması

Yönetmelik eylemlere karşı açılacak tam yargı davalarında gerekli olan önkarar alma koşulu, görev yönünden reddedilen davanın, yönetsel yargıda yeniden açılması durumunda aranmaması, İdari Yargılama Usulü Kanunu ile getirilmiştir. Buna göre, görevli olmayan adli ve asgari yargı mercilerine açılan tam yargı davasının, görev yönünden reddi halinde, sonradan idari yargı mercilerine açılacak davalarda yönetime başvurarak önkarar alma koşulu aranmaz³⁵⁰.

349 Dan., 10.D., 20.12.1994 tarihli, E.1994/1657, K.1994/6625 sayılı kararı.

350 Gözübüyük, a.g.e., s.416.

2. Dava Açma Süresi

Davanın ön kararın alındığı tarihten itibaren altmış gün içinde açılması gerektiğini söyleyebiliriz. Yalnızca 2577 sayılı Kanun'un 13 üncü maddesinin 2 nci fıkrasına göre başvuru şartının aranmadığı görevli olmayan yargı yerlerinde açılan davalar bakımından, anılan Kanun'un 9 uncu maddesine göre bu davalarda verilen görevsizlik kararının kesinleşmesini izleyen günden itibaren 30 gün içinde görevli mahkemede dava açılabilir olmakla birlikte, bu durumda otuz günlük süre geçirilmiş olsa dahi idari dava açılması için öngörülen süre henüz dolmamışsa bu süre içinde de dava açılabilir.

Burada ön kararın alındığı tarihe göre altmış günlük dava açma süresi geçirildiği, eylemin ve zararlı sonucun öğrenildiği tarihten itibaren henüz bir yıl geçirilmemiş ise yine süre aşımından söz edilebilecek midir? Sorusuna verilecek cevap ise tereddütsüz evettir. Zira, ilgilinin idareye başvurmasıyla bu bir yıllık süre kullanılmış ve bitmiş olur.

E. Husumet

Zarara yol açan eylem hangi idari birim adına yapılmışsa husumetinde ona yönelik olması gerekir. Başka bir deyişle, zarar doğuran eylem hangi idari birime mal edilebiliyorsa (isnat edilebiliyorsa) sorumluluk ve husumetin o birime yönetilmesi zorunluluğu vardır. İdari eylemler genellikle kamu hizmetlerinin yürütülmesi sırasında ortaya çıktığına göre, hizmetin sahibi durumundaki idarenin davalı yerinde bulunması gerektiği kural olarak söylenebilir. Bununla birlikte uygulamada şu sorunlarla karşılaşıldığı görülmektedir. Birinci olarak, eylemin ilişkin olduğu hizmetin birden çok idare tarafından ortaklaşa görülmesi halinde, davalının belirlenmesi güçlük kazanabilir. Böyle durumlarda eylemin niteliğine bakmak zorunluluğu vardır. Eylem, hizmeti yürüten idarelerden birinin kusurundan ileri gelmişse, sorumluluk ve husumetin yalnız kusurlu idareye yöneltilmesi; ortada kusursuz

sorumluluğu gerektiren bir durum varsa, hizmete katılan bütün idarelerin birlikte hasım gösterilmesi gerekir. İkincisi ise, idare hizmeti yürütürken başka idarelere ait araç ve gereçlerden yararlanma gereğini duyabilir. Böyle bir durumda zarar eşyanın bakım ve onarımındaki kusurdan ileri gelmiş ise, husumetin eşyanın sahibi olan idareye yönetilmesi; kullanılmasından kaynaklanmışsa sorumluluk ve husumetin bu kez kullanan idareye yönelik olması gerekmektedir³⁵¹.

III. SAĞLIK HİZMETLERİNDEN KAYNAKLANAN TAZMİNAT DAVALARINDA KUSURUN SAPTANMASINDA BİLİRKİŞİLİK

2577 sayılı Kanun'un 31. maddesi, özel hukuka ilişkin bazı usul kurallarının idari yargılamada da uygulanacağını hükme bağlamaktadır. Burada, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndaki ilgili hükümlerin 2577 sayılı Kanunda hüküm bulunmayan hallerde uygulanacağı belirtilmiştir. Madde sayılan konulardan bazıları hakkında örneğin, hakimin reddi, tarafların vekilleri ve delillerin tespiti konularında 2577 sayılı Kanunda bazı hükümler yer almakta iken, bilirkişi konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla, HUMK'daki bilirkişiliğe ilişkin düzenlemeler İdari yargıda da uygulanmakta olduğundan, idari yargıdaki bilirkişilik müessesesi HUMK çerçevesinde ele alınacaktır.

Bir davada çözümü hakim tarafından bilinmeyen özel ve teknik bilgiyi gerektiren hallerde oy ve görüşüne (rey ve mütalaasına) başvuru üçüncü kişiye (veya kişilere) bilirkişi denir (HUMK.m.275). Başka bir deyişle, hakimin özel ve teknik bilginin yetmediği hallerde, hakime yardım eder³⁵².

Bilirkişinin raporu hakimi bağlamaz (HUMK.m.286). Bu hüküm, “hakim delilleri serbestçe takdir eder” biçimindeki genel kuralın (HUMK.m.240) özel olarak uygulanmasından başka bir şey değildir³⁵³.

351 Yenice, Esin, a.g.e, s.502-503.

352 Baki Kuru, Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, **Medeni Usul Hukuku**, Ankara, 1992, s.397.

353 Kuru, Arslan, Yılmaz, a.g.e., s.404.

İster Sağlık Şurası olsun, ister Adli Tıp Kurumu olsun ister özel bilirkişiler olsun, hangisi olursa olsun eğer hakimın tatmin etmeyen bir rapor varsa yargı bu bilirkişi raporu ile bağılı olamaz. Yani ister resmî ister sivil kişi veya kurum tarafından verilsin eğer bilirkişilik raporu hakimi tatmin etmiyorsa bu kabul edilebilir bir rapor değildir, yargı yerince diğerk bir bilirkişiye başvuracaktır. Nitekim, Yargıtay'ında bu yönde kararları mevcuttur³⁵⁴.

Bilirkişilik teknik ve özel bilgi gerektirdiğı için, herkes bilirkişi olamaz ve bu nedenle herkes bilirkişiliğı kabul etmeye zorlanamaz. Ancak resmi olmayan bilirkişiler kural olarak bilirkişiliğı kabul etmek zorunda değillerdir. Ancak, bilgisine başvurulacak hususu bilmeksizin sanatını icra etmesi mümkün olmayan ve açıkça sanatını icra eden kimseler de, bilirkişiliğı kabul etmeye mecbur tutulmuşlardır (HUMK.m.278, I). Mesala, Doktorlar, ebeler ve mühendisler gibi. Bu kişiler, sadece tanıklıktan çekinme sebeplerine dayanarak bilirkişilikten çekinme hakkına sahiptirler (HUMK.m.278/II)³⁵⁵.

Kural olarak, açıkça mesleğini icra eden doktor bilirkişilik görevini kabul etmeye mecbur ise de, ihtisas ve bilgi sahasına girmeyen bir meselede kendisine verilen bilirkişilik görevinden imtina edebilir³⁵⁶.

Yargı organlarının ihtiyaç duyması halinde, onlara yardımcı olmak ve bilirkişilik yapmak üzere kanunla görevlendirilmiş kişi ve kurumlara "resmi bilirkişi" denilmektedir. Resmi bilirkişiler için bilirkişilik yapmak bir yasal yükümlülüktür ve bilirkişilik görevini reddedemezler. Adli Tıp Kurumu, Yüksek Sağlık Şurası gibi. Zira bu kurumlar, belli bir alanda inceleme ve araştırma yapmak üzere yeterli donanıma kavuşturulmuş ve görüş bildirmekle yetkili kılınmış kamu makamlarıdır³⁵⁷.

Bir husus (vakıa) hakkında, ancak o konuda özel ve teknik bilgi sahibi olan (uzman) kişiler Bilirkişi olarak seçilebilir (HUMK.m.275). Bir kişinin belli bir konuda uzman olup olmadığını belirlemede son söz hakimindir.

³⁵⁴ Ahmet Nezih Kök, "Tıbbi Kötü Uygulama ve Yüksek Sağlık Şurası", Ankara Barosu Ankara Üniversitesi Sağlık Hukuku Kurultayı (1-3 Kasım 2007 Ankara), 1. baskı, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2008, s.393.

³⁵⁵ Kuru, Arslan, Yılmaz, a.g.e., s.397-402.

³⁵⁶ Mustafa Reşit Belgesay, **Tıbbi Mesuliyet**, İstanbul, M. Sıralar Matbaası, 1953, s.133.

³⁵⁷ Yahya Deryal, "Sağlık Sektörünün Resmi Bilirkişileri: Adli Tıp Kurumu ve Yüksek Sağlık Şurası", (erişim) <http://www.haksay.org/files/yahya09.doc>, 2 Mart 2010, s.1.

Ancak, bu husus resmî bilirkişiler dışındaki bilirkişilerin seçimi için söz konusudur. Çünkü, bu husus için resmi bilirkişiler varsa, ancak bunlar arasından seçim yapılabilir (HUMK.m.276, II)³⁵⁸.

Sağlık alanındaki bilirkişiliğe geldiğimizde 1219 sayılı Kanunun 11. maddesinde, "Mahkemelerce ihtibar için müracaat edilecek tabipler yalnız bu kanunla Türkiye'de icrayı sanat salâhiyetini haiz olanlardır." hükmüne, 13. maddesinde de, "Bir şahsın ahvali bedeniye ve akliyesi hakkında rapor tanzimine munhasıran bu kanunla icrayı sanata salahiyeti olan tabipler mezundur. Türkiye'de icrayı sanat salahiyetini haiz olmayan tabiplerin raporları muteber olamaz." hükmüne yer verilmiştir. Buna göre mahkemece bilirkişi olarak görevlendirilecek tabibin 1219 sayılı Kanun'a göre tabiplik mesleğini yapmaya yetkili olanlardır diyebiliriz.

Biz burada, özellikle sağlık hizmetlerinden kaynaklanan davalarda yargı organları nezdinde bilirkişilik görevi yapmakla yükümlü resmi bilirkişileri ele alacağız.

Öte yandan, 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu'nun 38. maddesinde, "Yükseköğretim Kurulunun isteği ve ilgili kamu kuruluşunun onayı ile yüksek öğretim kurumları veya birimleri, ilgili adli mercilerin talebi ile adli tıp mevzuatı çerçevesinde adli tıp olaylarında ve diğer adli konularda resmi bilirkişi olarak görevlendirilebilirler." hükmü mevcuttur.

Bu hükme paralel olarak 2659 sayılı Adlî Tıp Kanunu'nun 31. maddesinde de, "Yükseköğretim Kurumları veya birimleri, adli tıp mevzuatı çerçevesinde adli tıp olaylarında ve diğer adli konularda Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa göre resmi bilirkişi sayılır." yönünde de düzenleme yapılmıştır. Burada kastedilen birimler, Adalet Bakanlığına bağlı Adli Tıp Kurumu ve şubeleri dışında kalan ve üniversitelerin Tıp Fakülteleri bünyesinde Enstitü veya Ana Bilim Dalı şeklinde örgütlenen araştırma ve öğretim birimleridir³⁵⁹.

2547 sayılı Kanun'un 38. maddesine ve 2659 sayılı Kanun'un 31. maddesine göre, yüksek öğretim kurumları veya birimleri sağlık

358 Kuru, Arslan, Yılmaz, a.g.e., s.400.

359 Deryal, a.g.m., s.1.

hizmetlerinden kaynaklanan davalarda resmi bilirkişi olarak kabul edilmesi gerekmekte ise de; son yıllardaki sağlık hizmetlerine ilişkin Danıştay kararlarına baktığımızda, uyuşmazlığın çözümünde esas alınması gereken bilirkişilik kurumunun Adli Tıp Kurumu olduğu ve bu Kurum dışındaki kişi ve birimlerce düzenlenen raporun esas alınarak karar verilmesinin hukuka aykırı bulunduğu, şayet somut olayda Yüksek Sağlık Şurası'nca verilen bir rapor var ise bu raporun esas alınabileceği yönünde olduğu görülmektedir³⁶⁰.

Bu sebeple, burada Adli Tıp Kurumu ve Yüksek Sağlık Şurası incelenecektir.

1982 tarihli ve 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanunu'na göre, adalet işlerinde bilirkişilik görevi yapmak üzere Adalet Bakanlığına bağlı Adli Tıp Kurumu kurulmuştur (m.1). Adli Tıp Kurumunun görevleri arasında, mahkemeler ile hakimlikler ve savcılıklar tarafından gönderilen adli tıp ile ilgili konularda bilimsel ve teknik görüşleri bildirmek sayılmıştır. (m.2).

Danıştay, idare mahkemelerince Adli Tıp Uzmanı tarafından düzenlenen rapora³⁶¹, Kocaeli Üniversitesi öğretim üyelerinden oluşan iki kişilik bilirkişi heyetince hazırlanan rapora³⁶², Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Dahili Tıp Bilimler Bölümü Adli Tıp Anabilim Dalı Başkanlığı'nca verilen raporai³⁶³ ve Antakya Devlet Hastanesi Dahiliye Uzmanından alınan görüşe³⁶⁴ dayanılarak verilen kararları, davalı idarenin tazmin sorumluluğunun 2659 sayılı Kanun hükümleri uyarınca esas itibariyle adalet işlerinde bilirkişilik görevi yapmak üzere kurulan Adli Tıp Kurumu aracılığıyla saptanmasından sonra uyuşmazlığın çözülmesi gerektiği gerekçesiyle bozmuştur.

360Dan., 10.D., 21.04.2009 tarihli, E.2007/2502, K.2009/3100 sayılı; 02.11.2007 tarihli, E.2007/5262, K.2007/5019 sayılı; 12.05.2009 tarihli, E.2008/11449, K.2009/3831 sayılı; 15.04.2008 tarihli, E.2007/8524, K.2008/2251 sayılı; 02.04.2007 tarihli, E.2006/7522, K.2007/1590 sayılı; 01.12.2008 tarihli, E.2006/6125, K.2008/8718 sayılı kararları ve Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 18.10.2007 tarihli, E2004/721, K.2007/2030 sayılı kararı.

361Dan., 10.D., 02.04.2007 tarihli, E.2006/7522, K.2007/1590 sayılı kararı.

362Dan., 10.D., 15.04.2008 tarihli, E.2007/8524, K.2008/2251 sayılı kararı.

363Dan., 10.D., 02.11.2007 tarihli, E.2007/5262, K.2007/5019 sayılı kararı.

364Dan., 10.D., 01.12.2008 tarihli, E.2006/6125, K.2008/8718 sayılı kararı.

Diğer taraftan, Yüksek Sağlık Şurası ise, Sağlık Bakanlığı'nın sürekli kuruldur ve 1219 sayılı Kanun, 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu ve 181 sayılı KHK'nın ilgili hükümlerine göre faaliyet göstermektedir.

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda ve 1219 sayılı Kanun'un 75. maddesine göre ceza davalarında mahkemelerin Yüksek Sağlık Şurası'na başvurusu zorunluluk olarak kabul edilmekte ise de tazminat davalarında mahkemelerin Şura'dan görüş veya rapor alma zorunlulukları yoktur. Dolayısıyla, idari yargı merciilerinin sağlık hizmetlerinden kaynaklanan zararlardan dolayı açılan davalarda Yüksek Sağlık Şurası'na başvurma zorunlulukları bulunmamaktadır.

Yüksek Sağlık Şurası, sağlık personeli hakkındaki adli olaylarda bilirkişilik görevi olan bir kuruldur. Şura'ya yalnız hekimler için değil, diş hekimi ve diğer sağlık meslekleri mensupları hakkında açılan davalara ilişkin dosyalarda gönderilmektedir. Yüksek Sağlık Şurası sadece ilgili mahkemelerin istemleri doğrultusunda görüş bildiren bir kurul olmayıp aynı zamanda ülkedeki nemli sağlık konularında da tavsiye niteliğinde kararlar alan, sağlık alanında uygulamaya sokulması planlanan kanun, tüzük taslaklarını inceleyerek bu konularda da görüş bildiren bir kuruldur³⁶⁵.

İdari yargı merciilerinin sağlık hizmetlerinden kaynaklanan zararlardan dolayı açılan davalarda mahkemelerin Yüksek Sağlık Şurası'na başvurma zorunlulukları bulunmamakla beraber, somut olayda Yüksek Sağlık Şurası'nca verilen bir rapor bulunuyorsa ya bu rapor yeterli bulunarak Adli Tıp Kurumu'nda tekrar rapor istenilmesine gerek görülmemekte, yada mahkemelerce Şura'dan gelebilecek bir rapor beklenilmeksizin ya da dikkate alınmaksızın verilen bir karar Danıştay tarafından bozma sebebi olarak kabul edilmektedir.

Örneğin, davacılar tarafından, sezaryanla doğan çocuklarının, sol bacağının kan dolaşımı bozukluğu, doku hasarı, nekroz ve kangren teşhisi ile diz kapağı altından kesilmesi nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen maddi ve manevi zararın tazmini talebiyle açılan bir davada; Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas

365 Hancı, a.g.e., s.37-38.

Kurulu tarafından düzenlenen 25.9.2006 tarihli raporda, idarelerce yürütülen sağlık hizmetinin sunumunda herhangi bir kusur bulunmadığı belirtilmiş ve bu rapor esas alınarak, İdare Mahkemesince davanın reddine karar verilmiş ise de, Danıştay, Dairelerinin 22.12.2008 tarihli ve E:2007/2502 sayılı ara kararına verilen cevaplardan, davalı idare sağlık personeli hakkında Bursa 2. Sulh Ceza Mahkemesi'nde kamu davası açıldığı ve Mahkemece 08.07.2008 tarihli kararla konuya ilişkin dosyanın Ankara Yüksek Sağlık Şurası'na gönderilmesine karar verildiği ve Yüksek Sağlık Şurası'nca dosyanın henüz görüşülmediği anlaşıldığından, bu durumda ilgili kamu görevlileri hakkında açılan ceza davasının sonucu ve Yüksek Sağlık Şurası'nca düzenlenen rapor dikkate alınıp, ulaşılan sonuca göre davanın çözümlenmesi gerekirken, bu hususlar araştırılmaksızın verilen kararda hukukî isabet bulunmadığı gerekçesiyle, İdare Mahkemesince verilen davanın reddi yönündeki kararın bozulmasına karar vermiştir³⁶⁶.

366 Dan., 10.D., 21.04.2009 tarihli, E.2007/2502, K.2009/3100 sayılı kararı.

SONUÇ

Anayasa'nın 56 ncı maddesi ile; Devlete, vatandaşlarına sağlık hizmeti sağlama görevi verilmiş olup, söz konusu maddeye göre devlet bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak ve bu kurumları denetleyerek yerine getirmekle yükümlüdür. Sağlık hizmetlerinin toplumun genel ve ortak bir gereksinimi olduğu ve bu hizmetlerin Devlet veya diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altındaki özel kesimler tarafından sunulan sürekli ve düzenli bir hizmet olduğu nazara alındığında, bu hizmetin temel bir kamu hizmeti olduğu açıkça anlaşılmaktadır.

Anayasanın 125. maddesi, idarenin eylem ve işlemlerinden kaynaklanan zararların tazmini gerektiğini hükme bağlanmıştır. Bu madde uyarınca, idare kamu hizmeti sunarken kişilere verdiği zararları tazmin etmek durumundadır. Bir kamu hizmeti olarak sunulan sağlık hizmetinden kaynaklanan zararlar da anılan madde hükmü uyarınca idare tarafından tazmin edilmektedir. Özel hukukta sorumluluğun ve tazminatın usul ve esasları, şartları ve kapsamı mevzuat ile tayin edilmiş olmakla birlikte, idare hukuku bakımından böyle bir düzenleme mevcut bulunmamaktadır. Bununla birlikte, idarenin tazminat sorumluluğu doktrin ve içtihatlarla ortaya konulmaya çalışılmakta ve bunun içinde özel hukuk düzenlemeleri genel olarak dikkate alınmaktadır.

Öte yandan, sağlık hizmetleri dışındaki kamu hizmetleri bakımından içtihatların daha kolay olduğu gözlemlenirken ve doktrinde bu konu hakkında genel olarak görüş birliği mevcut iken, tıp biliminin sürekli olarak bir değişim ve gelişim içerisinde bulunması, her geçen gün tıbbi teknolojik imkanların ve tıbbi metotların çeşitlilik kazanması nedeniyle sağlık hizmetleri açısından içtihatların oluşması daha çok zaman almaktadır.

Keza yukarıda belirtilen sebeplerle, sağlık alanındaki hizmet kusurunun sınırlarının açıkça ortaya konulması ve bu konuda kesin sonuçlara ulaşılmasının güç olması nedeniyle, yargı yerlerince içtihat birliğine varılmasının zor olduğunu söylemek mümkündür.

KAYNAKÇA

AKYILMAZ, Bahtiyar; Murat, SEZGİNER, Cemil, KAYA; **Türk İdare Hukuku**, Ankara, Seçkin, 2009.

ARMAĞAN, Tuncay; **İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları**, Seçkin Yayınevi, 1997.

AŞÇIOĞLU, Çetin; **Doktorların Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu**, Ankara, 1982.

ATAY, Etem, ODABAŞI, Hasan, GÖKCAN, Hasan Tahsin; **Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları**, Ankara, Seçkin, 2003.

AYAN, Mehmet; **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Ankara, 1991.

AYBAŞ, Güldalı, v.d., **Sağlık Hizmetlerinde Denetim**, Ankara, 1987.

BAYINDIR, Savaş; “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XI, S.1-2, Y.2007.

BAL, Yakup, ŞAHİN, Yahya, KARABULUT, Mustafa; **Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları**, Ankara, Seçkin, 2003.

BELGESAY, Mustafa Reşit; **Tıbbi Mesuliyet**, İstanbul, M. Sıralar Matbaası, 1953.

BEREKET BAŞ, Zuhale; “Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesi Sonucu Ortaya Çıkan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu”, Danıştay ve İdari Yargı Günü 135. Yıl Sempozyumu, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No:68, 9 Mayıs 2003.

BEREKET BAŞ, Zuhale, DEMİRKOL; Selami; **Teori ve Pratikte İdari Yargıda Dava Açma ve Davaların Takip Usulü**, 3. baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2004.

CANDAN, Turgut; **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ekim 2005.

ÇAĞLAYAN, Ramazan; **Tarihsel, Teorik ve pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**, Asil Yayın Dağıtım Ltd. Şti., 2007.

ÇAĞLAYAN, Ramazan; “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusursuz Sorumluluğu”, Sağlık Hukuku Sempozyumu (Erzincan 15-16 Mayıs 2006), Ankara, Yetkin Yayınları, 2007.

ÇOLAK, Müzeyyen; “İdarenin Sorumluluğu ve Hizmet Kusuru”, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1996.

ÇOLAK, Ahmet; Hizmet Kusurundan Malpraktise, Türk Nöroşirürji Derneği Bülteni, (erişim) <http://www.turknorosirurji.org.tr/pdf/hizmetkusuru.pdf>, 24 Nisan 2007.

DALAMANLI, Lütfü, İZGİ, Ömer; **(Açıklamalı, İçtihatlı ve Örnekli) Tazminat Davaları**, Ankara, Yargıcı Ofset Matbaacılık, 1999.

DALAMANLI, Lütfi; **Kanunlarımızda Tazminat Hukuku ve Tabikası**, Ankara, İş Matbaacılık, 1973.

DEMİRHAN ERDEMİR, Ayşegül; **Tıbbi Deontoloji ve Genel Tıp Tarihi**, Bursa, Güneş&Nobel Yayınları, 1996.

DURAN, Lütfi; İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982.

ER, Ünal; **Sağlık Hukuku**, Ankara, Savaş Yayınevi, 2008.

EREN, Fikret; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, Beta Basım Yayım, Güncelleştirilmiş 8. baskı, 2003.

EREN, Nevzat; **İl, İlçe ve Köylerde Sağlık Yönetimi ve Mevzuatı**, İstanbul, Beta Basım, 1984.

ESİN, Yüksel; **Danıştayda Açılacak Tazminat Davaları**, İkinci Kitap: Esas, İdarenin Hukukî Sorumluluğu, Ankara, Bakanoğlu Matbaacılık, 1973.

ESİN, Yüksel; Dündar, Erol; **Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları** Birinci Kitap: Usul, Ankara, Balkanoğlu Matbaacılık, 1971.

GÖNEN, K. Eren; “İdari Yargıda Manevi Tazminat Meselesi”, **Danıştay Dergisi**, S.108, Ankara, 2004.

GÖZLER, Kemal; **İdare Hukuku**, Bursa, C.II, Ekin Kitapevi Yayınları, 2003.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref; **Yönetmelik Yargı**, Ankara, Güncelleştirilmiş 15. baskı, 2002.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref; **Yönetim Hukuku**, 15. bası, Turhan Kitabevi Yayınları, Ekim 2001.

GÜNDAY, Metin; **İdare Hukuku**, Ankara, Güncelleştirilmiş 8. Baskı, 2003.

GÜRAN, Sait, "Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu", **Danıştay Dergisi**, Yıl:12, Sayı:46-47, 1982.

GÜRAN, Sait; "Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu (Ankara 12-13 Mayıs 1979), İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980.

GÜRSOY, Kemal Tahir; "İdarenin Sorumluluğuna İlişkin İlkelerde Son Gelişmeler ve İsviçre Hukukunda İdarenin Hukuki Sorumluluğunun Ana Hatları", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu (Ankara 12-13 Mayıs 1979), İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980.

GÜRSOY, Kemal Tahir; "Destekten Yoksun Kalma Tazminatı", **AÜHFD**, Ankara, S.29, 1972, No:1-2.

HAKERİ, Hakan; "Hastane Yönetiminin Sorumluluğu", Ankara Barosu Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Kurultayı (1-3 Kasım 2007 Ankara), Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2008.

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

HANCI, İ. Hamit, **Malpraktis Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu**, Ankara, Seçkin, 2006.

KAPLAN, Gürsel; İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukukî Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler, (erişim) http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=62, 11 Mayıs 2007.

KARAEĞE, Özge; "Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusurlu Sorumluluğu", Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2001.

KARAHASAN, Mustafa Reşit; **Sorumluluk ve Tazminat Hukuku (İki Cilt Birarada)**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1981.

KILIÇOĞLU, Ahmet M.; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 5. bası, Ankara, 2005.

KIZILYEL, Serkan; “İdarenin sağlık Hizmetinden Doğan Tazminat Sorumluluğu”, Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır, 2006.

KIZILYEL, Serkan; “Sağlık Hizmetleri Yönünden Hizmet Kusuru Kavramını Yeniden Düşünmek”, **Terazi**, Yıl:3, Sayı:24, Ağustos 2008.

KIZILYEL, Serkan, “İdarenin Sağlık Hizmetinden Doğan Tazminat Sorumluluğu”, Ankara Barosu Ankara Üniversitesi Hukuk Sağlık Hukuku Kurultayı (1-3 Kasım 2007 Ankara), Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2008.

KÖK, Ahmet Nezi; “Tıbbi Kötü Uygulama ve Yüksek Sağlık Şurası”, Ankara Barosu Ankara Üniversitesi Sağlık Hukuku Kurultayı (1-3 Kasım 2007 Ankara), Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2008.

KURU, Baki, ARSLAN, Ramazan, YILMAZ, Ejder; **Medeni Usul Hukuku**, Ankara,1992.

KÜÇÜK, Aziz; “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusurlu Sorumluluğu”, Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2001.

ODYAKMAZ, Zehra, “Sağlık Hizmetlerinde idarenin Kurumsal Sorumluluğu Açısından Avukatın Gözönünde Bulundurması Gereken Hususlar”, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk Sempozyumu (16-17 Ocak 2009 Mersin), Mersin Barosu, Şen Matbaa.

ONAR, Sıddık Sami; **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C.III, 3. bası, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966.

OYTAN, Muammer; Hizmet Kusuru Nedeniyle İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep Anlayışındaki Gelişmeler, Ankara, Adalet Bakanlığı Yayınları, 1999.

ÖZAY, İlhan; **Günlük Yönetim**, Fakülteler Matbaası, Ekim 2004.

ÖZDEMİR, Necdet; **Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu**, Ankara, Yenidesen Matbaası, 1963.

ÖZGÜLDÜR, Serdar; Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 1996.

ÖZTÜRKLER, Cemal; **Hukuk Uygulamasında Tıbbi sorumluluk Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları**, Ankara, Seçkin, 2006.

REİSOĞLU, Safa; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 12. bası, İstanbul, 1998.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi, v.d.; **Tekinay Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, 5. bası, İstanbul, Cilt 1, Fakülteler Matbaası, 1985

TÜRKMEN, Ali; **Hasta ve Hekim Hukuku**, Samsun, Erol Ofset Matbaacılık Yayıncılık san. ve Tic. Ltd. Şti., 2009.

Türkiye Sağlık Hizmetlerinde 80. Yıl, Sağlık Bakanlığı Sağlık Bilgi Erişim Merkezi Akademik Metinler-Kitaplar, (erişim) <http://www.sabem.saglik.gov.tr>, 13 Nisan 2007.

UÇAKHAN GÜLEÇ, Sema; **Maddi Tazminat Esasları ve Hesaplanması**, 4. baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2002.

ÜNLÜÇAY, Mehmet; “İdarenin Tazmin Borcu ve Enflasyon Olgusu”, **Danıştay Dergisi**, S. 94, Ankara, 1998.

YAMAN, Murat; “Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında İdare Hukukunda Sorumluluk, Hizmet Kusuru Ve Kusursuz Sorumluluk Kavramları”, (erişim) http://www.msb.gov.tr/ayim_makale_detay.asp.?IDNO=54, 11 Mayıs 2007.

YAYLA, Yıldızhan; “İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu (Ankara 12-13 Mayıs 1979), İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980.

YENİCE, Kazım, Esin, YÜKSEL; **Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdari Yargılama Usulü**, Ankara, Arısan Matbaacılık, 1983.

YILDIZ, Mustafa; “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusursuz Sorumluluğu”, Sağlık Hukuku Sempozyumu (Erzincan 15-16 Mayıs 2006), Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.

Yüzyıl Boyunca Danıştay (1868-1968), Ankara, Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1963.

ÖZET

ÇATAK IRİZ, Betül, Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı İdare Hukuku Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara-2010

İdarenin sağlık hizmetinden kaynaklanan tazminat sorumluluğunu irdelleyen bu çalışma üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, sağlık hizmetleri kavramı ve türleri açıklanarak, bu hizmetin sunulduğu yerler ile sunan personel hakkında kısaca bilgi verilmiştir.

İkinci bölümde de, sağlık hizmetlerindeki hizmet kusurunun özellikleri, hizmet kusuru teşkil eden durumlar ve bu konuda idarenin sorumluluğunu gerektiren şartlar ile bu sorumluluğu ortadan kaldıran ve azaltan sebepler detaylı olarak incelenmiş, konu hakkındaki Fransız ve Türk Danıştay'ının görüşü yargı kararları doğrultusunda ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Çalışmanın son kısmını oluşturan üçüncü bölümde ise, sağlık hizmetlerinden kaynaklanan tazminat davalarında, tazminatın kapsamı açıklanmış ve yargı kararları çerçevesinde idari yargıdaki tazminat davasının usulü ile bu davalarda kusurun tespiti işleminde bilirkişilik konusu incelenmiştir.

ABSTRACT

ÇATAK IRIZ, Betül, Responsibility of Management for Damages Arising from the Health Services, Gazi University Institute of Social Sciences Department of Public Law Field of Administrative Law Postgraduate Thesis Ankara-2010

This study arising from the health service of management and exploring the liability for compensation consists of three parts. A health services conception and its types are specified in the first part. Along with that, the brief information about the staff and places where the services are provided is given in the following part.

The features of the service defect in health services, situations provoking the service defect, conditions requiring responsibility of the management in this respect and causes removing and reducing this responsibility have been examined in detail in the second part. And besides, French and Turkish State Councils' views in respect of jurisdictional decisions about the following subject have been set forth.

A compensation conception in compensation actions arising from the health services is specified in the third part. In addition to that, a manner of compensation action in administrative jurisdiction in the framework of jurisdictional decisions, and expert subject in defect determination procedure have been examined in the last part of the following study.