

# SAĞLIK HİZMETLERİNİN YÜRÜTÜLMESİNDE İDARENİN KUSURA DAYANAN SORUMLULUĞU

Öğr. Gör. Fatih BİRTEK\*

## GİRİŞ

İnsan yaşamının düzenli bir şekilde idamesi için; fiziki ve ruhsal bütünlüğünün sağlanması ve korunması, fiziksel ve ruhsal yönden tam bir iyilik içinde bulunması gerekmektedir.

Sağlık hakkı, kişinin toplumdan veya devletten, sağlığının korunmasını ve hastalıklı halinde tedavi edilmesini isteyebilme ve böyle bir durumda toplumsal sağlık kuruluşlarından faydalanabilmesidir.<sup>1</sup>

Sağlık hakkının bulunmadığı ve kişinin fiziksel ve ruhsal yönden tam bir iyilik içinde bulunmadığı bir durumda; yaşama hakkının tam anlamıyla varlığından söz etmek mümkün değildir. Sağlık hakkı, niteliği itibariyle bir sosyal hak olup, devletin zorunlu olarak yerine getirmesi gereken edimleri kapsamakla birlikte, vatandaşın devletten olumlu davranışları istemesini gerektirmekte ve temel hak ve hürriyetler ayrımında Jellineck in klasik sınıflaması içinde, pozitif statü ( isteme ) hakları arasında yer almaktadır.<sup>2</sup>

Sağlık hakkının vücut bulmasında devlete düşen yükümlülük, temin/tedarik yükümlülüğü olup, sağlık hizmetinin gerçekleştirilmesi idarenin klasik kamu hizmetleri arasında yer almaktadır.<sup>3</sup> İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi'nde sağlık; münhasır bir hak olarak düzenlenmiş ve sağlıklı yaşama hakkı güvence altına alınmıştır.<sup>4</sup> Yine Anayasamızın 56. maddesinde, “ Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir ” denilerek, güvence altına alınmış ve aynı maddenin 3. fıkrasında; “ Devlet, herkesin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve

\* Polis Akademisi Başkanlığı Niğde Polis Meslek Yüksekokulu.

1 ŞEHİSUVAROĞLU, Bedi N: Tıbbi Deontoloji, İstanbul, 1986, s. 54

2 AKIN, İlhan F: Temel Hak ve Özgürlükler, İstanbul, 1968, s.5

3 GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, (İdare Hukuku) 7. Bası (Aynı Bası), Ankara, 2003, s. 291; GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku (İdare Hukuku), Cilt 2, Bursa, 2003, s. 236

4 KARAEĞE, Özge: Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusur Sorumluluğu (İdarenin Kusur Sorumluluğu), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi , İzmir, 2001, s.11

madde gücünde ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler ” denilerek bu konuda devlete ödev yüklemektedir.<sup>5</sup>

İdare sağlık hizmetini, kamu hastanelerinde çalışan hekimler ve diğer sağlık meslek mensupları aracılığı ile yerine getirmektedir. Sağlık kamu hizmetinin sunumunu ve bu sunum sırasında meydana gelen kusurlar özel hukuktan ceza hukukuna kadar bir çok hukuk disiplini ilgilendiren geniş bir yelpazeye sahiptir. Yine bu bağlamda hekimin sorumluluğu, tıbbi müdahaleden doğan sorumluluk ile sınırlı bir kavram değildir. Hekimin sorumluluğunda tıbbi müdahale birincil, öncelikli bir mesele olarak karşımıza çıkmakla birlikte bu sorumluluğun yanında hekim açısından ikincil bir takım sorumluluklar da söz konusudur.<sup>6</sup> Ancak bu çalışmanın konusu idare hukukuna ilişkin kusur sorumluluğu ile inhisar edildiğinden, değerlendirmemiz, tıbbi müdahaleden doğan sorumluluk kapsamında ortaya konulacaktır.

İdarenin ajanlarının sağlık hizmetinin sunumu sırasında kusurlu davranışları sebebiyle, sağlık hizmetinden faydalanan kişilere zarar vermeleri muhtemeldir. İdare ajanlarının ( kamu görevlilerinin ) kusurlu davranışları ile bireylere vermiş oldukları zararlardan dolayı sorumlu tutulmaları, hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Klasik kamu hukuku anlayışla bakıldığında, *nerede yetki var ise orada sorumluluk vardır*. İdarenin sağlık hizmetlerinin yürütülmesinde kusursuz sorumlu olduğu durumlar bulunmakta ve hatta Fransız Danıştay’ının içtihatlarına bakıldığında<sup>7</sup>: sosyal devlet anlayışındaki ilerlemenin de etkisiyle, özellikle sağlık hizmetlerinin sunumunda kusurlu sorumluluktan kusursuz sorumluluğa doğru bir gidiş göze çarpmakta ise de bu çalışmanın amacı bakımından konumuz idarenin sağlık kamu hizmetini yerine getirirken meydana gelen kusura dayanan sorumluluk ile sınırlandırılmıştır.

## I- SAĞLIK HİZMETİ KAVRAMI

Sağlık hizmeti Anayasa’nın 56. maddesi bağlamında devletin yerine getirmekle yükümlü olduğu bir kamu hizmetidir. Kamu hizmeti kavramı doktrinde: “giderilmesinde kamu yararı bulunan, bir toplumsal gereksinmeyi

5 ÖZCAN, Mesut: Hekimin Tıbbi Hatalarından Kaynaklanan Cezai Sorumluluğu (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2002, s.2

6 İkincil yükümlülükler ve hususiyetle Sır Saklama Yükümlülüğü için bkz. AKÇAKOCA, Mehmet: Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007/2, s. 103-104

7 KAPLAN, Gürsel: İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler, (Yeni Gelişmeler) A.Y.İ.M 19 Numaralı Dergi, s. 3

karşılama amacıyla, kamu tüzel kişileri ya da onların gözetim ve denetimi altında özel girişim tarafından, özel bir hukuksal çerçeve içinde yürütülen etkinliklerdir. ” şeklinde tanımlanmaktadır.<sup>8</sup> Bir başka tanımda ise: “ Bir kamu tüzel kişisi veya onun denetimi altında bir özel kişi tarafından yürütülen kamu yararı amacına yönelik faaliyetlerdir. Kamu hizmeti, kamu tüzel kişisi tarafından sağlanan veya üstlenilen kamu yararı amacına yönelik bir faaliyettir. ” şeklinde tanımlanmıştır.<sup>9</sup> GÜNDAY: “ Siyasal organlar tarafından kamuya yararlı olarak kabul edilen, bir kamu kuruluşunun ya kendisi ya da yakın denetimi ve gözetimi altında özel kesim tarafından yürütülen faaliyetlerdir ” şeklinde tanımlamaktadır.<sup>10</sup> CHAPUS ise, kamu hizmetini: “ kamu yararı amacıyla bir kamu tüzel kişisi tarafından sağlandığında veya üstlenildiğinde kamu hizmeti teşkil eder diyerek ” tanımlamaktadır.<sup>11</sup>

Anayasa Mahkemesi ise: “*Kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı yada çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir*” şeklinde bir tanımlama yapmaktadır.<sup>12</sup> Danıştay da benzer bir tanım yapmaktadır.<sup>13</sup> Her iki tanımlamaya bakıldığında; bir teşebbüs veya faaliyetin kamu hizmeti olması ya da olmamasının, yer ve zaman koşulları içinde, yetkili kamu organlarının takdiri ile belirlenip saptanan, tamamen değişken ve izafi bir kavram olduğu ortaya çıkmaktadır.<sup>14</sup>

Sağlık kamu hizmetinin, kamu hizmetlerinin konu bakımından sınıflandırılması neticesinde, idari nitelikte bir kamu hizmeti olduğu aşikârdır.<sup>15</sup> İdari kamu hizmeti; devletin öteden beri yürüttüğü<sup>16</sup>, klasik anlamda devletin vatandaşlara karşı yerine getirme borcu altında bulunduğu klasik idari

8 KAPLAN, Gürsel: (Yeni Gelişmeler), s. 4

9 GÖZLER, Kemal: (İdare Hukuku), s. 218

10 GÜNDAY, Metin: (İdare Hukuku), s. 285; GÖZÜBÜYÜK-TAN, A.Şeref- Turgut: (Genel Esaslar), s. 642; GÖZLER, Kemal: (İdare Hukuku), s. 236.

11 CHAPUS, Droit Administratif general, op. cit. C.1, s. 983 (Nakleden: GÖZLER, Kemal: (İdare Hukuku), s. 219, dn. 7)

12 Anayasa Mahkemesi, 09.12.1994 tarih ve E. 994/43- K, 994/42- 2 Sayılı karar. RG; 24.01.1995, Sayı. 22181, s. 21.

13 Danıştay 5. D; 16.12.1998, E. 996/1467- K. 998/3085 (Nakleden: (Nakleden; GÖZÜBÜYÜK-TAN, A.Şeref- Turgut, İdare Hukuku Genel Esaslar (Genel Esaslar), 1. Cilt, Güncelleştirilmiş 4. Baskı, s. 642)

14 İbid.

15 GÜNDAY, Metin: (İdare Hukuku), s. 291; GÖZLER, Kemal: (İdare Hukuku), s. 219

16 GÜNDAY, Metin: (İdare Hukuku), s. 291

hizmet sınıfında yer almaktadır. Sağlık hizmetinin, kamu hizmeti ( idari nitelikte kamu hizmeti ) sayılmasının önemi; *idarenin sağlık hizmetleri dolaşısıyla kusurlu ve/veya kusursuz sorumluluğunda* temel ölçüt<sup>17</sup> olarak kabul edilmesinde yatmaktadır.

Kamu hastaneleri devlet veya diğer kamu tüzel kişileri<sup>18</sup> tarafından kurulup işletildiğinden ve sundukları sağlık hizmeti de, nitelik yönünden kamu hizmeti olduğundan bu tür hastanelerin, idari nitelikte bir kamu hizmeti ifa ettiklerini söylemek mümkündür.<sup>19</sup>

İdare hukuku öğretisinde kamu hizmetinin nitelikleri olarak; *süreklilik, nesnellik-eşitlik, bedelsizlik, değişkenlik* sayılmaktadır.<sup>20</sup> Sağlık hizmetinin söz konusu olduğu durumlarda, idarenin sağlık kamu hizmetini yerine getirme ödevi süreklilik taşır.<sup>21</sup> Dolayısıyla insanların sağlıklı yaşayabilmesi için sunulacak kamu hizmeti sürekli, kesintisiz olarak devam etmelidir. Maliyetin artması, kazanç sağlanamaması gibi gerekçelerle sunulan sağlık hizmetleri aksatılamaz.<sup>22</sup> Eşitlik ilkesi gereğince de, sağlık hizmetinden faydalanan tüm bireylerin hizmete ulaşmada ve hizmetten faydalanmada eşit imkânlardan faydalanması bir zorunluluktur. Yine sağlık kamu hizmetinde, idare bakımından; hizmet sunumunda, maliyet- bedel, kar- zarar gibi karşılaştırmalar yapılamaz.

- 
- 17 J. -F. Lachaume, *Garnds Services Publics*, Massan, 1989 Paris, s. 80 (Nakleden; GÖZÜBÜYÜK-TAN, A.Şeref- Turgut: (Genel Esaslar), s. 642)
- 18 06.01.2005 Tarih ve 5283 Sayılı Bazı Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Ait Sağlık Birimlerinin Sağlık Bakanlığı'na Devredilmesine Dair Kanun' un 2. maddesi: “ *Cumhurbaşkanlığı, yüksek mahkemeler, Sayıştay, Türk Silahlı Kuvvetleri, Milli İstihbarat Teşkilatı, üniversiteler, mahalli idareler ve mazbut vakıflara ait sağlık birimleri hariç olmak üzere, bakanlıkları, bakanlıkların bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşları ile diğer kamu kurum ve kuruluşlarını kapsar.*” hükmü uyarınca, maddede beri tutulan kurumlar dışındaki kurumlara (Örneğin, S.S.K, T.C.D.D, P.T.T. ...) ait olan bütün sağlık tesisleri Sağlık Bakanlığı çatısı altında birleştirilmiştir.
- 19 Kamu hizmeti kavramı öğretide *maddi ve organik* açıdan tanımlanmıştır. Maddi açıdan kamu hizmeti, faaliyetin niteliğine göre değerlendirilir. Organik açıdan ise, kamu tüzel kişisi tarafından yerine getirilen hizmet kamu hizmetidir. GÜNDAY, Metin: *İdare Hukuku*, s. 282; ÖZAY, İl Han, *Günüşğında Yönetim*, İstanbul, 1996, s. 231; GÖZÜBÜYÜK-TAN, (Genel Esaslar), s. 645; GÖZLER, Kemal: (*İdare Hukuku*), s. 219
- 20 GÜNDAY, Metin: (*İdare Hukuku*), s. 286-288; GÖZÜBÜYÜK-TAN, A.Şeref- Turgut, (Genel Esaslar), s.655-662; GÖZLER, Kemal: (*İdare Hukuku*), s.264-304; GİRİTLİ, İsmet- AKGÜNER, Tayfun; *İdare Hukuku Dersleri 2*, İstanbul, 1987, s. 135; YAYLA, Yıldızhan: *İdare Hukuku I*, İstanbul, 1990, s. 62- 66; ONAR, Siddik Sami; *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C.1, İstanbul, 1966, s. 14;
- 21 KARAEGE, Özge: (*İdarenin Kusur Sorumluluğ*), s. 23; GÖZLER, Kemal: (*İdare Hukuku*), s.263-269
- 22 YAYLA, Yıldızhan: *İdare Hukuku*, s.63

Sağlık hizmetinin amacı kar elde etmek ve verimlilik sağlamak değildir. Sağlık hizmetlerinde temel amaç, kamu yararının gerçekleştirilmesidir. Bu noktadan hareketle; klasik idari hizmetlerde (bayındırlık, nüfus, vb.) olduğu gibi, sağlık kamu hizmetinin de büyük bir çoğunluğunun bedelsiz olduğunu söylemek mümkündür. Ancak, zaman içerisinde nüfus artışı ve sağlık hizmetlerinin kaynak finansmanında sıkıntı yaşanması (teknolojik gelişmeleri sürekli takip zorunluluğu) ve sosyal devlet ilkesi gereği idarenin faaliyet alanlarında meydana gelen genişlemelerden ötürü, hizmetten faydalananlardan belirli bir miktar para alınması kabul edilmiştir.<sup>23</sup>

Ancak alınan bu bedelin, faydalanan hizmetin tam bir bedel karşılığı olmadığı/ olamayacağı açık olup; hizmete katılma payı<sup>24</sup> şeklinde olduğu aşikârdır. Bu noktada idarenin yürüttüğü kamu hizmetlerinde, bir kazanç elde etmesi düşünülmemeyeceği gibi, hizmetten yararlananlardan alınan paralarla o hizmetin maliyetinin karşılanması da düşünülemez.<sup>25</sup>

## II- SAĞLIK HİZMETİNİN ÇEŞİTLERİ

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

Sağlık hizmetleri, 224 Sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun' un 2. maddesinde tanımlanmaktadır. Bu madde hükmüne

23 GÜNDAY, Metin: (İdare Hukuku), s. 288

24 GÜNDAY, Metin: (İdare Hukuku), s. 289, GÖZÜBÜYÜK-TAN, A.Şeref- Turgut, (Genel Esaslar), s.660- 661

25 Anayasa Mahkemesi: “ Karayollarından ve köprülerden alınan geçiş ücretleri, kimi hastane ücretleri, kamu hizmetlerinin karşılığı olarak kişilerden alınan resim ve harç niteliğinde olmayıp, ekonomik koşullara göre oluşturulan ve hizmetin tesislerinin bakım ve idamesini ev yeni yatırımlar yapılmasını sağlamak için belirlenen fiyatlardır. Bu nedenle gelir ortaklığı senedi ile kişilere bırakılabilir.” gerekçesi ile aksi görüşü benimsemektedir. Ancak Anayasa Mahkemesi bir başka kararında da: “ Kamu hizmetlerinden yararlananlardan kullanım oranlarına ve ödeme güçlerine göre ücret alınmak suretiyle, hizmetten yararlananlarla yararlanmayanlar arasında eşitsizlik giderilmiş olmaktadır. Ancak, gelir düzeyi ne olursa olsun, belirlenen ücreti ödeyemeyecek olanlardan bu ücretin alınmaması ya da onlar adına ödenmesi olanakları da uygulamaya konulmalıdır.” diyerek, doktrindeki görüşe paralel bir görüş benimsemiştir.

göre sağlık hizmetleri: “ İnsan sağlığına zarar veren çeşitli faktörlerin yok edilmesi ve toplumun bu faktörün tesirinden korunması, hastaların tedavi edilmesi, bedeni ve ruhi kabiliyet ve melekeleri azalmış olanların işe alıştırılması ( rehabilitasyon ) için yapılan tıbbi faaliyetlerdir.” şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımlamadan hareketle, sağlık hizmetlerini; koruyucu, tedavi edici ve rehabilite edici hizmetler olarak üçe ayırmak mümkündür.

**Koruyucu Sağlık Hizmetleri:** Toplum sağlığının korunması, hastalıkların önlenmesi, toplum sağlığına zarar veren nedenlerin ortadan kaldırılması için yapılan hizmetler, koruyucu sağlık hizmetleridir. Bu tür hizmetlere örnek olarak, salgın hastalık olduğu durumlarda ve yine bu durumlarda sınırlı olmadan yapılan bebek, çocuk ve gebe aşılama ve karantina<sup>26</sup> uygulamalarını saymak mümkündür.

**Tedavi Edici Sağlık Hizmetleri:** Kişilerin bedeni veya ruhi bir rahatsızlıkları neticesinde bir sağlık kurumuna ( birinci derece, ikinci derece, üçüncü derece sağlık kuruluşlarından her hangi birisine ) başvurması ve rahatsızlığı ile ilgili olarak teşhis, tıbbi müdahale, tedavi, gözetim aşamalarını içeren sağlık hizmeti türüdür. Bu sebeple birinci derece sağlık birimleri olan, sağlık ocakları<sup>27</sup> ve dispanserler; ikinci derece sağlık birimleri olan devlet hastaneleri ve üniversite hastaneleri; üçüncü derece sağlık birimi olan özel dal hastaneleri, tedavi edici sağlık hizmeti sunan birimlerdendir.

**Rehabilite Edici Sağlık Hizmetleri:** Hastalanma ve kazalara bağlı olarak gelişen kalıcı bozukluklar ( sekeler ) ve sakatlıkların günlük hayatı etkilemesini engellemek ya da bu etkiyi en aza indirmek; kişinin bedensel ve ruhsal yönden başkalarına bağımlı olmadan yaşamalarını sağlamak<sup>28</sup> ve kişileri sosyal hayata entegre etmek amacıyla düzenlenen sağlık hizmetleridir.

Sağlık hizmetlerinin bu üç grup ile sınırlı olmasına rağmen, öğretilerde; sağlık merkezlerine müracaat adli vakalar hakkında düzenlenen raporların ve sağlık hizmeti esnasında hastanın özel bir takım bilgilerine sahip olunması neticesinde ortaya çıkan sırrın öğrenilmesi ve bu sırrın saklanması gibi hallerin de sağlık hizmeti kavramından sayıldığı öne sürülmektedir. Her ne kadar adli raporların düzenlenmemesi; T.C.K’ da yaptırıma bağlanan, adli görev ihmal, sağlık meslek mensuplarının suçu bildirmemesi suçlarını iktiza etse de, sırf bu niteliği anılan rapor düzenleme işlemini sağlık hizmeti yapmaya yet-

26 AŞÇIOĞLU, Çetin: Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Doktorların Devletin ve Özel Hastanelerin Sorumluluğu (Ceza ve Hukuki), Ankara, 1993, s. 113

27 Sağlık ocakları ve dispanserler tedavi edici sağlık hizmeti sunan sağlık kuruluşları olsa da, bu birimlerin koruyucu sağlık hizmeti sunma niteliği daha ağır basmaktadır.

28 KARAEĞE, Özge: (İdarenin Kusur Sorumluluğu), s. 26

meyecektir. Kanaatimizce, anılan rapor düzenleme biçimindeki işlemler, sağlık hizmeti ( teşhis, tedavi vs. ) işlemlerinden ayrılmayan bir takım zorunlu unsurlardan olup, münhasıran bir sağlık hizmeti teşkil etmezler.<sup>29</sup>

Sırrın öğrenilmesi ve saklanması faaliyetinin de sağlık hizmetinden sayılması gerektiği öne sürülmektedir.<sup>30</sup> Tıbbi Deontoloji Tüzüğü' nün 4. maddesi, " hekim ve diş hekimi, meslek ve sanatının uygulaması nedeniyle öğrendiği sırları, kanuni bir zorunluluk olmadıkça, açıklayamaz ." hükmünü barındırmaktadır. Ancak anılan düzenleme, her ne kadar hekime sır saklama yükümlülüğü yüklemiş olsa da, bu düzenlemenin mahiyetinden sır saklamanın bağımsız ve farklı nitelikte bir sağlık hizmeti olduğunu çıkarmak mümkün değildir. Tıpkı adli rapor ve kayıtlarda olduğu gibi, sır saklama yükümlülüğü de sunulan sağlık hizmetini zorunlu bir sonucu olarak ortaya çıkarmaktadır. Her ne kadar sır saklama yükümlülüğünün ihlaline mevzuat hükümleri ( T.C.K ) bir yaptırım bağlamış olsa da, sırf bu yaptırımdan ötürü sır saklamanın bağımsız bir sağlık hizmeti türü olduğunu söylemek mümkün değildir. Sır saklama yükümlülüğü de, sunulan sağlık hizmetinin olmazsa olmaz ( sine qua non ) sonucu olduğundan, asıl sağlık hizmetine zorunlu olarak bağlı olan bir sağlık hizmetidir. Asıl hizmetten bağımsız ve münhasır bir sağlık hizmeti türü değildir.

### **III- SAĞLIK HİZMETİNDEN YARARLANANLAR VE YARARLANMAYA ADAY OLANLAR**

Klasik idari nitelikte kamu hizmetlerinde olduğu gibi, sağlık hizmetinin sunulması bakımından da bireyler, hizmetten fiilen yararlananlar ve yararlanmaya aday olanlar şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır.<sup>31</sup> Sağlık hizmetinden yararlanan kavramı; " koruyucu sağlık hizmetinden yararlananlar yani toplum, ayakta veya yatakta tedavi edici sağlık hizmetlerinden yararlananlar ile rehabilite edici sağlık hizmetlerinden fiili ilişki içinde<sup>32</sup> yararlanan gerçek kişileri" ifade etmektedir.<sup>33</sup>

29 Raporlama ve kayıt işlemleri sağlık hizmetinin varlığını (icra edildiğini) ispat eden işlemlerden olduğu için, Tababet ve Şuabatı Tarzı Sanatların İcrasına Dair Kanun m.72, 73 uyarınca her sağlık hizmetine ilişkin işlemin kaydı ve raporlanması zorunlu ve gereklidir. Bu sebeple raporlama işlemi, ilintili olduğu sağlık hizmeti işleminden bağımsız bir sağlık hizmeti türü değildir.

30 KARAEĞE, Özge: (İdarenin Kusur Sorumluluğu), s. 27

31 GÖZLER, Kemal: (İdare Hukuku), 275- 276; KAPLAN, Gürsel: (Yeni Gelişmeler), s.3; KARAEĞE, Özge: İdarenin Kusur Sorumluluğu, s. 35

32 KAPLAN, Gürsel: (Yeni Gelişmeler), s. 3

33 KARAEĞE, Özge: (İdarenin Kusur Sorumluluğu), s. 35;

Sağlık hizmetinden yararlanmaya aday olanlar ise: Henüz fiilen sağlık hizmetinden faydalanmıyor olmakla birlikte, toplumun bir bireyi olarak sağlık kamu hizmetinden gelecekte potansiyel olarak faydalanabilecek, sağlık hizmeti sunan birimlerden her hangi bir şekilde faydalanması muhtemel olan kimselerdir.

Sağlık hizmetinden yararlananlar ile yararlanmaya aday kimseler ayrımının önemi eşitlik ilkesinde yatmaktadır. Yukarıda da izah edildiği üzere, kamu hizmetinin – bir kamu hizmeti olması sebebiyle de sağlık hizmetinin – yürütülmesine hâkim olan ilkelerden birisi de eşitlik ilkesidir. Eşitlik ilkesi uyarınca, devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun davranmak zorunluluğundadır<sup>34</sup>. Bu nokta sağlık hizmetinden faydalanan kimselerin hiçbir şekilde ve hiçbir gerekçe ile farklı hizmet sunumuna tabi tutulması mümkün değildir. Kullanıcılar kural olarak kamu hizmetinden eşit bir şekilde yararlanmalıdır<sup>35</sup>. Kamu hizmetinden ve dolayısıyla sağlık kamu hizmetinden yararlanmanın şartları bütün yararlananlar bakımından eşit olmalıdır. Ancak sağlık kamu hizmetini sunan idare bakımından bu eşitliğin mutlak surette tesis edilmesinin zorunlu olduğunu söylemek mümkün değildir. Kamu hizmetini sunan idare, *farklı durumlarda bulunan kimseler için farklı uygulamalar* da bulunabilir.<sup>36</sup>

Yararlananlar bakımından eşitlik kural olmakla birlikte, bu eşitlik; kanunların ve düzenleyici işlemlerin belirlediği nesnel koşul ve niteliklere sahip olanlar arasındaki bir eşitliktir. Yani aynı koşul ve nitelikleri taşıyanlar kamu hizmetlerinden aynı şekilde yararlanabilirler ve bunların işleyişine katılabilirler.<sup>37</sup> Bu duruma öğretide, pozitif ayrımcılık, nispi eşitlik veya meşru ayrımcılık adı verilmektedir.<sup>38</sup>

Sağlık kamu hizmetinden yararlanmaya aday olan kimseler bakımından ise prensip olarak dahi olsa eşitlikten söz etmek mümkün değildir. Ancak kullanıcı adaylarının, mutlak bir eşitlik içinde kamu hizmetine ulaşma hakları vardır.<sup>39</sup> Bu nedenle kamu hastanelerinin sunduğu hizmete ulaşma bakımından yararlanıcılar açısından eşitlik söz konusudur. Bununla birlikte, hizmetten yararlanabilmeleri için aday kullanıcıların çeşitli şartlara tabi tutul-

<sup>34</sup> Eşitlik ilkesinin temeli Anayasamızın 10 ve 10/2 maddelerine dayanmaktadır.

<sup>35</sup> GÖZLER, Kemal: (İdare Hukuku), s.275- 276

<sup>36</sup> GÖZLER, Kemal: (İdare Hukuku), s.276; GÜNDAY, Metin: (İdare Hukuku), s. 288

<sup>37</sup> GÜNDAY, Metin: (İdare Hukuku), s. 288

<sup>38</sup> CHAPUS, Droit Administratif general, op. cit. C.1, s. 615 (Nakleden: GÖZLER, Kemal: (İdare Hukuku), s.276)

<sup>39</sup> GÖZLER, Kemal: (İdare Hukuku), s.275



masında eşitlik ilkesine aykırı bir durum yoktur.<sup>40</sup> Bu halde sağlık hizmetinin sunulmasında kullanıcı adaylar arasında bir sıra ihdas edileceği gibi, önce başvuranın hizmetten sonra başvurandan daha önce yararlanabileceği veya hastanenin durumu daha ağır olan hastalara, durumu hafif olanlardan daha önce hizmet verebileceği eşitlik ilkesine aykırı bir hal olarak kabul edilemeyecektir.<sup>41</sup>

Yine öğretide kamu hizmetinden yararlanmaya aday olan kimselerin kamusal objektif bir duruma sahip olduğu, hizmetten fiilen yararlananların ise özel objektif hukuki duruma sahip olduğu öne sürülmektedir.<sup>42</sup>

#### IV-SAĞLIK HİZMETLERİNİN YÜRÜTÜLMESİNDE KUSURA DAYANAN SORUMLULUK

Anayasa'nın 56. maddesine göre: "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 kurumlardan yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir."

Anılan anayasal düzenlemeler ışığında; sağlık hizmetinin sağlanmasının devlete ( idareye ) yüklenen bir yükümlülük olduğu ortadadır. Devletin bu görevi kendisinden beklendiği gibi yerine getirmemesi neticesinde ortaya çıkan zararlardan devletin sorumluluğu ve tazmin yükümlülüğü ortaya çıkacaktır. Kaldı ki Anayasa'nın 125. maddesi<sup>43</sup>, "İdare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür." hükmü ile, kamu hizmetinin yürütülmesi neticesinde bireylerin uğradığı zararların devletçe tazmininin zorunlu olduğu hususu açıkça ifade edilmektedir.<sup>44</sup> Nitekim Danıştay' da bir

40 FORGES, Jean- Michel de, Droit administratif, Paris, PUF, 1991, Op. cit. s. 215 (Nakleden: GÖZLER, Kemal: (İdare Hukuku), s.276)

41 Kamu hizmetlerinden faydalanmada eşitlik ilkesi için bkz. GÖZLER, Kemal: (İdare Hukuku), s.275- 304

42 KAPLAN, Gürsel: (Yeni Gelişmeler), s. 4

43 Anayasa'nın 40. maddesinin 2. fıkrası: "Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna görev, Devletçe tazmin edilir ." hükmü ile devletin sorumluluğuna ilişkin bir düzenleme olarak göze çarpmaktadır. Ancak 40. maddedeki düzenleme daha genel anlamda, hak arama hürriyetine ilişkin bir düzenleme (lex generalis) olduğundan bu çalışma boyunca, idarenin sorumluluğu ile ilgili olarak özel nitelikte bir düzenleme olan Anayasa'nın 125. maddesinde yer alan düzenleme (lex specialis) kapsamında değerlendirme yapılacaktır.

44 İMER, Mehmet: İdare Hukukunda Hizmet Kusuru Kavramı (Hizmet Kusuru), Manisa Barosu Dergisi, Y. 18, S. 70, 1999, s. 84

kararında<sup>45</sup>: “Halkın sağlık hizmetlerini yürütmekle görevli olan idare, hastanelerde yapılacak tedavilerin ve cerrahi müdahalelerin tıbbi esaslarına uygun biçimde, hizmetin gerektirdiği yeterliğe 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, devletin sağlık hizmetlerini kurulması ve yürütülmesi noktasında yükümlülük altında olduğunu açıkça ortaya koymaktadır.

Kusura dayanan sorumluluk, idarenin kusurlu eylem ve işlemleriyle yol açtığı zararı tazmin etmesi yükümlülüğüdür.<sup>46</sup> İdare hukuku anlamında bakıldığında, idarenin kusura dayanan sorumluluğu genel hüküm niteliğindedir.<sup>47</sup> İdarenin bir işlem veya eylemi dolayısıyla kusura dayanan sorumluluğu kural, kusursuz sorumluluğu ise istisnadır.<sup>48</sup> İdarenin kusur sorumluluğu, mahiyeti itibarıyla borçlar hukukunda geçen istihdam edenin sorumluluğuna benzemektedir.<sup>49</sup> Kusura dayanan sorumluluk teorisinde ortaya çıkan zarardan, idare sorumlu olsa da; idarenin bir tüzel kişi olması sebebiyle bizatihi hukuki işlem ve eylem tesis etmesi mümkün değildir. Bu sebeple her ne kadar idare kusurlu sayılsa da gerçek kusur, eylem veya işlemi tesis eden idare ajanı, idarenin bir görevlisi kusurludur.<sup>50</sup> Soyut bir kavram olan kusur ancak bir insana atfedilebilen bir şeydir.<sup>51</sup>

45 Danıştay 10. Dairesi, 03.05.1995 Tarih, E. 1994/3258, K. 1995/2379. (<http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>. Erişim Tarihi: 24.11.2007); KAPLAN, Gürsel: (Yeni Gelişmeler), s. 5

46 GÖZLER, Kemal: (İdare Hukuku), s. 974

47 CHAPUS, Droit Administratif general, op. cit. C.1, s. 983 (Nakleden: GÖZLER, Kemal: (İdare Hukuku), s. 974)

48 GÖZLER, Kemal: (İdare Hukuku), s.975

49 CHAPUS, Droit Administratif general, op. cit. C.1, s. 1293 (Nakleden: GÖZLER, Kemal: (İdare Hukuku), s.975)

50 ROUGEVIN- BAVILLE (Michel)- SAINT MARCH (Renaud Denoix de)- LABETULLE (Daniel), Leçons de droit administratif, Paris, Hachette, 1989, s. 335 (Nakleden: GÖZLER, Kemal: (İdare Hukuku), s. 975)

51 GÖZLER, Kemal: (İdare Hukuku), s. 975

### A- Sağlık Hizmetlerinde Hizmet Kusuru Kavramı

İdarenin kusura dayanan sorumluluğu gerek öğretide<sup>52</sup> ve gerekse yargı içtihatlarında hizmet kusuru kavramı ile açıklanmakta ve hatta kusura dayanan sorumluluk kavramı yerine hizmet kusuru kavramı ikame edilmektedir<sup>53</sup>. Nitekim Danıştay 10. Dairesi' nin E. 2003/4798, K. 2005/ 4018 Sayı ve 11.07.2005 tarihli kararında<sup>54</sup>: “**kamu hizmetlerini yerine getirmekle yükümlü olan idarelerin, kuruluş, işleyiş ve etkinliklerinde görülen eksiklik, hata, aksaklık, düzensizlik, boşluk ve bozukluk olarak tanımlanabilecek olan kusur kavramı idarenin sorumluluk nedeni olarak kabul edilmekte, hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi gibi haller hizmet kusuru sayılan durumlar olarak kabul edilmektedir.**” denilmekle kusur sorumluluğu kavramı yerine hizmet kusuru kavramı ikame edilmiştir.

Hizmet kusuru, idarenin yürüttüğü bir hizmetin kurulmasında, düzenlenmesinde ya da işleyişindeki bozukluk ve aksaklığı ifade etmektedir<sup>55</sup>. Hizmet kusurundaki hizmet deyimini ise, sadece idari faaliyetlerin belirli bir türünü değil, genel anlamda her hangi bir idari eylem/ faaliyeti belirtmektedir.<sup>56</sup> Hizmet kusuru kavramı, idare görevlisinin kusurundan bağımsız bir kavramdır.<sup>57</sup>

52 GÜNDAY, Metin: (İdare Hukuku), s. 320; GÖZÜBÜYÜK- TAN, A. Şeref- Turgut: (Genel Esaslar), s. 820; RİVERO, Jean: Droit Administratif, Paris, Dalloz, 1971, s.261-264 (Nakleden: GÖZLER, Kemal: (İdare Hukuku), s. 976); VLACHOS, Georges: Les principes generoux du droit administratif, Paris, Ellipses, 1993, s. 211- 213 (Nakleden: GÖZLER, Kemal: (İdare Hukuku), s. 976).

53 GÖZLER, Kemal: (İdare Hukuku), s. 976

54 Karar için bkz. <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp> Erişim Tarihi: 24.11.2007

55 DURAN, Lütfi: Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, Ankara, 1974; GÜNDAY, Metin: (İdare Hukuku), s. 320; BALKAR, K.G: Hizmet Kusurunun Sınırları, İ.Ü.H.F.M, C. XXVI. Sayı , s. 17 vd.; ESİN, Yüksel: Danıştay' da Açılacak Tazminat Davaları, İkinci Kitap (Esas), Ankara, 1976, s.27; GÖZÜBÜYÜK-TAN, A.Şeref- Turgut, (Genel Esaslar), s. 821. Öğretide ortaya konulan tanımın Danıştay tarafından da benimsendiği görülmektedir: Danıştay 10. Dairesi' nin 27.03.2002 tarih ve 1010/ 852 Sayılı Kararında: “ idarenin yürütmekle görevli olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişinde nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık veya boşluk ”arak tanımlanmıştır. (Kararı Nakleden: HACIMURATLAR, Zeliha: İdarenin Sorumluluğu, Kusura Dayanan Sorumluluktan Kusura Dayanmayan Sorumluluğa Gidiş (İdarenin Sorumluluğu), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2004, s. 98)

56 GÜNDAY, Metin: (İdare Hukuku), s. 320

57 GÜNDAY, Metin: (İdare Hukuku), s. 32; GÖZÜBÜYÜK- TAN, A. Şeref- Turgut: (Genel Esaslar), s. 821

Kamu görevini yerine getiren idare personeli kusurlu olsun veya olmasın, eğer hizmetin kuruluş, düzenleniş ve işleyişinde bir bozukluk/ aksaklık mevcut ise, ortada bir hizmet kusuru var demektir. Bu durumda sağlık personeline atfedilecek bir kusur yoktur ve tek sorumlu idaredir<sup>58</sup>. Her ne kadar idarenin bir tüzel kişi olması nedeniyle kendisine kusur atfedilememesi söz konusu olsa da, hizmetin kuruluş, işleyiş ve düzenlenişinde aksaklık bulunması halinde bu kusuru işleyen personelin tespiti mümkün değildir.<sup>59</sup>

Sağlık hizmetlerinde hizmet kusuru kavramı: “ İdarenin ifa ile mükellef olduğu bu hizmetin kuruluşundaki, işleyişindeki ve ilgili sağlık personeli üzerindeki denetim ve gözetim görevini yerine getirmemesindeki bozukluğu, aksaklığı, eksikliği ifade etmektedir.<sup>60</sup> Sağlık hizmetlerinde hizmet kusuru ise, hizmete tahsis edilen araç- gereç eksikliği, sağlık personelince hizmeti gerçekleştirmekte geç hareket edilmesi, idarece sağlık personelinin eğitim ve denetiminde gerekli özenin gösterilmemesi şeklinde karşımıza çıkar.<sup>61</sup>

Hizmet kusuru halleri genel olarak; hizmetin kötü işlemesi, hizmetin geç işlemesi ve hizmetin hiç işlememesi olarak tarif edilmektedir<sup>62</sup>. Ancak kusur kavramının; “ *mevcut bir ödevin yerine getirilmesindeki eksiklik*<sup>63</sup> ” olarak tanımlanması halinde bu üç hal dışında da hizmet kusurunun ortaya çıkması mümkündür. Bu sebeple idarenin sağlık hizmetini kendisinden beklenen dikkat ve özen ile yerine getirmemesi sonucunda bir zarar mevcut olur ise klasik üç hal dışında olsa bile idare bu zararı Anayasa'nın 125. maddesi mucibince tazmin ile mükelleftir<sup>64</sup>. Bu sebeple sağlık hizmetleri açısından hizmet kusuru kavramına bakıldığında, sağlık hizmetlerinde kusurun teşhisinin zorluğu karşımıza çıkacaktır. Bu sebeple öncelikle doktrinde sayıldığı üzere sağlık hizmetlerinin kötü işlemesi, geç işlemesi ve hiç işlememesi daha sonra

58 SARICA, Ragıp: Hizmet Kusuru ve Karakterleri (Hizmet Kusuru), İstanbul, 1949, s. 2

59 DURAN, Lütfi: Türkiye İdaresinin Sorumluluğu (Türkiye İdaresinin), Ankara, 1974, s. 26; GÜRAN, Sait: İdarenin ve Ajanın Sorumluluğunun Belirlenmesine İlişkin Düşünceler (Ajanın Sorumluluğu), Danıştay Dergisi, Y. 9, S. 34- 35, Ankara, 1979, s. 60; ARMAĞAN, Tuncay: İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları, Ankara, 1997, s. 2

60 ÖZDEMİR, Necdet: Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu (Hizmet Kusuru Teorisi), Ankara, 1963, s. 23

61 SARICA, Ragıp: (Hizmet Kusuru), s. 2; KARAEĞE, Özge: (İdarenin Kusur Sorumluluğu), s. 46

62 ARMAĞAN, Tuncay: İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları (İdarenin Sorumluluğu), Ankara, 1997, s. 18

63 CHAPUS, Droit Administratif general, op. cit. C.I, s. 1294 (Nakleden: GÖZLER, Kemal: (İdare Hukuku), s.978)

64 GÖZLER, Kemal: (İdare Hukuku), s. 978

da tıbbi müdahalelerin özelliği ve tıbbi müdahalelerde kusurun tespiti konuları incelenecektir.

### **1- Sağlık Hizmetinin Kötü İşlemesi**

Genel olarak idarenin sorumluluğuna bakıldığında; hizmet kusurunun asıl örneğinin “ hizmetin kötü işlemesi ” olduğu gözden kaçırılmamalıdır.<sup>65</sup> Hizmetin kötü işlemesi, hizmetin gereği gibi yürütülememesi<sup>66</sup> ya da idarenin kendisinden beklenen dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak bir hizmeti ifa etmesi anlamına gelmektedir. İdarenin sorumluluğu kavramı dâhilinde; hizmetin kötü işlemesi halleri için mutlak bir kural koyma imkânı yoktur. Özellikle sağlık kamu hizmetinin mahiyeti gereği; belirli bir risk yoğunluğunu barındırması, ihtisas gerektirmesi ve sunulan hizmetin her olaya göre farklı davranış biçimlerinin bulunması nazara alındığında sair kamu hizmetlerine nazaran; sağlık kamu hizmetinde hizmetin kötü işlemesi hallerinin tespiti özel bilgi ve uzmanlık gerektiren bir özelliğe sahiptir. Bu sebeple sağlık kamu hizmetinde hizmetin kötü ya da iyi işlediği, hizmetin niteliğine, idarenin sahip olduğu araç – gereç ve olanaklara, somut olayın niteliği gibi durumlara bağlı olup, her bir olay için somut olarak belirlenmelidir<sup>67</sup>.

Sağlık kamu hizmetinin yürütülmesinde hizmetin kötü işlemesi halleri olarak; bozulmuş aşıların kullanılması, miyadı dolmuş ilaçların kullanılması, sterilize edilmemiş araç ve gereç kullanılması<sup>68</sup>, koruyucu sağlık hizmetlerinden olan zorunlu aşılamaların eksik yapılması<sup>69</sup>, yeterli mesleki bilgiye sahip olunmadan yapılan enjeksiyon nedeniyle hastanın kolunun kangren olmasına sebebiyet verilmesi<sup>70</sup>, hastanın sedyeden düşürülmesi, gerekli bakım ve onarımı yapılmayan ambulansın yolda bozulması, tıbbi müdahalelerde izin verilen risk ( komplikasyon ) kapsamını aşan neticeler ortaya çık-

65 YAYLA, Yıldızhan: İdare Hukuku, s. 150

66 İMER, Mehmet: (Hizmet Kusuru), s. 84; DERBİL, Suheyp: İdare Hukuku (İdare Hukuku), C.I, Ankara, 1955, s. 250; DÜREN, Akın: İdare Hukuku Dersleri (İdare Hukuku), Ankara, 1979, s. 290

67 GÜNDAY, Metin: (İdare Hukuku), s. 320; DÜREN, Akın: (İdare Hukuku), s. 290

68 DURDU, Hüsyin: Sağlık Mesleğinde Hukuki Sorumluluk, C.I, İzmir, 1986, s. 92; Yargıtay 4. H.D. 15.01.1976, 975/ 10495- 343 Sayılı Kararı. (Karar için bkz. HANCI, İ. Hamit: Malpraktis- Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu (Malpraktis), 3. Baskı, Ankara, 2006, s. 43)

69 KARAEGE, Özge: (İdarenin Kusur Sorumluluğu), s. 52

70 Danıştay 10. Dairesi. 16.01.1985, E. 1982/2908, K. 1985/ 26. Danıştay Dergisi, Yıl 1986, S. 60- 61, s. 460- 462

ması<sup>71</sup>, hatalı teşhis ve tedavi<sup>72</sup>, hastaya yapılacak müdahaleler hakkında yetersiz bilgi verilmesi ( aydınlatılmış onam eksikliği ), hastane ve servislerinde gerekli sterilizasyon çalışmalarının yeterli düzeyde yapılmaması sebebiyle *hastane enfeksiyonunun* ortaya çıkması, ameliyat sırasında hastanın karnında spanç veya tıbbi araç- gerek bırakılması<sup>73</sup>, şara nöbeti geçiren hastanın iyi sabitlenememesinden ötürü hastanın yataktan düşerek bir kolunda fonksiyon kaybının oluşması<sup>74</sup>, hastanın son muayenesinin yapılmadın taburcu edilmesi<sup>75</sup>, hastaneler arası hasta nakillerinde ( sevk işlemi ) gerekli koordinasyon yapılmadan – uygun hastanede yatak temin edilmeden – hastanın sevk edilmesi<sup>76</sup>, yaralının yanlış teknikle araç içerisinden çıkarılması ve taşıma tekniğine aykırı olarak taşınması gibi haller örnek verilebilir.

## 2- Sağlık Hizmetinin Geç İşlemesi

Hizmetin geç işlemesi halinde; hizmet doğru ve muntazam bir surette icra olunmakla beraber idare ajanı vaktinde harekete geçmemiş, hizmeti gereken derecede süratle yerine getireceği yerde gecikme ile ifa edilmiştir<sup>77</sup>. Hizmetin olağan sayılamayacak bir gecikme ile yerine getirilmesi, idarenin hizmetin gereklerine göre kendisinden beklenen ölçüde sürat ve çabukluğu göstermeyerek, ağır ve yavaş hareket etmesiyle bir zarara sebep olması, hizmetin geç işlemesi sayılır<sup>78</sup>. Mevzuat bazı hallerde hizmetin hangi süre içerisinde görüleceğini düzenlemiş olabilir. Ancak ekseriyetle hizmetin görülmesi için mevzuatta belirli bir süre öngörülmemiştir<sup>79</sup>. Kaldı ki sağlık hizmeti açısından bakıldığında; sağlık hizmetinin kendine has tıp mesleği

71 Tıbbi Malpraktis ve İzin verilen risk kavramları önemi gereği ayrı bir başlık altında inceleneneğinden burada malpraktis ile ilgili ayrıntıya girilmeyecektir.

72 HANCI, İ. Hamit: (Malpraktis), s. 163

73 Yargıtay 4. H.D. 11.02.1976 tarih ve 975/ 4250- 1393 Sayılı Karar (Karar için bkz. HANCI, İ. Hamit: (Malpraktis), s. 44)

74 Yargıtay 4. H.D. 24.07. 1987 tarih ve 2584/ 3210 Sayılı Karar (Karar için bkz. HANCI, İ. Hamit: (Malpraktis), s. 45)

75 Yüksek Sağlık Şurası 14- 15 Aralık 1998 Kararı (Karar için bkz. (Karar için bkz. HANCI, İ. Hamit: (Malpraktis), s. 50)

76 TUĞCU- TÜRKAN, Harun- Hülya: 200- 2004 Yılları Arasında Yüksek Sağlık Şurasında Değerlendirilen Acil Servislerle İlgili Tıbbi Uygulama Hataları (Acil Servis Uygulama Hataları), Gülhane Tıp Dergisi, S. 46. Yıl 2001, s.230

77 SARICA, Ragıp: (Hizmet Kusuru), s. 36

78 ÖZAY, İl Han, (Günüşiğinde Yönetim), s. 749; İMER, Mehmet: (Hizmet Kusuru), s. 86; GÜNDAY, Metin: (İdare Hukuku), s. 321

79 ARMAĞAN, Tuncay: (İdarenin Sorumluluğu), s. 30; GÜNDAY, Metin: (İdare Hukuku), s. 322; ÖZDEMİR, Necdet: (Hizmet Kusuru Teorisi), s. 69; GÖZÜBÜYÜK- TAN, A. Şeref- Turgut: (Genel Esaslar), s. 821

kuralları bulundurduğundan sağlık hizmetinin sunumunda hizmetin geç işleyip işlemediği tıp mesleği kuralları ile tespit edilecek ve bu konuda bilirkişilere müracaat zorunlu bir hal alacaktır.

Hizmetin geç işlemesi halinin tespiti için kesin bir kural koyma imkânı bulunmadığına göre<sup>80</sup>, somut olayın niteliğine, türüne ve idarenin sahip olduğu olanaklara göre bir inceleme yapılarak hizmetin geç işleyip işlemediği tespit edilecektir<sup>81</sup>.

Sağlık hizmetlerinde, hizmetin geç işlemesinin sonuçları, hizmetten yararlanan üzerinde olumsuz etkilerini gösterdiğinden hizmetin sunulmasında meydana gelen gecikmenin tespiti nispeten kolaydır. Örneğin; yüksek ateş ve kanda lökosit miktarına göre hemen ameliyat edilmesi gereken apandisitli hastanın ameliyatının geciktirilmesi sonucu hastanın peritonitten dolayı vefat etmesi<sup>82</sup> halinde hizmetin sunulmasında gösterilen gecikmenin, hizmetten yararlanan kimse üzerinde gösterdiği olumsuz etki aşikârdır. Bunun gibi; bir hastalığın teşhisinde gösterilen gecikme, batın içerisinde meydana gelen kanama ( iç kanama ) halinde derhal ameliyat edilmeyerek kanama sebebiyle hastanın yaşamını yitirmesi, sezeryan ameliyatı elzem olduğu halde hastanın ameliyat edilmeyerek normal doğumun beklenmesi gibi durumlarda kural olarak sonuçları itibariyle<sup>83</sup> hastalığın hasta üzerinde yaptığı olumsuz etki ile hizmetin geç işleyip işlemediği saptanabilir.

Sağlık kamu hizmetinin geç işlediği saptanırken; somut olayın özelliği, idarenin imkânları, çevre koşulları ve olayın gelişimi iyi değerlendirilmelidir<sup>84</sup>. Bu sebeple; sağlık ocağı pratisyen tabibinden sezeryan ameliyatı yapılması beklenemeyeceği gibi, tomografi cihazının bulunmadığı bir sağlık biriminde kafa içi ( intra cranial ) kanamanın tespit edilmesi de mümkün değildir. Bu gibi hallerde sağlık personeli, hastayı bir üst sağlık kuruluşuna sevk etmiş ve aradan geçen süre içerisinde hasta hayatını kaybetmiş ise, sevk eden sağlık personelinin kusuru söz konusu olmayacaktır. Mamafih Anayasa'nın 65. maddesi devletin; " sağlık kamu hizmetinin devletin mali kaynaklarının yeterliliği " nispetinde sağlamakla mükellef olduğunu açıkça ortaya koymaktadır<sup>85</sup>. Bu noktadan hareketle, özellikle birinci basamak sağlık kuruluşlarında ( sağlık ocakları ) ileri tıp merkezlerinde bulunan teknolojilerin bulundurulması-

80 GÖZÜBÜYÜK- TAN, A. Şeref- Turgut: (Genel Esaslar), s. 821

81 İMER, Mehmet: (Hizmet Kusuru), s. 86

82 ESİN, Yüksel: (Esas), s. 284.

83 KARAEĞE, Özge: (İdarenin Kusur Sorumluluğu), s. 53

84 KARAEĞE, Özge: (İdarenin Kusur Sorumluluğu), s. 53

85 Danıştay 12. Dairesi, 29.04.1972 tarih ve E. 1970/ 5736, K. 1972/ 1282 Sayılı Kararı

nın zorunlu olduğunu söylemek mümkün değildir. Kaldı ki, devletin imkânları nazarında bakıldığında, her yerleşim birimine ileri tıbbi olanakların sağlanması da mümkün değildir.

Sağlık hizmetinin sunulmasında gecikmenin varlığından söz edebilmek için, olayın oluş biçimi, ilgili sağlık kuruluşunun araç- gereç ve personel durumu, somut olayla ilgili tıp biliminin gerekleri göz önüne alındığında; hizmetin sunumunda normal olmayan ve olaya göre makul sayılamayan bir sürenin geçmesinden sonra müdahale edilmiş ise, hizmet geç işlemiştir. Ancak, aradan kısa ve zorunlu bir süre geçmiş ise, ortaya çıkan zarardan idareyi sorumlu tutmak mümkün değildir<sup>86</sup>. Çünkü idare pozitif hukuk kurallarıyla bağlı olduğu kadar, hizmetin sunulmasında kamu yararı ve hizmetin gerekliliğiyle de bağlıdır<sup>87</sup>.

Sağlık hizmetinin geç işlenmesini hallerine örnek olarak; ameliyat sonrası dönemde ( post operatif dönem ) bir komplikasyon ( istenmeyen durum ) gelişmiş ve ilgili uzman doktora bilgi verilmesine rağmen, hafta sonu olması sebebiyle hastanın konsülte ( yatağında görülmesi ) edilmemesi neticesinde hastaya hafta sonu boyunca normal tedavi uygulanması ve daha sonra müdahale edilmesine rağmen hastanın geç müdahale nedeniyle bacağını kaybetmesi<sup>88</sup>; hastanede bulundurulması zorunlu ilaç ve serumların bulundurulmaması veya bu ilaç ve serumlara idarenin kusuru nedeniyle vaktinde ulaşılamaması ve hastaya zamanında müdahale edilememesi nedeniyle hastanın yaşamını yitirmesi; penicilin alerjisi ( anaflaktik reaksiyon ) olan bir hastaya penicilin veya penicilin türevi olan enjeksiyon yapıldıktan sonra, anaflaksi halinde derhal yapılması gereken ilaçların hazır bulundurulmaması ve bu sebeple hastaya geç müdahale edilmesi nedeniyle hastanın alerjik reaksiyon nedeniyle yaşamını yitirmesi; trafik kazalarına ilk müdahalede, sağlık ekibinin hiçbir engelleyici durum söz konusu olmadığı halde olay yerine ve yaralılara ulaşmada gecikmesi ve geç müdahale yapılması; tıp meslek kurallarına göre kafa içi kanama komplikasyonu öngörülen bir hastanın gözlem altında tutulması gerekirken evine gönderilmesi ve ikinci müracaatında yapılan müdahalelere cevap alınamaması sebebiyle hastanın yaşamını yitirmesi; hastane imkânları göz önüne alındığında ileri merkeze sevki zorunlu olan hastanın sevk edilmesinde gecikme gösterilmesi<sup>89</sup>; ilgili uzman doktorun derhal

<sup>86</sup> DURAN, Lütfi: (Türkiye İdaresinin), s. 29

<sup>87</sup> DURAN, Lütfi: Türk İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul, 1982, s. 291

<sup>88</sup> Danıştay 10. Dairesi, 09.12.1992 tarih, E. 1992/ 184, K. 1992/ 4321, Danıştay Dergisi, Yıl. 1993, S. 87, s. 544- 545

<sup>89</sup> TUĞCU- TÜRKAN, Harun- Hülya: (Acil Servis Uygulama Hataları), s. 229



konsülte etmesi: gereken hastayı konsülte etmeyerek ertesi günün beklenmesi ve bu gecikme nedeniyle geç müdahale edilmesi sonucu hastanın yaşamını yitirmesi; ileri derecede yaşam desteği sağlanamayacak bir sağlık biriminde acil ve zorunlu olmadığı halde riskli ameliyatlara girişilmesi ve hastanın post operatif ( ameliyat sonrası ) bakım eksikliğinden ötürü yaşamını yitirmesi, hastayı konsülte etmesi ( bizzat görerek muayene etmesi ) gereken uzman doktorun telefon ile değerlendirerek hastayı ileri merkeze nakli esnasında, hastanın yaşamını yitirmesi<sup>90</sup>; hayati tehlikesi bulunan hastanın ileri merkeze naklinde doktor kontrolünde sevkinin sağlanmaması<sup>91</sup>; acil müdahale gereken hastanın uzun süre müdahale edilmeden beklemesi ve geç müdahale edilmesi<sup>92</sup>, gibi haller sağlık hizmetinin geç işlemesine örnek olarak gösterilebilir.

Danıştay, sağlık hizmetlerinin yürütülmesinde: “ İdarenin kendisine verilen sağlık hizmetlerinin idamesi için öncelikle gerekli örgütü kurmak ve bu örgütün aynı, şahsi ve mali olanaklarıyla araçlarını hizmete hazır tutmakla yükümlü olduğu ” görüşünü benimsemektedir. Bunların zamanında sağlanmaması ve yerine getirilmesindeki kusur sonucu Danıştay hizmet kusurunun varlığını kabul etmektedir.<sup>93</sup>

### 3- Sağlık Hizmetinin Hiç İşlememesi

Anayasa'nın 65. maddesi uyarınca; sağlık hizmetinin yürütülmesiyle idare yükümlü kılınmıştır. Bu yükümlülük nazara alındığında idarenin sağlık hizmetinin görülmesinde hareketsiz kalması hizmet kusuruna sebebiyet verecektir.<sup>94</sup> Genel idari kamu hizmetlerinde idarenin takdir yetkisinin bulunduğu haller olmakla birlikte<sup>95</sup>, idarenin sağlık hizmetinin yürütülmesi konusunda takdir yetkisinin bulunduğu söylemek mümkün değildir.<sup>96</sup> Sağlık kamu hizmetinin sunulmasında idare hareketsiz kalmış ise kendisine sorumluluk yüklenilecek ve hizmet kusurunun varlığı kabul edilebilecektir.

Her ne kadar Anayasa'nın 65. maddesi “ idari kamu hizmetlerinin devletin mali imkânları nispetinde yerine getirileceğini ” benimsemiş ise de, sağ-

90 TUĞCU- TÜRKAN, Harun- Hülya: (Acil Servis Uygulama Hataları), s. 228

91 TUĞCU- TÜRKAN, Harun- Hülya: (Acil Servis Uygulama Hataları), s. 230

92 AYDIN, Erdem: Tıpta Yasal Sorunlar (Tıpta Yasal Sorunlar), <http://www.medinfo.hacettepe.edu.tr/ders/TR/D3/8/3080.doc>, s. 1, Erişim Tarihi: 24.02.2007

93 Danıştay 12. Dairesi, 18,11,1968, E. 1967/ 2767, K. 1968/ 2118 Sayılı karar için bkz. Danıştay 12. Daire Kararları, Birinci Kitap, C. II, Ankara, 1976

94 ARMAĞAN, Tuncay: (İdarenin Sorumluluğu), s. 39; ÖZAY, İl Han, (Günüşiğinde Yönetim), s. 750

95 GÜNDAY, Metin: (İdare Hukuku), s. 323

96 KARAEĞE, Özge: (İdarenin Kusur Sorumluluğu), s. 54

lık hizmetini sunulmasında bu ölçütten yola çıkmak ve sağlık hizmetinin işlemediği her durumda devletin mali kaynaklarının yetersizliğini gerekçe göstermek, sağlık hizmetinden yararlanan ve/veya bu hizmetin yürütülmesindeki aksaklıktan zarar gören kimseler açısından güvencesiz, adaletsiz ve hakkaniyete aykırı bir durum ortaya çıkaracaktır.

Acil bir hal olmadan hastayı aydınlatma yükümlülüğünün hiç yerine yerine getirilmemesi, aydınlatılmış onam olmadan hastaya müdahale edilmesi<sup>97</sup>; acil hastaya anında müdahale edilmemesi nedeniyle hastanın bu gecikmeden ötürü yaşamını yitirmesi<sup>98</sup>; şok yapma olasılığı olan bir ilacın uygulanmasında acil müdahale için gerekli ilaçların bulundurulmaması nedeniyle ilaç uygulanamayışı ve hastanın yaşamını yitirmesi<sup>99</sup>, acil servise getirilen hastanın hiç muayene edilmeden bırakılması<sup>100</sup>; cerrahın acil bir vakaya bakmayıp, operasyonu yapmaması<sup>101</sup>, paslı demir parçası ile oluşan yaralanmada tetanoz serumu ( Ig- İmmünglobulin ) uygulanmaması nedeniyle hastanın yaşamını yitirmes, doğum salonunda eterin patlaması sonucu doktor ve ameliyat personelinin hastayı bırakıp dışarı kaçması ve hastanın yaşamını yitirmesi<sup>102</sup>; gerekli röntgen ve laboratuvar incelemesi yapılmadın trafik kazası vakasının evine gönderilmesi<sup>103</sup>, zorunlu aşı takviminde yer alan aşuların yapılmaması, zehirli böceklerin bol olduğu bir yerde, böcek sokması nedeniyle zehirlenme olaylarının sık olacağı düşünülerek, tedavi için gerekli ilaç, avadanlık ve personelin her an hastanelerde hazır bulundurulması gerekirken bulundurulmaması<sup>104</sup>, gibi haller örnek olarak gösterilebilir.

- 
- 97 HANCI- ÇOKER- ÖZKARA, Hamit- Ahmet- Erdem: Türkiye' de Genel Cerrahın Yasal Sorumlulukları ve Mediko- Legal Sorunlar (Cerrahın Yasal Sorumlulukları), Ulusal Travma Dergisi, Yıl. 2004, S. 10, s. 4
- 98 HANCI- ÇOKER- ÖZKARA, Hamit- Ahmet- Erdem: (Cerrahın Yasal Sorumlulukları), s. 4
- 99 HANCI, İ. Hamit: (Malpraktis), s. 164
- 100 ERDEMİR DEMİRHAN, Ayşegül: Hekim ve İdari Görevlerdeki Sorumluluk (Hekim ve İdari), [http://www.medimagazin.com.tr/kose-yazisi\\_50055.html](http://www.medimagazin.com.tr/kose-yazisi_50055.html) Erişim Tarihi: 27.02.2007, s. 1; AYDİN, Erdem: Tıpta Yasal Sorunlar (Tıpta Yasal Sorunlar), s. 1
- 101 ERDEMİR DEMİRHAN, Ayşegül: (Hekim ve İdari), s.1
- 102 ERDEMİR DEMİRHAN, Ayşegül: (Hekim ve İdari), s.1
- 103 TUĞCU- TÜRKAN, Harun- Hülya: (Acil Servis Uygulama Hataları) s. 228
- 104 Danıştay 12. Daire, E. 24.10.1966 tarih ve E. 1965/ 21, K. 1966/ 2928, karar için bkz. Danıştay 12. Daire Kararları, Birinci Kitap, C. II, Ankara, 1976

## B- Görev Kusuru

Görev kusuru, geniş anlamda hizmet kusuru sayılabilir ise de; aslında hizmet kusuru niteliği taşıyan mesleki ve ödevsel kusurdur ve personelin hizmetten ayrılamayan kişisel kusurları olarak ortaya çıkmaktadır<sup>105</sup>. Görev kusuru kavramı hizmet kusuru kavramına göre daha dar kapsamlı bir kusur türüdür.

Ancak kural olarak hizmet kusuru olmasa da, idarenin sağlamış olduğu bir yetki veya olanak olmasaydı işlenemeyecek olan kusurların varlığı halinde<sup>106</sup>; bunlar hizmet kusuru olmasa da görev kusuru olarak kabul edilecek ve idare ve kusurlu personel müteselsilen<sup>107</sup> sorumlu olacaktır.

Görev kusuru ilk olarak; *hizmetin görülmesi sırasında veya hizmetin görülmesi dolayısıyla* işlediği kusur ile sınırlandırılmıştır. Genellikle bir kusurun hizmetin görülmesi sırasında veya hizmetin görülmesi dolayısıyla işlenip işlenmediğinin ölçüsü olarak, kumu görevlisinin zarar veren davranışı ile yürüttüğü kamu hizmeti arasında gaye ilişkisi olup olmadığına bakılmaktadır<sup>108</sup>. O halde kamu görevlisinin kusuru hizmetin görülmesi ile ilgili değil ise *veya* hizmetin görülmesi amacıyla işlenmemiş ise, hizmetin görülmesi amacını aşyorsa<sup>109</sup> kişisel kusur olarak kabul edilmektedir.

Düren' e göre, görev kusurundan bahsedebilmek için zarar verici işlem veya eylem *görev sırasında ve görev gereği yapılmış* olmalıdır. Kamu görevlisinin zarar verici davranışı ile kamu hizmeti arasında gaye ilişkisi bulunmalıdır. Eğer bu gaye ilişkisi yok ise, davranış kamu hizmetinin olmazsa olmaz ( sine gua non ) unsuru değilse, her ne kadar zarar verici davranış görev vesilesiyle yapılmış olsa da artık kişisel kusurdan söz edilecektir.

Uyuşmazlık Mahkemesi görev kusurunu<sup>110</sup>: “ Kişilerin uğradığı zarar ile zarara sebebiyet veren kamu personelinin yürüttüğü görev arasında her hangi bir ilişki kurulabiliyor ise, ortada görevli ilgili bir durum var demektir ki, öğretilde görev kusuru olarak tanımlanan bu tür davranışla, kamu personeli-

<sup>105</sup> DURAN, Lütfi: Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu Sorunu (Mali Sorumluluk), Amme İdaresi Dergisi, C. 17, S. 2, Ankara, 1984, s. 3- 20

<sup>106</sup> OZANSOY, Cüneyt: Tarihsel ve Kuramsal Açısından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu (Tarihsel ve Kuramsal), (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Ankara, 1989, s. 287

<sup>107</sup> ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları (Umumi Esaslar), C III, İstanbul, 1966, s. 1724- 1725

<sup>108</sup> HACIMURATLAR, Zeliha: (İdarenin Sorumluluğu), s. 112

<sup>109</sup> HACIMURATLAR, Zeliha: (İdarenin Sorumluluğu), s. 112

<sup>110</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi' nin 14.04.1997 tarih ve E. 1997/16, K. 1997/15 Sayılı Kararı için bkz. Resmi Gazete, 18.05. 1997, S. 22993, s. 5

nin hizmetten ayrılamayan kişisel kusurları olarak ortaya çıkmaktadır. ” şeklinde tanımlamıştır.

Yine Danıştay 10. Dairesi’ nin 20.10.1999 tarih E. 1997/721, K.1999/5266 Sayılı Kararı’ nda<sup>111</sup> “ **Davalı idare ajanının idari yetki ve olanakları kullanarak, idareyle bütünleşerek, yürütülen kamu hizmeti sırasında nizam ve emirlere aykırı hareket etmek suretiyle ortaya çıkan görev kusuru idare yönünden de nesnel nitelik taşıyan "hizmet kusuru"nu oluşturmaktadır.**” denilmek suretiyle görev kusuru tanımlanmıştır.

Bu açıklamalardan mülhem kısa bir tanımlama yapılacak olur ise, görev kusurunu; geniş anlamı itibariyle hizmet kusuru kavramına dahil olan ve fakat idarenin bir görevlisinin görevinin niteliğine, görevin gereklerine bağlanabilen ve nihayet idarenin görevlisinin şahsında somutlaştırılan bir kusur olarak tanımlamak mümkündür.

Hizmet kusuru, hizmetlerin kurulması, düzenlenmesi ve işlemedeki aksaklık, bozukluklar olduğuna ve bu anlamda faili bulunsun ya da bulunmasın kamu görevlilerinin hizmetli ilgili kusurlu tutum ve davranışlarını ifade ettiğine göre, sağlık personelinin hizmetle ilgili olmayan kusurlu tutum ve davranışlarını onların kişisel kusuru teşkil eder ve idarenin sorumluluğuna yol açmaması gerekir<sup>112</sup>. Ancak görev kusurundan dolayı idarenin sorumlu olmasının nedeni; idarenin çalıştırdığı kamu görevlisini seçmede, eğitmede, denetim ve gözetimde yetkili olduğu<sup>113</sup> ve bu konularda aksaklık göstermesi sebebiyle görev kusuru ortaya çıktığından idarenin kamu görevlisinin görev kusuru sebebiyle müştereken ve müteselsilen sorumluluğu yoluna gidilmektedir. Bu sebeple, bir cerrahın ameliyat esnasında hastanın batınında (karnında) yabancı cisim unutulması gerçekte görev kusurudur. Ancak kusurun objektif olarak hala idarede olması nedeniyle dayanılması gereken sorumluluk kaynağı hizmet kusurudur. İdare bakımından hizmet kusuru birincil ve asli bir kusurdur.

Görev kusuru bulunması halinde dahi asli ve birinci dereceden sorumlu olan yine idaredir ve kusur hala objektif olarak idari bir kusur niteliğini taşımaktadır<sup>114</sup>.

ONAR, görev içi kişisel kusur halinde – görev kusuru ile hizmet kusurunun iç içe olması -, hem sağlık personelinin hem de idarenin doğrudan doğ-

<sup>111</sup> Danıştay Karar Bilgi Bankası: <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp> Erişim Tarihi: 24.11.2007

<sup>112</sup> GÜNDAY, Metin: (İdare Hukuku), s. 325

<sup>113</sup> DURAN, Lütfi: (Türkiye İdaresinin), s. 27; GÜNDAY, Metin: (İdare Hukuku), s. 325

<sup>114</sup> HACIMURATLAR, Zeliha: (İdarenin Sorumluluğu), s. 117

ruya sorumlu olduğunu öne sürmektedir<sup>115</sup>. Ancak öğretilerde; “ hizmet kusurunun, idarenin zarar verici işlem ve eylemine katılan kimselerin kusurlarıyla birleşmesi – hizmet içi görev kusuru – halinde dahi, öncelikle ve aslen idarenin sorumlu tutulacağı, devletin ise rücu hakkının mümkün hatta zorunlu olduğu” fikri de öne sürülmektedir<sup>116</sup>. Yukarıdaki açıklamalardan hareketle, her ne kadar görev kusuru, yürütülen kamu hizmetiyle birleşmiş olsa da nihayetinde kusur objektif olarak hala idarenin kusurudur<sup>117</sup>. Kanaatimizce, görev kusuru bulunması halinde dahi kusurun idari kusur mahiyeti değişmeyeceğinden, ikinci fikre katılmak daha uygundur.

İdare hukukunda hizmet kusurundan söz edilirken klasik üçleme olarak, sadece hizmetin geç işlemesi, kötü işlemesi, hiç işlememesi hallerin sayılması bir eksiklik olarak gören GÖZLER, görev kusuru halinde hizmet geç işlemese, kötü işlemese dahi idarenin sorumluluğu doğacağını öne sürmektedir.<sup>118</sup> Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü yukarıda bahsedildiği üzere, görev kusuru da aslında geniş anlamda idarenin hizmet kusurundan başka bir anlam taşımamaktadır. Görev kusuru, idarenin hizmet kusurunun ( daha çok hizmetin kötü işlemesi ) idarenin bir görevlisinin şahsında somutlaşmış halinden öte bir durum değildir.

Hancı’ya göre: görev kusuru sağlık personelinin yerine getirmekle yükümlü olduğu kamu görevini ifa ederken uyulması zorunlu kuralları çiğnemesi ve bu yüzden bir zarara yol açmasıdır. Uyulmazı zorunlu kurallar açısından bakıldığında sağlık personelinin Tıbbi Deontoloji Tüzüğü gibi düzenlemelere de uyması bir zorunluluktur<sup>119</sup>. Dolayısıyla bu tür tali mevzuat hükümlerine de uymama neticesinde hizmet kusuru ( görev kusuru) ortaya çıkacaktır.

Bütün bu sayılanlar ışığında sağlık hizmetlerinde meydana gelen görev kusurunu belli koşullara bağlamak daha pratik olacaktır. Görev kusurundan bahsedebilmek için ilk olarak, sağlık personelinin yerine getirmekle yükümlü olduğu bir sağlık hizmeti olmalıdır; ikinci olarak, bu hizmetin yerine getirilmesi sırasında asli ve tali mevzuatta belirlenen yükümlülüklere aykırı davranarak, zarar verici bir eylem yapılmış ( ihmali ve ya icrai ) olmalıdır.

<sup>115</sup> ONAR, Sıddık Sami: (Umumi Esaslar), s. 1724- 1725

<sup>116</sup> YAYLA, Yıldızhan: (İdare Hukuku), s. 148; DURAN, Lütfi: (Mali Sorumluluk), s. 110-111

<sup>117</sup> HACIMURATLAR, Zeliha: (İdarenin Sorumluluğu), s. 117

<sup>118</sup> İdare Hukukunda bu şekilde klasik bir üçlünün meydana getirilmesinin uygun olmadığı hakkında. GÖZLER, Kemal: (İdare Hukuku), s. 976

<sup>119</sup> HANCI, Hamit: Hekimin Yasal Sorumlulukları ve Hakları (Tıp ve Sağlık Hukuku), İzmir, 1999, 223

Nitekim Danıştay<sup>120</sup>: " Hastaya görevli hemşire tarafından hatalı enjeksiyon yapılmasında ve akabinde hastada kangren meydana gelip kolunun kesilmesi olayında; idarenin hizmet kusurunun bulunduğu gerekçesiyle idareyi kusurlu bulmuştur. Ayrıca hemşirenin, " görev kusuru " nun da bulunduğu, hemşirenin sağlık hizmetini sunması sırasında uyması gereken kullara uymayarak hastanın zarara uğramasına neden olduğunu " ortaya koymuştur. Kaldı ki, bu olayda anılan görev kusurunun aynı zamanda 765 Sayılı T.C.K' nın 459. maddesi kapsamında " taksirle müessir fiil " suçuna vücut vermesi sebebiyle hemşire hakkında adliye mahkemesince mahkûmiyet kararı verilmiştir.

### C- Kişisel Kusur

Hizmet kusuru, hizmetlerin kurulması, düzenlenmesi ve işlemesindeki aksaklık, bozukluklar olduğuna ve bu anlamda faili bulunsun ya da bulunmasın kamu görevlilerinin hizmetli ilgili kusurlu tutum ve davranışlarını ifade ettiğine göre, sağlık personelinin hizmetle ilgili olmayan kusurlu tutum ve davranışlarını onların kişisel kusuru teşkil eder ve idarenin sorumluluğuna yol açmaması gerekir. Kişisel kusur idarenin değil ve fakat kamu görevlilerinin haksız fiil esaslarına göre ( B.K m. 41 vd. ) sorumluluğuna yol açar<sup>121</sup>.

GÜNDAY' a göre: kamu görevlilerinin görevleri dışında ve resmi sıfatlarından kesin bir biçimde ayrılmış bulunan kusurlu tutum ve davranışları onların haksız fiil esaslarına göre sorumlu tutulmalarına yol açar. GÜNDAY, kişisel kusurun şu dört halde söz konusu olacağını benimsemektedir. " Kamu personelinin suç niteliğindeki davranışları, yargı kararlarına uymama, kamu görevlilerinin kötü niyetli davranması, kamu görevlisinin ağır kusuru. " <sup>122</sup>

Sağlık personelinin zarar verici eylemi görev kusurunu aşarak, görev sırasında ve hizmetin amacına aykırı bir eylem olarak ortaya çıkmış ise, salt kişisel kusurdan söz edilecek ve bu kusuru dolayısıyla idarenin sorumlu tutulması söz konusu olmayacaktır<sup>123</sup>.

Kişisel kusur, hizmet kusuru ve görev kusuruna bağlanan sonuçlar birbirinden farklıdır. Salt kişisel kusur halinde dava kamu personeli aleyhine adli yargı yerlerinde açılacak; hizmet kusuru halinde zarardan tamamen idare sorumlu

120 Danıştay 10. Dairesi, 16.01.1985, E. 1982/2908, K. 1985/ 26. Danıştay Dergisi, Yıl 1986, S. 60- 61, s. 460- 462

121 GÜNDAY, Metin: (İdare Hukuku), s. 325

122 GÜNDAY, Metin: (İdare Hukuku), s. 325- 327

123 ÖZAY, İl Han, (Günüşiğında Yönetim), s. 749; ÖZGÜLDÜR, Serdar: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları (Tam Yargı Davaları), Ankara, 1996, s. 121

olacak, görev kusuru durumunda ise kusur oranında personele rücu hakkı saklı/zorunlu olmak kaydıyla idare sorumlu olacaktır. Bu sebeple zarar verici eylemin hangi kategoriye girdiğinin açıkça ortaya konması zorunludur.

Anayasa Mahkemesi' ne göre kişisel kusur<sup>124</sup>: “ Kamu görevlilerinin, açıkça ve kolayca hizmetten ayrılabilen tasarruf ve hataları; kötü niyet ve amaçla ilgiliye zarar vermek veya kamu yararı dışında özel çıkarlar sağlamak için, bilerek yani kasten yapılan işlem ve eylemlerle, bağışlanmayacak ölçüde ağır kusur oluşturan açık biçimde hukuka aykırı eylem ve işlemlerden oluşur. Kamu personeli bilerek veya isteyerek yetkisini kötüye kullanır veya mevzuatta açık ve kesin olarak belirlenmiş bulunan görev ve yetki alanının aşar ya da yönetimin işlev alanının dışına çıkarsa, kişisel eylem ve kusur işlemiş ve kendi sorumluluğuna yol açmış sayılmaktadır .” şeklinde ifade edilmektedir.

SARICA' ya göre; şahsi kusur idare hukuku çerçevesine giren bir hadise olmayıp idare hukukunun haricinde kalan ve özel hukuku ilgilendiren bir hadisedir. Sağlık personelinin şahsi kusur ve fiilleri bir idare adamı sıfatıyla değil, alelade bir şahıs, fert olarak işlediği kusurlardır<sup>125</sup>.

DERBİL' e göre; zararlı olay sağlık personelinin cezai mesuliyetini de gerektirecek bir fiiline ilişkin ise veya sunulan sağlık hizmetinin kusurlu işletilmesi şeklinde bile sayılamayacak derecede kötü niyetini gösterir mahiyette ise, kişisel kusurun varlığına hükmetmek yerindedir<sup>126</sup>.

DURAN' a göre; sağlık personelinin kişisel sorumluluğu, ancak açıkça ve kolayca hizmetten ayrılabilen eylem ve kusurlarından ötürü gerçekleşmiş sayılabilir. Yetkinin bilerek ve isteyerek kötüye kullanılması, mevzuatın açık ve kesin hükümlerine aykırı davranılması ve mevzuatın verdiği yetkilerin aşarak idarenin işlev alanı dışına çıkılması halinde şahsi fiil ve kusur işlemiş ve kişisel sorumluluğuna yol açmış olur<sup>127</sup>.

Doktrinde zikredilen bu görüşler ışığında bakıldığında, aslında görev kusuru ile kişisel kusurun ayrımının - özellikle sağlık hizmetinin niteliği göz önüne alındığında - kolay olmadığı göze çarpmaktadır. Kanaatimizce, görev kusuru kavramı ile kişisel kusur kavramının sağlık hizmetleri bakımından birbirinden kesin çizgilerle ayrılabilceğini söylemek mümkün değildir.

<sup>124</sup> A.Y.M 25.03.1975, E. 1974/42, K. 1975/ 62, bu karar için bkz. ÖZGÜLDÜR, Serdar: (Tam Yargı Davaları), s. 123

<sup>125</sup> SARICA, Ragıp: İdare Ajan ve Memurlarının Şahsi Kusurlarından Dolayı Şahsen Mesul Tutulmalarının Hukuki Mesnetleri (Ajan ve Memurların), C. XV, B, 1, İstanbul, 1949, s. 35

<sup>126</sup> DERBİL, Suheyp: İdare Hukuku (İdare Hukuku), s. 255

<sup>127</sup> DURAN, Lütfi: (Mali Sorumluluk), s. 106

Görev kusuru olarak ortaya çıkan hatalı enjeksiyon yapılması işlemi neticesinde hastanın bir uzvundan meydana gelen zarara ilişkin olarak, ilgili sağlık personeli bu fiili ile Ceza Kanunu' nunda yer alan taksirle yaralama suçunu işlemiş olmakta ve adliye mahkemesinde birinci dereceden sorumlu olarak yargılanmakta ve hüküm giyebilmektedir. Bu durumda ilgili sağlık personeli yaptırım hukuku bakımından hem kişisel kusur hem de görev kusuru iç içe girmiş halde bulunmaktadır. Bu sebeple kişisel kusur – görev kusuru ayrımı yapılırken, eylemi gerçekleştiren kamu görevlisinin saiki/ kastı dikkate alınmalıdır. İkinci bir ayırım olarak da; eylemin sağlık kamu hizmetinin bünyesinde kabul edilip edilemeyeceğidir. Sağlık hizmeti, tıbbi müdahale ile bağdaşmayan bir eylemden ötürü, görev kusuru değil ancak kişisel kusur söz konusu olabilecektir.

Sonuç olarak, sağlık personelinin ifa ile yükümlü olduğu hizmetten, idare tarafından kendisine bu hizmet için tahsisi edilmiş olan araç – gereçlerden ve resmi sıfatından kesin bir biçimde ayrı olarak yaptığı faaliyetler sonucu bir başkasına zarar vermesi halinde ortada bir kişisel kusur vardır denilebilir.<sup>128</sup>

Mesai saati dışında evine giderek muayene ettiği ve yanlış tedavi uygulayarak ölümüne sebep olduğu bir vakadan dolayı doktorun sorumluluğu<sup>129</sup>; nöbetçi doktorun hastaya tecavüz etmesi<sup>130</sup>; sağlık personelinin hastaya hakaret etmesi; meslek ve sanatta acemilik sebebiyle hastanın yaşamını yitirmesi; hekimin sır saklama yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi gibi durumlar kişisel kusura örnek olarak gösterilebilir.

Salt kişisel kusurlardan doğan sorumluluğa adli yargı yerlerinin bakması gerektiği, gerek öğretilde gerekse uygulamada benimsenmiş bir ilkedir. Kişisel kusurun varlığı halinde, sorumluluğa adli yargı yerlerinin bakması konusunda öğretilde hiçbir tartışma yoktur.<sup>131</sup> Ancak kişisel kusurun tespiti yapılmasında görüş ayrılığı bulunmaktadır. Salt kişisel kusur Salt kişisel kusurun tayin ve tespitini yapacak yargı yerinin adli yargı mı idari yargı mı olduğu sorunu öğretilde tartışmalıdır<sup>132</sup>. Onar'a göre; şahsi kusurun tespit ve

<sup>128</sup> KARAEGE, Özge: (İdarenin Kusur Sorumluluğu), s. 76

<sup>129</sup> AYAN, Mehmet: Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk (Tıbbi Müdahaleler), Ankara, 1991, s. 180

<sup>130</sup> KARAEGE, Özge: (İdarenin Kusur Sorumluluğu), s. 77

<sup>131</sup> ÇAĞLAYAN, Ramazan: İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması, Ankara, 2001, s. 277

<sup>132</sup> ÖZAY, İl Han. (Günüşiğinde Yönetim), s. 779; ÖZGÜLDÜR, Serdar: (Tam Yargı Davaları), s. 124



takdirinde adliye mahkemeleri yetkilidir<sup>133</sup>. Diğer bir götüşe göre de, kişisel kusuru adliye mahkemeleri belirlemelidir.<sup>134</sup>

Kanaatimizce; kişinin resim sıfatından ve görevinden ayrılabilen salt kişisel kusurlarına ilişkin davalarda görevli mahkemenin adliye mahkemeleri olması gerekmektedir. Çünkü, yukarıda açıklandığı üzere, kişisel kusur ile görev kusurunun ayrıldığı nokta, zarar verici eylemi icra eden personelin kastı/ saikidir. Personelin kastının/ saikinin araştırılarak gerçek anlamda kişisel kusuru ancak adli yargı mahkemeleri tespit edebilecektir. Bu sebeple kişisel kusur teşkil eden bir olay idari yargı merciinin önüne geldiğinde, görev kamu düzenine ilişkin olduğundan idari yargı merciinin görevsizlik kararı vererek dosyanın adliye mahkemesine gönderilmesi gerekmektedir. Eğer nitelendirme konusunda bir uyuşmazlık çıkar ise bu takdirde sorunun çözüm yeri Uyuşmazlık Mahkemesi olacaktır.

Nitekim, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi E. 2005/1946, K. 2006/3385 Sayılı Kararında<sup>135</sup> “ Anayasa'nın 129/5. maddesi ile 657 sayılı Devlet Memurları Yasası'nın 13. maddesini, Borçlar Yasası'nın 41/1. maddesi ışığında yorumlayarak, kamu görevlileri aleyhine kişisel kast ve kusurlarının varlığı halinde adli yargıda dava açılacağı ve esastan karar verilmesi gerektiği ” görüşünü benimsemektedir.

#### **D- Tıbbi Müdahalelerde Hizmet Kusurunun Niteliği**

##### **1- Tıbbi Müdahale Kavramı:**

Tıbbi müdahalelerde hizmet kusuruna ilişkin bir inceleme yapmadan önce tıbbi müdahale kapsamının ne olduğunu tespit etmemiz gerekmektedir. Öğretide tıbbi müdahale hakkında farklı tanımlar mevcuttur. AYAN: “ Tıbbi müdahale, tıp mesleğini icraya yetkili bir kişi (hekim) tarafından, doğrudan ya da dolaylı tedavi amacına yönelik olarak gerçekleştirilen her türlü faaliyeti ifade eder. Daha kısa bir söyleyişle, tıbbi müdahale, hekimin tedavi amacına yönelik etkinlikleridir. Buraya bir hastalığı, anormallığı ya da eksikliği önlemek, ortadan kaldırmak veya olumsuz etkilerini en aza indirmek için yapılan her türlü faaliyet dâhildir. Bu faaliyetler, en basit teşhis ve tedavi yöntemlerinden en ağır cerrahi müdahalelere (ameliyatlara) kadar uzanırlar<sup>136</sup> ” şeklinde bir tanıma yer vermektedir.

<sup>133</sup> ONAR, Sıddık Sami: (Umumi Esaslar), s. 1709

<sup>134</sup> SARICA, Ragıp: “ Şahsi Kusur ve Mesele i Müntehire ”, İHFM, 1964, C. XII, S. 4, s. 1055, Nakleden: ÇAĞLAYAN, Ramazan: İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması, Ankara, 2001, s. 277)

<sup>135</sup> Adalet Bakanlığı UYAP Programı (Karar Tarihi: 28.03.2006)

<sup>136</sup> AYAN, Mehmet: (Tıbbi Müdahale), s. 5- 6

Yine başka bir tanımda ise: “Tıbbi işlemler bir hekim tarafından veya bir hekimin gözetimi ve sorumluluğu altında yardımcı personeli tarafından yapılan işlemler” olarak tanımlanmıştır.<sup>137</sup> Örneğin hekimin hastayı muayene etmesi, teşhis koyması, reçete yazılması, ameliyat yapması tıbbi işlemidir. Keza, hekimin doğrudan doğruya gözetimi ve sorumluluğu altında yardımcı personelinin hastaya enjeksiyon yapması da tıbbi işlemidir. Bunların dışında kalan faaliyetler, hastanede yapılsalar bile tıbbi faaliyet sayılmazlar.<sup>138</sup> Örneğin hastadan tahlil için kan alımı, hastaya pansuman yapılması, hastanın yatağa yatırılması, kaldırılması, temizlenmesi, beslenmesi gibi faaliyetler tıbbi faaliyet değildir.<sup>139</sup> YILMAZ’ a göre: “ Tıbbi faaliyetler, yürütülmesinde zorluk bulunan faaliyetlerdir. Tıbbi faaliyetler veya işlemler, bir hekim tarafından veya bir hekimin gözetim ve sorumluluğu altında yardımcı sağlık personeli tarafından yapılan işlemlerdir.”<sup>140</sup>

GÖZLER ve AYAN ve YILMAZ’ ın bu tanımlarına bütünüyle katılmak mümkün değildir. AYAN’ ın tıbbi müdahale tanımı; tıbbi müdahalenin mutlaka hekim tarafından yapılan teşhis ve tedavi olarak sınırlaması sebebiyle eksiktir. Tıbbi müdahaleye hekim ekseriyetle yetkili olmakla birlikte tek yetkili kimse değildir. Günlük yaşantısında, mesai saatleri dışında bir kimse- nin yaralanmasına veya hayatının tehlikeye girmesine tanık olan bir sağlık meslek mensubunun ( ebe, hemşire, sağlık memuru, ilk ve acil yardım teknisyeni veya ilk ve acil yardım bilgisi bulunan diğer meslek mensupları ) yardıma ihtiyacı olan şahsa yaptığı ilk yardım<sup>141</sup> gerçekte tıbbi müdahaledir. Örneğin bir boğulma vakasına şahit olan ilk yardım teknisyeni, sağlık memuru, ebe veya hemşirenin, suni solunum ve kalp masajı yapması işlemlerinin tıbbi müdahale olmadığını söylemek mümkün değildir. Bu, gerek günlük hayatta ve gerekse acil durumlarda doktor hastaya müdahale edinceye kadar geçen sürede yardımcı sağlık personeli tarafından yapılan işlemlerde tıbbi

<sup>137</sup> De Laubadere, Venezia ve Gaudemet, op.cit., c.I, s.989; Chapus, Droit administratif (Naklen: GÖZLER, Kemal; (İdare Hukuku), s. 1003)

<sup>138</sup> Chapus, Droit administratif general, op. cit, c.I, s.1305. (Naklen: GÖZLER, Kemal; (İdare Hukuku), s. 1003)

<sup>139</sup> Chapus , Droit administratif general, op.cit., c.I s.1305, De laubadere, Venezia ve Gaudemet, op.cit., c.I, s.989. (Naklen: GÖZLER, Kemal; (İdare Hukuku), s. 1003)

<sup>140</sup> YILMAZ, Mustafa: İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Kusur Sorumluluğu in: *J. Sağlık Hukuku Sempozyumu 2006 (İdarenin Kusur Sorumluluğu)* , Ankara, 2007, s. 140

<sup>141</sup> İlk yardım ile acil yardım kavramları birbirinden farklı anlam taşımaktadır. İlk yardım daha çok çevrede bulunan materyaller ve kişinin eliyle yapılan, ilaç ve medikal unsurların bulunmadığı bir faaliyet iken; acil yardım, ilaç ve medikal unsurlar ile yapılan faaliyetlerdir.

işlem/ müdahaledir. Bu sebeple sadece hekimin yaptığı müdahalenin tıbbi müdahale olduğunu söylemek mümkün değildir.

GÖZLER' in ve YILMAZ' ın tanımlamasına bakıldığında ise; bizzat hekim tarafından veya hekimin gözetim ve denetimi altında yardımcı sağlık personelinin yaptığı işlemler tıbbi işlem/ müdahale sayılmakta ve hekim denetim ve gözetimi olmadan işlem hastanede yapılsa dahi tıbbi işlem olarak kabul edilmemektedir. Bu tanım da eksik ve bir yönüyle de yanlıştır. Yukarıda izah edildiği üzere; yaşamı tehlikede olan bir kimseye her bir bireyin yardım yükümlülüğü bulunmaktadır. Hatta T.C.K' nın 98. maddesi gereğince “ *yardım yükümlülüğünü yerine getirmemek* ” suçtur. T.C.K m. 98’ de yer alan yardım yükümlülüğü sağlık meslek mensubu için, müdahale etme yükümlülüğü halini almaktadır. Kendi uzmanlık alanı ile ilgili olan bir konuda; acil yardıma ihtiyacı olan veya hayati tehlikesi olan bir kimseye yardım etmeyen sağlık personeli garantör olması nedeniyle suç işlemiş olacaktır.

Öğretide tıbbi müdahalenin mutlak surette hekim tarafından veya hekimin denetim ve gözetiminde yapılması gerektiği kuralının önemli bir istisnası bulunduğu öne sürülmektedir<sup>142</sup>. Bu görüşe göre: “ *Doktor tarafından yapılmasa, doktor denetim ve gözetiminde bulunmasa dahi, hastanın yaşamına yönelik bir tehlikenin bertaraf edilmesi amacıyla, kendi uzmanlık alanının sınırları içinde kalmak kaydıyla yardımcı sağlık personeli ( ebe, hemşire, ilk ve acil yardım teknisyeni, sağlık memuru ) nin ilk ve acil yardım girişimleri de tıbbi müdahaledir. Nitekim, 05.07.2005 tarih ve 25866 sayılı Resmi Gazete’ de yayınlanan 21.06.2005 tarih ve 5371 Sayılı “ Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu, Sağlık Personelinin Tazminat ve Çalışma Esaslarına Dair Kanun, Devlet Memurları Kanunu ve Tebabet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun ile Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında K.H.K da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 7. maddesi ile değişik; 11.04.1928 tarih ve ve 1219 Sayılı Tebabet ve Şuabatı Sanatların Tarzı İcrasına Dair Kanunun 3. maddesine eklenen ikinci fıkra ” hükmü uyarınca:*

**“Acil tıbbi yardım ve bakım ile sınırlı kalmak ve Sağlık Bakanlığınca çıkarılacak yönetmeliğinde belirtilmek kaydıyla acil tıp teknikerleri ile acil tıp teknisyenleri hastaya müdahale edebilir, bu hususta lazım gelen iş ve işlemleri yapabilirler.”**

<sup>142</sup> BİRTEK, Fatih: Tıbbi Müdahaleler Açısından Komplikasyon MAİpraktis Ayrımı (Tıbbi Müdahaleler), İstanbul Barosu Dergisi, 2007, C. 81, S. 5, s. 1998- 2000

*Bu hükiim nazara alındığında yardımcı sağlık personellerinin, doktor denetimi ve gözetimi altında olmadan yaptıkları bir takım müdahalelerin de tıbbi müdahale olarak kabulü kanunen bakımından zorunlu bir hal almaktadır.*

*Bu açıklamalardan hareketle, bir girişimin tıbbi müdahale olarak adlandırılabilmesi için üç şartın varlığı gerekmektedir. Birincisi; müdahalenin resmi ehliyetli bir kimse tarafından yapılmış olması, ikinci olarak; doğrudan doğruya veya dolaylı olarak hastayı tedavi amacına yönelik olması; üçüncü ve son olarak da; müdahalenin müdahaleyi yapan kimsenin mesleki bilgisi dâhilinde olması gerekmektedir.”<sup>143</sup>*

## **2- Tıbbi Müdahalelerde Hizmet Kusuru**

Yukarıda açıklandığı üzere hekim veya sağlık personeli tarafından yapılan bütün işlemler tıbbi müdahale değildir. Kusur sorumluluğu bakımından tıbbi müdahaleler ile hastanede yapılan diğer işlemler arasında bir ayırım yapmak gerekmektedir. Hekimin hastayı muayene etmesi, teşhis koyması, reçete yazması, ameliyat yapması gibi işlemler tıbbi işlemlere örnektir.<sup>144</sup> Ancak hastanede yapılsa dahi; hastaların beslenmesi, temizliği, yatağa yatırılması, güvenlikleri, pansuman yapılması gibi işlemler tıbbi müdahale olarak nitelendirilemez<sup>145</sup>. Bu sebeple çoğunlukla, tıbbi müdahalelerden ötürü ortaya çıkan zararlarda idarenin hizmet kusuru nedeniyle sorumlu tutulabilmesi için ağır kusurlu olunması aranmakta iken, tıbbi müdahale dışındaki diğer iş ve işlemleri için meydana gelecek kusur sorumluluğunda basit kusur yeterli kabul edilebilecektir. Tıbbi müdahale için ağır kusur şartı mutlak surette kabul edildiğinde; eğer idare ajanının ağır kusuru yok ise, ortaya çıkan zarardan ötürü ne idare ne de eylemi gerçekleştiren sağlık personeli sorumlu olacaktır<sup>146</sup>.

Yayla’ ya göre: “ idarenin görülmesi, yürütülmesi gerçekten zor olan bazı faaliyetlerinde, örneğin sağlık hizmetlerinde ortada ağır hizmet kusurunun olması halinde idarenin sorumluluğu söz konusu olacaktır<sup>147</sup>.”

Danıştay, tedavi ve cerrahi müdahaleleri yüzünden meydana gelen zararların idarece karşılanması için hizmet kusuru ve hatta ağır kusur ile irtikap

<sup>143</sup> BİRTEK, Fatih: (Tıbbi Müdahaleler), s. 1999

<sup>144</sup> YILMAZ, Mustafa: (İdarenin Kusur Sorumluluğu) , s. 140

<sup>145</sup> YILMAZ, Mustafa: (İdarenin Kusur Sorumluluğu) , s. 140

<sup>146</sup> ONAR, Sıddık Sami: (Umumi Esaslar), s. 1741; ESİN, Yüksel: (Esas), s. 54; DURAN, Lütfi: (Türkiye İdaresinin), s. 41; BAYRAKTAR, Köksal: Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul, 1972, s. 39

<sup>147</sup> YAYLA, Yıldızhan: (İdare Hukuku), s. 149

edilmiş olmasını gerekli görmektedir. Ağır kusur yok ise idareyi sorumlu tutmamaktadır<sup>148</sup>.

Kanaatimizce olağan tıbbi müdahalelerin dışında olmak kaydıyla; gerek çok riskli cerrahi girişimler ve gerekse yaşamı kurtarmaya yönelik zorunlu acil tıbbi müdahalelerde basit kusur ile idareyi ve dolayısıyla sağlık personeli sorumlu tutmak; idarenin ve sağlık personelinin bu tür tıbbi girişimler yaparken uzun boylu düşünmesi, temkinli davranması ve hata yapma/ basit hatadan dahi sorumlu tutulma kaygısıyla çekingen davranması gibi istenmeyen durumlar ortaya çıkaracaktır. Bu sebeple anılan faaliyetler hususunda idarenin ve müdahaleyi yapan sağlık meslek mensuplarının sorumluluktan başışık bir hareket alanının bulunması<sup>149</sup> kişilerin yaşam hakkının ve sağlığının korunmasına hizmet edecektir. Bu tür riskli, acil ve zorunlu müdahaleler bakımından ağır kusur şartının kabul edilmesi kamu yararına hizmet edecektir. Bu tür müdahaleler dışında kalan, olağan ve planlama/ düşünme imkânı bulunan tıbbi müdahaleler için ise basit kusurun varlığı<sup>150</sup> sorumluluk için yeterli ve gerekli bir şart olarak kabul edilebilecektir. Mamafih, tıbbi müdahaleleri acil, zorunlu ve yaşamı kurtarmaya yönelik tıbbi müdahaleler ve olağan, planlama imkânı bulunan ve genel tedavi amacına yönelmiş müdahaleler olarak ayırarak her somut olayın özelliğine göre değerlendirme yapmak daha yerinde olacaktır.

### **E- Komplikasyon (İzin Verilen Risk) ve Malpraktis (Tıbbi Uygulama Hatası ) Kavramları Işığında Kusur Kavramı<sup>151</sup>**

#### **1- Komplikasyon ( İzin Verilen Risk ):**

Bütün tıbbi müdahaleler, hastalar yönünden belirli bir risk oluşturmaktadır. Bu riskler, hekimlik uygulamalarının doğasından kaynaklanmakta, büyük kısmı hekim tarafından gerekli dikkat ve özen gösterilmiş olsa bile kaçınılmaz nitelik taşımaktadır. Buradaki riskler izin verilen risk çerçevesinde kaldığı müddetçe bunun adı komplikasyon ( istenmeyen durum ) olmaktadır<sup>152</sup>. Komplikasyon olduğu hallerde tıbbi uygulama hatasından ve hekimin

<sup>148</sup> DURAN, Lütfi: (Türkiye İdaresinin), s. 41

<sup>149</sup> Chapus, Droit administratif general, op. cit, c.I, s.1305. (Naklen: GÖZLER, Kemal; (İdare Hukuku), s. 1002)

<sup>150</sup> GÖZLER, Kemal; (İdare Hukuku), s. 1005

<sup>151</sup> Çalışmamın bu bölümünde: İstanbul Barosu Dergisi, 2007, C. 81, S. 5, s. 1997- 2007 de yer alan “ Tıbbi Müdahaleler Açısından Komplikasyon Malpraktis Ayrımı ” adlı makaleminden kısmen yararlandım.

<sup>152</sup> ÇOLAK, Ahmet: Komplikasyon mu? Malpraktis mi? Malpraktis Davalarının Asli Unsurları, Hekim Forumu Dergisi, Nisan- Mayıs 32-33, 2003

kusurundan ve dolayısıyla hekimin ve idarenin sorumluluğundan söz edilemez. Bu nedenle tıbbi müdahalelerde izin verilen risk ile tıbbi malpraktis ayrımı hassasiyetle yapılmalıdır<sup>153</sup>.

*“Yapılan tıbbi müdahale, klasik tıp bilgilerinde, uluslar arası literatürde komplikasyon olarak adlandırılıyorsa ve bu müdahale tıbbın kabul ettiği normal risk ve sapmalar çerçevesinde yapılmışsa, istenmeyen sonuçlar meydana gelse bile, hekime sorumluluk yüklenemeyecektir. Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesi, hekimin tanı ve tedavide standart ve belirlenmiş davranış biçimlerinden farklı davranması veya görev ihmali sonucu, hastada geçici sağlık bozulmasından, ölüme kadar giden bir değişkenlikte zarar neden olunması halinde ise malpraktis (tıbbi uygulama hatası) söz konusu olacaktır. Zamanında fark edilmez veya fark edilmesine karşın gerekli önlemler alınmaz ya da fark edilip önlem alınmasına karşın yerleşmiş standart tıbbi girişimde bulunulmaz ise komplikasyon malpraktise dönüşür.”<sup>154</sup>*

Tıbbi müdahaleler tehlikeli nitelikte olduğu zaman, şayet hekim tıp bilimine bağlı kalarak hastayı iyileştirmek amacıyla mümkün olan her şeyi yapmış ise sonuç ölüm olarak meydana gelse dahi; hekim dikkat ve ihtimamı göstermiş ise sorumlu tutulamayacaktır<sup>155</sup>.

Hukuken, yapılan bir hareket ne kadar zorunlu ise, izin verilen risk de o kadar büyüktür. Bir hukuki yararın tehlikeye sokulması, yararın elde edilmesi bakımından tek araç ise, kısacası başka çare yok ise, o takdirde hukuki yararın tehlikeye sokulmasına izin verilmektedir<sup>156</sup>.

Bir sağlık ocağı pratisyen hekiminin, hastanın sevki için yeterli zaman bulunmadığı bir durumda anne ve bebeğin hayatını kurtarmak için riskli bir doğum eylemine girişmesi<sup>157</sup>; kafa içinde meydana gelen kanama (intracranial) nedeniyle hastanın zorunlu olarak ameliyata alınması ve hastanın ameliyat esnasında veya ameliyat sonrası (post operatif) dönemde cerrahi girişimin büyüklüğü nedeniyle meydana gelen ikinci bir kanama nedeniyle yaşamını yitirmesi; bütün testler ve ilgili uzman doktor konsültasyonla-

<sup>153</sup> ÇOLAK, Ahmet: Nöroşinujide Malpraktis, Türk Nöroşinuji Dergisi 12: 94- 98, 2002, s. 50

<sup>154</sup> SEVİNDİK ATICI, Ebru: Hekimin Meslek Hatalarından Kaynaklanan Hukuksal ve Cezai Sorumluluğu, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Adana, 2006, s. 69

<sup>155</sup> ÖZCAN, Mesut: Hekimin Tıbbi Hatalarından Kaynaklı Cezai Sorumluluğu, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2002, s. 23

<sup>156</sup> ÖZTÜRK, Atilla: Adli Tıp Uygulamasında Hekim Hataları ve Hekimin Sorumluluğu (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tez), İstanbul, 2002, s. 30

<sup>157</sup> ibid.

rının yapılmasına rağmen kontrol altında bulunan pelvis kırığı ( leğen kemiği) tanısı ile takip edilen hastanın, yaralanmanın bir komplikasyonu olan yağ embolisi nedeniyle yaşamını yitirmesi; büyük ameliyatlarda, cerrahi girişim yapılan bölgeye bitişik dokularda meydana gelen büyük damar yaralanmaları nedeniyle hastanın kaybedilmesi; lumbal ( bel bölgesi ) disk kaymasının düzeltilmesi operasyonlarında gerekli dikkat ve özenin gösterilmesine rağmen hastanın ameliyatın bir komplikasyonu olarak ayağında güç kaybı meydana gelmesi; had safhada acil bir kanama olması sebebiyle, mevcut steril malzemelerin yetersiz kalması neticesinde steril olmayan araç ve gereçlerin kullanılması sebebiyle hastada enfeksiyon gelişmesi gibi durumlar izin verilen risk kapsamında değerlendirilir. Bu ve benzeri durumlarda tıbbi girişimi yapan sağlık meslek mensubu sorumlu olamayacağı gibi idarenin de sorumluluğu yoluna gidilemeyecektir.

## 2- Malpraktis ( Tıbbi Uygulama Hatası )

Genel hatları itibariyle meslek kusuru adı altında toplanan olaylar, hekimin tıp bilimi ve uygulamasında genel olarak tanınıp kabul edilmiş esaslara aykırı hareketi objektif bir şekilde ele alındığında, hekimin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışından öte bir hal değildir.<sup>158</sup> Genel bir tanım ile malpraktis; hatalı davranış veya görev ihmali sonucu bir yaralanmaya ya da zarara yol açmaktır.<sup>159</sup> Bir başka tanım ile: “ hekimin hastanın standart tedavisini yaparken başarısızlığı, beceri eksikliği ya da ihmali nedeniyle zarar vermesi ” dir.<sup>160</sup>

*Türk Tabipler Birliği Etik İlkeleri:* 13- Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeni ile bir hastanın zarar görmesi “ hekimliğin kötü uygulanması ” anlamına gelir,

*Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısında*<sup>161</sup> ise Tıbbi Kötü Uygulama; “ Sağlık personelinin kasıt veya kusur veya ihmali ile standart uygulamayı yapmaması, bilgi ve beceri eksikliği ile yanlış veya eksik teşhiste bulunması veya yanlış tedavi uygulaması veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan ve zarar meydana getiren fiil ve durum ” olarak tanımlanmıştır.

158 BÜYÜKAY, Yusuf: İstenmeden Dünyaya Gelen Çocukların Bakım Eğitim ve Tedavi Giderlerinin Tazmin Edilmesi Sorunu, İstanbul, 2006, s.93

159 HANCI, Hamit: (Malpraktis), s. 30

160 HANCI, Hamit: (Malpraktis), s. 30

161 HANCI, Hamit: (Malpraktis), s. 30

Bir hatalı tıbbi girişimin varlığından söz edebilmek için şu unsurların varlığından söz etmek gerekmektedir<sup>162</sup>:

- Meslek ve sanatta acemilik,
- Hastaya kasıtlı olarak zarar vermek,
- Hasta- hekim sözleşmesine aykırı hareket etmek,
- Yanlış, tehlikeli muayene sonucu hastanın zarar görmesi,
- Tıbbi aletlerin tehlikeli kullanılmasından dolayı hastaya zarar vermek,

Hekimlerin, meslekleri ve uzmanlıkları ili ilgili temel ve klasik bilgilere ve genel tıp kurallarına göre hareket etmeleri gerekir. Hekim, meslekte herkesin bildiği ya da bilmesi gereken bir konuda açık hata yaparsa sorumlu olur.

Nitekim **Yargıtay 4. H.D. 1977/2541 Sayılı Kararında**: “ Hekim tıp verilerini yanlış ya da eksik uygulamışsa, mesleğinin gerektirdiği özel görevlere gereği ve yeteri kadar uymamışsa kusur var demektir. ” denilmiştir.<sup>163</sup>

Anestezi muayenesi yaptırmadan hastanın ameliyata alınması ve anestezi komplikasyonu nedeniyle hastanın yaşamını yitirmesi; intra uterin ölüm olayında hastanın doğum yaptırmadan sevk edilmesi<sup>164</sup>; ameliyat edilen hastanın karnında gaz tampon ve ameliyat araç – gereci unutulması<sup>165</sup>; disk ameliyatında, disk materyalinin çıkarılırken diske bitişik olan damar yaralanması nedeniyle hastanın yaşamını yitirmesi; meslek ve sanatta acemilik nedeniyle ameliyat sahasına uzak bir alanda büyük damar yaralanmasına sebebiyet verilmesi; ameliyat esnasında gerekli özenin gösterilmemesi<sup>166</sup> göğüs ağrısı şikayetiyle gece acil servise müracaat eden hastaya kalp grafisi çekilmeden kas spazmı/ kas iltihabı ( artrit ) teşhisi ile evine gönderilmesi ve hastanın kısa bir süre sonra kalp krizinden ötürü yaşamını yitirmesi; trafik kazası neticesinde yaralanarak geldiği acil serviste gerekli röntgen grafisi çekilmemesi sonucu hastanın akciğer kanamasından ( hematoraks ) dolayı yaşamını yitirmesi; ayağına paslı cisim batması sonucu gelen hastaya tetenez Ig yapılmaması neticesinde hastanın ilerleyen günlerde tetenez hastalığı nedeniyle yaşamını yitirmesi gibi haller tıbbi uygulama hatasına örnek gösterilebilir. Unutulmamalıdır ki, tıbbi uygulama hataları da hizmet kusuru kapsamına giren, hizmetin kötü işlemesi durumunun, idarenin personelinin ( hekim veya yardımcı

<sup>162</sup> ÖZTÜRKLER, Cemal: Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis – Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, Ankara, 2003, s.6

<sup>163</sup> HANCI, Hamit: (Malpraktis), s. 30- 31

<sup>164</sup> Yargıtay 4. H.D. 11.02.1976- 975/ 4250- 1393 Sayılı Kararı.

<sup>165</sup> HANCI, Hamit: (Malpraktis), s. 58

<sup>166</sup> HANCI, Hamit: (Malpraktis), s. 58



sağlık personeli ) şahsında somutlaşmış halinden öte bir şey değildir. Bu yönü itibariyle malpraktis bir hizmet kusuru halidir.

Tıbbi uygulama hatası bulunması halinde hekimin fiilden ötürü; idare hukuku kuralları uyarınca hizmet kusuru ( *hekimlikte kötü uygulama ( malpraktis ) hizmetin kötü işlemesi sonucunu doğuran bir durumdur* ) söz konusu olacak ve somut olay itibariyle eylem Türk Ceza Kanunu normları çerçevesinde taksirle öldürme veya taksirle yaralamadan hükümleri kapsamına giriyor ise bu kapsamda da hekimin cezai sorumluluğu yoluna gidilebilecektir.

## **V- İDARENİN SAĞLIK HİZMETLERİNİN YÜRÜTÜLMESİNDE KUSURA DAYANAN SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI**

### **A- İdarenin Sunduğu Sağlık Hizmetinde Hukuka Aykırılık Unsuru**

İdarenin sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan bir sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, tıbbi müdahalenin hukuka aykırı olması zorunludur<sup>167</sup>. Kamu görevlisinin birinci ve ikinci derecede yer alan mevzuat normlarına aykırı davranmak suretiyle gerçekleştirdiği eylem hukuka aykırı sayılır.

Hastalığın teşhisinden sonra yapılacak tıbbi müdahaleler hakkında hastanın onayının alınması ve hastanın tedavi konusunda aydınlatılması hekime düşen bir görevdir<sup>168</sup>. Tedavi hastaya anlayacağı bir dil ile anlatılmalı, müdahalenin zorunluluğu ve gerekliliği belirtilmeli ve muhtemel komplikasyonlar ve sonuçlar hakkında ayrıntılı olarak bilgi verilmelidir. Hastayı aydınlatma yükümlülüğü; durumu ne kadar az acil ise o kadar çok zaman ayrılarak yapılmalıdır. Her halde, acil bir vakada uzun bir süre hastanın aydınlatılması gibi bir imkân bulunmadığı gibi, bu şekilde bir hareket tarzı da hizmetin gereklerine aykırıdır.

Gecikmesinde hastanın yaşamı bakımından sakınca bulunan hallerde, hastanın ağır zarara uğraması muhtemel hallerde, hastanın şuurunun bulunmadığı acil hallerde hastayı aydınlatma yükümlülüğünden<sup>169</sup> hastanın yaşamı lehine feragat edilir<sup>170</sup>.

<sup>167</sup> AYAN, Mehmet: (Tıbbi Müdahaleler), s. 174; DÜREN, Akın: (İdare Hukuku), s. 330

<sup>168</sup> KÖPRÜLÜ, Ömer: Hekimin Hukuki Sorumluluğu (Hekimin Sorumluluğu), İstanbul Barosu Dergisi, Yıl 1984, s. 593

<sup>169</sup> Tıbbi müdahaleler açısından aydınlatma yükümlülüğü hem özel hukuk hem de idare hukuku bakımından gerekli ve zorunlu bir unsurdur.

<sup>170</sup> KÖPRÜLÜ, Ömer: Hekimin Hukuki Sorumluluğu (Hekimin Sorumluluğu), s. 594

Yargıtay kararlarında tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için hastanın aydınlatılmış olmasının gerektiği belirtilmektedir. Bununla birlikte Yargıtay, hekimin aydınlatma ödevini muhtemel, seyrek rastlanan sonuçlara da yaymak suretiyle ödev kapsamını genişletmektedir<sup>171</sup>.

Yargıtay bir kararında<sup>172</sup>; “ davalı hekimin aydınlatma görevini yerine getirdiğini bütün veri sonuçları ile tıp bilimine uygun olarak davacının anlayabileceği biçimde bildirdiğini iddia ve ispat etmediğine göre zararlı sonuçtan sorumlu bulunduğuna ” karar vermiştir.

Aydınlatılmış onam alınarak yapılan tıbbi müdahaleyi hukuka uygun halle getirecektir. Tıbbi Deontoloji Tüzüğü’ nün 14.maddesi aydınlatılmış onamın sınırlarını şu şekilde belirtmektedir: “ Hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır. ”

## B- Kusur

Sağlık hizmetinin yürütülmesinde idarenin ve idare ajanının sorumluluğu yoluna gidilebilmesi için idareye veya ajanına yöneltilebilecek bir kusurun bulunması zorunludur<sup>173</sup>. Hizmetin hiç işlememesi, geç işlemesi, kötü işlemesi hallerinde ortaya çıkan hizmet kusuru veya sağlık personelinin görev kusurunun bulunması halinde kusur şartı gerçekleşmiş olacaktır<sup>174</sup>.

### 1- Kusurun Ağırlığı Sorunu

Doktrine göre, mahkeme kararları göz önüne almak suretiyle hizmet kusurunun üç şekilde ortaya çıkabileceğini söylemek mümkündür. Bunlar hafif kusur, ağır kusur ve fevkalade ağır kusurdur<sup>175</sup>.

Ağır kusur; bağışlanması kesinlikle olanaksız olan irade eksikliği esasına dayanır. Böyle bir şeyin meydana gelmemesi gerekmektedir<sup>176</sup>. Başka bir deyişle; aynı durum ve koşullar altında her anlayışlı, akli başında ( makulmantıklı ) insanın göstereceği en ilkel uyanıklığın ( dikkatin ) ve özenin gösterilmemesidir. Burada özen ve önlem alma noktasında tam bir aldırmaçlık

<sup>171</sup> KÖPRÜLÜ, Ömer: Hekimin Hukuki Sorumluluğu (Hekimin Sorumluluğu), s. 594

<sup>172</sup> Yargıtay 4. H.D. 07.03.1977 tarih, E. 1977/ 6297, K. 2451/ 1977, Yargıtay Kararları Dergisi, Yıl 1977, S. 6, s. 905

<sup>173</sup> AYAN, Mehmet: (Tıbbi Müdahaleler), s. 174; DÜREN, Akın: (İdare Hukuku), s. 330

<sup>174</sup> Hizmet kusuru yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığından gereksiz tekrara sebebiyet verilmemesi açısından burada tekrardan kaçınılmıştır.

<sup>175</sup> SARICA, Ragıp: (Hizmet Kusuru), s. 10- 11

<sup>176</sup> ARMAĞAN, Tuncay: (İdarenin Sorumluluğu), s. 52

söz konusudur<sup>177</sup>. Ağır kusur, vasat bir idarenin işleyemeyeceği kusurdur. Kamu hizmetinin muntazam bir şekilde yürütülmesi idarenin normal bir tutumu ile mümkün olduğu halde idarenin bu normal davranışı göstermerek hizmeti aksatması ve bir zarara sebebiyet vermesi sorumluluğu gerektiren ağır bir kusur sayılır<sup>178</sup>.

Fevkalade ağır kusur; ancak kötü, fena bir idarenin işleyebileceği kusurdur<sup>179</sup>.

Hafif kusur; yalnız uyanık, önlem alabilen kimselerin işleyebileceği ve gösterebileceği özenin gösterilmemesidir<sup>180</sup>. Bir başka deyişle; iyi bir idarenin işleyemeyeceği basit bir kusurdur<sup>181</sup>. Örneğin; Aşılama faaliyeti sebebiyle meydana gelen zararlarda, idarenin sorumluluğu için asgari bir illiyet bağının varlığı yeterli sayılmaktadır<sup>182</sup>.

Özel hukuk bakımından, hekimin hukuki sorumluluk açısından olan bütün kusurları hafifte olsa, sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir<sup>183</sup>. Ancak idare hukuku bakımından bazı hallerde ağır kusur olmazsa olmaz kabul edilmekte ve yine yukarıda belirtildiği üzere tıbbi müdahale dışındaki bazı hastane faaliyetlerinde basit kusur sorumluluğun doğumu için yeterli sayılmaktadır.

Riskli tıbbi müdahaleler ve acele ve zorunlu hallerde yapılan tıbbi müdahaleler bakımından yukarıda belirtildiği üzere ancak ağır kusur halinde sorumluluğa hükmetmek hizmetin gereği ve kamu yararına daha uygundur. Tıbbi müdahale dışındaki alanlarda, basit kusur ve hafif kusura dayanarak her halükarda idarenin sorumluluğuna gidilmesi de bireylerin idare karşısındaki konumunu ve hak arama hürriyetini güçlendirecektir.

ESİN' e göre: Danıştay kararlarına bakarak, şu hizmetlerde sorumluluk için ağır kusur aranıyor diyebilme olanağı yoktur. Sosyal yararı çok ve yürütülmesi güçlük gösteren hizmetlerde, Danıştay bazen ağır kusurdan bazen

177 HANCI, Hamit: (Malpraktis), s. 166

178 SARICA, Ragıp: (Hizmet Kusuru), s. 11; ÖZDEMİR, Necdet: (Hizmet Kusuru Teorisi), s. 101- 102

179 SARICA, Ragıp: (Hizmet Kusuru), s. 11; ÖZDEMİR, Necdet: (Hizmet Kusuru Teorisi), s. 102

180 HANCI, Hamit: (Malpraktis), s. 167

181 SARICA, Ragıp: (Hizmet Kusuru), s. 10

182 ÖZGÜLDÜR, Serdar: (Tam Yargı Davaları), s. 305

183 HANCI, Hamit: (Malpraktis), s. 167

sadece hizmet kusurundan ve bazen de kusursuz sorumluluktan söz ederek tazminata hükmetmektedir<sup>184</sup>.

### C- Zarar

İdarenin kusurlu sorumluluğundan söz edilebilmesi için gerçekleştirilen tıbbi müdahale ve sağlık hizmeti dolayısıyla bir zarar meydana gelmelidir<sup>185</sup>. Bu zarar maddi olabileceği gibi manevi de olabilir. Zararın mevcut olması, bilinmesi ve belirli olması, mağdurun fiilen zarara uğramış olması gerekmektedir<sup>186</sup>. Bununla beraber, zararın fiilen mevcut olması şart değildir; bir eylemin devam eden zararı da söz konusu olabilir. Fakat meydana gelmesi muhakkak ve para ile takdiri olası bir zararın muhakkak ve bilinen bir zarar sayılabileceği ve tazmin borcunu doğurabileceği kabul edilmektedir<sup>187</sup>.

Henüz doğmamış olmakla birlikte, ileride doğacağı muhakkak olan zararların da tazmini istenebilir. Bu anlamda mahrum kalınan kar ya da kazancın da tazmininin istenebilmesi gerekir<sup>188</sup>.

Maddi zararlar, para ile ölçülebilen zararlardır<sup>189</sup>. Malvarlığı dışındaki haklara ve ruhi varlığa dokunan zararların karşılığı manevi tazminattır<sup>190</sup>. Ancak manevi tazminat bir zenginleşme aracı olamaz.

Danıştay; kişinin fiziki yapısının zedelenmesi, yaşama ve kazanma gücünün azalması durumunda ya da yakınlarının ölümü dolayısıyla duyulan acı ve üzüntüyü karşılamak üzere yönetimi manevi tazminat ödemeye mahkûm etmiştir<sup>191</sup>.

### D- İlliyet Bağı

Sunulan sağlık hizmeti, girişilen tıbbi işlem ile meydana gelen arasında bir illiyet bağı bulunmalıdır. Düren' e göre: genel hayat deneyimlerine ve olayların alışılmışlığına göre, zarar belli bir idari davranışla, burada sunulan

184 ESİN, Yüksel: (Esas), s. 51

185 GÜNDAY, Metin: (İdare Hukuku), s. 335

186 KARAEĞE, Özge: (İdarenin Kusur Sorumluluğu), s. 62

187 ONAR, Sıddık Sami: (Umumi Esaslar), s. 1716; GÜRAN, Sait: Türk İdare Hukukunda Tazminatın Saptanması, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu (Tazminatın Saptanması), İstanbul. 1980, s. 155

188 GÜNDAY, Metin: (İdare Hukuku), s. 335

189 GÖZÜBÜYÜK, Şeref: (Yönetmelik Yargı), Ankara, 1983, s. 235

190 ESİN, Yüksel: (Esas), s. 51; ONAR, Sıddık Sami: (Umumi Esaslar), s. 1716

191 GÖZÜBÜYÜK, Şeref: (Yönetmelik Yargı), s. 236

sağlık hizmeti ile bağlantılı ise, nedensellik bağı vardır denebilir<sup>192</sup>. Nedensellik bağının var sayılabilmesi için, olağan hayat tecrübelerine, hayatın normal akışına göre, zarar ile zarara neden olan eylem arasında, neden-sonuç ilişkisi<sup>193</sup> bulunmalıdır.

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 araştırılmalıdır<sup>194</sup>.

Danıştay Onuncu Dairesi Kararına<sup>195</sup> göre: “ idare, yürüttüğü hizmetin doğrudan sonucu olan, nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlüdür. ” Yine, Danıştay; karayolu yapımı sırasında yatağının bir kısmı doldurulan akarsuyun aradan altı yıl geçtikten sonra taşması sonucu meydana gelen zarar ile idarenin eylemi arasında bir nedensellik bağı görmemiştir<sup>196</sup>.

Hizmet kusurunun tespiti noktasında GÜRAN ve DURAN’ a göre: “ Sağlık kuruluşunun kendi kategorisine giren normal bir kuruluştan istenen ve beklenen tutum ve davranışlar çerçevesinde değerlendirme yapılması gerekmektedir.”<sup>197</sup> Gelişmiş bir ilçenin sağlık ocağında gerçekleştirilen sağlık hizmeti ile gelişmemiş bir ilçenin sağlık ocağında gerçekleştirilen sağlık hizmeti arasında bir farkın bulunması normaldir<sup>198</sup>. Bu sebeple illiyet rabitası değerlendirilirken; olayın niteliği, oluş şekli, olaya etki eden çevresel etkenler ve sonuç birlikte değerlendirilerek illiyet rabitasının araştırılması gerekmektedir.

<sup>192</sup> DÜREN, Akın: (İdare Hukuku), s. 211

<sup>193</sup> GÜNDAY, Metin: (İdare Hukuku), s. 335; CHAPUS, Droit Administratif general, op. cit. C.1, s. 615 (Nakleden: GÖZLER, Kemal: (İdare Hukuku), s. 1213)

<sup>194</sup> GÜNDAY, Metin: (İdare Hukuku), s. 335

<sup>195</sup> Kararı Nakleden GÖZLER, Kemal; (İdare Hukuku), s. 1132

<sup>196</sup> Danıştay 12. D. 14.03.1972 tarih ve E. 1970/ 2610, K. 1972/ 781 Sayılı Kararı. Karar için bkz. ESİN, Yüksel: (Esas), s. 250- 251

<sup>197</sup> DURAN, Lütfi: (Türkiye İdaresinin), s. 329; GÜRAN, Sait: Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, İstanbul, 1993, s. 84

<sup>198</sup> KARAEĞE, Özge: (İdarenin Kusur Sorumluluğu), s. 64

### E- İspat

İdarenin kusurlu sorumluluğu ancak ispatlanmış bir kusurun varlığı halinde söz konusu olacaktır. Bu sebeple zarara uğrayan kişinin zararını ispat mükellefiyeti bulunmaktadır<sup>199</sup>.

İdare hukuku kapsamında yer alan kusur sorumluluğuna ilişkin hükümler; mahiyeti itibariyle Borçlar Hukuku'nda yer alan haksız fiile ilişkin hükümlerin bir yansımasıdır. Bu sebeple özel hukukta yer alan "... aksine hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispat ile yükümlüdür (Türk Medeni Kanunu madde 6)" kuralı genel anlamda idare hukukunda da uygulanma kabiliyetini haizdir. Ancak, özellikle sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan kusurluluk hallerinde gerek Türk Danıştay'ı ve gerekse Fransız Danıştay uygulamasında, anılan özel hukuk kuralının aksi bir uygulama söz konusudur.

Özel hukukta yer alan, *iddia edenin ispat mükellefiyeti* ne ilişkin kural şekli bir anlam taşımaktadır<sup>200</sup>. Ancak idari yargılama usulünde yer alan re'sen tahkik usulünün niteliği gereği kusurun ispatı, özel hukukta yer alan taraflarca hazırlanma ilkesine nazaran, davacının ispat yükünü hafiflettiği söylenebilir. İdari yargı hakimi, davacının iddialarını makul görürse, idarenden kusurun değerlendirilmesi için gerekli belgeleri mahkemeye göndermesini isteyebilir<sup>201</sup>. Neticede hâkim, isnat edilen fiilin işlenip işlenmediğine; dosyadan anlaşıldığı kadarıyla veya tahkikat neticesinde edindiği kanaat ile karar verecektir.

İdari yargı organları; özel hukukta yer alan iddiayı ispat mükellefiyetini yumuşatıcı bir takım kusur karinelerine yer vermiştir<sup>202</sup>. Bu sebeple davacı lehine bir kusur karinesi (ispat kolaylığı) var ise, ispat mükellefiyeti davalı idare üzerine düşecektir. Davalı idare kendisine atfedilebilir bir kusur olmadığını ispat etmedikçe tazminat ödemeye mahkûm olur<sup>203</sup>.

AŞÇIOĞLU'na göre<sup>204</sup>: Kusurunda zarar ve illiyet bağı gibi kanıtlanmasının hastaya ait olduğunu kural olarak kabul etmekle birlikte, özel du-

<sup>199</sup> GÖZLER, Kemal: (İdare Hukuku), s. 998

<sup>200</sup> GÖZLER, Kemal: (İdare Hukuku), s. 999

<sup>201</sup> GÖZLER, Kemal: (İdare Hukuku), s. 999

<sup>202</sup> CHAPUS Droit Administratif general, op. cit. C.1, s. 1297 (Nakleden: GÖZLER, Kemal: (İdare Hukuku), s. 999)

<sup>203</sup> CHAPUS Droit Administratif general, op. cit. C.1, s. 1297 (Nakleden: GÖZLER, Kemal: (İdare Hukuku), s. 999)

<sup>204</sup> AŞÇIOĞLU, Çetin: Tıbbi Yardım ve Elatmalardan Doğan Sorumluluklar (Tıbbi Yardım), Ankara, 1992 den nakleden: HANCI, Hamit: (Malpraktis), s. 178

rumlarda kusur karinesi ( varsayım ) kabul edilerek, kusursuzluğun kanıtlanması hekime veya hastaneye yüklenmelidir.

Fransız Danıştay'ına göre, kamu hastanelerinde tedavi gören kişilerin normal tedavi ameliyeleri nedeniyle uğradıkları zararlarda idarenin kusurlu olduğu yolunda bir karine vardır. Sıradan bir enjeksiyon sonucu bir organın felce uğraması, hastanede tedavi sırasında hastaya hepatit B virüsünün bulaştırılması<sup>205</sup>, bronkoskopi sırasında kalp krizi sonucu hastanın ölümünde hastanenin kusurlu olduğunu karine yoluyla kabul etmiştir<sup>206</sup>.

Türk Danıştay'ının ise; kusur karinesine başvurmadığı, Fransız Danıştay'ının kusur karinesine başvurduğu bazı durumlarda ise, kusursuz sorumluluk esasını uyguladığı görülmektedir<sup>207</sup>.

## VI-SAĞLIK HİZMETLERİNDE KUSURA DAYANAN SORUMLULUĞU ORTADAN KALDIRAN-AZALTAN NEDENLER

### A- Zararın Yokluğu

İdarenin sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden dolayı kusura dayanan sorumlulukta zararın bulunması şarttır. Yukarıda belirtildiği üzere, idare sorumluluk hukukunda yer alan kusur sorumluluğu ve zararın tazminine ilişkin hükümler Borçlar Hukuku'ndan mülhemdir. Bu sebeple haksız fiile ilişkin kuralların idare hukukunun bünyesine uygun düştüğü müddetçe uygulanması gerekecektir. Zararın yokluğu kriterine haksız fiil perspektifinden bakıldığında; bunun sorumluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak değil de, *sorumluluğun varlığına etki eden ( sorumluluğun olmaz sa olmaz- sine qua non - ) bir şart hatta ön şart niteliğinde olduğu görülmektedir*. Bu sebeple zararın yokluğu kriterinin sorumluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak kabulü<sup>208</sup> mümkün değildir. Zarar meydana gelmemiş ise, idarenin sağlık hizmetinin

205 “ Fransız Danıştay'ı 1992 yılındaki içtihat değişikliği ile, sağlık hizmetleri dolayısıyla sorumlulukta “ağır kusur”un varlığını aramaktan vazgeçip, “basit kusur”un varlığını yeterli saymaya başlamış ve hatta daha da ileri giderek, AIDS ve hepatit C gibi bulaşıcı tehlike içeren kan ürünleri ile ilgili faaliyetlerinden ötürü idarevi kusursuz da olsa sorumlu tutmaya başlamıştır.” Nakleden: KAPLAN, Gürsel: (Yeni Gelişmeler), s. 4

206 CHAPUS Droit Administratif general, op. cit. C.I, s. 1301 (Nakleden: GÖZLER, Kemal: (İdare Hukuku), s. 999)

207 GÖZÜBÜYÜK-TAN, A. Şeref- Turgut: İdare Hukuku, 2. Baskı, Ankara, 2001, s. 687 (Nakleden: GÖZLER, Kemal: (İdare Hukuku), s. 1001)

208 KARAEGE, Özge: (İdarenin Kusur Sorumluluğu), s. 65; ÖZGÜLDÜR, Serdar: (Tam Yargı Davaları), s. 137; ÖZAY, İl Han: (Günüşiğinde Yönetim), s. 787 de zararın bulunmaması, sorumluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak öne sürülmektedir. Oysa zararın yokluğu halinde, ortada sorumluluk ta yoktur.

yürütülmesinden kaynaklanan kusurlu sorumluluğundan söz etmek mümkün değildir.

### B- Zarar Görenin Kusuru

Zarar, zarar görenin kendi kusuru ile meydana gelmiş ise, idarenin hem kusura dayanan sorumluluğu hem de kusursuz sorumluluğu ortadan kalkar<sup>209</sup>. Zarar görenin kusurlu hareketi ile; zarar ile idarenin eylemi arasındaki illiyet rabtası kesilmiş olur<sup>210</sup>.

Zarar görenin eylemi idarenin eylemine eşlik ediyorsa, birlikte kusurdan ( mütefarik ) söz edilecektir. Bu halde zarar görenin mütefarik kusuru, idarenin tazmin borcunu ortadan kaldırmamakta ancak zarar görenin kusuru oranında hafifletmektedir.

Ağır ya da hafif kusurun, zarar görenin ( hastanın ) kusuru ile birleşmesi durumunda tazminat, zarar görenin kusur derecesine uygun bir oranda indirilir. Bu noktada yargıcın takdir hakkı söz konusudur<sup>211</sup>.

Kendisine su içmemesi ikaz ve uyarılarına rağmen; gizli olarak çok miktarda su içen ve ameliyat sonrası ( post operatif ) dönemde kaybedilen hastanın vefatından ötürü idarenin tazmin borcunu doğuracak nitelikte hizmet kusuru veya başka bir neden bulunmadığından Danıştay maddi ve manevi tazminat talebinin reddine karar vermiştir<sup>212</sup>. Zira zarar, tamamen zarar görenin kendi kusurundan kaynaklanmaktadır.

Tedavi sırasında, doktorun bilgisi haricinde<sup>213</sup>; alternatif tıp ve akupunktur gibi yöntemlerin uygulanması neticesinde, tedavide kullanılan ilaçlar ile hastanın kullandığı yöntem/ unsurların birleşmesiyle bir zarar meydana gelmiş ise, bu zararın oluşumunda da hasta ve hekimin mütefarik kusuru vardır.

Yine hastanın doktorun vermiş olduğu tedaviye aykırı olarak kendisinin ilave ilaç veya sair tedavi yöntemlerini uygulaması neticesinde hastanın vücudunda bir zarar meydana gelmiş ise bu halde de, hastanın mütefarik kusuru sebebiyle idarenin hizmet kusuru nedeniyle sorumluluğuna gidilemeyecektir.

Enfeksiyon nedeniyle yüksek ateşi olan bir kimsenin ateşinin düşürülmeden doktor tarafından tedavi verilerek, ateşli hastalık ve hastalıkta yapıl-

209 GÜNDAY, Metin: (İdare Hukuku), s. 336

210 GÜNDAY, Metin: (İdare Hukuku), s. 336; ESİN, Yüksel: (Esas), s. 220

211 HANCI, Hamit: (Malpraktis), s. 167

212 Danıştay 12. Dairesi: 22.12.1969 tarih, E. 1968/ 626, K. 1969/ 2312. Karar için bkz. ESİN, Yüksel: (Esas), s. 524- 525

213 Çoğunlukla doktorun aydınlatma yükümlülüğünü - aydınlatılmış onamı- yerine getirmedigi hallerde bu durum söz konusu olabilir.



ması gerekenler söylendikten sonra hastanın evine gönderilmesi ve hastanın da yüksek ateşine rağmen sıcak bir ortamda bulunmaya devam etmesi neticesinde<sup>214</sup>; yüksek ateş nedeniyle beyinde meydana gelen protein denatürasyonundan kaynaklanan ölüm/ sekel halinde, doktorun kusuru ile zarar görenin kusuru, mütefarik kusurdur. Yine, ameliyat sonrası yara yerinde ameliyatın gerekli özen ve dikkate aykırı yapılması ( sterilizasyona dikkat edilmeden ) ve neticede enfeksiyon meydana gelmesine rağmen uzun süre doktor kontrolüne gitmeyen hastanın kusuru da mütefarik kusurdur.

### C- Zorlayıcı Nedenler ( Mücbir Sebep )

Mücbir Sebep; idarenin iradesi dışında oluşan, öngörülmesi ve *en büyük bir dikkat ve özenle dahi önlenmesi mümkün olmayan* ve de bir kamu hizmetinin yürütülmesini zorlaştıran olaylardır<sup>215</sup>. Bir başka anlatımla; “ *önceden takdir ve tahmini kabil olmayan, kökeni tabii, sosyal ve hukuki olması itibarıyla failin dışında kalan ve bu kişi tarafından önlenme olanağı bulunmayan olaylar* ” mücbir sebeptir<sup>216</sup>. Mücbir sebep kişilerin iradesi dışında olan olaydır.<sup>217</sup>

Mücbir sebep bulunması halinde, idari bir davranış ile zarar arasında nedensellik bağı kurulamayacağından, idarenin ne kusurlu ne de kusursuz sorumluluğu yoluna gidilebilir<sup>218</sup>. Hastaneye yıldırım düşmesi sonucu hastaların zarara uğraması halinde bu tabii olay idarenin sorumluluğunu ortadan kaldıracaktır<sup>219</sup>.

### D- Umulmayan Hal

Beklenmeyen durumlar, idarenin iradesi dışında oluşan ve öngörülen ve önlenmesi mümkün olmayan olaylardır<sup>220</sup>. Zorlayıcı nedenler ( mücbir sebep ) idari eylemin dışında iken, umulmayan hal idari eylemin içinde oluşur<sup>221</sup>.

<sup>214</sup> İnsan vücudu hemostasis nedeniyle; vücut ısı yükseldiğinde denge olarak titreme refleksi gerçekleştirdiğinden kişi ateşinin yükselmiş olmasına rağmen üşüme refleksi nedeniyle sıcak ortamda bulunmaya ve kendisini ısıtmaya devam eder.

<sup>215</sup> GÜNDAY, Metin: (İdare Hukuku), s. 336

<sup>216</sup> YAYLA, Yıldızhan: İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, İstanbul, 1980, s. 46

<sup>217</sup> GÖZÜBÜYÜK- TAN, A. Şeref- Turgut: (Genel Esaslar), s. 858

<sup>218</sup> GÜNDAY, Metin: (İdare Hukuku), s. 336

<sup>219</sup> Örnek için bkz. KARAEĞE, Özge: (İdarenin Kusur Sorumluluğu), s. 67

<sup>220</sup> KARAEĞE, Özge: (İdarenin Kusur Sorumluluğu), s. 66; GÜNDAY, Metin: (İdare Hukuku), s. 336

<sup>221</sup> GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref: Yönetmelik Yargı, Ankara, 1983, s. 238; GÜNDAY, Metin: (İdare Hukuku), s. 336; GÖZÜBÜYÜK- TAN, A. Şeref- Turgut: (Genel Esaslar), s. 861

Beklenmeyen durumlar idarenin kusurunu ortadan kaldırır. Kusura dayalı sorumluluğun söz konusu olduğu bir eylem içerisinde umulmayan hal var ise, idarenin kusura dayanan sorumluluğu cihetine gidilemez. Bir hastanede elektrik kontağından yangın çıkmış ve hastaların bir kısmı da bundan zarar görmüş ise, umulmayan hal söz konusu olduğundan idarenin kusurlu sorumluluğuna gidilemez<sup>222</sup>. Ancak gerçekleşen eylem sebebiyle idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilebiliyor ise, *umulmayan hal kusursuz sorumluluğu etkilemeyecek* ve idare zararı tazmin ile mükellef olacaktır.

### E- Zararın Üçüncü Kişinin Eyleminden Kaynaklanması

Üçüncü kişinin davranışı; idarenin eylemi ile zarar arasındaki illiyet bağı koparıyorsa artık idarenin kusur sorumluluğundan söz etmek mümkün değildir.<sup>223</sup> Eğer üçüncü kişinin davranışı sebebiyle zararda bir artma meydana gelmiş ise; zarar görene karşı idare ve üçüncü kişi kusurları nispetinde sorumlu olacaktır. Bu durumda idarenin sorumluluğu azalmaktadır.<sup>224</sup> Bu sebeple üçüncü kişinin kusuru, idarenin sorumluluğunu bütünüyle kaldırmakta veya üçüncü kişinin kusuru nispetinde hafifletmektedir. Hastanede yatmakta olan bir hastanın kendisini ziyarete gelen yakınının, ameliyat dreni üzerine oturması ve direnin tıkanması sonucu damar tıkanıklığının meydana gelmesi olayında idarenin eylemi ( ameliyat ) ile zarar (damar tıkanıklığı ) arasında illiyet bağı, üçüncü kişinin ( ziyaretçinin ) eylemi ile tamamen kesilmiştir. Bu halde idarenin kusura dayanan sorumluluğundan söz etmek mümkün değildir.

**Danıştay 12. Dairesi 25.01.1972 tarih ve E. 1969/ 3894, K: 1972/ 273 Sayılı Kararı**<sup>225</sup> konu teşkil eden olayda: “ bir sulama kanalına kimliği belirsiz bir kişi tarafından delik açılmış ve bu delikten akan sularla bir kişinin tarlası zarar görmüştür. Zarar görenin idare aleyhine açtığı davayı Danıştay 12. Dairesi, zararın idare tarafından değil, bilinmeyen bir kimse tarafından meydana getirildiği gerekçesiyle reddetmiştir.

Örneğin hasta ziyaretin gelen hasta yakınının, hastanın yatağına oturarak drenin tıkanmasına neden olması sonucu kanama gelişmesi ve hastanın yaşamını yitirmesinde veya hasta veya yakınının ya da ziyaretçisinin içerisinde ilaç olan

<sup>222</sup> GÜNDAY, Metin: (İdare Hukuku), s. 336

<sup>223</sup> GÜNDAY, Metin: (İdare Hukuku), s. 337; GÖZLER, Kemal: (İdare Hukuku), s. 1239; CHAPUS Droit Administratif general, op. cit. C.1, s. 1297 (Nakleden: GÖZLER, Kemal: (İdare Hukuku), s. 1239); GÖZÜBÜYÜK- TAN, A. Şeref- Turgut: (Genel Esaslar), s. 865

<sup>224</sup> GÖZÜBÜYÜK- TAN, A. Şeref- Turgut: (Genel Esaslar), s. 865

<sup>225</sup> Nakleden: GÖZLER, Kemal: (İdare Hukuku), s. 1242

serumun akış hızını değiştirmesi veya serumu kapatması örneklerinde, idare üçüncü şahsın mütefarık kusuru nedeniyle sorumluluktan kurtulacaktır.

## SONUÇ

Anayasamızın 65. maddesi devlete; bireylere sağlık hizmetlerinin sunulması ve bireylerin sağlığının korunması bakımından devlete büyük bir mükellefiyet yüklemiştir. Her ne kadar idari kamu hizmeti niteliğinde olsa da, idarenin mali kaynakların yetersizliği gerekçesi ile bu yükümlülüğü yerine getirmekten imtina etmesi düşünülemez.

Devlet, sağlık teşkilatlarını yurt genelinde eşit, ulaşılabilir, dengeli bir şekilde yaymak, uygun araç- gereç ve tıbbi donanım ile birlikte, nitelikli personelin de hazır bulundurulmasını sağlamak konusunda üzerin düşeni yapmak ile mükelleftir. Eğer bu mükellefiyetlerin yerine getirilmesinde bir aksaklık meydana gelmiş ise, idarenin kusur veya kusursuz sorumluluğu yoluna gidilerek, ortaya çıkan zararı tazmin mükellefiyeti iktiza edecektir.

İdarenin kusura dayanan sorumluluğu çerçevesinde; idarenin zarar verici eylemi ( kusurlu bir şekilde sunulan sağlık hizmeti ) nedeniyle bu hizmetten faydalanan bireylerin maddi veya manevi zararlara düşer olması halinde, idarenin bu zararları tazmin ile yükümlü olması; hukuk devleti ve sosyal devlet ilkesinin en mütebariz vasfıdır. Bireylerin zarar verici eylemlerinden ötürü sorumlu olduğu ve ortaya çıkan zararı tazmin ile mükellef bulunduğu halde, sağlık hizmeti ve bir çok idari- sosyal hizmet alanında; memurlar ve diğer görevlileri eliyle hareket/ eylem kabiliyeti olan idarenin kendi eylemlerinde doğan zararı tazmin ile yükümlü olmayacağını söylemek mümkün değildir. Kaldı ki, Anayasamızın 125. maddesi “ idarenin işlem ve eylemleri ile sebep olduğu zararları ödemekle mükellef olduğunu “, 40. maddesi; “ Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zara da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. ” hükümleri ile, devletin işlem ve eylemlerinden doğan zararları tazmin ile yükümlü olduğunu açıkça ortaya koymaktadır.

Sağlık hizmetleri alanında idarenin kusur sorumluluğu genel kural olarak kabul edilmekte ve idarenin kusursuz sorumluluğu yoluna istisnai olarak başvurulmaktadır. Türk Danıştay'ının kararlarına bakıldığında, özellikle sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden doğan kusurlu sorumluluk hallerinde, hizmet kusuru şartını olmazsa olmaz kabul ettiği; Fransız Danıştay'ının kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince devlete tazmin mükellefiyeti yüklediği kan ürünleri, AIDS, zorunlu aşı ve bulaşıcı virüs hastalıkları gibi alanlarda dahi hizmet kusuru çerçevesinde çözüm geliştirmeye çalıştığı görülmektedir.

Şüphesiz idarenin sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklı kusur sorumluluğu yalnızca hizmet kusuru çerçevesinde düşünülemez. İdarenin

sağlık hizmeti zamanında işlese, kötü işlemese ve geç işlemese dahi eğer bu hizmetin yürütülmesinden ötürü bu hizmetten yararlananlar bir zarar görmüş ise, idarenin bu zararı tazmin ile mükellef olması adalet ve hakkaniyet duygusunun bir gereğidir. Kaldı ki, idarenin; ileri teknoloji ve özel bir ihtisas/ önem gerektiren sağlık hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin faaliyetleri; nitelik, yapılış şekli ve sonuçları bakımından idarenin riskli ( tehlikeli) faaliyetleri çerçevesinde değerlendirilebilecek ve buradan hareketle de idarenin kusursuz sorumluluğu yoluna gidilebilecektir. Özellikle, riskli ve özel uzmanlık gerektiren tıbbi müdahalelerde, yaşam kurtarmaya yönelik acil ve zorunlu tıbbi girişimler dışında, sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan kusur sorumluluğunda, ağır kusur şartının bir sorumluluk ön şartı ( olmazsa olmaz kuralı ) olara kabul edilmesi anlayışına son verilmesi gerekmektedir. Ancak yukarıda sayılan; riskli ve özel uzmanlık gerektiren tıbbi müdahalelerde, yaşam kurtarmaya yönelik acil ve zorunlu tıbbi müdahaleler gibi durumlarda ise ağır kusur şartının, kusur sorumluluğunun bir ön şartı (cezalandırılabilirlik şartı) gibi değerlendirilmesi de fiili bir zorunluluktur. Çünkü bu ayrık durumlarda, hafif ( basit ) kusur dahi, idarenin ve sağlık personelinin sorumlu tutulabilmesi için yeterli sayılacak olur ise, doktor ve diğer sağlık personelleri, riskli, acil ve zorunlu olarak müdahale yapması gereken hallerde, yapacakları eylemin sorumluluk/ tazmin korkusunu düşündürmeye başlayacak ve nihayetinde de tıbbi müdahalede çekingen davranmaya itecektir. Bu durumdan ise en çok zarar gören kimseler ise, sağlık hizmetinden faydalanan bireyler olacaktır. Kaldı ki, anılan istisnai hallerde hafif hatta basit kusurundan dahi, idareyi/ sağlık personelinin sorumlu tutup, onları tazmin ile mükellef kılmak yukarıda söylenen çekince sebebiyle kamu yararı ve hizmet gerekleri ile bağdaşmayacaktır.

Sağlık hizmetlerinin yürütülmesinde icra edilen eylemler, özel bir bilgi gerektirdiğinden, bu eylemlerden zarar gören bireylerin, eylemin tıbbin gereklerine göre icra edilmediğini ve bu yanlış icra nedeniyle de zarar gördüklerini kolaylıkla ispat etmeleri mümkün değildir. Her ne kadar idari yargılama usulünde yer alan, re' sen tahkikat ilkesinin bu külfeti bir nebze olsun hafifletse de bu ilke, bireylerin iddialarını ispat gücünü artırmada tek başına yeterli değildir. Bu sebeple, sağlık hizmetlerinin ve tıbbi müdahalelerin yürütülmesinden doğan kusura dayanan sorumluluk hallerinde Fransa' da olduğu gibi, zarara düşen bireyler lehine bir kusur karinesinin benimsenmesi gerekmektedir.

## KAYNAKÇA

- AKÇAKOCA**, Mehmet: Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007/2.
- AKIN**, İlhan F: Temel Hak ve Özgürlükler, İstanbul, 1968.
- ARMAĞAN**, Tuncay: İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları ( İdarenin Sorumluluğu ), Ankara, 1997.
- AŞÇIOĞLU**, Çetin: Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Doktorların Devletin ve Özel Hastanelerin Sorumluluğu ( Ceza i ve Hukuki ), Ankara, 1993.
- AŞÇIOĞLU**, Çetin: Tıbbi Yardım ve Elatmalardan Doğan Sorumluluklar ( Tıbbi Yardım ), Ankara, 1992.
- AYAN**, Mehmet: Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk ( Tıbbi Müdahaleler ), Ankara, 1991.
- AYDIN**, Erdem: Tıpta Yasal Sorunlar ( Tıpta Yasal Sorunlar ), <http://www.medinfo.hacettepe.edu.tr/ders/TR/D3/8/3080.doc>
- BAYRAKTAR**, Köksal: Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul, 1972.
- BİRTEK**, Fatih: Tıbbi Müdahaleler Açısından Komplikasyon Malpraktis Ayrımı ( Tıbbi Müdahaleler ), İstanbul Barosu Dergisi, 2007, C. 81, S. 5.
- BÜYÜKAY**, Yusuf: İstenmeden Dünyaya Gelen Çocukların Bakım Eğitim ve Tedavi Giderlerinin Tazmin Edilmesi Sorunu, İstanbul, 2006.
- ÇAĞLAYAN**, Ramazan: İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması, Ankara, 2001.
- CHAPUS**, Droit Administratif general, op. cit. C.1.
- ÇOLAK**, Ahmet: Komplikasyon mu? Malpraktis mi? Malpraktis Davalarının Asli Unsurları, Hekim Forumu Dergisi, Nisan- Mayıs 32-33, 2003.
- ÇOLAK**, Ahmet: Nöroşirujide Malpraktis, Türk Nöroşiruji Dergisi 12: 94-98, 2002.
- Danıştay Dergisi**, Yıl. 1986, S. 60- 61.
- De LAUBARE**: Venezia ve Gaudemet, op.cit., c.I.
- DERBİL**, Suheyp: İdare Hukuku ( İdare Hukuku ), C.I, Ankara, 1955.
- DURAN**, Lütfi: Türkiye İdaresinin Sorumluluğu (Türkiye İdaresinin), Ankara, 1974.
- DURAN**, Lütfi: Türk İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul, 1982.
- DURAN**, Lütfi: Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu Sorunu ( Mali Sorumluluk ), Amme İdaresi Dergisi, C. 17, S. 2, Ankara, 1984.
- DURDU**, Hüseyin: Sağlık Mesleğinde Hukuki Sorumluluk, C.I, İzmir, 1986.
- DÜREN**, Akın: İdare Hukuku Dersleri ( İdare Hukuku ), Ankara, 1979.

- ERDEMİR DEMİRHAN**, Ayşegül: Hekim ve İdari Görevlerdeki Sorumluluk (Hekim ve İdari), [http://www.medimagazin.com.tr/kose-yazisi\\_50055.html](http://www.medimagazin.com.tr/kose-yazisi_50055.html)
- EREN**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler ( Genel Hükümler ), Tıpkı 7. Baskı, Ankara, 2001.
- ESİN**, Yüksel: Danıştay' da Açılacak Tazminat Davaları, İkinci Kitap (Esas), Ankara, 1976.
- FORGES**, Jean- Michel de, Droit administratif, Paris, PUF, 1991, Op. cit.
- GİRİTLİ**, İsmet- **AKGÜNER**, Tayfun; İdare Hukuku Dersleri 2, İstanbul, 1987.
- GÖZLER**, Kemal: İdare Hukuku, Cilt 2, Bursa, 2003.
- GÖZÜBÜYÜK-TAN**, A.Şeref- Turgut, İdare Hukuku Genel Esaslar ( Genel Esaslar ), 1. Cilt, Güncelleştirilmiş 4. Baskı.
- GÖZÜBÜYÜK**, A. Şeref: Yöneltilmiş Yargı, Ankara, 1983.
- GÜNDAY**, Metin: İdare Hukuku, ( İdare Hukuku ) 7. Bası ( Aynı Bası ), Ankara, 2003.
- GÜRAN**, Sait: İdarenin ve Ajanın Sorumluluğunun Belirlenmesine İlişkin Düşünceler ( Ajanın Sorumluluğu ), Danıştay Dergisi, Y. 9, S. 34-35, Ankara, 1979.
- GÜRAN**, Sait: Türk İdare Hukukunda Tazminatın Saptanması, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu ( Tazminatın Saptanması ), İstanbul, 1980.
- HACIMURATLAR**, Zeliha: İdarenin Sorumluluğu, Kusura Dayanan Sorumluluktan Kusura Dayanmayan Sorumluluğa Gidiş ( İdarenin Sorumluluğu ), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2004.
- HANCI**, İ. Hamit: Malpraktis- Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu ( Malpraktis ), 3. Baskı, Ankara, 2006.
- HANCI- ÇOKER- ÖZKARA**, Hamit- Ahmet- Erdem: Türkiye' de Genel Cerrahin Yasal Sorumlulukları ve Mediko- Legal Sorunlar ( Cerrahin Yasal Sorumlulukları ), Ulusal Travma Dergisi, Yıl. 2004, S. 10.
- HANCI**, Hamit: Hekimin Yasal Sorumlulukları ve Hakları ( Tıp ve Sağlık Hukuku ), İzmir, 1999.
- HANCI-KOÇAK**: Hamit- Aytaç: Yüksek Sağlık Şurası, [http://www.saglik.tr.net/hasta\\_haklari\\_8.shtml](http://www.saglik.tr.net/hasta_haklari_8.shtml).
- İMER**, Mehmet: İdare Hukukunda Hizmet Kusuru Kavramı ( Hizmet Kusuru ), Manisa Barosu Dergisi, Y. 18, S. 70, 1999.
- KAPLAN**, Gürsel: İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler, ( Yeni Gelişmeler ) A.Y.İ.M 19 Numaralı Dergi.

- KARAEĞE**, Özge: Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusur Sorumluluğu ( İdarenin Kusur Sorumluluğu ), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2001.
- KILIÇOĞLU**, Ahmet: Manevi Tazminatın Hukuksal Niteliği, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 41, S. 1984/1.
- KÖPRÜLÜ**, Ömer: Hekimin Hukuki Sorumluluğu ( Hekimin Sorumluluğu ), İstanbul Barosu Dergisi, Yıl 1984
- KURU- ASLAN- YILMAZ**, Baki- Ramazan- Yılmaz: Medeni Usul Hukuku, Ankara, 1996.
- ONAR**, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları ( Umumi Esaslar ), C III, İstanbul, 1966.
- OZANSOY**, Cüneyt: Tarihsel ve Kuramsal Açından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu (Tarihsel ve Kuramsal), (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Ankara, 1989.
- ÖZAY**, İl Han: Günışığında Yönetim, İstanbul, 1996.
- ÖZCAN**, Mesut: Hekimin Tıbbi Hatalarından Kaynaklanan Cezai Sorumluluğu ( Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi ), İstanbul, 2002.
- ÖZDEMİR**, Necdet: Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu ( Hizmet Kusuru Teorisi ), Ankara, 1963.
- ÖZGÜLDÜR**, Serdar: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları ( Tam Yargı Davaları ), Ankara, 1996.
- ÖZTÜRK**, Atilla: Adli Tıp Uygulamasında Hekim Hataları ve Hekimin Sorumluluğu (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2002.
- ÖZTÜRKLER**, Cemal: Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis – Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, Ankara, 2003.
- RİVERO**, Jean: Droit Administratif, Paris, Dalloz, 1971
- ROUGEVIN- BAVİLLe** ( Michel )- **SAİNT MARCH** ( Renaud Denoix de)- **LABETULLE** ( Daniel ), Leçons de droit administratif, Paris, Hachette, 1989.
- SARICA**, Ragıp: Hizmet Kusuru ve Karakterleri (Hizmet Kusuru), İstanbul, 1949.
- SARICA**, Ragıp: “ Şahsi Kusur ve Mesele i Müntehire “, İHFM, 1964, C. XII, S. 4.
- SARICA**, Ragıp: İdare Ajan ve Memurlarının Şahsi Kusurlarından Dolayı Şahsen Mesul Tutulmalarının Hukuki Mesnetleri ( Ajan ve Memurların ), C. XV, B, 1, İstanbul, 1949.
- SEVİNDİK ATICI**, Ebru: Hekimin Meslek Hatalarından Kaynaklanan Hukuksal ve Cezai Sorumluluğu, ( Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi ), Adana, 2006.
- ŞEHSUVAROĞLU**, Bedi N: Tıbbi Deontoloji, İstanbul, 1986.
- TANDOĞAN**, Haluk: Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara, 1961.

- TUĞCU- TÜRKAN**, Harun- Hülya: 200- 2004 Yılları Arasında Yüksek Sağlık Şurasında Değerlendirilen Acil Servislerle İlgili Tıbbi Uygulama Hataları ( Acil Servis Uygulama Hataları ), Gülhane Tıp Dergisi, S. 46, Yıl 2001.
- ULUER**, Yıldırım: Tartışmalar, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, İstanbul, 1980.
- Yargıtay Kararları Dergisi**, Yıl 1977, S. 6.
- YAYLA**, Yıldızhan: İdare Hukuku 1, İstanbul, 1990.
- YAYLA**, Yıldızhan: İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, İstanbul, 1980.
- YILMAZ**, Mustafa: İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Kusur Sorumluluğu (İdarenin Kusur Sorumluluğu ), Erzincan- 2006- 1. Sağlık Hukuku Sempozyumu , Ankara, 2007.
- ZEVKLİLER**, Aydın: Medeni Hukuk ( Giriş ve Başlangıç Hükümleri- Kişiler Hukuku- Aile Hukuku ), Ankara, 1992, s. 34.