

T.C.
DİCLE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

İDARENİN SAĞLIK HİZMETİNDEN DOĞAN
TAZMİNAT SORUMLULUĞU

SERKAN KIZILYEL

DANIŞMAN
YRD. DOÇ. DR. GÜRSEL KAPLAN

DİYARBAKIR

2006

ÖZET

Sağlık hizmeti sosyal devlet anlayışının sonucu olarak idare tarafından sunulmaya başlanınca, bu hizmetten doğan zararın tazmini de hukuki bir sorun olarak idare hukukunun konusunu oluşturmaya başlamıştır. İdarenin sunduğu sağlık hizmetinde temel amaç, birey veya toplumun sağlığını korumak veya yitirilen sağlığı yeniden kazandırmaktır. Tıp biliminin sürekli bir gelişim içinde olması nedeniyle idare tarafından sunulan sağlık hizmetinin kapsamı giderek genişlemiştir. Sağlık hizmetinden kaynaklanan kusur konusunda yasal düzenleme olmaması nedeniyle tıbbın ulaştığı en son bilgi seviyesi dikkate alınarak idare açısından hangi zararların sorumluluk gerektirdiği, hangisinin ise kabul edilebilir yani sorumluluk gerektirmediği Danıştay tarafından içtihatlarla ortaya konulmuştur.

Anayasaya, idarenin faaliyetlerinden kaynaklanan zararların idarece tazmini gerektiğini hükme bağlanmıştır. Buna göre, idare kamu hizmeti sunarken kişilere verdiği hukuka aykırı zararları tazmin temek durumundadır. Bu kapsamda değerlendirilen sağlık hizmetlerinden kaynaklanan tazminat sorumluluğu, idare personelinin kusurundan bağımsız bir sorumluluk halidir.

Biz bu çalışma ile genel olarak idarenin hizmet kusuruna dayalı sorumluluğunun bir alt dalı olan sağlık hizmetinden kaynaklanan tazminat sorumluluğunu ayırıcı özellikleri ile ele alıp değerlendirmek istedik.

ABSTRACT

As a result of social state understanding, while health service has begun to fulfilled by state administration compensating of detriment comes from administrative activity has become a main topic of administrativ law. The basic goals of health service offered by state administration are to keep person or public healthy and to obtain health that was lost before. Because of continous development in medical science, health service, given by administration, scope is getting larger. As a result of absence of legal regulation, detriment needs compensation or acceptable detriment doesn't need compensation determines in accordance with The Council of State sentences

In respect of Constitution, administration has to compesate detriment comes from its activity. For that reason, while administration fulfills public servises person who is damaged contrarily to law must be compesated. Administrative responsibility results from health service is indipendent from officials' flaw.

Whit this study we aim to examine and evaluate distinctive speciality of administrative compensatory responsibility of health service as a subdimision of general administrative responsibility.

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne

Bu çalışma jürimiz tarafından Kamu Hukuku Anabilim Dalında YÜKSEK LİSANS TEZİ olarak kabul edilmiştir.

Başkan :

Üye :

Üye :

Üye :

Üye :

Yukarıdaki imzaların, adı geçen Öğretim Üyelerine ait Olduğunu onaylarım.

..../..../2006

.....
Enstitü Müdürü

İÇİNDEKİLER

	Sayfa No
ÖZET	I
ABSTRACT	II
İÇİNDEKİLER.....	IV
KISALTMALAR.....	VIII
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

İDARENİN SORUMLULUĞU

I Genel Olarak İdarenin Tazminat Sorumluluğu.....	3
II İdarenin Tazminat Sorumluluğu Çeşitleri	5
A. İdari İşlemden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu.....	5
B. İdari Eylemden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu	7
C. Kusurdan Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu – Hizmet Kusuru.....	7
1. Genel Olarak Hizmet Kusuru ve Özellikleri.....	8
2. Hizmet Kusuru Sayılan Haller	11
a. Hizmetin Kötü İşlemesi	11
b. Hizmetin Geç İşlemesi.....	12
c. Hizmetin Hiç İşlememesi.....	12
3. Hukuka Aykırılık ve Kusur.....	15
4. Kusurun Kanıtlanması ve Kusur Karinesi	16
5. Kişisel Kusur Sayılan Haller.....	18
a. Suç Niteliğindeki Eylem ve İşlemler	19
b. Kötü Niyetli Eylem ve İşlemler.....	20
c. Ağır Kusur.....	21
6. Hizmet Kusuru İle Kişisel Kusurun Birleşmesi	22
D. Kusursuz Tazminat Sorumluluğu.....	22
1. Genel Olarak Kusursuz Tazminat Sorumluluğu	22
2. Kusursuz Tazminat Sorumluluğunun Dayandığı İlkeler	24
a. İdari Hasar İlkesi	24
b. Sebepsiz Zenginleşme İlkesi.....	25
c. Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik İlkesi.....	26

İKİNCİ BÖLÜM

İDARENİN SAĞLIK HİZMETİNDEN DOĞAN TAZMİNAT SORUMLULUĞUNUN TARİHSEL GELİŞİMİ VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAKİ YERİ

I	Tarihsel Gelişimi.....	28
II	Karşılaştırmalı Hukukta İdarenin Sağlık Hizmetinden Doğan Tazminat Sorumluluğu	31
A.	Anglo-Sakson Hukuk Sisteminde Durum	31
B.	Kara Avrupası Hukuk Sisteminde Durum.....	33
C.	Türk Hukukunda İdarenin Sağlık Hizmetinden Doğan Tazminat Sorumluluğu	34

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

GENEL OLARAK İDARENİN SUNDUĞU SAĞLIK HİZMETİ

I	Genel Olarak Sağlık Hizmeti ve Türleri.....	36
A.	Koruyucu Sağlık Hizmeti	38
B.	Teşhis ve Tedavi Edici Sağlık Hizmeti	39
C.	Rehabilitasyon Edici Sağlık Hizmeti.....	40
D.	Diğer Sağlık Hizmetleri.....	40
II	Sağlık Hizmetinin Diğer Kamu Hizmetleri İle Olan Sınırı	41
III	Sağlık Hizmetinin Sunulduğu Kamu İdareleri ve Kurumları ile Özel Hukuk Kişilerine ait Sağlık Kuruluşları	42
A.	Sağlık Hizmetini Sunanlar	42
1.	Sağlık Hizmeti Sunan Kamu İdareleri.....	43
2.	Sağlık Hizmeti Sunan Kamu Kurumları.....	44
3.	Sağlık Hizmeti Sunan Özel Hukuk Kişileri.....	45
B.	Sağlık Hizmeti Veren Tedavi Kuruluşları	46
1.	Hastaneler	46
2.	Sağlık Ocakları.....	48
3.	Dispanserler	48
4.	Ana Çocuk Sağlığı ve Aile Planlaması Merkezleri.....	48
5.	Ağız ve Diş Sağlığı Merkezleri.....	49
IV	Hizmeti Sunan Kamu Personeli	49
A.	Hekimler	51
B.	Hemşireler.....	52
C.	Ebeler.....	53
D.	Sağlık Teknisyenleri.....	53
E.	Diğer Sağlık Personelleri.....	54
V	Sağlık Hizmetinden Yararlananların Bu Hizmet Karşısındaki Durumları.....	54
A.	Kamu İdareleri ve Kurumlarının Sunduğu Sağlık Hizmetinden Yararlananların Bu Hizmet Karşısındaki Durumları	55
B.	Özel Hukuk Kişilerinin Sunduğu Sağlık Hizmetinden Yararlananların Bu Hizmet Karşısındaki Durumları.....	56

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

İDARENİN SAĞLIK HİZMETİNDEN DOĞAN TAZMİNAT SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI

I	Hizmet Kusuru	59
A.	Sağlık Hizmetinde Kusur Türleri	61
1.	Sağlık Hizmetinin Kuruluşunda ve İşletilmesinde Yetersizlik	62
2.	Tıbbi Uygulama Hataları	64
a.	Tıbbi Uygulama Hatalarının Çeşitleri	66
i.	Uzmanlık (Yetki) Sınırının Aşılması	67
ii.	Bilgilendirme Eksikliği ve Rıza Sınırının Aşılması	67
iii.	Tanı Hatası	70
iv.	Tedavi Hatası	70
v.	Özen Eksikliği	72
vi.	Sır Saklama Yükümlülüğüne Uyulmaması	72
b.	Tıbbi Uygulama Hatalarının Tespiti ve Bu Konuda Uzman Yerler	74
i.	Yüksek Sağlık Şurası	75
ii.	Adli Tıp Kurumu	77
II	Zarar	77
A.	Zarar Kavramının Tanımı, Şartları ve Özellikleri	78
1.	Zarar Kavramı	78
2.	Zararın Şartları	79
a.	Maddi Zarar	79
b.	Manevi Zarar	81
3.	Zararın Nitelikleri	82
a.	Zararın Gerçek ve Kesin Olması	82
b.	Zararın Özel Olması	83
c.	Zararın Meşru Bir Menfaate Yönelmesi	84
d.	Zararın Para İle Takdir Edilebilmesi	84
B.	Zararın Kapsamı	85
1.	Maddi Zararın Kapsamı	85
a.	Ölüm Nedeniyle Oluşan Maddi Zarar	85
i.	Ölümden Önceki Tedavi Giderleri	85
ii.	Cenaze ve Defin Giderleri	86
iii.	Ölenin Yardımından Yoksunluk Zararı (Destekten Yoksun Kalma Tazminatı)	87
b.	Bedensel Cismani Zarar	89
i.	Tedavi Giderleri	89
ii.	Çalışma Gücünün Azalması veya Yok Olması	90
iii.	Ekonomik Gelişmenin Zorlaşması	91
c.	Mala İlişkin Zarar	91
2.	Manevi Zararın Kapsamı	92
a.	Ölüm Nedeniyle Manevi Zarar	93
b.	Bedensel Bütünlüğün İhlali Nedeniyle Manevi Zarar	94
c.	Kişilik Haklarının İhlali Nedeniyle Manevi Zarar	95
III	Zararın İdari Faaliyetten Kaynaklanması	95
A.	Genel Olarak	95
B.	Kamu Tarafından verilen Sağlık Hizmetleri Açısından	97

C. Özel Sağlık Hizmetleri Açısından.....	98
IV İliyet Bağı	100
A. Kavram	100
B. Uygun İliyet Bağı.....	100
C. Sağlık Personelinin İdare İle Birlikte Sorumluluğu	101
D. İliyet Bağını Kesen Haller	103
1. Mücbir Sebep	103
2. Beklenmeyen Hal	104
3. Zarar Görenin Kusuru.....	105
4. Üçüncü Kişinin Kusuru	105
SONUÇ.....	107
KAYNAKÇA.....	109

KISALTMALAR

a.g.e.	: Adı geçen eser
a.g.m.	: Adı geçen makale
a.g.t.	: Adı geçen tez
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYİM	: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi
AYİM D	: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
bkz	: Bakınız
C	: Cilt
Çev	: Çeviren
D	: Daire
Dan	: Danıştay
DD	: Danıştay Dergisi
E	: Esas numarası
İHFM	: İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
İDDGK	: İdari Dava Daireleri Genel Kurulu
K	: Karar numarası
S	: Sayı
s	: Sayfa
vd	: Ve devamı

GİRİŞ

Sosyal devlet anlayışının sonucu olarak idare, bireylerin sağlık ihtiyaçlarını serbest piyasa ekonomisindeki temel amaç dışında kamu yararı amacıyla gidermeye çalışmaktadır. Bireylerin varlıklarının devamı süresince ihtiyaç duydukları sağlık hizmeti idare tarafından da sunulmaya başlanınca bu hizmetten kaynaklanan zararların tazmini de, hukuki bir sorun olarak idare hukukunun konusunu oluşturmaya başlamıştır. İdarenin sunduğu sağlık hizmetinde temel amaç, birey veya toplumun sağlığını korumak veya yitirilen sağlığın yeniden kazandırmaktır. Tıp biliminin hızla gelişmesi, idare tarafından sunulan sağlık hizmetinin kapsamını da giderek genişletmiştir. Meydana gelen tıbbi gelişmeyi bireylere sağlık hizmeti olarak yansıtmak amacıyla bu hizmeti düzenleyen yoğun bir yasalaşma süreci yaşanmaktadır. Bu pozitif düzenlemelere hangi zararların sorumluluk gerektirdiği, hangisinin ise kabul edilebilir yani sorumluluk gerektirmediği yasal düzenlemelere henüz konu olmamıştır. Bu nedenle idari sorumluluk kurumu, yapısına uygun düşen özel hukuk verileri de dikkate alarak Danıştayca içtihatlarla ortaya konulmaktadır.

İdarenin genel kusura dayalı sorumluluğunun bir uzantısı olarak sağlık hizmetinden doğan tazminat sorumluluğu, durumuna göre idare adına görev yapan hekimin sorumluluğuyla birlikte yada tek başına söz konusu olacaktır. İdarenin sağlık hizmetinden doğan tazminat sorumluluğunun hiçbir zaman hekimin cezai sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı açıktır.

İdarenin genel kusur sorumluluğu içinde yer alan sağlık hizmetinden doğan tazminat sorumluluğu, tıbbın sürekli gelişim içinde olması, sunulan hizmetin önlenemez bir şekilde değişmesi nedeniyle meydana gelen zararın tazmin gerektirip gerektirmediğinin tespitindeki güçlük, bu konunun yüksek lisans tezi olarak seçilmesinde etkili olmuştur.

İdarenin sağlık hizmetinden doğan tazminat sorumluluğunu irdeleyen bu çalışma dört bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, konunun daha iyi anlaşılması ve kavranması bakımında genel olarak idarenin hizmet kusuruna dayanan sorumluluğu ve kusursuz sorumluluk halleri konu, kapsam ve türleri bakımında incelenmiştir.

İkinci bölümde, sağlık hizmetinden kaynaklanan tazminat sorumluluğunun tarihsel gelişimi, karşılaştırmalı hukuktaki durumu, üçüncü bölümde de sağlık hizmeti sunulduğu yerler ve bu hizmeti sunan personel ile sağlık hizmeti türleri ele alınmıştır.

Çalışmanın son ve asıl kısmını oluşturan dördüncü bölümde ise, idarenin sağlık hizmetinden kaynaklanan tazminat sorumluluğunun şartları olarak idari faaliyet, kusur, zarar ve illiyet bağı ile sorumluluğu kaldıran sebepler geniş bir şekilde ele alınarak yapılan açıklamalar yargı kararları ile de desteklenmiştir.

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

BİRİNCİ BÖLÜM

İDARENİN SORUMLULUĞU

I Genel Olarak İdarenin Tazminat Sorumluluğu

Liberal devlet anlayışının zayıflayarak sosyal devlet anlayışının benimsenmesiyle birlikte, idarenin ekonomik ve sosyal yaşama alabildiğine müdahale etmesi ve öteden beri özel kişilerce yürütülen faaliyetleri de üstlenmesi nedeniyle faaliyet alanı genişlemiştir¹. Giderek artan nüfus yoğunluğu, modern uygarlığın çarpışarak sorunları çözme yolu, hızla gelişen ekonomik ve sosyal işbölümü ile günümüz insanının örgütlenmiş toplum temeline dayalı olan yaşam tarzı nedeniyle idarenin neden olduğu zararlarda artma olmuştur². Bu durumun doğal sonucu olarak, kişiler lehine ve aleyhine daha fazla tasarrufta bulunan idarenin hukuk düzeni tarafından onaylanmayan davranışlarını çeşitli argümanlarla telafi etme yoluna gidilmiştir.

Kamu yararı gerçekleştirmek amacıyla hizmet eden idarenin faaliyet alanı ve bu alandaki hizmet sayısının artmasıyla birlikte kişilerin bu faaliyetlerden zarar görme ihtimalleri de artmıştır. Zarar gören kişilerin zararlarından zarar verenin sorumlu olması hukukun genel ilkesidir. Kasıt ve kusur veya yasanın belirlediği durum ve eylemden doğan yada doğumuna sebebiyet verilen zararın tazmin borcu olarak ifade edilen sorumluluğun³ idare açısından kabul edilmesi kolay ve erken olmamıştır.

Bireyler açısından, verdikleri zararlardan sorumlu olmaları insanlık tarihi kadar eski ve Roma hukukuyla önemli bir aşama kaydetmiş olmakla birlikte hukuk devleti ilkesinin kabulüne kadar “Kral, kötü bir şey yapmış olamaz!” ilkesi ve formülü gereğince⁴ idarenin sorumluluğu kabul edilmemiştir⁵. 19. yüzyılın sonlarına kadar mülk devlet anlayışının doğal sonucu olarak, idare adına faaliyet gösteren yönetici ajanlarının

¹ Metin GÜNDAY, **İdare Hukuku**, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2003, s.283.

² Ali Ülkü AZRAK, *İdarenin Toplumsal Muhatara (Sosyal Risk) Kuramına Göre Kusursuz Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu*, 12-13 Mayıs 1979, Ankara, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, s. 136.

³ Tuncay ARMAĞAN, **İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997, s.11.

⁴ Muammer OYTAN, **Hizmet Kusuru Nedeniyle İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep Anlayışındaki Gelişmeler**, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Müdürlüğü, Bilgi Serisi. 4, Ankara, 1999, s. 1.

⁵ YENİCE-ESİN, a.g.e., s. 79.

verdikleri zararlardan sorumsuz olmaları kabul edilmiştir. Bu durum, yöneticilerin hakimiyeti altında yer alan tüm coğrafyadaki mülkün sahibi olmasından ve ajanlarının kişilere (idare edilenlere) zarar veremeyeceği düşüncesinden⁶ kaynaklanmaktaydı. Anılan sorumsuzluk ilkesinin terk edilmesinden sonra, devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin kamu gücü kullanmak suretiyle idari işleyişte kişilere verdikleri zarardan sorumlu olmaları kabul edilmeye başlanmıştır⁷.

Sorumluluk hukukundaki bu olumlu değişme, idari yargı alanında faaliyette bulunan mahkemelerin içtihatlarıyla oluşmaya başlamıştır. Demokrasinin gelişmesi ile yakından ilgili olan⁸ idarenin sorumluluğu, başlangıcı itibariyle özel hukuk sorumluluğundan daha ağır şartlara bağlanmış ve sadece ağır kusur sorumluluğu halinde kabul edilmişken bu durum hafifletilerek kusur ve hafif kusur halinin varlığı yeterli görülmüştür. Ancak devam eden hukuki süreçte, idarenin sınırlı olsa da bazı faaliyetleri nedeniyle zarar görenler lehine tazminata hükmedilebilmesi için idarenin kusurunun varlığı aranmamaya başlamıştır. Unutmamak gerekir ki, sorumluluk hangi çeşitten kaynaklanırsa kaynaklansın hukuk kurallarına uymayı sağlayan bir yaptırım gücüdür⁹.

Hukukta sorumluluk, bir şahsın hakka ve kanuna uymayan fiilinin başkası hakkındaki zararlı sonucundan hesap vermeye mecbur olması olarak tanımlanmaktadır¹⁰. İdari faaliyetlerden zarar gören kişilere paraca bir ödemede bulunma yükümlülüğü olarak ifade edilen¹¹ idarenin hukuki sorumluluğunun kendine özgü kurallar ihtiva etmesi, özel hukuk sorumluluğundan bağımsızlığını ve ayrılığını sağlamaktadır. İdarenin sorumluluğunun Borçlar Kanunu çerçevesinde ele alıp incelemek doğru ve mümkün değildir¹². Buna rağmen belirtmek gerekir ki, idarenin

⁶ E. Ethem ATAY-Hasan ODABAŞI-Hasan Tahsin GÖKCAN, **Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları**, Seçkin Kitapevi, Ankara, 2003, s. 35.

⁷ A. Fuad BAŞGİL, **Devletin ve Diğer Amme Hükümü Şahıslarının Mesuliyeti Meselesi**, Adalet Bakanlığı Yeni Cezaevi Matbaası, Ankara, 1940, s. 3.

⁸ İNAN, a.g.m., s. 25.

⁹ Atilla İNAN, *Kamu Görevlilerinin Hukuka Aykırı Davranışlarından Devlet ve Diğer Kamu Tüzel Kişilerinin Kusursuz Sorumluluğu*, **Danıştay Dergisi**, S. 42-43, 1982, s. 20.

¹⁰ BAŞGİL, a.g.e., s. 4.

¹¹ Kazım YENİCE-Yüksel ESİN, **Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdari Yargılama Usulü**, Arısan Matbaacılık, Ankara, 1983, s. 74.

¹² Lütfi DURAN, **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu**, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, No. 138, Sevinç Yayınları, Ankara, 1974, s. 10; Turgut CANDAN, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2005, s. 158.

sorumluluğu, özel hukuk sorumluluğundan geniş oranda etkilenmiş olduğu da bilinen bir gerçektir.

İdarenin tazminat sorumluluğu, idarenin sorumluluğundan daha dar bir kavram olup¹³, sadece maddi bir değerle ifade edilebilen ve eski hale getirilmesi her zaman olmasa da tazmin edilebilen zararlardan kaynaklanır. Oysa idarenin sorumluluğu daha geniş kapsamlı bir sorumluluk olup tazminat sorumluluğunu da kapsamaktadır. Hemen belirtelim ki, idarenin tazminat sorumluluğundan kasıt, idarenin kamu hizmeti sunması amacıyla tesis ettiği işlem veya eylemleri sonucu kişilere zarar vermesidir. Eşit bir taraf olarak hukuki muameleye giren idarenin özel hukuktan kaynaklanan sorumluluğu, idare hukukunun konusunu oluşturmamaktadır.

II İdarenin Tazminat Sorumluluğu Çeşitleri

İdarenin tazminat sorumluluğu; kaynağındaki idari faaliyete göre, idari işlemde ve idari eylemden kaynaklı tazminat sorumluluğu ile idarenin eylem ve işleminde kusur bulunup bulunmadığı açısından da, kusurdan kaynaklanan ve kusursuz tazminat sorumluluğu olarak temelde dört başlık altında toplanabilir. Şimdi idarenin idare hukukundan doğan tazminat sorumluluğu çeşitlerini daha yakından incelemeye başlayabiliriz.

A. İdari İşlemden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu

İdari işlem, idari organ ve makamların idare alanındaki irade açıklamalarıdır. Dolayısıyla organik yönden idare olmasa bile yasama ve yargının da bu şekilde aldıkları karar idari işlem olacaktır¹⁴. İdari işlem, idarenin işleminde farklıdır. İdari işlem, kamu hizmeti amacıyla tesis edilen ve ilgililerin hukuki durumunu etkileyen irade açıklamaları¹⁵ olup idari yargı yerlerinde dava konusu yapılabilmektedir. Oysa, idarenin işlemi, idari işlemi içine almakla birlikte, idari işlemin özelliklerini ihtiva etmeyen görüş, danışma, hazırlık ve iç işleyişe ilişkin kararlar gibi etkisiz idari tasarrufları da ihtiva etmektedir.

¹³ YENİCE-ESİN, a.g.e., s. 75.

¹⁴ İl Han ÖZAY, **Günüşünde Yönetim**, Alfa Yayınları, İstanbul, 1996, s. 319.

¹⁵ Dan. İDDGK. 3.5.1985, E:1985/80, K:1985/71, DD, S: 60-61, s. 107.

İdari işlemler, tek yanlı irade açıklamaları olup kesin ve yürütülmesi zorunlu işlemlerdendir. Buna göre, idari işlemin üç özelliği bulunmaktadır.

İdari işlemler, kural olarak ilgilinin rıza ve onayına bağlı olmaksızın tek yanlı irade açıklaması ile alınırlar¹⁶. İdari makamlar, kamu yetkilerini kullanırken donatıldıkları kamu gücü, kendilerine kişiler ile girdikleri ilişkilerde onların iradesinden bağımsız bir şekilde hatta karşı iradelerine rağmen tek yanlı olarak hukuki sonuçlar ve etkiler yaratabilecek işlemler yapabilme yetkisi taşımaktadırlar¹⁷.

İdari işlemlerin icrai olması¹⁸, kamu gücü ve kudretinin, üçüncü kişiler üzerinde ayrıca bir başka tasarrufun varlığına gerek olmaksızın doğrudan doğruya çeşitli hukuki sonuçlar doğurması suretiyle etkisini göstermesi olarak ifade edilir¹⁹. Buna göre, idari işlemlerin icrai işlem olma özellikleri, bu işlemlerin kamu yararına yönelik olmalarından ve tesislerinde kamu gücüne dayanmasından kaynaklanmaktadır. Oysa özel hukukta, hukukun sūjeleri eşittir ve hiç kimsenin iradesi bir başkasına zorla kabul ettirilemez^{20,21}.

İdari işlemin son özelliği ise, hukuka uygunluk karinesinden yararlanmasıdır.

İdari işlemler konumuz ile çok ilintili olmasa da, en yaygın biçimiyle, anlam ve kapsamaları esas alınarak genel işlemler ve birel işlemler olarak maddi ayırıma tabi tutulmaktadır²².

İdare, süreklilik arz eden kamu hizmetinin ifası için her an işlemde bulunma yetki ve sorumluluğuyla donatılmıştır. İdari işlemin tesisinde zarar gören bireyler bu

¹⁶ GÜNDAY, a.g.e., s. 112.

¹⁷ Celal ERKUT, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Danıştay Yayınları No:51, Ankara, 1990, s. 13.

¹⁸ A. Şeref GÖZÜBÜYÜK, **Yönetmelik Yargı**, Turhan Kitapevi, Ankara, 1997 s. 151. "... yönetmelik işlemlerin en belirgin özelliği, ilgilinin isteğine bağlı olmaksızın, yönetimin tek yanlı iradesi ile ilgilinin hukuksal durumuna etki yapabilmesidir. Yönetmelik işlemin, yönetim tarafından <<icra>> edilebilir olup olmaması ayrı bir sorundur. Bazı kararları yönetim kendiliğinden yürütebilir; bazılarını yürütemez. Bu nedenle <<icrai karar>> deyimini yerine <<etkili karar>> demek iptal davası açısından yerinde bir deyim olur " Konuya ilişkin geniş bilgi için bkz ERKUT, a.g.e., s.117,118,119.

¹⁹ ERKUT, a.g.e., s. 119.

²⁰ GÜNDAY, a.g.e., s.112.

²¹ Benzer yönde bkz. Dan. 8.D., 26.3.1985, E:1984/115, K:1985/317, DD. S: 60-61, s. 393, " ...kesin ve yürütülebilir işlem niteliğinde olmayan ve idare hukuku kurallarına göre iptal davasına konu olamayacak bu tutanaklar nedeniyle idareyi kusurlu sayarak tazminle yükümlü tutma olanağı bulunmamaktadır..."

²² İdari işlem türleri hakkında geniş bilgi için bkz. GÖZÜBÜYÜK, a.g.e., s. 153 vd; ÖZAY, a.g.e., s. 324 vd; GÜNDAY, a.g.e., s. 116 vd.

zararlarının tazminini her zaman işlemi tesis eden idareden isteyebilecektir. Ancak, idari işlemlerden dolayı hakkı zedelenenler tarafından tazminat talep edilebilmesi için idari işlemin hukuka aykırı nitelikte bir işlem olması gerekir. Bu nitelikleri taşımayan idari işlem, tazminat talebine konu olamaz²³.

B. İdari Eylemden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu

İdarenin faaliyetleri sırasından, gerek iradesi dışında gerçekleşen hukuki olaylar ve gerekse bilerek ve isteyerek yapmış olduğu maddi fiiller ile hareketsiz kalması sonucunda meydana gelen bir takım fiili durumlar idari eylemi oluşturur²⁴. İdari eylemler, temelinde idari işlemin uygulanmasına yönelik olabildiği gibi, işlem olmaksızın icra edilmesi de mümkündür.

İdarenin kamu gücüne dayanmak suretiyle kamu hizmetini ifa etmek amacına yönelik olan eylemlerin²⁵ hizmet kusurundan kaynaklanan sorumluluk açısından temelinde idari plan ve projeye dayanmak suretiyle önem arz etmektedir. Ancak plan ve projeye dayanan eylemler, idari eylem olup kişilerin zararı sonucunu doğurması halinde idari yargı yerinde dava konusu yapılacaktır. Buna karşılık, temelinde plan ve proje olmayan idarenin eylemler haksız fiil olarak değerlendirilerek adli yargıda dava konusu yapılmaktadır. Ancak yukarıda açıklandığı gibi bu ayırım kusursuz sorumluluk hali için geçerli değildir.

İdari eylemden hakkı zarar görenin, dava açmadan önce tazminat talebi hakkındaki tutumunu belirlemek amacıyla eylemi icra eden idareye başvurarak bir karar aldırması gerekir. Bu karar alınmadan açılacak davanın esasına bakılmasına hukuken olanak bulunmamaktadır²⁶.

C. Kusurdan Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu – Hizmet Kusuru

İdarenin kusurdan kaynaklanan tazminat sorumluluğu yani hizmet kusuru²⁷, asıl konumuz olan idarenin sağlık hizmeti sunumundan kaynaklanan tazminat

²³ GÖZÜBÜYÜK, a.g.e., s. 296.

²⁴ ERKUT, a.g.e., s. 11.

²⁵ GÖZÜBÜYÜK, a.g.e., s. 83.

²⁶ Türk pozitif hukukundaki düzenleme için bkz. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Hakkındaki Kanunun 13., 14. ve 15. maddeleri.

²⁷ Kemal GÖZLER, **İdare Hukuku**, C.II, Ekin Kitapevi Yayınları, Bursa, 2003, s. 977 ".....Türk Danıştayının bazı kararlarında kusur kavramı yerine "hizmet kusuru" kavramının kullanılması ... yanlış

sorumluluğuna esas olması nedeniyle konumuza bakan yönleri itibariyle ele alınıp incelenmişti.

1. Genel Olarak Hizmet Kusuru ve Özellikleri

Hukuki sorumluluk esasının temelini oluşturan kusur teorisini göz önüne alan Fransız doktrin ve içtihadı, idarenin sorumluluğunu yine bir kusura dayandırmışlardır²⁸. Medeni hukukta yer alan kusur esaslarının idare alanındaki sorumluluk ve tazminat uyumsuzluklarına esas olamayacağı anlaşıldığından, bu kusurun kaynağı kamu personelinde ve personelin seçiminden ziyade, hizmetin kurulmasında ve işleminde aranmış ve hizmetin kuruluşunda veya işleyişinde mevcut kusurlar hizmet kusuru adı altında Devlete ve diğer kamu tüzel kişilerine izafe edilerek bu hükmi şahısların sorumluluğu bu kusur ilkesine dayandırılmıştır²⁹.

Hizmet kusur genel olarak, idarenin yürüttüğü bir hizmetin kurulmasında, düzenlenmesinde yada işleyişindeki bozukluk ve aksaklığı olarak ifade edilmekle³⁰ birlikte bu konuda en kapsamlı tanımı yapan SARICA'ya göre; "Hizmet kusuru, idarenin ifa ile mükellef olduğu herhangi bir amme hizmetinin ya kuruluşunda, tanzim ve tertibinde veya teşkilatında, bünyesinde, personelinde yahut işleyişinde –gereken emir, direktif ve talimatın verilmemesi, nezaret, murakabe, teftişin icra olunmaması, hizmete tahsis olunan vasıtaların kifayetsiz, elverişsiz, kötü olması, icap eden tedbirlerin alınmaması, geç, vakitsiz hareket edilmesi, ilh... şeklinde tecelli eden bir takım aksaklık, aykırılık, bozukluk, intizamsızlık, eksiklik, sakatlık arz etmesidir."³¹ Buna göre, kural olarak zarar kamu görevlilerinin kusurundan kaynaklansa bile kusurlu davranıştan idare sorumlu olmaktadır³². Başka bir ifadeyle, kusur insana atfedilebilir bir şey olması

bir sonuca yol açmaktadır. Örneğin Danıştay Sekizince Dairesi ... formülü kullanarak pek çok tazminat davasında, idarenin bir kusur olduğunu kabul etmekte, ama bu kusurun bir hizmet kusuru olmadığı sonucuna vararak idarenin sorumsuz olduğuna karar vermekte...".

²⁸ BAŞGİL, a.g.e., s. 27.

²⁹ Sıddık Sami ONAR, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C.III, Üçüncü Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s. 1696.

³⁰ GÜNDAY, a.g.e., s. 320; GÖZLER, a.g.e., C.II, s. 974.

³¹ Ragıp SARICA, *Hizmet Kusuru ve Karakterleri*, İHFM, C.XV, S. 4, İstanbul, 1949, s. 856; GÜNDAY, a.g.e., s. 320-321.

³² ATAY- ODABAŞI- GÖKCAN, a.g.e., s. 56 " İdare bir kişi değil, bir örgütlenmedir. Bundan dolayı da, idarenin sorumluluğundan bahsedilince, kusurun özel hukuktaki gibi bireyin kusurunun değerlendirilmesindeki tarzda değerlendirilmesi mümkün değildir. Kötü işleyen bir idari etkinlikle karşı karşıya kalındığında zarara uğrayanlar, zarara sebebiyet vereni belirleme çabasında olunca, hemen müsebbibin görünüşte olduğu ve aldatıcı bir özelliği fark eder. Çünkü zararın kaynağında bir idari işlem varsa, idari işlem genellikle bir sürecin eseridir ve bu süreçte her idari ajan kendisine yüklenen belirli bir

nedeniyle gerçek kişi olmayan idarenin esasında kusur sahibi olması mümkün olmamakla birlikte, istihdam ettiği kişilerin kusurunda sorumlu tutulmaktadır³³. Hemen belirtelim ki, hizmet kusuru doğrudan sorumluluğu esas alması nedeniyle özel hukuktaki çalıştıranların sorumluluğundan ayrılır³⁴.

Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştayının içtihatları ile ortaya çıkan idarenin kusurlu sorumluluğu, Türk İdare Hukukunda da yaygın bir sorumluluk çeşidi olarak kullanılmaktadır. Hizmet kusuru kavramını kısaca açıkladıktan sonra bu kavramın genel ayırt edici özelliklerini inceleyebiliriz;

Hizmet kusuru *bağımsız* bir sorumluluk halidir. Buna göre, hizmet kusuru özel hukuktaki haksız fiil sorumluluğundan tamamen bağımsız, idare hukukuna özgü, nevi şahsına münhasır bir kavramdır³⁵. Hizmet kusurunun idare hukuku kurumu olması nedeniyle medeni hukuktaki kusur ve sorumluluktan kapsam ve tarafları itibariyle farklılık göstermektedir.

Hizmet kusuruna dayanan sorumluluk *asli* derecede bir sorumluluktur. Hizmet kusurundan meydana gelen zarar ve ziyan uyuşmazlıklarında mağdur doğrudan doğruya idare aleyhine dava açabilir. Yukarıda anlatıldığı gibi her ne kadar hizmet kusuru sonuçta kamu personelinin kusurundan kaynaklansa³⁶ da idare, özel hukukta yer alan istihdam edenlere tanınmış olan kurtuluş beyyinelere ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz³⁷. Kurtuluş beyyinelere ileri sürülememesinin doğal sonucu olarak mağdur olan açısından, bu kusurun belirli bir personelin eseri olduğunu, ona yönelik olduğunu, onun şahsına atıf ve izafesinin mümkün olduğunun ile idare açısından, kusurun meydana gelmemesi için gereken tüm tedbirlerin alınmadığının ispatına gerek bulunmamaktadır. Bu durum, kamu kudretini kullanan güçlü idare karşısında daha korunaklı olunmasını sağlamaktadır.

rolü üstlenmiştir. Bu anlamda kamu yönetimi alanında çalışanlar söz konusu kararların tanımlanmasındaki zorluk olgusu üzerinde ısrar ederler. Burada kararın varsayım dayalı bir seviyesi söz konusudur. Bu da, kararın altında imzası bulunan kişi olarak kendini gösterir. Ancak kararda bir de, gerçek anlamda bir de seviye mevcuttur. Bu da, genellikle çok aşağılardan başlayan, ancak bazen de, çok yüksek seviyelere kadar uzayan bir sürecin eseridir."

³³ GÖZLER, a.g.e., C.II, s. 975.

³⁴ GÜZÜBÜYÜK, a.g.e., 315.

³⁵ SARICA, a.g.m., s. 859; ONAR, a.g.e., C.III, s. 1695.

³⁶ Serdar ÖZGÜLDÜR, **Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları**, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 1996, s. 7; CANDAN, a.g.e., s. 169.

³⁷ ONAR, a.g.e., C.III, s. 1696.

Hizmet kusurunun bir diğerk özelliği de *anonim* olmasıdır. Kusurun ismen belirlenmiş bir kamu personeline atıf ve isnadına gerek olmaması hizmet kusurunun anonim oluşundan kaynaklanmaktadır³⁸. Buna göre hizmet kusurunun belirlenmiş kamu personelinin kusurundan kaynaklandığının tespit ve kanıtlanmasına gerek bulunmamakta, kamu hizmetindeki kusurun ve sorumluluğun ortaya konulması yeterli kabul edilmektedir. "Gerçi Devletin ve diğerk hükmi şahıslarının mesuliyetinde bazı defalar memurun hizmet kusuru şeklinde görülebilir; yani ajana atfedilebilecek bir fiil ile meydana çıkar, hususiyetle, aşağıda göstereceğimiz gibi, bugün memurun şahsi kusuriyle hizmet kusurunun birleştiği hallerde bu durum daha açık görülür, böyle olmayan bazı hallerde de zarar, şahsi olmasa bile, memurun kusurundan husule gelebilir. Fakat bu hallerde de hizmetteki kusur, objektif ve anonim kusur etkenleri daha kuvvetlidir, bu bakımdan hizmet kusuru esas itibariyle anonim şekilde ve mahiyette görünür. Binaenaleyh hizmet kusuru teorisine göre kusurluluğuna hükmedilen ajan değil, hizmetin kendisidir."³⁹

Hizmet kusuru olaylara göre *farklı* özellik gösterir. Hizmet kusurunun varlığı her olayda durumu gerekleri ve özelliklerine göre ayrı ayrı tespit edilir. Normal zamanlarda ve normal şartlarda kusur sayılabilecek bir eksiklik veya yanlışlık anormal ve olağanüstü hallerde hizmet kusuru sayılmayabilir⁴⁰.

Hizmet kusurunun özelliklerinden biri de *genel* niteliğe sahip oluşudur. Yani hizmet kusuru, bütün kamu tüzel kişilere uygulanan bir sorumluluk türüdür. Bunun yanında, bütün idari eylem ve işlemlerden kaynaklanan zararların tazmininde ilk başvurulacak sorumluluk türüdür⁴¹. Kural olarak, idarenin sorumluluğuna hükmedilebilmesi için hizmet kusurunun varlığı gereklidir⁴². İstisnai olan kusursuz sorumluluk hallerinin varlığı hariç olmak üzere, hizmet kusurunun olmaması halinde idarenin sorumluluğundan bahsetmeye olanak bulunmamaktadır⁴³.

³⁸ SARICA, a.g.m., s. 860; ONAR, a.g.e., C.III, s. 1697; YENİCE-ESİN, a.g.e., s. 85.

³⁹ ONAR, a.g.e., C.III, s. 1697.

⁴⁰ ÖZGÜLDÜR, a.g.e, s. 73; ONAR, a.g.e., C.III, s. 1695.

⁴¹ ÖZAY, a.g.e., s. 747.

⁴² SARICA, a.g.m., s. 861; GÖZLER, a.g.e., C.II, s. 974.

⁴³ ÖZAY, a.g.e., s. 747.

2. Hizmet Kusuru Sayılan Haller

Gerek doktrinde gerek ise uygulamada, kamu hizmetinin kuruluş ve işleyişindeki bozukluk olarak ifade edilen hizmet kusurunun hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinden oluştuğu kabul edilmektedir⁴⁴. Ancak hemen belirtelim ki, bu ayırım kesin olmadığı gibi sorumluluğun hangi tür hizmet kusurundan kaynaklandığının saptanması da her zaman kolay olmamaktadır. Bu nedenle hizmet kusurunun bu şekilde yapılan ayırımının önemini yitirdiği de iddia edilmektedir⁴⁵. Ancak bu şekilde ayırımı tabi tutulma hizmet kusurunu tam olarak ifade edemese de iyi bir tasnife tabi tuttuğu da şüphesizdir. Biz de çalışmamızın bu aşamasında üçlü ayırımı esas alacağız.

a. Hizmetin Kötü İşlemesi

Hizmetin kötü işlemesi hizmet kusurunun en yaygın ve en temel görünüş biçimidir⁴⁶. Hizmetin kötü işlemesi, hizmetinin gereği gibi yürütülmemesi anlamına gelmektedir⁴⁷. İdare, yetkili ve görevli kılındığı alan ve konularda bireylere kamu hizmeti sunması gereken bir devlet organıdır. İdare, kamu hizmetinin gereği gibi işlemesine yönelik idari örgütü kurmak ve araç, gereç ve personeli o hizmetin gereklerine uygun bir biçimde hazırlamakla yükümlüdür. Hizmetin gereği gibi işlememesi yüzünden kişilerin zarara uğramaları halinde idarenin hukuki sorumluluğu söz konusu olması nedeniyle ve uğranılan zararın görevli idarece tazmini gerekir⁴⁸.

Kamu hizmetinin çeşitliliği ve değişkenliği nazara alındığında hizmetin kötü işlemesi halinin sınırlarını belirlemenin, başka bir ifadeyle bir formüle bağlamanın imkansızlığı kolayca anlaşılır. Bu nedenden dolayı, hizmetin kötü işleyip işlemediğini saptamak, hizmetin niteliği, zaman ve yer şartları, idarenin elindeki imkan ve araçlar,

⁴⁴ GÜZÜBÜYÜK, a.g.e., 316; ÖZGÜLDÜR, a.g.e, s. 75; ÖZAY, a.g.e., s. 749; GÜNDAY, a.g.e., s. 321

⁴⁵ ÖZGÜLDÜR, a.g.e, s. 75; GÖZLER, a.g.e., C.II, s. 977 "... Kanımızca da kusur bir insan fiilinin niteliğidir. Bir tüzel kişinin veya daha da soyut bir şekilde "hizmet" in kusuru olamaz. O nedenle hizmet kusurunun bir kamu hizmetinin kuruluş (organisation) ve işleyişinde (fonctionnement) bozukluk olarak tanımlanması yerinde değildir. Keza, hizmet kusuru hallerinin yukarıdaki gibi üçe ayrılıp sayılması, tabiri caizse bir "geleneksel üçlü" yaratılması doğru değildir. Hizmet kötü işlese de kötü işlemese de; hizmet geç veya zamanında işlese de veya hizmet hiç işlemese de, kamu görevlilerinin eylem ve işlemleri, kendilerinden beklenildiği gibi değilse bunlar kusur teşkil eder."

⁴⁶ YENİCE-ESİN, a.g.e., s. 88.

⁴⁷ GÜZÜBÜYÜK, a.g.e., 316; ÖZGÜLDÜR, a.g.e, s. 75; ÖZAY, a.g.e., s. 748; GÜNDAY, a.g.e., s. 321; ARMAĞAN, a.g.e., s. 18.

⁴⁸ ATAY- ODABAŞI- GÖKCAN, a.g.e., s. 72; OYTAN, a.g.e., s. 6.

somut olayın niteliği ve benzeri durumları tahlil ederek, her olay için somut olarak bir yargıya varmakla mümkündür⁴⁹. Bununla birlikte idarenin eksikliğinden, dikkatsizliğinden, tedbirsizliğinden, ihmalden, yasal görevlerini gerektiği gibi yerine getirmemiş olmasından kaynaklanan hizmet kusurları hizmetin kötü işleminin örneklerini oluşturmaktadır⁵⁰.

b. Hizmetin Geç İşlemesi

Kamu gücü ile donatılmış olan idarenin sunmak zorunda olduğu kamu hizmetlerini yerine getirmesi yeterli değildir, aynı zamanda kamu hizmetlerini makul bir süre içerisinde yerine getirmek zorundadır. Kamu hizmetinin makul kabul edilemeyecek oranda geç veya yavaş işlemesi de idare açısından hizmet kusurunu oluşturur⁵¹.

Hizmetin geç işlemesi halinin tespiti her zaman kolay olmamaktadır. İdarenin vermekle yükümlü olduğu kamu hizmeti için mevzuatta bir süre belirlenmiş ise, bu süreyi aşacak şekilde kamu hizmeti vermek hizmet kusuru sayılır. Ancak hizmetin sunum süresi mevzuatta açıkça belirtilmemiş ise hizmetin ne kadar süre içerisinde yerine getirileceği konusunda bir açıklık yoktur. Bu tür kamu hizmetlerinde hizmetin niteliği, yeri, zamanı, idarenin imkanı ve hizmet alanın ihtiyaç durumu gibi hususlar dikkate alınarak makul bir sürenin belirlenmesi gerekir⁵². Belirlenen bu makul süre kadar beklenmesi idare açısından hizmetin geç işlemesi olarak kabul edilemez. Makul sürenin her kamu hizmeti için farklılık arz edeceği şüphesizdir. Buna göre sağlık kamu hizmetinde kalp krizi geçiren bir hasta ile soğuk algınlığı olan bir hastaya müdahale zamanının farklılık gösterebileceği kuşkusuzdur.

c. Hizmetin Hiç İşlememesi

Hizmet kusuru, idarenin somut davranış ve tutumu sonucunda olabileceği gibi, yerine getirmekle yükümlü olduğu kamu hizmeti için hareketsiz kalması, hiçbir şey yapmaması hallerinde de ortaya çıkar. Başka bir ifade ile, hizmetin hiç işlememiş

⁴⁹ ÖZGÜLDÜR, a.g.e., s. 75; ÖZAY, a.g.e., s. 748; GÜNDAY, a.g.e., s. 321.

⁵⁰ OYTAN, a.g.e., s. 3.

⁵¹ GÜZÜBÜYÜK, a.g.e., s. 320; ÖZGÜLDÜR, a.g.e., s. 76; ÖZAY, a.g.e., s. 749; GÜNDAY, a.g.e., s. 322; ARMAĞAN, a.g.e., s. 30; YENİCE-ESİN, a.g.e., s. 9.

⁵² ÖZGÜLDÜR, a.g.e., s. 76; ATAY- ODABAŞI- GÖKCAN, a.g.e., s. 78; GÜNDAY, a.g.e., s. 322.

sayılması için ilgili alanda idarenin etkinlikte bulunmasının mevzuatın amir hükmünün gereği olması gerekir. Bu ihtimalin dışında, idarenin etkinlikte bulunmasına mevzuatın onay vermiş ve fakat bu konuda karar verip harekete geçmekte idareyi serbest bırakmış olduğu durumlarda, söz konusu alan idarenin kuruluş ve varlık amacıyla doğrudan ilişkiliyse, yapmakla zorunlu olduğu hizmetlerin hemen akabinde bu tür hizmetleri ifa etmek için gerekli plan ve çalışmayı yaparak faaliyete geçmesi gerekir. İmkanın olmasına rağmen, bu tür faaliyette bulunmama ilgili idare açısından hizmet kusuru oluşturur⁵³.

Buna göre, idari faaliyetin yapılmadığından söz edilebilmesi için öncelikle idarenin bu hizmetin yürütülmesiyle ödevli ve yükümlü kılınmış olması gerekmektedir⁵⁴. Hukuki bir düzenleme uyarınca görevli bulunmadığı bir kamu hizmetini gerçekleştirmediğinden dolayı idarenin sorumlu tutulmasıyla özdeş tazmin yükümlülüğü kabul edilemez. Ayrıca idarenin, bir hizmeti yürütüp yürütmemekte takdir yetkisine sahip veya bunun görülmesi bazı şartların gerçekleşmesine bağlı ise olumsuz tutumundan dolayı sorumlu sayılmaması istisnai bir durum olarak kabul edildiğinde, takdir yetkisini yerinde kullanmadığı ve harekete geçmesi için öngörülen şartın gerçekleşmesinin mahkemece kabul edildiği durumlarda da idarenin meydana gelen zararları ödemekle sorumlu tutulabilmesi olasıdır^{55,56}. Bu şekliyle ortaya çıkan hizmet kusuru hali özellikle trafik yada bayındırlık çalışmaları ile ilgili işaretlerin konmaması

⁵³ ATAY- ODABAŞI- GÖKCAN, a.g.e., s. 75.

⁵⁴ DURAN, a.g.e., s. 30.

⁵⁵ ARMAĞAN, a.g.e., s. 39; DURAN, a.g.e., s. 30-31; BALTA, a.g.m., s. 105.

⁵⁶ GÜNDAY, a.g.e., s. 323 "... Eğer idarenin yetkisi bağlı ise, yani belli koşulların varlığı halinde hizmetin yürütülmesi zorunlu ise, bu takdirde idarenin hareketsiz kalmasının hizmet kusuru teşkil edeceğinde kuşku bulunmamak gerekir. Buna karşılık, belli bir hizmetin yürütülüp yürütülmemesi konusunda idareye takdir yetkisi tanınmış ise, idarenin hareketsiz kalmasının onun sorumsuzluğuna yol açacağı her zaman söylenemez. Zira idareye tanınan takdir yetkisinin mutlak olmayıp belli sınırlar içerisinde kullanılması gerektiğinden takdir yetkisi bu sınırlar aşarak kullanılıp da hizmet yürütülmez ise idarenin gene hizmet kusuru nedeniyle sorumlu olması gerekir." ; OYTAN, a.g.e., s. 26-27 "Devletin, mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getireceği ödevleri bizzat Anayasa ile belirlenmiş olan potansiyel görevlerdir. Anayasa'nın "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" bölümünde (md. 41-64) teker teker sayılmış olan, ailenin korunması, eğitim ve öğretim hakkının kullanılması için gerekli tedbirlerin alınması, tarım ve hayvancılığın korunması; çalışma barışının, ücrette adaletin, sosyal güvenliğin sağlanması; sağlığın, çevrenin, sanatın ve sanatçının korunması, sporun geliştirilmesi ödevleridir. Bu maddenin anlamının genişletilerek Anayasa ile verilmiş, sayılı potansiyel görevlerin dışına taşarak, kamu kurum ve kuruluşlarına yasalarla verilmiş olan aktif görevleri de kapsatmak, bunların yasa ile yüklendikleri görevleri yerlerine getirmemeleri için peşin bir gerekçe, her zaman geçerli bir mazeret verilmiş olur."

yahut kolluk kuvvetlerinin önleyici tedbirleri almaması biçiminde kendini göstermektedir⁵⁷.

Kamu hizmetini ifa etmek yoluyla bireylerin ihtiyacını karşılama amacıyla meydana gelen teşkilat olan idare, şüphesiz elindeki mali kaynaklar oranında bu görevini yerine getirecektir. Nitekim Anayasanın 65. maddesinde, Devletin, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerinin amaçlarını ve önceliklerini gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getireceği belirtilmektedir. Bir hizmet verici olan idarenin hukuki düzenlemelerle kendisine verilen kamu hizmetini mali kaynakların yetersizliği nedeniyle yerine getirememesi durumunda her zaman hizmet kusur işleyip işlemeyeceği açık değildir. Ancak genel kabul eden görüşe göre, mali boyutu olan kamu hizmetlerinin salt kaynağın yetersizliği nedeniyle yerine getirilememesi halinde hizmet kusuru işlenmeyeceğidir. Buna göre, mali kaynak gerektirmeyen veya asli olan kamu hizmetlerinin ifasından imtina etmenin her zaman ve şartta hizmetin işlememesi olarak değerlendirileceğidir. Savunma, adalet, dış temsil gibi kimsenin üzerinde ihtilaf etmediği asli hizmetlerin idarenin birincil ve en önemli vazifesi olması nedeniyle işlememesi tereddütsüz hizmet kusuru olarak kabul edilmekte iken bu derece asli olmamakla birlikte yapılmasında kamu yararı bulunan hizmetlerin işlememesi mali yetersizliklerden kaynaklanıyorsa hizmet kusuru oluşturmaz⁵⁸.

Öte yandan, idarenin mali olanakları ancak iş programlarının düzenlenmesi konusunda takdir kullanma yönünde etkili olabilir. Fakat bu yetki kullanıldıktan sonra artık faaliyet konusunda ve yerde sorumluluğunu etkileyemez. Demek ki, idare kanunla görevli olduğu yada kendi iradesi ile yüklendiği faaliyet ve hizmetleri, mali ve teknik imkanları veya özel teşkilatı bulunmadığı gerekçesiyle ifadan kaçınmaz ve bu çekinmeye bağlı sorumluluktan kurtulamaz⁵⁹. Her somut olayda mali yetersizlik durumunun ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir, aksi tutum idarenin sorumluluğunu bireyler aleyhine daraltmak gibi sakıncalı bir sonucu doğurabilir. doktrin ve Danıştayın mali imkanlarla bağlılık argümanını olabildiğine sınırlı yorumlama eğiliminde oldukları gözlemlenmektedir.

⁵⁷ GÜZÜBÜYÜK, a.g.e., 332.

⁵⁸ Bu konuyla ilgili olarak daha fazla bilgi için bkz. ÖZGÜLDÜR, a.g.e., s. 78; ÖZAY, a.g.e., s. 749; GÜNDAY, a.g.e., s. 323-324; ARMAĞAN, a.g.e., s. 40; ATAY- ODABAŞI- GÖKCAN, a.g.e., s. 78

⁵⁹ DURAN, a.g.e., s. 32.

3. Hukuka Aykırılık ve Kusur

Hukuka aykırılık, hukuk düzeninin zarara uğrayanın kişisel haklarını veya mal varlığını koruyan emirlerine ve yasaklarına aykırı olan davranış türüdür⁶⁰. Başka bir ifade ile, hukuk düzeni ile bağdaşmayan, hukuk düzeninin koyduğu yasak ve emirleri çiğneyen insan fiilleri hakkındaki bir değerlendirmedir⁶¹.

İhlal edilen hukuk kuralının, mutlaka onu ihlal eden idareye yönelik olması gerekmediği gibi mutlaka pozitif hukuk içinde yer almasına da gerek bulunmamaktadır. Yazılı olmayan hukuk kurallarına aykırı hareket etmenin hukuka aykırı sayılabilmesi durumu iyi değerlendirmek gerektiği şüphesizdir. Buna göre, pozitif hukuk kaynakları olan anayasa, yasa, tüzük, yönetmelik ile diğer düzenleyici işlemlere uymamanın hukuka aykırı davranmak olduğu açıktır⁶². İdare hukuku, hukuka aykırı fiillerin sayma yöntemi ile ve ancak yasalarda düzenlendiği ceza hukukundan ayrılarak özel hukuka yaklaşmaktadır. Bunun yanında, yasaların üstünde olduğu Anayasada vurgulanan uluslararası ve uluslararası anlaşmalara uymamakta aynı sonucu doğurur.

Burada tartışılması gereken yazılı olmayan kurallara uymamanın hukuka aykırılık mı sayılacağı veya hukukun ilgilendiği mesela ahlaka veya örf ve adete aykırılık mı oluşturacağıdır. Kanaatimce, pozitif düzenlemeler üstü olan ve değiştirilmesi mümkün olmayan ius cogens denilen kurallara uymama hukuka aykırılık olarak değerlendirilmesi mümkün ise de, toplum tarafından yadırgansa da mesela kimsesiz ve muhtaç durumda olan bir yaşlının vergi borcu nedeniyle ev eşyalarının idarece haczi gibi ahlak dışı eylemin hukuka aykırılık oluşturmayacaktır. Sonuç olarak, örf ve adet kurallarının idare hukukunda işletilememesi nedeniyle bu tür düzenlemelerin hukuka aykırılık oluşturamaması idare hukukunun kamu hukuku özelliğinden kaynaklanmaktadır.

İdarenin hukuka aykırı bir işlem tesis etmesi, hizmetin kötü yürütüldüğü anlamına gelmemesi nedeniyle hizmet kusurunun olduğu genel kabul görmüştür⁶³.

⁶⁰ ARMAĞAN, a.g.e., s. 66.

⁶¹ ÖZGÜLDÜR, a.g.e., s. 65.

⁶² Tahsin Bekir BALTA, *Organların Hukuka Aykırı Eylem ve İşlemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu*, **Danıştay Dergisi**, S. 12-13, Ankara, 1974, Çev. Kazım Yenice, s. 105.

⁶³ ÖZGÜLDÜR, a.g.e., s. 65; ÖZAY, a.g.e., s. 739; GÜNDAY, a.g.e., s. 324; ARMAĞAN, a.g.e., s. 67; GÖZLER, a.g.e., C.II, s. 980; Xavier DELCROS-Bertrand DELCROS, **Fransa ve İngiltere'de İdarenin Sorumluluğu**, Çeviren Turgut CANDAN, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1984, s. 14; Gürsel KAPLAN,

Buna göre, hukuka uygun işlemler nedeniyle hizmet kusuru oluşmayacaktır. Diğer taraftan, usul yönünden hukuka aykırılığın (esasa etkili olsun veya olmasın) kusur olarak kabul edilemeyeceğidir. Ancak, bu genel kabul idari eylemleri için söz konusu değildir. İdari eylemlerin hukuka aykırılığı söz konusu olamayacağı gerekçesiyle bunlar açısından kusurun varlığı önem arz etmektedir. Diğer bir anlatımla, idari eylemler için hukuka aykırılık ve kusur eş değer değildir⁶⁴.

Ancak, uygulamada tüm hukuka aykırı idari işlemlerin hizmet kusuru sayılmayacağı olgusu zayıflamakla birlikte kabul edilmeye devam etmektedir. “İçtihadî hata”, “takdirde hata” ve “olağan nitelikteki hukuki yanlışlıklar ve aykırılıklar” olarak ifade edilen durumlarda, hukuka aykırılık yargı yeri tarafından tespit edilse ve tazminat için diğer tüm şartlar oluşsa bile mağdur lehine tazminata hükmedilmemektedir. Bu durum, idarenin sorumsuzluğu için gerekçe olduğu ve zararlı sonuçlarına mağdurların tek başına katlanmalarını kabule zorlandığı ileri sürülerek öğretilde çok eleştirilmektedir⁶⁵. Kanımca, her hukuka aykırı idari işlemin, özellikle atama, intibak, disiplin cezası gibi personel hukukundan kaynaklanan işlemlerin hizmet kusuru sayılması idarelerin işlemez hale gelmesi gibi bir sonuç doğurur.

4. Kusurun Kanıtlanması ve Kusur Karinesi

Kusurun kanıtlanmasında, ayrık haller hariç olmak üzere idare hukukunun kanıt ve kanıtlama yöntemleri kullanılmaktadır. Uyuşmazlığın çözümlenmesinde için kullanılan argüman olarak kanıt, idare hukukunda özel hukuktan farklılık arz eder. İdari Yargılama Usulü Kanununun “re’sen tahkik” ilkesini düzenleyen 20. maddesi uyarınca idari yargıç hakikatin ortaya çıkması için her türlü delil ve delil başlangıçlarını kullanmak durumundadır. Bu durum idari yargıyı ceza yargısına yaklaştırmakta ise de, yemin ve tanığın kanıt değeri olmaması nedeniyle ceza yargısından da ayrılmaktadır.

İdarenin Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler, AYİM D., S. 19, Ankara, 2004, s. 182.

⁶⁴ Bu konuya ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için bkz. GÖZLER, a.g.e., C.II, s. 979.

⁶⁵ GÜNDAY, a.g.e., s. 324; GÜZÜBÜYÜK, a.g.e., 322; GÖZLER, a.g.e., C.II, s. 984-999; İsviçre hukukunda idarenin, faaliyetlerinden doğan zarardan sorumlu tutulabilmesi için kamu görevlisinin hukuka aykırı davranmış olması gerektiği ile ilgili olarak bkz. Kemal Tahir GÜRSOY, *İdarenin Sorumluluğuna İlişkin İlkelerde Son Gelişmeler ve İsviçre Hukukunda İdarenin Hukuki Sorumluluğunun Ana Hatları*, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu**, 12-13 Mayıs 1979, Ankara, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, s. 107 vd.

Bunun dışında, keşif, bilirkişi incelemesi ve diğer bilgi ve belgeler delil özelliğine sahiptir.

Hukukun genel ilkesi olarak kabul edilen ve Medeni Kanununun başlangıç hükümlerinde ifadesini bulan, iddia edenin iddiasını kanıtlamakla mükellef olduğu hükmü esasında idari davalarda da geçerli bir hükümdür. Buna göre, zarara uğrayan kişinin zararın kusurdan ileri geldiğini iddia ederek kamu kurumunca tazmin edilmesini talep etmesi halinde, şikayet ettiği zararın varlığını, zararın idari işlem veya eylemden kaynaklandığını ve nihayetinde bu işlem veya eylemin kusurlu olduğunu ispat etmek durumundadır⁶⁶. Ancak idari yargıdaki tahkik usulü gereği olarak kusur ispatı nispeten daha kolaydır⁶⁷. İdari işlem ve eylemlerle ilgili bilgi ve belgelerin çoğu zaman idarenin elinde olması nedeniyle davacı durumunda olan kişinin iddiasını ispatlaması zor görünmektedir. Bu nedenle bireyin iddiasının doğruluğunun saptanması amacıyla ilgili bilgi ve belgeleri idareden isteyen mahkeme kararının icaplarının yerine getirilmemesi halinde kanıtlama yükümlülüğünün yer değiştirdiği ve idarenin savunmasını ispatlayamadığını kabul edebilir. Anlatılan durum, belgelerin idarede olması halinde ve o belgeler olmaksızın uyumsuzluğun çözülmesine imkanın bulunmaması gibi sınırlı bir hallerde uygulanır⁶⁸.

Bu genel bilgiler çerçevesinde bakıldığında, idarenin kusurlu işlem veya eyleminin tanık⁶⁹ dışında her türlü argümanlar kullanılarak kanıtlanabileceği söylenebilir. İdarenin kusurlu olduğunun kanıtlanması, idari eylem ve işlemlerden zarar gören kişiye düşer⁷⁰. Buna göre, hizmet kusurundan zarar gördüğünü iddia eden kişi zarara uğradığını ve zararın idari bir eylem veya işlemde kaynaklandığını ispat etmek durumundadır. Aksi halde açacağı dava bu bakımdan ret edilecektir. Bu durumun tek istisnası devam eden bölümlerden incelenecek olan kusursuz sorumluluk halidir.

⁶⁶ OYTAN, a.g.e., s. 9.

⁶⁷ GÖZLER, a.g.e., C.II, s. 999.

⁶⁸ Daha fazla bilgi için bkz. GÜZÜBÜYÜK, a.g.e., 507 vd.

⁶⁹ İdari eylem ve işlemlerin ispatlanmasında tanık ifadesine başvurulamayacağı konusunda tam bir görüş birliği mevcut değildir. Kanaatimce de, kamu hukuku özel hukuk ayırımının önemini kaybetmeye başladığı günümüzde gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla yargıcın ihtiyaç duyması halinde tanık ifadesine başvurulmasında her hangi bir sakınca bulunmamaktadır. Uyumsuz olduğu gerekçesiyle görev yeri değiştirilen kamu görevlisinin, uyumsuz olup olmadığının tespiti anlamında mesai arkadaşlarının ifadelerine başvurulması-zira idarenin soruşturma raporu kapsamında aldığı ifadeler her zaman sıhhatli olmayabileceğinden- yararlı olabilir.

⁷⁰ ARMAĞAN, a.g.e., s. 78; GÜZÜBÜYÜK, a.g.e., 323.

Bazı hizmet kusurunun bulunduğu hallerde mağdur lehine kusur karinesi kabul edilmektedir. Kusur karinesine göre, idari eylem ve işlemde zarara uğrayanın, bu zararın bir hizmet kusurundan kaynaklandığını kanıtlamasına gerek bulunmamaktadır. Bu karinenin bulunduğu hallerde, idare işlem ve eyleminin kusursuz olduğunu kanıtlamak durumundadır. Danıştay'ın kendi kararlarına karşı koyan eylem ve işlemlere ilişkin uyuşmazlıklarda, idarenin kusurlu olmadığını kanıtlamaya zorlayarak bir şekilde adını koymayarak yargı kararlarının uygulanmamasında kusur karinesini kabul etmektedir⁷¹. Bununla birlikte, kusursuz sorumluluk ayırımı yapmayan idarenin sorumluluğuna ilişkin hüküm nedeniyle Fransız Danıştayından farklı olarak kusur karinesini işletmektense kusursuz sorumluluk ilkesini kullanmayı tercih etmektedir⁷².

5. Kişisel Kusur Sayılan Haller

Kişisel kusur kavramı, idare adına ve hesabına hareket eden kamu personelinin idare işlevini yapması sırasında ve kamu hizmetinin yürütülmesi sebebiyle gerçekleştirdiği her hangi bir kusurlu fiil veya işlemin, idare tüzel kişiliğine yöneltilecek yerde, doğrudan doğruya personelin şahsına bağlanması ve ilgilendirilmesi gerektiğini ifade eder⁷³. Başka bir ifade ile hizmetle, görevle, kurumla, resmi kimlikle doğrudan yada dolaylı olarak hiçbir ilgi ve irtibat olmadan ortaya çıkan kusura kişisel kusur denilmektedir⁷⁴. Buna göre, kusurlu idari eylem veya işlem kamu görevlisinin ihtirasından, zayıflığından, özensizliğinden, siyasi düşüncesinden kaynaklanıyorsa şahsi kusurun varlığı kabul edilir. Zararı doğuran fiilin işlenmesindeki kusur hiçbir suretle idareye bağlanmayacak⁷⁵ olur ve kolaylıkla kamu hizmetinden tefrik edilebilir⁷⁶ nitelikte olursa şahsi kusurdan bahsedilebilir.

Kamu görevlilerinin kamu hizmetiyle ilgili olan kusurlu tutum ve davranışları nedeniyle oluşan hizmet kusurundan⁷⁷ doğan zarar dolayısıyla kamu görevlileri sorumlu olmayacağı, hatta tazminata mahkum edilmiş olsa bile idareye rücu edebileceği

⁷¹ ARMAĞAN, a.g.e., s. 79.

⁷² GÜZÜBÜYÜK, a.g.e., 324.

⁷³ ARMAĞAN, a.g.e., s. 97.

⁷⁴ Sait GÜRAN, *İdarenin ve Ajanın Sorumluluğunun Belirlenmesine İlişkin Düşünceler*, **Amme İdaresi Dergisi**, S. 1, C. 1, Doğan Basımevi, Ankara, 1979, s. 56.

⁷⁵ ONAR, a.g.e., C.III, s. 1699.

⁷⁶ GÜZÜBÜYÜK, a.g.e., 324.

⁷⁷ GÜNDAY, a.g.e., s. 325.

açıktır⁷⁸. Kişisel kusur, kamu görevlilerinin haksız fiil esaslarına göre sorumluluğuna yol açar ve adli yargı yerlerinde aleyhlerine tazminat davaları açılmasına neden olur.

İdari eylem ve işlemlerdeki kusurun hizmet kusuru mu yoksa şahsi kusur mu olduğunun ayırımını yapmak her zaman kolay olmaması nedeniyle kişisel kusurun sınırı tartışıla gelen bir hukuki mesele olmuştur⁷⁹. Kamu görevi dışında işlenen kusur dolayısıyla, bu kusurun ceza hukuku anlamında suç olup olmadığının hiçbir önemi olmaksızın, tazmini gereken zarara neden olması halinde kamu görevlisi sorumlu olacaktır. Başka bir anlatımla kamu görevlilerinin görevleri dışında ve resmi sıfatlarından kesin olarak ayrılmış kusur ve davranışları onların haksız fiil esaslarına göre sorumlu olmalarına neden olur⁸⁰. Buna rağmen kamu görevlerinin resmi sıfatından ayrılmayan görevini ifa ederken işlediği kusurların hizmet kusuru olup olmadığını tespit daha karmaşıktır. Fakat genel kabul gören ayırımı göre, kamu görevlilerinin suç niteliğindeki davranışları, kötü niyetli davranışları, ağır kusurları ve yargı kararlarına uymamaları şahsi kusur olarak kabul edilmektedir.

a. Suç Niteliğindeki Eylem ve İşlemler

Kamu görevlisinin tedavisi tıbben mümkün olmayan hastaya ötenazi uygulamak⁸¹ gibi hizmet içindeki eylem ve işlemleri⁸² suç niteliği taşıyorsa kusurun tamamen kişisel olduğu kabul edilir⁸³. Çünkü, suç ile kamu hizmeti birbirileri ile bağdaşması mümkün olmayan iki kavramdır. Eylem veya işlem, suç şeklini aldığı

⁷⁸ ONAR, a.g.e., C.III, s. 1699.

⁷⁹ ÖZGÜLDÜR, a.g.e, s. 118; ÖZAY, a.g.e., s. 778; GÜZÜBÜYÜK, a.g.e., 324; ONAR, a.g.e., C.III, s. 1699.

⁸⁰ GÜNDAY, a.g.e., s. 325; ATAY- ODABAŞI- GÖKCAN, a.g.e., s. 81; GÜZÜBÜYÜK, a.g.e., 325.

⁸¹ Ayşegül Demirhan ERDEMİR, **Tıp Tarihi ve Deontoloji Dersleri**, Uludağ Üniversitesi Basımevi, Bursa, 1994, s. 231.

⁸² Genel olarak Onar'dan başlayan bir gelenekle suç niteliğindeki "davranışlar", şahsi kusur sayılmaktadır (bkz. GÜNDAY, ATAY- ODABAŞI- GÖKCAN, ONAR). Ancak davranış ibaresinin tam olarak neyi kapsadığı anlaşılammamaktadır. Başka bir ifade ile davranış kelimesinin, idari eylemi ifade etme amacıyla kullanıldığı ancak idari işlemi kapsamadığı görülmekle birlikte idari işlemlerin de suçun konusu olabileceği açıktır. Davranış kelimesinin idare hukukunda teknik olarak kullanılan bir kavram olmaması nedeniyle bu ibare yerine eylem ve işlem kullanılması daha doğrudur. Nitekim 1961 ve 1982 Anayasaları da hizmet kusuru ve kusursuz sorumluluk hallerini kapsayan maddelerinde idari eylem ve işlem terimleri kullanılmıştır.

⁸³ BAŞGİL, a.g.e., s. 29; Dan. 10.D., 2.11.1955, E:1994/2813, K:1995/5057, Yakup BAL-Yahya ŞAHİN-Mustafa KARABULUT, **Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları**, Seçkin, Ankara, 2003, s. 826.

zaman idari faaliyet alanından çıkmış ve idari niteliğini kaybetmiş olur⁸⁴. Uyuşmazlık Mahkemesi genel olarak, idareye ilişkin taşıtları kullananların, kusurlu olarak, acemilik, tedbirsizlik ve dikkatsizlik gibi nedenlerle kişilere ve mala verdikleri zararları kişisel kusur saymakta araç kullanana ve istihdam eden olarak da yönetime karşı açılan davaları haksız fiil kapsamında adli yargıda görüleceğine karar vermektedir. Danıştay da Uyuşmazlık Mahkemesi kararları doğrultusunda karar vermektedir⁸⁵.

b. Kötü Niyetli Eylem ve İşlemler

Kamu görevlilerinin görevlerini yürütürken düşmanlık, siyasi öç, şahsi ihtiras veya menfaat temini gibi nedenlerle zarar verici eylem veya işlemlerde bulunmaları da kişisel kusur sayılmaktadır⁸⁶. Bu hallerde, sorumluluğun varlığı için kusurun görevlinin eylem ve işleminden kaynaklanması yeterlidir⁸⁷.

Kamu görevlisinin kötü niyetinden kaynaklanan şahsi kusur ile hizmet kusurunu birbirinden sübjektif kriter ayırmaktadır. Bu gibi hallerde fiilin objektif bakımdan hizmetle alakası, hizmetin safhalarından, faaliyetlerinden birini teşkil edip etmemesi dikkate alınmaz, görevlinin kötü kasıt ve niyeti kusurun şahsi kusur ve eylem ve işlemin şahsi sayılması için yeterlidir. Bununla beraber, kamu yetkisinin yerinde kullanılmaması ve saptırılması suretiyle idari işlemin maksat unsuru bakımından hukuka aykırı olduğu her durumda, hukukun tayin ve tespit ettiği kamu yararı amacı dışında hareket edilmiş olmakla beraber, görevlinin şahsi kusur işlediğini kabul etmek mümkün değildir⁸⁸.

⁸⁴ GÜNDAY, a.g.e., s. 326; ATAY- ODABAŞI- GÖKCAN, a.g.e., s. 81; ONAR, a.g.e., C.III, s. 1699; ARMAĞAN, a.g.e., s. 87.

⁸⁵ GÜZÜBÜYÜK, a.g.e., 329, Dan. 12.D., 24.4.1968 gün ve E:1968/777, K:1968/925, "...tarafından İçişleri Bakanlığı aleyhine, müvekkilinin emniyet müdürlüğünde dövüldüğünden bahisle ... açılan davada ... tazminat konusu olan olayın İstanbul Emniyet Müdürlüğünde görevli ... ve arkadaşlarının Türk Ceza Kanununun 228, 243, 245, 246 ve diğer hükümlerine göre suç teşkil edecek şahsi fiil ve hareketleri sonucu husule geldiği ve hizmet ile bir ilişkisinin bulunmadığı anlaşıldığından Danıştay'da idare aleyhine açılan ve esasını tetkikine imkan olmayan davanın görev yönünden reddine..." .

⁸⁶ GÜNDAY, a.g.e., s. 327; GÜZÜBÜYÜK, a.g.e., 332; ARMAĞAN, a.g.e., s. 84.

⁸⁷ ATAY- ODABAŞI- GÖKCAN, a.g.e., s. 81.

⁸⁸ ONAR, a.g.e., C.III, s. 1701.

c. Ağır Kusur

Kamu görevlisinin, fena bir kastı ve niyeti olmamakla birlikte⁸⁹ hatasının ağırlığı eylem ve işlemlerini hizmet kusurundan ayırıyorsa şahsi kusurun varlığı kabul edilir. Örneğin bir öğretmenin tatbik ettiği yönetmeliğin pedagoji esaslarına uygun olmaması, o durumda bulunan çocuklar için çok ağır bir mahiyette bulunması yüzünden meydana gelecek zarar bir hizmet kusuru teşkil ettiği halde, kötü bir niyeti olmaksızın ve hatta iyi bir maksatla yönetmeliklerin, tamimlerin ve emirlerin dışına çıkarak ve yetkisini aşarak bir çocuğu dayak, hapis ve benzeri bir terbiye etme yöntemi uygulamaya kalkması şeklindeki ağır hatalı hareketler şahsi kusur oluşturur⁹⁰.

Farklı yöndeki görüşlere rağmen⁹¹ yargı kararlarını, kasten yerine getirmeyen idarecilerin tutumunun ağır bir kişisel kusur olduğu kabul edilmektedir⁹². 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 28. maddesinde yer alan, kasıtlı olarak yargı kararlarını yerine getirmeyen kamu görevlileri hakkında doğrudan adalet mahkemelerinde tazminat davası açabileceği şeklindeki hüküm karşısında ve müstakil olarak yargı kararlarını uygulamama nedeniyle yeni bir kişisel kusur kategorisi oluşturmama bakımından mahkeme kararlarının infazının da ağır kusur kapsamında değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

İdari eylem veya işlemin suç niteliğinde olması halinde kişisel kusuru ispatlamak kolay olacaktır. Ağır kusur durumunun da kişisel kusurun kanıtlanması nispeten kolay olmakla birlikte, kötü niyetli eylem ve işlemlerin varlığının kanıtlanması çok kolay olmayacaktır.

En yaygın ayırım bu olmakla birlikte kişisel kusur ayırımının, kişilere verilen zararlar açısından, büyük ölçüde önemini yitirdiği de savunulmaktadır. Bunda, Devlet Memurları Kanununun getirdiği düzenleme ile Uyuşmazlık Mahkemesinin yaklaşımı etkili olmuştur. Hizmet kusurunun kişisel kusur aleyhine alanını genişletme eğilim göstermesi

⁸⁹ Ağır kusur bakımından kamu görevlisinin fena kastı ve niyeti olması gerektiği yolundaki farklı düşünceleri için bkz. GÜZÜBÜYÜK, a.g.e., 331, " ... Yasanın bütün açıklığına karşın, kasti olarak yasayı yanlış uygulama yada hiç uygulamama kimi durumlarda kamu görevlisi için ağır kusur oluşturur...".

⁹⁰ ONAR, a.g.e., C.III, s. 1701.

⁹¹ GÜNDAY, a.g.e., s. 326-327.

⁹² GÜZÜBÜYÜK, a.g.e., 331.

bu ayrımın önemini azaltan sebeplerden bir diğeridir. Nitekim Danıştay'a göre, kişisel kusurun bulunması çoğu zaman idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır⁹³.

6. Hizmet Kusuru İle Kişisel Kusurun Birleşmesi

İdari eylem veya işlemdeki kusurun kaynağı hem şahsi hem de hizmet kusuru olabilir. Şahsi kusurun varlığı idarenin hizmet kusurunu ve dolayısıyla idarenin tazminat sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Bu durumda, kural idarenin zararı tazmin edip kamu görevlisinin kusuru oranında ona rücu etmesidir. Bu konuyu daha sonra ele alıp ayrıntısıyla inceleneceği için tekrar olmaması açısından ayrıntıları girilmemiştir.

D. Kusursuz Tazminat Sorumluluğu

Bu başlıkta önce kusursuz sorumluluğun anlam ve kapsamını, daha sonra da kusursuz sorumluluk halleri incelenecektir.

7. Genel Olarak Kusursuz Tazminat Sorumluluğu

Hizmet kusuruna dayanarak, idarenin işleyişinden doğan zararların karşılanabilmesi için idarenin kusurlu olduğunun kanıtlanması gerekir. Özel hukuk sorumluluğu olan kusur sorumluluğu, aynı zamanda idarenin başlangıçta tek sorumluluk haliydi. İdarenin sosyal hukuk devletinin bir uzantısı olarak ifa ettiği kamu hizmetlerinin artması ve daha da karmaşık hale gelmesi nedeniyle kusura dayanan sorumluluk eksik hale gelmiştir⁹⁴. Bu nedenle kişilerin, idarenin etkinliklerinden dolayı uğradıkları zararları her zaman kusurlu davranışa dayandırma zorunluluğu bir tarafa bırakılarak meydana gelen zararın idarenin kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın karşılanması yoluna gidilmeye başlanmıştır ki, bu sorumluluk haline kusursuz sorumluluk denilmektedir^{95,96}. Kusursuz sorumlulukta idare, adeta genel bir teminatçı veya sosyal sigortacı kimliğine bürünmektedir⁹⁷.

⁹³ ARMAĞAN, a.g.e., s. 84.

⁹⁴ ONAR, a.g.e., C.III, s. 1709.

⁹⁵ GÜNDAY, a.g.e., s. 329; GÜZÜBÜYÜK, a.g.e., 333.

⁹⁶ DELCROS-DELCROS , a.g.e., s. 33 " ... kusursuz sorumluluk ilkesi, kamu hukukumuzun eşitlikçi olmayan niteliğine içtihatlarla getirilmiş bir yumuşamadır. Bu kuram, idarenin özel çıkarlarla çatışması halinde, mutlak surette üstünlüğünü sağlamak zorunda olduğu kamu yararının salt üstünlüğü ilkesi ile sosyal yaşantının gereği olarak normal yükümlülükleri aşması halinde, kamu gücüne atfedilen bütün zararları gidermeyi gerektiren kamu külfetleri önünde eşitlik ilkesi arasındaki denge noktasında bulunmamaktadır. Bu kuram, içtihadın görünüşteki istikrarsızlığı yanında, vatandaşlar arasındaki eşitliğin

Gerçekten kusursuz sorumluluk ilkesi tüzel kişilerin tazmin sorumluluğu ile uyumlu olduğu kadar idari sorumluluğun temeline de uygundur. Şöyle ki, idari kusur kavramı ne denli objektif sayılırsa sayılsın yine de kökeninde idare ve personelinin eylem ve işlemlerindeki hata ve noksanları ifade eder. Oysa kusursuz sorumlulukta sadece zarar görenle meydana gelen zararın niteliği ve niceliği ile illiyet bağı⁹⁸ göz önüne alınarak idareye tazmin borcu yüklendiğinden idari sorumluluğun temeli olan fırsat ve imkan eşitliği gerçekleşmektedir.

Genel olarak kusursuz sorumluluk, her türlü kusur fikrinde arınmış bir sorumluluk türünü ifade eder. Anlatılmak için değişik terimlerin kullanıldığı bu sorumluluk türüne; sebep-sonuç ilişkisine yani nedensellik bağına dayandığını ifade etmek için sebep sorumluluğu, zararın varlığından ve tazmin edilmesi gerektiğinden bahisle sonuç sorumluluğu, sübjektif bir fikir taşıyan kusur fikrinden tamamen arınmış olduğunu ifade etmek için objektif sorumluluk da denilmektedir⁹⁹.

Özel hukukta kusursuz sorumluluk uygulaması çok sınırlı ve sayma yöntemiyle tespit edilmişken özellikle 1961 Anayasasından sonra idare hukukunda kusursuz sorumluluk uygulamasında hızla artış göstermiştir. 1961 Anayasasının 114. maddesinde, idarelerin kendi eylem ve işlemlerinden kaynaklanan zararları ödemekle yükümlü oldukları kuralına yer verilmiştir. 1982 Anayasasının 125. maddesinde yer alan hüküm hem hizmet kusurunu hem de kusursuz sorumluluğu kapsar nitelikte olması nedeniyle özellikle kusursuz sorumluluğun dayanağını oluşturmaktadır¹⁰⁰.

Kusursuz sorumluluğun bulunduğu hallerde hizmet kusuru veya şahsi kusurdan farklı olarak kusurun varlığının kanıtlanmasına gerek yoktur. Burada, sadece idari eylem veya işlemde kaynaklanan zararın varlığının kanıtlanması yeterli olacaktır. İdarenin hukuka uygun davranmış olması tazmin sorumluluğunu kaldırmaz. Bu yönü itibariyle kusursuz sorumluluk kişilerin lehine bir kuram olmaktadır.

kamu gücünün bir kararı –yasa veya tüzük dolayısıyla sorumluluk- veya bayındırlık çalışmalarında olduğu gibi, ayrıcalıklardan ve istisnai araçlardan yararlanan idarenin, davranışlarıyla ihlal etmiş olması halinde kusursuz sorumluluğa verilen yeri açıklamaktadır."

⁹⁷ BAŞGİL, a.g.e., s. 27.

⁹⁸ DURAN, a.g.e., s. 47.

⁹⁹ ARMAĞAN, a.g.e., s. 84.

¹⁰⁰ GÜNDAY, a.g.e., s. 329; GÜZÜBÜYÜK, a.g.e., 333.

8. Kusursuz Tazminat Sorumluluğunun Dayandığı İlkeler

Kusursuz sorumluluğun dayandığı ilkelerin ayırımı konusunda öğretici ve uygulamada tam birlik olmamakla birlikte aşağıda yapılan ayırıma göre konu incelenmiştir.

a. İdari Hasar İlkesi

Hasar veya risk teorisi olarak da adlandırılan kusursuz sorumluluğun bu ilkesi özel hukuktan idare hukukuna aktarılmıştır¹⁰¹. Özel hukukta geçerli olan tehlikeli işlemlerle uğraşanların, her hangi bir kusuru olmasa da ortaya çıkan zarardan sorumlu tutulmaları idarenin tehlike taşıyan bir faaliyeti yürütmesi yada tehlikeli araç ve gereç kullanması söz konusu olduğunda idarenin objektif sorumluluğunu gerektirmesi esasına dayanmaktadır¹⁰².

Bu ilkenin ana niteliği, sorumluluğun kusur düşüncesinden arınarak objektif esasa dayanmasıdır. Zararlı sonuçla kamu hizmeti arasındaki nedensellik bağının varlığı bu kuruma dayanak teşkil etmektedir. Bu nedenle idarenin işlem ve eylemi ile zarar arasındaki illiyet bağının ortaya konulması sorumluluk için yeterli olup ayrıca idarenin kusurunun kanıtlanmasına gerek yoktur. Bu bağlamda, idare kusursuz olduğunu ortaya koysa bile sorumluluktan kurtulamaz^{103,104}.

¹⁰¹ ONAR, a.g.e., C.III, s. 1710, "Hasar teorisi; İslam hukukunda hukuki mesuliyet esasını teşkil ettiğini gördüğümüz, objektif mesuliyet esasına dayanır: her hangi bir teşebbüsün temin edeceği faydalar onun müteşebbisine ait olduğu gibi ondan husule gelecek bütün hasarlar, başkasına iras edilebileceği zararlar da aynı müteşebbise aittir. Binaenaleyh bir işletmenin etrafındaki mülklere, hayvanlara, insanlara ika edebileceği zararlar, bunların husulünde bir kusurları olmasa ve hatta bunların işin icabından ve tabiatından doğan ve önüne geçilmesi kabil olmayan tabii hasarlar bulunsalar bile o işletme etrafından tazmin edilmek icap eder. Hülasa Mecellenin bir düsturla ifade ettiği gibi <<mazarrat menfaat mukabilindedir; yani bir şeyin menfaatine nail olan onun mazarratına da mütehammil olur>>. Bu teorinin idare hukukundaki ifadesi, amme hizmetlerinin, umumi külfetler karşısında ferdi mülkiyete ve fertlere iras edebileceği hasarlar, zararlar ammeye, idareye raci olmak ve binaenaleyh zarar görenlere idare tarafından ödenmek lazım gelir. Bir şimendifer (tren) işletmesinde idarenin bütün dikkat ve ihtimamına, gereken bütün tedbirleri almış olmasına ve binaenaleyh ona atfedilecek hiçbir kusur bulunmamasına rağmen lokomotifin bacasından çıkan kurumlar etrafındaki tarlalara, ekinler zarar verirse bu zararın şimendifer işletmesi tarafından zarar görenlere tazmini icap eder."

¹⁰² GÜNDAY, a.g.e., s. 330; BAŞGİL, a.g.e., s. 27.

¹⁰³ ARMAĞAN, a.g.e., s. 100; ONAR, a.g.e., C.III, s. 1710.

¹⁰⁴ Dan. 12.D., 28.4.1977, E:1975/110, K:1977/1201, naklen GÜZÜBÜYÜK, a.g.e., 335 " Dava konusu olayda ise davalı idarece şehre elektrik getiren havvai elektrik hattında tel ile izolatör arasına konan kuşun kısa devre meydana getirmesi sonucu eriyen telin koparak davacıya ait bir büyükbaş hayvanın üzerine düştüğü ve ölümüne sebep olduğu, ancak olayda idarenin herhangi bir hizmet kusurunun bulunmadığı ileri sürülmektedir. Ancak davalı idareye ait söz konusu elektrik hattından koparak düşen elektrik teli davacıya ait bir büyük hayvanın üzerine düşerek ölmesine sebep olmuş, bu suretle davacıya ... lira zarara

Bu kuramın uygulama alanı bakımından öğretisi ve yargı kararlarında bir birlik ve uyumun bulunmadığı gözlemlenmektedir¹⁰⁵. Bununla birlikte, idarenin niteliği gereği olarak uğraştığı faaliyetlerle kullandığı araç ve gereçlerin tehlikeli olmasından veya kamu düzenini bozmaya ve hatta anayasal düzeni yıkmaya yönelik terör olayları sırasında kaynaklanan zararlar bu kapsamda değerlendirilmektedir¹⁰⁶. Burada önemli olan olayın tüm toplumu ilgilendirmesi ve zararın toplumsal nitelikli bir riskin gerçekleşmesi sonucu meydana gelmiş olmasıdır¹⁰⁷.

Diğer kusursuz sorumluluk hallerinden farklı olarak sosyal risk sorumluluğunda zararı soğuran olay, idarenin personelinin davranışı yada tehlikeli tesislerinin yapısındaki bir neden olmayıp idareye yapancı kişilerin veya toplulukların idare tarafından önlenemeyen yahut önlenmesi daha büyük zararlara neden olacak faaliyetleridir¹⁰⁸. Tehlikeli faaliyet ve eşyadan çıkan zararların kusursuz sorumluluk ilkesine göre ödettirilmesinde zarar görenin hizmetten yararlanan ve üçüncü kişi durumunda olması etkili değildir¹⁰⁹.

İdari hasar teorisi, idarenin hukuki sorumluluğunu geniş, sınırsız bir dereceye kadar götürmeye müsaittir ve sürekli genişlemektedir. Bu teori, kamu hizmetlerinin yükleyeceği külfetlerde eşitliği temin etmek, hizmetten aynı derecede faydalananlardan birine diğerine göre daha fazla külfet yüklenmeme düşüncesinden kaynaklandığına göre ve teorisinin uygulanması için mağdurun hizmetten yararlanan diğerlerine göre daha fazla külfete katlanmış olması gerekmektedir. Hizmet kusuru teorisine göre tali bir sorumluluk olan hasar teorisinin diğer kusursuz sorumluluk halleriyle birlikte dar yorumlamak gerekir¹¹⁰.

b. Sebepsiz Zenginleşme İlkesi

Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin hukuki sorumluluğu, hizmet kusuru ve risk teorilerinin uygulanamayacağı bazı durumlarda sebepsiz iktisap (nedensiz

uğrattığı tevsik edilmektedir ...lira zararın Ağrı Belediye Başkanlığından alınarak davalıya verilmesine ...".

¹⁰⁵ ÖZGÜLDÜR, a.g.e., s. 91; ÖZAY, a.g.e., s. 764.

¹⁰⁶ GÜNDAY, a.g.e., s. 331.

¹⁰⁷ Dan. 10.D., 25.2.2003, 2001/4795, K:2003/696, DD., S. 1, 2003, s. 431.

¹⁰⁸ AZRAK, a.g.m., s. 137.

¹⁰⁹ DURAN, a.g.e., s. 54.

¹¹⁰ ONAR, a.g.e., C.III, s. 1711-1712.

zenginleşme) esasına dayanır. Roma ve Kara Avrupası hukukunda, hukuki bir sebep olmaksızın bir kimsenin mal varlığında bir azalma ve bu yüzden diğerinin malvarlığında çoğalma meydana geldiği zaman malvarlığında artış oluşan kimse diğerinin malvarlığındaki zararı malvarlığındaki çoğalma oranında ödemeye zorunludur. Sebepsiz çoğalma ve bunun karşılığında oluşan azalma özel hukukta olduğu gibi bir borç oluşturur¹¹¹.

Hizmet kusuru ve idari risk ilkesine dayanılmayan olaylarda, nesafet adına sebepsiz iktisap teorisine başvurulmuştur. Hizmet kusuru ve idari hasar sahalarda kaydedilmeyen devamlı ilerlemeler sebepsiz mal iktisabı kuramının genişlemesini engellemiştir ki, bu teoriye dayanılarak Danıştay'ın pek karar vermemesi de bu tespiti doğrular niteliktedir¹¹².

c. Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik İlkesi

Bu ilke, idarenin kamu yararı ve düzeni amacıyla yaptığı hizmetler dolayısıyla idareye yüklenebilecek bir kusur olmadan yada bünyesinde bir tehlike taşımadan kimilerinin özel bir zarara düşmesine neden olabilir. Meydana gelen zararın tazmini kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine dayanmaktadır^{113,114}.

Fransız Danıştay'ı kamu hizmetine katılan kamu görevlileri için hizmet kusuru, görevli olmayarak hizmete geçici katılanlar için kusursuz sorumluluk esasını benimsemesine karşılık, Danıştay, bu konuda tamamen aksine bir içtihatla, sadece resmi bir sıfatla kamu hizmetlerine katılanların iş sırasında veya dolayısıyla uğradıkları

¹¹¹ ONAR, a.g.e., C.III, s. 1712.

¹¹² ARMAĞAN, a.g.e., s. 179.

¹¹³ ONAR, a.g.e., C.III, s. 1713; GÜNDAY, a.g.e., s. 333; GÜZÜBÜYÜK, a.g.e., 335.

¹¹⁴ ARMAĞAN, a.g.e., s. 100, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesini idari hasar kapsamında değerlendiren yazar şöyle demektedir; "Kanımızca idari hasar teorisi, "kamu yükümlülükleri karşısında eşitlik" ilkesine dayanmaktadır. Alman İdare Hukukunda "fedakarlığın denkleştirilmesi" ilkesi olarak da adlandırılan kamu yükümleri karşısında eşitlik ilkesini şöyle açıklamak olasıdır. Bilindiği gibi kişiler devlet halinde yaşayabilmek için bazı külfetlere katlanmak zorundadır. Bunun karşılığında da yurttaş olmanın nimetlerinden faydalanırlar. Çağdaş devlette nimetler yönünden kişiler arasında ayırım yapılamayacağı gibi külfetler konusunda da ayırma, eşitsizliğe yer yoktur. Hiç kimse toplum yararına dahi olsa başkalarından daha çok esirgemezliğe, bir başka ifadeyle de toplumun bazı fertlerine kıyasla ağır yükümlülüğe katlanmak zorunda bırakılmamalıdır. Demokrasi, özgürlük ve insan hakları kuralları bunu gerektirir. Külfetler konusundaki bu denge ve eşitlik herhangi bir nedenle bozulduğunda, başkalarına göre ağır yük altında kalanın durumu düzeltilmeli ve eşitlik yeniden sağlanmalıdır. Eşitsizlik bir kamu hizmetinin varlığından doğmasına ve bu hizmetten bütün bir toplum veya belirli bir bölge halkı yararlanırken, belli kişi veya kişiler özel ve olağan dışı bir zarar görmekte ise, zararın o hizmetten yararlanan topluluk tarafından alınan vergi nasıl kişilere eşit olarak bölüştürülmüşse hizmetten doğan zararların da onlara eşit şekilde yüklenmesi zorunluğudur...".

zararların statülü görevliler için götürü tazminat kuramına da yer vermeyerek genellikle kusursuz sorumluluk ilkesine göre ilgili kuruma tazmin ettirilmektedir¹¹⁵.

Tazminat sorumluluğunun genel esaslarını, asıl konumuz olan sağlık hizmetlerinden doğan idarenin tazminat sorumluluğunun daha iyi anlaşılması ve bu konuya esas teşkil etmesi bakımından ayrıntıya girmeden, esas hatlarıyla aktarıldı.

¹¹⁵ ARMAĞAN, a.g.e., s. 142.

İKİNCİ BÖLÜM

İDARENİN SAĞLIK HİZMETİNDEN

DOĞAN TAZMİNAT SORUMLULUĞUNUN TARİHSEL GELİŞİMİ VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAKİ YERİ

Bu bölüm altında, idarenin sağlık hizmetinden kaynaklanan tazminat sorumluluğunun tarihi gelişimini, karşılaştırmalı hukuktaki ve Türk hukukundaki durumu incelenmektedir.

I Tarihsel Gelişimi

Sağlık hizmetleri insan hayatı için büyük önem taşımaktadır. Tıp, insanı iyileştirebilecek olanaklara sahip olmasına rağmen bazı durumlarda iyileşmesi imkansız sonuçlar da doğurmaktadır. Hekim ile insan hayatı birbirinden ayrılamayacağı için hukuk ilminin tıp ile sürekli ilgilendiği görülmektedir¹¹⁶.

Tarihsel olarak, idarenin sağlık hizmetinden doğan tazminat sorumluluğunun niteliği diğer sorumluluk kuralına paralel olarak farklılaşmıştır. Önceleri idarenin sorumsuzluğu kabul edilmişken takip eden dönemlerde idarenin özel hukuka göre sorumlu olacağı ve en nihayetinde de kamu hukuku esaslarına göre sorumlu olması kabul edilmiştir. İdarenin sorumluluğundaki bu üç aşamayı şimdi daha yakından incelemeye başlayabiliriz;

19. yüzyılın başlarına kadar süren birinci dönemde kural, idarenin sorumsuzluğudur¹¹⁷. Bu dönemin siyasal yapısı egemen devlet düşüncesine dayanmaktadır. Bu düşünce içerisinde, bugünkü anlamı ile yasama yürütme ve yargı görevi ve yetkileri hükümdarın elinde toplanmakta, hükümdar da bu yetkilerini memurları eliyle kullanmaktadır. Memur hükümdarın emirlerine uygun hareket ettiği sürece, onun işlem ve eylemlerinde ötürü idarenin hukuki sorumluluğu söz konusu olmamakta, aksi düşünce kulun efendisinden hesap sorması anlamına gelmektedir. Ancak, memur hükümdarın buyruğu dışında hareket ederek bir zarar vermiş ise, bundan sadece kendisi sorumlu olmaktadır. Memurun buyruk dışı eylem ve işlemlerinden zarar

¹¹⁶ ERDEMİR, a.g.e., s. 170.

¹¹⁷ BAŞGİL, a.g.e., s. 8; YENİCE-ESİN, a.g.e., s. 79.

gören kişi, yalnızca ona karşı genel mahkemelerde dava açabilme olanağına sahip olup idari yönünden kural, yine sorumsuzluktur. Memuru dava edebilmekte genellikle idarenin iznine bağlı olduğundan gerçekte mağdurun bu imkanlardan da yararlanması olanaksız gibiydi. Bu dönemde, ekonomik yapı liberal ekonomi felsefesine dayanması nedeniyle idarenin sorumsuzluğu pek göze batmıyordu. Çünkü idareye düşen görev ve kamu hizmeti çok sınırlıydı¹¹⁸. Dönemin eseri olan 1789 tarihli İnsan ve Vatandaş Hakları Beyannamesinin 15. maddesinde, camianın her memurun idaresi hakkında hesap sormaya hakkının olduğu kuralına yer vermekle daha çok idare adına hareket eden memurların şahsi sorumluluğu ifade edilmektedir¹¹⁹.

19. yüzyılın birinci yarısına rastlayan ikinci dönemde, liberal ekonomi düşüncesi yerine Devletin ekonomik ve sosyal yaşama karışmasını amaçlayan düşünce egemen olmaya ve demokrasi ile özgürlük anlayışlarının sorumsuz devlet anlayışını temelden sarmaya başladığı gözlemlenmektedir¹²⁰. Kamu hizmetleri nicelik ve nitelik olarak çoğalmaya ve genişlemeye başladığından, bu hizmetlerden kaynaklanan bireysel zararlarda da artma olmuştur. Gelişen demokratik hak ve özgürlük düşünceleri meydana gelen zararların bireyler üzerinde bırakılmasına izin vermez olmuştur. Tüm bu gelişmeler sonucu hakimiyet tasarrufları da dahil idarenin özel hukuk hükümleri uyarınca sorumlu olması kabul edilmiştir¹²¹.

Son dönemde ise, medeni (özel hukuk) sorumluluğunun idarenin sorumluluğuna esas alınmasının yetersiz olduğu görülmekle¹²² Roma hukukundan gelen kusurlu sorumluluk esaslarına göre idarenin hizmet kusuru ilkesine¹²³ ve istihdam edenin mesuliyetine¹²⁴ göre sorumlu olması kabul edildi. Ancak devam eden süreçte de,

¹¹⁸ Yüksel ESİN, **Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, İkinci Kitap: Esas, İdarenin Hukuki Sorumluluğu**, Balkanoğlu Matbaacılık, Ankara, 1973, s. 16.

¹¹⁹ BAŞGİL, a.g.e., s. 8; Müzeyyen ÇOLAK, **İdarenin Sorumluluğu ve Hizmet Kusuru**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1996, s. 16.

¹²⁰ YENİCE-ESİN, a.g.e., s. 79.

¹²¹ ESİN, a.g.e., İkinci Kitap: Esas, s. 17; BAŞGİL, a.g.e., s. 9.

¹²² ONAR, a.g.e., C.III, s. 1690.

¹²³ ARMAĞAN, a.g.e., s. 12, "Fransız Danıştay'ı 10.02.1905 tarihli Tomaso Greco Kararı ile idarenin egemenlik tasarrufundan ötürü sorumlu olamayacağı kuralını terk etti ve hizmet kusurunun mevcut olması halinde idarenin, egemenlik tasarrufundan doğan zararlardan dolayı da sorumlu olacağını içtihat etti."

¹²⁴ BAŞGİL, a.g.e., s. 11.

idarenin kusuru olmaksızın dahi sorumluluğunu gerektiren kusursuz sorumluluk hali kabul edilmeye başlanmıştır¹²⁵.

İdarenin sorumsuzluğunun kabul edildiği dönemde hastaların teşhis ve tedavisi, genelde tıp ilmi ile uğraşan büyücü ve din adamları tarafından yapılmaktadır. Anılan dönemde bu hizmetler teknik olarak örgütlü organizasyon olan idare tarafından sağlanmadığı için ancak hekimin şahsi sorumluluğu kabul edilmekteydi. Hammurabi Kanunlarının 219. ve devamı maddelerinde, cerrahın yapacağı ameliyat sonrasında hastanın ölmesi veya organ kaybetmesi halinde kendisine verilecek ceza, Eski Mısır'da hekimin papirüslerde yazılı kurallara uyması halinde eyleminden sorumlu olmayacağı, aksi halde sorumlu olacağı, Roma ve Cermen hukukunda da hekimin ihmal ve acemiliğinden dolayı cezai ve tazminat sorumluluğunun olduğuna ilişkin hükümler öngörülmüştür¹²⁶. Görüldüğü üzere, burada tıbbi müdahaleler bu konuda bilgi sahibi olan kişiler tarafından verilmekte var olan cılız düzenlemeler de istisnalar hariç tedaviyi uygulayanların cezai sorumluluğuna ait olmaktadır.

İdarenin medeni sorumluluğunun esas olduğu dönemde de, sağlık hizmetleri özel kişiler tarafından görülmeye devam edilmiştir. Bu nedenle idarenin sağlık hizmet birimleri henüz teşekkül ettirilebilmiş değildir. Özel sağlık hizmeti sunanlar kişilere verdikleri zarardan dolayı özel hukuk hükümlerine göre sorumlu olmaları söz konusudur. Zira idarenin henüz olarak sağlık personeli sınıfı oluşmamıştır.

Sağlık hizmeti, bayındırlık, güvenlik vb kamu hizmetlerine göre daha sonra ortaya çıkan medeni bir hizmettir. İdarenin liberal düşüncesinin bir tarafa bırakarak sosyal devlet olmanın gereği olarak kamu sağlığıyla yakından ilgilenmesi nedeniyle bu alanda ortaya çıkan zararların idarece tazmini gerektiği kabul edilmiştir. Hemen belirtelim ki, sağlık hizmetinden doğan sorumluluk hali genel kabule göre hizmet kusurundan kaynaklanmaktadır.

¹²⁵ ARMAĞAN, a.g.e., s. 12, "Fransız Danıştay'ı 10.01.1934 tarihli Denoyelle Kararı ile idarenin, yalnız hizmet kusuru hallerinde değil, görevlilerin şahsi kusurları yüzünden meydana gelen zararlardan da sorumlu olacağını benimsedi ...".

¹²⁶ Sevinç Arslan HIZAL, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hekimin ve Yönetimin Sorumluluğu**, Yayınlanmamış Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Kamu Yönetimi Lisans Üstü Uzmanlık Programı Tezi, Ankara, 1999, s. 6 vd.

II Karşılaştırmalı Hukukta İdarenin Sağlık Hizmetinden Doğan Tazminat Sorumluluğu

Sağlık hizmetlerinden doğan sorumluluk, esas itibariyle kusura dayanan sorumluluk hali olduğu yukarıda belirtildi. Karşılaştırmalı hukukta sağlık kusurlarından kaynaklanan zarardan kimin, hangi şartlarla sorumlu olacağı farklılık arz etmektedir. Kimi ülke hukuklarında hekimin sorumlu olacağı kabul edilmişken, kimilerinde ise sorumluluk idarede olmaktadır.

Karşılaştırmalı hukukta sağlık hizmetlerinden kaynaklanan sorumluluğu fazla ayrıntıya girmeden iki başlık halinde incelemeye çalışalım.

A. Anglo-Sakson Hukuk Sisteminde Durum

Anglo-Sakson hukuk sisteminin bir parçası olan İngiliz hukukunda bağımsız idari sorumluluk rejimi bulunmamaktadır. Ayrık haller hariç olmak üzere idari eylem ve işlemlerden kaynaklanan zararlar genel hükümler çerçevesinde çözümlenmektedir. Ancak bu sonuca dahi uzun bir süreçten sonra varılmıştır. Uzun bir süre kralın hata yapmayacağı genel kabulü uyarınca idarenin sorumlu olması kabul edilmemişti¹²⁷. Fakat son yıllarda meydana gelen yeni gelişmeler ile her bir idari faaliyet konusu ile ilgili olarak komisyon, konsey, kurul, tribunal vb. isimlerle ifade edilen şibih-kazai kararlar veren yerlerin kurulması ile farklı bir idari rejime yöneliş olduğu gözlemlenmektedir.

İngiltere, Galler, İskoçya ve Kuzey İrlanda sağlık hizmetleri farklılık arz etse de, bu hizmet genel olarak Ulusal Sağlık Hizmetleri'ne bağlı devlet hastaneleri ve kuruluşları tarafından sağlanmaktadır. Koruma, tedavi ve rehabilitasyonu içeren tüm sağlık hizmetleri genel pratisyenlik ve hastaneler olmak üzere iki unsuru olan kuruluşlar tarafından ihtiyacı olan her kese ücretsiz olarak sunulmaktadır¹²⁸. İngiltere'de bünyesinde parasız ve kar amaçlı hastanelerin yer aldığı küçük ama çok iyi işleyen bağımsız bir hastane sisteminin var olmasına karşılık sağlık hizmetlerinin çoğu anılan kurum tarafından karşılanmaktadır. Uzun yıllar boyunca, klinik ihmallerden dolayı Ulusal Sağlık Hizmetleri kurumlarına nadiren dava açılmıştır. Diğer ülkelerde açılan

¹²⁷ ÖZGÜLDÜR, a.g.e, s. 34.

¹²⁸ HIZAL, a.g.t, s. 15.

dava ve talep edilen tazminatlarda ciddi boyutlarda bir artış yaşanırken, bu konunun Birleşik Krallığa maliyeti düşük ölçülerde kalmıştır. Başlangıçtan beri, tıbbi ihmallerden doğan zararlar doktorlar, hastaneler ve diğer sağlık hizmetleri kurumları tarafından paylaşılarak karşılanmıştır. Doktorlar bu tür maliyetlerin kendilerine düşen kısmını karşılamak için tıbbi savunma kurumlarına üye olmuşlardır. Fakat bu kurumların maliyet artışları sebebiyle sigorta ücretinin doktorlar tarafından karşılanamaz hale gelmesi nedeniyle Ulusal Sağlık Hizmetleri kurumları her türlü hatadan kaynaklanan sorumluluğu üstlenmiştir¹²⁹.

Amerika Birleşik Devletleri'nde sağlık hizmeti, yaygın liberal anlayışın bir sonucu olarak özel sektör tarafından karşılanmaktadır. Sağlık hizmetleri sunumundan kaynaklanan tıbbi uygulama hataları konusunda 18. ve 19. yüzyıllarda bir standart oluşturulamazken takip eden yüzyılda bu konuda ciddi prensipler öngörülmeğe başlanmıştır. Meydana gelen tıbbi uygulama hatalarından dolayı doktorlara karşı genel hükümlere göre dava açılmakta ve hatanın olması halinde ciddi tazminatlara hükmedilmektedir. Hukuk kurallarına göre tıbbi uygulama hatası olabilmesi için aşağıdaki unsurların oluşması gerekmektedir; hasta hekim ilişkisi içinde, hekimin hastaya karşı görevinin olması, kabul edilen ve olması gereken bakım standartlarının ihlal edilmesi, zararın meydana gelmesi ve en nihayetinde ise ihlal edilen standart bakım kriterleri ile zarar arasından nedensellik bağının bulunması gerekmektedir¹³⁰. Birleşik Devletler'de sağlık hizmeti sunan kuruluşlar üzerinde gerek yarı kamusal gerek ise sivil toplum örgütlerinin çok ciddi denetimi bulunmaktadır¹³¹. Mahkemelerin açılan davalarda tıbbi uygulama hatasına rastlaması durumunda yüksek meblağlara hükmetmesi de bu tür yerler üzerinde ciddi bir baskı oluşturmaktadır. Bu nedenle sorumluluğun ortak paylaşımı amacıyla ortaya çıkan sigorta şirketlerine doktorlar tarafından ödenen prim miktarlarının çok yüksek olması sağlık hizmetlerinin de Avrupa standartlarına göre pahalı bir hizmet olmasına neden olmuştur.

¹²⁹ Oğuz POLAT, **Tıbbi Uygulama Hataları, Klinik-Sosyal-Hukuksal-Etik Boyutları**, Seçkin, Ankara, 2005, s. 122 vd.

¹³⁰ POLAT, a.g.e., s. 116.

¹³¹ HIZAL, a.g.t., s. 13, "... Kasım 1997'de Massachusetts'te görevi kötüye kullanma verileri İnternet'e verilerek tıbbi hatalara karşı kişilerin bilgilendirilmesi amaçlanmaktadır. Massachusetts Tıp Birliği'nce de desteklenen yasaya göre, tüketiciye tazminat ödenmesiyle sonuçlanmış kararlara ve hak arama taleplerine ait veriler İnternet'te sunulacaktır. Maryland'de ise lisansı iptal edilen yada ağır bir suçtan hüküm giymiş olan doktorların adları elektronik bir pano aracılığı ile kamuoyuna duyurulacaktır."

B. Kara Avrupası Hukuk Sisteminde Durum

Kara Avrupası hukuk sistemine egemen olan Alman ve Fransız hukuklarında sağlık hizmetlerinden kaynaklanan tazminat sorumluluğu idarenin hizmet kusuru esaslarında meydana gelen gelişmeye paralel bir gelişim göstermektedir¹³². İdarenin sorumluluğunun esası, idarenin kamu hizmetini sunarken kusurlu olmasından kaynaklanan hizmet kusuru ile bazı kamu hizmetlerinde görülen kusursuz sorumluluğa dayanmaktadır¹³³. Kamu hizmetinin nitelik ve nicelik olarak artması ile birlikte sağlık hizmeti genel kapsamlı bir kamu hizmeti haline gelmiştir. Bu kamu hizmetinde doktor bir profesyonelden çok devletin bir memuru olarak kabul edilmektedir¹³⁴. Bunun doğal sonucu olarak şahsi kusurun varlığı dışında idare sağlık hizmeti sunarken ortaya çıkan hatalardan hukuki olarak sorumludur. Doktor ve diğer sağlık çalışanlarının sorumluluğu ancak özel hukuk hükümleri çerçevesinde çalışmaları veyahut kamu hukuku çerçevesinde görev alsalar da şahsi kusur işlemleri halinde mümkün olabilmektedir. Bu çerçevede, doktor hasta ilişkisi özel hukukta haksız fiil ve sözleşme ilişkisine, idare hukukunda ise idarenin hizmet kusuruna dayandırılmıştır¹³⁵. İdarenin bu sorumluluk hali çeşitli düzenlemeler olmakla birlikte temelinde yüksek yargı organlarının içtihatlarına dayanmaktadır. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, Alman hukukunda, sağlık kamu hizmetinde olmasa da diğer bazı kamu hizmetlerinde idarenin sorumluluğunu yasalarla belirle eğilimi bulunmaktadır¹³⁶.

Bu konuda dikkati çeken uygulama İsviçre’de yer almaktadır. İsviçre hukukunda öteden beri yerleşmiş ve bugün de devam eden kural kanunilik ilkesidir. Bu ilkeye göre, Federal Devlet, Federal İdarenin hukuka aykırı resmi eylem ve işlemlerinde ötürü ancak kanunun izin verdiği oranda bireylere karşı tazmin borcu ile yükümlü olmaktadır. Federal Mahkeme şimdiye kadar olan içtihatlarında, Anayasanın mülkiyet hakkı ile vatandaşlar arasında eşitliği garanti eden hükümlerinden hareketle, özel bir kanuna dayanmadan idarenin sorumlu tutulamayacağına hükmetmektedir. Buna göre, tasarruflardan dolayı idarenin sorumlu olup olmayacağını belirleme yetkisi yasa koyucuya aittir. Yasalarda idarenin sorumluluğu kabul olunmaz ise, memur, hizmet

¹³² Bu konu için bkz. s. 28 vd.

¹³³ ÖZGÜLDÜR, a.g.e, s. 32-33; GÜRSOY, a.g.e., s. 71-72.

¹³⁴ POLAT, a.g.e., s. 152.

¹³⁵ HIZAL, a.g.t., s. 15.

¹³⁶ GÜRSOY, a.g.m., s. 92 vd.

alanın uğradığı zararlardan genel hükümler çerçevesinde, haksız fiillere ilişkin hükümlere göre, şahsen sorumlu olacaktır. Memur aleyhine tazminat davası açma imkanı, yetkili üst makamların iznine bağlıdır¹³⁷. İsviçre sağlık hizmeti üniversite ve bölge hastaneleri ile kanton hastaneler tarafından sunulan bir kamu hizmeti niteliğindedir. Sağlık hizmetlerinden kaynaklanan tıbbi hatalar nedeniyle açılacak davalarda hükmedilen tazminat bedellerinin ödenmesi için kurulan sigorta şirketlerine kantonlar tarafından yapılan ödemelere karşılık tazminatları bu şirketler ödemektedir. Bu sebeple idarenin ve şahsi olarak doktorun sorumluluğu az rastlanılan istisnai bir durumdur. Sigorta şirketlerine ödenen primlerin kantonlar tarafından karşılanması nedeniyle de sağlık çalışanlarının yüksek mali sorumluluk altına girmesi engellenmiş olmaktadır¹³⁸.

C. Türk Hukukunda İdarenin Sağlık Hizmetinden doğan Tazminat Sorumluluğu

Osmanlı İmparatorluğu'nun İslam dinine dayanan Devlet düzeni içerisinde Devletin sorumluluğu düşüncesine yer yoktu¹³⁹. Egemen Devlet anlayışında olduğu gibi Sultanın vekili sıfatıyla memur ancak buyruklara aykırı hareket etmesi halinde şahsi olarak sorumlu oluyordu.¹⁴⁰ Bu dönemde, sağlık hizmeti idare tarafından sistematik olarak sunulan bir kamu hizmeti olmayıp kişisel olarak verilen bir hizmettir. Ancak tazminat hukukuna ilişkin olmamakla birlikte ceza hukukunda hekimlerin sorumluluğuna ilişkin talimname ve nizamnamelere bu dönemde rastlamak mümkündür¹⁴¹.

Cumhuriyetin ilanı ile birlikte idari rejimin bir göstergesi olan Danıştay Şura-yı Devlet adı ile 1924 Anayasası ile kurulmuş ve idari dava ve uyuşmazlıkları çözme görevi ile donatılmıştır. Ancak bütün bunlara rağmen 1961 Anayasasına kadar bir idari rejim olarak sorumluk konusunda zengin örnekler ortaya çıkarmayan Danıştay bu konuda geçmişin etkisiyle tutucu davranmıştır. Ancak 1961 Anayasasının 114.

¹³⁷ GÜRSOY, a.g.m., s. 97.

¹³⁸ POLAT, a.g.e., s. 138.

¹³⁹ Bu konuya ilişkin olarak bkz. 80 nolu dipnot.

¹⁴⁰ ESİN, a.g.e., İkinci Kitap: Esas, s. 18.

¹⁴¹ HIZAL, a.g.t., s. 19.

maddesiyle getirilen, idarelerin kendi eylem ve işlemelerinden kaynaklanan zararları ödemekle yükümlü olduğu kuralı sonrasında Danıştay idarenin sorumluluğunu modern uygulamaya yaklaştıracak kararlar vermeye başlamıştır. İlk kuruluş yılı itibariyle idarenin sırf hizmet kusuruna dayalı sorumluluğunu kabul ederken devam eden yıllarda anılan Anayasa hükmü sonrasında kusursuz sorumluluk esasını da kabul etmeye başlamıştır.

Planlı idarecilik ilkesi gereği sağlık hizmetinin bir kamu hizmeti olarak sunulduğu bu dönemde idare, kendisi tarafından işletilen sağlık kuruluşlarından yararlananların tıbbi hata nedeniyle uğradıkları zararlardan sorumlu olmaya başlamıştır. Yalnız diğer tüm kamu hizmetleri gibi kamu görevlisinin şahsi kusurundan kaynaklanan zararlar idare tarafından karşılanmamaktadır. Hemen belirtelim ki, Danıştay çoğu zaman Fransız Danıştayı tarafından geliştirilen sorumluluk hukukuna ilişkin kavramları aynen kabul etme yoluna gitmiştir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

GENEL OLARAK İDARENİN SUNDUĞU SAĞLIK HİZMETİ

I Genel Olarak Sağlık Hizmeti ve Türleri

Kamu hizmeti, siyasal organlar tarafından kamu yararı olarak kabul edilen, bir kamu kuruluşunun ya kendisi yada yakın denetimi ve gözetimi altında özel kesim tarafından yürütülen faaliyetlerdir¹⁴². Özel kişiler tarafından girişilen bir faaliyetin bulunmaması veya yetersiz olması nedeniyle toplumun genel ve ortak giderlerini karşılamaya yönelik¹⁴³ olan kamu hizmeti kavramı konusunda bir görüş birliği bulunmamakla birlikte kamu hizmetinin; süreklilik, düzenlilik, eşitlik, ve bedelsizlik ilkelerine sahip olduğu vurgulanmaktadır¹⁴⁴. Anayasa Mahkemesi bir kararında, kamu hizmetini devlet yada diğer kamu tüzel kişileri tarafından veyahut bunların gözetim ve denetimi altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı veya çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinlikler şeklinde tanımlamıştır¹⁴⁵.

1982 Anayasasının 56. maddesinin 3. fıkrasında, devletin herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak, insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak iş birliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden toplayıp hizmet vermesini sağlamakla yükümlü olduğu, 4. fıkrasında ise, devletin bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kuruluşlardan yararlanarak ve onları denetleyerek yerine getireceği hüküm altına alınmaktadır. Anılan madde hükmünden, idare bireylerin sağlıklı bir şekilde yaşayabilmelerini önemsemiş ve bu durumun tesisi sağlamak anlamında kendisinin sağlık kurumu kurabileceği gibi özel sağlık kurumlarından da yararlanabileceği ve her halükarda her iki sağlık kurumlarını denetleyeceği sonucuna varılmaktadır.

Bu kapsamda, sağlık hizmetinin de kamu hizmeti olduğu tartışmasızdır. Nitekim, gerek idare hukuku öğretisinde ve gerekse idari yargı içtihatlarında, sağlık

¹⁴² GÜNDAY, a.g.e., s. 285.

¹⁴³ ÖZAY, a.g.e., s. 231.

¹⁴⁴ ONAR, a.g.e., C.I, s. 14; GÜNDAY, a.g.e., s. 286 vd.

¹⁴⁵ AYM.,23.6.1995, E:1994/71, k:1995/23, naklen KAPLAN, a.g.m., s. 176.

hizmetinin bir kamu hizmeti olduğu ittifakla kabul edilmektedir¹⁴⁶. Sağlık hizmetinin bir ayırıcı özelliği sadece insana yönelik olmasıdır. Bu hizmetin kapsamına diğer canlılara yönelik sıhhi uygulamalar girmemektedir. Merkezi idare tarafından işletilen sağlık kurumları yanında, Sosyal Sigortalar Kurumu, Üniversiteler ve Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları gibi kamu iktisadi devlet kuruluşları tarafından işletilen sağlık kurumlarının ifa ettiği görevin de kamu hizmeti olduğu sabittir¹⁴⁷.

Özel hukuk kişileri tarafından halkın günlük ve genel ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla gösterdikleri faaliyetlere virtüel kamu hizmeti denilmektedir. Fransız idare hukuku öğretisi ve Danıştay içtihatlarıyla kendisini gösteren bu kamu hizmeti türünün önemi idarenin bu hizmeti sunan kişiler üzerindeki faaliyetlerinde gösterir¹⁴⁸. Bu anlamda, devlet ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından sunulan sağlık hizmeti yanında özel hukuk gerçek veya tüzel kişileri tarafından sunulan hizmetler dahi kamu hizmeti olmakla birlikte bu hizmetten kaynaklanan zararların tazmin şeklinde farklılık vardır.

Sağlık hizmetinin türlerini ortaya koymak bu hizmetten doğan sorumluluğun belirlenmesinde yararlı olacaktır. Öğretide çok irdelenmeyen bu sağlık hizmetlerinin türlerini pozitif hukuk düzenlemelerinden yararlanarak ortaya koymakta yarar bulunmaktadır. 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun sağlık hizmetleri ile ilgili temel esasların belirlendiği 3. maddesinin (k) bendi ile 8. maddesinde, koruyucu, teşhis, tedavi ve rehabilite edici sağlık hizmetlerinden bahsedilmektedir. Bu düzenleme sağlık hizmetini; koruyucu, teşhis-tedavi edici ve rehabilite edici sağlık hizmeti olarak üçlü bir ayırımı tabi tuttuğu açıkça görülmektedir¹⁴⁹. Şimdi bu çerçevede anılan hizmetleri daha yakından incelemeye girelim.

¹⁴⁶ KAPLAN, a.g.m., s. 176; Özge KARAEGE, **Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusurlu Sorumluluğu**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2001, s. 23.

¹⁴⁷ KARAEGE, a.g.t., s. 25.

¹⁴⁸ ÖZAY, a.g.e., s. 232.

¹⁴⁹ Benzer ayırım için bkz. KARAEGE, a.g.t., s. 26, "224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun'un 2. maddesinde "sağlık hizmetleri" tanımlanmıştır. Bu düzenlemeye göre sağlık hizmetleri; insan sağlığına zarar veren çeşitli faktörlerin yok edilmesi ve toplumun bu faktörlerin tesirinden korunması, hastaların tedavi edilmesi, beden ve ruhi kabiliyet ve melekeleri azalmış olanların işe alıştırılması (rehabilitasyon) için yapılan tıbbi faaliyetlerdir. bu tanımdan hareketle sağlık hizmetlerini "koruyucu sağlık hizmetleri", "tedavi edici sağlık hizmetleri", ve "rehabilite edici sağlık hizmetleri" olmak üzere türlere ayırmak mümkündür."

A. Koruyucu Sağlık Hizmeti

Toplumun sağlığının korunması, hastalıkların önlenmesi, toplumun sağlığına zarar veren maddelerin ortadan kaldırılması için yapılan kamu hizmeti koruyucu sağlık hizmetidir¹⁵⁰. 1580 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanununun 1. maddesi koruyucu sağlık hizmetlerini tanımlar niteliktedir; bu maddeye göre, memleketin sıhhi şartlarını ıslah ve milletin sıhhatine zarar veren bütün hastalıklar veya sair muzır amillerle mücadele etmek ve müstakbel neslin sıhhatli olarak yetişmesini temin ve halka tıbbi ve sosyal yardımda bulunmanın devletin hizmeti olduğu belirtilmiştir. Aynı Kanunun 3. maddesi ise devletin görevi olarak vurgulanan koruyucu sağlık hizmeti tek tek sayılmaktadır. Bu maddeye; doğumu teshil ve çocuk ölümünü tenkis edecek tedbirler, annelerin doğumdan önce ve doğumdan sonra sıhhatlerinin kontrolü, memleket geneli salgın hastalıkların önlenmesi, bütün zehirli ve uyuşturucu maddelerle mücadele, her nevi serum ve aşıların yapılması, çocuk sağlığının muhafazası vb. önlemleri almak koruyucu sağlık hizmeti kapsamında sayılmaktadır. Bu Kanun, koruyucu sağlık hizmetini merkezi idareye yüklemiş, mahalli idareler tarafından yapılan bu tür işlemlerin ise Sağlık Bakanlığı tarafından denetleneceği düzenlemesine yer vermiştir.

Burada özerinde durulması gereken husus koruyucu sağlık hizmetlerindeki aksaklıkların idare açısından tazminat sorumluluğu gerektirip gerektirmediği hususudur. Koruyucu sağlık hizmetlerinin de kamu hizmeti olduğundan şüphe bulunmamaktadır. Bunun doğal sonucu olarak koruyucu sağlık hizmetinin sunumu sırasında hizmet kusurunun oluşması halinde tazminat sorumluluğu doğacak olmasıdır. Bu bağlamda, koruyucu sağlık hizmeti kapsamında yayılma eğilimi olan bir salgın hastalığa yakalanmaması için iğne yapılan kişinin sakat kalması nedeniyle idare aleyhine kusurlu hizmetinden dolayı diğer şartların oluşması halinde tazminata hükmedilecektir. Ancak, salgın tehlikesine karşı aşılanmayan bireyin zarara uğraması halinde idarenin hizmet kusurundan bahsetmek ilk örnektekine göre daha zordur. Bu gibi durumlarda bakılması gereken husus, idarenin yerine getirmediği hizmetin bir hukuk metni ile (pozitif düzenleme veya mahkeme kararı) idarenin uhdesine verilen bir görev olup olmadığı, bir görev olarak verilmiş ise bunun kapsamıdır.

¹⁵⁰ KARAEGE, a.g.t., s. 26.

Anayasanın 65. maddesinde, devletin, sosyal ve ekonomik alanlarda belirlenen görevlerinin amaçlarına öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getireceği hükmü çerçevesinde mali kaynaklarını aşır aşmadığıdır. Eğer örnekte olduğu gibi bir yasa ile çok net olarak idarenin görevine bırakılan bir hizmet ise ve bu hizmet kamu kaynakları çerçevesinde görülebiliyorsa yapılmayan hizmetten dolayı idarenin sorumlu olması hukukun gereğidir. Ancak hemen belirtelim ki, özellikle koruyucu sağlık hizmetinde hizmetin ifa edilmemesi olaylarında idarenin sorumluluğuna hükmedilirken maddi olayın niteliği, idarenin ve hizmeti alanın durumunun iyi değerlendirilmesi ve tazminat hukukuna hakim olan tazminatın teşvik edici olmaması ilkesi göz önüne alınarak bir sonucu ulaşmak yerinde olacaktır. Kanaatimce, yasal bir zorunluluk olmamakla birlikte tıbbın son gelişmeleri sonrasında yapılması bilimsel olarak zorunlu olan hususların tazmin kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Yeni doğan bebekte troid bezince salgılan hormon düzeyi kontrolü ileride gelişim bozukluğu hastalığının teşhis ve tedavisi için gerektiği halde bu kontrol yapılmaz ise idarenin hizmet kusurunun varlığını kabul etmek yerinde olacaktır.

Üzerinde durulması gereken başka bir husus ise, koruyucu sağlık hizmetinin kapsamının amacını aşacak şekilde genişletilmesi ihtimalidir. Bu başlığın kapsamına gıda üretim, depolama ve saklanması denetiminin eksik yapılmasından kaynaklanan zararlar girmemektedir. Üretime yetkili firma amblemleri sahte rakı içmesi nedeniyle görme duyusunu kaybeden kişi, hizmetin işlemediğinden bahisle idareden tazminat talep edemeyecek, ancak sahte üretimi gerçekleştiren aleyhine özel hukuk hükümleri uyarınca haksız fiil hükümlerine dayanarak dava açabilecektir.

B. Teşhis ve Tedavi Edici Sağlık Hizmeti

Sağlığı konusunda yardıma muhtaç olan hastanın bu ihtiyacını gidermeye yönelik faaliyetler teşhis ve tedavi edici sağlık hizmetleri kapsamında değerlendirilmektedir. Buna göre, sağlık hizmetinin esas unsurunu oluşturan ve sağlık ocakları, araştırma hastaneleri, dispanserler vb. sağlık kurumlarında verilen hizmetler hep bu kapsamda kalmaktadır. Sağlık hizmetinin bu çeşidi, hizmetten faydalanma ihtiyacı olan hastayla ilgili bir durumdur.

Teşhis ve tedavi edici sağlık hizmetlerinden kaynaklanan zararlar idarenin sorumluluğunu gerektirir. Sağlık personelinin tıbbi uygulama hataları da bu alanda

görülmektedir. Uyuşmazlıkların büyük bölümü bu başlıktan kaynaklandığından bu konuda yerleşmiş yargı kararlarına çok sık rastlanmaktadır.

C. Rehabilitasyon Edici Sağlık Hizmeti

Hastalık ve kazalara bağlı olarak gelişen kalıcı bozukluklar ve sakatlıkların günlük hayatı etkilemesini engellemek yada bu etkiyi en aza indirmek, kişinin bedensel ve ruhsal yönden başkalarına bağımlı olmadan veya daha az olarak yaşamasını sağlamak amacıyla verilen sağlık hizmetidir¹⁵¹. Bu sağlık hizmeti türü aslında geniş anlamı ile tedavi kapsamında değerlendirilmesi mümkün olabilir. Fakat bu alanda hizmet kusuru ve tıbbi uygulama hatalarının belirlenmesi daha nitelikli bir irdelemeyi gerektirmesi karşısında anılan yasaların ayırımlarına riayet etmek yerinde olur.

D. Diğer Sağlık Hizmeti

Yukarıda anılan koruyucu, teşhis-tedavi ve rehabilitasyon edici sağlık hizmetleri kapsamında olmamakla birlikte niteliği gereği sağlık kamu hizmeti olan ve kusurlu işlemesi halinde idarenin sorumluluğunu gerektiren eylem veya işlemler diğer sağlık hizmetini oluşturur¹⁵². Bu tür sağlık hizmetlerine genelde bir hukuk metninde yer verilmiş olmaktadır. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 4. maddesinde yer alan sırları ifşa, 14. maddesinde yer alan bilgilendirme görevini yerine getirmeme ve hastalar arasından ayrımcılık yapma, tıbbi, cerrahi ve adli rapor düzenleme¹⁵³ gibi kusurlar birer hizmet kusuru oluşturabilir. Dikkat edilmesi gereken sağlık kamu hizmetinden kaynaklanan hizmet kusuru ile şahsi kusurun ayırt edilebilmesidir. Zira bu çeşit kamu hizmetlerinde şahsi kusur ile hizmet kusuru iç içe girmiş olabileceğinden sorumluluk hususunu tayin ve tespit zor olabilir.

¹⁵¹ KARAEGE, a.g.t., s. 26.

¹⁵² Fransız Danıştay yeni doğan bir çocuğun doğumevi personeli olmayan yabancı bir şahıs tarafından kaçırılması olayında organizasyonunun bir sağlık hizmeti olduğuna ilişkin kararı için bkz. DELCROS-DELCROS, a.g.e., s. 24.

¹⁵³ ERDEMİR, a.g.e., s. 219; Dan. 10.D., 25.10.1995, E:1994/6653, K:1995/4874, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 367, gerçeği yansıtmayan sağlık raporlarından dolayı idarenin sorumlu olması gerektiği hakkında.

II Sağlık Hizmetinin Diğer Kamu Hizmetleri İle Olan Sınırı

Sağlık hizmeti yukarıda açıklandığı gibi sosyal hukuk devletinin bir gereği olarak asli bir kamu hizmeti olduğu şüphesizdir. Sağlık hizmetinin diğer kamu hizmetinden ayrılması bir çok açıdan önem taşımaktadır. Başta, sağlık hizmetinin oluşumunda katkısı olan kamu görevlisinin şahsi kusurunun olması halinde ileride anlatılacağı üzere kendisine rücu edilmesi veya ceza hukuku anlamında sorumluluğunun tespiti açısından önemlidir. Diğer yandan, sağlık kamu hizmetinin tespiti konusu da farklılık göstermektedir. Sağlık hizmetlerinin diğer kamu hizmetlerinde ayırmak için iki yöntem kullanılır.

Birinci ayırımı göre, sağlık hizmetlerini yürütmekle görevli kuruluşlar tarafından verilen hizmetlerin tamamı sağlık hizmetidir. Sağlık hizmetinin organik ayırımı olarak ifade edilen bu ayırımı göre, merkezi idare ile tüm kamu kurum ve kuruluşları tarafından işletilen hastaneler, sağlık ocakları, rehabilitasyon merkezleri, dispanser gibi yerlerdeki faaliyetlerin tamamı sağlık hizmetidir. Sağlık kuruluşlarında yürütülen nitelik ve nicelik olarak birbirinden çok farklı hizmetler bulunmaktadır. Hastanın hastalığının belirlenmesi için kan örneği almadan güvenliğinin sağlanmasına kadar çok geniş bir yelpazede hizmet verilmektedir. Bu durumda, yukarıda yapılan tasnife giren yani koruyucu, teşhis-tedavi ve rehabilite edici hizmetlerin sağlık hizmeti olduğu kuşkusuz olmakla birlikte örneğin hizmetin sunulduğu bina zeminin ıslak tutulması nedeniyle ayağı kayarak sakat kalan kişinin uğradığı zararın sağlık hizmeti kusurundan kaynaklandığını kabul etmek kolay değildir. Yanlış tedavi uyarınca sakat kalma kusurlu sağlık hizmetinden kaynaklansa da, yukarıda verilen örneği sağlık hizmetinin iyi işlememesine bağlayan organik ayırımın yetersiz olduğu açıktır.

Sağlık hizmetinin kapsamının belirlenmesine yönelik yapılabilecek diğer bir ayırım ise işlevsel ayırımdır. Bu ayırımı göre, kamu sağlığını koruma, sağlığı bozulmuş olanlara tedavi amacıyla müdahale ve vücut fonksiyonunu kısmen veya tamamen kaybedenlerin topluma kazandırılması ve benzer amaçlarla yapılan hizmetler kamu hizmetini oluşturur. Hizmeti veren kuruluş önemli değildir, yeter ki belirtilen amaçlara ilişkin olsun ve pozitif hukuk düzenlemesinde faaliyetin yapılması yasaklanmamış olsun. Hizmetin sunulduğu bina zeminin ıslak tutulması nedeniyle ayağı kayarak sakat kalan kişinin kusurlu kamu hizmetinden dolayı zararı uğradığı sabit olmakla birlikte bu

hizmet sağlık hizmeti değildir. İşlevsel ayırım sağlık hizmetinin açıklamada daha doğru bir ayırımdır.

Tüm bu açıklamalardan anlaşılıyor ki, koruyucu, teşhis-tedavi ve rehabilite edici hizmetler ile bu hizmetler ile doğrudan ilgili bulunanlar dışında kalan hizmetler sağlık kamu hizmeti dışında kalmaktadır. Sağlık kamu hizmetinin kapsamının belirlenmesinde eylem veya işlemin icra ediliş amacı önemlidir. Hemen belirtelim ki, sağlık hizmeti sair kamu hizmetlerine göre daha fazla uzmanlık gerektiren bir hizmet alanıdır. Uzmanlık gerektirmesi nedeniyle de kural olarak ancak sağlık hizmeti sunan hekim, hemşire, sağlık teknisyeni gibi kamu görevlileri tarafından zarar doğuran kusuru işlenebilmektedir. Ancak hemen müdahaleyi gerektiren bir durumu olduğu için sağlık kuruluşunun acil servisine başvuran kişinin acil servis kapıcısı tarafından içeri alınmaması nedeniyle zarara uğraması örneğinde olduğu gibi sağlık personeli dışındaki görevlilerin de sağlık hizmet kusuru sonucu doğuran eylem veya işlemleri olabilmektedir.

III Sağlık Hizmetinin Sunulduğu Kamu İdareleri ve Kurumları ile Özel Hukuk Kişilerine ait Sağlık Kuruluşları

Devletin yasama ve yürütme erkleri dışındaki organizasyonu olan idare tarafından giderilmesi zorunlu bir hak olarak sağlık kamu hizmeti, çok parçalı bir görünüm arz etmektedir. Sağlık kamu hizmetlerini sunan kamu idareleri ve kurumları¹⁵⁴ ile bunlara ait sağlık kuruluşlarını ve kamu idaresinin gözetim ve denetiminde özel hukuk kişilerine ait sağlık kuruluşlarını ayrıntıya girmeden incelenecektir.

A. Sağlık Hizmetini Sunanlar

Sağlık hizmetini kamu idareleri ve kurumları ile özel hukuk kişileri tarafından sunulmaktadır.

¹⁵⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. GÜNDAY, a.g.e., s. 343 vd.; ÖZAY, a.g.e., s. 137, "... bunların "Kamu İdareleri" ve "Kamu Kurumları" olarak iki büyük gruba ayrıldığını görürüz. Bu çerçevede içinde Devlet ile yerel yönetimler olarak il (özel idaresi), belediye ve köy kamu idareleri, tüzel kişiliğe sahip bulunan ve belli bir veya birkaç konuda etkinlikte bulunmak için kurulan değerleri de kamu kurumları olmaktadır. Demek oluyor ki, ayırımın temelini oluşturan unsur kamu idarelerinin çok çeşitli alanlarda uğraş vermeleri, buna karşılık kamu kurumlarının her birinin uğraş konusunun belirli ve sınırlı olmasıdır...".

1. Sağlık Hizmeti Sunan Kamu İdareleri

Ülkemizde sağlık hizmetini genel olarak ifa etme görevi kamu idareleri ve özellikle bu konuda örgütlenen Sağlık Bakanlığına verilmiştir. Sağlık Bakanlığı, sağlık hizmetinin planlanması, kurulması, koordine edilmesi ve işletilmesinde sorumlu idaredir. Sağlık Bakanlığı diğer kamu idareleri, kurumlarını ve özel hukuk kişiler tarafından kurulan ve işletilen sağlık kurumları denetleme görevi ile görevlendirilmiştir¹⁵⁵. Bakanlık, 1981 yılında çıkarılan 181 sayılı Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye göre hizmet vermektedir. Anılan kanun hükmünde kararnameye göre Sağlık Bakanlığı; herkesin hayatını beden, ruhen ve sosyal bakımdan tam ve iyilik hali içinde sürdürmesini sağlamak için fert ve toplum sağlığını korumak ve bu amaçla ülkeyi kapsayan plan ve programlar yapmak, uygulamak ve uygulatmak, her türlü tedbiri almak, gerekli teşkilatı kurmak ve kurdurmak, bulaşıcı, salgın ve sosyal hastalıklarla savaşarak koruyucu, tedavi edici hekimlik ve rehabilitasyon hizmetleri yapmak, ana ve çocuk sağlığının korunması ve aile planlaması hizmetleri yapmak, ilaç, uyuşturucu gibi maddelerin üretim ve tüketimini her safhada kontrol etmek, tıbbi madde üretilen yerlerin, dağıtım yerlerinin açılış ve çalışmalarını esasa bağlamak, denetlemek, gerekli aşı, serum, kan ürünlerini ve ilaçların üretimini yapmak, yaptırmak ve gerekirse ithalini sağlamak, bulaşıcı ve salgın insan hastalıklarına karşı koruyucu sağlık hizmetlerini vermek, kanser, verem ve sıtma ile savaş hizmetlerini yürütmek ve bu alanda hizmet veren kurum ve kuruluşların çalışmalarının koordinasyonu ve denetimini sağlamak, bu görevleri yerine getirmesi amacıyla gerekli tesisleri kurmak ve işletmek, meslek personelinin yetiştirmek gibi temel sağlık hizmetlerini sunma görev ve yetkileriyle donatılmıştır. Bakanlık, bu görevini yerine getirmek için kurduğu sağlık kuruluşlarının hizmet kusurundan dolayı zarara uğrayanların zararını gidermekle yükümlüdür.

Sağlık hizmetini yerine getiren bir diğer kamu idaresi Milli Savunma Bakanlığıdır. 1325 sayılı Milli Savunma Bakanlığı Görev ve Teşkilatı Hakkındaki Kanununun 2. maddesinde, Milli Savunma Bakanlığının sayılan görevleri arasında, sağlık ve veteriner hizmetlerini yürütmek de yer almaktadır¹⁵⁶. Sağlık hizmetinin başlıca

¹⁵⁵ Bkz. 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanununun 2. maddesi, 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanununun 33. maddesi,

¹⁵⁶ KARAEGE, a.g.t., s. 26.

görevleri arasında yer almasının bir sonucu olarak 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanununun bir bölümü sağlık işlerine ayrılmış, paralel şekilde İç Hizmet Yönetmeliğinin önemli bir bölümünde de Türk Silahlı Kuvvetleri mensuplarının sağlığının korunmasına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Bu bakımdan, askeri sağlık hizmetleri ve tıbbi tedavi de askeri hizmetin ayrılmaz parçasını oluşturmaktadır. Bu sağlık hizmetleri; askeri hastaneler, kıt'a revirleri ve dispanserler ile Gülhane Askeri Tıp Akademisi gibi bilimsel kurumlar vasıtasıyla yürütülmektedir¹⁵⁷.

Belediyeler de sağlık hizmetini yerine getirme konusunda görevlendirilmiş kamu idareleri arasındadır. 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanununun 20. maddesinde, genel sağlığın korunması ve sosyal yardımlar yönüyle belediyenin görevleri tek tek sayılmış ve acil yardım teşkilatı, hastane, dispanser, süt çocuğu, muayene ve tedavi evi, doğum evi ve tesisi kurmak bu görevler arasında sayılmış, benzer hükümler Belediye Kanununda da yer almaktadır. Bu yasal düzenlemelere göre, mahallin ortak ihtiyaçları olması nedeniyle belediyelerin sağlık hizmeti konusunda temel görevlerinin koruyucu sağlık hizmeti sunmak olduğu, ancak istemeleri halinde teşhis ve tedavi edici sağlık kuruluşları da kurup işletebileceklerdir^{158,159}.

2. Sağlık Hizmeti Sunan Kamu Kurumları

1982 Anayasasınının 130. maddesinde göre üniversiteler, çağdaş eğitim-öğretim esaslarına dayanan bir düzen içinde milletin ve ülkenin ihtiyaçlarına uygun insan gücü yetiştirme amacıyla orta öğretime dayalı çeşitli düzeylerde eğitim-öğretim, bilimsel araştırma, yayın ve danışmanlık yapmak, ülkeye ve insanlığa hizmet etmek üzere çeşitli birimlerden oluşan kamu tüzel kişiliğine ve bilimsel özerkliğe sahip bir kamu kurumudur. Yükseköğretim kurumları olan üniversiteler, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun (j) bendinde yer alan, eğitim-öğretimin desteklenmesi amacıyla çeşitli alanların uygulama ihtiyacı ve bazı meslek dallarının hazırlık ve destek faaliyetleri için uygulama ve araştırmaların sürdürülmesi amacıyla kurulacak uygulama ve araştırma merkezi kapsamında sağlık kuruluşları kurabilmektedirler. Tıp fakültesi bulunan üniversiteler mezuniyet öncesi ve mezuniyet sonrasında tıpta uzmanlık eğitimi

¹⁵⁷ ÖZGÜLDÜR, a.g.e, s. 304-305.

¹⁵⁸ KARAEĞE, a.g.t., s. 26.

¹⁵⁹ 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanununun 1. maddesi belediye hastanelerinden bahsederek bu yerinden yönetim kamu idareleri tarafından sağlık kuruluşu işletilebileceğine işaret vardır.

tamamlamaları amacıyla hastaneler işletirler. Asıl amaçları öğretim olmakla birlikte bu hastanelerde hasta bakım hizmetleri de sürdürülmektedir¹⁶⁰.

Zaman içinde bir çok kamu kurumu kendi personelinin sağlık hizmetini karşılamak amacıyla sağlık kuruluşları kurup işletmeye başlamışlardır. Genel ifadesiyle kamu hastaneleri olan bu hastanelerde verilen hizmetler dahi kamu hizmeti niteliğindedir. Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları, Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından işletilen bu hastanelerin hizmet kusurundan kaynaklanan uyuşmazlıklar idari nitelikte olması nedeniyle hizmet kusuru kapsamında değerlendirilmektedir. Çünkü bu sağlık kuruluşlarında görevli personeller memur olarak değerlendirmekte idi. Ancak bu sağlık kuruluşlarının 2005 yılında çıkarılan bir yasa ile Sağlık Bakanlığına devredilmeleri nedeniyle ayrıntılı olarak incelemeye gerek bulunmamaktadır.

3. Sağlık Hizmeti Sunan Özel Hukuk Kişileri

Türk hukuk sistemi kamu idareleri ve kamu kurumları dışında özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri tarafından da sağlık kamu hizmeti verilmesine müsaade etmektedir. 1933 yılında kabul edilerek yürürlüğe giren 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanununun 3. maddesi özel hastanelerin kurulabileceğini, hastanenin kurulmasına Sağlık Bakanlığı tarafından ruhsatlandırmak suretiyle izin verileceğini, 7. maddesinde ise, özel hastane işletmecilerinin gerçek veya tüzel kişiler olabileceği, devam eden maddeleri ile Özel hastaneler Tüzüğünde, hastanelerde aranılacak şartların neler olacağı belirtilmiştir. 121 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun 4. maddesi, özel muayenehane açmak veya evinde muayene etmek isteyen tabipler için gerekli başvurunun nasıl yapılacağı belirtilmiştir.

Özel hastane ve muayenehanelerde görülen hizmetinin de sağlık hizmeti olduğu kuşkusuzdur. Fakat bu hizmetin klasik kamu hizmeti değil de virtüel kamu hizmeti olduğu daha önceki bölümlerde açıklanmıştı. Virtüel kamu hizmetinin önemi bu hizmetin kusurlu olması halinde sorumluluğun kime ait olduğu açısından önemlidir. Bu konuya ilişkin açıklamaları ilerleyen bölümlere havale ederek konuyu bitirelim.

¹⁶⁰ KARAEGE, a.g.t., s. 9.

B. Sağlık Hizmeti Veren Tedavi Kuruluşları

Çok çeşitlilik arz eden sağlık hizmeti ihtiyaca göre geniş bir yelpazede kurulan kuruluşlar ile hizmet vermektedir. Bu kuruluşların çeşitliliğinde, hizmetin daha geniş kitlelere yayılması, basit rahatsızlıklara alt kademe hizmet kuruluşlarında cevap verilmesi, hizmetin daha modern tıbbın gereklerine göre süratli, kaliteli, ekonomik görülmesi¹⁶¹ ve sağlık sistemi ile sosyal politikalar etkili olmuştur. Sağlık mevzuatı dikkatle incelendiğinde hizmetin; hastaneler, sağlık ocakları, dispanserler ile ana çocuk sağlığı ve aile planlaması merkezleri tarafından verildiği görülmektedir¹⁶². Şimdi bu yasal ayırımı sadık kalınarak sağlık kuruluşlarını daha da yakından incelemeye başlayabiliriz.

1. Hastaneler

Pozitif hukukta hastanenin tanımı yapılmamış, ancak bu kuruluşlarda görülen faaliyetler sayılmış, belli niteliklerinden bahsedilmiştir. 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanununun 1. maddesinde özel hastanelerin tanımı yapılmıştır. Bu maddeye göre özel hastane, devletin resmi hastanelerinden ve hususi idarelerle belediye hastanelerinden başka yatırılarak hasta tedavi etmek veya yeni hastalık geçirmiş zayıfların yeniden eski kuvvetlerini buluncaya kadar sıhhi şartlar içinde beslenmek ve doğum yardımlarında bulunmak için açılan ve açılacak olan sağlık yurduudur. Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliğinin 4. maddesinde ise yataklı tedavi kurumları, hasta ve yaralıların, hastalıktan şüphe edenlerin ve sağlık durumlarını kontrol etmek isteyenlerin, ayakta veya yatarak müşahede, muayene, teşhis, tedavi ve rehabilite edildikleri aynı zamanda doğum yapılan kurumlarıdır. Yönetmelik her ne kadar yataklı tedavi kurumları demiş olsa bile bu tanımla hastanenin işlevsel tanımının yapıldığı sağlık kurumlarının türlerinin düzenlendiği devam eden maddelerin içeriğinden anlaşılmaktadır.

Bu tanımlardan anlaşıldığı üzere, bir sağlık kurumunun hastane özelliği kazanabilmesi için çeşitli şartlar mevcuttur. Bunlardan birincisi, hastanelerde gerektiğinde yatarak hizmetin verilebilmesidir. Sağlık hizmetinin verilme şekli ihtiyaca göre ayakta da olabilir ama hastanelerin daha üst bir sağlık kurumu olması nedeniyle

¹⁶¹ bkz. Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliğinin “amaç” başlıklı 1. maddesi.

¹⁶² KARAEGE, a.g.t., s. 16 vd.

yatakta tedavi edilebilmesi onun ayırıcı özelliğidir ki, bu özelliğiyle sağlık ocağından ayrılmaktadır. Ancak bu kuralın istisnası da mevcuttur. Hastanenin bir özelliği de, hizmetin verileceği insan ve vakıaların sınırlandırılmamış olmasıdır. Bu özelliği nedeniyle tüm hastalara ve kaza gibi nedenlerle cismani bir zarara uğrayan kişilere hizmetin verilebilmesidir. Hastane bu niteliğiyle dispanserlerden ayırmaktadır. Hastanenin son özelliği ise, tam donanımlı olmasının gereği olarak müşahede, muayene, teşhis, tedavi ve rehabilite hizmetlerinin verilmesidir.

Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliğinin 5. ve devam eden maddelerinde hastanelerin türleri belirtilmiştir.

Bunlardan en önemlisi genel hastanelerdir. Hastane tabiri ile genel olarak ifade edilen hastane türüdür. İhtiyaç duyulan yerleşim merkezlerinde kurulan ve devlet hastaneleri olarak nitelendirilen hastanelerdir. Bu tür hastaneler, her türlü acil vakıa ile yaş ve cinsiyet farkı gözetilmeksizin bünyesinde mevcut uzmanlık dalları ile ilgili hastaların kabul edildiği ve ayakta ve yatarak hasta muayenen ve tedavilerinin yapıldığı en az 50 yataklı sağlık kurumlarıdır.

Bir diğer hasta türü ise, özel dal hastaneleridir. Belirli bir yaş ve cins grubu hastalar veya belirli bir hastalığa tutulanların, yahut bir organ veya organ grubu hastalarının müşahede, muayene, teşhis, tedavi ve rehabilitasyonlarının yapıldığı sağlık kurumları özel dal hastaneleridir. Genelde toplumda sık karşılaşılan hasta ve hastalıkların tedavisinin daha bir uzmanlık gösterdiği hallerde kurulmaktadır. Kalp ve damar hastaneleri, onkoloji hastaneleri, çocuk hastaneleri bu grup sağlık kurumlarının birer örneğidir.

Bir diğer hastane türü de, öğretim, eğitim ve araştırma yapılan uzman ve yan dal uzmanlarının yetiştirildiği genel ve özel dal hastaneleri olan eğitim ve araştırma hastaneleridir. Üniversiteler tarafından kurulup işletilen hastaneler bu çeşit hastanelerdir.

Bunların dışında, rehabilitasyon merkezleri, ilçe/belde hastaneleri, gün hastaneleri de hastane ayırımı kapsamındadır.

Bu sınıflandırma salt kamu idare ve kurumları tarafından işletilen hastaneler bakımından değil özel hastaneler açısından da geçerlidir.

2. Sağlık Ocakları

Sağlık ocakları, sağlık sistemine 224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkındaki Kanunun ile girmiştir. Kanunun 2. maddesine göre, yaklaşık 5000-10.000 kişinin köyler grubu veya bir kasaba veya şehir veya büyük kasabalardaki mahalle grupları bir sağlık ocağı teşkil eder. 10. maddeye göre, köylerde sağlık ocağına bağlı olarak sağlık evleri kurulur. Bu evlerde sadece ebeler görev yapacaklardır. Sağlık ocakları da birer sağlık kurumudur. Anılan Yasaya göre, her sağlık ocağında bir hekim ve yeterli sayıda yardımcı sağlık personeli çalıştırılır. Sağlık ocakları Sağlık Bakanlığının taşra teşkilatında yer almakta olup ilçelerde Sağlık Grup Başkanlıklarına bağlı olarak görev yapmaktadırlar. Dolayısıyla, tüm sağlık ocakları Sağlık Bakanlığına bağlı olup burada görev yapan hekimler pratisyendirler. Sağlık ocakları komplike olmayan sağlık vakıalarına ayakta müdahalenin yapıldığı yerler olması nedeniyle hastanelerden ayrılır¹⁶³.

Sağlık ocaklarının sağlık sistemine bir yenilik olarak getirilmesinin sebebi sağlık hizmetlerinin yaygınlaştırılması, koruyucu sağlık hizmetinin etkinleştirilmesi olmakla birlikte bu gün bu amacını gerçekleştirdiği pek söylenemez.

3. Dispanserler

Dispanserler, sadece bir hastalığa yönelik olarak sağlık hizmetini sunan kurumlardır. Özelliği itibariyle salgın haline gelebilmesi nedeniyle koruyucu hizmetin de verilmesi gereken ve insan hayatını tehdit edebilecek nitelikteki hastalıklar için açılan dispanserler Sağlık Bakanlığına bağlı kurumlardır. Verem savaş dispanseri, sıtma savaş dispanserleri bu kapsamdadır.

4. Ana Çocuk Sağlığı ve Aile Planlaması Merkezleri

Bu merkezler, Ana Çocuk Sağlığı ve Aile Planlaması Merkezi Yönetmeliğinin 5. maddesine göre kurulur. Sağlık Bakanlığı kararı ile ve bu Bakanlığa bağlı olarak kurulan merkezler, çocuk ve ana sağlığı, aile planlaması ve üreme sağlığı konusunda hizmet veren sağlık kurumlarıdır.

¹⁶³ KARAEGE, a.g.t., s. 20.

5. Ağız ve Diş Sağlığı Merkezleri

Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliğinin 3. maddesine göre, ağız ve diş sağlığı merkezleri, diş hekimliğinin tüm branşlarında koruyucu ve tedavi edici sağlık hizmetleri ile ayakta veya gerektiğinde yatarak muayene, tetkik, teşhis ve tedavi hizmetlerinin yanı sıra ileri tetkik ve tedavilerin de uygulandığı, en az 10 ünit kapasiteli, idari ve mali bakımdan kendilerine bağlı diş tedavi ve protez merkezleri ile diş poliklinikleri de açabilen müstakil sağlık kurumlarıdır.

IV Hizmeti Sunan Kamu Personeli

İdarenin görevlerini yerine getirebilmesi için emrine verilen taşınır ve taşınmaz mallar, idarenin maddi ögesini; idarede görev yapanlar ise insan ögesini oluşturur. İdarenin üstlendiği kamu hizmetinin gereği gibi yerine getirilebilmesi için istihdam ettiği insan ögesinin nitelik ve nicelik olarak yeterli olması gerekmektedir. Kamu hizmetini yerine getiren personele kamu görevlisi denilmektedir¹⁶⁴.

Kamu görevliliğinin üzerinde uzlaşılan bir tanımı yapılamamaktadır. Ancak kamu görevlileri biri dar diğeri geniş anlamda iki tanımı bulunmaktadır. Geniş anlamda kamu görevlisi, hukuki durumları ve yaptıkları görevin niteliğine bakılmaksızın devlet ve diğerk kamu tüzel kişilerinde görev alan herkesi ifade etmekte iken, dar anlamı ile kamu görevlisi ise, devletin siyasal yapısını oluşturan organlarda görev yapanlar ile özel hukuk hükümlerine göre çalışanlar hariç olmak üzere devlet ve diğerk kamu tüzel kişilerinde görev yapanları ifade etmektedir¹⁶⁵.

Kamu görevlilerine ilişkin ayırım yer aldığı Anayasanın 128. maddesinin birinci fıkrasında, devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğerk kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memur ve diğerk kamu görevlilerinin eliyle görüleceği hüküm altına alınmıştır. Anılan madde uyarınca asli ve sürekli kamu hizmetlerinin kural olarak memur ve diğerk kamu görevlileri eliyle yürütülmesi zorunludur. Maddede geçen diğerk kamu görevlileri ibaresi, memur olarak sayılmamakla birlikte kendi kanunları uyarınca

¹⁶⁴ GÜNDAY, a.g.e., s. 503.

¹⁶⁵ GÜNDAY, a.g.e., s. 504.

asli ve sürekli kamu görevleri ifa eden üniversite öğretim elemanları, askeri personel, hakim-savcı gibi meslek gruplarını ifade etmektedir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4. maddesinde kamu hizmetlerinin memurlar, sözleşmeli ve geçici personelleri ile işçiler eliyle yürütüleceği belirtilmiştir. Aynı maddenin devam eden bentlerinde bu kavramların işlevsel tanımlarının yapıldığı görülmektedir. Buna göre memur, mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın, devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilenlerin memur, zaruri ve istisnai hallerle sınırlı olmak üzere özel bir meslek bilgisine ve ihtisasına ihtiyaç gösteren geçici işlerde sözleşme ile çalıştırılmasına karar verilen ve işçi sayılmayan kamu hizmeti görevlilerine sözleşmeli personel, bir yıldan az süreli veya mevsimlik görevlerde sözleşme ile çalıştırılan ve işçi sayılmayan görevliler ise geçici personel olarak tanımlanmıştır. Memur ile sözleşmeli ve geçici personel dışında kalan ve geniş anlamda kamu görevlileri kapsamında olan çalışanlara ise işçi denilmektedir ki, işçiler özel hukuk hükümlerine tabidirler. Devlet Memurları Kanununa tabi kurumlar bu dört istihdam şekilleri dışında personel istihdam edemezler.

Devlet Memurları Kanunu, sağlık kamu hizmetini veren kamu idareleri ve kamu kurumları kapsamı nedeniyle sağlık personelinin hukuki durumunu belirlemek bakımından bu Yasaya bakmak gerekmektedir. Aynı Kanunun 36. maddesinde sağlık hizmetleri ve yardımcı sağlık hizmetleri sınıfında yer alan kamu görevlileri sayılmaktadır. Bu sınıf, sağlık hizmetlerinde mesleki eğitim görerek yetişmiş olan tabip, diş tabibi, eczacı gibi memurları ile bu hizmet sahasında çalışan yüksek öğrenim görmüş fizikoterapist, tıp teknolojü, ebe, hemşire, sağlık memuru, sosyal hizmetler mütehasısı, biyolog, psikolog, diyetçi, sağlık mühendisi, sağlık fizikçisi, sağlık idarecisi, hemşire, hemşire yardımcısı, fizik tedavi, laboratuvar, diş anestezi ve röntgen teknisyenler ile yardımcıları, çevre sağlığı ve toplum sağlığı teknisyeni dahil, sağlık savaş memuru ve diğer sağlık personelinden oluşmaktadır.

219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun ise, özellikli durum arz eden asli sağlık hizmeti sunan kamu görevlilerini düzenlemiştir. Bunlar; tabipler, diş tabipleri ve dişçiler, ebeler, hasta bakıcı hemşireler ve sünnetçilerdir.

Biz bu çalışmamızda asli sağlık kamu hizmetini sunan personelleri kısaca açıklamakla yetineceğiz.

A. Hekimler

Hekimler, genel olarak tıp fakültesini bitirmiş ve hukuk düzeni tarafından kendisine tıp mesleğini icra etme yetkisi tanınmış kişiler olarak tanımlanır¹⁶⁶. Tabipler, tanı, tıbbi müdahale ve tedaviyi de içeren sağlık hizmetini sunan asli personellerdir.

Türk pozitif hukukunda kimlerin tıp mesleğini yürütmeye yetkili oldukları 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunu ile 6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu hükümlerine göre belirlenmektedir¹⁶⁷. Anılan Kanunlar tabiplik mesleğine kabulü, mesleğin icrası, icra tarzı ve sona erdirilmesine dair geniş hükümler ihtiva etmektedir. Türkiye Cumhuriyeti ile vatandaşlık bağı ile bağlı olanlar tabip sıfatıyla mesleğini icra edebilir. Tabip olabilmenin diğer bir şartı ise, tıp fakültesi diplomasına sahip olmaktır. Tabip olmanın son şartı ise, ağır hapis, beş yıldan fazla hapis, sürekli olarak kamu hizmetlerinden yasaklılık veya meslek ve sanatı kötüye kullanma suretiyle işlenmiş bir fiilden dolayı iki defa mahkemece meslek ve sanatı tatili cezasıyla mahkum olan yada sanat icra etmesine engel ve iyileşmesi imkansız bir akıl hastalığı ile malul olduğu muayene sonucu tespit edilmemiş olmaktır. Buna göre, anılan şartları taşımayanlar tabip olarak görev yapamazlar. Kamu idareleri veya kurumları tarafından işletilen sağlık kurumlarında çalışmayan serbest tabiplerin Türk Tabipler Odasına kayıt olması zorunludur.

Kamu idareleri ve kurumları tarafından işletilen sağlık kurumlarında görev yapan tabipler, devlet memuru sayılmaktadır. Buna göre, Sağlık Bakanlığı ve Belediyeler tarafından işletilen hastane ve diğer sağlık kurumlarında çalışan tabiplerin istihdam şekli memurluktur. Ancak üniversiteler tarafından işletilen araştırma ve uygulama hastanelerinde çalışan tabipler, öğretim elemanı olması halinde memur değil, diğer kamu görevlisi sayılırlar. Bu durum 2419 sayılı Yükseköğretim Kanunu hükümlerine dayanmaktadır. Bu Kanunu hükümlerinin üniversite ve bağlılarında görev yapan personellerin öğretim üyesi ve görevlisi olarak sınıflandırması ve bu kapsamda olan kamu görevlilerinin memur sayılmamalarından kaynaklanmaktadır. Fakat bu

¹⁶⁶ HIZAL, a.g.t., s. 14.

¹⁶⁷ KARAEĞE, a.g.t., s. 30.

yerlerde görev yapanlar 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanununa tabi öğretim elemanı değil ise, bu durumda bunlar dahi genel kanun olan Devlet Memurları Kanunu uyarınca memur sayılırlar.

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

Hekim, tıbbın uygulayıcısıdır. Hastalıkların tanısını koyar, çeşitli tedavi metotları uygular ve cerrahi uygulamaları yapar. Bu uygulamalarda röntgen ışınlarından, biyolojik ve biyokimyasal verilerden ve ilaçlardan yararlanır. Tıbbi uygulamalarda alışılan ve alışılmayan metotları uygulayabilen ve bazen de deneysel çalışmalar yapabilen hekime¹⁶⁹, sağlık hizmetlerinin ifası konusunda gerek iç hukukta gerek ise, uluslararası metinlerle büyük sorumluluk yüklenmiştir. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi, tabiilerin ve diş tabiilerinin deontoloji bakımından uymakla yükümlü oldukları kural esaslarını düzenlemiştir. Bu Nizamnameye göre, tabip ve diş tabibinin başta gelen görevi insan sağlığına, hayatına ve şahsiyetine ihtimam ve hürmet göstermek zorunda olduğu, hastanın cinsiyeti, ırkı, milliyeti, dini ve mezhebi, ahlaki düşünceleri, karakter ve şahsiyeti, içtimai seviyesi, mevkii ve siyasi kanaati ne olursa olsun muayene ve tedavi hususunda azami dikkat ve ihtimamı göstermekle yükümlü oldukları hükme başlanmıştır.

Sağlık hizmetinden kaynaklanan kusur sorumluluğunun önemli bir kısmı tabiilerin müşahede, muayene, teşhis, tedavi ve rehabilite hizmetindeki kusurdan kaynaklandığını söylemek abartılı sayılmaz.

B. Hemşireler

Hemşireler, sağlık hizmetinin sunulmasında tabibe yardımcı olan personellerden biridir. Hemşireler, tabip tarafından önerilen uygulamaları yapmalarının yanında enjeksiyon benzeri bazı rutin sağlık hizmetlerini de verebilmektedir. Hastalara yardım etme görevli bulunan hemşirelerin, Sağlık Bakanlığınca bu amaçla açılan okullardan veya denkliği kabul edilmiş yerlerden mezun olmaları gerekmektedir.

¹⁶⁸ Diş tabipleri ve dişçilere ilişkin ayrıntılı düzenleme için bkz. 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanununun 29. vd.

¹⁶⁹ ERDEMİR, a.g.e., s. 170.

Hemşireler de tabipler gibi Devlet Memurları Kanununda sağlık hizmetleri sınıfı içinde sayılmaları nedeniyle memurdurlar. Üniversiteler tarafından işletilen hastanelerde görev yapan hemşireler de öğretim elemanı olmamaları nedeniyle memur statüsünde görev yaparlar.

Tabipler gibi hemşirelerin sağlık hizmetini sunmalarındaki kusurdan dolayı hizmet kusuru oluşmaktadır.

C. Ebeler

Sağlık personeli olan ebeler, hamilelerin muayenesi ve sağlıklarını korumak için gerekli tedbirleri almak, doğumun yapılmasına ve bu esnada yapılacak basit manevralar ile çocuk için yapılması gereken ilk tedbirlerin almakla görevlidirler. Ebeler doğumu icra eden personel ise de, doğum esnasında meydana gelecek olağandışı bir hale vakıf olması halinde durumu hekime bildirmekle yükümlüdür.

Ebe yetiştirme amacıyla faaliyet gösteren okullardan mezun olan Türk vatandaşı kişiler ebe olabilir. Ebeler memur hukuki statüsünde görev yaparlar.

Ebelerin kusurlarından kaynaklanan zararlardan idare sorumlu tutulmaktadır. Bunun yanında ebelerce müdahale edilmemesi gereken bir durumu tabibe haber vermeksizin müdahale edilmesi yargı kararlarına göre hizmet kusur oluşturur. Bunun haricinde tedavi yöntemi belirlemek örneğin reçete tanzim etmek ebelerin görevi dışıdır¹⁷⁰.

D. Sağlık Teknisyenleri

Kamu idareleri ve kurumları tarafından işletilen sağlık kuruluşlarında çeşitli unvanlarla memur statüsünde görev yapan sağlık teknisyenleri, teşhis veya tedavilerinde tabipler tarafından kullanılmak üzere fiziki ve kimyasal durumları ortaya koyacak verinin hazırlanmasına yardımcı olan röntgen teknisyeni, laborant ve sağlık mühendisi gibi kamu görevlileridir.

¹⁷⁰ Diş tabipleri ve dişçilere ilişkin ayrıntılı düzenleme için bkz. 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanununun 51. ve 52. maddeleri.

Sağlık teknisyenlerinin tek başlarına hizmet kusuru doğuran eylem ve işlemleri icra etmeleri imkan dahilinde bulunmakla birlikte uygulamada çok sık rastlanmamaktadır.

E. Diğer Sağlık Personelleri

Yukarıda anılan sağlık personelleri dışında sağlık hizmetinin yürümesi amacıyla faaliyette bulunan kişiler de sağlık personelidir. Buna göre, sosyal hizmetler mütehassısı, biyolog, psikolog, diyetçi gibi görevliler de sağlık personelidir. Bu sağlık personelleri de memur olarak görev yapmaktadırlar.

Kamu idareleri ve kamu kurumları tarafından işletilen sağlık kuruluşlarında görev yapmakla birlikte yardımcı hizmetler sınıfında yer alan yer türlü yazı ve dosya dağıtmak ve toplamak, müracaat sahiplerini karşılamak ve onlara yol göstermek, hizmet yerlerini temizlemek, aydınlatmak, ısıtma işlerinde çalışmak, hastaların temizliğini yapmak işleri ile görevli personel sağlık personeli değildirler. Bunun yanında, sağlık hizmetleri sunan kurumların yönetim, icra, büro ve benzeri hizmetlerini gören idari personel de sağlık personeli değildirler.

Son olarak belirtmek gerekir ki, sağlık kurumlarında İş Kanunu hükümlerine göre çalıştırılan işçiler de statüsü gereği sağlık hizmeti sunan personel olamayacaktır. Ancak sağlık kurumunun ihtiyaç duyması halinde istihdam edilecek sözleşmeli personelin idarenin sorumluluğu anlamında sağlık personeli sayılması yerinde olacaktır.

V Sağlık Hizmetinden Yararlananların Bu Hizmet Karşısındaki Durumları

Sağlık hizmeti, kamu hizmetinin önemli bir kısmını oluşturmaktadır. Ortak ihtiyaç olan kamu yararını temin etme amacı olan kamu hizmeti karşısında birey ya hizmetten yararlanan veya hizmetten yararlanmaya aday durumundadır¹⁷¹. Buna göre, koruyucu, teşhis ve tedavi edici, rehabilite edici ve diğer sağlık hizmetlerinden istifade eden gerçek kişi sağlık hizmetlerinden yararlanan kişiyi ifade eder¹⁷². Kamu hizmetinin nesnel ve sürekli olmasının doğal sonucu olarak bu hizmetin bireylerin yararlanmasına hazır bekletilmesi gerekir. Sağlık hizmetinden yararlanmak için ihtiyaç duyma şartı

¹⁷¹ GÜNDAY, a.g.e., s. 293.

¹⁷² KARAEĞE, a.g.t., s. 35.

dışında esasa yönelik şart getirilmesi kamu hukuku ile bağdaşmaz. Bu durumun sonucu olarak sağlık kamu hizmetine ihtiyacı olan bireyin bu ihtiyacının karşılanmaması idarenin sorumluluğunu gerektirmektedir.

Kamu idareleri ve kurumları tarafından işletilen sağlık kuruluşlarındaki hizmet kusurundan, kişisel kusurun karıştığı hallerde de durum aynıdır, kaynaklanan zararların tazmininden idare sorumlu olacaktır. Gerek idare hukuku öğretisinde ve gerekse de idari yargı içtihatlarında, sağlık hizmetinin bir kamu hizmeti olduğunun ittifakla kabul edilmesinin¹⁷³ bir sonucu olarak söz konusu kamu hizmetinden kaynaklanan maddi ve manevi zararların kamu hukuku ilkelerine ve idarenin sorumluluğu esaslarına göre tazmini yoluna gidilmektedir. Ancak hemen belirtelim ki, kamu yönetimi esaslarına göre yürütülmeyen idare faaliyetlerinden dolayı meydana gelen zararlardan dolayı özel hukukun tazminat hükümleri işletilecektir.

Kamu hizmetinin liberal devlet anlayışının bir sonucu olarak sadece kamu idareleri ve kurumları tarafından verilmemesinin bir sonucu olarak da özel hukuk gerçek veya tüzel kişileri tarafından işletilen sağlık kurumlarının hizmeti kusurlu sunmalarından dolayı idarenin sorumlu olup olmayacağı sorunu tartışılmaya başlanmıştır. Buna paralel olarak özel muayenehane işletenlerin kusurundan da idarenin sorumluluk hususu gündeme gelmektedir. Bu nedenle bu konuyu iki başlık halinde incelemekte yarar bulunmaktadır.

A. Kamu İdareleri ve Kurumlarının Sunduğu Sağlık Hizmetinden Yararlananların Bu Hizmet Karşısındaki Durumları

Kamu idareleri ve kurumları tarafından işletilen ve kısaca kamu sağlık kuruluşları olarak ifade edilen yerlerden kimlerin yararlanacağı kural olarak belirtilmez. Hizmete ihtiyaç duyan herkes yararlanan kişi olabilir. Ancak işin niteliği gereği acil müdahaleye gerektiren haller hariç olmak üzere bazen böyle bir sınırlandırmaya gidilmesi mümkün olabilir. Sosyal Sigortalar Kurumu hastaneleri, Sağlık Bakanlığına devrinden önce ancak bu kurum çalışanları, iştirakçileri ve bunların yakınlarına hizmet vermekteydi.

¹⁷³ KAPLAN, a.g.m., s. 176.

Sağlık hizmeti kamu hukuku esaslarına göre sevk ve idare edilmesi nedeniyle bireyin yararlanan statüsüne alınması için idare ile bir anlaşma veya sözleşme yapmaya gerek bulunmamakta, hizmeti kuran ve işleyişini düzenleyen hukuk kuralı uyarınca öngörülen şartların oluşmasıyla anılan durum oluşacaktır¹⁷⁴. İdare hukuku kurallarına göre hizmet ifa eden kamu sağlık kurumları ile bu hizmetten yararlanan arasında bir kamu hukuku ilişkisi kurulması nedeniyle kendisine başvuranın ihtiyacını giderilmesinden kaçınamaz¹⁷⁵. Sağlık hizmetini alan kişi, hizmetin iyi işlenmesini idareden talep edebileceği gibi yukarıda açıklandığı gibi kusurun varlığı halinde de şayet meydana gelmiş ise oluşan maddi veya manevi zararın tazminini de talep edebilecektir.

Kamu sağlık kuruluşlarında görev yapan görevliler, yukarıda açıklandığı gibi devlet memuru sayılmaktadır. Devlet memuru olmalarının bir sonucu olarak hizmetten yararlananlar ile hizmeti veren sağlık personeli arasında her hangi bir sözleşme bulunmadığı gibi kamu hukuku ilişkisi de kurulmamaktadır.

B. Özel Hukuk Kişilerinin Sunduğu Sağlık Hizmetinden Yararlananların Bu Hizmet Karşısındaki Durumları

Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanununun 5. maddesine göre tabiplerin, özel muayenehane açmaları veya başkaca bir yerde sanatını icra etmeleri mümkündür. İstihdam ilişkisi olmaksızın kendi nam ve hesabına çalışan tabipler ile hizmet alan arasındaki ilişki özel hukuk ilişkisidir. Birbirine eşit aynı yöndeki iki iradenin birleşmesiyle hizmet alan ile hekim arasında sözleşme ilişkisi kurulmaktadır¹⁷⁶. Özel hukuk sözleşmesi olmasının sonucu olarak hekim hastayı kabul edip etmemekte serbest olduğu gibi hasta da hekimi serbestçe seçebilir¹⁷⁷. Kamu sağlık kuruluşlarında görevli olmakla birlikte mesai saatleri dışında kendi hesabına yaptıkları tıbbi uygulamalar da bu kapsamda değerlendirilir.

2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanununun 1. maddesine göre özel hastane, devletin resmi hastanelerinden ve hususi idarelerle belediye hastanelerinden başka yatırılarak hasta tedavi etmek veya yeni hastalık geçirmişlerin yeniden eski kuvvetlerini

¹⁷⁴ GÜNDAY, a.g.e., s. 293.

¹⁷⁵ KARAEĞE, a.g.t., s. 35.

¹⁷⁶ HIZAL, a.g.t., s. 21.

¹⁷⁷ KARAEĞE, a.g.t., s. 36.

buluncaya kadar sıhhi şartlar içinde beslenmek ve doğum yardımlarında bulunmak için açılan ve açılacak olan sağlık yurtlarıdır. Özel hastane ile hasta arasındaki ilişkinin niteliği hastanenin yükümlülüğüne göre değişmektedir. Hasta ile yapılan sözleşmenin kapsamında hem tıbbi müdahale hem de diğer tali hizmetler mevcut ise bu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklar akitten kaynaklanan sorumluluk kapsamında adliye mahkemelerinde çözülür. Bu tür sözleşmelerde, hasta ile tabip arasında doğrudan bir hukuki irtibat bulunmamaktadır. Tabip, özel hastanenin çalışanı olup kusurlarından istihdam eden sorumlu olacaktır. Ancak özel hastane örneğin sadece mekan temin etmeyi taahhüt etmiş ve fakat tıbbi müdahale hastane ile işçi-işveren ilişkisi olmayan hekim tarafından sunulmaktaysa, o durumda taraflar sözleşme kapsamına göre kusuru çerçevesinde sorumlu olacaktır.

Tüm özel sağlık kurumları kamu idaresinin gözetim ve denetimi altında faaliyette bulunduğu için yaygın hale gelen bu kurumların kusurlu hizmetlerinden dolayı idarenin sorumlu olup olamayacakları ciddi bir hukuki sorun olarak karşımızda durmaktadır. Bu konuyu takip eden bölümlerde işleneceği için ayrıntılara girmeden konuyu bitirelim.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

İDARENİN SAĞLIK HİZMETİNDEN DOĞAN TAZMİNAT SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI

Anayasanın 125. maddesinde, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden kaynaklanan zararı ödemekle yükümlü olduğu belirtilmesine rağmen maddede idarenin sorumluluğuna ilişkin şartların neler olduğu konusunda bir düzenlemeye gidilmemiştir. Öte yandan, idareye karşı açılacak olan dava türleri 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda sayılmasına ve dava açılmasına ilişkin usuller belirtilmesine rağmen sorumluluğun şartları konusunda burada da her hangi bir düzenleme yer almamaktadır. Normatif düzenleme olmaması nedeniyle idarenin kendi eylem ve işlemlerinden kaynaklanan sorumluluğun şartları anayasal ilkler göz önüne alınarak doktrin ve yargı yerlerince belirlenip geliştirilmiştir¹⁷⁸.

İdarenin kusurlu ve kusursuz sorumluluk bakımından sorumluluğu için zarar, idari işlem veya eylemin bulunması ve zarar ile idari işlem veya eylem arasında illiyet bağının bulunması genel şartları aranmaktadır¹⁷⁹. Bu iki sorumluluk durumu için ortak olarak aranılan bu şartların yanında kusurlu sorumluluk için hizmet kusuru, kusursuz sorumluluk için de bu sorumluluğu gerektiren sınırlı sebeplerin gerçekleşmesi gerekmektedir.

Sağlık kamu hizmetinden kaynaklanan idari sorumluluk kusur sorumluluğu olması ve hizmet kusurunun bu alanda ayrıca irdelenmesi gerektiği için bu genel şartların yanında hizmet kusurunun sağlık alanında görünüm şekilleri de bu bölümde irdelenecektir. Buna göre, sağlık hizmetinden kaynaklanan idari sorumluluğu şartları; kusur, idari eylem veya işlemin bulunması ve illiyet bağıdır.

¹⁷⁸ Hamit YUMUK, **İdari Yargıda Tazminat Davası**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2005, s. 92.

¹⁷⁹ GÜZÜBÜYÜK, a.g.e., 347 vd.; ÖZGÜLDÜR, a.g.e., s. 137 vd.; ESİN, a.g.e., İkinci Kitap: Esas, s. 22; GÜNDAY, a.g.e., s. 334 vd.; ATAY- ODABAŞI- GÖKCAN, a.g.e., s. 149," Söz konusu ilkenin kapsamına özel hukuk kişileri gibi kamu hukuku kişileri de girer ve ilkenin kamu düzenine ilişkin olma özelliği (son caractère d'ordre public) bulunmaktadır... sorumluluk için sorumlu tutulan kişinin fiil ve davranışı dışındaki sebepler dolayısıyla da sorumlu tutulması mümkündür. Hiç kuşkusuz dava sırasında yargıç ilkeye ilişkin şartların bulunup bulunmadığını davacı öne sürmemiş olsa bile, resen araştırmak zorundadır. Aynı şekilde yargıç zararın davalıya yüklenmesinin mümkün olmadığı durumlarda; davalının zararı kendi yükümlülüğü altında olduğunu belirtse bile zararı ödemeye mahkum etmez...".

I Hizmet Kusuru

İdarenin hizmet kusuru genel olarak hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi ve hiç işlememesi olarak üç başlık altında toplanmaktadır¹⁸⁰. İdare hukukuna Fransız hukukçularınca kazandırılan bu üçlü ayırım konunun anlaşılması ve sınıflandırılması bakımından yerinde olsa bile hizmet kusurunun tüm özelliklerini kapsamaması ve somut olaya uygulanmasının zorluğu karşısında eleştirilen bir ayırım olmaya devam etmektedir. Danıştay önüne gelen olayda hizmet kusurunun hangi ayırımdan kaynaklandığını tespit etme yoluna gitmemekle bu bölümlenmeye değer vermediği anlaşılmaktadır¹⁸¹. Belirtilen sebeplerden ötürü bu ayırımın önemini yitirdiği dahi savunulmaktadır¹⁸².

Sağlık hizmetinde anılan üçlü bölümlenme özellikle anlamsız kalmaktadır¹⁸³. Bu bakımdan, sağlık kamu hizmetinde görülen kusur türlerini ortaya koymak bakımından daha yararlı olan bir ayırımı kullanma tercih edilmiştir.

A. Sağlık Hizmetinde Kusur

Hukuka aykırı bir fiili işleyen kimsenin hukuk düzenince beğenilmeyen bir zihin ve ruh hali olan kusur¹⁸⁴, başka türlü davranma olanağı varken ve zorunlu iken o şekilde davranmamaktır. Buna göre kusur, olması gereken davranışa gösterilen irade

¹⁸⁰ GÜZÜBÜYÜK, a.g.e., 316; ÖZGÜLDÜR, a.g.e., s. 75; ÖZAY, a.g.e., s. 749; GÜNDAY, a.g.e., s. 321;

¹⁸⁰ KARAEĞE, a.g.t., s. 51; HIZAL, a.g.t., s. 77; ÇOLAK, a.g.t., s. 72; ESİN, a.g.e., İkinci Kitap: Esas, s. 31.

¹⁸¹ ESİN, a.g.e., İkinci Kitap: Esas, s. 31.

¹⁸² ÖZGÜLDÜR, a.g.e., s. 75; GÖZLER, a.g.e., C.II, s. 977; ÇOLAK, a.g.t., s. 72.

¹⁸³ ÇOLAK, a.g.t., s. 73 "... davacı, sol diz dış yan bağ ameliyatı olmuş, ameliyattan sonra bacağı alçıyla alınmıştır. Ameliyattan bir gün sonra alçıya ait komplikasyon gelişmiş ve davacının ayağı şişerek morarmıştır. Tedbir olarak hemşire alçıyı açtıktan sonra, hafta sonu olması nedeniyle nöbetçi doktora haber vermiştir. Nöbetçi doktor, ameliyatı yapan doktora haber verilmesi gerektiğini belirtmiş, sonuçta hafta başına kadar davacının ayağına hiç müdahale yapılmamıştır. Pazartesi günü doktor tarafından görülen davacının ayağına müdahaleler yapılmış, ancak başarı elde edilmeyince bacağı kesilmiştir.[D. Onuncu D. 9.12.1992 gün ve E:1992/184, K:1992/4321 sayılı kararı] Bu olayda, ameliyat sonrası gerekli bakım ve tedavi yapılmamış olması nedeniyle sağlık hizmetlerinin hiç işlemediği söylenebileceği gibi, personel seçiminde gerekli titizliği ve özeni göstermeyen, personeli üzerindeki denetimi yetersiz kalan idarenin sağlık hizmetini kötü işlettiği de söylenebilir. Hatta komplikasyondan iki gün sonra müdahale edildiğinden hizmetin geç işlediği de kabul edilebilir."

¹⁸⁴ Cemal ÖZTÜRKLER, **Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhisi, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları**, Seçkin, Ankara, 2003, s. 18.

eksikliğidir. Hukukta kusur kast ve ihmâl diye ikiye ayrılırken hizmet kusuru denilince akla ihmâl gelmektedir¹⁸⁵.

Sağlık hizmetlerinde kusur ise, hizmetin kuruluşunda, düzenlenmesinde veya teşkilatlanmasında, bünyesindeki personelinde yahut işleyişinde aksaklık, aykırılık, bozukluk, eksiklik veya sakatlık taşıması olarak tanımlanabilir. Buna göre sağlık hizmetinde kusur, salt sağlık personelinin tutum ve davranışlarına mal edilemeyen onlara yönlendirilemeyen tamamen idare hukuku esaslarına göre bazı özellikler taşıyan objektif bir kusur halidir¹⁸⁶.

Sağlık hizmetinden kaynaklanan kusur, hizmetin kuruluşu, düzenlenmesi ve teşkilatında eksiklik, hastanın muayyene edilmesi, bulguların değerlendirilmesi, teşhisin konulması ve tedavi yöntemlerinin uygulanması aşamasında meydana gelir. Ancak tüm bu hizmet kusurları kamu idareleri ile kamu kurumları tarafından işletilen sağlık kuruluşları için geçerlidir. İdare, sağlık hizmeti sunulan özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri tarafından işletilen sağlık kurumları üzerinde denetleme, gözetleme ve müeyyide uygulama konusunda geniş yetkiler verilmiş olmasından hareketle bu sağlık kurumlarındaki bariz kusurlardan da sorumlu olması tartışılmaktadır. Bu duruma, kamu sağlık kurumlarından özel sağlık kurumlarına sevk edilen kamu görevlilerinin durumu da dahil edilebilir. Bu iki durumun da, denetim ve gözetime yetkili idarenin görevini aksatmasıyla ilişkili olması kaydıyla sorumluluğun kabul edilmesi gerekmektedir.

Diğer bütün kamu hizmetlerinden farklı olarak sağlık hizmetinin sunumundan kaynaklanan zarardan idarenin sorumlu tutulabilmesi için ağır hizmet kusurundan kaynaklanması gerekmektedir¹⁸⁷. Ağır kusur, yürütülmekte olan kamu hizmetinin özel bir zorluğunun bulunduğu haller ile ilke olarak bir yasanın her türlü sorumluluğu devre dışı bıraktığı hallerde aranmaktadır¹⁸⁸. “İdare hukuku ilkeleri ve Danıştay’ın yerleşik içtihatlarına göre, zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumunda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı hallerde, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için, zararın, idarenin ağır hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir. Bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetinden yararlananın zarara

¹⁸⁵ İ.Hamit HANCI, **Malpraktis Tıbbi Gelişmeler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu**, Seçkin, Ankara, 2002, s. 139.

¹⁸⁶ POLAT, a.g.e., s. 269; YENİCE-ESİN, a.g.e., s. 85.

¹⁸⁷ Dan. 10.D., 26.9.1996, E:1995/6506, K:1996/5448, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 353.

¹⁸⁸ ATAY- ODABAŞI- GÖKCAN, a.g.e., s. 90.

uğraması halinde, bu zararın tazmini, ancak idarenin sağlık hizmeti kusurunun varlığı halinde mümkün olabilecektir.”¹⁸⁹ Danıştay tarafından yerleşik bir ilke olarak kabul edilen içtihadının katı olarak kabulü idarenin sorumluluktan kaçınması sonucunu doğurabilir. Kanaatimce hizmet kusurunun ağırlığından ziyade hizmet kusuru sayılan durumun olağan uygulanan tıbbi bilgilere göre makul sayılıp sayılmamasının açılan tazminat davalarında hükme esas alınması yerinde olacaktır.

Hizmet kusurundan zarar gören kişinin zararı idarece tazmin edilmesinden farklı olarak kamu görevlisinin şahsi kusur sayılabilecek sebeplerden, mide ameliyatı geçirenin, suç niteliği taşıyacak şekilde sonradan satma amacıyla böbreklerinden birini almada olduğu gibi, dolaylı zarara uğrayan kişinin kusur işleyen kamu görevlisine karşı genel hükümlere göre zararın giderilmesi davası açması gerekmektedir.

A. Sağlık Hizmetinde Kusur Türleri

Kamu hizmeti olduğu kuşkusuz olan sağlık hizmeti, liberal devlet anlayışının terk edilmesi, sosyal hukuk devletinin gelişmesi, kamu hizmetlerinin daha organize ve kapsayıcı verilmesinin sonucu olarak çoğu zaman kamu idare ve kurumları tarafından verilmektedir. Özel hukuk kişileri tarafından verilen bu hizmet ise niteliği gereği denetim ve gözetim altında tutulmaktadır. Sağlık hizmetlerinin karmaşıklaşması ve yeni teknolojilerin bu alanda uygulanmaya başlanması nedeniyle hastaların sağlık kurumları ile başta hekimler olmak üzere diğer sağlık personelleri karşısında güçlendirilmesi ve korunmasına gerek duyulmuştur. Hasta hakları olarak ifade edilen üçüncü kuşak yeni haklar insan hakları teorisinde yerini almaya başlamıştır¹⁹⁰.

Sağlık hizmetlerinin sunumunda bilimsel ve teknik ilerlemeler nedeniyle sürekli bir şekilde değişmesi söz konusudur. Hizmet kusurunun belirlenmesinde tıbbi en son tekniklerin kullanılıp kullanılmaması önem arz ettiğinden daha önce hizmet kusuru sayılmayan durumlar günümüzde hizmet kusuru olarak kabul edilmesi mümkündür.

Teşkilatlanması ve ifası idare açısından kolay olmayan sağlık hizmetinde gelişen teknoloji ve işlenerek tüketilmesi mümkün olmayan -sürekli gelişen- bir alan olan tıp

¹⁸⁹ Dan. 10.D., 3.4.2001, E:2000/227, K:2001/1241; 16.4.2001, E:1998/7338, K:2001/1386; 4.6.2001, E:1999/4912, K:2001/2042; 17.1.2001, E:1998/2968, K:2001/91; 12.6.2001, E:1999/2351, K:2001/2240 BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 317 vd.

¹⁹⁰ HIZAL, a.g.t., s. 40.

bilimini uygulaması nedeniyle hizmet kusurlarının belirlenmesi ve sınıflandırılması kolay değildir. Bu bakımdan klasik üçlü ayırım dışından pozitif hukuk ve tıbbi son gelişmeler dikkate alınarak yeni bir hizmet kusuru tasnifi yapılmıştır. Bu tasnife göre belirlenen hizmet kusuru hallerini tek tek incelemeye başlayabiliriz.

1. Sağlık Hizmetinin Kuruluşunda ve İşletilmesinde Yetersizlik

Anayasanın 56. maddesinde, vatandaşlarına sağlık hizmeti sunma ödevi devlete yüklenmiştir. Bu hükme göre ayrıntıları alt normlarla düzenlenmek koşulu ile idare sağlık hizmetini sunma ile yükümlü kılınmıştır. Sağlık hizmetini genel olarak ifa etme görevi idareye özellikle bu konuda örgütlenen Sağlık Bakanlığına verilmiştir. Sağlık Bakanlığı, sağlık kamu hizmetinin planlanması, kurulması, koordine edilmesi ve işletilmesinden sorumlu idaredir. Sağlık Bakanlığı diğer kamu idareleri, kurumları ve özel hukuk kişiler tarafından kurulan ve işletilen sağlık kurumları denetleme görevi ile görevlendirilmiştir. Bakanlık, 181 sayılı Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye göre hizmet veren bir bakanlıktır. Anılan kanun hükmünde kararnameye göre Sağlık Bakanlığı; herkesin hayatını bedenlen, ruhen ve sosyal bakımdan tam ve iyilik hali içinde sürdürmesini sağlamak amaçla ülkeyi kapsayan plan ve programlar yapmak, gerekli teşkilatı kurmak ve kurdurmak, kurulacak teşkilatın amacına uygun işlemlerini temin etmek durumundadır. Öte yandan, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun 3. maddesinde, sağlık hizmetlerinin ülke sathında dengeli dağılımı ve yaygınlaştırılması esasları çerçevesinde gerekli kurum ve kuruluşların kurulması ve işletilmesi Sağlık Bakanlığının görevleri arasında sayılmıştır. Benzer hükümler sağlık hizmetini tanzim eden diğer yasa ve alt düzenlemelerde de bulunmaktadır.

Görüldüğü üzere ihtiyaç duyulması nedeniyle kamu hizmeti olarak kabul edilen sağlık hizmetinin kurulması ve işletilmesi bu amaçla ihdas edilen Sağlık Bakanlığına ait bir görevdir. Bunun dışında, mevzuatında kendi personeline veya öngörülen bir gruba sağlık hizmeti sunmak görevi ile donatılmış olan diğer kamu kurum ve idareleri dahi bu hizmetin kurmakla yükümlüdürler. Sağlık Bakanlığı dışında sağlık kurumu işleten üniversiteler ve Milli Savunma Bakanlığı gibi kamu idare ve kurumları ya doğrudan sağlık hizmeti sunma dışında bir amaç sunmaktadırlar veya genel olmaktan ziyade sınırlandırılmış ve ortak niteliği olan bir gruba bu hizmet vermektedirler. Bu nedenle bu

tür kamu sağlık kuruluşlarının olması Sağlık Bakanlığına verilmiş olan bu genel görevi kaldırmamaktadır. Sağlık Bakanlığınca işletilen sağlık kurumlarına kendi grubuna ait sağlık kurumu bulunan, subay gibi, kişilerin ihtiyaçlarının karşılanması bu idarenin genel görevli olmasının doğal sonucudur. Ancak, kamu görevlileri bakımından başvurulacak sağlık kuruluşunun öncelik sırasına dikkat edilmiş olması veya bir pozitif hukuk metnince bu durumun yasaklanmamış olması gerekmektedir. Sosyal Sigortalar Kurumunca işletilen hastanelere başvurulmadan doğrudan devlet hastanelerine gidilememesi bu duruma bir örnektir. Sağlık hizmeti sunan kamu idaresi ve kurumun önemi hizmetin kusurlu olması halinde açılacak davanın hangi idarenin husumeti ile açılacağı noktasında kendini gösterecektir. Buna göre, devlet hastanelerindeki hizmet kusurundan Sağlık Bakanlığı, askeri hastanelerden meydana gelen hizmet kusurundan ise Milli Savunma Bakanlığı sorumlu olacaktır.

Sağlık hizmetinin kurulması Sağlık Bakanlığı açısından zorunluluk arz etmektedir. Koruyucu, teşhis, tedavi ve rehabilite edici ile diğer sağlık hizmetlerinin ifası için gereken teşkilatın kurulması ve gereğince işler hale getirilmesi gerekmektedir. Bu hizmetlerden birinin yapılmamış olması idare açısından hizmet kusuru olarak ifade edilebilir. Sağlık hizmeti ifa etmekle görevlendirilmiş idareleri ise bu yükümlülüğü getiren düzenlemede öngörüldüğü oranda sorumlu tutulurlar.

Sağlık hizmetine ihtiyaç duyulan coğrafi alanda bu ihtiyaı giderecek teşkilatın kurulmaması hizmet kusuru olarak kabul edilir. Hangi yerleşim birimine nasıl bir sağlık hizmeti sunulacağı bu görevi üstlenen idarenin plan ve programı dahilinde olacağı için bunu önceden tespit etmemek mümkün değildir. İdarenin bu konuda mahkeme kararı ile zorlanması da olanaksızdır. Ancak zerinde durulması gereken husus, sağlık hizmetinin ülke çapında dengeli olmasıdır. Sağlık hizmetinin sunulması niteliği gereği bazen acil müdahaleye gerektirmesi nedeniyle bu imkana el verecek şekilde yaygınlaştırılması da sağlanmalıdır. Ancak hemen belirtelim ki, sağlık hizmetlerinin kurulmamış olması tek başına uygulama da hizmet kusuru olarak kabul edilmemektedir. Danıştay'ın sağlık hizmetlerinin kurulmaması nedeniyle idarenin sorumluluğuna gitme konusunda istekli olmadığı görülmektedir. Kendi gelir grubundaki ülkeler içinde Sağlık Bakanlığına en düşük kaynağı ayıran lke¹⁹¹ olmamız, sağlık hizmetinin sunumu ve talebinde

¹⁹¹ POLAT, a.g.e., s. 292.

çağdaşlığın yakalanmamış olması ve idarenin kendisine verilen kamu hizmetini ifada kendi mali ölçüleri dahilinde sorumlu olacağına ilişkin anayasal hüküm karşısında Danıştayın tutumu yerinde bir tutum olarak kabul edilebilir.

Sağlık hizmetini sunan idare, amacını yerine getirecek oranda gerekli olan eşya ile personeli hazır bulundurmak durumundadır. Sağlık hizmetinin kurulmasına rağmen eksik donatım ve personel nedeniyle hizmeti kusurlu ifa etmesi sorumluluğu gerektirmektedir. Bir kararında Danıştay, acil servise getirilen hastaya müdahale etmesi için çağırılan icapçı doktorun gelmemesi üzerine zamanında tıbbi destek sağlanamaması nedeniyle meydana gelen ölüm olayından idarenin sorumlu olduğuna karar vermiştir¹⁹². Aynı şekilde, sağlık kurumunun iyi işlemesi için gereken araç, gereçlerin olmaması yada olmasına rağmen arızalı veya bakımsız olması, yoğun akrep ısırmalarının olduğu bölge devlet hastanesinde serum bulunmaması nedeniyle ölüm olayında olduğu gibi ilaçların zamanında sağlanamamış olması hizmet kusuru oluşturur¹⁹³. Ancak hizmet kusurunun meydana gelmesi idareye atfi mümkün olmayan bir nedenden kaynaklanması halinde idarenin sorumlu tutulmasına hukuken olanak bulunmamaktadır. Yukarıda örneğe geri dönecek olursak, serumu üreten firmadaki grev nedeniyle üretimin durması ve piyasada muadili ilaç olmaması nedeniyle idarenin serum temin edememesinde olduğu gibi sorumluluğun idareye yüklenmesine olanak bulunmamaktadır.

Hangi tıbbi cihaz, alet ve diğer tıbbi malzemelerin bulunmamasının eksiklik olarak değerlendirileceği sorununun çözerken ülkedeki tıbbi imkanların durumu ve bu hizmeti sunan idarenin mali imkanları dikkate alınması gerekmektedir. Buna göre, kısa süre önce yabancı bir firma tarafından geliştirilen bir cihazın bulunmaması eksiklik olarak değerlendirilmese de, yaygın olarak kullanılmaya başlanan bir cihazın bulunmaması veya arızalı bulundurulması hizmet kusuru oluşturabilir. Bu tür durumları olayın niteliğine bakarak değerlendirmek isabetli olacaktır.

2. Tıbbi Uygulama Hataları

Tıp bilimindeki sürekli gelişmeler karşısında yeni hukuksal sorunlar ortaya çıkmaktadır. Özellikle insan üzerinde gerçekleştirilebilecek cerrahi müdahalelerin

¹⁹² Dan. 10.D., 13.2.2001, E:1998/3789, K:2001/487, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 322.

¹⁹³ ÖZTÜRKLER, a.g.e., s. 186.

boyutlarının ve çeşitlerinin çoğalmasında tıbbi müdahalelerinin hukuka uygunluğu konusunda yeni yaklaşımlara gereksinim duyulmuştur¹⁹⁴.

Hukuka aykırılık olarak genel kabul gören kusur kavramının sağlık hizmetlerindeki en yaygın hali karşımıza tıbbi uygulama hataları olarak çıkmaktadır. En yaygın hizmet kusuru olan hizmetin kötü işlenmesinin bir türü olarak¹⁹⁵ tıbbi uygulama hataları¹⁹⁶ bilgisizlik, deneyimsizlik yada ilgisizlik nedeni ile bir hastanın zarar görmesi olarak tanımlanmaktadır¹⁹⁷. Buna göre, hekimin yada diğer sağlık görevlilerinin kendi gördüğü eğitimin yada uzmanlıkla ilgili bilgilerinin, bir hastanın tedavisinde yeteri kadar göstermeyerek ülkedeki mevcut tıbbi hizmet standartlarının altında bir hizmet vermesi tıbbi hata olarak kabul edilir¹⁹⁸. Dünya Tabipler Birliğinin 1992 yılında 44. Genel Kurul toplantısında kabul edilen duyuruya göre yanlış uygulama, doktorun tedavi sırasında standart uygulama yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarardır.

Anlaşıldığı üzere tıbbi uygulama hataları, sağlık hizmeti bekleyenlere doğrudan bu hizmetin verilmesi ile ilgili hatalardır. Bu hizmetin kurulmaması uygulama hatası olarak kabul edilmesine olanak bulunmamaktadır. Tıbbi uygulama hataları, tıbbi faaliyet esnasında meydana gelen aksaklıklar olduğu için, enjeksiyonun hastanın bedeninde yanlış yer yada oryana yapılması, kırık bir kemiğin gereği gibi tespitinin yapılmaması, hastanede yatan bir hastanın emniyetinin sağlanmaması nedeniyle karyoladan düşmesi birer uygulama hatası olarak kabul edilir¹⁹⁹.

Tıbbi uygulama hataları sağlık hizmetinin ifası sırasında meydana gelen kusurlar olduğu için ancak sağlık personelleri tarafından işlenebilir. Yukarıdaki bölümlerde anlatıldığı için ayrıntısına girilmeyecek olmakla birlikte sağlık hizmetinin sunumunu asli olarak üstlenen hekimler olduğu için, kusurun büyük bölümü bu personelin

¹⁹⁴ Barış ERMAN, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, Seçkin, Ankara, 2003, s. 23.

¹⁹⁵ YENİCE-ESİN, a.g.e., s. 88.

¹⁹⁶ Bizim de kullanmayı uygun bulduğumuz tanım hakkında bkz. POLAT, a.g.e., s. 31, "Tıbbi uygulama hataları uluslar arası jargonda malpraktis olarak tanımlanmakta ve böyle anılmaktadır. Türkçe'ye de çarpık bir ifade olarak malpraktis olarak yerleşen bu deyim Türkçe'si tıbbi uygulama hatalarıdır... Malpraktis Latince "Mala Praxis" sözcüklerinden köken alır. İlaç kullanımından hastane enfeksiyonuna kadar tıbbi bakımın her aşamasında ortaya çıkabilecek ve hastaya zararı dokunan tıbbi kusur ve hataları kapsamına almaktadır."

¹⁹⁷ HANCI, a.g.e., s. 17.

¹⁹⁸ ÖZTÜRKLER, a.g.e., s. 272; Dan. 10.D., 15.2.2001, E:1998/5737, K:2001/590, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 324.

¹⁹⁹ ÖZTÜRKLER, a.g.e., s. 276.

faaliyetinden kaynaklanmamaktadır. Bununla birlikte enjeksiyonu sinire denk getiren hemşire ile fazla dozajda anestezi veren uzmanın eylemleri de uygulama hatası oluşturmaktadır. Rücu kurumu ve şahsi kusur hariç olmak üzere hizmet kusurunun kimin tarafından işlendiği de fazla önem arz etmemektedir.

Tıbbi ilişkide hastanın durumu iyileşir, aynı kalabilir bazen de kötüleşir. İmkanlar dahilinde yapılması gereken her şey yapıldığı halde bu üç olasılıktan biri gerçekleşebilir. Sonucu etkileyen pek çok etken olması nedeniyle olumsuz bir sonucun tek başına tıbbi uygulamada bir ihmal veya hata olduğunu kanıtlamaya yeterli değildir. Tıbbi uygulama hataları tıbbi bakım ve tedavi sırasında görülen ve sağlık personeli hatası olmayan durumlardan farklıdır. Tıbbi uygulama hataları ancak sağlık personelinin standardın dışında hizmet vermesinden kaynaklanmakta olup mevcut tıbbi bilgi seviyesine göre ön görülemeyecek hatalar tıbbi uygulama hatası kapsamında değerlendirilemez.

Bu açıklamalar çerçevesinde; hekimin tıbbi olacağı öngörememesi, tedavi amacıyla önerilen ilaçla yada diğer uygulamaların olağan yan etkilerini göstermesi ve bazı hastalıklarda özelliği gereği tedavi esnasında veya sonrasında komplikasyon meydana gelmesi tıbbi hata olarak kabul edilemez²⁰⁰.

a. Tıbbi Uygulama Hatalarının Çeşitleri

Sağlık hizmetinin sunumu sırasında personelin beceri ve bilgi eksikliği veya tedavi verme iradesi göstermemesi nedeniyle hastada meydana gelen zarar olarak genel olarak ifade edilen tıbbi uygulama hatalarını tasnif etmek kolay olmamaktadır. Ancak genel kabul gören tıbbi uygulama hataları; uzmanlık sınırının aşılması, bilgilendirme eksikliği, rıza sınırının aşılması, tanı hatası, tedavi hatası ve özen eksikliği olarak kendinin göstermektedir.

Şimdi yapılan bu sınıflandırma çerçevesinde tıbbi uygulama hatalarını tek tek irdelemeye başlayabiliriz.

²⁰⁰ÖZTÜRKLER, a.g.e., s. 272.

i. Uzmanlık (Yetki) Sınırının Aşılması

Hekim kendi uzmanlık alanı dışındaki konularda uygulamaya giderek uzmanlık sınırını aşmamalıdır²⁰¹. Hekimler genel olarak tıbbi uygulama yapma hak ve sorumluluğuna sahiptirler. Mevzuatında yer alan şartlara uygun olarak belirli bir uzmanlık dalında öğretimi başarı ile bitirenler, bu tıbbi uzmanlık dalında uygulama yapabilirler. Buna göre uzman unvanına sahip olan hekimler kendi alanında faaliyette bulunabilirler. Uzman olunmayan konuda tıbbi uygulamaya gitmek yetki sınırının aşılması olarak değerlendirilir. Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun hükümleri gereği belirli bir tıbbi uygulamaya yetkili olmadığı halde böyle bir eylemi gerçekleştirenler bu kanuna aykırı davranmış olacaklardır²⁰². Hekimin uzman olmasına rağmen kendi uzmanlık alanı dışında veya sadece uzmanı ilgilendiren komplike olaylara müdahale etmesi kişisel kusur ve buna bağlı olarak şahsi sorumluluğu gerektirmektedir. Hekimin uzmanlık veya yetkisini açıkça aştığı durumlarda şahsi sorumluluğu varlığının kabulü zorunludur. Bu hallerde hizmet kusurundan bahsedilemeyeceğinden idarenin tazmin sorumluluğunun kabulüne olanak bulunmamaktadır. Kardiyologun görme kusuru olan hastaya müdahale etmesi veya uzman olmayan hekimin beyin ameliyatı yapması bu duruma örnek oluşturur. Ancak sağlık hizmetlerinin karmaşık ve sürekli gelişen özelliği gereği hekimin iradesi dışında ve ancak detaylı bir inceleme yapılması halinde anlaşılabilen yetki aşımalarında dolayı meydana gelen zararın hizmet kusuru olarak kabul edilerek idarenin sorumlu tutulması yerinde olacaktır. Bu duruma konsültasyon yapılmasında yarar bulunmasına rağmen bu yola gidilmeden müdahale yapılması örnek olarak gösterilebilir.

Hekim dışındaki sağlık personelinin uzmanlık sınırını aşması da bu kapsamda değerlendirilebilir.

ii. Bilgilendirme Eksikliği ve Rıza Sınırının Aşılması

Tıbbi girişimin hukuka uygun olması için tedavi amacına yönelik olması ve hastanın aydınlatılmış rızasının alınması gerekir. Aydınlatma, hekimin vereceği bilgilerle hastayı, uygulanması düşünülen tedavi yöntemi üzerinde serbestçe karar

²⁰¹POLAT, a.g.e., s. 35.

²⁰² ERMAN, a.g.e., s. 96 "Buna karşılık, belirli bir müdahaleyi yapmak açısından yasal olarak aranan yetki koşullarına uymayan kişinin, çeşitli acil durumlarda yaptığı müdahalenin, hukuka aykırılığını öne sürmek düşünülemez..."

verebilecek bir duruma getirmesidir. Yeterince bilgilendirilen hasta önerilen tedaviye razı olup olmaması konusunda serbest iradesiyle karar verebilir. Olumlu yada olumsuz yönlerini bilmeden tedaviye rıza gösteren hasta kendi iradesiyle karar verdiği için edilemez. Serbest iradeye dayanan rıza ise tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için vazgeçilmez bir şarttır. Yapılacak açıklamalar hastanın kültürel, toplumsal ve psikolojik durumuna uygun olması ve hasta tarafından anlaşılması gerekmektedir²⁰³.

Rızanın hukuken geçerli olabilmesi için, tıbbi müdahaleye rıza gösteren hastanın hekim tarafından yeterince aydınlatılması ve böylece yapılacak tıbbi müdahalenin tehlikesi ve sonuçları hakkında kapsamlı olarak bilgi sahibi olması gerekir. Aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilmeden alınmış bir rıza ile yapılmış bir tıbbi müdahale hastanın geleceğini tayin etme iradesine ve şahsiyet hakkına müdahale olarak sayılabilir²⁰⁴. Hastanın rızasının geçerli olabilmesinin diğer koşulları ise; hastanın rızada bulunmaya ehil olması, rızayı bozan sebeplerin olmaması, hile ile kandırılma ve zorlayıcı bir hareket bulunmamasıdır²⁰⁵.

Rızanın açık olarak verilmesi kuraldır. Açık olarak verilecek rıza sözlü ve yazılı olarak verilebileceği gibi işaretlerle de verilebilir. Ancak Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanununun 70. maddesine göre, büyük cerrahi operasyonlarda yazılı rızanın aranması zorunluluk olarak kabul edilmiştir. Tıbbi müdahaleye maruz kalanın bu durumu bilmesi halinde mutlaka rıza göstereceği bilinen hallerde açık rıza dışında varsayılmış rızanın dahi müdahale için yeterli olduğu kabul edilmektedir. Trafik kazasına uğrayan ve bu nedenle bilincini kaybeden yaralıya hekimin yaptığı müdahale bu kapsamda değerlendirilmektedir²⁰⁶.

Hekimin hastalarını; hastanın şimdiki sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü –hekim, değişik tedavi yöntemlerini uygulama imkanı varsa, bunların şanslarını ve risklerini açıklamalı, karşılıklı değerlerini tartıp ortaya koymalı, ilaçla tedavi veya ameliyat yöntemlerinden hangisini uygulayacağını belirtmelidir-, amaçlanan tedavi yönteminin başarı şansı ve süresi, amaçlanan tedavi yönteminin hastanın sağlığı için arz ettiği riskler, verilen ilaçların kullanışı ve olası aksi tesirleri ile

²⁰³ HANCI, a.g.e., s. 52.

²⁰⁴ ÖZTÜRKLER, a.g.e., s. 70.

²⁰⁵ ERDEMİR, a.g.e., s. 172.

²⁰⁶ ERDEMİR, a.g.e., s. 173.

hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar konularında yeterince aydınlatması gerekmektedir²⁰⁷.

Hastanın kendisine veya yakınlarına üzüntü verecek, intiharlarına veya kriz geçirmelerine neden olacak aydınlatmaların yapılmaması bu ilkenin istisnasını oluşturabilir. Bunun yanında, rızanın aranmasına olanak bulunmayan acil durumlar ile hastanın aydınlatılma istemini ret etmesi hallerinde de aydınlatma yükümlülüğünden bahsedilemez²⁰⁸. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, aydınlatma yükümlülüğünün istisnaları sayılabilecek bu gibi durumların somut olaylarda geniş yorumlanmaması ve ilkeyi daraltmamasına dikkat edilmesi gerekmektedir.

Aydınlanan hastanın tıbbi hizmet talep etme yada hastalığını mukadder gidişine konusunda seçimlik bir hakka sahiptir. Kişinin rızası olmaksızın şahsiyet haklarının kapsamına giren hayatına, sağlığına, vücuduna yapılacak her türlü müdahale hukuka aykırı olacaktır. Her tıbbi müdahale geçerli bir rızaya dayanması gerekmektedir. Geçerli bir rızanın olabilmesi için, hastanın kararının önemi, anlamı ve sonuçları hakkında bilgi sahibi olması gerekir²⁰⁹. Ameliyat tehlikesini anlatmadan yani aydınlatma yapılmadan, ahlaka, adaba ve hukuka aykırı olarak, belirli bir süreyi aşmış gebeliğin tıbbi zaruret olmadan sonlandırılması için ve ötenazi için verilen rızalar geçersiz olarak kabul edilir²¹⁰.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi, Hasta Hakları Yönetmeliği ve Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları hastanın aydınlatılması ile tıbbi müdahale öncesi aydınlatılmış rızanın (onam) alınmasının zorunluluk olarak düzenlemiştir.

Her hangi bir tıbbi sorun nedeniyle ilaç kullanan ve bu esnada gebe kalan bir hastanın ilacın kullanımının yol açabileceği konjenital anomali riski konusunda²¹¹ bilgilendirilmemesi olayında olduğu gibi yeterince aydınlatılmayan veya aydınlatılmış rızası alınmayan hastada meydana gelebilecek zararlardan hizmet kusuru ilkeleri gereğince idarenin sorumlu olacağı tartışmasızdır. Ancak aydınlatma ve onam alma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi hekimin kişisel kusurundan kaynaklanması

²⁰⁷ HANCI, a.g.e., s. 52.

²⁰⁸ HIZAL, a.g.t., s. 53-54; HANCI, a.g.e., s. 72.

²⁰⁹ ÖZTÜRKLER, a.g.e., s. 62-63.

²¹⁰ HANCI, a.g.e., s. 72.

²¹¹ POLAT, a.g.e., s. 35.

halinde idarenin tazmin sorumluluğunun kısmen veya tamamen kalkması mümkün olabilecektir.

iii. Tanı Hatası

Hekimin hastanın hastalığı konusunda doğru teşhis koyması mesleki yükümlülüğü gereğidir. Hekimin tanıdan önce, hastanın hikayesinin dikkatlice almak, klinik muayeneyi yapmak, gerekirse röntgen almak ve mikroskopik, kimyasal, histolojik, serolojik ile benzeri araştırmalara gitmesi gerekmektedir.

Tanı hatası tek başına idarenin sorumluluğunun doğması için yeterli değildir. Eğer hekim teşhis koyarken tıp biliminin mutlak ve bilinen kurallarına riayet etmiş, gerekli tüm dikkat ve zamanı harcayarak kayıt ve dosyalara dayanarak teşhis koymuş ise tanı hatasından bahsetmeğe olanak bulunmamaktadır. Çünkü hekim tıp alanında sınırsız doğru bilgiye sahip olması beklenemez²¹².

Hekimin teşhisini yazılı olarak bildirmesi zorunludur. Zorunlu olarak kullanılması gereken tanı yöntemi ve araçlarını kullanmaması, konsültasyon gereken hallerde bu yola gidilmemesi olarak ifade edilen eksik araştırma ve yapılan araştırmalar bir hastalığın karakteristik belirtilerini ortaya koymasına rağmen hatalı varma olarak adlandırılan nitelendirme kusuru tanı hatasını oluşturmaktadır²¹³. Tanı hatasından kaynaklanan maddi ve manevi zararların idarece tazmini söz konusudur.

Bilinen son tıbbi bilgilere dayanmayan tanının hastada maddi ve manevi zarar doğurması da mümkündür. AIDS hastası olmayan birisine HIV virüsü taşıdığını tespit etmek bu kapsamda değerlendirilebilir. Danıştay yanlış teşhis nedeniyle gerekli yere psikiyatrik tedavi görülmesini²¹⁴ ve hastalıkların karıştırılmasını²¹⁵ hizmet kusuru sayarak meydana gelen zarardan idarenin sorumlu olduğuna karar vermiştir.

iv. Tedavi Hatası

Başta hekim olmak üzere diğer sağlık personelinin yapılacak tıbbi müdahalenin tespitinden sonra rahatsızlığı gidermeye yönelik tıbbi uygulamaları bir zorunluluk

²¹² ÖZTÜRKLER, a.g.e., s. 85.

²¹³ HANCI, a.g.e., s. 79.

²¹⁴ Dan. 10.D., 25.5.2001, E:1998/1973, K:2001/235, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 317.

²¹⁵ Dan. 10.D., 15.1.2001, E:1998/2222, K:2001/37, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 320.

olduğundan kusurlu tedavi sonrasında meydana gelecek zarardan idare sorumlu tutulacaktır²¹⁶.

Hekimin tedavi yöntemleri arasında seçim yaparken hastanın özellikleri dikkate alınmalı, yeteri kadar denenmemiş yeni bir tedavi yöntemi uygulanırken hasta uyarılmalı ve rızası alınmalıdır. Birden fazla tedavi yöntemlerinin bulunması halinde uzun zamandan beri bilinen, genel olarak uygulanan ilaç ve yöntemlere öncelik verilmelidir²¹⁷. Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 14. maddesine göre hekim, bireyin hayatını kurtarmak, sağlığını korumak ve bunların mümkün olmadığı hallerde dahi ıstırabını azaltmak yada dindirmekle yükümlüdür. Hekimin tıp biliminin gerekli gördüğü bilgileri öğrenmek ve geliştirmek zorundadır. Hekimler, yenilikleri, pratik ve riski az tedavi yöntemlerini, daha etkili ilaçları izlemek ve yardımcılarını yetiştirmek mecburiyetindedirler²¹⁸.

Buna göre, mevcut tıp bilimi uyarınca yapılan tedavi nihayetinde doğru olmasa bile idarenin sorumluluğunu gerektirmeyecektir. Başka bir ifade ile idarenin sorumluluğu ancak uygulanan yöntemlere göre mutad olmayan tedavi hataları için söz konusu olacaktır.

Danıştay potasyum klorürün setten hızla verilmesi nedeniyle meydana gelen ölümü²¹⁹, açık kalp ameliyatında oluşan enfeksiyon nedeniyle meydana gelen ölümü²²⁰, doğum sırasında gerekli müdahaleyi yapmayarak çocuğun özürsüz kalması²²¹, sezeryan sırasında karında kompres unutulması²²², hatalı kuduz aşısına bağlı olarak oluşan komplikasyondan kaynaklanan ölümü²²³, serum iğnesinin damardan çıkarak deri altına yayılması nedeniyle şişen ve kangren olan parmakların kesilmesi²²⁴, kanamalı hastanın damar kesisi görülüp onarılmadan yaraya dikiş atılarak eve gönderilen kişinin ölümü²²⁵, yanlış ilaç verilmesi sonucu vücut tamlığının yitirilmesi²²⁶, mide ameliyatında batın bezi

²¹⁶ Tedavi hatası nedeniyle idarenin sorumlu tutulacağına dair Fransız Danıştay kararları için bkz. DELCROS-DELCROS, a.g.e., s. 22 vd.

²¹⁷ ÖZTÜRKLER, a.g.e., s. 89.

²¹⁸ HANCI, a.g.e., s. 8; ÖZTÜRKLER, a.g.e., s. 89.

²¹⁹ Dan. 10.D., 27.3.2002, E:2000/1010, K:2002/852, s. 306.

²²⁰ Dan. 10.D., 26.4.2002, E:2000/5068, K:2002/1257, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 307.

²²¹ Dan. 10.D., 15.2.2001, E:1998/5580, K:2001/582, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 326.

²²² Dan. 10.D., 14.3.2001, E:2000/5558, K:2001/791, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 327.

²²³ Dan. 10.D., 16.5.2001, E:1999/1689, K:2001/1839, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 328.

²²⁴ Dan. 10.D., 14.6.2001, E:1999/2448, K:2001/2375, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 330.

²²⁵ Dan. 10.D., 14.6.2001, E:1999/4088, K:2001/2336, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 330.

²²⁶ Dan. 10.D., 13.10.1999, E:1997/2731, K:2001/4835, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 340.

unutulması²²⁷, orantısız narkozdan kişinin ölümü²²⁸, tedavi sırasında serum yerine alkol verilmesi²²⁹ durumlarını birer tedavi hatası olarak kabul etmektedir.

v. Özen Eksikliği

Tıbbi müdahalenin her aşamasında hastanın sağlık hizmetine duyduğu ihtiyacın karşılanmasında özenin gösterilmesi gerekmektedir. Özen gösterme zorunluluğu hekimin kendisine diğer sağlık personeli ile birlikte sağlık kurumları yönetimine verilmiş bir yükümlülüktür. Tıbbi özenin gerektiği bir sırada hastaya özen gösterilmemesi idare açısından hizmet kusuru sayılır. Buna göre, üst solunum yolu rahatsızlığından hastaneye yatırılan süt seviyesindeki çocuğun ellerinin bağlandığı iplerin boynuna dolanarak boğulması²³⁰, sol kalçanın ameliyat edilmesi gerekirken sağ kalçanın ameliyat edilmesi²³¹ ve omuriliğinden zarar gören birisinin taşınması sırasında özensizce nakledilmesi nedeniyle felç kalması olaylarında idare sorumlu olacaktır.

Özen gösterme sorumluluğu idare açısından geniş bir sorumluluk alanı olduğundan esasen hizmetin etkin ve kaliteli olması ile ilgili bir durumdur. Bu nedenle idare ancak kaynaklarının yeterliliği oranında sorumlu olması anayasal bir ilkedir. Başka bir ifade ile idare, sahip olduğu tıbbi donanım, istihdam ettiği hekim ve diğer sağlık personeli ile mali imkanları oranında özen gösterme sorumluluğu ile yükümlendirilir.

vi. Sır Saklama Yükümlülüğüne Uyulmaması

Bir hastanın başkaları tarafından bilinmeyen ve duyulması hoş karşılanmayacak özellikleri ve hastalıkları sır olarak kabul edilir. Toplumun ayıplaması, tiksinişi, yasal olmayan kürtaj, evli olmayan kadının çocuk doğurması veya düşürmesi, intihar gibi toplum içinde kişinin onur ve saygınlığı ile ilgili olaylar sırdır. Toplumun özerinde durmadığı, her yerde söylenebilen hastalıklarla ilgili bilgiler yada hastanın herkes tarafından bilinen yönleri sır olarak kabul edilemez. Ancak sır niteliğinde olmayan sağlık durumlarının gizli tutulması istenmişse bu dahi sır olarak gizlenmesi

²²⁷ Dan. 10.D., 16.11.1999, E:1997/4841, K:1999/6049, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 343.

²²⁸ Dan. 10.D., 1.2.1996, E:1994/7433, K:1996/318, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 350.

²²⁹ Dan. 10.D., 6.11.1996, E:1995/6169, K:1996/7126, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 355.

²³⁰ Dan. 10.D., 12.4.2001, E:1999/1315, K:2001/1315, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 315.

²³¹ Dan. 10.D., 10.10.1996, E:1995/934, K:1996/5933, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 359.

gerektirmektedir²³². Buna göre sır, genellikle herkes tarafından bilinmeyen ve açıklanması sahibinin maddi ve manevi varlığına zarar verme tehlikesi bulunan bilgilerdir²³³.

Türk Ceza Kanunu, Borçlar Kanunu, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi, Hasta Hakları Yönetmeli ve alt hukuki düzenlemelerde hekim ve diğer sağlık personelinin meslek ve sanatlarının uygulanması nedeniyle öğrendikleri sırları kanuni bir zorunluluk olmadığı müddetçe ifşa edemeyeceklerini hüküm altına almıştır. Danıştay bir kararında, aşçı olarak çalışan kişinin AIDS hastası olduğuna ilişkin bilgiyi basına verilmesini sağlık hizmet kusuru sayarak meydana gelen maddi ve manevi zararın idarece tazminin zorunlu olduğuna hükmetmiştir²³⁴.

Hastanın gizlilik hakkının²³⁵ bir sonucu olarak karşımıza çıkan sır saklama yükümlülüğü de diğer bütün sorumluluklar gibi sınırsız değildir. Toplumun yararının bireyin yararından üstün kabul edildiği²³⁶ aşağıda sayılan hallerde sırrın saklanması zorunluluğu kısmen veya tamamen aranmayabilmektedir²³⁷.

Halk sağlığı için tehlikeli olan bulaşıcı hastalıkları öğrenen sağlık personelinin durumu yetkili yerlere bildirmesi bu yükümlülüğün bir istisnasını oluşturmaktadır. 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanununa göre; kolera, veba, lekeli humma, karahumma, çiçek, difteri, sıtma gibi bulaşıcı hastalıklarla zührevi hastalıkların varlığına vakıf olan hekim ve diğer sağlık personelinin durumu hemen Yasada belirlenen makamlara iletmesi bir zorunluluk olarak öngörülmüştür.

Hastanın sırrın açıklanması konusunda onay vermesi hali bu yükümlülüğün bir diğer istisnasını oluşturmaktadır. Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kurallarında hastanın onam vermesi halinde sırrın açıklanabileceği düzenlenmektedir. Ancak üzerinde durulması gereken husus hastanın izin verdiği sınırlar çerçevesinde sırrın açıklanmasıdır. Açıklamanın kapsamı onamı aşması halinde de bu yükümlülüğün ihlal edildiğinin kabulü gerekmektedir.

²³² HANCI, a.g.e., s. 92.

²³³ ERDEMİR, a.g.e., s. 213.

²³⁴ Dan. 10.D., 31.1.1996, E:1994/5314, K:1996/294, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 351.

²³⁵ HIZAL, a.g.t., s. 53.

²³⁶ ERDEMİR, a.g.e., s. 216.

²³⁷ Daha fazla bilgi için bkz. HANCI, a.g.e., s. 94-96; HIZAL, a.g.t., s. 55-56; ÖZTÜRKLER, a.g.e., s. 263-264.

Sırın saklanması yükümlülüğünün bir diğer istisnası ise mahkemelerin bilgi istemesi veya tanıklık yapılmasının zorunlu koşması veya adli soruşturma yapılması halinde söz konusu olacaktır. Mahkemelerin hekim ve diğer sağlık personelinin meslek sırrı olan bilgileri istemelerine rağmen bu bilgilerin verilmemesi yasalarda suç olarak tanzim edildiği için bilgilerin verilmesi bir zorunluluktur.

Genel olarak kamu sağlığı söz konusu olmamakla birlikte hasta yada öteki insanların yaşamının tehlikeye sokulması veyahut üstün bir hakkın varlığı halinde dahi sır saklama yükümlülüğüne uyulması zorunluluğu bulunmamaktadır.

b. Tıbbi Uygulama Hatalarının Tespiti ve Bu Konuda Uzman Yerler

Tıbbi bilimlerin sürekli gelişme halinde olması ve bu alanda görülen katı uzmanlaşma nedeniyle meydana gelen tıbbi uygulama hatasının da ortaya konulmasını güçleştirmektedir. Tıbbi uygulama hatası olgularını ortaya koymak teknik ve özel bilgiyi gerektirdiğinden bilirkişi istihdamını gerektirmektedir²³⁸. Bilirkişi, özel bilgi ve tekniğe sahip, kendi dalında uzman, uyuşmazlık bulunan konuda bilgi ve görüşüne başvurulmuş kişidir²³⁹. Bilirkişi incelemesine uyuşmazlık ile ilgili olarak çözümü yargıç tarafından bilinmeyen özel ve teknik bilginin gerekli olduğu durumlarda başvurulduğundan yargıç bilgisinin yetersiz olduğu durumlarda bilirkişiden yardım alır²⁴⁰. Hakim, özel ve teknik bilginin zorunlu olduğu durumlarda bilirkişi incelemesi yaptırma zorunluluğu bulunmaktadır. Özel ve teknik bilginin en yoğun şekilde görüldüğü tıbbi müdahale alanında ortaya çıkan uyuşmazlığın çözümü için istisnalar hariç olmak üzere bilirkişinin görüşünün alınması zorunludur.

Tıbbi uygulama hatalarında bilirkişi yada bilirkişilerin seçiminde çok dikkatli davranılması gerekmektedir. Bilirkişiye başvurmayı gerektiren olay olarak zarar görenin durumunun bunu desteklemesi gerekir. Örneğin omur kemiği yırtılmasının tedavisinde şok tedavi yönteminin varlığının araştırılması gerekir. Bilirkişiye, yargıç tarafından hangi hususların araştırılmasının istendiğinin bildirilmesi gerekir. Örneğin atardamar ile ilgili bir uygulama sırasında meydana gelen ölüm olayında çağdaş klinik uygulamalara uygunluğu, hastanın ilacı kabul edebilecek durumda olup olmadığı, karşıt

²³⁸ POLAT, a.g.e., s. 293.

²³⁹ HIZAL, a.g.t., s. 83.

²⁴⁰ GÖZÜBÜYÜK, a.g.e., s. 509.

uygulamaların denenmesi halinde olabilecek durumların gözetilmesinin gerektiği gibi²⁴¹.

Bilirkişilik özel ve teknik bilgiyi gerektirdiği için her kes bilirkişi olamayacağı gibi bilirkişi olmaya da zorlanamaz. Buna göre bilirkişilik yapmak bir zorunluluk değildir. Buna rağmen resmi bilirkişilik yapanların kamu görevi olarak kabul edilen bilirkişiliği yapmaları zorunludur. Bunun yanında, bilirkişi olarak bilgisine başvuru hususu bilmeden sanatını icra etmesi olanağı bulunmayan hekim gibi kişiler de bilirkişilik yapmaları zorunluluğu bulunmaktadır²⁴².

Sağlık hizmetinin sunumu sırasında meydana gelen tıbbi uygulama hataları konusunda resmi bilirkişilik yapan kurumlar Yüksek Sağlık Şurası ve Adli Tıp Kurumudur. Tıbbi uygulama hataları konusunda bilirkişilik yapabilecek resmi kurumlara uyuşmazlığın çözümlenmesi konusunda başvurmak zorunluluğu bulunmamakla birlikte bu tür yerlerden görüş alınmadan özel kişilere başvurulamayacağı Danıştay kararları ile sabit hale gelmiştir²⁴³. Bilirkişilik yapabilecek bu resmi kurumları kısaca incelenecektir.

i. Yüksek Sağlık Şurası

Yüksek Sağlık Şurası, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, 1593 sayılı Umumi Hıfzısihha Kanunu ve 181 sayılı Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevlerine Dair Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine göre faaliyet gösteren Sağlık Bakanlığının sürekli bir kuruldur²⁴⁴.

Yüksek Sağlık Şurası; Sağlık Bakanlığı Müsteşarı, Araştırma Planlama Koordinasyon Kurulu Başkanı, Temel ve Tedavi Hizmetleri Genel Müdürleri, Birinci Hukuk Müşaviri gibi doğal üyeler ile hizmetleri ve eserleri ile tanınmış ve Sağlık Bakanlığınca seçilmiş görev süreleri bir yıl olan onbir üyeden oluşur. Yılda bir defa

²⁴¹ Zuhale Bereket BAŞ, Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesi Sonucu Ortaya Çıkan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu, **Sempozyum**, 9 Mayıs 2003, Danıştay Matbaası, Ankara, 2003, s. 79.

²⁴² GÖZÜBÜYÜK, a.g.e., s. 510.

²⁴³ Dan. 10.D., 11.10.2000, E:1998/1198, K:2000/5132; 26.9.1996, E:1995/6506, K:1996/5487; 23.10.1995, E:1994/1725, K:1995/4827; 29.12.1999, E:1997/6600, K:1999/7409, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 317.

²⁴⁴ HANCI, a.g.e., s. 21.

olağan olarak toplanan Şura, Bakanlığın talebi üzerine olağanüstü olarak da toplanabilmektedir²⁴⁵.

Hekimlerin ve diğer sağlık personelinin kusurlu tıbbi uygulamalarına ilişkin olarak açılan ceza davalarında, mahkemelerin bilirkişi olarak Yüksek Sağlık Şurasına başvurma zorunluluğu bulunmaktadır. Ceza mahkemeleri için bağlayıcı niteliği olan bu husus hukuk ve idari mahkemeleri için geçerli değildir. Bu nedenle tıbbi yardım ve müdahale sonrası açılan tazminat davalarında mahkemeler Şuranın görüşünü almadan diğer bilirkişilerin görüşü doğrultusunda hüküm kurabilir.²⁴⁶ Hatta Şura, hukuk ve idari mahkemelerin bilirkişilik taleplerini ancak ceza mahkemelerinde bilirkişilik yapabileceğinden bahisle geri çevirdiği uygulamada görülmektedir. Ancak hemen belirtelim ki, Şuranın vereceği görüşün diğer tüm bilirkişi görüşleri gibi mahkemeyi bağlayıcı özelliği bulunmadığından mahkeme kararda gerekçesi açıkça yazılmak şartıyla bu raporlara uymayabilir.

İdarenin sağlık hizmetini sunumu sırasında oluşan kusurlu tıbbi müdahaleler nedeniyle idare mahkemesinde açılacak tam yargı (tazminat) davalarında, mahkemelerin Şuradan bilirkişilik yapmasını isteyemeyeceği uygulamada görülmekle birlikte bu durum Şuranın bilirkişi olarak düzenlediği raporun idare mahkemesince hükme esas alınamayacağı anlamına gelmez. Şöyle ki, tıbbi uygulama hatasından kaynaklanan arızalar nedeniyle idare mahkemesinde dava açılmakla birlikte ceza mahkemesinde de dava açılmış ve ceza mahkemesine sunulan Şura bilirkişilik raporu idare mahkemesinde de hükme esas alınabilir²⁴⁷. Bu durum mahkemenin takdirinde olmakla birlikte tıbbi uygulama hatasını aydınlatacak raporun yeterli görülmesi usul ekonomisine de uygun olacaktır.

Ancak değinmek gerekir ki, Yüksek Sağlık Şurası, tıbbi uygulama hatalarını ortaya koymasında hekimi koruma adına objektif davranmadığı²⁴⁸ ve raporunu gecikmeli olarak ceza mahkemesine sunduğu için yargılamanın uzatılmasına neden olduğu yönünde eleştirilmektedir.

²⁴⁵ HIZAL, a.g.t., s. 84-85.

²⁴⁶ POLAT, a.g.e., s. 294.

²⁴⁷ Dan. 10.D., 11.4.2001, E:1999/4167, K:2001/1290, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 327.

²⁴⁸ Dan. 10.D., 11.10.2001, E:2000/1198, K:2000/5132, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 335.

ii. Adli Tıp Kurumu

Adli Tıp Kurumu Başkanlığı 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanunu ile Adalet Bakanlığına bağlı olarak adalet işlerinde bilirkişilik görevi yapmak üzere kurulmuştur. Adli Tıp Kurumu, mahkemeler ile hakimler ve savcılıklar tarafından gönderilen adli tıp ile ilgili konularda bilimsel ve teknik görüşlerini bildirmekle yükümlüdür. Kurum; yargılama makamlarının doğrudan başvurusu üzerine resmi bilirkişi olarak görev yapan Morg, Gözlem, Kimyasal Tahlil, Biyoloji, Fizik İncelemeleri ve Trafik Dairelerinden oluşan ihtisas daireleri, mahkemelerce kanaat verici nitelikte görülmeyen bilirkişi raporlarındaki çelişkileri gidermekle görevli ihtisas kurulları ve ihtisas daireleri ve kurullarınca verilen raporların mahkemece kanaat verici bulunmaması halince bu yerlerce verilen raporları kesin hükme bağlayan Adli Tıp Genel Kurulundan oluşmaktadır. Kurum incelediği konularla ilgili olarak kurumda bulunmayan tıp ve diğer uzmanlık dallarında kurum dışındaki uzmanların bilirkişilik yapmak üzere davet edilmesine karar verebilmektedir²⁴⁹.

Adli Tıp Kurumunca verilen bilirkişi raporları mahkeme için bağlayıcı niteliği bulunmamaktadır. Mahkeme bu raporun aksi karar vermesi mümkün olmakla birlikte özel ve teknik olan bilgileri ihtiva eden rapordaki kanaatten farklı bir karara varmak uygulamada çok karşılaşılan bir durum değildir. Kurum tarafından tanzim edilen raporların üzerinde çok tartışılan bilirkişilik müessesesinin meydana getirdiği sakıncaları bertaraf edici nitelikte oldukları gözlemlenmektedir.

II Zarar

Hukuki sorumluluğu saptanan idareye yargı yerlerince yüklenen ödev²⁵⁰ olarak tanımlanan tazmin borcunun oluşabilmesi için gerçekleştirilen tıbbi müdahale veya diğer sağlık hizmetleri neticesinde bir zararın meydana gelmiş olması gerekmektedir²⁵¹. Hiç kimsenin ödemek zorunda olmadığı bir miktar için ödemedede bulunmaya

²⁴⁹ POLAT, a.g.e., s. 294-295.

²⁵⁰ ESİN, a.g.e., İkinci Kitap: Esas, s. 441; ARMAĞAN, a.g.e., s. 187; ÖZGÜLDÜR, a.g.e., s. 333.

²⁵¹ ÖZGÜLDÜR, a.g.e., s. 333; GÜZÜBÜYÜK, a.g.e., 346;;GÜNDAY, a.g.e., s. 335; ATAY-ODABAŞI- GÖKCAN, a.g.e., s. 149; KAPLAN, a.g.m., s. 184; KARAEĞE, a.g.t., s. 62; HIZAL, a.g.t., s. 80; HANCI, a.g.e., s. 117; ÖZTÜRKLER, a.g.e., s. 323; OYTAN, a.g.e., s. 2; YUMUK, a.g.t., s. 93.

zorlanamayacağı ilkesi²⁵² gereği tazminat sorumluluğunun oluşabilmesi için ortada zarar doğurucu bir tutum ve davranışın bulunması gerekmektedir²⁵³.

Şimdi hizmet kusurundan kaynaklanan sorumluluğun bir şartı olan zararı daha detaylı incelemeye geçebiliriz.

A. Zarar Kavramının Tanımı, Şartları ve Özellikleri

Bu bölümde genel olarak zarar kavramı, zarardan bahsedebilmek için aranan şartları ve zararın özellikleri ele alınmaktadır.

1. Zarar Kavramı

Pozitif hukukta, idarenin faaliyetleri sonucu kişilere verdiği zararlardan sorumlu olduğuna ilişkin maddi ve şekli anayasal ve yasal hükümler olmasına rağmen anılan düzenlemelerde zarar kavramı tanımlanmamış olmakla kavramın içeriğini doldurmak öğreti ve yargı mercilerine bırakılmış bulunmaktadır²⁵⁴.

Türk hukukunda zarar kavramı; bir kimsenin malvarlığında rızası dışında meydana gelen eksilme olarak ifade edilen maddi zararı ifade etmek için dar anlamda²⁵⁵ ve malvarlığında meydana gelen eksilmenin yanında şahıs varlığında da meydana gelen eksilme olarak manevi zararı da ifade etmek için geniş anlamda²⁵⁶ kullanılmaktadır. İdare hukukunda geniş olarak tanımlanan zarar, kişinin maddi ve manevi varlığında istemsiz olarak ortaya çıkan kayıp ve eksiklikleri ifade etmek için kullanılmaktadır²⁵⁷. Buna göre idarenin sağlık hizmetinden kaynaklanan eylem ve işlemler; mal ve şahıs

²⁵² ATAY- ODABAŞI- GÖKCAN, a.g.e., s. 149 "...Söz konusu ilkenin kapsamına özel hukuk kişileri gibi kamu hukuku kişileri de girer ve ilkenin kamu düzenine ilişkin olma özelliği bulunmaktadır. Bu ilkeden zararın ve illiyet bağının bulunmadığı durumlarda kişinin zararı tazmin yükümlüsü olmaya mahkum edilemeyeceği sonucunun yanında; zarar doğurucu eylemi tazmin etmesi için kendisine başvuru kişinin borçlu niteliğindeki kişi olması gerekmediği sonucu da çıkmaktadır. Başka bir ifadeyle, sorumluluk için sorumlu tutulan kişinin fiil ve davranışı dışındaki sebepler dolayısıyla da sorumlu tutulması mümkündür. Hiç kuşkusuz dava sırasında yargıç ilkeye ilişkin şartların bulunup bulunmadığını davacı öne sürmemiş olsa bile resen araştırmak zorundadır..."

²⁵³ GÜZÜBÜYÜK, a.g.e., 346.

²⁵⁴ Gürsel KAPLAN, *Danıştay Kararları Çerçevesinde Tam Yargı Davalarında Zarar Kavramı*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1993, s. 3-4; YUMUK, a.g.t., s. 93.

²⁵⁵ İNAN, a.g.m., s. 29; Kenan TUNÇOMAĞ, *Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Hükümler*, C. I, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1965, s. 269.

²⁵⁶ Haluk TANDOĞAN, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, AÜHFY, No: 159, Ankara, 1961, s. 163 vd.; Fikret EREN, *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*, C.2, Beta Yayınları, 2001, s. 488.

²⁵⁷ ESİN, a.g.e., İkinci Kitap: Esas, s. 441; Selahattin Sulhi TEKİNAY, *Borçlar Hukuku*, Kutulmuş Matbaası, İstanbul, 1971, s. 386.

varlıklarında irade dışı azalma meydana getirmesi halinde zararın oluştuğunun kabulü gerekmektedir.

İdari eylem veya işlem nedeniyle mağdur olan kişi uğradığı her ziyan, her hasar kısaca her mağduriyet sorumluluk hukukunda yer alan zararı oluşturmaz. Mağduriyet kavram olarak zarar kavramını içine alan daha geniş ve teknik olarak hukuku sonucu olmayan bir kavramdır. Daha özet bir ifade ile mağduriyet zararı her zaman gerektirmemektedir²⁵⁸.

2. Zararın Şartları

Zarar kişinin mal ve şahıs varlıklarında irade dışı meydana gelen kayıp yada eksilme olarak ifade edildiğinden zararın şartlarını maddi ve manevi zarar açısından ayrı ayrı irdelemek gerekmektedir.

a. Maddi Zarar

Bir kimsenin iradesi dışında mal varlığında meydana gelen eksilme maddi zarar olarak ifade edildiğinden bu zararın meydana gelebilmesi için mal varlığı, bu varlıkta eksilme ve eksilmenin irade dışı olması gibi üç temel unsurun bir arada oluşması gerekmektedir²⁵⁹.

Maddi zarar esas olan mal varlığı; değerlerden oluşan aktif, borç ve mükellefiyetlerden oluşan pasif yönlerden oluşan, ekonomik bir değer arz eden ve para ile ölçülebilen değerlerden oluşan bir bütünü ifade etmektedir²⁶⁰. Sorumluluk hukukunda mal varlığı kavramı geniş bir şekilde kullanılmaktadır. Taşınır ve taşınmaz üzerindeki aynı haklar yani mülkiyet hakkı ve sınırlı aynı haklar, nispi nitelik taşıyan alacak hakları, gayri maddi mallar üzerindeki haklar yani fikri ve sınai haklar malvarlığının en önemli unsurlarını oluşturur. Ayrıca zarar görenin ekonomik geleceği yani çalışma faaliyetleri ile gelecekte elde edeceği gelir ve kazanç ihtimali de mal varlığını oluşturan değerler arasında yer alır. Kişilik hakkı ve hakkı oluşturan hukuki

²⁵⁸ GÖZLER, a.g.e., C.II, s. 1177.

²⁵⁹ KAPLAN, a.g.t., s. 9; YUMUK, a.g.t., s. 96.

²⁶⁰ TANDOĞAN, a.g.e., s. 63; EREN, a.g.e., C.2, s. 200; Sait GÜRAN, *Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu*, 12-13 Mayıs 1979, Ankara, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, s. 153; TUNÇOMAÇ, a.g.e., C. I, s. 269; Dan. 10.D., 23.10.1996, 5056/6395, ATAY- ODABAŞI- GÖKCAN, a.g.e., s. 205.

değerler ilke olarak mal varlığının kapsamına girmemektedirler. Bununla birlikte kişiliği oluşturan vücut bütünlüğü, sağlık, şeref, ekonomik itibar gibi hukuki değerler bazen mal varlığını etkileyebilir. Başka bir ifade ile bu değerlerin ihlali zarar görenin mal varlığı üzerinde ekonomik yönden olumsuz etki ve sonuçlar doğurabilirler. Mesela vücut bütünlüğü niteliği itibariyle kişilik hakları içinde yer alan bir şahıs varlığı değeri olmakla beraber vücut bütünlüğünün ihlali zarar görenin belirli bir süre çalışmasına engel olmuş, tedavi ve diğer giderlere yol açmış ve nihayet çalışma gücünün belirli bir oranda sürekli olarak kaybına neden olmuşsa mal varlığını ekonomik yönden olumsuz etkilemiş olur. Bu anlamda şahıs varlığı değerleri mal varlığı kavramı içinde yer alır. Buna karşılık, kişilik haklarını ihlal, aynı zamanda mal varlığını ihlal etmiyorsa, teknik anlamda bir zarara neden olmayacağından mal varlığı kavramı içinde yer almazlar. Bu takdirde ancak zarar görenin şahıs varlığında bir azalma söz konusu olur ki bu da manevi zararı oluşturur²⁶¹.

Mal varlığındaki eksilme olarak ifade edilen zarar²⁶², aktif değerlerden birisinin yok olması veya ekonomik değerinde azalma meydana gelmesi, kazançtan yoksun kalınması yada borç ve sorumluluk olarak ifade edilen pasif değerlerde artış olması şeklinde kendini ortaya koymaktadır. Buna göre maddi zarar denilince ilk olarak, parasal olarak bir değeri olan malın zarar görmesi, tahrip olması yada değerindeki düşüş veya onun üzerindeki kullanma veya tasarruf yetkisinde meydana gelen kısıntı anlaşılır. İkinci olarak mesleki olsun veya olmasın bir etkinlikten kaynaklanan gelirden mahrumiyet ve nihayet harcamalarda meydana gelen artışlar da maddi zarar niteliğindedir²⁶³.

Maddi zararın son unsuru ise, mal varlığının malikin rızası dışında eksilmesidir. Zarar görenin mal varlığında meydana gelen eksilme onun iradesi dışında meydana gelmelidir. İrade dışındaki eksilme ya zarar görenin rızası hilafına ya da rızası olmaksızın meydana gelmelidir²⁶⁴. Zarar görenin rızası ile meydana gelen azalma devir, tüketme veya masraf sayılacağından zarar olarak kabul edilemez.

²⁶¹ EREN, a.g.e., C.2, s. 488.

²⁶² YUMUK, a.g.t., s. 97.

²⁶³ ATAY- ODABAŞI- GÖKCAN, a.g.e., s. 156.

²⁶⁴ EREN, a.g.e., C.2, s. 489; TUNÇOMAĞ, a.g.e., C. I, s. 270.

b. Manevi Zarar

Bir kimsenin duygularını, şahsiyetini ve itibarını etkileyen zararlara manevi zarar denmektedir. Manevi zarar, para ile ölçülüp değerlendirildikten sonra tam bir karşılığı tespit edilememekle birlikte tazmini para ile gerçekleştirilen zarardır²⁶⁵. Manevi zarar için yapılan ödemede amaç maruz kalınan olay ve durum dolayısıyla hayat şartlarında kişilerin karşılaştıkları karmaşanın belirli bir ölçüde de olsa giderilmesi ve normale dönmesine yardımcı olunmasıdır. Ödenen tazminat tabiri caiz ise zarara uğrayan kimsenin belleğinde yaşanan olayların etki ve izlerini silmek veya yoğunluğunun azaltılmasını sağlamaktadır. Hatalı enjeksiyon nedeniyle cerrahi bir müdahale ile kolu kesilen hasta örneğinde olduğu gibi ödenen tazminat miktarı ne olursa olsun uğranılan zararın tam karşılığı hiçbir zaman olamayacaktır²⁶⁶. Kısaca ifade edecek olursak manevi tazminat, manevi değerlerinde bir eksilme meydana gelen, duyduğu acı, üzüntü ve sarsıntı nedeniyle yaşama zevki azalan kişiye bir miktar para verilerek onun bu yoldan tatmin edilmesi sağlanmaktadır²⁶⁷.

Manevi tazminata esas olan manevi zarar ancak şahıs varlığında irade dışı meydana gelen eksilme halinde mümkün olabilecektir. Şahıs varlığı kişinin hukuk sujesi olmasını sağlayan hayatı, sağlığı, vücut bütünlüğü, şerefi, haysiyeti, özel hayatındaki sırları, onuru, itibarı gibi değerlerden oluşur²⁶⁸.

Şahsiyet hakkına konu olmayan maddi bir şeye zarar verilmesinden kural olarak manevi zarar meydana gelmez. Ancak hasara uğrayan şeye karşı duyulan manevi ilgi dolayısıyla şahsi bir varlığın ihlal edildiğinin ortaya konulması durumunda manevi zarar doğabilmektedir²⁶⁹.

Şahsiyet haklarına yapılan haksız bir saldırı dolayısıyla bir kimsenin duyduğu bedensel veya ruhsal acı, ıstırap, elem ve yaşam zevkinde bir azalma olarak ifade edilen manevi zararın²⁷⁰ oluşabilmesi için aranan ikinci şart, şahsiyet haklarının yapılan saldırı sonrasında eksilmesidir. Kişilik değerlerine yapılan saldırı objektif olarak bir eksilmeyi ifade eder. Hukuka aykırı bir saldırı sonucunda şahıs varlığında objektif olarak meydana

²⁶⁵ TEKİNAY, a.g.e., s. 438.

²⁶⁶ ATAY- ODABAŞI- GÖKCAN, a.g.e., s. 159.

²⁶⁷ ESİN, a.g.e., İkinci Kitap: Esas, s. 450.

²⁶⁸ GÜRAN, a.g.m., s. 153.

²⁶⁹ TANDOĞAN, a.g.e., s. 330.

²⁷⁰ TANDOĞAN, a.g.e., s. 330; ONAR, a.g.e., C.III, s. 1716.

gelen eksilmeyi manevi zarar olarak nitelendiren bu teoriye objektif teori denilmektedir. Buna karşılık, doktrinde savunulan hakim görüşe göre, manevi zararın tazmin edilebilmesi için kişilik hakkının ve değerlerinin haksız bir saldırıya uğraması yeterli değildir. Objektif unsurun yanında bir de zarar görenin ihlal sonucunda kişiliğinde veya manevi varlığında eksilme yaşanması veya acı, elem ve ıstırap duyması gerekliliğini arayan subjektif unsurun varlığı aranır. Bu teoriye göre, zarar gören şahıs varlığına yapılan saldırı sonucu yaşama zevk ve sevincinde bir eksilme hissetmesi, huzur, rahatlık ve mutluluk duygularında azalma olması ile iç denge ve sarsılması bir gerekliliktir²⁷¹. Subjektif unsurun oluşup oluşmadığının tespiti somut olayda zor olması ve şahıs varlığına yapılan saldırının yeterli olması nedeniyle objektif unsurunun tek başına manevi zararın varlığı için yeterli görülmesi isabetli olacaktır.

Manevi zararın doğabilmesi için aranan son şart şahıs varlığındaki azalmanın irade dışı oluşmasıdır. İrade dışı zarar hakkında maddi zarar konusunda anlatılanlar burada da geçerli olduğundan tekrar edilmeyecektir.

3. Zararın Nitelikleri

İdarenin diğer faaliyet alanlarında olduğu gibi sağlık hizmetlerinden kaynaklanan zararın tazmin edilebilmesi için bir takım şartları ihtiva etmesi gerekmektedir.

a. Zararın Gerçek ve Kesin Olması

Tazmin borcunun doğması için zararın mevcut olduğunun iddia edilmesi yeterli değildir. Muhtemel ve tesadüfi bir zarar tazmin borcu doğurmaz²⁷². Zararın mevcut, gerçek, kesin ve mağdurun fiilen zarara uğramış bulunması gerekmektedir²⁷³. Bununla birlikte, zararın fiilen mevcut olması şart olmadığından ileride meydana gelecek fakat meydana gelmesi kesin ve para ile değerlendirilmesi mümkün olan bir zararın da muhakkak ve malum bir zarar sayılarak tazmin borcunu doğurabileceği kabul edilmektedir²⁷⁴. Örneğin tıbbi bir hata sonucunda sakat doğan çocuğun daha sonraki

²⁷¹ EREN, a.g.e., C.2, s. 499.

²⁷² Mehmet ÜNLÜÇAY, *İdarenin Tazmin Borcu ve Enflasyon Olgusu*, **Danıştay Dergisi**, S. 94, Ankara, 1998, s. 6.

²⁷³ Dan. 10.D., 16.6.1997, E:1996/3003, K:1997/2398, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 348.

²⁷⁴ ONAR, a.g.e., C.III, s. 1716; GÜZÜBÜYÜK, a.g.e., 348.

sosyal ve iş hayatındaki performans düşüklüğü nedeniyle gelecekte meydana gelecek zararı kesindir²⁷⁵.

Meydana gelmeyen, zan ve tahmine dayalı, doğmamış ve meydana gelmesi beklenen zararın tazmine konu olması mümkün bulunmamaktadır²⁷⁶.

Manevi tazminatta gerçek zarar halen gerçekleşmiş ve ileride devam edecek manevi zararı içermekle birlikte hem zararın miktarı hem de rakam olarak tazminata çevrilmesi bakımından kesinlik arz edemeyen, ölçülemeyen, somutlaştırılmayan, zararın tümünü kapsayacak olan bir nitelik taşımaktadır. Zaten bu nedenle manevi tazminat miktarı takdiren hesaplar²⁷⁷.

b. Zararın Özel Olması

İdarenin eylem ve işlemlerinden kaynaklanan zararın tazmin borcunun doğumunda bir diğer şart da zararın özel niteliği haiz olmasıdır. Çünkü idari işlem ve eylemlerin kapsamı ve tesir alanı çok geniş olabilir. Bunlar genelde geniş bir fert kitlesi, cemiyet üzerinde tesirlerini gösterirler, bunlara külfetler yüklerler, tehditler husule getirirler ve bu itibarla meydana getirdikleri zararın sahası geniştir²⁷⁸.

Zararın gerçekleşmiş ve kesin olması yalnız başına tanzim borcunu doğurmaya yetmez. İdare hukuku yönünden zarar özel bir nitelik taşımadığı müddetçe sorumluluktan söz etme olanağı bulunmamaktadır. Herkesi içine alan bir kamu külfeti biçiminde ortaya çıkan genel nitelikteki zararlardan dolayı idare tüzel kişiliği sorumlu tutulamaz²⁷⁹. Buna karşılık, idarenin düzenleyici bir işlemi belirli kişi topluluğuna özel bir zarar veriyorsa genel nitelikte olmasına karşın idarenin zarar verici bu işlemi sorumluluğu gerektirir²⁸⁰.

Zararın özel nitelik taşınması hali uygulamada kusursuz sorumluluk halinde sorun çıkarmaktadır. Zira bu tür sorumlulukta esas kamu külfetleri karşısında eşitliğin

²⁷⁵ ATAY- ODABAŞI- GÖKCAN, a.g.e., s. 151.

²⁷⁶ GÜZÜBÜYÜK, a.g.e., 348; YUMUK, a.g.t., s. 136; Dan. 10.D., 24.10.1995, E:1994/1089, K:1996/4850, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 363.

²⁷⁷ GÜRAN, a.g.e., s. 157.

²⁷⁸ ONAR, a.g.e., C.III, s. 1718.

²⁷⁹ GÜZÜBÜYÜK, a.g.e., 350; ONAR, a.g.e., C.III, s. 1718; YUMUK, a.g.t., s. 144.

²⁸⁰ ARMAĞAN, a.g.e., s. 219.

kesintiye uğramasıdır. Hiç kuşkusuz herkesin bu zararın mağduru olması halinde eşitliğin kesintiye uğraması halinden söz edilemez²⁸¹.

c. Zararın Meşru Bir Menfaate Yönelmesi

Hiç kimse başkasının mal varlığına veya mal varlığı dışındaki haklarına dokunan bir zarardan ötürü tazminat isteme hakkına sahip olmadığı gibi zarar, tazminat isteyen kişinin hukukça korunması gereken hak ve çıkarlarına ilişkin bulunmalıdır²⁸². Başka bir ifade ile zararın giderilmesini isteyen kişinin hukukça korunan meşru bir hak ve çıkara sahip bulunması gerekmektedir²⁸³.

d. Zararın Para İle Takdir Edilebilmesi

Zararın para ile takdir edilebilecek ve ölçülebilecek türden olması gerekmektedir. İdare hukukunun niteliği gereği aynen tazmin söz konusu olmadığından eşdeğer olarak kabul edilen nakden tazmin ilkesi söz konusu olduğundan tazmin edilmesi istenen zararın para ile ölçülebilmesi gerekmektedir²⁸⁴.

Zararın para ile takdir edilmesi gerektiğine ilişkin şart manevi zararların tazmin borcu doğurup doğurmayacağı konusunda uzun süren tartışmalara neden olmuş²⁸⁵ ise de başka türlü tazmin yollarının bulunamayışı manevi tazminatın parasal olarak takdirini zorunlu kılmıştır^{286,287}.

²⁸¹ ATAY- ODABAŞI- GÖKCAN, a.g.e., s. 155.

²⁸² ESİN, a.g.e., İkinci Kitap: Esas, s. 214.

²⁸³ ATAY- ODABAŞI- GÖKCAN, a.g.e., s. 154.

²⁸⁴ GÖZLER, a.g.e., C.II, s. 1189.

²⁸⁵ ESİN, a.g.e., İkinci Kitap: Esas, s. 214.

²⁸⁶ YUMUK, a.g.t., s. 144.

²⁸⁷ ONAR, a.g.e., C.III, s. 1718 "Manevi zarar patrimuan dışı haklara mesela şahsa bağlı haklara, isim hakkına, şeref ve haysiyete, bir müellifin manevi mahiyetteki haklarına, cismani ve ruhi varlığa karşı iras edilen zararlardır. Bunların tazmin borcuna esas olup olamayacağı böylece bir borç doğurup doğurmayacağı doktrin ve içtihat sahasında tereddüde mucip olmuştur. İdare hukuku sahasında bir zamanlar bu nevi zararların para ile takdir ve tahmilini kabil olamayacağı ve bu itibarla tazmin borcunu meydana getiremeyeceği kabul edilmişti. Bu gün idare hukuku doktrin ve içtihatlarında bu görüş değişmiş bulunmaktadır. Bir defa bu nevi zararlar iki şekilde görülür; bunların bir kısmı maddi ve para ile takdir ve tahmini kabil bir zararlar birlikte meydana gelir; yani maddi bir zararın manevi sahada in'ikas şeklinde görünür: güzelliğe, estetik hususiyetlere tesir eden cismani zararlar; itibar üzerine in'ikas eden şeref ve haysiyete karşı işlenen fiiller bu birinci kapsama girerler. Bunlar bir çok defalar patrimuan üzerine de doğrudan doğruya tesir ederler: bir aile reisinin ölümü veya sakatlanmasını intaç eden bir fiil bir taraftan menfaate ve geçim üzerine tesir edeceği ve mağdurun patrimuanında bir azalma husule getireceği gibi bu aile reisine karşı duyulan sevgi üzerine de tesir eder.... Bu gibi fiillerden doğan zararların tazmin borcuna esas olacağı bugün doktrin ve içtihatça tamamen kabul edilmiş bulunmaktadır. Şeref ve haysiyet dolayısıyla itibara, cismani ve estetik ıstıraplara ve kayıplar dolayısıyla çalışmağa ve kazanca tesir eden

B. Zararın Kapsamı

Genel olarak zararın tanımı, şartları ve niteliklerini ele aldıktan sonra maddi ve manevi zararların kapsamını ayrıntılı olarak incelemeye başlayabiliriz.

1. Maddi Zararın Kapsamı

Kişinin mal varlığında irade dışı meydana gelen azalma ve çoğalma olanağından yoksunluk olarak ifade edilen²⁸⁸ maddi zararın neler olduğu konusunda yasalarda bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle özel hukuk hükümlerinden yararlanarak maddi zararın içeriği tespit edilmeye çalışılmaktadır²⁸⁹.

Maddi zarar; ölüm nedeniyle oluşan zarar, cismani zarar ve mala ilişkin zarar olmak üzere üç temel unsurdan oluşmaktadır.

a. Ölüm Nedeniyle Oluşan Maddi Zarar

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

i. Ölümden Önceki Tedavi Giderleri

Ölüm hemen meydana gelmemişse tedavi amacıyla bazı giderlerin yapılması gerekmektedir. Gerçekten durum ne denli olumsuz olursa olsun bir insanın tedavisiz bırakılması düşünülemez. Bu gider kişinin kendisi tarafından yapılacağından, onun mal varlığında bir eksilmeye yol açacaktır. Dolayısıyla ölümden sonra bu mal varlığına sahip olanların yani mirasçılarının anılan giderleri tazminat olarak ölüme kusurlu eylemi

zararlar hem maddi ve hem de manevi bakımdan tazminata esas teşkil etmektedir. Yani bu nevi manevi zararlar tazmin borcuna da esas olacaktır.... Buna mukabil patrimon üzerinde doğrudan doğruya ve dolayısıyla hiçbir tesiri olmayan, sadece manevi bir elem ve ıstırabı, acı doğuran zararların tazmin borcuna esas olamayacağı Fransız Devlet Şurası tarafından kabul edilmektedir. Fransız Temyiz Mahkemesi ise bu gibi hallerde manevi zararı kabul etmektedir. Bununla beraber Fransız Devlet Şurası da bazı kararlarında manevi tazminatı sembolik bir mahiyette yani ufak bir meblağ olarak kabul etmektedir. bu suretle Devlet Şurası fiilin bir elem ve manevi zarar husule getirdiğini kabul etmekte ve fakat aynı zamanda manevi bir ıstırabın para ile ölçülemeyeceğini ancak idarenin fiilinin haksız bulunduğunu göstermektedir."

²⁸⁸ YENİCE-ESİN, a.g.e., s. 107.

²⁸⁹ ESİN, a.g.e., İkinci Kitap: Esas, s. 441.

nedeniyle sebep olan idareden tazminat olarak isteme hakları vardır²⁹⁰. Sağlık hizmetleri sunumu nedeniyle meydana gelen haksız ölümden önce ölenin yaptığı tedavi giderlerinin bir sosyal güvenlik kurumu tarafından karşılanmış olması halinde mirasçılar tarafından talep edilebilecek bir zararın bulunmadığı açıktır²⁹¹. Kamu sosyal güvenlik kurumları için böyle olsa da özel hukuk tüzel kişisi olarak faaliyette bulunan sigorta şirketleri tarafından karşılanan tedavi giderlerinde ise zararın oluştuğu ve meydana gelen zararın halef olarak gideri karşılayan şirket tarafından idareden talep edilebileceğinin kabulü gerekir.

ii. Cenaze ve Defin Giderleri

Cenaze ve defin giderleri cenazenin taşınması, yıkatılması, defnedilmesi, mezar satın alınması, dinsel tören yapılması gibi işler için yapılan giderlerden oluşmaktadır. Ayrıca yerel törelere göre yapılması gereken bazı giderle de bu kapsamda sayılmaktadır²⁹². Cenaze ve defin giderleri terekeden karşılanması gerekmektedir. Bu nedenle anılan giderleri maddi tazminat olarak isteme hakkının mirasçılara ait olduğu kabul edilir²⁹³. Ancak belirtmek gerekir ki, kamu sosyal güvenlik kurumlarınca karşılanan cenaze ve defin masraflarının zarar olarak kabul edilip mirasçılar tarafından ölüme kusurlu eylemiyle neden olan idareden istenmesine olanak bulunmamaktadır. Bununla birlikte özel sigorta şirketlerince karşılanan bu giderlerin anılan zararı karşılayan şirket tarafından ilgili idarede talep hakkı bulunmaktadır.

Özerinde durulması gereken bir diğer husus cenaze ve defin giderinin ölenin sosyal ve ekonomik durumuna göre farklılık oluşturabileceğidir. Bu nedenle ölenin eşdeğer statüsüne göre makul ve kabul edilebilir olan masrafların idarece karşılanması gerektiğine şüphe bulunmamaktadır²⁹⁴. Bu açıklamalar çerçevesinde ünlü bir siyasetçinin kusurlu tıbbi uygulama nedeniyle ölmesi halinde idarenin yapılacak kısmen gösterişli cenaze töreninin giderlerini karşılamak zorunda olacaktır. Ancak her durumda ölenin olağanı aşan cenaze ve defin giderlerinin açılacak tazminat davasında belgelerle kanıtlanması gerekmektedir. Kanaatimce, uygulamada olağan olsa dahi tüm cenaze ve

²⁹⁰ ESİN, a.g.e., İkinci Kitap: Esas, s. 442; ÖZGÜLDÜR, a.g.e, s. 338; KAPLAN, a.g.t., s. 36; KARAEĞE, a.g.t., s. 83.

²⁹¹ Dan. 10.D., 14.11.1996, E:1995/3626, K:1996/7545, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 765.

²⁹² KARAEĞE, a.g.t., s. 83.

²⁹³ ESİN, a.g.e., İkinci Kitap: Esas, s. 442.

²⁹⁴ TUNÇOMAĞ, a.g.e., C. I, s. 286.

defin giderleri için kanıtlama ve belgelendirme zorunluluğunun getirilmesi malumun kanıtlanmasına gerek olmadığı genel hukuk felsefesi ilkesine aykırı olacaktır.

iii. Ölenin Yardımından Yoksunluk Zararı (Destekten Yoksun Kalma Tazminatı)

Ölüm nedeniyle ortaya çıkan zararların önemli bir bölümü ölenin desteği ile hayatlarını sürdüren kişilerin uğradığı zararlar oluşturmaktadır. İdare hukuku açısından ölenin desteğinden yoksun kalınması halinde destekten yoksun kalınma nedeniyle uğranılan zararların unsurlarının neler olacağı ve nasıl hesaplanacağı konularında her hangi bir düzenleme bulunmadığından²⁹⁵ Borçlar Kanununun 45. maddesinin 2. fıkrasında yer alan; ölüm neticesi olarak diğer kimseler müteveffanın yardımından mahrum kaldıkları takdirde onların bu zararını tanzim etmenin lazım geldiği hükmü uyarınca bu zararın kapsamının belirlenmeye çalışıldığı görülmektedir.

İsviçre Borçlar Hukukunun bir kavramı olan destekten yoksunluk zararı²⁹⁶ sonrasında ölen şahsın düzenli ve sürekli olarak desteklediği ve ileride desteklemesi kuvvetle muhtemel kimselere verilen desteğin kesilmesi nedeniyle açılan tazminat davasında hükmedilen miktar, desteği yitiren kişinin ölüm olayı nedeniyle sosyal ve ekonomik yaşam düzeyinde meydana gelebilecek gerilemeye engel olmak hedeflenmektedir.

Fiilen yapılan yardım ve bakımların desteklenen kimseye kanuni ve akdi bir yükümlülük icabı yapılmış olmasının önemi bulunmamaktadır. Ortada hiçbir yükümlülük bulunmasa dahi herhangi bir düşünceyle yapılan yardım veya bakım destek olarak kabul edilmektedir. Destekte bakılan şahsın aynı ailenin fertleri, kan hısımları veya mirasçısı olması şart değildir. Fiilen bakma şartının olması şartıyla uzak bir akraba veya bir dost veya bir hizmetçi desteklenen kimse olabilir. Ancak sürekli ve düzenli yardımların ölümden sonra devam edileceğinin kabulü ile zarardan bahsedilebilir²⁹⁷. Yardımın sürekli ve düzenli sayılması için yardımın belirli aralıklarla yapılması şart olmamakla birlikte süreklilik arz etmesi gerekmektedir. Süreklilik göstermeyen hediye verme gibi yardımlar destek olarak kabul edilemez. Keyfi ve ne zaman yapılacağı belli olmayan bir yardımda destek olma unsuru bulunmamaktadır. Destekte bulunma olarak

²⁹⁵ YUMUK, a.g.t., s. 105.

²⁹⁶ KAPLAN, a.g.t., s. 38.

²⁹⁷ TEKİNAY, a.g.e., s. 412.

kabul edilen yardımların yardım yapılan kimsenin geçimini sağlayıcı veya geçimine katkıda bulunucu nitelikte olması gerekmektedir²⁹⁸.

Destek çeşitli şekilde olabilmektedir. Desteği ortaya çıkış şeklini sınırlandırmak mümkün olmamakla birlikte aylık bağlamak, düzensiz fakat sürekli aynı veya nakdi yardımda bulunmak, yiyecek, giyecek veya konut ihtiyacını karşılamak, kronik rahatsızlığı olan hastaya ilaç temin etmek destek örnekleri arasında sayılabilir²⁹⁹.

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

İdarenin kusurlu eylemi nedeniyle ölenin ana ve babasının³⁰⁰, çocuklarının, hayatta kalan eşinin³⁰¹ ile istisnai hallerde kardeşlerinin³⁰², nikahsız eşinin³⁰³ ve evlilik dışı çocuğunun³⁰⁴ destekten yoksun kaldığı kabul edilmektedir. Önemli olan ölenin düzenli ve devamlı yardımında bulunma hususunun varlığıdır.

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

²⁹⁸ Kemal Tahir GÜRSOY, *Destekten Yoksun Kalma Tazminatı*, AÜHFED, S.29, Ankara, 1972, No:1-2, s.146-47; ESİN, a.g.e., İkinci Kitap: Esas, s. 443.

²⁹⁹ TEKİNAY, a.g.e., s. 412.

³⁰⁰ Dan. 10.D., 1.2.1996, E:1994/7433, K:1996/318; 12.2.2001, E:1999/2173, K:2001/457 BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 351,901 .

³⁰¹ Dan. 10.D., 12.4.2001, 865/1361, ATAY- ODABAŞI- GÖKCAN, a.g.e., s. 229.

³⁰² Dan. 10.D., 17.1.2001, 1504/78, 25.1.2001, 2235/242, ATAY- ODABAŞI- GÖKCAN, a.g.e., s. 227-228 .

³⁰³ Dan. 10.D., 10.2.1998, 5784/594, ATAY- ODABAŞI- GÖKCAN, a.g.e., s. 232.

³⁰⁴ Dan. 10.D., 21.11.1997, 1997/5965, ATAY- ODABAŞI- GÖKCAN, a.g.e., s. 234.

yardımın niteliği, süresi, hayata kalan eşin evlenme şansı ile ölüm olayında müterafik kusura dikkat edilmesi gerekmektedir³⁰⁵.

b. Bedensel (Cismani) Zarar

Maddi tazminatı gerektiren nedenlerden biri de, kişinin beden bütünlüğünün (cismani tamamîyetinin) bozulmasıdır. Beden bütünlüğü yalnızca kişinin anatomik yapısını ilgilendiren bir kavramdır. Dolayısıyla beden bütünlüğünün bozulması denince bir organın kırılması, kopması, yaralanması veya herhangi bir şekilde işlevini yapamaz hale gelmesi kadar, korku nedeniyle erken veya eksik doğum, korkuya dayalı kalp hastalığı, sinir bozukluğu, çirkinleşme gibi bozuklukları da anlamak gerekir³⁰⁶.

Borçlar Kanununun 46. maddesinin 1. fıkrasında cismani zarar halinde istenebilecek zararın kapsamı ve niteliğini düzenlemiştir. Bu düzenlemeye göre, cismani bir zarara duçar olan bir kimse külliyen veya kısmen çalışmaya muktedir olamamasından ve ileride iktisaden maruz kalacağı mahrumiyetten doğan zarar ve ziyan ile bütün masrafları isteyebilecektir. İdare hukukunda da geçerli olan bu hükme göre meydana gelebilecek zararların tazmini istenebilecektir³⁰⁷. Ancak davalı idarece veya sosyal güvenlik kurumları tarafından karşılanan zararların zarar görene tazmini zenginleşme yasağı gereği olanaksızdır³⁰⁸.

Genellikle sağlık raporları ile varlığı ortaya konulan³⁰⁹ bedensel zararlar; tedavi giderleri, çalışma gücünün azalması veya yok olması ve ekonomik gelişmenin zorlaşması alt başlıklarından oluşmaktadır.

i. Tedavi Giderleri

Zarar gören kişi sağlığının geri gelmesi amacıyla yaptığı her türlü giderleri maddi tazminat olarak isteme hakkına sahiptir. Tedavi sonrasında iyileşme meydana gelmese bile iyi niyetli ve kişinin ekonomik ve sosyal durumuna uygun biçimde yapılan tedavi giderlerinin tazminin ödenmesi gerekir. Tedavi giderleri zarar görenin mal

³⁰⁵ ESİN, a.g.e., İkinci Kitap: Esas, s. 446-447.

³⁰⁶ ESİN, a.g.e., İkinci Kitap: Esas, s. 447.

³⁰⁷ YUMUK, a.g.t., s. 114.

³⁰⁸ Dan. 10.D., 11.11.1996, E:1995/2210, K:1996/7302, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 766.

³⁰⁹ Fethi ASLAN, **İdari Yargıda Dava Açma Ehliyeti**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1991, s. 83.

varlığından yapılacağına göre tazminat isteme hakkı da kural olarak ona aittir. Tazminat isteyenin yaptığı giderleri belgelendirmesi gerekmektedir³¹⁰. Ancak daha önce belirttiğimiz gibi kişinin tedavi giderlerinin özel hukuk kişisi tarafından (mesela bir sağlık sigortası şirketi) karşılanması halinde cismani zarara kusurlu eylemi ile neden olan idare aleyhine tazminat talebinde bulunma hakkı o kişiye geçecektir.

Tedavi giderlerinin kapsamına; muayyene, ilaç, ulaşım, ameliyat ve hasta bakıcı tutma, ilaç, röntgen benzeri hizmet ve alımlar karşılığı yapılan harcamalar gibi harcamalar girmektedir³¹¹.

Üzerinde durulması gereken son nokta tedavi amacıyla yapılan tüm harcamaların maddi zarar kapsamına alınıp alınamayacağı ile ilgili husustur. İdarenin kusurlu eylemiyle meydana gelen cismani zarar nedeniyle yapılan tüm tedavi giderlerinin değil de tıbbın makul ve olağan olarak uygulanan tedavilere ilişkin kısımların ödenmesidir. Buna göre, tıp bilimine göre olağan olarak uygulanan cerrahi müdahale nedeniyle yapılan giderlerin karşılanması gerekirken henüz deneme aşamasında olmakla birlikte çözüm olup olmayacağı muamma olan son derece pahalı bir tedavi yöntemi için yapılan giderlerin bu kapsamda değerlendirilmesi kanaatimizce doğru olmayacaktır.

ii. Çalışma Gücünün Azalması veya Yok Olması

Bedensel bütünlüğün bozulması yani cismani zarar en başta kişinin çalışma gücünü etkiler. Bedensel zarara uğrayan yada uygulamadaki adı ile sakatlanan kişi çalışma gücünden kısmen yada büsbütün yoksun kalabilir³¹². Bu yoksunluk sürekli bir nitelik taşıyabileceği gibi geçici de olabilir. Böylece çalışma gücü azalan veya yok olan kişi olaydan önceki işini, meslek ve sanatını bir süre yada sürekli olarak yürütme olanağı bulamayacağından malvarlığında bir azalmaya daha doğru bir ifade ile kazanç kaybına uğramış olur. Bedensel zararın etkisi belirli bir devreye ilişkin ise yani sakatlık geçici bir nitelik taşıyorsa zarar, zarar görenin iyileşme anına kadar çalışmamasından doğan kazanç kaybından ibarettir. Olay tarihi ile iyileşme tarihi arasında kişinin normal

³¹⁰ ESİN, a.g.e., İkinci Kitap: Esas, s. 448.

³¹¹ TUNÇOMAĞ, a.g.e., C. I, s. 283.

³¹² TUNÇOMAĞ, a.g.e., C. I, s. 283.

olarak elde edebileceği kazanç, uğradığı kaybı teşkil eder ve bu oranda tazminata hükmedilmesi gerekir³¹³.

Bedensel bütünlüğün bozulması tazminata hükmedildiği tarihe kadar oluşan kazanç kayıpları ile ilerde elde edilecek kazanç kayıplarına neden olur. Çalışma gücündeki devamlı düşüklük halinde olayın bütün özellikleri göz önünde bulundurularak gelecekteki muhtemel zararın takdir edilmesi gerekmektedir³¹⁴.

Son olarak belirtmek gerekir ki çalışma gücündeki azalma veya yok olmayı belirlemek, bilhassa sürekli olduğu hallerde, özel ve teknik bir bilgiyi gerektirdiğinden bilirkişi yardımına ihtiyaç duyulmaktadır.

iii. Ekonomik Gelişmenin Zorlaşması

Vücut bütünlüğünün ihlali bazı hallerde çalışma gücüne olumsuz bir etkide bulunmama ile birlikte zarar görenin ekonomik geleceğini sarsmak suretiyle menfi ekonomik sonuçlar, maddi kayıplar doğurabilir. Vücut bütünlüğü ihlal edilen bir kişi çalışma gücünü tam olarak ihlal etmese bile iş piyasasında, mevcut ekonomik rekabette yeni bir iş bulmakta veya eski işini korumakta güçlük çekebilir yada aynı işte çalışsa bile eskisine oranla daha çok emek sarf etmek, daha çok dikkat ve çaba harcamak zorunda kalabilir, hatta işten çıkarılarak işsiz bile kalabilir³¹⁵. Bu durum güzelliğin bozulması halinde özellikle dansöz, manken, otel işçisi gibi meslek sahiplerinde görülmektedir. Çirkinlik nedeniyle evlenme şansını yitiren bir kızın da ekonomik geleceğinin tehlikeye düşeceğine kuşku bulunmamaktadır³¹⁶. Ekonomik gelişmenin zorlaşması oranında idare tazmin sorumluluğu altına girecektir³¹⁷.

c. Mala İlişkin Zarar

Taşınır ve taşınmaz mallar üzerindeki mülkiyet hakkı ve sınırlı ayni haklar, nispi nitelik taşıyan alacak hakları, fikri ve sınai haklarda oluşan mal varlığına verilen zararlarda maddi zararlar kapsamında değerlendirilerek tazminat davasına konu edilerek

³¹³ ESİN, a.g.e., İkinci Kitap: Esas, s. 448; TANDOĞAN, a.g.e., s. 285; Dan. 10.D., 31.1.1996, E:1994/5314, K:1996/294, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 351; Dan. 10.D., 24.1.2001, 1476/211, ATAY- ODABAŞI- GÖKCAN, a.g.e., s. 221.

³¹⁴ TUNÇOMAĞ, a.g.e., C. I, s. 284.

³¹⁵ EREN, a.g.e., C.2, s. 333.

³¹⁶ ESİN, a.g.e., İkinci Kitap: Esas, s. 449.

³¹⁷ Dan. 10.D., 6.2.2003, 2001/3091, K:2003/476, DD., S. 1, 2003, s. 429.

zarara neden olan idareden talep edilebilir. Ancak bu tür zararlar konumuz olan sağlık hizmetinden kaynaklanan hizmet kusuru sonrasında meydana gelemeyeceğinden ayrıntısına girilmeyecektir.

2. Manevi Zararın Kapsamı

Manevi zarar, bir kişinin kişilik değerlerinde ve şahıs varlığında iradesi dışında meydana gelen eksilmeyi ifade eder. Kişilik yani şahıs varlığını oluşturan hukuki değerlerin ihlali dolayısıyla uğranılan objektif eksilme ve kayıplar manevi zararı meydana getirir³¹⁸.

Manevi zarar sorunu zararın değerlendirilmesi ve giderilmesi yönlerinden özelliği ve büyük güçlükleri olan bir sorundur. Bu sorun insanın manevi varlığına yapılan saldırıların etkilerini ölçmenin olanaksızlığı ve manevi kayıpların telafi kabul etmezliğidir³¹⁹. Manevi tazminat gerçekte bir tazmin aracı değil tatmin aracıdır. Manevi değerlerinde bir eksilme meydana gelen, duyduğu acı, elem, ıstırap, üzüntü ve sarsıntı nedeniyle yaşama zevki azalan kişiye manevi tazminat adı altında bir miktar para verilerek onun bu yoldan tatmin edilmesi sağlanır³²⁰. Manevi tazminat, zarara uğrayanın zenginleşmesini sağlayacak oranda yüksek tutulamayacağı gibi tazminat kurumunun amacına uygun olmayacak kadar düşük de tutulamaz³²¹.

Manevi tazminata ilişkin olarak idare hukukuna ile ilgili yasalarda bir düzenleme bulunmadığından özel hukukta yer alan bu hukuksal kurum çok bir değişikliğe uğramadan tam yargı davalarında da varlığını devam ettirmektedir. Medeni Kanununun 24. ve 25. maddelerinde, hukuka aykırı olarak kişilik haklarına saldırılan kimsenin manevi tazminat isteyebileceğini hükme bağlamıştır. Borçlar Kanununun 47. ve 49. maddelerinde de, bedensel zarara uğrayan veya kişilik haklarına hukuka aykırı bir şekilde saldıran kişi ile ölenin ailesinin manevi zarar uğradığı hüküm altına

³¹⁸ EREN, a.g.e., C.2, s. 492.

³¹⁹ ÖZGÜLDÜR, a.g.e., s. 356.

³²⁰ ESİN, a.g.e., İkinci Kitap: Esas, s. 450; Dan. 10.D., 13.2.2001, E:1998/3789, K:2001/487, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 322.

³²¹ Dan. 10.D., 2.5.1995, E:1994/985, K:1995/2355 BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 1012.

alınmıştır³²². Manevi zararlar; ölüm, bedensel bütünlüğün ihlali ve kişilik haklarının ihlali nedeniyle ortaya çıkmaktadır.

a. Ölüm Nedeniyle Manevi Zarar

Bir kimsenin ölümü pek çok kişinin acı ve üzüntü duymasına ve ruhsal sarsıntıya uğramasına yol açabilir. Borçlar Kanununun 47. maddesi, ölenin ailesine daha doğrusu ölenin aile fertlerinin manevi zarara uğradığını hükme bağlamıştır. Ancak bu hüküm hem öğretilerde hem de uygulamada İsviçre Medeni Kanununun Almanca metninde yer aldığı şekli ile ölenin yakınları olarak anlaşılmaktadır. Aksi durum, ölen kimse ile ilişkisi bulunmayan veya ilişkisini çoktan kesmiş uzak hısımlar da girer ki, yakınlık ve sevgi duyulanın ölmesi halinde meydana gelen acı ve kederin hafifletilmesi amacını güden manevi tazminat hukukunun felsefesine aykırılık oluşturacaktır³²³.

Ölüm nedeniyle zarara uğradığından bahisle tazminat talep etmek için ölenle kendi arasında bir hısımlık, yakınlık veya ilişki bulunduğunu kanaat verici bilgi ve belgelerle ortaya konulması gerekmektedir. Buna göre, ölenin ana ve babası, kardeşi³²⁴, eşi³²⁵, çocuğu, büyükbabası ve anası, üvey anası, nikahsız eşi gibi yakınlarının manevi zarara uğradığından bahisle lehlerinde manevi tazminata hükmedildiği görülmektedir³²⁶.

Ölüm nedeniyle meydana gelen manevi zarar her bir zarara uğrayan açısından farklı olduğu gibi zararın hemen duyulmasına da gerek bulunmamaktadır. Zararın sonradan duyulması da manevi zararın tazmini için yeterlidir. Danıştay bir kararında, ölüm tarihinde küçük olan çocukların acıyı ölüm anında duymasa bile daha sonra ve hayat boyunca bu olayın ağırlığını hissedeceklerini ve dolayısıyla manevi acı duyacaklarından bahisle küçük ve evlilik dışı yaşayan eş³²⁷ lehine de manevi tazminata hükmedilmesi gerektiğine karar vermişken bir diğer kararında ölenin yeğeni ve kardeşleri lehine manevi tazminata hükmedilmeyeceğine karar vermiştir³²⁸.

³²² K. Eren GÖNEN, *İdari Yargıda Manevi Tazminat Meselesi*, **Danıştay Dergisi**, S. 108, Ankara, 2004, s. 26.

³²³ ESİN, a.g.e., İkinci Kitap: Esas, s. 451.

³²⁴ Dan. 10.D., 9.11.1999, E:1997/4839, K:1999/5475, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 341.

³²⁵ Dan. 10.D., 14.6.2001, E:1999/4088, K:2001/2336, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 331.

³²⁶ ASLAN, a.g.t., s. 81.

³²⁷ Dan. 10.D., 4.10.1996, 970/5777, ATAY- ODABAŞI- GÖKCAN, a.g.e., s. 260.

³²⁸ Dan. 10.D., 30.3.1998, E:1997/5583, K:1998/1311, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 937.

Ölenin yakınlarının yaşı ve hukuki statüsü önemli olmamakla birlikte³²⁹ ölene yakınlıkları, ekonomik ve sosyal durumları, müterafik kusur durumu ile birlikte bu hususlar da manevi zararın miktar olarak takdirinde dikkate alınabilecektir. Manevi zarar somut olarak hesaplanacak bir olgu olmadığından kural olarak mahkemece resen takdir edilir.

b. Bedensel Bütünlüğün İhlali Nedeniyle Manevi Zarar

Bedensel zarar sonucunda anatomik yapısı veya fiziksel görünüşü bozulan bir kişinin bu yüzden acı, üzüntü ve sarsıntı duyacağına, bazı ruhsal komplekslere uğrayacağına kuşku bulunmamaktadır. Bir organı kırılan, kopan, yaralanan veya önemli bir korku geçiren yada yüzü ve bedeni çirkinleşen kişi güçsüzlük ve zillet duygularına kapılıp ruhsal dengesini yitirebilir. Onun manevi varlığındaki bu eksikliği karşılamak hiç değilse bir ölçüde gidermek için manevi tazminat verilmesi gerekir³³⁰. İdarenin kusurlu eylemi nedeniyle cismani zarara uğrayana manevi tazminat verilmesi Borçlar Kanununun 47. maddesinde yer alan, cismani zarara duçar olan kimseye manevi zarar namıyla tazminat verilmesini öngören hükmünün idare hukukuna yansımaları sonucudur.

Cismani zarar nedeniyle kural olarak tazmini gereken bir zarara kişinin kendisi uğramaktayken bedensel zarardan zarara uğrayanın çok yakını olup manevi ıstırap duyan yakının da zarara uğradığının kabulü gerekmektedir³³¹. Buna göre, kusurlu tıbbi müdahale nedeniyle rahmi alınan kişinin eşinin çocuk yapma yeteneğinin yitirilmesi nedeniyle manevi ıstırap duyduğunun kabulü gerekir.

Kişinin temyiz kudretinden yoksunluk bağlamında medeni hakları kullanma ehliyetinden mahrum bulunmasının manevi tazminata hükmedilmesine engel teşkil etmeyecektir³³².

³²⁹ YUMUK, a.g.t., s. 128.

³³⁰ ESİN, a.g.e., İkinci Kitap: Esas, s. 452; Dan. 10.D., 14.3.2001, E:2000/5558, K:2001/791, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 327.

³³¹ ASLAN, a.g.t., s. 82; Dan. 10.D., 14.6.2001, E:1999/2948, K:2001/2375, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 330.

³³² ARMAĞAN, a.g.e., s. 227.

c. Kişilik Haklarının İhlali Nedeniyle Manevi Zarar

Kişilik hakları pek çok manevi değeri içine alır. Özgürlük, namus, şeref, onur, anı, gibi değerlerle kişinin özel yaşamına ve aile yaşamına ilişkin sırlar, meslek sırrı, isim ve fotoğraflar üzerindeki haklar, ticari ve mesleki saygınlık ve tüm sosyal ve siyasal haklar bu alanda sayılır. Bunlardan birine yapılan saldırı nedeniyle önemli ölçüde üzüntü ve acı duyan ruhsal sarsıntı geçiren kişiye bir tatmin aracı olarak manevi tazminat verilmek gerekmektedir³³³.

Bir kimsenin kişilik haklarına yapılan tecavüz nedeniyle sadece saldırıya uğrayan zarar görmüş olmaktadır. Buna bağlı olarak sadece kişilik hakkına tecavüz edilen tazminat talep edebilecektir. Nitekim Borçlar Kanununun 49. maddesi de ancak şahsi menfaatleri haleldar olan kimsenin tazminat isteyebileceğini hükme bağlamıştır³³⁴.

Zararın sorumluluğun doğmasına ilişkin kısmı ayrıntısıyla birlikte incelendikten sonra belirtmek gerekir ki, zararın ispatı, hesaplanması, faiz ve tazminat davası açılması halinde yargılamaya hakim olan ilkeler konumuz dışında tutulduğundan incelenmeyecektir.

III Zararın İdari Faaliyetten Kaynaklanması

Sağlık faaliyetlerinden kaynaklanan maddi ve manevi zararın idareye yüklenebilmesi her şeyden önce bu zarara idarenin eylem veya işleminin neden olması gerekmektedir³³⁵. Bu bölümde genel olarak zarara neden olan faaliyetin idari olup olmaması irdelendikten sonra konunun kamu ve özel sağlık hizmetleri açısından farklılığı üzerinde durulacaktır.

A. Genel Olarak

Türk hukukunda idarenin sorumluluğu idare adına faaliyette bulunan şahsın eylem ve işlemine değil idarenin anonim eylem ve işlemine bağlandığından³³⁶ idarenin

³³³ ESİN, a.g.e., İkinci Kitap: Esas, s. 453; Dan. 10.D., 18.11.1999, E:1997/6413, K:1999/6174, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 342.

³³⁴ ASLAN, a.g.t., s. 84.

³³⁵ CANDAN, a.g.e., s. 160.

³³⁶ BALTA, a.g.m., s. 105.

sorumlu olabilmesi için her şeyden önce ortada bir idari faaliyet bulunmalıdır³³⁷. Zarar doğurucu faaliyetin idareye bağlanması, başka bir ifade ile tazmin borcunun meydana gelebilmesi için zararı doğuran tutum ve davranışın idare adına veya idare tarafından yapılmış olması gerekmektedir. Zarar doğurucu faaliyetin idareye bağlanması olası değilse tazmin borcu oluşmaz. İdare dışındaki ve idare ile ilişkisi olmayan kişilerin verdikleri zararlar idareye bağlanamaz. Böyle olmakla birlikte kamu hizmetine gönüllü olarak da olsa katılanların verdikleri zararlar, idareye bağlanabilir³³⁸.

İdarenin faaliyetleri sırasında gerek iradesi dışında gerçekleşen olaylar gerekse de bilerek yapmış olduğu maddi ve hatta hareketsiz kalması sonucu meydana gelen bir takım fiili durumlar olarak tanımlan³³⁹ idari eylemler idarenin sağlık hizmetinden kaynaklanan sorumluluğunun temel kaynağıdır. İdare tarafından gerçekleştirilen tüm eylemler yapısal olarak maddi alemde değişiklikler meydana getirirler. Sağlık hizmetinin sunulması amacıyla yapılan muayyene, ameliyat, enjeksiyon, acil hastaya süresinde müdahale etmeme, yanlış tedavi yöntemi uygulama hep birer idari eylemdir. idari eylemde asıl olan idare adına tasarrufta bulunabilen, bu konuda yetkilendirilmiş kişilerce eylemin icra edilmiş olmasıdır. Bu nedenle örneğin hekimce görevi sırasında icra edilen sağlık faaliyetleri idari eylem olurken, mesela tatil yapmaktayken boğulmakta olan bir kişiye hayata döndürmek amacıyla müdahale etmesi idari eylem olmayacak, özel hukuk kapsamındaki hukuki fiil olacaktır.

Genel olarak diğer tüm idari faaliyetlerde olduğu gibi sağlık hizmetlerinde de hizmet kusurunun temel unsurunu idari eylemler oluşturmaktadır. Zira idari eylemler hizmet sunma sırasında idarenin başvurduğu temel argümandır. Buna karşılık idari işlemler de hizmet kusurunun bir sebebi olabilmektedir. İdari işlem genelde kendisini koruyucu, teşhis ve tedavi edici ve rehabilite edici sağlık hizmetlerinden ziyade diğer sağlık hizmetlerinde göstermektedir. Buna göre, sağlık raporunun tanziminden, yazılı olarak başvurulmasına rağmen bilgi verilmemesinden kaynaklanan hizmet kusuru halleri idari işlemden kaynaklanmaktadır. Ancak dikkat edilmesi gereken husus idari eylemi temelinde idari işlem olan uygulama davranışından ayırt edilebilmesi halidir.

³³⁷ GÜNDAY, a.g.e., s. 334; İNAN, a.g.m., s. 30.

³³⁸ ARMAĞAN, a.g.e., s. 195.

³³⁹ ERKUT, a.g.e., s. 33.

Ancak tekrar ifade edelim ki, sağlık hizmetinden kaynaklanan hizmet kusurları genel olarak idari eylemden kaynaklanmaktadır.

Sonuç olarak ifade etmek gerekir ki, faaliyetin idareye atfı ve isnat edilebilmesi sorumluluğun bir şartını teşkil eder³⁴⁰, yani yönlendirme yeteneği sorumluluğun kendisi değildir. Buna paralel olarak faaliyet idareye yüklenmekle birlikte sorumluluğun diğer şartları oluşmamışsa tazmin borcunun doğmayacağı açıktır³⁴¹.

B. Kamu Tarafından verilen Sağlık Hizmetleri Açısından

Kamu sağlık kuruluşlarının amaçları Anayasanın 56. maddesinin devlete yüklemiş olduğu vatandaşlara sağlık hizmeti sunma ödevinin yerine getirilmesidir. Kamu sağlık kuruluşlarında vatandaşlara sunulan hizmetin uygulayıcısı hekim ve diğer sağlık çalışanları memur statüsündedir. Yerine getirdikleri hizmet de idare hukuku anlamında idari faaliyetten başka bir şey değildir³⁴².

Kamu idareleri ve kurumları tarafından işletilen sağlık kuruluşlarındaki hizmetin kötü işlemesinden dolayı idarenin sorumlu olacağından kuşku bulunmamaktadır. Anayasanın 125. maddesinde yer alan idarenin eylem ve işlemlerinden kaynaklanan zararları ödemekle yükümlü olduğu hükmüne göre Sağlık Bakanlığı, Milli Savunma Bakanlığı, üniversiteler ve diğer idareler tarafından işletilen sağlık kurumlarında idarenin kendi ajanları ile verdiği hizmetten dolayı maddi veya manevi zarara uğrayanların zararlarını tazminat hükümleri çerçevesinde gidermek idarenin bir yükümlülüğüdür.

Kamu hastanelerine başvuran hasta ile kamu hastanesi yada kamu personeli arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır. Kamu hastanesinin hastaya karşı sözleşme sorumluluğundan bahsedilemez. Hasta, kamu hizmetinden yararlanan kişi durumundadır. Bu nedenle sağlık kuruluşu dahilinde sunulan sağlık hizmeti yüzünden meydana gelen zarar nedeniyle idare aleyhine idare hukuku esasları çerçevesinde tazminat davası açılır³⁴³.

³⁴⁰ AYİM, 2.D., 17.12.2003, 2002/675, K:2003/916, AD., S. 19, K.2, 2003, s. 1092.

³⁴¹ ARMAĞAN, a.g.e., s. 195.

³⁴² HANCI, a.g.e., s. 150.

³⁴³ ÖZTÜRKLER, a.g.e., s. 185; Dan. 10.D., 16.5.2001, E:1999/1689, K:2001/1839, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 329.

Hangi kamu idaresi veya kamu kurum tarafından işletileceği tazminat hükümlerinin işletilmesi açısından önemli değildir. Sorumlu olan idarenin bilinmesi sadece açılacak tazminat davasında davalının tespiti açısından önem arz etmektedir. Yanlış idareye karşı açılacak dava hem davacı açısından zaman kaybına hem de usul ekonomisine aykırılığa neden olacaktır; çünkü, bu durumlarda mahkeme dava dilekçesinin gerçek hasma göndermek durumunda kalacaktır.

C. Özel Sağlık Hizmetleri Açısından

2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu ile Özel Hastaneler Tüzüğü kamu idareleri ve kurumları tarafından sunulan sağlık hizmetleri dışında özel hukuk tüzel ve gerçek kişileri tarafından da sağlık hizmetinin verilebileceği hüküm altına alınmıştır. Özel sağlık kuruluşları; hekim ve diğer sağlık personelinin seçiminde, genel kabul görmüş tıbbi metotların uygulanması konusunda, mevcut gelişmeleri izlemek için çalıştırdığı sağlık personeline gerekli olanakları tanımada, araç ve gereç seçiminde ve kullanılmasında, sağlık kuruluşunun bakımı ve tedavi hizmetlerinin düzenlenmesinde, kayıtların muhafazasında, aydınlatma ve rızanın alınmasında ve tanı ile tedavide özen gösterilmesini bir zorunluluk olarak öngörmektedir.

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

İdarenin sunduğu kamu hizmetlerinde olduğu gibi özel sağlık kuruluşlarında sunulan sağlık hizmeti de kusurlu olması sonucu zarar meydana gelebilecektir. Özel sağlık hizmeti, özel hukuk hükümleri çerçevesinde faaliyette bulunmaktadır. Bu nedenle sağlık hizmetini alan hasta ile aralarında sözleşme ilişkisi kurulmaktadır. Dolayısıyla hastanın kusurlu hizmet sunması nedeniyle meydana gelen zarar sözleşmeye aykırılık

veya istisnai olarak haksız fiil hükümleri uyarınca Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu çerçevesinde çözümlenecektir. Bu bakımdan, maddi ve/veya manevi zarara uğradığını ileri süren hasta yada yakınları tazminat istemiyle adli yargı mahkemelerinde dava açabileceklerdir³⁴⁴.

Özel hukuk kişilerince verilen sağlık hizmetinden idarenin kural olarak sorumlu tutulması söz konusu değildir. İdarenin sorumluluğundan bahsedebilmek için idari eylem veya işlemin bulunması ve bu eylem ve işlemin hukuka aykırı olarak zarara neden olması gerekmektedir. Oysa ki, örneğin özel hastanede verilen anestezi nedeniyle tekrar uyandırılmaması sonucu ölen hasta yakınlarının uğradığı zarar tamamen özel hukuk hükümleri çerçevesinde tazmini gereken bir zarar durumundadır.

Kural, özel sağlık hizmetlerinden idarenin sorumlu olmaması ise de, sağlık hizmetinin özelliği gereği idarenin özel sağlık kuruluşunun mesela hastanenin kurulması ve işletilmesi aşamasında gerekli gözetim, denetim ve yaptırım uygulama görev sorumluluğunu yapmaması nedeniyle zararın meydana gelmesi halinde idarenin sorumlu olamayacağının kabulü kolay olmayacaktır. Kanaatimce, zarar idarenin gözetim ve denetimini mevzuatında yer aldığı ölçüde yapmamasından veya özellikle gözetim ve denetim sonucunda aykırılıkların bulunmasına rağmen gerekli tedbirlerin alınmamasından kaynaklanmakta ise idarenin hizmet kusurunun bulunduğu kabulü gerekmektedir. Buna göre, idarenin sorumluluğundan bahsedebilmek için idarenin maddi veya manevi zararın doğabileceğini öngörmesi yeterli olacaktır. İşlev görmeyen tıbbi cihazların, insan sağlığını tehdit ettiği bilinen tıbbi uygulamaların, gerekli niteliklere sahip olmayan sağlık personelinin istihdam edildiğinin denetim sırasında tespit edilip kayıtlara geçirilmesine rağmen tedbir alınmaması nedeniyle meydana gelen zararlardan idarenin de kusurlu olacağının kabulü yerinde olacaktır.

Üzerinde durulması gereken bir diğer husus, idarenin gözetim ve denetim kusurları nedeniyle zararın meydana gelmesinden dolayı idare sorumlu olsa bile bu sorumluluğun sağlık hizmeti sorumluluğu olmadığıdır. Zira özel sağlık hizmetinden dolayı idareye verilen gözetim ve denetim yetkisi bir sağlık hizmeti değil idarenin asli diğer görevlerindedir. Bu nedenle idarenin bu sorumluluğu genel tazminat sorumluluğu kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

³⁴⁴ HANCI, a.g.e., s. 113 vd.; ÖZTÜRKLER, a.g.e., s. 177 vd.

Son olarak belirtmek gerekir ki, idarenin gözetim ve denetim görevlerindeki aksama nedeniyle meydana gelen zararın tamamından idarenin sorumlu tutulmayarak müterafik kusur durumunun tartışılması yerinde olacaktır.

IV İlliyet Bağı

Bu başlık altında sorumluluğun doğmasının zorunlu şartı olan illiyet bağı ile kabul edilen illiyet bağı olarak uygun illiyet bağı kavramları irdelenecektir.

A. Kavram

İlliyet bağı sorumluluğun temel şartı ve tazminat hukukunun önemli bir ilkesi olarak görülmesi nedeniyle bu şart olmaksızın sorumluluğun varlığı kabul edilemez. İnsan düşüncesinin bir kuramı olan illiyet kavramı, zararlı söz konusu davranış veya olay arasında bir sebep sonuç bağının bulunmasını gerektirir. Hukukta zararlı sorumluluğun bağlandığı olay veya davranış arasındaki sebep sonuç ilişkisine illiyet bağı denmektedir³⁴⁵. Tazmin borcunun doğması için zararlı eylem ve işlem arasında bir illiyet rabitasının bulunması yani zararın o eylem ve işlem sebebiyle oluşması lazımdır³⁴⁶.

B. Uygun İlliyet Bağı

İlliyet bağının varlığını somut olayda ortaya koymak tanımlamaktan daha zordur. Maddi olayda eylem ve işlem ile zarar arasındaki ilişkinin hangi aşamadan sonra illiyet bağı olarak kabul edileceği tartışması sonrasında özel hukuk uygulaması olarak Alman ve İsviçre Mahkeme kararlarında kabul edilen kavram karşımıza uygun illiyet bağı olarak çıkmaktadır³⁴⁷.

Somut olayda gerçekleşen türden bir sonucun, olayların normal akışı ve hayat tecrübesine göre, niteliği ve yönelişi itibariyle meydana getirmeye genel olarak elverişli olan veya bu türden bir sonucun gerçekleşme ihtimalini objektif olarak artırmış bulunan zorunlu şartlarla söz konusu kusur arasında ki ilişkiye uygun illiyet bağı denilir³⁴⁸. Bu

³⁴⁵ EREN, a.g.e., C.2, s. 533.

³⁴⁶ ONAR, a.g.e., C.III, s. 1723; TUNÇOMAĞ, a.g.e., C. I, s. 270.

³⁴⁷ TUNÇOMAĞ, a.g.e., C. I, s. 270.

³⁴⁸ EREN, a.g.e., C.2, s. 509; TEKİNAY, a.g.e., s. 393; CANDAN, a.g.e., s. 163.

tanıma göre, uygun illiyet bağından bahsedebilmek için hayatın olağan akışına göre eylemin zararı meydana getirebilecek nitelikte olması gerekir.

Olaylar doğal akımına göre beklenilmeyen veya olağanüstü bir sonuç doğmuş ise, idarenin bu sonuçtan bütünü ile sorumlu tutulması doğru olmayacaktır³⁴⁹. Danıştay bir kararında, gerekli tüm tıbbi müdahale yapılmış olsa dahi görme yeteneğini yitirecek olan kişinin zararından idarenin sorumlu tutulamayacağına karar vermiştir.³⁵⁰

Hizmet kusuru ile zarar arasında uygun illiyet bağının varlığını arayan Danıştay'a göre illiyet bağının varlığının ispatı zarar görene aittir³⁵¹. Ancak ispat yükümlülüğü özel hukuktaki kadar ağır ve zor değildir. Gerçekten idari sorumluluğun doğumu için sadece zararın idareden geldiğinin kanıtlanması gerekli olup çoğu kez davacının kanıt başlangıcı sayılacak ipuçlarını mahkemeye vermesi yeterli görülmektedir³⁵².

İdari faaliyet ile zarar arasında illiyet bağı bulunup bulunmadığının saptanması teknik bir uzmanlık ve bilgi ile saptanabilecek nitelikte olabilir. İşte bu gibi hallerde bilirkişi incelemesi yaptırmak suretiyle nedensellik bağının varlığı saptanmalıdır³⁵³.

C. Sağlık Personelinin İdare İle Birlikte Sorumluluğu

İdarenin sorumluluğunu gerektiren faaliyette, kamu görevlisinin veya üçüncü şahsın tamamen veya kısmen iştirak etmesi halinde idarenin ödediği tazminattan dolayı sorumlulara rücu hakkının bulunması doğaldır³⁵⁴.

Anayasanın 40. maddesinin 2. fıkrasında, kişinin resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemleri sonucu uğradığı zararların kanuna göre devletçe tazmin edileceği, devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkının saklı olduğu, 129. maddesinin 5. fıkrasında ise, memurları ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlarda ancak idare aleyhine açılacağı hükme bağlanmıştır.

³⁴⁹ ARMAĞAN, a.g.e., s. 197; Dan. 10.D., 25.1.2001, E:1998/3624, K:2001/246, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 321; AYİM. 2.D., 9.4.2003, 2001/678, K:2003/412, AD., S. 19, K.2, 2003, s. 1097.

³⁵⁰ Dan. 18.1.2001, E:1998/3370, K:2001/109, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 319

³⁵¹ YENİCE-ESİN, a.g.e., s. 103.

³⁵² İNAN, a.g.m., s. 31.

³⁵³ GÜNDAY, a.g.e., s. 335.

³⁵⁴ ONAR, a.g.e., C.III, s. 1757.

Paralel bir düzenleme de 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda yer almaktadır. Anılan Kanununun 13. maddesinin 1. fıkrasında, kişilerin, kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan ötürü, bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil ilgili kurum aleyhine dava açılacağı, kurumun genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkının ise saklı olduğu kural altına alınmıştır.

Anayasanın 125. maddesinin son fıkrasında yer alan, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden kaynaklanan zararları ödemekle yükümlü olduğuna ilişkin hüküm idarenin sorumluluğuna ilişkin genel bir düzenlemedir. Yukarıda anılan anayasa ve yasa maddeleri, idarenin eylem ve işlemi ile birleşen kamu personelinin kusurlarının bulunması halinde de açılacak davaların idare mahkemesinde idare aleyhine açılacağı, ancak idarenin ödemek zorunda olduğu tazminat miktarından personelin sorumluluğu oranında kendisine rücu hakkının bulunduğu sonucu çıkmaktadır.

Kamu görevlisinin özel yaşantısını resmi yaşamı ile hiçbir ilgi ve irtibatı bulunmadan yegane aktör ve muhatap olarak işlediği eylem ve işlemlerden dolayı tek sorumlu görevlinin kendisi olup özel hukukun sorumluluk esaslarına göre adliye mahkemelerinde dava açılacaktır³⁵⁵.

Kamu sağlık kuruluşlarında hizmetin görülmesi nedeniyle ortaya çıkan zarardan idare sorumlu olacaktır. Dolayısıyla kamu hastanelerinde çalışan sağlık personelinin yaptıkları hizmetten bir zarar doğması halinde zararı gören kimse idarenin sorumluluğu yoluna gidecektir. Hizmet esasına dayanması halinde idare doğrudan sorumlu olacakken, idare ile kamu personelinin birlikte kusurlu olduğu yani hizmet kusuru ile şahsi kusurun birleştiği görev kusurunda ise, kusuru oranında personeline rücu etme hakkına sahip olmakla birlikte yine idare sorumlu olacaktır³⁵⁶.

Görüldüğü gibi kamu personelinin şahsi kusurundan idarenin sorumluluğu esası haricidir. Teminat sistemi³⁵⁷ olarak da ifade edilen bu esas, zarar gören kişilerin hak kayıplarına uğramasını engellemek ve zararın olası tazmin edilememe ihtimalini bertaraf etmek amacıyla geliştirilmiştir. Ancak tekrarlamak gerekir ki, kamu

³⁵⁵ Semahattin DEVRİM, *Kurumun Personel Rücu Hakkı*, **Danıştay Dergisi**, Ankara, 1980, s. 17; GÜRAN, a.g.m., s. 56.

³⁵⁶ BAŞGİL, a.g.e., s. 31-32; KARAEĞE, a.g.t., s. 43.

³⁵⁷ KAPLAN, a.g.m., s. 189.

personelinin şahsi kusurundan dolayı idarenin sorumlu olması sonucunu doğuracak bir husus bulunmamaktadır.

D. İlliyet Bağını Kesen Haller

Tazmin borcunun meydana gelebilmesi için zararlı faaliyetin idareye atıf ve isnat edilebilmesi yani idarenin zararın faili ve sorumlusu durumunda bulunması lazımdır. Ancak failin idareye atıf ve isnat edilebilmesi sorumluluğun bir şartını teşkil eder. Atıf ve isnat kabiliyeti sorumluluğun kendisi olmadığından illiyet bağı ile birlikte sorumluluğun diğer şartlarının da bulunması gerekmektedir³⁵⁸.

Sorumluluğun şartlarından birini oluşturan zarara sebebiyet veren davranış ile zarar arasındaki ilişki, yabancı sebeplerin müdahalesi sonucu bozuluyor ise bu durum sorumlu tutulmaya çalışılan idarenin sorumluluğunu ya tamamen kaldırabilir veya niteliğini hafifletebilir³⁵⁹.

İdare hukukunda illiyet bağını kesen sebepler olarak; mücbir sebep, beklenmeyen hal, zarar görenin davranışı ve üçüncü kişinin davranışı olmak üzere dört tanedir.

1. Mücbir Sebep

Roma hukukundan geçerek hem özel hukukta hem de kamu hukukunda önemli rol oynayan mücbir sebep kavramı, idare hukuku açısından sorumluluğu ortadan kaldıracı bir işleve sahiptir. Zorlayıcı neden terimi ile de ifade edilen mücbir sebep, zararı idareye yüklenebilir olmaktan çıkararak ve zararlı idari etkinlik arasında illiyet bağını kesen nedenlerin en önemlilerindedir³⁶⁰.

Mücbir sebep zarar ile idari faaliyet arasındaki bağlantıyı ortadan kaldırır³⁶¹. Mücbir sebep idareye tamamen yabancı, öngörülebilmesine rağmen önlenemeyen olgulardır. Mücbir sebep, yer sarsıntısı, heyelan, ihtilal gibi önceden takdir ve tahmini kabil olmayan kökeni tabii³⁶², sosyal ve hukuki olması itibarıyla failin dışında kalan ve

³⁵⁸ ONAR, a.g.e., C.III, s. 1718.

³⁵⁹ ATAY- ODABAŞI- GÖKCAN, a.g.e., s. 176-177

³⁶⁰ Zuhale Bereket BAŞ, *Tam Yargı Davaları, İdari Yargı Panel*, 11-12.Nisan 2003, Mersin, Şen Matbaası, Ankara, 2003.

³⁶¹ GÜZÜBÜYÜK, a.g.e., 353-354; OYTAN, a.g.e., s. 10.

³⁶² YENİCE-ESİN, a.g.e., s. 102.

bu kişi tarafından önlenme olanağı bulunmayan olaylardır. Bunların yanında yıldırım düşmesi, don, yer çökmesi, aşırı fırtına, kavga, deprem gibi doğal olaylar ile insana bağlı olaylar da bu kapsamda değerlendirilebilir³⁶³.

Zararı doğuran olayın mücbir sebep olarak değerlendirilebilmesi için olayın idarenin iradesi dışında meydana gelmesi gerekmektedir³⁶⁴. Buna göre, zararı doğuran olayın idarenin eyleminden kaynaklanmaması kaynağının idarenin dışında gelişen bir olay olması gerekmektedir. İdarenin kaynağında bulunduğu bir olayın mücbir sebep olarak kabul edilmesine olanak bulunmamaktadır. Aynı şekilde, idarenin kusuru olmaksızın mücbir sebebin zarar doğurucu sonucunun doğmasının olanaksız bulunduğu durumlarda idarenin tazmin sorumluluğu devam eder³⁶⁵.

Zararı doğuran olayın bir diğer özelliği de öngörülemeyiz olmasıdır. Öngörülmezlik, mücbir sebep olup olmadığı tartışılan olayın meydana geleceğinin önceden tahmin edilememesi, bir olay akla gelse bile sonuçlarının baştan kestirilemez olmasıdır³⁶⁶. Buna paralel olarak mücbir sebep olarak kabul edilen olayın sık sık tekrarlanmaması, olayın meydana geleceğine ilişkin ayrıntıların bilinmemesi ve nihai olarak olayın meydana geliş yoğunluk ve süresinden periyodik olmaması gerekmektedir³⁶⁷.

Mücbir sebebin son özelliği ise karşı konulamaz, önlenemez olmasıdır. Bu kavramdan kasıt, idare ne kadar etkin araç, gereç ve tesis kullanırsa kullansın, ne kadar ciddi ve yerinde tedbir almış olursa olsun, ileri bir öngörüyle ne kadar tedbirli uyarılar ve düzenlemeler yapmış olursa olsun olayın sonuçlarını engellemesinin olanaksız olmasının ve sonuçlardan kaçınılmasının imkansızlığıdır³⁶⁸.

2. Beklenmeyen Hal

Beklenmeyen hal de mücbir sebep gibi idarenin iradesi dışında oluşan ve öngörülmesi ve önlenmesi mümkün olmayan olaylardır. Ancak zorlayıcı nedenlerin

³⁶³ ATAY- ODABAŞI- GÖKCAN, a.g.e., s. 177; OYTAN, a.g.e., s. 10; Yıldızhan YAYLA, *İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu*, 12-13 Mayıs 1979, Ankara, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, s. 47.

³⁶⁴ GÖZLER, a.g.e., C.II, s. 1222; YAYLA, a.g.m., s. 57.

³⁶⁵ CANDAN, a.g.e., s. 183-184.

³⁶⁶ ARMAĞAN, a.g.e., s. 249; OYTAN, a.g.e., s. 11.

³⁶⁷ YAYLA, a.g.m., s. 50 vd.

³⁶⁸ OYTAN, a.g.e., s. 12; YAYLA, a.g.m., s. 55 .

idari davranışın dışında olmasına karşılık beklenmeyen durumlar idari davranışın içinde oluşur³⁶⁹. Buna göre, beklenmeyen hali mücbir sebepten ayıran en önemli özellik zarar doğuran olayın idarenin faaliyetleri içerisinde meydana gelmesidir³⁷⁰.

İdarenin kusura dayanan sorumluluğu söz konusu olduğu takdirde beklenmeyen halin meydana gelmiş olması, kusur unsurunu ortadan kaldıracığı için idarenin kusura dayanan sorumluluğunu ortadan kaldırır³⁷¹.

3. Zarar Görenin Kusuru

Uygun illiyet bağı ve bu bağı kesilmesi iki aşamalı bir düşünce ve değerlendirme süreci içinde cereyan eder. Birinci aşamada, sorumlu olacak kişinin davranışı veya sorumluluğunun bağlandığı objektif olayın niteliği itibariyle gerçekleşen türden bir zararı meydana getirmeye genel olarak elverişli olup olmadığıdır. Buna olumlu cevap verilirse ortaya çıkan yeni sebepler dikkate alınarak bunların illiyet bağı kesmeye elverişli olup olmadıkları incelenir. Eğer bu aşamadaki sebeplerin illiyet bağı kesmeye elverişli oldukları kabul edilirse birinci aşamada doğan zarar ortadan kalkacaktır³⁷².

Zarara uğrayan kişi bizzat zararın önlenabilir olmasını engellemiş veya zararı ağırlaştırmış ise idare açısından illiyet bağı kesilmesi nedeniyle durumun niteliğine göre idarenin sorumluluğu tamamen veya kısmen ortadan kalkar³⁷³. İdari yargı yeri tazminat miktarını hesaplarken bu durumu dikkate alır³⁷⁴.

4. Üçüncü Kişinin Kusuru

İdarenin zarar verici davranışına üçüncü kişilerin katılmaları esas itibariyle idarenin sorumluluğu etkileyen durumlardan biridir. Meydana gelen zarar üçüncü kişinin davranışından kaynaklandığı gibi zararın nitelik ve niceliğinin üçüncü kişinin müdahalesi nedeniyle artmışta olabilir.

³⁶⁹GÜNDAY, a.g.e., s. 336; OYTAN, a.g.e., s. 14.

³⁷⁰ DELCROS-DELCROS, a.g.e., s. 62.

³⁷¹ ARMAĞAN, a.g.e., s. 263; farklı düşünce için bkz. CANDAN, a.g.e., s. 184.

³⁷² EREN, a.g.e., C.2, s. 547; Dan. 10.D., 14.6.2001, 4083/2337, ATAY- ODABAŞI- GÖKCAN, a.g.e., s. 267.

³⁷³ ATAY- ODABAŞI- GÖKCAN, a.g.e., s. 181; GÖZLER, a.g.e., C.II, s. 1231; YENİCE-ESİN, a.g.e., s. 99; Dan. 10.D., 20.6.2001, E:1999/4072, K:2001/2527; 25.10.2001, E:1999/4708, K:2001/3683 BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 776 vd.

³⁷⁴ CANDAN, a.g.e., s. 185.

Zarar aynı zamanda bir kamu tüzel kişinin ve üçüncü bir kişinin kusurlu davranışına bağlanabilmesi mümkün ise olayın özellikleri dikkate alınarak idare ya tamamen ya da kısmen sorumluluktan kurtulur. İdarenin hizmet kusuru dolayısıyla sorumluluğu hallerinde üçüncü kişinin davranışı zararın oluşumuna katıldığı ölçüyle orantılı olarak idareyi sorumluluktan kurtarır³⁷⁵. Zarara uğrayan böyle bir durumda idareden ancak idarenin kusuru oranında talepte bulunabilir³⁷⁶. Yalnız bu halde idare tazminat ödemek zorunda kaldığı oranda üçüncü kişiye rücu etme olanağına sahiptir³⁷⁷.

İdarenin sorumluluğunu kaldıran üçüncü kişiler idare ile hiçbir hukuki ilişkisi olmayan kişiler ve kuruluşlardır³⁷⁸. Ancak zarara yol açan üçüncü kişiler ile idare arasında hukuki bir ilişki söz konusu ise idarenin sorumluluğu devam eder³⁷⁹.

³⁷⁵ Dan. 10.D., 9.5.2001, 1655/1696, ATAY- ODABAŞI- GÖKCAN, a.g.e., s. 270.

³⁷⁶ ATAY- ODABAŞI- GÖKCAN, a.g.e., s. 182; Dan. 10.D., 28.5.1998, E:1996/9113, K:1998/2308 BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 778.

³⁷⁷ GÖZLER, a.g.e., C.II, s. 1241; CANDAN, a.g.e., s. 185.

³⁷⁸ ARMAĞAN, a.g.e., s. 278.

³⁷⁹ YENİCE-ESİN, a.g.e., s. 101.

SONUÇ

İdarenin henüz bir organizasyon olarak teşkilatlanmasını bitiremediği ve katı liberal anlayışın uygulandığı devlet modellerinde idare, hem sadece temel kamu hizmetlerini yürütmekte hem de yürüttüğü bu hizmetler nedeniyle vatandaşlarının uğradıkları zararları tazmin etme yoluna girmemekteydi. İdarenin sorumsuzluğunun kabul edildiği bu dönemin terk edilmeye başlanması ile birlikte sunulan kamu hizmetlerinden kaynaklanan zararların tazmini yoluna gidilmeye çalışılmıştır. Sosyal hukuk devletinin bir sonucu olarak idarenin sunduğu kamu hizmetlerinin nitelik ve niceliğinde artma meydana gelmiştir. Önceki dönemlerde sadece vergi ve askere alım gibi bazı işlemlerinde idareyle karşılaşan bireyler hayatın her alanında kendisine hizmet üretmek isteyen idareyle karşılaşmak durumunda kalmıştır. Modern devletlerin bu derece sosyal alana müdahale ederek bireyler ile etkileşime girmesi beraberinde çeşitli hukuki problemleri meydana getirmiştir. İdarenin, bu etkileşimi sonucu bireylere zarardan kaynaklanan tazminat nedeniyle kusurlu ve kusursuz sorumluluk esasları çerçevesinde sorumlu tutulmuştur.

Anayasanın 125. maddesi, idarenin eylem ve işlemlerinden kaynaklanan zararların tazmini gerektiğini hükme bağlanmıştır. Bu madde uyarınca, idare kamu hizmeti sunarken kişilere verdiği hukuka aykırı zararları tazmin temek durumundadır. Bir kamu hizmeti olarak sunulan sağlık hizmetinden kaynaklanan zararlar da anılan madde hükmü uyarınca tazmin edilmektedir. Sorumluluğun ve tazminatın niteliği, şartları ve kapsamı pozitif bir norm ile düzenlenmediğinden tüm bu hususlar doktrin ve içtihatla ortaya konulmaya çalışılmaktadır. Hemen belirtelim ki, özel hukukta sorumluluk yasalarla düzenlendiğinden idarenin tazminat sorumluluğunda doktrinin ve uygulamanın bu düzenlemeleri esas aldıkları açıkça görülmektedir.

Diğer kamu hizmetlerinde olduğu gibi sağlık hizmetinden kaynaklanan zararların tazmini de idarenin kusura dayanan sorumluluk ilkeleri çerçevesinde değerlendirilmektedir. Bununla birlikte tıbbın sürekli gelişim içerisinde bulunan bir bilim dalı olması nedeniyle bireylere verilen zararların hizmet kusuru olarak değerlendirilip değerlendirilmediği hususu diğer kamu hizmetlerine göre özellik arz etmektedir. Bu bakımda, sağlık hizmetinde idari kusur konusu hizmetin geç ve hiç

işlememesi ile kötü işlemesi olarak yapılan klasik ayırım ile anlatılamayacak olması nedeniyle ayrıca irdelenip değerlendirilmesi gerekmektedir.

Kamu hizmetinden kaynaklanan tazminat sorumluluğunun tüm yönleri ile ortaya konulması doktrin ile içtihatlarla bırakılmış olduğunu ve bu hukuki kurumu düzenleyen pozitif bir düzenleme olmadığını yukarıda belirtmiştik. Bu durum, hukukun meydana gelen yeniliklere daha erken ayak uydurmasını sağlamakta ise de, idarenin sorumluluğunu tüm yönleri ile ele alındığı bağımsız bir yasal düzenlemeye ihtiyaç duyulduğu da yatsınamaz. İdarenin sorumluluk şartları, kapsamı ve tazmin edilecek zararların neler olduğu gibi sorunları tüm yönleri ile değerlendiren bir yasanın varlığına ihtiyaç duyulmaktadır. Hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik için zorunlu bulunan düzenlemenin öğretisi ve Danıştay içtihatları göz önüne alınarak hazırlanması gerektiğini belirtmek gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- ARMAĞAN, Tuncay. **İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997.
- ASLAN, Fethi. **İdari Yargıda Dava Açma Ehliyeti**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1991.
- ATAY, E. Ethem – ODABAŞI, Hasan – GÖKCAN, Hasan Tahsin. **Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları**, Seçkin Kitapevi, Ankara, 2003.
- AZRAK, Ali Ülkü. *İdarenin Toplumsal Muhatara (Sosyal Risk) Kuramına Göre Kusursuz Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu*, 12-13 Mayıs 1979, Ankara, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980.
- BAL, Yakup – ŞAHİN, Yahya - KARABULUT, Mustafa. **Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları**, Seçkin, Ankara, 2003.
- BAŞ, Zuhâl Bereket. *Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesi Sonucu Ortaya Çıkan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu*, **Sempozyum**, 9 Mayıs 2003, Danıştay Matbaası, Ankara, 2003.
- BAŞ, Zuhâl Bereket. *Tam Yargı Davaları, İdari Yargı Panel*, 11-12.Nisan 2003, Mersin, Şen Matbaası, Ankara, 2003.
- BAŞGİL, A. Fuad. **Devletin ve Diğer Amme Hükümü Şahıslarının Mesuliyeti Meselesi**, Adalet Bakanlığı Yeni Cezaevi Matbaası, Ankara, 1940.
- CANDAN, Turgut. **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2005.
- COŞKUN, Sabri - KARYAĞDI, Müjgan. **İdari Yargılama Usulü, Örnek İçtihatlar-Yorumlar**, Seçkin, Ankara, 2001.
- ÇOLAK, Müzeyyen. **İdarenin Sorumluluğu ve Hizmet Kusuru**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1996.
- DELCROS, Xavier - DELCROS, Bertrand. **Fransa ve İngiltere’de İdarenin Sorumluluğu**, Çeviren Turgut CANDAN, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1984.

- DEVİRİM, Semahattin. *Kurumun Personel Rücu Hakkı*, **Danıştay Dergisi**, Ankara, 1980.
- DURAN, Lütfi. **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu**, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, No. 138, Sevinç Yayınları, Ankara, 1974.
- ERDEMİR, Demirhan Ayşegül. **Tıp Tarihi ve Deontoloji Dersleri**, Uludağ Üniversitesi Basımevi, Bursa, 1994.
- EREN, Fikret. **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, C.2, Beta Yayınları, 2001.
- ERKUT, Celal. **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Danıştay Yayınları No:51, Ankara, 1990.
- ERMAN, Barış. **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, Seçkin, Ankara, 2003.
- ESİN, Yüksel. **Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, İkinci Kitap: Esas, İdarenin Hukuki Sorumluluğu**, Balkanoğlu Matbaacılık, Ankara, 1973.
- GÖNEN, K. Eren. *İdari Yargıda Manevi Tazminat Meselesi*, **Danıştay Dergisi**, S. 108, Ankara, 2004.
- GÖZLER, Kemal. **İdare Hukuku**, C.II, Ekin Kitapevi Yayınları, Bursa, 2003.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref. **Yönetmelik Yargı**, Turhan Kitapevi, Ankara, 1997.
- GÜNDAY, Metin. **İdare Hukuku**, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2003.
- GÜRAN, Sait. *İdarenin ve Ajanın Sorumluluğunun Belirlenmesine İlişkin Düşünceler*, **Amme İdaresi Dergisi**, S. 1, C. 1, Doğan Basımevi, Ankara, 1979.
- GÜRAN, Sait. *Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması*, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu**, 12-13 Mayıs 1979, Ankara, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980.
- GÜRSOY, Kemal Tahir. *İdarenin Sorumluluğuna İlişkin İlkelerde Son Gelişmeler ve İsviçre Hukukunda İdarenin Hukuki Sorumluluğunun Ana Hatları*, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu**, 12-13 Mayıs 1979, Ankara, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980.

- GÜRSOY, Kemal Tahir. *Destekten Yoksun Kalma Tazminatı*, AÜHFD, S.29, Ankara, 1972, No:1-2.
- HANCI, İ. Hamit. **Malpraktis Tıbbi Gelişmeler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu**, Seçkin, Ankara, 2002.
- HIZAL, Sevinç Arslan. **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hekimin ve Yönetimin Sorumluluğu**, Yayınlanmamış Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Kamu Yönetimi Lisans Üstü Uzmanlık Programı Tezi, Ankara, 1999.
- İNAN, Atilla, *Kamu Görevlilerinin Hukuka Aykırı Davranışlarından Devlet ve Diğer Kamu Tüzel Kişilerinin Kusursuz Sorumluluğu*, **Danıştay Dergisi**, S. 42-43, 1982.
- KAPLAN, Gürsel. *İdarenin Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler*, **AYİM D.**, S. 19, Ankara, 2004.
- KAPLAN, Gürsel. **Danıştay Kararları Çerçevesinde Tam Yargı Davalarında Zarar Kavramı**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1993.
- KARAEĞE, Özge. **Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusurlu Sorumluluğu**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2001.
- ONAR, Sıddık Sami. **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C.III, Üçüncü Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.
- OYTAN, Muammer. **Hizmet Kusuru Nedeniyle İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep Anlayışındaki Gelişmeler**, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Müdürlüğü, Bilgi Serisi. 4, Ankara, 1999.
- ÖZAY, İl Han. **Günlükte Yönetim**, Alfa Yayınları, İstanbul, 1996.
- ÖZGÜLDÜR, Serdar. **Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları**, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 1996.
- ÖZTÜRKLER, Cemal. **Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhisi, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları**, Seçkin, Ankara, 2003.
- POLAT, Oğuz. **Tıbbi Uygulama Hataları, Klinik-Sosyal-Hukuksal-Etik Boyutları**, Seçkin, Ankara, 2005.
- SARICA, Ragıp. *Hizmet Kusuru ve Karakterleri*, **İHFM**, C.XV, S. 4, İstanbul, 1949.

- TANDOĞAN, Haluk. **Türk Mes'uliyet Hukuku**, AÜHFY, No: 159, Ankara, 1961.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi. **Borçlar Hukuku**, Kutulmuş Matbaası, İstanbul, 1971.
- TUNÇOMAĞ, Kenan. **Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Hükümler**, C. I, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1965.
- ÜNLÜÇAY, Mehmet. *İdarenin Tazmin Borcu ve Enflasyon Olgusu*, **Danıştay Dergisi**, S. 94, Ankara, 1998.
- YAYLA, Yıldızhan. *İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep*, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu**, 12-13 Mayıs 1979, Ankara, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980.
- YENİCE, Kazım - ESİN, Yüksel. **Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdari Yargılama Usulü**, Arısan Matbaacılık, Ankara, 1983.
- YUMUK, Hamit. **İdari Yargıda Tazminat Davası**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2005.