

İDARENİN SAĞLIK HİZMETLERİNDEN DOĞAN TAZMİN SORUMLULUĞU VE DANIŞTAYIN YENİ YAKLAŞIMI

Aydın AKGÜL*

ÖZET

Sağlık hizmetinin kusurlu yürütülmesi nedeniyle bireylerin zarara uğraması durumunda meydana gelen zararların idarece tazmin edilmesi hukuk devleti ilkesinin gereğidir. Sağlık hizmet kusuru, sağlık hizmetinin kuruluşunda ve işletilmesinde yetersizlik veya tıbbi uygulama hatası şeklinde meydana gelebilir. Danıştay, sağlık hizmetinin kusurlu yürütülmesinden kaynaklı açılan tam yargı davalarında idarenin tazmin sorumluluğu için aradığı “ağır hizmet kusuru” koşuluna yönelik içtihadını 2015 yılından itibaren değiştirmiş ve “hizmet kusurunu” yeterli kabul etmiştir.

Anahtar Kelimeler: Tam yargı davası, idarenin tazmin sorumluluğu, sağlık hizmeti, hizmet kusuru, tıbbi uygulama hatası.

COMPENSATION LIABILITY OF THE ADMINISTRATION FROM HEALTH SERVICE AND COUNCIL OF STATE'S NEW APPROACH

ABSTRACT

It is a requirement of the rule of law for the administration to compensate the damages that results from public health service faults. Public health service faults may come in view as deficiency of the establishment and operation of the health service or medical. The Turkish Council of State has changed its the case law that stipulates gross service fault and has found service fault adequate for compensation liability of administration in full remedy actions regarding public health service since beginning of 2015.

Keywords: Full remedy action, compensation liability of administration, public health service, medical malpractice.

Dr, Hâkim

GİRİŞ

İdare tarafından yürütülen sağlık hizmetinin sunumu nedeniyle birey maddi veya manevi zarara uğramışsa, idarenin hukuken tazmin sorumluluğu söz konusu olur. Sağlık hizmeti nedeniyle uğranıldığı öne sürülen zarar, idari yargıya özgü bir dava türü olan tam yargı davası yoluyla karşılanmaktadır.

Danıştay, sağlık hizmetinin bünyesinde risk taşınması ve hizmeti alan bireyin aynı zamanda hizmetten yararlanan konumunda olması nedeniyle, tedavi hizmetleriyle ilgili sağlık hizmetinden kaynaklı açılan tam yargı davalarında idarenin tazmin sorumluluğu için aradığı “ağır hizmet kusuru” şartıyla ilgili uzun yıllar süren içtihadını değiştirmiştir.

Bu çalışmada, idare tarafından yürütülen sağlık hizmetinde ne tür bir sorumluluk ilkesinin kabul edilmesi gerektiğini tartışarak Danıştay’ın kusura yönelik yeni yaklaşımını belirteceğiz. Sağlık hizmetinin kusurlu işletildiği iddiasıyla açılmış tam yargı davalarına ilişkin örnek kararları, dolayısıyla sağlık hizmetinde idarenin tazmin sorumluluğunu ve Danıştay’ın konuya nasıl baktığını anlatmaya çalışacağız.

Tartışmalara katkı sağlaması amacıyla yeri geldiğinde Fransız Danıştay’ının konuya yaklaşımını da belirteceğiz. Konunun daha iyi anlaşılması için, idarenin hukuki sorumluluğu, tam yargı davaları, sağlık hizmetinde kusur ile tıbbi uygulama hataları konularında kısaca bilgi verilmesi faydalı olacaktır.

1.İDARENİN TAZMİN SORUMLULUĞU VE TAM YARGI DAVALARI

Öncelikle belirtmek gerekir ki idarenin hukuki sorumluluğu, hizmet kusuru ve tam yargı davaları konuları idare hukukunun temel konularından birisi olup, bu konuları etraflıca ele alıp incelenmek bu çalışmanın amacını ve kapsamını aşar. Bununla birlikte, sağlık hizmetinde kusur kavramı ve idarenin tazmin sorumluluğu konusunda Danıştay’ın yeni yaklaşımını anlamak için sözü edilen kavramların idare hukuku öğretisindeki yerini genel olarak incelemekte yarar bulunmaktadır.

1.1.GENEL OLARAK İDARENİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

“Herkes neden olduğu zararları gidermek zorundadır” şeklinde ifade edilebilecek olan hukuki sorumluluk ilkesi, Medeni Hukuktakine kıyasla İdare Hukukunda daha büyük bir önem taşımakta ve daha geniş bir alanı

kapsamaktadır¹. Gerçekten, idarenin sorumluluğu, kamu hukuku alanında, idare hukukunun özellikleri göz önünde tutularak geliştirilen özel hukuktan ayrı bir sorumluluk türüdür ve kendine özgü kuralları vardır².

İdarenin sorumluluğu denilirken, idarenin Anayasa ve kanunlardan aldığı görevle ve kamusal yöntemlerle yaptığı faaliyetlerden, bu faaliyetlerin içerdiği tesislerden, bunların kurulması, işletilmesine ilişkin eylemlerden kaynaklanan bireysel nitelikteki zararlardan sorumluluk kastedilmektedir³.

İdarenin sorumluluğu ile ilgili kuralların geliştirilmesinde Fransız Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesi başta olmak üzere yargı içtihatlarının etkisi büyük olmuştur⁴. Gerçekten, Fransa’da devletin idari eylem ve işlemlerden dolayı sorumluluğunu düzenleyen özel bir kanun bulunmamaktadır. Bu sorumluluk, mahkeme içtihatlarıyla kabul edilmiş ve zamanla geliştirilmiştir⁵. Yargısal içtihatların eseri olan idarenin sorumluluğu kavramı, son derece elastiki bir yapıya sahip olup, giderek zarar görenlerin lehine yorumlanan çözüm tarzlarıyla nispeten doğrusal bir çizgi izlemiştir⁶.

Diğer bir açıdan idarenin hukuki sorumluluğu, idari etkinliklerden dolayı bireylerin uğradığı zararın idarece tazmin edilmesini sağlayan⁷ bir kurumdur. Bu kurum, kamusal faaliyetler nedeniyle bireylerin malvarlığında ortaya çıkan eksilmenin ya da çoğalma olanağından yoksunluğun giderilebilmesi, karşılanabilmesi için aranılan koşulları, uygulanması gereken kural ve ilkeleri içine almaktadır⁸. İdarenin hukuki sorumluluğunun kabulü konusunda genel olarak kabul edilen görüşe göre, idarenin kusurlu olmasında, bir kamu hizmeti⁹

¹ Ali Ülkü AZRAK, “İdarenin Toplumsal Muhatara(Sosyal Risk) Kuramına Göre Kusursuz Sorumluluğu”, **İdare Hukuku Alanında Sorumluluk**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, s.135.

² Şeref GÖZÜBÜYÜK/Turgut TAN, **İdare Hukuku Genel Esaslar**, Cilt I, Turhan Kitabevi, 6. Bası, Ankara, 2008, s.837.

³ Yıldızhan YAYLA, “İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep”, **İdare Hukuku Alanında Sorumluluk**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, s.47.

⁴ GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.837.

⁵ Kemal Tahir GÜRSOY, “İdarenin Sorumluluğuna İlişkin İlkelerde Son Gelişmeler ve İsviçre Hukukunda İdarenin Hukuki Sorumluluğunun Ana Hatları”, **İdare Hukuku Alanında Sorumluluk**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, s.71.

⁶ Gürsel KAPLAN, “İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler”, **AYİM Dergisi**, Sa.19,

⁷ E. Ethem ATAY, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, 2. Baskı, Ankara, 2009, s.678.

⁸ ESİN Yüksel, **İdarenin Hukuki Sorumluluğu, Danıştay’da Açılacak Tazminat Davaları**, II. Kitap:Esas, Ankara, 1973, s.14.

⁹ “Kamu hizmeti”, toplum için önem kazanmış olan ortak ve genel bir ihtiyacın tatminine yö-

etkinliği bu sorumluluğu doğurmaktadır¹⁰.

İdarenin hukuki sorumluluğu sebeplerinden birisini hizmet kusuruna dayanan sorumluluk oluşturmaktadır¹¹. Hemen belirtmek gerekir ki, idarenin hukuki sorumluluğunda asıl olan, hizmet kusuru nedeniyle sorumlu olmasıdır¹². Nitekim, geleneksel idare hukuku doktrin ve içtihadında idarenin kusurlu sorumluluğunun sebebi olan “kusur”, hep “hizmet kusuru” olarak algılanmış ve tanımlanmış, hatta “kusur” terimi yerine hep “hizmet kusuru” terimi kullanılmıştır¹³.

Objektif bir niteliğe sahip olan hizmet kusuru, hizmetin kuruluşu ve işleyişinde ortaya çıkan kusur olarak tanımlanmaktadır¹⁴. Daha geniş bir ifadeyle, idarenin hizmet kusuru nedeniyle olan sorumluluğu, idarece yürütülen kamu hizmetinin kuruluşunda, düzenlenmesinde ve işleyişinde ortaya çıkan her türlü bozukluk, aksaklık veya eksikliklerdir¹⁵. SARICA'nın kısaca “*idarenin kusuru*” olarak belirttiği hizmet kusuru, idare hukukuna özgü, anonim ve objektif özellikleri olan bir kusurdur¹⁶.

1.2.TAM YARGI DAVALARI

İdarenin hukuki sorumluluğunun doğal sonucu, diğer bir ifadeyle yaptırım gücü ise idarenin tazmin borcudur¹⁷. İdarenin tazmin borcunun, yani hukuki sorumluluğunun bulunup bulunmadığı, idari yargıya özgü bir dava türü olan ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda düzenlenen tam yargı davası ile ortaya çıkmaktadır.

Danıştay'a göre tam yargı davaları; “*idarenin faaliyetlerinden ötürü, hakları zarara uğrayanlar tarafından idare aleyhine açılan tazminat*

nelik olarak kamu tüzel kişileri veya onların denetimi altında özel kişiler tarafından yürütülen bir faaliyet şeklinde tanımlanmaktadır. Aydın GÜLAN, “Kamu Hizmeti Kavramı”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi: Prof. Dr. Lütfi Duran'a Armağan Özel Sayısı**, 1988, Y.9, Sa.1-3, s.148, Kamu hizmetine ilişkin diğer bir tanım ve açıklamalar için bkz. Onur KARAHANOĞULLARI, **Kamu Hizmeti**, Turhan Kitabevi, 2. Bası, Ankara, 2004, s.31 vd.

¹⁰ ATAY, age, s.702.

¹¹ Lütfi DURAN, **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu**, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Yayın No:138, Ankara, 1974, s.26.

¹² ATAY, s.702.

¹³ Kemal GÖZLER, **İdare Hukuku Dersleri**, Ekin Basın Yayım Dağıtım, Bursa, 2010, s.749.

¹⁴ GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.860.

¹⁵ DURAN, s.26.

¹⁶ Ragıp SARICA, “Hizmet Kusuru ve Karakterleri”, **İHFİM**, Y.1949, C. XV, Sa. 4, s.858-860.

¹⁷ ESİN, s.14.

davalarındır. Bu tür davalarda mahkeme, hem olayın maddi yönünü, yani zararı doğuran işlem ve eylemleri, hem de bundan çıkabilecek hukuki sonuçları tespit edecektir.”¹⁸

Doktrinde de, özel hukuktaki edim davasına benzetilen ve hakkın tazmin ve telafisine karar verilen tam yargı davaları, uygulamada ise, idari işlem ve eylemler dolayısıyla meydana gelen maddi ve manevi zararların tazmin edildiği tazminat davaları olarak görülmektedir¹⁹. Diğer bir açıdan tam yargı davaları, idari yargılama hukuku uygulamasında, tazminat davası kimliğinde bir yargısal korunma işlevi sağlamaktadır²⁰.

Tam yargı davası ile davacı, yasal gerçeğe dayanarak subjektif hakkının varlığını veya kendisi lehine bazı haklar doğuracak bir durumun tespitini istemekte²¹; idari yargı yeri de idari faaliyet sonunda ortaya çıkan zarardan sorumlu gördüğü idareyi, bu zarara eşit değerde para ödemekle yükümlü tutmaktadır²².

İdarenin hukuki sorumluluğundan, yani tazmin borcundan söz edebilmek için, ortada bir zararın bulunmasının yanında, bunun idareye yüklenebilen bir işlem veya eylemden doğması, başka bir deyişle zararlar idari faaliyet arasında nedensellik bağının kurulabilmesi gerekir. Zararla idari faaliyet arasında nedensellik bağının bulunmaması, zararın idari faaliyetten doğmadığını gösterir²³ ve idarenin hukuki sorumluluğunu ortadan kaldırır.

Sağlık hizmetini sunan kamu görevlilerinin sağlık hizmetinin sunumu sırasında kusurlu davranışları sebebiyle, sağlık hizmetinden faydalanan kimselere zarar vermeleri muhtemeldir. İdare ajanlarının kusurlu davranışları ile bireylere vermiş oldukları zararlardan dolayı sorumlu tutulmaları,

¹⁸ Danıştay 10.D. 15.5.2013, E: 2009/6118, K:2013/4501, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

¹⁹ Turan YILDIRIM/Melikşah YASİN/Nur KAMAN/H. Eyüp ÖZDEMİR/Gül ÜSTÜN/Özge OKAY TEKİNSOY, **İdare Hukuku**, XII Levha Yayınları, 5. Baskı, İstanbul, 2013, s.799.

²⁰ Bununla birlikte AYANOĞLU, tam yargı davasına uygulamada verilen işlevin, etkin bir yargısal korumayı sağlamaktan uzak olduğunu; bu çerçevede, bu tür davalarda tazminat dışında, bir menkul geri verme, idarenin fiili durumunu önleme ve kaldırma veya başka içerikte bir karar verilmesi gereğinin etkin bir idari yargı denetiminin gereği olarak ortaya çıktığını öne sürmektedir. Taner AYANOĞLU, “Yargısal Korunma İşlevi Bakımından Tam Yargı Davasının Niteliği”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 135. Yıl Sempozyumu**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No:68, Danıştay Matbaası, Ankara, 2004, s.64-65.

²¹ Serdar ÖZGÜLDÜR, **Tam Yargı Davaları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993, s.39.

²² Kazım YENİCE/Yüksel ESİN, **Açıklamalı-İçtihatlı, Notlu İdari Yargılama Usulü**, Arisan Matbaacılık, Ankara, 1983, s.107.

²³ Danıştay 10.D., 31.12.2012, E:2011/5294, K:2012/7209, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Esasen, klasik kamu hukuku anlayışla bakıldığında, nerede yetki var ise orada sorumluluk vardır²⁴.

Danıştay'a göre, idarenin hizmet kusuru sebebine dayalı sorumluluğu, ikincil derecede sorumluluk olmayıp, asli bir sorumluluktur. İdarenin gerçek veya tüzel kişilerle birlikte sorumlu olduğu durumlarda bile, öncelikle idarenin sorumluluğuna başvurulması gerekir. Bu nedenle, olayda kusuru bulunan gerçek veya tüzel kişiler aleyhine açılacak davadan sonra idari yargıda tam yargı davası açılabilceği şeklinde bir yaklaşım, idarenin hukuki sorumluluğu kavramıyla bağdaşmaz²⁵. Dolayısıyla, sağlık hizmetinin kusurlu işletilmesinden kaynaklı zararın tazmini istemiyle açılacak tam yargı davasının, öncelikle hizmeti kusurlu yürüttüğü iddia olunan hekimin veya diğer sağlık çalışanının bağlı bulunduğu idareye karşı açılması zorunludur. Aksi düşünce, tam yargı davasının niteliğine aykırı olur.

Uygulamada da, bu tür davaların, sağlık hizmetini yürüten idareye karşı açıldığı, olayla ilgisi bulunan hekimlerin davalı idare yanında gerek idare mahkemesi aşamasında gerekse Danıştay aşamasında davaya müdahil oldukları, şayet müdahale talepleri mahkeme aşamasında kabul edilmemişse mahkemece verilen kararın temyiz mercii tarafından usul yönünden bozulduğu görülmektedir.

Davacıların çocuğunun ameliyatı sırasında sağ yerine sol kolunun ameliyat edilmesinde davalı idarenin hizmet kusuru bulunduğundan bahisle uğranıldığı ileri sürülen zararın tazmini istemiyle açılan davada; Adli Tıp Kurumu raporunda, sağlam olan kolun yanlışlıkla ameliyat edilmesinden dolayı ameliyatı yapan hekimin 8/8 oranında kusurlu olduğu belirtilmiştir. Bu rapora dayanarak tazminat istemini kabul eden İdare Mahkemesi kararı ise, ameliyatı gerçekleştiren hekimin müdahale isteminin mahkeme aşamasında kabul edilmemesi nedeniyle Danıştay tarafından usul yönünden bozulmuştur²⁶.

Yüksek Mahkemeye göre, olayda; davalı idare yanında müdahale isteminde bulunan hekimin, davacıların çocuğunun yapılan ameliyatı sırasında sağ yerine sol kolunu ameliyat eden hekim olması ve bu davanın davalı Sağlık Bakanlığı aleyhine sonuçlanması halinde, Sağlık Bakanlığı'nca hekime rücu edilecek olması karşısında; davalı idare yanında müdahale isteminde bulunan

²⁴ Fatih BİRTEK, "Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinde İdarenin Kusura Dayanan Sorumluluğu", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.2, Sa. 3-4, Y:2007, http://www.turk-hukuksitesi.com/makale_773.htm, erişim tarihi 28.09.2015)

²⁵ Danıştay 10.D. 13.2.2006, E:2004/9120, K:2006/1220, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

²⁶ Danıştay 10.D. 11.6.2010, E: 2007/4932, K:2010/5301, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

hekimin müdahale istemi kabul edilip, savunması alınarak dosyanın usule uygun tekemmül ettirilmesi suretiyle davanın karara bağlanması gerekirken, davalı yanında müdahale istemi kabul edilmeksizin verilen temyize konu kararda usule uyarlık bulunmamaktadır.

Kararda ayrıca, “*idare mahkemesince, dosyada bulunan Adli Tıp Kurumu raporu yanında, müdahale isteminde bulunan tarafın savunmaları da değerlendirilip, olayın oluş şekli ve zararın niteliği dikkate alınarak yeniden bir karar verileceği tabiidir.*” gerekçesine yer verilerek, tıbbi uygulamayı gerçekleştiren hekimin savunmalarının da bilirkişi raporuyla birlikte mahkemesince değerlendirilmesi gerektiğine dikkat çekilmiştir.

2.SAĞLIK HİZMETİNDE KUSURAYÖNELİK DANIŞTAY’IN YENİ YAKLAŞIMI

2.1.SAĞLIK HİZMETİ

Kamu hizmetleri konularına göre farklı şekillerde sınıflandırılmaktadır. Kamu hizmetleri içerisinde yer alan sağlık hizmeti, Devletin varlık sebebini oluşturan²⁷, öteden beri yürüttüğü geleneksel kamu hizmetleri olarak tanımlanan idari kamu hizmetlerinden olup kamu hukuku kurallarına tabidir²⁸.

224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun’un 2. maddesinde sağlık hizmeti; “*insan sağlığına zarar veren çeşitli faktörlerin yok edilmesi ve toplumun bu faktörlerin tesirinden korunması, hastaların tedavi edilmesi, bedeni ve ruhi kabiliyet ve melekeleri azalmış olanların işe alıştırılması (Rehabilitasyon) için yapılan tıbbi faaliyetler*” şeklinde tanımlanmaktadır.

Sağlığın kamu hizmeti olarak düzenlenmesi, bu hizmeti sunan idareye yükümlülükler, bireye ise haklar verildiği anlamına gelmektedir. Sağlık hizmetinden yararlanma birey açısından bir hak olduğu gibi, bireylere sağlık hizmeti sunma Devlet açısından aynı zamanda bir yükümlülüktür²⁹.

Sağlık hizmetleri doğrudan insanın en temel hakkı olan sağlıklı yaşam hakkı ile yakından ilişkili olması nedeniyle de bireyler açısından hayati öneme sahiptir. Bu hak, Anayasa’nın 56. maddesi ile anayasal koruma altına alınmış

²⁷ Bahtiyar AKYILMAZ/Murat SEZGİNER/Cemil KAYA, **Türk İdare Hukuku**, Seçkin Yayınları 5. Baskı, Ankara, 2014, s.554.

²⁸ Metin GÜNDAĞ, **İdare Hukuku**, İmaj Yayınevi, 10. Baskı, Ankara, 2011, s.338.

²⁹ M. Savaş BAYINDIR, “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y.2007, C. XI, Sa.1-2, s.554

ve bu hususta Devlete görev verilmiştir. Bundan dolayı, kurum, kuruluşları ve personeliyle Devletin bir uzantısı olan idare, bireylere sunacağı sağlık hizmetini tıp biliminin kurallarına uygun olarak yürütmek zorundadır.

Sağlık hizmeti kavramı yalnızca, kişilerin vücut sağlığının bozulması sonucu bir sağlık kuruluşuna başvurması ile ortaya çıkan bir kamu hizmeti olmayıp, kişinin hasta olmadığı, bir sağlık kuruluşuna başvurmadığı zamanlarda görüleceği üzere, çok önceden ortaya çıkmakta; hastalandığı durumlarda teşhis, tıbbi müdahale, tedavi şekline bürünmekte ve nihayet hastalığın tedavisinden sonra rehabilite edici olarak değişken bir hal alan hizmet türüdür. Bu açıdan sağlık hizmeti, değişken ve sürekli bir kamu hizmetidir³⁰.

Dünya Sağlık Örgütü de sağlığı, “*yalnızca hastalığın olmaması değil, aynı zamanda fiziksel, zihinsel ve sosyal anlamda tam bir iyilik hali*” şeklinde tanımlamıştır. Bu açıdan sağlık hizmeti, yalnızca hastalığı tedavi eden değil, aynı zamanda vatandaşların yaşamlarını sağlıklı sürdürmeleri için tüm tedbirleri alan, sağlığı korumak için hizmet sunan, tedavi sonrası da rehabilite eden bir hizmet anlayışını ifade etmektedir³¹.

2.2.SAĞLIK HİZMETİNDE HİZMET KUSURU-AĞIR HİZMET KUSURU AYRIMI

“*Kusur; mevcut bir ödevin yerine getirilmesindeki eksikliklerdir.*” GÖZLER’in de vurguladığı üzere, kusurun nasıl tanımlandığından çok belirli bir şekilde davranan kamu görevlisinin davranışında kusur olup olmadığının anlaşılması güçtür. Bu noktada karar vermek için ise bu davranışın içinde yer aldığı yer ve zaman koşullarının dikkate alınması gerekir³².

Sağlığın bir hak ve kamu hizmeti olarak düzenlenmesi, idarenin sağlık hizmetlerinden dolayı bireye karşı hukuki sorumluluğunu doğurmaktadır³³. Sağlık hizmetinde hasta-hekim ilişkisi, aslında kurum-hasta ilişkisi şeklinde belirirken, hastanın muhatabı, zararlarının birincil sorumlusu da, kamu hizmetinin anonim karakteri gereği idare olmaktadır³⁴.

³⁰ BİRTEK, http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_773.htm.

³¹ Serkan ÇINARLI, **İdarenin Sağlık Hizmetinin Sunumundan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu**, Orion Kitabevi, Ankara, 2013, s.20.

³² GÖZLER, s.749.

³³ BAYINDIR, s.557.

³⁴ Sait GÜRAN, “Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu”, **Danıştay Dergisi**, Y.12, Sa.46-47, 1982, s.17-19.

Sağlık hizmetindeki hizmet kusuruna yönelik yasal bir düzenleme bulunmamakta, bu husus öğreti ve Danıştay içtihatları ile belirlenmektedir³⁵. Fransız Danıştay'ının kararlarından çıkarılan bölümlemeye göre; hizmet kusurunu oluşturan haller, hizmetin kötü işlemesi, hizmetin işlememesi ve hizmetin geç işlemesi olmak üzere üçe ayrılmaktadır³⁶. Bununla birlikte, doktrin ve içtihatlarda hizmet kusurunun belirtilen üç klasik halde verilmesi şeklindeki geleneksel anlayışın yanlış olduğu belirtilmektedir³⁷.

Hizmet kusuruna yönelik belirtilen üçlü ayrıma Danıştay'ın da pek değer vermediği anlaşılmaktadır. Danıştay kararlarında çoğu kez bu üç halden bir arada söz edildiği görülmekte, Yüksek Mahkeme'nin önüne gelen olaylarda bunlardan yalnızca birine uyarılma konusunda çaba göstermediği saptanmaktadır³⁸. Nitekim, ilerleyen başlıkta sağlık hizmetindeki kusurdan kaynaklı açılan tam yargı davalarıyla ilgili verilecek örnek kararlarda da görüleceği üzere Danıştay'ın, olayda hizmet kusuru bulunup bulunmadığına yönelik saptama yapmasına karşın, olayın hizmet kusurunu oluşturan üç halden hangisine girdiğine yönelik niteleme yapmadığı anlaşılmaktadır.

Hizmet kusuruyla ilgili sözünü ettiğimiz ayırmadan hareketle olsa gerek, idarenin sağlık hizmetindeki kusurunda, kamusal sağlık hizmetlerinin hiç işlememesi, geç ya da kötü işlemesi anlamında kusurlu idari eylemde tamamen objektif ve genel bir niteliğin söz konusu olduğu ifade edilmektedir³⁹. Aslında, sağlık hizmetinde hizmetin kötü ve geç işleyip işlemediği, gereği gibi yürütülüp yürütülmediği, kusurun hangi yoğunlukta olduğu, “*çağdaş düzenli bir idarenin tutum ve davranışlarının nasıl olması gerektiğine bakılarak*” ve “*kendi kategorisine giren normal bir kuruluştan istenen ve beklenen tutum ve davranış çerçevesinde değerlendirme*” yapılarak belirlenir⁴⁰. Buna karşın, sağlık hizmeti yönünden tıbbın ve hukukun verileri ile kabulleri dikkate alınmak suretiyle yeni bir ayırımın kabul edilmesi gerektiği de öne sürülmektedir⁴¹.

³⁵ Aydın AKGÜL, “Yargı Kararları Işığında, Gebelik Ve Doğum Sürecinde Sağlık Hizmeti Kusurundan Kaynaklanan Tam Yargı Davaları”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi: Yargıtay Onursal Başkanı A. Nazım Kaynak’a Armağan**, Y.3, Sa.10, 2012, s.490.

³⁶ ESİN, s.31.

³⁷ GÖZLER, s.750.

³⁸ ESİN, s.31.

³⁹ Nurten FİDAN, “Hekimin Tıbbi Müdahaleler Nedeniyle Sorumluluğu”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, C.1, Y.1, Sa.3, 2010, s.350.

⁴⁰ GÜRAN, s.20.

⁴¹ Serkan KIZILYEL, “Sağlık Hizmeti Yönünden Hizmet Kusuru Kavramını Yeniden Düşünmek”, **Terazi Dergisi**, Y.3, Sa.24, Ağustos 2008, s.145.

İdarenin sağlık hizmetlerinden dolayı hangi hallerde sorumlu tutulup, hangi ölçüdeki ve yoğunluktaki kusur hallerinde sorumlu tutulacağı konusu, faaliyet ve zarara yol açan hususun ne olduğuna ve şartlarına göre, bazen basit kusur yeterli görülerek bazen de ağır kusur aranarak çözümlenmektedir⁴².

Ağır hizmet kusuru kavramına, idarenin sorumsuzluğu ilkesinden sorumluluğuna geçişte idarenin tazmin yükümlülüğünü sınırlamak amacıyla başvurulduğu ifade edilmektedir⁴³. ESİN'e göre, idarenin yürüttüğü bütün hizmetlere yönelik her ihmal, yanlışlık veya gecikme nedeniyle tazminat ödemek zorunda kalması, idareyi mali yönden güçsüzlüğe uğratabileceği gibi, kamu görevlilerinin işten soğumaları ve çekingen olmaları sonucunu doğurur⁴⁴.

Sağlık hizmetinin kusurlu yürütüldüğü iddiasıyla açılan tam yargı davalarında; İdare Hukukunun ilkeleri ve Danıştay'ın önceki içtihatlarına göre, zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı hallerde, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için, zararın, idarenin ağır hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir.

Sağlık hizmetlerinin çoğu niteliği gereği tehlike unsurunu bünyesinde bulundurmaktadır⁴⁵. Danıştay da, sağlık hizmetini, bünyesinde risk taşıyan bir kamu hizmeti olarak kabul edip, sağlık hizmetinden yararlanan kişinin zarara uğraması halinde, bu zararın tazminini, yalnızca idarenin ağır hizmet kusurunun varlığı halinde mümkün görmüş⁴⁶, gerek uzun yıllar bu nitelikteki tam yargı davalarına temyizen bakan Danıştay 10. Dairesi gerekse 2013 yılından sonra bu tür davalara temyizen bakan Danıştay 15. Dairesi, söz konusu içtihadı 2015 yılına kadar sürdürmüştür.

2.3.DANIŞTAY'IN YENİ YAKLAŞIMI

Danıştay 2015 yılından itibaren, tedavi hizmetleriyle ilgili sağlık hizmetinin kusurlu yürütülmesinden kaynaklı açılan tam yargı davalarında, idarenin tazminle sorumlu tutulabilmesi için "ağır hizmet kusuru" yerine

⁴² GÜRAN, s.19.

⁴³ GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.837.

⁴⁴ ESİN, s.47.

⁴⁵ Mustafa AVCI, "Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Mali Sorumluluğu", **Ankara Barosu Dergisi**, Y.2012, Sa.1, s.111.

⁴⁶ Danıştay 10. D. 17.4.2012, E:2008/8441, K:2012/1544, Danıştay 15. D. 23.09.2014, E:2013/4079, K:2014/6453, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

“hizmet kusuru”nu yeterli kabul etmiştir. Danıştay 15. Dairesinin içtihat değişikliğini, aşağıda belirtilen iki kararını kıyaslama yapmak suretiyle görebiliriz.

Yüksek Mahkemenin önceki içtihadındaki gerekçesi; “*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 uğraması halinde, bu zararın tazmini, idarenin ağır hizmet kusurunun varlığı halinde mümkün olabilir.*”⁴⁷ şeklindeydi.

Yüksek Mahkemenin, sağlık hizmetinde kusura yönelik yeni yaklaşımı ise şu şekilde olmuştur:

Davalı idare bünyesindeki hastanede gerçekleşen doğum olayına ilişkin yapılan müdahale sonucunda çocuklarının mental motor retardasyon hastalığına yakalanması ve annenin gebe kalabilme imkanını kaybetmesinde davalı idarenin “*ağır hizmet kusuru*” bulunduğundan bahisle uğranıldığı ileri sürülen maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle açılan davada, İdare Mahkemesince, Adli Tıp Kurumu raporuna dayalı olarak davanın reddine karar verilmiştir.

Bu kararı temyizen inceleyen Danıştay, yıllardır sürdürdüğü yaklaşımını değiştirmesinin nedenini açıklamaksızın, “İdare hukuku ilkeleri ve Dairemizin içtihatlarına göre, zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumunda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı hallerde, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için; zararın, idarenin *hizmet kusuru* sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir. *Bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetinden yararlananın zarara uğraması halinde, bu zararın tazmini, idarenin hizmet kusurunun varlığı halinde mümkün olabilir.*”⁴⁸ şeklinde yeni yaklaşımını belirterek, sağlık hizmetinden kaynaklı tam yargı davalarında ağır hizmet kusuru yerine hizmet kusurunu yeterli kabul etmiştir. Kararda ayrıca, “*Uyuşmazlıkta, İdare Mahkemesince, davacının tedavisinde hizmet kusuru bulunup bulunmadığının tespiti amacıyla Adli Tıp Kurumu nezdinde bilirkişi*

⁴⁷ Danıştay 15. D. 12.12.2013, E:2013/4237, K:2013/10653; 23.1.2014, E:2012/12332, K:2014/116, 23.09.2014 E:2013/4116, K:2014/6354; 24.12.2014, E:2013/4440, K:2014/10032, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

⁴⁸ Danıştay 15. D. 18.02.2015, E:2013/4361, K:2015/890 Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

incelemesi yaptırılmış olmakla birlikte; bilirkişi incelemesi sonucunda hazırlanan raporun uyuşmazlığın çözümünde yeterli olmadığı” hususuna yönelik açıklamalar yapıldıktan sonra “bu nedenle **olayda hizmet kusuru bulunup bulunmadığının net olarak ortaya konulmadığı**” vurgulanmış ve olayda ağır hizmet kusuru yerine hizmet kusuru bulunup bulunmadığına açıklık getirilmesi gerektiğine işaret edilmiştir.

Kararın devamında ise, “İdare Mahkemesince, esas itibarıyla adalet işlerinde bilirkişilik görevi yapmak üzere kurulan Adli Tıp Genel Kurulu nezdinde, davacılar yakınına uygulanan teşhis ve tedavinin tıbbi kurallara uygun olarak yapıp yapılmadığını irdeleyecek şekilde bir inceleme yaptırılması, bunun sonucunda **olayda davalı idarenin hizmet kusuru bulunup bulunmadığının yeniden belirlenmesi gerekirken, uyuşmazlığın çözümü için yeterli olmayan bilirkişi raporuna dayalı olarak eksik inceleme sonucu verilen kararda hukuka uygunluk bulunmadığı**” belirtilerek İdare Mahkemesi kararının bozulmasına karar verilmiştir.

Yüksek Mahkeme, davacıya acil serviste uygulanan teşhis ve tedavilerin tıp kurallarına uygun olmadığı, dolayısıyla sunulan sağlık hizmetinin kusurlu işletildiği iddiasıyla açılan davada⁴⁹; davacılar yakınının, rahatsızlığı nedeniyle 26.09.2011 tarihinde kaldırıldığı hastanede 11.10.2011 tarihine kadar gördüğü tedavinin netice vermemesi üzerine, tedavi için götürüldüğü yurt dışındaki hastanede 28.11.2011 tarihinde hayatını kaybetmesine davalı idareye bağlı hastanede sunulan sağlık hizmetinin tıp kurallarına uygun olarak işletilmemesinin sebep olduğundan bahisle uğranıldığı ileri sürülen maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle açılan davada⁵⁰; davacının annesine verilen tedavi hizmetinde hizmetin kusurlu işletilerek ölümüne neden olduğundan bahisle manevi tazminatın yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılan davada⁵¹; davacının yapılan ameliyat sırasında ve sonrasında enfeksiyon (MRSA) kapıldığından bahisle uğradığını ileri sürdüğü maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle açılan davada⁵², aynı şekilde yeni yaklaşımını sürdürmüştür. Hemen belirtmek gerekir ki, farklı tarihlere verilen bu kararlarda da Danıştay, söz konusu yaklaşımını değiştirmesine yönelik açıklamada bulunmamış, ancak yukarıda sözünü ettiğimiz ilkeye aynı cümlelerle yer vermiştir.

⁴⁹ Danıştay 15. D. 21.04.2015, E:2014/5867, K:2015/2320 Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

⁵⁰ Danıştay 15. D. 13.05.2015, E:2014/7569, K:2015/2820 Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

⁵¹ Danıştay 15. D. 04.06.2015, E:2014/5822, K:2015/3658 Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

⁵² Danıştay 15. D. 25.06.2015, E:2013/6275, K:2015/4430 Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

Öte yandan, davacı tarafça sunulan sağlık hizmetinin kusurlu işletildiğinden bahisle oluştuğu ileri sürülen maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle açılan ve 18.06.2015 tarihinde verilen kararda⁵³ “Bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetinden yararlananın zarara uğraması halinde, bu zararın tazmini, idarenin hizmet kusurunun varlığı halinde mümkün olabilecektir.” şeklinde yeni yaklaşımın belirtilmesine karşın, davacının hastalanması nedeniyle götürüldüğü hastanede yapılan iğne sonucunda sakat kaldığından bahisle uğranıldığı iddia edilen maddi ve manevi zararın idarenin hizmet kusuru bulunduğu ileri sürülerek yasal faizi ile birlikte davalı idarece tazminine karar verilmesi istemiyle açılan ve aynı tarihte verilen kararda bu kez, “bünyesinde risk taşıyan sağlık hizmetini yürüten idarenin hizmetten yararlanan ilgiliye karşı tazmin sorumluluğu, sadece hizmetin kusurlu işletilmesi halinde değil, ağır hizmet kusurunun saptanması halinde mümkündür.”⁵⁴ gerekçesine yer verilmesi çelişki oluşturmakla birlikte, kanaatimizce yazım hatasından kaynaklanmıştır.

Aslında, Danıştay’ın 2015 yılındaki yeni içtihadına kadar olan uygulamalarına bakıldığında, hizmet kusuru-ağır hizmet kusuru ayırımına belirgin biçimde uyulmadığı, konuya ilişkin kararlarda sağlık hizmetinde ne tür bir uygulamanın hizmet kusuru, ne tür bir uygulamanın ise ağır hizmet kusuru olduğuna yönelik genel bir kriter koyulmaksızın her somut olayın durumuna göre değerlendirme yapıldığı anlaşılmaktadır.

Buna karşın, Danıştay’ın, “sağlık hizmetlerinin bünyesinde risk taşıyan bölümü tedavi hizmetleri olup; teşhis ve tedavide hizmetin niteliği gereği doğal kabul edilebilecek hatalar dışında tedavinin tıbbi gereklere uygun olmadığına ilişkin açık ve belirgin kusurlar idarenin tazmin sorumluluğunu gerektirecektir.” gerekçesine yer verdiği kararlarının olduğunu da belirtmek gerekir. Yüksek Mahkeme, söz konusu kararında, tedavi hizmetlerinin diğer sağlık hizmetlerinden farklı tutulması gerektiğini belirterek bu tür sağlık hizmetinde “açık ve belirgin kusur” şeklinde farklı bir kriteri öngörmüştür⁵⁵.

⁵³ Danıştay 15. D. 18.06.2015, E:2014/7296, K:2015/4171 Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

⁵⁴ Danıştay 15. D. 18.06.2015, E:2014/9364, K:2015/4241 Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

⁵⁵ “Dava konusu olayda, tedavi öncesi röntgenlerin muhafaza edilmemesi nedeniyle sağlık hizmetinin kusurlu işletildiği anlaşılmaktadır. Dosyadaki adli tıp raporunda tedavi sonucu meydana gelen siyatik sinir deformasyonu komplikasyon olarak nitelendirildikten sonra, uygulanan tedavinin mevcut rahatsızlığa uygunluğu konusunda röntgen grafilerinin bulunamaması nedeniyle görüş belirtilmemesi, tedavi hizmetlerinin kusurlu işletildiğini göstermemektedir. Oysa idarenin tazminle sorumlu tutulması tedavinin kabul edilebilecek hatalar dışında tıbbi gereklere uygun olmadığının tespiti şartına bağlıdır. Dolayısıyla davacıya uygulanan tedavide açık ve belirgin hizmet kusurunun saptanamaması davacının uğradığını öne sürdüğü mad-

Ancak, yukarıda belirttiğimiz içtihat değişikliği, tedavi hizmetlerinden kaynaklı açılan tam yargı davalarında da uygulanmaktadır.

Yüksek Mahkemenin kimi kararlarında, “İdare Hukukunun ilkeleri ve Danıştayın yerleşik içtihatlarına göre, zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı hallerde, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için, zararın, idarenin ‘açık ve belli bir ağırlıktaki hizmet kusuru’ sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir.” ilkesi ortaya konulduktan sonra, kararın devamında; “Bünyesinde risk taşıyan sağlık hizmetinin geç işlemesi, kusurlu işlemesi veya hiç işlememesinden doğabilecek tazminat istemlerinde tazminata hükmedilebilmesi için ‘hizmet kusurunun’ açık ve net olarak ortaya konulması gerekmektedir.” gerekçesine yer verilmesi, kanaatimizce çelişki oluşturmuştur⁵⁶.

Diğer taraftan, Danıştay’ın, tıbbi uygulama hataları içerisinde yer alan özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesinden kaynaklı açılan tam yargı davalarında ağır hizmet kusuru yerine “hizmet kusurunu” yeterli kabul ettiği anlaşılmaktadır. Yüksek Mahkeme; ameliyat sırasında ameliyat bölgesinde makas unutulması⁵⁷, göz ameliyatı yapılırken anestezi indüksiyonu sırasında oksijen yerine azot protoksit verilmesi sonucu davacının yaşamını yitirmesi⁵⁸ gibi olaylarda hizmet kusuru bulunmasını idarenin tazmin sorumluluğu için yeterli kabul etmiştir.

2.4.FRANSIZ DANIŞTAYI’NIN UYGULAMASI

Fransız Danıştay’ı uygulamasına bakıldığında ise genellikle kusur, ağırlık derecelerine göre sınıflandırılmaktadır. Yüksek Mahkeme, kararlarında “ağır kusur”, “açık kusur”, “özel ağırlıklı kusur”, “olağandışı ağır kusur” veya “sorumluluk doğurmaya elverişli kusur” gibi kavramlar kullanmakta, böylece her kusurun idarenin sorumluluğunu doğuracak nitelikte olmadığına işaret etmektedir⁵⁹. Fransız öğretisinde, Fransız Danıştay’ının belirtilen ayrımlarından sonra “basit hizmet kusuru”, “ağır kusur”, “açık veya özel ağırlıklı kusur” ve “hile benzeri kusurlar” şeklinde dördü bir ayrıma gidilmiş, son öğreti ve uygulamalarla “basit kusur” ve “ağır kusur” şeklinde ikili bir

di zararın idarece tazminini olanaksız kılmaktadır.” Danıştay 10. D. 27.12.2011, 2009/9151, 2011/5976, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

⁵⁶ Danıştay 10. D. 30.12.2011, E:2008/950, K:2011/6169, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

⁵⁷ Danıştay 10. D. 12.11.2007, E:2005/7349, K:2007/5071, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

⁵⁸ Danıştay 10. D. 22.11.2012, E:2008/7693, K:2012/5954, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

⁵⁹ Xavier DELCROS/Bertrand DELCROS (Derleyenler), Çeviren: Turgut CANDAN, **Fransa ve İngiltere’de İdarenin Sorumluluğu**, Danıştay Yayın Bürosu Yayınları, No:39, Başbakanlık Basımevi, Ankara,1984, s.18.

ayrım kabul edilmiştir⁶⁰.

Bununla birlikte, sağlık hizmetine yönelik olarak 1990'lı yıllardan itibaren idarenin sorumluluğuyla ilgili içtihatlarda önemli birtakım değişikliklerin ortaya çıktığı görülmektedir. Daha önce, ancak ağır hizmet kusurunun varlığı halinde idarenin sorumluluğuna gidilmekte iken, cerrahi ve medikal operasyonlarda artık basit kusur kabul edilmiştir⁶¹.

Yine Fransız Danıştay, organizasyon ya da kamu görevlilerinin kusurundan kaynaklı sorumlulukta zamanla basit kusuru yeterli görmeye başlamıştır. Hastanede zorunlu olan tıbbi müdahalenin derhal yapılmamış olması, operatör tarafından geç müdahale edilmesi sonucunda hastanın durumunun daha da kötüleşmesi, genç bir hastanın göğüs boşluğundaki yaranın tedavisi sırasında meydana gelen kazanın yarattığı yanık izi, sakat bir kişiye uygulanan tedavi sırasında aşırı sıkıştırmadan kaynaklanan rahatsızlık örneklerinde basit kusur yeterli görülmüştür⁶².

Fransız Danıştay, bazı hallerde ise ağır kusurun varlığını aramayı korumuştur. Zorunlu hallerde, görünüşe dayalı olarak hastalara yapılan müdahalelerde hastanın kusuru ile müdahalenin zararsız etkilerinin yol açtığı doktor yardımcılarının kusurunun varlığına dayalı sorumluluk halinde ağır kusurun olması gerektiği kabul edilmiştir⁶³.

Türk ve Fransız Danıştaylarının yaklaşımları birlikte değerlendirildiğinde şu sonuçlara ulaştığımızı belirtebiliriz. Sağlık hizmetinin, sağlıklı yaşam hakkı ile yakından ilişkisi olması yönüyle bireyler açısından hayati öneme sahip olduğunda kuşku yoktur. Sağlık hizmetinin belirtilen niteliği, bazı durumlarda hastaya müdahaleye yönelik küçük bir eylemin veya eylemsizliğin ağır sonuçlara yol açabilme özelliği, sağlık hizmet kusurunun her somut olaya göre ayrı irdelenmesi gerekliliği gibi hususların yanında tıp biliminin sürekli gelişim içinde olması birlikte değerlendirildiğinde, Danıştay'ın, tedavi hizmetleriyle ilgili sağlık hizmetinin kusurlu yürütülmesinden dolayı açılan tam yargı davalarında idarenin tazmin sorumluluğu için ağır hizmet kusuru yerine hizmet kusurunu yeterli kabul etmesi kanaatimizce de isabetli olmuştur.

⁶⁰ Serdar ÖZGÜLDÜR, "İdarenin Hukuki Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları", in İl Han ÖZAY, *Günlükte Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s.841-842.

⁶¹ KAPLAN, s.195.

⁶² Zühal BERKET BAŞ, "Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesi Sonucu Ortaya Çıkan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu", *Danıştay ve İdari Yargı Günü 135. Yıl Sempozyumu*, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No:68, Danıştay Matbaası, Ankara, 2004, s.75.

⁶³ BERKET BAŞ, s.80.

Aslında, Danıştay, sağlık hizmeti içinde değerlendirilmekle beraber, tıbbi operasyon kapsamına dahil edilemeyecek birtakım bakım, gözetim ve yan müdahalelerin hiç veya gereği gibi yapılmaması dolayısıyla oluşan zararlarda, idarenin sorumluluğundan söz edebilmek için ağır hizmet kusurunun aranmasına gerek bulunmadığına bir kararında işaret etmiştir⁶⁴.

Doktrinde de, ağır hizmet kusurunun idarenin sorumluluğu şartlarından birisi olarak aranmasının doğru olmayacağı, bu şekildeki bir yaklaşımın sosyal devlet anlayışına da ters düşeceği savunulmaktadır. Bu görüşü savunanlara göre, idarenin sorumluluğu için kusurlu olmasının yeterli sayılması gerekmekte olup, kusurun ağırlığına özel hukuktaki gibi tazminat miktarını etkileyen bir unsur olarak bakılmalıdır⁶⁵. Ayrıca, kusurun derecesinin, rücu hakkının kullanılması açısından önemli olduğu ifade edilmektedir⁶⁶.

Ancak, sağlık hizmetinin tehlike içermesi ve bünyesinde risk taşıması özelliği göz önünde bulundurularak, yüksek risk içeren tıbbi müdahaleler⁶⁷ ve operasyonlarda meydana gelebilecek tıbbi uygulama hatası gibi, bir kısım tıbbi uygulama hatalarına yönelik ağır hizmet kusurunun varlığının aranması kanaatimizce zorunludur. Şüphesiz, her somut olaya göre ayrı değerlendirilmesi gereken bu nitelikteki kusurlardan, hangi tür tıbbi uygulama hatalarının bu kapsamda kabul edileceği konusunda, başta 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanunu ile adalet işlerinde bilirkişilik görevi yapmak üzere kurulan Adli Tıp Kurumu'na ve son tahlilde içtihatlarıyla bu alana yön veren Danıştay'a büyük görev düşmektedir.

Doktrinde de, aşırı sigara ve alkol tüketimi, tedaviye uymama gibi birçok nedenin, sağlık hizmetini riskli hale getirdiği, riskin varlığının ise ağır hizmet kusurunu gerektirdiği ifade edilmektedir. Bundan dolayı, ağır hizmet

⁶⁴ Danıştay 10. D. 24.09.2007, E:2005/3719, K:2007/4316, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

⁶⁵ ÖZGÜLDÜR, (2004), s.843.

⁶⁶ GÜRSOY, s.131.

⁶⁷ Örneğin Danıştay, davacıların çocuğunun doğum sırasında yapılan müdahale sonucu sakat kaldığından bahisle uğranılan zararın tazmini istemiyle açılan davada; Adli Tıp Kurumu raporuna dayalı olarak, yüksek doğum tartılı bebeklerin doğumu sırasında sinir felci bir komplikasyon olarak ortaya çıkabilecek ise; bebeğin yüksek tartılı doğum olacağı belli iken ve sezaryen olanağı kalmadığı açıkken, anne ve bebek açısından tıbbi risk taşıdığı belirgin olan söz konusu doğum olayında bu konuda uzman bir doktorun bulunmasının gerekip gerekmediğinin, uzman doktorun doğum sırasında bulunması halinde bebeğin sağ kolunda meydana gelen sinir felcinin engellenebilip engellenemeyeceğinin, tıbbi risk taşıdığı anlaşılan bu tür bir doğumun ebe tarafından tek başına yönetilip yönetilemeyeceğinin hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak biçimde net olarak ortaya konulması gerektiğine işaret etmiştir. Danıştay 10. D. 29.01.2010, E:2008/6720, K:2010/160, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

kusurunun yalnızca operasyonlar yönünden aranması, diğer sağlık hizmetleri yönünden kusurun varlığının tazminat için yeterli olduğu savunulmaktadır⁶⁸.

2.5.SAĞLIK HİZMETİNDE KUSURSUZ SORUMLULUĞA İLİŞKİN YAKLAŞIMLAR

İdare kural olarak yürüttüğü kamu hizmetiyle nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlüdür. İdari eylem ve işlemlerden doğan zararlar idare hukuku kuralları çerçevesinde, hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk ilkeleri gereği tazmin edilmektedir⁶⁹.

Hizmet kusuruna yönelik yukarıda açıklamalarda bulunmuştuk. Kusursuz sorumluluk ise, kamu hizmetinin görülmesi sırasında kişilerin uğradıkları özel ve olağan dışı zararların idarece tazmini esasına dayanmakta olup; kusur sorumluluğuna oranla ikincil derecede bir sorumluluk türüdür. Diğer bir anlatımla idare, yürüttüğü hizmetin doğrudan sonucu olan, idari faaliyet ile nedensellik bağı kurulabilen, genel külfetler dışındaki özel ve olağan dışı zararları kusursuz sorumluluk ilkesi gereği tazmin etmekle yükümlüdür⁷⁰.

Her hukuk sisteminde kusur farklı biçimde rol oynamaktadır. Mukayeseli hukuk açısından bakıldığında kusur, bazen idarenin sorumluluğunun en önemli şartı iken bazen de hiç değerli değildir. Özellikle yeni hukuk düzenlemelerinde kusur, idari sorumluluğun şartı olmaktan çıkarılmaktadır⁷¹. Bu yönde AZRAK, idarenin hizmetinde bulunduğu toplum içerisindeki etkinliği nedeniyle zarar görenlerle zarar görmeyenler arasında bozulan dengenin yeniden kurulabilmesi için, idarenin sorumluluğu ilkesinin uygulama alanının genişlemesinin kaçınılmaz bir zorunluluk olduğunu vurgulamaktadır⁷².

Bu noktada, sağlık hizmeti açısından “*Acaba, idarenin sorumluluğunda kusur ilkesine bağlı kalma zorunlu mudur? Zorunlu ise bu ne ölçüde olmalıdır*” sorusu akla gelmektedir. GÜRSOY’a göre, bu sorunun cevabı için, toplumun bugünkü yapısı, kişinin toplum karşısındaki hak durumu, kişinin karşısında toplumun gücü ve görevinin göz önünde bulundurulması gerekmekte olup, idarenin bir olayda kusurunun olmaması veya kusurunun ispat edilememesi

⁶⁸ ÇINARLI, s.185.

⁶⁹ Danıştay 10. D. 24.01.2013, E:2012/1176, K:2013/407, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

⁷⁰ Danıştay 10. D. 09.10.2012, E:2010/16037, K:2012/4676, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

⁷¹ GÜRSOY, s.131.

⁷² AZRAK, s.135.

halinde bu rizikonun bireye yüklenmesi, bireyin toplum yararına feda edilmesi anlamına gelmektedir⁷³.

Nitekim sağlık hizmetinde bazı durumlarda hizmet kusuru şartından vazgeçilerek kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanmasının ya da en azından, zarar gören lehine kusur karinesinin kabul edilmesinin daha isabetli olacağı⁷⁴, sağlık hizmetinin sunumu sırasında gerçekleştirilen tıbbî müdahaleler ve diğer tedavi ve bakım hizmetleri nedeniyle ortaya çıkan zararlardan idarenin hukuken sorumlu tutulabilmesi için bir hizmet kusurunun şart olup olmadığı, somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi gerektiği öne sürülmektedir⁷⁵.

Nükleer tıp uygulamaları, beyin ameliyatları, akıl hastalarının bakımı, muhafazası gibi özünde risk taşıyan sağlık hizmeti faaliyetlerinde illiyet bağı kurulabilen zararların tazmininde, ağır kusur aramak yerine kusursuz sorumluluğun uygulanması gerektiğini belirten GÜRAN, “böylece, idarenin tıbbi faaliyetler alanında da alelade kusur ve ağır kusur sorumluluğu yanında, kendisi ve ajanı hekimin yaptıkları hakkında herhangi bir hüküm verilmeden salt illiyet bağı ile çözümlenen kusursuz sorumluluğu şeklindeki üçlü sorumluluk düzeni, içtihadın koyacağı esaslar ve çizeceği sınırlar içinde geliştirilip işletilmelidir...” önerisini getirmektedir⁷⁶.

Benzer şekilde, AIDS virüsü gibi önlenemeyen ve yayılması engellenemeyen hastalık sayısındaki artış ve genetik bilimindeki gelişmelerin tıp alanında uygulanmasının kusursuz sorumluluk ilkesinin önemini ve uygulanabilirlik alanını arttırdığı belirtilerek sağlık hizmetleri alanında idarenin kusursuz sorumluluğunun, yaşamın zorunluluklarına uyumu ve sosyal yaşantının gerekliliklerini yakalamak açısından daima gelişmeye açık olduğu ifade edilmektedir⁷⁷.

Danıştay ise, kanaatimizce kusursuz sorumluluğun pekala uygulanabileceği bir uyuşmazlıkta, davanın kabulü yönünde verilen kararı bozmuştur. Davacıların çocuğuna Sağlık Ocağında uygulanan oral polio aşısı (OPV) nedeniyle oluşan çocuk felci sonucu uğranıldığı ileri sürülen zararın tazmini istemiyle açılan davada, İdare Mahkemesi’nce; idarenin sağlık hizmetini yürüten personelinin görevi sırasında yaptığı oral polio aşısına bağlı

⁷³ GÜRSOY, s.132.

⁷⁴ KAPLAN, s.195.

⁷⁵ AVCI, s.137.

⁷⁶ GÜRAN, s.21-22.

⁷⁷ BEREKET BAŞ, s.87-88.

olarak davacının çocuk felci olmasında idarenin hizmet kusuru saptanamamakla birlikte, zarar ile idarenin eylemi arasında nedensellik bağının bulunması sebebiyle ve kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince davacılar zararının idarece tazmini gerektiği gerekçesiyle maddi ve manevi tazminat talebinin kabulüne karar verilmiştir.

Yüksek Mahkeme ise, “bünyesinde risk barındıran sağlık hizmetlerinin sunucusu olan davalı idarenin, koruyucu sağlık hizmetleri kapsamında gerçekleştirdiği aşidan kaynaklanan komplikasyonda, idarenin hizmet kusuru bulunmadığı Adli Tıp Kurumunca belirtildiğinden, davalı idarenin tıp kurallarına uygun olarak yürüttüğü tespit edilen hizmetten dolayı maddi ve manevi tazminata mahkum edilmesi mümkün değildir.” gerekçesiyle idare mahkemesi kararının bozulmasına karar vermiştir⁷⁸.

Halbuki, temyiz kararında hükme esas alınan Adli Tıp Kurumu raporunda, “Sağlık Ocağında uygulandığı bildirilen oral polio aşısı sonrası gelişen bulguların ‘aşıya bağlı parolitik poliomyelit’ ile uyumlu olduğu, aşı sonrası ortaya çıkan komplikasyon olarak değerlendirildiği” belirtilmektedir. Dolayısıyla, söz konusu rapor dikkate alındığında, sağlık ocağından sağlık hizmeti aldığı ve aldığı bu hizmet sonrası zarara uğradığı tartışmasız olan davacıların, uğradığı zarar ile idarenin eylemi arasında illiyet bağı bulunması nedeniyle kanaatimizce kusursuz sorumluluğa dayalı olarak tazminata hükmedilmesi gerekirdi.

Nitekim Fransız Danıştay da, zorunlu aşı, AIDS ve Hepatit-C gibi bulaşıcı tehlike içeren hastalıklar ile kan ürünlerinin nakli konusunda ortaya çıkan zararlı sonuçların idareye yüklenebildiği ölçüde herhangi bir kusuru olmasa dahi, idarenin bundan hukuken sorumlu tutulması gerektiğini kabul etmektedir⁷⁹.

Bu açıklamalar çerçevesinde, sağlık hizmetinden kaynaklı açılan tam yargı davalarında belirli durumlarda, somut olayın özelliği ve tıp bilimindeki gelişmeler de göz önünde bulundurularak kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanabileceği kanaatini taşımaktayız. Örneğin, ameliyat ve tedavi sürecinde hastanede enfeksiyon kapma, zorunlu aşı nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen zararın tazmini istemiyle açılan davalarda, illiyet bağı kurulması halinde pekala kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca idarenin hukuki sorumluluğuna gidilebilir. Zaten Danıştay, bu nitelikteki davalarda, idarenin hizmet kusuru

⁷⁸ Danıştay 15. D. 25.06.2015, E:2014/8633, K:2015/4625, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

⁷⁹ KAPLAN, s.195.

bulunup bulunmadığını etraflıca irdelemektedir⁸⁰. Ancak, bu tür davalarda, idarenin hizmet kusuru bulunmasa dahi, sağlık hizmeti almak amacıyla bu hizmeti yürüten idareye başvuran bireylerin zarara uğraması halinde uğradıkları zararının karşılanması kanaatimizce hakkaniyetin de gereğidir.

3.SAĞLIK HİZMETİNDEN KAYNAKLI TAM YARGI DAVALARI

İdarenin sağlık hizmeti nedeniyle tazmin sorumluluğunun doğabilmesi için aranan hizmet kusuru, sağlık hizmetinin kuruluşunda, düzenlenmesinde ve işletilmesinde yetersizlik veya tıbbi uygulama hataları şeklinde meydana gelebilir. Bu başlık altında Danıştay önüne gelmiş tam yargı davalarından örnekler verilerek konu aydınlatılmaya çalışılacaktır.

3.1.SAĞLIK HİZMETİNİN KURULUŞUNDA, DÜZENLENMESİNDE VE İŐLETİLMESİNDEKİ YETERSİZLİKTEN KAYNAKLI TAM YARGI DAVALARI

İdarenin, sağlık hizmetinin kuruluşunda, düzenlenmesinde ve işletilmesindeki yetersizlikten kaynaklanan sorumluluğunu organizasyon kusuru olarak da değerlendirebiliriz. Danıştay kararında belirtildiği üzere; halkın sağlık hizmetlerini yürütmekle görevli olan idare, hastanelerde yapılacak tedavilerin tıbbi esaslara uygun biçimde ve hizmetin gerektirdiği yeterliğe sahip personel ile yapılmasını sağlamakla yükümlü olup, bu yükümlülüğün yerine getirilmesinde kusurlu davranılması idarenin tazmin sorumluluğunu dođurur⁸¹.

Hastane yönetiminin, somut organizasyon yükümlülükleri yanında sözleşmeden kaynaklanan birtakım yükümlülükleri de bulunmaktadır. Bu yükümlülüğün ilki, hastanın tedavisi olup, bunun dışında, hastane bakımını sağlama, hastayı aydınlatma, sadakat ve özen gösterme, kayda geçirme, kayıtları düzenli tutma, sır saklama gibi yan yükümlülükleri de vardır⁸².

⁸⁰ “Bilirkişi raporunun 4. maddesinde, hastanın diabetik olduğu ve bu tip hastalarda enfeksiyon riskinin normalden yüksek olduğunun belirtilmesine ve raporun 6. maddesinde, ameliyatın dördüncü gününü bu tür ameliyatların muhtemel komplikasyonlarından olan pseudomonas menenjitinin hastane enfeksiyonu olarak geliştiği tespitine yer verilmesine karşın, bilirkişi raporunda, diabetik ve enfeksiyon riski normalden yüksek olduğu belirtilen davacıya yönelik tedbir alınıp alınmadığı, alınmışsa tedbirlerin yeterli olup olmadığı, hastane enfeksiyonundan ne anlaşılması gerektiği, davacının zarara uğramasına neden olan söz konusu hastane enfeksiyonunda davalı idarenin hizmet kusuru bulunup bulunmadığı hususlarına yönelik saptama yapılmamıştır.” Danıştay 10. D. 05.8.2009, E:2006/5958, K:2009/3736, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

⁸¹ Danıştay 10. D. 05.07.2006, E: 2005/2442, K:2006/4812, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

⁸² Hakan HAKERİ, **Tıp Hukuku**, Seçkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara, 2013, s.593.

Bu başlık altında vereceğimiz örnek kararlardan da anlaşılacağı üzere, Danıştay, bu tür davalarda idarenin tazmin sorumluluğu için kimi zaman ağır hizmet kusurunu aramış ise de, çoğunlukla sağlık hizmetinin kuruluş ve yürütülüş biçimine dikkat çekerek hizmet kusurunu yeterli görmüştür⁸³.

Torakal skolyoz tanısı ile davalı idareye ait hastaneye yatan davacıların murisine yapılan ameliyat sonrasında vefat etmesinden dolayı açılan davada; İdare Mahkemesi tarafından, Adli Tıp Kurumu raporu uyarınca, davalı idarenin olayda kusurunun bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Danıştay ise; davalı idareye ait hastanede bir ameliyat sırasında doğabilecek kan ihtiyacının önceden öngörülerek bu konuda gerekli tedbirlerin alınmaması, bu nedenle ameliyat sırasında kan takılmasında gecikmeye neden olunması, yine ameliyat sonrasında yoğun bakımda yer ayarlanmaması nedeniyle hastanın yoğun bakıma alınmasında da gecikme yaşanması nedeniyle davalı idarenin olayda bu yönüyle hizmet kusurunun bulunduğu sonucuna varmıştır⁸⁴.

Organizasyon kusuru olarak değerlendirilen bir kararda ise, hastanın cuma günü hastaneye başvurduğu ve araya hafta sonu girmesi nedeniyle poliklinik muayenesinin en erken pazartesi günü yapılabilecek olması göz önüne alındığında, hasta için gereken ortopedi konsültasyonunun yaptırılması gerektiği, yalnızca ortopedi polikliniğine yönlendirilmiş olmasıyla yetinilemeyeceği; olayda, acil servise başvuran hastanın içinde bulunduğu klinik tablo karşısında ortopedi konsültasyonunun yaptırılmaması olmasının idare bünyesinde sunulan sağlık hizmetinin organizasyon hatası olarak değerlendirildiğinden, meydana gelen durumun komplikasyon olarak ifade edilmesinin idarenin manevi tazmin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı kabul edilmiştir⁸⁵.

Davacıların çocuğunun doğumu sırasında yapılan yanlış uygulamalar neticesinde doğması ve doğuma bağlı rahatsızlıkları nedeniyle ölümü sonucu uğranıldığı ileri sürülen maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle açılan davada; İdare Mahkemesince, Adli Tıp Kurumu raporuna dayalı olarak davanın reddine karar verilmiş ise de; Danıştay tarafından, Adli Tıp Kurumu tarafından İdare Mahkemesi aracılığıyla 23:40'tan sonra çekildiği iddia edilen NST kayıtlarının istenmesine rağmen, söz konusu kayıtların davalı idare tarafından sunulmadığı görüldüğünden, doğum takibinin uygun yapılmadığı,

⁸³ Danıştay 10. D. 20.03.2012, E: 2008/2668, K:2012/1006, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

⁸⁴ Danıştay 10. D. 20.03.2012, E:2008/2688, K:2012/1006, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

⁸⁵ Danıştay 10. D. 20.03.2012, E:2008/2688, K:2012/1006, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

öte yandan Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin 43. maddesinin (c) fıkrasına ve 49. maddesinin (b) fıkrasına göre kadın doğum uzmanı ve anestezi teknisyeninin hastanede normal nöbet tutması gerektiği, ancak bu kişilerin icapçı olarak nöbet tuttuklarının anlaşılması nedeniyle davalı idarenin ağır hizmet kusurunun bulunduğu sonucuna varılmıştır⁸⁶.

Danıştay, kadın doğum uzmanının bulunmadığı hastanede, ebe tarafından muayene yapılarak çocuğun ayak geliş biçiminde doğacağına anlaşılması üzerine sevk yapılmakla birlikte, personel refakatinde ambulans tahsisi gerekirken hastanın özel araçla gönderilmesinde, davacıların prematüre doğan çocuğunun da aralarında bulunduğu 8 bebeğin “Yeni Doğan” servisinde hastane enfeksiyonu nedeniyle ölümünde davalı idarenin hizmet kusurunun bulunduğunu kabul etmiştir. Yüksek Mahkeme, hastanede doğan bebekten fenilketonüri tarama programı çerçevesinde kan örneği alınmayıp, geç tanı konularak tedaviye geç başlanması ve sonucunda bebeğin zihinsel etkilenmesi nedeniyle; erken ve sınırlı bir zaman diliminde teşhis edilip tedavisine başlanması gereken “fenilketonüri” hastalığının mücadele biçimine ilişkin kamu hizmetinin kötü işlediğini kabul ederek davacıların uğradığı zararın davalı idarece tazmini gerektiğine karar vermiştir⁸⁷.

Danıştay, hasta kayıtlarının tutulması ve muhafazası şeklindeki sağlık hizmetinde, sağlık hizmetlerinden yararlananlarla ilgili kayıtların eksikliğinin, yapılan tedavilerin kayıt altına alınmamasının, tetkik ve inceleme sonuçlarının muhafaza edilmemesinin⁸⁸, hastaya ait dosyanın kaybedilmesinin⁸⁹ hizmetin kusurlu işletildiğinin kabulü için yeterli olduğunu kabul etmektedir. Esasında bu hususlar, idare tarafından, bireylerin kişisel sağlık verilerinin korunması yükümlülüğü başlığı altında ele alınmaktadır⁹⁰.

Yüksek Mahkeme, davacıya ait sağlık kayıtlarının korunmamasını, en başta tıbbi müdahalenin irdelenme imkânını ortadan kaldırması yönüyle hizmet kusuru kabul etmektedir. İkinci olarak, sağlık verileri kaybolan bireyin, sağlığına yönelik belirsizlik nedeniyle üzüntü duymasına neden olunmasından dolayı uğranılan manevi zararın idarece tazmin edilmesi gerekmektedir.

⁸⁶ Danıştay 15. D. 21.04.2015, E:2014/5867, K:20145/2320, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

⁸⁷ Benzer yöndeki kararlar için bkz. AKGÜL, (2012), s.490-491.

⁸⁸ Danıştay 10. D., 27.10.2009, E:2007/305, K:2009/9183; Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

⁸⁹ Danıştay 10. D., 29.04.2008, E:2007/3301, K:2008/2939, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

⁹⁰ Kişisel sağlık verilerinin korunması konusunda daha fazla bilgi için bkz. Aydın AKGÜL, “Danıştay Kararları Işığında Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması”, *Danıştay Dergisi*, Y.2013, Sa.133, s.21-45.

Danıştay’a göre; hastanın sağlık kuruluşuna başvurduğu gün ve saatin, hastaya uygulanan tedavinin, tedaviyi uygulayan doktor ve sağlık personelinin adının, kullanılan ilaç gibi bilgilerin hasta dosyasında (poliklinik defterinde) yer alması hasta haklarının gereği olup, söz konusu kayıtların düzenli ve yeterli tutulmaması, kişinin doğruyu öğrenme hakkına engel olacağından hizmet kusurunu oluşturmakta, dolayısıyla davacının uğradığı manevi zararın tazmin edilmesi gerekmektedir⁹¹.

Yüksek Mahkeme, bilgi edinme hakkının kullanılması kapsamında talep edilen başta hasta dosyası olmak üzere, epikriz ve ölüm raporlarının davacıya süresinde verilmemesinin, çocukları ölü olarak doğan anne ve baba nezdinde, sağlık uygulamalarının kusurlu işletildiği hususunda oluşturulan şüphe ve ruhsal çöküntünün manevi tazmin talebinin karşılanması gereğini ortaya koyduğunu belirterek olayda hizmet kusuru bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddeden İdare Mahkemesi kararının bozulmasına karar vermiştir⁹².

3.2.TIBBİ UYGULAMA HATALARINDAN KAYNAKLI TAM YARGI DAVALARI

3.2.1.Genel Olarak Tıbbi Uygulama Hataları

Tıbbi uygulama hatasının daha iyi anlaşılabilmesi için tıbbi müdahale kavramına değinmek gerekir. Kısaca tıbbi müdahale, hekimin tedavi amacına yönelik etkinlikleridir. Daha geniş anlatımla, tıp mesleğini icraya yetkili bir kişi tarafından, doğrudan ya da dolaylı tedavi amacına yönelik olarak gerçekleştirilen, en basit teşhis ve tedavi yöntemlerinden en ağır cerrahi müdahalelere kadar uzanan ve bir hastalığı, anormalliği ya da eksikliği önlemek, ortadan kaldırmak veya olumsuz etkilerini en aza indirmek için yapılan her türlü faaliyettir⁹³.

Hekim, ne kadar bilgili ve deneyimli olursa olsun, tıbbi uygulamalar sırasında, istenmeden de olsa, hastasına zarar vermesi söz konusu olabilir. Çünkü her tıbbi girişim bünyesinde bir “risk” taşımaktadır⁹⁴. Danıştay da, sağlık hizmetinin, bünyesinde risk taşıyan bir hizmet olduğunu kararlarında vurgulamaktadır⁹⁵. Ancak, tıbbi müdahaleler izin verilen risk kapsamında

⁹¹ AKGÜL, (2013), s.36-38.

⁹² Danıştay 15. D. 15.04.2015, E:2014/5076 K:2015/2184, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

⁹³ Mehmet AYAN, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Ankara, 1991, s.5.

⁹⁴ Ahmet Nezih KÖK/Mustafa GÜLER/Semra ÇALANGU, “Hekimlikte ‘Malpraktis’”, **ANKEM Dergisi**, 17(No.4), Y:2000, s.345.

⁹⁵ Danıştay 15. D. 21.04.2015, E:2014/5867, K:2015/2320; 13.05.2015, E:2014/7569, K:2015/2820, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

kabul edilmekte, burada her an için zararlı bir sonucun meydana gelmesi durumu söz konusu olabilmektedir⁹⁶. Bu zararlı durumlar, bazen tıp biliminin izin verilen riskli yapısından kaynaklanmakta, bazen de tıp uygulayıcısı kişi ya da kurumların hata ve ihmalleri sonucu meydana gelmektedir⁹⁷.

Dünya Tabipler Birliği'nin 1992 yılındaki 44. Genel Kurulu'nda tıbbi uygulama hataları, “*hekimin tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarar*” şeklinde tanımlanmıştır⁹⁸. Sağlık hizmetinin kötü işleminin bir türü olarak tıbbi uygulama hataları; bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeni ile bir hastanın zarar görmesi olarak da tanımlanmaktadır⁹⁹. Bu tanımlarla birlikte, tıp literatüründe, meslek hatasının tanımlanması yerine, somut her olayın değişen özelliğine göre tespitin daha doğru ve isabetli olacağı belirtilmektedir¹⁰⁰.

Tıbbi müdahalenin, hukuka uygunluğu için olması zorunlu unsuru, bizzat tıp bilimi ve mesleği belirlemektedir. Buna göre, uygulanacak tıbbi müdahalenin, tıbben zorunluluğunun bulunması yanında, tıp biliminin ilke ve kurallarına, diğer bir ifadeyle tıbbi standartlara uygun olarak yerine getirilmesi gereklidir¹⁰¹. Ancak, belirtmek gerekir ki, hekimin ya da diğer sağlık görevlilerinin, kendi gördüğü eğitim ya da uzmanlıkla ilgili edindiği bilgileri, bir hastanın tedavisinde yeteri kadar göstermeyip ülkedeki mevcut tıbbi hizmet standartlarının altında bir hizmet vermesi tıbbi uygulama hatası olarak kabul edilmektedir¹⁰².

Danıştay kararında da belirtildiği üzere; tıbbi uygulama hatasında, hastanın tanı ve tedavisi sırasında standart uygulamanın yapılmaması, bilgi ve beceri eksikliği ile hastaya uygun tedavi uygulanmaması söz konusudur.

⁹⁶ HAKERİ, s.538.

⁹⁷ Halide SAVAS, “*Tıbbi Uygulama Hatalarından Doğan Zararların Tazmini*”, **1. Tıp Hukuku Günleri: Tıbbi Uygulama Hataları Av. Dr. Hasan Çankaya'nın Anısına**, Türk Tabipler Birliği İstanbul Tabip Odası, 1. Baskı, İstanbul, 2012, s.71.

⁹⁸ Oğuz POLAT/Işıl PAKİŞ, “*Tıbbi Uygulama Hatalarında Hekim Sorumluluğu*”, **Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi**, C.2, Sa.3, Temmuz 2011, s.119-120.

⁹⁹ Oğuz POLAT, **Tıbbi Uygulama Hataları**, Klinik-Sosyal-Hukuksal-Etik Boyutları, Seçkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 31.

¹⁰⁰ Zariye ŞENOCAK, **Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu**, AÜHF Yayınları No:44, Ankara, 1998, s.83

¹⁰¹ Mine KAYA, “*Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu*”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Y.2012, Sa.100, s.51.

¹⁰² Mustafa KICALIOĞLU, “*Yargı Kararları Işığında Doktorun(Hekimin) Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluğu*”, **Terazi Dergisi**, Y.2006, Sa.4, s.18.

Bu noktada hatalı tıbbi uygulama sonucu doğacak sorumluluk “*kusura dayalı genel sorumluluk*”tur¹⁰³.

3.2.2. Tıbbi Uygulama Hatalarıyla İlgili Tam Yargı Davaları

Sağlık hizmetinin yürütülmesi sırasında meydana gelen hizmet kusuruna ilişkin Danıştay kararları çerçevesinde bu çalışmada teşhis ve tanı hatası, tedavi hatası ve özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesi konularında örnekler verilecektir.

3.2.2.1. Teşhis ve Tanı Hatasıyla İlgili Kararlar

Hekimlik sözleşmesi, hekime teşhis koyma yükümlülüğü yüklemektedir. Bundan dolayıdır ki; seçilecek tedavi yönteminin isabetliliği iyi ve doğru bir teşhise bağlıdır. Teşhis için gerekli muayeneyi yapan, tetkikleri yaptıran ve elde edilen bulguları özenle değerlendiren hekim bakımından teşhiste yanılma halinde sorumluluk doğrudan gündeme gelmeyecektir¹⁰⁴. Bu açıdan, tanı, hastaya uygulanacak en isabetli tedavi türünün belirlenmesi yönüyle önemlidir. Tanı hatası; yanlış veya eksik tanı konulması, gerçek tanı için yeterli araştırmanın yapılmaması şeklinde örneklendirilebilir¹⁰⁵.

Konuyla ilgili örnek olarak verebileceğimiz kararlara bakıldığında, davacılar yakınının mide perforasyonu geçirdiği halde bu durumu fark etmeyerek böbrek taşı tanısı konulması sonucunda geç müdahale edilmesi nedeniyle hayatını kaybetmesinde¹⁰⁶ davalı idarenin ağır hizmet kusurunun bulunduğu kabul edilerek davacıların uğradığı zararın tazminine karar verilmiştir.

Konuyla ilgili diğer bir olayda, davacının babasının 27.02.2005 tarihinde saat 4:00’da başlayan göğüs ve kola yayılan ağrı şikayeti ile Eğitim ve Araştırma Hastanesine götürüldüğü, burada yapılan muayenesi neticesinde, hastanın 10 yıldır kalp hastası olduğu, 1999 yılında PTCA stent takıldığı, 3 defa anjiyo olduğu, rahatsızlığına yönelik ilaçlar kullandığının öğrenildiği, hastanın akut koroner sendrom ön tanısı ile ileri tetkik ve tedavi için dahiliye servisine yatırıldığı, daha sonra saat 19:58 sularında yakınları tarafından tuvalette baygın olarak bulunduğu ve saat 21.35 itibarıyla vefat ettiği anlaşılmış, olay nedeniyle manevi zararın tazmini istemiyle dava açılmıştır.

¹⁰³ Danıştay 15. D. 30.01.2015 E:2014/7136, K:2015/413 Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

¹⁰⁴ Danıştay 15. D. 11.03.2015, E: 2013/7669 K:2015/1396, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

¹⁰⁵ AKGÜL, (2012), s.494.

¹⁰⁶ Danıştay 10. D. 09.04.2008, E:2007/8357, K:2008/2064, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

Mahkemece yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu hazırlanan Adli Tıp Kurumu Birinci İhtisas Kurulu'nun raporunda "hastanın ölümünün akut koroner sendrom sonucu meydana gelmiş olduğu" belirtilmiş, Adli Tıp Kurumu 3. Adli Tıp İhtisas Kurulunun raporunda ise, "hastanın 27.02.2005 tarihinde İstanbul Eğitim Hastanesine göğüs ağrısı nedeniyle yatırıldığı, akut koroner sendrom tanısı ile tedavisinin düzenlendiği, kişiye dolantin ve opiat türevi analjeziklerin uygulanabileceği, bu tedavinin tıp kurallarına uygun olduğu, dosyada mevcut saat 10:00'da ve saat 16:35'te çekilen iki EKG arasında anterior derivasyonlarda R progresyon kaybının ve V1-V2'de şüpheli Q dalgalarının geliştiğinin gözlemlendiği, enzim değerlerinin hangi saate ait olduğunun kayıtlı olmadığı, dosyada mevcut 3 adet EKG ve 1 adet enzim sonucu dışında seri EKG ve enzim takibi olmadığı, yukarıda bahsedilen EKG değişikliklerinin akut myokard enfarktüsü habercisi olabileceği cihetle kişinin daha yakın takibi ve yoğun bakım şartlarında müşahade altında tutulmasının daha uygun olacağı" belirtilmiştir.

Danıştay, Mahkeme'ye sunulan bilirkişi raporuna davalı idare tarafından yapılan itirazı yerinde görmemiş ve düzenlenen raporu hükme esas alınabilir nitelikte bularak, davacının uğradığı manevi zararın tazmin edilmesi gerektiğine karar vermiştir¹⁰⁷.

Zorunlu olarak kullanılması gereken tanı yöntemi ve araçlarının kullanılmaması, konsültasyon gereken hallerde bu yola gidilmemesi, eksik araştırma yapılması ve yapılan araştırma sonuçlarının bir hastalığın karakteristik belirtilerini ortaya koymasına rağmen hatalı sonuca varılması olarak adlandırılan kusurlar tanı hatasını oluşturmaktadır¹⁰⁸.

28/08/1998, 25/08/1999, 15/05/2001 ve 06/09/2002 tarihlerinde Devlet Hastanesi'ne görme bozukluğu şikayetleriyle müracaat eden davacının, 2003 yılında ...Üniversite Hastanesi Göz Kliniğinde yapılan muayenesinde "Glokom" hastası olduğunun belirlenmesi üzerine, Devlet Hastanesi'nde teşhisin geç konulması nedeniyle sağ gözünün kör olmasına ve sol gözünün ise büyük oranda işlevini yitirmesine sunulan sağlık hizmetinin kusurlu işletilmesinin sebep olduğu ileri sürülerek uğranılan maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle açılan davada; İdare Mahkemesince; dava konusu olayda hizmet kusuru bulunup bulunmadığının tespiti amacıyla Adli Tıp Kurumu nezdinde yaptırılan ve hükme esas alınabilecek nitelikte bulunan bilirkişi

¹⁰⁷ Danıştay 15. D. 21.05.2014, E: 2013/4135 K:2014/3970, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

¹⁰⁸ Cemal ÖZTÜRKLER: **Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003, s.85.

raporu esas alınmak suretiyle olayda hizmet kusuru ve ihmal bulunmadığı, dolayısıyla idarenin tazmin yükümlülüğünün bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Danıştay ise, dosya kapsamından, davacının düzenli olarak aynı hastanenin aynı servisine 4 defa muayene olduğu halde, davacı için doğru teşhisin konulmadığı, bu hususa hastanede gerekli cihazın bulunmamasının katkısı olduğu düşünülse de, aynı şikayetlerle başvurduğu anlaşılan hasta için durumunun düzelmediği değerlendirilerek hastalığı için altta yatan gerçek nedeni içeren patolojinin araştırılması yoluna gidilmediği, bu gerekliliğin anılan hastanede yapılmamasının cihaz eksikliği nedeniyle mümkün olmaması halinde hastayı ileri tetkik ve tedavi imkanlarına sahip bir merkeze sevk etmek gerekirken bunun da yapılmadığı hususlarına dikkat çekmiştir¹⁰⁹.

Yüksek Mahkemeye göre; 4 defa aynı şikayetlerle müracaat edilmiş olmasına ve aynı tedavi yönteminin uygulanmasına rağmen olumlu sonuç alınmamış olması halinde, hasta şikayetlerinin altında yatan asıl patolojinin araştırılması, bu kapsamda kapsamlı tetkiklerin yapılması, cihaz eksikliği nedeniyle bunun yapılamaması halinde ise, ileri tetkik ve tedavi için hastanın üst merkeze sevkii gerekmektedir.

Hizmet kusurunun bulunmadığı sonucuna varılan bir olayda ise, davacıya yanlış teşhis ve buna bağlı yanlış tedavi uygulanması nedeniyle sol böbreği ile buna bağlı idrar yolunun tamamının alınması sonucu uğranıldığı öne sürülen manevi zararın tazmini istemiyle dava açılmıştır. İdare Mahkemesince, davacıya uygulanan ameliyatın tıbben gerekli ve doğru olduğu, zira hastada ilk ameliyatta alınan doku parçalarında bir kanser olduğunun patoloji raporunda belirtildiği, buna göre davacıya ait preparatlar üzerinde yaptırılan patolojik incelemeye dayanılarak hazırlanan bilirkişi raporuna göre davalı idarece konulan teşhis ve uygulanan tedavide hizmet kusurunun oluşmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar aynen onanmıştır¹¹⁰.

3.2.2.2.Tedavi Hatasıyla İlgili Kararlar

Mevcut tıp biliminin gereklerine göre yapılan tedavi, nihayetinde istenen sonucu vermese bile hizmet kusuru olarak kabul edilemez. Diğer bir ifadeyle, hizmet kusuru ancak uygulanan yöntemlere göre mutata olmayan tedavi hataları için söz konusu olmaktadır¹¹¹.

¹⁰⁹ Danıştay 15. D. 11.03.2015, E: 2013/7669 K:2015/1396, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

¹¹⁰ Danıştay 10. D., 27.4.2009, E:2007/4122, K:2009/3251, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

¹¹¹ İ. Hamit HANCI, *Malpraktis Tıbbi Gelişmeler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu*, Seçkin Yayınları, Ankara 2002, s.5.

Tıbbi olarak gerekli olmasına karşın m¼dahalenin yapılmaması veya ge¼ yapılması, yanlış tedavi y¼nteminin se¼ilmesi, gerekli testlerin yapılmaması, yanlış ila¼ verilmesi veya ilacın dozunun yanlış ayarlanması, ölç¼s¼z tıbbi m¼dahale, bir komplikasyonun fark edilmemesi, hatalı ameliyat tekniği, teknik aletlerin kullanılmasında yapılan hatalar, ge¼ veya hatalı sevk uygulamaları, enjeksiyon ve hijyen kurallarına uyulmaması, kons¼ltasyon istenmemesi gibi durumlar tedavi hatası kapsamında ele alınmaktadır¹¹².

Danıştay; trafik kazası sonucu yaralanan davacının, akciğer grafiklerinde çok sayıda kot kırıkları ve pr¼notaraks saptanmasına karşın, toraks t¼p¼ takılmadan ve stabil hale getirilmeden sevk edilmesinde¹¹³, doğum kontrol¼ sağlamak amacıyla yapılan t¼p bağlama ameliyatı sırasında meydana gelen ince bağırsak yırtılması sonrasında, bilgisayarlı tomografi ¼ektirmekte ge¼ kalınması ve ¼ektirilen tomografiye g¼re karın sol yan b¼l¼m¼n¼ dolduran b¼y¼k boyutlu sıvı saptanmasına rağmen hastanın hemen ameliyata alınması gerekirken 3 g¼n sonra ameliyata alınmasında¹¹⁴ NST'lerde tekrarlayan deselerasyonları normal olarak kabul ederek daha ileri tetkik ve tedaviye gerek g¼r¼lmemesinde; hastanın antenatal kayıtlarının ve testlerinin incelenmeden normal doğuma y¼nlendirilmesi sonucunda bebeğin oksijen yetersizliğine bağlı beyin ¼l¼m¼ tanısıyla d¼nyaya gelmesinde¹¹⁵ hizmet kusurunun bulunduğunu kabul ederek davacıların uğradığı zararın davalı idarece tazmin edilmesi gerektiğine karar vermiştir.

3.2.2.3.Özen Y¼k¼ml¼l¼đ¼n¼n Yerine Getirilmemesiyle İlgili Kararlar

Tıbbi m¼dahalenin b¼t¼n aşamalarında g¼sterilmesi gereken özen y¼k¼ml¼l¼đ¼, yalnızca tedavi a¼ısından s¼z konusu olmayıp, tedavi sonrasında da ge¼erlidir¹¹⁶.

Danıştay, özen y¼k¼ml¼l¼đ¼n¼n yerine getirilmemesiyle ilgili olarak; davacının, yapılan ameliyatı sırasında, kanın pıhtılaşmasını ¼nleyen koter cihazının arızalı olması nedeniyle, bağlandığı sol el parmağının elektrik akımıyla yanması sonucu kesilmesini¹¹⁷; yoğun bakım ünitesinde tedavi g¼ren

¹¹² HAKERİ, s.575-588.

¹¹³ Danıştay 10. D. 15.05.2007, E:2004/12641, K: 2007/2645, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

¹¹⁴ Danıştay 10. D. 28.02.2007, E:2007/8645, K:2011/1570, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

¹¹⁵ Danıştay 10. D. 27.3.2002, E:2004/6540, K:2007/4237, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

¹¹⁶ HAKERİ, s.589.

¹¹⁷ Danıştay 10. D. 31.03.2009, E: 2009/11271, K:2010/2519, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

ve ajitasyon içinde bulunan hastanın düşme tehlikesi altında olduğunun davalı idarece bilindiği ve daha özenli bir biçimde bakım ve takibi gerektiği halde, bu özen ve takibin yapılmayarak davacının annesinin hastanede tedavi gördüğü sırada yataktan düşmesi sonucu ölmesini¹¹⁸; ameliyat sırasında kullanılan koter cihazına bağlı olarak davacının her iki bacağına iç yüzeyinde yanıklar meydana gelmesini¹¹⁹; doğum sırasında perine yırtığının fark eden ebenin bu durumu nöbetçi doktora bildirmeyerek kendisinin müdahalede bulunmasını, hastanın doğum sonrası vizite sırasında değerlendirilmesine rağmen komplikasyon sonucu gelişen perine yırtığının tespit edilmemesini ve gerekli tedavinin uygulanmamasını¹²⁰, sezaryenle ameliyat olan davacının karnında unutulmuş gazlı bezin çıkarılması amacıyla tekrar ameliyat edilmesini¹²¹ hizmet kusuru olarak kabul etmiştir.

Benzer şekilde Yüksek Mahkeme; davacıların babasının bacağına oluşan damar tıkanıklığı şikayetiyle başvurduğu Üniversite Tıp Fakültesi Hastanesinde yapılan ameliyattan sonra yoğun bakım ünitesinde ağrı kesici enjekte edilmek istenirken buzdolabında eski bir ağrı kesici şişesine konmuş olan glutraldehit adlı dezenfektan maddesinin enjekte edilmesi üzerine iğnenin hemen ardından şiddetli ağrı şokunun gelişmesi sonucu belden aşağısının felç olması ve sonrasında vefat etmesinde¹²²; sağlıklı doğan bebeğin sağ kolunun bir travmaya maruz kalması sonucu oluşan kırık nedeniyle kesilmesine neden olunmasında¹²³ hizmet kusurunun bulunduğunu ve davalı idarenin tazmin sorumluluğu olduğunu kabul etmiştir.

SONUÇ

İdare tarafından yürütülen sağlık hizmetinin kusurlu işletilmesi nedeniyle zarar gören bireyin uğradığı maddi ve manevi zararının tazmin edilmesi hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Söz konusu zararın tazmin edilmesi, idari yargıya özgü bir dava türü olan tam yargı davası yoluyla sağlanmaktadır.

Danıştay, uzun yıllar süren içtihadında, tedavi hizmetleriyle ilgili sağlık hizmetini, bünyesinde risk taşıyan bir kamu hizmeti olarak kabul edip, sağlık

¹¹⁸ Danıştay 10. D. 13.10.2006, E:2003/4864, K:2006/5652, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

¹¹⁹ Danıştay 15. D. 09.05.2013, E:2013/3249, K:2013/3322, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

¹²⁰ Danıştay 10. D. 27.10.2009, E:2007/305, K:2009/9183, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

¹²¹ Danıştay 10. D. 08.12.2009, E:2009/7969, K:2009/10233, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

¹²² Danıştay 15. D. 03.11.2014, E:2013/4285, K:2014/7782, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

¹²³ Danıştay 10. D. 09.03.2004, E:2002/1220, K:2004/1420, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

hizmetinden yararlanan kişinin zarara uğraması halinde, bu zararın tazminini, yalnızca idarenin ağır hizmet kusurunun varlığı halinde mümkün görmüş ve bu içtihadını 2015 yılına kadar sürdürmüştür. Ancak, Danıştay'ın yeni yaklaşımında bu şekilde bir ayırım ortadan kaldırılarak, tedavi hizmetleriyle ilgili sağlık hizmetinde ağır hizmet kusuru yerine hizmet kusuru yeterli kabul edilmiştir.

Sağlıklı yaşam hakkıyla yakından ilişkili olan sağlık hizmetinde hastaya müdahaleye yönelik küçük bir eylemin veya eylemsizliğin bazı durumlarda ağır sonuçlara yol açabilme özelliği, sağlık hizmetindeki kusurdan kaynaklı tam yargı davalarında genel bir kriterin belirlenmesinin zorluğu ve her somut olaya göre hizmet kusurunun tartışılması gerekliliği yanında tıp biliminin sürekli gelişim içinde olması hususları birlikte dikkate alındığında, Danıştay'ın yeni yaklaşımı kanaatimizce de isabetli olmuştur.

Ayrıca, ameliyat ve tedavi sürecinde hastanede enfeksiyon kapılması, zorunlu aşı örneklerinde olduğu gibi, sağlık hizmetinden kaynaklı açılan tam yargı davalarında belirli durumlarda, somut olayın özelliği ve tıp bilimindeki gelişmeler göz önünde bulundurularak ve illiyet bağı kurulmak koşuluyla kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanması hakkaniyetin gereğidir.

Öte yandan, sağlık hizmetinin kusurlu yürütülmesi nedeniyle zarar gören kişinin uğradığı zararının hukuk devleti ilkesi uyarınca idarece tazmin edilmesi gerektiğinde kuşku yoktur. Ancak, Mahkemelerce, olayda hizmet kusuru bulunduğu sonucuna ulaşılması halinde hükmedilen yüklü miktardaki tazminatın ilgili sağlık görevlisine rücu edilmesi, ekonomik açıdan sağlık çalışanlarını zor duruma düşürebileceği gibi; hekimlerin, gelecekte tıbbi uygulama hataları nedeniyle açılacak davalardan korunmak amacıyla defansif tıp uygulamalarına¹²⁴ yönelmesine de yol açabilecektir. Bu nedenle, rücuya ilişkin olarak, sağlık hizmetinin bünyesinde risk taşıma özelliği de dikkate alındığında; olayda kast bulunması dışında, meydana gelen zararın büyük bir kısmı sağlık hizmetinin yürütülmesinden sorumlu idare tarafından karşılanmalıdır.

¹²⁴ Defansif tıp, hekimlerin, tıbben herhangi bir gerekliliği olmamasına karşın, hastalardan testler, ek araştırmalar istemeleri ya da yüksek riskli hastaları muayeneden kaçınmalarını içeren tıbbi davranışları ifade etmektedir. Hekimlerin bu tür davranışlara yönelmesindeki esas amaç ise, kendilerini olası bir malpraktis davasından korumaktır. Kerem YILMAZ/Oğuz POLAT/Begüm KOCAMAZ, "Defansif Tıp Uygulamalarının Hukuksal Açıdan İncelenmesi", *Adalnet Akademisi Dergisi*, Y.5, Sa.16, Ocak 2014, s.19.

Sağlık hizmetinde kusur, sağlık hizmetinin kuruluşunda, düzenlenmesinde ve işletilmesinde yetersizlik veya tıbbi uygulama hatası şeklinde meydana gelebilir. İdare mahkemeleri ve son tahlilde temyiz mercii olarak Danıştay, sağlık hizmetinin kusurlu yürütüldüğü iddiasıyla açılan tam yargı davalarında, her somut olayın özelliğine göre hizmet kusuru bulunup bulunmadığını irdeleyerek idarenin tazmin sorumluluğu hakkında karar vermektedir.

KAYNAKÇA

AKYILMAZ Bahtiyar/SEZGİNER Murat/KAYA Cemil: **Türk İdare Hukuku**, Seçkin Yayınları 5. Baskı, Ankara, 2014.

AKGÜL, Aydın: “Danıştay Kararları Işığında Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması”, **Danıştay Dergisi**, Y.2013, Sa.133, s.21-45.

AKGÜL, Aydın: “Yargı Kararları Işığında, Gebelik Ve Doğum Sürecinde Sağlık Hizmeti Kusurundan Kaynaklanan Tam Yargı Davaları”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi: Yargıtay Onursal Başkanı A. Nazım Kaynak’a Armağan**, Y.3, Sa.10, 2012, s.485-498.

ATAY, E. Ethem: **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, 2. Baskı, Ankara, 2009.

AVCI, Mustafa: “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Mali Sorumluluğu”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y:2012, Sa.1, s.105-140.

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

AYANOĞLU, Taner: “Yargısal Korunma İşlevi Bakımından Tam Yargı Davasının Niteliği”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 135. Yıl Sempozyumu**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No:68, Danıştay Matbaası, Ankara, 2004, s.63-71.

AZRAK, Ali Ülkü: “İdarenin Toplumsal Muhatarası(Sosyal Risk) Kuramına Göre Kusursuz Sorumluluğu”, **İdare Hukuku Alanında Sorumluluk**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, s.135-145.

BAYINDIR, M. Savaş: “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y.2007, C. XI, Sa.1-2, s.551-589.

BEREKET BAŞ, Zühal: “Sağlık Hizmetlerinin Yürütölmesi Sonucu Ortaya Çıkan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 135. Yıl Sempozyumu**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No:68, Danıştay Matbaası, Ankara, 2004,s.73-88.

BİRTEK, Fatih: “Sağlık Hizmetlerinin Yürütölmesinde İdarenin Kusura Dayanan Sorumluluğu”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Faköltesi Dergisi**, Y:2007, C.2, Sa. 3-4, (http://www.turkhukuksitesi.com/makale_773.htm, erişim tarihi 28.09.2015).

ÇINARLI, Serkan: **İdarenin Sağlık Hizmetinin Sunumundan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu**, Orion Kitabevi, Ankara, 2013.

DELCROS Xavier/DELCROS Bernard (Derleyenler), Çeviren CANDAN, Turgut: **Fransa ve İngiltere’de İdarenin Sorumluluğu**, Danıştay Yayın Bürosu Yayınları, No:39, Başbakanlık Basımevi, Ankara,1984.

DURAN, Lütfi: **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu**, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Yayın No: 138, Ankara, 1974.

ESİN, Yüksel: **İdarenin Hukuki Sorumluluğu, Danıştay’da Açılacak Tazminat Davaları**, II. Kitap:Esas, Ankara, 1973.

FİDAN, Nurten: “Hekimin Tıbbi Müdahaleler Nedeniyle Sorumluluğu”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, C.1, Y.1, Sa.3, 2010, s.349-362.

GÖZLER, Kemal: **İdare Hukuku Dersleri**, Ekin Basın Yayım Dağıtım, Bursa, 2010.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref/TAN Turgut, **İdare Hukuku**, İdare Hukuku Genel Esaslar Cilt I, Turhan Kitabevi, 9. Bası, Ankara, 2008.

GÜLAN, Aydın: “Kamu Hizmeti Kavramı”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Prof. Dr. Lütfi Duran’a Armağan Özel Sayısı, 1988, Y.9, Sa.1-3, s.147-159.

GÜNDAY, Metin: **İdare Hukuku**, İmaj Yayınevi, 10. Baskı, Ankara, 2011.

GÜRAN, Sait: “Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu”, **Danıştay Dergisi**, Y.12, Sa.46-47, 1982, s.16-22.

GÜRSOY, Kemal Tahir: “İdarenin Sorumluluğuna İlişkin İlkelerde Son Gelişmeler ve İsviçre Hukukunda İdarenin Hukuki Sorumluluğunun Ana Hatları”, **İdare Hukuku Alanında Sorumluluk**, Fakölterler Matbaası,

İstanbul, 1980, s.71-133.

HAKERİ, Hakan: **Tıp Hukuku**, Seçkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara, 2013.

HANCI, İ. Hamit: **Malpraktis Tıbbi Gelişmeler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002.

KAPLAN, Gürsel: “İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler”, **Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi**, Y:2004, Sa.19, Kitap:1, s.173–199.

KARAHANOGULLARI, Onur: **Kamu Hizmeti**, Turhan Kitabevi, 2. Bası, Ankara 2004.

KAYA, Mine: “Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Y.2012, Sa.100, s.45-82.

KICALIOĞLU, Mustafa: “Yargı Kararları Işığında Doktorun(Hekimin) Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluğu”, **Terazi Dergisi**, Y.2006, Sa.4, s.17-27.

KIZILYEL, Serkan: “Sağlık Hizmeti Yönünden Hizmet Kusuru Kavramını Yeniden Düşünmek”, **Terazi Dergisi**, Y.3, Sa.24, Ağustos 2008, s.137-156.

KÖK Ahmet Nezihi/GÜLER Mustafa/ÇALANGU Semra: “Hekimlikte ‘Malpraktis’”, **ANKEM Dergisi**, 17(No.4), Y.2003, s.345-351.

ÖZGÜLDÜR, Serdar: “İdarenin Hukuki Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları”, in İl Han ÖZAY, **Günışığında Yönetim**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.

ÖZGÜLDÜR, Serdar: **Tam Yargı Davaları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993.

ÖZTÜRKLER, Cemal: **Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003.

POLAT, Oğuz: **Tıbbi Uygulama Hataları, Klinik-Sosyal-Hukuksal-Etik Boyutları**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2005.

POLAT, Oğuz/PAKİŞ, Işıl: “Tıbbi Uygulama Hatalarında Hekim

Sorumluluğu”, **Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi**, C.2, Sa.3, Temmuz 2011, s.119-125.

SARICA, Ragıp: “Hizmet Kusuru ve Karakterleri”, **İHFM**, Y.1949, C. XV, Sa.4, s.858-895.

SAVAŞ, Halide: “Tıbbi Uygulama Hatalarından Doğan Zararların Tazmini”, **1. Tıp Hukuku Günleri: Tıbbi Uygulama Hataları Av. Dr. Hasan Çankaya'nın Anısına**, Türk Tabipler Birliği İstanbul Tabip Odası, 1. Baskı, İstanbul, 2012.

ŞENOCAK, Zarife: **Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu**, AÜHF Yayınları No:44, Ankara, 1998.

YAYLA, Yıldızhan: “İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep”, **İdare Hukuku Alanında Sorumluluk**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, s.45-59.

YENİCE Kazım/ESİN Yüksel: **Açıklamalı-İçtihatlı, Notlu İdari Yargılama Usulü**, Arısan Matbaacılık, Ankara, 1983.

YILDIRIM Turan/YASİN Melikşah/KAMAN Nur/ÖZDEMİR H. Eyüp/ÜSTÜN Gül/OKAY TEKİNSOY Özge, **İdare Hukuku**, XII Levha Yayınları, 5. Baskı, İstanbul, 2013.

YILMAZ Kerem/POLAT Oğuz/KOCAMAZ Begüm: “Defansif Tıp Uygulamalarının Hukuksal Açıdan İncelenmesi”, **Adalet Akademisi Dergisi**, Y.5, Sa.16, Ocak 2014, s.19-51.

iştir.