

Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu

Yrd. Doç. Dr. M. Savaş BAYINDIR*

ÖZET

Bu çalışmada sağlık kamu hizmetleri kapsamında idarenin ve hekimin sorumluluğu ele alınmıştır. Bu bağlamda öncelikle sağlık, sağlık hakkı ve sağlık kamu hizmeti, sonrasında ise idarenin kusura dayanan sorumluluğu ve kusursuz sorumluluğuna değinilmiştir. Hekimin idareye karşı sorumluluğu ve bu kapsamda rücu konusu ile son olarak uyuşmazlıklarda hangi yargı organlarının görevli olduğu konusu anlatılmıştır.

Anahtar kelimeler: Sağlık kamu hizmeti, sağlık hakkı, idari sorumluluk, rücu, görevli mahkeme

ABSTRACT:

In this study, the administrative responsibility and the doctor's responsibility are dealt with within the framework of the health public services. In this context, firstly, health, a right of health and the health public service are addressed. Following this introductory part, the administration's defect liability and absolute liability are examined. Then doctors' responsibility to the administration is examined and, in this context, recourse to administration is also expressed. The paper ends with an analysis of the determination of court jurisdiction when the disputes arise.

Key words: health public service, right of health, administrative responsibility, recourse, competent jurisdiction

* Ahi Evran Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Öğretim Üyesi

I. GİRİŞ

Sağlık ve sağlık sorunları herkesi yakından ilgilendiren hususlardır. Soysal devlet anlayışının Anayasada temel niteliklerinden biri olarak düzenlenmesi nedeniyle Devlet, sağlık işlerinde kuruluş ve işleyiş ile aktif yer almaktadır. Bununla birlikte özel sektörün sağlık faaliyetlerini de yakından takip ederek kanunlar ve düzenleyici işlemlerle kontrol altında tutmaya çalışmaktadır. Sağlık işleri niteliği gereği sık sık uyuşmazlıklara konu olmakta, hasta-hekim, hasta-hastane ve hekim-hastane ilişkileri çeşitli şekillerde yargıya konu olmaktadır.

Hekimlerin ve diğer sağlık görevlilerinin özel sektörde hastaya karşı var olan yükümlülükleri ve sorumlulukları paralel bir şekilde kamu sektöründe de yer bulmaktadır. Bir farkla ki kamu hastanelerinde yürütülen sağlık ve tıbbi faaliyetlerde sorumluluk öncelikle kamu görevlileri yerine idareye düşmektedir. Bu nedenle çalışmada bireye karşı idarenin ve idareye karşı da kamu görevlilerinin sorumluluğu ayrı ayrı ele alınacaktır.

II. SAĞLIK HİZMETLERİNDE İDARENİN SORUMLULUĞU

A. Sağlık, Sağlık Hakkı ve Sağlık Kamu Hizmeti

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

Pozitif statü hakları içinde yani devletin olumlu bir müdahalesi ile gerçekleşen haklar içinde değerlendirilen² sağlık hakkı, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nde “herkesin kendisinin ve ailesinin sağlık ve refahı için beslenme, giyim, konut ve tıbbi bakım hakkı”, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi’nde, “herkesin mümkün olan en yüksek seviyede fiziksel ve ruhsal sağlık standartlarına sahip olma hakkı” şeklinde düzenlenmiştir.

Sağlık, Anayasa’da temel hak olarak düzenlenmiş ve Devlete bu konuda pozitif edimler yüklenmiştir. Anayasa’nın 56. maddesine göre “Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir.

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

² ALGAN, Bülent; Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, s.38.

Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu

Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir.”

Bir başka açıdan sağlık hakkı; ekonomik, sosyal ve kültürel haklar kapsamında yer almakta ve bu haklar bakımından devletlerin ekonomik güçleri oranında sorumlu tutuldukları bilinen bir gerçektir. Bununla birlikte idarenin sorumluluğu “öz” niteliğindeki bazı sağlık hakları bakımından -aşılama, anne ve çocuk sağlığı gibi-³ ve giderlerine yararlanıcıların iştirak ettiği sağlık hizmetleri –memurlar gibi- bakımından ekonomik engelden bahisle sorumluluğa bağışıklık getirilmemelidir⁴.

Hasta Hakları Yönetmeliği’ne⁵ göre sağlık hakkı; “sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan fertlerin, sırf insan olmaları sebebiyle sahip oldukları ve T.C. Anayasası, milletlerarası anlaşmalar, kanunlar ve diğer mevzuat ile teminat altına alınmış bulunan haklar”dır.

Kamu hizmeti, “devlet, ya da diğer kamu tüzelkişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, ortak gereksinimleri karşılamak ve kamu yararını sağlamak için topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir”. Sağlık hizmeti diye de adlandırılabilir sağlık kamu hizmeti temel bir kamu hizmetidir ve “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 faaliyetlerdir”⁶. Anayasa Mahkemesi’ne göre, “toplumsal yaşamın zorunlu gereksinimlerinden olan düzenlilik ve süreklilik isteyen sağlık hizmeti de nitelikleri gereği kamu hizmeti”⁷dir.

Sağlık kamu hizmeti, idari kamu hizmetlerindedir ve bu bakımdan kamu hukuku esaslarına göre yürütülür.⁸ Sağlık hizmetinin öne çıkan özellikleri bulunmaktadır. Bunlar, sağlık hizmetinin koruyuculuğu, sürekliliği, bireylere eşit şekilde, ödenebilir⁹ ücretlere sunulması olarak sayılabilir. Anayasa Mahkemesi’ne göre “sağlık hizmetleri nitelikleri gereği diğer kamu hizmetlerinden farklıdır. Sağlık hizmetinin

³ ALGAN, s. 137.

⁴ ALGAN, s.132.

⁵ Resmi Gazete Tarih ve No: 01.08.1998/23420.

⁶ 224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun’un 2. maddesi.

⁷ Anayasa Mahkemesi’nin 22.11.2007 tarih ve E. 2004/114, K. 2007/85 sayılı kararı.

⁸ GÜNDAY, Metin; İdare Hukuku, 7. Bası, İmaj Yayınları, Ankara, 2003, s.291.

⁹ İlgililerin sağlık hizmetine ulaşmasının engellenmesinin veya ağır bir mali yük altında bırakılması sonucunu doğuracak şekilde uygulanmasının hukuken mümkün değildir. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, YD. İtiraz No: 2008/778, Danıştay Bilgi Bankası.

temel hedefi olan insan sağlığı sorunu, ertelenemez ve ikame edilemez. Bilime dayalı olması gereken tanı ve tedavi metotlarının insan yararına sürekli yenilik ve gelişme göstermesi, hizmet kalite ve beklentilerini çağın koşullarına yaklaştırmayı gerektirmektedir. Bu yönüyle sağlık hizmetleri, kendi iç dinamikleri ve nitelikleri gereği üretilmesi ve halk yararına sunulmasında özel sektörün kazanç, rekabet ve büyüme dinamiklerinden yararlanacak türdeki hizmetlerdendir”¹⁰.

Bir başka açıdan sağlık hizmeti, koruma, tedavi etme ve rehabilite etme şeklinde farklılaşmaktadır. Korumaya yönelik sağlık hizmetleri, tüm bireyleri kapsayan ve önleyici nitelikteki faaliyetlerdir. Koruyucu sağlık, bulaşıcı ve yaygın hastalıkların önlenmesi, genel temizlik, toplumun sağlıklı koşullar içinde bulunması durumudur. Anayasanın 20., 22., 33., 34., 51., ve 125. maddelerinde dile getirilen “genel sağlık” terimi; suların, yiyecek ve içeceklerin denetimi, salgın hastalıkların önlenmesi, kanalizasyon ağının kurulması yada foseptik çukurlarının açtırılması için alınan önlemleri kapsamaktadır ve sağlığa geniş açıdan bakıştır. Kamu düzenin bir ögesi olarak kabul edilen genel sağlık, her bireyin teker teker hastalıklardan arındırılması anlamına gelmez ve Devletin, salgın hastalıkların önlenmesine yönelik aşılama, koruyucu ilaçlama, seyahati sınırlama, durdurma ve denetleme faaliyetleridir.¹¹

Bireylerin sağlıklı yaşayabilmesi için sunulacak kamu hizmeti sürekli ve kesintisiz olarak devam etmelidir. Sunulan sağlık hizmetleri maliyetin artması, kazanç sağlanamaması gibi gerekçelerle aksatılamaz. Eşitlik ilkesi gereğince de, sağlık hizmetinden faydalanan tüm bireylerin hizmete ulaşmada ve hizmetten faydalanmada eşit imkânlardan faydalanması bir zorunluluktur. Yine sağlık kamu hizmetinde, idare bakımından; hizmet sunumunda, maliyet- bedel, kar- zarar gibi karşılaştırmalar yapılamaz.¹²

Sağlığın kamu hizmeti olarak düzenlenmesi idareye yükümlülükler bireye ise haklar verildiği anlamına gelir. Kamu hastanelerinden yararlanma birey açısından bir hak ve bireylere sağlık hizmeti sunma Devlet açısından bir yükümlülüktür. Bu bakımdan bireyin kamu hastanesi ile bu hastanelerde görev yapan hekim ve diğer görevlileri ile hukuki ilişkisi özel hukuktan farklıdır ve kamu hizmeti sunan ile kamu hizmetinden yararlanan söz konusudur. Sağlık hizmetinden yararlanma özel hukuktaki gibi bir sözleşmeye bağlanmadığı gibi kamu hastanelerinde hastaların

¹⁰ Anayasa Mahkemesi’nin 22.11.2007 tarih ve E. 2004/114, K. 2007/85 sayılı kararı.

¹¹ YILDIRIM, Ramazan; Sağlık Hizmetlerinden Adil Yararlanma Hakkı, Khuka, Kasım-2005, s.123.

¹² BİRTEK, Fatih; Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinde İdarenin Kusura Dayanan Sorumluluğu, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2, S. 3-4 , 2007, s.85.

bazı durumlarda ücret ödemeleri de bir sözleşme ilişkisi doğurmaz¹³ ve idarenin sorumluluğunu kaldırmaz.¹⁴

B. Sağlık Hizmeti Açısından İdare

Yasama ve yargı organları ile Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu dışında kalan tüm kamu kuruluşları organik idare, bunların faaliyetlerine de fonksiyonel idare denir.¹⁵ Sağlık hizmetleri bakımından idare ise genel ve özel bütçeli idarelerle özel idareler ve belediyeler ve bunlara bağlı teşekküller, sermayesinin tamamı Devlet tarafından verilmek suretiyle kurulan iktisadi teşekküller, idare ve murakabeleri 3460 sayılı kanun hükümlerine tabi teşekkül ve müesseseler, özel kanunlarla kurulan bankalar ve diğer teşekküller, sermayesinin yarısından fazlası Devletin veya yukarıda yazılı müesseselerin elinde bulunan teşekküller ve bunların aynı oranda iştirakleri ile vücut bulan kurumlar ve bunlara bağlı sağlık birimleridir. Uyuşmazlık Mahkemesi, TCDD'ye bağlı hastaneyi idare kapsamında değerlendirerek çıkan uyuşmazlıkta idare mahkemesinin görevli olduğuna karar vermiştir.¹⁶ Sayılan bu idarelerde, sağlık hizmetlerinde maaş, ücret, yevmiye veya sözleşme¹⁷ ile istihdam edilenler ve bunların yardımcıları sağlık personelidir.

¹³ KAPLAN, Gürsel; İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler, AYİM Dergisi, S. 19, s.12.

¹⁴ ATABEK, Reşat; Hastanelerin Sorumluluğu, İstanbul Barosu Dergisi, Yıl 1986, C. 60, S. 10-11-12, s.640.

¹⁵ GÜNDAY, s.4; AKYILMAZ, Bahtiyar; İdare Hukuku, Sayram Yayınları, Konya, 2004, s.7.

¹⁶ Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 28.04.2003 tarih ve E.2003/16, K.2003/23 sayılı kararı. RG: 07.07.2003/25161.

¹⁷ Sözleşmeli aile hekimi ve aile sağlığı elemanı çalıştırılmasını öngören yasa hükmünü, Devletin asli ve sürekli görevlerinden olan aile hekimliği hizmetlerinin memur ya da diğer kamu görevlisi olmayanlar tarafından yerine getirilemeyeceği gerekçesiyle açılan davada Anayasa Mahkemesi, "Sağlık Bakanlığı'nın, aile hekimliği hizmetlerini, pilot olarak belirleyeceği illerde görevlendireceği ya da sözleşmeli olarak çalıştıracığı personel eliyle yürütmesi, bu hizmetlerin niteliği itibariyle belli bir düzenlilik içinde sunulması gereken, kişilerin ve dolayısıyla aile ve toplumun varlığı ve huzuru yönünden vazgeçilmez, ertelenemez ve ikame edilemez hizmetler olması, aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarının bu hizmetleri kapsamlı ve devamlı olarak belli bir mekânda ve tam gün çalışma esasına göre sunmaları, aile hekimliği pilot uygulamasına geçilen illerde bu hizmetlerin ücretsiz olarak verilmesi, kişilerin bu sağlık hizmetlerinden yararlanabilmelerinin aile hekimlerine kayıt olmalarına bağlı olması ve bu illerde aile hekimliği kapsamındaki hizmetlerin sadece aile hekimlerince sunulması, birinci basamakta düzenlenmesi öngörülen her türlü reçete, rapor ve sevklerin ve diğer resmi belgelerin, aile hekimleri tarafından düzenlenmesi, birinci basamaktan ikinci ve üçüncü basamak sağlık kurum ve kuruluşlarına sevklerin aile hekimlerince yapılması, sözleşmeli çalışacak aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarının idare ile imzalayacakları sözleşmenin idari hizmet sözleşmesi niteliğinde bulunması, sözleşmeli aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarının ücretlerinin idarece ödenmesi, aile hekimlerinin düzenledikleri tüm kayıt, evrak ve belgelerin resmi kayıt ve evrak niteliğinde olması, aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarının mevzuat ve sözleşmeye uygunluk ve diğer konularda, Bakanlık, ilgili mülki idare ve sağlık idaresinin denetimine tabi olmaları, görevleriyle ilgili ya da görevleri başında işledikleri veya kendilerine

Sağlık personelinin ve sağlık kamu hizmetlerinin yürütüldüğü kamu mallarının idariliğinin ve dolayısıyla sorumluluğunun değerlendirilmesi bu kapsamda ele alınmalıdır.

C. Sorumluluk

Devletin sorumsuzluğunun esas olduğu evvelki dönemlere karşın idarenin bireylere verdiği zararları tazmin etme yükümlülüğü konusunda günümüzde bir tereddüt bulunmamaktadır. Batıda 19. yüzyıldan itibaren¹⁸ ülkemizde özellikle Cumhuriyet'ten itibaren idarenin mali sorumluluğu kabul edilmektedir. 1925 tarihli 669 sayılı Şurayı Devlet Kanunu ile tam yargı davası pozitif hukukumuzda girmiştir.¹⁹ Bu kanunun 19/a maddesi hükmüne göre tam yargı davası “*Rü’yeti, adli mahkemelerin vazifesi dışında bulunan meseleler hakkında idari fiil ve kararlardan dolayı hukuku muhtel olanlar tarafından açılacak davalar*” olarak belirlenmiştir. 1961 Anayasası'nın 114. maddesine göre “*idare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür*”. Bu kural 1982 Anayasası'nın 125. maddesinde de yinelenmiştir. Anayasa'nın 40. Maddesinde ise “*kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır*”, nihayet Anayasa'nın 129. maddesinde “*memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir*” hükümleri yer almaktadır.

İdarenin sorumluluğunun kaynağı önceleri sadece kusura dayandırılmış daha sonra kusursuz sorumluluk esası da benimsenmiştir. Bu gelişim, idari yargının eser olup; onlar tarafından oluşturulmuş, şekillendirilmiş ve halen de geliştirilmektedir.

karşı işlenen suçlarda Devlet memuru gibi kabul edilmeleri gözetildiğinde, aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarınca sunulacak olan aile hekimliği hizmetlerinin, Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler olduğu açıktır. Bu durumda, ihtiyaç duyulması halinde, Türkiye’de mesleğini icra etmeye yetkili ve 657 sayılı Yasa’nın 48. maddesinin (A) bendinin (4), (5) ve (7) numaralı alt bentlerindeki şartları taşıyan kamu görevlisi olmayan uzman tabip, tabip ve aile sağlığı elemanları, Sağlık Bakanlığı’nın önerisi, Maliye Bakanlığı’nın uygun görüşü üzerine idari hizmet sözleşmesi yapılarak aile hekimliği uygulamalarını yürütmek üzere çalıştırılabileceklerdir. Bu şekilde çalıştırılanlar Anayasa’nın 128. maddesinde yer alan “diğer kamu görevlisi” kapsamında olduğundan, iptali istenen kural Anayasa’ya aykırılık oluşturmamaktadır”. Anayasa Mahkemesi’nin 21.02.2008 tarih ve E.2005/10, K. 2008/63 sayılı kararı.

¹⁸ İdarenin sorumluluğu Fransa Uyuşmazlık Mahkemesi’nin 1873 tarihli “Bilanco” kararı ile kabul edilmeye başlanmıştır. Amerika’da 1946 yılında çıkarılan FTCA Kanunu, İngiltere’de 1947 çıkarılan CPA Kanunu ile idarenin sorumluluğu kural haline gelmiştir.

¹⁹ ATAY, Ender Ethem; İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 564.

Benzer şekilde önceki yıllarda sorumluluk için ağır kusur şartı aranırken günümüzde kısmen de olsa bundan vazgeçilmiş ve hafif kusur hallerinde de sorumluluk ve tazminata hükmedilir hale gelmiştir.²⁰

1. Sorumluluğun Kaynağı

Sağlığın bir hak ve kamu hizmeti olarak mevcudiyeti, idarenin sağlık hizmetleri dolayısıyla bireye karşı sorumluluğunu doğurmaktadır. İdari faaliyetlerden zarar görenlere ödemede bulunma yükümlülüğü olarak ifade edilen idari sorumluluk, idarenin kendine özgü ilke ve kuralları gereği özel hukuktaki sorumluluktan farklılıklar içermektedir. Sorumluluğun kaynağını bir sözleşmeye, vekalet ilişkisine veya haksız fiile bağlayan özel hukuktan farklı olarak idare hukukunda sorumluluğun kaynağı sadece idareye atfedilen bir işlem veya eylemdir. Sorumluluk kusur sorumluluğu ve kusursuz sorumluluk olmak üzere iki esasa dayanmaktadır.

a) Kusur Sorumluluğu

Sağlık hizmetlerinden kaynaklanan zararlar kural olarak “kusur sorumluluğu”na dayandırılmaktadır. Kusur sorumluluğu, kamu hizmetinin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerini kapsamakla birlikte bir sağlık hizmetinden dolayı ortaya çıkan zararın bu hallerden birine sokulamaması idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Bu ayırım biraz da bir tanımlama gereğinin sonucudur ve sorumluluğu alanını daraltmak maksadıyla kullanılmamalıdır.

Sağlık hizmetlerinde kusur objektif bir kusurdur yani sağlık personelinin subjektif kusurlarına indirgenemez ve hizmetin kuruluşu, düzenlenmesi, teşkilatlanması, personeli, malları ve işleyişindeki aksaklıklara bağlı oluşan kusurlardır²¹. Bu kusurların kendi içinde ağır veya hafif kusur gibi tasniflere bağlı tutularak bazı kusurların sorumluluk dışında tutulması mümkün değildir. Böyle bir tasnif yapılması ödenecek tazminat miktarının belirlenmesinde etkili olabilir. Tazminat miktarı kusurun yoğunluğuna göre belirlenir.²² Bununla birlikte gerek Fransa’da gerekse Türkiye’de yargı kararlarında sağlık hizmetlerinde çoğunlukla yalnızca ağır kusurlardan dolayı sorumluluğa hükmedilmektedir. Kusur sorumluluğu bazı farklılıkları içermesi bakımından sağlık hizmetlerinin kuruluşu ve işleyişi ile tıbbi müdahaleler bakımından ayırımı tabi tutulabilir.

²⁰ KAPLAN, s.1.

²¹ KIZILYEL, Serkan; İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu, 2007, Ankara, s.206.

²² Danıştay Onuncu Dairesi’nin E.1995/6506, K.1996/5487 sayılı kararı.

(1) Sağlık Hizmetinin Kuruluşu ve İşleyişi Bakımından Kusur Sorumluluğu

İdarenin ve hekimlerin tıbbi müdahale dışındaki tüm faaliyetleri sağlık hizmetinin kuruluş ve işleyişi kapsamında değerlendirilir. Sağlık hizmetlerinin kötü veya geç işlemesi ile hiç işlememesi hallerinde idarenin kusur sorumluluğu ortaya çıkar. Sorumluluğa hükmedilebilmesi için ağır kusurun varlığına gerek yoktur. Sağlık hizmetlerinde sorumluluğun kapsamı hem kuruluş hem de işleyiş yönündendir. Ülke genelinde yaygın, yeterli sağlık birimlerinin bulunması, çağın ve ekonomik gelişmişliğin sunduğu beklentileri ölçüsünde gerekli sağlık araç ve gereçlerinin sağlanması kuruluş açısından sağlık hizmetidir. Bunun gibi yeterli sayıda ve nitelikte hekim ve diğer sağlık personelinin bulundurulması, sürekliliğin sağlanması, ileriye dönük tedbirlerin alınması da temel zorunluluktur. İdarenin ve hastane yönetiminin organizasyon ve hastane işletmesi bağlamında yerine getirmesi gerekli bu ve benzeri tüm görevler sağlık hizmeti kapsamında değerlendirilir.²³

Danıştay, doğumundan sonra temizliği yapılarak oksijen çadırına konup normal hararet düzeyine çıkarılması için termoför tatbik edilirken termofonun sıcaklığının iyi ayarlanamaması ve zaman zaman da gerekli kontrolün yapılmaması nedeniyle anüste ve gluteal bölgede yanık oluşmasından dolayı açılan davada “*idare kendisine verilen kamu hizmetlerini gereği gibi işlemesini sağlayacak örgütü kurmak, araç ve gereç, personeli o hizmetin gereklerine uygun biçimde hazırlamakla yükümlüdür. Hizmetin iyi işlememesi yüzünden kişilerin zarara uğramaları halinde idarenin hukuksal sorumluluğu söz konusu olur ve uğranılan zararın hizmeti yürütmekle görevli idarece tazmini gerekir*”²⁴ bir başka kararında ise “*idarenin kendisine verilen sağlık hizmetlerinin idamesi için öncelikle gerekli örgütü kurmak ve bu örgütün aynı, şahsi ve mali olanaklarıyla araçlarını hizmete hazır tutmakla yükümlüdür*”²⁵ demiştir.

Sağlık hizmetleri, kuruluştan sonra gereği gibi işlemelidir. Araç ve gereçler her an hizmete hazır bulundurulmalı ve bunun gibi kamu personeli de sağlık taleplerine karşı zamanında ve etkili yanıt verebilmelidirler. “*Halkın sağlık hizmetlerini yürütmekle görevli olan idare, hastanelerde yapılacak tedavilerin ve cerrahi müdahalelerin tıbbi*

²³ HAKERİ, Hakan; Hastane Yönetiminin Sorumluluğu, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1-3 Kasım 2007, Ankara Barosu Yayınları, 2008, s.161 vd.

²⁴ Danıştay Onuncu Dairesi'nin 06.10.1982 tarih ve E.1982/2613, K.1983/1959 sayılı kararı. Danıştay Bilgi Bankası.

²⁵ Danıştay 12. Dairesi, 18,11,1968, E. 1967/ 2767, K. 1968/ 2118 Sayılı karar için bkz. Danıştay 12. Daire Kararları, Birinci Kitap, C. II, Ankara, 1976

Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu

esaslarına uygun biçimde, hizmetin gerektirdiği yeterliğe sahip personelle ve gerekli dikkat ve özenin gösterilerek yapılmasını sağlamakta yükümlüdür”²⁶

Danıştay, tedavi sırasında görevli hemşire tarafından yapılan hatalı enjeksiyon sonucu kolun gangren olması ve kesilmesi dolayısıyla açılan davada *“hastanelerde yapılacak tedavilerin tıbbi esaslara uygun biçimde ve hizmetin gerektirdiği yeterliğe sahip personelle yapılmasını sağlamakla yükümlüdür. Anılan yükümlülüğün yerine getirilmesinde kusurlu davranılması idarenin tazmin sorumluluğunu doğurur. Devlet hastanesinde, tedbirsizlik ve meslekte acemilik nedeniyle hatalı enjeksiyon yapılarak davacının kolunun gangren olmasına ve kesilmesine yol açılması karşısında, dava konusu olayda davalı idarece yürütülmekte olan sağlık hizmetinin işleyişindeki yetersizlik olarak ortaya çıkan hizmet kusurunun kabulü zorunludur”²⁷ demiştir.*

Bir başka kararında Danıştay, *“riski çok daha yüksek aşığı uygulayarak müşahede altında tutularak kuduz olmadığı anlaşılan bir kedi tarafından ısırılan ilgilinin yaşamını yitirmesine yol açan idarenin ağır hizmet kusuru bulunduğu, yaşam hakkı ve sosyal hukuk devletinin gerekleri karşısında maddi olanaksızlık gibi bir savın da kabul edilemeyeceği, bu nedenle davacıların uğradığı zararın davalı idarece tazmini gerektiği”²⁸ ne hükmetmiştir.*

Tıp Fakültesi Kardiyoloji Anabilim Dalında uzmanlık yapmakta iken muz kabuğuna basıp kayması sonucu merdiven boşluğuna düşerek sakat kalma dolayısıyla açılan davada mahkeme *“davacının görev yaptığı hastanenin temizliğinde ve merdivenlerin aydınlatılmasında davalı idarenin gerekli dikkat ve özeni göstermemesi nedeniyle hizmet kusurunun bulunduğu”* yönünde karar vermiştir.²⁹

Doğum sonrası alınan kan örneğinin ilgili sağlık birimine ulaştırılması ve tahlili aşamalarındaki aksaklık veya ihmali sonucu “fenilketonüri” hastalığının teşhis edilemediğinden bahisle açılan davada *“hastalığın o aşamada teşhis edilemediği, hastalığa ilişkin kan örneklerinin alınması, bu örneklerin toplanması ve tanı merkezlerinde incelenmesi aşamalarında, her bir örnek açısından detaylı bir kayıt örneğinin uygulanmadığı, örneklerin öznel hale getirilmediği; dolayısıyla, erken ve sınırlı bir zaman diliminde teşhis edilip tedavisine başlanması gereken*

²⁶ Danıştay 10. Dairesi, 03.05.1995 Tarih, E. 1994/3258, K. 1995/2379.

²⁷ Danıştay Onuncu Dairesi'nin 16.01.1985 tarih ve E.1982/2908, K.1985/26 sayılı kararı. Danıştay Bilgi Bankası. Benzer nitelikte Danıştay Onuncu Dairesi'nin 09.12.1992 tarih ve E.1992/184, K.1992/4321 sayılı kararı bulunmaktadır. Danıştay Bilgi Bankası.

²⁸ Danıştay Onuncu Dairesi'nin 14.11.1996 tarih ve E.1995/7086, K.1996/7534 sayılı kararı.

²⁹ Danıştay Onuncu Dairesi'nin 20.10.2006 tarih ve E.2003/4153, K.2006/5848 sayılı kararı. Danıştay Bilgi Bankası.

“feniketonüri” hastalığının mücadele biçimine ilişkin kamu hizmetinin kötü işlemesi nedeniyle davacıların uğradığı zararın davalı idarece tazmini gerektiği” yönünde karar vermiştir.³⁰

(2) Tıbbi Faaliyetlerden Doğan Kusur Sorumluluğu

Tıbbi müdahale, tıp mesleğini icraya yetkili bir kişi tarafından, doğrudan ya da dolaylı tedavi amacına yönelik olarak gerçekleştirilen her türlü faaliyet yani hekimin tedavi amacına yönelik etkinlikleridir. En basit teşhis ve tedavi yöntemlerinden en ağır cerrahi müdahalelere kadar uzanan ve bir hastalığı, anormallığı ya da eksikliği önlemek, ortadan kaldırmak veya olumsuz etkilerini en aza indirmek için yapılan her türlü faaliyet tıbbi faaliyet kapsamındadır.³¹

Tıbbi müdahaleden dolayı sorumluluk diğer sağlık hizmetlerinden niteliği gereği farklılaşmaktadır. Tıbbi müdahaleler, bilgi, tecrübe, dikkat, özen gerektiren ve risk taşıyan faaliyetlerdir. Bu nedenle diğer sağlık faaliyetlerinden farklı olarak yargı organları tıbbi faaliyetlerde “ağır kusur” şartı aramışlardır. Bu hem Fransa’da hem de ülkemizde böyle olmuştur.³² Yine her iki ülkede, son yıllarda yüksek yargı organları bazı kararlarında ağır kusur şartına değinmemiş “basit kusur” hallerinde de tazminata hükmetmişlerdir. Diğer sağlık hizmetlerinde olduğu gibi tıbbi sağlık hizmetlerinde de kusur, hizmetin kötü veya geç işlemesi ile hiç işlememesi şeklinde ortaya çıkar. Danıştay’ın konuya ilişkin çok sayıda kararı bulunmaktadır.

Danıştay bıçaklanma sonrasında hayati tehlike bulunmadığı teşhisi ile hastaneye yatırılmayan ve ertesi gün iç kanama nedeniyle gerçekleşen ölüm nedeniyle açılan davada *“ajanın kusurlu hareketi nedeniyle idarenin hizmet kusuru bulunduğu açıktır”³³* diyerek ağır kusura deyinmemiştir.

Danıştay, *“streptomisin enjeksiyonundan sonra, enjeksiyona bağlı olarak gelişebileceği ve ölüme yol açabileceği kabul edilen şokun önlenmesi amacıyla yeterli gözlemlerin yapılmadığı anlaşıldığından, bunun sonucunda meydana gelen ölüm olayında davalı idarenin ağır hizmet kusuru”* vardır diyerek ağır kusura hükmetmiştir.³⁴ Danıştay, ameliyat sırasında oksijen gazı yerine yanlışlıkla

³⁰ Danıştay Onuncu Dairesi’nin 20.10.2006 tarih ve E.2003/3146, K.2006/5850 sayılı kararı. Danıştay Bilgi Bankası.

³¹ AYAN, Mehmet; Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara, 1991, s. 5.

³² GÖZLER, Kemal; İdare Hukuku, C.II, Ekin Yayınları, Bursa, 2003, s.1003.

³³ Danıştay Onuncu Dairesi’nin 11.05.1983 tarih ve E.1982/2483, K.1983/1106 sayılı kararı. Danıştay Bilgi Bankası.

³⁴ Danıştay Onuncu Dairesi’nin 01.06.1994 tarih ve E.1993/363, K.1994/2502 sayılı kararı. Danıştay Bilgi Bankası.

karbondioksit gazı verilmesi sonucunda meydana gelen ölüm olayında da idarenin ağır hizmet kusuru bulunduğuna hükmetmiştir.³⁵

Tıbbi müdahale yapmaktan kaçınmak da sorumluluğu gerektirir. Hastanede kaldığı uzun süre içerisinde yeterli tıbbi müdahalenin yapılmaması sonucu meydana gelen ölümden dolayı açılan davada mahkeme tazminata hükmetmiştir.³⁶

b) Kusursuz Sorumluluk

Kusursuz sorumluluk, bir kusura bağlı olmaksızın, idari işlem veya eylemlerden doğan zararlardan idarenin sorumlu tutulmasıdır. Kusursuz sorumluluk, bizzat idari faaliyetin veya kullanılan araçların risk taşıması nedeniyle “risk ilkesi” ve idari faaliyetlerin yükünün belli bireyler üzerinde bırakılmaması gerekliliği nedeniyle “fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi”ne dayandırılır.³⁷ Kan ürünleri kapsamında bir zararın ortaya çıkması halinde ve sonucu kestirilemeyen tehlikeli tıbbi yöntemlerde risk ilkesi nedeniyle idarenin kusursuz sorumluluğuna hükmedilmektedir.³⁸

Danıştay, Sıtma Savaş Başkanlığı sıtma mücadelesi görevlilerince yapılan ilaçlama sırasında davacının iki ineğinin ölmesi nedeniyle açılan davada “*kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi sırasında fertlere ve özel mülkiyete verilen zararların fiil ile zararlı sonuç arasında illiyet bağının bulunması şartıyla ayrıca idarenin kusuru aranmadan hizmet sahibi idarelerce tazmin edilmesi hukukun genel ilkeleri ile hakkaniyet ve nasafet kuralları gereği olduğu gibi, 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 125.maddesine göre, idare kendi eylem ve işlemlerden doğan zararları gidermek zorundadır. Bu durumda olayla zarar arasında bir nedensellik bağı bulunması yeterlidir. Zira idare kamu yararı düşüncesi ile yaptığı hizmetler dolayısıyla, idareye yüklenebilecek bir hizmet kusuru olmadan da bazı kişilerin veya mallarının özel bir zarara uğramasına sebep olabilir. Bu zararın karşılanması kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinin bir sonucu*” olduğuna hükmetmiştir.³⁹

³⁵ Danıştay Onuncu Dairesi'nin 21.12.1995 tarih ve E.1994/5037, K:1995/6647 sayılı kararı. Danıştay Bilgi Bankası. Benzer kararlar: Danıştay Onuncu Dairesi'nin 13.11.1996 tarih ve E.1996/1091, K.1996/7530 sayılı kararı. Danıştay Bilgi Bankası; Danıştay Onuncu Dairesi'nin 22.11.1999 tarih ve E.1998/190, K.1999/6198 sayılı kararı. Danıştay Bilgi Bankası.

³⁶ Danıştay Onuncu Dairesi'nin 09.11.1999 tarih ve E.1997/4839, K.1999/5475 sayılı kararı. Danıştay Bilgi Bankası.

³⁷ GÖZLER, s.1071.

³⁸ GÜRAN, Sait; Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu, Danıştay Dergisi, Yıl:12, S.46-47, 1982, s.21; GÖZLER, s.1087.

³⁹ Danıştay Onuncu Dairesi'nin 21.02.1983 tarih ve E.1982/3142, K.1983/322 sayılı karar. Danıştay Bilgi Bankası.

Tıp fakültesi binasında başına raf düşmesi dolayısıyla gerçekleşen ölüme “*olay ile zararlı sonuç arasında uygun bir nedensellik bağının kurulabilmesi, idarenin kamu yararı düşüncesiyle yaptığı hizmetler dolayısıyla idareye yükletilebilecek bir kusur olmasa dahi özel bir zarara uğrayan kişilerin bu zararlarının tazminine karar verilebilmesi için yeterlidir. Bu zararın karşılanması kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinin bir sonucu olup, bu tür zararların zarar görenler üzerinde bırakılması hakkaniyete de uygun düşmez*”⁴⁰

c) Özel Hastaneler Kapsamında İdarenin Sorumluluğu

Özel hastanelerde de kamu hizmeti yürütülmekle birlikte bu kamu hizmeti idarenin doğrudan yürüttüğü bir kamu hizmeti olmayıp “virtüel kamu hizmeti” şeklinde yani idarenin denetim ve gözetim altında yürütülen kamu hizmetidir. Bilindiği üzere kamu hizmeti, idarenin doğrudan yürüttüğü veya özel kişilerce idarenin gözetim ve denetimi altında yürüttüğü faaliyetler olarak tanımlanmakta ve idarenin sorumluluğu gözetim ve denetim ile sınırlı tutulmaktadır. Zarar doğuran olay idarenin denetim ve gözetim eksikliğine bağlıysa idare, aksi takdirde özel hastane yönetimi sorumludur.⁴¹

Anayasa’da Devletin, sağlık hizmetlerini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getireceği düzenlenmiştir. Hususi Hastaneler Kanunu⁴² ve Özel Hastaneler Yönetmeliği’ne⁴³ göre özel hastaneler; şikâyet üzerine yapılan inceleme ve soruşturma ile Bakanlıkça Komisyona yaptırılan veya Bakanlık Müfettişleri tarafından yapılan olağan ve olağan dışı denetimler hariç olmak üzere; müdürlük ekipleri tarafından, altı ayda bir rutin olarak denetlenir. Örneğin, hastanenin bulunduğu yerin gürültü, hava ve su kirliliğine maruz olmadığı; insan sağlığını olumsuz yönde etkileyecek endüstriyel kuruluşlar ile gayrisihhi müesseselerden uzaklığı; hastane veya özel sağlık tesisi yapı kullanma izni belgesinin bulunması; hastanenin temizliği; personelin niteliği ve daha bir çok husus bakanlık ve müdürlükler tarafından denetlenir.

2. Sorumluluğun Şartları

Sağlık hizmetlerinden dolayı idarenin sorumluluğuna hükmedilebilmesi için bazı şartların bulunması gerekmektedir. Bunlar, fiil, zarar, kusur ve illiyet bağıdır.

⁴⁰ Danıştay Onuncu Dairesi’nin 15.06.1983 tarih ve E.1982/3852, K.1983/1515 sayılı kararı. Danıştay Bilgi Bankası.

⁴¹ GÜRAN, Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu, s.16.

⁴² 1933 tarih ve 2219 sayılı kanun.

⁴³ Resmi Gazete: 27.3.2002- 24708.

a) Fiil

İdarenin sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan bir sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, bir fiil yani bir işlem veya eylem bulunmalıdır. Bir fiilin yapılması gerektiği durumlarda hareketsiz kalınması halinde de yine pasif de olsa bir fiil bulunmaktadır. Fiil kapsamı çok geniştir ve tüm idari işlem ve eylemleri kapsar. Fiilin hukuka aykırı olması her zaman zorunlu değildir.

b) Zarar

İdarenin sorumluluğunun bir şartı da zararın varlığıdır. Zarar, bir kimsenin malvarlığında ve şahıs varlığında rızası dışında meydana gelen eksilmedir. Zarar maddi olabileceği gibi manevi de olabilir. Maddi zararlar para ile ölçülebilen zararlardır. Bu zararlar belirlenebilir ve belgelendirilebilir olmalıdır. Zarar ayrıca güncel ve gerçek olmalıdır. Bununla birlikte henüz doğmasa bile, ileride doğacağı muhakkak olan zararların da tazmini istenebilir. Bu anlamda mahrum kalınan kar ya da kazancın da tazmininin istenebilmesi gerekir.

Danıştay, bir kararında “*gazlı tamponun unutulması nedeniyle olayda idarenin kusurlu olmasına rağmen davacının bu sebeple uğradığı kesin bir zarardan söz etmeye olanak bulunmadığı, diğer yandan davacının özel doktor muayenelerinin gazlı tampon unutulması nedeniyle yapılan tedaviye ilişkin olup olmadığının saptanamadığı*” gerekçesiyle maddi tazminata hükmetmemiştir.⁴⁴

Manevi zararın kapsamına estetik zararlar, fiziksel ve manevi acılar dahildir. Danıştay’ın, anüste ve gluteal bölgede yanık oluşmasından dolayı açılan davada “*geçirdiği yanığa bağlı her iki gluteus üzerinde minimal yanık lekesi kaldığı*” gerekçesiyle manevi tazminat isteminin reddine karar vermesi manevi zarar kurumunun özülüyle bağdaşmamıştır.⁴⁵

c) Kusur

Sağlık hizmetinin yürütülmesinde idareye veya kamu görevlisine atfedilebilir bir kusur bulunmalıdır. Yukarıda açıklandığı üzere hizmetin hiç işlememesi, geç işlemesi, kötü işlemesi kusur sayılmaktadır. Kusur şartı sadece kusur sorumluluğunda gereklidir, kusursuz sorumluluk hallerinde kusur bulunmasa da idarenin sorumluluğu bulunmaktadır.

⁴⁴ Danıştay Onuncu Dairesi’nin 19.10.1999 tarih ve E.1997/3565, K.1999/5224 sayılı kararı. Danıştay Bilgi Bankası.

⁴⁵ Danıştay Onuncu Dairesi’nin 06.10.1982 tarih ve E.1982/2613, K.1983/1959 sayılı kararı. Danıştay Bilgi Bankası.

d) İlliyet Bağı

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

3. Sorumluluğu Kaldıran Haller

Bazı durumlarda ortaya çıkan zarara idarenin işlem veya eylemi dışında bir etken de karışmış olabilir. Bunlar, mücbir sebep, beklenmeyen haller, üçüncü kişilerin veya zarar görenin zarar doğmasına sebep olması halleridir. Bu durumlarda idarenin sorumluluğu kısmen veya tamamen kalkar.

Mücbir sebep, hem kusur hem de kusursuz sorumluluğu kapsar ve kısmen veya tamamen idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırır. Beklenmeyen hal ise sadece kusur sorumluluğunu kısmen veya tamamen kaldırır, fakat beklenmeyen bir halde bile idarenin kusursuz sorumluluğuna hükmedilebilir.⁴⁶

Zarar görenin veya üçüncü bir kişinin zararın doğmasına etkisi var ise müterafık kusur oluşur ve kusurlar oranında sorumluluk paylaşılır. Zararın tamamı, zarar görenin veya üçüncü kişinin davranışı sonucu ortaya çıkmış ise idarenin sorumluluğu tümüyle ortadan kalkar.

Sosyal Sigortalar Kurumu hastanesinde yataklı tedavi gören davacının, saat 03.30 sıralarında doktor kıyafeti giymiş bir kişi tarafından bıçakla tehdit edilerek ırzına tecavüz etme teşebbüsünde bulunduğu olayda “*sanık kişinin davacının yatmakta olduğu ve hastanenin zemin katında bulunan odanın penceresinden içeri girmek suretiyle olayı gerçekleştirdiğinin, hastane personeli olmayıp kimliği belirsiz bir kişi olduğunun, hastanede gece güvenlik görevlisi ve otomatik gözetleme ve kontrol cihazı bulunmadığının, aynı hastanede bu olaydan bir süre önce benzer bir olayın meydana gelmesine rağmen hastane yetkililerince bu tür olaylara karşı önleyici ve caydırıcı hiçbir güvenlik tedbirinin alınmadığının, davacının yattığı odanın penceresinin yere çok yakın olmasına rağmen pencerelerde emniyet tedbirlerinin bulunmadığının anlaşıldığı, hastane binasının güvenlik yönünden hiçbir şekilde korunmadığı, hastane giriş ve çıkışlarında gerekli güvenlik kontrollerinin yapılmadığı ... ve güvenlik tedbirlerinin alınmamış olmasından dolayı meydana geldiği tartışmasız*

⁴⁶ GÖZLER, s.1227.

bulunan olayda davalı idarenin hizmet kusuru işlediğinin açık olduğu"⁴⁷ yönünde karar vermiştir. Burada gerçekte haksız fiil üçüncü kişi tarafından işlenmiştir ve bu kişi asıl sorumludur. Bununla birlikte kararda belirtildiği üzere idarenin sorumluluğu da bulunmaktadır. İdare ödediği tazminat dolayısıyla üçüncü kişiye karşı rücuya gidebilir.

III. HEKİMİN İDAREYE KARŞI SORUMLULUĞU

Kamu hastanelerinde hastaya karşı sorumluluğu idare üstlenmektedir. Hekimler ve diğer kamu görevlilerinin bireylere karşı doğrudan sorumluluğu bulunmamaktadır. Fakat bu, hekimlerin sorumsuzluğu anlamına gelmez, hekimler ve diğer kamu görevlileri idareye karşı sorumludurlar.

Anayasaya göre, *“Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür. Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir. Memurlar ve diğer kamu görevlileri Anayasa ve kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunmakla yükümlüdürler.”* Bu yükümlülüklerini yerine getirmeyen bir kamu görevlisi mali ve disiplin yönünden sorumlu tutulur. Kanunlarda öngörülen yükümlülüklerini yerine getirmeyen kamu görevlileri doğrudan idareye verdikleri zararlardan ve bireylere verdikleri zararlar dolayısıyla idareye verdikleri zararlardan sorumludurlar ve bu zararı tazmin etmekle yükümlüdürler.

Bireylere ve hastalara tanınan haklar aynı zamanda idareye ve hekime yükümlülükler ve sorumluluklar yüklenmesi demektir. Hekimin bir kamu veya özel hastanede veya tümüyle bağımsız bir şekilde sırf hekimlik faaliyeti yürütmesi dolayısıyla yükümlülükleri vardır. Bir diğer açıdan hekim, mevzuatta emredilen ve yasaklanan tüm kurallara uymak durumundadır. Aksi durumda hekimin idareye karşı sorumluluğu ortaya çıkar. Benzer şekilde diğer sağlık kamu görevlileri de kanunlarda kendilerine yüklenen görevleri gereği gibi yerine getirmelidirler.

Hekimlerin yükümlülükleri ve sorumlulukları özel hukukta kapsamlı olarak ele alınmaktadır. Kişisel edim, öykü alma, muayene, teşhis, tedavi, reçete yazma, tıbbi teknik kullanma, tedaviyi kesme, kayıt tutma, sır saklama hekimlerin başlıca yükümlülükleridir.⁴⁸ Bu yükümlülükler aynı şekilde kamu hastanelerinde görev

⁴⁷ Danıştay Onuncu Dairesi'nin 09.02.2000 tarih ve E.1998/4977, K.2000/380 sayılı kararı. Danıştay Bilgi Bankası.

⁴⁸ HAKERİ, Hakan; Tıp Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 196 vd; ATABEK, s.636.

yapan hekimler için de geçerlidir.⁴⁹ Nitekim Danıştay, bir kararında “uygulanacak işlem veya ilacın yan etkileri konusunda hastanın uyarılarak onayının ve gerekli tedbirlerin alınması ... davacının kulak zarının delik olduğu doktor tarafından bildirildiği halde, ilacın yan etkilerinin daha fazla olabileceği hususunun davacıya bildirilmemesi, böylece tehlikeye atılmama hakkının tanınmaması”⁵⁰nı bir hizmet kusuru olarak kabul etmiştir.

Kamu hastanelerinde çalışan hekimlerin kamu görevlisi olmaları nedeniyle ayrıca yükümlülükleri de bulunmaktadır. Bununla birlikte bazen yükümlülüklerin yarışması ortaya çıkabilir. Memuriyet sıfatıyla kamu kurumuna karşı ve aynı zamanda hekim sıfatıyla hastaya karşı yükümlülüğü bulunan hekimin bu yükümlülükleri çatışabilir. Bu durumda öncelik hekimlik sıfatındadır. Örneğin yaptığı işler bakımından amirine bilgi vermek yükümlülüğü ile hastaya karşı sır saklamak yükümlülüğü çatıştığında sır saklama yükümlülüğü baskın çıkacaktır. Fakat suç niteliğindeki bir durumu ihbar etmesi müstesnadır.⁵¹

Özel hastanelerde ve özel muayenehanelerde hekim doğrudan bireye karşı sorumludur. Kamu hastanelerinde ise hastaya karşı hekimin doğrudan bir sorumluluğu bulunmamaktadır. Hastaya karşı mali sorumluluğu göğüsleyen idaredir, hekimin sorumluluğu ise idareye karşıdır ve rücu kapsamında düzenlenmektedir.

Rücu, geri dönme; rücu hakkı ise bir kimsenin alacaklısına ödediği şeyi diğer birinden istemeye hakkı olmasıdır.⁵² Rücu, özel hukukta ortak kusuruyla bir zarara sebebiyet verenlerin kusur oranlarıyla birbirlerine rücu haklarının bulunması şeklinde ifade edilmektedir.⁵³ İdare hukukunda ise rücu hakkından farklı olarak “rücu” veya “rücu yetkisi”nden söz edilmelidir. Rücu yetkisi, idarenin üçüncü kişilere verdiği para, mal veya hizmetin karşılığını kamu görevlisinden talep etme yetkisi olarak tanımlanabilir. Bu bakımdan rücu yetkisi, sadece yargılama hukukuna özgülenmemesi ve hak değil yetki olması açısından özel hukuktaki rücutan farklılaşır.

Zarar görene yapılan ödemenin idare bütçesinden değil kamu görevlisi mamelekenden karşılanması; rücu tehdidinin kamu görevlisinin görevini daha özenli yapmasını sağlaması; rücutunun işletilmesi zarar gören başta olmak üzere kamu

⁴⁹ SENCER, Muzaffer; Hekimlik ve İnsan Hakları, Mülkiyeliler Birliği Dergisi, C.15, S.127, Yıl.26, s.45 vd; HAKERİ, Hastane Yönetiminin Sorumluluğu, s.163.

⁵⁰ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 07.03.2003 tarih ve E.2002/716, K.2003/91 sayılı kararı. Danıştay Bilgi Bankası.

⁵¹ ATABEK, s.639.

⁵² Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, www.tdk.gov.tr.

⁵³ EREN, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Beta, Ankara, 2001, s. 816.

vicdanını rahatlatması rücuunun başlıca yararları olarak görülmektedir.⁵⁴ Buna karşın teoride yararlı ve uygulanması mümkün görünen rücu, rücuuy işletmesi gerekenlerin kamu görevlilerinin amiri olması nedeniyle, takdirlerini kamu görevlileri lehine kullandıkları görülmektedir. Ayrıca amirler, meslektaşları ile empati kurarak bu kişileri ekonomik yük altına sokmaktan çekinirler.

1. İdarenin Rücu Yetkisi

Rücu için harekete geçip geçmeme kararı, idari işlem niteliğinde bir karardır. Rücu kararının alınmaması üzerine ilgililer doğrudan idari yargıda iptal davası açabilecekleri gibi, rücu kararı alınması konusunda idari başvuruda da bulunabilirler. Pek tabii olarak rücu kararının uygulanmaması veya bu konudaki idari başvuruya verilecek olumsuz yanıtlar idari yargı yoluna götürülebilir.⁵⁵

Rücuunun Anayasa'nın 40 ve 129 ile DMK'nın 12 ve 13. maddelerinde ayrı ayrı düzenlenmesi sorun oluşturmaktadır. Anayasa'nın 40. maddesi ve DMK'nın 13. maddesi idareye rücu konusunda bir takdir yetkisi vermektedir. Anayasa'nın 129. maddesi ve DMK'nın 12. maddesi ise idareye rücu konusunda bağlı yetki ile bağlamaktadır. Bu durumda öncelikle, esasa ilişkin hükümler olması nedeniyle Anayasa'nın 40. maddesi ile DMK'nın 12. maddesini bu açıdan göz ardı ederek, usuli hükümler olan 129. madde ve 13. maddeye bakmak gerekir. Bunlardan Anayasa bağlı yetki, 13. Madde ise takdir yetkisi vermektedir. Bu durumda Anayasal hükmün uygulanması zorunluluğu açıktır.⁵⁶ Yani rücu yolunun uygulanması, anayasal bir zorunluluktur.⁵⁷

DMK m. 13/son hükmü gereğince çıkarılmış olan Rücu Yönetmeliği,⁵⁸ rücuunun zararın mevcut olması ve zararın doğrudan doğruya memurun fiilinden doğması

⁵⁴ BEREKET BAŞ, Zuhâl; İdarenin Hukuki Sorumluluğunun Sağlanması Aracı Olarak Tam Yargı Davaları, İdari Yargı Paneli, TBB ve Mersin Barosu, Mersin, 2003, s.348.

⁵⁵ Danıştay Beşinci Dairesi'nin, 03.06.2008 tarih ve E. 2007/7369, K. 2008/3234 sayılı kararı. Danıştay Bilgi Bankası.

⁵⁶ GÖZLER, s. 1066.

⁵⁷ Amerika'da Devletin mali sorumluluğunu düzenleyen kanuna göre (FTCA Section 2672), kamu görevlilerinin davacılar karşısında vakit harcayarak kamu hizmetlerini harcamasını önlemek amacıyla bin dolara kadar meydana gelen zararları (bin dolar sınırlaması daha sonra kaldırılmıştır) hile ile doğmamak şartıyla idarenin ödemesini savcının onayı ile kabul etmektedir. Ödenen bu tazminat zarar doğan olay nedeniyle kamu görevlisinin görevine son verilmemesi hali dışında kamu görevlisinden talep edilemez. SEAVEY, Warren A.; "Liberal Construction" And The Tort Liability Of The Federal Government, Harvard Law Review, V. 67, 1954, s. 1002.

⁵⁸ Tam adı şöyledir: Devlete Ve Kişilere Memurlarca Verilen Zararların Nevi Ve Miktarlarının Tespiti, Takibi, Amirlerinin Sorumlulukları, Yapılacak Diğer İşlemler Hakkında Yönetmelik, Bakanlar Kurulu Karar Tarihi-No: 27.06.1983 – 83.6510, RG: 13.08.1983-18134

halinde rücu edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Yani yönetmelik rücuda takdir yetkisi öngörmemiştir. Diğer yandan idare, rücu yetkisini kullanırken zarar görenin halefi sıfatıyla hareket etmemekte,⁵⁹ tazmini kamu görevlisi adına yapmamaktadır. İdarenin sorumluluğu asli ve doğrudandır.⁶⁰

Gözübüyük-Tan'a göre, Danıştay, idarenin sorumluluğuna hükmettiği kararda eğer kamu görevlisinin kusurunu saptamışsa, rücu konusunda idarenin takdirinden söz edilemez. Bağlı yetki Danıştay tarafından da kabul edilmektedir. Mahkeme bir kararında, *"İçişleri Bakanının kişisel kusuru bulunduğu açık olduğundan, hükmedilen tazminatı ödeyecek olan idarenin, sorumluluğu saptanan ilgili kişi veya kişilere yasal yollar çerçevesinde rücu etmesi Anayasa hükmü gereği bulunmaktadır. Anayasanın sözü edilen maddesindeki (kendilerine rücu edilmek kaydıyla) ibaresi; kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlar nedeniyle idare aleyhine açılan davalarda tazminata hükmedilmesi halinde, idarenin ödemek zorunda kaldığı tazminatı yasal yollara başvurarak ilgili kamu görevlisinden tahsil etme zorunluluğunu ifade etmekte ve bu Anayasal zorunluluk nedeniyle bu gibi hallerde davacıların, dava dilekçelerinde ayrıca ve mutlaka rücu talebinde bulunmaları gerekmemektedir"* şeklinde hükmetmiştir.⁶¹

Danıştay'ın rücuya bakışı zamanla istenilen yönde değişmektedir. Bu bağlamda bir Danıştay kararına göre; *"rücu mekanizmasının işletilmesi, kamu kurumunun yetkileri arasında bulunmakla birlikte, idarenin bunu kendiliğinden yapmadığı durumlarda, yurttaşların bunu sağlamak amacıyla idareye başvurmalarına bir engel*

⁵⁹ Onar aksi görüştedir ve ona göre, *"Fert idarenin filinden, hizmetin icrasından zarara uğramış ve idare aleyhine bir dava açmış ve idareyi tazminata mahkum edecek bu zarar ve ziyamı da tahsil etmişse ve hakikatta zarar tamamen veya kısmen memurun şahsi bir kusurundan ileri gelmişse, yani hadisede memurun şahsına atfolunabilecek bir kusur da mevcutsa bu takdirde idarenin memura istihlaf, ikame (subrogation) yoluyla rücu edebileceği kabul edilmektedir."* ONAR, Sıdık Sami; İdare Hukukunun Umumi Esasları, Üçüncü Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, İkinci Cilt, s. 1209. Rücu hakkının halefiyet esasına dayandığı düşünülebilir. Öğretide bu tür bağımsız rücu hakkına "basit rücu hakkı veya alelade rücu hakkı" da denmektedir. Şayet bağkurun(BAĞKUR'un) rücu hakkının hukuksal niteliğinin bağımsız yani basit rücu hakkına dayandığı görüşü benimsendiği takdirde halefiyet ilkesinden söz edilemez. Bir hakkın halefiyet esasına dayandığı kabul edilecek olursa halef olanın hukuksal statüsü halef olunanınkine tabi olur. Halef olunanın hak ve yükümlülükleri ile sınırlı biçimde talepte bulunulabilir. Yani halef olunanın sahip olduğu haklardan daha fazlası kullanılamayacağı gibi hak sahibinin daha azı ile yetinmesi de istenemez. Yine bir hakkın halefiyet esasına dayandığının kabulü yasalarda açık bir hükmün mevcut olmasına bağlıdır. Anayasa Mahkemesi'nin 21.12.2006 tarih ve E. 2002/153, K.2006/113 sayılı kararı.

⁶⁰ AKYILMAZ, Bahtiyar; İdare Hukukunda Kamu Görevlisine Rücu Sorunu, Fikret Eren'e Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 1050.

⁶¹ Danıştay Beşinci Dairesi'nin 10.11.1997 tarih ve E.1995/3611, K. 1997/2485 sayılı kararı. Danıştay Bilgi Bankası.

bulunmamaktadır. Kamu hizmeti görevlilerinin kişisel kusurundan kaynaklanan zararın karşılığı olarak ulusal ya da uluslararası bir Mahkemece hükmedilen tazminat devlet tarafından zarara uğrayan kişiye ödendikten sonra ilgili kamu kurumu tarafından sorumlu personele rücu edilmemesi, bu yükün toplum üzerinde bırakılması anlamına geleceğinden, her yurttaş ve özellikle kamu görevlilerinin kişisel kusuru nedeniyle zarara uğrayıp yargısal süreci başlatmış olan yurttaşlar, ilgili personele rücu edilmesini sağlamak amacıyla idareye başvurabilir ve bu başvurularının reddi üzerine de dava açma hakkını kullanabilirler. Kamu hizmeti görevlilerinin hukuka aykırı eylem ve işlemlerinden ve kendi kusurlarından doğan zararı toplum ödemek zorunda değildir.”⁶²

Rücu konusunda kamu görevlisinin hafif kusuru, ağır kusuru, kastı, suç niteliğindeki fiil ayrımını yaparken rücunun zorunluluğunu ihlalin ağırlığına paralel tutulmalıdır. Eğer rücuda takdir yetkisinden bahsedilecek ise ve buna bağlı olarak rücu yetkisi uygulanmayacaksa bu ancak hafif kusur halinde tercih edilmelidir.⁶³ Amerika, Almanya ve İsviçre’de bakış açısı böyledir.⁶⁴

2. Rücuyu Yapacak İdarenin Belirlenmesi

Rücunun hangi idare tarafından yapılacağı konusundaki zorluk bir önceki adımda; yani tam yargı davasında halledildiğinden rücuyu yapacak idarenin, tazminat ödemeye mahkûm edilen idare olduğunu kolaylıkla söyleyebiliriz. Bireye ödeme hangi idare bütçesinden yapıldıysa rücuyu yapmaya yetkili organ o idarenin yetkilisidir. Uygulamada rücu yetkisi genel hükümlere göre adli yargıda yapıldığından bu konuda yetkili idare, hazine adına dava açma yetkisi Maliye Bakanlığı Baş Hukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğü’dür. Bakanlıklar tam yargı davasının kesinleşmesinden sonra ödenen tazminatı ve rücu edilecek kamu görevlilerini Maliye Bakanlığı Baş Hukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğü’ne bildirmektedirler. Bu talep üzerine rücu için dava açılmaktadır.

3. Rücunun Yapılacağı Kamu Görevlilerinin Belirlenmesi

İdarenin, ödediği tazminatı rücu edeceği kamu görevlilerini tespit etmesi karmaşık ve zor bir durumdur. Rücu uygulamasının yaygın olmaması ve bu konuda

⁶² Danıştay Beşinci Dairesi’nin, 03.06.2008 tarih ve E. 2007/7369, K. 2008/3234 sayılı kararı. Danıştay Bilgi Bankası.

⁶³ AKYILMAZ, İdare Hukukunda Kamu Görevlisine Rücu Sorunu, s. 1056.

⁶⁴ GÜRSOY, Kemal Tahir; Fransız ve Alman Hukukunda İdarenin Sorumluluğunun Gelişmesi ve Günümüzdeki Durum, İdare Hukuk Alanında Sorumluluk, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, Ankara, 1979, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, s.115.

ayrıntılı düzenlemeler bulunmamasından dolayı rücu konusu ve muhtemel sorunları gündeme gelmemektedir.

Anonimleşen kusurda ki bu kusurda doğrudan bir kamu görevlisine kusur yükletilememektedir ve rücunun yöneltileceği bir kamu görevlisi tespit edilememektedir. Diğer yandan sorumlu kamu görevlilerinin sayısının çokluğu rücu konusunda sıkıntı oluşturabilir. Zarara sebep olan idari işlem veya eylem bir kurul kararı ile alınmış ve kurul üyelerinden biri kurum dışından ve başka bir idare bünyesinde görevli ise rücu kararını kimin alacağı da bir başka sorundur. Bu ve benzeri birçok sorun rücu uygulamasında engeller oluşturmaktadır.

Birden fazla kamu görevlisinin kusurlu olduğu durumda bunlar arasında müteselsil sorumluluk ilişkisi bulunmadığından⁶⁵ idare ancak kusurları oranında kamu görevlilerine rücu edebilir. Yaygın olmamakla birlikte Danıştay'ın tam yargı davasını görürken kamu görevlilerinin kusurlarına ve oranlarına değindiği olmuştur. Danıştay bir kararında "*davalı idare ajanlarından tren makinistinin... hususlara riayet etmediğinden %65 nispetinde, şef trenin makinisti ikaz etmediğinden %15 nispetinde, Gülağzı geçit bekçisinin kendi geçidinden geçen treni diğer geçit bekçisine haber vermediğinden %10 nispetinde, Büyük Karpuz Geçit bekçisinin de geciken bir trenin durumunu öğrenmeye tevessül etmediğinden %10 nispetinde hatalı olduğu*"na karar vermiştir.⁶⁶

IV. SORUMLULUKTA GÖREVLİ YARGI YERİ

Sağlık hizmetlerinden doğan uyuşmazlıkların çözümü idarenin sorumluluğu ve hekimlerle diğer kamu görevlilerinin sorumluluğu olmak üzere iki başlık altında görülecektir.

A. İdarenin Sorumluluğunda Görevli Yargı Yeri

Kamu görevleri ile ilgili olarak bireylere verilen zararların tazmin edilmesi bakımından karşılaştırmalı hukukta iki esas uygulanmaktadır. Bunlardan "sorumluluk esası" doğrudan kamu görevlisinin sorumlu tutulabildiği esas olup Anglo-Sakson hukukunda uygulanmaktadır. Anayasa'nın 129 ve DMK'nın 13. maddelerinin öngördüğü sistem ise "teminat esası" olarak adlandırılmaktadır. "Teminat" ile kamu görevlisi ve zarar gören bazı yönlerden güvence altına alınmaktadır.⁶⁷

⁶⁵ AKYILMAZ, İdare Hukukunda Kamu Görevlisine Rücu Sorunu, s. 1057.

⁶⁶ Danıştay Onikinci Dairesi'nin 03.03.1971 tarih ve E. 1968/388, K. 1971/541 sayılı kararı.

⁶⁷ DURAN, Lütfi; Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu, Tahsin Bekir Balta'ya Armağan, Ankara, 1974, s. 12.

Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu

Teminat esası getirilmemişse “sorumluluk esası”ndan sözedilir. Buna göre yasa koyucu, haksız fiillerden doğan zararlara karşı açılacak davalara ilişkin özel usuller getirmemektedir. Zarar görenler idareye ve kamu görevlisine karşı istediğini tercih ederek dava açabilmektedir. 1965 yılında DMK’nın kabulüne kadar ülkemizde ve halen Anglo-Sakson hukukunda ve İtalya’da uygulanan sistem budur. Almanya, İsviçre ve günümüzde ülkemizde ise “teminat sistemi” geçerlidir.⁶⁸ Teminat esasının; zarar gören, kamu görevlisi ve idare açısından bazı sonuçları bulunmaktadır.

Teminat esasının en önemli sonucu zarar görenin zararını ödeme kabiliyeti olan idareden tahsil etme imkânı bulmasıdır. Teminat esasının bir diğer sonucu ise birden fazla failin bulunduğu durumlarda zarar görenin çok sayıda kişi ile hukuk mücadelesi yürütme zorluğu ortadan kalkar. Bir açıdan, sorumluluk esası ile kamu görevlilerine doğrudan dava açılabilmesi caydırıcılık açısından daha faydalı görülebilir. Fakat diğer taraftan zarar gören açısından tahsil kabiliyeti düşünüldüğünde sorumluluk esası fayda getirmeyebilir.

Teminat esasının kamu görevlisi açısından da sonuçları bulunmaktadır. Bu esas, tazminat talebinin öncelikle idareye yöneltilmesini sağlar. Teminat esası kapsamında yalnızca idareye karşı dava açılması ve bu karara dayanılarak rüçunun işletilmesi nedeniyle kamu görevlisi idare lehine tam yargı davasına katılma hakkı eder. Bir karşı oy yazısında “*rücu kararı verilen kişinin de hasım mevkiine alınarak savunmasının alınması gerektiği*”⁶⁹ ifade edilmişse de idari yargıda yalnızca idareler davalı sıfatını haizdir⁷⁰ ve gerçek kişilerin hasım olması mümkün değildir. Fakat kamu görevlisinin savunma yapmasını sağlamak amacıyla davaya katılmasını sağlamak doğru bir çözüm olabilir.⁷¹ Çünkü tam yargı davasında idarenin kusurlu sayılması ve bu kusurdan dolayı kamu görevlisine rücu ihtimali ortaya çıkar. Sonradan idari yolla veya yargısal yolla da olsa zararı karşılayacak kamu görevlisinin davaya müdahale etme hakkı sağlanmalıdır.

Teminat esası uygulandığında kamu görevlisi ile zarar gören karşı karşıya gelmediği için kamu hizmetlerinin aksaması önlenebilir. Buna karşın idarenin öncelikli olarak zararları karşılaması ve rücu sürecinden de tahsil imkânı doğmaması mali külfetin idare üzerinde kalmasına sebep olur. Ayrıca, zarar görenin idareye

⁶⁸ YILDIRIM, İdare Hukuku Dersleri I, İkinci Bası, Mimoza Yayınları, Konya, 2006, s. 232.

⁶⁹ Karşı Oy Yazısı: Danıştay Beşinci Dairesi’nin 10.11.1997 tarih ve E.1995/3611, K. 1997/2485 sayılı kararı. Danıştay Bilgi Bankası.

⁷⁰ Aksi görüş için bakınız: GÜRAN, Sait; İdarenin ve Ajanın Sorumluluğunun Belirlenmesine İlişkin Düşünceler, AİD, C. 12, S. 1, 1979, s. 55.

⁷¹ AKYILMAZ, İdare Hukukunda Kamu Görevlisine Rücu Sorunu, s. 1059.

karşı dava açması ve idarenin kamu görevlisine rücu davası açması dolaylı bir yol olduğundan usul ekonomisi bakımından sakıncalı görülebilir.

Anayasa'nın 40. maddesine göre, “*kişinin, resmî görevliler tarafından vâki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.*”

Anayasa'nın 129. maddesine göre, “*memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.*”

DMK'nın 12. maddesine göre, “*Devlet memurunun kasıt, kusur, ihmal veya tedbirsizliği sonucu idare zarara uğratılmışsa, bu zararın ilgili memur tarafından rayiç bedeli üzerinden ödenmesi esastır.*” Bu hüküm idare ile kamu görevlisi arasındaki sorumluluk ilişkisini düzenlemektedir. 12. maddenin 1. fıkrası, kamu görevlisine görevini itina ile yapmasını ve Devlet malını korumasını, 2. fıkra ise bunun sağlanamadığı durumda idarenin gördüğü zararın memur tarafından ödeneceği düzenlenmiştir. 12. maddeye göre kamu görevlisi bir Devlet malına zarar verirse bu malın bedelini ödemekten sorumludur. Bu halde zarar gören üçüncü kişiden bahsedilemez. Fakat memurun “*görevini dikkat ve itina ile yerine getirmemesi*” nedeniyle üçüncü kişilere zarar verilmiş olabilir.

DMK'nın 13. maddesine göre, “*kişiler, kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar.*” Bu hüküm bir usuli düzenlemedir. Sorumluluk kapsamı “*kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili ortaya çıkan zararlardır.*” Personel demekle kapsam geniş⁷², kamu hukukuna tabi görevler denilerek ise kapsam dar tutulmuştur.

Anayasanın 40. maddesi ve onun izdüşümü olan DMK 12. maddesi, esasa ilişkin hükümlerdir. Bu hükümlere dayanılarak sağlık hizmetlerinden doğan zararlardan dolayı idareyi sorumlu tutmak ve yargı yolunun idari yargı olduğunu söylemek yeterlidir. Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesi ise Anayasa'nın 129/5 hükmünün izdüşümüdür ve bu hükümler usuli düzenlemelerdir. Benzer ilişki

⁷² Başbakan ve bakanlar ile mahalli idarelerin, özerk kuruluş ve kurumların seçilmiş organları sorumluluk kapsamı dışındadır. Lutfi DURAN, Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu, s.11, “129/5'deki diğer kamu görevlileri kavramı, Bakanları da kapsamakta”dır. GÜRAN, Sait; Anayasa'nın 128 ve 129 uncu Maddeleri Yönünden Kamu Görevlileri İle Bakanların Durumu, AİD, C. 17, S. 3, 1984, s. 34.

Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu

Almanya’da da bulunmaktadır. 1948 Federal Almanya Anayasası’nın 34. maddesi⁷³ ve 1937 tarihli Federal Almanya Memurlar Kanunu’nun 78. maddesi⁷⁴ sorumluluk konusunu düzenlemektedir.

Anayasanın 129. Maddesi kapsam bakımından 13. Maddeye göre daha geniştir. Çünkü Anayasa, hem kamu hem de özel hukuka tabi görevleri kapsamaktadır.⁷⁵ 13. Madde ise hem DMK içinde yer alması hem de sadece kamu hukukuna tâbi görevleri düzenlemesinden dolayı kapsamı dardır. Gerek Anayasanın 129. maddesi gerekse DMK’nın 13. maddesi diğer hükümlerden ve birbirlerinden bağımsız olarak, tazminat davasının idari yargıda açılmasını gerektirmektedir.⁷⁶

Görevli mahkemeyi belirlemede yetkili olan Uyuşmazlık Mahkemesi, önüne gelen uyuşmazlıklarda çelişkili kararlar vermiş, doğrudan görevli mahkemeyi düzenleyen DMK m. 13 ve Anayasa m. 129 hükümlerine gerekli önemi vermemiştir. Öyle ki doğrudan ilgili olmasına karşın, 13. maddeden hiç söz etmediği kararlar bile bulunmaktadır.⁷⁷

Mahkeme, sağlık hizmetleri dolayısıyla ortaya çıkan zararın tazminindeki uyuşmazlıkta, *“kamu hizmetinin yöntemine ve hukuka uygun olarak yürütülüp yürütülmediğinin, hizmet kusuru veya başka nedenle idarenin sorumluluğu bulunup bulunmadığının saptanması gerekmektedir. Bu hususların saptanması ise idare hukuku ilkelerine göre yapılabileceği”* gerekçesiyle idari yargının görevli olduğuna karar vermiştir.⁷⁸

TCDD Hastanesinde yapılan ameliyat sonrası oluşan sinir zedelenmesi nedeniyle ortaya çıkan görev uyuşmazlığında mahkeme, hastanenin kamu hastanesi,

⁷³ *“Kamu hizmeti ile görevlendirilmiş bir kimsenin, üçüncü bir şahsa karşı, görevinden doğan bir yükümlülüğü ihlal etmesi halinde, sorumluluk ilke olarak, devlete veya hizmetinde bulunduğu kuruluşa aittir. Kast veya ağır ihmâl hallerinde, idarenin rücu hakkı saklıdır. Tazminat ve rücu haklarının kullanılması için adli yargı yolu kapatılamaz.”* Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası, Federal Almanya Siyasi Eğitim Merkezi, Bonn, 2003.

⁷⁴ *“Bir memur kendi ihmali ile veya kısaca ödevine aykırı davranması halinde, hizmetinde bulunduğu işverenin bundan mütevellit zararlarını tazmin etmekle mükelleftir. İşveren Anayasanın 34 üncü maddesinin 1 inci fıkrasına göre bir üçüncü şahıs için tazminat ödemişse, işverenin memura rücu hakkı ancak kastı veya ağır ihmali bulunduğu takdirde mevcuttur.”*

⁷⁵ DURAN, Lütfi; Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu Sorunu, AİD, C. 17, S. 2, 1984, s. 16, Bahtiyar AKYILMAZ, İdare Hukuku, s. 408.

⁷⁶ GÜRAN, Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu, s.18; ATABEK, s.640.

⁷⁷ Uyuşmazlık Mahkemesi’nin, 18.10.1978 tarih ve E. 1978/30, K. 1978/32 sayılı kararı, RG: 25.12.1978.

⁷⁸ Uyuşmazlık Mahkemesi’nin, 26.12.2005 tarih ve E.2005/65, K. 2005/114 sayılı kararı. RG: 07.10.2006.

yürütülen sağlık hizmetlerinin kamu hizmeti ve görev yapan sözleşmeli hekimlerin de kamu görevlisi olması gerekçeleriyle görevli yargının idari yargı olduğuna karar vermiştir.⁷⁹

Buna karşın Uyuşmazlık Mahkemesi, icap nöbeti olan doktorun doğum sırasında haber verildiği halde hastaneye gelmemesi sonucu özürlü hale geldiği ileri sürülerek uğranıldığı ileri sürülen zararın karşılanması amacıyla açılan davada, doğru teşhis yapmasına karşın yanlış tedavi uygulamıştır. *“Bir kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında kişilere verilen zarar, kamu görevlisinin görevinde kullandığı yetkilerden ve resmi sıfatından ayrılamıyor, aksine bunlarla sıkı sıkıya ilgili ve bağlantılı biçimde doğuyor ise, personel bakımından “görev kusuru” olarak tanımlanan bu kusurun, idare yönünden nesnel nitelik taşıyan “hizmet kusuru” kapsamında idare hukuku esaslarına tabi olduğu, gerek öğretide gerekse yerleşik yargısal içtihatlarla kabul edilmiş bulunmaktadır. Nitekim, Anayasa’nın 125. maddesinin son fıkrasında, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu kuralına yer verildikten sonra, 129. maddesinin beşinci fıkrasında, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilmesine işaret edilmiştir. Bu düzenleme ile, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken kusurlu davrandıklarından bahisle haklı ya da haksız olarak yargı mercileri önüne çıkarılmasını önlemek ve kamu hizmetinin sekteye uğratılmadan yürütülmesini sağlamak suretiyle kamu düzenini korumak amaçlanmış; aynı zamanda, zarara uğrayan kişi bakımından, memurlar veya diğer kamu görevlilerine oranla ödeme gücü daha yüksek olan bir sorumlu (idare) muhatap kılınmıştır. Buna göre, kural olarak, kamu görevlisinin görev ve yetkilerini kullandığı sırada doğan zararın giderilmesi istemiyle, görev kusurunu kapsayan hizmet kusuru esasına dayanılarak, idari yargıda ve ancak idare aleyhine dava açılabilir; yargı yerince tazminle yükümlü tutulması halinde idare, ilgili yasa kurallarının gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, sorumlu personeline rücu edebilecektir. Buna karşılık, kamu görevlisinin görev ve yetkilerinden, resmi sıfatından ayrılabilen; başka bir anlatımla, suç biçimine dönüşerek idari olma niteliğini yitiren eylem ve işlemlerinin, yukarıda belirtilen Anayasal korumanın dışında kaldığını ve dolayısıyla, doğrudan doğruya kamu görevlisine karşı şahsi kusuruna dayanılarak adli yargı yerinde tazminat davası açılabilme olanağı bulunduğunu da belirtmek gerekir. Olayımızda, adli yargı yerinde, tazminatın konusunu oluşturan zararın davalı doktorun kişisel*

⁷⁹ Uyuşmazlık Mahkemesi’nin 28.04.2003 tarih ve E.2003/16, K.2003/23 sayılı kararı. RG: 07.07.2003/25161.

Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu

kusurundan doğduğu iddiasıyla doğrudan doğruya doktora karşı dava açıldığı, idarenin sorumluluğunu gerektiren bir görev ya da hizmet kusurundan söz edilmediği anlaşılmıştır. Dava idareye karşı açılmadığı nedeniyle idari yargı yerince idarenin sorumluluğunun saptanmasına da olanak bulunmamaktadır. Belirtilen duruma göre, kişisel kusuruna dayanılarak doğrudan doğruya kamu görevlisinin aleyhine açılan tazminat davasının, özel hukuk hükümleri çerçevesinde görüş ve çözümünde adli yargı yerinin görevli olduğu açıktır.”⁸⁰

Bireyler idari yargıda dava açmakla birlikte hasım mevkiine idare yanında kamu görevlisinin adını veya yalnızca kamu görevlisinin adını yazmaktadırlar. Bazen de adli yargıda kamu görevlisi ile birlikte idareyi veya yalnızca idareyi hasım olarak göstermektedirler. Bu durumlarda görevli mahkemenin zararı doğuran fiillere göre mi yoksa hasım olarak gösterilen kişiye göre mi belirleneceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Bir başka ifadeyle doğru mahkemede yanlış hasma ya da yanlış mahkemede doğru hasma karşı dava açıldığında sorun doğmaktadır.

Anayasa m. 129 ve DMK m. 13’ e bu açıdan bakıldığında verilecek yanıt elbette zararı doğuran fiillerin esas alınarak görevli yargının belirlenmesi şeklinde olmalıdır. Zaten sorunun cevabı İYUK’ da verilmektedir. İYUK m. 14 uyarınca idari yargı hâkimi ilk incelemede önce göreve sonra da husumete bakar. Mahkeme kendini görevli görmediği takdirde görevsizlik kararı verir. Görevli olduğuna karar vermesi halinde husumet konusuna geçer. Husumette dava dilekçesinde hasmın gösterilmemesi veya yanlış hasım gösterilmesi hallerinde hâkim kendisi hasım belirler (İYUK m. 15). Hasmın yanlış gösterilmesi veya hiç gösterilmemesi hallerinde sırf bu nedenle görevsizlik kararı verilmez. Hasım mevkiinde gerçek kişi gösterilmesi halinde bile hâkim, gerçek hasmı belirleyerek gerçek kişiyi hasım mevkiinden çıkarmalıdır.

Uyuşmazlık Mahkemesi, İYUK m. 15/c hükmünü iki farklı şekilde uygulamıştır. Kimi zaman davanın reddine, kimi zaman da görevsizlik kararı verilmesine hükmetmiştir. Uyuşmazlık Mahkemesi, davanın reddine karar verirken gerekçesi şöyledir: “*Adliye Mahkemesinin görevsizlik kararı üzerine idari yargı merciinde yeniden açılan dava kamu tüzelkişilerinden herhangi birisi aleyhine değil de doğrudan doğruya kamu ajanları aleyhine açıldığına göre, idarenin bütünlüğü esasına istinaden 2577 sayılı Yasanın 15/c bendi uyarınca gerçek hasıma tebligat suretiyle eksikliğin giderilmesi olanağı da yoktur. Bu durum karşısında davanın reddi gerekirken görevsizlik kararı verilmesi doğru değildir.”⁸¹*

⁸⁰ Uyuşmazlık Mahkemesi’nin, 05.06.2006 tarih ve E. 2006/26, K. 2006/75 sayılı kararı.

⁸¹ Uyuşmazlık Mahkemesi’nin 18.05.1992 tarih ve E. 1992/15, K. 1992/18 sayılı kararı.

Emniyet müdürlüğündeki ölüm hadisesinden sonra İçişleri Bakanlığı ve polis memuru aleyhine idari yargıda açılan tam yargı davasında İdare mahkemesi İçişleri Bakanlığı yönünden görevlilik; polis memuru yönünden ise görevsizlik kararı vermiş, olayda Uyuşmazlık Mahkemesi, polis memuru yönünden adli yargının görevli olduğuna karar vermiştir.⁸² Benzer şekilde, askerlik görevini yaptığı sırada gerçekleşen ölümden dolayı İçişleri Bakanlığı ve askere karşı açılan davada AYİM, İçişleri Bakanlığı yönünden görevliliğe; asker yönünden ise görevsizliğe karar vermiş ve Uyuşmazlık Mahkemesi asker kişi yönünden adli yargının görevli olduğuna karar vermiştir.⁸³ Bu çözüm şekli yukarıdaki açıklamalar ışığında, doğru değildir. İdare mahkemesi ve AYİM'in polis ve asker kişiyi hasım mevkiinden çıkarıp İçişleri Bakanlığı husumetinde görevlilik kararı vermesi gerekirdi. İdare Mahkemesi ve AYİM'in İçişleri Bakanlığı yönünden görevlilik kararı vermeleri bu mahkemelerin idareyi kusurlu buldukları anlamına gelmektedir. Bu kabulden sonra kişisel kusurun varlığının hiçbir önemi bulunmamaktadır. Ayrıca adli yargıda dava açılmasına gerek yoktur. Kişisel kusur varsa bile bu rücu yoluyla çözümlenmelidir.

Danıştay, DMK'nın 13. maddesi ile getirilen "teminat sistemi"nden sonra çoğunlukla görevlilik kararı vermiştir.⁸⁴ Danıştay, tıbbi müdahaleler dolayısıyla açılan, Sağlık Bakanlığı Hastanesinde rahim ameliyatı olmasından sonra ameliyat bölgesinde gazlı bez unutulması ve gazlı bezin çıkarılması için yapılan masrafların karşılanması amacıyla açılan davada⁸⁵; hayati tehlike bulunmadığı teşhisi ile hastaneye yatırılmayan ve ertesi günü iç kanama nedeniyle gerçekleşen ölüm nedeniyle açılan davada;⁸⁶ ameliyat sırasında oksijen gazı yerine yanlışlıkla karbondioksit gazı verilmesi sonucunda meydana gelen ölüm nedeniyle açılan davada;⁸⁷ sol kalçadan total kalça proteziyle ameliyatı gerekirken sağ kalçadan ameliyat edilmesi yanında, davacının ağrı ve şikâyetlerinin artması, hareket yeteneğinin azalması ve yaşamı boyunca başkalarının bakımına muhtaç hale gelmesi nedeniyle açılan davada;⁸⁸ ameliyat sırasında %5'lik dekstroz yerine dikkatsizlik ve tedbirsizlik sonucu %50'lik

⁸² Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 24.03.1997 tarih ve E. 1997/15, K. 1997/14 sayılı kararı. RG: 15.04.1997/22965.

⁸³ Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 08.07.1996 tarih ve E. 1996/46, K. 1996/89 sayılı kararı.

⁸⁴ DURAN, Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu, s.22-23.

⁸⁵ Danıştay Onuncu Dairesi'nin 19.10.1999 tarih ve E.1997/3565, K.1999/5224 sayılı kararı. Danıştay Bilgi Bankası.

⁸⁶ Danıştay Onuncu Dairesi'nin 11.05.1983 tarih ve E.1982/2483, K.1983/1106 sayılı kararı. Danıştay Bilgi Bankası.

⁸⁷ Danıştay Onuncu Dairesi'nin 21.12.1995 tarih ve E.1994/5037, K:1995/6647 sayılı kararı. Danıştay Bilgi Bankası.

⁸⁸ Danıştay Onuncu Dairesi'nin 10.10.1996 tarih ve 1995/934, K.1996/5933 sayılı kararı. Danıştay Bilgi Bankası.

dekstroz (serum) takılması sonucunda meydana gelen ölüm nedeniyle açılan davada⁸⁹ kendini görevli göyerek karar vermiştir.

Danıştay, tıbbi müdahaleler dışında kalan sağlık hizmetlerinden dolayı açılan, Sıtma Savaş Başkanlığı sıtma mücadelesi görevlilerince yapılan ilaçlama sırasında davacının iki ineğinin ölmesi nedeniyle açılan davada⁹⁰; tıp fakültesi binasında başına raf düşmesi dolayısıyla gerçekleşen ölüm dolayısıyla açılan davada⁹¹; doğumundan sonra temizliği yapılarak oksijen çadırına konup normal hararet düzeyine çıkarılması için termofor tatbik edilirken termofonun sıcaklığının iyi ayarlanamaması ve zaman zaman da gerekli kontrolün yapılmaması nedeniyle anüste ve gluteal bölgede yanık oluşmasından dolayı açılan davada⁹²; tedavi sırasında görevli hemşire tarafından yapılan hatalı enjeksiyon sonucu kolun kangren olması ve kesilmesi dolayısıyla açılan davada⁹³ kendini görevli göyerek karar vermiştir.

Askeri sağlık birimlerinde yürütülen sağlık hizmetlerinden dolayı görevli mahkeme Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'dir. Türk Silahlı Kuvvetleri'nde görevli bulunan veya hizmetten ayrılmış olan subay, askeri memur, astsubay, askeri öğrenci, uzman çavuş, uzman jandarma çavuş, erbaş ve erler ile sivil memurların asker kişi kabul edilmektedir. Bu kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden dolayı açılacak iptal ve tam yargı davalarının doğrudan doğruya ve kesin olarak Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde çözümleneceği ve karara bağlanacağı hükme bağlanmıştır. AYİM'in askeri sağlık kurumları bünyesinde oluşan zararlardan dolayı görevlilik kararı verdiği kararları bulunmaktadır.

Danıştay askeri hastanedeki (GATA) tedavisi sonucu ölümü nedeniyle tazminat isteklerine ilişkin davada, "*askeri hizmetin özellikleri açısından değerlendirilmesi gerektiğinden ve bu durum askeri idari yargının uzmanlık konusu olduğundan, görüm çözümünü görevi ... Askeri Yüksek İdare Mahkemesine ait*"tir diyerek görevsizlik kararı vermiştir.⁹⁴

⁸⁹ Danıştay Onuncu Dairesi'nin 13.11.1996 tarih ve E.1996/1091, K.1996/7530 sayılı kararı. Danıştay Bilgi Bankası.

⁹⁰ Danıştay Onuncu Dairesi'nin 21.02.1983 tarih ve E. 1982/3142, K.1983/322 sayılı karar. Danıştay Bilgi Bankası.

⁹¹ Danıştay Onuncu Dairesi'nin 15.06.1983 tarih ve E.1982/3852, K.1983/1515 sayılı kararı. Danıştay Bilgi Bankası.

⁹² Danıştay Onuncu Dairesi'nin 06.10.1982 tarih ve E.1982/2613, K.1983/1959 sayılı kararı. Danıştay Bilgi Bankası.

⁹³ Danıştay Onuncu Dairesi'nin 16.01.1985 tarih ve E.1982/2908, K.1985/26 sayılı kararı. Danıştay Bilgi Bankası.

⁹⁴ Danıştay Onuncu Dairesi'nin 06.02.2003 tarih ve E.2001/5294, K.2003/479 sayılı kararı. Danıştay Bilgi Bankası.

Yargıtay'ın, DMK'nın 13. maddesinin yürürlüğünden sonra görevsizlik kararı verdiği kararları mevcutsa da, yüksek mahkeme çoğunlukla görevlilik kararı vererek esasa geçmiştir.⁹⁵

Yargıtay Genel Kurulu, Devlet hastanesinde görevli ve memur olan davalı doktorun zamanında ve gerekli tedaviyi yapmayarak hastanın bir kolunun omuzdan kesilmesine neden olduğu iddiasıyla açılan davada görev konusunu ayrıntılı bir şekilde irdelemiştir.⁹⁶

“Açık kırıklarda ilk 6-8 saat içinde ameliyathane ortamında debridman gerekli olduğu, bunda gecikildiği ve uygulanan antibiyotik tedavisinin de yetersiz kaldığı, ...Türk Ceza Kanununun 459 maddesi gereğince cezalandırıldığı, ...Bu olgular karşısında davalı doktorun salt idari bir görevin yerine getirilmesi sırasında zarara yol açmayıp, idari görevi cümlesinden olmakla birlikte hekimlik sanatının icrası sırasında hakkında verilip kesinleşen mahkûmiyet kararıyla da belirlenen ve görevinden ayrılabilen salt kişisel kusuru ile davacı zararına yol açtığına duraksama bulunmamaktadır. Bir başka bakış açısıyla doktorla hasta arasındaki ilişki yönünden olay ele alındığında ise; öğretiler ve yargı kararlarında Memur ve kamu görevlisi doktorla hasta arasında kabul edilen iki çeşit ilişki söz konusudur. Bunlardan ilki kamusal ilişkidir. Bu ilişkide memur olan doktor görevini yaparken bir takım idari kurallarla bağlıdır ve bu bağlılık hastayı tedavi zorunluluğunun kişinin rızasını gerektirmediği tıbbi el atmalar (zorunlu aşı gibi ya da aids hastalığında olduğu gibi kamu sağlığının gerektirdiği hallerde) ve tıbbi el atma ve yardımı gerektirmeyen rapor düzenlenmesi gibi hallerde söz konusudur. Bu gibi idari görev ve yetkilerini kullanırken doktor kusurlu eylemiyle bireylere zarar vermişse burada Anayasa'nın 129/5 maddesinin uygulanacağına kuşku bulunmamaktadır. Ancak somut olay bu yönü ile de ele alındığında davalı doktor kusurlu hareketiyle bireye zarar vermesi eylemi nedeniyle ceza mahkemesinde yargılanmış ve ceza almıştır. Doktor ceza mahkemesinde yargılanıp mahkum olduğuna göre artık Anayasa'nın 129/5. maddesindeki memuru korumak amacı ortadan kalkmış, diğer taraftan da zarar gören kişi memura karşı kişisel sorumluluğa giderek dava açmıştır. ...İkinci ilişki ise sözleşme ilişkisi olup, bunun üzerinde de durmakta yarar vardır. Kişinin yaşam ve sağlığı onun kişisel değerlerini oluşturur. Kişilik hakkının koruduğu bu değerlere el atılması ancak tıbbi tedavi amacıyla ve doktorla hasta arasında oluşturulan bir

⁹⁵ DURAN, Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu, s.29.

⁹⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 26.09.2001 tarih ve E.2001/4-595, K. 2001/643 sayılı kararı. Hukuktürk veri tabanı. Benzer nitelikteki diğer kararlar: Hukuk Genel Kurulu'nun 31.10.2007 tarih ve E.2007/4-800, K.2007/797 sayılı, 15.11.2000 tarih ve E.2000/4-1650, K. 2000/1690 sayılı, 11.02.1998 tarih ve E.1998/27, K. 1998/100 sayılı kararları.

Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu

sözleşmeyle yani izinle mümkündür. Bir hastaya tedavi amacıyla yapılan el atma ve yardım bir özel hukuk ilişkisi olan vekalet sözleşmesinin varlığını gerektirir. Tıbbi yardımın yapıldığı yer, doktorun görev ve sıfatı sonucu değiştirmeyeceği gibi doktor nerede ve ne sıfatla olursa olsun tıbbi el atma ve yardım yapma yetkisini kamu kurallarından değil hasta ile yaptığı özel hukuk sözleşmesinden alır. En önemlisi tedavi sırasında uygulanan kural ve yöntemleri idare hukuku değil tıp bilimi belirlemiştir ve tüm doktorlar tıbbi yardım yaparken öncelikle bu kurallarla bağlıdırlar. Kaldı ki günümüzde kamu kurumlarında sosyal güvencesi olmayan hastalar ücret karşılığında tedavi edilmekte ve hastanın burada da doktorunu seçme hakkı bulunmaktadır. O halde doktorla hasta arasındaki sözleşme ilişkisi kurulduktan sonra Anayasa'nın 129/5. maddesinin uygulanmaması ve doktora karşı doğrudan dava açılabilme olanağının varlığının kabulü gerekir. Çünkü zarar, memur ya da kamu görevlisi olan doktorun idari yetkilerini kullanırken değil tıp bilimi kurallarına göre yapılan tıp san'atının uygulanması sırasında meydana gelmektedir. Burada doktor özel hukuk sözleşmesine aykırı davranan kişi durumundadır.”

Bu kararı şu gerekçelerle isabetli değildir:

- 1- Anayasa ve kanun hükümlerine göre kamu görevlileri hakkında asıl olan, doğrudan idare aleyhine, idari yargıda dava açılmasıdır.
- 2- Yargıtay'ın son yıllara kadar uygulaması bu yönde iken son yıllarda, Anayasa ve yasadaki hükmün lafzına ve ruhuna aykırı bir yorumla, 'hizmetten ayrılabilir kişisel kusur' biçiminde bir kavram benimseyerek açılan her davada davacı tarafın davalının kişisel kusuruna dayanması istisnanın kurala dönüştürülmesidir.
- 3- Kamu görevlisinin ancak zarar verme kastıyla kin, garez, husumet, kıskançlık, intikam vb. duyguların etkisiyle hareket etmesi halinde ya da Anayasa ve kanun kuralları ile emredici ve bağlayıcı temel hukuk ilkelerine açıkça aykırı davranması hallerinde kişisel kusura gidilebilir.
- 4- Yargıtay'ın, tüm kamu görevlilerinin hizmetten ayrılabilir bir kişisel kusuru olabileceği ve tüm davalarda davacı tarafça davalının kişisel kusuruna dayanıldığı şeklindeki kabulü, Anayasanın 129/5 maddesi ve DMK'nın 13. maddesinin tamamen uygulama dışı bırakılması anlamına gelir.
- 5- Kamu görevlisinin az veya çok kusurlu olmasının, ceza mahkemesinde yargılanması hatta mahkum olmasının dahi öneminin olmaması gerekir. Kusuru ağır olsa dahi kamu görevlisi aleyhine adli yargıda dava açılmaz. Kusurun ağırlığı kamu hizmetinden ayrışma için geçerli neden değildir. Danıştay'ın

vurguladığı üzere, kusurun oranı ancak tazminatın hesaplanmasında önem arzeder.⁹⁷

- 6- Kamu görevlisinin ancak açık ve kolayca hizmetten ayrılabilen kişisel bir eylemi ile zarar vermesi hallerinde; örneğin bir doktorun görevi sırasında kişisel bir alacak verecek meselesi sebebiyle bir kişiyi yaralaması veya öldürmesi gibi durumlarda adli yargıda kamu görevlisine karşı dava açılabilir.
- 7- Hekimlerin her olayda kişisel kusuru olduğu biçiminde bir ön yargı ile sorumlulukları yoluna gidilmesi doğru bir yaklaşım değildir. Anayasal ve kanuni teminat altında bulunmalarına rağmen bu biçimde sürekli dava ve tazminat tehdidi altında kalan kamuda çalışan doktorlar veya sair kamu görevlileri verimli olarak çalışamayacak ve hizmetlerin aksaması kaçınılmaz olacaktır. Bu nedenlerle sağlık hizmetinin yürütülmesi sırasında üçüncü kişilere zarar verilmesi hallerinde davanın mutlaka idareye karşı açılması, kamu görevlisi aleyhine adli yargıda açılacak davaların husumet yönünden reddine karar verilmesi gerekir.

A. Hekimin Sorumluluğunda Görevli Yargı Yeri

Zarar gören bireye tazminat ödenmesini öngören yargı kararının kesinleşmesinden itibaren rücu konusu gündeme gelir. İdarenin ödediği tazminatı kamu görevlisinden nasıl tahsil edeceği konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. DMK m. 12 ye göre “zarar ilgili memur tarafından rayiç bedeli üzerinden ödenmesi esastır”. “Zararın ödettilmesinde bu konudaki genel hükümler uygulanır”. “Ancak fiilin meydana geldiği tarihte en alt derecenin birinci kademesinde bulunan memurun brüt aylığının yarısını geçmeyen zararlar, kabul etmesi halinde disiplin amiri veya yetkili disiplin kurulu kararına göre ilgili memurca ödenir”. DMK m. 13 e göre ise, “kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır”. Bu düzenlemeler, birden fazla yöntemin uygulanmasına sebep olmaktadır.

Rücunun genel hükümlere göre yapılmasından öncelikle anlaşılması gereken, bunun bir idari kararla yapılmasıdır. Rücu emrini veren kanunlar idari kanunlardır. Yargılama usulüne ilişkin kanunlar değildir. Örneğin idari yargı kararlarının uygulanmaması nedeniyle açılacak tazminat davalarında yargı yerini düzenleyen İYUK m. 28/4 hükmü rücu konusuna değinmemiştir.⁹⁸ Yukarıda belirtildiği gibi,

⁹⁷ Danıştay Onuncu Dairesi'nin 25.02.2003 tarih ve E.2001/323, K.2003/703 sayılı kararı. Danıştay Bilgi Bankası.

⁹⁸ Genel İdari Usul Kanunu tasarısında rücu şöyle düzenlenmiştir. “Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarında, idari yargı mercilerince aleyhine tazminata hükmedilen kamu kurum ve kuruluşları, olayla ilgili 23 üncü maddedeki esaslara uygun soruşturma yaptırarak, kişisel kusuru belirlenenlere karşı, genel hükümlere göre rücu davası açmakla yükümlüdürler.”

idare hukukunda rücu yetkisi özel hukuktaki rücutan zorunlu olarak farklılaşır. Özel hukukta rücu yargı terimi olarak belirginleşse de bu, idare hukuku açısından geçerli değildir. Nitekim Fransa’da kamu görevlilerine karşı rücu bir idari kararla yapılır. Kamu görevlileri de bu karara karşı idari yargıda dava açabilmektedirler.

Kanunda bazı durumlarda rücunun idari kararla yapılacağı açıkça belirtilmiştir. DMK m. 12’ye göre fiilin meydana geldiği tarihte en alt derecenin birinci kademesinde bulunan memurun brüt aylığının yarısını geçmeyen zararlar idari kararla rücu edilir.⁹⁹ Rücu Yönetmeliği’ne göre en alt derecenin birinci kademesinde bulunan memurun brüt aylığının yarısını geçen zararlar sulh ile tahsil edilebilir. Sulh ile kastedilen rücunun miktarı ise işkence fiilinden dolayı idarenin ödediği tazminatın sulh ile aşağı çekilmesi mümkün olmamalıdır. Sulh yoluyla tahsilde, kamu görevlisine ödeme talebinde bulunulduğunda ilgili, zararı ödemek konusunda gönüllü davranabilir.

Rücunun idari kararla yapılmasını kolaylaştırmak amacıyla tam yargı davasında hâkimin kusurlu kamu görevlilerini ve kusur oranlarını belirtmesi gerekir. Fakat bu belirlemeyi açıklama kısmında mı yoksa hüküm kısmında mı yapması gerektiği farklı sonuçlara bağlandığından tartışılmalıdır.

Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu’nun isabetli görünen ve aynı zamanda rücu yapması gereken idareye yol gösterir nitelikteki bir kararı bulunmaktadır. İlk derece mahkemesi, SSK tarafından memura hukuka aykırı şekilde ödendiği iddia edilen ve ücret tahsili için açılan davada; bir kimsenin malvarlığının haklı bir sebep olmaksızın diğer bir kimsenin malvarlığı aleyhine çoğalmasının sebepsiz zenginleşme teşkil ettiği, sebepsiz zenginleşmenin Borçlar Kanununda düzenlenen borç kaynaklarından olduğu, bu borç kaynaklarından doğan uyuşmazlığın adli yargıda çözümleneceği gerekçesiyle görevsizlik kararı vermiştir. Bunun üzerine Danıştay Beşinci Dairesi “*olayda ilgiliye, öğrenim durumu gözardı edilerek, hatalı ödenen ek gösterge tutarının geri alınması yolunda yetkili idari makamca gerekli idari işlemin tesis edilmesi ve bu işleme karşı ilgili gerçek kişinin iptal davası açması gerekmekte olup; kamu gücüne dayanarak icrai ve kesin nitelikte işlem tesis etme yetkisini haiz bulunan idarenin buna karşın bu yola gitmeyerek füzulen ödenen paranın faiziyle birlikte iadesi için ilgili gerçek kişiye karşı idari yargı merciinde açtığı davanın yukarıda belirtilen noktalardan bahisle reddedilmesi gerekirken Mahkemenin kanunun “idari” nitelikte olduğunu gözardı ederek davayı görev noktasından reddetmesinde hukuki isabet görülmemiştir” gerekçesiyle bozmuş ilk derece mahkemesinin ısrar kararı üzerine İDDGK, “*Bir davanın görüm ve**

⁹⁹ Danıştay Beşinci Dairesi’nin 05.11.2002 tarih ve E. 2002/685, K. 2002/4205 sayılı kararı. Danıştay Bilgi Bankası.

çözümünün idari yargının mı yoksa adli yargının mı görev alanına girdiği hususunun belirlenmesi ayrı; İdari yargıda açılan bir davanın, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2. maddesi uyarınca yöntemine uygun olarak doğru açılıp açılmadığı hususunun belirlenmesi ise ayrı konulardır. 2577 sayılı Kanunun 2.maddesi idari dava türlerini belirlemekte ve iptal ve tam yargı davalarının, kimler tarafından ve hangi nedenlerle açılabileceğini hükme bağlamaktadır. İdari yargı yerinde, 2577 sayılı Kanundaki bu belirlemeye uygun açılmayan her davanın ise, davanın konusu ve uyuşmazlığın içeriğine bakılmaksızın adli yargı yerinin görevine girdiği gerekçesiyle, görev yönünden reddedilmesi, hem adli idari yargı görev ayrımı hem de idari yargılamanın yöntem ve esasına uygun düşmemektedir. Danıştay Beşinci Daire kararında açıklandığı üzere; Mahkemenin konunun “idari” nitelikte olduğu hususunu gözardı ederek davayı görev yönünden reddetmesinde hukuki isabet bulunmamaktadır” biçiminde karar vermiştir.¹⁰⁰

1. Rücunun İdari Yargı Kararıyla Yapılması

Doktrinde bir görüşe göre, zararın idare ile kamu görevlisi arasında bölüşümü aynı yargı yerinde, yani idari yargı yerinde yapılmalıdır. Çünkü tazminat davasının idari yargıya bırakılmasının neden ve amaçları, rücu davası için de tümüyle geçerlidir ve aynıdır.¹⁰¹ Kamu hizmetinin ve idarenin sorumluluğunun bulunup bulunmadığını nasıl ki yalnızca idare mahkemeleri tespit edebiliyorsa, rücu davasında da idarenin sorumluluk kapsamını, hizmet kusurunu belirleyecek ve hizmetten ayrılan kişisel kusuru ayırt edecek ve dolayısıyla rücu oranını belirleyecek yargı yeri de idari yargı olmalıdır.¹⁰² Duran, “*idari tazminat davasını çözümlerken personelin şahsi kusurunu yargılamış bulunan Danıştay, neden İdarenin rücu davasında, kişisel eylem ve kusur söz konusu olduğu gerekçesiyle, sorumluluk ve tazminatın paylaşılmasına ilişkin ikinci aşamada aynı noktaları incelemek ve değerlendirmek yetkisinden mahrum olsun?*”¹⁰³ diye haklı olarak sormakta ve rücuda öngörülen “genel hükümler” ile Borçlar Kanunu hükümlerinin değil, İdare Hukuku ilke ve kurallarının uygulanması gerektiğini savunmaktadır.¹⁰⁴

¹⁰⁰ Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu’nun 05.06.1992 tarih ve E. 1992/170, K. 1992/144 sayılı kararı. Danıştay Bilgi Bankası.

¹⁰¹ DURAN, Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu, s.44.

¹⁰² DURAN, Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu, s.44; GİRİTLİ, İsmet-BİLGİN, Pertev-AKGÜNER, Tayfun; İdare Hukuku, İkinci Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2006, s. 660; GÜRAN, İdarenin ve Ajanın Sorumluluğu, s. 55; AKYILMAZ, İdare Hukukunda Kamu Görevlisine Rücu Sorunu, s. 1055.

¹⁰³ DURAN, Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu, s.46.

¹⁰⁴ DURAN, Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu, s.48, GİRİTLİ-BİLGİN-AKGÜNER, s. 660.

Akyılmaz ise farklı bir gerekçeyle de olsa aynı sonuca varmaktadır. Yazar, haksız fiil ile şahsi kusur ayırımına dikkat çekerek “*idareyle kamu görevlisi arasındaki ilişki idare hukuku kurallarına tabidir*” ve “*kişisel kusur tamamen idare hukukuna özgü bir kusur çeşidi olup, kamu görevlisinin görevi, yetkileri, hizmet araç-gereçleri ve resmi sıfatı ile ilgili olarak karşımıza çıkan bir kusurdur*”. Bu nedenle kamu görevlisinin davranışının “*vatandaş olarak yaptığı kusurlu davranışları gibi, haksız fiil olarak nitelendirilmesi doğru değildir*”¹⁰⁵ demektedir.

Adli yargı organı, kamu görevlisini yargılarken kusurun idareye ait olup olmadığını takdir edemez. Buna karşın kamu yararı ve hizmet gereklerini belirlemede özel görevli olan idari yargı organı önüne gelen uyuşmazlıkta görev kusuru ile kişisel kusur ayırımını yapabilir. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi bir kararında, davalı görevlilerin olayda şahsi kusuru bulunup bulunmadığının araştırılmasına ve incelenmesine yer ve imkân bulunmadığını belirtmiştir.¹⁰⁶ Aynı şekilde Danıştay, kurumla personeli arasındaki ilişki kamu hukukuna dâhil olduğundan rücuun Borçlar Kanunu hükümlerine göre yapılmasının mümkün olmadığına hükmetmiştir.¹⁰⁷

İdari yargının, tazminat talebine hükmederken rücu konusunu görüşüp görüşmeyeceği ve kamu görevlilerinin sorumluluk oranlarını belirleyip belirlemeyeceği temel sorundur. Danıştay bir kararında açıkça olmasa da rücu yapılması kaydıyla hüküm tesis etmiştir.¹⁰⁸ Mahkeme, kararında “*açıklanan nedenlerle, davalı idarece olayda kişisel kusuru bulunan kişi veya kişilere rücu edilmek kaydıyla davacının manevi tazminat isteminin kabulüyle ... lira manevi tazminatın davalı idareden alınarak davacıya verilmesine*” hükmetmiştir. Üstelik bu ifade kararın gerekçe kısmında değil hüküm kısmında yer almaktadır. “Rücu edilmek kaydıyla” ibaresi Anayasada da bulunan bir kayıttır, fakat bu kaydın mahkeme kararında geçmesi farklı bir anlam taşımaktadır. Akyılmaz, bu kararı değerlendirirken, kararda, rücuun işletilmesine zorlama gördüğünü fakat kararda izlenen yolun doğru olmadığını; ayrıca, hüküm kısmında “*kişisel kusur bulunan kişi veya kişilere rücu edilmek kaydıyla*” denilerek somut bir kamu görevlisinden bahsedilmemesi nedeniyle fail açısından icra edilebilecek bir ilam niteliğinde bulunmadığını ileri sürmüştür.¹⁰⁹ İdari yargı, idarenin sorumluluğuna hükmederken

¹⁰⁵ AKYILMAZ, İdare Hukukunda Kamu Görevlisine Rücu Sorunu, s. 1053-1054.

¹⁰⁶ DURAN, Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu, s.32.

¹⁰⁷ Danıştay Beşinci Dairesi'nin 26.11.1975 tarih ve E.1972/645, K. 1975/7739 sayılı kararı. Amme İdaresi Dergisi, C. 9, S. 2, s.120.

¹⁰⁸ Danıştay Beşinci Dairesi'nin 10.11.1997 tarih ve E.1995/3611, K. 1997/2485 sayılı kararı. Danıştay Bilgi Bankası.

¹⁰⁹ AKYILMAZ, İdare Hukukunda Kamu Görevlisine Rücu Sorunu, s. 1052.

varsa kamu görevlilerinin kusurlarını ve oranlarını belirlemelidir. Böylece hem rücu işlerlik kazanır hem de uzman yargı organınca idarenin ve kamu görevlilerinin kusur oranları kolay ve hızlı bir şekilde tespit edilmiş olur.¹¹⁰

Danıştay, bakmakta olduğu tam yargı davalarında rücu konusuna çoğunlukla değinmemektedir. Bazı kararlarında ise nasıl ve kim tarafından yapılacağı yönünden ipucu vermeden sadece rücu yapılmasını gerekliliğini genel bir ifadeyle geçiştirmektedir. Örneğin bir kararında idarenin sorumluluğuna hükmetmiş ve gerekçe kısmında “görevlilerin ağır kusurları söz konusu olduğundan, hükmolunan tazminatı ödeyecek olan idarenin, sorumluluğu saptanan görevlilere yasal yollar çerçevesinde rücu etmesi Anayasa ve yasa hükmü gereği”¹¹¹ olduğunu belirtmiştir.

Danıştay’ın, tam yargı davasını görürken, aynı zamanda kamu görevlisinin kişisel kusurunu belirlediği ender kararları da bulunmaktadır. Bu yönde, DMK m. 13 hükmü öncesi ve sonrasına ait örnek karar bulunmaktadır. Üniversite rektörü tarafından idari görevine son verilen dekan tarafından açılan davada Danıştay, “duçar olduğu ıstırap ve huzursuzluğu karşılamak üzere manevi tazminat olarak takdiren ve maktuan ... liranın davalı idareden alınarak davacıya verilmesine ve ... kararın ittihazındaki ağır hizmet kusurunun husulüne Rektör ...’in şahsi kusurunun da yüzde kırk nisbetinde tesiri bulunduğu, olayın başlayış, akış ve kararın alınış ve uygulanış şekil ve seyrinden anlaşılmasına binaen davalı idarenin tazminat miktarının yüzde kırkı nisbetinde Rektörün şahsına rücu etmekte muhtar bulunmasına”¹¹² karar vermiştir.

Danıştay bir başka kararında “davalı idare ajanlarından tren makinistinin ... hususlara riayet etmediğinden %65 nispetinde, şef trenin makinisti ikaz etmediğinden %15 nispetinde, Gülağzı geçit bekçisinin kendi geçidinden geçen treni diğer geçit bekçisine haber vermediğinden %10 nispetinde, Büyük Karpuz Geçit bekçisinin de geciken bir trenin durumunu öğrenmeye tevessül etmediğinden %10 nispetinde hatalı olduğu”na karar vermiştir.¹¹³

Burada değinilmesi gereken bir husus da zarar görenin adli yargıda özel kişilere karşı tazminat davasını kazanması üzerine, özel kişilerin idareye rücu davası açabilmeleri konusundadır. Adli yargı yeri, eğer idarenin de zararda kusuru varsa başta görevsizlik kararı vermesi gerekir, görevsizlik kararı vermeyerek esasa giriyorsa

¹¹⁰ AKYILMAZ, İdare Hukukunda Kamu Görevlisine Rücu Sorunu, s. 1056.

¹¹¹ Danıştay Onuncu Dairesi’nin, 20.04.1989 tarih ve E. 1988/1042, K. 1989/857 sayılı kararı. Danıştay Bilgi Bankası.

¹¹² Danıştay Sekizinci Dairesi’nin 12.02.1963 tarih ve E. 1962/2867, K. 1963/1192 sayılı kararı. DURAN, Lütfi; İdare Hukuku Meseleleri, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1964, s. 191.

¹¹³ Danıştay Onikinci Dairesi’nin 03.03.1971 tarih ve E. 1968/388, K. 1971/541 sayılı kararı. Esin, s.205.

idarenin kusurunu görmediği sonucu çıkar. Buna rağmen zararı ödeyen kişi, idarenin de sorumlu olduğunu düşünüp rücu amacıyla dava açması durumunda görevli yargının idari yargı yeri olması gerekir.¹¹⁴ Çünkü idari işlem veya eylemden doğan bir zararın tahsili istenmektedir ki bu durumda görevli yargı yeri idari yargıdır.

2. Rücunun Adli Yargı Kararıyla Yapılması

Gerek doktrin gerek yargı kararlarında rücunun adli yargı organı tarafından çözümlenmesi gerektiği kanaati hâkimdir.¹¹⁵ Eren'e göre, rücunun "genel hükümlere" göre yapılması öngörülmemiş olsaydı bile rücu konusunda haksız fiil hükümlerinin yani Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanması gerekirdi.¹¹⁶ Karşı görüşteki Hink'e göre ise "İdare, disiplin işlemleri ile kusurlu kamu görevlisini cezalandırabilir. Yürürlükteki düzenlemelere uygun olarak kamu görevlisini uyarabilir, para cezası verebilir, bulunduğu görevinden alabilir ve hatta görevine son verebilir. Fakat hizmet kusuru dolayısıyla ödediği tazminatı adli dava ile geri talep edemez."¹¹⁷

Uyuşmazlık Mahkemesi, rücuda adli yargıyı görevli görmektedir. "657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun "Kişisel sorumluluk ve zarar" başlıklı 12. maddesinde, "Devlet memurları, görevlerini dikkat ve itina ile yerine getirmek ve kendilerine teslim edilen Devlet malını korumak ve her an hizmete hazır halde bulundurmak için gerekli tedbirleri almak zorundadırlar. Devlet memurunun kasıt, kusur, ihmal veya tedbirsizliği sonucu idare zarara uğratılmışsa, bu zararın ilgili memur tarafından rayiç bedeli üzerinden ödenmesi esastır. Zararların ödettilmesinde bu konudaki genel hükümler uygulanır.(...)" hükmüne yer verilmiştir. Bu duruma göre, Devlet memurunun sebebiyet verdiği Kurum zararının ödettilmesi amacını taşıyan davanın, özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerince çözümlenmesi gerekeceği açıktır. Öte yandan, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "İdari Dava Türleri ve İdari Yargı Yetkisinin Sınırı" başlıklı 2. maddesinin 1/b. bendinde, idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları, idari dava türleri arasında sayılmış olup; olayda hakları ihlâl edilen kişi tarafından idare aleyhine açılmış bir tam yargı davası bulunmadığı gibi, idari yargı yerinde gerçek kişiler aleyhine dava açılmayacağından, ortada idari yargı yerince çözümlü gereken bir dava bulunduğundan sözetmek olanaksızdır."¹¹⁸

¹¹⁴ GÖZLER, s. 1069.

¹¹⁵ ONAR, Sıdık Sami; İdare Hukukunun Umumi Esasları, İkinci Cilt, Üçüncü Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s. 1757; DÜREN, Akın; İdare Hukuku Dersleri, Ankara, 1979, s. 305; GÜNDAY, s. 326; ATAY, s. 651; GÖZLER, s. 1069.

¹¹⁶ EREN, s.618.

¹¹⁷ HİNK, Heinz R; Service-Connected Versus Personal Fault In The French Law Of Government Tort Liability, Rutgers Law Review, Vol.18, 1963, s. 45.

¹¹⁸ Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 12.06.2000 tarih ve E. 2006/14, K. 2006/20 sayılı kararı.

Yargıtay, hazine vekilleri tarafından kamu görevlileri aleyhine açılan rücu davalarını görev yönünden kabul ederek bakmaktadır.¹¹⁹

Danıştay İDDK, Beşinci Daire'nin manevi tazminata hükmetmekle beraber aynı dosyada rücu edilmesi yönündeki kararını "*Anayasanın 129 ve 657 sayılı Yasanın 13. maddesine göre, idarenin kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan dolayı ödemek zorunda kaldığı tazminatı yasal yollara başvurarak sorumluluğu saptanan görevlilerden tahsil etmesi gerekmektedir. Hükmolunan tazminatı ödeyecek olan idarenin, sorumluluğu saptanan görevlilere yasal yollar çerçevesinde rücu etmesi Anayasa ve yasal bir zorunluluktur. Bu durumda idare aleyhine hükmolunan ..lira manevi tazminatın olayda sorumluluğu bulunan kişi veya kişilerden tahsilini sağlamak amacıyla idarece adli yargı yerinde açılacak bir davada öncelikle sorumlu veya sorumluların tespitinin sağlanması gerektiğinden idari yargı yerince bu yönde bir karar verilmesi yerinde görülmemiştir*" gerekçesiyle bozmuştur.¹²⁰

V. SONUÇ

Ülkemizde sağlık hizmetleri ve tıbbi müdahalelerden dolayı idarenin sorumluluğu kabul edilmektedir. Kamu görevlisi olması bakımından hekimlerin ve diğer sağlık personelinin de idareye karşı sorumluluğu tartışmasıdır. Bununla birlikte Anayasa'nın 129 ve DMK'nın 13. Maddelerinde emredildiği üzere kamu hastanelerinde meydana gelen zararlardan dolayı bireylerin sadece idare aleyhine dava açabilecekleri ve idarenin de kusurları oranında hekimlere ve diğer sağlık personeline rücu edeceği, öngörüldüğü ölçüde uygulama alanı bulmamaktadır. Kamu hastanelerinde meydana gelen zararlardan dolayı hekimler doğrudan sorumlu tutulmakta ve idare devre dışı bırakılmaktadır. Kamu görevlilerinin çalışma şevkini kıran, kamu hizmetlerinin aksamasına ve daha bir çok soruna sebep olan bu uygulama diğer yandan zarar görenin de hak ettiği tazminat miktarına ulaşmasına imkan vermemektedir.

¹¹⁹ Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesi'nin 02.10.2000 tarih ve K. 2000/8089 sayılı kararı. ATAY, E. Ethem- ODABAŞI, Hasan- GÖKCAN, Hasan Tahsin; İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 627.

¹²⁰ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 08.03.1999 tarih ve E. 1998/465, K. 1999/350 sayılı kararı. Danıştay Bilgi Bankası.

VI. KAYNAKÇA

- AKYILMAZ**, Bahtiyar; İdare Hukuku, Sayram Yayınları, Konya, 2004.
- AKYILMAZ**, Bahtiyar; İdare Hukukunda Kamu Görevlisine Rücu Sorunu, Fikret Eren'e Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006.
- ALGAN**, Bülent; Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007.
- ATABEK**, Reşat; Hastanelerin Sorumluluğu, İstanbul Barosu Dergisi, Yıl 1986, C. 60, S. 10-11-12.
- ATAY**, E. Ethem
- ODABAŞI**, Hasan
- GÖKCAN**, Hasan Tahsin; İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003.
- ATAY**, Ender Ethem; İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006.
- AYAN**, Mehmet; Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara, 1991.
- BEREKET BAŞ**, Zuhul; İdarenin Hukuki Sorumluluğunun Sağlanması Aracı Olarak Tam Yargı Davaları, İdari Yargı Paneli, TBB ve Mersin Barosu, Mersin, 2003.
- BİRTEK**, Fatih; Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinde İdarenin Kusura Dayanan Sorumluluğu, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2, S. 3-4 , 2007.
- DURAN**, Lütfi; İdare Hukuku Meseleleri, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1964.
- DURAN**, Lütfi; Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu Sorunu, AİD, C. 17, S. 2, 1984.
- DURAN**, Lütfi; Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu, Tahsin Bekir Balta'ya Armağan, Ankara, 1974.
- DÜREN**, Akın; İdare Hukuku Dersleri, Ankara, 1979.
- EREN**, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Beta, Ankara, 2001.

GİRİTLİ, İsmet

BİLGEN, Pertev

AKGÜNER, Tayfun; İdare Hukuku, İkinci Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2006.

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

GÜNDAY, Metin; İdare Hukuku, 7. Bası, İmaj Yayınları, Ankara, 2003.

GÜRAN, Sait; Anayasa'nın 128 ve 129 uncu Maddeleri Yönünden Kamu Görevlileri İle Bakanların Durumu, AİD, C. 17, S. 3, 1984.

GÜRAN, Sait; Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu, Danıştay Dergisi, Yıl:12, S.46-47, 1982.

GÜRAN, Sait; İdarenin ve Ajanın Sorumluluğunun Belirlenmesine İlişkin Düşünceler, AİD, C. 12, S. 1, 1979.

GÜRSOY, Kemal Tahir; Fransız ve Alman Hukukunda İdarenin Sorumluluğunun Gelişmesi ve Günümüzdeki Durum, İdare Hukuk Alanında Sorumluluk, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, Ankara, 1979, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980.

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

HAKERİ, Hakan; Tıp Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007.

HİNK, Heinz R; Service-Connected Versus Personal Fault In The French Law Of Government Tort Liability, Rutgers Law Review, Vol.18, 1963.

KAPLAN, Gürsel; İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler, AYİM Dergisi, S. 19.

KIZILYEL, Serkan; İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu, 2007, Ankara.

ONAR, Sıdık Sami; İdare Hukukunun Umumi Esasları, İkinci Cilt, Üçüncü Bası,

Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu

İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.

SEAVEY, Warren A.; “Liberal Construction” And The Tort Liability Of The Federal Government, Harward Law Review, V. 67, 1954.

SENCER, Muzaffer; Hekimlik ve İnsan Hakları, Mülkiyeliler Birliği Dergisi, C.15, S.127, Yıl.26.

YILDIRIM, Ramazan;İdare Hukuku Dersleri I, İkinci Bası, Mimoza Yayınları, Konya, 2006.

YILDIRIM, Ramazan;Sağlık Hizmetlerinden Adil Yararlanma Hakkı, Khuka, Kasım-2005.

Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, www.tdk.gov.tr.

BOŞ