

SAĞLIK HİZMETLERİ AÇISINDAN HİZMET KUSURUNUN AĞIRLIĞI VE İSPAT PROBLEMİ

Araş. Gör. Ahmet Kürşat Ersöz*

GİRİŞ

İnsan hayatının devamı açısından belki de en önemli sayılacak faaliyetlerden birisi, hatta en önemlisi sağlık veya tıp hizmetleridir. Anayasamızın 65. maddesi devletin en önemli yükümlülüklerinden birisi olarak sağlık kamu hizmetlerini tanımlamıştır. Bu açıdan söz konusu sağlık kamu hizmetini yerine getirecek olan sağlık personelinin seçiminin iyi yapılması, meslek içi eğitimlerine büyük önem verilmesi, hastalar için gerekli olan teşhis ve tedavi yükümlülüklerinin modern bir ülkenin çağdaş standartlarına göre, yeni ve modern araç-gereçlerle ifa edilmesi çok büyük önem arz etmektedir.

Ancak sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesi esnasında bir takım güçlükler ortaya çıkmaktadır. Zira kimi hastalıkların veya cerrahi müdahalelerin acil bir şekilde, kiminin ise belirli bir zaman aralığında yerine getirilmesi gerekebilecektir. Bu müdahaleler sırasında bir takım hatalar sonucu, hastalar açısından çeşitli mağduriyetler doğabilmektedir. Bu hatalar veya bozukluklar kimi zaman sağlık kamu hizmetinin bizzat kendisinden, kimi zaman ise doğrudan doğruya sağlık kamu hizmetini yerine getiren kamu görevlisinin ihmali veya kastı neticesinde ortaya çıkabilmektedir.

Bu makalede inceleme konusu yapılacak olan bir diğer husus ise hizmet kusurunun sağlık hizmetlerinin sunulmasında ne ölçüde bulunması gerektiği tartışmasıdır. Nitekim ülkemizde sağlık hizmetlerinin ne kadar büyük zorluklarla icra edildiği aşikârdır. Burada hizmetten beklenen kalitenin ne ölçüde olacağı kavramı araştırmaya değerdir.

Bu anlamda sağlık hizmetlerinde meydana gelen aksaklık veya eksikliklerin ispatı son derece önemlidir. Zira ülkemizde tıbbi hataların varlığının ispatlanması mevzuu belirli kurallara tabidir. Bu anlamda özellikle Yüksek Sağlık Şurası daha sonra Adli Tıp Kurumu ve diğer kurullar tıbbi hatanın bulunup bulunmadığını inceleyen organlardır.

Esasen makalemizde bu iki problem inceleme konusu yapılacaktır.

1. Hizmet Kusurunun Ağırlığı

Hizmet kusuru, kısaca kamu hizmetinin iyi kurulmamasından, idârenin kuruluşunun ve örgütünün çalışmalarının iyi ve doğru düzenlenememesinden,

* Selçuk Ü. Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı

hizmetin düzgün olarak teşkilatlanamamasından, personelin denetlenmemesinden doğan ya da hizmetin iyi ve gereği gibi yürütülememesinden dolayı hizmetin eksik, yanlış ve kötü verilmesi olarak tanımlanabilir¹. Hizmet kusurunu oluşturan hallerin tamamında genel anlamda sorumluluk için gereken şartların bulunması halinde idârenin hukuki sorumluluğundan bahsedilir. Hizmet kusuru, özel hukuktaki “adam çalıştırmanın sorumluluğu”ndan farklı bir kavramdır ve tamamen idâre hukukuna özgüdür. Hizmet kusuru, doğrudan, özel hukuktaki çalıştırmanın sorumluluğunda ise dolaylı bir sorumluluk söz konusudur. Hizmet Kusuru, A.Y. 125/son, 129/5 ve 40/3 maddelerinde düzenlenmiştir. Ayrıca DMK 13’te:“kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine açarlar” denilmektedir. Hizmet kusurunun doğabilmesi için kamu görevlilerinin kusuru görevle bağlantılı olmalı ve suç düzeyine ulaşmamış olmalıdır. Eğer böyle bir durum söz konusu ise devletin sorumluluğu değil şahsın adli mahkemeler önünde haksız fiilden kaynaklanan kişisel sorumluluğu söz konusu olacaktır.

Tıbbî hizmetler açısından hizmet kusuru ise, tıbbî hizmetlerin kuruluşunda, düzenlenmesinde veya teşkilatında, bünyesindeki personelinde yahut işleyişinde gereken emir ve direktiflerin verilmemesi, sağlık personeli üzerinde gerekli periyodik bakımların yapılmaması, hizmete tahsis edilen araç-gereçlerin yetersiz, elverişsiz, kötü olması, sağlık personelinin gerekli önlemlerin alınmaması, geç veya zamansız hareket edilmesi gibi aksaklıklar veya eksiklikler olarak tanımlanabilir².

Doktrinde, mahkeme kararları da dikkate alınarak hizmet kusurunun üç derece arz edebileceğini söyleyebilmek mümkündür. Bunlar sırasıyla hafif kusur, ağır kusur ve olağanüstü ağır kusurdur. Ağır kusur, normal şartlar altında bir idârenin işlemeyeceği kusurdur. Kamu hizmetinin normal bir şekilde yürütülmesi idârenin normal bir tutumu ile mümkün olduğu halde idârenin normal bir davranış göstermeyerek hizmeti aksatması ve bir zarara sebebiyet vermesi sorumluluğu gerektiren bir ağır kusurdur. Olağan üstü ağır kusur ise kötü bir idârenin işleyeceği kusur olarak tanımlanmaktadır. Hafif kusur iyi bir idârenin işlemeyeceği kusuru ifade etmektedir³.

Sağlık hizmetlerinden doğan zararların tazmini için Türk Danıştay’ı kimi zaman ağır hizmet kusurunu kimi zaman da basit hizmet kusurunu aramaktadır⁴. Ancak genel olarak idâre hukukunun ilkeleri ve Danıştay’ın yerleşik

¹ **Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil**, Türk İdare Hukuku, Ankara 2009, s. 149.

² **Polat, Oğuz**, Tıbbi Uygulama Hataları, Ankara 2005, s. 269.

³ **Karaege**, Özge, Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinde İdârenin Kusurlu Sorumluluğu, Celal Bayar Ün.SBED, c. 8, sy. 2, Manisa, s. 115. **Birtek**, Fatih, “Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinde İdârenin Kusura Dayanan Sorumluluğu”, EÜHFMD, sy. 3-4, 2007, s.15.

⁴ “İzmir 2. İdare Mahkemesince, idare hukuku ilkelerine ve Danıştay’ın yerleşik içtihatlarına göre, zarar gören kimsenin hizmetten yararlandığı ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı hallerde, hizmet sırasında verilen ve ağır bir kusurdan ileri gelmemiş olan zararlar için idârenin tazmin yükümlülüğü bulunmadığı, sağlık hizmetinin de riskli hizmetlerden biri olduğu, ölüm olayında davalı idârenin ağır bir hizmet kusuru bulunup bu-

içtihatları dikkate alındığında, zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumda olduğu ve hizmetin riskli nitelik taşıdığı hallerde, idârenin tazmin yükümlülüğünün doğması için zararın, idârenin ağır hizmet kusurundan kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir. Bünyesinde risk taşıyan, hizmetlerden olan sağlık hizmetinden yararlananın zarara uğraması halinde, bu zararın tazmini, ancak idârenin sağlık hizmeti kusurunun varlığı halinde mümkün olabilecektir⁵. Daha önce ifade edildiği gibi hekim veya sağlık personeli tarafından yapılan bütün müdahaleler tıbbî müdahale değildir. Nitekim bu anlamda tıbbî müdahaleler ile sağlık hizmeti veya hastanede yapılan işlemler arasında ayırım yapmak gerekmektedir. Bu nedenden dolayı, tıbbî müdahaleler neticesinde ortaya çıkan zararlarda idârenin hizmet kusuru nedeniyle sorumlu tutulabilmesi için ağır kusurlu olması şartı aranmakta iken⁶, tıbbî müdahale dışındaki diğer iş ve işlemlerden doğan sorumluluk için basit kusur yeterlidir⁷. Tıbbî müdahale için ağır kusur şartı mutlak surette kabul edildiğinde, eğer idâre ajanının ağır kusuru yok ise, ortaya çıkan zararlardan ne idâre ne de sağlık personeli sorumlu olacaktır⁸. Örneğin Danıştay'ın 19.09.2007 tarihinde vermiş olduğu bir kararda, bebeğin oksijen yetersizliğine bağlı beyin ölümü tanısıyla dünyaya gelmesinde idârenin hizmet kusurunun bulunduğu davada, Kadın Doğum Bölümünün kusurlu olduğuna, önemli delillerin kaybolmaması engellemede gerekli özeni göstermeyen ve hastane acil ameliyat koşullarının organizasyonunda eksikliği bulunan hastane idâresinin kusurlu olduğu gerek-

lenmediğinin saptanması amacıyla yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucunda Doç. Dr... tarafından düzenlenen raporda, davalı idârenin ağır hizmet kusuru bulunmadığı gibi, olayın idâre hukukuna özgü kusursuz sorumluluk hallerine de girmediği, manevî tazminat isteminin reddinde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir”(D10D., E. 1993/363, K. 1994/2502, K.T. 01.06.1994, Sinerji Mevzuat). **Kaplan**, Gürsel, “İdârenin Sağlık Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler, AYİMD, sy. 19, s. 173. **Güran**, Sait, “Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu”, DD, sy. 46-47, y. 12, s. 19.

⁵ **Kızılyel**, Serkan, “İdârenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu”, Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007 Ankara, s. 206. Polat, s. 269.

⁶ Nitekim bu konuda Danıştay'ın vermiş olduğu 27.03. 2002 tarihli kararında, Gölcük Devlet Hastanesinde uygulanan Potasyum klorunun etkisiyle ölmesi nedeniyle açılan dava ile ilgili olarak, idâre Hukukunun ilkeleri ve Danıştay'ın yerleşik içtihatlarına göre, zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumda olduğu ve hizmetin riskli nitelikler taşıdığı hallerde, idârenin tazmin yükümlülüğünün doğması için zararın, idârenin ağır hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekir. Bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetlerinden yararlananın zarara uğraması halinde, bu zararın tazmini, ancak idârenin ağır hizmet kusurunun varlığı halinde mümkün olabileceği yönünde karar vermiştir(D10D., 27.03.2002, 1010/852, Atay, s. 457).

⁷ Danıştay'ın bu yönde vermiş olduğu bir kararına göre: “Tıp Fakültesi Kardiyoloji Ana Bilim Dalı'nda uzmanlık yapmakta olan davacı, acil müdahale için hızla giderken koridordaki muz kabuğunun üzerine basarak düşmüş ve sakatlanmıştır. İdârenin burada gerekli olan aydınlatma, temizlik vb. faaliyetleri yapmadığı açıktır. Bu nedenle zararın tazmini gerekir”(D.10.D., K.T. 20.10.2006, E.2003/4153, K. 2006/5848, DD., sy. 114, 2007, s. 295-296). Görüldüğü üzere, burada Danıştay, ağır hizmet kusuru şartını aramamış, temel kusuru yeterli saymıştır.

⁸ **Birtek**, s. 12.

çesiyle ve Yüksek Sağlık Şurası'nca yapılan tespitler uyarınca, davalı idârece yürütülen sağlık hizmetinin kuruluşunda ve işleyişinde ağır hizmet kusurunun bulunması nedeniyle idâreyi manevî tazminata mahkûm etmiştir⁹. Fakat Danıştay'ın istisnai nitelikte kararları da bulunmaktadır. Örneğin, yoğun bakım ünitesine alınan ve solunum cihazına bağlanan hastanın yüzündeki solunum cihazını kendi eliyle söküp atması sonucu meydana gelen ölüm olayında, Yüksek Sağlık Şurası'nın hastane personelini sorumlu tutmamasına rağmen, Danıştay bu olayda ağır hizmet kusurunu şart koşmamıştır. Söz konusu kararında Danıştay: "İdâre hukuku ilkeleri ve Danıştay'ın yerleşik içtihatlarına göre, sunulan hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı durumlarda, idârenin tazmin yükümlülüğünün doğması için, zararın, idârenin "ağır hizmet kusuru" sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir. Bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmeti nedeniyle uğranılan zararın tazmini de, kural olarak, ancak idârenin ağır hizmet kusurunun varlığı halinde mümkündür"¹⁰.

Bununla birlikte, idârenin tazmin sorumluluğunun doğması için aranan "ağır hizmet kusuru"; riskli tıbbî müdahaleler ve operasyonlar bakımından geçerli olup; sağlık hizmeti içinde değerlendirilmekle beraber, tıbbî operasyon kapsamına dâhil edilemeyecek birtakım bakım, gözetim ve yan müdahalelerin hiç veya gereği gibi yapılmaması dolayısıyla oluşan zararlarda, idârenin sorumluluğundan söz edebilmek için ağır hizmet kusurunun aranmasına gerek bulunmamaktadır" demektedir¹¹. Örneğin Psikiyatri hizmetleri nedeniyle 3. kişilere zarar verilmesi açısından kusursuz sorumluluk ilkesi uygulanmaktadır¹². Güran ise hekimin sorumluluğu noktasında şöyle demektedir: "Hekimin

⁹ D.10.D., E. 2004/6540, K. 2007/4237, K.T. 19.09.2007, Sinerji Mevzuat.

¹⁰ Danıştay'ın benzer bir kararı için bkz. D.10.D., 27.03.2002, 1990/868 in Atay, s. 458. Bu yöndeki bir diğer kararında ise Danıştay, "Halkın sağlık hizmetlerini yürütmekle görevli olan davalı idare, hastanelerde yapılacak tedavilerin ve cerrahi müdahalelerin tıbbî esaslara uygun biçimde, hizmetin gerektirdiği yeterliliğe sahip personelle ve gerekli dikkat ve özenin gösterilerek yapılmasını sağlamakla yükümlüdür. Bu nedenle Üniversite Hastanesinde yapılan ameliyat sırasında oksijen yerine karbondioksit gazı verilmesi sonucu meydana gelen ölüm olayında idârenin ağır hizmet kusuru bulunmaktadır"(D.10.D., K.T. 3.5.1995, E. 1994/3258, K. 1995/2379, DD., sy. 91, 1996, s. 1118-1123).

¹¹ D.10.D., E. 2005/3719, K. 2007/4316, K.T. 24.09.2007, DD., sy. 117, s. 281- 284. Bayraktar'a göre ise; "Sağlık Hizmetlerinden doğan zararlardan idârenin sorumluluğunun tespiti bakımından, hizmetin niteliğine göre bir ayırım yapmak gerekir. Hastane hizmetinin kötü teşkilatlandırılması, hastalara zarar veren tıbbî faaliyetler gibi. Tıbbî bakımdan kusurlar, doktrinde hastanın gözetimindeki ve tedavi tarzının maddî uygulamasındaki kusurlar olarak ikiye ayrılmaktadır. Gözetimdeki kusurlar da maddî gözetim kusurları ve tıbbî gözetim kusurları şeklinde belirlemektedir. Tedavi tarzının maddî uygulamasında ortaya çıkan kusurlar da ikiye ayrılabilir. Bunlar, bakımın kusurlu iradesi ve tıp araçlarının kötü şekilde hizmete arz edilmesidir"(Bayraktar, s. 36-39).

¹² **Taş Bereket**, Zuhâl, "İdârenin Hukukî Sorumluluğunun Sağlanması Aracı Olarak Tam Yargı Davaları", İdari Yargı Sempozyumu, 11-12 Nisan 2003, Mersin, s. 331. Ancak 25.05.1995 tarihinde Yargıtay binasının giriş katında akıl hastası olan bir şahıs tarafından yakın mesafeden öldürmek kastıyla ateş edilmesi neticesinde yaralanan bir şahsın açmış olduğu davada, akıl hastası olan kişinin daha önce koruma ve tedavi altına alındığı, tedavi gördüğü kurumun sağlık kurulu tarafından "sosyal şifa" duru-

görev kusuru nedeniyle idâre ile birlikte sorumluluğu cihetine giderken, söz konusu sorumluluk hallerinin, her bir olayda, gayet net, kuşkusuz ve bariz biçimde gerçekleşmiş olmasına ısrar edilmelidir. Hekimlik gibi karmaşık, yoruma ve kişisel meslekî takdire açık, belli zorlukları olan bir faaliyet dalında, idâre'nin yanında hekimi, görevini kusurlu şekilde yerine getirmekle suçlayıp mahkûm ederken, fevkalade titiz ve dikkatli davranmak zorunludur. Unutulmamalıdır ki aslolan zararın anonim bir faaliyetin sonucu olduğudur. Binaenaleyh, hekimin görev kusuru meselesini gündeme getirecek olan faaliyetleri, gerçekten kendisinin, anonim görüntüsünün dışına alınmasına yol açacak türde ve yoğunlukta bulunmalıdır¹³.

Ancak Fransız Danıştay'ı bu konuda farklı bir uygulama tarzını tercih etmektedir. Buna göre Fransız uygulamasında medikal işlemler açısından basit hata yeterli sayılmaktadır. Fakat Fransız Danıştay'ı ağır kusura medikal ya da ameliyat uygulamaları açısından bağlı kalmıştır. Bu anlamda hafif yahut ağır kusurun belirlenmesinde kamu hizmetinin fonksiyonu ve yürütülüş biçimi dikkate alınacaktır. Örneğin, hastane hizmetleri ele alındığında, ameliyat işleminde verilen zararlar, kan verme işleminde meydana gelen zarar birbirinden farklıdır¹⁴.

Burada hizmet kusurunun tespiti yapılırken hangi kriterler dikkate alınacaktır? Sorusu gündeme gelmektedir. Bu anlamda hastanenin özel veya kamu hastanesi olması fark etmeksizin hasta, tıbbın tüm icaplarından faydalanma hakkına haiz olacaktır. Gerek teşhis açısından gerek tedavi açısından dikkat ve özenle hastanın bakımının yapılması esastır. Hastane teşkilatının iyi işlememesi, araç ve gereçlerin arızalı, bakımsız olması veya ilaçların zamanında

munda bulunduğu yolunda düzenlenen rapor üzerine 1980 yılında serbest bırakıldığı, aynı raporla toplumsal güvenlik yönünden bir yıl süre ile tıbbi kontrole tabi tutulmasının gerektiği belirtilmesine rağmen, ilgilinin tıbbi kontrolünün yapılmadığı, 26.5.1985 tarihinde Ankara-Kızılây meydanında çevreye tabanca ile ateş ederk 4 kişiyi yaraladığı, Ankara 2. Ağır Ceza Mahkemesinde yapılan yargılamada Bakırköy Ruh ve Sinir Hastalıkları Hastanesi Adli Sağlık Kurulunun raporuna istinaden ceza tayinine yer olmadığına karar verilmiş, en az 1 yıl Bakırköy Ruh ve Sinir Hastalıkları Hastanesinde muhafaza altında tutulmasına karar verilmiştir. Bu durumda, toplumsal güvenlik yönünden gerekli olduğu saptanmasına rağmen akıl hastası ilgilinin tıbbi kontrol ve muhafaza altında tutulmasını sağlayamayan davalı idârelerin akıl hastası kişinin tabancayla ateş etmesi sonucunda davacının yaralanması olayında ağır hizmet kusuru bulunmaktadır. dolayısıyla olayda kusursuz sorumluluk esasına göre değil, ağır hizmet kusuru nedeniyle davalı idârelerin tazmin sorumluluğunun bulunduğu kabul edilmelidir(D10D., 04.11.1997, 980/4114 in Atay, s. 501-502). Psikiyatri hastaları ile ilgili olarak Danıştay, verdiği bir diğer kararda: "Psikiyatri tedavisi gören davacıya uygulanan elektronvülsit tedavisi uygulanmış ve bu tedavinin neticesinde gerekli olan dikkatin gösterilmemesine bağlı olarak hasta sürekli bir biçimde sakat kalmıştır. Burada idarenin ağır hizmet kusurunun bulunduğu aşikârdır. Bu nedenle istenilen tazminata hükmedilmesi yerindedir(D.10.D., K. T. 9.10.1995, E. 1994/2110, K. 1995/4255, DD., sy. 91, 1996, s. 1123-1125).

¹³ Güran, s. 20.

¹⁴ Bereket Taş, Zuhal, "Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesi Sonucu Ortaya Çıkan Zararlardan Dolayı İdârenin Sorumluluğu", Danıştay ve İdari Yargı Günü 135. yıl, 9 Mayıs 2003, Ankara 2004, s. 332.

temin edilmemiş olması, yeterince araştırma yapılmaksızın bir teşhiste karar kılınması veya eksik tedavi mazur görülebilir bir kusur değildir¹⁵. Bu anlamda kriter olarak çağdaş ve düzenli bir idârenin işleyiş sistemini baz almak gerekir, aksi durum idârenin gelişmesini değil durağanlaşmasına yol açacaktır.

Acaba idârenin kusursuz sorumluluğu prensibi sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden doğan aksaklıklar açısından uygulama alanı bulabilecek midir? Bu anlamda şu ana kadar verilmiş olan bir Danıştay kararında idârenin kusursuz sorumluluğundan dolayı mahkum edilme durumuna rastlanılmamaktadır. Bilakis Danıştay'ımızın 27.03.2002 tarihinde vermiş olduğu bir kararında Osmangazi Üniversitesi Hastanesi'nde gerçekleşen bir göz ameliyatı sonucunda hastanın % 60 oranında görme kaybına uğradığı görülmüş, ancak yapılan bilirkişi incelemesi sonucunda görme kaybının idârenin kusurundan kaynaklanmadığı, idârenin gerekli her türlü önlemi almasına rağmen böyle bir sonucun ortaya çıktığı görülmüştür. Bu anlamda Danıştay, söz konusu ameliyattan dolayı idârenin sorumlu tutulabilmesi için ağır hizmet kusurunun bulunmasının şart olduğunu belirtmiş ve şöyle devam etmiştir: "İdârenin yürütmekle görevli olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenmesinde veya işleyişindeki nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık veya boşluk olarak tanımlanabilen hizmet kusuru, hizmetin kötü işlemesi, hiç işlememesi veya geç işlemesi hallerinde idârenin tazminat yükümlülüğü ortaya çıkmaktadır. İdare hukuku ilkeleri ve Danıştay'm yerleşik içtihatlarına göre, zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumunda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı hallerde, idârenin tazmin yükümlülüğünün doğması için, zararın, idârenin ağır hizmet kusuru neticesinde meydana gelmiş olması gerekir, bu anlamda kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince zararın tazminine karar veren idâre mahkemesinin kararı yerinde görülmemiştir"¹⁶. Bir başka kararında ise: "Halkın sağlık hizmetlerini yürütmekle görevli olan davalı idâre; hastanelerde yapılacak tedavilerin ve cerrahi müdahalelerin tıbbî esaslara uygun biçimde, hizmetin gerektirdiği yeterliğe sahip personelle ve gerekli dikkat ve özenin gösterilmesi suretiyle yapılmasını sağlamakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi ağır hizmet kusuru niteliğinde olup; idârenin tazmin sorumluluğunu doğurur. Görüldüğü gibi, sağlık hizmetleri hizmetten yararlananın kişisel özelliklerine ve hizmetin yürütülmesine bağlı olarak önceden öngörülemeyen belirli bir tehlikeyi içerdiğinden, idârenin tazmin sorumluluğu için kural olarak idârenin ağır hizmet kusurunun bulunması ve zararın, yürütülen sağlık hizmeti arasında nedensellik bağı bulunması gerekmektedir".

Ancak tıbbî bakımdan dolayı ortaya çıkan kusurlar, kusurun derecesi ne olursa olsun sorumluluk sebebi olarak karşımıza çıkmaktadır. Tıbbî bakımdan kaynaklanan kusurlar, doktrinde hastanın gözetimindeki ve tedavi tarzının maddî uygulamasındaki kusurlar olarak ikiye ayrılmaktadır. Bunlardan hastanın gözetimindeki kusurlar da maddî gözetim kusurları ve tıbbî gözetim kusurları(hastanın burnundaki kablunun düşmesi ve bunun neticesinde hastanın zarar görmesi, hastanın ameliyat sonrasında enfeksiyon kapması¹⁷ gibi) şek-

¹⁵ Atabek, Reşit, "Hastanelerin Sorumluluğu", İBD, sy. 10-11-12, 1986, s. 636.

¹⁶ D.10.D., E. 1990/868, **Atay**, Ethem, **Odabaşı**, Hasan/**Gökcan**, Hasan Tahsin, Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Ankara 2003, s. 458.

¹⁷ Zira bir hastane enfeksiyonu hastaneye yatmanın doğal bir sonucu olarak kabul edilemez. Ancak hastane enfeksiyonlarının komplikasyon, tıbbî hata veya malpraktis sonu-

linde ikiye ayrılmaktadır. Tedavi tarzının maddî uygulamasında ortaya çıkan kusurlar da iki kısma ayrılmaktadır. Bunlar bakımın kusurlu idâresi ve tıp araçlarının kötü şekilde hizmete arz edilmesidir¹⁸.

Danıştay içtihatlarının bu yönde olması yerinde görülebilir. Zira aksi durum sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesini zorlaştıracaktır¹⁹. Nitekim Fransız Danıştay'ı da Doktor ve operatörlerin verdikleri zararlardan dolayı yönetimin sorumlu tutulabilmesi için kusurun ağır olması şartını aramaktadır²⁰.

2. Hizmet Kusurunun İspatı

Kusurun ispatı mevzusu açısından ise, ispat külfeti davacının üzerindedir. Davacı, burada idârenin ağır hizmet kusurunun bulunduğunu ispat etmek durumundadır. Davalı ise kendisine atfedilir bir kusuru olmadığını ispat etmedikçe tazminat ödemekle yükümlüdür. Ancak kamu hastanelerinde tedavi gören kişilerin normal tedavi faaliyetleri nedeniyle uğradıkları zararlarda idârenin kusurlu olduğu yönünde bir karine bulunmaktadır. Örneğin hastaya AIDS virüsünün bulaştırılması, normal bir enjeksiyon sonucu hastanın felce uğraması sonucu bir organın felce uğramasında hastanenin kusurlu olduğu karine olarak kabul edilmektedir²¹. Ancak Güran, bu konuda farklı bir görüş serdetmektedir; buna göre, Güran tıbbî faaliyetlerin komplikasyonunu dikkate alarak, ispat yükümlülüğünün yer değiştirmesi gerektiğini, yani idârenin kendi "sorumsuzluğu" nu kanıtlaması gerektiğini, bu durumun idâri yargıda egemen olan re'sen tahkikat (inquisitorial) ve adil yargılama ilkesine daha uygun düşeceğini söylemektedir²². Buna göre hâkim eğer davacının iddialarını makul görürse, idâreden kusur değerlendirilmesi için gerekli belgelerin mahkemeye gönderilmesini isteyebilir²³. Aşçıoğlu'na göre ise, Kusurunda zarar ve illiyet bağı hastaya ait olduğu kabullenilmekle birlikte özel durumlarda kusursuzluğun kanıtlanması hastaneye yükletilmelidir²⁴.

Davada ispat yükü; zarar gören hastanın üzerindedir. İdârenin kusurlu olduğunun kanıtlanması, idârenin eylem ve davranışından zarar gören kimseye düşer. Hâkim somut olayın niteliklerine göre bir tazminata hükmeder. Bu tazminat hesaplanırken hastanın hekime yanlış bilgi vermesi, talimatlara uymaması, tehlikesini bilmesine rağmen rıza göstermesi gibi durumlar dikkate alınarak tazminat miktarı indirilebilir. İşlem veya eylemin ağırlık derecesi, ihlal edilen hak ya da menfaatin niteliği, duyulan acı ve ızdırabın boyutu ve kişinin sosyal durumu hükmedilecek manevî tazminat tutarının belirlenmesinde etki-

cunda meydana gelip gelmediğini tespit etmek gerekmektedir. Bu konudaki esas tespiti bilirkişiler yapacaktır (Öztürk, Recep, "Hastane Enfeksiyonlarında Hukuki Sorumluluk, Sağlıkta Nabız Dergisi, sy. 18, c. 5, 2008, s. 41).

¹⁸ Bayraktar, Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul, 1972, s. 38.

¹⁹ Bu konudaki benzer bir başka karar için bkz. D.10.D., E. 1998/4814, K. 1999/2945, K.T. 26.05.1999, Sinerji Mevzuat.

²⁰ Durdu, Hüseyin, Sağlık Mesleğinde Hukuki Sorumluluk, İzmir 1986, s. 93.

²¹ Yılmaz, Mustafa, "İdârenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Kusur Sorumluluğu", Sağlık Hukuku Sempozyumu, 15-16 Mayıs 2006, Erzincan, Yayın yeri Ankara, s. 137.

²² Güran, s. 22.

²³ Birtok, s. 81.

²⁴ Aşçıoğlu, Çetin, Tıbbî Yardım ve El Atmalardan Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1992, s. 178.

lidir. Hastane sağlık kurulu raporları, tedavi giderleri makbuzları maddî tazminat tutarının belirlenmesinde etkilidir. Hastane sağlık kurulu raporları, tedavi giderleri makbuzları maddî tazminat hesaplanırken delil olarak sunulabilir. Ayrıca hastanın çalışma gücündeki kayıp yüzdesi de tazminat hesaplanırken dikkate alınmalıdır.

İspat hakkında Yargıtay kararı; “Doktor, tıp biliminin verilerini yanlış ya da eksik uygulanmışsa, mesleğinin gerektirdiği özel koşullara gereği ve yeteri kadar uymamışsa, mesleki kusurunun varlığı kabul edilmelidir. Davalı doktor mesleki bilgisinin tüm icaplarını yerine getirdiğini, kusur bulunmadığını ispatla zorunludur. Aksi durumda, BK m. 96 gereği sorumludur. Delil olarak dayatılan ve dosyaya konulmuş karşı konulmayan davacıya ait fotoğraflara bakıldığında, davacının ameliyat öncesi burnu ile ameliyat sonrası meydana gelen burnu arasında kıyaslanamayacak oranda fahiş ve çok açık farklılık ve çöküntünün hâsıl olduğu, adeta burnun yüz düzeyine dağılmış bir hale geldiği görülmektedir. Mahkeme, Yüksek Sağlık Şurası raporuna dayanarak hüküm kurmuştur. Oysa rapor, dosya içerisindeki iddia ve savunmaya, delillere uygun olmadığı gibi, karara esas tutulacak yeterlilikte de değildir. Yüksek Sağlık Şurası raporu benimsenerek yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi usule ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle söz konusu karar bozulmalıdır” şeklindedir²⁵.

SONUÇ

Kamuya ait olan hastaneler, vatandaşlara sağlık kamu hizmeti getirmek için kurulan ve İdari yapı içerisinde yer alan teşkilatlardır. Burada gerçekleşen her türlü müdahalelerden doğan yahut bizzat hizmetin kuruluşundan veya hizmetin işleyişinden kaynaklanan eksikliklerle ilgili olarak doğacak olan problemler, idare hukuku esaslarına göre çözümlenecektir. Burada sorumluluk, Anayasa m. 40. DMK m. 13 ve A.Y. m. 129/V hükümleri uyarınca, ilk olarak devlete ait olacak, devletin sorumlu tutulmadığı durumlarda tazminat bakımından sorumluluk, özel hukuk kurallarına göre (ifa yardımcısı olmaları bakımından B.K. m. 100, eğer şartları oluşmuşsa da özel hastanelerle ilgili olarak da B.K. m. 55'e göre hastane işleticisi aleyhine dava açılacaktır) çözümlenecektir.

Özel hastaneler açısından idârenin sorumluluğuna değinilecek olursa, idârenin buradaki sorumluluğu, hastane veya sağlık hizmetlerinin arz etmiş olduğu önemden dolayı, virtüel kamu hizmeti olduğu, burada devletin sorumlu olmasının temel nedeninin denetim veya gözetim noktasında idârenin sorumlu olmasıdır. Eğer idârenin bu noktada bir eksikliği varsa, idâre de özel hastane ile birlikte sorumlu tutulabilecektir.

Türk idari yargısının vermiş olduğu kararlarda idârenin sağlık kamu hizmetlerinden dolayı sorumlu tutulabilmesi için, idâre hukuku anlamında kusur sorumluluğu'nu teşkil eden hizmet kusurunun “ağır” nitelikte olmasının gerekli olduğunu, zira aksi durumun hizmetin yerine getirilmesini güçleştireceği, belirtilmiştir. Sağlık hizmetleri açısından kusursuz sorumluluk ilkesi son derece istisnai durumlarda kabul edilmiş olup, aksi durumun idârenin sorumluluk alanını hakkaniyete aykırı biçimde genişleteceği belirtilmiştir.

²⁵ Y.13.HD., 5.4.1993 T, 131/2741.