

**⚡ SAĞLIK HİZMETLERİNDE İDARENİN KUSUR
SORUMLULUĞU***
(*FAULT LIABILITY OF THE ADMINISTRATION IN HEALTH SERVICES*)

Av./Atty. Nur TAVLI**

ÖZ

Hukukun üstünlüğünü kabul eden devletlerde idarenin işlem ve eylemlerine karşı bireylerin temel hak ve özgürlükleri güvence altına alınmıştır. İdarenin sorumluluğunun en temel nedeni aslında Anayasanın¹ 2. maddesinde Türkiye’nin sosyal bir hukuk devleti olmasıdır. Sosyal devlet ilkesinin getirisi olarak devletin yani idarenin bireylere asgari düzeyde de olsa eğitim, sağlık, çalışma koşulları sağlamak gibi pek çok pozitif yükümlülüğü vardır. Fakat idare bu hizmetleri ve özellikle de işleyeceğimiz konu açısından önemli olan “sağlık hizmetini” sunarken bir takım hizmet kusurları ortaya çıkabilecektir. İdarenin kamu gücü ve kudretiyle donatılmış yetkilerinin yanında zayıf kalan bireylerin idari eylem yüzünden uğramış oldukları zararlar karşılıksız kalmamalıdır. Kişiler, hakları ihlal edildiği takdirde bu ihlallere karşı yargı yoluna başvurabilmelidir.

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 06.07.2021 tarihinde Yayinevimize ulaşmış olup, 23.07.2021 tarihinde birinci hakem; 28.07.2021 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

** Avukat, İzmir Barosu, Bakırçay Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sağlık Hukuku Doktora Programı Öğrencisi, nur_tavli@hotmail.com, ORCID ID: orcid.org/0000-0001-8561-1692

¹ Anayasa, Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982, RG 09.11.1982/17863
Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar tarafından çıkar çatışması bildirilmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Bu makaleye atıf için; TAVLI, Nur, “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusur Sorumluluğu”, İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt No.: 1, Sayı No.: 2, 2020, s. 405-434.

Çalışmamızda sağlık hizmetlerinde görülen hizmet kusuru kavramı anlatılmaya çalışılacak, bu bağlamda hizmet kusurunun çeşitlerine, kişisel kusurdan ayırımına ve idarenin sağlık hizmetinin görülmesine ilişkin denetim ve gözetim görevini gereği gibi ifa etmemesinin sonuçlarına kanuni düzenlemeler ve yargı kararları ışığında dikkat çekilmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Sağlık Hizmeti, Hizmet Kusuru, İdarenin Denetim Yetkisi, Kişisel Kusur, Özel Hastane

ABSTRACT

Countries that accept the rule of law, the fundamental rights of individuals are guaranteed against the actions of the administration. In accordance with article 2 of the Constitution, Turkey is a social welfare state. As a principle of the social welfare state, the administration has many positive obligations such as providing education, health and work conditions to the individuals at a minimum level. However, while the administration provides these services, and especially the “health service”, which is important for the subject we will deal with, some service defects may arise. In addition to the authorities of the administration equipped with public power, the losses suffered by individuals due to the administrative action shouldn’t be unrewarded. If an individual’s right is violated, he/she should be able to take legal action against these violations.

In this study, the concept of the service defect seen in health practices will be tried to explained, we will try to draw attention to the types of service defects, the distinction between the personal fault and the administration’s failure to perform its duty of supervision and surveillance in the light of legal regulations and judicial decisions.

Keywords: Health Service, Service Negligence, Competence of Administration, Private Hospital

GİRİŞ

İdare, sağlık hizmetlerinin kamu hizmeti olmasından dolayı bu hizmetin görülmesinde yetkili olan baş makamdır. İdare, bu hizmetin görülmesi işini kendi yapabileceği gibi ruhsatlandırma yoluyla özel kişi-

leri de yetkilendirebilir. Gerek idarenin kendi eliyle sunduğu sağlık hizmetlerinde gerekse özel kişi eliyle sunulan sağlık hizmetlerinde idarenin denetim ve gözetim yükümlülüğü devam edecektir. Hizmet kusurunun varlığı halinde de meydana gelen zarar ile illiyet bağı araştırıldıktan sonra idarenin sorumluluğuna gidilecektir.

A. Kamu Hizmeti Olarak Sağlık Hizmetleri

Asıl konuya giriş yapmadan önce kamu hizmeti kavramını açıklamak gerekir. Kamu hizmeti kavramı hakkında bugüne kadar standart bir tanım oluşturulmamış olmasına rağmen, doktrindeki hâkim tanıma göre: *“Yasama organı tarafından kamuya yararlı kabul edilerek oluşturulan, bir kamu tüzel kişisi veya onun denetimi ve gözetimi altında bir özel hukuk kişisi tarafından yürütülen ve idarenin sorumluluğunda olan faaliyetlerdir”*².

Onar’a göre kamu hizmeti: *“Devlet ya da diğer amme hükmi şahısları (kamu tüzel kişileri) tarafından umumi ve kolektif ihtiyaçları karşılamak ve tatmin etmek, amme menfaatini sağlamak için icra edilen devamlı ve muntazam faaliyetlere denilmektedir”*³. Anayasa Mahkemesi ise kamu hizmetlerini; *“Devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların denetim ve gözetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ve çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir”*⁴. Son olarak Danıştay; *“Devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli faaliyetler”*⁵ şeklinde tanımlamaktadır.

Kısacası kamu hizmetleri, toplumsal ihtiyaçların karşılanması amacıyla yürütülen hizmetlerdir⁶. Sağlık hizmetlerinin de, gerçekleştirildiğinde toplumun tümüne fayda sağlayacağı şüphesizdir⁷. Fakat bir faa-

² Bora Demir, ‘Sağlık Hizmetlerinin Özel Sektör Tarafından Yürütülmesi’ Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (İdare Hukuku) Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi (Ankara, 2011) 11

³ Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları I. Cilt (3th edn, İsmail Akgün Matbaası 1966) 14

⁴ Anayasa Mahkemesi, 43/42-2, 09.12.1994.

⁵ Danıştay 13 D, 5151/6509, 26.09.2008.

⁶ Metin Günday, İdare Hukuku (8th edn, İmaj Yayıncılık, 2003) 298

⁷ Orhan Şener, Kamu Ekonomisi (8th edn, Beta Basım Yayın 2006) 54

liyetin kamu hizmeti olarak nitelendirilmesi için yasa koyucunun bu yönde açık bir iradesinin bulunması gerekir⁸. Yani faaliyetin salt topluma fayda sağlama niteliğine haiz olması yetmez.

Anayasanın 56.maddesinde:“Herkes sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir. Devlet herkesin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlama; 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 kesimdeki sağlık ve sosyal kurumlardan yararlanarak, onu denetleyerek yerine getirir. Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir” şeklinde oldukça detaylı bir şekilde Devletin (idarenin) sağlık hizmetlerini yürütmekte asli sorumlu olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla Anayasa hükümlerince sağlık hizmeti bir kamu hizmeti olarak kabul görmektedir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi bir kararında⁹: “..artan sağlık hizmeti talebini en doğru şekilde karşılamak...kaliteyi yükselten, maliyeti düşüren etkin, süratli, kesintisiz bir sağlık hizmeti sunmak, gereksiz bina ve cihaz alımının önüne geçmek, kurumlar arası işbirliği ve halkın sosyal memnuniyetini arttırmak sağlık hizmetleri yönünden Devlet için bir kamusal zorunluluk ve sosyal devlet olmanın gereğidir” şeklinde devletin, bir kamu hizmeti olan sağlık hizmetinden kaynaklanan sorumluluğuna yer vermiştir.

Danıştay 10.Dairesi 2011/6191 E. sayılı dosyasında¹⁰; sağlık hizmetlerinin, insanın yaşam hakkı ile doğrudan ilgisi olması nedeniyle diğer kamu hizmetlerinden farklı olduğunu, sağlık hizmetlerindeki ana hedefin insan sağlığı olması nedeniyle özel şekilde değerlendirilmesi gereken bir kamu hizmeti olduğu belirtilerek konuya son nokta konulmuştur.

Kamu hizmetlerinin sadece kamu tüzel kişisi tarafından yürütülmesi zorunlu değildir¹¹. Özel kişiler de kamu hizmeti sunabilecektir¹².

⁸ Demir (n 2) 15

⁹ Anayasa Mahkemesi, 114/85, 22.11.2007.

¹⁰ Aktaran: Serkan Çınarlı ‘İdari Yargı Kararları Işığında Özel Hastanelerde Meydana Gelen Tıbbi Uygulama Hatasından İdarenin Denetim Yetkisi Nedeniyle Sorumluluğunun Tartışılması’ (2016) 5(10) Tıp Hukuku Dergisi 207, 211

¹¹ ibid 17

Anayasa Mahkemesi bu hususa; “Sağlık hizmetinin tamamının salt memur ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerektiğinden söz edilemeyeceği gibi, 47.maddesinde öngörülen hizmet kapsamında bunun özel hukuk sözleşmeleri ile üçüncü kişilere yaptırılabilmesi olanaklıdır” şeklinde dikkat çekmiştir¹³.

Ancak kamu hizmetlerinin özel kişilerce yürütülmesi halinde bile idarenin hizmetle bağlantısı koparılmamıştır. İdare, bir kamu görevinin yürütülmesi için özel kişiye ruhsat bırakmaktadır. İdare, denetim ve gözetim yetkisine sahiptir. Sağlık hizmetleri özel kişi eliyle görülse de idarenin; personel standardını, kullanılacak araç ve gereçleri, hizmetin sunulacağı bina ve çevre özelliğini belirleme, faaliyetlerin denetimini sağlama gibi birçok yetkisi bulunmaktadır¹⁴. Yapılacak denetimlerde eksiklikler tespit edildiği takdirde, bu eksikliklerin hemen ya da belirtilen süre içinde giderilmesi konusunda ilgili sağlık kuruluşu bilgilendirilir. Verilen süre sonucunda eksiklikler giderilmediği anlaşırsa, çeşitli idari yaptırımlar uygulanacaktır¹⁵. Bazı durumlarda ise, eksiklik giderilene kadar bir aydan fazla geçici veya süresiz olarak faaliyetlerin durdurulmasına karar verilebilecektir¹⁶. Bu nedenlerle, idarenin özel sağlık kuruluşları aracılığıyla yürüttüğü sağlık hizmetinin sunulması sonucunda meydana gelen zararlardan sorumlu olması gerekmektedir¹⁷. Ancak buradan özel hastane ve hekimlerin sorumluluğu bulunmayacağı sonucu çıkmamalıdır. Aynı zarardan farklı sorumluluklar gündeme gelebilecektir. İdare

¹² Bkz. Anayasa Mahkemesi’nin E.1994/43 K.1994/42-2 T.09.12.1994 kararı; “Kamu hizmeti kavramının gerek öğretide gerekse uygulamalarda Devletçe ve öteki kamu tüzel kişilerince genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetler alanının dışına taşan ve yayılan bir kapsamı olduğu ve kapsamın da gittikçe genişlediği bir gerçektir. Çağdaş kamu hizmeti kavramına giren hizmetler yalnızca devlet etkinlikleri ile sınırlan- dırılmaz. Bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığı saptanırken, niteliğine bakmak gerekir. Nitelik yönünden kamu hizmeti olan bir hizmetin özel kesimce yürütülmesi, onun niteliğine etkili görülemez” < www.kazanci.com.tr > Erişim Tarihi 24.04.2021.

¹³ Anayasa Mahkemesi, 43/42-2, 09.12.1994.

¹⁴ Ali Ulusoy, Kamu hizmetleri İncelemeleri (1st edn, Ülke Kitapları 2004) 16

¹⁵ Hususi Hastaneler Kanunu, Kanun Numarası: 2219, Kabul Tarihi: 24.05.1933, RG 05.06.1933/2419, Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik, RG 15.02.2008/26788, m.32/3.

¹⁶ Özel Hastaneler Yönetmeliği m.62/5, RG 27.03.2002/24708

¹⁷ Melikşah Yasin, Tıbbi Hatalardan İdarenin Sorumluluğu (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Sempozyumu, Deniz Ofset Matbaacılık, İstanbul, Ocak 2007) 244

aleyhine açılacak dava idari yargıda çözümlenirken, özel kişi aleyhine açılacak dava ise adli yargıda çözümlenecektir¹⁸.

B. Hizmet Kusurunun Tanımı ve Genel Açıklamalar

Sağlık hizmetleri yürütülürken idarenin kusurlu eylemleri ile karşılaşılabilir. İdarenin verdiği hizmetlerin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi gibi nedenlerle kişiler zarara uğrayabilmektedir. İdarenin sağlık hizmetinden doğan kusurlarında zarar bir insan vücudunda meydana geldiği için çoğu zaman geri dönüşü olmayan sonuçlarla karşılaşılabilir. Dolayısıyla idarenin hizmet kusuru sonucunda kişilerin hakları doğrudan ihlal edilmektedir. Devlet, hastanelerin yeterli sayıda ve kalifiye elemanlara sahip olup olmadığını denetlemeli, yeterli sayıda tedavi merkezi bulunmasını sağlamalıdır. Hastaneler güncel tıbbi malzemelerle donatmalı, hekimlerin iş yükü azaltılmalıdır¹⁹. Hukuk devleti ilkesi gereği; “*idare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararlardan sorumlu*” tutulmaktadır²⁰. Anayasamızın 40.maddesinin 3.fıkrasında; “*Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır*” hükmü yer almaktadır. Yine Anayasamızın 125.maddesi uyarınca “*İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır*”.

Anayasa Mahkemesi; 1976/1 E., 1976/28 K. ve 25.05.1976 T.li bir kararında; *Hukuk devleti demek, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu, adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmekle kendini yükümlü sayan, bütün davranışlarında hukuk kurallarına ve Anayasa’ya uygun bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlet de-*

¹⁸ Haluk Nomer, *Özel Hukuka Tabi Kişiler ile İdarenin Birlikte Sorumluluğu* (Seçkin Yayınları, 2004) 243

¹⁹ İbrahim Şahbaz ‘Bir Sosyal Hak Olarak Sağlık Hakkı’ (2009) 86 TBB Dergisi 405

²⁰ Serkan Çınarlı, Fidan Ermumcu and Orhan Meral, *Tıbbi Uygulamadan Doğan İdari Yargı* (Tam Yargı) Davaları, (1st edn, Adalet Yayınevi 2020) 19; Oğuz Sancakdar, *İdare Hukuku Teori Çalışma Kitabı* (Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, 2012) 673; Aydın Akgül, ‘İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazmin Sorumluluğu ve Danıştay’ın Yeni Yaklaşımı’(2016) 20(1) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 269

mektir” şeklinde hukukun üstünlüğünü ve idari işlemlerin yargı denetimine bağlı olduğunu vurgulamıştır²¹.

İdarenin kusur sorumluluğu, her ne kadar özel hukuktaki kusur kavramına benziyor gibi gözüke de aslında idare hukukunun kendine özgü yapısı nedeniyle çok farklıdır. Gerçekten de idare hukukunda kusur kavramı “hizmet kusuru” ile ifade edilmektedir²². Dolayısıyla kamu hastanesinden hizmet alan hasta ile idare arasındaki ilişki hizmet ilişkisi olup, ortaya çıkan kusurlar da hizmet kusuru olarak adlandırılır²³.

Hizmet kusuru ise, “*idare hukukuna has bir kavram olup olaylara göre değişkenlik ve esneklik gösterebilmektedir*”²⁴. Sarıca, hizmet kusurunu: “*Hizmet kusuru, idarenin ifa ile mükellef olduğu herhangi bir amme hizmetinin ya kuruluşunda, tanzim ve tertibinde veya teşkilatında, bünyesinde, personeline yahut işleyişinde- gereken emir, direktif ve direktif ve talimatın verilmemesi, nezaret, murakebe, teftişin icra olunmaması, hizmete tahsis olunan vasıtaların kiyafetsiz, elverişsiz, kötü olması, icap eden tedbirlerin alınmaması, geç, vakitsiz hareket edilmesi*

²¹ Kararın devamı; “Aslında yargı denetimi unsuru, hukuk devleti ilkesinin diğer öğelerinin güvencesini oluşturan temel öğedir. Çünkü insan haklarına saygılı olmayan ve davranışlarında hukuka ve Anayasa’ya uymayan bir yönetimi bu tutumundan caydıran ve onu meşruluk ve hukukilik sınırı içinde kalmak zorunda bırakan güç, yargı denetimi gücü ve yetkisidir” şeklindedir.. <https://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/GenelKurul/Basvuru_karari/2017-49.pdf> Erişim Tarihi 27.03.2021.

²² Ahmed Said Yücesan, İdarenin Sorumluluğunun Koşulu Olarak Ağır Hizmet Kusuru, (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019) 4

²³ Cemil Aykın and Serkan Çınarlı, Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu (1st edn, Seçkin Yayıncılık 2016) 620

²⁴ Ragıp Sarıca ‘Hizmet Kusuru ve Karakteri’ (1949) (15)4 İUHFM 859; Kemal Gözler, İdare Hukuku (C.2, 2.Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım 2009) 1020. Danıştay 10.Dairesinin 53/1913, 10.04.1996 sayılı kararında hizmet kusuru; “İdarenin hizmet kusuru sebebiyle sorumluluğu, idarece yürütülen hizmetin kuruluşunda, düzenlenmesinde ve işleyişinde ortaya çıkan her türlü bozukluk, aksaklık ve eksikliktir. Bu bağlamda hizmet kusuru, özel hukuktaki anlamından uzaklaşarak nesnelleşen, anonim bir niteliğe sahip, bağımsız bir karakteri olan bir kusurdur” şeklinde tanımlanmıştır. <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 28.03.2021. Danıştay yeni sayılabilecek bir diğer kararında hizmet kusurunu ve idarenin sorumluluğunu; “İdarenin yürütmekle yükümlü olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık veya boşluk olarak tanımlanabilen hizmet kusuru; hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde gerçekleşmekte ve idarenin tazmin yükümlülüğünün doğmasına yol açmaktadır” şeklinde açıklanmıştır. Danıştay 10 D, 8407/6526, 28.12.2007 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 27.03.2021.

şeklinde tecelli eden- bir takım aksaklık, aykırılık, bozukluk, intizamsızlık, eksiklik, sakatlık arz etmesidir” şeklinde tanımlamıştır²⁵.

Hizmet kusuru, hizmeti gerçekleştiren bireylerden bağımsız bir şekilde, idarenin tüzel kişilik kimliği ile sorumlu tutulduğu bir kusur çeşididir. Bunun haricinde hizmet kusuru; bağımsız özelliktedir (sınırlarının idare hukuku esaslarına göre belirlenmesi), asli ve birinci dereceden sorumluluk sebebidir, anonimdir (kamu görevlisinin kusuruna bağlı kalınmaz), geneldir ve son olarak da esnektir (olaylara göre farklı özellikler gösterebilecektir)²⁶.

Hizmet kusuru, idarenin yerine getirmekle yükümlü bulunduğu kamu hizmetinin kuruluş, düzenleniş, işleyişinde ve idarenin ajanları üzerindeki denetim görevinde çıkan aksaklık, düzensizlik, eksiklik şeklinde ortaya çıkan kusurlardır²⁷. İdare, kamu hizmetini yerine getirirken gerekli personeli, araçları temin etmenin yanı sıra kamu personeline gerekli eğitimi vermek, hizmetin işleyişini denetlemek ve hizmetin aksamaması için her türlü tedbiri almakla yükümlüdür²⁸. Hizmete ayrılan araçların elverişsiz olması, güncel standartlara uygun olmayan araçların kullanılması, personellerin ve idari örgütlenmenin denetlenmesinin yapılmaması, geç ve zamansız davranılması gibi hallerde hizmet kusuru mevcuttur. En nihayetinde; hizmet kusurunun bulunup bulunmadığının tespiti, gerçekleşen olayda, idarenin elindeki tüm çabayı, dikkati ve özene gösterse de zararın yine de oluşup oluşamayacağı değerlendirerek yapılmalıdır²⁹.

C. Hizmet Kusuru - Kişisel Kusur Ayrımı

Hizmet kusuru anonim niteliktedir. Yani kamu hizmeti gerçekleştirilirken meydana gelen zararları idarenin ajanlarına yüklemek mümkün değildir. Kusur, doğrudan idarenin kusuru sayılarak sorumluluk idareye yüklenmektedir. Yani bu kusur türünde idarenin ajanı tespit edilemez.

²⁵ Sarıca (n 24) 858

²⁶ Müzeyyen Eroğlu Durkal ‘Yargı Kararları Işığında Hizmet Kusuru’(Şubat 2019) Terazi Hukuk Dergisi 14(150) 267

²⁷ Aykın and Çınarlı (n 23) 626

²⁸ Ahmet Bozdağ ‘İdare Hukukunda İdarenin Hizmet Kusuru ve Danıştay Uygulaması’ Türk İdare Dergisi (2010) 468, 40

²⁹ Serkan Çınarlı, Selçuk Sinan Çelik and Aslıhan Teyin ‘İdarenin Tıbbi Uygulama Hatalarında Sorumluluğuna Etkisi Bakımından Hastanın Kusuru’(2016) 11(119) Terazi Hukuk Dergisi 14-35

Diğer bir deyişle, meydana gelen zarar hizmetin işleyişinin düzensizliğinden meydana geldiği için ajan bundan sorumlu tutulamaz. Dahası kamu görevlileri de kamu idaresinin bir parçası sayıldığından, sorumluluğun hizmetten ayrılarak şahsa yüklenmesi fiilen imkânsızdır³⁰. Kusur, kamu hizmetinden soyutlanamaz niteliktedir, bu durumda kamu görevlisinin kişisel kusurları da idarenin sorumluluğu içinde değerlendirilir³¹.

Anayasa'nın 129. maddesinde bu husus; *“memurlar ve diğer kamu görevlileri yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir”* şeklinde düzenlenmiştir. Görüleceği üzere hizmet kusurunun varlığında idare ajanına karşı değil doğrudan idare aleyhine dava açılacaktır. Benzer olarak 657 sayılı Devlet Memurları Kanunun³² 13.maddesinde; *“Kişiler, kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan ötürü, bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar”* denilerek idare ajanının hizmet kusuru niteliğindeki eylemlerinden doğan zararlara karşı doğrudan idareye dava açılma zorunluluğu bulunduğu altı çizilmiştir. Nitekim yargılanıp en nihayetinde hakkında karar verilecek olan idarenin ajanı değil, idaredir.

Hizmet kusuru - kişisel kusur kavramları gitgide birbirine benzemiştir. Çünkü Danıştay, kamu görevlilerinin, görevlerini ifa ederken ki kişisel kusurlarının hizmet kusuru oluşturacağını kabul etmektedir. Kısacası ilk etapta idare sorumlu olacak, idare kamu görevlisinin kusuru oranında kamu görevlisine rücu davası açabilecektir.

Bununla birlikte kişisel kusur türü de idare hukukuna özgü bir kusur türüdür³³. Ajanların hizmetle bitişik değil de hizmetten ayrılacak kusurlardan ötürü idare sorumlu tutulamaz. Kısacası idare ajanlarının görevleri içerisinde ve yaptıkları görevden ayrılabilen kusurlar kişisel kusur içinde değerlendirilecektir³⁴. Onar'a göre; memurun fiilinin suç

³⁰ Erol Türk, ‘İdarenin Hizmet Kusurundan Doğan Sorumluluğu’(2019) 93(3) İstanbul Barosu Dergisi 154

³¹ Durkal (n 26) 281

³² Devlet Memurları Kanunu, Kanun Numarası: 657, Kabul Tarihi: 14.07.1965, RG 23.07.1965/12065

³³ Yasin Söyler ‘Yargıtay Kararları Işığında Kişisel Kusur’(2010) 14(2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 564

³⁴ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer and Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku (Seçkin Yayıncılık 2009) 614

niteliği taşıması, memurun kötü niyet ve kastıyla bir kusurun ortaya çıkması ve bazen de memurun kusurunun ciddi ve ağır boyutta olması halinde kişisel kusurun mevcudiyetinden bahsedilebilecektir³⁵.

Yine de idare ajanlarının tamamen görevi dışında kalan kusurlu davranışlarından dolayı sıradan vatandaş gibi Türk Borçlar Kanunu³⁶ (TBK) m.49 ve devamındaki maddeler uyarınca sorumlu tutulması kişisel kusur olarak algılanmamalıdır³⁷. Zira TBK 49.maddesi uyarınca; *“kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür”*. TBK bu madde ile kişilerin haksız fiilden sorumluluğunu düzenlemiştir. Ancak kişilerin haksız fiil olarak değerlendirilen davranışları hem ceza yargılamasının hem de tazminat davasının konusunu oluşturabilecektir. Yani tek bir fiil hukukun iki farklı alanında sonuç doğurabilir³⁸.

Kişisel kusur ve haksız fiil sorumluluğunun ayrımının belirlenmesi aslında oldukça kolaydır. İdarenin ajanı yani kamu görevlisi, tamamen hizmet dışında kalan eylemlerinden dolayı haksız fiil hükümlerine göre sorumludur. Yargı kararlarının uygulanmaması, kamu görevlisinin suç teşkil eden davranışları, ağır kusur ve kamu görevlisinin kötü niyetli davranması gibi haller kişisel kusur olarak kabul edilmektedir. Kamu görevlisinin davacıya hakaret etmesinden ötürü davacının açtığı tazminat davasında, Yargıtay, olayın kamu görevlisinin göreviyle ilgili olmaması nedeniyle haksız fiilden kişisel sorumluluğunun bulunduğu kararını vermiştir³⁹. Görüleceği üzere kamu görevlisi hekimin hastasına hakaret etmesi hizmet kusuru sayılmamıştır. Şahsi kusura bir başka örnek; kamu görevlisinin hafta sonu bir yakınına kendi evinde tıbbi müdahalede bulunması gösterilebilecektir. Böyle bir durumda hekimin kamu görevin-

³⁵ Onar (n 3) 1699-1701

³⁶ Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, RG 04.02.2011/27836

³⁷ Akyılmaz, Sezginer and Kaya (n 34) 150

³⁸ Hayrunnisa Altın ‘Haksız Fiillere Ceza Kanunlarındaki Zamanaşımının Uygulanması’(2020) 61(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, 4

³⁹ Yargıtay 4. HD, 16884/347, 9.01.2017 <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi: 9.04.2021.

den bağımsız gerçekleştirdiği bir eylem bulunmasından ötürü şahsi kusurundan kaynaklanan sorumluluk mevcut olacaktır⁴⁰.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu⁴¹ bir kamu görevlisinin görevi sırasında, hizmet araçlarını kullanarak yaptığı eylem ve işlemlerine ilişkin kişisel kusurunun, kasti suç niteliği taşısa bile “hizmet kusuru” oluşturacağını ve bu nedenle açılacak davaların ancak idare aleyhine açılabileceği, buna karşın memur ve diğer resmi görevlilerin kamu görevlisi sıfat ve kapasiteleri dışında özel bir kişi olarak, özel hukuk hükümlerine göre özel işlerini yaparken üçüncü kişilere verdikleri zarardan doğrudan doğruya kendilerinin sorumlu olduğunu belirterek konuya açıklık getirmiştir.

D. Hizmet Kusurunun Ortaya Çıkma Biçimleri

Doktrin ve yargı kararlarında hizmet kusurunun üç şekilde gerçekleştiği kabul edilmiştir. Bunlar; hizmetin kötü işlemesi, hizmetin geç işlemesi ve hizmetin hiç işlememesidir.

1. Hizmetin Kötü İşlemesi

İdare tarafından yürütülen faaliyetlerin niteliğinin kötü olması, o faaliyetten beklenen özen ve kalitede yürütülmemesi durumuna hizmetin kötü işlemesi denilmektedir⁴². Sağlık hizmetlerinde hizmetin kötü işlemesinin saptanmasında her somut olay farklı ele alınmalıdır. Tıbbi standartlara uygun koşulların sağlanıp sağlanmadığı, kullanılan araç ve donanımın güncel olup olmadığı, tıbbi standardın karşılanıp karşılanmadığı gibi hususlar değerlendirilecektir. Danıştay bu hususa; “*Halkın sağlık hizmetlerini yürütmekle görevli olan idare, hastanelerde yapılacak tedavilerin ve cerrahi müdahalelerin tıbbi esaslarına uygun biçimde, hizmetin gerektirdiği yeterliğe sahip personelle ve gerekli dikkat ve özenin gösterilerek yapılmasını sağlamakla görevlidir*”⁴³ şeklinde dikkat çekmiştir.

⁴⁰ Ahmet Er, Ömür Topaç and Serap Kaygusuz, Hekim ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişkinin Tanımlanması ve Hekimin Hukuki Sorumluluğu, (1st edn, Adalet Yayınevi 2021) 835

⁴¹ Yargıtay Genel Kurulu Kararını aktaran, Er, Topaç and Kaygusuz (n 40) 835

⁴² Ramazan Yıldırım and Serkan Çınarlı, Türk İdare Hukuku Dersleri Cilt II, (1st edn, Adalet Yayınevi 2019) 302

⁴³ Danıştay 10 D, 3258/2379, 03.05.1995 < www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi: 29.03.2021.

Paslanmış makasın ameliyat esnasında kullanılması, acil serviste hekim eksikliği, hastanenin hizmet vermeye yetersiz olduğu halde (personel, yatak sayısı vs.) Sağlık Bakanlığı tarafından gereken denetimlerin yapılmaması nedeniyle eksikliklere rağmen hizmet vermeye devam etmesi, hekimin yanlış teşhis/tedavide bulunması⁴⁴, hastadan aydınlatılmadan onam formunun alınması⁴⁵, hastanenin temizliği gerektiği gibi

⁴⁴ Danıştay 10 D, 5037/6647, 21.12.1995 kararında; “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” şeklinde hüküm kuran Danıştay, hizmetin kötü işleminde idareyi sorumlu tutmuştur.

⁴⁵ Danıştay 15 D, 2055/8407, 20.12.2018 kararına göre; “Bilgilendirilmiş onam formunun dosyada bulunmadığının Adli Tıp Raporu ile tespit edilmesi üzerine, davalı idare tarafından davacıya uygulanan tıbbi müdahaleye ilişkin “bilgilendirilmiş hasta onayı formu” dosyaya sunulmuş ise de; söz konusu form incelendiğinde, formda yalnızca davacının ad, soyad ve imzasının yer aldığı, bilgilendirmeyi yapan/yapması gereken sağlık personelinin kimlik bilgileri ile imzası ve tarih bilgilerinin eksik olduğu, bununla birlikte davacıya imzalatılan onay formunun tüm cerrahi müdahaleler için hazırlanmış matbu bir form olduğu, söz konusu formda davacıya uygulanacak tıbbi işlemlerin neler olduğu, bunların faydaları ile muhtemel sakıncaları, alternatif tıbbi müdahale usulleri, tedavinin kabul edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçları ve hastalığın seyri ve neticeleri hakkında yeterli açıklamaların bulunmadığı, nitekim söz konusu formda yer alan ve ameliyat sonrası gelişmesi beklenebilecek komplikasyonlar arasında davacıda ortaya çıkan gaz ve gaita tutamama şikayetinin yer almadığı, yine davacıya uygulanan cerrahi girişimlere özgü olarak verilecek/verilmesi gereken bilgiler için formda ayrılan kısımların boş bırakıldığı, bu haliyle davacının kendisine uygulanan cerrahi girişimler hakkında yeterli biçimde aydınlatıldığının kabul edilemeyeceği anlaşılmıştır.

Adli Tıp Raporunda, ameliyat sonrası davacıda gelişen şikayetlerin gösterilecek dikkat ve özene rağmen ortaya çıkabilecek ve kusur izafe edilemeyen bir komplikasyonu olarak değerlendirildiği, sağlık görevlilerine tıbben atfı kabil ihmal ya da kusur tespit edilemediğinin bildirilmesi karşısında idari eylemle zarar arasında nedensellik bağı kurulamadığından maddi tazminata hükmedilmesinin koşulları oluşmamakla birlikte; yapılan ameliyattan önce uygulanacak cerrahi işlemler ile bu işlemlerin riskleri ve gelişebilecek komplikasyonları hakkında yeterince aydınlatılmamış olduğu, yukarıda aktarılan mevzuat hükümleri uyarınca davacının aydınlatılma ve onay verme hakkının elinden alınmış olduğundan, mahkemece sunulan sağlık hizmetinin gereği gibi işletilmemiş olması nedeniyle davacının duyduğu acı ve ızdırabın ağırlığını ortaya koyacak biçimde manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken, bu isteminin reddi yönünde karar verilmesinde hukuka ve hakkaniyete uyarlık bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.” <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi: 12.07.2021.

yapılmaması⁴⁶ ve gereken önlemler alınmadığı için hastanın enfeksiyon kaparak ölmesi sağlık hizmetinin kötü işlemesine dair en yaygın örneklerdendir^{47,48}. Bunlara benzer olarak ameliyat esnasında ortaya çıkabilecek kan ihtiyacını önceden öngörerek bu ihtiyacın önceden karşılanmamış olması ve yoğun bakımda yer olmaması nedeniyle hastanın yoğun bakıma yatışının geciktirilmesinde hizmet kusurunun bulunduğu sonucuna varılmıştır⁴⁹.

Yine arz ettiği önem nedeniyle burada belirtmekte fayda olduğunu gördüğümüz bir husus da özel hastaneler kapsamında idarenin sorumluluğudur. Zarar doğuran eylem idarenin denetim ve gözetim eksikliğine bağlıysa sorumluluk idarenin olacaktır. Aksi takdirde yalnızca özel hastane yönetimi sorumludur⁵⁰. Hususi Hastaneler Kanunu⁵¹ ve Özel Hasta-

⁴⁶ Danıştay 10 D, 4153/5848, 20.10.2006, “Davacının görev yaptığı hastanenin temizliğinde ve merdivenlerin aydınlatılmasında davalı idarenin gerekli dikkat ve özeni göstermemesi nedeniyle hizmet kusurunun bulunduğu” şeklinde vermiş olduğu kararda, yerdeki muz kabuğuna basan hastane hekiminin sakat kalması sonucu idare kusurlu bulunmuştur. <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi: 29.03.2021.

⁴⁷ Hizmetin Kötü İşlemesine dair verebileceğimiz yakın tarihli diğer bazı örnekler ise; yanlış kan grubundaki kan türünün hastaya verilmesi (Danıştay 1 D, 1012/1102, 14.11.2007, <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi: 10.07.2021), katarakt ameliyatı olmak için yatışı gerçekleşen hastanın yanlışlıkla rahminin alınması (Danıştay 1 D, 485/485, 29.04.2009, <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi: 10.07.2021), yeni doğan ünitesinde hijyen kurallarına uyulmaması nedeniyle bebeğin enfeksiyon kaparak ölmesi (Danıştay 15 D, 12131/9635, 12.12.2014, <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi: 10.07.2021).

⁴⁸ Hizmet kusuru konusunda verilebilecek yeni tarihli bir karar Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E.2016/4437, K.2018/2391, T.16.05.2018 tarafından verilmiştir. Buna göre; “Adli Tıp 3. İhtisas Kurulu raporunda, her ne kadar hastanın önerilerle evine gönderilmesinin doğru bir eylem olduğu belirtilmiş ise de, aynı zamanda, “gastroenteritte prognoz hızla kötüleşebileceğinin gözönünde bulundurulması gerektiği” ifadesine de yer verildiği, bu durumda hastanın durumunun hızla kötüleşebileceği göz önünde bulundurulduğunda, bu riskin gerçekleşmesi halinde derhal müdahale edilebilmesi açısından hastanede gözlem altında tutulması gerekirken eve gönderilmesinin, sağlık hizmetinin sunumunda gerekli dikkat ve özen gösterilmeyerek kusurlu davranıldığını gösterdiği sonucuna varılmış olup, davanın reddi yolundaki ısrar kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.” <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi: 12.07.2021.

⁴⁹ Danıştay 10 D, 2688/1006, 20.03.2012, < www.kazanci.com.tr > Erişim Tarihi: 13.04.2021.

⁵⁰ Sait Güran ‘Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu’ Danıştay Dergisi (1982) (12) 46-47

neler Yönetmeliği⁵² uyarınca Özel hastaneler şikâyet üzerine denetlenebilecekleri gibi, bunun haricinde de Sağlık Bakanlığı'nın müdürlük ekiplerince altı ayda bir rutin olarak denetlenmelidir. Bakanlık inceleme yaparken özellikle; hastanenin temizliği, personelin niteliği, hastanenin bulunduğu konumun hastalar üzerinde etkisi gibi hususlara dikkat etmelidir⁵³.

2. Hizmetin Geç İşlemesi

İdare, üstlendiği faaliyetleri zamanında yerine getirmelidir. Hizmet, gerçekleştirilmesi gereken sürede gerçekleştirilmemişse hizmetin geç işlemesi gündeme gelecektir. Özellikle sağlık hizmetlerinde hizmetin geç işlemesi, ölümcül sonuçlara yol açabilecektir. Hizmetin geç işlemesi bir hizmet kusurudur. Yine burada da hizmetin geç işlediğine dair belirli bir ölçüt olmadığı için her olay kendine özgü özellikleri ile değerlendirilmelidir. Ancak bazen gecikme makul bir sebebe dayanabilir. Mesela; dikkat ve özen gereken işler sonucu gecikme meydana gelmiş olabilir⁵⁴. Sağlık ocağındaki hekimin sezaryen yapması veya tomografi cihazının bulunmadığı bir sağlık biriminde iç kanamanın belirlenmesi beklenemeyecektir⁵⁵. Bu hallerde sağlık çalışanları en kısa süre içinde hastayı gerekli sağlık kuruluşlarına sevk ettikleri takdirde hizmetin geç işlemesi söz konusu olmayacaktır.

Sağlık hizmeti bakımından hizmetin geç işlemesine dair önem taşıyan bir örneği Danıştay 10. Dairesi vermiştir⁵⁶. Söz konusu kararda: *“Polis memuru olan davacılar murisin saat 8:15 sularında acil servise getirildiği, görevli doktorlarca EKG grafisine ve klinik bulgulara göre Lateral Enfarktüs tanısı konularak o günün icapçı dahiliye uzmanının müdahale ettiği, ancak hastanın 09:00 sularında öldüğünün anlaşıldığı ... bilirkişi heyetince verilen kararda sonuç ölümlü olsun olmasın, eğer uzman hekim mevcutsa, uzman hekimin ulaşabildiği en erken zamanda*

⁵¹ Hususi Hastaneler Kanunu, Kanun Numarası: 2219, Kabul Tarihi: 24.05.1933, RG 05.06.1933/2419

⁵² Özel Hastaneler Yönetmeliği, RG 27.03.2002/24708

⁵³ Savaş M. Bayındır ‘Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu’(2007) 11(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 562

⁵⁴ Yıldırım and Çınarlı (n 42) 303

⁵⁵ Oğuz Sancakdar, İdare Hukuku (3rd edn, Seçkin Yayınevi 2013) 764

⁵⁶ Danıştay 10 D, 3789/487, 13.2.2001 (Çınarlı, Ermumcu and Fidan s.71’den aktarılmıştır).

hastaya müdahale etmesi gerektiği, zira zamanında yapılan müdahale ile hayat kurtarılabileceğinin belirtildiği, bu durumda idarenin hizmet kusurunun bulunduğu anlaşıldığı” şeklinde kalp krizi geçiren hastaya geç müdahalede bulunulması hizmet kusuru olarak kabul edilmiştir.

Yine hizmetin geç işlemesine dair idarenin kusurlu bulunduğu bir başka karar AYİM tarafından verilmiştir. Kararda⁵⁷: “*Davacıların yakınının, böbrek ile ilgili rahatsızlığının geç teşhis edilmesi nedeniyle böbrek yetmezliğine girip kurtarılamayarak vefat ettiği Hacettepe Üniversitesi’nin düzenlediği tıbbi bilirkişi raporuna göre davacıya başta uygun tanı konulduğu ve uygun tedavi yapıldığı, hastada ön planda “wegeren granüloimotozu” tanısının olmadığı, ancak Eylül 2005 tarihinden itibaren böbreklerinde bozulmanın başladığına dair belirtilerin ortaya çıktığı ancak bunun anlaşılamadığı belirtildiğinden davacıda oluşan böbrek ile ilgili rahatsızlığın tedavide geç teşhis edildiği sonucu idareden kusurundan kaynaklandığı anlaşılmaktadır”* şeklinde sağlık personelinin hatalı teşhisi neticesinde tedavinin gecikmesi idarenin kusuru sayılmıştır.

3. Hizmetin Hiç İşlememesi

İdare bir faaliyeti yapmakla yükümlü kılınmışsa ve yapmaya hiç başlamamışsa hizmetin hiç işlememesi söz konusudur. Yükümlü olmadığı bir faaliyette idare açısından bağlı yetki olmadığından hizmetin hiç işlememesi söz konusu olamayacaktır⁵⁸. Yine idarenin bir faaliyeti yapmak ya da yapmamak için takdir yetkisi bulunduğu da hizmetin hiç işlememesi durumundan söz edilemeyecektir.

İdarenin yapmakla yükümlü olduğu faaliyetlerin hukuki temelini Anayasamızın 65.maddesi oluşturur. Şöyle ki; “*Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir*” denilerek idarenin yapmakla yükümlü olduğu faaliyetlerden kaçınamayacağı hüküm altına alınmıştır.

E. Sağlık Hizmetlerinde Hizmet Kusurunun Ağırlığı

Sağlık hizmetleri niteliği gereği bünyesinde *risk* taşıyan bir hizmet türüdür. Dolayısıyla bazı basit kusurlar mazur görülebilecektir. Danıştay bu savı desteklercesine 2015 öncesi birçok kararında idareden maddi

⁵⁷ AYİM 2 D, 722/815, 16.10.2002, E.2002/722, AYİMD 2 (18) 867-872

⁵⁸ İbid 303

tazminat istenebilmesi için idarenin “ağır kusurlu” olması gerektiğini belirtmekteydi⁵⁹. Danıştay’ın kararlarının arka planındaki düşünce idarenin, sürekli tazminat ödemek zorunda kalacağı gerekçesiyle riskli faaliyette bulunmaktan kaçınmasının önüne geçilmesi idi. Hareketsiz kalmayı tercih etmemesi, hekimlerin defansif tıp uygulamaları (hekimlerin kendilerini koruma adına gerekli gereksiz hastadan her türlü tetkik ve işlemin yapılmasını istemesi) yoluna başvurmamaları için de ancak ağır kusuru halinde sorumluluğunun doğması tercih edilmiştir⁶⁰. Fakat bu durum Danıştay’ın her olayda ağır kusur aradığı şeklinde anlaşılmamalıdır. Danıştay’ın 2015 senesi öncesi inceleyeceğimiz kararlarında; ağır kusuru sadece tıbbi operasyonun varlığı halinde aramıştır, idarenin organizasyonlarıyla ilgili kusurlarında ise basit kusuru yeterli görmüştür. 2015 senesinden sonraki kararlara bakıldığında ise, idarenin tazminat yükümlülüğünün doğabilmesi için ağır hizmet kusuru yerine hizmet kusurunun bulunmasını yeterli bulmuştur⁶¹.

Sağlık hizmetlerindeki hizmet kusuruna yönelik kanuni düzenleme mevcut değildir. Bunun sınırları yargı kararları ile belirlenmektedir⁶². Bu nedenle aşağıda Danıştay’ın görüşünün genel çerçevesini belirleyebilmek adına kararlarından örnekler sunulacaktır.

Danıştay 10. Daire, 2001/323 E, 2003/703 K ve 25.02.2003 T.li bir kararında⁶³; “Baş dönmesi sonucu evinde düşen ve halsizlik ve bulantı şikâyetleriyle hastaneye kaldırılan ilgilinin muayenesinde genel cerrahlara ihtiyaç duyulduğu halde genel cerrahların bulunmadığının, dâhiliye asistanı tarafından muayene edilen hastanın genel durumunun bozulduğunun ve sonrasında öldüğünün anlaşıldığı hizmet kusurunun belirlenmesi için dosyanın Yüksek Sağlık Şurası’na gönderildiği, Yüksek Sağlık Şura’sınca, hastanın teşhis ve tedavisinin geciktirildiğine, bunda acil sorumlusunun 4/8, acilden sorumlu radyoloji sorumlusunun 4/8 ve acilden sorumlu genel cerrahi ekibinin 4/8 oranında kusurlu bulunduklarına karar verildiği, bu halde uğranılan zararın hizmeti yürüten İdarece tazmini gerektiği...” şeklinde acil serviste genel cerrahın bulunmamasından

⁵⁹ Çınarlı, Ermumcu and Erkal (n 20) 65

⁶⁰ ibid 65

⁶¹ Aydın Akgül, ‘Yargı Kararları Işığında, Gebelik ve Doğum Sürecinde Sağlık Hizmeti Kusurundan Kaynaklanan Tam Yargı Davaları’(2012) 3(10) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi: Yargıtay Onursal Başkanı A. Nazım Kaynak’a Armağan 279

⁶² ibid 490

⁶³ <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi: 28.03.2021.

kaynaklanan zarardan idareyi sorumlu tutmuştur. Söz konusu kararda idarenin örgütlenmesinde de bir düzensizliğin mevcut olduğu bariz şekilde gözlemlenebilmektedir. Devletin, denetim ve gözetim yükümlülüğünü gerektiği gibi yerine getirmemiş olduğu söylenebilecektir.

Yine idari işleyişin kötü yürütülmesine ilişkin verilmiş önemli bir karar Danıştay 10.Dairesi, 2005/8407 E., 2007/6526 K ve 28.12.2007 T. tarafından verilmiştir. Anılan kararda⁶⁴; *“Doğrulama testi yapılmadan, pozitif çıkan HIV testi sonucunun açıklanması nedeniyle uğranılan zararın, hizmet kusuru ilkesi uyarınca idarece tazmin edilmesi gerektiği hakkında hüküm tesis etmiştir. Anılan kararda Danıştay 07.01.2004 tarihinde ...Devlet hastanesi laboratuvarında çalışan ve arkadaşı olan laboratuvar teknisyenine yaptırdığı HIV testi sonucunun (+) çıktığının laboratuvar teknisyeni tarafından davacılar yakınına söylendiği; sonucu öğrenen davacılar yakınının 09.01.2004 tarihinde intihar etmek suretiyle yaşamını yitirdiği, olayla ilgili Adli Tıp Kurumu’na yaptırılan bilirkişi incelemesinde, 07.01.2004 tarihinde davacılar yakınına.... Devlet Hastanesinde “Clinotech Diognastic HIV” kartı ile HIV testi yapıldığı, bu testin yalancı negatif ya da yalancı pozitif çıkabileceği, bu teste ait duyarlılık araştırmasının olmadığı, üretici firmanın sitesinde de bilgi bulunmadığı, bu tür testlerin duyarlılığının %100 olmadığı yönünde düzenlenen rapora dayanılarak, olayda idarenin tazmin sorumluluğunu gerektirecek hizmet kusurunun bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi üzerine, Danıştay “Anayasanın 125.maddesinde, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararları ödemekle yükümlü olduğunu Sağlık Bakanlığı’nın sağlık kurum ve kuruluşlarına gönderdiği 29.4.1993 tarih ve 05300 sayılı yazının “HIV/AIDS TANISI” başlıklı bölümünün ilk paragrafında, “HIV vücuda girdikten 12 hafta kadar sonra meydana gelen antikorların kan serumunda gösterilmesi ile ön tanı mümkündür. Bugün en fazla kullanılan antikor testi ELİSA yöntemidir. ELİSA testi (+) bulunduğunda kesin tanı için Doğrulama testi “WesternBlot” yapılır. Doğrulama testi yapılmadan pozitif sonucu geçerli olmaz ve hiç kimseye açıklanamaz” kuralına yer verilmesi nedeniyle olayda, davacılar yakını olan ...’ya Devlet Hastanesinde yapılan ve pozitif çıkan HIV testinin sonucunun, yukarıda belirtilen yazıya göre, davacıların yakını da dahil olmak üzere doğrulama testi yapılmadan hiç kimseye açıklanmaması ve ilgilinin doğrulama testi için bir üst basamak sağlık kuruluşuna sevki gerekirken, laboratuvar teknisyeni tarafından*

⁶⁴ <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi: 28.03.2021.

doğrulama testi yapılmadan önceki aşamada pozitif çıkan test sonucunun açıklanmasının neden ve etkisiyle davacılar yakını intihar etmek suretiyle yaşamını yitirmiştir. Zararın, zarara uğrayanın tutum ve davranışından kaynaklanması halinde, idarenin tazmin sorumluluğunun tamamının ortadan kalkabileceği gibi, durumuna göre idarenin kısmen sorumlu olacağı da tazminat hukukunun bilinen ilkelerindendir. Ancak, dava konusu olayın oluş şekli, hastalığın niteliği ve özelliği dikkate alındığında, davacılar yakınının idarenin ağır hizmet kusurunun neden ve etkisiyle intihar etmek suretiyle yaşamını yitirmesi sonucunda doğan zarar ile idari faaliyet arasında uygun nedensellik bağı bulunmaktadır.” Görüleceği üzere oldukça isabetli olarak, idarenin ajanı olan laboratuvar teknisyeninin hizmeti ifa ederken yapmış olduğu yanlışlık “idari faaliyetten doğan zarar” olarak nitelendirilmiştir.

Danıştay’ın tıbbi operasyonlarda yapılan bariz hataların beklenen durum olarak nitelendirilemeyeceğine ilişkin kararı; “*Karaciğer rahatsızlığı nedeniyle Üniversite Hastanesinde tedavisi yürütülen şahıstan, karaciğerinden parça alınması gerekirken, yanlışlıkla böbrekten parça alınması beklenen bir durum olarak nitelendirilemez. Böyle bir durumda hizmet kusurunun varlığı kabul edilir.*” şeklindedir⁶⁵. Gerçekten de böylesi bir durumun beklenen durum olarak kabul edilmesi, diğer bir çok hatanın da komplikasyon olarak değerlendirilmesine yol açabilecektir.

Ağır hizmet kusuru konusundaki kararlara göz attıktan sonra tıbbi operasyon dışında kalan idari faaliyetlerde yani bakım, gözetim gibi yan müdahalelerde ağır hizmet kusurunun aranmadığına ilişkin Danıştay kararını gözden geçirmekte fayda görmekteyiz. Danıştay 10.Daire, 2005/3719 E., 2007/4316 K.ve 24.09.2007 tarihli bu kararında⁶⁶; “....ağır hizmet kusuru, riskli tıbbi müdahaleler ve operasyonlar bakımından geçerli olup; sağlık hizmeti içinde değerlendirilmekle beraber, tıbbi operasyon kapsamına dahil edilemeyecek birtakım bakım, gözetim ve yan müdahalelerin hiç veya gereği gibi yapılmaması dolayısıyla oluşan zararlarda, idarenin sorumluluğundan söz edilebilmesi için ağır hizmet kusurunun aranmasına gerek bulunmamaktadır. Bu bağlamda; dava konusu olayda, daha önce çeşitli kereler maskeyi çıkarmaya çalıştığı hastane personeline bilinen hastaya, solunum maskesini çıkarmasını engelleyecek ek müdahalelerde bulunmamak suretiyle yeterli dikkat ve

⁶⁵ Danıştay 10 D, 1112/2529, <31.03.2009, www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi: 28.03.2021.

⁶⁶ < www.kazanci.com.tr > Erişim Tarihi: 28.03.2021.

özeni göstermeyen davalı idarenin bu tutumunun hizmet kusuru olarak kabulü zorunlu olup..” şeklindedir.

Danıştay’ın 2015 senesinden sonra vermiş olduğu ve görüşündeki değişiklikleri yansıtan kararı ise: “*İdare Hukuku ilkeleri ve Dairemizin içtihatlarına göre, zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumunda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı hallerde, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için; zararın, idarenin hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir. Bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetinden yararlananın zarara uğraması halinde, bu zararın tazmini, idarenin hizmet kusurunun varlığı halinde mümkün olabilir*”⁶⁷ şeklinde olmuştur.

Danıştay, ameliyat esnasında hastanın vücudunda makas unutulması⁶⁸ ve göz ameliyatında hastaya azot yerine azot protoksit verilmesi⁶⁹ gibi örneklerde de idarenin hizmet kusuru nedeniyle sorumluluğunun bulunduğunu kabul etmiştir.

Özetlemek gerekirse, Danıştay’ın aslında ağır kusur-hizmet kusuru açısından net bir ölçütünün olmadığı ve yıllar içinde kusur bakımından görüşlerinin değiştiği anlaşılmaktadır. Halen dahi bu konuda belirli bir standart oluşamamıştır.

F. İdarenin Tazmin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları

İdarenin hukuki sorumluluğunun bulunup bulunmadığı, idari yargıya has bir dava türü olan ve İdari Yargılama Usulü Kanununda (İYUK)⁷⁰ düzenlenen tam yargı davası ile tespit edilir. İYUK’un 13.maddesi uyarınca da; “*İdari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem*

⁶⁷ Danıştay 15 D, 4361/890, 18.02.2015, <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi: 28.03.2021. Ayrıca Danıştay’ın yeni görüşünü yansıtan diğer kararlar için bkz; Danıştay 15 D, 5867/2320, 21.04.2015; Danıştay 15 D, 7569/2820, 13.05.2015; Danıştay 15 D, 5822/3658, 04.06.2015.

⁶⁸ Danıştay 10 D, 7349/5071, 12.11.2007 <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi: 28.03.2021.

⁶⁹ Danıştay 10 D, 7693/5954, 22.11.2012, < www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi: 28.03.2021.

⁷⁰ İdari Yargılama Usulü Kanunu, Kanun Numarası: 2577, Kabul Tarihi: 06.01.1982, RG 20.01.1982/17580, 2/1-b maddesine göre; “İdarenin eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları..”

tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gereklidir. Bu isteklerin kısmen veya tamamen reddi halinde, bu konudaki işlemin tebliğini izleyen günden itibaren veya istek hakkında altmış gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren, dava süresi içinde dava açılabilir.”

Danıştay’a göre tam yargı davaları; “idarenin faaliyetlerinden ötürü, hakları zarara uğrayanlar tarafından idare aleyhine açılan tazminat davalarıdır. Bu tür davalarda mahkeme, hem olayın maddi yönünü, yani zararı doğuran işlem ve eylemleri, hem de bundan çıkabilecek hukuki sonuçları tespit edecektir”⁷¹.

Tam yargı davası, davacının idari faaliyetler sonrasında ortaya çıkan zarardan ötürü sorumlu gördüğü idareye karşı açtığı davadır. Bir açıdan tam yargı davalarının aslında özel hukuktaki haksız fiilden kaynaklanan tazminat davasının idari yargılama hukukundaki görünüş biçimi olduğu söylenebilecektir⁷². Tam yargı davası açılabilmesi için idarenin gerçekleştirdiği bir davranış olmalıdır, davranış sonucu bir zarar ortaya çıkmalıdır ve zararlar fiil arasında uygun bir illiyet bağı bulunmalıdır⁷³.

İdari eylemlerden kaynaklanan hak ihlallerinde tam yargı davası açmadan önce idareye zorunlu başvuru yolundan geçilmesi gerekmektedir. Bu başvuruya ve idarenin başvuruya karşı cevabına “ön karar” denilmektedir⁷⁴. Ön karar alınmaksızın açılacak tam yargı davaları idari merci tecavüzü oluşturacaktır. İdare mahkemesinin vereceği idari merci tecavüzü kararı sonrasında dava dosyası ilgili idareye gönderilmektedir. Uygulamada ön karar usulünden olumlu bir cevap alındığı görülmemiştir. Bu nedenle işe yarar bir kurum olduğu söylenemeyecektir.

Tam yargı davası idareye karşı açılacaksa da, sorumluluğu belirlenen idarenin, kusurlu görülen idare ajanına yani kamu görevlisine rücu hakkı saklıdır. Kamu görevlisine rücu dava yoluna idarenin başvurması

⁷¹ Danıştay 10 D, 5294/7209, 31.12.2012, <www.kazanci.com.tr > Erişim Tarihi:25.04.2021.

⁷² Akgül (n 61) 273

⁷³ Yakup Gönen, ‘Hak Arama Özgürlüğü Bağlamında Tam Yargı Davasındaki Usul ve Sürelerin Haksız Fiilden Kaynaklanan Tazminat Davası İle Karşılaştırılması’(2016) 7(1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 456

⁷⁴ İbid 457

hukuki bir zorunluluktur⁷⁵. Rücu davalarının görüleceği yargı merci adli yargıdır⁷⁶.

G. Devletin Sağlık Hizmetleri Nedeniyle Sorumluluğu

Gerek özel hastanelerde gerekse kamu hastanelerinde sağlık hizmeti sürekli işlemesi gereken bir hizmettir. Sağlık kuruluşlarını planlayıp kuruluşların hizmet vermesini düzenleyen Devlet, sağlık hizmetini yerine getiren kamu ve özel sağlık kurumlarını denetim yetkisine haizdir⁷⁷. Devlet, hizmetlerini en etkin ve en verimli şekilde uygulamakla yükümlüdür⁷⁹. Dahası kamu ya da özel hastane fark etmeksizin hastane-nin bünyesinde gerçekleşen tüm tıbbi müdahalelerde hastane yönetimi birinci derece sorumludur⁸⁰. Bunun nedeni de yukarıda bahsettiğimiz

⁷⁵ Danıştay 10. Dairesinin 2009/144 E., 2009/3183 K. No’lu kararında bu husus; “Dava konusu olayda idarenin hizmet kusuru olarak nitelendirilen “haksız yere suç duyuru-sunda bulunma” işleminin, gerçekte bu konuda idare adına yetki kullanan kamu görevlilerinin kişisel kusurlarından doğduğu tartışmasızdır. Anayasanın 129.maddesinin 5.fıkrasında; memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve yasanın gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak ancak idare aleyhine açılabilmesi şeklinde emredici bir kurala yer verilmiştir. Anayasanın sözü edilen maddesindeki “kendilerine rücu edilmek kaydıyla” ibaresi; kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlar nedeniyle, idare aleyhine açılan davalar-da tazminata hükmedilmesi halinde, idarenin ödemek zorunda kaldığı tazminatı yasal yollara başvurarak ilgili kamu görevlisinden tahsil etme zorunluluğunu ifade etmekte olup; davacıların, bu anayasal zorunluluk nedeniyle dava dilekçelerinde ayrıca ve mutlaka rücu talebinde bulunmaları gerekmemektedir” şeklinde ifade edilmiştir. <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi: 30.04.2021.

⁷⁶ Bahtiyar Akyılmaz, İdarenin Kusurlu Personeline Rücu Sorunu (Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, 2009) 538

⁷⁷ T.C. Anayasası m.56/3-4; “...Devlet herkesin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlama; 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 kesimdeki sağlık ve sosyal kurumlardan yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir” şeklinde düzenlenmiştir.

⁷⁸ Nitekim Danıştay 15. Dairesinin 9826/5596, 17.10.2017 sayılı kararında, idarenin araç/gereç eksikliği, teşkilattaki yetersizlik, gözetim ve yan yükümlülüklerin gereği gibi ya da hiç yerine getirilmemesi nedeniyle doğan organizasyon eksikliği nedeniyle idarenin sorumluluğuna gidilebileceği belirtilmiştir. <www.kazanci.com.tr > Erişim Tarihi: 8.04.2021.

⁷⁹ Durkal (n 26) 266

⁸⁰ Hakan Hakeri, Tıp Hukuku (5th edn, Seçkin Yayınları 2012) 564

üzere sağlık hakkının Anayasal düzeyde korunan haklardan olmasıdır. Sağlık hizmetleri açısından idare bireylere karşı sorumludur.

Danıştay'ın oldukça yeni tarihli bir kararında da⁸¹ Sağlık Bakanlığının görevlerinden detaylıca bahsedilmiştir. Aynen aktaracak olursak; *“Sağlık hizmeti sunulmasına ilişkin olarak Devlete verilmiş olan görevler, 181 sayılı Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile yapılandırılarak, görev ve yetkileri belirlenen Sağlık Bakanlığınca yürütülmektedir. Anılan Kanun Hükmünde Kararname'nin; 2. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde, herkesin hayatını beden, ruhen ve sosyal bakımdan tam iyilik hali içinde sürdürmesini sağlamak için fert ve toplum sağlığını korumak ve bu amaçla ülkeyi kapsayan plan ve programlar yapmak, uygulamak ve uygulatmak, her türlü tedbiri almak, gerekli teşkilatı kurmak ve kurdurmak, 9. maddesinin birinci fıkrasının (h) bendinde, sanatlarını serbest olarak icra eden tabip ve tababet mensuplarının hizmetlerinin ve işyerlerinin sağlık ve teknik denetimini yapmak, Sağlık Bakanlığı'nın görevleri arasında sayılmış, 43. maddesinde ise, Bakanlığın, kanunla yerine getirmekle yükümlü olduğu hizmetleri tüzük, yönetmelik, tebliğ, genelge ve diğer idari metinlerle düzenlemekle görevli ve yetkili olduğu belirtilmiştir”*. Kararın devamı da; *“Yukarıda yer verilen yasal düzenlemeler çerçevesinde, davalı Bakanlığın, çıkaracağı yönetmeliklerle, sağlık kurum ve kuruluşlarının sınıflandırmasını değiştirme ve öngörülen amaçlara uygun olarak teşkilatlanmalarını sağlayabilme konusunda görevli ve yetkili olduğu tartışmasız olup, bu bağlamda, ayakta teşhis ve tedavi yapılan özel sağlık kuruluşlarının tâbi olacakları usul ve esaslar ile bu kuruluşların niteliklerini belirlemede görevli ve yetkili bulunmaktadır.”* şeklindedir.

Kamu hastaneleri, kamu yararına hizmet etmek için kurulmuş olan kamu tüzel kişileridir⁸². Kamu hastanelerinde çalışanlar kamu personeli olması sebebiyle yaptıkları eylem ve işlemler de idari eylem ve işlem niteliğindedir. Tıbbi müdahalelerden doğan zararlardan birinci ve asli derecede sorumlu olan idare, ödemekle yükümlü olduğu tazminatı sağlık personeline rücu edebilecektir.

Özel Hastaneler ise özel hukuk kuralları çerçevesinde kurulurlar. Dolayısıyla işleten sıfatı ile kusurlu eyleme sebep olan hekimle birlikte

⁸¹ Danıştay 10 D, 2694/5151, 25.11.2011, <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi: 12.07.2021.

⁸² Mehmet Ayan, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk (Kazancı Hukuk Yayınları, 1991) 171

hastane işleteni de müşterek ve müteselsilen sorumlu tutulacaktır⁸³. Özel hastane yöneticilerinin hastaların zarar görmemesi için yüksek bir özen göstermesi beklenir⁸⁴. Öte yandan devletin de, sağlık hizmetleri kapsamında, özel sağlık kurumları tarafından gerçekleştirilen sağlık hizmetlerini denetim yetkisi bulunmaktadır⁸⁵. Hususi Hastaneler Kanunu'nun 33.maddesinde de özel hastanelerin Sağlık Bakanlığı'nın denetimi altında olduğu belirtilmiştir. Özel hastanede tıbbi hataya sebep olan olayda denetim ve gözetim aksaklığından kaynaklı ise bu durumda Sağlık Bakanlığı'nın da sorumluluğu doğacaktır⁸⁶.

1. Sağlık Hizmetlerinin Özel Sağlık Kuruluşlarınca Yerine Getirilmesi ve İdarenin Sorumluluğu

Kişiler, sağlık hizmetini özel hastane yoluyla da alabilecektir. Özel hastaneler, Özel Hastaneler Yönetmeliğinde⁸⁷ öngörülen bina, hizmet ve personel standartlarını haiz olmak kaydıyla, yirmi dört saat süreyle sürekli ve düzenli olarak, bir veya birden fazla uzmanlık dalında hastalara ayakta ve yatırarak muayene, teşhis ve tedavi hizmeti veren; açılma, kapanma ve kullanılma şartları KHK ile düzenlenen hükümlere bağlı olan; gerçek kişi, adi ortaklık, dernek, vakıf veya Türk Ticaret Kanunu kapsamında bir ticari şirket tarafından kurulup işletilen sağlık kuruluşlarıdır.

Özel hastanelerle hastaların arasındaki ilişki özel hukuk ilişkisidir. Dolayısıyla da, özel hastanenin tazminat sorumluluğu olacaktır⁸⁸. Özel hastanenin hem tacir olarak hem de sağlık hizmeti sunan bir kurum olarak oldukça fazla yükümlülükleri vardır⁸⁹. Özel hastanenin asli yükümlülüğü tedavi vermektir ancak bunun yanı sıra birçok yan edim yükümlü-

⁸³ Serkan Çınarlı 'Tıbbi Uygulama Hatalarında Organizasyon Kusurunun Yeri'(2017) (11) Tıp Hukuku Dergisi 151,154

⁸⁴ ibid 155

⁸⁵ Er, Topaç and Kaygusuz (n 40) 820

⁸⁶ Savaş Bayındır, 'Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu'(2007) 11(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 562

⁸⁷ Özel Hastaneler Yönetmeliği, RG 27.03.2002/24708.

⁸⁸ Kürşat Ahmet Ersöz, 'Türk İdare Hukuku Açısından Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Sorumluluk'(2010) Yüksek Lisans Tezi 31

⁸⁹ Gökçe Şahin Candaş, 'Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi Kapsamında Özel Hastanenin Hukuki Sorumluluğu'(2019), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı 18

lülüğü de bulunmaktadır. Bunlara örnek olarak; personel seçimi, ameliyathane sterilizasyonu, hastane yemeklerinin tazeliği, yeni tıbbi cihazların kullanılmasına özen gösterilmesi gibi durumlar örnek verilebilecektir. Kısacası özel hastane, sağlık hizmeti yürütülürken hizmetin gereken standartta gerçekleşip gerçekleşmediğini denetleyerek organize etmelidir⁹⁰.

Özel hastaneler, kanunda gösterilen şartları taşıması halinde ve Sağlık Bakanlığı tarafından gerekli denetimler yapıldıktan sonra ruhsatlandırılarak faaliyet gösterebilecektir. Ruhsat usulünde idare ile özel kişi arasında idarenin tek taraflı iradesi ile bir sözleşme ilişkisine girilmektedir⁹¹.

Ruhsat sahibi olan özel hastaneler yeterli sayıda hekim ve sağlık personeli bulundurmalı, tıbbi ve teknik standartlara uygun yeterlilik ve donanımına sahip olmalı, tıp biliminin güncel standartlarına uygun şekilde faaliyet göstermelidir⁹². Hastanenin anılan özelliklere sahip olup olmadığını denetim yetkisi devlettedir. Öyle ki, özel hastanelerdeki uygulamalarda aykırılık bulunduğu durumlarda bunu önleme yükümlülüğü devlete aittir⁹³. Böylece sağlık hizmetinden yararlanan kişilerin zarara uğraması halinde devlet denetim ve önleme yükümlülüğünü eksik yerine getirmesinden kaynaklanmışsa özel hastane işleticisi ile birlikte Devletin de sorumluluğu doğacaktır⁹⁴.

Değnilmesi gereken bir diğer husus ise özel hastanelerde meydana gelen her tıbbi hatada idarenin sorumluluğuna gidilemeyeceğidir. Meydana gelen zarar ile idarenin denetim ve gözetim yükümlülüğünün aksaklığı arasında illiyet bağı bulunmalıdır⁹⁵. İdare tarafından denetimler yeterli sıklıkta yapılmamışsa, eksikliklerin tespitinde yetersiz kalınmışsa, belirlenen eksiklerin giderilip giderilmediği konusunda yeni bir denetim yapılmamışsa kusurlu bulunması kuvvetle muhtemeldir⁹⁶.

⁹⁰ N. Doğan Leblebici ‘Organizasyon Kusurundan Doğan Zarar Açısından Özel Hastane ve Hekimlerin Sorumluluklarına Kısa Bir Bakış’ 189 < www.dergipark.org.tr > Erişim Tarihi: 13.05.2019.

⁹¹ Aktaran Çınarlı (n 10) 217

⁹² Er, Topaç and Kaygusuz (n 40) 829

⁹³ ibid 830

⁹⁴ ibid (n 40) 830

⁹⁵ Çınarlı (n 10) 225

⁹⁶ ibid 225

Devletin sorumluluğunun kapsamının belirlendiği Danıştay 15. Dairesinin 08.04.2015 tarihli ve 2013/5507 Esas ve 2015/2024 Karar sayılı kararında: “sağlık hizmetlerini kamu hizmeti ruhsatı ile yürüten özel sağlık kuruluşları üzerinde idarenin içselleştirilmiş bir denetim ve gözetim yetkisi bulunmaktadır. Sağlık Bakanlığı’nın sahip olduğu bu yetki, gerek Anayasa’nın 56.maddesinin 4.fıkrasında gerekse Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu’nun sağlık hizmetleri ile ilgili temel esasları düzenleyen 3.maddesinde belirtilmiştir. Sağlık Bakanlığı ve illerde başkanlığın taşra teşkilatı olarak görev yapan İl Sağlık Müdürlükleri denetim ve gözetim görevlerini belli usul ve esaslara göre yerine getirip, gereken hallerde özel sağlık kuruluşlarına yaptırım uygulamaktadırlar”⁹⁷ şeklinde hüküm kurulmuştur.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bir kararında⁹⁸: hekimin sorumluluğunun yanında özel hastane işleteninin de adam kullanan ve işleten sıfatıyla müştereken ve müteselsilen sorumlu tutmuştur. Özel hastane işleteninin tacir sıfatıyla basiretli bir tacir gibi davranması gerektiğine ve yapılan hizmetin yaşama hakkını yakından ilgilendiren kamusal faaliyet olması nedeniyle de gerek personel seçiminde gerekse denetleme açısından yüksek oranda özen göstermesi gerektiği ifade edilmiştir.

Yine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun özel hastanenin sorumluluğuna gittiği kararda⁹⁹ akıl hastalığı bulunan ve intihara meyilli hastaya bu konuda yetişmiş hemşire görevlendirilmemesinin kusurlu eylem teşkil ettiği sonucuna varmıştır.

Bunlar haricinde, Türkiye’de devletin özel hastanelerdeki sorumluluğuna ilişkin verilen bir kararda; tiroidoktemi ameliyatı olan bir hastanın ameliyat sonrası hayatını kaybetmesi sonucunda Sağlık Bakanlığı’nın denetim görevini yerine getirmeyip caydırıcı müeyyideler öngörmemesi nedeniyle tazminata mahkûm edilmiştir¹⁰⁰.

Benzer olarak İstanbul 3.İdare Mahkemesinin 2001/1622 E. ve 2003/1505 sayılı kararında¹⁰¹ bir özel hastanede yapılan guatr ameliyatı sonrasında yaşanan komplikasyona zamanında müdahale edilmediği için hasta hayatını kaybetmiştir. Öyle ki, vücutta biriken kan pıhtısının dışarı

⁹⁷ < www.kazanci.com.tr > Erişim Tarihi: 07.04.2021.

⁹⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 13-291/370, 23.06.2004.

⁹⁹ YHGK, 13-393/452, 21.10.2009.

¹⁰⁰ Kararı aktaran, Oğuz Polat, Tıbbi Uygulama Hataları (Seçkin Yayıncılık 2005) 269

¹⁰¹ <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi: 10.07.2021.

akmayıp boyun organı ve damarlarında basıya neden olduğu bu nedenle de basıya bağlı olarak solunum dolaşımı yetersizliğinden hasta vefat etmiştir. Olaya konu özel hastanede yapılan denetim sonucunda da hastane sahipliğinde bir ambulansın olmadığı, hasta asansörünün bulunmadığı, özürlü tuvaletinin olmadığı, acil ünitesinin düzenlenmediği, morg bölümlerinin yetersiz ve sağlık koşullarına aykırı olduğu, tahlil laboratuvarının bulunmadığı, yangın merdiveninin ikinci kattan itibaren başladığı gibi hususlar tespit edilmiştir. Hatta tespitten sonra da hastane faaliyetten men edilerek ruhsatı iptal edilmiştir. Söz konusu özel hastane üzerinde denetim ve gözetim yükümlülüğünün gereğince ve zamanında yapılmaması ve tespit edilen aykırılıklara karşı caydırıcı yasal müeyyidelerin kullanılmamış olmasından ötürü somut olayda idarenin hizmet kusurunun bulunduğu kabul edilmiştir. Tarafların temyizi üzerine Danıştay 10. Dairesi 2004/12187 E. ve 2007/3052 K sayılı kararında¹⁰² yerel mahkemenin kararını sadece tazminat miktarı açısından bozmuştur. Söz konusu karar oldukça yerinde bir karardır. Söz konusu karara katılmaktayız. İdare, ruhsatlandırdığı özel hastanenin denetim ve gözetim yükümlülüğünü aksattığı takdirde de tıpkı verdiğimiz karar örneğindeki gibi sorumluluğu doğacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince devletin denetleme ve gözetleme görevi kapsamında özel hastanelerdeki organizasyon kusurlarından sorumluluğu tartışılmıştır. 2002 yılında Calvelli-Ciglio/İtalya davasında; *“Devletlerin yerine getirmekle ödevli oldukları pozitif yükümlülük, hem özel hem de devlet hastanelerini hastalarının yaşamlarını korumak için gerekli tedbirler almaya zorlayan düzenlemeler yapmalarını gerektirir”*¹⁰³ şeklinde yorum yapılmıştır. Mahkemeye göre devletler özel-devlet ayırımına gitmeden tüm hastanelerin sağlık birimlerinin tıbbi standartlara uygun şekilde ve gerekli tedbirlerin alınarak işlemlerini sağlamakla görevlidir¹⁰⁴.

Devletin özel hastaneler bağlamındaki bir başka sorumluluğu devletin ilaç üretiminden kaynaklanan sorumluluğudur¹⁰⁵. Devletin burada

¹⁰² <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi:10.07.2021.

¹⁰³ Kararı aktaran, Çınarlı (n 10) 218

¹⁰⁴ Cavelli and Ciglio v. Italy, <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:[%22002-5597%22]> Erişim Tarihi: 10.07.2021.

¹⁰⁵ Hakan Hakeri, İlaç Üretimi ve Uygulanması Sırasındaki Hatalardan Ötürü İlaç Üreticisinin Sorumluluğu (İlaç ve Tıp Alanında Ceza Hukuku, Etik ve Tıbbi Sorunlar Sempozyumu, 8 Ekim 2008, İstanbul) 142

sorumluluğunun ortaya çıkmasının nedeni, ilaç üretilip piyasaya sürülürken Sağlık Bakanlığının ruhsat verme işlemine tabi olmasındandır. Devlet, ilaç üretilirken formülizasyon hatası, üretim hatası ve uyarı hatası gibi hatalarla karşılaşılması için gerekli denetimleri yapmalıdır. Aksi durumda idare, ilaç kullanımından dolayı ortaya çıkan zararlardan sorumlu tutulabilecektir.

SONUÇ

Bireylerin sağlıklı yaşaması için devletin birçok yükümlülüğü bulunmaktadır. Sağlıklı olmak sadece nefes almak, hayatta kalmak anlamına gelmez. Kişiler tam bir iyilik hali içinde olabilmelidir. Sağlığı korumak da devletin yükümlülüğüdür. Devlet, vatandaşlara “genel bir iyilik hali” ve “insan onuruna yakışır şekilde yaşayabilme” imkânı sağlamalıdır. Nitekim bu hakları sağlayabilen devletlere sosyal hukuk devleti denmektedir.

Sağlık hizmetleri yürütülürken hizmetin; kötü işlemesi, hiç işlememesi veya geç işlemesi nedenleri ile bireyler zarara uğrayabilecektir. Sağlık hizmetlerinin kusurlu bir şekilde sunulması sonucu bireylerin zararlarının tazmin edilmesi ise hukuk devleti ilkesinin bir sonucudur.

Sağlık hizmetleri bünyesinde risk taşıyan hizmet türü olması sebebiyle uzun yıllar zarara uğrayan bireylerin zararlarının ancak idarenin ağır kusurunun varlığı halinde tazmin edilebileceği görüşü kabul görmektedir. 2015 yılı sonrası ise, basit-ağır hizmet kusuru ayrımı yavaş yavaş ortadan kaldırılarak tıbbi müdahalelerde sadece hizmet kusurunun varlığı yeterli görülmeğe başlanmıştır. Ancak bu yaklaşımın benimsenmesi sonucunda, hekimlerin defansif tıp yoluna başvurarak tehlikeli idari faaliyetlerde çekinik davranma ihtimalini de artırmaktadır.

Yine Danıştay son uygulamalarında kişisel kusur-hizmet kusuru ayrımını neredeyse ortadan kaldırarak, kamu hizmeti görülürken verilen zararlar açısından asıl olarak idareyi sorumlu tutmuştur. İdarenin, kamu görevlisinin sorumluluğu oranında rücu hakkı saklı kalmıştır. Bu uygulama tereddüt ve belirsizlikleri giderici bir nitelik taşımaktadır. Zira eski uygulamada kamu sağlık kurumlarında çalışan hekimler için hem adli yargıda hem idari yargıda dava açılmakta, karışıklıklar meydana gelmekteydi.

Belirttiğimiz gibi sağlık hizmetlerinin sunumunda idare birinci ve asli sorumluluk taşımaktadır. İdare ruhsatlandırma işlemi ile bu hizmetin sunulmasını özel hukuk kişilerine devredebilecektir. Sağlık hizmetleri-

nin özel kuruluşlarca yerine getirilmesi esnasında idarenin bu kuruluşlar üzerinde gözetim ve denetim görev ve yükümlülüğü devam etmektedir. Danıştay uygulamalarına göre de idarenin denetim ve gözetim yükümlülüğünü ihmali durumunda, idarenin özel hastane ile birlikte müterafik kusurlu bulunmaktadır. Bununla birlikte, idarenin de özel hastaneye adli yargı kapsamında rücu davası açma hakkı saklı kalacaktır. Özel hastane işletenin de basiretli bir tacir gibi davranması gerekir. Sunulan hizmetin yaşama hakkını yakından ilgilendiren kamusal faaliyet olması nedeniyle de özel hastane işletenin gerek personel seçiminde gerekse denetleme açısından yüksek oranda özen göstermesi gerekmektedir.

Kanaatimizce yargı kararları açısından sağlık hizmetlerinde belirli bir standart yakalamak oldukça zordur. Zira bilim geliştikçe yeni tıp teknikleri ve tıbbi standartlar oluşmaktadır. Sonuç olarak da devletin sahip olduğu kamu kudreti karşısında güçsüz konumda bulunan vatandaşın sağlık hizmetlerinden ötürü uğradığı zararlar açısından haklarının hukukten korunmasına özen gösterilmelidir.

KAYNAKÇA

Akgül A, ‘İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazmin Sorumluluğu ve Danıştay’ın Yeni Yaklaşımı’(2016) 11(2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.

Akgül A, ‘Yargı Kararları Işığında, Gebelik ve Doğum Sürecinde Sağlık Hizmeti Kusurundan Kaynaklanan Tam Yargı Davaları’(2012) 3(10) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi: Yargıtay Onursal Başkanı A. Nazım Kaynak’a Armağan.

Akyılmaz B, Sezginer M and Kaya C, Türk İdare Hukuku (Seçkin Yayıncılık 2009)

Akyılmaz B, İdarenin Kusurlu Personeline Rücu Sorunu (Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, 2009)

Altın H, ‘Haksız Fiillere Ceza Kanunlarındaki Zamanaşımının Uygulanması’(2020) 69 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-32

Ayan M, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk (Kazancı Hukuk Yayınları 1991)

Aykın C and Çınarlı S, Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu (1st edn, Seçkin Yayıncılık 2016)

Bayındır S, ‘Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu’(2007) 11(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Bozdağ A, ‘İdare Hukukunda İdarenin Hizmet Kusuru ve Danıştay Uygulaması’(2010) Türk İdare Dergisi 468

Candaş G, Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi Kapsamında Özel Hastanenin Hukuki Sorumluluğu (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı, İstanbul, 2019)

Çınarlı S, ‘İdari Yargı Kararları Işığında Özel Hastanelerde Meydana Gelen Tıbbi Uygulama Hatasından İdarenin Denetim Yetkisi Nedeniyle Sorumluluğunun Tartışılması’(2016) 5(10) Tıp Hukuku Dergisi 207-227

Çınarlı S, Çelik S and Teyin A, ‘İdarenin Tıbbi Uygulama Hatalarında Sorumluluğuna Etkisi Bakımından Hastanın Kusuru’(Temmuz 2016) 11(119) Terazi Hukuk Dergisi 14-35

Çınarlı S, Ermumcu F and Meral O, Tıbbi Uygulamadan Doğan İdari Yargı (Tam Yargı) Davaları (1st edn, Adalet Yayınevi 2020)

Çınarlı S, ‘Tıbbi Uygulama Hatalarında Organizasyon Kusurunun Yeri’(2017) (11) Tıp Hukuku 151-171

Demir B, Sağlık Hizmetlerinin Özel Sektör Tarafından Yürütülmesi (Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (İdare Hukuku) Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2011)

Durkal E, ‘Yargı Kararları Işığında Hizmet Kusuru’(Şubat 2019) 14(150) Terazi Hukuk Dergisi.

Ersöz K, Türk İdare Hukuku Açısından Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Sorumluluk (Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2010)

Gönen Y, ‘Hak Arama Özgürlüğü Bağlamında Tam Yargı Davasındaki Usul ve Sürelerin Haksız Fiilden Kaynaklanan Tazminat Davası İle Karşılaştırılması’(2016) 7(1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.

Gözler K, İdare Hukuku Cilt 2 (2nd edn, Ekin Basım Yayın Dağıtımı 2009)

Günday M, İdare Hukuku (8th edn, İmaj Yayıncılık 2003)

Güran S, ‘Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu’(1982) (12) Danıştay Dergisi 46-47

Hakeri H, İlaç Üretimi ve Uygulanması Sırasındaki Hatalardan Ötürü İlaç Üreticisinin Sorumluluğu (İlaç ve Tıp Alanında Ceza Hukuku, Etik ve Tıbbi Sorunlar Sempozyumu, 8 Ekim 2008, İstanbul)

- Hakeri H, Tıp Hukuku (5th edn, Seçkin Yayınları 2012)
- Leblebici D, ‘Organizasyon Kusurundan Doğan Zarar Açısından Özel Hastane ve Hekimlerin Sorumluluklarına Kısa Bir Bakış’ <www.dergipark.org.tr> Erişim Tarihi: 13.05.2019.
- Nomer H, Özel Hukuka Tabi Kişiler ile İdarenin Birlikte Sorumluluğu (Seçkin Yayınları 2004)
- Onar S, İdare Hukukunun Umumi Esasları I. Cilt (3rd edn, İsmail Akgün Matbaası 1966)
- Polat O, Tıbbi Uygulama Hataları (Seçkin Yayınları 2005)
- Sağlık Bakanlığı, Türkiye’de Sağlığa Bakış 2007, T.C Sağlık Bakanlığı-Refik Saydam Hıfzıssıhha Merkezi Başkanlığı Hıfzıssıhha Mektebi Müdürlüğü Yayını, Yayın No:12.
- Sancakdar O, İdare Hukuku Teori Çalışma Kitabı (2nd edn Baskı 2012)
- Sancakdar O, İdare Hukuku (3th edn, Seçkin Yayınları 2013)
- Sarıca R, ‘Hizmet Kusuru ve Karakteri’(1949) 15(4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası.
- Söyler Y, ‘Yargıtay Kararları Işığında Kişisel Kusur’(2010) 14(2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.
- Şahbaz İ, ‘Bir Sosyal Hak Olarak Sağlık Hakkı’(2009) 86 TBB Dergisi.
- Şener O, Kamu Ekonomisi (8th edn, Beta Basım Yayım 2006).
- Türk E, ‘İdarenin Hizmet Kusurundan Doğan Sorumluluğu’(2019) 93(3) İstanbul Barosu Dergisi.
- Ulusoy A, Kamu hizmetleri İncelemeleri (1st edn, Ülke Kitapları 2004)
- Yasin M, Tıbbi Hatalardan İdarenin Sorumluluğu (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Sempozyumu Deniz Ofset Matbaacılık, İstanbul, Ocak 2007)
- Yıldırım R and Çınarlı S, Türk İdare Hukuku Dersleri Cilt II (1st edn, Adalet Yayınevi 2019)
- Yücesan A, İdarenin Sorumluluğunun Koşulu Olarak Ağır Hizmet Kusuru (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019)