

**T.C.  
ANKARA ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
KAMU HUKUKU (İDARE HUKUKU)  
ANABİLİM DALI**

**İDARENİN SAĞLIK HİZMETLERİNİN  
YÜRÜTÜLMESİNDEN KAYNAKLANAN  
SORUMLULUĞU**

Yüksek Lisans Tezi

Miraç ÇELİK

Ankara-2013

**T.C.  
ANKARA ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
KAMU HUKUKU (İDARE HUKUKU)  
ANABİLİM DALI**

**İDARENİN SAĞLIK HİZMETLERİNİN  
YÜRÜTÜLMESİNDEN KAYNAKLANAN  
SORUMLULUĞU**

Yüksek Lisans Tezi

Miraç ÇELİK

Tez Danışmanı  
Yrd. Doç. Dr. Kaya Burak ÖZTÜRK

Ankara-2013

T.C.  
ANKARA ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
KAMU HUKUKU (İDARE HUKUKU)  
ANABİLİM DALI

**İDARENİN SAĞLIK HİZMETLERİNİN  
YÜRÜTÜLMESİNDEN KAYNAKLANAN  
SORUMLULUĞU**

Yüksek Lisans Tezi

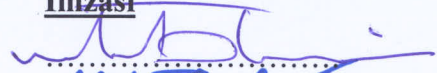
Tez Danışmanı: Yrd. Doç. Dr. Kaya Burak ÖZTÜRK

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

Prof. Dr. MEHMET DEMİR  
Yrd. Doç. Dr. M. Ayhan TEKİNSOY  
Yrd. Doç. Dr. K. Burak ÖZTÜRK

  
M. Tekinsoy  
B. Öztürk

Tez Sınavı Tarihi 10/07/2013

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ**  
**ANKARA ÜNİVERSİTESİ**  
**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE**

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.(.../.../....)

Tezi Hazırlayan Öğrencinin  
Adı ve Soyadı

.....  
İmzası  
.....

## İÇİNDEKİLER

|                   |    |
|-------------------|----|
| İÇİNDEKİLER ..... | i  |
| KISALTMALAR ..... | vi |
| GİRİŞ .....       | 1  |

## I. BÖLÜM

### SAĞLIK HİZMETLERİNE İLİŞKİN TEMEL KAVRAMLAR VE TÜRK HUKUKUNDA SAĞLIK HİZMETLERİNİN KURUMSAL YAPISI

|                                                                          |    |
|--------------------------------------------------------------------------|----|
| I) GENEL OLARAK .....                                                    | 3  |
| II) SAĞLIK KAVRAMI .....                                                 | 3  |
| III) SAĞLIK HAKKI KAVRAMI.....                                           | 6  |
| A) ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI BELGELERİNDE SAĞLIK<br>HAKKI.....          | 8  |
| 1) İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi.....                                | 9  |
| 2) Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi .. | 10 |
| 3) Avrupa Sosyal Şartı .....                                             | 12 |
| 4) Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı .....                               | 13 |
| B) TÜRK HUKUKUNDA SAĞLIK HAKKI .....                                     | 15 |
| 1) 1961 Anayasası.....                                                   | 16 |
| 2) 1982 Anayasası.....                                                   | 16 |

|                                                   |    |
|---------------------------------------------------|----|
| IV) SAĞLIK HİZMETLERİ KAVRAMI .....               | 21 |
| A) GENEL OLARAK KAMU HİZMETİ KAVRAMI.....         | 21 |
| B) TÜRK HUKUKUNDA SAĞLIK HİZMETLERİ .....         | 27 |
| C) SAĞLIK HİZMETLERİ PERSONELİ .....              | 42 |
| 1) Sağlık Personeli .....                         | 45 |
| 2) Yardımcı Sağlık Personeli .....                | 48 |
| 3) Diğer Personel .....                           | 48 |
| D) SAĞLIK HİZMETLERİNİN TÜRLERİ.....              | 49 |
| 1) Koruyucu Sağlık Hizmetleri .....               | 49 |
| 2) Teşhis ve Tedavi Edici Sağlık Hizmetleri ..... | 50 |
| 3) Rehabilitasyon Edici Sağlık Hizmetleri .....   | 50 |
| V) SAĞLIK ALANINDAKİ KOLLUK FAALİYETİ .....       | 51 |

## **II. BÖLÜM**

### **SAĞLIK HİZMETLERİ ALANINDA İDARENİN SORUMLULUĞUNUN DAYANDIĞI ESASLAR**

|                                                                       |    |
|-----------------------------------------------------------------------|----|
| I) GENEL OLARAK .....                                                 | 60 |
| II) SAĞLIK HİZMETLERİNDE İDARENİN KUSURA DAYANAN<br>SORUMLULUĞU ..... | 65 |
| A) HİZMET KUSURU .....                                                | 67 |

|                                                                              |     |
|------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1) GENEL OLARAK .....                                                        | 67  |
| 2) HİZMET KUSURUNUN ÖZELLİKLERİ .....                                        | 70  |
| a) Hizmet Kusurunun Bağımsızlığı.....                                        | 70  |
| b) Hizmet Kusurunun Asliliği ve Doğrudan Doğrualığı.....                     | 71  |
| c) Hizmet Kusurunun Genelliği .....                                          | 72  |
| d) Hizmet Kusurunun Esnekliğı.....                                           | 75  |
| e) Hizmet Kusurunun Anonimliğı.....                                          | 77  |
| B) SAĞLIK ALANINDA KUSURUN GÖRÜNÜM BİÇİMLERİ .....                           | 81  |
| 1) KLASİK AYRIM .....                                                        | 81  |
| a) Sağlık Hizmetinin Kötü İşlemesi .....                                     | 85  |
| b) Sağlık Hizmetinin Geç İşlemesi.....                                       | 90  |
| c) Sağlık Hizmetinin Hiç İşlememesi.....                                     | 96  |
| 2) SAĞLIK HİZMETLERİNE ÖZGÜ AYRIM.....                                       | 105 |
| a) Sağlık Hizmetlerinin Kuruluşu ve İşleyişinden Kaynaklanan Sorumluluk..... | 105 |
| b) Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Sorumluluk.....                          | 110 |
| (1) Tıbbi Müdahale Kavramı .....                                             | 110 |
| (2) Tıbbi Müdahalelerde Hizmet Kusuru .....                                  | 113 |
| (a) Komplikasyon .....                                                       | 116 |

|                                                                                            |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| (b) Malpraktis .....                                                                       | 123 |
| C) SAĞLIK HİZMETLERİNDE HİZMET KUSURU-KİŞİSEL<br>KUSUR AYRIMI .....                        | 130 |
| 1) Genel Olarak Kişisel Kusur Kavramı.....                                                 | 130 |
| 2) AY md. 129/5 ve DMK md. 13'ün Değerlendirilmesi.....                                    | 134 |
| D) ÖZEL KESİM ELİYLE YÜRÜTÜLEN SAĞLIK HİZMETLERİ<br>DOLAYISIYLA İDARENİN SORUMLULUĞU ..... | 140 |
| II) SAĞLIK HİZMETLERİNDE İDARENİN KUSURSUZ<br>SORUMLULUĞU .....                            | 146 |

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### SAĞLIK HİZMETLERİNDE SORUMLULUĞUN KOŞULLARI VE SORUMLULUĞU ETKİLEYEN DURUMLAR

|                                                                               |     |
|-------------------------------------------------------------------------------|-----|
| I) GENEL OLARAK .....                                                         | 172 |
| II) SORUMLULUĞUN KOŞULLARI .....                                              | 172 |
| A) İDARİ DAVRANIŞ.....                                                        | 172 |
| B) NEDENSELLİK BAĞI .....                                                     | 174 |
| C) ZARAR .....                                                                | 178 |
| II) SAĞLIK HİZMETLERİNDE SORUMLULUĞUN AZALMASI VEYA<br>ORTADAN KALKMASI ..... | 186 |

|                                  |     |
|----------------------------------|-----|
| A) MÜCBİR SEBEP.....             | 186 |
| B) BEKLENMEYEN DURUMLAR.....     | 189 |
| C) ZARAR GÖRENİN DAVRANIŞI ..... | 190 |
| D) ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN DAVRANIŞI..... | 193 |
| <br>                             |     |
| SONUÇ .....                      | 198 |
| KAYNAKÇA.....                    | 201 |
| ÖZET.....                        | 212 |
| ABSTRACT .....                   | 213 |

## KISALTMALAR

|        |                                                          |
|--------|----------------------------------------------------------|
| AMKD   | : Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi                    |
| AÜHFD  | : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi            |
| AÜSBFD | : Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi |
| AY     | : Anayasa                                                |
| b.     | : Bası                                                   |
| Bkz.   | : Bakınız                                                |
| C.     | : Cilt                                                   |
| Çev.   | : Çeviren                                                |
| D.     | : Daire                                                  |
| DD     | : Danıştay Dergisi                                       |
| der.   | : Derleyen                                               |
| DİBB   | : Danıştay İçtihat Bilgi Bankası                         |
| DİDDK  | : Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu                   |
| DMK    | : Devlet Memurları Kanunu                                |
| E.     | : Esas                                                   |
| Ibid.  | : Aynı yerde (aynı eserde)                               |
| İÜHFM  | : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası         |
| K.     | : Karar                                                  |
| KHK    | : Kanun Hükmünde Kararname                               |
| K.T.   | : Karar Tarihi                                           |
| m.     | : Madde                                                  |
| No     | : Numara                                                 |

|          |                                |
|----------|--------------------------------|
| op. cit. | : Adı geçen eser               |
| RG       | : Resmi Gazete                 |
| s.       | : Sayfa                        |
| SSK      | : Sosyal Sigortalar Kurumu     |
| TBMM     | : Türkiye Büyük Millet Meclisi |
| vb.      | : Ve Benzeri                   |
| YD.      | : Yürütmeyi Durdurma           |
| YHGK     | : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu  |

## GİRİŞ

En temel insan haklarından biri olarak kabul edilen yaşama hakkının en önemli bileşenlerinden birini de hiç kuşku yok ki sağlık kavramı oluşturmaktadır. İnsan onuruna yaraşır bir hayat sürmenin bir gereği olarak sağlık hakkının tanınması ve gerçekleştirilmesi gerekir. Bu yönüyle uluslararası insan hakları belgelerinde bir “insan hakkı” olarak kabul edilen sağlık hakkı, ayrıca ulusal düzeyde pozitif hukuk tarafından tanınmış bir “temel hak” konumundadır.<sup>1</sup>

Anayasamız gereği devlet, sağlık hakkının gerçekleştirilmesi noktasında görevli olup, yine Anayasamızın 56. maddesinde devletin bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak ve onları denetleyerek yerine getireceği hüküm altına alınmıştır. Bu çalışmanın konusu da işte devlete bir görev olarak yüklenen sağlık hizmetlerinin yürütülmesi dolayısıyla idarenin sorumluluğunun ne zaman ve hangi şartlar altında doğacağı ve bu sorumluluğun kapsam ve derecesinin ne olacağı hususudur.

Bizi bu yönde bir çalışma yapmaya iten temel nedenlerden biri, spesifik ve teknik bir alan olan sağlık hizmetleri alanında idarenin hangi şartlar altında sorumlu olacağını düzenleyen özel yasal bir düzenlemenin bulunmuyor oluşu ve buna dayalı olarak uygulamada ortaya çıkan belirsiz durumdur. Bu noktada özellikle idari yargıda, idarenin sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan sorumluluğuyla ilgili olarak yapılan değerlendirmelerin pozitif temelde ve sorumluluk sistemleri temelinde sorgulanması gerekmektedir.

---

<sup>1</sup> İzzet Mert ERTAN, *Uluslararası Boyutlarıyla Sağlık Hakkı*, İstanbul, Legal Yayınevi, 1. b., 2012, s. 1.

Çalışma kapsamında cevaplanmaya değer gördüğümüz bazı temel sorular üzerinde durulmuştur. Örneğin, yürütülen sağlık hizmetleri dolayısıyla ortaya çıkan zararlardan doğrudan doğruya idare mi yoksa ilgili sağlık personeli mi sorumlu olacaktır? Kusurlu sorumluluk temelinde salt basit kusurun varlığı sağlık hizmetlerinde idarenin sorumluluğuna gidilebilmesi için yeterli midir? Sağlık hizmetleri alanında idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilebilmesi mümkün müdür?

Çalışmamızın hedefi, işte bu sorular temelinde konuya ilişkin eleştirel ve akademik bir bakış sunmaktır. Bu doğrultuda, çalışmamızda konuyla ilgili pozitif düzenlemelerin yanı sıra doktrindeki görüşler de incelenmiş, Fransız ve Türk Danıştay'ının görüşleri de yargı kararları doğrultusunda ele alınmaya çalışılmıştır.

İdarenin sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan sorumluluğu başlığını taşıyan bu çalışma iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde öncelikli olarak sağlık kavramı ve sağlık hakkı kavramı üzerinde durulmuş, devamında sağlık hizmetleri kavramı ve türleri açıklanarak sağlık hizmetlerinde çalışan personel ile ilgili bilgiler verilmiştir. Yine bu bölümde devletin sağlık alanında yürüttüğü kolluk faaliyetine ve bu faaliyetin sağlık hizmetleriyle olan ilişkisine değinilmiştir.

İkinci bölümde ise, idarenin sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan sorumluluğu, kusurlu sorumluluk ve kusursuz sorumluluk ilkeleri çerçevesinde ele alınmış, sağlık hizmetlerinde sorumluluğun koşullarının ne olduğu incelenmiş ve son olarak sağlık hizmetlerinde hangi durumlarda idarenin sorumluluğunun azalacağı ve ortadan kalkacağı konuları üzerinde durulmuştur.

## **I. BÖLÜM**

### **SAĞLIK HİZMETLERİNE İLİŞKİN TEMEL KAVRAMLAR VE TÜRK HUKUKUNDA SAĞLIK HİZMETLERİNİN KURUMSAL YAPISI**

#### **I) GENEL OLARAK**

İdarenin sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan sorumluluğu, en basit ifadeyle, idarenin spesifik ve teknik bir alan olan sağlık hizmetleri alanındaki sorumluluğunu ifade eder. İdarenin bu alandaki sorumluluğunun hukuki tahlili, her şeyden önce bu teknik alana ilişkin birtakım temel kavramların açıklanmasını gerekli kılar. Sağlık, sağlık hakkı, sağlık hizmeti gibi kavramlar, idarenin bu alandaki sorumluluğunun tespiti ve sınırlarının çizilmesi bakımından oldukça önemli işlevlere sahiptirler. Dolayısıyla, bahsi geçen kavramlar üzerinde yapılacak açıklamalar, ileride yapılacak hukuki değerlendirmenin daha sağlam temeller üzerine oturtulmasında bizlere yardımcı olacaktır. Bu itibarla, yaptığımız plan dahilinde, bu bölümde ilk olarak sağlık kavramına değinilecek, ardından sağlık hakkı, Türk hukuku ve uluslararası insan hakları belgelerindeki düzenlemeler ışığında incelenecek, son olarak sağlık hizmeti kavramı çeşitli yönleriyle ele alınıp irdelenecektir.

#### **II) SAĞLIK KAVRAMI**

Sağlık kavramı ilk bakışta tanımlanması güç bir kavram olarak görünmeyebilir. Buna karşın, sağlık kavramına ilişkin, genelgeçer türden bir tanım vermek görüldüğü kadar kolay değildir. Bunun en büyük nedenlerinden biri, kavramın sahip olduğu dinamik yapıdır. Dünya üzerindeki ekonomik, sosyal ve kültürel gelişmeler, sağlık kavramına olan bakışı da etkilemektedir. Dolayısıyla

sağlık kavramına yüklenen anlamlar tarihsel süreçte farklılaşabilmektedir. Buna paralel olarak, farklı dönemlerde sağlık kavramına ilişkin çok farklı tanımlara rastlamak da mümkün hale gelmektedir.

Sağlık kavramına ilişkin yapılan ilk tanımlarda, sağlık kavramının salt biyolojik açıdan ele alındığı görülmektedir. Buna göre sağlık kavramı başlangıçta yalnızca “*vücudun hasta olmaması hali*” şeklinde tanımlanmıştır.<sup>2</sup> Ancak bu tanımlama zamanla yetersiz görülmeye başlanmış ve sağlık kavramını bütün boyutlarıyla ele almadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Nitekim, sağlık kavramı yalnızca insan bedeniyle ilgili olmayıp, insanın fiziksel ve biyolojik yapısı ile birlikte psikolojik yapısı ile de ilgilidir. Yani sağlık kavramı insanların bedensel ve ruhsal bütün problemlerini kapsamaktadır.<sup>3</sup> Buradan hareketle sağlık kavramı uzunca bir dönem “*bedensel ve ruhsal yönden tam bir iyilik hali*” şeklinde tanımlanmıştır. Ancak zamanla bu tanım da sağlık kavramını açıklamak konusunda yetersiz görülmeye başlanmıştır. Nitekim sağlık kavramının bir de toplumsal boyutu bulunmaktadır. İnsan, doğası gereği sosyal bir varlıktır ve bu durum onu diğer canlılardan ayırmaktadır. İnsan, içinde bulunduğu toplumun bir üyesi olarak, sosyal çevreyle sürekli iletişim ve etkileşim halindedir. Sosyal ilişkiler, sosyal olaylar ve sosyal olgular insan sağlığını etkileyebilmektedir. Öyle ki, sosyal ilişki, olgu ve

---

<sup>2</sup> Ayşe TEKİN, *Sağlık-Hastalık Olgusu ve Toplumsal Kökenleri (Burdur Örneği)*, (Danışman: Prof Dr. Metin ÖZKUL), Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2007, s. 22.

<sup>3</sup> Ünal ER, *Sağlık Hukuku*, Ankara, Savaş Yayınevi, 1. b., 2008, s. 1.

olayların neden olduğu hastalıklar tıp literatüründe “sosyal hastalıklar” adı altında, ayrı bir kategoride incelenmektedir.<sup>4</sup>

O halde sağlık kavramı tanımlanırken tüm bu hususların birlikte değerlendirilmesi gerekir. Nitekim, Dünya Sağlık Örgütü de sağlık kavramını ele alırken sağlığın bu çok yönlü boyutunu dikkate alarak, bu doğrultuda bir tanım yapma yoluna gitmiştir. Dünya Sağlık Örgütü, sağlık kavramını “*yalnızca hastalık veya sakatlık hali değil, bedensel, ruhsal ve sosyal yönden tam bir iyilik hali*” olarak tanımlamıştır. Dünya Sağlık Örgütü’nün yapmış olduğu bu tanım, Türk hukukunda da benimsenmiştir. Nitekim, 224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun’un 2. maddesinde sağlık kavramı “*yalnız hastalık ve mâluliyetin yokluğu olmayıp beden, ruhen ve sosyal bakımdan tam bir iyilik hali*” şeklinde tanımlanmıştır.

Dünya Sağlık Örgütü’nün yapmış olduğu tanım, esasen günümüzde genel kabul gören sağlık tanımıdır. Buna karşın başlangıçta belirttiğimiz üzere, sağlık kavramı, sahip olduğu dinamik yapı itibarıyla, ilerde farklı boyutlarda ele alınabilir ve bu doğrultuda yeni tanım çabalarına girilebilir.<sup>5</sup> Sağlık kavramının geçirmekte

---

<sup>4</sup> Hatta, İl Sağlık Müdürlükleri’nde “Ruh Sağlığı ve Sosyal Hastalıklar Şubesi” adı altında, bu türden hastalıklar için kurulmuş özel birimler bulunmaktadır.

<sup>5</sup> Öyle ki, son zamanlarda, “sosyal ve ekonomik olarak üretici bir yaşam sürebilme” halinin de sağlık kavramının tanımına eklenmesi gerektiği yolunda görüşler ileri sürülmeye başlanmıştır. Bu konuyla ilgili ayrıca bkz. Coşkun KESGİN/Ahmet TOPUZOĞLU, “Sağlığın Tanımı; Başaçıkma”, *Journal of Istanbul Kültür University*, 2006, Sayı: 3, s. 47.

olduğu evrim göz önüne alındığında bu türden bir sonucun doğması, kanaatimizce, beklenmeyen bir durum olarak değerlendirilmemelidir.

### III) SAĞLIK HAKKI KAVRAMI

Sağlık hakkı kavramına yönelik açıklamalara geçmeden önce, başlangıçta bu alana yönelik genel bir terminoloji sorununa değinmek gerekir. Sağlık kavramının bir “hak” olarak ifade edilmesi hususunda özellikle uluslararası alanda, çeşitli insan hakları belgelerinde bir terim birliğine varıldığından söz edilemez.<sup>6</sup> İçerik itibarıyla sağlık kavramını düzenlemekle birlikte, bu hak, çeşitli belgelerde “sağlığın korunması hakkı” (Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi, Avrupa Sosyal Şartı), “tıbbi bakım hakkı” (İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi), “tıbbi yardım hakkı” (Avrupa Sosyal Şartı), “fiziksel ve ruhsal sağlık standartlarından yararlanma hakkı” (Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi), “bedensel ve ruhsal sağlık hakkı” (Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Ek Protokol) şeklinde ifade edilmektedir.<sup>7</sup> Bununla birlikte günümüzde yaygın olarak kullanılan terim “*sağlık hakkı*” terimidir. Biz de bundan sonraki açıklamalarımızda bu kavramı karşılamak üzere “*sağlık hakkı*” terimini kullanacağız.

Sağlık hakkına ilişkin bir genel bir tanım vermek gerekirse, sağlık hakkı “*kişinin toplumdan, devletten, sağlığının korunmasını, gerektiğinde tedavi*

---

<sup>6</sup> Gökem BİRİNCİ, “Fikri Mülkiyet Hakkı Kısacasında Sağlık Hakkı”, *Uluslararası Sosyal Haklar Sempozyumu*, Ankara, Belediye-İş Sendikası Yayını, 2009, s. 224.

<sup>7</sup> Adil ŞAHİN, “Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Ekonomik Sosyal ve Kültürel Hakların Niteliği Bağlamında Sağlık Hakkının Kapsamı Üzerine Bir İnceleme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 59, 2010, Sayı: 4, s. 738.

*edilmesini, iyileştirilebilmesini isteyebilmesi ve toplumun sağladığı imkânlardan faydalanabilmesi” şeklinde ifade edilebilir.<sup>8</sup> Bu haliyle sağlık hakkı, insan haklarına ilişkin uluslararası belgelerde de düzenlendiği üzere, insanların salt insan olmalarından kaynaklı, doğuştan sahip oldukları bir hak olarak kabul edilmektedir.*

İnsan haklarını çeşitli yönlerden tasnife tabi tutmak mümkündür. İnsan haklarını tarihsel süreç içerisinde ortaya çıkış tarihlerine göre tasnif eden teoriye göre sağlık hakkı, ikinci kuşak haklar kategorisinde yer almaktadır.<sup>9</sup> İkinci kuşak haklar, daha ziyade devletlerin sosyal sorumluluklarına gönderme yapan haklardır. İkinci kuşak hakların büyük çoğunluğunda, sağlık hakkında olduğu gibi, devlete bir hizmet sunma ödevi yüklenmiştir.<sup>10</sup> Buna göre; devlet kişinin sağlıklı olmasını ve sağlıklı kalmasını sağlayacak önlemler almalı, kişi sağlığını kaybettikten sonra da adil, eşit, ulaşılabilir sağlık hizmetleri ve tıbbi bakım görmesini sağlamalıdır. Kişinin sağlığını tehdit eden faktörlerin etkisiz hale getirilmesi, devlet tarafından sağlık hakkının bir gereği olarak gerçekleştirilmelidir.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> ER, *op. cit.*, s. 14.

<sup>9</sup> Kemal GÖZLER, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa, Ekin Yayınevi, 12. b., 2011, s. 113.

<sup>10</sup> Nilgün SARP, “İnsan Hakkı Olarak Sağlık Hakkı”, *Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Girne-Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu*, Girne, Adalet Yayınevi, 2010, s. 36.

<sup>11</sup> Hamide TACİR, *Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 1. b., 2011, s. 35.

## A) ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI BELGELERİNDE SAĞLIK HAKKI

Sosyal ve ekonomik hakların uluslararası insan hakları belgelerine ve anayasalara girişi yolunda 1. Dünya Savaşı'ndan sonra başlayan akım, 2. Dünya Savaşı'ndan sonra daha da hızlanmıştır.<sup>12</sup> Nitekim sağlığın bir “hak” olarak kabul edilmesi ve uluslararası belgelerde ele alınmaya başlanması durumu 2. Dünya Savaşı sonrasındaki döneme rastlamaktadır.

Sağlık hakkını düzenleyen pek çok uluslararası insan hakkı belgesi olmakla birlikte bu hak bazı belgelerde doğrudan bazılarında ise dolaylı bir şekilde ele alınmıştır. Bu belgelerin bir kısmı Türk hukuku açısından ayrı bir öneme sahiptir. Nitekim Anayasa'nın 90. maddesi, usulüne göre yürürlüğe konmuş milletlerarası antlaşmaların kanun hükmünde olduğunu, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümlerinin esas alınacağını ifade etmektedir.<sup>13</sup> Bu hükmün bir gereği olarak,

---

<sup>12</sup> Münci KAPANI, *Kamu Hürriyetleri*, Ankara, Yetkin Yayınları, 7. b., 1993, s. 57.

<sup>13</sup> 1982 Anayasası md. 90/5: “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7/5/2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.*”

usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar iç hukukumuzun birer parçası durumundadırlar.

Biz bu çalışmada, bünyesinde doğrudan veya dolaylı olarak sağlık hakkına yer veren uluslararası insan hakları belgelerinin tümünü ele almak yerine, önemli gördüğümüz bazı insan hakları belgelerini incelemeyi tercih ediyoruz.

### **1) İnsan Haklar Evrensel Bildirgesi<sup>14</sup>**

Sağlık hakkını uluslararası alanda ele alan ilk insan hakları belgesi, 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'dir. Bildirgenin 25. maddesinde sağlık hakkı şu şekilde düzenlenmiştir:

*"1. Herkesin kendisinin ve ailesinin sağlık ve refahı için beslenme, giyim, konut ve tıbbi bakım hakkı vardır. Herkes, işsizlik, hastalık, sakatlık, dulluk, yaşlılık ve kendi iradesi dışındaki koşullardan doğan geçim sıkıntısı durumunda güvenlik hakkına sahiptir.*

---

<sup>14</sup> İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, 10 Aralık 1948 tarihinde, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda 8 çekimser oya karşı 48 olumlu oyla kabul edilmiştir. Türkiye de İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'ne olumlu oy veren ülkeler arasındadır. Türkiye, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'yle ilgili olarak 6 Nisan 1949 tarih ve No: 3/9119 sayılı "İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi Hakkında Bakanlar Kurulu Kararı" çıkarmış ve bu karar uyarınca İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin Türkçe resmi çevirisini yayımlamıştır (RG, 27 Mayıs 1949, s. 7217). Mehmet Semih GEMALMAZ, *Ulusüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, İstanbul, Legal Yayınları, 7. b., 2010, s. 58.

*2. Anaların ve çocukların özel bakım ve yardım görme hakları vardır. Bütün çocuklar, evlilik içi veya evlilik dışı doğmuş olsunlar, aynı sosyal güvenceden yararlanırlar."*

Bu düzenlemede sağlık hakkı “yaşama hakkı” ile ilişkilendirilmiştir.<sup>15</sup> Söz konusu belge, iç hukukta bir bağlayıcılığa sahip olmasa da sağlık hakkını uluslararası alanda ele alan ilk belge niteliğini taşıyor olması nedeniyle büyük önem taşımaktadır.

## **2) Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi<sup>16</sup>**

---

<sup>15</sup> Gültüvin GÜR, “Dezenformasyona Uğratılan Bir Sosyal Hak Olarak Sağlık”, *Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu II (Bildiriler)*, İstanbul, Petrol-İş Yayını, 2010, s. 300.

<sup>16</sup> Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nda 16 Aralık 1966 tarihinde kabul edilmiştir. Türkiye, bu sözleşmeyi 15 Ağustos 200 tarihinde imzalamış ve 4 Haziran 2003 tarihinde de sözleşmeyi onaylamak üzere 4867 sayılı “Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun”u çıkartmıştır. Bakanlar Kurulu’nun 10 Temmuz 2003 tarih ve karar sayısı No: 2003/5923 sayılı kararıyla Sözleşmenin onaylanması uygun bulunmuş ve bu karara ekli olarak Sözleşmenin resmi Türkçe çevirisi ve orijinal metni ile Türkiye’nin onaylama işlemine eklediği toplam üç adet “beyan” ile bir adet “çekince” metinleri yayımlanmıştır (RG, 11 Ağustos 2003, s. 25196). Türkiye, Sözleşmenin onay belgesini 23 Eylül 2003 tarihinde depo etmiş ve Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi md. 27/2 uyarınca Sözleşme Türkiye

Bünyesinde sağlık hakkına yer veren bir diğer önemli uluslararası insan hakları belgesi de Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'dir. Sözleşmenin 12. maddesi sağlık hakkını "sağlık standardı hakkı" başlığı altında şu şekilde düzenlemiştir:

*"1. Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, herkesin mümkün olan en yüksek seviyede fiziksel ve ruhsal sağlık standartlarına sahip olma hakkını tanır.*

*2. Bu Sözleşmeye Taraf Devletlerin bu hakkı tam olarak gerçekleştirmek amacıyla alacakları tedbirler, aşağıdakiler için de alınması gerekli tedbirleri içerir:*

*a) Varolan doğum oranının ve bebek ölümlerinin düşürülmesi ile çocukların sağlıklı gelişmelerinin sağlanması;*

*b) Çevre sağlığını ve sanayi temizliğini her yönüyle ileriye götürme;*

*c) Salgın hastalıkların, yöresel hastalıkların, mesleki hastalıkların ve diğer hastalıkların önlenmesi, tedavisi ve kontrolü;*

*d) Hastalık halinde her türlü sağlık hizmetinin ve bakımının sağlanması için gerekli şartların yaratılması."<sup>17</sup>*

---

bakımından 23 Aralık 2003 tarihinden itibaren hüküm doğurmaya başlamıştır. GEMALMAZ, *op. cit.*, s. 327.

<sup>17</sup> Birleşmiş Milletler, sözleşmeyle ilgili olarak 11 Ağustos 2000 Tarihli ve E/C.12/2000/4 Sayılı 14 Nolu "yorum beyanı" ile sağlık hakkının nasıl yorumlanması gerektiği konusunda birtakım açıklamalar ve değerlendirmelerde bulunmuştur. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Lema UYAR (der.), *Birleşmiş*

Birleşmiş Milletler, 10 Aralık 2008 tarihi itibarıyla bu sözleşmede yer alan haklara ilişkin bireysel başvuru yapılmasını kabul etmiştir. Bu şekilde bir güvence mekanizmasının oluşturulması suretiyle, sözleşmede yer alan sağlık hakkının yaşama geçirilmesi konusunda önemli bir adım atılmıştır.<sup>18</sup>

### 3) Avrupa Sosyal Şartı<sup>19</sup>

Sağlık hakkının ele alındığı bir diğer önemli insan hakları belgesi de Avrupa Sosyal Şartı'dır. Avrupa Sosyal Şartı'nın 11. maddesi "sağlığın korunması hakkı" başlığı altında şu şekilde düzenlenmiştir:

*"Akit Taraflar sağlığın korunması hakkının etkin biçimde kullanılmasını*

---

*Milletlerde İnsan Hakları Yorumları (İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi 1981-2006), İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2006.*

<sup>18</sup> TACİR, *op. cit.*, s. 46.

<sup>19</sup> Avrupa Sosyal Şartı 18 Ekim 1961 tarihinde imzaya açılmış ve 26 Şubat 1965'de yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Avrupa Sosyal Şartı'nı, imzaya açıldığı tarih olan 18 Ekim 1961 tarihinde imzalamıştır. Bu işlemin ardından 28 yıl sonra 16 Haziran 1989 tarih ve 3581 sayılı "Avrupa Sosyal Şartı'nın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun" çıkarılmıştır. Bakanlar Kurulu'nun 7 Ağustos 1989 tarih ve 89/14434 sayılı Kararı ile Avrupa Sosyal Şartı'nın onaylanması Bakanlar Kurulu'na kararlaştırılmıştır. Türkiye, onaylama belgesini Avrupa Konseyi'ne 24 Kasım 1989 tarihinde depo etmiş ve bu belge 24 Aralık 1989 tarihinden itibaren, onaylama işlemini yaparken eklediği "Beyan"daki çerçeve içinde yürürlük kazanmıştır. GEMALMAZ, *op. cit.*, s. 1070.

*sağlamak üzere, ya doğrudan veya kamusal veya özel örgütlerle işbirliği içinde, diğer önlemlerin yanı sıra,*

*1-Sağlığın bozulmasına yol açan nedenleri olabildiğince ortadan kaldırmak;*

*2-Sağlığı geliştirmek ve sağlık konularında kişisel sorumluluğu artırmak üzere eğitim ve danışma kolaylıkları sağlamak;*

*3-Salgın hastalıklarla yerleşik mevzii ve başka hastalıklar olabildiğince önlemek; üzere tasarlanmış uygun önlemler almayı taahhüt ederler."*

#### **4) Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı<sup>20</sup>**

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 35. maddesi de "sağlık hizmetleri" başlığı altında sağlık hakkına ilişkin bir düzenleme getirmiştir. Söz konusu madde şu şekildedir:

*"Herkes, ulusal yasalar ve uygulamalarda belirtilen şartlar çerçevesinde koruyucu sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkına ve tıbbi tedaviden yararlanma*

---

<sup>20</sup> Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, 7 Aralık 2000 tarihinde Nice zirvesinde Avrupa Parlamentosu, Konsey ve Komisyon başkanları tarafından imzalanarak ilan edilmiştir. Şart, Avrupa Birliği'ne aday ülkeler açısından insan hakları alanındaki çalışma ve hazırlıkların hangi çerçeve içinde yapılması gerektiği hususuna açıklık getiren, bu konuda aday ülkelere yol gösteren bir belge niteliğindedir. Bu noktada Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın hukuki olarak bir bağlayıcılığı bulunmasa da politik açıdan bir bağlayıcılığı bulunduğu ifade edilmektedir. Yüksel METİN, "Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt: 57, 2002, Sayı: 4, s. 61.

*hakkına sahiptir.*

*Bütün Birlik politikaları ve faaliyetlerinin tanımlanmasında ve uygulanmasında yüksek düzeyde bir insan sağlığı koruması sağlanmalıdır."*

Sağlık hakkının ele alındığı uluslararası insan hakları belgeleri bunlarla sınırlı değildir. Bünyesinde sağlık hakkına yer veren pek çok uluslararası insan hakları belgesi bulunmaktadır.<sup>21</sup> Bununla birlikte sağlık hakkını ayrı ve bağımsız bir hak şeklinde düzenlemeyip, bu hakkı diğer bazı haklar ışığında ele alan uluslararası belgeler de mevcuttur. Örnek vermek gerekirse, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde "sağlık hakkı" ayrı ve bağımsız bir hak olarak yer almamıştır. Ancak söz konusu sözleşmede yer alan yaşama hakkı, vücut bütünlüğü, özel yaşamın gizliliği, işkence ve insanlık dışı davranış veya cezaya uğramama gibi haklar sağlık hakkıyla yakından ilişkilidir.<sup>22</sup>

Özellikle yaşama hakkı, sağlık hakkıyla doğrudan ilişkili bir haktır. Yaşama hakkının anlamlı kılınabilmesi, bireyin insan onuruna yaraşır bir hayat sürebilmesi için sağlık hakkının tanınmış ve bu haktan yararlanma olanağının sağlanmış olması gerekir.<sup>23</sup> Her kişiye bedensel varlığını sürdürebilmesinin minimum koşullarının

---

<sup>21</sup> Örneğin, Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, Engellileri Haklarına İlişkin Sözleşme bunlardan bazılarıdır.

<sup>22</sup> TACİR, *op. cit.*, s. 46.

<sup>23</sup> ER, *op. cit.*, s. 14.

sağlanması yaşama hakkının gerektirdiklerindendir.<sup>24</sup> Hatta daha da ileri gidilerek, sağlığı olmayan insanların diğer haklarını kullanamayacağı varsayımından hareketle sağlık hakkına ayrı bir önem verilmesi gerektiği ileri sürülebilir.<sup>25</sup>

JELLINEK'in klasikleşmiş ayrımı çerçevesinde pozitif statü hakları içerisinde değerlendirilen<sup>26</sup> sağlık hakkı, uluslararası belgelerin birçoğunda bir sosyal hak olarak yer almaktadır. Bu noktada dikkat çeken bir husus, insan haklarına ilişkin uluslararası belgelerin çoğunda bu hakkın gerçekleştirilebilmesi için “kaynak yetersizliği” veya “kaynak yokluğu” gibi gerekçeleri haklı gösteren normatif bir eğilimin bulunmayışıdır. Bu husus, spesifik olarak sağlık hakkına özgü bir durumdur ve sağlık hakkının önemine işaret etmektedir.<sup>27</sup>

## **B) TÜRK HUKUKUNDA SAĞLIK HAKKI**

Türk hukukunda sağlık hakkına ilişkin yasal düzenlemeler oldukça fazladır. Bu alana ilişkin mevzuatı tüm yönleriyle ele almak esasen başka bir çalışmanın konusunu teşkil eder. Bu nedenle biz bu bölümde sağlık hakkını, çalışmamızın amacıyla sınırlı olarak, yalnızca anayasal düzeyde ele alıp inceleyeceğiz.

---

<sup>24</sup> İoanna KUÇURADİ, *İnsan Hakları Kavramları ve Sorunları*, Ankara, Meteksan Yayınları, 1. b., 2007, s. 123.

<sup>25</sup> ŞAHİN, *op. cit.*, s. 737.

<sup>26</sup> Pozitif statü hakları, bireylere devletten olumlu bir davranış, bir hizmet, bir yardım isteme imkanını tanıyan haklardır. Bu tür haklar, devlete sosyal alanda bir takım görevler yüklerler. Örneğin çalışma hakkı, sağlık hakkı, konut hakkı, sosyal güvenlik hakkı bu tür haklardandır. GÖZLER, *op. cit.*, s. 112.

<sup>27</sup> *Ibid.*, s. 739.

## 1) 1961 Anayasası

Türk Hukukunda sağlık hakkının anayasal düzlemde tanınması ilk kez 1961 Anayasası ile mümkün olmuştur. 1961 Anayasası'nın "sağlık hakkı" kenar başlığını taşıyan 49. maddesi şu şekildedir:

*“Devlet, herkesin beden ve ruh sağlığı içinde yaşayabilmesini ve tıbbî bakım görmesini sağlamakla ödevlidir.*

*Devlet, yoksul veya dar gelirli ailelerin sağlık şartlarına uygun konut ihtiyaçlarını karşılayıcı tedbirleri alır.”*

Söz konusu hüküm, her ne kadar “sağlık hakkı” kenar başlığını taşısa da içerik itibariyle daha ziyade sağlık hakkı konusunda devlete yüklenen ödevlere dikkat çekmektedir. Bu bağlamda 1961 Anayasası, sağlık hakkıyla ilgili olarak devlete “herkesin beden ve ruh sağlığı içinde yaşayabilmesini sağlamak”, “herkesin tıbbi bakım görmesini sağlamak” ve “yoksul veya dar gelirli ailelerin sağlık şartlarına uygun konut ihtiyaçlarını karşılayıcı tedbirleri almak” şeklinde üç ödev yüklemiştir. Bununla birlikte madde sağlık hakkının, “sağlıklı olmak”, “sağlıklı kalmak” ve “gerektiğinde tıbbi bakım ve hizmetlere ulaşabilmek” boyutlarını da kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. Yine, madde metninden de anlaşılacağı üzere, söz konusu hakkın süjesi “herkes” olarak ifade edilmiştir.

## 2) 1982 Anayasası

1982 Anayasası'nda ise 1961 Anayasası'nın aksine “sağlık hakkı” kenar başlığını taşıyan bir madde bulunmamaktadır. Anayasa'nın 56. maddesi doğrudan ve yalnızca sağlık hakkını ele almamakla birlikte, bünyesinde sağlık hakkına da yer

vermiştir. Anayasa'nın, Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler bölümünde yer alan, "sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması" kenar başlığını taşıyan 56. maddesi şu şekildedir:

*"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 sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler.*

*Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir.*

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

Söz konusu madde metninde de görüldüğü üzere, 1961 Anayasası'nda olduğu gibi, 1982 Anayasası'nda da sağlık hakkından ziyade devletin sağlık hakkıyla ilgili pozitif yükümlülükleri ön plana çıkartılmıştır. Yani 1982 Anayasası, sağlık hakkını doğrudan ve açık bir şekilde düzenlemek yerine, bu hakkı "devletin sağlık hizmetleri alanındaki yükümlülükleri" çerçevesinde ele almıştır. Nitekim kullanılan ifadelere bakılacak olursa, madde kenar başlığı da "sağlık hakkı" değil "sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması" şeklinde kaleme alınmıştır.

Sağlık hakkı her ne kadar 1982 Anayasası'nda tek bir maddede doğrudan ve

açık bir şekilde düzenlenmemiş ise de, Anayasa’da sağlık hakkıyla doğrudan veya dolaylı olarak ilgili olan pek çok madde bulunmaktadır. Örnek vermek gerekirse, Anayasa’nın “sporun geliştirilmesi” kenar başlıklı 59. maddesi, sağlık hakkıyla ilgili hükümler ihtiva etmektedir.<sup>28</sup> Bunun yanında Anayasa’nın, Kişinin Hak ve Ödevleri bölümünde yer alan ve “kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı” kenar başlığını taşıyan 17. maddesi<sup>29</sup> ve yukarıda bahsi geçen 56. maddede yer alan “çevrenin korunması”na ilişkin hükümler de sağlık hakkıyla yakından ilgilidir.

Anayasa’da açık bir şekilde “sağlık hakkı” teriminin kullanılmamış olması, bu hakkın anayasal düzlemde tanınmadığı anlamına gelmez. Nitekim yukarıda ifade ettiğimiz gibi, Anayasa’da yer alan kimi hükümler dikkate alındığında, yorum yoluyla sağlıkla ilgili bazı hak kategorilerine ulaşılabilir.<sup>30</sup> Yine, Anayasa Mahkemesi’nin vermiş olduğu kararlar da bu bağlamda önemlidir. Anayasa’da yer alan sağlık hakkıyla ilişkilendirilebilecek hükümler ve başta Anayasa Mahkemesi olmak üzere, yargı organlarının konuya ilişkin yapmış oldukları değerlendirmeler birlikte düşünüldüğünde, sağlık hakkının anayasal bağlamda güvence altına alındığını söylemek mümkündür.<sup>31</sup>

---

<sup>28</sup> *Ibid.*, s. 755.

<sup>29</sup> TACİR, *op. cit.*, s. 70.

<sup>30</sup> ŞAHİN, *op. cit.*, s. 756.

<sup>31</sup> TACİR, *op. cit.*, s. 77. Örneğin, Anayasa Mahkemesi, önceki yıllarda vermiş olduğu bir kararda “Anayasa’nın 56. maddesinin 3., 4. ve 5. fıkraları yine devlete, kişilerin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmelerini sağlamak için sağlık kuruluşlarının hizmetlerini, düzenleme, denetleme ve organize -etme gibi görevler

1982 Anayasası'nın sağlık hakkına ilişkin hükümleri incelenirken, Anayasa'nın 65. maddesine de ayrıca parantez açmak gerekir. Anayasa'nın 65. maddesine göre; *“devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir”*. Anayasa'nın söz konusu maddesi, devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin sınırlarını çizmektedir. Sağlık hakkı da sosyal bir haktır ve bu sosyal hakla ilgili olarak Anayasa'nın 56. maddesi bağlamında devlete birtakım ödevler yüklenmiştir. Anayasa'nın 56. ve 65. maddeleri birlikte düşünüldüğünde, devletin sağlık alanındaki görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getireceği sonucuna varılır. Bununla birlikte 65. maddeyle ilgili olarak ortada genel bir yorum sorunu bulunmaktadır. Devletin iktisadi ve sosyal alandaki ödevlerinin sınırlarını çizen böyle maddeler, çoğu zaman sosyal hakların “korunma dereceleri”

---

*yüklemiştir. Anlaşılmaktadır ki, devlet, kişilerin yaşamlarını sağlıklı biçimde sürdürmeyi sağlamak amacını çeşitli sosyal güvenlik kuruluşları ile gerçekleştirecektir. Devlet için bir görev, kişiler için de bir hak olan bu amaç gerçekleştirilirken bu hakkı sınırlayıcı, bu haktan yararlanmayı zayıflatıcı düzenlemeler Anayasa'nın 56. maddesine de aykırıdır.”* değerlendirmesinde bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi, 17 Ocak 1991 tarih ve E.1990/27, K.1991/2 sayılı Karar, AMKD, Sayı: 27/1, s. 130. Anayasa Mahkemesi'nin benzer nitelikte başka kararları da bulunmaktadır. Örneğin, Anayasa Mahkemesi, 15 Aralık 2006 tarih ve E.2006/111, K.2006/112 sayılı Karar, AMKD, Sayı: 43, s. 383; Anayasa Mahkemesi, 16 Ekim 1996 tarih ve E.1996/17, K.1996/38 sayılı Karar, Sayı: 33/1, s. 152.

ile ilgili algılanmayıp, bu hakların korunmamasının birer özrü olarak kullanılmaktadırlar.<sup>32</sup> Oysa bu noktada yasama organının takdiri, bu hakların gerçekleştirilip gerçekleştirilmeyeceği noktasında değil, ancak ne ölçüde gerçekleştirileceği noktasında mevcuttur.<sup>33</sup> Dolayısıyla Anayasa'nın 65. maddesini sosyal hakların gerçekleştirilmemesi noktasında devlete kolaylık sağlayan bir mazeret hükmü olarak değerlendirmemek gerekir. Aksi halde sosyal hakların anayasal düzlemde tanınması pratikte bir anlam ifade etmeyecektir. Öyle ki, Anayasa'nın 65. maddesi sosyal hakların gerçekleştirilmemesinin bir özrü olarak yorumlandığı takdirde, devlet mali kaynakların yetersizliğini gerekçe göstererek sosyal haklar alanındaki yükümlülüklerini yerine getirmeyebilecektir.<sup>34</sup> Bu durumda, sağlık hakkı gibi pek çok sosyal hakkın varlığı tehdit altına girecektir. Bu nedenle Anayasa'nın 65. maddesini, sosyal hakların gerçekleşmesi bağlamında bir özür hükmü olarak değil, bu hakların korunma dereceleriyle ilgili bir hüküm olarak yorumlamak gerekir.

---

<sup>32</sup> KUÇURADİ, *op. cit.*, s. 18.

<sup>33</sup> Ergun ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayınları, 10. b., 2009, s. 146.

<sup>34</sup> Anayasa'nın 65. maddesindeki sınır, bütün sosyal haklar bakımından geçerli değildir. Söz konusu sınır yalnızca devletin olumlu edimini gerektiren sosyal haklar bakımından bir anlam ifade eder. Bu nedenle devletin olumlu bir edimini gerektirmeyen sendikal haklar, mali kaynakların yeterliliği ölçüsüne bağlanamaz. Devlet bu hakları, mali kaynaklarının yeterliliğine bakmaksızın her halükarda gerçekleştirmek zorundadır. Bu konu hakkında bkz. ÖZBUDUN, *op. cit.*, s. 146; GÖZLER, *op. cit.*, s. 78.

## IV) SAĞLIK HİZMETLERİ KAVRAMI

### A) GENEL OLARAK KAMU HİZMETİ KAVRAMI

Kamu hizmeti alanı, idare hukukunun en karmaşık ve tartışmalı <sup>35</sup> alanlarından biri olarak gösterilmektedir. Bununla birlikte kamu hizmeti kavramı, idare hukukunun da ötesinde, kamu hukukunun temel kavramı olarak da ifade edilebilmektedir.<sup>36</sup> Kamu hizmeti, sahip olduğu bu özel konum itibarıyla, üzerinde çok durulmuş ve çok şey yazılmış olmasına karşın yeterince berraklaşmamış bir kavram olarak değerlendirilmektedir.<sup>37</sup>

Tarihsel süreç incelendiğinde, kamu hizmeti kavramının geçmişten günümüze önemli değişimler geçirdiğini söylemek mümkündür. Özellikle 2. Dünya Savaşı'ndan sonra yaşanan gelişmelerle birlikte kamu hizmeti anlayışında değişimler başlamıştır. Klasik kamu hizmeti anlayışla ilgili olarak organik, maddi ve şekli ölçütlerde başlayan çözülme, kamu hizmetinin tanımını da değiştirmiştir.

---

<sup>35</sup> Bu konu için ayrıca bkz. Cüneyt OZANSOY, “Türkiye’de Kamu Hizmeti Tartışmaları: Bir Hamaset ve Habaset Alanı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 46, 1997, Sayı: 1-4.

<sup>36</sup> Leon DUGUIT, *Kamu Hukuku Dersleri*, (Çev. Süheyy DERBİL), Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1954, s. 76.

<sup>37</sup> Aydın GÜLAN, *Kamu Hizmeti ve Görülüş Usulleri*, (Danışman: Doç. Dr. İl Han ÖZAY), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1987, s. 75.

Organik ölçütün çözülmesiyle birlikte, artık bir faaliyetin kamu hizmeti sayılabilmesi için, o faaliyetin mutlaka klasik idari kuruluşlarca yürütülmesi şartı aranmamaya başlamıştır.<sup>38</sup> Günümüzde, kamu hizmetlerinin özel kuruluşlar aracılığıyla da yürütülebileceği kabul edilmektedir.<sup>39</sup> Hatta Avrupa Birliği Organları, kamu hizmetinin görülüş usulleriyle ilgili olarak, mutlaka gerekli olmadıkça devletin kamu hizmetlerini bizzat işletmemesini, bunun yerine sadece düzenleyici ve denetleyici konumda bulunmasını empoze etmeye çalışmaktadırlar.<sup>40</sup> Nihayetinde, tüm bu gelişmelere paralel olarak, günümüzde artık devlet merkezli kamu hizmeti anlayışının, yerini çok sektörlü hizmet sunumuna bıraktığını söylemek mümkündür.<sup>41</sup> Bununla birlikte, her ne kadar kamu hizmeti alanında artık çok sektörlü bir hizmet sunumundan söz edilse de, bu hizmetler kim eliyle ve hangi usuller dahilinde yürütülürse yürütülsün, hizmeti sunanlar üzerinde sürekli denetim

---

<sup>38</sup> Metin GÜNDAY, *İdare Hukuku*, Ankara, İmaj Yayınevi, 10. b., 2011, s. 294.

<sup>39</sup> Anayasa Mahkemesi de geçmiş yıllarda vermiş olduğu bir kararda, kamu hizmetleriyle ilgili olarak şöyle bir değerlendirmede bulunmuştur: “...toplum hayatının gittikçe genişlemesiyle çoğalan kamu hizmetlerinin mutlaka idare kuruluşları tarafından görülmesi koşulu artık aranmamakta, bunların dışında özel kişilerce de gerçekleştirileceği kabul edilmektedir.” Anayasa Mahkemesi, 12 Nisan 1990 tarih ve E.1990/4, K.1990/6 Sayılı Karar, *AMKD*, Sayı: 26, s. 124.

<sup>40</sup> Ali ULUSOY, “Fransız ve Avrupa Birliği Kamu Hizmeti Anlayışlarının Türk Hukukuna Etkisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1999, Sayı: 1-4, s. 170.

<sup>41</sup> Neval GENÇ, “Yeni Kamu Hizmeti Yaklaşımı”, *Türk İdare Dergisi*, 2010, Sayı: 466, s. 152.

ve gözetim yetkisi, tartışmasız bir şekilde kamu yararını sağlamak konusunda birinci dereceden sorumlu olan devlet veya ilgili kamu idaresine aittir.<sup>42</sup>

Kamu hizmetine ilişkin olarak maddi ölçütün de artık kamu hizmeti anlayışını açıklamakta yetersiz olduğu ileri sürülebilir.<sup>43</sup> Zira bir faaliyet, niteliği gereği kamu hizmeti sayılamaz. Buna karşın Anayasa Mahkemesi, geçmiş yıllarda verdiği bazı kararlarda kimi faaliyetlerin “niteliği gereği kamu hizmeti” olduğunu ifade etmiştir.<sup>44</sup> Anayasa Mahkemesi’nin bu yönde vermiş olduğu kararlar eleştiriye açıktır. Bir hizmeti “kamu hizmeti” haline getirme yetkisi, başta yasama organı olmak üzere devletin yetkili organlarına aittir. Hatta TRUCHET’nin de ifade ettiği gibi “*kamu hizmeti, belli faaliyetler üzerine siyasi organlar tarafından yapıştırılan bir etiketten ibarettir.*”<sup>45</sup> Bu doğrultuda, bir faaliyet yasama organı tarafından “kamu hizmeti”

---

<sup>42</sup> GÜNDAY, *op. cit.*, s. 294.

<sup>43</sup> *Ibid.*, s. 295.

<sup>44</sup> Örnek vermek gerekirse, Anayasa Mahkemesi, 9 Aralık 1994 tarih ve E.1994/43, K.1994/42-2 sayılı kararında “*Bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığı saptanırken, niteliğine bakmak gerekir. Nitelik yönünden kamu hizmeti olan bir hizmetin özel kesimce yürütülmesi, onun niteliğine etkili görülemez.*” değerlendirmesinde bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi’nin kamu hizmeti yaklaşımıyla ilgili olarak ayrıca bkz. Turgut TAN, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı”, *Anayasa Yargısı*, Cilt: 8, 1991, s. 233-252.

<sup>45</sup> Didier TRUCHET, “Nouvelles récentes d’un illustre vieillard : label de service public et statut de service public”, *AJDA*, 1982, s. 427’den nakleden: Ali ULUSOY, *op. cit.*, s. 167.

olarak nitelendirilmediği müddetçe, o faaliyetin sırf niteliği gereği kamu hizmeti sayılacağı söylenemez. Yasama organının kamu hizmeti olarak nitelendirmediği bir faaliyeti Anayasa Mahkemesi'nin "kamu hizmeti" olarak nitelendirmesi, yasama organına ait olan bir yetkinin gaspı<sup>46</sup> olarak değerlendirilebilir.<sup>47</sup> Bu noktada kanaatimizce Anayasa Mahkemesi'nin yapması gereken şey, faaliyetin niteliğine bakarak kamu hizmeti değerlendirmesi yapmak değil, yasama organının o faaliyeti kamu hizmeti olarak kabul edip etmediğini saptamaya çalışmaktır.<sup>48</sup> Bununla birlikte bazı hizmetler bizzat anayasa tarafından devletin görev alanına sokulmuş olabilir. Bu durumda faaliyetin kamu hizmeti niteliği doğrudan anayasadan kaynaklanır.<sup>49</sup> Dolayısıyla bu hizmetler için yasama organı veya devletin yetkili organlarının ayrıca "kamu hizmeti" nitelemesi yapmasına ihtiyaç yoktur.<sup>50</sup> 1982 Anayasası'nda da bazı

---

<sup>46</sup> Hatta böyle bir durumu, idare hukukundaki deyiimiyle, "fonksiyon gaspı" olarak nitelendirmek mümkündür.

<sup>47</sup> Kemal GÖZLER, *İdare Hukuku (Cilt II)*, Bursa, Ekin Yayınevi, 2. b., 2009, s. 266.

<sup>48</sup> Ali ULUSOY, *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, Ülke Kitapları, 1. b., 2004, s. 29.

<sup>49</sup> Şeref GÖZÜBÜYÜK/Turgut TAN, *İdare Hukuku (Cilt I)*, Ankara, Turhan Kitabevi, 7. b., 2010, s. 687.

<sup>50</sup> Bunun da ötesinde, bizzat anayasa tarafından "kamu hizmeti" olarak zikredilen bir hizmetin, herhangi bir anayasa değişikliği söz konusu olmaksızın, kamu hizmeti olmaktan çıkarılmasının anayasa aykırı olacağı ileri sürülebilir. Yasama yetkisi özü itibarıyla asli bir yetkidir. Bunun anlamı şudur: yasama organı daha önce anayasayla düzenlenmemiş bir alanda düzenleme yapabilir. Kısaca, yasama organının anayasaya dayanma zorunluluğu bulunmamaktadır. Buna rağmen yasama organı anayasaya aykırı bir düzenleme yapamaz. Yani yasama organının önündeki tek zorunluluk

hizmetlerin doğrudan anayasa tarafından düzenlendiği görülmektedir. Milli güvenlik, adalet, eğitim-öğretim ve sağlık hizmetleri, doğrudan Anayasa tarafından düzenlenen kamu hizmetlerine örnek olarak gösterilebilir.

Klasik kamu hizmeti anlayışıyla ilgili olarak organik ve maddi ölçütlerde olduğu gibi zamanla şekli ölçütte de bir çözülme meydana gelmiştir. Klasik anlayışa göre kamu hizmeti, kamusal yönetim biçimine göre yürütülen faaliyetler olarak kabul edilmektedir. Oysa “kamusal usullerle yürütülme”, günümüzde kamu hizmetinin zorunlu bir vasfı olarak kabul edilmemektedir. ONAR’ın da belirttiği gibi;

*“hususî hukuktakinden ayrı bir usul ile görülmesini amme hizmetinin umumi bir karakteri ve unsuru saymak, amme hizmeti olduğundan bugün şüphe edilemeyen sınıai ve iktisadi amme hizmetleri adı altında toplanan bir çok faaliyetlerin bu mahiyetini inkara müncer olur.”*<sup>51</sup>

---

anayasaya aykırı hareket etmemektir. Sonuç olarak anayasada kamu hizmeti olarak nitelendirilmemiş bir hizmet, gerekli görüldüğü takdirde yasama organı tarafından kamu hizmeti haline getirilebilir. Hatta yasama organı tarafından kamu hizmeti haline getirilen bu hizmet daha sonra yine yasama organı tarafından kamu hizmeti olmaktan çıkarılabilir. Ancak anayasa tarafından kamu hizmeti olarak nitelendirilen bir hizmetin, herhangi bir anayasa değişikliği söz konusu olmaksızın, yasama organı tarafından kamu hizmeti olmaktan çıkarılması anayasaya aykırılık teşkil eder. Zira burada faaliyetin kamu hizmeti olarak nitelendirilmesi bizzat anayasa tarafından yapılmıştır.

<sup>51</sup> Sıddık Sami ONAR, *İdare Hukukunun Umumi Esasları (Cilt I)*, İstanbul, Hak Kitabevi, İsmail Akgün Matbaası, 3. b., 1966, s. 25. Anayasa Mahkemesi ve

Bu itibarla, bu gün için kamu hizmeti olarak nitelendirilen faaliyetlerin mutlaka kamusal usullerle yürütülmesi gerektiği gibi bir zorunluluk bulunmamaktadır. Günümüzde kamu hizmetlerinin bütününe saf özel hukuk rejimi uygulanamayacağı gibi saf kamusal rejim de uygulanamaz.<sup>52</sup> Örneğin “idari kamu hizmetleri” olarak kabul edilen eğitim ve sağlık kamu hizmetleri esasen kamu hukuku rejimine tabi olmalarına karşın, “endüstriyel ve ticari kamu hizmetleri” olarak nitelendirilen bazı kamu hizmetleri ağırlıklı olarak özel hukuk, fakat genel itibariyle kamu hukuku-özel hukuk karışımı karma bir hukuki rejime tabi tutulmaktadır.<sup>53</sup>

Sonuç itibariyle, klasik kamu hizmeti anlayışının organik, maddi ve şekli ölçütlerinde yaşanan çözümlerle birlikte günümüzde klasik kamu hizmeti anlayışının ötesinde farklı bir kamu hizmeti anlayışının geçerli olduğunu söylemek mümkündür. Türk pozitif hukukunda da, Anayasa Mahkemesi’nin objektif kamu

---

Uyuşmazlık Mahkemesi’nin de bu doğrultuda vermiş olduğu kararlar bulunmaktadır. Örneğin Uyuşmazlık Mahkemesi’nin önceki yıllarda vermiş olduğu bir kararında da belirtildiği üzere: “...bugün artık özel hukuktakinden ayrı, kamu hukuku usulleriyle görülmesi zorunluluğu kamu hizmetinin değişmez bir karakteri ve unsuru olmaktan çıkmıştır...”. Uyuşmazlık Mahkemesi, 26 Ekim 1992 tarih ve E.1992/33, K.1992/36 sayılı Karar, *Resmi Gazete*, 1 Aralık 1992, Sayı: 21422, s. 18.

<sup>52</sup> Onur KARAHANOGULLARI, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, Ankara, Turhan Kitabevi, 1. b., 2002, s. 193.

<sup>53</sup> GÖZÜBÜYÜK/TAN, *op. cit.*, s. 685.

hizmeti anlayışı bir kenara bırakılacak olursa<sup>54</sup>, büyük ölçüde bu yeni kamu hizmeti anlayışının benimsendiği söyleyebiliriz.

## **B) TÜRK HUKUKUNDA SAĞLIK HİZMETLERİ**

Hangi türden faaliyetlerin kamu hizmeti sayılıp, hangilerinin sayılamayacağı sorunu kamu hizmeti kuramının temel sorunlarından birini teşkil etmektedir. Bununla birlikte, sağlık hizmetlerinin kamu hizmeti niteliği üzerinde çok fazla tartışma bulunmamaktadır. Zira sağlık hizmetleri, Anayasa'nın 56. maddesi bağlamında devletin yürütmekle yükümlü olduğu hizmetler arasında sayılmaktadır.<sup>55</sup>

---

<sup>54</sup> ULUSOY'un da belirttiği gibi, Anayasa Mahkemesi'nin son yıllarda vermiş olduğu kararlar göz önüne alındığında, mahkemenin sübjektif anlayıştan ziyade objektif kamu hizmeti anlayışını benimsendiği görülmektedir. Bu durum, dünyadaki kamu hizmeti anlayışındaki evrimin tersi yönde bir evrim olarak değerlendirilmektedir. Zira dünyada kamu hizmetleri alanında objektif anlayıştan sübjektif anlayışa doğru bir evrim söz konusudur. Ali ULUSOY, "Fransız ve Avrupa Birliği Kamu Hizmeti Anlayışlarının Türk Hukukuna Etkisi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, op. cit., s. 172.

<sup>55</sup> Anayasa Mahkemesi de bu noktada devletin görevleri ve kamu hizmetleri arasında bir bağ kurmaktadır. Mahkeme'ye göre bir hizmetin anayasada devletin görevi olarak düzenlenmesi o hizmetin bir kamu hizmeti olduğunu göstermektedir. Örneğin, Anayasa Mahkemesi, geçmiş yıllarda verdiği bir kararda şu değerlendirmede bulunmuştur: "*Anayasa'nın 130. maddesiyle Devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu açıklanan doğal zenginlikler ve kaynaklarının aranması ve işletilmesinin ilke olarak Devletin görevi sayılması, Anayasa Koyucunun bu işleri 'kamu hizmeti'*

Bu noktada sağlık hizmetleriyle ilgili olarak yasa koyucunun ayrıca kamu hizmeti nitelemesi yapmasına ihtiyaç bulunmadığı sylenabilir. Aynı şekilde sağlık hizmetlerinin niteliği gereği kamu hizmeti sayılıp sayılmayacağı hususunu da tartışmaya gerek yoktur.<sup>56</sup> Zira sağlık hizmetlerinin kamu hizmeti niteliği doğrudan Anayasa’dan kaynaklanmaktadır. O halde sağlık hizmetlerini “anayasal kamu hizmetleri” kategorisinde değerlendirmek mümkündür.

Kamu hizmetleriyle ilgili olarak, her bir kamu hizmetinin kendine has kuralları bulunsa da, tüm bu hizmetler için ortak bazı özellikler ve bu hizmetlere egemen olan temel bazı ilkeler vardır.<sup>57</sup> Dolayısıyla, kamu hizmetlerine hakim olan temel ilkeler, bir kamu hizmeti olan sağlık hizmetleri için de geçerli olmaktadır. Bu itibarla devamlılık, değişebilirlik ve eşitlik gibi kamu hizmeti ilkeleri sağlık hizmetleri için de geçerli temel ilkeler olarak kabul edilmektedir.

---

*niteliğinde gördüğünün açık kanıtıdır.”* Anayasa Mahkemesi, 21 Haziran 1979 tarih ve E.1979/1, K.1979/30 Sayılı Karar, *AMKD*, Sayı: 17, s. 216-265.

<sup>56</sup> Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi’nin bazı kararlarında sağlık hizmetleriyle ilgili olarak “niteliği gereği kamu hizmeti” vurgusu yapıldığı görülmektedir. Anayasa Mahkemesi, 22.11.2007 tarih ve E.2004/114, K.2007/85 sayılı kararında sağlık hizmetiyle ilgili olarak “*toplumsal yaşamın zorunlu gereksinimlerinden olan düzenlilik ve süreklilik isteyen sağlık hizmeti de niteliği gereği kamu hizmetidir.*” değerlendirmesinde bulunmuştur. Ancak yukarıda ifade edildiği üzere Anayasa Mahkemesi’nin yapmış olduğu bu niteleme pratikte pek bir anlam ifade etmemektedir. Zira sağlık hizmeti, anayasal kamu hizmeti niteliğini haizdir.

<sup>57</sup> GÜNDAY, *op. cit.*, s. 297.

Kamu hizmetlerinin aksaması kamu yararını zedeleyici sonuçlar doğuracağından, kanunda öngörülen istisnalar dışında kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli bir şekilde yerine getirilmesi gerekir. Bu itibarla kamu hizmetleri, kamu yararı amacını sağlamaya yönelik olarak devamlılık ilkesine uygun bir şekilde yerine getirilirler. Bununla birlikte, devamlılık ilkesini her kamu hizmetinin kendine has özelliklerine göre değerlendirmek gerekir. Devamlılık ilkesi, bütün kamu hizmetlerinin kesintisiz bir şekilde, 7 gün 24 saat boyunca sunumunu zorunlu kılan bir ilke değildir. Örneğin eğitim hizmeti bu şekilde yerine getirilmez.<sup>58</sup> Buna karşın bazı hizmetler, nitelikleri gereği kesintisiz bir şekilde sunulmak zorundadırlar. Sağlık hizmetleri de, nitelikleri gereği kesintisiz bir şekilde sunulması gereken kamu hizmetleri arasındadır. Sağlık hizmetlerine olan ihtiyacın günün her saatinde doğabileceği hususu göz önünde bulundurulduğunda, sağlık hizmetlerinin kesintisiz bir şekilde, 7 gün 24 saat boyunca sunulması gerektiği sonucuna ulaşmak mümkündür.

Kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli bir şekilde yürütülmesi zorunluluğu, sunulan hizmetlerin aynı zamanda çağın gelişen ve değişen şartlarına uyarlanmasını da zorunlu kılar.<sup>59</sup> Toplumsal, ekonomik, sosyal, teknolojik vb. koşullar zaman içerisinde değişkenlik gösterebilir. Buna paralel olarak, kamu hizmetlerinin gereği

---

<sup>58</sup> Eğitim hizmetinin günün her saatinde sunulmaması, hizmetin sürekli ve düzenli bir hizmet olmadığı anlamına gelmez. Eğitim hizmeti faaliyetinin de kendi içinde bir düzenliliği ve sürekliliği vardır.

<sup>59</sup> İsmet GİRİTLİ/Pertev BİLGİN/Tayfun AKGÜNER/Kahraman BERK, *İdare Hukuku*, İstanbul, Der Yayınları, 4. b., 2011, s. 1028.

gibi sunulması, bu gelişen ve değişen şartlara uyarlanmayı gerektirir. Sağlık hizmetlerinin de çağın gelişen ve değişen şartlarına uyarlanması gerekir. Anayasa Mahkemesi'nin geçmiş yıllarda verdiği bir kararında da belirttiği gibi *“bilime dayalı olması gereken tanı ve tedavi metotlarının insan yararına sürekli yenilik ve gelişme göstermesi, hizmet kalite ve beklentilerini çağın koşullarına yaklaştırmayı gerektirmektedir”*.<sup>60</sup> Bu doğrultuda sağlık hizmetleri alanında, çağın gereklerine uygun olarak, hizmetin örgütlenmesi ve işleyişi alanında yeni düzenlemelere, yeni yöntemlere, yeni araç ve gereçlere ivedilikle yer verilmesi, hizmetin gereği gibi sunulması açısından hayati bir önem arz eder.

Kamu hizmetlerine hakim olan bir diğer ilke de eşitlik ilkesidir. Eşitlik ilkesi uyarınca gerçek veya tüzel bütün kişiler, kamu hizmetleri karşısında eşit olmalıdırlar. Bu ilke esasen, Anayasa'nın 10. maddesinde ifadesini bulan “kanun önünde eşitlik” ilkesinin kamu hizmetleri alanına yansımından ibarettir.<sup>61</sup> Kamu hizmetleri yürütülürken, eşitlik ve tarafsızlık ilkelerine uygun hareket edilmek zorundadır. Bununla birlikte hizmetin niteliği gereği, belli durumlarda hizmetten yararlanmaya aday kişiler arasında bir öncelik-sonralık ilişkisi kurulabilir. Bu durum eşitlik ilkesine aykırı bir durum teşkil etmez. Eşitlik ilkesi, sağlık hizmetleri alanında da geçerli temel bir ilke konumundadır. Sağlık hizmetlerinin sunumunda eşitlik ve tarafsızlık ilkelerine aykırı hareket edilemez. Normal şartlar altında sağlık kurumlarında, belli bir başvuru sırası gözetilmek suretiyle sağlık hizmetleri

---

<sup>60</sup> Anayasa Mahkemesi, 22 Kasım 2007 tarih ve E.2004/114, K.2007/85 sayılı Karar, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>61</sup> GÖZLER, *İdare Hukuku (Cilt II)*, op. cit., s. 309.

sunulmaktadır. Buna karşın sağlık hizmetinin gerekleri, kimi durumlarda bu sıraya bakılmaksızın bazı hastalara öncelik verilmesini gerektirebilir. Örneğin hastane, durumu daha ağır olan hastalara, durumu daha hafif olan hastalara nazaran daha önce hizmet verebilir.<sup>62</sup> Bu gibi hallerde eşitlik ilkesine aykırılıktan söz edilemez. Nispi eşitlik ilkesi uyarınca, farklı durumda bulunan kişiler farklı işlemlere tabi tutulabilirler.<sup>63</sup> Bu, esasen eşitliği zedeleyici değil, pekiştirici nitelikte bir durum olarak kabul edilmektedir. Zira herkesin her durumda aynı şartlara tabi tutulması eşitliğe değil eşitsizliğe yol açar. Bu nedenle, özel durumlar dikkate alınmak suretiyle kişiler arasında bir ayırım yapılabilir. Yalnız burada önemle belirtmek gerekir ki, hizmet sunumuyla ilgili olarak kişiler arasında yapılacak bu ayırım mutlak surette haklı bir nedene dayanmak zorundadır.<sup>64</sup> “Haklı neden” olmaksızın yapılan ayrımlar keyfi ve eşitliğe aykırı olarak değerlendirilebilir.

---

<sup>62</sup> *Ibid.*, s. 310.

<sup>63</sup> GÖZLER, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, op. cit., s. 99.

<sup>64</sup> Anayasa Mahkemesi’nin vermiş olduğu kararlarda da eşitlik ilkesine aykırılık denetlenirken haklı bir nedenin var olup olmadığına bakılmaktadır. Mahkeme, haklı nedenin bulunmadığı durumlarda “eşitlik ilkesine aykırılık” değerlendirmesi yapmaktadır. Örneğin, Anayasa Mahkemesi, önceki yıllarda vermiş olduğu bir kararda “...Mahkememizin çeşitli kararlarında ısrarla vurguladığı gibi eşitlik ilkesi haklı nedenlerin varlığı halinde farklılık yaratılmasına engel olmayıp bilakis bu ilkeyi gerçekleştirmek için gereklidir.” değerlendirmesini yapmıştır. Anayasa Mahkemesi, 19 Mart 1987 tarih ve E.1986/5, K.1987/7 sayılı Karar, AMKD, Sayı: 23, s. 133.

Kamu hizmetlerine hakim olan bir diğ er ilke de bedelsizlik ilkesidir.<sup>65</sup> Esasen kamu hizmetlerindeki d on    m dikkate alındığında bu ilkenin artık eski  onemini kaybettiği s oylenebilir. Zira g un  m  zde, özellikle s ınai ve ticari kamu hizmetlerinin bedelsiz sunulması gibi bir durum söz konusu değildir. İdari kamu hizmetleriyle ilgili olarak da tam anlamıyla bedelsizlik ilkesinden söz edilemez.<sup>66</sup> İdari kamu hizmetleri, devletin öteden beri yürütmekte olduğu ve esas itibariyle kamu hukuku kurallarına tabi olan geleneksel kamu hizmetleridir.<sup>67</sup> Sağlık hizmetleri de idari kamu hizmetleri arasında değerlendirilmektedir. Bu kapsamda sağlık hizmetleri alanında da bedelsizlik ilkesinin geçerli olup olmadığı tartışması yapılmaktadır. Sağlık hizmetinin bir mecburi idari kamu hizmeti olması hasebiyle bedelsiz sunulması gerektiği ileri sürülebilir. Bununla birlikte, g un  m  zde sağlık hizmetleri alanında

---

<sup>65</sup> Doktrinde, GÖZLER böyle bir ilkenin var olmadığını savunmaktadır. GÖZLER’e göre “*bedavalık ilkesi, ancak Anayasa ve kanunlar tarafından öngörülmesi durumunda öngörüldüğü kamu hizmetleri için geçerli olabilecek istisnai bir ilkedir.*” Bkz. GÖZLER, *İdare Hukuku (Cilt II)*, op. cit. s. 342.

<sup>66</sup> GÖZLER, idari kamu hizmetleriyle ilgili olarak bedelsizlik sorununa “*ihtiyari idari kamu hizmetleri-mecburi idari kamu hizmetleri*” ayrımı çerçevesinde bir yanıt vermiştir. Buna göre, İdari kamu hizmeti kurma konusunda kamu tüzel kişisi serbest bırakılmışsa, yani ihtiyari idari kamu hizmeti söz konusuysa, idare bu idari kamu hizmetini bir  odentiye bağlayabilir. Buna kar  şın idari kamu hizmetini kurmak ve yürütmek zorunluluğu kanunla öngörülmüşse, yani mecburi idari kamu hizmeti söz konusuysa, bu hizmetler bedava olmak zorundadır. Bkz. GÖZLER, *İdare Hukuku (Cilt II)*, op. cit. s.342-344.

<sup>67</sup> GÜNDAY, op. cit., s. 302.

belli durumların varlığı halinde hizmetten faydalananlardan belli bir bedel alınabileceği görüşü genel kabul görmektedir. Anayasa Mahkemesi, geçmiş yıllarda verdiği bir kararında bu konuyla ilgili olarak şu değerlendirmeyi yapmıştır:

*“Anayasa, sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler konusunda devleti öncelikle görevlendirmiştir. Ancak, devlet bu görevlerini yine Anayasa'nın 65. maddesinin çizdiği sınır içinde, ‘...malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.’. Klasik idare hukukunun bedelsiz-meccanî olmasını ilk koşul saydığı kamu hizmeti kavramı, giderek değişiklik görmüş, günümüzde karşılık olarak yararlananlardan ödeme güçleri oranında bir ücret alınması uygulaması yaygınlaşmıştır. Böylece, yararlananlarla yararlanmayanlar arasındaki eşitsizlik de giderilmiştir. Bu ücreti ödeyemeyecek durumda olanlar için değişik uygulama yapılması gereği ayrıdır...*

*Anayasa'nın "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" bölümünde yer alan konuyla ilgili sağlık, çevre, konut hakları, devletin yükümlülükleriyle birlikte sosyal devlet niteliğinin içeriğini oluşturan haklardandır. Bu konularda devletin görevli kılındığı tartışmasızdır. Temel haklar ve ödevler konusunda gözetici ve koruyucu olan devletin, sosyal devlet olmak gibi üstlendiği görevlerini Anayasa'nın 65. maddesinin belirlediği gibi malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getireceği açıktır. Çok önemli bir kamu hizmeti olan sağlık hizmetinin, sosyal devlet olmanın gereği, parasız yerine getirilmesi anlayışı günümüzde gücünü yitirmiştir. Kamu hizmetlerinin karşılığı olarak, yararlananlardan kullanım oranlarına ve ödeme*

*güçlerine göre ücret alınabileceği kabul edilmektedir. Böylece, bu hizmetlerden yararlananlarla yararlanmayanlar arasındaki eşitsizlik giderilmiş olmaktadır.”<sup>68</sup>*

Mevzuatımızda da sağlık hizmetlerinin sunumuyla ilgili bir bedel öngörülebileceğine ilişkin hükümler bulunmaktadır. Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu md. 3/c uyarınca “*Kamu kurum ve kuruluşlarına ait sağlık kuruluşları veya sağlık işletmelerinde verilen her türlü hizmetin fiyatları Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca tespit ve ilan edilir*”. Sağlık hizmetlerinin sunumuyla ilgili olarak bir bedel öngörülebileceği kabul edilse de, hizmetten faydalananlardan alınacak bedelin, maliyet+kar payı şeklinde formüle edilmemesi gerekmektedir. Zira, idarenin yürüttüğü kamu hizmetlerinden bir kazanç elde edilmesi düşünülemeyeceği gibi, hizmetten yararlananlardan alınan paralarla o hizmetin maliyetinin karşılanması da düşünülemez.<sup>69</sup> Bu noktada, hizmetten yararlananlardan alınacak bedel, ancak hizmetin maliyetine bir katkı niteliğinde değerlendirilebilir.

Doktrinde kamu hizmetlerine yönelik olarak çeşitli tasnifler yapılmaktadır. Bu doğrultuda kamu hizmetleri konularına göre, bireylerin yararlanma biçimlerine göre, tek el niteliğinde olup olmamalarına göre çeşitli şekillerde tasnif

---

<sup>68</sup> Anayasa Mahkemesi, 19 Nisan 1988 tarih ve E.1987/16, K.1988/8 sayılı Karar, AMKD, Sayı: 24, s. 81.

<sup>69</sup> GÜNDAY, *op. cit.*, s. 300. Ayrıca, Danıştay’ın da belirttiği gibi “*ilgililerin sağlık hizmetine ulaşmasının engellenmesi veya ağır bir mali yük altında bırakılması sonucunu doğuracak şekilde uygulanması hukuken mümkün değildir*”. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, YD. İtiraz No: 2008/778, (*Danıştay İçtihat Bilgi Bankası*).

edilmektedirler. Bu noktada, sağlık hizmetlerinin bu tasnifler içerisinde nerede yer aldığı hususuna da ayrıca değinmek gerektiğini düşünüyoruz.

Kamu hizmetlerini konularına göre 4 grup altında toplamak mümkündür. Bunlar, idari kamu hizmetleri, iktisadi kamu hizmetleri, sosyal kamu hizmetleri ve bilimsel-teknik-kültürel kamu hizmetleridir. İdari kamu hizmetleri, devletin öteden beri yürüttüğü geleneksel kamu hizmetleri şeklinde tanımlanmaktadır.<sup>70</sup> Sağlık hizmetleri de, devletin öteden beri yürütmekte olduğu geleneksel kamu hizmetleri arasında olması hasebiyle idari kamu hizmetleri kapsamında değeriendirilmektedir. İdari kamu hizmetleri kural olarak kamu hukukuna tabidirler. Bu durumun ortaya çıkardığı çeşitli sonuçlar vardır. Her şeyden önce, idari kamu hizmetleri ile bu hizmetlerde çalışan personel arasındaki ilişki kural olarak kamu hukukuna tabidir. Yine, idari kamu hizmetleri ile bu hizmetten faydalananlar arasındaki ilişki daima kamu hukukuna tabidir. Bunun yanında idari kamu hizmetlerinde akdedilen sözleşmeler kural olarak “idari sözleşme” niteliğindedir. Son olarak, idari kamu hizmetleri dolayısıyla ortaya çıkan zararlardan doğan sorumluluk kamu hukukuna tabidir ve bu sorumluluktan doğan davalar idari yargının görev alanına girmektedir.<sup>71</sup> Ancak istisnai hallerde idari kamu hizmetleri için de özel hukuk usullerine başvurulabilir. Örneğin bu hizmetler için gerekli olan araç ve gereci temin etmek için özel hukuk sözleşmeleri yapılabilir.<sup>72</sup>

---

<sup>70</sup> GÜNDAY, *op. cit.*, s. 302.

<sup>71</sup> GÖZLER, *İdare Hukuku (Cilt II)*, *op. cit.*, s. 284-286.

<sup>72</sup> GÜNDAY, *op. cit.*, s. 302.

Kamu hizmetlerini bireylerin yararlanma biçimlerine göre de bir tasnife tabi tutmak mümkündür. Bireyler bazı kamu hizmetlerinden idare ile ayrı ayrı ilişki kurmak suretiyle ve doğrudan yararlanabilirler. Bu tür hizmetler, doğrudan doğruya ve bireysel yararlanma sağlayan kamu hizmetleri olarak adlandırılmaktadırlar. Sağlık hizmetleri de bu kapsamda değerlendirilmektedir.<sup>73</sup>

Kamu hizmetleri, hizmetlerin konularını oluşturan faaliyetin özel kesime bırakılmasına veya özel kesime tamamen yasaklanmasına göre de bir ayrıma tabi tutulabilir.<sup>74</sup> Bu doğrultuda hizmetin konusunu oluşturan faaliyet özel kesime tamamen yasaklanmışsa tekelli kamu hizmeti, faaliyet özel kesime de bırakılmışsa tekelsiz kamu hizmeti söz konusu olur. Türkiye’de sağlık hizmetleri alanında hem devlet hem de özel kesim faaliyet göstermektedir.<sup>75</sup> Bu nedenle sağlık hizmetlerini tekelsiz kamu hizmetleri arasında değerlendirmek mümkündür.

---

<sup>73</sup> *Ibid.*, s. 301.

<sup>74</sup> *Ibid.*

<sup>75</sup> Enver BOZKURT, sağlık hizmetleri alanında dünyada 3 modelden bahsedildiğini, bunların kamu sektörü, özel sektör ve karma sistem olduğunu, Türkiye’de de karma sistemin geçerli olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Enver BOZKURT, “İnsan Hakkı Olarak Sağlık Hakkı”, *Sağlık Hukuku Kurultayı (Ankara Barosu-Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)*, Ankara Barosu Yayınları, 2009, s. 16. Bu konuyla ilgili olarak ayrıca bkz. İnanç İŞTEN, “Kamu Hizmeti Kavramı ve Unsurları”, [http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_makale\\_detay.asp?IDNO=74](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=74), Erişim Tarihi: 06.03.2012.

Kamu hizmeti olarak nitelenen bir hizmetle ilgili olarak hizmet sunumunun kim tarafından ve nasıl yerine getirileceği sorusunun klasik yanıtı doğrudan ve dolaylı yerine getirme ayırımına dayanmaktadır. Doğrudan yerine getirme usulünde devlet, kamu hizmeti alanında kimi mal ve hizmetlerin üretimi için kamusal örgütler kurarak faaliyette bulunur. Dolaylı yerine getirme usulünde ise devlet, yakın gözetim ve denetimi altındaki özel kişilerin faaliyetleriyle toplumsal ihtiyaçların karşılanmasını sağlar.<sup>76</sup>

Sağlık sektörünün, dünya üzerindeki örnekler de göz önüne alındığında, kamu payının oldukça yüksek olduğu bir sektör olduğunu ifade etmek mümkündür.<sup>77</sup> Sağlık hizmetlerinin sunumunda baş aktör konumunda olan devlet, bu hizmeti “emanet usulü” ile sunmaktadır.<sup>78</sup> Bu doğrultuda kamuda sağlık hizmetleri daha ziyade Sağlık Bakanlığı’na bağlı sağlık kuruluşları eliyle sunulmaktadır.<sup>79</sup>

---

<sup>76</sup> KARAHANOĞULLARI, *op. cit.*, s. 346.

<sup>77</sup> Ferhat SAYIM, “Sağlık Hizmetlerinin Finansmanına İlişkin Ulusal Hesaplar ve Sağlık Alanında Belediyelere Verilen Görev ile Yetkiler”, *Bütçe Dünyası Dergisi*, 2011, Sayı: 35, s. 152.

<sup>78</sup> Emanet usulü, kamu hizmetinin bir kamu tüzel kişisi tarafından kendi örgüt, araç, gereç, personel ve malvarlığı ile doğrudan yürütülmesi şeklinde tanımlanabilir. GÖZÜBÜYÜK/TAN, *op. cit.*, s. 706. Ne var ki, doktrinde “emanet usulü”ne ilişkin yapılan tanımlarda bir görüş birliğine ulaşıldığından söz etmek mümkün değildir. Nitekim, GÖZLER, doktrinde emanet usulü ile ilgili yapılan tanımların pek çoğunun yanlış olduğunu ifade etmekte, yapılan tanımların “kamu kurumu usulü”nü de kapsayacak şekilde yapıldığını, buna karşın emanet usulü ile kamu kurumu usulünün

---

birbirinden farklı usuller olduğunu savunmaktadır. GÖZLER'e göre "emanet usulü"; bir kamu hizmetinin bu hizmetten sorumlu olan kamu idaresi (devlet, il özel idaresi, belediye, köy) tarafından kendi tüzel kişiliği içinde, kendi personel ve malvarlığıyla doğrudan doğruya işletilmesi demektir. Yine GÖZLER, "kamu kurumu usulü"nü; bir kamu hizmetinin, bu hizmetten sorumlu olan kamu idaresi (devlet veya mahalli idareler) tarafından kurulan ayrı bir kamu tüzel kişisi tarafından işletilmesi usulü şeklinde tanımlamaktadır. Bkz. GÖZLER, *İdare Hukuku (Cilt II)*, *op. cit.*, s. 385-390. Doktrinde emanet usulü ile kamu kurumu usulünün başka yazarlar tarafından da iki farklı başlık altında ele alındığı görülmektedir. Bkz. Onur KARAHANOGULLARI, *op.cit.*, s. 350 vd., Ender Ethem ATAY, *İdare Hukuku*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2. b., 2009, s. 607 vd., Turan YILDIRIM/Melikşah YASİN/H. Eyüp ÖZDEMİR/Gül ÜSTÜN/Özge OKAY, *İdare Hukuku-II*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 1. b., 2010, s. 108 vd. Bununla birlikte doktrinde emanet usulü-kamu kurumu usulü ayrımını yapmayıp, emanet usulünü kamu kurumu usulünü de kapsayacak şekilde tanımlayanlar da vardır. Bkz. Sıddık Sami ONAR, *op. cit.*, s. 43, İsmet GİRİTLİ/Pertev BİLGİN/Tayfun AKGÜNER/Kahraman BERK, *op. cit.*, s. 1034., Lütfi DURAN, *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul, İÜHF Yayınları, 1982, s. 328., İl Han ÖZAY, *Günüşiğinde Yönetim*, İstanbul, Alfa Yayınları, 4. b., 2002, s. 247., Metin GÜNDAY, *op. cit.*, s. 306. Bu tartışma esasen başka bir çalışmanın konusunu teşkil edeceğinden, biz sadece konumuzla sınırlı olarak bu yöndeki tartışmaya işaret etmekle yetiniyoruz.

<sup>79</sup> Bunun dışında, sağlık hizmetleri sunma noktasında görevlendirilmiş kamu idareleri ve kamu kurumları da bulunmaktadır. Örnek vermek gerekirse, 1325 sayılı Milli Savunma Bakanlığı Görev ve Teşkilatı Hakkındaki Kanun'un 2. maddesi

Sağlık hizmetinin tekel niteliğinde bir kamu hizmeti olmaması hasebiyle özel kesim de bu alanda faaliyet gösterebilmektedir.<sup>80</sup> Kamu hizmetlerinin özel kişiler

---

uyarınca Milli Savunma Bakanlığı, 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nun 20. maddesi uyarınca Belediyeler, sağlık hizmeti sunma noktasında görevlendirilmişlerdir. Keza, üniversite hastaneleri ve Uyuşmazlık Mahkemesi'nin yakın tarihte vermiş olduğu karar sonrasında bu kapsamda değerlendirilebilecek olan TCDD'ye bağlı hastaneler de sağlık hizmeti sunan idarelere örnek olarak gösterilebilir. Yalnız, yeri gelmişken önemle belirtmek gerekir ki, 5283 sayılı Bazı Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Ait Sağlık Birimlerinin Sağlık Bakanlığına Devredilmesine Dair Kanun'la birlikte kamu kurum ve kuruluşlarına ait sağlık birimlerinin önemli bir bölümünün Sağlık Bakanlığı'nda devri konusunda önemli bir adım atılmıştır. Bununla birlikte yasa ile gerçekleştirilen bu devir işleminin dışında kalan, yani, halen kendilerine ait sağlık birimleri bulunan ve bu birimleri Sağlık Bakanlığı'na devredilmeyen kamu kurum ve kuruluşları da bulunmaktadır. Bunlar; Cumhurbaşkanlığı, Yüksek Mahkemeler, Sayıştay, Türk Silahlı Kuvvetleri, Milli İstihbarat Teşkilatı, Üniversiteler, Mahalli İdareler ve Mazbut Vakıflar'dır. Bu konu için bkz. ER, *op. cit.*, s. 229.

<sup>80</sup> Bu noktada 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun ile özel muayenehane açmak veya evinde muayene etmek isteyen hekimlerin durumları, 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu ile de özel hastanelerin ne şekilde ve hangi şartlar altında kurulabileceği düzenlenmiştir.

eliyle yürütülmesi hususunda pek çok usul bulunmakla birlikte sağlık hizmetleri alanında daha ziyade “ruhsat usulü” geçerlidir.<sup>81</sup>

Sağlık hizmetleri alanında “ruhsat usulü” dışında bir başka usulle bu hizmetin özel kişilere gördürülebilmesi hususu oldukça tartışmalıdır. Bu konuda yapılan tartışmalar daha ziyade sağlık hizmetlerinin “imtiyaz usulü” ile gördürülüp gördürülemeyeceği noktasında yoğunlaşmaktadır. Danıştay İdari İşler Kurulu, 1990 yılında verdiği bir kararda konuya ilişkin olarak şu değerlendirmeyi yapmıştır:

*“...Anayasa’nın 56/4 maddesinde yer alan ‘...kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek...’, 65. maddesinde yer alan ‘...mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde...’ gibi ifadeler, devletin asli görevi olan sağlık hizmetinin bir bölümünün, imtiyaz yolu ile bir özel hukuk tüzel kişisine gördürülmesini haklı kılamaz...”<sup>82</sup>*

---

<sup>81</sup> Ruhsat usulü, tekel niteliğinde olmayan bir kamu hizmetinin, idare tarafından verilen izinle birlikte özel kişiler eliyle de görülebilmesi usulü olarak tanımlanabilir. Bahtiyar AKYILMAZ/Murat SEZGİNER/Cemil KAYA, *Türk İdare Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1. b., 2009, s. 463. 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu’nda, özel hastanelerin Sağlık Bakanlığı’nın izni ile kurulacağı hükme bağlanmıştır. Hususi Hastaneler Kanunu’nun 3. maddesine göre “*Hususi hastaneler Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekaletinin müsaadesile açılır...*”.

<sup>82</sup> Aktaran: Turgut TAN, “Sağlık Hizmeti İhale Yoluyla Satın Alınabilir Mi?”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 69, 2011, Sayı: 1-2, s. 290. Danıştay İdari İşler Kurulu’nun 25 Ekim 1990 tarih ve E.1990/90, K.1990/73 sayılı kararı yayınlanmamıştır.

Danıştay, bu kararıyla birlikte sağlık hizmetlerinin imtiyaz usulüyle yürütülemeyeceğini ifade etmiştir. Buna karşın, son yıllarda yaşanan gelişmelerle birlikte, sağlık hizmetleri alanında imtiyaz usulünün söz konusu olup olamayacağı tartışmaları yeniden gündeme taşınmıştır. 2005 yılında yapılan bir değişiklikle 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na şu madde eklenmiştir:

*“Ek. Madde 7: Yapılmasının gerekli olduğuna Yüksek Planlama Kurulu tarafından karar verilen sağlık tesisleri, Sağlık Bakanlığınca verilecek ön proje ve belirlenecek temel standartlar çerçevesinde, kendisine veya Hazineye ait taşınmazlar üzerinde ihale ile belirlenecek gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine kırk dokuz yılı geçmemek şartıyla belirli süre ve bedel üzerinden kiralama karşılığı yaptırılabilir.”*

Söz konusu düzenlemeyle birlikte, doktrinde, sağlık hizmetlerinin parçalı bir yapı halinde, kamu-özel ortaklığı çerçevesinde yürütülebilmesi imkanının sağlandığı yolunda görüşler ileri sürülmüştür.<sup>83</sup> Buna göre, sağlık hizmetleri yine idare tarafından sunulacak, ancak bu hizmetlerin yürütülmesi için gerekli olan bina veya genel olarak altyapı inşaat işleri ve sağlık hizmetleri dışındaki parçalanmış hizmetlerin üretilmesi işi özel girişimciye verilecektir. Anglo-Amerikan uygulamasında kamu-özel ortaklığı olarak adlandırılan bu uygulama, Türk

---

<sup>83</sup> Onur KARAHANOGULLARI, “Kamu Hizmetleri Piyasa İlişkisinde Dördüncü Tip: Eksik İmtiyaz (Kamu Özel Ortaklığı)”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt: 66, Sayı: 3, s. 184.

doktrininde KARAHAÑOĞULLARI tarafından “eksik imtiyaz” olarak adlandırılmaktadır.<sup>84</sup>

Sonuç itibariyle, Türk Hukuku’nda sağlık hizmetlerinin özel kişiler eliyle sunumu noktasında ağırlıklı olarak “ruhsat usulü” geçerli olsa da, son yıllarda sağlık hizmetlerinde imtiyaz usulünün geçerli olup olamayacağı tartışmaları, yapılan yasal düzenlemelerle birlikte önemli bir boyut kazanmıştır diyebiliriz. Bununla birlikte sağlık hizmetleri alanında imtiyaz usulünün geçerli olacağı kabul edilse dahi, idarenin bu alanda hizmetin sürekli ve düzenli olarak yürütölüp yürütölmediğini denetleme görevi bulunmaktadır. Dolayısıyla bu görevin gereğı gibi yerine getirilmemesi durumunda idarenin sorumluluğı söz konusu olabilecektir.

### **C) SAĞLIK HİZMETLERİ PERSONELİ**

İdare, üstlenmiş olduğı kamu hizmetlerini başarı ile ve gereğı gibi yerine getirebilmek için hem nicelik hem de nitelik yönünden yeterli personele ihtiyaç duyar.<sup>85</sup> İdarenin kamu hizmetlerinin sunumu noktasında faaliyet gösteren bu insan

---

<sup>84</sup> KARAHAÑOĞULLARI’nın bu yeni usulü “eksik imtiyaz” olarak adlandırmasının nedeni, özel girişimcinin sahip olacağı imtiyazın, çekirdek hizmet olarak ifade edilen sağlık hizmetini kapsamayacak olmasıdır. Bu konuda ayrıntılı bir inceleme için bkz. Onur KARAHAÑOĞULLARI, “Kamu Hizmetleri Piyasa İlişkisinde Dördüncü Tip: Eksik İmtiyaz (Kamu Özel Ortaklığı)”, *op. cit.*, s. 177-215.

<sup>85</sup> GÖZLER, *İdare Hukuku (Cilt II)*, *op. cit.*, s. 621, GÜNDAY, *op. cit.*, s. 515.

öğesine, “kamu görevlileri”, “kamu personeli” veya 1982 Anayasası’nda da yer yer ifade edildiği üzere “kamu hizmeti görevlileri” denmektedir.<sup>86</sup>

Kamu görevlisi kavramı dar ve geniş anlamlarda kullanılabilir. Bu bağlamda, dar anlamda kamu görevlisi, devletin siyasal yapısını oluşturan organlardaki görevlilerle, özel hukuk hükümlerine tabi olarak çalışanlar dışında kalan kamu görevlilerini ifade etmektedir. Geniş anlamda kamu görevlisi ise, hukuki durumlarına ve yaptıkları görevin niteliğine bakılmaksızın, kamu kesiminde ve de devletin bütün organlarında görev yapan herkesi ifade etmektedir. Bununla birlikte kamu görevlileri, kavram hangi anlamda kullanılırsa kullanılsın, mutlaka kamu kesimindeki bir örgüte bağlı olarak faaliyet gösterirler. Bu bakımdan kamu kesimindeki bir örgüte bağlı olmadan faaliyet gösterenler, yaptıkları hizmetin kamu hizmeti olduğu yasalarca kabul olursa veya kamuya yararlı bir hizmet görseler dahi kamu görevlisi sayılmazlar.<sup>87</sup> Bu itibarla, özel kesimin yürüttüğü sağlık hizmetlerinde çalışan personel, kamu görevlileri sınıfında değerlendirilemez.

Anayasa’nın “kamu hizmeti görevlileriyle ilgili hükümler” başlığı altındaki 128. maddesinde, devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği hüküm altına alınmıştır. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 4. maddesinde de kamu hizmetlerinin, memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel

---

<sup>86</sup> GÜNDAY, *op. cit.*, s. 515.

<sup>87</sup> *Ibid.*, s. 516.

ve işçiler eliyle gördürüleceği ifade edilmiştir. Aynı maddenin devamında da memur ve sözleşmeli personel, geçici personel ve işçinin tanımları yapılmıştır.

Sağlık hizmeti personelinin hukuki durumunu belirlemek bakımından 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu oldukça önem arz etmektedir. Zira, Devlet Memurları Kanunu, sağlık hizmeti sunan kamu kurum ve idarelerini de kapsamaktadır.<sup>88</sup> Bu kanuna tabi kurumlarda çalıştırılan memurların sınıflandırıldığı 36. maddede, sağlık hizmetleri personeli, “Sağlık Hizmetleri ve Yardımcı Hizmetler Sınıfı” başlığı altında şu şekilde sayılmıştır:

*“Bu sınıf, sağlık hizmetlerinde (Hayvan sağlığı dahil) mesleki eğitim görerek yetişmiş olan tabip, diş tabibi, eczacı, veteriner hekim gibi memurlar ile bu hizmet sahasında çalışan yüksek öğrenim görmüş fizikoterapist, tıp teknolojü, ebe, hemşire, sağlık memuru, sosyal hizmetler mütehassısı, biyolog, psikolog, diyetçi, sağlık mühendisi, sağlık fizikçisi, sağlık idarecisi ile ebe ve hemşire, hemşire yardımcısı, (Fizik tedavi, laboratuvar, eczacı, diş anestezi, röntgen teknisyenleri ve yardımcıları, çevre sağlığı ve toplum sağlığı teknisyeni dahil) sağlık savaş memuru, hayvan sağlık memuru ve benzeri sağlık personelinin kapsar.”*

Sağlık hizmetleri alanında faaliyet gösterecek olan sınıf bu şekilde belirlenmiş olmakla birlikte 2003 yılında yapılan bir değişiklikle, söz konusu maddeye şu paragraf eklenmiştir:

---

<sup>88</sup> Serkan KIZILYEL, *İdarenin Sağlık Hizmetinden Doğan Tazminat Sorumluluğu*, (Danışman: Yrd. Doç. Dr. Gürsel KAPLAN), Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2006, s. 50.

*“Bu sınıfa dahil personel tarafından yerine getirilmesi gereken hizmetler, lüzumu halinde bedeli döner sermaye gelirlerinden ödenmek kaydıyla, Bakanlıkça tespit edilecek esas ve usullere göre hizmet satın alınması yoluyla gördürülebilir.”*

657 sayılı Kanun’da, sağlık hizmetleri personeli kendi içerisinde bir ayrıma tabi tutulmamıştır. Buna karşın, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu’nda bu konuda açık bir sınıflandırma yapılmamış olmakla birlikte, kanunun içeriğinden hareketle sağlık hizmetleri personeliyle ilgili olarak üçlü bir ayırım yapılabilir. Buna göre sağlık hizmetleri personelinin; “sağlık personeli”, “yardımcı sağlık personeli” ve “diğer personel” şeklinde bir ayrıma tabi tutmak mümkündür.<sup>89</sup>

### **1) Sağlık Personeli**

Sağlık hizmetlerinin sunumunda karar verip uygulama hak ve yetkisine sahip olan personel bu sınıfta kabul edilmektedir.<sup>90</sup> Bu gruba giren ve sağlık hizmetlerinin sunumunda ön planda olan görevliler daha ziyade hekimler ve diş hekimleridir.

Hekim, amacı iyileştirme ve tıp sanatını uygulama olan ve yine bu amaca uygun olarak, hastalıkları teşhis ve tedaviye çalışan, tıp alanında eğitim görmüş ve

---

<sup>89</sup> Nitekim, 3359 sayılı kanunun geçici 1. maddesinde, sağlık işletmesi uygulamasına geçirilen kuruluşun *sağlık ve yardımcı sağlık personeli ile diğer personelinin* istekte bulunmaları halinde ve kuruluşun kabulü şartıyla yeni bir atamaya gerek kalmaksızın sözleşmeli olarak çalıştırılabileceği hüküm altına alınmıştır.

<sup>90</sup> Betül ÇATAK IRIZ, *Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu*, Ankara, Adalet Yayınevi, 1. b., 2011, s. 18.

tıp mesleğine sahip kişi olarak tanımlanmaktadır.<sup>91</sup> 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun ve 6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu ile kimlerin hekimlik mesleğini icra edebileceği belirlenmiştir. Bahsi geçen kanunlarda, hekimlik mesleğine kabul, mesleğin icrası, icra tarzı ve sona erdirilmesi gibi hususlar düzenlemiştir. Buna göre hekimlik yapabilmek için gerekli şartlar; Türk vatandaşı olmak, tıp fakültesi diplomasına sahip olmak<sup>92</sup> ve hekimlik mesleğine engel hali olmamaktır.<sup>93</sup> Hekimlik mesleğine engel hali olma durumu 1219 sayılı Kanun'un 28. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, hekimlik mesleğinin icrası için; Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile;

---

<sup>91</sup> Hasan ÖZKAN/Sunay ÖNER AKYILDIZ, *Açıklamalı-İçtihatlı Hasta Hekim Hakları ve Davaları*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1. b., 2008, s. 57.

<sup>92</sup> Diş hekimleri bakımından da diş hekimliği fakültesi diplomasına sahip olmak gerekmektedir. Öte yandan, yabancı ülkelerde tıp veya diş hekimliği fakültelerinden mezun olanlar da, sahip oldukları diplomaların denkliğinin yetkili makamlarca kabulü halinde, Türkiye’de hekimlik yapabilmektedirler.

<sup>93</sup> Bunun dışında, kamuda görev yapmayıp serbest çalışan hekimler için Tabip Odası’na kaydolma gibi bir zorunluluk bulunmaktadır. Aynı şekilde diş hekimleri için de Diş Hekimleri Odası’na kayıt zorunluluğu vardır. Ancak kamuda çalışan hekimler için böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır. Nitekim 6023 sayılı Kanun’un m.7/II hükmü şu şekildedir: “*Mesleklerini serbest olarak icra etmeksizin kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde asli ve sürekli görevlerde çalışanlar ile herhangi bir sebeple mesleğini icra etmeyenler tabip odalarına üye olabilirler*”. Yani, kamuda memur statüsünde görev yapan ve serbest çalışmayan hekimler için odaya kayıt olmak zorunlu değil, isteğe bağlı bir husustur.

kasten işlenen bir suçtan dolayı beş yıl veya daha fazla süreyle ya da devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından hapis cezasına mahkûm olmamak gerekir. Bunun dışında, hekimlik sanatını icra etmesine engel ve iyileşmesi imkansız bir hastalığa yakalandığı muayene sonucu tespit edilen hekimler, Sağlık Bakanlığı'nın önerisi ve Yüksek Disiplin Kurulu'nun kararıyla meslek icra etmekten yasaklanırlar ve diplomaları geri alınır.

Kamu idareleri ve kamu kurumları tarafından işletilen sağlık kurumlarında görev yapan hekimler, devlet memuru sayılmaktadırlar. Bu bakımdan, Sağlık Bakanlığı ve diğer kamu idareleri bünyesinde işletilen sağlık kurumlarında çalışan hekimlerin istihdam şekli memurluktur. Ancak üniversite bünyesinde yer alan araştırma ve uygulama hastanelerinde çalışan hekimler, öğretim üyeleri olmaları halinde memur değil, diğer kamu görevlisi sınıfında sayılırlar.<sup>94</sup> Bu bakımdan üniversite bünyesinde öğretim üyesi sıfatıyla çalışan hekimler, 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu uyarınca farklı bir statüde bulunurlar. Fakat bu yerlerde görev yapanlar, Yüksek Öğretim Kanunu'na tabi öğretim üyeleri değilse, bu durumda söz konusu kişiler Devlet Memurları Kanunu uyarınca memur sayılırlar.<sup>95</sup>

---

<sup>94</sup> IRIZ, *op. cit.*, s. 19.

<sup>95</sup> KIZILYEL, *op. cit.*, s. 51.

Dişlerin ve diş etleri ile esnasının tedavisi ve dişlerin ikmal ve ıslahına ait ameliyatları icra etmeye yetkili ve görevli diş hekimleri de, genel olarak mesleğin icrası bakımından hekimlerin tabi oldukları hükümlere tabidirler.<sup>96</sup>

## **2) Yardımcı Sağlık Personeli**

Sağlık hizmetleri sunma noktasında doğrudan karar verme hak ve yetkisine sahip personele yardımcı olan sağlık personeli, yardımcı sağlık personeli sınıfında değerlendirilmektedir. Buna göre, hemşireler, ebeler, sağlık memurları, çevre sağlığı teknisyenleri, radyoloji ve laboratuvar teknisyenleri, beslenme uzmanları, diş teknisyenleri, sağlık fizikçileri, laborantlar, fizik tedavi teknisyenleri, besin teknolojisi uzmanları yardımcı sağlık personeli sınıfında sayılmaktadırlar.<sup>97</sup>

## **3) Diğer Personel**

3359 sayılı kanunun geçici 1. maddesinden hareketle, sağlık hizmetleri çatısı altında çalışmakta olup da yukarıdaki iki gruba da dahil olmayan personeli, “diğer personel” olarak adlandırılan sınıfta değerlendirmek mümkündür. Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 4. maddesinde personel, hizmetin, resmi veya özel sağlık kurumlarında ve kuruluşlarında veya serbest olarak sunulmasına bakılmaksızın, sağlık hizmetinin verilmesine iştirak eden bütün sağlık meslekleri mensupları ve sağlık meslekleri mensubu olmasa bile sağlık hizmetinin verilmesine sorumlu olarak iştirak eden kimseler şeklinde tanımlanmıştır. Buradan hareketle doktrinde, sosyal

---

<sup>96</sup> *Ibid.*, s. 52.

<sup>97</sup> IRIZ, *op. cit.*, s. 19.

hizmetler mütahassısı ve biyolog gibi görevlilerin diğer personel sınıfında bulunduğu kabul edilmektedir.<sup>98</sup>

## **D) SAĞLIK HİZMETLERİNİN TÜRLERİ**

Sağlık hizmetlerini teknik açıdan bir sınıflandırmaya tabi tutmak mümkündür. 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu’nun 3. maddesinin k bendinde, “koruyucu sağlık hizmetleri”, “teşhis ve tedavi edici sağlık hizmetleri” ve “rehabilitate edici sağlık hizmetleri” olmak üzere 3 tip sağlık hizmetinden söz edilmektedir.

### **1) Koruyucu Sağlık Hizmetleri**

Koruyucu sağlık hizmetleri, toplum sağlığının korunması, hastalıkların önlenmesi ve toplum sağlığına zarar veren maddelerin ortadan kaldırılması amacıyla sunulan sağlık hizmetleridir.<sup>99</sup> 1580 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu’nun 1. maddesinde, “*memleketin sıhhi şartlarını ıslah ve milletin sıhhatine zarar veren bütün hastalıklar veya sair muzır amillerle mücadele etmek ve müstakbel neslin sıhhatli olarak yetişmesini temin ve halkı tıbbi ve içtimai muavenete mazhar eylemek umumi Devlet hizmetlerindendir.*” denilmektedir. Söz konusu hükümden anlaşılağı üzere, koruyucu sağlık hizmetleri alanında devlet görevli kılınmıştır. Aynı Kanunun 3. maddesinde ise devletin sunmakla yükümlü kılındığı koruyucu sağlık hizmetleri tek tek sayılmıştır. Bu maddeye göre; doğumu teshil ve çocuk ölümünü tenkis edecek tedbirler, annelerin doğumdan önce ve doğumdan sonra sıhhatlerinin kontrolü,

---

<sup>98</sup> KIZILYEL, *op. cit.*, s. 54.

<sup>99</sup> *Ibid.*, s. 38.

memleket geneli salgın hastalıkların önlenmesi, bütün zehirli ve uyuşturucu maddelerle mücadele, her nevi serum ve aşılarda yapılması, çocuk sağlığının muhafazası vb. önlemleri almak koruyucu sağlık hizmeti kapsamında sayılmaktadır.

## **2) Teşhis ve Tedavi Edici Sağlık Hizmetleri**

Teşhis ve tedavi edici sağlık hizmetleri, koruyucu sağlık hizmetlerinden farklı olarak, sağlığın bozulması aşamasından sonra devreye giren ve sunulan hizmetlerdir. Bu noktada, hastalığın teşhis edilmesi ve sonrasında kişiyi sağlığına kavuşturmaya yönelik olarak sunulacak olan tedavi hizmetleri, teşhis ve tedavi edici sağlık hizmetleri kapsamında değerlendirilmektedir. Tedavi edici sağlık hizmetleri, koruyucu sağlık hizmetlerine göre çok daha fazla maliyet ve organizasyon gerektiren hizmetlerdir. Yetmişmiş personel ve fiziki imkanlar ile yönetim ve finansman gibi çok önemli boyutları vardır.<sup>100</sup> Yeri gelmişken önemle ifade etmek gerekir ki, sağlık hizmetleri alanında çıkan uyuşmazlıkların çok büyük bir bölümü teşhis ve tedavi edici sağlık hizmetleriyle ilgilidir.

## **3) Rehabilitasyon Edici Sağlık Hizmetleri**

Rehabilitasyon edici sağlık hizmetleri, özellikle kaza, savaş ve felaketler gibi beklenmedik ve ani ortaya çıkan ve insanların sakat kalmalarına yol açan ve/veya çalışma güçlerini motivasyonlarını engelleyen olaylar sonrası hastaların topluma yeniden kazandırılmaları ve böylece ekonomik, sosyal ve kültürel açıdan

---

<sup>100</sup> Asuman ALTAY, “Sağlık Hizmetlerinin Sunumunda Yeni Açılımlar ve Türkiye Açısından Değerlendirilmesi”, *Sayıştay Dergisi*, Sayı: 64, s. 35.

güçlendirilmelerini sağlamaya yönelik olarak sunulan sağlık hizmetleridir.<sup>101</sup> Rehabilitasyon hizmetleri; tıbbi rehabilitasyon ve sosyal (mesleki) rehabilitasyon olmak üzere iki grupta incelenmektedir. Tıbbi rehabilitasyon, kişideki bedensel engellerin cerrahi veya tıbbi müdahaleler ile düzeltilmeye çalışılması şeklinde tanımlanmaktadır. Sosyal (mesleki) rehabilitasyon ise, engelleri nedeniyle çalışamayanlara iş öğretilmesi, iş bulunması veya işe uyum sağlanması gibi konularda yardımcı olmak üzere sunulan hizmetlerdir.

## **V) SAĞLIK ALANINDAKİ KOLLUK FAALİYETİ**

İdarenin sağlık alanındaki faaliyetlerini temelde iki başlık altında incelemek mümkündür. Bu faaliyetlerden ilki, hastalıkların iyileştirilmesi ve böylece bireylerin hastalıklardan kurtarılması ve arındırılması amacını güden kamu hizmeti faaliyetidir.<sup>102</sup> İdarenin bu alandaki diğer faaliyeti ise, toplumun bulaşıcı ve yaygın hastalıklardan uzak tutulması, toplumun sağlık koşulları içinde yaşamını sürdürmesi amacını güden kolluk faaliyetidir.<sup>103</sup>

Sağlık alanındaki kolluk faaliyetinde bireylerin tek tek sağlığı ile ilgilenilmez. Bu, sağlık kamu hizmetinin konusu ve amacını teşkil eder. Sağlık alanındaki kolluk faaliyetinde söz konusu olan, kamu düzeninin bir unsuru olan kamu sağlığının

---

<sup>101</sup> *Ibid.*,

<sup>102</sup> GÜNDAY, *op. cit.*, s. 260.

<sup>103</sup> *Ibid.*

korunmasıdır. Bu itibarla kamu düzeninin bir unsuru olan kamu sağığını tıbbi tedavi ve bakım ile karıştırmamak gerekir.<sup>104</sup>

Kolluk faaliyetlerinin amacı kamu düzenini korumak ve sağlamaktır. Kamu düzeni ise genel olarak, bireylerin güvenlik, huzur ve sağılık içinde yaşamaları durumu şeklinde tanımlanabilir.<sup>105</sup> Kamu düzeninin bir unsuru olan sağılık kavramı, kamu sağılığı veya genel sağılık olarak da ifade edilmektedir. Suların, yiyecek ve içeceklerin denetimi, salgın hastalıkların önlenmesi için alın önlemler bu bağlamda genel sağılığın korunması amacıyla yürütülen kolluk faaliyetine örnek olarak gösterilebilir.<sup>106</sup>

Her ne kadar sağılık kamu hizmetleri ile sağılık alanındaki kolluk faaliyeti birbirinden ayrı olarak ele alınıp değerlendirilse de bu iki faaliyetin kesiştiğı alanlar da bulunmaktadır. Örneğın koruyucu sağılık hizmetleri, genel olarak, sağılığın korunması, hastalıkların önlenmesi ve toplum sağılığına zarar veren maddelerin ortadan kaldırılması amacıyla sunulan hizmetler olarak ifade edilmektedir.<sup>107</sup> Sağılık alanındaki kolluk faaliyeti de genel olarak toplumun bulaşıcı ve yaygın hastalıklardan uzak tutulması ve toplumun sağılık koşulları içinde yaşamını sürdürmesi amacıyla yürütölmektedir. Bu noktada koruyucu sağılık hizmetleri ve sağılık alanındaki kolluk faaliyetinin ortak bir payda üzerinde bulunduğunu söylemek mümkündür. Aşılama, içme suyunun ve yiyeceklerin denetlenmesi, ana-çocuk sağılığı

---

<sup>104</sup> Yıldızhan YAYLA, *İdare Hukuku*, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2010, s. 39.

<sup>105</sup> GÖZLER, *İdare Hukuku (Cilt II)*, *op. cit.*, s. 473.

<sup>106</sup> GİRİTLİ, *op. cit.*, s. 988.

<sup>107</sup> KIZILYEL, *op. cit.*, s. 38.

hastalık tarama programları, hıfzısıhha tedbirleri, atıkların denetimi, hava ve su kirliliği gibi hastalık riski taşıyan çevre şartlarının kontrolü gibi faaliyetler koruyucu sağlık hizmetleri kapsamında değerlendirilmektedir.<sup>108</sup> Bununla birlikte bu tip tedbirlerin bütünüyle sağlık alanında yürütülen kolluk faaliyetinin kapsamı dışında kaldığından söz etmek mümkün değildir. Zira kolluk da bu alanda faaliyet göstermektedir. İşte bu hizmetler kapsamında, kamu sağlığının korunması için sağlık kolluğu tarafından alınan tedbirler ve yapılan müdahaleler, koruyucu sağlık hizmetlerinin bir parçası olarak kabul edilebilmekle birlikte, kamu düzeninin korunmasına da ilişkindir. ONAR'ın da ifade ettiği gibi “sağlık zabıtası bir taraftan Hıfzısıhha Kanunu'nun tatbiki dolayısıyla Devletin ve komünlerin sağlık amme hizmetlerine yardım etmiş, diğer taraftan da dolayısıyla sükun ve emniyeti, amme intizamını korumuş olur.”<sup>109</sup>

Sağlık alanındaki kolluk faaliyeti toplum sağlığını olumsuz yönde etkileyecek her türlü tehlikenin bertaraf edilmesi için alınacak tedbirleri kapsamaktadır. Bununla birlikte bu alanda yürütülen kolluk faaliyetini konu bazında genel olarak, gıda güvenliği, tıbbi ürünler ve ilaç güvenliği, çevre sağlığı ve hastalıklarla mücadele şeklinde somutlaştırmak mümkündür.<sup>110</sup> Bahsi geçen alanlardan her biri teknik bilgi ve uzmanlık gerektirmekte ve çok yoğun ve kapsamlı hukuki düzenlemelerin konusunu oluşturmaktadır. Bununla birlikte biz bu noktada çalışmamızın amacıyla

---

<sup>108</sup> Özge OKAY TEKİNSOY, *İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı*, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2011, s. 86.

<sup>109</sup> ONAR, *İdare Hukukunun Umumi Esasları (Cilt II)*, s. 1109

<sup>110</sup> TEKİNSOY, *op. cit.*, s. 88.

sınırlı olarak, konuya ilişkin birtakım genel bilgiler vermenin faydalı olacağını düşünüyoruz.

Sağlık alanındaki kolluk faaliyetinin önemli bir bölümü gıda güvenliği ile ilgilidir. Gıda güvenliği, 5179 sayılı Gıdaların Üretimi Tüketimi ve Denetlenmesine Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun'un 3. maddesinde, gıdalarda olabilecek fiziksel, kimyasal, biyolojik ve her türlü zararın bertaraf edilmesi için alınacak önlemler bütünü, olarak tanımlanmıştır.

Gıda güvenliği konusunda en geniş görev ve yetkiler Tarım ve Köyişleri Bakanlığı'na verilmiştir.<sup>111</sup> Bununla birlikte Tarım ve Köyişleri Bakanlığı bu alandaki tek yetkili ve görevli mercii değildir. 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu ve 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu uyarınca gıda ile ilgili olanlar dahil

---

<sup>111</sup> 441 sayılı Tarım ve Köyişleri Bakanlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 2. maddesinin d bendine göre “gıda ve diğer tarımsal ve hayvancılık ürünlerinin kalite ve standartlara uygun olarak üretimi, işlenmesi, korunması, pazarlanması ve değerlendirilmesini temin ve düzenlemek için gerekli kontrol sistemi ve kuruluşlarını tesis etmek, işletmek ve bu konularda çiftçinin teşkilatlanmasına yardımcı olmak”, j bendine göre de “gıda konularında araştırmalar yapmak, pilot tesisler kurmak, gıda kontrolüne yardımcı olmak, diğer kuruluşlarla işbirliği içinde Türk Gıda Kodeksi'nin hazırlanması ve uygulanmasını gerçekleştirmek, gıda ve yem sanayileri ürünlerinin belirlenmiş esaslara uygunluğunu denetlemek, 1734 sayılı Yem Kanunu ile verilen işleri yapmak, yem tescil ve kontrol hizmetlerini yürütmek” Tarım ve Köyişleri Bakanlığı'nın görevleri arasında sayılmıştır.

birinci sınıf gayrisihhi müesseseleri ruhsatlandırma yetkisi ve bu müesseseleri denetleme görevi yerel yönetimlere bırakılmıştır.<sup>112</sup> Öte yandan, içme ve kullanma sularının sağlığa uygunluğunun denetimi ve bu konuda gerekli önlemlerin alınması ise, “İnsani Tüketim Amaçlı Sular Hakkında Yönetmelik” çerçevesinde Sağlık Bakanlığı tarafından gerçekleştirilmektedir. Sağlık Bakanlığı’na bağlı olarak çalışan Refik Saydam Hıfzısıhha Merkezi Başkanlığı bünyesinde yer alan Gıda Güvenliği ve Beslenme Araştırma Müdürlüğü de gıda güvenliğinin sağlanmasına yönelik hizmetler sunmaktadır. Bu hizmetlerden ruhsatlandırma ve belgelendirme faaliyetleri halk sağlığını korumak amacıyla yapılan kolluk faaliyetine örnek olarak gösterilebilir.<sup>113</sup>

Gıda güvenliği dışında ilaç ve tıbbi ürünler güvenliği de sağlık alanında yürütülen kolluk faaliyetinin uygulama alanı içindedir. İlaç, aşı, serum ve benzeri

---

<sup>112</sup> 5216 sayılı Büyükşehir Belediye Kanunu’nun 7. maddesinin j bendine göre “gıda ile ilgili olanlar dahil birinci sınıf gayrisihhi müesseseleri ruhsatlandırmak ve denetlemek, yiyecek ve içecek maddelerin tahlillerini yapmak üzere laboratuvarlar kurmak ve işletmek” büyükşehir belediyesinin görevleri arasındadır. Aynı maddenin 2. fıkrasının c bendine göre de ikinci ve üçüncü sınıf gayrisihhi müesseselere ruhsat vermek ve denetlemek ise ilçe belediyelerinin görevidir. Belediye sınırları dışında ise bu yerlerin denetimi ve ruhsat işlemleri, 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu’nun 7. maddesinin g bendi uyarınca il özel idaresi tarafından yapılmaktadır.

<sup>113</sup> TEKİNSOY, *op. cit.*, s. 92.

biyolojik maddelerin ruhsatlandırılması ve bu maddelerin denetimi konularında Sağlık Bakanlığı görevlendirilmiştir.<sup>114</sup>

Sağlık kolluğu, Anayasa'nın 56. maddesinde devlete bir ödev olarak yüklenen çevre sağlığının korunması noktasında da faaliyet göstermektedir. Merkezi idarede çevre sağlığı alanında faaliyet gösteren başlıca kolluk makamları Sağlık

---

<sup>114</sup> 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun 3. maddesinin k bendi uyarınca *“Koruyucu, teşhis, tedavi ve rehabilite edici hizmetlerde kullanılan ilaç, aşı, serum ve benzeri biyolojik maddelerin üretiminin ve kalitesinin teşvik ve temini esas olup, her türlü müstahzar, terkip, madde, malzeme, farmakope mamulleri, kozmetikler ve bunların üretiminde kullanılan ham ve yardımcı maddelerin ithal, ihraç, üretim, dağıtım ve tüketiminin, amaç dışı kullanılmak suretiyle fizik ve psişik bağımlılık yapan veya yapma ihtimali bulunan madde, ilaç, aşı, serum ve benzeri biyolojik maddeler ile diğer terkiplerin kontroluna, murakabesine ve bunların yurt içinde ve yurt dışında ücret karşılığı kalite kontrollerini yaptırmaya, özel mevzuata göre ruhsatlandırma, izin ve fiyat verme işlerini yürütmeye Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı yetkilidir.”* 181 sayılı Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 2. maddesinin d bendi uyarınca da Sağlık Bakanlığı *“Sağlık hizmetlerinde kullanılan ilaçlar, özel ürünler, ulusal ve uluslararası kontrole tâbi maddeler, ilaç üretiminde kullanılan etken ve yardımcı maddeler, kozmetikler ve tıbbî cihazların güvenli ve kaliteli bir şekilde piyasada bulunması, halka ulaştırılması ve fiyatlarının belirlenmesi”* ile ilgili olarak sağlık sistemini yönetir ve politikaları belirler.

Bakanlığı ile Çevre ve Orman Bakanlığı'dır.<sup>115</sup> Ancak bu bakanlıklar dışında diğer bakanlık ve kurumların da kendi faaliyet alanlarına ilişkin olarak çevreyi koruma yetkileri söz konusu olabilmektedir.<sup>116</sup> Çevre sağlığının korunması bağlamında yerel yönetimler de faaliyet göstermektedirler. Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nun 20. maddesinin 9. bendi uyarınca, belediyeler meskenlerin sıhhi ahvaline nezaret ve umumi mahallerde halkın sıhhatine zarar veren amilleri izale etmekle görevlidirler. Yine 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 15. maddesinin o bendi uyarınca gayrisihhî işyerlerini, eğlence yerlerini, halk sağlığına ve çevreye etkisi olan diğer işyerlerini

---

<sup>115</sup> 181 sayılı Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 2. maddesinin g bendi uyarınca Sağlık Bakanlığı "Mahalli idareler ilgili diğer kuruluşlarla işbirliği suretiyle çevre sağlığını ilgilendiren gerekli tedbirleri almak ve aldirmek"la görevlidir. 4856 sayılı Çevre ve Orman Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun 2. maddesinde de genel olarak, çevrenin korunması, kirliliğin önlenmesi ve iyileştirilmesi Çevre ve Orman Bakanlığı'nın görevleri arasında sayılmıştır.

<sup>116</sup> TEKİNSOY, *op. cit.*, s. 102. Örneğin, madencilik alanında kolluk faaliyeti esas olarak Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile bu bakanlığa bağlı Maden İşleri Genel Müdürlüğüdür. 21/06/2005 RG tarihli ve 25852 RG sayılı Madencilik Faaliyetleri İzin Yönetmeliği'nin 82. maddesinin f bendi uyarınca "İşyeri açma ve çalışma ruhsatının verilmesinden sonra yetkili idare tarafından yapılacak denetim sonucunda toplum ve çevre sağlığı açısından uygun çalışılmadığının tespiti halinde yapılacak işlemler Genel Müdürlüğe bildirilir. Genel Müdürlükçe toplum ve çevre sağlığına aykırı olduğu tespit edilen madencilik faaliyetleri gerekli önlemler alınıncaya kadar durdurulur."

kentin belirli yerlerinde toplamak; hafriyat toprağı ve moloz döküm alanlarını; sıvılaştırılmış petrol gazı (LPG) depolama sahalarını; inşaat malzemeleri, odun, kömür ve hurda depolama alanları ve satış yerlerini belirlemek; bu alan ve yerler ile taşımalarda çevre kirliliğı oluşmaması için gereken tedbirleri almak belediyenin görevleri arasında sayılmıştır.<sup>117</sup>

İdarenin sağlık alanında yürüttüğü kolluk faaliyetinin önemli bir bölümü hastalıklarla mücadeleye ilişkindir. 181 sayılı KHK'nın 2. maddesinin h bendi uyarınca, bulaşıcı, salgın insan hastalıklarına karşı kara hudut kapıları, deniz ve hava limanlarında koruyucu sağlık tedbirlerini almak Sağlık Bakanlığı'nın görevleri arasında sayılmıştır. Hudut ve sahillerde bu alanda gerekli tedbirleri almaya Sağlık Bakanlığı'na bağlı Hudutlar ve Sahiller Genel Müdürlüğü yetkilidir. Yine, 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu md. 29 ve devamında da bulaşıcı ve salgın hastalıklarla mücadelede alınacak tedbirler ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

---

<sup>117</sup> Yine, Belediye Zabıta Yönetmeliğı'nin 10. maddesinin c bendi uyarınca ev, apartman ve her türlü işyerlerinin çöplerinin sokağı atılmasına mani olmak, çöp kutu ve atıklarının eşelenmesini önlemek; cadde, sokak, park ve meydanlarda mevzuata ve sağlık şartlarına aykırı olarak satış yapan seyyar satıcıları men etmek, bu hususta yetkili mercilerin kararlarıyla zabıta tarafından yerine getirilmesi istenen hizmetleri yapmak; yetkili mercilerin kararları doğrultusunda belirlenen yerler dışında kurban kesilmesini önlemek; çevre ve insan sağlığına zarar veren, kişilerin huzur ve sükûnunu, beden ve ruh sağlığını bozacak şekilde gürültü yapan fabrika, işyeri, atölye, eğlence yerleri gibi müesseseleri tutanak düzenleyerek yetkili mercilere bildirmek belediye zabıtasının görevleri arasında sayılmıştır.

Hastalıklarla mücadele konusunda değinilmesi gereken bir diğ er önemli düzenleme de 4207 sayılı Tütün  r nlerinin Zararlarının  nlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanun'dur. Kişi hak ve özgürlüklerine müdahale bağlamında oldukça tartışmalı bir yapıya sahip olan bu kanun ile kapalı alanlarda tütün ürünlerinin tüketilmesi yasaklanmış ve bu yasalara uymayanlar için birtakım idari yaptırımlar öngörülmüştür.<sup>118</sup> Yine 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 39. maddesinde de tütün ürünlerinin tüketilmesi konusundaki yasağa uymayanların ödeyecekleri cezalar hüküm altına alınmış tır.

Sağlık hizmetlerinde olduğu gibi sağlık alanındaki kolluk faaliyetlerinin de gereği gibi yerine getirilmemesi durumunda idarenin sorumluluğu söz konusu olabilecektir. Buna göre, kamu sağlığının korunması noktasında idare gerekli tedbirleri almak, denetim ve gözetim yükümlülüğünü yerine getirmek, ikazlarda bulunmak ve gerektiğinde yaptırım uygulamak durumundadır. Bununla birlikte üçüncü kişilerin idare tarafından yapılan ikazlara aldırış etmemeleri, gerekli tedbirleri almamaları durumunda ise doğacak olan zarardan kendileri sorumlu olacaktır.

---

<sup>118</sup> Fransa'da buna benzer bir düzenleme olan ve kapalı umuma açık yerlerde ve toplu taşıma araçlarında sigara içmeyi yasaklayan 10/07/1991 tarihli *Evin Yasası*'na dayanılarak çıkarılan düzenleyici işlemin iptali istemiyle açılan davada Conseil d'Etat, dava konusu düzenleyici işlemin Başbakan'ın, unsurlarından biri sağlık olan kamu düzenini korumak amacıyla, ülke genelinde kolluk tedbirleri alma yetkisi kapsamında değerlendirerek, söz konusu işlemin ölçülü ve hukuka uygun bir işlem olduğuna karar vermiştir. TEKİNSOY, *op. cit.*, s. 106.

## II. BÖLÜM

### SAĞLIK HİZMETLERİ ALANINDA İDARENİN

### SORUMLULUĞUNUN DAYANDIĞI ESASLAR

#### I) GENEL OLARAK

Anayasa'nın 56. maddesine göre “Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir.”

Söz konusu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, sağlık hizmetlerinin yürütülmesi devlete bir görev olarak yüklenmiş olup, bu görevin gereği gibi yerine getirilmemesi devletin hukuki sorumluluğunu gerektirir. Danıştay'ın yerleşik içtihatları da bu doğrultudadır.<sup>119</sup>

---

<sup>119</sup> Örneğin Danıştay önceki yıllarda vermiş olduğu bir kararında “Halkın sağlık hizmetlerini yürütmekle görevli olan davalı idare; hastanelerde yapılacak tedavilerin ve cerrahi müdahalelerin tıbbi esaslara uygun biçimde, hizmetin gerektirdiği yeterliliğe sahip personelle ve gerekli dikkat ve özenin gösterilmesi suretiyle yapılmasını sağlamakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi ağır hizmet kusuru niteliğinde olup; idarenin tazmin yükümlülüğünü doğurur.” demek suretiyle idarenin sağlık hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesi noktasında yükümlü olduğunu açıkça ortaya koymuştur. Danıştay Onuncu Dairesi, 25 Aralık 1995 tarih ve E.1995/3058, K.1995/6698 sayılı Karar (Yahya ŞAHİN/Yakup BAL/Mustafa

Buna göre, sağlık hizmetlerinin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişinde aksaklık ve bozuklukların yaşanması, sağlık hizmetleriyle ilgili denetim ve gözetimin yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilmemesi, sağlık hizmetlerinin hizmetin gerektirdiği dikkat ve  zen gösterilmeden sunulması gibi durumlar söz konusu olduğunda genel olarak idarenin sağlık hizmetleri alanında sorumluluğu gündeme gelmektedir.

 darenin sağlık hizmetleri alanındaki sorumluluğu araştırılırken kuşkusuz bu sorumluluğuun hangi esaslara göre belirleneceği sorusunun öncelikli olarak yanıtlanması gerekir. Bu ise idarenin sorumluluğuunun anayasal temellerinin ortaya konulmasını gerekli kılar. Anayasa'nın 56. maddesinde idarenin sağlık hizmetleri alanında yükümlü kılındığı ifade edilse de bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi durumunda doğacak olan sorumluluğuun hangi esaslara göre belirleneceği hususu ilgili maddede hüküm altına alınmamıştır. Dolayısıyla bu noktada idarenin sorumluluğuunu düzenleyen Anayasa hükümlerine bakmak gerekir.

1982 Anayasası'nda idarenin sorumluluğuunu düzenleyen çeşitli hükümler bulunmaktadır.  darenin sorumluluğuunu düzenleyen bu hükümlerin bir kısmı usuli, diğer bir kısmı ise maddi norm niteliğindedir. Usuli normlar, sorumluluk tesis etmeyen, husumetin kime y neltileceğini, yani davalı olma ehliyetini gösteren

---

KARABULUT, *Danıştay 10. Dairesi'nin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2003, s. 366-367).

normlardır. Maddi normlar ise, sorumluluk kurucu, yani sorumluluğun esasını ortaya koyan normlardır.<sup>120</sup>

Bu bağlamda Anayasa'nın 129/5. maddesini, idarenin sorumluluğu bağlamında usuli bir norm olarak değerlendirmek mümkündür. Nitekim, söz konusu maddede, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılacağı hüküm altına alınmıştır.

Anayasa'nın 40/3. maddesinin ise idarenin sorumluluğu anlamında usuli bir norm mu yoksa maddi bir norm mu olduğu hususu tartışmalıdır. Söz konusu maddeye göre, kişinin, resmi görevliler tarafından vâki haksız işlemler sonucu uğradığı zararın devletçe tazmin edilir ve devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır. Bu noktada, her ne kadar doktrinde aksi yönde görüşler bulunsa da<sup>121</sup> bu hükmün devletin sorumluluğu açısından kurucu bir yönü olduğu ileri sürülebilir.

---

<sup>120</sup> Lütfi DURAN, *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu*, Ankara, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, 1974, s. 5-6.

<sup>121</sup> ÖZGÜLDÜR, gerek AY. md. 129/5'in gerekse AY. md. 40/3'ün maddi norm sayılamayacağını, zira bu hükümlerin usuli nitelikte, davalı tarafı belirlemeye yönelik normlar olduğunu ifade etmektedir. ÖZAY, *op. cit.*, s. 861. OZANSOY da AY. md. 129/5 ve AY. md. 40/3'ün, rücuya ilişkin hükümleri bir kenara bırakılacak olursa, sorumluluk kurucu nitelikte olmadığını ifade etmektedir. Cüneyt OZANSOY, "Türkiye İdaresinin Sorumluluğunda Kamu Hukuku Erozyonu", *1. Ulusal İdare Hukuku Kongresi (1. Kitap)*, Ankara, Danıştay Yayınları, 1990, s. 79.

Nitekim, söz konusu hüküm, kamu görevlilerinin haksız işlemler sonucu üçüncü kişilere verdiği zararın devlet tarafından tazmin edileceğini ifade etmekle devletin sorumluluğu açısından sorumluluk kurucu bir niteliğe bürünmektedir.

İdarenin sorumluluğuna ilişkin bir diğer hüküm de Anayasa'nın 125/7. maddesidir. Söz konusu maddeye göre “*idare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür*”. Bu hükmü de, idarenin sorumluluğu bağlamında maddi bir norm olarak göstermek mümkündür. Nitekim söz konusu hüküm, usuli normlardan farklı olarak sorumluluk tesis edici bir nitelik taşımaktadır. Hatta OZANSOY, bu hüküm karşısında AY. md. 129/5 ve AY. md. 40/3'e maddi norm elbisesi giydirmeye ihtiyaç olmadığını, çünkü asıl belirleyici olanın idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemesi olduğunu ileri sürmektedir.<sup>122</sup>

Söz konusu hükmün belki de en dikkat çeken yanı, Anayasa'nın idarenin sorumluluğuna ilişkin bir “hukuki rejim” ayrımı yapmamış olmasıdır. Anayasa'nın 125/7. maddesi ile idarenin sorumluluğu alanında genel bir düzenleme getirilmiş ve idarenin tüm faaliyetlerine uygulama olanağı olan bir tazmin yükümü ilkesi konularak, idarenin geniş anlamda sorumluluğu düzenlenmiştir.<sup>123</sup>

---

<sup>122</sup> *Ibid.*, s. 103.

<sup>123</sup> İl Han ÖZAY, *Günışığında Yönetim*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004, s. 812. İdarenin geniş anlamdaki sorumluluğu, idare etkinliğinin, gerek özel hukuka, gerek kamu hukukuna tabi olsun, zarar verici davranışlarından doğan tazmin yükümünü biçimlendiren esasları gösterir. Cüneyt OZANSOY, *Tarihsel ve Kuramsal Açıdan İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu*, (Danışman: Doç. Dr. Yıldırım ULER),

Anayasa'nın 125/7. maddesi, idarenin sorumluluğuna ilişkin bir hukuki rejim ayrımı yapmadığı gibi, salt kusurlu sorumluluğun veya salt kusursuz sorumluluğun geçerli olacağı yolunda bir tercihte de bulunmamıştır.<sup>124</sup> Dolayısıyla, Anayasa'nın 125/7. maddesi, idarenin hem kusurlu sorumluluğunun hem de kusursuz sorumluluğunun dayanağı olarak gösterilebilir.

İdarenin sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan sorumluluğu da bu bağlamda Anayasa'nın idarenin sorumluluğuna ilişkin hükümleri de dikkate alınmak suretiyle belirlenecektir. Her ne kadar, Anayasa'nın 40/3. maddesi ve 129/5. maddesi, Anayasa'nın 125/7. maddesinde yer alan genel hükümden farklı olarak, sorumluluk ve ödemenin kanunla düzenleneceğinden söz etmekteyse de, idarenin sağlık hizmetlerinden kaynaklanan sorumluluğuyla ilgili olarak bugüne kadar sorumluluğun esasını düzenleyen yasal bir düzenleme yapılmamıştır.<sup>125</sup> Bu

---

Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 1989 (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kütüphanesi, T-0139), s. 11.

<sup>124</sup> Aynı şekilde, Anayasa'nın 125/7. maddesi, bir sorumluluk türünü kural, bir diğerini ise istisna haline getirmemiştir. OZANSOY, *Tarihsel ve Kuramsal Açından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu*, op. cit., s. 197.

<sup>125</sup> Esasen ONAR'ın da belirttiği gibi, devletin hukuki ve mali sorumluluğu iki sahada gelişmektedir: Bazı hallerde kanunlarla bu sorumluluğun esas ve kapsamı tespit edilmektedir. Bazı hallerde de kanun, sorumluluğun esasını ortaya koyarak, miktarının takdir ve tahminini ise idari mercilere ve yargı mercilerine bırakmaktadır. ONAR, *İdare Hukukunun Umumi Esasları (Cilt III)*, İstanbul, Hak Kitabevi, İsmail Akgün Matbaası, 3. Baskı, 1966, s. 1690.

doğrultuda, sorumluluğun esasını belirleme görevi yargıya bırakılmıştır.<sup>126</sup> Buna göre, idarenin sağlık hizmetleri alanında hangi koşullar altında, hangi nedenlerle sorumlu olacağı ve bu sorumluluğun kapsam ve derecesinin ne olacağı hususu uygulamada daha ziyade yargı kararlarıyla belirlenecektir.

Bu doğrultuda, idarenin sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan sorumluluğunu, Anayasa'nın idarenin sorumluluğuna ilişkin hükümlerini de göz önünde bulundurmak suretiyle, kusurlu sorumluluk ve kusursuz sorumluluk ilkeleri bakımından ayrı ayrı ele alıp değerlendirmek gerekmektedir.<sup>127</sup> Bu çerçevede biz de yapmış olduğumuz plan dahilinde ilk olarak, idarenin sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan kusurlu sorumluluğu konusunu ele alacağız.

## **II) SAĞLIK HİZMETLERİNDE İDARENİN KUSURA DAYANAN SORUMLULUĞU**

Kusurlu sorumluluk, en basit ifadeyle, kusurlu eylem ve işlemler nedeniyle meydana gelen zararın tazmin edilmesi yükümlülüğü şeklinde ifade edilebilir. İdari sorumluluk alanında kusurlu sorumluluk genel hüküm niteliğindedir.<sup>128</sup> Yani, idari sorumluluğun kusurlu sorumluluk olması kural, kusursuz sorumluluk olması ise istisnadır.

---

<sup>126</sup> ATAY, *op. cit.*, s 670. Elbette bu konuda doktrine de görev düştüğünü ifade etmemiz gerekir.

<sup>127</sup> Zira biraz önce ifade ettiğimiz gibi, Anayasa'nın 125/7. maddesi idarenin hem kusurlu hem de kusursuz sorumluluğunun dayanağıdır.

<sup>128</sup> GÖZLER, *İdare Hukuku (Cilt II)*, *op. cit.*, s. 1057.

İdarenin kusurlu sorumluluğu ülkemizde, Fransız Danıştay'ı ve Uyuşmazlık Mahkemesi'nin öteden beri sürdürdüğü uygulamalardan esinlenilerek, gerek öğretide gerekse yargı içtihatlarında hizmet kusuru<sup>129</sup> kavramı ile açıklanmaktadır.<sup>130</sup> Dolayısıyla idarenin sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan kusurlu sorumluluğu da bu doğrultuda hizmet kusuru teorisi çerçevesinde ele alınıp değerlendirilmelidir.

---

<sup>129</sup> Esasen kavram Fransızca'da "*faute de service*" olarak geçmektedir. Bu kavramın Türkçe'deki karşılığı ise "*hizmetin kusuru*"dur. Buna karşın Türk hukukunda bu kavramı karşılamak üzere yaygın olarak "*hizmet kusuru*" terimi kullanılmaktadır. Bu durum doktrinde eleştirilmektedir. DURAN'a göre "*bu hal, gerçekte personelin, idari sorumluluğa yol açan 'görev kusuru'ndan veya kusurlarından oluşan 'hizmetin kusuru'dur. 'Hizmet kusuru' personelin tamamen şahsına bağlı olan ve kendi sorumluluğunu gerektiren 'kişisel kusur'unun karşısında yer alır ve 'hizmetin kusuru'nun sadece faili belirlenebilen bir çeşididir. Bu itibarla, idarenin sorumluluğuna sebep olan aykırılıklara 'idari kusur', personelin kişisel mesuliyetini doğuran hallere de 'şahsi kusur' denmesi daha doğru ve yerinde olurdu.*" DURAN, *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu*, op. cit., s. 27. GÖZLER de aynı şekilde 'kusur' denilen şeyin 'hizmet' tarafından değil, bu hizmette kullanılan kişiler tarafından işlenebileceğini, bu nedenle 'hizmet kusuru' diye bir şeyin olamayacağını ifade etmektedir. GÖZLER, *İdare Hukuku (Cilt II)*, op. cit., s. 1059. Biz, bundan sonraki açıklamalarımızda, Türk hukukunda yaygın kullanım bu şekilde olduğu için, "*hizmet kusuru*" terimini kullanacağız. Ancak bu kavramı kullanırken kastettiğimiz anlamın "*hizmetin kusuru*" olduğu unutulmamalıdır.

<sup>130</sup> GÜNDAY, op. cit., s. 369.

## A) HİZMET KUSURU

### 1) GENEL OLARAK

Henüz başlangıçta belirtmemiz gerekir ki, hizmet kusuru kavramı bir “yasa kavramı” değildir. İdarenin sorumluluğunu sağlama amacıyla içtihat tarafından yaratılan bu kavram, ilk olarak 1873 tarihli *Blanco* kararıyla ortaya çıkmış<sup>131</sup> ve bu tarihten itibaren daha ziyade içtihatlar yoluyla gelişme göstermiştir.

Hizmet kusuru genel olarak, idarenin yürüttüğü bir hizmetin kurulmasında, düzenlenmesinde veya işleyişindeki bozukluk ve aksaklığı ifade etmektedir.<sup>132</sup> Bununla birlikte daha kapsamlı bir tanım vermek gerekirse, SARICA’ya göre “*hizmet kusuru, idarenin ifa ile mükellef olduğu herhangi bir amme hizmetinin ya kuruluşunda, tanzim ve tertibinde veya teşkilatında, bünyesinde, personelinde yahut işleyişinde gereken emir, direktif ve talimatın verilmemesi, nezaret, murakabe, teftişin icra olunmaması, hizmete tahsis olunan vasıtaların kıfayetsiz, elverişsiz, kötü olması, icap ed en tedbirlerin alınmaması, geç, vakitsiz hareket edilmesi ilh.. şeklinde tecelli eden birtakım aksaklık, aykırılık, bozukluk, intizamsızlık, eksiklik, sakatlık arzetmesidir.*”<sup>133</sup>

İdarenin sorumluluğunu sağlamaya yönelik olarak geliştirilen hizmet kusuru teorisi, temelde bir “kusur” esasına dayandırılmakla birlikte, bu kusur özel hukuktaki

---

<sup>131</sup> ÖZAY, *op. cit.*, s. 834.

<sup>132</sup> *Ibid.*

<sup>133</sup> Ragıp SARICA, “Hizmet Kusuru ve Karakterleri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 15, 1949, Sayı: 4, s. 857.

kusur kavramından oldukça farklı bir yapıdadır. Hizmet kusuru teorisindeki kusur, şahıslarda aranılan, sübjektif mahiyette bir kusur olmayıp, şahısların dışında kalan ve her kamu hizmetinin kuruluş ve işleyişi gibi dış aleme taalluk eden ve objektif bir şekil ve mahiyete bürünen, nesnel nitelikte bir kusurdur.<sup>134</sup>

İdare adını verdiğimiz örgütlenme tüzel kişilerden ibaret olması itibariyle, faaliyetlerini gerçek kişiler vasıtasıyla yürütür. Bu itibarla, idarenin eylem ve işlemleri nedeniyle meydana gelen zararlar, aslında idare adına ve hesabına hareket eden gerçek kişilerin eylem ve işlemlerinden kaynaklanır. LAUBADERE'in ifade ettiği gibi “...kusur, sadece bir tüzel kişi olan idarenin bizzat kendisine asla atfedilemez. İdarenin kusur işleyebileceğini kabul etmek garip olur. Kusur, daima bir veya birçok, bilinen veya bilinmeyen görevlinin olayıdır.”<sup>135</sup>. Dolayısıyla, kamu hizmetlerinin ifasında söz konusu olan her türlü kusur, sonuç itibariyle kamu görevlilerinin, bu hizmeti iyi kurmamak, kötü bir şekilde tanzim ve tertip etmek, teşkilatında gereken özeni göstermemiş olmak, personelin seçiminde, görevlendirilmesinde gereği kadar titiz davranmamak gibi kusurlarıdır.<sup>136</sup> Ancak hizmet kusuru teorisinde kamu görevlisinin hukuki şahsiyetinin idare örgütü içerisinde kaybolduğu, kamu hizmeti ve kamu görevlisinin ayrılmaz bir bütün teşkil

---

<sup>134</sup> ONAR, *İdare Hukukunun Umumi Esasları (Cilt III)*, op. cit., s. 1695.

<sup>135</sup> Xavier DELCROS/Bertrand DELCROS, *Fransa ve İngiltere’de İdarenin Sorumluluğu*, çev. Turgut CANDAN, Ankara, Danıştay Yayın Bürosu Yayınları, 1984, s. 4.

<sup>136</sup> Necdet ÖZDEMİR, *Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu*, Ankara, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, 1963, s. 24.

ettiği kabul edilmektedir.<sup>137</sup> Bu durumda da kamu görevlilerinin hizmetle ilişkili olan kusuru, kamu görevlisinin ferden belli olup olmadığı önem arz etmeksizin, hizmet kusuru çerçevesinde değerlendirilmektedir.

İdarenin sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan kusurlu sorumluluğu da bu bağlamda, idari yargıda hizmet kusuru teorisi esaslarına göre belirlenmektedir. Sağlık hizmetlerinden kaynaklanan zararlar nedeniyle açılan tam yargı davalarında Danıştay, hizmet kusurunu, hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel nitelikteki bozukluk olarak tanımlamaktadır.<sup>138</sup> Bu çerçevede, sağlık hizmetlerinin kuruluşu, düzenlenişi veya işleyişindeki bozukluk, sağlık hizmetleri personeli üzerindeki denetim ve gözetimin görevinin gereği gibi yerine getirilmemesi, sağlık hizmetlerinin hizmetin gerektirdiği dikkat ve özen gösterilmeden sunulması gibi durumlar, sağlık hizmetlerinde hizmet kusuru kapsamında değerlendirilmektedir.

---

<sup>137</sup> Paul DUEZ, *Amme Kudretinin Mesuliyeti*, çev. İbrahim SENİL, Ankara, Güney Matbaacılık, 1950, s. 17.

<sup>138</sup> “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.”. Danıştay Onuncu Dairesi, 25 Haziran 2008 tarih ve E.2007/2965, K.2008/4831 sayılı Karar, *Danıştay Dergisi*, Sayı: 120 (*Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*).

Hizmet kusuru teorisinin ayırıcı özellikleri doktrinde genel itibariyle 5 ana başlık altında incelenmektedir. Biz de, doktrine paralel şekilde, hizmet kusurunun özelliklerini ve bu özelliklerin idarenin sağlık hizmetlerinden kaynaklanan sorumluluğu alanına yansımaları 5 ana başlıkta incelemenin faydalı olacağını düşünüyoruz.

## 2) HİZMET KUSURUNUN ÖZELLİKLERİ

### a) Hizmet Kusurunun Bağımsızlığı

Hizmet kusuru, DUEZ'in de belirttiği gibi, “*idare hukukuna ait, orijinal ve bağımsız bir kavram olup, medeniyeci fikirlerin idare hukukuna intibak ettirilmiş bir şekli değildir.*”<sup>139</sup> Her ne kadar idare hukukunda da, özel hukukta olduğu gibi, sorumluluğun esasları “kusur” olgusuna dayandırılrsa da, bu kusur, özel hukuktaki kusur kavramından ayrı özellikte, idare hukuku esaslarına göre belirlenen, objektif ve bağımsız nitelikte bir kusurdur.<sup>140</sup>

İdarenin sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan kusurlu sorumluluğu da, Türk Borçlar Kanunu md. 41 ve devamı maddelerinde düzenlenen kusur esasına değil, idare hukuku esaslarına göre belirlenen, objektif ve bağımsız

---

<sup>139</sup> DUEZ, *op. cit.*, s. 15.

<sup>140</sup> Bununla birlikte OZANSOY, hizmet kusurundaki kusurun özel hukuktaki kusur kavramıyla özdeş olmaması durumunun hizmet kusurunu tümünden bağımsız bir duruma dönüştürmeyeceğini, dolayısıyla söz konusu bağımsızlık niteliğine ihtiyatla yaklaşmak gerektiğini ifade etmektedir. OZANSOY, *Tarihsel ve Kuramsal Açıdan İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu*, *op. cit.*, s. 256.

nitelikteki hizmet kusuru esasına dayanmaktadır. Örneğin, devlet hastanesinde gerçekleştirilen kusurlu bir cerrahi müdahale neticesinde hastanın zarar görmesi durumunda, idarenin kusurlu sorumluluğu belirlenirken özel hukuktaki “kusur” kavramı değil, idare hukuku esaslarına göre belirlenen, objektif ve bağımsız nitelikteki “hizmet kusuru” kavramı kullanılacaktır.

### **b) Hizmet Kusurunun Asliliği ve Doğrudan Doğrualığı**

Hizmet kusurundan doğan sorumluluk, idarenin “kendi” sorumluluğu olup, personelin haksız fiilinden dolayı üstlenmiş olduğu bir sorumluluk değildir.<sup>141</sup> Bunun sonucu olarak hizmet kusuru teorisine göre, zarara uğrayan kişi, öncelikli olarak kamu görevlisine dava açmak mecburiyetinde olmayıp, doğrudan doğruya idare aleyhine dava açabilir.<sup>142</sup>

Bu yönüyle hizmet kusuru, özel hukuktaki adam çalıştıranların sorumluluğundan ayrılmaktadır. Hizmet kusurunda sorumluluk asli ve doğrudan doğruya olduğu halde, adam çalıştıranların sorumluluğunda, adam çalıştıranın sorumluluğu, çalışanlarının tutum ve davranışlarının “garant”ı sıfatıyla ve dolayısıyladır.<sup>143</sup> Bunun sonucu olarak, idarenin, personelin seçiminde, yetiştirilmesinde, nezaretinde, gerekli talimatların verilmesinde hal ve maslahatın

---

<sup>141</sup> *Ibid.*

<sup>142</sup> DUEZ, *op. cit.*, s. 17.

<sup>143</sup> DURAN, *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu*, *op. cit.*, s. 27.

gerektirdiği bütün dikkat ve özeni gösterdiğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulması söz konusu değildir.<sup>144</sup>

İdarenin sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan kusurlu sorumluluğu da bu çerçevede asli ve doğrudan doğruya bir sorumluluktur. Nitekim Danıştay, idarenin sağlık hizmetlerinden kaynaklanan sorumluluğu konusuyla ilgili 2008 yılında vermiş olduğu bir kararında “*hizmet kusurundan dolayı sorumluluk, idarenin sorumluluğunun doğrudan doğruya ve asli nedenini oluşturmaktadır.*”<sup>145</sup> demek suretiyle bu durumu açıkça ortaya koymuştur.

### c) Hizmet Kusurunun Genelliği

Hizmet kusurunun bir diğer özelliği de genel oluşudur. Doktrin ve içtihatlar göre bu özelliğin iki tür görünümü vardır. Bunlardan ilki, hizmet kusuru teorisinin uygulama alanı bakımından tüm kamu tüzel kişileri için geçerli olabilmesidir. Bu özelliğe organik açıdan genellik de denmektedir.<sup>146</sup> Bu itibarla, hizmet kusuru,

---

<sup>144</sup> Bu çerçevede 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 66. maddesinin idarenin sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan sorumluluğu alanında ne derece uygulanabileceği hususu kanaatimizce son derece tartışmalıdır.

<sup>145</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 29 Nisan 2008 tarih ve E.2007/3301, K.2008/2939 sayılı Karar, *Danıştay Dergisi*, Sayı: 114 (*Kazancı İctihat Bilgi Bankası*). Söz konusu kararda Danıştay, hastaya ait grafilerin gerekli şekilde muhafaza edilmemesi ve hastaya ait dosyanın kaybedilmesi durumunun sağlık hizmetinin işletilmesi bakımından ağır hizmet kusuru teşkil ettiği sonucuna varmıştır.

<sup>146</sup> OZANSOY, *Tarihsel ve Kuramsal Açıdan İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu*, op. cit., s. 259.

idarenin sunmakta olduğu sağlık hizmetleri alanında da geçerli olan bir sorumluluk türüdür.

Hizmet kusurunun genelliği niteliğinin ikinci görünümü ise, hizmet kusuru teorisinin idarenin sorumluluğu alanındaki “esas” teori olmasıdır.<sup>147</sup> Bu durum da, maddi açıdan genellik olarak ifade edilmektedir. Buna göre, idarenin sorumluluğu alanında kural, hizmet kusuru dolayısıyla sorumluluk olup, diğer sorumluluk teorileri ikinci derece uygulama yeteneği olan, tamamlayıcı nitelikte teorilerdir. Ancak bu niteliğin bir sonucu olarak, doktrinde bir görüş, hizmet kusurunun bulunmadığı durumlarda idarenin de sorumluluğunun doğmayacağını ifade etmektedir.<sup>148</sup> Danıştay’ın da bu yönde kararları bulunmaktadır. Nitekim, Türk Danıştay’ı, geçmiş yıllarda verdiği bir çok kararında “idareye atfı kabil bir hizmet kusuru bulunmadığı” gerekçesiyle idarenin sorumlu olamayacağı yönünde değerlendirmede bulunmuştur.<sup>149</sup>

---

<sup>147</sup> *Ibid.*

<sup>148</sup> ÖZDEMİR, *op. cit.*, s. 27-28.

<sup>149</sup> Örneğin, Danıştay Sekizinci Dairesi, 31 Aralık 1962 tarih ve E.1961/4476, K.1962/5403 sayılı Karar (OZANSOY, *op. cit.*, s. 260); Danıştay Onikinci Dairesi, 16 Nisan 1968 tarih ve E.1967/1168, K.1968/929 sayılı Karar (Yüksel ESİN, *Danıştay’da Açılacak Tazminat Davaları, İkinci Kitap: Esas*, Ankara, Balkanoğlu Matbaacılık, 1973, s. 254); Danıştay Onikinci Dairesi, 19 Ekim 1971 tarih ve E.1968/2891, K.1971/2272 Sayılı Karar (ESİN, *op. cit.*, s. 255).

Ancak bu durumun Fransa’da olduğu gibi Türkiye’de de erozyona uğradığı bir gerçektir.<sup>150</sup> Her şeyden önce, hizmet kusuru teorisinin kural olması, hizmet kusuru dışında kalan diğer sorumluluk teorilerini kuralın istisnaları haline getirmektedir.<sup>151</sup> Öte yandan, 1982 Anayasası’nın 125/7. maddesi karşısında hizmet kusurunun maddi anlamda genellik niteliğinin mutlak bir şekilde geçerli olduğunu söylemek mümkün görünmemektedir.<sup>152</sup> Nitekim, Anayasa’nın 125/7. maddesi idarenin yalnızca kusurlu sorumluluğunun değil aynı zamanda kusursuz sorumluluğunun da dayanağını teşkil eder. Böyle bir durumda idarenin sorumluluğunu salt hizmet kusuru olgusuna bağlamak ve kusursuz sorumluluk ilkesini tümüyle dışlamak kanaatimizce doğru bir yaklaşım değildir.

Bu çerçevede, idarenin sağlık hizmetleri alanındaki sorumluluğu değerlendirilirken somut olayda öncelikle idarenin bir hizmet kusurunun bulunup bulunmadığına bakılacak, idarenin hizmet kusuru bulunduğu takdirde buna göre idarenin sorumluluğuna hükmedilecektir. Bunun yanında, hizmet kusurunun

---

<sup>150</sup> OZANSOY, *Tarihsel ve Kuramsal Açından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu*, op. cit., s. 260.

<sup>151</sup> Bu konuda, özellikle kusursuz sorumluluk alanındaki pek çok ilkeyi kastettiğimizi belirtmemiz gerekir.

<sup>152</sup> Yahya ZABUNOĞLU, *İdare Hukuku (Cilt II)*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012, s. 413; OZANSOY, *Tarihsel ve Kuramsal Açından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu*, op. cit., 260.

bulunmadığı durumlarda, kanaatimizce, *uygulama alanı bulabildiği ölçüde*, idarenin kusursuz sorumluluğu yönünden de bir değerlendirme yapılabilecektir.<sup>153</sup>

#### **d) Hizmet Kusurunun Esnekliği**

Bu özellik de, hizmet kusurunun varlığı ve derecesinin her somut olayda, hal ve vaziyetin icaplarına ve hususiyetlerine göre tespit edileceğini göstermektedir.<sup>154</sup> Buna göre, kamu hizmetlerinde müşahade olunan her noksanlık, bozukluk ve kusur, idarenin doğrudan sorumluluğunu gerektiren bir hizmet kusuru teşkil etmeyip; sorumluluk için bu noksanlık, bozukluk ve kusurun, kamu hizmetinin cinsine, durumuna, somut olayın cereyan tarzına, zaman ve mekan şartlarına göre mahkemenin tayin ve takdir edeceği belirli bir ağırlık derecesine ulaşmış olması gerekmektedir.<sup>155</sup> Dolayısıyla kimi şartlar altında idarenin sorumluluğunu gerektirecek bir kusur, daha başka şartlar altında “hoşgörülebilir” ve dolayısıyla idarenin sorumluluğunu gerektirmeyecek bir kusur olarak değerlendirilebilir.<sup>156</sup>

---

<sup>153</sup> Sağlık hizmetleri alanında kusursuz sorumluluk ilkesinin ne ölçüde ve hangi durumlarda uygulanabileceğiyle ilgili değerlendirmeler “sağlık hizmetlerinde idarenin kusursuz sorumluluğu” başlığı altında yapılacaktır. Bizim bu noktada öncelikli ve asıl olarak ifade etmek istediğimiz şey, genel olarak sağlık hizmetleri alanında kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanabilmesine yönelik herhangi bir anayasal veya yasal engelin bulunmamasıdır.

<sup>154</sup> ONAR, *İdare Hukukunun Umumi Esasları (Cilt III)*, op. cit., s. 1698.

<sup>155</sup> ÖZDEMİR, op. cit., s. 48.

<sup>156</sup> OZANSOY, *Tarihsel ve Kuramsal Açından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu*, op. cit., s. 261.

İdarenin yerine getirmek zorunda olduğu yükümler her hizmet dalında farklı özellikler gösterebilmektedir. Buna paralel olarak idari yargıda, kamu hizmetlerinin mahiyet ve özelliklerine göre farklı ağırlıklar arzeden kusur dereceleri kabul edilmektedir. Öyle ki, idarenin sorumluluğuna gidilebilmesi için, bazı kamu hizmetlerinde basit bir kusurun varlığı yeterli kabul edilmekteyken, bazı kamu hizmetlerinde ise ağır bir kusurun varlığı aranmaktadır.

Hizmet kusurunun esnekliğinin olumsuz bazı yönleri de bulunmaktadır. Bu noktada en büyük olumsuzluklardan biri olarak mahkeme kararlarındaki tutarsızlık gösterilebilir. Kimi durumlarda idari yargı, belli bir olayla ilgili olarak hizmet kusuru gerekçesiyle idarenin sorumluluğuna hükmederken, hemen pek az farklı veya aynı bir başka olayı farklı değerlendirip tazminata gerek olmadığı sonucuna ulaşabilmektedir. İçtihatlar bu gibi örnekler açısından oldukça zengindir.<sup>157</sup>

Sağlık hizmetleri alanında da hizmet kusuru, idari yargıda hizmetin niteliği ve somut olayın özellikleri göz önünde bulundurulmak suretiyle tespit edilmeye çalışılmaktadır. İdari yargıda, sağlık hizmetleri alanında idare, kimi durumlarda basit kusurun varlığı halinde dahi sorumlu tutulabilmekteyken, kimi durumlarda ise, beyin ameliyatı örneğinde olduğu gibi, bünyesinde risk taşıyan bir sağlık hizmeti söz konusu olduğunda idarenin sorumluluğuna gidilebilmesi için ağır bir kusurun varlığı aranabilmektedir.

---

<sup>157</sup> *Ibid.*, s. 262.

### e) Hizmet Kusurunun Anonimliği

Hizmet kusurunun belirli ve somut bir ajanın kusuru fikrine mutlak şekilde bağlı olmaması, hizmet kusurunun anonimliği niteliğini ortaya koymaktadır. DUEZ'e göre *“zararın muzaaf olduğu hizmetin, isimsiz ve umumi fena bakımını tespit etmek, hizmetin, gerek kuruluşunun ve gerek işleyişinin kusurlu olduğunu ve zararın bu kusurdan ileri geldiğini meydana çıkarmak kafidir.”*<sup>158</sup>.

Hizmet kusuru teorisinde, kusurluluğuna hükmedilen kamu görevlisi değil, hizmetin kendisidir.<sup>159</sup> Dolayısıyla, zarara sebebiyet veren kusurlu kamu görevlisi somut olarak saptansa bile, idare bunu ileri sürmek suretiyle sorumluluktan kurtulamayacaktır. Yani, hizmet kusuru nedeniyle idarenin sorumluluğuna hükmedebilmek için, kusurlu kamu görevlisinin mutlaka somut olarak tespit edilmesi gerekmemektedir.

İdare mahkemesinin, hizmet kusuruna hükmederken somut bir kamu görevlisi ve onun kusurunu tespit etmek *“zorunda olmayışı”* yerindedir. Ancak bu durumdan bir prensip yaratmak doğru değildir. Nitekim, kamu görevlisinin konumu, davanın seyri açısından önem arz edebilir.<sup>160</sup> Öte yandan, Türk hukukunda *“kamu görevlisine rücu”*yu düzenleyen hükümler göz önüne alındığında, kusurlu kamu görevlisini tespit

---

<sup>158</sup> DUEZ, *op. cit.*, s. 18.

<sup>159</sup> ONAR, *İdare Hukukunun Umumi Esasları (Cilt III)*, *op. cit.*, s. 1697.

<sup>160</sup> OZANSOY, *Tarihsel ve Kuramsal Açıdan İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu*, *op. cit.*, s. 263.

etmenin gerekli olduğu da ileri sürülebilir.<sup>161</sup> Ancak, böyle bir durumda kusurlu kamu görevlisinin kim olduğu sorununun idarenin iç ilişkileri çerçevesinde çözümlenmesi gerektiği kabul edilmeli, bireylere bu konuda bir yükümlölük getirilmemelidir.<sup>162</sup>

Hizmet kusurunun anonimliğini doğru yorumlamak gerektiğine dikkat çeken OZANSOY’a göre “Anonimlikten anlaşılması gereken, ajanın olayda kaybedilmesi değildir; hizmet kusurunda yargılanan objenin memurun ‘kusuru’ değil, fakat

---

<sup>161</sup> Anayasa’nın 129/5. maddesine göre “Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir”. Bu hüküm karşısında, idarenin kusurlu kamu görevlisine rücu etmesinin anayasal bir zorunluluk olduğu ifade edilebilir. Bu durumda, kamu görevlisinin kusuru neticesinde meydana gelen zarar nedeniyle tazminat ödemek durumunda kalan idare, Anayasa’nın bu hükmü uyarınca ilgili kamu görevlisine rücu etmek durumundadır. Rücunun söz konusu olabilmesi içinse öncelikle kamu görevlisinin somut olarak belirlenmesi gerekmektedir. Şu halde, zarara sebebiyet veren kamu görevlisini somut olarak belirleme imkanı varsa, Anayasa’nın 129/5 hükmünün anlamlı kılınabilmesi adına, bu belirlemenin yapılması gerekir. Ancak bu durum “zarara sebebiyet veren kamu görevlisi belirlenemezse idare sorumlu olmaz” şeklinde algılanmamalıdır. Önemle yinelememiz gerekir ki, kusurlu kamu görevlisi tespit edilemese dahi, idare sorumluluktan kurtulamayacaktır.

<sup>162</sup> Ahmet BOZDAĞ, “İdare Hukukunda İdarenin Hizmet Kusuru ve Danıştay Uygulaması”, *Türk İdare Dergisi*, 2010, Sayı: 468, s. 38.

*‘hizmete ilişkin davranış’ olmasıdır. Bu nedenlerle, anonimlik niteliğinin, ‘bilinmeyen bir ajanın kusuru’na zorlamayla bağlanması anlamsızdır. Burada önemli olan, ajanın bilinmemesi değildir; önemli olan böyle bir saptamanın sorumluluğa hükmetmek için ‘zorunlu olmayışıdır’. Çünkü hizmet kusurunu oluşturan her hal, sonuçta ajanın/ajanların kusurlarından oluşur. Bu açıdan bakıldığında, ortada somut bir kusur ve bu kusurun somut bir faili ajan bulunabilir; bu durumun her halde hizmet kusurunun varlığını önleyeceğini ileri sürmek anlamsızdır.”<sup>163</sup>.*

Sağlık hizmetlerinde hizmet kusurunun anonimlik niteliğini de bu çerçevede değerlendirmek gerekir. Buna göre, sağlık hizmetlerinin kusurlu bir şekilde sunumu dolayısıyla bir zarar meydana geldiği takdirde, kusurlu kamu görevlisini tespit etmek, idarenin sorumluluğuna hükmetmek bakımından olmazsa olmaz bir koşul değildir. Dolayısıyla, kusurlu sağlık personeli somut bir şekilde belirlenemese dahi idare sorumluluktan kurtulamayacaktır.

Örneğin, AİDS gibi önemli bir hastalıkta yanlış teşhis konularak, henüz bu teşhisin kesinleşmesi beklenilmeksizin olayın basına sızdırılması ve gazeteler aracılığıyla AİDS’li olduğunun duyurulması nedeniyle işsiz kalan davacının, uğradığı maddi ve manevi zararın tazmini için açmış olduğu davada, idare mahkemesi, sağlık hizmetinin sunumunda hizmet kusuru olduğundan bahisle davalı

---

<sup>163</sup> OZANSOY, *Tarihsel ve Kuramsal Açıdan İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu*, op. cit., s. 264.

idareyi tazminata mahkum etmiştir.<sup>164</sup> Daha sonra bu karar, Danıştay tarafından da onanmıştır.<sup>165</sup> Kararda dikkat çeken husus, basına sızdırma olayının hastane

---

<sup>164</sup> Hastaya ilişkin verilen korunup saklanması, sağlık hizmetleri alanında idarenin yerine getirmesi gereken bir ödev olup, bu ödevin gereği gibi yerine getirilmemesi, sağlık hizmetlerinde hizmet kusuru kapsamında idarenin sorumluluğunu gerektirir. Türk hukukunda, sır saklama yükümlülüğüyle doğrudan veya dolaylı olarak ilgili pek çok pozitif düzenleme olmakla birlikte, bu alanda en somut ve ayrıntılı düzenleme Hasta Hakları Yönetmeliği'nde yer almaktadır. Yönetmeliğin 5 inci maddesinin (f ) bendinde, kanunen müsaade edilen haller ile tıbbi zorunluluklar dışında, hastanın özel hayatının ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı; 23 üncü maddesinde ise, sağlık hizmetinin verilmesi sebebiyle edinilen bilgilerin, kanun ile müsaade edilen haller dışında hiçbir şekilde açıklanamayacağı, kişinin rızasına dayansa bile, kişilik haklarında bütünüyle vazgeçilmesi, bu hakların başkalarına devri veya aşırı şekilde sınırlandırılması neticesini doğuran hallerde bilginin açıklanmasının, açıklayanın hukuki sorumluluğunu kaldırmayacağı, hukuki ve ahlaki yönden geçerli ve haklı bir sebebe dayanmaksızın hastaya zarar verme ihtimali bulunan bilginin ifşa edilmesinin, personelin ve diğer kimselerin hukuki ve cezai sorumluluğunu da gerektirdiği, araştırma ve eğitim amacıyla yapılan faaliyetlerde de hastanın kimlik bilgilerinin rızası olmaksızın açıklanamayacağı kuralına yer verilmiştir. KIZILYEL, sır saklama yükümlülüğünü, farklı bir kategoride, “diğer sağlık hizmetleri” başlığı altında değerlendirmektedir. Yazara göre “*Koruyucu, teşhis-tedavi ve rehabilite edici sağlık hizmetleri kapsamında olmamakla birlikte niteliği gereği sağlık kamu hizmeti olan ve kusurlu işlemesi halinde idarenin sorumluluğunu gerektiren eylem veya işlemler diğer sağlık hizmetini oluşturur. Bu tür sağlık hizmetlerine genelde bir*

görevlileri tarafından yapıldığının kabul edilmesi, buna karşın idarenin sorumluluğuna gidilebilmesi için kusurlu kamu görevlisini somut olarak belirlemeye ihtiyaç duyulmamasıdır. Bu durum, sağlık hizmetleri alanında hizmet kusurunun anonimlik niteliğinin bir sonucudur.

## **B) SAĞLIK ALANINDA KUSURUN GÖRÜNÜM BİÇİMLERİ**

### **1) KLASİK AYRIM**

Fransız Danıştay içtihatlarıyla her geçen gün gelişmekte olan hizmet kusuru teorisiyle ilgili olarak doktrinde hizmet kusuru sayılan durumlarla ilgili çeşitli tasnif çabalarına girilmiştir. Bu tasnifler içerisinde en dikkat çeken ise kuşkusuz Paul DUEZ’in yapmış olduğu tasniftir.<sup>166</sup> DUEZ, hizmet kusuru sayılan durumların 3 ana başlık altında toplanabileceğini ifade etmektedir. Bunlar; hizmetin kötü işlemesi, hizmetin geç işlemesi ve hizmetin hiç işlememesi halleridir. DUEZ’in yapmış olduğu bu tasnif doktrin ve içtihat tarafından da benimsenmiştir. Nitekim, Danıştay pek çok kararında hizmet kusuru sayılan durumlarla ilgili olarak “*idarenin yürütmekle görevli olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık veya boşluk olarak tanımlanabilen hizmet kusuru; hizmetin kötü*  

---

*hukuk metninde yer verilmiş olmaktadır. Buna göre, sırrın saklanması yükümlülüğü pozitif hukuk düzenlemeleriyle idareye yüklenilen bir kamu hizmetidir.*”. Bkz. Serkan KIZILYEL, “Sağlık Hizmetinin Sunumunda Sır Saklama Yükümlülüğünün İdare Hukukuyla Etkileşimi Üzerine”, *Sağlık Hukuku Digestası*, 2009, Sayı: 1, s. 333.

<sup>165</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 31 Ocak 1996 tarih ve E.1994/5314, K.1996/294 sayılı Karar (ŞAHİN/BAL/KARABULUT, *op. cit.*, s. 351-353).

<sup>166</sup> DUEZ, *op. cit.*, s. 24.

*işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde gerçekleşmekte ve idarenin tazmin yükümlülüğünün doğmasına yol açmaktadır.”*<sup>167</sup> değerlendirmesini yapmaktadır.

Bununla birlikte, bu ayırmadaki her bir kategorinin birbirinden keskin çizgilerle ayrıldığı savını ileri sürmek güçtür. Nitekim, bir hizmetin geç işlemesi, çoğu zaman o hizmetin kötü işlediğini de gösterir.<sup>168</sup> Örneğin, bıçaklanma sonucunda hastaneye kaldırılan bir yaralıya zamanında müdahale edilmemesi nedeniyle meydana gelen ölüm olayında, sağlık hizmetinin hem geç işlediğinden hem de kötü işlediğinden söz etmek mümkündür.

Konuya ilişkin daha kapsamlı ve somut bir örnek vermek gerekirse, Danıştay kararına konu olmuş bir olayda, davacı, sol diz dış yan bağ ameliyatı olmuş,

---

<sup>167</sup> Örneğin, Danıştay Onuncu Dairesi, 26 Nisan 2002 tarih ve E.2000/1184, K.2002/1249 sayılı Karar (ŞAHİN/BAL/KARABULUT, *op. cit.*, s. 303-306); Danıştay Onuncu Dairesi, 27 Mart 2002 tarih ve E.2000/1010, K.2002/852 sayılı Karar (ŞAHİN/BAL/KARABULUT, *op. cit.*, s. 306-307); Danıştay Onuncu Dairesi, 3 Nisan 2001 tarih ve E.2000/227, K.2001/1241 sayılı Karar (ŞAHİN/BAL/KARABULUT, *op. cit.*, s. 309-311); Danıştay Onuncu Dairesi, 16 Nisan 2001 tarih ve E.1998/7339, K.2001/1386 sayılı Karar (ŞAHİN/BAL/KARABULUT, *op. cit.*, s. 312-313).

<sup>168</sup> YAYLA’nın da belirttiği gibi, geç işleme de bir tür kötü işlemedir. Ancak burada hizmetin niteliğine de dikkat etmek gerekmektedir. Bazı durumlarda idarenin “yerinde bir titizlik ve haklı bir tereddüt” sebebiyle yavaş hareket etmesi kusur teşkil etmez. YAYLA, *op. cit.*, s. 364.

ameliyattan sonra da bacağı alçıya alınmıştır. Ameliyattan bir gün sonra alçıyla ilgili komplikasyon gelişmiş ve davacının ayağı şişerek morarmıştır. Bunun üzerine nöbetçi doktor, ameliyatı yapan doktora haber verilmesi gerektiğini belirtmiş, ancak hafta başına kadar davacının ayağına hiçbir müdahale yapılmamıştır. Pazartesi günü doktor tarafından davacının ayağına gerekli müdahale yapılmış ancak başarı ele edilemeyince bacak kesilmiştir.<sup>169</sup> Somut olay, bu tasnif çerçevesinde değerlendirilecek olursa, sağlık hizmetinin hem hiç işlemediğini, hem kötü işlediğini hem de geç işlediğini söylemek mümkündür. Ameliyat sonrasında gerekli tedavi ve bakım hizmetinin sunulmamış olması nedeniyle sağlık hizmetinin hiç işlemediği söylenebilir. Personel seçiminde gerekli titizliği ve özeni göstermeyen, personeli üzerinde denetimde yetersiz kalan idarenin sağlık hizmetini kötü işlettiği de söylenebilir. Hatta, komplikasyondan iki gün sonra müdahale edildiği için hizmetin geç işlediği de söylenebilir.

Bu örneklerde de görüleceği üzere, hizmet kusuru sayılan hallerle ilgili yapılan ayrımın gerçekçilik niteliğine ihtiyatla yaklaşmakta fayda vardır. Öte yandan, bu hallerin bir “tür sınıflandırması”nı andırır biçimde ayrılması da yanıltıcı olabilir. Bu noktada, söz konusu hallerin “hizmet kusurunun çeşitleri” şeklinde algılanmaması gerektiğini önemle belirtmemiz gerekir.<sup>170</sup>

---

<sup>169</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 09 Aralık 1992 tarih ve E.1992/184, K.1992/4321 sayılı Karar, *Danıştay Dergisi*, Sayı: 87 (*Danıştay İçtihat Bilgi Bankası*).

<sup>170</sup> OZANSOY, *Tarihsel ve Kuramsal Açısından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu*, op. cit., s. 267.

Buna göre, kamu hizmetlerinin yürütülmesi sırasında ortaya çıkan zararlarla ilgili olarak, zararı doğuran olgunun hizmet kusuru sayılabilmesi için, mutlaka bu üç kategoriden birine girmesi gerekmektedir. Bu üçlü ayrım, hizmet kusurunun yalnızca “görünüm biçimleri”ne ilişkindir. Dolayısıyla kamu hizmetlerinin yürütülmesiyle ilgili olarak zarara sebebiyet veren olgu, hizmetin kötü işlemesi, hizmetin geç işlemesi veya hizmetin hiç işlememesi hallerine girmese dahi, bu durum, o olgunun hizmet kusuru sayılmasına engel değildir. OZANSOY’un da belirttiği gibi “*Hizmet, bir bütündür ve yöneldiği amaç da bellidir; bu amaçla uyarlı olmayan ve zarar doğuran her idari davranış, - önünde bir sıfat almasa da – sorumluluk nedeni olarak sorgulanmayı hak eder.*”<sup>171</sup> Kanaatimizce, bu yönde bir yorum, Anayasa’nın idarenin sorumluluğuna ilişkin getirmiş olduğu sistematige daha uygun düşmektedir.

Sağlık hizmetlerinde hizmet kusuru sayılan durumları da bu üçlü ayrım çerçevesinde ele almak mümkündür. Bununla birlikte, doktrinde sağlık hizmetlerinde hizmet kusuru sayılan durumlarla ilgili yeni tasnif önerileri de bulunmaktadır.<sup>172</sup> Ancak biz bu çalışmada öncelikli olarak, DUEZ’in yapmış olduğu tasnife paralel olarak, sağlık hizmetlerinde hizmet kusuru sayılan durumları; sağlık hizmetinin hiç

---

<sup>171</sup> *Ibid.*

<sup>172</sup> Bkz. Serkan KIZILYEL, *İdarenin Sağlık Hizmetinden Doğan Tazminat Sorumluluğu*, op. cit., s. 62.

işlememesi, sağlık hizmetinin kötü işlemesi ve sağlık hizmetinin geç işlemesi başlıkları çerçevesinde ele alacağız.<sup>173</sup>

#### **a) Sağlık Hizmetinin Kötü İşlemesi**

Hizmetin kötü işlemesi, hizmet kusurunun en eski ve en geniş uygulama alanı bulan şeklidir.<sup>174</sup> Hizmetin kötü işlemesi hali genel olarak hizmetin gereği gibi yürütülmemesi durumunu ifade eder.<sup>175</sup> Bir başka deyişle, hizmetin kötü işlemesi, hizmetin beklenen özen, dikkat ve kalitede yapılmaması şeklinde ifade edilebilir.

Hizmetin kötü işlemesi hali ile ilgili yapılan saptamalar yerinde olmakla birlikte, hangi durumlarda hizmetin “gereği gibi”, yani, kendisinden “beklenen” özen, dikkat ve kalitede yürütülmediğini tespit etmek çoğu zaman kolay değildir. Kamu hizmetlerinin çeşitliliği ve değişkenliği göz önüne alındığında, tüm kamu

---

<sup>173</sup> Sağlık hizmetlerinde hizmet kusuru sayılan durumları bu çerçevede ele almamızın en büyük nedenlerinden biri de, idari yargıda DUEZ’in yapmış olduğu bu tasnifin benimsenmiş olmasıdır.

<sup>174</sup> DUEZ, *op. cit.*, s. 1., ÖZDEMİR, *op. cit.*, s. 51, ONAR, *İdare Hukukunun Umumi Esasları (Cilt III)*, *op. cit.*, s. 1736, ÖZAY, *op. cit.*, s. 838, ATAY, *op. cit.*, s. 714.

<sup>175</sup> GÜNDAY, *op. cit.*, 370. İdarenin hizmeti gereği gibi yürütüp yürütmediği değerlendirilirken, idarenin o hizmet kategorisine giren normal bir kuruluştan beklenen tutum ve davranışın ne olduğu baz alınmalıdır. Özge KARAEGE, “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusurlu Sorumluluğu”, *Celal Bayar Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Yönetim ve Ekonomi Dergisi*, Cilt: 8, 2001, Sayı: 2, s. 123.

hizmetlerinin gereklerini belirli formüllerle, önceden, somut bir şekilde belirlemeye imkan yoktur.<sup>176</sup> Bu durumda, hizmetin kötü işleyip işlemediği, hizmetin niteliği, zaman ve yer şartları, idarenin elindeki imkan ve araçlar, somut olayın niteliği ve benzeri durumlar hassasiyetle göz önüne alınmak suretiyle belirlenecektir. İdari yargı yeri, her somut olayda, “hizmetin yöneldiği amaç” yönünden bir değerlendirme yapacak ve idarenin davranışı bu açıdan nitelenecektir.<sup>177</sup>

Bununla birlikte, doktrinde ve içtihatlarda, “konuyla ilgili hukuk kurallarına, oturmuş makul uygulamalara uyulmaması veya hizmet gereklerinin nesnel ölçüler içinde gözetilmemesi”, “hizmetin beklenen özen, dikkat ve kalitede yapılmaması”, “idarenin ajanını seçme ve denetleme bakımından yetersiz kalması”, “ehil personel istihdam edilmemesi”, “ajanların yeterli bir şekilde eğitilmemesi”, “hizmet personeli üzerinde nezaret ve denetlemenin gereğince yapılmamış olması”, “hizmetin işleyişi ve yerine getirilişi sırasında gerekli önlemlerin alınmaması”, “hizmetin iyi işlememesi” gibi durumlarda genel olarak hizmetin kötü işlediği kabul edilmektedir.<sup>178</sup>

Sağlık hizmetlerinde hizmetin kötü işleyip işlemediği de bu bağlamda, sağlık hizmetinin niteliği, idarenin sahip olduğu araç-gereç ve olanaklar, somut olayın

---

<sup>176</sup> ÖZDEMİR, *op. cit.*, s. 51.

<sup>177</sup> OZANSOY, *Tarihsel ve Kuramsal Açıdan İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu*, *op. cit.*, s. 267.

<sup>178</sup> Bu konuyla ilgili olarak bkz. Serdar ÖZGÜLDÜR, *Askeri Yüksek İdaresi Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları*, Ankara, Yetkin Yayınları, 1996, s. 224-231.

şartları gibi durumlar göz önüne alınmak suretiyle her bir olaya göre somut olarak belirlenmelidir. Bu bağlamda, Danıştay kararlarından hareketle, uygulamada ne gibi durumların sağlık hizmetlerinde hizmetin kötü işlemesi kapsamında değerlendirildiğini görmek mümkündür.

Örneğin, erken menopoz şikayetiyle hastaneye gelen davacının herhangi bir uzman hekim gözetimi olmaksızın aile hekimliği asistanı tarafından muayene odasına alınması ve yapılan hatalı tıbbi müdahale neticesinde davacının bekaretinin kaybedilmesi olayında Danıştay, idarenin ağır hizmet kusuru bulunduğu sonucuna varmış ve idareyi tazminata mahkum etmiştir.<sup>179</sup>

Bir diğer olayda ise, davacıların çocuğunun devlet hastanesinde uygulanan potasyum klorürün etkisiyle ölmesi nedeniyle açılan davada, yavaş olarak verilmesi gereken potasyum klorürün davacıların çocuğuna setten hızla verilmiş olması nedeniyle Danıştay idarenin ağır hizmet kusurunun bulunduğu sonucuna varmıştır.<sup>180</sup>

Diğer bir olayda ise, fare zehiri içtiği şüphesiyle kaldırıldığı devlet hastanesinde yanlış ilaç verilmesi sonucu vücut tamliğini yitiren davacının açmış olduğu davada Danıştay, halkın sağlık hizmetini yerine getirmekle görevli idarenin, dava konusu olayda, gerekli dikkat ve özeni göstermeyip yanlış ilaç vermesi

---

<sup>179</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 31 Aralık 2009 tarih ve E.2009/822, K.2009/11619 sayılı Karar (Zehra ODYAKMAZ, “İdare Hukuku Açısından Hasta Uygulamaları”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2011, Sayı: 5, s. 17).

<sup>180</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 27 Mart 2002 tarih ve E.2000/1010, K.2002/852 sayılı Karar (ŞAHİN/BAL/KARABULUT, *op. cit.*, s. 306-307).

nedeniyle ağır hizmet kusuru işlediği sonucuna varmış ve idareyi tazminata mahkum etmiştir.<sup>181</sup>

Söz konusu örneklerde, tıbbi müdahalenin uzman hekim nezaretinde ve tıbbi gerekliliklere uygun bir şekilde yapılmamış olması, hastaya yavaş olarak verilmesi gereken bir ilacın hızlı bir şekilde verilmiş olması ve hastaya yanlış ilaç verilmesi hallerini sağlık hizmetinin kötü işlemesi hali kapsamında değerlendirmek mümkündür. Nitekim bu örneklerde sağlık hizmetlerinin gereği gibi, yani kendinden beklenen özen, dikkat ve kalitede yürütüldüğünden söz etmek mümkün gözükmemektedir.

Sağlık hizmetlerinde hizmetin kötü işlemesi hali örneklerine çoğunlukla tıbbi müdahale aşamasında rastlanmakla birlikte, tıbbi müdahale kapsamına girmeyen

---

<sup>181</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 10 Ekim 1998 tarih ve E.1997/2731, K.1999/4835 sayılı Karar (ŞAHİN/BAL/KARABULUT, *op. cit.*, s. 340-341). Buna benzer bir diğer olayda, yanlış ilaç enjekte edilerek davacının parmağının kangren olmasına neden olan idare aleyhine açılan davada, İdare Mahkemesi'nce, idarelerin kamu hizmetleri için gerekli organizasyonu kurmak, yeterli araç ve gereçlerle donatılmış bina ve tesislerle, ehil elemanlar çalıştırarak bu hizmetleri yürütmekle yükümlü oldukları, aksi halde meydana gelen zararın idarelerce karşılanması gerektiği, olayda da yanlış ilaç enjekte edilerek ilgilinin parmağının kangren olması sonucu kesilmesine sebep olan idarenin hizmet kusurunun açık olduğu ifade edilmiş ve idare tazminat ödemeye mahkum edilmiştir. Danıştay da bu kararı onamıştır. Danıştay Onuncu Dairesi, 8 Aralık 1997 tarih ve E.1996/2121, K.1997/5476 sayılı Karar (ŞAHİN/BAL/KARABULUT, *op. cit.*, s. 347-348).

durumlarla ilgili olarak da hizmetin kötü işlemesi hali örneklerine rastlamak mümkündür. Örneğin sağlık hizmetlerinin sunulduğu bina ve tesislerde gerekli hijyen kurallarına uyulmaması, tıbbi müdahalede kullanılan araç ve gereçlerin sterilize edilmemesi gibi durumlar bu kapsamda değerlendirilebilir.

Davacıların murisinin devlet hastanesinde yapılan ameliyat sonrası enfeksiyon nedeniyle ölümünde idarenin hizmet kusuru bulunduğu gerekçesiyle açmış oldukları davada, söz konusu kliniğin ameliyathane ve yoğun bakım ünitelerinin havasının dezenfekte edilmediği, klinik şef yardımcısının enfeksiyon nedeniyle ameliyathaneyi kapatma önerisinin dikkate alınmadığı ve ameliyatlara devam edildiği, devamında 4 hastanın daha enfeksiyon kapmasına neden olduğu gerekçesiyle, Danıştay, sağlık hizmetinin yürütülmesinde hizmet kusuru bulunduğu kanaatine ulaşmış ve aksi yöndeki ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur.<sup>182</sup>

Söz konusu olayda kliniğin ameliyathane ve yoğun bakım ünitelerinin dezenfekte edilmemesi ve enfeksiyon uyarılarına rağmen ameliyatlara devam edilmesi gibi durumlar nedeniyle sağlık hizmetinin kötü bir şekilde yürütüldüğünü söylemek mümkündür.<sup>183</sup>

---

<sup>182</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 26 Nisan 2002 tarih ve E.2000/5068, K.2002/1257 sayılı Karar (ŞAHİN/BAL/KARABULUT, *op. cit.*, s. 307-309).

<sup>183</sup> Danıştay Onuncu Dairesi'nin sağlık hizmetlerinin kötü işlemesi haline örnek olarak gösterilebilecek daha pek çok kararı bulunmaktadır. Buna göre, tarihi geçmiş ilaç ve aşılardan kullanılması, sterilize edilmemiş araç ve gereç kullanılması, koruyucu sağlık hizmetlerinden olan zorunlu aşılamaların eksik yapılması, hastanın sedyeden düşürülmesi, tıbbi müdahalelerde izin verilen risk (komplikasyon) kapsamını aşan

## b) Sağlık Hizmetinin Geç İşlemesi

İdarenin, nasıl ki kamu hizmetini düzenli ve mevzuata uygun şekilde sunma konusunda bir yükümü bulunuyorsa, aynı şekilde, hizmeti belli bir çabukluk içinde ve zamanında yerine getirmesi konusunda da bir yükümü bulunmaktadır.<sup>184</sup>

---

neticeler ortaya çıkması, hatalı teşhis ve tedavi, hastaya yapılacak müdahaleler hakkında yetersiz bilgi verilmesi (aydınlatılmış onam eksikliği), ameliyat sırasında hastanın karnında tıbbi araç-gereç bırakılması, sara nöbeti geçiren hastanın iyi sabitlenememesinden ötürü hastanın yataktan düşerek bir kolunda fonksiyon kaybının oluşması, hastanın son muayenesinin yapılmadan taburcu edilmesi, hastaneler arası hasta nakillerinde gerekli koordinasyon yapılmadan (örneğin uygun hastanede yatak temin edilmeden) hastanın sevk edilmesi, yaralının yanlış teknikle araç içerisinden çıkarılması ve taşıma tekniğine aykırı olarak taşınması, riski az yabancı aşı kullanmak yerine riski yüksek yerli aşı kullanılması, ameliyat sırasında hastaya oksijen yerine karbondioksit verilmesi, hastaya yanlış serum verilmesi sonucu hastanın ölümüne sebebiyet verme, hastanede yeterli güvenlik önlemlerinin alınmaması nedeniyle dışarıdan gelen yabancı kişilerin hastaya zarar vermesi gibi durumlar genel itibariyle sağlık hizmetlerinde hizmetin kötü işlemesi hallerine örnek olarak gösterilebilir. Fatih BİRTEK, “Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinde İdarenin Kusura Dayanan Sorumluluğu”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 2, 2007, Sayı: 3-4, s. 94.

<sup>184</sup> OZANSOY, *Tarihsel ve Kuramsal Açısından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu*, op. cit., s. 269.

Kamu hizmetinin olağan sayılmayacak bir gecikme ile yerine getirilmesi, idarenin hizmetin gereklerine uygun bir şekilde, kendisinden beklenen ölçüde sürat ve çabukluğu göstermeyerek ağır ve yavaş hareket etmesi, hizmetin geç işlemesi durumu olarak kabul edilmektedir.<sup>185</sup>

Buna göre, hizmetin gecikmeli bir şekilde ifa edilmesi, hizmet kusuru kapsamında idarenin sorumluluğunu gerektirebilir. Ancak buradaki “gecikme” kavramını doğru bir şekilde ele almak gerekir. Nitekim, hangi durumlarda hizmetin gecikmeli bir şekilde işlediğini saptamak her zaman için kolay değildir. Öte yandan hizmetin geç işlediği her durum doğrudan doğruya idarenin sorumluluğuna yol açmaz.<sup>186</sup> İdarenin işin niteliğine ve somut durum koşullarına göre harekete geçebilmesi için normal ve makul bir sürenin geçmesi gerekebilir. Yahut bazı gecikmeler, idarenin dikkatli ve titiz olmasının bir sonucu olabilir.<sup>187</sup> Böyle bir durumda, arada geçen kısa veya zorunlu bir süre içinde ortaya çıkan zarardan idare sorumlu tutulamaz.<sup>188</sup>

Bir hizmetin hangi hallerde geç, hangi hallerde zamanında ifa edildiği sorunu doktrinde ikili bir ayrım çerçevesinde değerlendirilmektedir. Kimi hallerde, hizmetin ne kadar süre içerisinde yerine getirileceği hususu mevzuatta öngörülmüş olabilir. Bu durumda idare, hizmeti öngörülen bu süre içerisinde sunmakla yükümlüdür. İdare, öngörülen süre içerisinde hizmeti yerine getirememişse hizmetin geç işlemiş olduğu

---

<sup>185</sup> ÖZDEMİR, *op. cit.*, s. 68.

<sup>186</sup> ÖZAY, *op. cit.*, s. 839.

<sup>187</sup> YAYLA, *op. cit.*, s. 364.

<sup>188</sup> DURAN, *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu*, *op. cit.*, s. 29.

sonucuna varılır. Bununla birlikte, mevzuatta belirlenen süre aşılmamış olmasına rağmen, hizmetin ifası zarar doğumunu engellemeyen bir sürede gerçekleşmiş olabilir. Bu noktada, öngörülen süre aşılmamış olsa dahi, mahkemenin, bu görevin yeterli çabuklukta yapılıp yapılmadığı savını dinlemesi gerekir. Nitekim, mevzuatın öngördüğü süreler, çoğu kez “azami sınır”ı gösterir ve idareye o sınırı aşmayacak süre içerisinde hareket serbestisi tanır. İdareye tanınan bu yetkinin aynı zamanda bir yükümlülüğü de ihtiva ettiği kuşkusuzdur.<sup>189</sup>

Bununla birlikte, çoğunlukla, hizmetin yerine getirilmesiyle ilgili olarak mevzuatta belirli bir süre öngörülmemiştir. Böyle bir durumda hizmetin geç işleyip işlemediğinin tespiti daha incelikli bir durum arz eder. Bu noktada, hizmetin geç işleyip işlemediği, hizmetin özelliğine, türüne ve idarenin sahip olduğu olanaklara göre belirlenecektir.<sup>190</sup>

Danıştay’ın, geçmiş yıllarda vermiş olduğu bir kararında hizmetin geç işlemesi haliyle ilgili yapmış olduğu değerlendirme önemlidir:

*“Anayasa’nın 125. maddesinin son fıkrasında; idarenin eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır. İdarenin kamu hizmetinin yürütülmesinden doğan zarardan sorumlu tutulmasını gerektiren kuramlardan birisi hizmet kusurudur. Genel olarak hizmet kusuru bir kamu hizmetinin kuruluş ve işleyişindeki aksaklık ve bozukluktur. İdarenin uygunsuz, iyi olmayan bir etkinliği, kusurlu bir davranışı, hizmetin gereği gibi yapılamaması,*

---

<sup>189</sup> OZANSOY, *Tarihsel ve Kuramsal Açından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu*, op. cit., s. 272.

<sup>190</sup> GÜNDAY, op. cit., s. 371.

*idarenin yeterli olanaklara sahip olmaması, kullanmak zorunda olduğu yetkiyi kullanmamak ve harekete geçirmemek suretiyle zarara sebebiyet vermesi, kamu hizmetinin işleminde olağan sayılmayacak bir gecikme, işin gerektirdiği çabukluğun gösterilmemesi hâllerinde idarenin hizmeti kusurlu işlettiği kabul edilmelidir. İdarenin, hizmetlerin zamanında görülebilmesi için gerekli araç ve olanakları sağlaması, yeterli önlemleri zamanında alması gerektiği açıktır. ... Hizmetin geç ve kötü işlenmesi sonucu uyumsuzluk konusu zararların meydana geldiği anlaşılmaktadır...”<sup>191</sup>*

Sağlık hizmetlerinde de hizmetin yerine getirilmesiyle ilgili olarak mevzuatta belirli bir süre öngörülmemiştir. Hizmetin niteliği göz önüne alındığında, bu yönde bir süre belirlemenin mümkün olmayacağı da söylenebilir. Bu nedenle, yargı yeri, önüne gelen her olayda, sağlık hizmetinin niteliği ve somut olayın özelliklerini göz önünde bulundurmak suretiyle sağlık hizmetinin geç işleyip işlemediğini saptayacaktır.

Danıştay kararına konu bir olayda davacı, göğüs ağrısı şikayeti ile devlet hastanesi acil servisine getirilmiş, hastaya konulan teşhis üzerine o günün icapçı dahiliye uzmanı hastaneye çağırılmış ancak kendisi hastaneye gelmemiş, hastanın ağrılaşması üzerine başka bir dahiliye uzmanı hastaya müdahale etmiş ancak hasta hayatını kaybetmiştir. Söz konusu olayda Danıştay, sonuç ölümcül olsun veya olmasın eğer uzman bir hekim mevcutsa, uzman hekimin ulaşılabilirdiği en erken zamanda hastaya müdahale etmesi gerektiğini belirtmiş ve somut olayda idarenin

---

<sup>191</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 12 Temmuz 1995 tarih ve E.1994/7359, K.1995/3559 sayılı Karar, *Danıştay Dergisi*, Sayı: 91 (*Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*).

ağır hizmet kusuru bulunduğu gerekçesiyle idareyi tazminat ödemeye mahkum etmiştir.<sup>192</sup>

Bir diğer olayda ise davacıların altı yaşındaki çocukları, kusma ve karın ağrısı şikayeti ile 23/10/1992 tarihinde hastaneye getirilmiş, acil servis nöbetçi doktor acil müdahale gerektiren bir patoloji tespit etmemiş ve hastayı müşahade altına aldırarak, ertesi sabah nöbeti teslim alan ekip tarafından akut perfore apandisit tanısıyla hasta ameliyata alınmış, ancak ameliyat sonrası genel durumu gittikçe kötüleşen hasta, 25/10/1992 tarihinde sevk edildiği hastanede kurtarılamayarak hayatını kaybetmiştir. Yüksek Sağlık Şurası'nın hazırladığı raporda, hastayı ilk gören hekimin daha titiz bir muayene ile akut apandisit tanısını koyabileceği, çalıştığı ortamda bu yöndeki bir şüphe durumunda konsültasyon isteyebileceği uzman hekimler bulunmasına rağmen bu yola başvurmamış ve sonuçta acil yapılması gereken ameliyatın geç yapılması ve patolojinin ağırlaşmasına neden olduğu ifade edilmiştir. Buradan hareketle Danıştay, ağır hizmet kusuru bulunduğu gerekçesiyle idareyi tazminata mahkum etmiştir.<sup>193</sup>

Söz konusu olayda hastayı ilk gören hekimin gerekli dikkat ve özeni göstermemiş olmasından bahisle sağlık hizmetinin kötü bir şekilde yürütüldüğünü söylemek mümkündür. Buna bağlı olarak, aynı olayda, acil olarak yapılması gereken

---

<sup>192</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 13 Şubat 2001 tarih ve E.1998/3789, K.2001/487 sayılı Karar (ŞAHİN/BAL/KARABULUT, *op. cit.*, s. 322-323).

<sup>193</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 24 Şubat 1998 tarih ve E.1996/2967, K.1998/808 sayılı Karar (ŞAHİN/BAL/KARABULUT, *op. cit.*, s. 345-346).

bir ameliyatın yapılmamış olması nedeniyle sağlık hizmetinin geç işlediğinden de söz edilebilir.<sup>194</sup>

---

<sup>194</sup> Sağlık hizmetlerinin geç işlemesi halleriyle ilgili örnekleri çoğaltmak mümkündür. Örneğin, yüksek ateş ve kanda lökosit miktarına göre hemen ameliyat edilmesi gereken apandisitli hastanın ameliyatının geciktirilmesi sonucu hastanın peritonitten dolayı hayatını kaybetmesi, hastalığın teşhisinde geç kalınması, batin içerisinde meydana gelen kanama halinde derhal ameliyat edilmeyerek kanama sebebiyle hastanın yaşamını yitirmesi, sezaryen ameliyatı elzem olduğu halde hastanın ameliyat edilmeyerek normal doğumun beklenmesi, hastanede bulunması zorunlu ilaç ve serumların bulundurulmaması veya bu ilaç ve serumlara idarenin kusuru nedeniyle vaktinde ulaşılamaması ve hastaya zamanında müdahale edilememesi nedeniyle hastanın yaşamını yitirmesi, penicilin alerjisi olan bir hastaya penicilin veya penicilin türevi olan enjeksiyon yapıldıktan sonra hastanın kötüleşmesi üzerine derhal verilmesi gereken ilaçların hazır bulundurulmaması ve bu sebeple hastaya geç müdahale edilmesi sonucunda hastanın alerjik reaksiyon nedeniyle yaşamını yitirmesi, trafik kazalarında ilk müdahalede sağlık ekibinin hiçbir engelleyici durum söz konusu olmadığı halde olay yerine ve yaralılara ulaşmada gecikmesi ve geç müdahale yapılması, hastane imkanları göz önüne alındığında ileri merkeze sevki zorunlu olan hastanın sevk edilmesinde gecikme gösterilmesi, ilgili uzman doktorun derhal konsülte etmesi gereken hastayı konsülte etmeyerek ertesi günü beklemesi ve bu gecikme nedeniyle geç müdahale edilmesi sonucu hastanın yaşamını yitirmesi, acil müdahale gereken hastaya uzun süre müdahale edilmeden

### c) Sağlık Hizmetinin Hiç İşlememesi

Hizmet kusurunun bir diğer görünüm biçimi de hizmetin hiç işlememesi halidir. İdarenin hareketsizliği kimi durumlarda idarenin sorumluluğunu gerektirebilir. Bu noktada, idare hangi durumlarda sorumlu olabilir sorusuna, idarenin o konuda takdir yetkisinin bulunup bulunmamasına göre bir cevap verilmektedir.<sup>195</sup>

Mevzuatta, idareye birtakım hizmetlerin yerine getirilmesi konusunda bir zorunluluk getirilmiş olabilir. Bu durumda, “bağlı yetki”nin bir gereği olarak, idare o hizmeti yerine getirmekle yükümlüdür. Bir diğer ifadeyle, idare o hizmeti yerine getirip getirmeme konusunda bir serbestiye sahip değildir. Dolayısıyla, idarenin aksi yönde bir davranışı hem hukuka aykırılığı hem de hizmet kusurunu doğurur.<sup>196</sup>

Bundan farklı olarak, bir hizmetin yerine getirilmesi konusunda idareye takdir yetkisi tanınmış da olabilir. Bu durumda, kural olarak, idare hareketsiz kalması nedeniyle sorumlu olmayacaktır denebilir. Ancak bu konuda, bağlı yetkide olduğu gibi kesin bir kural koyma imkanı bulunmamaktadır.<sup>197</sup> Nitekim, takdir yetkisi, keyfi hareket etmek serbestisi olmayıp, hizmetin daha iyi şekilde sunulması amacına beklenmesi ve geç müdahale edilmesi gibi haller sağlık hizmetlerinde hizmetin geç işlemesi kapsamında değerlendirilebilir. BİRTEK, *op. cit.*, s. 97.

<sup>195</sup> DUEZ, *op. cit.*, s. 27.

<sup>196</sup> OZANSOY, *Tarihsel ve Kuramsal Açından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu*, *op. cit.*, s. 273.

<sup>197</sup> ÖZAY, *op. cit.*, s. 840.

yöneliktir ve bu itibarla yargı denetimine tabidir.<sup>198</sup> Bu noktada yargı organı, idarenin hareketsiz kalmasının sorumluluğa yol açıp açmayacağını; yetkinin keyfi kullanılıp kullanılmadığı, kanun önünde eşitlik ilkesine uygun kullanılıp kullanılmadığı, idarenin istikrar kazanmış uygulamaları ile uyum içinde bulunup bulunmadığı gibi hususları göz önünde bulundurmak suretiyle belirleyecektir.<sup>199</sup>

Anayasa'nın 56. maddesinde, devletin sağlık hizmetleri alanında görevli olduğu hüküm altına alınmıştır. Bu çerçevede, sağlık hizmetlerinin gereği gibi yerine getirilebilmesi için bir teşkilat kurulması, hizmetin gerektirdiği araç, gereç ve personelin bu teşkilatın emrine verilmiş olması; ayrıca hizmeti yürütecek personelin seçiminde ve yetiştirilmesinde gerekli özenin gösterilmiş olması gerekir.

Sağlık hizmetinin hiç işlemesi haliyle ilgili olarak uygulamadan çeşitli örnekler verilebilir. Örneğin, davacının rahatsızlığı nedeniyle, tedavi için yatırıldığı hastanede uygulanan tedavisi sırasında meydana gelebileceği tahmin edilebilen komplikasyonların önlenmesi için alınması gerekli tedbirlerin alınmadığı ve davacının kolunun kırılmasına neden olduğu, kırık ihtimali üzerine psikiyatri servisinden 23.12.1985 tarihinde radyolojik tetkikin yapılması için röntgene gönderildiği ve çekilen filmin ismi okunamayan bir doktor tarafından incelenmesi sonucu “hastanın grafisinde patoloji tespit edilmedi” raporu verildiği, dolayısıyla gerekli tedavi yapılmayarak davacının kolunun sakat kalmasına yol açıldığı tespit

---

<sup>198</sup> ATAY, *op. cit.*, s. 721.

<sup>199</sup> *Ibid.*

edilmiştir. Danıştay, buna dayalı olarak söz konusu olayda davalı idareyi ağır hizmet kusuru bulunduğu gerekçesiyle tazminata mahkum etmiştir.<sup>200</sup>

Sağlık hizmetinin hiç işlememesi durumuyla ilgili olarak değinilmesi gereken önemli bir konu da, Anayasa'nın "sosyal ve ekonomik haklar" başlıklı 65. maddesinin hizmetin hiç işlememesi hali konusunda nasıl bir etki yaratacağı sorunudur. Anayasa'nın 65. maddesine göre; "*Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.*" Anayasa'nın bu

---

<sup>200</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 9 Ekim 1995 tarih ve E.1994/2110, K.1995/4255 sayılı Karar (ŞAHİN/BAL/KARABULUT, *op. cit.*, s. 372-373). Bunun dışında, hastanenin acil servisinden ambulans istenmesine rağmen ambulans gönderilmemesi, penisilin iğnesi yapılmadan önce penisilin testi yapılması gerekirken yapılmaması, acil bir hal olmamasına rağmen hastayı aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi, acil hastaya anında müdahale edilmemesi nedeniyle hastanın bu gecikmeden ötürü hayatını kaybetmesi, şok yapma etkisi olan bir ilacın uygulanmasında acil müdahale için gerekli ilaçların bulundurulmaması nedeniyle hastanın hayatını kaybetmesi, acil servise getirilen hastanın hiç muayene edilmeden bırakılması, cerrahın acil bir vakaya bakmayıp operasyonu yapmaması, paslı demir parçası ile oluşan yaralanmada tetanoz serumu uygulanmaması nedeniyle hastanın yaşamını yitirmesi, gerekli röntgen ve laboratuvar incelemesi yapılmadan trafik kazası vakasının evine gönderilmesi, zorunlu aşı takviminde yer alan aşılardan yapılmaması gibi durumlar da sağlık hizmetlerinin hiç işlememesi hallerine örnek olarak gösterilebilir. BİRTEK, *op. cit.*, s. 98.

hükmüyle ilgili olarak genel bir yorum sorunu bulunduğunu ifade etmemiz gerekir. Devletin iktisadi ve sosyal alandaki ödevlerinin sınırlarını çizen böyle maddeler, çoğu zaman sosyal hakların “korunma dereceleri” ile ilgili algılanmayıp, bu hakların korunmamasının birer özrü olarak kullanılmaktadırlar.<sup>201</sup> Bu görüş doğrultusunda, hizmetin hiç işlememesi, idarenin mali kaynaklarının yetersizliğinden ileri gelmiş ise, Anayasa’nın 65. maddesi karşısında hizmet kusuru gerekçesiyle idarenin sorumluluğuna gidilemeyeceği düşünülebilir. Danıştay kararlarında da çoğunlukla bu yaklaşımın benimsendiği görülmektedir.

İdare Mahkemesi önüne gelmiş bir olayda, davacı geçirmiş olduğu trafik kazası sonrasında hastaneye kaldırılmış, ancak devlet hastanesinde göğüs cerrahi, beyin cerrahi kadroları ile tam teşekküllü yoğun bakım ünitesi, bilgisayarlı tomografi gibi ünitelerin bulunmaması nedeniyle hasta hayatını kaybetmiştir. İdare Mahkemesi, somut olayda sağlık hizmetinin gereği gibi yürütülmediği gerekçesiyle davalı idareyi tazminata mahkum etmiştir. Danıştay ise, İdare Mahkemesi’nin vermiş olduğu bu kararı şu gerekçeyle bozmuştur: *“T.C. Anayasası’nın 56. maddesinde, devletin herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamakla görevli olduğu, 65. maddesinde ise devletin, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, ekonomik istikrarın korunmasını gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirileceği belirtilmiştir... Bu durumda Anayasa’nın 65.*

---

<sup>201</sup> KUÇURADI, *op. cit.*, s. 18.

*maddesi hükmü ve trafik kazası sonrası yapılan müdahalenin yerinde görülmesi karşısında idarenin ağır hizmet kusurundan söz etmeye imkan bulunmamaktadır.”<sup>202</sup>*

Kanaatimizce Anayasa’nın 65. maddesini bu denli geniş yorumlamamak gerekir. Nitekim sosyal ve ekonomik haklarla ilgili olarak yasama organının takdiri, bu hakların gerçekleştirilip gerçekleştirilmemesi noktasında değil, ancak ne ölçüde gerçekleştirileceği noktasında mevcuttur.<sup>203</sup> Dolayısıyla, idare, bu maddeyi gerekçe göstererek, kanun gereği yerine getirmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerini yerine getirmezlik yapamaz ve kamu hizmetlerinin asgari ölçülerde ifası ve istikrar kazanmış uygulamalarla yürütülmekte olan kamu hizmetlerinin yürütülmesinden kaçınamaz.<sup>204</sup> Aksi yönde bir yorum, anayasayla güvence altına alınmış olan sosyal hakların pratikte gerçekleşmemesi sonucunu doğurabilir. Nitekim, Anayasa’nın 65. maddesi sosyal ve ekonomik hakların gerçekleştirilmemesinin bir özrü olarak yorumlandığı takdirde, devlet mali kaynakların yetersizliğini gerekçe göstererek sosyal ve ekonomik haklar alanındaki yükümlülüklerini yerine getirmeyebilecektir. Böylelikle, sosyal ve ekonomik hakların anayasayla güvence altına alınması pratikte bir anlam ifade etmeyecektir. GÜNDAY da mali kaynakların yetersizliği nedeniyle sorumsuzluk hallerini sınırlamak gerektiğini, aksi halde idarenin her zaman mali

---

<sup>202</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 24 Nisan 2001 tarih ve E.1998/7215, K.2001/1531 sayılı Karar (ŞAHİN/BAL/KARABULUT, *op. cit.*, s. 313-314).

<sup>203</sup> ÖZBUDUN, *op. cit.*, s. 146.

<sup>204</sup> ATAY, *op. cit.*, s. 723.

kaynaklarının yetersizliğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulabileceğini ifade etmektedir.<sup>205</sup>

DURAN'ın da belirttiği gibi “...idarenin, maddi olanakları elvermediği ya da yeterli örgüt, personel, araç ve gerece sahip bulunmadığı gibi gerekçelerle, faaliyet ve hizmetlerini ifa edememekten doğan zararlar için sorumsuzluğu kabul edilemez. İdarenin bu hususta mali ve teknik imkânları sağlayamaması yürütme ile yasama arasındaki politik bir sorunun ya da kendisinin öngörme ve tedbir alma konusundaki idari kusurunun sonucu olup, hizmetin işlememesinden zarar görenleri etkilememek gerekir.”<sup>206</sup>

Sağlık hakkı da Anayasa’yla güvence altına alınmış sosyal bir hak niteliğinde olup, bu hakkın yerine getirilmesi konusunda devlet görevli kılınmıştır. Anayasa’nın 56. maddesine göre devlet bu alandaki görevlerini, kamu ve özel kesimdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak ve onları denetleyerek yerine getirir. Buna göre, devletin bu alandaki görevlerini yerine getirmemesi, örneğin sağlık hizmetlerinin gereği gibi yerine getirilebilmesi için bir teşkilat kurmaması veya hizmetin gerektirdiği araç, gereç ve personelin bu teşkilatın emrine verilmemiş olması durumunda, devletin sorumluluğu söz konusu olacaktır. Sağlık hakkının gerçekleştirilmesinin devletin mali kaynaklarının yeterliliği ölçütüne bağlanması her zaman için kabul edilebilir bir durum olarak görülemez.<sup>207</sup>

---

<sup>205</sup> GÜNDAY, *op. cit.*, s. 372.

<sup>206</sup> DURAN, *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu*, *op. cit.*, s. 33.

<sup>207</sup> Bu arada ifade etmemiz gerekir ki, sosyal hakların bütünüyle ilgili olarak devletin olumlu bir edimde bulunması zorunluluğu bulunmamaktadır. Sendikal haklar ve grev

Anayasa'nın 65. maddesinde devletin, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin “*amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek*” malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getireceği hüküm altına alınmıştır. Her ne kadar temel hak ve özgürlükler arasında bir öncelik-sonralık ilişkisi kurulamasa da, yaşama hakkının diğer haklara nazaran daha öncelikli bir yapıda olduğu ileri sürülebilir. Kişilerin bedensel, ruhsal ve sosyal yönden tam bir iyilik hali içinde ve insana yaraşır bir hayat sürmesini sağlama görevi devletin öncelikli görevleri arasındadır. Bu bakımdan devletin sağlık hizmetlerine ayrı bir önem vermesi gerektiği söylenebilir. Buna karşın Türkiye, kendi gelir grubundaki ülkeler içerisinde Sağlık Bakanlığı'na en düşük kaynağı ayıran ülke olarak dikkat çekmektedir.<sup>208</sup>

---

hakkı gibi sosyal haklar konusunda, bu hakların gerçekleşmesi için devletin olumlu bir edimde bulunmasına gerek yoktur. Bununla birlikte, sağlık hakkı, çalışma hakkı, konut hakkı gibi bir kısım sosyal hakların içerdikleri norm programlarının gerçekleşmesi, ancak devletin bu alanlarda düzenleyici faaliyette bulunmasıyla mümkün olabilir. Bunlara, olumlu edim gerektiren sosyal haklar denmektedir. Bunlar, salt anayasada yer almış olmakla, kişilere yargı desteğiyle donatılmış sübjektif kamu hakları sağlamazlar. Burada daha çok, devlete somut bir alanda ya da konuda ödevler yükleyen veya yetki veren kurallardan söz etmek gerekir. Bu konuyla ilgili olarak bkz. Mithat SANCAR, *Temel Hakların Yorumu*, (Danışman: Prof. Dr. Yahya K. ZABUNOĞLU), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 1995, s. 210.

<sup>208</sup> Oğuz POLAT, *Tıbbi Uygulama Hataları*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2005, s. 291.

Danıştay'ın, sağlık hizmetlerinin kurulmaması nedeniyle idarenin sorumluluğuna gitme konusunda ise pek istekli olmadığı görülmektedir. Danıştay, pek çok kararında Anayasa'nın 65. maddesini gerekçe göstererek, hizmetin hiç işlememesi nedeniyle idarenin sorumluluğuna gidilemeyeceğini ifade etmiştir. Buna karşın Danıştay'ın, seyrek de olsa, aksi yönde vermiş olduğu bazı kararları da bulunmaktadır. Danıştay 12. Dairesi, 1961 Anayasası döneminde vermiş olduğu bir kararda, yılan sokması nedeniyle zehirlenerek ölen bir çocuğun tedavisi için gerekli tertip ve tedbiri o yer devlet hastanesinde almamış olan Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı'nın şu gerekçeyle sorumlu olduğuna karar vermiştir:

*“...halkın sağlık hizmetlerini yürütmekle görevli bulunan davalı idare, bu hizmetin gerektirdiği imkân ve vasıtaları bütün şartlarıyla birlikte yerinde ve zamanında sağlamak ve her an hizmete amade bulundurmakla mükelleftir. Zehirli haşaratın mebzul olduğu bir muhitte bu kabil zehirlenme olaylarının da pek çok tekrerrür ihtimali varit olduğu halde bu olaydan zarar görenlerin tedavisinde lazım olacak ilaç, alet ve personeli hastanelerde her an hazır bulundurmak gerekirken dava mevzuu olayda bu nevi tedbirlerin hiçbirinin alınmadığı ve böylece amme hizmetinin yürütülmesinde İdarenin ağır kusurunun bulunduğu ve davacının çocuğunun ölümü ile sonuçlanan olayın vuku bulduğu açıkça anlaşılmaktadır.”<sup>209</sup>*

Buradan hareketle denilebilir ki, idare, yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerini, mali ve teknik imkânları veya özel teşkilatı bulunmadığı gerekçesiyle ifadan kaçınmaz ve bu çekinmeye bağlı olarak sorumluluktan kurtulamaz. Yine,

---

<sup>209</sup> Danıştay Onikinci Dairesi, 24 Ekim 1966 tarih ve E.1965/21, K.1966/2928 sayılı Karar (ESİN, *op. cit.*, s. 79-80).

idare, kurulmuş örgütünün ve düzenlenmiş hizmetlerinin işlemesinden doğan zararları öncelikle, ödemekle yükümlüdür.<sup>210</sup> DURAN’a göre, idari faaliyet ve hizmetlerin hiç ifa edilememesi hallerinde, yer, zaman, işin niteliği ve diğer hal ve şartların özelliği bakımından idarenin sorumluluğunu kaldırarak veya azaltacak mazeretlerin ileri sürülmesi veya göz önüne alınması doğru ve mümkün değildir. Çok olağanüstü bir hal idarenin gerçekten harekete geçmesini tamamen imkansız kılmadığı müddetçe, idarenin hareketsiz kalması hiçbir şekilde caiz görülemez.<sup>211</sup>

Kanaatimizce, sağlık hizmetleri alanında devlet yükümlü kılındığı için, bu hizmetlerin ülke çapında asgari standartlarda sunulması devlet için bir zorunluluktur. Devlet, sosyal ve ekonomik alandaki ödevlerini mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde ve fakat “amaca uygun öncelikleri gözetmek” kaydıyla yerine getirmekle yükümlü olduğu için, sağlık hizmetlerinin önemi ve niteliği göz önüne alındığında, sağlık hizmetleri alanında mali kaynakların yetersizliği ölçütünün sıklıkla uygulama alanı bulabileceğinden söz edilemez. Sağlık hizmetlerinin yürütülmesi için yeterli ödeneğin ayrılıp ayrılmamış olması DURAN’ın da ifade ettiği gibi yasama ve yürütme arasındaki politik bir mesele olup, bu durumun hizmetin hiç işlememesi nedeniyle zarar gören kişileri etkilememesi gerekir.<sup>212</sup> Bu nedenle yargı organları, sağlık hizmetlerinin hiç işlememesi nedeniyle devletin sorumlu olup olamayacağı

---

<sup>210</sup> DURAN, *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu*, op. cit., s. 33.

<sup>211</sup> *Ibid.*, s. 34.

<sup>212</sup> Buna göre, sağlık hizmetine ihtiyaç duyulan bir coğrafi alanda bu ihtiyacı giderecek teşkilatın kurulmaması veya kurulmuş olmasına rağmen işletilmemesi, kanaatimizce devletin sorumluluğunu gerektirir.

değerlendirmesini yaparken Anayasa'nın 65. maddesini bu çerçevede yorumlamalı ve somut olayın gereklerini de göz önünde tutmak suretiyle bir sonuca varmalıdır.

## **2) SAĞLIK HİZMETLERİNE ÖZGÜ AYRIM**

İdarenin sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan sorumluluğu konusunda, DUEZ'in yapmış olduğu hizmet kusuru tasnifi dışında, sağlık hizmetin niteliği göz önünde bulundurulmak suretiyle farklı bir tasnif daha yapılabilir. Buna göre, idarenin sağlık hizmetlerinden kaynaklanan sorumluluğunu “sağlık hizmetlerinin kuruluşu ve işleyişinden kaynaklanan sorumluluk” ile “tıbbi müdahalelerden kaynaklanan sorumluluk” şeklinde ikili bir ayrım çerçevesinde ele almak mümkündür.

### **a) Sağlık Hizmetlerinin Kuruluşu ve İşleyişinden Kaynaklanan Sorumluluk**

Anayasa'nın 56. maddesi bağlamında devletin sağlık hizmetleri alanındaki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için öncelikli olarak ülke çapında sağlık hizmetlerini yürütecek teşkilatı kurması<sup>213</sup>, gerekli ve yeterli personeli istihdam

---

<sup>213</sup> 181 sayılı Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun Hükmünde Kararname'nin 1. maddesi ile Sağlık Bakanlığı'nın bu amaç doğrultusunda kurulduğu ifade edilmektedir. Söz konusu KHK'nın 1. maddesine göre: “*Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin amacı, herkesin hayatının beden ve ruh sağlığı içinde devamını sağlamak, ülkenin sağlık şartlarını düzeltmek, fertlerin ve cemiyetin sağlığına zarar veren amillerle mücadele etmek ve halka sağlık hizmetlerini ulaştırmak, sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermelerini*

---

temin etmek için Sağlık Bakanlığının kurulmasına, teşkilat ve görevlerine ilişkin esasları düzenlemektir.” KHK’nın 2. maddesinde ise Sağlık Bakanlığı’nın görevleri sıralanmıştır. Buna göre: “Sağlık Bakanlığının görevleri şunlardır: a) Herkesin hayatını bedenlen, 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, b) Bulaşıcı, salgın ve sosyal hastalıklarla savaşarak koruyucu, tedavi edici hekimlik ve rehabilitasyon hizmetlerini yapmak, c) Ana ve çocuk sağlığının korunması ve aile planlaması hizmetlerini yapmak, d) İlaç, uyuşturucu ve psikotrop maddelerin üretim ve tüketimini her safhada kontrol ve denetlemek; farmasötik ve tıbbi madde ve müstahzar üreten yerlerin, dağıtım yerlerinin açılış ve çalışmalarını esaslara bağlamak, denetlemek, e) Gerekli aşı, serum, kan ürünleri ve ilaçların üretimini yapmak, yaptırmak ve gerekirse ithalini sağlamak, f) Temel sorumluluk Sağlık Bakanlığına ait olmak üzere Tarım Orman ve Köyişleri Bakanlığı ve mahalli idarelerle işbirliği suretiyle gıda maddelerinin ve bunları üreten yerlerin sağlık açısından kontrol hizmetlerini yürütmek, g) Mahalli idareler ilgili diğer kuruluşlarla işbirliği suretiyle çevre sağlığını ilgilendiren gerekli tedbirleri almak ve aldirmek, h) Bulaşıcı, salgın insan hastalıklarına karşı kara hudut kapıları, deniz ve hava limanlarında koruyucu sağlık tedbirlerini almak, i) (Mülga: 24/1/1989 - KHK - 356/15 md.; Aynen kabul: 14/3/1991-3703/19 md.) j) Kanser, verem ve sıtma ile savaş hizmetlerini yürütmek ve bu alanda hizmet veren kurum ve kuruluşların çalışmalarının koordinasyonunu ve denetimini sağlamak, k) Bu görevlerin yerine getirilmesi için gerekli tesisleri kurmak ve işletmek, meslek

etmesi ve hizmet için gerekli araç-gereci hazır halde bulundurması gerekir. İdarenin bu anlamdaki yükümlülüğü genel itibariyle sağlık hizmetlerinin organizasyonu ile ilgilidir. Bu noktada, hastanede bulunması gereken tıbbi cihazların bulunmaması veya bozuk olması, hastanede gerekli hijyenin sağlanmaması, sağlık hizmetlerinde kullanılan araç-gereçlerin bakımlarının yapılmamış olması, hastalara verilen gıdaların bozuk olması gibi durumlar söz konusu olduğunda sağlık hizmetinin kuruluş ve işleyişindeki aksaklıklar nedeniyle idarenin sorumluluğu gündeme gelebilecektir.<sup>214</sup>

Örneğin, bebeğin oksijen yetersizliğine bağlı beyin ölümü tanısıyla dünyaya gelmesinde idarenin hizmet kusurunun bulunduğu iddiasıyla açılan tam yargı davasının temyiz incelemesinde Danıştay, Kadın Doğum Bölümü'nde önemli delillerin kaybolmasını engelleme konusunda gerekli özeni göstermeyen ve hastane acil ameliyat koşullarının organizasyonunda eksikliği bulunan hastane idaresinin sağlık hizmetinin kuruluş ve işleyişinde ağır kusuru bulunduğu sonucuna ulaşmıştır.<sup>215</sup>

---

*personelini yetiştirmek, 1) Sağlık hizmetleriyle ilgili olarak milletlerarası ve yurt içindeki kurum ve kuruluşlarla işbirliğinde bulunmak.”*

<sup>214</sup> Melikşah YASİN, “Tıbbi Hatalardan İdarenin Sorumluluğu”, *Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler Sempozyumu I*, İstanbul, 2007, s. 245.

<sup>215</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 19 Eylül 2007 tarih ve E.2004/6540, K.2007/4237 sayılı Karar (ODYAKMAZ, *op. cit.*, s. 22).

Sağlık hizmetlerinin organizasyonu ile ilgili olarak idare, hizmetin sunumu esnasında gerek hastaların gerekse sağlık personelinin güvenliklerini sağlamak üzere gerekli tedbirleri almakla da yükümlüdür.<sup>216</sup>

Sosyal Sigortalar Kurumu'na bağlı hastanede yataklı tedavi gören hastanın doktor kıyafeti giymiş bir kişi tarafından bıçakla tehdit edilerek tecavüz etme girişiminde bulunulduğu olayda Danıştay, hastanede gece güvenlik görevlisi ve otomatik gözetleme ve kontrol cihazı bulunmaması, aynı hastanede bu olaydan bir süre önce benzer bir olayın meydana gelmesine rağmen hastane yetkililerince bu tür olaylara karşı önleyici ve caydırıcı hiçbir güvenlik tedbirinin alınmaması, davacının yattığı odanın penceresinin yere çok yakın olmasına rağmen pencerelerde emniyet tedbirlerinin bulunmaması, hastane binasının güvenlik yönünden hiçbir şekilde korunmaması, hastane giriş ve çıkışlarında gerekli güvenlik kontrollerinin yapılmamış olması gerekçesiyle davalı idarenin hizmet kusurunun bulunduğu yönünde karar vermiştir.<sup>217</sup>

Sağlık hizmetlerinin kuruluş ve işleyişi kapsamında idarenin sorumluluğuna gidebilmek için basit bir kusurun varlığı yeterli kabul edilmektedir. Dolayısıyla bu alanda “ağır kusur” şartı aranmamaktadır. Kanaatimizce bu durum, idarenin

---

<sup>216</sup> İdarenin sağlık kurum ve kuruluşlarında güvenlik ve temizlik işlerini özel firmalara devretmiş olması durumu da başlı başına idareyi sorumluluktan kurtarmaz. Zira bu noktada idarenin söz konusu işlerin gereği gibi yürütülüp yürütülmediği hususuyla ilgili olarak denetim yükümlülüğü bulunmaktadır.

<sup>217</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 9 Şubat 2000 tarih ve E.1998/4977, K.2000/380 sayılı Karar (*Danıştay İçtihat Bilgi Bankası*).

sorumluluğu bağlamında, “sağlık hizmetlerinin kuruluşu ve işleyişi” ile “tıbbi müdahaleler” arasındaki en önemli farklılıktır.

Konuya ilişkin somut bir örnek vermek gerekirse; Tıp Fakültesi Kardiyoloji Anabilim Dalı’nda uzmanlık yapmakta olan davacı, acil müdahale için hızla giderken koridordaki muz kabuğunun üzerine basarak düşmüş ve sakatlanmıştır. Söz konusu olayla ilgili açılan tam yargı davasının temyiz incelemesinde Danıştay, idarenin burada gerekli olan aydınlatma, temizlik vb. faaliyetleri yapmadığının açık olduğunu belirtmiş ve doğan zararın tazmininin gerektiği yolunda karar vermiştir.<sup>218</sup>

Söz konusu kararın en dikkat çekici yönü, Danıştay’ın burada ağır hizmet kusuru şartını aramamış olması ve bu konuda kusur derecelendirmesi yapmadan zararın tazmin edilmesi gerektiği yolunda karar vermesidir.

Bu noktada Danıştay kararlarında yanıltıcı nitelikte sayılabilecek olan bir hususa da yeri gelmişken işaret etmek gerekir. Sağlık hizmetlerinin kuruluşu ve işleyişiyle ilgili olarak Danıştay, kimi zaman, “...*davalı idarece yürütülen sağlık hizmetinin kuruluşunda ve işleyişinde ağır hizmet kusurunun bulunduğu açıktır.*”<sup>219</sup> demek suretiyle idarenin tazminata mahkum edilmesi gerektiği yolunda karar vermektedir. Bu ifade tarzı, sağlık hizmetlerinin kuruluşu ve işleyişiyle ilgili olarak idarenin sorumluluğunun doğması noktasında ağır kusur şartının arandığı yolunda bir izlenime neden olabilir. Esasen bu durum, doktrinde de ifade edildiği üzere

---

<sup>218</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 20 Ekim 2006 tarih ve E.2003/4153 ve K.2006/5848 sayılı Karar, *Danıştay Dergisi*, Sayı: 114 (*Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*).

<sup>219</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 19 Eylül 2007 tarih ve E.2004/6540, K.2007/4237 sayılı Karar (ODYAKMAZ, *op. cit.*, s. 22).

Danıştay'ın sağlık hizmetleri alanında “ağır kusur” kavramını hatalı bir şekilde kullanmasından kaynaklanmaktadır.<sup>220</sup> Bu nedenle herhangi bir yanlış anlamının önüne geçmek adına önemle yinelememiz gerekir ki, Danıştay'ın bu alandaki yerleşik içtihadı, sağlık hizmetlerinin kuruluşu ve işleyişiyle ilgili olarak idarenin basit kusuru halinde dahi sorumlu olacağı şeklindedir.

## **b) Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Sorumluluk**

Sağlık hizmetlerinin yürütülmesi dolayısıyla ortaya çıkan zararların önemli bir bölümü tıbbi müdahalelerden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle idarenin sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan sorumluluğunda tıbbi müdahale kavramına ayrıca değinmek gerekmektedir.

### **(1) Tıbbi Müdahale Kavramı**

Tıbbi müdahale kavramıyla ilgili doktrinde çeşitli tanımlar yapılmaktadır. AYAN'a göre “*tıbbi müdahale, tıp mesleğini icraya yetkili bir kişi tarafından, doğrudan veya dolaylı olarak tedavi amacına yönelik olarak gerçekleştirilen her*

---

<sup>220</sup> Fransız Danıştay'ı “ağır kusur” kavramını bazı faaliyet alanlarında idarenin sorumluluğunu sınırlandırmak, idarenin sorumlu olmadığına hükmetmek için kullanmaktadır. Buna karşın Türk Danıştay'ı, sağlık hizmetleri alanında, “ağır kusur” kavramını Fransa'da olduğu gibi idarenin sorumluluğunu sınırlayan bir şart olarak değil, idarenin yaptığı kusurun derecesini, yoğunluğunu gösteren bir nitelik olarak kullanmaktadır. GÖZLER, *İdare Hukuku (Cilt II)*, op. cit., s. 1106.

*türlü müdahaleyi ifade eder.”*<sup>221</sup> ÖZPINAR ise tıbbi müdahale kavramını “*tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan teşhis, tedavi ve hukuka uygun amaçlarla kişinin müdahaleden beklediği menfaate uygun tıbbın sınırları içinde kalan fiziki ve ruhi girişim*”<sup>222</sup> şeklinde tanımlamaktadır. Buna göre, bir hastalığı, anormallığı ya da eksikliği önlemek, ortadan kaldırmak veya olumsuz etkilerini en aza indirmek için yapılan, en basit teşhis ve tedavi yöntemlerinden en ağır cerrahi müdahalelere kadar varan faaliyetler bu kapsamda değerlendirilir.<sup>223</sup>

Tıbbi müdahaleyi gerçekleştirme konusunda kimlerin yetkili olduğu hususu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, tıbbi müdahale mutlaka hekimler tarafından gerçekleştirilmelidir.<sup>224</sup> Diğer bir görüşe göre ise, tıbbi müdahaleler, bir hekim veya hekimin gözetim ve sorumluluğu altında yardımcı sağlık personeli tarafından

---

<sup>221</sup> Mehmet AYAN, *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Ankara, Kazancı Hukuk Yayınları, 1981, s. 5.

<sup>222</sup> Berna ÖZPINAR, *Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları*, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2007, s. 17.

<sup>223</sup> AYAN, *op. cit.*, s. 5.

<sup>224</sup> AYAN’a göre tıbbi müdahale, hekimin tedavi amacına yönelik etkinlikleridir. Bkz. AYAN, *op. cit.*, s. 5. AYAN’ın yapmış olduğu bu tanımı doktrinde benimseyen başka yazarlar da vardır. Örneğin, CANBOLAT, tıbbi müdahalenin hekim tarafından gerçekleştirilmesini ve doğrudan veya dolaylı olarak tedavi amacına yönelik olması gerektiğini ifade etmektedir. Ferhat CANBOLAT, “Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2009, Sayı: 80, s. 159.

yapılabilir.<sup>225</sup> Kanaatimizce ikinci görüş isabetlidir. Tıbbi müdahale konusunda öncelikli olarak hekimler yetkili olmakla birlikte kendileri tek yetkili değildirler. 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'dan hareketle, uygulamada “hekimler, dış hekimleri, ebeler, hemşireler, sağlık memurları ve sünnetçiler” tıbbi müdahale konusunda yetkili kimseler olarak kabul edilmektedir. Söz konusu kanunun 3. maddesinde ise bu konuya ilişkin önemli bir istisna yer almaktadır. Buna göre “*acil tıbbi yardım ve bakım ile sırlı kalmak ve Sağlık Bakanlığınca çıkarılacak yönetmeliğinde belirtmek kaydıyla acil tıp teknikerleri ile acil tıp teknisyenleri hastaya müdahale edebilir, bu hususta lazım gelen iş ve işlemleri yapabilirler.*”

O halde toparlayacak olursak, bir müdahalenin tıbbi müdahale sayılabilmesi için kural olarak, o müdahalenin o konuda uzman bir hekim veya hekimin gözetim ve sorumluluğu altında yardımcı sağlık personeli tarafından yapılmış olması ve müdahalenin doğrudan veya dolaylı olarak teşhis, tedavi veya koruma amacına yönelik olması gerekmektedir.<sup>226</sup>

---

<sup>225</sup> GÖZLER, *İdare Hukuku (Cilt II)*, op. cit., 1087. Aynı yönde bkz. Hakan HAKERİ, “Tıp Hukukunun Temel Kavramları”, *Roche Sağlık Hukuku Günleri*, 1. b., 2007, s. 72., Mustafa YILMAZ, “İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Kusur Sorumluluğu”, *Sağlık Hukuku Sempozyumu*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007, s. 140.

<sup>226</sup> Tıbbi müdahalenin mutlaka tedaviye yönelik olması gerekmez. Hastalıktan korunmaya yönelik olarak yapılan aşı uygulamaları veya istenmeyen gebelik gibi durumlardan korunmaya yönelik olan doğum kontrol yöntemleri (rahim içi alet takılması ve benzeri fiiller) de tıbbi müdahale kapsamındadır. Bunun dışında kan

## (2) Tıbbi Müdahalelerde Hizmet Kusuru

Sağlık kurum ve kuruluşları çatısı altında yapılan her faaliyeti tıbbi müdahale kapsamında değerlendirmek mümkün değildir. İdarenin sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan kusurlu sorumluluğu bağlamında tıbbi müdahaleler ile diğer faaliyetleri birbirinden ayırmak gerekmektedir. Nitekim Türk hukukunda sağlık hizmetleri alanında çoğunlukla, tıbbi müdahaleler nedeniyle meydana gelen zararlarda idarenin sorumlu tutulabilmesi için ağır hizmet kusurunun varlığı aranırken, tıbbi müdahale dışındaki diğer faaliyetler nedeniyle doğan zararlarda ise idarenin sorumluluğu için basit kusurun varlığı yeterli görülmektedir.

Nitekim Danıştay, 2007 yılında vermiş olduğu bir kararda “...idarenin tazmin sorumluluğunun doğması için aranılan ‘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 edebilmek için ağır hizmet kusurunun aranmasına gerek bulunmamaktadır.”<sup>227</sup> demek suretiyle bu durumu açıkça ortaya koymuştur.

---

alma işlemi, estetik müdahaleler ve sterilizasyon işlemleri gibi faaliyetler de tıbbi müdahale kapsamındadır. Bkz. Halide SAVAS, *Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları*, Ankara, Seçkin Yayınları, 1. b., 2007, s. 51.

<sup>227</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 24 Eylül 2007 tarih ve E.2005/3719, K.2007/4316 sayılı Karar, *Danıştay Dergisi*, Sayı: 117 (*Danıştay İçtihat Bilgi Bankası*).

Bu çerçevede, hastaların beslenmeleri, temizlikleri, yatağa yatırılmaları, güvenliklerinin sağlanması, hastanenin temizliği, tıbbi aletlerin sterilize edilmesi gibi faaliyetler tıbbi müdahale kapsamında değerlendirilmedikleri için bu faaliyetler neticesinde bir zarar meydana geldiğinde, idare basit kusuru dahi olsa sorumlu olabilecektir.

Tıbbi müdahaleler nedeniyle meydana gelen zararlarda idarenin sorumluluğu cihetine gidilebilmesi için niçin ağır kusur şartının aranması gerektiğiyle ilgili olarak çeşitli gerekçeler ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre, sağlık hizmetleri, bünyesinde risk taşıyan ve yürütülmesi zor olan faaliyetler kapsamında değerlendirildiği için bu hizmetlerin yürütülmesi nedeniyle meydana gelen zararlardan idareyi ancak ağır kusurun varlığı halinde sorumlu tutmak gerekir.<sup>228</sup> Bu alanda basit kusurun varlığı yeterli görüldüğü takdirde, sağlık hizmetleri personeli, en basit hatasından dahi sorumlu tutulabileceği kaygısıyla harekete geçme konusunda çekingen davranabilir, daha uzun boylu düşünmeyi ve temkinli davranmayı tercih edebilir. Oysa sağlık hizmetleri, nitelikleri gereği çoğu zaman hızlı karar vermeyi ve derhal harekete geçmeyi gerektirir. Sağlık hizmetlerinde yavaş ve çekingen davranıldığı takdirde daha büyük zararlar meydana gelmesi olasıdır. Bu nedenle bu alanda idarenin sorumluluğu cihetine gidilebilmesi için ağır kusurun aranmasının daha doğru olacağı düşünülmektedir.<sup>229</sup> Danıştay kararlarında da bu anlayışın benimsendiği

---

<sup>228</sup> YAYLA, *op. cit.*, s.364.

<sup>229</sup> Buna karşılık özel hukukta, sağlık hizmetleri alanında basit kusurun varlığı sorumluluğun doğması için yeterli sayılmakta, kusurun derecesi yalnızca tazminat

görülmektedir. Yüksek Mahkeme, pek çok kararında, idarenin sağlık hizmetlerinden kaynaklanan sorumluluğuyla ilgili olarak şu değerlendirmeyi yapmaktadır:

*“İdare Hukuku’nun ilkeleri ve Danıştay’ın yerleşik içtihatlarına göre, zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumunda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı hallerde, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için zararın, idarenin ağır hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir. Bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetlerinden yararlananın zarara uğraması halinde, bu zararın tazmini, ancak idarenin ağır hizmet kusurunun varlığı halinde mümkün olabilir.”<sup>230</sup>*

Ancak bu noktada şunu tekrar önemle ifade etmemiz gerekir ki, her ne kadar yargı kararlarında ve doktrinde sağlık hizmetlerinden kaynaklanan zararlarda ağır kusurun varlığının arandığı ifade edilmekteyse de esasen bundan kasıt tıbbi müdahalelerdir. Nitekim, yukarıda ifade ettiğimiz gibi, sağlık hizmetleri

---

miktarının belirlenmesi bakımından dikkate alınmaktadır. Battal YILMAZ, *Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010, s. 105.

<sup>230</sup> Örneğin, Danıştay Onuncu Dairesi, 29 Aralık 1999 tarih ve E.1997/6600, K.1999/7409 sayılı Karar (ŞAHİN/BAL/KARABULUT, *op. cit.*, s. 378-380); Danıştay Onuncu Dairesi, 26 Nisan 2002 tarih ve E.2000/1184, K.2002/1249 sayılı Karar (ŞAHİN/BAL/KARABULUT, *op. cit.*, s. 303-306); Danıştay Onuncu Dairesi, 27 Mart 2002 tarih ve E.2000/1010, K.2002/852 sayılı Karar (ŞAHİN/BAL/KARABULUT, *op. cit.*, s. 306-307); Danıştay Onuncu Dairesi, 3 Nisan 2001 tarih ve E.2000/227, K.2001/1241 sayılı Karar (ŞAHİN/BAL/KARABULUT, *op. cit.*, s. 309-311).

kategorisinde değerlendirilip de tıbbi müdahale kapsamına girmeyen faaliyetlerde idarenin sorumluluğu için çoğunlukla basit kusurun varlığı yeterli görülmektedir. O halde, sağlık hizmetlerinin bütünüyle ilgili olarak ağır kusur şartının arandığını söylemek mümkün değildir.

Tıbbi müdahalelerin gerçekleştirilmesi sırasında veya sonrasında, bu müdahalelere bağlı olarak, gerçekleşmesi istenmeyen, ancak buna rağmen zarar verici bazı kaçınılmaz sonuçlarla karşılaşılabilir. Tıbbi müdahaleler, hastalar yönünden belli bir ölçüde risk oluştursa da, ortaya çıkan zararlar kimi zaman mesleğin doğasından kimi zaman da mesleğin kötü bir şekilde icra edilmesinden kaynaklanmaktadır. Bu durumda ortaya çıkan zararlarla ilgili olarak hangi durumlarda idarenin sorumluluğuna gidilip hangilerinde gidilemeyeceği hususu, genel itibarıyla ikili bir ayrım çerçevesinde ele alınıp değerlendirilmektedir. Biz de buna paralel olarak, tıbbi müdahaleler alanında idarenin sorumluluğunu komplikasyon ve malpraktis kavramları çerçevesinde ele alacağız.

#### **(a) Komplikasyon**

Bütün tıbbi müdahaleler hastalar yönünden belli bir risk oluşturmalar. Bu riskler, tıbbi müdahalelerin doğasından kaynaklanmakla birlikte, önemli bir kısmında hekim gerekli dikkat ve özeni gösterse dahi zararlı sonuçların ortaya çıkması engellenemez. Burada söz konusu olan riskler, izin verilen risk çerçevesinde kaldığı müddetçe bunun adı komplikasyon olmaktadır.<sup>231</sup>

---

<sup>231</sup> Ahmet ÇOLAK, “Hizmet Kusurundan Malpraktise”, *Türk Nöroşirurji Derneği Bülteni*, 2005, Sayı: 6, s. 50.

Komplikasyonda, tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren sağlık hizmetleri personelinin elinde olmadan gelişen durumlar ve istenmeyen bazı sonuçlar söz konusudur. Örneğin, ameliyat sırasında sterilizasyona ne kadar dikkat edilirse edilsin enfeksiyon riski daima vardır. Alınması gerekli olan her türlü standart önleme rağmen enfeksiyon gelişirse bunun bir komplikasyon olduğu varsayılır.<sup>232</sup>

Yüksek Sağlık Şurası kararları, komplikasyon örnekleri açısından oldukça zengindir. Örneğin, kapıya sıkışan parmaklarda, antibiyotik verilmesi ve pansuman yapılmasına rağmen kangren gelişmesi olayında hekimin kusuru olup olmadığı konusunda ilgili olarak Yüksek Sağlık Şurası, parmaklardaki küçük dijital arterlere müdahalenin mümkün olmaması, hekimin hastaya gösterilmesi gereken ortalama özeni göstermesi ve gelişen durumun tıbben kabul edilebilecek bir komplikasyon olması nedeniyle hekimin kusursuz olduğu yönünde görüş bildirmiştir.<sup>233</sup>

Bir diğer olayda, hasta ilk geldiği devlet hastanesi'nde nöbetçi hekim tarafından görülerek, acil tanı ve tedaviyi takiben aynı ilçedeki SSK hastanesi'ne gönderilmiştir. SSK hastanesi nöbetçi hekimi gerekli tetkikleri yaptırdıktan sonra ilgili branş hekimleri ile gerekli konsültasyonu yaptırarak, hastayı gözlem altında tutmak için yatırmıştır. Ancak hasta birkaç gün sonra iç kanama nedeniyle hayatını

---

<sup>232</sup> Yener ÜNVER, “Doktorların Malpraktis Nedeniyle Ceza Hukuku Sorumluluğu ve Malpraktis-Komplikasyon Ayrımı”, *Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk*, Mersin Barosu, Şen Matbaa, 2009, s. 154.

<sup>233</sup> Aktaran: İ. Hamit HANCI, *Malpraktis (Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu)*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2006, s. 48 (Eserde ilgili Yüksek Sağlık Şurası kararının künyesi yer almamaktadır).

kaybetmiştir Söz konusu olayda, Yüksek Sağlık Şurası, hastanın genel durumunun bir başka hastaneye nakledilmesine engel olmadığını, kanama riskinin olduğunu, bu durumdaki hastanın tedavi edilmesi gerektiğini, bu hastanın da gerekli takibinin yapılmış olduğunu, dolayısıyla bu kanamanın muhtemel komplikasyonlardan olduğunu ifade etmiş ve olaya karışan tüm hekimlerin yaptıkları tanı ve tedavi işlemlerinin tıp kurallarına uygun olarak gerçekleştirildiği, ortalama özen ve dikkati gösterdikleri, dolayısıyla hekimlerin hastanın ölümünde kusurlarının bulunmadığı yolunda görüş bildirmiştir.<sup>234</sup>

Uygulamalı tıp alanında, genel itibariyle, hücre kanlanması, kemik kırılmaları, enfeksiyonlar, felçler, trombozlar (kan pıhtılaşmaları), emboliler (damar tıkanmaları), yara tedavisi arızaları, iç organ zedelenmeleri, bağırsak tıkanmaları gibi riskler komplikasyon kavramı içerisinde değerlendirilmektedir.<sup>235</sup> Ancak bütün komplikasyonları önceden kesin ve mutlak bir şekilde belirlemek mümkün olmadığı gibi yukarıda saydığımız örnekler de her durumda komplikasyon kavramı içinde değerlendirilmeyebilir. Zira, her bir somut hasta ve/veya hastalığa ilişkin özel durum ve koşullar ile tıbbi tedavi ya da müdahalenin yaratabileceği bazı olumsuz risklerin öngörülebilir ve önlenebilirlik yüzdesi ile gerçekleşmelerindeki yoğunluk derecesine

---

<sup>234</sup> Aktaran: HANCI, *op. cit.*, s. 57 (Eserde ilgili Yüksek Sağlık Şurası kararının künyesi yer almamaktadır).

<sup>235</sup> Mehmet DEMİR, *Tıbbi Organizasyon Kusuru Açısından Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2010, s. 44.

göre, aynı tıbbi olgu, kimi durumlarda komplikasyon olarak değerlendirilebileceği gibi kimi durumlarda da malpraktis olarak değerlendirilebilir.<sup>236</sup>

Bu nedenle, komplikasyon ve malpraktis arasındaki ayrımın dikkatli bir şekilde yapılması gerekir. Kanama, enfeksiyon, sinir zedelenmeleri gibi komplikasyonlar kusursuz bir tıbbi müdahalenin önlenemez riskleri olarak ortaya çıkabileceği gibi, tıp biliminin genel kurallarına aykırı davranışlar sonucunda da ortaya çıkmış olabilir.<sup>237</sup> İstenmeyen sonuçların önceden öngörülmesi mümkün iken öngörülmemişse veya tıbbi standart gereği ortalama bir hekimin doğabilecek riskleri öngörmesi, önlemesi veya doğduğunda meydana getireceği olumsuz sonuçları gidermesi veya zarar ya da tehlikesini azaltmak için bazı önlemleri alması gerekirken bunları yapmamışsa burada artık komplikasyon söz konusu olmaz.<sup>238</sup> Bilgisizlik, deneyimsizlik veya ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesi, hekimin tanı ve tedavide standarttan ve belirlenmiş davranış biçimlerinden farklı davranması veya görev ihmali sonucu bir zarar meydana gelmesi durumlarında artık komplikasyon değil malpraktis (tıbbi uygulama hatası) söz konusu olacaktır. Zamanında fark edilmeyen veya fark edilmesine rağmen gerekli önlemler alınmayan ya da fark edilip

---

<sup>236</sup> Rezzan GÜNDAY, *Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s. 121.

<sup>237</sup> Halide SAVAŞ, “Tıbbi Malpraktis ve Komplikasyondan Doğan Sorumluluklar”, *Sağlık Hukuku Makaleleri*, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2012, s. 273.

<sup>238</sup> ÜNVER, *op. cit.*, s. 154.

önlem alınmasına rağmen yerleşmiş tıbbi standart girişimde bulunulmayan durumlarda komplikasyon malpraktise dönüşür.<sup>239</sup>

Komplikasyon ve malpraktis arasındaki ayrımın önemi, tıbbi müdahaleden kaynaklı sorumluluk olgusunda da kendisini göstermektedir. Özel hukukta, genel itibariyle, tıbben kabul edilen risk ve sapmalar çerçevesinde gerçekleştirilen bir eylemin istenmeyen sonuçları nedeniyle uygulayıcı sağlık hizmetleri personelinin sorumlu tutmamak gerektiği ifade edilmektedir.<sup>240</sup> Ancak, burada sorumsuzluğun kabul edilebilmesi için riskin “tam kontrol edilebilir” türden olmaması gerekir. Zira, önceden öngörülebilir ve kaçınılması olanaklı riskler söz konusuysa, bunlardan dolayı objektif tıbbi özen yükümüne aykırılık nedeniyle sorumluluk söz konusu olabilecektir.<sup>241</sup> Buradan hareketle, özel hukukta nerdeyse “komplikasyon=sorumsuzluk” şeklinde bir formülasyonun kabul edildiğini söylemek mümkündür.<sup>242</sup>

---

<sup>239</sup> Ebru SEVİNDİK ATICI, *Hekimin Meslek Hatalarından Kaynaklanan Hukuksal ve Cezai Sorumluluğu*, (Danışman: Prof. Dr. Necmi ÇEKİN), Çukurova Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Adana, 2006, s. 69.

<sup>240</sup> DEMİR, *op. cit.*, s. 43., SAVAŞ, “Tıbbi Malpraktis ve Komplikasyondan Doğan Sorumluluklar”, *op. cit.*, s. 253.

<sup>241</sup> DEMİR, *op. cit.*, s. 43.

<sup>242</sup> SAVAŞ, komplikasyon söz konusuysa sorumluluğun doğmayacağı yönündeki bu anlayışı eleştirmekte ve zarar oluşturan durumun tıbbi kötü uygulama ya da komplikasyon olarak tespitin başka şey, sorumluluk doğup doğmadığının tespitin

İdarenin yürütmekte olduğu sağlık hizmetleri alanında, tıbbi müdahale dolayısıyla bir komplikasyon meydana geldiği takdirde, doğan zarardan idarenin sorumlu olup olmayacağı konusunda ilgili olarak, özel hukuktakine paralel bir çözümün benimsendiği görülmektedir. Doktrinde, bu konuyla ilgili olarak, özel hukuktaki görüşlerden hareketle, komplikasyonun söz konusu olduğu hallerde tıbbi uygulama hatasından ve hekimin kusurundan ve dolayısıyla hekimin ve idarenin sorumluluğundan söz edilemeyeceği ifade edilmektedir.<sup>243</sup> Buna göre, sağlık hizmetleri personeli tıbbi müdahaleyi tıbbi standartlara uygun bir şekilde gerçekleştirmişse, buna karşın tıbbın normal kabul ettiği risk ve sapmalar çerçevesinde bir zarar meydana gelmişse burada ne hekimin ne de idarenin sorumluluğuna gidilebilir.<sup>244</sup>

Doktrindeki bu yaklaşım kanaatimizce bir ölçüde eleştiriye açıktır. Nitekim “hekim kusurlu değilse idare de sorumlu olmaz” şeklindeki yaklaşım idarenin sorumluluğu olgusunu bütünüyle personelin kusuruna bağlamaktadır, ki bunun kabulü mümkün değildir. Tıbbi müdahale, tıbbın gereklerine uygun bir şekilde, gerekli dikkat ve özen gösterilerek gerçekleştirilmişse, bu durumda tıbbi uygulamayı gerçekleştiren sağlık hizmetleri personelinin kusurlu olduğundan söz edilmeyebilir.

---

başka şey olduğunu ifade etmektedir. SAVAŞ, “Tıbbi Malpraktis ve Komplikasyondan Doğan Sorumluluklar”, *op. cit.*, s. 260.

<sup>243</sup> Ayşe Almila PAZARCI, *Hasta Hakları ve İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Sorumluluğu*, (Danışman: Doç. Dr. Ali AKYILDIZ), Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2007, s. 206.

<sup>244</sup> BİRTEK, *op. cit.*, s. 110.

Ancak personelin kusurlu olmaması her zaman hizmet kusurunun olmadığı anlamına da gelmez. Zira hizmet kusurunun tanımı buna engeldir.<sup>245</sup> Ayrıca bu durum, komplikasyon kavramının idarenin “kusursuz sorumluluğu” yönünden incelenmesine de engel değildir. Dolayısıyla “komplikasyon durumunda idarenin sorumluluğu söz konusu olabilir mi?” sorusuna yanıt aranırken, kanaatimizce idarenin kusursuz sorumluluğu teorisinin de göz önünde bulundurulması gerekir. Buna göre somut olayda hizmet kusuru dışında idarenin kusursuz sorumluluğu da söz konusu değilse, bu durumda komplikasyon nedeniyle idarenin sorumlu olmayacağı sonucuna varılabilir.

Ancak uygulamaya bakıldığında, idarenin yürütmekte olduğu sağlık hizmetleriyle ilgili olarak, tıbbi müdahale neticesinde bir komplikasyon meydana geldiği takdirde idari yargı organlarının somut olayı yalnızca hizmet kusuru teorisi çerçevesinde ele aldığı ve sorumluluğu buna göre belirlediği görülmektedir. Konuya ilişkin bir Danıştay kararından örnek vermek gerekirse;

Davacının, guatr ameliyatının hatalı yapılarak ses tellerinin zarar gördüğünden bahisle uğranıldığı ileri sürülen zararın tazmini için açılan davanın sonucunda; İdare Mahkemesi’nin kararıyla, ameliyat sonucunda davacının ses

---

<sup>245</sup> Hizmet kusuru, idarenin yürüttüğü bir hizmetin kurulmasında, düzenlenmesinde veya işleyişindeki bozukluk ve aksaklık şeklinde tanımlanmaktadır. Buna göre hizmet kusuru, kamu görevlilerinin kusurlarından tamamen bağımsızdır. Bir başka anlatımla, idarenin istihdam ettiği kamu görevlileri kusurlu olsa da olmasa da, eğer hizmetin kuruluş, düzenleniş ve işleyişinde bir bozukluk veya aksaklık söz konusu ise, hizmet kusuru da var demektir. GÜNDAY, *op. cit.*, s. 369.

tellerinden birinin kesilmiş olmasında tıbbi bir hata bulunup bulunmadığı hususunun saptanması amacıyla bilirkişi heyetince yapılan inceleme sonucu, bu tür ameliyatlarda sinirlerin yaralanması ve buna bağlı ses kısıklığı komplikasyonu oranının çeşitli serilerde % 1-3 arasında değiştiğinin bilimsel olarak saptandığı da göz önüne alınarak, davalı idarenin hizmet kusurunun bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Bu karar Danıştay tarafından da onanmıştır.<sup>246</sup>

### **(b) Malpraktis**

Sağlık hukuku doktrinde “tıbbi meslek kusuru”, “tıbbi kötü uygulama” veya “tıbbi hata” şeklinde de ifade edilen bu kavram, genel olarak sağlık hizmetleri personelinin, tıbbi müdahale ile ilgili hatalı ve kusurlu hareketlerini karşılamak üzere kullanılmaktadır.<sup>247</sup>

Özel hukukta hekimin dar anlamdaki hukuksal sorumluluğunun temelini oluşturan malpraktis kavramı, doktrinde, sağlık hizmetleri personelinin, hastanın standart tedavisini yaparken başarısızlığı, beceri eksikliği ya da ihmali nedeniyle bir zarara yol açması durumu şeklinde tanımlanmaktadır.<sup>248</sup> Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı’nda ise tıbbi kötü uygulama

---

<sup>246</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 18 Ocak 2001 tarih ve E.1998/3587, K.2001/110 sayılı Karar (ŞAHİN/BAL/KARABULUT, *op. cit.*, s. 334-335).

<sup>247</sup> Gürsel ÇETİN, “Tıbbi Malpraktis, *Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi*, İstanbul, Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri Sempozyum Dizisi No: 48, 2006, s. 31.

<sup>248</sup> HANCI, *op. cit.*, s. 30.

“sağlık personelinin kasıt veya kusur veya ihmal ile standart uygulamayı yapmaması, bilgi ve beceri eksikliği ile yanlış veya eksik teşhiste bulunması veya yanlış tedavi uygulaması veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan ve zarar meydana getiren fiil ve durum” şeklinde tanımlanmaktadır.<sup>249</sup>

Tıbbi müdahale, tıp bilimi ve uygulamasının gerektirdiği şekilde, gerekli dikkat ve özenin gösterilmesi suretiyle gerçekleştirilmelidir. Bu durum, Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 11. maddesinde ifade edilen “tıbbi gereklere uygun teşhis, tedavi ve bakım hakkı” ile 14. maddesinde ifade edilen “tıbbi özen gösterilmesi” hakkının bir gereği olarak da ifade edilebilir. Buna göre hasta, modern tıbbi bilgi ve teknolojinin gereklerine uygun olarak teşhisinin konulmasını, tedavisinin yapılmasını ve bakımını istemek hakkına sahiptir. Tababetin ilkelerine ve tababet ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yapılamaz. Ayrıca sağlık hizmetleri personeli, hastanın durumunun gerektirdiği tıbbi özeni göstermekle de yükümlüdür. Hastanın hayatını kurtarmak veya sağlığını korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmak sağlık hizmetlerinin gereği gibi sunulması bakımından bir zorunluluktur.

Doktrinde, malpraktis olarak kabul edilen durumlarla ilgili çeşitli tasnifler yapılmaktadır. Bir tasnife göre, malpraktis şeklindeki uygulamalar, 1) Teşhis-Tanı Hatası; 2) Tedavi Hatası; 3) Organizasyon Kusuru; 4) Üstlenme Hatası; 5) Tedavi Sonrası Yükümlülüklerin İhmali Hatası şeklinde sınıflandırılabilir. Bir diğer tasnife

---

<sup>249</sup> Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları’nda ise tıbbi uygulama hatası, bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesi şeklinde ifade edilmektedir.

göreyse malpraktis uygulamaları, 1) Meslek ve Sanatta Acemilik; 2) Hastaya Kasıtlı Olarak Zarar Vermek; 3) Hasta-Hekim Sözleşmesine Aykırı Hareket Etmek; 4) Yanlış, Tehlikeli Muayene Sonucu Hastanın Zarar Görmesi; 5) Tıbbi Aletlerin Tehlikeli Kullanılmasından Dolayı Hastaya Zarar Vermek şeklinde bir ayrıma tabi tutulabilir.<sup>250</sup>

Komplikasyon örneğinde olduğu gibi malpraktis uygulamalarını da bütünüyle önceden, somut ve sınırlı bir şekilde belirlemek mümkün değildir. Bu nedenle hangi durumlarda komplikasyon, hangi durumlarda malpraktisin söz konusu olacağı, ancak somut olayın özellikleri göz önünde bulundurulmak suretiyle belirlenebilecektir.

Bu noktada, Yüksek Sağlık Şurası kararlarında çok çeşitli malpraktis örneklerine rastlamak mümkündür. Örneğin, hastanın batınında gazlı bez unutmanın kusur sayılıp sayılmayacağıyla ilgili olarak Yüksek Sağlık Şurası, ameliyat sırasında ortalama özen ve dikkat gösterilmesi gerektiği, ancak hastanın batınında tampon unutan hekimin, hastaya gösterilmesi gereken dikkat ve özeni göstermediği gerekçesiyle hekimin 4/8 oranında kusurlu olduğu yönünde görüş bildirmiştir.<sup>251</sup>

Bir diğer olayda, nörolog tarafından belirlenen ve radyolog tarafından uygulanan ilacın kullanılması sonucu hastanın ölmesinde nöroloji ve radyoloji uzmanının kusurlu olup olmadığı konusunda ilgili olarak, Yüksek Sağlık Şurası, bu ilacın bu durumdaki hastada kullanılmasının tıbbi bir hata olduğu, ilacı yazan ve uygulayan nörolog kadar radyoloji uzmanının da kusurlu olduğu, radyoloji

---

<sup>250</sup> ÜNVER, *op. cit.*, s. 152-153.

<sup>251</sup> Aktaran: HANCI, *op. cit.*, s. 47 (Eserde ilgili Yüksek Sağlık Şurası kararının künyesi yer almamaktadır).

uzmanının böyle bir durumda hangi ilacın kullanılması gerektiğini bilmesi ve olay anında meslektaşını ikaz etmesi gerektiği, bu nedenle olayda her iki hekimin 6/8 oranında kusurlu oldukları yönünde görüş bildirmiştir.<sup>252</sup>

Diğer bir olayda, Yüksek Sağlık Şurası, bel fıtığı operasyonları sırasında damar yaralanmalarının çok ender de olsa rastlanılan bir komplikasyon olduğunu, ancak mesleğinde yeterli tecrübeye sahip bir hekimin böyle bir komplikasyondan kaçınmak için disk materyali çıkarılırken gerekli komplikasyonları hesaplaması gerektiğini, damarın disk kapsülüne yapışık olması sonucu komplikasyonun kaçınılmaz olacağı da bir gerçek olmakla beraber, hekimin böyle bir durumun olup olmayacağını araştırmak amacıyla bir tetkik (MR gibi) yaptırmamış olmasının özensizlik sayılacağını belirtmiş ve operasyon öncesinde ve sonrasında gerekli özeni gösteren hekimin operasyon sırasında da aynı özeni göstermesi gerekliken bu özeni göstermemesi nedeniyle hastanın ölümünde 4/8 oranında kusurlu olduğu yönünde görüş bildirmiştir.<sup>253</sup>

Özel hukukta malpraktis kavramı, hekimin dar anlamdaki sorumluluğunun temelini oluşturmaktadır.<sup>254</sup> Tıbbın gereklerine uygun hareket edilmemesi, tedbirsizlik, dikkatsizlik, özensizlik ve meslekte acemilik gibi nedenlerle bir hastaya zarar verildiği takdirde bu durumda tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren ilgili sağlık

---

<sup>252</sup> Aktaran: HANCI, *op. cit.*, s. 48 (Eserde ilgili Yüksek Sağlık Şurası kararının künyesi yer almamaktadır).

<sup>253</sup> Aktaran: HANCI, *op. cit.*, s. 58 (Eserde ilgili Yüksek Sağlık Şurası kararının künyesi yer almamaktadır).

<sup>254</sup> DEMİR, *op. cit.*, s. 39.

personelinin kusuru oranında sorumlu olacağı kabul edilmektedir. Ancak sağlık hizmetleri görevlisi, tıbbın gereklerine uygun bir şekilde hareket etmiş ve tıbbi müdahalede gerekli dikkat ve özeni gösterip, tedbirli davranmışsa, buna karşın olumsuz bir neticeyle karşılaşmışsa, bu durumda hekim bu olumsuz neticeden hukuken sorumlu tutulamaz.<sup>255</sup>

İdarenin yürütmekte olduğu sağlık hizmetleriyle ilgili olarak, tıbbi kötü uygulama sonucu bir zarar meydana geldiği takdirde, belirli şartların varlığı altında sorumluluğun doğacağı kabul edilmektedir. Bu noktada doktrinde, tıbbi uygulama hatalarının hizmet kusuru kapsamına giren, hizmetin kötü işlemesi durumunun, idarenin personelinin (hekim veya yardımcı sağlık personeli) şahsında somutlaşmış halinden öte bir şey olmadığı ifade edilmektedir. Bu yönüyle, malpraktis bir hizmet kusuru hali olarak gösterilmektedir.<sup>256</sup>

Tıbbi müdahale nedeniyle oluşan zarardan idarenin sorumlu olup olamayacağı hususunu kanaatimizce, idarenin kusurlu sorumluluğu ve idarenin kusursuz sorumluluğu teorileri ışığında ayrı ayrı ele almak gerekmektedir. Bu noktada tıbbi müdahale nedeniyle oluşan zararın idareye izafe edilebilmesi için her şeyden önce söz konusu tıbbi kötü uygulamanın ilgili sağlık hizmetleri personelinin saf kişisel kusurundan ileri gelmemesi gerekir. Nitekim böyle bir durumda idarenin değil, ilgili sağlık hizmetleri personelinin sorumluluğu doğacaktır. Bununla birlikte, tıbbi kötü uygulama, hizmet kusuru kapsamında değerlendirilebiliyorsa bu noktada idarenin sorumluluğu gündeme gelecektir. Esasen tıbbi uygulama hataları, sağlık

---

<sup>255</sup> ÜNVER, *op. cit.*, s. 154.

<sup>256</sup> BİRTEK, *op. cit.*, s. 113.

hizmetleri personelinin kusurlu davranışlarından kaynaklansa da, olumsuz sonuca sebebiyet veren diğer faktörlerin de göz önünde bulundurulması gerekir. Nitekim sağlık hizmetleri, çalışma koşullarıyla, altyapı olanaklarıyla, uygun nitelikte hizmet için gerekli malzemelerle, örgütlenme biçimi ve yönetsel boyutuyla bir bütündür. Dolayısıyla malpraktis nedeniyle doğacak sorumlulukta, başta sağlık hizmetlerinin örgütleniş ve sunum biçimi olmak üzere tüm faktörlerin göz önüne alınması gerekir.<sup>257</sup>

Yargı kararlarına bakıldığında, tıbbi kötü uygulama nedeniyle idarenin sorumluluğuna gidilebilmesi için çoğunlukla “ağır hizmet kusuru” şartının arandığı görülmektedir. Örneğin Danıştay kararına konu bir olayda, davacıların çocuğunun devlet hastanesinde uygulanan potasyum klorürün etkisiyle ölmesi nedeniyle açılan davada, potasyum klorürün yavaş olarak verilmesi gereken bir ilaç olduğu ancak davacıların çocuğuna setten hızla verilmiş olması nedeniyle ölüme neden olunduğu ifade edilmiş, bu çerçevede İdare Mahkemesi, davalı idareyi, ağır hizmet kusuru olduğu gerekçesiyle tazminata mahkum etmiştir. Bu karar Danıştay tarafından da onanmıştır.<sup>258</sup>

Bir diğer olayda, gerçekte akut omurilik iltihabı olan bir hastaya bir devlet hastanesinde yanlışlıkla tifo teşhisi konulmuştur. Daha sonra aynı hastaya bir tıp fakültesi hastanesinde doğru olarak akut omurilik iltihabı teşhisi konulmuş ve hasta

---

<sup>257</sup> Türk Tabipleri Birliği Etik Kurulu, Türk Tabipleri Birliği Etik İlkeleri, Ankara, 2010, 1. b., s. 23.

<sup>258</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 27 Mart 2002 tarih ve E.2000/1010, K.2002/852 sayılı Karar (ŞAHİN/BAL/KARABULUT, *op. cit.*, s. 306-307).

gecikmeli olarak tedavi edilmiştir. Gecikmeden zarara uğrayan hasta, devlet hastanesine karşı tazminat davası açmış, bu davanın temyiz incelemesinde Danıştay, olayda söz konusu devlet hastanesinin bir kusurunun olduğunu kabul etmekle birlikte, “isteme esas olan zararın doğmasında davalı idarenin tazmin sorumluluğunu gerektirecek derecede ağır bir hizmet kusurunun bulunmadığı” gerekçesiyle idarenin sorumlu tutulamayacağına karar vermiştir.<sup>259</sup>

Tıbbi müdahaleler alanında ağır kusur şartını arayan Danıştay, komplikasyonda olduğu gibi malpraktiste de kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanamayacağını ifade etmektedir. Örneğin, devlet hastanesinde yapılan böbrek ameliyatında, yapılan iğne nedeniyle hastanın ayağında % 40 oranında sakatlık meydana gelmiştir. Hasta, uğradığı zarar nedeniyle devlet hastanesine karşı tazminat davası açmış, ilk derece mahkemesi de davacının sakatlığının yapılan böbrek ameliyatından kaynaklandığı, ancak meydana gelen zararda hizmet kusuru bulunup bulunmadığının belirlenemediği; bununla birlikte, ameliyat sonucu oluşan zararın kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca tazmini gerektiği gerekçesiyle, davalı idareyi tazminata mahkum etmiştir. Temyiz edilerek Danıştay önüne gelen davada Yüksek Mahkeme, bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetlerinden yararlananın zarara uğraması halinde, bu zararın tazminin idarenin ağır hizmet kusurunun varlığı halinde mümkün olabileceğini belirterek, “riskli hizmetlerden olan sağlık hizmetlerinde uygulama olanağı bulunmayan kusursuz sorumluluk ilkesi”

---

<sup>259</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 17 Ocak 2001 tarih ve E.1998/2968, K.2001/91 sayılı Karar (ŞAHİN/BAL/KARABULUT, *op. cit.*, s. 318-319).

uyarınca davacının tazminat isteminin kabulü yolunda verilen ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur.<sup>260</sup>

## **C) SAĞLIK HİZMETLERİNDE HİZMET KUSURU-KİŞİSEL KUSUR AYRIMI**

### **1) Genel Olarak Kişisel Kusur Kavramı**

İdare, tüzel kişilerden ibaret olması dolayısıyla, görmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerini kamu görevlileri eliyle yürütür. Bu bakımdan, kamu hizmetlerinin yürütülmesi dolayısıyla meydana gelen zararlar, kişiselleştirilebilsin veya kişiselleştirilemesin, aslında kamu görevlilerinin tutum ve davranışlarından kaynaklanır. Bu noktada, hizmet sırasında veya hizmetten ötürü meydana gelen zararları kimin karşılaması gerektiği sorusu sorulabilir. Bu soruya, genel itibariyle, hizmet kusuru-kişisel kusur ayrımı çerçevesinde bir cevap verilmektedir. Buna göre, zarar kamu görevlisinin hizmete ve idare tüzel kişiliğine mal edilemeyecek derecedeki bir kusurundan doğmuşsa kamu görevlisinin kişisel kusuru ve bundan doğan kişisel sorumluluğu söz konusu olacaktır. Buna karşılık, zarar hizmetin kendisinden, kuruluş ve işleyişinden ileri gelmiş ise idarenin kusurlu veya kusursuz sorumluluğu söz konusu olacaktır.

Kişisel kusur, kamu görevlisinin kişisel sorumluluğunu doğuran ve idareyi sorumluluktan kurtaran bir kusur türü olarak ifade edilmektedir.<sup>261</sup> Bununla birlikte

---

<sup>260</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 10 Ekim 2000 tarih ve E.1999/3878, K.2000/5131 sayılı Karar (ŞAHİN/BAL/KARABULUT, *op. cit.*, s. 376-377).

<sup>261</sup> ESİN, *op. cit.*, s. 108.

kişisel kusurun mahiyetinin ne olduğu, hangi tür davranışların kişisel kusur kapsamında değerlendirilebileceği, kişisel kusurla hizmet kusurunu birbirinden ayıran ölçütlerin neler olduğu konularında bir kesinlik bulunmamaktadır. Kişisel kusurun ne olduğu ve kamu görevlisinin hangi tür davranışlarının kişisel kusur sayılabileceği ile ilgili olarak çeşitli görüşler ileri sürülmekle birlikte<sup>262</sup>, bu konu doktrin ve yargı kararlarında tam anlamıyla bir çözüme kavuşturulamamıştır.

Fransa’da, genel itibariyle, kişisel kusurun 3 şekilde ortaya çıkabileceği kabul edilmektedir.<sup>263</sup> Buna göre, kamu görevlisinin görevinin tamamıyla dışında, özel hayatında işlediği kusurlar kişisel kusur sayılmaktadır.<sup>264</sup> İkinci olarak, görevin içinde işlenmekle birlikte, fevkalade ağır kusurlar da kişisel kusur olarak kabul

---

<sup>262</sup> Örneğin, Laferriere’e göre ajanın hırs, düşmanlık, kötü niyet gibi ruh hallerinden doğan zararı kişisel kusur kavramı ile açıklamak ve bunu ajana ödettirmek gerekir. Buna göre, zarar verici davranış kişilik dışı ise ve zayıflıkları, tutku ve dikkatsizlikleri ile insan olarak değil fakat az veya çok hatalı süje olarak bir idare edeni ortaya koyuyorsa, işlem idari kalır ve devlet memurunun kişisel sorumluluğuna neden olmaz. Jeze ise kişisel kusurun iki varsayım içinde bulunabileceğini ifade etmektedir. Buna göre, kusurun bir kötü niyet ortaya koyması veya kusurun ağır olması hallerinde kişisel kusurdan söz edilebilir. DELCROS/DELCROS, *op. cit.*, s. 87-88.

<sup>263</sup> GÖZLER, *İdare Hukuku (Cilt II)*, *op. cit.*, s. 1114.

<sup>264</sup> Buna doktrinde “saf kişisel kusur” veya “salt kişisel kusur” da denmektedir. Bu tür kusurlar kamu hizmetinden bütünüyle kopuk olan, hizmetle hiçbir bağlantısı olmayan ve kişinin özel hayatında işlediği kusurlardır. *Ibid.*, s. 1115.

edilmektedir.<sup>265</sup> Son olarak, kamu görevlisinin görevi dışında, ama görevi dolayısıyla işlediği kusurlar da kişisel kusur olarak değerlendirilmektedir.<sup>266</sup>

Fransa’da kişisel kusur olarak kabul edilen bu haller, genel itibariyle Türk hukukunda da benimsenmiştir. Türk hukukunda salt kişisel kusur halleri dışında, kamu personelinin suç niteliğindeki davranışları, yargı kararlarına uymama, kamu görevlisinin ağır kusuru ve kamu görevlilerinin kötü niyetli davranması gibi haller kişisel kusur olarak değerlendirilmektedir.<sup>267</sup>

Türk hukukunda kamu görevlisinin kişisel kusuru halinde doğacak olan sorumluluk meselesi değerlendirilirken bu konuyla ilgili pozitif düzenlemeler de mutlak surette göz önünde bulundurulmalıdır.

Anayasa’nın 40. maddesinin üçüncü fıkrasına göre “*kişinin resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da kanuna göre devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan kamu görevlisine rücu hakkı saklıdır.*”

Anayasa’nın 129. maddesinin beşinci fıkrasına göre de “*memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurdan doğan tazminat*

---

<sup>265</sup> Şu 3 durumda kusurun fevkalade ağır olduğu kabul edilmektedir: kişisel saikler, aşırılıklar ve mazur görülemeyecek hatalar. *Ibid.*, s. 1115-1117.

<sup>266</sup> Görevin dışında ama görev dolayısıyla işlenen kusurlar, hizmetin ifası vesilesiyle işlenebileceği gibi, idarenin kamu görevlisine verdiği araçlar sayesinde de işlenebilir. Bu konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. *Ibid.*, s. 1114-1119.

<sup>267</sup> GÜNDAY, *op. cit.*, s. 374-376.

*davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.”*

Anayasa’nın söz konusu hükümlerinden daha eski olan 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 13. maddesine göre ise *“kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar... Kurumun genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır.”*

Bu hükümler uyarınca, kamu görevlisinin kişisel kusurunun varlığı halinde, zarar gören kişi, kural olarak, kamu görevlisine karşı değil idareye karşı dava açacaktır. İdare de, tazminat ödemek durumunda kalırsa ilgili kamu görevlisine rücu edecektir. Dolayısıyla sağlık hizmetlerinin sunumuyla ilgili olarak sağlık hizmetleri personeli kişisel kusuru nedeniyle bir zarara sebebiyet verdiği takdirde dava kural olarak kamu görevlisine karşı değil idareye karşı açılacaktır. İdare tazminat ödemek durumunda kalırsa da daha sonra kişisel kusuru bulunan sağlık hizmetleri personeline kusuru oranında rücu edecektir.

Bu konudaki pozitif düzenlemelerden hareketle, Türkiye’de kural olarak kişisel kusurları nedeniyle kamu görevlilerine karşı dava açılmayacağını söylemek mümkündür. Ancak burada dikkat edilmesi gereken önemli bir husus vardır. Bahsi geçen düzenlemeler, acaba kişisel kusur olarak saydığımız bütün halleri kapsamakta mıdır? Bu soruya sağlıklı bir cevap verebilmek için Anayasa’nın 129/5. maddesi ile Devlet Memurları Kanunu’nun 13. maddesi hükümlerinin anlam ve kapsamlarını tespit etmemiz gerekmektedir.

## 2) AY md. 129/5 ve DMK md. 13'ün Değerlendirilmesi

Anayasa'nın 129/5. maddesinde kamu görevlilerinin bütün kusurlarından doğan tazminat davalarının değil, “*yetkilerini kullanırken işledikleri kusurdan*” doğan tazminat davalarının ancak idare aleyhine açılabilceği hüküm altına alınmıştır. Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesinde ise “*kamu hukukuna tabi görevler*” ile ilgili doğan zararların bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil ilgili kurum aleyhine açılacağı hüküm altına alınmıştır.

Her ne kadar Anayasa md. 129/5'te ve DMK md. 13'te farklı deyimler kullanılmış olsa da, doktrin ve içtihat, “yetkilerini kullanırken” deyimini ile “görevlerini yerine getirirken” deyimini aynı anlamda görmektedir. Keza, doktrinde, kamu hukukunda görev ve yetki kavramlarını birbirinden ayrı düşünmemin doğru olmayacağı ifade edilmektedir.<sup>268</sup>

O halde, Anayasa md. 129/5 ve DMK md.13'ün kapsamını belirlemek noktasında göz önünde bulundurulması gereken temel ölçüt “görev ve yetki kullanımı”dır.<sup>269</sup> Buna göre, idarenin sorumluluğunu belirleme noktasında, kamu

---

<sup>268</sup> OZANSOY, *Tarihsel ve Kuramsal Açidan İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu*, op. cit., s. 302.

<sup>269</sup> Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesinde “görev”in tabi olduğu hukuki rejim açık bir şekilde, “kamu hukuku” olarak belirtilmiştir. Anayasa'nın 129. maddesinin beşinci fıkrasında ise “yetki” kavramı ile ilgili olarak herhangi bir niteleme yapılmamıştır. Ancak, doktrinde, genel itibariyle, burada sözü edilen yetkinin de esasen “kamusal yetki” olduğu ifade edilmektedir. OZANSOY, *Tarihsel ve Kuramsal Açidan İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu*, op. cit., s. 301.

görevlilerinin görev ve yetki kullanımı kapsamı içinde kalan kusurları ile görev ve yetki kullanımı kapsamı dışında kalan kusurları arasında bir ayırım yapmak gerekmektedir.

Anayasa md. 129/5 ve DMK md. 13 uyarınca, kamu görevlilerinin “yetkilerini kullanırken” veya “kamu hukukuna tabi görevleriyle ilgili olarak” üçüncü kişilere zarar vermeleri durumunda, tazminat davası kamu görevlisi aleyhine değil, ancak idare aleyhine açılacaktır. İdare, tazminat ödemek durumunda kalırsa da, kişisel kusuruyla zarara sebebiyet veren kamu görevlisine rücu edecektir.

Burada önemli olan, kamu görevlisinin kişisel kusurunun görev ile olan bağlantısıdır. Kişinin uğradığı zararlar kamu görevlisinin yürüttüğü görev arasında herhangi bir şekilde ilişki kurulabiliyorsa, ortada “görevle ilgili” bir durum var demektir.<sup>270</sup> Bu noktada, kamu görevlisinin hangi tür davranışlarının “görevle ilgili” sayılabileceği sorusu sorulabilir. Ancak mevzuatla belirlenmiş bir “görevler katalogu” olmadığı için, kamu görevlisinin kişisel kusurunun görevle ilgili olup olmadığını, somut olayın özelliklerini göz önünde bulundurmak suretiyle mahkeme saptayacaktır.<sup>271</sup>

Buna göre sağlık hizmetleri personelinin kamu hukukuna tabi görevleriyle ilgili olarak veya yetkilerini kullanırken işledikleri kişisel kusurlar nedeniyle üçüncü kişilere zarar vermeleri durumunda ilgili kamu görevlisine karşı değil, ancak idareye karşı dava açılacaktır.

---

<sup>270</sup> ESİN, *op. cit.*, s. 113.

<sup>271</sup> OZANSOY, *Tarihsel ve Kuramsal Açından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu*, *op. cit.*, s. 308.

Peki Anayasa md. 129/5 ve DMK md. 13 kapsamına girmeyen durumlarda, yani “görev ve yetki kullanımı” dışındaki hallerde sorumluluk neye göre belirlenecektir? Böyle bir durumun varlığı halinde idarenin tümüyle sorumsuz olduğundan söz edilebilecek midir? Kanaatimizce bu soruya ikili bir ayrım çerçevesinde yanıt aramak gerekir.

Esasen DURAN’ın da belirttiği gibi, kamu personeli, bilerek ve isteyerek yetkisini kötüye kullanır veya mevzuatta açık ve kesin olarak belirtilen “görev ve yetki konusunu ve sınırlarını aşar” ya da idarenin işlev alanı dışına çıkarsa, şahsi fiil ve kişisel mesuliyetine yol açmış olur.<sup>272</sup> Ancak bu durumda dahi kamu görevlisinin kişisel kusuru yürütülen hizmetten tam anlamıyla kopuk olmayabilir. GÜRAN bu noktada kamu görevlilerinin işlem ve eylemlerini, görevinden, yetkilerinden, hizmete ilişkin araç ve gereçlerden, resmi sıfatından tam ve mutlak surette ayrılmış olanlarla, olmayanlar şeklinde bir sınıflandırma yapmanın mümkün olduğunu ileri sürmektedir. Yazara göre, ilk durumda, kamu görevlileri tamamen özel ve kişisel kapasiteleri içinde hareket etmektedir. Burada hizmetle, görevle, kurumla, resmi kimlikleriyle doğrudan ya da dolaylı hiçbir ilgi ve irtibat bulunmamaktadır. Bu hal, kamu görevlisinin kişisel sorumluluğuna yol açan kişisel kusura sebebiyet verir. Bu durumda, doğan zararlar ilgili olarak kamu görevlisine karşı adli yargıda tazminat davası açılabilir. İkinci durumda ise, sorumluluğun kaynağında, öncelikle mevzuatın kamu görevlisine yüklediği bir görev, tanıdığı bir yetki veya verdiği bir araç-gereç bulunmaktadır. Kamu görevlisinin davranışı keyfi, yanlı, kasıtlı ve suç teşkil eder

---

<sup>272</sup> Lütfi DURAN, “Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu”, *Prof. Dr. Tahsin Bekir Balta’ya Armağan*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1974, s. 106.

nitelikteyse, görev ve yetki alanını aşmakta ve idare işlevi dışına çıkmaktaysa, ancak bütün bunlara rağmen, yine de resmi görev, yetki ve olanaklardan yararlanarak ve onları kullanarak hareket etmekteyse, artık kendisini görevinden, yetkisinden, idaresinden tamamen tecrit ve tefrik edilmesini önleyen veya engelleyen ve sırasında “gayet hafif ve gevşek olabilecek bir bağ” ile irtibatlaşmış durumdadır.<sup>273</sup> Böyle bir bağın varlığı halinde ise idarenin sorumluluğu tümden ortadan kalkmamaktadır. Yine, GÜNDAY’ın da ifade ettiği gibi, idare kişisel kusur işleyen kamu personelinin kendi seçmiştir. Ayrıca idarenin bu kişiler üzerinde denetim ve gözetim görevi bulunmaktadır. Nihayet idare, personelinin eğitmek durumundadır. Dolayısıyla kamu personelinin hizmet içindeki kişisel davranışları, idarenin söz konusu görevlerini yeteri kadar yerine getirmediğini gösterir. Bu nedenle kamu personelinin kişisel kusuruna rağmen idarenin sorumluluğu cihetine gidilebilir.<sup>274</sup>

Uygulamada da bu yönde verilmiş kararlara rastlamak mümkündür. Örneğin Danıştay’a göre “*bir kamu görevlisinin görev sırasında, hizmet araçlarını kullanarak yaptığı eylem ve işlemlerine ilişkin kişisel kusurunun, kasti suç niteliği taşısa bile hizmet kusuru oluşturacağı ve bu nedenle açılacak davaların ancak idare aleyhine açılabileceği bilinen ilkelerindendir*”.<sup>275</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun daha yakın bir tarihte vermiş olduğu kararda yaptığı şu değerlendirme de önemlidir:

---

<sup>273</sup> Sait GÜRAN, “İdarenin ve Ajanın Sorumluluğunun Belirlenmesine İlişkin Düşünceler”, *Danıştay Dergisi*, 1979, Sayı: 34-35, s. 59.

<sup>274</sup> GÜNDAY, *op. cit.*, s. 376.

<sup>275</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 20 Nisan 1989 tarih ve E.1988/1042, K.1989/857 sayılı Karar, *Danıştay Dergisi*, Sayı: 76-77 (*Danıştay İçtihat Bilgi Bankası*).

*“Kamu görevlisinin, hizmet içinde veya hizmetle ilgili olmak üzere tutum ve davranışının suç oluşturmaması ya da hizmeti yürütürken ağır kusur işlemesi veya düşmanlık, siyasal kin gibi kötü niyetle bir kişiye zarar vermesi halinde dahi bu durum, aynı zamanda yönetimin gözetim ve iyi eleman seçme yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle hizmet kusuru da sayılmalı ve bu nedenle açılacak dava idareye yöneltilmelidir.”<sup>276</sup>*

Burada önemli olan nokta, kamu görevlisinin davranışının görevle olan ilgisidir. Kamu görevlisinin davranışı “görev ve yetki kullanımı” sınırlarını aşsa dahi, ortada böyle bir ilgi varsa idarenin sorumluluğu gündeme gelebilecektir. Örneğin, hastayla aralarında husumet bulunan hekimin, devlet hastanesinde yapılan ameliyat sırasında hastanın şah damarını kasten keserek ölümüne sebebiyet veresi olayında hekimin davranışının AY md. 129/5 ve DMK md. 13 kapsamındaki “görev ve yetki kullanımı” sınırını aştığı açıktır. Hekim, hastaya zarar verme saikiyle hareket etmiştir. Ayrıca hekimin davranışı Türk Ceza Kanunu bağlamında bir suç teşkil etmektedir. Bu noktada ilgili kamu görevlisi aleyhine adli yargıda tazminat davası açılması gerektiği düşünülebilir. Bununla birlikte kamu görevlisi hekimin bu davranışının tümüyle yürütülen hizmetten kopuk olduğu savı da kanaatimizce ileri sürülemez. Zira hekim, bu davranışı idarenin binaları içinde, görevi sayesinde ve idarenin sunmuş olduğu araç-gereç ve olanaklarla gerçekleştirmiştir. Dolayısıyla böyle bir durumda idarenin sorumluluğu tümüyle ortadan kalkmamaktadır. Kamu görevlisinin görevli olduğu zaman dilimi içinde, görev sebebiyle ancak görev ve

---

<sup>276</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 1 Şubat 2012 tarih ve E.2011/4-592, K.2012/25 sayılı Karar, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

yetki kullanımı sınırını aşarak, görev dışı bir hareketle zarara neden olması halinde idarenin sorumluluğu cihetine gidilebilecektir.<sup>277</sup>

Peki, kamu görevlisinin yürütülen hizmetle hiçbir şekilde irtibatlandırılmayan davranışları dolayısıyla idarenin sorumluluğu söz konusu olabilecek midir? Kanaatimizce bu soruya olumlu yanıt vermek mümkün değildir. Doktrinde de ifade edildiği üzere, kamu görevlisinin hizmet dışında ve hizmetle herhangi bir ilgisi bulunmayan bir davranışından ötürü zarar meydana gelmiş ise, burada kamu görevlisinin salt kişisel kusurundan söz edilir.<sup>278</sup> Salt kişisel kusurun varlığı halinde ise idarenin sorumluluğuna gidilemez. Böyle bir durumda ilgili kamu görevlisine karşı adli yargıda tazminat davası açmak gerekir. Örneğin kamu görevlisi hekimin, mesai saatleri dışında özel bir hastanede ya da şahsi muayenehanesinde

---

<sup>277</sup> Bahtiyar AKYILMAZ, “Sağlık Kamu Hizmetini Yürüten Kamu Görevlilerinin Neden Olduğu Zararlardan Devletin Sorumluluğu”, *Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Lefke Avrupa Üniversitesi II. Sağlık Hukuku Sempozyumu*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011, s. 112. AVCI da aynı şekilde, hizmet içinde veya hizmetle ilgili olarak kamu görevlisinin tutum ve davranışının suç teşkil etmesinin, açık mevzuat hükmünü kasten uygulamasının ya da kasten yanlış uygulamasının, hizmeti yürütürken ağır bir kusur işlemesinin veya düşmanlık, siyasi hınç gibi kötü niyetle kişilere zarar vermesinin idarenin sorumluluğunu ortadan kaldıran bir kişisel kusur teşkil etmeyeceğini ifade etmektedir. Mustafa AVCI, “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Mali Sorumluluğu”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2012, Sayı: 1, s. 119-120.

<sup>278</sup> GÖZÜBÜYÜK/TAN, *op. cit.*, s. 809.

tedavi ettiği hastaya bir zarar vermesi durumunda salt kişisel kusur söz konusudur.<sup>279</sup>

Böyle bir durumda salt zarara sebebiyet veren kişinin “kamu görevlisi” olması, idarenin sorumluluğuna yol açmaz. Zira gerçekleştirilen davranışın resmi görev, yetki ve olanaklarla doğrudan veya dolaylı bir ilgili bulunmamaktadır. O halde, böyle bir durumda uğranılan zarar dolayısıyla idareye karşı değil, ilgili hekime karşı tazminat davası açılacaktır.

O halde toparlayacak olursak, sağlık hizmetlerinin yürütölmesiyle ilgili olarak, kamu görevlisinin davranışı AY md. 129/5 ve DMK md. 3 kapsamı içinde kalıyorsa, yani kamu görevlisinin zarara neden olan davranışı “görev ve yetki kullanımı” sınırları içinde kalıyorsa dava idareye karşı açılacaktır. Bunun yanında kamu görevlisinin davranışı “görev ve yetki kullanımı” sınırlarını aşmasına rağmen ortada yine görev ve yetkiyle irtibatlandırılabilen bir durum varsa idarenin sorumluluğu yine gündeme gelebilecektir. Buna karşın kamu görevlisinin davranışı yürütölen görevle hiçbir şekilde irtibatlandırılmıyorsa, yani kamu görevlisinin salt kişisel kusuru söz konusuysa bu durumda idarenin sorumluluğundan söz edilemeyecektir.

#### **D) ÖZEL KESİM ELİYLE YÜRÜTÖLEN SAĞLIK HİZMETLERİ DOLAYISIYLA İDARENİN SORUMLULUĞU**

Sağlık hizmetleri tekel niteliğindeki kamu hizmetlerinden değildir. Dolayısıyla bu alanda özel kesim de faaliyet gösterebilmektedir. İşte bu noktada, özel

---

<sup>279</sup> Cahid DOĞAN, “İdarenin Kusur Sorumluluğunda Rücu”, *VIII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu (Hekim Sorumluluğu)*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s. 114.

kesim eliyle yürütülen sağlık hizmetleri alanında idarenin sorumluluğu söz konusu olabilir mi sorusuna yanıt verilmesi gerekmektedir.

Özel hukuk kişileri eliyle yürütülen sağlık hizmetleriyle ilgili olarak başlangıçta idarenin sorumluluğunun söz konusu olmayacağı düşünülebilir. Nitekim kural olarak da idarenin özel hukuk kişilerince sunulan sağlık hizmetlerinden sorumlu tutulabilmesi mümkün değildir.<sup>280</sup> Bununla birlikte, Anayasa'nın 56. maddesi karşısında, idarenin özel hukuk kişileri eliyle yürütülen sağlık hizmetleri alanında mutlak bir şekilde sorumlu olmayacağı savı da ileri sürülemez. Nitekim söz konusu maddede devletin sağlık hizmetleri alanındaki görevlerini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak ve onları denetleyerek yerine getireceği hüküm altına alınmıştır.<sup>281</sup>

---

<sup>280</sup> Ahmet Kürşat ERSÖZ, *Türk İdaresinin Sağlık Hizmetlerden Kaynaklanan Sorumluluğu*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2012, s. 34.

<sup>281</sup> Bu kapsamda örneğin, hastanenin bulunduğu yerin gürültü, hava ve su kirliliğine maruz olup olmadığı; insan sağlığını olumsuz yönde etkileyecek endüstriyel kuruluşlar ile gayrisihhi müesseselerden uzaklığı; hastane veya özel sağlık tesisi yapı kullanma izni belgesinin bulunması; hastanenin temizliği; personelin niteliği ve daha bir çok husus bakanlık ve müdürlükler tarafından denetlenmektedir. Savaş BAYINDIR, "Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 11, 2007, Sayı: 1-2, s. 562.

O halde idarenin özel kesim eliyle yürütülen sağlık hizmetleri alanında öncelikli olarak bir denetim ve gözetim yükümlülüğü bulunmaktadır.<sup>282</sup> Buna göre idare, özel kesim eliyle yürütülen sağlık hizmetlerinin gereği gibi yerine getirilmesi noktasında gerekli gözetim ve denetimleri yapmak ve gerektiğinde yaptırım uygulamakla yükümlüdür.<sup>283</sup> Bu yükümlülüklerin gereği yerine getirilmemesi durumunda idarenin sorumluluğu gündeme gelebilecektir. Örneğin sağlık hizmetlerinin yürütülmesi noktasında gerekli tıbbi cihazlara sahip olmayan veya arızalı tıbbi cihazlara sahip olan bir özel hastaneye ruhsat veren, o hastaneyi denetlemeyen ve gerekli yaptırımları uygulamayan idare, bu özel hastanede sunulan sağlık hizmetleri dolayısıyla bir zarar meydana geldiği takdirde doğan zarardan sorumlu olacaktır.<sup>284</sup>

---

<sup>282</sup> Kuşkusuz aynı yükümlülük idarenin yürütmekte olduğu sağlık hizmetleri alanında da söz konusu olmaktadır.

<sup>283</sup> Özel Hastaneler Yönetmeliği'nin 62. maddesi uyarınca özel hastaneler; şikayet üzerine yapılan inceleme ve soruşturma ile Sağlık Bakanlığı'nca Komisyon'a yaptırılan veya bakanlık müfettişleri tarafından yapılan olağan ve olağan dışı denetimler hariç olmak üzere; müdürlük ekipleri tarafından, altı ayda bir rutin olarak denetlenmektedir.

<sup>284</sup> Bu noktada KIZILYEL, gerekli denetimleri yapmayan ve tedbirleri almayan idarenin özel hastane ile birlikte müterafik kusurunun bulunduğunu ifade etmektedir. Serkan KIZILYEL, "İdarenin Sağlık Hizmetinden Doğan Tazminat Sorumluluğu", *Sağlık Hukuku Kurultayı (1-3 Kasım 2007)*, Ankara, 2008, s. 231.

Bu kapsamda 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un 15. maddesi ile getirilen düzenlemeye de değinmek gerekir. Söz konusu maddeye göre, yataklı tedavi kurumlarının kiralama, işletme hakkının devri gibi mülkiyetinin devri dışındaki yöntemlerle özelleştirilmeleri mümkündür.<sup>285</sup> Bu çerçevede, 4046 sayılı kanun kapsamında devlete ait yataklı sağlık kuruluşlarının özelleştirilmesi durumunda, özelleştirilen sağlık kuruluşunun hukuki statüsü itibari ile diğer özel sağlık kuruluşlarından bir farkı kalmayacağı ileri sürülebilir. Kuşkusuz böyle bir durum, idarenin sorumluluğu bağlamında önemli sonuçlar doğuracaktır. Nitekim, özelleştirilen sağlık kuruluşu ile idare arasında artık organik bir bağın kalmayacak olmasından bahisle idarenin bu anlamda yalnızca bir denetim ve gözetim yükümlülüğünün söz konusu olacağını ileri sürmek mümkündür.<sup>286</sup> Buna göre,

---

<sup>285</sup> 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un 15. maddesi uyarınca *“Kamu hizmeti gören kuruluşların mülkiyet devri suretiyle özelleştirilmesine ilişkin konularda bu Kanunun 1 inci maddesinde öngörülen ayrı kanunlarla düzenleme yapılmasına ilişkin şartlar saklı kalmak kaydıyla...genel ve katma bütçeli idarelerle bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların mal ve hizmet üretim birimleri ve varlıklarının (baraj, gölet, otoyol, yataklı tedavi kurumları, limanlar ve benzeri diğer mal ve hizmet üretim birimleri)...İşletme haklarının verilmesi veya kiralanması ve mülkiyetin devri dışındaki benzeri diğer yöntemlerle özelleştirilmesi bu Kanun hükümleri çerçevesinde yapılır.”*

<sup>286</sup> Bu noktada idarenin özelleştirmeye ilişkin sözleşme hükümlerine uygun hareket edilip edilmediğini takip etmek ve gerektiğinde sözleşmeden doğan yetkilerini kullanmak suretiyle müdahale etmek hak ve yetkisine sahip olacağını da ifade etmemiz gerekir. YASİN, *op. cit.*, s. 253.

özelleştirme sonrasında bu kuruluşlarda sunulan sağlık hizmetleri dolayısıyla bir zarar meydana geldiği takdirde kural olarak idare değil, özel hukuk kişisi sorumlu olacaktır.

Sağlık hizmetleri alanında ruhsat usulü dışında bir başka usulle bu hizmetin özel kişilere gördürülebilmesi hususu tartışmalı olmakla birlikte yakın tarihlerde yapılan yasal düzenlemelerle birlikte tartışmalar yeni bir boyut kazanmıştır. 2003 yılında kabul edilen 4924 sayılı Eleman Temininde Güçlük Çekilen Yerlerde Sözleşmeli Sağlık Personeli Çalıştırılmasına İlişkin Kanun'un 11. maddesi ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 36. maddesine bir fıkra eklenmiştir. Söz konusu fıkra ile sağlık hizmetleri ile yardımcı sağlık hizmetleri sınıfına dahil personel tarafından yerine getirilmesi gereken hizmetlerin, lüzumu halinde bedeli döner sermaye gelirlerinden ödenmek kaydıyla, Bakanlıkça tespit edilecek esas ve usullere göre hizmet satın alınması yoluyla gördürülebileceği hüküm altına alınmıştır. Yine, 2005 yılında kabul edilen 5396 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na Bir Ek Madde Eklenmesi Hakkında Kanun ile 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na bir madde (Ek Madde 7) eklenmiştir. Bu madde ile, yapılmasının gerekli olduğuna Yüksek Planlama Kurulu tarafından karar verilen sağlık tesislerinin, Sağlık Bakanlığınca verilecek ön proje ve belirlenecek temel standartlar çerçevesinde, kendisine veya Hazineye ait taşınmazlar üzerinde ihale ile belirlenecek gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine kırk dokuz yılı geçmemek şartıyla belirli süre ve bedel üzerinden kiralama karşılığı yaptırılabilceği hüküm altına alınmıştır.

Bu yasal düzenlemeler çerçevesinde, doktrinde, sağlık hizmetleri alanında imtiyaz yönteminin fiilen uygulamaya geçtiği ifade eden yazarlar bulunmaktadır.<sup>287</sup> Ancak bu noktada ifade etmemiz gerekir ki, sağlık hizmetlerinin imtiyaz yoluyla özel kişilere gördürülebileceği hususu kabul edilse dahi, bu hizmetlerin yürütülmesi dolayısıyla ortaya çıkan zararlardan idare de sorumlu olabilecektir.<sup>288</sup> Nitekim, hizmet imtiyaz sahibi tarafından yürütülüyor olsa dahi, hizmetin iyi yürütülmemesi, idarenin denetim ve gözetim görevini gereği gibi yerine getiremediğini göstermektedir. Bu doğrultuda, zarar gören üçüncü kişilerin, hizmetin gereği gibi yürütülmemesi nedeniyle uğradıkları zararın tazmini için idare aleyhine tam yargı davası açmaları mümkündür.

YASİN'in de ifade ettiği gibi aslında bu durumun salt imtiyaz durumunda değil, kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerine gördürüldüğü her durumda geçerli olabileceği savunulabilir. Nitekim gerek idarenin özel hukuk kişilerinden sağlık hizmeti satın alması, gerekse idare tarafından sunulması gereken hizmetin özel hukuk kişileri ile yapılan anlaşmalar neticesinde bu kişilerden karşılanması durumunda hizmetin asli sahibi ve sorumlusu yine idaredir. Bu nedenle sağlık hizmetlerinin özel hukuk kişilerine gördürüldüğü durumlarda; tıbbi uygulamalardan doğacak zararlardan dolayı idarenin sorumluluğu yoluna gidilebilecektir.<sup>289</sup>

---

<sup>287</sup> KARAHANOGULLARI, “Kamu Hizmetleri Piyasa İlişkisinde Dördüncü Tip: Eksik İmtiyaz (Kamu Özel Ortaklığı)”, *op. cit.*, s. 204.

<sup>288</sup> GÜNDAY, *op. cit.*, s. 314.

<sup>289</sup> YASİN, *op. cit.*, s. 254.

### III) SAĞLIK HİZMETLERİNDE İDARENİN KUSURSUZ SORUMLULUĞU

İdare hukukunda kusursuz sorumluluk, bir olayda idari kusur bulunmasa dahi bazı kayıt ve şartlar altında, idarenin verdiği zararı ödemekle yükümlü tutulması durumunu ifade eder.<sup>290</sup> Kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca idarenin sorumlu tutulabilmesi için idareye veya kamu görevlisine izafe edilmesi gereken bir kusurun varlığına ihtiyaç yoktur. Kusursuz sorumluluk halinde idari davranış ile zarar arasında bir nedensellik bağının bulunması gerekli ve yeterlidir. Bu yönüyle kusursuz sorumluluk, her türlü kusur fikrinden arınmış bir sorumluluk türü olarak ifade edilebilir.

Sosyal devlet ilkesinin benimsenmesi ile idarenin faaliyet alanı genişlemiş ve bu faaliyetlerde kullanılan teknolojinin ilerlemesi, araç ve gereçlerin çoğalması, idare teşkilatının karmaşıklaşması gibi nedenlerle zarar veren olay ile idarenin kusuru arasında bağlantı kurulması veya bunun kanıtlanması daha da güç bir hal almıştır.<sup>291</sup> Öte yandan, sosyal adalet anlayışının gelişmesiyle birlikte, belli kişilerin maruz kaldıkları zararlara bizzat katlanmasının adalet ve hakkaniyete uygun düşmeyeceği görüşü hakim olmaya başlamıştır. Tüm bu olgular, idarenin sorumluluğu konusundaki anlayışı etkilemiş ve bazı kayıt ve şartlar altında idarenin kusuru bulunmasa veya bu kusur kanıtlanmasa dahi sorumlu olabileceği kabul edilmiştir.<sup>292</sup>

---

<sup>290</sup> DURAN, *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu*, op. cit., s. 47.

<sup>291</sup> ÖZAY, op. cit., s. 845.

<sup>292</sup> ATAY, op. cit., s. 738.

Bugün idare hukukunda kusursuz sorumluluk belli başlı iki ilkeye dayandırılmaktadır. Bunlar “risk ilkesi” ve “fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi”dir. Genel olarak ifade edecek olursak, risk ilkesi<sup>293</sup>, tehlike yaratma olasılığı fazla ve teknik yönden karmaşık, dolayısıyla her zaman nedeni saptanamayacak olan zararlara yol açabilecek bir idari faaliyet ya da araç-gereç zarara yol açar ise, bu zararın, kusur şartı aranmaksızın idarece tazmin edilmesini öngören bir ilkedir.<sup>294</sup> Bu durumda idare, tehlikenin önlenmesi için her türlü özeni ve dikkati göstermiş olsa bile sorumluluktan kurtulamayacaktır. Bir diğer ifadeyle, özel hukuktaki kusursuz

---

<sup>293</sup> Doktrinde “risk ilkesi” terimi yerine “tehlike ilkesi” terimini kullananlar da bulunmaktadır. Ancak GÖZLER, “tehlike ilkesi” teriminin Fransızca “responsabilité pour risque” kavramını tam olarak karşılamadığı gerekçesiyle “risk ilkesi” terimini kullanmayı önermektedir. Bkz. GÖZLER, *İdare Hukuku (Cilt II)*, op. cit., s. 1169.

<sup>294</sup> Başlıca şu hallerde risk sorumluluğu ilksi uyarınca idarenin sorumluluğuna gidilmektedir: 1) Tehlikeli şeyler (patlayıcı maddeler, ateşli silahlar, tehlikeli bayındırlık eserleri, kan ürünleri, tehlikeli araçlar). 2) Tehlikeli yöntemler. 3) Tehlikeli durumlar. 4) Mesleki riskler: Kamu personelinin görevleri sırasında uğradığı zararlar. 5) İdarenin Arızı İşbirlikçilerinin Uğradığı Zararlar. 6) Bayındırlık eser ve işlerinden üçüncü kişilerin uğradığı zararlar. 7) Toplantı ve gösteri yürüyüşlerinden dolayı ortaya çıkan zararlar. 8) Terör olaylarından dolayı ortaya çıkan zararlar. GÖZLER, *İdare Hukuku (Cilt II)*, op. cit., s. 1168. Sağlık hizmetleri alanında idarenin kusursuz sorumluluğunun da risk ilkesi bağlamında söz konusu olabileceği ifade edilmektedir. Turan YILDIRIM, “Sağlık Kurum ve Kuruluşlarının Hukuki Sorumluluğu”, *Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu*, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2011, s. 200.

sorumluluk uygulamasının tersine, idarenin kurtuluş beyyinesi getirmesi suretiyle sorumluluktan kurtulması mümkün değildir.<sup>295</sup>

Fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi<sup>296</sup> ise, idarenin nimetleri tüm toplum tarafından paylaşılan hukuka uygun eylem ve işlemlerinin külfetlerinin sadece belli kişi veya kişilerin üstünde kalması durumunda, bu kişi veya kişilerin uğradığı zararı, idarenin bir kusuru olmasa bile, tazmin etmesini öngörmektedir.<sup>297</sup>

---

<sup>295</sup> GÜNDAY, *op. cit.*, s. 379.

<sup>296</sup> Doktrinde bu kavramı karşılamak üzere “kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi” terimi de kullanılmaktadır. Örneğin, GÖZÜBÜYÜK/TAN, *op. cit.*, s. 755; YAYLA, *op. cit.*, s. 368; Yahya ZABUNOĞLU, *İdare Hukuku (Cilt I)*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012 , s. 725.

<sup>297</sup> GÖZLER, *İdare Hukuku (Cilt II)*, *op. cit.*, s. 1164. Başlıca şu hallerde fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi uyarınca idarenin sorumluluğuna gidilmektedir: 1) Bayındırlık işlerinin daimi zararlarından dolayı sorumluluk. 2) Hukuka uygun idari işlemlerden dolayı sorumluluk. 3) Kanunlardan dolayı sorumluluk. 4) Uluslararası antlaşmalardan dolayı sorumluluk. Biz bu çalışmada kusursuz sorumluluk ilkesini bütün boyutlarıyla değil, yalnızca idarenin sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan sorumluluğu çerçevesiyle sınırlı olarak ele alacağız. Bu nedenle fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi ile ilgili ayrıntılı bilgi edinmek için bu konudaki monografilere veya idare hukuku alanında yazılmış diğer eserlere bakılmalıdır. Örneğin, Ramazan ÇAĞLAYAN, *Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu*, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2007., Kemal GÖZLER, *İdare Hukuku (Cilt II)*, *op. cit.*, s. 1241 vd., GÖZÜBÜYÜK/TAN, *op. cit.*,

Kusursuz sorumluluk, özel hukuk alanında olduğu gibi, idare hukukunda da yardımcı ve ayırık bir sorumluluk türüdür.<sup>298</sup> İdarenin sorumluluğunda kural hala idarenin kusurlu sorumluluğudur. Dolayısıyla kusursuz sorumluluk idare hukukunda istisnayı teşkil eder. Buna göre, bir olayda idarenin sorumluluğu araştırılırken öncelikle idarenin kusurlu sorumluluğu yönünden inceleme yapılır. İdarenin hizmet kusuru yok ise somut olayda kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanıp uygulanamayacağı incelenir ve bu suretle idarenin sorumluluğu belirlenir. Danıştay’ın içtihatları da bu yöndedir.<sup>299</sup>

Kusursuz sorumluluğun idare hukukunda istisnai bir sorumluluk türü olması nedeniyle “idarenin hangi tür faaliyetlerinde kusursuz sorumluluk ilkesi uygulanabilir?” sorusu gündeme gelebilir. Nitekim “istisnalar dar yoruma tabi tutulur” ilkesinden hareket edecek olursak, kusursuz sorumluluk ilkesinin idarenin

---

s. 875 vd., GÜNDAY, *op. cit.*, s. 382 vd., ÖZAY, *op. cit.*, s. 850 vd., ATAY, *op. cit.*, s. 751 vd.

<sup>298</sup> Bununla birlikte özel hukuk alanında kusursuz sorumluluk yalnızca belli konularda ve çok sınırlı bir şekilde uygulanmaktayken, idare hukukunda daha geniş bir şekilde uygulanmaktadır. GÖZÜBÜYÜK/TAN, *op. cit.*, s. 872.

<sup>299</sup> Ayırık halleri bir kenara bırakacak olursak, Danıştay’ın pek çok durumda idarenin sorumluluğuyla ilgili olarak “*idarenin hizmet kusuru olup olmadığının araştırılması, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkelerinin uygulanıp uygulanamayacağının incelenmesi*” yönünde karar verdiği görülmektedir. Örneğin Danıştay Onuncu Dairesi, 18 Mart 1998 tarih ve E.1996/10292, K.1998/1190 sayılı Karar (Danıştay İçtihat Bilgi Bankası).

yürütmekte olduğu bütün faaliyetler bakımından değil, sadece bazı faaliyetler bakımından uygulama alanı bulacağı ileri sürülebilir. Bununla birlikte DURAN, idare hukukunda kusursuz sorumluluğun devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin her türlü faaliyet ve eşyası bakımından söz konusu olabileceğini belirtmekte ve günümüzdeki genel eğilim ve gelişmenin idarenin kusursuz sorumluluğu yönünde olduğunu ifade etmektedir.<sup>300</sup>

Kusursuz sorumluluk, daha ziyade idarenin tehlike taşıyan, riskli faaliyetleri dolayısıyla ortaya çıkmaktadır.<sup>301</sup> Bununla birlikte, özünde risk taşıyan faaliyetler kapsamında değerlendirilen<sup>302</sup> sağlık hizmetleri alanında kusursuz sorumluluk

---

<sup>300</sup> DURAN, *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu*, op. cit., s. 47.

<sup>301</sup> GÖZÜBÜYÜK/TAN, op. cit., s. 873.

<sup>302</sup> Danıştay, pek çok kararında sağlık hizmetlerinin bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olduğu hususuna vurgu yapmakta ve şu değerlendirmeyi yapmaktadır: “İdare Hukuku ilkeleri ve Danıştay’ın yerleşik içtihatlarına göre, zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumunda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı hallerde, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için zararın, idarenin ağır hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir. Bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetinden yararlananın zarara uğraması halinde, bu zararın tazmini, ancak idarenin ağır hizmet kusurunun varlığı halinde mümkün olabilecektir.”. Danıştay Onuncu Dairesi, 4 Haziran 2001 tarih ve E.1999/4912, K.2001/2042 sayılı Karar (ŞAHİN/BAL/KARABULUT, op. cit., s. 315-317); Danıştay Onuncu Dairesi, 16 Nisan 2001 tarih ve E.1998/7339, K.2001/1386 sayılı Karar (ŞAHİN/BAL/KARABULUT, op. cit., s. 312-313); Danıştay Onuncu Dairesi,

ilkesinin uygulanabilir mi sorusunda Türk Danıştay'ı olumsuz yanıt vermektedir. Fransa'da ise sağlık hizmetleri alanında kusursuz sorumluluk ilkesinin sınırlı dahi olsa uygulama alanı bulduğu görülmektedir.

Fransız Danıştay'ı kan ürünlerinin aktarımı nedeniyle kendilerine AIDS ve hepatit gibi hastalıklar bulaşan kişilerin uğradığı zararlarla ilgili olarak idareyi risk sorumluluğu esasına göre sorumlu tutmaktadır. Örneğin, Fransız Danıştayı, 26 Mayıs 1995 tarihli *N'Guyen, Jouan ve Pavan* kararlarında “kan aktarım merkezleri”nin sağladıkları ürünlerin kötü kaliteleri nedeniyle doğan zararlardan kusurları olmasa dahi sorumlu oldukları yönünde karar vermiştir.<sup>303</sup>

Burada önemle ifade etmemiz gerekir ki, her ne kadar “kan ürünleri” idarenin kullandığı “tehlikeli şeyler” kapsamında değerlendirilse ve bunların aktarımı nedeniyle doğan zararların kusursuz sorumluluk esaslarına göre tazmin edilmesi imkanı söz konusu olsa dahi kanaatimizce burada bir ayırım yapmak gerekir. Acil durumlar bir kenara bırakılacak olursa, kan ürünleri üzerinde gerekli tahlillerin mutlak surette yapılmış olması gerekmektedir. Kan ürünleri üzerinde gerekli tahliller yapılmamışsa ve kullanılan kötü kaliteli ürünler nedeniyle bir zarar meydana gelmişse idare burada kanaatimizce kusursuz sorumluluk esaslarına göre değil, kusurlu sorumluluk esaslarına göre sorumlu tutulmalıdır. Buna karşın idare kan

---

3 Nisan 2001 tarih ve E.2000/227, K.2001/1241 sayılı Karar (ŞAHİN/BAL/KARABULUT, *op. cit.*, s. 309-311). Danıştay'ın bu yönde vermiş olduğu karar örneklerini çoğaltmak mümkündür.

<sup>303</sup> Conseil d'État, Assemblée, 26 Mayıs 1995 *N'Guyen, Jouan ve Pavan*, RDCE, 1995, s. 221-222. (Aktaran: GÖZLER, *İdare Hukuku (Cilt II)*, *op. cit.*, s. 1181).

ürünleri üzerinde gerekli bütün tahlilleri yapmış, bu ürünlerin aktarımı sırasında gerekli dikkat ve özeni göstermişse, buna rağmen zararın meydana gelmesi önlenememişse (örneğin aktarılan kandan bir hastalık bulaşmışsa), burada idarenin kusursuz sorumluluğu gündeme gelebilecektir.

Fransa’da, hastanelerde uygulanan “fevkalade tehlikeli tıbbi yöntemler”den doğan zararlardan dolayı da idare kusuruz sorumluluk esaslarına göre sorumlu tutulmaktadır. Lyon İstinaf İdare Mahkemesi, 21 Aralık 1990 tarihli *Consorts Gomez* kararında, ilk kez kullanılan yeni ameliyat yöntemlerinden doğan zararların risk sorumluluğu esaslarına göre idare tarafından tazmin edilmesi yönünde karar vermiştir.<sup>304</sup> Yine, 9 Nisan 1993 tarihli *Bianchi* kararı ile de Fransız Danıştay, tedavi için gerekli ama sonucu tam olarak bilinmeyen riskli yöntemlerden doğan zararlar nedeniyle idarenin kusursuz sorumluluğuna hükmetmiştir.<sup>305</sup>

Tehlikeli yöntemler nedeniyle idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilebilmesi için bazı şartların varlığı gerekmektedir. Her şeyden önce, risk sorumluluğuna yol açan tıbbi yöntemlerin sonuçlarının daha önceden bilinmeyen yöntemler olması gerekmektedir. Belirli bir süredir uygulanmakta olan, sıradan tıbbi yöntemlerden doğan zararlar nedeniyle idarenin kusurlu sorumluluğu geçerli olmaktadır. İkinci olarak, uygulanacak olan tıbbi yöntemin hastayı yaşatmak için son şans olarak denenen bir yöntem olmaması gerekmektedir. Eğer kullanılan yöntem, hastayı

---

<sup>304</sup> Cour administrative d’appel de Lyon, 21 Aralık 1990, *Consorts Gomez*, RDCE, 1990, S. 498. (Aktaran: GÖZLER, , *İdare Hukuku (Cilt II)*, op. cit., s. 1192).

<sup>305</sup> Conseil d’État, Assemblée, 9 Nisan 1993, *Bianchi*, RDCE, 1993, s. 127. (Aktaran, GÖZLER, , *İdare Hukuku (Cilt II)*, op. cit., s. 1192).

yaşatmak için son şans niteliğinde bir tıbbi yöntem ise burada idarenin kusurlu sorumluluğu söz konusu olacaktır. Son olarak, tehlikeli tıbbi yöntemin uygulanması sonucu ortaya çıkan zararların olağanüstü ve anormal bir şekilde ağır olması gerekmektedir.<sup>306</sup> Tehlikeli tıbbi yöntemler ile ilgili olarak saymış olduğumuz tüm bu şartlar kümülatif niteliktedir. Dolayısıyla bu şartlardan biri gerçekleşmediği takdirde idarenin kusursuz sorumluluğu değil, kusurlu sorumluluğu gündeme gelecektir.

Riskli meslekleri icra eden kamu görevlileri, mesleki risklerden ötürü zarara uğrayabilmektedirler. Bununla birlikte, bir kamu görevlisinin mesleki riskinden ötürü sadece kamu görevlisinin değil, yaptığı işe göre üçüncü kişi konumunda olan bir yakının zarar görmesi de mümkündür. İşte Fransa’da, üçüncü kişi konumunda bulunan bu kişilerin zararı, kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca tazmin edilmektedir.<sup>307</sup> Paris İdare Mahkemesi’nin 20 Aralık 1990 tarihli *Epoux B.* kararına konu olan olayda, AIDS hastalarının tedavi edildiği bir klinikte görevli olan bir hemşireye AIDS virüsü bulaşmıştır. Virüs, hemşirenin eşine de cinsel temas yoluyla bulaşmıştır. Bu durumda hemşirenin uğradığı zarar zaten sosyal güvenlik sistemi tarafından karşılanacaktır. Ancak yürütülen faaliyet karşısında üçüncü kişi konumunda bulunan eşin durumu daha farklıdır. Üçünü kişi konumunda bulunan eşin

---

<sup>306</sup> GÖZLER, , *İdare Hukuku (Cilt II)*, op. cit., s. 1192.

<sup>307</sup> Fransa’da mesleki riskler nedeniyle meydana gelen zararlarda o mesleği icra eden kamu görevlilerinin zararları sosyal güvenlik sistemi çerçevesinde tazmin edilmektedir. Bu nedenle, Fransa’da bu tür mesleki risklerden ötürü idarenin kusursuz sorumluluğu kabul edilmemektedir. Bkz. GÖZLER, *İdare Hukuku (Cilt II)*, op. cit., s. 1192.

uğradığı zarar nedeniyle idarenin kusursuz sorumluluğu gündeme gelmektedir. Hemşirenin kocası bakımından, karısının virüs bulaşma riskinin bulunduğu bir yerde çalışıyor olması durumu, olağanüstü ve özel bir risk oluşturmaktadır. Bu nedenle, Paris İdare Mahkemesi, söz konusu olayda hemşirenin eşinin uğradığı zarar nedeniyle idareyi kusursuz sorumluluk esaslarına göre tazminat ödemeye mahkum etmiştir.<sup>308</sup>

Fransa’da, 1 Temmuz 1964 tarihli Kanun uyarınca zorunlu aşı uygulamaları nedeniyle meydana gelen zararlarda idare kusursuz sorumluluk esaslarına göre sorumlu olmaktadır. Zorunlu aşı uygulamasının hastanede, bir kurumda veya evde yapılmasının herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Ancak, zorunlu aşı kapsamına girmeyen aşılama faaliyetlerinde ise idarenin kusursuz sorumluluğu değil, kusurlu sorumluluğu söz konusu olmaktadır.<sup>309</sup>

Yine Fransa’da, arızı işbirlikçilerin uğradıkları zarar nedeniyle idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilebilmektedir. Bazen, kamu görevlileri dışında kişiler de kamu hizmetlerinin yürütülmesine, kamu makamlarının isteği üzerine veya kendiliğinden, ücret karşılığında veya bedava olarak ama daima arızı olarak, kısa bir süre için katılırlar. Bunlara “arızı işbirlikçiler denir.”<sup>310</sup> Örneğin trafik kazası geçirmiş bir kişiyi kendi aracıyla hastaneye taşıyan bir kişi arızı işbirlikçi konumundadır. Arızı işbirlikçilerin, yapmış oldukları faaliyet nedeniyle birtakım zararlara maruz

---

<sup>308</sup> Tribunal administratif de Paris, 20 Aralık 1990, *Epoux B.*, RDCE, 1990, s. 514.

(Aktaran, GÖZLER, , *İdare Hukuku (Cilt II)*, op. cit., s. 1193).

<sup>309</sup> *Ibid.*, s. 1193.

<sup>310</sup> *Ibid.*, s. 1202.

kalmaları mümkündür. Arızı işbirlikçi konumunda olan kişi, yaralıyı hastaneye taşıırken trafik kazası geçirebilir. Bu durumda arızı işbirlikçinin uğradığı zarar nasıl karşılanacaktır sorusu gündeme gelecektir. Arızı işbirlikçilerin zararları sosyal güvenlik kurumlarınca karşılanmamaktadır. Aynı şekilde, bu zarar nedeniyle idarenin kusurlu sorumluluğuna da gidilemez. Nitekim idareye atfedilebilir bir kusur da söz konusu değildir. Fransız Danıştay bu gibi durumlarda, arızı işbirlikçilerin uğradıkları zararların, yaptıkları yardımdan kaynaklanan risk temelinde, idarenin bir kusuru olmasa dahi idare tarafından karşılanması gerektiği yönünde karar vermektedir.<sup>311</sup>

---

<sup>311</sup> GÖZLER, *İdare Hukuku (Cilt II)*, op. cit., s. 1203. Arızı işbirlikçilerin uğradıkları zararlar nedeniyle idareyi kusursuz sorumluluk esaslarına göre sorumlu tutabilmek için bazı şartların varlığı aranmaktadır. Bu şartlar ve arızı işbirlikçi olma durumunun özellikleri şu şekilde sıralanabilir: 1) Zarar gören kişinin yürütülmesine katıldığı faaliyet bir “kamu hizmeti” olmalıdır. 2) Zarar gören kişi, kamu hizmetinin yürütülmesine “fiilen” katılmış olmalıdır. 3) Zarar gören kişi, kamu hizmetinin yürütülmesine “doğrudan doğruya” katılmış olmalıdır. 4) Zarar gören kişinin işbirliğinin bir zorunluluk temeline dayanması şart değildir. 5) Zarara yol açan işbirliği, arızı olmak şartıyla, gönüllülük esasına dayalı olarak bedava yapılabileceği gibi, belli bir ücret karşılığında da yapılabilir. 6) İdarenin hiçbir talebi olmaksızın kendiliğinden işbirliği halinde, bu işbirliği acil ihtiyaç nedeniyle gerekli bir işbirliği olmalıdır. 7) İdare ile işbirliği yapanların sadece kendilerinin uğradıkları zararlardan değil, bunların başkalarına verdikleri zararlardan dolayı da idarenin kusursuz sorumluluk esaslarına göre sorumlu olabileceği kabul edilmektedir. 8) İdare ile

Bunun dışında Fransa’da akıl hastalarının deneme çıkışları nedeniyle meydana gelen zararlarda idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilebilmektedir. Fransa’da, akıl hastanelerinde tedavi gören hastaların normal yaşama kademeli olarak uyum sağlamaları amacıyla zaman zaman hastane dışına çıkmalarına izin verilmektedir. İşte bu deneme çıkışları sırasında akıl hastaları bazen üçüncü kişilere de zarar verebilmektedir. Fransız Danıştayı böyle durumlarda, meydana gelen zararlar nedeniyle idareyi kusursuz sorumluluk esaslarına göre sorumlu tutmaktadır.<sup>312</sup> *Département de la Moselle* kararına konu olan olayda, akıl hastası kişinin deneme çıkışı sırasında neden olduğu yangın nedeniyle idare kusursuz sorumluluk esaslarına göre tazminat ödemeye mahkum edilmiştir.<sup>313</sup>

Fransa’da sağlık hizmetleriyle ilgili olarak kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulama alanı genel itibariyle bu şekildedir. Türkiye’de ise durum biraz daha farklıdır. “sağlık hizmetleri alanında kusursuz sorumluluk ilkesi uygulanabilir mi?” sorusuna Türk Danıştayı olumsuz yanıt vermektedir.

Bununla birlikte, doktrinde ESİN tarafından verilen iki örnekle, Danıştay’ın sağlık hizmetleri alanında kusursuz sorumluluk ilkesini kabul ettiği ileri

---

işbirliği yapmaları sonucunda zarara uğrayan kişilerin, uğradıkları zararı bir başka kamu tüzel kişisinden değil, işbirliği yaptıkları kamu tüzel kişisinden istemeleri gerekir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. GÖZLER, *İdare Hukuku (Cilt II)*, *op. cit.*, s. 1205-1209.

<sup>312</sup> *Ibid.*, s. 1190.

<sup>313</sup> C.E. 13 Temmuz 1967, *Département de la Moselle*, A.J.D.A., 1968, s. 419. (Aktaran, DELCROS/DELCROS, *op. cit.*, s. 39).

sürülmektedir. İlk örnekte, görev sırasında ot balyalarının üzerine yıkılması sonucu boyun atlas kemiği kırılarak sakat kalan Hıfzıssıhha Enstitüsü hademesinin uğradığı zararlar ilgili olarak Danıştay, uğranılan maddi ve manevi zararın idarece tazminine karar vermiştir.<sup>314</sup> İkinci örnekte ise, Danıştay, ambulans şoförünün kusuru yüzünden meydana gelen trafik kazası sonucunda ambulanstaki hasta ve yanında bulunan annesinin vefat etmesi nedeniyle yakınlarının uğradığı maddi ve manevi zararın idarece tazmin edilmesine karar vermiştir.<sup>315</sup>

Ancak doktrinde, ESİN'in vermiş olduğu bu iki örnekten hareketle sağlık hizmetleri alanında kusursuz sorumluluk ilkesinin kabul edildiğinin ileri sürülemeyeceği de ifade edilmektedir. Bu noktada ESİN'e yöneltilen en büyük eleştirilerden biri, söz konusu örneklerdeki zararların sağlık hizmetleriyle olan ilişkisinin zayıflığıdır.<sup>316</sup> Gerçekten, özellikle ilk örnekteki zararı sağlık

---

<sup>314</sup> Danıştay Onikinci Dairesi, 8 Temmuz 1968 tarih ve E.1968/1296, K.1969/1401 sayılı Karar (ESİN, *op. cit.*, s. 180-181). Danıştay'ın benzer yönde bir kararı daha bulunmaktadır. Tıp fakültesi hastanesi önünde bulunan kişinin başına saç dolap düşmesi sonucu meydana gelen ölüm olayında Danıştay, idareyi kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca tazminat ödemeye mahkum etmiştir. Danıştay Onuncu Dairesi, 15 Haziran 1983 tarih ve E.1982/3852, K.1983/1515 sayılı Karar (*Danıştay İçtihat Bilgi Bankası*).

<sup>315</sup> Danıştay Onikinci Dairesi, 19 Ocak 1971 tarih ve E.1969/3710, K.1971/96 sayılı Karar (ESİN, *op. cit.*, s. 180-181).

<sup>316</sup> Sait GÜRAN, "Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu", *Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu (Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve*

hizmetlerinin yürütülmesiyle ilişkilendirmek oldukça güçtür. İkinci örnekte, hasta nakil hizmetinin sağlık hizmetleri kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususu ise doktrinde tartışmalıdır. GÜRAN ve BAŞ, bu noktada zararın sağlık hizmetine ilişkin faaliyetten ayrıldığını ileri sürmektedir. IRIZ ise, hasta nakil hizmetinin sağlık hizmetleri kapsamında olduğunu ifade etmektedir.<sup>317</sup> Bu görüşler arasında, kanaatimizce ikinci görüş daha isabetlidir. Nitekim, Ambulanslar ve Acil Sağlık Araçları ile Ambulans Hizmetleri Yönetmeliği uyarınca ambulans hizmetleri sağlık hizmetlerinin yürütülmesi kapsamında değerlendirilmektedir.<sup>318</sup> Ancak bahsi geçen örneğe dönecek olursak, ESİN her ne kadar burada kusursuz sorumluluk esaslarına göre idarenin tazminle yükümlü tutulduğunu ifade etse ve kararda da kusursuz sorumluluğa ilişkin bir açıklamaya yer verilmiş olsa da, karar gerekçesinde doğan zararın idarenin istihdam ettiği şoförün

---

*Cezai Sorumluluğu*), Ankara, Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayınları, 1982, s. 20; BAŞ, *op. cit.*, s. 646.

<sup>317</sup> IRIZ, *op. cit.*, s. 48.

<sup>318</sup> Bahsi geçen yönetmeliğin 4. maddesinin birinci fıkrasının a bendinde acil sağlık araçları, “ambulans ve acil sağlık hizmetlerinin sunumu esnasında ihtiyaç duyulan personel ve malzemeyi olay yerine en hızlı şekilde ulaştırmak veya olay yerinde *acil sağlık hizmetlerini yürütmek üzere* kullanılan kara, hava ve deniz araçları” şeklinde tanımlanmıştır.

kusurlu hareketinden kaynaklandığı ve idarenin bu doğrultuda doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu ifade edilmektedir.<sup>319</sup>

BAŞ da Danıştay'ın sağlık hizmetleri alanında kusursuz sorumluluk ilkesini uygulamadığını kabul etmekle birlikte, bir olayda bu ilkenin üstü kapalı olarak uygulamaya sokulduğunu ifade etmektedir. Bir askeri hastanede hemşire tarafından procain yerine terocain tatbik edilmek suretiyle zehirlenen küçük yaştaki çocuğun ölümü üzerine anne ve babasının açtıkları davada Danıştay; *“...hastane personelinin şahsi kusur işlemiş olmaları keyfiyeti, amme hizmetinin fena işlemesinden hasıl olan zararı tazmin etmeye idarenin mahkum edilmesini önleyemez...”* gerekçesiyle idareyi tazminata mahkum etmiştir. BAŞ burada, Danıştay'ın, yardımcı sağlık personelinin yanlış tedavisini şahsi kusur olarak nitelendirmek suretiyle, üstü kapalı olarak kusursuz sorumluluk ilkesini uygulamaya soktuğunu ifade etmektedir.<sup>320</sup>

Gerek ESİN gerekse BAŞ'ın verdiği örneklerden hareketle sağlık hizmetleri alanında kusursuz sorumluluk ilkesinin kabul edildiğini ileri sürmek kanaatimizce mümkün değildir. Nitekim her iki olayda da idarenin sorumluluğu nihayetinde yine bir “kusur” prensibine isnat ettirilmiştir. İdarenin kusursuz sorumluluğu ise,

---

<sup>319</sup> Gerekçede geçen ifade şu şekildedir: *“Bu itibarla yukarıda oluş şekli açıklanan ve idarenin istihdam ettiği şoförün kusurlu hareketi sonunda, fakat amme hizmetlerinin ifası sırasında, vuku bulan olay sonucu davacıların maruz kaldıkları maddi ve manevi zararların idarece tazmini gerekmektedir.”*

<sup>320</sup> Zuhale BEREKET BAŞ, “Sağlık Hizmetleri Dolayısıyla İdarenin Sorumluluğu”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu*, Ankara, 2009, s. 649.

sorumluluğun sebebi olarak idarenin işlem ve eylemi dolayısıyla kendisine veya ajanlarına yüklenmesi mümkün bir kusuru olmamasına rağmen, ortaya çıkan zararın idarece tazmin edilmesidir.<sup>321</sup> Öte yandan, kanaatimizce söz konusu kararlar daha ziyade, Danıştay’ın hizmet kusuru alanını kişisel kusur aleyhine genişletme eğilimi konusundaki yaklaşımını göstermektedir.

Danıştay’ın bu konudaki yerleşik içtihadı, sağlık hizmetleri alanında kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanamayacağı yönündedir. Konuya ilişkin somut bir örnek vermek gerekirse, hastanede yapılan böbrek ameliyatından ve yapılan iğneden dolayı sağ ayağında sakatlık meydana gelen hasta tarafından açılan davada İdare Mahkemesi, meydana gelen zararda hizmet kusurunun bulunup bulunmadığının belirlenemediğini; bununla birlikte oluşan zararın kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca tazmin edilmesi gerektiği gerekçesiyle davalı idareyi kusursuz sorumluluk esaslarına göre tazminat ödemeye mahkum etmiştir. Söz konusu davanın temyiz incelemesinde Danıştay “...riskli hizmetlerden olan sağlık hizmetlerinde uygulama olanağı bulunmayan kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca davacının tazminat isteminin kabulü yolunda verilen kararda hukuki isabet görülmemektedir.” gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.<sup>322</sup>

Bir diğer olayda, guatr ameliyatı sırasında paratiroid bezlerinin zarar görmesi ve alınması nedeniyle zarara uğrayan hastanın açtığı davada, İdare Mahkemesi,

---

<sup>321</sup> Ender Ethem ATAY/Hasan ODABAŞI, *Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2010, s. 151.

<sup>322</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 10 Ekim 2000 tarih ve E.1999/3878, K.2000/5131 sayılı Karar (ŞAHİN/BAL/KARABULUT, *op. cit*, s. 376-377).

kusursuz sorumluluk ilkesine dayanarak davalı idareyi tazminat ödemeye mahkum etmiştir. Söz konusu davanın temyiz incelemesinde Danıştay idarenin sağlık hizmetlerinden kaynaklanan sorumluluğu konusuyla ilgili olarak şu değerlendirmeyi yapmıştır: *“İdare Hukukunun ilkeleri ve Danıştay’ın yerleşik içtihatlarına göre, zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı hallerde, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için, zararın, idarenin ağır hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir. Bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetinden yararlananın zarara uğraması halinde, bu zararın tazmini, ancak idarenin ağır hizmet kusurunun varlığı halinde mümkün olabilecektir.”*. Buradan hareketle Danıştay, idarenin tazmin yükümlülüğü açısından hizmet kusurunun bulunup bulunmadığının araştırılarak, alınacak sonuca göre karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.<sup>323</sup>

Danıştay’ın bu konudaki yerleşik içtihadının bir sonucu olarak, Fransız uygulamasının aksine, Türkiye’de kan ürünlerinin aktarımı, zorunlu aşı uygulamaları, fevkalade tehlikeli tıbbi yöntemler ve tehlikeli durumlar nedeniyle meydana gelen zararlar dolayısıyla idarenin kusursuz sorumluluğu kabul edilmemektedir. Örneğin Danıştay, S.S.K. hastanesinde sürdürülen hemodiyaliz seansları sırasında saptanan anemi nedeniyle sekiz ünite kan verilen davacı murisinin, bu kanlardan kaptığı ileri sürülen AİDS virüsü nedeniyle ölümü sonucu

---

<sup>323</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 29 Aralık 1999 tarih ve E.1997/6600, K.1999/7409 sayılı Karar (ŞAHİN/BAL/KARABULUT, *op. cit*, s. 378-380).

uğranılan zararın ağır hizmet kusuruna dayalı olarak tazminine karar vermiştir.<sup>324</sup> Esasen, kullanılacak olan kan ürünleri üzerinde gerekli bütün araştırma ve incelemelerin yapılmasından sonra bu ürünlerin kullanılması gerekir. Dolayısıyla idarenin bu konudaki yükümlülüğünü yerine getirmemiş olması, ağır hizmet kusuru olarak değeriendirilebilir. Ancak Türk Danıştay'ı sağlık hizmetleri alanında kusursuz sorumluluk ilkesini kabul etmediği için, bu noktada idare, kan ürünleri üzerinde gerekli bütün araştırma ve incelemeleri yaptığını, dolayısıyla bu konudaki özen borcunu yerine getirmiş olduğunu kanıtladığı takdirde sorumluluktan kurtulabilecektir.

Yine, Fransız uygulamasının aksine Türk Danıştay'ı, idarenin arızı işbirlikçilerinin uğradığı zararlar konusunda, kural olarak, idareyi hizmet kusuru esaslarına göre tazminata mahkum etmektedir. Böyle bir durumda, örneğin ambulansın henüz gelmemiş olması nedeniyle bir yaralıyı kendi aracıyla hastaneye taşıyan bir kişinin uğradığı zararlar nedeniyle idare, kural olarak, hizmet kusuru varsa sorumlu olacaktır. Oysa doktrinde, bu gibi durumlarda, Fransız Danıştay'ı gibi kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanmasının hukuk sistemine daha uygun düşeceği ifade edilmektedir.<sup>325</sup>

Türk Danıştay'ının sağlık hizmetleri alanında kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanamayacağı yönündeki yaklaşımı ile ilgili olarak doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir. Özellikle son yıllarda, sağlık hizmetleri alanında kusursuz sorumluluk

---

<sup>324</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 22 Kasım 1999 tarih ve E.1997/5590, K.1999/6207 sayılı Karar (BAŞ, *op. cit.*, s. 649).

<sup>325</sup> GÖZÜBÜYÜK/TAN, *op. cit.*, s. 887.

ilkesinin uygulanması gerektiği yolunda görüşler artmaya başlamıştır. Buna karşılık bu alanda kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanamayacağını ileri süren yazarlar da bulunmaktadır.

Sağlık hizmetleri alanında kusursuz sorumluluk ilkesinin belli durumlarda ve derhal uygulamaya sokulması gerektiğini düşünen GÜRAN'a göre “...belli bir takım doğal mesleki riskler taşıdığından, idareyi sorumlu tutmak için ağır kusurun arandığı faaliyetlerde, sorumluluğun kusursuz sorumluluk kuramına, özellikle de risk/sosyal risk ilkesine kaydırılması artık kaçınılmazdır. İdarenin mümkün olan önlemleri almış, tıbbın ve hekimliğin gereklerinin yerine getirilmiş olmasına rağmen, örneğin nükleer tıp uygulamaları, beyin ameliyatlari, akıl hastalarının bakımı, muhafazası gibi özünde risk taşıyan faaliyetlerinde, illiyet bağı kurulabilen zararların tazmininde, ağır kusur aramak yerine kusursuz sorumluluk uygulanmalıdır.”<sup>326</sup>

BAŞ da, aynı şekilde, sağlık hizmetleri alanında kusursuz sorumluluk ilkesinin yeniden gözden geçirilmesi ve geliştirilmesi gerektiğini belirtmekte ve bu sonucun artık kaçınılmaz bir gerçek olduğunu ifade etmektedir.<sup>327</sup> Yazara göre, sağlık hizmetlerinden kaynaklanan zararların kimin üstünde kalacağı ve ne ölçüde kalacağı sorununun Anayasa’da yer alan sosyal devlet, sosyal adalet ve eşitlik ilkeleri gereğince çözümlenmesi ve bu doğrultuda, belli durum ve konularda sağlık

---

<sup>326</sup> GÜRAN, “Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu”, *op. cit.*, s. 86.

<sup>327</sup> BAŞ, *op. cit.*, s. 652.

hizmetleri alanında idarenin kusursuz sorumluluğunun uygulamaya geçirilmesi gerekmektedir.<sup>328</sup>

ODYAKMAZ da, Anayasa'nın 2. maddesindeki "sosyal devlet" ilkesinden hareketle, bünyesinde risk taşıyan sağlık hizmetleri için ağır hizmet kusuru yerine kusursuz sorumluluk ilkesine göre karar verilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Yazar, sosyal devlet olmanın kusursuz sorumluluk ilkesine göre karar verme zorunluluğunu doğurduğunu ileri sürmektedir.<sup>329</sup>

Bunun haricinde YAYLA ve AVCI da sağlık hizmetleri alanında kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanabileceğini ifade etmektedirler.<sup>330</sup> Örneğin YAYLA, akıl hastanesi yönetimi ve acil sağlık yardımlarının tehlikeli faaliyetler kapsamında olduğunu ve bu sebeple idarenin bu alanda kusuru olmasa yahut ispatlanmasa da sorumlu olması gerektiğini ileri sürmektedir.<sup>331</sup> Konuyu farklı bir açıdan değerlendiren YILDIRIM ise, sağlık alanındaki kolluk faaliyetinde kusursuz sorumluluğun tartışılmasız kabul edilmesi gerektiğini, virtüel kamu hizmeti biçiminde yürütülen sağlık hizmetlerinde ise gerek teorik açıdan gerekse uygulama

---

<sup>328</sup> *Ibid.*, s. 647.

<sup>329</sup> ODYAKMAZ, *op. cit.*, s. 44.

<sup>330</sup> AVCI'ya göre, sağlık hizmetlerinin çoğu niteliği gereği tehlike unsurunu bünyesinde bulundurur. Bu nedenle, genel olarak sağlık hizmetleri, somut olayın özelliklerine göre idarenin kusurlu sorumluluğu yanında kusursuz sorumluluğuna da neden olabilir. AVCI, *op. cit.*, s. 112.

<sup>331</sup> YAYLA, *op. cit.*, s. 366.

açısından idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilmesinin söz konusu olamayacağını ileri sürmektedir.<sup>332</sup>

Bu görüşler dışında doktrinde sağlık hizmetleri alanında idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilemeyeceğini ileri sürenler de vardır. Örneğin YASİN, idarenin kusursuz sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için yürütülen faaliyetin tehlikeli olmasının yeterli olmadığını, bu faaliyetin tüm topluma yarar sağlamak üzere yürütülüyor olması gerektiğini ileri sürmektedir. Sağlık hizmetleri ise toplumun tamamına değil, bu hizmetten yararlanmak isteyen bireylere yönelik olduğundan bu alanda kusursuz sorumluluk ilkesi uygulama alanı bulamaz. Nasıl ki bu faaliyetten doğan yararlar (tedavi olma) hastanın kendisine aitse, bu faaliyete bağlı risklerin de yine hastanın kendisine ait olması gerekir. Ayrıca, bu alanda kusursuz sorumluluk ilkesinin kabul edilmesi, devleti dolaylı yoldan bir “hayat sigortası” uygulamasına zorlayabilecektir. Hastaneye kaldırılan her vatandaşın, tüm bilimsel ve teknolojik esaslara uygun yürütülen tedavi sürecinde, uğradığı zararların karşılanması, kişilere dolaylı yoldan hayat sigortası güvencesi sağlayacaktır. Halbuki idarenin sorumluluğunun amacı bireylerin her koşulda uğradıkları her zararın tazmini değildir.<sup>333</sup>

Doktrinde ileri sürülen tüm bu görüşlerde belli bir ölçüde haklılık payı olduğu ileri sürülebilir. Ancak bizce, bu konuya ilişkin sağlıklı bir değerlendirme

---

<sup>332</sup> Ramazan YILDIRIM, “İdarenin, Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan İdare Hukuku Kapsamındaki Sorumluluğu”, *VIII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s. 206.

<sup>333</sup> YASİN, *op. cit.*, s. 250.

yapabilmek adına öncelikli olarak idarenin kusursuz sorumluluğunun pozitif hukuktaki yansımasına bakmak, ardından risk ilkesinin anlam ve özelliklerini ortaya koymak gerekir.

İdarenin geniş anlamda sorumluluğunu düzenleyen Anayasa'nın 125/7. maddesine göre “*idare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür*”. ÖZAY'ın da belirttiği gibi söz konusu madde ile idarenin sorumluluğu alanında genel bir düzenleme getirilmiş ve idarenin tüm faaliyetlerine uygulama olanağı olan bir tazmin yükümü ilkesi konulmuştur.<sup>334</sup> Bu düzenleme ile idarenin sorumluluğuna ilişkin bir hukuki rejim ayrımı yapılmadığı gibi, salt kusurlu sorumluluk veya salt kusursuz sorumluluğun geçerli olacağı yolunda bir tercihte de bulunulmamıştır. Dolayısıyla söz konusu hükmü, idarenin hem kusurlu sorumluluğunun hem de kusursuz sorumluluğunun dayanağı olarak göstermek mümkündür.<sup>335</sup>

Söz konusu hükmün dikkat çeken bir yanı da, kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulama alanı bakımından getirilmiş bir sınırlamanın olmamasıdır. Esasen bu konuda getirilmiş yasal bir sınırlama da bulunmamaktadır. Özel hukuktan farklı olarak idari yargıda kusursuz sorumluluğa hükmedilebilmesi için yasal bir düzenlemeye ihtiyaç da yoktur. İdari yargıda hakim, yasal düzenlemelerin metinlerinde kusursuz sorumluluğun kanıtı olacak bir düzenleme arayışına

---

<sup>334</sup> ÖZAY, *op. cit.*, s. 812.

<sup>335</sup> OZANSOY, *Tarihsel ve Kuramsal Açından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu*, *op. cit.*, s. 197.

girmeksizin kusursuz sorumluluğa hükmedebilmektedir.<sup>336</sup> O halde sağlık hizmetleri alanında idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilebilmesini engelleyen herhangi bir pozitif düzenleme bulunmamaktadır.

Sağlık hizmetleri alanında idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilebilmesini engelleyen pozitif bir düzenleme olmadığına göre, konuyu bir de kusursuz sorumluluk ilkesinin sahip olduğu özellikler çerçevesinde ele almak gerekir. Sağlık hizmetleri alanında kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanması gerektiğini ileri süren görüş, sağlık hizmetlerinin riskli hizmetler kapsamında olduğunu ve “risk ilkesi” uyarınca idarenin sorumluluğuna gidilebileceğini ifade etmektedir. Danıştay kararlarında da sağlık hizmetleri “bünyesinde risk taşıyan hizmetler” olarak nitelendirilmektedir.<sup>337</sup> Ancak bu durum sağlık hizmetleri alanında her durumda risk ilkesinin geçerli olacağı anlamına gelir mi? Kanaatimizce bu soruya sağlıklı bir cevap verebilmek için “risk ilkesi”nin anlamını ortaya koymak gerekir.

---

<sup>336</sup> ATAY/ODABAŞI, *op. cit.*, s. 150.

<sup>337</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 4 Haziran 2001 tarih ve E.1999/4912, K.2001/2042 sayılı Karar (ŞAHİN/BAL/KARABULUT, *op. cit.*, s. 315-317); Danıştay Onuncu Dairesi, 16 Nisan 2001 tarih ve E.1998/7339, K.2001/1386 sayılı Karar (ŞAHİN/BAL/KARABULUT, *op. cit.*, s. 312-313); Danıştay Onuncu Dairesi, 3 Nisan 2001 tarih ve E.2000/227, K.2001/1241 sayılı Karar (ŞAHİN/BAL/KARABULUT, *op. cit.*, s. 309-311).

Doktrinde tehlike sorumluluğu olarak da ifade edilen<sup>338</sup> risk sorumluluğunun biri dar ve biri geniş olmak üzere iki anlamı bulunmaktadır. Dar anlamda risk sorumluluğu, kişinin başkaları için aşırı tehlike yaratan bir eşya veya faaliyetten doğan zarar için kusur aranmaksızın sorumlu tutulmasını ifade eder. Geniş anlamda risk sorumluluğu ise, her faaliyette başkaları için bir zarar ihtimali görerek, bunun rizikosunu faaliyetin sahibine yükleyen sorumluluktur.<sup>339</sup> Bu bakımdan idarenin risk ilkesi uyarınca sorumluluğuna gidilebilmesi için, kamu yararını sağlamak üzere yürütülen kamusal faaliyetlerin veya bir kamu malının tehlikelilik niteliği göstermesi ve bunların sebep olduğu zararın farklı, özel ve anormal olması gerektiği ifade edilmektedir.<sup>340</sup>

Sağlık hizmetlerinin bünyesinde belli bir risk taşıması ve bu hizmetlerin yürütülmesi sırasında kullanılan araç-gereçlerin tehlikelilik niteliği arz etmesi, bu alanda kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanabileceği düşüncesini akla getirebilir. Ancak bu noktada şu önemli soruyu sormak gerekir. Risk sorumluluğu idarenin “bütün riskli faaliyetlerine” mi yoksa sadece “toplumun tamamına yarar sağlamaya yönelik olarak yürütülen riskli faaliyetlerine” mi uygulanabilir? Bu soruya verilecek cevaba göre sağlık hizmetleri alanında risk ilkesinin ve dolayısıyla kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanabilirliği sorunu çözüme kavuşturulabilecektir.

---

<sup>338</sup> Akın DÜREN, *İdare Hukuku Dersleri*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1979, s. 322.

<sup>339</sup> *Ibid.*

<sup>340</sup> ÖZGÜLDÜR, *op. cit.*, s. 87.

Risk sorumluluğu idarenin bütün riskli faaliyetleri bakımından uygulama alanı bulabilir dersek, böyle bir durumda somut olayın özelliklerine göre pek çok durumda sağlık hizmetleri alanında idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilebileceğini söyleyebiliriz. Buna karşılık, risk ilkesi idarenin yalnızca toplumun tamamına yarar sağlamaya yönelik olarak yürütülen riskli faaliyetlerine uygulanabilir dersek bu durumda sağlık hizmetleri alanında kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulamak son derece zorlaşacaktır. Zira sağlık hizmetlerinin önemli bir bölümünü oluşturan tıbbi uygulamalar toplumun tamamına değil, sadece bu hizmetten yararlanmak isteyen vatandaşlara yönelik olarak sunulmaktadır. Dolayısıyla, böyle bir durumda nasıl ki söz konusu faaliyetten doğan yararlar sadece hizmetten yararlanan kişiye ait oluyorsa, faaliyetin getirdiği risklerin de yine hizmetten yararlananın kendisine ait olması gerektiği ileri sürülebilir.<sup>341</sup>

Kanaatimizce bu yönde bir yaklaşım, idarenin sorumluluğunun amacına daha uygun düşmektedir. Nitekim idarenin sorumluluğunun amacı, bireylerin her koşulda uğradıkları zararın tazmin edilmesi değildir. Sosyal devlet ilkesinin bir gereği olarak zor durumdaki bireylerin korunması, sorunlarının giderilmesi gerektiği düşünülebilir. Ancak bunu sağlamanın tek yolu idarenin her durumda kusursuz sorumluluğuna gidebilmek değildir. Sağlık hizmetleri alanında idare her durumda kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince sorumludur dersek bu durum YASİN'in de belirttiği gibi devleti dolaylı yoldan bir "hayat sigortası" uygulamasına zorlayabilecektir. Nitekim, bütün bilimsel ve teknolojik esaslara uygun bir biçimde yürütülen tedavi sürecinde meydana gelebilecek zararlar nedeniyle kişilere bir anlamda hayat sigortası

---

<sup>341</sup> YASİN, *op. cit.*, s. 250.

güvencesi sağlanmış olacaktır.<sup>342</sup> Örneğin, devlet hastanesinde tedavi görmekte olan hastanın bacağındaki tümör tedavi edilemez bir nitelikte olabilir ve modern tıbbın gerekleri, tümörün tüm vücuda yayılmasını engellemek için bacağın kesilmesini zorunlu kılabilir. Böyle bir durumda, eğer tedavi hukuka uygun bir şekilde yürütülmüşse, kanaatimizce idarenin sorumluluğuna gidilememesi gerekir. Aksi yönde bir yaklaşım, sağlık hizmetleri alanında meydana gelen neredeyse bütün zararlar nedeniyle idarenin sorumluluğuna yol açacaktır, ki böyle bir sonuç ne idarenin sorumluluğunun amacı ne de hakkaniyetle bağdaşır niteliktedir. Pratikte de devletin böyle bir mali külfetin altından kalkması oldukça zor, hatta belki de imkansız olarak değerlendirilebilir.

Bununla birlikte kanaatimizce sağlık hizmetleri alanında kusursuz sorumluluk ilkesi yine de belli durumlarda uygulama alanı bulabilir. Risk ilkesi gereğince, riskli faaliyet tüm topluma yarar sağlamak üzere yürütülüyorsa idarenin kusursuz sorumluluğu söz konusu olabilecektir. Bu noktada sağlık hizmetleri çoğunlukla sadece o hizmetten yararlanan kişiye bir fayda sağlamakta ise de belli durumlarda o hizmetin yürütülmesi dolayısıyla meydana gelen fayda tüm topluma yönelik olabilir. Örneğin salgın hastalıkları önleme adına yapılan zorunlu aşı uygulamalarında, yürütülen faaliyet sadece aşı olan kişiye fayda sağlamamakta, hastalığın herkese yayılmasını önleme noktasında tüm topluma bir fayda sağlamaktadır. Aynı şekilde, daha önce hiçbir insan üzerinde uygulanmamış olan bir tedavi yönteminin bir hastaya uygulanması durumunda bu faaliyetten beklenen fayda sadece o hastaya ait olmayacak, aynı hastalığa sahip olan herkes bu yöntemin sonuçlarından

---

<sup>342</sup> *Ibid.*

faaydalanabilecektir. Yine bunun gibi, nükleer tıp uygulamaları ve akıl hastalarının bakımı ve muhafazası gibi örneklerde yürütülen faaliyetin tüm topluma yarar sağlamakta olduğunu ve bu sebeple bu alanlarda da kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulama alanı bulabileceği ifade edilebilir.

Sonuç itibariyle, sağlık hizmetleri alanında yukarıdaki şartlar dahilinde kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanması kanaatimizce mümkündür. Bu noktada, sağlık hizmetleriyle ilgili olarak hangi durumlarda bu ilkeye başvurulabileceği konusunda farklı ülkelerdeki uygulamalar ve doktrindeki görüşler yol gösterici olabilir.<sup>343</sup> Elbette yargılama makamı, böyle durumlarda somut olayın özelliklerini de göz önünde bulundurmak suretiyle idarenin kusursuz sorumluluğu cihetine gidebilecektir.

---

<sup>343</sup> Tekrar hatırlatmak gerekirse,  rneğin Fransa’da, kan ürünlerinin aktarımı, zorunlu aşı uygulamaları ve fevkalade tehlikeli tıbbi yöntemler nedeniyle doğan zararlarda idarenin kusursuz sorumluluğu kabul edilmiştir. Türk doktrininde de GÜRAN, nükleer tıp uygulamaları, beyin ameliyatları, akıl hastalarının bakımı ve muhafazası gibi faaliyetlerde kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanabileceğini ifade etmektedir. GÜRAN, “Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu”, *op. cit.*, s. 86.

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### SAĞLIK HİZMETLERİNDE SORUMLULUĞUN KOŞULLARI VE SORUMLULUĞU ETKİLEYEN DURUMLAR

#### I) GENEL OLARAK

İdarenin hukuki sorumluluğundan söz edebilmek için bazı şartların varlığı gerekmektedir. Bu şartlar idarenin hem kusurlu sorumluluğu hem de kusursuz sorumluluğu için aranan, genel nitelikteki şartlardır. Buna göre, idarenin sorumluluğundan söz edebilmek için, idari davranış, zarar ve idari davranış ile zarar arasında bir nedensellik bağının bulunması gerekir.<sup>344</sup> Bu şartlar kümülatif nitelikte olup, bunlardan birinin yokluğu idarenin sorumluluğunun ortadan kalkması sonucunu doğurur.

Söz konusu şartlar, idarenin sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan sorumluluğunun da temelini teşkil ettiği için bu şartların yakından incelenmesi gerekmektedir. Bu çerçevede biz de ilk olarak “idari davranış” konusunu ele alacağız.

#### I) SORUMLULUĞUN KOŞULLARI

##### A) İDARİ DAVRANIŞ

İdarenin sorumluluğundan söz edebilmek için her şeyden önce ortada bir idari davranışın bulunması gerekmektedir. Bu idari davranış, bir idari işlem şeklinde

---

<sup>344</sup> İdarenin kusurlu sorumluluğu noktasında bu sayılanlara ek olarak “kusur” şartının arandığını da yeri gelmişken belirtmemiz gerekir.

olabileceği gibi bir idari eylem şeklinde de olabilir. Yine, zarar doğurucu bu idari davranış, icrai nitelikte olabileceği gibi ihmali nitelikte de olabilir.<sup>345</sup> Örneğin, hekimin hastaya yanlış ilaç verilmesi şeklindeki davranışı bir icrai davranıştır. Buna karşın, hekimin, durumu acil olan hastaya müdahale etmemesi şeklindeki davranışı ise ihmali davranışa örnek olarak gösterilebilir.

Zarar doğurucu idari davranışın idare adına ve kural olarak idarenin personeli tarafından yapılması gerekmeğe de, kimi durumlarda idare ile ilişkisi bulunmayan kişilerin verdikleri zararlar nedeniyle idarenin sorumluluğu gündeme gelebilmektedir. Örneğin, kamu hizmetlerine gönüllü olarak katılanların verdikleri zararlar da idareye bağlanabilir.<sup>346</sup> Bu durumda, trafik kazası sonucu yaralanan bir kişiyi ambulans olmadığı için kendi aracıyla hastaneye taşıyan kişinin bu durumla bağlantılı olarak sebebiyet verdiği zararlar dolayısıyla idarenin sorumluluğu söz konusu olabilir.

Bunun dışında, kamu hizmetlerinin imtiyaz yolu ile özel kişiler eliyle yürütüldüğü durumlarda, bunların vermiş oldukları zararlar nedeniyle kural olarak idarenin sorumluluğuna gidilemese de, imtiyaz sahibinin aczi halinde, idarenin sorumluluğu tamamlayıcı nitelikte de olsa devam etmektedir.<sup>347</sup> Yakın tarihte yapılan

---

<sup>345</sup> GÜNDAY, *op. cit.*, s. 383.

<sup>346</sup> GÖZÜBÜYÜK/TAN, *op. cit.*, s. 891.

<sup>347</sup> GÖZLER, *İdare Hukuku (Cilt II)*, *op. cit.*, s. 1277. Bu noktada sağlık hizmetlerinin imtiyaz usulüyle gördürülmesiyle ilgili olarak bu söylediklerimiz dışında idarenin ayrıca bir denetim ve gözetim yükümlülüğünün bulunduğunu da tekrar hatırlatmakta fayda vardır.

yasal düzenlemelerle birlikte sağlık hizmetleri alanında imtiyaz usulünün geçerli olup olamayacağı tartışmalarının tekrar gündeme taşındığı şu günlerde, konuya idarenin sorumluluğu çerçevesinden de bakmak faydalı olacaktır. Bu durumda sağlık hizmetlerinin imtiyaz yoluyla özel kişilere gördürülebileceği kabul edildiği takdirde, idarenin denetim ve gözetim yükümlülüğü bir kenara bırakılacak olursa, bu kişilerin neden olduğu zararlar nedeniyle kural olarak idarenin sorumluluğuna gidilemeyecek, ancak bu kişilerin aczi halinde idarenin tamamlayıcı nitelikteki sorumluluğu devam edecektir.

## **B) NEDENSELLİK BAĞI**

İdarenin tazmin sorumluluğundan söz edebilmek için idari davranış ile zarar arasında bir nedensellik bağının yani bir neden-sonuç ilişkisinin bulunması gerekir. Buna göre, idari davranış ile zarar arasında doğrudan doğruya bir ilişki bulunmalı; biri diğərinin uygun ve normal sonucu olmalıdır. Zarar idari bir davranışın sonucu olmayıp da, olayların normal akışı içinde beklenmeyen bir durum ise nedensellik bağından söz edilemez.<sup>348</sup> Bu bağın yokluğu ise idareyi sorumluluktan kurtarır.<sup>349</sup>

---

<sup>348</sup> GÜNDAY, *op. cit.*, s. 384.

<sup>349</sup> Bununla birlikte doktrinde nedensellik bağını farklı bir yaklaşımla değerlendirenler de vardır. Nitekim DÜREN, nedensellik bağında bir neden-sonuç ilişkisini aramamakta, zararın bir kamu hizmetiyle bağlantısını yeterli görmektedir. Buna göre, zararı özel hukukta olduğu gibi, davranışın uygun ve normal sonucu gibi karşılama sorumluluğu yoktur. Böyle bir yaklaşım, yazara göre, Anayasa'nın öngördüğü “sosyal hukuk devleti” ilkesine daha uygun düşmektedir. Akın DÜREN, *op. cit.*, s. 328-329.

Nitekim Danıştay da sağlık hizmetleri alanında idarenin sorumluluğu cihetine gidilebilmesi için idari davranış ile zarar arasında bir nedensellik bağının olması gerektiğini ifade etmektedir.

Örneğin, davacıların kızının doğumu esnasında sağ köprücük kemiğinin hastanede doğumu gerçekleştiren hekimin dikkatsizliği nedeniyle kırıldığı ve bebeğin sağ kolunu kullanamadığından bahisle uğranıldığı öne sürülen maddi ve manevi zararın tazmini için açılan tam yargı davasının temyiz incelemesinde Danıştay, sağlık hizmetlerinin hizmetten yararlananın kişisel özelliklerine ve hizmetin yürütülmesine bağlı olarak önceden öngörülemeyen belirli bir tehlikeyi içerdiğinden, idarenin tazmin sorumluluğu için kural olarak idarenin ağır hizmet kusurunun bulunması ve zararlar, yürütülen sağlık hizmeti arasında nedensellik bağı bulunması gerektiğini ifade etmiş ve idarenin tazmin yükümlülüğü açısından ağır hizmet kusurunun bulunup bulunmadığı hususunun, adalet işlerinde bilirkişilik görevi yapmak üzere kurulan Adli Tıp Kurumu aracılığı ile, ağır hizmet kusurunun belirtilen kapsamında dikkate alınmak suretiyle, dosya üzerinden yaptırılacak inceleme sonucu saptandıktan sonra, davacıların kızının kolunda oluşan fonksiyon kaybının, davalı idarece yürütülen sağlık hizmetinin kusurlu işletilmesinden kaynaklanıp kaynaklanmadığının belirlenmesi ve buna göre karar verilmesi gerektiği yolunda karar vermiştir.<sup>350</sup>

Danıştay kararına konu olmuş bir diğer olayda, göz tansiyonu bulunan hastanın, yatırıldığı hastanede yapılan ameliyat sırasında kendisine uygulanan

---

<sup>350</sup> Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 18 Ekim 1997 tarih ve E.2004/721, K.2007/2030 sayılı Karar, *Danıştay Dergisi*, Sayı: 118, s. 80.

enjeksiyon sonucu gözünü kaybettiğini ileri sürerek açmış olduğu tazminat davasında Danıştay; yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucunda, iddia edildiği gibi yanlış bir enjeksiyonun yapılmadığı veya yapılmış olsa dahi bunun göze hiçbir etkisi bulunmadığı, ayrıca göz tansiyonu hastalığının dünyada en çok körlük yapan iç hastalıklardan olduğu belirtildiğinden, yapılan enjeksiyon ile gözün alınması arasında herhangi bir bağlantının bulunmadığını belirterek, olayda idarenin sorumlu olmadığına karar vermiştir.<sup>351</sup>

Diğer bir olayda, ameliyat geçiren davacının kusurlu olarak yapıldığını ileri sürdüğü enjeksiyon nedeniyle uğradığı maddi ve manevi zararın tazmini için açtığı tam yargı davasının temyiz incelemesinde Danıştay, sağlık kuruluşlarınca olaya ilişkin olarak düzenlenen raporlarda zararın kusurlu yapılan enjeksiyon nedeniyle doğduğu yolunda bir saptamanın bulunmadığını; bu durumda davacının tazminat istemine konu bedensel rahatsızlığı ile davalı idarenin elemanınca yapılan tıbbi müdahale arasında kabul edilebilir bir illiyet bağının olmadığından bahisle hizmet kusuruna dayalı tazmin isteminin karşılanmasının mümkün olmadığına karar vermiştir.<sup>352</sup>

İdari davranış ile zarar arasında nedensellik bağının olup olmadığı hususunun tespiti çoğu zaman teknik bilgi ve uzmanlık gerektirir. Bu gibi durumlarda nedensellik bağının varlığını saptayabilmek için bilirkişi incelemesine ihtiyaç

---

<sup>351</sup> Danıştay Onikinci Dairesi, 26 Ocak 1967 tarih ve E.1965/3277, K.1967/77 sayılı Karar (ESİN, *op. cit.*, s. 248-249).

<sup>352</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 20 Ekim 1998 tarih ve E.1997/3322, K.1998/5088 sayılı Karar (ŞAHİN/BAL/KARABULUT, *op. cit.*, s. 346-347).

duyulmaktadır. Sağlık hizmetlerinde kusur ve nedensellik bağının tespiti de teknik bilgi ve uzmanlık gerektirmektedir. Bu nedenle uygulamada, yürütülen sağlık hizmetleri ile zarar arasında bir nedensellik bağının olup olmadığı hususu bilirkişiye başvurmak suretiyle belirlenmektedir.<sup>353</sup> Hatta Danıştay, bilirkişi incelemesi yapılmaksızın verilen ilk derece mahkemesi kararlarını çoğunlukla eksik inceleme gerekçesiyle bozmaktadır.<sup>354</sup>

---

<sup>353</sup> Bu konuda bilirkişilik yapan başlıca kuruluşlar Adli Tıp Kurumu, Yüksek Sağlık Şurası ve Tabip Odası'dır. Bununla birlikte uygulamada, sağlık hizmetlerinde, daha ziyade Adli Tıp Kurumu ve Yüksek Sağlık Şurası'nın görüşlerine başvurulmaktadır.

<sup>354</sup> Örneğin Danıştay, davacının göğsünde unutulmuş sargı bezinin davacının maluliyetine olan etkisi konusunda bilirkişi incelemesine başvurmadan hüküm tesis eden ilk derece mahkemesinin kararını eksik inceleme gerekçesiyle bozmuştur. Danıştay Onuncu Dairesi, 18 Kasım 1996 tarih ve E.1995/2672, K.1996/7638 sayılı Karar (ŞAHİN/BAL/KARABULUT, *op. cit.*, s. 360-362). Danıştay sağlık hizmetlerinde kusurun tespiti konusunda da bilirkişi incelemesine başvurulmadan verilen ilk derece mahkemesi kararlarını bozmaktadır. Örneğin Danıştay, davacıların çocuğunda saptanan sağ köprücük kemiği kırığı ile sağ brachial plexus yaralanmasında doğumu gerçekleştiren sağlık personelinin ağır hizmet kusurunun bulunup bulunmadığının tespitine yönelik olarak bilirkişi incelemesi yaptırılması gerekirken, böyle bir inceleme yapılmaksızın verilen ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur. Danıştay Onuncu Dairesi, 25 Şubat 2002 tarih ve E.2001/1698, K.2003/692 sayılı Karar (*Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*).

### C) ZARAR

Özel hukukta olduğu gibi idare hukukunda da sorumluluğun asıl amacı uğranılan zararın tazminidir. Bu nedenle idarenin tazmin borcunun doğabilmesi için her şeyden önce bir zararın doğmuş olması gerekir. Zarar yoksa hukuki sorumluluktan da söz edilemez. Zarar kavramı, genel olarak, bir kişinin malvarlığında veya şahıs varlığında istem dışı meydana gelen eksilme şeklinde tanımlanmaktadır.<sup>355</sup>

İdarenin tazmin borcunu doğuran zarar maddi olabileceği gibi manevi de olabilir. Maddi zarar, bir kişinin malvarlığında meydana gelen eksilmeyi ifade etmekle birlikte, malvarlığının çoğalmasına engel olan “mahrum kalınan kar” da maddi zarar kapsamında değerlendirilmektedir.<sup>356</sup> Manevi zarar ise, bir kimsenin şahıs varlığında iradesi dışında meydana gelen eksilmeyi ifade etmektedir. Şahıs varlığı, bir kişinin haiz olduğu, hukukça korunan, hayat, vücut bütünlüğü, sağlık, hürriyet, isim, şeref, haysiyet, cinsel bütünlük, ruhsal bütünlük gibi kişilik değerlerinin tümünü ifade eder.<sup>357</sup> Buna göre, bu değerlere yapılan saldırılar nedeniyle kişinin duyduğu bedensel ve ruhsal acı ve üzüntüler manevi zarar kapsamında değerlendirilir.

İdarenin sağlık hizmetlerinin yürütülmesi dolayısıyla kişilere zarar vermesi mümkündür. Bu noktada sağlık hizmetleri dolayısıyla ortaya çıkan maddi zararlar

---

<sup>355</sup> Fikret EREN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Yetkin Yayınları, 14. b., 2012, s. 521.

<sup>356</sup> *Ibid.*, s. 524.

<sup>357</sup> *Ibid.*, s. 531.

daha ziyade, kişinin bedensel bütünlüğü kapsamında ölüm veya bedensel zararlar şeklinde kendini göstermektedir.<sup>358</sup> Manevi zararlar ise, daha ziyade fiziksel acılar, estetik zararlar ve manevi acılar şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu çerçevede, hastanın ölümü, yanlış tedavi nedeniyle kişinin çalışma gücünün azalması veya bütünüyle kaybolması, uğranılan zarar nedeniyle hastanın evlenme şansının azalması veya girebileceği meslek gruplarının sınırlandırılması gibi durumlar maddi zarar kapsamında değerlendirilebilir. Aynı şekilde, yanlış ilaç enjekte edilmesi nedeniyle kangren olan parmağın kesilmesi sırasında hastanın yaşamış olduğu acı ve üzüntü, tıbbi kötü uygulama nedeniyle hastanın yüzünde oluşan kalıcı bir iz nedeniyle doğan estetik zarar, hastanın gözünü kaybetmesi nedeniyle hayatı boyunca yaşayacağı manevi acılar da manevi zarar kapsamında değerlendirilebilir.

İdarenin sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan sorumluluğuna yol açacak zararın belli şartları ve özellikleri taşıması gerekir. İdarenin bu alanda sorumluluğundan söz edebilmek için her şeyden önce ortada bir zarar olmalıdır. Bu noktada zarar ve mağduriyet kavramlarını birbirinden ayırmak gerekir. Mağduriyet kavramı zarar kavramından çok daha geniştir. Her mağduriyet zarar olarak değerlendirilemez ve buna paralel olarak idarenin sorumluluğunu gerektirmez.<sup>359</sup>

---

<sup>358</sup> Ölüm nedeniyle ortaya çıkan maddi zarar, kişinin ölümden önceki tedavi giderlerini, cenaze ve gömme giderlerini ve ölen kişiden sağlığında yardım alan kişilerin bu kişinin ölümünden dolayı mahrum kaldıkları yardımları (destekten yoksun kalma) kapsamaktadır. GÖZLER, *İdare Hukuku (Cilt II)*, op. cit., s. 1282.

<sup>359</sup> GÖZLER, *İdare Hukuku (Cilt II)*, op. cit., s. 1302.

İdarenin sorumluluğundan söz edebilmek için mağduriyetin zarar derecesine varmış olması gerekmektedir.

Örneğin Fransa’da, ebeveyn veya sadece annenin çocuk istememesi ve bu amaçla tıbbi müdahalede bulunulmasına rağmen doğum olayı gerçekleşmişse, buna dayanılarak açılan tazminat davaları ortada bir zararın bulunmayışı gerekçesiyle reddedilmektedir.<sup>360</sup> Fransız Danıştay’ının 2 Temmuz 1982 tarihli *Mlle R.* kararına konu teşkil eden olayda, Mademoiselle R. çocuk aldırma üzere devlet hastanesine başvurmuş, hastanede kendisine gerekli operasyon yapılmış ama başarısızlıkla sonuçlanmıştır. Bu nedenle kürtaj olamayan Mademoiselle R., neticede istemediği bir çocuğu dünyaya getirmek durumunda kalmış ve uğradığını iddia ettiği zarar nedeniyle tazminat davası açmıştır. Fransız Danıştay’ı ise, çocuğun doğması sonucunun bir zarar olarak nitelendirilemeyeceğine karar vermiştir. Yüksek Mahkeme’ye göre hamile bir kadının çocuğunun doğması olayının, mahiyeti gereği, zarar verici bir olay olarak görülmesi imkansızdır.<sup>361</sup> Bir başka olayda ise, devlet hastanesinde kısırlaştırma operasyonuna tabi tutulduğu halde çocuk sahibi olan bir kadının açtığı tazminat davası da Strasbourg İdare Mahkemesi tarafından

---

<sup>360</sup> ATAY, *op. cit.*, s. 690.

<sup>361</sup> Conseil d’État, 2 Temmuz 1982, *Mlle R.*, RDCE, 1982, s. 266. (Aktaran: GÖZLER, *İdare Hukuku (Cilt II)*, *op. cit.*, s. 1302).

reddedilmiştir.<sup>362</sup> Türk hukukunda da buna benzer bir yaklaşımın kabul edildiği söylenebilir.<sup>363</sup>

GÖZLER'in de haklı olarak belirttiği gibi, burada mağduriyet doğuran olayın zarar verici olay olarak nitelendirilmemesinde daha ziyade etik düşünceler rol oynamaktadır.<sup>364</sup> Ancak bu yönde bir yaklaşımın eleştiriye açık olduğunu ifade etmemiz gerekir. Nitekim, çocuğun doğumu her şeyden önce aileye birtakım mali külfetler getirebilecektir. Aynı şekilde, istemedikleri bir çocuğun dünyaya gelmesi halinde ailenin yaşayacağı üzüntü ve elem de manevi zarar kapsamında değerlendirilebilir.<sup>365</sup>

---

<sup>362</sup> Tribunal administratif de Strasbourg, *Hospices civils de Colmar*, AJ, 1994, s. 916. (Aktaran: GÖZLER, *İdare Hukuku (Cilt II)*, op. cit., s. 1302).

<sup>363</sup> DEMİR, op. cit., s. 309.

<sup>364</sup> GÖZLER, *İdare Hukuku (Cilt II)*, op. cit., s. 1302.

<sup>365</sup> Türk hukukunda da istenmeyen gebelikler, belli şartların varlığı halinde sonlandırılabilir. Çocuk sahibi olup olmama noktasında karar aileye aittir. Buna göre, gebeliğin sonlandırılabilmesi için kadının izni gerekir. Kadının evli olması halinde eşinin, küçük ise velisinin, vesayet altında ise vasisinin izni alınır. Mustafa KICALIOĞLU, *Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011, s. 17.; Ömer Uğur GENÇCAN, "Hekimlerin Çocuk Düşürmede Hukuki Sorumluluğu", *II. Sağlık Hukuku Kurultayı*, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2009, s. 203. 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 2. maddesinin 3. fıkrası uyarınca da gebeliğin sona erdirilmesi faaliyeti devletin gözetim ve denetimi altında yapılmaktadır.

Almanya’da da, her ne kadar doktrinde ve bazı istinaf mahkemelerinde “çocuğun zarar olarak kabul edilmesinin anayasaya aykırı olduğu” iddiaları ileri sürülse de, Federal Yüksek Mahkeme, aile planlaması nedeniyle istenmeyen çocuğun dünyaya gelmesi durumunu ve buna bağlı olarak ortaya çıkan bakım masraflarını, çocuk sağlıklı olsa dahi, tazminat hukuku kapsamında “zarar” olarak değerlendirmektedir.<sup>366</sup>

Zaten özel hukukta da tıbbi müdahaleden doğan maddi zarar, doktorun tedavi sözleşmesine uygun davranmaması sonucu hastanın ulaşamadığı sağlık durumu ile hatalı tedavinin sonucundaki durumu arasındaki parayla ölçülebilen farkı, manevi zarar ise; tıbbi müdahalenin hatalı yapılması nedeniyle hastanı duyduğu fiziksel ve ruhsal elem, ıstırap ve acılar ile yaşama bağlılığında oluşan azalmayı ifade eder.<sup>367</sup> Bu noktada her ne kadar özel hukuktan farklı olarak idarenin sunduğu sağlık hizmetlerinde bir sözleşme ilişkisi söz konusu olmasa da “zarar” kavramına yüklenen anlam yönünden özel hukuk ile idare hukuku arasında bir paralellik kurulabileceği kanaatindeyiz.

Yine Fransa’da, yukarıdaki örneğe benzer bir durumda, çocuğun sakat doğması halinde, sakatlığın nedeni hastanede gerçekleştirilen tıbbi müdahalede bir hatadan kaynaklanmışsa, çocuğun ebeveyni tazminat alabilmektedir. Yine hassasiyet arz eden bir durum olarak, çocuğun sakat doğmasının nedeni irsi ise, burada idarenin

---

<sup>366</sup> Erhan TEMEL, “Alman Hukukunda Sterilizasyon Kısırlaştırma Uygulamalarından Kaynaklanan Hukuksal Sorunlar”, *III. Sağlık Hukuku Kurultayı (7-8 Mayıs 2010)*, Ankara, 2011, s. 80.

<sup>367</sup> KICALIOĞLU, *op. cit.*, s. 157.

sorumluluğu gündeme gelebilir. Nitekim, bu konuda ebeveyne gerekli bilgilendirilmenin yapılması halinde hamilelik sonlandırılabilirdi. Böyle bir durumda Fransız Danıştayı ebeveyne manevi tazminat ve çocuğa da ömür boyu tedavi ve eğitiminin sağlanması maksadıyla bir gelir bağlanmasını kabul etmektedir.<sup>368</sup>

İdarenin sağlık hizmetlerinin yürütülmesi dolayısıyla sorumluluğuna gidebilmek için ikinci olarak zararın gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Ceza ve disiplin sorumluluğundakinden farklı olarak, salt teşebbüs hali idarenin mali sorumluluğuna yol açmaz. Bu noktada idarenin kusurlu olup olmamasının da bir önemi yoktur. Kısaca idare hukukunda, idarenin salt kusurlu davranışı veya teşebbüsü idarenin sorumluluğuna yol açmaz. İdare hukukunda sorumluluk kusura değil zarara dayanmaktadır.<sup>369</sup> Dolayısıyla ortada bir zarar yoksa idarenin sorumluluğundan da söz edilemez. Bu çerçevede, tıbbi kötü uygulamaya rağmen hasta bir zarar görmemişse veya bir sağlık personeli hastaya zarar verecekken son anda engellenmişse bu noktada zarar doğmadığı için idarenin sorumluluğundan da söz edilemez.

Sorumluluğun söz konusu olabilmesi için gerekli olan bir diğer durum da zararın kesin olmasıdır. Zararın kesinliği ile kastedilen, bilfiil gerçekleşmiş zararlar (güncel zararlar) ve gelecekte gerçekleşmesi kaçınılmaz olan zararlardır. Güncel zararların kesin olduğu yolunda bir kuşku bulunmamaktadır. Gelecekteki zararlar ise ikili bir ayırım çerçevesinde değerlendirilmektedir. Buna göre, bir zarar gelecekte ihtimal olarak değil kesin olarak ortaya çıkacaksa bu durumda kesinlik şartının

---

<sup>368</sup> ATAY, *op. cit.*, s. 690.

<sup>369</sup> GÖZLER, *İdare Hukuku (Cilt II)*, *op. cit.*, s. 1305.

sağlandığı kabul edilmektedir. Gelecekte bir zararın ortaya çıkması ancak bir ihtimal çerçevesinde değerlendiriliyorsa bu noktada kesinlik şartı sağlanmamış demektir. Muhtemel zararlar ise idarenin sorumluluğuna yol açmaz. Örneğin, devlet hastanesinde gerçekleştirilen tıbbi müdahalede hekimin kusuru neticesinde bir çocuk sakat olarak dünyaya gelmişse, bu durum henüz o çocuğa bir zarar vermese dahi, söz konusu sakatlığın gelecekte çocuğun mesleki kapasitesini etkileyeceği biliniyorsa bu durumda kesinlik şartı gerçekleşmiş sayılmaktadır.<sup>370</sup> Buna karşın, devlet hastanesinin kusuru neticesinde doğumda çocuklarını kaybeden ebeveyn, “çocukları yaşasaydı ilerde kendilerine bakacaktı” gerekçesini ileri sürerek destekten yoksun kalma tazminatı isteyemezler. Nitekim böyle bir durumda çocuğun ilerde çalışıp anne ve babasına bakması durumu yalnızca bir ihtimal olarak değerlendirilebilir. Bu noktada, mevcut durumda kesinlik şartı sağlanamadığı için idareyi destekten yoksun kalma tazminatı ödemeye mahkum etmek mümkün değildir.<sup>371</sup>

Bununla birlikte Danıştay’ın aksi yönde vermiş olduğu kararlara rastlamak da mümkündür. Örneğin, Yüksek Mahkeme, davacıların 21 yaşında ölen çocuğunun durumuyla ilgili olarak, ölüm olayı meydana gelmeseydi; 18 yaşından sonra anne ve babasının bakım ve gözetiminde olmayacağından yaşamın ve olayların normal akışı içinde gelir getirici bir işte çalışabileceği kuvvetle muhtemel olup, bu yaştan itibaren

---

<sup>370</sup> *Ibid.*, s. 1306.

<sup>371</sup> Kuşkusuz sözünü ettiğimiz durum verdiğimiz örnekte yalnızca destekten yoksun kalma tazminatı ile ilgilidir. Çocuklarının ölümü nedeniyle ebeveynin duymuş olduğu elem ve üzüntü nedeniyle manevi tazminat talep etmeleri ve idarenin bu noktada sorumluluğu pekala söz konusu olabilir.

yaşadığı yerin gelenekleri, yaşam biçim ve koşulları, çalışma ve eğitim-öğretim durumları da göz önünde tutularak anne ve babasına sağlayacağı muhtemel destek kaybından dolayı uğranıldığı ileri sürülen zararın hesaplanması gerektiği yolunda karar vermiştir.<sup>372</sup>

Olası zarara ilişkin bir başka örnek vermek gerekirse, davacının rahatsızlığı nedeniyle başvurduğu üniversite hastanesi tarafından hastalığına yanlış teşhis konulduğundan bahisle uğradığını ileri sürdüğü 200.000.000 TL maddi, 1.000.000.000 TL manevi zararın tazmini istemiyle açtığı dava sonucunda İdare Mahkemesi, davacının henüz gerçekleşmiş bir maddi zararının bulunmadığı, isteminin gerçekleşmesi olası zarar niteliğinde olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Söz konusu karar Danıştay tarafından da onanmıştır.<sup>373</sup>

Bu noktada yine değinilmesi gereken önemli bir durum olarak, Danıştay, çocuğun ölümü halinde, çocuğun yetiştirilmesi için yapılan masraflardan dolayı anne-babanın tazminat hakkına sahip olmadığına karar vermektedir. Örneğin, tedavi amacıyla çocuk hastanesine götürülen 4 yaşındaki çocuğun ihmal nedeniyle ölmesi sonucuyla ilgili olarak açılan tam yargı davasında Danıştay, Türk Medeni Kanunu'nun 261. maddesindeki "çocuğun iâşe ve terbiyesine muhtazi masraflar,

---

<sup>372</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 15 Mayıs 2001 tarih ve E.2000/4007, K.2001/1796 sayılı Karar (ŞAHİN/BAL/KARABULUT, *op. cit*, s.890-892). Benzer şekilde bkz. Danıştay Onuncu Dairesi, 12 Şubat 2001 tarih ve E.1999/2173, K.2001/457 sayılı Karar (ŞAHİN/BAL/KARABULUT, *op. cit*, s. 901-902).

<sup>373</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 15 Ocak 2001 tarih ve E.1998/2222, K.2001/37 sayılı Karar (ŞAHİN/BAL/KARABULUT, *op. cit*, s. 320-321).

kendilerinin mallarını idare hususunda kabul ettikleri usule göre, ana babaya terettüp eder...” hükmünden hareketle, çocuğun yetiştirilmesi için yapılan masraflardan dolayı anne-babanın tazminat hakkına sahip olmasına olanak bulunmadığı yönünde karar vermiştir.<sup>374</sup>

Bu noktada son olarak ifade etmemiz gerekir ki, sorumluluğun varlığı için zararın hukuken korunan bir menfaate yönelik olması ve parayla ölçülebilir nitelikte olması da gerekir. Bunun yanında yalnızca kusursuz sorumluluk hali ile ilgili olarak zararın özel ve anormal olması şartı da aranmaktadır.

## **II) SAĞLIK HİZMETLERİNDE SORUMLULUĞUN AZALMASI VEYA ORTADAN KALKMASI**

Bazı hallerde, idari davranış ve zarar arasındaki nedensellik bağı, araya giren bir başka olay nedeniyle zayıflar veya tamamen ortadan kalkar. Bu durum ise, idarenin sorumluluğunun azalmasına veya tamamen ortadan kalkmasına yol açar. İşte, idarenin sorumluluğun azalmasına veya tamamen ortadan kalkmasına yol açan bu haller başlıca; mücbir sebep, beklenmeyen durumlar, zarar görenin kusuru ve üçüncü kişinin kusurudur.

### **A) MÜCBİR SEBEP**

Zorlayıcı nedenler olarak da ifade edilen mücbir sebep, idarenin iradesi dışında oluşan, öngörülmesi ve en büyük dikkat ve özenle dahi önlenmesi mümkün olmayan ve de bir kamu hizmetinin yürütülmesini imkansızlaştıran olaylar şeklinde

---

<sup>374</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 13 Şubat 2001 tarih ve E.1998/5075, K.2001/476 sayılı Karar, (ŞAHİN/BAL/KARABULUT, *op. cit.*, s. 899-900).

tanımlanabilir.<sup>375</sup> Tanımdan da anlaşılacağı üzere, bir olayın mücbir sebep olarak nitelendirilebilmesi için “dışsallık”, “öngörülemezlik” ve “önlenemezlik” koşullarının varlığı gerekmektedir. Bu koşullar kümülatif nitelikte olup, birinin yokluğu halinde mücbir sebebin varlığından söz edilemez.

Genel olarak yer sarsıntısı, sel, aşırı yağışlar, yıldırım düşmesi, toprak kayması, çığ düşmesi gibi olaylar mücbir sebep olarak değerlendirilmektedir.<sup>376</sup> Mücbir sebebin varlığı halinde idari davranış ile zarar arasında nedensellik ilişkisi kurulamayacağından idarenin ne kusurlu ne de kusursuz sorumluluğu cihetine gidilebilecektir.<sup>377</sup> Buna göre, devlet hastanesinin bulunduğu yerde meydana gelen heyelan nedeniyle hastaların hayatlarını kaybetmeleri durumunda idare, mücbir sebebin varlığı gerekçesiyle sorumluluktan kurtulabilecektir. Ancak önemle ifade etmemiz gerekir ki, her tabii olay her durumda doğrudan mücbir sebep olarak değerlendirilemez. İdare, aslında öngörebileceği; elindeki geniş bilgi, belge ve olanaklarla öngörmesi gereken bir olayı öngörmemişse, esasen kusurlu sayılmalıdır. Öngörme veya öngörebilme eğer idare için zararı önleme ya da hiç değilse zarardan tamamen veya kısmen kaçınabilme olanağını yaratıyorsa bu durum bir kusurun

---

<sup>375</sup> GÜNDAY, *op. cit.*, s. 384.

<sup>376</sup> Doktrinde ifade edildiği üzere, tabii olaylar dışında bazı sosyal ve hukuki olaylar da mücbir sebep teşkil edebilmektedir. Buna göre, ihtilal, savaş, ağır ekonomik kriz ve grev gibi olaylar da mücbir sebep kapsamında değerlendirilebilir. ONAR, *op. cit.*, s. 1719; ATAY, *op. cit.*, s. 756. cilt 3.

<sup>377</sup> GÜNDAY, *op. cit.*, s. 384.

varlığına yol açar.<sup>378</sup> Böyle bir durumda ise artık mücbir sebepten söz edilemez. Örneğin, idarenin heyelan bölgesi olduğu bilinen bir yere bunu göze alarak ve hiç tedbir almadan hastane kurması durumunda, artık ilerde meydana gelebilecek bir heyelan nedeniyle doğacak olan zarardan, mücbir sebep gerekçesine dayanmak suretiyle kurtulamayacaktır. Aynı şekilde sık sık taşkınların yaşandığı bir dere yatağına veya çığ tehlikesi altındaki bir bölgeye hastane kurulması durumunda da yaşanacak olan doğa olayları mücbir sebep kapsamında değerlendirilemeyecektir. Nitekim bu gibi durumlarda “öngörülemezlik” ve “önlenemezlik” halinin varlığından söz etmek mümkün değildir.

Mücbir sebep nispi nitelikte bir kavramdır. Dolayısıyla bir olayın mücbir sebep teşkil edip etmediği, olayın meydana geldiği yerin, zamanın ve koşulların özellikleri göz önüne alınmak suretiyle belirlenecektir. Bununla birlikte mücbir sebep halinin uygulama alanının giderek daraldığını da ifade etmemiz gerekir. Nitekim, gelişen teknoloji ve idarenin yükselen standardı ile birlikte öngörülemezlik ve önlenemezlik halleri giderek daralmaktadır.<sup>379</sup>

---

<sup>378</sup> Yıldızhan YAYLA, “İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep”, *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1980, s. 54.

<sup>379</sup> *Ibid.*, s. 58.

## B) BEKLENMEYEN DURUMLAR

Beklenmeyen durumlar, idarenin faaliyetleri içinde gerçekleşen, ancak öngörülemeyen ve önlenemez nitelikteki bilinmeyen olaylardır.<sup>380</sup> Mücbir sebep ve beklenmeyen durumlar, öngörülemeyenlik ve önlenemezlik unsurları bakımından birbirlerine benzemekle birlikte, mücbir sebep, idari davranışın dışında oluşmaktayken, beklenmeyen durumlar ise idari davranışın içinde oluşmaktadır.

Bilinmeyen nedenlerle ambulansın lastiğinin patlaması veya hastanede elektrik kontağından yangın çıkması örneklerinde olduğu gibi beklenmeyen durumlar idari davranışın içinde ortaya çıkmaktadır.<sup>381</sup> Bu olaylar eğer öngörülemeyen ve önlenemez nitelikte ise bu halde beklenmeyen durumdan söz etmek mümkündür. Ancak söz konusu örneklerde ambulansın lastiğinin eskimiş olduğu ve patlayabileceği öngörülebiliyorsa, keza elektrik kontağının bakımı yapılmamış olması nedeniyle sorun çıkarabileceği tahmin edilebiliyorsa bu gibi durumlarda beklenmeyen durumdan söz edilemeyecektir.

Beklenmeyen durumlarda idareye atfı kabil bir kusur bulunmamaktadır. Bu nedenle beklenmeyen durumların varlığı halinde idarenin kusurlu sorumluluğu cihetine gidebilmek mümkün değildir. Bununla birlikte, beklenmeyen durumlar idarenin kusursuz sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Bu durum mücbir sebep ile beklenmeyen durumlar arasındaki bir diğer farktır. Mücbir sebep durumunda idarenin hem kusurlu hem de kusursuz sorumluluğu ortadan kalkmakta iken,

---

<sup>380</sup> ÇAĞLAYAN, *Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu*, op. cit., s. 192.

<sup>381</sup> GÜNDAY, op. cit., s. 346.

beklenmeyen durumlar ise idarenin yalnızca kusurlu sorumluluğunu ortadan kaldırmaktadır.<sup>382</sup>

### **C) ZARAR GÖRENİN DAVRANIŞI**

Zararın doğmasında, çoğalmasında veya önlenememesinde zarar görenin davranışı da etkili olmuş olabilir. Böyle bir durumda idari davranış ile zarar arasındaki nedensellik ilişkisi zayıflar veya tamamen ortadan kalkar. Buna bağlı olarak da idarenin sorumluluğu azalır veya bütünüyle ortadan kalkar. Bu durum idarenin hem kusurlu sorumluluğu hem de kusursuz sorumluluğu için geçerlidir.

Zarar, bütünüyle zarar görenin kendi davranışı sonucu oluşmuş ise artık idari davranış ile zarar arasında nedensellik bağından söz edilemeyeceği için idare sorumluluktan kurtulur. Örneğin, Danıştay kararına konu olmuş bir olayda, fıtığı çıkan hasta acilen hastaneye kaldırılmış, kendisine gerekli müdahaleler yapılmış, teşhis konulmuş ve geceyi kontrol altında geçirmiştir. Ancak hasta, kendisine yapılan su içmemesi gerektiği yolundaki ihtar ve uyarılara rağmen gizlice üç sürahiye yakın su içmiş ve bu nedenle hayatını kaybetmiştir. Danıştay, bu olayda idarenin tazmin borcunu doğuracak nitelikte hizmet kusuru veya başka bir neden bulunmadığı gerekçesiyle davacının maddi ve manevi tazminat taleplerini reddetmiştir.<sup>383</sup> Gerçekten burada zarar, bütünüyle zarar görenin davranışından kaynaklanmaktadır. Böyle bir durumda, idari davranış ile zarar arasındaki nedensellik ilişkisi artık ortadan kalktığı için idarenin sorumluluğuna gidilemez.

---

<sup>382</sup> *Ibid.*, s. 347.

<sup>383</sup> Danıştay Onikinci Dairesi, 22 Aralık 1969 tarih ve E.1968/626, K.1969/2312 sayılı Karar (ESİN, *op. cit.*, s. 524-525).

Kimi durumlarda ise, zarar görenin davranışı, zararın ortaya çıkmasına katkıda bulunmuş veya ortaya çıkan zararı ağırlaştırmış olabilir. Böyle bir durumda, idarenin sorumluluğu kısmen ortadan kalkar; yani hafifler. Neticede, idarenin ödeyeceği tazminattan, zarar görenin kusuru oranında indirim yapılır.<sup>384</sup>

Örneğin, davacıların hastanede dünyaya gelen oğullarının yetersiz sağlık hizmeti verilmesi nedeniyle zihinsel ve bedensel özürlü doğması sonucu uğranıldığı ileri sürülen maddi ve manevi zararın tazmini için açılan tam yargı davasında, Samsun İdare Mahkemesi, on saatlik doğum eyleminin kalan 1/3'lük diliminde anneye yapılan müdahale sürecinde doğumun normal koşullarda seyrettiği yolundaki hekim değerlendirmesinin ultrasonografik yöntemeye dayalı olmayışı nedeniyle apgar skoru düşüklüğü bulgusu olan anoksik doğuma canlandırma ekibinin eşlik edemediğini, bu koşulun sağlanmayışının sağlık hizmetinin eksik ve kusurlu işlediğine karine teşkil ettiğini, ancak hamilelik döneminde düzenli kontrollerini yaptırmayan ve doğum eyleminin başlamasından çok sonra hastaneye müracaat eden annenin kusurunun da mevcut hizmet kusurunun sonuçları hakkında belirsizlik yarattığını belirtmiş ve her iki tarafın olaydaki kusurunun 1/2 olarak belirlenmesinin hakkaniyet gereği olduğu gerekçesiyle bilirkişi incelemesi sonucu hesaplanan zarar tutarı ve tarafların kusur oranlarını dikkate almak suretiyle bir tazminata hükmetmiştir.<sup>385</sup>

---

<sup>384</sup> GÖZLER, *İdare Hukuku (Cilt II)*, op. cit., s. 1340.

<sup>385</sup> Buna karşılık söz konusu davanın temyiz incelemesinde Danıştay, somut olayda idarenin ağır hizmet kusurunun bulunmuyor oluşu gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu kararı bozmuş, ilk derece mahkemesinin ısrar kararı

Bu bağlamda Danıştay'ın vermiş olduğu önemli bir karar daha bulunmaktadır. Söz konusu karara teşkil eden olayda, davacıların yakını devlet hastanesinde yaptırmış olduğu HIV testinin sonucunun pozitif çıktığını öğrenmesinin ardından, bu sonucun etkisiyle intihar etmiştir. Buna bağlı olarak açılan tam yargı davasında yapılan bilirkişi incelemesi neticesinde HIV testinin sonucunun, davacıların yakını da dahil olmak üzere doğrulama testi yapılmadan hiç kimseye açıklanmaması ve ilgilinin doğrulama testi için bir üst basamak sağlık kuruluşuna sevkı gerekirken, laboratuvar teknisyeni tarafından doğrulama testi tapılmadan önceki aşamada pozitif çıkan test sonucunun açıklanmasının neden ve etkisiyle davacılar yakınının intihar etmek suretiyle yaşamını yitirdiği sonucuna varılmıştır. Somut olayla ilgili olarak Danıştay, zararın, zarara uğrayanın tutum ve davranışından kaynaklanması halinde, idarenin tazmin sorumluluğunun tamamen ortadan kalkabileceği gibi, duruma göre idarenin kısmen sorumlu olacağı da tazminat hukukunun bilinen ilkelerindendir değerlendirmesinde bulunmuş; buna karşın, 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 illiyet

---

üzerine de olay Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu önüne gelmiştir. Nihayetinde, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu da ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu ısrar kararının yerinde olmadığı sonucunda varmıştır. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 24 Kasım 2011 tarih ve E.2007/2113, K.2011/1468 sayılı Karar, *Danıştay Dergisi*, Sayı: 130, s. 111.

bağının olduğu sonucuna varmış ve idarenin tazminle yükümlü tutulması gerektiği yolunda karar vermiştir.<sup>386</sup>

İdarenin sorumluluğunu azalması veya tümüyle ortadan kalkması için zarar görenin davranışının mutlak surette kusurlu olması gerekmez. Her ne kadar doktrinde bu durumu karşılamak üzere “zarar görenin kusuru”<sup>387</sup>, “zarara uğrayanın kusuru”<sup>388</sup> veya “zarara uğrayan kişinin kusuru”<sup>389</sup> gibi ifadeler kullanılsa da, esasen zarar gören kişinin davranışları kusursuz olsa dahi, zararın doğumuna sebep olmuş ise veya zararın doğumuna veya ağırlaşmasına katkıda bulunmuş ise idarenin sorumluluğu azalır veya tümüyle ortadan kalkar.<sup>390</sup>

#### **D) ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN DAVRANIŞI**

Zarar, kimi hallerde üçüncü kişinin, yani idareyle hukuki ilişkisi olmayan kişi veya kuruluşların, davranışından ileri gelebilir.<sup>391</sup> Yine üçüncü kişinin davranışı, zararın oluşumda veya ağırlaşmasında da etkili olmuş olabilir. Bu gibi durumlarda üçüncü kişinin davranışı idari davranış ile zarar arasındaki nedensellik ilişkisini

---

<sup>386</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 28 Aralık 2007 tarih ve E.2005/8407, K.2007/6526 sayılı Karar, (*Danıştay İçtihat Bilgi Bankası*).

<sup>387</sup> GÜNDAY, *op. cit.*, s. 347.

<sup>388</sup> GÖZÜBÜYÜK/TAN, *op. cit.*, s. 902.,

<sup>389</sup> ATAY, *op. cit.*, s. 758.

<sup>390</sup> GÖZLER, *op. cit.*, s. 1341.

<sup>391</sup> Bununla birlikte, idarenin gözetimi ve denetimi altında bir kamu hizmetinin görülmesi halinde imtiyaz sahibi kişilerin verdikleri zararlar idare tüzel kişiliğine bağlanabilir. ÖZAY, *op. cit.*, s. 876.

zayıflatabilir veya tümüyle ortadan kaldırabilir. Buna paralel olarak da idarenin sorumluluğunun azalması veya tümüyle ortadan kalkması sonucu ortaya çıkar. Bu durum yalnızca idarenin kusurlu sorumluluğu için geçerlidir.

Zarar bütünüyle üçüncü kişinin davranışı sonucu ortaya çıkmışsa bu durumda idarenin sorumluluğu bütünüyle ortadan kalkar. Örneğin, hasta ziyaretine gelmiş bir hasta yakınının ameliyat dreni üzerine oturması ve drenin tıkanması sonucu hastada damar tıkanıklığının meydana gelmesi olayında zarar bütünüyle üçüncü kişinin davranışından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla bu durumda artık idarenin sorumluluğundan söz etmek mümkün değildir.

Bir diğer örnekte, davacılar murisinin hastanede laboratuvar teknisyeni olarak görev yapmakta iken görevi başında öldürülmesi olayında Danıştay, davalı idarenin kamuya sağlık hizmetini sunarken yürütülen hizmetin gerektirdiği ölçüde hastanede özel güvenlik tedbirleri almakla yükümlü olduğunu, ancak herhangi bir mekanda herkesin başına da gelebilecek adi ve müessif bir hadisenin önlenebilmesi bakımından genel güvenlik tedbirleri almasının ve genel güvenliği sağlamasının kendisinden beklenemeyeceğini, olayda davacılar murisinin üçüncü bir kişi tarafından tasarlanarak öldürüldüğünü ve davalı idarenin zararı doğuran olayın vukuundan herhangi bir eylem, ihmal veya kusuru bulunmadığını belirtmiş ve ilk derece mahkemesinin tam yargı davasının reddine ilişkin kararını onamıştır.<sup>392</sup>

Bununla birlikte kimi durumlarda zarara yol açan davranış üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilse de bu durum her zaman idarenin hizmet kusurunu ortadan

---

<sup>392</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 9 Mayıs 2001 tarih ve E.1999/1655, K.2001/1696 sayılı Karar (ATAY/ODABAŞI, *op. cit.*, s. 324-325).

kaldırmayabilir. Örneğin, hastanede yataklı tedavi gören davacının gece vaktinde doktor kıyafeti giymiş bir kişi tarafından bıçakla tehdit edilerek tecavüz etme girişiminde bulunulduğu olayda Danıştay, sanık kişinin davacının yatmakta olduğu ve hastanenin zemin katında bulunan odanın penceresinden içeri girmek suretiyle olayı gerçekleştirdiğini, hastane personeli olmayıp kimliği belirsiz bir kişi olduğunu, hastanede gece güvenlik görevlisi ve otomatik gözetleme ve kontrol cihazı bulunmadığını, aynı hastanede bu olaydan bir süre önce benzer bir olayın meydana gelmesine rağmen hastane yetkililerince bu tür olaylara karşı önleyici ve caydırıcı hiçbir güvenlik tedbirinin alınmadığını, davacının yattığı odanın penceresinin yere çok yakın olmasına rağmen pencerelerde emniyet tedbirlerinin bulunmadığının anlaşıldığını, yataklı tedavi kurumlarında sağlık hizmetlerinin yanında hasta kabul hizmetleri, hasta ziyaretleri, idari ve teknik hizmetler, nöbet esasları, yemekhane hizmetleri, hasta refakatları, emniyet ve güvenlik hizmetleri gibi sağlık hizmetleriyle yakından ilgisi bulunan birçok hizmetin gereği gibi yerine getirilmesi bu arada, özellikle hastanede yataklı tedavi görmekte olan hastaların yangın, deprem, silahlı saldırı gibi her türlü tehdit ve tehlikeye karşı huzur ve güven içinde bulunabilmeleri için gerekli emniyet ve güvenlik tedbirlerinin alınması hastane yönetiminin önem arzeden görevlerinden olduğunu oysa ki, yataklı tedavi kurumu olan hastanede meydana gelen olayın bir tesadüf sonucu olmayıp, hastane binasının güvenlik yönünden hiçbir şekilde korunmadığını, hastane giriş ve çıkışlarında gerekli güvenlik kontrollerinin yapılmadığını ve özellikle zemin kattaki pencerelerden giriş ve çıkışı önleyici tedbirlerin alınmadığını, kaldı ki bu olaydan kısa bir süre önce meydana gelen benzer bir olaydan sonra bile bu yönde ciddi bir çalışmanın yapılmadığını belirtmiş ve bu itibarla yataklı bir tedavi kurumu olan hastanede emniyet ve güvenlik

tedbirlerinin alınmamış olmasından dolayı meydana geldiği tartışmasız bulunan olayda davalı idarenin hizmet kusuru işlediğinin açık olduğu sonucuna varmıştır.<sup>393</sup> Söz konusu olayda davranış her ne kadar üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilse de, kararda da belirtildiği üzere somut olayda idarenin de sorumluluğu bulunmaktadır. Bu durumda idare somut olay neticesinde ödemek durumunda kaldığı tazminat dolayısıyla davranışı gerçekleştiren üçüncü kişiye karşı rücu yoluna başvurabilir.<sup>394</sup>

Üçüncü kişinin davranışı, zararın doğmasına katkıda bulunmuş veya zararın artmasına yol açmış da olabilir. Bu durumda doğan zararın ne şekilde tazmin edileceği konusunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre, zararın ortaya çıkmasında hem idari davranış hem de üçüncü kişinin davranışı etkili oluyorsa, bu durumda idare ile üçüncü kişi birlikte sorumluluk süjesi olurlar. Böyle bir durumda zarara uğrayan kişi, zararın doğumundaki payı oranında idareye karşı tam yargı davası açabileceği gibi, zararın tamamı için de idareye karşı tam yargı davası açabilir. İkinci durumda idarenin üçüncü kişiye rücu hakkı saklıdır.<sup>395</sup> Doktrindeki diğer görüşe göre ise, idare hukukunda özel hukukta olduğu gibi “müteselsil sorumluluk” kurumu geçerli olmadığı için zarar gören kişi, idareye karşı, uğradığı zararın tamamının tazmini istemiyle dava açamaz. Zarar gören kişi idareden

---

<sup>393</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, 9 Ekim 2000 tarih ve E.1998/4977, K.2000/308 sayılı Karar, (*Danıştay İçtihat Bilgi Bankası*)

<sup>394</sup> BAYINDIR, *op. cit.*, s. 565.

<sup>395</sup> ÖZAY, *op. cit.*, s. 877.

yalnızca idarenin sorumlu olduğu zararı talep edebilir. Geri kalan zararın tazmini için, zarar gören kişinin üçüncü kişiye karşı dava açması gerekir.<sup>396</sup>

İkinci görüşün kabulü durumunda pratikte birtakım sorunların ortaya çıkması mümkündür. Her şeyden önce zarar gören kişinin aynı olayla ilgili olarak iki ayrı kişiye iki ayrı yargı kolunda dava açması usul ekonomisi yönünden eleştirilebilir. Öte yandan daha vahimi, yargı kollarından biri aynı olayla ilgili olarak tazminata hükmedebilirken diğ er yargı kolu tazminata hükmetmeyebilir. Hiç kuşku yok ki böyle bir sonuç, hukuk sistemine olan güveni de sorgulatır niteliktedir.

---

<sup>396</sup> GÖZLER, *İdare Hukuku (Cilt II)*, *op. cit.*, s. 1349. Bununla birlikte GÖZLER, özel hukukta müteselsil sorumluluk ilkesinin geçerli olduğu için zarar gören kişinin, uğradığı zararın tümünün tazmini istemiyle özel hukuk hükümlerine göre adli yargıda üçüncü kişi aleyhine tazminat davası açabileceğini ifade etmektedir. Böyle bir durumda adliye mahkemesi, üçüncü kişiyi ortaya çıkan zararın tümünü ödemeye mahkum ederse bu durumda üçüncü kişi, idarenin payına düşen kısım için idareye rücu edebilir. Bu durumda üçüncü kişinin önce idareye başvurup idarenin payına düşen kısmı talep etmesi gerekir. İdare bu istemi sarahaten veya zımnen reddederse idareye karşı idari yargıda tam yargı davası açabilir. GÖZLER, *İdare Hukuku (Cilt II)*, *op. cit.*, s. 1350.

## SONUÇ

Sağlık hakkının gerçekleştirilmesi ve sağlık hizmetlerinin yürütülmesi bağlamında devlet yükümlü kılınmış olup, Anayasa'nın 56. maddesi ile devletin bu alandaki görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak ve onları denetleyerek yerine getireceği hüküm altına alınmıştır. Bu anlamda anayasal bir kamu hizmeti olarak kabul edilen sağlık hizmetlerinin gereği gibi yerine getirilmemesi devletin hukuki sorumluluğunu gerektirmektedir.

Anayasa'nın 125/7. maddesindeki “idare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararları ödemekle yükümlüdür” hükmünden hareketle idarenin sağlık hizmetleri alanında yol açtığı zararlar nedeniyle sorumlu olacağı hususunda herhangi bir kuşku bulunmamaktadır. Bu noktada idarenin sağlık hizmetleri alanında hangi şartlar altında sorumlu olacağı hususu ise, bu konuda özel bir yasal düzenlemenin bulunmuyor olması nedeniyle uygulamada yargı kararlarıyla belirlenmeye çalışılmaktadır.

Uygulamada, idarenin sağlık hizmetlerinden kaynaklanan kusurlu sorumluluğu noktasında temelde ikili bir ayrım yapıldığını söylemek mümkündür. Buna göre, sağlık hizmetlerinin kuruluşu ve işleyişi ile ilgili olarak idarenin basit kusuru dahi sorumluluğun doğması için yeterli kabul edilmektedir. Buna karşın, tıbbi müdahaleler alanında ise idarenin yalnızca ağır kusurunun varlığı halinde sorumluluğa hükmedilmektedir.

Sağlık hizmetleriyle ilgili olarak böyle bir kusur derecelendirmesi yapmak ve tıbbi müdahaleler alanında sorumluluğu ağır hizmet kusuru şartına bağlamak kanaatimizce pek doğru bir yaklaşım değildir. Bu noktada özel hukukta olduğu gibi

sağlık hizmetleri alanında basit kusurun varlığı sorumluluğun doğması için yeterli sayılmalı<sup>397</sup>, kusurun derecesi yalnızca tazminat miktarının belirlenmesi bakımından dikkate alınmalıdır. İdarenin sorumluluğu olgusunun kusurlu sorumluluktan kusursuz sorumluluğa doğru evrildiği bir süreçte artık ağır kusur şartında ısrar etmenin yerinde olmayacağı düşünülebilir. Nitekim Fransız uygulamasında da 1992 tarihli *Epoux V.* kararı<sup>398</sup> ile sağlık hizmetleri alanında ağır kusur şartından vazgeçilerek, basit kusurun varlığı yeterli görülmeye başlanmıştır.

Sağlık hizmetlerinde idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilebilir mi sorusuna ise Danıştay olumsuz yanıt vermektedir. Yüksek Mahkeme, sağlık hizmetlerinin riskli hizmetler arasında olduğu hususuna vurgu yaparak bu alanda kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulama alanı olmadığını ifade etmektedir.

Gerek pozitif hukuk sistemi gerekse kusursuz sorumluluk ilkesinin nitelikleri göz önüne alındığında “sağlık hizmetleri alanında kusursuz sorumluluk ilkesi uygulama alanı bulamaz” şeklindeki bu yaklaşımın eleştiriye açık olduğunu ifade

---

<sup>397</sup> Nitekim, özel hukukta hekim, Borçlar Kanunu çerçevesinde her türlü kusurundan sorumludur. Zarife ŞENOCAK, *Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1998, s. 82. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 114. maddesi uyarınca “*Borçlu, genel olarak her türlü kusurdan sorumludur. Borçlunun sorumluluğunun kapsamı, işin özel niteliğine göre belirlenir. İş özellikle borçlu için bir yarar sağlamıyorsa, sorumluluk daha hafif olarak değerlendirilir.*”.

<sup>398</sup> Tribunal administratif de Paris, 20 Aralık 1990, *Epoux B.*, RDCE, 1990, s. 514. (Aktaran, GÖZLER, , *İdare Hukuku (Cilt II)*, op. cit., s. 1193).

etmemiz gerekir. Nitekim risk ilkesi uyarınca, idarenin tüm topluma fayda sağlamak üzere yürüttüğü tehlikeli faaliyetleri dolayısıyla kusursuz sorumluluğu söz konusu olabilir. Bu kapsamda yeni tıbbi yöntemlerin uygulanması, zorunlu aşı uygulamaları, nükleer tıp uygulamaları, akıl hastalarının bakım ve muhafazası gibi alanlarda kanaatimizce risk ilkesi uyarınca idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilebilir. Yine bu konuda Fransız uygulaması ve doktrindeki görüşler de kusursuz sorumluluğun uygulama alanı bakımından yol gösterici nitelikte sayılabilir.

## KAYNAKÇA

AKYILMAZ, Bahtiyar: Sağlık Kamu Hizmetini Yürüten Kamu Görevlilerinin Neden Olduğu Zararlardan Devletin Sorumluluğu”, *Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Lefke Avrupa Üniversitesi II. Sağlık Hukuku Sempozyumu*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011.

AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil: *Türk İdare Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, 2009.

ALTAY, Asuman: “Sağlık Hizmetlerinin Sunumunda Yeni Açılımlar ve Türkiye Açısından Değerlendirilmesi”, *Sayıştay Dergisi*, Sayı: 64.

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

ATAY, Ender Ethem/ODABAŞI, Hasan: *Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2010.

AVCI, Mustafa: “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Mali Sorumluluğu”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2012, Sayı: 1.

AYAN, Mehmet: *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Ankara, Kazancı Hukuk Yayınları, 1981.

BAYINDIR, Savaş: “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 11, 2007, Sayı: 1-2.

BEREKET BAŞ, Zuhale: “Sağlık Hizmetleri Dolayısıyla İdarenin Sorumluluğu”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu*, Ankara, 2009.

BİRİNCİ, Görkem: “Fikri Mülkiyet Hakkı Kısılacında Sağlık Hakkı”, *Uluslararası Sosyal Haklar Sempozyumu*, Ankara, Belediye-İş Sendikası Yayını, 2009.

BİRTEK, Fatih: “Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinde İdarenin Kusura Dayanan Sorumluluğu”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 2, 2007, Sayı: 3-4.

BOZDAĞ, Ahmet: “İdare Hukukunda İdarenin Hizmet Kusuru ve Danıştay Uygulaması”, *Türk İdare Dergisi*, 2010, Sayı: 468.

BOZKURT, Enver: “İnsan Hakkı Olarak Sağlık Hakkı”, *Sağlık Hukuku Kurultayı (Ankara Barosu-Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)*, Ankara Barosu Yayınları, 2009.

CANBOLAT, Ferhat: “Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2009, Sayı: 80.

ÇAĞLAYAN, Ramazan: *Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu*, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2007.

ÇATAK IRIZ, Betül: *Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu*, Ankara, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, 2011.

ÇETİN, Gürsel: “Tıbbi Malpraktis, Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi”, İstanbul, Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri Sempozyum Dizisi No: 48, 2006.

ÇOLAK, Ahmet: “Hizmet Kusurundan Malpraktise”, *Türk Nöroşirurji Derneği Bülteni*, 2005, Sayı: 6.

DELCROS, Xavier/DELCROS, Bertrand: *Fransa ve İngiltere’de İdarenin Sorumluluğu*, çev. Turgut CANDAN, Ankara, Danıştay Yayın Bürosu Yayınları, 1984.

DEMİR, Mehmet: *Tıbbi Organizasyon Kusuru Açısından Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2010.

DOĞAN, Cahid: “İdarenin Kusur Sorumluluğunda Rücu”, *VIII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu (Hekim Sorumluluğu)*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012.

DUEZ, Paul: *Amme Kudretinin Mesuliyeti*, çev. İbrahim SENİL, Ankara, Güney Matbaacılık, 1950.

DUGUIT, Leon: *Kamu Hukuku Dersleri*, (Çev. Süheyp DERBİL), Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1954.

DURAN, Lütfi: *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul, İÜHF Yayınları, 1982.

DURAN, Lütfi: “Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu”, *Prof. Dr. Tahsin Bekir Balta’ya Armağan*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1974.

DURAN, Lütfi: , *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu*, Ankara, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, 1974.

DÜREN, Akın: *İdare Hukuku Dersleri*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1979.

ER, Ünal: *Sağlık Hukuku*, Ankara, Savaş Yayınevi, 1. Baskı, 2008.

EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Yetkin Yayınları, 14. Baskı, 2012.

ERSÖZ, Ahmet Kürşat: *Türk İdaresinin Sağlık Hizmetlerden Kaynaklanan Sorumluluğu*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2012.

ERTAN, İzzet Mert: *Uluslararası Boyutlarıyla Sağlık Hakkı*, İstanbul, Legal Yayınevi, 2012.

ESİN, Yüksel: *Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, İkinci Kitap: Esas*, Ankara, Balkanoğlu Matbaacılık, 1973.

GEMALMAZ, Mehmet Semih: *Ulusüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, İstanbul, Legal Yayınları, 7. Baskı, 2010.

GENÇ, Neval: “Yeni Kamu Hizmeti Yaklaşımı”, *Türk İdare Dergisi*, 2010, Sayı: 466.

GENÇCAN, Uğur: “Hekimlerin Çocuk Düşürtmede Hukuki Sorumluluğu”, *II. Sağlık Hukuku Kurultayı*, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2009.

GİRİTLİ, İsmet/BİLGİN, Pertev/AKGÜNER, Tayfun/BERK, Kahraman: *İdare Hukuku*, İstanbul, Der Yayınları, 4. Baskı, 2011.

GÖZLER, Kemal: *İdare Hukuku (Cilt II)*, Bursa, Ekin Yayınevi, 2. Baskı, 2009.

GÖZLER, Kemal: *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa, Ekin Yayınevi, 12. Baskı, 2011.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref/TAN, Turgut: *İdare Hukuku (Cilt I)*, Ankara, Turhan Kitabevi, 7. Baskı, 2010.

GÜLAN, Aydın: *Kamu Hizmeti ve Görüş Usulleri*, (Danışman: Doç. Dr. İl Han ÖZAY), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1987.

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

GÜNDAY, Rezzan: *Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012.

GÜR, Gültüvin: “Dezenformasyona Uğratılan Bir Sosyal Hak Olarak Sağlık”, *Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu II (Bildiriler)*, İstanbul, Petrol-İş Yayını, 2010.

GÜRAN, Sait: “Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu”, *Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu (Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu)*, Ankara, Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayınları, 1982.

GÜRAN, Sait: “İdarenin ve Ajanın Sorumluluğunun Belirlenmesine İlişkin Düşünceler”, *Danıştay Dergisi*, 1979, Sayı: 34-35.

HAKERİ, Hakan: “Tıp Hukukunun Temel Kavramları”, *Roche Sağlık Hukuku Günleri*, 1. Baskı, İstanbul, 2007.

HANCI, İ. Hamit: *Malpraktis (Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu)*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2006.

İŞTEN, İnanç: “Kamu Hizmeti Kavramı ve Unsurları”, [http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_makale\\_detay.asp?IDNO=74](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=74), Erişim Tarihi: 06.03.2012.

KAPANI, Münci: *Kamu Hürriyetleri*, Ankara, Yetkin Yayınları, 7. Baskı, 1993.

KARAEĞE, Özge: , “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusurlu Sorumluluğu”, *Celal Bayar Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Yönetim ve Ekonomi Dergisi*, Cilt: 8, 2001, Sayı: 2.

KARAHANOGULLARI, Onur: *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, Ankara, Turhan Kitabevi, 1. Baskı, 2002.

KARAHANOGULLARI, Onur: “Kamu Hizmetleri Piyasa İlişkisinde Dördüncü Tip: Eksik İmtiyaz (Kamu Özel Ortaklığı)”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt: 66, Sayı: 3.

KESGİN, Coşkun/TOPUZOĞLU, Ahmet: “Sağlığın Tanımı; Başaçıkma”, *Journal of Istanbul Kültür University*, 2006, Sayı: 3.

KICALIOĞLU, Mustafa: *Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011.

KIZILYEL, Serkan: “İdarenin Sağlık Hizmetinden Doğan Tazminat Sorumluluğu”, *Sağlık Hukuku Kurultayı (1-3 Kasım 2007)*, Ankara, 2008.

KIZILYEL, Serkan: *İdarenin Sağlık Hizmetinden Doğan Tazminat Sorumluluğu*, (Danışman: Yrd. Doç. Dr. Gürsel KAPLAN), Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2006.

KIZILYEL, Serkan: , “Sağlık Hizmetinin Sunumunda Sır Saklama Yükümlülüğünün İdare Hukukuyla Etkileşimi Üzerine”, *Sağlık Hukuku Digestası*, 2009, Sayı: 1.

KUÇURADI, İoanna: *İnsan Hakları Kavramları ve Sorunları*, Ankara, Meteksan Yayınları, 1. Baskı, 2007.

METİN, Yüksel: “Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt: 57, 2002, Sayı: 4.

ODYAKMAZ, Zehra: “İdare Hukuku Açısından Hasta Uygulamaları”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2011, Sayı: 5.

OKAY TEKİNSOY, Özge: *İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı*, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2011.

ONAR, Sıddık Sami: *İdare Hukukunun Umumi Esasları (Cilt I)*, İstanbul, Hak Kitabevi, İsmail Akgün Matbaası, 3. Baskı, 1966.

ONAR, Sıddık Sami: *İdare Hukukunun Umumi Esasları (Cilt II)*, İstanbul, Hak Kitabevi, İsmail Akgün Matbaası, 3. Baskı, 1966.

ONAR, Sıddık Sami: *İdare Hukukunun Umumi Esasları (Cilt III)*, İstanbul, Hak Kitabevi, İsmail Akgün Matbaası, 3. Baskı, 1966.

OZANSOY, Cüneyt: *Tarihsel ve Kuramsal Açıdan İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu*, (Danışman: Doç. Dr. Yıldırım ULER), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 1989 (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kütüphanesi, T-0139).

OZANSOY, Cüneyt: “Türkiye İdaresinin Sorumluluğunda Kamu Hukuku Erozyonu”, *I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi (1. Kitap)*, Ankara, Danıştay Yayınları, 1990

OZANSOY, Cüneyt: “Türkiye’de Kamu Hizmeti Tartışmaları: Bir Hamaset ve Habaset Alanı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 46, 1997, Sayı: 1-4.

ÖZAY, İl Han: *Günüşğinde Yönetim*, İstanbul, Alfa Yayınları, 4. Baskı, 2002.

ÖZBUDUN, Ergun: *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayınları, 10. Baskı, 2009.

ÖZDEMİR, Necdet: *Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu*, Ankara, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, 1963.

ÖZGÜLDÜR, Serdar: *Askeri Yüksek İdaresi Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları*, Ankara, Yetkin Yayınları, 1996.

ÖZKAN, Hasan/ÖNER AKYILDIZ, Sunay: *Açıklamalı-İçtihatlı Hasta Hekim Hakları ve Davaları*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, 2008.

ÖZPINAR, Berna: *Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları*, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2007.

PAZARCI, Ayşe Almıla: *Hasta Hakları ve İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Sorumluluğu*, (Danışman: Doç. Dr. Ali AKYILDIZ), Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2007.

POLAT, Oğuz: *Tıbbi Uygulama Hataları*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2005.

SANCAR, Mithat: *Temel Hakların Yorumu*, (Danışman: Prof. Dr. Yahya K. ZABUNOĞLU), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 1995.

SARICA, Ragıp: “Hizmet Kusuru ve Karakterleri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 15, 1949, Sayı: 4.

SARP, Nilgün: “İnsan Hakkı Olarak Sağlık Hakkı”, *Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Girne-Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu*, Girne, Adalet Yayınevi, 2010.

SAVAŞ, Halide: *Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları*, Ankara, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, 2007.

SAVAŞ, Halide: “Tıbbi Malpraktis ve Komplikasyondan Doğan Sorumluluklar”, *Sağlık Hukuku Makaleleri*, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2012.

SAYIM, Ferhat: “Sağlık Hizmetlerinin Finansmanına İlişkin Ulusal Hesaplar ve Sağlık Alanında Belediyelere Verilen Görev ile Yetkiler”, *Bütçe Dünyası Dergisi*, 2011, Sayı: 35.

SEVİNDİK ATICI, Ebru: *Hekimin Meslek Hatalarından Kaynaklanan Hukuksal ve Cezai Sorumluluğu*, (Danışman: Prof. Dr. Necmi ÇEKİN), Çukurova Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Adana, 2006.

ŞAHİN, Adil: “Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Ekonomik Sosyal ve Kültürel Hakların Niteliği Bağlamında Sağlık Hakkının Kapsamı Üzerine Bir İnceleme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 59, 2010, Sayı: 4.

ŞAHİN, Yahya/BAL, Yakup/KARABULUT, Mustafa: *Danıştay 10. Dairesi'nin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2003.

ŞENOCAK, Zarife: *Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1998.

TACİR, Hamide: *Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, 2011.

TAN, Turgut: “Sağlık Hizmeti İhale Yoluyla Satın Alınabilir Mi?”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 69, 2011, Sayı: 1-2.

TEKİN, Ayşe: *Sağlık-Hastalık Olgusu ve Toplumsal Kökenleri (Burdur Örneği)*, (Danışman: Prof Dr. Metin ÖZKUL), Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2007.

TEMEL, Erhan: “Alman Hukukunda Sterilizasyon Kısırlaştırma Uygulamalarından Kaynaklanan Hukuksal Sorunlar”, *III. Sağlık Hukuku Kurultayı (7-8 Mayıs 2010)*, Ankara, 2011.

ULUSOY, Ali: “Fransız ve Avrupa Birliği Kamu Hizmeti Anlayışlarının Türk Hukukuna Etkisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1999, Sayı: 1-4.

ULUSOY, Ali: *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, Ülke Kitapları, 1. Baskı, 2004.

UYAR, Lema: *Birleşmiş Milletlerde İnsan Hakları Yorumları (İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi 1981-2006)*, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2006.

ÜNVER, Yener: “Doktorların Malpraktis Nedeniyle Ceza Hukuku Sorumluluğu ve Malpraktis-Komplikasyon Ayırımı”, *Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk*, Mersin Barosu, Şen Matbaa, 2009.

YASİN, Melikşah: “Tıbbi Hatalardan İdarenin Sorumluluğu”, *Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler Sempozyumu I*, İstanbul, 2007.

YAYLA, Yıldızhan: *İdare Hukuku*, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2010.

YAYLA, Yıldızhan: “İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep”, *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1980.

YILDIRIM, Ramazan: “İdarenin, Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan İdare Hukuku Kapsamındaki Sorumluluğu”, *VIII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012.

YILDIRIM, Turan: “Sağlık Kurum ve Kuruluşlarının Hukuki Sorumluluğu”, *Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu*, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2011.

YILDIRIM, Turan/YASİN, Melikşah/ÖZDEMİR, H. Eyüp/ÜSTÜN, Gül/OKAY, Özge: *İdare Hukuku-II*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, 2010.

YILMAZ, Battal: *Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010.

YILMAZ, Mustafa: “İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Kusur Sorumluluğu”, *Sağlık Hukuku Sempozyumu*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007.

ZABUNOĞLU, Yahya, *İdare Hukuku (Cilt I)*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012.

ZABUNOĞLU, Yahya, *İdare Hukuku (Cilt II)*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012.

ÇELİK, Miraç, *İdarenin Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Sorumluluğu*, (Danışman: Yrd. Doç. Dr. Kaya Burak ÖZTÜRK), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2013.

## ÖZET

Devlet sağlık hizmetleri alanında görevli kılınmış olup Anayasa'nın 56. maddesinde devletin bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak ve onları denetleyerek yerine getireceği hüküm altına alınmıştır. Bunun bir sonucu olarak, bu görevin gereği gibi yerine getirilmemesi durumunda devletin sorumluluğu gündeme gelecektir.

Türk hukukunda idarenin sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan sorumluluğunu düzenleyen özel bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla idarenin bu alandaki sorumluluğu daha ziyade uygulamada yargısal içtihatlarla şekillenmektedir. Bu noktada, idarenin sağlık hizmetleri alanındaki sorumluluğuna ilişkin özel bir yasal düzenlemenin bulunmaması ve bu durumun getirmiş olduğu belirsizlik, Danıştay'ın sağlık hizmetleri alanındaki sorumluluk anlayışı ve doktrinde bu konuda görüş birliğinin bulunmaması, konuyu ilgi çekici ve araştırmaya değer kılmaktadır.

Bu itibarla hazırlanan çalışmada, idarenin sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan sorumluluğu konusu, pozitif düzenlemeler ve sorumluluk sistemleri temelinde, doktrindeki görüşler ve yargısal içtihatlardan faydalanılmak suretiyle akademik bir bakış açısıyla sunulmaya çalışılmıştır.

ÇELİK, Miraç, *Liability Of The Administration Arising From Conducting Health Services*, (Thesis Advisor: Assist. Prof. Dr. Kaya Burak ÖZTÜRK), Ankara University Graduate School of Social Sciences, Master Thesis, 2013.

### **ABSTRACT**

The State is responsible for the health services and it is stipulated under the Article 56 of the Constitution that the State fulfills this responsibility benefiting from and controlling public and private health and social institutions. As a result, liability of the state occurs in case that the mentioned responsibility is not performed.

Within Turkish Law, there is no specific regulation regarding the liability of the administration arising from the performing the health services. Thus, the liability of the administration is mostly determined through jurisprudences. At this point, non-existence of any specific regulation regarding the liabilities of the administration for the health services and the vagueness arising from this mentioned situation, the perception of the Council of State regarding the liabilities in the health services field and non-existence of a consensus among the doctrine regarding this issue, make the subject attractive and worth to study and make researches on.

In this respect, in this present work, the subject consisting of the liabilities of the administration regarding the performance of the health services is aimed to be presented on an academic point of view, benefiting from the views of the doctrine and jurisprudences, on the basis of positive regulations and liability systems.